

悬起的达摩克利斯之剑：《不可靠实体清单规定》落地

作者：段志超 | 鲁学振 | 刘亚东 | 胡敏喆

2020年9月19日，经国务院批准，商务部公布《不可靠实体清单规定》（以下简称“《规定》”），自公布之日起施行。自去年5月底商务部宣布我国将建立不可靠实体清单制度后，历经1年多，最终落地的《规定》在细化制度的同时也在具体内容上也作了部分调整，体现了监管部门对立法目的、实操细节、以及和其他部门法衔接的思考。其和近期调整的技术进出口管理制度以及构建中的《出口管制法》、《数据安全法》等一起，一并反映了地缘政治变化下我国在相关立法层面完善的紧迫性，为复杂国际环境背景下确保我国国家主权、公共利益、以及企业合法权益提供了抓手。

应该说明的是，《规定》延续了我国一贯的维护公平合理的国际经贸规则的政策，并没有基于“国别”实施差别待遇，亦没有预设时间表或是同步出台具体名单。和“以眼还眼，以牙还牙”的反制不同，《规定》和上文提到的其他相关制度一起，为我国坚持多边主义、扩大开放提供了制度保障。

就具体内容而言，在实体上，相较于商务部之前的历次解读，本次《规定》更凸显对“国家利益”及“中国企业、其他组织或者个人利益”的维护，并以上述利益是否受损害以及其损害程度作为判断相关外国实体是否应纳入不可靠实体清单的关键性参考依据。《规定》也同时增加和细化了在满足恰当条件时将相关主体移出清单的规定。在程序上，《规定》注重了对正当性的保障，在增加透明度的同时，也赋予了被调查的相关外国实体以陈述、申辩的权利。

一、延续了我国一贯的维护公平合理的国际经贸规则的政策，并没有基于“国别”实施差别待遇，亦没有预设时间表或是同步出台具体名单

《规定》第三条指出，“中国政府坚持独立自主的对外政策，坚持互相尊重主权、互不干涉内政和平等互利等国际关系基本准则，反对单边主义和保护主义，坚决维护国家核心利益，维护多边贸易体制，推动建设开放型世界经济”。从该条款来看，我国建立该项制度的主要目标和功能定位是维护国家核心利益、维护国际经贸规则，以及推动建设开放型世界经济。

正如商务部去年宣布建立该项制度后所进行的解读，中国建立“不可靠实体清单”主要希望达到如下目标：一是维护中国国家利益，包括经济安全、科技安全、信息安全、资源安全等；二是保障社会公共利益，维护企业正当权益，防范中国实体在国际经贸活动中遭遇断供、封锁等重大风险；三是维护公平合理的国际

经贸规则和以规则为基础的多边贸易体制，维护全球产业链的安全和稳定¹。

需要特别强调的是，《规定》并未效仿美国的类似制度，没有对不同国家划分为不同风险等级，从制度层面而言，我国目前的“不可靠实体清单制度”不会对不同国家的企业实施差别待遇。而商务部历次的新闻发布会也对此予以了明确，即：我国建立该项制度的最终目的意在维护公平竞争的市场秩序，不会针对任何一个国家的企业、组织或者个人²。

2020年9月20日，商务部条约法律司负责人就《规定》答记者问³时也进一步强调：“第一，中国政府坚定维护多边主义的立场不会变……第二，中国政府坚持深化改革、扩大开放的立场不会变……第三，中国政府坚决保护各类市场主体合法权益的立场不会变。《规定》仅针对极少数破坏市场规则并违反中国法律的外国实体，诚信守法的外国实体完全无需担心”。

此外，商务部条法司负责人还表示，清单没有预设时间表和企业名单。如果外国实体存在《规定》列明的违法行为，工作机制将严格按照《规定》，综合考虑各项因素，严肃、审慎决定是否将其列入清单以及是否采取相应处理措施。

二、在实体上，《规定》更凸显对“国家利益”及“中国企业、其他组织或者个人利益”的维护，认定标准上强调客观因素，弱化主观因素

对于哪些实体可能会被列入“不可靠实体清单”，《规定》第二条列举了两类不可靠实体清单制度所针对的行为：一是危害我国国家主权、安全、发展利益的行为；二是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的行为。该条同时规定，任何外国企业、其他组织或者个人如实施上述行为均可能被列入我国的不可靠实体清单。

在此基础上，《规定》第七条还提出了结果要件，即相关部门在判断是否将有关外国实体列入不可靠实体清单时，需要考虑有关行为对中国国家主权、安全、发展利益的危害程度；有关行为对中国企业、其他组织或者个人合法权益的损害程度；以及有关行为是否符合国际通行经贸规则。在具体适用上，商务部条法司负责人答记者问时也表示，《规定》的适用范围是严格限定的，仅针对极少数违法的外国实体，不会任意扩大范围。

事实上，商务部去年已对这一问题作出回应，其解释称，判断一个实体是否会被列入不可靠实体清单，第一是看该实体是否存在针对中国实体实行封锁、断供或者其他歧视性的行为；第二是看该实体的行为是否是基于非商业目的，违背市场经济的规则和契约；第三则是看该实体是否对中国企业和相关产业造成了严重损害；最后需要看该实体的行为是否对国家安全构成威胁和潜在威胁⁴。

相较而言，最终版《规定》将“国家主权、安全、发展利益”单列一款，意在强调和宣示我国维护国家利益的决心。这一点也和《数据安全法（草案）》、《全球数据安全倡议》等关于国家安全、数据主权的制度目的遥相呼应。

¹ 为什么要出台不可靠实体清单制度？商务部解读 <http://coi.mofcom.gov.cn/article/y/gnxw/201906/20190602869699.shtml>。

² 商务部召开例行新闻发布会（2019年9月26日）<http://nz.mofcom.gov.cn/article/jmxw/201910/20191002902948.shtml>。

³ 商务部条约法律司负责人就《不可靠实体清单规定》答记者问。

<http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202009/20200903002631.shtml>。

⁴ 同注1。

同时,《规定》不再强调针对“非商业目的”的行为,而主要针对“违反市场交易原则”的行为,淡化了政治目的,反映了“维护国际经贸规则”的制度出发点。此外,删除“非商业目的”之类的主观要件而强调实际影响等客观因素有利于增加制度实施的可预期性。

三、在程序上,《规定》注重了对正当性的保障,在增加透明度的同时,也赋予了被调查的相关外国实体以陈述、申辩的权利

除实体条款外,《规定》也明确了不可靠实体清单的实施流程。第四条首先明确,我国将设立专门负责实施不可靠实体清单制度的工作机制,该工作机制办公室设在国务院商务主管部门,并由相关部门一同参加⁵。

具体流程上,列入不可靠实体清单通常需要经过工作机制开展相应的调查活动。但《规定》第八条也表示,如果外国实体的行为事实清楚,工作机制可以直接作出是否将其列入不可靠实体清单的决定并予以公告。有关调查活动的主要规定总结如下:

- **启动条件:**《规定》第五条提出,工作机制既可以依据职权也可以依据有关方面的建议、举报,决定是否对有关外国实体的行为进行调查。
- **调查方式:**《规定》第六条规定,工作机制可以询问有关当事人、查阅或者复制相关文件、资料以及其他必要的方式。
- **主体权利:**《规定》第六条亦赋予了被调查主体相应的程序性权利,包括陈述和申辩的权利。
- **调查结果:**《规定》第七条指出,工作机制将根据调查结果作出是否将有关外国实体列入不可靠实体清单的决定,并予以公告。

有鉴于此,外国实体在日常的经营活动中,应当谨防竞争对手的恶意投诉;一旦受到调查,应当积极配合做好调查工作,充分行使享有的陈述申辩的权利。

四、列入清单的外国实体在中国的进出口、投资等活动将受较大限制或禁止,但《规定》提出了将外国实体移出清单的程序和条件

列入“不可靠实体清单”的法律后果颇受外界关注。《规定》第九条和第十条分别规定了两种法律后果。

根据《规定》第九条,工作机制将对列入不可靠实体清单的外国实体发布风险提示,并可以根据实际情况,明确该外国实体改正其行为的期限。结合《规定》第十一条,在该期限内不对该实体采取相应的处理措施。

而根据《规定》第十条,列入不可靠实体清单的外国实体将会直接面临相应的处理措施,主要包括:

- 限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动;
- 限制或者禁止其在中国境内投资;
- 限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境;

⁵ 根据《中华人民共和国技术进出口管理条例》第六条的规定,国务院及省级对外经济贸易主管部门(也即是目前的商务主管部门)也同时负责技术进出口的监管。

- 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；
- 根据情节轻重给予相应数额的罚款；
- 其他必要的措施。

根据《规定》第一条和商务部发言人的相关说明,《规定》主要依据《对外贸易法》、《国家安全法》等相关法律进行制定。相比去年商务部发布会提出的立法依据,《规定》第一条并未明确列举《反垄断法》。这可能是考量到适用《反垄断法》需对市场支配地位以及正当理由等问题认定的复杂性和不确定性。如果外国实体的中断交易、歧视性行为等确实构成违反《反垄断法》规定的滥用市场支配地位时,可以由反垄断执法机构对其进行调查和处罚。

需要中国企业注意的是,《规定》第十二条规定,对于受到限制或者禁止从事与中国有关的进出口活动的外国实体,中国企业、其他组织或者个人原则上不应与其进行交易,确需交易的,应当向工作机制办公室提出申请并获得同意。而就中国实体违规与列入清单的外国实体交易的法律后果,《规定》并未作出规定。根据《出口管制法(二审稿)》第三十七条,一旦出口经营者违反规定与列入管控名单的进口商、最终用户进行交易,则可能被给予警告,责令停止违法行为,没收违法所得,且最高并处违法经营额二十倍以下罚款;情节严重的,还会被责令停业整顿,直至吊销出口经营资格。《出口管制法》正式出台和实施后,或将为“不可靠实体清单”制度在出口管制方面提供相应的法律依据。

最后值得说明的是,《规定》第十三条还明确了相应的移出机制。对于被要求限期改正行为的外国实体,依据第十三条第一款,如果其采取措施消除行为后果的,工作机制应当作出决定,将其移出不可靠实体清单。此外,相关实体还可以依据第十三条第二款,申请将其移出不可靠实体清单,工作机制将根据实际情况决定是否将其移出。

五、和美国相比,我国的不可靠实体清单制度有待进一步完善和实现规则落地

在当前国际环境下,我国的“不可靠实体清单”制度常与欧美等国的类似制度进行比较。以美国为例,其“实体清单”(Entity List)概念早在1990年便已提出,当时仅是为了控制能制造核武器的物品出口。1997年2月,美国商务部首次发布了“实体清单”。经过数十年的实践,美国的“实体清单”制度已经具有较完善的审查标准和配套措施,并且逐渐成为美国维护其国家安全利益的重要手段。

美国的出口管制制度体系共包含八种针对不同情形所设立的“清单”,实体清单便是其中一种。实体清单由美国商务部工业和安全局(BIS)负责管理并执行,任何被美国政府认为已参与或涉嫌参与违反美国国家安全或危害美国外交政策利益活动的个人和企业都可能被纳入实体清单。而是否将某实体列入实体清单则是由最终用户审查委员会(ERC)决定。最终用户审查委员会在考虑拟列入实体清单的实体的国别基础上,对受《出口管理条例》(EAR)管辖的所有两用物项实施许可要求,并对实体清单进行不定期的更新和修改。

与美国的实体清单制度相比,中国的不可靠实体清单制度起步较晚,且目前只有较上位的原则性规定,配套措施尚未出台,具体的制度落地还需要立法和执法部门的配合与具体实践。

项目	中国	美国
法律依据	法律依据较为上位,主要为《对外贸易法》、《国家安全法》等有关法律。	《出口管理条例》(EAR)。

项目	中国	美国
主管部门	中央国家机关有关部门参加的工作机制办公室。	美国商务部产业与安全局（BIS）。
被列入清单的原因	任何外国实体如实施以下行为都有可能被列入不可靠实体清单：（1）危害中国国家主权、安全、发展利益；（2）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。	任何被 BIS 认为 曾经、正在或有可能 违背美国国家安全或外交政策利益，或者阻碍 BIS 或其他执法部门调查的外国人和实体都可能被列入实体清单。
被列入清单的后果	被列入清单的实体会被限制或禁止与中国有关的进出口活动或在中国境内的投资活动；还会被限制或禁止入境或停留，并视情节轻重给予罚款处罚。	被列入清单的实体在获取 EAR 管制物项时面临着更严格的限制。向受管制实体出口、转出口、国内转移受 EAR 管制物项，都需要向 BIS 申请许可证。许可审查政策多数为“ 推定拒绝 ”（Presumption of Denial），少数情况下会根据个案（Case by Case）决定，且 EAR 中的绝大多数许可豁免情形都不能适用于 Entity List 中所列实体。
被列入清单后的移出	被列入实体清单后，工作机制根据实际情况，可以决定将有关外国实体移出不可靠实体清单；有关实体在公告明确的改正期限内改正其行为并采取措施消除行为后果的，工作机制应当作出决定，将其移出不可靠实体清单。	被列入实体清单后，可以向 ERC 提出书面上诉，要求将其从实体清单上修改或删除，但通常难度很大。

六、结语

总体而言，我国发布“不可靠实体清单”不是以制裁或者限制为目的，而是以维护国际经贸规则和国家利益为出发点，旨在保护广大严格遵守市场规则和契约精神的实体。和诸如出口管制、数据安全和出境制度一样，其并非对特定国家或特定主体的反制，而是旨在从立法层面完善我国的对外经贸制度，为复杂国际环境下的国际经贸秩序和市场竞争环境的维护提供保障。

就后续落地而言，《规定》本身自然尚有众多待细化和明确的标准，包括其和其他部门法以及相关规定、制度之间的衔接。作为直接受到影响的外国实体而言，更为关注的是如何在跨国运营背景下应对不同国家法律法规的冲突，而类似冲突的解决显然需要包括立法者和相关实体在内的智慧和灵活度。我们就此会保持进一步的关注。

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：

段志超

电话： +86 10 8516 4123

Email: kevin.duan@hankunlaw.com