

# 论外商投资国家安全审查决定的司法审查

漆 彤

**摘 要** 外资国家安全审查是东道国管理外资的重要法律工具之一,但因国家安全的概念模糊、审查标准抽象以及救济手段有限而饱受诟病。从国际比较来看,在保留安审机制灵活性的同时,提升安审决定的可预见性和可问责性是未来的发展趋势。基于对国家安全与程序正义两类价值取向的不同侧重,各国对于安审决定是否应当受到当地司法审查采取了不同立场。《中华人民共和国外商投资法》第35条正式引入外资国家安全审查制度,这对维护我国国家安全具有重要意义。出于对程序正义和保护外国投资者合法权益的考量,在落实该条第2款的具体配套工作中,我国应考虑赋予外国投资者必要的司法审查救济权利,在有效保障国家安全的前提下提升投资保护水平。

**关键词** 《外商投资法》;国家安全审查;投资者保护;程序正义;司法审查

**中图分类号** D996 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)03-0142-09

**基金项目** 国家社会科学基金重大专项委托项目(17VDL021);教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(13JJD820007)

2019年3月15日,第十三届全国人民代表大会第二次会议表决通过《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》),并自2020年1月1日起施行。《外商投资法》第35条规定: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。依法作出的安全审查决定为最终决定。作为促进、保护和管理外商投资的基础性法律,《外商投资法》首次将外商投资国家安全审查制度(以下简称“外资安审制度”)提高到法律层面上,对于维护我国国家安全和经济主权具有重要意义<sup>①</sup>。通过对外资安审制度的完善,我国将构筑由产业政策、竞争政策和国家安全政策组成的“三位一体”的外国投资管理体系<sup>[1]</sup>(P79-85)。

外资安审制度是东道国为保障本国的国家安全利益,授予特定机关对可能威胁国家安全的外国投资进行审查,并采取限制性措施消除国家安全威胁的法律制度,是国家主权的重要体现。同时,东道国通常也有保护投资者合法利益、促进投资自由化的义务。对投资者来说,东道国基于安审决定而采取的限制性措施不可避免地会损害其利益,导致投资意向夭折、投资成本增加甚至被迫撤回投资。标准模糊、程序不透明、缺少外部监督的外资安审,更是与东道国促进和保护外资的目标背道而驰。因此,在依法对外商投资开展国家安全审查的同时,东道国如何确保安审机制符合程序正义的要求,做到于法有据、规范透明,在维护国家安全利益的同时,不致损害投资自由化和外国投资者的积极性,是至关重要的。

## 一、问题的提出

在遭受东道国外资安审调查不利决定时,外国投资者可以采取哪些救济措施来维护自己的合法权益,对于平衡东道国国家安全与投资自由化目标具有重要意义。外国投资者对东道国的外资安审决定不

<sup>①</sup> 此前,我国外资安审规则主要体现在部门规章或规范性文件之中,不仅内容零散,而且法律层级较低。

服,通常意味着被审查的外国投资者和东道国政府之间存在基于投资活动而产生的法律争议。解决这种争议的途径既包括东道国当地救济,也包括国际救济。东道国当地救济是指被审查的外国投资者对安审决定不服的,可以依据东道国的法律提起行政复议或行政诉讼。行政复议是行政机关内部自我纠正错误的一种监督机制,一般应向上一级行政机关提出复议申请。行政诉讼则是一种外部的审查纠错机制,通常应就具体行政行为向属于司法系统的普通法院或者行政法院提起诉讼申请,请求对具体行政行为依法进行审查并作出裁决,这在许多国家也被称为司法审查。

我国《外商投资法》第 35 条第 2 款规定:依法作出的国家安全审查决定为最终决定。这是否意味着主管机关作出的安审决定绝对豁免于行政复议或司法审查?从维护国家主权和安全的角度来看,豁免于行政复议和司法审查一定程度上有利于维护安审决定的权威性,但从投资者的角度,豁免于行政复议和司法审查的做法意味着:被审查的外国投资者将缺乏维护自身合法权益的必要救济途径。《外商投资法》的这一规定与美国现行外资安审立法类似,也是对 2015 年《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第 73 条“行政复议和诉讼的豁免”的延续。但是,考虑到《外商投资法》“坚持扩大对外开放、加强投资保护”的立法精神,努力提升外资安审制度的公正合理性,进而实现维护国家安全与促进投资自由化之间的平衡,就显得十分必要。结合当今国际经贸格局的复杂态势和中国的角色定位,《外商投资法》实施后我国外资安审制度是否应当效仿美国做法,值得商榷。

## 二、安全审查决定的三种司法审查立法模式

对于安审决定的国内司法审查,有学者认为目前各国存在三种立法例,即以法国、日本为代表的“允许申请司法审查”,以澳大利亚、新西兰为代表的“不排除司法审查”,以及以美国为代表的“明确排除司法审查”<sup>[2]</sup>(P1289-1313)。根据经济合作与发展组织(OECD)2016年的报告,在接受调查的17个国家中,绝大多数均赋予了投资者对不利安审决定寻求行政救济或司法救济的权利,其中澳大利亚、加拿大、芬兰、卢森堡、新西兰和俄联邦仅提供司法审查而拒绝给予行政复议,只有美国一国完全拒绝行政复议和司法审查<sup>[3]</sup>(P40-42)。结合上述学者观点和国际组织的分类统计,本文认为,就司法审查而言,将各国做法划分为实体可诉、实体不可诉(程序可诉)和基本不可诉三种模式更为直观。

### (一) 以法国、日本为典型的实体可诉模式

这种模式是指司法机关不仅有权就安审程序是否存在瑕疵进行审查,也可以就主管机关所作安审决定的实质内容进行审查,投资者享有全面的司法救济权利。例如,根据法国《货币与金融法》第 L.151-3 条的规定,若经济部长认为外国投资正在或已经违反第 L.151-1 条、第 L.151-2 条,他可以作出命令投资者停止进行交易、改变交易的性质或是自费恢复到交易前状态的决定,投资者可就上述决定寻求司法救济,法国法院对审查机关的决定享有全面进行管辖的权力(a remedy of full jurisdiction)<sup>[4]</sup>(P24)。若法院查明部长决定未正确适用或违反了《货币与金融法》有关国家安全审查的规定,则可以推翻原有的审查决定,在审查决定对投资者的合法权益造成损失时,法院可裁决审查机关对投资者的损失进行赔偿。如果审查决定违反欧盟条约,投资者还可以在欧洲法院对该决定提出质疑<sup>[5]</sup>(P58)。日本除了允许法院对审查机关作出的安审决定进行司法审查外,同时给予了投资者对否定性决定进行行政复议的救济权利。日本进行国家安全审查的法律依据是《外汇及外国贸易法》,该法第 56 条详细规定了听取申述不服的程序,尽管主管大臣可命令投资者变更或中止可能威胁国家安全的投资计划,但是投资者可就主管大臣对该法或基于该法的命令的处分提交异议申诉和审查请求,主管大臣应公开听取其意见;事先需对案件的内容、公开听取意见的时间、地点进行预告;在听取意见时,应给予投资者提交证据和陈述意见的机会。此外,在日本 2017 年对《外汇及外国贸易法》修法前,依据该法第 57 条的要求:若依据第 56 条所提出的异议和审查请求未作出决定或裁定,投资者不能够针对否定性国家安全审查结论提起取消处分的诉讼。这意味着在 2017 年前针对审查决定提起的诉讼,需在申诉决定作出之后才能

提起。但在最新的修订版本中,该法第57条已被删除,即日本不再在这个问题上强调行政复议与诉讼的关系<sup>[6]</sup>。

### (二) 以澳大利亚、新西兰为代表的实体不可诉模式

澳大利亚法院可以对财政部长基于《1975年外国收购接管法》(*Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975*, FATA, 2015年修订)所作出的审查决定进行司法审查,但是法院通常会认为,一项特定交易是否有损于国家利益属于财政部长的自由裁量权范围,因此仅限于审查与程序公正性、自然正义以及其他行政法基本规则相关的问题<sup>[7]</sup>(P13)。例如,在休闲娱乐公司诉澳大利亚联邦财政部长拉尔夫·威利斯案(1996 *Leisure and Entertainment Pty Ltd v. the Honourable Ralph Willis*, FCA 1189)中,法院认为是否有权以国家利益为由作出决定属于部长自由裁量权范围,且这一权利不应服从于任何外部强制。显然,澳大利亚法院的司法审查更接近于形式审查,而非实质审查。新西兰的做法与之类似,外国投资者也可以将主管机关基于《海外投资法》(*Overseas Investment Act*)所作出的决定诉诸法院司法审查,但这种审查仅限于程序性事项<sup>[8]</sup>(P17)。有学者指出这种实体不可诉的做法赋予了主管机关过度的自由裁量权,未能向投资者提供充分的救济手段,并建议在該法中引入对安审决定实质性内容的司法审查以提升潜在投资者的信心;此外,考虑到投资仲裁裁决的不一致性,在国内引入实质性的司法审查也有助于提升司法确信<sup>[9]</sup>(P36)。

### (三) 以美国为代表的不可诉模式

美国是世界上最早建立起外资安全审查制度的国家。1975年,美国成立了外国投资委员会(The Committee on Foreign Investment in the United States,以下简称CFIUS),其职责就包括外商投资交易的审查。在国家安全审查的救济制度方面,美国采用的是不可诉模式。例如,在对《埃克森-佛罗里奥修正案》的第四次修订中,即2007年6月29日通过的《外国投资和国家安全法》(*Foreign Investment and National Security Act of 2007*,以下简称FINSA)中,第6节第e条明确规定美国总统的下列行为或者裁定不受司法审查:一是总统在d条第1款下的行为,即一般而言,在不违反第4款的情况下,总统可在其认为适当的时候采取此类行动,以暂停或禁止任何可能损害美国国家安全的有关交易;二是总统在d条第4款下的裁定,即有可靠的证据表明,总统认为行使控制权的外国利益可能采取损害国家安全的行动的裁定<sup>[10]</sup>。

## 三、安全审查决定的司法审查规则与晚近实践发展

需要指出的是,尽管多数国家在立法上赋予了安审决定的可诉性,但这只解决了此类案件的管辖权问题,即法院有权对安审决定进行司法审查。除个别国家之外,外资安审在大多数国家尚处于制度构建的初步摸索阶段,相关审查实践较少,诉诸司法审查的案例尤为匮乏。因此,实践中各国法院具体如何区分实体事项与非实体事项并开展司法审查,几无先例可循。就现阶段而言,立法赋予对安审决定的救济权似乎更多只是一种宣示作用,实践意义有限。但是,晚近的一些新的司法实践和立法趋势表明,这一问题并非空穴来风,它可能成为未来外资安审实践中的一个焦点性问题。因此,未雨绸缪展开前瞻性研究十分必要。

2012年的“Ralls诉CFIUS和奥巴马政府案”(Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States, et al. 758 Federal Reporter, 3d Series, 2014)表明,即使是外资立法对外资安审决定采取“不可诉”模式的美国,其安审决定在正当程序方面仍可能受到法院基于宪法权利开展的违宪审查。2012年9月28日,美国总统奥巴马以涉嫌威胁国家安全为由,签署总统令叫停Ralls公司在俄勒冈州投资的风电项目。2012年10月1日,Ralls公司递交诉状,认为奥巴马此举违反了美国宪法第五修正案规定的正当程序条款。地方法院驳回了Ralls公司的诉讼请求,Ralls公司随后上诉。上诉法院认为除非有明确且令人信服的证据材料,证明国会立法者当初在立法时意图将侵犯公民宪法

权利的诉请排除在司法审查外,否则仍然需要接受宪法权利的司法审查。从条文上看,FINSA 中只是规定了总统的行动或者裁定等实体性事项不受司法审查,但并没有禁止对正当程序等程序性事项进行司法审查。上诉法院认为,本案中经审查并购交易的当事人,以其正当程序权利受到侵害为由向法院起诉的,实际上涉及总统决策程序的违宪问题,因此不受禁止对国家安全审查进行司法审查的限制。这一案例意味着美国的不可诉模式亦并非绝对,即虽然总统或者 CFIUS 对国家安全审查的结果是法律明文禁止受到司法审查的,但如果在审查过程中存在与宪法性权利相抵触的事项,则仍需接受司法审查。

2018年8月13日,美国总统特朗普正式签署《外国投资风险评估现代化法案》(*Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018*,以下简称“FIRRMA”)。该法案是美国政府对FINSA实施11年来的首次修改,在强化外资安全审查的同时进一步细化了安审决定的司法审查规则。FIRRMA在第15节中规定了不受司法审查的范围,其中在第1条中规定了美国总统的行为或者裁定不受司法审查,第2条第1款扩大了排除司法审查的范围,即CFIUS的行为也不受司法审查。在扩大司法审查排除范围的同时,受Ralls案的影响,FIRRMA又进一步细化了投资者行使宪法性救济权利的规则。根据FIRRMA第14节第2条第2款,不迟于总统或CFIUS就所涉交易采取行动之日后60天,所涉交易的任何一方均可根据本款在哥伦比亚特区上诉法院(the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)提出申诉,声称CFIUS的行动违反宪法权力、权利、基本人权或豁免权。如果裁决涉及保密信息,这些信息将由法官进行非公开查阅并保密<sup>[11]</sup>。总体来看,FIRRMA坚持并扩大了外资安审决定的不可诉性,并在申诉范围、主体、时限、依据和管辖法院等方面对投资者诉诸违宪审查的权利予以规范和限制。

在美国修法的同时,近期欧盟层面外资审查规则的一些新变化也值得关注。2019年3月19日,欧洲议会和理事会通过了《建立欧盟外商直接投资审查框架的条例》(*Establishing a Framework for the screening of foreign direct investments into the Union*,以下简称“条例”)。此前,对外国直接投资的审查是欧盟成员国的专属责任,欧盟层面没有基于安全或公共秩序的单一集中外资审查机制。新的条例允许欧盟委员会审查对可能在安全或公共秩序方面对多个成员国构成威胁或涉及欧盟利益的投资,虽无权发表否定性意见,但可向投资涉及的成员国提出无拘束力的意见。条例也同样关注了对外资安审决定的投资者救济问题,并指出成员国应允许对决定寻求救济。条例指出,审查机制必须透明并明确规定审查理由及出具审查规定的时限,审查程序不得歧视对待非欧盟国家的投资者,并应允许对国家安全审查决定寻求救济<sup>[12]</sup>。尽管条例并未细致规定有关投资者针对国家安全审查决定如何获得救济,但从整体层面表明欧盟对于安审决定可诉性问题持开放的态度。

#### 四、安全审查决定的司法审查价值取向

行政机关所作出的外资安审决定是否接受及能在多大程度上接受国内法院的司法审查,受到一国在对外政策上的政治立场、法律体系及经济政策等多方因素的影响,是多种价值相互交织、冲突、博弈的结果。不论是采用实体可诉、程序可诉或完全不可诉模式,均有其自身的内在合理性与侧重考量。在决定是否应给予投资者救济权利这一问题上,需从国家和投资者两个不同视角去分析其合理性。

##### (一) 安审制度的浓厚政治色彩

外资安审制度的核心在于判断外国投资是否危害国家安全,而国家安全是一个包含浓厚政治性色彩的概念。国家安全审查虽然处于法律的语境之下,但其内核是一个政治问题,法律化的外在表现形式不会改变国家安全审查制度的内在政治特质<sup>[2]</sup>(P1291)。“国家安全”概念的政治性色彩可从几个方面来理解。

其一,“国家安全”概念的模糊性。国家安全是一个不确定的概念,缺少明确的定义,其内涵会随着经济、社会的发展而不断发生变化。从历史来看,国家安全的概念经历了由侧重国防、军事、政治逐渐向

经济、科技乃至社会、文化、网络安全的扩展。因此,各国立法均避免对国家安全进行清晰界定或采取穷尽式列举。

其二,缺少明确的审查标准。国家安全概念的模糊性导致主管机关对“国家安全”的审查标准会根据国家利益需求的变化而变化,进而带有较为浓厚的主观判断色彩。对于“国家安全”的界定,各国普遍认为其属于自由裁量的范围,倾向于采取自决原则。例如,1994年关贸总协定以及一些投资协定中的安全例外条款均规定,东道国有权在自己认为必要的情况下采取措施。

其三,从国家安全审查制度的实施上来看,各国职司安审的机构都集中在中央政府层面,不仅成分复杂,而且跨越诸多部门和领域。如美国外资投资委员会(CFIUS)是一个联邦政府委员会,由财政部部长、国防部部长、国土安全部部长、国务卿、商务部部长、能源部部长、司法部部长、美国贸易代表、白宫科技政策办公室主管等政府机构的最高长官组成,其中财政部长担任委员会主席。此外,美国政府管理和预算办公室、经济指导委员会、国家安全委员会、国家经济委员会、国土安全委员会、国家情报局和劳工部等亦可作为观察员参与CFIUS审查活动。

其四,尽管外资安审制度作为一般性制度适用于所有外国投资者及其投资项目,而非针对特定投资者,但是其本身所具有的政治性特征,往往导致主管机关在审查外国投资时,还会考虑投资者母国与本国之间的关系以及双方国际政治立场是否对立,从而在相同或者类似的投资项目上对来自不同国家的投资者进行区别对待。例如,美国CFIUS通常更能接受英国、荷兰、德国等西方企业对本土企业的收购,但对不属于西方阵营的外国企业尤其是中国企业进入美国市场则十分警惕。国际法上的非歧视原则、“法律面前人人平等”的法治精神,在面对外资安审制度的政治性特征时往往荡然无存。

其五,在作出安审决定的过程中,尽管国际趋势越来越倡导程序的公开透明,但在实践中东道国往往只能做到审查流程的基本透明,而具体的安审决定理由通常不会告知投资者。同时,由于威胁国家安全的认定很可能包含国家机密信息,审查机关通常也不愿将此公开。支持安审决定不可诉的重要理由之一就是,出于对国家秘密的保护,在司法机关对安审决定进行审查的过程中,涉及国家秘密的材料将不得作为证据交换或是在法庭辩论环节公开,这会导致司法机关的审查在客观上无法进行。

正是基于国家安全审查制度的上述特征,个别国家规定司法机关不能对国家安全审查进行司法审查。即便大多数国家并未排除甚至明确规定了安审决定的司法审查,往往也并不意味着法院在诉讼程序中实质审查安审结论的正确性,而是从法律角度审查安审程序是否存在瑕疵,即法院不能就投资是否危及国家安全及安审决定本身是否正确作出判断。此外,一国的国家安全审查机关作出安审决定的过程是一个极为复杂的过程,具有高度的专业性,往往涉及外交、国防等多个领域,司法机关客观上也无法胜任这样的实质审查工作。从现有司法实践来看,法院通常会充分尊重审查机关在实质问题上的决定。

## (二) 程序正义视角的投资者保护

尽管安审是各国基于国家主权所应有的权力,是保护国家安全的一道有效防线,但由于国家安全审查的内核是政治问题,安审实体标准模糊,这一制度也可能成为东道国政府阻挠外国投资进入的合理借口。当审查机关滥用权力不当审查或存在程序瑕疵时,极有可能会损及投资者的合法投资利益。从一般意义上来说,正当程序体现的法治精神要求任何行政行为都应受到法律制约和监督,国家安全审查行为也不例外。因此,有学者认为程序正义是约束政府行为、保护投资者的重要原则,基于正当程序的国家安全审查行为是政府行为的应有之义,缺少救济的安审机制违背了程序正义的基本要求<sup>[13]</sup>(P69)。

正当程序体现的程序正义观念,其古典表述在英国是自然正义,在美国则为正当法律程序<sup>[14]</sup>(P12),但无论其称谓如何,按照程序正义的原则,任何权力都须公正行使,对当事人不利的决定皆须听取其意见<sup>[15]</sup>(P151-152)。严格的法律程序有助于塑造审查结论的正当性与合法性,外资安审制度作为一种法律制度,无疑应遵循必要的程序正义要求。国家安全本身具有模糊性和抽象性,审查主体具有较大的自

由裁量权,容易损害外国投资者的权益。如果再缺少程序正义,“加强外资保护、促进投资自由化”就会沦为一种口号,也将不利于东道国树立良好的投资环境形象。基于此,国家安全审查制度不应绝对排除投资者的救济权利。

程序正义原则作为约束政府行为、保护投资者的重要原则,涉及整个安全审查制度的方方面面,例如提高程序透明度、保障投资者必要知情权等,而不仅仅限于安审决定的实质性司法审查。即使就明确排除司法审查的国家而言,法院不能裁决国家安全审查决定的实质正当性,但并不意味着整个安审程序均不得接受司法干预,对于审查机构是否遵循了正当程序原则,法院应具有管辖权<sup>[2]</sup>(P1308)。国家安全审查在本质上是包裹政治内核的法律问题,程序的合法性与正当性属于纯粹的法律问题,完全可以也应当接受司法审查。虽然由于国家安全审查本身的复杂性和专业性,司法机关客观上无法胜任实质审查工作,但司法机关对程序正义与正当具有天然的判断能力和优势。

在美国宪法中,正当程序原则也得到一定的体现,例如其宪法修正案第14条规定:不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;对于在其管辖下的任何人,亦不得拒绝给予平等法律保护。前述 Ralls 案已为这一原则在国家安全审查行为中的体现提供了现实突破。该案中,法院认为 Ralls 公司要求其审查的并非国家安全问题本身,而仅仅要求法院根据“正当程序条款”判决其有权获知总统作出决策所依据的证据,以及享有反驳的机会,而这并不属于政治问题<sup>[13]</sup>(P70)。基于此,法院受理了原告方关于“正当程序”的诉讼请求。尽管美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院排除了对国家安全的实体考察,只从“正当程序”方面对涉案总统令的程序正义进行司法审查,但这无疑也是维护外国投资者合法权益的重要保障<sup>[16]</sup>(P9)。

### (三) 国家安全和投资自由化之间的平衡

国家安全审查作为投资管理的一种方式,与投资促进和投资自由化之间具有密切的联系,会对投资促进和投资自由化产生重大影响。良好的国家安全审查制度会有助于吸引外资和促进投资自由化的实现。但是,由于国家安全本身具有模糊性、灵活性和伸缩性,这会使东道国有权进行扩张性解释和限制性解释,使国家安全审查具有较大的自由裁量性,会导致国家安全审查在实践中具有不确定性,一些国家还可能借助国家安全审查来阻碍外资进入,不利于投资保护和投资自由化目标的实现。因此,如何在国家安全审查中平衡两种不同甚至截然相反的政策目标,在有效维护国家安全利益的前提下创建具可预见性的、开放的投资环境,是世界各国都面临的难题。

2009年5月,OECD发布的《与国家安全有关的外国投资政策指南》为东道国对外资进行安全审查确立了应遵循的四项原则:非歧视(non-discrimination)、透明度和可预见(transparency / predictability)、监管的均衡性(regulatory proportionality)、问责制(accountability),以帮助各国秉承善意而非保护主义来采取与国家安全相关的投资措施<sup>[17]</sup>(P3)。其中问责制意指东道国应通过建立政府内部审查程序、国会监督、司法审查、管制效果的定期评估等机制,以及确保由高级别政府层面作出重要决策(包括阻止投资的决定),以确保对执行机构的责任约束。显然,通过加强外资国家安全审查的问责制,将有助于增强其程序上的透明度和实体上的确定性,进而有助于在维护国家安全的同时促进吸引外资和投资自由化目标的实现。例如,一方面,问责制有助于从程序上保障外国投资者的权利,使其享有知情权和救济权,增强国家安全审查的透明度;另一方面,问责机制也会对任意裁量产生一定的约束作用,有助于实现国家安全审查的确定性,促进投资自由化。若投资者可以通过法院的诉讼程序启动对安审决定的外部监督,则可以大幅度降低因概念模糊、审查标准不清而带来的不确定性干扰。通过保护外国投资者权利,一方面可以改善营商环境,有利于吸引外资;另一方面会增加程序的透明性和可确定性,为实现投资自由化提供制度保障。

## 五、启示与建议

外国投资国家安全审查是包裹政治内核的法律问题,其政治本质虽然可以赋予审查机构一定的特权,但并非没有边界。国家安全至关重要,但并不意味着可以任意凌驾于投资者的私人财产权之上,也不意味着必须牺牲投资者的正当救济权利。片面强调安审机构的自由裁量权而牺牲投资者的救济权利并不妥当。因此,在《外商投资法》第35条第2款的具体配套制度构建中,我国应考虑如何平衡国家安全与投资者保护,对安审决定的司法审查作出妥善安排,具体建议如下。

### (一) 赋予投资者必要的救济权利

我国《外商投资法》第35条明确规定依法作出的安全审查决定为最终决定,这说明我国的安全审查决定原则上具有豁免性,即被审查的外国投资者对安全审查决定通常不得提起行政复议和行政诉讼。但是,我国安全审查具有豁免性并不意味着绝对地排除被审查外国投资者提起行政复议或行政诉讼的可能。“作出的安全审查决定为最终决定”与“依法作出的安全审查决定为最终决定”在豁免程度上应作不同理解。“作出的安全审查决定为最终决定”意味着特定的审查机关对外资予以审查后,作出的决定为最终决定,被审查主体不得提起行政复议和行政诉讼,完全具有豁免性。与此相反,“依法作出的安全审查决定为最终决定”意味着只有依据法律规定作出的安全审查决定才为最终决定。我国《外商投资法》对安审仅有一条原则性规定,安审决定具体如何作出尚有待配套立法加以解决。因此,这里的“依法”首先应理解为具体的安审配套实施细则。除安审细则外,此处的“依法”还应当包括依据宪法、《外商投资法》及其他与安审相关的国家立法。

### (二) 安审决定可享有行政复议豁免

在明确安审决定具有可诉性的同时,我国需要考虑如何把握赋予安审决定救济权的范围与幅度。考虑到作出安审决定的机构已经是国家最高行政机关,而行政复议在性质上属于内部救济的范畴,赋予对安审决定提起行政复议的救济权利,意味着行政机关需要对自己的决定过程再进行一次重复审查,这往往起不到真正的监督作用,对投资者而言也没有太大意义,因此,在外资安审配套立法中可考虑进一步明确安审决定豁免于行政复议程序。我国《外商投资法》第26条还规定了外商投资企业投诉工作机制以“及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题”“协调完善政策措施”并“协调解决行政行为侵权的问题”。该机制不同于一般意义上的行政复议,对于化解普通外商投资行政纠纷具有一定的优势,但鉴于国家安全事项显然不属于可通过投诉工作机制与投资者之间“协调解决”的范畴,因此也不宜作为安审救济的替代方案。

### (三) 安审决定的司法审查仅限于程序救济并应遵循保密例外

国家安全审查的不可诉性主要体现在司法不能够介入具有政治性色彩的安审结论;审查决定作出的过程和依据可能涉及国家秘密;审查决定的作出具有较强的专业性和复杂性。由此可见,实际上真正不可诉的应是国家安全审查决定或是结论,也就是不应对国家安全审查作出实质性审查。但是,审查程序的合法性,包括启动安全审查的决定的合法性,安审程序应遵守法定的时限要求以及透明度要求,是程序正义的重要体现,不应该被排除于司法审查之外。在配套立法的制度设计中,我国可考虑采用允许对国家安全审查进行程序审查但限制对其进行实质审查的做法。对于司法审查过程中所接触的机密信息,可规定仅得由法官进行非公开查阅并保密。如此,一方面可维护国家安全审查的权威性,使该制度能够妥善维护我国的国家利益;另一方面,又不会导致审查机关恣意滥用权力对投资者权益造成损害,充分保障外国投资者对该制度的信赖和利益。

### (四) 指定最高人民法院或特设法庭管辖此类案件

安审决定的程序性司法审查可以考虑违宪审查和一般行政审查两种路径。按照世界违宪审查模式——立法机关审查模式、司法机关审查模式和专门机关审查模式的划分,我国属于立法机关审查模

式。十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,应完善全国人大及其常委会宪法监督制度,健全宪法解释程序机制。习近平总书记在党的十九大报告中明确指出要“推进合宪性审查工作”。2018年3月11日通过的现行宪法第五次修正案第70条第1款将“法律委员会”修改为“宪法和法律委员会”,表明全国人大常委会在维护宪法权威、保证宪法实施方面有望发挥更加积极的作用。就现阶段而言,赋予投资者救济权利的更为现实的路径是完善一般行政审查,可考虑将安审决定的司法审查权交由指定高级别法院或特设法庭进行专属管辖。安审决定的司法审查可采取“不告不理”方式,同时将法院的审查范围局限于审查具体行政行为的作出是否严格遵循法定程序要求,判决结果包括驳回原告诉讼请求、撤销或者部分撤销安审决定并判决被告重新作出行政行为等。

#### (五) 通过提升透明度等方式完善其他监督机制

良好的监督机制和可问责性不仅应体现于外部的司法审查,还应贯穿于国家安全审查的整个过程,进而与司法审查共同构成有效的安审监督机制。2017年10月23日,国家发展和改革委员会等五部门联合发布的《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》,对公平竞争审查程序提出了四个方面的程序约束:一是建立健全自我审查机制,二是要求形成书面审查结论,三是细化征求意见规则和程序,四是建立定期报告和评估机制。这对于安审程序的配套设置具有重要指引作用。

#### (六) 注意安审决定与投资条约的衔接

赋予安审决定必要的司法审查,打造一整套监督和问责机制,有助于我国避免因违反投资协定保护义务及透明度规则而面临的被诉风险。就投资协定层面而言,我国也应考虑与国内法立场的统一与衔接,尤其应考虑在“国家安全例外”条款中引入“自决性”的表述,将安审决定排除在实质性国际司法审查之外,这对于维护国家主权与安全十分必要。此外,亦可考虑在双边投资协定中就安审的司法审查引入对等原则,以避免在反制特定国家时限于被动。

虽然目前在实践层面各国法院对安审决定的司法审查经验乏善可陈,但这并不意味着将安审行为纳入司法审查范围毫无意义。从某种程度上说,权利存在即正义,无论其行使与否。对于采取国家安全审查可诉模式的投资东道国而言,赋予投资者以救济权不是突兀或任意的选择,而是将其作为国家安全审查制度的有机组成部分,是为保持其与国家安全审查制度的其他各项内容相呼应和配套而决定的。我国《外商投资法》的颁布,从法律的层面规定了建立外商投资国家安全审查制度,具有十分重要的意义。然而,《外商投资法》中仅做了原则性的规定,外商投资国家安全审查具体制度的构建仍然有很长的路要走,需要经过大量的论证推敲和利益平衡。包含正当程序、公开透明、合法救济、非歧视等内涵的“程序正义原则”越来越成为世界各国在构建法律制度时所需考虑的一个重要因素。在维护东道国国家安全利益和投资者的私人利益这对矛盾中,如何实现这两种利益之间的平衡,需要程序正义来发挥指导和制约作用,贯穿外商投资国家安全审查制度的方方面面,使审查范围明确清晰、审查权力合法运行、审查程序公开透明、事后救济有效保障,从而既能够维护国家安全利益,又能够保护投资者的合法利益,促进投资自由化的发展,构建一个自由、法治、透明、规范的营商投资环境。

#### 参考文献

- [1] 漆彤. 外资国家安全审查立法中的若干重要问题. 中国法律评论, 2015, (2).
- [2] 王东光. 国家安全审查: 政治法律化与法律政治化. 中外法学, 2016, (5).
- [3] Wehrlé, F., J. Pohl. Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices. 经合组织网, 2016-06-14. [2019-08-20] <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwrrf038nx-en>.
- [4] Article. L. 151- 3. Monetary and Financial Code (Legislative Section). 2010-11-1. <https://www.legifrance.gouv.fr/content/ocation/1789>.
- [5] GAO. Foreign Investment: Laws and Policies Regulating Foreign Investment in 10 Countries. 美国政府问责局网, 2008-

- 02-28.[2019-08-20] <http://www.gao.gov/new.items/d08320.pdf>.
- [6] 外国為替及び外国貿易法. 日本法律翻译网, 2018-03-19.[2019-08-20] <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3267&vm=04&re=01>.
- [7] Vivienne Bath. Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China. *Sydney Law Review*, 2011, 34(5).
- [8] Paul Comrie-Thomson. *Uncertain Opportunities: Chinese Investors Establishing Investments in New Zealand*. University of Wellington: China Research Paper, 2013-01.
- [9] Dave Heatley, Bronwyn Howell. *Overseas Investment: is New Zealand Open for Business?* Wellington: New Zealand Institute for the Study of Competition and Regulation Inc, 2010.
- [10] Foreign Investment and National Security Act of 2007. Public Law 110-49. Sec 6(e).
- [11] The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S.2098 /H.R. 4311, Sec.14(1)-14(2).
- [12] Regulation 2019/452, Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, 2019-03-19.
- [13] 陶立峰. 外国投资国家安全审查的可问责性分析. 法学, 2016, (1).
- [14] 陈瑞华. 程序正义理论. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- [15] 王名扬. 英国行政法. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- [16] 宋晓燕. 中国外商投资制度改革: 从外资“三法”到《外商投资法》. 上海对外经贸大学学报, 2019, (4).
- [17] Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security. 经合组织网, 2009-05-25.[2019-08-20] <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/43384486.pdf>.

## On the Judicial Review of National Security Screening Decision Of Foreign Investment

Qi Tong (Wuhan University)

**Abstract** National security screening is one of the important legal tools for host countries to manage foreign investment. However, it has been criticized for its ambiguity in the concept of national security, the abstraction of review standards, and limited remedies available. From the international comparison point of view, improving the predictability and accountability of national security screening decision represents the future development trend. Whether the security review decision should be subject to local judicial review has received different positions among countries based on different value orientations of national security and procedural justice. China formally incorporated national security review mechanism of foreign investment into its new Foreign Investment Law of 2019. According to article 35.b, a decision legally made upon a security review shall be final, which means generally a foreign investor couldn't seek any remedies to challenge the authorities' decision. However, China needs to find a balanced approach between the protection of procedural due process and the maintenance of authority's discretion on national security. The wording of article 35.b has still left some limited space for potential judicial review when China drafts its implementation regulations.

**Key words** Foreign Investment Law; national security screening; investor protection; due process; judicial review

■ 收稿日期 2019-10-25

■ 作者简介 漆彤, 法学博士, 武汉大学法学院、武汉大学国际法研究所教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李媛