

美国会调查报告没有国际法依据

## 华为中兴和中国政府可准备两项法律反击

中国社科院国际法所 刘敬东

根据 WTO 协定“安全例外”条款的法律规定,姑且不论美国国会调查得出中国两家企业“与中国政府关系密切”这一结论是否准确(事实上,中国两家企业均否认这一结论并提供了充分证据证明自身的独立性),“与政府关系密切”这一理由本身就不在 GATT1994 第 21 条“安全例外”规定的法定情形之列。援引该条例外来限制中国企业投资、贸易的行为根本就没有 WTO 规则依据。

美国国会发表的报告以及建议并不具备国际法根据,与 WTO “安全例外”条款完全背道而驰,是对该条款的滥用,实质上就是一种投资、贸易保护主义行为。

华为与中兴可准备通过美国法律规定的行政救济手段以及行政诉讼的司法救济手段,维护自身的合法权益。

中国政府可准备向 WTO 争端解决机构申诉,请求该机构对此作出裁决,由于 WTO 争端解决机制具有强制执行的效力,作出的裁决美国方面必须予以执行,这就会迫使其改变错误决定。

10 月 8 日,美国国会众议院情报委员会发表调查报告称,中国华为技术有限公司和中兴通讯股份有限公司对美国国家安全构成威胁,建议美国政府阻止这两家企业在美开展投资贸易活动。这是国际金融危机爆发以来美国针对中国发动的又一起带有浓重保护主义色彩的严重事件,此事件不仅对华为、中兴两家中国企业对美投资的具体业务产生了十分消极的影响,而且对中美两国之间的经贸往来也势必造成严重不良后果。

近年来,随着中国经济实力的迅速提升,中国企业对外投资日渐增多,涉及的领域不再限于以往的能源、建筑等传统行业,已开始涉足众多高科技领域。与此同时,中国投资的地域也不断扩大,已由主要向发展中国家投资扩展为向包括发达国家在内的全球范围投资。一些发达国家或地区出于“冷战”思维,背弃了其一贯推行的投资、贸易自由化的宗旨,针对中国企业的一些正当投资行为百般阻挠、极力遏制,其中一个重要理由就是所谓的“国家安全”,以此为借口阻止中国企业对相关行业的投资贸易活动,这已成为近期频发的一个普遍现象。

我们应当认真地从国际法角度加以分析,在此基础上,运用国际法规则以及 WTO 争端解决机制等法律手段对此加以反击,消除这些国家和地区对中国企业投资、贸易行为实行的歧视性政策,从而最大限度地维护中国企业的合法权益。

WTO 规则中“国家安全”的规定与运用条件

在国际投资领域,WTO 体制中《与贸易有关的投资措施协定》是各界公认的、规范各国投资政策和行为的权威国际法文件。尽管该协定强调其规制的投资措施必须“与贸易有关”,但国际法学界普遍认为,在国际投资尚缺乏实体性国际法规范的情况下,该协定对国际投资行为的规制作用十分明显。由于 WTO 是一个多边贸易组织,因此,该协定冠以“与贸易有关”字样,使得 WTO 管理国际投资行为更为名正言顺。

《与贸易有关的投资措施协定》开宗明义倡导投资、贸易自由化以及自由竞争,指出:“期望促进世界贸易的扩大和逐步自由化,便利跨国投资,以便提高所有贸易伙伴特别是发展中国家成员的经济增长,同时保证自由竞争。”并指出,“认识到某些投资措施可能产生贸易限制作用和扭曲作用”,特订立此协定,以规范成员方制定的国内投资措施。

在规定成员方应当对外国投资行为实施国民待遇、普遍取消数量限制以及透明度等法律原则

的同时,该协定规定,GATT1994 项下的所有例外均应酌情适用于该协定的规定,因此,GATT1994 第 21 条“安全例外”应适用于该协定。鉴于此,分析、研究 GATT1994 第 21 条“安全例外”条款的规则含义,对于判断美国等国家以“国家安全”为由对中国企业投资、贸易采取的限制措施的合法性,并采取法律行动,无疑是必须要做的功课。

从立法者的本意来看,无论是 GATT1994 第 20 条“一般例外”、还是第 21 条的“安全例外”,其目的是在降低贸易与投资壁垒、推行贸易与投资自由化的同时,给成员方确保其国内经济、社会安全、稳定提供一个“安全阀”。当成员方在履行 WTO 协定义务的过程中如果遇到危及国家安全、公共道德、人类以及动植物生命健康、保护可用竭资源等情形时,可采取豁免协定义务、WTO 规则所允许的投资或贸易限制措施。从这个意义上讲,以“国家安全”为由限制他国投资或贸易的行为可以找到 WTO 规则的依据来源。

但问题在于,尽管 WTO 规定了成员方可以享有“安全例外”条款赋予的权利,但绝不是允许成员方滥用这项权利,成员方在以“国家安全”为由限制投资、贸易行为时,必须遵守 WTO 协定条款,否则就是对 WTO 规则的违反,势必侵害其他成员方的合法权利。

首先,GATT 第 21 条“安全例外”规定了可供援引的、十分具体的情形,只有在这些情形下,成员方才能运用此例外条款。综合起来,该条款规定了以下三种情形:第一、成员方可拒绝提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;第二、成员方有权采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动;第三、成员方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

以上三种情形中,实践中运用的最为普遍、也是与本次华为、中兴事件有关的就是第二种情形,但该条在赋予成员方采取行动保护基本国家安全利益权利的同时,明确列明了必要的条件,即,涉及“基本国家安全利益”的法定情形:1、与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;2、与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动;3、在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动。

也就是说,只有在以上三种情况发生时,WTO 成员方才可以援引“保护基本国家安全利益”的例外规则,限制外国的贸易与投资行为。可见,“安全例外”或“国家安全”例外并非是一项原则性规定,而是具有完整、准确法律含义的法律规则,绝不是成员方可以信手拈来、随意滥用的“挡箭牌”、“保护伞”。

其次,根据一般法律原理以及 WTO 的司法实践,对于“例外”条款应当从严解释和运用,这对于维护 WTO 规则的有效性和法律尊严是极为重要的。

顾名思义,“例外”就是正常情况以外偶然发生的、非惯常性的行为,在各国的法律制度中,无论是立法者还是司法者对于“例外”条款都奉行从严解释和运用的原则。因为,如果扩大“例外”条款适用的范围势必会对法律中普遍性、正常性的规定产生破坏和冲击,使得法律本身的制定变得毫无意义。基于同样的道理,从严解释和运用“例外”条款也是国际法中的一项基本原则,WTO 争端解决机制中的专家组、上诉机构在审理成员方之间贸易争端时多次对这一原则加以强调。

由此可见,尽管各国可援引 GATT1994 第 21 条以“国家安全”为由对外国投资和贸易采取限制措施,但必须符合该条款明确规定的法律条件和情形。不仅如此,成员方还必须尊重对“例外”条款从严解释和运用的国际法原则,善意地、十分慎重地行使这项权利。

美国国会调查报告没有国际法依据

在日前发表的报告中,美国众议院情报委员会表示,经过为期一年的调查,它得出如下结论:华为和中兴会对美国国家安全构成威胁,因为它们获得了美国企业的敏感信息。美国国会特别担忧华为和中兴的原因是它们与中国政府关系密切。报告指出,允许华为和中兴在美国开展业务,将使中国政府有能力窃听美国通信,对水坝和电网等关键设施发动攻击。美国众议院情报委员会

主席迈克·罗杰斯和该委员会的民主党领袖鲁珀斯伯格表示,美国政府应当被禁止与华为、中兴做生意,美国企业应当避免采购华为、中兴的设备。

从以上内容来看,美国国会报告调查认为中国上述两家企业与中国政府关系密切,并以此为由得出两家企业在美投资与贸易行为将危及美国国家安全的结论,建议对它们的投资与贸易采取限制措施。

美国是 WTO 重要成员,同其他成员方一样负有履行 WTO 协定的国际法义务,在对待同为 WTO 成员的中国对其投资方面,美国应当遵守 GATT1994 及《与贸易有关的投资措施协定》条款。可是,根据前文对 WTO 协定“安全例外”条款的法律解读,姑且不论美国国会调查得出中国上述两家企业“与中国政府关系密切”这一结论是否准确(事实上,中国两家企业均否认这一结论并提供了充分证据证明自身的独立性),“与政府关系密切”这一理由本身就不在 GATT1994 第 21 条“安全例外”规定的法定情形之列,援引该条例外限制中国企业投资、贸易的行为根本就没有 WTO 规则依据。

根据 GATT1994 第 21 条“安全例外”列明的法定条件或情形,中国上述两家企业既与裂变、聚变物质无关,又非涉及军事行动或物资,中美两国亦非战时或国际关系紧急状态,更没有履行《联合国宪章》规定义务的情况出现,谈何危害美国的国家安全?

如果硬要从中找到法律依据,美方最有可能捞到的一根“稻草”就是“安全例外”第 2 款中规定的第二种情形:“与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动。”但是,根据对“例外”条款从紧解释和运用的法律原则,除非美国方面拿出充分证据表明,中国两家企业的投资行为与美国的作战物资或“与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关”,否则,仅凭军方也会使用电信工具这一点就得出中国企业的投资、贸易“危及美国国家安全”的结论,则完全违背了“例外”从紧的法律原则。

综上,美国国会发表的上述报告以及建议并不具备国际法根据,与 WTO “安全例外”条款完全背道而驰,充其量是对该条款的滥用,实质上就是一种投资、贸易保护主义行为。

中国企业和政府可准备采取两项法律行动

鉴于美国国会上述报告缺乏国际法依据,中国政府和相关企业应当采取行动,反击报告得出的结论和建议。在中国政府采取外交行动与美方开展交涉的同时,中国两家企业亦应当据理力争。中国政府和相关企业都应当做好采取法律行动的准备。

根据国际法中用尽当地救济的法律原则,中兴、华为两家中国企业应当首先运用美国的相关法律和机制排除对其投资、贸易权益的侵害。由于美国国会刚刚发表的上述报告仅具有建议性质,中兴、华为两家中国企业还需等待美国政府部门作出正式决定后,才可采取具体的法律行动。主要是通过美国法律规定的行政救济手段以及行政诉讼的司法救济手段,维护自身的合法权益。

从政府层面讲,中国政府应当密切跟踪事态的进一步发展,认真研究美国政府随后作出的决定,并就此与美国开展磋商,阐明中国政府反对投资、贸易保护主义的立场,要求美方摒弃歧视中国企业的作法,秉承开放、合作的原则,切实为中国企业开展贸易投资活动创造公正、平等的市场环境。如果美方坚持错误决定,中国政府可采取相应的反制措施。

同时,可向 WTO 争端解决机构申诉,请求该机构对此作出裁决,由于 WTO 争端解决机制具有强制执行的效力,作出的裁决美国方面必须予以执行,这就会迫使其改变错误决定。当然,在正式提交申诉之前,应当做好大量的法律准备工作,以确保 WTO 裁决结果的公正性。

考虑到近期美、欧等西方国家以“国家安全”为由限制中国企业投资、贸易现象已成普遍态势,中国政府应下决心运用国际法规则以及 WTO 争端解决机制等法律手段遏制这一态势的进一步蔓延,采取强有力的法律措施维护中国企业的合法权益。

相关链接

非难华为中兴缘于被超越的焦虑

《日本经济新闻》10月14日刊登题为《对于美中贸易摩擦不应隔岸观火》的评论文章，认为中国企业与美国发生摩擦显示，原本领先的一方正在被赶超，华为、中兴在美国国会遭受攻击反映了美国高科技企业的焦虑心态。贸易摩擦是经济活力的晴雨表。

美国议会上周以危及国家安全为由向美国企业发出警告，敦促其慎重对待与中国两大通信巨头之间的交易。其背景是中国企业在移动电话及高科技领域的崛起。

此次中枪的是目前排名全球通信器材领域第二和第四的华为公司与中兴公司。由于两公司的设备存在向中国泄露美国机密情报的嫌疑，美国国会众议院情报委员会约从一年前展开了调查。

虽然两家公司对相关指控表示反对，但影响已经出现。华为自2008年以来就与美国杀毒软件业巨头赛门铁克展开了合作，但在今年春天却宣告中止合资关系，原因是赛门铁克担心与华为的合作将使其与美国政府之间的业务往来受到影响。

虽然泄露情报的嫌疑并未坐实，但美国国会对华为的指控却集中在其创始人与政府关系密切。对此，华为方面反击称，“中国政府并未向华为投入资本，华为在防范网络犯罪方面与美国企业有合作关系”。

华为等企业的迅速增长是其在美国国会遭受攻击不能忽视的背景因素。2011年华为的销售额高达324亿美元，今年上半年的业绩更是超过了全球第一大电信巨头瑞典的爱立信公司。预计在今年年底公司成立25周年之际，华为必将跻身于全球顶级企业行列。

华为从很早开始就将目标瞄准了高速数据通信等尖端技术。在欧美各国正在大力推进的新一代无线通信技术LTE中，华为持有15%以上的基本专利。此外华为还通过低价策略进入高清视频会议系统竞争，威胁到了在这一领域处于领先地位的美国思科系统公司。

无论是在体育竞技中还是在技术研发领域，如果竞争者彼此之间实力悬殊，就不会发生摩擦了。而最激烈的情况就发生在原本领先的一方被赶超的时刻。