

中国 法 讯

你在中国的法律顾问

摘要



探究中国的土地法律制度

中国的土地法律制度对只熟悉西方制度的投资者来说可能有些出其不意。因为在中国，国家享有土地所有权，个人只能取得“土地使用权”。本文对中国的基本土地法律制度、不同种类的土地使用权、土地使用权的取得以及土地使用权出让合同进行了探究，并对当前不动产投资及其法律环境和相关投资注意事项进行了深入分析和探索。



本法讯由

敬海律师事务所

提供

外资并购安全审查制度

国务院办公厅于二月发布了关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知。该通知明确了外国企业对境内企业进行并购的安全审查的内容以及安全审查为并购交易对国防安全的影响，以及对国家经济稳定运行的影响。对此，本文深入探讨了该安全审查制度的执行时间和具体的应对方案。



中国的土地法律制度

新对华投资的外商可能对中国的土地制度表示费解，为什么不能直接在中国购买土地？事实上，中国的大部分土地所有权都归国家所有，其余的虽由当地农村集体所有，但也存在诸多限制。

那么投资者应该如何进行投资，如何在中国的土地上建造大厦、办公楼、工厂呢？其实不难，虽然人们无法在中国直接购得土地所有权，但是可以取得“土地使用权”。“土地使用权”与西方制度中的土地所有权具有许多相似的特点，主要可通过以下三种方式取得：

- 国家划拨土地使用权：只有极少数获得批准，且政府可随时收回使用权，无需支付任何补偿。
- 出让土地使用权：通常情况下可转让，国家只能以征收的方式收回使用权。
- 转让土地使用权：通过从另一方转让使用权，具体取决于原土地使用权出让合同的条款规定。

农村集体所有土地归属村民所有，包括农业用地、宅基地和建设用地三种类型。外国投资者通常无法涉及该领域，但对于建设用地，外国投资者可以通过向村民租赁土地或向乡镇企业投资而获得土地使用权。

在大多数情况下，投资者要么直接从政府取得出让土地使用权，要么通过转让的方式从拥有土地使用权的另一方取得土地使用权。其中，投资者应特别注意关于土地使用权出让合同的相关限制。

出让土地使用权

由于各种因素的影响，土地使用权出让合同因受让方不同而不尽相同。其中，最重要的影响因素是投资者的投资方向。具体的出让使用期限分为以下三种：

- 商业投资 40 年
- 工业投资 50 年
- 住宅投资 70 年

上述期限届满，投资者如需继续使用的，可在期限届满前申请续约。通常合同会规定，如果政府决定不予续约，投资者可获得与相关土地上的建筑或附着物等价的赔偿。然而，样本合同中还保留了政府可无偿取得相关土地上的附着物的权力，投资者应保持谨慎保护好自己投资的财产。更为重要的是，投资者应注意及时申请续约。否则，政府有权在使用期限届满时收回土地和该土地上的所有附着物。此外，

执行编辑：
王敬

编辑：
ZACH WORTHAM



值得注意的是由于政府始终享有土地所有权，其有可能因公共工程项目或其他公共原因收回土地使用权。对此，相关土地使用权合同通常规定，如果政府因公共或其他原因收回土地使用权，投资者可就剩余期限的土地使用权，未来发展的预期利润，以及相关土地上的建筑物和附着物获得相应的赔偿。

在遵守原出让合同规定的前提下，投资者能够向第三方转让、租赁、抵押土地使用权。但合同会存在诸多限制，包括对投资份额进行规定，或确定土地是否适于建筑施工等。另外，投资者从他方购买土地使用权时，应充分注意原出让合同的条款规定。

投资者可通过以下方式直接从政府取得土地使用权：

挂牌：投资者可在挂牌期间出价竞买土地使用权。具体而言，由当地的土地管理局在土地交易所发布挂牌公告，公布拟出让宗地的交易条件、交易价格、挂牌期限等信息。挂牌期间，挂牌价格根据竞买人的报价申请不断更新直至挂牌期限届满。

拍卖：投资者可通过参与拍卖的方式竞买拟出让土地使用权。对此，投资者可参考当地土地资源管理局的网站信息，以了解参与拍卖所需的申请资料。不同性质的申请人所需提交的申请资料各不相同，如企业投资者的申请资料就不同于个人投资者。当然，所有申请人都须提供投资计划以及缴纳拍卖保证金。

招标：投资者还可通过投标的方式取得拟出让土地使用权。具体由当地的土地管理局发布招标公告，指导投标人准备和取得投标所需的文件和资料，如投标说明、土地使用计划、用地合同、以及投标方案等。投资者应在招标截止日期之前缴纳投标保证金并提交投标方案，说明其报价。

协议：投资者直接与当地的土地管理局签订土地使用权出让合同。这

种方式通常受到更为严格的限制。为了防止投机购买和投资过多，政府通常优先考虑其他出让方式。

出让土地使用权和私有制土地所有权的区别关键在于，取得使用权的土地投资者只能为特定目的使用该土地，即不得为其他任何目的（无论合适与否）使用出让使用权的土地。土地使用权出让合同也明确了投资者的使用计划以及其他使用方案。这些合同着重要求投资者及时按规定完成工程项目，且对延迟开始及/或完成建造工程，以及超额投资或投资不足等情况规定了处罚。禁止投机控股，且政府可以收回被闲置一年或两年以上的土地。

不动产和商业用地



不动产是一项具有吸引力的对华投资项目。随着中国经济的迅速发展以及大量人口的居住需求，比起西方纷乱市场现状，中国当前的不动产市场可以说是较为安全的选择。加之中国的不动产税收很低，有些城市甚至不征收房产税，无疑为广大投资者提供了巨大商机。

不过，中国始终警惕着热钱，且一直努力抑制其越来越难以承受的房地产市场。为了控制投机炒楼活动，上海市和重庆市今年均增设了新的不动产税。根据最新的《外商投资产业指导目录》（修订征求意见稿），别墅建造和经营的项目几乎被划分为“禁止”项目，最终经多方争辩和讨论后才被确定为“限制”项目。

与此同时，中国政府为了刺激国内投资，中国方面也在投资者在当地难以涉及的一些投资项目上做出相应的调整。这使外国投资更有价值，经

过数年的衰退，去年外商对房地产的投资涨了一倍，高达7%，外国投资者的收益也同样回升。

工业用地

若需要建造工厂或进行其他工业项目，企业需获得工业用地使用权。

投资者在选择工业发展区域时，不仅需要考虑到该区域是否有利于投资，还需要了解其投资是否符合该区域的发展要求。地方政府若希望增加某方面的投资，可以通过特定分区或其他方式从而帮助投资者获得合适发展的地块。

对于某些投资来说，中国政府还存在着一定限制。例如，对于涉及环境污染危险或有毒物质的生产项目，为其寻找合适的工业用地就十分困难。地方政府通常不愿为此类投资项目出让土地使用权，它们可能只热衷于大片土地的出让。然而，这对于投资者而言又是一个难题，因为中国法律禁止将闲置土地用于土地使用权出让合同规定的用途之外的其他投资用途。

不过，对于投资者而言，如需在中国建造工厂，获得土地使用权并非唯一的或者说最高效的方法。事实上，租赁厂房成为时下越发受投资者推崇的方式，工业用地的租赁也同样受欢迎。在某些情况下，投资者甚至可以通过购买公司从而获得该公司所持有的工业用地权。

结语

中国始终是对外国投资者最具吸引力的投资目的地之一。投资者应充分了解中国土地制度与西方制度的区别，并密切关注不断更新的法律法规与市场的相互作用，合理地选择、策划和开展投资活动。

李小晗和 James Craven



外资并购安全审查制度



2011年2月3日，国务院办公厅发出《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（以下简称“《通知》”），正式宣布从该《通知》发布之日起三十日后中国政府将对外国投资者并购中国境内企业实行安全审查制度。通过这项制度，中国政府将对外资并购的审查纳入了国家安全的层面。为此，商务部早先公布实施了《外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”），并通过向社会广泛征求意见，最终出台了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（以下简称“商务部第53号文”）。

该《规定》于2011年9月1日起正式实施。

审查的对象

国务院的《通知》规定，安全审查的外资并购行为主要是指：外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；或并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础

设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

根据该《通知》，所谓“取得实际控制权”，包括下列情形：

- 外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上；
- 数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上；
- 外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响；
- 其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

需要注意的是：《通知》规定的外国投资者并购境内企业的方式较《外国投资者并购境内企业的规定》（2009年）（“《并购规定》”）稍有补充：

- 《并购规定》中所说的“股权并购”仅指：外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内企业变更设立为外商投资企业。而《通知》规定的“外资并购”还包括外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资。
- 《通知》还规定，外国投资者设立外商投资企业后，通过该外

商投资企业购买境内企业股权也属于“外资并购”。而在《并购规定》中，外国投资者设立的外商投资企业中，仅有投资性公司的并购行为可被视为“外资并购”而适用《并购规定》。

审查的内容

外资并购安全审查的主要内容

- 包括：
- 并购交易对国防安全，包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；
 - 并购交易对国家经济稳定运行的影响。
 - 并购交易对社会基本生活秩序的影响。
 - 并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。

审查的程序

《通知》规定，外国投资者并购属于《通知》明确的并购安全审查范围的境内企业，应主动向商务部提出并购安全审查申请。但是，为避免外国投资者规避审查而不主动提出申请，《通知》还规定，国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业认为需要进行并购安全审查的，均可以通过商务部提出进行并购安全审查的建议。这项规定充分利用了行业协会、同业企业及上下游企业的监督作用。



经外国投资者主动申请或经国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业建议，由商务部提请联席会议进行安全审查。联席会议认为确有必要进行并购安全审查的，可以决定进行审查。通常联席会议会首先进行一般性审查，对未能通过一般性审查的，进行特别审查。在一般性审查阶段，主要是向有关部门征询意见，如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影响，联席会议将在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。联席会议自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查，或报请国务院决定。审查意见由联席会议书面通知商务部。通常情况下，整个安全审查程序应在95个工作日内完成。

审查的结果

联席会议将审查意见书面通知商务部后，由商务部书面通知申请人。如果并购行为对国家安全已经造成或可能造成重大影响的，联席会议将要求商务部会同有关部门终止当事人的交易，或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，消除该并购行为对国家安全的影响。

结论

《通知》实施后，外国投资者并购境内企业将面临来自商务部的三种不同性质的审查：



- 根据《并购规定》以及《外商投资产业指导目录》进行的外资准入审查；

- 根据《反垄断法》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定》进行的防止经营者集中的反垄断审查；

- 根据《通知》进行的国家安全审查。这三种审查的主体、目的、依据、内容均各不相同，因此不能相互替代。

需特别强调的是，与《暂行规定》相比，商务部53号文新增第九条规定，对于外国投资者并购境内企业，应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围；外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。

但商务部53号文件也同时新增了一项预约商谈制度。即在向商务部提出并购安全审查正式申请前，申请人可就其并购境内企业的程序性问题向商务部提出商谈申请，提前沟通有关情况。这种“预约商谈”并非提交正式申请的必经程序，也不具有约束力和法律效力。可以认为，这是商务部对于鼓励外资企业主动申报并购安全审查而作出的一项软化处理。

Zach Wortham / 熊伟

广州
Tel. (+8620) 8393 0333
Fax (+8620) 3873 9633
info@wjnc.com

上海
Tel. (+8621) 5887 8000
Fax (+8621) 5882 2460
shanghai@wjnc.com

天津
Tel. (+86 22) 5985 1616
Fax (+86 22) 5985 1618
tianjin@wjnc.com

厦门
Tel. (+86 592) 268 1376
Fax (+86 592) 268 1380
xiamen@wjnc.com

北京
Tel. (+86 10) 5785 3316
Fax (+86 10) 5785 3318
beijing@wjnc.com

深圳
Tel. (+86 755) 8882 8008
Fax (+86 755) 8284 6611
shenzhen@wjnc.com

青岛
Tel. (+86 532) 8666 5858
Fax (+86 532) 8666 5868
qingdao@wjnc.com

福州
Tel. (+86 591) 885 22000
Fax (+86 591) 835 49000
fuzhou@wjnc.com

海口
Tel. (+86 898) 6672 2583
Fax (+86 898) 6672 0770
hainan@wjnc.com