

从拟议法规预先通知到拟议法规：趋于落地的美国对中国先进技术投资限制法规

作者：袁帅琦 王晚一

2024年6月21日，美国财政部发布拟议规则制定通知（“拟议法规”），对美国总统拜登于2023年签发的《应对美国在受关注国家的特定国家安全技术及产品行业的投资》行政令（E.O.14105）有关的投资限制措施，在与行政令同步发布的《拟议规则制定预先通知》（“预先通知”）的基础上，进行了调整及细化。总的来说，拟议法规的预先通知与本次拟议法规，均没有改变行政令所要求的对美国人士的投资限制的监管框架，即，新法规将禁止美国人士进行（或指示）涉及中国经济指定行业（所涵盖的技术与产品）的某些交易，或对于其他交易，美国人士将被要求向财政部报告关键细节。所被禁止的与需申报的交易，均属于受管辖的交易。

本次拟议法规展示了美国国家安全新的前沿的进一步动态，同时，也预示了即将生效的法规将更加根植于技术细节，在弥补法规可能存在的潜在漏洞的同时，对美国投资者的义务提供了更清晰的指导与规范。目前拟议法规没有生效，且将于2024年8月4日之前继续就有关问题接收公众评论，以确定最终生效的法规。根据之前美国有关行政官员的公开言论，该法规将最迟于2024年最后一个季度被最终确定。

本文从相较2023预先通知的重要变化与趋势对拟议法规进行了浅析。

一、拟议法规明确了投资限制的实施机制：不是Reverse CFIUS！

拟议法规再次明确否定了“Reverse CFIUS”的实施机制，即财政部不会对美国对外投资进行逐案审查。相反，针对有关受管辖外国主体（目前仅包括中国实体和个人）的投资禁止或申报要求的实施采取的是类似于出口管制与经济制裁的机制，即，将决定某项交易是否被禁止、是否需要申报的责任交给了美国投资者等受管辖的主体。如果发生违反拟议规则的行为，相比CFIUS机制，所面临的法律后果更展现于罚则的适用。

例如，违规者将面临基于《国际紧急经济状态权力法》（“IEEPA”）所授权的民事罚金（如，368,136美元或交易金额两倍，以高者为准）、撤资（使任何被禁止的交易无效或以其他方式要求撤资从而剥离相关交易和资产）以及刑事处罚（高达100万美元的刑事罚金，或者可处最高20年有期徒刑，或两者并罚）。另外，本次拟议法规还提供了与经济制裁与出口管制机制类似的，对于违规交易的“自主披露”机制。如果受管辖的主体认为所参与的行为可能导致违反拟议规则，可自愿提交“自主披露”。美国财政部在判定违规行为时，通常会考虑这种自主披露行为，作为减轻处罚的因素之一。

二、明确了美国人士义务的范围、标准与合规指导

首先，虽然拟议法规对“美国人士”的定义没有改变，即无论其位于何处，“美国人士”是指任何美国公民、美国合法永久居民、根据美国法律或美国境内任何司法管辖区的法律设立的实体，包括任何该等实体的任何外国分支机构，以及位于美国境内的任何人。但是，拟议法规对于受管辖的交易的申报与禁止要求的美国人士义务的范围作了明确，除了直接适用美国人士所直接参与的交易，还对美国人士在如下情况明确了其义务范围：（1）美国人士负有对其“受控外国实体”的义务，即，美国人士须采取一切合理措施，禁止和防止其受控外国实体进行美国人士被禁止的交易，并在受控外国实体进行如果由美国人士进行则属于应申报的交易时向财政部进行申报。“受控外国实体”是指美国人士是其母公司的实体，包括：

- 美国人士直接或间接持有该实体董事会50%以上的流通投票权或表决权；

- 美国人士是该实体的普通合伙人、管理成员或同等人员；以及，
- 如果该外国实体是一个集合投资基金，则美国人士为此类基金的投资顾问。

（2）美国人士禁止在明知的情形下指示非美国人士进行美国人士被禁止的交易。为回应预先通知的相关评论，拟议规则澄清：如果美国人士有权代表非美国人实体做出决定或在很大程度上参与做出决定，并行使该权力来指导、命令、决定或批准一项如果由美国人士进行会被禁止的交易，则该美国人士“在明知的情况下指示”了该交易。如美国人士为高管、董事或高级顾问，或以其他方式拥有高级权力，则财政部将认定该美国人士拥有该种权力。举例而言，外国基金的高级经理为美国人士，其指示该外国基金的投资涉及了所管辖的被禁止的交易，或以其他方式指导一项若由美国人士进行会被禁止的交易，则属于拟议规则所禁止的行为。

其次，拟议法规明确澄清了美国人士义务所适用的“知悉”标准，即如果美国人士需知悉与交易有关的相关事实或情况，进而适用拟议规则规定的美国人士参与的受管辖的交易的禁止或申报的义务。知悉定义不仅包括实际的知悉，即实际知晓某一事实或情况的存在或实质上肯定会发生，还包括一定程度对知悉的主观判断，即意识到某一事实或情况的存在或未来发生的高度可能性，或有理由知悉某一事实或情况的存在。

虽然上述“知悉”的定义没有改变，但是相比拟议法规的预先通知，本次拟议法规为如何评估“知悉”提供了更为清晰的指导。财政部判定“知悉”的考量因素包括美国人士是否进行了如下的“尽职调查”的行为，进而记录并证实其对交易是否适用禁止或申报的义务：

- 美国人士、其法律顾问和代表向交易相对方的问询记录；
- 从交易相对方处获得关于对外投资审查合规性的陈述和保证；
- 为获取有关公开及非公开相关信息的努力；
- 美国人士及其法律顾问和代表不具有目的地避免获取或分享特定信息；
- 交易时是否存在某些警示事件，例如相对方拒绝提供部分信息或拒绝提供陈述和保证；以及
- 通过数据库去识别相关被投主体和交易相关方的信息。

三、人工智能系统的定义考虑扩大与增加

拟议法规所管辖的技术和产品行业没有改变，仍为：**半导体和微电子、量子信息技术和人工智能（AI）**。任何与受管辖外国主体进行所管辖的交易的美国人士都将受到这些法规的约束。我们于文后的附表中提供所管辖的技术和产品的明确定义与解释。

应对预先通知所收到的公众评论，拟议法规增加了涉及前沿人工智能模型的交易范围，并根据一系列技术参数进行定义。拟议法规在预先通知中，财政部曾提议重点关注美国对从事开发包含人工智能系统，并专门用于军事、政府情报或大规模监视最终用途的软件的中国实体的投资。如果美国人士所参与的与受管辖外国主体的交易，涉及开发包含人工智能系统并专门用于网络安全、数字取证工具、机器人系统控制等用途的软件，则必须向财政部申报。在本次拟议规则中，财政部正在考虑将禁止交易的一般计算能力阈值设定为以下三个级别之一： 10^{24} 、 10^{25} 或 10^{26} 次计算运算（如整数或浮点运算）。在应申报交易的情形中，相关计算能力指标将被设定为低于禁止交易情形中的计算能力。对于主要使用生物序列数据训练的人工智能系统，财政部可能会将禁止交易的计算能力阈值设定在两个水平之一： 10^{23} 或 10^{24} 次计算操作。但财政部也正在考虑，生物序列数据方面是否应适用申报要求，而非禁止交易。

四、涉及有限合伙（LP）投资的例外情形的收紧

在预先通知中，财政部曾将美国人士作为有限合伙人，向风险投资基金、私募股权投资基金、基金组合或其他集合投资基金（pooled investment funds）投资的情形，如果符合下述两项条件，则作为“例外交易”不适用申报及禁止交易的要求：（1）有限合伙人只进行出资，不做管理决策，不对其投资以外的任何债务负责，也没有能力影响或参与基金或受管辖外国主体的决策或运营，以及（2）投资额低于由财政部长确定的最低限额。

拟议规则收紧了涉及有限合伙人的交易的例外情形。首先，拟议规则就涉及有限合伙人的情形下适用例外交易条件提出了两种不同的备选切入点：

第一种方案为进一步细化并限制有限合伙人投资的参与度，以及限制有限合伙人的投资资本。拟议规则要求有限合伙人不能参与投资抉择；不能参与普通合伙人、管理成员或同等人员的决策；不能单方面解雇、阻止解雇、选择或决定基金的普通合伙人、管理成员或同等人员的薪酬等。同时，有限合伙人必须满足以下两种条件之一：（1）承诺资本不得超过基金管理资产总额的50%，或（2）如果基金不是美国人士或受控外国实体，有限合伙人已获得具有约束力的合同保证，其资本不会被用于从事导致有限合伙人间接进行被禁止的交易。第二种方案则以投资数额为界限，仅要求有限合伙人投资的承诺资本总额不超过100万美元。

若未符合例外交易的适用要求，拟议规则澄清，美国人士作为有限合伙人收购非美国风险投资基金、私募股权基金、基金组合或其他集合投资基金，在收购时知悉该基金可能会投资于半导体和微电子、量子信息技术或人工智能领域的受关注国家的实体，且该基金进行的交易若由美国人士进行则属于受管辖交易，那么该种情况属于受管辖交易，须适用申报及禁止交易的规定。

五、涉及美国管制与制裁名单实体，则适用交易禁止

拟议规则新增一项与美国政府目前实施的多项经济制裁黑名单挂钩的交易禁止机制。具体而言，受管辖外国主体从事本身即属于适用交易禁止的活动、或者从事适用申报要求的活动，但该“受管辖外国主体”涉及美国经济制裁黑名单：（1）被增列美国商务部工业与安全局（BIS）实体清单；（2）被增列BIS军事最终用户清单；（3）符合BIS对军事情报最终用户的定义；（4）为特别指定国民和被封锁者名单（SDN）实体；（5）被增列非SDN中国军工综合体公司名单（NS-CMIC名单）；（6）根据8 U.S.C. 1189.被国务卿指定为外国恐怖组织。在此情况下，美国人士参与的相关交易属于被禁止的交易。

六、结语

本次拟议法规充分展示了美国目前针对其所关注的重大“国家安全问题”的多部门合作的趋势。美国的商务部，依赖于其对目前先进技术与产品领域应对较多的优势，将和美国财政部共同致力于促成高度技术化的法规的最终落地。而技术化的法规，结合明确的适用情形的列举以及合规指导，对于法规潜在的漏洞进行了必要的修补的同时，也促使所适用的主体进行合规工作，从而导致法规实施的有效性大大增加。因此，所适用有关义务范围与标准的美国投资人应当建立有效的且为自身性质量身定制的合规制度与程序，以应对即将生效的法规。

美国的拟议法规较为充分地反映了其基于拟议法规预先通知所收到的公众评论所作出的努力。法规中的诸多条款与举例纷纷为回应评论中所提及的顾虑与疑问。因此，相关方应继续在现有的评论其内，结合自身情况，作出所需评论。

最后，对于美国的拟议法规是否会影响欧盟国家进行同样的行动，目前尚有待商榷。拜登总统发布行政令之初，曾指示美国国务卿和商务部长“与盟友和合作伙伴就受关注国家推进受限国家安全技术 and 产品所带来的国家安全风险开展合作”。在新美国安全中心于今日举办的一场活动上，与会嘉宾表示，尽管美国和欧盟对中国的看法日益趋于一致，但就如何利用出口管制、投资限制和其他经济安全措施来应对北京带来的经济和国家

安全威胁这一问题，双方仍未达成完全一致。

附表：拟议法规所管辖的技术和产品

技术与产品	禁止的交易	申报的交易
半导体和微电子	- 开发或生产任何用于集成电路或高级包装设计的电子设计自动化软件。 - 开发或生产任何：(1) 为批量生产液晶体而设计的前端半导体制造设备，包括用于从空白晶圆或基板到完整晶圆或基板的生产阶段的设备（即液晶体已处理但仍在晶圆或基板上）；(2) 用于批量先进封装的设备；或 (3) 专门设计用于或与超紫外制造设备一起使用的商品、材料、软件或技术。 - 设计符合或超过《美国联邦法规汇编》第15卷第774部分1号补编规定的出口管制分类编号3A090.a中的性能参数的任何集成电路，或设计用于在4.5开尔文及以下的温度下运行的集成电路。 - 制造任何符合以下标准的集成电路：(1) 使用非平面晶体管架构或生产技术节点为16/14纳米或更低的逻辑集成电路，包括完全耗尽的绝缘硅片（FDSOI）集成电路；(2) 128层或更多的NOT-AND（NAND）存储器集成电路；(3) 使用半间距为18纳米或更小的技术节点的动态随机存取存储器（DRAM）集成电路；(4) 由镓基化合物半导体制造的集成电路；(5) 使用石墨烯晶体管或碳纳米管的集成电路；或 (6) 为在4.5开尔文及以下使用而设计的集成电路。 - 使用先进的包装技术包装的任何集成电路。 - 开发、安装、销售或生产任何由先进集成电路支持的超级计算机，该超级计算机可在41,600立方英尺或更小的空间内提供100或更多双精度（64位）petaflops或200或更多单精度（32位）petaflops的理论计算能力。	- 设计禁止交易的情形中未说明的任何集成电路。 - 制造禁止交易的情形中未描述的任何集成电路。 - 包装禁止交易的情形中未描述的任何集成电路。
量子计算	开发量子计算机或生产制造量子计算机所需的任何关键部件，如稀释制冷机或两级脉冲管式冷冻机。	无

	- 开发或生产任何量子传感平台，该平台设计用于或相关受管辖外国人士打算用于任何军事、政府情报大规模监控最终用途。 - 开发或生产任何量子网络或量子通信系统，其设计用于或相关受管辖外国人打算用于以下目的 (1) 扩大量子计算机能力的网络，如用于破解或破坏加密；(2) 安全通信，如量子密钥分发；或 (3) 任何其他具有军事、政府情报或大规模监视最终用途的应用。	
人工智能	- 开发任何专门用于以下用途或相关受管辖外国人士打算用于以下用途的人工智能系统：(1) 军事最终用途（例如，用于武器瞄准、目标识别、战斗模拟、军用车辆或武器控制、军事决策、武器设计或作战系统后勤和维护）；或 (2) 政府情报或大规模监视最终用途（例如，挖掘文本、音频或视频、图像识别；位置跟踪；或秘密监听设备）。 - 开发任何使用大于以下计算能力进行训练的人工智能系统：$10^{24}/10^{25}/10^{26}$ 次计算操作（例如，整数或浮点运算）或 $10^{23}/10^{24}$ 次计算操作（例如，整数或浮点运算），主要使用生物序列数据。拟议法规提出 10^{24}、10^{25} 和 10^{26} 可作为替代参数。	开发任何未在禁止交易的情形中描述的人工智能系统，并且该系统：(1) 设计用于任何政府情报或大规模监视最终用途（例如，挖掘文本、音频或视频；图像识别、位置跟踪；或秘密监听设备）或军事最终用途（例如，用于武器瞄准、目标识别、战斗模拟、军用车辆或武器控制、军事决策、武器设计或作战系统后勤和维护）；(2) 受管辖外国人士打算将其用于网络安全应用、数字取证工具和渗透测试工具，或用于机器人系统的控制；或 (3) 使用大于 $10^{23}/10^{24}/10^{25}$ 计算运算（例如整数或浮点运算）的计算能力进行训练。拟议法规提出 10^{24}、10^{25} 和 10^{26} 可作为替代参数。

2024-07-04