

域外管辖的体系构造： 立法管辖与司法管辖之界分

宋 晓^{*}

内容提要：域外管辖的理论构造和国内法域外适用的体系构建是我国当前面临的重大课题，其中关键之处是需对域外立法管辖和域外司法管辖作出恰当界分。无论对于域外立法管辖还是对于域外司法管辖，公法和私法的区分都构成了理论和实践展开的基础。各国立法管辖和司法管辖均不同程度地超越了属地原则。域外立法管辖的基本方法是单边主义方法和多边主义方法，而域外司法管辖的基本方法是一般管辖方法和特别管辖方法。公法的域外立法管辖零散而具体标准不一，实际上并无体系可言，是整个域外立法管辖中最为复杂的，国际法只是进行外部限制而不能直接提出贯通的规则或标准。私法的域外适用及私法案件的域外司法管辖均不存在国际习惯法的限制。域外管辖的体系构造，不应依循某个统一原理自上而下地展开，而应沿着私法的域外立法管辖体系、私法案件的域外司法管辖体系以及公法的域外立法管辖“体系”分别展开。域外立法管辖和域外司法管辖具有不同的法律目标和功能，两者并不以实现相互统一为价值追求。

关键词：域外管辖 域外立法管辖 域外司法管辖 属地原则 长臂管辖

一、问题的形成

在我国国内法语境中，“管辖”或“管辖权”一词更多用来指涉司法机关对具体争议的裁判管辖权，但在深受普通法影响的国际法语境中，则同时包含立法管辖、司法管辖和执法管辖三种类型，粗略与立法权、司法权和行政权这三种国家基本权力相对应。立法管辖是指国家对人、财产和行为进行立法规制的权力，而执法管辖是指国家强行要求遵守其法律的强制执行权力。^{〔1〕}三种管辖权的并立在国内法上涉及立法、行政与司法三种国家权力的划分，在国际法

^{*} 南京大学法学院教授。

本文系国家社科基金项目“域外管辖理论体系研究”（20BFX206）的阶段性成果。

〔1〕 对三种管辖权的分类和界定，参见2018年美国《对外关系法重述（第四版）》（Restatement（Fourth）of Foreign Relations Law）第401节。

层面则涉及各国立法权、司法权和执法权在国家间的权力划分,其实质是各国主权利力的边界和划分问题。迄今为止,各国执法管辖权一般谨守国家的领土范围,除了国际合作的情形,通常不会跨境执法。各国立法管辖权和司法管辖权延伸至境外的情形却很普遍,但不同国家表现出来的程度各不相同,法律上的混乱和纠纷由此而迭起。

其中,美国凭借超级强国的国家实力,“二战后”频频将其立法管辖权和司法管辖权扩展到境外,表现最为咄咄逼人,几乎涵盖了从民事到刑事的所有法律领域,包括传统民事、市场管制、出口管制、反商业腐败、国际人权和国际反恐等。^{〔2〕}美国近年来从国际多边主义的立场上不断后退,开始更多依赖国内管辖权的单边扩张来维护其国家利益和推行其外交政策。因中、美两国竞争加剧,中国史无前例地感受到了美国管辖权扩张的压力,近年来涌现的系列案件远超法律专业层面而受到大众瞩目。例如,在“耐克案”中,美国法院对中国境内的数家银行行使管辖权,要求这些银行披露位于中国境内的银行资料。^{〔3〕}在持续了十多年的“维生素C反垄断诉讼案”中,美国法院对发生在中国境内的价格合谋行为进行了管辖,并拒绝认定中国商务部关于中国管制性法律的声明。^{〔4〕}在“中兴公司案”中,美国认定中兴公司与伊朗公司的交易违反了美国的出口管制法,对中兴公司实施了二级制裁。更有家喻户晓的“华为孟晚舟案”,美国要求加拿大扣押并引渡孟晚舟至美国,试图对孟晚舟在美国境外的行为提起刑事指控。^{〔5〕}

中国政府公开批评了美国的“长臂管辖”。^{〔6〕}国家决策层和最高领导人为因应美国管辖权扩张的情势,同时也为维护国家利益,提出“要加快推进我国法域外适用的法律体系建设”。^{〔7〕}在此之前,我国学界除了对传统私法的域外适用和涉外司法管辖权问题有大量研究之外,对于其他领域法律的域外适用和司法管辖,仅有少数零星式的研究。近两年在时代感召之下,我国学界开始系统地思考国家管辖权问题,包括立法管辖、司法管辖和执法管辖,力图为这一新的时代命题提供科学合理的理论框架。但是,学者们各自切入的视角和方法各不相同甚至差异极大。可以说,新的理论框架和分析框架尚未成型,近年来的研究却为这个领域注入了新的理论纷争,甚至很多人陷入了“域外管辖”“长臂管辖”“域外适用”“域外效力”等一堆概念的泥沼之中。

我国近年来的研究大致有两种分析进路。第一种分析进路主要从国家管辖权的角度切入,采用“域外管辖”或“长臂管辖”的概念来分析国家管辖权的边界及其在国际法上的合法性。^{〔8〕}

〔2〕 对美国域外管辖实践尤其是不断增多的美国联邦成文法域外适用情况的综述,参见 *Development in the Law: Extraterritoriality*, 124 Harv. L. Rev. 1226 (2011)。美国立法管辖权的扩张主要是就联邦立法而言的,但司法管辖权的扩张则主要是就各州司法管辖权规则而言的,联邦法院的民事司法管辖权一般“借用”所在州的司法管辖权规则。

〔3〕 See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346 (S. D. N. Y. 2018)。

〔4〕 See *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co.*, 138 S. Ct. 1865 (2018)。

〔5〕 关于“中兴公司案”和“华为孟晚舟案”的基本案情,参见肖永平:《“长臂管辖”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019年第6期,第52页以下。

〔6〕 中国国务院新闻办公室2018年9月24日发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书特别批评了美国“以国内法‘长臂管辖’制裁他国”的行径, http://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm#all-Content, 2020年8月29日最后访问。

〔7〕 参见2019年2月25日《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议并发表重要讲话》, http://www.gov.cn/xinwen/2019-02/25/content_5368422.htm, 2020年8月29日最后访问。

〔8〕 参见前引〔5〕,肖永平文;李庆明:《论美国“域外管辖”:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019年第3期。

这一进路基本遵循了美国法上的概念体系，将国家管辖权分为立法管辖、司法管辖和执法管辖，在分析域外管辖和长臂管辖时，则聚焦于一国管辖权延伸至境外的部分。但是，这两个概念及其判断标准都不够清晰。“域外管辖”在美国法上更多指向立法管辖权，原来主要以行为地为判断标准，近年来的判例却提出了更富司法弹性的“规制焦点标准”（focus test），超越了单纯的行为地标准。^{〔9〕}“长臂管辖”在美国法上原本是一个比较清晰的司法管辖权概念，意指各州法院对住所不在本州境内的被告行使的对人管辖权，但中外均有学者将这个形象生动的概念移植到立法管辖权领域，同时意指美国国内法的域外适用。^{〔10〕}长臂管辖因此也出现了概念之争，“长臂”的认定标准更有分歧。

法律概念具有模糊之处，并不构成理论分析的大碍，只要它们能够指明研究对象即可，因而本文并不反对援用域外管辖或长臂管辖的概念，更无意于提出一个精确的标准来进行概念辨正。但是，我国从这两个概念出发的现有研究均存在一个致命的缺陷：它们虽认识到立法管辖与司法管辖是并列存在的，但却都从域外管辖或长臂管辖这个统一的概念出发展开分析，或是混同分析立法管辖和司法管辖问题，甚至还包括执法管辖问题，最后不免顾此失彼，事实上只针对了立法管辖问题而忽略了司法管辖问题，一个统一的概念只指向了其中一部分；^{〔11〕}或是不免张冠李戴，将原本只属于司法管辖权的基本原理，诸如“权力论”“联系论”“公平论”，同时用作立法管辖权的理论基础，从而抹煞了立法管辖和司法管辖应有的区分，既不能为立法管辖奠定理论基础，也扰乱了原有的司法管辖的理论体系。^{〔12〕}以域外管辖或长臂管辖的概念来同时涵盖立法管辖和司法管辖，并希望寻获两者之间的统一原理，这种学术努力自然无可厚非，但是只有在正视两者之间的区分的基础上，才能去寻求统一。

第二种分析进路是从国内法的域外效力或域外适用的角度切入的。^{〔13〕}国内法的域外效力通常是指国内法具有支配境外的人、行为和财产的效力，而国内法的域外适用是指一国司法机关或行政执法机关将国内法适用于境外的人、行为和财产。国内法的域外效力为“因”，国内法的域外适用为“果”，两者都被统合进立法管辖权的概念之中。当我们说一国法律对境外行为具有立法管辖权，既指一国法律对境外行为有域外效力，也指一国法律可以适用于境外行为。以国内法域外效力或域外适用为分析进路，优点是可避免使用“管辖”一词，从而避免将司法管辖带入立法管辖的分析之中而引发两者的混淆。但是，我国取此分析进路的近期研究也有两个明显弊端：其一，国内法的域外适用既包括经冲突规范指引的域外适用，也包括不经冲突规范指引的域外适用，但是相关研究常常放弃前者而只讨论后者，却无力给出解释，这就完全不能回答国内法的域外适用何时需经冲突规范的指引，而何时无需借助冲突规范的指引，国内法的域外适用的理论分析由此变得残缺不全。其二，只研究立法管辖权问题虽无不可，但

〔9〕“规制焦点标准”是美国联邦最高法院在2010年“莫里森案”（*Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247 (2010)）中提出的，意指需要考察立法条文规制的焦点问题以确定其是否应域外适用。在该案中，证券欺诈行为发生在美国，而证券交易发生在澳大利亚，美国联邦最高法院认为，美国证券法的规制焦点在于规制境内证券交易而非境外交易，因而美国证券法不适用于该案。See William S. Dodge, *The New Presumption Against Extraterritoriality*, 133 Harv. L. Rev. 1582 (2020).

〔10〕参见前引〔5〕，肖永平文；Mahir Al Banna, *The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty*, 60 J. L. Pol'y & Globalization 59 (2017)。

〔11〕例如前引〔8〕，李庆明文。

〔12〕例如前引〔5〕，肖永平文。

〔13〕参见廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，《中国法学》2019年第6期；霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020年第2期。

将立法管辖权与司法管辖权完全割裂开来, 毕竟无法揭示两者之间的复杂关系, 更不能从学理上阐明国家对境外的人、行为和财产行使两种管辖权的全貌。

近年来美国对中国所施行的种种长臂管辖, 就同时包含了长臂立法管辖和长臂司法管辖, 这客观上需要我们采取同时包含两种管辖权的分析视角, 因而第一种分析进路相对更能满足当下的现实需要。因长臂管辖这个概念在我国染上了太多的贬义色彩, 所以本文选择相对中立的域外管辖这个概念。同时, 为避免概念纷争, 本文对域外管辖采取广义理解, 统指一国对境外的人、行为或财产行使的域外立法管辖和域外司法管辖。鉴于现有研究动辄混淆域外立法管辖和域外司法管辖, 使两者的理论阐释都处于混沌之中, 因而本文将逆向而行, 不再从域外管辖这个统一的概念出发, 而是从域外立法管辖和域外司法管辖的界分出发, 阐释两者之间的本质区别, 探讨两者之间可能存在的内在关联, 然后在此基础上寻求整个域外管辖的体系构建。同时, 无论是域外立法管辖还是域外司法管辖, 都需建立在公法和私法二分的基础之上, 因而将域外立法管辖和域外司法管辖并列分析, 有助于探知公法和私法的二分法对整个域外管辖体系建构的重要意义, 也有助于回答国内法的域外适用何时需要借助冲突规范的问题, 这样就能最大限度地弥补第二种分析进路的理论残缺。以上是本文的研究目的和研究意义。

二、超越属地原则的程度差异

现代国际法和国际体系是以国家主权为基石的。国家管辖权, 包括立法管辖、司法管辖和执法管辖, 都是国家主权利力的具体体现, 它们拥有一个共同的逻辑起点: 所有类型的管辖权都是属地的, 首先及于本国境内的人、行为和财产, 若无国际法上的特别理由, 国家不可以行使域外管辖权。^[14] 因此, 域外管辖在逻辑上构成了属地管辖的例外, 属地管辖具有天然的合法性, 而域外管辖的合法性却需证明。然而, 无论是域外管辖的历史发展还是当前的实践经验, 都远远超越了逻辑推论。各国均在不同程度地行使域外立法管辖和域外司法管辖, 对国际关系影响最大的国家或地区, 例如美国、欧盟和中国, 无一不是如此, 当今美国在域外管辖的范围和数量上更是遥遥领先。那么基于历史发展和当今的国家实践, 域外立法管辖和域外司法管辖各自以何方法、在多大程度上超越了属地原则?

(一) 域外立法管辖超越属地原则的方法和程度

域外立法管辖的最早实践源于欧洲中世纪的罗马法复兴时代, 彼时意大利地区众多林立的城邦共和国已具备国家雏形。各城邦共和国适用的法律主要包含两种类型: 其一是通行于西欧的“共同法”(*jus commune*), 主要由罗马法和教会法构成; 其二是各城邦共和国自己制定的“本地法”。^[15] 本地法如同现代主权国家的国内法, 首先同样是属地性质的。但因城邦共和国之间频繁的人员流动和贸易往来, 涉外案件日渐增多, 于是各城邦共和国开始探索本地法是否具有域外效力的问题。法则区别学说应运而生, 较为系统地提出了域外立法管辖的法律基础, 成为现代国际私法和国际刑法的起源。

法则区别理论的集大成者巴托鲁斯, 针对本地法的域外效力问题, 提出以两个问题作为思考起点: 第一, 本地法是否可以支配境内的非本地居民? 第二, 本地法是否可以支配境外的行

[14] See James Crawford, *Brownlie's Principle of Public International Law*, 8th ed., Oxford, 2012, p. 456.

[15] See Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Edition, Transnational Publishers, 2005, pp. 11 - 12.

为和财产？^[16] 两个问题无疑都以本地法的属地性为逻辑前提，但也预示着本地法在一定条件下可以支配境外的人、行为和财产。所有理论的困难之处并不在于简单回答国内法是否具有域外效力，而是在于说清具体条件究竟是什么。为此，巴托鲁斯的法则区别理论将本地法区分为禁止性法律、许可性法律和惩罚性法律。尽管这些用语的含义并不完全等同于今天的相同用语，但还是可以清晰地看出，前两类大部分属于今天的私法范畴，而最后一类惩罚性法律则主要属于刑法范畴。具体法律的性质和类型不同，其域外管辖的效力也就不同。惩罚性法律只有在严格条件下才具有域外管辖效力，例如本地居民在境外实施了犯罪行为（类似今天的积极属人原则），又如当犯罪行为发生在境外而受害人为本地居民的，本地法律原无域外管辖权，但如果行为地无司法审判，本地法就可以行使域外管辖权。^[17]

相比之下，许可性法律和禁止性法律的域外管辖的条件则要宽松许多。例如，有关合同的法律，可以大量适用于非本地居民；限制行为能力的规则，如果对本地居民有利，则可适用于本地居民在境外的行为；放宽遗嘱形式要件的法律，既可适用于非本地居民，也可适用于境外的财产。^[18] 综合观之，法则区别说是在探讨整个国内法的域内和域外效力问题，而域外效力的体系建构则是建立在不同性质的法律分类的基础之上，其中公法和私法的区分尤为为基础。整个本地法的域外立法管辖体系呈现出接续变化的光谱效应，公法特性越为显著的法律部门，其属地性就越强，其域外管辖的条件也就越为严格；相反，私法性质越为显著的法律部门，其属地性就越趋弱化，其域外管辖的条件也就越为宽松。在欧洲盛行五百年的法则区别说，其具体规则在今日已所剩无几，但它所提供的思考原点，及其以公法和私法的分类为基础来探讨国内法的域外管辖效力的方法，至今仍具有不可磨灭的价值。

民族国家和现代国际法诞生以来，主权观念被推上神坛，法律的属地性也一度被推崇备至，尤其是荷兰学派的“胡伯三原则”，从根本上否定了法律的域外效力。^[19] 但是，19世纪的法学巨匠萨维尼将私法从整个法律体系中剥离出来，另辟蹊径地解决私法的域外适用问题。萨维尼认为，在私法领域强调主权原则是不能解决实际问题的，他全盘抛弃了法则区别说的问题原点，不再追问法律的域内域外效力问题，而是完全转换了设问方式，转而追问每个法律关系应该适用什么法律。他为每一类民事法律关系确立了相应的冲突规则，构建了全新的涉外民事法律适用体系。^[20] 在这个体系中，每一类法律关系既可能适用内国法，也可能适用外国法。与此相对应，每个国家的私法既可支配内国法律关系，也可支配外国法律关系，或经本国冲突规范指引而得到适用，或经外国冲突规范指引而得到适用。萨维尼体系改变了设问方式和问题原点，从此不再关心法的域内或域外效力问题，甚至可以说从形式上消灭了这个问题。

但是，如果一定要从域外立法管辖或法的域外效力角度来理解萨维尼体系，那么既可以说在萨维尼体系中，一国私法体系经冲突规则的指引去支配境外的人、行为和财产，而后具有了域外效力；也可以说一国私法体系先具有了域外效力，而后经冲突规则的指引去支配境外的

[16] See *Bartolo on Conflict of Laws*, trans. by J. A. Clarence Smith, 14 *Am. J. Legal Hist.* 157, 174 (1970).

[17] 同上文，第260页以下。

[18] 同上文，第252页以下。

[19] 关于“胡伯三原则”及其评论，参见 Ernest G. Lorenzen, *Huber's de Conflictu Legum*, 13 *Ill. L. R.* 375 (1918 - 1919).

[20] 参见[德]萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，武汉大学出版社2016年版，第47页以下。

人、行为和财产。萨维尼体系迅速成为大陆法系国际私法的基石，由此带来了两个实际后果：其一是各国私法体系完全脱离了属地原则的羁绊，可以自由地通过国际私法规则即法律选择规则来支配境外的人、行为和财产；其二是在法律适用领域进一步强化了私法和公法的区分，私法较之法则区别时代更加全面和彻底地具有了域外效力，而公法的域外适用却比法则区别时代还要保守。公法的域外适用和私法的域外适用从此几乎成了两个世界。公法域外适用的“解放”，则是由美国于20世纪后半叶完成的。

美国域外立法管辖的丰富实践交织成了一幅异常复杂的图景，这主要是因为美国法律从形式上并不区分公法和私法，许多具有域外立法管辖权的法律，诸如反垄断法、证券法和反有组织犯罪法（RICO），就同时容纳公共执行机制和私人执行机制，两者从形式上共享域外管辖的标准。^[21]但是，美国法律尽管形式上没有公、私法的清晰划分，但大体上还是区分了适用冲突法方法的域外管辖，以及非适用冲突法方法的域外管辖，前者主要指向私法领域的域外立法管辖，而后者主要指向公法领域的域外立法管辖。美国《对外关系法重述》试图不加区分地阐述整个法律体系的域外管辖原理，并且总结出一系列域外管辖的法律原则，包括属地管辖、效果管辖、积极属人管辖、消极属人管辖、保护管辖和普遍管辖，^[22]但这些管辖原则都是从公法的域外适用发展而来的，大多数并不能适用于私法的域外管辖。因此，美国统合公法和私法的域外管辖的体系化努力并不成功，更不值得有公、私法划分传统的成文法国家去效仿。

美国以冲突法方法为基础的私法的域外适用，最终和欧陆的情形一样，致使私法普遍超越了属地性质而具有域外效力。关于公法的域外适用问题，美国联邦最高法院的霍姆斯法官在1909年的“美国香蕉案”中曾经声明，除非立法机关有明确的指示，美国法律无域外效力。^[23]美国联邦最高法院后来逐渐改变了立场，认为美国法律没有域外效力仅是一个推定，法院可以通过两种路径来推翻这个推定：一是通过立法机关在具体立法中的指示；二是通过法官的法律解释。因此，美国公法的域外适用，既可通过国会立法来实现，当国会立法对域外效力问题保持沉默时，还可由法院通过法律解释来实现。^[24]在立法方面，美国国会制定了大量具有域外管辖效力的法律，数量和范围远超其他国家。在司法方面，美国近几十年的实践主要围绕“法无域外效力之推定”何时应被推翻而展开，近年来的判例提出两步分析法，使法律域外适用的标准更趋弹性和自由，通过司法途径来实现公法的域外管辖也更为容易。^[25]因此，美国的公法适用虽仍以属地原则为逻辑起点，但为了政策需要几乎可以随心所欲地突破它。

（二）域外司法管辖超越属地原则的方法和程度

在域外立法管辖领域，统一公法和私法的域外适用原理的努力依然存在，但在域外司法管辖领域则无此情况，因为各国都严格区分域外刑事诉讼管辖和域外民事诉讼管辖。^[26]域外刑

[21] 公共执行机制是指政府机构对违法主体和违法行为进行直接管制和处罚的机制，私人执行机制是指公法赋予私人以诉因，私人通过提起民事诉讼的方式寻求损害赔偿，最后通过私人诉讼实现公法管制目的的机制。See J. Maria Glover, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1137 (2012).

[22] 参见2018年美国《对外关系法重述（第四版）》第407节。

[23] *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U. S. 347 (1909).

[24] 关于美国法律域外效力的判例发展，参见 Jonathan Turley, “When in Rome”: *Multinational Misconduct and the Presumption against Extraterritoriality*, 84 Nw. U. L. Rev. 598, 603–607 (1989–1990).

[25] 两步分析法是指首先根据法条文义来判断是否具有域外效力，如果法条没有明确说明域外效力问题，则依据“规制焦点标准”来判断法条的效力范围。参见2018年美国《对外关系法重述（第四版）》第404节。

[26] 行政诉讼的被告一般是国家或政府，基于国家豁免原则，原告通常无法在一国法院提起对另一国国家或政府的行政诉讼，因而一般并不存在域外行政诉讼管辖问题。

事诉讼管辖严格遵循属地原则，无需过多的理论分析，但关于域外民事诉讼管辖，两大法系的相关理论和实践至今仍存在严重分歧。因此，关于域外司法管辖的理论研究，几乎都集中在域外民事诉讼管辖领域。

各国刑事诉讼管辖无一不以属地原则为出发点，只对出现在法院地国的犯罪嫌疑人和被告人享有管辖权，而对身在境外的犯罪嫌疑人和被告人则无管辖权。刑事审判关乎对人的基本自由甚至是生命的限制和剥夺，如管辖权延伸至境外，是难以被境外国家接受和容忍的。但是，在创设例外方面，不同国家又有不同。有的国家不允许例外存在，例如美国。^[27]有的国家则创设了极少的例外，例如依据我国刑事诉讼法之规定，对三类案件即贪污贿赂犯罪案件、严重危害国家安全犯罪案件和恐怖活动犯罪案件，如犯罪嫌疑人或被告人在境外，仍可行使刑事诉讼管辖权。^[28]这些国家虽然创设了域外刑事司法管辖权之例外，但以属地管辖为基本原则，则是无可争议的。

域外民事诉讼管辖的理论发展远远晚于域外立法管辖，两大法系从理论到规则，都形态各异。大陆法系的司法管辖权理论是以案件为视角展开的，即探讨案件和某个国家的联系，致力于为案件寻找到合适的管辖法院，甚至是寻找到唯一的最合适的管辖法院，其思维过程非常类似于为法律关系寻找合适的准据法。大陆法系的目标是要确立一个稳定的、确定的管辖权规则体系，它本质上是部门法性质的。英美法系则不同，司法管辖权理论是从人的因素即被告的视角展开的，即探讨法院对被告是否具有管辖权，保护被告免于在陌生而遥远的法院被滥诉的程序利益。尤其在美国，司法管辖权问题被上升为宪法层面的问题，联邦最高法院的使命是划定各州司法管辖权的边界，保护被告的正当程序的宪法权利，整个管辖权体系也赋予法官很大的自由裁量权进行政策考量。^[29]相对而言，两大法系关于商事领域的协议管辖规则最为接近。

欧盟《民商事管辖权及判决的承认与执行条例》（简称为《布鲁塞尔条例 I》）是大陆法系域外司法管辖权理论和立法的典型代表，其通过管辖连接点将案件系属于具体国家法院的过程，就是司法管辖权在各国的分配和确立的过程。被告住所地是最普遍的管辖连接点，适用于所有案件，其他适用范围有限的连接点，诸如合同履行地、侵权行为地等，只适用于特定领域的案件。^[30]只要上述法定的连接点之一位于一国境内，该国法院就享有司法管辖权，而不管案件有多少其他因素位于境外。从整个案件来看，当一国法院行使司法管辖权时，可能只有部分甚至极少部分的案件因素位于该国，因而该国所行使的管辖权就是一种域外管辖权。如果双方当事人共同选择与案件没有实际联系的一国法院作为管辖法院，那么这种协议管辖就更加成为一种域外管辖。以管辖连接点和意思自治为核心构建的涉外民事诉讼管辖体系，已经不以属地原则为依归了。

普通法的管辖权规则以被告为中心展开，对于是否应遵循属地原则的问题，它们是从人的视角而非整个案件的视角出发的。从英国普通法开始，管辖权规则就以被告在法院地的实际出

[27] 参见 2018 年美国《对外关系法重述（第四版）》第 427 节。但美国也可能通过引渡及胁迫方式迫使被告到美国受审。

[28] 参见我国 2018 年刑事诉讼法第 291 条。

[29] 关于两大法系涉外民事诉讼管辖权的制度差异，参见 Ralf Michaels, *Two Paradigms of Jurisdiction*, 27 Mich. J. Int'l L. 1003 (2006)。

[30] Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), Art. 4, Art. 7.

现并能向之送达为基础,这无疑反映了属地原则的要求。美国承继了英国的管辖权规则,早期甚至更加严格地执行“主权权力理论”,即只有对出现在美国境内因而可以实施主权控制的被告才有司法管辖权。^[31]20世纪之后,美国的国际贸易和国际事务激增,主权权力理论完全不能满足美国扩大域外司法管辖的现实需要。针对注册地和主营业地不在美国的跨国公司,法院只能通过种种拟制的方法,例如,指定为被告接收送达文书的代理人,或者将被告在美国境内从事商业活动视为在美国实际出现等,以扩大美国的司法管辖权。^[32]在1945年“国际鞋业公司案”这个标志性案件中,美国以法律现实主义精神抛弃了拟制方法,直接认定只要被告与美国存在最低限度的联系并且符合正当程序的宪法要求,美国法院就可以行使管辖权。^[33]美国从此告别了主权权力理论的时代,而跨入了最低限度联系理论的时代。

美国各州依据最低限度联系理论,纷纷制定突破传统属地原则的成文法,规定对住所不在本州境内的非本地居民可以行使司法管辖权,此即为美国的长臂管辖法规。^[34]美国长臂管辖法规之所以为“长臂”,乃因为它们和主权权力理论下的传统规则相比,大幅扩大了管辖权,但这不一定意味着美国行使了比其他国家更为广泛的司法管辖权。例如,大陆法系国家根据合同履行地、侵权行为地而对住所不在本国境内的被告行使的管辖权,在美国法意义上同样构成长臂管辖。^[35]美国的最低限度联系标准和长臂管辖立法,致使美国的司法管辖权规则与欧洲大陆相趋近,两者本质上都在探讨案件或被告与法院地的联系,只要案件或被告与法院地建立了某种联系,即使其他案件因素都位于境外,法院也可以行使管辖权。这表明,美国司法管辖权理论虽然没有根本摆脱属地原则的限制,但与大陆法系一样,已经不再视属地原则为最重要的原则并以之为规则建构的基础了。

(三) 小结

在以主权国家为基本构成单位的国际体系中,国家管辖权以属地原则为逻辑出发点,这无论在立法管辖领域还是在司法管辖领域都得到了印证。但是,各国立法管辖和司法管辖最后都不同程度地超越了属地原则,从而发展出域外立法管辖和域外司法管辖,只是各自内部有各自的复杂情形。域外立法管辖和域外司法管辖都以公法和私法的区分为基础,这是两者最大的共同之处。公法仍具属地性质,原则上没有域外管辖的效力,或至少也以公法无域外效力之推定为出发点;而私法几乎已经完全摆脱了属地原则的限制,甚至转而以具有域外效力为新的出发点。对于司法管辖而言,刑事诉讼管辖至今仍严格遵循属地原则,而两大法系的民事诉讼管辖尽管风格不同,但在对待属地原则问题上已基本趋近,即民事诉讼管辖更加重视诉讼便利、扩大救济及保护被告的正当程序权利等法律价值,属地原则虽在一定限度内仍具影响,但不再是主导原则。

对于私法的域外适用和民事诉讼管辖,当属地原则已经不再是指导原则时,域内和域外的区分其实已经不重要了。因此,在私法领域,既然无需区分域内域外,那么用更加中性的

[31] See Charles W. Rhodes, *Nineteenth Century Personal Jurisdiction Doctrine in a Twenty-First Century World*, 64 Fla. L. Rev. 387, 391 (2012).

[32] 同上文,第394页。

[33] *International Shoe Co. v. State of Wash., Office of Unemployment Compensation and Placement*, 326 U. S. 310 (1945). 在管辖权领域拒绝拟制,容纳现实政策的考量,这正是美国法律现实主义精神的体现。

[34] See Douglas D. McFarland, *Dictum Run Wild: How Long-Arm Statute Extended to the Limits of Due Process*, 84 B. U. L. Rev. 491 (2004).

[35] See e. g., Regulation (EU) No 1215/2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), Art. 7.

“涉外”一词来指代和包容“域外”，称为“涉外民事法律适用”和“涉外民事诉讼管辖权”，其实更为贴切。相比之下，虽然公法的域外适用已不鲜见，在美国更是大行其道，但公法适用仍以属地原则为基础，因而公法的域内管辖与域外管辖之区分就仍具有重要意义。从这个意义上说，将“域外管辖”这个概念只限于公法的域外适用这个狭小领域，或许是最为科学合理的。

三、方法论与体系构成的不同基础

以上从域外管辖的理论和实践的历史发展与现状，分析了域外立法管辖和域外司法管辖各自与属地原则的复杂关系。两者内部都有坚守属地原则的一面，也有偏离甚至全部超越属地原则的另一面，以致域内域外之划分有时非常重要，有时却又几乎失去意义。从属地原则的视角出发，无论是域外立法管辖还是域外司法管辖，都可视为一场对属地原则的逃逸，说明两者在问题切入处具有共性。然而，上述分析更多是基于域外立法管辖和域外司法管辖的现象展开的，还需进一步对各自的方法论进行总结、抽象和概括。方法论可以超越现象，是具体规则形成和发展的原理和动力所在。方法论同时也揭示了体系的构成方法，只有在各自方法论的指导下，域外立法管辖和域外司法管辖才能形成规则体系。如果两者的方法论本质相同，最后还是可以融入到一个体系中，但如果方法论存在本质区别，则只能各自形成规则体系。从结果上看，域外立法管辖和域外司法管辖的方法论具有本质区别。

（一）域外立法管辖的方法论与体系构成

域外立法管辖或法律适用的理论在历史上不断涌现，致使学说林立、纷繁多变，^[36]幸而学术界在过去半个世纪穿透理论迷雾，成功进行了抽象概括和理论提升，几乎将所有法律适用理论纳入到两种基本方法之中，即法律适用的单边主义方法和多边主义方法，并获普遍认可。^[37]当然，单边主义方法和多边主义方法更多是针对私法的域外适用问题展开的，但是，它们从法律适用的抽象性质出发，完全可用于对所有法律域外适用问题的分析。

现用一个简单事例来说明单边主义方法和多边主义方法的基本模型。甲国法官正在审理一个案件（不论是私法案件还是公法案件），案中的人、行为或财产等因素分布在甲乙两国。如果甲国法官只从甲国法律的性质出发，探讨甲国法律在何种条件下应适用于在审案件，这种方法就被称为单边主义的法律适用方法。相反，如果甲国法官不从甲国法律的性质出发，而是从案件的性质出发，或从案件所属的法律关系的性质出发，探讨该案件或该法律关系应该适用甲国法、乙国法还是其他国家的法律，那么这种方法就是多边主义的法律适用方法。^[38]单边主义方法只从单个国家的法律出发，因此被称为单边的，而多边主义方法将多个国家的法律一并纳入到法律适用的视野中，甚至将多个国家的法律置于可相互交换适用的平等地位，因而被称为多边的。但是，许多具体的理论和法律适用可能会停留在两种模型的中间地带或转换阶段。

[36] 关于法律适用理论的发展和演变，参见 Hessel E. Yntema, *The Historical Bases of Private International Law*, 1 Am. J. Comp. L. 297 (1953)。

[37] 关于法律适用的单边主义方法和多边主义方法的总结，参见 [美] 西蒙尼德斯：《20 世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译，黄进校，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 24 卷，金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版，第 368 页以下；宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社 2004 年版，第 13 页以下。

[38] 当事人意思自治的法律选择方法可以归入多边主义方法，因为意思自治方法并不是从具体法律的性质或分类出发，而是从法律关系出发。

从历史发展来看,单边主义方法早于多边主义方法。法则区别说从法则的性质和分类出发来决定其域内域外效力,便是单边主义方法的起源。在法则区别说中有人法和物法的区分,人法具有域外效力,而物法只具有域内效力。法官首先会承认本国法人的域外效力,有时也会承认外国人法在本国境内的域外效力,例如在著名的“长子继承案”中,如果英国的长子继承规则被认为属于人法规则,意大利法官就会适用英国法。^[39]如果单边主义方法不仅考虑本国法律的性质或分类,同时也考虑外国法律的性质或分类,这就构成了一种法律选择方法。法律选择方法即使从单边主义方法出发,最后也不可避免地具有多边主义色彩。20世纪美国冲突法革命的标志性理论成果即政府利益分析说,虽然被贴上“新单边主义方法”的标签,但它不仅考察内国法表达的政策及该政策实施过程中的利益,同时也考察竞相适用的外国法所表达的政策及该政策实施过程中的利益,最后在两相比较中进行法律选择,因而虽是单边主义方法,但也同样是具有多边主义成分的法律选择方法。^[40]

单边主义方法一般只考虑内国法的域外适用,但如果它同时考虑外国法的域外效力而成为法律选择方法时,便是向多边主义方法跨出了一步。私法的域外适用早期采用单边主义的法律选择方法,而后被萨维尼理论所开创的完全意义上的多边主义法律选择方法所取代。依据多边主义法律适用方法,案件所涉及的各国法律在形式上都处于平等的待选状态,而各国法律的内在性质和政策利益根本无需加以考虑。虽然20世纪的国际私法在多边主义体系中更多容纳了实体政策的考量,制定了越来越多的实体取向的多边冲突规则,以促进法律行为的有效和维护弱者利益等,但并未改变多边主义法律选择方法的本质。^[41]自从有了多边主义的国际私法体系,各国私法便无需规定自身的效力范围,因为各国私法都可将规定自身效力范围的权力统一“让渡”给国际私法,由国际私法通过多边主义的法律选择方法统一决定其效力范围。

当一国运用多边主义方法,对照实体私法体系建成国际私法体系之后,国际私法体系就相对独立于私法体系,原本应由各个实体私法自己制定的域外适用规则,都统一合并到国际私法之中。如果实体私法在没有特殊情况下重新规定其域内外的效力范围,就可能引发国际私法多边体系与实体私法体系之间的不和谐。典型例子如我国民法典第12条之规定:“中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律。法律另有规定的,依照其规定。”^[42]我国已有涉外民事关系法律适用法,这条规定其实已经不必要了。我国民法和外国民法在涉外案件中处于平等的待选状态,我国法官可依据我国的冲突规则选择适用我国或外国民法,外国法官也可依据该国的冲突规则选择适用外国或我国民法,这既可增进当事人私法自治的空间,也可促进各国私法的交换适用和价值融通。第12条基于单边主义法律适用方法的表达,可能会削弱我国国际私法的多边主义基础。

当私法的域外适用已经利用多边主义方法建构了完整的体系时,^[43]公法的域外适用则从

[39] 巴托鲁斯本人对英国“长子继承案”的讨论,参见前引〔16〕,《巴托鲁斯论冲突法》,第174页。

[40] 柯里最集中阐述其政府利益分析说的论文,参见 Brainerd Currie, *The Verdict of Quiescent Years*, in Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, pp. 584 - 628。

[41] 参见前引〔37〕,宋晓书,第139页以下。

[42] 我国民法典第12条直接“抄袭”了原民法总则第12条。关于该条文的早期演变及详尽批判,参见许庆坤:《我国民法地域效力立法之检讨——以〈中华人民共和国民法通则〉第8条第1款为中心》,《法商研究》2015年第5期。

[43] 在多边主义的法律适用体系中,局部也可能保留单边主义的法律适用方法,典型如“直接适用的法”。我国涉外民事关系法律适用法第4条对“直接适用的法”作了规定。

法则区别时代以来一直严格遵循单边主义方法。据此，一国法官只需考虑本国公法是否应适用于境外的人、行为或财产，而无需同等地考虑外国公法是否应适用于本国境内的人、行为或财产。在私法适用的多边主义框架中，内、外国私法地位平等并可供选择适用。相比之下，在公法适用的单边主义框架中，内、外国公法处于不平等地位，外国公法几乎没有法律适用的地位，因而并不存在内、外国公法的选择适用问题。许多公法领域的域外适用规则采用了多边主义方法经常采用的连接点，例如刑法域外适用规则采用了行为地、积极国籍、消极国籍等，反垄断法域外适用规则采用了效果发生地等。^[44]它们在形式上借鉴了多边主义冲突规则，多少具有了一些多边主义方法的色彩，但这些连接点归根结底只是指引内国公法的适用，而不可能指引外国公法的适用，因而它们仍是单边主义法律适用方法而非多边主义法律选择方法。

公法的域外适用以单边主义法律适用的方法论为基础，意味着公法的域外适用只能依据具体公法的特殊性质来展开。公法域外适用的具体规则只能内在于具体公法之中，而不能离开具体公法而存在，不像私法那样，域外适用规则可从具体私法中抽离出来而合并到一部国际私法中。多边主义方法可以为私法的域外适用建立完整的规则体系，但单边主义方法只是公法域外适用的方法论指导，而无法脱离具体公法去建立一套公法域外适用的规则体系。从严格意义上说，并不存在抽象的公法的域外适用问题，只存在具体的公法的域外适用问题，例如刑法的域外适用、反垄断法的域外适用、出口管制法的域外适用等。甚至在某些公法中，只有个别条文才可能域外适用，而其他条文均无域外效力，此时更严格说来，这只是某个公法条文的域外适用，而非某部公法的域外适用。^[45]

公法域外适用的单边主义方法，既可以通过明示立法的方法来展开，也可以通过司法的方法来完成。如果立法者对具体公法的域外适用有了明确意图和政策，则会采用明示立法的方式。各国成文刑法通常会完整地规定域外适用规则，包括属地管辖规则、积极国籍规则、消极国籍规则、保护管辖规则、普遍管辖规则等，可以说是所有公法中最有体系性的规定。在其他管制性公法中，有出于权利保护目的而制定域外适用条款的，例如欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)第3条之规定以及我国2021年4月29日公开征求意见的《个人信息保护法(草案二次审议稿)》第3条之规定，^[46]也有为了政治或政策需要而制定可域外适用的法律的，例如美国制定的伊朗和利比亚制裁法(ILSA)。^[47]当立法者在具体公法中没有明确规定域外管辖效力时，并不一定表明该法就没有域外效力，相反，司法机关可以通过法律解释的方法来确定其域外效力，这在美国实践中最为普遍。例如，美国谢尔曼法并没有明确规定域外管辖效力，但美国却通过司法方法发展出了域外适用的效果原则。^[48]但无论是通过立法方法还是司法方法，各国公法的域外适用至今仍是零散的、具体的、不成体系的，许多还在国际法上充满争议。

[44] 例如，我国刑法第6条对行为地属地管辖的规定、第7条对积极属人管辖的规定、第8条对消极属人管辖的规定，以及我国反垄断法第2条对效果原则的规定。

[45] 在美国，对联邦法律域外效力的考察就是逐条进行的。参见2018年美国《对外关系法重述(第四版)》第404节。

[46] See Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Art. 3. 欧盟条例第3条域外适用的标准包括属人的机构设立标准，以及属地的商品服务目的地和监控目的地标准。相比之下，我国草案第3条的域外适用标准只包含了欧盟的属地标准，即商品服务目的地标准和分析评估目的地标准，因而我国立法草案关于个人信息保护的域外适用的范围要比欧盟狭窄许多。

[47] Iran and Libya Sanction Act, Pub. L. No. 104 - 172, 110 Stat. 1541 (codified as amended at 50 U. S. C. A. L § 1701 note (West 2010)).

[48] 参见前引[24]，Turley文，第609页以下。

（二）域外司法管辖的方法论与体系构成

多边主义方法、单边主义方法这些方法论意义上的概念在立法管辖领域已经盛行开来，但对司法管辖领域却毫无影响。司法管辖领域形成了自己的方法论和概念体系，从表面上看完全不同于立法管辖领域，但二者之间是否存在深层关联，尚需进一步分析。如上所述，一国对位于外国的被告或犯罪嫌疑人一般并无司法管辖权，因而关于域外司法管辖的方法论和体系构成的讨论只集中于民事诉讼领域。

两大法系的域外司法管辖制度风格各异，一个是部门法化的，追求确定规则，致力于为涉外案件寻找合适的法院，而另一个（尤其是美国）却是宪法化的，诉诸自由裁量，致力于保护被告的正当程序权利。但21世纪以来，欧洲大陆的司法管辖制度对美国的影响，远超美国对欧洲大陆的影响，双方在基本的方法论层面已经出现了趋同的迹象。^[49] 双方的司法管辖权体系都可区分为意定管辖和法定管辖，意定管辖的范围大致都涵盖了合同和财产纠纷案件，即排除了身份关系案件之外的案件类型，而且诸如实际联系等条件限制也在渐趋减弱。^[50] 立法管辖领域的意思自治的范围和条件，尽管与司法管辖中的意定管辖不尽相同，但两者的契合度在两大法系都越来越高，这反映了国际社会希望最大限度地增进当事人的私法自治和商业自由，利用当事人的意思自治来统一立法管辖和司法管辖，即当事人在选择某个国家的法律为准据法时，同时选择该国法院为管辖法院。在法定管辖领域，两大法系在方法论上都采用了一对基础概念，即一般管辖和特别管辖。

欧盟《布鲁塞尔条例 I》集中反映了大陆法系司法管辖的基本方法和体系构成。法定管辖的基本结构由一般管辖和特别管辖构成。一般管辖就是被告住所地法院依据被告住所地行使的管辖权，具体争议的性质和类型在所不问。^[51] 自然人住所的确定依据各成员国的国内法，通常指自然人连续居住并作为生活中心的地方，而法人住所则有统一规定，是指法人的注册登记地、主营业地或管理中心所在地，反映了大陆法系国家的共识。^[52] 法人的分支机构所在地和代理机构所在地不足以成为一般管辖的连接点，但如果争议系由分支机构或代理机构的业务所引发的，则构成管辖连接点，而争议的性质和类型同样可以在所不问。^[53] 因此，法人的分支机构和代理机构所在地的管辖权可以称为附条件的一般管辖。

相比之下，在《布鲁塞尔条例 I》中，特别管辖是依据争议的类型和性质成立的管辖权。各种特别管辖主要是根据实践需要发展出来的，并非依据实体法律关系的类型逐一建成，但也包含了主要实体法律关系，其中最重要的三类是不动产物权、合同和侵权，分别由不动产所在地、合同履行地和侵权行为地的法院管辖。^[54] 不动产物权对各国经济生活意义重大，因而不动产物权的特别管辖几乎被所有国家升格为专属管辖。几类特殊合同的特别管辖，典型如保险合同、消费者合同、雇佣合同，因存在弱者保护的政策需要，所以它们的特别管辖权规则都不同程度地偏向于保护被保险人、消费者和受雇用人的利益，于是又从特别管辖中演化出具有政

[49] 欧陆管辖权制度对美国的影响主要表现在两个方面：第一，美国限缩了一般管辖的范围；第二，美国扩大了特别管辖的范围。See Mary Twitchell, *The Myth of General Jurisdiction*, 101 Harv. L. Rev. 610 (1988).

[50] See Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, p. 168.

[51] 参见2012年《布鲁塞尔条例 I》第4条。

[52] 参见2012年《布鲁塞尔条例 I》第63条。

[53] 参见2012年《布鲁塞尔条例 I》第7条第5款。

[54] 参见2012年《布鲁塞尔条例 I》第24条第1款对不动产物权的专属管辖，第7条第1款对合同的特别管辖，第7条第2款对侵权的特别管辖。

策导向的保护性管辖类型。^[55] 大陆法系国家的法定管辖体系普遍沿着一般管辖和特别管辖这两条平行的主轴展开，特别管辖的类型划分和具体规则虽有趋同，但趋同程度远不及各国多边主义的法律适用规则。

美国长臂管辖法有两种立法方式：其一为大部分州所采取的列举方式，规定了商业交易、侵权、不动产争议、保险合同等的管辖权；其二为少部分州所采取的抽象规定方式，规定法院可以基于联邦宪法和州宪法限制范围内的管辖依据行使管辖权。^[56] 其中，列举方式所规定的各类长臂管辖大多等同于大陆法系的特别管辖。在“国际鞋业公司案”之前，主权权力理论并不允许依据争议的性质和类型去发展管辖权，因而实际上只存在一般管辖而没有特别管辖，但美国各州的长臂管辖则全面开启了特别管辖的立法和实践。基于时代发展需要，美国学者在1960年代完成了一般管辖与特别管辖的理论构造，之后被美国学界及美国联邦最高法院所普遍接受。^[57]

美国的一般管辖与特别管辖的概念区分与欧洲基本一致。在美国，一般管辖是基于被告和法院地国的普遍联系而非基于案件争议性质所成立的管辖权；特别管辖则是基于法院地国和案件的特别联系所成立的管辖权。然而，美欧之间还是存在显著区别：第一，由于传统影响，美国一般管辖的连接点的范围大于欧陆，欧陆一般只限定于被告之住所，以及附条件的被告公司的分支机构或代理机构所在地，而美国除了被告住所外，还包括“持续并有系统的商业活动”，甚至还继续承认传统规则中的“短暂出现”。^[58] 第二，大陆法系的一般管辖和特别管辖均借助于确定的连接点，通常不受宪法标准的审查，而美国的一般管辖和特别管辖在分析过程中虽然也借助于类似欧陆法中的连接点，但法官仍有自由裁量权去考虑其他因素，而且最后都需接受正当程序的宪法标准的审查。^[59]

1945年“国际鞋业公司案”之后，美国总体在持续扩张其域外司法管辖权，但近年来却表现出了相反的趋势。无论是一般管辖还是特别管辖，美国联邦最高法院在2010年之后的数个案件中，都采取了限缩的态度。^[60] 在2011年的“固特异轮胎公司案”中，美国联邦最高法院认为，被告在法院地州的持续并有系统的商业活动，只有到了一定程度，足以使法院地州成为被告的“家”之所在，才能成立一般管辖。^[61] 据此，基于持续并有系统的商业活动的一般管辖的范围大为缩小，一般情况下只能集中于被告公司的注册登记地、管理中心所在地或主营业地，这实际上已经非常接近于欧陆对公司法人的一般管辖标准了。同样，在2011年的“麦金泰尔案”中，美国联邦最高法院认为，当被告面向整个美国市场而非单单开拓某州市场时，即主观上并未充分介入某州市场并享受其法律保护时，某州对在其市场的产品责任没有特别管辖权，这比欧洲对类似案件的特别管辖标准还要严格。^[62] 当然，美国域外司法管辖的扩

[55] 参见2012年《布鲁塞尔条例I》第三节、第四节和第五节对三类保护性管辖的规定。

[56] 参见前引[34]，McFarland文，第493页以下。

[57] 美国学界完成一般管辖与特别管辖的理论构造的经典论文，参见Arthur T. von Mehren & Donald T. Trautman, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, 79 Harv. L. Rev. 1121 (1966)。关于一般管辖与特别管辖的概念被美国联邦最高法院接受的过程，参见前引[49]，Twitchell文，第629页以下。

[58] 参见前引[49]，Twitchell文，第665页以下。

[59] 参见前引[29]，Michaels文，第1027页。

[60] 有美国学者认为，这反映了特朗普时代有利于商业被告的发展态势。See Scott Dodson, *Jurisdiction in the Trump Era: Treats and Opportunities*, 87 Fordham L. Rev. 73 (2018)。

[61] *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A., et al. v. Brown*, 564 U. S. 915 (2011)。

[62] *J. McIntyre, Ltd. v. Nicastro*, 564 U. S. 873 (2011)。2011年之后美国联邦最高法院的两个案例，*Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014)和*BNSF Railway Co. v. Tyrrell*, 137 S. Ct. 1549 (2017)，同样保持了美国域外司法管辖权限缩的态势。

张或限缩是波动起伏的,当前的限缩并不表示未来不会根据情势需要而再度扩张,并且,美国近年域外司法管辖的限缩更加反衬了其域外立法管辖的过度扩张。

因一般管辖并不涉及争议的性质和类型,所以司法管辖体系构建的关键在于特别管辖,其中包含两个核心问题:第一,该为哪些争议和案件类型设置特别管辖规则;第二,该采用何种管辖连接点。它们同时也是建构多边主义的法律选择规则体系的核心问题,即如何进行“范围”分类,以及如何确定“系属”。因此,多边主义的立法管辖权体系和司法的特别管辖体系本质上有相通之处,在体系构造和规则设计时应彼此关照和相互呼应,甚至可直接促进两者在案件分类和连接点方面的趋同。除此之外,在政策导向方面,那些保护弱者利益的法律选择规则,如消费者合同和雇佣合同的法律选择规则,也基本上对应了消费者案件和雇佣合同案件的保护性管辖规则,因而实体导向的法律选择规则常常需要保护性特别管辖规则来配合。许多学者正在努力不懈地促进两个体系的沟通和协调,^[63]但是,两者目标毕竟有别,立法管辖追求与案件或法律关系有最密切联系的法律适用,注重准据法的唯一性,而司法管辖则是追求与案件或法律关系有合理联系的管辖法院,并不在乎管辖法院是否唯一,这就决定了特别管辖体系和法律选择体系是不可能过于趋同的。

(三) 小结

立法管辖权及其体系构造的基本方法是单边主义方法和多边主义方法,而司法管辖权体系构造的基本方法是一般管辖方法和特别管辖方法。当今私法的域外适用主要采用多边主义方法,而公法的域外适用仍坚持单边主义方法,既有立法的单边主义方法,也有司法的单边主义方法,而具体标准则随着公法领域的不同而变化,囊括了积极国籍、消极国籍、效果原则、保护管辖、普遍管辖等。因而公法的域外适用并无体系可言,是一幅零散的、多变的、即使在同一个领域也是波动不定的斑斓图景。从方法论的角度,在域外管辖问题上再一次凸显了公法和私法的区分意义。

域外立法管辖和域外司法管辖的方法论采用了完全不同的概念术语,这正反映了两者之间的实质差异。但是在这些不同的概念术语背后,两个体系在方法论上仍有沟通的必要。尤其是在私法领域,立法管辖和司法管辖共同承认意思自治的价值,当事人可以通过意思自治实现立法管辖和司法管辖的统一。多边主义方法和特别管辖无论在争议类型或法律关系的体系构建上,还是在具体连接点的选择上,都应尽力协调和呼应。在公法域外适用和民事司法管辖之间,也可能实现某种互动。当一国通过私人执行机制来进行公法的域外管辖时,民事诉讼管辖权的限缩可以在一定程度上防止公法域外管辖的过度扩张。但是,一国也可以通过放宽民事诉讼的管辖权来扩张公法的域外管辖。例如,同样是美国,为扩张证据开示规则的域外管辖,强化境外案外人的证据披露义务,近年来对境外案外人采用了宽松的长臂管辖标准,我国数家商业银行因此成了“受害者”。^[64]

四、国际法限制之强弱区分

上文关于域外管辖的理论演进和各国普遍实践的分析都已初步表明,域外立法管辖和域外

[63] 例如,瑞士著名国际私法学者 Vischer 在此方面作了大量探索。See Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 *Recueil des cours* 9 (1992).

[64] 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》,《国际法研究》2020年第1期。

司法管辖在国际法上均具有正当性。当今各国之间的政治、经济和文化等交流日益密切，各类国际事务和跨国纠纷层出不穷，但国际法无法为国际社会提供全面而详尽的具体规则。如果所有主权国家对境外的人、行为或财产均无立法管辖权或司法管辖权，那么大量跨国事务和纠纷将落于法律真空。因此，无论是为了单个国家的利益还是为了国际社会的整体利益，域外管辖均有存在的现实意义。然而，各国行使的域外管辖的“度”不尽相同，甚至有天壤之别，一国指责另一国滥用域外管辖权而违反国际法的事例时有发生。国际法即使无法为国际社会提供详尽的域外管辖的具体规则，也应该为各国实践划定边界，从外部进行限制，以最大限度缓和国家之间的管辖冲突。

关于主权国家的域外管辖权，1927年国际常设法院在“荷花号案”中判定：“国际法并无一般性规定禁止一国法律适用于域外的人、财产和行为，或禁止一国法院管辖域外的人、行为和财产。只有在某些特定情况下才有禁止规则，除此之外，国际法赋予国家很大的自由裁量空间，国家可以按其认为的最佳方式来发展域外管辖原则。”^[65]“荷花号案”判决代表了国际法对国家域外管辖权的早期态度，宣告了国家域外管辖权几乎不受国际法的限制。许多批评意见认为这一立场过于放纵国家的域外管辖权，而1927年以来的国际法发展确实也有所矫正。^[66]如今，域外立法管辖和域外司法管辖的国际法限制呈现出强弱区分，私法的域外立法管辖和公法的域外立法管辖在此问题上再次出现了分野。

（一）域外司法管辖的国际法限制

各国刑事诉讼管辖一般被严格限制在境内，几乎不存在国际法的限制问题，但民事司法管辖则相反，大量的域外司法管辖不免引发国际法上的合法性问题。各国涉外民事诉讼管辖权规则首先构成了一种自我限制，或多或少都放弃了对部分涉外案件的管辖权，甚至规定了拒绝管辖规则，例如不方便法院原则或未决诉讼规则，放弃本国管辖权规则已经赋予的管辖权，构成更严格的自我限制。还有部分国家通过更高的宪法层面从外部施加了限制。上述不同层级的自我限制都源于国内法，它们是否反映了国际法对司法管辖权的具体限制？反过来说，一国如果取消国内法上的种种限制，是否违反国际法？

除了欧盟的布鲁塞尔体系，迄今并无调整涉外民事诉讼管辖的多边条约。20世纪90年代，海牙国际私法会议启动了司法管辖的全球性多边条约的谈判，可惜以失败告终。^[67]2019年海牙国际私法会议成功制定了《外国国民商事判决承认与执行公约》，其中详细规定了间接管辖权规则，即一国法院在承认与执行外国法院判决时，用以审查判决来源国法院的管辖权是否正当合法的规则。^[68]受此激励和影响，近期海牙国际私法会议重启了直接管辖权条约的项目，但前景如何尚未可知。因此，尽管两大法系的司法管辖在基本方法论上有趋近迹象，但条约多年谈判未果，足以说明分歧一时难以弥合，作为国际习惯法的通例之证明还远未形成。方法论的趋近及部分规则的趋同虽构成某种普遍实践，但各国均未视其为国际法的义务渊源，因而也缺乏国际习惯法上主观要件之满足。当前世界上绝大多数学者都认为，各国民事诉讼管辖权并不受任何国际习惯法的限制，而国内法上的种种自我限制，并不反映国际法的义务和要

[65] SS Lotus, (1927) PCIJ Ser. A No. 10, 19.

[66] 参见前引〔14〕，Crawford书，第458页。

[67] 参见海牙国际私法学会官网关于管辖权项目的发展及近期重启的介绍：<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project/>，2020年8月29日最后访问。

[68] 参见2019年海牙《外国国民商事判决承认与执行公约》第5条。

求。^[69]

欧盟《布鲁塞尔条例 I》的前身即 1968 年《民商事管辖权及判决的承认与执行公约》（《布鲁塞尔公约》）曾明文禁止几类管辖，包括根据原告国籍、被告的短暂出现以及与诉争无直接关联的被告财产所行使的管辖权，学界称这几类管辖为“过度管辖”。^[70]但在欧盟法之外，过度管辖更多是作为一个学理批判的概念，远不足以成为国际习惯法。事实上，欧盟国家和其他国家的国内法中依然存在过度管辖规则。从学理上批判过度管辖，意义在于提醒各国应限制过度管辖规则，或应拒绝承认和执行外国法院在过度管辖基础上作出的判决。但是，即使将来的多边条约在间接管辖权规则上“放逐”过度管辖，结果无非是导致不承认和执行过度管辖国家的法院判决，却不能据此认为外国法院的过度管辖违背了国际习惯法。当一国公法赋予私人提起民事诉讼的诉因，即当公法采用私人执行机制时，适用过度管辖规则无疑会不当助长公法的域外立法管辖，但归根结底需要批评的仍然是公法的域外立法管辖，而不是作为其工具的司法管辖。

（二）私法域外立法管辖的国际法限制

各国私法的域外适用是通过法律选择方法实现的，其中双边主义法律选择方法最为普遍。双边主义方法是法律科学思想的产物，与大陆法系的民法一同被视为法律科学的具体表达；又因其平等对待各国法律的立场，所以具有国际普遍主义的精神实质。各国的法律选择规则不断趋近，正是法律科学与普遍主义共同蕴含的内在理性所促成的，而非来自国际习惯法的约束。不动产权适用不动产所在地法，几乎成为所有国家共同承认的规则，却没有国家视其为国际习惯法规则。除了特定条约支配的领域，一国在制定法律选择规则时，完全可以根据本国的正义观和国家利益需要自由作出抉择，并无任何来自国际法的限制。一国在承认与执行外国法院判决时，通常会保留对外国司法管辖权的审查，却不会审查外国法院的法律适用，这就表明在外国法律的域外管辖和外国法院的域外管辖之间，一国更能容忍外国法律的域外管辖，所以更不可能指责外国私法的域外适用违反国际法。^[71]

因此，私法领域的域外立法管辖和域外司法管辖均不存在国际习惯法的限制。当一个私法案件涉及甲、乙两国，即使甲国行使立法管辖权和司法管辖权超出了合理限度，一般也不会直接损害乙国的利益，因为乙国最终可以不承认与执行甲国判决，甲国既不能对乙国人采取任何人身强制措施，也不能直接执行位于乙国的财产，所以乙国根本没有必要借助国际习惯法来反对甲国的域外管辖。这正是私法领域的域外管辖不存在国际法限制之原因所在。

（三）公法域外立法管辖的国际法限制

公法本质上涉及一个国家的管制权力，更多关乎国家意志和社会公共利益，一国难以容忍他国公法在本国境内发挥效力。当一国公法管制另一国境内的人、行为或财产时，便构成对另一国公法管制权力的限制甚至剥夺，因而属地原则是探讨公法效力范围的逻辑起点。但是，许多不法行为跨越国境，诸如垄断、证券欺诈甚至是侵犯人权的严重犯罪行为，如果不能实行有

[69] 但中外均有少数学者认为，涉外民事诉讼管辖权存在国际法的限制，即国际法要求法院地与案件或被告存在实际联系。例如 See Austen Parrish, *Personal Jurisdiction: The Transnational Difference*, 59 Va. J. Int'l L. 97, 128 (2019); 杜涛:《论国际民事诉讼中的过度管辖权》,《武大国际法评论》2017年第1期,第19页以下。

[70] 参见 1968 年《民商事管辖权及判决的承认与执行公约》（《布鲁塞尔公约》）第 3 条。

[71] 但在我国民事诉讼法第四编中，对于外国法院判决的承认与执行，既未规定法律适用的审查，也未规定间接管辖权规则。

效管制，势必危害相关国家乃至国际社会的整体利益；但如果放任各国进行立法管辖，也必定会引发立法管辖权的严重冲突乃至损害国际法上主权独立和平等的基本原则。理想状态是各国在同意基础上形成多边管制机制，然而多边机制常常需要旷日持久的谈判和艰辛复杂的条约缔结，供给似乎总是跟不上国际社会的需求，实力强大的国家更易对多边机制失去耐心。于是在缺乏多边机制的很多领域，一国公法的单边域外管辖就乘势而生了。

因此，当跨国事务日益增多而多边机制不敷所需时，国际社会难免面临两难困境：一方面是维护国家主权独立和平等的国际秩序，另一方面是管制跨境不法行为的现实需要。两相平衡的结果是，国际法既允许一国公法实施域外管辖，同时又加以外部限制。那种一概否定公法域外管辖效力的极端属地主义思想已经不符合客观需要了，那种认为公法域外管辖不受国际法限制的观点也同样不合时宜。^[72] 国际法院在2000年的“逮捕令案”中似乎改变了“荷花号案”规则，认为一个国家行使域外管辖权必须具有国际法上可接受之基础。^[73] 美国公法的域外管辖最盛，但美国《对外关系法重述》也承认来自国际习惯法的限制，承认只有当管制国与管制对象之间存在真正联系时，管制国才可行使立法管辖权。^[74] 各国行使司法管辖权一般也要求本国与案件或被告存在合理联系，但这是基于法律理性的要求，而公法域外管辖的真正联系要求则是来自于国际习惯法，对各国均应具有法律拘束力，尽管此国际习惯法要求存在模糊之处。

公法是各类禁止性或管制性法律规范的总称，种类和名目繁多，有维护市场竞争秩序的，有保护环境和食品安全的，有打击犯罪和保护人权的，因立法目的和管制方法的不同而形态各异，不像私法那样有相对统一的体系。这就决定了各国公法从单边主义方法出发的域外适用，最终是零散的、不成体系的。不同种类的公法，甚至在同一部法律中的不同规则，其域外适用的具体条件、标准和路径也常常截然不同。因此，国际习惯法对公法域外管辖的限制，并非是为公法的域外管辖发展出统一的原则和规则，而仅是对各类公法的域外管辖的条件、标准和路径施加最低限度的外部限制而已，即要求管制国和管制对象之间存在真正联系。但是，真正联系只是一个抽象弹性的限制标准，其实际运用和判断还应结合具体公法的域外适用来展开，这又需要我们回到公法域外适用的具体情形上来。

首先，如果公法适用于境内的行为，即使行为人位于境外，或适用于境内的人，即使行为发生在境外，这些都被视为基于属地原则的立法管辖。其次，国际法承认一国对其境外国民的行为和利益可以行使积极属人管辖，例如对境外国民的税收管辖权和刑事管辖权。属地管辖和积极属人管辖是两种最基础的域外立法管辖方式，是满足真正联系标准的典范，在国际法上争议最少。那些不是基于属地管辖或积极属人管辖的域外管辖，在国际法上的合法性应接受严格审查，如遇多数国家反对，则更难成立。当然，具有国际合法性与否并非一成不变。例如，美国在反垄断法和证券法的域外适用领域最早发展出了效果原则，它介于属地管辖和保护性管辖之间，所管制的垄断行为或证券欺诈行为的组成部分均发生在境外，行为人不一定是管制国的人，只是境外行为对管制国的市场产生了实质有害的影响，但尚不足以构成保护性管辖的严

[72] 但从长远来说，国际组织和条约等多边主义的法律适用机制胜过一国法律的单边域外管辖，国际社会在任何时候都应应为多边主义而努力。See Austen L. Parrish, *Reclaiming International Law from Extraterritoriality*, 93 Minn. L. Rev. 815 (2009).

[73] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Report 2002. 对该案的分析，参见前引 [14]，Crawford 书，第 458 页。

[74] 参见 2018 年美国《对外关系法重述（第四版）》第 407 节。

格标准。^[75]效果原则最初受到其他国家的强烈反对,但数十年后,欧盟、日本、韩国和中国等国家或地区都纷纷制定了自己的效果管辖规则,效果原则在国际法上的合法性始获承认。^[76]

属地管辖和积极属人管辖相对具有普遍意义,其他各种特殊的域外立法管辖,包括效果管辖、保护性管辖、消极属人管辖和普遍管辖等,都是针对特定领域发展出来的特殊规则,一旦离开特定领域,就会面临关于国际合法性的质疑,因而不能泛化为具有普遍性的域外管辖原则而进入其他领域。各种特殊的域外立法管辖各自针对的领域范围和具体适用条件,虽在各国理论和实践中不乏争议,但各自突显的核心价值却是相对清晰的。具体而言,效果管辖主要针对危害市场秩序的垄断行为和证券欺诈行为;消极属人管辖一般针对危害本国居民同时又符合双重可诉的重罪行为;保护性管辖一般针对严重危害国家安全或国家根本利益的极少数犯罪行为;普遍管辖则一般针对严重侵犯人权并被各国普遍承认可由无客观联系的国家行使立法管辖的犯罪行为。由此可见,特殊域外立法管辖主要集中于国际市场规制和国际刑法领域,国际法承认其合法性和正当性,正是为了促进国际市场的自由竞争以及保护国际社会中个人的生命安全和基本人权。

以上概括性描述远不能反映公法域外管辖的复杂全貌,但有一点是明确的,即从国际法的视角出发,各国是在国际社会普遍承认的领域之外发展域外立法管辖规则的,应接受国际法的严格审查和质疑。法无域外效力之推定虽非严格意义上的国际法原则,但对于防止各国公法盲目不当扩大域外立法管辖权,仍有积极意义。对于层出不穷的各类公法的域外管辖,判断其是否满足国际法的真正联系标准的一个最有效的审查方法,便是考察其是否满足属地管辖或积极属人管辖标准。如果同时满足了属地管辖和积极属人管辖这两个标准,那么国际法上的正当性和合法性质疑一般就可以消除了。^[77]我们可以据此判断经济制裁法律的域外管辖的国际合法性问题。

美国对外经济制裁最多,在国际社会争议最大,近年来更是将目标转向中国。经济制裁的常见方式是限制进出口贸易,分为一级制裁和二级制裁。一级制裁是制裁实施国禁止本国人与目标国的个人或实体进行贸易,而二级制裁则是当中立第三国的个人或实体与目标国进行贸易时,制裁实施国禁止本国人与中立第三国的个人或实体进行贸易。^[78]一级制裁的对象尽管是外国的人或实体,但执行措施毕竟是直接作用于本国人和位于本国境内的出口货物,因而满足属地管辖和属人管辖的基本标准,难说直接违反了国际法。对于二级制裁,有学者认为其执行措施同于一级制裁,也直接作用于本国人和位于本国境内的出口货物,因而同样不违反国际法。^[79]但是,二级制裁对本国人和本国出口货物的限制只是一个手段而已,其真正目的显然是为了阻止第三国和目标国的贸易行为。如果第三国与目标国的贸易行为与制裁国既无属地联系,也无属人联系,既不满足属地管辖标准,也不满足积极属人管辖标准,那么它在国际法上的合法性就很难成立。如果二级制裁直接对第三国的实体或个人科以罚款或其他刑责,则更是直接违反了国际法。^[80]

[75] 参见前引〔14〕, Crawford书,第463页。

[76] 关于国际社会接受效果原则的情况,参见2018年美国《对外关系法重述(第四版)》第409节。

[77] 参见前引〔14〕, Crawford书,第486页。

[78] See Jeffrey A. Meyer, *Second Thoughts on Secondary Sanctions*, 30 U. Pa. J. Int'l. 905, 926 (2009).

[79] 同上文,第959页以下。

[80] 诸如美国1982年制裁欧洲管道项目的制裁法、1996年赫尔姆斯-伯顿法,均包含了典型的二级制裁规定,引发了国际社会的强烈抗议。See Andreas F. Lowenfeld, *Sanctions and International Law: Connect or Disconnect*, 4 Hibernian L. J. 1 (2003).

积极属人管辖标准一般针对自然人、法人或其他组织，但将属人标准扩至产品和技术，依据本国出口的源产品和源技术（original item）标准构建本国法律的域外效力，并对外国企业或个人施加二级制裁，这无疑构成了当前国际法上的一个灰色地带。例如，美国司法部于2017年依据其国际紧急经济权力法（IEEPA）起诉我国中兴公司向伊朗出口受到管制的美国源产品。^[81] 如果一国利用自己的技术优势而扩大源产品或源技术的管制范围，特别是将管制范围扩大到单纯的民用领域，这将严重阻碍世界贸易和技术交流，无疑构成了一种“技术霸凌”。我国新近制定的出口管制法同样对出口管制物项的最终用户和最终用途进行了约束，要求他们不得擅自改变相关管制物项的最终用途或者向任何第三方转让，否则将被国家出口管制管理机构列入管控名单，被禁止或限制有关管制物项的交易。^[82] 我国在未来的执法过程中，应将管制物项严格限定于军品和两用物项，并严格限定二级制裁的范围和条件。

国际法承认公法的域外立法管辖的多个标准，等于承认了多个国家对同一当事人或行为的平行的立法管辖权。平行的立法管辖权只要都获得了国际法的认可，就没有高下之分，例如，不能认为属地管辖就应该优先于保护性管辖。国际法同样不能反对一国为了反对和抵制他国法律的域外适用而制定内容和效果完全相反的“阻断法律”，只要阻断法律规制的对象与该国具有真实联系。例如，当一国基于属人连结要求本国的海外公司披露或提供存储在国外的数据，另一国当然可以基于属地连结禁止境内储存的数据未经该国法律许可而跨境流动。阻断法律虽一般不存在国际合法性问题，但却需要制定国谨慎进行政策考量和博弈分析，因为阻断法律事实上很难阻止外国法的域外适用，反而会加剧国内当事人同时违反两国法律的双重风险。因此，只有当一国为了维护国家利益和公共利益而不惜“牺牲”国内当事人利益，宁可国内当事人退出外国特定市场也要阻止外国法的域外适用时，才适宜制定阻断法律。或者，如果阻断法律惩罚的对象是在外国法院提起诉讼的外国原告，而不会加剧国内当事人违反两国法律的双重风险，则亦可考虑制定阻断法律。^[83]

国际法无法解决各国平行立法管辖权之间的冲突，这正是国际法的无奈之处。当各国都以不同方式扩大本国法律的域外管辖权时，国际礼让原则的重要性就更加凸显。一国可以基于国际礼让原则，或根据国际礼让原则项下的某些具体原则，例如主权强制理论或国家行为理论，放弃或限制本国公法原本具有的域外立法管辖权，从而让位于外国公法的立法管辖权，以此缓和各国域外立法管辖权的冲突。^[84] 但是，国际礼让原则本质上是一国的对外关系法原则，完全是在一国行政机关或司法机关的自由裁量范围之内，而非国际法所施加的强制性义务。^[85]

[81] 参见前引〔5〕，肖永平文，第52页以下；ZTE Corporation Agrees to Plead Guilty and Pay over \$430.4 Million for Violating U. S. Sanctions by Sending U. S. -Origin Items to Iran (March 7, 2017), <https://www.justice.gov/usao-ndtx/pr/zte-corporation-agrees-plead-guilty-and-pay-over-4304-million-violating-us-sanctions>, last visited on Nov. 6, 2000.

[82] 参见我国2020年出口管制法第15-18条。

[83] 例如，美国1996年颁布的赫尔姆斯-伯顿法规定，针对被古巴革命政府没收的财产，即使财产已经通过商业方式转让给第三人，原所有人也可以在美国法院提起返还之诉。欧盟极力反对，制定了相应的阻断法律，其中规定如果美国法院判决了财产返还，欧盟境内的第三人可以在欧盟成员国的法院提起重新返还之诉。参见前引〔2〕，《哈佛法律评论》所载综述，第1248页以下。

[84] 国际礼让原则是一国对外关系法的基本原则，主权强制理论和国家行为理论均是国际礼让原则的具体体现。See William S. Dodge, *International Comity in American Law*, 115 Colum. L. Rev. 2071 (2015).

[85] 部分学者认为，国际礼让原则是国际法的一部分，但另有学者认为国际礼让原则是一国对外关系法的基本原则，在本质上属于国内法。自从胡伯之后，大陆法系很少言及国际礼让，因而国际礼让作为国际法原则并没有被普遍承认。See Adrian Briggs, *The Principle of Comity in Private International Law*, 354 Recueil des cours 79-81 (2012).

结论：域外管辖的体系构造

国家主权集中体现于国家管辖权，国家管辖权分为立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权。因执法管辖一般只限于境内行使，所以域外管辖主要表现为域外立法管辖和域外司法管辖。在强调域外立法管辖和域外司法管辖之界分的同时，也应重视公法的域外管辖和私法的域外管辖之界分，但域外立法管辖与域外司法管辖之界分是更为根本的，因为公法和私法的区分是法律世界中的普遍性问题，而域外立法管辖与域外司法管辖之界分才是理解国家管辖权的本质所在。如果对两组区分进行组合，域外管辖问题其实可以一分为四：公法的域外立法管辖、私法的域外立法管辖、公法案件的域外司法管辖和私法案件的域外司法管辖。本文就是从问题的逻辑起点、理论起源、历史演进、方法论和国际法限制等基本方面，论述了四个问题相对独立而局部又不乏互通的复杂关系。

域外管辖的体系构造，不应依循某个统一原理自上而下地展开，而应沿着上述四个问题分别展开。私法的域外立法管辖和私法案件的域外司法管辖已经有了较为完整的体系构造。私法摆脱了属地原则的羁绊，反而以具有域外效力为逻辑起点，并以多边主义的法律选择方法为体系构造的基本方法。实体私法若无特殊的政策需要，无需再以单边主义方法宣示其域内外的效力范围，而应统一留待于多边法律选择规则。私法的域外立法管辖只需遵循法律科学精神，并无国际习惯法之限制。私法案件的域外司法管辖同样不受国际习惯法之限制，其体系构造依循法定管辖和意定管辖的基本分类而展开，其中法定管辖再以一般管辖和特别管辖的基础区分为体系构造的基础。多边主义的法律适用方法和特别管辖的方法论最为接近，在案件类型的识别体系和连接点的择定方面，如协调一致则可促进管辖法院和法律适用准据法的统一。但立法管辖和司法管辖具有不同的法律目标和功能，两者并不以实现相互统一为价值追求。

如果公法的域外适用不循私人执行路径，则公法案件的司法管辖权特别是刑事司法管辖权，一般严格以被告在法院地国的出现为前提，因而原则上并不存在域外司法管辖问题。然而，公法的域外管辖是整个域外立法管辖问题中最为复杂的，因为公法种类繁多，管制目标和方法各不相同，公法的域外立法管辖零散而具体标准不一，实际上并无体系可言，国际法也只是进行外部限制而不能直接提出贯通的规则或标准。在跨国事务日渐增多的全球化时代，出于各国利益的激烈博弈和国际政治的冷酷现实，国际多边机制的供给远不能满足国际社会的需求，各国以单边主义方法来寻求公法的域外管辖，以一国的法律规定来推动全球治理，这不仅在客观上无可回避，甚至正在成为大国的主动追求。

我国已经深度融入国际社会，国力正在不断提升，各种利益早已遍布全球，而且国际社会也期待我国担负起更多的大国责任，因而在制定任何一项国内公法尤其是各类经济管制性法律和权利保护法律时，应该更多从全球化视野出发，认真酌定其立法管辖范围，必要时更多赋予私人以民事赔偿的诉权，在保留公共执行路径的同时，更多开辟私人执行路径，^[86]以适度扩大公法的域外立法管辖范围。随着各国域外立法管辖范围的扩张，管辖冲突不可避免，这就要求各国一方面谨守国际法设定的边界，另一方面在国内法中提升国际礼让原则的地位和作

[86] 关于公法的公共执行路径和私人执行路径关系的基本原理，参见 J. Maria Glover, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1137 (2012)。

用，赋予公共执法机关和法院以更多的自由裁量空间，适时缓和各国立法管辖权冲突。相对而言，属地管辖和积极属人管辖在国际法上争议最少，也是判断有争议的公法域外管辖是否满足国际法要求的基础标准，其他诸如效果管辖、保护性管辖、消极属人管辖和普遍管辖标准等，只在国际法所承认的具体领域存在，而不能随意扩展开去成为抽象的一般的立法管辖标准。

因此，域外管辖的体系构造实际上包含了三个“体系”，分别是私法的域外立法管辖体系、私法案件的域外司法管辖体系以及公法的域外立法管辖“体系”，而域外立法管辖与域外司法管辖之界分正是理解和构建这三个体系的关键所在。三个体系共同说明了国家域外管辖权的内容和限度，但它们是平行展开的，彼此不乏内在关联却无统一的原则和方法。尽管三个体系的最终关系是求“分”甚于求“合”，但它们毕竟都归于域外管辖这个大概念和问题之下，完全可以彼此参照、相互启发和深化。

Abstract: Currently, a crucial issue faced by China is how to construct a theory on extraterritorial jurisdiction and build a system of extraterritorial application of domestic laws and the key to address this issue is the proper demarcation between extraterritorial legislative jurisdiction and extraterritorial judicial jurisdiction. For both jurisdictions, the distinction between public law and private law lays a foundation for theoretical and practical pursuits. The principle of territoriality has not been strictly followed by various states in legislative or judicial jurisdictions. The basic methods for extraterritorial legislative jurisdiction are unilateralism and multilateralism, while those for the extraterritorial judicial jurisdiction are general and specific jurisdictions. Because of the lack of uniform and systematic standards, the extraterritorial application of public law is a hard problem to tackle, and public international law cannot provide coherent principles or standards except for some external limitations. Public international law, including customary law, however, imposes no similar restrictions on the extraterritorial jurisdiction of private law. The system of extraterritorial jurisdiction should not be constructed in a top-down manner according to a unified principle. The appropriate way is to develop different rules for the extraterritorial legislative jurisdiction of private law, for the extraterritorial judicial jurisdiction of private law, and for the extraterritorial legislative jurisdiction of public law. Extraterritorial legislative jurisdiction and extraterritorial judicial jurisdiction pursue different legal aims and perform different legal functions, and they do not take value uniformity as their common objective.

Key Words: extraterritorial jurisdiction, extraterritorial legislative jurisdiction, extraterritorial judicial jurisdiction, the principle of territoriality, long-arm jurisdiction
