

君合专题研究报告



2017年4月5日

全球贸易中无法回避的问题：美国出口管制

2016年年初，美国政府部门BIS将一家中国企业列入其受监管名单（Entity List）。历时一年，该企业最终与美国政府达成和解，同意缴纳罚金并承诺做出后续整改，得以从前述名单中移除。这起案件一时间吸引了各界的关注。我们希望广泛参与全球贸易活动的众多中国企业能藉此获得充分警示。中国企业应当正视美国出口管制这一无法回避的问题，掌握基本知识，并建立合规体系，以避免因不合规而承担被列入限制名单和巨额罚金等不利后果。

一 什么是美国经济制裁与出口管制

1. 美国经济制裁

美国政府通常因外交、人道主义和国家安全等原因对特定国家实施经济制裁，通过在金融、商业等方面设定种种限制，除食品和药品等人道主义救援物品外，几乎所有与受制裁国家直接或间接发生的交易均被视为对美国经济制裁的违反。

2. 美国出口管制

出口管制作为美国政府针对特定国家实施经济制裁¹的手段之一，是指OFAC、BIS和DOJ²等美

国政府部门出于国家安全、反恐以及高新技术保护等目的，限制或禁止向某些特定目的地出口含有美国成分产品的制度。

在一起近期发生的案例中，一家中国企业在间接向受到美国经济制裁的国家伊朗出口含有美国成分的电信通信产品后，被认定为违反了美国《伊朗贸易制裁规则》（Iranian Transactions and Sanctions Regulations，下称“ITSR”）和《美国出口管制规则》（Export Administration Regulations，下称“EAR”）。最终，该企业以同意支付罚金为代价，获得了与美国政府的和解，并在和解协议中承诺将在公司内部建立符合美国要求的贸易合规审查体系。也就是说，获得和解的成本除谈判过程支出的各项费用和罚金外，还包括高额的第三方监管成本。

除经济损失外，违反美国出口管制规则还可能导致个人直接承担责任。在某涉及中国公司的案件中，某美国公司及其中国全资子公司将美国境内生产的用于核电站的涂料通过中国向巴基斯坦转出口，BIS做出罚款和没收违法所得的处罚后，还对该美国公司销售主管个人处以500,000美元的罚金，对中国公司董事处以250,000美元的罚金，该董事

¹ 美国政府实施经济制裁依据的主要法律是1977年生效的《国际性紧急状态下经济权利法案》（the International Emergency Economic Powers Act，即IEEPA）。

² OFAC即财政部海外资产控制办公室（the US Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control）、BIS即美国商务部工

业与安全局（the US Department of Commerce's Bureau of Industry and Security）和DOJ即美国司法部（the US Department of Justice）。

还被列入 BIS Denied Persons List，即任何美国实体不得与其进行交易。³

二 中国企业受美国出口管制的管辖合理吗

美国出口管制的适用规则众多，但无论是 IEEPA、EAR 还是 ITSR，其性质均为美国国会制定的国内法。在贸易活动这一纯粹的商事领域，强制性地对国外实体适用国内法，是否具有合理性？美国法和中国法对此的规定都比较模糊，而实践中的处罚案例，多为涉案企业权衡利弊后的妥协。

就美国法的规定而言，IEEPA-1705 条款规定，从事 IEEPA 项下违法行为的“person”将受到不超过违法交易所涉金额两倍的罚款。但是，IEEPA 并未明确其项下“person”应包括其他国家的实体。OFAC 在其与某中国企业签订的和解协议中也未就适用 IEEPA 的原因作出进一步的解释。

尽管各国政府均极力反对美国用国内法对其他国家企业实施制裁，欧盟甚至通过立法明确其立场⁴。实践中，由于美国政府会将涉嫌违反出口管制规则的非 US Persons 列入受监管名单，这些企业的贸易活动往往受到较大影响。当企业被列入 BIS Entity List，则任何有意与其就特定产品进行直接或间接出口贸易的 US Persons 均需获得 BIS 依申请逐案颁发的许可（BIS License），否则不得进行任何贸易活动。

目前，中国企业在通信、电子、医疗以及航空等领域中，仍很大程度上地依赖美国供应商对某些关键材料、部件及技术的提供，一旦被列入 BIS Entity List，将极大增加企业的贸易成本，甚至可能在获得 BIS License 前不得不完全停止其生产经营活动。因

此，与美国政府的和解成为较为现实的选择。

可见，美国出口管制相关的合规要求是参与全球贸易的任何一家中国企业都无法忽视和规避的问题。

三 中国企业在什么情况下会受到美国出口管制规则的影响

既然中国企业难以主张不受美国出口管制规则的管辖，并将承担极为严重的不利后果，我们建议中国企业在开展贸易活动时，首先从以下几个方面把握其是否会受到美国出口管制规则的影响：

1. 企业性质

美国出口管制规则直接管辖的是所有的“US Persons”，即

- 任何美国公民；
- 非美籍的美国永久居民；
- 根据美国法设立的任何组织形式的实体；
- 美国实体在美国以外的分支机构；
- 身处美国的任何个人、分支机构、代表处或办事处。

也就是说，如果一家中国企业已经设立了美国子公司，或在美国开设分公司、代表处或任何形式的分支机构，都将被视为 US Persons 而直接受制于美国出口管制规则。

2. 产品来源

根据 EAR 的规定，除直接来源于美国的物品外，下列产品同样视为“源自美国”：

³ Section 6.8(d), Handbook of Export Controls & Economic Sanctions, by Kay C. Georgi and Paul M. Lalonde

⁴ 欧盟以美国经济制裁法案违反了国际法为由，于 1996 年通过了

EU Blocking Regulation（欧盟 2271 号条例），明确反对其他国家国内立法在欧盟的域外效力，并规定任何欧盟的公民或实体因适用美国经济制裁法案而遭受损失的，有权要求获得赔偿。

- 出口前位于美国境内的产品；
- 外国制造但含有 25%以上美国成分的产品（如销往伊朗、朝鲜等国，则为 10%）；
- 外国制造但是源自美国的技术的产品。

3. 产品种类和出口目的地

关于某类产品是否受限于美国出口管制规则，需结合 EAR 项下的《商业限制清单》（Commerce Control List，下称“CCL”）及 EAR-Part738 中的《商业国家表格》（Commerce Country Chart，下称“CCC”）进行判断，即根据 CCL 确认的产品受限原因，对照 CCC 中关于拟出口国在该原因项下的规定，确定是否允许将该产品向该国出口。而就 CCC 中列明的美国经济制裁对象而言，包括伊朗、朝鲜、古巴、塞尔维亚和俄罗斯等国，则受到更为严格的限制。以朝鲜为例，除食品和药品外，任何美国产品均不得向该国进行出口。

CCL 按照一定规则赋予其项下物品出口管制分类编码（Export Control Classification Number，下称“ECCN”）。CCC 按受限原因（如国家安全、防止核扩散、反恐、生化武器、导弹技术等），对世界各个国家的受限出口产品类别分别做出了规定。例如，除加拿大外，不得对任何国家出口因“国家安全”和“导弹技术”原因受限的产品。

以向伊朗出口编码为 ECCN3B001 的产品为例，3B 代表电子类产品，001 表明其受限原因为国家安全，即拟向伊朗出口编号为 ECCN3B001 的半导体产品及材料时，因 CCC 规定不得向伊朗出口任何与国家安全相关的受限产品，则可以确认擅自向伊朗出口 ECCN3B001 将违反美国出口管制规则。

CCL 中包括一系列编号为 EAR99 的物品，涉及的产品种类包括核材料、化学产品、材料处理类、

电子产品、计算机、通信和信息安全产品、传感器和激光产品、导航和航电产品、船用产品以及推进系统、航空产品等。EAR99 物品虽不具有 ECCN 编码，但同样受到广泛的出口限制

4. 交易对象

OFAC 会不定期更新其特别指定国家和被封锁人员清单（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List，下称“SND List”）。截至目前，已有超过 20,000 个企业或个人被列入该清单。关注 SND List 将有助于了解谁是“危险”的交易对象。

如果交易对象列明于 SND List，其所有财产及财产权益均应被美国政府冻结，而财产和财产权益的范围是非常广泛的，甚至包括列入者的应付账款。

与列入 SND List 者的交易将面临极大的不便利。所有 US Persons 均被禁止与任何 SND List 中列明的企业或个人进行交易，而该等禁止的范围也可以称得上是事无巨细的，例如，如果某提单项下货物是由列入者拥有的船只装载的，则 US Persons 将不得执行该提单。

四 中国企业应建立全面合规体系

美国目前尚处于国际贸易活动中的强势地位，加之美元作为通用结算货币和美资金融机构对国际贸易活动的深度参与，我们建议中国企业应充分准备、积极应对，降低自己的合规风险，避免承受不利后果。

1、正视合规要求，避免因“规避”遭受处罚

中国企业应该正视出口管制的合规要求。所谓“合法”规避，本身就是危险的。美国出口管制规则本身存在很多不明确的地方，美国政府在解释和适用相关规则时又存在很大的自由裁量权。如果发现通过各种手段对出口管制进行规避，很有可能

被认定为对出口管制规则的故意违反，由此可能被适用最高限的处罚。我们建议企业在出口管制问题上，不要忽视任何可能的信号，一旦对是否合规存在任何疑问，应及时寻求专业建议。

2、在贸易活动中进行自我检视

在开展全球贸易活动时，无论中国企业是否构成 US Persons，均应根据上文第三节内容，对交易相对方、交易产品的种类和出口目的地等内容进行审慎调查，尽量避免参与任何可能构成违反美国出口管制规则的贸易活动。

- 审查产品：了解产品的所有材料及技术来源，评估其是否属于被出口管制的产品；
- 审查交易全流程：对每个环节的当事方、最终用户、交易方式等进行审查，以确保该交易出口管制合规。

3、发现违规行为时

如果注意到任何可能违反美国出口管制规则的贸易活动，应该立即停止相关贸易活动，例如，通知承运人暂停运输。

如初步调查未能完全排除违规可能性，应立即开展内部调查，并注意保留所有相关的证据。初期的内部调查可以由企业内部法律顾问或合规顾问负责，因为他们通常对公司的人事、管理、产品、商业安排有着较深的理解。但是，一旦在调查中发现事件所涉人员较广、尤其是可能涉及管理层时，我们建议，企业应尽早寻求外部专业顾问的意见，并由外部顾问主导调查活动。一方面，使用外部顾问进行调查能够更好的做到企业内部的信息保密，降低调查活动对正常商业活动的影响；另一方面，与 FCPA 调查类似，外部顾问的调查结果更具有独立性，而这将有利于政府主管机关采信企业的调查

结果。

如果内部调查后确定企业参与的交易活动违反美国出口管制规则，企业应慎重考虑主动向监管机关披露，而众多案例的处罚结果显示，主动披露是企业获得较轻处罚的重要原因之一。

4、在与全球贸易相关的跨境投资活动中的注意事项

如果中国企业计划通过跨境并购扩展海外市场、开展投资活动，同样需要关注目标公司在 EAR、IEEPA 等方面的合规性，尤其是对意图通过并购获得敏感技术及产品的交易，我们建议企业提前确认实现该商业目标是否会构成违反美国出口管制规则。

尽职调查阶段，除一般并购交易的常见尽职调查内容外，中国企业应对目标公司在美国出口管制方面的合规性进行审查。如目标公司通过合规性审查，可以要求其将未违反美国出口管制规则作为陈述与保证的内容之一；如果目标公司在合规审查中暴露出问题，中国企业应及时调整交易对价甚至终止交易以避免遭受不必要的损失。

交易交割阶段，如果目标公司的业务具有相对较高的违规风险，如生产或销售军民两用技术及物品的企业，中国企业可以考虑将目标公司在过渡期内发生违反美国出口控制规则作为重大不利影响事件，以更好的保护收购方利益。

五 结语

美国出口管制，乃至其他国家的出口管制，是任何一家从事国际贸易和投资的企业不应忽视和回避的问题。相关规则的复杂程度超乎想象，同时有存在诸多不确定性，因此，给予执法机构很大的裁量权。

纵观几乎所有的案例，我们不难观察到，所谓“合法”规避很难真正奏效，反而是精心设计的规避方案最终成为判定情节恶劣的根据。同时，在当今时代，任何活动，包括各种形式的沟通，都会留下痕迹。很多案例往往最初也只是交易方式略显异样，经过抽丝剥茧的调查，而最终发现关键性证据。

合规虽然可能暂时性的提高成本，甚至丧失部分业务机会，但最终确实避免了高额罚单。我们真诚地希望中国企业能提高美国出口管制的合规意识，正视合规要求，在内部合规体系和外部专业顾问的共同努力下，为企业的全球贸易之路保驾护航。

注明：原文首发于 LexisNexis 《中国法律透视》

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 2208 6077	邮箱地址：zhaod@junhe.com
刘玲聿	律师	电话：86 21 2208 6184	邮箱地址：liuly@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”。

