

## 美国法域外适用的司法实践及中国应对

韩永红

**内容提要:**相较于国际法及其他国家国内法上的域外适用规则,美国通过长期的立法、执法和司法实践,已经发展出更为具体、复杂的规则体系。通过重点考察2010年“莫里森诉澳大利亚国民银行案”以来的判例,可以厘清美国国内法域外适用规则体系中的反域外适用推定原则、充分联系要求、正当程序要求及其相互间的逻辑关系。但美国各级联邦法院对法律解释方法的偏好差异、利益平衡考量以及美国执法部门对可适用法律条款的灵活选择,使得外国实体和个人仍难以在个案中合理预见美国法域外适用的结果。鉴此,我国应从防御型制度和进取型制度两方面入手,推进我国法域外适用的实践应对与制度构建。在此过程中,既要通过宪法性法律为我国法的域外适用提供概括性依据,也要通过发挥我国法院的司法能动性,在个案中实现国际法与国内法、本国利益与外国利益、本国法律目标与政策目标之间的平衡。

**关键词:**域外适用 司法判例 反域外适用推定 充分联系 正当程序

韩永红,广东外语外贸大学法学院教授。

### 一 引言

国内法的域外适用问题存在已久。<sup>[1]</sup> 在全球化背景下,国家、实体和个人间的相互依赖使得位于一国境外的人、财产和行为也可能对该国境内产生影响,从而促使国家将本国法予以域外适用。美国更是凭借其严密的国内立法及其对全球金融和互联网的强大控制力,频频将其国内法进行域外适用。近年在“美国优先”政策的指引下,这一现象愈发凸显。美国在对外贸易、出口管制、证券交易、反垄断、反海外腐败等多个法律领域,径直

[1] 本文中的“域外适用”是指国家以国内法管辖其领土范围之外的人、财产和行为的过程,主要包括三类行为:一国制定含有域外适用条款的立法行为、一国法院实施域外司法管辖的行为以及一国行政机关强制或引导域外实体、个人遵守其国内法的行为;但不包括一国国内法院通过冲突规范指引适用本国国内法的行为。本文重在考察上述第二类行为,兼及第一类和第三类行为。

以其国内法为依据,管辖外国实体、个人乃至外国政府。据不完全统计,美国法院自2000年以来受理的涉中国的域外管辖案例就多达417件。<sup>[2]</sup> 鉴于国内法的域外适用可能侵入原属他国的管辖权领地、侵犯他国主权、破坏国际法的生成逻辑和运行环境,因此需要对国内法的域外适用予以限制,这已成为包括美国学者在内的学界共识。<sup>[3]</sup> 其中,完善本国国内法域外适用体系,是各国应对他国国内法域外适用的有效制衡措施。<sup>[4]</sup> 相较于国际法和他国国内法,美国国内法的域外适用规则发展得更为细致、成熟。为支撑美国法域外适用的合法性,美国法院和学者在不同法律领域内发展出复杂的规则体系。

反观我国,传统上在国内法域外适用方面呈现出相对保守的态势。对域外适用的规定主要体现在我国《刑法》《反垄断法》《反恐怖主义法》《海洋环境保护法》以及最新修订的《证券法》等有限几部法律中,<sup>[5]</sup> 其他法律基本未有明确规定。2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《民法典》第12条也仅规定:“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。”应该说,上述域外适用规则与我国在全球格局中的地位并不相称。短期来看,尚不足以应对美国法对我国政府、实体、个人的域外适用;长期而言,也不能满足我国统筹维护境内利益与境外利益的需要。由此,如何应对美国法的域外适用,并构建起我国自身的法律域外适用规则体系,已成为亟待回答的理论和现实问题。

所谓“知己知彼,百战不殆”,以分析美国国内法域外适用为切入点不失为一种有效的探讨路径。把握美国国内法域外适用的规则,尤其离不开对其相关司法实践的细致考察。作为普通法系国家,美国联邦法院(法官)的判决不仅可形成有约束力的先例,且具有造法功能。通过考察美国法域外适用的司法实践,洞悉其成文法规则和普通法规则之间的关系及互动,有助于全面理解美国法律域外适用规则体系。本文将重点关注代表性的2010年“莫里森诉澳大利亚国民银行案”(Morrison v. National Australia Bank)<sup>[6]</sup> 及其之后美国法域外适用的新近判例,梳理、评析相关规则体系,分析规则适用背后的决定因素,在此基础上就我国的域外适用法律规则体系提出建议。

## 二 美国法域外适用的规则体系:基于司法实践的考察

美国国内法的域外适用起源于证券法和反垄断法等商事法领域,随后逐渐扩展至非

[2] 参见肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019年第6期,第47页。

[3] 参见肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019年第6期,第47页。See Willis L. M. Reese, Limitations on the Extraterritorial Application of Law, 4 *Dalhousie Law Journal* 589, 590, 608 (1978); Anthony J. Colangelo, Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law, 48 *Harvard International Law Journal* 121, 122 (2007); Dan E. Stigall, International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U. S. Domestic Law, 35 *Hastings International and Comparative Law Review* 323, 325, 382 (2012).

[4] 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,《环球法律评论》2019年第3期,第166页。

[5] 参见《中华人民共和国刑法》第8条、《中华人民共和国反垄断法》第2条、《中华人民共和国反恐怖主义法》第11条、《中华人民共和国海洋环境保护法》第2条第3款、《中华人民共和国证券法》第2条第4款。

[6] *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U. S. 247 (2010).

商事法领域。20 世纪 90 年代以后,域外适用已扩展至美国法的几乎所有领域。美国联邦法院在对相关立法的域外适用过程中,通过所谓“保守的能动主义”,<sup>[7]</sup>为国内法的域外适用发展出一套复杂的规则体系。简言之,在判断某一法律规定可否域外适用时,基本遵循以下分析步骤:首先,适用反域外适用推定原则,考察该立法对于其域外适用有无明确规定;如无或超出明确限定的范围,则推定其不能域外适用。其次,如无法适用反域外适用推定原则,则考虑该案件与美国有无充分联系。确定有无充分联系的方法是考察所涉立法的重点,即行为、交易或损害是否发生在美国。如无充分联系,则不予适用;如认定有充分联系,还需考虑域外适用是否满足正当程序的要求,即对于被告是否是“武断的或根本上不公平的”。

### (一)反域外适用推定原则

“莫里森诉澳大利亚国民银行案”是美国法域外适用领域的里程碑式判例。在该案中,原告澳大利亚投资者就被告澳大利亚国民银行及其相关美国公司的欺诈行为(被告在澳大利亚股票交易所及其他非美国证券交易所上市)提起集团诉讼。该案中需要回答的核心法律问题是,针对在外国交易所进行证券交易的不当行为,外国原告起诉外国被告和美国被告时,美国 1934 年《证券交易法》能否为外国原告提供诉因。进而言之,该案隐含的一个前提问题是,《证券交易法》第 10(b)条的规定能否域外适用。

在该案判决中,美国联邦最高法院重申了如下原则:除非有相反的意思表示,国会立法仅适用于美国的领土管辖范围之内。这是美国法长期遵循的一项原则。<sup>[8]</sup>在此基础上,判决进一步强调:“除非国会(就某项法律的域外效果)明确表达了确定性意图,我们必须推定该法律主要关涉国内事项。”<sup>[9]</sup>简言之,如果美国的某一部法律中对于其能否域外适用没有明确规定,则推定该部法律不能域外适用。这一原则被简称为“反域外适用推定”(presumption against extraterritoriality)。在该原则的基础上,通过分析《证券交易法》第 10(b)条的内容和语言,美国联邦最高法院认为,第 10(b)条中并没有可域外适用的明确表述;该条规定并不惩罚所有的证券欺诈行为,而是只规制在美国证券交易所挂牌的证券买卖以及在他国证券交易所挂牌但行为发生在美国的证券买卖。<sup>[10]</sup>因为本案并不涉及美国国内证券交易所挂牌的证券交易行为且交易行为均发生在美国境外,因此美国联邦最高法院最终驳回了起诉。

“莫里森诉澳大利亚国民银行案”的判决被认为确立了美国国内法域外适用的“明线规则”。<sup>[11]</sup>此后,适用该案确立的反域外适用推定原则,美国各级联邦法院开始重新考虑《反勒索及受贿组织法》(*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*)、《外国人侵权法》(*Alien Tort Statute*)、《反海外腐败法》(*Foreign Corrupt Practices Act*)等多部美国法的域

[7] See Geoffrey R. Stone, When is Judicial Activism Appropriate?, *Chicago Tribune*, April 13, 2012.

[8] *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U. S. 247, 256 (2010).

[9] *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U. S. 247, 257 (2010).

[10] *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U. S. 247, 267 (2010).

[11] See Stephen R. Smerek, Jason C. Hamilton, Extraterritorial Application of United States Law after *Morrison v. National Australia Bank*, 5 *Dispute Resolution International* 21, 26 (2011).

外适用问题。美国联邦第九巡回上诉法院就曾判决,因《反勒索及受贿组织法》对于域外适用问题没有明确规定,所以不适用于对外国当事人提起的私人诉讼。<sup>[12]</sup> 在“基奥波诉荷兰皇家石油公司案”(Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.)中,美国联邦最高法院在分析了《外国人侵权法》的立法语言及立法历史背景后,认定该法并不存在对其域外适用的明确规定,无意使美国成为“执行国际规范的独特适宜之地”,因此不具有域外适用效力。法院据此驳回了原告的起诉。<sup>[13]</sup>

对于包含部分域外适用条款的美国国内法的域外适用问题,在2018年美国第二巡回上诉法院审理的“美国诉霍斯金斯案”(United States v. Hoskins)中做了分析。在该案中,霍斯金斯不是美国公民,他受雇于一家法国公司并被指派到该公司的非美国子公司工作。根据美国司法部的指控,包括霍斯金斯在内的几名被告是“贿赂印度尼西亚官员的计划的一部分,贿赂的目的是确保其公司能从印度尼西亚政府获得1.18亿美元的合同”;该计划以这家法国公司在美国的子公司为中心,而霍斯金斯则“多次通过电子邮件和电话与在美国的共犯联系”讨论有关该计划,但霍斯金斯本人在行贿计划进行过程中从未到过美国。<sup>[14]</sup> 霍斯金斯成功地让下级法院驳回了《反海外腐败法》下的贿赂共犯指控,理由是“该法只对有限的人群规定了责任”,“如其不属于该法规定的任何一种被告类别,政府就不能指控其共谋违反《反海外腐败法》”。<sup>[15]</sup> 在上诉审理过程中,美国第二巡回上诉法院认为,《反海外腐败法》中反贿赂条款的域外适用规定明确不适用于霍斯金斯这类人,即“在被指控的贿赂计划实施期间从未踏足美国或为美国公司工作的外国公民”,并表示“当一部立法包含某些域外适用条款时,该法的域外适用应受到这些条款的限制”。<sup>[16]</sup> 由此,美国联邦第二巡回上诉法院以无域外管辖权为由确认了联邦地区法院的裁决,驳回了美国司法部依据《反海外腐败法》对霍斯金斯提出的贿赂共犯指控。

## (二) 正当程序与域外适用

2016年的“雷诺兹—纳贝斯克公司诉欧共同体案”(RJR Nabisco, Inc. v. European Community)则在反域外适用推定原则的基础上更进一步,就美国法的域外适用问题提出了“三步式”分析框架。第一步考虑“立法是否明确、肯定地表明它适用于域外”。如果答案是“否”,第二步考虑“案件是否涉及该立法的国内适用”,方法则是通过“关注立法的重点”:如立法的重点(行为、交易、损害等)发生在美国,则即使在国外发生了其他行为,该案件也允许此法的适用;但如果与立法重点有关的行为发生在国外,则该案件不允许此法的适用,而不考虑任何发生在美国境内的其他行为。<sup>[17]</sup> 分析立法重点的理论基础是为法律条款确定一个“连结点”;如果相关的连结点不在美国,即使存在其他充分联系也不宜适用。

[12] United States v. Chao Fan Xu, 706 F.3d 965, 974 (9th Cir. 2013).

[13] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659, 1665 (2013).

[14] United States v. Hoskins, 902 F.3d 69, 72 (2d Cir. 2018).

[15] United States v. Hoskins, 902 F.3d 69, 73 (2d Cir. 2018).

[16] United States v. Hoskins, 902 F.3d 69, 72 (2d Cir. 2018).

[17] RJR Nabisco, Inc. v. European Community, 136 S.Ct. 2090 (2016), 195 L.Ed.2d 493.

在此基础上,第三步考虑正当程序要求。确立“充分联系”的宪法依据来自美国联邦宪法第五修正案和第十四修正案所规定的正当程序权利。正当程序要求“如将联邦刑事法律适用于域外,被告与美国之间应有足够的联系”,以便确保立法的域外适用“不会是武断的或根本上不公平的”。<sup>[18]</sup>而对于何谓“充分联系”,不同法院的判例中的标准并不完全一致。一般认为,“对于那些完全在国外行动的非公民来说,当其活动的目的是造成美国或美国公民利益的损害时,就认为被告与美国存在‘充分’联系——虽然不是必需的联系”。<sup>[19]</sup>但何种情形构成“美国或美国公民利益的损害”,则要根据不同的立法和案情来确定。

例如,在“美国诉西多连科案”(United States v. Sidorenko)中,美国联邦加利福尼亚州北区法院就对通讯欺诈和国内贿赂法律的域外适用问题予以了考虑。此案的两名被告是居住在美国境外的外国人,其中一人受雇于国际民用航空组织(下称“民航组织”);后者是总部设在加拿大的联合国专门机构,每年从美国收到的捐款超过1万美元。另外两名被告被指控向民航组织雇员提供金钱和其他贵重物品,使其利用在民航组织的职位为乌克兰的一个公司集团及其个人谋利。该案与美国的唯一联系是民航组织从美国获得的部分资金。加利福尼亚州北区法院驳回了起诉,理由是该指控所依据的法律不适用于域外。尽管北区法院承认“在世界范围内根除贿赂、消除管理不善和小偷小摸方面,美国享有一定利益”,但其同时认为,如果“只要他们得到至少1万美元的(美国)联邦资金就对其监管,那是对‘外国个人、外国政府或外国组织’实行无限监管”。<sup>[20]</sup>而在“美国诉海耶斯案”(United States v. Hayes)中,原告诉称被告“操纵伦敦银行同业拆借利率(日元),使其中一名被告受益,而其交易对手(至少有一名在美国)为此付出代价”,并表示第二名被告知道“伦敦银行同业拆借利率(日元)是在美国公布的,且这类交易很有可能在美有交易对手”。由此,法院认定该案件指控的被告与美国之间存在“足以满足正当程序之考虑”的联系。法院还指出,被告并未表明根据美国通讯欺诈法提起的该诉讼是“武断的或根本上不公平的”。<sup>[21]</sup>在“美国证券交易委员会诉斯特劳勃案”(SEC v. Straub)中,法院在论证是否满足正当程序要求时,还考虑了被告与美国联系的其他因素,包括行使管辖权将给被告带来的负担、审判地在判决案件中的利益,以及被告在获得方便和有效救济方面的利益。<sup>[22]</sup>

### 三 美国法域外适用的可预见性问题

美国法的域外适用规则虽然已经相当成熟,但体系庞杂,内在一致性不足,规则的适用“取决于域外适用的立法性质和规制的具体行为”。<sup>[23]</sup>虽然有美国法院在阐述域外适

[18] United States v. Davis, 905 F.2d 245, 248-49 (9th Cir. 1990).

[19] United States v. Mostafa, 965 F. Supp. 2d 451, 458 (S. D. N. Y. 2013).

[20] United States v. Sidorenko, 102 F. Supp. 3d 1124, 1132 (ND Ca 2015).

[21] United States v. Hayes, 99 F. Supp. 3d 409, 422 (SDNY 2015).

[22] SEC v. Straub, 921 F. Supp. 2d 244 (2013).

[23] Dan E. Stigall, International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U. S. Domestic Law, 35 *Hastings International and Comparative Law Review* 323, 327 (2012).

用的正当程序规定时认为,这一要求可以确保美国法院仅对“可以合理预见被传唤到法院”的被告行使管辖权,但在实践中,当个案涉及某一美国立法或某一条款能否域外适用的问题时,美国各级联邦法院对法律解释方法的偏好差异、利益平衡考量以及美国执法部门对可适用法律条款的灵活选择,都使得外国实体和个人仍然难以进行合理预见。

从美国国内法的角度看,联邦立法的域外适用问题是法律解释问题。作为美国法域外适用首要规则的“反域外适用推定”本质上是法律解释规则,而在法律解释问题上美国国内一直存在文本解释与目的解释的分歧。在“莫里森诉澳大利亚国民银行案”中,美国联邦最高法院明确采用了严格的文本解释方法。“我们的职能是赋予法律其立法语言表明的效果(即使效果是谦抑的),而非将其效果扩展以达到令人称羡的目的。”<sup>[24]</sup>但这种文本解释方法尚未在所有下级法院中得到一致遵循。以美国联邦第二巡回上诉法院为代表的多个下级法院采用的是目的解释方法。例如,在“美国诉维拉案”(United States v. Vilar)中,美国联邦第二巡回上诉法院故意选择关注立法结构和立法历史背景(而非立法语言本身),以达到其追求的目的。<sup>[25]</sup>有美国学者即指出,该法院不仅选择性地忽视法律解释的一般原则,如“反域外适用推定”和“明示某一即排除其他”,还忽视联邦最高法院引领的严格解释“反域外适用推定”的趋势,从而使其关于何为“明确的国会意图”的讨论混乱不清。<sup>[26]</sup>即使在美国联邦最高法院内部,对于坚持文本解释方法也有不同声音。在“莫里森诉澳大利亚国民银行案”中,布雷耶(Breyer)大法官虽然同意案件判决的结果,但对《证券交易法》第10(b)条的解释发表了不同意见:“我坚持第二巡回上诉法院及我国其他大多地方法院在过去近40年里所使用的一般(法律解释)方法。长期以来各联邦法院一直使用不同的方式来解释第10(b)条,我认为本院的文本解释方法不足以推翻他们原先使用的解释方法。”<sup>[27]</sup>他认为,该案的做法(采用文本解释方法)是对损害美国公民的欺诈行为和下级法院多年累积的智慧和经验的漠视。<sup>[28]</sup>

在司法实践中,因法官偏好的法律解释方法不同,就某一立法的域外适用问题,美国不同时期的不同法院在判决中经常会得出相反的结论。以《谢尔曼法》的域外适用为例。在早期判例“美国香蕉公司诉联合水果公司案”(American Banana Co. v. United Fruit Co.)中,就《谢尔曼法》的域外适用范围,审理该案的霍姆斯(Holmes)法官运用文本解释的方法,认为《谢尔曼法》并不包含专门规定对跨境案件予以管辖的条款,其作用和效果仅限于立法者享有合法的一般性权力的地域范围。他因此判决《谢尔曼法》不适用于美国公司在哥斯达黎加进行的竞争活动,驳回了原告的诉讼请求。<sup>[29]</sup>

但随着时间的推移,美国法院开始采用一种新的方式来解释美国国会在《谢尔曼法》中的立法意图。在“美国诉美国铝业公司案”(United States v. Aluminum Co. of America)

[24] Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U. S. 247, 271 (2010).

[25] United States v. Vilar, 729 F. 3d 62, 72 (2d Cir. 2013).

[26] See Alexandria R. Rahn, Extraterritorial Jurisdiction-Warning: Second Circuit Breaks with Supreme Court Trend for Stricter Presumption against Extraterritoriality, 82 *Journal of Air and Space Law Commons* 231, 239 (2017).

[27] Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U. S. 247, 277 (2010).

[28] Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U. S. 247, 286 (2010).

[29] 参见[美]理查德·谢弗等著:《国际商法》(第8版),韩永红译,中国人民大学出版社2018年版,第451-452页。

中,汉德(Hand)法官指出:“我们不能像解读一般文字那样解读这个法律当中的文字,而不去考虑国家所能观察到的对其行使权力的通常限制……我们不能责怪议会意图惩罚那些其行为在美国产生后果的人。”<sup>[30]</sup>通过目的解释方法,该案确立了美国法域外适用的“效果原则”,从而扩大了《谢尔曼法》的适用范围。可见,即使同样声称适用反域外适用推定原则,不同美国法院通过采取不同的法律解释方法,就同一立法能否域外适用的问题也可能得出相反的结论。正如有美国学者所评论的那样:“虽然联邦最高法院就《谢尔曼法》的域外适用确立了司法规则,但并不能给外国被告提供预见性指引或保护。外国被告仍不能足够确定地知道,他们完全发生在国外的行为会否引发在美国法院提起的民事或刑事诉讼。”<sup>[31]</sup>

美国各级联邦法院在美国法域外适用过程中还会进行利益平衡考量,这也是美国法域外适用的结果难以预见的原因之一。美国法院的判决和《对外关系法重述(第四次)》均体现了美国在国内法域外适用问题上旨在实现本国利益与外国利益平衡的意图。例如,在“莫里森诉澳大利亚国民银行案”中,法官在回应为何弃用“行为原则”时提醒道,如果适用“行为原则”将可能扩大《证券交易法》的域外适用范围,从而导致消极后果。“尽管没有理由相信美国已成为在国外证券市场上实施欺诈者的巴巴里海岸,但确实害怕美国会成为律师们代表在国外证券市场上被欺诈的当事人提起集团诉讼的香格里拉。”<sup>[32]</sup>而在“美国诉霍斯金斯案”中,美国第二巡回上诉法院则告诫,《反海外腐败法》不应“转变为一项旨在统治世界的法律”。<sup>[33]</sup>对“基奥波诉荷兰皇家石油公司案”否定《外国人侵权法》域外适用的判决,有学者也称赞其“表明美国开始从进攻性的美国单边主义(被其他国家视为法律帝国主义)温和地、受欢迎地撤退”。<sup>[34]</sup>

美国《对外关系法重述(第四次)》也试图结合美国的司法实践,对美国法域外适用规则做出整理。其中,第403条规定了立法管辖权的宪法限制,要求联邦政府、州政府及其部门在行使立法管辖权时,遵守包括正当程序条款在内的宪法规定;第404条规定了反域外适用推定原则,要求美国法院在解释联邦立法条款的地理适用范围时,遵守反域外适用推定原则;第405条对域外适用中的合理性解释做出规定,要求法院在解释联邦立法的地理适用范围时,避免不合理地干预他国主权;第406条要求美国法院对联邦立法的解释应在可能的情况下,避免与国际法管辖规则冲突。

《对外关系法重述(第四次)》上述条款的目的在于提出一个有条理的关于美国法域外适用的一般规则阐述。此处的“阐述”不但包括完全由司法判决发展起来的普通法规则,而且包括法院通过对成文法的适用而发展起来的法律规则。在多种规则的博弈中确定某一国内立法的域外适用与否本已殊为不易,而在法律适用过程中还要追求本国利益

[30] United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 418 (2d Cir. 1945).

[31] Stephen D. Piraino, A Prescription for Excess: Using Prescriptive Comity to Limit the Extraterritorial Reach of the Sherman Act, 40 Hofstra Law Review 1099, 1110 (2012).

[32] Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U.S. 247, 271 (2010).

[33] United States v. Hoskins, 902 F.3d 69, 72 (2d Cir. 2018).

[34] Austen L. Parrish, Kiobel, Unilateralism, and the Retreat from Extraterritoriality, 28 Maryland Journal of International Law 208, 215 (2013).

与他国利益的平衡,就更加难以避免地会受到国际和国内政治、经济、法律文化等方面的影响。有鉴于此,对于某一国内立法的域外适用问题,美国不同时期的不同法院或者相同时期的不同法院在个案中的判决结果不一致,也就不足为奇了。

此外,对于外国实体和个人而言,美国法域外适用结果的难以预见还可能源于美国执法部门对可适用法律条款的“灵活”选择。以《反海外腐败法》为例。《反海外腐败法》以精确的文本语言定义了该法中反贿赂条款管辖的域外行为,<sup>[35]</sup>但对于会计条款(对发行人的账簿、记录和内部控制所做相关规定)的域外适用范围,在文本语言和立法历史中却均未提及。而事实上,在过去十年中,美国司法部和证券交易委员会根据《反海外腐败法》作出的针对非美国公司的执法决定大约有一半是完全基于会计条款。<sup>[36]</sup>这些执法行动越来越多地依赖于“因果关系”责任理论,嫁接起会计条款和反贿赂条款。因果关系理论以美国证券交易委员会第13b2-1号规则为基础,后者规定“任何人不得直接或间接伪造或导致他人伪造任何账簿、记录或账户”;在刑事案件中则以《美国法典》第18编第2(b)节为基础,即“任何人故意导致一项行为,如果这项行为由他或其他人直接实施,并将构成对美国的犯罪,应作为一名主要犯罪人予以处罚”。<sup>[37]</sup>基于因果关系理论和上述条款,可以将法律责任延伸至外国实体和个人,因为其行为(包括贿赂外国官员的行为)“导致”了美国总公司账簿和记录的不准确。而更微妙的是,在实践中,针对外国实体的执法案件有相当一部分通过庭外和解等方式解决。因此,对于《反海外腐败法》的账簿和记录条款执法引起的域外适用等法律问题,美国法院很少有审查和解释的机会。可能正是由于《反海外腐败法》中反贿赂条款在域外适用方面的限制以及证据方面的挑战,美国执法部门转而选择适用会计条款,以违反账簿和记录为依据,对完全发生在外国子公司内部和美国境外的行为予以执法。

#### 四 我国法域外适用制度的构建

近年来,美国的域外管辖、长臂管辖、法律域外适用等问题已经引起我国学者广泛关注。就我国的应对而言,有学者基于反垄断法的域外管辖实践,提出单边自我约束、双边或多边国际合作和协调方法;<sup>[37]</sup>有学者基于证券法的域外管辖实践,主张应模糊我国证券法的域外管辖问题,将自主权赋予法院;<sup>[38]</sup>有学者从构建阻却法的角度,建议我国专门

[35] 美国《反海外腐败法》主要包括两类条款,即反贿赂条款和会计条款。反贿赂条款适用于三类主体:(1)“国内相关”,包括美国公民、国民、居民等个人,所有依美国法律成立或主营业地在美国的总公司、合伙制公司、协会、联合股份公司、信托、非社团性组织或独资企业及其高级管理人员、董事、雇员、代理人或股东;(2)“发行人”,包括在美国注册或者需定期向SEC提交报告的任何公司(美国和外国公司)及其高级管理人员、董事、雇员、代理人或股东;(3)所有在美国领土范围内直接或间接进行腐败支付的个人或实体。参见15 U.S.C. § 78dd-1, 2, 3。

[36] See Virginia Chavez Romano, Extraterritoriality and US Corporate Enforcement, *Americas Investigation Review* 2020 (EB/OL), <https://globalinvestigationsreview.com/edition/1001369/americas-investigations-review-2020>, 最近访问时间[2020-02-01]。

[37] 参见刘宁元:《自我约束的单边方法和国际协调——以美国反垄断法域外管辖实践为视角》,《政治与法律》2011年第11期,第127页。

[38] 参见彭岳:《美国证券法域外管辖的最新发展及其启示》,《现代法学》2011年第6期,第139页。



就外国法的域外效力问题进行立法,明确中国的个人和实体不得遵守具有域外效力的外国法;<sup>[39]</sup>有学者主张在积极回应美国域外管辖的同时,要考虑完善中国对外关系法,包括管辖权制度、国际司法协助制度和阻却立法;<sup>[40]</sup>还有学者从整体性角度建议完善立法,为我国法的域外适用提供明确的法律依据,加强我国行使域外管辖权的能力建设。<sup>[41]</sup>借鉴上述观点,基于对美国国内法域外适用的考察,本文建议从防御型制度和进取型制度两方面入手,推进我国法域外适用的实践应对与制度构建。

### (一) 防御型制度应对

首先,在个案中,我国实体和个人可以尝试运用美国法域外适用规则,在美国法院寻求救济。在具体诉讼中,通过恰当运用反域外适用推定原则、充分联系要求和正当程序要求,主张美国特定国内法对我国实体或个人不具有域外适用效力,从而排除美国法院对特定案件的管辖权。就域外适用推定规则的适用而言,可使用“莫里森诉澳大利亚国民银行案”确立的严格文本解释方法,将美国国内法的域外适用限制在其明确的立法语言确定的范围之内;就充分联系要求的适用而言,可援引有利判例,主张案件所涉的立法重点(如行为、交易、损害)发生在美国之外,由此论证案件不满足与美国的充分联系要求;就正当程序要求而言,可以主张域外管辖结果对于我国实体或个人缺乏可预见性,将给被告带来严重不便或过重负担,由此论证美国法的域外适用对于被告是“武断的或根本上不公平的”。例如,美国时间 2020 年 2 月 12 日,美国司法部将华为公司及其两家在美子公司以及华为首席财务官孟晚舟起诉至美国联邦纽约东区法院,指控其违反《反勒索及受贿组织法》及窃取商业秘密。<sup>[42]</sup>在未来法庭应对中,就《反勒索及受贿组织法》的域外适用问题,美国联邦法院在上述“美国诉徐超凡案”和“雷诺兹—纳贝斯克诉欧共同体案”中的判决作为有利的先例,具有重要的参考价值。

其次,基于国内法或国际条约的相关规定,对于明显侵害我国管辖权,损害我国国家利益、社会公共利益或重大私人利益的外国法院判决、裁定,拒绝承认、执行或拒绝提供司法协助。我国现行国内法和已经签署的国际条约中已有部分此类规定。例如,《国际刑事司法协助法》第 4 条第 3 款规定:“非经中华人民共和国主管机关同意,外国机构、组织和个人不得在中华人民共和国境内进行本法规定的刑事诉讼活动,中华人民共和国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料和本法规定的协助。”《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》第 1 条第 2 款第 10 项规定,协助应“不违背被请求方境内法律”;第 3 条第 1 款第 3 项规定,“执行请求将会损害被请求方的主权、安全、公共秩序、重大公共政策或其他根本利益”时,被请求方中央机关可拒绝提供协助。《民事诉讼法》第 27 章国际协助部分也有类似规定。

[39] 参见杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,《法商研究》2019 年第 3 期,第 164 页。

[40] 参见李庆明:《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,第 23 页。

[41] 参见肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019 年第 6 期,第 65 页。

[42] See Chinese Telecommunications Conglomerate Huawei and Subsidiaries Charged in Racketeering Conspiracy and Conspiracy to Steal Trade Secrets, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/chinese-telecommunications-conglomerate-huawei-and-subsidiaries-charged-racketeering>, 最近访问时间[2020-02-14]。

现行立法的不足之处,是侧重对国家利益和社会公共利益的保护,但缺乏对重大私人利益的关照,且缺乏对法律责任的具体规定。《国际刑事司法协助法》第4条第3款仅规定了禁止性行为,但未规定违反该禁止性规定可能导致的具体法律责任,从而影响其可操作性和可适用性。在“古驰诉李文兴(音)案”(Gucci Am., Inc. v. Wenxing Li)中,受理该案的美国联邦纽约南区法院要求中国银行纽约分行提供被告在中国银行纽约分行和中国境内各分行的账户开立及交易信息,中国银行纽约分行辩称披露客户信息将违反中国相关银行保密法规。但纽约南区法院没有采纳这一抗辩,理由是中国相关银行法规对于客户信息的保密没有严格要求;从中国法律的规定和执行情况看,即使中国银行违反相关银行法规,也不会导致严重的民事或刑事法律责任。<sup>[43]</sup> 其他问题暂且不论,本案至少表明,在与外国法院判决、裁决承认、执行及司法协助有关的国内法和国际公约中,我国应当有意识地设置“安全阀”条款,以防止外国法的域外适用侵害我国管辖权,损害我国国家利益、社会公共利益或重大私人利益。而对于已经设有“安全阀”条款的国内立法,则可考虑制定或修改相关司法解释,细化操作性规则,增强“安全阀”条款的可适用性。

## (二) 进取型制度应对

除防御型制度构建外,还需从确立我国法域外适用合法性的角度,进行进取型制度构建。建立适度的国内法域外适用制度,既有助于保护本国企业和国民的利益,也是一国影响国际法规则创设的有力工具。<sup>[44]</sup> 国际法并未一般性地禁止一国国内法的域外适用,在确立国内法域外适用规则方面,国家享有很大的自由裁量权。美国通过其宪法、成文法、普通法,构建起其国内法域外适用规则体系。我国的立法传统和立法技术与美国不同,需结合我国实际,探寻可行的制度构建路径。

本文以为,我国应建立适度的国内法域外适用制度。所谓“适度”,是指维持三对关系的平衡,即国际法与国内法、本国利益与外国利益、本国法律目标与政策目标之间的平衡。鉴于国内法域外适用中涉及的具体法律不同,具体案件情形也是千差万别,想要一刀切地找出并确定维持关系平衡的“点”是非常困难的。在纯理论的语境下寻求或确定某一平衡点既不现实也无必要,当务之急是寻求确定平衡点的方法而非认定某一平衡点的具体位置。”<sup>[45]</sup> 在我国所有重要法律领域构建域外适用规则,无疑难以一蹴而就;而在缺乏司法实践经验的情况下制定出的域外适用规则,其可操作性和实际效果也难以保证。故此本文认为,我国构建国内法域外适用进取型制度的路径应为:第一,以维持上述三对关系的平衡为目标,在宪法性法律中为域外适用提供概括性依据;第二,通过发挥我国法院的司法能动性,在个案中实现三对关系的平衡。

### 1. 通过《立法法》为我国法的域外适用提供概括性依据

具体而言,建议在我国《立法法》第57条后增加一条,对法律的空间效力范围做出规定:“法律适用于中华人民共和国领域内的活动。中华人民共和国领域外的活动,损害中

[43] Gucci Am., Inc. v. Wenxing Li, 135 F. Supp. 3d 87, 104 (S. D. N. Y. 2015).

[44] 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,第20页。

[45] 参见彭岳:《美国证券法域外管辖的最新发展及其启示》,《现代法学》2011年第6期,第145页。

华人民共和国国家利益、社会公共利益或实体、个人的重大人身、财产利益的,法律也可以适用。法律另有规定的,依照其规定。”上述条款在遵守国际法基本管辖规则的基础上规定了“例外”,以实现国际法与国内法之间的平衡;以损害“国家利益、社会公共利益或实体、个人的重大人身、财产利益”为域外适用的前提,旨在平衡本国利益(国家利益、实体、个人利益)与他国利益(国家利益、实体、个人利益);“法律另有规定的,依照其规定”则旨在保证不同领域的国内立法在域外适用方面的灵活性,以利于实现本国法律目标与政策目标之间的平衡。《立法法》作为宪法性法律,可以就我国法律中的一些根本性问题,包括法律的空间效力范围做出规定。通过在《立法法》中增加上述条款,可以为我国法的域外适用提供概括性依据,并以此为基础,协调其他专门立法的相关规定。

之所以选择修改《立法法》的路径,而非像美国一样选择以宪法为规则构建起点,是考虑到我国宪法与美国宪法在立法传统上的差异。对于国内法的效力范围、国内法与国际法的关系等法律技术问题,我国宪法并未做出规定,直接“嵌入”国内法域外适用的规定缺少规则根基;而作为以规范立法活动、完善中国特色社会主义法律体系为主要目的的宪法性法律,《立法法》则具有此种规则根基。《立法法》第二章围绕立法权限、立法程序、法律解释及其他规定对“法律”的制定事项做了具体规定,其中第 57 条还对法律的施行做了规定(即“法律应当明确规定施行日期”)。在此基础上,继续对法律的空间效力范围包括域外适用问题做出规定,也符合立法技术的逻辑。

## 2. 通过法院的个案适用和裁决实现我国法的域外适用

仅有立法规定还不足以保证国内法的域外适用,域外适用的效果还要依赖国内法院通过个案的适用和裁决来加以实现。考察美国法院关于域外适用的司法实践可以发现,受美国联邦体制、法院司法审查权和美国宪法第五修正案与第十四修正案的影响,美国联邦法院塑造了美国的国际管辖权制度。<sup>[46]</sup>美国正是通过各级联邦法院逐个案件、逐项立法乃至逐个法条的解释适用,确立起美国法域外适用的规则体系。尔后,通过对域外适用规则的灵活运用,在维护美国境外利益、降低国内司法成本以及避免与他国摩擦之间寻求平衡。

尽管不同于普通法系,我国的法院和法官不具有直接造法功能,但在法律的解释和适用上同样具有很大的能动空间。我国法院不仅可以通过裁决具体案件来定分止争,在更高层面上还可以通过国际司法活动,在国家之间分配司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权。<sup>[47]</sup>因此,在司法实践中,应鼓励我国法院以《立法法》的概括性授权为依据,以国际法确认的属地原则、国籍原则、保护原则和普遍管辖原则为基点,结合具体案情,技术性扩张我国某一特定国内法的域外适用。<sup>[48]</sup>

我国法域外适用制度构建的“试验性”也决定了司法能动的重要性。我国现有法学体系的知识 and 理论很大程度上锁定于国内法思维,缺少统筹考虑国内法、外国法与国际法

[46] 参见[美]阿瑟·冯迈伦著:《国际私法中的管辖权之比较研究》,李晶译、黄进校,法律出版社 2015 年版,第 66 页。

[47] 参见霍政欣:《全球治理体系中的国内法院》,《中国法学》2018 年第 3 期,第 269 页。

[48] 例如,美国在司法实践中确立的域外适用“充分联系”或“最低限度联系”要求,其理论基础即是对属地原则的扩张性解释。

的视野和习惯。现行的国内立法延续“内向性”传统特征,包含域外适用条款的立法数量非常有限。因此,我国不大可能像具有“外向性”立法传统的美国一样,通过国会立法将域外适用条款迅速扩展至几乎所有领域的国内法。我国法的域外适用制度构建属于试验立法模式,是一种立足于实践理性的经验主义立法进路,需要通过“边做边学”来循序渐进地完成。而积极的司法实践有望反哺立法,为我国构建进取型域外适用法律制度积累必要的经验和智慧。

[本文为作者主持的2019年度国家社会科学基金项目“我国对外援助基本法构建研究”(19BFX200)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] Compared with the rules on extraterritorial application of international law and the domestic laws of other countries, the system of relevant rules developed by the U. S. through long-term legislative, law enforcement and judicial practice are more detailed and complicated. By surveying U. S. precedents since “*Morrison v. National Australia Bank*”, this article explores the U. S. rules on the extraterritorial application of domestic laws, focusing on such principles as “presumption against extraterritoriality”, “sufficient contact” and “due process”, as well as the logic relations among them. However, different approaches taken by U. S. courts at different levels to the interpretation of statutes, the balance of national interests and the clever choice of applicable rules by the U. S. administration still make it hard for foreign entities and individuals to reasonably foresee the result of extraterritorial application of U. S. laws in a given context. In view of the U. S. practice, this article puts forward suggestions on improving the extraterritorial application of Chinese laws from the perspectives of constructing defensive and aggressive institutions. A general legal basis for the extraterritorial application of Chinese laws should be provided by amending the Legislation Law. Meanwhile, Chinese courts should take the initiative to develop the extraterritorial reach of national laws on a case-by-case basis, so as to strike a balance between international law and national law, between Chinese national interests and interests of other nations, and between national law and national policy.

---

---

(责任编辑:廖 凡)