

定义“新兴技术”：各行业积极参与新出口管制措施的制定

Peter Lichtenbaum、Victor Ban 及 Lisa Ann Johnson

2019 年 4 月 17 日

出口管制

2018 年 11 月，白宫中国贸易政策顾问彼得纳瓦罗发表了一场关于特朗普政府经济政策核心原则的**演讲**：振兴美国制造业不仅对刺激经济增长至关重要，对加强国防工业基地也十分重要。纳瓦罗对中国的技术野心发出警告，他**解释**道，未来的新兴产业将为接下来几代的美国人提供“高薪的优质工作”。将这些工作留在美国可以最大限度地降低在关键技能或技术上“依赖外国人”导致的安全风险。经济和国家安全的密切结合也已经成为国防和情报界的共识，这可能会影响特朗普政府如何实施有关“新兴和基础技术”出口管制的**新法案**。

然而，大公司和行业协会对这些举措可能导致的后果表示担忧。新的管制措施对哪些行业影响最大？额外的管制将如何对供应链、人力资源、研发和其他职能部门的战略和运营造成影响？对这一新领域的管制能否保持精准，以在实现国家安全目标的同时，最大限度地降低对使用新技术产业造成的意外成本？各行业与中国有利益关系的公司正在探讨这些问题。

立法框架- ECRA 和 FIRRMA

由美国商务部主导的美国出口管制对在美国境外或向非美国人透露敏感技术施加限制，限制对象包括在公司内向非美国的子公司或员工发布相关技术。

虽然中国长期以来一直是美国出口管制的焦点，但为阻止中国获得尖端技术，国会最近开始扩大管制范围。此前，商务部工业和安全局（BIS）可以对某些向美国提供重要军事或情报优势的技术施加临时管制，而长期管制则需要永久性的商业管制清单分类。2018 年，新法案提出了加强出口管制的计划，而特朗普政府正在开始采取行动实施此法案。

“**2018 年出口管制改革法案**”（ECRA）启动了一个机构间流程，以确定并管制“对美国国家安全必不可少的新兴和基础技术”。该法案还要求对受全面武器禁运的国家的出口管制进行审查。这种要求可能源自于对中国的担忧。

国会对新出口管制的兴趣是随着同一时期制定并通过的“外国投资风险评估现代化法案”（FIRRMA）发展起来的。FIRRMA 的制定者担心技术在海外遭到泄漏，尤其在中国政府于 2015 年宣布其中国制造 2025 战略之后。正如 2018 年 1 月美国国防部的**报告**所述，中国政府根据该战

略将重点推动数个先进产业的快速发展。美国外国投资委员会负责审查关涉国家安全问题的交易，而 FIRRMA 的**早期版本**试图扩大该委员会审查知识产权境外转让的权力。但这一条款后来被**撤销**了，而为美国出口管制法的修改奠定了基础。在颁布 ECRA 时，国会**提到**“中国和其他国家正积极尝试获取[美国]的技术”。

“新兴技术”的规则制定 - 各行业的看法

当下的首要任务是确定“新兴技术”的恰当定义。国会在通过 ECRA 时未对这一术语进行定义，现在特朗普政府需要对其作出定义。作为第一步，2018 年 11 月，BIS 就如何定义该术语、如何识别相关技术、管制对美国技术领先地位的影响等其他议题向公众征求意见。该意见征询列出了几个宽泛的“代表性技术类别” - 其中许多与“中国制造 2025”战略中提出的领域相关，如生物技术、人工智能（AI）和机器学习技术、微处理器技术、量子计算和传感技术和增材制造（例如 3D 打印）。BIS 还明确表示，随后将分别发布关于“基础技术”的意见征询。

意见征询期于 2019 年 1 月结束，迄今 BIS 已公开 **230 多条意见**。这些评论主要关注两个方面：如何给“新兴技术”下一个恰当的定义，以及新管制措施带来的实践问题。

定义“新兴技术”

这一由 ECRA 主导的定义任务不仅是新颖的，并且在许多方面是前所未有的。所收集的评论反映了公众对这一挑战复杂性的敏锐认识，也对划定过于宽泛或无定形边界的风险加以了关注。总而言之，许多意见要求 BIS 采用如下五种方法来限制新兴技术的范围：

- **确保对新兴技术和成熟技术加以区分：**许多意见指出，BIS 要注意将成熟技术排除在其认为“新兴”的范围之外。**Genentech** 指出，生物技术领域已具备全球规模，不再为“新兴”。**亚马逊**同样认为，商务部列出的五个类别是开发了数十年、已“无处不在”的产品，例如人工智能和机器学习、数据分析、微处理器、机器人和高级计算。**波音公司**表示，已受出口管制或在美国或全球范围内“无处不在”的技术应被排除在“新兴”的定义之外。
- **将管制对象限缩于对实现国家安全目标“必不可少”的技术：**包括**信息技术产业委员会**在内的一些评论者强调严格、严密地界定“必要”一词的重要性。**汽车制造商联盟**（汽车联盟）和**联合技术公司**进一步指出，新管制措施涉及的技术应仅限为开发“特定且可识别”的武器、情报收集应用或其他工具“必不可少”的技术。
- **对境外技术可获取性的考量：**许多意见认为，任何新定义都要考虑到国外已可获取的技术，避免对已经在海外广泛使用的技术进行缺乏实际意义的出口管制。此外，**生物技术创新组织**（BIO）和**汽车联盟**建议 BIS 应避免实施会让其他国家开发或获取相近技术的管制措施。**国家外贸委员会**建议 BIS 向公司询问可能“介入并填补空缺”的国外竞争对手，以确定某种技术是否可在海外获取。
- **衡量对美国经济和技术领先地位的影响：**扩大出口管制可能会对经济增长和投资造成阻碍。**高通**和**亚马逊**等几家公司希望 BIS 仔细权衡潜在的代价。**Genentech** 指出，如果某种技术的研究和开发已经全球化（如生物技术行业），进一步的管制可能会让投资移至其他市场，并损害国内技术的发展。

- **避免采取单边措施：**ECRA 提出，在寻求多边协作之前，美国将先单方面定义受管制的技术，而这可能会导致长期乃至无限期的竞争失衡。包括**半导体行业协会**在内的许多公司都对美国的单边主义可能破坏监管环境、增加企业间出口管制不一致导致的摩擦感到担忧。**特斯拉**和**国家外贸委员会**都呼吁设置对涉及多边出口管制制度成员的正式审查程序。

实践问题

除了定义方面的问题，许多评论者还提出了对实施管制的建议。公司和行业协会认为，任何新管制措施的实施都应对全球商业现状保持灵敏，并重点强调了以下几点：

- **管制应允许公司内部持续合作和研发：****Facebook** 强调，围绕人工智能开展的大部分研发“本质上都是国际化的”。**BIO** 和 **Genentech** 同样强调生物技术产业是全球性的，一种生物技术产品的研发和生产通常在许多地点进行，而额外的控制可能会扰乱供应链。**微软** 提议了一种解决方案：为特定的使用方式或使用者提供量身定制的管制措施，避免削弱产业间协同合作和信息交换的能力。**谷歌** 希望能为“视同出口”-即向美国境内的外国人透露受管控信息-的情形提供豁免，否则将成为吸引并留住顶尖人才的障碍。
- **定期审查可确保新管制措施相关性的延续：**基于 ECRA 的授权，**半导体行业协会** 呼吁对商业控制清单的审查付出“更广泛的系统性努力”，并建议为出口商提供向 ECRA 请求对不一致管制措施进行修正的渠道。**全国制造商协会** 同样认为，任何新的管制措施都应该进行系统的“审查、更新，并删去不再关涉特定国家安全利益的项目”。
- **业界的持续参与：**正如意见征询所指出的，正在研发、创新这些技术的公司的专业知识对新兴技术的有效监管十分有益。**全国制造商协会** 希望能规定 **BIS** 与各产业之间“持续”沟通的渠道。**谷歌** 还强调，**BIS** 应着力向业界寻求有关技术的经济影响和技术层面的意见。包括**应用材料**和**高通**在内的许多公司强调，应设立将商业机密讯息纳入规则制定记录中的渠道。

展望未来

一旦 **BIS** 完成了对所收集意见的审查，它将与美国其他机构（主要是国防部和国务院）合作，于夏季末尾发布措施的征求意见稿，最终措施的公布可能不会早于 2019 年年末。公司和行业协会最好主动了解这一重要举措的潜在动向，而非消极等待遵守该管制措施。近期，各公司可以采取以下措施：

- 关注其他业界利益相关者就其产业领域提出的意见，借此了解向政府传达的要点，并与利益相关者保持密切联系，以便酌情协调立场；
- 与相关政府机构合作，了解他们对这些问题的看法，并分享公司的观点；
- 在公司内部和外部寻找了解相关争点的良好信息源，例如：境外技术的可获取性、技术发展路径、境外场所和外国员工的角色等。

措施的征求意见稿一旦发布，公司最好仔细审查任何与“新兴”或“基础”技术相关的管制，以此评估对其当前业务和技术发展路径的潜在影响。其后，公司可以决定是否向 **BIS** 提交详细意见，以及是否采取任何提出意见外的其他举措。

出口管制

* * *

目前，还不能确定新的“新兴技术”出口管制将在多大程度上扰乱中美经济关系。

可想而知，业界非常关注受新管制措施影响的技术范围，以及它将如何影响其在美国境内推动、投资创新产品的能力。在这一监管环境尚不确定且颇具风险的时期，合规的自觉意识、弹性和灵活性将成为至关重要的优势特征。

英文原文链接: <http://www.chinabusinessreview.com/defining-emerging-technologies-industry-weighs-in-on-potential-new-export-controls/>

This information is not intended as legal advice. Readers should seek specific legal advice before acting with regard to the subjects mentioned herein.

Covington & Burling LLP, an international law firm, provides corporate, litigation and regulatory expertise to enable clients to achieve their goals. This communication is intended to bring relevant developments to our clients and other interested colleagues.