

# 汉坤专递

2020 年第 9 期（总第 161 期）

## 新法评述

- 1、浅析我国的技术出口管理制度 — 从《中国禁止出口限制出口技术目录》说起
- 2、悬起的达摩克利斯之剑：《不可靠实体清单规定》落地

# 新法评述

## 1、浅析我国的技术出口管理制度 — 从《中国禁止出口限制出口技术目录》说起

作者：知识产权部

2020年8月28日晚，商务部会同科技部调整发布《中国禁止出口限制出口技术目录》（以下简称“《目录》”）<sup>1</sup>，并就《目录》有关问题回答了记者提问<sup>2</sup>，在业界引发了热烈的讨论。借此次调整《目录》的契机，本文对我国技术出口管理相关的问题进行梳理和分析，并尝试和同样为业界关注的技术出境制度进行对照，以期释明相关规则。

此次《目录》调整的技术主要涉及无人机、3D打印、自动驾驶、AI、计算机软件等高新技术行业，这也和我国科技企业在近年来积累的技术优势相符。适用规则上，《目录》仍然指向了《中华人民共和国技术进出口管理条例》（“《管理条例》”），而《管理条例》就技术出口仅做了粗放的定义，并无清晰的落地规则，虽然业界一般倾向于将其解读为主体标准（即，中国主体向外国主体进行技术转移），仅从字面而言，其亦可能被解释为技术产生地标准（即，在中国境内产生的技术向境外进行技术转移）。此外，除技术本身的转让、许可外，其他类型的交易如投融资、并购中涉及的相关技术向境外的转移亦需要进行技术出口审查。但和后者相关的技术转移具有更多的复杂性和不确定性，在审核规则上套用现有规则在实操层面困难重重，相关问题有待主管部门的进一步明确。

另外，技术出口制度和尚在讨论中的数据出境制度在制度构建上具有相似性，均系在对技术/数据进行分类分级后进行差异化保护，对于特定类型的数据和技术的出口/出境需进行事先审核，具体落地上有可能在特定技术领域和行业上存在两者的重合甚至竞合。但应注意到两者在审查重点和具体审核制度上的区别，以避免实践中两项制度的衔接造成的困境。

此外，与美国在出口管控方面复杂的立法和行政执法体系相比，我国目前对技术出口管控还主要停留在制度设计层面。虽然我国初步勾勒了关于“不可靠实体清单”、“交易对象的国别限制”等顶层制度设计，但相关制度落地还需要立法和行政执法部门的配合和具体实践。

### 一、《目录》调整多涉及高新技术行业，相关出口审查规则待进一步明确

#### （一）调整主要涉及无人机、3D打印、自动驾驶、AI、计算机软件等高新技术行业

本次《目录》调整先后征求了相关部门、行业协会、业界学界和社会公众意见，共涉及53项技术条目：

<sup>1</sup> 商务部官网：《商务部、科技部调整发布〈中国禁止出口限制出口技术目录〉》（<http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202008/20200802996694.shtml>）。

<sup>2</sup> 商务部官网：《商务部服贸司负责人就调整发布的〈中国禁止出口限制出口技术目录〉答记者问》（<http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202008/20200802996696.shtml>）。

1. 删除微生物肥料技术、咖啡因生产技术、核黄素生产工艺、维生素发酵技术等 4 项禁止出口的技术条目。
2. 删除新城疫苗技术、天然药物生产技术、功能性高分子材料制备和加工技术、化学合成及半合成药物生产技术、信息安全防火墙软件技术等 5 项限制出口的技术条目。
3. 新增农业野生植物人工繁育技术、绒山羊繁育和品种培育技术、空间材料生产技术、大型高速风洞设计建设技术、航空航天轴承技术、激光技术等 23 项限制出口的技术条目。
4. 对 21 项技术条目的控制要点和技术参数进行了修改，涉及农作物繁育技术、水产种质繁育技术、化学原料生产技术、生物农药生产技术、航天器测控技术、空间数据传输技术、地图制图技术、信息处理技术、真空技术等领域。

从上述具体调整的技术及涉及的行业可以看出，对无人机行业、3D 打印行业、自动驾驶行业、传感器行业、AI 行业、医药制造业、通信设备及计算机软件等高新技术行业，我国正在逐步加强出口管控。

此次《目录》调整并非监管部门的临时起意。早在 2018 年，有关部门就围绕目录修订调整向社会公众广泛征求意见。经反复酝酿，结合当前国际形势发展的客观需要，商务部、科技部才进行了此次调整。市场的激烈反应一定程度上反映了市场对调整目录的客观需求，但另一方面也不排除由于当前敏感的国际政商环境对《目录》调整的过度解读。

另外，此次调整《目录》仅仅是个开始。商务部、科技部仍在有序推进目录修订工作。下一步，商务部、科技部将进一步删减调整《目录》，进一步突出市场调节作用。同时，我们仍需注意国际环境变化可能会对《目录》的调整产生微妙的影响。

## （二） 限制类技术出口审查的适用对象

《中华人民共和国技术进出口管理条例》（“《管理条例》”）第二条规定：“本条例所称技术进出口，是指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。前款规定的行为包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。”

商务部服贸司负责人就《目录》调整答记者问时表示：“凡是涉及向境外转移技术，无论是采用贸易还是投资等其他方式，均要遵守《中华人民共和国技术进出口管理条例》的规定。”《管理条例》第三十一条规定：“属于限制出口的技术，实行许可证管理；未经许可，不得出口。”

《管理条例》对限制类技术出口所规制的主体，较为宽泛。业界一般倾向于将其解读为主体标准，也即是，只要是中国主体向外国主体进行限制类技术转移，便需要经过地方商务局/商务厅的事先许可。另一方面，从字面而言，其亦可能被解释为技术产生地标准，也即是，在中国境内产生的技术向境外进行转移，不论其是由外国主体或是外国主体产生，可能也需要地方商务局/商务厅的事先许可。后续监管部门是否对此类技术转移进行监管，以及其尺度具体如何把握，还需要监管部门的进一步明确。

## （三） 限制类技术的出口审查的具体规则尚需进一步明确

如果交易对象仅仅是限制类技术本身，例如专利权转让、技术秘密转让、技术许可合同等，相关规则已经明晰其需要进行事前的技术出口申请及审查。

但如果相关限制类技术出口仅系跨境并购、投融资的一部分,《管理条例》并未明确相应的跨境并购、投融资交易需要获得事先许可。业界常见的做法也是将两者分开处理。即,仅在相关跨境并购、投融资交易达成初步协议后再处理其所涉及的技术出口问题。如相关技术出口由于各种原因无法继续的,视具体情形决定是否终止交易或者调整对价。

从实践角度看,如相关技术出口本身对投融资、并购交易的实质谈判并没有实质性的影响,由于类似交易的复杂性和不确定性,在进入实质性谈判前往往未能就最终所涉及的技术出口的范围达成确定的意向。此时,对于整体交易要求获得事先许可在操作上存在诸多的难点,且很可能在最终协议达成后,需要就进一步调整纳入交易范围的相关技术的出口重复获得许可,造成程序上的繁琐和资源上的浪费。后续监管部门就此的尺度把握和实践要求值得进一步关注。

#### (四) 限制类技术出口的审查程序

2007年起,商务部已将限制类技术进出口许可权限下放至各省、自治区、直辖市商务主管部门。根据《管理条例》的规定,对限制类技术的出口审查主要分为贸易审查和技术审查两个方面。具体审查过程如下:

1. 准备出口限制类技术的企业在对外进行实质性谈判前,应填写《中国限制出口技术申请书》,报送省级商务主管部门进行申请;属于国家秘密技术的,需提前办理保密审查手续。
2. 商务主管部门收到技术出口申请后,会同科技主管部门进行审查,自收到申请之日起30个工作日内作出批准或者不批准的决定,对批准的发给《中华人民共和国技术出口许可意向书》。申请人取得意向书后,方可对外进行实质性谈判,签订技术出口合同。
3. 申请人签订技术出口合同后,必须申请《中华人民共和国技术出口许可证》。商务主管部门对技术出口合同的真实性进行审查,自收到相关文件之日起15个工作日内,对技术出口作出许可或者不许可的决定,如果准予许可,颁发《中华人民共和国技术出口许可证》。技术出口合同自技术出口许可证颁发之日起生效。

## 二、技术出口与数据出境相关制度的对比与衔接

与技术出口审查类似,我国正积极探索建立数据出境的安全评估制度。

现行《网络安全法》第37条规定,关键信息基础设施运营者应当将个人信息及重要数据存储在我国境内,确需对外提供的,应当接受安全评估。我国也先后发布了《个人信息和重要数据出境安全评估办法》(征求意见稿)、《个人信息出境安全评估办法》(征求意见稿)、《信息安全技术 数据出境安全评估指南(草案)》等配套制度,意在将出境评估义务扩大至所有网络运营者,明确评估工作的流程和要点。今年7月,我国《数据安全法(草案)》还明确指出,国家将建立数据安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的数据活动进行国家安全审查,对与履行国际义务和维护国家安全相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。

虽然技术出口管制更多地是强调技术本身,而数据出境更多地是强调数据的权属、流转或控制者,但两项制度在监管思路、启动时机、审查要点、评估结果的有效期限等方面的确存在诸多相似或不同,值得我们关注:

1. **监管思路:** 两项制度均体现出分类分级予以差别化保护的监管思路。目前,数据出境仅针对个人信息以及重要数据,前者事关个人的合法利益,后者关乎国家和社会的整体利益。

- 启动时机：**数据出境安全评估发生在数据输出方与数据接收方签订传输合同之后、实际传输之前。而在技术出口的审查程序中，技术出口方需要先获得技术出口许可意向书，再签订技术出口合同，最后还应当提交出口合同等材料以申请出口许可证。
- 审查要点：**个人信息的出境安全评估主要审查个人信息主体的权益是否得到保障，而重要数据的出境安全评估和技术出口的审查则主要从我国的国家安全、社会公众利益以及相关的产业政策等角度进行审查。
- 评估结果的有效期限：**数据出境安全评估完成后，在一定时段内（例如：个人信息出境的情形中为2年），向同一接收者多次或连续提供数据，或者数据的出境目的、类型和境外保存时间等未发生变化时则无需重新进行评估。而在技术出口审查中，技术出口许可意向书的有效期为3年，且合同主要内容发生变更的还需重新办理许可。

两项制度的具体比较可参见下表：

项目	数据出境安全评估	个人信息出境安全评估	技术出口
法律 法规依据	《个人信息和重要数据出境安全评估办法》（征求意见稿，2017年）	《个人信息出境安全评估办法》（征求意见稿，2019年）	《中华人民共和国技术进出口管理条例》（2019年） 《禁止出口限制出口技术管理办法》（2009年）
出境/出口 的定义	《信息安全技术 数据出境安全评估指南（草案）》解释为：将数据以各种方式提供给境外的机构、组织或个人的活动 特别地，向位于我国境内但不属于我国司法管辖或未在境内注册的主体提供数据，境外主体访问或查看境内数据， <b>集团内部的数据跨境传输</b> 均属于数据跨境传输		从我国境内向境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术
监管机构	网信部门、行业主管部门或监管部门	省级网信部门	商务部门、科技部门
管理对象	个人信息与重要数据	个人信息	限制出口技术
启动时机	自行评估；符合特定条件的报请行业主管或监管部门组织评估	<b>先订立合同后申请监管机构开展评估</b> ；每年年末将个人信息出境情况报监管部门	先向省级商务主管部门申请技术出口许可， <b>获得技术出口许可意向书后签订技术出口合同</b> ，再向商务主管部门申请技术出口许可证
审查要点	1. 个人信息主体同意及个人利益 2. 国家安全及社会公共利益	1. 国家法律法规和政策规定 2. 个人信息主体合法权益 3. 合同能否得到有效执行 4. 网络运营者或接收者的运营情况	1. 我国对外贸易政策、产业出口政策以及我国对外承诺的义务 2. 国家安全、科技发展政策、产业技术政策等

项目	数据出境安全评估	个人信息出境安全评估	技术出口
监管机构的审查时限	60 个工作日	15 个工作日，情况复杂的可以适当延长	审核发放《技术出口许可意向书》30 个工作日，审核发放《技术出口许可证》15 个工作日
评估结果的有效期限	每年至少进行一次；数据接收方变更、数据出境发生较大变化，应及时重新进行安全评估	向同一接收者多次或连续提供个人信息无需多次评估；但每 2 年或者个人信息出境发生变化时应当重新评估	技术出口许可意向书有效期为 3 年，合同的主要内容发生变更的，应当重新办理许可

实践中，在许多情况下，数据出境和技术出口可能存在着一一定的重合甚至竞合。

如此次《目录》修改新增的“第 21 项 基于数据分析的个性化信息推送服务技术”、“第 48 项 系统和数据快速恢复技术”和“第 51 项 数据库系统安全增强技术”等技术对于数据的传输、加密、应用等环节均至关重要。一些企业在对外提供技术能力的同时，可能会将部分原始数据对外提供，此时，如果这些原始数据涉及公民的个人信息（例如生物识别信息）或者重要数据信息（例如与国家秘密相关的数据），那么相关的出口行为就需要同时接受上述两种制度的审查。

而从上表来看，两项制度在启动时机、审查期限、评估结果的有效期限等方面还存在一定的差异，需要企业做好相应的规划和准备，并根据未来监管机构的衔接制度设计做相应调整。

### 三、我国技术出口管理从制度设计到具体的落地措施，都还需要立法和行政力量的配合和具体实践

美国对技术出口的管控较为严格，其出口管制体系也相对更为健全和复杂。相较于美国，我国目前的出口管制起步较晚，仍存在法制化程度较低、行政措施欠缺等不足。

不过，我们正在加大出口管控方面的立法工作。制定中的《中华人民共和国出口管制法》明确了清单制度、国别政策和临时管制等制度，该法颁布后将使我国在出口管理制度健全上迈进一大步。

与美国在出口管控方面复杂的立法和行政执法体系相比，我国目前对技术出口管控还主要停留在制度设计层面。虽然我国初步勾勒了关于“不可靠实体清单”、“交易对象的国别限制”等制度设计，但具体的制度落地，还需要立法和行政执法部门的配合和具体实践。

项目	中国	美国
清单制度	中国出口管制的物项和技术通过《目录》的形式列举。	美国出口管制的主要清单分别是商业管制清单（CCL）、美国军用品清单（USML）与核管理委员会管制目录（NRCC）。
交易对象的国别限制	中国出口管制政策目前没有明确具体的国别限制，制定中的《出口管制法》确立了国别政策。	美国按照扩散风险的大小及其安全关切程度由高到低，将出口目的国分为 ABCDE 五个组别。
黑名单制度	中国尚未建立系统全面的黑名单制度，2019 年 5 月 31 日，商务部宣布将建立不可靠实	美国建立了包括排除清单、实体清单等 8 种

项目	中国	美国
	体清单制度，但该制度并非仅针对技术出口。	清单。
许可程序	凡是《中国禁止出口限制出口技术目录》中列举的限制出口技术，均需提前履行申请、审查等程序。	美国出口管制的许可程序要求出口商在出口之前，需要向相关管理机构提交许可申请，只有在获得许可的情况下才能出口。

#### 四、结论

我国的技术出口管理制度并非新生事物，且一直在不断发展和完善。随着我国技术发展和经济转型，技术出口所占比重的逐步加大（2019年我国技术出口合同金额已基本接近技术进口合同金额），且国际贸易环境愈发复杂，其调整必然会引起广泛的社会关注和影响。如何从制度设计和实操层面确保其落地，在保障国家和公众利益的同时兼顾对企业利益的保护，将会考验相关部门的智慧。



## 2、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：一是维护中国国家安全，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<sup>3</sup>。

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<sup>4</sup>。

2020年9月20日，商务部条约法律司负责人就《规定》答记者问<sup>5</sup>时也进一步强调：“第一，中国政

<sup>3</sup> 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>。

<sup>4</sup> 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>。

<sup>5</sup> 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。

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<sup>6</sup>。

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。

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

---

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

<sup>6</sup> 同注 1。

7。

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；
- 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

<sup>7</sup> 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。

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)。
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、	任何被BIS认为 <b>曾经、正在或有可能</b> 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。

项目	中国	美国
	其他组织或者个人合法权益。	
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“ <b>推定拒绝</b> ”（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移除，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法规、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《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

---

**北京 金文玉 律师：**

电话： +86 10 8525 5557

Email: [wenyu.jin@hankunlaw.com](mailto:wenyu.jin@hankunlaw.com)

---

**上海 曹银石 律师：**

电话： +86 21 6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

---

**深圳 王哲 律师：**

电话： +86 755 3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)

---

**香港 陈达飞 律师：**

电话： +852 2820 5616

Email: [dafei.chen@hankunlaw.com](mailto:dafei.chen@hankunlaw.com)

---