



---

# 2022 贸易管制与制裁 ——热点问题解读及 实务风险应对

---

金杜律师事务所  
KING&WOOD  
MALLESONS

# 2022 贸易管制与 制裁 ——热点问题解读 及实务风险应对

## 声明：

本出版物由金杜律师事务所和金杜法律研究院联合出版，不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见。任何仅仅依照本出版物的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

本出版物中，凡提及“香港”、“澳门”、“台湾”，将分别被诠释为“中国香港特别行政区”、“中国澳门特别行政区”、“中国台湾地区”。

## 版权声明：

© 金杜律师事务所2022年版权所有

如需了解更多信息，请访问kwm.com。

画作：邹操《1V6A8449》

金杜律师事务所保留对本出版物的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式（手写、电子或机械的方式，包括通过复印、录音、录音笔或信息收集系统）复制本出版物任何受版权保护的内容。

有关本出版物的咨询及意见和建议，请联系：

publication@cn.kwm.com

# 序言

近年来，世界政治经济格局的演变使得国际投资贸易环境发生了深刻变化。中美从贸易战到科技战，新冠疫情大流行引发的公共健康与经济危机，以及局部战争冲突及经济制裁升级，这一系列因素的作用使全球多边自由贸易体制受到严重冲击。出口管制与制裁措施已经成为欧美等国家实现“地缘政治”目标的重要手段。

美国与欧盟为首的西方国家不断在出口管制和经济制裁领域出台多项实质上针对中国的立法及措施。截至2022年底，已有累计1200多家中国实体及个人被美列入实体清单、特别指定国民清单（SDN清单）等各类制裁名单，从而引发了中国企业的供应链中断、甚至业务“全面停摆”风险。美国还针对中国的特定行业与特定企业施加一系列的出口管制与经济制裁措施，进行“定点打击”。不仅如此，美国还频繁使用关税壁垒对中国输美商品进行限制，并借涉疆、涉台、涉港等政治敏感问题对中国企业施加专项制裁措施，欧盟、日本等美国盟友国家也在涉俄制裁、人权问题及出口管制方面实施或酝酿针对中国企业的限制措施。

与此对应，中国政府为了维护国家主权、安全、发展利益，有效保护我国公民、组织的合法权益，逐步构建和完善了中国反外国制裁法律体系，相继颁布了《不可靠实体清单规定》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《出口管制法》，以及《反外国制裁法》。因此，中国企业在境内外贸易合规问题上均面临更为复杂的环境及挑战。

作为提供境内和境外贸易合规专业法律服务的国际化律师事务所，金杜由境内外律师共同组成了贸易合规团队，持续跟踪美欧等国在出口管制与经济制裁领域法规的变化与动向，同时积极参与中国《出口管制法》《反外国制裁法》和相关配套法律法规、企业合规指引的起草及修订。金杜贸易合规团队还开展贸易合规信息化及法律科技产品的研发，致力于为企业客户提供全面、深入、专业、前沿的全球一体化法律服务。

本次呈现给大家的这本《2022贸易管制与制裁——热点问题解读及实务风险应对》，是金杜贸易合规团队基于近年处理贸易合规项目的最前沿经验而形成的成果，内容包括美国出口管制与经济制裁的最新动态、俄乌冲突下对俄业务风险评估与应对、中国反外国制裁法解读、美国涉疆法案解读及风险应对、欧盟企业可持续尽调指令和德国供应链法分析、中国海关监管的热点问题等。我们希望通过这份出版物分享出口管制及经济制裁领域的最新发展和热点问题，协助企业客户有效应对日趋严峻的境内外监管环境，合规经营，行稳致远。

二〇二三年一月



徐萍

# 目录

---

## 出口管制

### 美国出口管制

生物医药企业应对贸易管制之道 005

美国出口管制新政下——未经核实清单（UVL）对企业的影响及应对 008

“军民融合”视角下的跨国管制：制裁与风控合规——美国对华涉军清单详解 012

以2021年中国半导体产业所遇困境为视角——初探突围之道 025

从中国半导体行业的关注点看美国《芯片法案》的影响和应对 036

美国千页《芯片与科学法案》出台，产业界和投资人均需未雨绸缪 044

涉美出口管制与经济制裁引发的企业高管出境安全风险应对——为重要人员商旅出境全程保驾护航 051

助跑出口管制合规“最后一公里”！——信息化合规管控解决方案浅析 058

详解美国出口管制新规 对中国企业影响深远 065

### 中国出口管制

2022年中国出口管制合规要点之年度回顾 074

从典型案例出发回顾2021年中国出口管制 080

## 制裁与反制

### 美国经济制裁

俄乌冲突下中国企业对俄业务发展各阶段风险识别与处置指引 089

美国涉疆法案下对外举证与数据出境安全风险 100

---

涉疆法案生效对中国企业的影响及应对 117

如何在实践中有效应对美国涉疆法案的风险挑战 127

浅析制裁黑名单自动化筛查——以美国出口管制与经济制裁合规信息化建设为视角 140

## 欧盟经济制裁

从中国企业视角，初探欧盟企业可持续尽调指令及德国供应链法下的潜在影响与风险应对 149

美欧等对俄罗斯“极限制裁”，中企应对策略分析 158

## 中国反外国制裁

企业如何理解和遵守《反外国制裁法》——重点解析、热点问答和实操建议 165

《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》解读 173

# 海关监管

## 中国海关监管

阶段报告 | RCEP为中资企业出海东南亚带来机遇与挑战 179

跨境电商“一件代发”商业模式、法律风险及合规建议 184

进出口检验检疫——不容忽视的风险盲区 193

货物OR废物？——避开固废进口的“坑” 198

# 出口管制



# 生物医疗企业应对 贸易管制之道

刘新宇 张运帷 郭欢 陈起超 董梦 刘学朋

近两年来，生物医疗领域的贸易管制/制裁问题再次受到关注。2021年底，美国宣布对“参与全球非法药物贸易”的五个外国实体（一名个人和四家公司）实施制裁，将其列入美国财政部海外资产管理办公室（OFAC）管辖下的特别指定国民清单（SDN清单），其中包含两家中国公司。尽管此次制裁对象仅是“参与全球非法药物贸易”的相关实体，与生物医疗领域的CXO上市公司及创新企业等实体并不相关，但该领域一直以来都是美国方面的关注重点，中国相关企业的贸易管制风险不容忽视。

## 一、生物医疗领域企业面临的具体困境

中国已将生物医疗产业提升到了“国家优先产业”的战略高度，并将生物医药及高性能医疗器械视为创新突破战略前沿领域之一。面对中国生物医疗产业迎头赶上的趋势，美国方面相继采取了限制投资、加征301关税、将主要头部企业列入各类管制清单以及加强技术出口管制等一系列限制性措施。在无法摆脱技术受限、原料受控、先进设备受限的产业大背景下，生物医疗领域的中国企业主要面临如下具体困境：

### （一）关键物项“卡脖子”问题

就物项（含技术）层面而言，生物医疗领域相关企业获取涉美特定物项的难度将进一步加大。虽然目前理论上可以通过由出口商申请出口许可的方式获取部分涉美物项，但实践中不少战略性物项的许可申请会被美国方面“推定拒绝”。一旦特定必要的物项后续无法采购，将造成企业供应链的部分中断甚至彻底断裂，进而导致生产停滞、合同违约等后续一系列重大风险。从长期来看，对于目前可以通过许可获取的物项，随着政策形势的收紧，未来也可能会出现同类物项无法继续采购的系统性风险。进一步说，如相关限制措施后续升级，比如企业被美国列入实体清单等，那么对清单企业而言，受限的可能不仅仅是该等特定战略性物项的采购，而是其更广泛的涉美物项供应链都将受到影响。与此同时，其他国家和地区的企业在研发、制造等过程中亦可能涉及美国相关物项等，届时其如欲将产品销售给清单企业，同样会受到美国出口管制相关规定的限制。



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com



张运帷

mark.zhang@cn.kwm.com



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqiqiao@cn.kwm.com

此外，有消息说美国可能正在推进向《瓦森纳协定》提出建议，将包括生物医疗领域相关技术在内的有关物项纳入多边管制，若前述协定接受了此类建议，可以预见各成员国将进一步收紧相关出口管制政策，进而导致中国企业未来的跨境技术研发安排和布局会受到更为严重的不利影响，从其他国家和地区寻找“替代产品”的难度将进一步增大。

## （二）间接获取关键物项（技术等）受阻

鉴于上述提及的供应链断裂风险，有不少中国生物医疗企业在难以直接获取先进物项的情况下，考虑通过海外并购的方式间接获取相关物项，同时扩大客户群体，助推其进入特定市场领域。

然而，自2018年美国《外国投资风险评估现代化法案》（FIRMA）推出以来，美国外国投资委员会（CFIUS）的审查权限和“关键技术”范围都被扩大。中国企业若想通过采取海外并购的方式获取所需物项，也可能面临美国贸易和投资方面的联动阻碍。并且根据2019年生效的《欧盟外资审查条例》，中国企业对欧盟企业的投资并购，也将受到愈发严格的外资审查。中国生物医疗企业在海外投资并购的阻力也正明显增加。

## （三）人才交流受限

近年，中美之间的人才流动与技术交流面临着诸多挑战。在新冠疫情尚未爆发时，美国就曾以多种理由限制中美之间生物科技的技术、人才交流。2019年4月，美国安德森癌症中心解雇了3名华生物科学家，其理由是3人可能“严重”违反了保密原则，向中国政府透露了重要研究成果和数据。同年5月，美国埃默里大学辞退了华裔人类遗传学教授夫妇，其理由是这对夫妇没有充分披露来自中国的研究经费，以及他们在中国研究机构和工作内容。

自疫情爆发以来以及如今的后新冠疫情时代，人才流动本来就受疫情防控等因素影响而受到很大限制，加上各国更加注重保护本国生物科技成果，若再受到相关清单等限制或制裁，中美之间、中国与其他国家之间在生物医疗领域的人才流动与技术交流，只会“雪上加霜”，面临更多阻力。

## （四）经济制裁风险

新冠疫情下，生物医疗企业的产品进出口更加频繁。近期，针对委内瑞拉、伊朗、朝鲜等特定制裁国家，美国OFAC在经济制裁方面规定了特定的许可豁免政策，即美国和非美国人员可根据美国制裁法律和法规的现有豁免、例外和授权，向特定受美国制裁的国家或地区提供人道主义物品



（包括药品和医疗器械）。与此同时，对于此类项目中可能对抗击疫情有帮助的物项（例如氧气发生器、全罩式口罩呼吸器、某些诊断医学成像设备和去污设备等），美国OFAC考虑加快对这些许可请求的审查。

但需注意的是，若出口的生物医疗产品被认定为不属于豁免范畴，比如有发展为生化武器的风险，则可能会受到限制或制裁。实务中，医药企业在从事进出口业务的过程中，也存在提供超出许可的产品或服务从而触碰美国出口管制与经济制裁红线的案例。此时，除罚款之外，还可能导致企业被列入SDN清单，进而出现对外交易全面受阻的恶劣局面。

## 二、新贸易管制环境下生物医疗领域企业的应对措施

### （一）全面的风险评估与动态预警

相关的中国生物医疗企业应对美国出口管制及经济制裁领域的相关法律法规予以学习和研究，防患于未然。包括但不限于提前委托专业人士帮助进行综合风险评估，排查供应链安全，并对相关政策和信息等持续、完善的搜集和动态追踪，设立提前预警机制。

就供应链安全而言，企业应提早熟悉生物医疗产业所涉及的拟引进主要物项的受控情况，对现有的业务模式及所涉及的商品、技术、软件等进行全面梳理，并有针对性地减弱中游研发过程中对涉美管控物项的依赖。同时，针对依赖度较高的涉美关键物项，在可能的情况下有计划地适当增加部分物项的采购数量，提高库存储备底线要求，并积极寻找和探讨供应链替代方案，以分散供应链的国别和区域风险。

此外，相关企业除需关注受限商品/技术以及其最终用途、最终用户等常见注意事项之外，还需对特定国家和地区以及特定领域的风险话题保持高度敏感，通过寻求专业机构的帮助，在自身风险防控上做好监管与审查。

### （二）药品许可交易合同的梳理审查

越来越多的中国药企广泛参与药品许可交易。交易时，相关企业通常作为被许可方引进境外上市的药品，据

此享有在中国境内和其他区域对该等药品的研发、生产和商业化的权利。此类交易的许可药品通常来自于美国、欧盟或其他设有严格出口管制制度的国家或地区。药品出口国的出口管制政策变化可能导致药品技术无法出口至中国，使该等交易的合同目的落空，相关企业可能在支付了高额的许可费之后却无法取得许可药品。

对此，建议中国药企梳理已经签署的药品许可交易合同，审查是否已订立出口管制、经济制裁等相关条款，比如约定如果许可药品技术因出口国法规、政策变化或难以取得批准而导致无法将其出口至中国，境外许可方应当退还许可费并补偿被许可方的相关损失等保护条款。

### （三）全方位的出口管制合规体系建设

企业可以聘请相关专业机构，结合中国商务部发布的两用物项内部合规指南和美国商务部的相关合规指引，建立全方位的符合企业业务模式的出口管制合规体系。全面的出口管制合规体系可以有效协助企业识别进出口环节中的出口管制合规风险，包括但不限于针对受控物项的识别、分类、管理流程的建立，促使企业在相关法律的框架内采购、使用和流动物项；识别和评估针对不同客户、供应商和合作伙伴的潜在风险，并为企业的商业决策提供法律依据，使企业在合法合规的框架内开展符合要求的交易、交流等商业行为。

随着国际形势的复杂化以及中美技术博弈的日趋激烈，可以预见在未来的一段时间内，美国会对中国生物医疗领域企业采取更为严格的出口管制措施，企业应对相关政策和法规的变化予以持续关注。

# 美国出口管制新政下 —— 未经核实清单 (UVL) 对企业的影响及应对

刘新宇



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com

## 前言

2022年10月7日，美国商务部工业与安全局（BIS）宣布修订出口管理条例（EAR），补充和修改了三项共计9类出口管制新规（“本次新规”）。本次新规的目的是进一步限制中国购买和制造某些特定用途的高端芯片的能力，限制中国获得先进计算芯片、开发和维护超级计算机以及制造先进半导体的能力。与此同时，BIS亦将31家中国企业和大学等实体列入其出口管制未经核实名单（Unverified List，以下简称“UVL”），同时将9家中国实体从原UVL中移除。本文将着重分析企业被列入UVL后所面临的风险及困境，并结合我们的实践经验为相关企业提供应对建议。

## 一、UVL相关背景及基本概念

### （一）什么是UVL

根据美国EAR的相关规定，当BIS在做EAR管辖物项的最终用途审核（End-use check, EUC）时，因超过美国政府控制的原因，无法核实物项的最终用户和最终用途的合法性和可靠性，即无法确认该实体是否“善意”（bona fides）时，BIS便会将该等实体列入UVL（详见EAR第744节<sup>1</sup>）。

UVL更多强调BIS对于美国EAR管辖物项在进口国家的最终用户和最终用途方面的管理要求，针对于未能适时按BIS通知开展用户和用途信息核实，从而可能导致EAR物项违规转移或使用的风险，例如可能转移至EAR禁止或限制的用户和用途等。这与EAR项下的实体清单有明显不同，因实体清单是已被认为参与或违反了美国国家安全或外交利益等行为，且具有较为明确的列入理由。UVL的本质是推动相关企业配合披露交易涉及的最终用户和最终用途信息，从而达到并实现美国出口管制针对EAR管辖物项“合规管理”的目标。

<sup>1</sup> <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/2343-part-744-control-policy-end-user-and-end-use-based-2/file>

## （二）最终用途核查（EUC）

EUC旨在查明物项在最终用途和最终用户方面是否可能违反EAR的相关规定，帮助美国政府加强对EAR管辖物项的管理。使用相关EAR管辖物项的企业有可能被随机选中而被要求配合开展EUC核查。

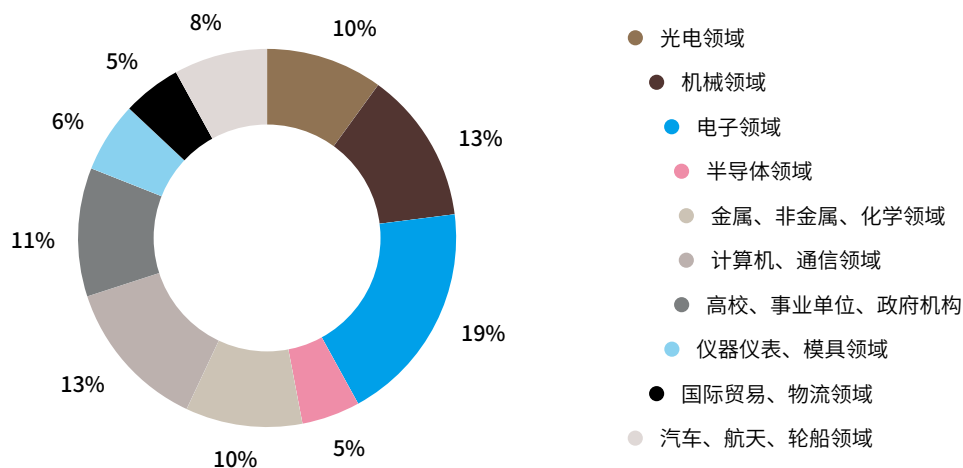
EUC主要包括两种类型，即许可前检查（Pre-License Check, PLC）和装运后核查（Post-Shipment Verification, PSV），且以PSV为主要核查手段。据悉，近期实践中大约有50%的PSV由美国驻世界各地的大使馆或领事馆的出口管制办公室（Export Control Office, ECO）的官员进行，剩下50%则由美国国内的相关调查官员进行。

核查期间出口商通常被要求提供与被核查物项有关的所有文件，ECO将据此进一步核查最终用户是否在货物单据中注明的地点使用该物项。同时为完成上述核实，ECO将可能对相关外国收货人或者购买方等进行实地访问（即现场核查），以验证被核查物项的具体地址及是否被正确使用。如果ECO发现该等物项与文件所列明地址不符，或用途不当时，该等检查结果往往被视为“不利结果”，该出口商除受到更为紧密的监控外，还可能被列入UVL。

## （三）UVL清单项下的中国实体数量

据不完全统计，被列入过UVL的中国实体的数量已达到193例<sup>2</sup>（含截至目前已被移除的实体在内）。而从被列入UVL的行业类别来看，相关清单实体则主要集中在光电技术、计算机和软件信息、半导体以及汽车、激光、机械设备等高新技术领域及行业。

2014-2022年列入UVL清单企业行业领域分布表

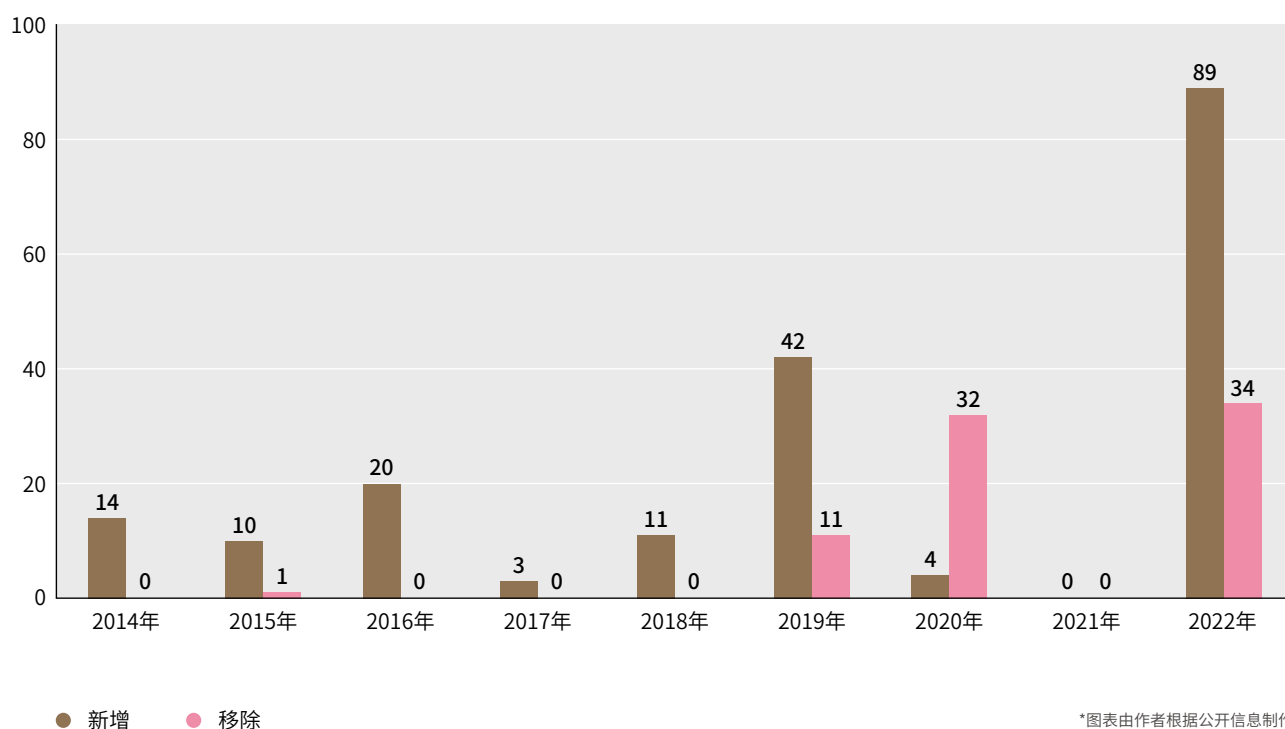


\*图表由作者根据公开信息制作

<sup>2</sup>统计数据截止到2022年12月15日，根据美国联邦公报（Federal Register）的公开信息统计。

从BIS公布的公开文件来看，在上述UVL清单实体中，已有不少中国实体因配合BIS完成最终用途核查，继而成功移除清单。该等成功移除的实体包括中国境内企业、科研机构 and 高校等。

2014-2022年UVL清单涉华主体加入和移除情况（中国大陆）



#### （四）本次新规下UVL相关规定的变化

本次新规项下，美国BIS就UVL宣布了两个“60日”的审查期限。围绕该等规则变化，美国商务部出口执法办公室（OEE）发布了一份政策备忘录<sup>3</sup>，并在其中对新规做了如下详细说明：

- （1）决定加入“UVL”的60日：如果BIS在提出进行EUC请求后60日内，未能完成EUC的，BIS则其将启动程序将涉案企业加入“UVL”；
- （2）决定加入“实体清单（Entity List）”的60日：若在涉案企业因所在国政府持续拒绝协助等原因而导致被加入“未经核实清单”后，下一个60日内仍未能完成美国商务部EUC的，则BIS将启动程序将涉案企业加入“实体清单”。

由此可见，UVL项下的实体被转入实体清单的风险极大。如果企业在被加入UVL的60日内未能完成有关产品的最终用途核查，则会被加入实体清单，从而在获取涉美物项时会进一步受阻。在绝大部分情况下，采购受EAR管辖的所有物项需要事先申请许可证，而许可证审查政策为“推定拒绝”。该等政策也进一步表明，美国政府重点希望利用更加严格的监管手段，包括转入实体清单的措施，来推动更多企业配合美国政府的EUC核查。

<sup>3</sup> <https://bis.doc.gov/index.php/documents/policy-guidance/3156-axelrod-prevention-of-end-use-checks-policy-memo-10-7-22/file>

## 二、企业被列入UVL可能面临的影响

### （一）采购物项所涉程序性要求增加

企业被列入UVL后，会因为被加强管控而影响原本的正常交易，具体情形如下：

- （1）UVL实体将不再适用EAR项下的许可证例外（license exception），即在接受美国出口、再出口或者属于“国内转移”的EAR物项时，不再享受通过EAR的许可例外而免于许可证申请的便利措施；
- （2）程序性要求增加，即出口商、再出口商、国内转移方在与UVL上的实体进行交易时，其中对于属于EAR管辖但不需要出口许可证的物项的交易，该UVL实体（受让方）需要出具一份“UVL声明”（UVL Statement）。

### （二）物项采购受限

被列入UVL的实体如在60日内不能通过美国商务部的EUC，则将自动被加入实体清单。而被列入实体清单后，大概率获取所有属于EAR管辖的物项均必须获得BIS的出口许可证。然而在实践中，绝大多数许可证审批均被要求为“推定拒绝”，即在没有充分理由的情况下，BIS会默认拒绝来自美国出口商或其他供应商的出口许可证申请。

此外，近期实践中，不少国际供应商基于自身的合规要求，会采用严于EAR的相关规定的具体销售措施，即拒绝与UVL实体进行任何商业层面的往来，这将进一步缩窄UVL实体获取涉美物项的渠道，严重影响企业供应链的安全。

### （三）引发“市场情绪”

新政公布后，许多中国半导体企业受到的影响正在资本市场上显现。有半导体相关企业在被BIS列入UVL的后，其股票价格大幅下挫，严重影响了投资人和市场的信心。尽管企业紧急发布公告，阐述被列入UVL并不会对公司正常的经营产生实质影响，但实际效果似乎并不明显。

## 三、UVL的移除

UVL不同于实体清单和被拒绝人员清单（Denied Persons List）等，通常而言，UVL实体如果能够向BIS证明其EAR物项的最终用户、收货方或交易中的其他实体的身份和用途的合法性及可靠性，则该等实体申请移除的概率也较大。

当然，就具体程序而言，被列入UVL的中国企业，需要向中国商务部协调确认后，方可推进落实相关移除评估、ECO联络、问询应对、制度体系完善及美官员实地核查等具体流程，特别是依据《中华人民共和国商务部公告2007年第60号》的相关要求，BIS的企业实地核查要在中国商务部的认可下才能进行。

在清单移除申请中，为了向BIS证明交易的真实性和可靠性，通常需要向其解释移除的理由，并且提供能够验证最终用途所需的信息，这类证明通常会包括：（1）向BIS证明EAR管辖物项的使用、管理和处置情况；（2）向BIS更新实体的地址或联系方式，并解释之前未能取得联系的原因；（3）解释之前未能在检查时提供配合的原因。当然，企业若能结合第三方专业机构的评估情况，提前准备相关问题和应对方式，则将进一步增大清单移除的成功率。

BIS执法机构负责官员（Deputy Assistant Secretary for Export Enforcement）将对移除申请进行审查，评估申请主体的“善意”，并将评估结果书面告知申请人，同时也会在美国联邦公告（Federal Register）上公布。该决定将是BIS的最终决定，即不再有复议程序。

## 结语

本次新规虽对以半导体企业为首的中国相关实体的限制有进一步的收紧，但美国对中国高新技术企业的“卡脖子”并非新鲜事。本次只是将早前美国智库报告中的草蛇灰线以立法形式逐步落地。对此，我们建议中国相关企业和投资人以及其他市场主体要实时跟进美欧管制相关法规政策变化，并将该类风险及影响融入到长远的商业规划考量中。

# “军民融合”视角下的 跨国管制：制裁与 风控合规——美国对 华涉军清单详解

郭欢 陈起超 张波 董梦 刘姝倩 刘学朋 王丹



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqichao@cn.kwm.com

## 前言

2021年6月17日，中国神舟十二号载人飞船发射成功，外媒纷纷报道，除了部分直接客观报道此次航天任务和宇航员情况外，我们关注到部分外媒还将此次中国航天事业的成功解读为“中国在太空领域的探索，作为诸多技术领域挑战美国的重中之重”，“被排除在国际空间站之外，中国正努力在太空实力上超越美国，以期待从太空的领导地位获取军事、经济等利益”。

美国对中国航空航天产业的关注和限制，从《1999财年国防授权法案》将卫星及相关部件纳入美国军品清单<sup>1</sup>，对华实行“卫星禁令”，到2011年《沃尔夫修正案》限制中美官方航天合作等<sup>2</sup>，可谓由来已久。美国还指责中国的载人航天计划隶属军方，中国航天工业体系中的集团企业、下属公司成为军工企业的核心。而拥有庞大、精致的军民融合体系的美国，近年却不断对中国军民融合计划进行一系列打压，以促进其“美国优先”的战略。

美国对华涉军清单种类繁多，内容庞杂，本文将着重围绕美国对华“涉军”管制和制裁，分析“涉军”管制的宏观形势，梳理美国政府现行对华管制手段和对“涉军”企业的认定标准。

<sup>1</sup> STROM THURMOND NATIONAL DEFENSE AUTHORIZATION ACT FOR FISCAL YEAR 1999  
SEC. 1513. SATELLITE CONTROLS UNDER THE UNITED STATES MUNITIONS LIST.

(a) CONTROL OF SATELLITES ON THE UNITED STATES MUNITIONS

LIST.—Notwithstanding any other provision of law, all satellites and related items that are on the Commerce Control List of dual use items in the Export Administration Regulations (15 CFR part 730 et seq.) on the date of the enactment of this Act shall be transferred to the United States Munitions List and controlled under section 38 of the Arms Export Control Act (22 U.S.C. 2778).

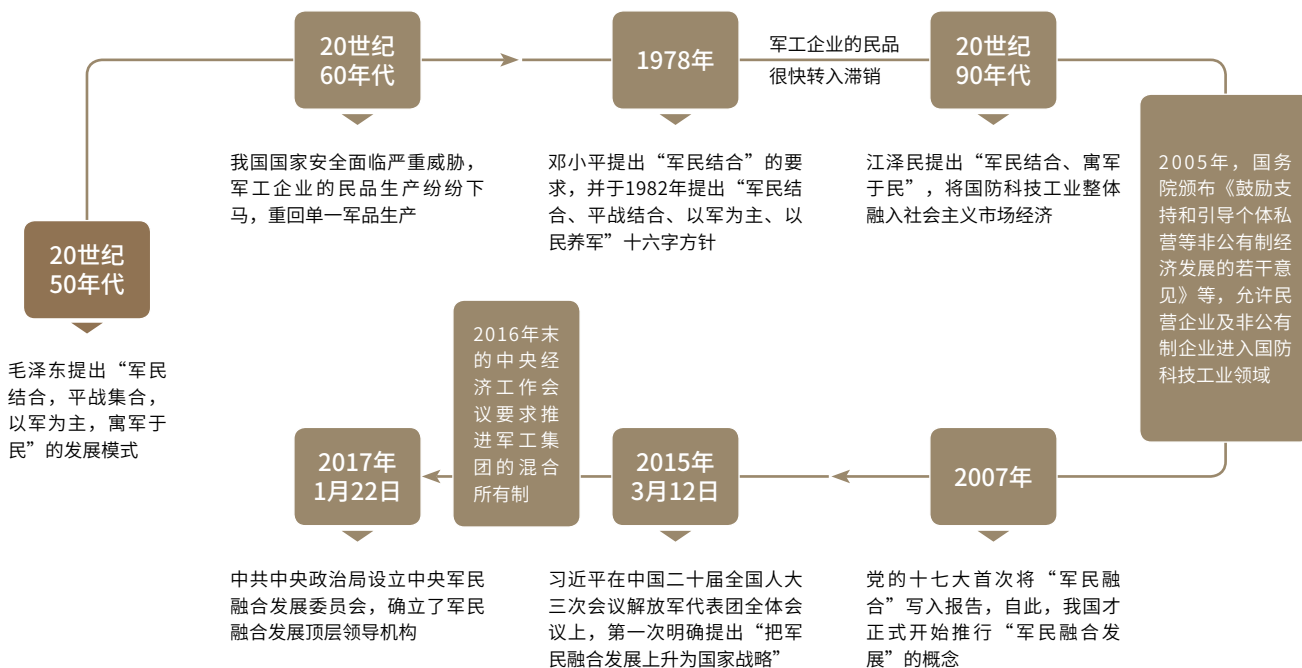
<https://www.congress.gov/105/plaws/publ261/PLAW-105publ261.pdf>

<sup>2</sup> 央视新闻 中国空间站系统总设计师：被国际空间站拒之门外 倒逼我们自主创新，[http://www.xinhuanet.com/politics/2021-05/17/c\\_1127454411.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2021-05/17/c_1127454411.htm)。

## 一、作为中美竞争焦点之一的“军民融合”

### (一) 中国“军民融合”政策简述

中国的“军民融合”概念源自“军民结合”的国防科技工业发展模式，一直是我国推进国防和军队现代化的重要战略，其含义的变化见证了我国市场经济发展与社会进步。



### 中国军民融合战略的历史变迁

“军民融合”最初主要有两层含义：一是“军转民”，即将军工技术用于民品生产；二是“民参军”，强调民营主体的运营参与到军工市场。随着军民融合由初步融合向深度融合过渡，进入实现跨越发展的关键期，军民融合已经不仅发生在国防科技工业领域，而是如“十四五”规划<sup>3</sup>中提到的，走向“深化军民科技协同创新，加强海洋、空天、网络空间、生物、新能源、人工智能、量子科技等领域军民统筹发展”，成为在各个高新技术领域的军民资源共享和协同发展。近年正是军民融合发展的战略机遇期，国防科技工业与各个高新技术领域军民融合潜力巨大，“军民融合”战略同时也受到国际竞争对手的瞩目。

### (二) 美国对中国“军民融合”战略的政策演进

为实现美国的国家安全、外交政策和经济目标，维护美国的领导和优势地位一直以来都是美国政策制定的出发点。而作为中美战略竞争重要内容的国防实力竞争，亦是近年来中美贸易摩擦的焦点所在。

<sup>3</sup> 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》。

美国立法机关近年来一直高度关注中国的军民融合政策。美国国会设立的美中经济与安全审查委员会（U.S.-China Economic and Security Review Commission，下称“委员会”），其职责包括监督、调查和向国会提交关于美中双边经贸关系对国家安全影响的年度报告，并酌情向国会提出立法和行政行动建议。在委员会向国会提交的2019和2020年度报告<sup>4</sup>中，连续两年均认为中国的“军民融合”战略构成了对美国的重要威胁。如2019年年度报告<sup>5</sup>中提到，“中国通过军民融合战略在中国民间机构和国防部门之间建立起复杂而不透明的联系，增加了美国公司和美国大学可能提升中国军事能力的风险，同时危及美国未来的经济领导地位。”

不仅美国政府高度关注，美国相关智库也在聚焦中国“军民融合”，例如美国高级国防研究中心（C4ADS）就在其报告中详细描述了中国军民融合提升军事力量的示例<sup>6</sup>，新美国安全中心也曾发布《中国国防创新新前沿：人工智能核和量子科技》并指出，中国在人工智能和量子科技领域的研究可能通过军民融合战略转化为军事运用，并为中国开创了军事力量的新模式<sup>7</sup>。

2020年3月，时任美国国务院负责武器控制和国际安全的助理国务卿克里斯托弗·福特（Christopher·Ford）公开宣称“中国实施军民融合战略，将通过民用商业和学术研究等途径获取的新兴技术转为军用，对美国国家安全战略构成影响”<sup>8</sup>。值得注意的细节是，他将中国的军民融合称之为“Military-Civil Fusion”，而非美国在冷战结束后提出的“Civil-Military Integration”（军民一体化）。

本来，促进军民融合发展是包括美国在内的国际社会的通行做法，但美国却认为：美国提出的“Civil-Military Integration”主要集中于国防工业领域，而中国的军民融合涉及经济、科技、教育、人才等多个领域。国防实力竞争是综合实力竞争的重要内容，因此，美国对中国“军民融合”政策的担忧也主要来源于中国的军工经济与民用经济的混同，使得美国出售高科技产品、进行证券投资等商业活动可能促进中国军工经济发展，从而增强了中国的国防实力，而有违其国家利益。

### （三）近年来美国针对中国“军民融合”战略的管制概况

早在2007年，美国就开始关注中国的所谓涉军问题<sup>9</sup>。2007年6月19日<sup>10</sup>，美国商务部工业安全局（Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, BIS）向对中国出口的特定军事最终用途物项施加许可证要求，理由为中国在军事用途方面缺乏透明度。

在2020年12月22日BIS新增的一批实体清单（Entity List）中，有53个中国实体因涉军问题被加入清单，公布的理由包括涉及军民融合政策、涉及与中国军工复合体开展相关活动、进口美国原产物项以支持中国人民解放军现代化等<sup>11</sup>。次日，BIS宣布设立新的军事最终用户清单（Military End User List，下称MEU清单），纳入58家中国实体。

<sup>4</sup><https://www.uscc.gov/annual-reports>

<sup>5</sup>2019 Annual Report to Congress P205. By creating complex and opaque ties between China's civilian institutions and its defense sector, military-civil fusion increases the risk that U.S. firms and universities may advance China's military capabilities while endangering future U.S. economic leadership, <https://www.uscc.gov/sites/default/files/2019-11/2019%20Annual%20Report%20to%20Congress.pdf>

<sup>6</sup><https://www.c4reports.org/open-arms>

<sup>7</sup><https://www.cnas.org/publications/commentary/new-frontiers-of-chinese-defense-innovation-artificial-intelligence-and-quantum-technologies>

<sup>8</sup>外交部：敦促美方停止抹黑中国军民融合发展政策2020-03-17 20:17:26 来源：新华网，[http://www.xinhuanet.com/world/2020-03/17/c\\_1125726607.htm](http://www.xinhuanet.com/world/2020-03/17/c_1125726607.htm)。

<sup>9</sup><https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2007-06-19/pdf/E7-11588.pdf>

<sup>10</sup>[http://www.gov.cn/govweb/xwfb/2007-06/22/content\\_658279.htm](http://www.gov.cn/govweb/xwfb/2007-06/22/content_658279.htm)

<sup>11</sup><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>



而2021年6月发布的第14032号行政令<sup>12</sup>，进一步明确美国所要应对的国家紧急状态，包括中国的军工复合体及其参与军事、情报和安全研发项目，在中国军民融合战略下的武器及相关设备生产所造成的威胁，同时将59家中国企业纳入中国军工复合体企业清单（下称NS-CMIC清单），禁止美国人对该企业进行证券及其衍生品投资。

## 二、涉军相关限制类清单的管控范围与影响

美国政府对华涉军管制与制裁采取“双管齐下”的模式，包含出口管制和经济制裁两个方面的行动，同时也涉及多部门联动执法，使用了各类限制性清单工具。拜登政府时期，中国相关企业继续应对美国各类管制和制裁举措，下文将详细介绍各类常见涉军企业相关的限制类清单工具，供广大企业参考。

### （一）实体清单（Entity List）

#### 1. 列名理由宽泛，旨在限制涉美物项获取

“实体清单”是美国出口管制的重要手段之一，BIS作为实体清单的主管部门，有权对清单进行不定期的更新，从而将有合理理由相信已经参与、有重大风险参与或者即将参与有悖于美国国家安全或外交利益的活动的实体列入实体清单<sup>13</sup>。从美国《出口管理条例》（Export Administration Regulations, EAR）的相关规定来看，列入实体清单的理由非常模糊宽泛，这给了BIS较大的自由裁量空间。

企业被美国列入实体清单后，在获得特定美国原产的商品、技术或软件等方面可能受到不同程度的限制。具体而言，其欲获取特定涉美物项需要事先获得BIS许可。鉴于目前BIS针对此类许可申请，绝大多数情况下都会采取“推定拒绝”的许可审批政策，因此实践中通常导致被列入实体清单的企业很难顺利获得属于EAR管辖的物项，进而引发企业“次生灾害”，例如涉美物项供应链的断裂、

生产/销售/工程等相关合同违约等一系列风险。

此外，尽管被列入实体清单并不等于禁止其他企业与实体清单企业开展任何交易，但实践中被列入实体清单也间接会对清单企业的市场征信产生一定程度的影响。另外，不少自身合规意识较强的企业，往往会基于其内部合规制度的要求而拒绝与实体清单企业进行往来，例如曾发生某些外资银行停止提供美元业务、物流运输企业要求更改、调换发运人等情况，这也进一步加重实体清单企业的经营困难。

#### 2. 多维度新增实体清单，防止物项转作军用

2020年12月22日，在BIS新增的一批实体清单中，据统计，此次因“涉军”而列入实体不仅包括船舶建造企业、研究院所、半导体生产、通讯建设等企业，还包括南京航空航天大学、南京理工大学等大学以及企业高管等共53个实体，公布的列入理由包括：涉及军民融合政策、窃取商业秘密用于军品研发、涉及与中国军工复合体进行相关活动、进口美国原产物项以支持中国人民解放军现代化等。

美国政府对华军民融合战略的担忧，在美国国防部于2020年9月1日公布的《2020年中国军事和安全发展报告》<sup>14</sup>中已有所揭示：中国的军民融合战略意味着中国的民用经济和军事经济之间没有明确的界限，这增加了不希望为中国的军事现代化做出贡献的美国和全球实体的尽职调查成本，并表达了对“用于支持中国军事现代化的军民两用技术的非法转移”的担忧。

### （二）军事最终用户清单

#### 1. “非穷尽式”清单，“军事最终用户”定义扩大

2020年12月23日，BIS发布了MEU清单，首次明确了针对包括58家中国实体的管控名单<sup>15</sup>。最新规定将军事

<sup>12</sup> <https://www.federalregister.gov/documents/2021/06/07/2021-12019/addressing-the-threat-from-securities-investments-that-finance-certain-companies-of-the-peoples>

<sup>13</sup> [https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=805c4b8d4aa83a24945c38f65088b9d8&mc=true&node=se15.2.744\\_116&rqn=div8](https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=805c4b8d4aa83a24945c38f65088b9d8&mc=true&node=se15.2.744_116&rqn=div8)

The Entity List (supplement no. 4 to part 744) identifies persons reasonably believed to be involved, or to pose a significant risk of being or becoming involved, in activities contrary to the national security or foreign policy interests of the United States.

<sup>14</sup> 2020 China Military Power Report - Department of Defense, <https://media.defense.gov/2020/Sep/01/2002488689/-1/-1/1/2020-DOD-CHINA-MILITARY-POWER-REPORT-FINAL.PDF>.

<sup>15</sup> 2021年1月15日，新增一家实体；同年6月1日，移除美迪希实验仪器（上海）有限公司。截至2021年6月1日，MEU清单实体为58家。

最终用户分为两类，第一类是传统军事组织，包括国家武装部队，包括陆军、海军、空军或海岸警卫队、国家警察、政府情报或侦察机构；第二类是其他军事最终用户，包括其它任何试图支持法律规定的军事最终用途的个人或实体（如涉及军事活动的政府组织或国有企业），包括开发、生产、维护或使用军用物项的外国国家政府组织、国有企业或其他特定实体。其中第二类使得军事最终用户的范围极大扩大化，且对于提供特定物项的一方而言，可能需要依据进一步的尽职调查才能确定对方是否属于军事最终用户。且MEU清单为“非穷尽式”清单，只要满足军事最终用户的定义，即便目前不在MEU清单之上，也可能受到MEU清单相同限制。

## 2. 限制特定物项获取，但存在许可批复的可能

军事最终用户受到的主要限制是对于EAR第744部分附件2列举的物项，即明知全部或部分物项将用于“军事最终用途”或“军事最终用户”，则需要向BIS申请相应许可，且许可审批政策为“推定拒绝”。但是根据BIS发布的常见问题解答（FAQ）如果物项的最终用途完全是民用，且符合美国国家利益，则有可能获得许可证。

另根据我们的实务经验，对MEU清单企业而言，目前已有部分出口商获得该许可从而得以继续出口EAR第744部分附件2所列举的物项。与以往获批的不同之处在于，出口商需军事最终用户提供更多的佐证材料以支持其许可的申请，同时许可审批的时限相较一般进口采购也将更长。即据企业反馈，该类企业在特定物项获取方面目前受到一定影响但整体影响可控，而受到国内其它企业内控要求的影响则相对较大，并且获得金融服务还会受到影响，例如银行可能会执行更为严格的内控措施，部分银行有采取暂停军事最终用户企业美元账户的操作。出口商方面，通常还会在自身尽职调查的基础上相应引导并且推荐企业开展相应的合规整改工作。

### （三）其它涉军限制类清单

MEU清单与实体清单主要针对特定企业在获得涉美相关物项上进行限制。此外，美国方面还制定了中共涉军企业清单（涵盖1237清单及NS-CMCC清单）、中国军工复合体企业清单（NS-CMIC清单）、中国涉军企业清单（CMC或1260H清单）等“涉军”限制类清单，从限制中国军事工业的发展，减少美国资本的支持等角度对清单实体进行管控。我们对前述三个“涉军”限制类清单<sup>16</sup>进行梳理对比如下：

清单名称	1237清单 <sup>17</sup>	CMC清单（1260H清单） <sup>18</sup>	NS-CMIC清单 <sup>19</sup>
涉军类型	中共涉军企业（Communist Chinese Military Companies, CMCC）	中国涉军企业（Chinese Military Companies）	中国军工复合体企业（Chinese Military-Industrial Complex Companies）
清单管理机构	美国国防部	美国国防部	美国财政部

<sup>16</sup> 目前，第13959号和13974号行政令已被全文修改或废止，现阶段企业已无需对NS-CMCC清单进行过多的关注，其制裁效果也已被NS-CMIC清单所取代，故表格中不再对其单独分析。

<sup>17</sup> <https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2472464/dod-releases-list-of-additional-companies-in-accordance-with-section-1237-of-fy/>

<sup>18</sup> <https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2645126/dod-releases-list-of-chinese-military-companies-in-accordance-with-section-1260/>

<sup>19</sup> <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-06-07/pdf/X21-10607.pdf>

最近更新时间	2021年1月14日	2021年6月3日	2021年6月3日
实体数量	44家	47家	59家
企业列入清单的法律依据	《1999财年国防授权法》第1237条，由美国国防部公布在美经营的与中共军方有关联的中国公司清单。	《2021财年国防授权法》1260H款，由美国国防部公布在美经营的与中国军方有关联的中国公司清单。	初始清单为总统行政令中直接公布，后续列入和移除属财政部职权范畴。
清单更新	第1237条要求，美国国防部提交在美直接或间接从事经营的中共军事公司清单。  国防部更新清单，必须同美国司法部长，中情局局长、联邦调查局局长商议。	第1260H要求，由国防部长于4月15号前提交清单至国会，国防部对清单进行持续更新。  国防部理论上可以单独决定清单范围。 <sup>20</sup>	原则上财政部长需跟国务卿商议，认为合适时与国防部商议，依职权维护清单。
法律后果	被列入1237清单并不意味着企业立即或自动面临处罚或交易受限。其相应的制裁措施是美国总统基于第1237条的授权，可在清单实体在美国进行任何商业活动时行使法案赋予的权力和制裁措施。  鉴于原13959行政令已被全文替代，1237清单目前已失去了制裁效果的法律机制。	目前没有直接的法律后果，可能会成为出口管制中的“警示红旗”。	禁止美国人对清单实体的证券投资。具体而言，禁止美国人购买或出售清单实体的证券类产品（不限于在美公开交易的证券，包括禁止美国人购买中国公开交易的证券及证券衍生品），其目的是杜绝美方资本对中国军工复合体企业的“助力”效果。
列入企业标准	符合《1999财年国防授权法》第1237条中“中共涉军企业”定义的企业，即：  (1) 美国国防情报局已经列明的实体；  (2) 与“人民解放军”等存在“所有、控制”关系的实体。	符合《2021财年国防授权法》第1260H条中“中共涉军企业”定义的企业（不含自然人），即：  (1) 直接或间接由中国人民解放军、中共中央军事委员会下属机构拥有、控制或实际拥有的企业，或前述企业的代理人；  (2) 国防部部长认定为中国国防基础工业的“军民融合贡献企业”，例如从中国军事工业规划科研项目中获得中国政府或中共援助的企业，中国工业和信息化部隶属企业等等。	国防、相关物资及监控技术领域相关实体，即：  (1) 国防、相关物资及监控技术领域实体；  (2) 与(1)中实体或行政令附件中列出的实体有拥有/控制关系的实体。

<sup>20</sup> 1260H，原文“The Secretary may consult with the head of any appropriate Federal department or agency”。

### 三、美国对涉军企业的关注要点

#### (一) “实体清单”和“MEU清单”

2020年12月22日，中国某船舶公司的多家研究所以及北京理工大学等多家实体被加入“实体清单”，理由是获取或尝试获取美国原产物项以支持中国人民解放军项目。很多企业希望了解，上述相关实体是如何被纳入美国政府的关注“视野”，从而又进一步被加入相应管制清单？对此，结合我们近年来对该领域持续关注及实务经验，为广大企业简要分享美国政府对于涉军的关注方式及关注要点。

美国政府对于企业的关注要点不仅限于针对企业常规信息的收集，例如，企业性质（国企、私企）、历史背景、法人代表背景、关联公司、股权结构、公司与其它国防军工企业的关联关系、公司公开竞标货物买卖相关资讯等都是美国政府开展企业调查，了解企业两用属性即军民两用属性、识别企业“涉军”风险的基础，除此以外，我们也关注到，信息来源的渠道也不仅限于美国政府本身，美国政府通常还将调研任务委托给一些非营利组织如涉及国防军工、国家安全领域相关智库或专业市场调研咨询公司，通过此类专业机构进行情报和数据的收集和分析，旨在为政府部门提供各项报告的信息来源。

其中，国家安全、军民融合等领域较为知名的智库包括布鲁金斯学会、兰德公司、新国家安全中心、外交关系委员会等<sup>21</sup>。随着近年国际视野对于中国的聚焦，智库也逐渐形成了一批涉华政策研究专家，由其作为涉华新舆论的提出者。他们会针对特定主题，如军民融合、人工智能等议题密集发布研究报告，如前述，“新美国安全中心高级研究员”就曾发表《中国国防创新新前沿：人工智能和量子科技》，提出“中国在人工智能和量子科技领域的研究可能通过军民融合发展战略转化为军事应用，战略性高科技领域的领先将帮助中国开创军事力量新模式”等，然后整合多个媒介渠道对智库舆论进行传播，包括政治评论平台、博客等，借助大众媒体传播进而影响公众的思维及舆论。

美国政府对“涉军”企业的关注，通常还体现在政府对法规政策的及时修订上。例如，BIS近年来对EAR相关规则的修订上，2020年4月28日删除了许可例外民事最终用户（CIV）、扩大军事用户和军事用途的定义，2020年12月23日新增军事最终用户名单等，逐步加强对涉军实体的监管，而面对存在物项转移风险的涉军企业，美国政府还将涉事企业加入相应管制清单，如MEU清单等形式，进一步加强对所谓军事最终用户和军事最终用途的监管力度。

如何准确理解相关法规适用性，对于涉军企业而言，应认识到法律对于涉军的定义，“不仅看涉军形式并且更看重涉军实质”，因此既了解涉军形式又注重涉军本质，对于企业合规就显得至关重要。所谓形式即包括买卖物项符合法律限制的范围，例如实体清单企业受限于属于EAR物项的获取、MEU清单企业受限于EAR 744部分附件2物项的获取等，而重实质则体现在例如军事最终用户和军事用途的认定，法规强调物项的提供主体/用途符合EAR 744.21中关于军事最终用户和军事最终用途的定义才会触发申请相应出口许可的要求。

#### (二) 1237清单及NS-CMCC清单

如前述，1237清单目前暂未配套相应的管制措施，NS-CMCC清单也已经被NS-CMIC清单所取代。但鉴于美国《1999财年国防授权法案》第1237条款依然为有效状态，即从法律机制上来讲，美国总统理论上依旧有权采取配套的管制手段。

<sup>21</sup><https://ciraa.zju.edu.cn/report/report20210209.pdf>

2021年1月14日，包括中国M公司和L公司在内的11家中国企业被美国国防部认定为中共涉军企业，并被列入1237清单<sup>22</sup>。

通过M公司案和L公司案相关的官方公开文件中了解到，M公司被加入1237清单的理由为根据其2019年年报中披露了公司在5G和人工智能领域进行了大量投资，而美方认为这两类技术对现代军事行动“至关重要”。此外，M公司在2019年年报中还提到，其创始人兼首席执行官被美国方面认为的“中国军民融合政策的主管机构”授予过荣誉称号。

而L公司案中被认定为涉军的关键因素包括三个方面：一是L公司所发展的技术涉及美国国防部《2019财年国防工业能力评估报告》中认定的国防工业基地的传统部门以及现代军事行动所需的关键技术；二是L公司与中国政府部门或者国有企业存在合作关系；三是L公司和已经被制裁的CCMC存在合作关系。

尽管以上涉军因素现阶段被美国法院认定为“证据不够充足”，但由此可见，美国国防部评估企业涉军属性及信息收集的方式除了政府内部信息收集渠道以外，还重点包括针对企业于互联网公开发布的信息，以此了解企业发展过程所涉及的行业领域、技术应用、上下游客户与合作伙伴等情况，其所引用的证据也似乎大多摘自公开发布的新闻性文章或从调查对象公司官方网站上摘取的公开、非保密数据，借此推断出其调查对象企业“涉军”的结论。

因此，建议企业在任何对外信息发布过程中，具体包括但不限于通过公司网站、微信公众号、对外宣传手册等渠道对外发布信息前应进行专业的合规性和风险性审查，避免相关未经核实或不实信息发布，导致企业的合规或经营风险。

### （三）NS-CMIC清单及CMC清单

当前NS-CMIC清单对企业已经有了制裁措施，而CMC清单目前并未配备相应的制裁措施，其作用更多将以“警示红旗”的形式提示并强调相关企业的尽调合规责任。若企业被列入NS-CMIC清单，根据目前第14032行政令的规定，其限制效果除了禁止美国人投资NS-CMIC清单实体在美国境内上市的证券之外，对于其美国境外的证券交易同样有限制效果。根据FAQ 861<sup>23</sup>的解答，美国人对NS-CMIC清单实体证券（包括其在美国境外发行的存托凭证、指数基金等证券衍生品）的交易，在缓冲期过后将受到限制。

针对之前被列入NS-CMIC清单，但尚未列入NS-CMIC清单的企业，部分企业非常关注未来是否会被列入的问题。但目前来看，美国的相关政策还不明朗，对于符合前述提到的相关清单所涉列入标准的企业，可以根据自身的业务内容等评估其被列入的可能性及相应的法律后果，当然也可借助专业机构帮助其作出风险评估，提前作出商业上的应对对策。

针对已被列入清单的企业，因NS-CMIC清单与CMC清单分别由美国财政部和国防部管理，不同于BIS管理的实体清单和MEU清单有专门的、相对明确的管理条例（即EAR），NS-CMIC和CMC清单并没有类似最终用户审查委员会的审查机制。此外，NS-CMIC清单的停止适用由主管部门直接决定，根据第14032行政命令<sup>24</sup>第六条规定，美国财政部长经与国务卿和国防部长（在财政部长认为适当的情况下）磋商，可以决定对附录所列59家CMIC企业不再适用此项禁令。

<sup>22</sup> <https://media.defense.gov/2021/Jan/14/2002565154/-1/-1/0/DOD-RELEASES-LIST-OF-ADDITIONAL-COMPANIES-IN-ACCORDANCE-WITH-SECTION-1237-OF-FY99-NDAA.PDF>

<sup>23</sup> <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/topic/5671>

<sup>24</sup> Sec. 6. The Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State, and, as the Secretary of the Treasury deems appropriate, the Secretary of Defense, is hereby authorized to determine that circumstances no longer warrant the application of the prohibitions in section 1(a) of this order with respect to a person listed in the Annex to this order, and to take necessary action to give effect to that determination.

#### 四、中国涉军企业可能面临的风险

不同的涉军企业，其涉军形式及实质均有不同，大体包括以下3类：第一类是企业存在军工背景，但随着市场体制的变迁、国有体系改制，现已剥离原国有军工体系而仅是挂有军工品牌之名，此类企业的所谓涉军仅体现为形式上的关联，业务内容已脱离涉军实质；第二类是企业存在军、民两用品并存的产、学、研体系，作为企业需要走市场经济道路，大力开展民品的研发与生产制造，但与此同时其本身还有作为国有企业的重要部分，因此，在必要时，该企业也需支持国家军民融合相关项目；最后，也存在少量为中国国防军工企业服务或实际涉军的企业，其业务内容相对单一。

鉴于在涉军企业层面上存在不同的涉军类型，因此，就上述不同涉军类型企业，在美国政府的认定中，可能因违反不同的出口管制和制裁法规从而被加入不同的清单，面临不同的风险。如部分企业因违反美国《出口管理条例》而被列入实体清单，以2020年12月发布实体清单为例，其中即存在多种不同的违规事由，包括：（1）未经出口许可，将美国原产物项提供给中国人民解放军；（2）直接参与先进武器和武器系统研发及生产，以支持中国人民解放军现代化；（3）涉及与中国军工复合体相关实体之间的活动等，从而导致其被加入实体清单。

类似被加入实体清单企业的案例不胜枚举，但要论被加入实体清单后的影响，自2018年自今，多数被加入实体清单的中国企业，虽然涉及不同领域、不同行业，但归结起来都曾面临如下风险和影响，具体包括：

第一，供应链切断风险，在BIS将企业列入实体清单之后，还可能通过不断修正EAR法规的方式，以试图切断公司的生产供应链，遏制企业对涉美物项的进一步获取。其后产生的效果也确实如美国政府所预期，美国企业以及相关第三方企业不得不中断对这些公司的涉美物项供应。至此，被加入实体清单企业的生产和经营已造成极大困扰，同时也扰乱了全球产业供应链。

第二，后续合同违约风险，即供应链被切断后，企业难以继续履行后续合同内容所造成的违约风险。

第三，商业信誉损失风险，面对美国管制和制裁的强大压力，国内合作企业、服务商多采用“一刀切”“不来往”的态势应对列入清单的实体。对此，列入清单的企业除了涉美业务受损以外，其非涉美的常态业务也会受到较大的负面影响。

除此以外，部分企业因符合上述第二类、第三类情况，从而被ERC认定并加入MEU清单，针对该类企业，首当其冲的风险与影响，要数涉美特定物项采购受阻。实践中，部分涉足航空航天的企业已被列入该MEU清单，导致其对EAR第9类航空及推进系统项下产品的采购受阻，虽然如前述，目前该类型企业仍然可以通过美国BIS的许可审批，继续获取相关物项，但被加入MEU清单所导致的商业风险却依然显现出来，例如某外资银行暂停其部分美元业务、针对涉外业务逐单询问，某服务商提出声明签署需求，要保证企业提供的服务内容不涉及军工等。除此以外，特定物项交货期延长、项目成本加大等负面影响也会陆续显现，这些都给企业的正常商务交流及合作带来极大不便，也为企业的长远发展带来负面隐患。

另外，无论是之前的NS-CMCC还是当前NS-CMIC清单，对涉军企业的制裁效果主要是阻止其获得美方投资，以“阻碍”中方涉军企业的发展。由于这些限制，给美国投资者带来极大的干扰，甚至迫使指数公司不得不将企业剔除相关指数，例如2021年3月份，M公司和L公司分别被剔除富时罗素的相关指数（因M公司案和L公司案的胜利，6月份被恢复纳入相关指数）。缺少美方资金或美方中介的推力，无疑会对中方优势企业的全球化市场和竞争策略造成巨大

的阻力。1237清单和CMC清单鉴于目前尚未涉及具体制裁措施，因此被列入该类清单的风险，仅作为“警示红旗”参照。

此外，除了列入清单企业自身无法采购特定涉美物项风险以外，往往也会导致合作伙伴因无法准确判断是否符合法律适用性以及繁杂的管制清单企业交往的合规性，从而不得不放弃原有的合作机会。同时，对于未能尽到审慎义务的个人或企业，根据现行的EAR法律规定，如未经许可，将受限物项出口给受限实体，包括实体清单企业或中国军事最终用户或用于军事用途的情况，BIS有权对其进行高额的处罚乃至刑事处罚。

## 五、涉军企业风险管控与合规建议

### （一）信息披露与保密

#### 1. 企业内部信息保密

涉军类企业对相关信息保密的要求尤为严格，有些甚至需要具备专门的军工保密资质。在防范核心秘密泄露的同时，企业应当通过各类业务场景与信息化手段相结合的方式，结合实际情况建立起信息安全保护体系，最终目标是做到防泄漏、可追溯、高效率。

#### 2. 谨慎且适当地输出信息

如上文所述，结合美国对涉军企业的关注要点以及M公司案、L公司案的情况来看，美国针对企业信息的收集、国防部针对企业涉军属性评估等，均涉及从互联网等公开渠道收集企业对外披露的资料。因此，从企业的对外信息发布来看，尤其是上市企业，需要从公司把关信息的披露口径及措辞，以及企业需要在专业团队的指导下不断完善其内部信息披露管理体系。

### （二）政策法规风险追踪预警

美国相关涉军政策体系庞杂，且近年来美国贸易管制政策的特征之一就是变化周期短、受国际政治经济局势波动影响大，因此，建议中国有关企业提前委托专业人士并利用专业工具，对相关信息等进行持续、完善的搜集、追踪，以便提前预警。在此基础上，根据相关信息，及时并灵活地调整经营发展战略，主动迎接挑战，未雨绸缪，而不仅是被动应对。

此外，中国方面的反制组合拳亦值得关注。从2020年下半年开始，中国在吸收国际反阻断和反制裁相关经验的基础上，加快推进了反制领域的立法建设，商务部也相继出台了《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》两项部门规章。2021年6月10日，《中华人民共和国反外国制裁法》（《反外国制裁法》）经全国人大常委会表决通过并于同日正式公布和施行。

《反外国制裁法》的核心作用是“反制”，而非“主动出击”。因此对于企业而言，一是应关注被某些国家制裁后的救济途径，二是中国境内的组织和个人应当执行国务院有关部门采取的反制措施。需要企业注意的是，对违反执行反制措施义务的组织和个人，国务院有关部门依法予以处理，限制或者禁止其从事相关活动。在《反外国制裁法》将中国反制措施予以法律层面的确认之后，企业可能还需要在合规体系中纳入反制裁方面的合规审查。另外，作为日

常合规工作的一部分，企业还需要经常关注美国和欧盟等重点国家或地区的管制或制裁措施及其相应变化。

### （三）开展风险评估，健全企业合规体系

全面的风险评估是出口管制和经济制裁合规的基础。企业应结合上文提到的风险点，对自身可能存在的出口管制和制裁风险进行全面评估，梳理和分析可采取的风险防控措施，并根据风险评估的结果有针对性地建立健全符合自身业务特点的出口管制内部合规管理体系（Export Compliance Program，ECP）。除了本文分析中涉及到的美国重点关注行业领域的企业外，如果企业已经上市，或正在准备上市，或致力于并购等相关业务，也需对上述管制和制裁领域保持适当的关注。如果存在相关合规风险，应及时与专业律师团队进行联系，尽早评估相关风险，做出应对方案，最大化地降低风险成本。

此外，企业应以倡导合规经营价值观为导向，明确合规管理工作内容，健全合规管理架构，制定合规管理制度，完善合规运行机制，加强合规风险识别、评估与处置，开展合规评审与改进，培育合规文化，形成重视合规经营的企业氛围。具体而言，企业可以聘用相关专业机构，依照中国商务部发布的两用物项内部合规指南、BIS的相关合规指引，建立起符合公司业务模式且健全的出口管制合规体系。尤其要做好企业内部合规培训和相关合规能力建设，对供应商、合作伙伴、客户等做好详尽的尽职调查，明确其是否有涉军的风险因素存在，并对该等风险因素可能导致的后果做出充分评估，做好相应的风险管理预案，尽量降低可能产生的负面影响。

## 六、清单企业的移除

除了协助企业思考合规应对以外，很多企业的咨询还会涉及清单移除的可能性，即面对庞杂的管制清单，如何以法律准许的方式，遵循特定管制清单的退出机制，开展企业自救？

首先，根据EAR的相关规定，MEU清单与实体清单项下的实体增加、移除或修改，应由ERC作出决定。增加清单实体的决定需要ERC多数票表决通过方可作出，但对于清单实体的移除或修改，则需要ERC成员机构一致同意。ERC通常由美国商务部、国务院、国防部、能源部的代表组成，特殊情况下，委员会中会有美国财政部的代表，委员会主席由商务部的代表担任。换言之，清单移除和修改需要获得美国商务部、国务院、国防部、能源部代表的一致同意，就其程序而言，移除清单的复杂程度远大于被加入清单。

根据EAR第744部分附件5，MEU与实体清单的实体增加、移除或修改的决策流程如下图：



## 最终用户审查委员会（ERC）

- 作出所有增加、删除或更改清单实体的决定
- 主席：商务部代表



除了ERC代表提案以外，ERC将定期对实体清单和MEU清单进行审查，以确定是否应删除或修改所列实体。审查内容包括分析所列实体是否仍然符合列名标准，确定每个实体的名称和地址是否准确和完整，以及是否应增加或删除所列实体的关联公司<sup>25</sup>。

根据2021年6月1日发布的联邦公报，截至当时，仅有一家总部位于美国的生命科学研究及药物研发领域的中国公司，从MEU清单成功申请移除。值得注意的是，在向ERC申请清单移除的过程中，ERC针对个别案件会按照评估需要，可能要求申请移除企业提供大量关于公司技术研发、上下游客户、物项转移记录等相关资料。对于许多涉及需要遵守国家秘密的企业而言，在申请移除并对外披露企业信息的同时还需要严格遵守中国法律的有关规定，保护中国的国家安全与利益。

除了上述向ERC申请清单移除外，企业在实践中如确实存在BIS认定的违规行为，还应通过主动披露并与美国商务部以和解的方式处理相关违规行为。但就多数和解案件来看，建立并有效执行一套出口合规体系，是企业得以减轻处罚的重要因素<sup>26</sup>。

司法救济是维护企业利益的最后一道防线。企业在被列入相关限制类清单之后，根据相关制裁手段对企业经营的影响，部分企业可参考M公司或L公司案进行自救，或委托专业律师在美提起诉讼。由于不同的涉军限制类清单类型、主管部门和列入标准等各不相同，虽然M公司案和L公司案中成功的诉讼经验值得借鉴，但可以预见的是，通过司法途

<sup>25</sup> Supplement No. 5 to Part 744—Procedures for End-User Review Committee Entity List and ‘Military End User’ (MEU) List Decisions [https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=b620457884dc159e69146ed6915dc05e&mc=true&node=ap15.2.744\\_122.5&rgn=div9](https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=b620457884dc159e69146ed6915dc05e&mc=true&node=ap15.2.744_122.5&rgn=div9)

The End-User Review Committee will conduct regular reviews of the Entity List and MEU List for the purpose of determining whether any listed entities should be removed or modified. The review will include analysis of whether the criteria for listing the entity are still applicable and research to determine whether the name(s) and address(es) of each entity are accurate and complete and whether any affiliates of each listed entity should be added or removed.

<sup>26</sup> [https://www.law.cornell.edu/cfr/text/15/appendix-Supplement\\_No\\_1\\_to\\_part\\_766](https://www.law.cornell.edu/cfr/text/15/appendix-Supplement_No_1_to_part_766)

---

径达到暂时或永久撤销相关制裁的效果，在目前的情况下依然较为困难。因此，通过开展并加强上述应对举措，以避免被列入相关限制类清单的发生才是相关企业当下应予以考虑的重中之重。

## 结语

国际宏观政治经济环境日趋复杂，中美两国贸易摩擦不断升级且渐呈常态化，导致涉美经贸活动的合规风险陡增。未来中国企业将要面临的法律风控与合规挑战不仅存在于美国，还需应对美国与其盟友的联盟政策。对此，相关企业应高度重视美国及其盟友国家以美国出口管制及经济制裁为手段打压中国企业而产生的影响，坚持企业合规发展的底线思维，树立业务风险红线，并从法律风险和商业风险两个维度提前制定相关应急预案，确保在多个法域的合规夹缝中安全前行。

# 以2021年中国半导体产业所遇困境为视角——初探突围之道

郭欢 陈起超 张波 董梦 刘姝倩 刘学朋 王丹 肖崇怡 陈琳

## 引言

中国企业及相关产业的发展持续受到美国的“围追堵截”，一些发达国家为防止中国获得尖端技术和产品，不断采用对关键物项“卡脖子”式的竞争策略，尤其是在半导体领域，这种情况更为突出。自拜登政府上台以来，美国一直将中国形容为“长期竞争对手”，美国人工智能国家安全委员会（NSCAI）也向国会递交报告，指出美国必须保持相对中国在半导体领域领先两代的地位。

此外，美国也不断呼吁加强盟国间的协作，欲说服更多国家对半导体相关物项的对华销售施加严格的出口管制措施，对华芯片断供、阻碍中国先进制程芯片的研发、生产等限制手段。例如，美国及其盟友近年来还持续阻碍中资企业获得包括5G蜂窝网络在内的关键基础设施项目，阻止中资企业获得先进技术、进口核心设备，甚至对企业和人员发动制裁举措。

中国作为全球电子信息技术领域最大的生产国、出口国及最大的消费市场，已成为美国着力发动科技竞争的主战场。本文旨在帮助半导体相关企业梳理美国针对半导体领域采取的贸易管制措施，揭示美国的核心关注点，并在分析供应链风险的基础上，帮助企业提前准备应对策略。

## 一、半导体产业链概述

2021年6月8日，美国《半导体供应链评估报告》<sup>1</sup>（《供应链报告》）正式出炉，该报告对产业链上的设计、制造、ATP（组装、测试、封装）、材料和制造设备环节分别进行了评估，为美国政府后续加强半导体领域投资、人才培养、盟友合作、实施出口管制措施等提供了重要的政策依据。

<sup>1</sup> <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/100-day-supply-chain-review-report.pdf>



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqichao@cn.kwm.com

另外，美国通过了《2021美国创新与竞争法案》，因此美国政府被授权，在未来5年内投入千亿美元规模的资金以增强美国科技力量，并强化针对中国高科技公司的遏制措施。



### （一）芯片设计

美国的半导体设计生态系统处于世界领先地位，高度依赖已有的知识产权所构筑的“护城河”，因此美国将持续加强对知识产权的保护，对窃取知识产权、侵犯商业秘密等行为进行打击，将相关目标实体列入BIS实体清单，同时还将在企业并购时对关键技术和商业秘密的获取进行严格审查。

与此相对，根据世界半导体贸易统计组织（WSTS）数据，2020年全球半导体市场规模约为4400亿美元，而2020年中国进口的半导体总额为3100亿美元，约占全球规模的70%，由此可见，美国芯片设计公司的销售增长越来越依赖中国，而这也会影响到其研发支出。

### （二）芯片制造

美国芯片制造产能不足，要依靠中国台湾地区、韩国和中国大陆的生产制造来满足成熟芯片产品的需求。《供应链报告》指出，晶圆代工市场由中国台湾地区的公司主导，仅台积电就占了53%的市场份额，另外韩国占18%，中国大陆占6%。一方面，需要增加就业机会的美国迫切需要制造业的回流，用政策支持本土企业。另一方面，美国芯片制造商为减弱对中国市场的严重依赖，可能会以“中国威胁”为由，加强对中国企业的管制。

### （三）后端ATP（组装、测试、封装）

芯片生产的后端ATP环节，包括半导体组装、测试、封装和先进封装，美国只占到全球半导体封装能力的3%，但美国公司占ATP市场营收的28%。中国台湾地区台积电、联电，中国大陆的中芯国际和武汉新芯均有封装业务，在整

个全球组装和封测市场中，中国大陆约占14%的市场份额（以收入额计）。中国企业在这一领域的密集投资使美国认为其供应链存在安全性威胁。因此，美国很可能会限制中国企业对相关领域的投资。

#### （四）材料

有数百种材料被应用于半导体制造过程中的不同阶段，《供应链报告》提到，中国占全球多晶硅产量的绝大多数且集中了生产晶圆片的原材料，这就造成了过度的外部依赖和供应商地理上群聚的风险<sup>2</sup>。尽管美国目前有生产能力，但据国内生产商称，由于中国采取行动加强其在半导体和太阳能供应链中的主导地位，美国在半导体级多晶硅方面的技术领先地位和生产面临风险。2021年6月24日，BIS以“强迫劳动”为由，将4家中国光伏企业和新疆生产建设兵团列入实体清单，美国海关也采取了暂扣令措施，加上美国劳工部将“多晶硅”列入“童工或强迫劳动生产的产品清单”，由此可见，美国已打出了组合拳。

#### （五）设备

美国在全球大多数的前端制造设备的生产中占有相当大的份额，但光刻扫描/步进设备是一个明显的例外，几乎都是由荷兰公司ASML和日本公司尼康及佳能生产的。其中，ASML又是EUV光刻机的唯一供应商。虽然中国在光刻设备上并未从美国直接采购，但美国会利用出口管制多边机制来限制中国采购包括光刻机在内的前端制造设备。例如，《供应链报告》还点名了金属有机化学气相沉积（Metal organic chemical vapor deposition）的中国企业。

## 二、半导体产业链上的企业面临的国际形势

根据美国半导体协会（SIA）的数据显示，2021年1月至9月，全球半导体市场销售额3979亿美元，同比增长24.6%<sup>3</sup>。除了显著的商业价值之外，半导体产业还关系到高科技领域的战略竞争格局，驱动引领全球资本和高端人才流动，同时还因其显著的“集群效应”，在疫情导致世界经济不景气的情况下，仍创造了可观的就业机会。因此，有实力的国家会极其重视其关键的战略意义，而由其引起的争议问题，往往还会上升到“国家安全”层面，使得多个国家纷纷出台激励政策或祭出管制“大棒”。

### （一）美国对半导体产业的自我激励

半导体是美国出口产品中仅次于飞机、精炼油和原油的关键产品，但美国在全球半导体生产中的占比已经从1990年的37%下降到今天的12%<sup>4</sup>。美国半导体供应链中劳动密集、资金投入高、回报周期长、利润率低的部分此前已逐步外移至亚洲。从地缘政治的角度来看，美国曾依赖其芯片行业的主导地位为政府带来了可观的政治影响力，例如亚太地区包括日本、韩国、澳大利亚等国对美国政策的支持。但随着中国半导体产业的发展，美国不得不设法保住自己的产业优势。因此，总统拜登上台之后，便采取了一系列激励举措以扭转美国半导体产业的衰势：

<sup>2</sup> 《供应链报告》第48页。

<sup>3</sup> 来源：中国半导体行业协会，2021年1-9中国集成电路产业运行情况，<http://www.csia.net.cn/Article/ShowInfo.asp?InfoID=106036>。

<sup>4</sup> BUILDING RESILIENT SUPPLY CHAINS, REVITALIZING AMERICAN MANUFACTURING, AND FOSTERING BROAD-BASED GROWTH 100-Day Reviews under Executive Order 14017, June 2021.



## （二）美国对中国半导体产业的管制

根据《供应链报告》中的内容可以合理预判，拜登政府会继续使用出口管制和外资投资审查工具来维护美国半导体行业的领先地位。例如，将更多的目标企业纳入实体清单，并通过多边协调机制扩大管制效果，美国外资投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS）在并购审查时应考虑交易对半导体供应链的影响。关于拜登政府遏制中国相关企业的策略工具汇总，可参考下图：



### 三、半导体产业链上可能被重点关注的关键要素

根据《供应链报告》的内容，直接支持国家安全和关键基础设施的应用约占半导体需求的9%。这些关键的半导体最终用途包括国防和航空航天、电信网络、能源和公用事业、医疗保健和金融服务。根据我们对美国对华半导体产业链管制政策的长期关注，下列关键要素可能被重点关注，需要引起相关企业重视，并及时对自身风险进行评估。

#### (一) 军民融合

2020年12月22日，BIS声称有证据显示芯片制造厂S公司正与中国“军工联合体”进行交易活动，便将S公司加入实体清单<sup>5</sup>，限制S公司获取受限美国技术的能力，防止尖端的半导体生产技术（即10纳米或以下的生产技术）被该实体清单企业所获得。之后，S公司又被放入2021年6月3日美国财政部管理的所谓中国军工复合企业（Chinese Military-Industrial Complex Companies, CMIC）清单，以限制美国资本对该类企业的资本“助力”。

由此可见，一方面，半导体作为高科技电子产品的基础，具有军民两用的特性，在航空航天、新型军工武器装备和军队电子设施方面有重要应用。另一方面，如我们之前的文章指出的，“军民融合”已经成为美国重点关注的领域。因此即使产品完全民用，也无法避免美国在半导体领域会继续借口中国的“军民融合”政策，进行定向“打压”。

2020年4月28日，BIS修改EAR第744.21节，扩大了对于中国、俄罗斯及委内瑞拉的最终军事用途或最终军事用户的定义。在业务实践中，有美国半导体设备制造商向中国国内晶圆制造厂发出信函，介绍了EAR新修订的对于“军事最终用途”的定义，同时强调必须向其申报相关情况，并希望该晶圆制造厂能够确认并签署新的协议。对于军民融合企业而言，假设涉及部分军品业务，则无法签署新的承诺函，并会由此陷入两难境地。

<sup>5</sup> Addition of Entities to the Entity List, Revision of Entry on the Entity List, and Removal of Entities From the Entity List, <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>.

此外，根据新修订的EAR，凡向支持军方的中国企业出售特定涉美物项，不管是民用或军用都必须先申请许可证，这使得原本无需申请许可的一些民用科技产品，如集成电路、电信设备、雷达、高性能电脑等，在新规下的许可豁免也遭取消。

## （二）知识产权、商业机密

实践中，还有企业因涉及知识产权纠纷而受到美国出口管制的规制。知识产权是全球半导体产业的命脉，此前，BIS以存在从事侵犯知识产权、商业秘密窃取等可能对美国国家安全利益产生负面影响的活动的重大风险为由，将部分半导体产业链上的企业列入实体清单。2021年6月8日，美国参议院通过的《2021年美国创新和竞争法案》也进一步强化了知识产权管理与出口管制措施这对组合拳，以封堵中国借助外部资源发展科技的空间。

由此可见，美国政府高度重视半导体领域自身的知识产权保护和技术优势的维护，从“市场竞争”引申到“可能对美国的国家安全产生负面的影响”就将其加入实体清单，也再次体现了美国在出口管制领域不断泛化国家安全的概念，通过行政手段干预市场竞争。

## （三）其他敏感元素

根据我们对出口管制和经济制裁各类清单数据的分析统计，实体清单是美国对华半导体产业进行贸易管制的主要手段。除了上文提及的原因，半导体企业被列入各类黑名单的原因还包括涉及违规出口、“人权”问题、南海问题、军民融合等，具体可见下图：



实体清单之所以成为美国对半导体产业进行出口管制的主要手段，一方面是因为EAR相对模糊的规定给了BIS较大的自由裁量空间，另一方面，实体清单可以一次性列入多家实体，使得其在获得特定美国受限物项方面可以立即产生限制效果，形成“定向”打击。实践中，相关实体被列入实体清单后，除了自身的采购和销售受阻之外，还可能面临合同违约、金融和物流服务中断等一系列风险，更有甚者，会有企业直接采取“一刀切”的方式拒绝与清单实体进行交易。



在中美贸易摩擦的大环境下，美国以各种借口将中国半导体企业纳入其有关限制类清单，导致企业供应链断裂、丧失美国资本支持等多种负面影响，并试图以此全方位打压中国半导体领域企业的发展。这些“组合拳”的实施，究竟将对我国半导体企业产生哪些实际影响，相关企业又该如何实现困境突围，我们将在下文结合相关实务经验作出分析并提出相关建议。

#### 四、我国半导体相关企业面临的常见风险

##### （一）现有供应链直接断裂的风险

中国作为最大的全球半导体产品市场，对芯片的进口需求量很大。据统计，2020年，我国进口芯片价值超过3500亿美元<sup>6</sup>。然而，在对华战略的大背景下，美国试图以出口管制法律法规及配套清单为主要工具，阻止美国高科技技术和产品、关键物资等流向中国，以维持其自身的技术优势。同时，美国也不断出台新法规，陆续将更多企业列入限制类清单，从而收紧对中国半导体企业的物项及技术输出。



##### 出口管制引发的供应链风险

随着相关中国半导体企业陆续被美国列入实体清单，所带来的直接后果便是美国半导体有关物项在出口给中国清单实体时，需要提前向美国商务部申请取得出口许可证。与此同时，亚洲、欧洲等地区半导体企业的部分芯片、模组亦可能涉及美国技术、物料，因此该等国家/地区的产品在销售给中国清单实体时，也受到美国出口管制相关规定的管辖。不仅如此，即便是中国自主研发的产品，如同样涉及美国的设备、软件、技术，或者采购了部分美国进口芯片，也需要根据美国出口管制政策项下的“最低减让标准”和“外国直接产品规则”，谨慎评估是否需要向美商务部申请出口许可证后再向清单实体进行销售。

##### （二）美国“多边主义”与同盟国合作带来的国际供应链环境进一步恶化

受制于美国半导体相关技术和产品在整条半导体产业链中的重要地位，部分半导体行业发达的国家及地区（如欧洲、日本以及中国台湾地区）不得不选择遵循美国出口管制相关规则。例如荷兰某光刻机制造商迫于压力，屡次延迟向有关中国企业交付其预定的极紫外（EUV）光刻机。

诸多美国智库均提出，美国可能会与盟国在半导体领域共同协调出口管制的措施，其推断理由是在ECRA的改革<sup>7</sup>

<sup>6</sup> 《2021全球半导体贸易合规报告》第2页。

<sup>7</sup> 2018年8月13日《美国出口管制改革法案》（Export Control Reform Act, ECRA）正式签署生效。美国时间2020年11月18日，BIS发布一条最终规则，为更好符合美国政府当前的出口管制要求并执行ECRA，对EAR中的部分条款进行修订和澄清。具体官方信源：<https://www.federalregister.gov/documents/2020/11/18/2020-25453/revisions-to-export-enforcement-provisions>。

中包括了明确的出口管制应与多边制度协调并推进的政策。2021年3月，美国人工智能国家安全委员会（NSCAI）在人工智能《最终报告》中指出，美国必须保持其相对中国在半导体领域领先两代的地位，并建议在美国国内发展晶圆代工厂。如此，日本和荷兰等国的半导体设备制造厂商便可以将高端芯片生产设备出口到美国。下一步，美国便可以说服这些国家对该等设备的对华销售施加严格的出口管制<sup>8</sup>。2022年1月20日，美国半导体协会（SIA）明确发文鼓励美国和欧洲在出口管制政策方面进行合作<sup>9</sup>，其指出，海外市场准入和公平的全球竞争环境对美国在半导体领域的领导地位和竞争力至关重要。美国半导体行业80%以上的销售额依赖于海外市场，美国公司将海外市场收益再投资于研发工作，以在创新方面超越外国竞争对手。波士顿咨询集团（BCG）的一份报告称，这对保持美国在半导体技术方面的领先地位至关重要。进入海外市场必须辅之以在出口管制方面公平竞争的环境，以实现工业成功以及国家安全和外交政策目标。

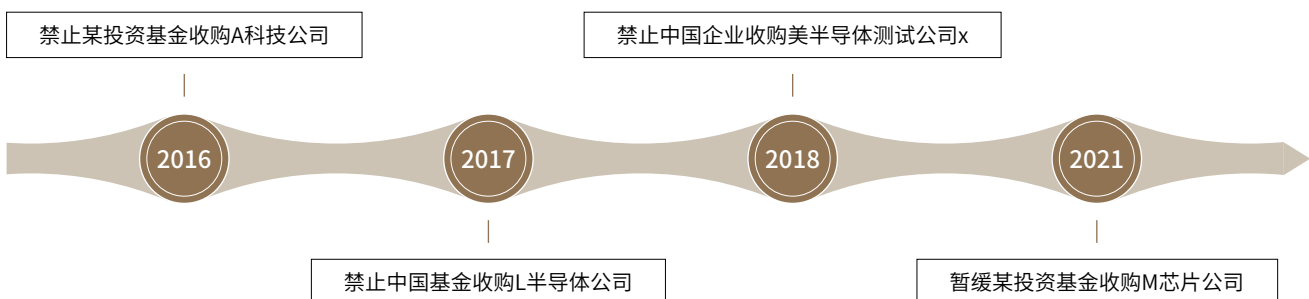
有鉴于此，中国半导体企业需要意识到，企业未来面临的不仅仅是来自美国的单边物项及技术管控，而美国将更加积极寻求多边合作，与半导体实力强劲的荷兰、英国、德国、日本、韩国等合作，从而可能导致半导体国际供应链环境进一步恶化。

### （三）通过并购方式获取先进物项或技术的路径被切断

以往，中国半导体企业在难以直接获取先进物项或技术的情况下，可以采取并购境外半导体企业的方式来获取相关物项、技术，同时扩大客户群体、助推企业进入特定半导体市场领域，进一步强化其竞争优势。

但近年来，在半导体领域，美国对外国企业，特别是中国企业收购美国相关企业的监管政策愈发趋严趋紧。具体而言，美国外资投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS）基于国家安全考虑，强势管辖外国人通过并购美国资产获取新兴技术的情形，主要针对特定外国政府控股企业参与并购美国资产的交易。

从2015年到2021年间，中国半导体企业曾试图收购美光科技（Micron Technology）、西部数据公司（Western Digital Corporation）等总部位于欧美的公司，但都受到相关政府的阻挠。除此以外，2016年CFIUS以国家安全为由，禁止中国某投资基金收购A科技公司，2017年CFIUS禁止中国背景的一家基金收购L半导体公司，2018年CFIUS禁止中国企业收购美国半导体测试公司X<sup>10</sup>以及2021年8月CFIUS要求暂缓某中国投资基金对M芯片的收购<sup>11</sup>等。



<sup>8</sup> 美国人工智能国家安全委员会（NSCAI）2021 Final report, <https://reports.nscai.gov/final-report/table-of-contents/>.

<sup>9</sup> <https://www.semiconductors.org/sia-encourages-the-united-states-and-europe-to-collaborate-on-export-control-policy/>

<sup>10</sup> 《中国集成电路产业人才发展报告（2020-2021年版）》发布，未来两年仍有20万人才缺口-电子工程专辑, <https://www.eet-china.com/news/202111020204.html>.

<sup>11</sup> 同上。

法规政策方面，美国于2018年通过了《外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act, FIRREA），并于2020年发布了针对《外国投资风险审查现代化法案》的最终实施细则（下称“实施细则”）<sup>12</sup>。该实施细则进一步扩大了CFIUS的管辖权限，并首次明确将非控制性少数股权投资（包括风险投资）纳入审查，同时还对若干关键行业和核心技术领域首次规定了强制申报制度，取代了此前的自愿申报制度。在这些关键技术中，半导体领域的有关技术首当其冲成为监管的重点，特别是在目前针对“关键技术（Critical Technology）”的定义及管辖范围尚未完全明确的前提下，无形中进一步扩大了CFIUS基于国家安全考虑的自由裁量权限。

此外，美国方面正在通过加大投资审查力度的方式，进一步切断中国半导体企业通过并购方式获取相关物项及技术的途径。并且，美国的上述政策措施亦存在向其欧洲亚洲盟友灌输的趋势，根据美国及其盟友所释放出的同盟信号，不排除欧盟也将加大其投资审查力度，从而导致全球范围内收紧对中国半导体企业的对外并购之路。

#### （四）中国半导体企业高尖人才交流受限

据《中国集成电路产业人才发展报告（2020-2021年版）》数据显示，2020年，我国集成电路相关毕业生规模在21万左右，其中有13.77%的集成电路相关专业毕业生选择进入本行业从业。预计到2023年前后全行业人才需求将达到76.65万人左右，仍存在超20万的缺口<sup>13</sup>。从产业链上游原材料及设备研发，到中游半导体加工，再到下游组装协调技术等环节均缺乏相关人才，也是制约我国集成电路产业发展的关键瓶颈之一。

然而，为防止半导体重要技术人才流向中国大陆，欧美等国家及地区禁止其领先的半导体企业招聘中国籍员工。此外，欧美亦通过前述提及的禁止中国高新科技企业并购其他海外高新科技企业的方式阻止相关人才的流通或交流，以及在实践中，亦配以限制签证发放等手段围追堵截中国高学历人才进入美国学习或研究相关技术<sup>14</sup>。美国通过包括但不限于以上种种方式，试图最终切断中国半导体企业向其学习先进技术的途径。

#### （五）企业内在原因导致的困境

除上述来自外部环境的打压之外，中国大陆半导体企业亦面临技术瓶颈难突破、工艺技术新阶段难追赶、设计软件对外依赖度高以及加工设备自给率低等自主研发困境。虽然我国的半导体产业目前已在积极推进国产化替代的路径，但短时间内恐怕难以取得较大突破。

### 五、中国企业如何步步为营、困境突围

如前文所述，美国方面不断从国家安全审查制度和出口管制的角度，分别对外国主体收购美国资产、美国物项及技术出口进行严格审查和把控，并且，这一收紧政策正随着拜登政府的“多边主义”战略，逐步在世界范围内扩大影响。

从中国目前的情况来看，中国大陆许多半导体企业难以获得诸多关键物项，并且也难以通过跨国并购的方式获取

<sup>12</sup> 同上。

<sup>13</sup> 同上。

<sup>14</sup> 2020年5月29日，美国时任总统特朗普签署一项总统令，名为10043号令，限制部分中国留学生赴美学习。同时针对“部分”中国留学生，美国也给与了一份名单，名单中包括中国国防七子学校以及一些理工科学校。该总统令于2020年6月4日被发布在《联邦公报》上，原文具体内容见<https://www.federalregister.gov/documents/2020/06/04/2020-12217/suspension-of-entry-as-nonimmigrants-of-certain-students-and-researchers-from-the-peoples-republic>。

相应人才和技术资源<sup>15</sup>，同时这也很大程度上影响着中国芯片国产化的进程，使得相关核心技术在短期内无法取得突破性进步。面对此种困境，从出口管制和贸易合规的角度出发，我们结合实践经验，提供以下思考方向和建议：

### **（一）尽早进行产业链安全评估，并建立出口管制与跨境制裁合规体系**

半导体相关企业在上述大环境下，应当首先积极评估自身供应链上存在的风险。如初步了解拟采购物项的基本受控情况，比如商品属性、具体参数、原产国家、出口国家、出口管制分类编码（ECCN编码）等信息；掌握拟采购物项生产或代理商信息；了解近期是否存在相同、类似物项采购记录存在出口许可或授权未获得批准的情况；以及在拟采购物项为受控物项时，企业应及时了解办理拟采购物项许可证的时间和要求等。

在前述基础上，企业应当结合自身业务模式、战略安排等实际情况，尽早建立相应的出口管制与跨境制裁合规体系，管控从进口物项到产品出口的全流程风险，并细化各个业务环节的合规管理工作。从市场角度来看，拥有完善的合规体系亦是非常亮眼的加分项，可助力企业在资本市场及国际舞台树立良好的企业形象，提高对外征信评级，获得更多信赖与支持。

### **（二）建立备用供应链以减轻物项短缺带来的生产经营问题**

目前，中国半导体行业面临关键物料的缺失严重影响企业生产的情况，这也会导致衍生风险，如产品延期交付或合同违约的情况频发。针对受管控的美国物项，相关半导体企业可以聘请专业人士根据美国出口管制体系中的“最低减让标准”“外国直接产品规则”等专业规则进行分析评估，以明确受管控的物项范围，从而尝试建立备用供应链方案，确保企业在美国之外的国家或地区也能合法合规地获取其所需的半导体相关物项。

同时，在产业链全球化的大趋势之下，中国大陆半导体产业相关企业应当努力与境外龙头企业加强合作，更加深度融入全球半导体产业链，争取在全球分工中占据不可替代的位置，努力与境外供应商和客户建立一种唇亡齿寒的关系<sup>16</sup>，并通过中国市场的巨大吸引力与订单刺激，积极沟通境外友商申请相关出口许可，为中国企业获得关键物料提供有力的外部支持。

### **（三）建立半导体产业相关政策动态追踪体制**

在做好上述内部合规管理的同时，相关企业也需要提高全球政策风险意识，密切关注美国、欧盟等出口管制最新动态，积极跟踪和理解相关政策，建立风险预警机制，并能够根据政策法规变化及时调整企业战略布局。也要在此基础上，结合正在逐步完善的我国出口管制及反制裁法律体系，在合规体系中嵌入各国的相关监管要求，尽量完善交叉监管合规，为企业的可持续发展和突出重围创造稳健的合规基础。

### **（四）通过司法、行政手段完善知识产权保护体系**

在半导体产业链全球化的背景下，中国企业在海外设立子公司、研发中心等分支机构的情况并不鲜见，也有不少企业家、技术人才曾在海外公司工作，要对知识产权的相关争议风险予以高度重视，尤其要注意美国可能借此从战略

<sup>15</sup>例如，德国于2020年4月底通过了第三次修订的《对外贸易和支付法》，规定欧盟之外的投资者如试图收购德国关键基础设施或关键技术领域的公司10%以上股权，则交易将被暂停并申报给德国联邦经济和技术部门。请参考<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/aussenwirtschaftsfoerderung-institutionen-gtai.html>。

<sup>16</sup>《2021全球半导体贸易合规报告》。

---

上阻止中国大陆进入高端存储器产业。2021年2月8日，美国国际贸易委员会（ITC）对部分集成电路产品（Certain Integrated Circuits and Products Containing the Same）根据美国关税法337条款展开调查，该案由美国Tela Innovations公司提起，指控部分中国大陆企业对美出口、在美进口或是在美销售产品侵犯专利权，请求ITC发布有限排除令和禁止令<sup>17</sup>。

相关中国半导体企业应当加强通过法律、行政手段等完善自身知识产权保护体系。一方面要注意出口管制体系中对于技术研发的合规管理，例如对于拟使用的核心技术受控属性进行识别和梳理，对于进口技术的转让以及二次开发技术予以特别关注和管理等；另一方面，也要学会利用法律手段保护国内企业在高精尖领域取得的丰硕成果，尊重规则、熟悉规则、运用规则，避免相关技术成果在缺乏保护的状态下轻易扩散或遭受利益上的侵害。

## 结语

中国半导体产业的困境突围之路任重而道远，中国企业的合规之路亦任重而道远，但我们愿尽绵薄之力，助力本土企业在国际舞台上稳健发展、步步为营，用法律武器维护好企业的合法权益。尽管前路坎坷，但我们坚信，以合规发展为原则，充分发挥中国自主研发的潜力，我国的半导体事业终将守得云开见月明，走出一条属于中国的光辉之路。

*感谢北京外国语大学国际关系学院教授、博士生导师周鑫宇、合伙人刘新宇律师对本文的指导！*

---

<sup>17</sup> 中国商务部外国对华贸易救济调查，<http://www.mofcom.gov.cn/article/ztbx/gwyxx/201812/20181202819144.shtml>。

# 从中国半导体行业的 关注点看美国《芯片 法案》的影响和应对

刘新宇 郭欢 陈起超 蒋睿馨 刘学朋 刘姝倩 陈琳



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqichao@cn.kwm.com

2022年8月9日，美国总统拜登签署生效《2022年芯片和科学法案》（《芯片法案》），以强化美国半导体产业供应链安全和维护国家安全为由，对美国本土的半导体制造和其他相关前沿领域的科研活动提供了巨额的财政拨款和投资税收抵免等产业优惠举措。同月25日，美国总统拜登签发了一项行政令，为《芯片法案》的落地实施设立了“跨部门指导委员会”，并明确了实施《芯片法案》需优先考虑的事项以及与本其实施相关的平台网站设立事宜。

本文将结合半导体行业近期最为关心的问题，从法案出台的背景和内容出发，重点围绕《芯片法案》中涉及中国的条款，特别是“护栏条款”、“传统半导体”、“受益实体”等问题进行初步实务解读，希望能为中国本土以及拟在华投资的相关外国芯片企业提供参考。

## 一、美国《芯片法案》出台的背景

美国曾主导着国际半导体产业的研发、设计和制造环节，但近年来，基于劳动密集、资金投入高、回报周期长、利润率低等原因，美国将半导体供应链中的芯片制造、晶圆代工等逐步外移至亚洲的日本、韩国及中国台湾地区，导致美国的半导体制造能力全球占比从1990年的37%逐步下降到2020年的12%左右<sup>1</sup>。

半导体产业除了其显著的商业价值外，还关系到高科技领域的战略竞争格局，驱动引领全球资本和高端人才流动，同时，还因其显著的经济影响力，美国政府曾基于芯片行业中的主导地位扩大了其政治影响力。因此，其一度以“国家安全”为理由，不断出台激励政策吸引资本和促进本国产业的发展，同时利用管制措施限制他国发展自身的半导体产业，包括将中国视为竞争对手，设法在竞争中保住自己的产业优势。

面对全球半导体需求持续增长、美国半导体行业在全球市场地位逐年

<sup>1</sup> 2021-SIA-State-of-the-Industry-Report, p10.

下滑及日益依赖境外市场等现实挑战，美国政府为重塑在全球半导体制造领域核心地位，从2018年开始，美国政府针对中国半导体行业频频发招：

设计领域	设备领域	制造领域	原材料领域
<ul style="list-style-type: none"> <li>2019年5月，美国商务部BIS将某中国通信企业（A公司）及其非美国附属70家公司纳入出口管制“实体清单”。随后，英国某芯片设计公司暂停与A公司的业务。</li> <li>2019年A公司被美国BIS列入实体清单后，美国三大EDA软件厂商相继按照美国商务部的要求暂停了对A公司的授权和更新。</li> <li>2022年8月，美国BIS通过发布临时规则对用于GAAFET集成电路开发的EDA软件进行出口管制。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>2018年，特朗普签署《国防授权法》禁止美国政府雇员使用多家中国科技公司的某些设备或服务。</li> <li>2020年，美国多个政府机构商定采取新措施，试图阻止中国台湾半导体公司向A公司出口芯片。</li> <li>2021年，美国阻止韩国存储芯片企业中国工厂引进EUV光刻机。</li> <li>2022年7月，美国游说荷兰停止向中国出口荷兰某半导体公司的先进产品。</li> <li>2022年7月，美国两家芯片设备公司收到美国商务部的通知，禁止出口14纳米以下制程制造设备到中国大陆。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>2020年5月，美国BIS宣布限制A公司使用美国特定技术和软件在国外设计和制造半导体的能力。</li> <li>2021年11月，美国某芯片制造企业中国工厂扩产计划被拜登政府以危及“国家安全”的理由拒绝。</li> <li>2022年8月，美国总统拜登签署芯片法案，禁止受益企业自接受资助之日起10年内在中国增产先进制程半导体。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>美国限制向中国出口芯片制造原材料主要包括：复合半导体晶圆、极紫外掩膜、光刻胶、半导体金刚石材料、刻蚀气体和掺杂物。</li> </ul>

2020年以来，美国政府在评估美国半导体产业现状和供应链风险后，围绕促进美国半导体技术和产业发展、增强其本土半导体供应链弹性以及应对中国竞争等方面密集开展行动，有针对性地出台了一系列政策举措。



此外，从特朗普到拜登，两届政府对华半导体行业的管制政策的明显区别之一，是拜登政府更倾向于通过联盟的方式对华半导体形成多边管制的态势，即从单边管制向多边管制转化。

联盟	多边管制	核心内容
美国、日本、韩国、中国台湾地区	CHIPS 4	覆盖半导体产业价值链的所有主要领域，旨在内部协调产能供应、技术和标准共享以及设备和材料供应，同时针对中国大陆并将其排除在半导体产业之外。
美国、欧盟	TTC	加强在科技监管、工业发展和双边贸易领域的合作，促进美欧内部与之间的创新和投资，加强供应链，以帮助西方盟友开发并保护关键和新兴技术。
美国、日本	JUCIP	双方基本在加强双方的芯片产业合作并遏制他国芯片业发展上达成一致，将合作保护和促进关键技术，包括通过使用出口管制、支持各自的竞争优势和确保供应链弹性。
美国、韩国	美韩联合声明	宣称两国要在新领域加深伙伴关系，并在包括5G、6G和半导体等新兴技术领域等方面加强合作，更新出口管制政策。
美国、中国台湾地区	科技贸易暨投资合作架构	旨在重塑全球供应链、对中国大陆进行核心科技封控、加强双向贸易。

## 二、《芯片法案》的主要内容

美国近期出台的《芯片法案》，从整体结构而言，分为三大部分：

第一部分为《2022年芯片法》，主要为半导体产业提供专项拨款与税收抵免政策，包括：（1）拨款约527亿美元促进半导体制造；（2）拨款15亿美元助力无线技术发展；（3）禁止受益企业在华参与任何重大交易包括实质性的扩大在华半导体制造能力；（4）针对先进半导体制造业提供25%的投资税收抵免。

第二部分为《研发、创新和竞争法案》，主要为美国其他关键技术领域（如航空航天）和基础理工学科研发提供相关的拨款，包括：（1）拨款1699亿美元促进研发创新；（2）针对中国作出了禁止性或限制性规定，中国企业未来在参与美国制造计划、获取美国基金资助以及引进外部人才等方面均会受到不同程度的影响。

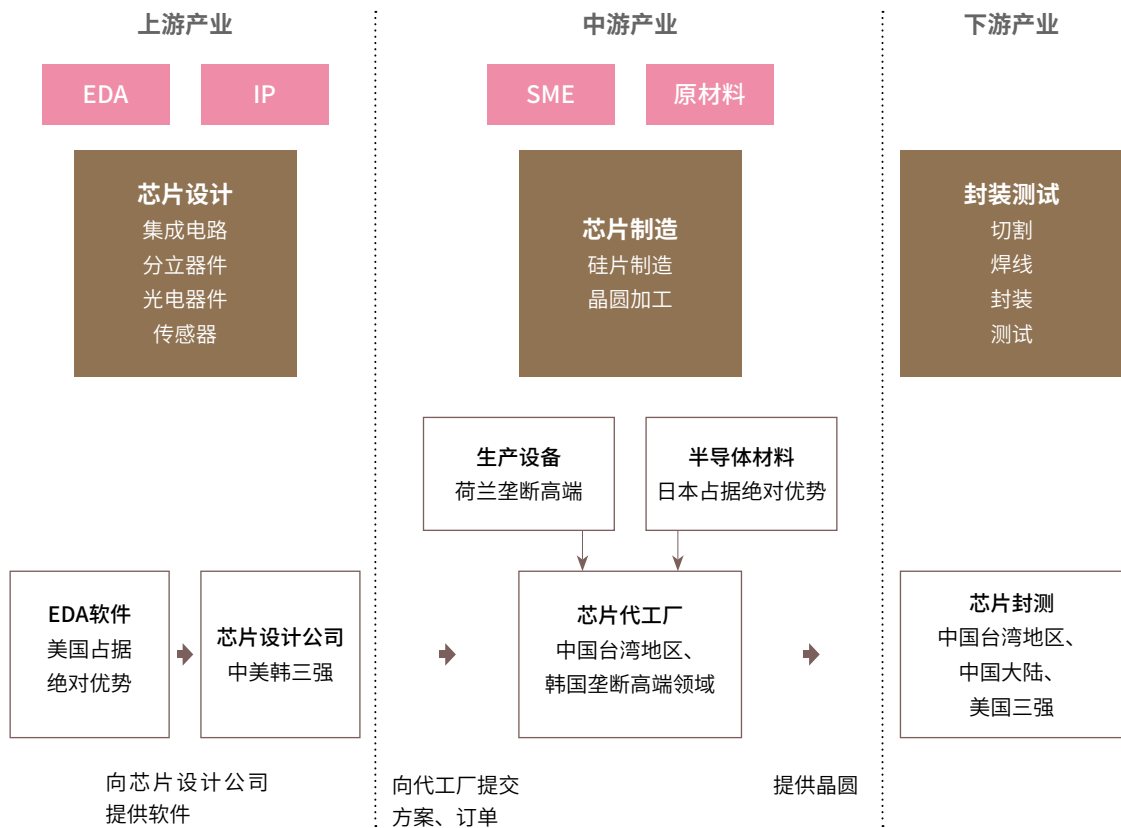
第三部分则为给美国最高法院为应对本法案而进行的拨款。

其中颇受中国相关政府部门、半导体行业协会和企业关注的核心要点如下：

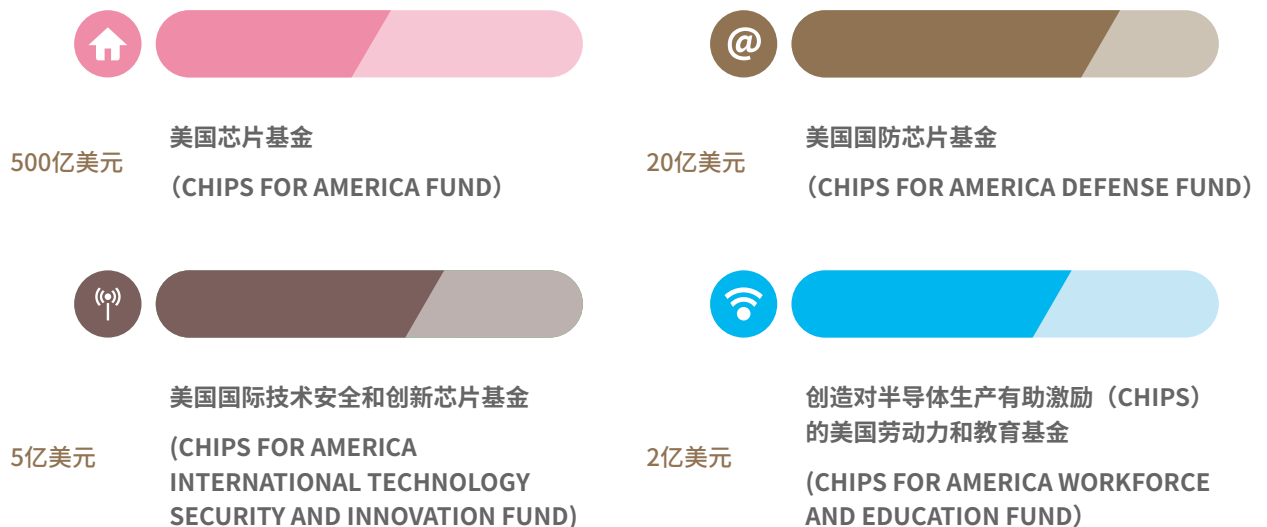
### （一）美国政府的具体财政补贴内容

《芯片法案》针对美国半导体供应链中最为薄弱的中游产业（芯片制造，尤其是晶圆代工部分），以财政拨款和税收优惠的方式，吸引半导体头部企业加强芯片制造阶段的美国投资和产能扩张。





下方以图表形式简要展示《芯片法案》第一部分《2022年芯片法》中的半导体行业财政拨款内容。除向美国基金投入527亿美元政府财政拨款之外，还对半导体产业投资提供了25%的投资税收抵免以及科研和人才培养等方向约2300亿美元的补贴内容。<sup>2</sup>



<sup>2</sup>针对地方政府、行业协会和有兴趣赴美投资的企业同样较为关心的《芯片法案》受益企业申请条件和要求等问题，因文章篇幅所限，暂不在本文中展开。

## （二）限制受益企业在华扩大和建立先进制程半导体产能

根据《芯片法案》第一部分《2022年芯片法》第103（b）（5）条，受益企业从接受资助之日起10年内，不得在中国等“受关注国家”开展协议约定的任何重大交易，包括实质性扩大与中国等受关注国家半导体制造能力相关的重大交易。该条款也被称为“护栏条款”（guardrails provision）。

## （三）限制中美之间的技术交流

根据《芯片法案》第三部分《研发、竞争和创新法》第10263条的规定，针对“美国网络制造”（Manufacturing USA Network）项目，除非美国政府基于项目紧急性等特殊原因给与了中国企业特殊许可，否则中国企业被禁止参与美国网络制造项目。例如在美国网络制造项目中的技术开发和运用中，美国政府将严格审查是否有中国等有关国家的外资实体参与。

## 三、中国企业的重点关注点

针对《芯片法案》，中国半导体行业最为关注的内容为《芯片法案》如何限制受益企业在中国等受关注国家建立和扩大先进制程的产能，《芯片法案》的出台是否会对中国现有半导体企业的生存和发展造成严重的负面影响等。

### （一）备受关注的“护栏条款”及其例外

根据《芯片法案》第103（b）（5）的有关规定，接受前述《芯片法案》资助的实体，包括根据《1986年国内收入法》第1504（a）节所认定的该实体的关联公司，应与美国商务部签订协议，从接受资助之日起10年内，不得在中国等“受关注国家”开展协议约定的任何重大交易，包括实质性扩大与中国等受关注国家半导体制造能力相关的重大交易，包括但不限于在相关国家新建或扩张产能。该条限制受益企业扩大在华半导体制造业务的条款受到较多关注，也被称为“护栏条款”。

根据《2022年芯片法》第103（b）（5）（D）节的规定，受益企业在协议期内拟在受关注国家开展任何实质扩大半导体先进制程产能的重大交易时，应提前向美国商务部报告。另外，美国商务部有权对受益企业审计获得资金支持后的4年内审计相关资金的用途，以确保资助实体按要求使用财政资助款。若受益企业被认定为违反上述协议，美国商务部有权全额收回该等财政资金或要求受益企业退还所享受的税收优惠。

该“护栏条款”同时设置了例外情形<sup>3</sup>，即上述限制措施不影响中国等受关注国家在现有设施和设备的条件下继续开展“传统半导体”<sup>4</sup>（legacy semiconductors）的生产，并且不影响受关注国家基于自身市场需求扩大成熟制程制造能力的重大交易。

<sup>3</sup> EXCEPTIONS.—The prohibition in the agreement required under clause (i) shall not apply to—(I) existing facilities or equipment of a covered entity for manufacturing legacy semiconductors; or (II) significant transactions involving the material expansion of semiconductor manufacturing capacity that—(aa) produces legacy semiconductors; and (bb) predominately serves the market of a foreign country of concern.

<sup>4</sup> Definition of legacy semiconductor—(i) IN GENERAL.—In this paragraph, the term legacy semiconductor—(I) includes—(aa) a semiconductor technology that is of the 28 nanometer generation or older for logic. (bb) with respect to memory technology, analog technology, packaging technology, and any other relevant technology, any legacy generation of semiconductor technology relative to the generation described in item (aa), as determined by the Secretary, in consultation with the Secretary of Defense and the Director of National Intelligence; and (cc) any additional semiconductor technology identified by the Secretary in a public notice issued under clause (ii); and (II) does not include a semiconductor that is critical to national security, as determined by the Secretary, in consultation with the Secretary of Defense and the Director of National Intelligence.

## （二）何为“传统半导体”

就如何适用“护栏条款”的例外情形，首先需要了解何为例外条款中特别提及的“传统半导体”。

根据《2022年芯片法》第103（b）（6）（A）节对“传统半导体”的定义可知法案所指的“传统半导体”具体包括：

- （1）对逻辑芯片而言，其成熟制程通常是指采用28纳米或更早一代的制程工艺技术；
- （2）对于存储技术、模拟技术、封装技术和任何其它相关技术，则需要通过美国商务部部长与国防部部长、国家情报局局长共同会商后进一步确定；
- （3）对于美国国家安全至关重要的芯片则不属于上述传统半导体的范畴。同时第103（a）（10）节也指出“成熟技术节点”（Mature Technology Node）的内涵也将由商务部部长提供解释。

《芯片法案》虽然就“传统半导体”的范围提供了一些指导，例如，对于逻辑半导体技术的成熟工艺制程提供了明确的定义范围，即28纳米；但对其它半导体工艺技术则需通过美国相关国家主管机关如商务部与国防部等共同商议的方式最终确定。因此，美国商务部在例外情形方面可以认为具有较大的自由裁量空间。

## （三）如何区分“先进制程”和“成熟制程”

由于芯片法案本身并未对“先进制程”和“成熟制程”进行明确的定义区分，而该类区分直接影响到中国企业与境外企业的项目合作与交易以及技术交流等活动，为了理清两者的区别，我们结合美国相关重要委员会、政府机构对外发布的报告，为相关企业提供参考。

美国国际贸易委员会（USITC）对中国半导体产业的政策的研究报告中将“先进制程芯片”定义为14纳米或以下，将“成熟制程芯片”（传统芯片）定义为65纳米到

10,000纳米的范畴。从当前半导体行业的角度而言，目前普遍认为28纳米是半导体制程里性价比高、长周期属性明显的制程工艺，因此业内普遍以28纳米作为划分先进制程和成熟制程的界限。

但是，基于中美竞争态势和政策的变化都可能导致上述工艺技术节点的认知产生变化，结合目前中国企业受到的出口管制具体措施来看，有企业目前仅受到10纳米及以下技术（包括EUV技术）的限制，但近期美国正将半导体制造设备的出口限制扩大到14纳米级，该等变动可以印证美国政府正通过变化技术节点的方式，加强对所谓“先进制程”的管控。而该等政策变化将基于中美在半导体领域的竞争形势，有可能发生进一步的调整或变化。

## （四）对美国受益实体的影响是否包含其在华企业

如前文所述，受益实体从资助日期开始的10年期间，不得在包括中国等受关注国家开展与半导体制造能力实质性扩张有关的任何重大交易，同时，如果受益实体与“受关注国家实体”进行“联合研究或技术许可工作”的，如果活动涉及美商务部指定的某些技术，该实体将可能被后续罚没收到的任何财政拨款。

关于“受益实体”（Covered Entity<sup>5</sup>）的定义，参考美国法律汇编15 U.S.C. § 4651（2）的规定，是指经证明有能力对与半导体、半导体材料或半导体设备的制造、装配、测试、高级封装、生产或研究和开发有关的设施进行实质性资助、建设、扩大或现代化的私营实体、私营实体联合体或公共和私营实体联合体。

同时根据《2022年芯片法》的有关规定，受益实体不仅指受益实体本身，其还应包括接受财政补贴和税收抵免企业的“关联集团（Affiliated Group）”，而对于“关联集团”，根据1986年美国税收法第1504（a）条规定，由一个母公司和一个或多个子公司组成，母公司必须拥有子公司80%以上的股份，并将子公司的财务报表与母公司的财务报表合并。因此，基于上述规定，在华实体可初步判断其是否落入“受益实体”的范围。

<sup>5</sup> 15 U.S.C. § 4651(2) The law defines a covered entity is defined as "a nonprofit entity, a private entity, a consortium of private entities, or a consortium of nonprofit, public, and private entities with a demonstrated ability to substantially finance, construct, expand, or modernize a facility relating to fabrication, assembly, testing, advanced packaging, production, or research and development of semiconductors, materials used to manufacture semiconductors, or semiconductor manufacturing equipment."

## 四、应对策略

从中国目前的情况来看，很多半导体企业在“先进制程”上的扩张将在短期内受阻，并且也难以通过跨国并购的方式获取相应人才和技术资源，同时这也很大程度上影响着中国芯片国产化进程，使得相关核心技术壁垒在短期内无法取得突破性进步。面对上述愈发趋严且复杂的形势背景，政府及企业应基于不同的角色予以应对。鉴于篇幅有限，我们列举如下几点作为底线策略，供各位参考：

### （一）政府层面

#### 1. 加强半导体产业激励措施

近年来，我国为了促进芯片行业的发展成立了一系列国家级芯片基金，对我国半导体行业的发展起到了巨大的推动作用。我国应继续加大对半导体企业和基金的资金投入，并借鉴欧美的产业刺激路径，调整国家芯片产业发展思路与计划。

#### 2. 重视培养国内人才与引进海归人才

人才是半导体产业发展的核心要素。《芯片法案》中提到了对人才培训和基础教育的大力支持。而我国半导体人才短缺问题也十分严重，吸引和留住芯片人才，是确保半导体产业具备长期竞争力重要基础。

#### 3. 重视推动半导体国产化和加强与头部企业合作

美国不断呼吁加强盟国间的协作，欲说服更多国家对半导体相关物项的对华销售施加严格的出口管制，促使供应链转移并采取芯片断供等手段限制中国，对于我国半导体供应链安排来说，短期内各环节的供应强国会对相关政策保持观望态度，长期来看，一旦各国开始在美国投资建厂，无论是技术研发还是人才流动中国都有可能出现脱节，中国半导体产业的长远发展，既需要国产化作支持，也需要与头部企业紧密合作作支撑。

### （二）企业层面

#### 1. 加强法案及政策预警

目前普遍认为《芯片法案》的目标受益企业为半导体领域的头部企业，而中国半导体产业的发展，难以避免会涉及与这类企业的合作发展事项。目前《芯片法案》针对受益企业违反与美商务部协议的，设置了相应的罚则。另外受益企业与美国商务部所签署的协议中，可能存在相较法案本身要求更为严苛的条款，因此提请中国企业在与相关企业合作及交易尽调时，对协议具体内容予以审慎关注。

#### 2. 加强对半导体出口管制最新动态的跟踪

美国政府近期不断通过调整出口管制措施、强化出口管制法律及执法行动等来提高对半导体的管制效果，建议相关企业持续关注并获取美国出口管制最新政策动向，包括对与美国存在重大利益竞合领域市场情况、美国出口管制政策重点打击目标等的关注。

---

### 3. 关注供应链的安全和稳定

建议企业提前评估供应商和原料采购的本地化替代的可行性，借助专业机构精确判断自身风险，在适度合规的基础上，通过备选供应商、拓展并深化境外头部芯片企业的合作等方式，加强自身供应链安全和稳定。

*感谢北京外国语大学国际关系学院博士生导师周鑫宇教授对本文的指导！感谢实习生于焱对本文作出的贡献。*

# 美国千页《芯片与科学法案》出台，产业界和投资人均需未雨绸缪

楼仙英 戴梦皓 杨恺盛 姚爽 冉芙妍



楼仙英

cecilia.lou@cn.kwm.com



戴梦皓

daimenghao@cn.kwm.com

2022年8月9日，美国总统拜登正式签署《2022芯片与科学法案》（The CHIPS and Science Act of 2022, H.R.4346，以下简称《芯片与科学法》），对于如今中美在多个高科技领域赛道展开激烈竞争的背景下，可谓一石激起千层浪。这部新法会对世界特别是中国的半导体行业的未来发展带来怎样的影响，美国后续还会采取哪些进一步的手段和措施，中国企业和投资人如何应对其带来的冲击，都是目前业内关注的焦点。这部法案分为三大部分，长达千页以上，如何解读和解析，本身就非易事，特别是该法案的内容，还会随着美国近期其他立法的动态和趋势而有进一步的变化与发展。本文将介绍该法案的主要内容及美国将会有哪些后续的立法或者监管动作，以及对中国的研发、生产、制造和投资行为的影响。

## 一、《芯片与科学法》的主要内容是什么？

从结构上来说，《芯片与科学法》分为三大部分：第一部分为《2022年芯片法》，主要为半导体行业的相关专项拨款与税收抵免政策，第二部分为《研究与创新法》（“科学法”），主要为美国其他关键技术领域（如航空航天）和基础理工学科（STEM）研发相关拨款，第三部分则为给美国最高法院为应对本法案而进行的拨款。

在《芯片与科学法》中，《2022年芯片法》核心内容主要包括：

### （一）对美国半导体产业投入专项资金补助和税务补贴

根据《2022年芯片法》相关规定，在未来5年中，美国政府将通过以下基金，投入超过520亿美元的基金，用于美国半导体行业的专项扶持，具体内容如下：

美国芯片基金 (CHIPS FOR AMERICA FUND)	2022-2026财年拨款500亿美元，其中激励计划拨款390亿美元，包括20亿美元用于成熟制程芯片的生产，370亿美元用于先进制程芯片的生产；商业研发和劳动力发展计划拨款110亿美元，用于国家半导体技术中心 (NSTC)、国家先进封装制造计划以及授权的其他研发和劳动力发展计划，且相关资金不得被用于美国境外的半导体产线建设、调整和改进。
美国国防芯片基金 (CHIPS FOR AMERICA DEFENSE FUND)	拨款20亿美元用于实施微电子军民共享计划，更快地将实验室进一步转化为军事和其他应用。
美国国际技术安全和创新芯片基金 (CHIPS FOR AMERICA INTERNATIONAL TECHNOLOGY SECURITY AND INNOVATION FUND)	拨款5亿美元用于美国国务院与美国国际开发署等合作，与外国政府合作伙伴协调通讯、电信、半导体技术等先进技术的协作。
创造对半导体生产有助激励 (CHIPS) 的美国劳动力和教育基金 (CREATING HELPFUL INCENTIVES TO PRODUCE SEMICONDUCTORS (CHIPS) FOR AMERICA WORKFORCE AND EDUCATION FUND)	拨款2亿美元用于促进半导体产业劳动力的成长。
公共无线供应链创新基金 (PUBLIC WIRELESS SUPPLY CHAIN INNOVATION FUND)	拨款15亿美元，通过美国国家电信和信息管理局 (NTIA)，与美国国家标准与技术研究院 (NIST)、国土安全部和国家情报局局长等合作，推动开放式架构、基于软件的无线技术的发展，并资助相关技术创新。

同时，《2022年芯片法》第107节规定，对先进制程半导体制造生产线的投资提供25%的投资税收抵免 (ITC) (预计总金额为240亿美元)，相关税收抵免的计算基数为建设先进制程半导体生产线所需的相关厂房、生产设备等专用于半导体生产 (不包含非生产功能的办公楼等) 且可进行折旧和摊销的有形资产 (适格资产, qualified property) 的成本。相关税收抵免超过应纳税所得额部分可选择返还。同时，对于S型公司而言，该税收抵免可直接由股东享受。相关税收抵免适用于在2022年12月31日之后投入使用，且在2027年1月1日之前开工建设的项目。

显而易见，上述拨款和税收抵免涵盖了生产、研发、人员培训和特定半导体运用等多个领域，体现了美国计划全方位对半导体产业发展进行扶持的雄心。

## (二) 限制补助和税收抵免接受者在中国等地扩大和建立先进制程半导体产能

与大规模提供资金支持和税收抵免相对应的是，在《2022年芯片法》第103(b)(5)节中，设置了专门的护栏条款 (guardrails provision)，其明确规定，接受前述《2022年芯片法》资助的实体，包括根据《1986年国内收入法》第1504(a)节所认定的该实体的任何关联公司，应与美国商务部部长签订协议，明确规定从资助日期开始的10年期间，其不得在包括中国在内的受关注国家开展与半导体制造能力实质性扩张有关的任何重大交易，包括但不限于在相关国家新增或扩张产能。但该等限制不适用于相关受关注国家已有的“成熟制程” (legacy semiconductors, 根据《2022年芯片法》第103(b)(6)节的定义，指28纳米或更早一代制程的逻辑芯片。就存储器、放大器、封装测试产线及其他半导体工艺的成熟制程定义，则由美国商务部部长会商国防部长和国家情报局局长确定，且相关产品和技术同时不会对美国国家安全造成影响) 产能以及主要服务于受关注国家国内市场，与扩充成熟制程产能相关的重大交易。同时，根据《2022年芯片法》第103(b)(5)(D)节的规定，接受资助的相关实体应当告知美国商务部在协议期间内在相关受关注国家开展的与扩充产能相关的任何重大交易，美国商务部将在相关公司获得资金支持后的4年内对相关资金用途

开展审计，以确保资助实体按要求使用财政资助款。若资助实体被认定为违反上述协议，美国商务部有权全额收回该等财政资金。

在《2022年芯片法》的税收抵免规定上，同样有类似的规定。首先，相关税收抵免不适用于中国或其他受关注国家公司；其次，若享受该等税收抵免的公司在享受税收抵免的10年内在中国或其他受关注国家开展与扩大先进制程产能相关的实质性重大交易，需要退还所有税收抵免。

不难看出，《2022年芯片法》的相关设计显然是希望通过二选一的方式，限制接收美国相关财政资助的半导体企业在中国等地发展先进制程半导体制造业产能。这与2021年3月美国人工智能国家安全委员会（NSCAI）在其最终报告中所提到的要求限制中国半导体制程技术至少落后美国两代的建议<sup>1</sup>遥相呼应。

在《科学法》部分，除了给予超过2000亿美元的科研财政专项拨款外，还对中美之间的技术交流施加限制。

### （三）禁止中国公司参与美国制造计划

根据《科学法》第10263(a)(1)(B)(iv)节的规定，就美国制造网络（Manufacturing USA Network）下的相关技术开发和运用，应严格审查包括中华人民共和国在内的有关国家的外资实体参与。同时，第10263(a)(2)(A)节规定，中国企业未经豁免，不能参加美国制造项目。这对于中国企业参与特定的美国应用技术开发和运用造成障碍。

### （四）限制联邦财政拨款流向主办或支持中国孔子学院的机构，要求接受资助的大学每年披露其获得的外国资金支持

根据《科学法》第10339A节，除了本节(c)款和(d)款规定的豁免情况和(d)条规定的特殊规则外，就《2022年芯片法》和《科学法》向美国科学基金（NSF）提供的任

何资金，不得向主办或支持中国孔子学院的机构（如开设有孔子学院的大学）提供。

根据《科学法》第10339B节，NSF要求接受其资金的高等教育机构，每年以摘要文件的形式，披露其和其相关实体获得的50,000美元或以上的外国资金支持，无论该外国资金是以捐赠或合作形式、直接或间接获得。NSF有权在本节(d)条规定的特定情况下减少、暂停或终止对该机构的资助。

这一条款同样可能会对中国企业和教育机构与美国科研教育机构之间的交流互动带来负面影响。

### （五）禁止联邦研究人员参加外国人才招聘计划

《科学法》第10631节规定，科学和技术政策办公室（OSTP）应向联邦研究机构发布指南，禁止联邦研究机构人员(包括联邦雇员、合同雇员、独立承包商、访问科学家等)参与“外国的人才招募计划”（具体定义和特点由OSTP说明）；并禁止获得联邦研究机构研发奖励的“涵盖个人”（covered individuals）参与“恶意外国人才招聘计划”。

根据第10638节的定义，“涵盖个人”是指对联邦研究机构拟用研发奖励实施的研发项目的科学发展或执行做出实质性、有意义的贡献，或由相关联邦研究机构指定的个人；由中国或俄罗斯等受关注外国（foreign country of concern），或设在中国或俄罗斯等受关注外国的受关注实体（foreign entity of concern）所赞助的招募计划属于“恶意外国人才招聘计划”的一种。

不难看出，根据相关条款，中国企业在美国的后续人才引进也将受到较大干扰。

## 二、美国为什么需要《芯片与科学法》

纵观《芯片与科学法》立法进程，有一点值得注意，美国于2021年2月24日发布了第14017号总统行政令，对

<sup>1</sup> “United States should commit to a strategy to stay at least two generations ahead of China in state-of-the-art microelectronics and commit the funding and incentives to maintain multiple sources of cutting-edge microelectronics fabrication in the United States.” — Final Report of National Security Commission on Artificial Intelligence, <https://www.nsc.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>



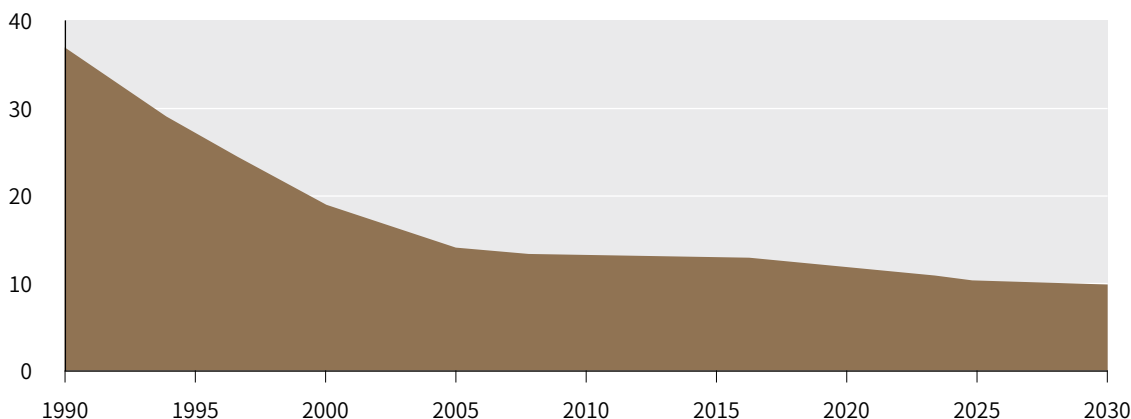
涉及美国国家安全和经济繁荣的关键供应链相关风险展开评估，其中第14017号总统行政令第3(b)(i)节明确要求美国商务部应会同其他相关机构，对半导体制造和先进封装供应链的风险进行评估，并在100天内提供相关评估报告（《百日评估报告》）。在2021年6月最终发布的《百日评估报告》中，就半导体行业，美国商务部就其相关的设计、制造、封装测试、材料和生产设备这五个上下游领域进行了分析。依据评估结果，美国商务部对相关业务领域的风险评估意见如下：

- (1) 半导体设计：该领域美国具有领先地位，但相关领域的美国公司高度依赖中国市场以维持利润增长和美国国内的研发投资；
- (2) 半导体制造：美国缺乏充足的半导体制造能力，并高度依赖于中国台湾地区提供先进制程逻辑芯片以及中国台湾地区、韩国和中国大陆提供成熟制程芯片的流片；
- (3) 封装测试：对于技术含量较低的后道封装测试产能，美国严重依赖于亚洲地区的产能，而美国在先进封装测试领域也仍然缺乏充足的物质支持以发展先进封装测试产业；
- (4) 半导体材料：虽然美国在半导体材料领域中可以提供制造所需的气体和湿电子化学品，但对于晶圆、掩膜、光刻胶等其他材料，基本为美国境外的供应商所垄断；
- (5) 生产设备：美国在用于前道生产的半导体生产设备制造领域具有较强的竞争力，但在光刻机方面，相关产业主要集中在荷兰和日本。不过由于美国境内的半导体制造产能有限，生产设备的主要客户均位于美国境外，这导致了半导体生产设备厂商极端依赖美国境外市场。

同时，美国商务部在《百日评估报告》中指出，大规模的公共投资是导致韩国和中国台湾地区半导体行业赶超美国本土产业的主要原因，这导致了目前在半导体生产份额中，美国本土生产占比从1990年37%降至目前12%左右。因此，美国商务部在《百日评估报告》中提出了以下提升美国半导体产业竞争力的方案：

### 1990-2021美国半导体产能 全球占比 & 2030预测

来源：SEMI、VLSI和BCG



《百日评估报告》中关于美国半导体产能全球占比趋势图

- (1) 加大在半导体行业的投资与合作。特别是加强美国政府与行业私营企业的协同；
- (2) 通过国会相关立法（如并入《2021财年国防授权法》中的《创造有利激励机制以为美国生产半导体法》（CHIPS for America Act））以联邦资金支持的形式来激励在美国境内建设、扩展和更新半导体相关生产设施以支持美国境内的半导体生产和封装测试产业和促进相关技术研发；
- (3) 通过立法行动来优化美国境内半导体生产生态，发展半导体相关的上游设备、材料和下游产业及相关就业以抵消和降低美国境内高额运营成本；
- (4) 对半导体制造商，特别是中小制造商提供在研发资源上的支持，提供资金支持以加快实验室-市场转换和新兴技术的产业化落地；
- (5) 通过大规模投资的方式来促进理工基础学科（STEM）的发展，并提供相应管道加强人才培育和人才引进；
- (6) 建立半导体供应联盟和合作机制，鼓励境外代工厂和材料供应商在美国和其他美国友邦进行投资并提供多元化的供应链供应渠道；
- (7) 通过出口管制政策来保障美国半导体制造和封装技术的领先优势。

上述要点中，除了最后的加强出口管制方案之外，基本均围绕着加大美国境内的半导体相关投资以吸引半导体投资展开，这离不开国会批准相应的财政拨款予以支持。

从《芯片与科学法》相关内容来看，其几乎完美呼应了美国商务部在2021年《百日评估报告》中所提出的问题和解决思路，同时，其总计2800亿美元（其中半导体产业专项拨款超过520亿美元）的空前财政拨款支持力度（为美国历史上最高的五年研发预算），也是为了配合美国商务部全面提升美国半导体和其他关键行业的竞争力。

### 三、《芯片与科学法》外，美国还会有哪些后续动作？

就前述《芯片与科学法》相关内容而言，不难看出其立足点主要还是在于对美国自身半导体产业的扶持。但是，如《百日评估报告》中所提到的，除了通过财政支持来扶植美国国内半导体产业发展以外，美国实际上还有更多的政策工具箱来遏制其所认定的外国竞争对手（foreign adversaries）的半导体业务发展。其中，中国半导体业显然首当其冲。美国在《百日评估报告》中，对于中国半导体行业的发展予以高度重视，其中提到虽然目前中国的半导体产业规模尚有限，主要集中于低端芯片生产，其最高制程能力仅限于14纳米制程，且产能有限，但是，中国的半导体产能正在飞速提升，预计将从2019年的占全球总产能的16%提升至2030年的28%。与此同时，中国政府计划投入超过1000亿美元的补贴用于半导体产业，包括建设60条全新的产线。这会对相关美国企业，特别是存储芯片生产商带来巨大的竞争压力。因此，在《芯片与科学法》的“二选一”政策外，美国关于中国半导体产业的其他相关限制措施也在紧锣密鼓地暗暗筹划。

#### （一）更严苛的出口管制限制措施

出口管制是《百日评估报告》中重点提到的保证美国半导体产业竞争优势的手段之一。在2018年以来，美国对于中国半导体产业的出口管制措施正日益收紧。除在2020年将中国最大的代工厂列入实体清单外，在2021年7月以来，美国多名议员先后致函美国商务部，要求将中国最大的存储芯片代工厂也同样列入实体清单，并要求将对相关实体的出口管制政策适用于中国全境<sup>2</sup>。在此压力下，美国商务部正一面开展对相关公司违反《出口管理条例》的调查<sup>3</sup>，一边

<sup>2</sup> <https://gop-foreignaffairs.house.gov/press-release/mccaull-hagerty-urge-raimondo-to-include-the-ccps-ymtc-on-commerce-department-entity-list/>

<sup>3</sup> <https://www.ft.com/content/8078f71e-d115-43c1-8f68-e5b6ec6cfcda>

正逐步调整相关对华出口管制政策。根据相关报道，美国目前主要半导体生产设备制造商已经收到BIS的通知，禁止在未经许可的情况下以中国为目的地出售可以制造14nm芯片以及更高制程逻辑芯片的设备<sup>4</sup>。与此同时，美国也在进一步考虑限制向中国相关实体提供用于制造128层以上NAND存储芯片的设备<sup>5</sup>。除此以外，近期美国可能还会推出进一步的出口管制新规，对用于“Gate-All-Around”（环绕栅极，GAA）芯片设计所需的EDA工具设置新的对华出口管制限制。鉴于目前相关规则正在管理和预算办公室（Office of Management and Budget）做最终审查，相关规定不出意外将在近期正式实施<sup>6</sup>。

上述这些相关出口管制限制措施将从前端设计、芯片制造等多个角度对中国半导体产业的设计能力和制造能力加以限制。

## （二）充分利用国际合作联动

如《百日评估报告》所提到的，建立半导体国际供应链协同来增强美国在全球半导体行业的领导力和竞争力，同时削弱美国竞争对手的竞争力，同样也是美国半导体产业规划的重点。自2021年5月起，美国开始通过搭建半导体联盟（Semiconductors in America Coalition, SIAC）、游说主要半导体生产国家和地区组建CHIP 4联盟，以为美国盟友提供新的替代市场机会，推动资金、人才、产业链向美国转移，均是这一方面的体现。此外，不排除美国后续会利用和欧盟间的美国欧盟贸易技术委员会（TTC）加强出口管制领域的国际合作，包括关键和新兴技术的互认、加强对于先进制程所需的特定生产设备（如光刻机）出口管制的协作。这些举措势必会进一步缩限中国半导体行业获取境外技术、资金、人员和设备的渠道。

## （三）限制美国资金对中国半导体行业的投资

美国一方面在《芯片与科学法》中增加了其在境内的半导体投资，另一方面也在现有的立法进程表中考虑进一步限制美国主体对美国境外，特别是涉及中国等国的投资限制。在仍在两院讨论的《竞争法案》中，目前最新加入了新的《国家关键能力防卫法案》（National Critical Capability Defense Act），该法案要求美国建立全新的美国实体对外投资审查制度。具体而言，美国将根据该法授权建立一个全新机构国家关键能力审查委员会（Committee on National Critical Capabilities, CNCC），该委员会的职能类似于目前负责外国投资审查的外国投资审查委员会（CFIUS），但主要负责美国主体对美国境外的相关“关注国别”的投资审查，以确保相关投资不会对美国的关键能力造成“不可接受的威胁”。根据目前的草案，被定义为“关键能力”的领域包括：

- （1）特定敏感供应链（包括半导体、大容量电池、成品药和原料药）；
- （2）关键和新兴技术（包括人工智能、生物科技、量子通信技术等）；
- （3）与特定敏感供应链相关的制造和其他相关行业；
- （4）其他被CNCC定义为关键能力行业的行业。

一旦相关规定最终通过实施，势必会对境外资本对中国境内的半导体等相关行业的投资带来极大的冲击和影响。

<sup>4</sup> <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-07-29/us-pushes-expansion-of-china-chip-ban-key-suppliers-say>

<sup>5</sup> <https://www.reuters.com/technology/us-considers-crackdown-memory-chip-makers-china-2022-08-01/>

<sup>6</sup> <https://www.protocol.com/enterprise/chip-design-software-export-restrictions>

---

#### 四、未雨绸缪是唯一选择

面对《芯片与科学法》和其后续美国可能采取的一系列组合拳，中国半导体行业和投资人应树立危机意识，未雨绸缪。对于半导体企业而言，需要未雨绸缪，包括：

##### （一）对自身业务进行先期评估

考虑到《芯片与科学法》和美国后续措施可能对于中国先进制程半导体产业的影响，建议相关企业对于目前自身业务的以下相关情况进行全面评估以确认风险：

- （1）上游技术来源及对相关技术的依赖程度；
- （2）主要研发人员所在位置和研发人员的背景；
- （3）相关芯片的技术特性；
- （4）主要代工厂所属国别或生产设备的来源；
- （5）主要客户的所在地；以及
- （6）主要投资者的背景。

根据相关评估结果，相关企业应当对潜在的技术断供、产能受限、投资者撤离等相关极端情况做好相应的预案和准备，以尽可能减小对自身业务的影响。

##### （二）完善自身研发和供应链安排的提前布局

在风险评估的基础上，相关半导体企业可以提前开展研发和供应链布局安排，包括提升前道供应链和设计工具的国产化程度，评估备选代工厂和生产计划，调整产品研发基地布局等，对可能面临的冲击做好准备。在进行布局时，相关企业可以结合自身业务特点（生产的芯片类别、是否属于先进制程等）对相关风险的紧迫程度进行等级划分，并充分利用中国的现有产业政策，来进行后续业务模式规划。

《芯片与科学法》在如今中美处于全球供应链和高科技领域激烈交锋的背景下出台并不令人意外。而对中国半导体企业而言，这一法案既是挑战，在某种程度上却也是一个如何在危机中谋求转机的机遇期，在逆全球化供应链的大环境下，中国企业与投资人如何在风雨中茁壮成长，将是整个中国半导体产业和投资行业未来发展中的重要课题。

# 涉美出口管制与经济制裁引发的企业高管出境安全风险应对——为重要人员商旅出境全程保驾护航

景云峰 李慧斌 徐健峰 闫璐

## 引言

出口管制与经济制裁已然演变成了美国对华最为常用的“地缘政治武器”之一，美国司法的“长臂管辖”及与他国达成的引渡安排，使得这一武器的射界范围已然覆盖到了除美国以外的100多个国家。特别是随着近年中国企业版“美国陷阱事件”的不断涌现，高管及核心人员出境商旅安全风险评估与应急处置问题受到中国企业的高度重视。

## 一、典型事例

相信前法国阿尔斯通集团锅炉部全球负责人弗雷德里克·皮耶鲁齐先生，通过其著书《美国陷阱》所讲述的从2013年在美机场被捕直至2018年刑满释放的亲身经历和深刻感悟，已被很多企业广为熟知。但是，早于该事件5年之前，中国企业高管人员就曾因为出口管制违法问题在美遇到过类似事件，并最终被美国法院判处84个月的有期徒刑。

- 1996年，W先生创办了中国知名电器元器件分销企业A公司，并在美国等境外国家设立了多家子公司。
- 2008年12月5日，W先生作为时任A公司董事长飞往芝加哥，应邀出席美国耶鲁CEO峰会，在芝加哥机场入境时被美国官员以“违反出口管制”等罪名逮捕，A公司美国子公司负责人F女士及业务经理也于同日被捕。



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com

- 2009年1月，W先生等被转至波士顿监狱羁押。美国检方起初以不实税收申报、欺诈政府、违反出口管制罪名对3人提出控告。在马萨诸塞地区法院大陪审团随后提出的起诉书中，取消了有关不实税收申报的指控。
- 2009年4月中旬，美国检方追加中国A公司及其美国子公司为被告，同时指控，2004年4月至5月期间涉及出口2项军用器件和1项军民两用器件。
- 2011年1月26日，马萨诸塞地区法院认定W先生违反美国《出口管理条例》（EAR）及《国际紧急经济权力法》的罪名成立，并判处其97个月徒刑，称其非法向中国出口美国军事器材。
- 2011年1月28日，美国法院审理后认定，A公司美国子公司负责人F女士因在长达10年多的时间里非法对华出口美国军事设备，被判处三年监禁。A公司的美国子公司被判处1,550万美元罚款。美国司法部称，两名被告利用A公司美国子公司，为其中国母公司做掩护，Y女士从美国供应商处购买出口受限的设备，然后经由香港运往中国大陆。这些设备用于电子战争、军事雷达、射击控制、军事导航和控制设备、导弹系统及卫星通讯。
- 2013年3月19日，美国上诉法院认定一审罪名成立，但改判W先生84个月的有期徒刑。

此外，虽然2022年1月20日，麻省理工华人教授陈刚迎来了美国司法部的撤诉决定<sup>1</sup>，但是近年身处美国境内的华裔科学家、来自中国的企业商旅人员、派驻人员、访问学者及留学生等频繁受到美方调查，甚至被追究法律责任的事例还是层出不穷。

## 二、与美国存在引渡安排的主要国家统计情况

### （一）主要国家分布

经查询美国官网数据<sup>2</sup>，目前已有超过100个国家/地区与美国签订有引渡条约，具体可参见以下名单列表：

Country	Date signed	Entered into force	Citation
Albania .....	Mar. 1, 1933 .....	Nov. 14, 1935 ....	49 Stat. 3313. -
Antigua and Barbuda.	June 3, 1996 .....	July 1, 1999 .....	TIAS 99-701.1.
Argentina ...	June 10, 1997 ...	June 15, 2000 ...	TIAS 12866. -
Australia ....	Dec. 22, 1931 .....	Aug. 30, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	May 14, 1974 ....	May 8, 1976 .....	27 UST 957.
	Sept. 4, 1990 ....	Dec. 21, 1992 ....	1736 UNTS 344.
Austria .....	Jan. 8, 1998 .....	Jan. 1, 2000 .....	TIAS 12916.
	July 20, 2005 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.2.
Bahamas .....	Mar. 9, 1990 .....	Sept. 22, 1994 ....	TIAS 94-922.
Barbados .....	Feb. 28, 1996 ....	Mar. 3, 2000 .....	TIAS 00-303.
Belgium .....	Apr. 27, 1987 ....	Sept. 1, 1997 ....	TIAS 97-901.
	Dec. 16, 2004 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.
Belize .....	Mar. 30, 2000 ...	Mar. 27, 2001 ...	TIAS 13089.
Bolivia .....	June 27, 1995 ....	Nov. 21, 1996 ....	TIAS 96-112.
Brazil .....	Jan. 13, 1961 ....	Dec. 17, 1964 ....	15 UST 2093.
	June 18, 1962 ...	Dec. 17, 1964 ....	15 UST 2112.
Bulgaria .....	Mar. 19, 1924 ...	June 24, 1924 ...	43 Stat. 1886.
	June 8, 1934 .....	Aug. 15, 1935 ...	49 Stat. 3250.
	Sept. 19, 2007 ...	May 21, 2009 ....	TIAS 09-521.
Burma .....	Dec. 22, 1931 ....	Nov. 1, 1941 .....	47 Stat. 2122.
Canada .....	Dec. 3, 1971 .....	Mar. 22, 1976 ...	27 UST 983.
	June 28, July 9, 1974.	Mar. 22, 1976 ...	27 UST 1017.
	Jan. 11, 1988 ....	Nov. 26, 1991 ....	1853 UNTS 407.
	Jan. 12, 2001 ....	Apr. 30, 2003 ....	TIAS 03-430.

<sup>1</sup>麻省理工教授陈刚讲述：我被美国联邦特工抓捕的过程，参考[https://export.shobserver.com/toutiao/html/445179.html?tt\\_from=weixin&utm\\_campaign=client\\_share&wxshare\\_count=1&tamp=1643083536&app=news\\_article&utm\\_source=weixin&utm\\_medium=toutiao\\_ios&use\\_new\\_style=1&req\\_id=202201251205350101330462050100DF45&share\\_token=87069867-CB6E-4960-8305-779D4FA357F1&group\\_id=7056960193912898085](https://export.shobserver.com/toutiao/html/445179.html?tt_from=weixin&utm_campaign=client_share&wxshare_count=1&tamp=1643083536&app=news_article&utm_source=weixin&utm_medium=toutiao_ios&use_new_style=1&req_id=202201251205350101330462050100DF45&share_token=87069867-CB6E-4960-8305-779D4FA357F1&group_id=7056960193912898085)。

<sup>2</sup>GovInfo官网：<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2020-title18/pdf/USCODE-2020-title18-partII-chap209-sec3181.pdf>。此外，2020年8月19日，根据美国前总统特朗普签发的有关行政命令，美方暂停或终止与中国香港特别行政区的有关引渡安排。<https://2017-2021.state.gov/suspension-or-termination-of-three-bilateral-agreements-with-hong-kong/index.html>。

Country	Date signed	Entered into force	Citation
Chile .....	Apr. 17, 1900 ...	June 26, 1902 ...	32 Stat. 1850.
Colombia ....	Sept. 14, 1979 ...	Mar. 4, 1982 .....	TIAS.
Congo (Brazzaville).	Jan. 6, 1909 .....	July 27, 1911 ....	37 Stat. 1526.
	Jan. 15, 1929 .....	May 19, 1929 .....	46 Stat. 2276.
	Apr. 23, 1936 .....	Sept. 24, 1936 ...	50 Stat. 1117.
Costa Rica ..	Dec. 4, 1982 .....	Oct. 11, 1991 .....	TIAS.
Cuba .....	Apr. 6, 1904 .....	Mar. 2, 1905 .....	33 Stat. 2265.
	Dec. 6, 1904 .....	Mar. 2, 1905 .....	33 Stat. 2273.
	Jan. 14, 1926 .....	June 18, 1926 ...	44 Stat. 2392.
Cyprus .....	June 17, 1996 ...	Sept. 14, 1999 ...	TIAS 99-914.
	Jan. 20, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.4.
Czech Republic <sup>1</sup> .	July 2, 1925 .....	Mar. 29, 1926 ...	44 Stat. 2367.
	Apr. 29, 1935 .....	Aug. 28, 1935 ...	49 Stat. 3253.
	May 16, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.5.
Denmark .....	June 22, 1972 ...	July 31, 1974 ....	25 UST 1293.
	June 23, 2005 ...	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.6.
Dominica ....	Oct. 10, 1996 .....	May 25, 2000 .....	TIAS 00-525.
Dominican Republic.	June 19, 1909 ...	Aug. 2, 1910 .....	36 Stat. 2468.
Ecuador .....	June 28, 1872 ...	Nov. 12, 1873 ....	18 Stat. 199.
	Sept. 22, 1939 ...	May 29, 1941 ....	55 Stat. 1196.
Egypt .....	Aug. 11, 1874 ...	Apr. 22, 1875 ....	19 Stat. 572.
El Salvador	Apr. 18, 1911 .....	July 10, 1911 .....	37 Stat. 1516.
Estonia .....	Nov. 8, 1923 .....	Nov. 15, 1924 ....	43 Stat. 1849.
	Oct. 10, 1934 .....	May 7, 1935 .....	49 Stat. 3190.
	Feb. 8, 2006 .....	Apr. 7, 2009 .....	TIAS 09-407.
European Union.	June 25, 2003 ...	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.
Fiji .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	July 14, 1972, Aug. 17, 1973.	Aug. 17, 1973 ...	24 UST 1965.
Finland .....	June 11, 1976 ...	May 11, 1980 ....	31 UST 944.
	Dec. 16, 2004 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.7.
France .....	Apr. 23, 1996 .....	Feb. 1, 2002 .....	TIAS 02-201.
	Sept. 30, 2004 ...	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.8.
Gambia .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Germany .....	June 20, 1978 ...	Aug. 29, 1980 ...	32 UST 1485.
	Oct. 21, 1986 .....	Mar. 11, 1993 ...	1909 UNTS 441.
	Apr. 18, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.9
Ghana .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Greece .....	May 6, 1931 .....	Nov. 1, 1932 .....	47 Stat. 2185.
	Sept. 2, 1937 .....	Sept. 2, 1937 ....	51 Stat. 357.
	Jan. 18, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.10.
Grenada .....	May 30, 1996 .....	Sept. 14, 1999 ...	TIAS 99-914.1.
Guatemala ..	Feb. 27, 1903 .....	Aug. 15, 1903 ...	33 Stat. 2147.
	Feb. 20, 1940 .....	Mar. 13, 1941 ...	55 Stat. 1097.
Guyana .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Haiti .....	Aug. 9, 1904 .....	June 28, 1905 ...	34 Stat. 2858.
Honduras ...	Jan. 15, 1909 .....	July 10, 1912 ....	37 Stat. 1616.
	Feb. 21, 1927 .....	June 5, 1928 .....	45 Stat. 2489.
Hong Kong ..	Dec. 20, 1996 .....	Jan. 21, 1998 .....	TIAS 98-121.
Hungary .....	Dec. 1, 1994 .....	Mar. 18, 1997 ...	TIAS 97-318.
	Nov. 15, 2005 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.11.
Iceland .....	Jan. 6, 1902 .....	May 16, 1902 ....	32 Stat. 1096.
	Nov. 6, 1905 .....	Feb. 19, 1906 ....	34 Stat. 2887.
India .....	June 25, 1997 ...	July 21, 1999 ...	TIAS 12873.
Iraq .....	June 7, 1934 .....	Apr. 23, 1936 ...	49 Stat. 3380.
Ireland .....	July 13, 1983 .....	Dec. 15, 1984 ....	TIAS 10813.
	July 14, 2005 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.12.
Israel .....	Dec. 10, 1962 .....	Dec. 5, 1963 .....	14 UST 1707. <sup>2</sup>
	July 6, 2005 .....	Jan. 10, 2007 ...	TIAS 07-110.
Italy .....	Oct. 13, 1983 .....	Sept. 24, 1984 ...	35 UST 3023.
	May 3, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.13.
Jamaica .....	June 14, 1983 ...	July 7, 1991 .....	TIAS 91-707.
Japan .....	Mar. 3, 1978 .....	Mar. 26, 1980 ...	31 UST 892.
Jordan .....	Mar. 28, 1995 ...	July 29, 1995 ...	TIAS.
Kenya .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	May 14, Aug. 19, 1965.	Aug. 19, 1965 ...	16 UST 1866.
Kiribati .....	June 8, 1972 .....	Jan. 21, 1977 ...	28 UST 227.
Latvia .....	Oct. 16, 1923 .....	Mar. 1, 1924 .....	43 Stat. 1738.
	Oct. 10, 1934 .....	Mar. 29, 1935 ...	49 Stat. 3131.
	Dec. 7, 2005 .....	Apr. 15, 2009 ...	TIAS 09-415.
Lesotho .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Liberia .....	Nov. 1, 1937 .....	Nov. 21, 1939 ...	54 Stat. 1733.
Liechten- stein.	May 20, 1936 .....	June 28, 1937 ...	50 Stat. 1337.
Lithuania ...	Oct. 23, 2001 .....	Mar. 31, 2003 ...	TIAS 13166.
	June 15, 2005 ...	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.14.
Luxembourg	Oct. 1, 1996 .....	Feb. 1, 2002 .....	TIAS 12804.
	Feb. 1, 2005 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.15.
Malawi .....	Dec. 22, 1931 .....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	Dec. 17, 1966, Jan. 6, Apr. 4, 1967.	Apr. 4, 1967 .....	18 UST 1822.
Malaysia .....	Aug. 3, 1995 .....	June 2, 1997 .....	TIAS 97-602.

Country	Date signed	Entered into force	Citation
Malta .....	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	May 18, 2006 ....	July 1, 2009 .....	TIAS 09-701.
Marshall Is-lands.	Apr. 30, 2003 ....	May 1, 2004 .....	TIAS 04-501.2.
Mauritius ....	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Mexico .....	May 4, 1978 .....	Jan. 25, 1980 ....	31 UST 5059.
	Nov. 13, 1997 ....	May 21, 2001 ....	TIAS 12897.
Micronesia, Federated States of.	May 14, 2003 ....	June 25, 2004 ...	TIAS 04-625.4.
Monaco .....	Feb. 15, 1939 ....	Mar. 28, 1940 ...	54 Stat. 1780.
Nauru .....	Dec. 22, 1931 ....	Aug. 30, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Netherlands	June 24, 1980 ...	Sept. 15, 1983 ...	35 UST 1334.
	Sept. 29, 2004 ...	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.16.
New Zealand	Jan. 12, 1970 ....	Dec. 8, 1970 .....	22 UST 1.
Nicaragua ...	Mar. 1, 1905 .....	July 14, 1907 ....	35 Stat. 1869.
Nigeria .....	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Norway .....	June 9, 1977 .....	Mar. 7, 1980 .....	31 UST 5619.
Pakistan .....	Dec. 22, 1931 ....	Mar. 9, 1942 .....	47 Stat. 2122.
Panama .....	May 25, 1904 ....	May 8, 1905 .....	34 Stat. 2851.
Papua New Guinea.	Dec. 22, 1931 ....	Aug. 30, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	Feb. 2, 23, 1988	Feb. 23, 1988 ....	TIAS.
Paraguay ....	Nov. 9, 1998 .....	Mar. 9, 2001 .....	TIAS 12995.
Peru .....	July 26, 2001 ....	Aug. 25, 2003 ....	TIAS 03-825.
Philippines	Nov. 13, 1994 ....	Nov. 22, 1996 ....	TIAS 96-1122.
Poland .....	July 10, 1996 ....	Sept. 17, 1999 ...	TIAS 99-917.
	June 9, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.17.
Portugal ....	May 7, 1908 .....	Nov. 14, 1908 ....	35 Stat. 2071.
	July 14, 2005 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.18.
Romania ....	July 23, 1924 ....	Apr. 7, 1925 .....	44 Stat. 2020.
	Nov. 10, 1936 ....	July 27, 1937 ....	50 Stat. 1349.
	Sept. 10, 2007 ...	May 8, 2009 .....	TIAS 09-508.
Saint Kitts and Nevis.	Sept. 18, 1996 ...	Feb. 23, 2000 ....	TIAS 12805.
Saint Lucia	Apr. 18, 1996 ....	Feb. 2, 2000 .....	TIAS 00-202.
Saint Vincent and the Grenadines.	Aug. 15, 1996 ...	Sept. 8, 1999 ....	TIAS 99-908.
San Marino	Jan. 10, 1906 ....	July 8, 1908 .....	35 Stat. 1971.
	Oct. 10, 1934 ....	June 28, 1935 ...	49 Stat. 3198.
Seychelles ..	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Sierra Leone	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
Singapore ...	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	Apr. 23, June 10, 1969.	June 10, 1969 ...	20 UST 2764.
Slovakia <sup>1</sup> ...	July 2, 1925 .....	Mar. 29, 1926 ...	44 Stat. 2367.
	Apr. 29, 1935 ....	Aug. 28, 1935 ....	49 Stat. 3253.
	Feb. 6, 2006 .....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.19.
Slovenia <sup>1</sup> ....	Oct. 17, 2005 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.20.
Solomon Islands.	June 8, 1972 .....	Jan. 21, 1977 ....	28 UST 277.
South Africa	Sept. 16, 1999 ...	June 25, 2001 ...	TIAS 13060.
South Korea	June 9, 1998 .....	Dec. 20, 1999 ....	TIAS 12962.
Spain .....	May 29, 1970 ....	June 16, 1971 ...	22 UST 737.
	Jan. 25, 1975 ....	June 2, 1978 .....	29 UST 2283.
	Feb. 9, 1988 .....	July 2, 1993 .....	TIAS.
	Mar. 12, 1996 ....	July 25, 1999 ....	TIAS.
	Dec. 17, 2004 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.21.
Sri Lanka ...	Sept. 30, 1999 ...	Jan. 12, 2001 ....	TIAS 13066.
Suriname ....	June 2, 1887 .....	July 11, 1889 ....	26 Stat. 1481.
	Jan. 18, 1904 ....	Aug. 28, 1904 ...	33 Stat. 2257.
Swaziland ...	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	May 13, July 28, 1970.	July 28, 1970 ...	21 UST 1930.
Sweden .....	Oct. 24, 1961 ....	Dec. 3, 1963 .....	14 UST 1845.
	Mar. 14, 1983 ....	Sept. 24, 1984 ...	35 UST 2501.
	Dec. 16, 2004 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.22.
Switzerland	Nov. 14, 1990 ....	Sept. 10, 1997 ...	TIAS 97-910.
Tanzania .....	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	Nov. 30, Dec. 6, 1965.	Dec. 6, 1965 .....	16 UST 2066.
Thailand ....	Dec. 14, 1983 ....	May 17, 1991 ....	TIAS 91-517.
Tonga .....	Dec. 22, 1931 ....	Aug. 1, 1966 .....	47 Stat. 2122.
	Mar. 14, Apr. 13, 1977.	Apr. 13, 1977 ....	28 UST 5290.
Trinidad and Tobago.	Mar. 4, 1996 .....	Nov. 29, 1999 ...	TIAS 99-1129.
Turkey .....	June 7, 1979 .....	Jan. 1, 1981 .....	32 UST 3111.
Tuvalu .....	June 8, 1972 .....	Jan. 21, 1977 ....	28 UST 227.
	.....	Apr. 25, 1980 ....	32 UST 1310.
United Kingdom.	Mar. 31, 2003 ...	Apr. 26, 2007 ....	TIAS 07-426.
Uruguay .....	Dec. 16, 2004 ....	Feb. 1, 2010 .....	TIAS 10-201.23.
Venezuela ....	Apr. 6, 1973 .....	Apr. 11, 1984 ....	35 UST 3197.
Yugoslavia <sup>1</sup>	Jan. 19, 21, 1922	Apr. 14, 1923 ....	43 Stat. 1698.
Zambia .....	Oct. 25, 1901 ....	June 12, 1902 ...	32 Stat. 1890.
Zimbabwe ...	Dec. 22, 1931 ....	June 24, 1935 ...	47 Stat. 2122.
	July 25, 1997 ....	Apr. 26, 2000 ...	TIAS 00-426.



## （二）美国对他国政府提出引渡要求

“引渡”通常指某一主权国家将罪犯或者犯罪嫌疑人移交给另一主权国家，以便后者对其执行司法审判。比如：某C国人在D国实施犯罪后回到C国，如果C、D两国之间签订有引渡协议，则C国可以将犯罪嫌疑人逮捕后移交给D国，由D国司法机关对其进行控诉和审判。

以美国向加拿大提出引渡要求为例，美国要求加拿大配合逮捕并引渡犯罪嫌疑人的主要法律依据是1974年《加美引渡条约》（Treaty on Extradition Between the Government of Canada and the Government of the United States of America）和1999年加拿大《引渡法》（Extradition Act）第33条。

就美国国内程序而言，联邦或州检察官需要通过美国司法部国际事务办公室（The Office of International Affairs, OIA）向外国政府提出引渡请求。OIA全权负责与外国政府沟通协调在美国国外的逮捕和引渡犯罪嫌疑人的具体工作。OIA需在逮捕后60天内发出正式的引渡请求。

## 三、美国出口管制与经济制裁下的“长臂管辖”

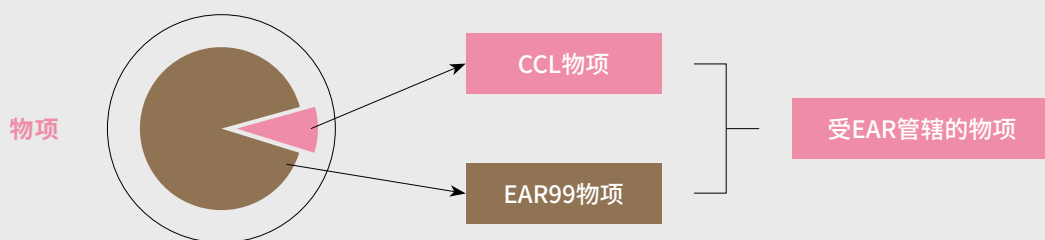
### （一）违规风险可能发生在涉美受控物项流转中的任一细小环节

根据美国出口管制相关法律的规定，同时结合法律语境下的广义出口概念（包括出口、再出口、国内转移及视同出口等），美国有权对受EAR管辖的物项（包括商品、技术和软件，下称“受控物项”）实施“从摇篮到坟墓”（即“由生至死”）的全流程管控。因此，无论是中国企业在美设立的子公司，又或是国内企业通过美国厂商在华设立的经销商或代理商以人民币购买获得受控物项，均需要遵守美国出口管制法律的合规要求。

#### 受EAR管辖的物项：

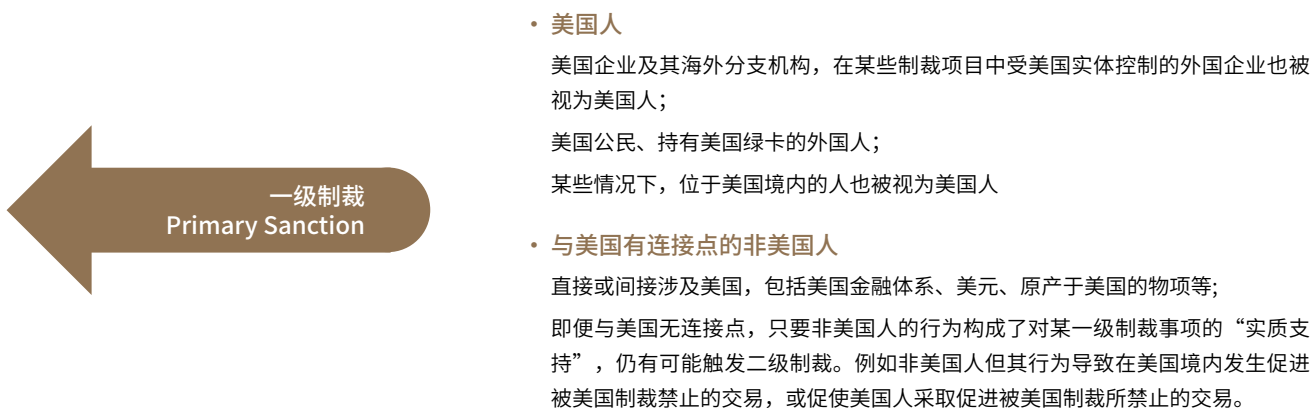
- 任何在美国境内的物项（包括美国对外贸易区内的物项以及中转途经美国的物项）
- 所有美国原产的物项，不论物项实际位于何处
- 由其他国家制造的、嵌入了美国原产受控物项达到一定比例的最终产品（De Minimis，最低减让标准）
- 使用特定的美国技术或软件直接生产的，由其他国家制造的物项（包括生产流程和服务）
- 美国境外生产的产品，但生产该产品的设备或设备的主要部件是美国技术或软件的直接产品

● 商品 (Commodity)      ● 软件 (Software)      ● 技术 (Technology)



## (二) 一级制裁下的涉美连接点在业务实践中很难完全隔断

美国实施经济制裁的主要目的在于通过各种经济制裁手段，确保美国的外交政策、经济政策和国家安全计划得以顺利实施。学界及实务界将美国经济制裁的效力划分为“一级制裁”和“二级制裁”。所谓一级制裁，即要求美国人（包含持有美国绿卡的外国人）或者与美国存在连接点（如使用美元结算等）的非美国人需要遵守有关法律及经济制裁项目的具体要求，不得与被美国制裁对象实体等违规开展禁止性交易。所谓二级制裁，即要求与美国没有连接点的非美国人也不得违规与美国制裁对象开展交易活动。因此，中国企业如果违反上述美国经济制裁的有关规定，与其制裁对象违规开展交易，则可能面临被美列入制裁黑名单、甚至追究相应法律责任的风险。



### 谁需遵守

• **与美国没有连接点的非美国人**  
要求非美国人遵守，并且适用于发生在美国境外的、无美国连接点的交易（如非美国人从伊朗进口石油）。禁止非美国人与受制裁对象进行无美国连接点的交易，否则该非美国人也将面临美国的制裁，从而迫使非美国人在受制裁对象和美国之间做出选择。



回首现实，有很多中国企业在现阶段还必须或多或少地依赖于美国的高端设备或者软件和技术，与此同时也无法完全避免在国际贸易中使用美元作为主要结算货币，这就导致企业必须充分理解和准确适用美国出口管制与经济制裁的相关规定，建立起符合标准的合规管控体系。但另一方面，由于很多无法掌控的复杂客观原因（例如企业的不当宣传引发的美方重大误解）或者对于有关美国法律的理解不够清晰，企业高管人员或者技术研发、销售等主干业务部门的核心管理人员可能做出错误的判断或者指示。在此情形下，企业高管在赴美或者与其签订有引渡条约或者相关安排的国家、地区开展商旅活动时，则可能面临文首案例中所提及的安全风险。

## 四、尽早制定《企业高管出境安全风险应对手册》

如上所述，鉴于近期美方不断加大针对中国企业涉及违反出口管制与经济制裁行为的调查及处罚力度，建议中国企业除了根据业务开展所需适用国家和地区（包括但不限于美国、中国及欧盟等）法规要求，及时建立必要的合规管控体系之外，还应当尽早制定《企业高管出境安全风险应对手册》，以有效确保出境商旅高管及核心人员的合法权益，同时避免企业因为类似海外安全事件遭受重大损失。

## （一）虽要充分考虑业务需求，但应以风险预防为重

企业高管出境商旅安全需以“预防”为先，为此，我们根据多年从事相关风险预防工作的实务经验，建议企业应当结合自身海外业务布局与美国制裁项目所涉及国家或地区，制定相关的出境风险国别地图，以供高管及核心人员在安排出境计划前参考。

## （二）风险评估及预案准备，必须重视每一个细节

我们结合近年协助处置和应对高管人员出境安全突发事件的相关经验，建议企业应当首先树立底线思维意识，对此类问题可能带来的直接影响和次生风险予以充分重视，根据自身高管人员出境需求，不放松自出行前到归国后的每一个细节，在参考相关案例的基础上，尽早着手制定适合自身的《高管出境安全风险应对手册》及相关的流程性审批、风险评估、结果汇报等一系列工具表单。此外，为了确保有关制度可以得到切实执行，建议有条件的企业还应当将上述管控制度嵌入到既有信息化系统，以全面监督执行情况，并及时对制度规定作出必要的完善和调整。



## 结语

《美国陷阱》的记述凸显了作为法国人的皮耶鲁齐先生所理解的美司法的长臂管辖效力、选择性执法以及司法背后可能代表的商业利益裹挟。美国总统拜登面临中期选举压力，相信2022年对于中美关系而言又会是极为不平凡、且充满不确定性的一年。在此背景下，很多企业海外合规管理问题逐渐呈现出超出法律原有范畴之势，这就需要法务人员从更加复杂和多维的视角进行观察和分析。对此我们会持续关注高管出境安全问题，并随时和企业法务人员保持紧密沟通。

感谢实习生黄靖雯对本文作出的贡献。

# 助跑出口管制合规 “最后一公里”！ ——信息化合规管控 解决方案浅析

景云峰 徐健峰 李慧斌 闫璐



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com

## 引言

为了化解当前复杂国际环境下企业经营中的合规风险，很多企业已经初步完成了以中美为核心的出口管制合规制度设计以及体系搭建工作。但是，仅仅停留在纸面上的合规制度在实践中面临诸多不尽如人意之处。为此，本文拟结合有关成功案例，通过对出口管制信息化合规管控解决方案加以分析，进而协助广大企业顺利跑完有效出口管制合规工作的“最后一公里”。

## 一、从成功案例看出口管制合规信息化优势

中国某知名通讯公司在与美国监管机构达成和解协议后，基于新的和解协议，建立了一系列有效的专项合规计划，尤其是出口管制合规体系，走在了业界前沿。该公司吸取之前的经验教训，除了增加合规投入、加强合规组织建设、提高合规人员专业能力和企业合规文化外，其着力构建的出口管制信息化合规管控体系可谓功不可没，成为了能够有效识别风险、防范风险、提高合规效率、促进合规政策有效落地的重要保障。

通常来讲，建立出口管制信息化合规管控体系，至少可以体现出如下三个方面的优势：

### (1) 风险筛查的准确性和效率性得以大幅提升

通过自动扫描系统对客户、供应商等合作伙伴进行自动筛查和管理，有效识别出禁运国地区的公司以及受限制的实体或个人，既避免了人工筛查的疏漏，保证扫描的权威性和准确性，又实现了以系统代替人工初步审核，降低合规人员的工作量，极大地提高了日常合规工作的效率。

## **(2) 实现受控物项占比计算及编码分类自动化**

对产品进行定期的占比计算以及出口管制编码分类（Export Control Classification Numbers，简称ECCN），对产品进行信息化的分类管理，可以定期更新产品ECCN信息，保证产品的合规性，也便于后续的筛查和审计。

## **(3) 系统风险初筛与人工审核的有机结合**

在出口、再出口或以其他方式转移产品、软件或技术，或者在提供相关服务之前，对产品进行自动化筛查，并结合客户、用途、目的国等信息对营销合同、供应链、财务等业务进行筛查，自动识别出出口管制合规风险后进行人工审查，以保证公司业务符合出口要求。

其次，打造一个相对完善的出口管制合规信息化体系，至少应当包括以下三个方面的要素：

- (1) **信息化系统互通互联**：通过业务系统与合规信息化系统的对接，嵌入合规管控点，要求所有相关的业务都要进行自动化的筛查，确保筛查的全面性、准确性和权威性；
- (2) **自动化合规筛查工具**：通过自动化合规筛查，大部分合规的业务和合作伙伴可以自动快速通过，只针对少部分有合规风险的情况由出口管制合规的专业人员介入和处理，可以提高合规的效率，也减少对公司业务的影响；
- (3) **信息化合规管控平台**：信息化合规管控平台的建立，一方面保证出口管制合规专项计划的切实有效，另一方面也有利于提升效率，随时获知改进需求，保证公司的出口管制动作及轨迹等相关记录的完整性，便于配合开展合规审计以及向外举证、得到外部监管部门及合作伙伴的信任。

## **二、信息化是出口管制合规未来发展的必然趋势**

当前企业管理中，合规管控体系作为企业管理的重要一环，其有效性是其最重要的评价指标，也是实现其合规价值的前提，而合规管控信息化是其合规计划有效性的重要保障。因此，出口管制合规也不例外，信息化是其未来发展的必然趋势。

### **(1) 合规的效率是影响合规有效性的重要因素**

如前例所述，出口管制合规信息化建设有利于合规效率的提升，降低对业务的影响，反之，缺乏合规的信息化建设，会导致业务合规成本上升，甚至影响业务正常进行。企业出口管制合规归根结底是业务的合规，是为了公司更好更平稳的发展。要保证业务合规，不可避免地会影响业务效率，因此要平衡好二者的关系。合规的效率是影响合规有效性的重要因素，一旦合规效率过低，导致业务根本无法开展，那么必然会受到业务部门的抵触，甚至导致公司发展停滞、倒退，“皮之不存，毛将焉附”，公司经营若陷入风险，空谈合规无疑是本末倒置。

### **(2) 全面而准确地识别风险是实现合规有效性的前提**

出口管制信息化建设有利于风险识别的准确性和全面性，缺乏信息化建设，仅依靠人工筛查，可能会有所疏漏，缺乏权威性。全面而准确地识别风险是实现合规有效性的前提。如果风险都无法识别，或有所疏漏，那么很难说合规

计划是有效的。众所周知，系统之所以可靠是因为一旦设定统一的出口管制合规标准，系统会按此标准统一执行，几乎不会存在遗漏。但是人工筛查，由于业务数量庞大，要逐单地全面筛查，就像老师人工审阅大量试卷，难免会有疏漏或者审核尺度不一，因此一定程度上会缺乏权威性和准确性。

### **(3) 记录保存是证明合规有效性的重要证据**

记录保存是证明合规有效性的重要证据，缺乏出口管制合规信息化建设，会导致合规动作及轨迹难以被记录和保存，既导致后续的审计难以追根溯源，又难以向外部提供相应的证据，从而无法取得外部的信任，很难举证合规计划的有效性。

### **(4) 确保出口管制合规真正落地的重要保证和有力措施**

如有效合规理论中提到的，合规不仅仅是落在纸面上，更要实现对业务合规管控的切实落地。出口管制合规信息化建设，是实现出口管制合规落地的重要保证和措施，是实现有效合规的要求和途径。在出口管制合规实践中，当前很多出口管制合规实践前沿的公司，在接受监管方处罚和达成和解协议时，均被要求建立相应的出口管制信息化合规体系，如自动化筛查工具、合规系统与业务系统对接、将合规管控点嵌入业务流程、搭建风险评估平台等。因为如前所述，出口管制合规信息化有利于实现合规与业务的统一，提高合规效率，保证合规筛查结果的可靠、准确和权威，从而建立有效的合规计划。而建立有效的合规计划，也是合规不起诉的要求之一，所以出口管制合规信息化建设也是达到监管机构合规不起诉目的的必要前提。

综上所述，出口管制合规信息化建设是合规效率和可靠性的必然要求，是合规有效性的保证，是获得减轻处罚或者免于处罚的重要证据来源。而缺乏合规信息化建设，往往会导致合规管控的失控、导致合规风险、导致合规管控的无效，无法实现合规的价值和目的。

## **三、何为出口管制信息化合规管控解决方案**

那么到底何为出口管制合规信息化建设？我们认为，出口管制合规信息化建设并非是某一个单独的模块，而是一套完整的信息化合规管控解决方案，包括合规风险评估信息化、合作伙伴及产品管理信息化、合规筛查自动化、合规管控平台一体化、合规资源信息化。

- 合规风险评估信息化是整个信息化合规管控方案的起点；
- 合作伙伴及产品管理信息化是信息化合规解决方案的基础和前提；
- 合规筛查自动化是整个解决方案的工具和基石；
- 合规管控平台搭建保障整个解决方案的顺利运作；
- 合规资源信息化为业务人员和合规人员赋能，为整个解决方案的实现提供人力的支撑。

出口管制信息化合规管控解决方案项下主要模块的内容和作用如下表：

模块名称	主要内容	主要作用
1. 合规风险评估信息化	通过打造出口管制风险评估平台，从出口管制四要素（客户、目的国、产品、用途）出发，针对公司主要业务部门、合规部门以及相关的人员（包括管理人员、业务人员、合规人员等），通过风险评估问卷、业务数据识别、专家评估等方式收集风险信号数据，由设计的风险评估模型进行计算，构建部门合规画像，为公司各业务领域打上相应的合规标识、确定各领域的合规风险偏好，从而为后续合规管控点的嵌入和筛查打下基础。	依托于风险评估工具，收集风险信号数据，并构建统一的评估模型，对收集的数据进行建模和分析，一方面通过风险评估信息化，由系统自动收集数据、处理数据，提高各部门风险评估的效率，另一方面也使得合规风险评估结果更为精准，便于后续的合规管控。
2. 合作伙伴及产品管理信息化	从客户、供应商等合作伙伴以及产品等维度出发，打造合作伙伴和产品的管控平台，以便于后续对接合规自动化筛查工具进行风险识别和管控。	将客户等合作伙伴按照合规筛查结果、股东信息、涉及合作领域用途等维度进行风险分级，打造合作伙伴画像，形成合作伙伴主数据管理系统以便于筛查使用。针对产品，通过出口管制编码分类，将产品的主要信息如价格、用途、层级、ECCN分类编码、许可证或许可例外等进行统一管理，形成产品主数据管理系统，既可以提前识别产品存在的合规风险，也能够为后续业务中的合规筛查奠定基础，提高后续筛查的效率。
3. 合规筛查自动化	依据出口管制四要素，设计出口管制合规筛查工具，实现对涉及业务的黑名单、禁运国、用途和产品自动化筛查。其中主要包括两个层面：一是，针对上述合作伙伴及产品主数据管控平台的主数据筛查，比如审查该合作伙伴是否为黑名单、是否涉及禁运国、是否涉及军事主体，该产品是否涉及军事用途、是否属于高管控级别的产品等，以便在业务发生之前做出预警；二是，对正在发生的业务进行逐单的自动化筛查，比如签订销售合同时，对合同的主体、合同产品的用途、合同的目的地、合同涉及的产品进行自动化筛查，或发货时对出口管制四要素进行自动化筛查，以识别实际业务中的风险。	出口管制合规自动化筛查工具一方面可以防范于事前，通过与上述合作伙伴及产品的主数据管理平台对接，可以在交易发生前预先识别涉及的出口管制风险，有更多时间应对合规风险，保证业务顺利进行，降低对业务的影响；另一方面通过自动化筛查，可以全面管控发生的业务交易，确保合规管控的全面性、准确性，提高合规管控的效率。
4. 合规管控平台一体化	合规管控平台一体化是指通过搭建出口管制合规管控平台，将所有合规管控动作集中到线上进行，打通合规管控与业务系统，将合规管控节点嵌入到业务流程当中，实现合规管控的线上统一，保证合规管控动作的有迹可循。合规管控主要包括合规审核、合规咨询、合规监控、合规筛查、合规审计等。	打造出口管制合规管控平台可以实现合规管控动作的集成化，适应当前企业主营业务信息化的发展趋势，实现对业务合规管控的线上化、标准化，提高合规管控的效率和水平。也有利于对合规管控情况进行实时监控，及早发现问题，及时向业务部门预警，避免合规事件的发生。另外，合规管控平台也有利于合规记录保存，保证每个动作的可追溯性，一旦出现合规事件，可以作为主观无恶意的证据，向监管机构申请豁免，以避免或减轻处罚。
5. 合规资源信息化	打造线上出口管制合规资源库，将出口管制相关的法律法规、公司政策制度、培训材料以及相应案例等集中管理，定期更新，并根据不同部门、人员进行层级分类，开放不同的权限，给与定制化的赋能培训，并将培训情况加以记录，不断改进。	打造出口管制合规资源中心，有四个方面的主要优势：第一，有利于提高合规资源的利用率，可以使得合规和业务人员直接、快速地了解所需要的合规信息，提高合规工作效率；第二，通过智能化赋能，提高业务人员的合规意识，从而实现良好的合规文化建设，达到全员合规的目的；第三，通过分层级、设权限的方式，使得各岗位人员可以获得与自己工作相匹配的合规培训，获得更好的培训效果，实现合规培训的目的；第四，通过线上平台培训，有利于培训记录的保存，以便于在后续审计中进行举证，获得外部监管的信任，降低合规审计风险。

## 四、如何设计与实施出口管制信息化合规管控解决方案

如前所述，出口管制信息化合规是一套整体的解决方案，要打造出口管制信息化合规体系，实现有效合规，通常需要按照以下步骤实施：

### （1）评估公司当前出口管制合规管控现状

梳理当前公司现有合规政策、制度和规范要求，以及对应的实行情况，这是打造出口管制信息化合规管控方案的环境背景。

评估公司当前纸面化合规体系建设的情况，比如公司是否具备管理层承诺，是否制定出口管制合规手册，各个业务领域是否有相应的规范要求出口、再出口、转移产品或提供服务时要进行合规筛查，是否有记录保存的要求，是否有定期组织培训，是否有相应的合规审计稽查机制等，以及这些合规制度是否为业务部门所认可，并有效执行。因为出口管制信息化合规管控方案解决的就是公司的合规政策、制度无法落地、落地成本过高、效率低下影响业务等问题，即通过信息化手段和工具，将纸面的制度政策变成具体可行的系统化、信息化工具，从而达到提高效率、降低合规成本、减少对业务影响的目的。所以高层承诺、手册、培训等ECP八要素的合规制度建设情况，构成出口管制信息化合规方案的背景和任务，要有明确的合规制度、明晰当前纸面化合规制度面临的问题，再因地制宜、有的放矢的定制化相应的信息化合规管控方案。

### （2）评估公司当前业务情况，梳理当前业务信息化水平，确保准确完整的业务数据可获得

梳理当前公司的主要业务，评估各业务领域的信息化管理水平，准备好合规筛查所需要的相应业务数据。具备业务领域信息化管理系统以及完整准确的业务数据信息是实施出口管制信息化合规管控的前提。归根结底，合规是为了保证公司业务的可持续发展，因此，公司的业务情况也决定了公司是否需要进行出口管制信息化合规建设以及如何进行信息化合规建设。

- 1) 要先评估公司的主要业务是否存在出口管制风险，以确定是否有出口管制合规建设的必要性。
- 2) 要梳理当前公司的主要业务、运营模式和业务流程，并根据公司的出口管制政策制度，评估主要的出口管制风险点，这些风险点就是出口管制合规信息化需要关注的关键管控节点。
- 3) 梳理上述业务所涉及的公司信息化管理系统，如客户管理系统、订单系统、发货系统等。公司的业务信息化管理水平影响出口管制合规信息化方案的实现，因为出口管制合规判断基于的是业务数据情况，只有业务环节已经实现了信息化管理，才能够打通业务系统与合规管控系统，合规筛查所需要的数据信息才能被准确完整地传递给合规系统，实现合规自动化筛查，保证合规管控的有效性。
- 4) 合规管控所筛查的数据都来自于业务，比如客户信息、收货目的地、产品信息、合同用途等，如果基础数据失真，那么业务系统传给合规管控系统进行筛查的数据也不可能准确，筛查结果当然也不具有权威性和可信度。因此，业务基础数据的准确性和完整性是实施出口管制信息化合规管控的基础和前提。



### **(3) 制定完整的出口管制信息化合规管控方案**

根据公司的合规政策制度和业务情况，开发出口管制合规筛查工具，打造出口管制合规管控平台，制定完整的信息化合规解决方案，与外围业务系统对接进行管控，以实现公司合规政策制度的落地、确保业务合规。

- 1) 根据公司合规制度需求，开发自动化筛查工具，针对出口管制四要素进行自动化筛查，包括合作伙伴黑名单筛查、禁运国筛查、产品筛查以及用途风险筛查。
- 2) 以自动化合规筛查工具为核心打造合规管控平台，利用自动筛查工具，识别合规风险，促进合规审核自动化。当出现系统认为有合规风险的情况时，系统将锁定业务单据、中止业务流程，由合规专家人工介入进行进一步的尽职调查和合规分析，以得出最终结论，并由系统依据此结论释放或终止该业务。
- 3) 上述所有的合规操作均需要在系统中完成，合规管控平台要对每一步的结果和举证进行记录保存，以便后续的数据比对、合规审计和合规举证，甚至是追责和奖惩。
- 4) 根据业务风险评估的情况，识别关键业务节点，设定关键合规管控点，制定合规管控方案，将关键业务系统和合规管控平台、合规筛查工具对接，实现关键业务节点的自动化筛查和管控，使绝大多数无合规风险业务自动通过，集中合规人力资源于高合规风险的业务案件，快速给予业务指导，提高合规效率，减少对业务运行的影响。

### **(4) 完成出口管制信息化合规管控方案的系统开发、联调测试及试运行评估**

出口管制信息化合规解决方案确定后，在实施前要同相关业务系统的业务人员、IT技术人员进行充分的沟通，将合规要求“翻译”为业务语言、IT语言，以便业务和IT人员可以更好地明晰合规需求，配合系统开发、对接和联调测试，保证落地后的实施方案既能够满足合规要求，又不影响业务正常运行，还要有利于业务效率的提高。在合规信息化系统开发和联调测试时，要重点关注合规需求的实现和对业务的影响，并及时调整参数、匹配率等内容，既要保证不遗漏、没有合规风险，又要降低对业务的影响，尤其是锁定业务单据、合作伙伴、产品的情况，实现合规和效率的平衡。在联调测试完成后，最好进行一定时期的灰度测试或试点运行，保证系统上功能的可用性、合规的完整性，评估好对业务的影响。

### **(5) 出口管制信息化合规解决方案全面实施及宣贯推广**

经过充分的联调测试和试运行之后，就可以正式上线整体的出口管制信息化合规管控方案，进行全公司的宣贯和推广，并给予必要的培训和指引，明确接口人员，确保相关的合规人员、业务人员、IT技术人员都可知可用相应的合规管控信息化系统，一旦出现需要人工介入的情况，比如业务存在合规风险被系统锁定，需要合规人员介入处理，或者系统功能出现错误，需要IT技术人员维护和解决时，能够及时找到对应的接口人员处理，确保业务流程的顺利进行。

### **(6) 出口管制信息化合规解决方案实施后的运维、优化及审计**

要注意对合规信息化系统平台的日常运维、新功能的优化升级以及定期审计。

- 
- 1) 因为信息化合规解决方案主要依靠的是系统功能，在日常运行过程中无可避免会出现一些Bug或者相关人员对系统功能的一些疑问，所以要注意对系统日常的运维和监控，一旦出现波动情况，要及时处理，响应相关人员的问题和需求。
  - 2) 在信息化系统应用过程中，相关的用户，包括业务人员、合规人员，总会有一些新的需求，比如优化一些系统上的功能，开发一些新的功能以提高效率等需求。甚至由于外部监管的法规变化，也会产生对合规信息化系统的优化需求，比如美国出口管制制裁清单的变化、禁运国的变化、中国出口管制法的颁布等，都要求合规信息化系统同步进行优化和升级，因此出口管制信息化合规解决方案不是一成不变的，而是要根据需求变化、法律变化、实践变化不断进行调整和优化。
  - 3) 针对信息化合规解决方案的实施落地情况，也要有定期的监控和审计，回溯以往业务的管控情况，确保业务关键节点均已被覆盖，并无遗漏；确保业务信息录入、传输的规范性和完整性；确保高风险业务合规人工介入审核结论的准确性；确保所有关键业务合规管控记录保存的完整性，由此对违规事件进行问责、披露和惩罚，保证合规管控方案的切实落地执行。

## 结语

信息化无疑是未来出口管制合规工作的发展趋势。其既可以保证纸面化的合规制度全方位的实施落地，又能够提高合规效率，解决传统合规中对业务效率影响过大的问题，实现合规与效率的平衡。同时，相比传统的人工审核和记录，在对外部监管的合规举证中，出口管制合规信息化系统可以更详尽更客观地记录何时何地业务的合规审核措施，更能得到监管机构的认可和信任，一旦发生违规事件，也能够更轻易证明自身主观无过错，从而获得减轻或者免除处罚。以上这些都是传统线下单纯依靠人工合规所无法比拟的。

综上，完整的出口管制信息化合规管控解决方案更有利于解决企业合规效率的问题，帮助企业落实合规政策制度，实现合规计划的有效性，助力企业完成出口管制合规工作的“最后一公里”。

# 详解美国出口管制 新规对中国企业 影响深远

楼仙英 戴梦皓 姚爽 冉芙妍

2022年10月7日，美国商务部产业安全局（Bureau of Industry and Security, BIS）宣布了一系列在《出口管理条例》（Export Administration Regulations, EAR）下针对中国的出口管制新规，包括新增和调整了多个出口管制分类编码（Export Control Classification Number, ECCN编码）、新增3个外国直接产品规则、新增2个最终用户和最终用途限制，以及更新了31个未经核实清单（Unverified Entity List, UVL清单）并新增了UVL清单转实体清单的机制。这是自2020年4月28日以来对于EAR规模最大的一次修订，而结合相关规定与商业实践情况来看，其对中国企业的影响也远胜于2020年4月28日对华军事最终用户和军事最终用途限制等相关规则的修订。特别需要指出的是，根据本次的规则修订公告说明，本次EAR规则指向性非常明显，即：以先进计算芯片和超级计算机为切入点，全面加强对中国半导体行业，特别是国内先进制程能力建立的限制。同时，由于半导体产业与其他相关行业领域的紧密联系，本次影响预计将会进一步波及到智能汽车、数据中心、云计算等相关应用领域。在此，我们结合对美国出口管制政策多年的经验和思考，就本次修订对中国企业可能造成的影响进行说明，希望中国企业能对此有清晰的理解，并对企业发展做出正确的判断。

概而言之，除了UVL清单调整外，本次针对半导体行业的出口管制政策呈“4321”态势，即包含三方面的主要修订：增列4个ECCN编码、新增3个外国直接产品规则、新增2个最终用户和最终用途限制条款，同时辅以1个新的临时通用许可证（Temporary General License, TGL），并对具体ECCN变得管控理由及适用许可证政策、相应的许可例外进行了调整，通过该等一系列配套措施以便落实相关的管控机制。但具体而言，每一项主要修订及其影响均不是表面所显示得那么简单：

## 一、增列ECCN编码，管制范围究竟多大

本次EAR修订中新增的四个ECCN编码3A090、4A090、3B090和4D090，分别对应了先进计算芯片、装有先进计算芯片的计算机和相关设备和配套软件，以及特定的半导体制造设备，其具体描述如下：



楼仙英

cecilia.lou@cn.kwm.com



戴梦皓

daimenghao@cn.kwm.com

ECCN编码	技术注释
3A090	<p>满足以下标准的集成电路：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 具有或可编程为对除易失存储器以外的所有输入输出的双向传输速率大于600千兆字节/秒特性的集成电路，以及以下任何一种情况： <ul style="list-style-type: none"> <li>- 单次操作执行机器指令比特长度与以TOPS（每秒万亿次浮点运算）为单位衡量的处理性能的乘积超过4800的一个或多个数据处理单元；</li> <li>- 除助于执行机器指令与计算TOPS（每秒万亿次浮点运算）的3A090.a.1以外的一个或多个数字“基础计算单元”，其每次操作比特长度与计算单元处理性能乘积超过4800的；</li> <li>- 一个或多个模拟/多值或多级“基础计算单元”，处理性能为TOPS（每秒万亿次浮点运算）乘以8，所有计算单元的和超过4800的；或</li> <li>- “数字处理单元”和“基础计算单元”的任意组合，按照3A090.a.1、3A090.a.2和3A090.a.3的计算结果之和超过4800的；</li> </ul> </li> </ul> <p>*注：3A090.a 规定的集成电路包括图形处理单元（GPU）、张量处理单元（TPU）、神经处理器、存内计算处理器、视觉处理器、文字处理器、协处理器/加速器、自适应处理器、可编程逻辑设备（FPLD）、特定应用集成电路（ASIC）。</p> <p><b>技术说明：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 一个“基本计算单元”被定义为包含零个或多个可修改的权重，接收一个或多个输入，并产生一个或多个输出。一个计算单元在一个输出基于N个输入被更新时执行2N-1个操作，其中处理元素中包含的每个可修改的权重都算作一个输入。每个输入、权重和输出可能是一个模拟信号电平或一个使用一个或多个比特表征的标量数字值。 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 人工神经元；</li> <li>- 乘累加（MAC）单元；</li> <li>- 浮点单元（FPU）；</li> <li>- 模拟乘法器单元；</li> <li>- 使用忆阻器、自旋电子或磁的处理单元；</li> <li>- 使用光子学或非线性光学技术的处理单元；</li> <li>- 使用模拟或多级非易失性权重的处理单元；</li> <li>- 使用多级存储器或模拟存储器的处理单元；</li> <li>- 多值单元；</li> <li>- （类神经）放电单元。</li> </ul> </li> <li>• 与3A090.a的TOPS（每秒万亿次浮点运算）计算有关的操作包括标量操作和复合操作的标量成分，如向量操作、矩阵操作和张量操作。标量运算包括整数运算、浮点运算（通常以FLOPS衡量）、定点运算、位操纵运算和/或位运算。</li> <li>• TOPS指的是Tera Operations Per Second或每秒10<sup>12</sup>（一万亿）次浮点运算。</li> <li>• TOPS（每秒万亿次浮点运算）率是按所有处理元件同时工作时的理论最大值计算的。TOPS率和总的双向传输率被认为是制造商在集成电路的手册中声称的最高值。例如，4800比特乘以TOPS的值可以通过8比特下的每秒600万亿次整数运算或16比特下每秒300万亿次浮点运算来达到。一个操作的位长等于该操作的任何输入或输出的最高位长。此外，如果本条目规定的项目是为实现不同比特乘以TOPS值的操作而设计的，则应使用最高的比特乘以TOPS值，以达到3A090.a的目的。</li> <li>• 对于3A090.a规定的同时提供稀疏和密集矩阵处理的集成电路，TOPS（每秒万亿次浮点运算）值是处理密集矩阵的值（例如，不存在稀疏）。</li> </ul>
4A090	<p>装有超过3A090技术指标的芯片的计算机、“电子组件”及含有集成电路的“部件”。</p> <p>技术说明：计算机包括“数字计算机”、“混合计算机”和“模拟计算机”。</p>

ECCN编码	技术注释
3B090	<p>满足以下标准（具体指标）的半导体制造沉积设备：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 用于通过电镀工艺沉积钌的设备。</li> <li>• 能够使用自下而上填充工艺沉积钌或钨填充金属的化学气相沉积设备，所述填充金属中具有空隙/接缝，所述空隙/接缝具有小于或等于3nm的最大尺寸。</li> <li>• 能够在处理室内制造金属触点的设备，其通过： <ul style="list-style-type: none"> <li>- 使用有机金属钨化合物沉积一层，同时将晶片衬底温度保持在100° C至500° C之间；以及</li> <li>- 进行等离子体工艺，其中化学物质包括氢，包括氢气加氮气以及氨气。</li> </ul> </li> <li>• 能够在真空环境中制造金属触点的设备，其通过： <ul style="list-style-type: none"> <li>- 在等离子体工艺期间使用表面处理，其中化学物质包括氢（氢气、氢气加氮气和氨气），同时将晶片衬底温度保持在100° C至500° C之间；</li> <li>- 使用由等离子体工艺组成的表面处理，其中化学物质包括氧（包括氧气和臭氧），同时将晶片衬底温度保持在40° C至500° C之间；以及</li> <li>- 沉积钨层，同时将晶片衬底温度保持在100° C至500° C之间。</li> </ul> </li> <li>• 一种能够在真空环境中选择性沉积钌金属层的设备，其中第一步使用远程等离子体发生器和离子过滤器，并且第二步是使用有机金属化合物沉积钌层。（注：不适用于非选择性的设备）</li> <li>• 物理气相沉积设备，其能够在铜或钌金属互连件的顶表面上沉积厚度为10nm或更小的钌层。</li> <li>• 原子层沉积设备，其能够沉积“功函数金属”以通过将有机金属铝化合物和卤化钛化合物递送到晶片衬底上来调节晶体管电参数。</li> <li>• 通过沉积以下所有物质，能够在真空环境中制造金属触点的设备： <ul style="list-style-type: none"> <li>- 氮化钛（TiN）或碳化钨（WC）层，使用有机金属化合物，同时将晶片衬底温度维持在20° C至500° C之间；</li> <li>- 使用物理溅射沉积技术形成钌层，其中处理压力为1-100毫托，同时将晶片衬底温度保持在500° C以下；及</li> <li>- 使用有机金属化合物的钌层，工艺压力为1-100托，晶圆衬底温度维持在20° C至500° C。</li> </ul> </li> <li>• 能够在真空环境中制造铜金属互连件的设备，其能够沉积以下所有物质： <ul style="list-style-type: none"> <li>- 使用有机金属化合物的钌或钌，工艺压力为1-100托，晶圆衬底温度维持在20° C至500° C之间；及</li> <li>- 使用物理气相沉积技术形成铜层，工艺压力为1-100毫托，晶圆衬底温度维持在500° C以下。</li> </ul> </li> <li>• 使用有机金属化合物，能够区域选择性地沉积阻挡层或衬垫的设备。（注：包括能够区域选择性地沉积阻挡层的设备，以使得填充金属能够与下面的电导体接触，而在填充金属通孔与下面的电导体的界面处没有阻挡层。）</li> <li>• 原子层沉积设备，其能够在具有大于5：1的长宽比的结构中产生钌或钌的无空隙/接缝填充物，所述结构具有小于40nm的开口，且温度低于500° C。</li> </ul>
4D090	<p>为“开发”或“生产”ECCN 4A090中规定的计算机及相关设备、“电子组件”及其“部件”而“专门设计”或修改的“软件”。</p>

针对上述4个ECCN编码，BIS本次除设置了反恐（AT）管控理由外，另设有区域稳定（RS）理由进行管控，并在EAR第746.2(a)节和(b)节下分别新设专节，对涉及RS管控理由的针对中国半导体生产相关物项的出口、再出口等行为以及相应的许可证政策予以说明。具体而言，上述ECCN编码项下物项向中国出口时，均需取得出口许可证，同时其许可证政策原则为推定拒绝（presumption of denial），仅在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则（case by case review）。而BIS审批相关许可证的考虑因素包

括：相关物项的技术水平、客户情况以及最终用户的合规方案等。这意味着在未来的业务中，不仅中国实体可能将难以获取相关物项，BIS还可以通过控制许可证逐案审批的权力，对中国境内的相关半导体外商投资企业的产能扩展加以控制和限制。这与美国目前基于《芯片与科学法》所规划的半导体产业回流安排所遥相呼应。

在此需要特别提示的是，根据本次新规，上述RS管控理由所管制的物项并不仅限于新增的4个ECCN编码涉及的物项，在规则说明中，BIS明确表示对于相关ECCN编码所关联的物项ECCN编码，如ECCN编码为3D001、3E001、4E001的技术和软件，以及虽未归入相关ECCN编码，但相关技术参数达到3A090、4A090同等系数的物项，如原适用大众市场标准，进入中国无需许可证的ECCN编码5A992、5D992下受控物项，也将同样适用RS原因按同等标准进行管控。换言之，这些原先向中国销售可能无需出口许可证的物项，未来在没有取得出口许可证的情况下均无法向中国出口。

此外，适用针对中国半导体业的RS原因管控物项，根据本次新规修订的EAR第740.2(a)(9)节，其仅适用特定的几个许可例外，包括：用于修理、替换物项的RPL（该许可例外不适用于3B090项下物项及与其关联的技术和软件，如3D001、3E001），政府和国际组织相关活动的GOV以及特定运行、销售等用途的软件授权的TSU，这意味着相关物项如向中国出口、再出口或境内转移时，无需申请许可证的情形十分有限。

本次规则修订还在原3A991和4A994下新设3A991.p和4A994.l两节注释，用以囊括性能未达到3A090和4A090所列标准的其他高性能芯片和计算机相关物项。相关物项将会和ECCN编码3D991、3E991、4D994和4E992的技术和软件关联。3A991.p和4A994.l项下物项虽然目前暂未对中国出口采取特别管制，但是相关关联技术和软件会和本次新规所发布的外国直接产品规则联动。特别是针对相关技术和软件，BIS在公告中明确说明受视同出口要求规制，后续涉及相关技术和软件任何形式的交流（根据BIS的说明其适用于和原已释出技术和软件部分不同的技术和软件）也均将受到EAR的规制。

## 二、新外国直接产品规则，上游供应是否会受影响

本次新规的另一重磅举措便是三个全新的外国直接产品规则（Foreign Direct Product Rule, FDPR）。自2020年5月美国首次在EAR下对FDPR进行修订、引入针对特定实体的FDPR以来，相对于同样可以延伸管制美国境外产物项的最低成分含量规则（de Minimis rule）而言，美国在近年来的出口管制规则修订中，越来越倾向于使用FDPR以确保对境外物项进行管制的效果，仅在2022年上半年美国即连续推出针对俄罗斯为目的地的俄罗斯FDPR和针对俄罗斯特定实体的俄罗斯MEU FDPR。而本次新推出的三个新的FDPR，继续沿用了FDPR关于上游技术、产品技术属性、最终目的地和最终用途的三段式管控逻辑，其具体内容如下：

规则名称	上游技术范围	产品技术属性	最终用户和最终用途
实体清单FDPR (脚注4)	<p>当相关物项为受EAR管辖软件和技术直接产品时，相关软件和技术ECCN编码位于以下范围：</p> <p>3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D002、5D991、5E001、5E002或5E991。</p> <p>当相关物项由位于美国境外的生产设施生产时，相关生产设施或其主要组件为以下美国原产技术和软件直接产品：</p> <p>ECCN编码：3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D991、5E001、5E991、5D002或5E002。</p>	基于上游技术范围所生产的任何物项	<p>情形一：知晓相关物项将被用于组装、生产或开发实体清单脚注4所涉实体所生产、采购、订购的零件、组件或设备；</p> <p>情形二：知晓相关物项的交易中将由脚注4所涉实体以任何形式参与，例如该实体作为买方、中间收货人、最终收货人或最终用户。</p>
先进计算FDPR	<p>当相关物项为受EAR管辖软件和技术直接产品时，相关软件和技术ECCN编码位于以下范围：</p> <p>3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D090、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D002、5D991、5E001、5E991或5E002。</p> <p>当相关物项由位于美国境外的生产设施生产时，相关生产设施或其主要组件为以下美国原产技术和软件直接产品：</p> <p>ECCN编码：3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D090、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D991、5E001、5E991、5D002或5E002。</p>	相关物项根据其技术参数指标，符合以下ECCN编码的技术要求：3A090、3E001（用于3A090相关物项）、4A090或4E001（用于4A090相关物项）；或相关物项为集成电路、电脑、电子组件或部件，且满足ECCN编码3A090和4A090的技术指标。	<p>情形一：知晓相关外国产物项的目的地为中国或会被置入任何目的地为中国，且根据技术参数ECCN编码为非EAR99的零件、组件、电脑或设备；</p> <p>情形二：属于任何有总部位于中国的实体所开发的用于生产掩膜（mask）、集成电路晶圆（wafer）或晶粒（die）的技术。</p>
超算最终用途FDPR	<p>当相关物项为受EAR管辖软件和技术直接产品时，相关软件和技术ECCN编码位于以下范围：</p> <p>3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D090、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D002、5D991、5E001、5E991或5E002。</p> <p>当相关物项由位于美国境外的生产设施生产时，相关生产设施或其主要组件为以下美国原产技术和软件直接产品：</p> <p>ECCN编码：3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D090、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D991、5E001、5E991、5D002或5E002。</p>	基于上游技术范围所生产的任何物项	<p>情形一：用于设计、开发、生产、运行、安装（包括现场安装）维护（检查）、修理、大修、翻新位于中国或运往中国的超级计算机；</p> <p>情形二：置入或用于开发、生产任何位于中国或运往中国的超级计算机所使用的任何零件、组件和设备。</p>

<sup>1</sup>根据本次修订EAR第772节定义，超级计算机是指在41,600立方英尺或更小的范围内，具有其总体最大理论计算能力为100或以上双精度（64位）每秒千万亿次浮点运算，或200或以上单精度（32位）每秒千万亿次浮点运算的计算“系统”。

对于同时满足上述FDPR标准的物项，其出口、再出口和境内转移均需取得BIS的相关许可证或许可例外，而相关许可证政策根据EAR第742.6、第744.11和第744.23节规定，分别如下：

FDPR规则	许可证条件
实体清单FDPR (脚注4)	不适用任何许可例外且许可证政策为推定拒绝。
先进计算FDPR	相关物项视同受RS理由管控，可适用前述特定的许可例外，许可证政策为推定拒绝，在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则。
超算最终用途FDPR	适用EAR第744.23节针对超算的最终用户和最终用途限制。不适用任何许可例外，许可证政策为推定拒绝，在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则。

从相关内容可以看出，目前实体清单FDPR（脚注4）的相关内容和原实体清单FDPR（脚注1）基本一致，但是在涉及的上游技术范围以及许可证政策方面实体清单FDPR（脚注4）比实体清单FDPR（脚注1）更为严苛，因此，这可能对本次被增列入脚注4的28家实体清单企业产生更大的影响。

对于先进计算FDPR下的受控物项而言，其原则视同增列ECCN编码相关物项进行管控。不过有以下两点需要特别关注：

- (1) 管控物项的确定将依据技术指标而非实际适用ECCN编码确定；以及
- (2) 对于总部位于中国的公司而言，其流片技术即使从中国境内向中国境外进行转移也将受到限制。这在本次立法规则的公告中也明确予以了说明<sup>2</sup>。

这意味着传统中国FABLESS厂商在现有半导体供应链模式下，寻求海外代工厂进行相关高性能芯片流片将受到严格限制，即使相关芯片并不属于3A090的范畴，但只要其技术指标达到3A090的相应标准，也将受到影响。同时，为了加强相关物项的管控，BIS本次在EAR第734.9(h)(3)节中设置了认证要求，要求出口商对其经手的物项流转是否受EAR管辖进行确认。如出口商未获取相关认证，则有义务进行尽职调查，以确认相关物项是否受先进计算FDPR的规制，同时也意味着出口商存在为下游接收方向BIS申请出口许可的潜在义务。由此而来，对先进计算FDPR所适用的相关物项而言，其后续溯源和交易管理势必将面临更高的合规监管要求。

至于超算最终用途FDPR所适用的物项，其将适用EAR第744.23节下的最新最终用户和最终用途限制，其相关限制要求和逻辑与前述以芯片算力为基础的管控截然不同。

### 三、特定最终用户和最终用途限制，不同范围需注意

本次EAR修订中，BIS还在EAR第744.6节下增设了(c)小节，并增设了第744.23节，对美国人参与中国境内的集成电路开发活动以及涉及中国的半导体制造最终用途设置了严格限制。相关规则基本内容如下：

<sup>2</sup> Entities outside of the PRC that receive 3E001 for 3A090 technology from China should consider confirming that a license was obtained to export such technology from China. If no such license was obtained, General Prohibition 10 (§ 736.2(b)(10) of the EAR) prohibits any person from taking any further action with respect to such technology that has been exported without a required BIS license.



最终用途限制	场景描述	限制要求
美国人参与中国境内的集成电路开发活动限制	<p>美国人不得在知晓的前提下从事以下活动：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 运输、传输或境内转移用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产满足以下标准的芯片相关的非EAR下受控物项： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 16nm或14nm以下制程的非平面晶体管结构（FinFET或GAAFET）逻辑芯片；</li> <li>• 半间距不超过18nm的DRAM存储芯片；</li> <li>• 开发、制造128层及更高层数的NAND闪存芯片。</li> </ul> </li> <li>(2) 为运输、传输或境内转移用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产满足前述标准芯片相关的非EAR下受控物项提供协助；</li> <li>(3) 为任何用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产满足前述标准芯片相关的非EAR下受控物项提供服务；</li> <li>(4) 运输、传输或境内转移用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产半导体芯片的非EAR下受控物项，且相关物项的技术指标满足CCL内第三类B\C\D\E（分别对应生产设备、材料、软件和技术）任一物项指标，即使相关美国人并不知晓该等物项是否会被用于满足前述标准芯片的生产和开发活动；</li> <li>(5) 为运输、传输或境内转移用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产半导体芯片的非EAR下受控物项提供协助，且相关物项的技术指标满足CCL内第三类B\C\D\E（分别对应生产设备、材料、软件和技术）任一物项指标，即使相关美国人并不知晓该等物项是否会被用于满足前述标准芯片的生产或开发；</li> <li>(6) 为用于在中国境内的半导体生产设施开发或生产半导体芯片的非EAR下受控物项提供服务，且相关物项的技术指标满足CCL内第三类B\C\D\E（分别对应生产设备、材料、软件和技术）任一物项指标，即使相关美国人并不知晓该等物项是否会被用于满足前述标准芯片的生产或开发；</li> <li>(7) 在中国境内运输、传输或转移任何技术指标满足ECCN编码3B090、3D001（用于3B090）或3E001（用于3B090）的非EAR下受控物项，无论该等物项最终用户和最终用途为何；</li> <li>(8) 为在中国境内运输、传输或转移任何技术指标满足编码ECCN 3B090、3D001（用于3B090）或3E001（用于3B090）的非EAR下受控物项提供协助，无论该等物项最终用户和最终用途为何；</li> <li>(9) 为中国境内任何技术指标满足ECCN编码3B090、3D001（用于3B090）或3E001（用于3B090）的非EAR下受控物项提供服务，无论该等物项最终用户和最终用途为何。</li> </ol>	<p>(1) - (6) 项不适用任何许可例外；</p> <p>(7) - (9) 项在相关美国人为美国政府所雇佣并根据美国政府的指示履行特定官方义务时，可享受相关豁免；</p> <p>许可证政策原则为推定拒绝，仅在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则。</p>
涉华半导体制造最终用途限制	<ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 对于ECCN编码为3A001、3A991、4A994、5A002、5A004和5A992的集成电路而言，其未经许可不得用于以下用途： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 用于开发、生产、适用、运行、安装（包括现场安装）、维护（检测）、修理、大修或翻新位于中国或目的地为中国的超级计算机；</li> <li>• 置入或用于开发、生产任何将被用于位于中国或目的地为中国的超级计算机的组件或设备。</li> </ul> </li> <li>(2) 对于ECCN编码为4A003、4A004、4A994、5A002、5A004和5A992的电脑、电子组件或部件而言，其未经许可不得用于以下用途： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 用于开发、生产、适用、运行、安装（包括现场安装）、维护（检测）、修理、大修或翻新位于中国或目的地为中国的超级计算机；</li> <li>• 置入或用于开发、生产任何将被用于位于中国或目的地为中国的超级计算机的组件或设备。</li> </ul> </li> </ol>	<p>不适用任何许可例外；</p> <p>许可证政策原则为推定拒绝，仅在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则。</p>

最终用途限制	场景描述	限制要求
涉华半导体制造最终用途限制	<p>(3) 对于任何受EAR管辖的物项，其不得被用于以下最终用途： 在中国境内的半导体流片生产设施开发或生产集成电路，且相关集成电路满足以下标准：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 16nm或14nm以下制程的非平面晶体管结构（FinFET或GAAFET）逻辑芯片；</li> <li>- 半间距不超过18nm的DRAM存储芯片；</li> <li>- 开发、制造128层及更高层数的NAND闪存芯片。</li> </ul> <p>(4) 任何ECCN编码位于CCL第三类B\C\D\E的物项，且知晓其用于以下用途： 用于在中国境内的半导体生产设施生产或开发芯片，即使并不知晓其是否会被用于开发满足前述标准的芯片。</p> <p>(5) 对于任何受EAR管辖的物项，其不得被用于以下最终用途： 用于在中国境内开发、生产任何技术标准满足ECCN编码3B001、3B002、3B090、3B611、3B991和3B991的零件、组件和设备（即特定半导体生产设备相关零件、组件和设备）。</p>	<p>不适用任何许可例外；</p> <p>许可证政策原则为推定拒绝，仅在针对最终用户为总部位于美国或国别组为A:5或A:6的国家和地区的公司时，出口相关物项可适用逐案审批原则。</p>

对于中国半导体产业而言，这两项最终用户和最终用途限制的影响也许最为严重。

首先，就美国人的活动限制而言，本次的新规突破了EAR原有规则下以物项管控为基础的传统监管逻辑，将美国人参与中国境内半导体开发活动列为与美国人在美国境外进行核、生化、导弹扩散活动等需严格监管行为进行全面监管。只要美国人参与相关受限行为，即使涉及物项不受EAR管辖，该等行为也将受EAR管制。而根据EAR第772节的定义，美国出口管制下的美国人定义十分宽泛，包括：

- (1) 美国公民；
- (2) 美国永久居民；
- (3) 美国庇护民；
- (4) 依照美国法律设立的法人实体（包括外国分支机构）；
- (5) 位于美国的人士。

符合以上定义的个人和实体都将受到本次新规的规制。这对于从事新规所列明的先进制程相关中国公司所雇佣的美国研发、采购人员和中国公司在美国开设的研发中心都将带来巨大冲击。对美国人的相关限制除物项转移行

为外，还包括了协助和服务，根据EAR第736.2节的定义而言，这可能包含以下一系列行为：

- 提供资金；
- 协助下达订单；
- 提供仓储；
- 提供贷款；
- 运输；
- 货代。

因此，当美国人在涉及前述中国境内半导体相关业务活动时，如果涉及上述情形，务必需要关注潜在的违规风险，以免招致进一步的行政甚至刑事责任。

其次，需要注意的是，本次最终用户和最终用途限制的中国境内半导体制程技术标准与前述先进计算芯片技术指标并不重叠。这也意味着，即使中国境内的半导体生产厂商并不生产ECCN编码为3A090等本次新规限制的先进计算芯片，但只要其相关制程能力满足最终用户和最终用途所限制的先进制程标准，也将受到最终用户和最终用途新规的限制，其影响实际远超先进计算芯片的范畴，这将极大影响中国半导体生产厂商的先进制程能力提升。

再者，虽然相关最终用户和最终用途限制主要指向的是特定先进制程产能，但其相关最终用户和最终用途限制均明确了对于无法判断相关产线是否涉及先进制程的情况下，对半导体生产、设计和制造密切相关的设备、材料、软件和技术（CCL第三类B\C\D\E各类物项）仍将施加限制。而在半导体产业的实际生产过程中，往往并不存在一条独立于先进制程产线的成熟制程产线，相关产线往往以项下兼容形式呈现（即：先进制程产线可同时生产成熟制程产品），这实际也意味着相关限制可能不仅会对相关企业先进制程产能产生影响，也可能会影响相关企业的成熟制程产品生产能力。

最后，关于中国半导体生产最终用途的限制中，还进一步包括了对中国相关半导体制造设备生产的限制，这意味着相关最终用途限制不仅会对中国的晶圆厂和封装测试厂等芯片生产相关厂商造成影响，对于中国的半导体设备制造商同样会带来较大的影响。

#### 四、临时通用许可证，究竟可减缓几何

BIS为了减缓本次新规对整个行业带来的冲击，在EAR第736节附件设置了专门的供应链TGL以宽限相关企业从事部分收尾（wind-down）工作。根据TGL的规定，BIS自2022年10月21日起至2023年4月7日间，允许总部非位于D:1、D:5和E组的公司继续在中国开展涉及以下物项的集成、组装、安装、检测、测试、质保和分销活动：

- (1) ECCN编码为3A090、4A090的物项和相关联的ECCN编码为3D001、3E001、4D090和4E001的软件；
- (2) 超过ECCN编码3A090和4A090相关技术指标，在CCL内列明的电脑、集成电路、电子组件或部件及相关软件和技术。

但是，该TGL不适用于物项从中国境外向中国境内的最终用户和最终收货人的出口行为，同样该TGL也不适用于相关最终用户和最终用途限制。虽然鉴于先前BIS发布TGL的先例，本TGL可能会在2023年4月到期后继续延展，但是鉴于中国位于D:1和D:5组，因此该TGL实际上对于中国企业的意义较为有限。

#### 五、中国企业何去何从

本次美国出口管制新规修订虽然规模空前，但其实回顾美国先前的一系列立法过程和举措，相关迹象早已草蛇灰线，并不出人意料。早在2021年，美国在《供应链百日评估报告》中便已强调要通过出口管制政策来保障美国半导体制造和封装技术的领先优势。无独有偶，美国人工智能国家安全委员会（NSCAI）在2021年的最终报告中提到，美国要想在半导体产业保持全球领先地位，就必须限制中国的半导体产业，为此美国应设法妨碍中国进口光刻机等尖端芯片生产设备，并考虑与荷兰和日本“协调”制定“推定拒绝”的政策，阻止他们向中国出口半导体制造设备，尤其是光刻设备。同时建议将长期存在的监管惯例规范化为美国政策，以将中国的半导体产业限制在落后于美国两代的程度。回头来看，目前的相关新政只是将美国的前期计划逐步落实而已。

对于中国企业而言，如果能在一开始便对这些潜在的政策风险予以关注，并将其融入到自身未来3-5年的长远商业规划考量中去的话，就能缓解很大一部分的冲击。正如我们一直所强调的，在现有国际形势上，企业合规并不能仅停留在建立制度等初级阶段，而是应当将潜在的合规风险与商业决策相结合，以防范企业系统性的商业和政策风险。事实上，根据近期美国的立法规划来看，本次出口管制新规绝不会是最后一击。对于半导体产业链相关企业而言，如何平衡海外业务和国内业务的布局 and 人员调配在未来可能将成为极为紧迫的问题，与此同时，高端制程半导体产业链的下游行业，例如无人驾驶、数据中心、云计算等应用领域，也需密切关注相关政策对自身业务的辐射影响。此外，半导体行业以外的其他美国重点关注行业，如《百日评估报告》所提到的大容量电池、医药和先进材料等行业相关企业，也应当以本次半导体产业所受到的限制为前车之鉴，加快自身业务规划的调整。

# 2022年中国出口管制合规要点之年度回顾

刘新宇 郭欢 李佳 刘学朋 郭悦涵



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com



郭欢

guohuan@cn.kwm.com

2022年，是中国的出口管制制度进一步走向实践，不断深化与完善的一年。2020年12月1日《出口管制法》实施后，有关主管部门推进细化落实，初步形成了《出口管制法》为统领，涵盖两用物项、军品、核等相关货物、技术、服务等物项的出口管制体系，同时也不断深入开展执法领域的实践，为进一步完善中国出口管制法律体系积累了可贵的经验。

本文拟对中国出口管制领域相关合规要点进行梳理，在回顾整理2022年执法状况的基础上，结合实务经验提出具体建议，希望能够帮助相关企业了解掌握中国出口管制的监管要求，更好地识别和预防风险，提升出口管制合规水平。

## 一、中国出口管制法律制度的调整变化

笔者2021年底发布的《从典型案例出发回顾2021年中国出口管制》<sup>1</sup>，总结了出口管制的管制物项范围、受规制主体、受规制行为等规制范围，以及现行行政法规、具体出口管制措施、主管机关等内容。因此，本部分将重点关注中国出口管制制度自2022年至今的调整变化。

### （一）发布《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》

2022年4月22日，为贯彻落实《出口管制法》，加强和规范两用物项出口管制，维护国家安全和利益，履行防扩散等国际义务，商务部会同有关部门研究起草了《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》<sup>2</sup>（《征求意见稿》）。本团队也针对企业当前重点关注的“再出口”“视同出口”“向境外提供出口管制相关信息”“管制编码”“全面管控风险的回溯报告义务”“出口管制合规体系的评价”等问题和相关制度，提交了数轮专业意见。

《征求意见稿》对现行两用物项出口管制行政法规进行了提炼和总

<sup>1</sup> <https://mp.weixin.qq.com/s/F87IX2sQ4dhU88Mpsx0hqw>

<sup>2</sup> 关于《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》公开征求意见的通知，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/202204/20220403306817.shtml>

结，并进一步细化落实了《出口管制法》确立的出口管制法律制度，本部分就其中关键内容与大家分享。

### 1. 管制政策方面

《出口管制法》第八条第二款规定，国家出口管制管理部门可以对管制物项出口目的国家和地区进行评估，确定风险等级，采取相应的管制措施。《征求意见稿》中明确，商务部会同外交部等有关部门，对两用物项的出口目的地进行评估，并列明了风险等级评估的考量因素。由此，细化了出口目的地风险评估制度，增强了政策稳定性。

### 2. 管制措施方面

取消两用物项出口经营登记制度，细化管控名单的移入和移出程序，强调出口经营者在出口报关、物项识别、文件保存等方面的要求，明确海关质疑和放行程序。

### 3. 监督管理方面

国务院商务主管部门有权对有关组织和个人采取监管谈话、出具警示函等措施，同时明确有关组织和个人对外提供出口管制相关信息、接受外国政府出口管制现场访问或者审查应当依法进行。

### 4. 法律责任方面

值得注意的是，《出口管制法》生效后，已有口岸海关依据《出口管制法》查处了多起违法行为，但也有一些海关仍依据《海关行政处罚实施条例》进行处罚。而《征求意见稿》第五十六条进一步明确，针对两用物项出口管制违法行为，海关进行处罚时，应依照《出口管制法》和《两用物项出口管制条例》进行处罚，同时《条例》完善了行政处罚类型，并与海关执法和刑事处罚作了相应衔接。

### 5. 效力方面

《两用物项出口管制条例》正式生效后，《核两用品及相关技术出口管制条例》《导弹及相关物项和技术

出口管制条例》《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》和《监控化学品管理条例》等4部行政法规将被废止。

## （二）数据出境可能同时涉及安全评估和出口许可证

2022年7月7日，国家互联网信息办公室（网信办）发布《数据出境安全评估办法》，该文件自2022年9月1日起施行，成为规范数据出境活动，维护国家安全和社会公共利益的重要“法律工具”。

从管制物项范围角度，《出口管制法》第二条明确规定，管制物项包括物项相关的技术资料等数据。此外，根据商务部产业安全与进出口管制局（安管局）所公布的《办理两用物项和技术进出口许可证相关问题（二）》中的内容，基于特定情形下的全面管控原则，出口经营者知道或者应当知道其货物、技术和服务存在危害国家安全和利益等风险的，应当向国家出口管制管理部门申请许可。同时安管局也将《数据出境安全评估办法》归入中国出口管制信息网的规章及规范性文件板块。

并且，与《出口管制法》的上述规定一脉相承，《数据安全法》第二十五条也规定：“国家对与维护国家安全和利益、履行国际义务相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。”

因此，相关企业的出境数据活动，例如在向境外提供重要数据时，应全面考虑《出口管制法》《网络安全法》和《数据安全法》等法律和配套法律制度的要求，例如该行为可能同时涉及安全评估和出口许可证申请，值得企业关注。

## （三）加强和深化出口管制合规体系建设指导

2021年商务部发布《关于两用物项出口经营者建立出口管制内部合规机制的指导意见》和《两用物项出口管制内部合规指南》，在实践领域对企业的出口合规、内控机制、体系建设、跨境交易和合作等方面提出了系统性的指引，以帮助企业应对新的挑战。随着《出口管制法》的实施和相关规则的进一步细化，企业出口管制合规体系建设和完善刻不容缓。

## 1. 商务部解释出口管制合规体系的兼容性问题

2022年6月安管局公布的《出口经营者出口管制内部合规机制建设相关问题（三）》，解释了出口管制合规体系与其他合规体系的兼容性问题，肯定了出口管制合规体系的必要性。

首先，就适用范围，中国《两用物项出口管制内部合规指南》适用于两用物项出口经营者，为两用物项出口提供代理、货运、寄递、报关、第三方电子商务交易平台和金融等服务的经营者，以及从事两用物项研发、生产等业务的企业、科研院所等。

其次，国际标准化组织出台的ISO 37301认证标准规定了企业建立、运行、维护和改进合规管理体系的要求，并提供了使用指南，该标准遵循连续提升模型，即：所谓的“PDCA循环”计划、执行、核查、行动，适用于全球任何类型、规模、性质和行业的组织。而出口管制合规作为“大合规”中的一个分支，有其自身的特点和要求，单项合规领域的颗粒度远远高于ISO认证的标准。因此，对于已经通过ISO 37301:2021认证的两用物项经营者，仍需要在该合规体系的基础上，结合自身的实际情况和需求，添加完善出口管制合规的相关内容。

## 2. 通信和互联网企业需要考虑出口管制合规问题

2022年11月14日，中国互联网协会发布《信息通信及互联网行业企业合规管理体系指南》，目前处于征求意见的阶段。该指南根据行业特点，在合规内容方面涵盖了数据安全与管理、个人信息保护、出口管制、网络安全等16个方面的内容。

指南中明确规定《出口管制法》《货物进出口管理条例》《两用物项和技术进出口许可证管理办法》等多部法律法规和规范性文件为其引用文件，因此，相关通信和互联网企业在进行企业合规管理时，应全面考虑出口管制相关法律法规的要求，关注许可证办理、目的地管制风险等主要合规风险点，通过拟定合规政策声明、进行全面风险评估等具体实施措施来进行企业合规管理工作。

## （四）新增临时管制措施

继在2021年12月29日对高氯酸钾实施出口管制之后，2022年11月1日，根据《出口管制法》《对外贸易法》《海关法》的有关规定，为维护国家安全和利益，经国务院批准，商务部、海关总署、国家国防科技工业局发布了关于对高压水炮类产品实施出口管制的公告<sup>3</sup>。满足最大射程大于等于100米、额定流量大于等于540立方米/小时和额定压力大于等于1.2兆帕的高压水炮（海关商品编号：8424899920），以及为此专门设计的主要部件及配套设备，未经许可，不得出口。从事上述高压水炮类产品出口的经营者，须经商务部登记，未经登记，任何单位和个人不得出口。出口经营者应当向海关出具出口许可证件，依照《海关法》的规定办理海关手续，并接受海关监管。海关凭商务部签发的出口许可证件办理验放手续。

## （五）其他出口管制动态

### 1. 对含三乙醇胺的化妆品监管要求的豁免

2022年10月28日，中华人民共和国海关总署综合司下发广东分署和各直属海关《关于明确部分三乙醇胺混合物进出口涉证监管要求的函》，明确对部分三乙醇胺混合物进出口所涉监管证件的海关验核要求，对于添加在化妆品、洗涤剂商品中起PH调节剂作用的三乙醇胺，各关可凭相关检测机构出具的检测报告，对未检出三乙醇胺单体的产品免于验核《两用物项和技术进出口许可证》。

三乙醇胺是化妆品（包括皮肤洗涤、眼胶、保湿、洗发剂等）的常见成分，但也可作为生产化学武器主要原料的化学品，在工信部发布的《各类监控化学品名录》中，三乙醇胺属于第三类监控化学品。目前国家针对《各类监控化学品名录》列明的化学品，尚未设置成份的含量阈值，关于监控化学品浓度阈值豁免的相关规定正在研究之中，还请企业持续关注后续将要出台的相关规定。

### 2. 核两用品中的气体离心机参数可能有调整

2022年“核供应国集团”（NSG）的全体会议，讨

<sup>3</sup>《商务部 海关总署 国家国防科技工业局公告2022年第31号 关于对高压水炮类产品实施出口管制的公告》，<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/gndt/202211/730.html>。

论了两用物项清单中的相关技术问题，对触发气体离心机管制的参数进行了修订，并相应对NSG两用清单进行了修订。中国向来重视NSG的出口管制措施，后续国内清单变化值得相关企业关注。

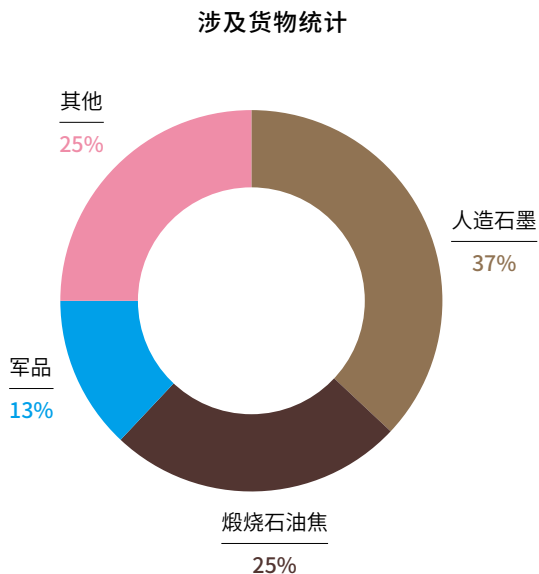
## 二、中国出口管制实践案例解析

根据《出口管制法》的规定，违反该法规定的相关违法行为，视不同情形及严重程度，会被处以行政处罚，甚至被追究刑事责任。以下简要介绍2022年公布的部分相关行政、刑事处罚案例。

另外，经网站检索，尚未发现2022年内有涉及出口管制领域的民商事诉讼案例。

### （一）行政处罚案例

截至2022年11月，商务部暂未正式公布商务部门出口管制处罚案例，而海关作为在进出口环节对管制物项实施出口监管的执法部门，查处了约十起出口管制违规案件，涉及货物的统计情况请见下图：



以2022年包芯线出口案件为例进行分析：

2022年7月22日，天津新港海关对一家天津贸易公司作出行政处罚。该公司以一般贸易方式向天津新港海关申报出口包芯线8019千克，申报商品编号3824999999。但经查验，实货是外层为铁，内容物主要成分为石墨的包芯线，应为38011000商品编号项下商品（监管代码3，需两用物项和技术出口许可证）。该公司未经许可擅自出口管制物项。涉案货物价值25,243.81美元。海关根据《出口管制法》第三十四条<sup>4</sup>，《行政处罚法》第三十二条<sup>5</sup>，对该公司科处罚款人民币3万元整<sup>6</sup>。

### 【简评】

《出口管制法》正式生效后，已有口岸海关开始尝试依据《出口管制法》第三十四条作为处罚依据，而该执法实践在2022年呈发展态势。相比《海关行政处罚实施条例》规定的罚款幅度，单独适用《出口管制法》处罚的罚款金额可能大幅增加，给企业带来高额经济负担的同时，也更易触及企业信用“红线”，导致联合惩戒。建议广大企业高度重视出口管制违规行为的法律后果。

### （二）刑事案件

《出口管制法》第四十三条针对出口国家禁止出口的管制物项或者未经许可出口管制物项，设置了相应的刑事责任。结合《刑法》的相关规定，违反出口管制规定可能根据具体情节构成走私类犯罪（走私武器、弹药罪，走私核武器罪，走私国家禁止进出口的货物、物品罪等）以及非法经营罪等。

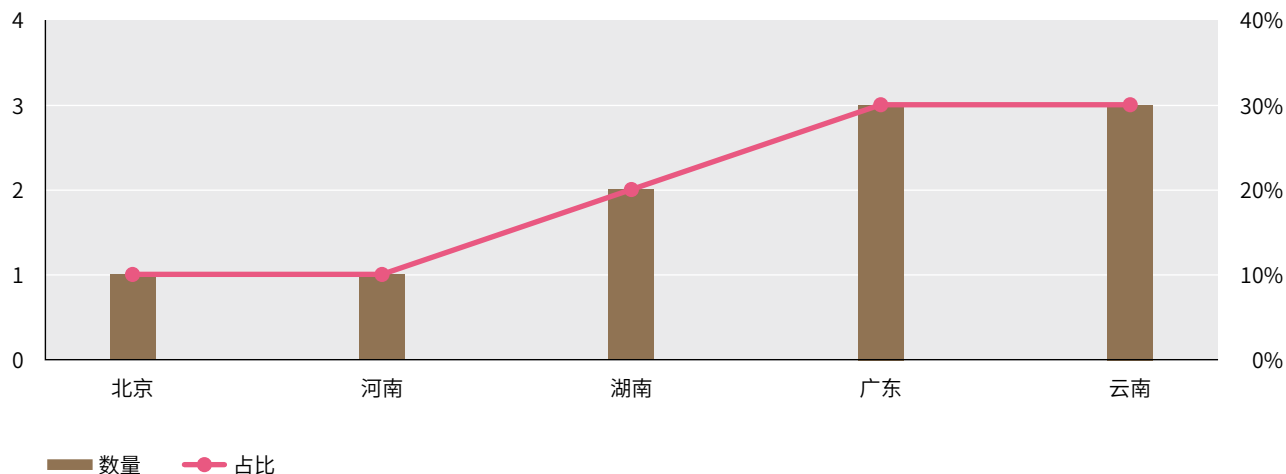
经过初步检索，2022年截至12月7日公布的涉及走私武器、弹药罪判决共计10起。按地域区分整理如下：

<sup>4</sup> 《出口管制法》第三十四条，出口经营者有下列行为之一的，……违法经营额五十万元以上的，并处违法经营额五倍以上十倍以下罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足五十万元的，并处五十万元以上五百万元以下罚款……

<sup>5</sup> 《行政处罚法》第三十二条，当事人有下列情形之一的，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；（三）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；（四）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（五）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的。

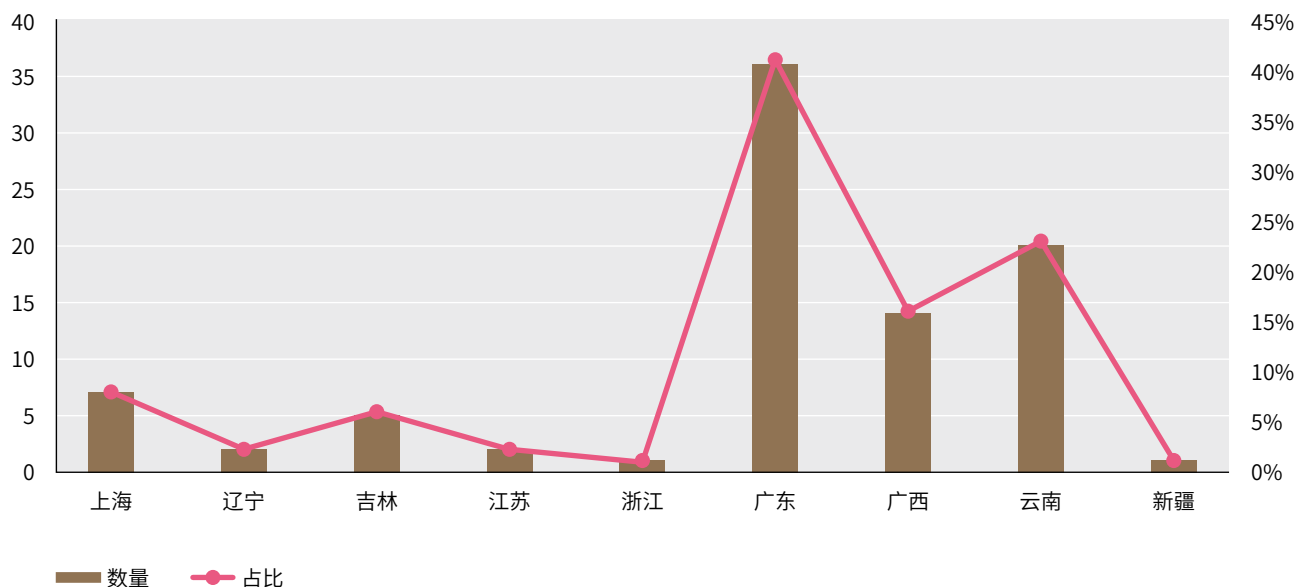
<sup>6</sup> 津新港关缉查/违字〔2022〕0063号。

2022年公布的走私武器、弹药罪地域分布图



涉及走私国家禁止进出口的货物、物品罪判决共计88起，既包括进口禁限物项的刑事案件，也包括出口禁限类物项的刑事案件，按地域区分整理如下图所示：

2022年公布的走私国家禁止进出口的货物、物品罪地域分布图



在上述对出口禁限类物项的刑事案件的判决中，以一起违反两用物项许可管理规定的典型案件为例进行分析：

被告人张某为本案数家被告单位的实际控制人，张某明知向缅甸出口氯化铵业务需取得两用物证和技术出口许可证，却故意将实际出口到缅甸的氯化铵，订舱报关为新加坡等其他港口，在货船航行途中向租船公司出具保函，更改货物目的港，最终将氯化铵出口至缅甸。后张某指使他人正常租船订舱到缅甸后，制作修改目的港为其他港口的



报关单据，并通过修改后的单据委托货代公司进行报关，借此逃避海关监管，将氯化铵出口至缅甸。通过上述两种方式，被告人向缅甸出口氯化铵共计10,453.24吨<sup>7</sup>。

法院经审理认为，被告人和被告单位违反海关法规，逃避海关监管，未经许可，以伪报目的港的方式，将限制出口到特定国家（缅甸）的货物氯化铵走私出口至缅甸，侵犯了中国对外贸易管理秩序，其行为已构成走私国家禁止进出口的货物罪，且犯罪数量达到情节严重的标准。因此判处被告人张某犯走私国家禁止进出口的货物罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币十万元。被告单位犯走私国家禁止进出口的货物罪，判处罚金人民币二十万元。

### 【简评】

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2014〕10号）第21条，未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品，构成犯罪的，应当依照《刑法》第一百五十一条、第一百五十二条的规定，以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚。据此，出口管制物项，应当申领许可证而未申领，如果构成走私犯罪，将按照“走私国家禁止进出口的货物、物品罪”定罪量刑。一般情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。因此，一旦未申请出口许可证而擅自出口国家限制、禁止出口的两用物项，将很有可能构成刑事犯罪，直接负责的主管人员和其他直接责任人员也可能承担刑事责任，需要企业予以特别注意。

## 三、展望和建议

基于以上对2022年出口管制法律制度变化及典型案例的总结梳理，可以看到出口管制的规制领域有从传统的核生化导等敏感领域，向电信和互联网数据安全领域拓展的趋势。企业对国际形势和公司业务所涉法规和政策进行准确的判断和预测有助于企业提前调整战略规划，准备好应对措施，我们也结合实务经验为企业提出几点建议：

- 相关企业的数​​据出境活动，应全面考虑《出口管制法》《网络安全法》和《数据安全法》等法律法规的要求，例如企业可能需要同时考虑安全评估和出口许可证申请。
- 需判断相关物项是否被列入出口管制清单（包括临时管制）、梳理和科学分类经营物项、梳理物项可能的主要用途等，并据此进一步评估出口物项的风险，必要时可以借助律师等专业人士的协助。
- 判断出口交易所涉目的地风险时，应关注许可证办理、目的地管制措施等主要合规风险点，并根据目的地风险评估的更新情况，及时更新企业合规管理措施。
- 企业应关注涉及外国员工或其他外籍人员的技术交流或传递活动，特别关注管控物项的境内视同出口风险，健全企业日常管理流程和该领域的合规管理制度。
- 实体货物的出口管制违规行为大都由海关进行处罚，因此需要重视出口环节规范申报，切实防范走私、违规风险。特别是应绝对避免擅自出口国家限制、禁止出口的两用物项，以免构成刑事责任。
- 审慎评估第三方合作伙伴，包括货物承运人、报关代理商、销售代理、研发合作伙伴、金融服务提供商、第三方电子商务交易平台的合规风险。
- 密切关注出口管制的最新政策变化，比如清单变化、动态调整等，并结合企业业务模式特点，从整体上建立和完善符合中国出口管制要求的相应管理制度和合规体系，实现企业持续稳健经营。

<sup>7</sup> 参见（2022）辽刑初37号。

# 从典型案例出发回顾2021年中国出口管制

刘新宇 郑银莹 郭欢 李佳 刘学朋 郭悦涵



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com



郑银莹

zhengyinying@cn.kwm.com



郭欢

guohuan@cn.kwm.com

《中华人民共和国出口管制法》（《出口管制法》）自2020年12月1日起实施，在其确立的中国出口管制基本框架体系下，2021年有关主管部门又进一步制定发布了相关的配套规定，同时执法实践也不断深入，2021年成为中国出口管制法律制度全面实施的开端年。

本文拟从典型案例出发，对中国出口管制领域相关合规要点进行梳理，并结合实务经验提出具体建议，希望有助于相关企业了解掌握中国出口管制的监管要求，更好地识别和预防风险，提升出口管制合规水平。

## 一、中国出口管制典型案例评析

根据《出口管制法》的规定，违反该法规定的相关违法行为，视不同情形及严重程度，会被处以行政处罚，甚至构成刑事犯罪。

### （一）行政处罚案例

2021年，商务部暂未正式公布商务部门出口管制处罚案例。而海关作为在进出口环节对管制物项实施出口监管的执法部门，2021年以来查处了多起出口管制违规案件，此处特挑选了几个有代表性的典型案例：

#### 案例1：石墨化石油焦出口案

2021年9月16日，天津新港海关对一家江西贸易公司作出行政处罚。该公司以一般贸易方式向天津新港海关申报出口200吨石墨化石油焦，但经查验，实货为人造石墨，应归入商品编号3801100090（无出口退税，需两用物项和技术出口许可证），而该公司按照石墨化石油焦申报出口，并未取得两用物项和技术出口许可证。该公司未经许可擅自出口管制物

---

项，涉案货物价值940,108元人民币。海关根据《出口管制法》第三十四条<sup>1</sup>，《行政处罚法》第三十二条<sup>2</sup>，对该公司科处罚金人民币11万元整<sup>3</sup>。

### 案例2：军品出口案

2021年12月15日，天津新港海关对一家石家庄贸易公司作出行政处罚。该公司向天津新港海关申报一般贸易出口项下背包490个、男士马甲3030件、工具包6250个，申报商品编码分别为4202920000、6211339000、4202129000（出口退税率均为13%，均无监管证件）。经查，这批货物为迷彩色的背包、男士马甲、工具包，应凭军品出口许可证出口，而该公司按照普通货物出口，并未取得军品出口许可证。针对该公司未经许可擅自出口军品的行为，海关根据《出口管制法》第三十四条，《行政处罚法》第三十二条第五项，对该公司科处罚金人民币7万元整<sup>4</sup>。

### 案例3：稀释剂出口案

2021年4月27日，佛山某公司以一般贸易方式向南沙海关申报出口稀释剂16002千克，规格型号中申报甲苯含量为100%。根据相关规定，甲苯含量超过40%须提供两用物项和技术出口许可证件，而该公司无法提供，海关依据《海关行政处罚实施条例》第十四条第一款<sup>5</sup>对该公司科处罚款人民币15,000元<sup>6</sup>。

### 案例4：粘合剂出口案

2022年1月12日，吉安某有限公司以一般贸易方式向南沙海关申报出口粘合剂等货物一批至缅甸。经海关查验发现，该单申报四项货物均含有乙酸乙酯。向特定国家（地区）出口乙酸乙酯需提供《两用物项和技术进出口许可证》，而该公司并未取得该等许可证。海关依据《海关行政处罚实施条例》第十五条（三）项<sup>7</sup>对该公司科处罚款人民币28,000元<sup>8</sup>。

### 【简评】

在上述案例中，海关有的是依据《海关行政处罚实施条例》第十四条第一款和第十五条第（三）项的规定进行处罚，其法定罚款幅度在货物价值的30%以下；有的案例则是直接依据《出口管制法》第三十四条进行处罚（同时适用了减轻处罚）。通过条文比较可以发现，《出口管制法》第三十四条规定的罚则是“违法经营额五十万元以上的，并处违法经营额五倍以上十倍以下罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足五十万元的，并处五十万元以上五百万元以下罚款”，与《海关行政处罚实施条例》规定的罚款幅度相比，罚款金额可能大幅增加，因此，在《出口管制法》的大背景下，建议广大企业高度重视出口管制违规行为的法律后果。

---

<sup>1</sup>《出口管制法》第三十四条，出口经营者有下列行为之一的，……违法经营额五十万元以上的，并处违法经营额五倍以上十倍以下罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足五十万元的，并处五十万元以上五百万元以下罚款……

<sup>2</sup>《行政处罚法》第三十二条，当事人有下列情形之一，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；（三）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；（四）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（五）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的。

<sup>3</sup>津新港关缉查/违字〔2021〕1127号。

<sup>4</sup>津新港关缉查/违字〔2021〕1162号。

<sup>5</sup>《海关行政处罚实施条例》第十四条，违反国家进出口管理规定，进出口国家限制进出口的货物，进出口货物的收发货人向海关申报时不能提交许可证件的，进出口货物不予放行，处货物价值30%以下罚款。

<sup>6</sup>南关缉违字〔2021〕0061号。

<sup>7</sup>《海关行政处罚实施条例》第十五条，……（三）影响国家许可证件管理的，处货物价值5%以上30%以下罚款……

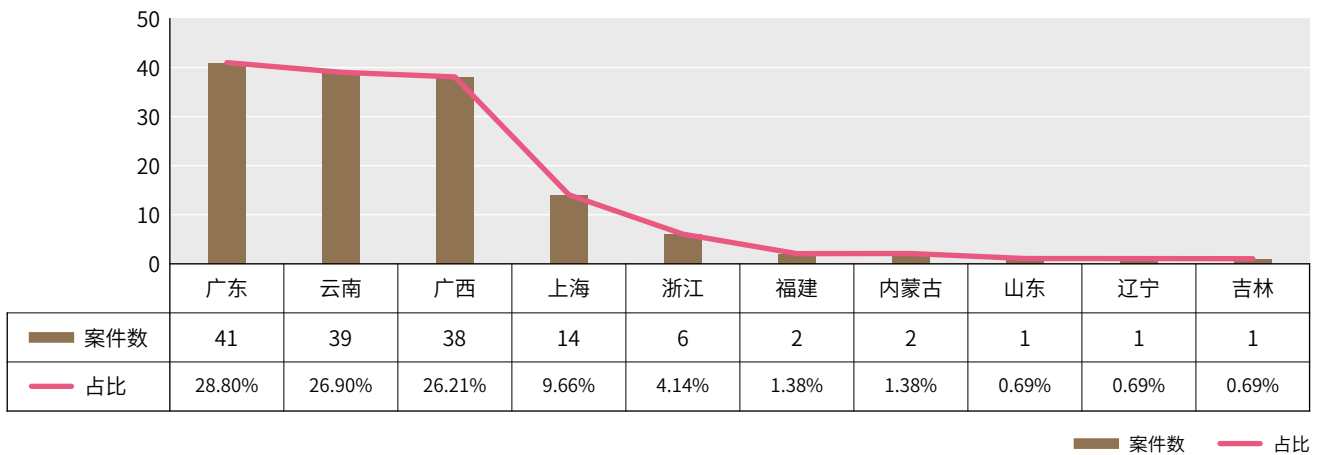
<sup>8</sup>南关缉违字〔2022〕0006号。

## （二）刑事案例

通常而言，违反出口管制相关规定，构成刑事犯罪的，分不同情形会涉及走私犯罪（走私武器、弹药罪，走私核武器罪，走私国家禁止进出口的货物、物品罪等）、非法经营罪等。

笔者经过初步检索，2021年公布的涉及走私国家禁止进出口的货物、物品罪判决共计145起，既包括进口禁限物项犯罪案件，也包括出口禁限物项犯罪案件，按地域区分整理如下图所示：

2021年公布的走私国家禁止进出口的货物、物品罪地域分布图



在上述对出口禁限物项活动犯罪案件的判决中，有一起违反两用物项许可管理相关规定的走私犯罪案件。该案被告人在明知缺失《两用物项和技术出口许可证》的情况下，通过伪报出口目的国的方式来逃避监管，对缅甸出口我国禁止出口的轻质纯碱（碳酸钠），所涉走私出口货物共计361余吨<sup>9</sup>。被告人被判构成走私国家禁止进出口的货物罪，主犯（出口企业业务员）被判处有期徒刑2年，缓刑2年，并处罚金人民币10万元。从犯（货代公司业务员）被判有期徒刑1年6个月，缓刑1年6个月，并处罚金人民币5万元。

### 【简评】

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2014〕10号）第21条，未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品，构成犯罪的，应当依照《刑法》第一百五十一条、第一百五十二条的规定，以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚。

据此，出口管制物项，应当申领许可证而未申领，如果构成走私犯罪，将按照“走私国家禁止进出口的货物、物品罪”定罪量刑。一般情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

## 二、中国出口管制合规要点

《出口管制法》的实施，从法律层面上确立了中国出口管制的基本制度，包括管制范围、管制清单、管制措施、

<sup>9</sup>参见（2021）沪03刑初127号刑事判决。

监督管理及法律责任等。由于中国新的出口管制体系刚刚实施，并且目前公开渠道查询到的出口管制刑事和行政案例多数是海关查办案件，所以体现的主要是出口货物存在伪报、瞒报或者无证出口等情形，但出口管制的规制范畴并不仅限于上述传统的货物出口领域。结合实务情况，我们就相关要点梳理如下：

## （一）出口管制的规制范围

### 1. 管制物项范围

出口管制是对两用物项、军品、核以及其他与维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务相关的货物、技术、服务等物项（简称为“管制物项”）出口，采取禁止或者限制性措施。《出口管制法》所规范的管制物项范围，包括了货物、技术、服务等，也包括物项相关的技术资料等数据。

### 2. 受规制主体

受规制主体主要包括：

- （1）出口经营者；
- （2）为进出口活动提供服务的第三方，包括提供代理、货运、寄递、报关、第三方电子商务交易平台和金融等服务的第三方；以及
- （3）境外进口商和最终用户<sup>10</sup>。

从上述案例中也可看到，货代公司业务员在走私中起协助作用的，也会构成走私犯罪案件的共犯并承担相应的刑事责任。

### 3. 受规制行为

涉及管制物项的以下“出口”活动都属于出口管制措施的适用对象：

- （1）出口（从中华人民共和国境内向境外转移管制物项）；
- （2）管制物项的过境、转运、通运、再出口；
- （3）视同出口（中国主体向外国主体提供管制物项）；
- （4）从保税区、出口加工区等海关特殊监管区域和出口监管仓库、保税物流中心等保税监管场所向境外出口。

## （二）中国出口管制清单的调整变化

2021年，中国出口管制相关主管部门对部门规章等相关管理规定进行了较大力度的“立改废”，其中最主要的就是对出口管制的各项目录清单进行了更新调整，有关调整变化情况具体如下：

<sup>10</sup> 《出口管制法》第四十四条。

### 1. 对商用密码实施两用物项和技术进出口许可管理

2020年11月26日，商务部、国家密码管理局、海关总署联合发布2020年第63号公告<sup>11</sup>，自2021年1月1日起，《商用密码进口许可清单》和《商用密码出口管制清单》所列物项和技术，应向商务部申请办理两用物项和技术进口或出口许可证。商务部、密码管理部门、海关依法对本公告所列物项和技术的进出口活动进行监督检查。违反商用密码进口许可和出口管制有关规定进出口商用密码的，由商务部或者海关依法予以行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 2. 对高氯酸钾实施出口管制

2021年12月29日，商务部、海关总署发布第46号关于对高氯酸钾实施出口管制的公告，自2022年4月1日起对高氯酸钾（海关商品编号2829900020）实施出口管制<sup>12</sup>。从事高氯酸钾出口的经营者，需依照《敏感物项和技术出口经营登记管理办法》经商务部登记，同时申请两用物项和技术出口许可证件。海关凭商务部签发的出口许可证件办理验放手续。

### 3. 更新《两用物项和技术进出口许可证管理目录》

2021年12月31日，商务部、海关总署发布2021年第48号公告，公布了《两用物项和技术进出口许可证管理目录》，其中：出口实施许可证管理的共有11类管制物项，与上一年度的目录相比，增加了6种易制毒化学品。

最新的《两用物项和技术进出口许可证管理目录》基本情况如下：

编号	进口		出口	
	物项	数量	物项	数量
1	监控化学品管理条例监控名录所列物项	74	核出口管制清单所列物项和技术	159
2	易制毒化学品	54	核两用品及相关技术出口管制清单所列物项和技术	204
3	放射性同位素	10	生物两用品及相关设备和技术出口管制清单所列物项和技术	144
4	商用密码进口许可清单	4	监控化学品管理条例名录所列物项	74
5	-		有关化学品及相关设备和技术出口管制清单所列物项和技术	37
6	-		导弹及相关物项和技术出口管制清单所列物项和技术	186

<sup>11</sup> 中华人民共和国商务部 国家密码管理局 中华人民共和国海关总署公告2020年第63号，<http://www.mofcom.gov.cn/article/zcfb/zcwg/202101/20210103033181.shtml>。

<sup>12</sup> 商务部 海关总署公告2021年第46号 关于对高氯酸钾实施出口管制的公告，<http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/glm/202112/20211203233142.shtml>。

编号	进口		出口	
	物项	数量	物项	数量
7	-		易制毒化学品（一）	54
8	-		易制毒化学品（二）	17
9	-		部分两用物项和技术	6
10	-		特殊民用物项和技术	5
11	-		商用密码出口管制清单	11

#### 4. 两用物项和技术进出口许可启动无纸化管理

2021年6月28日，商务部办公厅发布《关于做好两用物项和技术进出口许可无纸化的通知》，自2021年7月1日起对两用物项和技术进出口许可施行无纸化管理<sup>13</sup>。出口经营者可以通过商务部业务系统统一平台提交电子申请材料，原则上不再报送纸质材料。无纸化管理将实现从业务申请、业务审核、许可证签发、货物通关全流程电子化，可有效降低企业成本。企业即提交即审核，可以缩短办证时间大约5-7天，可以随时上网查询办理的进度<sup>14</sup>。

#### （三）中国出口管制措施

除了《出口管制法》的统一规定之外，对于不同种类物项的具体出口管制措施，也需要遵循相应的行政法规的规定。我们对目前现行有效的相关行政法规、管制物项、主管机关进行了梳理，汇总如下：

行政法规	生效日期（最新版）	管制物项	出口管制主管机关
《核出口管制条例》	2006年11月9日	核	国家原子能机构、商务部会同其他部门进行管理。
《核两用品及相关技术出口管制条例》	2007年1月26日	核两用品	商务部会同国家原子能机构进行管理。
《放射性同位素与射线装置安全和防护条例》	2019年3月2日	放射性同位素、射线装置	国务院公安、卫生等部门对安全和防护工作实施监督管理。 国务院生态环境主管部门审批颁发相应许可证。

<sup>13</sup> 商务部办公厅关于做好两用物项和技术进出口许可无纸化工作的通知，<http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/zcgz/gzgf/202106/20210603162537.shtml>。

<sup>14</sup> 商务部新闻发言人就两用物项和技术进出口许可无纸化答记者问，<http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/gzdt/202107/20210703174475.shtml>。

行政法规	生效日期（最新版）	管制物项	出口管制主管机关
《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》	2002年12月1日	生物类两用物项	商务部根据需要会同农业农村部、国家卫生健康委员会等部门进行管理。
《监控化学品管理条例》	2011年1月8日	监控化学品	工业和信息化部会同商务部进行出口经营者资质管理，工业和信息化部负责具体出口审查。
《易制毒化学品管理条例》	2018年9月18日	易制毒化学品	商务部负责易制毒化学品进口或出口许可证审批事项。
《导弹及相关物项和技术出口管制条例》	2002年8月22日	导弹及相关物项和技术	商务部根据需要会同国家国防科技工业局、中央军委装备发展部等部门进行管理。
《军品出口管理条例》	2002年11月15日	用于军事目的的装备、专用生产设备及其他物资、技术和有关服务	国家国防科技工业局与中央军委装备发展部根据分工进行管理。
《商用密码管理条例》	1999年10月7日	商用密码	商务部会同国家密码管理局进行管理。

注：需指出，海关总署与相关管理部门紧密合作，依法对管制物项的出口实施监管，参与相关违法出口案件的调查处理，开展风险防控、监督执法等相关工作。

#### （四）指导出口管制合规体系建设

随着《出口管制法》的实施，企业出口管制合规体系建设要求也被提到了更高的层次。2021年4月28日，商务部公布2021年第10号公告《关于两用物项出口经营者建立出口管制内部合规机制的指导意见》（《指导意见》），并同时发布《两用物项出口管制内部合规指南》，从实际操作层面为出口经营者提供了更详细的参考和指引。

就合规体系的积极作用，指导意见进行了明确，即“根据内部合规机制建设和运行情况，给予出口经营者相应许可便利。如其违反两用物项出口管制管理规定，但有主动消除或者减轻违法行为危害后果等情形的，依法从轻或减轻行政处罚”。

#### （五）其他出口管制动态

##### 1. 国务院新闻办公室发布《中国的出口管制》白皮书

2021年12月29日，国务院新闻办公室历史上首次发布《中国的出口管制》白皮书<sup>15</sup>，内容主要包括：（1）介绍

<sup>15</sup> 《中国的出口管制》白皮书，<http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/jckgz/202112/20211203232735.shtml>。



中国出口管制的基本立场<sup>16</sup>；（2）强调中国将不断完善出口管制法律制度和管理体制；（3）持续推进出口管制体系现代化，不断引导和推进企业出口管制合规建设等。

## 2. 搭建出口管制信息服务平台

2021年12月30日，商务部产业安全与进出口管制局主办的中国出口管制信息网<sup>17</sup>开通，平台上集合了出口管制领域相关的国内外法律法规、政策等文件，同时开设多个栏目为国内企业提供合规服务和政策解读，旨在为广大企业提供出口管制领域权威的、一站式的服务，加大对企业合规的指导和服务力度。<sup>18</sup>

## 三、展望和建议

基于以上对2021年出口管制典型案例和法规相关要点的总结梳理，预计未来中国出口管制还将继续强化立法和执法，进一步加强出口管制领域的监管，包括加大对违法行为的处罚力度。

在主管部门对出口管制领域各项措施不断细化，执法机关不断加强执法力度的趋势下，我们也结合实务经验为企业提出几点建议：

- 《出口管制法》不仅仅适用于传统的“出口”概念，企业日常经营中的货物跨境转移、境内转移给外国员工以及技术传递等也可能在规制范围之内。广大企业在特定货物、技术是否属于管控范围，特定活动是否需要取得相应许可不甚清楚的情况下，可以借助律师等专业人士的协助，必要时可向出口管制管理部门主动报告、问询。
- 国际情形复杂多变，出口企业需要重视最终用户和最终用途管理，建立客户筛查系统，并通过尽职调查识别交易中直接或间接涉及的高风险客户。另外除了关注出口管制本身，关注与之相关的国外制裁及中国反制裁的相关要求，提前做好应急预案。
- 海关作为进出境监督管理机关，出口货物是否涉及出口管制等禁限管理，一直是海关的监管重点，并且实务中处罚实例也比较多，建议重视出口环节规范申报，切实防范走私、违规风险。
- 对于出口技术也应注意，技术转让、许可，以及投融资、并购交易等所涉及的技术境外转移事项有可能进入技术出口管制的规制范围，鉴于交易情况复杂性和多样性，在目前相关规定尚待主管部门进一步明确的同时，企业自身应提前重视，并积极寻求专业力量帮助。
- 建议密切关注出口管制的最新政策变化，比如清单变化，动态调整等，并结合企业业务模式特点，从整体上建立和完善符合中国出口管制要求的相应管理制度和合规体系，实现企业持续稳健经营。

<sup>16</sup> 中国首次发布出口管制的白皮书，<http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/tpxw/202112/20211203233647.shtml>。

<sup>17</sup> 出口管制官方网站，<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn>。

<sup>18</sup> 金杜团队长期为中国出口管制各项制度建设建言献策，并帮助多家企业建立出口管制合规体系。团队撰写的关于“两用物项出口管制内部合规指南”的实践解读文章也登载于该网站上：企业出口管制合规建设的新阶段——《两用物项出口管制内部合规指南》的实践解读，<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/zjsj/202111/528.html>。

# 制裁与反制



# 俄乌冲突下中国企业 对俄业务发展各阶段 风险识别与处置指引

景云峰 胡梅 Sandra Link 李慧斌 徐健峰

## 引言

俄乌冲突爆发以来，很多中国公司法务人员都在配合业务部门处理涉俄项目突发风险和各种棘手问题。站在企业立场而言，尽早作出风险预判以及制定应急预案显然是非常必要的。据此，本文在就西方国家对俄制裁与俄方反制措施进行提炼总结的基础上，结合近期实务应对经验及培训中收集到的热点问题，以中国企业涉俄业务所处不同发展阶段为主线，尝试分析各环节所对应的风险识别方法，并提出初步处置建议。

## 一、各国对俄制裁与俄方反制措施概述

### （一）最新统计数据

自2022年2月22日，俄罗斯宣布承认“顿涅茨克人民共和国”和“卢甘斯克人民共和国”以来，伴随俄乌冲突不断激化，以美欧为首的有关国家陆续公布了全面对俄制裁措施。截至2022年12月9日，各国已公布对俄罗斯制裁措施共计318项，各类制裁黑名单新增俄方实体总量共计10453个。与此相对，俄罗斯自2022年2月23日起至今，也陆续公布了一系列反制措施以及“不友好国家名单”等反制清单。鉴于俄乌冲突的复杂性和不确定性，许多境外企业开始重新评估它们在俄罗斯的业务风险。另据媒体报道，已有多家IT、汽车及能源等领域的欧美知名企业决定撤出俄罗斯。<sup>1</sup>

### （二）对俄制裁措施分类

各国对俄制裁措施及法律依据虽然名目繁多，但从其制裁目的而言，可以简单划分为“人”“财”“物”三个维度（如图1所示）。一是，所谓对“人”制裁，主要目的是切断俄方人员对外交易渠道。各国采取的主



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



胡梅

meg.utterback@us.kwm.com



SANDRA LINK

Sandra.Link@eu.kwm.com

<sup>1</sup>引自“越来越多的欧美巨头，正在离开俄罗斯”（<https://wallstreetcn.com/articles/3653116>参考）。

要手段就是通过将俄罗斯的官员、寡头、企业、金融机构等实体列入各类制裁黑名单，进而禁止或者限制本国公民、企业等实体与其开展经贸活动以及俄方相关人员入境等；二是，所谓对“财”制裁，主要目的是切断俄方对外金融通道。各国通过限制或者禁止俄罗斯企业等实体使用美元作为结算货币或者将部分俄罗斯银行（目前是7家）移除SWIFT系统<sup>2</sup>等方法，阻碍俄与全球其它经济体之间的资金往来与贸易往来；三是，所谓对“物”制裁，主要目的是切断俄方的进口供应链。各国通过限制或禁止本国企业对俄（特别是涉及军事最终用户和军事最终用途）输出先进的商品、技术和软件以及利用该等技术作为工具制造的成品（特别是敏感技术和电子产品等），进而全面影响俄方国内市场以及科技研发和国防建设能力。就目前美国对俄实施的出口管制政策而言，俄罗斯未来也可能会面临与古巴、伊朗、朝鲜和叙利亚一样的境地。

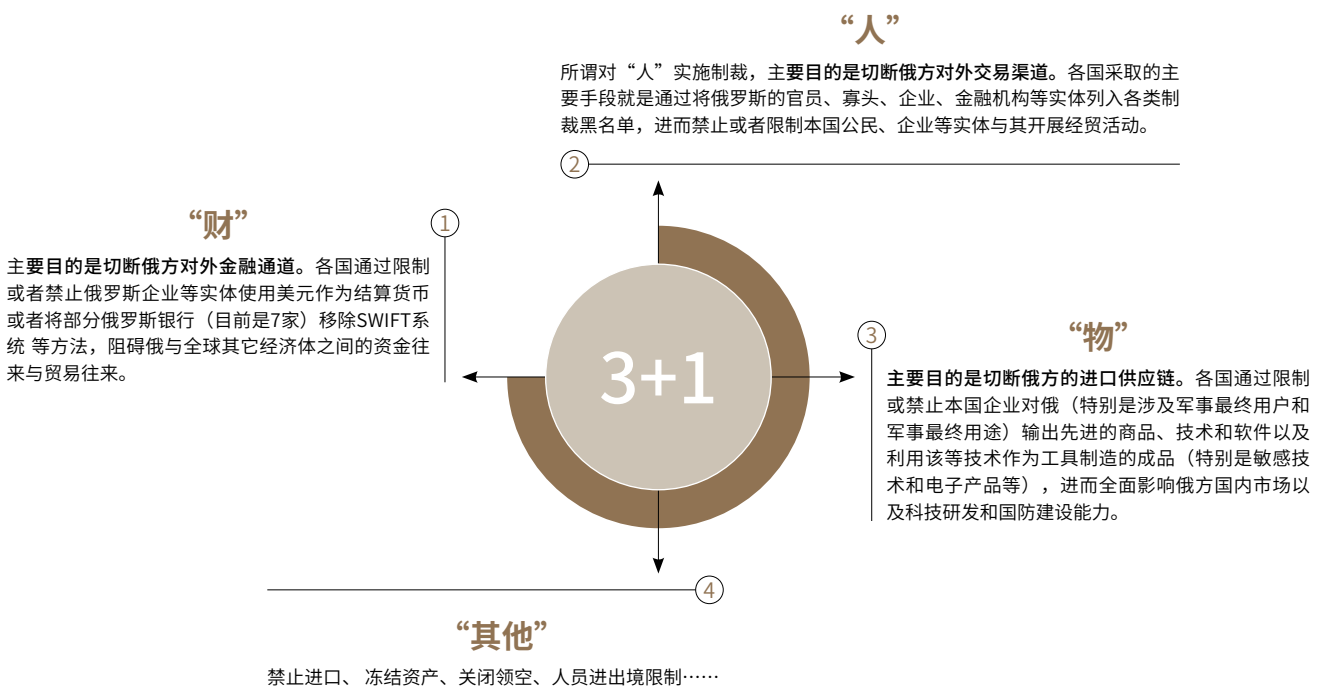


图1 各国对俄制裁措施分类示意图

### （三）俄罗斯反制

俄罗斯也推出一系列反制措施，一是，颁布对俄不友好国家和地区名单<sup>3</sup>，限制偿债币种及相关交易。对于列入对俄不友好国家和地区名单的外国债权人，俄罗斯债务人可使用卢布偿还外汇债务，并要求俄罗斯主体与对俄不友好

<sup>2</sup> SWIFT的全称为环球同业银行金融电讯协会（Society For Worldwide Interbank Financial Telecommunications），是全球最重要的金融通信网络之一。SWIFT成员包括全球200多个国家的超1.1万家金融机构、交易所和企业，几乎是跨境支付信息收发的独家服务商。SWIFT的作用是在银行间发送、接受交易指令，不进行资金划转，不触及资金。资金支付划转主要是在清算支付系统中实现，是当今跨境资金流动最重要的基础设施。简单来说，国际清算几乎绕不开SWIFT。根据俄罗斯全国SWIFT协会数据，目前约有300家俄罗斯金融机构是SWIFT成员，占俄罗斯金融机构一半以上，是仅次于美国的第二大使用国。俄罗斯金融机构目前在全球进行的外汇交易价值每天达到460亿美元，其中超过80%以美元计价；在SWIFT日均传输的4200条信息中，俄罗斯金融机构约占1.5%。7家俄罗斯银行被剔除SWIFT后，受到最明显的冲击便是阻碍俄国实体通过其在全球其它经济体之间的资金往来与贸易往来。虽然俄罗斯仍然可以通过一对一以及将其其它金融机构连入SPFS系统等方式进行跨境资金支付清算，但便利度与适用性无疑会大打折扣，预计将会导致俄罗斯的跨境支付与贸易出现萎缩，并进一步影响俄经济发展。

<sup>3</sup> 截至2022年12月9日，俄罗斯政府批准对俄不友好国家和地区名单，该名单包括美国、加拿大、欧盟国家（共27国）、英国（及其14个海外领地）、乌克兰、黑山、瑞士、阿尔巴尼亚、安道尔、冰岛、列支敦士登、摩纳哥、挪威、圣马力诺、北部马其顿，以及日本、韩国、澳大利亚、密克罗尼西亚、新西兰、新加坡和中国台湾地区、巴哈马群岛。

国家和地区的企业和公民的所有交易和业务，都必须经过俄联邦政府外国投资者监管委员会的批准。二是，实施出口管制。限制俄罗斯向欧洲供应钢铁产品、停止向美国供应火箭发动机、临时禁止从参与制裁俄罗斯的国家输入的外国医疗设备出境等。三是，限制外汇使用。禁止俄罗斯人和俄罗斯公司向境外汇出外币以偿还贷款，或将外币转入其国外账户，俄罗斯出口商从2022年1月1日获得的外汇收入中的80%将被强制结汇等。

除此之外，根据有关媒体报道，虽然欧盟要求各租赁公司在3月28日之前收回出租给俄罗斯各航企的飞机，总计约515架，但因受到关闭领空等客观限制无法取回。俄工贸部还提议禁止向欧盟和美国出口木材，编制了可采取资产国有化措施的外国公司名单，俄联邦委员会提议加速出售来自不友好国家的公司财产。截至2022年12月11日，俄罗斯先后宣布了多批制裁黑名单，其中既包括拜登和其他151名美国官员及其亲属和媒体高管等、398名美国众议院议员等，也包括总理贾斯汀·特鲁多、以及外交和部长国防部长梅兰妮·乔利以及国防部长和安妮塔·阿南德在内的748名加拿大实体和个人，以及其他日本、欧盟、澳大利亚等众多国家和地区的实体和个人。

## 二、中国企业面临的次级制裁风险

### （一）次级制裁简介

根据是否对相关交易具有明确的管辖权，美国经济制裁通常可以分为“一级制裁”和“次级制裁”（或称“二级制裁”）两类。一级制裁适用于具有“美国连接点”的交易，最常见的美国连接点包括交易涉及美国主体、美国金融机构、美元、美国原产货物等，外国主体利用或者通过任何美国个人或实体以促成违反制裁的交易，导致美国个人或实体违反制裁规定的，也将构成违反一级制裁，美国财政部海外资产管理办公室（OFAC）可以对外国主体追究刑事和民事处罚责任。次级制裁主要适用于不存在上述“美国连接点”的交易，一般包括两类情形：一是，禁止非美国主体开展参与、支持违反人权、破坏地区和平稳定等美国制裁项目重点禁止的行为（如明知某项目涉及军事入侵等，仍参与其中并起到重要作用）；二是，禁止非美国主体对某些被实施资产冻结等制裁的主体提供支持（如与某些被列入特别指定国民清单（SDN名单）的主体开展正常交易）。美国《以制裁反击美国对手法》、第14024号行政令的“实质性支持条款”等对俄制裁法规中体现了一定的次级制裁特征。

### （二）中国企业面临的次级制裁风险

对于中国企业而言，美国的次级制裁并不陌生。自2018年中美贸易战升级以来，美国利用其经济优势地位，频繁运用次级制裁，限制中国企业或个人与美方制裁目标国家的企业之间的经济交往。美国的次级制裁在实践中通常可以划分为三种，即贸易制裁、投资制裁和金融制裁。从实施手段而言，除了在相关制裁行政令的条款中设置带有次级制裁性质的规定之外，最为典型和常用的手段就是在OFAC所公布的SDN清单中加入“受次级制裁”或“有次级制裁风险”。通常来讲，如果中国企业与带有该标签的SDN清单列明企业开展交易，则可能会被美方以违反经济制裁为由列入SDN清单，导致其在美资产被冻结、账户被银行冻结等严重影响，又或者被追究相应法律责任。

除此之外，根据欧盟有关制裁条款的字面含义，如果第三国实体属于在欧盟境内全部或部分开展任何业务的任何法人、实体或机构，理论上也需要遵守欧盟制裁法规。<sup>4</sup>即第三国企业如在欧盟境内开展业务，则该第三国企业从事对俄交易，可能被纳入到欧盟管辖范围之内，需要遵守欧盟经济制裁政策。例如，如果一家中资银行就一项受制裁交易向欧盟客户提供融资，则该中资银行的行为在欧盟制裁法下属于违法行为。

<sup>4</sup> “COUNCIL REGULATION (EU) No 833/2014”, Article 13 This Regulation shall apply: (e) to any legal person, entity or body in respect of any business done in whole or in part within the Union. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0833&qid=1647337446167>)

### （三）中国企业防控次级制裁风险的实务难点

基于中俄在经贸方面的紧密合作关系以及美国经济制裁的穿透效力，中国企业在实践中面对的制裁风险较大，防控难度较高。

#### 1. 中俄合作领域为次级制裁风险的高发区

俄罗斯是我国重要的战略合作伙伴，双方在贸易领域的合作十分紧密，根据中国海关总署1月14日发布的统计数据，2021年全年中俄贸易额同比增长35.8%，达到1468.87亿美元<sup>5</sup>，双方合作主要围绕能源、金融等重点领域，并涉及多家俄罗斯大型金融机构，是次级制裁的高风险领域。根据相关制裁法规的授权，目前美国对俄次级制裁风险主要集中在能源、金融等领域，美国通过将相关行业的主要实体列入行业制裁识别清单（SSI）、SDN等制裁清单，限制第三国主体与被制裁主体的合作，实现对俄重点经济产业的极限施压。

#### 2. SDN和SSI清单具有自动穿透效果，打击范围大

根据《关于被冻结资产人士所拥有的实体的修订指引》及OFAC相关常见问题解答，SDN清单和SSI清单适用“50%原则”，由受到SDN或SSI一个或多个主体单独或累计拥有所有权达百分之五十或以上的任何实体自动被认定为SDN或SSI主体，同样受到相关制裁限制，即使这些实体自身并未被列入相关制裁清单（如图2所示）。此外，美国制裁一般不会向上穿透，但如果母公司明知或故意指示下属实体从事违反美国制裁政策活动，则违规责任可能延伸至母公司，与子公司一并受到处罚。<sup>6</sup>“50%原则”扩大了制裁的打击范围，对企业提出了更高的合规要求，需准确识别交易对象的股权结构。

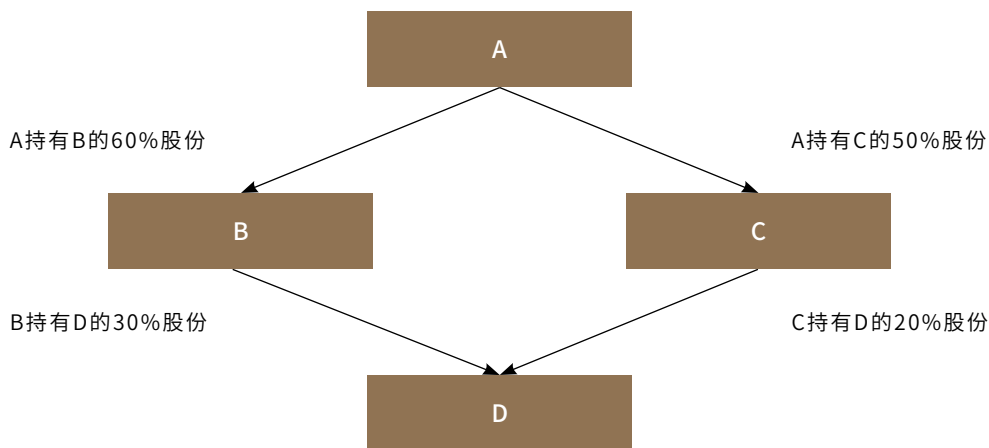


图2 “50%向下穿透规则”示例图

图2中，A为SDN主体，因其持有B、C股份分别超过50%（含本数），所以B、C自动被制裁，而D由于被B、C两个主体累计持股超过50%，所以D也属于自动制裁对象。

<sup>5</sup> “2021年中俄贸易额达1468.87亿美元”，引自商务部官网（<http://petersburg.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202201/20220103237286.shtml>）。

<sup>6</sup> <https://www.federalregister.gov/documents/2020/12/15/2020-27517/notice-of-department-of-state-sanctions-actions-pursuant-to-executive-order-13846-of-august-6-2018>

在实践中，中国企业为了判断是否存在次级制裁风险，建议依据拟开展业务实际情况和交易方黑名单筛查结果，全面仔细排查有关制裁法规、行政令、FAQ及处罚事例后加以综合判断。

### 3. 制裁相关法令更新频率高，需要持续关注次级制裁风险

从美国对外动用次级制裁的历史来看，其会根据对制裁国家打击的需要，随时调整相关政策。以近期其对俄制裁为例，为限制中国等有关国家与俄罗斯开展相关交易活动，从而抵消或者减弱美西方国家对俄制裁效果，美国官方多次喊话，反复提醒和威胁中国企业要严格遵守美国对俄制裁措施。在此背景下，不排除未来美国可能会进一步强化适用于中国等第三国家企业的次级制裁措施。

## 三、次级制裁风险评估流程与合规处置措施

随着美西方国家对俄制裁措施的不断升级，中国企业应避免“头痛医头、脚痛医脚”式的局部风险应对，建议从美国制裁涉及的“人”“财”“物”三个维度出发，成体系地全面评估存量及新增业务的次级制裁风险。

### （一）开展黑名单筛查工作，确定交易主体的风险程度与交易受限条件

黑名单是美国开展制裁的重要工具，特别是在当前俄乌冲突下，美国、欧盟等国家已集中将10453个俄罗斯实体列入制裁清单。因此，中国企业在对俄开展任何商务活动前，都应将针对合作方的“黑名单”风险筛查工作视为重要合规前提。但在当前企业实践中，一方面黑名单涉及国别以及种类繁多，另一方面企业合作方数量众多，加之两方面都始终处于动态变化之中，就如肩挑两桶水赶路一样。因此，仅依靠合规人员人工手动筛查并不现实。

对于上述情况，我们建议采用数字化法律合规解决方案突破黑名单筛查工作的困境。所谓数字化法律合规解决方案是指利用法律科技，以信息化系统等方式设计一套完整的，集风险识别、自动化处置和专家干预于一体的解决

方式，以实现法律合规制度的实际落地。其中，黑名单筛查仅作为数字化法律合规解决方案中的一个组成部分，后续可以根据企业本地化实施闭环部署需求，实现与客户、供应商等合作伙伴业务系统的对接，借助信息化手段，帮助企业完成黑名单时时自动化筛查匹配及预警工作，极大提高筛查的效率性和准确性。<sup>7</sup>

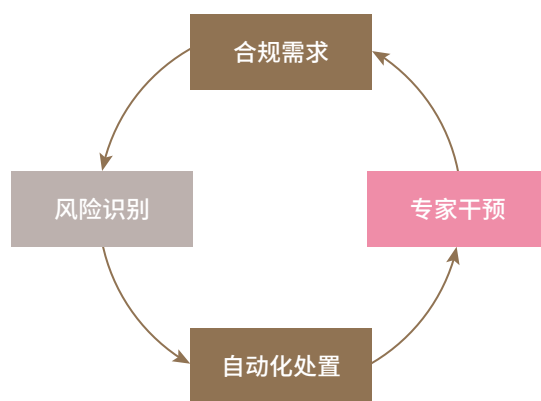


图3 数字化法律合规解决方案

### （二）梳理资金通路，评估资金安全

金融机构是交易结算的核心枢纽，一旦相关交易涉及被制裁的银行，或第三国金融机构（如汇路中涉及的境外中转行）认为交易存在制裁风险，都可能引发资产冻结，造成财产损失。企业需摸排涉及被制裁金融机构的交易情况，评估相关制裁措施对具体交易的影响。同时，排查涉俄交易的资金路径是否涉及第三国金融机构，确定涉及的币种、项目背景、交易主体等，评估第三国金融机构若采取冻结措施将对企业造成的影响。

### （三）评估相关受控物项违规转移风险

在本次俄乌冲突下，各国通过限制或禁止本国企业对俄（尤其是涉及军事最终用户和军事最终用途时）输出先进的商品、技术和软件（以下合称“物项”），从而切断俄方重点产业领域所依赖的进口供应链，限制俄罗斯

<sup>7</sup> 金杜研究院：《浅析制裁黑名单自动化筛查——以美国出口管制与经济制裁合规信息化建设为视角》（<https://mp.weixin.qq.com/s/bu-azsDcSQE11XB4wrfhmA>）；  
金杜研究院：《助跑出口管制合规“最后一公里”！——信息化合规管控解决方案浅析》（[https://mp.weixin.qq.com/s/2xiYFQqMYAUpmh7-0F\\_hmA](https://mp.weixin.qq.com/s/2xiYFQqMYAUpmh7-0F_hmA)参考）。

重点领域和行业发展。欧盟等国家出口管制角度域外效力相对较弱，更多采取拒绝或撤销出口许可证等管控措施。但美国《出口管理条例》（Export Administration Regulations, EAR）的域外效力较强，基本伴随EAR受控物项“由生至死”的全过程，不仅关注美国原产物项，而且对于外国生产的涉及美国物项的产品也规定了管辖效力，具体来说包括涉美原产物项成分占比超过最低减让标准的外国制造产品、以及基于外国直接产品规则受到EAR管辖的外国产品等。

### 1. 最低减让标准判断

根据EAR第734.3规定外国生产产品中美国原产受控成分超过最低减让标准时，该外国生产的产品受EAR管辖。由于本次美国对俄罗斯新增了许可证要求，属于商业管控清单（Commerce Control List, CCL）中ECCN分类为第3类到第9类的涉美物项，若针对俄罗斯出口、再出口或国内转移，都需要申请许可证，因此极大地扩展了最低减让标准中美国原产受控成分（分子）的占比，导致之前可能未达到最低减让标准的产品，转而按照新规则判定成为了受EAR管辖产品。例如，之前5A991（一般为电子器件，如手机组件等）针对俄罗斯出口是不需要许可证的，即在最低减让标准中不需要纳入分子，但是现在由于增加了许可证要求，对于出口至俄罗斯是需要许可证的，应当纳入分子进行最低减让标准判断。如果最低减让标准超标，则说明该产品受EAR管辖，需要进一步进行ECCN判断，并决定是否需要申请获得出口许可证从可以出口至俄罗斯。

### 2. 外国直接产品规则的影响

根据EAR第734.3条规定外国产品如果符合直接产品规则，则该产品受EAR管辖。在本次俄乌冲突下，美国在第734.9条中新增了针对俄罗斯和俄罗斯军事最终用户的直接产品规则，以扩大对向俄出口涉美产品的限制，具体如下：

一是，针对俄罗斯创建新的直接产品规则：为限制俄罗斯获取某些外国生产产品的能力，建立针对俄罗斯的直接产品原则，即针对出口目的国为俄罗斯的外国产品，如果属于以下两种情况，则属于受EAR管辖的物项：（1）

外国生产产品是由CCL中第3类至第9类ECCN为D或E组的美国原产“技术”或“软件”直接生产或开发的；（2）生产或开发外国产品的工厂或主要设备属于CCL中前述ECCN分类的美国原产软件或技术的直接产品。如果外国生产物项属于EAR99物项，则不适用针对俄罗斯的直接产品规则；

二是，针对俄罗斯军事最终用户创建新的直接产品规则：针对俄罗斯最终军事用户，直接产品规则更为严格，主要包括以下两种情况：（1）外国产品是由CCL中ECCN属于D或E组的软件或技术直接开发或生产的；（2）生产外国产品的工厂或设备属于前述CCL上美国原产软件或技术的直接产品。同时，如果交易对象属于实体清单上脚注3的实体，或者了解到该直接产品将被用于上述实体生产、购买的任何零件、组件或设备的生产或开发，即使ECCN为EAR99，也同样需要申请许可证，并将被默认推定拒绝。

上述针对俄罗斯和俄罗斯军事最终用户的直接产品规则极大扩展了美国产品管控范围，如果向俄罗斯出口，基于直接产品规则受EAR管辖的外国产品几乎都需要申请许可证，而美国对此类许可证申请采取拒绝推定审批政策，导致非美国企业很难合规向俄罗斯出口任何涉美产品。因此，中国企业需要针对直接产品原则，排查自身产品是否存在基于美国软件或技术直接开发设计的，或者使用了基于美国软件或技术生产的设备，如果有需要重点排查其涉美情况，以决定是否需要申请许可证，以及是否可以出口至俄罗斯，以避免因违反相关出口管制政策而受到处罚。

## 四、开展体系化风险评估，采取差异化处置措施

西方国家目前对俄制裁的范围广、主体多、手段多样。此外，根据美国总统拜登于3月24日结束与欧洲盟国和其他国家领导人会晤后释放出的消息可知，下一阶段西方国家将会对俄实施新一轮的联合制裁。虽然如此，不建议中国企业对于所有涉俄业务都采取“一刀切式”的叫停策略，而是应当根据具体业务类型谨慎分析可能面临的次级制裁风险，并根据业务实际所处发展阶段，提前预想可能出现的风险场景，同时制定具有差异化的风险管控措施。以下将分别从横向和纵向两个视角，以场景化的方式具体分析有关风险防范与应对建议。



## （一）从横向而言，应当重点聚焦于经济制裁与出口管制的风险防范与应对。

### 1. 经济制裁

如俄方交易伙伴属于美欧等国的制裁黑名单实体，则建议应当仔细评估该实体被列入哪类黑名单、该黑名单的具体限制条件以及是否存在次级制裁风险，最终根据评估结果判断是否可以继续进行交易或者需要附加哪些合规前提条件，并及时形成必要的合同条款。

此外，建议对所有可能涉及的金融机构（包括但不限于收款行、中转行、付款行、开证行、兑付行等）进行黑名单筛查，以判断在资金汇路上是否存在资金受到冻结或者中途遇到其他障碍的风险。

#### • 风险场景

以美国经济制裁为例，风险原因主要集中在两个方面：一是，美国连接点的识别不准；二是，次级制裁效力的分析不完整。例如，经初步黑名单筛查后确认合作方虽属于SDN清单实体，但未被加注次级制裁标识，随即就此作出判断，认为可以继续与其开展交易，但因为没有进一步确认有关制裁项目或者行政令的具体规定，最终可能面临受到次级制裁的风险。

#### • 应对建议

第一，如发现合作方被列入制裁黑名单，应当首先与该合作方进行充分沟通，并暂停相关业务；第二，进一步全面梳理有关制裁法规的相关内容，特别注意仔细排查和评估是否存在次级制裁效力的相关条款内容，必要时可以向外部专业律师寻求协助；第三，建立底线思维，随时关注最新制裁动向，结合项目特点预判潜在重大风险，必要时应与合作方进行协商，签订相关的补充协议。

### 2. 出口管制

建议应当根据各国对俄实施的出口管制措施进行风险评估。以下以美国对俄实施的出口管制措施为例进行分析。

#### （1）直接转售美国受控物项至俄罗斯的风险及应对

#### • 风险场景

若中国企业对俄直接转售美国受控物项，极大可能需要向美国申请许可证但实践中又无法成功取得。此时如将该物项转移至俄罗斯主体，则存在因违反美国出口管制法律规定而受到处罚的风险。

#### • 应对建议

首先，应对交易对象进行黑名单筛查，如果交易对象涉及俄罗斯军事主体，则几乎所有美国物项都不能出口，此时应当暂停交易；其次，若合作方并非受限制主体，则应进一步识别美国物项对应的ECCN编码及最终用途等，以判断是否需要申请许可证，以及是否可以适用许可例外；最后，若存在许可证要求，且无法适用

许可例外，则除非成功申请许可证，否则需暂停交易。

## (2) 对俄交易产品包含涉美成分的风险及应对

### • 风险场景

由中国企业生产的拟对俄销售产品所包含涉美成分（如含有美国原产的元器件等）的市场公允价值占比达到限制要求时（针对俄罗斯为25%），则该中国企业生产的成品仍然会受EAR管辖，需进一步判断该成品的ECCN编码等，以确认是否需要申请出口许可证方可出口至俄罗斯。但现实中要充分预见到可能无法取得出口许可证的风险。

### • 应对建议

一是，应当对包含涉美成分的产品进行最低减让标准计算；二是，针对超标产品进行ECCN分类及确认最终用途信息，以确认是否需要申请许可证；三是，根据前述风险排查结果，综合判断是否可以继续交易。

## (3) 交易产品涉及外国直接产品规则的风险及应对

### • 风险场景

如果中国企业产品生产过程中涉及使用受到美国管控的工具类物项（包括设备、软件和技术），则基于外国直接产品规则，使用该等工具加工而成的产品可能被认定为属于EAR管辖的物项，在没有许可证的情况下出口至俄罗斯或俄罗斯军事主体，存在违反美国出口管制要求的风险。

### • 应对建议

第一，针对产品生产过程中所需的涉美工具类物项的受控情况进行摸排；第二，针对合作方进行黑名单筛查，因为在直接产品规则下，一般俄罗斯民用主体和俄罗斯军事最终用户之间存在较大区别；第三，基于上述筛查情况，综合判断交易是否可以继续开展。例如，交易产品是基于美国软件、技术或者设备生产的，且涉及军事最终用户，则应当立即中止交易。

(二) 从纵向而言，应当重点聚焦于对俄业务所处各个业务环节（从商机获取直至交易结束）的特点，分别制定共通性和个性化的差异处置措施。

### 1. 商机获取和签订合同

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>合作方</li><li>物项</li><li>行业</li><li>金融机构</li><li>合规条款</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li><b>黑名单筛查。</b>商机获取时应针对合作方（包括但不限于客户、供应商、货代、银行、承运人、最终用户等）优先开展黑名单筛查，识别客户涉及制裁风险。此外，还要关注合作方的注册地、主要经营地、高管人员、股权结构等关键信息，确定是否涉及可能受到制裁的高风险行业、地区或主体，并做好其他必要风险信息调研和排查工作。</li><li><b>物项受控属性及转移风险识别。</b>在商务沟通过程中，评估交易所涉物项受到美欧等国家管控情况，避免违规转移受控物项。</li><li><b>行业背景与金融机构风险评估。</b>重点关注项目背景、目的，担保人、金融机构、最终受益人等交易合作方及辅助性第三方，以及资金币种、划转路径，物项种类、技术成分、运输线路等是否存在制裁风险。对于涉及制裁项目，应合理规划交易主体、资金通道、币种等，避免欧美连接点。</li><li><b>制定风险应急处置或解决条款。</b>在合同中增加涉及经济制裁与出口管制合规义务相关的陈述与保证、违约条款、退出机制等，但要注意不得违反中国反制法规要求。</li></ul>

### 2. 合同履行和解除

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>合作方被列入黑名单</li><li>物项受到严格管控</li><li>违约赔偿</li><li>解约后资产损失</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>在合同履行过程中要持续对合作方进行滚动式黑名单筛查，一旦发现合作方被列为西方国家制裁黑名单实体或俄方反制清单主体，应尽快与被制裁客户沟通，确认相关情况，及时核实对既有项目或交易的影响程度，根据需要启动应急预案。</li><li>加快推进制定对俄项目相关商品、技术和软件等物项中涉美欧成分的国产化替代方案；此外，根据需要可以适当加大备货库存。</li><li>如有合理理由可以预见可能导致自身承担违约责任的重大潜在风险时，应当要求暂停交易，同时与合作方进行协商，及时增加必要条款或者签订补充协议，以避免未来被对方追究违约赔偿责任。</li><li>及时了解西方国家制裁与俄方反制裁最新动向。如果是在美欧等国家设立有子公司等实体的中国企业，还应重点关注俄方有关限制外资离境、撤出或者拟实施资产国有化等相关法案的审议情况，及时要求海外子公司制定必要的应急预案。</li></ul>

### 3. 贷款结算和偿还贷款

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>金融机构被列入黑名单</li><li>无法使用美元、欧元结算</li><li>汇率变动导致资金损失</li><li>第三方金融机构不配合开展结算业务</li><li>延迟支付赔偿</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>如项目中所使用的俄方金融机构被列入制裁清单，可以考虑中止相关金融服务合同，根据后续风险评估结果，采取更换还款方式、币种、渠道等解决方案。</li><li>对结算方式、结算银行、结算周期等风险条款重新进行评估。根据评估结果，可以考虑更换为中资银行或使用人民币结算等，以避免后续合同纠纷或相关汇率风险。</li><li>有部分欧美金融机构除了会严格遵守对俄制裁法规以外，还可能会基于自身的合规政策或者合规价值观，选择不提供任何涉及俄罗斯的金融服务。对此，应当预先开展必要的风险评估，如需要，可考虑变更措施，以降低资金结算风险。</li><li>以中方企业支付进口货物的货款为例，应当明确约定中方只要在付款行完成汇出手续后就意味着其已经尽到按期付款义务，如因后续中转行或者收款行等原因导致卖方延迟或者无法收到货款时，不得要求中方支付延迟付款利息或承担其他赔偿责任。</li></ul>

#### 4. 生产设备和技术原料

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>使用涉美受控生产设备</li><li>产品中美国成分占比超标</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>针对生产设备涉及美国物项的情况，需要综合判断交易主体以及是否适用美国针对俄罗斯及俄罗斯军事最终用户的直接产品规则。如果该产品适用于俄罗斯或俄罗斯最终军事用户的直接产品规则，则需申请许可证，否则该产品在没有许可证的前提下出口至俄罗斯或俄罗斯军事主体，存在违反美国出口管制要求的风险。</li><li>针对产品中含有美国技术或原料等情况，需要对产品重新进行最低减让标准计算，判断该产品是否属于EAR的管辖范围。如该产品占比超标，则需进一步对该产品进行ECCN分类，以确认是否需要申请许可证或适用许可例外，以避免出口管制风险。</li></ul>

#### 5. 转股售资

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>交易对方被列入黑名单</li><li>转股售资项目交割后对价或权属无法实际取回</li><li>处置涉美受控物项资产导致违反出口管制要求</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>应当对转股售资的交易对方（包括但不限于出资方、担保方、金融机构等）开展黑名单筛查，以避免触发制裁风险。</li><li>注意评估俄罗斯反制裁政策下对于转股售资项目是否存在限制，重点评估交割后是否可能存在对价或权属无法实际取回等重大风险，根据需要，在协议中增加相关风险解决条款。</li><li>若出售资产中可能涉及美国EAR管辖物项，需事先做好风险评估，必要时应当申请出口许可证；如果暂时无法取得出口许可证，则建议暂停处置，待后续确认或申请到许可证后再行处置。</li></ul>

最后，中国企业必须加以注意的是，美欧等国的制裁法规中通常会明确规定禁止一切规避制裁的行为。如本次对俄实施制裁的美国14024号行政令第四条规定，任何意图规避行政令及违反制裁规定而采取的行为都是被禁止的。<sup>8</sup>如前所述，若中国企业为了规避对俄制裁规定，将交易主体变更为其下属控股企业，并指示其代为完成对俄交易，则可能被认为构成规避制裁行为，即该中国企业通过下属企业对被制裁对象提供实质性支持，进而导致构成违反制裁规定行为而需要受到处罚。

### 五、建立长效化的制裁合规管控体系

随着中美博弈的常态化发展，中国企业应当参考OFAC风险评估规则<sup>9</sup>，提早建立长效化的制裁合规机制，及时发现制裁风险并予以处置。一是，应当搭建制裁风险评估机制，完善合规风险数据库。从“人”“财”“物”三个维度分析自身业务面临的制裁风险大小和风险特征，并从“及时性”“准确性”“全面性”三个方面判断现有制裁合规管理控制措施的效果，通过比较固有风险和控制措施，评估现行制裁合规机制的有效性，及时完善合规风险数据库。二是，开展常态化的黑名单自动化筛查。随着美欧各国制裁打击范围逐步扩大、制裁措施日益多样，黑名单筛查系统已经成为企业开展制裁风险防控的重要工具，企业应根据自身业务特点选用定制化黑名单筛查方案，建立可以覆盖全业务流程、无死角式的自动化筛查机制。三是，加强内部控制，开展制裁名单的分级管控措施。对于业务体量较大、分支机构较多的企业，有必要对不同的制裁名单主体开展分级管控措施，提升业务开展效率。四是，全面跟踪各国制裁与俄方反制政策变化。可以通过指派专人或聘请律师等方式进行制裁政策的长期跟踪和研究，提前研判制裁风险，及

<sup>8</sup> 参考链接：<https://www.federalregister.gov/documents/2021/04/19/2021-08098/blocking-property-with-respect-to-specified-harmful-foreign-activities-of-the-government-of-the>。

<sup>9</sup> 参考链接：合规框架见framework\_ofac\_cc.pdf (treasury.gov)；风险矩阵见FAQ risk matrix.doc (treasury.gov)。

时优化分级管控措施。五是，加强人员培训和合规内审工作。可以通过邀请外部专家讲座、开展内部知识竞赛、出台操作指引等方式加强企业员工的制裁风险防范意识，构建合规文化。对制裁合规有效性开展定期内部审计，及时查漏补缺。

## 六、对俄投资局势预判与业务战略规划建议

随着欧美等国对俄制裁的逐步升级，俄罗斯将逐步实施自己的反制措施，未来涉俄制裁将面临更多不确定风险。一是，参与制裁俄罗斯的国家逐渐增多，制裁措施协同效应逐步增强。自2月21日美国宣布制裁俄罗斯以来，欧盟、英国、澳大利亚、日本等国均采取了多样化的制裁措施，并逐渐形成协同效应，进一步压缩俄罗斯应对制裁的空间，用更换币种和采取境外壳公司等方式应对制裁风险的难度日益增加。第三国企业面临涉俄制裁的多边性和复杂性，需要根据业务实际开展跨法域的制裁合规风险评估和处置工作。二是，俄方反制裁措施逐步扩大，中国企业将面临合规夹缝的两难处境。为了应对美国次级制裁的域外效力，不排除俄罗斯也将进一步扩大和加强反制力度，这将导致中国企业面临合规冲突的困境，而企业法务人员将可能会被要求提出一些超出法律本身的解决建议或者应对思路。三是，俄乌冲突引发的问题需谨慎判断。涉俄制裁引发的国际原油价格波动、全球供应链重构等现象貌似为第三国企业提供了新的商机，但中国企业必须在业务拓展中注意有效控制风险，特别是拟对俄开展中长期投资项目时，建议至少在现阶段应当采取“一看、二慢、三通过”的审慎应对策略。

## 结语

俄乌之间的战事冲突可能会在近期得到缓解，但是各国对俄制裁与俄方反制之间的胶着态势应该不会在短期内结束。对比其他领域的合规管理工作而言，本次涉俄制裁风险防控工作具有时效性强、涉及法域多、违规后果严重等显著特点，一旦处置不当就可能对企业的海外业务造成毁灭性打击，建议中国企业应当及时引入数字化合规管理工具，在外部专业律师和专家组建的智库团队协助下，谨慎、精准地评估涉俄业务潜在风险，尽快制定有效的应对措施，用合规管理创造商业价值。

*感谢实习生董家宁、律师助理樊佳欣对本文作出的贡献。*

# 美国涉疆法案下对外举证与数据出境安全风险

景云峰 吴涵 蒋雨琦 张浣然 樊佳欣



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



吴涵

wuhan@cn.kwm.com

## 引言

伴随着2022年6月中下旬以美国CBP《进口商指引》和FLETF《战略报告》为代表的美国所谓《维吾尔强迫劳动预防法案》（“涉疆法案”或“UFLPA”）具体执法措施的如期而至，很多存在对美出口货物贸易的中国企业正在紧急研讨UFLPA下“可反驳推定规则”（即所谓“有罪推定”+“自证清白”）的应对策略。与此同时，在网络与数据安全领域一直受到高度关注的《数据出境安全评估办法》（《评估办法》）于2022年7月7日由国家互联网信息办公室正式公布，自9月1日起施行。本文将从不同以往的分析视角，协助企业在及时了解UFLPA下对外举证要求的同时，准确理解和严守数据出境安全合规底线。

## 一、美国涉疆法案下的对外举证要求

### （一）对外举证“义务”

UFLPA第3条要求美国海关与边境保护局（CBP）局长推定全部或部分在新疆开采、生产或制造，或由UFLPA实体清单上的实体开采、生产或制造的任何货物、制品、物品或商品均应按美国1930年《关税法》第307条（19 U.S.C. § 1307）要求被禁止进口，并且该类货物、制品、物品或商品不被允许入境美国。

在此种推定规则下，CBP首先会推定全部或部分在中国新疆地区开采、生产或制造的货物以及从UFLPA清单实体处进口的货物一律属于所谓“强迫劳动”的产物从而被禁止进口，除非CBP局长确定记录在案的进口商：

- （1）已经完全遵守了UFLPA第2(d)(6)条所述的指导意见以及为实施该指导意见而颁布的任何条例；

- 
- (2) 全面和实质性地回答了执法机构提出的关于确定有关货物是否全部或部分涉及“强迫劳动”开采、生产或制造的询问；
  - (3) 可以通过明确和令人信服的证据，证明该商品不是完全或部分由“强迫劳动”开采、生产或制造的。

如拟进口美国的货物由于所谓“强迫劳动”原因面临CBP的执法，根据CBP《进口商操作指引》，美国进口商可以：（1）向CBP证明拟进口商品与新疆或UFLPA实体清单上的实体缺乏联系，因此不属于UFLPA管辖范围；或（2）提供“明确且令人信服的证据”表明货物并非全部或部分使用“强迫劳动”制造，申请适用“可反驳推定”的例外情形。此外，即使CBP局长确定应当对某一批进口货物适用“可反驳推定”的例外情形，涉疆法案还要求其在做出决定的30日内向相关国会委员会提交识别被扣货物以及所考虑证据的报告，并向公众公开。

## （二）对外举证主体

虽然从涉疆法案原文来看，供应链溯源以及合法用工举证的义务主体形式上为美国进口商，但实质上美国进口商会将该等义务逐层传递至供应链上游企业，其中包括位于中国境内的上游原材料供应商、半成品加工企业、下游制造商，直至传导给中国出口商。另外，美国智库高等国防研究中心（C4ADS）发表报告，将可能参与所谓“强迫劳动”的中国企业关注范围扩展至了在新疆地区设立子公司的中国东部地区集团公司。<sup>1</sup>

**鉴于涉疆法案所要求的证明材料最终将由美国进口商提交至CBP，甚至可能被上报至美国国会并向公众公开，因此，对美出口产品全供应链所涉全部中国企业均需对拟提供证据开展数据出境安全风险评估。**

## （三）对外举证内容

### 1. 供应链溯源相关证明材料

CBP《进口商操作指引》作为对《战略报告》的补充，给美国进口商提供了更为详尽的供应链溯源证明标准。根据《进口商操作指引》第IV条规定，美国进口商需要向CBP提供从原材料到进口货物所涉全供应链溯源的证明文件，包括：

#### （1）供应链尽职调查相关证明文件

- 与供应商和其他利益相关方合作，评估和应对“强迫劳动”风险；
- 绘制供应链图，评估进口货物从原材料到最终成品全供应链的“强迫劳动”风险；
- 制定书面文件《供应商行为准则》以禁止使用所谓的“强迫劳动”并应对所谓的中国政府“劳动计划”风险；
- 为选择供应商并与之互动的员工和代理人提供“强迫劳动”风险培训；
- 监督供应商遵守《供应商行为准则》的情况；
- 对尽职调查制度的实施和有效性开展独立核查的结果；
- 关于尽职调查系统执行与参与情况的报告。

---

<sup>1</sup>参见<https://c4ads.org/reports/shifting-gears/>。

## (2) 供应链溯源相关证明文件

### ① 与整体供应链相关的证据

- 对供应链（包括进口商品及其组件）的详细说明，包括开采、生产或制造的所有阶段；
- 实体在供应链中的角色，包括发货人和出口商：例如，CBP需要确定供应商是否同时也是制造商；
- 根据《联邦法规汇编》第19编第152.102(g)条定义<sup>2</sup>与供应链中实体的关系；
- 与生产流程各步骤相关的供应商名单，包括姓名和联系方式（地址、电子邮件地址和电话号码）；
- 参与生产流程的各公司或实体的宣誓书。

### ② 与商品或其组成部分相关的证据

- 采购订单；
- 所有供应商和次级供应商的发票；
- 装箱单；
- 物料清单；
- 原产地证明；
- 付款记录；
- 卖方的库存记录，包括码头/仓库收据；
- 装运记录，包括清单、提单（例如：空运/船运/卡车运输）；
- 买方库存记录，包括码头/仓库收据；
- 所有供应商和次级供应商的发票和收据；
- 进出口记录。

### ③ 与开采商、生产商或制造商相关证据

- 开采、生产或制造记录，包括但不限于：可使CBP能够追踪开采、生产或制造的商品的原材料、生产订单、商品工厂产能报告、进口商、从该工厂采购的供应链下游供应商或第三方的工厂现场考察报告、证明组成部分材料的投入量与所生产商品的产出量相匹配的证据；
- 证明货物并非全部或部分由“强迫劳动”开采、生产或制造的任何其他证据。

<sup>2</sup> 《联邦法规汇编》第19编第152.102(g)条：（1）同一家庭的成员，包括兄弟姐妹(无论是全血亲还是半血亲)、配偶、祖先和直系后代。（2）组织的任何管理人员或董事，以及该组织本身。（3）组织的高级管理人员或董事和另一个组织的高级管理人员或董事，如果每个人同时也是另一个组织的高级管理人员或董事。（4）合伙人。（5）雇主和雇员。（6）任何人直接或间接拥有、控制或持有某组织百分之五或以上的已发行有表决权股票或股份，以及该组织本身。（7）直接或间接控制、被任何人控制或与任何人共同控制的两人或多人。



### (3) 供应链合规管理措施相关证明文件

- ① 防止或降低“强迫劳动”风险并对在进口货物的开采、生产或制造过程中发现的任何使用“强迫劳动”的行为进行补救的内部控制措施；
- ② 所提供的所有证据应是经审计的操作系统或财务系统的一部分。

## 2. 合法用工相关证明材料

《战略报告》第VI.C部分向美国进口商明确，用于证明来自中国的货物并非全部或部分使用“强迫劳动”生产的证据包括：

- ① 包含产品生产相关所有实体的供应链地图，以及每一个实体在供应链中的位置；
- ② 相关实体完整员工名单，包括：
  - 工资支付情况；
  - 员工是否来自新疆，以及员工的户口情况；
  - 产品产量与员工数量的关联性；
  - 每一工种的员工数量，材料或物资投入总量，以及材料或物资的输出总量之间的关系；
  - 工时与日产出之间的关联性；
- ③ 证明员工并非通过中国政府、新疆生产建设兵团或者UFLPA实体清单实体被“雇佣、移动、转移、窝藏或接收”；
- ④ 证明每一位来自新疆的员工均为自愿工作，并且并未受到惩罚的威胁，包括：
  - 招聘过程完全自愿；
  - 招聘以及留职并未受到政府或企业强迫；
  - 招聘过程中未出现强迫劳动指标（forced labor indicator<sup>3</sup>）（包括拘留、拘留家庭成员、或强制向政府转移土地等）；
  - 员工从新疆被转移是完全自愿并且未出现“强迫劳动”指标（包括移动过程中的“政府监视或限制工人移动”）；
  - 员工被转移至企业属于完全自愿行为并且未出现“强迫劳动”指标（包括“政府监视”）；
  - 员工在企业的生活和工作条件不涉及“强迫劳动”，包括“政府监视或企业向政府报告的行为、限制行动自由、强制参与活动（例如政治、语言或文化课程）”；
  - 企业接收员工是自愿的并且不涉及“强迫劳动”，包括“政府监视或企业向政府报告行为”。

<sup>3</sup>详见《战略报告》第II部分“Indicators of Forced Labor in PRC Labor Programs”。

## 二、美国涉疆法案下的数据出境合规风险

### （一）企业应对美国涉疆法案执法可能引发的数据安全风险

#### 1. 应对美国涉疆法案执法场景下的数据出境安全风险

如前所述，涉及向美国出口产品的中国企业应对美国涉疆法案执法时，其作为上游供应商可能需要协助美国进口商向CBP提供从原材料到货物进口的供应链溯源或合法用工举证文件。而中国企业在配合美国进口商对外举证的过程中，可能还涉及将其在中国境内运营中收集和产生的员工名单、供应商联系方式等个人信息以及原产地证明及开采、生产或制造记录等数据传输、存储至位于境外的美国进口商、CBP及美国国会等美国政府部门处，甚至可能向美国公众公开。对此，我们理解，涉及向美国出口产品的中国企业在应对美国涉疆法案执法进行对外举证的过程中可能涉及数据出境活动，并可能因此触发《中华人民共和国网络安全法》（《网安法》）、《中华人民共和国数据安全法》（《数安法》）、《中华人民共和国个人信息保护法》（《个信法》）及其配套法律规范所规定的的数据出境安全管理义务。

#### 2. 数据出境安全管理的背景与目的

对于企业而言，企业数据出境安全管理是企业抵御数据跨境安全风险并在全球数字经济市场中获得长足稳定发展的重要前提。在大数据时代，数字经济的全球化发展催生了企业数据跨境流动的客观需要，数据跨境流动成为了企业在空间维度延伸数据价值的必然要求，而数据跨境流动为企业带来便利与商业价值的同时，也在一定程度上增加了数据泄露乃至被恶意利用的安全风险。企业在应对美国涉疆法案执法时应当坚持底线思维，在法律划定的数据出境安全管理等红线以内从事数据跨境传输活动，保障数据出境的安全性，在落实数据跨境合规机制的同时，也需要重点关注对外举证过程中因可能的冲突管辖而造成的数据跨境实践困境和合规隐患，否则依据《数安法》将可能面临封顶五百万元以下罚款，并被主管机关责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照的严重处罚。

就国家层面而言，数据出境安全风险不仅关乎企业自身数据安全，还关乎着一国的经济安全、社会安全，乃至国家安全。纵观全球各国数据跨境流动治理模式，跨境数据流动监管已经成为数字经济发展和智能时代发展的必然要求。企业在应对美国涉疆法案执法的过程中，不可避免地面临着境外监管机构调取数据的要求，而全供应链溯源的证明文件可能涉及了商品原材料产地分布、工厂产能等可能被认定为“重要数据”的供应链数据，而中国出口企业通过美国进口商向CBP等监管机构提供该等供应链溯源的证明文件，可能构成重要数据、核心数据乃至国家秘密出境。考虑到数据资源作为社会进步和国家发展的重要战略资源，可能承载着个人信息主体的合法权益、公共利益、国家安全等多重价值，美国涉疆法案下中国企业所承担的对外举证义务一定程度上延伸了美国监管机构在数据领域的管辖范围，促使其数据主权突破领土范围而实现在全球范围内的扩张，并在极大程度上可能损害了数据所在国对其境内数据的管理权。同时，若供应链溯源数据在数据调取场景中被泄露或者非法使用，或将损害我国公民的个人利益、国家安全、社会公共利益与其他数据控制者利益，存在较大的数据安全隐患，甚至可能引发国家安全风险。

#### 3. 中国数据出境安全管理机制的立法定位

就中国数据出境安全管理机制立法定位而言，一方面，数据的跨境流动不仅影响个人信息权益，还关乎着国家安全与社会公共利益，数据出境安全风险可能引发国家关键数据资源的流失甚至危及一国数据主权，潜藏了国家安全风险隐患。正如国家互联网信息办公室有关负责人在答记者问中充分肯定了规范数据出境活动需要对于维护国家安全

与社会公共利益的重要意义，“总体国家安全观”也始终主导和指引着中国数据跨境规则的具体制定和体系搭建，以期有效防范和抵御境外数据处理的安全风险。另一方面，企业数据安全也将成为企业长足发展的基本前提。《评估办法》第三条将“防范数据出境安全风险，保障数据依法有序自由流动”作为立规目标，充分体现了中国数据跨境流动治理的监管取向。换言之，中国数据出境安全管理本身作为一种手段而非目的，其根本目标是为深度参与全球经济市场的资源利用和分工协作的企业，提供在管控数据安全风险前提下数据跨境流动的机制保障，以期帮助企业提升自身的数据合规管理水平，从而更好地融入全球市场。

总体而言，加强国家总体安全观指引和定位下的企业数据出境安全管理，成为了促进中国经济健康有序发展的客观需要，也是维护国家安全的必然要求。而《评估办法》等中国数据出境安全风险管控机制的出台应当构成审慎应对美国涉疆法案执法的中国企业的制度指引而非业务阻力，中国企业应对美国涉疆法案下的对外举证前需要提前梳理供应链溯源或合法用工举证过程中涉及的数据类型、数据处理场景，在中国数据出境安全管理机制的保驾护航下审慎预判对外举证过程中的数据安全风险，依法履行“总体国家安全观”下数据出境安全管理义务，才能更为精准、有力地把握经济全球化的发展新机遇。

## （二）中国数据出境安全管理的基本框架

为帮助相关企业在对外举证前做好相应的合规准备，主动依法落实数据出境安全管理义务与数据安全保护责任，我们将在本部分为可能涉及应对美国涉疆法案执法的中国企业详细解读中国数据出境安全管理机制，梳理不同类型数据处理者的数据出境安全管理义务适用性以及数据出境安全管理的监管机构。

### 1. 数据出境安全管理义务群

整体而言，《网安法》首次在国家层面立法构建了个人信息和重要数据的跨境机制，随后出台的《数安法》《个信法》进一步分别细化了重要数据和个人信息的跨境规则，前述三部法律对中国数据跨境传输提出了统领性规定，构建了中国数据出境安全管理的基本制度框架，而《网络数据安全条例（征求意见稿）》《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》《评估办法》等配套措施相继颁布，标志着我国数据跨境监管规则逐渐落地，形成了以个人信息和重要数据为规制重点，本地化措施与限制性数据跨境并行的多层次的数据跨境规制体系。我国对于跨境活动监管规则从多角度多层级进发，主要合规要求具体请见下表：

数据出境安全管理义务/规制主体	关键信息基础设施运营者	一般网络运营者/数据处理者 (包括但不限于个人信息处理者)
数据本地化	关键信息基础设施运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。 (《网安法》第三十七条，《数安法》第三十一条)	<ul style="list-style-type: none"> <li>国家机关处理的个人信息应当在中华人民共和国境内存储；确需向境外提供的，应当进行安全评估。安全评估可以要求有关部门提供支持并协助。(《个信法》第三十六条)</li> <li>处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。(《个信法》第四十条)</li> </ul>

数据出境安全管理义务/规制主体	关键信息基础设施运营者	一般网络运营者/数据处理者 (包括但不限于个人信息处理者)
限制性数据跨境：数据出境安全评估	关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估。 (《评估办法》第四条)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 数据处理者向境外提供重要数据；</li> <li>• 处理100万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；</li> <li>• 自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息。 (《个信法》第三十八条，《评估办法》第四条)</li> </ul>
限制性数据跨境：标准合同	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 个人处理者处理个人信息不满100万人的；</li> <li>• 个人处理者自上年1月1日起累计向境外提供未达到10万人个人信息的；</li> <li>• 个人处理者自上年1月1日起累计向境外提供未达到1万人敏感个人信息的。 (《个信法》第三十八条，《个人信息出境标准合同规定(征求意见稿)》第四条)</li> </ul>
限制性数据跨境：个人信息跨境处理活动安全认证	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 跨国公司或者同一经济、事业实体下属子公司或关联公司之间的个人信息跨境处理活动；</li> <li>• 《个信法》第三条第二款适用的个人信息处理活动。 (《个信法》第三十八条，《个人信息跨境处理活动安全认证规范》第一条)</li> </ul>	
其他数据跨境合规义务 (示例)	<p>个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。(《个信法》第三十九条)</p> <p>有下列情形之一的，个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录： (四) 向境外提供个人信息。 (《个信法》第五十五条)</p>	<p>个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。(《个信法》第三十九条)</p>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 向境外提供个人信息和重要数据的数据处理者，应当在每年1月31日前编制数据出境安全报告，向设区的市级网信部门报告上一年度以下数据出境情况： <ul style="list-style-type: none"> <li>(一) 全部数据接收方名称、联系方式；</li> <li>(二) 出境数据的类型、数量及目的；</li> <li>(三) 数据在境外的存放地点、存储期限、使用范围和方式；</li> <li>(四) 涉及向境外提供数据的用户投诉及处理情况；</li> <li>(五) 发生的数据安全事件及其处置情况；</li> <li>(六) 数据出境后再转移的情况；</li> <li>(七) 国家网信部门明确向境外提供数据需要报告的其他事项。</li> </ul> </li> </ul> <p>(《网络数据安全条例(征求意见稿)》第四十条)</p>	

数据出境安全管理义务/规制主体	关键信息基础设施运营者	一般网络运营者/数据处理者 (包括但不限于个人信息处理者)
数据出口管制/境外调取限制	《个信法》	<p>第四十一条 中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供存储于境内个人信息的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，个人信息处理者不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的个人信息。</p> <p>第四十二条 境外的组织、个人从事侵害中华人民共和国公民的个人信息权益，或者危害中华人民共和国国家安全、公共利益的个人信息处理活动的，国家网信部门可以将其列入限制或者禁止个人信息提供清单，予以公告，并采取限制或者禁止向其提供个人信息等措施。</p>
	《数安法》	<p>第二十五条 国家对与维护国家安全和利益、履行国际义务相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。</p> <p>第三十六条 中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供数据的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。</p>
	《证券法》	<p>第一百七十七条 境外证券监督管理机构不得在中华人民共和国境内直接进行调查取证等活动。未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料。</p>
	《国际刑事司法协助法》	<p>第四条 非经中华人民共和国主管机关同意，外国机构、组织和个人不得在中华人民共和国境内进行本法规定的刑事诉讼活动，中华人民共和国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料和本法规定的协助。</p>
特殊行业限制（示例）	《人口健康信息管理办法（试行）》	<p>第十条 不得将人口健康信息在境外的服务器中存储，不得托管、租赁在境外的服务器。</p>
	《人类遗传资源管理条例》	<p>第二十八条 将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用，不得危害我国公众健康、国家安全和社会公共利益；可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益的，应当通过国务院科学技术行政部门组织的安全审查。</p> <p>将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的，应当向国务院科学技术行政部门备案并提交信息备份。</p> <p>利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究产生的人类遗传资源信息，合作双方可以使用。</p>

数据出境安全管理义务/规制主体	关键信息基础设施运营者	一般网络运营者/数据处理者 (包括但不限于个人信息处理者)
特殊行业限制 (示例)	《汽车数据安全若干规定》	<p>第三条 本规定所称汽车数据,包括汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中的涉及个人信息数据和重要数据。</p> <p>第十一条 重要数据应当依法在境内存储,因业务需要确需向境外提供的,应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的安全评估。未列入重要数据的涉及个人信息数据的出境安全管理,适用法律、行政法规的有关规定。</p> <p>第十四条 向境外提供重要数据的汽车数据处理者应当在本规定第十三条要求的基础上,补充报告以下情况:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(一) 接收者的基本情况;</li> <li>(二) 出境汽车数据的种类、规模、目的和必要性;</li> <li>(三) 汽车数据在境外的保存地点、期限、范围和方式;</li> <li>(四) 涉及向境外提供汽车数据的用户投诉和处理情况;</li> <li>(五) 国家网信部门会同国务院工业和信息化部、公安、交通运输等有关部门明确的向境外提供汽车数据需要报告的其他情况。</li> </ul>
	《地图管理条例》	<p>第三十四条 互联网地图服务单位应当将存放地图数据的服务器设在中华人民共和国境内,并制定互联网地图数据安全管理制度和保障措施。</p>

在数据出境具体实践中,企业有必要评估自身是否可能落入关键信息基础设施运营者的范畴以及识别出境数据类型是否涉及个人信息、重要数据、出口管制事项以及特殊行业数据,进而从适用主体以及数据类型两个维度综合评估和判断自身所需适用的跨境规则。就数据本地化存储与限制性数据跨境的适用关系而言,我们理解,数据本地化存储与限制性数据跨境是中国数据出境安全管理的一体两面,二者并非排斥对立的关系。例如,关键信息基础设施运营者应当将在中华人民共和国境内收集和产生的数据存储在国内,确需向境外提供的,应当通过数据出境安全评估,从而在确保安全前提下的限制性数据出境。

## 2. 数据出境安全管理的监管机构

如我们在此前的文章《新起点、新征程:〈数据安全法〉时代下的数据安全与发展》<sup>4</sup>中所述,我国建立了“在数据安全协调机制的统一指挥下,各部门、各地区负责各项具体的数据安全工作的主管机关或者单位,将形成相互协调、协助和配合的执法体系”。根据《网安法》《数安法》《个信法》及其配套法律规范的规定,数据出境安全管理的主要由“国家网信部门”牵头,联合“国务院有关部门”、相应的主管机关、省级网信部门及专门机构开展相应的执法工作,对此,我们理解,具体的主管机关应根据企业所属行业、数据性质以及数据处理活动的具体场景进行综合判断,而国家网信部门统筹多部门协同监管是我国数据出境安全管理的常态监管机制。

考虑到中国企业在美国涉疆法案下对外举证时较大可能涉及触发《数安法》第三十六条的审批义务以及向境外提供重要数据,而我国目前对于关键信息基础设施运营者、重要数据的认定以及如何履行《数安法》第三十六条对于行政审批、行政调查和诉讼仲裁等场景下中国企业向外国司法或执法机构提供数据时的审批义务均存在一定的不确定性,中国企业在开展数据出境实践过程中,除了依法履行数据出境安全管理义务之外,仍需积极与相应的主管机关充

<sup>4</sup> <https://mp.weixin.qq.com/s/sRkrzFsO6chE2kF2Cl3EA>

分联系，并在必要时与国家网信部门进行主动沟通并请求提供相应的行政指导，以确保相关企业在数据出境过程中充分落实与履行数据出境安全管理义务，保障数据的安全有序流动，从而尽可能事前管控数据出境活动可能引发的国家安全风险。

### 三、实务热点问题解析与风险应对建议

#### （一）《评估办法》对美国涉疆法案下对外举证的影响及应对方案

##### 1. 《评估办法》的适用

企业在履行涉疆法案下的对外举证义务时是否必然触发《评估办法》下的数据出境安全评估义务，是首要需展开讨论的问题。《评估办法》第4条明确规定了应当申报出境安全评估的情形，判断是否适用的关键因素可归纳为（1）是否涉及重要数据，（2）数据处理者是否属于“特定身份”，（3）出境数据是否达到特定规模，以及（4）是否属于国家网信部门规定的其他情形：

关键因素	适用情形
重要数据	（一）数据处理者向境外提供重要数据
特定身份	（二）关键信息基础设施运营者和处理100万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息
出境数据规模	（三）自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息
其他	（四）国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形

对于构成“特定身份”或出境数据达到特定规模，即已然适用情形（二）或情形（三）的企业，在进行数据跨境传输时无需再进一步考量其他关键因素，因为履行数据出境安全评估将属于其“规定动作”。对于该部分企业，在涉疆法案下对外举证需以通过数据出境安全评估为前提亦不言自明，故本文在此不予赘述。

对于暂不适用情形（二）或情形（三）的企业，应当着重考量在对外举证时提供的相关数据，是否可能构成重要数据。鉴于涉疆法案下的“可反驳推定”规则，除非企业可以按照CBP要求的标准实现“自证清白”，否则将会被推定为是使用所谓“强迫劳动”生产的产品，存在被禁止进口的风险。企业若迫于此种有罪推定与举证责任倒置的压力，按照《进口商操作指引》和《战略报告》的要求向境外提供从原材料到进口货物的全供应链溯源的证明文件，基于以下两方面原因，本文认为难以排除企业在证明文件中提供的数据构成重要数据，并适用数据出境安全评估的可能：

《评估办法》将重要数据定义为，一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的的数据。由于全国信息安全标准化技术委员会于2021年9月形成的《信息安全技术重要数据识别指南》（《识别指南》）征求意见稿对于重要数据的定义与《评估办法》的定义高度一致，我们

结合《识别指南》，就前文《进口商操作指引》以及《战略报告》中要求企业提供的证明文件与重要数据之间的高度关联性进行非穷尽式的列举说明：

- (1) 原产地证明及开采、生产或制造记录：可能涉及“能源、金属、非金属等主要矿物的地理分布情况及开采储量、设计储量、远景储量等储量信息，尤其是与国家安全密切相关的矿产情况”，从而可能构成重要数据；
- (2) 与整体供应链相关的证据：结合采购订单，所有供应商和次级供应商的发票等信息，可以明确各供应商与其采购的次供应商产品之间的对应关系，如与关键信息基础设施运行相关，则可能构成“描述重要装备、各类电子信息设备、软件产品和信息技术服务的客户与具体产品、服务的对应关系的信息”，从而可能构成重要数据。

需特别强调的是，尽管某一材料本身可能并不包含重要数据，但基于漫长供应链上数量可观的企业和庞杂的相关产品证明材料产生的数据关联和规模效应，依然可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和国家安全，从而更加难以排除构成重要数据的可能性。

因此，考虑到中国现行有效数据保护立法如《数安法》第二十一条以及《评估办法》第十九条对重要数据的定义相对概括，并将重要数据的具体识别工作下放至各地区、部门，以地区、部门以及相关行业、领域为维度制定重要数据目录，因此，涉及在美国涉疆法案下对外举证的中国企业需在供应链溯源伊始将重要数据识别工作一并提上日程，企业首先应查明拟提供的证明文件中，是否包含列入前述目录的重要数据。以工业企业为例，企业若按照CBP的要求提供证明材料，涉及完整供应链上每一企业的相关信息，则可能构成《工业和信息化领域数据安全管理办法（试行）》（征求意见稿）中规定的“引发的级联效应明显，影响范围涉及多个行业、区域或者行业内多个企业，或者影响持续时间长，对行业发展、技术进步和产业生态等造成严重影响”，从而可能被认定为重要数据。

## 2. 数据出境安全评估与其他数据出境安全管理义务的衔接

《评估办法》作为《网安法》《数安法》和《个信法》构建的数据治理框架下，具有关键意义和地位的数据出境安全管理配套规则，企业在涉疆法案下履行数据出境安全评估义务时，应当充分考量和遵守前述“三驾马车”下的数据出境安全管理义务群，这也是出境安全评估的重点评估事项。

### (1) 《数安法》第三十六条的前置性审批义务

《数安法》第三十六条确立了“非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据”的向境外司法和执法机关提供数据的限制。如前文所述，虽然从涉疆法案的条文内容来看，举证义务主体是美国的进口商，但基于供应链溯源等举证要求的特殊性，实质上美国进口商对供应链溯源的过程中必然会将举证义务逐层传递至供应链中的每一家企业，中国企业是实质上承担举证义务的主体。因此，中国企业在向美国进口商提供证明材料时，尽管直接的数据接收方可能并非美国海关与边境保护局（CBP）这一执法机构，但企业显然是迫于CBP执法之压力，且可明确预知证明材料最终将被提供至CBP，甚至可能被上报至美国国会并向公众公开。

在此基础上，进一步考虑到《数安法》第三十六条本就是在数据管辖权冲突日益激烈的背景下出台，是阻断境外长臂管辖的重大立法举措，我们理解，取得主管部门的审批有相当可能属于企业在履行数据出境安全评估时的前置性



义务，建议企业就拟在涉疆法案下对外举证事宜与主管部门主动和积极沟通，以确保充分履行数据出境安全管理义务。

## (2) 《个信法》第五十五条的个人信息保护影响评估义务

就个人信息而言，根据《个信法》第五十五条规定，个人信息处理者在向境外提供个人信息时，应当事前进行个人信息保护影响评估。我们理解，《评估办法》中的自评估与《个信法》中事先进行的“个人信息保护影响评估”可能在评估内容上有所重叠。从控制合规成本的角度来看，企业或可考虑在充分将《个信法》要求的个人信息保护影响评估内容囊括在内的前提下，主张在《评估办法》下开展的自评估亦满足《个信法》第五十五条的个人信息保护影响评估义务。

### 3. 《评估办法》对美国涉疆法案下对外举证的影响

基于上述，我们理解，中国数据出境安全管理的监管机制针对出境数据类型、量级、数据处理器类型以及数据出境场景设置了不同的数据出境安全管理义务，而中国企业在协助美国进口商进行对外举证，至少应当采取以下措施，以确保自身依法充分履行数据出境安全管理义务。

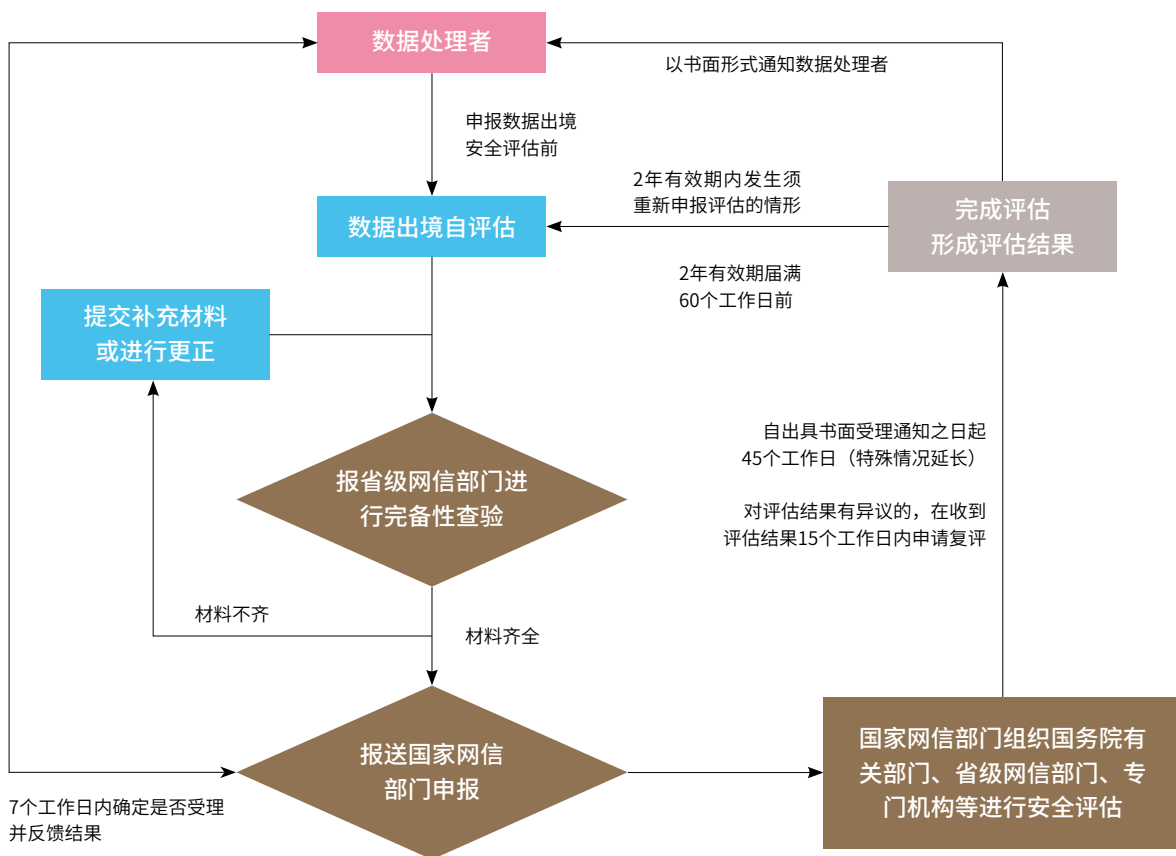
就举证流程而言，中国企业应当采取以下步骤，以充分梳理并识别出境数据类型、量级，并在对外举证前采取所适用的数据出境安全管理措施，从而对应对涉疆法案执法过程中的数据出境合规风险进行充分的预防与管理。

- 首先，美国进口商相关的供应链主体，应当依据以往的产品出口情况开展生产、加工、制造等全供应链尽职调查，并根据《进口商指引》及《战略报告》等涉疆法案的配套规范，识别自身是否涉及如下可能触发涉疆法案执法的高风险因素：（1）从新疆向美国出口货物；（2）由UFLPA实体清单主体向美国出口货物；（3）供应链中涉及位于新疆的实体（或其关联公司）并经其他地区向美国出口货物。
- 其次，若相关企业为应对美国涉疆法案执法而向境外提供数据，那么其应当依据现有数据处理情况，识别自身所累计处理数据的类型、量级，并评估自身是否构成关键信息基础设施运营者、累计处理个人信息人次超过100万以上的个人信息处理者等特殊类型的数据处理器，并整理证明（1）产品的供应链中不含有新疆元素；或（2）产品的供应链中虽涉及新疆元素，但不涉及所谓的“强迫劳动”的相关材料，从而梳理汇总对外举证可能涉及的证明文件，从中识别个人信息、重要数据、限制出境的特殊行业数据等以及统计相应的出境数据量级。
- 再者，相关企业根据既有的数据处理情况以及拟出境数据情况，从流程效率、适用要求等因素触发评估选择自身可能适用的数据出境机制，并预判与实施所可能需要履行的数据出境安全管理义务，包括但不限于数据出境安全评估、个人信息主体的告知同意义务、个人信息保护影响评估以及特殊行业所需的审查、备份等其他数据出境安全管理义务。
- 最后，若相关企业通过数据出境风险自评估、个人信息保护影响评估，识别并发现可能涉及向境外提供属于管制物项、涉及本地化要求的数据、甚至国家秘密以及触发国家安全审查或《数安法》第三十六条审批义务等高风险的数据出境活动时，企业应当在对外举证前履行相应的报批义务，或积极主动地与国家网信部门、相关行业主管部门等数据出境安全管理的监管部门进行沟通联系，并根据监管部门要求及法律法规规定采取相应的数据出境安全管理措施，并依据法律法规、相关监管部门的行政指导意见以及数据安全评估结果等进行对外举证，并提供相应的证明材料。

就举证内容而言，中国企业为应对美国涉疆法案执法进行对外举证时，应当严格根据数据出境的相关规制要求、监管部门的行政指导意见等严格限缩对外举证的颗粒度、敏感程度、数据量级，并尽量避免提供原始个人信息等未经脱敏处理后的数据。例如，公司若需向境外提供关于“供应链中涉新疆元素”以及“合法用工元素”的证明材料时，公司或可优先考虑通过提供“供应链所涉各方不来自新疆以及合法用工”的承诺书、公司内部劳动保护制度、供应链管理机制等内部制度的方式，以代替向境外提供材料原产地的具体地址、员工具体名单、工资支付情况等原始数据，从而降低企业向境外提供重要数据并增加自身的数据出境安全管理成本的可能性。

## （二）美国涉疆法案下企业如何履行数据出境安全评估义务

### 1. 数据出境安全评估流程



在具体的评估流程上，企业应当遵照《评估办法》所明确的自评估——安全评估——重新申报评估的评估流程框架。企业在申报数据出境安全评估前，应当开展数据出境风险自评估，提前准备完备申报书、自评估报告，以及与境外接收方拟订立的法律文件（如《数据跨境协议》）等申报材料，并向企业所在地的省级网信部门提交。数据出境安全评估工作每2年开展一次，如有效期届满，需要继续开展数据出境活动的，企业应当在有效期届满60个工作日前重新申报评估。

## 2. 数据出境安全评估内容

《评估办法》第5条和第8条分别就自评估和安全评估的重点评估事项进行列举，可以看出，二者在内容上有一定重叠，安全评估将重点关注数据出境活动对国家安全、公共利益、个人或组织合法权益带来的风险，并将基于此额外考虑境外接收方所在国家或地区的政策、法律、网络安全环境对出境数据安全的影响，以及数据出境活动及所涉相关方遵守中国法律、行政法规、部门规章情况。此外，《评估办法》第9条还就作为自评估和安全评估的重要组成部分的数据跨境法律文件应当包含的内容进行说明。

因此，我们理解企业在自行开展数据出境风险自评估时，基于对数据安全评估的整体流程和内容认知，不应将评估内容局限于《评估办法》所列举的自评估事项，宜充分考量安全评估的事项和数据跨境法律文件条款。

鉴于此，本文认为企业可以尝试从数据处理者维度、数据接收方维度、数据出境风险维度，以及合同约束维度分别开展自评估工作。具体内容可参考下表：

自评估维度	法规依据
数据处理者维度	第八条： (六) 遵守中国法律、行政法规、部门规章情况；
数据接收方维度	第五条： (三) 境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境数据的安全；
	第八条： (二) 境外接收方所在国家或者地区的数据安全保护政策法规和网络安全环境对出境数据安全的影响；境外接收方的数据保护水平是否达到中华人民共和国法律、行政法规的规定和强制性国家标准的要求；
数据出境风险维度	第五条： (一) 数据出境和境外接收方处理数据的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性； (二) 出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，数据出境可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险； (四) 数据出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等；
	第八条： (一) 数据出境的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性； (三) 出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险； (四) 数据安全和个人信息权益是否能够得到充分有效保障；

自评估维度	法规依据
法律文件约束维度	<p>第五条：</p> <p>（五）与境外接收方拟订立的数据出境相关合同或者其他具有法律效力的文件等是否充分约定了数据安全保护责任义务；</p>
	<p>第八条</p> <p>（五）数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件中是否充分约定了数据安全保护责任义务；</p>
	<p>第九条</p> <p>（一）数据出境的目的、方式和数据范围，境外接收方处理数据的用途、方式等；</p> <p>（二）数据在境外保存地点、期限，以及达到保存期限、完成约定目的或者法律文件终止后出境数据的处理措施；</p> <p>（三）对于境外接收方将出境数据再转移给其他组织、个人的约束性要求；</p> <p>（四）境外接收方在实际控制权或者经营范围发生实质性变化，或者所在国家、地区数据安全保护政策法规和网络安全环境发生变化以及发生其他不可抗力情形导致难以保障数据安全时，应当采取的安全措施；</p> <p>（五）违反法律文件约定的数据安全保护义务的补救措施、违约责任和争议解决方式；</p> <p>（六）出境数据遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等风险时，妥善开展应急处置的要求和保障个人维护其个人信息权益的途径和方式。</p>
其他	<p>第八条：</p> <p>（七）国家网信部门认为需要评估的其他事项。</p>

正如前文所述，由于企业可能还需承担开展个人信息保护影响评估，与主管机关积极沟通或取得其批准的义务，建议企业亦在数据出境风险自评估报告中就此展开论述，以作为自证合规材料。

### （三）企业违反数据出境安全管理义务可能承担的法律风险

#### 1. 行政责任

违反数据出境安全管理义务所需承担的行政责任，主要见于《网安法》《数安法》和《个信法》，本文于下表作相应梳理：

违法行为	法律依据	法律责任
关键信息基础设施运营者未履行数据出境安全评估义务	《网安法》第六十六条	关键信息基础设施的运营者违反本法第三十七条规定，在境外存储网络数据，或者向境外提供网络数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得，处五万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。
违法向境外提供重要数据	《数安法》第四十六条	违反本法第三十一条规定，向境外提供重要数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，处一百万元以上一千万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。
未经主管机关批准向外国司法或执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据	《数安法》第四十八条	违反本法第三十六条规定，未经主管机关批准向外国司法或者执法机构提供数据的，由有关主管部门给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；造成严重后果的，处一百万元以上五百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上五十万元以下罚款。
违法处理个人信息（包括但不限于违法向境外提供、未履行个人信息保护影响评估等）	《个信法》第六十六条、第六十七条	违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。  有前款规定的违法行为，情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。  有本法规定的违法行为的，依照有关法律、行政法规的规定记入信用档案，并予以公示。

## 2. 民事与刑事责任

企业在涉疆法案下的对外举证行为若违反数据出境安全管理义务，即进行数据“非法出境”活动，一方面可能需依照《个保法》第六十九条之规定，向个人承担损害赔偿等侵权责任，另一方面还可能构成侵犯公民个人信息罪和拒不履行信息网络安全管理义务罪两个与数据安全高度相关的罪名。进一步而言，企业应当深刻理解把握总体国家安全观，在数据安全亦是国家安全之今日，鉴于重要数据对于国家安全的影响，若企业非法向境外提供重要数据，也可能构成境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。

## 结语

伴随着美国涉疆法案的出台及其可能渐趋活跃的执法活动，中国企业的对美出口实践及其自身的供应链管理随之迎来了重大挑战，同时也对相关企业的出境数据出境安全管理的合规水平提出了新要求。在此多层次的数据跨境安全义务

---

群下，由于不管是在涉疆法案或是企业日常商业活动中，企业均可能频繁触发数据出境安全义务，企业宜结合自身实践情况，在企业内部建立常态化的合规机制以良好管理数据出境安全风险。

与此同时，近年来，中国数据出境安全管理规则逐步落地与完善，无疑在数据安全治理领域为保护国家安全筑起一道更为坚实的防护墙，也在为相关企业施以必要的合规要求的同时，为相关企业提供了把握贸易新机遇的重要制度指引，协助其深入评估并提前预判在对外举证过程中的数据安全风险与国家安全风险并依法履行数据出境安全管理义务，以期保障企业在数据出境安全管理体系的护航下从容应对贸易管制新变局。

*感谢实习生刘亚琴、冯佳颖对本文作出的贡献。*

# 涉疆法案生效对中国企业的影响及应对

郭欢 陈起超 董梦 刘学朋 刘姝倩 王丹

美国《维吾尔族强迫劳动预防法》（下称“UFLPA”、“涉疆法案”或“法案”）及其配套的《防止在中华人民共和国使用强迫劳动开采、生产或制造的货物进口战略》（下称“战略报告”）和《美国海关和边境保护局进口商操作指引》（下称“进口商操作指南”）已陆续发布，相关措施已于2022年6月21日正式生效。

美国利用所谓的“涉疆问题”，从法案立项最终至总统签字生效，美国立法及行政执法机关在不断强化其法律工具、研究完善执法手段、加强人员配备和资金保障的过程中，逐渐形成美国国内较为完备和稳定的执法实践。美国经过两年多的不断酝酿和发酵，通过海关的严格执法倒逼特定产业的企业开展大规模的溯源调查，从而试图实现美欧等国家单方面制裁和影响特定企业、地区产业甚至国家经济的效果。

金杜跨境监管团队一直在第一线，与中国相关头部企业并肩战斗，全程跟进应对了该法案从最初的一份NGO报告如何通过美国媒体发酵，酝酿至国会议员提出反华议题并获得选票，直至2021年6月美国商务部将部分中国实体列入管制清单，随之而来的是美国海关执法机关对相关出口物项进行暂扣、交涉、放行一系列程序。而距离美国开始暂扣令（WRO）一年之后，围绕UFLPA相关的后续举措颁布，使得该法案最终成为美国限制中国关键出口商品，重振其国内经济和保护国内产业的重要工具之一。

本文将结合我们处理相关案件的实务经验，从中国企业合规经营和应对的角度，为读者详细梳理UFLPA的历程，近期的动态和变化，以及企业注意与应对策略。



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqichao@cn.kwm.com

## 一、涉疆法案重点内容归纳

### (一) 涉疆法案、评论意见和听证会内容

美国方面拟通过该法案，从效果上达到禁止进口全部或部分在新疆或由UFLPA实体清单上的实体开采、生产或制造的商品。该法案极具拓展性，理论上出口产品供应链中任一环节，若涉及来自新疆地区或UFLPA实体清单企业，则将面临美国海关极为严格的调查并且无法顺利通关。

为了更有效地实施这项法案，美国国土安全部门牵头成立了“强迫劳动执法工作组”（FLETF），其组成成员包含美国商务部、司法部、劳工部、财政部、农业和能源部、海关与边境保护局以及国家安全委员会等。

涉疆法案重要时间节点回顾表：

事项	时间
法案生效	2021年12月23日
法案评论期 (就CBP执法应采取的审查方式、工具、标准，如何识别“强迫劳动”产品和企业，以及第三国供应链问题等问题，收集相关方评论意见)	2022年1月24日至2022年3月10日
听证会 (讨论中国“强迫劳动”的具体情况和阻止涉案产品进入到美国市场的具体措施和方法)	2022年4月24日前
公布进口商指南 (内容将包括：进口流程、海关处理方式和类型，如何申请可反驳的推定的特殊情形/例外及所需信息)	2022年6月13日
提交执法战略报告 (内容将包括：高风险产品清单、清单实体和指引CBP识别和追溯方法、工具和技术建议，对进口商尽职调查、供应链追溯和管理证明非新疆产品时要求提交的证据类型指导)	2022年6月17日
适用可推定拒绝原则	2022年6月21日
日落期限 UFLPA项下的可推定拒绝，制裁措施等到期日	法案生效8年后到期 (除非总统依职权提前申请终止)
向国会更新战略报告内容	每年



关于法案评论期各方的评论意见以及FLETF所组织的听证会，我们重点从商协会、企业的根本立场，UFLPA法律本身存在的问题以及企业面临的困境的角度出发，整理了如下核心观点：

主题	核心要点（部分）
商协会/企业立场	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 新疆不存在“强迫劳动”，无法接受产品因“涉疆”而被推定存在“强迫劳动”。</li> <li>(2) 中国法律保护劳工权利，反对“强迫劳动”，中国的企业也重视保护劳动者的合法权利。</li> <li>(3) 法案所点名的行业和企业采用了先进的，甚至是世界领先的生产工艺和实现机械化，客观上不需要“强迫”工人工作。</li> <li>(4) 法案点名的行业和企业均为新疆人民带来了良好的工作收入，改善了当地居民的生活条件。</li> </ul>
UFLPA法律本身存在问题	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) UFLPA以“维护本国价值理念”为由，肆意实施单边制裁，具有“歧视性”。</li> <li>(2) 从法律实施效果的角度而言，将严重损害新疆地区经济和影响广大人民的收入，并给中小企业设置“市场准入”难题，提高了美国进口价格，同时损害了美国消费者利益。</li> <li>(3) UFLPA所设置的具体政策和措施缺乏清晰、明确的标准和可预测性。</li> <li>(4) UFLPA影响的主体范围众多，没有为被推定存在“强迫劳动”的企业提供明确的“救济渠道”。</li> </ul>
企业面临的困境	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) FLETF的针对执法还未出台透明的、可预测的程序和标准，未明确产品的可追溯性认定方法和标准，对企业排产和贸易安排影响巨大。</li> <li>(2) FLETF启动调查的前置标准、具体执法，CBP暂扣、通关等程序判定标准尚不明确，即使是已通关的货物，也并未公示相关信息，因此目前该法案缺乏生效执行的基础条件。</li> <li>(3) “有罪推定”对相关供应链企业的经营和合规管理产生巨大负担。举证责任倒置致使进口商需承担举证责任，因此链路上游供应商均要额外提供海关可能要求的资料和信息。</li> <li>(4) 美国政府尚未公布执法细节信息，如何合理地证明进口货物不涉及“强迫劳动”，尚未建立一个透明、合理的追溯和检查标准。</li> <li>(5) 企业在跨境合规体系建设方面缺少确定性和可预见性，加大了企业合规成本。</li> <li>(6) 国内供应商存在拒绝配合美国海关要求的溯源资料的情况，普遍担心企业商业秘密泄露、中国反制裁措施等影响。</li> <li>(7) UFLPA未考虑中小企业的实际困难，包括供应链中的话语权、合规管理成本有限等特点，中小企业无法向上游收集、管理物料和准备相应证明资料。</li> <li>(8) 根据该法案，从中国进口的产品一旦因所谓的“强迫劳动”而被CBP暂扣，企业需要支付货物暂扣期间内的相关费用并可能由此承担合同违约责任，这对企业而言是非常沉重的负担。</li> <li>(9) 当前美国CBP要求的证明材料和溯源材料非常复杂，使得没有经验的中国企业大多难以应对，建议其提出具有可操作性的要求，简化程序、透明执法。</li> </ul>

## （二）进口商操作指南和战略报告的重点内容

2022年6月13日，CBP向美国进口商发布了一份《进口商操作指南》<sup>1</sup>，旨在为美国市场利益相关者提供操作指引，同时美国进口商必须遵守该指南中的要求。

<sup>1</sup> U.S. Customs and Border Protection Operational Guidance for Importers, 《供应商操作指南》，于2022年6月13日公布。

序号	章节	核心内容
1	UFLPA的进口流程及执行	扣留：当CBP根据UFLPA扣留货物或商品时，CBP发出扣留通知，说明扣留原因和预计扣留时间。 放行：CBP可以排除被认定违反UFLPA的货物。 扣押/没收：被确定为违反UFLPA的进口可能被扣押和没收。
2	申请对可反驳推定的例外	UFLPA确定了可反驳推定，即禁止进口全部或部分在新疆开采、生产或制造的任何货物、物件、商品和物品，或者由UFLPA实体清单主体开采、生产或制造的商品和物品，除非能够达到较为严格的证明要求。
3	供应链尽职调查、追踪和管理	操作指南文件列出了贸易利益相关方可用于支持他们进行供应链尽职调查、追踪和管理的资源，包括CBP官方网站和其他网站。
4	CBP可能需要的信息类型和性质	以下信息并非CBP可能需要的资料穷尽清单，目标是进口商提供灵活性，以提供与他们的业务运营一致的文件。进口商必须对CBP做出的全部询问作出全面且实质性的回应，以清楚地证明商品不是全部或部分由“强迫劳动”开采、生产或制造的。 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 尽职调查体系信息；</li> <li>• 供应链追踪信息；</li> <li>• 供应链管理措施信息；</li> <li>• 证明货物并非全部或部分在中国新疆地区开采、生产或制造；</li> <li>• 证明源自中国的货物并非全部或部分在“强迫劳动”下开采、生产或制造的证据。</li> </ul>
5	附录	特定商品的供应链追踪文档

2022年6月17日，美国国土安全部（DHS）发布了法案项下的战略报告，该报告主要从开展全面风险评估、设置UFLPA实体清单/执法计划/执法重点领域、供应链的识别和追踪工具和技术、CBP有效执法计划、联邦机构统筹资源、进口商指引以及与适当的非政府组织和私营部门开展合作七个方面进行了详细阐述<sup>2</sup>。其中，对中国企业应对后续溯源调查而言，有两点需要企业予以特别关注：

### 1. 首次公布UFLPA实体清单（即“涉及强迫劳动的实体清单”）

目前UFLPA项下已经直接将多家涉及棉纺织业、多晶硅、电子等多家中国企业列入UFLPA实体清单<sup>3</sup>。被加入该清单的企业被美国认为涉及“强迫劳动”，将作为执法部门的重点执法对象。美国试图将UFLPA清单企业排除在供应链之外，而根据19 USC § 1307<sup>4</sup>，如涉及下述实体，那么来自该等实体的商品都将受到UFLPA可反驳推定的约束，具体包含<sup>5</sup>：

<sup>2</sup> 《防止进口在中华人民共和国使用强迫劳动开采、生产或制造的货物的战略》执行摘要部分。

<sup>3</sup> UFLPA Entity List.

<sup>4</sup> 美国《1930年关税法》第307条。

<sup>5</sup> 《防止进口在中华人民共和国使用强迫劳动开采、生产或制造的货物的战略》第二章“强迫劳动计划和UFLPA实体列表的评估和描述”。

序号	清单类别	实体数量
1	新疆境内使用强迫劳动生产商品的实体	10
2	与新疆政府合作，招募、运送、转移、窝藏或接受“强迫劳动”的单位或维吾尔人、哈萨克人、吉尔吉斯人或其他“受迫害”群体	10
3	清单1和清单2中实体制造的产品（实体-产品）	19
4	将清单3中的产品从中国出口到美国的实体	暂无
5	从新疆采购材料或从与新疆政府或新疆生产建设兵团（XPCC）合作的人员采购材料的实体和设施，用于任何使用“强迫劳动”的政府劳动计划	11

我们推测，随着美国海关执法实践的不断积累，未来也将会有越来越多的中国企业，特别是涉及上述关联的企业将可能被列入到该名单之中。同时UFLPA法案要求设置黑名单，也不排除未来可能出现不止一种黑名单的情况。由此可见，产品溯源和供应商合规管理、劳动合规等事项已经列入美国的视线审查范围。

## 2. 列明了对企业追溯管理的要求

### （1）针对在全部、部分在新疆或者由UFLPA清单的实体生产的产品溯源要求

UFLPA确立了“可反驳的推定”<sup>6</sup>制度，即美国禁止进口全部或部分在新疆或由UFLPA实体清单上的实体开采、生产或制造的商品<sup>7</sup>。而想要申请并获得该推定的例外，则需要记录在案的进口商能够通过提供“清晰且令人信服”的证据来证明所涉进口货物并非全部或部分由“强迫劳动”生产，并需对CBP的所有诉求作出完整回应，要求提供有关CBP审查的货物的信息，并证明其已完全遵守指南中的要求，才有可能通过美国的审查。

然而被美国认定为涉及存在所谓的“新疆劳工问题”的中国企业或者属于UFLPA实体清单上的企业，想要通过提供相关证明文件以达到美国海关的溯源要求并实现通关的难度极高，甚至在实践中几乎难以达到。

### （2）针对未在新疆的企业或者UFLPA实体清单上生产的产品溯源要求

美国海关提供了一个不完全的资料清单，一般而言，清单中所列资料为海关希望企业能够提前准备的资料<sup>8</sup>。以光伏行业的多晶硅产品举例而言，针对涉案货物，进口商需要提交完整的交易记录、供应链有关文件，并指出所有参与产品生产、加工制造或出口行为的所有企业实体，以及所有产品用料的原产国/地区，以证明所有用料和生产环节不涉及新疆（即不涉新疆地区或不涉及UFLPA清单实体）。

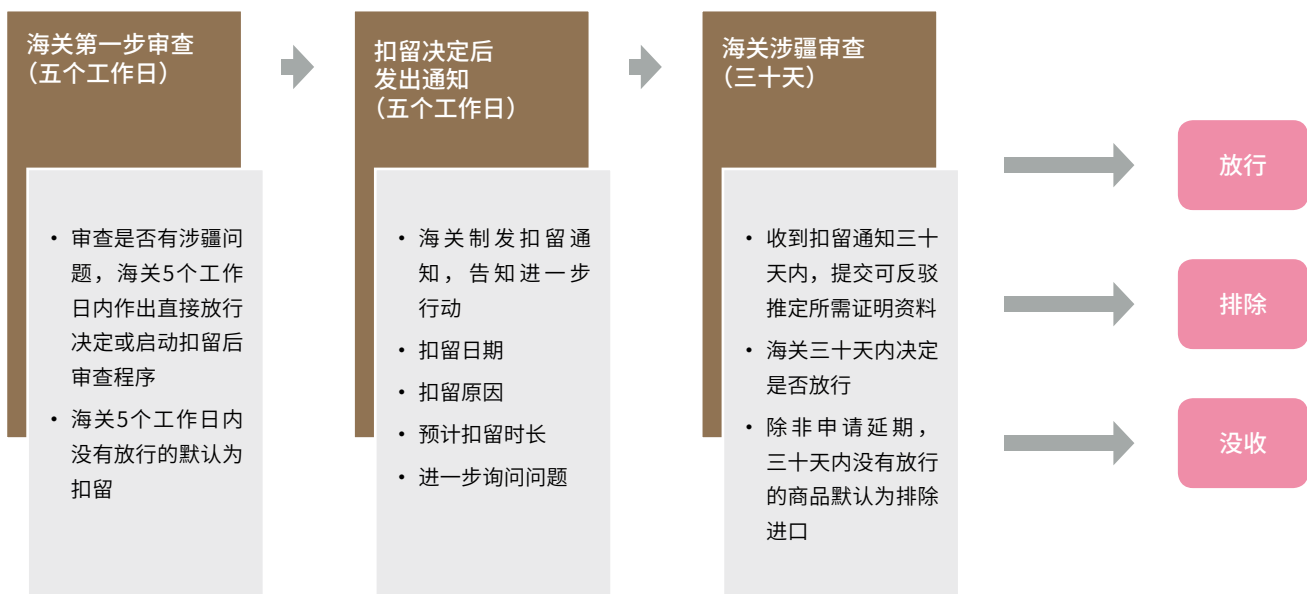
<sup>6</sup> 《防止进口在中华人民共和国使用强迫劳动开采、生产或制造的货物的战略》第六章节，“对进口商指引”。

<sup>7</sup> 19 USC § 1307.

<sup>8</sup> 《供应商操作指南》。

### (三) 美国海关调查流程及要求的资料准备

#### 1. 调查流程和通知程序<sup>9</sup>



#### 2. 申请“可反驳推定原则”的资料要求

在向CBP申请“可反驳推定原则”例外时，针对特定的产品，根据涉疆法案及相关文件所公布的不完全的资料清单，可供相关企业作如下参考：

针对棉花制品	
1	从最终产品追溯至棉花产地的供应链文件，包括在正常业务过程中所保存的记录（如采购订单、付款凭证等）。
2	生产流程图及生产过程或工厂位置，并对生产各步骤提供配套支撑文件。
3	生产各步骤涉及实体的清单列表（穷尽式），并附上相关业务往来记录。

<sup>9</sup>美国联邦法规第19篇1章151部16小节：<https://www.ecfr.gov/current/title-19/chapter-I/part-151>。

针对硅制品	
1	可证明参与生产、或出口特定货物所涉实体以及产品用料的完整交易记录与供应链可追溯文件。
2	所有用料采购及生产的分阶段流程图，并说明每种生产用料的来源地（例如，从石英所在地，多晶硅制造设施所在地，以及下游产品生产设施所在地）。
3	生产各步骤涉及实体的清单列表（穷尽式），并附上相关业务往来记录。
4	特别提示：同时从新疆和非新疆采购的，后续生产的货物可能被扣留。美国海关认为目前尚缺少验证条件，难以核实供应链是否仅使用非新疆硅料，因为制造过程中的有可能存在新疆硅料的替代或混同。
针对番茄制品	
1	供应链可追溯性文件（例如，根据商品、品种、地点和收货日期分配的批号），以证明番茄种子、番茄或番茄制品的原产地。
2	识别确定番茄的加工厂，包括其母公司以及其采购番茄种子和/或番茄的种植地。
3	包括从种子到成品、从农场到运往美国的所有生产步骤的记录。
4	生产各步骤涉及实体的清单列表（穷尽式），并附上相关业务往来记录。

## 二、法案生效所产生的影响

### （一）宏观层面

#### 1. 对出口美国和欧盟市场的影响

该法案规定，除例外情况以外，美国海关应推定，全部或部分在新疆或由UFLPA清单实体开采、生产或制造的产品违反《关税法》相关规定，不得入境美国。而2022年6月9日，欧洲议会高票通过反“强迫劳动”海关措施决议，要求在欧盟各国海关采取措施禁止“强迫劳动”的产品进入欧盟市场。欧盟很有可能效仿美国当前执法措施，采用“有罪推定”，把来自特定地区的产品视为“强迫劳动产品”并在海关扣留，而进口商同样面临巨大的合规、追溯和证明压力。

#### 2. 法案实施及有关细则的逐步落地对中国企业的影响

随着法案的正式生效以及有关细则（包括上述《进口商操作指南》及《战略报告》）的进一步公布和实施，中国企业面临着溯源资料要求更加具体且详细、紧迫且全面的挑战。如可能造成溯源成本增加，难以有效证明各供应链环节之间的溯源逻辑，还可能造成大量企业甚至产业链数据的对外披露等。

实践中，涉及溯源的部分生产企业，受限于现代化管理水平不高，或者生产类型较为粗犷原始，因此，在短期内，难以有效建立起符合当前法律要求的采购、生产、仓储和销售等环节一一对应的溯源管理体系。此外，全面的溯源资料，往往涉及整个产业链上下游的整体情况包括上下游企业、产能、交易模式等，因此，对外披露该等信息不仅可能造成企业自身商业秘密的披露，也可能对中国的相关企业、行业乃至国家安全造成了一定的风险和影响。

## （二）微观层面——具体溯源工作

法案发布之前，CBP往往通过发布暂扣令（Withhold Release Orders, WRO）和调查结果的形式来实施美国《1930年关税法》第307条，以防止全部或部分在外国使用“强迫劳动”生产的商品被进口到美国。

在WRO项下，进口商可以向暂扣某批货物的入境口岸提交相关可接受性证据，以证明其“供应链的清洁性”，并最终提请CBP释放该批被暂扣的货物。根据19 CFR 12.43的规定，进口商有责任在三个月（90日）内证明该批货物的可接受性。

然而，根据《进口商操作指南》的规定，在货物被CBP扣留后，除了直接对适用法律提出异议（即主张该等货物不属于UFLPA管辖范围，需证明该等货物及其材料来源完全来自新疆以外地区且与UFLPA实体清单实体完全无关）以外，收到扣留通知的进口商，一般需要在货物提交CBP审查之日起的30日内对扣留通知做出回应，并申请适用“可反驳推定原则”的例外。也就是说，随着UFLPA以及《进口商操作指南》的出台，对进口商而言，货物被CBP根据UFLPA扣留后的审查应对期限，由此前的90天直接缩短至了30天。

可以预见的是，前述审查应对时限的重大调整必将会对进口商上游合作伙伴乃至整个行业产业链产生巨大影响——在面临高额滞港费的同时，为了避免扣留货物被CBP最终排除进入美国境内或被没收，各行业产业链进口商未来也将会从供应商管理与合作的利己角度，希望并要求上游合作伙伴提前准备或模拟双方认可的供应链溯源资料（即相关可接受性证据），甚至对合作伙伴提出建设供应链溯源信息系统等更高的要求。此外，不排除该等要求还将作为双方长期合作、常态业务以及后续商业合同条款谈判等各方面的强制性要求。

## 三、企业紧急应对建议

### （一）如何达到海关证明标准

如何达到CBP的证明标准，也将成为自UFLPA落地后，各行业产业链及相关企业所面临的共同问题。针对进口商而言，当货物发生被CBP根据UFLPA扣留、排除、扣押（下称“涉案货物”）的情况后，可以申请适用“可反驳推定原则”的例外情形。

在申请适用该原则例外情形时，进口商必须通过提供“清晰且令人信服的证据”来证明该等进口货物、物件、物品以及商品并非完全或部分通过“强迫劳工”开采、生产或制造而来。

根据《进口商操作指南》的规定，达到CBP前述例外情形的证明标准需要满足下述三个条件，即：

- （1）完全遵守UFLPA战略报告及其配套法规规定的要求；

- (2) 全面且具有实质性地回复了CBP专员的问询；
- (3) 针对涉案货物提供了清晰且令人信服的证据。

## (二) 企业当前较难符合UFLPA项下严苛的证明标准

这里以某纺织公司的案例予以简要说明。该纺织公司分别于2020年12月21日和22日在纽约入港两批货物，CBP因为怀疑其生产的过程中使用了北朝鲜员工，在2020年12月23日对两批货物进行了扣留，并在2021年1月22和26日对两批货物进行了排除。

为证明该公司所出口美国的商品并未违反规定，该公司提供了“环球服装生产责任认证”（WRAP<sup>10</sup>）报告以证明其员工均为持有中国身份证的中国公民。但CBP认为该报告的调查时间和报告时间不匹配、调查中的员工数量模糊不清、照片中的纸箱与揭露北朝鲜被迫劳动的报告的纸箱高度相似等，中国公民身份证件模糊不清以及调查人员有利益帮助该公司遮掩员工身份，因此，最终认定该纺织公司没有提供足“清晰且令人信服”的证据，从而驳回了该公司的申请。

虽然“清晰且令人信服”这个证明门槛不需要排除一切使用“强迫劳动”的可能性，但美国海关需要将达到“清晰且令人信服”的例外情形，上报国会，以说明在批准适用例外情形时所考虑的价值与证据，因此证明难度可想而知。

## (三) 与原WRO相比，UFLPA增加了企业的溯源和证明难度

通过下表对比可以清楚的看到，UFLPA相关措施生效后，企业的溯源和证明难度均大大增加：

阶段	WRO	UFLPA
举证期限或转运期限	扣留通知后3个月内： • 进口商品可提交证据； • 进口商可将问题货物转运。	扣留通知后30自然日内： • 进口商品可提交证据； • 进口商可将问题货物转运。
适用范围	针对WRO公告明确的产品，通常以单个企业或产品为主	针对新疆地区以及涉及新疆元素的所有产品
证明供应链的范围	只要证明到跟WRO中产品所在的供应链位置	需要证明到供应链最上游，如矿物开采、农产品种植的级别
CBP证明门槛	合理但非确凿	可反驳的推定
进口商证明程度	令人满意的证据（deemed satisfactory），执法机关提交海关署长	清晰且令人信服的证据（clear and convincing），海关署长提交国会

<sup>10</sup> WORLDWIDE RESPONSIBLE APPAREL PRODUCTION.

## 四、企业长期合规建议

### （一）精准评估并理清适合企业自身实际情况的溯源逻辑及应对方案

由于目前美国海关执法资源有限，因此暂时采取针对特定企业主体和行业的优先执法的策略。各企业的应对准备和合规管理应充分考虑企业自身追溯管理能力，同时了解上游供应商的配合意愿和能力，可以当前较为严格的通关标准作为内部排查准备，但具体拟披露数据信息以有限材料即可实现有效证明为准则，做到既符合法律要求同时又可能保全自身的商业信息不至于过多对外披露甚至全盘托出。如完全按照当前的严苛标准开展溯源工作，意味着企业在短期内将投入过多的资源，也将可能直接影响企业的日常经营。特别是当追溯面临的是行业共性问题，例如产品生产工艺暂无法支持完全的追溯时、行业尚不具备全产业链的追溯能力等，这时候的过度合规于企业而言也不具备现实可行性。

因此，在当前缺少行业统一指导的前提下，需要行业或专业第三方协助各产业链企业尊重行业事实，各企业结合自己的产品、行业和供应商特征，理清产业供应链物料采购、使用、存储及销售等情况，在对自身相关情况进行精准评估的基础上，理清适合企业自身实际情况的溯源管理逻辑，为企业建立并形成较为统一、具有可行性的追溯方案和应对策略。

### （二）与已有合规体系结合，建立或增加合规体系要素

近年来，外国政府管制和制裁多发，企业纷纷建立或修订企业合规体系，以满足业务所在地法律的特定要求。从我们自身实践的角度出发，涉疆法案的要求可以结合企业原有合规管理制度，例如已建立ECP合规体系/数据合规体系等。该企业可考虑在匹配的业务流程中，适当嵌入相关法律法规的合规要求要素，例如供应商尽调和分级管理，定期内审、外部审计制度完善，企业自身生产活动中的强迫劳动禁止等，以此避免从零开始重新建立一套单独的合规管理流程或机制，而是以点带面逐步按照法案要求建立一整套完整的涉疆法案合规和追溯管理体系。

### （三）长远审慎经营和极限情况应急预案的准备

从涉疆法案的内容和实践来看，当前美国律师并不希望在美国采取行政复议或法院诉讼程序中抗辩“强迫劳动”等问题，暂扣后所采取的应对策略普遍为配合美国海关的要求，通过提交证明材料和回复问询的方式，证明供应链的清洁性。

企业一旦收到美国海关的暂扣通知，若想在30天内完成美国海关的多轮问询，并达到美国海关认为的“清晰且令人信服”的标准，现阶段我们理解难度较大，因此为了避免临时应对的窘迫，建议企业结合自身的情况，提前做好完善且有针对性的应急预案。

另外，鉴于法案本身极具延展性，例如当前重点执法领域的硅基产品，法案要求出口产品的整条供应链不涉疆，并且需要追溯至硅矿这一环节。实践中，硅基产品所涉行业极为广泛，包括光伏组件、芯片、电子电器等。虽然美国海关在听证会及对外发言环节确认，当前执法不会涉及芯片、电子电器等复杂供应链类产品，但后续有可能会纳入执法实践之中。因此，从企业审慎经营的角度，需要逐渐完善供应商管理体系、企业系统节点设置、业务流程设置、制度文件修改等企业合规管理水平。

以上是我们近两年多以来协助相关企业应对中美跨境贸易中所涉又一个新的壁垒与困境，并在此过程中不断累积的宝贵实务经验，此文我们结合美国新出台的战略报告和指引文件进行抽丝剥茧，分享解读观点和应对思路。



# 如何在实践中有效 应对美国涉疆法案 的风险挑战

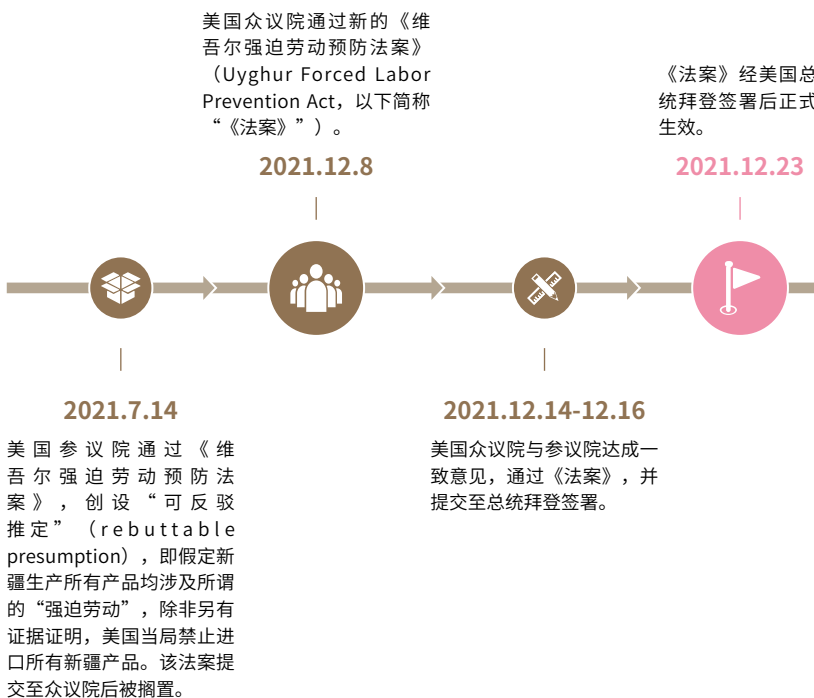
景云峰 梁燕玲 胡梅 马飒飒 徐健峰

## 引言

伴随着2021年12月23日美国所谓的《维吾尔强迫劳动预防法案》（下称“法案”）落地生效，中外企业将不得不直面该法案所引发的各种风险与挑战。本文将立足于企业视角，按照对美开展合规申诉维权难度由低到高的顺序，从供应链溯源、合法用工以及法律救济三个维度，提出实务性应对策略和原则。

## 一、立法背景

### （一）立法沿革



美国涉疆法案立法进程



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



梁燕玲

linda.liang@cn.kwm.com



胡梅

meg.utterback@us.kwm.com

最新生效的《法案》在内容方面与2021年7月参议院提出的初版内容基本保持一致，保留了“可反驳推定”规则，禁止新疆产品进口至美国，并全面禁止中国所谓的使用强迫劳动生产的产品进入美国。

## （二）重点条款

### 1. “可反驳推定”规则

“可反驳推定”作为《法案》的核心规则，从7月的法案初稿，一以贯之到最新生效的《法案》当中，对执法机构以及企业有着巨大的潜在影响。《法案》第3条规定，根据《1930年关税法》（19 U.S.C. 1307）第307条，禁止进口全部或部分在中华人民共和国新疆维吾尔自治区开采、生产或制造的任何商品，或由第2(d)(2)(B)条第(i)(ii)(iv)或(v)款规定清单上的实体生产的商品，并且这些商品不能进入美国的任何港口。除非达成如下条件方可取得豁免：

- 除非执法专员确定记录在案的进口商已经完全遵守了第2(d)(6)条所述的指导意见以及为实施该指导意见而颁布的任何条例；
- 并全面和实质性地回答了执法机构提出的关于确定有关货物是否全部或部分涉及强迫劳动开采、生产或制造的询问；
- 同时可以通过明确和令人信服的证据，证明该商品不是完全或部分由强迫劳动开采、生产或制造的。

总体而言，针对新疆生产的产品或者由第2(d)(2)(B)条第(i)、(ii)、(iv)或(v)款规定清单上实体生产的产品，除非企业可以按照美国执法机构要求的上述标准实现“自证清白”，否则将会被默认为是所谓涉及使用“强迫劳动”生产的产品，存在被美国海关与边境保护局（U.S. Customs and Border Protection, CBP）禁止进口的风险。由此可见，在这种所谓“有罪推定”+“举证责任倒置”的模式下，间接加重了以中国企业为主的出口商及供应链的不合理责任和义务，严重影响了其正常开展对美经贸活动。

### 2. 受限产品范围

- (1) 从生产地区来看，《法案》仍然重点关注新疆开采、生产或制造的产品。如前所述，第3条中的“可反驳推定”规则认为所有新疆的产品都会被默认为涉及所谓的“强迫劳动”。因此，推测CBP在实际执法初期仍将极为关注原产于新疆的进口货物。例如，光伏产品、棉花、西红柿等。
- (2) 从制造主体上看，《法案》会关注所谓涉及“强迫劳动”清单实体开采、生产或制造的产品。如《法案》第2(b)条规定，会将涉及所谓“强迫劳动”的实体列入各类清单。因此，推测CBP将会根据清单出台的节奏，在执法中期逐渐将监管重点延伸至由清单实体开采、生产或制造的产品。
- (3) 从地域和人员来看，《法案》将限制范围从新疆逐步扩展到中国的其他地区或其他行业。如《法案》第2(d)(1)条提及，对进口全部或部分由中华人民共和国境内强迫劳动开采、生产或制造的商品的风险进行全面评估，包括来自新疆维吾尔自治区或由维吾尔族、哈萨克族、吉尔吉斯族、藏族或中华人民共和国任何其他地区的其他受迫害群体成员制造的商品。鉴于美方在立法和执法中历来比较重视有关法规的可行性和有效性，而就本条以存在所谓“强迫劳动”为抓手，将监管范围扩大至除我国新疆以外的地区或者民族的做法，不仅需要花费极大的执法成本，也会严重影响进口货物的通关效率。特别是考虑到当下疫情出现反复，大批货物滞留美国港口的情况下，推测在短期内CBP并不会将此作为监管重点，但是不排除其在远期执法中会择机加以考虑的可能性。

### 3. 多种制裁措施并施

一是，美方可以将所谓使用“强迫劳动”的实体和个人列入制裁清单。《法案》第4(c)(1)条以及第5(c)(1)条规定，被美国认为涉及所谓“强迫劳动”的实体可能被美国总统及国务卿在报告中列入制裁清单。主要包括如下三类实体和个人：

- 所谓的在新疆使用强迫劳动或从中受益的中国境内实体及附属机构；
- 作为上述实体及附属机构的代理人、将其商品进口到美国的外国实体；
- 应对所谓的维吾尔人、哈萨克人、吉尔吉斯人或其他“受迫害”群体成员强迫劳动负责的包括中国政府的任何官员的外国人。

二是，针对上述清单实体和个人动用相关制裁措施。根据《法案》第1(6)条，前述制裁措施包括签证禁令、金融制裁、限制出口以及限制进口。美国自2018年起至今，已经累计将超过1100家中国实体及个人列入出口管制及经济制裁等相关领域各类黑名单，从其所带来的负面影响看，中国企业对于该《法案》所规定的上述制裁措施应该并不陌生，可能对现有业务产生的影响仍将主要集中于以下四个方面：

- 采取断供措施导致无法获取美国的物项；
- 禁止使用美元或美国金融结算系统；
- 禁止出口产品至美国；
- 对合作方造成影响，导致其中断或者拒绝与中国企业开展商业合作。

三是，可能会受到其他美国盟友国家的限制或制裁。《法案》第2(a)(1)条提及，通过有效执行《美国-墨西哥-加拿大协定》第23.6条，禁止进口全部或部分涉及所谓强迫劳动的商品。第4(b)(1)条规定，加强双边和多边协调的计划，包括与美国伙伴和盟国政府的持续接触，以结束维吾尔人、哈萨克人、吉尔吉斯人、藏人和其他受迫害群体成员在新疆维吾尔自治区的强迫劳动。因此，除了美国的制裁以外，中国企业可能还会受到来自于美国盟友国家的限制，尤其是加拿大<sup>1</sup>、墨西哥等国家，可能会以所谓的“强迫劳动”为由对中国企业在这些国家和地区的贸易业务进行打压。因此，建议中国企业应当结合自身身出口贸易及供应链的实际情况，适当扩大风险评估范围，以便制定更加全面的应对预案。

#### (三) 近期主要影响

从近期来看，中国企业需要重点关注以下三个方面的主要影响：

- 当前美国已经颁布的关于所谓“强迫劳动”产品的措施（如暂扣令，WRO）仍然有效，并未因《法案》的颁布而失效。因此，在美方依据《法案》正式出台具体措施之前，推测类似于近年中国光伏产品及纺织品等被CBP暂扣的情况还会频繁发生，需要中国企业提高警惕。

<sup>1</sup> 《加拿大终于认了！曾以“强迫劳动”为由扣押中国商品，面对质问只字不提》：据环球网11月17日报道，近日，加拿大政府在接受记者询问时首次承认，曾擅自以“强迫劳动”为由扣押中国货物，引起国际社会轰动。加拿大边境服务局发言人称，被扣留的是一批从中国运往魁北克的女性和儿童服装，该部门根本肆意扣押，未经任何判定就宣称这些服装是“强制劳动”生产的，但被继续追问时，该部门又以“保密”为由拒绝透露买家和卖家。请参考<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1716671723971839895&wfr=spider&for=pc>。

- 针对新疆地区开采、生产和制造的产品，不仅仅是重点行业的产品，而是所有涉及新疆开采、生产和制造的产品，均会被CBP要求“自证清白”，即提供所谓不涉及“强迫劳动”的举证材料，由此必然会加重存在涉疆供应链或者产业链中国企业的负担<sup>2</sup>。
- 从《法案》所规定的豁免证据标准而言，存在很大的自由裁量或者不确定性，因此，即使企业在初期配合提出证明材料，也未必就可以一次性“过关”，反复多轮回答问卷或者补充提交证据材料的情况或许无法避免。

## 二、供应链溯源

### （一）特殊目的

供应链溯源本身对于很多人来说并不陌生。例如，为了确保食品、农产品的产品质量，很多行业协会都出台了相关的供应链溯源标准或者具体要求。因此，通常意义上的供应链溯源，一般是指企业通过梳理自身行业、产品以及原材料的情况，对产品的开采、生产和制造情况进行追溯的过程，用以识别产品的地域、质量等特性。

但是，美国基于打击所谓“强迫劳动”目的在《法案》中所规定的所谓供应链溯源已经具有了某种特殊味道。根据《法案》第2(6)条规定，进口商需要采取尽职调查、有效的供应链追踪和供应链管理措施，以确保产品不涉及所谓的“强迫劳动”，也要证明原产于中国的产品不是全部或部分在新疆维吾尔自治区开采、生产或制造的。

### （二）供应链溯源一般方法

#### 1. 初步评估被要求开展供应链溯源的潜在风险

一是，评估企业所处行业领域和业务范围，是否属于《法案》重点限制对象。这里特别提示，虽然在该法案中明确提到的重点关注行业只有“光伏、棉花和西红柿”，但是，根据此前美国发布的《新疆供应链商业咨询公告——与中国新疆从事强迫劳动和其他侵犯人权的实体有接触的企业及个人的风险与注意事项》（下称“《咨询公告》”）以及相关执法案例来看，其他如手机、电子组装、采掘、渔业等行业也可能在后续被列为高度优先执法行业，甚至在公众征求意见及听证会期间的实际执法过程中也将会受到重点关注。

二是，评估拟出口美国的产品是否存在涉疆因素。按照《法案》给出的范围，涉疆产品主要包括如下三个方面：

- **企业涉疆**：是指企业为新疆地区的企业、或者生产基地等在新疆地区；
- **产地涉疆**：是指企业虽然不在新疆地区，但是产品本身的开采、生产或制造在新疆地区完成，即出口产品的制造地点在新疆。比如，以光伏产品为例，将新疆制作的硅片通过上海的贸易公司出口到美国，虽然出口商是上海的贸易公司，但是因为产品的产地为新疆，那么也存在被美国认定涉疆产品的风险；
- **部件涉疆**：是指企业和产品虽然都不涉及新疆地区，但是用于组装产品的零部件、组件产自新疆地区，例如光伏行业，虽然硅片或者电池组件并非在新疆生产，但是使用了新疆的多晶硅作为原材料，也同样会面临美方适用《法案》中可反驳推定规则的风险。

<sup>2</sup>包括但不限于细化各行业所需举证的证据性质、类型和范围，明确证明程度，并延长所谓“强迫劳动”的举证链条，不仅仅审查中国出口环节企业的产品开采、生产或制造不涉及所谓的“强迫劳动”，还要求前面的原材料供应商、生产商提供相应的举证材料，即全产业链的供应链溯源和不涉及所谓“强迫劳动”的证明。

三是，根据初步评估结果，事先做好应急预案，以避免被出口美国受阻以及由此引发生商业纠纷。根据对原料来源、所在行业以及产品情况等维度的评估结果，且在确认不违反我国反制裁法律要求的前提下，拟定好相应的应对预案。其中，有关供应链溯源证据的准备最为关键。

## 2. 通过线下流转记录实现产品供应链溯源

《法案》要求采取措施，对产品的来源进行追踪，提高供应链透明度。虽然当前《法案》尚未提出具体的溯源追踪措施，但是现阶段可以参考美国太阳能行业协会（Solar Energy Industries Association, SEIA）公布的有关指引文件：

- 太阳能设备采购商供应链可追溯性指南（Solar Equipment Buyers' Guide for Supply Chain Traceability，以下简称“可追溯性指南”）中提到，要以文件形式记录用于生产的材料来源。
- 太阳能供应链可追溯性协议（Solar Supply Chain Traceability Protocol，以下简称“可追溯性协议”）中规定，在审计和政府机构索要资料时，具备如采购订单和供应链各环节间的合同、商业发票以及发票的付款凭证、货运单和装箱单、外国内陆货运文件、供应链地图等证明材料。

由上可知，企业拟通过供应链溯源以证明出口产品不存在涉疆因素时，可以考虑收集采购环节的订单、运单、出库单、下料单、入库单及供应链地图等可体现实物线下流转的相关记录文件，以此跟踪原料的采购、产品的生产、销售、发货等各个环节的行动轨迹，最终达到产品供应链溯源的目的。以此方式来进行供应链溯源，由于很多记录都以纸质文件形式保管，其可信度高，易于证明供应链溯源的真实性。

但是另一方面，以实物方式溯源要求企业对历史单据的保存要完整、全面、准确，而且从效率角度考虑，更适合针对某一个单据产品的单一溯源，难以应对大规模、批量式的溯源需求。

## 3. 使用溯源管理系统对产品实施供应链溯源

为了提升可行性及解决规模化溯源问题，在《法案》中提到要使用工具和技术，以更好地识别和追踪产品的来源。在可追溯性协议中也提到，实施产品可追溯系统，并将产品追溯融入企业管理体系和各业务流程，以提高供应链的透明度，可以更好地提供企业所提供产品的原产地和特性等证据。

因此，虽然当前法案中并未明确规定供应链溯源的措施方法和证明标准细则，但仍以受到重点关注的光伏太阳能行业为例，使用可追溯管理系统对产品实施供应链溯源，既可以较为容易地获得美方认可，又可以大幅提高溯源效率。对此，建议可以参照和活用国内食品加工企业已经建立的质量溯源质量管理体系的运作模式。

### （三）供应链溯源具体措施

#### 1. 采购原料产地属性识别

原料产地属性识别是指在采购过程中，对采购原材料的原产地信息进行识别，以判断采购原材料的产地情况，包括原材料原产地相关信息、供应商信息、物流信息等。

根据以往美方的执法案例以及如SEIA等重点行业协会公布的有关指南，采购环节的原材料产地识别是供应链溯源的起点和关键环节。

- 以SEIA的可追溯性指南为例，其要求将每一生产步骤中使用的原料的某些信息传递到下一生产步骤，例如展示光伏组件中多晶硅的来源。
- 在可追溯性协议中明确提到，太阳能电池组件的每一环节都应有明确的进口原料追溯机制，并保留文件信息，以识别在供应链各环节中原料流转的具体数量和体积等。

在采购过程中，要判断原材料的产地属性等信息，可以采取如下步骤：

- 可以事先与供应商沟通和询问，以确定原材料的原产地，并保留相关的文件信息；
- 可以通过对供应商的地址、业务范围等信息进行筛查，以判断原材料的原产地信息；
- 可以通过物流单据等信息判断原材料的原产地属性；
- 可以在企业物料管理系统中补充相关属性信息，并向下一环节传递；
- 在采购管理制度中补充相应的规定，制定所需的工具性表单，并做好相关记录保存，以便后续举证之用。

## 2. 生产产品唯一编码识别

产品唯一编码识别是指区分不同产品的标识信息，每个产品均有自己的唯一“身份证”，如条形码、序列号等，用以确定和追溯产品的信息，保证即使是同样功能属性同一类型的两个产品，也能够根据唯一编码的不同而区分。

虽然《法案》中并未具体规定如何识别和追踪产品来源，但在SEIA的可追溯性协议中第5.5.2条明确表示，生产过程中每件产品的所有权、位置或包装等发生变化时，都应创建一个唯一的标识符，并将尽可能记录的有关该产品的数据与该标识符相关联，同时该数据也将随产品一起“移动”到下一个流程环节。

因此，在生产环节应给予每一个产品唯一的标识符，该标识符中的数据应当包括生产该产品的每一种物料的清单和前述属性信息、供应商的名称、制造的地点、制造的日期等，以此来保证该产品在后续的业务环节和流程中可追溯。同时，上述生产产品的唯一编码可以在产品管理系统中维护，并向后续业务环节传递。此外，针对上述要求可以在生产管理制度中补充相应的规定，并做好制度规范文件、工具性表单和系统信息的记录保存。

## 3. 销售环节应对外部客户要求

如前所述，随着《法案》的落地生效，以及后续180天内陆续出台详细的措施和战略，美国以及其盟国（如加拿大、墨西哥、甚至欧盟等）的相关机构的执法力度和范围可能会不断加大，同时基于美国所谓“可反驳推定”的规则，外部客户为保证其供应链安全、确保产品可以按时交货、避免产品出口美国受阻，可能在前期销售沟通环节就要求中国供应商提供相关承诺文件或/及相应的供应链溯源证据。

让企业评估后决定在销售环节回应外部客户的供应链溯源需求，可以按照以下步骤推进：

- 在销售订单系统中能够接收上述提到的产品唯一编码，以识别产品及原材料的原产地等相关信息。
- 根据产品及原材料的相关信息，选取符合外部客户需求的产品进行销售。
- 在企业销售管理制度中增加上述措施要求，以便统一应对外部客户的溯源需求，同时要记录买方信息、订单号等信息，以便后续溯源时可以精准定位。同时，上述制度文件及相关订单等信息也要做好记录保存。
- 将销售订单中产品、订单号、买方、卖方等相关信息传递至发货系统，并在实际发货时核对销售信息，确保最终发货实物与销售产品一致，完成供应链溯源的最后一个环节。
- 根据外部客户的情况和所需应对的场景，决定需要向外提供的材料。综合考虑所在行业、产品原产地信息、企业本身的市场地位、提出供应链溯源需求的外部客户市场地位、以及发生供应链溯源需求的具体场景。最终通过对上述因素的分析，划分具体的供应链溯源场景，预先制定不同的应对方案，根据不同的场景，提供不同程度的证明材料。

### 三、合法用工尽职调查

#### （一）美国所谓“强迫劳动”的认定标准及依据

根据美国《1930年关税法案》（the Tariff Act of 1930），“强迫劳动”指以惩罚相威胁，强使劳动者从事非本人自愿的一切劳动或服务。<sup>3</sup>该法案也是CBP在个案中因涉嫌“强迫劳动”对相关产品或实体采取制裁措施的主要依据。

在《1930年关税法案》的定义基础上，美国公平劳工协会于1997年制定、2020年最新修订的《工作场所行为守则及合规基准》（FLA Workplace Code of Conduct and Compliance Benchmarks）对属于强迫劳动的情形进行了进一步列举：如果雇主存在接受服刑人员提供的劳动或服务、接受员工提供的契约劳动、抵债劳动以及限制员工就业自由、行动自由和离职自由、克扣、拖欠工资、限制员工自由支配工资、强迫员工超时工作等行为，则都有可能被认为构成“强迫劳动”。<sup>4</sup>

此外，美国国会于2000年通过的《人口贩运受害者保护法》（Trafficking Victims Protection Act）亦对属于强迫劳动的情形进行了肯定式列举，具体包括：

- 对他人进行或威胁进行严重伤害、人身约束而迫使其提供劳动的；
- 通过任何方案、计划，旨在使他人相信如果其不从事某种劳动，将遭受严重伤害或人身约束而迫使其提供劳动的；及
- 滥用或威胁滥用法律或法律程序而迫使他人提供劳动。<sup>5</sup>

除前述美国域内的认定标准外，国际劳工组织于2016年发布的《国际劳工组织强迫劳动指标》作为国际范围内“强迫劳动”认定的重要依据，也在CBP执法过程中被多次援引，并于CBP官方网站上被列明。该份文件中提及了11种可能涵盖强迫劳动行为的主要要素，具体包括：乘人之危、欺诈、限制行动自由、隔绝、身体性暴力、恐吓和威

<sup>3</sup> <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2010-title19/pdf/USCODE-2010-title19-chap4.pdf>

<sup>4</sup> [https://www.fairlabor.org/sites/default/files/fla\\_workplace\\_compliance\\_benchmarks\\_rev\\_10.2020.pdf](https://www.fairlabor.org/sites/default/files/fla_workplace_compliance_benchmarks_rev_10.2020.pdf)

<sup>5</sup> <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ386/pdf/PLAW-106publ386.pdf>

胁、扣压身份证件、拖扣工资、债役、恶劣的工作和生活环境、过度加班。<sup>6</sup>

结合前述认定标准，我们理解，一般情况下可以从以下各方面综合考量、认定是否存在“强迫劳动”：

- (1) 特殊雇佣人员：是否接收服刑人员、未成年人提供的劳动或服务；
- (2) 用人单位管理行为：是否存在对于员工的威胁、伤害等（包括责骂、体罚等）；
- (3) 入职自由、用工中行动自由及离职自由：
  - 招聘过程中是否存在未如实告知工作条件等欺诈、乘人之危的情况、是否要求员工支付费用或扣押身份证件；
  - 用工过程中是否限制员工进出工作场所的自由（如设置岗哨、围墙、网栏等）、是否提供并强制要求具有隔离性的集体住宿并对员工予以监控；
  - 离职时是否通过扣押身份证件、处罚金等形式不合理地限制员工的离职自由；
- (4) 工资、社保相关：是否及时、足额为员工发放工资、缴纳社会保险；
- (5) 工作时长相关：是否强制要求员工加班或安排超过法定允许时长的加班、是否拖欠加班费。

值得注意的是，前述一般情况下对于所谓“强迫劳动”的认定标准及依据在美国针对新疆问题采取的贸易制裁中可能并不完全适用。根据新出台的《法案》，美国对涉疆产品原则上即推定其生产过程存在“强迫劳动”，但该推定并不完全来自于前述“强迫劳动”认定标准。根据美国就新疆存在所谓“强迫劳动”的相关报道及陆续出台的政策文件，美国认定新疆地区存在所谓的“强迫劳动”主要是基于新疆地区相关政府扶贫项目。美国国务院、商务部、财政部、劳工部等多部门于2021年7月13日联合发布新版《咨询公告》中在提及所谓“强迫劳动”问题时也明确指向新疆地区开展的政府补贴项目，包括扶贫计划、对口支援项目、新疆劳动力非自愿转移至工厂、监狱中的强迫劳动等。美国在涉疆问题中采取的“强迫劳动”推定规则在相当程度上受制于已预设的立场及背后的政治、贸易、外交等多重因素，这也导致了实操中企业就美国制裁进行申诉成功的可能性会大大降低。

## （二）美国制裁措施及执法情况

美国以所谓“强迫劳动”等“人权”相关借口对中国实体进行贸易制裁的情况近两年愈发严重。自2019年，美国商务部工业和安全局（BIS）已通过四个批次以所谓“强迫劳动”为由将53家中国企业与机构列入了出口管制“实体清单”，限制被列入清单的企业从美国采购美国物项；与此同时，2020年至2021年期间，CBP以涉嫌“强迫劳动”为由对中国企业输美货物共发布11项暂扣令，较历史年度呈明显增长趋势。

一般情况下，如果某一企业因涉嫌强迫劳动被美国政府列入限制清单或被发布暂扣令时，可以通过向美国商务部最终用户审查委员会（ERC）申诉、或向法院提起行政诉讼等渠道进行抗辩与申诉。但是，在美国本轮对涉疆企业及产品的制裁案例中，相关申诉成本和难度将进一步提高。

首先，我们在相关具体案例中鲜少看到美国关于涉疆企业所涉嫌“强迫劳动”的具体情形做出认定。虽然在2021年6月针对中国某硅基材料企业发布暂扣令的问答中，CBP表示其识别认定该企业存在《国际劳工组织强迫劳动指标》

<sup>6</sup> [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms\\_241879.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms_241879.pdf)



列明的11种情形中的两种：恐吓和威胁、限制行动自由，<sup>7</sup>但是此种案例并不多见。这就导致相关企业在进行反驳时缺乏明确的证明对象及客观标准，而另一方面却大大增加了CBP在执法过程中的自由裁量权。

其次，《法案》第3(a)条所确定的“可反驳推定”规则假定所有在新疆生产的产品或有涉疆因素的政府帮扶项目所生产的产品均是通过强迫劳动制造的。这意味着，今后只要是符合前述条件的新疆企业或有前述涉疆因素的企业，都有可能被直接列入强迫劳动执法工作组所制定的实体清单而自动成为美国政府制裁的对象。这将大幅降低CBP的执法门槛。

再者，根据《法案》，进口商若想要反驳CBP的指控，需要证明其完全遵守相关强迫劳动合规指引及配套法规，并能够就CBP的相关问询做出全面、充分的回复且能够提供明确、可信服的证据证明相关商品不涉及强迫劳动。即便进口商能够完全满足该等反驳条件，CBP仍然需要在30天内向国会递交并向社会公开该等报告，该过程中仍可能因政治因素等相关考虑导致进口商的反驳最终难以被CBP接受。

基于以上，考虑到具体案例中“强迫劳动”认定标准的模糊及美国在涉疆贸易制裁案例中受政治因素等影响对“强迫劳动存在”的立场预设，相关企业从“不存在强迫劳动”角度试图进行合规申诉的难度相对较大。

例如，2021年5月，CBP以某国际知名服装品牌公司出口的服饰产品原材料及生产制作过程可能与新疆地区有关，进而违反CBP于2020年11月30日发布的针对新疆生产建设兵团及其下属机构生产的棉花和棉制品的暂扣令为由，对该批服饰产品进行了扣押。在该公司随后提起的行政复议案件中，CBP最终以该公司未能证明其产品原材料生产使用劳动力状况为由，维持了对该批货物的暂扣令。

2020年7月20日，某集团在疆子公司被加入美国“实体清单”，该集团先后通过向ERC申诉和提出行政诉讼方式进行申诉。针对其向ERC提起的申诉，ERC于2021年7月31日同意若子公司满足特定条件则将其从实体清单中移除；但针对该集团向美国商务部提起的行政诉讼，该集团随后提交了“临时禁令”动议，美国法院于2021年10月6日判决驳回该集团申请“临时禁令”动议。

由前述案例可见，相比于从供应链溯源角度证明相关产品供应链与新疆地区无关，企业在面临美国以“强迫劳动”为由的贸易制裁时从合法用工角度举证证明相关产品生产过程中不存在“强迫劳动”难度更高。同时，相关举证难度也会随着《法案》的出台进一步提升。

### （三）就企业开展合法用工尽职调查的建议

虽然在面临美国发布暂扣令、列入“限制清单”等贸易制裁措施时，从合法用工角度举证证明相关产品生产过程中不存在“强迫劳动”难度较高，但在建议相关企业完善供应链合规体系建设、尝试首先从供应链溯源角度进行申诉的同时，我们理解，合法用工合规管理体系的建立与完善仍然可能有助于企业在个案中应对相应制裁措施。

在前述两则案例中，虽然企业的申诉最终均未成功，但是从CBP、ERC及美国法院的决定中可以看出其对于“强迫劳动”相关证据的关注。在第一则案例中，CBP维持对于服装品牌公司暂扣令的依据是“该公司未能证明其产品原材料生产使用劳动力状况”；在第二则案例中，集团公司在申诉过程中采取的努力包括表示愿意接受美国商务部的独

<sup>7</sup> <https://www.cbp.gov/trade/programs-administration/forced-labor/hoshine-silicon-industry-co-ltd-withhold-release-order-frequently-asked-questions>

立审计或对其在疆子公司的实地考察及对维吾尔族/其他少数民族员工的访谈；以及通过中介机构就“强迫劳动”问题开展对其在疆子公司及的第三方审计（且第三方审计报告均证实不存在“强迫劳动”行为）。尽管美国法院最终驳回了集团公司提出的动议，我们倾向于认为集团公司前述开展合法用工自查及三方审计的做法可能仍然对于ERC及美国法院就其申诉的考虑存在一定的正面影响，进而仍然具有一定的参考性。在借鉴相关做法开展合法用工尽职调查时，我们根据企业风险程度的不同建议如下：

### 1. 用工及供应链非涉疆企业

虽然此类企业暂非《法案》采取“可反驳推定”的对象，不排除在美国对华贸易制裁愈发严峻的形势下因其向美出口产品而受到进口商的相关调查及合规审查要求。此类企业应重点关注其自身用工情况，结合美国认定“强迫劳动”标准，从用工各环节审查是否存在可能被认定为涉及“强迫劳动”的情况。

### 2. 用工及供应链涉疆企业

对于此类企业，鉴于《法案》推定其生产过程中存在“强迫劳动”，提供明确和可信服的证据证明“不存在强迫劳动”成为企业反驳前述推定的必要条件。除了对于自身用工各环节进行自查外，根据前述美国对涉疆“强迫劳动”的重点指向，此类企业还应重点关注其供应链各环节是否存在各类政府合作项目，并关注相关项目（如有）的具体运行机制。除用工自查外，企业也可以在必要时聘请第三方中介机构开展全面的合法用工尽职调查。值得注意的是，《咨询意见》提及对新疆地区的第三方审计报告可能是不可靠的。因此，我们建议企业在聘请第三方机构进行审计时注意对于中介机构的选择，留存关于机构独立性及审计过程透明公开性、审计标准客观性的相关证据，同时可以结合赴疆走访、实地抽查员工访谈等形式，以尽可能提升审计报告的客观、全面性。

最后，根据《法案》第3(b)条，进口商反驳“存在强迫劳动”推定的条件包括完全遵守第2(d)(6)条所述合规指引及配套法规。鉴于《法案》第2(d)(6)条所述之合规指引及配套法规尚未公布，相关企业也应跟进该等指引及法规的发布动态，并关注其中对“强迫劳动”相应证据形式、性质和证明程度的要求。

## 四、依据美国法律的救济途径

《法案》第3(a)条规定，禁止全部或部分在新疆生产的商品进口到美国，对此下文将进行更为全面的讨论。《法案》第3条将于2022年6月生效执行。该法案规定了可反驳推定规则通过提出所谓的产品不涉及新疆地区或“强迫劳动”的证据，来获取执法机构的进口例外处理。企业也可以对执法机构的执法行为提起诉讼，但是该执法行为必须是违法或是任意妄为的，因此诉讼成功的标准较高，不易达到。但是一旦《法案》及具体措施开始执行实施，我们可以看到相关企业针对执法机构依据《法案》及具体措施而做出决定的诉讼争议。

从表面上看，《法案》第3条允许提出证据以寻求所谓“强迫劳动”推定的例外处理，因此其似乎并不构成违宪或达到拒绝正当程序的程度。然而，从2022年6月开始执行《法案》第3条后，在某些情况下可能会出现一些为质疑《法案》提供进一步依据的事件。

### （一）利用可反驳推定规则举证获取例外处理

如果CBP确定进口商已经履行了成功反驳推定的举证责任，并且认为应该适用例外处理以允许放行和进口货物，

那么CBP必须在作出该决定后的30天内向国会提交一份报告，指明要进口的货物和证据，并向公众提供该报告。

《法案》第3条将于2022年6月21日生效，即《法案》颁布之日起180天后。在《法案》第3条生效之前，强迫劳动执行工作组负责监督美国执行《关税法》第307条规定的禁止强迫劳动活动的情况，即根据《法案》第2条规定，需要于30天内《联邦公报》上发布通知，征求公众意见，并在征求公众意见期限届满后45天内举行公开听证会，并制定一项战略以确保在中国的“全部或部分使用强迫劳动开采、生产或制造的货物”不会进入美国。通知和公众评议期的实际效果是，未来的进口商可能受限于实施《法案》的具体法规和执法计划或指导，并被要求提交第3条规定的证据之外的证据。

因此，与正常的进口管制做法不同，CBP将拒绝任何在新疆地区开采、生产或制造的产品入境，除非记录在案的进口商能够提供足够的证据来证明其产品不是在新疆地区开采、生产或制造的。虽然《法案》没有详细说明反驳进口禁令推定的“明确和令人信服的证据”标准，但目前CBP可能会参照关于从中国进口货物的指南设定证据的最低标准，要求进口商提供相应的证据材料。例如，《CBP 条例》第12.43条要求进口商提交原产地证书，并作出声明：(1) 进口商已作出一切合理的努力来确定货物及其每个组成部分的来源，并确定生产该商品及其每个组成部分所使用的劳动力的性质，(2) 进口商调查的全部结果，以及(3) 进口商对其调查结果中指定的劳动力类别使用的观点。针对原产地证书，CBP通常不接受标准的原产地证书，而要求进口商提供详细的待进口商品的制造过程的声明<sup>8</sup>。

可反驳推定类似于目前CBP发布的暂扣令（WRO）的做法，即禁止进口在新疆地区生产的棉花、西红柿和多晶硅产品，包括在新疆以外的地区生产且包含这些原料的下游产品。如果一个进口商的货物受到WRO的限制，入境港口将向进口商发出扣留通知，并且该通知将包含给进口商的回应指示。我们预测《法案》规定的可反驳推定程序将类似此过程。此外，2021年6月23日，在对某硅料供应商的原产于新疆地区的多晶硅产品发出WRO后，CBP提供了一份有助于进口商请求释放被扣押货物的“可接受性证明”文件清单，包括：

- 采购单、发票和付款证明；
- 进口商品的生产步骤和记录清单；
- 运输文件；
- 每日制造工艺报告；
- 为进口的含硅产品提供投入的实体名单；
- 有关进口商的反强迫劳动合规计划的证据；以及
- 进口商认为可能表明货物不受 WRO 约束的任何其他相关信息。

因此，寻求可反驳推定例外的进口商可以预先准备上述文件，并对执法机构针对进口货物来源的后续询问作出答复。

值得注意的是，《法案》第3条没有规定CBP针对记录在案的进口商所提交的资料是否足以反驳该推定作出决定的时间限制。如果CBP没有在合理的有限时间内作出回应，这有可能使进口商支付大量的被扣留货物的每日存储费用。为了避免不必要的延误和成本，“高优先级行业”（即棉花、西红柿和多晶硅）的公司以及直接或间接接触新疆地区供应链的公司应预先制定缓解计划，并做好回应CBP针对所谓使用“强迫劳动”生产的产品关于“货物来源、提供更大的供应链透明度以及确定第三国供应链路线”的询问的准备。

<sup>8</sup> 19 C.F.R. § 12.43(b).

## （二）针对 CBP 拒绝进口的行为提起诉讼

《法案》不仅授予CBP广泛的权力以防止来自新疆地区的产品进口，还要求CBP在该法案颁布后实施一系列联邦机构行动，例如：

- 在该法颁布之日起180天内，强迫劳动执法工作组必须提交关于进口原产于新疆地区的产品的具体执法计划<sup>9</sup>；
- 在该法颁布之日起180天内，美国总统应通过资产封锁和签证禁令或吊销的方式，确定并制裁每一个在新疆维吾尔自治区故意从事、负责、或帮助、协助或支持强迫劳动的外国人士<sup>10</sup>。

根据《行政程序法》第702条，受到执法机构行为不利影响或侵害的人有权要求对该行为进行司法审查，审查法院有权，以该执法机构任意地、不合情理地滥用自由裁量权或违反宪法权利为由，确定上述执法机构行为是否应被驳回<sup>11</sup>。因此，如果进口商由于CBP根据该法案作出的决定受到不利影响，并且认为CBP的行为超出了其权力范围，或者CBP的决定没有令人信服的解释，可以向法院提起诉讼以挑战CBP行为的合法性。同时由于审查法院也有权“迫使机构执行采取非法扣留或不合理拖延的行动”，如果进口商的货物被CBP根据《法案》扣留了过长的时间，可以考虑提起诉讼，迫使CBP做出决定，但在CBP作出拒绝进口的决定后，此类诉讼的效果有限。如果进口商还针对CBP的禁令寻求救济，例如，要求CBP释放被扣留产品的禁令救济，进口商将被要求证明其司法审查案件的案情有成功的可能性、如果禁令救济被拒绝进口商将面临不可挽回的损害、或者基于衡平法的平衡有利于批准禁令救济并且符合公共利益。<sup>12</sup>

由于《法案》于2021年12月23日签署成为法律，并在2022年6月21日之前出台了具体措施、以及实施可反驳推定规则，因此目前尚且没有质疑CBP根据该法所采取的行动的诉讼案公开发布。然而，在美国，审查法院很少质疑执法机构的行动，除非在有限的情况下，例如执法机构的行动、调查结果和结论违反了法律或在其他方面是任意且不合情理的。在实践中，只要一个执法机构参与了合理的决策，审查法院就不愿意僭越执法机构的权力并推翻机构的决定。但是近年来，中国企业非但没有回避挑战不合理的执法机构行为，反而表现出对美国法律和法规的精通和敢于挑战的精神，充分利用美国法律相关规定在美国法庭上与联邦政府展开激烈交锋。我们将继续关注《法案》的发展，包括CBP和其他联邦机构如何着手实施该法案，并协助那些受到不利影响的中国企业对美国执法机构行为提起诉讼或者采取其他合法维权措施。

## 五、遵守中国反制裁要求

### （一）优先确保遵守中国反外国制裁法律

在我国企业应对《法案》所带来的挑战与影响过程中，要特别注意谨慎评估自身行为是否存在违反中国反制裁相关法律的风险，且当面临中美法律存在冲突时，应当选择优先遵守中国反制裁相关法律要求，维护国家安全和发

<sup>9</sup> Section 2(e).

<sup>10</sup> Section 5(c).

<sup>11</sup> 5 U.S.C. § 706 (“The reviewing court shall — (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be— (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.”).

*Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 22 (2008).

<sup>12</sup> *Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 22 (2008).

益。例如，在供应链溯源过程中，外部客户或CBP等美国官方机构要求提供可能涉及国家秘密的信息、或者存在干涉中国内政、打压我国公民、组织等歧视性限制措施时，中国企业要严格依照我国相关法律要求进行合规应对。

## （二）可能适用的反制措施

### 1. 《不可靠实体清单规定》

外国企业如因遵守《法案》要求，不当中断与中国企业之间的正常经贸活动（例如擅自单方面中止或者解除涉及新疆产品的进口贸易合同），将可能落入《不可靠实体清单规定》第二条<sup>13</sup>的范围。依据《不可靠实体清单规定》第五条，工作机制可对该外国企业的行为发起调查，根据调查结果可将其列入不可靠实体清单，并实施第十条<sup>14</sup>相关的处理措施（包括投资限制、出入境限制、罚款等）。

### 2. 《中华人民共和国反外国制裁法》

对于直接或者间接参与制定、决定、实施《法案》的个人、组织以及与之有特定关系的个人、组织，国务院有关部门可以根据《中华人民共和国反外国制裁法》第六条规定，决定采取包括出入境限制、财产查封扣押冻结、禁止或限制交易、合作等反制措施。此外，受到侵害的我国公民、组织还可以根据该法第十二条规定，依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失<sup>15</sup>。

## 总结

美国是中国第一大出口国家，中美之间形势政策的变化深刻影响着中外企业的外贸业务，因此《法案》的出台也引起了各方企业的高度关注。目前距离美国出台最终执法制裁措施尚有半年左右的程序性准备时间，期间美国强迫劳动执法工作组也会在履行相应程序后陆续出台具体执法措施和要求。对此，中外企业可以充分利用这一空窗期，本着“提前准备、积极应对、防范风险”的基本方针，结合自身业务特点，按照由易到难的顺序，从供应链溯源、合法用工尽职调查、美国法律救济途径等不同的重要维度和应对阶段完成必要的准备工作，保证在合规守法的前提下有效应对和化解《法案》可能给自身供应链、产业链及外贸出口业务带来的不利影响和损失。

*感谢Sharon Lee、汪楚天对本文作出的贡献。*

---

<sup>13</sup> 第二条 国家建立不可靠实体清单制度，对外国实体在国际经贸及相关活动中的下列行为采取相应措施：

- （一）危害中国国家主权、安全、发展利益；
  - （二）违反正常的市场交易原则，中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易，或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施，严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益。
- 本规定所称外国实体，包括外国企业、其他组织或者个人。

<sup>14</sup> 第十条 对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告：

- （一）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动；
- （二）限制或者禁止其在中国境内投资；
- （三）限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境；
- （四）限制或者取消其相关人员在中国境内工作许可、停留或者居留资格；
- （五）根据情节轻重给予相应数额的罚款；
- （六）其他必要的措施。

前款规定的处理措施，由有关部门按照职责分工依法实施，其他有关单位和个人应当配合实施。

<sup>15</sup> 第十二条：任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。

组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失。

# 浅析制裁黑名单自动化筛查——以美国出口管制与经济制裁合规信息化建设为视角

景云峰 徐健峰



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com

## 引言

近年来，伴随着中美贸易摩擦不断升级，以美国为首的少部分西方国家频繁发布各类“黑名单”，以维护其所谓的国家安全或者外交利益。与此同时，在中国反制裁法律体系下，我国外交部基于对等原则也相继公布了数批反制清单。面对当前较为复杂的国际经济外交环境，无论是国有企业，还是外资企业，均已将针对外部合作伙伴的“黑名单”风险筛查视为开展任何商务活动的重要合规前提。然而，面对一边是频繁更新和种类繁杂的黑名单，一边是海量的合作伙伴数据，企业合规人员深感依靠传统人工手动筛查的方法已经远远不能满足当前合规工作的需要。为此，本文以美国出口管制及经济制裁领域的黑名单为例，从实操角度解析黑名单自动化实施方案的必要性和优越性，期待能够对广大企业的合规信息化建设工作有所启发。

## 一、主要背景

### （一）什么是黑名单筛查

黑名单筛查是指识别企业的客户、供应商、分销商、承运商、服务商等外部合作方是否存在被列入任何国家制裁清单的情况。以美国出口管制领域的实体清单和经济制裁领域的特别指定国民清单（SDN清单）为例，企业需要事先以合作方信息对该等黑名单进行扫描，并根据筛查结果来评估和判断是否可与其开展交易（包括但不限于受到美国出口管制的产品、技术等物项的进出口或其他商业活动）以及需要遵守哪些限制条件，以避免自身受到相关制裁或者处罚。

## （二）黑名单筛查是合规体系建设的重要内容和必然要求

以美国出口管制合规体系建设要求为例，对最终用户进行筛查是识别出口管制合规风险的重要一环。例如，经筛查后发现最终用户被列入实体清单，那么涉及美国出口管制管辖的物项（即使是EAR99物项）也需要事先向美国商务部工业和安全局（BIS）申请相应的许可证，否则，企业将可能因违规转移涉美受控物项而受到相应处罚。

对此，无论是BIS的出口合规计划（简称ECP）中的八要素，还是美国海外资产管理办公室（简称OFAC）制裁合规计划（简称SCP）中的五要素，风险评估都是其中的重要内容，也是实现合规管控的必然前提和要求。而针对客户、供应商等合作方而言，识别其是否被美国制裁是针对合作方风险评估的重要环节，如果相关合作方被美国制裁，那么与之交易，违反美国相关法规的合规风险将极大提升，需要引起企业的重点关注。

## （三）黑名单筛查是外部监管机构作出处罚时的重要考量因素

近年来，美国监管机构越来越重视企业履行黑名单筛查义务的实施情况。具体而言，一方面要求企业扩大黑名单筛查的范围，不仅要筛查最终用户，还要筛查上游供应商、下游客户，甚至报关行、货代、承运商等辅助性服务商也被列入筛查对象范围；另一方面，还要求企业确保筛查动作和结果的有效性，即企业对合作方的筛查如果有遗漏或者未识别出相应的黑名单，也同样会受到惩罚。比如，某科技公司因为在对黑名单筛查时没有区分公司的尾缀大小写“doo”和“DOO”，导致没有识别出被列入SDN清单的实体，被OFAC认定违反了美国的制裁政策，被处以47万美元（约330万元人民币）的罚款，并被要求优化筛查工具并对员工进行强制性培训，以作为达成和解协议的必要条件<sup>1</sup>。因此，企业是否有对自己的合作方进行黑名单筛查是美国监管机构审查的重点，同时黑名单筛查的有效性和准确性也是美国监管机构审查和处罚的重要因素。

## 二、当前黑名单筛查实务中的痛点与难点

当前，大部分企业主要通过使用美国Consolidated Screening List（CSL）等官方筛查工具<sup>2</sup>对涉美黑名单进行筛查，但是在实际操作过程中却存在众多问题和困难，导致黑名单筛查要求难以真正执行落地。具体而言，可以总结归纳为以下五个方面的痛点和难点：

### （一）筛查工作量巨大，导致难以实际落地

CSL等官方筛查工具只支持单个实体的筛查，不支持批量的检索，所以企业合规人员只能将合作方信息逐一输入到CSL网站进行筛查（如下图所示）。而一个具有一定规模企业的存量合作方（包括客户、供应商、承运商、服务商等）可能成千上万，甚至达到几十万，只依靠合规人员逐一去CSL网站筛查，即使不算人工复核的经济成本，仅从所需的时间角度而言，也会严重影响对外经贸活动的进度，最终必然会导致黑名单筛查工作伴随着合规人员与业务人员的反复争执而彻底停滞。

<sup>1</sup> <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20191125>

<sup>2</sup> <https://www.trade.gov/data-visualization/csl-search>

### Name

Search for an entity's name or one of its alternative names.

### Fuzzy Name

When set to "off", the spelling of the Name you search for must be correct to get results. When set to "on", the spelling for the Name you search for may be slightly off from the exact spelling. Check the score for each result to determine how close a match it is to the entity's name or its alternative names. A score of 100 is an exact match. Results are returned with the highest scores first.

Fuzzy search filters out the following common words: co, company, corp, corporation, inc, incorporated, limited, ltd, mrs, ms, mr, organization, sa, sas, llc, university, and univ.

For example, 'Water Corporation' returns the same results as 'Water' because 'Corporation' is one of the common words.

### Address

Search for the street address, city, province, and postal code of an entity.

### Sources

Choose which of the screening lists that you want to search.

### Countries

Choose which countries that you want to search. Note, the Nonproliferation Sanctions and ITAR Debarred lists do not include the country with an entity. If you choose to search for entities by country then you will not be searching these two lists.

83 results.

['ABBUD, Hikmat](#)

['ABUD, Ahmad](#)

[ABBAS, Muhammad](#)

['ABBAS, Yasir](#)

[TAYSIR, Hajji](#)

['ABDU, Abdallah](#)

['ABDU, Hikmat](#)

[MALLAH, Abdul Jalil](#)

[JASHARI, Abdul](#)

[AL-RAWI, Abd-al-Rahman 'Ali Husayn al-Ahmad](#)

1 2 3 4 5 6 Last

## (二) 缺少中文黑名单，中方实体难以全面覆盖

针对中国企业来说，其大部分的合作方都是中方实体，企业信息都以中文居多，甚至有的合作方完全没有公开的英文信息。但是美国的黑名单以及CSL等筛查网站都以英文作为筛查语言，无法直接使用中文名称进行检索。但另一方面，如前所述，无效的黑名单筛查并不会受到外部监管机构的认可，当然也不会成为不开展筛查工作的有效免责事由。



### （三）模糊查询导致误命中率过高，需再次投入大量人力进行复核

CSL官网的黑名单筛查有两种匹配方式，一种是精确匹配，另一种是模糊匹配。但是CSL作为官方网站，只有一套普适性的筛查逻辑，为了尽量覆盖所有的合规风险，其模糊筛查的匹配率较低，误命中率过高，比如“ABCD”作为黑名单，即使输入“BADC”与其完全无关的单词也同样会被命中。因此，如果使用CSL的模糊匹配，那么会有极多无关的实体被误命中，需要再次由人工进行逐一的分析和复核。但是，鉴于人工复核速度慢、效率低，必然会影响业务进度。另一方面，如果使用精确匹配，因为匹配要求过严，即使相似但有一点不同，就不会被识别出来，导致发生漏扫、丢失风险实体的情况。

### （四）筛查结果更新不及时，难以匹配业务发展需要

美国官方公布的黑名单也好、合作方的信息也罢，都不是一成不变的。尤其是近年来，美国频繁发布黑名单，加之企业的交易活动也处于动态当中，导致两个方面的数据信息不断交替变化。例如，黑名单或者合作方二者中任意一方的信息发生变更，都需要重新进行筛查，否则可能发生违规风险。但是，在实际操作当中，不但瞬息万变的黑名单或者合作方信息，难以做到即时同步传输给合规及业务人员。退一步讲，即使相关人员知悉了黑名单或合作方的信息变化，也很难在短时间内完成黑名单重新筛查动作，甚至有可能发生刚复核到一半，前半部分的信息再次发生了变化的情况，导致筛查进入了一个无法保持时时合规的“无效筛查的死循环状态”。

### （五）筛查结果不易保存，被用于后续审计或者免责举证难度大

使用CSL等官方网站筛查，无法在系统中保存扫描结果，需要筛查人员自行对筛查结果进行截图、分析后作为合规动作的相关证据加以保存，以备在接受后续审计或者在必要时作为证据出示给外部监管机构以获得轻罚甚至免罚。此外，即使通过人工方式保存截图，但在实际使用时也很难做到高效检索和调取。

## 三、黑名单筛查自动化概述

### （一）黑名单筛查自动化定义

黑名单筛查自动化是指根据企业需求，设计精准可靠、功能齐全的定制化黑名单筛查工具，制定符合每个企业自身业务及合规需求的全面筛查规则，并在企业本地化实施闭环部署，实现与客户、供应商等合作伙伴业务系统的对接，借助信息化手段，帮助企业完成黑名单筛查工作，提高筛查的效率和准确性，实现筛查的及时性和自动化。

### （二）黑名单筛查自动化特性

黑名单筛查自动化主要有以下六个方面的特性：

#### 1. 精准性

根据企业的实际情况，设计定制化的筛查规则，创设黑名单自动化筛查工具。一方面，通过设计适当的匹配率，降低黑名单筛查的误命中率，减少无关的黑名单命中项，降低人工复核的工作量；另一方面，通过考虑关键词、简称、标点符号、特殊字符等因素，在筛查规则中加入排除词、容错率等因素，提高扫描的准确性，确保与黑名单相似

的或者应当被命中的实体不会被遗漏。

## 2. 全面性

黑名单自动化筛查工具可以根据不同企业合作方的情况，全面定制化中文、英文、个人、组织等不同的筛查规则，对企业的存量客户、供应商、服务商等合作方以及增量合作方进行全面的筛查。不仅可以设计英文筛查规则扫描英文的合作方，也可以设计中文的筛查规则对中文的合作方进行扫描，将中文合作方纳入到筛查范围内，不必再对中文合作方名称等相关信息进行翻译，提高筛查的效率，降低业务和合规人员的筛查难度，扩展黑名单筛查的覆盖范围。

## 3. 及时性

黑名单筛查自动化可以保证筛查结果的及时更新。当黑名单发生变化时（包括新增黑名单、移除黑名单等信息变化），黑名单自动化筛查工具依托于动态黑名单基础数据变化即时筛查合作方，确保其会被及时识别并锁定。另一方面，当合作方信息发生变化时（包括名称、地址、国家等信息变化），也会触发黑名单自动化筛查工具的即时筛查功能，从而保证黑名单命中的合作方会被第一时间锁定并及时向合规人员和相关业务人员反馈。

## 4. 批量化

不同于使用CSL等官方网站只能逐一筛查，黑名单自动化筛查工具支持批量合作方的导入和筛查。企业可以通过系统对接或者上传Excel等文件的方式将合作方信息批量传入黑名单自动化筛查工具中，由筛查工具自动批量化扫描合作方信息，并将结果批量导出或展示，提高扫描的效率，节约时间成本。

## 5. 安全性

通过本地化部署黑名单自动化筛查工具，可以在企业的本地服务器自行开发实施，黑名单数据库等也单向传入企业服务器，确保信息数据的“只进不出”，与外部互联网实现隔离。同时，在查询时，也不需要登录外部网站，从而避免筛查信息流出，确保企业内部合作方数据的安全。

## 6. 数字化

黑名单自动化筛查工具通过系统工具以及业务系统对接，实现对合规工作的数字化、智能化管理。一方面，黑名单自动化筛查工具可以将每次筛查的结果通过数字化的方式加以保存，能够随时调取，避免了由于人员变更、岗位变动等原因造成的线下筛选结果保存丢失或者被篡改等潜在风险。另一方面，通过与企业其他业务系统的对接和数据交互，有利于实现企业经营的数字化、智能化管理，也有利于企业合规管理的信息化进程。通过系统对接，一旦出现合作方涉及黑名单的风险，可以通过数字化系统自动将扫描结果传到业务系统、锁定业务流程，并自动转发至合规人员开展人工审核，确保合规管控的有效性，实现合规与效率的最大平衡。

### （三）黑名单筛查自动化内容

黑名单筛查自动化主要包括以下五个方面内容：

## 1. 黑名单模拟筛查

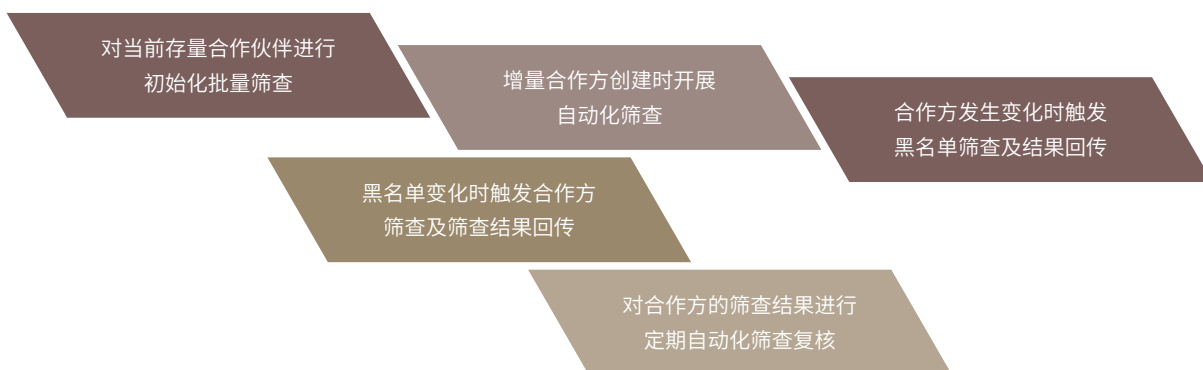
所谓“黑名单模拟筛查”是指将存量或增量的合作方数据单个或批量输入或上传到黑名单自动化筛查工具中，由筛查工具对其进行一次性的筛查，并未与其他业务系统连通，共享这些合作方数据和扫描结果，也不会将合作方数据创建为主数据，对其进行重复性的扫描。

黑名单模拟筛查包括单个合作方的一次性筛查和批量合作方的一次性筛查。作为一种预筛查的措施，其主要是为了快速、便利的筛查存量或后续增量的合作方当前是否被列入黑名单，以便企业决定后续是否可以与之开展合作。

## 2. 合作方主数据筛查

“合作方主数据筛查”是指通过黑名单自动化筛查工具与业务系统的对接，将业务系统的合作方数据作为主数据传入并在筛查工具中创建主数据，以实现合作方在筛查工具中自动化筛查的方式。同时筛查完成后，筛查工具还会将筛查结果即时返还给业务系统，以实现在业务系统中对黑名单合作方进行合规管控的目的。

合作方主数据筛查主要包括以下五个方面：



## 3. 单据合作方筛查

“单据合作方筛查”是指除了对合作方在主数据层面进行筛查外，针对企业重要单据中的合作方，比如销售单据中的客户、最终用户，发货单据中承运商，采购单据中的供应商，付款单据中的银行等，进行自动信息抓取、黑名单筛查和合规管控。根据不同单据类型，将单据中合作方的信息随单据一并传给筛查工具，并得出筛查结果，应用于单据的管控中。

因为单据是实际业务发生时的产物，对单据的合作方进行筛查可以说是合规管控的最后一道防线。这是为了防止发生在主数据或模拟扫描时合作方是正常状态，但是在单据履行时其进入黑名单的情况，防范可能出现的动态合规风险，对单据履行过程进行即时的自动化筛查。

## 4. 人工合规管理功能

“人工合规管理功能”是指当发现可能涉及黑名单的合作方时，系统会自动锁定该合作方，并反馈给业务系统，

由相关的合规人员和业务人员根据实际业务情况，来决定在系统上操作是否对其放行的人工介入功能。

一般来说，为了合规的有效性和全面性，黑名单自动化筛查工具会采用模糊匹配的方式，首先将与黑名单相似或高风险的企业识别出来，再转由人工进行最终判断。例如，假设“A A FZCO”作为黑名单，那么“A FZCO”也会被识别出来，认为是有风险的合作方，那么此时就需合规人员的人工介入，以判断这两个实体是否为同一实体，是否存在违反合规要求的风险，再决定是否放行。同时，即使其确实是黑名单实体，有时也需要人工判断所进行的合作是否被禁止或者确认应当遵守的限制条件。

## 5. 记录保存与查询

黑名单自动化筛查工具可以对每次合作方的筛查结果进行记录保存，并且支持随时对合作方筛查结果进行查询和导出，以便配合后续合规审计工作的需要，或者在必要时用于向外部监管机构开示和举证。

## 四、黑名单筛查自动化实施

### （一）设计开发黑名单自动化筛查工具

实现黑名单筛查自动化的前提和基础是黑名单自动化筛查工具的设计。只有完成黑名单筛查自动化所需的筛查工具设计，使其具备上述所需要的功能，才能进一步实现黑名单筛查自动化的落地。

#### 1. 确定主要功能

企业应根据自身实际情况和合规需求，确定黑名单自动化筛查工具所需具备的主要功能。比如黑名单模拟筛查、批量筛查、合作方主数据筛查、筛查结果的记录保存和读取等。届时，还应注意筛查工具设计应兼顾考虑运行效率，不必太过复杂、设定和扩展过多缺乏实际应用需求的附加功能，比如如果企业并未将筛查工具与外围业务系统进行对接，那么就不必设计筛查工具扫描结果的回传功能。确定好筛查工具的功能后，撰写需求文档，以便IT技术人员理解合规要求。

#### 2. 实施技术开发

同IT技术人员就需求文档进行沟通，确保IT技术人员理解合规需求和规则，并着手推动IT技术人员进行开发，并撰写技术文档，以便在后续审计时筛查工具的准确性和权威性。

#### 3. 工具测试调整

针对开发好的黑名单自动化筛查工具进行测试，确保开发完成的筛查工具满足合规要求，能够实现如批量筛查、自动化筛查以及记录保存等功能。

### （二）设计实施定制化黑名单筛查规则

所谓设计定制化的黑名单筛查规则，就是指依据企业合作方的实际情况，根据企业合作方和黑名单的基础数据，

通过测试和分析，定制不同的筛查规则，以保证企业黑名单筛查的准确性和效率性，包括中文黑名单筛查规则、英文黑名单筛查规则、个人筛查规则、组织筛查规则等。定制化黑名单筛查规则是实现黑名单筛查自动化的关键步骤。如前文所述，CSL等官方网站一方面只支持英文实体的筛查，如果是中文的合作方，需要先将合作方名称等信息翻译为英文再进行筛查，这样既浪费了人力资源，又可能存在翻译错误等问题导致筛查结果不准确；另一方面，其误命中率、漏扫率过高，导致大量的筛查结果都需要合规人员进行人工干预，浪费了大量的合规资源，甚至影响业务的正常推进。因此，针对这种情形，需要制定适合企业的黑名单筛查规则来提高扫描的效率和准确率。

### 1. 分析合作方现状

企业应当从各个维度仔细分析自身合作方的现状，比如主要合作方有哪些类型；从语言角度来看，该企业是否有中文的合作方、英文的合作方，甚至有小语种的合作方；从主体类型来看，是否有个人、组织，甚至船舶。最后根据企业当前合作方的现状，来确定要设置哪些筛查规则，比如中文筛查规则、英文筛查规则、个人筛查规则、组织筛查规则等。

### 2. 设计筛查字段

根据企业合作方的信息以及黑名单中存在的信息，设置需要筛查的字段信息。例如，企业若只收集了合作方的名称和国家，那么可以将名称和国家设置为匹配字段；如果企业除了名称、还收集有合作方的地址、城市、邮编、行业等字段，那么对照黑名单，可以将上述字段也放入到匹配字段中。一般来说，匹配字段信息越全面、准确，筛查的结果就会越精准，但是如果企业合作方的信息维护不准确、甚至缺失，那么也会导致系统自动化筛查的疏漏和失真。

### 3. 设定匹配规则和匹配率

以英文为例，针对英文的一长串名称，通过设定单词和词组的匹配率，来使系统判定合作方和黑名单是否达到“Match”的程度。匹配规则不是千篇一律或者随心所欲设定的，而是要根据企业当前合作方的情况，以及大量反复的测试得到的，既要保证筛查结果的准确性，又要有一定的容错率，例如，假设“KOYOKAREN”作为黑名单，那么输入“KOYOKIREN”“KAYOKAREN”等相似的名词，应当予以锁定提示。

### 4. 设置通用规则

企业应当设置“特殊字符”“通用字符”等影响筛查结果的通用规则。在很多合作方的企业名称、地址中，尤其是英文的名称和地址，会有较多的标点符号等特殊字符，比如“逗号”“句号”等，在输入过程中可能会被用户省略，因此在通用规则的设置中会考虑到这一点，对这些标点符号等特殊字符进行处理。另外，针对一些通用字符，比如“Company Limited”“Co., Ltd”“LTD”等会有不同的拼写方法，且均为正确、正式的拼写方法，无法确定用户在录入时会怎么录入，可能会影响整个合作方的匹配率，导致筛查结果的不准确。因此，在通用规则的设置中，会将一些通用单词排除在筛查规则之外，不计入匹配率，以减少这些单词对筛查结果的影响，提高扫描的准确性。

## （三）黑名单汉化清单数据

黑名单清单数据是黑名单筛查整体方案的标准，黑名单筛查工具会将企业合作方的数据与黑名单清单进行对比，由此才能得到是否匹配的筛查结果。因此，如果没有黑名单清单数据或者黑名单清单数据不准确甚至缺失，都会对黑

---

名单筛查产生巨大的影响。以中文黑名单筛查为例，针对中方企业来说，如果想要筛查中文合作方，就需要设置中文筛查规则，那么此时就必须具有可以对照匹配的中文黑名单，否则是无法完成匹配的。针对中方企业来说，当前美国主要的制裁清单中，针对中国内地主体（个人除外）有700多条，而企业的中文合作方可能上万、甚至几十万，所以毫无疑问，将英文的黑名单翻译为中文进行筛查更具有可行性。

#### （四）设计黑名单筛查自动化对接方案

所谓黑名单筛查自动化对接是指通过将黑名单筛查工具与企业的合作方系统进行对接，形成数据交互，实现针对合作方及时的自动化筛查。黑名单自动化筛查方案的设计是实现合作方自动化筛查的重要依据，只有根据企业实际情况设计切实可行的定制化对接方案，才能实现企业合作方的自动化筛查。

- （1）要评估企业合作方系统的实施情况，梳理企业的业务流程，了解企业合作方信息等现状，这是实施方案的数据前提。
- （2）要确定对接节点、接口等内容，从技术上确定实施方法和技术细节，这是实施方案的技术前提。
- （3）要同业务部门进行充分沟通，明确合规要求以及业务规则，将合规管控节点嵌入到业务流程之中，并评估对实际业务的影响，与业务部门达成一致意见，这是实施的业务前提。
- （4）要根据各方一致意见，形成系统对接方案，完成功能文档和技术文档的记录保存，用于后续的合规审计和对外举证。

#### （五）实现黑名单筛查工具本地化闭环部署

如前所述，为了保证企业及合作方的数据信息安全，减少将敏感数据外泄，企业可以依据上述的对接方案将黑名单筛查工具完成本地化部署，即将黑名单筛查工具部署在企业本地服务器。例如将中英文黑名单数据传入到企业内部服务器的筛查工具上，在企业内网系统内完成筛查工具与合作方系统的对接，以确保所有的合作方数据的筛查均在企业内部系统闭环完成。

### 结语

建立全面、系统、科学地识别、分析、控制法律风险的合规事务信息化管理体系既是时代更迭的要求，也是企业发展的新方向。在全新的发展经营理念下，企业合规已成为公认的企业治理模式，建立体系完善、运转高效的企业合规信息化体系也是适应国际化经营和高质量发展要求的必然选择。

在此背景下，黑名单筛查仅是在企业合规信息化建设征途中迈出的小小一步，相信未来在外部专业律师、企业法务、合规及业务人员的共同努力下，借助大数据、AI技术等信息化、数字化的高科技手段，现有以纸面化为主的合规、内控、风险、法务“四位一体”全面风险管理体系将会取得长足的发展。

*感谢全球性数据咨询公司理脉LegalMiner的涂能谋先生对本文的指导。*

# 从中国企业视角，初探欧盟企业可持续尽职调查指令及德国供应链法下的潜在影响与风险应对

Sandra Link 景云峰 James Schütze

## 引言

鉴于欧盟新近发布的《关于企业可持续尽职调查指令的立法提案》及此前的《德国供应链法》与中国企业存在紧密的关联性和重要性，本文<sup>1</sup>将从中国企业视角，就该等法律可能对中国企业带来的潜在影响进行分析，并就有关风险应对提出建议。

## 一、制度沿革简介

欧洲联盟（“欧盟”）在其所有经济领域内制定了实现气候中性和可持续发展的目标，并通过在欧盟公司的全产业链中落实特定社会标准（例如劳动条件、最低工资等）以及在公司治理中建立特定环境标准，实现保护人权和解决环境问题的目标。

在“环境、社会和治理”（Environmental, Social and Governance, ESG）的口号下，欧盟倡导公司和投资者在开展业务时不仅关注利润，还应考虑环境、社会和治理因素。在全球供应链中，企业不仅应着眼于从国际商业关系中获得经济利益，还应对海外工人的权利和海外环境负责。

早在2011年，联合国便发布了《联合国工商业与人权指导原则》，要求企业尊重人权<sup>2</sup>。欧盟于2017年首次通过供应链尽职调查的法案，但



SANDRA LINK

Sandra.Link@eu.kwm.com



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com

<sup>1</sup> 本文是根据2022年5月13日金杜研究院平台发布的《EU Corporate Sustainability and the German Supply Chain Act》英文版翻译制作而成，原文出处：<https://mp.weixin.qq.com/s/4QxabJvvgNppCiETzTgJQ>。

<sup>2</sup> 参见 [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)。

该法案仅适用于木材行业，属于针对特定领域的法案<sup>3</sup>。此后，相关话题在欧洲引起了广泛讨论，尤其是砍伐热带雨林、森林大火频发和2013年4月孟加拉国拉纳广场纺织厂倒塌事故的发生，使该领域话题更为受到关注。

2022年2月23日，欧盟发布了关于企业可持续尽职调查指令的立法提案（A Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence，下称“指令”或“立法提案”）。目前该指令尚未获得欧洲议会和欧盟理事会的批准，但预计欧盟将于2023年通过该指令。自通过之日起，成员国有两年的时间将该指令纳入其国内法律。因此，欧盟指令的条款预计将于2025年才能正式生效。

相比之下，德国已经正式通过了一项关于供应链尽职调查的法令，即《德国供应链法》（Lieferkettengesetz, German Supply Chain Act），该法于2021年7月22日公布，并于2023年1月1日正式生效。与《德国供应链法》相比，欧盟指令的适用范围更广，因此，如果欧盟指令以立法提案中的形式颁布，将进一步提高对公司及其供应链的要求。

考虑到相应法令内容与中国企业的关联性和重要性，本文首先介绍欧盟关于可持续尽职调查指令的立法提案，其次重点介绍将于2023年初生效的、对中国企业有直接影响的《德国供应链法》。尽管德国是中国企业重要的欧盟市场之一，但不可忽略的是，其他欧盟国家也已经采取相应行动：法国已于2017年通过了与德国类似的法规<sup>4</sup>，其他欧盟成员国也在供应链尽职调查的某些方面制定了更具针对性的法律<sup>5</sup>，或者正在制定更具一般性的国内供应链法律（例如比利时、荷兰、卢森堡和瑞典）。

## 二、欧盟的立法提案

欧盟针对供应链尽职调查法案的具体出台时间和内容尚不明确，但立法提案为我们勾画了其未来几年的发展方

向。尽管预计会有进一步的修订，立法提案仅为欧盟供应链尽职调查立法程序的第一步，其仍须获得欧洲议会和欧盟理事会的批准，并需要被纳入成员国的国内法律体系中。

此外，虽然立法提案并未禁止强迫劳动产品的进口，预计欧盟将于2022年秋发布一份针对强迫劳动进口禁令的立法提案。欧盟委员会目前正在起草详细内容，但细节尚未公开。我们预测，欧盟不会在其草案中指定任何特定的国家或地区<sup>6</sup>，而是会为禁止强迫劳动产品的进口设定一个更普遍的法律框架。

因此，我们强烈建议与欧盟开展业务的中国公司关注欧盟立法程序，并做好准备以应对未来其欧盟贸易伙伴的要求。因此，下文对欧盟的立法提案进行了简要概述。

### （一）立法提案适用范围

#### 1. 适用的公司

立法提案适用于：（1）雇员超过500人且年净营业额达到1.5亿欧元的欧盟公司（第1组）以及（2）雇员超过250人且年净营业额达到4,000万欧元，属于“脆弱”行业的欧盟公司（第2组）。“脆弱”行业主要包括纺织品、皮革及相关产品的生产，农业、林业和渔业以及矿产资源的开采（参见立法提案第2条第1(b)款）。

此外，非欧盟公司在欧盟开展业务时，在下列情况下也需遵守立法提案的条款：（1）其在欧盟境内的年净营业额超过1.5亿欧元，或（2）其在欧盟境内的年净营业额为4,000万至1.5亿欧元，并且其超过50%的全球营业额来自“脆弱”行业（第3组）（见立法提案第2条第2款）。

#### 2. 适用的活动

立法提案适用于与公司生产商品或提供服务相关的所

<sup>3</sup> See EU Regulation 2017/821 (Supply Chain Due Diligence Obligations for Union Importers of Tin, Tantalum and Tungsten, their Ores, and Gold originating from conflict-affected and high-risk areas) and EU Regulation 995/2010 Obligations of Operators who place Timber and Timber Products on the Market Text with EEA relevance).

<sup>4</sup> 法国也有针对供应链尽职调查的国内法（LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre）。

<sup>5</sup> 例如荷兰在2019年出台了专门针对使用童工的法律（Wet zorgplicht kinderarbeidm）。

<sup>6</sup> 这与美国的所谓《维吾尔族强迫劳动预防法案》（Uyghur Forced Labor Prevention Act, Pub. L. 117-78（2021））不同，该法案基于货物均为“强迫劳动”产物的可反驳推定禁止从新疆维吾尔自治区进口货物。



有活动，包括产品或服务的开发以及产品的使用和处置。也就是说，立法提案将适用于以下综合体：（1）公司自身的业务领域；（2）子公司；（3）直接供应商；（4）有永久性业务关系的间接供应商；（5）产品的使用；以及（6）产品的处置<sup>7</sup>。

## （二）立法提案的要求与具体措施

按照立法提案规定，公司有义务落实尽职调查程序，以识别对环境和人权的实际及潜在负面影响。立法提案的解释性备忘录中规定，尽职调查程序应该包括以下步骤：（1）将尽职调查纳入公司政策和管理体系；（2）识别和评估对人权和环境的负面影响；（3）预防、停止或尽量降低对人权和环境实际及潜在的负面影响；（4）评估具体措施的有效性；（5）沟通；以及（6）提供补救措施。

具体而言，立法提案第5条要求公司的政策中需包括描述公司尽职调查方法的尽职调查政策、行为准则和实施尽职调查的流程，并且要求公司每年更新其尽职调查政策。

其次，公司应识别其在运营过程中或相关供应链中对人权和环境实际及潜在的负面影响（立法提案第6条）。立法提案通过在附录中列出违反各种国际人权和环境协议的行为对“负面影响”进行了详细描述。公司应在发现后及时采取措施预防潜在的负面影响或终止实际发生的负面影响，在不可能预防或终止的情况下，公司应采取行动减轻负面影响或将其最小化（立法提案第7条和第8条）。具体措施包括制定预防或纠正行动计划、合同保证、财务补偿和投资以及行业倡议。立法提案甚至建议与间接供应商签订以合规为目的的合同。但在实践中，很难仅为就合规措施达成一致而直接与间接供应商达成协议。作为最后手段，即如果负面影响无法被消除或最小化，公司应避免与相关业务伙伴建立新的关系或扩大现有关系，并应在相关法律允许的情况下中止或终止业务关系。

立法提案进一步规定了应用于整个供应链的投诉程序，受负面影响的人以及工会或民间社会组织均可利用该程序（立法提案第9条）。预计欧盟的工会和非政府组织

将使用该程序作为起诉和披露非欧盟国家（例如包括但不限于中国的）供应商被立法提案认定为有负面影响的商业惯例的手段。救济制度中需包含用以衡量改进措施的行动时间表和指标（立法提案第7条）。

公司应于每年或在特定情况下对立法提案项下所采取的所有措施和努力进行监测和评估（立法提案第10条），并应在公司网站上发布的年度声明中进行报告（立法提案第11条）。

年净营业额超过1.5亿欧元并因此受欧盟立法提案管辖的大型公司应根据《巴黎气候变化协议》的内容设立计划，以确保其业务活动与向可持续经济过渡和限制全球变暖的政策相协调（立法提案第15条）。

受欧盟立法提案管辖的非欧盟公司应在其所处的欧盟成员国国内指定一名授权代表，以监督其合规体系并负责与主管部门进行沟通（立法提案第16条）。预计该欧盟代表将承担与欧盟《通用数据保护条例》项下“欧盟代表”类似的角色并且担任非欧盟公司在欧盟的联络人。

## （三）惩罚和法律责任

由于欧盟立法提案要求各成员国负责执行其内容，成员国对违法行为的惩罚规定可能会有所不同。主管部门会根据具体情况调整惩罚措施，同时将公司为遵守补救措施所做出的以及违规前已经作出的努力纳入考虑范围。如果对公司进行了罚款，即行为被认定为轻罪或行政违法行为时，罚金应以公司的年净营业额为基准进行计算。

值得注意的是，与《德国供应链法》不同，欧盟立法提案规定了违反其条款时的民事法律责任（立法提案第22条）。如果公司未履行预防或消除负面影响的义务，导致实际产生负面影响并造成损害时，公司应承担损害赔偿赔偿责任。德国曾在《德国供应链法》立法过程中讨论过规定民事法律责任，但最终遭到否决，因此我们也非常关注后续欧盟立法提案中的民事责任条款会在何时，以何种形式被纳入德国国内法律。

<sup>7</sup> 参考Karl Würz, EU-Richtlinie zur Corporate Sustainability Due Diligence, 发表于 [https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/eu-richtlinie-corporate-sustainability-due-diligence\\_230132\\_563512.html](https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/eu-richtlinie-corporate-sustainability-due-diligence_230132_563512.html) (2022年4月29日)。

#### （四）对中国企业的影响

少数大型中国公司将直接受欧盟立法提案管辖，因为其在欧盟的业务超过了年净营业额1.5亿欧元的一般性门槛，或者，如果其全球营业额的50%或以上来自于“脆弱”行业业务，则其在欧盟的年净营业额超出了4,000万欧元的较低营业额门槛（见上文二（一）1）。对于未达到一般营业额门槛的公司，即仅达到较低营业额门槛的“脆弱”行业的企业，立法提案仅要求其识别“脆弱”行业业务中产生的严重负面影响（立法提案第6（2）条）。但是，立法提案的义务条款并不局限于受管辖的非欧盟公司的欧盟业务，因此，至少在立法提案项下，直接受欧盟立法提案管辖的大型中国公司有义务使其非欧盟业务也能够达到欧盟立法提案的相关要求。

尽管只有少数中国公司会直接受欧盟立法提案管辖，欧盟立法提案可能会对中国公司产生更为广泛的影响，因为许多中国公司是其欧洲客户的供应商，并且欧洲客户可能会要求中国公司配合其强制性尽职调查。我们建议中国公司在回复其欧洲商业伙伴的任何尽职调查请求之前，熟知欧洲供应链尽职调查法律的内容。

### 三、《德国供应链法》

《德国供应链法》已于2021年7月22日公布，比欧盟层面的立法提案提前数月面世。

在德国，《德国供应链法》饱受争议，要么是认为其不足够深入，要么是认为其影响力过大。一方面，媒体抱怨《德国供应链法》不够果断或广泛，因为许多人希望禁止进口以违反《德国供应链法》标准的方式生产或制造的商品，或者对违反标准的公司追究民事责任。另一方面，法律学者批评《德国供应链法》所规定的义务过于模糊，使得遵守其标准十分困难<sup>8</sup>，或其所导致的宪法性争议，因为它使公司对第三方（即其供应商）的行为负责<sup>9</sup>。行业代表则指出，由于资源有限和市场份额较小，《德国供应

链法》给对供应链影响较小的中型企业带来了巨大挑战<sup>10</sup>。因此在立法过程中，考虑到行业代表所提出的建议，《德国供应链法》仅适用于规模较大的公司。

#### （一）适用范围

《德国供应链法》要求德国公司分析其整个供应链是否遵循特定人权和环境标准。该法律首先适用于在德国拥有3,000名以上正式员工的德国公司（或外国公司的德国分公司）。自2024年起，其适用范围将扩大至拥有1,000名以上员工的德国公司以及外国公司的德国分公司。对于集团公司而言，所有在德国工作或被派遣到国外的集团公司的员工均应被考虑在内（《德国供应链法》第1（3）条）。但是，德国公司的外国子公司所雇佣的员工不计算在内。

虽然《德国供应链法》并不直接适用于较小的公司和非德国公司，但如果上述两类公司是受《德国供应链法》管辖的公司的供应商，可能还是会受到影响，因为它们可能必须向受《德国供应链法》管辖的客户报告相关保护标准的遵守情况。此外，我们预计从中国采购的小型德国公司将按照中国德国商会的建议自愿遵守《德国供应链法》。

与欧盟立法提案不同，《德国供应链法》并不区分“脆弱”行业和“非脆弱”行业，尽管其对“脆弱”行业的影响更大。根据一项研究，以下行业可被描述为“脆弱”行业：（1）汽车，（2）化学，（3）电子、电信和数码，（4）能源供应，（5）金融服务，（6）批发和零售，（7）金属，（8）机械工程，（9）食品和饮料，（10）纺织和皮革，（11）旅游和休闲<sup>11</sup>。

#### （二）受保护的法律效力

《德国供应链法》第2条列出了企业需遵守的人权和环境标准。首先，企业必须履行与人权相关的基本尽职调

<sup>8</sup>更多参考内容请参见Keilmann/Schmidt: Der Entwurf des Sorgfaltspflichtengesetzes – Warum es richtig ist, auf eine zivilrechtliche Haftung zu verzichten, WM 2021 Heft 15, 717 (719)。

<sup>9</sup>更多参考意见请参见Ekkenga/Schirmacher/Schneider: Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, NJW 2021, 1509 (1513)。

<sup>10</sup>参见BDI的声明（Bundesverband Deutscher Industrie – 德国工业之声）<https://bdi.eu/artikel/news/entwurf-droht-unternehmen-zu-ueberfordern/>。

<sup>11</sup>Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht 543, Die Achtung von Menschenrechten entlang globaler Wertschöpfungsketten Risiken und Chancen für Branchen der deutschen Wirtschaft, p.19, Juli 2020.

查义务（《德国供应链法》第2（2）条），例如禁止使用童工和强迫劳动、遵守职业/工业安全最低标准以及支付符合当地标准的最低工资。

另外，企业必须遵守特定的环境标准（《德国供应链法》第2（3）条），包括禁止生产、使用和排放《水俣公约》或《斯德哥尔摩公约》所禁止的汞和其他化学品，按照《斯德哥尔摩公约》的规定处置废物，以及禁止违反《巴塞尔公约》进出口废物。

尽管《德国供应链法》无意在全球范围内实施德国社会标准，但其目标是确保企业供应链能够起码遵守最低国际标准。因此，就许多方面而言，《德国供应链法》并未直接设定标准，而是选择援引国际协议和公约中的标准。这样的作法通常使得企业在《德国供应链法》项下的义务不够明确，给企业合规带来更大的挑战。

### （三）必要措施

《德国供应链法》分别规定了公司自身的业务领域、直接供应商和间接供应商这三个主体需要采取的必要措施。公司自身的业务领域包括公司在德国国内及国外的活动，并涵盖受该德国公司决定性影响的子公司的活动（《德国供应链法》第2（6）条）。考虑到业务部门、公司的市场地位、产生影响的可能性和整体风险情况，具体义务可能因情况而异（《德国供应链法》第3（2）条）。在实践中，必要行动必须遵循“适当”的法律原则，即风险越高，潜在影响越大，要求越严格。

#### 1. 风险管理和分析

公司必须在其自身的业务领域（*eigener Geschäftsbereich*）建立涵盖所有相关业务流程的风险管理系统，任命一名负责人（例如合规专员、人权专员）并进行定期和临时风险分析（《德国供应链法》第4、5条）。这还包括建立一个投诉系统，用于举报公司自身业务领域以及直接或间接供应商违反《德国供应链法》标准的行为。（《德国供应链法》第8条、第9（1）条）。公司管理层每年必须审查指定负责人的工作，并随时了解潜在风险和违规行为。

#### 2. 预防措施和政策声明

受《德国供应链法》管辖的公司应就其人权战略发布政策声明，说明适用于其自身业务领域和直接供应商的期待和具体流程（《德国供应链法》第6（2）条）。公司应在其自身业务领域中制定和实施采购战略和采购实践，以识别、避免和降低风险，并应在涉及相关风险的业务领域展开培训。对于大型项目或“大型参与者”，可以考虑启动第三方审计。最后，公司应制定对政策声明的遵守情况进行审查的控制措施（《德国供应链法》第6（3）条）。

在选择直接供应商时，公司还必须考虑到自身对权力和环境保护的期待。公司须在合同中要求其直接供应商遵守相关标准，并在其自身的供应链中应用这些标准。对直接供应商的培训和合同控制机制的约定可以辅助这些预防措施的执行（《德国供应链法》第6（4）条）。公司必须对上述措施的有效性进行年度审查或临时审查（《德国供应链法》第6（5）条）。需要进行临时审查的情形包括业务发生重大变化，新产品投放市场或探索新的业务领域。

#### 3. 补救措施

如果公司自身业务领域或其直接供应商实际或预计可能违反《德国供应链法》的相关标准，公司有义务立即采取补救措施（《德国供应链法》第7（1）条）。首先，公司应对风险和违规行为进行评估和优先排序。其次，公司应通知其管理层，并制定按步骤开展的计划。

在受《德国供应链法》管辖的公司自身业务领域内，补救措施必须完全终止《德国供应链法》项下的违法行为，不存在任何例外。但是，对于相关德国公司的外国子公司或其他关联方，《德国供应链法》的要求并不那么严格。对于该等实体而言，实施的补救措施仅需要确保违规行为“大致”被终止（《德国供应链法》第7（1）条）。

如果供应商直接在其业务领域内违反法定责任，相关德国公司应当：（1）制定并实施补救或至少最大限度减少违反行为的计划；（2）参与行业倡议，即与同一行业的其他“全球参与者”共同制定某些行业标准；或（3）临时中止业务关系（《德国供应链法》第7（2）条）。作

为最后手段，公司只有在没有其他补救措施的情况下，才需要终止业务关系（《德国供应链法》第7（3）条）。公司应对补救措施的有效性进行年度和临时审查（《德国供应链法》第7（4）条）。但是，如果供应商关系延伸至不同的业务领域，尚不清楚某一业务领域的违法行为是否要求德国客户将补救措施应用于完整的供应商关系，还是仅适用于供应商发生违法行为的业务领域<sup>12</sup>。

如果间接供应商的业务领域内存在违法行为，公司仅有义务采取临时行动。只有当公司在获得可核实和可信信息的基础上知晓其间接供应商违反了《德国供应链法》标准时，才需采取补救措施。

#### 4. 文件记载

最后，《德国供应链法》不仅要求公司采取措施，还要求公司履行文件记载和报告义务。例如，《德国供应链法》要求公司报告和文件以及网站上的公告保留七年的时间，同时向主管部门提交报告（《德国供应链法》第10、12条）。

在欧盟的指令<sup>13</sup>层面也规定了某些公司的报告义务，对《德国供应链法》的报告义务作出了补充。该指令预计将在2023财政年度报告中首次适用（2024年）<sup>14</sup>，并将修订和加强欧盟现有法律项下的报告义务。

### （四）制裁措施

#### 1. 罚款

违反《德国供应链法》的法律后果十分严重。《德国供应链法》规定单次违规的最高罚款金额为80万欧元，或者，对于年营业额超过4亿欧元的公司，单次违规的最高罚款金额为其全球年营业额的2%（《德国供应链法》第24条）。如果罚款金额超过17.5万欧元，受惩罚的公司最多三年不得参与公开招标（《德国供应链法》第22条）。

对于罚款金额的具体评估取决于违法行为的严重程度。在这种情况下，主管部门需要权衡所有利弊。在确定罚款时，主管部门应积极考虑公司为识别违法行为或弥补损害所作出的努力。

#### 2. 主管部门

德国联邦经济和出口管制办公室（Bundesamt Für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, BAFA）负责对遵守《德国供应链法》的情况进行监控。我们预计BAFA不仅将在特定情况下开展调查，并且将对在“脆弱”行业开展业务的公司进行无理由调查，包括进入公司场所、采取“类似搜查”的行动，或在启动诉讼程序的情况下，检察官在涉及刑事犯罪起诉时可以采取的所有手段，例如查封文件、询问证人等（《德国供应链法》第14条及以下）。

#### 3. 工会和非政府组织的角色

《德国供应链法》规定，德国本土工会和非政府组织在发生严重侵权行为时也将有权在德国提起诉讼，以代替受到伤害人士行使其权利（《德国供应链法》第11条），因此公司必须考虑人权或环境违法行为对其企业声誉的损害。值得注意的是，由于相关公司在德国设有注册办事处，德国法院对该等诉讼有管辖权。但是，根据德国法律冲突规则，因为违法行为发生在德国境外，德国法院将主要适用外国法律，即受害者所在国家的法律。

但是需要注意的是，与欧盟立法提案不同，《德国供应链法》明确规定，任何违反《德国供应链法》义务的行为均不触发民事责任（《德国供应链法》第3（3）条）。

### （五）对中国企业的影响

中国企业可能会以不同形式受到《德国供应链法》的影响。

<sup>12</sup> 参见Charnitzky/Weigel, Die Krux mit der Sorgfalt, RIW 2022, 12, 14.

<sup>13</sup> DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, COM/2021/189 final of 21 April 2021.

<sup>14</sup> 参见 KPMG (Regards Mazar), Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), <https://home.kpmg/de/de/home/themen/uebersicht/esg/corporate-sustainability-reporting-directive.html>.

## 1. 中国公司的德国分公司

在德国拥有超过3,000名（或以2024年1月1日为基准，超过1,000名）员工的外国公司（如包括但不限于中国公司）在德国的分公司将直接受到影响。由于大多数在德国的中国大公司都是由其德国子公司（而非分公司）运营，我们预计这种情形几乎不适用于中国公司。但在这种不太可能的情况下，《德国供应链法》不仅适用于德国分公司，同时也将适用于中国总公司。

## 2. 中国公司的德国子公司

中国公司的德国子公司与其他德国公司在相同的情况下受到《德国供应链法》的管辖。如果其员工人数超过对应员工门槛，《德国供应链法》将直接适用于该德国子公司。我们预计这一情形对中国公司影响不大，因为大多数中国公司的德国子公司在德国工作或被德国子公司派遣到国外的员工不会超过1,000人。但是预计即使德国子公司直接受限于《德国供应链法》，该法案将不会影响其中国母公司（除非中国母公司是德国子公司的供应商）。

## 3. 德国公司的中国子公司

德国公司在中国设立的子公司或分支机构将受到影响。我们预计这将适用于许多在中国的大型德国公司。《德国供应链法》要求德国公司将法案的标准应用于其自身的业务领域，包括受德国母公司决定性影响的中国子公司的业务。《德国供应链法》并未对“决定性影响”一词进行定义，但立法材料表明其应该被给予宽泛定义<sup>15</sup>。判断“决定性影响”需要考虑的因素包括德国公司与其外国子公司之间的经济、人员、组织和法律联系。主管部门将对上述因素进行全面审查，这意味着在实践中对“决定性影响”的判定具有不确定性。其中一些决定因素包括：中国公司的大部分股份由德国公司持有、存在集团层面的合规政策、德国公司对德国公司供应链管理的控制以及管理职位的双重委任。中国德国商会为为在中国的德国公司提供了《中国可持续供应链行为准则》模板<sup>16</sup>，该模板应有助于这些公司满足《德国供应链法》的要求，但具体行业和商业领域仍需按照其情况进行调整。

## 4. 中国公司作为德国公司的供应商

这一点最为重要，《德国供应链法》将影响作为德国客户供应商的中国公司。这是因为德国客户需要按照《德国供应链法》的要求对其供应链进行尽职调查，并按照《德国供应链法》的规定采取预防措施和补救措施。

总体而言，德国公司或德国公司在中国的子公司不仅自己必须遵守《德国供应链法》的标准，还必须联络其供应商，对供应商是否达到《德国供应链法》的要求进行年度审核和临时审核（例如当供应商发布新产品时）。德国公司或其在中国的子公司应要求直接供应商确认遵守相关标准，并在供应合同中落实控制机制。

从长远来看，我们预计遵守《德国供应链法》标准的程度将影响德国公司对供应商的选择，从而使遵守标准成为与德国客户打交道时的竞争优势。

由于德国公司面临一定金额的罚款风险，这也恰恰促使德国公司认真对待其在《德国供应链法》协议项下的义

<sup>15</sup> 参见 Deutscher Bundestag – Drucksache 19/30505 of 9 June 2021, p. 37.

<sup>16</sup> 中国德国商会提供的中英文版《中国可持续供应链行为准则》，参见<https://china.ahk.de/de/news/news-details/german-chamber-template-for-a-code-of-conduct-for-sustainable-supply-chains-in-china>.

务。此外，监测违法行为的努力将减少对德国公司的罚款，德国客户会采取相应努力并对此进行记录，以便在日后接受调查时能够向主管部门证明。

另外，由于工会和非政府组织也有权根据《德国供应链法》，在发生严重违法行为时在德国提起诉讼，中国企业应特别关注他们针对中国供应商提出的意见。

因此，我们建议中国企业提前做好准备，能够随时向其德国客户展示他们符合相应的要求，是德国客户宝贵的商业伙伴。值得注意的是，新疆维吾尔自治区的供应商目前正受到许多对罚款和声誉有所担忧的德国（和其他欧洲）公司的特别关注，因为非政府组织关于该地区“强迫劳动”问题的报告引起了媒体的热议。因此，在严格遵守中国法律法规的前提下，该地区的中国公司应做好被要求提供其产品并非强迫劳动产物证据的准备。

#### 四、对比与结论

尽管欧盟的立法提案和德国的《德国供应链法》遵循相同的目标和宗旨，但二者仍存在一些重大差异。

尽管《德国供应链法》仅适用于德国公司（只有德国公司才会被罚款），欧盟立法提案将适用于在欧洲营业额较高的非欧盟公司。根据公司规模对实体进行分类这一点上也存在显著差异：《德国供应链法》第一阶段仅适用于拥有3,000名以上员工的公司，而欧盟立法提案适用于拥有500名员工的公司。此外，《德国供应链法》仅适用于相关公司自身的业务领域及其直接供应商，并且以更有限的方式适用于其间接供应商，欧盟立法提案则广泛地对公司及其业务关系施加义务。另一个主要区别是，欧盟立法提案规定了《德国供应链法》中没有的民事责任，尽管德国在立法过程中曾经热烈地讨论过这一话题。

考虑到《德国供应链法》即将生效以及欧盟层面可预见的其他立法，我们建议中国企业做好准备，接受其欧盟业务伙伴的供应链尽职调查。尽管某些欧盟公司过去已经在自愿的基础上开展过供应链尽职调查，我们预计欧盟公司将进一步加强其尽调力度，发出调查问卷，并开始与其中国供应商讨论遵守《德国供应链法》和欧盟立法提案标准的相关事宜。公司力图通过认真记录其为落实该等标准所作的努力，在避免因违法而被惩罚的同时亦无需更换其现有供应商。

对于拥有欧盟客户的中国公司，我们建议采取以下行动：

- 审查和分析自身业务以及供应商（德国客户的间接供应商）的业务领域，确保其符合所需达到的标准；
- 联络欧盟客户，讨论如何遵守新法律的要求；
- 出具针对欧盟客户的报告或合规声明，说明公司对保护人权和环境权利的承诺；
- 建立并落实适当的尽职调查和企业合规体系，以确保全供应链的合规；
- 设立适当的监控部门，分析现有业务运营情况，并更新相关程序和按步骤实施的计划；
- 在履行欧盟法律项下合规义务的同时，严格遵守中国的《反外国制裁法》和其他反制法律法规。

积极主动的预防措施可以形成中国企业的市场优势，并避免发生不利的意外情况（即被惩罚或者遭受公众和媒体的批判），同时向欧盟客户展示中国公司对国际规则的了解。此外，与某一欧盟客户达成一致的解决方案可适用于与其他欧盟客户的往来中。

由于《德国供应链法》的有些标准非常模糊，我们很难确定哪些做法可以被容忍，而哪些做法违反了标准。另

---

外，市场标准只有在主管部门制定了行政程序后才会逐渐形成，因此我们建议公司可以研究并遵循对应商会或行业组织给出的建议。

从长期来看，我们预计对相关标准的遵守程度将显著影响中欧企业之间的业务关系。遵守相关标准将成为中国企业在与欧盟客户开展业务时的市场竞争优势。

我们将持续关注未来《德国供应链法》和欧盟企业可持续尽职调查指令在中欧商业关系中所扮演的角色。不仅是法律因素，经济与政治因素也将塑造这一角色。

*感谢李慧斌、樊佳欣及实习生李涵对本文作出的贡献。*

# 美欧等对俄罗斯“极限制裁”，中企应对策略分析

刘新宇 郭欢 陈起超



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com



郭欢

guohuan@cn.kwm.com



陈起超

chenqichao@cn.kwm.com

## 前言

自2022年2月21日俄罗斯与乌克兰的冲突升级以来，美欧等多国连续对俄罗斯国民经济至关重要的领域包括国防、能源、金融、贸易、电信、运输等发动了一系列出口管制与经济制裁措施，堪称史无前例的“极限制裁”。这些极限制裁手段进一步加剧了地缘政治风险，同时也将给原本因疫情影响导致的脆弱的全球供应链体系带来更多的不确定性。

本文将立足当前国际形势，从美欧对俄的制裁热点举措展开相应的推演分析，探讨该等制裁可能给中国企业带来的影响，并为相关企业提供一定的应对思路。

## 一、美欧对俄罗斯制裁历史缩影与当前热点

### （一）美欧对俄制裁由来已久

经济制裁作为美国外交政策的核心，本轮对俄制裁尽管来势汹汹，但其制裁手段此前大多已在伊朗、中国甚至俄罗斯有过应用。自2014年克里米亚事件爆发以来，多数美国国会议员担心俄罗斯在欧亚板块的地缘战略意图，对俄罗斯进行了多轮的经济制裁，包括禁止俄银行债券交易和贷款、禁止与俄能源公司的勘探技术合作；冻结俄罗斯官员资产、禁发签证、冻结网络账号；吊销俄相关公司经营执照、取消高科技出口许可、武器禁运；对“北溪2号”项目进行反复阻止等。但从效果上看，这些制裁措施政治宣示的意义更大，看不出在经济上的明显“攻击力”。

### （二）美欧本轮对俄制裁的主要方式和特点

近期随着俄乌冲突升级，美国针对俄罗斯先后颁发了4个行政令及多个相关指令，并仍在持续出台针对俄罗斯的制裁法规。此次制裁的规模之大、频率之高、威慑范围之广是前所未有的，且其与盟友协同实施广泛制裁，使得此次战争背景下的美国经济制裁呈现“极限”特点。



与多数针对特定目标、落实针对性制裁措施的机制不同，此次制裁对其预期希望达到的效果进行了更为直接的陈述，即切断俄罗斯银行与美国金融体系、切断俄罗斯一半以上的高科技进口、限制俄罗斯获取关键技术的投入、萎缩其工业基础，最终削弱俄罗斯在世界舞台上施加影响的能力。



此次制裁中备受瞩目同时也是最可能对俄经济产生全面冲击的制裁手段主要包括：

### 1. 利用实际掌控的垄断性金融工具和金融市场优势将俄罗斯排除在外

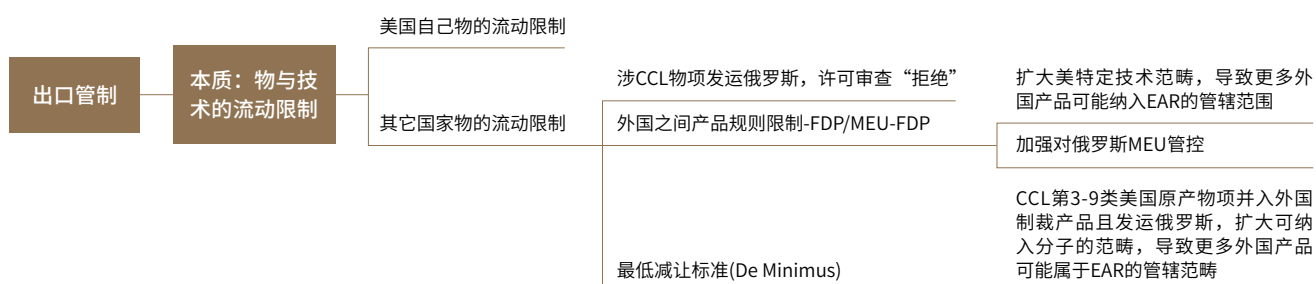
2月26日，美国白宫称与欧盟委员会、法国、德国、意大利、英国、加拿大领导人决定将俄罗斯部分银行排除在全球银行间金融通信协会（SWIFT）之外，这意味着俄罗斯被西方国家金融市场全面封锁，部分俄金融机构无法正常进行跨国交易通讯和清算，无法通过债券和公司融资获得新的外汇。具体来看，比如：

- 英国宣布禁止俄国有企业 and 关键领域的私营公司在英国金融市场融资；
- 欧盟宣布禁止俄国有实体股份在欧盟交易场所上市和提供服务，禁止接受俄罗斯国民或居民超过特定价值的存款，禁止欧盟中央证券存托机构向俄罗斯客户出售欧元计价证券等；
- 美国禁止本国金融机构参与俄金融服务部门发行债券的市场；
- 日本禁止俄政府在日本发行新的主权债券；
- 加拿大禁止本国公民购买俄罗斯主权债务。

据悉，此类针对俄罗斯央行等银行的限制措施，关系到俄罗斯6000多亿美元国际储备的安全和使用，因此其可能造成的影响也受到国际社会的高度关注，上述制裁将对俄罗斯银行的进出口贸易、国际支付、外汇等产生重要冲击。

## 2. 切断俄罗斯关键供应链进口

纵观美国对外发起的多部门联动制裁，从广义制裁层面而言，针对物项的出口管制成为限制外国获取涉美物项的重要工具。除了上述经济制裁手段以外，美国商务部工业与安全局（BIS）也同步实施了一系列全面、严格的出口管制措施，以最大程度限制俄罗斯国防、航空航天及海运等重点领域的发展，欲切断俄罗斯工业基础关键部门获取任何涉美关键物项的途径，包括半导体、计算机、电信、信息安全设备、激光和传感器等产品，以此削弱俄罗斯在欧亚舞台的影响力。近期新增措施主要包括：



- 欧盟将禁止向俄罗斯销售、供应、转让或出口特定的炼油产品和技术，并对提供相关服务实施限制。该禁令旨在打击俄罗斯的石油部门，使俄罗斯无法升级其炼油厂。欧盟还将禁止向俄罗斯航空公司出售所有飞机、备件和设备，禁止提供与这些商品和技术相关的保险、再保险和维修服务；
- 英国宣布对俄罗斯高科技和战略产业实施新的惩罚性贸易和出口管制限制，打击其电子、电信和航空航天公司；
- 俄罗斯经济所依赖的能源、通信和航空产业将面临无法升级的困境；
- 禁止向俄罗斯公司提供会计、信托和公司组建服务以及管理咨询等服务；
- 进一步限制向俄罗斯出口航空煤油、先进半导体、高端电子产品等。

## 二、美欧制裁对在俄中企的影响

### （一）进出口贸易领域

据美国商务部数据显示，2020年美国对俄罗斯的出口总额是49亿美元，较2019年下降15.6%，美国自俄罗斯进口总额为168亿美元，下降24.3%。

2020年美俄进出口数据对比表

美国出口到俄罗斯	49亿美元	美国进口自俄罗斯	168亿美元
产品类别	比例	产品类别	比例
机械设备	30.20%	矿产	52.90%
化学、塑料及皮革制品	22.40%	石材、玻璃和半贵金属	15.40%
运输设备	20.30%	贱金属	10.30%

2020年，在美国对俄罗斯49亿美元的出口中，有2.9%（约1.421亿美元）商品有相应许可要求，约10%（4.9亿美元）有具体ECCN但无出口许可要求的商品，根据美国此次对出口管理条例的修订，其中重要的变化之一，即新增对商业管控清单中第0-9类商品的管控要求，并将许可审查标准直接规定为“拒绝”，该等政策与美国商务部此前常用的许可政策“推断拒绝”及“个案审查”颇为不同，因此，上述修订也将对俄罗斯进口涉美物项造成直接影响，同时针对俄罗斯市场许可审核态势的趋严，还可能造成原许可例外适用的情形显著减少。不过，由于美对俄直接出口体量不大，因此这个领域相应的断供对俄罗斯市场可能造成的直接影响也较为有限。

而2020年中国自美国进口数额约为1246亿美元，同年中国出口俄罗斯的出口数额近675亿美元。在这些出口商品中，部分为中国生产，可能有部分是利用美国技术（或软件、设备等，下同）生产的产品，以及还可能存在由其它国家生产销售至中国但同样含利用美国技术生产并最终出口的产品，针对这部分产品，俄罗斯也将因为此次美国新增外国直接产品规则，而受到更为普遍的影响。美国也通过对外国直接产品规则的修订，在最大程度上限制俄罗斯获取任何涉美物项，包括美国原产、美国直接出口以及外国产但基于上述外国直接产品规则而属于美国EAR管辖的物项，从而最大化限制涉美物项流入俄罗斯市场。

2020年美国出口俄罗斯许可审批情况统计与预测

许可要求情况	具体许可适用	比例	亿美元	此次新增管控要求可能的影响
有许可要求	许可证	1.30%	1.421	3-9类有ECCN商品许可审查标准为“拒绝”
	许可例外	1.60%		许可例外适用按审批严格程度预计大幅减少
无许可要求	有ECCN无许可	10.10%	4.9	3-9类有ECCN商品许可审查标准为“拒绝”

## （二）金融银行领域

2022年2月26日，美国和欧盟、英国及加拿大发表联合声明，承诺确保将几家“选定的”俄罗斯银行排除出环球同业银行金融电讯协会（SWIFT）国际结算系统。根据联合声明，最新的制裁手段将确保切断俄罗斯银行与国际金融体系的联系，“损害它们在全球经营的能力”。俄罗斯目前有466家金融机构为SWIFT会员，这一制裁意味着在俄中企可能无法通过俄罗斯银行与境外银行进行安全有效的沟通，从而无法进行跨境资金支付清算。

### (三) 供应链中断

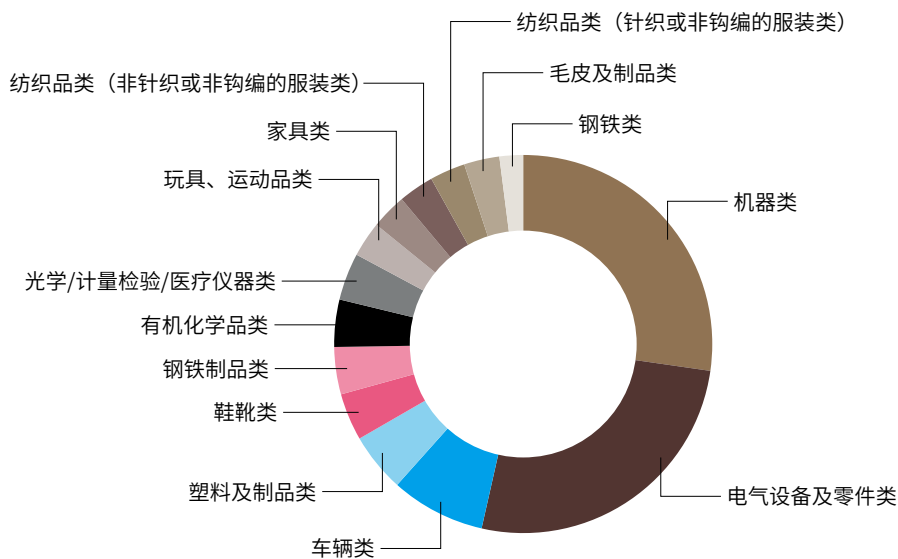
据外媒报道，包括台积电在内的全球电脑晶片业者已开始停止向俄国销售产品，欧美半导体大厂均表示愿遵守法令，密切配合政府措施。总部位于纽约马耳他的芯片制造商GlobalFoundries、总部位于加利福尼亚州圣克拉拉的英特尔已暂停向俄罗斯交付其产品。伴随着越来越多的企业停止向俄罗斯交付产品，位于俄罗斯的中企面临着供应链中断的风险。

## 三、美欧制裁对与俄有业务关系的非在俄中企的影响

### (一) 出口企业角度

中国商务部数据显示，2021年中俄货物贸易额达到1468.7亿美元，中国连续12年稳居俄罗斯第一大贸易合作伙伴国。其中2021年中国出口俄罗斯的商品中，排名前20名的主要包括手持无线电话机、自动数据处理设备、毛皮衣服、玩具、电器设备、液晶显示板、小客车、压缩机、阀门及照明装置等。

中国对俄罗斯出口金额 (USD)

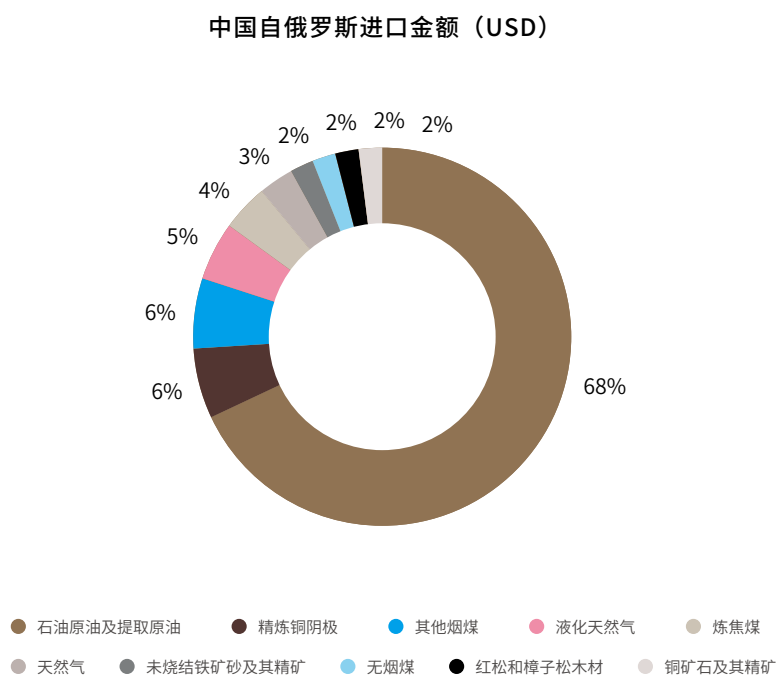


根据上图信息，中国出口俄罗斯的产品中可能涉及包含利用美国特定技术生产且符合外国直接产品规则的产品，例如芯片类别的产品，这里以排名第八的液晶显示板 (LCD) 出口为例，LCD产业链大体分为原材料和设备、生产制造和终端产品三大类，中国屏厂大多处于中游的位置，也就是面板的组装生产。就该类产品，自2018年起中国已成为全球大尺寸液晶显示面板产能最大的地区，其应用领域包括电视、显示器、笔记本电脑、智能手机和平板电脑等。虽然面板国产化率已越来越高，但基本以“来料加工”模式生产，这凸显了对上游核心技术等掌控不足的客观事实，例如面板成本占比近50%的偏光片和彩色滤光片存在一定的技术壁垒，几乎全部由日韩企业占据主导地位，单就LCD屏幕玻璃领域而言，美国康宁就几乎占据近一半的市场份额。其次，在生产设备领域中，LCD屏幕生产涉及的量度、检测等生产设备也基本是由日韩提供。

在液晶显示模组的构成中，例如芯片市场暂无法突破美国上述出口管制措施（外国直接产品规则）的限制，即如果明知发运物项的目的地是俄罗斯，但并入的芯片产品利用了美国原产技术生产（如EDA软件3D991），且外国制造产品非EAR99产品的话，则大概率无法出口俄罗斯。

## （二）进口企业角度

2021年中国自俄罗斯进口商品中前10商品包括，石油原油、天然气、炼焦煤、铁矿、贵金属矿砂、松杉木等，具体如下图：



中国在能源方面的进口数据也体现了石油、天然气等是中国自俄罗斯进口的重要商品，上述制裁措施虽然主要是针对美国人，要求美国人不得进口/投资俄罗斯原产石油、天然气等能源产品，但对于中国企业而言，还是应注意：

- 是否涉及美国连接点。如果中企有美国连接点，也会因相应行为成为相应制裁措施的受影响方，例如，中企因某种行为导致美国人违反禁令涉及参与或投资能源进口；
- 中企如果与SDN清单企业进行交易，虽然其不涉及美国连接点，但如果属于重大交易或为交易提供实质性协助，中企仍然有受制裁的风险。

## 四、中国企业的总体应对

俄乌冲突背景下，美对俄制裁措施更新频繁且呈现多样化的趋势，在不同领域均有不同的管控规则，因此对于中国企业而言，既要保证企业的商业利益，又要兼顾考虑相关法律法规的适用以及影响，需要由专业人员协助仔细甄别各中风险并谨慎应对。

## （一）具体业务领域的风险评估

如前所述，针对俄罗斯金融机构的制裁由来已久，而针对金融体系外的企业的制裁与出口管制风险近期也进一步扩大。为努力维护好企业的正常运营及企业声誉，企业和金融机构都需对可能存在的风险进行充分评估。

**金融机构：**自2014年克里米亚危机以来，美国对俄罗斯发动了多轮的经济制裁，而因为在融资等方面的重要作用，金融机构往往也会被作为首轮制裁的对象，因此，对于金融体系内的银行等金融机构，应已经对此前美国针对俄罗斯的经济制裁、其他制裁与管控手段有一定了解并已陆续形成自身的应对方法。

**非金融机构：**对金融体系外的企业而言，以前其面临的监管限制风险相对较少，因此企业在合规流程、公司治理、风险评估等方面的核心能力通常就会凸显不足，尤其是涉两用物项的企业，在面对涉美欧等国家地区管制及制裁重点关注事项方面，如何深入了解俄罗斯受制裁实体与全球供应链、上下游合作伙伴关系，真正了解其合作伙伴（Know Your Customer, KYC）就显得至关重要，开展对合作伙伴和交易对方的尽职调查，并保持对制裁名单及的持续监控以及对合作伙伴和交易对方的情况掌控等，都会有助于稳定企业的经营与发展。

因此，对实际开展业务内容的风险识别是核心，具体包括但不限于进出口贸易物项风险识别、上下游合作伙伴黑名单确认、交易国家/地区及行业领域风险梳理等，同时，要一并结合商业场景综合考虑商业和法律风险。

## （二）管制与制裁动向的持续关注与监控

拥有涉俄业务的中国企业，特别是与俄罗斯建立紧密贸易和合作关系的企业及金融机构都应特别关注俄罗斯管制及制裁，避免因为为受制裁的俄罗斯实体或交易提供实质性协助或提供了相应的便利，从而被视为“规避”导致触发自身被制裁的风险。

然而鉴于国际形势的风云变幻，出口管制与经济制裁领域的相关政策也在不断发生变化，对国际形势和公司业务所涉国家的法规和政策进行准确的判断和预测有助于企

业提前调整战略规划，准备好应对措施。

## （三）结合不同的领域和自身的实际情况积极应对

美国对俄罗斯制裁涉及的主体多样，重点包括政府部门、政府官员、俄罗斯关键行业企业等，据此，不同领域的中企需要关注的风险点和应对方式有很大的差别。

首先，针对需对俄罗斯开展投融资的企业而言，其要对目标公司开展制裁名单核查，并根据是否落入具体制裁名单及名单所对应的制裁手段来评估投融资风险。例如，非美国人如与SDN清单实体进行重大交易或提供实质协助，则交易主体可能受到制裁。部分法规中针对非美国人协助、促成交易行为也可能触发制裁。

而对于航运企业而言，美国十分清楚国际航运贸易对美国金融体系及美元的依赖，OFAC对航运尽职调查的关注具体包括为以下人员提供指导：船东、经营者、经纪人、船货商、船旗登记、港口经营者、船务公司、货运代理、分类服务提供商、商品交易商、保险公司和金融机构等，因此航运企业不仅需要了解客户和交易相对方，对船舶全周期监控、供应链尽职调查、船东和船东俱乐部等行业信息的了解也必不可少。

## （四）行业联盟与专业法律辅导

面对美欧等国家管制与制裁措施的常态化、多样化和复杂化，企业需掌握大量的资源和技术技能才能有效判断和应对，包括行业资源及与之匹配的法律服务资源等。对此，我们建议相关企业可与同行业企业以及与俄罗斯业务相关联的其他企业建立相应的地方行业合规联盟，在合规应对上加强与专业机构的合作，定期开展行业相同职能部门与产业链研讨，与合规专家开展法律风险评估与专业辅导，在减轻企业合规负担的同时，可帮助企业深入了解相关法律风险，找到相对具体的风险管理及合规解决方案。

*感谢北京外国语大学全球治理与高等研究院博士生导师周鑫宇教授对本文的指导。*

# 企业如何理解和遵守 《反外国制裁法》 ——重点解析、热点 问答和实操建议

景云峰 李政浩 李慧斌 周隽兴

## 引言

2021年6月10日,《中华人民共和国反外国制裁法》(下称“《反外国制裁法》”或“本法”)正式颁布实施。本法的出台为我国依法反制外国歧视性限制措施进一步提供了有力的法治支撑和法治保障。与此同时,在国际环境日趋复杂化的背景下,如何做到依法应对外国制裁的同时,又能确保海外投资安全以及国际化供应链稳定,成为了摆在中国企业面前的一道难题。本文将从企业视角出发,就实操层面的热点问题进行分析,并提出相关合规应对建议。

## 一、立法背景和经过

近年来,为了坚决维护国家主权、尊严和核心利益,反对西方霸权主义和强权政治,我国政府已多次宣布对有关国家的个人和实体实施相应反制措施<sup>1</sup>。据全面依法治国的原则精神,十三届全国人大四次会议审议批准的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》在“今后一年的主要任务”中明确提出,围绕反制裁、反干涉、反制长臂管辖等,充实应对挑战、防范风险的法律“工具箱”<sup>2</sup>。

随后,全国人大常委会法制工作委员会在征求中央和国家有关部门意见的基础上,起草并形成了《反外国制裁法(草案)》,十三届全国人大常委会第二十八次会议在2021年4月下旬对该法律草案进行了初次审议。全国人大宪法和法律委员会进一步修改和完善立法草案后,向第十三届全国人大常委会第二十九次会议提出了审议结果报告和草案二次审议稿。6



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



李政浩

lizhenghao@cn.kwm.com

<sup>1</sup> 详情可参见我们此前分析《中国反制措施与最新立法动态》, [https://mp.weixin.qq.com/s/vlvGKkHhZ\\_V3AYbB6gRlqA](https://mp.weixin.qq.com/s/vlvGKkHhZ_V3AYbB6gRlqA)。

<sup>2</sup> 全国人大常委会法工委负责人就反外国制裁法答记者问: <http://www.npc.gov.cn/npc/kgfb/202106/90e92a915d5241468daa089a29cf08d3.shtml>。

月7日，十三届全国人大常委会第二十九次会议第一次全体会议听取了关于《反外国制裁法（草案）》审议结果的报告。6月10日，《反外国制裁法》获表决通过，习近平主席签署中华人民共和国第九十号主席令予以公布，自公布之日起施行。本法的立法进程相对较快，体现了反制霸权主义和强权政治、维护国家主权、安全、发展利益的迫切需要。

2021.3.11

十三届全国人大四次会议审议并批准了《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，报告在“今后一年的主要任务”中明确提出，围绕反制裁、反干涉、反制长臂管辖等，充实应对挑战、防范风险的法律“工具箱”。

2021.4

全国人大常委会委员长会议提出立法议案，十三届全国人大常委会第二十八次会议对《反外国制裁法（草案）》进行了初次审议。

全国人大宪法和法律委员会进一步修改和完善前述草案后，向第十三届全国人大常委会第二十九次会议提出了审议结果报告和草案二次审议稿。

2021.6.10

十三届全国人大常委会第二十九次会议表决通过《反外国制裁法》，习近平主席签署中华人民共和国第九十号主席令予以公布，自公布之日起施行。

2021.3-2021.4

全国人大常委会法制工作委员会在征求中央和国家有关部门意见的基础上，起草并形成了《反外国制裁法（草案）》。

2021.6.7

十三届全国人大常委会第二十九次会议举行第一次全体会议，听取了全国人大宪法和法律委员会副主任委员沈春耀作的关于《反外国制裁法（草案）》审议结果的报告。

## 二、重点条文分析和解读

本法标题包括三个核心关键词：“反”、“外国”、“制裁”。如全国人大常委会法工委负责人答记者问中指出，这部法律名称引人注目的是一个“反”字。制定《反外国制裁法》，主要目的是为了反制、反击、反对外国对中国搞的所谓“单边制裁”。“外国”一词既指外国国家，另外也可能针对外国组织或者个人的特定行为。“制裁”一词是对本法所指的“歧视性限制措施”的概括提法。围绕这些关键词，下文将分析和解读《反外国制裁法》中部分主要的规定。



## （一）采取反制措施的情形

《反外国制裁法》第三条规定了我国采取反制措施的主要情形：

“第三条 中华人民共和国反对霸权主义和强权政治，反对任何国家以任何借口、任何方式干涉中国内政。”

外国国家违反国际法和国际关系基本准则，以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压，对我国公民、组织采取歧视性限制措施，干涉我国内政的，我国有权采取相应反制措施。”

第三条第二款列出的情形包括几个方面，即外国国家

（1）违反国际法和国际关系基本准则，（2）对我国进行遏制、打压，（3）对我国公民、组织采取歧视性限制措施，（4）干涉我国内政。结合第三条第一款来看，本法反对的是“霸权主义和强权政治”以及“任何国家以任何借口、任何方式干涉中国内政”的行为。因此我们理解，我国有关部门将结合第三条第二款所列情形进行综合评估，决定是否针对外国国家的歧视性限制措施采取相应的反制措施。

另外，《反外国制裁法》第十五条规定了可以采取反制措施的其他情形：

“第十五条 对于外国国家、组织或者个人实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益的行为，需要采取必要反制措施的，参照本法有关规定执行。”

值得关注的是，第十五条不仅针对外国国家的特定行为，还可能针对外国组织或者个人的特定行为。另外，本条款所针对的是危害我国主权、安全、发展利益的行为，与第三条针对我国公民、组织的“歧视性限制措施”存在区别。因此，第十五条授权“参照本法有关规定执行”采取必要反制措施，从针对行为主体和行为性质等方面扩大了反制措施适用的范围。

## （二）反制措施适用的对象

《反外国制裁法》第四条设立了“反制清单”制度：

“第四条 国务院有关部门可以决定将直接或者间接参与制定、决定、实施本法第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织列入反制清单。”

根据第四条规定，直接或者间接参与制定、决定、实施第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织，可能被国务院有关部门列入反制清单。《反外国制裁法》设立了这一项重要制度的框架，具体落实和执行相关的问题有待配套措施和执法实践加以明确，包括以下方面：

- “国务院有关部门”包括哪些部门？结合第九条来看，应当包括外交部，哪些国务院其他有关部门有权决定将个人、组织列入反制清单，有待配套措施和执法实践进一步明确。
- 何为“直接或间接参与”？这一概念在字面上范围较广，但实践中何等参与程度可能导致被列入反制清单的风险，需要进一步考察执法实践。目前来说，外交部近一段时期内宣布的反制裁措施对象范围可供参考。<sup>3</sup>
- 可能列入反制清单“个人、组织”的范围有多大？字面上看，“个人、组织”并无限制范围。从“反制”的立法意图来看，“个人、组织”似应主要为采取歧视性限制措施国家的相关个人、组织。外交部近一段时期宣布的反制措施对象范围可供参考。

《反外国制裁法》第五条进一步规定了“反制清单”之外的反制措施对象：

“第五条 除根据本法第四条规定列入反制清单的个人、组织以外，国务院有关部门还可以决定对下列个人、组织采取反制措施：

<sup>3</sup>详情可参见我们此前分析《中国反制措施与最新立法动态》，[https://mp.weixin.qq.com/s/vlvGkKHz\\_V3AYbB6gRlqA](https://mp.weixin.qq.com/s/vlvGkKHz_V3AYbB6gRlqA)。

- (一) 列入反制清单个人的配偶和直系亲属；
- (二) 列入反制清单组织的高级管理人员或者实际控制人；
- (三) 由列入反制清单个人担任高级管理人员的组织；
- (四) 由列入反制清单个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。”

值得注意的是，第五条规定国务院有关部门“还可以决定”对与列入反制清单个人、组织存在特定关系的个人、组织采取反制措施，意味着后者并不因为前者被列入反制清单而自动适用反制措施，具体对象范围应由有关部门的决定明确。

### (三) 反制措施

《反外国制裁法》第六条规定了反制措施的种类：

“第六条 国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工，对本法第四条、第五条规定的个人、组织，根据实际情况决定采取下列一种或者几种措施：

- (一) 不予签发签证、不准入境、注销签证或者驱逐出境；
- (二) 查封、扣押、冻结在我国境内的动产、不动产和其他各类财产；
- (三) 禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动；
- (四) 其他必要措施。”

本条列举的反制措施种类多样，且列出“其他必要措施”作为兜底，有关部门可以根据实际情况决定采取一种或几种措施，体现出明确性和灵活性相结合的原则。本条所列举的措施在性质和程度上都较为严厉，包括出入境限制、查封、扣押、冻结财产、禁止或者限制交易、合作等，将对反制措施对象在我国从事经营以及其他活动造成实质性限制。

具体而言，本条第（一）、（二）项列举的反制措施将由哪些主管部门予以执行，第（三）项所指“有关交易、合作”包括哪些行为，以及第（四）项“其他必要措施”的范围，有待配套办法和执法实践进一步明确。

### (四) 反制相关程序和机制

《反外国制裁法》第七条至第十条规定了反制相关程序和机制：

“第七条 国务院有关部门依据本法第四条至第六条规定作出的决定为最终决定。

第八条 采取反制措施所依据的情形发生变化的，国务院有关部门可以暂停、变更或者取消有关反制措施。

第九条 反制清单和反制措施的确定、暂停、变更或者取消，由外交部或者国务院其他有关部门发布命令予以公布。

第十条 国家设立反外国制裁工作协调机制，负责统筹协调相关工作。

国务院有关部门应当加强协同配合和信息共享，按照各自职责和任务分工确定和实施有关反制措施。”

其中，第七条规定国务院有关部门作出关于反制清单和反制措施的决定是最终决定，具有“国家主权行为的性质”<sup>4</sup>，即相对人不能提出行政复议或者行政诉讼<sup>5</sup>。第八条授权国务院有关部门暂停、变更或者取消有关反制措施，第九条则进一步规定，反制清单和反制措施的确定、暂停、变更或者取消，由外交部或者国务院其他有关部门发布命令予以公布。从前述三条规定可见，国务院有关部门主导反制清单和反制措施相关工作，当事方的参与程度和程序权利有限，但同时法律也规定了透明度方面的要求。

第十条规定，国家设立反外国制裁工作协调机制，负

<sup>4</sup>同上注。

<sup>5</sup>这和我国《行政诉讼法》的规定是一致的。《行政诉讼法》第十三条第（一）、（四）项规定，人民法院不予受理对“国防、外交等国家行为”和“法律规定由行政机关最终裁决的行政行为”等行为提起的行政诉讼。

责统筹协调相关工作。虽然前述第四条至第九条规定了国务院有关部门在确定、暂停、变更或者取消反制清单、反制措施方面具有决定权，我们理解相关决定可能由国家反外国制裁工作协调机制统筹协调。但是，协调机制的具体组成部门和工作机制，有待进一步明确。

## （五）相关主体的义务和责任

《反外国制裁法》第十一、十二、十四条规定了相关主体在本法项下承担的义务和责任：

“第十一条 我国境内的组织和个人应当执行国务院有关部门采取的反制措施。

对违反前款规定的组织和个人，国务院有关部门依法予以处理，限制或者禁止其从事相关活动。

第十二条 任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。

组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失。

第十四条 任何组织和个人不执行、不配合实施反制措施的，依法追究法律责任。”

以下表格总结和梳理了相关主体承担的义务和法律责任：

义务主体	义务内容	法律责任	金杜解读
我国境内的组织和个人 (第11条)	我国境内的组织和个人应当执行国务院有关部门采取的反制措施。	对违反前款规定的组织和个人，国务院有关部门依法予以处理，限制或者禁止其从事相关活动	<ul style="list-style-type: none"><li>境内的组织应包括外商投资企业、外国组织在华代表机构等。</li><li>“限制或者禁止其从事相关活动”中，“相关活动”的外延和内涵有待进一步明确。</li></ul>
任何组织和个人	任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。（第12条）	我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求停止侵害、赔偿损失。	<ul style="list-style-type: none"><li>“任何组织和个人”应既包括我国境内的组织和个人，也包括境外组织和个人，例如我国企业在境外设立的子公司。</li><li>“依法追究法律责任”中的法律责任包括哪些方面，有待明确。但我们倾向认为应不包括刑事责任。</li></ul>
	任何组织和个人不执行、不配合实施反制措施的，依法追究法律责任。（第14条）	依法追究法律责任。	

## （六）其他反制措施

《反外国制裁法》第十三条专门作出衔接性、兼容性规定如下：

“第十三条 对于危害我国主权、安全、发展利益的行为，除本法规定外，有关法律、行政法规、部门规章可以规定采取其他必要的反制措施。”

根据全国人大常委会法工委负责人的说明，本法之所以专门作出一个衔接性、兼容性规定，是考虑到我国现行法律中已有一些类似反制措施的规定，并为今后类似情况在法律上预留空间。现行法律法规中关于类似反制措施的规定包括《出口管制法》第四十八条、《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等。在本条的授权下，国务院有关部门可以在各自职权范围内，通过部门规章的方式规定采取其他必要的反制措施，维护我国主权、安全和发展利益。结合本法第十条的规定，我们理解反外国制裁工作协调机制将统筹协调相关立法工作。

## 三、热点问题解答

结合以上对《反外国制裁法》相关条款的分析解读，从企业的视角出发，我们根据相关实务经验总结了以下几方面的问题，并以问答方式提出了我们的初步见解。

### • Q1:

根据本法第四条的规定，“直接或者间接参与制定、决定、实施第三条所规定的歧视性限制措施的个人和组织”可能被列入反制清单，而第三条中采取“歧视性限制措施”的主体为“外国国家”，即国家行为。那么，这是否意味着反制清单的主要制裁对象就是针对国外政府组织或者国外政客，因此《反外国制裁法》对商业实体可能产生的实际影响并不大？

### A1:

根据第三条和第四条的规定，结合外交部之前公布的制裁措施分析可知，被列入反制清单的组织和个人中可能有一部分为以人权、涉港、涉疆等为借口干涉我国内政、对我国实施歧视性限制措施的政府组织或者作为主要推手的有关政客。但是我们理解，这并不意味着《反外国制裁法》不会对商业实体造成实质性影响。首先，“间接参与”“实施”第三条规定的歧视性限制措施的个人和组织也有可能被列入反制清单。如果相关歧视性限制措施涉及经贸商业领域，有关商业实体可能会受到影响。其次，第十五条规定，“对于外国国家、组织或者个人实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益的行为，需要采取必要反制措施的，参照本法有关规定执行。”相较于第三条中所提到的“国家行为”，“实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益”的范围则变得更为广泛，且这种情况可能出现在商业活动中，因此不排除外国商业实体由于在交易活动中的不当行为，导致其被我国列入反制清单或被施加反制措施的风险。

### • Q2:

反制清单与此前外交部公布的制裁名单和商务部公布的不可靠实体清单之间的关系是什么？

### A2:

第十三条规定“对于危害我国主权、安全、发展利益的行为，除本法规定外，有关法律、行政法规、部门规

章可以规定采取其他必要的反制措施。”该条规定被认为是对有关政府部门发布反制性质规章（如商务部发布《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》）的授权性规定，人大法工委负责人就反外国制裁法答记者问中的解读也印证了这一点。

因此，我们理解，国务院各有关部门可以依照以上授权进行反制裁相关立法活动，并发布反制清单（如外交部公布的制裁名单）或具有反制作用的清单（如商务部公布的不可靠实体清单、出口管制法下的管控名单等）。

• Q3:

第十二条规定“任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施”，是否意味着无论中国的内资企业还是外商投资企业，如由于遵守外国制裁要求的原因，拒绝与被列入外国政府发布的“黑名单”中的中国企业进行交易，则必然违反前述规定？

A3:

首先，如上所述，“歧视性限制措施”的范围还有待明确，是否一定涵盖所有外国政府发布的“黑名单”仍存在不确定性。但是我们倾向认为应当侧重于从本法第一条至第三条的立法宗旨和立法目的等宏观层面出发，同时结合与“公平性”相关的国际秩序、世贸组织相关规则或者国际贸易惯例等加以综合判断。其次，“执行和协助执行”前述“歧视性限制措施”与“合理遵守开展业务所需适用的外国法律”之间也应当有一定的界限。例如某中国企业因违反该国出口管制法律，违规从事核材料或者化学武器相关的国际贸易活动，所以被该国列入制裁名单，且因为同样原因被列入该清单的企业并不限于中国企业，则不应认定为构成“歧视性限制措施”。

• Q4:

假设外国国家将我国的国有企业A列入制裁黑名单的行为最终被我国政府认定为构成“歧视性限制行为”，然而另一家外商投资企业B基于其境外集团总部统一要求执行的全球性合规政策，坚持选择遵守该外国国家制裁黑名单的相关禁限规定，单方面终止了与国有企业A的相关项目合作。届时，企业A是否可以向人民法院提起诉讼，要求B企业停止侵害、赔偿损失？

A4:

外商投资企业B作为中国企业法人，负有严格遵守本法第十二条第一款规定的相关义务，不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。其次，企业B优先执行境外集团公司全球性合规政策的做法，也不会成为其免责的合法理由。因此，企业A可以依据该条第二款的规定，向人民法院提起诉讼，要求B企业停止侵害恢复合作或者要求其赔偿损失。

## 四、企业实操建议

### （一）持续关注中国反制立法动态

鉴于本次《反外国制裁法》呈现出的原则性和框架性特征较为明显，同时该法第十三条规定了衔接和兼容其他反制措施的条款，为后续我国有关部门规定类似反制措施预留了充分的空间。据此，建议企业应当随时关注中国反制法

---

律制度的最新动态，特别是相关实施细则、其他法律法规规定以及典型违法案例。

## （二）及时完善相关合同条款

随着《反外国制裁法》的正式颁布，中外法律斗争愈演愈烈，且预计这种态势在短时间内不会发生根本性改变。有鉴于此，建议企业应当尽快根据该法的有关规定重新审查现有交易合同或者模板，及时完善或者调整相关条款内容，包括但不限于补充约定中外法律发生冲突时的解决方式。

## （三）修改合规承诺文件

在2018年3月中美两国爆发贸易摩擦以来，中国企业更多专注于通过搭建涉美出口管制或经济制裁合规体系，达到有效预防被美列入实体清单或者SDN清单等相关风险。因此，在该体系项下作出的《管理层合规承诺声明》或者《合规承诺函/告知书》以及《合规手册》中都是更多强调遵守美国出口管制与经济制裁的重要性。然而，《反外国制裁法》已经正式实施，因此我们建议企业应当尽快将自身或者要求合作伙伴承诺遵守的法规范围调整为更加全面及中性的表述，同时全面审查现有境外合规管理制度文件中是否存在与《反外国制裁法》相抵触的内容。

## （四）加强风险评估及制定应急预案

作为中国企业有责任也有义务优先遵守作为本国法的《反外国制裁法》及其他中国反制法律法规的要求，其次才是在对外开展国际投资或者贸易活动过程中，遵守所需适用国家或者地区的法律法规。但是，如果在实际开展业务中不能做到未雨绸缪、则一旦发生中外法律冲突，将可能会导致重大交易项目中途夭折、又或海外投资难以正常获取收益等重大损失。因此，我们建议企业应当针对重大涉外项目加强事先风险评估，尽最大可能避免发生中外法律冲突的情形。除此之外，还应当牢固树立底线思维意识，就正在推进过程中的重大敏感或者风险较高的海外投资项目或者高度依赖国际供应链的国内项目等重新开展合规风险评估，建立包括但不限于协商退出等应急处置预案，最大限度降低由此带来的法律风险和重大损失。

*感谢实习生闫璐对本文的贡献。*

# 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》解读

冯晓鹏 景云峰 戴梦皓 Jeff Liu 刘艺涵 李慧斌

## 引言

2021年1月9日，经国务院批准，商务部颁布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（下称《阻断办法》）并由商务部条约法律司负责人以及权威专家以答记者问的方式对《阻断办法》的出台背景、制度设计和对企业的影响做出解读。<sup>1</sup>

2021年是“十四五”的开局之年，也是我国开启全面建设社会主义现代化国家新征程的开局之年。但是，当前经济全球化遭遇逆流，保护主义、单边主义上升，世界进入动荡变革期。<sup>2</sup>此时颁布该《阻断办法》，既表明了中国政府反对保护主义、单边主义的严正立场，也为受到外国法律与措施不当域外适用的公民和企业提供了切实的救济渠道。

结合商务部2020年9月颁布的《不可靠实体清单规定》，目前我国已经形成针对境外法律、境外措施、境外实体的不当适用或违法行为的应对闭环。《阻断办法》的出台无疑给频繁面临某些国家层面无端制裁或限制的中国企业注入了一剂“强心剂”。

实际上，类似的立法并非我国首创，遵守国际法和国际关系基本准则，尊重市场竞争原则和国际经贸规则，反对滥用国家力量打压外国企业，是国际社会的“众望所归”；拒绝承认和执行不当域外适用的外国法律与措施，并为本国公民和企业提供相关的保护和救济，也是众多国家和地区的通行做法。

《阻断办法》与欧盟、美国等地的相关立法存在哪些异同？具体为中国公民和企业提供了哪些保护措施和救济渠道？实务中又有哪些热点问题值得思考？下文将一一进行探讨。



冯晓鹏

fengxiaopeng@cn.kwm.com



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



戴梦皓

daimenghao@cn.kwm.com

<sup>1</sup> 商务部条约法律司负责人就《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》答记者问（参照<http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202101/20210103029779.shtml>）；《<阻断外国法律与措施不当域外适用办法>中英文文本及权威专家解读》，载“出口管制和制裁”微信公众号。

<sup>2</sup> 2020年10月14日，习近平在深圳经济特区建立40周年庆祝大会上的讲话节选。

## 一、制度对比

如前所述，阻断有关外国法律与措施的不当域外适用并非中国独有，欧盟、美国、加拿大、墨西哥、阿根廷等国家和地区先后制定了阻断立法。鉴于篇幅原因，我们在此仅就《阻断办法》与欧盟相关立法进行对比。

1996年，为对冲美国“域外法权”，欧盟理事会通过了Blocking Statute（下称《欧盟阻断法令》）<sup>3</sup>，禁止欧盟公民和法人遵守外国域外制裁的法律。2018年，为保护在伊朗境内运营的欧盟企业免受美国制裁，欧盟委员会通过了修订后的《欧盟阻断法令》<sup>4</sup>。

### （一）适用范围

《欧盟阻断法令》以附录形式确定了外国具有域外管辖权的法律法规以及相关措施，例如《赫尔姆斯—伯顿法》《达马多—肯尼迪法》等，禁止其在欧盟境内发生效力。类似的，我国《阻断办法》对阻断对象作出了概括性规定，具体是否存在不当域外适用情形，由主管部门即工作机制综合考虑相关因素评估确认；确定存在不当域外适用情形的，由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。《欧盟阻断法令》规定了适用的活动范围，包括欧盟与第三国之间的国际贸易和资本流动，以及与商贸相关的活动，这与我国《阻断办法》相关规定基本类似。

### （二）信息报告

《欧盟阻断法令》明确了阻断对象在其合法利益受到外国法律域外不当适用影响时，应当在获知该信息30天内向欧盟委员会报告并提供与条例立法目的有关的全部信息。该信息报告机制，包括30天内的报告时间，我国《阻断办法》均有所借鉴。但《欧盟阻断法令》规定了主管部门的主动保密义务，即欧盟委员会所获取的信息必定用于特定目的，对于获取的保密信息和商业秘密，应当承担保密义务，未经提供者明确许可，委员会不得对外披露；而

我国《阻断办法》规定的主管部门保密义务存在“报告人要求保密”这一前提。

### （三）禁止承认或执行制度

《欧盟阻断法令》明确规定，任何附录中的域外法律法规以及据此做出的域外判决、裁决和决定，都不得予以承认或执行。这条规定包含两层含义：一方面，禁止承认或执行外国具有域外管辖权的法律法规在欧盟境内发生效力；另一方面，如果第三国行政机关、司法机关、仲裁部门以及其他任何政府部门，依据上述法律法规做出的任何决定，在欧盟境内都不得承认或执行。<sup>5</sup>我国《阻断办法》也规定了该制度，但需要以国务院商务主管部门发布相关禁令为前提，而且主管部门工作机制可以根据实际情况决定中止或者撤销禁令。

### （四）禁止遵守制度

除要求禁止承认或执行外，《欧盟阻断法令》还要求，相关主体不得直接或通过子公司或其他中间主体，以积极作为或者故意不作为的方式，直接或间接遵守附录中列明的法律或基于法律而产生的任何要求和禁令，包括外国法院的请求。我国《阻断办法》目前并未明确规定类似制度，相关规定并没有明确需要遵守禁令的对象，只提到中国公民、法人或其他组织可以申请豁免遵守禁令并且提到“当事人”遵守禁令范围内的外国法律与措施如果侵害到了中国公民、法人或其他组织，可以被起诉。因此我国的《阻断办法》需要明确需要遵守禁令的对象。

### （五）豁免制度

《欧盟阻断法令》在要求相关主体禁止遵守的同时也规定了某些特定情形下的例外豁免制度，即如果相关主体有证据证明不遵守外国立法将会对其自身或欧盟利益造成重大损失的，可以申请提出全部或部分遵守。我国《阻断办法》也规定了相应的豁免制度，即相关主体可以向国务院商务主管部门提交书面申请，说明申请豁免的理由以及

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) No 2271/96

<sup>4</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2018/1100

<sup>5</sup> 《欧盟阻断法令情况及对中国的启示》，何波，《国际贸易》，2019，（10）。



申请豁免的范围等内容。但是,《阻断办法》只要求相关主体说明豁免的理由,并未对理由进行具体限制,是否获得豁免由主管部门决定。

## （六）追偿制度

追偿制度最初是为应对《赫尔姆斯—伯顿法》而设计。根据《赫尔姆斯—伯顿法》第302节规定,对古巴政府自1959年1月1日以来没收充公的财产享有请求权的美国公民可以在法院起诉,向与该财产进行“交易”的任何入索赔。为应对这一通过诉讼方式实现美国“域外法权”的规定,《欧盟阻断法令》设计了追偿制度予以反制。《欧盟阻断法令》允许受外国法律域外适用影响的欧盟相关主体向对其造成损害的自然人、法人以及任何其他实体追偿损失。同时,该法令为欧盟相关主体提供了非常广泛而细致的保护,内容包括赔偿范围、追偿对象、追偿手段、追偿法律适用。我国《阻断办法》也规定了合法权益受损的相关主体向我国法院起诉及申请法院强制执行的权利,但赔偿范围等具体内容尚有待明确。

## 二、法条解读

### （一）适用范围与判断标准

根据《阻断办法》第二条的规定,本办法的针对对象是外国法律与措施,适用条件是:(1)这些外国法律与措施存在域外适用的情形;(2)且,违反了国际法和国际关系基本准则;(3)且,不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动。值得关注的是,《阻断办法》尚未明确如果某国因出口管制或制裁措施限制中国境内实体之间进行交易时,能否适用《阻断办法》。

但有一点可以明确,《阻断办法》并非“一刀切”式地反对“长臂管辖”原则,而是反对境外法律及措施的不当域外适用。由此就牵涉出“不当”的判断标准问题。《阻断办法》第六条列举了四项评估因素:

- 是否违反国际法和国际关系基本准则;
- 对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响;

- 对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响;
- 其他应当考虑的因素。

从立法技术的角度看,这些评估因素都还有细化的空间,比如对中国企业合法权益可能产生的影响需要通过立法层面的实施细则完成,也可能通过执法或司法案例予以指引。在具体的判断标准明确之前,我们从第二条的字面含义倾向认为,《阻断办法》适用的大前提是外国法律或措施存在明显违反国际法和国际关系基本准则,通过经济制裁等手段对中国公民或企业与第三国(地区)实体进行正常的经贸及相关活动造成或可能造成侵害的情况。但是,并不包括中国境内不同实体之间交易受到影响的情况。为此,我们建议企业针对适用范围及对象等有关重要问题,事先向国务院商务主管部门如实报告,以获取官方的正式认定意见,避免未来产生任何法律风险。

### （二）主管部门

与商务部2020年颁布的《不可靠实体清单规定》一样,本法的主管部门同样是由中央国家机关有关部门参加的工作机制(下称“工作机制”),并且进一步明确了工作机制的构成:由国务院商务主管部门牵头,具体事宜由商务部、发改委会同其他有关部门负责。据此预计,在本法实施过程中,外交部、海关总署、国安部、公安部、国家市场监督管理总局等部门也会基于各自的主管事权参与、配合开展相关工作。

### （三）报告制度

根据《阻断办法》第五条之规定,我国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的,应当在30日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。

如果报告人要求保密,主管部门应当为其保密,如违法泄密,相关工作人员将被给予处罚甚至追究刑事责任。同时,报告人也负有如实报告义务,否则可能被给予警告并处以罚款。

#### （四）禁令制度

禁令制度包括禁令发布、禁令遵守和禁令豁免三部分内容。

**禁令发布：**如确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形，工作机制可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。禁令发布后，工作机制也可以根据实际情况决定中止或者撤销禁令。

**禁令遵守：**禁令发布后即产生强制效力，如不遵守该禁令，相关主体不仅可能会被合法权益受侵害方要求民事赔偿，也会被国务院商务主管部门给予警告，责令限期改正，并可以根据情节轻重处以罚款。

**禁令豁免：**中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。申请人应当提交书面申请，申请书应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。主管部门应当自受理申请之日起30日内作出是否批准的决定；情况紧急时应当及时作出决定。

关于禁令的适用主体是否同样包括境外企业存在一定的争议，我们倾向性认为禁令制度并不针对境外企业产生约束力，否则申请禁令豁免的主体就不应当仅限于“中国公民、法人或者其他组织”。另外，由于违反禁令而受到主管部门的警告和罚款在适用于境外企业时也很难执行。

#### （五）追偿制度

《阻断办法》第九条规定了追偿制度：中国公民、法人或者其他组织由于相关主体遵守禁令范围内的外国法律与措施，其合法权益受侵害的，可以向我国法院起诉及申请法院强制执行，但相关当事人依法获得豁免的除外。根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公

民、法人或者其他组织遭受损失的，受损失方也可以依法起诉，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。

与《欧盟阻断法令》相比，由于《阻断办法》尚未对赔偿范围、追偿对象、追偿手段、追偿法律适用等方面的问题进行具体规定，因此在司法实践中会存在较大的自由裁量空间，现阶段围绕“赔偿金额如何计算”、“获益的当事人是否包括境外主体”等问题尚存不同意见，有待后续加以明确。

#### （六）支持措施

针对《阻断办法》实施过程中需要救济的主体可能面临的困难，《阻断办法》第十条与第十一条规定了相应的支持措施，包括：工作机制成员单位负有为中国公民、法人或者其他组织应对外国法律与措施不当域外适用提供指导和服务的职责；相关主体遵守禁令，拒绝遵守有关外国法律与措施，并因此受到重大损失的，由政府有关部门根据具体情况给予必要的支持。

### 三、实务思考

#### （一）未如实报告或违反禁令的法律责任

《阻断办法》第十三条规定了未如实报告或违反禁令的法律责任，其中，罚款金额问题受到很多中国企业的关注。对此，根据《行政处罚法》<sup>6</sup>第十二条第2款<sup>7</sup>以及《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》<sup>8</sup>（国发〔1996〕13号）第二条第2款<sup>9</sup>规定：国务院各部门制定的规章对非经营活动中的违法行为设定罚款不得超过1000元；对经营活动中的违法行为，有违法所得的，设定罚款不得超过违法所得的3倍，但是最高不得超过30000元，没有违法所得的，设定罚款不得超过10000元；超过上述限额的，应当报国务院批准。据此可知，根据现行有效的法律法规，中国企业或个人等因违反如实报告义务或禁令要求，将可能面临最高3万元的行政处罚。

<sup>6</sup>2017年9月1日修订，2018年1月1日施行。

<sup>7</sup>第十二条第2款：尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。

<sup>8</sup>1996年4月15日公布，同日实施。

<sup>9</sup>国务院各部门制定的规章对非经营活动中的违法行为设定罚款不得超过1000元；对经营活动中的违法行为，有违法所得的，设定罚款不得超过违法所得的3倍，但是最高不得超过30000元，没有违法所得的，设定罚款不得超过10000元；超过上述限额的，应当报国务院批准（后略）。

但是，随着《行政处罚法》的修改落地，不排除会提高该罚款幅度上限的可能性。届时，《阻断办法》下的未如实报告或违反禁令行为是否属于“经营活动中的违法行为”的认定<sup>10</sup>会涉及需要适用的罚款上限，因此未来也期待一并得到明确。

## （二）被动式申请豁免

工作机制在对外国法律与措施的不当域外适用开展认定时，还应充分考虑到被动式申请豁免的情形。例如，某些外国法律或者措施仅是导致部分中国企业的合法权益受到侵害，或者其中还有部分企业获得了外国政府的相关许可，如果将该外国法律或者措施概括性地认定为“不当域外适用”情形并列入禁令，则会导致后者必须依法申请豁免，进而给企业增加一定的负担。

## （三）单边出口管制合规条款的风险性

受到中美贸易摩擦的影响，特别是近年来美国不断强化其出口管制与经济制裁等相关法律法规的域外适用效力，掀起了逆全球化风潮，导致国际供应链及产业链承受了很大压力，在建项目因此引发履约争议的事例不断增加。同时，部分金融机构也因为无法脱离美元为主的美国结算体系，进而采取了过度保守合规政策。在此特殊背景下，为了预防发生涉美出口管制导致的供应链中断风险或者经济制裁引发的业务停摆风险，部分企业选择在交易合同中加入涉美出口管制合规义务条款或者要求交易合作方签署涉美出口管制合规承诺书等。但需提醒注意，如果该等单边条款所依据的美国法律法规被工作机制判定为存在不当域外适用情形且被列入禁令范围时，交易相对方或者

义务方可以主张其合法权益受到侵害，向人民法院提起诉讼，要求赔偿损失。对此，作为企业来讲，在未来拟定或者修改有关合规义务条款时是否需要采取更为客观、中立、综合的表述更为稳妥、以及针对特殊交易或者项目是否应当充分利用报告制度以及禁令豁免制度等实务问题均值得深入探讨。

## （四）政府给予必要支持的具体内涵

在全球经济一体化及高度融合、相互依存的今天，企业如果拒绝遵守被列入禁令范围的有关外国法律与措施，可能会面临境外资产受到冻结等重大损失。对此，《阻断办法》第十一条规定了政府将给予必要的支持。这里所指的“必要”的范围如何判定？“支持”是否可以包括经济性补偿？如果包括又该如何计算等问题均会受到企业的高度关注，同样期待在后续执法实践中予以明确。

## 结语

在《不可靠实体清单规定》以及《中国出口管制法》引发了市场的强烈反响后，《阻断办法》再次引起了各界的高度关注。在此，借用权威专家回答记者提问的内容：《阻断办法》的出台，表明了中国政府反对外国法律与措施不当域外适用的严正立场，提供了保障企业合法权益的救济渠道，也体现了中国维护国际经贸秩序的责任担当。但是另一方面，中国企业在开展国际化业务中，如何在各国法律法规交叉监管的“夹缝”中做到稳中求胜，将可能会成为未来很长一段时间内无法回避的重要课题。

*感谢林漫琪对本文所作的贡献。*

<sup>10</sup>有观点认为：经营活动中的违法行为，是指以营利为目的的违法行为或者与经营活动密切相关的违法行为，除此之外的其他违法行为属于非经营活动中的违法行为。（《关于行政处罚听证程序中所指经营活动和非经济活动中的违法行为如何认定的复函》。请参考[http://tjj.luzhou.gov.cn/yfzt/zcfg/content\\_559308](http://tjj.luzhou.gov.cn/yfzt/zcfg/content_559308)。

# 海关监管



# 阶段报告 | RCEP 为中资企业出海东南亚带来机遇与挑战

冯晓鹏 李思然

自2022年1月1日《区域全面经济伙伴关系协定》（简称RCEP）正式生效，全球人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区正式落地。根据海关公布的最新数据，上半年，我国对东盟、欧盟、美国分别进出口2.95万亿、2.71万亿和2.47万亿元，分别增长了10.6%、7.5%和11.7%。同期，我国对RCEP贸易伙伴进出口增长5.6%，RCEP带来的利好影响正在逐步显现。

RCEP生效以来，我们时刻关注中资企业出海东南亚最新发展动态，与政府机构、第三方金融机构和物流企业等跨境电商参与主体一道，了解中资出海企业在RCEP生效后的经济收益和发展变化。在此背景下，我们把了解、收集的信息付诸笔端，形成此阶段报告，希望能够为中资企业出海东南亚市场带来助益。

笔者将从法律视角出发，分享中资企业如何运用RCEP规则，灵活进行产业布局，并探讨中资企业面临的法律、金融、制度文化挑战。此外，在复杂的国际形势下，笔者为企业如何准确看待原产地管理与出口管制的联系与区别，并合理使用争端解决机制保护自身权益提出建议。

## 一、如何看待RCEP为中资企业带来的机遇？

### （一）从跨境电商出海市场的角度

随着2022年RCEP正式生效，跨境电商企业将率先享受到RCEP政策红利，从市场准入扩大、贸易便利化，到关税减让等措施，给跨境电商行业发展带来更优渥的营商环境。伴随电商行业的成长，也会带动区域内包括物流及仓储等电商基础设施建设的快速发展。



冯晓鹏

fengxiaopeng@cn.kwm.com

RCEP协定可以分成三部分来看，第一部分是中、日、韩三国之间的贸易关系，第二部分是中国和东盟之间的关系，第三部分是中国与澳大利亚、新西兰之间的关系。

其中，对于中国出口到日本的企业来说，RCEP有利于跨境电商企业开拓此前对中国进口产品征收关税颇高的日本市场。RCEP协定签署后，日本对中国产品的免关税比例将达到88%。关税的减免有望降低我国跨境电商企业出口商品在进口国的税费成本，进而为海外市场的用户带来更加优惠的价格，提高出口商品的市场竞争力。

对于中国与澳大利亚、新西兰之间的关系而言，RCEP实施后，其关税减让将与中国-澳大利亚，与中国-新西兰自贸协定等区域贸易协定并行实施，形成税率交叉，同一项货物在不同协定下对应不同降税水平和原产地规则。因此，企业应针对自身进口货物，比较不同优惠贸易协定（安排）下的降税水平及原产地规则，综合考量协定税率、原产地标准和原产地证明程序等，选择最适用需求的优惠贸易协定政策红利。

而在这三层贸易关系中，东南亚电商市场潜力大。2022年东南亚的电商销售总额预计将达到896.7亿美元，同比增长20.6%，为全球增长幅度较高的地区。预计到2025年，东南亚地区电商市场规模将达到2340亿美元。中国和东盟之间的贸易很大一部分是供应链贸易，即基于出口欧美消费品的制造而展开的制造分工。东盟地区是中国跨境电商物流全球网络的重要支点。2021年6月，东盟与欧盟完成了区域间全面航空运输协定（AECATA）谈判，协定显示，东盟与欧盟成员国的航空公司在两个区域间的直航服务数量将不受限制；对于通往或途经区域之外的第三个国家的航线，航空公司每周可飞行14个载客航班，货物运输航班不受限制。这将推动区域间经济从新冠疫情打击中复苏。结合RCEP项下的原产地累积规则，东盟地区的物流发展不仅有助于企业灵活地进行产业布局，降低生产成本，还将极大促进区域产业链深度融合，加速传统外贸企业出海。

## （二）从原产地积累的角度

原产地累积规则是RCEP达成的一个重要成果，RCEP累积规则是产品生产过程中，在确定产品原产资格时，把RCEP其他成员国原产材料视为产品生产国的原产材料，合并计算原产材料区域价值成分。比如，我国国产机器销往RCEP成员国，使用累积规则，这台机器从日本、韩国等成员国进口的零部件就可以被累加到原产价值中，这将显著降低我国出口企业享受RCEP关税优惠的门槛。

举个例子，假如我国的一家工厂生产冰箱出口东盟，生产中使用了韩国的压缩机及其零部件，且超过冰箱总机价格的60%，如果适用中国-东盟自贸协定，由于没有达到规定的区域价值成份40%的原产地标准，中国企业出口东盟不能享受关税减让。但是在RCEP项下，韩国压缩机可以视为区域的原产材料加以累积，中国企业出口东盟就可以享受关税减让。

中国-东盟自贸协定	RCEP
由于没有达到规定的区域价值成份40%的原产地标准，中国企业出口东盟不能享受关税减让。	韩国压缩机可以视为区域的原产材料加以累积，中国企业出口东盟就可以享受关税减让。

## 二、如何看待RCEP为中资企业出海带来的挑战？

### （一）法律风险

除日本外，中国与其他贸易伙伴国在RCEP签署之前已有双边或者多边的自贸协定或者优惠贸易安排，因此并不是自贸协定越新，货物能够享受到的关税越优惠。对于过渡期内（主要是10年、15年、20年）降为零关税的产品，RCEP协定下承诺的关税水平并不一定比现有的各种自贸协定或优惠贸易安排的关税低。

例如：某家企业出口大理石到马来西亚，企业申请了RCEP原产地证书。这种大理石产品在中国-东盟自贸协定已经是零关税（中国-东盟框架协议自2004年开始生效），然而目前RCEP对马来西亚生效第一年，这种产品的RCEP关税税率是30%，因此当选择申请RCEP原产地证书，企业将被征收更多税费。通过这个案例，提醒企业注意在申请原产地证书之前，可以查询一下货物相关的关税情况，选择最优关税。自贸协定对于企业既是机遇也是挑战，企业如果没有用好优惠关税带来的红利，也可能失去产业优势。

### （二）金融挑战

以某物流企业（出口电商服务商）为例，该物流企业海外子公司开户行分散，总部还与海外本土银行沟通存在文化差异，希望加强对海外子公司的账户管控权，提升资金管理效率，配合全球化拓展战略。另外，旺季需要提前预定仓位、货柜，有资金周转需要；多家供应商有小币种支付需求，需要支付本地货币；疫情期间跨境资金收付款不便利，影响该物流企业及合作伙伴的合作体验。最后，该物流企业应收/应付账款涉及多币种，外汇风险较高。<sup>1</sup>

以某出口电商（自建独立站模式）为例，该企业全球业务扩张迅速，在亚洲、欧洲、北美洲、大洋洲等多个国家/地区设有实体法人，需要开立银行账户以及统一高效的账户管理；收付款及定价币种超过30个，外汇敞口管理难度较大；有大量海外销售、物流等服务费用支付需求，付款时间长且不便利；该出口电商境内外资金流动性较低，难以满足战略扩张及日常经营管理需求。<sup>2</sup>

### （三）制度文化挑战

因东南亚各国历史、文化和社会发展等的不同，知识产权法律制度也存在较大差异。东盟各国中除泰国外，其他九国都曾长期受到殖民统治，各自的知识产权法在一定程度上也深受这些国家的影响。如菲律宾、新加坡、文莱、马来西亚等国家深受英国、美国历史的影响，均继承了英美普通法传统。在上述国家的知识产权保护框架中，英国、美国的法律体系的判例法具有重要地位。此外，越南、柬埔寨、泰国等国则沿袭了德国、法国的法律习惯，形成了以成文法为支柱的知识产权保护体系。

在主要的知识产权国际公约中，东盟十国全部加入的有《建立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs 协议）。在所统计的有东盟国家加入的20个知识产权国际公约中<sup>3</sup>，新加坡以加入了16个知识产权国

<sup>1</sup> 《金融 | 跨境出口电商常见痛点及金融解决方案》，<https://mp.weixin.qq.com/s/wWwTbW6hTKdY9OH8ayFleQ>。

<sup>2</sup> 《金融 | 跨境出口电商常见痛点及金融解决方案》，<https://mp.weixin.qq.com/s/wWwTbW6hTKdY9OH8ayFleQ>。

<sup>3</sup> 除缅甸外的其他东盟国家都加入了《保护工业产权巴黎公约》（《巴黎公约》）、《世界版权公约》和《专利合作条约》（PCT）；除柬埔寨、缅甸以外的东盟八国都加入了《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》；除马来西亚、缅甸以外的东盟八国都加入了《商标国际注册马德里协定》（《马德里协定》）。除此之外，其他的知识产权国际公约东盟各国加入的情况各异，其中，《保护奥林匹克会徽内罗毕条约》（《内罗毕条约》）只有印度尼西亚加入，《商标法新加坡条约》只有新加坡加入，《建立商标图形要素国际分类维也纳协定》（《维也纳协定》）只有马来西亚加入，《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》（《洛迦诺协定》）、《国际专利分类斯特拉斯堡协定》（《斯特拉斯堡协定》）等国际公约则没有一个东盟国家加入。

际公约而高居东盟国家榜首，缅甸因只加入了2个知识产权国际公约而位于末尾。由此可见，东盟国家的知识产权制度虽然已经达到了TRIPs协议的要求，但执行程度和国际化程度都不高。

由于知识产权的地域性特征，从中国输入到东盟各国的产品的知识产权可能不会得到这些国家的认可和保护。尤其是专利权或商标权已在中国境内注册，但在境外被抢注的现象时有发生。中国投资企业的专利技术在具备优势的情况下，有可能被盗用或伪造，更有甚者，为获得更大的经济利益，在中国境内抢注专利，导致中国企业丧失东盟市场的专利自主权，在技术专利占优势的情况下，反而被指控侵犯其他国家的知识产权，失去了市场优势和交易机会。

### 三、RCEP项下给予跨境电商的合规建议

#### （一）原产地管理与出口管制

考虑到RCEP对于企业在区域内自由贸易的促进作用以及对跨境供应链安排的巨大影响，特别是在新冠肺炎疫情暴发以及中美贸易摩擦的大环境下区域协定所能带来的经济活力，建议相关企业深入分析自身商品、产业链情况，针对不同商品适用的原产地规则，提前做好生产和物流等方面的安排，并加快企业进出口业务系统和管理程序的优化。必要时，可以寻求专业服务机构的帮助，运用较为成熟的原产地管理信息系统，高效分析RCEP协定给企业价值链带来的变化，用好自由贸易协定优惠政策。

需要提醒企业的是，在进行原产地管理时，不能对美国出口管制管控抱有侥幸心理。美国出口管制的判断标准，和海关意义上的原产地规则，是两个独立的体系。

美国的出口管制主要分为两种：一种是规范军用产品的《国际武器贸易条例》简称ITAR，另一种是管理军民两用产品的《出口管制条例》，简称EAR。在EAR的范围里，受到管辖的产品又可分为管控程度较低的一类产品：称之为EAR99（比如一支美国原产的笔）和具有Export Control Classification Number（ECCN编码）的产品（比如美国原产的芯片，其ECCN编码是3A001）。

美国出口管制的效力范围非常广，不仅包括属人管辖、属地管辖，也包括属物管辖，即在外国制造的但含有超过一定比例的美国管制的部件或软件的物品，以及外国制造的但基于美国技术或软件的物品，都在出口管制的效力范围之内。例如中国台湾制造的芯片，如果该芯片利用了3E001的技术生产，而3E001的技术属于因为国家安全原因受到管控的技术，则生产出的3A001的芯片也会受到EAR管辖。

而原产地，是货物的“经济国籍”，是生产、采集、饲养、提取、加工和制造产品的所在地。常见的原产地规则，包括完全获得标准、实质性改变标准以及补充规则。

例如，如果某手机生产企业在生产过程中美国芯片技术成分比例占20%（超过管制比例），即使剩下的所有零部件都是在越南生产，可以拿到越南的原产地证，也不能出口到美国全面禁运国家。

对于中国企业而言，如果违反了美国的出口管制法律，则可能被美国商务部列入“实体清单”的黑名单，从而导致自身无法获取任何受到EAR管辖的物项。企业一旦被列入“实体清单”，可以向BIS的最终用户审查委员会（End-User Review Committee, ERC）提出申请，向ERC证明其所指控的“风险”不再存在，且申请者积极遵守EAR的规定。



## （二）利用争端解决机制

RCEP争端解决机制适用于缔约方之间与RCEP解释和适用相关的争端解决以及一缔约方认为另一缔约方的措施与RCEP项下的义务不相符或者另一缔约方未履行本协定项下的义务。值得注意的是，RCEP的争端解决机制，适用于缔约方之间，比如日本和韩国之间；对于一缔约方和另一缔约方的企业、个人之间的争端，并不适用，也就是说，如果一家泰国水果生产公司认为新西兰的某项政策不符合RCEP的相关规定，此争端不适用RCEP的争端解决机制。

2021年我国推出北明（跨境）商事争议在线解决平台，实现异步调解、背靠背调解，并提供视频调解、文书智能生成、在线签署等多项功能；调解不成，企业还能在线申请仲裁，平台支持仲裁文书的智能生成、裁决书的在线送达，进一步推动争议的实质性化解。这类平台与机制可为RCEP电商争端解决所借鉴及利用。与此同时，仲裁解决具有独立性、契约性、可执行性等优势，如果在RCEP跨境下碰到国际贸易纠纷，商家可通过仲裁解决贸易争端。

## 四、贸促会出具的“不可抗力”事实证明

在疫情防控期间，中资企业出海有较多不可抗力相关事件的纠纷产生。假设中国公司为货物出口卖方，不排除部分国家因为疫情而对进口货物采取“禁止入境”的相对极端措施；或者部分境外公司可能因为疫情而拒收货物，或者因为卖方复工推迟、检疫增多、航路延误甚至取消，而主张变更甚至解除合同、并相应主张中国卖方承担违约责任。

在此情况下，国内企业在国际贸易中通常会考虑向中国国际贸易促进委员会（贸促会）请求出具所谓“不可抗力”证明。以上海市贸促会为例，应申请人的申请，上海市贸促会对与不可抗力有关的事实进行证明。根据《中华人民共和国对外贸易法》和国务院批准的《中国国际贸易促进委员会章程》，贸促会作为独立第三方可以出具包括不可抗力证明在内的各类商事证明书，并且在实践中得广范应用和充分证明，符合国际贸易惯例。

值得注意的是，贸促会出具的是与不可抗力“有关的事实”的证明，落脚点在于证明有关事实的发生，而非在法律上认定该事实是否必然构成不可抗力。具体就该等经证明后的事实，是否构成“不可抗力”，需要根据当事人合同约定的适用法律规定、合同约定以及个案具体事实认定。

## 结语

在新冠肺炎疫情全球大流行和贸易保护主义抬头的当下，RCEP协定生效对外发出反对单边主义和贸易保护主义、支持自由贸易和维护多边贸易体制的强烈信号，能够提高亚洲地区经贸开放合作共识、增强亚洲区域经贸政策的稳定性，为提振地区和全球贸易信心、促进地区产业链融合、捍卫自由贸易和多边机制注入一剂“强心针”。

RCEP生效后，各成员之间关税门槛将显著降低，大幅削弱了关税壁垒，有助于区域内经济要素的自由流动，拉动成员之间的贸易活跃程度。此外，协定生效还将进一步推动亚太地区经济、贸易、投资等领域的合作框架和机制的构建，逐步提升成员自身开放水平，促进地区经贸联系向深层次发展。<sup>4</sup>

<sup>4</sup>以上内容节选自中国海关出版社有限公司2022年3月出版发行的《跨境电商大监管：底层逻辑、合规运营与案例评析》。

# 跨境电商“一件代发” 商业模式、法律风险 及合规建议

冯晓鹏



冯晓鹏

fengxiaopeng@cn.kwm.com

“一件代发”（Drop Shipping<sup>1</sup>）这个概念来源于网店的兴起，诞生于零售商与批发商或制造商的交互之中，由消费者在零售商处下单，零售商省略进货的环节，通过批发商或制造商直发消费者，降低交易成本。在一件代发模式中，零售商承担类似“中介”的身份。

随着跨境电商行业的兴起，一件代发模式也被引入到跨境电商的行业之中，形成跨境电商一件代发商业模式。按照一件代发的概念，以及业界对于跨境电商一件代发模式从零售商和批发商不同角度的不同解释，在此进行简单说明：

- (1) 从海外仓角度（批发商）：从发货层面解释跨境电商一件代发，强调其作为一件代发的发货人支持订单的履约，无论需要代发的货品数量多少，即使只有一件，海外仓也会代发出去。
- (2) 从跨境电商一件代卖家角度（零售商）：跨境电商一件代发模式又称“无货源跨境电商一件代发”（后文如无明确说明，跨境电商一件代发即指卖家角度的无货源跨境电商一件代发），指的是涉及商品跨境Drop Shipping的操作。

笔者将从跨境电商一件代发的商业模式开始分析，以法律视角分析其可能存在的法律风险。

## 一、跨境电商一件代发的商业模式及分析

### （一）跨境电商一件代发的商业模式

跨境电商一件代发模式中，卖家会从已经协商或未经协商的供应商处挑选自己想要进行售卖的产品，并放入自己店铺或自己搭建的电商平台内进行展示销售。消费者从卖家店铺下单，卖家会向供应商进行采购，并通过系统操作将信息转至供应商，由供应商发往货代进行打包并贴上国际物

<sup>1</sup> Drop shipping, 外贸术语, 是供应链管理中的一种方法。零售商不需商品库存, 而是把客户订单和装运细节给供应商, 供应商将货物直接发送给最终客户。而零售商赚取批发和零售价格之间的差价。

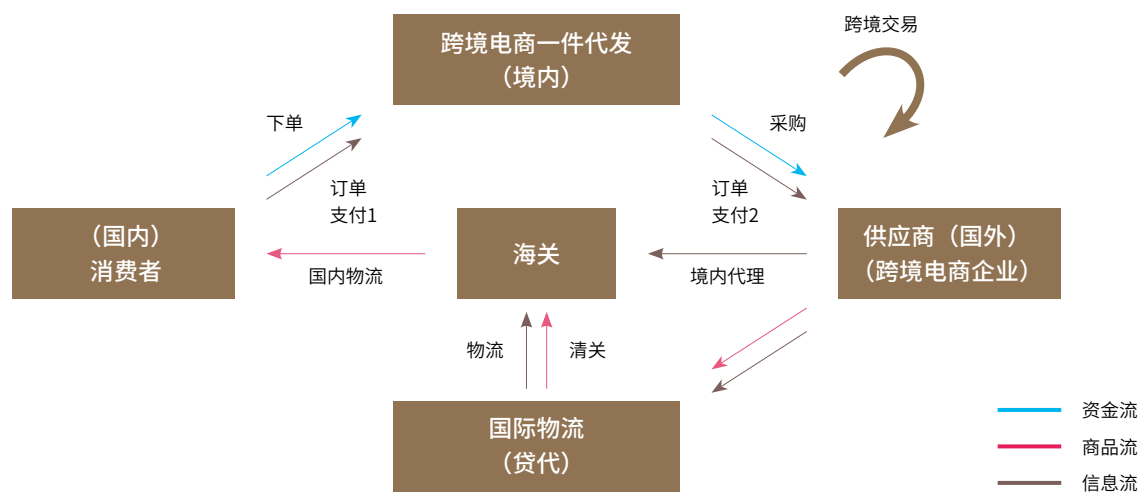
流面单后发往国际物流公司（货代角色也可能由国际物流公司担任），由国际物流公司派送到目的国进行清关，清关完成后由目的国快递物流公司将商品送到消费者手上。

跨境电商一件代发进出口主要是在9610（跨境电商零售直邮进出口）模式下以B2C的交易模式进行，跨境电商一件代发不同方式进出口的主要区别在于消费者、跨境一件代卖家以及供应商所在地的不同：

### 1. 跨境电商一件代发进口

跨境电商一件代发进口主要是国内消费者向跨境一件代卖家下单，卖家向境外供应商采购后，供应商通过国际物流送到消费者手上。跨境电商一件代发进口主要存在以下两种模式：

- (1) 国内跨境一件代卖家进口流程：自己搭建电商平台或利用已有的电商平台建立店铺。这种跨境电商一件代卖家存在于境内，卖家于淘宝等平台挂售从境外供应商处挑选的商品，当消费者向卖家下单后，卖家向供应商进行采购，供应商通过国际物流将商品送到消费者手里。这种跨境电商一件代发模式下，跨境交易实际发生于一件代卖家与供应商之间，且跨境电商一件代卖家多未与海关联网，而是通过有资质的跨境供应商的境内代理公司向海关传输三单数据。



#### 国内跨境电商一件代卖家进口流程

淘宝上有部分店铺采取上述流程，如进口保健品。保健品以跨境电商一件代发进口，享受跨境电商零售进口优惠政策，只收9.1%的综合税；如果采取一般贸易进口，则要收13%的增值税；如果采取个人邮寄进境的方式，按照海关对保健品行邮税的规定<sup>2</sup>，也要收13%的行邮税。

- (2) 国外跨境一件代卖家进口流程：多以较大型跨境电商平台为主，这种跨境电商一件代卖家位于境外，卖家与供应商达成协议，将供应商的商品挂售，当消费者向卖家下单后，卖家通知供应商发货，供应商通过国际物流将商品送到消费者手里并定期与卖家结付货款。这种跨境电商一件代发模式下，跨境交易发生于消费者与一件代卖家之间，跨境电商一件代卖家将订单与支付单“推单”给供应商，通过有资质的跨境供应

<sup>2</sup>来源: <https://www.bankofchina.com/bcservice/bi6/201407/P020140704647118679097.pdf>



例如：2020年左右，网上如雨后春笋般出现的跨境电商一件代发教学视频，教的就是如何执行上述流程。大致是让卖家通过将境内电商平台上一些店铺的商品如手机壳等挂在亚马逊平台上向境外进行售卖出口，赚取差价。

## 二、跨境电商一件代发模式的商业逻辑和优点

### （一）跨境电商一件代发的商业逻辑

跨境电商一件代发模式是一种诞生未久、利用信息差与互联网技术的跨国新零售模式。其没有改变零售的本质，而是通过“消费者-卖家-供应商-消费者”的模式创新与跨境电商技术、ERP<sup>3</sup>等信息技术实现了跨境供需的更加紧密对接以及对资源的优化配置。

### （二）对于中小微企业以及个体经营者的主要优势

- （1）门槛低、上手简单：想从事跨境电商一件代发的卖家只需要通过电商平台“一键开店”并且从供应商处选商品放到自己的电商平台即可。从事此类跨境电商业务的卖家无需向海关注册登记。
- （2）资金成本低：只有开店要交的的必要费用，为代发货省去了库存的成本，新手卖家可以用更多的资金投入广告营销及日常经营等方面，起步更快。并且因为无需库存，卖家可以随时调整自己产品销售的策略以应对市场需求。
- （3）时间投入少：因为只需通过所在或自行搭建的电商平台接单而不需要自己考虑打包发货等流程，对于卖家来说，该模式省时间且时间安排自由，适合作为副业。

基于上述优点，加上完善的电商平台体系以及一件代发的模式，中小微企业及个体经营者不需要投入太多的资金成本以及时间成本即可创业，且无需囤货的模式给予了中小微企业及个体经营者更强的规避风险能力以及更快的针对市场进行调节转换销售策略的反应能力。因此，越来越多的中小微企业及个体经营者加入到跨境电商一件代发行业中来。

### （三）对于较大型企业的主要优势

相比中小微企业及个体经营者，大型企业资金充足，且拥有充足的时间精力处理各类事件。但笔者认为，跨境电商一件代发对于大型企业，也有不可替代的作用：

- （1）提高效率：B2B传统贸易模式下的大批量商品的出口和仓储，对于大型企业而言依旧存在一定的资金压力，以及存在因商品滞销而被销毁的损失风险。而跨境电商一件代发模式使供需匹配，减少风险的同时也提高了企业资金流转的速度，从而提高企业效率，推动企业发展。
- （2）提高知名度：电商平台一键开店的规则在于吸引更多的卖家，从而扩大自身经营范围、规模等。跨境电商一件代发政策允许了更多缺乏资金时间条件的企业与个人开店，扩大了电商平台规模、丰富了平台的产品选择、提高了电商平台知名度。这也是大型电商平台越来越重视跨境电商一件代发，并推出方便跨境一件代发的规则的原因之一。

<sup>3</sup>企业资源计划即 ERP (Enterprise Resource Planning)，是指建立在信息技术基础上，以系统化的管理思想，为企业决策层及员工提供决策运行手段的管理平台。

(3) 有利于跨境电商平台实现资源整合、拓宽渠道：根据“木桶理论”，跨境电商平台优势在于渠道与资源整合能力，通过跨境电商一件代发的模式，跨境电商平台将资源整合的能力充分发挥，与各供应商的产品制造优势相结合，并为其提供销售渠道，实现供需精准对接，互利双赢。

综上所述，跨境电商一件代发模式提高企业运营效率、知名度、以及企业发展中非常重要的信息资源整合能力，为企业进一步发展，走向世界舞台提供了渠道与支撑力。例如，1688平台为全球一件代卖家提供货源，该平台实际上拥有数十万供应商提供的数百万种产品，是目前国内乃至国际最大的支持跨境一件代发的跨境电商平台。<sup>4</sup>

### 三、跨境电商一件代发的法律风险

#### (一) 违反消费者权益保护的风险

##### 1. 产品质量风险

根据《电子商务法》第十三条规定：电子商务经营者销售的商品或者提供的服务应当符合保障人身、财产安全的要求和环境保护要求，不得销售或者提供法律、行政法规禁止交易的商品或者服务。在跨境电商一件代发的商业模式中，卖家从头到尾与商品没有实际接触，故难以保证其从供应商处采购的产品质量。另外，由于消费者在这种商业模式中不知道供应商的存在，且供应商只承担发货的责任，因此消费者与供应商不存在买卖双方之间的权利义务。

根据合同相对性原则，消费者通过网购的方式与卖家建立信息网络买卖合同关系，作为销售者的卖家无论是自行仓储发货，还是通过第三方一件代发，不会影响到双方买卖合同本身的性质。因此，卖家需承担一般合同义务，当产品质量出现问题，甚至造成消费者财产损害乃至生命健康权损害时，根据《消费者权益保护法》第四十九条<sup>5</sup>以及第五十二条<sup>6</sup>规定，卖家作为直接责任方需承担相应的人身和/或财产损害赔偿赔偿责任。

#### 2. 泄露消费者信息风险

跨境电商一件代发相比一般跨境电商模式所涉及的主体更多，因此具有更大的信息泄露风险。在跨境电商一件代发模式下，卖家将订单、支付单数据传输给供应商的过程中，不可避免地提供了诸如消费者电话、地址等个人信息。根据《个人信息保护法》第二十三条<sup>7</sup>，卖家需要告知消费者其个人信息的去向及用途，否则卖家有可能违反《个人信息保护法》并依照本法第六十六条<sup>8</sup>与六十七条<sup>9</sup>承担相应责任。

另外根据《消费者权益保护法》第二十九条<sup>10</sup>，跨境电商一件代卖家有义务对消费者的信息进行保护，无论是卖家还是供应商环节导致消费者信息泄露，卖家都应采取补救措施并承担相应的侵权责任。

#### (二) 知识产权侵权风险

跨境电商一件代卖家很容易“什么流行、什么热销，就拿过来卖”，而且从事跨境电商一件代发的多为中小微企业以及个体经营者，这类主体往往容易忽视对知识产权的保护，因而这其中蕴藏着较大的知识产权侵权风险。

<sup>4</sup> <https://zh.shopify.com/blog/16665772-alibaba-101-how-to-safely-source-products-from-the-worlds-biggest-supplier-directory>

<sup>5</sup> 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

<sup>6</sup> 经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当依照法律规定或者当事人约定承担修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等民事责任。

<sup>7</sup> 个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意。接收方应当在上述处理目的、处理方式和个人信息的种类等范围内处理个人信息。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依照本法规定重新取得个人同意。

<sup>8</sup> 违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。

<sup>9</sup> 有本法规定的违法行为的，依照有关法律、行政法规的规定记入信用档案，并予以公示。

<sup>10</sup> 经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

## 1. 商标权侵权风险

侵害商标权的行为多种多样，主要包括将店铺名称或网站域名注册成与商标权人的商标一致、近似，或售卖标有他人注册商标的产品、销售仿冒产品等行为。实践中，跨境电商一件代发卖家往往可能会因店铺起名为“xx旗舰店”或者因卖家在商品销售的过程中与商品没有接触，不知供应商发的货是假货，进而导致侵犯了品牌方的商标权。

## 2. 专利侵权风险

在跨境电商一件代发中，专利侵权主要表现为未经授权假冒、销售权利人的产品；如果供应商以及卖家销售的商品没有取得权利人授权，卖家也应根据《中华人民共和国专利法》第六十五条<sup>11</sup>以及《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十二条<sup>12</sup>承担相应的专利侵权责任。

## 3. 境外版权或境内著作权及其从权利侵权风险

实践中跨境电商一件代发的版权或著作权侵权风险主要集中在未经版权人许可，擅自使用权利人图片、宣传语等，部分卖家在选择供应商商品后直接搬用供应商的图片与宣传语等行为可能会构成版权或著作权侵权的风险。

案例<sup>13</sup>：2021年5月，A在某电商平台开设服装店，展示和销售了一款印有某图案的上衣，该图案是B公司享有著作权的美术作品。B公司遂以A侵害作品发行权、信息网络传播权为由诉至法院，要求A立即停止侵权行为，销毁侵权产品的库存，并赔偿经济损失及维权合理开支合计15万元。侵权产品实际是一件代发模式下在其他商家处下单直接邮寄给客户的，A并不知道产品会侵权。最终法院判决结果：被告A向原告B公司连带赔偿经济损失及合理开支5万并驳回原告B公司其他诉讼请求。此案例中，就体现出一件代发著作权及其从权利的侵权风险。

### （三）跨境电商一件代发不正当竞争风险

跨境电商一件代发卖家实操中往往未经授权直接使用供应商的商品图片、介绍等，或者直接使用“xx旗舰店”宣传自己销售的商品。这些行为不仅可能侵犯商标权，根据《反不正当竞争法》第六条<sup>14</sup>还可能被认定为严重抄袭的网页混淆行为或搜索关键词混淆等规定的市场混淆行为。

### （四）通过跨境电商一件代发进口的走私风险

涉及货物进出口贸易的行业同时还面临潜在的走私犯罪的风险。由于在国内跨境电商一件代发进口流程中，大部

<sup>11</sup> 未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为，当事人不服的，可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉；侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的，管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行。进行管理专利工作的部门应当当事人的请求，可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解；调解不成的，当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。

<sup>12</sup> “权利人主张其为制止侵权行为所支付合理开支的，人民法院可以在专利法第六十五条确定的赔偿数额之外另行计算”。

<sup>13</sup> 来源：[https://www.toutiao.com/article/7105963449569591842/?channel=&source=search\\_tab](https://www.toutiao.com/article/7105963449569591842/?channel=&source=search_tab)

<sup>14</sup> 第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- （一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- （二）擅自使用他人有一定影响的企业名称、社会组织名称、姓名；
- （三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；
- （四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

分是通过跨境电商零售进口（海关监管代码9610）享受税收优惠政策的，政策目的在于促进消费并让消费者享受优惠，但在这个模式中消费者与跨境电商企业（供应商）之间多了个跨境电商一件代卖家，税收政策的优惠可能被卖家享受，而并非消费者。模式中虽然商品物流由供应商直接到消费者，但资金流却是由消费者到卖家进行中转再到供应商，可能被认定为商品由供应商先卖给卖家、再卖给消费者，存在构成“二次销售”的走私风险。

对于国外跨境电商一件代卖家进口流程，按照跨境电商零售直邮进口的优惠政策来说，这是合理的节税。但实际上，在跨境电商企业与消费者之间多了一方——跨境电商一件代卖家。消费者并非直接将货款支付给供应商，而是先支付给了境外的跨境电商一件代卖家，而卖家再通过定期结付货款或即时支付给供应商。因为海关清关要求“三单一致”，所以卖家之后将订单以及由支付公司出具相同形式的支付单“推单”给供应商，即制作与物流单相匹配的订单与支付单。这样虽然支付单数据真实且形式上符合“三单一致”，但该支付单实质上并非消费者的原始支付单，这可能违反了海关对于跨境电商零售直邮进口关于“三单”传输真实性的规定，存在伪报贸易方式走私的违法风险。

#### 四、对跨境电商一件代发企业的合规建议

##### （一）跨境电商一件代发消费者权益保护建议

###### 1. 跨境电商一件代发产品质量合规建议

跨境电商一件代卖家在选品时应尽到对产品质量审慎检查的义务，在将商品放入店铺销售前应充分调研，不限于对产品本身的质量标准、售前风险提示、供应商的物流通关等各方面的检验制度，还应选择信誉良好且评价较高的商户，并可以通过其店铺公示信息查询有无违约的先例，选择从自己熟悉了解的商品赛道进入，做足从事跨境电商一件代发的事前准备工作。开展商品销售业务后应配有完善的售后服务、纠纷解决等机制。在经营过程中，始终把消费者权益放在第一位，切忌盲目跟风选取热门新品、不经调研直接销售的行为，是跨境电商一件代发在产品质量上合规的重中之重。如果第三方供货商发出商品存在问题，卖家可以在向消费者赔偿以后依法向供应商行使追偿权。

###### 2. 跨境电商一件代发消费者信息保护的合规建议

根据《个人信息保护法》第二十一条<sup>15</sup>且由于无论是在卖家或供应商环节导致信息泄露，卖家都应承担侵犯消费者权益及个人信息安全的责任。因此卖家应事先与供应商就有关事项进行约定，确立信息泄露双方责任分配问题，并在交易过程中对供应商尽到合理监督义务，最大限度保障消费者信息安全。

##### （二）跨境电商一件代发知识产权合规建议

在跨境电商一件代卖家选品销售前，应当对供应商进行调研，了解其销售商品是否为正品、是否取得商品知识产权人授权、能否使用其商品图片等相关事项。在采购时卖家应尽量签订周密的采购合同，采购后保存相应的流水单

<sup>15</sup>个人信息处理者委托处理个人信息的，应当与受托人约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等，并对受托人的个人信息处理活动进行监督。

受托人应当按照约定处理个人信息，不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息；委托合同不生效、无效、被撤销或者终止的，受托人应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，不得保留。

未经个人信息处理者同意，受托人不得转委托他人处理个人信息。



据以防万一，以便产生纠纷时提供产品的合法来源，根据《中华人民共和国商标法》第六十四条第二款<sup>16</sup>以及《中华人民共和国商标法实施条例》第七十九条<sup>17</sup>和《中华人民共和国专利法》第七十条<sup>18</sup>行使合法来源抗辩权<sup>19</sup>。但应注意，（2019）最高法知民终25号案例<sup>20</sup>中，最高人民法院指出，合法来源抗辩仅是免除赔偿责任的抗辩，而非不侵权抗辩；销售者的合法来源抗辩成立，既不改变销售侵权产品这一行为的侵权性质，也不免除停止销售侵权产品的责任，仍应承担权利人为获得停止侵害救济所支付的合理开支。因此跨境电商一件代发卖家还需要对自己的目标国市场进行充分了解调查，制定知识产权风险防范的相关计划与措施。

### （三）跨境电商一件代发不正当竞争风险防范与合规建议

卖家要防范跨境电商一件代发不正当竞争风险，究其根本，还是要求卖家的竞争行为要符合诚实信用和商业道德，不故意与其他知名商标混淆，避免“搭便车”之嫌。卖家可以通过在选品阶段自己对产品的调查以及实际的使用，对售卖的产品作出真实可靠的描述。总之，卖家在宣传时应实事求是，宣传的内容要符合商品或服务的真实情况，并对此负责。

### （四）有关走私的合规建议

防范“二次销售”的走私风险，跨境电商一件代发卖家首先应当充分了解“二次销售”的判定，并根据其建立跨境电商一件代发“二次销售”合规应对措施。其次，坚持物流由B端至C端，对订单尽职检查，留意短时间内同一购买人、同一支付账户、同一收货地址、同一收件电话反复大量订购，以及盗用他人身份进行订购等非正常交易行为，及时上报，尽可能确认销售对象是购买后自用的消费者，而非会进行二次销售的商家。第三，应向海关申报真实的、完整的商品实际交易价格。

防范“推单”带来的合规风险，目前，跨境电商一件代发卖家应根据《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》（商财发486号，简称“486号文”）规定<sup>21</sup>与海关总署2018年194号《关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告》规定<sup>22</sup>，监督供应商委托邮政企业、进出境快件运营人代为传输交易及支付信息，并确保其传输的数据的真实性、贸易的真实性。根据理论和司法实践中的共识，走私犯罪的成立须以存在税款损失为前提。在“推单”中，如申报者没有伪报任何重要信息，不造成税款的流失，可以很大程度降低被认定为走私的风险。

## 五、对海关监管跨境电商一件代发的建议

### （一）关于防范“二次销售”

加强对跨境电商一件代发的监管，明确跨境电商一件代发与“二次销售”之间的异同。与有关跨境电商企业、国际物流公司、支付公司建立防止跨境电商零售进口商品虚假交易及二次销售的风险控制体系，加强对短时间内同一购

<sup>16</sup> 销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

<sup>17</sup> 下列情形属于商标法第六十条规定的能证明该商品是自己合法取得的情形：（一）有供货单位合法签章的供货清单和货款收据且经查证属实或者供货单位认可的；（二）有供销双方签订的进货合同且经查证已真实履行的；（三）有合法进货发票且发票记载事项与涉案商品对应的；（四）其他能够证明合法取得涉案商品的情形。

<sup>18</sup> 为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。”

<sup>19</sup> 参考案例：（2019）浙01民初2462号案【2】，宁波希佳电器有限公司与浙江淘宝网网络有限公司、王家纵侵害外观设计专利权纠纷案。

<sup>20</sup> 广州市速锐机械设备有限公司与深圳市和力泰科技有限公司侵害专利权纠纷二审。

<sup>21</sup> “未通过海关联网的电子商务交易平台交易，但进出境快件运营人、邮政企业能够接受相关电商企业、支付企业的委托，承诺承担相应法律责任，向海关传输交易、支付等电子信息”。

<sup>22</sup> “直购进口模式下，邮政企业、进出境快件运营人可以接受跨境电商电子商务平台企业或跨境电商电子商务企业境内代理人、支付企业的委托，在承诺承担相应法律责任的前提下，向海关传输交易、支付等电子信息。”

买人、同一支付账户、同一收货地址、同一收件电话反复大量订购，以及盗用他人身份进行订购等非正常交易行为的监控，采取相应措施予以控制。

## （二）关于“推单”问题

完善有关“推单”的判定标准，确定“罪与非罪”的范围。笔者认为，“推单”产生于真实的数据订单，虽形式上可能存在一定的不规范性，但如果“推单”过程中没出现低报价格、伪报品名等造成国家税收损失的行为，不应认定为走私。486号文规定“未通过与海关联网的电子商务交易平台交易，但进出境快件运营人、邮政企业能够接受相关电商企业、支付企业的委托，承诺承担相应法律责任，向海关传输交易、支付等电子信息”，海关总署2018年194公告规定“直购进口模式下，邮政企业、进出境快件运营人可以接受跨境电子商务平台企业或跨境电子商务企业境内代理人、支付企业的委托，在承诺承担相应法律责任的前提下，向海关传输交易、支付等电子信息”，这两条规定为部分未与海关联网的电商平台的“推单”行为给予了合法依据，仅仅为促进交易非恶意偷漏税的“推单”非罪认定也有望逐步放宽，这也顺应了国家推动跨境电商发展的政策期望。海关可以对目前的监管体制进行进一步改革升级，与物流、支付企业建立更紧密的联系，增强对订单真实性审查能力以及对虚假信息的判断能力，进一步使“推单”走向合法化，促进跨境电商一件代发在规范化下蓬勃发展。

## 六、跨境电商一件代发未来展望

跨境电商一件代发行业仍是新生的枝芽，只有海关，跨境电商一件代发卖家、供应商、国际物流等多方共同努力，才能共同推动其健康发展，利好中国跨境电商行业。在有关跨境电商一件代发的海关进出口监管规定完善后，跨境电商一件代发行业也将愈发规范，并创造更大价值收益。尤其在疫情环境下，越来越多人习惯了线上消费，传

统“卖场模式”的实体零售正在遭受巨大冲击，反而推动电商的发展，如“网络带货模式”、跨境电商一件代发模式等。除此之外，跨境电商一件代发不仅符合了“大众创业、万众创新”等鼓励创业的政策，又可以享受到未来中国推动跨境电商发展的红利。也正如“4.8新政”出台后，海关总署新闻发言人黄颂平所说“这次政策的调整主要是为国内跨境电子商务的发展营造稳定、统一的税收政策环境，引导电子商务企业开展公平竞争，鼓励商业模式创新，形成新兴业态与传统业态、国内商品与国外商品公平竞争的环境。”<sup>23</sup>中国的跨境电商一件代发正是在此环境中诞生的一种商业模式创新，同时也是促进国内商品与国外商品进行公平竞争的一块重要拼图，实属符合国家政策期望并顺应了时代潮流趋势。相信在不久的将来，跨境电商一件代发将进入快速发展的时代，同时这种模式也将成为跨境电商的重要补充方式以及推动其发展的可靠助力。

## 结语

跨境电商一件代发模式是信息时代的产物，也是经济全球化的有力证明。其通过互联网技术链接全球供需关系，实现供需对接，有效提高了资源利用效率、满足消费者需求以及企业实现盈利三方面，是达成环境、消费者、企业共赢的具有蓬勃生机的商业模式。但跨境电商一件代发也结合了跨境电商产业与一件代发模式二者的风险，且对于中国而言，其仍是一种新生的商业模式，自然存在许多法律上的监管漏洞、“灰色地带”等问题。除此之外，跨境电商一件代发行业竞争激烈、合规难度高且主体中有不小一部分是中小微企业以及个体经营者，承受风险的能力较弱。笔者认为，企业及个人应谨慎从事跨境电商一件代发行业，不应只看到其优点而不注意防范风险，做好从事前的准备工作，如了解有关法律、建立合规体系等，必要时可以咨询专业人士意见。

*感谢实习生郭东晖对本文作出的贡献。*

<sup>23</sup> 《海关总署：新政对跨境电商影响是积极的》，载《新京报》，发表时间：2016-04-13，最后浏览时间：2022.07.20。

# 进出口检验检疫 ——不容忽视的 风险盲区

郑银莹 蒋睿馨 戎冰玉

## 【典型案例】

2021年6月，某贸易公司向海关申报出口两票“石棉粉”，总价为230,000美元。经海关查验，上述货物均为9类危险货物，为《危险化学品目录》（2015版）列明的化学品，属于法定检验商品。经海关认定，该贸易公司申报出口上述法定检验商品但未报检，违反了《进出口商品检验法》有关进出口商品检验的相关规定，构成“将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口的”行为，海关对其处以罚款13.3万元。

上述案件，是进出口企业因违反进出境检验检疫相关监管规定而被海关行政处罚的一起典型案例。2018年“关检融合”<sup>1</sup>之后，进出境检验检疫作为海关的重要监管职能之一，成为海关通关监管、稽查核查、行政处罚等执法流程中的关注重点。出入境检验检疫往往涉及“安全”问题，比如食品安全、环境安全、生物安全等，相应的合规要求、风险责任等，值得企业高度关注。

## 一、进出境检验检疫主要监管要求

进出境检验检疫主要包含四个监管领域：（一）进出口商品检验；（二）进出境动植物检疫；（三）进出口食品安全；（四）国境卫生检疫。

就上述四项职能领域，我们对2021年以来海关总署出台的主要监管新规进行了梳理，相关要点总结提示如下：



郑银莹

zhengyinying@cn.kwm.com

<sup>1</sup>2018年，原出入境检验检疫各直属局及分支局相应并入各直属海关及隶属海关，由海关总署主管全国进出境检验检疫工作。

职能	主要法律法规	监管新规
进出口商品检验	《进出口商品检验法》 《进出口商品检验法实施条例》等	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 《海关进出口商品检验采信管理办法》（海关总署第259号令） ——海关对检验机构通过采信机构目录进行管理，海关将不采信不在目录内的检验机构的检验结果，并规定了准入条件、程序及相应退出机制。</li> <li>• 《关于调整必须实施检验的进出口商品目录的公告》（海关总署公告2021年第39号） ——对涉及出口化肥的29个10位海关商品编号增设海关监管条件“B”，实施出口商品检验；</li> <li>• 《关于调整必须实施检验的进出口商品目录的公告》（海关总署公告2021年第81号） ——对涉及进口机电产品、金属材料、化工品、再生原料，以及出口钢坯、生铁等共266个10位海关商品编号调整检验要求</li> <li>• 《关于调整必须实施检验的进出口商品目录的公告》（海关总署公告2022年第79号） ——对涉及非危金属材料及其制品、电子行业加工设备、干燥器设备及器具等87个10位海关商品编号的商品，取消海关监管条件“A”不再实施进口商品检验。</li> </ul>
进出境动植物检疫	《进出境动植物检疫法》及其实施条例等	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 《外来入侵物种管理办法》（农业农村部 自然资源部 生态环境部 海关总署令2022年第4号） ——因品种培育等特殊需要从境外引进外来物种的，应当依据审批权限向省级以上人民政府农业农村、林业草原主管部门和海关办理进口审批与检疫审批；</li> <li>• 海关总署不定期发布对于特定国家特定动植物产品的检疫要求。</li> </ul>
进出口食品安全	《食品安全法》等	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 《进出口食品安全管理办法》（海关总署令第249号） ——在原有管理办法基础上，进一步细化了有条件限制进口、暂停或者禁止进口等控制措施的具体方式及适用情形；整合吸纳了进出口肉类产品、水产品、乳品以及出口蜂蜜产品等原有5部单项食品规章中的相关内容；</li> <li>• 《进口食品境外生产企业注册管理规定》（海关总署令第248号） ——明确进口食品境外生产企业（包括生产、加工、贮存企业），应当获得海关总署注册。18类食品的境外生产企业需要所在国家（地区）主管当局向海关总署推荐注册，其他类食品的境外生产企业可自行申请注册。</li> <li>• 《关于进一步优化完善进口冷链食品口岸疫情防控措施的公告》（海关总署公告2022年第58号） ——海关对进口冷链食品开展新冠病毒核酸监测检测，对存在问题的境外食品生产企业，依据相关法律法规采取限期整改、暂停进口、撤销注册等措施。</li> </ul>
国境卫生检疫	《国境卫生检疫法》及其实施细则等	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 《关于公布&lt;特殊物品海关检验检疫名称和商品编号对应名录&gt;的公告》（海关总署公告2022年第26号） ——对该名录作了进一步的细化，同时明确未列入名录的特殊物品应根据《报关单填制规范》要求进行申报。</li> </ul>

## 二、进出境检验检疫相关法律责任

### （一）行政责任

进出口活动涉及的检验检疫要求，已经成为海关进出口监管的重要内容。实务中，有的海关将涉检验检疫类违规风险作为海关稽查核查的重点，有的海关加大了对涉检验检疫类违规行为的处罚力度。主要违规类型和海关处罚简要列举如下：

违规类型	行政处罚
将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售或者使用的； 将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口的	<ul style="list-style-type: none"><li>• 没收违法所得；</li><li>• 货值5%-20%罚款；</li><li>• 构成犯罪的，依法追究刑事责任。</li></ul>
进口或者出口属于掺杂掺假、以假充真、以次充好的商品或者以不合格进出口商品冒充合格进出口商品	<ul style="list-style-type: none"><li>• 没收违法所得；</li><li>• 货值50%-3倍罚款；</li><li>• 构成犯罪的，依法追究刑事责任。</li></ul>
进出口商品报检时不如实提供进出口商品真实情况	<ul style="list-style-type: none"><li>• 没收违法所得；</li><li>• 货值5%-20%罚款。</li></ul>
未经口岸动植物检疫机关许可擅自将进境、过境动植物、动植物产品和其他检疫物卸离运输工具或者运递的	<ul style="list-style-type: none"><li>• 3000元以上3万元以下罚款。</li></ul>
瞒报携带禁止进口的微生物、人体组织、生物制品、血液及其制品或者其他可能引起传染病传播的动物和物品的	<ul style="list-style-type: none"><li>• 处以警告或者100元以上5000元以下的罚款。</li></ul>
提供虚假材料，进口不符合我国食品安全国家标准的食品、食品添加剂、食品相关产品的	<ul style="list-style-type: none"><li>• 货值金额不足一万元的，并处五万元以上十万元以下罚款；</li><li>• 货值金额一万元以上的，并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款；</li><li>• 情节严重的，吊销许可证。</li></ul>

### （二）刑事责任

根据《刑法》有关规定，违反进出境检验检疫规定可能涉及的刑事责任，主要包括以下：

涉及罪名	违法行为	对应罚则
逃避商检罪	<ul style="list-style-type: none"> <li>违反进出口商品检验法，逃避商检的行为；</li> <li>达到“情节严重”的程度。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3年以下有期徒刑或拘役；</li> <li>罚金。</li> </ul>
生产销售伪劣产品罪	<ul style="list-style-type: none"> <li>生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品；</li> <li>起刑点为销售金额5万元人民币。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>依据情节严重程度，从2年以下有期徒刑到无期徒刑不等；</li> <li>50%-2倍罚金或者没收财产。</li> </ul>
妨害动植物防疫、检疫罪	<ul style="list-style-type: none"> <li>违反有关动植物防疫、检疫的国家规定，引起重大动植物疫情的，或者有引起重大动植物疫情危险；</li> <li>达到“情节严重”的程度。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3年以下有期徒刑或者拘役；</li> <li>罚金。</li> </ul>
妨害国境卫生检疫罪	<ul style="list-style-type: none"> <li>违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3年以下有期徒刑或者拘役；</li> <li>罚金。</li> </ul>

除上述罪名外，根据《刑法修正案（十一）》，检验检疫相关的违法行为，还有可能构成“走私人类遗传资源材料罪”、“非法引进外来入侵物种罪”等罪名。

### 三、常见的检验检疫合规风险

进出境检验检疫涉及的领域十分广泛，根据实务情况，提示企业特别注意以下几类进出口活动中可能涉及的检验检疫相关风险：

#### （一）进出口法检商品

根据《进出口商品检验法》规定，列入必须实施检验的进出口商品目录（以下称“法检目录”）的商品，在进出口时需要向海关报检。未经检验的进口商品，不准销售、使用，未经检验合格的商品不准出口。

需要注意的是，“法检目录”涵盖的商品范围十分广泛，包括进口再生原料、出口钢坯、食品、化工产品等，并且，该目录会根据国家政策变化不定期进行调整，需要及时关注新的变化。并且，除了法检目录中明确列出的商品外，法律、行政法规规定须经出入境检验检疫机构检验的其他进出口商品也需要向海关报检。比如，进出口的危险化学品，也属于需要向海关报检的范畴，如果未报检的，可能面临货值5%~20%的罚款。

#### （二）进口旧机电产品

进口旧机电产品一直是进口监管的重点。除了通常理解的使用过的“二手”产品外，虽然未经使用，但是超过质

量保证期或者是存放时间过长部件产生明显有形损耗的，以及存在新旧部件混装或者经过翻新的，都属于进口旧机电产品。列入《进口旧机电产品检验监管措施清单》的旧机电产品，需要进行装运前检验，进口时需要凭检验机构出具的装运前检验证书及相关必备材料进行申报。同时，需要注意《禁止进口的旧机电产品目录》的调整，列入该目录的旧机电产品属于禁止进口，而进口禁止进口货物可能面临100万元以下的罚款。

### （三）进出口“特殊物品”

进出口微生物、人体组织、生物制品、血液及其制品等特殊物品，根据《国境卫生检疫法实施细则》的相关要求，需要向主管海关申请出入境特殊物品审批，并在“特殊物品”实际进出境时凭《特殊物品审批单》及其他材料向口岸海关报检。申报材料不齐全或者不符合法定形式的，海关不予入境或者出境。并且，对于一些特定类型的“特殊物品”，海关还有实验室检测、后续监管等要求。未经海关许可，擅自移运、销售、使用特殊物品的，或者是未向海关报检或者提供虚假材料的，都将面临海关行政处罚。

此外，进出口微生物、人体组织、生物制品等，还需要注意是否属于《出口管制法》所规定的生物两用品，是否属于《生物安全法》所规制的危险生物因子、我国人类遗传资源等范畴，并符合相应的监管要求，以免涉及违法违规责任、甚至是刑事责任风险。

### （四）进口食品的特殊要求

#### 1. 境外生产商注册

《进口食品境外生产企业注册管理规定》已于2022年1月1日起正式实施，所有向中国境内出口食品的境外生产、加工、贮存企业均需要在海关总署进行注册。进口企业在进行相关食品采购时，也应注意新规变化，确认境外生产商的注册资质。如果生产商未取得有效注册的，相关货物将无法顺利通关进口。特别是大宗商品的采购，由此可能会给企业带来重大贸易纠纷，并将导致滞港费、损失承担等一系列不必要的争议纠纷和损失。

#### 2. 暂停或者禁止进口的控制措施

新的《进出口食品安全管理办法》对进口食品安全的管理规定更加严格，进口食品如果多次被查出不符合相关的质量标准或检疫要求的，除了相关货物将被退运或销毁之外，境外生产企业还可能面临被暂停或禁止向中国出口的控制措施。

## 四、相关合规建议

- 及时了解进出境检验检疫相关法规、监管政策的出台与更新；
- 充分了解进出口产品情况及检验检疫要求，如实申报；
- 定期对检验检疫情况进行自查、内审，建立完善的进出口合规体系；
- 妥善保管有关记录和资料；
- 发现进出口环节存在问题时，及时向海关进行主动披露。

# 货物 OR 废物？ —— 避开固废进口 的“坑”

郑银莹 张波 郭悦涵



郑银莹

zhengyinying@cn.kwm.com

随着《固体废物污染环境防治法》（《固废法》）及《关于全面禁止进口固体废物有关事项的公告》（《公告》）的相继实施，从法律规定层面上，我国已于2021年正式迈入固体废物“零进口”的新阶段。这也意味着所有性质上属于“固体废物”的货物不再允许进口到中国。与此相对应，海关作为进出口监管机关，也进一步加大了对“固体废物”走私的打击力度，海关总署部署全国海关连续开展“蓝天行动”“国门利剑行动”等专项行动。从已查办案件看，涉及资源类物料、废金属类走私的案件比较多发，关于此类案件中“固体废物”属性如何认定、如何避免踩入“走私固废”的“坑”，值得相关企业予以特别关注。

由于固体废物走私是一个十分专业和复杂的法律问题，对固体废物的辨别也并非仅通过常识、经验等就能下定论，因此为提示广大企业关注相关风险，对固体废物及固体废物走私有一个清晰的理解，我们基于相关法规与实务中的突出问题并结合具体案例，对固体废物的定义、分类、鉴别、风险、责任及合规建议等进行了要点式梳理，供广大企业参考。

## 问题一：什么是固体废物？

根据《固废法》的相关规定，固体废物是指在生产、生活和其他活动中产生的丧失原有利用价值或者虽未丧失利用价值但被抛弃或者放弃的固态、半固态和置于容器中的气态的物品、物质以及法律、行政法规规定纳入固体废物管理的物品、物质。具体而言，基于《固废法》，固体废物又分为工业固体废物、生活垃圾、建筑垃圾、农业固体废物和危险废物五个大类。生活垃圾无需赘述，常见的如废碎砖头、瓦块等属于建筑垃圾，废塑料、钢渣等属于工业固体废物，秸秆、废弃农药包装、地膜等属于农业固体废物，而具有强腐蚀性、易燃性和毒性等特定危险特性的废物则很有可能属于危险废物。



但需注意的是，并非所有的固体废物都很容易分辨，对于有些进口货物，到底属于“货物”还是“废物”，需要借助专业机构的力量并依据科学的方法进行鉴定才能判别。比如进口货物是铅精矿还是矿渣、是黄铜原料还是铜废碎料等，很难通过肉眼和常识进行判断。通常来说，海关发现进口货物疑似固体废物的，一般都会委托专业机构开展属性鉴别，并根据鉴别结论依法管理，在保持严谨的同时也尽量避免误判风险。固废属性鉴定往往成为相关案件办理的关键，实务中，我们也经常遇到具有一定特殊性的货物，在是否属于固体废物的界定上存在一定的争议或者疑问。

## 问题二：固体废物如何判别和鉴定？

根据2021年1月1日起正式生效的《公告》的相关规定，之前作为海关监管固体废物重要依据的《禁止进口固体废物目录》《限制进口类可用作原料的固体废物目录》和《自动许可进口类可用作原料的固体废物目录》已废止，在实务中仅可作为参考，而在鉴别上需委托有相关资质的鉴定机构依据《固体废物鉴别标准通则（GB 34330-2017）》（《通则》）及《进口货物的固体废物属性鉴别程序》（《鉴别程序》）等对相关货物进行科学的评判。

需注意的是，这个鉴别并非“一裁终局”，当事人如对首次鉴定结论持有异议，可以要求海关另行委托鉴定机构进行复检，而如果复检鉴别与首次鉴别的结论不一致的，或者相关方对鉴别结论存在严重分歧的，还可通过海关总署会商生态环境部来确定最终意见，可能会是一个比较复杂的过程。因此企业如果遇到进口货物首检被认定为固体废物的情况不用过于紧张，可以在依法主张复检的同时，通过专业律师的协助与主管部门进行充分沟通，尽早进行专业应对。

另外，还有两个细节需要注意：（1）根据固废法第一百二十四条（一）的规定，在明确固体废物的定义之外，也提到“经无害化加工处理，并且符合强制性国家产品质量标准，不会危害公众健康和生态安全，或者根据固体废物鉴别标准和鉴别程序认定为不属于固体废物的除外”；（2）为了缓解我国铜、铝、铁等特定资源匮乏的问题，国家相继发布了《关于规范再生黄铜原料、再生铜原料和再生铸造铝合金原料进口管理有关事项的公告》<sup>1</sup>和《关于规范再生钢铁原料进口管理有关事项的公告》<sup>2</sup>，明确了符合相关标准的铜、铝、钢铁等特定再生五金原料不属于固体废物。因此，在企业进口相关货物的以及提出固废鉴定异议过程中，也要综合考虑上述因素对货物性质的影响。关于认定再生金属属于可以进口的原料的具体标准如下：

税号	标准
7404.0000.20	符合标准GB/T 38470-2019规定的再生黄铜原料
7404.0000.30	符合标准GB/T 38471-2019规定的再生铜原料
7602.0000.20	符合标准GB/T 38472-2019规定的再生铸造铝合金原料

表1 不属于固体废物的再生黄铜、再生铜及再生铝合金原料

<sup>1</sup>生态环境部、海关总署、商务部、工业和信息化部2020年第43号公告。

<sup>2</sup>生态环境部、国家发展和改革委员会、海关总署、商务部、工业和信息化部2020年第78号公告。

税号	标准
7204.1000.10	符合GB/T 39733-2020标准要求的再生钢铁原料
7204.2100.10	其他符合GB/T 39733-2020标准要求的再生钢铁原料
7204.2900.10	其他符合GB/T 39733-2020标准要求的再生钢铁原料
7204.4100.10	符合GB/T 39733-2020标准要求的机械加工中产生的再生钢铁原料 (机械加工指车, 刨, 铣, 磨, 锯, 锉, 剪, 冲加工)
7204.4900.30	符合GB/T 39733-2020标准要求的未列名再生钢铁原料

表2 不属于固体废物的再生钢铁原料

### 问题三：固体废物走私有哪些常见方式？

固体废物走私的常见方式主要包括一般贸易中的伪报、瞒报走私，冒用他人的固体废物进口许可证走私以及绕关走私等。下面通过一些典型案例进行简要分析：

#### 案例一——石墨板碎片伪报走私

H公司以一般贸易的方式向青岛海关申报了一批商品名为“石墨纸边料”的货物，重量为95.04吨。海关经初步查验，怀疑该批货物可能是固体废物，于是交由青岛海关技术中心进行鉴定，鉴定结果显示货物实际为“使用后回收的石墨板及石墨板碎片混合物”，是国家禁止进口的固体废物，因此海关依法通知H公司将该批货物退运出境。后H公司的法定代表人王某将该批货物在境外换箱后，试图从天津口岸入境，再次被海关现场查扣47.52吨<sup>3</sup>。

分析：根据《海关法》《刑法》及相关司法解释<sup>4</sup>的规定，单位或个人逃避海关监管，将境外的固体废物运输进境，达到起刑点的，构成走私废物罪。该罪的起刑点为走私国家禁止进口的危险性废物数量达到一吨以上不满五吨，或者走私国家禁止进口的非危险性固体废物达到五吨以上不满二十五吨。本案中，H公司的法定代表人王某明知该批货物属于国家禁止进口的固体废物，仍然以伪报品名的方式试图进口，被海关依法退运后，采取换箱的方式再次试图从其他口岸入境，其行为已构成走私废物罪，且达到了“情节特别严重的标准”（25吨以上）<sup>5</sup>。对于构成单位犯罪的，除了对单位判处罚金外，还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本案中，H公司被处罚金10万元，王某作为直接负责的主管人员被判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金十万元。

<sup>3</sup> (2021)鲁02刑初96号。

<sup>4</sup> 可参考《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》。

<sup>5</sup> 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条第二款。

## 案例二——铜废碎料冒用他人许可证走私

2019到2020年间，吴某明知铜废碎料属于固体废物，在自己没有取得进口许可证的情况下，将从境外采购的黄杂铜、废紫铜等铜废碎料，以包税包证的形式，委托给G公司的负责人麦某（另案处理）进行代理申报入境。麦某冒用他人的许可证，并向海关伪报该批货物的收货人，将该批铜废碎料走私入境，重量达到了1048.06吨<sup>6</sup>。

分析：吴某明知铜废碎料属于固体废物，仍旧委托麦某代理进口，麦某同样明知该批货物属于固体废物，仍旧采用非法手段，冒用他人的许可证进行申报。根据相关司法解释的规定<sup>7</sup>，租用、借用或者使用购买的他人许可证，进出口国家限制进出口的货物、物品的，应当依照《刑法》第一百五十一条、第一百五十二条的规定处罚。因此，吴某、麦某二人的行为已构成走私废物罪，走私固体废物重量达1048.06吨，属于情节特别严重。最终，法院判处吴某有期徒刑三年，没收其违法所得六十万元，并处罚金二十万元。

需提示广大企业注意的是，在《公告》生效后，生态环境部已停止受理和审批限制进口类可用作原料的固体废物进口许可证的申请，对于2020年已发放的限制进口类可用作原料的固体废物进口许可证，应当在证书载明的2020年有效期内使用，逾期自行失效。因此自2021年开始，固废进口许可证已经作废。但是，需要注意的是，根据《刑法》关于诉讼时效的规定<sup>8</sup>，刑事犯罪案件根据可能判处的刑期情况，追诉时效分别是5年、10年、15年和20年，因此，虽然可用作原料的固体废物进口许可证制度已经不复存在，但是对于此前的冒用固废许可证进口走私行为，在追诉时效内仍然可能会被追究刑事责任。

## 案例三——废矿渣伪报走私

M公司是国内一家冶炼企业，其从境外供应商G公司进口锰矿粉作为生产原料。2019年，M公司进口的一批约五千余吨的锰矿粉在申报进口时由主管海关进行了查验并抽样送检，最终该批货物被确认为金属矿渣，属于禁止进口的固体废物。主管海关认为M公司涉嫌走私固体废物，遂对M公司进行了刑事侦查。

分析：接受M公司的委托后，金杜团队对案件情况、交易过程、涉及到的相关材料等进行了全面的梳理，针对走私犯罪的构成要件之一，即企业是否具有走私固废的主观故意进行了重点论证和举证，具体包括：（1）M公司决定采购货物时从境外卖方获得的《报价单》《产品说明》等，可以证明M公司对该锰矿粉系从其他废料尾渣进行提纯加工后制得的情况并不知情，一直以为购买的是原矿粉；（2）从《买卖合同》、定价方式、同期市场价格比较来看，可以证明M公司是按照国际通行的锰矿粉价格确定方式与G公司进行交易，并且采购价格还略高于同等级别原矿粉的市场均价；（3）之前进口的其他批次产品经过商品检验均为合格，且未体现该产品有任何异常或者可能涉及固废的因素；（4）企业申报进口时如实提交了该批货物的合同、发票等相关文件，未进行伪报、瞒报，也未有其他故意逃避海关监管的行为。综合全案情况，最终金杜提出的企业不具有走私固废的主观故意、未实施逃避海关监管行为的主张得到了办案机关的认可，使企业避免了刑事责任风险。

在这里需提示企业注意的是，根据新《固废法》的相关规定，对于将境外的固体废物输入境内的，除了由海关责令退运该固体废物外，罚款金额也由旧法的“十万元以上一百万元以下”提高到“五十万元以上五百万元以下”<sup>9</sup>，罚

<sup>6</sup> (2021)粤刑终764号。

<sup>7</sup> 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十一条。

<sup>8</sup> 《刑法》第八十七条、八十九条。

<sup>9</sup> 《固废法》第一百一十五条。

款金额大幅提高。因此，即使并非属于走私犯罪，对于违规进口固体废物的，也会面临严厉的行政处罚，相关合规风险值得有关企业高度关注。

#### 问题四：走私废物罪的成立标准和处罚标准

构成走私废物罪需要具有逃避海关监管的故意并达到起刑点。其中，对“主观故意”的认定标准可参考《高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于印发〈办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见〉的通知》中的相关规定<sup>10</sup>。对于走私废物罪的量刑标准可参考如下表格：

固体废物种类	认定情节严重的标准		量刑标准	
			自然人/直接负责的主管人员和其他直接责任人员	单位
国家禁止进口的危险性固体废物、液态废物	1吨以上不满5吨	(1) 未达到上述数量标准，但属于犯罪集团的首要分子； (2) 使用特种车辆从事走私活动； (3) 或者造成环境严重污染等情形。	五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金	罚金
国家禁止进口的非危险性固体废物、液态废物	5吨以上不满25吨		五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金	罚金
国家限制进口的可用作原料的固体废物、液态废物	20吨以上不满100吨		五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金	罚金

表3 “情节严重”的量刑标准

<sup>10</sup>五、关于走私犯罪嫌疑人、被告人主观故意的认定问题

行为人明知自己的行为违反国家法律法规，逃避海关监管，偷逃出境货物、物品的应缴税额，或者逃避国家有关进出境的禁止性管理，并且希望或者放任危害结果发生的，应认定为具有走私的主观故意。

走私主观故意中的“明知”是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”，但有证据证明明确属被蒙骗的除外：

- (一) 逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出境的货物、物品的；
- (二) 用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的；
- (三) 未经海关同意，在非设关的码头、海（河）岸、陆路边境等地点，运输（驳载）、收购或者贩卖非法进出境货物、物品的；
- (四) 提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的；
- (五) 以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务的；
- (六) 曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的；
- (七) 其他有证据证明的情形。

固体废物种类	认定情节特别严重的标准		量刑标准	
			自然人/直接负责的主管人员和其他直接责任人员	单位
国家禁止进口的危险性固体废物、液态废物	5吨以上	(1) 达到前款规定的标准，且属于犯罪集团的首要分子，使用特种车辆从事走私活动，或者造成环境严重污染等情形的； (2) 未达到前款规定的标准，但造成环境严重污染且后果特别严重的。	五年以上有期徒刑，并处罚金	罚金
国家禁止进口的非危险性固体废物、液态废物	25吨以上		五年以上有期徒刑，并处罚金	罚金
国家限制进口的可用作原料的固体废物、液态废物	100吨以上		五年以上有期徒刑，并处罚金	罚金

表4 “情节特别严重”的量刑标准

需注意的是，固体废物的进口在实务中有一个显著的特点，就是进口数量普遍较大，特别是相关企业作为生产原料进口的，往往少则几百吨，多则上千吨、上万吨。而一旦被认为是固体废物且具有“走私主观故意”的，很多情况下会直接达到“情节特别严重”的标准，从而面临严重的法律后果。

此外，根据2021年11月1日起实施的最新的《海关注册登记和备案企业信用管理办法》<sup>11</sup>的相关规定，企业一旦因为走私固体废物被追究刑事责任，将会被列入严重失信主体名单，直面联合惩戒的风险，不仅进出口货物的查验率及企业受到稽查、核实的频次陡升，还无法适用信用修复制度<sup>12</sup>，这些将对企业的整体经营带来巨大的打击和难以估量的负面影响。

#### 问题五：如何防范走私固体废物违法风险？

- (1) 准确理解和把握固体废物“零进口”的政策法规要求，注意走私风险的防范。如前文所述，根据《固废法》及《公告》的要求，我国从2021年1月1日起禁止一切固体废物的进口，且海关在此之后一直对固废进口进行严格的监管，相关企业应予以高度重视，避免因主观认识上发生偏差导致严重的法律风险。
- (2) 对拟进口货物的属性应尽量准确把握，提前做好合规商业安排。为了最大程度的避免相关法律风险，在开展贸易活动前，建议企业充分参考《固废法》《通则》和《鉴别程序》等相关规定的要求，对拟进口货物的属性进行初步判断。如果对货物的属性存有较大疑虑，可咨询专业机构的意见来进行综合评判，防患于未然，避免进口后发生重大违法违规风险。
- (3) 及时掌握国家对进口货物的最新检验标准，准确适用相关监管政策。比如根据现行有效的规定，属于本文

<sup>11</sup> 《海关注册登记和备案企业信用管理办法》（海关总署令第251号）第二十三条。

<sup>12</sup> 《海关注册登记和备案企业信用管理办法》（海关总署令第251号）第二十六条、二十八条。

---

表1及表2范畴的货物不属于固体废物，可以进口，这一点比过去的监管要求有所放宽，同时需注意的是，2022年10月1日起，《再生铜原料检验规程》（SN/T 5416-2022）<sup>13</sup>已生效，相关企业应以最新的生效规定为准，对相关进口货物的品质进行严格把控，提前做好准备。

此外，如果涉及进口货物被判定为固体废物，受到海关调查处理等情况，建议第一时间寻求专业律师的协助。在全面梳理案件事实基础上，对关键要点的把握、针对不同调查处理程序开展合规应对、结合案件实际情况进行有针对性的举证和证明等，在此类案件的处理中都非常重要，专业性要求也很高。

## 结语

国家针对进口固体废物的相关法律法规和监管政策经过了一系列的发展变化，企业开展相关经营活动应当对相关政策法规的变化有准确的理解和把握，尤其要注意走私风险的防范，避免踩入走私固废的“坑”。如出现相关法律风险或有任何问题，可在参考本文要点的同时，第一时间寻求专业律师的法律支持，以合规、有效的方式依法应对。

---

<sup>13</sup>海关总署2022年第25号公告。

---

## 金杜贸易合规团队

---



**刘新宇**

liuxinyu@cn.kwm.com



**景云峰**

jingyunfeng@cn.kwm.com



**郭欢**

guohuan@cn.kwm.com



**郑银莹**

zhengyinying@cn.kwm.com



**楼仙英**

cecilia.lou@cn.kwm.com



**戴梦皓**

daimenghao@cn.kwm.com



**陈起超**

chenqichao@cn.kwm.com



---

## 金杜律师事务所

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有3000多名律师，分布于全球30个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。

金杜法律研究院是由金杜律师事务所和金杜公益基金会联合发起成立的非营利性研究机构。自设立以来，一直致力于打造具有国际影响力的中国特色新型智库，依托于金杜律师事务所过往二十多年来服务国家经济建设和法治建设过程中所积累的丰富执业经验和专业洞见，对企业“走出去”战略中面临的重要问题进行分析研究，以提供具有建设性和实操性的政策建议和咨询意见。



金杜研究院  
KWM\_CHINA

---