

君合专题研究报告



2020年12月22日

简评《外商投资安全审查办法》

2011年，中国始建外国投资者并购境内企业安全审查制度，主要法规依据是《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》（下称“《2011 并购安审通知》”）。随着《国务院办公厅关于印发〈自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法〉的通知》（下称“《2015 自贸区安审办法》”）的颁布，国家安全审查制度有了进一步发展，自2015年起，自贸区开始试点实施与负面清单管理模式相适应的外商投资安全审查措施。2015年公布的《外国投资法（草案征求意见稿）》中有相对比较详细的国家安全审查制度的规定，但在2018年公布的《外商投资法》（草案）以及2020年1月1日开始实施的《外商投资法》中，关于国家安全审查制度仅有非常原则性的规定。

2020年12月19日，经国务院批准，国家发展改革委、商务部发布《外商投资安全审查办法》（下称“《2021 安审办法》”），该办法将于2021年1月18日正式施行。《2021 安审办法》共23条，规定了适用安全审查的外商投资类型、审查机构、审查范围、审查程序、审查决定监督执行和违规处理等。下文将对《2021 安审办法》的主要内容，以及其与《2011 并购安审通知》和《2015年自贸区安审办法》的主要区别进行简要梳理。

一、适用安全审查的外商投资类型

《2011 并购安审通知》中规定的适用安全审查的交易类型与《2015 自贸区安审办法》中规定的不同，自贸区适用安全审查的投资类型包括各类外商投资（包括绿地投资），而非自贸区适用安全审查的投资类型仅包括外商并购境内企业的情形。

《2021 安审办法》借鉴《2015 自贸区安审办法》的规定，明确中国境内适用安全审查的外商投资类型包括：（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投资。换言之，所有的投资类型都可能涉及国家安全审查，包括：新设外商独资企业、新设中外合资企业、外资并购、VIE架构、代持等等。

二、外商投资安全审查机构

《2011 并购安审通知》建立了外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议（下称“**联席会议**”）制度，《2021 安审办法》对审查机构的称谓进行了变更，即，建立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，承担外商投资安全审查的日常工作（注：根据国家发展改革委2019年第4号公

告¹，外商投资安全审查申报于 2019 年 4 月 30 日已从商务部改由国家发展改革委政务服务大厅接收）。

根据《2011 并购安审通知》，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。尽管《2021 安审办法》取消了联席会议，安全审查工作由工作机制办公室处理。但是，由于《2021 安审办法》中规定工作机制办公室由国家发展改革委和商务部牵头，而并非由前述两个部门组成，根据中国政府部门的惯常工作程序，在对具体交易进行国家安全审查时，大概率仍然会征求相关行业主管部门的意见，甚至提交国务院作出最终决定。这一程序的具体操作仍有待后续实践进一步明确。

三、外商投资安全审查范围

根据《2021 安审办法》，对下列范围内的外商投资需要进行安全审查：

- 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。

为方便了解《2021 安审办法》与《2011 并购安审通知》以及《2015 自贸区安审办法》在安审范围上的调整，我们制作了以下对比图表。

表 1：《2021 安审办法》、《2015 自贸区安审办法》、《2011 并购安审通知》安审范围对比

《2021 安审办法》	《2015 自贸区安审办法》	《2011 并购安审通知》
<p>投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在重点、敏感军事设施和军工设施周边地域投资；</p> <p>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。</p>	<p>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；</p> <p>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。</p>	<p>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；</p> <p>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。</p>

从上表可以看出，《2021 安审办法》规定的应进行国家安全审查的范围较之前两个审查办法有所增加。我们认为，这是中国完善新型外商投资管理

制度的重要一步。2020 年《外商投资法》建立了负面清单管理市场准入+外商投资信息报告制度+国家安全审查制度的新型外商投资管理制度。这是中国

¹ 见网址
https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/gg/201904/t20190430_961220_ext.htm
 1。

促进外商投资，扩大开放，同时合理科学管理外商投资，保障国家安全的重要制度建设。

近些年来，中国持续推动扩大对外开放，减少外资准入限制。例如，在文化领域，取消了禁止投资互联网上网服务营业场所的规定，取消电影院、演出经纪机构须由中方控股的限制，允许外资企业从事游戏设备的生产和销售等；在金融领域，取消了银行、证券、基金、期货、人身险领域外资股比限制等。在中国不断减少市场准入限制的同时，美国、欧盟等国家则在不断更新其国家安全审查（或称外国投资审查制度）。《2021 安审办法》从颁布时间上看似乎是对外部环境针对中国企业的安全生产的对等措施，但实际上，这一规定是中国政府自《2011 并购安审通知》开始，历经《2015 自贸区安审办法》、2015 年《外国投资法（草案征求意见稿）》、2020 年《外商投资法》到现在的节奏稳健、步骤清晰的制度建设。例如，2015 年颁布的《国家安全法》第 59 条规定，“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，有效预防和化解国家安全风险。”其中便提及需对网络信息技术产品和服务（理应包括外商投资涉及该类产品和服务的情形）进行国家安全审查。在金融服务领域，2016 年颁布的《银行卡清算机构管理办法》第 26 条规定，“外国投资者并购银行卡清算机构，应当执行外资并购境内基础设施安全审查的管理规定。”

关于“取得所投资企业的实际控制权”的认定，上述 3 份文件并无实质不同，主要包括下列情形：

（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。

四、安全审查的程序和时限

关于安全审查的启动方式，《2021 安审办法》与《2011 并购安审通知》没有实质区别，主要包括两种启动方式，即当事人主动申报，以及第三方提出安全审查的建议²。根据《2021 安审办法》的规定，对属于安审范围的外商投资，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；对于当事人未主动申报的情形，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。

相较于《2011 并购安审通知》，《2021 安审办法》最显著的变化是简化并明确了安全审查的程序和时限。首先，简化安全审查阶段，删除需报国务院处理的情形。《2021 安审办法》规定了三个审查阶段，分别是初步审查、一般审查和特别审查，前述审查程序与《2011 并购安审通知》基本一致，但删除了《2011 并购安审通知》中关于需报国务院处理的情形。例如“启动特别审查程序后，联席会议组织对并购交易的安全评估……存在重大分歧的，由联席会议报请国务院决定。”

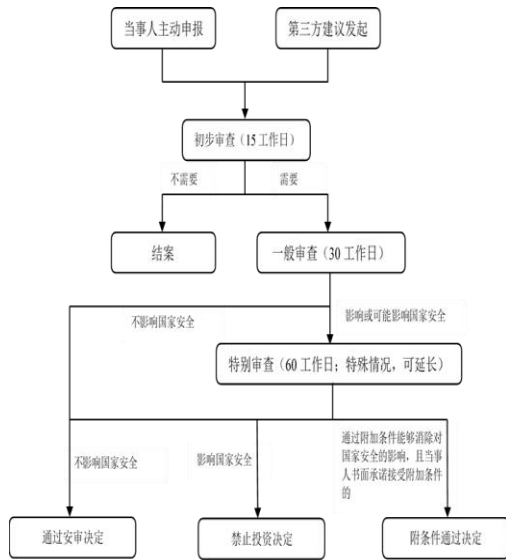
其次，明确并简化安全审查程序各阶段的时限。具体而言，（1）在初步审查阶段，在收到符合申报要求的材料之日起 15 个工作日内，决定是否启动安全审查；（2）在一般审查阶段，在启动审查之日起 30 个工作日内作出通过审查的决定，或进入下一阶段审查；（3）第三阶段是为期 60 个工作日的特别审查，这一阶段不是必经程序，只有未通过一般审查的外商投资才会进入特别审查，特殊情况下，可能延长特别审查时限。

² 根据《2021 安审办法》第 16 条，在第三方向工作机制办公室提出进行安全审查的建议后，经审查属于申报范围内的外商投资，当事人未申报即实施投资的，由工作机制办公室责令限期申报；拒不申报的，责令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。

《2021 安审办法》直接明确每一审查阶段的具体审查时限，删除了《2011 并购安审通知》中有关安全审查的内部工作流程及其时限的规定。例如，“对属于安全审查范围内的并购交易，商务部应在 5 个工作日内提请联席会议进行审查”，“联席会议收到商务部提请安全审查的并购交易申请后，在 5 个工作日内，书面征求有关部门的意见。有关部门在收到书面征求意见函后，应在 20 个工作日内提出书面意见”，“如有关部门认为并购交易可能对国家安全造成影响，联席会议应在收到书面意见后 5 个工作日内启动特别审查程序”。

需要注意的是，根据《2021 安审办法》，工作机制办公室对申报的外商投资进行安全审查期间，可以要求当事人补充提供相关材料，并向当事人询问有关情况，补充材料时间不计入审查期限。另外，对于初步审查前的阶段，法律对工作机制办公室审查申报材料是否符合申报要求并无明确的时限规定。

图 1：外商投资安全审查程序



五、安全审查决定的类型及其执行监督

对于需要进行安全审查的外商投资，工作机制办公室可以根据审查情况作出以下审查决定：（1）申报的外商投资不影响国家安全的，作出通过安全审查的决定；（2）申报的外商投资影响国家安全的，作出禁止投资的决定；（3）通过附加条件能够消除对国家的影响，且当事人书面承诺接受附加条件的，可以作出附条件通过安全审查的决定，并在决定中列明附加条件。

对于通过安全审查的，可实施投资；对于附条件通过审查的，应当按照附加的条件实施投资；对于禁止投资的，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，消除对国家的影响。上述规定与 2015 年的《外国投资法（草案征求意见稿）》中的相关内容类似。

此外，《2021 安审办法》还规定了安全审查决定的执行监督。外商投资安全审查决定，由工作机制办公室会同有关部门、地方人民政府监督实施；对附条件通过安全审查的外商投资，可以采取要求提供有关证明材料、现场检查等方式，对附加条件的实施情况进行核实。

六、违反《2021 安审办法》的后果

《2011 并购安审通知》没有规定关于法律责任的条款，《2021 安审办法》则对此进行了明确规定。根据《2021 安审办法》，对于拒不申报、弄虚作假、不执行附加条件等违规行为，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。我们理解，国家有关信用信息系统可能包括：全国信用信息共享平台“信用中国”网站和企业信用信息公示系统；联合惩戒则可能包括对失信行为

实施行政性、市场性、行业性、社会性约束和惩戒。

3

七、小结

《2021 安审办法》总结了近十年来国家安全审查工作的立法和实践，特别是自贸区外商投资

安全审查的做法，对审查机构、审查范围、审查程序、审查决定的执行监督，以及违规行为的惩戒等进行了调整和补充，进一步提高了中国国家安全审查的可操作性和透明度。

魏瑛玲 合伙人 电话：8610 8519 1380 邮箱地址：weiyi@junhe.com@junhe.com
杨晨 律 师 电话：86 10 8553 7802 邮箱地址：yangchen@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

³ 根据《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）以及后续的相关政策规定，中国将健全约束和惩戒失信行为机制，对重点领域和严重失信行为实施联合惩戒，例如：（1）依法依规加强对失信行为的行政性约束和惩戒：包括从严审核行政许可审批项目，从严控制生产许可证发放，限制新增项目审批、核准等，严格限制申请财政性资金项目，限制参与有关公共资源交易活动，限制参与基础设施和公用事业特许经营；对严重失信企业及其法定代表人、主要负责人和对失信行为负有直接责任的注册执业人员等实施市场和行业禁入措施等；（2）加强对失信行为的市场性约束和惩戒：包括对严重失信主体，有关部门和机构应以统一社会信用代码为索引，及时公开披露相关信息，便于市场识别失信行为，防范信用风险；支持征信机构采集严重失信行为信息，纳入信用记录和信用报告；引导商业银行、保险公司等金融机构按照风险定价原则，对严重失信主体提高贷款利率和财产保险费率等；（3）加强对失信行为的行业性约束和惩戒：包括引导行业协会商会完善行业内部信用信息采集、共享机制，将严重失信行为记入会员信用档案；支持行业协会商会按照行业标准、行规、行约等，视情节轻重对失信会员实行警告、行业内通报批评、公开谴责、不予接纳、劝退等惩戒措施；（4）加强对失信行为的社会性约束和惩戒：包括建立完善失信举报制度，鼓励公众举报企业严重失信行为，对举报人信息严格保密；鼓励公正、独立、有条件的社会机构开展失信行为大数据舆情监测，编制发布地区、行业信用分析报告等。