



出口管制法研究

反思出口管制法域外适用： 实践冲突与国际法约束

马铭骏*

摘要：出口管制法域外适用，是指国家将本国出口管制法律适用于发生在其域外之行为的过程。它是国家保障出口管制措施有效性的必要做法，但也在历史上引发了诸多国际冲突。通过对相关实践冲突的类型化分析得知，出口管制法域外适用的学理争议主要集中在管辖再出口行为或实施最终用户清单制度的条件，以及依据“物项来源地”实施管辖的合法性等。国际法义务构成了出口管制法域外适用的合法性边界，但由于部分国际法规范存在模糊性、历史局限性，在面对个别国家滥用或任意扩张域外效力等实践乱象时，其未能充分发挥应有的约束力。因此，基于发展的视角对现行国际法规范全面、系统、合理地解释以明确国际法约束范围，是调和出口管制法域外适用冲突的重要前提。管辖权原则是国际法约束的重要依据。由于域外管辖涉及他国的主权与利益范围，不能简单利用“法无禁止即可为”原则为国家行为提供合法性，而要具体考察行使域外管辖的行为是否符合各类管辖权基础的适用范围与援引条件。此外，国际经贸条约义务与其他习惯国际法义务也是划定国际法约束范围的重要依据。厘清出口管制法域外适用的国际法约束范围，有助于判断各类有争议的域外管辖情形的国际法合法性，明确合理主张域外管辖的理想方式。

关键词：出口管制 出口管制法 域外适用 域外管辖 管辖权原则

近年来，美国将其两用物项出口管制法作为打击中国科技企业的重要战略工具，相关法律极为广泛的域外适用 (extraterritorial application)^① 空间引发了中国理论界与实务界的强烈关注。实

* 马铭骏，中山大学马克思主义学院助理教授，中山大学涉外法治研究院研究员。本文系广东省哲学社会科学规划青年项目“技术竞争背景下的‘法律战’与中国因应研究”(GD23YFX09)的阶段性研究成果。本文所引用网络资源的最后访问时间均为2024年9月15日。

① 国外学术界对法律域外适用问题的关注较早，对“域外适用”相关概念争议不大。近年来国内学者对“域外适用”相关概念展开了更为深入、细致的探讨，进而在“域外”的范围、管辖对象的类型、指代的具体情形等方面产生了不同理解。例如，对于“域外”的范围，有法域说、领土说与管辖领域说等不同观点；对于管辖对象的类型，有的观点认为包括“人和事”，有的观点则认为还应包括“行为”或仅包括“行为”。国内学者的探讨极大提升了相关概念的严谨性，具体可参见李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期，第5—7页；肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019年第6期，第39—40页；霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期，第174—175页；孙南翔：《法律域外适用体系建设中的管辖权：演化规则与关联结构》，载《法学》2024年第1期，第176—177页；廖诗评：《域外管辖论纲》，载《武大国际法评论》2024年第2期，第23页。结合相关探讨，本文中的“域外适用”是指，一国将其国内法适用于其管辖领域（包括领土和实际控制管理的其他区域）之外的行为的过程；它包括国内司法机关与行政机关适用和执行国内法的过程，但不包括一国司法机关依照国际私法规则选择并适用准据法的过程。此外，本文中提及的“域外管辖”一词是指一国通过立法将其国内法的适用范围扩张至域外，或通过司法、执法形式实施前述法律的过程；而基于法律的域外适用产生的拘束力即为“域外效力”。

际上，从20世纪初开始，美国就不断突破出口管制法的“属地性”，对某些发生在其域外的行为实施管辖，以此实现推行外交政策或维持技术优势等目的。相关做法在历史上引发了诸多国际冲突，理论界也对美国早期出口管制立法的正当性与合法性提出了诸多质疑。^①

然而，进入21世纪后，科技发展为国际交易带来的复杂性使各国立法者认识到，要想真正发挥单边出口管制措施的效用，就需要对某些域外行为实施必要的管辖。^② 确保常规出口管制措施的实施效果，逐渐成为赋予出口管制法域外效力的正当理由。^③ 韩国、日本、英国和欧盟等国家与地区开始在立法中采纳部分美国出口管制法域外适用的规则要素，中国于2020年10月17日颁布的《中华人民共和国出口管制法》（下称《出口管制法》）也同样具有域外适用空间。^④ 当前，国际社会对出口管制法域外适用的争议已经不仅仅在于一国能否依据本国法律管辖域外行为或这种做法是否被国际法所禁止，更为显著的分歧在于此类域外管辖是否“适度”。

因此，对于出口管制法域外适用问题，学理探讨的核心任务在于明确该法的域外适用应限于何种范围并受到何种约束。国际法义务构成了一国域外适用出口管制法的“外部约束”与合法性边界，这也是目前划定此类法律效力边界最为重要的依据。本文在对出口管制法域外适用实践冲突展开分析的基础上，从发展的视角探讨这一做法应当受到的国际法约束，以期在出口管制法域外适用问题上，为构建逻辑自洽且具有现实可行性的中国方案提供学理支撑。

一 出口管制法域外适用的实践冲突

由于美国是历史上实施出口管制法域外适用最为频繁的国家，而且绝大多数的实践冲突也都是其在立法、执法中引发的，下文主要选取美国出口管制法域外适用中具有典型性与较大国际影响力的案件展开分析。

（一）实践冲突的具体表现

各国立法者为赋予本国出口管制法域外适用的空间，一般会在法律条款中设置以下3类规则要素：①扩张受管辖主体的规则；②扩张受管辖行为的规则；③扩张受管辖物项的规则。在历史

① 此类探讨在20世纪80—90年代与21世纪初的国外学术界较为活跃。例如，OHARA Yoshio对美方措施中的“拥有或控制标准”进行了批判，认为其超出了域外管辖的合理限度；Tom Harris认为美方措施只有在发生军事敌对或其他国家紧急状态时，或存在相关联合国决议时才具有合法性；而Cedric Ryngaert则主张现行国际法管辖权原则无法为美方措施的域外效力提供合法性依据。相关探讨可参见OHARA Yoshio, “Extraterritorial Application of United States Law—The Case of Export Controls”, (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 355, pp. 355–390; Tom Harris, “The Extraterritorial Application of U. S. Export Controls: A British Perspective”, (1987) 19 *New York University Journal of International Law and Politics* 959, pp. 959–972; William S. Dodge, “Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”, (1998) 39 *Harvard International Law Journal* 101, pp. 101–168; Cedric Ryngaert, “Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)”, (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 625, pp. 625–658。

② 至少在以下3种情形下，如果出口管制法不具备域外适用的空间，其实施效果将受到直接影响：第一，出口商通过中转国间接将管制物项出口到禁运国；第二，管制物项的最终用户在域外转移物项所有权或改变最终用途；第三，出口国公民出境后，在域外向外国主体披露或提供相关管制物项。

③ 此外，由于防止大规模杀伤性武器及其运载工具的扩散有利于维护国际和平与安全，履行国际条约中的防扩散义务也是各国实施出口管制法域外适用的正当理由。

④ 参见《出口管制法》第18条、第44条、第45条。

上, 各类规则要素均引发过实践冲突。

1. 扩张受管辖主体的规则引发的冲突

各主要国家与地区的出口管制立法对外国主体的管辖往往是附条件或限定在特定情形（特别是涉及大规模杀伤性武器交易等存在公约义务的情形）的。^① 而美国曾突破这种较为“谦抑”的做法, 对受管辖外国主体的范围采取更具扩张性的定义, 并频繁引发国际冲突。

例如, 美国财政部于1950年出台的《外国资产控制条例》(Foreign Assets Control Regulations) 将美国1917年《与敌对国贸易法》(Trading with the Enemy Act) 中“受美国管辖的人”这一概念扩张解释为包括位于美国境内的任何主体以及由美国主体所“拥有或控制”的任何企业或组织。^② 这一“拥有或控制标准”也被直接运用于执法中。在1957年福特公司对华出口案中, 美国政府试图依照这一扩张性解释禁止美国福特汽车公司的加拿大子公司向中国出口汽车, 相关做法遭到加拿大政府反对。^③ 1965年, 法国弗吕霍夫(Fruehauf)公司计划向中国出口一批零部件, 美国财政部要求该公司停止履行与中国签订的销售合同, 并威胁将对其美国母公司实施《与敌对国贸易法》。法国公司因此向法国法院提起诉讼。^④

美国《1979年出口管理法》(Export Administration Act of 1979) 对“美国人”概念的扩张性解释与《与敌对国贸易法》下“受美国管辖的人”的扩张性解释如出一辙, 是“拥有或控制标准”的延续。^⑤ 由此引发的冲突在苏联输气管案中得到了集中体现。里根政府于1982年6月22日根据《1979年出口管理法》颁布了具有显著域外效力的《苏联石油和天然气管制修正案》(Amendment of Oil and Gas Controls to the U. S. S. R.): 一方面, 相关禁令禁止美国公司的外国子公司出口特定设备和技术; 另一方面, 限制外国公司出口原产于外国产品, 只要这些产品使用了通过与美国公司签订许可协议获得的技术。^⑥ 欧共体针对相关做法发布了反对声明(下称欧共体声明), 从国际法角度对《苏联石油和天然气管制修正案》的非法性(包括“拥有或控制标准”)进行了论证。^⑦

2. 扩张受管辖行为的规则引发的冲突

除传统的跨境转移行为外, 某些出口管制立法还对视同出口、^⑧ 再出口、改变最终用户或最

① 例如, 根据中国《出口管制法》第44条, 对境外主体的管辖需要满足相关违法行为“危害中华人民共和国国家安全和利益”与“妨碍履行防扩散等国际义务”的条件。再比如, 英国《2008年出口管制令》(The Export Control Order 2008) 也仅在交易涉及特定物项(如属于C类物项的军用物项以及化学武器等)等情况下, 才适用于外国主体的域外行为。See the Export Control Order 2008 (2008 No. 3231), Arts. 21-23.

② See 31 C. F. R. 500.329 (a) (1983).

③ See John W. Boscariol, “An Anatomy of a Cuban Pyjama Crisis: Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of the United States”, (1999) 30 *Law and Policy in International Business* 439, pp. 443-444.

④ See “French Court Decision on Jurisdiction Over Subsidiaries of Foreign Companies”, (1966) 5 *International Legal Materials* 476, p. 476.

⑤ 该法下的“美国人”包括3类: 第一, 任何美国居民或国民(位于美国境外且受雇于非美国人的居民除外); 第二, 任何由美国实体或外国实体实际控制的国内实体(包括任何国内常设机构); 第三, 由美国实体实际控制的任何外国子公司或分支机构(包括任何外国常设机构)。See Export Administration Act of 1979, Sec. 16 (2).

⑥ See Amendment of Oil and Gas Controls to the U. S. S. R., 47 Fed. Reg. 25,250 (1982).

⑦ See European Community, “Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U. S. Export Regulations”, Presented to the United States Department of State on August 2, 1982.

⑧ 视同出口行为是指向外国主体提供或公开管制物项的行为, 例如在一国域内向外国主体展示或口头介绍相关技术或源代码的行为。视同出口是出口行为的特殊形式, 一般不会单独引发域外适用问题。

终用途、提供辅助性服务等行为进行管辖。出口管制法域外适用的实践冲突主要由对再出口行为与改变最终用户或最终用途行为的管辖引发。

再出口是指将管制物项从出口国运往进口国后，出口商又再次将管制物项从进口国运往第三国的行为。一国要确保其出口管制制度的正常运行往往离不开对再出口行为的管辖，否则管制措施将可通过中转国转运等方式被轻易规避。然而，如果对再出口行为的管辖超出合理限度，也会招致行为发生地国的不满。例如，美国于1996年颁布的《赫尔姆斯—伯顿法》（Helms - Burton Act）要求任何外国主体均不得向古巴出口或再出口任何原产于美国或含有“美国成分”的管制物项。^① 该法一经颁布，就遭到西方各国的强烈反对。^②

此外，尽管世界各主要国家与地区的出口管制法都普遍设置最终用户与最终用途制度，从而约束了进口商将管制物项在进口国境内转移、跨境转移或改变管制物项最终用途等域外行为，但其延伸出的最终用户清单制度^③却在近年来争议颇多。例如，目前有超过800个中国主体因被指从事了所谓的“与美国国家安全或外交政策利益相悖的活动”而被列入美国商务部《出口管理条例》（Export Administration Regulation）下的“实体清单”（Entity List）。^④ 对此，中方认为“美方泛化国家安全概念，滥用出口管制措施”，^⑤ 并指责相关措施实施不合理，“被列入清单的实体在清单发布生效之前没有评论或抗辩的机会”。^⑥ 2021年7月6日，香港溢达集团（Esquel Group）将美国商务部工业和安全局及其主要官员作为被告，就美国商务部将其子公司昌吉溢达纺织有限公司列入实体清单的决定向美国哥伦比亚特区地方法院提起诉讼，理由为该决定超出了法律授权，并违反了美国行政程序法与宪法第五修正案的正当程序条款。^⑦

3. 扩张受管辖物项的规则引发的冲突

扩张受管辖物项的规则，是指那些将管制物项的范围扩大到某些原产于或来源于国外的产品、软件或技术的规则。由于这些外国生产物项的生产与流转一般都发生在域外，此类规则的域外效力极为显著，其中最具有代表性的是美国商务部《出口管理条例》的微量允许规则（De Minimis Rule）与外国直接产品规则（Foreign Direct Product Rule）。

根据微量允许规则，美国出口管制法可管辖在外国生产但包含一定比例原产于美国的产品、技术的物项。^⑧ 该规则早在苏联输气管案中已遭到欧共体的反对，^⑨ 但美国至今依然坚持并频繁运用这一规则。例如，在中兴通讯案中，美国商务部作出处罚的关键理由是中兴通

① See 22 U. S. Code, Chapter 69A, 6021 - 6091.

② 例如，欧盟于1996年5月将《赫尔姆斯—伯顿法》诉至WTO，声称美国违反了最惠国待遇、国民待遇、禁止数量限制等WTO义务。参见杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》（修订版），法律出版社2023年版，第195—197页。

③ 最终用户清单制度旨在防止管制物项被特定主体取得。出口国往往会要求出口商在向最终用户清单内主体出口或再出口管制物项时，向特定部门申请出口许可。

④ See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. Appendix Supplement No. 4 to Part 744.

⑤ 参见商务部新闻办公室：《商务部新闻发言人就美国商务部将23家中国实体列入出口管制“实体清单”答记者问》，<http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202107/20210703174941.shtml>。

⑥ 参见中国商务部：《美国履行世贸组织规则义务情况报告》，2023年8月11日，第62页。

⑦ See *Changji Esquel Textile Co. Ltd. v. Raimondo et al.*, Case 1: 21 - cv - 01798, (D. D. C.), Complaint against Matthew S. Borman, Bureau of Industry and Security, Joseph Cristofaro, Jeremy Pelter, Gina M. Raimondo, U. S. Department of Commerce, https://www.thefashionlaw.com/wp-content/uploads/2021/07/gov.uscourts.dcd_.233078.1.0.pdf.

⑧ See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. 734. 4.

⑨ See European Community, “Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U. S. Export Regulations”, Presented to the United States Department of State on 2 August 1982, pp. 6 - 7.

讯股份有限公司的关联公司在与伊朗等国家的交易中出售了装载有含有美国软件和芯片的产品。^① 这些产品本身并非在美国生产的物项，仅因为其含有“美国成分”或与管制物项发生“混合”而受到美国法的管辖。^②

外国直接产品规则管辖的外国生产物项包括两类：使用原产于美国的技术或软件生产的“直接产品”；以及使用属于前述“直接产品”的设备所生产的“直接产品”。^③ 尽管这一规则的适用条件相较于微量允许规则更加严格，但其域外效力更为显著。近年来，美国商务部还出台了针对华为技术有限公司（下称华为）的外国直接产品规则（下称“华为规则”），并对全球半导体产业链都造成了较大影响。美国商务部于2020年5月和8月两度针对华为修订外国直接产品规则，直接禁止了几乎一切外国主体与华为相关主体进行的涉及特定出口控制分类编码（Export Control Classification Number，下称ECCN编码）的美国技术与软件的交易，即使交易标的本身并非相关美国物项的“直接产品”，而仅为利用这一“直接产品”所生产的物项。而且，“华为规则”在第二次修订后，不再要求华为相关主体是最终接收方，亦即这一规则的适用范围涵盖了华为及其相关主体并没有实际收货的、第三方主体之间进行的交易。^④ 美国基于“物项来源地”主张域外管辖权的做法在实践中遭到了他国的强烈反对，而这一扩张性做法的国际法合法性也常被理论界所质疑。^⑤

（二）实践冲突的趋势与原因

1. 实践冲突的总体趋势

从规则变迁与历史演进的视角来看，出口管制法域外适用的实践冲突呈现出以下趋势。

第一，从物项种类上看，引发冲突的措施从主要限制有形货物转变为对货物、技术和软件的全面限制。在早期实践中，美国主要试图通过封锁有形货物供给的方式来迫使相关国家屈服于美国外交政策。但随着信息革命的全面展开，各国越来越重视对关键技术及其延伸产物的控制；而对于美国而言，仅限制货物本身的交易往往已经无法形成对制裁目标的封锁。例如，在“华为规则”中，美国限制的特定ECCN编码下的物项均为技术或软件。^⑥

第二，从冲突内容上看，引发冲突的焦点规则逐渐从扩张受管辖主体的规则转变为扩张受管辖物项的规则。对于美国而言，相较于适用已经广受批判的“拥有或控制标准”，通过对“管制

① 作为美国商务部工业和安全局搜集到的主要证据，中兴通讯在其内部文件《进出口管制风险规避方案——以YL为例》中反映了其将装载有含有美国软件和芯片的产品出售给“Z组”国家企业的事实。

② 根据2017年3月7日中兴通讯与美国财政部的外国资产控制办公室（OFAC）达成的和解协议，中兴通讯承认其为规避监管，将来源于美国的产品与外国产品混合以隐藏其美国产品的属性。See Settlement between ZTE and OFAC, https://home.treasury.gov/system/files/126/20170307_zte_settlement.pdf.

③ See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. 734.3 (a).

④ See 15 C. F. R. 734.9 (e) (1).

⑤ 例如，欧共同体声明指出：“产品和技术不具有任何国籍，而且根据国际法，也没有基于对国外货物或技术的使用而对控制它们的人确立管辖权的规则。” See European Community, “Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U. S. Export Regulations”, Presented to the United States Department of State on 2 August 1982, pp. 6 – 7. Malcolm D. Evans将这一做法称为“美国在试图扩大立法管辖权范围的过程中，最富想象力、而又最不成功的尝试之一”。See Malcolm D. Evans, *International Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2010), pp. 330 – 331. Kenneth W. Abbott进一步指出，国家对产品的管辖权不应及于交易流转中的所有阶段。当货物中断了与美国的原有联系，主要变为“外国货物”时，美国应当停止对其管辖。See Kenneth W. Abbott, “Defining the Extraterritorial Reach of American Export Controls: Congress as Catalyst”, (1984) 17 *Cornell International Law Journal* 79, pp. 134 – 138.

⑥ See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. 734.9 (e) (1) (i).

物项”概念的扩张性解释将某些外国生产物项纳入管辖以实现特定政策目的似乎是更有效率的。一方面，这可以对制裁对象实施更精确的封锁；另一方面，对特定类别的外国物项交易进行限制，也能够减少相关措施对其国内相关行业产生的负面影响。

第三，从针对对象上看，冲突中所涉的限制性措施也逐渐从全面性的国别限制转变为主要针对特定国家企业和个人的专门性限制。美国在朝鲜战争期间的对华制裁、冷战中对共产主义国家的出口限制以及冷战结束后对伊朗、古巴所维持的制裁措施等，均为国别限制。而在近年美国实施的对华出口管制中，除部分特殊物项外，^①并未对中国实施全面国别限制，而是更多针对特定中国主体进行制裁。这可能是由于美国在短期内仍难以全面摆脱对中国产品与产能的依赖，同时又企图对中国高科技产业进行更为精准的遏制。

2. 引发实践冲突的国际法原因

回顾历史，美国基于外交政策考虑不断扩张其出口管制法的域外效力并积极推进执法，是导致实践冲突频发的直接原因。然而，美国之所以在相关问题上显得“肆无忌惮”，这与国际法约束力的不足有着紧密联系。当国际法约束缺位，相关国际冲突也就成为趋向于“无政府状态”^②语境下的争端，拥有技术权力^③的国家也因此倾向于无限制地行使和主张其权力。

国际法在出口管制法域外适用问题上约束力的不足，主要由以下原因导致。第一，国际法自身的性质决定，其调整出口管制法域外适用的部分规范存在难以避免的模糊性。有学者将国际法描述为分散法、协定法、弱法和不对称的规范体系，^④而国际社会“组织性上位力量”的缺失也导致国际法在制度供给、强制力与执行等方面与国内法有着显著的区别。^⑤在国际法规范体系中，有时甚至存在着表面上实施效果相反的规范。例如，虽然国际法中存在不干涉内政原则，但管辖权原则却又赋予国家管辖某些域外事项的权力；国际经贸条约在一般性地禁止数量限制措施的同时，却又广泛设置例外条款，为出口管制的实施提供空间。诚然，国际法的模糊性有时是建设性的，为了达成或体现国家同意，为规则留有一定的解释空间也是必要的妥协之策。但概念的模糊性和规范体系的复杂性为法律解释带来了困难，这也难免为片面性援引规则与法律解释技术滥用等非善意做法留下空间。

第二，部分国际法规范存在历史局限性，无法完全满足调整当前出口管制法域外适用核心冲突的时代需要。与其他法律体系相同，国际法具有追求稳定的保守性特质。^⑥部分在今天仍然被广泛承认的国际法原则、规则形成至今已有相当长的历史，但这些传统规则有时无法满足出口管制全球治理的新需求。^⑦例如，《1947年关税与贸易总协定》中的安全例外条款自制定至今已

① 目前，中国仍属于美国商务部《出口管理条例》国家组别清单的D组国家，管制理由包括D: 1（国家安全）、D: 3（生物、化学武器）、D: 4（导弹技术）和D: 5（武器禁运国）。See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. Appendix Supplement No. 1 to Part 740.

② 无政府状态的国际法被简化为“一张罗列了不同角色和功能的有限清单”，而权力和利益具有优先地位。参见〔英〕安德鲁·赫里尔：《全球秩序的崩塌与重建》，林曦译，中国人民大学出版社2017年版，第26—53页。

③ 一国运用技术优势影响和支配国际关系的实力即为“技术权力”。参见舒建中：《美国与国际制度：技术权力的视角》，载《美国问题研究》2019年第1期，第113页。

④ 参见何志鹏：《在政治与伦理之间：本体维度的国际法》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2012年第5期，第82—86页。

⑤ 例如，霸权稳定理论认为，当一项国际法规范与制度供给国的利益并不相符，或不存在足够强大的霸权国时，就会出现制度缺失或无效的情况。参见张宇燕、李增刚：《国际政治经济学》，上海人民出版社2008年版，第192页。

⑥ 参见李将、赵骏：《国际法体系的不平衡特征分析》，载《理论探索》2016年第6期，第117页。

⑦ See Joel P. Trachtman, *The Future of International Law: Global Governance* (Cambridge University Press, 2013), p. 12.

有70余年历史,其条文表述却依然为现行WTO协定所沿用。而随着国际形势的变化,各国开始越来越多地关注技术扩散、经济安全等非传统安全议题,^①并将这种观念渗透到贸易、投资等诸多领域。这些新情况的出现无疑为安全例外条款的解释与适用带来了新的挑战。部分国家也借机打着国家安全的旗号,滥用出口管制法域外适用制度。

此外,既有国际争端解决机制也未能有效处理部分滥用出口管制措施并违反国际法的国家行为。以中美间的冲突为例,尽管中国已经在WTO就美国“华为规则”等出口管制措施提出磋商请求(DS615),但WTO上诉机构的停摆可能为这一应对方式的实行带来实质性障碍;而中国与美国又并未加入同一自由贸易协定(下称FTA),因此中美之间的出口管制争端并无诉诸FTA争端解决机制的渠道。此外,从过往实践看,中国并不接受国际法院对具体争端的管辖权,因此中国可能也并不会寻求国际法院解决与美国的出口管制争端。^②

以上原因导致国际法在面对某些出口管制法域外适用的实践冲突与现实乱象时未能发挥其应有作用。出口管制全球治理新需求的出现已经形成了对部分国际法规范进行发展与创新的现实需要。在这一背景下,充分揭示实践冲突中的学理争议焦点,并从实践和发展的视角对相关重要国际法概念、规则、原则进行系统、合理地解释,应成为学术研究的核心任务。

(三) 实践冲突的类型化分析

要进一步阐明上述实践冲突中的学理争议,需要对其中涉及的出口管制法域外适用情形进行类型化分析。根据目前国际上的立法实践,出口管制法所管辖的各类域外交易大致可以概括为以下几种类型(参见图1)。

第1类是出口国公民在域外向外国主体“提供”(即视同出口)技术等管制物项^③的行为。如图1中A国个人与B国主体1进行的交易。

第2类是最终用户改变最终用途,或将管制物项在外国境内转移或再出口的行为。如图1中B国主体1与B国主体2进行的交易,以及B国主体1与C国主体进行的交易。

第3类是受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外进行的再出口管制物项的行为。如图1中B国主体2(受A国法律管辖)与C国主体进行的再出口交易。

第4类是非最终用户同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向最终用户清单主体或禁运国的主体再出口管制物项的行为。如图1中C国主体与D国主体进行的再出口交易(D国主体为A国最终用户清单中的主体,或D国为A国的禁运国)。

第5类是非最终用户同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向非禁运国的非最终用户清单主体再出口管制物项的行为。如图1中C国主体与D国主体进行的再出口交易(D

① 参见尹继武:《中美国家安全观比较分析》,载《当代世界与社会主义》2020年第3期,第153页。

② 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,载《环球法律评论》2019年第3期,第175页。

③ 值得一提的是,部分出口管制立法还会对本国人在域外实施的非管制物项交易或其他行为实施管辖。例如,美国《出口管理条例》要求所有美国人在知晓其所涉交易可能直接或间接支持中国先进半导体产业开发或生产时,无论交易标的是否受美国《出口管理条例》管辖(如非美国原产,且不满足微量允许规则与外国直接产品规则适用条件的外国产品),均须申请许可证。See Export Administration Regulation, 15 C. F. R. 744.6(c)(2)。尽管此类管辖具有扩张出口管制法域外适用范围的效果,但其往往可以援引属人管辖原则作为管辖权基础,其合法性争议主要在于是否不当扩张了“属人”或“本国人”的范围。因此,此类管辖情形与对第3类交易实施的管辖在国际法评价(特别是基于管辖权原则的评价)上是基本一致的,并未独立引发新的学理争议。基于此,笔者未将此类情形单列为一种域外管辖类型。

国主体并非 A 国最终用户清单中的主体，且 D 国也并非 A 国的禁运国)。

第 6 类是非最终用户同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向非禁运国的非最终用户清单主体再出口管制物项的“直接产品”或含有“出口国成分”物项的行为。如图 1 中 C 国主体在对其进口的 A 国管制物项加工、改造后，又将所得“直接产品”或含有“A 国成分”的物项再出口到 D 国的交易 (D 国主体并非 A 国最终用户清单中的主体，且 D 国也并非 A 国的禁运国)。^①

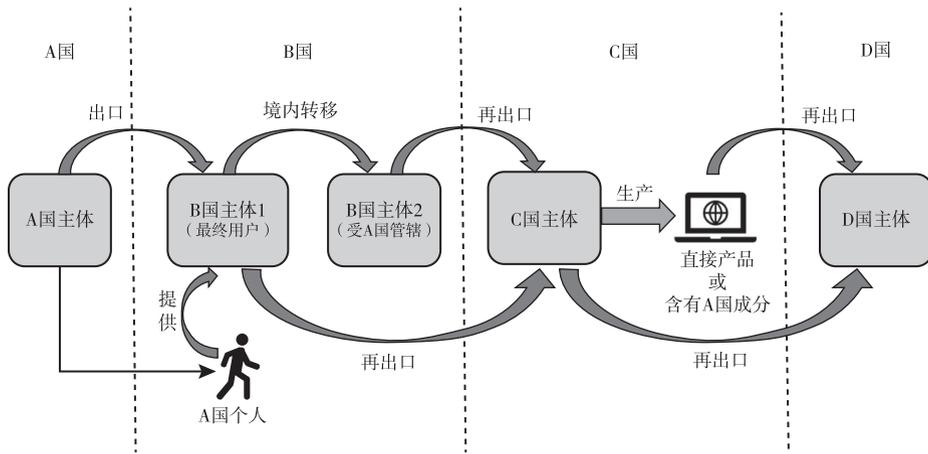


图 1 出口管制法所管辖的域外交易示意图

(本图由笔者根据各国出口管制法的具体规定制作。)

根据争议大小或域外交易与出口国的关联程度，又大致可以将上述 6 类交易分为 3 组，分别代表出口管制法域外适用的 3 个层次。第 1 个层次的域外适用是对第 1 类和第 2 类交易的管辖。此类域外管辖在多数出口管制立法中均有出现，并未产生太大争议。第 2 个层次的域外适用是对第 3 类和第 4 类交易的管辖。这两类管辖在实践中出现了争议 (如“拥有或控制标准”与实体清单制度等)，但相关规则要素在各国立法中比较常见。对这两类交易实施管辖的学理争议主要集中于主张此类管辖的方式、条件和范围等。第 3 个层次的域外适用是对第 5 类和第 6 类交易的管辖。主张这两类管辖的规则要素目前主要出现在美国出口管制法中。特别是管辖第 6 类交易的规则基础 (即微量允许规则与外国直接产品规则)，属于美国的特有规则，其域外效力最为显著，引发的争议也最大。

综上所述，出口管制法域外适用的学理争议主要包括以下两大问题：第一，主张对第 3 类和第 4 类交易的管辖是否应当具备某些条件；第二，主张对第 5 类和第 6 类交易的管辖是否超出了出口管制法域外适用的合法性边界。回应这两个问题也是探究国际法约束的关键所在。

二 管辖权原则对出口管制法域外适用的约束

虽然国际法的管辖权原则为国内法域外适用提供了多种管辖权基础，但在理论演进与实践发展中，国家主张域外管辖仍会受到一些限制性条件的约束。

① 除上述对管制物项的直接交易外，部分国家出口管制法也管辖为上述行为提供辅助性、帮助性服务的行为。但由于对于此类行为管辖的争议较小，且在国际法评价上与对普通交易行为的管辖基本一致，本文未展开专门探讨。

（一）对“荷花号”原则的反思

荷花号案判决的经典论述^①被认为确立了国际法领域“法无禁止即可为”的原则（又称“荷花号”原则）。如果按照这一逻辑推演，出口管制法域外适用的合法性边界就是条约或习惯国际法中明确的禁止性规定。

尽管“荷花号”原则至今依然影响深远，^②但由于其可能导致“平行管辖的膨胀”，^③从诞生之初就遭到了诸多质疑。^④而且在实践中，国家在反对他国主张域外管辖时，一般只是声称他国“无权”以它所主张的方式行使管辖。^⑤这种一贯的国家实践似乎也证明，当一国希望以某种新的方式主张域外管辖时，必须证明其有权这么做或具备某种理论基础，而不应将这一举证责任转移给其他国家。^⑥结合相关理论与实践，笔者认为应从以下几方面理解“荷花号”原则。

第一，“法无禁止即可为”并不意味着国家在国际法无禁止性规定时可以完全不受限制地实施管辖权。如果国家行为可能损害他国利益或侵犯他国管辖领域，那么它所享有的自由也理应受到限制，因为任性地主张权利将会损害他国作为独立国家在国际法下的根本性权利。因此，当管辖权冲突发生时，不应简单、机械地主张“法无禁止即可为”。

第二，“荷花号”原则的适用应当限定在纯粹的国内事项。依照国家主权原则，国家可以自由管辖其国内事项，但如果相关事项涉及他国的核心利益或主权管辖范围，则不能任意进行管辖。例如，海洋划界不能仅仅依据沿海国的意愿，划界行为相对于他国的效力须由国际法予以判定。^⑦而域外管辖必然会涉及对他国国内事务的干涉，不应适用“荷花号”原则。

第三，“荷花号”原则的适用范围在持续限缩。荷花号案判决作出距今已有近百年历史，期间国际法与国际关系都发生了巨大变化。有学者指出，根据现行国际法，“即使不存在相关条约或习惯，国家对个人自由和权利的限制也必须有正当理由”。^⑧此外，随着经济全球化的发展，国际交往不断深入，纯粹的国内事项变得越来越有限，这也进一步导致“荷花号”原则适用空间的限缩。

综上，当涉及他国的主权与利益范围时，并不能简单地用“法无禁止即可为”原则为国家行为提供合法性。在判断域外管辖是否合乎国际法的问题上，仍然要具体考察其是否符合国际法管辖权原则中各类公认管辖权基础的适用范围以及援引条件。

① 该案中，常设国际法院（PCIJ）认为，除非有相反的禁止性规则，否则各国可以按其认为适当的方式在其领土内行使规范管辖权。See *S. S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment, PCIJ 1927, pp. 18–19.

② 有学者指出，20世纪90年代兴起的普遍管辖原则实际上隐含着“荷花号”原则的逻辑前提；而效果原则的发展实际上也具有类似的背景。See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2015), pp. 34–35. 此外，在近年来关于国内法域外适用的研究中，仍有国内学者将“荷花号”原则作为论证国内法域外适用合法性的重要依据。例如，霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期，第183—184页。这都说明“荷花号”原则本身并没有退出历史舞台，它仍然是探讨国内法域外适用的合法性时必须回应的问题。

③ See Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Intersentia, 2005), p. 138.

④ 例如，在审理荷花号案的12名法官中，有4名法官都对这一原则表示了明确的反对。

⑤ See Malcolm D. Evans, *International Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2010), p. 319.

⑥ See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press, 2nd edn., 2015), p. 34.

⑦ See *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of December 18, I. C. J. Reports 1951, p. 152.

⑧ 参见陈一峰：《国际法不禁止即为允许吗？——“荷花号”原则的当代国际法反思》，载《环球法律评论》2011年第3期，第136—137页。

(二) 援引传统管辖权基础的限度与条件

传统国际法理论中的属人管辖原则、保护管辖原则、普遍管辖原则与效果原则为出口管制法的域外适用提供了众多可资援引的管辖权基础。^① 但是，如果对这些管辖权基础的援引本身不具有合理性或未满足合理条件，那么这种域外管辖主张是不被接受且极易引发冲突的。

1. “拥有或控制标准”的适用

尽管属人管辖原则本身可以作为出口国管辖本国人域外行为的依据^②（可能为图1中对第3类交易的管辖提供管辖权基础），但在实践中，国家对“拥有或控制标准”的运用仍存在较大争议。例如，欧共同体声明指出，认定公司国籍的传统标准已由长期实践和国际文件所确认，而这些标准并未将公司股东的国籍作为考虑因素。^③ 从国际法的理论与实践发展来看，一般而言，仅仅基于本国母公司在股权上实际控制某一外国子公司，就对后者实施管辖是不被接受的。作为例外，由于本国公司的境外分公司并不具有独立法人地位，对其实施管辖往往不会有太大的争议。^④

对于全资子公司而言，尽管此时母子公司人格可能出现一定的混同，但民商法领域相关的法人人格否定理论似乎也并不能为“拥有或控制标准”提供有力支撑。因为相关理论的目的是要在股东滥用公司人格的情形下，允许债权人向公司股东直接追索侵权责任，^⑤ 这与“拥有或控制标准”通过母子公司的控制关系获得域外管辖权，并将本国的公法直接适用于外国子公司的本质是截然不同的。

2. 援引管辖权基础的举证责任

保护管辖原则、普遍管辖原则可能为图1中对第4类交易的管辖提供管辖权基础。在近年频繁将中国企业列入实体清单的过程中，美国商务部对有关主体提出了所谓的威胁其国家安全的“指控”。这表明美国试图以相关行为对其国家安全或国际安全构成威胁作为管辖依据。由于维护国家安全或国际共同利益的目的是正当且必要的，学界对这两类管辖权基础的争议点主要在举证方面。

对于举证责任，国际司法实践中形成的分配方式是由提出事实或主张的一方承担举证责任，即“谁主张谁举证”。^⑥ 前文已述，域外管辖冲突不应简单适用“荷花号”原则。因此，如果一国希望主张保护管辖原则与普遍管辖原则作为其实施域外管辖的根据，就应当承担举证责任。

然而，承担举证责任的一方对有待证明的事实或主张的证明应达到何种标准或强度呢？在国际法院的司法实践中，证明标准并不存在一个“量化标准或等级标准”，^⑦ 而是以“确定和具有

① 对于相关域外管辖权基础的论述，可参见马铭骏：《〈出口管制法〉域外适用制度的完善——基于管辖权理论的考察》，载《北大国际法与比较法评论》第16卷，法律出版社2022年版，第139—149页。

② See Malcolm D. Evans, *International Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2010), p. 323. 虽然部分国家在刑法中规定实施属人管辖要满足“双重犯罪”的标准，但这些限制似乎是出于国际礼让，而不是国际法所要求的。See *The Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law*, § 410, p. 204.

③ European Community, “Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U.S. Export Regulations”, Presented to the United States Department of State on August 2, 1982, pp. 5–6.

④ See Cedric Ryngaert, “Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)”, (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 625, p. 628.

⑤ 参见金剑锋：《公司人格否认理论及其在我国的实践》，载《中国法学》2005年第2期，第118页。

⑥ 参见韩立余：《WTO争端解决程序中的举证责任》，载《现代法学》2007年第3期，第79—89页。

⑦ 参见张卫彬：《国际法院解决领土争端中证明标准问题》，载《当代法学》2011年第5期，第137页。

说服力” (certain and convincing) 作为原则。^① 而在 WTO 争端解决机制的实践中, 逐渐发展出了一套确定举证责任承担“先后次序”的规则, 并据此确立了“初步证据标准” (prima facie case)。^② 初步证据标准并不要求举证方完全证明主张的真实性,^③ 但其至少应满足证据的客观性、关联性与合法性标准,^④ 且不应仅是推论或者预测。笔者认为, 一国实施域外管辖并进行举证时, 初步证据标准应被视为一个恰如其分的证明标准。它在避免国家滥用法律解释技术任意扩张域外管辖范围的同时, 也不会让通过域外管辖合理维护本国利益的国家承担过高的证明成本。

此外, 一个在举证中可能存在的现实障碍是, 相关证据可能被管制国认定为保密信息而不予公开。如果公开可能会对国家基本安全利益造成损害, 那么国际法一般也不会要求国家履行披露义务。^⑤ 对此, 应在保密需要与举证责任之间寻求平衡, 否则举证责任将失去意义。例如, 当举证涉及保密信息时, 国家可以通过披露非涉密摘要等方式合理减少涉密信息的使用。^⑥

3. 效果原则: “影响”的判定

效果原则可能为图 1 中对第 5 类交易的管辖提供管辖权基础, 但其在出口管制领域仍然存在较大争议。例如, 美国《赫尔姆斯—伯顿法》对效果原则的援引^⑦就被部分学者质疑是玩“文字游戏”。^⑧ 然而, 考虑到出口管制工作的特殊性, 如果完全排除效果原则的适用, 就很难约束某些对出口国出口管制措施的恶意规避行为。^⑨ 因此, 当一项域外行为对一国常规出口管制制度 (如许可证制度、最终用户与最终用途制度等) 的实施效果造成明显不良影响, 但又无法基于其他公认管辖权基础予以管控时, 该国援引效果原则往往具有一定正当性。

不难看出, 在出口管制领域引入效果原则最大的障碍在于“影响”的判定。对此, 笔者认为反垄断法领域所确立的标准可供借鉴, 即以是否对本国产生“实质性”或“直接、重大、合理可预见”的影响, 作为是否对相关域外行为适用本国出口管制法的标准, 理由如下。

第一, 将“实质性”或“直接、重大、合理可预见”作为适用效果原则的标准, 是“真实联系”的具体体现, 并被国际社会广泛承认。相关标准在美国反垄断法中首先确立,^⑩ 目前已为众多国家所接受。例如, 日本法律要求在适用效果原则时, 域外行为对本国的“影响”应“实

① See *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 405.

② 可参见美国羊毛衫案中上诉机构的相关论述。See *US-Wool Shirts and Blouses*, WT/DS33/AB/R (25 April 1997), p. 14.

③ 参见韩立余:《WTO 争端解决程序中的举证责任》,载《现代法学》2007年第3期,第80页。

④ 参见潘金贵:《证据法学》,法律出版社2013年版,第49—59页。

⑤ 例如, GATT 1994 第 21 条 (a) 项规定:“本协定的任何规定不得解释为要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息。”

⑥ 这一观点也被部分国家的国内法院所支持。例如, 美国法院在“AL Haramain 公司诉美国财政部案”中的态度反映出, 保密的理由不应免除国家披露一切有关信息的义务。See *AL Haramain Islamic Found., Inc. v. United States Department of the Treasury*, 686 F.3d 965 (2012).

⑦ See 22 U. S. Code, 6081 (9).

⑧ See Andreas F. Lowenfeld, “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, (1996) 90 *American Journal of International Law* 419, p. 431.

⑨ 例如, 假设根据 A 国法律, 出口商向 C 国出口管制物项时需要申请许可证, 但向 B 国出口不需要申请许可证, 而一家 B 国企业长期从 A 国购买 A 国管制物项并向 C 国企业转卖 (再出口), 从而规避 A 国的出口许可证要求。如果 B 国企业转卖的物项均用于普通民事用途, A 国要援引保护管辖原则或普遍管辖原则的举证难度较大。此时, A 国基于效果原则对此域外交易进行干预应具有正当性。

⑩ 参见美国 1982 年《对外贸易反托拉斯促进法》(Foreign Trade Antitrust Improvements Act) 第 6 (a) 条。

质地限制竞争”；而中国《反垄断法》确立了“排除或限制竞争”的违法标准。^①此外，欧洲法院在 *Gencor* 案中对效果原则的适用也采用了类似的标准。^②

第二，在反垄断法领域，各国已经积累了相当数量的司法实践，尽管适用情况存在差异，但这些判决对出口管制争议中“影响”的判定也具有重要参考意义。例如，在 *McGlinchey v. Shell Chem. Co.* 案中，美国法院认为，在原告无法举证“影响”存在的情况下，不能基于效果原则主张管辖。^③在出口管制法域外适用的实践中，也可引入反垄断领域司法实践在“影响”判定、举证责任等方面所确立的规则，为判断域外管辖的合理性提供更多依据。

第三，这一相对抽象的标准也为国家提供了“安全阀”。通过适当的法律解释，国家可以在充分论证与举证的前提下，对某些其认为对本国产生明显不利影响的域外交易实施管辖，而不至于承担违反国际法的后果。

确立上述标准能在一定程度上对效果原则的滥用形成约束。例如，虽然美国《赫尔姆斯—伯顿法》声称“卡斯特罗政府盗窃美国公民财产”对其产生影响，^④但这种影响应在征收时就已发生，与该法的域外适用在时间维度上并不具有“直接性”。再比如，“华为规则”所管辖的图1第6类交易，其交易地点在美国域外，交易主体并非美国人或美国禁运主体，交易标的亦非美国生产物项，难以满足“实质性”标准，也突破了“真实联系”的习惯国际法要求。

（三）“物项来源地原则”：创新还是曲解

除了上述传统国际法理论中公认的管辖权基础外，部分国家的出口管制法还基于“物项来源地”这一特殊连结点主张域外管辖。例如，无论是微量允许规则还是外国直接产品规则，都是基于外国生产物项与原产于美国的产品、技术和软件存在某种联系而实现管制物项范围扩张的。这种将国籍原则套用到物项之上的做法^⑤被部分人认为是美国对图1第6类交易进行管辖的“管辖权基础”。

然而，在国际法视角下，“物项来源地原则”是站不住脚的。一方面，其并非习惯国际法，管辖权原则也并不认可将国籍原则普遍适用于物体的做法。^⑥国际法院在诺特鲍姆案中明确，赋予国籍应当遵守“真实联系原则”，其意在阻止国家对与其仅有微弱联系的个人或法人、金融资产、货物和服务等赋予国籍。^⑦另一方面，“物项来源地原则”也并非尚未被识别出或正在形成中的习惯国际法。一般而言，习惯国际法的形成应包括“国家实践”与“法律确信”两大

① 参见戴龙：《反垄断法域外适用制度》，中国人民大学出版社2015年版，第76页。

② 欧盟初审法院指出，如果经营者集中对欧共同体市场上产生了直接、实质和可预见的影响，则根据国际公法基本原则，适用欧盟竞争法是合理的。See *Gencor Ltd v. Commission*, Case T-102/96, [1999] ECR II-753, para. 90.

③ See *McGlinchey v. Shell Chem. Co.*, 845 F.2d 802 (9th Cir. 1988).

④ See 22 U.S. Code, 6022 (3).

⑤ 实际上，除了将国籍原则套用到物项之上，美国还进一步引入了所谓的“污染理论”为自身域外管辖提供正当性。污染理论形象地将使用了美国技术的外国产品比喻为受到了“污染”，而受“污染”的相关外国产品在整个流通过程中都将受到美国出口管制法的约束，甚至由其所生产出来的产品都要受到美国的管辖。外国直接产品规则就是这一理论在立法实践中的具体体现。

⑥ See “Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction”, (1985) 98 *Harvard Law Review* 1310, pp. 1317-1318.

⑦ 参见〔英〕伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友译，法律出版社2003年版，第346—347页、第357—358页。

要素。^① 在国家实践上，“物项来源地原则”远未形成普遍的国际做法或通例。而美国相关做法历来受到世界各国批判，显然国际社会普遍的法律确信也并不存在。

那么，“物项来源地原则”是否具有发展为习惯国际法的现实基础呢？实际上，传统国际法理论已经为国家域外适用出口管制法提供了充分管辖依据，并无引入新型管辖权基础的必要。例如，当国家基于防扩散或保障出口管制法实施效果等原因对再出口行为实施域外管辖时，可以将保护管辖原则、普遍管辖原则或效果原则作为其管辖权基础。而“物项来源地原则”旨在进一步扩张域外效力范围，从而让出口管制成为更有力的“进攻性”政策工具。因此，承认“物项来源地原则”只会加剧而非缓解出口管制法域外适用的冲突。

退一步讲，假设基于“物项来源地”主张管辖权是被国际法接受、并被大多数国家践行的，那么其不合理性便会进一步凸显。一方面，这会导致相关物项的交易成本急剧上升。产业链的全球化使得物项的“来源地”变得十分模糊。^② 如果可以以物项或其生产设备来源地作为连结点主张管辖权，那么就会产生多个适格的管辖国家，相关交易可能需要同时向多个国家申请许可证，这显然不利于技术创新和国际贸易的正常进行。另一方面，在数据交易日益活跃的今天，确定数据来源地本身就是一个极具争议的问题。^③ 当国家普遍将某些关键数据作为管制物项纳入出口管制法的框架进行管辖时，“物项来源地原则”将进一步加剧国家管辖权行使的混乱局面。

因此，基于“物项来源地原则”对域外交易主张管辖权的做法与国际法相悖，同时也不具有实践可操作性。从发展的视角看，相关国家实践也并未形成促成其发展为习惯国际法的趋势。

总之，出口管制法域外适用应至少具备一项国际法上公认的管辖权基础，管制国不能仅基于“拥有或控制标准”“物项来源地原则”等未被国际法承认的管辖权基础主张域外管辖。同时，国家在主张公认的管辖权基础时，应当与管辖事项具有“真实联系”，并应满足一定的条件。例如，在主张保护管辖原则或普遍管辖原则时，管制国应提供初步证据；在主张效果原则时，管辖事项对管制国的“影响”应达到“实质性”或“直接、重大、合理可预见”的标准等。

三 其他国际法义务对出口管制法域外适用的约束

出口管制法域外适用除了会受到管辖权原则的约束外，其他国际法义务也会对其产生限制作用。与此同时，国际法上也存在解除出口管制法域外适用违法性的相关事由。

（一）限制出口管制法域外适用的国际法义务

1. 国际经贸协定的限制

数量限制是一种重要的出口管制方式。在WTO体系下，《1994年关税与贸易总协定》（下称

^① 尽管不乏对“两要素说”的质疑，但从国际法院的司法实践以及国际法委员会发布的专题报告来看，“两要素说”仍然是公认的认识习惯国际法的标准。参见邓华：《国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离？》，载《武大国际法评论》2020年第1期，第20—23页、第30—31页。

^② 例如，一家公司所生产的芯片中往往集成着多个第三方的技术或专利，有时甚至会有多达十余个不同的第三方知识产权提供者。See Semiconductor Industry Association, “Comments of the Semiconductor Industry Association (SIA) on Amendments to General Prohibition Three (Foreign-Produced Direct Product Rule) and the Entity List”, submitted on 14 July 2020, p. 6.

^③ 参见孔庆江、于华溢：《数据立法域外适用现象及中国因应策略》，载《法学杂志》2020年第8期，第77—80页。

GATT 1994) 第 11 条第 1 款对成员的数量限制措施进行了一般性禁止。应当说, 绝大部分禁止或限制货物向成员出口的管制措施都显然违反 GATT 1994 数量限制纪律。而且, 如果 WTO 成员所实施的出口管制措施具有域外效力, 例如限制了第三国主体与其出口管制法下的禁运国主体之间的交易, 则无论禁运国是否为 WTO 成员, 只要第三国是 WTO 成员, 相关出口管制措施都可能违反 GATT 1994 第 11 条的义务。^① 此外, WTO 的透明度要求^②以及《服务贸易总协定》(下称 GATS) 下的禁止数量限制与非歧视待遇规则也可能约束成员的出口管制措施。^③ 不过, 应当承认, WTO 规则体系仍然缺乏专门的出口贸易纪律, 在技术与服务出口贸易上的规制有所缺位, 成员对于 GATT 1994 第 13 条非歧视原则的遵守情况也不甚理想。^④

在 WTO 体系之外, 约束同样存在。例如, 在各区域贸易安排货物贸易章节中, 一般也都规定了与 GATT 1994 第 11 条类似的禁止数量限制义务。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(下称 CPTPP) 与《美国—墨西哥—加拿大协定》(下称 USMCA) 在规制禁止数量限制一般性义务的基础上, 还规定“如一缔约方……向一非缔约方的货物的出口采取或维持禁止或限制”, 则协定并不阻止缔约方“作为向另一缔约方领土出口该缔约方货物的条件, 要求该货物在另一缔约方领土内未消耗的情况下不得直接或间接再出口 (re-exported) 至该非缔约方”,^⑤ 从而为缔约方实施最终用户和最终用途制度、禁运国制度以及再出口管辖等出口管制法域外适用制度提供了空间。

同时, 由于出口管制措施可能会对出口国的外国投资者权益产生影响, 如果东道国的出口管制措施对外国投资者具有歧视性与武断性, 那么东道国就可能违反相关投资协定中的国民待遇、最惠国待遇以及公平公正待遇等投资者待遇条款。例如, 在 S. D. Myers 诉加拿大政府案中, 仲裁庭就裁定加拿大的出口管制措施具有歧视性与不公正性, 从而违反了《北美自由贸易协定》(NAFTA) 第 1102 条 (国民待遇) 与第 1105 条 (最低标准待遇) 等义务。^⑥

2. 不干涉内政原则的限制

不干涉内政原则要求国家或国际组织不得对他国主权管辖范围内的事项进行干涉。联合国大会于 1981 年通过的《不容干涉和干预别国内政宣言》在一般意义上禁止了所有以施压与胁迫为目的的单边出口管制措施, 只留下了“不违反《联合国宪章》”这一例外情形。^⑦

然而, 在经济全球化高度发达的今天, 国家所采取的国内措施或多或少都会对其他国家产生影响。在这一背景下, 判断一项出口管制措施对他国的影响是否构成“干涉或干预”就成为具体适用这一原则的重点与难点。

① 从 GATT 1994 第 11 条的文本看, 该条文禁止任何缔约方对运往任何其他缔约方领土的任何产品的出口或出口销售进行限制, 而未限定这些产品必须由本国运出。

② 例如, WTO 于 2012 年发布的《关于数量限制通知程序的决定》要求各成员每两年通报所有已生效的进口和出口数量限制。See WTO, *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions – Adopted by the Council for Trade in Goods on 22 June 2012*, G/L/59/Rev. 1, 3 July 2012.

③ 当然, GATS 相关义务对成员出口管制法域外适用的限制也取决于其承诺的具体范围。

④ 参见孙安艺、胡加祥:《出口管制安全化扩张与多边贸易体制规制》,载《国际法研究》2024 年第 3 期,第 65—68 页。

⑤ 参见 CPTPP 第二章 (货物的国民待遇和市场准入) 第 2.10 条第 6 款; USMCA 第二章 (货物的国民待遇和市场准入) 第 2.11 条第 3 款。

⑥ See *S. D. Myers v. Government of Canada*, UNCITRAL Case, Partial Award, 13 November 2000, paras. 237–269.

⑦ See UN. General Assembly, *Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States*, A/RES/36/103, adopted at the 91st plenary meeting, 9 December 1981.

笔者认为,首先,如果一项具有域外效力的国内措施具备国际社会公认的管辖权基础,就应认为相关措施并不构成干涉或干预。因为管辖权原则作为习惯国际法,已经能够反映出国际法在此类情况下的价值衡量。其次,如果一项国内措施所依据的管辖权基础本身存在一定争议(如效果原则、消极属人原则等)或对相关管辖权基础的援引受到质疑,则需要结合管辖权原则等在具体个案中进行探讨。如果基于管辖权原则的分析依然无法消除争议,那么可以进一步考虑相关国内措施是否具有施压与胁迫目的。最后,对于并未主张管辖权基础或所主张的管辖权基础本身不被国际法接受的国内措施(如基于“拥有或控制标准”或“物项来源地原则”实施的措施),一般情况下应视为对行为发生地国家的干涉。

3. 善意原则的限制

善意原则在国际法中有着一般法律原则的地位,但其本身并不是国际法义务的来源,而更多是其他法律义务和规范的基础。^①由善意原则延伸出的规则包括条约必须遵守、禁止滥用权利、禁止反言等。^②其中,禁止滥用权利规则与出口管制法域外适用密切相关。

所谓国家“滥用权利”,是指一个国家行使其权利的方式侵犯了他国权利,而且这种权利行使“是不合理、且以武断的方式进行的,没有适当考虑其他国家的合理期望”。^③管辖权是国家主权的当然要素,它也是国家在国际法下所享有的最基础、最重要的权利^④之一。而域外管辖必然会导致国家之间的管辖权冲突,行使此类管辖权时更应强调权利行使方式的合理性。

笔者认为,对于一项具体的出口管制法域外适用实践的国际法合法性,如果通过管辖权原则分析后仍存在争议,可以进一步分析该项管辖是否损害了他国权利与合理利益,以及是否基于不当目的。然而,要证明一国滥用权利的门槛是比较高的。^⑤从目前的国际实践来看,主张滥用权利至少需要证明权利的行使具有武断性与任意性,并因此造成了严重的损害。^⑥但对于当下争议最大的一些出口管制措施而言,受影响的当事国要进行举证似乎并不困难。例如,在将出口管制法域外适用制度作为单边经济制裁工具的案例中,损害的存在是毋庸置疑的;而相关措施旨在通过使受制裁方受到经济损失的方式迫使其改变行为或遵从本国政策,这种运用霸权与强力来行使管辖权的方式,显然是与国际法的目的相违背的。

(二) 解除出口管制法域外适用违法性的事由

1. 符合援引国际经贸协定例外条款的条件

在国际经贸协定中广泛存在着例外条款。出口管制法域外适用作为与国家安全高度相关的贸易限制措施,WTO成员最有可能主张GATT 1994第21条安全例外作为实施该制度的法

① See *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1988, p. 105; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 297.

② See Steven Reinhold, “Good Faith in International Law”, (2013) *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 40, p. 47.

③ See Hersch Lauterpacht, *Oppenheim's International Law* (Longmans, 8th edn, 1955), p. 345.

④ 管辖权兼具“权力”与“权利”的双重属性:在谈论国家根据国际法调整人、财产、事件的纵向关系时,反映的是管辖权的“权力”属性;而在谈论国家管辖范围对他国造成的影响以及不干涉内政原则等事项时,强调的是国与国之间的平等关系,因此反映的是管辖权的“权利”属性。

⑤ See *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2020, pp. 386 – 387.

⑥ See Alexandre Kiss, “Abuse of Rights”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, December 2006, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law;epil/9780199231690/law-9780199231690-e1371>.

律基础。

由于 GATT 1994 安全例外条款 (b) 项中有“其认为”的表述，对这一条款的援引长期被认为是由成员“自我判定”(self-judging) 的，专家组无权判断或裁定这一援引的“合法性”。^① 在中国提起的“美国半导体案”中，美方在磋商中仍然声称“国家安全问题是政治问题，不应受到审查，也不能通过 WTO 争端解决机制加以解决”。^②

但实际上，2019 年俄罗斯过境案专家组作出的裁决已经确认，安全例外条款的适用应受到争端解决机构的审查，而非完全由各成员自由裁量或自我判定。^③ 对于出口管制法域外适用制度而言，GATT 1994 第 21 条的 (b) 项与 (c) 项均有援引之空间，而法律解释上的难点或模糊之处则在于“基本安全利益”与“战时或国际关系中的其他紧急情况”的实际含义。对此，俄罗斯过境案的专家组认为，“基本安全利益”的含义比“安全利益”更狭窄，它是指那些与国家的基本职能有关的利益，例如保障其领土和人民免受外部威胁、维护国内法律和公共秩序等。尽管一般情况下“基本安全利益”都是由成员自我判定的，但这并不意味着成员可以任意解释，而应当受到善意原则的限制，即不得将安全例外作为规避 WTO 义务的工具。^④ 此外，专家组将“国际关系中的紧急情况”理解为“武装冲突或潜在武装冲突、紧张局势或危机的加剧、国家陷入普遍的不稳定”等，^⑤ 这也意味着专家组对于“国际关系中的紧急情况”一词采取了较为严格的解释。

2020 年发布的沙特知识产权案专家组报告在基本承袭俄罗斯过境案论证方式的同时，对于安全例外条款适用的论述^⑥也有两方面的发展与突破：第一，明确断绝外交、领事和经济关系也属于“国际关系中的紧急情况”，^⑦ 这实际上进一步阐释了俄罗斯过境案专家组报告中“紧张局势或危机”的含义与范围；^⑧ 第二，明确措施的“必需性”也并非完全由成员自行判定，而同样需要遵守善意原则以及“最低限度合理性”的要求。^⑨

WTO 争端解决机构对安全例外条款态度的转变与澄清意味着，成员试图通过这一条款将其具有域外效力的出口管制措施“正当化”的努力将面临更大阻力。例如，受到善意原则的限制，国家间正常的技术竞争可能难以被解释为“国际关系中的紧急情况”，所涉及的国家利益往往也不构成“基本安全利益”，国家不能据此实施具有技术遏制或胁迫性目的的出口管制措施。^⑩ 因此，对于中国在美国半导体案中起诉的外国直接产品规则、实体清单等美方措施，美国对安全例

① See John A. Spanogle Jr., “Can Helms-Burton Be Challenged under WTO?”, (1998) 27 *Stetson Law Review* 1313, p. 1329.

② See *United States – Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies*, WT/DS615/4 (12 January 2023), p. 1.

③ See *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (5 April 2019), para. 7. 102.

④ See *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (5 April 2019), paras. 7. 130 – 7. 133.

⑤ See *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (5 April 2019), para. 7. 76.

⑥ 尽管这一案件涉及的是 TRIPS 第 73 条，但这一条款表述与 GATT 1994 第 21 条完全一致，专家组在很大程度上借鉴了俄罗斯过境案的裁决思路。

⑦ See *Saudi Arabia – IPRs*, WT/DS567/R (16 June 2020), paras. 7. 262 – 7. 263.

⑧ 参见张乃根：《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》，载《法治研究》2021 年第 1 期，第 133 页。

⑨ See *Saudi Arabia – IPRs*, WT/DS567/R (16 June 2020), para. 7. 252.

⑩ 参见孙安艺、胡加祥：《出口管制安全化扩张与多边贸易体制规制》，载《国际法研究》2024 年第 3 期，第 73 页；郑玲丽：《国家安全视域下美国出口管制法嬗变及中国应对——以 WTO 中美出口管制案为例》，载《武大国际法评论》2023 年第 6 期，第 146—149 页。

外条款的援引难以成立。随着WTO争端解决实践不断发展,^①成员对安全例外条款的援引必然会向规范化、克制化的方向发展。

2. 构成习惯国际法上的“反措施”

非武力的报复行为在国际法上一般被称为“反措施”。^②如果出口管制法域外适用能够构成反措施,即使相关措施的实施不具备公认的管辖权基础,仍有机会解除其在国际法上的违法性。

2001年联合国国际法委员会通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》明确了实施反措施的条件。根据草案与相关国际司法判例,对于一项具有域外效力的出口管制措施而言,如果其实施的目的在于对他国的国际不法行为作出反应,以促使该国遵守有关国际义务,那么只要能够满足“相称性”要求,这一措施就很可能构成反措施,并可以解除其在国际法上的违法性。^③但“相称性”的判断在国际法上缺乏具体标准。从目前的国际实践来看,评估反制措施与所受损害之间相称性的要点在于不法行为的严重性以及受保护权利的重要性等;同时,不仅要考虑所受损害的纯粹“数量因素”,还必须考虑被侵犯规则所保护利益的重要性和违反的严重性等“质量因素”。尽管这一标准仍然比较抽象,但国际法委员会认为,如果一项反措施不是促使责任国遵守其义务的必要措施,而是带有惩罚性目的,那么它就明显违反了“相称性”标准。^④

3. 执行联合国安理会的多边制裁决议

根据《联合国宪章》的授权,联合国安理会如果判定存在“任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为”,则有权依照《联合国宪章》第41条采取对相关国家局部或全部停止经济关系等武力以外的措施。联合国全体会员国都有履行安理会经济制裁决议的义务,^⑤而且这一义务在与其他国际协定义务有冲突时,具有优先地位。^⑥

如果一国是出于执行联合国安理会决议的目的,以颁布出口管制措施的方式实施相关制裁决议,显然在国际法下是合法的。但如果此种单边出口管制措施具有域外效力,并超出了安理会决议的范围,则不能以履行安理会决议的理由为其提供合法性。例如,安理会曾通过第1737号决议、第1803号决议和第1929号决议对伊朗实行数轮制裁,^⑦但美国对伊制裁中涉及的精炼石油行业并不在安理会决议的制裁物项范围内,其制裁对象也并非安理会制裁清单中列举的主体,^⑧而且在联合国停止制裁伊朗之后,美国的相关措施也并未取消。因此,美国并不能用决议来为其超出部分的单边措施提供合法性。

① 在上述两个案件的专家组报告发布后,WTO争端解决机构直接审理安全例外条款的案件正在迅速增加。例如,美国钢铝措施案(DS564)和美国原产地标记案(DS597)专家组都对该条款进行了解释。See *United States – Certain Measures on Steel and Aluminum Products*, WT/DS564/R (9 December 2022); *United States – Origin Marking Requirement*, WT/DS597/R (21 December 2022)。

② 参见〔英〕马尔科姆·N·肖:《国际法(下)》(第6版),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第627页。

③ See *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), Article 49 (1), (2), (3), Article 50 (1). 此外,在加布齐科沃—大毛罗斯工程案中,国际法院强调“反措施的效果必须与所受损害相当”。See *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 56。

④ See Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001), *Yearbook of the International Law Commission 2001*, p. 135。

⑤ 参见《联合国宪章》第25条。

⑥ 参见《联合国宪章》第103条。

⑦ 参见联合国安理会第1737号决议第3条、联合国安理会第1803号决议第8条、联合国安理会第1929号决议第13条。

⑧ See *The Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act of 2010*, Section 102 a (2), (3)。

四 结语

本文通过对管辖权原则以及相关习惯国际法、条约规则的探讨，逐渐厘清现行国际法对出口管制法域外适用的约束范围。据此，可以对图1中4种存在合法性争议的域外管辖情形展开分析。

对于第3类交易（即受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外进行的再出口管制物项的行为）的管辖，出口国一般可以援引属人管辖原则，但需要考察相关措施是否不当扩张了“属人”的范围。

对于第4类交易（即非最终用户、同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向最终用户清单主体或禁运国主体再出口管制物项的行为）的管辖，出口国一般可以主张保护管辖原则、普遍管辖原则或援引相关国际经贸条约中的安全例外条款为管辖提供依据，但应提供相关的初步证据，而不能仅仅声称国际安全或自身国家安全受到威胁。

对于第5类交易（即非最终用户、同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向非禁运国的非最终用户清单主体再出口管制物项的行为）的管辖，在无法主张保护管辖原则与普遍管辖原则的情况下，出口国仍有援引效果原则的空间，但出口国应证明相关交易对其影响达到“实质性”或“直接、重大、合理可预见”的程度。

对于第6类交易（即非最终用户、同时也不受出口国出口管制法管辖的外国主体在域外向非禁运国的非最终用户清单主体再出口管制物项的“直接产品”或含有“出口国成分”的物项的行为）的管辖，由于交易物项的部分成分或其生产工具来源于出口国往往是该国与相关交易的唯一连结点，而“物项来源地原则”不被国际法接受，因此出口国可能主张的管辖权基础只有普遍管辖原则。

此外，从本文的分析中也可得出，一国在实施出口管制法域外适用制度时，若要经得起国际法检验，同时最大限度减少国际冲突发生，应至少做到以下几点：第一，域外管辖的主张应至少具备国际法上一项公认的管辖权基础，管制国不能基于未被国际法承认的管辖权基础主张域外管辖；第二，出口国在援引公认的管辖权基础时，应与管辖事项具有“真实联系”，并应满足相应的援引条件；第三，如果域外管辖措施遭受质疑，出口国应说明有关措施并不违反其在习惯国际法和条约法中的义务，或援引国际法中解除违法性的事由。

在出口管制法域外适用失序、冲突不断的当下，厘清其国际法约束范围无疑是调和冲突的重要前提。但应当承认，现行国际法对出口管制法域外适用的规制仍不充分与完善，部分规范仍存在一定的模糊性，从而加剧了出口管制全球治理的失序。例如，欧盟等在历史上曾明确反对美国出口管制法不当域外适用的国家与地区，却对近年来涉嫌违反国际法的美国对华措施保持“沉默”，甚至与美方组建所谓的“出口管制联盟”。^① 要想从根本上调和出口管制法域外适用冲突，仍需在不违反现行国际法的基础上对相关规则、原则进行创新与完善，推动国际秩序向更为公正、合理的方向发展。

在出口管制法域外适用问题上，中国兼具受制裁方与管制方的双重身份。这也决定了中国必将以国际法为准绳、立足多方利益平衡决定自身立场和政策。作为世界和平的建设者、全球发展

^① See Carrie Shu Shang, “Mapping Export Control Extraterritoriality in the US-China Technology Decoupling”, (2024) 58 *Journal of World Trade* 545, pp. 555 – 560.

的贡献者、国际秩序的维护者,^① 无论是在对自身出口管制法域外适用制度的构建中,^② 抑或是在应对他国出口管制法域外适用不利影响的过程中, 中国在强调维护自身合理利益的同时, 更应坚定维护以国际法为基础的国际秩序, 在不违反国际法的基础上, 以自身良好实践推动国际法的良性发展, 在出口管制全球治理体系的变革发展中不断贡献中国智慧与中国方案。

Reflections on the Extraterritorial Application of Export Control Law: Practice Conflicts and the Constraint of International Law

Ma Mingjun

Abstract: The extraterritorial application of export control law refers to the process in which a country applies its export control law to the acts occurring outside its territory. The extraterritorial application of export control law is a necessary way for the state to ensure the effectiveness of export control measures, but it has also caused many international conflicts in history. Based on the typological analysis of the relevant practice conflicts, academic disputes regarding the extraterritorial application of export control law mainly focus on the conditions for governing the re-export or for the implementation of the end-user list system, as well as the legitimacy of exercising jurisdiction based on the origin of the items. The obligations of international law constitute the legal boundary of the extraterritorial application of export control law. However, due to the vagueness and historical limitation of some rules, international law cannot give full play to its due binding force when some countries abuse or expand extraterritorial effect at will. Therefore, a comprehensive, systematic and reasonable interpretation of the existing rules of international law based on the perspective of development is an important prerequisite to reconcile the conflict of the extraterritorial application of export control law. The principle of jurisdiction is the core of the constraint of international law. Since extraterritorial jurisdiction involves the sovereignty and interest of other states, the state may not simply provide legitimacy for its acts by using the principle that “everything which is not forbidden is allowed”, but has to specifically consider whether such acts conform to the application scope and invocation conditions of each jurisdiction basis. In addition, the obligations of international economic and trade treaties and other customary international law obligations are also the important basis to delimit the scope of the constraint of international law. Clarifying the scope of the constraint of international law is helpful to judge the legality of extraterritorial jurisdiction which causes disputes, and outlines an ideal way to reasonably claim extraterritorial jurisdiction.

Keywords: Export Control, Export Control Law, Extraterritorial Application, Extraterritorial Jurisdiction, Principle of Jurisdiction

(责任编辑: 谭观福)

① 参见习近平:《在中华人民共和国恢复联合国合法席位五十周年纪念会议上的讲话(二〇二一年十月二十五日)》, 载《习近平著作选读》(第二卷), 人民出版社 2023 年版, 第 545 页。

② 对中国《出口管制法》域外适用制度的具体完善建议, 可参见马铭骏:《〈出口管制法〉域外适用制度的完善——基于管辖权理论的考察》, 载《北大国际法与比较法评论》第 16 卷, 法律出版社 2022 年版, 第 149—154 页。