

# WTO 争端解决视角下的中美互联网措施之争

龚柏华 谭观福\*

**摘要：**本文从 WTO 争端解决视角对可能发生的几类中美互联网措施（互联网屏蔽、过滤和侵犯商业秘密）之争进行预分析。针对美国可能的起诉理由，本文分析了 GATS 第 3 条（透明度）、第 6 条（国内法规）、第 16 条（市场准入）、第 17 条（国民待遇）和第 2 条（最惠国待遇）对中国互联网措施适用的可能性。本文认为，中国存在一定抗辩余地，当然也存在一些软肋。例如，中国若能将相关措施或做法归为“措施的实质内容”，将能有效规避第 6 条规定的义务。对于美国渲染的所谓中国军人互联网“商业间谍”案，中国可依据 TRIPs 第 39 条和第 73 条进行抗辩。

**关键词：**WTO 互联网 屏蔽 过滤 GATS

从早期互联网屏蔽和过滤措施到近期所谓的互联网攻击引发的“商业间谍”之争，美国一些人士一直试图就中国的相关互联网措施在世界贸易组织（WTO）发起争端诉讼。本文从 WTO 争端解决视角，对可能发生的几类中美互联网措施之争进行预分析，意在未雨绸缪。

我国的互联网审查包括以政府为主体实施的审查以及通过法律制度安排将审查转移至服务商（如网络运营、搜索引擎以及内容网站等）的“自我审查”。“防火长城”（GFW）在我国互联网审查中发挥了重要作用，它主要指中国对因特网内容进行自动审查和过滤监控、由计算机与网络设备等软硬件所构成的系统。GFW 中的主要技术包括国家入口网关的 IP 封锁、主干路由器的关键字过滤阻断、域名劫持和 HTTPS 证书过滤等 4 种。由于防火墙系统对境外网站页面的分析和过滤，会导致境内用户在连接网站时速度异常缓慢。<sup>①</sup>

2011 年 10 月，美国贸易代表办公室（USTR）根据《服务贸易总协定》（GATS）第 3 条第 1 款和第 4 款有关信息通报的要求，写信给中国驻 WTO 大使易小准，要求回答有关中国互联网限制措施可能对美国相关服务提供者的影响。<sup>②</sup>

## 一 WTO 争端解决视角下的中美互联网屏蔽措施分析

中美互联网屏蔽措施诉讼的一个首要问题是要解决涉诉措施是属于货物还是服务，这将直接

\* 龚柏华，复旦大学法学院教授、上海 WTO 事务咨询中心业务总监；谭观福，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院硕士研究生。本文是上海市教委科研创新项目（KBH3457556）“中美互联网措施 WTO 争端解决预分析”阶段性成果。

① 姜昭琪：《GATS 框架下的我国网络监管制度》，厦门大学 2014 年硕士学位论文，第 8 页。

② See Office Of The United States Trade Representative, “United States Seeks Detailed Information on China’s Internet Restrictions”, <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/october/united-states-seeks-detailed-information-china's-i>, 最后访问时间：2014 年 3 月 5 日。

决定是否适用《关税与贸易总协定》(GATT) 规则还是 GATS 规则。互联网为用户提供的是服务还是货物,目前在学术界仍存在较大争议。有学者指出,试图抽象地回答这个问题往往无果而终,但有两个观点是普遍认可的:(1) 通过互联网订购货物,仍然涉及到货物的移动,因此适用 GATT,比如用亚马逊购买实体书;(2) 根本不涉及下载或存储货物的在线服务,属于“服务”而适用 GATS,如搜索引擎。但对处于中间类型的传统商品仍存在严重分歧——即,通过下载并以数字形式保存的商品,如电子报纸、歌曲、软件、音频和电子书等。<sup>①</sup> 从专家组在“美国——赌博案”和“中国音像制品案”中对互联网服务的法律性质的解释来看,倾向于将在线赌博、数字音像制品分销等商业交易的性质解释为服务。主张对电子商务的规制适用 GATS 是目前学界的主流观点。

如果对中国互联网屏蔽措施在 WTO 提起诉讼,可能涉及的是 GATS 第 3 条(透明度)、第 6 条(国内法规)、第 16 条(市场准入)和第 17 条(国民待遇)等。

### (一) GATS 第 6 条(国内法规)下的中国互联网措施分析

GATS 第 6 条规制的对象是那些不具有歧视性、对国内和国外服务提供者统一适用的国内法规。因此,即便某种国内政策措施既符合国民待遇和最惠国待遇的要求、也不违反 GATS 第 16 条关于市场准入的规定,也仍然存在被判定为不符合 GATS 第 6 条规定的可能。

在“美国——赌博案”中,专家组确定 GATS 第 6 条第 1 款下的义务并不适用于国内措施的实质内容,而仅针对其实施程序。<sup>②</sup> 因此,中国互联网措施的具体内容,例如对公开的信息屏蔽标准是否合理合法,并不在 GATS 第 6 条第 1 款考虑范围内。但是,由于中国互联网监管体系庞杂,“何谓国内措施的实质内容,何谓实施程序”将可能成为争议的焦点。中国若能能将相关措施或做法归为“措施的实质内容”,将能有效规避该款规定的义务。

至于“合理、客观、公正”之标准,可以借鉴专家组在“阿根廷——牛皮和皮革案”中,对 GATT 第 10 条第 3 款(a)项的分析,因为该款的措辞和精神与 GATS 第 6 条第 1 款非常接近。<sup>③</sup> 根据专家组在该案中的解释,“对竞争关系可能产生的影响”是衡量一项措施是否违反该款要求的标准之一。<sup>④</sup> 据此,国外相关的互联网服务供应商必须证明中国互联网措施的实施方式如何使该公司的市场竞争关系受到了不利影响。

按 GATS 第 6 条第 2 款的要求,中国的互联网立法应维持或尽快设立对影响互联网服务贸易的行政决定进行审查的司法、仲裁或行政法庭或程序,在受影响的互联网服务提供者的请求下,对相关行政决定迅速进行审查,并在请求被证明合理的情况下提供适当的救济。

对于通过商业存在方式向我国提供互联网服务的供应商,我国提供了相应的申诉机制。例如,2002 年《信息产业部行政复议实施办法》第 5 条和第 6 条规定,如果外商投资电信企业设

① Tim Wu, “The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering”, (2006) 7 *Chicago Journal of International Law* 263, p. 268.

② *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R (10 November 2004), para. 6.432.

③ GATT 第 10 条第 3 款(a)规定:每一缔约方应以统一、公正和合理的方式管理本条第 1 款所述的所有法律、法规、判决和裁定。

④ *Argentina-Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R (19 December 2000), para. 11.77.

立申请人认为符合法定条件，向工信部门（包括省级通信管理局）申请颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，以及审批、登记有关事项，工信部门没有依法办理的，申请人可以向工信部门提出行政复议申请；对行政复议决定仍然不服的，可以依照《行政诉讼法》的规定向人民法院提起行政诉讼，也可以依照《行政复议法》的规定向国务院申请裁决。<sup>①</sup>但是，对于在中国境内无商业实体，而通过跨境交付方式向中国提供互联网服务的供应商，是否也有相应的司法救济保障？美国可能指控对于境外的互联网服务提供者，当其网站被屏蔽时似乎并不能得到正式的通知，缺乏确定其网站在中国是否已经或将会被屏蔽的渠道，一旦被屏蔽，将得不到有效的救济。

2014年10月10日起施行的最高人民法院《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）<sup>②</sup>第14条第2款规定：“擅自篡改、删除、屏蔽特定网络信息或者以断开链接的方式阻止他人获取网络信息，发布该信息的网络用户或者网络服务提供者请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持。接受他人委托实施该行为的，委托人与受托人承担连带责任。”那么，国外互联网服务提供者能否依据该款的规定，就我国政府影响互联网服务贸易的互联网过滤或屏蔽审查行为，在我国法院对互联网监管部门提起行政诉讼从而寻求司法救济？换言之，我国可否将该款作为我国履行了GATS第6条第2款项下义务的证据之一？

《规定》第14条第2款并未明确侵权人的范围，亦即并未明确该款可以适用于我国的互联网审查行为。从《规定》的名称、相关上下文来看，中国较难主张该款为在中国互联网审查中受影响的国外互联网服务提供者提供了司法救济。首先，《规定》适用的对象是“利用信息网络侵害人身权益的民事纠纷案件”，第1条对此解释为：指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。而GATS规制的是影响“服务贸易”的措施，这只涉及网络服务提供者的财产权而非人身权。其次，《规定》的第6条、第8条在明确表述“采取删除、屏蔽、断开链接等措施”的主体时，均只提到“网络服务提供者”，而不涉及网络监管机关。

GATS第6条第5款的内容，可以理解为在根据第4款的谈判结束前，对WTO成员实施的许可要求、资格要求和技术标准作出了最低限度的要求。中国的互联网措施应当属于GATS第6条第5款所指的“许可要求、资格要求和技术标准”。依据第5款，实施措施不得超出成员作出具体承诺时的合理预期，此处“合理预期”取决于具体承诺表的范围和程度。换言之，具体承诺表制定时的所有措施均是合理预期的，仅有新措施的合理性按照第5款推定。<sup>③</sup>

中国互联网措施的相当一部分在我国加入WTO前就已经存在，因此这符合其他成员在中国作出相关服务贸易承诺时的合理预期，从而不受该款约束，例如《互联网信息服务管理办法》《中华人民共和国电信条例》《互联网电子公告服务管理规定》等。而对于中国入世后出台的互联网措施，如果被视为是“新措施”，那么其应该受到第5款的约束，仍存在被指控违反该款义务的可能性，例如《互联网出版管理暂行规定》《中国互联网络域名管理办法》《全国人民代表

① 王海峰：《GATS框架下的互联网服务管理权限问题研究——兼论我国的应对之策》，载《法商研究》2013年第5期，第25页。

② 法释〔2014〕11号。

③ 王衡、柯杨：《〈服务贸易总协定〉国内规制实体规则缺陷及应对》，载《法学》2012年第9期，第83-84页。

大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》等。

如果中国能将入世后出台的互联网措施解释为已有规定的完善和具体化，那么应该被认为是符合其他成员的合理预期的，从而可以规避 GATS 第 6 条第 5 款下的义务。

## （二）GATS 第 3 条（透明度）下中国互联网措施分析

中国通过 GFW 对互联网采取的屏蔽措施的很多具体实施程序，并未通过法律法规进行公布。国外有学者对中国互联网监管政策进行实证研究后指出，被中国屏蔽的网站名单绝不是静止不变的，有关互联网屏蔽和过滤的名单随时都在更新，随着这些变化，某些大众普遍感兴趣的、知名度高的网站，时而被屏蔽时而不被屏蔽，尤其像 CNN 和 Slashdot 这类新闻网站最为明显。<sup>①</sup>

对此，中国可援引 GATS 第 3 条之二的“机密信息的披露”进行抗辩。中方需要证明中国互联网监管方面未公开的相关标准、具体实施程序等属于该条所定义的机密信息，这些信息“一旦公开就会阻碍法律的实施或违背公共利益，或损害特定公私企业合法商业利益”。然而，WTO 争端解决实践并未对该问题作出过权威解释，要举证证明存在一定难度。

此外，中国还可援引 GATS 第 14 条之二的“安全例外”进行抗辩。该条第 1 款 a 项规定：“本协定的任何规定不得解释为要求任何成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息。”该条允许 WTO 成员拒绝提供公开后会违背其根本安全利益的任何信息。如果进行这种援引，中国需要承担完全的举证责任，例如证明“根本安全利益”的存在以及我国的互联网措施对保护这一利益产生了作用。

中国目前的互联网立法在内容上过于抽象、原则，法规在语义上较为模糊、笼统，没有明确的判断、分级和执行标准。此外，还有一些兜底性条款，如“含有法律、行政法规禁止的其他内容的”，都给监管留下了过大的自由裁量空间，使中国互联网措施容易遭遇“透明度”方面的挑战。

## （三）GATS 第 2 条（最惠国待遇义务）下中国互联网措施分析

GATS 第 2 条第 1 款规定，关于本协定涵盖的任何措施，每一成员对于任何其他成员的服务和服务提供者，应立即和无条件地给予不低于其给予任何其他国家同类服务和服务提供者的待遇。由于最惠国待遇的义务是无条件的，因此，中国的互联网措施不能对不同的外国网站构成歧视。

有观点指出，中国的互联网审查主要针对中文网站，这些网站大多建立在拥有大量华人移民的国家，即美国、加拿大、澳大利亚、日本和一些欧洲国家。<sup>②</sup> 这似乎导致来自不同国家即使包含相同敏感性内容的网站，基于语言差异，而受到不同程度的审查，即在同类情况的国家间构成不合理的歧视，从而违反最惠国待遇义务。

GATS 最惠国待遇条款适用的一个前提是其他成员的服务和本国服务，以及其他成员的服务提供者和本国服务提供者具有同类性 (likeness)。中国在抗辩时需要考虑的是，这里的语言差异是否属于“同类情况”？换句话说，中文网站和外文网站提供的互联网服务是否是“同类服务”，以及其他成员的互联网服务提供者和中国互联网服务提供者是否“同类”？这种同类性的确定是一个先决问题。

① Jonathan Zittrain & Benjamin Edelman, “Empirical Analysis of Internet Filtering in China”, <http://cyber.law.harvard.edu/filtering/china/>, 最后访问时间: 2014 年 8 月 15 日。

② Henry Gao, “Google’s China Problem: A Case Study on Trade, Technology and Human Rights Under the GATS”, (2011) 6 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 347, pp. 376 – 377.

在WTO争端解决实践中,专家组在数起案件中阐述了判断GATS下服务和提供者“同类性”的根据,但尚未形成成熟法理。在同类服务的判定上,“欧共体香蕉III案”专家组依据服务的性质和特性,而“中国电子支付服务案”专家组引入了竞争条件标准。在同类服务提供者的判定上,“欧共体香蕉III案”和“加拿大汽车案”专家组依据所提供服务是同类服务,“中国出版物和音像制品案”专家组依据差别待遇是否仅以来源地为基础,“中国电子支付服务案”则似乎引入了竞争标准。迄今,上诉机构尚未有机会考虑这一重要的法律问题。<sup>①</sup>

值得注意的是,世界上主要的互联网过滤软件和技术都由美国公司生产,因此它们的审查项目也更多地针对英文网站。<sup>②</sup>笔者认为,仅仅因为主要针对特定语言的网站进行审查,就被认为违反最惠国待遇义务的指控难以成立。

#### (四) GATS第16条(市场准入)下的中国互联网措施分析

中国目前的互联网限制措施以屏蔽措施为主。屏蔽措施是否违反GATS第16条市场准入义务,必须具体分析我国《服务贸易具体承诺减让表》(以下简称《减让表》)是否对相关互联网服务作出市场准入的承诺以及承诺的具体范围,因此要确切的回答这个问题必须逐案分析,而无法给出一个笼统的结论。假定中国未能成功主张未对相关互联网服务作出市场准入的承诺,中国的互联网屏蔽措施可能涉嫌违反GATS第16条市场准入义务。以IP地址为基础的屏蔽最容易受到指责,因为它不区分允许和不允许的内容,而是屏蔽给定IP地址上的一切内容,其屏蔽范围过于广泛,而且被屏蔽的IP地址的名单是变化的。<sup>③</sup>有些综合性或技术性的外国网站只是因为含有少量的或可能牵涉到“有害或不良信息”,也会被整体封锁,这显然超出了中国网络审查的必要限度,容易被指控违反市场准入义务。

#### (五) GATS第17条(国民待遇)下中国互联网措施分析

近年来,国外媒体和学者频频指责中国互联网屏蔽措施违反了GATS第17条的国民待遇义务。类似于市场准入义务,要确定中国的互联网屏蔽措施是否违反GATS第17条的国民待遇义务,需要具体分析中国《减让表》中是否对相关互联网服务作出了国民待遇的承诺以及承诺的范围,因此也必须逐案分析。

有学者指出,“同样情况下,审查机构可能只要求某个国内网站移除有违法内容的单个页面,而对于外国网站则更倾向于进行不合比例的整体屏蔽,这种差别措施始终是违反GATS中的国民待遇承诺的”。<sup>④</sup>有学者认为,中国通过不公正地执行表面上中立的法律来改变竞争条件,从而有利于国内的互联网服务提供者。<sup>⑤</sup>还有观点认为,当国内的互联网服务供应商有可能从事

① 李晓玲:《GATS下服务与服务提供者的“同类性”研究》,载《上海对外经贸大学学报》2014年第4期,第5页。  
② Kristen A. Knapp, “Internet Filtering: The Ineffectiveness of WTO Remedies and the Availability of Alternative Tort Remedies”, (2010) 28 (2) *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 273, p. 285.  
③ Kristen A. Knapp, “Internet Filtering: The Ineffectiveness of WTO Remedies and the Availability of Alternative Tort Remedies”, p. 284.  
④ [英]布赖恩·欣德利、[瑞士]李-牧山浩石:《网络审查与国际贸易法》,韩蕾、黄东黎译,载《环球法律评论》2012年第2期,第57页。  
⑤ Cynthia Liu, “Internet Censorship as a Trade Barrier: A Look at the WTO Consistency of the Great Firewall in the Wake of the China-Google Dispute”, (2011) *Georgetown Journal of International Law* 1199, p. 1228.

禁止性的行为时，也能享受到上述“更优惠的待遇”。<sup>①</sup>

如果中国不能成功主张未对涉案互联网服务作出国民待遇的相关承诺，在抗辩时将存在诸多软肋。服务贸易国民待遇的适用对象是同类的服务和服务提供者，中方首先需证明其对国外和国内互联网不同形式的监管是针对不同种类的服务和服务提供者。但如前所述，在 GATS 下服务和提供者的“同类性”的认定，并未形成统一标准，举证难度很大。其次，根据 GATS 第 17 条的规定，GATS 成员给予外国服务及其提供者的待遇可以与本国服务及其提供者享有的待遇在形式上相同，也可以在形式上不同，但如果“形式上相同或不同的待遇”改变了竞争条件，从而使该成员的服务和服务提供者处于较为有利的地位，则这种待遇应被认为是较低待遇。GATS 国民待遇条款更注重平等的实际效果。<sup>②</sup> 因此，中方应证明，中国对国外和国内互联网不同形式的监管，未在实质上改变竞争条件。

## 二 WTO 争端解决视角下的中美互联网过滤措施分析

对互联网进行过滤审查是包括西方发达国家在内的普遍做法。基于各自法律传统和现实国情的差异，各国在互联网监管措施的方式和严厉程度上存在较大的差别。在 WTO 争端解决视角下，我国互联网过滤审查制度可能涉及到的问题是对 GATS 第 3 条透明度、第 6 条国内法规以及第 17 条国民待遇相关义务可能的违反。前面两个问题在互联网屏蔽制度中也涉及，上文已进行分析。

相较于完全、永久的屏蔽网站，对网站的搜索结果进行选择性过滤对国际贸易的限制程度较小，因为它至少保留了外国公司的商业权利。我国通过 GFW 对互联网信息进行过滤审查，那么对境外互联网服务供应商的审查措施，是否较中国同类服务和服务提供者，构成了较为不利的待遇，从而违反国民待遇义务？国外有学者认为，虽然表面上中国境内的互联网服务提供者受制于与境外互联网服务提供者似乎相同的过滤和审查程序，但 GATS 关注的是这些措施的实际影响。在中国，国外网站受到中国互联网过滤审查制度的影响明显不同于国内同行。<sup>③</sup> 境外网络服务提供者由于受到防火墙系统的分析和过滤，如果过滤审查失当将导致网络连接速度变慢，影响其贸易服务质量乃至直接减少成交金额和业务量，并且，由于网速变慢导致访问量减少，从而影响特定服务的广告收入和其他收入。因此，美国可能争辩认为，中国的互联网过滤审查制度“改变了竞争条件”，有利于国内服务提供者，从而违反了 GATS 第 17 条项下的国民待遇义务。

然而，这种连接速度的比较在举证上有一定难度；并且，其是否只是跨境提供模式下存在的固有竞争劣势，也是值得怀疑。此外，GATS 第 17 条第 1 款的注释规定：“根据本条承担的具体承诺不得解释为要求任何成员对由于有关服务或服务提供者的外国特征（foreign character）而产生的任何固有的竞争劣势作出补偿。”<sup>④</sup> 因此，如果中国能证明外国网站连接速度上的劣势是由于该互联网服务或服务提供者的“外国特征”而产生的固有竞争劣势，那么它并非属于国民待遇涵盖的义务。

① Jordan Calinoff, “Beijing’s Foreign Internet Purge”, *Foreign Policy* (Jan. 15, 2010), [http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/01/14/chinas\\_foreign\\_internet\\_purge](http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/01/14/chinas_foreign_internet_purge), 最后访问时间：2014 年 10 月 2 日。

② 石静霞：《WTO 服务贸易法专论》，法律出版社 2006 年版，第 102 页。

③ Ritika Patni & Nihal Joseph, “WTO Ramifications of Internet Censorship: The Google-China Controversy”, (2010) 3 (3) *NUJS Law Review* 337, p. 358.

④ GATS 第 17 条第 1 款注释。

### 三 WTO 争端解决视角下的中美互联网“商业间谍”之争

2014年5月19日,美国司法部部长霍尔德宣布,以涉嫌经济间谍犯罪,起诉中国人民解放军的5名军官,认为他们通过网络攻击窃取内部敏感文件,以帮助中国企业在与美国企业的商务谈判中取得优势。据霍尔德说,中国军官窃取的经济情报涵盖了核反应堆资料以及美国太阳能公司的资料,而这些资料最终都给了中国公司。<sup>①</sup>当天,中国外交部发言人秦刚指出,美方蓄意捏造事实,以所谓网络窃密为由宣布起诉5名中国军官,此举严重违反国际关系基本准则,损害中美合作与互信。<sup>②</sup>

2014年5月22日,美国国会议员查尔斯·舒默(Charles E. Schumer)写信给美国贸易代表迈克尔·弗罗曼(Michael Froman),要求将中国军人案提交到WTO。信中提到,中国军官已经非法搜集了美国太阳能、核能以及金属行业的企业信息,对这些攻击行为的允许不仅对这些具体的公司构成威胁,更对整个国家的经济安全构成威胁。尽管之前司法部对这5名军官提起了诉讼,但是一旦中国拒绝引渡,将难以对其进行制裁。采取强有力的执行机制来惩罚允许网络攻击的国家,以确保美国企业的网络安全,至关重要。《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)协定要求每个WTO成员保护商业秘密,中国默许网络间谍的政策明显违反了该协定。<sup>③</sup>

美国仅依靠Mandiant公司的报告是否能满足WTO争端解决的举证责任要求,连美国学者也表示怀疑。<sup>④</sup>美国极力主张在WTO起诉中国的律师也不得不承认难点在于“认定计算机入侵的来源,所获得的信息,什么类型的信息给了中国境内的商业活动”。<sup>⑤</sup>网络攻击的隐秘性使得攻击者身份和源头的确定也极为困难。<sup>⑥</sup>

笔者暂且不去讨论美国是否能够达到举证责任问题。<sup>⑦</sup>本文仅抽象地分析网络攻击窃取商业秘密的行为是否可在WTO协定框架下争端解决。

美国的指控主要针对的是中国军人利用互联网攻击来访问在中国境外私人企业具有商业价值的信息(通常被知识产权所保护)的行为。换言之,美国关心的是在中国境外“窃取”受知识产权保护的信息。

① 互联网新闻研究中心编著:《美国是如何监视中国的——美国全球监听行动纪录》,人民出版社2014年版,第108页。

② 外交部:《中方强力反击美方“起诉”中方人员》,http://www.fmprc.gov.cn/mfa\_chn/fyrbt\_602243/t1157508.shtml,最后访问时间:2014年10月1日。

③ See Schumer Calls On U. S. Trade Rep To File WTO Suit In Response To Chinese Cyber-attacks-Says Indictments Against Chinese Hackers Are Good First Step But Impossible To Enforce & International Penalties Are Needed, May 22, 2014.

④ David P. Fidler, “Economic Cyber Espionage and International Law: Controversies Involving Government Acquisition of Trade Secrets through Cyber Technologies”, *Insights* 17, no. 10 (March 20, 2013), http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/10/economic-cyber-espionage-and-international-law-controversies-involving, 最后访问时间:2015年1月16日。

⑤ Dr. Stuart S. Malawer, “Confronting Chinese Economic Cyber Espionage With WTO Litigation”, *New York Law Journal*, December 23, 2014.

⑥ 黄志雄:《论网络攻击在国际法上的归因》,载《环球法律评论》2014年第5期,第167页。

⑦ 有美国学者认为,在WTO起诉的举证责任比起在美国地区法院的刑事起诉要容易得多。参见:James P. FarwellDarby Arakelian, “China Cyber Charges: Take Beijing to the WTO Instead”, *THE BUZZ (The National Interest)* (May 20, 2014), http://nationalinterest.org/blog/the-buzz/china-cyber-charges-take-beijing-the-wto-instead-10496, 最后访问时间:2015年1月17日。

TRIPs 涉及的知识产权保护是以属地管辖原则为前提的。WTO 协定或 TRIPs 没有任何地方明确地强制要求中国保护在其他成员领土范围内有商业价值的信息，中国入世承诺中也未就在其领土外的间谍活动作出过特殊承诺。正如有美国学者所指出的“TRIPs 并不要求 WTO 成员禁止本国国民或公司从事在外国国内的公司商业间谍活动，同时，TRIPs 也不规制政府主导的在其他国家国内的经济间谍活动。”<sup>①</sup>

假设根据美方的指责中国军人案被 WTO 争端解决机构受理，那么就会涉及 TRIPs 第 39 条对未披露信息的保护这一条款的分析。TRIPs 第 39 条第 2 款规定，自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露，或被他人取得或使用，只要此类信息：(a) 属秘密，即作为一个整体或就其各部分的精确排列和组合而言，该信息尚不为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道，或不易被他们获得；(b) 因属秘密而具有商业价值；并且 (c) 由该信息的合法控制人，在此种情况下采取合理的步骤以保持其秘密性质。

笔者认为，TRIPs 协定第 39 条只是要求成员承担商业秘密保护义务，并未进一步规定要求成员如何对域外商业秘密给予保护，这仍属于成员自行立法决定的权限范围。在商业秘密问题上，国内法是否保护域外商业秘密各国可能立法不一致。

对此，美方可能抗辩道：中国军人通过网络“窃取”美国境内企业的商业秘密，其侵权行为发生地为中国，所以仍然违反中国域内保护的义务。这里又面临一个解释问题，即“网络侵权行为地”该如何界定。就我国而言，侵犯商业秘密行为属于侵权行为，国家对侵权行为产生管辖权会基于若干因素，如侵权行为地、侵权结果发生地、侵权主体所在地等。本案中，商业秘密主体在美国，网络侵权行为发生在网络，侵权结果发生在美国，我国对此是否有管辖权，值得进一步研究。

美国有些学者或律师也意识到引用 WTO 条文起诉的困难性，但又主张尝试“非违反之诉 (non-violation complaint)”。<sup>②</sup> 但要知道，根据 TRIPs 第 64.2 条的规定，TRIPs 中非违反之诉的使用目前已被暂停。该暂停最近将延长到 2015 年 12 月。另外，根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 26.1 条要求，主张非违反之诉的起诉方必须“提供详细的正当理由，以支持任何就一项不与适用协定产生抵触的措施而提出的起诉”。这在本案中美国几乎是难以满足要求的。

假设 WTO 受理了该案，中国还可援引 TRIPs 第 73 条的安全例外进行抗辩，拒绝披露相关信息。美国为了举证，可能需要访问中国军方的计算机系统或者需要中国军方提供相应材料，但是军方内部网络以及相关资料可能涉及大量的军事机密，如果将其披露，显然将严重危及中国的国家安全。因此，中国可据此 TRIPs 第 73 条 a 款规定拒绝提供相关资料。TRIPs 第 73 条 a 款规定，本协定的任何规定不得解释为要求一成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息。该款的措辞与 GATS 第 14 条之二第 1 款 (a) 项以及 GATT 第 21 条 (a) 款基本一致。该款允许 WTO 成员拒绝提供披露后会违背其根本安全利益的任何信息，并且“其认为”的措辞意味着将判断权交给援引这一例外的成员。中国在援引该条抗辩时的关键问题是对“国家根本安全

① David P. Fidler, “Economic Cyber Espionage and International Law: Controversies Involving Government Acquisition of Trade Secrets through Cyber Technologies,” *Insights* 17, no. 10 (March 20, 2013).

② Christina Parajon Skinner, “An International Law Response to Economic Cyber Espionage,” (2014) *Connecticut Law Review* 1165, pp. 1165 – 1207.



利益”的解释。按照中国2015年1月19日公布的《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》第57条（六）的定义，“国家根本安全利益”包括“对我国信息和网络安全的影响”。

## 四 结 语

在GATS规制下，按照美国贸易代表办公室对中国互联网措施的指责，美国对中国互联网屏蔽和过滤限制措施可能的诉讼根据是GATS第3条（透明度）、第6条（国内法规）、第16条（市场准入）和第17条（国民待遇）等。根据上文分析，从应诉策略上看，中国存在一定抗辩余地，当然也存在一些软肋。对于美国最近渲染的所谓中国军人互联网“商业间谍”案，中国亦可依据TRIPs第39条和第73条进行抗辩。

互联网监管本身在WTO法上并未被禁止，各国对互联网进行一定的监管是国际通行做法。WTO规则也并未一味强调国际服务贸易自由化，而是意图在主权国家对服务贸易的管制权与服务贸易自由化之间确立适当的平衡。中国可以利用WTO规则提供的灵活性，平衡好两者的关系。

## Legal Analysis of the Sino-US Internet Regulatory Measures under the Perspective of WTO Dispute Settlement

*Gong Baihua Tan Guanfu*

**Abstract:** This article makes some pre-analysis of several disputes in Sino-US internet regulatory measures which may occur from the perspective of WTO dispute settlement, including internet blocking, filtering and attacks. The article analyzes the possibilities of applying article 2, 3, 6, 16 and 17 of GATS in this potential WTO dispute case. It can be found that China has some leeway to defend, notwithstanding some weaknesses within the framework of WTO rules. As for the so called case of “Chinese economic cyber espionage” propagated by the United States, China can also invoke article 39 and 73 of TRIPs to defend.

**Keywords:** WTO, Internet, Block, Filter, GATS

（责任编辑：李庆明）