

## 国内法域外适用及其应对

——以美国法域外适用措施为例

廖诗评

**内容提要:**国内法的域外适用在国际关系中并不鲜见,近年来美国日益增多的单边主义做法进一步引发了国际社会对此问题的关注。国内法域外适用是国家行使域外管辖权的行为,其后果是赋予国内法域外效力。国家的域外管辖权是国内法域外适用的前提和基础。在美国法语境下,国内法域外适用与长臂管辖存在一些区别,但实践中这种区分有时并不明显,甚至存在并行发生作用的情形。针对特定国家的国内法域外适用措施,受影响的个人或企业可以通过该国国内法机制或者国际法机制这两种途径寻求救济。但实践中,由于国内法机制耗时过长、成本过高、胜诉几率不大,而国际法又在不少领域存在空白或不明,因此上述两种途径往往都难以提供及时有效的救济。从长远角度看,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。

**关键词:**域外适用 长臂管辖 域外管辖 单边主义

廖诗评,北京师范大学法学院副教授。

### 一 引言

一国国内法,尤其是公法规则,一般而言,其空间效力范围主要集中于本国管辖领域内。但从实际情况看,主权国家主张国内法域外适用的实践并不少见。特朗普当选美国总统后,美国在面临国内治理和国际局势时,开始倡导“美国利益优先”,重新评估各类国际机制和安排对于实现本国利益的作用,退出了不少其认定为有损美国利益的国际条约和国际组织,同时试图通过国内法的域外适用来实现既定政策目标,频繁针对中国企业、个人乃至军队部门采取各类国内法域外适用措施。可以预见的是,在今后相当长时间内,美国将在金融、反恐、人权保护、出口管制等诸多议题上,对域外行为和事件主张国内法域

外适用并发起制裁。鉴此,本文将在界定国内法域外适用的基础上,结合美国国内法域外适用的实践,探讨对其国内法域外适用主张的对策。

在界定国内法域外适用和展开分析之前,本文先列举几个近期较为热门的案例,以此作为下文分析的基础。

#### 案例一:美国美光公司诉福建晋华和台湾联电案

美国美光公司于2017年12月4日向美国加利福尼亚北部联邦法庭起诉福建晋华公司和台湾联合电子公司,认为被告违反《商业秘密保护法》(Defend Trade Secrets Act)和《反勒索及受贿组织法》(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act),侵害了美光公司的商业机密。该案目前还在审理过程中。<sup>[1]</sup>

#### 案例二:美国商务部和司法部制裁福建晋华公司

2018年10月29日,美国商务部将福建晋华公司列入实体名单,理由是该公司生产的芯片所使用的技术可能源自美国,并可能威胁到为美国军方此类芯片供应商的生存,从而对美国国家安全构成显著威胁。这一制裁措施将极大限制福建晋华公司以出口、转口、受让等方式从美国获取相关商品、软件和技术的能力。<sup>[2]</sup>2018年11月1日,美国司法部迅速跟进,对福建晋华等公司提起刑事诉讼和民事诉讼,指控其违反美国法。<sup>[3]</sup>

#### 案例三:美国制裁中国人民解放军总装备部及其部长

2018年9月20日,特朗普签署行政命令,宣布根据《制裁和反击美国敌人法》,对中国中央军委装备发展部及其部长李尚福中将实施制裁,原因是中国购买了俄罗斯的苏-35战机和S-400反导系统。<sup>[4]</sup>

## 二 国内法域外适用的含义

法律的域外效力一般是指法律在本国管辖范围之外产生确定拘束力。实现国内法域外效力的过程,即为国内法的域外适用。为了精确界定本文所讨论的国内法域外适用的范围,尚有以下几点需加以说明。

第一,本文所讨论的“域外”是指管辖领域之外,而非法域之外。例如,中国目前虽然存在两岸四地多个法域,但中国法在这些法域的适用并非域外适用,而是一国通过相关安

[1] *Micron Technology, Inc. v. United Microelectronics Corporation, Fujian Jinhua Integrated Circuit Co., Ltd.*, <https://www.courtlistener.com/docket/6236509/micron-technology-inc-v-united-microelectronics-corporation/>,最近访问时间[2019-05-06]。

[2] Addition of Fujian Jinhua Integrated Circuit Company, Ltd (Jinhua) to the Entity List, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2018/10/addition-fujian-jinhua-integrated-circuit-company-ltd-jinhua-entity-list>,最近访问时间[2019-05-06]。

[3] *United States of America, v. United Microelectronics Corporation, et al.*, <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1107251/download>,最近访问时间[2019-05-06]。

[4] Executive Order Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-authorizing-implementation-certain-sanctions-set-forth-countering-americas-adversaries-sanctions-act/>,最近访问时间[2019-05-06]。

排,将国内法在其管辖领域内进行适用。进而言之,“管辖领域”的范围要大于领土的范围,毗连区、专属经济区和大陆架等区域虽不在一国领土范围之内,但国家仍可能对其享有管辖权。<sup>[5]</sup>

第二,这里所说的“国内法”,不包括当事人合意选择或由冲突规范指引适用的法律规范。一国的法律规范,经当事人合意选择或经法院按照既定规则确定适用,均可对本国管辖领域外的人和物产生法律约束力。例如,在中国企业与荷兰企业订立的货物买卖合同中,双方约定中国法为合同准据法,中国的合同法等法律规则因此对荷兰企业产生法律拘束力。但这种情形不在本文探讨的国内法域外适用范围之内。

第三,本文所涉国内法域外适用的主体,是本国国家机关而非外国国家机关。实践中,外国司法机关有可能会适用该国之外的国家的私法规范甚至公法规范来处理案件。就私法规范而言,在上述例子中,如果争端在荷兰法院审理,荷兰法院就需要适用中国法来处理私人间权利义务关系;就公法规范而言,不少国家国内法院也并不绝对排斥其适用。<sup>[6]</sup> 虽然此时中国法在域外得到外国司法机关的适用并产生法律约束力,但这也不属于本文所讨论的域外适用。

基于上述认识,本文所讨论的国内法域外适用,是指本国针对位于或发生在本国管辖领域之外的人、物或行为适用本国法律规则的过程,既包括国内法院实施司法管辖的行为,也包括国内行政机关适用和执行国内法的行为,但不包括国内法院适用双方当事人意思自治所选择的国内法律规则、或者适用冲突规范所指引的国内法来解决争端的行为。由此所产生的法律拘束力,即为国内法的域外效力。

从实践情况看,国内法域外适用一般表现为国家针对本国管辖领域之外的私人主体适用本国法的行为。比如国家认定该私人主体违反本国国内法,如上述案例二中美国司法部和商务部针对福建晋华公司的措施即是如此。实践中还有一种与此有关的极其特殊的情况,即一国认定他国国家的行为影响本国利益,最终决定对他国私人主体适用本国国内法。这方面的典型例子是美国法著名的“301 条款”。该条款源于 1974 年《贸易法》(United States Trade Law)第 301 节,本质上是一个贸易救济条款。<sup>[7]</sup> 根据这一条款,一旦美国贸易代表确定外国某项立法、政策或做法违反了贸易协定,从而侵害了美国根据贸易协定享有的利益,或者外国的某项立法、政策或做法属不公平贸易行为,美国总统就有权对此采取报复措施,报复措施的主要形式则是对该外国企业进口产品征收关税。这种做法虽然与发生在本国管辖领域外的行为有关,但这类行为往往是他国国家而非私人主体的行为,且征收进口关税的措施针对的仍然是进口货物,因此并不属于本文所讨论的国内法域外适用措施。

[5] 例如,《中华人民共和国海洋环境保护法》第 2 条第 1 款就规定:“本法适用于中华人民共和国内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架以及中华人民共和国管辖的其他海域。”

[6] 例如,《奥地利国际私法典》第 48 条规定,因不正当竞争而发生的损害和其他求偿权,适用受此竞争影响的市场所在国的法律。这表明,奥地利国内法院在此类案件中可能适用外国的反垄断法对案件做出裁判。而《瑞士联邦国际私法典》第 13 条更是直接规定,外国法的规定即使具有公法性质,也可以予以适用。国际法协会(International Law Association)则在著名的《威斯巴登决议》中提出,由冲突规范指向的外国法条款具有公法性质,并不阻碍该条款的适用,但需受公共秩序保留规则的限制。

[7] 参见杨国华著:《美国贸易法“301 条款”研究》,法律出版社 1998 年版,第 13 页。

### 三 域外管辖

根据联合国国际法委员会的观点,域外管辖可以理解为“一国在其境外行使主权权力或权威”。<sup>[8]</sup> 不过,各国对于域外管辖的理解和相关实践并不一致。据此有学者认为,域外管辖权的内容过于复杂,任何尝试界定域外管辖权的努力都注定是徒劳无功的。<sup>[9]</sup> 域外管辖与一国国内法域外效力和域外适用密切相关。一般而言,一旦国家通过国内法确立对域外行为的管辖,域外适用就有了国内法依据,其结果就是本国国内法产生域外效力。也就是说,域外管辖是域外适用和域外效力的前提,域外适用和域外效力则是域外管辖的实施过程和结果。进一步看,域外管辖的含义比国内法域外适用要更为宽泛,因为域外管辖既包括国家制定域外管辖规则的权力,也包括实施这类规则的权力,而国内法域外适用则是实施这类规则的过程和结果。

域外管辖并不是一类独立的管辖权,而是主权国家在实践中发展出来的行使管辖权的一种具体方式。布朗利(Ian Brownlie)认为,国家行使域外管辖时,所管辖事项和管辖权之间必须存在真实有效的联系。<sup>[10]</sup> 尽管对域外管辖进行精确界定确实存在困难,但根据实践情况对域外管辖权进行分类描述,对于全面把握域外管辖和国内法域外适用的内涵仍具有十分重要的作用。

#### (一)立法管辖权、执法管辖权和司法管辖权

在国内法语境下,管辖权一般分为立法管辖权、执法管辖权和司法管辖权,这种划分同样有助于我们理解国家的域外管辖权。其中,立法管辖权是域外管辖行使的前提,是国家制定域外管辖和域外适用相关规则的权力;执法管辖权是国家执行和实施这类规则的权力;司法管辖权则是法院在受理和审判案件过程中适用这类规则的权力。在国际法体系中,按照管辖权的功能,可将其划分为规范管辖权、执行管辖权和裁判管辖权。<sup>[11]</sup> 国际法的这种划分对于理解国内法的域外管辖权也有借鉴作用,对于全面考察国内法域外适用则具有重要意义。不过,国际法上的规范管辖权、执行管辖权和裁判管辖权与国内法中的立法管辖权、执法管辖权和司法管辖权并非一一对应,两套体系存在着微妙的差别。<sup>[12]</sup>

#### (二)以属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍管辖权为基础的域外管辖权

主权国家在国际法上的管辖权一般分为属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍

[8] 联合国大会第六十一届会议正式记录,补编第10号,A/61/10,第390页。

[9] Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Clarendon Press, 1996, p. 16.

[10] 参见[英]伊恩·布朗利著:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第333页。

[11] See Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 7<sup>th</sup> ed., 2014, pp. 469-473.

[12] 这类差别往往与国家政治体制和宪法体制有关。例如,对于承认判例作为正式法律渊源的三权分立体制国家而言,尽管司法机关裁判案件是行使司法管辖权的典型表现,但考虑到司法机关的判决可能构成正式法律渊源,其也属于行使立法管辖权的过程,因而在国际法管辖权中被划分为规范管辖权范畴。又如,各国行政机关往往也有制定行政规则的权力,这类权力在有的国家可能属于执行管辖权,在有的国家则可能属于立法管辖权,但其在国际法管辖权中均属规范管辖权范畴。

管辖权。<sup>[13]</sup> 这四类管辖权都可能成为域外管辖的基础,其各自的主要连接点也都可能成为国家行使域外管辖权和主张国内法域外适用时的参照。

以属人管辖权为依据的域外管辖权,往往以国籍、住所、居所、经常居住地等作为行使管辖权的连接点。属人管辖权在实践中还演化出一种特殊形式——消极或被动的属人管辖权,亦即国家针对外国人在国外从事行为危害本国国民利益的行为主张管辖权。目前消极属人管辖权尚未在实践中得到各国广泛认可。<sup>[14]</sup> 此外,随着扩大域外管辖的需要,国家往往会从更为宽泛的角度解释这类属人连接点,如美国 1969 年《出口管理法》(the Export Administration Act)和随后一系列出口管制法规,均禁止任何人将来源于美国的货物和技术出口到被制裁的国家。这实际上是将国籍这一连接点扩展适用于货物和技术,引发了不少国家的强烈抗议。<sup>[15]</sup>

以属地管辖权为基础的域外管辖权强调所管制的对象与本国领土的联系,属于属地管辖权在域外的延伸。属地管辖权是国家对其管辖领域内的人、物或行为行使管辖的权力,以行为发生地为基础连接点,在实践中可分为主观属地管辖和客观属地管辖,即以行为发生地和结果发生地分别作为行使管辖的依据。除此之外,国家在反垄断法领域基于“效果原则”针对域外行为所行使的管辖权,则是基于境外交易对本国领土所造成的影响进行域外管辖的一种特殊形式。与属人连接点类似,国家在实践中也会扩大管制对象和领土的联系,或者更宽泛地界定境外行为对本国的影响,达到行使域外管辖的目的。例如,2014 年美国司法部认定,法国巴黎银行总行和日内瓦分行向苏丹、伊朗和古巴等目标制裁国的相关实体提供账户、信用证、资金支付等金融服务,违反了《国际经济紧急权力法》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)和《对敌贸易法》(Trading with the Enemy Act)。<sup>[16]</sup> 随后,巴黎银行不得不支付 89.7 亿美元的天价罚金。美国司法部行使管辖权的理由之一是,这些实体通过巴黎银行提供的金融服务所从事交易的计价货币是美元,客观上对美国造成了影响。这一解读显然降低了管辖权行使的门槛要求:如果基于交易使用美元而认定交易与美国管辖权存在真实联系,考虑到美元的世界货币地位以及在国际商业交易中使用的普遍性,这无疑赋予了美国极为宽泛的管辖权。

以保护管辖权为基础的域外管辖权强调其所规制的对象侵害了本国的基本利益。保护管辖权是国家针对管辖领域外危害本国基本利益的行为所实施的管辖权,与属人管辖权和属地管辖权存在区别。<sup>[17]</sup> 行使保护管辖权的连接点一般是本国的基本利益,但由于这一连接点过于抽象,是否行使管辖权往往由国家根据情况自行判断。也正因为如此,各国尤其是大国针对域外行为实施域外管辖时,经常援引国内关于保护国家利益的规定作为依据。如美国基于伊朗发展核技术试图研制核武器的行为危害本国国家安全为由,针

[13] 参见邵沙平主编:《国际法》(第三版),高等教育出版社 2017 年版,第 71-73 页。

[14] 参见贾兵著:《国际公法:和平时期的解释和适用》,清华大学出版社 2015 年版,第 223 页。

[15] 参见杜涛著:《国际经济制裁法律问题研究》,法律出版社 2009 年版,第 117-119 页。

[16] Statement of Facts, para. 17, *United States v. BNP Paribas, S. A.* (S. D. N. Y. 2014).

[17] 参见邵沙平著:《国际法》(第三版),高等教育出版社 2017 年版,第 72 页。

对伊朗颁布了《伊朗核不扩散法》，对发生在美国境外的、涉嫌向伊朗提供“大规模杀伤性武器”的行为实施制裁。<sup>[18]</sup>

除上述情况外，国家还会以普遍管辖权为基础行使域外管辖。普遍管辖权是国家针对严重国际犯罪的管辖权，只有极其严重的国际罪行，如海盗罪、灭绝种族罪、贩卖人口或麻醉品等，才属于普遍管辖权的管辖范围。由于这些罪行往往发生在一国管辖领域外，国家行使普遍管辖权本身就会产生域外效力。例如，著名的比利时 1993 年《万国管辖权法》第 7 条规定，比利时法院对该法规定的灭绝种族罪、危害人类罪等犯罪具有管辖权，无论犯罪发生于何地。比利时法院据此试图对包括外国国家元首在内的许多外国人行使管辖权，引起了不少国家的不满。其中，针对刚果外交部长耶罗迪亚 (Yerodia) 签发的逮捕令还被刚果诉至国际法院，并最终败诉。<sup>[19]</sup> 西班牙 1985 年《司法组织法》第 23.4 条也有类似规定，授权西班牙高等刑事法院对外国人在西班牙境外所犯灭种罪等诸多罪名进行管辖。不过，国家基于普遍管辖权将国内法域外适用，往往会与外国管辖权相冲突，从而引发国家间的紧张关系，因此这类实践历史上并不多见。<sup>[20]</sup> 但近年来，美国制定了《全球马格尼茨基人权问责法》<sup>[21]</sup>，授权美国政府对全世界任何地区从事严重侵犯人权行为的政府官员禁发签证并封存其在美国的资产<sup>[22]</sup>，从而使得以普遍管辖权为基础进行国内法域外适用的做法再度成为国际社会关注的焦点。

#### 四 国内法域外适用与长臂管辖

长臂管辖源于美国法，是法院在处理民事案件过程中用来确立对非美国居民的外国被告拥有属人管辖权的一项原则，也被称为法院针对非美国居民的特别管辖权。在 1945 年“国际鞋业公司诉华盛顿州案”中，美国联邦最高法院确立了“最低限度联系”标准，要求被告与某个州具有某种最低限度的联系，使该州法院能够行使管辖权而且不违背传统的公平与实质正义观念。<sup>[22]</sup> 这也被认为是长臂管辖的起源。尽管长臂管辖具有一些合理因素，但由于其实际上扩大了美国法院的管辖范围，将诸多外国被告拖入美国国内诉讼

[18] Iran Non-Proliferation Act, 31 C. F. R. § 560.204.

[19] Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002, I. C. J. Reports (2002), p. 33, para. 78.

[20] 就比利时《万国管辖权法》而言，自该法律实施以来的 10 年中，美国总统布什、英国首相布莱尔、以色列总理沙龙等纷纷被诉，使得比利时面临很大的外交压力。2003 年 4 月和 8 月，比利时不得不两次对该法进行修改，将法院管辖范围限制在与比利时公民或定居在比利时的外国人有关的案件上，且调查和追诉只能根据总检察官的请求进行，并不得对在任的国家元首、政府首脑和外交部长以及根据国际法或基于与比利时有关的条约享有豁免权的个人进行追诉；对于受比利时当局或总部设在比利时的国际组织正式邀请来访的个人，在其停留期间也不得采取任何刑事措施。随后，比利时法院开始拒绝针对外国元首行使管辖权。就西班牙《司法组织法》而言，该法于 2004 年和 2009 年两次进行修改，要求高等刑事法院在行使普遍管辖权时，相关案件应与西班牙具有一定的直接联系。这种直接联系体现为三个条件，即犯罪嫌疑人是在西班牙境内、受害者中有西班牙国民、相关案件没有其他外国法院审理，缺一不可。这意味着比利时和西班牙已经基本放弃了此前的做法。

[21] Global Magnitsky Human Rights Accountability Act, 114<sup>th</sup> Congress. S. 284 – Global Magnitsky Human Rights Accountability Act. <http://www.congress.gov>, 最近访问时间[2019-04-12]。

[22] *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U. S. 310, 326 (1945).

程序之中,加上有时会被美国法院滥用,因而遭到国际社会批评。近年来,受美国国内司法保守主义思潮影响,美国联邦法院开始在案件中限制长臂管辖权的行使。<sup>[23]</sup>

长臂管辖可以针对非美国居民行使,这与美国国内法域外适用的过程颇为类似,因此两者经常发生混用。2018 年 9 月 24 日,国务院新闻办公室发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书指出:“长臂管辖是指依托国内法规的触角延伸到境外,管辖境外实体的做法。近年来,美国不断扩充‘长臂管辖’的范围,涵盖了民事侵权、金融投资、反垄断、出口管制、网络安全等众多领域,并在国际事务中动辄要求其他国家的实体或个人必须服从美国国内法,否则随时可能遭到美国的民事、刑事、贸易等制裁。”<sup>[24]</sup> 这里的“长臂管辖”显然已经包括了本文所论及的国内法域外适用。也就是说,实践中有时会从广义角度理解长臂管辖。严格说来,国内法域外适用与长臂管辖并不完全相同,尤其是在美国法语境下,这两者之间存在一些区别。在前述案例中,案例二和案例三涉及美国国内法域外适用,案例一则属于长臂管辖的实践。两者的区别主要体现在以下几个方面:

第一,所涉及管辖权的种类不同。国内法域外适用是一国行政机关行使执法管辖权的过程,随后也可能会引发法院行使司法管辖权;长臂管辖则主要是法院行使司法管辖权的基础。

第二,所涉争议性质不同。国内法域外适用涉及的是外国当事人与一国行政机关的争议,所适用的法律具有公法性质,外国当事人可能承担包括刑事责任在内的各类责任;长臂管辖主要涉及外国私人主体与本国私人主体和行政机关之间的争议,适用的规则既包括私法规则,也可能涉及具有公法性质的规则,但只涉及民事责任的承担。<sup>[25]</sup>

第三,法律依据不同。以美国法为例,美国法域外适用的依据是出口管制、反腐败、反洗钱、证券监管、税收监管、反恐和人权保护等议题的联邦法规则;长臂管辖的依据则比较复杂,既包括联邦成文法和联邦法院的判例法,也包括各州根据“最低限度联系”标准所制定的长臂法。此外,美国宪法第 14 条关于正当程序原则的规定也构成法院行使长臂管辖的重要限制。

第四,应对措施不同。就长臂管辖而言,受到影响的当事人可以选择在美国法院应诉,还可以同时在本国法院提起类似诉讼进行反制。<sup>[26]</sup> 而针对国内法域外适用,受制于国家豁免规则,受到影响的当事人无法在本国法院通过起诉美国政府的方式进行反制,可

[23] 参见杜涛:《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》,《国际法研究》2014 年第 2 期,第 83 页。

[24] 国务院新闻办公室:《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》,2018 年 9 月 24 日, [http://www.xinhuanet.com/politics/2018-09/24/c\\_1123475272.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2018-09/24/c_1123475272.htm), 最后访问时间[2019-04-24]。

[25] 如 2001 年《爱国者法》第 317 节就规定,美国政府可以针对包括外国银行在内的外国人从事洗钱行为提起民事诉讼,联邦法院甚至可以受理美国政府针对这些外国人所提起的特定事项的没收之诉,并有权指定财产管理人和发布限制令。该节的标题即为“对外国洗钱人员的长臂管辖权”。Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272, Section 317.

[26] 例如,针对案例一所列情形,福建晋华公司和台湾联合电子公司也在福州市中级人民法院起诉美光(上海)公司、美光(西安)公司和福州泉州联新数码科技有限公司,认为被告侵害了原告的专利权。2018 年 7 月 3 日,福州市中级人民法院裁定,暂时禁止被告立即停止销售、进口特定固态硬盘、内存条及相关芯片产品。福建晋华公司在中国法院的提诉,即构成美光公司在美国提起诉讼程序的反制措施。至于福建晋华公司针对长臂管辖的反制措施是否有效,不在本文讨论范围之内。

能的应对思路有三种:一是在美国国内行政程序中进行抗辩,以及要求对行政机关的决定进行司法审查,但这种方式不仅费时费力,抗辩成功的可能性也不高。二是将美国的域外适用行为诉诸国际争端解决机制,如伊朗就将美国恢复对其制裁的行为诉诸国际法院,指控该行为违反1955年《美伊友好通商航海条约》;这种方式受到国际争端解决机制管辖权的限制,反制范围和效果较为有限。三是通过适用本国国内有关法律进行反制,但这种反制也不是直接针对他国政府国内法域外适用的措施进行。

尽管国内法域外适用与长臂管辖存在上述区别,但由于所规制事项的复杂性,这两者在美国法实践中并非相互独立,而是往往互相交织,很难完全区分。以2001年《爱国者法》和相关反洗钱立法为例,若境外人员涉嫌洗钱,美国政府有权对境外参与洗钱人员作出处罚,以及与涉案人员达成和解协议,涉案人员在此过程中有可能承担民事责任和刑事责任;如果涉案人员不执行和解协议中的民事罚金部分,政府可以启动联邦司法程序,以起诉涉案人员的方式实施这一协议;如果涉案人员与政府无法就和解金额达成一致,涉案人员也可以启动司法程序寻求法院的司法审查。在这些程序中,既涉及美国政府将本国法域外适用的做法,也涉及美国法院行使长臂管辖权的实践。

## 五 美国国内法域外适用的应对措施

### (一) 利用美国国内法寻求法律救济

美国国内法域外适用措施的法律依据是各类联邦法规则,这些规则中往往设定了例外和豁免条款。受到美国国内法域外适用措施影响的中国当事人,可以尝试利用这些例外和豁免减少损失。

例如,案例三中所涉及的《通过制裁反击美国敌人法》第235节规定,<sup>[27]</sup>只要认定豁免对于美国国家利益至关重要,美国总统有权向国会申请,对被制裁的人或实体进行豁免。但这一规定对于豁免条件未予明确,美国总统对是否给予豁免享有很大的裁量权,这实际上是给美国行政部门与外国政府的外交谈判留下了足够的灵活性。此外该节还规定,根据《通过制裁反击美国敌人法》所采取的禁止外国人入境的制裁措施,不得与美国在其与联合国签订的《总部协定》和1963年《维也纳领事关系公约》项下义务相冲突。也就是说,如果李尚福中将作为中国政府代表团成员,赴美国参加联合国系统的各项会议(如联合国大会、安理会会议、特别紧急会议、经社理事会会议等联合国各类机构举办的会议和活动),或者以1963年《维也纳领事关系公约》中享有特权与豁免的人员身份进入美国境内,美国国土安全部无权以其受到美国法制裁为由拒绝颁发入境签证。

又如,在出口管制和经济制裁领域,美国财政部海外资产管理办公室设定了特别指定国民名单、美国商务部工业与安全局设立了黑名单、美国国务院国际安全和防扩散局则有权设定制裁名单,被列入名单的人员将受到严厉的经济制裁。与此同时,被列入黑名单的

[27] Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Section 235, <https://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2018/09/286077.htm>, 最近访问时间[2019-03-29]。



实体可以通过书面方式申请将其移除出黑名单,被列入黑名单的个人则可以通过辞职和出售全部或部分股权方式解除制裁。在特殊情况下,被列入名单的人员还可以向美国国务院提出申诉请求。此外,这些被列入黑名单和制裁名单的人员和实体还可以提起诉讼,要求法院对政府的相关决定进行司法审查。但从目前情况看,申请移除意味着需要与美国政府进行深度合作,司法诉讼的过程则过于漫长且成本高昂,加之美国法院近年来倾向于在国家和外交政策领域对政府决定采取较为宽松的审查态度,这使得利用美国国内法成功寻求法律救济存在不小的困难。

## (二) 利用国际争端解决机制寻求法律救济

应对美国法域外适用措施的另一路径是将此类措施诉诸国际争端解决机制,但这需要满足以下两个条件。

### 1. 域外适用措施构成国际不法行为

美国法域外适用本质上是国家行使域外管辖权,这方面的国际法规则并不多见。在“荷花号案”中,常设国际法院针对国家管辖权的边界做出了一段经典论述,即“国家不能在他国领土内行使管辖权,除非国际法对此有明确规定……但这并不意味着国家不能在本国领土内对发生在本国领土之外的行为进行管辖,除非国际法禁止国家进行此种管辖……然而国际法只是在少数领域存在这种禁止性规则,其他情况下,国家可以自行决定是否进行管辖”。<sup>[28]</sup>这也成为讨论国家域外管辖权是否符合国际法的出发点。根据法院在“荷花号案”中的论述,只要国际法没有明确禁止,国家就有权制定并实施具有域外效力的国内法,但实施范围应限于本国管辖范围内。这也是美国赋予国内法域外效力的国际法逻辑起点。

在某些情况下,国际法明确禁止采取特定的国内法域外适用措施。在著名的“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中,美国认为马来西亚等国的渔民以危害海龟等濒危动物的方式捕捞海虾,违反了1973年《濒危物种法》及其后续行政规章,<sup>[29]</sup>因而禁止这些海虾及其制品进口,而这些捕捞行为均发生于美国管辖领域之外。世界贸易组织(WTO)争端解决机构在本案中认为,尽管美国的域外适用措施符合《关税与贸易总协定》(GATT1994)第20条(g)项例外,但措施的实施方式构成第20条前言所规定的“任意或不正当歧视”,最终裁定美国的域外适用措施违反《关税与贸易总协定》第11条等国际法规则。<sup>[30]</sup>

此外,一些受到美国国内法域外适用措施影响的国家也试图在各类国际争端解决机制中对其提出挑战。例如,在“《美伊1955年友好通商航海条约》案”中,伊朗认为美国制裁伊朗自然人、公司和机构的行为涉嫌违反该条约,遂将美国诉至国际法院。<sup>[31]</sup>根据该

[28] *Lotus Case*, PCIJ Series A, No. 10, pp. 18 - 19.

[29] Section 609 of U. S. Public Law 101 - 162 (codified at 16 U. S. C. S 1537 note). 61 Fed. Reg. 17342 (April 19, 1996).

[30] *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, paras. 187 - 188.

[31] *Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-APP-01-00-EN.pdf>,最近访问时间[2019-04-26]。

条约,美国有义务给予伊朗自然人与公司公平公正待遇,包括在进出口方面的最惠国待遇、支付和资金转移方面的最惠国待遇等。<sup>[32]</sup>而在“美国—货物贸易与服务贸易措施案”中,委内瑞拉认为,美国的《委内瑞拉人权民主保护法》《国际经济紧急权力法》《委内瑞拉制裁条例》等国内法律法规及其行政命令构成贸易限制措施,违反了《关税与贸易总协定》和《服务贸易总协定》等相关条款,并启动了WTO争端解决机制的磋商程序。<sup>[33]</sup>不过,被诉的美国国内法域外适用措施是否违反国际法规则,还有待相关国际争端解决机构进行裁决。

但在其他大量情况中,国际法规则并未明确禁止国内法域外适用,在此情况下,很难通过国际争端解决机制获得法律救济。以案例二为例,由于中美之间不存在双边自由贸易协定和投资条约,WTO法律体系也没有明确禁止成员方基于国家安全采取影响贸易的措施,因此即使美国的制裁措施影响了福建晋华等企业的贸易和投资权利、涉嫌滥用“国家安全例外”,由于WTO关于“国家安全例外”适用的法理尚不十分充分,中国启动WTO争端解决机制获得法律救济的前景也并不明朗。

## 2. 国际争端解决机制对具体争端享有管辖权

国家同意是国际争端解决机制行使管辖权的基石。即使国内法域外适用措施涉嫌违反国际法规则,如果争端方并未接受国际争端解决机制的管辖权,受域外适用措施影响的国家也很难诉诸国际争端解决机制寻求救济。以案例三为例,即使美国的制裁措施涉嫌违反不干涉内政原则,由于中国长期以来并不接受国际法院对于具体案件的管辖权,中国事实上也不太可能通过向国际法院起诉的方式寻求法律救济。

除此之外,国际争端解决机制耗时长久,最终判决或决定主要由当事国自行履行,这些也制约了利用此种方式寻求法律救济的效率和作用。

### (三) 利用本国法进行反制

#### 1. 直接反制模式:反制立法

针对美国国内法域外适用措施,一些受影响的国家通过制定本国的反制立法,直接实施反制。这种直接的反制立法有两种模式。第一种模式是制定一般性的反制立法,如俄罗斯国家杜马近日通过的《俄罗斯联邦反制裁法》。该法授权俄罗斯政府,针对美国等“不友好国家”采取货物和服务进出口限制和禁止措施,并禁止美国实体参与俄罗斯境内的私有化交易。<sup>[34]</sup>这种立法模式主要目的是实施报复,其在目前中国法体系中已有部分体现。<sup>[35]</sup>

第二种模式则是以本国法域外适用作为反制手段,直接针对他国对本国公民和企业所采取的国内法域外适用措施和制裁措施。欧盟第2271/96号条例就是这方面的典型例证。该条例的内容和立法理念,实际上源于英国1980年《保护贸易利益法》(British Pro-

[32] 参见《美伊1955年友好通商航海条约》第4.1、7.1、8.1、8.2、9.2、10.1条。

[33] United States-Measures relating to Trade in Goods and Services, WT/DS574/1.

[34] The Law on Measures of Exposure the Unfriendly Actions of United States of America and other Foreign States. <https://aklugovoy.ru/assets/uploads/2018/12/138234916.pdf>, 最近访问时间[2019-04-18]。

[35] 参见《中华人民共和国对外贸易法》第6、7、16、17、26、27、31条。

tection Trading Interests Act 1980)。<sup>[36]</sup> 该条例针对美国法域外适用措施设定了一系列阻却性措施,其中一项内容为赋予欧盟境内受到上述美国法影响的自然人和法人实体诉权,使其可以通过在欧盟成员国法院针对致害方提起诉讼的方式索赔,并规定这类判决可以在欧盟成员国境内获得承认与执行。<sup>[37]</sup> 这种模式在以报复反制为目标的同时,也关注本国公民和企业的利益保护,旨在使其免受外国法域外适用的不利影响,并为其提供补偿性救济机制。不过,受制于美元的霸权地位和美国在世界经济的主导地位,这种模式很难真正发挥实际的反制或者阻断作用。因此,欧盟第 2271/96 号条例在制定后并未正式实施。<sup>[38]</sup>

## 2. 间接反制模式:完善本国法域外适用体系

由于两种直接反制模式的实施效果均有自身局限性,在应对美国法域外适用措施时,中国需跳出这两种模式,通过完善自身的法律域外适用体系,与美国域外适用措施形成制衡。由于这种方式并非直接针对美国法域外适用措施进行立法,也不具有明显的报复色彩,故此称之为间接反制模式。

美国法域外适用的本质,是美国政府动用公权力对商业交易进行干涉,以行政罚款等手段打破私人交易主体之间的利益平衡。对此的应对措施可以分为私法路径和公法路径两类。私法路径是从私人交易主体角度进行应对,即要求企业树立合规意识,做好合规建设工作等。但这类应对路径有着较大局限性,作为私人主体的企业与国家在规则博弈层面的地位并不平等,国家仍可以通过设定各类合规要求,实现对私人交易的干涉。因此,这类私法路径难免治标不治本。公法路径则是通过企业国籍国的介入,将企业与国家的关系转化为国家之间的公法关系,通过中国国内包括国内法域外适用在内的各项规则与美国的域外适用措施形成制衡,以此应对私人交易关系中处于优势地位的美国公权力,迫使美国与中国展开各类谈判,在谈判中实现对企业利益的保护。从这个意义上说,完善中国法的域外适用体系,将其与上述私法路径一并使用,对于应对美国法域外适用措施,具有更为现实的意义和作用。

中国在历史上很少提出国内法域外适用主张,完善国内法域外适用体系是一项长期而系统的工程,很难一蹴而就。从目前情况看,相关完善措施可以从立法与执法两个角度切入。

从立法角度而言,应加强保护管辖权在中国国内法中的作用。在目前国际法日益受到国内法制约、国际法多元化特征愈加明显的大背景下,<sup>[39]</sup> 国家尤其是大国,都倾向于从宽泛意义上界定本国的基本利益和国家安全,从一定程度上绕开现有的国际法规则和国

[36] 参见《[英国]1980 年保护贸易利益法》,沈春耀译,魏家驹校,《法学译丛》1985 年第 2 期,第 69-72 页。

[37] Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, 1996 O. J. (L 309), arts. 1, 6, 13.

[38] 2018 年 5 月 8 日,美国宣布单方面退出《伊核协议》,重新启动对伊朗的制裁措施。随后,为保护境内企业和公民的利益,欧盟于 2018 年 6 月 6 日宣布重新激活第 2271/6 号条例,并对条例内容进行了更新,准备以此阻断和抵消美国制裁措施对欧盟公民和企业的不良影响。但由于条例内容并无实质性变化,其对美国制裁措施是否能真正起到反制作用尚存疑问。

[39] 参见蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,《国际法研究》2018 年第 4 期,第 13-14 页。

际体制,实现本国的政策目标。相比基于属人和属地管辖权为基础的域外管辖权,以保护管辖权为基础的域外管辖权强调域外行为对本国基本利益的损害,是国家实现上述目标的最佳法律工具。例如,作为我国国家安全法律体系重要组成部分的《反国家分裂法》,其第8条虽将“台独”分裂势力纳入规制范围,但只是规定“国家得采取非和平方式及其他必要措施,捍卫国家主权和领土完整,采取非和平方式及其他必要措施,由国务院、中央军事委员会决定和组织实施,并及时向全国人民代表大会常务委员会报告”。这一规定并不是真正意义上的域外管辖条款,而仅仅是一种政策宣示。应考虑将以资助等方式支持“台独”势力的个人和企业纳入到《反国家分裂法》的规制范围,并明确赋予行政机关根据该法对相关个人和企业实施处罚和采取其他行政措施的权力,而无论这些个人和企业是否位于中国境内。

从执法角度而言,行政机关需转变旧有的管辖权观念,同时适时行使自由裁量权。前述常设国际法院在“荷花号案”中的论述表明,中国行政机关在行使执法管辖权时的空间较为广阔,这也为行政机关适当转变旧有管辖权观念,通过行使域外管辖来保护本国公民、企业 and 国家利益,提供了必要的基础。与此同时,由于立法过程具有长期性和复杂性,即使法律授权暂时无法明确,也不能成为行政机关无所作为的理由。具体而言,行政机关完全可以适当行使自由裁量权,在执法过程中实现中国法域外适用的目标。

“上海市工商局机场分局处罚缤客(BOOKING)公司案”就是这方面一个很好的例子。2018年12月24日,上海市工商局机场分局对注册地在荷兰的Booking.com B.V.公司做出罚款20万元的行政处罚决定。经机场分局查明,该公司在自有网站www.booking.com上发布上海建工浦江皇冠假日酒店、西安唐隆国际酒店、新天地朗廷酒店等酒店信息,宣称上述酒店为“五星级”,但上述酒店事实上并未取得“五星级旅游饭店”资质。该公司在“春秋航空”APP和“中国东方航空”微信号上设置了链接,中国用户可以通过链接登陆该公司网站完成酒店预订,酒店预订业务的咨询及销售事宜也由该公司负责。机场分局认定,此行为构成对由当事人提供的商品(服务)性能或质量的虚假宣传行为,违反了《反不正当竞争法》第8条第1款的规定。<sup>[40]</sup>根据《反不正当竞争法》第2条的规定,该法所称经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和非法人组织。该条没有明确规定经营者可以涵盖位于中国境外的自然人、法人和非法人组织,但也并没有明确将经营者地域范围限于中国境内。对此,上海市工商局机场分局在本案执法过程中对《反不正当竞争法》第2条作出了较为灵活的理解,较为大胆地将《反不正当竞争法》中所指的“经营者”扩大到中国境外的法人组织。这一做法不仅保护了中国境内消费者的利益,也并未引起相对人的异议,从而有效实现了中国法域外适用的目标和功能。

## 六 结 语

国家是国际法主要的立法者,国际法的功能之一则是限制国家的主权。国家与国际

[40] 参见上海市工商行政管理局机场分局行政处罚决定书,沪工商机案处字[2018]200201810030号。

法之间的这种内在紧张关系,使得国家经常试图在特定时间或特定事项上“摆脱”国际法的约束和限制,适用国内法来处理对外关系。国内法域外适用就是这方面典型的表现形式。国内法域外适用与国内法所确立的域外管辖权密切相关:域外管辖权往往构成国内法域外适用的前提,国内法域外适用则是国家行使域外管辖权的过程,其结果是国内法产生域外效力。

国家主张国内法具有域外效力,将国内法域外适用,并不完全等同于国际关系中的霸权主义,而是国际社会和国际法发展过程中的客观现象。并非所有国内法域外适用措施都涉嫌违反国际法规则。适度的国内法域外适用有助于保护本国公民和企业的利益,也是国家影响国际法规则创设的有力工具。但国内法域外适用的滥用,以及明显违反国际法规则的国内法域外适用措施,则是强权政治在国家对外关系中的投射和反映。其不仅可能违反国际法规则、破坏国际法治,还会给国际关系和各类多边体制的稳定带来消极影响,给国际治理带来巨大挑战。针对特定国家的国内法域外适用措施,可以尝试通过该国国内法机制或者国际法机制寻求救济,但这两种途径不仅费时费力,成本较高,效果也并不显著。相对而言,受这类措施影响的国家若能通过自身强有力的国内法域外适用法律体系,与采取滥用措施的国家形成制衡,则不仅有利于保护本国企业和公民利益,更有助于通过国际谈判与合作和平解决争端,维护国际关系和国际法治的稳定。

---

---

[Abstract] The extraterritorial application of domestic law as a regular practice in international community, is now attracting international attentions due to what the U. S. has done recently. Extraterritorial application of domestic law is the act of a state exercising extraterritorial jurisdiction. Its consequence is to endow domestic law with extraterritorial effect. A precondition for the extraterritorial application of domestic law is the existence of presumptive extraterritorial jurisdiction. In the U. S. legal context, there are some differences between the extraterritorial application of domestic law and the long-arm jurisdiction, but sometime these differences are not apparent in practice and sometimes the two even works in parallel with each other. Persons or enterprises affected by measures of extraterritorial application of domestic law taken a given country can seek remedy either from domestic law mechanism of that country or from international law mechanism. However, neither of these two mechanisms are able to provide timely and effective remedy because the domestic mechanism is time-consuming and expensive, with little chance of success, while international law is often absent or unclear in the related areas. Therefore, in the long-run, an effective countermeasure taken by a country against the extraterritorial application of domestic law by other countries is to improve the system of extraterritorial application of its own domestic law.

---

---

(责任编辑:廖 凡)