

从中芯国际被制裁看美国对华出口管制与贸易制裁动向

作者：通力大合规业务组

2020年12月18日，美国商务部工业与安全局(Bureau of Industry and Security, “BIS”)将60家中国实体列入实体清单(“Entity List”)¹，其中包括中国芯片制造商中芯国际集成电路制造有限公司(SMIC，以下简称“中芯国际”)及其关联企业、中国科学器材有限公司(CNSIM)、大疆创新科技有限公司(DJI)等企业，以及北京理工大学、天津大学、南京航空航天大学等中国高校。

根据12月22日正式发布的联邦公报²，将中芯国际列入实体清单源于中国的军民融合政策，以及中芯国际与中国军工联合体相关实体之间活动的证据，目的是保护美国的国家安全。中芯国际被列入实体清单后，其获得美国受管制技术的能力将被削弱，出口商只有向美国政府申请许可证后才能继续向中芯国际出口受管制物项³。

以此次中芯国际被制裁为视角，本文回顾美国对中国军民融合政策在出口管制与贸易领域实施制裁的政策演进，厘清相关概念，以便于国内企业辨析风险。

1. 实体清单

“实体清单”的依据是《出口管理条例》(Export Administration Regulations, “EAR”), 属于美国商务部制定的出口管制法规，根据该法规的规定，对于有合理理由认为有关人员已经参与、正在参与、或有重大风险参与或涉及参与危害美国国家安全或外交政策利益的活动的人，以及代表这些人行事的人，BIS有权将其列入实体清单。通过实体清单规则，EAR实现了基于最终用户的一项出口管控措施，从而防止美国物项被用于可能危害美国国家安全或外交政策利益的活动。从历次实体清单新增的主体来看，实践中，BIS可能极大地扩展国家安全和外交政策利益的认定范围。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@linkslaw.com

¹ <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/2678-77-entity-list-additions/file>

² <https://www.federalregister.gov/documents/2020/12/22/2020-28031/addition-of-entities-to-the-entity-list-revision-of-entry-on-the-entity-list-and-removal-of-entities>

³ “物项”包括产品、技术和软件。

一旦某一实体或个人被列入实体清单，除非另有规定，向这些实体或个人出口、再出口、国内转让受管制物项需要向 BIS 申请许可证。实体清单中的不同实体和个人被列入清单的后果可能略有差异，具体体现在受管制物项和许可证审查政策两方面。“受管制物项”规定，向实体清单中的实体或个人出口、再出口、国内转让何种物项需要向 BIS 申请许可证。“许可证审查政策”则规定，BIS 在收到针对特定实体或个人的出口许可申请时，将采取何种审查政策。出口许可审查政策一般分为两种：“推定拒绝”(presumption of denial)，即 BIS 原则上拒绝批准出口许可申请；“个案审查”(case by case)，即 BIS 将根据交易的具体情形进行审查从而决定是否批准出口许可申请，BIS 审查的决定因素一般包括交易物项、交易目的地、进口方、交易的最终用户和最终用途、出口方的过往出口记录等。实体清单上中芯国际对应的许可证审查政策显示，对生产先进工艺制程(10 纳米及以下，包括极紫外光技术)半导体产品特别要求的物项的出口许可申请审查政策为“推定拒绝”，对于其他物项的审查政策则为“个案审查”。

某一实体被列入实体清单并不必然意味着该实体的关联方也被制裁，只有该实体的关联方在作为该实体的代理、前线或壳公司以促成被禁止的交易时，向该关联方出口、再出口、国内转让受管制物项才可能被认定为违反 EAR。这也是为什么 BIS 在将某些实体列入实体清单时可能将其部分而非全部关联方(affiliate)同时列入清单

关于实务中 BIS 对实体清单管控相关的其他常见问题，例如从实体清单中的实体或个人采购是否存在风险、如何判断受到 EAR 管辖的物项、向华为出口美国物项应特别注意的问题，详见我们之前发表的文章《美国对中国企业制裁措施综述及合规应对》。

2. 军事最终用户清单

EAR 同时还基于军事最终用途和军事最终用户进行出口管制。2020 年 4 月 28 日，BIS 颁布中国、俄罗斯与委内瑞拉“军事最终用途”、“军事最终用户”限制规则(“MEU 规则”)，对 EAR 第 744.21 节进行修订，加强对中国军事最终用户和最终用途的管制。军用最终用途原指将某一物项合并至被美国军火清单、瓦森纳协议军火清单以及 ECCN 尾数为“A018”和 ECCN“600 系列”所涵盖的物项中。MEU 规则生效后，支持或有助于前述物项的“操作、安装、维护、修理、大修、翻新、开发或生产”的行为均属于军事最终用途，如与军事物项相关的安装、检查或测试设备以及相关软件和技术。军事最终用户则指国家武装部队(陆军、海军、海军陆战队、空军或海岸警卫队)，国民警卫队和国家警察，政府情报或侦察组织，或任何为“军事最终用途”提供支持的个人或实体。

根据 MEU 规则，如果出口商有理由相信特定出口物项将被用于中国的军事最终用户或最终用途，出口商应当向 BIS 申请许可证。同时，如果 BIS 决定任何受到 EAR 管辖的物项的出口、再出口或国内转让存在“将其用于、或转用于“军事最终用途”或“军事最终用户”的不可接受的风险”，BIS 可能要求该等物项的出口、再出口或国内转让需要向 BIS 申请许可证。⁴BIS 可能以单独通知、在《联邦公报》公布 EAR 修订规则、在《联邦公报》另行公布通知的形式作出上述决定。

⁴ 见 EAR 第 744.21(b)节。

中芯国际此前曾于 10 月 4 日晚于港交所发布公告，称其受到美国出口管制限制。根据中芯国际披露的消息，其已知悉 BIS 已根据 EAR 第 744.21(b) 节向部分供应商发出信函，信函中称，对于向中芯国际出口的部分美国设备、配件及原料会受到美国出口管制规定的进一步限制，须事前申请出口许可证后，才能向中芯国际继续供货。BIS 发出信函的依据即 MEU 规则中的 EAR 第 744.21(b) 节。中芯国际此次被列入实体清单表明，BIS 对中芯国际采取了范围更广的管控措施——基于实体清单而非军事最终用户规则。

2020 年 12 月 22 日，BIS 称将发布第一批“军事最终用户清单” (Military End-User List, “MEU 清单”), 57 家中国实体和 45 家俄罗斯实体被列入该清单。⁵⁵正式公告将于 12 月 23 日发布。⁵⁶此后，除受制于 EAR 《商品管制清单》 (Commerce Control List) 中的物项管控要求以外，向 MEU 清单中的实体出口、再出口或国内转让 EAR 第 744 节附件 2 中的物项⁷时，需要向 BIS 申请许可证。MEU 清单的制定依据同样为 EAR 第 744.21(b) 节。不同于实体清单，该清单的管控理由为相关交易涉及“军事最终用途”或“军事最终用户”。需要注意的是，MEU 清单并非一份详尽清单，未被列入清单的实体并非不受“军事最终用户”和“军事最终用途”的约束，出口企业仍需做好尽职调查，注意交易中是否存在“危险信号”，以判断物项是否出口到军事最终用户或用于军事最终用途。从 MEU 清单来看，BIS 重点关注与航空航天、通信、电子设备、科研设备、精密仪器等高科技行业相关的实体。

3. 中共涉军清单

除出口管制外，美国还通过其他贸易制裁措施对中国军民融合政策进行打击。2020 年 12 月 3 日，美国国防部公布，根据《1999 财政年度国防授权法》 (National Defense Authorization Act, 后于 2011 年和 2015 年被修订) 第 1237 条的规定，中芯国际、中国建设科技集团(CCTC)、中国国际工程咨询公司 (CIECC)、中海油(CNOOC) 被认定为所谓“中共涉军企业”(Communist Chinese military companies)⁸，此举的目的是反对中国的军民融合发展战略。此前，美国国防部分别于 2020 年 6 月 24 日及 8 月 28 日将共计 31 家企业列入了“中共涉军企业”清单，涵盖航空、通讯、运输、电子、核能、化工等领域。美国国防部称，“中共涉军企业”清单将会持续更新，还称其决心打击中国的军民融合发展战略，以遏制中国通过军民融合发展战略获得美国先进的技术和专业知识。

关于对“中共涉军企业”的制裁之具体措施，可从特朗普于 11 月 12 日签署的行政命令⁹(以下简称“行政令”)管窥一斑。该行政令禁止美国主体购买“中共涉军企业”公开发行的证券、衍生证券等金融产品，禁止的交易范围并不限于“中共涉军企业”在美国证券市场上发行的证券相关交易，亦包括“中共涉军企业”在其他国家证券市场公开发行的证券、衍生证券等金融产品。并且，行政令中的“证券”不仅包

⁵⁵ <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2020/12/commerce-department-will-publish-first-military-end-user-list-naming>

⁵⁶ <https://www.federalregister.gov/public-inspection/2020-28052/addition-of-military-end-user-list-to-the-export-administration-regulations-and-addition-of-entities>

⁷ EAR 第 744 节附件 2 包括类别为“材料加工”、“电子”、“通信”、“信息安全”、“传感器和激光”、“推进器”等 17 类 40 余种受管制物项。

⁸ <https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2434513/dod-releases-list-of-additional-companies-in-accordance-with-section-1237-of-fy/>

⁹ <https://www.federalregister.gov/documents/2020/11/17/2020-25459/addressing-the-threat-from-securities-investments-that-finance-communist-chinese-military-companies>

含美国 1934 年《证券交易法》定义的“证券”，还包括货币或承兑期在 9 个月内的任何票据、汇票或银行承兑汇票。

被列入“中共涉军企业”清单的中国移动、中国电信及中国联通均在美国发行了存托凭证，中国铁道建筑集团有限公司也在美国场外交易市场发行存托凭证；中国移动有限公司的股票同时在纽约和香港上市；中芯国际的股票在香港上市。受到行政令管辖的“中共涉军企业”在公开交易市场的证券市值可能会受到行政令的较大影响，甚至可能面临强制退市风险。尽管行政令将于 2021 年 1 月 11 日才生效，一些受到行政令管辖制裁的企业发行的股票和债券已经遭遇抛售，例如中国化工集团公司发行的债券价格已经出现了下跌。¹⁰纳斯达克指数亦发表声明，称将从其指数中移除包括中芯国际在内的四家中国公司。¹¹

4. 总结

美国政府近期对华政策频出，表明中美在技术、贸易和外交政策方面的紧张局势不断升级，“军民融合”似乎成为美国出口管制和贸易制裁的核心关注和焦点问题，中国企业须高度关注相关风险，对公司业务所涉物项及客户进行梳理，若涉及受到 EAR 管辖的军事物项或可能被美国认定为军事用户的客户，则应特别注意遵守美国出口管制等相关法规，避免触发美国制裁措施。正值美国政府更替之际，川普政府变本加厉的政策是“最后的疯狂”，抑或拜登政府将延续对华遏制政策？我们将继续紧密关注并提供及时分析建议。

¹⁰ <https://www.wsj.com/articles/trumps-china-blacklist-sparks-reviews-at-index-compilers-11606123352>

¹¹ <https://www.nasdaq.com/articles/nasdaq-to-remove-four-chinese-companies-shares-from-indexes-after-u.s.-order-2020-12-11>

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com



杨迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020