

先进技术出口管制：法律域外适用的挑战与中国应对

师若文 何其生

摘要：先进技术出口管制已成为各国维护国家安全、防范敏感技术外溢的重要方法。美国通过对出口行为实行全过程管制，对关联主体采取多维度管制，使出口管制法得以约束境外的行为与主体。在这两种路径的交互作用下，成为“传导源”的受控技术与清单实体继续拓新该法域外适用的情境和频次，法律威慑效应随之增强，跨境交易风险显著提升。然而，美国出口管制法域外适用缺乏坚实的管辖基础，各类管辖原则都存在适用缺陷，“物项国籍”原则更是难以符合真实联系原则。面对出口管制法域外适用带来的挑战，受限中国实体应充分利用美国国内法规则提出移出清单的诉求，亦可依据《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》在中国提起追偿诉讼或申请禁令；为提升中国出口管制法的可适用性与引领性，有必要细化“原产地规则”，完善程序保障机制。

关键词：先进技术；出口管制；域外适用；物项国籍

中图分类号：D996 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-0751(2025)12-0083-10

所谓先进技术，是指科技含量明显高于同期水平，仅由全球少数国家掌握，且具有广阔经济前景或重大战略意义的关键新兴技术。2022年10月，美国商务部先后对半导体制造、量子计算、人工智能模型实施出口管制；日本与荷兰亦实行相似的出口管制或审批政策。由此，美日荷联合控制出口，全球出口管制规则呈现协同趋势；受控物项趋于无形化，人工智能、量子计算等先进技术正成为国家博弈的焦点。

2023年4月硬盘供应商希捷因在无出口许可证的情况下向华为提供硬盘驱动器，被美国商务部工业与安全局(Bureau of Industry and Security,以下简称“BIS”)罚款3亿美元。根据BIS的指控，由于希捷在新加坡、马来西亚制造硬盘驱动器所需的零部件时使用的多种设备属于受控物项，根据美国“外国直接产品规则”(foreign direct product rule)，

相应的硬盘驱动器也属于受控物项^①。在该案中，使美国《出口管理条例》(Export Administration Regulations,以下简称“EAR”)发挥实际效用的联结点是美国技术。借此，美国将管制主体扩大至位于新加坡的企业，管制行为拓展至再出口、境内转让等境外行为。外国直接产品规则是美国出口管制法的缩影，它与最低含量规则(de minimis rule)、清单制度等共同构成全流程、全方位管制的基础。

先进技术成为大国战略竞争的前沿地带，围绕技术优势与供应链安全的博弈愈发激烈。美国凭借其严苛的先进技术出口管制立法与执法体系，动辄滥用各类复杂的域外管辖法律工具，刻意阻碍中国高新技术行业的正常发展。在此背景下，本文从国内法域外适用的构成要素出发，剖析美国出口管制法域外适用的实现路径、特殊效应及其缺乏正当性的管辖理据，探究其凭借霸权逻辑使该类法律域外

收稿日期：2025-9-30

基金项目：国家社会科学基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”(20&ZD202)。

作者简介：师若文，女，北京大学法学院博士研究生(北京 100871)。何其生，男，北京大学法学院教授、博士生导师(北京 100871)。

适用得以不当发挥实效的根源。不仅有助于中国企业在“走出去”过程中准确识别和应对美国滥用域外管辖形成的法律风险、探索可行的救济路径,而且能为我国加快出口管制法律体系化与精细化建设、抵御外部不当法律干预提供有益参考。

一、美国先进技术出口管制: 法律域外适用的实现路径

法律具有域外效力是法律域外适用的基础。美国出口管制法以物项为核心联结点,对其出口采取全流程的追踪式管制,特别是“视为出口”与“视为再出口”规则的引入,可以有效规制技术的披露或转让。由此,管制主体可扩展至境外出口商,管制目标可辐射至与受控技术产生联系的最终进口商。

(一)对出口行为的全过程管制

美国出口管制法的有效运转以法律的域内外适用为出发点,但侧重于实现法律的域外适用。通过管辖再出口、视为再出口、改变最终用途与最终用户的境内转让行为,该体系得以持续追踪物项流动及占有主体的变化。出口是指为了贸易往来,将产品或服务从其来源国运输至另一国^{[1]700}。它涉及物项在出口国海关处的审查,并要求物项转移存在切实的跨境流动。然而,由于技术可以数据形式实现无实物载体的传递或交换,不符合前述的定义,是故美国出口管制法对出口行为作扩大解释,将“向在美国境内的外籍人士披露或转让技术、源代码”纳入并命名为“视为出口”。简单来说,若美国企业通过口头或书面交流的方式,将受控技术披露给位于美国的中国个人或组织,视为出口至中国。根据规定,向中国出口该项技术,应申请出口许可证。实践中,美国企业曾在未申请许可证的前提下因向中国籍雇员转移管制技术而被处以罚金^②。

出口与视为出口属于出口管制法域内适用的情形,管制范围有限,无法管辖物项出口至第三国的后续交易行为,而美国将物项移动轨迹作为核心管控焦点,借预防稀缺资源流失、保障国家安全之名,在其出口管制法中专门引入再出口概念:以任何方式将受控物项从某一外国实际运输或传输至另一国。换言之,发生在美国境外、非美国主体之间的交易行为可能因交易物项与美国的关联度而受到美国管辖。尽管此举涉嫌对境外交易的直接干预,但确能防止交易双方通过刻意安排规避法律的适用。中兴通讯正是因从第三国向禁运国伊朗再出口含有美国

技术的微处理器及受限路由器而违反EAR,被处以11.9亿美元的罚金^③。更进一步,为持续关注重要技术在境外的传播与发展状况,美国出口管制法基于再出口概念延伸出“视为再出口”规则:在外国境内将管制技术或源代码披露给第三国家的个人或组织,视为再出口至该第三国。

上述规则仍然无法涵盖进口方在第三国境内改变物项的最终用途或最终用户的情形。为确保受控物项不会被特定主体取得、规避所谓国家安全风险或大规模杀伤性武器扩散等相关情形,美国出口管制法将适用范围进一步扩大至“境内转让”行为:在同一外国境内改变某一受控物项的最终用途或最终用户,受美国出口管制法的管辖。

(二)对关联主体的多维度管制

1.管制对象与目标并重

美国出口管制法中的受管制主体可分为法律规范的实际违反者(管制对象)与负面效果的应然承担者(管制目标)。在前述希捷案中,作为出口商的希捷是美国出口管制法的管制对象,作为进口商的华为是法律的管制目标,双方均是负面效果的实际承担者。该法迫使部分企业提前终止与华为的商业交往,并因交易风险的提升而降低部分企业与华为的交往意图,使美国出口管制法的约束力传导至中国企业。

美国出口管制法的管制对象为“美国人”。美国商务部针对中国先进技术领域的出口管制措施中曾特别规定,美国人未经许可不得在中国境内从事支持开发和生产特定芯片与半导体的工作^④。根据EAR第772.1条规定,“美国人”的定义大致分为以下三种:一是美国公民、拥有美国永久居留权的人或受保护的难民;二是根据美国法律设立的法人组织或受美国管辖的法人组织,包括外国的分支机构;三是在美国的人。其中,依据第二种定义,该法可以管辖位于美国境外的企业。因此,美国出口管制法的域外适用不仅体现在境外企业因合规要求而主动拒绝交易,还表现在美国执法部门可以对境外分支机构处以行政处罚。

美国以维护国家安全、推行外交政策为名实施出口管制,其立法核心实则是在规避国际法争议的前提下,尽可能降低境外企业接触美国相关物项的可能性。为此,美国政府根据企业受限程度的轻重缓急设立了实体清单、未经核实清单与被拒绝人员清单。其中,在国家安全概念不断泛化的前提下,实体清单因能对相关行为实现全流程监控而适用范围

最广、适用频次最高。当 BIS 依据具体明确的事实,有理由相信某一实体曾参与、正参与或存在重大风险参与违背美国国家安全或外交政策利益的活动时,可根据 EAR 第 744 条的规定,将该实体列入实体清单。向清单实体出口任何受控物项,均以事先获得 BIS 的许可为必要条件;由于 BIS 主要采取“推定拒绝”的许可政策,清单内的实体实际面临着事实上的制裁。未经核实清单是指:当 BIS 对境外实体的最终身份以及交易的最终用途无法查明或存疑,但又无充分理由将其纳入实体清单,通常将其暂时列入未经核实清单。相较之下,拒绝人员清单内的实体则受到全面的出口管制并被剥夺出口特权。以上三种清单的管制目标各有侧重,并存在一定程度的交叉管制,共同构成美国政府管制境外实体的工具箱。

2. 管制领域的扩张

传统的贸易管制对象主要是从事进出口业务的企业,但敏感技术与知识的掌握亦可构成技术转移的起点,其逐渐被视为国家安全风险的重要来源。因此,高校、科研机构等非营利性法人组织及其关联个体使用受控技术也需遵守出口管制法。这是美国出口管制法管辖境外单位与个人的另一独特路径。

美国出口管制法将管制范围延伸至科研领域。根据美国 2018 年《出口管制改革法》第 1758 条,在出口、再出口或境内转让对美国国家安全至关重要的新兴和基础技术时,商务部应建立适当的管控机制。在美国政府看来,我国部分高校与科研机构在与美国企业进行科研合作时可以获得不正当利益,部分机构甚至参与了军民融合项目,这有可能对他们国家的安全与科研能力造成威胁^[2]。因此,美国政府将涉及重要战略性技术和军工领域的我国高校和科研机构列入实体清单,以阻止此类主体接触美国核心技术,客观上影响了它们正常科研活动。

美国出口管制法将管制目标扩展至相关联的个人。“视为出口”与“视为再出口”规则使商业领域中多种涉及外籍人员的行为被纳入管制范围,例如向外籍员工提供受控物项的信息、资料和源代码;为外籍员工提供接触受控物项的便利;为外籍员工提供与受控物项有关的培训;与外籍人士进行与受控物项有关的信息交换。科研领域亦是如此。2020 年美国第 10043 号总统行政令宣称,中国利用赴美留学研究生获得美国敏感技术和知识产权以用于中国军事现代化进程,因此美国需暂停或限制相关留学生的入境^⑤。此类举措实则为美国出口管制法向

境外主体延伸管辖效力的具体手段,刻意定向阻断境外主体与美国先进技术的正常互动交流,以实现其技术管控的私利。

二、美国先进技术出口管制:法律域外适用的特殊效应

在前述两种域外适用路径的共同发力下,美国出口管制法所催生的传导效应与威慑效应,已然呈现出不同于一般公法域外适用的霸权扩张本质。受控的技术与清单内实体共同组成“传导源”,肆意拓宽本国法律的域外适用边界,拓展了域外适用的范围与频次;与该技术和实体关联的企业在高效的执法活动与严格的法律责任的威慑下,往往被迫放弃自身的商业逻辑与合规自主权,表面上“主动遵守”美国出口管制法的规定,使美国出口管制法的适用情境“被动”扩张。

(一) 传导效应

所谓传导效应,是指美国出口管制法中存在着如传导源一样的规定,一旦企业与传导源产生直接或间接联系,即便联系微弱,亦可能触发美国出口管制法域外适用的风险。受控技术是第一类传导源,也是第二类传导源产生实效的前提:自供应链某一环节出现美国受控技术,下游企业与该技术产生联系后均面临被美国出口管制法管制的可能。第二类传导源是各类清单中的实体,凡是与清单实体交易美国受控技术的单位或个人,均面临被列入清单的风险,并由此承受美国出口管制法在未来持续、反复适用的可能性。

1. 基于受控技术的持续性域外适用

传导效应的产生有赖于出口管制法中物项规则的设计与完善。随着全球产业链的延伸,产品生产过程日益呈现国际分工格局。为判定一项非美国制造的产品是否受美国管辖,美国出口管制法设定最低含量规则。根据 EAR 第 734.4 条规定,当美国原产物项与外国生产物项之间发生吸收、混合、捆绑等情形,且非美国生产物项中所含美国物项成分超过特定比例时,该物项的出口、再出口或境内转让均受到美国出口管制法的管辖。最低含量规则设定了阶梯式比例,对于高性能计算机等特定物项,无论美国成分的价值比例为何,均受美国法律管辖;当美国成分所占价值比例高于 10% 时,该物项出口至受到单边禁运制裁的国家,受美国法律管辖;但若物项并非出口至前述国家,当美国成分所占价值比例高于

25%时才受美国法律管辖。最低含量规则体现了对美国物项的直接性保护,其逻辑在于,美国成分在外国产品中具有关键价值,当其占比达到一定标准后,该外国产品即被视为美国产品,与之相关的出口行为自然受美国法的管辖。

更进一步,当美国物项的价值占比无法满足最低含量规则设定的标准时,美国设计出更为精细的外国直接产品规则。根据EAR第734.9条之规定,对于一般企业而言,即便外国产品没有包含美国物项,只要其使用了美国技术或软件,或其生产所依赖的设备及主要组件构成美国技术或软件的直接产品,根据外国直接产品规则,美国依然对其出口具有管辖权;对于特定企业来说,当出口商知悉电子、计算机、通信等类别技术的产品将被用于生产或开发任何由特定实体生产、购买或订购的零件、部件或设备中,或特定实体(如华为系企业)成为交易购买方、中间收货方或最终用户时,直接产品的出口需要向BIS申请许可证。外国直接产品规则加强了美国受控技术的传导能力,只要其“出现”在某一生产环节并产生实际效用,后续产品自动转变为美国受控物项。该规则的管制逻辑在于,通过对技术、软件等最终成果的保护,防止外国使用美国技术成果并获取相应的技术利益,同时限制管制目标通过对产品进行逆向研发实现技术进步,以达到间接保护的目标。

最低含量规则与外国直接产品规则的设定初衷是完成对美国核心技术的系统保护,但其如传导源一般,使美国出口管制法突破地域限制得以持续性域外适用。由于技术壁垒的存在以及各国科技实力存在差异,美国受控技术的境外流通虽能显著提升其自身价值,但也会因技术外溢而增加美国的安全与竞争的成本。出口管制是降低此类成本的有效方法:管制越严格、越精细,对可能的外溢风险的抑制效果越明显,节约的成本越多^[3]。因此,美国为维系特定产业的领先优势,在出口利益驱动与技术控制需求之间取得平衡,刻意将技术作为其法律域外适用的传导源,实则是为实现霸权私利而采取的非正当便利手段。

2. 基于清单实体的无限次域外适用

被纳入各类清单中的实体构成第二类传导源。不同于受控技术的线性可预测式传导,清单实体不仅能将美国出口管制法域外适用的范围传递至与其“沾染”的企业,还会在特定情况下将后者转化为新的传导源,使之在承受美国出口管制法无限次域外

适用的同时具备发散式传导的能力。清单实体的传导方式更为多样,可分为动态交易与静态管制。动态交易是物项规则与清单制度共同作用的结果,美国受控物项构成关键联结点,任何企业只要与清单实体交易受控物项,将会面临被追加至实体清单的风险。静态管制则以概念泛化的“国家安全或外交政策利益”为依据,以低成本的方式将相关企业纳入清单。静态管制基本不要求相关企业与美国存在实际联系^[4],致使实体清单成为了高度政治化的法律工具^[5]。

(二) 威慑效应

威慑效应用来描述某一法律制度通常以严重的惩罚性措施来预防有损国家利益行为的发生^{[1]544}。例如,美国《反海外腐败法》规定的高额罚金与长期监禁等处罚措施可对试图在海外实施腐败行为的关联主体产生威慑作用。而美国出口管制法的域外适用路径设计缜密且极具扩张性,执法力度更是不容小觑,其域外适用形成的不当威慑效应也更为突出。2024年1月,美国商务部助理部长表示,美国政府将对违反出口管制规定的企业进行严厉打击,针对希捷公司的3亿美元处罚仅仅是开端,美国将采取更严厉的处罚措施,以阻止未来涉及中国、俄罗斯和伊朗等国家的违规行为^⑦。

这种威慑效应表现在三方面。一是增加相关企业经营成本。企业成为新的传导源后多重行为受限,在进行相关决策之前需判断交易是否违反美国出口管制法,然而立法的复杂性与模糊性需要实践来释明,这使清单实体在决定是否开展交易时面临更高的决策成本与制度风险^[6]。二是加剧供应链的不稳定性。与传导源处于同一供应链上的企业将被迫作出是否与其交易的选择,进而削弱跨国供应链的韧性与连续性。三是提高企业合规成本。出于风险预警的考虑,关联企业往往会根据美国法要求构建合规体系,投入大量的人力、时间与技术成本,开展员工培训、内部审计、供应链尽职调查和客户背景筛查等多项合规程序。

清单实体的经营成本上升、关联企业的“选边站队”与自我合规,均源于美国出口管制法所形成的强烈威慑效应。支撑这种威慑效应的核心,不仅在于高额罚金与人身监禁,更在于美国行政执法体系的有效运行。美国出口管制工作由多部门联合管理,职能分工较为细致,BIS主要负责两用物项出口许可与执法工作,其下属的出口执法办公室主要负责在美国境内调查、搜集违法证据,并与司法部等相

关部门合作。根据中兴通讯、希捷等案件的时间线,美国执法部门的调查启动时间远早于处罚决定的做出时间,美国出口管制的执法活动启动时间早、证据收集完整,致使被处罚企业难以全身而退。在美国出口管制法域外适用极为广泛的前提下,高强度的威慑效应使关联企业选择主动接受美国出口管制法的约束,从而进一步扩展其管辖范围,并以暂停部分交易所遭受的利益损失来避免美国利用出口管制法对其制裁。

三、美国先进技术出口管制: 法律域外适用的管辖理据

美国出口管制法域外适用的实现路径及其产生的特殊效应为表象,本质是多种域外适用方法在立法、执法与司法层面相互作用的结果。在法律层面作以评价,则应聚焦于立法管辖权基础,即美国制定最低含量规则、外国直接产品规则、实体清单制度的权力来源。

(一)一般性管辖权基础

美国《对外关系法重述(第四次)》将“真实联系”作为立法管辖权的行权原则,总结出六种行权基础,本文将之统称为一般性管辖权基础。属地原则是美国国会行使立法管辖权的首要基础。对出口与视为出口行为的规制是主权行为,美国以经济贸易活动管制为名实现特定的国家安全与外交政策利益,原则上不得突破地域范围,否则将被视为对他国主权的侵犯。然而伴随着国际贸易往来的日益频繁,物项的流动性显著增强,属地原则的有效性日渐式微,再出口、视为再出口、境内转让等境外行为无法再以之为管辖依据,美国出口管制法突破了属地原则,但立法依据究竟为何存在疑问。基于美国出口管制法域外适用的情况,本文重点讨论效果原则、保护原则与普遍原则。

1.效果原则与保护原则

效果原则是指国家对在其领土范围内产生影响的行为行使管辖权。它以保护具体的经济利益为目标,多适用于经济法领域。保护原则源自国家自卫及自我保护权利,它是国家管辖外国人在境外实施的有损国家安全或其他基本国家利益之行为的基础,以国家安全等重大抽象利益为保护对象。有学者认为二者之间存在一种等级关系,当域外行为的效果不涉及对内部安全或外部安全足够重要的利益,未达保护原则的标准之时,可以转而援引效果原

则^[7]447。这种以利益重大程度作为界分标准的方法并不周延,没有实践表明反垄断的经济效益是对国家不重大、非根本的利益,所以辨析再出口等行为的管辖基础应当从法益保护出发。

美国出口管制法所保护的法益是国家安全、外交政策等与保护原则相对应的抽象利益。违反出口管制法会影响国家整体的安全利益、发展利益,通常是以外交政策的挫伤、技术领先优势的丧失为表现形式^[8]。出口管制名为贸易管制,但实质是为实现政治目的。再与反垄断法域外适用相对照,可以发现将效果原则作为出口管制法域外适用的管辖基础存在无法自洽之处。一是美国反垄断法域外适用规则要求境外行为对境内的影响必须是直接、重大、可预见的,即行为与效果之间建立直接的因果关系。但是物项的再出口与国家安全或外交政策减损的相关性十分微弱,甚至存在多因一果的情形^[8]。二是反垄断法中的消极效果源自垄断行为对市场自由竞争秩序的抑制,但出口管制法中负面效果的产生原因不在于行为本身,而是体现在美国受控物项对于国家安全的重要性。三是反垄断法的域外适用是通过限制少数企业的垄断行为来达成社会总体福利净值的增加,但是出口管制法域外适用的方法是限制本国企业对受控物项的出口,结果是牺牲企业的经济利益来维护非经济方面的国家安全利益^[9]。

总体来说,当出口管制目的无法绕开“国家安全”“外交政策”等重大但抽象的利益时,效果原则无法被移植为美国出口管制法的域外管辖根据。相较之下,将保护原则作为再出口等域外行为的管辖根据更为契合。然而,保护原则的适用对象通常是各国普遍承认为刑事犯罪的行为,不考虑罪行的重大性就援引保护原则会被视为对管辖权的滥用^[9]。尽管美国出口管制法的法律责任包括行政责任与刑事责任,但实践之中被指控方倾向于主动承担行政责任,避免进入刑事程序;即使判处企业高管以监禁,再出口等行为的违法性是否为各国普遍承认还存有商榷空间。

由此,在特定情形下,效果原则与保护原则可被“定制性”地作为美国出口管制法域外适用的基础:再出口受控物项虽不涉及大规模杀伤性武器交易,也未被定性为刑事犯罪,未对美国国家安全等主权利益造成威胁,但其造成的具体性影响可能为援引效果原则提供空间;当行为后果难以界定或具有高度抽象性时,保护原则与效果原则存在互补适用的情形。但从原则的内涵与外延出发,二者均无法完

美提供充分且自洽的正当性基础。

2. 普遍原则

实现美国出口管制法域外适用的另一重要路径是清单制度,存在军事安全风险、外交政策风险以及侵犯人权风险是中国企业被列入实体清单的主要原因。其中,美国对于前两项原因的管制可能援引效果原则或保护原则,但以“侵犯人权”为由实行制裁措施,更有赖于普遍原则。

普遍原则是指以保护各国的共同利益为标准,国际法承认一国有权管辖各国普遍关注的罪行,无论该国和犯罪人或行为之间是否存在特定的联系^[10]。尽管以普遍原则为管辖依据时的适用范围存在观点分歧^[11],但从习惯国际法的发展来看,针对海盗罪的普遍管辖已得到《联合国海洋法公约》的确认,几乎没有争议;灭绝种族罪、反人道罪等严重侵害人权行为的普遍管辖已获得国际人权公约的支持。实践中,种族灭绝已获得国际社会的广泛关注,美国更是强调继续将人权作为外交政策的核心,呼吁其他国家将人权保护作为出口管制评估因素^⑧。美国借助出口管制保护国际社会共同关注的人权基本利益,可能被视为以普遍原则为基础的域外管辖,但这种管辖理据的根基不甚牢固。

普遍原则优劣分明,而美国出口管制法所谓的“人权保护”恰好是其劣势。普遍原则可以填补管辖空白,但“侵害人权行为”的普遍管辖与行为地的属地管辖相冲突,甚或违反不干涉原则,侵犯行为地国主权。更重要的是,“人权保护”概念泛化程度高,由于社会文化与经济发展程度上的差异,不同国家对何为侵犯人权的理解与表述不尽相同,美国的认定标准能否得到各国的普遍认同存有疑虑。2021 年美国将多家中国企业加入实体清单,声称它们涉嫌侵犯人权,违反美国外交政策利益。对此,中国商务部回应,“美方泛化国家安全概念,滥用出口管制措施,罔顾事实,以所谓‘人权’为由,将中国实体列入实体清单”^[12]。表面上看,美国以“人权保护”为由将境外企业纳入实体清单的行为与普遍管辖较为贴切,但若美国政府无法提供得以信服的证据来证明相关企业侵犯人权的行为可以达到普遍关切的程度,那么设定此类清单的国际法基础则不复存在。

(二) 特殊的管辖权基础

遍历一般性管辖权基础,可以发现美国出口管制法体系并没有坚实且正当的管辖根据来规制域外行为及清单上的实体,各种管辖权基础都存在管辖漏洞。究其原因,美国出口管制法域外适用得以实

现的核心保障是美国霸权主义与经济实力,为其找寻域外管辖基础只是削弱管制行为单边主义特性的方式之一;在出口管制领域,美国构建“真实联系”的主要方式是扩大美国受控物项的概念,以受控物项“国籍”作为行使管辖权的联结点是美国出口管制法的独特之处。

“物项国籍”原则创设的联结点为“双方交易物项包含或使用了原产于美国的商品、技术或软件”。希捷在新加坡生产硬盘驱动器所需零部件时使用的检测设备被美国列为受控技术,硬盘驱动器基于“物项国籍”原则自动成为美国受控物项。“物项国籍”的创设初衷是在核心技术、软件与开发国之间建立永久联系,使美国能够以国家安全为由有效控制相关物项后续的跨境转移^[13]。由于国籍原则的联结点是国籍或国民身份这一要素,将“商品、技术和软件的来源地”与“人的国籍”相类比则可为物项冠以国籍。

“真实联系”是习惯国际法允许国家行使立法管辖权的前提。根据“真实联系”原则,为物项赋予国籍需要考虑物项与国家之间事实关系的质量与意义,这表现为受控物项对国家的经济利益、安全利益等产生切实影响。但多数根据“物项国籍”原则行使域外管辖的情形没有达到真实联系的标准。一方面,最低含量规则设定的最高比例仅为 25%,未过半数。仅依靠 25% 左右的美国成分就将外国物项作为美国法的管辖对象,较难证明该价值达到了“关键重要性”标准。更不必说,该物项可能还包含来自其他国家的关键技术,当前规则未对美国成分的相对重要性作出评价。另一方面,根据外国直接产品规则,部分外国物项与美国技术仅存在微弱且间接的联系。如前所述,希捷生产的硬盘驱动器与美国物项不存在物理上的联系,唯一联结点是生产商使用的检测设备是美国原产技术的直接产品。只有当这种微弱联系对硬盘驱动器的性能或市场价值具有决定性影响时,才可能认定美国物项对外国直接产品具有重要价值,形成支撑性的关联程度;否则,这只是美国肆意扩张管辖权基础的托辞。

商品、技术或软件本质是一种财产,国籍原则通常情况下不适用于财产,但存在例外情况:其一,物项对于国家具有重要的文化价值与历史意义,如文化遗产或历史文物,国家可以对此等财产恰当地行使立法管辖权,在跨国纠纷中根据国籍原则主张管辖权^{[7]415};其二,航空器的国籍登记国规则与船旗国规则是国籍原则适用于财产的例外情形^[9]。然

而,商品、软件或技术既不具有特殊的文化底蕴,又无法如航空器与船舶一般承载着“领土延伸”的功能,其本质上只是在特殊时代、特殊背景下被国家赋予了无法被广泛赞同的政治功能。总之,“物项国籍”原则的诞生既是为正当化最低含量规则与外国直接产品规则,也是为增强再出口、视为再出口、境内转让等境外行为与美国的关联度。但是该原则与既存规则之间的共通之处微乎其微,它只是美国外交政策利益的实现工具,无法发展为出口管制法领域具有普遍共识的特殊管辖权基础。

四、美国先进技术出口管制: 法律域外适用的中国应对

美国出口管制措施之所以能够产生显著效果,关键在于通过“物项国籍”原则扩大受控物项范围,同时利用实体清单制度限制中国实体交易受控物项。为应对美国出口管制法域外适用带来的挑战,受限中国实体应积极启动救济机制,充分利用美国的行政与司法制度提出移出清单的诉求,或借助中国反制裁法律规范获得损害救济。

目前,中国出口管制规范已初步形成由法律、行政法规、规范性文件等组成的多层次规则体系,为避免形成过度扩张的美国模式,我国应重点细化“原产地规则”条款,完善救济程序体系,增加规则的可适用性,从而体现我国出口管制制度的正当性、规范性与制度引领性。

(一) 中国企业的救济途径

1. 美国国内救济途径

(1) 申请信息公开。美国出口管制法饱受诟病的原因在于执法的对象、物项与行为通常与美国仅存在微弱的联系。因此,执法部门将实体列入管控清单的决策可能缺乏合理的原因以及充足的证据,违反美国联邦《行政程序法》。对此,中国企业可以依据美国《信息自由法》向执法部门申请信息公开,特别是请求公开与被列入清单有关的依据性文件,以此作为提出有效抗辩或申请移除清单的基础。

企业主动获取信息是应对美国出口管制法域外适用的关键。《信息自由法》以广泛的信息披露为原则、以免除特定信息披露为例外,赋予任何人要求联邦机构披露其存档信息的权利。联邦机构在收到请求后须作出回应,说明是否提供信息,或解释延迟提供的原因;若联邦机构未及时回应或拒绝提供信息,申请方可以请求法院命令联邦机构公开信息,法

院有权审查联邦机构拒绝公开的合法性^⑩。中国企业应优先通过行政渠道申请信息公开,在必要时借助诉讼手段获取信息。尽管存在程序复杂、耗时较长等问题,且可能面临“国家安全豁免条款”抗辩,但中国企业的成功案例表明,信息公开在移出清单的过程中发挥了关键作用,是美国法院制衡执法部门单边行为的重要工具。

通过诉讼间接实现信息公开是行之有效的方式。美国国防部将小米列为涉军企业时并未提供充足且合理的解释,但通过对美国国防部提起诉讼,小米得以查阅未被公开的关键列名信息^⑪。类似的,纳斯达克依据《信息自由法》申请公开被列入“强迫劳动实体清单”的决策依据,最终法院裁定,解密部分行政记录,首次公开企业被添加至实体清单的程序以及相应的考量因素^⑫。信息的不对称与不透明使执法部门可以有效实现出口管制法的域外适用。然而,通过司法审查公开对应文件,法院可能会发现部分决策缺乏实质性证据的支撑,与国家安全相关的考量存在逻辑漏洞,法院禁止相应决策的可能性显著提升。通过推动信息公开,中国企业可以更为有力地证明行为的合法合规,迫使执法部门在未来决策中更加谨慎。

(2) 申请移出清单。依靠实体清单制度,美国出口管制法呈现出无限制的域外适用模式,使受限实体面临全球范围内的贸易封锁。因此,移出清单是我国相关企业走出困境的根本方案。我国受限企业可通过行政程序,向最终用户审查委员会提交书面申请与支持性材料,委员会应在收到申请的30日内进行审查并投票表决,当且仅当全体成员一致同意,才可将企业移出清单。其中,支持性材料具有至关重要的作用。一方面,企业需要在材料中证明被指控行为不符合列入清单的理由。除说明被指控行为已被纠正外,还应证明其未参与威胁美国国家安全或外交政策的活动。另一方面,相关企业应提供充分的举证材料,包括但不限于第三方独立评估报告、合规计划等。法国企业曾因制定了符合要求的合规计划而被移出实体清单^⑬。

此外,受限企业可以向美国法院提起诉讼,请求法院撤销行政部门的列名决定。尽管最终用户审查委员会的决定具有终局性、不可行政复议,且2018年美国《出口管制改革法》第1762条明确排除了法院依据《行政程序法》审查实体清单列名的权力,但是相关企业可以“行政行为超越法律授权”为由寻求救济。在小米诉美国国防部一案中,法院认定国

防部的行为缺乏实质性证据,批准小米的初步禁令动议,国防部随后将其从涉军企业清单中移出。中微半导体基于相似事实提起诉讼,美国国防部随后将其移出清单^[14]。上述成功实践表明,美国所谓的“国家安全威胁”并非不可挑战,一旦行政部门无法在既定事实与行政行为之间建立联系,企业被移出清单的概率将会大大提升。

在国家安全与外交政策问题上,法院尊重行政部门的决策是美国的传统^[15],不过法院的适当介入可以防止行政部门滥用保密权力,损害民主治理环境^[14]。上述案例表明,即使面对国家安全问题,联邦宪法与行政法依旧可以挑战并约束行政部门。随着“雪佛龙原则”被推翻^[16],司法权力与执法权力再度平衡。在出口管制领域,法院一旦受理案件,可能会要求行政部门为其所作决定提供更详细、更具体的证据和理由,而不仅依赖于宽泛的行政解释权。正如法院在小米案中所述,美国国防部提供的证据过于薄弱,使其对于本案是否涉及重大国家安全利益持怀疑态度^[17]。

2. 中国国内救济途径

面对美国出口管制法的域外适用,中国企业利用美国国内法获取救济固然是直接的、根本的选择,但也存在程序冗长、成本高昂的弊端。构建中国法域外适用体系,不仅是协同立法、司法与执法,提升中国法域外适用实效的需要,更要为中国企业提供熟悉的本土化救济途径、弥补其在海外遭受的不公正待遇^[15],实现反外国制裁法律体系在出口管制领域的司法化。

在司法层面,中国企业可以依据《中华人民共和国反外国制裁法》(以下简称《反外国制裁法》)第12条第2款或《中华人民共和国阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称《阻断办法》)第9条提起追偿诉讼。出口管制领域的追偿诉讼是指,因美国带有歧视性的出口管制措施不当域外适用,导致中国企业的跨国交易受阻,受影响企业在中国人民法院提起侵权或违约之诉,请求相关主体停止侵害并赔偿损失^[16]。追偿诉讼具有司法救济与法律威慑功能。相关当事人,尤其是依赖中国市场的外国当事人,为了规避法律风险,将避免从事违反我国反制裁法律法规的行为。如前所述,由于美国出口管制法的修订,西部数据与东芝等企业主动停止向华为提供硬盘;意法半导体、美光科技等高科技企业也明确表示暂停与华为之间的贸易往来。从时间的重合性、合作的稳定性与长期性层面可以判断,这

些企业符合《反外国制裁法》第12条中“执行或协助执行歧视性限制措施”。假如华为无法通过美国国内法获得救济,那么可以选择向人民法院起诉,要求前述企业停止侵害。《民事诉讼法》(2023年修正)第276条为人民法院确立司法管辖权提供了依据,特别是具有兜底属性的适当联系条款可以强化《反外国制裁法》《阻断办法》的保护性与防御性。然而,追偿诉讼的实际效果在很大程度上取决于被告在中国境内是否拥有可供执行的财产,一旦被告在中国境内无资产,请求美国法院承认和执行此类中国法院判决极具挑战性。

此外,根据《阻断办法》第5条,当中国企业遇到外国法律禁止或限制其与第三国(地区)及其公民或法人正常的经贸活动,应在30日内向国务院商务主管部门报告。经工作机制评估,若确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的,可以由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。由此可见,中国企业的申报行为可能触发行政部门作出行政禁令。但需要注意的是,行政禁令属于补充性制度,无法直接填补相关实体遭受的巨额经济损失,若无法控制禁令的适用范围,可能在客观上增加企业合规的不确定性,甚至对我国营商环境产生不利影响。

(二) 中国出口管制制度的完善

1. 规则的细化

当前中国并无任何规范性文件或执法实践对《两用物项出口管制条例》第49条“原产地规则”进行解释。为防止该条像美国最低含量规则与外国直接产品规则一样饱受诟病,有关部门需在今后出台条例进行解释,或在执法活动中围绕以下几个方面展开具体的说明和界定。

首先,设立专门物项清单,明确“特定两用物项”的具体内容。出口管制作为反制手段要在域外发挥威慑力,至少应满足下列条件之一:其一,本国物项已深度嵌入外国产品供应链,具有高度不可替代性;其二,本国在国际贸易特定环节拥有显著市场份额,其他国家对相关产品的供应形成稳定依赖。中国物项清单中具体内容的设置可以结合我国在全球供应链中的关键地位,重点锁定能够对抗美国“经济武器化”的领域。

其次,应明确“含有、集成或者混有”的比例设定。尽管目前尚不知晓美国最低含量规则的阈值设定逻辑,但理论上触发原产地规则的条件应当是受控物项在另一产品的关键性能中起到主导性作用。

由于原产地规则具有广泛的域外影响,比例设定应遵循真实联系原则。原则上,该联系应符合国际社会普遍认同的公共利益目标,且应避免过度干预第三方企业的合法权利^[17]。

最后,应明确“使用原产于中华人民共和国的特定技术等两用物项在境外制造的两用物项”中“使用”的内涵。从概念层面来看,“使用”不能仅仅被理解为事实层面的接触或借鉴,而应定义为具有实质性依赖性的行为,即该技术在境外制造活动中不可替代,或对产品功能与生产工艺起到关键性的作用。从适用程度上讲,判断“使用”是否成立,应考虑技术与产品之间的因果关联程度。该技术是否构成产品主要性能的关键来源?该技术路径是否无法通过引入他国技术实现替代?这些因素有助于从功能性与可替代性两个维度判断“使用”是否构成法律意义上的技术依赖。然而,需要警惕的是,在解释概念的适用情境时,我国有关部门应避免如 BIS 一般在希捷案中过度扩张“直接产品”概念,并在防止法律规避与避免规则外延之间保持必要的平衡。

2. 制度的补齐

《两用物项出口管制条例》第 30 条允许被列入管控名单的进口商、最终用户在符合特定情况时向国务院商务主管部门申请移出管控名单,但移出程序并不清晰。程序空白将导致相关企业难以寻求救济,其能否在穷尽行政救济途径后获得司法救济亦存在疑问。当受影响企业的行为与国家安全之间并无直接联系时,为其提供程序保障,确保企业可以及时改正是有必要的。假设某外国企业因违反正常市场交易原则,单方面停止履行与中国高科技企业的合同,被商务部列入不可靠实体清单,禁止其从事与中国有关的进出口业务并处以罚款。该行为虽可能损害中国企业的合法利益,但与危害国家安全之间并不存在直接、明确的因果关系,其严重性和紧迫性亦未必达到国家安全风险的判断标准^[18]。在此背景下,若该企业已主动整改并完善合规体系,理应获得基本的程序性保障,包括明确的申请移出机制、合理的审查标准及可行的司法救济路径,从而确保行政措施的正当性、比例性与纠错性。同理,《两用物项出口管制条例》所设立的管控名单亦应配套建立相应的程序保障规则,提升制度的透明度与可预期性,增强规则的可执行力。

具体而言,商务部主管部门首先应建立申请渠道、制定信息披露指引规则,确保不同清单内的企业均能知悉申请移出的条件与材料要求。主管部门可

以吸纳来自不同领域的人员组建常设性的审查委员会,明确决策机制。在制度运行中,审查效率至关重要。鉴于我国目前各类清单中的实体数量较少,且列入的原因具有高度趋同性,商务部可以根据实际情况设定如 30 日或 60 日的初步审查期限,以增强制度的回应性,提高我国域外适用规则的公信力与实效性。同时,应为审查机制保留必要的灵活性,例如在特定情况下允许审查委员会进行有限次数的延期审查,但须公开延期理由并保障申请主体的知情权,以实现效率与程序正义的平衡。

结 语

美国出口管制法的域外适用严重阻碍了全球先进技术的使用与流动。美国出口管制体系中完备的实现路径,难以防护的特殊效应以及深厚的管辖基础对于我国高新技术企业的正常运行与快速发展产生了较大的负面影响。对此,我国企业应当充分利用美国国内法与中国国内法双重救济途径,力图脱离“实体清单沼泽”;在制度提升层面,我国应进一步丰富法律工具库,细化规则、补全制度,在保护国家特定战略优势的同时,降低管制行为对商业贸易的实质影响。

注释

- ①参见 Bureau of Industry and Security. BIS imposes \$ 300 million penalty against Seagate Technology LLC related to shipments to Huawei. ②参见美国《联邦公报》: Bureau of Industry and Security. Action Affecting Export Privileges; Suntek Microwave, Inc. Federal Register, 2004. ③参见 Superseding Order Relating to Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation and ZTE Kangxun Telecommunications Ltd. ④参见美国《联邦公报》: Bureau of Industry and Security. Implementation of additional export controls: certain advanced computing and semiconductor manufacturing items; supercomputer and semiconductor end use; entity list modification. Federal Register, 2022. ⑤参见美国《联邦公报》: The President. Proclamation 10043 of May 29, 2020. Suspension of entry as nonimmigrants of certain students and researchers from the People's Republic of China. Federal Register, 2020. ⑥参见 Freifeld K. Higher penalties coming for export control violations—US Commerce official. ⑦参见美国《联邦公报》: U.S. Department of State. Export Controls and Human Rights Initiative Code of Conduct Released at the Summit for Democracy. ⑧参见美国《联邦公报》: Bureau of Industry and Security. Addition of Certain Entities to the Entity List; Revision of Existing Entry on the Entity List; Removal of Entity from the Unverified List; Addition of Entity to the Military End-User (MEU) List. Federal Register, 2021. ⑨参见小米诉美国国防部案 (Xiaomi Corp. v. U.S. Dep't of Def., No. 21-280 (RC), 2021 WL950144)。⑩参见纳思达诉美利坚合众国案 (Nine-star Corp. v. United States, Slip Op. 24-24, Court No. 23-00182)。⑪

参见美国《联邦公报》;Bureau of Industry and Security. Removal of Persons from the Entity List Based on Renewal Requests; Implementation of Entity List Annual Review Changes; and Implementation of Modifications and Corrections to the Entity List. Federal Register, 2013.⑫参见美国《联邦公报》;Department of Defense. Notice of Removal of Designated Chinese Military Companies. Federal Register, 2024.⑬参见霍尔德诉人道法项目案 (Holder v. Humanitarian L. Project, 561 U.S. 1)。⑭参见洛珀·布赖特诉雷蒙多案 (Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 369)。⑮参见小米诉美国国防部案 (Xiaomi Corp. v. U.S. Dep’t of Def., No. 21-280 (RC), 2021 WL950144)。

参考文献

[1] Garner BA. Black’s Law Dictionary [M]. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

[2] 侯冠华. 美国对华出口管制的特点 (2017-2022) [J]. 战略决策研究, 2023(1): 40-58.

[3] MACDONALD S. Technology and the Tyranny of Export Controls [M]. New York: Palgrave Macmillan, 1990: 91.

[4] 王燕, 李菁. 美国出口管制清单制度对中国的影响及应对 [J]. 经贸法律评论, 2022(5): 75-90.

[5] 廖凡. 比较视角下的不可靠实体清单制度 [J]. 比较法研究, 2021(1): 167-179.

[6] 沈伟. 中美贸易摩擦中的法律战: 从不可靠实体清单制度到阻断办法 [J]. 比较法研究, 2021(1): 180-200.

[7] CRADWORD J. Brownlie’s Principles of Public International Law [M]. Oxford: Oxford University Press, 2019.

[8] EDITORS. Extraterritorial Application of United States Law: The Case of Export Controls [J]. University of Pennsylvania Law Review, 1984(2): 355-390.

[9] BOWMAN GW. A Prescription for Curing U.S. Export Controls [J]. Marquette Law Review, 2014(3): 599-693.

[10] 霍政欣. 国内法的域外效力: 美国机制、学理解构与中国路径 [J]. 政法论坛, 2020(2): 173-191.

[11] HILLIER T. Sourcebook on Public International Law [M]. London: Cavendish Publishing Limited, 1998: 258; Shaw MN. International Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021: 574-575.

[12] 中华人民共和国商务部. 商务部新闻发言人就美国商务部将中国实体列入出口管制“实体清单”答记者问 [N/OL]. 商务部网站, 2021-07-11 [2025-12-11]. https://www.mofcom.gov.cn/xwfb/xwfyth/art/2021/art_95e860187cb648f2b274ce8b2d813dfb.html.

[13] MERCIAI P. The Euro-Siberian Gas Pipeline Dispute – A Compelling Case for the Adoption of Jurisdictional Codes of Conduct [J]. Maryland Journal of International Law, 1984(1): 1-52.

[14] SOKOL KC. The Significance of a Judicial Power to Identify Major Questions and Shield State Secrets for the Future of Foreign Affairs and National Security Governance [J]. Harvard National Security Journal, 2024(2): 293-326.

[15] 陈靓. 法律域外适用制度: 生成与实施逻辑 [J]. 中国法律评论, 2024(2): 114-127.

[16] 刘桂强. 我国反制裁追偿诉讼制度面临的挑战与应对 [J]. 环球法律评论, 2023(3): 211-224.

[17] 汤净. 域外立法管辖权的第三条路径 [J]. 当代法学, 2022(3): 140-151.

[18] 廖诗评. 中国法域外适用法律体系视野下的行政执法 [J]. 行政法学研究, 2023(2): 55-67.

Export Controls on Advanced Technology: China’s Challenges and Responses to the Extraterritorial Application of Law

Shi Ruowen He Qisheng

Abstract: Export controls on advanced technologies have become a critical means for countries to safeguard national security and prevent the spillover of sensitive technologies. The United States implements full-cycle controls over export activities and multi-dimensional regulations on associated entities, thereby extending the reach of its export control laws to overseas acts and entities. Under the interaction of these two pathways, controlled technologies and listed entities, acting as “transmission sources”, continue to expand the scenarios and frequency of the extraterritorial application of such laws, which in turn enhances the deterrent effect of the laws and significantly increases cross-border transaction risks. However, the extraterritorial application of U.S. export control laws lacks a solid jurisdictional basis; various jurisdictional principles have application flaws, and the “nationality of items” principle is particularly inconsistent with the principle of genuine connection. Faced with the challenges posed by the extraterritorial application of export control laws, affected Chinese entities should fully utilize U.S. domestic legal rules to request removal from the list, and may also file claims for compensation or apply for injunctions in China in accordance with the *Anti-Foreign Sanctions Law* and the *Blocking Measures*. At the institutional level, to enhance the applicability and leading role of China’s export control laws, it is necessary to refine the “rules of origin” and improve procedural guarantee mechanisms.

Key words: advanced technology; Export Control; extraterritoriality; nationality of items

责任编辑: 卫 懿