

基因编辑作物育种法律初探（二）：外资准入

作者：桂琳 | 李芳菲 | 佟鑫

一、前言和概述

在讨论法律之前，我们先来看看大豆的故事。中国是大豆的发源国，拥有丰富的大豆种质资源库，十九世纪美国引进大豆并开展种植，1994年美国公司孟山都（Monsanto）培育出的转基因大豆被允许商业化种植，随后迅速占领全球市场¹。伴随而来的则是部分国家对自身粮食安全的担忧。以阿根廷为例，孟山都凭借最初低廉的价格打开阿根廷市场后，便开始向豆农收取转基因种子专利费，由于本土大豆企业已被重创，阿根廷政府被迫屈服，向孟山都支付了技术补偿金并允许其在阿根廷申请专利²。在中国，受大豆期货风波³影响，也有学者对中方赠送给孟山都一粒野生大豆种子而发表言辞激励的批评⁴。

无论当时的这些论证是否严谨、结论是否偏颇，不可否认的是，保护我国种业发展不受外资、境外企业或其他国家的掣肘对我国种业安全非常重要。具体到法律法规层面，主要通过以下制度来施加保护：（1）进出口限制（种质资源对外交流）；（2）外商投资限制；（3）中外合作审批；（4）外商投资安全审查。其中进出口限制相关问题可参考本文的上篇《[基因编辑作物育种法律初探（一）：监管概览](#)》，本文将围绕外商投资限制、国际合作审批和并购国家安全审查展开。

二、外商投资限制

我国对于种业的监管经历了几个时期：1998年之前，总体来说是鼓励外商投资的时期；自1998年至2018年，相对而言为比较限制外商投资的时期；自2018年起，为了以高水平开放推动种业高质量发展，一定程度上放宽了外商投资农作物种业市场准入。现阶段，我国对外商投资种业有三类管理措施：一是禁止

¹ http://www.zzj.moa.gov.cn/mhsh/202105/t20210513_6367666.htm。

² <https://m.luxiu.com/article/366878.html?type=text>。

³ <https://baike.baidu.com/item/%E5%A4%A7%E8%B1%86%E9%A3%8E%E6%B3%A2>。

⁴ <http://www.wywxwk.com/Article/shidai/2016/05/364636.html>。

类，禁止外商投资转基因品种选育及种子生产、中国稀有和特有的珍贵优良品种⁵研发；二是有条件合作类，小麦种业和玉米种业对中方股比均有要求；三是全面放开类，其他作物种业（如非转基因蔬菜）只要符合准入条件，外商可 100%控股⁶。

目前现行有效的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》包括在全国适用的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021 年版）》（“**全国版负面清单**”）和在自贸试验区范围内适用的《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021 年版）》（“**自贸区负面清单**”），对种业的外商投资限制规定如下。

- 在禁止领域，两个负面清单规定完全相同。主要包括两项：一是禁止投资中国稀有和特有的珍贵优良品种的研发、养殖、种植以及相关繁殖材料的生产（包括种植业、畜牧业、水产业的优良基因）；二是禁止投资农作物、种畜禽、水产苗种转基因品种选育及其转基因种子（苗）生产。此外，根据《农业农村部有关负责人就外商投资准入负面清单农作物种业有关措施答记者问》，目前稻、大豆种业仍属禁止外商投资领域，暂不受理申请。
- 在限制领域，针对不同的农作物种类，两个负面清单对外商投资股比提出了不同的要求：全国版负面清单对玉米新品种选育提出了较高的要求，小麦新品种选育和种子生产的中方股比不低于 34%、玉米新品种选育和种子生产须由中方控股（即中方持股比例不低于 51%）；相较而言，自贸区负面清单采用一视同仁的管理方法，统一要求对小麦、玉米新品种选育和种子生产的中方股比不低于 34%。

下表总结了全国版负面清单（及其前身《外商投资产业指导目录》）的修订历史及其规则变迁：

监管重点	外资准入规则历史沿革
重要作物	<ul style="list-style-type: none"> ■ 1998 年前：鼓励外商投资粮棉油等农作物优质高产新品种开发 ■ 1998-2007：针对粮棉油种子开发生产，要求中方控股或主导 ■ 2007-2017：针对任何农作物新品种选育和种子开发生产，要求中方控股 ■ 2018-2019：小麦、玉米新品种选育和种子生产须由中方控股 ■ 2020 年至今：小麦新品种选育和种子生产的中方股比不低于 34%、玉米新品种选育和种子生产须由中方控股
稀有和特有的珍贵优良品种	<ul style="list-style-type: none"> ■ 自 1995 年开始至今：均为禁止外商投资
转基因	<ul style="list-style-type: none"> ■ 2002 年前：鼓励外商投资农作物优质高产新品种、新技术开发 ■ 2002 年至今：禁止外商投资转基因植物种子生产、开发

⁵ 目前，我国尚未对“中国稀有和特有的珍贵优良品种”进行定义和具体细分，根据广东省工商行政管理局关于《外商投资企业实行备案管理后登记注册工作政策解读及问题解答》中，对于“外资被授权局如何把握《外商投资准入特别管理措施》中禁止类项目第 1 条中的稀有和特有的珍贵优良品种？”这一问题，广东省工商行政管理局答复称“外资被授权局在办理登记时，发现外商投资企业申请的经营围存在以下动植物的，建议会农业、林业等部门进行确定：（1）大熊猫、金丝猴、扬子鳄、白鳍豚、坡鹿、麋鹿、大鲵等特有的珍稀动物；（2）银杉、银杏、金钱松、珙桐等特有的珍稀植物；（3）野马、高鼻羚羊、白臀叶猴、白鹤、黄腹角雉、长臂猿、坡鹿、虎、白鳍豚、儒艮、扬子鳄、象等濒危动物。”

⁶ http://www.moa.gov.cn/govpublic/nybzjj1/202108/t20210830_6375236.htm。

在实操中，就基因编辑作物育种，有如下常见问题值得讨论：

■ 基因编辑是否也适用转基因育种外资禁止规定？

承本文的上篇《[基因编辑作物育种法律初探（一）：监管概览](#)》所述，尽管基因编辑不引入外源基因故而不同于转基因，但中国对基因编辑作物的监管仍是在转基因法律监管框架下进行的，因此我们认为基因编辑育种也属于外商禁止投资领域。

■ 外资审查是否需要穿透至上层股权结构？

理论层面，我们认为原则上应当穿透核查。不过，经检索农业部官网上公布的近年已取得《农业转基因生物安全证书》的企业，我们也发现存在上层股东有少量外资的情况，我们理解可能是监管可行性和法律规定之间的脱节。若相关公司拟在境内外上市，理解应当对该等外资进行清理。

■ 违反外资禁止规定的相关处罚？

根据全国人民代表大会于 2019 年 3 月 15 日颁布并于 2020 年 1 月 1 日起生效的《中华人民共和国外商投资法》及其配套实施条例、相关司法解释，外国投资者（包括外国的自然人、企业或者其他组织）直接或间接投资负面清单内禁止外商投资的行业，可能存在以下风险：（1）被主管部门责令停止投资活动，限期处分股份，恢复到实施投资前的状态，没收违法所得；（2）有关管理部门可能不予办理许可、企业登记注册等相关事项；（3）相关投资合同可能会被法院认定为无效（投资收益得不到有效保障）。

三、中外合作审批

中国从 2002 年开始禁止外商投资转基因种业，但细究 2002 年至今不同版本的《外商投资产业指导目录》及《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》，可以发现中国政府在用词上的些许不同。2007 年版《外商投资产业指导目录》禁止外商投资转基因植物种子、种畜禽、水产苗种的“开发”和生产。2011 年，“开发”一词被替换为“研发”，2011 年 12 月底修订的《外商投资产业指导目录》禁止外商投资转基因生物“研发”和转基因农作物种子、种畜禽、水产苗种生产。2015 年，《外商投资产业指导目录》删除研发，调整为禁止外商投资农作物、种畜禽、水产苗种转基因品种“选育”及其转基因种子（苗）生产，现行有效的 2021 年版负面清单沿用了前述表述。从 2007 年的“开发”到 2011 年的“研发”再到 2015 年至今的“育种”，从文义解释的角度难以区分这三个词的差别。而从体系解释的角度，也难以理解中国政府频繁更换词汇的原因。《农业转基因生物安全管理条例》从 2001 年 5 月由国务院颁布、2011 年修订再到 2017 年修订，始终有一条规定，“中外合作、合资或者外方独资在中华人民共和国境内从事农业转基因生物研究与试验的，应当经国务院农业行政主管部门批准”。这就意味着，至少在 2011 年至 2015 年这段期间，《外商投资产业指导目录》和《农业转基因生物安全管理条例》在转基因生物“研发”上是明确矛盾的，前者禁止，而后者留了口子，只要求取得农业部批准即可；而从 2015 年至今，需讨论的问题成为了应如何区分负面清单中的“育种”和《农业转基因生物安全管理条例》中的“研发”。

由于相关细化规定及具体案例较少，我们难以对上述问题下定论，但从逻辑上说有以下两种思路：1）“研究与试验”偏前期，产出成果可能是专利和技术成果，而“选育”偏后期，产出成果可能是植物新品种；2）负面清单针对的是“农作物、种畜禽、水产苗种”，而中外合作审批针对的是除了农作物、种畜禽、水产苗种以外的农业转基因生物（例如微生物）。

根据《农业转基因生物安全管理条例》，如中外合作、合资或者外方独资在中国境内未经批准即从事农

业转基因生物研究与试验的，可能面临被国务院农业行政主管部门责令立即停止研究与试验，限期补办审批手续的风险。

此外，如在研究实验过程中涉及材料进口，还应取得农业转基因生物材料入境审批。具体而言：（1）从境外引进农业转基因生物用于研究、试验的，要求申请单位须具有农业部规定的申请资格，引进的农业转基因生物在国（境）外已经进行了相应的研究、试验，有相应的安全管理、防范措施。（2）境外公司向中国出口转基因植物种子、种畜禽、水产苗种和利用农业转基因生物生产的或者含有农业转基因生物成分的植物种子、种畜禽、水产苗种、农药、兽药、肥料和添加剂，需进口试验材料用于开展中间试验、环境释放和生产性试验的，或出口农业转基因生物用作加工原料，需进口材料用于农业转基因生物安全检测的，应符合下列条件：输出国家或者地区已经允许作为相应用途并投放市场，输出国家或者地区经过科学试验证明对人类、动植物、微生物和生态环境无害，有相应的安全管理、防范措施。未经批准，擅自进口农业转基因生物的，可能被国务院农业行政主管部门责令停止进口，没收已进口的产品和违法所得；违法所得 10 万元以上的，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 10 万元的，并处 10 万元以上 20 万元以下的罚款。

四、外商投资安全审查

我国建立了外商投资安全审查制度。根据国家发展和改革委员会、商务部于 2020 年 12 月 19 日联合颁布并于 2021 年 1 月 18 日起生效的《外商投资安全审查办法》，外国投资者投资关系国家安全的重要农产品并取得所投资企业的实际控制权，属于需要进行安全审查的范围，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报。

就“重要农产品”的范围，尽管《外商投资安全审查办法》未细化规定，但《乡村振兴促进法》、《种子法》等法规均提到，应建立并实施种业国家安全审查机制，因此我们理解重要农作物（尤其是被列为主要农作物的小麦、玉米、棉花、大豆）的种业是比较有可能落入外商投资安全审查范围内的。

从国家安全审查角度来看，触发外商投资安全审查需要构成外商投资以及获得实际控制权两个要素：

- 外商投资方式。包括以下三种情形：（1）外国投资者单独或者与其他投资者共同在境内投资新建项目或者设立企业（即新设）；（2）外国投资者通过并购方式取得境内企业的股权或者资产（即并购）；（3）外国投资者通过其他方式在境内投资（为兜底性条款，理论上应包括协议控制）。
- 实际控制权认定。包括以下三种情形：（1）外国投资者持有企业 50% 以上股权；（2）外国投资者持有企业股权不足 50%，但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响；（3）其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形。

外商投资安全审查的主要流程如下：当事人申报至外商投资安全审查工作机制办公室 — 外商投资安全审查工作机制办公室审查并出具安全审查决定判断是否需要安全审查（15 个工作日内） — 如需要，则进入一般审查（30 个工作日内） — 如经一般审查认为影响或可能影响国家安全则进入特别审查（60 个工作日内，特殊情况可延长） — 出具结果（不通过、附条件通过或通过）。在工作机制办公室作出审查决定之前，当事人不得实施投资；工作机制办公室作出禁止投资决定的，当事人不得实施投资，已经实施的，应当限期处分股权或者资产以及采取其他必要措施，恢复到投资实施前的状态，消除对国家安全的影响。

五、结语

从 2002 年开始的对转基因种业的明令外资禁止的背后，除了种业关系国计民生的考量，可能也有中国

政府对转基因农作物商业化本身的顾虑以及对当时中美转基因技术水平差异的认知。而伴随着中国转基因农作物商业化种植的推广及转基因（及基因编辑）技术的进一步提高，可以期待未来中国会进一步细化外资准入相关的法律法规。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

桂琳

电话： +86 10 8525 4632

Email: lin.gui@hankunlaw.com