

中国外商投资安全审查制度简评

作者：通力大合规业务组

2020 年 12 月 19 日, 国家发展改革委、商务部发布《外商投资安全审查办法》(以下简称“《安审办法》”), 自 2021 年 1 月 18 日起施行。根据《安审办法》, 对于“影响或者可能影响国家安全的外商投资”, 必须通过国家安全审查后方可实施。《安审办法》是《外商投资法》体系下规范投资准入的法规, 将对外国投资者在华特定领域的投资产生重要影响。通力大合规业务组以问答形式对《安审办法》相关要点作出简评。

Q1: 《安审办法》是新制度吗?

《安审办法》并非规定外商投资安全审查机制的第一部法规, 针对外商投资的安全审查机制早在 2011 年即已建立。2011 年 2 月, 国务院办公厅发布《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(国办发〔2011〕6 号) (以下简称“《通知》”), 标志着中国建立外商投资安全审查制度。2011 年 9 月, 商务部根据《通知》制定《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》(商务部公告 2011 年第 53 号) (以下简称“《暂行规定》”)。

2015 年 4 月, 国务院办公厅进一步出台《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》(国办发〔2015〕24 号) (以下简称“《试行办法》”), 在中国 (上海) 自由贸易试验区、中国 (广东) 自由贸易试验区、中国 (天津) 自由贸易试验区、中国 (福建) 自由贸易试验区等自由贸易试验区试点实施与负面清单管理模式相适应的外商投资国家安全审查措施。

For more Llinks publications,
please contact:

Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

《安审办法》总结我国自 2011 年建立外商投资安全审查制度近十年来的工作实践, 特别是自贸区相关有益做法, 对审查机构、审查范围等进行了适当调整。我们在本文末尾对《通知》《暂行规定》《试行办法》《安审办法》围绕审查范围、审查内容、审查工作机制等关键要素的规定进行比对, 供读者参考。

正如外商投资安全审查工作机制办公室负责人答记者问,《安审办法》不是中国所特有,美国、欧盟、澳大利亚、德国、日本和英国等国家或制定或更新各自的外资安全审查制度。

Q2: 《安审办法》的立法依据?

《安审办法》以《外商投资法》《国家安全法》为主要法律依据,践行总体国家安全观和新发展理念,坚持统筹发展和安全,坚持开放和安全并重。

一方面,《外商投资法》及其实施条例在法律法规层面正式确立我国对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,并明确国家建立外商投资安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。另一方面,《国家安全法》同样明确国家建立国家安全审查和监管的制度和机制,对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目,以及其他重大事项和活动,进行国家安全审查,以有效预防和化解国家安全风险。

Q3: 外商投资安全审查工作的政府主管部门?

国家建立外商投资安全审查工作机制,负责组织、协调、指导外商投资安全审查工作。工作机制办公室设在国家发展改革委,由国家发展改革委、商务部牵头,承担外商投资安全审查的日常工作。

Q4: “外商投资”的含义及情形?

《安审办法》规制的是“影响或者可能影响国家安全的外商投资”,首先需要厘清“外商投资”的概念。

《安审办法》第二条规定,外商投资是指外国投资者直接或者间接在中华人民共和国境内进行的投资活动,包括下列情形:

- (一) 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;
- (二) 外国投资者通过并购方式取得境内企业的股权或者资产;
- (三) 外国投资者通过其他方式在境内投资。

根据上位法《外商投资法》第二条,外商投资是指外国的自然人、企业或者其他组织(“外国投资者”)直接或者间接在中国境内进行的投资活动,包括下列情形:

- (一) 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业;
- (二) 外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益;
- (三) 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目;
- (四) 法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。

同时需注意,2015年针对自贸区的《试行办法》不仅将受管制的交易类型由“并购”变为更为宽泛的“投资”,并且也明确将“通过协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、租赁、认购可转换债券等方式投资”列为“投资”情形。

Q5：哪些类型的投资将落入外商投资安全审查的范围？

《安审办法》第四条划定了外商投资安全审查的范围，包括下图所列两种类型。

类型一：只要构成外商投资便需要进行安全审查；

类型二：应同时满足取得目标公司的实际控制权。

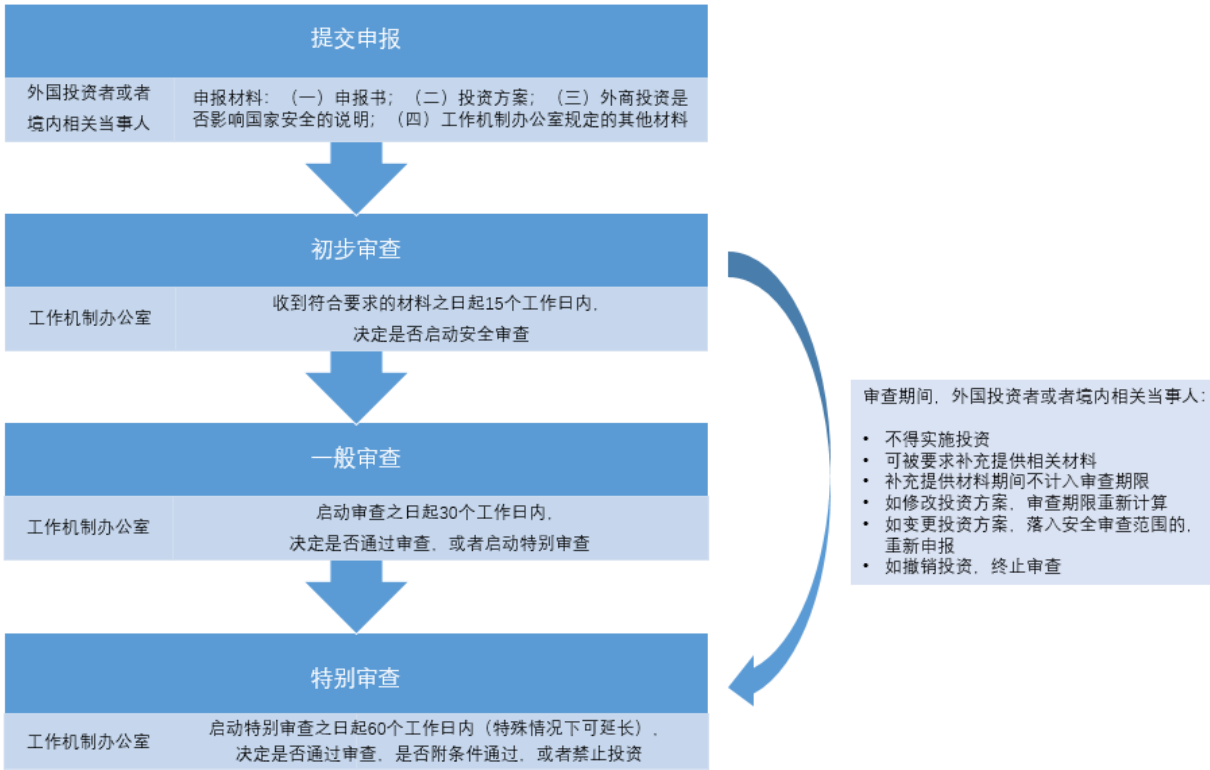
《安审办法》未对“实际控制权”作出明确、穷尽式的规定，我们建议外国投资者可参考反垄断法经营者集中申报制度下“实际控制权”的判断因素。

	类型一	类型二
范围	投资领域：军工、军工配套等关系国防安全的领域 投资地域：在军事设施和军工设施周边地域	关系国家安全的： 重要农产品 重要能源和资源 重大装备制造 重要基础设施 重要运输服务 重要文化产品与服务 重要信息技术和互联网产品与服务 重要金融服务 关键技术 以及其他重要领域
条件	外商投资	外商投资+取得实际控制权 实际控制权： (一) 外国投资者持有企业 50%以上 股权； (二) 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； (三) 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。
事先咨询	如外国投资者不清楚投资是否落入安全审查范围，可就具体项目情况事先咨询工作机制办公室 ¹ 。	

¹ 根据国家发展改革委 2019 年第 4 号公告，外商投资安全审查申报由国家发展改革委政务大厅接收。具体地址：北京市西城区三里河南五巷国家发展改革委西配楼一层，咨询电话：010-68501622、68502979。

Q6：外商投资安全审查的申报材料及流程？

对于落入安全审查范围的外商投资，外国投资者或者境内相关当事人(统称“当事人”)应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报，并且工作机制办公室有权要求当事人申报。有关机关、企业、社会团体、社会公众也可以向工作机制办公室提出审查建议。工作机制办公室的审查决定包括三类：审批通过安全审查，附条件通过安全审查，或者禁止投资。具体的申报流程请见下图：



Q7：外商投资安全审查的监督及惩罚机制？

首先，《安审办法》第十五条提供了社会监督的途径，有关机关、企业、社会团体、社会公众等认为外商投资影响或者可能影响国家安全的，可以向工作机制办公室提出进行安全审查的建议。其次，《安审办法》第十六条至第十九条规定，对于拒不申报、弄虚作假、不执行附加条件等违规行为，工作机制办公室可责令当事人限期处分股权或者资产，亦可将其不良信用记录纳入国家有关信用信息系统并按照国家有关规定实施联合惩戒。

Q8：证券领域外商投资是否受《安审办法》的约束？

《安审办法》第二十二规定，外国投资者通过证券交易所或者国务院批准的其他证券交易场所购买境内企业股票，影响或者可能影响国家安全的，其适用本办法的具体办法由国务院证券监督管理机构会同外商投资安全审查工作机制办公室制定，相关工作正在推进中。

值得注意的是,美国川普政府在剩余的“跛鸭”任期变本加厉对中国企业实施打压。美国当地时间 2020 年 12 月 18 日,美国商务部工业安全局将 77 个实体列入“实体清单”,其中大部分是中国企业、高校以及个人;2020 年 12 月 19 日,《安审办法》颁布。这并不意味着《安审办法》一定是针锋相对的反制措施,但毋庸置疑《安审办法》的具体实施必然受国际环境影响,外国投资者宜密切关注后期发展。

附件：《通知》《暂行规定》《试行办法》《安审办法》主要规定对比

	《通知》 (2011.3.3 生效)	《暂行规定》 (2011.9.1 生效)	《试行办法》 (2015.5.8 生效)	《安审办法》 (2021.1.18 生效)
审查范围	1) 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； 2) 外国投资者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。 “外国投资者并购境内企业”情形： 1) 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； 2) 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；	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。	总原则：对影响或可能影响国家安全、国家安全保障能力，涉及敏感投资主体、敏感并购对象、敏感行业、敏感技术、敏感地域的外商投资进行安全审查： 1) 外国投资者在自贸试验区内投资军工、军工配套和其他关系国防安全的领域，以及重点、敏感军事设施周边地域； 2) 外国投资者在自贸试验区内投资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、重要文化、重要信息技术产品和服务、关键技术、重大装备制造等领域，并取得所投资企业的实际控制权。 “外国投资者在自贸试验区内投资”情形： 1) 外国投资者单独或与其他投资者	1) 投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在军事设施和军工设施周边地域投资； 2) 投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域，并取得所投资企业的实际控制权。 “外商投资”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； 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； 3) 外国投资者通过其他方式在境内

	3) 外国投资者设立外商投资企业,并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产,或通过该外商投资企业购买境内企业股权; 4) 外国投资者直接购买境内企业资产,并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。		共同投资新建项目或设立企业; 2) 外国投资者通过并购方式取得已设立企业的股权或资产; 3) 外国投资者通过协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、租赁、认购可转换债券等方式投资。	投资。
审查内容	1) 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; 2) 对国家经济稳定运行的影响; 3) 对社会基本生活秩序的影响; 4) 对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。	/	1) 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施的影响; 2) 对国家经济稳定运行的影响; 3) 对社会基本生活秩序的影响; 4) 对国家文化安全、公共道德的影响; 5) 对国家网络安全的影响; 6) 对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。	/
审查机制	外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议,在国务院领导下,由国家发展改革委、商务部牵头,根	/	外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议,国家发展改革委、商务部根据外商投资涉及的领域,	外商投资安全审查工作机制,工作机制办公室设在国家发展改革委,由国家发展改革委、商务部牵头。

	据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展并购安全审查。		会同相关部门开展安全审查。	
--	--------------------------------	--	---------------	--

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com



杨迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020