

中国域外规制体系的建构挑战与架构重点

——兼论《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

商 舒*

摘 要：面对全球监管竞合和美国政权交替带来的新挑战，需要结合现行美国法一般性域外适用收缩和域外监管扩大的现实，分析《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的适用难点和可能引起的业界回应；并以此探讨如何从立法、执法、司法、普法四个维度逐步构建具有自身特色、逐步成熟的中国法域外规制体系。一是应当以民商事司法的发展带动中国的法域选择；二是以国内市场的成熟健全中国法域外规制武器；三是以科技企业的知识产权崛起完善出口监管体系，辅以涉外法律人才队伍建设，以增强全球监管体制的中国声音。同时，要避免本领域内“以外交思维取代法律原则”的学术和实务研究的视角偏颇。

关键词：阻却立法 域外规制 制裁 监管竞合 法律域外性 涉外法治

引 言

2021年1月9日，中华人民共和国商务部经国务院颁布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（即商务部令2021年第1号，以下简称《阻断办法》）。《阻断办法》一经推出，就受到中外法律界的普遍关注，亦引起了业界不同层面的分析和讨论。^① 本文试图在全球域外规制崛起的背景下，以美国法为基本参照，分析评述《阻断办法》，旨在探讨和平崛起的中国应当如何建构积极稳妥的域外规制体系。

本文总体上包括三个部分，第一部分以美国法的“不当域外适用”和“次级制裁”为背景，探讨《阻断办法》的适用范围；第二部分结合国际常见的阻却立法类型，根据《阻断办法》的

* 加州州立理工大学商学院波莫纳（Pomona）助理教授，商法项目主任，主要研究领域为国际监管竞合、跨国法、国际争议解决、公共健康和环境治理。作者感谢师友李庆明、陈磊、沈伟、熊文聪、樊建等对本文的帮助。本文中所有网络资料最后的访问时间均为2021年2月28日。

① 相关文章参见周勇等：《应对他国域外管辖——中国的阻断立法》，2021年1月10日，君和法律评论，<http://www.junhe.com/legal-updates/1374>；刘相文等：《应运而生的保护伞？从跨境争议解决角度解读商务部〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉》，2021年1月13日，中伦视界，<http://www.zhonglun.com/Content/2021/01-13/1526148152.html>；翁冠星：《商务部〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉实务简析》，2021年2月2日，澎湃新闻，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_11070326，等。

基本类型和美国法院对于阻却立法的现有态度,判断《阻断办法》的一般效果;第三部分是文章核心,试图通过探讨《阻断办法》的近期影响,思考中国应当建立怎样的域外规制体系。

一 《阻断办法》适用范围初探

《阻断办法》第2条界定的适用范围为“外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则,不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形”。根据字面释义,《阻断办法》的适用对象是外国法律和措施的域外适用,且是“违反国际法和国际关系基本准则”,“不当禁止”正常经贸活动的域外适用。这涉及国内法的域外性(extraterritoriality),即法律在本国管辖范围之外产生拘束力的过程,一般可分为司法性的域外适用和行政执法性的域外适用。

以通常被视为具有域外性的美国法为例,美国法的域外性涵盖“美国法被用于规制由非美国人或者实体在美国境外所进行的活动的各种情形”。^①由于美国在国际经济活动中处于核心地位,美国的经贸类立法均具有域外性,特别集中在进出口^②、反垄断^③、知识产权^④、证券^⑤等领域,其目的在于保护在美国市场进行的经济活动。^⑥与管辖权不同,国内法的域外性体现了立法者对于域外事项的规制意愿。^⑦

(一) 违反国际法的不当域外适用

1. 国际法语境下域外适用的变迁:从属地管辖到监管竞合

针对“外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则”的适用而言,实践中在国际法框架下讨论何种法律与措施的域外适用违反国际法基本原则,并不简单。传统的国际公法体系通常可以追溯到17世纪诞生于欧洲的威斯特伐利亚体系。^⑧威斯特伐利亚体系在其成型过程中受到欧陆大陆法系主权国家崛起的影响,将司法辖区的归属和国家边界紧密地联系在一起。根据欧陆国家当时普遍倡导的属地管辖原则,国家对于其境内的居民和活动,无论其国籍,有完全的司法管辖权。^⑨因而当一个国家试图对其领土之外的事项进行管辖时,会遇到法律域外性

① Pierre-Hugues Verdier, “The New Financial Extraterritoriality”, (2019) 87 *The George Washington Law Review* 239.

② 例如参见 Cedric Ryngaert, “Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)”, (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 625; Kingman Brewster et al., “Extraterritorial Application of United States Law: The Case of Export Controls”, (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 354.

③ 例如参见 Laura Zimmerman, “Sovereignty-Based Defenses in Antitrust Cases Against Chinese Manufacturers”, (2010) 36 *Brooklyn Journal of International Law* 1.

④ 例如参见 Elizabeth A. Rowe & Daniel M. Mahfood, “Trade Secrets, Trade, and Extraterritoriality”, (2014) 66 *Alabama Law Review* 53.

⑤ 例如参见 Matta A. Vega, “The Sarbanes-Oxley Act and the Culture of Bribery: Expanding the Scope of Private Whistleblower Suits to Overseas Employees”, (2009) 46 *Harvard Journal of Legislation* 425.

⑥ John Miller, “Extraterritorial Effects of Trade Regulation”, (1963) 111 *University of Pennsylvania Law Review* 1092.

⑦ Pamela Bookman, “Litigation Isolationism”, (2015) 67 *Stanford Law Review* 1081, p. 1089.

⑧ 参见刘文明:《19世纪末欧洲国际法中的“文明”标准》,载《世界历史》2014年第1期。

⑨ 又见 Sarah Krakoff, “A Narrative of Sovereignty: Illuminating the Paradox of the Domestic Dependent Nation”, (2004) 83 *Oregon Law Review* 1109.

的问题。在司法实践中，法律域外性既包括域外管辖，即法院受理其属地以外的事项，又包括法律的直接域外适用。这两种概念在学术文献中也经常被混合使用。

即便如此，法律域外性有其国际法上的历史渊源。早在欧洲殖民时代就存在域外法治。随着欧美列强在域外设立法庭，欧美法也随着其殖民路线在其域外被适用。在近代中国，上海开埠后的公共租界以及法租界曾经出现过的会审公廨，既是一种治外法权，也是法律在域外的直接适用。^①《凡尔赛条约》签署之后常设国际法院审理的“荷花号案”^②也是国际法默许域外管辖的知名案例，是美国赋予国内法域外效力的重要国际法理依据。出于对战后世界和平秩序的新考量，法律域外性在两次世界大战之后被逐渐弱化。美国罗斯福时代国务卿赫尔（Cordell Hull）曾经在1942年公开指出：域外性原则与国际法一般原则不相匹配。^③

英美政治家在其政治构想中曾一度认为二战后世界经贸秩序将不再需要法律域外性。然而随着国际局势的变迁和国际经贸往来的日益频繁，在法律解构中单纯进行境内境外的二元区分给当代国际法带来了极大挑战。由于近现代经济全球化带来的全球市场高度一体化，对于同一行为（尤其是跨国商业行为），不同主权国家可能都有规制意愿。在此背景下，美国国际法泰斗，耶鲁法学院前院长高洪株（Harold Hongju Koh）提出了“监管竞合”（competing regulatory philosophies）理念。^④如果我们把全球想象为一个良性竞争的主权监管市场（market of sovereign regulation），出现监管竞合现象极为普遍，在理想状态下，出现监管竞合的两国可以通过签订友好条约的形式对监管竞合进行协商、分割和合作，以取得良好的监管效果。通常情况下，国际法规则并不禁止国内法域外适用，现代国际法对于法律域外适用已经给予了主权国家更多的自由裁量权。但由于主权国家监管利益本身存在极大冲突，在大部分情况下监管竞合只能通过私法方式解决，即由国际民商事主体进行法域选择，并承担由法域选择带来的风险。

2. 美国法的普遍域外性及其具体适用

美国可能是目前世界上法律域外性最普遍的国家，因此本文以美国法为例对法律一般域外性及其适用进行阐述。虽然美国法的域外性是作为一种立法者规制意志的体现，在具体案件中的适用仍然取决于具有管辖权法院的态度。^⑤20世纪20年代初期，美国法院通常假设国会对域外事项的规制意愿较低，因此其一系列判例也体现了避免法律域外适用的倾向。^⑥在1980年以后，美国法院逐渐开始广泛地根据美国成文法对域外事项进行裁决，这种倾向在“廷布莱因木材公司诉美国银行案”（*Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*）中达到顶峰，^⑦并被美国司法界和学

① Crawford M. Bishop, “The American Consular Court System in China”, (1922) 8 (4) *American Bar Association Journal* 223, pp. 223 – 225.

② *S. S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment 1927 P. C. I. J. 9 – 18 (Sept. 7).

③ Turan Kayaoglu, “The Extension of Westphalian Sovereignty: State Building and the Abolition of Extraterritoriality”, (2007) 51 (3) *International Studies Quarterly* 649, p. 668.

④ Harold Hongju Koh, *Transnational Litigation in United States Courts* (Foundation Press, 2008), p. 16.

⑤ 美国管辖权的建立规则相当复杂，不是本文的研究范畴，因此不在此赘述，这里假设管辖权已经根据美国法建立无误的基础上讨论美国法的域外性。关于美国法域外管辖、域外适用等概念的辨析，可参见李庆明：《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。

⑥ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). 法院认为《谢尔曼法》不适用于域外商业活动的规制。

⑦ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 472 U.S. 1032 (1985). 法院创立了效果和利益平衡原则（effects and interest-balancing test），即判定域外规制的“合理性”应当在平衡对国内市场的影响和效果之后综合决定。

界广泛接受。在近年的“莫里森诉国民澳洲银行案”(Morrison v. National Australia Bank Ltd., 以下简称“莫里森案”)中,这一倾向被修正。在涉及证券欺诈案的“莫里森案”中,最高法院抛弃了将违法行为地作为判定域内域外的唯一方式,选择了将交易行为地作为考察《1934年证券法》第10(b)条的适用范围标准。这相当于直接将《1934年证券法》的适用作为一个实体而非管辖问题来处理,意在减少与美国关系不大的证券诉讼。“莫里森案”和三年后根据《外国人侵权法》提出申请的“Kiobel诉荷兰皇家石油公司案”(Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.)基本确立了美国法院近期反对不必要的美国法域外适用的基本倾向,^①直接影响了《美国对外关系法重述(四)》的修订。^②

因此,目前美国法学界通常认为,美国法院对于法律的域外适用正在逐渐收缩。这一做法可能是国际压力所致,且受到一些学者的批评。这些学者认为,美国法院作为全球实现正义(access to justice)中心,应当适当支持挑选法院(forum shopping)。^③同时,在法院逐渐收缩司法域外性时,美国的行政执法域外性却在加强,特别是在涉及贸易、金融监管等方面。^④这和绝大部分中国企业及法律界人士的感受和评价相一致。例如,不少研究就关注了《美国反海外贿赂法》(FCPA)的监管域外性。卡兹马雷克(Sarah C. Kaczmarek)和纽曼(Abraham L. Newman)的研究证明,FCPA执法不正当地偏向外国企业,并且这种偏好可能影响到了经济合作与发展组织(OECD)的执法;^⑤而莱博尔德(Annalisa Leibold)在2015年的实证研究指出,在2015年之前的10起罚款金额最高的FCPA执法案件中,有8起涉及外国企业。^⑥不少美国学者对这种域外行政执法的扩张提出了激烈批评,认为会直接影响到美国海外盟友和美国投资者的利益,降低美国市场的实际吸引力。^⑦虽然大部分具有域外性的监管执法均由公权力机构(例如美国司法部和证监会)实施,但少数域外规制类法律也创设了民事求偿制度。中美贸易战中的某些美国企业对中国企业提起的“337调查”(源于《1930年关税法》的337条款)就允许美国实体针对境外发生的侵犯美国商业秘密的行为在美国国际贸易委员会(International Trade Commission)进行私人诉讼,以达到阻止侵权商品进口到美国的目的。

总体而言,国家主张国内法具有域外效力,进行国内法的域外适用,是国际社会发展过程中的客观现象。并非所有的国内法域外适用都涉嫌违反国际法规则。^⑧美国法的域外适用主要运用

① William Dodge, “The New Presumptions Against Extraterritoriality”, (2020) 133 *Harvard Law Review* 1582.

② William Dodge, “The New Presumptions Against Extraterritoriality”, p. 6; *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations of the United States* § 404 (American Law Institute, 2018).

③ See e. g., Pamela Bookman, “The Unsung Virtues of Global Forum Shopping”, (2016) 92 *Notre Dame Law Review* 2.

④ Verdier, “The New Financial Extraterritoriality”; Lawrence G. Baxter, Extraterritorial Implications of Recent Financial Regulation Reforms: A Complex World of Global Finance (keynote presented to a conference on “The Current State of Global Financial Reform,” First Annual Duke Law-KoGuan School of Law Financial Law Workshop hosted by the KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, presented on 28 June 2014); Alina Veneziano, “Hegemony of the Extraterritorial of U. S. Securities Laws”, (2019) 17 *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 343.

⑤ Sarah C. Kaczmarek, “The Long Arm of the Law: Extraterritoriality and the National Implementation of Foreign Bribery Legislation”, (2011) 65 (4) *International Organization* 745.

⑥ Annalisa Leibold, “Extraterritorial Application of the FCPA Under International Law”, (2015) 51 *Willamette Law Review* 223, p. 235.

⑦ Rachel Brewster, “Enforcing the FCPA: International Response and Domestic Strategy”, (2017) 131 *Virginia Law Review* 1611; Mike Koehler, “Has the FCPA Been Successful in Achieving Its Objectives”, (2019) 2019 *University of Illinois Law Review* 1267.

⑧ 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》,载《环球法律评论》2019年第3期。

于对美国境外发生的商业行为进行规制，但由于其规制目的与保障国内市场秩序紧密相连，而规制手段多为私人诉讼手段配以少量的行政执法，很难直接判断哪些域外适用属于《阻断办法》中的“不当域外适用”情形，给《阻断办法》的适用增加了不确定性。事实上，在主权国家域外规制越发强势，国际法失去牙齿（toothless）的时候，近年美国之外的国际法学界也越来越接纳由国内法直接进行域外规制的做法。^① 美国法的域外规制框架不少还被国际规制体系纳入^②，深刻影响了全球经贸法律体系的发展。

（二）法律域外适用的特例——次级制裁

外国法律与措施“不当禁止或者限制中国公民与第三国地区及其公民进行正常的经贸及相关活动”的适用情形（以下简称“第三国禁止”），是目前国内外学界业界的关注重点。^③ 部分论述认为“第三国禁止”剑指美国的次级制裁。^④ 次级制裁与司法域外适用实质不同，一般是以前行政执法的域外适用为其行使基础，是美国法域外适用的特殊情况。在次级制裁的情况下，美国通过颁布禁令禁止美国公民、实体或者与美国有经贸往来的公民、实体与受到美国制裁的实体进行交易；^⑤ 少数学者认为“第三国禁止”的适用范围不仅包括次级制裁，也包括初级制裁，即当事国对第二国（被制裁国）做出的直接制裁。^⑥

国际法一般原则认为，参与制裁的国家数量越多，发起制裁的合法性程度越高。例如联合制裁国通常会向联合国安理会施压，对一些国家或者地区发起制裁。但多边制裁合作存在很多困难。作为世界上最重要的单边制裁国，美国的次级制裁制度设计相比初级制裁复杂得多。^⑦ 事实上，无论是初级制裁还是次级制裁，美国单边制裁的实施主体都是财政部下属的海外资产控制办公室（OFAC）。^⑧ OFAC 与美国贸易规制制度赋予总统的直接权力相连，而不通过法院进入民事司法体系。^⑨ 美国近年典型的次级制裁案例是《赫姆斯——伯顿法》下美国对于与古巴进行贸易

① Joanne Scott, “Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law”, (2013) 62 *The American Journal of Comparative Law* 87.

② 比如《美国反海外贿赂法》被 OECD 体系用于规制国际贿赂行为；《多德——弗兰克法》被巴塞尔体系采用进行全球压力测试。参见 David Zaring, *The Globalized Governance of Finance* (Cambridge University Press, 2020)。

③ 徐姗姗等：《从“再出口”管制与“次级制裁”出发，八问〈阻断办法〉》，2021年1月21日，中伦资讯，<http://www.zhonglun.com/Content/2021/01-21/1641518851.html>；廖凡：《构建应对滥用经济制裁的制度体系》，中国法学网，http://iolaw.cssn.cn/bwsf/202101/t20210112_5244300.shtml；《中国商务部出台新规应对特朗普制裁》，BBC 中文网，<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/chinese-news-55617716>。

④ 参见廖凡：《构建应对滥用经济制裁的制度体系》（《阻断办法》针对的是“次级制裁”）；《中国商务部出台新规应对特朗普制裁》（在该文中，香港 Steptoe & Johnson 律师事务所 Nicholas Turner 律师接受媒体采访时指出“这项规定针对的是针对伊朗或俄罗斯等第三国、对中国公司会产生不利影响的制裁”）。

⑤ 除美国外其他国家也有进行次级制裁的尝试，例如阿拉伯之春国家联合对以色列进行的全面制裁，也包括对与以色列有经济往来的第三国个人或者实体的制裁。需要注意的是，美国并不支持阿拉伯联盟对以色列实施的制裁。

⑥ Mohamed Helal, “On Coercion in International Law”, (2019) 52 *New York University Journal of International Law & Politics* 1.

⑦ 研究中美贸易战中美国次级制裁的中文论文参见沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，载《比较法研究》2021年第1期。

⑧ Court E. Columbic, “Leveraging the Three Core Competences: How OFAC Licensing Optimizes Holistic Sanctions”, (2013) 38 *North Carolina Journal of International Law & Comparative Regulation* 730.

⑨ Daniel C. K. Chow, *International Trade Law: Problems, Cases and Materials (Aspen Casebook Series)*, (Aspen Publisher, 2nd edn, 2012) Chapter 14.

的第三国进行的制裁，这一举动受到欧盟国家的普遍批评和司法抵制。^①

作为一种域外适用的特例，法学界很多学者认为次级制裁是违反国际法基本原则的。^②当然，也有部分学者认为次级制裁的合法性取决于制裁是否发生在制裁国内部（即 *territorial secondary sanction*），并直接作用于制裁国内部的实体和财产。^③例如，如果美国对 Z 国实施出口禁令，美国要求所有在美公司遵守这一禁令而不对与 Z 国进行出口的中国公司 C 交易，这种次级制裁由于发生在制裁国内部，则被认为合法。如果美国要求在中国的美国公司不能与 C 公司进行交易，这种次级制裁由于发生在制裁国以外，通常被认为是非法的。换言之，无论哪种理解，业界普遍认为发生在制裁国之外的次级制裁是非法行为。

事实上，由于美国的次级制裁依托于美元支付清算体系，而其体系本身位于美国境内，因此在现代意义上绝对地发生在制裁国（美国）之外的次级制裁数量相对来说很少，而更多出现的是上述发生在制裁国内部的次级制裁。如叶研就指出，即使是中美贸易战中被密切关注的“孟晚舟案”，“华为尽管违反的是美国对伊朗这一第三国的制裁，但却因为美元和美国银行这一连接点的适用，被美国政府认为其行为导致汇丰银行触犯了初级制裁规则”。^④

按照《阻断办法》的文意解读，其“第三国禁止”应当主要是针对次级制裁的情况，按照通行的法律解释原则应不包括初级制裁。因此，按照《阻断办法》的设计，如果不当域外适用是如第 2 条文义所述的“违反国际法基本原则的域外法律适用”，那么其针对的是在美国境外发生的典型次级制裁的情况，适用范围会非常狭窄；如果包含美国境内实施的次级制裁，那么反制效果会相当有限。而假若是像部分评论所指出的也包括初级制裁的情况，则需另外深入探讨何种初级制裁在法理上违反国际法基本原则。但能否通过一个简单的阻断法便可制衡美国完善且依附强大美元体系的制裁制度，则需要更加深度的分析和探讨。

二 阻却立法制度与《阻断办法》的效应分析

本部分将主要讨论常见的阻却立法类型，并结合美国法院对于他国现有阻却立法的态度，判断阻却类立法的一般效果。

（一）阻却立法的一般类型

严格来讲，阻却立法（*blocking statutes*）这个词语具有一定的误导性，因其包含实施背景和应用方式不同的法律类型。一类是司法类阻却，主要通过法院阻断美国诉讼程序对于本地当事人的影响，受政治类因素影响较小；另一类则是近年新出现的制裁类阻却立法，其受政治因素影响

① 欧盟认为《赫姆斯——伯顿法》中的次级制裁违反了 1994 年《关税与贸易总协定》（GATT1994）第 11 条，因此于 1996 年在 WTO 起诉美国，但后来由于克林顿执政期间的和缓态度最终于 1998 年撤诉。

② Jeffery Meyer, “Second Thoughts on Secondary Sanctions; Steiner, International Boycotts and Domestic Order; American Involvement in the Arab-Israeli Conflict”, (1975 - 1976) 54 *Texas Law Review* 1355, p. 1356; Cedric Ryngaert, “Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)”.

③ Mohamed Helal, “On Coercion in International Law”.

④ 叶研：《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉分析与评述》，2021 年 1 月 10 日，国际业务，<https://mp.weixin.qq.com/s/uiYwiB8PVZ5LOluW1Qmd0A>。

较强，由司法机关配合行政需求，为在制裁中遭到经济损失的本地当事人提供金钱和其他支持。国际范围内对于司法类阻却立法的研究较多，^① 而对于制裁类阻却立法的研究相对较少。由于制裁类阻却立法产生时间较晚，其实际应用案例也较匮乏。

1. 司法取证阻却

阻却立法中最早出现的是取证阻却类立法。由于美国是跨境诉讼法院选择地的中心，美国以外大部分国家的阻却立法针对美国诉讼程序中广泛且费用高昂的取证程序。^② 美国法院的强制取证（court-ordered discovery）制度在全球适用范围广，违法成本高，^③ 造成了很多在美应诉企业的苦恼。《美国联邦民事诉讼规则》下的证据开示制度（discovery）不仅要求当事人提供对己方有利的证据，也要求当事人提供对其不利的证据；因此能使诉讼当事人较容易地得到对方、甚至是第三方的信息，例如公司内部电子邮件、文件、记录和规章。即使此类信息的披露会违反证据所在国法律规定，一方也可以要求在美国诉讼程序中的对方披露所需信息。由于由当事人直接进行的域外取证被一些国家视为违反主权原则，^④ 很多国家都通过官方渠道对美国的境外取证程序进行过抗议。^⑤

目前世界上有超过 15 个国家颁布了针对美国取证程序的阻却立法。其中，法国在 1968 年为应对法国船运公司在美频繁的反垄断诉讼而颁布的《阻却法》最常被引用。根据法国《阻却法》，没有法国法院的批准，在法国境内当事人不能在他国的跨境诉讼中披露证据。^⑥ 法国《阻却法》的适用范围非常广，不仅针对涉及主权、国家秘密或者重要商业利益的证据，还针对法国境内的所有一般证据。法国《阻却法》附带刑事责任，违反《阻却法》的个人和实体将被处以罚金，甚至面临监禁。^⑦ 虽然英国、澳大利亚、加拿大等前英联邦国家也有类似立法，但这些立法并不像法国法一样对当事人提出强制性要求，而是给予法官一定的自由裁量权。

① 例如参见 Vivian Grosswald Curran, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, (2016) 76 *Louisiana Law Review* 1141; Henry Saint Dahl, “Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes”, (2004) 35 *Inter-American Law Review* 21; M. J. Hoda, “The Aerospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It”, (2018) 106 *California Law Review* 231。

② 这里的跨境取证主要指《美国联邦程序民事诉讼规则》第 26 条下的综合披露义务。

③ 《美国联邦民事诉讼规则》允许一方诉讼当事人从对方当事人手中取得相关文件来支持己方的诉求或抗辩，纵使这些证据将对提供方带来不利后果。这些证据的常见形式包括应对方要求而提供的书面证据、通过庭外证人证言形成的口头证言，以及通过回答书面质询形成的书面证言。参见胡梅：《在中国境内为美国诉讼取证》，2012 年 4 月 28 日，金杜律师事务所 China Law Insight, https://www.chinalawinsight.com/2012/04/articles/dispute-resolution/%E5%9C%A8%E4%B8%AD%E5%9B%BD%E5%A2%83%E5%86%85%E4%B8%BA%E7%BE%8E%E5%9B%BD%E8%AF%89%E8%AE%BC%E5%8F%96%E8%AF%81/#_edn1。

④ Mark A. Cotter, “The Hague Evidence Convention: Selfish U. S. Interpretation Aggravates Foreign Signatories and Mandates Changes to Federal Discovery Rules”, (1991) 6 *Florida Journal of International Law* 233, pp. 243 – 245.

⑤ 例如参见 *FTC v. Compagnie de Saint-Gobain-Pont-a-Mousson*, 636 F. 2d 1300, 1306 n. 18 (D. C. Cir. 1980) (providing text of French diplomatic note that “expressed formal reservations regarding the application in France of the principle of pre-trial discovery of documents characteristic of common law countries”); M. D. Copithorne, “Canadian Practice in International Law During 1978 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs”, (1979) 17 *Canadian Yearbook of International Law* 334, p. 337。

⑥ Vivian Grosswald Curran, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, p. 1145.

⑦ Vivian Grosswald Curran, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, p. 1144.

以法国为例，确有因为违反《阻却法》在法国境内受到刑事处罚的当事人。^① 美国最高法院在“法国国家航空工业公司诉美国爱荷华南区联邦法院案”（*Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U. S. District Court*，以下简称“国家航空案”）确立了不因为境外阻却法的存在而对其法院辖区内的当事人停止强制证据披露的原则，令不少法国跨国企业陷入了两难的境地。^② 在2008年之后，法国最高法院推翻了在“克里斯托佛/MAAF 保险公司案”（*Christopher X/MAAF*）中的判罚，判定《阻却法》不适用于处罚当事人及其律师在一般民事案件的取证行为。但美国“国家航空案”判决的存在令当事人很难利用境外阻却立法对证据开示做出有力抗辩。不少中国法律界人士仍对2011年的“古驰诉李案”（*Gucci America v. Li*，以下简称“古驰案”）记忆犹深。该案涉及中国公民 Weixing Li 在中国几大电商售卖侵犯古驰美国公司（*Gucci America*）商标权的产品，古驰美国公司对中国银行纽约分行在内的几个银行进行直接取证，证据涉及被告电商的账户信息，中国银行试图援引《中国银行保密法》拒绝提交这些证据，纽约南区法院的法官作出了支持古驰美国公司强制取证的判决。“古驰案”的法院判决遭到了中国银监会的抗议，却并未令法院更改其裁决。中资银行在美机构并不能够援引中国存在的阻却立法拒绝在美国的取证要求，此原则在“古驰案”中被再一次证实。^③ 当然根据“国家航空案”判决，美国法院在适当情况下可以考虑礼让境外的《阻却法》。然而，对于《联邦民事诉讼规则》第26条和外国证据阻却法的实质性冲突，美国最高法院仍缺乏一个强有力的判例对其协调。

2. 立案阻却

立案阻却并不十分常见，且主要存在于拉丁美洲国家的法律中。^④ 拉美国家的法律体系具有一般发展中国家的腐败、中立性缺乏、透明度低等问题，不受到外商甚至本地商业实体的信任，造成本可以在拉美国家内进行的诉讼在当事人的主动选择下涌入美国。由于这些案件通常和美国关系较小，美国法院经常用普通法中的重要管辖原则——不方便法院地原则为理由驳回这些诉讼。而在这个背景下出台的拉美国家立案阻却法律通常禁止拉美当事人在案件被美国法院以不方便法院为由驳回后，在拉美法院重新提起诉讼。^⑤ 这种立案阻却立法经常被选择在美国法院提起诉讼的拉美当事人援引，以证明一旦美国法院拒绝接受诉讼，他们将不得回到拉美进行诉讼。然而与取证阻却类似，美国法院在裁判过程中很少考虑拉丁美洲国家存在的这类立案阻却立法，造成了拉美当事人的“法域选择僵局”，也遭到很多学者的反对。^⑥ 部分美国法院在拉美国家存在立案阻却的情况下，允许当事人回到美国重新提起由于“不方便法院地”原则被驳

① 例如在“克里斯托佛/MAAF 保险公司案”中，法国最高法院于2007年对根据美国证据开示制度在法国取证的法国律师判处徒刑。

② William Dodge, “International Comity in American Law”, (2015) 115 *Columbia Law Review* 2071.

③ 参见 M. J. Hoda, “The Aerospatiale Dilemma; Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It”。

④ Henry Saint Dahl, “Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes”; Jena Sold, “Inappropriate Forum or Inappropriate Law? A Choice-Of-Law Solution to the Jurisdictional Standoff between the United States and Latin America”, (2020) 60 *Emory Law Journal* 6.

⑤ 司法管辖阻却源于大陆法系管辖原则中的 judicial preemption 概念，由于不是本文的研究范畴，本文不在这里展开叙述，相关研究可参见 Dante Figueroa, “Are There Ways Out of the Current Forum Non Conveniens Impasse Between the United States and Latin America?”, (Spring 2005) *Business Law Brief*, p. 42 and p. 44.

⑥ Maggie Gardner, “Retiring Forum Non Conveniens”, (2017) 92 *New York Law Review* 390.

回的诉讼。除此之外，这种僵局在近年似乎仍没有得到缓和。^①

3. 一般法律域外适用阻却

此外，还有针对美国法一般域外适用的阻却立法。早在1980年，针对美国法的域外适用，特别是其反垄断法的域外适用，英国就颁布了《贸易利益保护法》（The Protection of Trading Interests Act，以下简称1980年《保护法》），旨在避免外国法的域外适用侵犯英国主权，制约外国法律和政府措施对国际贸易的操控。1980年《保护法》包括不予执行外国法院的禁止令，以及外国政府限制英国向特定国家出口货物的命令等等。相比于早先的立法，1980年《保护法》更注重保障英国的经贸利益（trading interests）。英国的《保护法》介于行政法和民事法之间，其在个案中的启动运行需依赖政府的命令，从而避免应用过于宽泛或频繁。^②《保护法》下的主管机构是国务大臣（the Secretary of State），其有权颁布指令，要求受到外国法影响的英国经营者报告受到的限制，并禁止其遵守国外的法令和措施。^③

根据1980年《保护法》，英国法院可以拒绝执行根据外国法作出的判决（第5条），并允许在境外法院诉讼中被判令承担多重赔偿责任的英国经营者向英国法院起诉，要求归还赔偿金（第6条）。前英联邦国家加拿大与澳大利亚的阻断制度均与英国相似。加拿大在1984年制定了《外国域外措施法》（Foreign Extraterritorial Measures Act），澳大利亚同年实施了《外国程序（超越管辖权）法》（Foreign Proceedings（Excess of Jurisdiction）Act 1984），包含赔偿金条款。这种归还赔偿金条款（claw-back）虽已被商务部《阻断办法》吸收，但实际应用案例却很少见。^④

4. 制裁阻却

与《阻断办法》性质最相近的阻却立法应当是近年出现的制裁阻却法。欧盟最早在1996年颁布《欧盟阻断法》保护欧盟实体在与第三国的正常交易中免受美国对伊朗、古巴、叙利亚等国的制裁影响。受到特朗普单边主义影响，美国于2018年退出针对伊朗问题的《联合全面行动计划》。为防止美国对伊朗制裁升级影响到欧盟实体，欧盟于2018年修订了其阻断法，增强了其措施的实用性。修正后的《欧盟阻断法》为欧盟境内的当事人提供了使境外判决、裁决无效（第4条）、例外授权（第5条）、求偿机制（第6条）等救济机制，与商务部《阻断办法》的设置体例类似（详见表1）。由于欧盟与美国的政治盟友地位，自2018年至今受到美国次级制裁影响的欧盟企业实际并不多。因此，修订后的《欧盟阻断法》的政治声明效果大于其司法执行效果。^⑤作为一种新型的制裁阻却立法，由于其实践案例匮乏，《欧盟阻断法》实施效果较难判断。

① Sidney Smith, “Forum Non Conveniens and Foreign Policy: Time for Congressional Intervention (Notes)?”, (2019) 90 *Texas Law Review* 743.

② 朱永锐：《〈阻断办法〉对国际诉讼与仲裁有何影响？如何执行？》，2021年1月12日，走出去智库，<https://www.163.com/dy/article/G054GL5R0519BMQ6.html>。

③ 1980年《保护法》第1条；*Laker Airways Ltd v. Department of Trade* [1977] 2 All ER 182; [1977] QB 643; Patrizio Merciai, “The Euro-Siberian Gas Pipeline Dispute-A Compelling Case for the Adoption of Jurisdictional Codes of Conduct”, (1984) 8 *Maryland Journal of International Law & Trade* 1。

④ 《外国程序（超越管辖权）法》第3条。

⑤ Jack Walsh, “The Blocking Statute-Deciphering its Provisions, How to Handle the EU/US Conflict, and Actions to Date”, Association of Certified Sanctions Specialists, 31 March 2020, <https://sanctionsassociation.org/the-blocking-statute-deciphering-its-provisions-how-to-handle-the-eu-us-conflict-and-actions-to-date/>; John Smith *et al.*, “Back to the Future: Helms-Burton Versus the Blocking Statutes, Who Will Prevail?”, Morrison & Foerster Client Alert, 20 August 2019, <https://www.mofo.com/resources/insights/190820-helms-burton-blocking-statutes.html>.

欧洲的精英阶层中有相当大部分的泛大西洋主义者，尤其是20世纪90年代中东欧社会主义阵营瓦解后，欧美联盟日益密切。当崇尚国际主义的拜登政府完成过渡后，欧美关系可能会逐步重回旧轨道，而美国的单边制裁数量在短期内不会超越特朗普时代，因此《欧盟阻断法》的用途在今后一段时期可能较为有限。

表1 《阻断办法》与他国现存阻却立法类似条款的比较

《阻断办法》实施措施	可能参照体系
报告制度	《欧盟阻断法》第2条
工作机制	/
禁令	《欧盟阻断法》第5(1)条、《加拿大外国域外措施法》第5条
拒绝执行	《欧盟阻断法》第4条
禁令豁免	《欧盟阻断法》第5(2)条(例外授权)
民事追索制度	《欧盟阻断法》第6条、英国《贸易利益保护法》第6条、澳大利亚《外国程序(超越管辖权)法》(1984)第12条
行政支持	/
必要反制	俄罗斯《关于针对美国和其他国家不友好行为的反制裁措施法》

根据表1不难看出，《阻断办法》的总体结构和具体细节设计主要参考了2018年修订后的《欧盟阻断法》，是一种典型的制裁阻却类立法。^①由于现阶段中美关系和欧美关系的不同，《阻断办法》的语言风格较《欧盟阻断法》更为强硬，而部分规制手段相对《欧盟阻断法》则较为模糊。

《阻断办法》主要实施机制为：报告制度和工作机制的建立、禁令及其豁免制度、民事追索制度、重大损失及其行政支持和必要反制制度。《阻断办法》的民事求偿机制（即第9条第2款）是企业的关注重点。当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼。目前全球范围内阻却立法中的求偿机制均缺乏实际应用案例。在审的“都会银行案”可能是关系《欧盟阻断法》求偿机制最重要的案件，英国网上银行都会银行（Metro Bank）在2017年至2019年间违反OFAC对伊朗和古巴的制裁，随后不得不支付2700万英镑用于应付监管调查并完善其合规体系。2020年1月，都会银行被一部分伊朗裔英国客户在英国起诉，声称他们的帐户没有经过警告或解释被冻结，违反了《欧盟阻断法》。该案的裁决以及任何处罚（如果有的话）都将为欧洲法院执行《欧盟阻断法》，以至中国执行《阻断办法》提供关键性的案例参考。

除了民事追索制度，《阻断办法》也建立了重大损失的行政支持及其赔偿制度。作为集体防御措施，《阻断办法》明确提出中国政府会对受损中国实体予以支持，以抵消这些实体所遭受的损失，但必要支持的范围、力度还不够明确。有评论指出支持可能会包括中国特色的国家援助或

① 需要注意的是，《欧盟阻断法》在其引言中特别提到“欧盟不认为第三国域外法适用为违反国际法的行为”，https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/international-relations/blocking-statute_en。

者集体互助,^① 如果这类赔偿被外资认为对其造成不正当竞争, 可能会引发相应的不正当竞争诉讼。这种集体互助也可能会进一步触发美国的贸易防御机制。

此外, 有分析指出《阻断办法》除了用于阻断制裁, 也可以扩大解释为适用于阻断司法执行程序。^② 特别是由于中美之间没有民商事判决互认条约, 也没有明确国际礼让原则在中美金钱裁决互相承认中的实质地位,^③ 这种扩大化解释可能会对中美目前日趋明朗和开放的商事司法互助造成影响, 令国际商业实体的跨境诉讼更为不确定。

(二)《阻断办法》的近期影响

以跨境商事主体的法律活动为例,《阻断办法》的施行将影响事前 (*ex ante*) 和事后 (*ex post*) 当事人。事前当事人通过法院选择主动参与可能发生在境外的跨境诉讼, 而事后当事人由于被诉、被制裁等被动接受法院或者行政机关的管辖。

1. 被动管辖当事人

中国跨国法律合规专家中有些人认为《阻断办法》在立法技术上存在“瑕疵”, 亦有人提出了“抖音困境”理论, 认为《阻断办法》实际上让中国企业 (以下简称中企) 陷入了“左右都违法的困境”, 逼迫中企做出“二选一”的两难选择, 对中企积极参与“走出去”甚至“一带一路”倡议都有负面影响。^④ 从立法目的来看, 作为阻却立法,《阻断办法》主要目标似乎不是美国的总统行政令 (Executive Order), 因为行政令通常不具有域外效力, 而在拜登政府过渡后类似特朗普政府朝令夕改的做法也会得到一定程度上的缓解。《阻断办法》能否成为妥善抗衡美国次级制裁的法律武器, 仍需要从长计议。

对于在美中企来说, 若商务部根据《阻断办法》针对某项美国域外规制事项颁发禁令, 最有力的抗辩武器可能是美国法庭的国际礼让 (comity) 原则。中文论文中针对美国礼让原则的专门研究较少,^⑤ 然而不少近期的英文研究成果证明美国法官引用礼让原则判案已经在近十年有逐渐增长的趋势。^⑥ 根据礼让原则, 美国法院对于外国国家针对私人主体的国家行为 (act of state) 作出礼让。与大陆法系国家源于国际公法的礼让原则不同, 美国的礼让原则基于私域自治理论,

① 刘相文等:《应运而生的保护伞?从跨境争议解决角度解读商务部〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉》,2021年1月13日,中伦视界,<http://www.zhonglun.com/Content/2021/01-13/1526148152.html>;段志超等:《浅析〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉》,载《汉坤专递》2021年第1期,第3—7页,<https://www.hankunlaw.com/downloadfile/newsAndInsights/24c379feaf1e93b3e5a0641eb5923988.pdf>。

② 参见邹唯宁:《从中国民事诉讼角度看〈阻断办法〉》,2021年1月20日,君和法评,<http://www.junhe.com/legal-updates/1384>;匿名评论,discussion in the China Law Listserv (9 January 2021)。

③ 不过在一些案例中,美国金钱判决在中国直接得到了承认,例如湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民商外初字第00026号案件就应用了互惠原则,参见《首例承认和执行美国法院判决的裁定中的“互惠原则”(湖北案例)》,2017年10月16日,北京仲裁委员会案例评析,<https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3059>。

④ 马狄笙:《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的刑事解读》,2021年1月13日,君和法评,<http://www.junhe.com/law-reviews/1380>;王峰等:《〈阻断办法〉若干问题跨境比较研究》,2021年1月15日,金杜研究院,<https://www.kwm.com/zh/cn/knowledge/insights/cross-border-comparative-study-20210115>。

⑤ 关于国际礼让原则在美国法院适用的中文论文,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92页。该文提及“美国冲突法没有给予公法特别的对待和定位…但这并不意味着美国在冲突法案件中对待外国公法的态度和大陆法国家截然不同”。

⑥ Maggie Gardner, “Parochial Procedures”, (2017) 69 *Stanford Law Review* 941.

认为让普通私人当事人在主权法律法规中进行“二选一”在司法哲学上是不公平的。^①

由国际礼让原则衍生出的两个法律原则——国家行为（act of state）原则以及外国强迫（foreign compulsion）原则，被普遍应用于美国的反垄断诉讼当事人抗辩中。例如在中国公司参与的“动物科学产品公司诉河北维尔康制药公司案”（Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd, 又称“维他命C案”）中，在最高法院重审此案之前，联邦巡回法院和地区法院一直以礼让原则驳回原告诉讼。虽然这一理论最终没有得到最高法院支持，但最高法院并没有全盘否定礼让原则的使用，而是认为在类似案件中礼让原则的适用应当建立在一定证据基础之上。^② 而美国著名程序法学家道奇（William Dodge）认为，中国公司在此案的前述程序中并非被迫，而是主动要求商务部进行价格锁定，未能满足善意（good faith）要求，因此不适用国际礼让。^③ 据此，今后中国公司如面对遵守美国法规定可能违反《阻断办法》的情形，在诉讼中适当引用国际礼让原则进行抗辩仍可能被美国法院接受，从而免受经济损失。

2. 主动诉讼当事人

除了被动接受制裁的当事人，《阻断办法》还会影响主动参与跨境诉讼程序的中国当事人。中国当事人越来越积极地进行法域选择，以保障其在全球的利益。例如，在最近的美跨证据开示^④、跨境金钱判决执行^⑤等有影响力的案例中，都有中国当事人的身影。这些民间的私法交流在一定程度上反向促进了中国的商事诉讼法治实践的发展。虽然目前《阻断办法》表面设计更像是制裁阻却立法，但其语言的宽泛性，特别是其中涉及不执行境外判决的语言，今后有可能被用于阻断境外判决。

在《阻断办法》颁布后，不少实务界人士的担心集中在公平、合理和非歧视性的专利许可原则（Fair, Reasonable, and Non-discriminatory, 以下简称FRAND原则）诉讼中违反当事人意愿的全球标准专利许可费定价和中美法院出具的禁诉令（以及反禁诉令）中。^⑥ 在司法实践中，标准必要专利许可费的确定，通常由法官根据案件的具体情况，以FRAND原则为指导，行使自由裁量权，自行选择适当的方法对标准必要专利侵权损害赔偿做出判断，具有事后性特点。^⑦ 在目前的FRAND诉讼中，常见当事人在两地法院同时提交诉讼或申请的情况，例如2018的“华为诉三星案”（Huawei v. Samsung）中，华为最早同时在加州北区法院和深圳法院提交了申请；在“华为诉爱立信案”（Samsung v. Ericsson）中，武汉中院和德克萨斯东区法院同时于2020年12月7日和12月11日接受了当事人申请。武汉法院于2020年12月25日（即美国圣诞假日当天）

① 美国的礼让原则和大部分大陆法系国家的礼让原则有很多基础性的不同，在此不赘述。参见 William S. Dodge, “Jurisdiction, State Immunity, and Judgments in the Restatement (Fourth) of U.S. Foreign Relations Law”, (2020) 19 *Chinese Journal of International Law* 101; William Dodge, “International Comity in American Law”; Maggie Gardner, “Retiring Forum Non Conveniens”。

② *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, 138 S. Ct. 1865 (2018)。

③ William Dodge, “Jurisdiction, State Immunity, and Judgments in the Restatement (Fourth) of U.S. Foreign Relations Law”, p. 134.

④ Yanbai Andrea Wang, “Exporting American Discovery”, (2021) 87 *The University of Chicago Law Review* 2028 (noting that Chinese litigants are among the most frequent groups of requesting 1782 discovery in the U.S.)。

⑤ Aaron D. Simowitz, “Convergence and the Circulation of Money Judgments”, (2019) 92 *Southern California Law Review* 1031.

⑥ Mark Cohen, “Due Process and ASFs: Wuhan and Texas”, China IPR Blog, 4 January 2021, <https://chinaipr.com/2021/01/04/due-process-and-asf-wuhan-and-texas/>.

⑦ 肖延高等：《标准必要专利许可费困境及其形成机制研究》，载《中国科学院院刊》2018年第3期。

批准了三星要求的禁诉令。爱立信于2020年12月18日在德州东区法院申请反禁诉令，而2021年1月11日德州东区法院在受理紧急临时禁令申请并听取当事人辩论后，也批准并签署了禁诉令。^①德州东区的禁诉令要求，至美国案件作出最终判决之时，责令三星“在中国诉讼中不得采取任何行动干扰本院确立爱立信或三星是否履行或违反与爱立信和三星的4G和5G标准必要专利管辖权，或者以其他方式干扰本院审理”。类似这种外国法院认为中国法院按照当地法律没有给当事人足够抗辩机会而出具的禁令并不罕见，也不具有很强的政治性。印度德里最高法院在“交互数字通信有限公司诉小米案”（*Interdigital v. Xiaomi*）中的裁决（2020）属于这种情况。^②英国最高法院在“美国无线星球有限责任公司诉华为案”（*Unwired Planet v. Huawei*）、“华为诉美国康文森无线许可公司案”（*Huawei v. Conversant Wireless*）和“中兴通讯诉康文森无线许可公司案”（*ZTE v. Conversant Wireless*）等系列案件中，也在中国法院已经确定管辖权的基础上受理案件并对案件重新进行了审理。^③这种两地法院根据当事人直接申请确立管辖权之后而进行的管辖权之争，虽然可能不在《阻断办法》的禁令范围内，但如果中国公司认为这种按照外国法律作出的裁决对其造成经济损失，根据禁令在中国法院要求赔偿，而中国法院支持了这类赔偿要求时，可能会激化FRAND禁诉令的管辖权重叠和国际私法冲突。^④

由于疫情造成的贸易保护主义飙升和贸易壁垒增加，不少外国企业已经选择将供应链转移至成本更低的东南亚国家。中国近期签订的《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）、《中欧全面投资协定》（CAI）等促进外资的协定彰显了中国开放性大国心态和对全球化立场的积极支持。而由于《阻断办法》的出台，中国的阻却立法可以影响到外国投资者在中国境外的法律遵守情况，从而造成其担忧，这可能对本来积极的制裁防御举措造成消极影响。另外，《阻断办法》的出台也可能造成外国投资者尤其是美国投资者向政府施压，要求政府改变或者取消针对中国部分企业的出口或者投资禁令等法律法规。这种情况在拜登政府时期发生的可能性更大。

三 中国域外规制体系建立的探讨

《阻断办法》实施后，加上2020年9月19日公布的《不可靠实体清单规定》和2020年10月17日通过的《中华人民共和国出口管制法》，中国通过国内法反制境外经济制裁的法律制度基本成型。中国域外规制体系的建立则刚刚开始。本部分重点论述成熟的域外规制体系是加强中国涉外法治建设的必然，以及当前国际形势下域外规制体系的架构重点。

① *Ericsson Inc. v. Samsung Electronics* (2: 20 - cv - 380 - JRG) (E. D. Texas), Emergency Application for Temporary Restraining Order and Anti-Interference Injunction Related to Samsung's Lawsuit Filed in the Wuhan Intermediary People's Court of China (filed 28 December 2020).

② 法院在判决书中写道：“在本案件的审理和判决期间，被告不得对原告执行武汉市中级人民法院于2020年9月23日通过的反诉讼禁令（anti-suit injunction）。”

③ Douglas Clark, “After Unwired Planet Why It's Now Over to China's Courts to Set Global FRAND Rates”, ROUSE Insights, 27 November 2020, <https://rouse.com/insights/news/2020/after-unwired-planet-why-it-s-now-over-to-china-s-courts-to-set-global-frand-rates-1>.

④ 中国法律实务界的回应参见丁文言、苏志甫：《跨国知识产权诉讼英美法院“长臂管辖”影响分析与应对建议》，2020年9月1日，知产财经，http://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/1421.html。

（一）加强涉外法治建设是深化改革、和平发展的基础

1. 域外规制是全球经贸一体化的必然选择

由于国际形势的变化和近年西方世界民粹主义的逐步强势，单边主义、贸易保护主义、供应链失衡、逆全球化充斥着国际经贸体系，也影响着国际经济法的发展。在国际组织特别是WTO在美国的影响下逐渐失去其多边制衡效力之后，除了美国法既有的域外性，很多其他地区的法律也逐渐倾向适当纳入域外规制条款。例如欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation）就具有域外性，部分语言甚至具有阻却立法的特点，造成了欧美在全球数据隐私规制权上的新一轮竞争，被学界认为是欧盟法域外适用范围扩大和阻却立法力量加强的一个有力例证。^①

纵观全球法律的域外适用特别是美国法的域外适用，对于主权国家来说，进行域外规制至少有几大作用：保障国内市场稳定，保障国内企业利益，实现本国公民实体的正义救济。换言之，国内法在域外规制中扮演作用，是全球化语境下国内市场发展的必然结果。2019年2月，中央全面依法治国委员会第二次会议指出：要加快推进我国法域外适用的法律体系建设，加强涉外法治专业人才培养，积极发展涉外法律服务，强化企业合规意识，保障和服务高水平对外开放。这表明，在中国经济实力不断增强，司法队伍建设取得良好成效的今天，中国在国际法的规则框架下建立自己的域外规制体系，不仅是对特朗普政府单边主义的政策回应，也是中国完善自身积极参与国际治理、保障中国实体参与正常国际经贸商事活动的重要路径。

2. 法治强则发展稳，法治强则域外规制强

美国法强烈的域外性，除了与美国的国家意识形态和政治经济实力有关，还与其司法体系和市场监管规则有很大关系。在扩大性解读管辖权的基础上，美国在近百年中独霸全球诉讼场域，这与其法律执业体系、较简单的立案制度、宽泛的证据开示制度和友好的赔偿制度密不可分；而美国强有力的域外执法制度，与其严密的金融体系、发达的资本市场、友好的商业创新环境和强大的科技创新实力密切相关。

在特朗普保守主义思维和全球政治角力变化的影响下，美国法院已经逐渐背离了其作为“世界法庭”的意志。近年来，管辖权等传统法律域外性事项对美国国外实体继续收紧，然而其经贸、金融、行政执法域外性受到特朗普孤立主义的影响，有扩大趋势。但由于受到国内外诸多势力牵制，这种行政执法域外适用范围扩大的合法性颇受美国国内学者质疑。^②虽然美国在特朗普执政期间回归单边主义，但拜登政府将延续美国的传统优势前进，吸引全球盟友回归。同时，美国回归全盛的道路并不平缓，特朗普政府的重要政治遗产影响了美国最高法院的保守化，最高法院对于司法资源越发倾向保护，影响了境外当事人选择美国法院诉讼的意愿，这为域外新

^① Joanne Scott, "Extraterritoriality and Territorial Expansion in EU Law", (2019) 62 *American Journal of Comparative Law* 87; Elaine Fahey, "The Global Reach of EU Law and Brexit: Between Theory and Praxis?", (2017) 20 *Irish Journal of European Law* 16.

^② 例如参见 Jeffery Meyer, "Second Thoughts on Secondary Sanctions", (2009) 30 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 905, p. 909; Kiran Gore, "An Introduction to the Trump Effect on the Future of Global Dispute Resolution", (2019) 51 *George Washington International Law Review* 633, p. 639.

“跨境商事争议解决中心”^①的崛起创造了可能。

目前中美经贸、科技竞争是当下和未来相当长时期内的全球外交主题。虽然涉外法治的建设和法律的域外规制与国家的外交战略密不可分，但国际法、跨国法学者和法律实务工作者在本领域的学术和专业判断不应当过于受制于外交关系，应避免“以外交思维取代法律原则”的理论偏颇。其实一直以来，在谈到法律域外性的时候，世界各国在批判美国的同时，也不约而同地学习和借鉴美国经验，建立自己的域外法适用制度。中国学者廖诗评就曾撰文指出：“在应对美国法域外适用措施时，中国需跳出（直接反制）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。”^②

（二）中国域外规制体系的架构重点

1. 以民商事司法的发展带动中国法的域外影响力

美国法极高的域外影响力以其司法体系为支撑。众所周知，美国法的全球植入是美式法治手段的全球蔓延，美国法律制度和其司法文化的输出与美国作为跨境诉讼中心的地位不无关系。美国以外的当事人，一方面忌惮美国法院宽泛的司法管辖权，一方面又依赖于在美国作为诉讼场域所能争取到的最优法律救济。因此，美国法的司法域外适用通常是国家司法传统和当事人主动选择的互动结果。而完善中国法域外适用体系也应首先以扩大中国法的域外影响力为基础。中国学者张鹏曾提出，中国法的域外影响力主要在两个层面体现，第一，域外司法裁判中对于中国法的被动需求；第二，域外裁判中法院主动引用中国法作为司法推理基础。^③中国法最直接的域外适用需求来自于司法解决纠纷的需求。在“走出去”的过程中，在国家涉外法治战略的影响下，中国商事主体不断主动加强中国法的选择和适用，以中国资本的输出资本带动中国法作为一种软实力向外输出，促使中国法有可能成为跨境交易互动中的重要准据法。^④

而进一步扩大中国法的域外影响必须以促进中国的法域选择为基础。在跨国商事诉讼的法域选择中，法官的判案技术、裁判的中立性、独立性和司法透明公开指数以及司法辖区内有助于诉讼进行的司法保障体系建设（例如多样性的律师收费制度、诉讼仲裁融资、执行保险），都是当事人考察的要点。^⑤由于英美法的内在对抗性，英美法系地区涌现出了不少像伦敦、纽约、新加坡这样的传统商事争议解决中心。近年来国际诉讼市场的竞争加剧导致在传统大陆法系法域也涌现了一批国际化专门化的商事法庭，将英美法的审判理念、证人盘问技术和私法自治思维融入进了纠问式的司法裁判，造成了大陆法、英美法在国际商事解决中的全球新融合。中国近些年的民商事司法改革（特别是涉外民商事司法的崛起），以“一带一路”、自贸区等国家战略为依托，

① 这种“跨境商事争议解决中心”既包括传统的受当事人青睐的国际仲裁地，也包括新崛起的各类国际商事法庭的所在地。参见 Pamela Bookman, “Arbitral Courts”, (2021 forthcoming) *Virginia Journal of International Law* (manuscript available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3691254)。

② 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176页。

③ 张鹏：《中国法的域外适用现状与域外影响力研究》，载《中国应用法学》2018年第1期，第149—150页。

④ 参见 Ping Xiong & Roman Tomasic, “Soft-Law, State-Owned Enterprises and Dispute Resolution on PRC’s Belt and Road—Towards an Emerging Legal Order?”, (2019) 49 *Hong Kong Law Journal* 1025。该篇论文指出，中国软法随着一带一路路国有企业跨国投资合同进行输出。

⑤ 在美国法院司法保护主义加强的今天，已经有学者提出了“法域选择是新类型的域外规制”理论，参见 Carlos Manuel Vazquez, “Choice of Law as Extraterritoriality”, in Chiara Giorgetti & Natalie Klein (ed.), *Resolving Conflicts on the Law: Essays in Honour of Lea Brilmayer* (Boston: Brill Nijhoff, 2019), p. 42。

促进专业化、智能化的各级法院建设，成效显著。中国法院特别是新设立的、根据当事人约定确定管辖的中国国际商事法庭愈来愈成为国内外当事人在涉外经贸活动中信任、依赖的裁判机构。此外，司法对于仲裁、调解等非诉争议解决手段的支持，也进一步促进了中国特别是上海、深圳等地成为异军突起的亚太仲裁中心的有力竞争者，为中国成为重要的商事争议解决地铺平了道路。^①在上述基础上，应当适当探讨如何将中国法的整体性策略性输出，转变为个体性主动性选择。随着中国法和中国法域成为当事人更加信赖的司法武器和国际争议解决地，应当扩大中国法的国际影响，增强中国法的域外规制能力和全球适用性。

2. 以国内市场的成熟健全中国法域外规制武器

对域外活动进行规制有利于维护国内市场秩序，保护公平竞争，保障消费者利益和社会公共利益。事实上，由于中国国内市场的不断发展，发生在中国域外的经济活动越来越影响到中国市场企业和消费者的核心利益。同时，涉及中国企业以及个人的跨国交易将制造更多的中国法连接点，也为中国法的域外适用创造了有利条件。目前中国的《反不正当竞争法》《证券法》等都已经出现了域外规制倾向，更加创设了私人追偿制度，令人鼓舞。例如中国《证券法》在2020年修订中首次引入针对中国企业在海外上市的域外适用制度，保障境内市场秩序和投资者利益。^②针对在美上市的瑞幸咖啡海外造假事件，不少学者当时就提出了境内投资者可以根据《证券法》中新引入的“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任”条款在中国法院进行追偿。但至今并没有任何投资者的个人或者集体诉讼出现，可能因为与《证券法》相衔接的行政监管和司法审判实务的具体落实层面尚存在一定障碍，投资者在法律适用上面临不确定性，相关法院也缺乏类似的案件审判经验。这使得《证券法》的域外规制体系目前仅停留在理论层面。

《反不正当竞争法》是中国另一部出现域外规制倾向的部门法。在2018年的“缤客公司(Booking.com)案”中，上海市工商局机场分局对注册地在荷兰的缤客公司作出了罚款20万元的行政处罚决定，对于域外有可能破坏中国市场秩序的行为作出了处罚，实现了中国《反不正当竞争法》的首次域外适用。从执法机关的角度看，行政机关也应当转变旧有的执法观念，适当行使自由裁量权，通过一定程度的域外执法来保护中国公民、企业和国内市场的利益。^③当然，与美国司法部近期令人诟病的“中国行动”^④等不同，中国的境外执法过程应当在中国法的基本标尺下，更加秉持公正、公平、平等的原则，以树立国际上的良好大国形象。

3. 以科技企业的知识产权崛起完善出口监管体系

目前中国制裁立法中存在“合规换市场”倾向，即以中国强大的消费市场为基础设计制裁

① 参见 Matthew Erie, “The New Legal Hubs: The Emergent Landscape of International Commercial Dispute Resolution”, (2020) 60 (2) *Virginia Journal of International Law* 225; 又见《最高人民法院中国仲裁司法审查年度报告》(2020), 前言部分。

② 参见杨峰:《我国证券法域外适用制度的构建》, 载《法商研究》2016年第1期。

③ 参见戴龙:《我国反垄断域外管辖制度初探》, 载《法学家》2010年第5期; 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》。

④ 2018年11月1日, 美国时任司法部长杰夫·塞申斯(Jeff Sessions)宣布, 美国司法部启动“中国行动计划”(China Initiative), 并明确计划目标是反制其认为的中国对美国国家安全造成的威胁。根据计划, 美国司法部将不遗余力对涉嫌盗取商业秘密、从事经济间谍活动、违反《美国反海外贿赂法》及其他美国法律的中国公司展开积极调查并提起诉讼。具体执行情况参见美国司法部《2019—2020中国行动年度报告》(The China Initiative: Year-in-Review (2019-20)), <https://www.justice.gov/opa/pr/china-initiative-year-review-2019-20>。

制度，违反相关立法的企业可能失去在中国的投资机会。在中国的各项经济指标持续进步的今天，应当将中国对于国际商事主体的吸引力，从强大的消费市场和优质中低价劳动力向科技实力和制度软实力转移。美国完善的出口监管体系建立在其科技实力基础上，包括中国之内的大批国家虽被美国科技“卡脖子”，却不会主动拒绝进口美国技术。近些年，中国的科技创新实力不断提高，在科技供应链中的地位不断提升。^①例如在“抖音案”中，由于相关交易中涉及字节跳动的核心算法技术，商务部的出口禁令就对特朗普总统令起到了较为有力的反制作用。

在美国贸易代表办公室（USTR）历年的“301报告”中，美国持续控诉中国企业的技术抄袭和网络入侵，WTO框架下尚未解决的强制技术转让问题更是中美贸易战的导火索之一。《中美第一阶段经贸协议》达成后，中国持续完善其知识产权立法，创设性地引入了与美国法相一致的“惩罚性赔偿”“举证责任倒置”等条款，无论是在立法技术上还是司法裁判策略上，都向科技发达国家看齐。^②随着知识产权保护法律制度的逐步完善，中国知识产权保护工作重点逐渐由立法转向司法和执法，提高法定赔偿额，加大创新保护力度。在知识产权强国已经成为国家战略的时候，中国科技企业需择机利用自身实力让中国技术成为进口国竞相追逐的技术，在“知识产权中国造”的基础上增强出口监管、不可靠实体清单规制体系的震慑力。

4. 加强涉外法律人才队伍建设，服务新时代对外开放大局

2020年4月，十三届全国政协第34次座谈会上，多位全国政协委员就“建设高素质的涉外法律服务人才队伍”协商议政建议。^③2020年11月16日习近平主席更是在中央全面依法治国工作会议上提出“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治”“加快涉外法治工作战略布局”，大大提高了“建设涉外法治”的国家战略层级，对于协同实施《阻断办法》，有着积极稳妥的重要意义。在《阻断办法》出台前，大多数中国跨国企业和为企业服务的法律工作者们对于中国法域外规制及实务运用都较为陌生。《阻断办法》的发布给从事涉外业务的中国企业提出了更高的要求，也给从事企业合规服务的中国律师提出了更高要求，即任何跨国商事行为既需要时刻铭记中国国家利益，又得熟悉并掌握其具体运作方式、所遵循的国际法原则以及市场规则等。目前在中国涉外法治人才培养工作仍未能满足中国在国际经贸活动中日益增长的需要时，一般性的中外法律交流，或者是传统意义上的以法律翻译为基础的涉外法律训练，早已不能适应市场需求。积极引进国际法、美国法人才仍然是加强涉外法律队伍建设的重要路径之一。建议应加大力度，建立资源统筹、部门协作、信息共享的工作机制，在政府司法部门、高校及涉外企业中有计划地定向选拔必要的人才，“走出去”进行实习培训。同时，若要加强涉外法律队伍建设，必须不拘一格引贤回流，吸引一批真正在国际法治沙场上磨练过的理论基础与实践经验兼备的有识之士，吸纳有一定的国际知名度的美国商经法高端人才“走进来”线上线下交流、传授，真正服务于新时代中国对外开放大局。

① Frederick M. Abott, “Technology Governance in a Developed Global Legal Order: Lessons from the China-USA Strategic Conflict”, in Cheng Chia-Jui et al. (ed.), *A New Global Economic Order* (Brill/Nijhoff Publishers, 2020 forthcoming).

② 参见 Carrie Shu Shang & Wei Shen, “Beyond Trade War: Reevaluating Intellectual Property Bilateralism in the U.S.-China Context”, (2021) 24 *Journal of International Economic Law* 1.

③ 参见《全国政协“建设高素质的涉外法律服务人才队伍”双周协商座谈会发言选登》，载《国际法研究》2020年第3期，第3—23页。

结 语

伴随着中国自身实力和国际领导力的上升，据理健全域外规制有助于维护国家利益和国民权益。在这种背景下，商务部出台的一系列法规（包括《不可靠实体清单》和《阻断办法》），应当能够起到提升中国国际地位和抗衡美国制裁的作用。但中国许多现行的重要法律缺失相应的域外适用衔接条款，令法律的域外适用难以发挥效力。法律实务工作者对法律的域外效力、域外规制相对陌生。因此，在国际法的规则框架下建立中国特色的域外规制体系，是完善自身积极参与国际治理，推动全球多元化、国际经贸商事活动多边化的重要路径。在建立中国域外规制体系的时候，应当摒弃在民族主义的语境下以反制报复的思维设计立法的狭隘心理，而应以商事司法的发展带动中国的法域选择，以国内市场的成熟健全中国法域外规制武器，以科技企业的知识产权崛起完善出口监管体系，加强涉外法律人才队伍建设，服务新时代对外开放大局。

Challenges and Keys to China's Extraterritorial Regulatory System: Also a Commentary on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures

Shang Shu

Abstract: Facing new challenges brought about by global regulatory competition and power transition in the United States, it is necessary to evaluate and analyze the applicability of *Rules on Counteracting Unjustified Extra-territorial Application of Foreign Legislation and Other Measures* and possible industrial responses. Given the decline of U. S. judicial extraterritoriality and the expansion of executive extraterritorial enforcement, this article argues that China's new extraterritoriality needs to be constructed by balancing legislative, executive, judicial, and governance needs. First, the development of civil and commercial rule of law should lead to further selection of China as a dispute resolution venue; second, the maturity of the domestic market should serve the basis of China's effective extraterritorial regulatory regime; third, the rise of intellectual property rights of technology companies should improve China's export regulatory system; everything then needs to be supplemented by training a group of legal talents familiarize with foreign-related legal practices. Eventually, China's voice in the global governance system will be enhanced. At the same time, it is necessary to avoid biased perspectives in academic and practical legal research by "substituting foreign policy thinking for international legal principles" in this field.

Keywords: Blocking Statutes, Extraterritorial Regulation, Regulatory Competition, Sanctions, Extraterritoriality, Foreign-related Rule of Law

(责任编辑:谭观福)