

域外管辖论纲

廖诗评*

内容摘要：近年来，域外管辖和域外适用问题成为中国统筹推进国内法治和涉外法治工作的重要议题，但学界对于域外管辖及有关概念尚存争议，实务界在立法、执法和司法实践中也呈现出不同理解。从本质上说，域外管辖权属于国家管辖权范畴，是国家的固有权利。域外管辖指的是国家在本国领土范围内针对境外的人、物或行为确立和行使管辖权，域外管辖包括域外适用，但不等于长臂管辖，也不能等同于经济制裁。国家行使域外管辖权是国际关系中的正常现象，国家往往会在属地管辖权的基础上，依托相关连接点扩张域外管辖权，但这种扩张需要符合“真实合理联系”要求，否则便涉嫌违反国际法，损害国际社会正常秩序。

关键词：域外管辖 长臂管辖 域外适用 经济制裁 真实合理联系

引言

近年来，美国频繁使用其国内法，对中国企业、个人和其他实体行使域外管辖权。中国政府迅速对此作出了回应，将“加快我国法域外适用的法律体系建设”^①和“统筹推进国内法治和涉外法治”^②确立为国家法治建设的重点任务。域外管辖权问题也随之成为法学理论和法律实务中的热点。不过，从认识论角度来说，域外管辖权在中国尚属“新生事物”，因此，在认识初期，无论是国内学界、实务界还是中国官方立场文件，对于域外管辖权及有关概念（如长臂管辖、域外适用、域外效力、经济制裁等）存在理解不一的情况，亦属正常现象。此时，不宜仅从学术层面做概念上的“口舌之争”，而是应该暂时搁置这类争论，在观察和分析相关实践的基础上深化认识。考虑到上述重点任务自提出至今已有数年，有必要结合近年来中国法和其他法域的相关最新实践，重新审视域外管辖权及相关概念，并进一步明确不同概念之间的关系，归纳域外管辖权的不同功能，在此基础上明确不同功能的域外管辖权立法和实践的实施路径。

* 北京师范大学法学院教授、博士生导师。

本文系作者主持的国家社科基金重点项目“构建‘内外统筹公私合作’的《反外国制裁法》实施机制研究”（22AFX025）的阶段性成果。

① 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019年11月15日，第4版。

② 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社2022年版，第41页。

一、域外管辖的内涵和外延

(一)域外管辖的内涵

从严格意义上说,域外管辖(extraterritorial jurisdiction)并非学术研究的新议题。早在 2006 年,联合国国际法委员会就在年度报告中以附件的形式对域外管辖的实践进行了梳理,将域外管辖界定为“一国在其领土(territory)之外行使主权权力或权威”。^①应该说,以领土作为界定域外管辖的核心因素是较为合理的。^②不过,由于域外管辖的国家实践过于复杂,尚需要结合这些实践,对域外管辖的内涵进一步加以说明。

国家领土范围是理解域外管辖的核心和基础。进一步看,尽管是在国家管辖权意义上讨论域外管辖,但国家领土范围仍然要根据领土的一般国际法规则来确定,不能按照关于管辖权的一般规则和特殊规则来确定,否则将会给域外管辖的制度和实践带来不必要的困扰。按照一般国际法规则,国家领土的组成部分包括领陆、领水、领水下的底土以及领陆和领水之上的领空。^③根据这一理解,国家在领土组成部分之内,针对领土范围内的人、物和行为行使管辖权,是典型的属地管辖,不属于域外管辖范畴。

不宜将关境和法域作为理解域外管辖的核心因素。关境和法域的范围往往小于领土,一国在关境和法域之外确立和行使管辖权,往往仍然落入属地管辖范围之内。也不宜将国家管辖范围或领域作为理解域外管辖的核心因素。有学者在界定国内法域外适用时,试图引入国家管辖领域作为界定“域外”的重要参考,认为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。^④这种界定是不够准确的。

首先,相比于领土范围,一般国际法并没有关于国家管辖范围的规定,相应的规定散见在不同领域的国际法规则之中,无法系统解释复杂的域外管辖国家实践,只能根据国际法各个领域的特殊规则,结合国家实践,根据不同情况进行具体界定。如,在海洋法领域,毗连区、专属经济区和大陆架属于国家管辖范围;^⑤在外空法领域,一国建设的国家空间站属于该国管辖范围。^⑥此外,国家之间也会根据实际需要达成大

^① 参见联合国大会第 61 届会议正式记录,补编第 10 号,A/61/10,第 390 页。

^② 参见马新民:《当前国际法形势与中国外交条法工作》,《国际法季刊》2023 年第 4 期,第 9 页。值得注意的是,关于域外管辖的界定,联合国国际法委员会在该份报告的英文版中所使用的表述为:“The notion of extraterritorial jurisdiction may be understood as referring to the exercise of sovereign power or authority by a State outside of its territory”。但是,该报告的中文版,将上述英文界定翻译为“域外管辖是一国在其境外行使主权权力或权威”。也即,将“territory”一词翻译为“境”。从严格意义上说,这一中文翻译是不妥当的,翻译为“领土”是更准确的。因为第一,“territory”一词的通常含义即为“领土”;第二,领土具有确定的国际法含义,而“境”“境内”“境外”等词语,在国际法上并没有明确界定;第三,在中文语境下,领土并不完全等于“境”,后者不仅可以指国境,还可以指关境,且“国境”一词更多指的是陆地边境,不包括海洋和空域的边界。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆 2016 年版,第 695 页。

^③ 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 229 页。

^④ 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,《环球法律评论》2019 年第 3 期,第 168 页。

^⑤ 参见《联合国海洋法公约》第 33、56、77 条。

^⑥ 1967 年《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他天体活动所应遵守原则的条约》(以下简称《外空条约》)第 8 条规定:凡本条约缔约国为射入外层空间物体的登记国者,对于该物体及其所载人员,当其在外层空间或在某一天体上时,应保有管辖权和控制权。

量特殊协议,将本属于一国领土范围的区域置于他国管辖范围之内。

其次,国家在管辖范围内行使的管辖权完全有可能属于域外管辖范畴。如,毗连区、专属经济区和大陆架并不在国家领土范围之内,但国家实践表明,在这些区域行使管辖权,往往会被认为是在管辖范围内行事。^①这类实践得到了《联合国海洋法公约》的确认和支持,该公约赋予沿海国在毗连区内防止和惩治违反其海关、财政、移民或卫生法律规章的权利;赋予沿海国在专属经济区内行使勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源的主权权利,行使从事经济性开发和勘探的主权权利,以及行使对人工岛屿、设施和结构的建造和使用、海洋科学研究和海洋环境的保护和保全等事项的管辖权;赋予沿海国勘探开发大陆架上自然资源的主权权利。^②尽管国家在毗连区、专属经济区和大陆架之内所享有的管辖权具有性质上的差异,但这些差异并不影响国家在这些区域行使具有域外管辖性质的管辖权。^③在关于国家海外驻军的国际法实践中,派驻国往往需要与驻在国就驻军基地和驻军的法律地位达成协议,驻军基地和驻军的相关事项往往会由派驻国而非驻在国实施管辖。如,根据1960年《为实施〈美日双边合作与安保协定〉第6条的设施、区域和驻军地位协定》(以下称《美日双边驻军协定》)的规定,美国军事当局对于其驻日武装部队人员、文职人员和服务人员涉嫌违反美国法并应受美国法处罚的情形享有专属管辖权,包括但不限于危害美国国家安全的罪行,如叛国罪、间谍罪等,并对这些人员所从事的仅针对美国财产、其他驻日武装部队人员、文职人员和服务人员的犯罪以及职务行为中的过失犯罪享有优先管辖权,同时还享有对武装部队人员进行军队纪律惩戒的管辖权。^④这种安排使得驻日美国军事基地和相关人员在事实上处于美国管辖范围内,但由于这些基地和人员位于日本领土之上,故美国行使管辖权具有域外性。

(二)域外管辖的外延

尽管联合国国际法委员会已经针对域外管辖作出了初步界定,但从该界定内容

^① 参见《中华人民共和国领海与毗连区法》第13条、《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第3条和第4条、《中华人民共和国海洋环境保护法》第2条。

^② 参见《联合国海洋法公约》第33、56、77条。

^③ 国家在毗连区和专属经济区所享有的管辖权是《联合国海洋法公约》所赋予的条约权利,这意味着一旦《联合国海洋法公约》失效或终止,这种管辖权将不复存在,除非其已经具有习惯国际法规则的性质。大陆架是国家陆地领土在海面之下的自然延伸,因此国家在大陆架所享有的权利属于固有权,这种权利无须国际法规则赋予,也不需要宣告。不过,如果国家违反《联合国海洋法公约》关于专属经济区和毗连区的规定,在该公约规定的事项范围之外行使管辖权,则可能会落入非法行使域外管辖权的范畴,如国家在位于本国专属经济区的他国船舶之上抓捕涉嫌故意对本国人造成人身伤害的外国人。

^④ See Article XVII of Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan, <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/sfa/pdfs/fulltext.pdf>, visited on 3 June 2023. 美国海外驻军众多,因此与不少国家都订立了有关武装部队法律地位的协定,其中大多规定了美国对于军事基地内部事务和其他涉及国家安全的事务享有专属管辖权。但近年来,随着驻在国反对美国这类域外管辖权的呼声愈发高涨,美国也开始与相关驻在国重开谈判,修改协定中的部分条款,减少域外管辖权行使的可能性。

语义和域外管辖实践的角度来看,这种界定仍然有进一步明确的空间。从语义上看,现行的界定更多表现为结果导向意义上的界定,即如果一国确立和行使管辖权的结果是其在领土之外行使了主权权力,就可以被认定为域外管辖。从实践角度看,导致一国在领土之外行使主权权力这一结果的管辖行为可能是多样化的,不同管辖行为之间在模式上存在差异。

有两种模式将导致国家在其领土范围之外行使主权权力:一是国家在本国领土范围内,针对领土范围之外的人、物和行为行使管辖权;二是国家在本国领土范围之外行使管辖权。

1. 国家在本国领土范围内针对领土范围之外的人、物和行为行使管辖权

与域外管辖相关的国家实践主要集中在这一方面。在这种模式下,国家的立法、执法和司法行为限于本国领土范围之内,但规制的对象具有域外性质。此时,国家通过国内立法确立域外管辖权是行使域外管辖权的前提。在某些情形下,国家在本国领土范围内行使域外管辖不仅仅是一项权利,而且是国家承担的国际法义务。^①近年来,国家在本国领土范围内行使域外管辖权的实践越来越多,不少实践给国际法和国际关系都带来了不小的挑战。相比于其他法域,美国国内的此类域外管辖实践最为丰富。

2. 国家在本国领土范围之外行使管辖权

相关实践主要可以分为两类:国家在他国领土上行使管辖权、国家在非领土区域行使管辖权。其中后者也可以细分为国家在本国非领土管辖范围内行使管辖权和在国际公共区域行使管辖权。

从国际关系和国际法的历史来看,国家在他国领土范围内行使管辖权的实践源远流长,一度表现为极具殖民色彩的“治外法权”,历史上的领事裁判权即为这方面的典型例证。^②联合国国际法委员会也承认,治外法权是讨论域外管辖权时需要考虑的因素。^③尽管这类治外法权措施已经随着更多民族国家的兴起和国家主权平等原则的

^① 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(以下称《公约》)第1条规定:缔约国确认,灭绝种族行为,不论发生于平时或战时,均系国际法上的一种罪行,承允防止并惩治之。在波黑诉塞尔维亚《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案中,国际法院进一步认为,承允一词意味着一种正式承诺,即接受和承担一项对自己有约束力的义务。因此《公约》第1条中的预防义务是一种直接而非间接义务,而且是强制性的行为义务,并不要求国家最终成功预防了灭绝种族行为的发生。但是,当国家在其权力范围内没有采取一切有效的措施去预防灭绝种族行为的发生时,就应承担相应的国家责任。也即,国际法院认为《公约》对国家施加了“合理注意”(due diligence)的要求。在判断国家是否履行“合理注意”的要求时,需要根据个案情况进行分析。See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Judgment of 26 February 2007, p.221, para.430. 根据国际法院的这一要求,如果《公约》缔约国没有在国内制定立法,将灭绝种族行为设定为国内法意义上的犯罪,是很难认定缔约国履行了“合理注意”要求和预防义务的。按照这一逻辑,一旦国家在国内法中将灭绝种族行为入罪,就行使了域外立法管辖权,因为根据《公约》的要求,这一国内法的适用,并不以灭绝种族罪是否发生在本国境内为条件。不过需要注意的是,《公约》并没有将行使域外司法管辖权设定为缔约国义务,相反,根据《公约》第6条的规定,灭绝种族罪管辖权由行为发生地国家法院或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭进行管辖。

^② 参见公丕祥:《司法主权与领事裁判权——晚清司法改革动因分析》,《法律科学》2012年第3期,第5-7页。

^③ 参见联合国大会第61届会议正式记录,补编第10号,A/61/10,第391页。

强化而被广泛摒弃,但由于生产要素跨国流动性的不断加强,有意愿和能力的国家仍然会采取大量措施保护其海外利益,因此,传统意义上治外法权的部分逻辑仍然在现代国际关系中具有作用。这主要表现为国家开始以域外规治取代近代治外法权,推动管辖秩序的变革。^①

相比于传统意义上的治外法权,当代国际社会,国家在他国领土上行使管辖权具有较为明显的时代特征:第一,如果国家在他国领土上行使管辖权,需要获得他国的同意。在当代实践中,这类同意主要体现于相关国家协商达成的多边条约、双边条约和非条约性双边安排或备忘录之中,国家也可以通过单方行为的方式表达此类同意。进一步看,在达成这类条约或安排之后,国家往往也会将这些内容转化为国内法或国内措施,从国内法和国际法双重角度赋予行使域外管辖权的合法性。^②传统治外法权虽然也体现为双边条约或安排,但具有一定强迫性,实力较弱的国家往往是迫于各类政治经济军事压力才与实力较强的国家达成协议。第二,尽管事先获得了他国的同意,一国在他国领土上行使管辖权也往往会以合作执法或联合执法的方式进行,或者执法时有他国相关政府部门官员在场进行监督。第三,国家在他国领土上行使域外管辖权的方式以执法管辖为主,如反倾销反补贴调查中的现场核查程序。极个别情况下,国家会在他国领土上行使司法管辖权。在他国领土上行使立法管辖权的实践则几乎绝迹。而在他国领土上行使司法管辖权是传统领事裁判权等治外法权的重要内容。第四,在当代国际法的某些场景中,国家在他国领土上行使管辖权具有义务属性而非权利属性,如果国家怠于行使管辖权,将构成国际不法行为并可能承担国家责任,如国家在被占领土上行使管辖权即为如此。传统治外法权的行使并不具备此种义务属性。有鉴于此,不宜将国家在他国领土上行使管辖权纳入国家域外管辖权的范畴,因为此时国家所行使的管辖权需要他国同意或国际法授权,与国家管辖权所具有的固有权利的性质不符。在此类场景下,与其说是国家在他国领土上行使域外管辖权,不如说是他国在本国领土上对自己管辖权的处分和让渡。

国家在非领土区域行使管辖权,主要包括国家在非领土管辖范围内行使管辖权和在国际公共区域行使管辖权。前者的典型例证是国家在专属经济区、专属渔区、毗连区等管辖区域行使管辖权,这些区域虽然不是国家的领土,但可以专属于国家管辖范围。国家在这类区域行使管辖权往往源于国际法的授权,因此不宜将其纳入国家行使域外管辖权的范畴。后者则指的是国家在公海、国际海底区域、外空和极地等区域行使管辖权,这些区域不是国家领土,也不专属于任何国家的管辖范围。2015年,第69届联合国大会在《联合国海洋法公约》框架下启动了“国家管辖范围以外区域的

^① 参见屈文生:《从治外法权到域外规治——以管辖理论为视角》,《中国社会科学》2021年第4期,第55-56页。

^② 就中国的相关实践来看,行使此类域外管辖权的主要表现为行政机关实施的境外实地调查和核查行为,如,中国于2001年加入WTO,按照WTO《反倾销协定》第6.7条和《补贴与反补贴措施协定》第12.6条的规定,WTO成员方的贸易调查主管机关有权在其他成员方领土内进行调查,以核实反倾销和反补贴调查程序所需相关信息。随后中国制定了《反倾销条例》和《反补贴条例》,规定商务部在必要时可派出工作人员赴有关国家(地区)进行贸易调查。

海洋生物多样性”谈判,这里的“国家管辖范围以外”指的就是此类区域。国家在非领土区域行使管辖权的实践与科学技术的发展密切相关,有能力在这些区域进行活动和行使管辖权的国家往往综合实力较强,区域内的规则制定因而成为这些实力较强国家进行利益博弈的新场合。历史上,国际法并没有对国家在这些区域内行使管辖权进行规制,但随着科学技术的进步,部分国家开始对这些区域提出权利要求,或加大了在这些区域内行动的力度,国际法也开始通过冻结各国主权要求、宣布这些区域为国际公共区域或人类共同继承财产等方式,限制国家在这些区域确立和行使管辖权。因此也不宜将国家在这些区域行使管辖权的行为纳入域外管辖的范畴。

综合上述关于域外管辖内涵和外延的论述,本文认为,尽管从字面意义上看,国家在本国领土范围内,针对领土范围之外的人、物和行为行使管辖权,以及国家在本国领土范围之外行使管辖权,都可能导致国家在领土范围之外行使主权或权威,但后者需要以国际法明确授权为前提,这与前者的情形有着明显差异。因此,可以将域外管辖理解为国家在本国领土范围内,针对本国领土范围之外的人、物和行为确立和行使管辖权,而不包括国家在本国领土范围之外行使管辖权的情形。

二、域外管辖与相关概念的关系

(一)域外管辖权与管辖权

国家管辖权是国家固有权利之一,指的是国家针对人、财产和行为进行规制或以其他方式对其施加影响的权力。^①不难发现,域外管辖权显然在管辖权的含义范畴之内。但相比于国家管辖权的其他内容,域外管辖权有着自身独特的含义。

1.不宜将域外管辖权理解为管辖权的一种类型

在当代国际法中,按照不同的标准,可以将国家管辖权分为不同的种类。第一,按照管辖权的功能,国际法上的管辖权可以分为规范管辖权、执行管辖权和裁判管辖权。规范管辖权指的是国家立法的权力,其结果是国家以立法形式确立管辖权。执行管辖权指的是国家执行法律的权力,裁判管辖权则指的是国家司法机关适用法律解决争议的权力。第二,按照所涉实体法律的不同,可以将管辖权分为民事管辖权和刑事管辖权。不过,这种分类更多是理论意义上的分类,不少案件和国家实践实际上同时涉及这两类管辖权,^②这也使得完全区分这两种管辖权的意义不大。第三,在国家立法管辖权语境下,按照管辖事项和国家之间存在的联系,可以将管辖权分为属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍管辖权。此外,一些国家还在立法中确立了效果原则,强调国家有权管辖域外对其领域产生“影响”的行为。在美国铝业公司案中,美国第二联邦巡回法庭认为,如果外国人在境外的行为对本国境内产生影响,受影响国可以追究其相应的法律责任。^③这一原则随即迅速应用于美国反垄断领域的

^① See Malcom. N. Shaw, *International Law* 555 (Cambridge University Press 2021).

^② 参见贾兵兵:《国际公法:和平时期的解释和适用》,清华大学出版社2022年版,第266页。

^③ See *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

司法实践之中,随后又扩展至证券、金融监管等领域。欧盟和一些西方国家一开始对此原则表示坚决反对,但随后也逐步接受。时至今日,不少国家都在反垄断和证券监管领域确立了这一原则,并据此开展执法和司法实践。不过,由于效果原则所要求的“影响”较为模糊,国际法并未就其适用形成统一规则,因而其在实践中有被滥用的可能。

但是,域外管辖权并非一种独立的管辖权类型。原因在于:不同于国家管辖权以各类标准作为类型划分的依据,当前并不存在将国家管辖权划分为域外管辖权的明确标准,或者与域外管辖权相对应的其他类型的管辖权。从字面含义上看,域外可以与域内相对应,但这并不意味着可以将管辖权划分为域外管辖权和域内管辖权或者属地管辖权。属地管辖的本质就是国家对其领土范围内的人、物和行为实施管辖,而按照前述域外管辖的外延,已经包括了国家在本国领土范围内针对领土范围之外的人、物和行为行使管辖权。2018年9月20日,特朗普签署行政命令,^①宣布根据《制裁和反击美国敌人法案》(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, CAATSA),对中国中央军委装备发展部实施制裁,这些制裁措施包括:(1)禁止其获得任何美国的进出口许可;(2)禁止其在美国境内进行外汇交易;(3)禁止美国境内银行为其提供任何金融服务;(4)财产禁令,包括禁止其在美国管辖范围内获得、持有、使用、转让、运输、进出口被制裁人员任何财产的行为;原因是其与俄罗斯特定实体签署合同,购买了战机和反导系统,而CAATSA禁止世界范围内任何主体与俄罗斯主要情报机构、俄罗斯武装部队、国家安全局等特定实体进行交易。^②在这一事件中,美国针对发生在其领土范围之外的中俄之间的交易行为采取措施,属于典型的行使域外管辖权的行为,但其采取的制裁措施均在属地基础上实施,限于美国领土范围之内。也就是说,域外管辖权虽然名为“域外”,但其确立和行使实际上与属地管辖是密不可分的。

2. 不宜将域外管辖权理解为行使管辖权的法律基础

现代国际法所认可的国家行使域外管辖权的法律基础包括属人原则、属地原则、保护原则、普遍管辖原则以及特定领域的效果原则。也就是说,在现行国际法框架下,国家只能依据上述原则来确立和行使域外管辖权。因此,不能将域外管辖权与属人原则等并列作为国家管辖权的法律基础。域外管辖权一词,更多是对国家确立和行使管辖权现象的描述,而不是指国家行使管辖权的法律基础本身。据此,有学者准确地指出,域外管辖权不构成管辖权行使的方式。^③

^① See Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, issued on 20 September 2018, <https://www.federalregister.gov/documents/2018/09/21/2018-20816/authorizing-the-implementation-of-certain-sanctions-set-forth-in-the-countering-americas-adversaries>, visited on 2 May 2023.

^② See Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Section 231, Public Law No.115-44 (08/02/2017).

^③ 参见贾兵兵:《国际公法:和平时期的解释和适用》,清华大学出版社2022年版,第284页。

(二)域外管辖权、域外效力和域外适用

1.域外效力

域外效力一词的英文表述为“extraterritoriality”,指的是法律在本国领土范围之外产生效力。但“extraterritoriality”一词在不同语境下的含义却不尽相同,其可以用来指代域外效力;也可以用来表示治外法权;还可以用来表示国家制定具有域外效力法律的权力,也即域外立法管辖权。在中文语境下,域外效力一词的含义较为确定,指的是国家所制定的法律对领土范围之外的人、物和行为所产生的确定拘束力。法律具有域外效力,是法律域外适用的前提条件,也是国家行使域外(立法)管辖权的结果。不过,法律具有域外效力,并不意味着法律一定会以域外适用的方式实施。^①

2.域外适用

狭义上的域外适用(extraterritorial application)仅指国内法域外适用,指的是主权国家实施和适用本国具有域外效力的法律,这一过程通常由行政机关和司法机关来完成,但不包括司法机关基于本国冲突法规则的指引,针对本国领土范围之外的人、物和行为适用本国法的情形。在某些特殊情况下,国内法域外适用会成为国家根据国际法规则所承担的义务。从广义上看,域外适用可以包括国际法规则的域外适用以及国内法域外适用。这里的国际法规则域外适用的主体仍然是国家,不宜将国际组织包括在内。国际法规则的域外适用,与国内法域外适用的含义有着显著的不同,其并非指的是国家在本国领土范围内针对本国领土范围之外的人、物和行为适用国际法规则,此时,即使国际法规则能在国内直接适用,也要以国内法有明确规定为前提,因此实际上国家仍然是通过国内法规则在适用国际法规则,^②此种情形更多属于国内法域外适用的范畴。国际法域外适用指的是国家在本国领土范围之外适用国际法规则,这需要以国际法规则有明确规定为前提,且往往具有义务性质。本文所述域外适用仅指狭义上的域外适用,同时,由于前文论述已经将国家在本国领土范围之外行使管辖权排除在域外管辖范围之外,相应地,这里讨论的域外适用,也不包括国家在本国领土范围之外实施本国具有域外效力法律的情形。

域外管辖权与国内法域外适用密切相关。域外管辖权的含义比国内法域外适用更为宽泛,域外管辖权既包括国家行使立法管辖权,制定域外管辖规则的权力,也包括通过执法管辖权和司法管辖权适用这类规则的权力。一般而言,域外管辖权是国内法域外适用的前提,域外适用则是国家行使域外管辖权的过程。但在美国法语境下,域外适用与域外管辖之间的关系则更为复杂,因为在司法实践中,美国法院有时会将域外适用和

^① 可参见后文中关于域外管辖、经济制裁和管制措施尤其是边境措施之间关系的分析。

^② 实践中,国家主要通过制定和实施国内法来实施国际法规则。例如,《防止及惩治灭绝种族罪公约》第5条规定,缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律,以实施本公约各项规定,而对于犯灭绝种族罪或有第3条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。即使国内法规定某些条约可以在国内直接适用,不等于这些国际法规则就成为本国法律的组成部分。参见廖诗评:《经由国际法的国内法改革——改革开放四十年国内法制建设的另类路径观察》,《中国法律评论》2018年第5期,第146-147页。

对案件的事项管辖权(subject matter jurisdiction)混同,有时又对两者进行区分。^①

(三)域外管辖权与长臂管辖

长臂管辖(long arm jurisdiction)是美国法中的独特概念,其产生伊始主要指的是各州法院处理跨州民事诉讼时对外州当事人的管辖权,随后发展为法院处理跨国民事诉讼时对外国当事人的特别管辖权。法院行使长臂管辖权需要有“长臂法规”的授权。如果在美国法语境下讨论长臂管辖,或使用“long arm jurisdiction”在英文语境下展开讨论,指的就是美国民事司法管辖权中对非美国居民当事人的特别管辖权,长臂管辖属于域外管辖的组成部分。

中国实务界对于美国法中长臂管辖制度的关注滞后于学界,彼时学界的相关研究主要聚焦于美国法语境下的长臂管辖。^②随着近年来国际关系力量对比发生变化,美国频繁针对中国实体、个人甚至高级官员采取各类域外管辖和经济制裁措施。中国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》白皮书对“长臂管辖”进行了如下描述:“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”。^③这使得现今在中国法或中文语境下,长臂管辖一词的含义与美国法中的含义截然不同,已经基本等同于域外管辖。这一界定有助于宣传的便利化和形象化,^④但客观上可能扩大了美国法中长臂管辖制度的范围,模糊了学界和实务界对于经济制裁、域外管辖和长臂管辖的认识。^⑤

(四)域外管辖权与经济制裁

严格意义上说,经济制裁并非法律概念,因此现有国际法文件并未对其进行界定。学界在讨论经济制裁界定时,往往会引用洛文菲尔德的代表性观点,即“旨在对被制裁对象的行为表达不满,或促使被制裁对象改变某些政策或做法甚至政治结构的经济措施”。^⑥传统意义上的经济制裁措施可以针对国家、个人和实体实施,通常服

① 参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019年第3期,第7-8页。

② 早在21世纪初,中国国际私法学者就对美国法上的长臂管辖进行了系统介绍、梳理和研究。代表性研究成果参见郭玉军、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》,《比较法研究》2000年第3期;郭玉军、向在胜:《网络案件中美国法院的长臂管辖权》,《中国法学》2002年第6期等。

③ 《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》, <http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/37868/39004/index.htm>, 2023年9月1日访问。

④ 在中美两国全方位竞争背景下,双方进行话语对抗并不罕见。为了对抗美国各类单边经济制裁这一在国际社会多有讨论的话题及其实践,中国政府使用了一个美国法中的独有词汇“long arm jurisdiction”,通过扩大其含义,来构建中国法和中文语境下的话语体系。对这一过程及其效果的检视,显然有助于理解中美竞争的若干特点并研判相应趋势。限于本文主题,对此拟另文述之。

⑤ 关于美国法上域外管辖制度和长臂管辖制度之间的差异,可参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019年第3期,第4-6页;廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,《环球法律评论》2019年第3期,第172-173页;廖诗评:《中国法域外适用法律体系视野下的行政执法》,《行政法学研究》2023年第2期,第56-57页。

⑥ See Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* 689 (Oxford University Press 2002).

务于国家的特定外交或政治目的,因此其所涵盖措施的范围非常广泛。

实际上,国家行使域外管辖权和国家采取经济制裁措施,是从不同维度对国家行为的描述和界定,而非根据同一标准进行的分类,因此,两者之间在逻辑上属于交叉关系而非彼此互斥。一方面,大部分经济制裁措施都以国家行使域外管辖权的方式实施,针对的是本国领土范围之外的人、物或行为,但也有一些经济制裁措施并非以域外管辖方式实施,如历史上美国多次以中止经济援助或贷款等方式助力本国外交政策的实施,^①这些制裁措施显然不具有域外管辖的性质,更不可能属于美国法上的长臂管辖范畴。

(五)域外管辖权与监管措施

国家采取各类监管或管制措施是国家行使属地管辖权的应有之义,是国家的固有权利,国际法也承认国家对于跨境贸易和投资等事项的监管权。^②国家所采取的监管措施既包括针对领土范围之外的主体和行为行使域外管辖权的措施,也可以包括不具有域外管辖性质的监管措施,如国家对本国主体在本国境内的行为予以管制,这两者之间的关系是相对明确的,其中容易在理论和实践中引发误解的主要是国家对于生产要素跨国流动所采取的边境措施。

边境措施属于国家监管措施的范围,是一国通过在边境采取措施处理内外事务的主权权利,^③如国家针对进出口产品采取关税、许可证、公共卫生与检疫等各类市场准入和出境措施,针对人员出入境制定各类要求等。大部分边境措施的实施仅导致一国在其领土范围内实施主权权利,如加征关税、进行卫生检疫等,境外产品不需要受到边境措施约束,这与域外管辖措施之间的区别是比较明显的。但在实践中,对于少数针对产品的生产方法和生产环节实施的边境措施而言,由于这些生产方法和生产环节往往发生在本国领土范围之外,故其与域外管辖措施之间的区分变得有些微妙。如在美国一禁止某些虾和虾类产品进口措施案中,马来西亚等国认为,美国 1973 年《濒危物种法》及其后续行政规章与措施违反 1994 年《关税与贸易总协定》第 11 条等条款,该法和后续规章要求,应保护海龟等列明于《濒危野生动植物种国际贸易公约》保护清单之上的濒危物种,保护方式之一是禁止以危害这些海龟的方式所捕捞的海虾及其制品进口。^④马来西亚等申诉方认为,美国《濒危物种法》具有域外效力,相

^① 例如,海地自 2000 年起国内局势动荡,在野党联合抵制选举,亲美派无法控制局面,演化为内战,美国于 2001 年暂停了向海地提供的 5 亿美元贷款。自 2002 年《国际刑事法院罗马规约》生效后,美国作为非缔约国,为避免其国民在其他缔约国境内遭受国际刑事法院管辖,美国要求其他缔约国与自己签订双边协定,内容是不得将位于缔约国境内的美国国民移交国际刑事法院。对于拒绝与美国签订此类双边协定的缔约国(其中包括了美国的盟国),美国采取了暂停经济援助的制裁措施。

^② See *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, para.222; *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394 395 398/R, para.7.156; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, paras.291-307.

^③ See Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective*, 17 *Michigan Journal of International Law* 109, 149-155 (1995).

^④ See Section 609 of U.S. Public Law 101-162 (Codified at 16 U.S.C.S 1537 note), 61 Fed Reg.17342 (April 19).

应措施属于美国法域外适用,也有学者对此作出了相同的界定。^①但实际上,这类边境措施尽管与发生在领土之外的行为有关,却并非美国法域外适用和域外管辖措施,两者之间的核心差异在于,边境措施的实施并不会导致国家在领土范围外行使主权权利或将国内法适用于领土范围之外,国内法不会对领土范围之外的人、物和行为产生效力;而这些特征却构成域外管辖措施的核心内容。^②因此,边境措施本身并非域外管辖和域外适用措施。^③

近年来,美国对华经济制裁措施数量激增,种类繁多,呈现出制裁目标泛化和制裁对象多元化的特点,这使得经济制裁、边境措施和域外管辖措施的联系趋于紧密,一项措施往往同时具备其他措施的特征,需要根据不同措施的定义进行精确识别。实践中,国家完全可以同时采取经济制裁措施、域外管辖措施和边境措施作为同一部立法的实施方式,同一部立法的具体条款也可能兼具经济制裁措施和边境措施的性质,兼具经济制裁和域外管辖措施的性质,或者兼具边境措施和域外管辖措施的性质。

三、国家域外管辖的扩张及其国际法合法性分析

(一)国家域外管辖扩张的原因

传统国家管辖权限于领土范围之内,强调属地原则,较少向外扩张,但在当今国际关系中,国家尤其是有实力的大国,越来越趋向于将管辖权扩张至领土范围之外的人、物和行为。其主要原因有二:

一是经济全球化程度的加深导致国家对外交往日趋频繁,国家需要利用本国国内法规则保护自身海外利益,对跨国经济活动进行规制。尽管国际法针对国际贸易和跨国投资等活动已经形成了不少规则,但在诸如反恐主义、反洗钱、金融监管等对于跨国经济活动安全和本国利益保护十分重要的领域中,尚未形成统一的国际法规则。国家势必会更多地利用本国国内法,通过域外管辖措施,对跨国活动进行监管和规制。

二是国际法规则对国家域外管辖的规制不足,国家域外管辖的扩张并不存在明确的法律障碍。国家管辖权向领土范围之外的事项扩张,极有可能滋生国家管辖权

^① See United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, paras.3.6, 3.119-3.121. Nicolas F. Diebold, *The Morals and Order Exceptions in WTO Law, Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole*, 11 *Journal of International Economic Law* 43-74 (2008).

^② 具体而言,《濒危物种法》及其禁止进口措施,法律效力仅限于美国境内,对于马来西亚渔民在美国境外的捕捞行为没有法律约束力;只有在相关产品进口到美国境内市场时,才会受到该法及其措施的约束。如果《濒危物种法》所规定的措施并非禁止进口,而是冻结境外从事此种捕捞行为的主体在美国境内的财产,或者限制其使用美国金融系统,这类措施就属于域外管辖措施,因为这类措施对境外主体产生了法律约束力。事实上,在论及本案措施是否违反WTO规则时,上诉机构认为,需要考察采取措施国家的政策目标与其领土之间是否具有充分联系。See United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, para. 133. 由于政策目标首先体现在一国立法之中,因此上述论断仍然是在分析法律本身(as such)在WTO法律体系中的合法性。

^③ 因此,美国在经贸领域中依据其国内法发起的大量单边调查,如臭名昭著的“301调查”“337调查”“232调查”等,虽然往往针对发生在境外的行为,由于其主要实施手段是征收进口关税,因而属于边境措施,也具有经济制裁性质,但并非域外管辖措施,更与美国法上的长臂管辖无关。

之间的冲突。此时,国家确立和行使域外管辖权已经不再是纯粹的国内法事项,需要受到国际法的规范与限制。准确地说,国家的域外管辖权本质上是国际法而非国内法问题。但是,国际法关于域外管辖的规则较为笼统,主要体现在常设国际法院在荷花号案的判决之中。在该案中,法院认为,除非国际法明确禁止,国家在本国领土范围内有权对发生于境外的行为行使管辖权;除非国际法有明确授权,否则国家不得在他国领土上行使管辖权。^①这也即著名的“荷花号原则”。其中前者是关于域外管辖的限制。根据这一论断,如何理解“国际法明确禁止”,就成为理解域外管辖权国际法限制的关键。

结合国家实践和现行国际法规则,可以从以下两方面来理解何谓“国际法明确禁止”:国际法关于管辖权分配的规则明确禁止国家行使域外管辖权;其他国际法规则禁止国家行使域外管辖权。

就前者而言,首先,少量条约法规则直接规定了国家在特定事项上的管辖权划分,这意味着相关国家不得对这些事项行使域外管辖权。如,根据《制止非法劫持航空器的海牙公约》第 4 条的规定,劫机罪的管辖权由航空器国籍国、航空器降落地国(如犯罪嫌疑人位于航空器上)、航空器承租人营业地国或永久居住地国(限于光机租赁)以及犯罪嫌疑人所在地国行使。据此,若公约缔约国 A 国的航空公司自有航空器在同为缔约国的 B 国领域外遭遇劫机犯罪,航空器随后降落在 B 国但犯罪嫌疑人并不在航空器上,此时 B 国不得针对该犯罪行使域外管辖权,包括不得制定此类立法、无权向犯罪嫌疑人所在国提出引渡请求以及不得根据本国刑法规定进行缺席审判等。但这一安排仅在缔约国之间有效,目前国际社会尚未完全形成关于劫机犯罪管辖权划分的习惯国际法规则。其次,国家及其财产豁免和外交特权与豁免等习惯国际法规则的存在,也使得特定情况下国家行使域外管辖权的权利受到限制。如, A 国投资者认为自己在 B 国所设立的企业被 B 国征收,遂前往 A 国法院起诉 B 国的征收行为,此时若 A 国国内立法允许起诉外国国家的主权行为,以及法院受理了此类诉讼甚至作出判决,则都有可能违反国家豁免的习惯国际法规则。再次,国家行使域外管辖权所针对的事项与国家之间应具有真实合理的联系。^②从某种意义上看,可以认为这一要求已经构成习惯国际法,或者说,习惯国际法禁止与所管辖事项之间不存在真实合理联系的国家行使域外管辖权。上述条约规则之所以针对劫机罪在缔约国之间作出相应的管辖权分配,其底层逻辑就是认可相关国家与劫机行为之间具有真实合理联系,以及认为条约未赋予管辖权的国家与劫机行为之间的联系不够“真实合理”。不过,“真实合理联系”的含义仍然过于抽象,需要在个案中结合具体案件事实判定。由于国家域外管辖措施主要停留在国家实践层面,很少进入国际争端解决程序,因而很难形成判断“真实合理联系”的具体标准。

^① See *SS Lotus Case (France v. Turkey)*, Judgement, 1927 PCIJ (Series A) No.10, paras.18-19.

^② 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、汤体舜、周仁译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 333-334 页;[英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社 2007 年版,第 271 页。

就后者而言,国家行使域外管辖权并没有直接违反国际法关于管辖权划分的规则,但其具体行使方式有可能违反其他国际法规则。如,在伊朗诉美国违反《1955年友好经济关系和领事权利条约》案中,国际法院在指示临时措施的命令中明确指出,美国针对伊朗重启的禁止或限制药品、医疗器械、食品、农具和民航安全所必需产品的相关制裁措施,违反条约中最惠国待遇、非歧视、自由贸易、支付转移等条款项下的义务。^①

由此可见,国际法明确禁止国家行使域外管辖权的情形并不多见,这使得国家行使域外管辖权的法律障碍较少,自由范围较大,为域外管辖的扩张创造了条件。

(二)国家域外管辖的扩张路径及其合法性分析

从某种意义上说,现代国际法就是在国家之间分配管辖权的法律,国家一般会依据属地管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖等原则主张域外管辖权。结合晚近国家实践可以发现,国家主要是在客观属地原则的基础上,通过对这些原则进行各种扩张性解释和适用,达到扩大域外管辖的目标。这些做法是否符合国际法,或者说是否属于上文所提及的“国际法明确禁止”的情形,无法一概而论,需要根据具体情况进行具体分析。

1. 基于客观属地管辖原则扩张域外管辖权

属地管辖权指的是国家对于位于其领土范围内的人、物、行为所享有的管辖权,其可以进一步细分为主观属地管辖权和客观属地管辖权,前者指的是国家基于行为发生在本国领土范围之内而确定管辖权,后者指的是国家基于行为要件(如结果)或部分行为发生在本国领土范围之内而确定管辖权,国家因此可以针对部分行为发生在本国境内、部分行为发生在本国境外的跨国犯罪和跨国商业活动行使管辖权。^②国际法很早就认可了国家依据客观属地原则主张域外管辖权的做法,甚至某些国际司法机构在行使国际管辖权时,也试图通过客观属地原则确立对案件的管辖权。^③

随着经济全球化,生产要素跨国流动日趋频繁,不少交易行为涉及的环节复杂,且发生在不同国家领土范围之内。某些国家开始以某一交易环节发生在本国领土内为由来主张对整个交易的域外管辖权,扩大发生在本国领土内的行为与本国之间的联系。但这一交易环节可能仅仅是整个交易中极其次要的环节,管辖事项与主张管辖的国家之间仅

^① See *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 3 October 2018, para.102.

^② See Bernard H. Oxman, *Jurisdiction of States*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436>, visited on 20 July 2023.

^③ 例如,国际刑事法院第三预审分庭于2019年11月14日作出裁决,授权检察官对缅甸进行正式调查。此前检察官一直主张,缅甸对罗兴亚人进行迫害并将其驱逐出境的行为涉嫌构成危害人类罪。在裁决中,国际刑事法院第三预审分庭认为,缅甸虽然不是《国际刑事法院罗马规约》的缔约国,但其驱逐罗兴亚人的行为使得部分受害人被迫流落孟加拉国,考虑到孟加拉国是缔约国,这意味着相关犯罪行为的结果发生在缔约国境内,因而符合《国际刑事法院罗马规约》第12条关于管辖权的要求。See *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, No. ICC-01/19, 14 November 2019, paras.54-62.

存在微弱甚至是随机的联系。这方面典型的实践是美国通过美元作为连接点主张域外管辖权。

以美元作为管辖连接点为例,实践中主要有两种情形:一是美元作为金融交易结算货币,由交易方通过美国境内金融机构开立的同业银行账户进行结算,交易双方是否为美国主体在所不问。此时,虽然清算和结算行为仅仅是整个交易的组成部分之一,交易过程中的其他行为如买卖、运输等,不一定发生在美国境内,但由于交易的结算和清算行为都发生在美国境内,美国依据属地管辖原则对交易行使管辖权,可以认为所管辖交易与美国存在真实合理联系。二是美元作为金融交易结算货币,由非美国主体通过美国境外金融机构开立的同业银行账户直接进行结算,结算过程并没有直接利用美国境内的金融机构。针对这种情形,美国执法机构行使管辖权更加积极,司法机构则相对谨慎。^①美国财政部海外资产管理办公室(Office of Foreign Assets Control, OFAC)曾认定,在美国境外同一银行内部的美元支付系统完成美元结算,结算行为不涉及“利用美国金融系统”。^②但是由于美国境外银行实际上也必须通过 CHIPS 纽约清算系统完成清算,OFAC 仍然会以清算行为发生在美国领土范围之内为由,对交易行使管辖权。OFAC 在与英国不列颠阿拉伯商业银行(British Arab Commercial Bank, BACB)达成的执法和解案中认为,BACB 通过美国向海外 B 银行的内业账户转账,属于利用美国金融系统从境外调入美元资金,这种跨境调入资金行为与 B 银行内部不同的同业账户之间的美元流动是一个整体,共同构成向苏丹“出口”金融服务,因而违反了《苏丹制裁条例》。^③也就是说,间接利用美国金融系统,如,所需美元需要由美国境外金融机构在美国的通知行提供,或者由通过美国境外金融机构在美国金融机构所开立的同业银行账户提供,也会赋予美国执法机构管辖权,这导致美国执法机构可以对世界范围内所有以美元结算的交易行使管辖权。在阿尔鲁沙伊德诉皮克泰特案中,纽约上诉法院认定,“反复、有意”利用美国的同业往来账户可以确立美国的管辖权。^④在跨国交易中,间接利用美国金融系统仅仅是交易中的非主要组成部分,甚至只是结算清算行为的非主要组成部分;当事人也不可能将美国视为行为地,约定美国法作为交易准据法;当事人约定以美元作为结算货币,是基于美元的国际货币地位而非美国货币地位作出的安排;不少国家对美国以美元为连接点行使管辖权的做法也表示反对,甚至有相反司法实践。如,在利比亚阿拉伯银行诉银行信托公司案中,英国王座法院就认为,尽管存在间接利用美国金融系统的行为,但外国

^① 关于美国利用美元或美国金融系统作为连接点扩张域外管辖权的详尽分析,可参见郭华春:《美国经济制裁执法管辖“非美国人”之批判分析》,《上海财经大学学报》2021 年第 1 期,第 130-134 页。

^② See OFAC, Enforcement Information for September 17, 2019, <https://ofac.treasury.gov/media/26036/download?inline>, visited on 20 September 2023.

^③ See OFAC, Settlement, <https://ofac.treasury.gov/media/26031/download?inline>, visited on 20 September 2023.

^④ See *Rushaid v. Pictet & Cie*, 2016 NY Slip Op 07834 [28 NY3d 316], https://nycourts.gov/reporter/3dseries/2016/2016_07834.htm, visited on 20 September 2023.

原告在本国银行开立账户所形成的法律关系受英国法调整,不受美国制裁法规则的影响。^①上述因素都使得美国与跨国交易之间不具备真实合理联系,这种扩张域外管辖权的做法与现行国际法规则不符。

2. 基于效果原则扩张域外管辖权

效果原则肇始于美国,主要指的是如果发生在美国领土范围之外的行为在美国领土内产生或意图产生实质性效果,美国就可以针对这种行为制定法律,但行使此种立法管辖权之时要基于礼让原则考虑他国的合法利益。^②一般认为,效果原则与客观属地原则不完全相同,前者强调的是行为对本国的影响,后者要求有行为实际发生在本国领土范围内。

效果原则强调对本国的影响,但如何界定“影响”则并无清晰标准,这就为国家扩张域外管辖权提供了空间。从国家实践角度看,效果原则在反垄断和证券监管等领域的适用已经得到了不少国家的认可,^③但在其他领域尚未形成统一实践。

近年来,美国开始尝试在对外制裁等领域引入效果原则,突出表现为将境外主体行为“造成美国人违法”的情形纳入管辖范围。如,美国2007年修订的《国际经济紧急权力法》第206条规定,任何人造成美国人违反本法将被视为非法行为,可处民事罚金或刑事处罚;2017年《以制裁反击美国敌人法》第228条则进一步明确了《国际经济紧急权力法》的上述内容适用于“非美国人”。这些规定极大地扩大了美国对外经济制裁对象的范围。在执法实践中,如果交易以美元结算,为被制裁对象提供金融服务的境外金融机构势必要通过其在美国的金融机构进行清算和结算,如果境外金融机构隐瞒为被制裁对象提供服务的事实,就会“造成”这些美国境内的金融机构违反美国制裁法规,境外金融机构因此将面临美国法处罚,甚至被纳入美国财政部的相关制裁清单。应该说,这一做法对于美国对外经济制裁的实施起到了重要的作用,但同时也涉嫌违反国际法规则:一方面,境外金融机构或其他实体为被美国制裁的主体提供服务,往往并不违反这些机构或实体所在地的法律,现行国际法和国家实践所认可的效果原则的适用情形,则要求该行为在行为地属于违法行为;另一方面,境外金融机构为被制裁对象提供金融服务,影响的是美国制裁法在境外而非境内的实施效果,与美国领土并不存在真实合理联系,这已经超出了效果原则的适用范围。

3. 基于属人管辖原则扩张域外管辖权

属人管辖权指的是国家基于自然人、法人或其他主体与自身的联系所确立的管辖权。在判断自然人与本国联系时,各国所采取的标准不尽一致,常见的标准包括国

^① See *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] Q.B.728 (02 September 1987), [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-027-7302?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-027-7302?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), visited on 17 October 2023.

^② See Restatement of Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States §§402(1)(b) and 402(2)(2017).

^③ See 15 U.S.C §§ 6a & 45(3); 15 U.S.C. § 77v(c)(2); 15 U.S.C. § 78aa(b)(2); *Hartford Fire Ins.Co. v. California*, 509 U.S. 764, 796 (1993).

籍、住所、居所等；在判断法人与本国联系时，常见标准主要包括注册地、主要营业地、控制人所在地等。属人管辖权分为主动（积极）属人管辖权和被动（消极）属人管辖权，前者指的是国家以自然人、法人或其他主体与自身存在上述联系而确立的管辖权；后者指的是国家对外国人在本国领土之外危害本国自然人、法人或其他主体的行为所确立的管辖权。前者可以表现为民事管辖权和刑事管辖权，这也获得了国际法的广泛认可；后者仅指刑事管辖权，并未获得各国和国际法规则的广泛认可。^①结合晚近国家实践，基于属人管辖原则扩张域外管辖权主要表现为引入“控制标准”扩大本国法的管辖对象范围的做法。

以美国法为例，“美国人”一词在不同美国法中的含义和范围各异。如，《1941年第一战争权力法》（First War Powers Act of 1941）使用了“美国管辖下的任何人”的表述，其范围包括具有美国国籍的人，在美国境内的人，在美国依美国法设立的合伙、协会、公司或其他组织，以及其直接或间接拥有或控制的任何代理人和分支机构等。^②在《2018年出口管制改革法》中，“美国人”则包括具有美国国籍的人、拥有永久居留权的外国人、无国籍人、符合一定条件的难民、在美国依据美国法成立的任何实体（包括外国实体在美国设立的永久机构）以及事实上由该国内实体控制的外国附属机构或子公司（包括在外国设立的永久机构）等。^③美国2018年《出口管制条例》（Export Administration Regulation, EAR）也遵循了这一界定。^④按照这些要求，由美国实体控制的、在外国设立的子公司和分支机构，都要受到美国出口管制法的约束。实践中，不少国家都要求本国实体海外分支机构在尊重当地法律法规的前提下，遵守本国监管规则，但要求海外子公司遵守本国法的做法，由于会与东道国法律要求发生冲突，往往只限于跨国银行监管等特定领域，且母国与东道国会根据国际通行规则各自制定监管要求。^⑤在出口管制领域将本国法效力扩展到本国实体的海外子公司的相关做法，并未得到国际社会的广泛认可。

4. 以“管制物项”为连接点扩张出口管制领域的域外管辖权

出于防止核扩散等安全因素的考虑，联合国安理会通过了多个禁运特定物项的决议，会员国为了履行这些决议所采取的出口管制要求，不少都属于行使域外管辖权的范畴，具有国际法上的合法性。进一步看，即使不是为了履行联合国安理会的上述

^① 在规制恐怖主义犯罪领域，联合国《反对劫持人质国际公约》第5条规定，被劫持为人质的相关人员国籍国如果成为本公约缔约国，在适当时应采取必要的措施来确立该国对劫持人质罪的管辖权。这无异于承认了国家可以依据被动属人理念对这类犯罪确立和行使管辖权。但在其他很多领域，国际法并未承认国家的这一管辖权。如，根据同样涉及规制恐怖主义犯罪的1971年《制止危害民用航空安全的非法行为公约》，对劫持航空器和危害民用航空安全犯罪享有管辖权的国家包括犯罪发生地国、航空器登记地国、航空器降落地国和特定条件下的航空器承租人主要营业地国或永久居所所在国，并未提及犯罪受害人国籍国。

^② See U.S. Department of the Treasury Public Circular No.18, 7 Fed. Reg. 2503, 2504 (1 April 1942).

^③ See 50 U.S.C. §4801(13).

^④ See 15 C.F.R. §772.1.

^⑤ 参见《中华人民共和国银行业监督管理法》第2条。

决议,国际法也承认国家采取出口管制措施的权利,国家可以在设定出口管制物项范围的基础上,通过控制最终用户和最终目的地以及规制再出口和视同出口行为等方式,实施本国的出口管制法律法规,这些措施大部分具有域外管辖性质。

美国在此基础上,通过制定“微量允许规则”和“直接产品规则”,大大扩张了本国的域外管辖权。按照“微量允许规则”的要求,如果外国生产的物项中“美国成分”高于一定比例(此类比例根据具体管制物项的不同而有所区别),仍然要受到《出口管理条例》的管制。这意味着原产于美国的管制物项在出口后被外国企业用于生产、开发、改进或组装,以及由于境内转移而非再出口行为导致的最终用户或最终用途发生改变,都会违反《出口管理条例》。按照“直接产品规则”的要求,使用原产于美国的技术或软件生产的直接产品,以及使用属于前述直接产品的设备所生产的直接产品,若所涉及的技术或软件属于管制物项,且直接产品的最终目的地属于国别清单的特定组别,就需要获得出口许可。这不仅使得特定国家的特定企业无法进口管制物项,特定国家之外的其他企业也可能因为向其以各类方式提供了直接产品而遭受美国法的处罚。上述做法仅仅是因为物项与美国技术、软件等存在某种关联的间接联系,而非物项系美国直接生产等直接联系,就对发生在美国境外的交易主张管辖权,显然不符合真实合理联系的要求,实践中也没有得到其他国家的支持和认可。^①

5. 基于保护管辖原则的理念扩张域外管辖权

保护管辖权是国家针对外国人在本国领土范围之外危害本国安全和重要利益的行为所确立的管辖权,本质上主要属于立法管辖权和刑事管辖权。保护管辖权的历史源远流长,有研究资料表明,其出现甚至早于现代意义民族国家的产生。^②很多国家在立法中都设定了保护管辖权,国际法对此也予以认可。^③不过,何谓国家安全和重要利益?这一问题在理论和实践中较为模糊。在近年来大国竞争背景下,国家安全的范围出现泛化趋势,一些国家通过将保护管辖的基本理念向非刑事领域的立法和执法扩张,扩张域外管辖权。

历史上,美国多次基于国家安全遭遇威胁的理由进行立法。如,《赫尔姆斯-伯顿法》直接将立法目的界定为“鉴于古巴政府持续对美国国家安全造成威胁,该法致力于保护美国国家安全不受卡斯特罗政府的持续威胁,防止美国国民的应有财产被古巴政府窃取,特别是阻止卡斯特罗政府在政治上影响古巴人民向美国的移民倾向”。^④美国1977年《国际紧急经济权力法》授权美国总统针对源于美国境外的,对美

^① 美国多次对出口管制规则进行修订,将越来越多的企业、国家和地区作为最终用户和最终目的地纳入管制范围,并将诸多发生在境外的行为规定为需要申请出口许可证的行为,这涉嫌违反WTO最惠国待遇和禁止数量限制等多项法律规则。有鉴于此,中国已经将美国的相关做法诉诸WTO争端解决机制。See United States-Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies, WT/DS615/1, WT/DS615/1/Rev.1/Add.1.

^② See Article 7, Protection--Security of the State, 29 The American Journal of International Law 543 (1935).

^③ 参见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第3条第1款(c)项。

^④ See Helms-Burton Act, Section 3(3).

国国家安全、外交政策或经济稳定造成异常或特殊威胁的情势,宣布国家紧急状态并采取调查措施、禁止某些外汇交易和商业活动的开展、没收相关对象在美国的财产;违反该法的个人和实体,将面临民事罚金和包括罚金在内的刑事责任。^①在该法和其他相关国家安全立法框架下,除刑事起诉之外,美国以国家安全为由,对境外实体采取了大量非刑事措施。如,特朗普签发第13959号行政令,激活了“中共涉军企业清单”,旨在禁止美国投资者参与被列入清单的中国企业境内外证券融资,理由是“这些企业对美国国家安全造成威胁”;^②拜登上任后又签发了第14032号行政令,将清单升级为“中国军工复合体清单”,在延续第13959号行政令做法的同时,授权将大量人工智能、军事和安全设备等领域的企业纳入新清单,理由是这些企业“对美国国家安全、外交政策和经济造成损害”。^③

针对国家是否能够利用安全例外作为违反国际法规则的抗辩,WTO争端解决机构专家组在多个案件中都指出,虽然国家有权自行判断哪些事项属于国家安全和重要利益,但国家需要善意采取相关具体措施,同时符合必要性与相称性的要求。^④这些要求本质上是真实合理联系标准在贸易法领域的具体化表述。这些企业与美国国家安全之间的联系并不直接,对美国外交政策的损害更是无从谈起,美国在政策制定过程中,也几乎从未论证或提及被纳入清单的企业与美国国家安全之间的联系。因此,除非有清晰的证据表明满足了真实合理联系标准,不然这类扩张域外管辖权的做法即涉嫌违反国际法规则。

6. 基于普遍管辖原则扩张域外管辖权

普遍管辖权是国家针对最为严重的国际罪行所确立和行使的管辖权,而不论犯罪行为是否本国公民和实体所为,也不论犯罪行为发生在何处。^⑤普遍管辖权所管辖的对象往往已经由国际法明确规定,既包括条约项下的罪行,如种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪等,也包括习惯国际法项下的罪行,如海盗罪,各国都可以通过立法确立并行行使管辖权。确立和行使普遍管辖权,就是主张域外管辖权。在此过程中,西班牙和比利时等部分国家在立法和实践中曾试图扩张域外管辖权,主张即使犯罪嫌疑人不在本国境内,也会对其发出司法传票。对此,国际法院曾裁决这类做法违反国际法

^① See 50 U.S.C., §§1701-1708.

^② See Executive Order 13959 of November 12, 2020, Addressing the Threat From Securities Investments That Finance Communist Chinese Military Companies, Federal Register, Vol. 85, No. 222, <https://ofac.treasury.gov/media/49616/download?inline>, visited on 20 September 2023.

^③ See Executive Order 14032 of June 3, 2021, Addressing the Threat From Securities Investments That Finance Certain Companies of the People's Republic of China, Federal Register, Vol. 86, No. 107, <https://ofac.treasury.gov/media/99111/download?inline>, visited on 20 September 2023.

^④ See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512, paras.7.133-7.135; Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567, paras.7.285-7.289.

^⑤ See Menno T. Kamminga, Extraterritoriality, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?prd=MPIL>, visited on 27 October 2023.

规则,^①这类扩张也遭到中国和美国等国家的强烈反对,比利时等国随后修改国内立法,将犯罪嫌疑人位于本国境内设定为行使管辖权的条件。

综上所述,国际法对于国家确立和行使域外管辖权的主要限制,就是要求国家与所管辖的事项之间具有真实合理联系。尽管这一要求本身较为原则,其内容也具有模糊性,但如果结合个案事实,还是可以对国家确立和行使域外管辖权的行为是否符合这一要求作出判断的。其他一些国家对一国确立和行使域外管辖权的做法予以认可或遵循,也能作为相关做法具有国际法合法性的重要证据。

四、域外管辖法律制度的类型化及其实施路径

域外管辖法律制度建设对于我国法域外适用法律体系建设与统筹推进国内法治和涉外法治这两项工作的意义极为重大。就第一项工作而言,由于我国法域外适用法律体系建设的工作内容必然涵盖制定具有域外效力的立法,因此,推进我国法域外适用法律体系建设,本质上就是要推进我国域外管辖法律制度的建设。就第二项工作而言,域外管辖法律制度建立在国内管辖权制度的基础上,是国内管辖权在涉外领域的投射,因而天然地成为统筹推进国内法治和涉外法治的有力抓手。近年来,中国制定了不少域外管辖立法和域外效力条款,为域外管辖法律制度的建设奠定了基础。为进一步推动相关立法的制定和实施,有必要明确域外管辖制度的不同功能,将其具体划分为三类:治理功能、合作功能和斗争功能,并在此基础上按照不同的思路开展工作。

(一)域外管辖法律制度的治理功能及其实施路径

治理功能主要体现为通过域外管辖法律制度促进国内治理目标的实现。这类目标可以是维护本国市场稳定,如商务部曾认定,马士基、地中海航运和达飞三家欧洲航运公司在欧洲组建紧密性合营企业,对欧亚航线集装箱班轮运输服务市场具有排除和限制竞争的影响,最终禁止本项经营者集中行为;^②也可以是保护国内市场主体的合法权益,如上海市工商局机场分局曾对注册地在荷兰的缤客公司作出行政处罚决定,理由是该公司在境外自有网站上发布虚假信息,将不具备“五星级”资质的中国酒店标注为“五星级”,违反了《反不正当竞争法》第8条的规定。^③

制定和实施具有治理功能的立法,核心路径在于把握真实合理联系原则的要求。如前所述,该原则是国际法对于国家确立和行使域外管辖权的主要限制。这一要求较为原则,给实践操作带来了一定难度。对此,本文在分析各国相关实践基础上,提出若干具有可行性的建议。

一是依据跨国行为发生地主张真实合理联系,确立和行使域外管辖权,实现治理

^① See Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Judgment of 14 February 2002, p.33, para.78.

^② 参见《商务部关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201406/20140600628730.shtml>, 2023年11月10日访问。

^③ 参见上海市工商行政管理局机场分局沪工商机案处字〔2018〕第200201810030号行政处罚决定书。

功能。实践中,跨国交易行为由多个交易环节组成,如果其中一个或多个交易环节发生在中国领土内,可尝试主张对跨国交易行为整体具有管辖权。不过,在主张管辖权时,需要考虑该交易环节对于整体交易的重要性和影响程度。

二是灵活运用效果原则主张真实合理联系。如前所述,在反垄断和证券监管领域引入效果原则已经获得不少国家的认同。实际上,各国之所以对此表示认同,深层次的原因在于国际经济一体化程度的深化,跨国交易频繁发生,且越来越具有复杂性,境外行为很容易对境内造成影响。因此,可以考虑在反垄断和证券监管之外的其他相关领域引入效果原则。如,在期货领域,发生于境外期货市场的侵权行为很可能会给中国期货市场造成影响;在国际商品价格领域,发生于境外的不正当竞争行为会给商品价格造成影响,从而影响中国市场相关商品的价格,给中国经营者造成损害。在这些领域引入效果原则,主张对境外行为的管辖权,符合真实合理联系要求,更容易为其他国家接受,这不仅进一步强化了确立和行使域外管辖权的合法性和正当性,也为中国日后增强在相应领域规则制定的国际话语权奠定了充分的国内实践基础。

(二)域外管辖法律制度的合作功能及其实施路径

合作功能主要体现为通过域外管辖法律制度实现国际治理目标。这类目标可以是防止核扩散或打击恐怖主义活动,也可以是为了有效打击国际犯罪,如,为了实施联合国安理会打击恐怖主义的决议,第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过了《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》,以我国第一个专门性反恐法律文件的形式,创设了涉恐资产冻结制度,授权公安部门和反洗钱行政主管部门对恐怖活动组织和恐怖活动个人的资金或其他资产采取冻结措施。

具有合作功能的域外管辖法律制度旨在履行国际法,国际法上的合法性自然不存疑问。该类域外管辖法律制度在实施过程中的核心要求,在于将国际规则的国内实施纳入法制化轨道,强化其在国内法层面的合法性和正当性。

首先,国际规则的国内实施要做到有法可依。目前,中国有关具有合作功能的域外管辖立法和措施主要是为了履行条约和联合国安理会根据《联合国宪章》第七章所作出的具有约束力的决议。就条约而言,我国通过“转化为主、并入为辅”的方式在国内实施。^①就联合国安理会相关决议的国内实施而言,我国尚未制定相关专门立法,实践中主要通过外交部向人民银行等部门转发安理会决议、人民银行等部门再下发文件的方式予以实施。^②这种做法虽然高效,但却具有临时性,因此,应尽快考虑制定相关专门立法。

^① 参见廖诗评:《经由国际法的国内法改革——改革开放四十年国内法制建设的另类路径观察》,《中国法律评论》2018年第5期,第146-147页。

^② 如,为执行联合国安理会第1373号决议,中国人民银行总行于2010年6月11日发布了《中国人民银行执行外交部关于执行安理会有关决议通知的通知》,并在文件中附上了2001年《外交部关于执行联合国安理会第1267和1333号决议对有关个人和实体实施金融制裁的通知》以及《外交部关于执行联合国安理会1373号决议的通知》,要求人民银行各分行、支行、国家开发银行、各政策性银行、股份制商业银行、国有商业银行和邮政储蓄银行在开展个人信息核对工作之后立即执行对相关个人和实体的资产冻结要求。

其次,应采取域外管辖措施弥补现有实施机制的不足。如,中国在实践中往往采取禁止或限制出口等边境措施履行上述联合国安理会决议,但这种方式实际上无法杜绝通过境外再出口行为出口相关物项,2020年出台的《出口管制法》已经明确将再出口行为纳入适用范围。^①由于国家对再出口实施管制显然属于域外管辖措施,加上履行联合国安理会决议在国际法上具有正当性和合法性,这就为主管部门利用履行联合国安理会决议的契机,探索再出口规制实践,为日后基于其他事由实施再出口管制积累相关经验,提供了极为合适的抓手。

(三)域外管辖法律制度的斗争功能及其实施路径

斗争功能主要体现为通过域外管辖法律制度保护国家主权、安全和发展利益。长期以来,中国域外管辖制度并不具有斗争功能,也很少对外采取经济制裁和反制裁措施,实践经验较少。因此,制定和实施具有斗争功能的域外管辖法律制度,需要在保证斗争效果的同时,努力探索保护国家主权、安全和发展利益的法制化路径。

首先,需要明确区分国家行为和行政行为,针对不同行为设定不同的实施机制。国家行为一般指特定机关根据国家主权实施的统治行为,^②如国防行为和外交行为。行政行为是行政主体行使行政职权所作出的、能够产生行政法律效果的行为,高度政治性的决定往往被排除在该范畴之外,不属于行政法的调整对象。^③对外实施的制裁和反制裁行为属于国家行为,其实施机制必定不同于行政处罚、行政强制措施等行政行为。如,行政行为的法律救济是行政复议和行政诉讼,国家行为不能通过提起行政复议和行政诉讼获得救济。^④

其次,应明确规定相关当事人在反制裁措施等国家行为项下所享有的程序性权利以及相关救济途径和方式。从目前情况看,部分通过反制裁方式实施域外管辖措施的法律法规已经对此作出了规定,^⑤但《反外国制裁法》等法律尚未对此作出规定,急需对此加以完善。

再次,应尽快出台相应配套措施,保证域外管辖法律制度对外斗争的效果。如,明确《反外国制裁法》第3条项下“歧视性限制措施”的含义;厘清第12条项下“执行和协助执行”的界定;确定当事人是否能以履行外国主权强制要求为由进行抗辩等。又如,外国主体协助被纳入《反外国制裁法》制裁清单项下的主体,规避我国制裁措施的,应如何处理?这些都需要通过后续制定实施细则或司法解释予以明确。

结论

域外管辖权指的是国家在本国领土范围内,针对本国领土范围之外的人、物和行

① 参见《出口管制法》第45条。

② 参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2022年版,第163页。

③ 参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2019年版,第141页。

④ 参见《行政复议法》第12条和《行政诉讼法》第13条。

⑤ 参见商务部2020年《不可靠实体清单规定》第6、12、13条;2021年《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第8条。

为确立和行使的管辖权。在美国法语境下,域外管辖权不同于长臂管辖,但在中国法语境下,已经将域外管辖权与美国法上的长臂管辖权等同。此外,域外管辖权与经济制裁之间具有交叉关系,两者既有区别也有联系。厘清相关概念的区别,对于统筹推进国内法治和涉外法治具有重要意义。国家行使域外管辖权是国际关系中的正常现象,但偏离真实合理联系要求,扩张甚至滥用域外管辖权,会给国际秩序和国际关系造成巨大冲击。在推进我国域外管辖法律制度建设的过程中,应区分域外管辖的不同功能,在此基础上采用不同类型的实施路径,在符合真实合理联系要求的基础上,实现域外管辖的不同功能,在推进本国法治建设的同时,增强在国际规则制定中的话语权。

Outline of Extraterritorial Jurisdiction

Abstract: Extraterritorial Jurisdiction, which is becoming a critical topic in the Promotion of the Domestic Rule of Law and Foreign-related Rule of Law in a Coordinated Manner, remains controversial in connotations in both academic and practical areas. Extraterritorial Jurisdiction, referring to establishing and exercising jurisdiction by States in its territory over the persons, items or conduct abroad, is an inherent right of sovereign States. Extraterritorial Jurisdiction includes extraterritorial application, however, is not equal to long-arm jurisdiction and economic sanctions. It is common practices for sovereign States to expand their jurisdiction extraterritorially based on various territorial links, and such practices are consistent with international law if “genuine and reasonable link test” has been met.

Key words: extraterritorial jurisdiction; long-arm jurisdiction; extraterritorial application; economic sanctions; genuine and reasonable link

(责任编辑:钱静)