

制衡与对抗：美国法律域外适用的中国应对

李秀娜*

摘要：近年来，全球要素分工与国际法遭遇国际政治挑战并存的背景下，一国公法的法律域外适用具备一定正当性和合理性。美国对中国公民、组织和机构进行法律域外适用的情形屡见不鲜，呈现与政治的高度相关性，尤其是出口管制、反海外腐败领域成为美国对华法律域外适用的重点。中国应深刻把握法律域外适用的当代意涵，秉承建设与防御齐头并进的思路，构筑中国法律域外适用法律体系的同时，灵活运用中美国内和国际三重限制措施，即：充分利用美国国内分权制衡体制和国际关系原则的司法适用空间；审慎推进建立中国对抗措施体系；在国际上倡导建立多边法律域外适用协调机制。

关键词：美国 法律域外适用 对抗措施 海外利益保护

2018年以来，美国频繁在出口管制、反海外腐败等多个领域将其国内法适用于中国公民和跨国公司，对中国公民、组织和机构的正当利益造成不利影响。美国法律域外适用由来已久，已经成为美国维护自身利益的系统性法律工具。面对美国对中国单方面的不当法律域外适用，中国应加深对法律域外适用理论立基和历史沿革的认识，对美国法律域外适用国内制衡机制、其他国家和地区的对抗措施及其效果进行深入研究，在此基础上，锐法之矛盾法之盾，提出中国对美法律域外适用的态度和措施。

一 法律域外适用的当代图景

法律域外适用（Extraterritoriality, Exterritoriality）是指一国立法机关不以领土为限赋权法的效力，行政机关和司法机关将具有域外效力的法律适用于境外的人、事和物的活动。^① 法律域外适用虽与治外法权有关，但二者在理论基础、法律依据、制度运行等方面存在根本差异，并不能视为同一概念。本文在介绍二者区别时，还将简单论述公法可适用、域外适用的确信两个问题。

* 法学博士，国际关系学院法律系副教授。本文系国家社科基金项目“一带一路战略下我国与中亚国际工程承包法律问题研究”（2016BFX109）和中央高校基本科研业务费专项资金“中国国家安全法治建设”（3262015T68）创新团队建设项目的阶段研究成果。

① Extraterritoriality 来源于拉丁文 *extra territorium*，释为“超出领土或在领土之外”。19世纪该词的含义为：“外交人员、外国政府首脑、外国王室人员免于临时居住的驻在国司法管辖的情况。”20世纪早期的英美学者著述中 Extraterritoriality 的豁免范围包括在非基督教国家的普通公民，更类似于治外法权的含义。See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (MN: Thomson Reuters, 10th edn, 2014), p. 706; Ernest Satow, *Guide to Diplomatic Practice* (London: Longmans, Green & Co., 2nd edn, 1922), p. 249.

（一）从治外法权到法律域外适用的正当性回归

中国近代存在于条约中的“治外法权”一词的英文即为 Extraterritoriality。^① 治外法权通常来自于不平等的国际条约或国家的司法习惯，^② 16 世纪被殖民国家大量采用。治外法权并非双向互惠的制度，由西方享有治外法权的国家通过向域外国民确保提供本国所谓“公正的标准和法律制度”，以促进和保障国民拓展海外利益。

第一次世界大战后，建立在不平等条约基础上的治外法权在世界范围内逐渐衰弱，^③ 《联合国宪章》确立了国家主权和平等原则，民族国家摆脱殖民地状态，治外法权彻底退出历史舞台，^④ 但以国内法为基础的法律域外适用不断增加。1917 年美国《对敌贸易法》（Trading with the Enemy Act）授权总统在战争或紧急状态下，规范或禁止美国国民与特定外国之间的商业和金融交易。1950 年朝鲜战争期间，美国援引该法禁止与中国、北朝鲜和北越南之间的贸易。治外法权和法律域外适用区别明显：从域外领事裁判变为域内法院司法；从不平等条约的形式不平等变为法律条文上的形式平等；从民刑事全面适用变为若干领域的法律域外适用。当今世界，尤其在反垄断法领域，包括发展中国家在内的很多国家开始实际或尝试进行法律域外适用。

（二）从公法禁忌到公法可适用的螺旋式发展

传统上平等国家之间相互尊重宪法、刑法、行政法、税法和程序法的绝对属地性，公法禁忌要求在一国领土范围内不能适用其他国家的公法性质的法律、法令、判决和裁定，只能在私法领域采用冲突法方法间接适用其他国家的民商法。治外法权时代，国家之间的公法禁忌被不平等条约所颠覆。由于国家力量强弱悬殊，被给予（治外法权）国家往往要求接受国在民事和刑事案件中都允许被给予国领事裁判官适用被给予国的法律。

20 世纪 70 年代后，由于国际经贸交往愈加频繁，当事人之间的法律关系会涉及各国管制性法律，包括税法、反垄断法、外汇管制法、不正当竞争法、证券法、劳动法、审计监管法等公法性质的法律，使得以领土划分公法适用范围在某些情况下并不合理。^⑤ 1975 年《威斯巴登决议》（Wiesbaden Resolution）正式而全面地承认了外国公法可适用性，对外国公法先验的不可适用观点进行了批判，主张在国际条约中可以规定适用外国公法规范。美国本就缺乏公私法划分的法律

① 1843 年中英《五口通商南京章程》，1844 年中美《望厦条约》等条约中并未直接规定治外法权字样，但通过领事裁判条款确立了治外法权的实质内容。1902 年 9 月 5 日，中英《续议通商行船条约》第 12 款首次出现治外法权一词，规定“一俟查悉中国律例情形，及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权”。See Westel W. Willoughby, *Foreign Rights and Interests in China* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1927), pp. 558–569; 屈文生、万立：《“五四”时期的法律外译及其意义》，载《外国语（上海外国语大学学报）》2019 年第 5 期，第 97—98 页。

② See R. G. Surridge, “Rebecca Matthews, Extraterritoriality-A Vanishing Institution”, (1934) 3 *Cumulative Digest of International Law and Relations* 81, p. 81.

③ See R. G. Surridge & Rebecca Matthews, “Extraterritoriality-A Vanishing Institution”, (1934) 3 *Cumulative Digest of International Law and Relations* 81, pp. 81–84; 屈文生、万立：《“五四”时期的法律外译及其意义》，载《外国语（上海外国语大学学报）》2019 年第 5 期，第 101 页。

④ 参见刘萍：《“白尔丁号事件”与法国在华治外法权的废除》，载《近代史研究》2018 年第 2 期，第 116 页。

⑤ See Felix D. Strebler, “The Enforcement of Foreign Judgements and Foreign Public Law”, (1999) 21 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 55, p. 123.

传统，公法禁忌并非美国的绝对禁区，美国法院在法律选择、事物管辖权、证据披露义务等问题上也考虑给予外国公法以效力，^① 公私法划分对美国法律域外适用的影响并不显著。

（三）殊途同归的合理性确信

在一个高度相互依赖的国际社会，单纯主张领土管辖并不能实现预期效果，法律域外适用有其合理性。21世纪以来，美国主权主义和现代国际主义国际法学者在此问题上形成了不谋而合的结论。

主权主义学者对国际法持有怀疑态度，谴责国际法是“辞藻华丽的宣言”，在实践中持此观点的美国学者往往主张美国例外论（American Exceptionalism），^② 认为美国的民主价值观至高无上，甚至质疑国际法和国际机构是否符合美国的宪法和民主主权原则。^③ 现代国际主义学者认为国际法和国际机构在国际法中发挥至关重要的作用，同时他们认为传统上国际法由国际组织和国家主导的方式已经不符合时代要求，可以由一国法院适用国际法和国内法来处理国际法案件，克服国际法庭授权有限和缺乏强制执行力的弱点。^④ 逻辑推导的结果就是：两派学者都赞成法律域外适用，认可其合理性。

二 美国法律域外适用的领域扩张和运行机制

第二次世界大战后到20世纪90年代，美国基本是以国际法的积极支持者和促进者的形象出现。^⑤ 20世纪90年代中期之后，美国对多边协定的不协调开始显现，美国越来越不愿意参加创设国际义务的国际条约。^⑥ 尤其21世纪以来，美国逐渐丧失了以往通过谈判条约促成多边法律体系的热情，甚至从国际法和国际机构中撤出，尤其是退出环境公约和人权公约。

伴随着与国际多边机制不协调，美国开始频繁通过法律域外适用扩大国家影响，维护美国公

① 参见卜璐：《外国公法在美国法院的效力和适用》，载《国际法研究》2019年第4期，第78，82，93页。

② 美国例外论又称“美国卓异主义”“美国例外主义”，法律域外适用带有强烈的美国例外论色彩。该派代表学者有柯蒂斯·布拉德利（Curtis Bradley）、杰克·戈德史密斯（Jack Goldsmith）、古举伦（Julian Ku）、埃瑞克·波斯纳（Eric Posner）、杰里米·拉布金（Jeremy Rabkin）、杰德·鲁本菲尔德（Jed Rubinfeld）和柳约翰（John Yoo）等学者。See Berman Paul Schiff, “From International Law to Law and Globalization”, (2005) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 485; Jack Goldsmith and Eric A. Posner, “The New International Law Scholarship”, (2006) 34 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 463; Jonathan D. Greenberg, “Does Power Trump Law?”, (2003) 55 *Stanford Law Review* 1789; Austen L. Parrish, “Kiobel, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality”, (2013) 28 *Maryland Journal of International Law* 208.

③ See Julian G. Ku, “The Delegation of Federal Power to International Organizations: New Problems with Old Solutions”, (2000) 85 *Minnesota Law Review* 71, p. 76.

④ 该派代表学者有高洪柱（Harold Koh）、安妮-玛丽·斯劳特（Anne-Marie Slaughter）、威廉·埃文斯（William J. Aceves）、利·布里梅耶（Lea Brilmayer）等。See Harold Hongju Koh, “International Law as Part of Our Law”, (2004) 98 *American Journal of International Law* 43; Anne-Marie Slaughter Burley, “Nationalism Versus Internationalism: Another Look”, (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 585; William J. Aceves and Paul L. Hoffman, “Using Immigration Law to Protect Human Rights: A Legislative Proposal”, (1999) 20 *Michigan Journal of International Law* 657.

⑤ See Austen L. Parrish, “Reclaiming International Law from Extraterritoriality”, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, p. 834.

⑥ See William H. IV Taft, “A View from the Top: American Perspectives on International Law after the Cold War”, (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 503, p. 504.

司全球利益,^①美国的法律体系开始“出口”其“正义的品牌”。^②对于美国律师和美国立法者而言,美国法律域外适用不再是可接受的,甚至变成了应予优先适用的状况。^③特朗普政府奉行“美国优先”这一带有民粹意识的施政理念,必将影响到美国法院系统,法官在判决案件时将受到政治压力和去合法化的影响。民粹主义往往质疑国际法的合法性,对“国内”和“涉外”事项进行重新界定,^④这将给美国法院适用国际法判决案件带来负面影响。^⑤民粹意识并非特朗普政府施政结束就会消除,未来一段时期内,在全球性经济发展不平衡大背景下,美国单方面法律域外适用在某些领域很有可能增多。

(一) 出口管制领域

1. 出口管制法域外适用愈演愈烈

美国1917年《对敌贸易法》禁止本国人民与敌对国家进行任何形式的交易,这部法律是美国真正意义上的第一部出口管制法律。经过百余年的立废改,美国出口管制法现已形成体系,主要包括以《出口管制改革法》(Export Control Reform Act)为核心的管制军民两用物品的法律法规体系,以《武器国际运输条例》(International Traffic in Arms Regulations)为核心的管制军用物品的法律法规体系,和30个美国经济制裁(U.S. Sanctions)项目。^⑥美国出口管制法通常会规定域外适用,因其有可能会以与东道国法律不符或损害东道国主权的方式行使,已经成为外交和国际政治领域的敏感问题。美国政府近年来大量适用出口管制法达到政治目的。2018年,美国颁布了《出口管制改革法》,更广泛地限制中国从美国公司获得新兴和基础技术。其后,美国商务部频繁扩展其实体清单,2020年7月,美国商务部更是将11家中国新疆公司纳入实体清单,打击中国新疆供应链。次级制裁(Secondary Sanctions)方面,美国商务部2020年5月修订了直接产品规则和实体清单,受其影响,台积电于7月16日向媒体宣布:9月14日后停止对华为及其非美国子公司的供应。

2. 次级制裁引发国际争端和法律战

次级制裁是美国出口管制法中最受争议的制度。次级制裁不仅限制美国实体出口或与被制裁对象贸易,而且限制第三国的实体与被制裁对象进行贸易往来,违反者将被施加处罚,或者禁止其与美国贸易。20世纪50年代至60年代早期,因加拿大、法国等国与中国交易,美国与多国发

① See Austen L. Parrish, “Kiobel, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality”, (2013) 28 *Maryland Journal of International Law* 208, p. 216; 孙国平:《论劳动法的域外效力》,载《清华法学》2014年第4期,第41页。

② See Paul B. Stephen. “A Becoming Modesty-U.S. Litigation in the Mirror of International Law”, (2002) 52 *DePaul Law Review* 627, p. 628.

③ 1989年以来,美国法院基本未否定谢尔曼法、联邦电信欺诈法和版权法的域外适用,仅在各案具体判断标准掌握上可能做出排除域外适用的判决,而文中所述其他领域已经开始出现域外适用美国法的案例。See Austen L. Parrish, “Reclaiming International Law from Extraterritoriality”, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, pp. 846 - 849; also see Reporters’ Note 1 in Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law § 404 (2018), p. 172.

④ 民粹主义认为如果对国内事务造成妨碍就构成侵犯主权,这种妨碍就是不合法的,即使这种妨碍是遵守国际公约造成的。特朗普在退出《巴黎气候协定》时即以重申主权为由主张其退出行为的合法性。参见:《特朗普宣布美国退出巴黎气候协定,各国震怒》,搜狐网, http://www.sohu.com/a/145733350_803186, 最后访问时间:2020年8月2日。

⑤ See Tamar Hostovsky Brandes, “International law in Domestic Courts in an Era of Populism”, (2019) 17 *International Journal of Constitutional Law* 576, p. 578.

⑥ 《出口管理法》(Export Administration Act)已于2001年失效,2018年《出口管制改革法》成为目前最为重要的针对军民两用物品的交易进行管制的法律。

生冲突。1957年，加拿大福特公司拒绝销售货车给中国，原因是美国政府以处罚威胁其母公司美国福特公司。这一事件成为1958年加拿大选举的大热议题，并最终促成美国和加拿大达成了1958年7月9日“艾森豪威尔-迪芬贝克关于出口政策的联合声明”（Eisenhower-Diefenbaker Joint Statement on Export Policies）。根据该联合声明，美国法律条例的适用不得危害加拿大经济，“如果加拿大子公司遵守美国发布的禁运令将使得加拿大经济受影响，美国政府应善意地免除美国母公司遵守禁运令的义务”。20世纪60年代末至70年代初，因与古巴交易，美国与加拿大、英国等国亦屡次产生冲突。^①

1996年，在美国通过《赫尔姆斯-伯顿法》（Helms-Burton Act，即《古巴自由和民主声援法》）和《伊朗与利比亚制裁法》（Iran and Libya Sanctions Act）后，引发了各国的法律对抗，各国纷纷颁布阻断性法律法规应对美国法律域外适用，包括欧盟《防范第三国颁布立法以及基于或由此产生行动的域外适用影响的1996年11月22日第2271/96号理事会条例》（Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 Protecting against the Effects of the Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom, 以下简称《2271/96条例》）等。^②

（二）反海外腐败行政执法扩张态势明显

从美国角度讲，域外适用《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act, FCPA）是执行经合组织1999年生效的《国际商务交易活动反对行贿外国公职人员公约》（Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 以下简称《国际反行贿公约》）的正当行为。^③《国际反行贿公约》的签署者承诺：“对行贿外国公职人员的行为入罪并提起公诉”，并同意基于领土的管辖权“应被广义解释，无需证明与贿赂行为存在广泛、实质的联系”。尽管如此，美国在具体实施中，行政机关与司法机关之间、司法系统内部在域外适用标准尚未达成共识。

1. 联邦法院系统的认定尚存矛盾

“霍斯金斯案”（United States v. Hoskins）的诉讼历程凸现了关于《反海外腐败法》域外适用标准的复杂争议。^④2018年第二巡回上诉法院认为，如果只是基于被告进行的行贿方案部分发生于美国境内、被告多次与美国境内的共谋人通电话和邮件，则居住在法国、为法国公司工作的退休英国行政人员不能因违反《反海外腐败法》被诉，除非能够证明他作为美国公司代理人而在海外从事贿赂行为，或者贿赂行为发生在美国境内。案件被发回地区法院重审后，2019年11月8日，地区法院陪审团认为霍斯金斯事实上是阿尔斯通美国公司的代理人，进而认定霍斯金斯因违反《反海外腐败法》而有罪。与“霍斯金斯案”同时期，伊利诺伊北区联邦地区法院审理

① See David Leyton-Brown, “Extraterritoriality in Canadian-American Relations”, (1980) 36 *International Journal* 185, p. 189.

② 参见赵海乐：《安理会决议后的美国二级制裁合法性探析》，载《国际法研究》2019年第1期，第37—40页。

③ 美国对该法进行了多次修改，其中1988年和1998年的两次重大修改最具代表性。美国于1998年根据《国际反行贿公约》的要求和规定制定了《国际反贿赂和公平竞争法》（International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998），扩大了原有的适用范围、管辖效力，并消除了美国企业雇佣或者以其代理人身份行事的外国国民与美国国民适用刑罚上的差异。

④ 从2002年到2009年，阿尔斯通美国公司成立了塔拉汉项目（Tarahan Project），负责向印度尼西亚国家电力公司（Perusahaan Listrik Negara）的官员行贿，以获得苏门答腊岛塔拉汉地区的发电站项目，阿尔斯通英国公司亚洲区高级副总裁劳伦斯·霍斯金斯（Lawrence Hoskins，英国人）参与选择和授权对官员行贿活动。See *United States v. Hoskins*, 902 F.3d 69, 96-97 (2d Cir. 2018).

“福塔什案”（United States v. Firtash）时倾向于扩大《反海外腐败法》域外适用，^①帕梅耶（Pallmeyer）法官认为第七巡回上诉法院与第二巡回上诉法院不同，在此情况下并不需要证明“代理”这一因素，国会并无意图采用肯定式立法方式将法律限制适用于“美国证券发行人或美国国内实体的代理人、雇员、职员、董事或股东”，而且也并无对被告人是否属于国内实体的代理人或符合要求的外国人有任何额外要求。“霍斯金斯案”和“福塔什案”都未结案，联邦最高法院是否会调卷审理，明确《反海外腐败法》的域外适用标准，值得关注。

2. 行政执法主张扩张域外适用

美国《反海外腐败法》适用于域外贿赂外国官员的行为，违法者将承担民事或刑事责任。大多数情况下，司法部负责较为复杂和严重的海外反腐败案件，在非严重案件中，司法部倾向于让渡给由证券交易委员会执法，表现为证券交易委员会比司法部更为积极执法的现象。^②在某些案件中，并不排除对同一公司由司法部和证券交易委员会分别执法。司法部解决方式包括认罪认罚协议（Plea Agreements）、延迟起诉协议（Deferred Prosecution Agreements）、不起诉协议（Non-Prosecution Agreements）和非法所得归公（Public Declinations with Disgorgement）等8种，证券交易委员会解决方式包括同意令（Consent Order）、没收违法所得（Disgorgement）、禁令救济（Injunctive Relief）等11种。上述解决方式通常只是个案结果，并不具有一致性要求。司法部和证券交易委员会还可以在终结调查后提起刑事诉讼或民事诉讼。

负责行政执法的美国司法部和证券交易委员会都主张并在实践中不断扩张管辖权。《国际反行贿公约》生效以来，41个批准国中已经有17个国家提起了207个反贿赂计划“积极执法”，其中美国最为积极，发动128个反腐败计划，占有所有反腐败计划的61.8%，^③美国对外国公司发生在境外（包括印度尼西亚、中国等非签约国）的行为同样提起反腐败刑事公诉，2016年执法罚金已高达60亿美金。^④美国司法部和证券交易委员会甚至认为通过美国银行账户转账贿赂、两个外国人在美国境外通过美国服务器收发邮件即可构成执法管辖权依据。^⑤

（三）美国法律域外适用的闭环运行机制

经过百余年的法律适用实践，美国已经形成了支撑法律域外适用的运行机制。^⑥法律域外适

① 福塔什（Firtash）和克劳普（Knopp）分别是乌克兰和匈牙利公民，2013年二人被控在2009年前后谋求获取印度铀矿权益时对印度官员行贿。尽管二人都没有在美国境内出现，也没有作为美国实体或者个人的代理人，但二人通过美国国际贸易的方式在美国进行行贿行为。See *United States v. Firtash*, 392 F. Supp. 3d 872, 890–892 (N. D. Ill. June 21, 2019).

② See Report of Shearman & Sterling LLP, “Recent Trends and Patterns in the Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act”, p. 5, <https://www.coreysdigs.com/wp-content/uploads/2019/02/fcpa-digest.pdf> (last visited July 1, 2020).

③ 据经合组织统计，从1999年2月15日生效直至2014年6月1日期间，共有17个国家提起了207个执法计划（涉及427个执法对象，其中个人263人，企业164家），美国提起128个，德国26个，韩国11个，意大利、瑞士和英国各6个，法国和挪威各5个，加拿大4个，日本3个，比利时、保加利亚、匈牙利、卢森堡、荷兰、波兰和瑞典各1个。OECD Foreign Bribery Report, *An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, 2014, p. 31.

④ See Report of Shearman & Sterling LLP, “Recent Trends and Patterns in the Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act”, p. 18, <https://www.coreysdigs.com/wp-content/uploads/2019/02/fcpa-digest.pdf> (last visited July 1, 2020).

⑤ See Report of Shearman & Sterling LLP, “Recent Trends and Patterns in the Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act”, p. 18, <https://www.coreysdigs.com/wp-content/uploads/2019/02/fcpa-digest.pdf> (last visited July 1, 2020).

⑥ 参见霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期，第173—178页。

用隐含着一国管辖权的适当边界,管辖权包括立法管辖权、执法管辖权和裁判管辖权。^①在权衡法律域外适用时,美国非常注重国会、国务院等行政机构和联邦法院系统之间的分工合作,力图平衡相互矛盾的各国利益,以实现美国长期利益。^②

1. 国会主导的规制管辖权

规制管辖权(Jurisdiction to Prescribe)又称立法管辖权,是指一国立法机构制定并解释适用于特定情形的法律的权能。在美国《宪法》授权下,美国国会可以解释包括管辖权在内的法律适用问题,有权决定联邦法院是否应有管辖权。^③更为重要的是,美国国会负责制定具有域外适用效果的成文法,这一立法权能的合法性和有效性屡受质疑。质疑者的核心观点是:法律域外适用与民主原则相悖。美国域外适用法律的规制范围不仅包括本国在外国的子公司,还包括其他国家的居民、国民或公司,受规制的主体实际上无法参加立法的民主过程,亦无法提出主张。^④法律域外适用要求不在政治体系范畴内的、无投票权的外国人服从本国法律,从理论上不能完全说通,违背了民主主权的原则。^⑤

为应对合法性质疑,美国国会大量采用间接域外管辖权(Indirect Extraterritorial Jurisdiction)方式立法。间接域外管辖权只禁止美国母公司的行为,并不直接禁止美国母公司的海外分支机构的行为,而是规定由美国母公司承担其海外子公司和分公司违反美国法的责任。如1977年《反海外腐败法》并未直接规范海外子公司的贿赂行为,仅规定“美国证券发行人或美国国内实体的代理人、雇员、职员、董事或股东”通过贿赂外国政府官员获得商业利益的行为非法,然后通过“代理人”概念的个案诠释将海外子公司的责任转嫁到其美国母公司身上,从而间接使海外子公司也必须遵守《反海外腐败法》,实现“间接的域外管辖权”。

2. 总统领导下的执法管辖权

执法管辖权(Jurisdiction to Enforce)是指一国行政机关执行法律的权能。美国总统领导的行政系统在法律域外适用执法中发挥着重要作用。如在出口管制领域,《国际紧急经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act)授权美国总统对进出口贸易进行管制,总统可以签署行政令实施出口管制,国务院、商务部、司法部、财政部、国防部、能源部和国土安全部在内的美国政府部门负责在各自职权范围内执行总统的出口管制行政令。美国政府机构内部还会设置信息调查和收集机构,专门负责收集与出口管制相关的信息和情报,如美国财政部恐怖主义及金

① 管辖权是法律域外适用的核心,但法律域外适用比域外管辖范畴更广泛,例如美国法院通过实施对域外某个人的管辖权,从而间接地指令该人在境外从事某种活动,或者处理域外的财产。前者即对该人的管辖是直接的,基于域外管辖;后者即对该人的域外活动和处理财产行为的影响是间接的,是一种法律域外适用。临时措施、证据开示等制度的法律域外适用通常属于后一种情况。See S. Nathan Park, "Equity Extraterritoriality", (2017) 28 *Duke Journal of Comparative & International Law* 99; Allan E. Gotlieb, "Extraterritoriality: A Canadian Perspective", (1983) 5 *Northwestern Journal of International Law & Business* 449, p. 450.

② See Kenneth W. Dam, "Economic and Political Aspects of Extraterritoriality", (1985) 19 *International Lawyer* 887, p. 895. 另见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,载《国际法研究》2019年第3期,第8—14页;廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,载《环球法律评论》2019年第3期,第169—170页。

③ 参见〔美〕理查德·D. 弗里尔:《美国民事诉讼法》,张利民、孙国平、赵艳敏译,商务出版社2013版,第184页。

④ See Austen L. Parrish, "Kiobel, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality", (2013) 28 *Maryland Journal of International Laws* 208, p. 231.

⑤ See T. Alexander Aleinikoff, "Thinking outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U. S. Constitution", (2004) 82 *Texas Law Review* 1989, p. 2004.

融情报办公室下属和监管的数个机构，中央情报局、国土安全部、国家安全事务委员会等国家安全机构在“9·11”事件之后也被赋予了相应的职责，各部门在一定程度上进行资源交换，共同协助总统作出出口管制决定。^①

美国行政机关执法活动受到法院的司法审查，但一般来讲，美国法院尽量避免介入行政部门享有自由裁量权的领域。“美国雪佛龙诉国家资源保护委员会案”（*Chevron U. S. A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*）确立了美国法院审查行政机关执法解释的雪佛龙规则（*Chevron Rule*），^②体现了法院尊重行政部门执法自由裁量权的态度。雪佛龙规则分为两步：第一步，法院审查国会在成文法中的意图是否明确，如果足够明确，依照国会的意图解释，如否，则进行第二步审查；第二步，审查行政部门的执法解释是否在合理范围内“可接受”（*Permissible*）。在具体案件中，行政机关（尤其是外交机关）还可以就案件审理和判决会否影响美国外交关系给出专业判断，为法院司法发挥咨询建议作用。

3. 联邦法院系统行使裁判管辖权并限制外国法的适用

裁判管辖权（*Jurisdiction to Adjudicate*）是指法院为依法解决法律纠纷而对某人或财产进行裁判的权能。美国法院通过判例扩大管辖依据，也促进了美国法律域外适用。毕竟，确定了美国法院的管辖权后，就更有可能适用美国法。^③

美国各州制定了对非居民行使对人管辖权的成文法——长臂法（*Long-Arm Statute*），而长臂法也是从美国联邦法院的系列判例中的法理和规则中总结出来的，既适用于美国各州法院管辖其他州居民的案件，也适用于美国州法院和联邦法院管辖外国自然人和法人。

美国法院还通过证据开示制度扩张美国法域外适用，要求当事人或第三人必须提供案件相关的包括账户等资料和信息，否则有可能被罚金和定罪。实践中，美国法院并未仅因当事人受到外国法中的证据交换限制而免除当事人的证据出示义务，最著名的案例是1987年“法国国家航空产业公司诉美国艾奥瓦南区联邦地区法院案”（*Société Nationale Industrielle Aérospatiale and Société de Construction d'Avions de Tourisme v. United States District Court for the Southern District of Iowa*），^④美国联邦最高法院法官明确指出：在取得位于其他成员国境内证据方面，《海牙取证公约》并非唯一的和强制的程序，公约并未剥夺美国联邦地区法院命令一方当事人提交域外证据的权能，公约的取证方式并不优先于国内法的取证方式。外国强行法不能使得当事人免除证据开示义务。

① 参见霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期，第175—178页。

② See *Chevron U. S. A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837, 843–851 (1984).

③ 《美国司法法》第1332条（a）款（2）项规定了外国人管辖权，是指对“（美国）一个州的州民和外国国民或臣民之间”案件的管辖权，而第1332条（a）款（1）项规定了异籍管辖权（*Diversity Jurisdiction*），即处理“不同州州民之间的”案件管辖权。参见〔美〕理查德·D·弗里尔：《美国民事诉讼法》，张利民、孙国平、赵艳敏译，商务出版社2013版，第229页。

④ 美国原告在联邦地区法院起诉被告法国公司，并要求法国公司进行证据开示，法国公司认为美国和法国都是《海牙取证公约》的成员国，证据开示需要经过《海牙取证公约》的司法协助程序。See *Société Nationale Industrielle Aérospatiale and Société de Construction d'Avions de Tourisme v. United States District Court for the Southern District of Iowa, etc.*, 482 U. S. 522, 544 (1987). 该案成为美国法院在判决当事人选择遵守美国法院的指令而违反本国法，还是遵守本国法而违反美国法院判令的重要案件，在近年来被越来越多地应用。2005至2014年，50个案件援引了该案的“五因素法”，相比1988至1998年，只有2个案件援引。See Geoffrey Sant, “Court-Ordered Law Breaking: U. S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, (2015) 81 *Brooklyn Law Review* 181, p. 192.

此后美国法院沿用利益平衡标准（Interest-Balancing Test）处理外国立法中的证据交换限制问题，在相当长时间内使得外国强行法中的证据交换限制沦为“纸老虎”。据统计，美国法院在88%比例的案件中应用了这一判决，否定了外国强行法的抗辩作用。^①

历经数案，美国法院逐渐发展出一条通过外国金融机构在纽约的代理账户（correspondent account）、清算账户（settlement account）确立特殊管辖权的新途径，管辖范围甚至超出收缩前的一般管辖权标准。代理账户是美国金融机构为外国金融机构设立的，代理其在美接收存款、完成支付，或处理其他金融交易的账户。代理账户是商标侵权人将其违法所得从美国汇入中国境内的银行账户的主要途径。^② 在古驰案（Gucci America, Inc., et al. v. Weixing Li, et al.）中，^③ 中国银行援引国内强行法限制为由不执行美国法院的证据开示义务，后被判藐视法庭并罚款。第二巡回上诉法院指示重审古驰案时指出，^④ 在根据联邦法所提起的民事诉讼中，可以考虑可否对案外人适用全国联系标准。此种观点若被采纳，那不仅纽约的法院可对外国金融机构行使管辖权，全美的联邦法院都可基于外国金融机构与纽约的联系对其行使管辖权。目前，亦有其他联邦法院在依据《爱国者法》对中国金融机构发出刑事证据开示令之时采用全国联系标准。^⑤

综上，美国法律域外适用的法律体系呈现闭合的循环体系，国会、行政机关和法院的态度都能够在法律适用过程得以反映，在摩擦与调整过程中为运转提供保障。

三 中国应对美国法律域外适用的思路和举措

世界格局正在发生剧烈的变革和转型，中国迫切需要建立符合当代及未来一段时期需要的，指导对外关系的法律体系。^⑥ 在面对美国对中国频繁进行法律域外适用方面，中国应坚持“建设和防御齐头并进”的思路，将建设中国法律域外适用的法律体系和防御美国法律域外适用的不良影响同步推进。在防御方面，注重采用中美国内和国际三重限制，有效应对美国不当的法律域外适用。

（一）充分运用美国法律域外适用制度的自限措施，维护正当权益

美国法律域外适用并不是普遍情况，无论是三权分立体制，还是司法中的国际关系原则都对美国法律域外适用实施有所制约。中国可以充分利用美国自身的政治制度和司法理念，在美国国

① See M. J. Hoda, “The Aérospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It”, (2018) 106 *California Law Review* 231, p. 233.

② 参见章晶：《美国事证开示程序对外国案外人管辖权的扩张——以涉中国金融机构案件为例》，载《国际法研究》2020年第1期，第97页。

③ 原告古驰（Gucci）公司的分销商起诉被告侵犯商标权，中国银行并非是案件当事人，但商标侵权人在中国银行开有账户，法院命令中国银行纽约分行提供被告帐户信息，法庭记录显示：中国银行纽约分行宣称向有关部门请示后仍未提供信息。See *Gucci America, Inc., et al. v. Weixing Li, et al.* United States District Court, S. D. New York, November 30, 2015.

④ See *Gucci America, Inc., v. Weixing Li*, 768 F. 3d 122, 142 (2nd Cir. 2014).

⑤ 参见章晶：《美国事证开示程序对外国案外人管辖权的扩张——以涉中国金融机构案件为例》，载《国际法研究》2020年第1期，第96页。

⑥ 杜涛：《从“法律冲突”到“法律共享”：人类命运共同体时代国际私法的价值重构》，载《当代法学》2019年第3期，第145页。

会立法阶段，或在美国法律对中国公民、组织和机构域外适用的情况下，提出维护国家利益，公民、组织和机构的正当权益的主张。

1. 在美国推行法律域外适用各阶段表达中国观点

主权国家对其领土之外的人、物、事件行为等，制定规范和标准，设定义务和要求，并通过强制力执行这种规范和标准，就是推行了法律的域外效力。^① 美国法律域外适用是涵盖立法、执法和司法三个阶段的全过程，中国主张中国利益也应全过程覆盖。中国运用美国法律域外适用国内自限制度，应该利用合乎美国法的方式，从国会立法开始，贯穿总统令颁布和行政部门实施、法院系统司法的全过程，如通过美国立法游说制度、外国代理人等制度合法地参与到美国域外适用法律的形成过程。新冠肺炎疫情以来，美国国内对适用《国家紧急经济权力法》，扣押和冻结中国持有的美债等官方储备资产的讨论逐渐升温，中国应关注美国《外国主权豁免法》等法律修订情况，加快研究，做好预案，多种途径和方式适时介入。

2. 协助企业和个人做好个案应对

近年来，中国海外直接投资公司市场受到美国法律域外适用部门的高度关注。2018年11月1日，美国司法部长杰夫·西森斯宣布了“中国动议”（China Initiative），聚焦“中国经济间谍活动”调查和起诉。^② 面对这种不良动议，中国不仅可以在政府层面向美国政府和司法部抗议，而且可以对受调查的中国企业和个人提供帮助，提供领事保护等措施。但由于美国法院在法律域外适用上的谨慎态度，借助美国发达诉讼机制实现自身目标并不容易，^③ 但不妨碍中国企业和个人在美国行政机关扩展执法和司法机关限缩范围的不同趋向中，寻求空间，保护自身正当利益。例如，2015年中国几家银行经过艰苦的诉讼，推翻了原判决中的资产冻结令。^④

（二）建构中国法域外适用的法律体系，有效保护海外利益

2019年2月，中央全面依法治国委员会召开第二次会议，明确提出将“加快推进我国法域外适用的法律体系建设”列入推进依法治国的重点工作。中央全面依法治国委员会的这一要求严密贴合中国发展实际，为中国法治建设指出了明确的发展方向。2019年10月，党的十九届四中全会在《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中提出：加快中国法域外适用的法律体系建设，以良法保障善治。

1. 摆脱“治外法权”制度阴影，面向新时代国情和世情

历史上“治外法权”曾为近代中国带来耻辱，1843年10月中英《五口通商章程》第13条、1844年7月中美《望厦条约》第21条和24条、1844年10月中法《黄埔条约》第23、25—28

① 参见孙国平：《论劳动法的域外效力》，载《清华法学》2014年第4期，第18—46页。

② See Attorney General Jeff Session's China Initiative Fact Sheet, DOJ Press Release (Nov. 1, 2018), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/download>. (last visited July 1, 2020).

③ 参见郭雳：《域外经济纠纷诉权的限缩趋向及其解释——以美国最高法院判例为中心》，载《中外法学》2014年第3期，第839页。

④ 原告蒂凡尼（Tiffany）公司诉被告商标侵权案中，中国银行、中国工商银行和中国招商银行并非案件当事人，但由于被告在三家中国银行开立有账户，原告申请冻结被告的银行账户资产。See *Tiffany (NJ) LLC et al v. Andrew et al*, No. 1: 2010cv09471 - Document 104 (S. D. N. Y. 2015). 美国法院对第三人的管辖问题，参见章晶：《美国事证开示程序对外国案外人管辖权的扩张——以涉中国金融机构案件为例》，载《国际法研究》2020年第1期，第88—104页。

条、1881年10月《中国巴西和好通商航海条约》第9条和第10条、1896年7月中日《通商行船条约》第21条和第22条、1899年12月《中墨友好通商航海条约》第13条和第14条等条约中都规定了治外法权。为废除治外法权，20世纪前30年，中国政府付出了巨大的努力，但在巴黎和会、华盛顿会议和法权会议上，中国代表关于废除治外法权的提议均遭否决，^① 治外法权是中国历史上不能消减的痛楚。

但我们必须认识到，治外法权与法律域外适用在历史环境、理论基础、平等互惠等方面存在本质差异，对待法律域外适用不应受到固有观念的束缚。当今全球化时代，法律域外适用实际上不可避免。人员、资本和企业活动跨越国境已经成为常态，频繁发生，领土和国境已经不能成为资本、劳动、信息和思想的阻隔墙，地理上领土的作用事实上已经降低。^② 物理上的国境已经无法区分国内和国外的概念，事件的潜在或最终后果不仅仅影响本地，通过全球化传送机制，主权国家境内事件延伸范围和影响是全球性的。

中国企业和公民大量走向世界市场，中国海外利益已经遍布全球市场。保护海外利益是主权国家实现对外功能的需要。^③ 保护海外利益，经济法和行政法域外适用是可行的途径。中国已有学者研究社会法、经济法领域的法律域外适用。^④

2. 坚持国家主权原则的前提下开展法律域外适用

中国在建构法律域外适用的法律体系时，应坚持领土完整、主权平等、自决原则等国家权力以领土为限。一般来讲，一国行使管辖权应限于其领土内的人、财产和行为，在一些特殊条件下可适用于离开本国领土的国民。法律域外适用的法律体系对争取国际话语权有一定帮助。不可否认的是，管辖其他国家领土之上的人、财产和行为有可能被视为侵犯他国管辖权的行为。^⑤ 但各国可以将域外法律适用作为一个必要的推动力，去获得国际协议。^⑥

法律域外适用是一个全方位推动的法律体系，需要立法、执法和司法等机关共同推动建立、协调和运转。与美国的三权分立制度不同，建立中国法律域外适用法律体系，应适应中国人民代表大会制度的要求，坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一。法律域外适用是一个国际性的敏感问题，建立和推行过程中需要慎而又慎，科学深入研讨，在时机成熟时推行。如中国刑法中早有保护性管辖权的规定，但具体适用还需要多方面协同配合。再如中国在反海外腐败中，还需要深入探讨界定监察机关的职权范围，与其他国家对接和国际协调等问题。

在特定领域法律域外适用时应具体问题具体研究，科学设定权利义务边界。2018年10月，中国开始实行《国际刑事司法协助法》以加强刑事司法领域的国际合作，有利于探索中国法律

① 参见屈文生、万立：《“五四”时期的法律外译及其意义》，载《外国语（上海外国语大学学报）》2019年第5期，第101页。

② See Julian Ku & John Yoo, “Globalization and Sovereignty”, (2013) 31 *Berkeley Journal of International Law* 210, p. 212.

③ 参见门洪华：《中国与世界关系的逻辑建构：理论、战略与对策》，北京大学出版社2016年版，第161页。

④ 代表性著述包括：刘艳娜：《美国经济法域外性问题的理论演变及评述》，载《理论月刊》2016年第4期，第162—167页；孙国平：《论劳动法的域外效力》，载《清华法学》2014年第4期，第18—46页；季义流、廖耘平：《论外汇管制法的域外效力》，载《上海金融》2003年第3期，第40—43页等。

⑤ See Hannah L. Buxbaum, “Transnational Regulatory Litigation”, (2006) 46 *Virginia Journal of International Law* 251, p. 272.

⑥ See Russell J. Weintraub, “Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a Choice-of-Law Approach”, (1992) 70 *Texas Law Review* 1799, p. 1830; Antonio F. Perez, “International Antitrust at the Crossroads: The End of Antitrust History or the Clash of Competition Policy Civilizations”, (2002) 33 *Law and Policy in International Business* 527, p. 554.

域外适用的新模式。中国亦可以考虑在政治敏感度不高的反垄断、规范海外公司行为等方面建设法律域外适用机制，在具体制度规则上也可以优先选择宣示性规则。

（三）构建中国多层次的对抗措施制度体系

纵观美国法律域外适用的历史，并不是一帆风顺的。美国的盟友通过对抗措施对其进行对抗的时候，很多时候美国选择妥协，很多法律域外适用案件最终是走向了政治解决。^① 中国在采取对抗措施时，应充分考虑实施难度和维护法律权威性的反比例特点，分阶段采用不同强度的对抗措施，力争不只是出于对抗态度的宣示性立法，而且在司法实践中维护法律的权威性。

1. 优先采用低强度对抗措施

国际法上管辖权的规则并不明确，确定管辖权合法性通常并非依赖于客观的管辖权标准，而且也依赖于相关国家对管辖权行使的反应。^② 国际上，不予承认外国公法性质的判决和裁定、不予执行外国行政决定、对选择法律和证据资料提供进行程序性限制等措施基本得到大多数国家的认同。即使是大力推行法律域外适用的美国，国内也有惩罚性规则和税收规则等反国际礼让原则不承认和执行外国公法性质的判决、裁定、税收征收令等执法和司法文书。中国在制度构建时，可以优先选择制定此类低强度对抗措施，在反垄断、税收等非私法领域进行对抗，尤其应该重视限制证据提供的规范和执法。

2. 对中强度对抗措施进行宣示立法

阻断法阻止本国国民遵守外国域外适用的法律，属于中强度对抗措施，宜做宣示立法。虽然阻断法有属人管辖支撑其合法性和正当性，但阻断法常常将从事国际经济贸易的个人和企业，尤其是跨国公司置于两难境地。2007年4月，奥地利对其第五大银行巴瓦克银行（BAWAG P. S. K.）提起诉讼，认为其注销古巴国民银行账户的行为违反了欧盟《2271/96 条例》，该银行辩称称，因其正在与美国瑟伯罗斯资本管理公司（Cerberus Capital Management, L. P.）谈判收购事宜，如果不注销古巴国民的账号，收购将无法完成。奥地利外交部长乌苏拉·普拉斯尼克（Ursula Plassnik）当即公开谴责了该银行的行为。^③ 必须承认，跨国公司的利益需求较为复杂，阻断法对其域外经营必然造成影响，需要谨慎对待。

3. 不宜立法高强度对抗措施

报复措施是對抗措施中强度非常高的措施，容易引发国际对抗，短时期内不宜采用。在经济全球化的今天，跨国公司成为国际经济的重要组成部分。对于跨国公司来讲，活动并无国界限制，跨国公司可以将生产、金融、研发、营销的决定建立在全球运营的基础上，而并非被局限于母国或者总部所在国，另一个角度来看，多个国家基于不同的属人管辖、属地管辖、最低联系原则等支撑可以对跨国公司进行管辖和执行。实施报复措施不一定能够取得预定效果，反而有可能导致被动局面。

（四）倡导多边法律域外适用方法，构建良性国际治理环境

域外适用国内法是任何国家都可使用的武器，并非美国所独有。近年来，实践中各国运用法

① See Anthony J. Colangelo, "Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law", (2007) 48 *Harvard International Law Journal* 121, p. 134.

② See Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (Oxford City: Oxford University Press, 2nd edn, 2015), pp. 208–210.

③ See Seyed Yaser Ziaee, "Jurisdictional Countermeasures versus Extraterritoriality in International Law", (2016) 4 *Russian Law Journey* 27, p. 42.

律域外适用的情况在增加,^① 美国实行在如此大的法律领域主张法律域外适用,其他国家法院也不认为其主张域外法律适用有任何不妥之处。^② 当其他国家纷纷效仿美国,开始主张法律域外适用时,适用国内法处理跨国问题本身成为了国际准则之一,^③ 单边的、广受争议的域外适用法律成为全球治理的重要组成部分。^④

单边法律域外适用对国际关系造成负面影响,基于域外适用国内法的基础上建立起来的全球治理脆弱和不可持续。虽然有学者认为当某法律被多个经济体多次使用后,会促进不同国家的法律制度趋向一致,消除系统风险,确立起国际规制标准的最初模型。^⑤ 希望能够通过扩大自身的法律域外适用,以达到国际协调的后果。但事实证明,即使对于美国,单边法律域外适用也不可接受。以前美国公司和公民可以很安全地忽略外国法律诉讼,等待外国法院作出判决后申请美国法院承认与执行外国判决,这时候如果该判决被美国法院认为是不符合法律要求的,则该外国判决无法对美国被告执行。现在,美国的跨国公司在海外有巨额财产,公司需要获得当地机会来保持在全球市场的竞争力,更为关键的是,如果即使最终判决无法执行,但公司和公民考虑到诉讼成本和执行的潜在可能性,还是会充分考虑外国的法律法规。

因此,应倡导和推动建设多边法律域外适用机制。法律域外适用应采取国际条约方式进行的观点早就存在,^⑥ 跨国规制最好来自于合作,而非单边行动也得到认可。^⑦ 但国家的主观意图、国家在心理上的同意仍然是确立对国家有效力的规则的基本依据,^⑧ 单边法律域外适用造成的种种国际危机,即使美国学者,也认为美国应该利用国际机构和国际条约来解决争端,退出和不参加国际条约应是因为条约的内容对美国利益不利,而非思想上的反国际条约。^⑨ 呼吁不要采取单边域外管辖权的办法来解决国家利益保护问题,应采取多边方式来解决。^⑩ 如果多边法律适用的规则很难短时间建立的情况下,也应当限制法律域外适用的作用范围。^⑪

多边法律域外适用存在可行性,各国可以通过解决导致冲突的深层政策差异来寻求合作。中国应通过与外国政府建立通知、磋商和合作的国际机制达成法律合作,在反对美国不当法律域外适用上,中国与其他国家可以而且应该共同合作。如2018年8月31日,中国最高人民法院与新

-
- ① See Branislav Hock, "Transnational Bribery: When Is Extraterritoriality Appropriate", (2017) 11 *Charleston Law Review* 305, p. 306.
- ② See Austen L. Parrish, Reclaiming International Law from Extraterritoriality, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, p. 858.
- ③ See Austen L. Parrish, Reclaiming International Law from Extraterritoriality, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, p. 856.
- ④ See Austen L. Parrish, Kiobel, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality, (2013) 28 *Maryland Journal of International Law* 208, p. 213.
- ⑤ 相关观点见 Coffee J. C., "Extraterritorial Financial Regulation: Why E. T. Can't Come Home", (2014) 99 *Cornell Law Review* 1259; Sterio Milena, "Clash of the Titans: Collisions of Economic Regulations and the Need to Harmonize Prescriptive Jurisdiction Rules", (2007) 13 *UC Davis Journal of International Law and Policy* 95; 张劲松:《论欧盟对美国经济法域外效力的法律阻却》,载《欧洲》2001年第2期,第50—57+110页等。
- ⑥ See T. BATY, "Extraterritoriality", (1926) 1 *Hongkong University Law Journal* 83, pp. 83-85.
- ⑦ See Austen L. Parrish, "Fading Extraterritoriality and Isolationism: Developments in the United States", (2017) 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 207, p. 221.
- ⑧ 参见何志鹏:《以诺为则:现代性国际法的渊源特质》,载《当代法学》2019年第6期,第148页。
- ⑨ See Austen L. Parrish, Reclaiming International Law from Extraterritoriality, (2009) 93 *Minnesota Law Review* 815, p. 874.
- ⑩ See Austen L. Parrish, Fading Extraterritoriality and Isolationism: Developments in the United States, (2017) 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 207, p. 210.
- ⑪ See Allan E. Gotlieb, "Extraterritoriality: A Canadian Perspective", (1983) 5 *Northwestern Journal of International Law and Business* 449, p. 459.

加坡最高法院共同签署了《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，根据备忘录第九条规定，中国法院判断新加坡法院是否对争议事项有管辖权的适用法律是中国法，而非新加坡法。即使多个国家参与的国际公约一时难于达成，在法律域外适用方面达成双边条约也是现实可行的。

结 语

美国法律域外适用已经形成了立法、执法和司法的“闭环式”自洽体系，国会应各界需求，在权限范围内推动域外适用法律的立法工作；联邦法院系统作为核心运用国际关系原则处理涉外纠纷，形成判例；行政机构开展域外执法，做出专业性的外交判断辅助联邦法院判案，联邦法院系统和行政机构反过来将司法和执法中的法律问题反馈给国会。国际社会在与美国开展法律对抗和法律合作的过程中，各国运用对抗措施与美国展开连续博弈，互有妥协。

改革开放四十多年来，中国的涉外经济活动主要是“引进来”的相关招商引资投资活动，涉外法律主要是处理在中国境内的涉外经济活动所引发的经济纠纷，不能完全适应中国资本输出的需要。中国保护“走出去”的海外利益，更多面对美国域外法律适用，我们可以充分利用美国法律系统中对法律域外适用的限制，在美国国内积极应诉；选择借鉴美国的域外法律适用和他国的对抗措施，构建中国域外适用的法律体系和对抗措施法律体系。

应该清醒认识到，中国现有法律法规中的域外适用条款并不缺乏，缺乏的是体系化和机制化，尤其是创新执法和司法途径，真正将中国国内法有效地域外适用。同时，尽管对抗措施具有宣示意义，但其实施效果依赖于中国经济的全球实力，应考虑不同措施的强度和影响进而科学立法和执法。

Balance and Countermeasure: Chinese Response to the U. S. Extraterritoriality

Li Xiuna

Abstract: In view of global factor division and challenge to international law from international politics coexisting in recent years, extraterritoriality of public laws acquires partly justification and reasonability. The U. S. extraterritoriality to Chinese citizens, entities and organizations has frequently emerged, presenting high correlation with politics, especially in the fields of export control and foreign corrupt. Nowadays, China should deeply grasp the contemporary implications of extraterritoriality, follow the thought of parallel execution of construction and defense, construct Chinese extraterritoriality legal system, and flexibly apply triple restriction from the U. S. , China and international society; make full use of the U. S. separation of three powers and balance mechanism, principle of comity and anti-comity; promote extraterritoriality and countermeasures legal systems; establish and advocate multilateral extraterritoriality coordinating institutions according to national and international conditions.

Keywords: The Unites States, Extraterritoriality, Countermeasures, Overseas Interests Protection

(责任编辑: 李庆明)