

当交易遇见管制（1）：美国出口管制框架简介

作者：李胜 | 资雯迪 | 倪君薇

“冷战后的世界已经结束，一场激烈的竞争正在进行中，以塑造接下来的世界。竞争的核心是技术”¹，美国国务卿安东尼·布林肯在2022年的一场演讲中说道。近年来，随着中美技术竞争加剧，美国加大力度利用各种政策工具在芯片和半导体、先进计算、人工智能、量子信息、生物技术等关键行业对中国进行限制。这些政策工具包括我们在之前文章中介绍过的 *CFIUS* 和 *Reverse CFIUS*，当然，也包括一直以来被美国用于限制竞争对手的一项重要工具——出口管制。特别是在过去的2022和2023年，美国两次大范围修订出口管制规则，全面升级在芯片和半导体、先进计算和人工智能等领域针对中国的出口管制（我们将在后续系列文章中展开介绍这部分措施）。因此，在相关行业的投融资、并购等交易中，美国出口管制风险的评估和应对相较以往变得尤为重要。

为了帮助相关行业的参与者和投资人更好地应对美国出口管制带来的挑战，我们特此推出“当交易遇见管制”系列文章。本篇为我们系列文章的第一篇，主要介绍美国出口管制的整体框架，并提供实务角度的应对措施，以期为业内人士提供一些参考和帮助。

一、EAR 项下的管制框架

美国对于军民两用物项的出口主要由美国商务部工业和安全局（Bureau of Industry and Security, “BIS”）通过《出口管制条例》（Export Administration Regulations, “EAR”）及相关法律法规进行监管。

（一）哪些物项受 EAR 管辖²？

“受 EAR 管辖的物项”包括受 EAR 管辖的商品（Commodity）、软件（Software）和技术（Technology）；除了 EAR 明确排除不受其管辖的物项（如完全受美国其他政府部门或机构专属管辖的物项，或某些已向公众披露（Available to the Public）且后续传播不受限制的技术和软件等），受 EAR 管辖的物项几乎包括了所有位于美国、原产于美国或有美国元素的特定物项，具体包括：

- 所有位于美国的物项（包括仅从美国转运的物项）。
- 所有原产于美国的物项，无论其位于何处。

¹ <https://www.state.gov/secretary-antony-blinken-remarks-to-the-press-3/>。

² 15 CFR 734.3。

- 符合最低含量规则（De Minimis Rule）³的在外国生产的物项（“**外国物项**”）：如果某个外国物项中含有受管控的美国原产物项且含量超过一定比例，则该外国物项也会受到 EAR 的管辖。最低含量的比例门槛包括 0%（即只要含有受管控的美国原产物项就会受到 EAR 的管辖）、10%和 25%三档，大部分物项适用 25%，某些特殊物项和特殊目的地则适用 0%和 10%。该等比例主要基于美国原产物项和含有该美国原产物项的外国物项的价值之比来计算。比如一款日本原产的服务器，其中含有美国原产的芯片，而该芯片与该服务器的价值之比超过 25%，且该美国原产的芯片出口到相关目的地会受到管控，则该日本原产的服务器也会受到 EAR 的管辖。
- 符合外国直接产品规则（Foreign-Direct Product Rule, “**FDP 规则**”）⁴的外国物项：FDP 规则旨在对属于特定软件或技术的“直接产品”的外国物项进行管控。EAR 对“直接产品”的定义为利用软件或技术直接生产的直接产品⁵。总体而言，如果某个外国物项或者生产该外国物项的工厂（或者工厂的主要部分）属于特定软件或技术的直接产品，则该外国物项可能会因相应的 FDP 规则而受到 EAR 的管辖。比如一款在日本生产的芯片，其是美国软件或技术的直接产品，或者生产该芯片的主要设备是美国软件或技术的直接产品，则需要进一步判断该芯片是否会落入任何 FDP 规则项下的受管控情形。EAR 规定了多项不同的 FDP 规则，比如国家安全、实体清单、先进计算、超级计算机等 FDP 规则，需要结合具体情况具体判断适用的 FDP 规则。

（二）哪些行为受 EAR 管辖？

EAR 管辖的主要是出口行为，但不仅仅管辖出口行为，EAR 的某些规则也适用于其他行为。比如 EAR 规定美国人不得在知晓的情况下为特定活动提供支持，包括运输或协助运输不受 EAR 管辖的物项，也包括其他的协助行为；如果知晓可能发生违反 EAR 等出口管制规定的行为，任何人都不得继续进行相关交易，包括提供相关服务；任何人都不得从事拒绝令所禁止的活动。EAR 管辖的其他行为可以参考本文第一部分第（三）节中的相关内容。

EAR 管辖的出口行为是一个宽泛的概念，包括狭义的出口（Export），也包括再出口（Reexport）及境内转移（Transfer (In-country)）。特别地，对于软件和技术来说，还包括视同出口（Deemed Export）和视同再出口（Deemed Reexport）。为帮助理解，我们按照物项属性分别说明受 EAR 管辖的出口行为：

1. 商品（Commodity）的出口

如下图所示，商品的狭义的出口（从美国运往另一国）⁶、再出口（从美国之外的一国运往另一国）⁷和境内转移（在美国之外的一国境内发生最终用户或最终用途的变更）⁸均属于 EAR 管辖的出口行为。

³ 15 CFR 734.4。

⁴ 15 CFR 734.9。

⁵ 15 CFR 772.1 “Direct Product”。

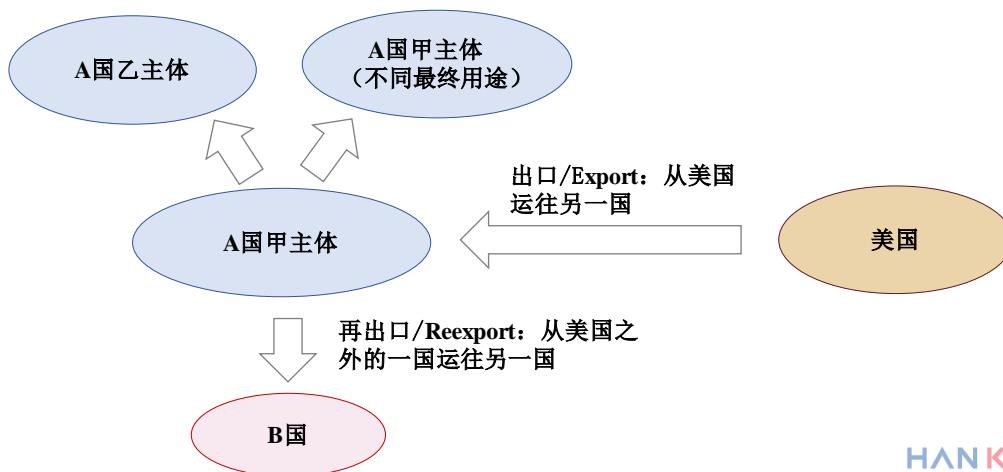
⁶ 15 CFR 734.13。

⁷ 15 CFR 734.14。

⁸ 15 CFR 734.16。

商品 (Commodity) 出口基本含义示例

境内转移/Transfer (In-country): 在美国之外的一国境内发生最终用户或最终用途变更



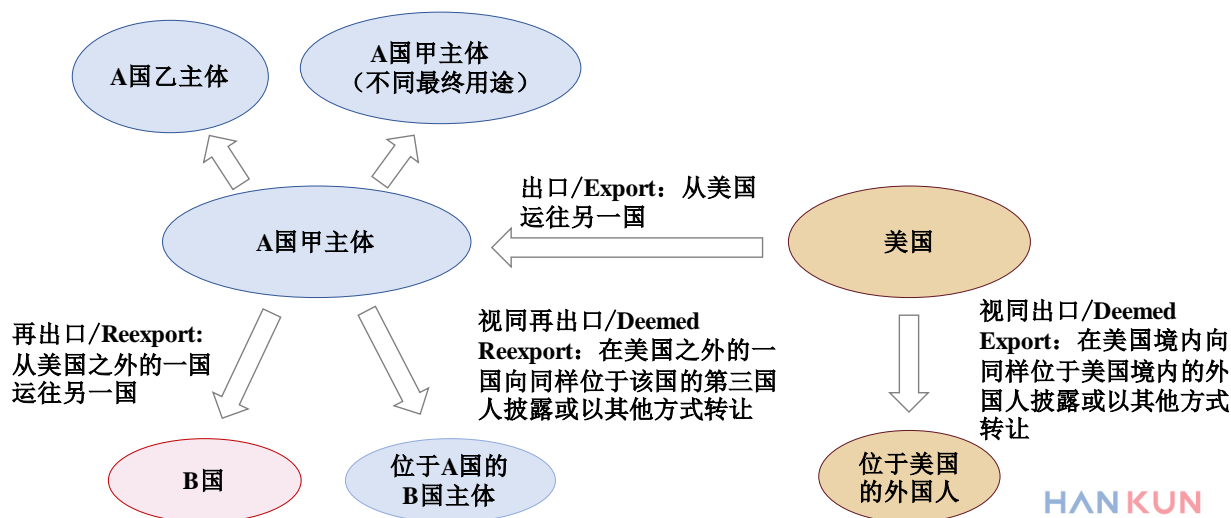
HANKUN

2. 技术 (Technology) 和软件 (Software) 的出口

如下图所示，就技术和软件而言，可以通过披露的方式提供给第三方，且视同出口（在美国境内向同样位于美国境内的外国人披露或以其他方式转让）⁹和视同再出口（在美国之外的一国向同样位于该国的第三人披露或以其他方式转让）¹⁰也属于 EAR 管辖的出口行为。并且，披露行为不仅包括通过线下或线上的书面或口头形式（比如电子邮件、传真、面谈、视频、电话等），也包括通过提供访问权限或其他方式使外国人实际看到或获取技术或软件的行为¹¹。也就是说，假设美国企业的某一员工为外国人，即使其位于美国，美国企业向该员工披露受 EAR 管辖的技术或软件，或向其开放该技术或软件的访问权限，也会构成 EAR 所管辖的出口行为。

境内转移/Transfer (In-country): 在美国之外的一国境内发生最终用户或最终用途变更

技术 (Technology) 或软件 (Software) 出口基本含义示例



HANKUN

⁹ 15 CFR 734.13(a)(2)。

¹⁰ 15 CFR 734.14(a)(2)。

¹¹ 15 CFR 734.15。

（三）EAR 的禁止性要求有哪些？

通常来说，相关主体可以在没有许可证或其他授权的情况下进行受 EAR 管辖的交易，除非 EAR 明确规定了许可证或其他禁止性要求。因此，如果某项交易受 EAR 管辖，则首先需要确认是否存在适用的许可证或其他禁止性要求。EAR 第 736 部分提供了十项概括的禁止性要求（General Prohibitions）（“**十项一般禁令**”）以供相关主体初步判断其交易可能适用的禁止性要求，但这十项一般禁令并非独立存在的，其仅仅是原则性的规定，其中引用到了很多 EAR 的其他规则，具体要求还需要结合 EAR 的其他规则并根据交易的具体情况进一步判断¹²。需要说明的是，即使某项受 EAR 管辖的交易适用禁止性要求，也还需要结合相关交易的具体情况进一步判断其是否适用 EAR 第 740 部分规定的一般许可证例外，如适用许可证例外（包括一般许可证例外以及其他规则中对于适用相关例外的特殊要求），则该等交易也无需取得许可证。此外，即使不适用 EAR 的禁止性要求或适用许可证例外，也不代表无需采取任何措施，对于从美国出口的所有物品，还需要按照 EAR 第 762 部分中有关记录保存的规定提供出口文件，并按照 EAR 第 758 部分中有关出口清关的规定通过美国海关办理出口清关手续¹³。

- 禁令一¹⁴是 EAR 最基础的禁令，规定了如果根据 EAR 项下的商业管制清单（Commerce Control List，“CCL”）向某一目的地出口受 EAR 管辖的物项适用许可证要求，未取得许可证则不得出口（我们将在后续系列文章中展开介绍 CCL 以及如何根据 CCL 判断许可证要求）。
- 禁令二¹⁵适用于上文介绍的符合最低含量规则的外国物项，规定了如果根据 CCL 向某一目的地出口该等外国物项适用许可证要求，未取得许可证则不得出口。
- 禁令三¹⁶适用于上文介绍的符合 FDP 规则的外国物项，规定了如果根据 EAR 的其他规则该等外国物项的出口适用许可证要求，未取得许可证则不得出口。这些其他规则包括 EAR 第 736、742、744、746、764 部分的规则。
- 禁令四¹⁷要求不得从事根据 EAR 第 766 部分签发的拒绝令（Denial Order）所禁止的活动。根据 EAR 第 766 部分签发的拒绝令作为一项保护性行政措施，目的是防止即将发生的违反 EAR 等出口管制规定的行为。通过向相关主体签发拒绝令，可以对该等主体采取剥夺其出口权利等措施。任何人都需要遵守拒绝令的规定，与收到拒绝令的主体进行交易不得违反拒绝令的相关规定。拒绝令均会公开发布，BIS 也会发布收到拒绝令的主体清单。一般许可证例外不适用于该禁令，但在特殊情况下 BIS 可能会特别批准某些拒绝令所禁止的活动。
- 禁令五¹⁸要求不得在“知晓”的情况下向 EAR 第 744 部分所禁止的最终用途（End Use）和最终用户（End User）出口受 EAR 管辖的物项。EAR 第 744 部分详细规定了不同的最终用途和最终用户所适用的许可证要求，需要结合交易的具体情况根据相关规则具体判断。EAR 所定义的“知晓”不仅包括积极地知晓相关情况存在或将要发生，也包括意识到有较大可能存在或将要发生（这种意

¹² 15 CFR 736.1。

¹³ 15 CFR 736.1。

¹⁴ 15 CFR 736.2(b)(1)。

¹⁵ 15 CFR 736.2(b)(2)。

¹⁶ 15 CFR 736.2(b)(3)。

¹⁷ 15 CFR 736.2(b)(4)。

¹⁸ 15 CFR 736.2(b)(5)。

识可以从故意无视已知事实或故意回避事实的行为中推断出来)¹⁹。

- 禁令六²⁰要求不得向美国禁运的国家及地区（如乌克兰克里米亚地区和乌克兰所涉地区等）出口受 EAR 管辖的物项。EAR 第 746 部分规定了受限制的国家及地区以及适用的具体许可证要求。
- 禁令七²¹要求美国人（包括美国公民、永久居民、根据美国法律设立的法人及其外国分支机构，也包括在美国境内的任何人）²²不得从事 EAR 相关规则所禁止的行为。EAR 第 744.6 (b) 和 (c) 条规定了未取得许可证美国人不得在“知晓”的情况下为特定活动提供“支持”，“支持”行为包括运输、传输或境内转移不受 EAR 管辖的物项，协助该等运输、传输或境内转移，也包括履行有利于相关活动的合同、服务或雇佣关系。此外，EAR 其他规则也有规定美国人所禁止从事的行为。
- 禁令八²³要求不得通过特定国家进行过境运输，除非获得许可证或适用许可证例外。该等国家包括亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、柬埔寨、古巴、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、老挝、蒙古、朝鲜、俄罗斯、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、乌克兰、乌兹别克斯坦、越南。
- 禁令九²⁴要求不得违反根据 EAR 签发的或作为 EAR 一部分的许可证或许可证例外中的条款或条件，或根据 EAR 签发的或作为 EAR 一部分的任何命令。一般许可证例外不适用于该禁令。
- 禁令十²⁵要求如果“知晓”已经发生、即将发生或计划发生违反 EAR 等出口管制规定的行为，则不得继续进行相关交易，包括不得就相关受 EAR 管辖的物项进行出售、转移、出口、再出口、资助、下单、购买、移除、藏匿、储存、使用、运输或以其他方式提供服务。一般许可证例外不适用于该禁令。

二、EAR 项下的特殊主体清单

（一）各类特殊主体清单简介

如上文介绍，EAR 中除了有基于物项和目的地的管制规则，也有基于最终用途和最终用户的管制规则。EAR 项下的各类特殊主体清单则是这些基于最终用户的管制规则的配套清单，这些清单主要包括实体清单（Entity List）²⁶、未经核实清单（Unverified List）²⁷、军事最终用户清单（Military End-user List）²⁸和被拒绝主体清单（Denied Persons List）²⁹。以下为各类特殊主体清单的简介，根据中国主体被列入各类特殊主体清单的情况，实践中对中国主体影响最大的应该是实体清单和未经核实清单。

¹⁹ 15 CFR 772.1 “Knowledge”。

²⁰ 15 CFR 736.2(b)(6)。

²¹ 15 CFR 736.2(b)(7)。

²² 15 CFR 772.1 “U.S. Person”。

²³ 15 CFR 736.2(b)(8)。

²⁴ 15 CFR 736.2(b)(9)。

²⁵ 15 CFR 736.2(b)(10)。

²⁶ Supplement No. 4 to Part 744, Title 15。

²⁷ Supplement No. 6 to Part 744, Title 15。

²⁸ Supplement No. 7 to Part 744, Title 15。

²⁹ <https://www.bis.doc.gov/index.php/recent-changes-to-the-denied-persons-list>。

清单名称	被列入清单的原因	中国主体被列入的情况
实体清单	有合理理由相信清单上的主体曾经参与、正在参与、有重大风险正在或即将参与有悖于美国国家安全或外交政策的行为 ³⁰ 。	截至 2023 年底，共计 800 家左右中国主体被列入，主要涉及军事、半导体、芯片等领域。
未经核实清单	清单上的主体未能通过最终用途核查（End-use Check）（作为执法措施之一，美国相关部门会选择性地对某些出口物项进行最终用途核查），从而 BIS 无法核实该等主体的善意（Bona Fides），即无法核实相关出口物项的最终用途和最终用户的合法性和可靠性 ³¹ 。	截至 2023 年底，共计 100 家左右中国主体被列入。
军事最终用户清单	向清单上的主体的出口存在被用于特定国家的“军事最终用途”或“军事最终用户”的不可接受的风险 ³² 。	截至 2023 年底，共计 60 余家中国主体被列入，主要涉及军事、航空航天、船舶、通信等领域。
被拒绝主体清单	清单上的主体为收到 BIS 签发的拒绝令（Denial Order）的主体。	被列入的中国主体较少。

（二）被列入各类特殊主体清单的后果

清单名称	被列入清单的后果
实体清单	<p>向清单上的主体出口受 EAR 管辖的物项需要遵守清单列明的适用于该主体的<u>许可证要求和许可证申请审查政策</u>（与 EAR 其他规则项下的许可证要求独立适用，即如果 EAR 其他规则也施加了许可证要求，则也同样需要遵守）。<u>除非清单列明了该主体适用的许可证例外，否则任何例外均不适用</u>³³。</p> <p>目前被列入实体清单的中国主体，其许可证要求基本为“适用于所有受 EAR 管辖的物项”，许可证申请审查政策基本为“推定拒绝（Presumption of Denial）”，且基本不适用许可证例外。推定拒绝政策要求出口商提供充分的证据证明该等出口不存在重大国家安全风险，否则许可证申请将被拒绝。也就是说，<u>在实践中基本很难向实体清单上的中国主体出口任何受 EAR 管辖的物项</u>。</p>
未经核实清单	与实体清单不同，BIS 并未对未经核实清单上的主体施加额外的许可证要求，只是施加了额外的负担。比如，向清单上的主体进行任何受 EAR 管辖但不适用许可证

³⁰ 15 CFR 744.11(b)。

³¹ 15 CFR 744.15(c)。

³² 15 CFR 744.21(b)。

³³ 15 CFR 744.11(b)。

清单名称	被列入清单的后果
	<p>要求的出口，必须从该等主体取得符合要求的声明（UVL Statement）³⁴；如果交易的一方（包括申请人及其代理人、购买方、中间收货人、最终收货人、最终用户）为清单上的主体，则 EAR 项下的任何许可证例外均不适用³⁵，即如果根据 EAR 的一般规则，相关交易适用许可证要求且有许可证例外，如果该交易的一方为清单上的主体，则任何许可证例外均不适用。</p> <p><u>虽然未经核实清单的限制没有实体清单严重，但未经核实清单上的主体也面临着被加入实体清单的风险。如果清单上的主体因所在国政府持续不合作而导致在其被加入清单后 60 日内仍未能完成最终用途核查的，则 BIS 将启动程序将该等主体加入实体清单³⁶。</u></p>
<p>军事最终用户清单</p>	<p>该清单是对缅甸、柬埔寨、中国及委内瑞拉的“军事最终用途”和“军事最终用户”管控措施的一部分。如果“知晓”受 EAR 管辖的某些物项³⁷将用于上述国家的“军事最终用途”或“军事最终用户”（对于不在该等国家境内的“军事最终用户”，以<u>军事最终用户清单上的实体为准</u>），<u>则未取得相应的许可证不得出口³⁸</u>（与 EAR 其他规则项下的许可证要求独立适用，即如果 EAR 其他规则也施加了许可证要求，则也同样需要遵守）。</p>
<p>被拒绝主体清单</p>	<p>拒绝令是对违反或可能违反 EAR 等出口管制规定的行政处罚以及保护性行政措施，<u>通过向相关主体签发拒绝令可以暂停或撤销向该主体发放出口许可证；拒绝或限制该主体出口或向该主体出口受 EAR 管辖的任何物项；以及限制可能使该主体从受 EAR 管辖的物项的出口中获益的交易³⁹。</u>任何人士均需要遵守拒绝令中的规定⁴⁰。因此，如果与清单上的主体进行交易，需要特别注意相关交易是否为该主体的拒绝令所禁止或限制，如是，则不得从事相关交易。</p>

（三）实体清单的脚注 4 实体

2020 年，BIS 首次通过对实体清单上部分主体标记脚注的方式，新增针对该等主体的外国直接产品规则，从而对该等主体施加更为严格的出口管制措施⁴¹。2022 年 10 月，BIS 新增“实体清单脚注 4 外国直接产品规则”⁴²，对实体清单上部分主体标记脚注 4（“**脚注 4 实体**”），并对属于 18 个 ECCN 项

³⁴ 15 CFR 744.15(b)。

³⁵ 15 CFR 740.2(a)(17)。

³⁶ <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3313-uvl-august-21-2023/file>。

³⁷ Supplement No. 2 to Part 744, Title 15。

³⁸ 15 CFR 744.21(a)(1)。

³⁹ 15 CFR 764.3(a)(2)。

⁴⁰ 15 CFR 764.2(k)。

⁴¹ 15 CFR 734.9(e)。

⁴² 15 CFR 734.9(e)(2)。

下软件和技术⁴³的外国直接产品向脚注 4 实体的出口实施更为严格的管制措施，以进一步限制脚注 4 实体获得该等物项。根据“实体清单脚注 4 外国直接产品规则”，只要“知晓”脚注 4 实体是相关外国直接产品的交易的一方（包括买方、中间收货人、最终收货人或最终用户），或相关外国直接产品将被包含在脚注 4 实体所生产、购买或下单的任何部件、组件或设备中，或被用在其开发或生产中，则相关外国直接产品的出口应取得许可证。截至 2023 年底，共有超过 50 家中国主体被标记为脚注 4 实体，主要涉及半导体、先进计算和人工智能领域。

三、美国出口管制的实务应对措施

（一）构建合规体系，监控合规风险

对于在运营过程中涉及受管制物项的中国企业而言，建议建立完善的出口管制合规体系，比如建立合规部门、制定合规手册和合规流程等。合规体系应能够筛查企业在运营过程中所涉及的受管制物项（包括原材料、设备、软件和技术等）、受管制最终用户以及对应的供应商和客户等，以判断相关物项具体的管制要求；如果涉及受管制物项，则要进一步筛查和建立相关物项的采购、销售和使用等各个环节的具体制度（包括相关物项的接触人员范围和最终用途等），以避免不合规地处理相关物项；在相关采购和销售等合同中纳入美国出口管制相关的陈述和保证、承诺以及赔偿等条款；也需要对相关物项的各个环节进行充分地记录和留档；此外，还要实时追踪美国出口管制规则以及各项特殊主体清单的更新，以监控合规风险。

（二）确保供应链稳定，寻求替代供应链

对于供应链已受到影响或可能受到影响的敏感行业（比如芯片和半导体、先进计算、人工智能等）的中国企业来说，确保供应链稳定和寻求替代供应链是重中之重。首先建议企业对自身的供应链进行全面尽调，并根据美国出口管制规则评估供应链的稳定性风险。对于高风险的供应链，应尽快和供应商联系并确认是否可能断供或受到其他限制。对于可能断供或受到其他限制的供应链，应尽快采取应对措施，包括调整采购、生产和销售方案，提前与客户进行沟通以避免违约风险，根据相关限制进行筛查并采取整改措施等等。同时积极扩展供应链，寻求低风险国家的替代供应链。

（三）利用法律程序寻求救济

对于已经被列入特殊主体清单的中国企业来说，应当充分利用相关法律程序寻求救济，包括但不限于向有关主管部门递交除名申请或者修改申请，通过司法救济向美国法院起诉有关主管部门，或争取临时通用许可证（Temporary General License）发放等等。就递交除名申请，以实体清单为例，被列入实体清单的中国企业可以向美国最终用户审查委员会（The End-user Review Committee，由美国商务部、国务院、国防部、能源部、财政部的代表共同组成）递交除名申请，经全体代表一致同意则可移除。实践中，近几年被列入实体清单的中国企业成功申请除名的案例不多，一般难度较大。

（四）投资于敏感行业时应关注美国出口管制风险

对于投资于敏感行业（比如芯片和半导体、先进计算、人工智能等）的投资人来说，则应关注被投企业的美国出口管制风险。在对被投资企业进行尽职调查时，应关注被投资企业在运营过程中是否涉及受管制的商品、软件或技术，特别是核心产品、设备、原材料、软件或技术等是否属于受管制的物项；如果

⁴³ 3D001, 3D991, 3E001, 3E002, 3E003, 3E991, 4D001, 4D993, 4D994, 4E001, 4E992, 4E993, 5D001, 5D002, 5D991, 5E001, 5E002, or 5E991。

属于受管制的物项，是否有其他替代供应商；核心产品的销售区域和客户，特别是主要客户是否受到美国出口管制的限制，比如禁运或被列入特殊主体清单等等。如果存在前述问题，在投资决策中则应进一步评估该等限制对于被投企业的业务发展是否有重大影响。此外，在交易文件层面，建议加入美国出口管制相关的陈述和保证、承诺以及赔偿等条款，或将重大的美国出口管制风险作为赎回触发事件。在投后管理中也建议对敏感行业的被投企业进行标记，实时追踪被投企业的美国出口管制风险，协助被投资企业评估供应链安全以及寻求供应链替代方案。

敬请注意，本文章中涉及境外的内容，系我们根据境外当地公开可查的法律法规、案例、文件、文章和报道，及我们的实践经验编写，不代表我们有资质就该等资料进行审查或者发表意见，本文章不构成我们的任何法律意见。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

李胜

电话： +86 10 8525 4691

Email: sheng.li@hankunlaw.com