



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2011年第8期 (总第54期)

## ■ 专论

- 1、《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》解读

## ■ 新法评述

- 1、《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》简述
- 2、《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》简述
- 3、《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题的通知（征求意见稿）》简述
- 4、《新兴产业创投计划参股创业投资基金管理暂行办法》简述

《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》解读（作者：孙敏煜、柳絮）

在国务院办公厅和商务部相继于 2011 年 2 月 3 日和 2011 年 3 月 4 日颁布《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（“六号文”）和《商务部实施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》（“暂行规定”）之后，商务部于 2011 年 8 月 25 日再次出台《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》（“安全审查新规”），自 2011 年 9 月 1 日开始生效并取代有效期至 2011 年 8 月 31 日的暂行规定。

安全审查新规对如下事项作出了强调和特别说明：

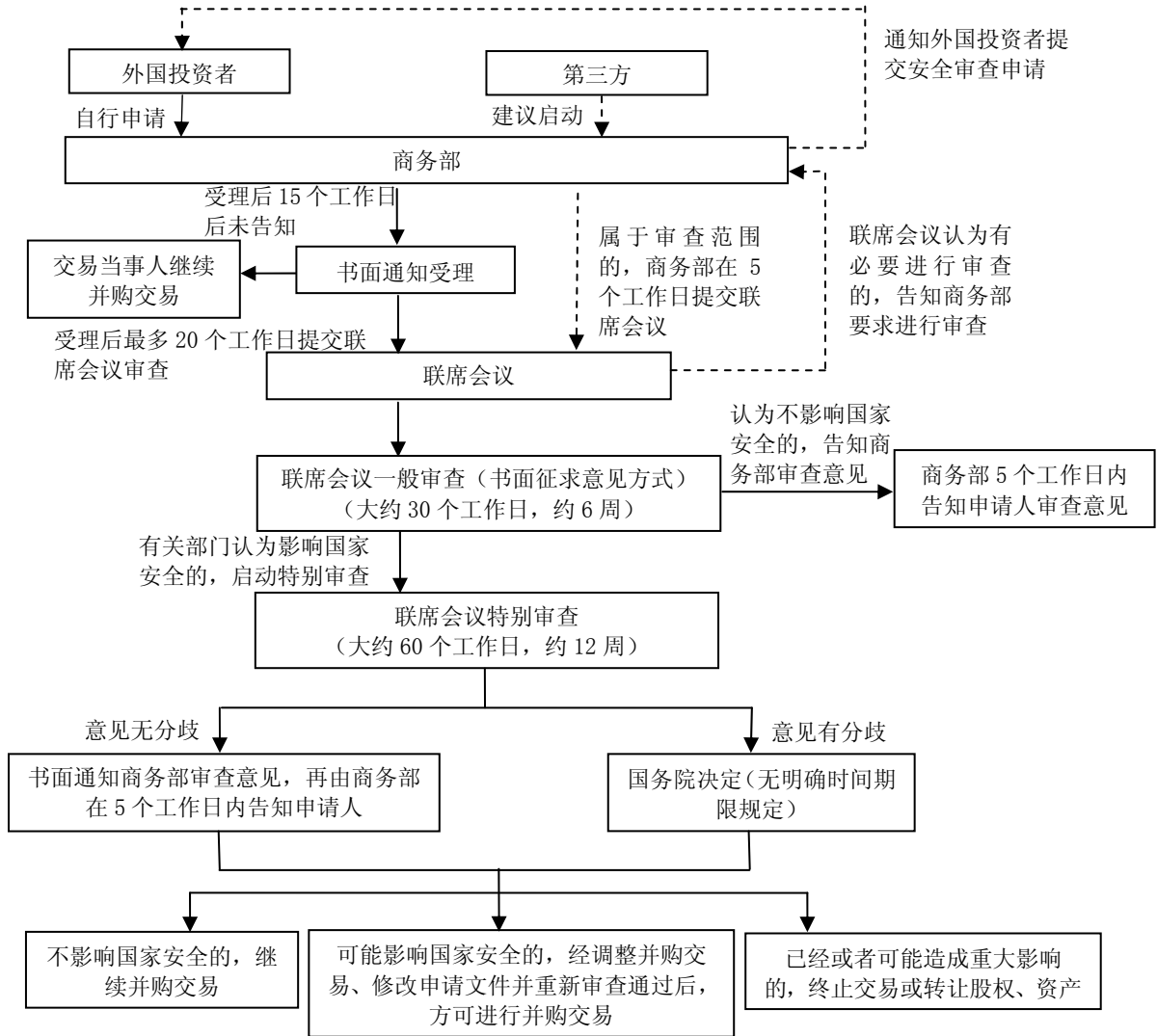
- 1、明确外商投资企业境内再投资也需要按照安全审查新规提出并购安全审查申请；
- 2、申请人未进行并购安全审查申请的，地方商务主管部门将暂停办理并购交易申请，并向商务部汇报相关事宜；
- 3、明确将“代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易”等方式纳入并购安全审查的范围，规定外国投资者不得以前述任何方式实质规避并购安全审查；
- 4、明确并购安全审查申请前的商谈程序不是必要程序，申请人可以不与商务部商谈而直接提出并购安全审查。

关于并购安全审查程序和申请人应提交的申请文件，安全审查新规沿用了暂行规定的规定（具体请参见 [2011 年 3 月《汉坤专递》专论-商务部颁布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](#)）。

虽然协议控制并非首次出现在法律规制之中，由于之前第三方支付牌照首颁引发的对协议控制模式的讨论，将“协议控制”纳入并购安全审查的安全审查新规仍然引起了各方关注。值得注意的是，安全审查新规不是特别规范协议控制模式的，其核心是规范安全审查。从理论上讲，并不是所有的协议控制结构都需要进行安全审查，而只是属于六号文安全审查范围内的协议控制才需要上报商务部。然而，由于六号文规定的安全审查范围过于笼统，第三方支付是否属于以及具体哪些行业属于这个范围目前还不明确，因而搭建的协议控制架构或外资并购申请是否触及这个安全审查目前还有待观察。

后附并购安全审查流程图。

附图 为 并 购 安 全 审 查 流 程 图：



## 1、《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》简述（作者：陈容、唐玉春、刘初）

随着近年来来中国就业的外国人日益增加，国家出台了一系列文件，以期对此加以规范。对来中国就业的外国人参加社会保险方面，《社会保险法》规定外国人在中国境内就业的，参照该法规定参加社会保险。根据《社会保险法》，国家人力资源和社会保障部制定了《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”），明确规定在中国境内就业的外国人（以下简称“在中国境内就业的外国人”）应当依法参加中国社会保险体系。《暂行办法》于 2011 年 9 月 6 日公布，并将自 2011 年 10 月 15 日起开始实施，其主要内容如下：

### （1）适用范围

《暂行办法》适用于依法获得《外国人就业证》、《外国专家证》、《外国常驻记者证》等就业证件和外国人居留证，以及持有《外国人永久居留证》，在中国境内合法就业的非中国国籍人员。外国人在中国境内就业包括两种情形：①外国人被在中国境内依法注册或者登记的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织（以下简称“用人单位”）依法招用；②外国人与境外雇主订立雇佣合同后，被派遣到在中国境内注册或者登记的分支机构、代表机构（以下简称“境内工作单位”）工作。

《暂行办法》不适用于在中国境内就业的具有与中国签订社会保险双边或多边协议国家国籍的外国人，该等人士参加社会保险的办法仍按照与中国签订的社会保险双边或多边协议的规定办理。

### （2）参加险种

在中国境内就业的外国人应当依法参加职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险，其社会保险费应由用人单位/境内工作单位和在中国境内就业的外国人本人按照规定缴纳。《暂行规定》明确用人单位和境内工作单位应当自外国人办理就业证件之日起 30 日内为其办理社会保险登记。

### （3）社会保险待遇

① 《暂行办法》规定，在中国境内就业的外国人在达到规定的领取养老金年龄前离境的，其社会保险个人账户予以保留，再次来中国就业的，缴费年限累计计算；经本人书面申请终止社会保险关系的，也可以将其社会保险个人账户储存额一次性支付给本人。而《实施中华人民共和国社会保险法若干规定》规定个人在达到法定的领取基本养老金条件前离境定居的，其个人基本养老金账户予以保留，达到法定领取条件时，按照国家规定享受相应的养老保险待遇。两者在此问题上规定一致。

② 《暂行办法》规定，在中国境内就业的外国人可在境外领取中国社会保险待遇，但应至

少每年向负责支付其待遇的社会保险经办机构提供一次由中国驻外使、领馆出具的生存证明，或者由居住国有关机构公证、认证并经中国驻外使、领馆认证的生存证明；如其合法入境的，亦可选择到社会保险经办机构自行证明其生存状况，而无须提供生存证明。

③ 《暂行办法》规定在中国境内就业的外国人死亡的，其社会保险个人账户余额可以依法继承，而《实施中华人民共和国社会保险法若干规定》规定参加职工基本养老保险的个人死亡后，其个人账户中的余额可以全部依法继承。两者在此问题上规定一致。

#### （4） 社会保险争议的处理

《暂行办法》明确，在中国境内就业的外国人与用人单位、境内工作单位因社会保险发生争议时，可申请调解、仲裁、提起诉讼。在社会保险权益受侵害时，在中国境内就业的外国人也可要求中国社会保险行政部门或社会保险费征收机构处理。

#### （5） 违反《暂行办法》的处理

《暂行办法》规定，用人单位、境内工作单位未为其聘用的外国人办理社会保险登记、缴纳社会保险费的，将按照《社会保险法》、《劳动保障监察条例》等法律法规处理。

综上，《暂行办法》明确了在中国境内就业的外国人有权利和义务参加中国社会保险体系，并可依法享受社会保险待遇，但是对于在中国就业的外国人参加社会保险费率的确定等细节问题尚待明确。

## 2、 《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》简述（作者：李卓蔚、唐玉春）

商务部于 2011 年 6 月对《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》（征求意见稿）公开征求意见，并于 2011 年 8 月 29 日公布了《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》（下称“《暂行规定》”）。《暂行规定》自 2011 年 9 月 5 日起实施，其以下方面值得关注：

### （1） 《暂行规定》填补了经营者集中审查的实体性规范缺失的空白

《反垄断法》是反垄断领域的上位法，其实体性规范具有高度的原则性和抽象性，程序性规范缺乏可操作性。为此，商务部为预防和制止具有或可以具有排除、限制竞争效果的经营者集中，持续完善各方面的规定，就经营者集中而言，先后颁布了《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》和《暂行规定》，其中，《经营者集中申报办法》规范经营者集中的申报及受理，《经营者集中审查办法》明确经营者集中反垄断审查程序，而《暂行办法》则明确评估经营者集中的竞争影响的因素。与《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》相比较，《暂行规定》主要侧重于明确实体性规范。《暂行规定》的出台使经营者集中的实体性审查有章可循。

### （2） 《暂行规定》全面分析了经营者集中审查的各个因素

《反垄断法》第 27 条列出了商务部审查经营者集中应考虑六个因素，包括参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；相关市场的市场集中度；经营者集中对市场进入、

技术进步的影响；经营者集中对消费者和其他相关经营者的影响；经营者集中对国民经济发展的影响；应当考虑的影响市场竞争的其他因素。但《反垄断法》第 27 条的列举非常概括和模糊，对在具体审查个案中如何考虑以上因素并无任何具体的指导性意见。《暂行规定》则明确，应根据个案具体情况和特点，综合考虑以上的审查因素，并具体分析每个因素对于审查集中竞争影响的意义。特别地，《暂行规定》还针对如何判断参与集中的经营者是否取得或增加市场控制力，列明了应该综合考虑的因素。

(3) 《暂行规定》进一步明确应全面地评估经营者集中对竞争产生的不利影响和有利影响。《反垄断法》规范、调整的是“具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”，但是，反垄断法中概括规定了相应的豁免机制，该机制在《暂行规定》中予以了重述，即“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，商务部可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”基于该豁免机制的原则，《暂行规定》第八至十一条明确提出经营者集中有可能对技术进步、消费者利益和其他经营者、国民经济发展产生正面、积极的影响，也可能产生负面、消极的影响，从而对如何审视经营者集中对竞争产生的有利影响提供了进一步的指导。

### 3、《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题的通知（征求意见稿）》简述（作者：滕晓琳、胡蓓颖）

随着跨境贸易人民币结算试点业务在全国范围内的深入开展，国家外汇管理局（“外管局”）和中国人民银行（“央行”）分别就跨境人民币业务出台了一系列规范性文件。近日，商务部又公布了《关于跨境人民币直接投资有关问题的通知》（征求意见稿）（以下简称“《征求意见稿》”），对跨境人民币直接投资的具体操作进行了更为明确的规范。征求意见稿主要内容如下：

#### (1) 境外人民币的合法来源

《征求意见稿》所称的“跨境人民币直接投资”是指外国投资者以境外合法获得的人民币依法来华开展直接投资活动，而“境外合法获得的”人民币具体包括：

- ① 外国投资者在境外通过合法渠道获取的人民币，包括但不限于通过跨境贸易人民币结算、境外发行人民币债券或股票等方式取得的人民币；
- ② 外国投资者从中国境内所投资的外商投资企业获取并汇出境外的人民币利润以及转股、减资、清算、先行回收投资所得人民币。

需要注意的是，《征求意见稿》特别指出，外国投资者以从中国境内所投资的外商投资企业获取但未汇出境外的人民币利润以及转股、减资、清算、先行回收投资所得人民币开展直接投资的，仍按照现行相关规定执行，并不适用《征求意见稿》。

#### (2) 境外人民币的用途

根据《征求意见稿》，跨境人民币直接投资及所投资外商投资企业的再投资应当符合外商投资



法律法规及有关规定的要求，遵守国家外商投资产业政策、外资并购安全审查、反垄断审查的有关规定。跨境人民币直接投资房地产业应按照现行外商投资房地产审批、备案管理规定执行。

另外，《征求意见稿》还对跨境人民币的直接投资范围进行了限制：跨境人民币直接投资在中国境内不得直接或间接用于投资有价证券和金融衍生品，以及用于委托贷款或偿还国内外贷款。

我们理解，由于跨境人民币在境内使用并不需要履行外币结汇的程序，因此，实践中似乎很难对跨境人民币的用途进行事先跟踪。因此，还有待于商务部、外管局或央行出台进一步的监督细则进行明确。

### (3) 审批流程

#### ① 一般审核

根据《征求意见稿》，各级商务主管部门按照现行外商投资审批管理规定审批跨境人民币直接投资。投资者或企业除按照外商投资法律法规及有关规定的规定提交相关文件外，还应向商务主管部门提交下列文件：

- (i) 人民币资金来源说明及证明文件；
- (ii) 资金用途说明；
- (iii) 由投资各方或企业法定代表人签署的前述关于跨境人民币用途的禁止性规定的承诺书。变更原出资币种，需提供董事会等最高权力机构的决议、修改后的合同/章程（或修改协议）。

#### ② 特别审核

由地方商务主管部门审批且属于以下情形的跨境人民币直接投资，经审批机关对申报材料审核并在外商投资审批管理系统中填写“外商投资企业基础信息表”后，由省级商务主管部门填写《跨境人民币直接投资情况表》，报商务部审核。

- (i) 人民币出资金额达 3 亿或 3 亿元人民币以上；
- (ii) 融资担保、融资租赁、小额信贷、拍卖等行业；
- (iii) 外商投资性公司、外商投资创业投资或股权投资企业；
- (iv) 水泥、钢铁、电解铝、造船等国家宏观调控行业。

商务部在收到省级商务主管部门报送的《跨境人民币直接投资情况表》5 个工作日内完成审核或提出审核意见。通过审核的，地方商务主管部门可进一步办理有关审批手续。

根据商务部于 2011 年颁发的商资函[2011]72 号《商务部关于外商投资管理有关问题的通知》的规定，如有境外投资者申请以跨境贸易结算所得人民币及境外合法所得人民币来华投资（包括新设立企业、对现有企业增资、并购境内企业及提供贷款等），省级商务主管部门应先函报商务部（外资司），待商务部（外资司）复函同意后，方可办理相关手续，并需在批件中明确出资货币形式和金额。而《征求意见稿》生效后，一般的跨境人民币境内直接投资的审批权限则被下放到了地方商务主管部门。

#### (4) 其他规定

台湾、香港和澳门地区的投资者开展跨境人民币直接投资的，参照《征求意见稿》办理。

### 4、《新兴产业创投计划参股创业投资基金管理暂行办法》简述（作者：张平、冉璐）

2011年8月17日，财政部和国家发展改革委联合颁发了《新兴产业创投计划参股创业投资基金管理暂行办法》（以下简称“暂行办法”），以实际行动鼓励和支持产业创新，弘扬民族创新精神。暂行办法明确了中央财政资金可通过直接投资创业企业、参股创业投资基金（以下简称“参股基金”）等方式，培育和促进新兴产业发展。

#### (1) 参股基金的组建

参股基金以社会募集为主，政府资金作为引导资金保证参股基金的政策导向。中央财政对每支参股基金的出资，原则上不超过参股基金注册资本或承诺出资额的20%，且与地方政府资金同进同出。对投资于初创期项目资金比例超过参股基金注册资本或承诺出资额70%的参股基金，可适当放宽中央财政出资资金参股比例限制。参股基金的存续期限原则上不超过10年，一般通过到期清算、社会股东回购、股权转让等方式实现退出。

参股基金由财政部、国家发展改革委共同组织实施，有两种组建方式：

① 由中央财政从产业技术研究与开发资金等专项资金中安排资金与地方政府资金、社会资本共同发起设立创业投资基金。新设立创业投资基金，申请中央财政资金出资的，应符合以下条件：

(i) 主要发起人（合伙人，下同）、参股基金管理机构、托管银行已基本确定，并草签发起人协议、参股基金章程（合伙协议，下同）、委托管理协议、资金托管协议；其他出资人（合伙人，下同）已落实，并保证资金按约定及时足额到位；(ii) 每支参股基金募集资金总额不低于2.5亿元人民币；主要发起人的注册资本或净资产不低于5000万元人民币；地方政府出资额不低于5000万元人民币；除中央财政和地方政府外的其他出资人出资额合计不低于1.5亿元人民币，其中除参股基金管理机构的单个出资人出资额不低于1000万元人民币；除政府出资人外的其他出资人数量一般多于3个（含），不超过15个（含）；(iii) 参股基金管理机构应对参股基金认缴出资，具体出资比例在参股基金章程中约定；(iv) 创业投资基金应在设立6个月内按照《创业投资企业管理暂行办法》的规定进行备案。

② 由中央财政从产业技术研究与开发资金等专项资金中安排资金与地方政府资金、社会资本通过增资方式参与现有的创业投资基金。申请中央财政资金对现有创业投资基金进行增资的，除需符合新设立创业投资基金条件外，还应满足以下条件：(1) 创业投资基金已按有关法律法规设立，并开始投资运作，设立时间不超过12个月；(2) 创业投资基金全体出资人首期出资或首期认缴出资已经到位，且不低于注册资本或承诺出资额的20%；(3) 创业投资基金全体出资人同意中央财政资金入股（入伙），且增资价格按不高于发行价格和中国人民银行公布的同期活期存款利息之和协



商确定（存款利息按最后一个出资人的实际资金到位时间与中央财政资金增资到位时间差，以及同期存款利率计算）；（4）创业投资基金已按照或在增资 6 个月内按照《创业投资企业管理暂行办法》的规定进行备案。

## （2） 参股基金的管理

参股基金的管理架构包括参股基金企业、参股基金管理机构、托管银行三方。参股基金企业可以采用公司制或者合伙制。参股基金管理机构由参股基金企业确定，并应符合以下条件：（i）在中国大陆注册，且注册资本不低于 500 万元人民币，有一定的资金募集能力，有固定的营业场所和与其业务相适应的软硬件设施，具备丰富的投资管理经验和良好的管理业绩，健全的创业投资管理和风险控制流程，规范的项目遴选机制和投资决策机制，能够为被投资企业提供创业辅导、管理咨询等增值服务；（ii）至少有 3 名具备 3 年以上创业投资或基金管理工作的高级管理人员；至少有对 3 个以上创业企业投资的成功案例；（iii）参股基金管理机构及其工作人员无受过行政主管机关或司法机关处罚的不良记录。参股基金管理机构管理参股基金后，在完成对参股基金的 70% 资金委托投资之前，不得募集或管理其他创业投资基金。托管银行亦由参股基金企业确定，并应符合以下条件：（i）成立时间在五年以上全国性的股份制商业银行；（ii）与参股基金主要出资人、参股基金管理机构无股权、债务和亲属等关联和利害关系；（iii）具有创业投资基金托管经验；（iv）无重大过失及行政主管机关或司法机关处罚的不良记录。

参股基金按照市场化方式独立运作，自主经营，自负盈亏。政府部门及其受托管理机构不干预参股基金日常的经营和管理。财政部向受托管理机构支付日常管理费，中央财政出资资金按照暂行办法第八章的规定享有出资资金的权益，其中，参股基金章程中须约定：（i）有下列情况之一的，中央财政出资资金可无需其他出资人同意，选择退出：（a）参股基金方案确认后超过一年，参股基金未按规定程序和时间要求完成设立或增资手续的；（b）中央财政出资资金拨付参股基金账户一年以上，参股基金未开展投资业务的；（c）参股基金投资领域和阶段不符合政策目标的；（d）参股基金未按参股基金章程约定投资的；（e）参股基金管理机构发生实质性变化的。（ii）中央财政出资资金以出资额为限对参股基金债务承担责任，除参股基金章程中约定外，不要求优于其他出资人的额外优惠条款。（iii）当参股基金清算出现亏损时，首先由参股基金管理机构以其对参股基金的出资额承担亏损，剩余部分由中央财政、地方政府和其他出资人按出资比例承担。

## （3） 参股基金的投资要求和投资限制

参股基金应专注于高新技术产业领域。根据暂行办法，每支参股基金应集中投资于以下具体领域：节能环保、信息、生物与新医药、新能源、新材料、航空航天、海洋、先进装备制造、新能源汽车、高技术服务业（包括信息技术、生物技术、研发设计、检验检测、科技成果转化服务等）等战略性新兴产业和高新技术改造提升传统产业领域。

暂行办法要求参股基金重点投向具备原始创新、集成创新或消化吸收再创新属性、且处于初

创期、早中期的创新型企业，投资此类企业的资金比例不低于基金注册资本或承诺出资额的 60%。初创期创新型企业需满足以下条件：(i) 成立时间不超过 5 年，职工人数不超过 300 人，直接从事研究开发的科技人员占职工总数的 20%以上；(ii) 资产总额不超过 3000 万元人民币，年销售额或营业额不超过 3000 万元人民币。早中期创新型企业需满足以下条件：(i) 职工人数不超过 500 人；(ii) 资产总额不超过 2 亿元人民币，年销售额或营业额不超过 2 亿元人民币。

为了保障参股基金投资目的的实现，暂行办法规定参股基金不得从事以下业务：(i) 投资于已上市企业，所投资的未上市企业上市后，参股基金所持股份未转让及其配售部分除外；(ii) 从事担保、抵押、委托贷款、房地产（包括购买自用房地产）等业务；(iii) 投资于其他创业投资基金或投资性企业；(iv) 投资于股票、期货、企业债券、信托产品、理财产品、保险计划及其他金融衍生品；(v) 向任何第三人提供赞助、捐赠等；(vi) 吸收或变相吸收存款，或向任何第三人提供贷款和资金拆借；(vii) 进行承担无限连带责任的对外投资；(viii) 发行信托或集合理财产品的形式募集资金；(ix) 存续期内，投资回收资金再用于对外投资；(x) 其他国家法律法规禁止从事的业务。

#### (4) 参股基金的激励机制

同时，暂行办法还规定了相应的激励机制。除对参股基金管理机构支付管理费外，参股基金企业还要按照“先回本后分利”的原则对参股基金管理机构实施业绩奖励，即将参股基金增值收益（回收资金扣减参股基金出资）的 20%奖励参股基金管理机构，剩余部分由中央财政、地方政府和其他出资人按照出资比例进行分配。

#### (5) 中央财政出资资金受托管理机构要求

财政部将会同国家发展改革委以招标方式确定中央财政出资资金受托管理机构，拨付中央财政出资资金。中央财政出资资金受托管理机构必须符合以下条件：(i) 具有独立法人资格；(ii) 注册资本不低于 1 亿元人民币；(iii) 从事创业投资管理业务 5 年以上；(iv) 有至少 5 名从事 3 年以上创业投资相关经历的从业人员；(v) 有完善的创业投资管理制度；(vi) 有三个以上创业投资项目运作的成功经验；(vii) 有作为出资人参与设立并管理创业投资基金的成功经验；(viii) 最近三年以上持续保持良好的财务状况，没有受过行政主管机关或司法机关重大处罚的不良记录，严格按委托管理协议管理中央财政出资资金。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 孙敏煜 律师：

电话：+86-21-6080 0907

Email: [anita.sun@hankunlaw.com](mailto:anita.sun@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)