



公司及并购法律评述
2019 年 8 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16 楼和 19 楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门内大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

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

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

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

master@llinkslaw.com

简析“不可靠实体清单”制度

作者: 潘永建 | 洪馨 | 沙莎

根据商务部 2019 年 5 月 31 日的专题新闻发布会¹, 为应对单边主义和贸易保护主义对我国国家安全、社会公共利益和企业合法权益的威胁, 我国将建立“不可靠实体清单”制度。对不遵守市场规则、背离契约精神、出于非商业目, 对中国企业实施封锁或断供, 严重损害中国企业正当权益的外国企业、组织或个人, 将列入“不可靠实体清单”。该制度的相关具体措施将于近期公布。

商务部指出², 将根据以下“四个要件”判断行为主体是否会被列入“不可靠实体清单”:

- (1) 行为基于非商业目的, 违背市场规则和契约精神(主观目的);
- (2) 存在针对中国实体实施封锁、断供或其他歧视性措施的行为(客观行为);
- (3) 对中国企业或相关产业造成实质损害(实质损害后果);
- (4) 对国家安全构成威胁或潜在威胁(潜在损害后果)。

For more Llinks publications, please contact:

Roy Guo: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明: 本出版物仅代表作者个人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

简析“不可靠实体清单”制度

1. 制度设计背景

1.1 宏观对外经贸环境

近年来，我国对外贸易规模不断扩大，但是部分国家滥用国家安全的概念、滥用出口管制的措施、滥用长臂管辖的手段，对全球产业链、供应链和价值链的分工造成了严重损害，也损害了我国的国家利益³。

同时，我国的对外贸易法律制度在处理对外贸易关系以及应对单边主义的能力方面仍旧存在不足，需要加强国内法建设，以提高我国维护自身贸易利益和稳定对外贸易关系的能力⁴。

1.2 中美贸易摩擦

2018年3月以来持续不断的中美贸易摩擦是我国出台“不可靠实体清单”制度的直接原因。

2019年5月10日，美国宣布对2000亿美元中国输美商品加征的关税从10%上调至25%⁵；中国回应，如果美国关税措施付诸实施，中方将采取必要反制措施⁶。

2019年5月16日，美国产业与安全局(Bureau of the Industry and Security, 以下简称“BIS”)修订了《出口管理条例》(Export Administration Regulations, “EAR”), 将华为及其68家关联公司列入实体清单(Entity List)中⁷。美国政府认定，其有合理的理由相信华为及其关联公司参与了违反美国国家安全利益的活动⁸。向实体清单上的公司或个人出售或转让美国技术需要BIS颁发的许可证；如果该出售或转让会损害美国的国家安全或外交政策利益，则BIS很可能会拒绝颁发许可证。

2019年6月2日，中国商务部发布《关于中美经贸磋商的中方立场》白皮书⁹，其中指出，美国近期宣布提高对华加征关税，不利于解决双边经贸问题，中国对此强烈反对，不得不作出反应，维护自身合法权益。

1.3 借鉴国外经验

在应对单边和多边制裁方面，美国早在上世纪70年代的《出口管理法》(Export Administration Act)和《1976年税收改革法》(The Tax Reform Act)中就引入了反抵制规则；并于2018年将反抵制规则重新整合为《2018年反抵制法》(Anti-Boycott Act of 2018)，作为《2018年出口管制改革法》(Export Control Reform Act of 2018)的一部分，由BIS进行管理¹⁰。

《2018年反抵制法》列举了六类禁止抵制行为，对违反该法令的，BIS有权处以最高100万美金的罚款或者最高20年监禁的刑事处罚，或者采取禁止出口、吊销许可证、处以罚金等民事处罚。

¹¹

简析“不可靠实体清单”制度

与之相对应的，中国一直没有正式出台出口管制方面系统性、基础性的法律。

2. 制度法律依据

商务部指出，“不可靠实体清单”制度的主要依据是《对外贸易法》《反垄断法》和《国家安全法》¹²。此外，《宪法》、《外商投资法》等多部法律均强调维护国家安全和保障市场经济体制的正常运行，外国企业应当遵守中国的法律法规。未来《出口管制法》生效后，也将为“不可靠实体清单”制度提供法律依据。

2.1 《对外贸易法》

《对外贸易法》包括了原则性规定¹³和授权性规定¹⁴，但是较为宏观。根据《对外贸易法》第 7 条，如果任何国家或者地区在贸易方面对我国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施，中国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。

这一规定表明，当中国企业在国际贸易中受到某一国家或地区的歧视性对待时，中国有权采取相应措施制裁该国或该地区企业。

2.2 《反垄断法》

《反垄断法》第 17 条规定，具有市场支配地位的企业，不得滥用市场支配地位，其中包括：没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇等。

一国国内法律规定或行政命令是否可以构成“正当理由”，从而成为外国实体从事违反《反垄断法》行为的抗辩呢？目前，外国实体根据其本国国内法或行政命令被迫实施拒绝交易、限定交易等歧视性措施的情况下，是否可以认为该企业存在“正当理由”尚不明确。然而，如果将外国实体根据其本国规定采取的行为作为《反垄断法》禁止的例外，这将与“不可靠实体清单”出台的初衷相悖——如果外国实体的行为已经具备上述四个要件，却因该抗辩被排除在“不可靠实体清单”之外，则无法达到设置“不可靠实体清单”的目的。

2.3 《国家安全法》

根据《国家安全法》第 19 条及第 59 条，对于关系国民经济命脉的重要行业和关键领域等，国家维护其经济秩序和经济安全；对影响或者可能影响国家安全的事项和活动，国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，进行国家安全审查。

简析“不可靠实体清单”制度

上述规定一定程度上反映出，如果外国个人或实体在中国的重要行业和关键领域进行贸易活动，更应当遵守我国的法律规定；否则将很有可能被认定为对我国的国家安全造成威胁，从而被列入“不可靠实体清单”。

2.4 《宪法》与《外商投资法》

《宪法》与《外商投资法》均强调了对我国经济秩序的维护和保障。

《宪法》第 15 条规定，国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序；第 18 条进一步规定，在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业，都必须遵守中华人民共和国的法律。

与《国家安全法》的规定相似，《外商投资法》第 35 条规定，我国建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。

2.5 《出口管制法(草案)》

《出口管制法(草案)》明确了对等原则，即任何国家(地区)对中国采取歧视性出口管制措施的，中国可以对该国家(地区)采取相应的措施。同时，根据《出口管制法(草案)》第 29 条，国家出口管制主管部门对违反最终用户和最终用途承诺、可能危害国家安全和利益、被用于恐怖主义目的的国外进口商和最终用户，可以建立管控名单，并可以对国内出口商与其相关的交易采取禁止、取消出口许可便利等必要的管控措施。

我国《出口管制法》虽然尚未正式实施，但其生效后也可以在一定程度也可以为“不可靠实体清单”提供思路。

3. 对中外企业的影响

虽然目前商务部尚未公布“不可靠实体清单”及其具体措施，我们依然可以从《反垄断法》《出口管制法(草案)》以及美国《出口管理条例》的法律实践中获得一些思路。

《反垄断法》规定的法律责任主要表现为罚款，《出口管制法(草案)》规定的法律责任更加广泛，包括罚款、纳入信用信息和征信系统、取消专营出口资格等。“不可靠实体清单”针对外国实体，如果该外国实体在中国设立有分支机构，中国则可以依据属地管辖原则，对该外国实体的分支机构采取罚款、纳入信用信息系统、取消专营资格等措施。

简析“不可靠实体清单”制度

我国建立“不可靠实体清单”制度后，外国实体或跨国公司在我国的贸易活动中，可能会面临困境——如果外国本国国内发布的行政命令与中国法律法规相悖，那么外国实体在遵守其本国行政命令的前提下，则有可能被中国纳入“不可靠实体清单”。例如，近期联邦快递曾未按名址投递涉华为公司快件，在未经授权的情况下将从日本寄往华为中国地址的两个包裹转运至美国。对此，外交部 7 月 26 日记者会¹⁵指出，联邦快递关于将涉华为公司快件转至美国系“误操作”的说法与事实不符。同时，我国有关部门的调查亦发现联邦快递涉嫌滞留逾百件涉华为公司进境快件等违法违规行为。基于调查结果，联邦快递很可能因其一系列违法违规行为遭到我国的处罚，包括被纳入“不可靠实体清单”。

简析“不可靠实体清单”制度

如需进一步信息，请联系：

作 者	
潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com	
上 海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@linkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@linkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com	
北 京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com	
香 港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com
伦 敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2019

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

简析“不可靠实体清单”制度

¹ 商务部新闻发言人就中国将建立“不可靠实体清单”制度答记者问, <http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20190531.shtml>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

² 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>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

³ 同上。

⁴ “不可靠实体清单”专治哪些人——访中国世界贸易组织研究会研究部主任崔凡, 人民网, <http://finance.people.com.cn/n1/2019/0603/c1004-31116232.html>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

⁵ Statement By U.S. Trade Representative Robert Lighthizer on Section 301 Action, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/statement-us-trade-representative>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

⁶ 商务部新闻发言人就美方拟升级关税措施发表谈话, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201905/20190502861184.shtml>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

⁷ Addition of Entities to the Entity List, <https://www.federalregister.gov/documents/2019/05/21/2019-10616/addition-of-entities-to-the-entity-list>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

⁸ Department of Commerce Announces the Addition of Huawei Technologies Co. Ltd. to the Entity List, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2019/05/department-commerce-announces-addition-huawei-technologies-co-ltd>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

⁹ 中国发布《关于中美经贸磋商的中方立场》白皮书, http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2019-06/03/nw.D110000renmrb_20190603_3-01.htm, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

¹⁰ Kevin J. Wolf, Thomas J. McCarthy, Steven C. Emme, Andrew R. Schlossberg, *The Export Control Reform Act and Possible New Controls on Emerging and Foundational Technologies*, <https://www.akingump.com/en/news-insights/the-export-control-reform-act-of-2018-and-possible-new-controls.html>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

¹¹ U.S. Code Title 50. WAR AND NATIONAL DEFENSE Chapter 58. EXPORT CONTROL REFORM Subchapter II. ANTI-BOYCOTT ACT OF 2018 Section 4843. Enforcement, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/4843>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 15 日。

¹² 商务部新闻发言人就中国将建立“不可靠实体清单”制度答记者问, <http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20190531.shtml>, 最后访问时间为 2019 年 7 月 11 日。

¹³ 参见《对外贸易法》第 1 条。

¹⁴ 参见《对外贸易法》第 7 条。

¹⁵ 2019 年 7 月 26 日外交部发言人华春莹主持例行记者会, https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1683669.shtml, 最后访问时间为 2019 年 8 月 5 日。