

美国再次升级对华为的出口管制：ICT 供应链的困扰与应对思路

- 1、 “产品的生产线长且复杂，我们怎么可能那么深入地了解客户和供应商的供应链和设计链？”
- 2、 “在半导体行业，产品极少是完全由单一实体生产或开发的。生产或开发产品时，会发生大量的共同开发和技术融合。那么根据 5 月 15 日规则，这种不是全部由华为开发或者生产的产品是否属于‘直接产品’呢？”

这两个问题是整个 ICT 行业涉及华为供应链厂商的核心问题。不仅是中国和其他国家供应商，美系供应商同样面临这样的困扰。美国商务部的规则并不是那么明确，出于定向打击和围追堵截华为的目的而修改规则，给整个供应链厂商的出口管制合规带来极大的难度。我们在解读新规的同时，从供应链厂商的角度，提出一些问题和思路，供业界思考。

一、新旧规则对比：扩大针对华为实体的“直接产品原则(Direct Product Rule)”

2020 年 5 月 15 日，美国商务部产业与安全局 (Bureau of Industry and Security, 以下简称“BIS”) 修改《出口管制条例》(Export Administration Regulations, 以下简称“EAR”) 下的“直接产品原则(Direct Product Rule)”针对华为的适用情形，进一步扩大限制华为获得来源于美国境外的利用美

国 16 项特定技术和软件生产的特定产品 (以下简称“515 规则”)。如我们在 2020 年 5 月 18 日君合法评《美国出口管制限制升级：定向扩大直接产品原则适用范围》¹中指出的，515 规则是定向的战略性限制，以期阻断其获得来源于美国境外的利用美国特定技术和软件生产的具有战略意义的产品，不涉及不依赖美国特定技术和软件的外国产品，不涉及非华为定制的外国产品。

由于 515 规则不限制“非华为定制的外国产品”，诸多厂商得以继续向华为供应行业通用标准产品。美国商务部认为这是个漏洞。此前我们以为是美国商务部有意为之，以便让美系海外厂商可以继续供应技术成熟但又不涉及 5G 的产品，获得商业最大化利益。美国半导体行业组织 SEMI 近日也就此专门指出，“Revenue from global sales is a major source of U.S. research and development (R&D) funding in these technologies; lost global revenue will lead to a decrease in R&D, undermining U.S. semiconductor innovation and thereby harming national security”²。

为堵上这个漏洞，美国商务部在 2020 年 8 月 17 日，再次修改了针对华为的“直接产品原则”³ (以下简称“817 新规”)。相关限制从 515 规则主要针对华为定制产品，扩展到了通用产品。本次新规，不仅进一步限制华为获得半导体相关产品，也将更大范围地限制华为供应链上游企业与其的合作。

¹ <http://www.junhe.com/legal-updates/1207>

² <https://www.semi.org/en/news-media-press/semi-press-releases/semi-export-control>

³ <https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/20/2020-18213/addition-of-huawei-non-us-affiliates-to-the-entity-list-the-removal-of-temporary-general-license-and>

新旧规定对比如下：

515 规则	817 新规
<p>You may not reexport, export from abroad, or transfer (in-country) without a license or license exception any foreign-produced item specified in paragraph (a) or (b) of this footnote when there is “knowledge” that the foreign-produced item is destined to any entity with a footnote 1 designation...</p>	<p>You may not reexport, export from abroad, or transfer (in-country) without a license or license exception any foreign-produced item specified in paragraph (a) or (b) of this footnote when there is “knowledge” that:</p> <p><u>(1) The foreign-produced item will be incorporated into, or will be used in the “production” or “development” of any “part,” “component,” or “equipment” produced, purchased, or ordered by any entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of this supplement; or</u></p> <p><u>(2) Any entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of this supplement is a party to any transaction involving the foreign-produced item, e.g., as a “purchaser,” “intermediate consignee,” “ultimate consignee,” or “end-user.”</u></p>
<p>(a) Direct product of “technology” or “software” subject to the EAR and specified in certain Category 3, 4 or 5 ECCNs. The foreign-produced item is produced or developed by any entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of this Supplement and is a direct product of “technology” or “software” subject to the EAR and specified in Export Control Classification Number (ECCN) ...[16 ECCNs 略].</p>	<p>(a) <i>Direct product of “technology” or “software” subject to the EAR and specified in certain Category 3, 4 or 5 ECCNs. The foreign-produced item is a <u>direct product of “technology” or “software” subject to the EAR and specified in Export Control Classification Number (ECCN) ...[16 ECCNs 略].</u></i></p>
<p>(b) Direct product of a plant or major component of a plant. The foreign-produced item is: (1) Produced by any plant or major component of a plant that is located outside the United States, when the plant or major component of a plant itself is a direct product of U.S.-origin “technology” or “software” that is specified in Export Control Classification Number (ECCN) ...[16 ECCNs 略]; and (2) A direct product of “software” or “technology” produced or developed by an entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of the Entity List.</p>	<p>(b) <i>Direct product of a plant or major component of a plant. The foreign-produced item is produced by any plant or major component of a plant that is located outside the United States, when the plant or major component of a plant, <u>whether made in the U.S. or a foreign country,</u> itself is a direct product of U.S.-origin “technology” or “software” subject to the EAR that is specified in ECCN... [16 ECCNs 略].</i></p> <p><i>Notes to paragraph (b) of footnote 1:</i></p> <p><i>(1) A major component of a plant located outside the United States means equipment that is essential to the “production” of an item, including testing equipment.</i></p> <p><i>(2) A foreign-produced item includes any foreign-produced</i></p>

1、扩大针对华为实体的“直接产品原则”适用条件

本次 BIS 在针对华为实体的“直接产品原则”适用条件上进行了修改，修改了 515 规则中“知悉外国制造的产品将提供给[华为实体](When there is “knowledge” that the foreign-produced item is destined to [Huawei])”的适用前提，取而代之的是两项适用范围更广的条件：

- 知悉外国制造的产品将会被并入，或将会被用于生产或开发任何[华为]所生产、购买、订购的任何零件、部件及设备 (when there is “knowledge” that the foreign-produced item will be incorporated into, or will be used in the “production” or “development” of any “part,” “component,” or “equipment” produced, purchased, or ordered by any entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of this supplement); 或者
- 知悉外国制造的产品的交易涉及[华为]，例如[华为]是该产品的购买者、中间收货人、最终收货人或最终用户的情形 (when there is “knowledge” that any entity with a footnote 1 designation in the license requirement column of this supplement is a party to any transaction involving the foreign-produced item, e.g., as a “purchaser,” “intermediate consignee,” “ultimate consignee,” or “end-user”).

“知悉 (knowledge)” 的范围

817 新规极大地扩展了知悉的情形。515 规则的条件是“出口商是否知悉该外国直接产品将提供

给(destined to)[华为]”，由于该规则是针对[华为]定制产品，所以对于供应链厂商而言，无论是在前端还是在后端，判断是否 destined to [华为]，争议不大。但是落到新规覆盖的通用产品，则有很大争论。因此，817 新规明确了适用情形：情形一，只要知悉[华为]是交易一方(a party to any transaction); 或者情形二，只要知悉产品将会被并入，或将会被用于生产或开发任何[华为]所生产、购买、订购的任何零件、部件及设备。

对情形一的判断相对容易。但对情形二，则极为困难，有很大争议。ICT 行业产品设计和生产链非常长而且复杂，特别是对于处于供应链前端的厂商而言，在通用产品的情况下，要求前端厂商对整个供应链及设计链中涉及的实体进行尽职调查，实践中并不容易，或者不现实。具体交易中，厂商的尽职调查义务到何种程度才是足够，需要结合具体情况判断，比如：(1)在本次交易中已获得的信息；(2)各方在供应链的位置；(3)与下游客户交易的历史；(4)从历史交易中已获悉的信息；(5)行业惯例；(6)参考 BIS 关于“知悉”的定义。

如何判断“知悉(knowledge)”

BIS 同时强调企业应根据 EAR 中的“知悉 (knowledge)”定义和 BIS *Know Your Customer* guidance 来确定尽职调查范围。

根据 EAR 的定义，对情况的“知悉”不仅包括关于该情况存在或基本上确定会发生的肯定性知悉，而且还包括意识到该情况很有可能存在或未来发生的可能性很高。这种意识可从有意识地无视某人已知事实的证据中推断出，也可从某人故意回避事实推断出 (Knowledge of a circumstance (the term may be a variant, such as “know,” “reason to know,” or

“reason to believe”) includes not only positive knowledge that the circumstance exists or is substantially certain to occur, but also an awareness of a high probability of its existence or future occurrence. Such awareness is inferred from evidence of the conscious disregard of facts known to a person and is also inferred from a person's willful avoidance of facts.)。

BIS *Know Your Customer* guidance 则从出口商是否及时对高风险事项 (Red Flags) 进行尽职调查, 是否故意无视 (self-blind) 高风险事项, 尽职调查后仍出现的高风险事项是否可被合理解释等方面, 来综合判断出口商是否知悉相关交易可能会违反 EAR。

2、扩大落入“直接产品原则”的外国产品范围

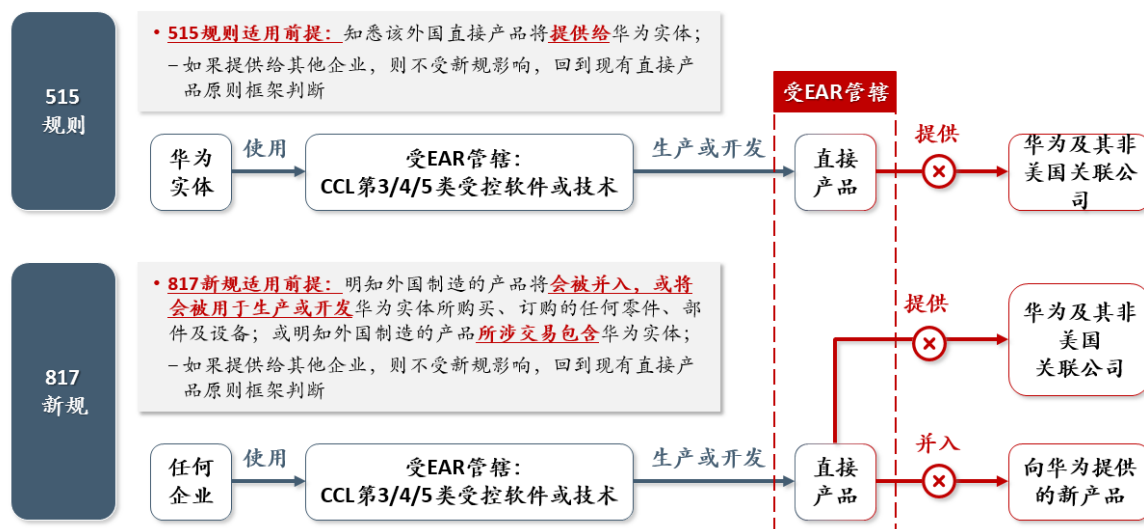
在 515 规则中, 外国产品的范围主要包括两方面的物项, a 款情形: 华为利用特定软件/技术生产

或开发的外国直接产品; b 款情形: 由属于特定美国软件或技术的直接产品的海外工厂或主要设备生产的外国产品, 并且属于[华为]生产或开发 (produced or developed) 的软件或技术的直接产品。如果外国厂商在美国境外生产的直接产品并非依据华为提供的设计所生产的定制产品, 例如行业标准产品, 仍有可能不会落入第二类产品的范围, 从而可以继续供应华为。

此次新规扩大了外国产品的适用范围, 不再以华为生产或定制为条件。外国产品符合以下两种情况即被认定为“直接产品”:

- a 款情形: 该外国产品是基于 EAR 管辖 的且落入特定 16 个 ECCN 编码的“技术”或“软件” (请注意不限于美国原产的技术和软件) 而生产的直接产品。新规实行后, 515 规则中不受控的非华为定制的产品 (包括通用芯片等), 也将无法向华为提供。

a. 款情形:



(图一: 利用特定软件/技术生产或开发的外国直接产品)

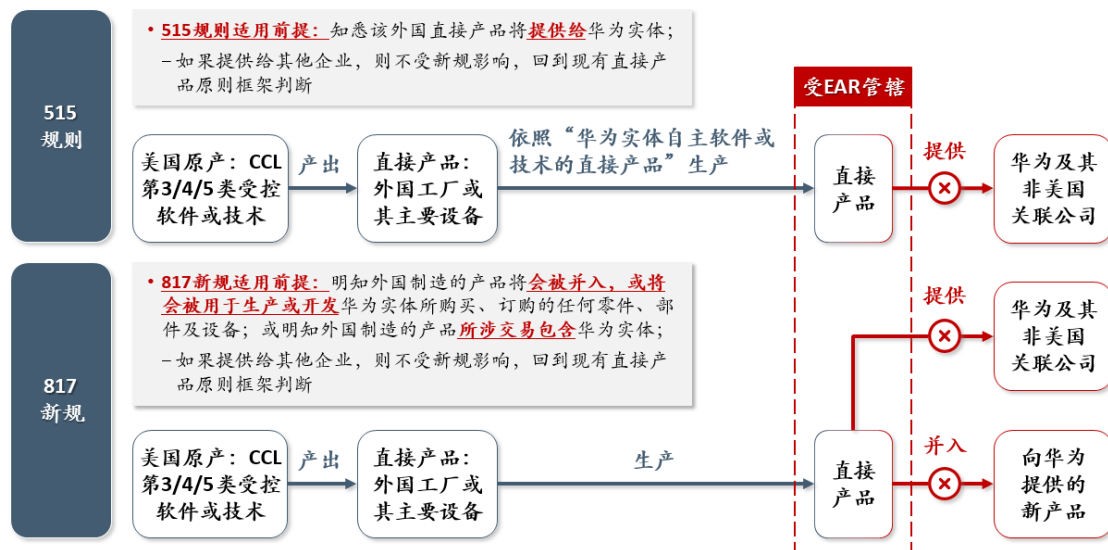
- b 款情形: 该外国产品为美国以外的工厂或主要设备生产的直接产品, 且该工厂或主要设备,

无论是在美国国内或美国以外的地区制造, 为基于特定 16 个 ECCN 项下的美国原产技术或

软件制造的直接产品。新规取消了“华为定制”的限制条件，使得利用海外工厂生产的“标准”

产品也被纳入管辖范围内。

b款情形:



(图二：由海外工厂或主要设备生产的产品)

何为“直接产品(direct product)”

请注意前述 a 款和 b 款两种情形都针对落入 EAR 管辖的技术或设备的“直接产品”。EAR 没有对“直接产品”有过定义。我们在此提出一个问题，假设在有相关 Knowledge 的情况下，某项受 EAR 管辖的直接产品的直接产品是否受此新规的影响？例如，利用美国原产 EDA 软件(3D991)设计的外国图纸(3E991, subject to EAR)，利用这个属于 EAR 管辖的外国图纸生产的外国芯片属于新规的“直接产品”，这个并无异议；接下来，用这个外国芯片进一步做成板卡（假设生产设备不受 EAR 管辖），这个板卡会不会落入此新规的管辖范围？我们认为答案并不明确。

3、新增针对华为实体的许可证审查政策 – 对非 5G 产品不是一概推定拒绝，可能通过

对于华为实体，在许可证的审查方面适用实体

清单本身对其的要求（即通常情况均为“推定拒绝”标准），但对用于支持低于 5G 级别（例如 4G，3G 等）电信系统、设备、器件“开发”或“生产”的外国产品的许可申请将得到审核，许可证的审查政策为“个案审查”。“个案审查”时将考虑项目中技术的复杂性和功能。这个例外应该是 BIS 考虑到美系厂商的商业利益，以便让美系海外厂商可以继续供应技术成熟但又不涉及 5G 的产品，获得商业最大化利益。

二、新规的其他问题

1、排除某些与“标准开发”有关的技术

BIS 在修订 Entity List 时增补了华为的 38 个关联企业进入实体清单。同时，将提供给“标准组织 (standards organization)”用于“标准开发”目的的 EAR99 类或仅受反恐原因 (Anti-terrorism, AT control)管辖的技术，排除在需要许可证的范围外。

换言之，此类技术可以披露给华为。上述排除针对所有被列入实体清单的华为系公司。

2、取消临时通用许可证，新增与网络安全研究和漏洞披露有关的长期性许可政策

此外，此次公告取消了针对华为实体的临时通用许可证，2020年8月17日立即生效。此临时通用许可证于2019年5月20日生效⁴，并于2019年8月19日及2020年5月15日获得延期。该临时通用许可证规定，对于2019年5月16日之前已经完成的销售，授权华为购买美国受控物项以维护和支持现有和当前全面运行的网络和设备（包括软件更新和补丁）。此次临时通用许可证取消后，任何公司不得再依据此许可证向华为提供受EAR管制的物项。

同时，为了防止取消临时通用许可证对美国企业本身造成的影响，BIS同时宣布新增一项与网络安全研究和漏洞披露（Cybersecurity research and vulnerability disclosure）有关的长期性许可政策，以确保美国公司和消费者使用现有华为设备的网络安全。根据该政策，向华为提供与“为维持现有全面运行网络（fully operational network）及设备的完整、可靠而进行的网络安全研究”有关的信息，且该信息仅限于华为及其关联方拥有、持有或控制的物项存在的安全漏洞的信息（information regarding security vulnerabilities in items），该类出口行为不受实体清单中“许可证政策”的限制。“全面运行网络”是指除了华为和/或其非美国关联企业之外的，向“第三方”客户提供服务的“第三方”网络，例如电信服务提供商。

3、新规宽限期(Saving Clause)

此次新规设置了两类不同的保留条款，针对不同规定给出了不同的宽限期间。

- 对于“直接产品原则”中利用特定软件/技术生产或开发的外国直接产品（上述a款情形）：规则立即生效。根据实际订单情况，在规则提交公众审阅之日（2020年8月17日）前产品已经在途的交易可以继续；
- 针对由海外工厂或主要设备生产的产品（上述b款情形）：对于提交公众审阅之日（2020年8月17日）之前开始“生产”（started “production”）的产品，且在当地时间2020年9月14日当天或之前出口、再出口或在国内转移的交易可以继续。我们注意到，该条规定并未要求该外国产品是基于实际订单而正在进行生产状态的，换言之，2020年8月17日之前开始的无订单生产的也符合此宽限条件。

三、对中国企业及供应链的建议和预警

- 1、此次新规对供应链各家厂商的尽职调查提出了极为挑战的高要求，处于供应链的不同位置面临不同程度的要求。各厂商应切实根据实际情况确定相关尽职调查的范围和程度，谨慎把握“合理”和“足够”的尺度；并且应注意相关尽职调查过程以及排查 red flags 的文件记录证明。
- 2、“直接产品原则”是EAR中最难把握的一个

⁴ <https://www.federalregister.gov/documents/2019/05/22/2019-10829/temporary-general-license>

原则，各厂商应注意准确理解。是否需要持续穿透到下游产品，应结合实际情况判断。

3、规则本身仍有相当大的不确定，各厂商应注意美国政府在解释规则和执法上的自由裁量权，谨慎行事，并且做好合规以及应对调查的预案。

汤伟洋 合伙人 电话：86 21 2208 6373 邮箱地址：tangwy@junhe.com
赵迪 律师 电话：86 21 2283 8253 邮箱地址：zhaod@junhe.com
刘润雨 电话：86 21 2283 8247 邮箱地址：liury@junhe.com
王丝雨 律师 电话：86 21 2208 8266 邮箱地址：wangsy@junhe.com
李紫萱 电话：86 21 2283 8371 邮箱地址：lizx@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。



