

再次亮剑——简评《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

作者：通力大合规业务组

2021年1月9日,经国务院批准,商务部正式公布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称“《办法》”)。《办法》规定了中国公民、法人或其他组织(以下简称“中国人士”)遇到禁止或限制其与第三国正常经贸活动的外国法律或措施不当域外适用时的报告制度,以及保障中国人士合法权益的救济途径。

1. 立法目的与依据

《办法》第一条开宗明义,点明了立法目的和立法依据。《办法》的上位法为《国家安全法》等有关法律。《办法》作为国家安全法律体系中的一部分,其核心目的在于维护国家主权、保护国家安全。国家安全内涵丰富,包括政权、主权、统一和领土完整、社会经济可持续发展等内容,涵盖政治、经济、军事、文化、社会等各领域的安全。以美国财政部外国资产控制办公室(“Office of Foreign Asset Control, Department of Treasury”,以下简称“OFAC”)出台的各类制裁措施对国家安全的影响为例,OFAC制裁项目依据“长臂管辖”对中国人士实施制裁,阻碍中国先进技术和优秀企业的发展,严重威胁中国国家安全和发展。同时,外国法律与措施的不当域外适用通过限制贸易活动等手段严重损害了中国人士在经济贸易领域的合法权益,《办法》意在保障中国人士自身的合法权益,为其提供可行的救济途径。

2. 适用范围

根据《办法》第二条,《办法》的适用范围为外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则,不当禁止或者限制中国人士与第三国(地区)及其实体进行正常的经贸及相关活动的情形。概括而言,《办法》阻断的外国法律与措施的域外适用需满足两个实质条件:(1)违反国际法和国际关系基本准则;(2)不当禁止或者限制中国人士的正常经贸及相关活动。

For more Links publications,
please contact:

Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物,
请联系:

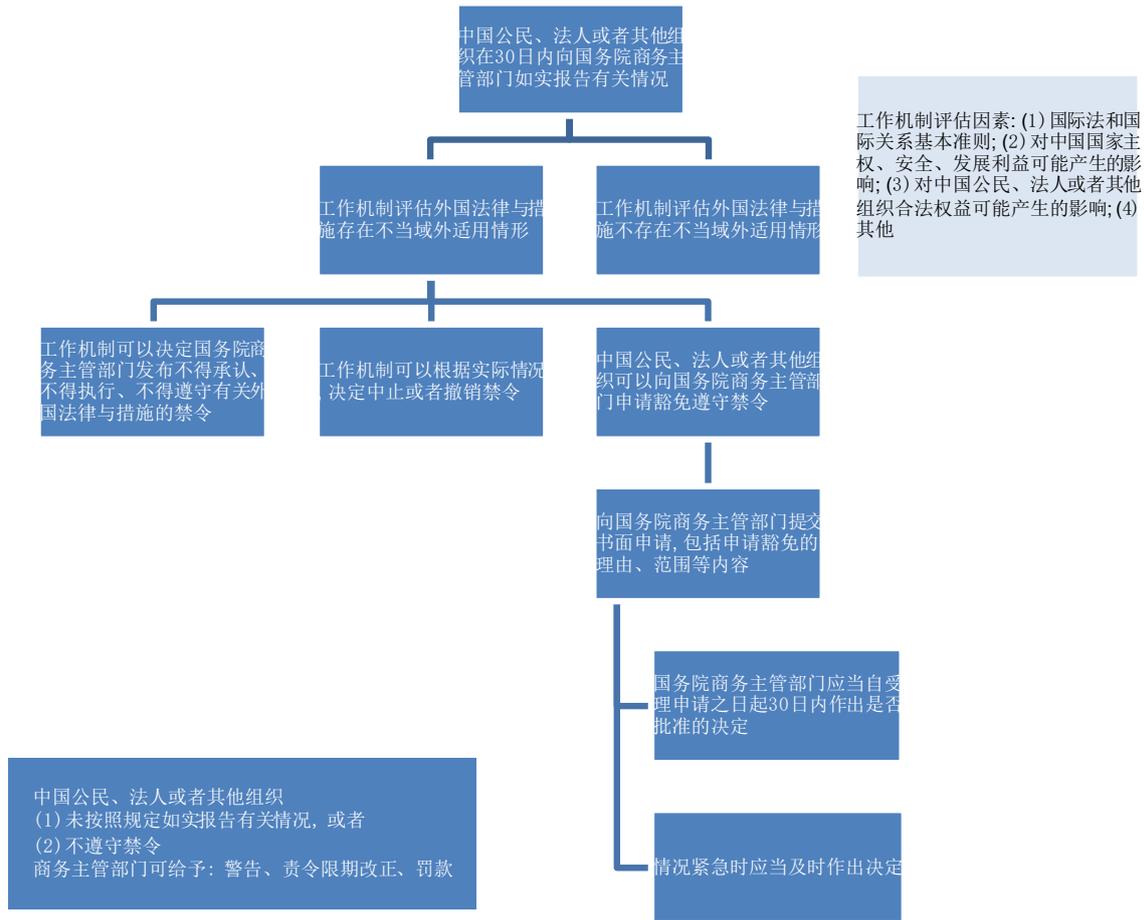
Publication@llinkslaw.com

我们分析,美国的实体清单(“Entity List”)与特别指定国民与被禁人员清单(Specially Designated Nationals and Blocked Persons List,以下简称“SDN 清单”)这两类经常用于针对中国人士的“外国措施”可能落入《办法》的适用范围内。美国商务部工业和安全局(Bureau of Industry and Security, Department of Commerce,以下简称“BIS”)频繁以违反美国国家安全为由将众多中国企业和中国高校列入实体清单,限制任何实体将受管控的美国产品、技术和服务(合称“物项”)转移给这些中国人士,具体限制措施不仅包括禁止美国实体向被列入实体清单的中国人士出口受管控的美国物项,还包括禁止美国以外的其他国家的实体向这些中国人士出口、再出口、国内转让受管控的美国物项,即使受管控的美国物项和交易双方都不在美国境内。再如 SDN 清单中也列入了众多中国公民和中国企业。美国实体以及与美国存在连接点(如使用美国的金融系统或通信工具)的外国实体被禁止与 SDN 清单中的中国人士进行进出口贸易、投融资等交易。某些 SDN 清单中的中国人士还受到 OFAC 次级制裁。即便相关外国人士与美国不存在连接点,也被禁止与 SDN 实体进行交易。实体清单和 SDN 清单及其依据的法律法规都运用美国法的长臂管辖,对非美国人士或并非发生在美国境内的行为进行管辖。OFAC 次级制裁就因其不符合国际法一般原则而广受国际社会诟病,但许多外国实体又恐于自身受到美国制裁而不得不遵守美国制裁法律。

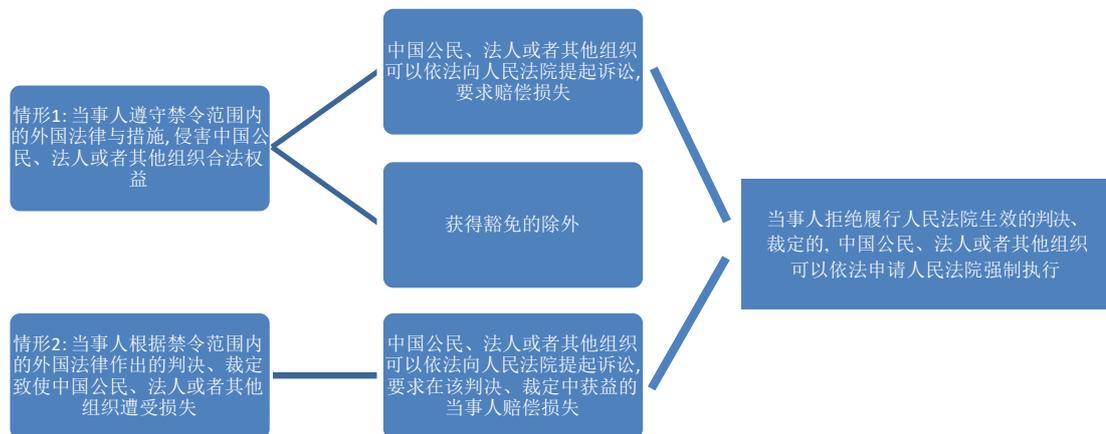
【关于实体清单和 SDN 清单的具体内容,详见我们此前发表的文章[《美国对中国企业制裁措施综述及合规应对》](#)。】

3. 实施机制

(1) 行政禁令



(2) 司法救济



4. 工作机制的权力和义务

根据《办法》, 中央国家机关有关部门参加的工作机制负责外国法律与措施不当域外适用的应对工作, 工作机制由商务部牵头, 由商务部、国家发展和改革委员会会同其他有关部门负责。与之类似, 根据商务部于 2020 年 9 月发布的《不可靠实体清单规定》, 【关于不可靠实体清单的更多内容, 详见我

们此前发表的文章《<<不可靠实体清单规定>>要旨简析》¹负责不可靠实体清单制度组织实施的机构也为工作机制,该工作机制办公室同样设在商务部。未来不排除由同一工作机制协调、组织、负责阻断外国法律与措施的不当域外适用以及进行不可靠实体清单的管理工作。

(1) 评估外国法律和措施是否存在不当域外适用

根据《办法》,工作机制主要依据四类因素评估外国法律与措施是否存在不当域外适用问题,包括:(1)国际法和国际关系基本准则;(2)对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响;(3)对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响;(4)其他因素。

商务部条约法律司负责人在《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》答记者问中表示,“在评估和确认有关外国法律与措施是否存在不当域外适用情形时,工作机制将根据个案具体情况,综合考虑《办法》第六条规定的因素,依法审慎进行评估和确认”。¹这里提到的外国法律和措施的“具体情况”,可能既包括该等法律或措施的颁布程序,又涵盖实体内容,因此,企业还需要持续关注工作机制的评估动态,对评估内容进行理解。

(2) 决定发布、中止、撤销禁令

通过评估,工作机制认为外国法律或措施存在不当域外适用问题的,可能会决定由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;工作机制还可根据实际情况决定撤销或中止禁令,这里的“实际情况”可能包括外国法律或措施的废止、修订等情况。

(3) 提供指导和服务

根据《办法》,工作机制成员单位应当依照各自职责,为中国人士应对外国法律与措施不当域外适用提供指导和服务。这里提到的工作机制成员单位可能包括商务部、国家发展与改革委员会、海关总署、外交部、国家税务总局、市场监督管理局等。在《办法》实施过程中,该等部门可能通过出台部委规章、规范性文件、政策答疑等方式,对外国法律与措施的不当域外适用提供指导。

5. 有待澄清的问题

(1) 《办法》的适用范围

我们理解,外国法律与措施不当禁止或者限制中国人士之间的经贸活动,应当同样属于《办法》的适用范围。以SDN清单为例,对于受到次级制裁的中国人士,其他中国人士也不得与被制裁的中国人士交易。《办法》将此类情形排除在适用范围之外,将削弱阻断外国法律与措施的不当域外适用的实际效果。

¹ 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, <http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202101/20210103029779.shtml>

此外,《办法》第二条的“第三国及其公民、法人或者其他组织”是否包括不当适用法律与措施的国家的企业在海外的关联方,这一点亦不甚明确。再以SDN清单为例,除美国实体外,根据OFAC控制规则认定的受美国实体控制的外国实体也被禁止与SDN清单实体进行交易。这些“受美国实体控制的外国实体”是否属于《办法》规定的“第三国及其公民、法人或者其他组织”,仍有待澄清。

(2) “遇到外国法律与措施”

《办法》第五条规定了中国人士的报告义务:“中国人士遇到外国法律与措施不当域外适用的,应当在30日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。”未及时履行报告义务还可能招致行政处罚。“遇到外国法律与措施”这一表述尚待进一步澄清。涉嫌不当域外适用的外国法律与措施的形式包括但不限于法律法规、判决、裁定、决定、行政命令。“遇到”的时间点应理解为法律法规的颁布/生效之日,终审判决的判决/生效之日,或是中国人士知晓外国法律与措施之日?

(3) “该判决、裁定中获益的当事人”

根据《办法》第九条,根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国人士遭受损失的,中国人士可以依法向人民法院提起诉讼,要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。首先,此处的“该判决、裁定”指的是不当适用法律与措施的国家法院或仲裁机构根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定,还是指第三国法院或仲裁机构根据禁令范围的外国法律作出的判决、裁定?抑或,第三国法院或仲裁机构可能适用第三国法律作出不利于中国人士的判决、裁定?其次,“获益”又应当如何认定?如果第三国当事人遵守美国制裁法律拒绝与中国企业进行交易,第三国当事人在第三国获得了胜诉判决,免于承担合同下的违约责任,但是并未从美国制裁法律的不当域外适用中获得利润,该当事人是否仍有义务赔偿中国企业的损失?

(4) “必要的支持”

《办法》第十一条提出,中国人士根据禁令,未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的,政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持。此处“必要的支持”表述模糊。我们理解,《办法》第十一条中的“必要的支持”意义重大,属于阻断外国法律与措施不当域外适用的根本制度保证,期待配套法规措施或执法实践能尽快澄清其具体内涵。

6. 结语

针对近年来外国法律与措施不当域外适用频发的状况,以及中国人士在国际经贸交往中面临的各类限制和禁止措施,《办法》的及时出台体现出中国政府反对借助法律或政策破坏多边贸易体制、损害别国利益,为中国人士的合法经贸活动提供保障。“利刃出鞘”显示出中国主动维护国际规则、维护国家和企业利益的决心。《办法》出台前,我国已颁布《不可靠实体清单规定》《出口管制法》《外商投资安全审查办法》等,这些法律法规的颁布反映出中国为反对单边主义、贸易保护主义持续的制度建设努力。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com



杨迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2021