

论美国域外管辖：概念、实践及中国因应

李庆明*

摘要：美国域外管辖包括域外立法管辖、司法管辖和执法管辖，有别于长臂管辖和美国法的域外适用。美国认为其域外管辖源于国际法上的属地原则、属人原则、保护原则和普遍原则。美国国会制定含有域外适用条款的立法，既有确保美国境内外当事人得到平等对待的考虑，也有维护美国的政治、经济、外交利益的考虑。美国联邦法院虽已限制外国原告利用美国法对域外发生的侵权案件寻求赔偿，但并未限制美国行政部门的执法权和美国私人当事人的诉权。美国行政部门甚至还违反国际法和外国法在外国领域内执法。针对美国域外管辖，加拿大、英国等国家以及欧盟在政治、法律和经济上采取了一系列可资借鉴的反制措施。为回应美国域外管辖，中国应：与其他国家合作，反对美国过度域外管辖；协助中国企业和个人做好个案应对；完善中国对外关系法，尤其是管辖权立法、国际司法协助立法、阻却立法等。

关键词：域外管辖 长臂管辖 美国法的域外适用 阻却立法

近年来，美国利用其国内法在银行、证券、反腐败、进出口管制等多个领域管辖中国的实体和个人。美国域外管辖（extraterritorial jurisdiction）制度越来越受到中国理论界和实务界的关注。域外管辖包括域外立法管辖、司法管辖和执法管辖。“长臂管辖”（long-arm jurisdiction）是域外管辖的一部分。^① 1945年以来，美国立法、司法和行政部门均不断扩张域外管辖，遭到加拿大、英国等国家以及欧盟的反对。美国与其他国家在域外管辖领域的互动，为中国应对美国域外管辖提供了可资借鉴的思路。

本文首先辨析域外管辖的概念，分析其与长臂管辖和美国法的域外适用的区别，其次介绍美

* 中国社会科学院国际法研究所副研究员，法学博士。

① 本文按美国法的理解来论述“长臂管辖”，不同于政治、外交领域“依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体”的“长臂管辖”。截至2019年3月16日上午9:37，中国外交部官方网站上至少共有23条“长臂管辖”的新闻发言或报道，https://www.fmprc.gov.cn/wjb/web_search.jsp?siteid=5243&sitename=www_chn&sw=%E9%95%BF%E8%87%82%E7%AE%A1%E8%BE%96&submit=%C2%A0，最后访问时间：2019年3月16日。另见2018年9月24日中国国务院新闻办公室《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书对美国“长臂管辖”的论述。中国政府在广义上理解“长臂管辖”能在英国国际法学家詹宁斯（Jennings）和瓦茨（Watts）修订的《奥本海国际法》中找到依据。詹宁斯和瓦茨理解的“长臂”（long-arm）管辖包括美国反垄断法的域外适用和《1976年外国主权豁免法》上的效果原则。Sir Robert Jennings QC and Sir Arthur Watts KCMG QC, *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace* (New York: Oxford University Press, 9th edn., 2008), p. 474. 笔者阅读的是 Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>) 数据库中该书的英文电子版。在《奥本海国际法》第一卷第一分册1995年版的中译本中，译者使用了“长臂”管辖一词。参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第一分册），王铁崖、陈公绰、汤宗舜、周仁译，王铁崖校订，中国大百科全书出版社1995年版，第335页。

国域外管辖的实践，再次总结反对美国域外管辖的各国实践，最后分析我国应对美国域外管辖的思路。

一 美国域外管辖的概念

各国关于管辖权的理论与实践并不统一，要准确界定“管辖权”都比较困难，^①再要界定域外管辖，就更可能徒劳无功。^②尽管如此，还是需要界定域外管辖，并区分其与长臂管辖、美国法的域外适用，以免中美两国学术界和实务界对同样的名词赋予不同的含义，导致表面上说的是同一个问题，实际上讨论的是不同的问题。

域外管辖是一国在其域外行使管辖权，包括域外立法管辖、域外执法管辖和域外司法管辖。域外管辖不是长臂管辖，因为长臂管辖只是对人管辖权（personal jurisdiction）中的一种特别管辖权，^③强调的是法院管辖谁，法院依据“长臂法规”（long-arm statutes）对非本国（州）居民被告行使司法管辖权。

域外管辖也不是美国法的域外适用（extraterritorial application），因为美国法的域外适用是美国行政机关和司法机关将美国国会立法适用于在美国境外的人和事。美国法的域外适用经常与事项管辖权（subject matter jurisdiction）^④混同，因为美国联邦法院行使事项管辖权需要有美国国会通过的成文法的授权，而美国联邦法院经常认定因为一项成文法应域外适用，所以法院具有事项管辖权。但美国法的域外适用是一个成文法的范围问题，而事项管辖权强调的是法院管辖什么事，两者并不是一回事。如果美国行政机关或美国内外的私人当事人对中国企业和个人的某个行为提起诉讼，寻求民事罚款、损害赔偿金或其他救济，联邦法院对原告提出的诉讼请求作出裁判的权力是事项管辖权。在确定事项管辖权后，美国联邦法院还得考虑是否对被告具有对人管辖权，原告是否有实体法上的诉因，而判断实体法上的诉因需要认定成文法是否可以适用于发生在美国领域外的人和事。

举例而言，即使美国法院对原告提出的以未在美国设立住所的被告实施了银行欺诈行为而寻求损害赔偿的诉讼请求具有事项管辖权，同时，美国法院认定被告在纽约开设了代理行账户而且原告的诉讼请求与该代理行账户有关或者是因该代理行账户而产生的，则法院对被告也具有长臂管辖权，但如果所争议的成文法并没有规定应域外适用，则应推定该法不得域外适用，美国法院应驳回原告的起诉。

^① See Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law", (1972—1973) 46 *British Yearbook of International Law* 145, p. 145. 虽然管辖侧重于实际控制，管辖权更侧重于一般意义上行使权力，但实际上能实际控制的都能行使权力，所以除非另有说明，本文混用“管辖”和“管辖权”。

^② See Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. 16.

^③ 美国法院要管辖一个外国人为被告的民事案件，需要同时满足对人管辖权、事项管辖权和审判地（venue）的要求。对人管辖权确定美国法院能管辖外国被告，事项管辖权则确定法院对相关案件及其所涉诉讼请求有管辖权，审判地则是确定地理意义上的起诉地点。参见〔美〕理查德·D·弗里尔：《美国民事诉讼法》，张利民、孙国平、赵艳敏译，商务印书馆2013年版，第47页。

^④ 翻译为对事管辖权更妥当，但是考虑到国内的习惯，所以本文仍然使用事项管辖权一词。《布莱克法律辞典》（第10版）的解释是：对案件性质和所寻求的救济种类的管辖权；法院可以对人的行为或事的状态作出裁定的程度。Bryan A. Garner (eds.), *Black's Law Dictionary* (West Group, 10th edn., 2014), <https://www.next.westlaw.com>, 最后访问时间：2019年3月16日。本文不讨论美国各州法院的事项管辖权，仅讨论联邦法院的事项管辖权。

（一）美国域外管辖是什么

要理解域外管辖，得理解“域外”（extraterritorial）和“管辖”两个概念。^①“域外”是相对于“域内”（territorial）而言的，指的是国际法上的“管辖领域”之外，不是国际私法上的“法域”之外。^②管辖领域的范围要大于“领土”（territory），不但包括一国领陆、领水、领空及其船舶和航空器，也包括专属经济区、毗连区、大陆架和实际控制管理的其他区域（如军事占领区），但不包括一国驻外国的使领馆。^③

管辖权总是与国家主权、国家平等相关，每个国家在自己领土上具有专属管辖权。在国内法上，管辖权包括立法管辖权（legislative jurisdiction）、司法管辖权（judicial jurisdiction）和执法管辖权（jurisdiction to enforce）三种形式。^④管辖权在国内法和国际法上并不一一对应。粗略而言，在国际法上，立法管辖权也称“规制管辖权”（prescriptive jurisdiction），指立法机关、行政机关和法院创设一般性规则的权力；司法管辖权也称“裁判管辖权”（jurisdiction to adjudicate），指“一国让特定的人或事从属于司法过程的权力”，既包括司法机关受理和裁判案件的权力，也包括行政裁判庭受理行政复议、行政争议的权力；国内法上的执法管辖权，粗略对应国际法上的“执行管辖权”，指政府利用资源诱导（induce）或强制遵从法律的权力。^⑤

域外管辖指的是一国将其法律的适用范围或其司法和行政管辖范围扩展至该国领土以外，^⑥包括域外立法管辖权、司法管辖权和执法管辖权。典型的是在反垄断领域，美国国会可以制定规则宣布境外的垄断行为非法并授予司法部和私人以诉权，联邦法院可以受理司法部提起的刑事和民事诉讼以及私人主体提起的民事诉讼，美国司法部可以对境外主体在境外共谋的垄断行为发起

① See Anthony J. Colangelo, “What is Extraterritorial Jurisdiction?”, (2014) 99 *Cornell Law Review* 1303, pp. 1304 – 1305.

② 《布莱克法律词典》认为，管辖权包括如下含义：第一，政府对其领域内的所有人和事行使权威的一般权力；第二，法院审判案件或发布命令的权力；第三，一个可以行使政治或司法权威的地理区域；第四，在地理区域中的政治或司法分区。第三种含义实际上是管辖区域，第四种含义相当于一国内部的一个法域，第一和第二种含义接近国际法上管辖权的含义。Bryan A. Garner (eds.), *Black’s Law Dictionary* (10th edn., West Group, 2014), <https://www.next.westlaw.com>, 最后访问时间：2019年3月16日。

③ See A. Cassese and P. Gaeta, I. Baig, M. Fan, C. Gosnell, and A. Whiting, *Cassese’s International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 3rd edn., 2013), p. 275.

④ See Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 7th edn., 2014), pp. 469 – 473.

⑤ See American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 401 (a) – (c) (1987). 美国法学会2018年出版了《美国对外关系法（第四次）重述》，但未改变第三次重述中管辖权的基本分类和依据，故本文仍然援引第三次重述的内容。部分学者认为行政机关和司法机关均是执行法律，故倾向于将管辖权分为两类，一类是“规制管辖权”，即制定法律、决定或规则的权力，另一类是执法管辖权，即采取行政或司法行动的权力。例如，曼（Mann）使用 legislative jurisdiction 与 enforcement (or prerogative) jurisdiction 的分类。See F. A. Mann, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, (1964) 111 *Recueil Des Cours* 1, p. 128. See also, James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th edn., 2012), p. 457. 有学者认为，在刑事领域，裁判管辖权应作为执法权的一种，所以没必要单列裁判管辖权。See Roger O’Keefe, “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept”, (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 735, pp. 736 – 737. 另见〔日〕小原喜雄：《经济法域外适用的法律原理》，雷法译，载《现代外国哲学社会科学文摘》1986年第6期，第47页。

⑥ 周晓林：《美国法律的域外管辖与国际管辖权冲突》，载《国际问题研究》1984年第3期，第41页。See Danielle Ireland-Piper, *Accountability in Extraterritoriality, a Comparative and International Law Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), p. 2. See also, Danielle Ireland-Piper, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law”, (2012) 13 (1) *Melbourne Journal of International Law* 122, p. 127.

反垄断调查、提起刑事诉讼。

为了简化分析,本文不讨论适用外国法和国际法而行使域外管辖权,^①也不讨论法律选择方法和规则。在法律选择层面,法院适用法院地法来调整涉外法律关系,导致法律的域外适用,有学者也认为这构成域外管辖。^②通过法律选择规则来确定涉外民事案件应适用哪个法域的实体法,是一种法域选择规则(jurisdiction-selecting rules),是国际私法领域的基本问题,应该作为法律适用问题予以论述,故本文不将法律选择层面上的方法和规则作为域外管辖。

(二) 美国域外管辖不是什么

域外管辖的含义广于长臂管辖、美国法的域外适用。长臂管辖是法院司法管辖中的一种特别管辖权,是域外管辖的一种。美国法的域外适用包括域外管辖中的执法管辖和司法管辖,是美国行政机关和司法机关将美国法适用于域外的人和事。

1. 美国域外管辖不是长臂管辖

美国法上的长臂管辖仅限于民事诉讼中的对人管辖权。《布莱克法律词典》将“长臂管辖”解释为:对起诉时与管辖区域有联系的非居民被告的管辖权,^③源于美国各州制定的内容大同小异的“长臂法规”。美国各州制定了长臂法规,规定对非居民被告在该法有效时与该地有联系的管辖权。^④虽然美国国会并未在联邦层面制定长臂法规,但《联邦民事诉讼规则》(the Federal Rules of Civil Procedure)第4条允许联邦法院“借用”其所在州制定的长臂法规,从而取得对外国被告的对人管辖权。^⑤

长臂法规确立的对人管辖权规则源于“国际鞋业公司案”(International Shoe v. State of Washington),^⑥该案将非居民被告与法院地存在“最低限度的联系”(certain minimum contacts)作为管辖依据,被称为长臂管辖。后来,对人管辖权由美国法院发展出“一般管辖权”(general jurisdiction)和“特别管辖权”(specific jurisdiction)的分类。一般管辖权允许法院管辖针对在法院地有“实质意义的家”(“essentially at home” in the forum)的被告的所有诉讼请求,特别管辖权仅允许法院管辖被告与法院地存在联系或由此产生的诉讼请求。^⑦如果外国被告未在美国设立住所或存在“实质意义的家”,除非外国被告同意,否则对外国被告行使的“长

① 参见2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日,联合国国际法委员会第五十八届会议通过《国际法委员会报告》附件E.域外管辖权,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—392页, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/636/19/pdf/G0663619.pdf?OpenElement>,最后访问时间:2019年4月4日。

② See Anthony J. Colangelo, “What is Extraterritorial Jurisdiction?”, (2014) 99 *Cornell Law Review* 1303, pp. 1347—1349.

③ Bryan A. Garner (eds.), *Black's Law Dictionary* (West Group, 10th edn., 2014), <https://www.next.westlaw.com>,最后访问时间:2019年3月16日。

④ Bryan A. Garner (eds.), *Black's Law Dictionary* (West Group, 10th edn., 2014), <https://www.next.westlaw.com>,最后访问时间:2019年3月16日。日本学者按照美国理论界和实务界的理解,从长臂法规的角度来介绍美国立法和法院对外国(州)被告的侵权、商业交易领域的民事诉讼管辖权。参见日本国际法学会编:《国际法辞典》,外交学院国际法教研室总校订中文版,世界知识出版社1985年版,第116页。

⑤ See Gary B. Born and Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Wolters Kluwer, 6th edn., 2018), pp. 80—81.

⑥ *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310, 326 (1945).

⑦ See Gary B. Born and Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Wolters Kluwer, 6th edn., 2018), p. 88.

臂管辖”只能是特别管辖权。^①例如，在“古驰诉李案”（*Gucci Am., Inc. v. Li*）中，中国公民在网上卖假货，但通过中国银行清算，美国商标权人起诉该中国公民，并要求中国银行纽约分行提供该中国公民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。中国银行纽约分行抗辩美国法院没有对人管辖权，美国纽约南区联邦地区法院认为中国银行通过在纽约开设的代理行账户为中国公民提供美元清算服务，商标权人所提起的诉讼与该代理行账户和交易有关，所以法院依据纽约州的长臂法规对中国银行具有特别管辖权，这种特别管辖权是典型的长臂管辖。^②如果商标权人在中国境内与中国银行因人民币贷款合同的履行发生纠纷，即使存在长臂法规，除非中国银行同意，否则美国法院也不会受理以中国银行为被告的案件，因为中国银行在纽约开设代理行账户与所诉行为没有关联性。相反，对于住所设立在美国的法人，无论原告对该法人提出什么请求，美国法院均可以对该法人主张对人管辖权，这种管辖权是一般管辖权，不是特别管辖权，也不是长臂管辖。

2. 美国域外管辖不是美国法的域外适用

美国法的域外适用是行政机关和司法机关将立法机关通过的具有域外效力的立法适用于美国境外的人和事。^③广义上还包括法律选择，即一国司法机关和仲裁机构（仲裁庭）根据冲突规范（含当事人协议选择）的指引而适用外国实体法，以及本国实体法经由冲突规范的指引或作为直接适用的法而适用于本国涉外案件。目前，其他国家特别反对美国经济立法、刑事立法的域外适用。

1945年美国联邦第二巡回上诉法院在“美国铝业公司案”（*United States v. Aluminum Co. of America*）发展出“效果原则”，^④导致此后相当长的一段时间里美国联邦法院将美国法的域外适用与事项管辖权混同。^⑤事项管辖权指的是法院审理和裁决某一类案件的权限范围，^⑥即法院对哪些事项具有管辖权。^⑦联邦法院行使事项管辖权需要得到特定的国会立法授权，但国会经常并未明确所通过的成文法是否域外适用，而法院则通过解释国会的立法意图来推断该法具有域外效

① 例如，参见高宗泽：《美国反倾销法初探》，载《学习与思考》1982年第2期，第36页；赵维田：《国际航空运输责任规则的发展与现状》，载《法学研究》1984年第3期，第90页；周晓林：《美国法律的域外管辖与国际管辖权冲突》，载《国际问题研究》1984年第3期，第42页；郭玉军、甘勇：《美国法院的“长臂管辖权”——兼论确立国际民事案件管辖权的合理性原则》，载《比较法研究》2000年第3期，第267页；徐伟功：《论国际民事管辖权的扩张——基于国家之间的非合作博弈分析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期，第73—74页。当然，也有学者认为，美国单方面主张其技术转让方面的限制性法规的域外效力是“长臂管辖”。参见车丕照：《国际技术转让的法律调整》，载《吉林大学社会科学学报》1988年第2期，第50页；车丕照：《政府控制所引致的国际经济冲突及其解决途径》，载《中国社会科学》1998年第4期，第83—96页。

② *Gucci Am., Inc. v. Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 93 (S. D. N. Y. 2015).

③ 域内效力、域外效力与域外适用、域外管辖权概念的区分的综述，参见孙国平：《论劳动法的域外效力》，载《清华法学》2014年第4期，第24—29页。美国法院在有的案件中域外适用作为立法管辖权，即法院将国际法律冲突原则作为解释工具，用以确定国会目的和意图是否要将成文法适用于域外行为。See John A. Trenor, “Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws after Hartford Fire”, (1995) 62 *the University of Chicago Law Review* 1583, p. 1584.

④ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

⑤ 参见王晓晔：《效果原则——美国反垄断法的域外适用》，载《国际贸易》2002年第1期，第42—43页；杜涛：《美国证券法域外管辖权：终结还是复活？——评美国联邦最高法院 Morrison 案及〈多德—弗兰克法〉第 929P (b) 条》，载《国际经济法学刊》2012年第19卷第4期，第206—207页。

⑥ *Pierce v. State*, 338 S. C. 139, 150, 526 S. E. 2d 222, 227 (2000).

⑦ 涉及外国人的联邦法院事项管辖权包括《美国法典》第 1332 (a) (2) 条规定的一方当事人是外国人的外籍管辖权 (alienage jurisdiction)，以及《美国法典》第 1331 条规定的联邦问题管辖权 (federal question jurisdiction)。第 1331 条规定：“地区法院应对产生于《美国宪法》、美国法律和所有参加的条约的所有民事诉讼具有初始管辖权。” See Gary B. Born and Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Wolters Kluwer, 6th edn., 2018), pp. 7—32.

力，应域外适用，从而认定法院具有事项管辖权。根据效果原则，如果外国人在美国境外的行为已在或意图在美国境内产生效果，则法院具有事项管辖权。这样一来，法院认定国会立法具有域外效力，授权了法院事项管辖权，就将法律的域外适用与事项管辖权合二为一了。

在“莫里森诉澳大利亚国民银行案”（*Morrison v. National Australia Bank Ltd.*）中，美国联邦最高法院已认定法院对澳大利亚国民银行具有对人管辖权，但认定美国法的域外适用独立于事项管辖权，并认为一部成文法的域外范围（extraterritorial reach of a statute）是一个涉及是非曲直的事实问题，不是法院听审案件的权力的事项管辖权问题。^①

因此，域外管辖、长臂管辖、美国法的域外适用三个概念具有交叉性，但存在很大区别。域外管辖是一个统称概念，长臂管辖限于对人管辖权中的特别管辖权，美国法的域外适用是美国行政机关和司法机关将立法机关通过的具有域外效力的立法适用于美国境外的人和事。

二 美国域外管辖的实践

理论上，作为国内管辖事项，一国有权以其愿意的任何方式、为任何目的制定自己的管辖权规则，前提是不违反国际法。但从合理性的角度考虑，该国与所管辖的人和事应具有充分联系，享有正当利益。^② 由于经济、科技的发展，跨国交往越来越频繁，为了保护利害关系国和当事人的合法权利，一国管辖域外的人和事也有其客观合理性。^③ 当然，尽管其他国家认为美国域外管辖范围太宽，^④ 但美国一直认为其单边行使域外管辖权具有国际法上的依据。虽然美国法院已开始限制外国人之间在美国的诉讼，但不能说美国域外管辖在衰弱。美国国会还在不断制定含有域外适用条款的立法，美国法院也仍允许美国行政部门调查、处罚域外的人和事并提起刑事和民事诉讼，也允许美国私人当事人提起民事诉讼，行政部门也在积极扩张域外执法管辖权。

（一）美国主张的域外管辖依据

美国学者认为，美国行使域外管辖尤其是域外刑事管辖符合国际法上的四种管辖依据，^⑤ 并不违反国际法。^⑥ 传统上一般认为管辖依据包括属地原则（territoriality principle）、属人原则（nationality principle）、保护原则（protective principle）、普遍原则（universality principle）

① *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 253-254, 258 (2010).

② 参见2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日，联合国国际法委员会第五十八届会议通过《国际法委员会报告》附件E. 域外管辖权，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392页和第403—404页，<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/636/19/pdf/G0663619.pdf?OpenElement>，最后访问时间：2019年4月4日。

③ See David J Gerber, “Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws”, (1984) 10 *Yale Journal of International Law* 185, pp. 185-190. See also, Cedric Ryngaert, “The Limits of Substantive International Economic Law: In Support of Reasonable Extraterritorial Jurisdiction”, in Erik Claes, Wouter Devroe and Bert Keirsbilck (eds.), *Facing the Limits of the Law* (Verlag Berlin Heidelberg: Springer, 2009), pp. 237-252.

④ 有学者认为，国际习惯法并未发展出关于域外管辖权的确定规则。参见赵海乐：《安理会决议后的美国二级制裁合法性探析》，载《国际法研究》2019年第1期，第40—42页。

⑤ See Christopher L. Blakesley, “United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime”, (1982) 73 *Criminal Law Journal of Criminal Law and Criminology* 1109, pp. 1109-1163.

⑥ 参见杜涛：《美国单边域外经济制裁的国际法效力问题探讨》，载《湖南社会科学》2010年第2期，第68—69页。

四种,^①每一种管辖依据都存在域外管辖适用的空间,且国际法并不禁止一国行使域外管辖权。^②

属地原则允许一国对其属地内的人和事行使管辖权,包括“主观属地”(subjective territoriality)和“客观属地”(objective territoriality),前者指一国对在其领域内发生、但在其领域外产生效果的行为的属地管辖权,后者指在另一国领域内发生的、但在本国领域内产生或意图产生效果的行为的属地管辖权。“效果原则”则是一种特殊的属地原则。美国扩大解释属地原则而行使的管辖权,被外国视为域外管辖。效果原则不同于客观属地之处在于,客观属地要求的效果是作为犯罪构成要件的效果,而效果原则中的效果则不是作为犯罪构成要件的效果。^③

属人原则允许一国管辖其在领域外的国民,包括“积极国籍”(active nationality)和“消极国籍”(passive nationality)。“积极国籍”是一国基于在域外的行为人具有本国国籍而主张管辖权,基本得到各国的支持。“消极国籍”是一国基于在域外的本国国民受害而主张管辖权,长期存在争议。不过,在“逮捕令案”(Democratic Republic of the Congo v. Belgium)中,国际法院认为各国已基本承认“消极国籍”作为管辖权依据。^④

保护原则允许一国在其国家利益受害时对外国自然人主张管辖权。保护原则得到很多国家承认,但美国在实践中对国家利益主张过广,对外国自然人和法人均行使管辖权,遭到很多国家的抗议。^⑤其中,最典型的是美国的进出口管制领域。早在冷战期间,美国就规定,如果从美国进口货物的外国公司违反不向社会主义国家转售的承诺,美国将对该外国公司及其高管提起刑事诉讼。^⑥

普遍原则允许一国对严重的国际罪行行使管辖权,不论行为人的国籍以及行为地。在1820年的“美国诉弗隆案”(United States v. Furlong)中,美国联邦最高法院就使用了“普遍管辖”一词。^⑦但美国现在很少以普遍原则主张域外管辖,且曾经反对比利时对美国国民行使普遍管辖,也反对国际刑事法院发起调查程序。

有学者在支持美国行使域外刑事管辖权时,也批评美国法院过宽解释保护原则而行使域外刑事管辖权。^⑧但在民事领域,有学者则认为美国域外管辖权具有合理性。^⑨有学者认为,即使是

① See Harvard Law School Research in International Law, “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, (1935) 29 *The American Journal of International Law* 439, pp. 439 – 442.

② 《普遍管辖权原则的范围和适用:秘书长根据各国政府评论和意见编写的报告》, a/65/181, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/51/PDF/N1046751.pdf?OpenElement>, 最后访问时间:2019年3月23日。

③ See Danielle Ireland-Piper, *Accountability in Extraterritoriality, a Comparative and International Law Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), p. 35.

④ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 47.

⑤ See Monika B Krizek, “The Protective Principle of Extraterritorial Jurisdiction: A Brief History and an Application of the Principle to Espionage as an Illustration of Current United States Practice”, (1988) 6 *Boston University International Law Journal* 337, pp. 377 – 381.

⑥ See Michael Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, (1972—1973) 46 *British Yearbook of International Law* 145, p. 158.

⑦ *United States v. Furlong*, 18 U. S. 184, 197 (1820).

⑧ See Christopher L. Blakesley, “United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime”, (1982) 73 *Criminal Law Journal of Criminal Law and Criminology* 1109, pp. 1109 – 1163.

⑨ 美国学者也反对过度管辖,认为法院行使管辖权要考虑到对被告的公平。See Arthur Taylor von Mehren, “Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated”, (1983) 63 *Boston University Law Review* 279, pp. 279 – 340. 以合理性原则来限制管辖权的行使,表面上源于《美国对外关系法(第三次)重述》,但更早的思想渊源来自于法律现实主义学派。法律现实主义学派将“合理性”作为管辖权分析的基石,反对属地性。See Austen L. Parrish, “The Effects Test: Extraterritoriality’s Fifth Business”, (2008) 61 *Vanderbilt Law Review* 1455, pp. 1467 – 1469.

以“最低限度的联系”作为管辖依据，由于案件与法院地存在的联系是属地的，故美国法院也不是行使域外管辖。^① 有学者不承认美国在管辖权制度上的“霸权主义”（hegemonialism），理由是美国的管辖制度强调法院与被告之间的纵向关系，不同于欧洲的管辖制度强调一国与他国分配管辖权的横向关系，^② 美国主张对被告的管辖权，看起来侵犯了欧洲的管辖权，实际上美国依据本国的规则有权管辖该被告，只是刚好该被告位于欧洲国家境内而已。^③

（二）美国国会的域外立法管辖

从1870年开始，美国就不断将域外管辖作为对外扩张的一种手段。^④ 第二次世界大战后，美国国会制定的立法中含有越来越多的域外适用内容。美国认为，国会行使域外立法管辖权，具有充分的理由。

第一，确保美国法的完整、统一适用，避免美国人（含自然人和法人，下同）通过在外国设立子公司等方式规避美国法，也避免外国人比美国人受到更少限制，造成外国人与美国人的不公平竞争。

第二，美国人在海外遭受侵害时，如果无法在当地获得有效救济，他们可以回到美国寻求司法救济，而美国法院因为得到国会的授权可以受理相关的案件。^⑤

第三，需要以美国国内法调整国际经贸关系，避免国际规则不利于美国利益。在海上和航空运输行业、大宗商品市场、证券发行和交易以及美国调查和取证程序的域外适用等领域，美国与其他国家在规制国际经贸的性质和范围上产生分歧。^⑥ 美国希望按其设想来规制国际经济贸易秩序，但其他国家不希望在本地管辖领域内的人、行为受他国法律和政策的管辖。^⑦

第四，需要以美国国内法来追求美国的外交政策目标，典型的是在进出口领域对特定国家的管制、制裁，以改变相关国家的意识形态、政治制度和经济制度。美国主张管辖其他国家的经济事务以达到政治目的可以追溯到第一次世界大战期间。^⑧ 1917年《美国与敌人贸易法》（the US Trading with the Enemy Act）就规定，总统有权宣布在没有许可证时，不得向指定的国家或其国民出口。《1949年美国出口控制法》（the US Export Control Act of 1949）和《1979年出口管理法》（the Export Administration Act of 1979）也都规定通过授予贸易许可证的方式来规制经济。《美国法典》第2405（a）（1）条明确规定，^⑨ 为执行美国外交政策或履行国际义务，总统可以禁止或

① See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, p. 1058.

② See Ralf Michaels, “Jurisdiction, foundations”, in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law (volume 2)* (Cheltenham; Edward Elgar Publishing, 2017), p. 1048.

③ See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, p. 1059.

④ See Daniel S. Margolies, “The Ill-Defined Fiction of Extraterritoriality and Sovereignty Exception in Late Nineteenth Century U. S. Foreign Relations”, (2011) 40 *Southwestern Law Review* 575, pp. 575 - 581.

⑤ 参见徐崇利：《美国及其他西方国家经济立法域外适用的理论与实践评判》，载《厦门大学法律评论》第1期，厦门大学出版社2014年版，第251—252页。

⑥ 詹宁斯曾经指出，效果原则实际上意味着对国家的属地管辖权没有任何限制。See R. Y. Jennings, “Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws”, (1957) 33 *British Year Book of International Law* 146, p. 159.

⑦ See J. W. Bridge, “The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Controls”, (1984) 4 *Legal Studies* 2, p. 2.

⑧ See J. W. Bridge, “The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Controls”, (1984) 4 *Legal Studies* 2, p. 4.

⑨ 该条全文可以参见：https://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode50a/usc_sec_50a_00002405_-_-_-000-.html，最后访问时间：2019年3月19日。

限制任何受美国管辖的产品、技术或信息或任何人从事出口。^①

第二次世界大战之后，随着美国在政治、经济、军事、科技、文化等领域不断取得领先，国会开始制定大量含有域外适用条款的法律，其中最有争议的是反垄断、出口管制等领域。根据美国国会研究服务局的报告，美国联邦立法中已规定海事、航空器、银行欺诈等许多领域的域外适用，并授予联邦法院司法管辖权。^②

（三）美国法院的域外司法管辖

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，联邦法院塑造了美国国际管辖权制度。^③ 根据美国学者的研究，在行使域外司法管辖权时，美国法院首先会执行国会立法中明确规定域外适用的条款；如国会立法中未明确规定立法是否域外适用时，美国法院根据实际情况来决定是否行使管辖权。考虑的因素包括但不限于：第一，美国境内外的主体是否受到同等规制；第二，不行使域外司法管辖，是否会造成《美国宪法》保护基本人权的价值受到影响；第三，案件与美国是否有较大的关联度；第四，美国法院审理案件是否方便，是否有助于司法任务简单化这一政策的实现；第五，外国政府是否强烈反对美国法院行使管辖权；第六，美国政府是否支持美国法院行使管辖权。^④ 国际诉讼也是美国参与国际政治的一种方式，美国法院通过判例发展了美国法的域外适用和域外管辖制度，允许单边的私人提起诉讼来执行美国法一定程度上填补国际体制中不利于美国利益的执行空白，也避免美国国内混乱的政治角力。^⑤

美国法院的域外司法管辖离不开“效果原则”。鉴于严格的属地原则不能有效惩罚在域外的行为人，普通法创造了“推断出现原则”（the doctrine of constructive presence），允许一国（州）惩罚在境外的行为人。^⑥ 1911年，美国联邦最高法院已在涉及各州域外管辖事项上暗示了效果原则，认定在一州管辖区域之外的行为意图在区域内产生损害效果的，该州有权惩罚行为人。^⑦ 1922年，美国联邦最高法院援引保护原则，开始行使域外刑事管辖权。^⑧ 如前所述，1945年，在“美国诉美国铝业公司案”中，美国联邦第二巡回上诉法院确立反垄断法的域外执行及效果原则，进一步开启了美国域外管辖不断扩张的大门。

在实践中，由于人们常批评美国是“世界警察”，企图追诉全世界的人，并且不断扩张的域外裁判管辖权带来外交冲突、诉讼爆炸，美国法院转而限制外国原告利用美国法对域外发生的侵

① 关于美国出口管制的法律渊源，美国商务部官网上有详细说明，<https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/16-legal-authority/file>，最后访问时间：2019年3月19日。

② See (name redacted) Senior Specialist in American Public Law, “Extraterritorial Application of American Criminal Law”, *Congressional Research Service Reports*, October 31, 2016. 在2006年和2012年，美国国会研究服务局发表过同名报告，作者是查尔斯·道尔（Charles Doyle）。

③ 参见〔美〕阿瑟·冯迈伦：《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。

④ See Tonya L. Putnam, *Courts Without Borders: Law, Politics and U. S. Extraterritoriality* (New York: Cambridge University Press, 2016), pp. 31–45.

⑤ See Austen L. Parrish, “Fading Extraterritoriality and Isolationism: Developments in the United States”, (2017) 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 207, pp. 207–208.

⑥ *Simpson v. State*, 92 Ga. 41, 17 S. E. 984 (Ga. 1893).

⑦ *Christopher Strassheim v. Milton Daily*, 221 U. S. 280, 31 S. Ct. 558, 55 L. Ed. 735 (1911).

⑧ *United States v. Bowman*, 260 U. S. 94, 98–100, 43 S. Ct. 39, 67 L. Ed. 149 (1922).

权案件寻求赔偿。例如,在前述“莫里森诉澳大利亚国民银行案”中,美国联邦最高法院限制了联邦证券法的域外适用,^①希望减少对与美国关系不大的证券诉讼的管辖。由于担心美国联邦最高法院在莫里森案的判决意见会影响美国政府的执法,美国国会通过《多德—弗兰克法》(Dodd-Frank Act),在第929P条明确规定美国证监会或美国政府对如下两类案件的管辖权:第一,证券交易发生在美国境外且从事交易的是外国投资者,但构成违法活动的关键行为发生在美国境内;第二,行为虽然发生在美国境外,但在美国境内造成了可预见性的实质性效果。该法并未废弃美国联邦最高法院关于反域外适用推定的认定,外国投资者要在美国法院就在美国境外发生的行为起诉外国被告,仍然需要越过反域外适用推定这一关。在“柯欧贝诉荷兰皇家石油公司案”(Kiobel v. Royal Dutch Petroleum)中,美国联邦最高法院限制《外国人侵权法》(the Alien Tort Statute)的域外适用,认定“所有相关的行为发生在美国之外”,故应驳回原告的起诉。^②在“戴勒姆股份公司诉鲍曼案”(Daimler AG v. Bauman)中,美国联邦最高法院限制对外国被告的对人管辖权。^③在“穆罕默德诉巴勒斯坦权力机构案”(Mohamad v. Palestinian Authority)中,美国联邦最高法院认定,美国《酷刑受害人保护法》(the Torture Victims Protection Act)已将责任主体限于“个人”,也即自然人。^④在“杰斯纳诉约旦阿拉伯银行案”(Jesner v. Arab Bank, PLC)中,美国联邦最高法院认定,外国人不能依据《外国人侵权法》以人权受到侵犯为由在美国法院起诉外国公司。^⑤

美国法院越来越不愿意审理外国人起诉外国被告的案件,对此,学者们的评价也不同。有学者认为,美国限缩域外司法管辖权反映了美国司法保守主义的回归。^⑥有学者认为,美国法院的域外司法管辖是一种国际公共物品(public goods),如果美国法院限制提供这种公共物品,既不利于美国在国际关系中发声并主持正义,也削减美国的软实力,还影响国际多边体制的维持。^⑦当然,也有学者认为,美国法院作出这些限缩管辖权的判决实际上有助于国际机制发挥作用,反映了法院的自我认知——在全球治理中法院的作用应与传统国际法的基本原则相一致。^⑧

美国法院在民事诉讼领域的管辖权可能在收缩或“衰弱”(waning),^⑨但美国法院并未触及美国司法部提起刑事诉讼的能力和权力。在“雷诺兹—纳贝斯克公司诉欧共同体案”(RJR Nabisco, Inc. v. European Community)中,欧共同体依据美国《反有组织犯罪和腐败组织法》(The

① Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U. S. 247, 258 (2010).

② Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 133 S. Ct. 1659 (2013).

③ Daimler AG v. Bauman, 134 S. Ct. 746 (2014).

④ Mohamad v. Palestinian Authority, 566 U. S. 449, 453–456 (2012).

⑤ Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S. Ct. 1386 (2018).

⑥ 参见杜涛:《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》,载《国际法研究》2014年第2期,第90—95页。

⑦ Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2012), quoted in Tonya L. Putnam, *Courts Without Borders: Law, Politics and U. S. Extraterritoriality* (New York: Cambridge University Press, 2016), p. 273.

⑧ See Austen L. Parrish, “Fading Extraterritoriality and Isolationism: Developments in the United States”, (2017) 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 207, pp. 207–208; Austen L. Parrish, “Morrison, the Effects Test, and the Presumption against Extraterritoriality: A Reply to Professor Dodge”, (2011) 105 *Proceedings of the 105th Annual Meeting of the American Society of International Law* 399, pp. 399–402.

⑨ 美国哥伦比亚大学托尼亚·普特南(Tonya L. Putnam)教授在《无国界法院:法律、政治与美国域外性》一书第7章使用了“美国域外性的衰败?”(The waning of U. S. extraterritoriality?)的标题。Tonya L. Putnam, *Courts Without Borders: Law, Politics and U. S. Extraterritoriality* (New York: Cambridge University Press, 2016), p. 255.

Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 简称 RICO) 对仅在美国域外发生的损害寻求赔偿, 但美国联邦最高法院认定该法的民事赔偿部分不能域外适用, 禁止外国原告依据 RICO 对仅在美国域外发生的损害寻求赔偿, 驳回了欧共体的起诉。^① 同时, 美国司法部对雷诺兹—纳贝斯克公司的刑事调查和起诉可以继续, 以确保民事诉讼不干预刑事执法。2018 年 8 月 24 日, 美国联邦第二巡回上诉法院在“美国诉霍斯金斯案”(U. S. v. Hoskins) 中拒绝了美国司法部的中间上诉 (interlocutory appeal), 限制了美国《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, 简称 FCPA) 的范围, 认定外国人不能依据 FCPA 作为主犯 (principals) 被定罪, 也不能作为共谋或帮助与教唆违反该法的共犯, 不能将该法适用于为法国阿尔斯通公司工作的英国公民。^② 该案实际价值有限, 因为仅适用于一小部分外国人和实体——他们实施了腐败计划, 只是因为并非美国国民、居民或美国发行人或其代理人、雇员、官员, 也未在美国境内密谋腐败。

(四) 美国行政机关的域外执法管辖

美国联邦法院并未给外国被告提供平等的正当程序保护,^③ 导致美国行政机关不断扩张执法权, 对此有学者形象地概括成“美国部门法的长臂与《美国宪法》的短臂”。^④ 理论界和实务界公认, 除非得到许可, 否则一国不得在他国领域内行使权力, 其官员不得在他国领域内逮捕、审判、惩罚他人。^⑤ 然而, 美国行政机关事实上在外国执法。美国行政机构不尊重国际法和外国法, 扩张执法权, 也未得到美国联邦法院的强力制止。例如, 美国联邦特工从国外绑架被告人进入美国境内受审, 得到美国联邦法院的认可, 形成了“科尔—弗雷斯比规则”(the Ker-Frisbie Doctrine)。^⑥ 美国联邦最高法院也曾认定, 美国特工从墨西哥绑架墨西哥公民到美国受审并不被国际法禁止。^⑦ 在“凡尔都戈—乌尔基德案”(United States v. Verdugo-Urquidez) 中, 美国联邦最高法院判决的多数意见认定, 美国联邦特工在墨西哥搜查凡尔都戈—乌尔基德不用遵守《美国宪法》的限制, 第四修正案并不限制联邦政府在美国境外对外国人采取行动。^⑧ 对这种扩大联邦政府域外管辖权却不给外国被告提供平等保护的多数意见, 美国联邦最高法院布伦纳 (Brennan) 大法官坚决反对, 但于事无补。他认为多数意见违反逻辑, 既然《美国宪法》授权美国政府在国外执行美国

① *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 136 S. Ct. 2090 (2016).

② *U. S. v. Hoskins*, Docket No. 16 - 1010 - cr, http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/344d856c-9dbe-4f82-8e8a-833c358999f6/2/doc/16-1010comb_opn.pdf#xml = <http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/344d856c-9dbe-4f82-8e8a-833c358999f6/2/hilite/> (last visited April 6, 2019).

③ See *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259, 278 (1990) (Kennedy, J., concurring). Lea Brilmayer and Charles Norchi, “Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process”, (1992) 105 *Harvard Law Review* 1217, pp. 1217 - 1218.

④ See Mark Gibney, “Policing the World: The Long Reach of U. S. Law and the Short Arm of the Constitution”, (1990—1991) 6 *Connecticut Journal of International Law* 103, pp. 103 - 126.

⑤ See R. Y. Jennings, “Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws”, (1957) 33 *British Year Book of International Law* 146, p. 149.

⑥ See *Ker v. Illinois*, 119 U. S. 436 (1866), *Frisbie v. Collins*, 342 U. S. 519 (1952), *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086 (D. C. Cir. 1991), *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U. S. 655 (1992). 另见孙昂: 《美国对外事务法律机制》(下), 国际文化出版公司 2010 年版, 第 598—601 页。

⑦ See *United States v. Alvarez Machain*, 112 S. Ct. 2188 (1992).

⑧ See *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259, 271 - 272 (1990).

刑法,但是当美国特工行使这种权力时,第四修正案却没跟上,^①结果是美国行政部门不受宪法约束,外国人得不到宪法保护。此外,美国以数据可能丢失为由,在俄国境内从事某些调查以搜索某些数据,^②也涉及同样的问题。

虽然原则上反域外适用推定以及正当程序条款限制美国司法部追诉域外行为,但因大多数被告都选择和解,美国司法部的管辖权很少受到挑战,美国作为“世界警察”的权力仍然很广。此外,美国法院实际上在民事领域较多适用反域外适用推定,驳回外国原告提起的民事诉讼,却在刑事领域甚少适用反域外适用推定。美国法院认为联邦刑法可以域外适用,法院也可以行使域外刑事管辖权,行政机关也有权对域外的人和事进行行政执法,甚至必要时提起刑事诉讼。^③

美国辩解其并未过度行使管辖权的理由是给被告提供了合理的保护,并批评欧洲国家在过度管辖上仅考虑国家之间管辖权的分配,不考虑对被告的保护。^④然而,如前所述,美国域外管辖也并未对域外被告提供《美国宪法》上的平等保护和正当程序保护,造成了“美国部门法的长臂与《美国宪法》的短臂”。正是认为美国域外管辖既侵犯本国管辖权,也侵害本国企业和国民的正当权益,外国政府纷纷抵制美国域外管辖。

三 反对美国域外管辖的各国实践

美国要求美国境外的实体和个人遵守美国法,曾经引发了美国与英国、荷兰、联邦德国、澳大利亚和加拿大等国家的冲突。^⑤从1947年算起,这些国家应对美国域外管辖已有70年左右的历史,虽然未能完全阻止美国的单边主义,但仍然提供了许多鲜活的案例,其中的利弊得失引人深思。

(一) 政治与外交实践

美国域外管辖一直遭到美国盟国的政治与外交抗议。20世纪50年代开始,美国开始调查瑞士手表行业的垄断问题,认定瑞士政府组建的卡特尔瑞士手表制造商信息中心有限公司(Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.)划分市场范围违反美国反垄断法。瑞士为此威胁要向国际法院起诉美国,后美国司法部希望美国联邦法院修改命令以免干预瑞士经济内政。^⑥美国司法部在“铀反垄断案”(In re Uranium Antitrust Litigation)和莱克航空(Laker Airways)刑事调查中,遭到澳大利亚、英国等国家强烈抵制,后美国司法部以礼让、外交政策

① See *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 281—282 (1990) (Brennan, J., dissenting).

② See Patricia L. Bellia, “Chasing Bits across Borders”, (2001) 2001 *University of Chicago Legal Forum* 35, p. 40.

③ See, e.g., *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003); *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086, 1091 (D.C. Cir. 1991); *United States v. Bin Laden*, 92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000).

④ See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, p. 1059.

⑤ See V. Rock Grundman, “The New Imperialism: The Extraterritorial Application of United States Law”, (1980) 14 *International Lawyer* 257, p. 257.

⑥ See John Cannon III, “Foreign Statutory Response to Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws”, (1982) 1 *Penn State International Law Review* 125, pp. 132—133.

考虑为由终止刑事调查程序。^①

美国制裁苏联天然气管道项目，引发了欧共体、英国的强烈抗议，美国最终也放松了出口管制。1981年12月30日，美国限制向苏联出口石油和天然气设备、数据，以制裁苏联干涉波兰内政。^② 1982年6月22日，美国进一步限制任何美国所有或控制的外国企业或基于美国技术资料生产的外国产品向苏联出口。对此，英国、欧共体和日本提出抗议。^③ 英国认为美国域外管辖权违反国际法，并援引英国1980年《保护贸易利益法》（Protection of Trading Interests Act）发布命令，禁止4家英国公司遵守美国出口管制制度和命令。欧共体认为，美国所采取的措施因其域外性而违反国际法，美国试图规制的不是美国国籍的公司，而是限制这些公司在美国境外处置财产和技术信息等行为。经过磋商，美国于1982年11月13日解除了对欧洲企业的限制。^④

《美国国务院公报》（Department of State Bulletin）在1983年6月发布了《域外性与管辖权冲突》的声明，主张美国扩张管辖外国的行为在国际关系中长期以来一直得到承认，欧洲盟友也应该预期美国扩张制裁。^⑤ 不过欧共体则持相反意见，认为从属地原则、保护原则、国籍原则和效果原则来看，美国管辖位于欧共体境内的欧洲法人在美国境外的行为违反国际法，且干预正在履行中的合同违反《1979年出口管理法》和美国公法的原则。^⑥ 1984年5月经合组织部长级会议强调应加强双边和多边合作，避免管辖权冲突或限制其范围。1984年5月5日，美国国务卿舒尔茨（Schultz）也说，域外管辖不是一个技术性问题，不断增加的管辖权冲突正导致防卫性和报复性行动。^⑦

① See Spencer Weber Waller, “The Twilight of Comity”, (1999—2000) 38 *Columbia Journal of Transnational Law* 563, pp. 566—567.

② 参见〔美〕约瑟夫·P·格里芬、迈克尔·R·卡拉布里斯：《如何处理域外管辖争议》，张薇译，魏家驹校，载《法学译丛》1989年第5期，第73—78页；〔法〕亚力山大·卡尔纳吕蒂、弗朗西斯·德隆：《各国如何对付美国竞争法的域外效力》，刘伟民译，载《法学译丛》1982年第6期，第34—41页；〔英〕A·V·劳：《国际公法与冲突法——欧洲对美国出口管理的反映条例》，沈春耀、周海荣译，张文镇校，载《法学译丛》1985年第6期，第26—31页。See A. V. Lowe, “Public International Law and the Conflict of Laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations”, (1984) 33 *The International and Comparative Law Quarterly* 515, pp. 515—530. See also Patrick J. DeSouza, “The Soviet Gas Pipeline Incident: Extension of Collective Security Responsibilities to Peacetime Commercial Trade”, (1984—1985) 10 *Yale Journal of International Law* 92, pp. 92—117.

③ Note and Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the Export Administration Act, presented to the United States Department of State on 12 August 1982; Note on the same subject presented by the Government of the United Kingdom on 18 October 1982; in A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials* (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1983), p. 197, p. 201; Aide-memoire by Japan of 23 August 1960 and 20 March 1961 to the United States Department of State; Aide-memoire by the United Kingdom to the Commission of the European Communities, 20 October 1969, quoted in *Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session* (1 May—9 June and 3 July—11 August 2006); General Assembly, Official Records, Sixty-first session, Supplement No. 10 (A/61/10), p. 529, note 45.

④ See J. W. Bridge, “The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Controls”, (1984) 4 *Legal Studies* 2, pp. 4—6.

⑤ 该文也刊登在《美国国际法学会学报》上。See Kenneth W. Dam, “Extraterritoriality and Conflicts of Jurisdiction”, (1983) 77 *American Society of International Law Proceedings* 370, pp. 370—376.

⑥ “European Communities: Comment on the U. S. Regulations Concerning Trade with U. S. S. R.”, (1982) 21 *International Legal Materials* 889, pp. 891—904.

⑦ See David R. Robinson, “Reflection on the Current State of Extraterritoriality or Conflicts of Jurisdiction”, (1985—1986) *Proceedings of the American Branch of the International Law Association* 12, pp. 12—23.

(二) 法律实践

国际常设法院在“荷花号案”(S. S. Lotus)中已认定,^①除非存在国际法上的禁止性规则,否则一国有权行使域外刑事管辖权。当然,这不是说域外管辖是每一个主权国家完全自由裁量的事情,其仍然受国际法和各自国内法约束。^②如果允许一国没有任何正当利益和依据,却试图控制外国人在其本国的行为,这是难以接受的。^③为了应对美国域外管辖,加拿大、英国等国家制定阻却立法(the blocking statutes),不执行美国行政机关和司法机关的相关命令、判决,也禁止在本国的人遵守美国具有域外效力的措施,并且还发展出管辖美国人的管辖权制度。

1. 制定阻却立法

《美国对外关系法(第三次)重述》第442条注释4指出,阻却立法是外国企业和个人在面临美国行政机关调查、处罚和刑事诉讼以及美国法院的管辖时,该外国制定立法,禁止本国企业和个人遵守美国主管机关提出的披露、复制、检查、移除位于阻却立法制定地领域内的文件。^④加拿大是第一个发布阻却立法应对美国域外管辖的国家。1947年美国纽约北区联邦地区法院要求纽约公司在加拿大的子公司提供存放于加拿大的文件,以协助大陪审团调查可能违反《谢尔曼法》的事项,加拿大安大略省出台了第一部阻却立法——《商业记录保护法》(the Business Records Protection Act),禁止在加拿大的实体和个人提供在加拿大的商业记录。后来,加拿大又出台1970年《原子控制法》(the Atomic Control Act)、1976年《铀信息安全条例》(Uranium Information Security Regulation)、1984年《外国域外措施法》(Foreign Extraterritorial Measures Act),规定如何应对美国行政部门和司法机关提出的取证要求,以及违反规定时的法律责任。^⑤

在20世纪50年代,美国司法部调查国际油气卡特尔时,英国、荷兰、法国、意大利也发布命令,禁止本国当事人提交文件。^⑥在20世纪60年代早期,美国联邦海事委员会调查国际海运行业的反竞争和歧视性实践时,要求运输公司提供信息,引发了英国、法国、联邦德国、挪威、比利时、瑞典等国的外交抗议和阻却立法。在20世纪70年代中期,为了反制美国的诉讼或调查,澳大利亚通过了1976年《外国程序(禁止提供某些证据)法》(Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act)、1984年《外国程序(过度管辖)法》(Foreign Proceedings

^① S. S. Lotus (France v. Turkey), 1927 P. C. I. J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm, para. 46, 最后访问时间:2019年3月22日。

^② See R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws", (1957) 33 *British Year Book of International Law* 146, p. 151.

^③ See R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws", (1957) 33 *British Year Book of International Law* 146, p. 150.

^④ See American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 442 n. 4 (1987). 《美国对外关系法(第三次)重述》第402条是“规范的管辖权依据”(Bases of Jurisdiction to Prescribe), 第421条是“裁判管辖权”(Jurisdiction to Adjudicate), 第431条是“执行管辖权”(Jurisdiction to Enforce)。

^⑤ See Keith Highet, George Kahale III, Mark A. A. Warner, "Canada-Conflicts of Laws-Jurisdiction to Consider Constitutionality of Foreign Laws-Comity-Blocking Statutes-Federalism-Asbestos Litigation", (1994) 88 *American Journal of International Law* 532, pp. 533-534.

^⑥ See American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 442 n. 4 (1987). P. C. F. Pettit and C. J. D. Styles, "The International Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws", (1982) 37 *Business Lawyer* 697, pp. 697-715.

(Excess of Jurisdiction) Act),^① 英国通过了1980年《保护贸易利益法》等。

英国1980年《保护贸易利益法》是内容比较全面的阻却立法,极大影响了后来的欧盟立法。^② 1980年《保护贸易利益法》主要内容包括:(1)第1条界定影响英国贸易利益的外国措施,规定受到外国措施影响的在英国经商的人应向国务大臣报告,国务大臣可以发出指令,禁止在英国经商的人服从外国主管机关发布的具有域外效力并损害本国商业利益的措施;(2)第2条规定外国法院和当局指定提供的文件和情报,国务大臣可以发出指令,禁止本国公民、商业团体、行政机关向外国主管机关提供商业文件和商业情报;(3)第3条规定违反第1条和第2条的法律责任;(4)第4条规定如果外国提出的在英国取证的请求侵犯英国的管辖权或有损英国的主权,则英国法院不得执行该请求;(5)第5条规定本国法院不得执行外国的惩罚性判决和涉及限制竞争的判决;(6)第6条是回拨条款,规定本国公民或商业团体在外国法院败诉后,可以在英国法院对发起在外国诉讼的人提起诉讼,并获得非补偿性赔偿;(7)第7条规定基于回拨条款作出的判决的执行;(8)第8条规定“外国”等名词的解释、本法与之前立法的关系和适用范围等内容。

为回应美国制裁古巴的1996年《赫尔姆斯—伯顿法》(Helms-Burton Act),加拿大修正了其《外国域外措施法》,墨西哥通过了《保护商务和投资反对违反国际法的外国政策法》,欧盟通过了《第2271/96号条例》。^③ 在2017年美国新一轮制裁伊朗后,欧盟更新了《第2271/96号条例》的附录。

然而,英国和欧盟反制立法中允许其本国国民通过诉讼追回损失的条款实际上并不能发挥预期的作用。^④ 第一,如果是美国行政部门采取罚款、刑事起诉,那么受害企业和个人要在本国提起诉讼得越过国家豁免这一关,毕竟美国政府的执法属于主权行为,不受外国法院管辖。第二,如果是外国企业和个人在美国法院通过诉讼获得惩罚性赔偿,受害企业和个人在本国提起诉讼,也得满足本国确立的管辖依据。第三,本国法院作出的判决难以在外国得到承认和执行。^⑤

① See Deborah Senz and Hilary Charlesworth, “Building Blocks: Australia’s Response to Foreign Extraterritorial Legislation”, (2001) 2 (1) *Melbourne Journal of International Law* 69, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/journals/MelbJIL/2001/3.html?query=%2225%20Virginia%20Journal%20of%20International%20Law%207%22> (last visited April 3, 2019).

② 参见沈春耀译:《〔英国〕1980年保护贸易利益法》,魏家驹校,载《法学译丛》1985年第2期,第69—72页;M·A·布莱思:《评英国1980年〈保护贸易利益法〉》,徐跃武译,邓中华、稼菊校,载《法学译丛》1985年第3期,第34—36页,第44页。

③ See John Boscariol, “An Anatomy of a Cuban Pyjama Crisis: Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of the United States”, (1999) 30 *Law and Policy in International Business* 439, pp. 439 – 499; Alexander Layton and Anharad M. Parry, “Extraterritorial Jurisdiction-European Responses”, (2004) 26 *Houston Journal of International Law* 309, pp. 309 – 325; Harry L. Clark, “Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures”, (1999) 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 61, pp. 61 – 96. 欧盟将美国域外立法管辖的适用界定为美国法的域外适用,1996年反制美国制裁古巴时通过的《第2271/96号条例》强调反对美国立法域外适用的效力。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).

④ See A. Vaughan Lowe, “Extraterritorial Jurisdiction: The British Practice”, (1988) 52 *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht* 157, pp. 186 – 190.

⑤ See Giesela Ruehl, “The Renaissance of the Blocking Statute”, <http://conflictoflaws.net/2018/the-renaissance-of-the-blocking-stature/> (last visited December 22, 2018).

2. 其他国家对美国人的域外管辖

美国为国家安全及对外政策目的开始系统地行使域外管辖权,要求美国法的域外适用,其他国家反过来对美国人行使域外管辖。其中,反垄断领域最为典型,^① 欧盟、澳大利亚、韩国、日本均在一定程度上借鉴美国的效果原则而行使域外管辖。^② 各国越来越将其法律适用于域外,不仅导致国家之间的冲突,也导致商业界和公共机构面临更多的不确定性;同时,很可能造成过度监管,不但增加监管对象合规成本,而且有时候导致监管对象在相互冲突的法律规则之间无所适从;^③ 最终,迫使美国不再那么随心所欲地域外管辖,而是通过礼让、^④ 信息通报与其他国家合作。^⑤

(三) 经济实践

1. 绕开美元清算系统

美国域外管辖之所以能约束大多数自然人和企业,离不开美元的强势地位和美元清算系统在国际金融体制的重要作用。目前,大量的贸易、投资均以美元结算,离不开环球银行金融电信协会(Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication,简称SWIFT)。特别是,美国制裁伊朗后导致利用SWIFT与伊朗有关的清算都受美国管制,为此,各国都在想方设法绕开美元清算系统。例如,欧盟考虑设立“特殊目的载体”(Special Purpose Vehicle,简称SPV),便于欧洲企业与伊朗贸易;^⑥ 法国、德国和英国于2019年1月31日发表联合声明,宣布三国已经设立与伊朗贸易的专门机制,核心是支持贸易往来支持工具(Instrument for Supporting Trade Exchanges,简称INSTEX)结算机制,以保障欧洲国家与伊朗的合法贸易往来,但仍需要数月才能开始运行;^⑦ 有些国家则通过货币互换、易货贸易等方式不使用美元清算系统;有些国家设立专门的银行,由该银行来负责美元之外的清算。

2. 减少供应链上的美国货物和技术

当政府希望既保持自由贸易又能追求特定的政策目标时,就更可能采用更宽泛的冲突规则,确保将本国的规则域外适用于将要进口到本国的外国产品。如果外国产品在本国市场份额很小,

① See Joseph P. Griffin, "Foreign Governmental Reactions to U. S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction", (1998) 6 *George Mason Law Review* 505, pp. 505 - 523.

② 参见张劲松:《论欧盟对美国经济法域外效力的法律阻却》,载《欧洲》2001年第2期,第55—56页;戴龙:《日本反垄断法的域外管辖及对我国的借鉴价值》,载《上海财经大学学报》2009年第5期,第44—50页。

③ See Austen L. Parrish, "The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business", (2008) 61 *Vanderbilt Law Review* 1455, pp. 1489 - 1491.

④ 考虑到外国的强烈反对,美国法院也逐渐考虑行使域外管辖权、将美国法域外使用时要遵守国际法,美国司法部为代表的行政部门也越来越强调礼让,避免不必要地干预外国政府的主权利益。See John Cannon III, "Foreign Statutory Response to Extraterritorial Application of U. S. Antitrust Laws", (1982) 1 *Penn State International Law Review* 125, pp. 136 - 137.

⑤ See Piet Jan Slot and Eric Grabandt, "Extraterritoriality and Jurisdiction", (1986) 23 *Common Market Law Review* 545, pp. 545 - 565.

⑥ 参见王砚峰、张佶焯:《SPV、人民币与美元面对的挑战》, http://ie.cass.cn/academics/economic_trends/201810/t20181017_4705952.html, 最后访问时间:2019年3月31日。

⑦ 郑昊宁:《伊朗呼吁欧洲尽快启动特别结算机制 绕过美制裁》, http://www.xinhuanet.com/world/2019-04/16/c_1210109067.htm, 最后访问时间:2019年4月22日。

则法律的域外适用其实没有什么作用。^①

为了防止美国过度域外管辖，法国、德国等国家实际上有意识地补贴本国企业，并鼓励本国企业重整供应链，减少对美国货物和技术的依赖。这样做有两个好处，第一，减少系统性风险，以免美国出口管制等措施造成企业甚至整个产业的衰败；第二，减少美国货物和技术的进口，最终也损害美国人的利益，迫使美国人去游说美国国会和行政部门，放松过度的管制。

四 中国应对美国域外管辖的思路和举措

美国域外管辖并非仅针对中国，中国与其他国家共同努力反对美国过度域外管辖时，还要加强对美国法律制度的研究，综合运用政治、外交和法律手段，积极化解风险，完善中国对外关系法，适度、谨慎地反制美国域外管辖。

（一）与其他国家共同反对美国过度域外管辖

在反对美国过度域外管辖上，中国与其他国家存在共同利益，可以而且应该共同合作。美国长期行使域外管辖，制定含有域外适用条款的法律法规，并予以执行，很多国家认为美国是“司法霸凌”（judicial bully），^② 欧洲国家认为美国法院不考虑其他国家就主张管辖权是“司法霸权主义”（judicial hegemonialism）。^③ 美国将其规制政策适用于在美国境外的中国企业和个人，也影响美国公司在国际市场上的竞争力，经常受到商界的批评。^④

一些国家在不相关的领域报复和反制，^⑤ 促使美国更加慎重、克制地域外管辖。中国在改革开放之前受到美国长期封锁制裁，正是其他国家不断地反对，美国不得不更积极主动地与中国接触。例如，加拿大一直反对美国试图对其他国家的企业适用美国法，甚至考虑将该问题提交联合国，要求联合国谴责美国干预加拿大的对外贸易。^⑥ 尼克松总统访华后，美国对中国制裁和进出口管制开始大幅度放宽。中国改革开放以来，美国也多次单边制裁中国和其他国家，但最终在国际社会的共同努力下，美国不得不中止、修改某些法律法规的实施。近年来，美国政府又通过加大对俄罗斯、伊朗、古巴、委内瑞拉、利比亚等国家的制裁，增加对中国出口的管制，企图强迫其他国家遵守美国的外交政策、经济制度，这不但影响了国际关系的稳定，也给全球供应链造成

① See Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws* (Leiden: Brill/Nijhoff, 2015), p. 75.

② See Robert Wai, “Transnational Liff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, (2001) 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209, p. 248.

③ See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, p. 1058.

④ See Mark P. Gibney, “The Extraterritorial Application of U. S. Law: The Perversion of Democratic Governance, the Reversal of Institutional Roles, and the Imperative of Establishing Normative Principles”, (1996) 19 *Boston College International and Comparative Law Review* 297, pp. 304 – 305.

⑤ See Austen L. Parrish, “The Effects Test: Extraterritoriality’s Fifth Business”, (2008) 61 *Vanderbilt Law Review* 1455, pp. 1492 – 1493.

⑥ See Gunnar Adler-Karlsson, “International Economic Power: The U. S. Strategic Embargo”, (1972) 6 *Journal of World Trade* 501, p. 509.

了威胁。欧盟、加拿大、英国等也都明确反对美国的单边主义，故中国可以而且应该参与国际合作，共同反对美国过度域外管辖。

（二）协助企业和个人做好个案应对

要应对美国域外管辖，首先得了解美国法律制度的内容及其实际运作，做好必要的风险提示。美国制定国内法，适用于在国外的外国人，而外国人并没有投票权、参与权，无法对立法发表意见，很多时候也不知美国法的内容，却因其在美国境外的行为受美国规制。^① 尽管中国反对美国域外管辖，但还是需要加强相关研究，做好预警提示，减少中国企业和个人不必要的风险和损失。

受美国域外管辖影响的企业和个人应积极参与诉讼。虽然应反对美国的霸权主义和过度域外管辖，但在遇到域外管辖时，中国企业和个人不能轻视美国行政机关和法院的命令，^② 还是应积极参与诉讼，利用美国法律积极维护自己合法权益，包括抗辩美国法院没有对人管辖权、事项管辖权。^③ 当然，涉及国有企业的豁免问题，也可以进一步研究。在反倾销调查中，中国主张中国国有企业没有豁免权，不是公共机构，未得到美国认可；在民事诉讼中，美国法院有时主动授予未在美国营业的中国中央和地方政府直接控股的企业以国家豁免，驳回原告的起诉。在作为被告提出抗辩之外，中国企业和个人也可以考虑主动对美国行政机关提起诉讼。

中国行政机关也可以考虑在个案中参与诉讼。在反垄断、人权诉讼、长臂管辖等领域的一些案件中，欧盟、英国、加拿大政府相关部门经常提交各种形式的书面声明，甚至作为“法庭之友”参与诉讼，也促使美国行政机关和法院有机会聆听他们的声音，最终多少影响了案件的走向。中国商务部也在“维生素 C 反垄断案”（*Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*）中出庭，陈述中国政府关于企业在进出口的价格固定中的法律。^④ 虽然中国商务部发表的口头辩论意见和提交的书面意见内容未得到美国联邦最高法院的认可，但这是一个良好的开端。实际上，在此前众多涉及中国政府和官员的案件中，中国外交部直接、间接提交书面意见，有助于让美国联邦法院注意到中国政府的立场，并在判决中有所考量。

① See Austen L. Parrish, “The Effects Test: Extraterritoriality’s Fifth Business”, (2008) 61 *Vanderbilt Law Review* 1455, pp. 1467 – 1486.

② 有中国企业领导在董事会会议上指示涉诉的相关实体不用理会美国判决，认为无论美国作出什么裁定，均无法执行公司在中国的资产，该实体被判藐视法庭。In *Re: Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation*, 168 F. Supp. 3d 921 (United States District Court, E. D. Louisiana, 2016).

③ 事项管辖权是一个很重要的抗辩事由。例如，美国政府依据《1986年洗钱控制法》（Money Laundering Control Act of 1986）提起诉讼，要求英国劳埃德银行（Lloyds TSB Bank PLC）支付民事罚款，但被联邦法院以没有事项管辖权为由驳回。*United States v. Lloyds TSB Bank PLC*, 639 F. Supp. 2d 326 (S. D. N. Y., 2009).

④ *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 16 – 1220, slip op. (U. S. June 14, 2018). 2018年3月22日，中国商务部申请参加美国联邦最高法院的口头辩论程序。Joint motion of respondents and amicus curiae Ministry of Commerce of the People’s Republic of China for leave to allow Ministry of Commerce of the People’s Republic of China to participate in oral argument as amicus curiae and for divided argument, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/16/16-1220/39743/20180322182933584_16-1220%20Animal%20Science%20Products%20Mot%20Divided%20Argument.pdf. 2018年4月4日，中国商务部向美国联邦最高法院提交了法庭之友意见书。Brief amicus curiae of Ministry of Commerce of the People’s Republic of China, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/16/16-1220/42398/20180404190231218_MOFCOM%20brief.pdf, 最后访问时间：2019年3月26日。

（三）完善中国对外关系法

随着中国更加深入、广泛地参与国际事务，中国学者已开始探讨如何完善调整对外关系的中国对外关系法。^① 在当前中美经贸摩擦的背景下，尤其要完善中国对外关系法中的管辖权立法、国际司法协助立法、阻却立法。

1. 完善中国的管辖权立法

近年来，许多学者呼吁，完善域外管辖立法，采取必要的反制措施，包括要求在清算系统上完善人民币跨境支付系统（Cross-border Interbank Payment System，简称 CIPS）配套监管措施的建设；^② 在证券监管领域有限度地推行本国证券法的域外管辖，特别是应模糊证券法的域外管辖问题，将自主权赋予法院；^③ 完善《中华人民共和国反垄断法》第 2 条，推进中国反垄断法的域外适用；^④ 在未来的个人信息保护法中设立域外适用条款；^⑤ 对于侵犯基本人权等有违公共道德的行为，行使域外管辖权。^⑥

2. 完善中国国际司法协助立法

中国未来需要制定更加精细化的规则，保护国家、企业和个人的合法权益。例如，鉴于美国证监会、司法部、法院要求会计师事务所、银行、其他企业和个人提供审计底稿、储户的银行账户信息等，中国需要加强银行信息、数据、国家秘密等出境审查，抵制境外的单边取证行为，保护中国的特定行业和证人的权益。^⑦ 《中华人民共和国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。”然而，该条款并未规定主管机关、审批流程、期限、需要提供的材料等，未来还需要制定更具可操作性的规则。

美国行政机关、司法机关在行使域外管辖权管辖中国企业和中国公民时，会涉及到域外送达、取证、判决的承认与执行，对于其中侵犯中国主权和违反中国公共秩序的部分，中国行政机关和司法机关完全有权予以拒绝。同时，中国行政机关在执法、司法机关在审判案件中，也可以不适用美国相关的法律、命令。

3. 慎重考虑阻却立法的内容

中国应慎重考虑阻却立法的内容，避免将中国企业和个人陷于两难境地，也避免阻却立法执

① 参见刘仁山：《中国对外关系法是中国法律体系的重要组成部分》，载《法制与社会发展》2009年第6期，第151—153页；刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》2016年第3期，第131—142页；蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期，第130—142页。

② 参见石佳友、刘连炘：《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》，载《上海大学学报（社会科学版）》2018年第4期，第26—32页。

③ 参见彭岳：《美国证券法域外管辖的最新发展及其启示》，载《现代法学》2011年第6期，第139—147页；彭岳：《美国金融监管法律域外管辖的扩张及其国际法限度》，载《环球法律评论》2015年第6期，第172—186页；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，第166—176页。

④ 参见王晓晔：《我国反垄断法的域外适用》，载《上海财经大学学报》2008年第1期，第30—37页。

⑤ 参见张建文、张哲：《个人信息保护法域外效力研究——以欧盟〈一般数据保护条例〉为视角》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2017年第2期，第36—43页。

⑥ 参见徐莉：《论WTO“公共道德例外”条款下之“域外管辖”》，载《法学杂志》2012年第1期，第165—169页。

⑦ 参见王克玉：《域外取证法律冲突下证人权益保障问题的审视》，载《政法论坛》2013年第4期，第95页。

行效果不佳。

在长期的博弈中，美国已微调其关于要求外国政府、企业和个人配合提供更多诉讼文件的立场。^①在进出口管制等领域，外国阻却立法的效果大打折扣。主要原因包括：第一，美国人必须遵守美国禁运立法；第二，很多美国公司在海外有子公司，美国政府要求这些子公司也遵从禁运立法；第三，许多非美国公司的产品是依靠美国的技术、设备或许可协议生产的，根据美国法，其美国合作伙伴应要求非美国公司同意不转出口至受制裁国家；第四，考虑到美国的巨大市场，许多外国公司自愿遵从美国的限制，以免受到美国报复、制裁。^②

尽管很多国家已制定阻却立法，但在实践中很少执行，^③而且美国法院经常以如下两个理由不承认外国阻却立法的效力，继续命令当事人违反外国阻却立法：第一，外国阻却立法过于宽泛，难以执行；^④第二，外国阻却立法缺少执行历史，当事人违反阻却立法被追诉的风险“轻微且是推测性的”（slight and speculative）。美国法院只在极少数案件中认定由于外国积极执行阻却立法，故出于礼让的考虑，不再强制在美国诉讼的外国当事人违反外国阻却立法。美国法院的实践传达了这样的信号：阻却立法不会得到遵从，除非外国执行该法令。^⑤

因此，如果中国制定了阻却立法却不严格执行，则美国很可能不理睬中国阻却立法而命令中国企业和个人违反阻却立法；如果中国严格执行阻却立法，美国也仍然可能不予理会，导致中国企业和个人陷于两难——不理睬美国法院命令而被美国制裁，或者违反中国阻却立法面临中国行政和刑事处罚。此外，中国阻却立法还可能增加在中国内外的中资、外资企业和个人的合规成本，因为它们要同时遵守中美两国之间可能存在冲突的监管要求。因此，制定有效可行的阻却立法，还需要进一步研究。

结 语

美国主张域外管辖，是一种霸权主义，应该结合其背景加以了解和分析，包括交通和科技的发展、企业的跨国运营、人员和资金的全球流动等情况。^⑥美国国会具有广泛的立法权，可以制定含有域外适用的立法，为美国行政机关和司法机关行使管辖权提供成文法依据。举报分成、惩罚性赔偿、集团诉讼、风险代理等因素又决定美国除了行政机关执行公法之外，私人还通过举报和诉讼机制利用行政机关和司法机关执行公法，争取私利。

① 参见徐伟功、王育琪：《美国的域外证据开示制度评析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期，第40—47页。

② See Gunnar Adler-Karlsson, “International Economic Power: The U. S. Strategic Embargo”, (1972) 6 *Journal of World Trade* 501, pp. 510–513.

③ 例如，2009年以前，法国只有一起违反阻却立法的案件。在该案中，一名法国律师联系一名在法国的法国公司前员工，试图获得该公司内部决策程序的信息。2007年12月12日，法国最高法院认定这是违反《法国阻却立法》的刑事犯罪，对该律师罚款1万欧元。See Laurent Martinet, Ozan Akyurek, “The Perils of Taking Discovery to France”, (2009) 20 (5) *Practical Litigator* 39, pp. 42–43.

④ See International Law Association, “Committee of Extraterritorial Jurisdiction-Second Interim Report”, (1994) 66 *International Law Association Reports of Conferences* 673, p. 677.

⑤ See M. J. Hodaa, “The Aérospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, (2018) 106 *California Law Review* 231, pp. 231–251.

⑥ [日]小原喜雄：《经济法域外适用的法律原理》，雷法译，载《现代外国哲学社会科学文摘》1986年第6期，第46页。

美国域外管辖维护了其政治、经济、社会、文化利益，但与其他国家管辖权相冲突，而且又未对域外被告提供平等保护，引发了其他国家的抗议，其他国家甚至出台阻却立法，直接对抗美国的域外管辖。在长期的互动中，美国域外管辖的理论和实践也在不断变化，既避免与其他国家太过剧烈的冲突，又保留行政机关和司法机关在规制政治、经济、社会、文化上的权力和弹性。

中国正在走近世界舞台的中央，一方面会不可避免地遇到其他国家曾经遭遇的美国域外管辖问题，另一方面未来也需要考虑如何保护日益增加的海外利益。为此，在积极回应美国域外管辖时，也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。当然，中国应遵守合理性原则，不过度主张管辖权，并坚守法治原则，提高执法和司法的透明度与可预测性，^① 努力打造法治化、国际化、便利化的营商环境，为构建人类命运共同体贡献中国智慧。

The Extraterritorial Jurisdiction of the United States: Concept, Practice and China's Response

Li Qingming

Abstract: The extraterritorial jurisdiction of the United States refers to the fact that the legislative, judicial and administrative branches exercise their jurisdiction outside of its territory, which is different from the long-arm jurisdiction and the extraterritorial application of the U. S. laws. The United States argues that its exercise of extraterritorial jurisdiction is founded on international law, and based on territoriality principle, nationality principle, protective principle, universality principle. The U. S. Congress argues that for the sake of equally treating the parties both inside and outside of the United States and safeguarding the political, economic and diplomatic interests of the United States, the Congress has the authority and legitimate rights to enact statutes with extraterritorial application provisions. Although the federal courts have restricted foreign plaintiffs to seek compensation for extraterritorial tort cases under the U. S. laws, they have not restricted the enforcement power of the U. S. administrative branch or the rights of action of private parties in the United States. The administrative branch is expanding its jurisdiction, and sometimes even enforces the U. S. laws in foreign territory, with the means of in violation of international law and foreign law. In response to the extraterritorial jurisdiction of the United States, Canada, the United Kingdom, France and the European Union have adopted a series of counter-measures. In response to the extraterritorial jurisdiction of the United States, China shall: cooperate with other countries to oppose the practice of exorbitant extraterritorial jurisdiction of the United States; assist enterprises and individuals who are the targets of extraterritorial jurisdiction of the United States to argue the cases; improve and perfect foreign relations law of China, especially the jurisdiction legislation, international judicial cooperation system and blocking statutes.

Keywords: Extraterritorial Jurisdiction, Long-arm Jurisdiction, Extraterritorial Application of the U. S. Laws, Blocking Statutes

(责任编辑: 郝鲁怡)

^① 参见王晓晔、吴倩兰:《国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用》,载《比较法研究》2017年第3期,第132—145页。