

华为起诉美国政府，这一步的意义有多大



• **洪鑫诚** 中国社科院国际中国学研究中心特约研究员

2019-03-10 08:43:17 来源：观察者网

https://www.guancha.cn/HongXinCheng/2019_03_10_492993_s.shtml

【文/观察者网专栏作者 洪鑫诚】

3月7日上午10点，华为轮值董事长郭平在外媒记者会上宣布，华为已向美国联邦法院提起诉讼，指控美国《2019财年国防授权法案》（H. R. 5515 – John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019）第889条款违反美国宪法，请求法院判定这一针对华为的销售限制条款违宪，并判令永久禁止该限制条款的实施。



（3月7日华为新闻发布会现场，图片来源@视觉中国）

华为的起诉书表示，NDAA第889条在没有经过任何行政或司法程序的情况下，禁止所有美国政府机构从华为购买设备和服务，还禁止美国政府机构与华为的客户签署合同或向其提供资助和贷款，华为认为，这一销售限制条款已违宪。

国防授权法案是什么？

《国防授权法案》（National Defense Authorization Act, NDAA）是美国联邦法律体系中专门用以明确国防部年度预算和开支的法律，首版NDAA在1961年通过。长期以来，美国国会主要通过两项年度法案审核国防预算：《国防授权法案》和《国防拨款法案》（Defense Appropriations Bills），二者的区别从名称就可见一斑：前者只负责“授权”，但具体“拨款”则属于后者的范畴。《国防授权法案》决定国防相关机构的权责、确立资助水平及预算实施纲领，《国防拨款法案》则为这些机构提供从联邦财政获取资金的权利。简单说，一个规定“能不能花钱”和“怎么花钱”，另一个解决“提现”问题。



(特朗普签署国防授权法案)

在立法实践中，联邦政府预算审核通常是整体推进而非政府各部门预算法案都单独立法，每年的《国防拨款法案》也就和其他部门的拨款法案一并通过。也是由于拨款法案的复杂性，逻辑上应该每年依序通过的《国防授权法案》和《国防拨款法案》常常被打乱节奏，不止让中国人云里雾里，美国人也表示看不懂。去年底，美国国会研究服务部（Congressional Research Service）就专门出了一份报告，梳理从1961-2019年的国防授权、拨款法案。报告开门见山地表示：“由于美国国防部的授权及预算法案立法过程常常‘不按教科书出牌’，追踪起来令人困扰且很花时间。”



Defense Authorization and Appropriations Bills: FY1961-FY2019

Updated November 27, 2018

最值得注意的是，因为《国防授权法案》被视为理所当然每年都需要通过的重要法案，近年来，议员们常常附加一些其他与国防相关的“外围”条例并将之打包通过。

889 条到底写了什么？

明晰了美国国防立法的逻辑之后，2019 年的情况就不难界定。查询美国国会网站可知，该财年的《国防授权法案》于2018年8月13日签署通过立法，而同年的《国防拨款法案》则与劳工、教育等部门的预算打包于2018年9月28日签署通过的“临时开支协议”，这两部分加起来是2019财年美国国防部相关的完整立法，已经全部通过。



(美国 2019 财年《国防授权法案》截图，美国国会网站)



(包含《国防拨款法案》的美国 2019 财年《临时开支法案》截图，美国国会网站)

而这次华为起诉所涉的，就是原则上用来明确国防部权责及预算使用办法的《国防授权法案》，具体针对的是《2019 财年国防授权法案》中的第 889 条款。

我们回到法案原文，首先整理出 889 条所处的文本结构：

经查，889 条即被归于 2019 财年《国防授权法案》下的“门类 A——国防部授权”（DIVISION A—DEPARTMENT OF DEFENSE AUTHORIZATIONS）之下的“标题 8——采购政策，采购管理和相关事务”（TITLE VIII—ACQUISITION POLICY, ACQUISITION MANAGEMENT, AND RELATED MATTERS）之下的“副标题 H——其他事务”（Subtitle H—Other Matters）之下的“第 889 条款. 禁止特定通信及视频监控服务或设备”（Sec. 889. Prohibition on certain telecommunications and video surveillance services or equipment.）。

而这一条款的原文在前两小节说明了禁止使用、采购、拨款或提供贷款的细节，对照华为起诉书中的说法也就是“它不单禁止美国政府机构自身购买华为设备及其服务，并且禁止政府跟其他购买或者使用华为的第三方机构签订合同、或向其拨款或提供贷款”。

不过，事实上原文共有五个小节，除了前两个小节是“禁止使用或采购”以及“禁止贷款和拨款”之外，后三个小节分别是“生效日期”（effective dates）、“豁免权利”（waiver authority）和“定义”（definitions）。

为进一步厘清这一条款，需要指出几个细节：

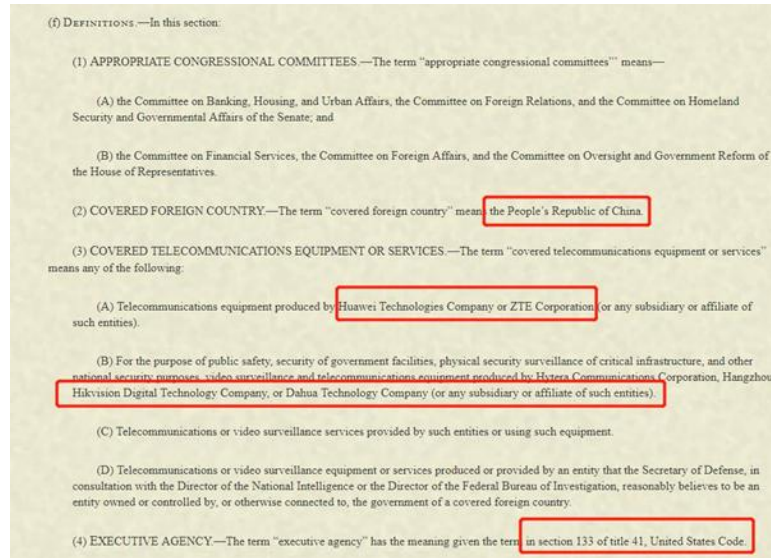
其一，据原文，禁止美国政府相关机构使用或采购的指令生效日期是《国防授权法》签署的一年后，而禁止与其他第三方机构签约以及提供贷款和拨款的指令则是《国防授权法》签署

的两年后。即这两个规定分别要在 2019 年 8 月 13 日及 2020 年 8 月 13 日以后生效（法案于 2018 年 8 月 13 日签署），如今尚未生效。

其二，原文规定了与该条款相关实体申请豁免的权利。根据原文说法，在相关实体要求下，美国行政机构的主管可以提出申请豁免——也就是不遵守这一条款的禁令。在这些实体提交“强有力的证据”给涉及的行政机构主管之后，该主管需在 30 天之内提交给对口的国会委员会，最后，如果国家情报机构主管认为这种豁免符合美国国家安全利益的话，他有权提供这一豁免。

简单说，该条款给那些想要购买华为（及其他被点名公司）产品或和华为有合作的美国第三方机构、公司一个申诉机会，若能证明自己与华为等公司的合作无碍美国国家利益，则有机会不遵守禁令。不过，这一过程繁杂冗长，且最终由美国情报机关决定。

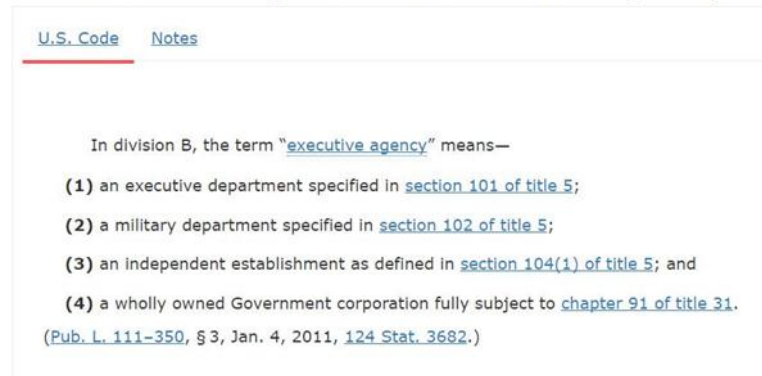
其三，也是华为提起上诉的直接原因，就在“定义”这部分。华为起诉书中指出：“第 889 节明确提到华为的名字，以立法的形式裁定它与中国政府有关联。”的确，定义部分不止明确界定该条文“所涵盖的外国”（covered foreign country）为“中华人民共和国”，还在“所涵盖的通信设备或服务”（covered telecommunications equipment or services）中点名华为、中兴、海能达、海康威视、大华等中国科技公司以及“任何与上述公司相关的子公司或附属机构”。



（2019 财年《国防授权法》第 889 条“定义”部分截图）

最后，原文还界定了整个条款的对象——“行政机构”（executive agency）的内涵，引用的是美国法典中的第 41 篇第 133 条的定义。其中光第（1）款就包括了美国联邦政府的 15 个部门（包括国务院、财政部、国防部、司法部等）。其他几款则涵盖了美国三军、其他政府附属机构与产业等等。

41 U.S. Code § 133 - Executive agency



(《美国法典》对“行政机构”一词的定义，康奈尔法学院网站截图)

华为的起诉有没有道理？

清楚国防授权法的性质及 2019 财年法案中第 889 条的具体内容之后，再看华为的起诉就更有据可循。

首先，根据美国的宪法实践，司法机关可以对立法机关法律的合宪性进行审查，如果经过审查发现某一部法律或者某一项条款违反了宪法，司法机关可以宣布其因为违宪而无效。因此，华为的起诉从美国宪法来讲是有依据的。

其次，正如中国社科院法学研究所研究员支振锋等专家提到的，889 条在没有实际证据支持的情况下禁止美国所有政府机关购买华为设备和服务，这就构成歧视。对华为这样一个市场主体乃至美国消费者来讲都是不公平的。

这一部分，华为已经讲得很明白，起诉书指出 889 条至少违反了“不能未经司法程序而实施褫夺公民权的法案”、“正当程序条款”、“归属条款”以及由此产生的权力分立。

根据前述对法案原文的对照可知，国会此次立法的确未经司法程序就“将华为（和其他中国公司）单独挑出来惩罚”，也用立法的形式“认定华为与中国政府的关联、暗示其对美国的安全威胁，但并未交由行政机关和法院来做出此类指控并予以裁决。”因而，被“未审先判”的华为当然有理由诉诸司法寻求救济。

其实除了上述理由之外，法案原文本身也有定义模糊以及超出立法权限的嫌疑。前文提到，近年来，议员们常常在《国防授权法案》中附加一些其他与国防相关的“外围”条例，只因该法案被视为每年都必须通过。查看近几年的法案可以发现，正文开头说明立法目的时，除了“授权对国防部军事活动的拨款”等固有的国防预算直接相关事务之外，最后都会加上一句“以及为了其他目的”（for other purposes）。这样“搭便车”确实增进了立法效率，但程序上并非毫无瑕疵。



(2019 财年《国防授权法案》首页截图)

首先，《国防授权法案》的立法精神在于审核、授权国防预算，主要对象原是国防部，所谓

“其他目的”本就相当模糊。

同时，前文也已阐释，889 条即被归于 2019 财年《国防授权法案》下的“门类 A——国防部授权”，并置于“采购政策，采购管理和相关事务”章节之下的“副标题 H——其他事务”类别之下。也就是说，在这份包括了惯例上的国防部预算审核以及模糊的“其他目的”的庞大法案中，点名了“华为”的这一条文被归类在了最重要的“国防部授权”门类中与“采购政策”和“采购惯例”相关的“其他事务”。

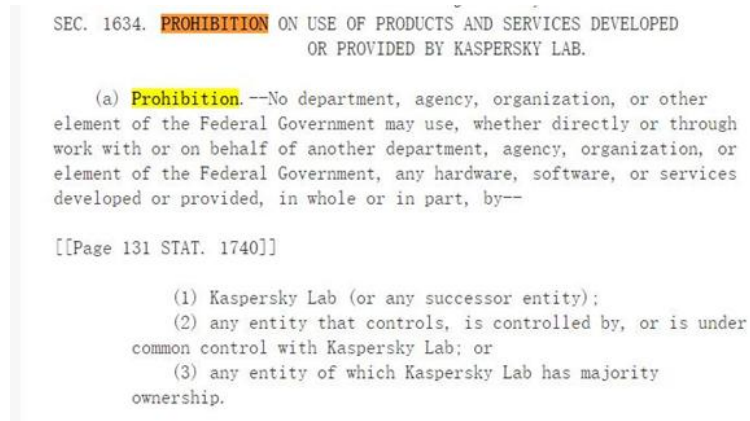
没错，掌管财政大权的国会通过《国防授权法案》规定国防部的采购政策相当正当。但在“国防部授权”门类下的第 889 条，却以“行政机构”主管(the head of an executive agency)为主语，而其引用的对“行政机构”的定义，笔者在前文也已说明，指的是远远超过“国防部”的所有联邦政府部门乃至政府相关机构、产业。以笼统的“其他事务”为名在《国防授权法案》中对所有行政机构发号施令，这就管得太宽了点。

那么，不论是国会超出立法权限或是法案本身存在的模糊空间，至少都有辩论的余地。而寻求司法机关“释法”则是合理合法的手段。

华为胜算几何？

不过，从当前的政治环境乃至过往的先例可以预想，华为若要胜诉并不容易。

其实“禁令”(prohibition)在美国历年《国防授权法》中是一个常见的条款类别，近几年更是一个高频词，过去也曾有不少国家被列入条文。只是像今年的 889 条这样直接点名具体公司的情况非常少见，算得上先例的应属 2018 财年的《国防授权法》第 1634 条点名俄罗斯“卡巴斯基”(Kaspersky Lab)。这一条款被置于“网络空间相关事务”副标题下，旨在禁止美国政府机构使用与这家俄罗斯网络公司相关的产品和服务。



(2018 财年《国防授权法》第 1634 条截图)

后来，卡巴斯基就这项禁令提出诉讼。但初审与上诉法庭均驳回诉讼，法官称，禁用该公司的产品，是出于保护政府计算机不受俄罗斯入侵，是预防性而非惩罚性的措施。

那么，美国国会这次亦可能搬出“预防性”说法，同样也可以很难说清楚的“国安”威胁为由辩驳。有所不同的是，当时对卡巴斯基禁令从涵盖的实体到行为都远不如今年 889 条的“打击范围”大。另外，相比曾经主要被美国政府机构在计算机中使用的卡巴斯基，华为的影响还涵盖了美国企业、民生经济，事关美国消费者的利益。从这个角度来说，华为和美方谈判的空间，包括条文的修改空间较大。

事实上，像今年的《国防授权法案》这样掺杂了“其他事项”的庞大立法工程，即使整体成为法律，但不同条文的效力未必相同。以法案第 1258 条“国会对于台湾的意见”（Sec. 1258. Sense of Congress on Taiwan）为例，条文使用的语气就更多是一种建议而非命令。尤其是被归于“其他事项”而非国会确实掌握的财政权范围之内的事务，法律的具体执行就更难规范。

关键时代，华为迈出的“第一步”

华为起诉书声明部分在开头引用了《联邦党人文集》来说明美国宪法的制定者们对立法权被滥用的担忧。他们认为“立法部门到处扩展其活动范围，并将所有权力汇集到其鲁莽的漩涡中”。所以，“人们应该唤起他们所有的守护之心，并用尽各种预防措施，来阻止这个部门野心的扩张。”

这当然十分符合针对国会立法问题的质疑。然而，如今的情形已经超出美国立国的时代背景：民主向来是“有边界”的，而一旦“国安”这张牌被打出来，就不再是法律，而是政治的范畴。

目前美国国内政治的情况恰恰是建制派认为特朗普正在破坏美国的立国精神和三权分立原则，因而以国会为大本营号召美国民众“守护民主体制”。就在 2 月，特朗普为了修墙扬言宣布“国家紧急状态”便引发轩然大波，主流媒体纷纷控诉“膨胀的行政权力”，指责特朗普超越职权对国会的“钱袋子”下手。

也就是说，如今特朗普与国会之间本来就存在权责争执，彼此都觉得对方“权力膨胀”。前者因为受到国会的约束而大为光火，后者则试图通过最大化立法的权利来“制衡”总统，增加决策影响力。

其实 2019 财年《国防授权法案》的立法已经是白宫和国会两院妥协的结果。在特朗普希望为中兴重开绿灯之后，白宫力主在定案中删除“恢复对中兴禁售令修正案”，这一举动引发国会民主党人和部分共和党人的强烈批评，认为总统对中国示弱。



（美国六大情报机关负责人在参议院呼吁美国人抵制中兴和华为产品，资料图）

因而，可以预见的是，此次华为的起诉，乃至未来相关法案的走向，将和中美贸易谈判乃至美国 2020 大选的进程相关。毕竟，特朗普团队的偏好是重要变量，而白宫和国会不同立场之间的相互折冲将直接影响整个议题的后续发展。

总的来说，目前中美处于“权力转移”的关键时期，而美国自身也处于国内政治相对波动的阶段。中美需要通过长时间的相互磨合、理解，才能推动双边关系积极前行。

如今，中美经济的相互依存已是两国关系的重要压舱石，英国历史学家尼尔·弗格森（Niall Ferguson）生动地用“中美国”（Chimerica）来形容这组关系，这也是人们对未来中美关系不至于悲观的理由。

而中美实力对比日益接近的同时又伴随着中美经济往来的日益密切，这种情况之下，双边经贸摩擦难以避免。而逃避不能解决问题，唯有共同寻求解决之道。

如今，熟悉国外政治环境和法律体系，尊重法律且能够运用法律维权，已成为中国企业“走出去”的必经之路。

从这个角度来说，华为基于美国宪政体制和话语体系的合法上诉，不论对其自身乃至中国企业，都迈出了有意义的第一步。而这一案例本身，也是中美摸索新的互动方式的一部分。