

论我国外资国家安全审查的正当程序及其优化进路

沈 伟 陈睿毅

(上海交通大学, 上海 200030)

摘 要:《外商投资安全审查办法》的出台标志着我国外资国安审查制度日臻成熟,但其制度内容较多停留于操作流程,程序正义尚未能完全体现。外资国安审查属于行政许可,完善权责配置、公开决策程序、敞开沟通途径是我国外资国安审查制度仍需完善的方向。为更好平衡国家安全和投资自由,应通过优化正当程序建构外资国安审查“经纬网”。在程序性规则上形成类案检索、行政公开、听证等程序,运用“利益均衡测试”衡量现有程序正当程度并加以改进;在实质性规则上确立非歧视自由裁量基准、引入监督问责制、加强与外国投资者交涉等制度。

关键词: 外资; 国家安全审查; 正当程序; 投资自由; 国家安全

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2023) 02-0072-13

外商投资国家安全审查(以下简称“外资国安审查”)是东道国为维护国家安全,审查有危害或者危害之虞的外商投资,并通过禁止、增加附加条件等手段以化解威胁的法律制度。正当程序原则是指权力的运行必须遵循正当的方式与步骤。^①在经济全球化背景下,促进投资自由化和保护国家安全是外资国安审查制度所联结的两端。2009年,为规范东道国外资国安审查行为,限制其自由裁量权,消除内国相关法规的模糊性,经济合作与发展组织在《东道国国家安全投资政策指南》中倡导“透明度原则”,通过披露决策行动、征求投资者意见、严格时限等措施,在保护国家机密信息的同时,维护投资者合法权益。^②这是正当程序原则适用于东道国对外国直接投资行使规制权的例证,亦是跨国投资监管所倡导的国际最佳实践之一。正当程序强调外资国安审查的监管目标和做法应具有可预测性,体现了正当程序原则的制度价值。我国《外商投资安全审查办法》(以下简称《审查办法》)的制定与实施是法治化要求,正当程序的适用是其应有之义。

本文从外资国安审查法律属性和正当程序原则的普适性出发,探讨正当程序原则在外资国安审查中的可适用价值,分析我国外资国安审查制度现状,并试图将正当

作者简介: 沈伟,上海交通大学法学院特聘教授,博士生导师,英国伦敦政治经济学院法学博士,研究方向:国际法、金融法;陈睿毅,上海交通大学法学院欧盟法研究中心研究助理,研究方向:金融法、国际法。

基金项目: 国家社科基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”(项目编号:21&ZD208)。

① 周佑勇.行政法基本原则研究[M].第二版.北京:法律出版社.2019:212.

② OECD.Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security[EB/OL].2009.OECD.www.oecd.org/investment/investment-policy/43384486.pdf.[2009-05-25][2022-04-10].

程序原则建构其中,使其内容能够成为优化我国外资国安审查制度适用的一剂良药。

一、问题的提出

2020年12月19日,国家发改委与商务部共同颁布了《审查办法》。这是继2019年我国颁布《外商投资法》以来又一部有关对外开放的重要法律文件,完善了《外商投资法》第35条的规定,^①将原先一个短短的条文扩展到具体实施细则,彰显了经济全球化背景下国家对平衡促进投资自由化和保护国家安全的重视。《审查办法》规定了审查范围、工作机制、审查流程、申报制度、监督实施和违规处理等,内容全面详实,是新时代外资国安审查工作机制和外国投资者的行为准则和办事依据。

《审查办法》的原则性和概括性较强,内容仍较多地停留于形式流程,即通过确定外资国安审查的操作步骤来规范外资国安审查工作机制的行政权力,程序正义价值尚待进一步挖掘。纵览其23个条文,如何使国家安全概念更加明晰,以防止外资国安审查制度在实施中可能发生的任性,如何确立外资国安审查工作机制自由裁量权的合法与合理边界,以及如何切实保障外国投资者在外资国安审查过程中的合法权益等一系列问题,都需要现有条文进行诠释和回应。“程序的正义,意味着程序不是权力的附庸,而是制约专横权力的屏障。”^②外资国安审查不是“开放倒退”,^③在里程碑式的《审查办法》已实施的今日,应有具象化程序法治思维,推进外资国安审查在实践中完善,既保护我国政治、经济、产业、国防等总体安全,又保护外国投资者正当权利,^④避免将不确定性和不可预测性由广大外国投资者承受而打击其投资积极性,干扰我国扩大对外开放的步伐,进而在中美脱钩中处于被动,影响构建国内国际双循环的新发展格局。

二、我国外资国安审查的法律属性与正当程序原则的可适性

外资国安审查本质上是公权力对财产自由流动的限制,通过禁止或者增加附加条件措施对外国投资者的财产权、根据投资合同所产生的可预期利益和投资自由施加不利影响。正当程序原则是在公权力主体干涉当事人权利的情况下适用的行为准则,二者具有形式上的契合性(相关性)和实质上的可适用性(重要性)。

(一)我国外资国安审查的行政许可属性

从形式上说,《行政许可法》第2条规定:“行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”因此,行政

① 《外商投资法》第35条: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。

② 蒋秋明.程序正义与法治[J].学海,1998,(6).

③ 陈岱松,蔡丽楠.外资安全审查不是“开放倒退”[J].法人,2021,(2).

④ Li,Xingxing.National Security Review in Foreign Investments:A Comparative and Critical Assessment on China and U.S. Laws and Practices[J].Berkeley Business Law Journal,2016,13.

许可具有 3 个构成要件：当事人须申请；申请许可内容须授权；行政机关须审查。

按照《审查办法》，外资国安审查流程为：首先，影响或者可能影响国家安全的特定类型外商投资应主动向外资国安审查工作机制办公室（以下简称“工作机制办公室”）申报；其次，工作机制办公室决定是否启动外资国安审查，如作出不需要审查决定的，当事人可以进行投资；再次，工作机制办公室进行一般审查，如认为申报的外商投资不影响国家安全的，应当作出通过安全审查的决定；接着，如一般审查认为影响或者可能影响国家安全的，应当启动特别审查，如经特别审查发现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，如影响国家安全则作出禁止投资的决定，通过附加条件能够消除对国家安全的影响，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。申报、决定是否启动审查、一般审查、特别审查、决定允许或禁止投资，这一系列流程明显符合行政许可的 3 个要件，具备行政许可的形式。

实质上，行政许可是赋权和解禁的统一。存在法律禁止事项是行政许可的前提，进行审核批准是行政许可的手段，赋予实施原禁止事项资格是行政许可的目的。为维护国家安全、主权、发展等利益或者社会公共秩序善良风俗，国家通过设置禁止事项封堵隔绝外来冲击，作为“防火墙”对项目进行前置性审查、对风险进行控制，从而对是否予以外资准入作出裁量。设置外资国安审查是对投资自由进行一定程度的审查和限制，从而兼顾对外开放和政治、经济、产业、国防等整体安全。因此，外资国安审查属于典型的行政许可，受到作为公权力行使基本原则之一的正当程序原则的调整。

（二）正当程序原则的普适性

正当程序原则是实现法治的必然要求，对自由、公平、权利保障等目标的追求是正当程序原则的应有之义。在法治国家，正当程序原则不仅是裁判合法性的准绳，更是衡量所有公权力行使合法性、合理性、公平性的尺度之一。为了走出自由主义范式中形式法危机所造成的人与人之间事实上的不平等和福利国家中的实质法危机所造成的国家公权力主体家长主义之困境，哈贝马斯更是提出“交往行为理论”和“程序主义法律范式”，试图通过不同主体之间的互动，形成透明性商谈意见，促进人们与公权力主体沟通，相互理解协调各方以使公权力形成意志作出决定，化解公权力和私人自由间的矛盾。^①由是观之，诸如当事人参与、过程公开等正当程序之设计有助于划定公权力运行的合法性、正当性、公平性的边界，抑制权力恣意行使，保护私人主体的自由和正当权益。

正当程序原则在各部门法领域有广泛的适用空间，基于不同的国情和历史背景，具体内涵难免会有所不同。但是，正当程序原则的普适性决定了其实质均为“着眼

^① Habermas, Jurgen. Morality and Ethical Life: Does Hegel's Critique of Kant Apply to Discourse Ethics? [J]. Northwestern University Law Review, 1988~1989, 83.

于权力行为的过程,确定程序标准来控制权力”;^①其特点均是通过适当设计权力行为程序,使得相对人与权力行使主体在过程中发生“交涉”,充分保障决定程序法律结果的法律主体行使权力的正当性,以维护相对人的正当权益;其根本目的都是达到实体正义和程序正义的动态平衡。^②

(三) 正当程序原则在外资国安审查中的可适用性

裁量性行政行为与羁束性行政行为相对,是指行政主体在面对同一案件事实时,可以采取不同做法,作出不同决定的行政行为。裁量性行为包括决定裁量和选择裁量,前者是指行政主体可以决定采取措施,也可以决定不采取措施;后者是指行政主体可以作出此决定,亦可以作出彼决定。

事实上,外资国安审查既包含决定裁量,亦包含选择裁量。当外国投资者申报时,工作机制办公室根据《审查办法》第4条和外商投资负面清单判断该外国投资是否属于审查范围,以确定是否进行后续审查,这属于根据法律规定作出行政决定,很少有自由裁量权的羁束性行政行为。然而,与之相对照,当进入审查后,工作机制办公室便“大权在握”,由于“影响国家安全”非确定性概念,许可外商投资与否全凭行政主体的事实理解和经验分析,权力运行空间巨大,这属于裁量性行政行为中的决定裁量。其中,不透明的决策程序容易造成对外资国安审查的任意执法,偏私歧视的主体心态会导致相似案件不同判断,不听取外国投资者意见会导致外资国安审查被滥用和操纵。当最终特殊审查认定外国投资影响国家安全后,工作机制办公室根据具体投资情况作出禁止投资或者附加条件投资的决定,这属于裁量性行政行为中的选择裁量,如果只要附加条件即可保护国家安全却采纳禁止投资决定,外商投资的投资自由就会被剥夺。因此,为防止工作机制办公室在审查中滥用自由裁量权,正当程序原则有广阔的适用空间和必要性。

给相对人带来利益的行政行为是授益性行政行为,给相对人带来不利益的行政行为是负担性行政行为。在外资国安审查中,既有通过外资国安审查被给予投资许可的授益性行政行为,又有未通过外资国安审查“在被禁止交易的同时强制要求其放弃对于已获得的股权或资产的所有权”的负担性行政行为。^③无论是授益性行政行为还是负担性行政行为,当事人的营业自由、财产权等正当利益都受其影响。

营业自由是指当事人自主选择自己所从事事业的自由,包括选择交易对象、确定交易内容、决定交易方式等。如果出于政治原因,一国审查主体以外资国安审查为工具,在外国投资者面前无理地构筑投资壁垒,则外国投资者的营业自由将无法得到充分保证。同理,若审查决定恣意做出,在给予许可的同时,给本不该附加条件的投资施加附加条件,则会使外国投资者徒增交易成本,甚至导致投资失败,

① 孙笑侠.程序的法理[M].第二版.北京:社会科学文献出版社,2017:252.

② 陈瑞华.走向综合性程序价值理论——贝勒斯程序正义理论述评[J].中国社会科学,1999,(6).

③ 黄洁琼.论比例原则在外资国家安全审查中适用[J].河北法学,2020,(10).

这亦不合理地剥夺了外国投资者确定交易内容的自由，是对营业自由的不当影响。公法上的财产权指取得和拥有财产的一般性权利，^①如果外资国安审查遭到滥用，即使《审查办法》第8条规定审查期间不允许进行投资，但那些基于合理信赖为投资做准备的前期投入会化为泡影，外国投资者难免会担心自己的财产权处于不稳定状态之中。由是观之，为保障外国投资者的合法权益，增强外国投资者的投资信心，正当程序原则引入兼具受益性和负担性行政行为色彩的外资国安审查具有现实意义。

三、我国外资国安审查制度的现状及问题

尽管《审查办法》于2020年底出台，其实施效果尚待时日检验，但不可否认的是，仔细分析其文本，在权责配置、程序细化、沟通途径等方面仍有较大提升空间。此外，“新冠肺炎疫情的暴发使投资和贸易保护主义在全球甚嚣尘上，世界各国各自为营，对外资安全的审查更为严格，外资政策趋紧。”^②域外日益泛政治化的外资国安审查似乎亦代表着一种趋势，然而我国作为负责任大国不应“随之起舞”。

（一）权责配置的清晰性

首先，应着力化解因审查机制牵头机构采取“双头制”造成权责不清而产生的矛盾。2011年的《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》规定：“联席会议在国务院领导下，由发展改革委、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，”确立了我国外资国安审查牵头机构的“双头制”，2020年的《审查办法》亦没有改变这种模式，“只不过办公室设在发改委，发改委是主场，商务部客场作战。”^③然而，“双头制”的牵头机构设置和后续审查活动中尚未明晰的职责分工会引发推诿，致使程序不当拖延，从而导致外国投资者合法权益受到损害。权责配置模糊的现状需要强化商务部和发改委本身职权，优化二者在外资国安审查机制内的权责分工。商务部多从优化营商环境、国民待遇等角度考虑，发改委多从经济安全、产业安全和“总体国家安全观”等方面斟酌，事实上这本身亦体现了平衡投资自由化和国家安全的制度构想。

其次，难以看出其他部门在外资国安审查中是否发挥作用。《审查办法》仅提到两大牵头机构，参与联系机构的其他部门并未涉及，外国投资者难以了解其他部门介入外资国安审查的门槛和程序，^④亦不知道它们在工作机制办公室发挥什么作用和怎样发挥作用。程序公开性不足导致外资国安审查程序可预测性不充分，对外国投资者具有一定的消极作用。

① [日]芦部信喜著，高桥和之补订，林来梵、凌维慈、龙绚丽译：《宪法》[M]，第六版，北京：清华大学出版社，2018：183。

② 赵蓓文：《全球外资安全审查新趋势及其对中国的影响》[J]，《世界经济研究》，2020，（6）。

③ 漆彤：《外商投资安全审查办法》出台[EB/OL]，2020，国际经济法评论。<https://mp.weixin.qq.com/s/poxV44QLG0y45pHWXnb0Yw>，[2020-12-19]（2022-04-11）。

④ 孙南申、彭岳：《外资并购国家安全审查制度的立法改进与完善措施》[J]，《学海》，2014，（3）。

（二）决策程序的透明度

我国的外资国安审查自 2011 年开始正式独立运作，但该制度的执行情况却鲜有披露。“永辉超市收购中百集团案”是独立发展时期唯一的已知国安审查案例。永辉超市是一家在我国成立的外商投资企业，中百集团是武汉市国资委下属的一家零售公司。2019 年，国家发改委宣布对永辉超市收购中百集团进行国安特别审查。不过，在国家发改委作出国安审查决定前永辉超市主动放弃了收购。^①该案引发了众多议论与质疑，有学者指出，永辉仅要求收购中百 40% 的股份，且没有公开证据表明永辉希望谋求对目标公司的实际控制权，不符合 2011 年两份文件规定的国安审查启动条件，且此次合并只涉及两家经营超市的零售企业，不属于国安审查的行业范围。“正是因为审查主体违背了正当程序原则，未依据文件要求，错误启动审查程序，且决策程序‘秘密化’，所以延误了收购进程，耽误了收购的最佳时期。”^②2015 年的《外国投资法（草案征求意见稿）》确实要求商务部编制并公布部门指南和年度报告，但随着草案的失效，审查过程仍然欠缺透明度。工作机制办公室如何作出决定？要不要表决？决定理由是否公开？这一连串问题仍有待解决。^③外资国安审查会有很多信息涉及国家机密，因而对其公开程度没有特别高的要求，但这并不等于说就是没有要求，国家安全审查的标准、证据甚至会对外国投资者产生影响的信息，仍应予以公开。^④

不可预测的程序对潜在的外国投资者来说意味着“抽奖”，外国投资者无法事先察觉其潜在交易对国家安全的影响，不利于保护外国投资者利益和高效进行审查程序。^⑤不透明的决策程序易造成外资国安审查的过度执法，使其在外国投资者脑海中先入为主地形成“闭门造车”的错误印象。^⑥

（三）沟通途径的充分性

投资者保护机制包括事前咨询机制、事中参与机制和事后救济机制。《审查办法》第 5 条建立了事前咨询机制，外国投资者在外资国安审查申报前可以就相关问题咨询工作机制办公室。然而，事中参与机制却在《审查办法》中只字未见。如果外资国安审查过程缺乏外国投资者的参与或信息沟通，难免给审查主体留下滥用的空间，自由裁量权亦得不到应有的限制和监督。

① Ding, Yi. Yonghui Drops Plans to Increase Stake in Chinese Retailer after National Security Probe[EB/OL]. 2019, Caixin. <https://www.caixinglobal.com/2019-12-17/yonghui-drops-plans-to-increase-stake-in-chinese-retailer-after-national-security-probe-101495178.html>. [2019-12-17] (2022-04-12).

② Cheng, Bian. National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union[M]. London: Routledge, 2020: 80.

③ Mo, Zhang. Change of Regulatory Scheme: China's New Foreign Investment Law and Reshaped Legal Landscape[J]. UCLA Pacific Basin Law Journal, 2020, 37; 漆彤. 快评:《外商投资安全审查办法》出台[EB/OL]. 2020, 国际经济法评论. <https://mp.weixin.qq.com/s/poxV44QLG0y45pHWXnb0Yw>. [2020-12-19] (2022-04-11); 黄翔. 关于我国国家安全审查制度完善之思考[J]. 国际贸易, 2016, (6).

④ 刘磊. 中国外国投资国家安全审查制度研究[J]. 江南社会学院学报, 2016, (4).

⑤ Saha, Souvik. CFIUS Now Made in China: Dueling National Security Review Frameworks as a Countermeasure to Economic Espionage in the Age of Globalization[J]. Northwestern Journal of International Law & Business, 2012, 33.

⑥ Cheng, Bian. National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union[M]. London: Routledge, 2020: 81.

不少学者认为,《外商投资法》规定“依法作出的安全审查决定为最终决定”断绝了因对审查决定不服而提起行政复议、诉讼等事后救济措施的路径,呼吁尽快建立起司法审查机制。^①然而,强调投资者保护并不意味着非得建立司法审查机制。首先,我国外资国安审查制度规定对审查决定不可复议和上诉有其合理性:一是因为涉及国家安全这种专业性强且与政治牵连颇深的问题,法院难以解决且不应解决;二是正如美国“谢弗林尊重”原则,法院应对行政机关依据听证等特定程序作出的行政决定保持一定的谦抑性。^②其次,允许对外资国安审查进行司法审查并非国际通例,美国等诸多国家和我国一样采取了“外资国安审查终局”的模式。那些持“应建立司法审查”的学者往往会以美国 Ralls 案作为他们的论点,可事实上,Ralls 案的判决实质上是裁定外国投资者应得到程序上的保护,如被告知:(1)官方行动,(2)决定所依据的非特定证据,(3)反驳证据的机会。Ralls 案并未改变剥夺外国投资者重大财产利益的美国外国投资委员会或总统对国家安全风险认定原则上的司法不可审查性。

另外,外资国安审查的终局性并不意味着排除所有诉讼和复议的可能。当外资国安审查不符合正当程序原则时,法律法规并没有堵死诉讼、复议的路径。《外商投资法》第26条规定:“外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的,可以通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决。外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的,除依照前款规定通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决外,还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。”这一条款是对外国投资者一般性的救济,如何衔接外资国安审查和一般救济方法,给外国投资者增加一次被重新审查、增进和有关部门交流的机会,提供缓解矛盾的可能性比设置司法审查更为可行。“法院缺乏足够的信息和认知能力来处理外资国安审查争议,即使赋予法院以最终决定权,其象征意义也大于实际功效。”^③

在我国现有外资国安审查制度中,投资者保护机制缺乏仅指事中参与机制缺乏。然而,这是最不可或缺的投资者保护机制,在因“谢弗林尊重”原则而维持外资国安审查工作机制一裁终决的前提下,没有诸如听证、表决制等与投资者互动沟通成分,直接影响外国投资者听证等程序性权利和投资自由等实体性权益是否被剥夺。

(四) 审查标准的开放性

《审查办法》没有对外资国安审查的审查标准进行规定,即审查标准具有“开放性”。很多学者认为,正是由于审查标准的开放性导致了我国外资国安审查制度

① 漆彤.论外商投资国家安全审查决定的司法审查[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2020,(3);刘惠明,徐文婕.中美外商投资国家安全审查制度比较——兼论《中华人民共和国外商投资法》的完善[J].长江论坛,2020,(3);李首阳.安全审查决定的救济措施探究[J].安徽警官职业学院学报,2019,(5).

② Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

③ 孙南申,彭岳.外资并购国家安全审查制度的立法改进与完善措施[J].学海,2014,(3).

的不透明和难以预测。^①国家安全的概念不是静止的,相反,它随着时代的发展而不断变化,保持审查标准的开放性便于实践中灵活操作。同时,个案评估是世界各国普遍采取的外资国安审查模式,代表了一种实事求是、与时俱进的治理态度。如果用一个静态的标准去人为划定一个标准,一是容易被时代淘汰,为了防止淘汰,则审查标准一定要有兜底条款,而兜底条款为了包罗万象,必然是模糊表述的,最终还是要回到“难以预测”上,人为划定标准没有意义;二是过于教条,把外资国安审查从一个裁量性行政行为变成羁束性行政行为,使其本身丧失了张力和适用的生命力。因此,笔者认为,审查标准开放性并非我国外资国安审查的不足。

从2003年至今,在外资国安审查近20年的发展历程中,法治化是“主旋律”,从初始没有规则到繁多粗浅再到“定于一法”,制度日趋成熟。同时,必须承认,在执法实践中,审查主体的程序意识尚有很大提升空间。现有外资国安审查制度仍应在程序上有所进步,包括权责配置需完善、决策程序要透明、沟通途径应打开。否则,决策机构混乱会导致程序拖延和可预测性不够;决策程序秘密易引发对外资国安审查的任意执法;投资者保护机制的事中参与机制缺乏会影响外国投资者听证的程序权利和投资自由等实体权利。同时,审查有时会受到部分行业或者群体利益的不当影响。为挣脱某些狭隘的部门、行业或者个人“政治”利益的桎梏,实现效率和公正以及维护国家整体、长远的安全和利益,运用法治化思维和正当程序约束性显得尤为重要。

四、正当程序原则适用于我国外资国安审查的制度建构

正当程序原则在保障人权和自由、维护私有财产、维系民主法治社会等方面都发挥着重要作用。^②“程序是实现法治的基石”,^③为了弥补前述现有外资国安审查制度在程序上存在的缺漏,正当程序原则应该在我国外资国安审查制度中得以建构。

(一) 正当程序原则的横纵具体维度

正当程序原则脱胎于英国“自然公正”(natural justice)原则,随后“自然公正”原则传入美国,经美国宪法第5和第14修正案和判例确认,正当程序原则走向成熟,并从原先仅仅是一项司法原则成为宪法和行政法领域的重要原则。20世纪以来,大陆法系国家纷纷引入正当程序原则。随着我国依法治国进程的持续推进和理论与实践界的不懈努力,正当程序原则亦成为我国公法领域的一项基本原则。^④

纵向维度上,正当程序原则具有偏私排除、公开透明、公众参与3个具体内容。^⑤

① Li,Xingxing.National Security Review in Foreign Investments:A Comparative and Critical Assessment on China and U. S. Laws and Practices[J].Berkeley Business Law Journal,2016,13; 李军.外国投资安全审查中国国家安全风险的判断[J].法律科学(西北政法大学学报),2016,(4); 甘培忠,王丹.“国家安全”的审查标准研究——基于外国直接投资市场准入视角[J].法学杂志,2015,(5).

② 许春晖.正当程序:滥用程序权的判断标准[J].法学评论,2019,(2).

③ 季卫东.程序是实现法治的基石[J].法制资讯,2010,(9).

④⑤ 季卫东.法律程序的意义:对中国法制建设的另一种思考[J].中国社会科学,1993,(1); 周佑勇.行政法的正当程序原则[J].中国社会科学,2004,(4); 朱淑娣,周诚.国际经济行政法基本原则:平等保护与正当程序[J].北方法学,2011,(5).

从法律主体角度来看,客观中立的立场是正当程序的基础,公权力机关同一情况平等对待是作出公正决定、合理结果的前提。从公权力行为进度角度来看,明白公开的程序结果是正当程序的重点,透明可知贯穿事前事中事后全过程是规范自由裁量、自主决策的必需手段。从公权力主体与当事人关系角度来看,通达顺畅的沟通机制是正当程序原则的要求,赋予当事人参与公权力决定过程的民主权利是最小化阻碍与浪费、最大化效果与支持、实现合理化的应有之义。

正当程序原则不仅能注重程序本身,亦可直接着眼于当事人的合法权益。作为美国宪政制度上历史悠久的一项基本原则,自麦迪逊将“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”写入宪法第5修正案开始,正当程序原则就在保障人权和自由、维护私有财产、维系民主法治社会发挥了重要作用。在判例的推动下,美国逐步确立了对正当程序原则的二分法。故在横向维度上,正当程序原则可区分程序性与实体性,程序性的正当程序着眼于“事”,考察法律如何在过程中实施和执行,而实质性的正当程序着眼于“人”,考察法律将对谁产生影响以及将产生什么影响。^①

将程序与实质二分,分别与正当程序原则的3项基本内容相结合,共同编织正当程序原则的“经纬网”,构建具有中国特色、与国际接轨的外资国安审查制度,体系更加严密,结构更加完整,更能在赋予程序性权利的传统基础上,实现对外国投资者合法权益的直接保护,达到程序正义和实体正义的动态平衡,统筹兼顾国家安全和投资自由。

(二) 程序性规则

程序性规则建构是从公权力实施过程出发,要求公权力主体行使权力在对生命、自由或财产造成不利影响时,方式和程序符合基本的公平,包括给予当事人听证权、对待决案件的知情权、根据有关情况在沉默或者争辩间作出抉择的自由以及向相应的公权力主体陈明其抉择事由的权利。在外资国安审查中分别形成类案检索机制、行政公开、听证程序三大程序,保障程序本身的正当性,确保程序正义。同时,“利益均衡测试”亦可被用作衡量现有程序正当程度的标准,为改进审查程序提供依据。

1. 建立类案检索机制

偏私排除在程序上要求审查主体在审查中排除一系列不合理限制措施,不带歧视地对待每个外国投资者,让外资国安审查回归审查本身。面对产业领域类似、投资风险相当、投资水平相近的外商投资,审查主体应该相似行使自由裁量权,做出相近的处理决定。而类案检索机制正是一种约束“同案不同裁”的措施,通过“搜索—比较—预警—决定”4个步骤过滤歧视、排除偏私。首先,审查主体在审查具体外商投资做出初步审查意见的同时,被课予进行类案搜寻和分析的职责;其次,根

^① Strauss,Pete R.Due Process[EB/OL].2021,Legal Information Institute of Cornell Law School.https://www.law.cornell.edu/wex/due_process. [2021-04-30] (2022-05-01).

据个案中的外资国安审查考量因素,发掘个案与类案之间的关联,比较个案与类案的相同之处,同时考察不同之处,避免机械行政;再次,若初步审查意见与先前类案决定差异过大,则触发重审预警;最后,在充分完成上述3个步骤后,做出最终是否许可、是否附加条件的审查决定。笔者认为,类案检索机制能够最大限度避免出于诸如外国投资者母国与东道国外交关系不佳、对本国产业过度保护等歧视性目的,^①以“国家安全”审查为借口做出不公正决定。

2. 公开审查过程和结果并说明裁量理由

公开透明在程序上意味着外国投资者和公众对审查主体、审查内容、审查流程、审查结果等事项具有知情权,审查主体亦有义务充分且主动地向外国投资者和公众公开这些信息。尽管外资国安审查不可避免地涉及国家安全,然而就在国家安全外围的其他一切信息而言,审查主体不能以“国家安全”为由拒绝向相对人或公众公开。审查主体公开主要是明晰工作机制办公室的职权,包括牵头机构“双头制”下发改委和商务部职权的划分,其他部门在工作机制办公室的作用以及牵头机构和其他部门工作的衔接等。审查内容公开是指尽管因审查标准开放性,不事先在立法中确立审查考虑因素具有合理性,但在审查过程中决定个案投资是否批准的理由和依据应该公开。审查流程公开强调审查的每一步骤必须公开透明,包括决定是否进行国安审查、一般审查、特殊审查。审查结果公开要求审查主体在审查结束后及时告知外国投资者是否批准或是否附加条件并说明决定理由。此外,还应通过组织查阅等方式向普通公众包括潜在外国投资者公开,便于他们了解外资国安审查,为日后参与对华投资及外资国安审查汲取经验。

3. 设置听证程序

程序上的公众参与原则离不开听证制度,外资国安审查作为行政许可的一种表现形式,亦应在许可决定作出前给予外国投资者充分的解释和辩护机会,吸收他们的合理意见。听证程序在外资国安审查中的建构应包括审查与决定职权分离、提前告知、充分参与(陈述、申辩、举证、质证)、笔录核实等内容。^②审查与决定职权分离是听证程序对工作机制办公室职权划分的要求,案件调查人员要和主持听证做出决定的人员分离,避免“既当追诉员又当裁判员”的程序不公正,同时听证程序中的回避原则亦是这项内容的延伸。^③在听证开始前,审查主体应提前告知外国投资者听证的时间、地点以及案件调查人员的初步审查意见,给予外国投资者完善和准备的合理期限。听证开始后,听证主持人应该充分听取案件调查人员和外国投资者双方主张,尤其应当保障外国投资者有效行使陈述、辩论、举证、质证等程序性权利。听证结束后,听证主持人将制作听证笔记交双方核实,认为笔录有错误的,可要求补正。^④

① 王东光.国家安全审查:政治法律化与法律政治化[J].中外法学,2016,(5).

② 赵锋.行政法上正当程序原则的理解与适用——于某诉北京大学撤销博士学位决定案[J].中国应用法学,2018,(4).

③ 周佑勇.行政法基本原则研究[M].第二版.北京:法律出版社,2019:231.

④ 吕新建.行政法视域下的正当程序原则探析[J].河北法学,2011,(11).

4. 采用“利益均衡测试”确定程序边界

以上根据程序性制度建构的类案检索机制、行政公开、听证程序是审查中为实现正当程序原则所必备的程序。然而,类案检索“个案同裁”应该“同”到什么程度、公开审查的尺度如何把握、听证应该设置到什么程度又是自由裁量的问题。为避免裁量失当,笔者认为可以借鉴美国法由“马修斯诉埃尔德里奇案”判例所确立的“利益均衡测试”,即为了确定现有公权力行使程序方式的正当性,法院必须考虑:受公权力行为影响涉及的私人利益;现有程序下公权力行为错误剥夺该私人利益可能产生的风险,以及若采取替代措施产生程序保障的可能价值;现有程序下政府履行职能产生的利益,包括涉及的职能以及附加或替代程序要求将带来的行政成本和财政负担。^①

“利益均衡测试”没有强调个人利益必须服从公共利益,亦没有过分保障个人利益而不成比例地牺牲整体经济性和效率,而是通过计算平衡个人利益和公共利益,^②既体现了以人为本和对个体的尊重,又维护服务大局,达到动态平衡,更具有先进性。^③因此,当审查主体进行国安审查时,应该将“利益均衡测试”作为行使权力的程序标准。具体而言,首先应该计算外国投资者的投资成本和取得行政许可后合理的可预期收益;其次应在过程中时刻检视在现有审查程序下做出错误审查决定的可能性,及时调整程序措施,赋予外商投资者更多的程序保障,并计算这种替代性程序措施带来的保障是否充分,判断是否还需再调整;^④最后还要计算国安审查程序的设置成本,以及禁止投资或者有附加条件投资保护国家安全带来的价值,以实现国家安全这一公共利益和外商投资者投资自由这一个人利益平衡的最优解。

(三) 实质性规则

实质性制度建构旨在弥补程序性制度建构在保护当事人实体权利上的不足,不同于程序性制度对于权力行使过程方式正当性的强调,实质性制度要求权力行使本身和作为权力行使依据的法律公平合理,从而有效实现对当事人生命、自由和财产权利的直接保障。实质性正当程序原则体现的公平价值可以直接作为衡量程序正当的标尺,在实质性制度项下引入正当程序的3项基本内容,可以建构确立非歧视自由裁量基准、引入监督问责制、加强与外国投资者交涉3个要求。

1. 确立非歧视自由裁量基准

自由裁量权并非漫无边际,限制自由裁量权的最直接措施就是设置裁量基准,给公权力施加禁止逾越的制度约束。针对外资国安审查中易出现的偏私不公现象,确立非歧视自由裁量基准,将审查程序控制在基准之内,有助于保障外国投资者合法

^① Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

^② Bernstein, Marc A. Mathews v. Eldridge Reviewed: A Fair Test on Balance [J]. Georgetown Law Journal, 1979, 67.

^③ 石肖雪. 正当程序的衡量标准——马修斯诉埃尔德里奇案 [J]. 苏州大学学报(法学版), 2017, (3).

^④ 沈伟, 林大山. 外国投资者合法期待在新能源补贴政策中的适用、矛盾及对策——以西班牙光伏投资仲裁案为例 [J]. 上海商学院学报, 2021, (1).

权益。构建外资国安审查上的非歧视自由裁量基准,可以借鉴WTO基本原则,包括最惠国待遇和国民待遇等理念。事实上,作为一种外资准入措施,TRIMS、GATS、TRIPS确定的准入基准理应在与货物贸易有关的投资领域、与服务贸易有关的投资领域、与贸易有关的知识产权投资领域得到适用。以TRIMS为例,其强调在制定规范或者在具体执行有关引导、限制外资的行政行为时,成员方应避免这些措施造成扭曲贸易的后果,如第2条即要求不得采取不符国民待遇、一般禁止数量限制立场的投资措施。同时,根据DS512专家组报告,安全例外条款不是WTO成员完全自决的条款,WTO争端解决机构可以进行审查。换言之,虽然安全利益具有国家的特殊性,但国家应当遵循善意履行的义务,善意地解释和适用安全例外。^①外资国安审查作为一种限制外资的行政许可措施,亦应将此作为控制货物贸易投资领域自由裁量的基准。一言以蔽之,非歧视自由裁量基准给外资国安审查划定了底线,除非真的攸关国家安全,否则对待外商与本国企业应一视同仁。

2. 引入监督问责制

当外资国安审查“闭门造车”时,审查过程便充满秘密性,审查主体也就有了恣意滥权的可能。在程序中应引入监督问责制,对“黑箱操作”侵害外国投资者合法权益的审查行为追究其主要负责人责任,倒逼其程序公开,采用包括表决制、咨询其他部门意见、编制年度审查报告等一系列措施,确保程序规范行使。同时,在审查过程中,当审查程序不透明或有侵害外国投资者之虞时,外国投资者有权向审查主体质疑并进行监督,审查主体有义务答复并进行改正。在审查结果发生后,外国投资者及其他相关主体有提出查阅案卷和进行舆论监督的权利。

3. 加强与外国投资者沟通

在外资国安审查过程中,外国投资者缺位给了审查主体居高临下不作为、滥作为的可乘之机。以工作机制办公室各部门互相推诿为例,其根源在于缺少外国投资者的参与,各部门缺少处理问题的动力,面对职权划分的不明和国家安全判断的复杂,审查主体很难高效地做出审查决定,从而导致程序拖延,增加外国投资者的投资成本,降低可预期收益。在现代社会,权力与其说是一种强制,不如说更是一种服务。尽管外资国安审查仍属于“高权行政”范畴,然而“相互信任是服务与合作的观念基础”。^②审查主体应加强与外国投资者交涉,相互沟通,促进理解,避免误会,在事实认定和法律适用上达成共识,改进个案审查程序,增进信任,确保外国投资者直接受到公平对待,以获得其长久支持,增加其在我国投资的积极性。

把正当程序原则建构于外资国安审查中,将程序性规则和实体性规则二分,分别引入偏私排除、公开透明、公众参与3项正当程序原则的基本内容,编制完整严

^① SDS512:Russia—Measures Concerning Traffic in Transit[EB/OL].2019,WTO.https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm[2019-04-16](2022-05-03).

^② 叶必丰.行政法的人文精神[M].武汉:湖北人民出版社,1999:220.

密的正当程序“经纬网”，使外资国安审查更能系统全面地实现投资自由和维护国家安全的平衡（表1）。

表1 正当程序原则在我国外资国安审查中的制度建构

	偏私排除	公开透明	公众参与
程序性规则 (利益均衡测试)	建立类案检索机制	公开审查过程和结果并 说明裁量理由	设置听证程序
实质性规则 (公平价值)	确立非歧视自由裁量 基准	引入监督问责制	加强与外国投资者交涉

五、结语

加入WTO以来的20年是我国经济取得举世瞩目成就、外商直接投资日趋活跃的20年。2020年，我国超越美国成为世界第一大外资流入国。2021年“两会”期间，李克强总理表示“继续让我国成为外商投资的重要目的地、世界的大市场”，彰显了我国吸引外资、深化开放的决心。

在我国外资国安审查近20年的构建和发展历程中，制度日趋成熟，然而实践中审查主体的程序意识尚有很大提升空间。不同于从微观出发仅针对部分问题小修小补，在外资国安审查中建构正当程序原则，有利于从根本上破解现有制度运行中存在的问题，有助于在美国频繁运用实体清单、投资禁令等方式制裁我国的当下，^①展现我国政府对外开放姿态，尽可能打消外国投资者顾虑，在中美“战略竞争”中化被动为主动，扩大我国非对称性优势以避免经济脱钩。

Optimizing Due Process in the National Security Review System of Foreign Investment in China

SHEN Wei CHEN Ruiyi

Abstract: The passage of the Measures for the Security Review of Foreign Investment marks China's national security review of foreign investment coming into a more mature stage. However, its system content stresses much in the procedural perspectives. The national security review of foreign investment is a type of administrative licensing. Improving the allocation of power and responsibility, disclosing decision-making procedures and opening up communication channels are the direction of improving the national security review system. In order to better balance national security and investment freedom, the principle of due process should be used to improve the national security review of foreign investment. In terms of procedural rules, three major procedures are formed: case retrieval, administrative openness and hearing. In terms of substantive rules, fairness should be directly taken as the yardstick to measure procedural propriety. Non-discriminatory principle, accountability and negotiation with foreign investors should be installed.

Keywords: foreign investment; national security review; due process; investment freedom; national security

（责任编辑：金孝柏）

^① Bureau of Industry and Security.Lists of Parties of Concern[EB/OL].Department of Commerce.[\(https://www.bis.doc.gov/index.php/policy-guidance/lists-of-parties-of-concern\)](https://www.bis.doc.gov/index.php/policy-guidance/lists-of-parties-of-concern).(2022-05-06).