

国家安全审查:政治法律化 与法律政治化

王东光*

摘 要 外国投资之国家安全审查虽然处于法律的语境下,但其内核却是一个政治问题。国家安全审查立法是政治问题的法律化过程,国家安全审查之特质决定了审查程序的充分法律化以及审查标准的有限法律化。国家安全审查机构依法律之授权就外国投资是否危害国家安全作出政治判断,该判断不应受司法权力之审查,国家安全审查法律之执行与适用以此实现政治回归。国家安全概念的不确定性、国家安全审查标准的模糊性以及国家安全审查结论的行政裁量性等原因导致国家安全审查的泛政治化质疑,但这种质疑是以静态的法律评价为基础的,忽视了国家安全审查的立法逻辑是政治问题的有限法律化。

关 键 词 外国投资 外资并购 跨国投资 国家安全 安全审查

引 言

根据商务部 2015 年 1 月 21 日发布的数据,2014 年中国实际使用外资 1195.6 亿美元,同比增长 1.7%,连续 23 年居发展中国家首位。^{〔1〕} 2015 年 1 月 29 日,总部设在瑞士日内瓦的联合国贸易和发展会议公布的《全球投资趋势报告》数据显示,2014 年中国成为全球外国投资

* 华东政法大学经济法学院副教授。本文为国家社科基金青年项目“外资并购国家安全审查制度研究”(10CFX020)的部分研究成果。

〔1〕 秦陆峰:“中国吸引外资连续 23 年保持发展中国家第一位”,中国经济网, http://intl.ce.cn/specials/zxxx/201501/21/t20150121_4395687.shtml,最后访问日期:2015 年 7 月 11 日。

的第一大目的地国,也是中国自2003年以来首次超越美国跃居世界第一。^{〔2〕}我国在吸引和利用外资方面取得了卓越的成绩,并且还在不断推进改革以优化外商投资环境。上海、天津、福建和广东相继设立自由贸易试验区,自贸区的设立将极大拓展我国对外开放的广度与深度,推动外商投资管理体制的科学化、国际化、法制化改革。随着外资开放程度的不断加深,国家安全问题逐渐凸显并受到高度重视,如何在外资开放与国家安全之间找到平衡点成为一项重要且艰巨的任务。针对外资的国家安全审查制度是承担这一任务的首要工具。我国的国家安全审查立法虽已起步,但立法层级较低,规则简陋,^{〔3〕}酝酿中的《外国投资法(征求意见稿)》就国家安全审查设专章规定,如果该法顺利通过,将是国家安全审查立法的重要飞跃。“征求意见稿”中的国家安全审查制度主要吸收借鉴了西方国家尤其是美国的国家安全审查规则,借鉴其“形”较为容易,但只有领会其“意”才能真正发挥审查制度之效能。

在吸引外资来华投资的同时,中国企业也加快了走出去的步伐。但中国企业的海外发展之路除了商业风险,有时还会遭遇威胁东道国国家安全的质疑,导致海外并购投资屡屡受挫。因国家安全问题而遭遇阻碍的海外并购可以追溯到1989年中国航空技术进出口公司收购美国MAMCO公司案,在已经完成收购的情况下,美国总统根据外国投资委员会的建议,以“威胁国家安全”为由要求中航技术公司在三个月内售让其在收购中所获得的全部的MAMCO公司投资权益。2005年中国海洋石油有限公司以高出竞争对手美国雪佛龙公司10亿美元的价格竞购美国第九大石油公司优尼科,却因涉及美国国家安全而遭到来自美国国会部分议员、众议院能源和贸易委员会的强烈反对和百般阻挠,最终无奈宣布撤回报价。同样在美国受挫的还有三一重工,2013年7月,美国外国投资审查委员会发布禁制令,要求三一重工的全资子公司罗尔斯公司停止在美国俄勒冈州的风力发电项目,同年10月,美国总统奥巴马以涉嫌威胁美国国家安全为由签发总统令,禁止该并购交易并要求罗尔斯公司撤出风电项目投资,罗尔斯公司更是将美国外国投资委员会告上法庭。我国的两家电信设备制造商华为和中兴以其产品和技术优势在海外市场份额不断增加,但其在美澳等国的并购投资也因国家安全问题屡屡受挫,华为和中兴不得不在美国国会的听证会上极力申明,两家公司在美国的并购投资对美国国家安全不会造成任何威胁。

无论引进来还是走出去,我们都面临国家安全审查问题。为了维护我国国家安全,我们必须建立有效的国家安全审查制度,为了中国企业在海外顺利发展,我们必须客观、准确认识东道国的国家安全审查制度。这就要求我们对国家安全审查的立法、执法与司法本质具有清楚

〔2〕 冷万欣:“2014年中国吸引外资规模跃居世界第一”,中国产经网,<http://www.chinaice.cn/a/cjjj/5407.html>,最后访问日期:2016年9月5日。

〔3〕 2011年国务院办公厅发布了《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》,随后商务部发布了《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》。此前,我国虽然没有正式的针对外国投资的国家安全审查制度,但涉及外商投资的国家安全问题并没有被忽视,《外商投资产业指导目录》限制或禁止某些领域的外商投资,其中就包括了可能威胁国家安全的领域,在相关法律、法规和规范性文件文件中都可以看到类似“有损中国主权或者社会公共利益的、危及中国国家安全的”外商投资不予批准的规定,只是这些规定缺乏相应的执行和保障机制。具体参见王东光:“产业安全的法律保障”,载何敏主编:《文化产业政策激励与法制保障》,法律出版社2010年版,页224—228。

的认识。近年来国内学者对国家安全审查制度做了大量的比较研究和规范研究,但对国家安全审查的本质缺乏深入研究和清晰认识,以致认为中国跨国公司的对美投资受到政治因素的影响,美国国内一些保守政治势力出于遏制中国崛起的政治意图,在经济民族主义的驱使之下对中国跨国公司在美直接投资活动进行不同程度的限制,使得多起中国跨国公司对美直接投资活动因为遭遇“政治壁垒”而受阻。^{〔4〕} 这些批评意见认为国家安全审查制度被滥用,法律问题被政治化操作,东道国出于政治原因而阻止并购交易。但问题是,国家安全审查真的是一个完全的法律问题吗?“政治原因”属于审查制度滥用这一外因,还是审查制度本质这一内因?本文认为,国家安全审查虽然处于法律的语境之下,但其内核却是一个政治问题,法律化的外在表现形式并不会改变国家安全审查制度的内在政治特质,这一认识是准确理解、合理设立和有效运用国家安全审查制度的根本基础。

一、国家安全审查的政治内核

针对外国投资进行的国家安全审查涉及两个核心概念,即“外国投资”与“国家安全”,通过分析我们可以发现,无论“外国投资”还是“国家安全”都充满浓厚的政治性。由此我们可以得出这样一个判断,即外国投资之国家安全审查虽然处于法律的语境下,但其内核却是一个政治问题。

(一)国家安全概念之特质

国家安全似乎是一个不言自明但又充满争议的概念,关于它的内涵与外延学者们从未达成一致,这种状况是由国家安全这一概念本身的特质所决定的。学者从“安全”的定义引申出“国家安全”的定义,即国家安全就是指一个国家相对的稳定、完整,没有威胁、恐惧的状态,以及维持这种状态的能力。国家安全具有历史性、多维性或综合性(国家安全包括政治、经济、军事、外交等方面)、相对性(因时间、地点、对象、条件而异)、二元性(含有主、客观两方面)、层次性(国家安全是国际关系中一系列安全概念的关键环节)等特征。^{〔5〕} 这些特征决定了国家安全是一个不确定的概念。不确定概念有时也被称为“可作不同解释的概念”“一般性概念”“含括很广的概念”或是“弹性概念”。汉斯·J·沃尔夫把这些概念称为“具有流动性,而不具有固定性特征的类概念”。^{〔6〕} 为了充分理解国家安全概念之特质,我们可以从以下几个方面来具体阐释:

首先,国家安全具有历史性和相对性。国家安全的内在价值是国家利益,而国家利益历来是国际政治问题中的一个基本概念,同权力、意识形态、民族、国家、和平等其他重要政治概念一样,具有多重含义,并极为抽象。^{〔7〕} 维护国家安全本质上是维护国家利益,不同的国家通

〔4〕 参见黄一玲:“求解跨国公司应对东道国壁垒之博弈策略”,《东南学术》2014年第4期,页30。

〔5〕 参见孙晋平:“国际关系理论中的国家安全理论”,《国际关系学院学报》2000年第4期,页5。

〔6〕 (德)埃贝哈德·施密特—阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,页318。

〔7〕 参见戴超武:“国家利益概念的变化及其对国家安全和外交决策的影响”,《世界经济与政治》2000年第12期,页11。

常有不同范围的国家安全利益。^{〔8〕}西方国际关系学者在界定一个国家的国家利益时,以历史研究为出发点,观察这个国家制定的实际外交政策,寻找反复出现的行事方式,从中推断出这个国家的国家利益。^{〔9〕}美国学者小霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)认为,安全是一种活生生的外皮(skin),它所应用的时间和环境不同,它的色彩和内容就截然不同。^{〔10〕}布赞(Barry Buzan)、费雷(Daniel Frei)、杰维斯(Robert Jervis)等学者认为,安全不过是一个模糊的象征,不同的行为体、不同的场合、不同的时代、不同的问题会对安全作出不同的解释,任何一个概念的界定,都难免以偏概全,所以阐释安全的含义只能联系具体的情况。^{〔11〕}

法律学者认为,国家安全是一个法律概念,必须对其进行明确的界定,提出法学意义上的国家安全是指一国宪法制度(亦即宪政制度)和法制秩序的正常状态及其所标示的国家主权、国家利益和国家尊严的有机完整和统一性,不被国内外各种敌对势力和非法活动所干扰、侵害妨害和破坏。^{〔12〕}“国家安全”虽然屡现于有关国家安全的立法当中,但国家安全并非严格的法律概念,学者对国家安全进行的法学界定同样是模糊的、抽象的,远未实现其所希望的“明确”界定。法律上的国家安全同样要结合法之性质、立法目的等因素来确定具体法律框架下的国家安全的内涵与外延。法律上的与非法律上的国家安全并没有严格界限,在法律程序中所确定的国家安全就是法律上的国家安全,其关键并不在于国家安全的内涵,而在于确定“国家安全”的程序属性。

其次,国家安全的范围和考量因素呈现扩展趋势,这种扩展既可以理解为国家安全横向范围的扩展,也可以理解为部分领域安全层级的纵向提升,即原本一些领域的安全问题上上升到国家安全层面。非传统国家安全、新国家安全观是当下有关国家安全问题讨论的热点与焦点。新国家安全观认为,国家安全应当包括传统安全和非传统安全,范围应从领土、政权、军事等方面的传统安全拓展到政治、经济、社会、信息、能源、环境、人口、公共卫生等方面的安全。但质疑这种“新国家安全观”的观点认为,这是一种永远无法穷尽安全外延的安全观,使国家安全问题变成了无处不在、无所不包的超级大问题,^{〔13〕}国家安全概念的含糊性变得更加明显,因为各种各样往往是互不一致的卷入都以国家安全为借口。^{〔14〕}不能说这种质疑毫无道理,但我们又不得不承认人类社会生存、发展的总环境发生了巨大的变化,科技的飞跃、制度的创新并不意味着我们所处的环境更加安全,相反因升级而带来的脆弱变得更加明显。所以,国家安全范围的扩展是客观环境所致,是国家机器的链条日益精密和绞合联动之必然。国家安全范围

〔8〕 参见李少军:“国家安全理论初探”,《世界经济与政治》1995年第12期,页40。

〔9〕 戴超武,见前注〔7〕,页12。

〔10〕 Oliver Wendell Holmes, *In Search of a Post-Cold War Security Structure*, Mcnair Paper 27, 1994, p.24. 转引自孙晋平,见前注〔5〕,页4。

〔11〕 Peter Mangold, *National Security and International Relations*, Routledge, 1990, pp.2-3. 转引自孙晋平,见前注〔5〕,页4。

〔12〕 参见梁忠前:“国家安全概念法理分析”,《江苏社会科学》1995年第4期,页79。

〔13〕 参见何贻纶:“国家安全观刍议”,《政治学研究》2004年第3期,页117。

〔14〕 参见(美)罗伯特·基欧汉、(美)约瑟夫·奈:《权力与相互依赖——转变中的世界政治》,林茂辉等译,中国人民公安大学出版社1992年版,页6。转引自宋伟:“国家安全:范畴与内涵”,《东南亚纵横》2009年第3期,页86。

的扩展,尤其是非传统安全领域的扩展,使得是否危害国家安全的判断过程更加复杂、专业和间接,通常也就无法简单、直观地得出是否威胁国家安全的结论。

再次,国家安全具有主观性。国家安全的主客观二元性表现为国家安全的客观状态与主观认识,即国家安全是由客观存在的生存状态和利益关系与反映这种客观存在的主观感受的有机统一体所形成的结构,是国家间、国家与国际社会为谋求自身生存、免受威胁而形成的互动关系,其本质是国家生存利益的调适。它是一个特定国际政治范畴,是国际政治的最高形态。^{〔15〕}在这一范畴上,国家安全是指作为利益集合体的国家,由于自己的力量而不存在威胁,不存在恐惧感的状态。^{〔16〕}无论从哪个角度看问题,安全与人的感觉和心理状态都是分不开的。^{〔17〕}在国家安全审查中,审查机构以客观的案件事实为基础,形成外国投资是否威胁国家安全的认识,这一过程并非逻辑的推演和运算,而是综合信息之下的包含主体感受在内的主客观综合判断。

外国投资国家安全审查虽然处于法律的语境下,但却不能因此从法律或法学的视角去界定国家安全。国家安全审查的对象仅限于“外国”投资,以本国与外国的区分作为基本前提,投资者的国别特征至关重要,所以应从国际政治的视角审视国家安全审查中的国家安全。确切而言,国家安全应当称为“国家的国际安全”,国家安全主要在于国家对于国际环境中威胁的认识。^{〔18〕}从国际关系理论角度来看,“国家安全”是指一个国家在国际社会环境和国内社会关系中求得自身的政治稳定、政治独立和社会之有序发展。^{〔19〕}

(二)外国投资及其危害的政治性

资本本身是中性的,但资本与控制者结合起来就具有了政治属性。资本的政治属性与国家安全的关系可以分为四个层级:本国政府控制的资本对于国家安全具有积极维护功能,本国民间资本对于国家安全具有消极维护功能,外国民间资本对于国家安全具有消极威胁,外国政府控制的资本对于国家安全具有积极威胁。^{〔20〕}外国政府控制的资本具有明显的政治性,我们不做过多阐述,我们所要关心的是属于民间资本的外国投资及其危害的政治性问题。在具体阐述之前我们必须明确的是,绝非所有的外国投资都具有政治性和危害性,这里所要阐述的是对少数现象的机理分析。

一些跨国公司不仅仅是资本雄厚、组织庞大、跨越国界的商业经营机构,其所蕴含的政治性比其商业性更具特征性。跨国公司的政治行为大体上可分为三种——跨国公司母公司对母国政府的政治行为、跨国公司国外子公司对东道国政府的政治行为以及跨国公司对整个国际社会的政治行为。^{〔21〕}企业国际化作为一种商业活动,要受到国际政治经济秩序的制约,还必

〔15〕 参见何贻纶,见前注〔13〕,页118—121。

〔16〕 汪育俊:“全面理解‘国家安全’概念”,《江南社会学院学报》2000年第1期,页6。

〔17〕 李少军,见前注〔8〕,页38。

〔18〕 参见宋伟:“国家安全:范畴与内涵”,《东南亚纵横》2009年第3期,页87。

〔19〕 梁忠前,见前注〔12〕,页77。

〔20〕 参见王东光:“外资审查的政治维度”,载顾功耘主编:《政府与市场关系的重构》,北京大学出版社2015年版,页350。

〔21〕 参见唐勇:《跨国公司行为的政治维度》,立信会计出版社1999年版,页219。

须遵守东道国的法律规定。为了争取到有利于自己发展的政策或规则,就必须参与到规则的制定中。企业国际化其实也是一种独立的外交活动,尤其是对外投资企业往往具有民族国家的部分特征,跨国企业已经成为国际政治体系的重要组成部分。^{〔22〕} 跨国公司是国际政治经济中仅次于民族国家的第二位的重要行为体。^{〔23〕}

在探讨跨国公司对母国政治的影响之前,有必要对跨国公司是否还存在母国的问题做出回应。对于这个问题有两种不同的认识,主张跨国公司国别独立性的观点认为,跨国公司发展的一个新趋势就是当地化,无论是来自欧美还是来自日本的跨国公司,都在努力比自己的竞争对手更加当地化。这种趋势发展的结果,必然产生大量弱母国型甚至无母国型的跨国公司,^{〔24〕} 公司利润与母国逐渐脱钩。^{〔25〕} 跨国公司与国家之间不再是“唯马首是瞻”的关系,它们是一群没有祖国的庞然大物,已经摆脱甚至超越了民族国家的传统桎梏,成了真正的“世界公民”。^{〔26〕} 但相反的观点认为,在国际市场中竞争的跨国公司,都是其所在国政府创造的经济、政治环境和政策背景下的产物,不存在完全脱离国别特征、脱离政策作用的独立的跨国公司。^{〔27〕} 现实中的确出现了极少数国别特征模糊的跨国公司,但并不是普遍现象,并且此类公司具有明显的行业特征,即多属于零售业企业。绝大部分跨国公司仍然具有明显的母国特征,一些公司为了营造亲东道国市场的气氛,可能有一些淡化母国色彩的表象,但其母国属性的本质几无变化。母国属性不仅是物质的,更是精神的。跨国公司的基本价值是由其创始人以及其后重要领导者的国籍和人格决定的,在其组织中,母国文化的价值信念被理所当然地作为总部决策的参考框架。在进行国际经营时,跨国公司首要的是追求经济利益,在这个过程中,跨国公司不可避免地会推广其价值观、思想、伦理和行为规范。^{〔28〕}

我们以美国为例,看看跨国公司是如何影响母国政治的。跨国公司不仅是经济上的强者,还是世界经济中巨大的政治“表演者”,它们拥有巨大的政治影响。在美国2000年选举中,82个大公司通过政治行动委员会(Political Action Committees)提供了总额达3300万美元政治捐款。除了政治捐款外,游说也是跨国公司议程的主要部分。美国200强公司花费了巨额的金钱用于游说活动,其中94个公司在华盛顿为了游说的目的而维持政府关系。^{〔29〕} 美国跨国公司政治权力运作的对象主要有美国政府的行政单位、立法机构及针对特定议题的美国民意。而所有的权力运作的目标都是为了促成对美国跨国公司有利议题的权威性配置。在具体方式

〔22〕 参见钊鹏:“企业国际化与母国国际影响力”,《经济问题探索》2011年第4期,页87。

〔23〕 参见(美)弗雷德里克·皮尔逊、(美)西蒙·巴亚斯里安:《国际政治经济学——全球体系中的冲突与合作》,杨毅、钟飞腾、苗笛译,北京大学出版社2006年版,页332—333。

〔24〕 参见唐荣平、杜玉平:“无母国型跨国公司”,《国际经济评论》2005年第5期,页64。

〔25〕 参见肖莹莹:“公司盈利渐与母国脱钩”,载《经济参考报》2006年3月3日,第3版。

〔26〕 参见范春辉:“跨国公司的政治逻辑”,《文化纵横》2011年第6期,页37。

〔27〕 参见朱鸿伟:“跨国公司政治行为的经济学分析”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2006年第1期,页24。

〔28〕 参见陶金元、杨德锋、张存玉:“跨国公司传承母国文化的路径分析”,《商业研究》2011年第11期,页214—215。

〔29〕 See Eyal Benvenisti, “Exit and Voice in the Age of Globalization”, 98 *Michigan Law Review*, 167 (1999). 转引自袁文全:“论跨国公司社会责任的母国规制”,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2010年第1期,页184。

上,一是运用其经济资源以支持美国政党选举、建立与政府官员与国会议员的密切关系,来影响政策制定的方向;二是透过国会立法程序,制定对其有利的法案,形成其合法运作的保障。为一些特定的议题、事项,跨国公司往往形成特定集团,对一项议案的通过与否施加影响;三是善用媒体的力量来形塑美国民意对特定议题的看法与观点。通过各种手段影响公众意见,达到间接影响国会决策的目的。^[30] 美国跨国公司政治行为的目的是为接近并影响权力以获取经济上的利益,但其对美国政治亦有积极影响,主要表现在有助于促进议会制度的运转,有助于弥补选举中政党功能的局限性,有助于政企互动,有助于政府在国际、国内两个层次达成施政目标,有助于美国政府缓和双边关系。^[31]

跨国公司对东道国政治的影响是其又一重要的政治特征。为了规避政治风险和实现全球经营战略,跨国公司在东道国广泛地参与政治活动,通过政治行为规避风险和谋求各种利益。因此,跨国公司本身就是政治性机构,其政治行为对东道国产生着全面深入的影响。^[32] 在全球化的进程中,西方发达国家大力推进“民主政治”全球化攻势,出于母国政治的考虑,同时也受到利益动机的驱使,跨国公司承担着重要的角色,他们通过兼并、收购等方式,控制东道国支柱企业,并通过母国政府对东道国施加政治压力,甚至直接参与东道国政治活动,以及通过政治贿赂等方式来影响东道国的政治决策,牟取巨大的政治利益和经济利益。^[33] 对东道国而言,跨国公司的进入,意味着新技术手段、生产方式、经营管理模式及与此相关的全新游戏规则和文化形态的引入,也意味着对东道国政治、经济、社会生活全方位影响的开始。它在给东道国带来巨大利益的同时,也必然要连带消解部分国家主权。跨国公司给东道国造成的损害最集中地表现在两个方面:一是损害东道国的经济安全,二是损害东道国的政治安全。^[34] 跨国公司对国家政治主权的侵蚀包括政治干预、腐蚀行径和院外活动。跨国公司凭借其强大的经济实力,通过贿选、资助反政府活动和政变、制造经济混乱等手段,左右东道国的政治进程,甚至利用母国政府的经济和政治压力甚至军事压力,干涉东道国内政,甚至颠覆东道国合法政府。跨国公司为谋取不正当利益,通过贿赂东道国政府官员以及通过庞大的院外活动集团来影响所在国政府的决策。^[35] 例如,1965年秘鲁政府希望调整其电话工业,国际电话电报公司(ITT)通过当时的美国国务卿迪安·腊斯克要求美国政府为该公司利益进行最高层次的干预。1970年至1971年间,该公司为维护其在智利电话系统中的利益,建议美国政府干预智利的政治事务,并与中央情报局一起行动,结果导致智利的左派阿连德政府倒台。^[36] 在跨国公司对母国政治产生影响的同

[30] 参见王娜:“美国跨国公司的政治权力及对中美关系的影响”,《国际关系学院学报》2004年第4期,页31;冼国明、张岸元:“跨国公司与美国国会对外政治”,《世界经济》2004年第4期,页26。

[31] 参见刘镜:“论美国跨国公司政治行为对美国政治的积极作用”,《河南工程学院学报(社会科学版)》2008年第3期,页9。

[32] 参见赵平:“跨国公司的政治行为及对策研究”,《商业研究》2012年第2期,页65。

[33] 参见罗志松:《外资并购的东道国风险研究》,人民出版社2007年版,页110。

[34] 车丕照、董毅:“东道国对跨国公司活动的法律规制”,《甘肃政法学院学报》2002年第6期,页24。

[35] 参见迟德强:“浅析跨国公司对国家政治主权的影响”,《江汉论坛》2007年第7期,页30—32。

[36] 唐勇:《跨国公司行为的政治维度》,立信会计出版社1999年版,页197。

时,母国政府也往往将一些重要的使命赋予跨国公司,如寻找能源、资源、承担重要战略任务等,而使得东道国与跨国公司间的矛盾可能会上升到国家主权之争。^[37]

(三)国家安全审查的逻辑

国家安全审查是投资者的政治性、投资项目的威胁能力以及国家安全的界限等三者构成的评估体系,审查机构通过系统的评估去判断外国投资者所控制的投资是否会产生安全威胁,以及这种威胁是否会触及国家安全利益而不被容忍。

第一,投资者的政治性决定了其是否存在威胁激励。外国投资国家安全审查是针对外国投资者的特定投资项目是否威胁东道国国家安全进行分析、判断,即国家安全审查以“外资项目”为审查对象,而不是以“外国投资者”为审查对象,但投资者的背景尤其是国别特征却至关重要。一些非跨国公司同样具有政治性,他们也竭力通过影响决策者获得于己有利的政策或规则,但不同的是跨国公司背后有一个“母国”的存在,跨国公司对东道国的影响与危害在手段上可能通过母国的能力来实现,在目的上可能是为了母国利益而为之。在国家安全审查中,外国投资者来自哪一国家至关重要,如果跨国投资发生在英美或欧盟这样的同盟国之间、中美或俄美这样的大国竞争对手之间、美朝这样的一定敌对关系的国家之间,引发的安全关注和担忧完全不同。2006年2月,阿联酋迪拜世界港口公司以68亿美元并购英国铁行轮船集团全球业务,获得包括纽约、新泽西、巴尔的摩、新奥尔良、迈阿密和费城等6个美国重要港口的运营管理权。美国国会共和、民主两党众多议员认为,如果让阿联酋这个和“9·11”袭击嫌犯有关联的国家运营美国港口,将对美国国家安全构成威胁,他们因此要求白宫出面阻止这些港口落入阿联酋之手。尽管时任总统布什认为该项收购并不会威胁美国国家安全,并称如果国会通过法案阻止该项收购,其将行使总统否决权,但最终该项收购仍以失败告终。迪拜世界港口公司和铁行轮船公司都是外国公司,不同的是一个来自被认为与9·11袭击有关的国家阿联酋,一个来自盟友英国,两家公司的母国差异所导致的安全担忧完全不同。公司与母国的关系,甚至公司主要人员的政治背景都是非常重要的安全考量因素。跨国公司与其母国之间往往具有千丝万缕的联系,这种联系不仅仅是以经济利益为纽带的联系,更有国家认同与归属的超经济利益的情感联系。以全球最大搜索引擎公司——美国谷歌公司为例,据美国《环球政客》网站报道,谷歌是奥巴马竞选阵营的第四大赞助者,目前已有四名谷歌高管服务于美国政府,其中包括将任美国国防部副助理的前谷歌无线产品管理主管阿加瓦尔,而五角大楼还有一些安全专家来自谷歌也早已是公开的秘密。^[38]《华盛顿邮报》报道称,谷歌公司与美国国家安全局签订一项协议,后者将帮助谷歌公司调查可能源自外国的网络间谍攻击。这一“联姻”意味着,美国的情报机构可能独享由谷歌公司搜集的来自全球的海量信息,这对其他国家的国家安全和商业安全带来严重威胁。^[39]披露谷歌与美国政府关系的美国网站评论道:“当想到谷歌的管

[37] 罗志松,见前注[33],页102。

[38] 李云路、王建华、颜昊:“中国拒绝政治的谷歌与谷歌的政治”,新华网,http://news.xinhuanet.com/world/2010-03/20/content_13209582.htm,最后访问日期:2010年10月11日。

[39] 张小军、李学梅、钱铮、毛磊:“谷歌联姻美情报机构,用户心惊”,载《新华每日电讯》2010年2月25日第5版。

理层一直在跑往白宫的路上,人们有理由担心谷歌送来的东西,加上了多少美国政治的私货。”〔40〕

第二,投资项目的威胁能力决定了其是否能够造成安全危害。跨国公司的政治性危害是一般性危害,即通过政治参与的形式直接实现,对于这种危害的预防与消除以东道国的反间谍法、反贿赂法、政治捐赠法等相关法律为依托。跨国公司的政治性危害可能上升到国家安全层面,但这种危害并不借助于其所从事的投资项目或业务,而是表现为主体性参与。在国家安全审查中,跨国公司的威胁是基于控制“敏感企业”的威胁,通过能源、通讯、尖端技术等具体业务的掌控威胁东道国国家安全。两种危害的路径和方式有所不同,应采取的规制方式亦不同,但也存在一定的联系。跨国公司的政治性不是国家安全审查的直接原因,但如果抛弃跨国公司的政治性,国家安全审查的必要性就无从谈起。跨国公司的政治性是国家安全审查的大前提,而投资项目对国家安全的危害可能性是小前提。在具体的审查案件中,投资主体的政治性与投资项目的特质是不可分割的两个方面,投资项目在客观上对国家安全的威胁能力不一定转化为现实的危害,除非投资项目的控制者具有产生危害的激励,而政治性恰是其激励的源头。

第三,国家安全的界限决定了危害容忍的边界。无论是国家的法律文本,还是审查机构的规范,都无法对国家安全作出准确的一般性界定,也无法清晰指明什么样的外国投资威胁本国国家安全,只能在具体的审查案件中,结合外国投资者的情况、投资项目的具体情况、当时的国家安全环境等因素,判断该项外国投资是否危害国家安全。国家安全审查的判断逻辑是特定的外国投资是否会产生某种安全危害,如果这种安全危害可以上升或延伸到国家安全的层面,则构成国家安全威胁,并非先确定国家安全的范围,再看特定的投资是否触及这一范围。

国家安全审查中,投资者、投资项目与国家安全共同构成评估体系,投资者的政治性决定了其威胁国家安全的主观性,投资项目的特质决定了其威胁国家安全的工具和媒介能力,而国家安全的内涵与外延决定了评估的尺度。三者特定历史条件下的动态关系决定了国家安全审查的结论。如果像一些学者所言要剔除国家安全审查中的“政治因素”,也就是要除去“投资者因素”和“国家安全因素”,而只考虑投资项目的国家安全威胁能力,单纯进行技术层面的评估,似乎这样“就事论事”可以更加客观,但实际上已经偏离了国家安全审查的根本目的和实际用意。

二、国家安全审查的法律化路径

国家安全审查的内核是政治范畴,对其进行法律化时,路径显得尤为重要。给政治内核披上法律的外衣,使得政治问题在一定程度上转化成法律问题,同时又不能不当侵入政治内核。国家安全审查程序应当充分法律化,确保审查过程的公开性、明确性和效率性;国家安全审查标准的有限法律化、审查标准的抽象性、模糊性是国家的政治内核所决定的,审查标准保持开放性和软约束性,但不能因此断言国家安全审查标准出现泛政治化的现象或趋势。

〔40〕 李云路等,见前注〔38〕。

(一) 国家安全审查立法原则

国家安全审查的目的在于不改变外资开放政策的情况下维护国家安全,所以,如何在国家安全审查中实现投资开放政策与国家安全利益的恰当而有效的平衡,建立开放经济环境下国家安全利益有效维护的法律保障机制,是世界各国都面临的问题。为此,OECD于2009年5月发布了《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》。该指南对其成员方在投资领域采取国家安全审查措施所应遵循的四项基本原则(非歧视待遇原则、监管平衡性原则、透明度或可预见性原则和问责性原则)作了具体规定。这四原则的实施,有助于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。^[41]

非歧视原则要求政府在通常情况下应采取以相同方式对待同等地位投资者的一般适用措施。如果一般性措施确实不足以维护国家安全,而需要针对个别投资采取特殊措施时,该措施应针对该投资能够产生国家安全威胁的特殊之处。如何理解“地位相同的投资者”尤为关键,这里的地位相同不是指法律地位的相同,也不是指投资领域、投资规模、投资方式等投资事实的相同,而是投资者对于东道国国家安全产生的影响程度相同。东道国对地位相同投资者不应采取差别待遇。但在同一类型的投资项目中,针对不同国家的投资者采取不同的投资限制措施并不一定构成歧视,投资者的母国差异很可能造成地位的不同。

OECD从五个方面具体阐述了透明度或可预见性原则:第一,汇编相关法律并公开。国家安全审查的基本法律和附属的细则规范应予汇编并以适当的方式公开,尤其是审查中的判断标准应当向社会公开;第二,事先通知。如欲改变投资政策,政府应当采取措施通知利益相关方;第三,意见征询。政府打算改变投资政策时,应征询利益相关方的意见;第四,程序的公正和可预测性。外资审查程序应设定严格的时间限制,应考虑逾期视为同意的法律规则,即如果在规定的期限内没有采取限制或调整交易的措施,应视为同意交易;第五,披露投资政策措施。政府应确保其充分披露投资政策行动,例如通过媒体发布、年度报告、向国会提交报告等方式。从该项原则的具体内容来看,OECD强调的是法律文件的公开、信息的交互、行动的披露以及程序的公正和可预见性,并没有强调审查标准的确定性,也没有要求实质审查结论的可预见性,这与学者们对国家安全审查立法的主要诟病形成鲜明对比。

在透明度或可预见性原则方面,法律规范的具体、细化、明确无疑是最重要的,美、德、澳等国都采取了在法律之外另行制定实施细则的立法方式。美国《2007年外国投资与国家安全法》颁布后,美国财政部于次年4月在《联邦纪事》上公布了《2007年外国投资与国家安全法》的实施细则,即《关于外国法人收购、兼并和接管的条例》,旨在落实《外资安全法》的有关规定。例如,该《条例》对“控制”“重要基础设施”“重要技术”“外国法人”“外国政府控制的交易”等重要概念进行了界定,并作了很多举例说明,对管辖范围、审查程序也作了非常详尽的规定。德国规范外国投资的主要法律是《对外经济法》,该法最初制定于1961年,1986年出台了该法的实施细则《对外经济条例》。2004年德国通过《对外经济法》修正案,增加国家安全审查条款,对损害国家根本安全利

^[41] 参见王小琼:“德国外资并购国家安全审查新立法述评及其启示”,《国外社会科学》2011年第6期,页131。

益、国际社会的和平、国家外交关系的外资进行限制。之后《对外经济条例》也进行了相应修改,具体实施该例外条款,规定在国防及国防相关的敏感部门实施安全审查,要求外国投资者应该进行申报并接受审查。2009年德国对《对外经济法》和《对外经济条例》进行了第13次修订,要求外资并购特定产业的德国企业25%以上的股份时必须报请政府批准,成为了德国进行外资并购安全审查的主要法律依据。2013年德国联邦议会通过了新的《对外经济法》^[42],德国联邦政府根据该法之授权同年制定了新的《对外经济条例》。^[43] 澳大利亚国家安全审查的依据包括《1975年外资并购与接管法》(The Foreign Acquisition and Takeovers Act of 1975)、《1989年外资并购与接管条例》(Foreign Acquisition and Takeovers Regulation)以及澳大利亚财政部发布的外资政策。其中,《外资并购法》是外资并购的基本法律,《外资并购条例》是《外资并购法》的实施细则,其对并购活动的规定更加具体、细化,修订也更加频繁,以便对澳大利亚的投资政策及时作出反应,成为落实国家投资政策的有效法律工具。^[44]

依监管平衡性原则,对投资之限制或对交易之调整应以维护国家安全所需为限,如果已有的措施足以并适合于解决国家安全问题,应避免采取前述限制或调整措施。OECD认可各国有权确定什么对维护其国家安全是必要的,但在确定时应使用严密的风险评估方法,并使投资限制与国家安全威胁之间具有清晰的关系。投资限制应紧紧集中在与国家安全相关的问题上,限制投资的措施应根据特定投资计划所产生的特定风险进行调整,包括提供既能解决国家安全问题,又不至于阻碍投资的政策措施,只有在其他的政策不能解决国家安全问题时,才能将限制投资措施作为最后的安全屏障。

国家安全审查的目的仅在于维护国家安全利益,不会根本改变各国对待外资的开放态度以及积极吸引外资的政策。所以,国家安全审查立法以维护国家安全的必要性为限度。德国《对外经济法》第1条首先就声明了贸易与投资的自由原则,即与外国之间的商品、服务、资本、支付以及其他经济往来原则上是自由的。为了维护德国重要的国家安全利益,可以对对外经济交易中的行为和活动进行限制或者设置义务,但限制和设置义务的方式和范围以实现授权目的所必需为限度,应尽可能少地侵入经济活动之自由,只有在严重危害授权目的的情况下,才可以介入已经签订的合同;一旦设定限制和行动义务的原因消失,即应取消限制和行动义务。^[45] 1988年8月23日美国总统里根签署了《综合贸易与竞争法》(The Omnibus Trade and Competitiveness Act),美参众两院在就该法提交给总统的一份报告中道出了该法的目的,即“新的法律不能企图对外国投资设置障碍,并不适用于‘国家安全’范围以外的交易,也不能授权对不会导致外国控制的外国投资进行调查”。^[46] 美国《2007年外国投资与国家安全

[42] Außenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 (BGBl. I S. 1482).

[43] Außenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2865), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 13. Juli 2015 (BAnz. 2015 AT 17.07.2015 V1) geändert worden ist.

[44] 参见张庆麟、刘艳:“澳大利亚外资并购国家安全审查制度的新发展”,《法学评论》2012年第4期,页63。

[45] § 4, Außenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 (BGBl. I S. 1482).

[46] 黄进、张爱明:“在美国的收买投资与国家安全审查”,《法学评论》1991年第5期,页48。

法》更被称为“一部微妙平衡之法”。〔47〕

责任约束原则意指在立法中应考虑政府内部监督程序、国会监督程序、司法审查、定期的规制效果评估等机制以及重要的决定应由较高的政府层级做出,以保证执行权的责任约束。国家利用政治和司法的混合监督机制以维护投资审查程序的中立性和客观性,同时也对审查程序进行政治责任约束,例如建立执行权向国会承担责任的措施。投资者通过行政程序或司法程序对限制外国投资的决定进行审查可以强化责任约束。限制外国投资的重要决定可能限制作为市场经济重要基石的财产权的自由表达,涉及众多政府职能的协调,因此需要高层级的介入。

(二)审查程序之充分法律化

审查程序的充分法律化既是相对于审查标准法律化程度的比较性描述,也是国家安全审查程序立法应当遵循的准则。从目的上来讲,审查程序的充分法律化既是尊重外国投资者权益的需要,也是吸引投资发展经济之本国利益需要,更是提高审查程序透明度和可预见性的根本路径。从条件上来讲,审查程序并不触及国家安全审查的政治内核,并不存在法律化的障碍。

除了法律程序具有的普遍价值,国家安全审查程序的特殊价值体现在:①程序有时表现出超出本身的价值,在实体问题无法通过法律明确认定的情况下,以依照法定程序得出的结论替代实体认定。国家安全审查的内核是政治问题,审查标准具有模糊性,在此情况下,严格的法律程序有助于塑造审查结论的正当性,因循法律程序作出的判断推定具有合法性、正当性。②审查程序不仅是投资者的保护程序、审查机构的约束程序,也是审查工作的运行程序。国家安全审查具有高度复杂性,审查主体具有复合性,严格的法律程序可以确保审查工作顺利进行。③审查程序的充分法律化可以促使审查结果的生成,避免以程序的故意拖沓替代审查结论,进而回避对是否威胁国家安全的实体判断。例如,在没有实质性理由的情况下审查机构不得要求申请人撤回并重新提交申请,因为撤回并重新提交意味着审查期限的重新计算,申请人将失去对审查期限的合理预期,可能被迫中止交易。

就目前各国国家安全审查立法的总体情况而言,审查程序已实现较好的法律化,审查主体、权限划分、审查范围、审查步骤、审查期限、救济途径等内容皆由法律或实施细则明确规定。审查机构的组织构成及权限由法律明确规定,可能的设置包括受理机构(例如我国商务部)、牵头机构、〔48〕建议机构(例如澳大利亚外国投资审查委员会、日本)、协助机构(例如澳大利亚国家安全机构)、决定机构(例如美国总统、德国联邦政府)、监督机构(例如美国国会)。国家安全具有综合性特征,是否威胁国家安全的判断过程日趋复杂和专业,作为审查机构客观上要具备

〔47〕 Kristy E. Young, “The Committee on Foreign Investment in the United States and the Foreign Investment and National Securities Act of 2007: A Delicate Balancing Act That Needs Revision”, 15 *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, 43(2008).

〔48〕 美国财政部在《关于外国法人收购、兼并和接管的条例》中将“牵头机构”界定为:由委员会主席指定、代表委员会对特定目标活动行使主要职权的部门。该活动包括审查的全部或部分、调查、谈判或对缓冲协议或条款的监督。

审查的能力和条件,形式上也要具备权威性。任何一个政府部门都无法单独胜任审查工作,单一的部门可以作为初审机构或审查受理机构,但最终的审查结论应当由涉及国家安全的联合机构或中央政府作出。另外,审查机构的合理构成也可以在一定程度上防止“专断”的发生,因为国家安全审查本身具有较为浓厚的主观判断色彩,单一的构成可能导致国家安全威胁的漏判或误判。

(三)审查标准之有限法律化

有些国家并未规定审查标准,仅以“威胁国家安全”作为原则性、目的性的最高标准。国家安全审查是包裹政治内核的法律问题,审查程序需要并且也可以充分法律化,但审查标准仅能有限法律化或称形式法律化,原因在于审查标准与国家安全审查的实体判断直接相关,实体判断是对政治内核的展开,而政治内核无法完全法律化。审查标准的有限法律化表现在以下三个方面:

第一,审查标准的模糊性。如前所述,国家安全是一个不确定的概念,也就决定了为何无法为危害国家安全确定一个准确具体的衡量、判断标准,只能采用相对模糊、抽象的标准。“以美国为例,自从实施国家安全审查制度以后,CFIUS曾多次公开拒绝有关对‘国家安全’的含义作出界定的请求。美国外国投资委员会(CFIUS)拒绝的目的主要是为了维护经济政策的灵活性和审查机关广泛的裁量空间。”^[49]美国《关于外国法人收购、兼并和接管的条例》在第二章对“重要技术”“外国实体”“外国法人”“美国企业”“控制”“外国政府控制的交易”等术语给予了详细的定义,但对于“国家安全”这个更加关键的概念,却仍交由外国投资委员会自由裁量。审查标准越模糊、越抽象,审查主体的解释空间确实就越大,但这并不是为了让审查机构获得广泛的裁量权而有意为之,实属国家安全审查之特质所决定。1988年8月美国参众两院在就《综合贸易与竞争法》(The Omnibus Trade and Competitiveness Act)提交给总统的一份报告中阐述了该法之目的,即“新的法律不能企图对外国投资设置障碍,并不适用于‘国家安全’范围以外的交易,也不能授权对不会导致外国控制的外国投资进行调查”。但是报告又清楚地表明“国家安全的审查标准可以广泛地给予解释,而且在特定的行业,其解释是没有限制的”。这样可使其灵活地处理任何总统认为会对国家安全造成威胁的外国控制。^[50]澳大利亚国家安全审查制度以“是否与澳大利亚国家利益相悖”作为原则性标准,但《1975年外资并购与接管法》《外国并购与接管条例》和澳大利亚政府历年来颁布的外资政策均未明确规定国家利益的含义。财政部每年发布外资政策是澳大利亚国家安全审查法律体制的最显著特征,外资政策也是指引外国投资活动、政府进行投资管理的重要依据。^[51]这必然使得法律所规定的审查标准模糊化,否则变动中的外资政策就失去了适用的空间。德国《对外经济法》和《对外经济条例》也没有对“国家安全”和“国家安全审查标准”作出界定,而是适

[49] 朱识义:《外资参与经营者集中国国家安全审查制度研究》,浙江大学出版社2014年版,页102。

[50] 黄进、张爱明,见前注[46],页48。

[51] 张庆麟、刘艳,见前注[44],页63。

用欧洲法院判决中有关于国家安全的界定。

第二,审查标准的间接性。国家安全审查法律通常仅列举需要考虑的审查因素,而非直接说明哪些情形属于危害国家安全的外国投资,即法律所规定的并非结论性标准,而是过程性标准,或者说法律所规定的是方向性标准,即审查外国投资是否危害国家安全时可以考虑的方向,甚至可以说不是标准,而是可以展开思考的范畴。我国《外国投资法(草案)》称之为“安审因素”,即对外国投资进行国家安全审查“应当考虑的因素”;^[52]美国《2007年外国投资与国家安全法》对《1950年国防生产法》中总统或总统指定的人在国家安全审查中“可以考虑的因素”进行了修改和补充,由11项考虑因素构成了审查标准。^[53]美国学者认为,《Exon-Florio法案》没有对国家安全进行界定,而是在修正案中设定了较为宽泛的考虑因素,目的在于使得该法可以适用于极为多样化的国际并购交易。^[54]“同国家安全概念一样,上述很多‘考虑因素’也有意保持了开放性,而由执行机构进行解释,例如‘关键基础设施’‘关键技术’‘控制’等概念仍有外国投资委员会作进一步界定。”^[55]2010年6月,澳大利亚政府公布的最新外资政策规

[52] 中国《外国投资法(草案)》规定的安审因素包括: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,对重点、敏感国防设施安全的影响;②对涉及国家安全关键技术研发能力的影响;③对涉及国家安全领域的我国技术领先地位的影响;④对受进出口管制的两用物项和技术扩散的影响;⑤对我国关键基础设施和关键技术的影响;⑥对我国信息和网络安全的影响;⑦对我国在能源、粮食和其他关键资源方面长期需求的影响;⑧外国投资事项是否受外国政府控制;⑨对国家经济稳定运行的影响;⑩对社会公共利益和公共秩序的影响;⑪联席会议认为应当考虑的其他因素。

[53] ①为满足预计的国防需求所需的国内生产;②为满足国防需求所需的国内工业产能,包括人力资源、产品、技术、原材料以及其他供应和服务的可靠性;③国内工商业活动受控于外国公民对满足国家安全要求的产能构成的影响;④提出的或待定的有关军事产品、设备或技术出售给如下国家的交易构成的潜在影响:(A)由国务卿认定的:(i)根据《1979年出口管理法》第6节(j)[附录第2405节(j)],被认定为支持恐怖主义的国家;(ii)根据《1979年出口管理法》第6节(l)[附录第2405节(i)],被认定为导弹扩散的国家;或(iii)根据《1979年出口管理法》第6节(m)[附录第2405节(m)],被认定为生物武器扩散的国家;(B)国防部长认定的对美国利益构成潜在的区域性军事威胁的国家;或(C)《1978年核不扩散法》第309节(c)《美国法典》第42卷,第2139a(c)》所列举的核扩散特别国家名单(《美国联邦法规汇编》第15卷,第778节,附录4)或任何后续名单中的国家;⑤提出的或待定的交易对国家安全领域中美国科技的国际领先地位构成的潜在影响;⑥对美国关键的基础设施,包括重要的能源资产构成的与国家安全有关的潜在影响;⑦对美国关键技术构成的与国家安全有关的潜在影响;⑧涵盖交易是否为以上(b)(1)(B)所指的被外国政府控制的交易;⑨视情况,特别是根据以上(b)(1)(B)的要求须进行调查的那些交易,应对如下情况进行评估:(A)目标国遵守防扩散控制机制,包括遵守条约和多边供应指南的情况,应参考,但不限于《2004年军备控制和裁军法》第403节所要求的有关军备控制、防扩散和裁军协议及承诺的遵守和执行情况的年度报告;(B)目标国与美国的关系,特别是在打击恐怖主义方面的合作记录,应参考但不限于总统根据《2004年情报改革和防范恐怖主义法》第7120节的规定提交国会的报告内容;以及(C)可能导致军事用途技术的转运或转移的潜在风险,包括对国家出口管制法律、法规的分析;⑩美国对能源和其他关键性资源和原材料需求的长期预测;以及⑪总统或委员会在进行特定的审查或调查时认为应予以适当考虑的其他因素。

[54] James F. F. Carroll, “Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act’s Conception of National Security”, 23 *Emory International Law Review*, 167(2009).

[55] Christopher M. Weimer, “Foreign Direct Investment and National Security Post—finsa 2007”, 87 *Texas Law Review*, 663(2009).

定,审查外国投资时将从六个方面衡量投资是否符合澳大利亚国家利益,即国家安全、对竞争环境的影响、与澳大利亚政府其他相关政策的关系、对经济和社会的影响、外国投资者特征、外国政府及其相关实体。

第三,审查标准的软约束性。法律所确定的国家安全审查标准通常是“考虑的因素”,这就决定了该标准是一种软约束,没有强制性的效力,或者说根据该标准无法必然得出确定的、唯一的结论。软约束性表现在两个方面:首先,处于考虑因素范围之内的外国投资不一定实际构成国家安全威胁,同样有可能通过国家安全审查;其次,处于考虑因素范围之外的外国投资也可能威胁国家安全,不一定通过国家安全审查。审查标准在国家安全审查中发挥重要作用,但并不意味着仅以该标准即可得出确定的审查结论。

第四,审查标准的适变性。审查标准应当根据相关条件的变化适时调整,以满足维护国家安全之需。因此,很多国家都采取了法律加相对灵活的实施细则的立法方式。国家安全以及国家安全威胁具有不确定性和历史性,需要审查规则既能适应发展的需要,又能覆盖所有的威胁国家安全的情形,而国家安全审查之法律是立法机关经过严格的立法程序确定的规范,对稳定性、周延性有较高的要求,实施细则在国家安全审查法的原则和框架下,可以根据各种因素之变化,灵活因应国家安全审查之需要。在澳大利亚,除了《1975年外资并购与接管法》和《外国并购与接管条例》,由财政部长负责制定的外资政策是国家安全审查的重要依据和标准。外资政策虽然不是法律规范,但由于财政部长拥有国家安全审查的决定权,所以,外资政策在国家安全审查中发挥实质作用。澳大利亚立法者之所以采取这种刻意模糊的立法方式,避免明确定义国家利益,是为了保持审查制度最大限度的灵活性,便于审查机构根据国家不同发展阶段的需要,运用自由裁量权,调整审查的标准。^[56]从法律到细则再到政策,法律化程度逐渐降低,适变能力逐渐提高,审查标准因国家安全审查之特质而要求具有相对较高的适变性,也就决定了法律化程度的相对较低。

美国学者认为,国家安全的宽泛与模糊性可能带来四个方面的问题,即国家安全的开放性解释可能导致该概念被外国投资的反对者不当利用,审查机构对于经济的强势介入将造成商业上的不确定性以及阻碍有益的外国投资,持续将外资审查作为贸易保护的工具有可能招致其他国家的报复性对待,如果安全审查被认为是基于政治敌意可能影响与其他国家的国际合作和外交政策目标。^[57]这些问题的确可能存在,但并不能因此得出国家安全审查立法方式错误的结论,而只能说明国家安全审查可能产生一些负面问题,这些问题的产生乃因国家安全审查之特质所决定,是国家安全审查制度之副产品,不能因该副产品而否定国家安全审查本身及其立法方式,因为该立法方式是国家安全审查的政治内核所决定的,是矛盾关系中的主要方面。

国家安全审查标准的有限法律化自然招致国家安全审查透明度弱、可预见性差的指责,但这是由国家安全审查的本质所决定的,不是立法者刻意采用的立法手段,也不是某一国家存在

[56] 参见张薇:“澳大利亚外资审查法律制度及应对建议”,《国际经济合作》2011年第2期,页86。

[57] Carroll, *supra* note 54.

的问题,而是国家安全审查立法的普遍现象。如果刻意追求国家安全审查标准的进一步法律化,使之实现所谓的具体、明确,尽管可能更加符合立法之形式要求,但却可能背离立法之实质目的。各国都会不遗余力维护国家安全利益,因为这是一国之根本利益,属于最优先之选项,^[58]如果过于强调审查标准的法律化程度,并以此提高可预见性,经过细化的僵化规则可能导致“宁可错杀一千,不可漏掉一个”的局面,对外国投资者不见得有利。澳大利亚政府就认为,在保护国家利益的同时,应对僵化的规则采取灵活的方法,因为僵化的规则可能阻止有益的投资流入,而这并不是国家安全审查制度的初衷所在。^[59]

学者认为,国家安全审查标准存在泛政治化现象,这种现象是受审查机构在构成上的较强政治性、意识形态偏见以及对国有企业的过分专注等多种因素综合影响的结果。^[60] 国家安全的概念在立法中未予以明确,则必然会在实践中产生歧义,从而使得国家安全的界限和范围模糊。国家安全审查界限和范围的模糊所带来的消极后果便是经营者集中国家安全审查过程中的标准泛政治化趋势。审查标准的泛政治化趋势则为经营者集中国家安全审查机构滥用自由裁量权、侵犯经营者合法权益提供了可能,这必然会危及法治的统一性和严肃性。^[61] “国家安全”具有不确定性、历史性、相对性等特征,对其做出具有实践价值的界定是不可能完成的任务,即使在法律中作出一个界定,也只能是抽象的模糊的界定,对于实际的国家安全审查没有应用价值。例如,《外国投资者对保障俄罗斯国防和国家安全具有战略意义的商业公司投资程序法》将“国防和国家安全”界定为“给个人、社会和国家利益造成危害的总和”,同样非常抽象。

“泛政治化”是学者们批评国家安全审查制度的最主要靶标,但我们必须弄清楚国家安全审查标准以及国家安全审查过程所表现出来的政治性是法律问题的泛政治化,还是政治问题的有限法律化,这不是咬文嚼字和吹毛求疵,而是逻辑的起点是否正确的问题,也是如何看待国家安全审查本质的问题。“泛政治化”的观点是以国家安全审查的法律性为逻辑起点和评判标准,从静态的视角来审视已经呈现出来的法律,没有从动态的视角观察法律化过程。国家安全审查是政治内核的法律化,因本身之特质无法实现审查标准的高度法律化,所以,我们只能说国家安全审查标准的法律化程度不够充分和完全,是一种形式法律化现象,而非泛政治化现象。

在绝大多数国家的国家安全审查中都没有设置议会机构的专门监督权,美国则是个例外。尽管根据《Byrd 修正案》增加了“报告义务”(notification requirement),总统应向国会书面报告是否采取行动以及考虑的因素,学者认为修正案的这一内容表明议会不允许总统和外国投

[58] Joanna Rubin Travalini, "Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance Between National Economy Benefits and National Security Interests", 29 *Northwestern Journal of International Law and Business*, 779(2009).

[59] See Australia's Foreign Investment Policy, January 2012, <http://www.firbgovau/content/policy.asp>, Last visited September 5, 2016.

[60] 朱识义,见前注[49],页102。

[61] 朱识义,见前注[49],页110。

资委员会作出的外国投资审查决定不受质疑。^{〔62〕}但在法律程序中,议会享有的是近乎知情权的监督权,议会并没有采取进一步行动的权力,即法律并没有规定国会在收到报告后可以采取具体行动介入案件审查。

在很多国家安全审查案件中,我们都可以听到国会及议员的声音,甚至对并购的成败起到关键作用。在中海油并购优尼科案件中,41位国会议员联名致信要求外国投资委员会对该交易进行全面的审查,认为“能源安全对于美国具有显著的并日渐增长的重要性”。^{〔63〕}在2006年阿联酋迪拜世界港口公司并购包括美国六个港口运营权的英国铁行轮船集团全球业务的案件中,总统与国会出现了截然相反的立场。时任美国总统的布什认为,经过政府的周密评估,该项收购不会威胁美国的国家安全,如果国会通过法案阻止该项并购,他将行使总统否决权。但美国国会共和与民主两党的众多议员却认为,如果让阿联酋这个和“9·11”袭击嫌犯有关联的国家运营美国港口,将对美国国家安全构成威胁,要求白宫出面阻止该项交易。他说:“我们不能因为联邦政府缺乏评估或出现疏忽而让美国的国家安全面临危险。”议会拨款委员会投票表决阻止将美国港口转让给迪拜港口公司。这场国家安全争议已经成为席卷美国政界的政治风暴。尽管有美国政府的支持,但在强大的议会压力下,迪拜世界港口公司最终还是宣布将并购涉及的美国港口完全交给美国机构运营。迪拜港口案使人们更加关注外国投资委员会审查程序的实质意义和生存能力,也提出了需要加强立法以明确外国投资委员会的角色和权力的问题。^{〔64〕}根据法律之规定,总统对于国家安全审查拥有最终决定权,并且该决定在实体上不受司法审查。

在美国国家政治架构中,议会享有立法权和监督权。在国家安全审查法律中,外国投资委员会每年要向议会提交年度报告,以便议会了解相关情况。但在个案审查中国会并没有法律规定的介入权,但议员总是基于对国家安全利益的关注、基于议员身份利益,以公开发表倾向性意见甚至通过法案的方式,在审查程序之外发挥影响力。由于在法律程序之外,议员的意见并不以可靠的证据和严密的论证为基础,更多的是一种本能的直觉反应。这种判断的政治性更加明显,所受的约束也极为微弱。但正如前述迪拜世界港口公司案,议员以及舆论的意见并不能左右政府的审查决定。所以,议会在法律程序之外的介入表现出极强的政治化色彩。但也正是因为议会是在法律程序之外采取行动,其政治化不属于国家安全审查立法、执法、司法的政治化。

有学者认为国家安全审查可能形成新的贸易保护主义,例如美国作为东道国,其对外国直接投资实施严格的国家安全审查制度,这种安全审查制度虽然可能会使美国政府增强心理上的安全感,却有违经济自由主义之精神,而且过度的安全审查容易演变为经济保护主义行为,

〔62〕 Jason Cox, “Regulation of Foreign Direct Investment After the Dubai Ports Controversy: Has the Government Finally Figured out How to Balance Foreign Threats to National Security Without Alienating Foreign Companies?”, 34 *Journal of Corporation Law*, 293(2008).

〔63〕 Travalini, *supra* note 58.

〔64〕 Travalini, *supra* note 58.

形成跨国投资中的政治壁垒,最终阻碍了资本的跨国自由流动与资源的合理配置。^{〔65〕} 这种观点不能成立,因为最终因国家安全审查因素而未能实现的并购交易为极少数,这种做法本身对投资和贸易保护起不到多大的作用,很少会有通过个案审查而非一般政策的方式限制贸易和投资的。在2009—2013年期间,美国共有480件国家安全审查申报,但最终由总统作出决定的仅有1件。^{〔66〕}

三、国家安全审查法律执行与适用的政治回归

国家安全审查是审查机构判断特定外国投资是否危害国家安全的过程,是国家安全审查法律执行的过程。国家安全审查是包裹政治内核的法律问题,因此在法律执行上呈现出特殊性。执行法律的审查机构必须遵守法律规定的程序要求,但在是否危害国家安全的实体判断上享有充分的裁量权。审查行为虽属具体行政行为,但因涉及国家安全,司法权仅可就国家安全审查程序的合法性进行司法审查,而不宜就国家安全审查结论进行实质司法审查。

(一)审查结论:审查机构根据法律进行的政治判断

国家安全审查是审查机构根据法律授权执行法律的过程,是法定机构根据法定权限按照法定程序作出具有法律效力的行为的过程。在国家安全审查中,法律对审查标准的规定较为原则、模糊,通常只规定判断时“应当考虑的因素”,基于法律的规定和事实无法直接得出确定的结论,而是以法律和事实为基础,经由主体的认知加工得出判断结论,并且这种判断是依循法律程序进行的政治判断。学者认为,相对模糊的“国家安全”界定导致了在国家安全审查中不可避免地夹杂政治因素的考量。近年来,美国针对中国企业并购所进行的安全审查中就含有政治因素。^{〔67〕} 这种判断的逻辑是“国家安全审查应该是一个完全的法律问题,不应掺杂政治因素,但由于国家安全界定的模糊性而掺杂了政治因素”。但实质上,国家安全审查本身就是一个包裹政治内核的法律问题,政治因素是核心的、当然的内容,绝不是不当掺杂的因素,不能因国家安全审查的法律形式而误认为这是一个完全的法律问题。

法治化是现代国家治理的目标与方式,是绝对主流的价值观念,尤其在涉及国际因素时,各国更是努力树立法治化国家的形象。在经济全球化背景下,各国也都努力创造法治化的投资环境,争取吸引更多的外资发展本国经济。国家安全审查的这种特质很容易让人产生违背法治原则的错觉,尤其在审查机构认定一项外国投资危害国家安全时,常被冠以“政治干扰”的负面评价。通常,法律化的程度与法治化评价正相关,法律化程度越高越能体现法治原则,但并非所有的问题都适合充分法律化,对譬如国家安全审查这样的问题进行有限法律化是符合认识规律和立法原则的,并不违背法治原则。

国家安全审查的实质在于判断外国投资是否危害国家安全,而审查的标准具有模糊

〔65〕 黄一玲,见前注〔4〕,页30。

〔66〕 CFIUS, Annual Report to Congress (Report Period: CY 2013), pa.3.

〔67〕 参见贺丹:“企业海外并购的国家安全审查风险及其法律对策”,《法学论坛》2012年第2期,页52。

性、软约束性和间接性,因此,基于法律和案件事实不能自然地、机械地得出审查结论,需要审查主体做出是否存在安全威胁的具有主观感受的判断。国家安全审查是一个复杂的过程,包含对国家安全认识、对安全威胁的识别、对危害程度的认定,与法律判断相比,这种判断的特点在于:

第一,判断过程的不确定性。“法律面前人人平等”的法律思想在国家安全审查中仅意味着在国家安全审查程序面前人人平等,而在是否威胁国家安全的实体判断上,不同国家的投资者甚至同一国家不同所有权背景的投资者,在同一个投资项目中可能受到不同对待,或者说“看人下菜碟”正是国家安全审查制度个案审查特点之体现。在罗尔斯公司诉美国外国投资委员会的案件中,该委员会认为中国企业三一重工所控制的美国公司收购位于美国海军控制的空中禁区内的风电场威胁美国国家安全,但罗尔斯公司指出在空中禁区内或其附近有几十甚至上百个外国制造并由外国投资者拥有的风电机,外国投资委员会也承认空中禁区附近存在外国拥有的其他风力发电机。同样是空中禁区内或附近的风电项目,其他外国投资者并未遭遇国家安全审查的质疑,但中国投资者的投资被认定构成国家安全威胁。^{〔68〕} 国际风云变幻莫测,国际政治错综复杂,同一投资者在不同的时空环境下可能遭受不同的国家安全审查结论,如果母国与东道国的关系发生了变化、母国的政权或政治氛围发生了变化、母国被列为特殊国家(例如支持恐怖主义国家),都可能导致国家安全审查结论的变化。所以,主体差异性和时空差异性都体现了国家安全审查的不确定性,这种不确定性是由国家安全审查的政治内核所决定的。

第二,判断过程的非公开性。在国家安全审查中,审查机构仅公布接受审查的外国投资是否危害国家安全,但并不会说明为什么以及如何危害国家安全,被审查者也没有权利要求审查机构予以详细说明,但被审查者对于审查机构的判断理由恰恰是极为关心的。2010年5月,华为斥资200万美元收购了美国服务器科技公司3Leaf的部分资产,并向CFIUS提出国家安全审查申请,该委员会要求华为自愿放弃这一收购,屈于该投资委员会的压力,华为最终放弃收购。^{〔69〕} 华为高管就此发表了公开信,提出了一系列质疑:

我们对于安全的理解,是不是还不能达到美国政府要求,我们想知道,是不是已经掌握了华为有违反美国安全的事例,具体是什么能否告诉我们。美国政府是对华为的过去担忧?还是对华为未来的发展担忧?担忧在哪些方面?具体什么事情?我们能否一起找到解决的办法。我们愿意遵照美国政府在安全方面的任何要求,开放给美国的权威机构进行调查,我们将坦诚的给以配合。^{〔70〕}

从中可以看出,申请人渴望知晓审查机构的判断理由。但是,因为审查决定是一种政治判

〔68〕 *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States* (No. 13 - 5315), 2014 WL 3407665 (C.A.D.C.).

〔69〕 “华为撤销3Leaf并购案申请”, 网易科技报道, <http://tech.163.com/11/0220/09/6TB0SIML000915BE.html>, 最后访问日期:2011年4月20日。

〔70〕 “华为高管发表公开信邀请美国当局对公司进行调查”, 网易网, <http://tech.163.com/11/0225/07/6TNJ1UBG000915BE.html>, 最后访问日期:2011年4月20日。

断,而不是法律判断,无法像法律判断一样进行详细的说理与明释。其一,威胁国家安全之认定可能包含国家机密信息,说理与明释可能泄露国家机密,危害国家安全利益;其二,威胁国家安全之认定不一定是严密的推理过程,国家安全本身就是主客观相结合的概念,国家安全审查过程难免会有一定的主观性色彩,而这种“色彩”并不适宜进行公开的阐述;其三,审查机构认定威胁国家安全之理由在被审查者看来可能是“牵强的”,甚至是“毫无道理的”,判断理由的详述多半会令东道国政府陷入质疑。在澳大利亚政府禁止华为公司竞标该国国家宽带网络合同案件中,澳大利亚总理茱莉亚·吉拉德表示,出于网络安全的考虑,阻止华为澳大利亚子公司参与该国国家宽带网络合同的竞标符合澳大利亚国家利益。^{〔71〕} 澳大利亚政府并未详细说明为何华为公司会威胁网络安全,仅有媒体的报道称,澳方禁止华为投标的理由很牵强,主要是华为的总裁任正非曾是中国人民解放军的军人,并且他从不接受媒体采访。澳方同时认为华为与中国政府有关联。^{〔72〕} 华为公司对外关系主管普拉莫称,全球前50大电信服务提供商有45家都在使用华为的产品,至今没有出现过任何的安全事故,这种所谓安全的担忧是模糊而且毫无根据的。^{〔73〕} 所以,判断理由讲得越多越容易陷入被动,与其如此,还不如闭口不谈或者言简意赅,只说结论,不讲理由。

尽管存在上述原因,但增强透明度依然是应当努力的方向。在不涉及国家机密和国家安全信息的前提下,审查机构应当就判断的依据和理由做尽可能的说明,不说明理由虽然可以让相关者无法进行有针对性的批判,但毕竟是技术性策略,并不能从根本上消除对审查结论的质疑。当然,“尽可能的说明”并非逻辑论证,而是指出关键的担忧或威胁的来源。美国学者认为,外国投资委员会不能仅向国会报告国家安全审查信息,而应当向社会公开披露,以此提升国家安全审查的透明度,减缓公众对外国投资的担忧,并为潜在的并购投资者提供审查指引。^{〔74〕}

(二)国家安全审查决定的司法审查豁免

国家安全审查结论在本质上是依据模糊性标准作出的政治判断,但在形式上属于具体行政行为,国家安全审查的司法救济问题自然备受关注。关于国家安全审查决定的司法管辖有三种立法例,即以法国、日本为代表的法律明确规定可以申请司法审查,以德国、澳大利亚为代表的未排除司法审查,以及以美国为代表的明确排除司法审查。

国家安全审查应受司法审查的观点认为,由于各国承担国家安全审查职能的部门均为行政部门,而法治国家要求将行政机关的决策纳入司法审查的范围。因此,在东道国国家安全审查机构作出否决并购交易的决定后,投资者可以通过提起法律诉讼的方式,启动对安全审查程

〔71〕 “澳大利亚回应华为竞标被拒称符合国家利益”,商务部网,<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/i/jyj/1/201203/20120308042378.html>,最后访问日期:2012年6月8日。

〔72〕 “澳大利亚禁止华为投标宽带网项目”,人民网,<http://world.people.com.cn/GB/1029/42354/17477771.html>,最后访问日期:2012年6月8日。

〔73〕 “华为驳澳政府阻止竞标:安全担忧毫无依据”,网易科技,<http://tech.163.com/12/0327/05/7TJ22UBA000915BE.html>,最后访问日期:2012年6月8日。

〔74〕 Young, *supra* note 47.

序的司法审查。司法审查的好处在于,通过法院诉讼的程序,可以减少在安全审查中概念与认定的模糊性,从而降低政治因素的干扰。^{〔75〕}但在理论上,并不是所有的行政行为都必须纳入司法审查的范围,不能因为国家安全审查属于具体行政行为就推定其应受司法管辖,法律明确规定的特殊行政行为可以排除司法审查。我国《行政诉讼法》就规定,国防、外交等国家行为以及法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为不受司法管辖。

根据法国《货币与金融法》之规定,投资者可以就经济部长所作之禁止交易、调整交易或恢复到交易前状态等决定寻求司法救济。^{〔76〕}如果投资人认为不批准交易的决定违反了欧共体条约,也可以向欧盟法院提起诉讼。但自国家安全审查法令实施以来,还没有投资人提起过行政诉讼或者欧盟法院诉讼。^{〔77〕}《日本外汇及外国贸易法》是日本进行外资国家安全审查的法律依据,大藏大臣可命令投资者变更或中止可能威胁国家安全的投资内容。大藏大臣受理有关对该法或基于该法的命令的处分提交的异议申诉和审查请求时,对提出异议人或请求审查人,应公开听取其意见,在听取意见时,对提出异议的人、请求审查的人或利害关系人,必须给予就该案件提出证据和陈述意见的机会。在大藏大臣对提出的异议和请求审查作出决定或裁定前,异议人或请求审查人不得提起取消前述处分的诉讼。所以,日本的规定意不在于强调审查结论的司法管辖,而是强调申诉与诉讼的关系。

一些学者在论述德国国家安全审查制度时认为,“对于经济与技术部在安全审查中作出的所有决定都要经过德国行政法庭的司法审查”。^{〔78〕}“英、法、德都允许并购方在对本国的行政机关就并购申请作出的裁决不服时,向本国有管辖权的法院提起诉讼,直至欧洲法院,只有加拿大未规定司法审查。”^{〔79〕}“在德国,投资者对联邦经济与能源部的所有决定均可向柏林行政法庭起诉。”^{〔80〕}根据上述学者的论文,似乎德国法律对于司法管辖具有明确的规定,并且所有的国家安全审查决定必须经过行政法院的审查。但实际上规范德国外资国家安全审查的《对外经济法》^{〔81〕}和《对外经济条例》^{〔82〕}都未涉及司法审查问题,所以,只能得出德国法律并未排除国家安全审查司法管辖的推论,当事人可以根据行政诉讼法律的规定提起行政诉讼。“都要经过德国行政法庭的司法审查”的观点无从谈起,在德国之外的其他国家,针对国家安全审查之外的其他行政行为,也未见必须经过司法审查之立法例。此外,必须经过司法审查的观点在理论上更是难以成立,完全背离司法的谦抑性、被动性以及解决纷争的功能。

〔75〕 贺丹,见前注〔67〕,页53。

〔76〕 Article L. 151-3, Monetary and Financial Code (Legislative Section).

〔77〕 贺丹,见前注〔67〕,页50-51。

〔78〕 贺丹,见前注〔67〕,页49。

〔79〕 陈玉祥、孙强:“非美发达国家外资并购安全审查制度风险的隐喻及对策”,《理论月刊》2010年第12期,页156。

〔80〕 常蕊:“外资并购的安全审查:前置条件与监督机制”,《改革》2014年第9期,页109。

〔81〕 Aussenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 (BGBl. I S. 1482).

〔82〕 Aussenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2685), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 13. Juli 2015 (BAntz 2015 AT 17.07.2015 V1) geändert worden ist.

澳大利亚也未排除国家安全审查决定的司法审查,但不同的是国库部部长对外国投资进行审查的行政行为并不受《1977年行政决定〈司法审查〉法案》[Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977]和《1975年行政上诉法庭法案》(Administrative Appeals Tribunal Act 1975)管辖。澳大利亚普通法院可根据普通法对国库部部长作出的外资审查决定进行司法审查。事实上,澳大利亚法院一贯尊重国库部部长对外国投资进行国家利益审查的权力,轻易不启动司法审查程序,只基于以下原因开展审查:一是国库部部长作出决定时未满足法定要求;二是考虑的因素超出国家利益范围;三是决定不符合一般理性标准。^{〔83〕}由此可见,尽管法院可以对国家安全审查决定进行司法审查,但法院的审查实际上接近形式审查,并非进行实质审查。

我们常对美国最高法院在布什与戈尔的总统选举中的管辖津津乐道,似乎美国法院可以决定谁当总统。但实际上法院审查的不是谁适合当总统这一实体问题,而是选民选了谁当总统这一程序问题,即针对选举情况进行司法审查。同样,法院不能裁决国家安全审查决定的正当性,即不能裁决某项外国投资是否危害国家安全,但这并不意味着整个国家安全审查过程都不受司法的干预,法院对审查机构是否遵循了正当程序原则具有管辖权。

在美国国家安全审查的历史上,针对总统的国家安全审查决定提起诉讼的仅有一例,即2014年罗尔斯公司诉美国外国投资委员会和奥巴马总统案。^{〔84〕}2012年3月,上诉人罗尔斯公司收购了4个美国有限责任公司(项目公司),项目公司成立的目的是在俄勒冈州中北部兴建风电场。该交易很快受到CFIUS的详细审查,罗尔斯公司是一家在特拉华州注册的美国公司,两个股东都是中国公民。^{〔85〕}CFIUS认为,罗尔斯公司收购项目公司威胁国家安全,因此发布暂时性的限制命令:限制罗尔斯公司进入该风电场并禁止继续建设风电场。在提交给总统后,总统同样认为这笔交易会对国家安全造成威胁。总统签发了一个永久性的命令(总统令):禁止这笔交易,并要求罗尔斯公司撤走对风电项目公司的投资。罗尔斯公司针对CFIUS和总统共同签发的行政命令向地方法院提起诉讼,罗尔斯公司的诉求之一是CFIUS和美国总统均未给予罗尔斯公司机会对签发命令的依据进行审查和辩驳,因此其主张这项行政命令违反了美国宪法第五修正案规定的正当程序条款。地方法院驳回了罗尔斯公司的诉讼请求,认为该诉求无审判价值,总统令违反程序正义的主张不构成一项诉讼请求。

上诉法院认为,法条文本和该法案的立法史均未提供清楚而有说服力的证据来证明国会意图排除对总统令的违宪司法审查。首先,条文禁止对总统所有“基于(d)①做出的行为”进行司法审查,并没有禁止对罗尔斯公司提出的法律适用方面的违宪进行司法审查。法院认为对(d)①部分最自然的解读是,禁止法院对总统做出的“暂停或禁止受管辖交易的‘决定’进行司

〔83〕 张薇,见前注〔56〕,页84。

〔84〕 判决书译文参见王东光、王萍、刘珍:“罗尔斯公司诉美国外国投资委员会案”,载顾功耘主编:《经济法前沿问题研究(2014)》,北京大学出版社2015年版,页268—293。

〔85〕 罗尔斯公司为两个中国公民所有,分别是段大伟和吴佳梁。段大伟担任中国制造企业三一重工集团的财务总监;在进行该笔交易时,吴佳梁担任三一重工集团的副总裁和三一电气有限公司的总经理。

法审查,这里的交易特指存在损害美国国家安全危险的交易”。然而,条文没有提到对前述总统行为进行违宪审查的可审查性。

上诉法院在判决中对可裁判的法律问题与不可裁判的政治问题进行了详尽的论述。“政治问题原则是权力分立的一个基本作用,它将应当在国会或行政部门处理范围内的以政策选择和价值判断为主的争议排除在司法审查之外。”法院对政治决定没有管辖权,依政治决定的性质应当由行政部门管辖而非司法部门。法院在 Baker 案^[86]中详述了一个诉讼是否为不具有可裁判性的政治问题的判断标准。如果依据案件的基本情况可以明显地发现存在如下几种情形,则“政治问题”将阻碍法院认定一项诉讼请求:①一个由同等行政部门管理的显而易见的宪法性问题;②欠缺司法性的调查和处理标准来解决它;③若没有一个在先的、不具有司法裁量性的政策方针就不能判决;④若没有对同等的行政部门表示尊重,一个法院不可能独立解决问题;⑤无异议的遵守一个已作出的政治决定的特别需要;⑥存在因一个问题多个部门发出多种声明而导致陷入僵局的可能性。因为 Baker 案列出的六大因素相互无关联,不需要结合起来考虑,法院适用政治问题原则“只需要推定一个因素存在即可,不需要满足所有因素”。

上诉法院进一步认为,虽然与外交政策和国家安全密切相关的问题很少成为司法干预的对象,但是“认为每一个涉及外交关系的案件或争议都在司法管辖权之外的看法是错误的”。实际上,“司法机关是宪法的最终解释者,大多数情况下,法院针对违宪的主张将会进行公正的审理”。因此,如果法律问题可能涉及外交政策或国家安全,我们不能不假思索的拒绝裁决相关法律问题。相反,“在法院决定是否政治问题原则阻止对一项诉讼请求进行审判之前,我们应当对特定案件中出现的特定问题进行区别分析”。例如,上诉法院在审理由国务卿认定的国外恐怖组织的决定中说明了与威胁国家安全相关的可裁判性的法律问题和不具有可裁判性政治问题的区别。在发现符合下列条件时,国务卿可以认定一个外国团体为外国恐怖组织,这些条件包括:①该组织为外国组织;②该组织所参与的活动符合 1996 年的《反恐和有效死刑法案》中对恐怖活动的定义;③该组织的恐怖活动威胁到国家安全或美国国民的安全。尽管外国恐怖组织的认定需要牵涉到外交政策和国家安全利益,但在这个案件中,法院认为,就国务卿需要遵守的上述法定要求的前两项,即该组织是否为外国组织和是否参与恐怖活动,可以进行司法上的审查;但是,就国务卿认定该组织威胁国家安全的事实是在法院司法审查范围之外的,法院不能胜任审理这一事实的工作,因为这个结论是一个政治问题,它涉及“司法部门没有资质条件以及责任作出只有行政部门才有权做出的外交决策的问题”。

上诉法院虽然支持了罗尔斯公司的正当程序诉求,认为总统令未经正当程序剥夺了罗尔斯公司受保护的宪法性财产权,罗尔斯公司有权获得正当程序保护,这些程序应该包括获取总统所依据的非机密证据和对其进行反驳的权利。但法院同时也明确指出,罗尔斯公司所主张的正当程序的诉求并不能染指政治机构的特权,罗尔斯公司对正当程序的诉求并没有挑战总统认为罗尔斯公司对工程公司的收购威胁了美国国家安全以及为了减轻对国家安全的威胁而禁止该种交易的决定。

[86] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

国家安全审查结论不应受到司法审查,而审查程序应当受到司法审查。首先,国家安全审查在本质上是政治问题的有限法律化,是包裹政治内核的法律问题,如果司法对审查结论进行实质审查实际上等于司法介入不具可裁判性的政治问题;而国家安全审查程序已经充分法律化,程序之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的检视。其次,国家安全审查是极为复杂的过程,具有高度的复杂性和专业性,涉及外交、国防、科技等多领域、多层次的问题,司法机关客观上也无法胜任这样的实质审查工作;尽管国家安全审查具有特殊性,但审查程序遵循法律程序的普遍性价值,即程序正义和正当,司法机关对程序正义与正当具有天然的判断能力和优势。再者,如果对国家安全审查结论进行司法审查可能涉及对国家安全审查全过程的检视,极可能涉及审查机构不愿说、不能说但在法庭上又不得不说的信息,审查机构因此面临维护国家机密与法庭辩论的两难处境;而针对程序进行的司法审查因不涉及实体内容,审查机构自然不会陷入前述困境。虽然有的国家并未排除甚至明确规定了国家安全审查结论的司法管辖,但这并不意味着法院在诉讼程序中实质检视审查结论的正确性,而是从法律、权利的视角检视国家安全审查行为是否存在法律上的瑕疵,即法院不能就是否危及国家安全以及审查决定是否正确作出判断。从现有的实践来看,法院都会充分尊重审查机构的决定。

国家安全审查决定虽不受司法审查,但其并不会导致恣意。国家安全审查具有充分法律化的程序,并且该程序接受司法审查,已在很大程度上约束了审查机构的行为。国家安全审查机构具有较高层级和权威性,不是普通的行政主体,无论从主观态度还是客观能力方面都不容易产生恣意。如果一定要在尊重国家安全审查之政治本质与行政行为应受司法审查之间进行权衡和取舍,前者优于后者,因为前者属于运行机制,后者属于监督机制,在二者冲突的情况下,应调整监督机制以匹配运行机制。

四、结语:政治本质亦不得过度侵入财产权

基于政治与法律的事实与逻辑关系,外国投资国家安全审查不仅不排斥法律化,也不能排斥法律化。政治的表达方式与实践方式完善的重要标志即政治活动与政治过程的规则化或规范化,其基本形式是对政治所涉及的公共利益与公共事务的处置方式给予制度化,而制度化的最高形式又当然是法律。特别是自近代以来,法律成为政治规范化最权威且最有效的重要形式。^{〔87〕}现代政治是规则政治,除非是赤裸裸的政治或完全不会产生外部性效果的政治,否则都应当采取法律化的表达方式。所以,从国家安全审查作为一般性的政治议题的角度来看,其就应当法律化,更何况国家安全审查可能影响到外国投资者利益本国企业利益、甚至社会公众利益。

需要指出的是,外国投资国家安全审查制度应当采取法律化的形式与国家安全审查制度具有政治本质属两个不同维度的问题:前者是政治与法律之间关系的一般性问题,这里的“政

〔87〕 参见姚建宗:“法律的政治逻辑阐释”,《政治学研究》2010年第2期,页33。

治”是广义的政治;后者是法律化程度与方式、法律执行与适用中的判断逻辑以及是否接受司法审查的特殊性问题,这里的“政治”是狭义政治。国家安全审查是应当法律化的议题,不能直接通过政治过程进行判断;同时,国家安全审查是具有政治内核的法律问题,不能采取纯粹法律逻辑上的技术判断,国家安全审查所遵循的是法律之内的政治逻辑与标准。

外国投资国家安全审查是包裹政治内核的法律问题,其政治本质决定了审查标准的模糊性、审查过程的裁量性以及审查决定的司法管辖豁免。但这并不意味着可以轻视投资者的财产权益,政治本质虽然可以赋予审查机构一定的特权,但这种特权亦不得过度侵入投资者的财产权。行政特权的范围以维护国家安全的必要为边界,主要体现在作出审查决定的裁量空间和终局性上,并不及于对投资者财产权益的征收、处分或不当限制。申言之,如果存在多种缓解措施,审查机构应当选择对投资者的财产权益影响最小的措施;如果出于国家安全的考虑确有必要禁止特定投资,应允许投资者以适当的方式出让已经获得的股份或营业,不得直接或变相剥夺、减损投资者的财产权益。即使在投资者应当申请安全审查而未申请的情况下,也不能因“责任自负”而不顾投资者之财产权益。这里的财产权益指的是现有的权益,不包括预期权益。在并购计划未能通过国家安全审查的情况下,被收购方不能以因此丧失较高的收购对价而主张权益受损。

Abstract: National security review of foreign investment, though under legal context, is essentially an issue of politics. Legislations on national security review is a legalization process of political issues, where a full legalization of review procedures and a limited legalization of review standards have been determined by characteristics of such review. The national security review agencies, subject to authorizations by law, make political judgments without judicial review to determine whether a foreign investment would jeopardize or compromise national security or not. Therefore, the enforcement and application of laws on national security review return to the field of politics. Factors such as the concept uncertainty of national security, the vagueness of its review standards and the administrative discretion of its review conclusions, have brought questions on pan-politicization of national security review. However, in these questions, which are based on static legal evaluations, the fact that the logic behind legislations on national security review is limited legalization of political issues has been overlooked.

Key Words: Foreign Investment; Foreign Capital M&A; Multinational Investment; National Security; Security Review

(责任编辑:唐应茂)