

## 当交易遇见制裁（3）：OFAC 制裁应对措施

作者：李胜 | 王心怡 | 潘晨 | 韩乐怡<sup>1</sup>

长臂管辖权（Long Arm Jurisdiction），又称治外法权，最早起源于美国。美国法院认为如果一个涉外案件中只要与美国有最低限度的联系，例如使用美元结算或使用了美国金融服务，则美国法院对该案件即有管辖权。在美国实行强权主义的当下，该原则在 OFAC 制裁领域也得到了淋漓尽致的体现。尽管 OFAC 仅是美国财政部下属部门，但其制裁规定却具有全球适用性，本篇将讨论 OFAC 规则对美国人（定义见下）及美国人以外的自然人及实体（“非美国人”）的制裁效力，以及由此引申出的企业在跨境活动中可能面临的风险和挑战，最后我们将讨论企业应该如何评估、管理和应对这些风险，并给出我们一些抛砖引玉的建议。

### 一、OFAC 的制裁对象范围

在本系列的第一篇文章《[汉坤·观点 | 当交易遇见制裁\(1\): 美国常见制裁清单简介](#)》中我们曾提到，OFAC 通过一级制裁和次级制裁两类制裁方式，对全球实施制裁手段，我们将前述制裁方式简要总结如下，在后文中会详细展开其对美国人和非美国人的应用机制。

一级制裁	<ul style="list-style-type: none"><li>■ 针对美国人，以及部分情况下的非美国人（存在美国连接点的情况下）；</li><li>■ 违反一级制裁的后果通常除了行政罚款外，也可能涉及刑事责任（包括另行处以刑事罚金、对负责人处以监禁）。譬如，在币安的处罚案件中，除了支付与 OFAC 的和解金以外，币安还另行支付了与司法部的和解金，此外其 CEO 还受到美国司法部的关于洗钱的刑事指控。</li></ul>
次级制裁	<ul style="list-style-type: none"><li>■ 针对非美国人且不存在美国连接点；</li><li>■ 次级制裁主要通过将制裁对象拉入 SDN 清单、NS-CMIC 清单等制裁清单的方式进行，常见后果主要是经济性的，包括自然人被禁止入境、在美国的资产被冻结、限制美元账户交易、无法获得美国金融机构的贷款和支付等服务。</li></ul>

#### （一）对“美国人”的效力

根据 OFAC 规则，“美国人（U.S. Persons）”必须遵守 OFAC 的规定<sup>2</sup>。美国人的范围包括所有美国公民和永久居民（无论身处何地）、美国境内的所有个人和实体，以及所有在美国注册的实体及其外国

<sup>1</sup> 实习生杨浩对本文的写作亦有贡献。

<sup>2</sup> 参见 OFAC 官网问题解答 11，<https://ofac.treasury.gov/faqs/11>，2024 年 3 月 24 日访问。

分支机构。虽然并非只有美国人会受到 OFAC 的制裁，但由于其与美国的连接点更为显而易见，且其受到美国政府和司法的直接管辖，故单从个体角度，相比非美国人，一般而言美国人被 OFAC 审查并施加制裁的风险更高。

## （二）对非美国人的效力

OFAC 的制裁效力不仅及于美国人，非美国人也存在被制裁的风险。当今时代，OFAC 凭借美国的国际优势地位对非美国人进行长臂管辖，主要体现在以下方面：

- 一级制裁中，基于“连接点规则”，如果非美国主体或者拟定交易存在“美国连接点（Nexus）”，均被认为受到美国法律管辖。虽然美国相关法律并未明确定义美国连接点，但是根据 OFAC 执法实践，常见的美国连接点除了美国人参与交易之外，还包括：（1）使用美元或者通过美国金融机构结算；（2）交易涉及美国的商品、技术或服务（例如出口含有美国元器件的产品或将美国产品进行转出口）；（3）导致美国人进行违反制裁规定的交易（Cause to Violate）等，在该等情况下，非美国人也将面临一级制裁风险。
- 实践中 OFAC 对美国连接点的认定往往非常广泛，且美元结算通常构成 OFAC 对非美国主体行使管辖权的一个重要连接点，执法管辖可能还会穿透金融机构，指向金融机构的客户。例如 2017 年，OFAC 与新加坡公司 CSE Global Limited 及其子公司 CSE TransTel Pte. Ltd.（合称“CSE”）达成了金额达 1,200 万美元的和解<sup>3</sup>，案由是 CSE 通过在新加坡银行开设的美元账户进行了 104 次美元支付，合计支付了超过 1,100 万美元给涉及伊朗的第三方供应商，OFAC 认为该等行为违反了《国际紧急经济权力法》（IEEPA）第 1705(a)条和 ITSR 560.204（禁止向伊朗出口/再出口/销售/供应商品、技术或服务的条款），并据此直接对 CSE 进行处罚。根据 IEEPA 第 1705(a)条规定，任何人违反、企图违反、密谋违反或导致违反制裁规定的均属于违法行为，而 OFAC 认为，CSE 使用美元进行支付和结算间接导致美国金融机构为伊朗主体提供金融服务，因此 CSE 构成了对 IEEPA 第 1705(a)条的违反。
- 次级制裁中，即使未有美国人参与交易，且不存在美国连接点，如果非美国人与被列入制裁清单（例如 SDN 清单）的主体进行任何交易，或者与被制裁国家开展特定的可能触发次级制裁的行动（例如故意为伊朗能源、航运、造船、港口行业提供重大支持），则 OFAC 可对其进行次级制裁，例如将该非美国人列入制裁名单等，详细规则及案例如我们制裁系列文章《[汉坤·观点 | 当交易遇见制裁（1）：美国常见制裁清单简介](#)》中所述。

有鉴于此，非美国人在日常运营及交易过程中，同样需要对 OFAC 风险进行密切关注，以防受到 OFAC 相关制裁。

## 二、谨慎面对交易中受到 OFAC 制裁的风险

随着中美关系的紧张，中国企业从事国际化交易活动面临的制裁风险也趋高，企业应当尽量防微杜渐，采取必要的措施降低相关风险，本章节将主要讨论可考虑采用的措施。

### （一）建立日常合规体系

OFAC 于 2019 年 5 月 2 日发布了《合规承诺框架》（A Framework for OFAC Compliance Commitments<sup>4</sup>），

<sup>3</sup> 参见 OFAC 官网，<https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20170727>，2024 年 3 月 24 日访问。

<sup>4</sup> 参见 OFAC 官网，*A Framework for OFAC Compliance Commitments*，<https://ofac.treasury.gov/media/16331/download?inline>，[www.hankunlaw.com](http://www.hankunlaw.com)

该框架并非强制性法规，但 OFAC 强烈建议受到美国司法管辖的主体，以及与美国、美国人开展交易或者使用美国产品或服务的外国实体，制定、实施及定期更新其内部的制裁合规体系（Sanctions Compliance Program，简称“SCP”），且每个 SCP 应当包含至少以下五个必要合规要素：

- **管理层承诺：** 高级管理层应当审查批准 SCP，确保公司合规部门有足够权限、资源执行 SCP，在公司推广合规文化，采取必要的措施防止违反 OFAC 规则；
- **风险评估：** 对特定客户、产品、服务和地理位置作出制裁风险评估，以发现相关风险，协助决策和内控；
- **内部控制：** 制定书面政策和程序，进行充分内部控制以识别、阻断、升级、报告和记录可能被 OFAC 禁止的活动，迅速有效的应对内部控制漏洞；
- **合规测试&审计：** 测试和审计工作应向高级管理层汇报，且应当独立于被审计行为，并由具备足够权限、技能、专业能力和资源的人员进行，以反映对 OFAC 制裁相关风险综合客观的评价；
- **培训：** 向员工和利益相关者（例如客户、供应商、业务伙伴和相对方）提供信息和指导，并为高风险员工提供专门的培训，相关培训范围、频次应适当，且资料应便于获取，如果发现负面的测试&审计结果，应当立即对相关人员进行培训或其他纠正措施。

建立完善的 SCP 可以帮企业降低违反 OFAC 法规的风险，降低被制裁的概率，同时也是 OFAC 制裁体系中的减轻情节之一，如果企业已制定和执行有力的 SCP，即使未来仍因违法事项受到制裁，所受处罚也会相对减轻，具体详见制裁系列文章中《[汉坤·观点 | 当交易遇见制裁 \(2\)：OFAC 制裁的执法，以 Crypto 行业为例](#)》所述。

## （二）筛选交易对象及尽职调查

此项措施可作为上述 SCP 中的“风险评估”环节之一，或者单独执行。

OFAC 对其管理的制裁清单（包括但不限于 SDN 清单）有专门的检索工具，企业可通过 <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/> 网站对潜在交易对象进行查询，确认其是否处于制裁清单内，如是，则应尽量避免与其交易，防范自身受制裁的风险。

由于上述工具仅能查询到列入清单的主体，但基于 50% rule，如果列入 SDN 清单的 A 主体直接或间接持有 B 主体 50% 的股权，则 B 主体会被自动视为列入 SDN 清单（具体计算规则详见制裁系列文章中《[汉坤·观点 | 当交易遇见制裁 \(1\): 美国常见制裁清单简介](#)》所述），因此在对交易对象进行筛查时，还应当向上层层穿透股权结构，核实其股东、实际控制人是否受到制裁。

另外，鉴于 OFAC 除了制裁名单之外，还有其他制裁项目，因此建议如交易对象位于乌克兰、古巴、伊朗、朝鲜、叙利亚和委内瑞拉的克里米亚地区等制裁执法重点针对的国家和地区，或者如交易对象业务领域较为敏感（例如可能涉及非法药物贩运、大规模杀伤性武器等制裁项目），则应聘请专业律师对该次交易的 OFAC 风险进行评估。

### （三）交易文件关注点

交易文件中，OFAC 制裁合规相关条款，可根据不同交易类型进行设计，一般而言可以通过以下角度降低 OFAC 风险：

- **陈述和保证：**即对截至协议签署日和交割日，交易相对方/标的资产的状态进行陈述及保证，且该等陈述保证应当是真实、准确、完整的，具体可包括未受到 OFAC 制裁/调查且据其所知不存在相关风险，并且结合交易情况对风险因素做出进一步细化；
- **交割后承诺：**即交割后交易相对方应当持续性遵守 OFAC 法律法规，不得从事可能导致 OFAC 制裁的活动，例如将货物转售给被制裁主体，或者将交易对价用于 OFAC 限制的军事等领域；
- **救济条款：**即如果交易相对方违反陈述、保证和承诺，守约方可获得的赔偿，可以是采取意思自治原则，约定按照实际经济损失、违约金或罚息等进行经济性赔偿，或者解除交易、恢复原状等。

需要注意的是，上述条款虽然可以将 OFAC 制裁造成的损失从接受陈述、保证、承诺的一方转移到作出一方，即如果一方违反制裁法规导致另一方遭受损失，违约方应当在合同约定范围内最终承担相关责任，但是 OFAC 作为第三方政府执法机构，不会受到该等合同的约束，其仍有权基于违法行为实施制裁。

## 三、企业自身被列入 SDN 清单，应如何应对？

被列入 SDN 清单不仅会限制企业的交易机会，造成企业直接或间接的经济损失，还会对企业的声誉造成负面影响，本章将重点讨论被列入清单后，企业可采取的应对措施。

### （一）通过 OFAC 程序申请移出清单

虽然移出 SDN 清单并非易事，但实操中并非没有可能，根据 OFAC 官网，移出申请有专门的审核程序，且其每年都会将数百名被列入者移出名单。通常而言，在满足下述情形之一时可以向 OFAC 申请移出<sup>5</sup>：

- **被错误的列入 SDN 清单：**这种情况下，被列入者应当向 OFAC 证明他们并不是制裁的目标对象，此前被列入 SDN 清单存在事实或者法律上的错误；
- **环境改变导致被制裁的原因已经消失：**被列入者需要承认原先被列入是恰当的，他们过去确实曾经

<sup>5</sup> 参见 *How does someone get their name removed from the SDN list?*, <https://ofaclawyer.net/sdn-list-removal/how-to/>, 2024 年 3 月 24 日访问。

进行了对美国有害的活动，但现在情况已经发生变化，例如实施了 31 C.F.R. § 501.807<sup>6</sup>中提到的补救措施，包括企业重组、从被制裁主体辞职或者类似措施。

根据 OFAC 官网的答复<sup>7</sup>，移出清单的审核流程整体耗时需要个案分析，OFAC 在官方规定的申请文件之外，可能需要申请者提供更多的文件和声明。OFAC 一般会在收到申请后 90 日内向申请者发出第一个问卷，其后可能要求申请者填写更多问卷或做其他调查验证。如果移出申请被拒绝，被列入者可以通过与首次申请相同的程序再次提交申请，但是如果申请者无法提供新证据或新论据支持，且环境也未发生改变，则 OFAC 将会再次拒绝申请。

## （二）就特定交易申请 OFAC 许可

OFAC 许可，指 OFAC 授权从事原先被禁止的交易，分为通用许可（General Licenses）和特别许可（Specific Licenses）两类，其中（1）通用许可不需要申请，是对特定类别交易，授予某类人的许可，例如允许律师代表被列入 SDN 清单的主体作移出申请，即是一项通用许可中的内容，（2）特别许可是 OFAC 授权某个人/机构进行某个特定的交易，需要进行书面申请。无论是哪一类许可，取得许可进行交易的主体必须保证许可中载明的所有条件都被严格遵守，如果有不符情况，则认为相关交易未获许可。

由于通用许可是不时发布的，故如果企业被列入 SDN 清单，应当密切关注 OFAC 法规及政策动向，如存在适用的通用许可，则可在该许可范围内进行交易。但如果预期交易并无适用的通用许可，则应当考虑向 OFAC 申请特别许可。许可申请如果被拒绝，通常视为最终决定，没有复审程序，但是 OFAC 可能基于一些正当理由重新考虑其决定，例如情况变化或者提交新的信息。

## （三）其他

企业被列入 SDN 清单后，也可以采用其他措施，例如股权重组、资产重组，提起诉讼等。就股权重组而言，值得提示的是，根据 OFAC 官方问答，虽然如果被列入者剥离其在一个主体中的股权，使直接或间接持股低于 50%，则该主体不再自动视为根据 SDN 清单被冻结（Block）的主体，但是实现前述目的存在诸多限制，包括但不限于：（1）剥离交易必须完全发生在美国境外且不能涉及任何美国人，这是因为美国人占有或者控制的被冻结财产必须被冻结，OFAC 不承认未经许可的转让；（2）即使完成剥离，被剥离主体仍可能受到 OFAC 关注，未来不排除再被列入清单或者受到制裁，（3）OFAC 要求相关剥离交易是真实发生，转让所有权权益并非仅是虚假交易（Sham Transaction）。有鉴于此，建议聘请专业律师介入交易架构设计并协助判断采取相关措施的必要性及可行性。

<sup>6</sup> 参见 Code for Federal Regulations § 501.806 Procedures for unblocking funds believed to have been blocked due to mistaken identity, <https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-V/part-501#501.807>。

<sup>7</sup> 参见 OFAC 官网, *Filing a Petition for Removal from an OFAC List*, <https://ofac.treasury.gov/specially-designated-nationals-list-sdn-list/filing-a-petition-for-removal-from-an-ofac-list>, 2024 年 3 月 24 日访问。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 李胜

电话： +86 10 8525 4691

Email: [sheng.li@hankunlaw.com](mailto:sheng.li@hankunlaw.com)