

# 美国针对中国海外数字投资的制裁及中国因应

王淑敏,李倩雨

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

**摘要:** 海外投资是资本输出国的投资者在国外以资金、实物、知识产权等进行的投资,由此推知,海外数字投资是以数字化的资金、实物、知识产权等进行的海外投资。一方面,中国海外数字投资以数字化的实物——通信网络、算力和智慧基础设施为主;另一方面,又以非实物的数据作为重要投资标的。中国海外数字投资呈现出由早期模仿、跟随美欧到局部反超的转折态势。美国频繁滥用国家安全对中国海外数字投资进行制裁,正是对这一变局备感焦虑的标志性反应,有悖于倡导数字向善、弥合数字鸿沟、消除数字歧视、抑制数字霸权、维护数字安全等数字正义理念。为了有效应对美国的制裁,中国需完善《反外国制裁法》的反制措施,推动中国双边投资协定范本将海外数字投资纳入投资定义,优化海外投资保险制度并充分利用多边争端解决机制。

**关键词:** 海外数字投资;数字正义;海外投资保险

**中图分类号:** D996 **文献标识码:** A **文章编号:** 2096-028X(2026)01-0059-09

海外数字投资是以数字资产(数字化的资金、实物、知识产权等)为标的的海外投资。显而易见,数字化的资金表现为数字货币,包括私人数字货币和法定数字货币两种类型。根据《数字经济对外投资合作工作指引》,数字化的实物主要表现为三类数字基础设施:一是陆海光缆、宽带网络、卫星通信等通信网络基础设施;二是大数据中心、云计算等算力基础设施;三是人工智能、5G网络等智慧基础设施。此外还有数字化的非实物,主要表现为数据。数字投资意味着持续创新,引领数字基础设施,跃升数字生产力,与数字化的知识产权息息相关。在实践中,中国海外数字投资表现不俗。2024年,在中国企业对外投资并购涉及的十余个行业大类中,信息传输/软件和信息技术服务业(简称信息服务业)涉及项目23起,金额18.5亿美元,位列第四;中国对外直接投资流向信息服务业69.7亿美元,比上一年度增长205.5%,是投资数额增长最快的行业。<sup>①</sup> 即便是聚焦中国对美国的投资,信息服务业亦位居前列。<sup>②</sup> 然而,发展势头正好的海外数字投资却频频遭遇制裁,美国将此作为遏制中国的“利剑”。鉴于此,研究美国针对中国海外数字投资的制裁及其应对成为一项重要课题。

现有研究指出,美国针对中国海外数字投资的制裁多以国家安全为理由,制裁欠缺正当性,并分析了应对方式。<sup>③</sup> 这些研究具有重要价值,但是仍存在一定的不足:一是制裁缘由方面未追溯至数字货币规避制裁的功能;二是现有研究多以传统国际法理论证成制裁不正当,难以顾及海外数字投资及其制裁的特殊性;三是与时俱进、有针对性的应对之策有待探索。笔者拟通过分析弥补上述不足,探寻美国针对中国海外数字投资制裁的因应之策。

**基金项目:** 2023年度教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“加快推进自由贸易港建设研究”(23JZD027)

**作者简介:** 王淑敏,女,大连海事大学法学院教授、博士生导师;李倩雨,女,大连海事大学法学院国际法专业博士研究生。

<sup>①</sup> 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编:《2024年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2025年版,第10、13页。

<sup>②</sup> 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编:《2024年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2025年版,第36页。

<sup>③</sup> 参见王燕:《中资数据处理企业在美国投资面临的安全审查及法律应对——以TikTok在美国被封杀为例》,载《法治社会》2020年第5期,第52页;郝敏:《中国科技产业在美维权的司法路径探析——以微信用户诉美案为例》,载《当代美国评论》2022年第1期,第46页;陶士贵、仇欣雨:《中国实体受美国经济制裁的影响及其应对策略》,载《福建论坛(人文社会科学版)》2023年第10期,第108页;蔡龙宇、张焱宇:《美国国会涉华议题泛安全化态势——以TikTok案为例》,载《现代国际关系》2023年第12期,第91页。

## 一、美国针对中国海外数字投资制裁的缘由及表现

### (一) 美国针对中国海外数字投资制裁的缘由

起初,美国认为俄罗斯等被制裁国的实体利用虚拟货币等数字货币的方式进行交易以逃避制裁,削弱了其制裁效力,因而针对数字货币加强监管、实施制裁。但是基于虚拟货币在中国国内的非法地位,这种制裁对中国总体上并不十分奏效。因为大数据、云计算等逐渐成为中国的后发优势和海外投资热点,所以美国便将制裁重心转向这些领域,进而演变为海外数字投资制裁。

#### 1. 海外数字投资制裁始于数字货币具有规避制裁的功能

美国财政部、白宫等屡次发布政策文件强调数字货币对美国制裁效力的负面影响。<sup>①</sup> 美国学者托马斯·克劳蒂斯(Thomas Clautice)指出受制裁的实体可能会积极寻求以数字货币交易逃避监管。<sup>②</sup> 还有非美国学者提出数字货币等对制裁的效力带来挑战。<sup>③</sup> 那么数字货币缘何能够及如何规避美国制裁呢? 这要从数字货币的本质特性或技术架构谈起。

数字货币的本质可概括为以二进制形式存在的数据,数字货币及其生产、管理等活动是以区块链为技术基础的。区块链是一个去中心化的分布式的账本或数据库。区块链的运行模式的特点可以概括为去中心化、去信任化、匿名化、不可篡改、多方共识。这些特点凝聚为一个显著优势:区块链能够使陌生人之间凭借分布式计算机网络的加密软件算法进行交易,并通过可以实时调节的不可变总账来保障点对点交易的安全开展。<sup>④</sup> 数字货币交易亦具有这种去中心化的特质。

这种去中心化与国际资金清算系统(Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications,简称 SWIFT)的中心化形成鲜明的对比。尽管 SWIFT 的初衷是建立中立性的金融报文传输系统,但是美元的全球金融主导地位使得美国对 SWIFT 的干预日趋频繁,甚至将其作为实施金融制裁的工具,将被制裁国的银行移出 SWIFT。美国之所以能够以此“操纵”SWIFT,是因为其清算所银行同业支付系统(Clearing House Interbank Payment System,简称 CHIPS)在全球美元支付清算体系中的绝对优势地位使得 SWIFT 的美元交易信息难以摆脱 CHIPS 而独立存在。这就相当于跨境资金转账的信息业务无法脱离跨境支付结算系统单独运转,故而美国仅需将被制裁国的银行排除在 CHIPS 之外,切断其美元业务资金往来通道,从而使 SWIFT 对这个国家显得无关紧要,此时,美国便可以联系盟友共同将该国银行移出 SWIFT。<sup>⑤</sup> 对于此种制裁,利用去中心化的数字货币绕开 SWIFT 实现双方点对点的直接交易是有效的应对方式之一。

#### 2. 海外数字投资制裁的根本意图在于遏制中国高科技领域(尤其是数字技术)的发展

根据联合国贸发会的统计,中美两国在利用数据价值方面走在世界前列,两国的超大规模数据中心占全球总量的 50%,大部分能够提取、收集及处理数据的数字公司也由中国或美国所有。<sup>⑥</sup> 当前,中国是唯一能与美国抗衡的数字经济大国,这招致了美国的敌视和遏制。其中一个突出表现是,美国将中国视为最主要威胁,并在数字经济领域认定中国的发展已对其全球主导地位与话语权构成挑战。例如,美国指出中国对其网络构成最广泛、最活跃、最持久的威胁,是唯一一个既有意重塑国际秩序,又越来越具有经济、外交、军事和技

<sup>①</sup> 如美国财政部发布的《2021 年度制裁评估报告》(The Treasury 2021 Sanctions Review),美国财政部海外资产控制办公室发布的《虚拟货币行业制裁合规指南》(Sanctions Compliance Guidance for the Virtual Currency Industry),美国白宫发布的《关于确保负责任地发展数字资产的行政命令》(Executive Order on Ensuring Responsible Development of Digital Assets)、《数字资产负责任发展框架》(Framework for Responsible Development of Digital Assets)、《美国央行数字货币系统技术评估》(Technical Evaluation for a U.S. Central Bank Digital Currency System)。

<sup>②</sup> See Thomas Clautice, *Nation State Involvement in Cryptocurrency and the Impact to Economic Sanctions*, *Economic Crime Forensics Capstones*, Vol.45:1, p.3(2019).

<sup>③</sup> See Fabio Cozzi, *Will Blockchain Technologies Strengthen or Undermine the Effectiveness of Global Trade Control Regulations and Financial Sanctions?*, *Global Jurist*, Vol.20:1, p.1-2(2020); Christoph Wronka, *Digital Currencies and Economic Sanctions: The Increasing Risk of Sanction Evasion*, *Journal of Financial Crime*, Vol.29:1269, p.1278-1279(2022).

<sup>④</sup> See Phoebus L. Athanassiou, *Digital Innovation in Financial Services: Legal Challenges and Regulatory Policy Issues*, Wolters Kluwer, 2018, p.21, 25, 54.

<sup>⑤</sup> 参见陈植:《SWIFT 沦为博弈工具? 美国金融制裁“三步走”与俄罗斯的“反击”之路》,载《21 世纪经济报道》2020 年 7 月 27 日,第 7 版。

<sup>⑥</sup> See Digital Economy Report 2021, *Cross-Border Data Flows and Development: For Whom the Data Flow*, UNCTAD(29 September 2021), [https://unctad.org/system/files/official-document/der2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf).

术实力的国家,已经成为美国最先进的战略竞争对手,威胁美国利益并主导对全球发展至关重要的新兴技术。美国认为中国正在输出其数字威权主义的愿景,努力塑造全球互联网的形象。<sup>①</sup> 事实却恰恰相反。例如,美国与肯尼亚签订的包括数据跨境自由流动在内的自由贸易协定,表面上对肯尼亚具有巨大的潜在收益,但结果却是其可能沦为美国全球数字平台访问并利用肯尼亚乃至非洲其他地区数据的纽带;<sup>②</sup>与美国这种掠夺、攫取的霸权行为相比,致力于构建中非命运共同体的中国则是切实帮助和支持非洲国家发展数字技术,例如,与非洲主流运营商合作,基本实现了非洲电信服务的全覆盖。<sup>③</sup> 美国对此视若无睹,频频指责中国海外数字投资威胁其国家安全,并进行泛化的国家安全审查,进而对中国海外数字投资进行围追堵截和强力制裁。

## (二) 美国针对中国海外数字投资制裁的表现

### 1. 出台立法

以美国《2026 财年国防授权法》(National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026) 涉华条款为例,该法更新了制裁依据。一是对外投资审查。该法强化对华投资审查,授权总统在必要的范围内实施制裁措施;同时,美国流向中国敏感技术领域的投资需进行通报并接受审查,敏感技术领域涉及半导体、微电子、人工智能、量子计算、高性能计算与超级计算和高超音速系统。<sup>④</sup> 二是人工智能管控。该法要求美国国防部及其承包商从系统和设备中移除特定中国企业开发的人工智能。<sup>⑤</sup> 这意味着中国人工智能企业出海将严重受阻。三是供应链排除。该法严格限制对华采购,涉及计算机、打印机等中国科技制造行业。<sup>⑥</sup> 这对中国海外数字投资构成阻碍。四是中国军事企业认定。该法一方面强化中国军事企业的认定范围,将直接或间接由中国军事部门控制、关联或代理的相关境外运营实体包含在内,以防止中国军事企业在第三方国家规避制裁;另一方面建立了跨清单联动机制,美国国防部在更新中国军事企业清单时应审查过去一年被列入美国其他清单上的中国实体,以评估是否应同步列入。<sup>⑦</sup> 该规定使既有清单上的实体面临更高的后续制裁风险。

### 2. 公布制裁清单

首先,美国商务部的实体清单尤其值得关注。美国商务部工业与安全局的实体清单中约有 1/3 针对中国实体。除了出现次数最多的华为之外,实体清单上占据显著比例的中国实体大多与科技行业密切相关,特别是近年来快速发展的人工智能、大数据等。譬如,美国商务部以威胁美国国家安全或利益的名义,将杭州中科微电子有限公司纳入实体清单,该公司是中国生产北斗芯片的旗舰企业,彰显了美国对中国在通信网络基础设施方面的海外投资的打压。

此外,三大中国电信运营商曾被列入美国联邦通信委员会公布的对美国国家安全构成威胁的通信设备和服务清单,其在美运营许可被撤销;小米、箩筐科技曾被列入美国国防部公布的中国军事企业清单。

## 二、美国针对中国海外数字投资的制裁违背数字正义

在美国看来,其对中国海外数字投资制裁的出发点系维护本国数字领域的国家安全,但事实上,其制裁行为违背数字正义。

### (一) 数字正义的应有之义

美国学者伊森·凯什(Ethan Katsh)和以色列学者奥娜·拉比诺维奇·艾尼(Orna Rabinovich-Einy)于 2016 年共同提出:将数字技术引入纠纷解决程序,创建在线纠纷解决机制,实现互联网中的数字正义。<sup>⑧</sup> 这

<sup>①</sup> See National Cybersecurity Strategy, White House(1 March 2023), <https://bidenwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2023/03/National-Cybersecurity-Strategy-2023.pdf>.

<sup>②</sup> See Digital Economy Report 2021, Cross-Border Data Flows and Development: For Whom the Data Flow, UNCTAD(29 September 2021), [https://unctad.org/system/files/official-document/der2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf).

<sup>③</sup> 参见中华人民共和国国务院办公厅:《新时代的中非合作》,载《人民日报》2021年11月27日,第6版。

<sup>④</sup> See National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026, Sec.1711, 1721.

<sup>⑤</sup> See National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026, Sec.1627, 1628.

<sup>⑥</sup> See National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026, Sec.879, 880.

<sup>⑦</sup> See National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026, Sec.1245, 1246.

<sup>⑧</sup> See Ethan Katsh & Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Introduction*, International Journal of Online Dispute Resolution, Vol.3:102, p.104, 123-124(2016).

里的数字正义实为司法正义,包括实体正义和程序正义。或许正因如此,学者常将数字正义与纠纷解决、司法效率、正当程序等联系在一起。<sup>①</sup>但除司法正义之外,数字正义还包含立法、执法、守法,以及法律领域之外方方面面的正义。这便引出了广义的数字正义。至于这种正义具体指向哪些内容,有的学者主张数字正义既包括对数字技术应用产生的算法歧视、人权受损等社会问题的规范指引,也包括对数字技术本身是否符合人类正义要求的价值判断;<sup>②</sup>有的学者主张数字正义是建立在人类固有尊严之上,指导数字时代美好生活实现的内在价值;<sup>③</sup>还有的学者主张数字正义就是要破解数字鸿沟、消除数字歧视。<sup>④</sup>总之,广义的数字正义指向的问题域是一样的,即数字技术带来的不正义问题。

综上所述,数字正义具有狭义和广义之分,狭义层面通常是指借助数字技术提升司法的效率与公正性,即实现数字时代的司法正义;广义层面则是一个多维度的概念,涉及社会、法律、技术等诸多面向,可以概括为引导数字技术应用符合数字时代更高水平的公平正义,避免数字技术滥用带来不正义问题。笔者的研究基于广义的数字正义,要实现这种数字正义需倡导数字向善、破解数字鸿沟、消除数字歧视、反制数字霸权、保障数字安全。

## (二) 美国针对中国海外数字投资的制裁有悖于数字向善

数字向善可以从“不作恶”和“做好事”两个维度加以理解。一方面,该制裁有悖于“不作恶”的意旨。特别是构成对社会责任中持续发展责任的背离。可持续发展原则的价值有三重:提升人权水平的人权价值、致力于促进经济社会的发展价值、充分顾及共同利益的环境价值。<sup>⑤</sup>关于美国对中国海外数字投资的制裁,就人权价值而言,是对企业或个人权利的剥夺和侵害,有损人权水平。就发展价值而言,该制裁使中国面临严重的经济社会发展困境,尽管长期来看这能够逆向激发中国的自主创新能力,但是短期内会导致技术脱钩,损害中国数字产业发展。此外,该制裁也将使美国本身的经济社会发展面临不小的冲击。另一方面,该制裁有悖“做好事”的理念。数字经济发展、数字技术及其应用应致力于解决社会面临的难题,造福人类。美国制裁阻遏了中国海外数字投资造福美国民众的路径,如提供电信服务、娱乐社交平台服务、电商服务等。

## (三) 美国针对中国海外数字投资的制裁拉大了数字鸿沟

数字鸿沟是数字技术的发展造成或拉大的国与国之间以及国家内部不同群体之间的差距。一方面,该制裁通过对中国实体施加非正当待遇,使美国实体不正当获取市场,打破了公平竞争的市场格局,拉大了中国实体和美国实体之间及中美两国之间的数字鸿沟。另一方面,该制裁拉大了美国内部群体之间的数字鸿沟。比如,中国电信企业在美国提供电信服务时通常采取迂回的战略——“乡村包围城市”,美国的围追堵截因此亦始于乡村,即重点打压在美国乡村提供数字服务的中国电信企业。这导致美国乡村居民的电信接入存在不确定性问题。进而言之,美国乡村居民的数字素养受到不利影响,从而涌现更多的乡村数字弱势群体,加剧了美国城乡之间的数字鸿沟。

## (四) 美国针对中国海外数字投资的制裁加深了数字歧视

数字歧视通常指基于算法自动决策的歧视行为,即自动化系统根据用户的个人数据不公平、不道德地对待用户。<sup>⑥</sup>从国际法来看,中国企业在美国进行数字投资符合WTO《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services,简称GATS)规定的服务贸易的第三种形式——商业存在,商业存在本质上是外国投资的一种重要形式。基于此,中国在美数字投资需依据GATS享受非歧视待遇。然而,美国却不断寻求将合规问题武器化:首先从与中国政府的关系等技术层面进行审查,进而以威胁国家安全为由进行安全审查,最后直接

<sup>①</sup> See Pedro Rubim Borges Fortes, *Paths to Digital Justice: Judicial Robots, Algorithmic Decision-Making, and Due Process*, *Asian Journal of Law and Society*, Vol.7:453, p.453, 466-467 (2020); Yulia Razmetaeva & Sergiy Razmetaev, *Justice in the Digital Age: Technological Solutions, Hidden Threats and Enticing Opportunities*, *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol.2021:104, p.105 (2021).

<sup>②</sup> 参见周尚君、罗有成:《数字正义论:理论内涵与实践机制》,载《社会科学》2022年第6期,第167页。

<sup>③</sup> 参见[美]克利福德·G.克里斯琴斯:《数字时代的新正义论》,刘沫潇译,载《全球传媒学刊》2019年第1期,第100页。

<sup>④</sup> 参见张吉豫:《数字法理的基础概念与命题》,载《法制与社会发展》2022年第5期,第50-53页。

<sup>⑤</sup> 参见许梦婧:《单边经济制裁和可持续发展原则的价值冲突与规范协调》,载《中国流通经济》2022年第12期,第93页。

<sup>⑥</sup> See Natalia Criado & Jose M. Such, *Digital Discrimination*, in Karen Yeung & Martin Lodge eds., *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019, p.82.

强制美国资本收购、禁止在美国运营。<sup>①</sup> 简言之,就是层层加码以寻求有效遏制中国海外数字投资和数字技术发展。这是具有强烈主观性的非理性做法,将加深数字歧视。

### (五) 美国针对中国海外数字投资的制裁助长了数字霸权

数字霸权可解释为在数字技术领域拥有垄断地位、掌握主导权的国家以此为基础遏制他国数字技术的开发、利用和发展,控制、强占他国数据资源,进而谋求霸权利益。<sup>②</sup> 本质上,美国以国家安全为由对中国海外数字投资实施制裁系数字霸权行为。在国际经贸领域,国家安全属于例外规定(如贸易投资协定大多包含与国家安全例外有关的条款),其适用应当是被动防御、审慎克制的,即以国家安全受到损害或者损害威胁的情形真正发生为前提。美国却将国家安全泛化、常态化、任意化,最终形成惯性的“安全化”处置,甚至人为建构国家安全问题。正如美国媒体所言,打压、限制中国的科技企业并不是为了国家安全,而是为了维护美国科技在全球的主导地位、维系美国在数据领域的霸权地位。<sup>③</sup> 由此可见,针对中国海外数字投资的制裁是美国打压中国科技创新能力的形式载体、真实缩影和生动写照。美国旨在同中国展开数字经济领域话语权的博弈、维系数字霸权。

### (六) 美国针对中国海外数字投资的制裁滥用了数字安全

数字安全既包括基础层面和要素层面的网络、数据、个人信息、信息系统等的安全,也包括应用层面的新数字技术应用的安全;既包括宏观意义的国家安全、社会安全,也包括微观意义的个体权利的安全。<sup>④</sup> 虽然国家安全审查旨在通过合法的国内监管来保护国家安全,但是本质上其系东道国规制权的行使,属于阻碍投资自由化、便利化的限制措施,不可避免地带有政治色彩并面临着投资保护主义悄然兴起的指责。<sup>⑤</sup> 就目前而言,借助并购审查制度限制外资准入、政治力量公然干预个案审查程序及外资安全审查导致“商业问题政治化”等是国家安全审查功能异化的具体表现。<sup>⑥</sup> 归根结底,国家安全审查功能异化是对国家安全的滥用。具体到中国海外数字投资,其既涉及信息、通信等传统上被认为与国家安全相关的领域,又涉及新近发展的人工智能等高新技术领域,为美国滥用国家安全、实施制裁提供了绝佳理由。

## 三、中国反制美国海外数字投资制裁的问题与因应

### (一) 中国反制美国海外数字投资制裁面临的问题

#### 1. 反制措施的可操作性不足

中国已根据《中华人民共和国反外国制裁法》(简称《反外国制裁法》)采取过多次反制措施,发布形式包括外交部发布命令和外交部发言人表态。<sup>⑦</sup> 从这些实践中可以发现,《反外国制裁法》关于反制措施的规定有待完善。

一是反制措施的适用对象如何确定尚不清晰。从既有实践来看,列入反制清单的组织、个人多与政治因素有关,如向中国台湾地区出售武器,以各类言行干涉中国内政、损害中国利益等。针对实施此类行为的美国相关组织、个人,应如何确定被制裁主体并采取反制措施? 例如,针对前述美国制裁清单涉及的制裁中国海外数字投资的行为,中国能否对发布这些清单的行政部门的负责人采取反制措施? 能否基于对等原则对

<sup>①</sup> 参见沈逸、江天骄主编:《清洁网络计划与美国数字霸权》,载复旦发展研究院网站 2020 年 9 月 9 日, <https://fdi.fudan.edu.cn/c3/74/c19047a246644/page.htm>。

<sup>②</sup> 参见钱爱兵:《社会信息化进程中的数字霸权现象分析》,载《情报科学》2003 年第 5 期,第 544 页;杜雁芸:《美国网络霸权实现的路径分析》,载《太平洋学报》2016 年第 2 期,第 66 页;沈逸、江天骄主编:《清洁网络计划与美国数字霸权》,载复旦发展研究院网站 2020 年 9 月 9 日, <https://fdi.fudan.edu.cn/c3/74/c19047a246644/page.htm>。

<sup>③</sup> See Paris Marx, *The TikTok Ban Isn't About National Security. It's About the Global Dominance of US Tech.*, JACOBIN (11 April 2023), <https://jacobin.com/2023/04/tiktok-ban-global-technology-dominance-china-social-media-surveillance-free-speech?source=Snapzu>.

<sup>④</sup> 参见张吉豫:《数字法理的基础概念与命题》,载《法制与社会发展》2022 年第 5 期,第 63 页。

<sup>⑤</sup> See Cheng Bian, *National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union*, Routledge, 2020, p.6, 35-36.

<sup>⑥</sup> 参见中国出口信用保险公司编著:《国家风险分析报告 2022——全球投资风险、行业风险分析和企业破产风险分析》,中国财经出版传媒集团、中国财政经济出版社 2022 年版,第 109 页。

<sup>⑦</sup> 参见《反制清单和措施》,载中华人民共和国外交部网站, [https://www.mfa.gov.cn/web/wjbt\\_673085/zfxgk\\_674865/gknrlb/fzcqdc](https://www.mfa.gov.cn/web/wjbt_673085/zfxgk_674865/gknrlb/fzcqdc);《外交部发言人就反制美国向中国台湾地区出售武器、制裁中国实体答记者问》,载中华人民共和国外交部网站 2024 年 1 月 7 日, [https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt\\_673021/dhdw\\_673027/202401/t20240107\\_11219408.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/dhdw_673027/202401/t20240107_11219408.shtml)。

美国在华数字投资实施制裁?实践中似乎未见此种先例。

二是反制清单和措施拟定和变动的规定有待完善。《反外国制裁法》第9条规定:“反制清单和反制措施的确定、暂停、变更或者取消,由外交部或者国务院其他有关部门发布命令予以公布。”但是在实践中,反制清单和措施却存在通过外交部发言人表态的方式予以公布的情形,其正当性和严谨性令人质疑。此外,反制清单和措施的拟定和变动未给予被制裁对象事先知情权、事后救济权,特别是后续变动时也没有提供明确的实体、程序要件,其可操作性有待商榷。例如,中国宣布取消对美国卫讯公司的反制措施时仅笼统说明依据和理由,<sup>①</sup>具体条件、程序步骤等却模糊不清。

## 2. 海外数字投资尚未纳入投资定义

当前,国际投资协定未明确纳入海外数字投资,这不利于对海外数字投资的保护。换言之,海外数字投资能否得到国际投资法的保护是探讨应对美国针对中国海外数字投资制裁的前提。

第一,海外数字投资是否符合国际投资协定中投资定义的概括部分。投资定义的概括部分包含两个要件。一是投资需由投资者直接或间接拥有或控制。对此,投资者在东道国投资时只要以其拥有或者控制的数字资产出资就可满足。二是投资需满足“资本或其他资源的投入,对收益或利润的预期和风险的承担”的特征要求。以网站和计算机系统为例,系统的建立、运营和维护等需要投入资本和人力、物力、技术等资源;系统的使用和处分会给企业带来经济收益;企业在运营、使用、处分系统的过程中可能因违反国家相关法律而承担不利后果。因而,海外数字投资符合前述国际投资协定关于投资特征的要求。

第二,海外数字投资是否符合国际投资协定中投资定义的列举部分。一是数字资产可能被认定为无形资产。网站和计算机系统等数字资产具有无形性,能够带来经济利益,所以有被归入无形资产的可能。二是可能被认定为知识产权。数字资产和知识产权客体的法律属性高度相似,即皆具有无形性的特征,一旦数字资产满足知识产权客体条件,便可以落入知识产权的范畴。例如,网站和计算机系统可以被视为一种知识产权,因为其是技术知识和艺术创造力的产物。<sup>②</sup>三是数字资产可能被认定为其他形式资产。国际投资协定列举投资形式时通常采取任意性规定,为将海外数字投资纳入投资的范畴提供了空间。<sup>③</sup>

第三,海外数字投资是否符合位于东道国领土之内的空间要件。对于网站和计算机系统而言,判断其是否在东道国领土之内,相当于判断其是否由东道国领土内的服务器托管。<sup>④</sup>如果托管服务器位于东道国领土之内,则可以合理认定被托管的网站和计算机系统位于东道国领土之内。仅通过互联网在东道国领土之内访问网站和计算机系统,特别是在东道国领土之内没有任何实体存在,则无论如何都不能认定网站和计算机系统与东道国的管辖连接。<sup>⑤</sup>另外,具体到云计算时,由于云用户和云服务商对于云计算基础设施的物理位置及数据传输的目的地可能皆不得而知,海外数字投资的情况更为复杂,东道国的管辖更加难以确定。<sup>⑥</sup>

总之,在国际投资协定未明确纳入海外数字投资的情况下,虽然海外数字投资可能符合现有投资定义,但却存在诸多不确定性。这种大环境严重阻碍了中国对美国海外数字投资制裁的反制。

## 3. 中国海外投资保险制度亟待完善

其一,中国海外投资保险制度尚未对海外数字投资提供应有保护。中国企业海外投资保险的覆盖范围主要集中在制造业、电力、农林牧渔业等行业。该特征与中国企业对外投资的行业分布有关,中国海外投资主要集中在制造业、电力等行业,往往具有前期投资大、重资产、投资周期长的特点,重资产行业所面临的投资风险相对更高,对海外投资保险的需求也更大。这表明当前中国海外投资保险制度尚未给予海外数字投资足够的重视。

<sup>①</sup> 参见《2024年7月22日外交部发言人毛宁主持例行记者会》,载中华人民共和国外交部网站2024年7月22日, [https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt\\_673021/jzhs\\_l\\_673025/202407/t20240722\\_11457963.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhs_l_673025/202407/t20240722_11457963.shtml)。

<sup>②</sup> See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.12:225, p.226(2011).

<sup>③</sup> 参见宋俊荣:《国际投资协定对数据规制措施的可适用性:以适格投资为中心》,载《环球法律评论》2023年第2期,第45页。

<sup>④</sup> See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.12:225, p.227(2011).

<sup>⑤</sup> See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.12:225, p.227(2011).

<sup>⑥</sup> 参见王淑敏:《“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险法律问题研究》,载《武大国际法评论》2022年第3期,第115-116页。

其二,中国海外投资保险制度中的征收险有待完善。在中国海外投资保险理赔实践中,征收险占据绝大多数。然而,征收的内涵和外延呈扩大化趋势。与征收目的明显、容易识别的直接征收相比,间接征收逐渐受到东道国的青睐,甚至演化出难以识别的形式,如渐进征收。对因此遭受的损失,海外投资保险制度无法提供有效的救济。

#### 4. 中国海外数字投资寻求美国司法救济的效果不佳

在美国司法实践中,法院针对涉及国家安全的行政行为开展司法审查时,鲜少对实体问题进行审查,而对程序问题则可能予以审查并追责。例如,“三一集团诉奥巴马案”“小米集团诉美国政府案”均是以程序不合法为由起诉并获得有利结果。<sup>①</sup> 其中,“三一集团诉奥巴马案”是中国海外投资者因遭遇准入禁止而起诉美国政府的首次胜诉,该案成为中国海外投资者应对美国制裁的经典案例,对后续被制裁企业寻求美国司法救济提供了宝贵经验。例如,美国国防部将箩筐科技认定为中国军事企业,对此,箩筐科技在美国哥伦比亚特区联邦地区法院提起诉讼,并提交了申请临时禁止令的动议。法院认为美国国防部的行为超出了法定权限,支持了箩筐科技的诉讼请求,并批准了其申请的临时禁止令。<sup>②</sup> 禾赛科技、中微公司等亦因被认定为中国军事企业而起诉美国国防部。<sup>③</sup> 这些中国企业即便获得救济,也基本为程序救济,鲜少获得实体救济。

### (二) 中国反制美国海外数字投资制裁的方略

针对前述问题,中国需完善《反外国制裁法》的反制措施,推动中国双边投资协定范本将海外数字投资纳入投资定义,优化海外投资保险制度,充分利用多边争端解决机制。

#### 1. 完善《反外国制裁法》的反制措施

第一,应明确反制措施适用对象的考量因素。判定是否将某外国组织、个人列入反制清单、采取反制措施,需要综合考虑多种因素,包括国家安全和外交政策目标、经济依赖关系和反制措施可能对中国经济造成的影响、反制措施实施的可行性、被制裁者改变行为的可能性等。

第二,应细化反制清单和措施的拟定和变动规定。一是明确反制清单和措施变动的条件。参考拟定的条件(即反制措施的适用情形)和理由,反制清单和措施变动的条件可以表述为:列入反制清单的组织、个人停止对中国组织、个人采取歧视性限制措施,停止干涉中国内政、损害中国利益等的言行,以及停止其他引发反制措施的行为。同时,国务院有关部门还应参照前述条件评估反制措施的实施效果,并在反制措施的目标全部或者部分实现时及时暂停、变更或者取消反制措施。<sup>④</sup> 二是建立反制措施通报制度。有关行政机关在采取反制措施之前,应当将此决定提前告知被反制国及被制裁者,给予该国特定期限内与中国进行谈判、磋商的机会;在调查、评估及作出反制措施的决定等事项时,允许被制裁者以及其他利害关系者参与陈述、申辩、解释。三是赋予被制裁者事后救济权。即反制清单和措施的变动不仅可由国务院有关部门依职权决定,还可允许被制裁者或其他利害关系者主动提出申请,由国务院有关部门审查决定。

#### 2. 推动中国双边投资协定范本将海外数字投资纳入投资定义

在中美双边投资协定短期内难以达成的背景下,推动中国双边投资协定范本出台,并将海外数字投资纳入投资定义之中,进而向国外传递中国声音、保护中国海外数字投资,在当前阶段显然更具可行性。

一方面,中国第四代投资协定实践为推动中国双边投资协定范本将海外数字投资纳入投资定义提供了契机。依据自身特点和发展趋势,中国投资协定被划分为四代,其当前所处的第四代阶段始于2008年,呈现区域化、重新谈判和重叠、在优惠贸易和投资协定中引入投资章节及判例法的整合等趋势,具有开放性,并未显现出最终特征。<sup>⑤</sup> 中国在国际经济法律秩序中的身份早已由最初的秩序旁观者变为秩序遵守者,并向秩

<sup>①</sup> See *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investments, et al.*, No.13-5315(D.C. Cir. 2014); *Xiaomi Corporation v. U. S. Department of Defense, et al.*, No.1:2021cv00280(D.D.C. 2021).

<sup>②</sup> See *Luokuang Technology Corp. et al v. U.S. Department of Defense et al.*, No.1:2021cv00583(D.D.C. 2021).

<sup>③</sup> See *Hesai Technology Co., Ltd et al v. U.S. Department of Defense et al.*, No. 1:2024cv01381(D.D.C. 2024); Li Yan, *Chinese Semiconductor Company AMEC Sues U.S. Department of Defense for Including It on CMC List*, *Ecns.cn* (16 August 2024), <https://www.ecns.cn/business/2024-08-16/detail-ihfefyrrz1379390.shtml>.

<sup>④</sup> 参见陈喆、韦绮珊:《〈反外国制裁法〉实施中的法律问题与完善》,载《武大国际法评论》2023年第5期,第76-77页。

<sup>⑤</sup> See Matthew Levine, *Towards a Fourth Generation of Chinese Treaty Practice: Substantive Changes, Balancing Mechanisms, and Selective Adaptation*, in Julien Chaisse ed., *China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy*, Oxford University Press, 2019, p.207-211.

序制定者转变。未来可能出现一个更具合理性的中国投资协定新范式,与美式投资协定和欧式投资协定形成三方并立的局面。<sup>①</sup>当前,应在总结第四代投资协定实践经验的基础上,积极推进商务部双边投资协定范本的出台。

另一方面,中国积极对接国际高标准经贸规则(尤其是数字经贸规则),为推动中国双边投资协定范本将海外数字投资纳入投资定义营造了环境。中国正在积极申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》和《数字经济伙伴关系协定》,愿意对接更高标准的数字经贸规则、形成更高水平的对外开放格局。这凸显了中国在保护跨国数字贸易、数字投资等方面的极大主动性,为中国双边投资协定范本纳入海外数字投资提供了可能。

以此为基础,应积极推进中国双边投资协定范本出台,并将海外数字投资纳入投资定义,由此明确对海外数字投资的保护。基于中国海外数字投资的现实,可列明以法定数字货币和数字基础设施为载体的投资;与此同时,企业或个人存储在网络、计算机或云存储中的任何可能有经济价值的资产,域名,在线账号,电子邮件,个人网页,应用软件,数据,游戏中的虚拟货币、得分、道具等也应被视为中国双边投资协定范本中的投资。

### 3. 优化海外投资保险制度

一方面,将海外数字投资纳入海外投资保险承保范围。一是推动中国海外投资保险立法出台。关于海外投资,早在 2007 年就有政协委员呼吁制定“海外投资法”,2013 年国家发改委和商务部共同发起、酝酿起草“海外投资法”,2023 年又有政协委员建议制定统一的“对外投资法”。<sup>②</sup>鉴于此,推动中国海外投资立法并在其中以专章规定海外投资保险较为可行。至于如何将海外数字投资纳入海外投资保险承保范围,则应着眼于以下内容设计:需明确海外投资涵盖数字投资;明确保费约定参照《企业数据资源相关会计处理暂行规定》,以体现数字正义;明确中央网信办的监督管理职责,以强化对数字保险的监管;强化工业和信息化部在审查和批准中的作用,以落实《数字经济对外投资合作工作指引》;明确被保险人应派出数字技术人员协助保险人调查取证、评估损失等,以保证代位权的有效行使。二是完善海外投资保险合同。海外数字投资尚未被纳入海外投资保险的承保范围,这与商业保险合同亦未将数字资产纳入合同标的的不无关系。目前,《工业和信息化部 国家金融监督管理总局关于促进网络安全保险规范健康发展的意见》的出台促进了网络安全保险的发展,《企业数据资源相关会计处理暂行规定》规范了企业数据资源相关会计处理、强化了相关会计信息的披露,这些规范性文件为数字资产成为商业保险合同的标的提供了有利环境。未来,应在明确区分合法数字资产和非法数字资产的前提下,将合法数字资产纳入保险合同标的的范围,并在海外投资保险框架内对相关制度规则进行深化和细化,最终通过推出海外数字投资保单(专属的海外数字投资保险产品)将海外数字投资纳入承保范围。

另一方面,将渐进征收纳入征收的范围。具体设计如下:“征收指东道国政府以国有化、没收、征用及其他具有同等效果的行为,造成下列任一情况,且东道国政府没有给予及时、充分、有效的补偿:全部或部分剥夺被保险人在项目企业中的股权;剥夺项目企业对投资项目的资金的所有权;剥夺项目企业对投资项目的资产(不包括贵金属、珠宝、艺术品、现金、文件或商誉)的所有权;此外,源于东道国政府在一段时间内采取的行动,企业被有效管理和控制,投资者在企业中的基本权利或者财务利益被逐渐剥夺,其效果相当于渐进征收,构成间接征收。”

### 4. 充分利用多边争端解决机制以弥补美国国内司法救济的不足

以投资者与国家间争端解决(Investor-State Dispute Settlement,简称 ISDS)机制为例,通过国际投资仲裁应对东道国的经济制裁、规范经济制裁的实施方式、降低经济制裁的滥用程度具有一定的现实意义。<sup>③</sup>未来中美双边投资协定达成后可利用 ISDS 机制应对美国制裁。在此方面,涉及 5G 禁令的“华为诉瑞典案”值得

<sup>①</sup> 参见王朝恩、陈虹睿、单文华:《应对世界投资法律转型 助力中国投资条约升级》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2023 年第 6 期,第 47 页。

<sup>②</sup> 参见周森:《立〈海外投资法〉促企业“走出去”》,载《深圳商报》2007 年 3 月 10 日,第 A5 版;尹振茂:《两部委酝酿出台〈海外投资法〉》,载《证券时报》2013 年 6 月 18 日,第 A2 版;吴晓璐:《进一步完善公司法 统一制定对外投资法》,载《证券日报》2023 年 3 月 2 日,第 A3 版。

<sup>③</sup> 参见范晓宇、漆彤:《经济制裁对国际投资仲裁的影响——基于 ISDS 实践的分析》,载《国际法研究》2022 年第 5 期,第 84 页。

关注。在该案中,华为主张瑞典政府部门作出的决定——要求参与 5G 竞拍的运营商不得在 5G 网络中使用华为或中兴的设备和服 务并需在限定期限内从其 3G 和 4G 网络中移除华为或中兴的设备和服 务——剥夺了华为在瑞典长期投资的权益,违反了《中华人民共和国政府和瑞典王国政府关于相互保护投资的协定》规定的最惠国待遇、公平公正待遇和征收条款,应就其造成的损失作出充分赔偿。<sup>①</sup> 此案作为华为首次通过 ISDS 机制应对外国遏制、封锁、打压 5G 的实例,对以 ISDS 机制应对海外数字投资制裁具有示范意义。

此外,WTO 争端解决机制处理的服务贸易案件亦提供了有益启示。由于 GATS 规定的服务贸易的第三种形式(商业存在)本质上是外国投资的一种重要形式,因而对于美国泛化国家安全、制裁中国海外数字投资的行为,中国可利用 WTO 争端解决机制寻求救济。此前,中国在 WTO 首次提起的服务贸易案件——“关于某些半导体和其他产品及相关服务和技术的措施案”<sup>②</sup>与海外数字投资密切相关,为中国利用 WTO 争端解决机制反制美国海外数字投资制裁提供了有利参考。

## 四、结语

海外数字投资是以数字资产为标的的海外投资新形式,是数字经济时代海外投资数字化转型的必然结果。当前,中国数字基础设施、海外数字投资等蓬勃发展,成为唯一能与美国相匹敌的数字经济大国。此外,以区块链为基础的数字货币又能够规避制裁。这些因素叠加,致使美国将矛头对准中国海外数字投资,屡屡以国家安全为由实施制裁。美国甚至认为其对中国海外数字投资的制裁是数字时代的公平正义行为,即数字正义,但是数字正义的真正要求是倡导数字向善、弥合数字鸿沟、消除数字歧视、反制数字霸权、保障数字安全,这显然不是美国制裁所尊崇的。为了有效应对此类制裁,中国需完善《反外国制裁法》的反制措施,推动中国双边投资协定范本中的投资定义纳入海外数字投资,优化海外投资保险制度,充分利用多边争端解决机制。

### U.S. Sanctions Against China's Overseas Digital Investment and China's Response

WANG Shumin, LI Qianyu

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** Overseas investment refers to investment made abroad by investors from a capital-exporting country in the form of capital, physical property, intellectual property rights, or other forms of contributions. By extension, overseas digital investment is conducted through digital capital, physical property, intellectual property and so on. On the one hand, China's overseas digital investment mainly focuses on digital physical objects, namely communication network, computing power, and smart infrastructure. On the other hand, China's overseas digital investment also uses non-physical data as an important subject matter of investment. China's overseas digital investment has shifted from early imitation and following U.S. and Europe to partial overtaking in certain areas. As a symbolic response to anxiety about this change, U.S. frequently abuses national security to impose sanctions against China's overseas digital investment. These sanctions run counter to the concept of digital justice that advocates for digital goodness, bridges the digital divide, eliminates digital discrimination, suppresses digital hegemony, and maintains digital security. In order to effectively respond the sanctions, it is necessary for China to improve the countermeasures of Anti-Foreign Sanctions Law, promote the inclusion of overseas digital investment in the investment definition of China's bilateral investment agreement, optimize overseas investment insurance system, and fully utilize multilateral dispute resolution mechanisms.

**Key words:** overseas digital investment; digital justice; overseas investment insurance

<sup>①</sup> See Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden (ICSID Case No. ARB/22/2).

<sup>②</sup> See DS615; United States—Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies, WTO, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds615\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds615_e.htm).