

外商投资安全审查简介及最新动向

近几年，全球疫情肆虐、地缘局势紧张、贸易保护主义抬头，考虑到供应链安全等因素，主要经济体均在建立和加强外商投资安全审查制度，例如美国出台了《外国投资风险审查现代化法案（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018）》及一系列相关法规、欧洲出台了《欧盟外资审查条例》、日本进一步修订了《外汇与外国贸易法》，针对外商投资以信息科技（IT）和通信为重点，新增多个限制行业，各国从自身国家安全角度出发否定来自其他国家的投资，或者对某些境外企业实施禁令或制裁，或者对本国企业赴境外上市进行审查，呈现一种撕裂的状态。

中国的《外商投资安全审查办法》于2021年1月18日开始正式实施已1年有余，自2021年下半年《数据安全法》、《网络安全审查办法》亦相继发布，规定了数据安全审查制度和网络安全审查制度，对外商投资的国家安全审查提出了新的要求，特别是全球主要经济体争相竞争的人工智能、自动驾驶、5G网络技术以及新能源等领域有了飞速发展，我们拟通过本文结合相关审查要点介绍中国外商投资安全审查及最新动向，供跨国企业参考。

一、外商投资国家安全审查制度时间线

| 发布时间 | 发布内容 |
|------------|--|
| 2011年2月3日 | 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》，首次确立了“国家安全审查”制度，该通知于2011年3月3日实施。 |
| 2011年8月25日 | 商务部发布了《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》（商务部公告2011年第53号），该规定于2011年9月1日实施。 |
| 2015年7月1日 | 《国家安全法》发布实施，其中规定“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”。 |
| 2015年4月8日 | 国务院办公厅发布了《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》，对外商投资安全审查制度进行了进一步明确，在自由贸易区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，该办法于2015年5月8日实施。 |
| 2019年3月 | 《外商投资法》明确规定了中国将建 |

| | |
|------------------|---|
| 月 15 日 | 立外商投资安全审查制度，该法于 2020 年 1 月 1 日起正式生效。 |
| 2020 年 12 月 19 日 | 国家发展和改革委员会和商务部共同发布了《外商投资安全审查办法》（国家发展和改革委员会、商务部令 第 37 号，以下称“ 第 37 号文 ”），该办法于 2021 年 1 月 18 日正式生效。 |
| 2021 年 6 月 10 日 | 《数据安全法》发布并于 2021 年 9 月 1 日正式生效。 |
| 2021 年 12 月 28 日 | 国家互联网信息办公室、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、公安部、国家安全部、财政部、商务部、中国人民银行、国家市场监督管理总局、国家广播电视总局、中国证券监督管理委员会、国家保密局、国家密码管理局联合发布《网络安全审查办法》，该办法自 2022 年 2 月 15 日起施行。 |

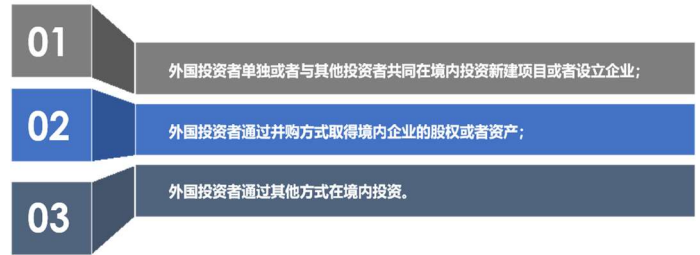
根据现行有效的法律监管体系，国家安全审查制度涉及的重点如下：

二、交易类型

根据第 37 号文，影响或者可能影响国家安全的外商投资，即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，应当进行安全审查。前述外商投资包括以下三类：

¹ 本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）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



结合 2011 年《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》第九条的规定，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。结合《外商投资法》对于外商投资的规定¹，实际上所有类型的外商投资均有可能落入外商投资安全审查的范围。

三、适用行业及数据安全问题

（一）适用行业

根据第 37 号文，安全审查的范围为，外国投资者或者境内相关当事人（以下称“当事人”）实施投资涉及以下行业的企业：

| 行业 | 控制权 |
|--|--------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> ✓ 军工、军工配套等关系国防安全的领域； ✓ 在军事设施和 | 即使当事人未取得所投资企业的实际控制权，亦需要进行安全审查。 |

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。

| | |
|--|-------------------------------|
| 军工设施周边地域投资。 | |
| 投资关系国家安全的以下行业： ✓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。 | 安全审查的范围仅限于当事人取得所投资企业实际控制权的情况。 |

前述“重要”、“关键技术”、“重要领域”等在第 37 号文中未有明确定义，实践中可以参考行业是否属于外商投资负面清单、有无特殊行业规定²、所投资企业是否占有较大市场份额、是否涉及禁止或限制出口技术、是否涉及数据安全等方面来进行判断。自 2011 年《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》实施以来实务中与政府部门多次沟通以及遇到比较多的行业例如包括谷物种植、家禽饲养、石油开采和加工、医疗器械制造、人工智能、5G、能源供应等。

(二)数据安全

2021 年下半年，《数据安全法》、《个人信息保

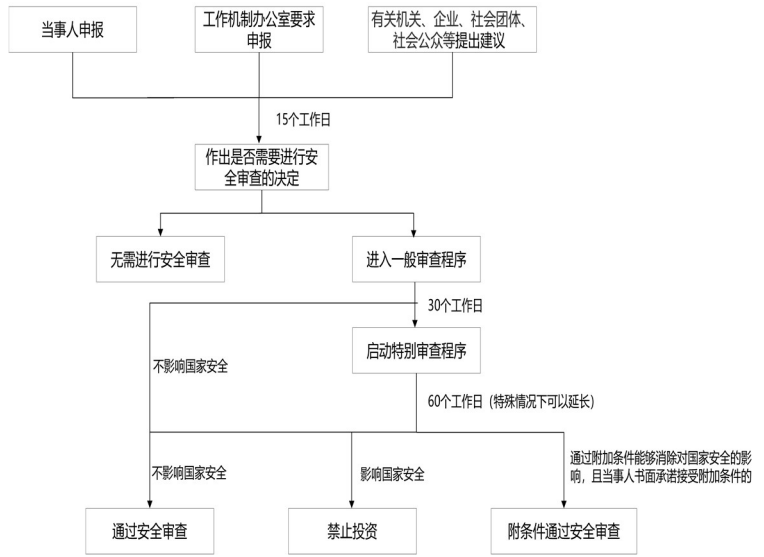
护法》、《网络安全审查办法》、《数据出境安全评估办法》等法律法规相继实施，数据安全亦成为安全审查中的一个重要考虑因素。《数据安全法》规定，国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查；《网络安全审查办法》中规定企业在三种情况³下需要进行网络安全审查申报。外商投资中如涉及大量个人信息、关键信息基础设施、重要数据，或者某些特定行业，应当格外关注外商投资安全审查的可能性。

| 考虑因素 | 内容 |
|----------|--|
| 个人信息 | 如果所投资企业涉及处理大量个人信息，需要进行重点关注，根据目前法规，100 万个人信息可能是一个重要的分界线，例如掌握超过 100 万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市需要申报网络安全审查，处理 100 万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息需要进行数据出境安全评估。 |
| 关键信息基础设施 | 是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。 |
| 重要数据 | 是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据。在特定行业中大量个人信息可能构 |

² 例如《汽车产业投资管理规定》中规定，对涉及产业安全的新建、兼并重组和股权变更等重大汽车投资项目，有关部门应按规定及时进行反垄断审查。涉及外商投资的，还应按规定进行安全审查。

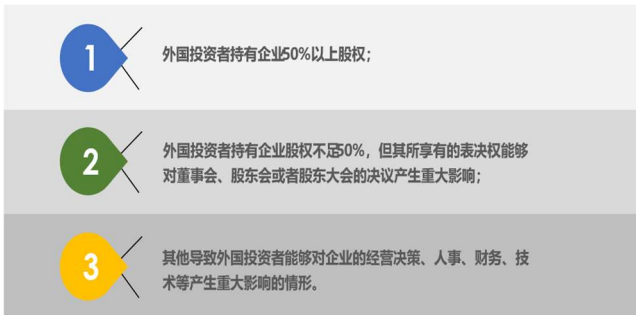
³ 分别是关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，影响或者可能影响国家安全的；网络平台运营者开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全的；掌握超过 100 万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市。

| | |
|------|--|
| | 成重要数据，如《汽车数据安全管理办法（试行）》中规定涉及个人信息主体超过 10 万人的个人信息属于重要数据。 |
| 数据出境 | 数据作为重要资源成为各国争夺的战略要素，通常情况下，被投资企业因被外商投资可能并入跨国公司的全球化、统一化管理系统中，因使用境外服务器或者供应商导致数据出境的可能性较高，可能成为主管机关关注的要点，企业对此类可能涉及数据出境的情况亦应予以格外关注。 |



四、实际控制权的认定

前述第 2 类行业中所述取得所投资企业的实际控制权的情况，包括以下 3 种情形：



从前述规定可以看出，第 37 号文中所述实际控制权既包含单独和共同的控制权，也包含积极和消极的控制权。

五、审查流程

外商投资安全审查流程如下图所示：

| 流程 | 说明 |
|------------|---|
| 国家安全审查启动方式 | <ul style="list-style-type: none"> ✓ 当事人自行申报； ✓ 对于申报范围内的外商投资，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。 |
| 国家安全审查机制 | <ul style="list-style-type: none"> ✓ 外商投资安全审查工作机制：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。工作机制办公室做出外商投资安全审查决定后，由工作机制办公室会同有关部门、地方人民政府监督实施。 ✓ 根据实务经验，工作机制办公室可能会征求相关行业主管部门的意见，涉及数据安全等情况可能会征求工信主管部门、网信办等部门的意见，甚至最终报请国务院决定。 |

| | |
|--------------|---|
| 国家安全审查申报提交材料 | <p>当事人向工作机制办公室申报安全审查，应当提交下列材料：</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ 申报书； ✓ 投资方案； ✓ 外商投资是否影响国家安全的说明； ✓ 工作机制办公室规定的其他材料。 |
| 国家安全审查流程 | <ul style="list-style-type: none"> ✓ 经一般审查，认为申报的外商投资不影响国家安全的，工作机制办公室作出通过安全审查的决定； ✓ 认为影响或者可能影响国家安全的，工作机制办公室作出启动特别审查的决定。 |
| 国家安全审查结果 | <ul style="list-style-type: none"> ✓ 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，当事人可以实施投资； ✓ 申报的外商投资影响国家安全的：作出禁止投资的决定，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； |

| | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> ✓ 作出附条件通过安全审查决定的：当事人应当按照附加条件实施投资。这种情况下工作机制办公室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、结语

跨国公司在对华投资过程中应当充分关注是否可能涉及外商投资安全审查，特别需要关注是否涉及数据安全等最新要素以及新能源、人工智能、自动驾驶以及 5G 网络技术等领域特殊要求。外商投资安全审查、数据安全审查中可能涉及一些政策性的考量因素，过程中与政府部门的积极沟通和沟通技巧尤为重要，同时数据安全方面正在逐步出台一系列的国家标准和实施细则，建议跨国投资企业予以持续关注。

杨锦文 合伙人 电话：86-10 8553 7608 邮箱地址：yangjw@junhe.com

李圆圆 律师 电话：86-10 8540 8665 邮箱地址：liyuan@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”。