

涉外法治中的管辖攻防

何志鹏

摘要 起于美国的一系列长臂管辖做法引起了中国政府和法学专家的关注,现有的理论成果对长臂管辖的产生和发展已经有了较周密和细致的分析。美国在国家经济和法律发展的过程中逐渐突破了属地、属人管辖,而形成了立法、司法、行政立体化的长臂管辖体系,提升了法律的攻击性。美国长臂管辖的弊端不在于其法律的域外适用,而在于其适用方式与范围超越了国际法治的基本尺度,没有进行必要的克制。从制度评价的角度看,国家开放发展的程度越深,就越需考虑法律的投送能力。但问题在于,必须找到合适的界限,也就是采取法律域外适用的手段要考虑利益平衡,不能为了保护本国低层次的利益而损害外国高层次的利益。在中国日益促进开放发展、统筹推进国内法治和涉外法治的背景下,也需考虑中国法律的域外投送能力。但更需要在互利共赢的基础上设计制度,而不能单纯地考虑自身利益而不顾他方诉求。只有在共商共建的国际制度中,才能更好地迎接共同挑战,完善国际法治,建设人类命运共同体。

关键词 长臂管辖;霸权主义;美国立法;法律的域外适用;涉外法治;国家利益;开放发展

中图分类号 D99 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)06-0133-11

基金项目 教育部哲学社会科学研究重大专项项目(2022JZDZ005)

近年来,由于一系列诉讼和非诉讼案件的出现,肖永平、廖诗评、李庆明、沈红雨等中国学者对于以美国为首的长臂管辖规范和实践进行了较为深入的研究。这些研究成果在制度的概念、规则、实施层面已经基本扫清障碍,对这些制度的根源、发展和现状也有了较为清晰的把握。然而,经过学术界的充分研究之后,仍然存在着理念和立场上的问题。很多研究成果令人困惑的核心之处在于:一方面,研究者对长臂管辖的做法持批评和反对的态度,另一方面,在以中国的发展为考察对象的时候,又积极倡议中国政府在规范和运行领域积极接受和采纳相关的制度安排。例如,肖永平教授提出,我国应从借鉴与应对两个视角,在立法、司法、执法三个层面,构建我国法的域外适用法律体系^[1](P39-65)。这种做法在批判和倡导之间显然存在着逻辑上的断裂。应当如何理解长臂管辖安排给国家和国际社会所带来的影响,如何确立起能够一以贯之的观察与分析长臂管辖制度的立场,是本文试图分析的问题。

一、起于美国的长臂管辖:规范、实践与问题

作为西方大国,美国与欧洲诸国相比,是一个文明和现代化后发的国家,其不仅在工业化和商业化的进程中落后于英国和法国,而且在政治和法律文明方面也对欧陆的经验亦步亦趋。在美国法律发展的初期,布莱克斯通的《英国法精要》曾经是全美普及的法律基本读物。因此,早期美国的法律制度相对保守。然而,随着美国在国际事务中的重要性不断提升,美国政府和企业在国际经济交往中出现的频率越来越高,法律制度就不能再追随欧洲,而必须按照自己的需求和愿望有所发展。所以,在包括国家豁

免和涉外事务管辖方面,美国都有一些与欧洲存在不同的、具有自身特色的做法。这些做法引起了国际社会的关注,也对国际法的秩序造成了影响。

(一) 从“实际出现”到“最低联系”的发展

管辖权分为立法管辖、司法管辖、行政管辖等多种形式,与此同时,又可以分为对人管辖、对事管辖、对物管辖等多种对象。然而无论何种管辖,如果最终不能落实到司法案件的处理之中,管辖权就等于虚设;如果不能通过法院的裁决最终得以落实,则管辖权就无法真正实现。故而,管辖权的根本力量与底层保障在于司法管辖,管辖权的有效实现在于司法机构对于人、物和事进行有效的处理^[2](P173-191)。根据学术研究者的总结,从美国开始出现的行使域外管辖权、单方依据国内法强行管辖他国机构或公民的政策被称为“长臂管辖”。长臂管辖权是一种对非居民被告的管辖权,该被告与提起该诉讼的司法管辖区有一些联系^[3](P1019)。这种管辖方式是在历史发展的过程中以立法—司法互动的方式而逐渐形成的^[4](P1226-1304)。

通过对历史的梳理不难看出,美国的长臂管辖实践和规范本来是作为处理跨州案件的管辖方式而出现的。美国的司法制度与其他国家一样,都认为对被告的属人管辖权是法院司法强制力的一个功能。因此,被告在法院地的“实际出现”,如被告在法院地有居所或住所、被告出现在法院地等联结因素被视为管辖的基本依据。这是传统、通行的管辖原则。1945年联邦最高法院审理的国际鞋业公司诉华盛顿州一案(International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 [1945],以下简称“国际鞋业公司案”)改变了原来管辖权确定以“存在”或者“出现”为管辖基础的基本规则,转而建立了“最低限度联系”的原则。正如在国际法体系之中呈现的现象一样,美国的长臂管辖在很大程度上也是司法造法。这种做法的正当性显然不如法律规定充分,所以司法机构也经常以解释和适用法律的名义使之合法化^[5](P137-149)。此后,自1955年伊利诺伊州的《长臂管辖法案》,到1963年美国统一州法委员会的《统一州际与国际诉讼法案》的示范法,美国实现了将长臂管辖从司法到立法的转换。后来美国学术界对最低限度接触和长臂管辖作了扩大解释,主张可以适用到美国同其他国家的相关案件中,并将其中的最低限度接触原则规定在美国的第二次《冲突法重述》中。这一原则意味着,即使不是某一州的居民,只要其所实施的行为与该州有最低限度的联系,也可以构成该州实施长臂管辖权的连结因素。这种跨州管辖的思路放在将本国法看成是国际法的美国,就构成了跨越国界进行管辖的观念和实践。国内立法加长臂管辖,就构成了美国法律的进攻态势,它可以向世界上各个国家、各种企业、各类公民投送本国法律,甚至恣意挥舞法律制度大棒实现其意志和利益的制度基础构架。

(二) “国际鞋业公司案”与长臂管辖理念的扩张

1945年的国际鞋业公司案在美国长臂管辖的发展历程中地位显要,它并不是一个孤立的民事诉讼案件,而是美国法进攻态势的基础,具有深远影响。这种影响至少可以从三个方面予以认识:

首先,它影响了美国民事诉讼的基本原则^[6](P36)。从原有的客观存在(即住所或居所)作为管辖连接点,转而成为以利益相关作为连结点。从“凡在我的辖区没有存在我就不能管”到“凡与我的辖区有利害关系我就可以管”,这是一个重要法律规制思路和法律作用模式的改变。20世纪下半叶以来,随着全球经济增长,原告在美国法院寻求针对外国公司被告寻求补偿的情况日益增加。1993年的《联邦民事诉讼规则》第四节k条第二款规定:联邦法院遇到根据联邦法律提出的索赔案件,并且在“行使管辖权符合美国宪法和法律的情况下”,可以“对不受任何州法院一般管辖权管辖的任何被告人”行使属人管辖权^①(P5)。张丝路认为,“Long-arm Jurisdiction”并非美国民事诉讼中的管辖权的一种独立类型,更适合

① 相关规定如下:(k) Territorial Limits of Effective Service.(2) Federal Claim Outside State-court Jurisdiction. For a claim that arises under federal law, serving a summons or filing a waiver of service establishes personal jurisdiction over a defendant if: (A) the defendant is not subject to jurisdiction in any state's courts of general jurisdiction; and (B) exercising jurisdiction is consistent with the United States Constitution and laws.

被理解为长臂管辖效果。具体而言,根据“长臂法案”的授权,美国法院依据最低联系原则,在非居民被告与法院地存在最低联系,且此种联系满足美国宪法中正当程序条款的要求之时,即对非居民被告行使特别管辖权或者一般管辖权,由此形成管辖权范围扩张的效果^[8](P179-185)。

第二,它代表着美国民事诉讼管辖权的观念转变,将原来的客观连接点转化为主观连接点^[9](P637)。原来相对保守的美国管辖思维着眼于被诉人的实际位置,属于客观连结点;而《联邦民事诉讼规则》第4条e款则拓展到了主观的连结点。因为该条款规定,联邦地方法院可依据所在州的长臂法规行使长臂管辖权。这也就意味着美国司法机构管辖可能性的拓展。因为客观连结点的可能性是受局限的,而主观连结点存在的几率要高得多,只要在主观上认为与管辖地区有联系即可以作为实施管辖权的基础。

第三,它意味着美国在宏观的管辖意义上思路的转变。尽管国际鞋业公司案仅仅是诉讼管辖权的一种转变,但是这种思路却影响到美国的立法和行政部门,促使其扩张法律效力的范围,形成一种具有进攻态势的法律系统。从广义上理解,管辖权是政府对其领土内的所有人和物进行支配的一般权能,是裁决案件或颁布法令的权力。特别是当国家之间相互承认法律程序的效果之时,一国管辖制度的设置就等于在国际社会宣告对于哪些人、物、事予以规制,甚至管控^[3](P1017)。管辖权的宽泛界定使得美国政府拓展了法律适用的理念,从民事司法拓展到了行政立法、行政执法等各个领域。由此,美国法律的适用理念转变为只要是涉及美国利益的人、物、事,都应处于美国的可能管辖范围之内,这形成了长臂管辖的核心思想。

这种理念上的“凡与我有利害关系我就应有权予以管辖”的思想确立,对于美国和相关国家而言,显然是美国法律攻击性提升的关键一步^[10](P6-7)。这种思路的推进自然会导致一些国家与当事人的反对,所以美国司法界也有意识地采取回退的方式。近年来,长臂管辖在实践中的一个突出特征是,相关行政机构在域外管辖方面所采取的态度变得愈发积极,采取的措施也非常直接和密集,给很多相关国家与企业都带来了压力。根据美国联邦最高法院2011年对“固特异轮胎公司案”(Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A., et al. v. Brown, 564 U. S. 915 [2011])的判决,基于持续并有系统的商业活动的一般管辖的范围大为缩小,一般情况下只能集中于被告公司的注册登记地、管理中心所在地或主营业地;“麦金泰尔案”则意图进一步细化为:主观上并未充分介入某州市场并享受其法律保护时,美国某州对在其市场的产品责任没有特别管辖权(J. McIntyre, Ltd. V. Nicastro, 564 U. S. 873 [2011], Daimler AG v. Bauman, 134 S. Ct. 746 [2014], BNSF Railway Co. v. Tyrrell, 137 S. Ct. 1549 [2017])。美国近年域外司法管辖的限缩,更加反衬了其域外立法管辖的过度扩张。中国学者关注的“301条款”就是以立法的方式展开的长臂管辖。其中,“一般301条款”使得美国贸易代表在认为其他国家的贸易行为“不公平”“不合理”时,有权启动单方调查与评估,并根据评价等级提请美国总统决定采取报复措施,包括提高关税、限制进口、停止有关协定等。而“特别301条款”则根据美国《1974年贸易法》第182条、《1988年综合贸易与竞争法》第1303条专门针对国家及其市场中其所认为的对知识产权未提供有效保护的行为。美国按其所认定的行为严重程度,将存在问题的国家分别列为重点国家、重点观察国家、一般观察国家以及306条款监督国家。与其认定的重点国家进行谈判,迫使对方采取措施、修正政策,否则即采取报复措施、予以制裁;对其所认定的306条款监督国家,可不经调查直接启动贸易报复措施^[11](P74-76)。同样,美国《爱国者法案》所确立的“长臂管辖原则”会导致外国银行因违反美国国内法而被起诉、被处以巨额罚款,进而影响银行的国际声誉。与此同时,很多管辖措施都建立在所谓“人权”的理念基础上,从而使得本质上具有强烈攻击性、侵犯性的规则和做法在道德上显得“正当”,甚至“高尚”。

此外,长臂管辖的理念延展和实践推动还存在着地域上的扩张效应,其中欧洲是最值得关注的领域。欧盟想扭转其在全球互联网和信息产业的劣势地位,并增强其在全球数据保护立法的话语权,同时更好地保护个人数据和国家安全,《通用数据保护条例》在个人数据保护方面确立了长臂管辖条款^[12]

(P106-117),要求欧盟境外的数据接收方在达到与其相同的数据保护水平时数据才可跨境^[13](P180-192)。此种长臂管辖的尝试在很大程度上使得国际交往的法律与商务环境变得更加复杂。

二、针对长臂管辖的基本态度

美国国内法效力突破属地主义限制是国家治理模式改变、相关国家地位提升、人类社会飞速进步与国际法体系发展相对滞后等因素叠加的结果^[2](P173-191)。从法律自身的原理上看,之所以世界各国都尊重国家主权原则,在原则上不认可法律具有涉外效力,是因为每一个国家都期待着本国域内的秩序能够由主权者有效地控制。无论是从实体的意义上,还是从程序的意义上,国际社会原则上不支持一国国内法在国外适用,是期待一国的政治、经济、社会秩序不至于被其他国家所任意干涉和扰乱。故而,管辖权的现代运行体现出四方面的功能:主权象征、实现全球法治、国家利益保护、影响国家主权平等原则^[14](P22-34)。

(一)在管辖权扩张方面值得警惕的三种态度

从长臂管辖的存在形式上看,美国公法的域外适用仍坚持单边主义方法,既有立法的单边主义方法,也有司法的单边主义方法,而具体标准则随着公法领域的不同而变化,囊括了积极国籍、消极国籍、效果原则、保护管辖、普遍管辖等^[15](P171-191)。通过对长臂管辖的事实和规范的分析不难看出,美国的做法对中国的国际贸易和相关企业都产生了新的法律风险。针对美国的长臂管辖方式,中国学术界和实践界有不同的看法。笔者认为,有以下三种态度需要警惕:

第一种态度是机会主义,对于长臂管辖不设确定明晰的立场,没有稳定持续的论断,观点经常处于游移状态。具体表现为,当相关的安排做法与我国没有关系的时候,分析者即把它当成一种遥远的客观存在;而一旦相关措施触及我国国家、企业和个人的利益,损害了我国的发展预期,则坚决予以反对。表面上,这种看法并无问题,从朴素的爱国心态而言,这也是一种可以理解、甚至应当支持的立场,但是这不是一种具有专业精神的立场,也不符合我们长期主张的法治化的原则。我国政府和领导人在论述国际关系的法治化时,始终坚持法律适用的普遍性、法律标准的一致性原则,强调“大国更应该带头做国际法治的倡导者和维护者,遵信守诺,不搞例外主义,不搞双重标准,也不能歪曲国际法,以法治之名侵害他国正当权益、破坏国际和平稳定”^[16](P2)。我们在日常生活中也经常提到,法律要一平如水,要同样情况同样对待,采取同样的标准。有此类推,针对其他国家与针对本国应当采取同样的看法。所以,这种机会主义的做法仅仅以本国的利益作为关注起点,有失狭隘。

第二种态度是盲目排斥,单纯而概略地将长臂管辖视为霸权主义,不深入考察考虑长臂管辖的目标、措施和效果,仅因为长臂管辖突破了传统的属地或属人管辖权,就对这种做法予以批判和反对。一些学者将长臂管辖视为美国霸权主义和法律帝国主义的重要体现,看成推行美国价值观的重要载体,并定性为美国遏制其他国家的法律工具和维护自己利益的制度抓手。这种态度显然也没有抓住长臂管辖的根本,没有理解法律的理论和实践必然一直随着时代而不断发展的内核,也没有看到长臂管辖方面的理论和实践具有正当和不正当两个不同的部分。因而,这种观点和评论是静态和僵化的。

第三种态度则是有意追随,一些学者显性或隐性地长臂管辖当成一种理想的模型,认为美国作为世界国家的典范,相关的行为具有合理性和示范性,中国应当积极参考和学习。这种观点在政治上存在着立场的选择错误。而且将某一国家看成是始终正确和世界典范,这样的思路同样也背离了法治的基本原则。中国国际法学者曾经遇到过类似的问题。30多年前,中国的很多知识产权研究者也曾以为搞懂了美国的知识产权制度、洞悉了美国的知识产权战略、明晰了美国的知识产权标准,在国际贸易中遵循西方国家主导和塑造的国际惯例,就有可能受到国际市场真诚接受和广泛认可,成为国际市场的良好参与者。30多年过去了,仍然笃信此种教条的人已经不多了。尤其是特朗普执政美国4年,使得国际社会看清了美国的利己行动和丑恶嘴脸。套用毛泽东同志的一句话,艾奇逊(特朗普)是个好教员,他用一

系列直白暴露野心的行为,向我们展示了西方法治的虚伪性。为了谋求本国的利益,宁可放弃多边体系、共同规则,为了自己的短期、片面的利益而确立单边的标准。一旦这个标准不那么好用,就需要迅即确立新规。这究竟是“法治”还是“强权”,如同70多年前的“友谊,还是侵略”一样清楚。我们要做的是,一方面高扬国内国际法治的大旗,让世界人民,包括那些目光短浅、只看到局部利益的外国政客了解良法善治的标准是什么;同时,更重要的是放下幻想、准备斗争。当法律规范的力量不足以维护市场竞争秩序时,我们必须用市场竞争的实力重塑法律规则的秩序和尊严。即使如此,一些中国学者和企业仍然相信,只要公开、透明、平等地去适用规则,我们仍然有机会取得胜利,维护自己的权利。但美国显然不这样想。它不满足于把本国的法律规则应用于他国人或物这个级别。他们更希望国家安全、知识产权、贸易制裁这些制度能够像从百宝囊中祭起一件法宝一样,随时拿来应对使其不利的局面,并转败为胜、转危为安。这种不公正、不合理、不对称的局面已经延续了很久,如果仍未警醒,我们可能就完全被蒙骗了。

(二) 长臂管辖的“措施—效果”分析

从目的上看,长臂管辖主要试图维护本国的国家企业和公民利益。从手段上看,长臂管辖主要采取立法司法和行政的方式进行。从内容上看,长臂管辖主要体现为超越了传统的属地管辖原则,也不符合属人管辖的基本要求,针对非处于管辖领域之内的非本国人进行管辖此处的管辖,以采取广义的理解方式,既包含司法管辖,也包括行政处理,特别是处罚。

针对长臂管辖的这些特征,我们可以做出如下的论断:

第一,长臂管辖的目标设定本身并不存在严重的问题,因为每一个国家都有着维护本国主权安全发展利益的使命,如果一个国家不能够很好地维护这些利益,是国家存在问题的表现,而绝不能认为是一个良好治理的国家的运行机制。

第二,国家在进行维护利益的过程中,采取法律的方式和手段显然是最合宜的,也就是说,在诸般可能的手段之中,法律是最有效最适当最可能达到目标的手段。这比直接动用军队或政治经济压力试图达到目标更符合人们对文明国家的认知。

第三,长臂管辖超越了传统管辖的一般框架。这里存在着两种需要探讨的问题:第一种,传统的管辖框架是否应被认为是不可突破的铁律?显然这种观点是没有基础的,所有的传统都必然随着时代的发展和进步而不断改变、不断被突破,从这个意义上讲,长臂管辖突破传统并不是严重的问题。第二种,长臂管辖突破传统的适当性是否值得推敲?长臂管辖之所以会引起人们的反对质疑诟病,其主要原因是它与其他国家的利益发生冲突,与民众的行动自由发生冲突,与国家正常的行动期待和利益期待发生了冲突。所以,尽管有些国家质疑和反对美国的长臂管辖权,认为其有违基本的“域外法权”概念,加拿大、墨西哥出台阻断美国长臂管辖的立法,严禁本国国民屈从于美国法令,并惩罚违反“阻断法令”的企业和人员;欧盟与其他国家积极筹建绕开美元进行金融结算的机制;委内瑞拉则试图用石油币与美元脱钩。但在客观上,绝大多数国家还是无法避免美国以强大国力强行对各国民商事主体的域外商业行为进行管辖。正是这些现实的冲突存在,才导致长臂管辖成了人们深度质疑的行为方式。这正像国际公法中的“保护的责任”一样,尽管保护的责任的目标理论都没有实质的问题,甚至在一定程度上符合时代发展的需要,然而,由于它采取的方式没有充分考虑到正当程序,没有形成广泛认可的标准,就不能被视为一个正面积极、成熟有效的制度创新。

(三) 应对长臂管辖的立场与对策

对于长臂管辖要进行实事求是的观察和思考,既看到其目标和措施中正当、合理、合法的部分,也看到在运行进程中所带来的异化和霸权主义倾向。只有一分为二地看待问题,才有可能更加理性公允地做出判断,也才更容易为恰当的对策提供充分的前提与基础准备。正如有国外学者已经认识到的,美国的长臂管辖可以视为是主权实施的一种方式,但由于主权之间可能存在冲突,故而各国纷纷出台抵制长

臂管辖的“司法反措施”^[17](P59)。

从初衷和目的上分析,用自己的法律规范和司法机制来强制要求世界各国及各国企业与自然人,这本身就存在逻辑上的问题。从一个国家的地位看,无论它多么强大,根据国际法主权平等的原则,它都不拥有为具有平等地位的其他国家进行立法的权力,同样也没有宽泛的管辖权。他们试图维护霸权,就可以无所不用其极;当别人适用他们的机制来维护合法权益的时候,他们就开始设置重重阻碍。其用心何在,已昭然若揭。

国内立法加长臂管辖,就构成了美国可以向世界上各个国家、各个企业、各种公民恣意挥舞法律制度大棒,实现其意志和利益的制度基础构架。美国确立了一个禁止正常经济交往的国家清单,禁止甚至惩罚其他国家的政府和企业与清单上的国家交往,这本身就是恶的霸权;类似地,仅仅片面支持本国企业向中国企业追讨各种知识产权的补偿和赔偿,却对中国企业主张知识产权的补偿和赔偿不予置理,或者采取措施阻止和妨碍中国企业的知识产权诉求,这就是一种双重标准、霸权主义的行为。国际法必须公正、对等地适用,绝不能仅仅对某些国家提出某种标准,另外的国家却逍遥地行走在标准之外。习近平在2014年就说过:

在国际社会中,法律应该是共同的准绳,没有只适用他人、不适用自己的法律,也没有只适用自己、不适用他人的法律。适用法律不能有双重标准。我们应该共同维护国际法和国际秩序的权威性和严肃性,各国都应该依法行使权利,反对歪曲国际法,反对以“法治”之名行侵害他国正当权益、破坏和平稳定之实^[18](P134)。

如何才能破解既存大国以长臂管辖打压其他国家、实现本国战略目标的制度构架?除了在法律上据理力争,在实证的规则与程序层面、在规则的适用与解释的技术层面提升能力,找到事实根据、明确法律准绳,一步步地确立我们的合法性、对方的非法性,在个案中取得胜利之外,更主要的是看透现象背后的本质,看到其为了维护自身利益、保证自身地位而以法律的名义阻碍其他国家、其他企业的现实。为此,就需要不断地推进发展、增强实力,在各方面不断赶上并超越对方,使得它的各种制度操作起来无法实现目标,或者出于政治经济的顾忌而不愿实施。

三、域外管辖国际法的适度标准

观察与思考以美国为主的法律体系所采取的长臂管辖措施,首先要考虑的是战术防守行动,即清楚认知、准确评价和有效应对相关规则与做法;进而,更要进入战略高度,从多边、普遍的立场思考何为妥当合宜的域外管辖立场,公正合理的管辖体制应符合何种国际法治标准,以及如何形成一个妥当的、符合国家需求和国际法治标准的管辖体系,由此形成一个短期防御与长期防御相结合、个案防御与体系防御相结合、有效防御和适度拓展相结合的涉外管辖应对布局。

(一) 国家法律实力以维护国家权益为准绳

马克思主义的方法论对于我们思考国际法问题、国际私法问题的指导意义就在于:要变化而辩证地看问题,不能僵化静态地看问题。就法律适用的范围而言,这就意味着,不能只看到美国长臂管辖对我们的负面影响,却不看到其背后的利益动因,特别是一个国家开放发展过程中国际交往延伸所带来的法律适用拓展需求。笔者认为,国内学者郭玉军与甘勇对这一问题的分析抓住了长臂管辖权的“牛鼻子”:一项管辖是否合理,是否适度,是讨论的核心和关键^[19](P266-276)。美国的长臂管辖权并非全都是荒谬错误的制度设计,其判断的标准在于具体操作的时候有没有超越合理的限度。

吕岩峰在国际私法的很多领域都论证了“适当”的观点。他认为,“适当”作为确定准据法的原则,目标是公正处理涉外民事案件,合理裁判当事人的权利义务。“适当法”的理念为我们认识和评判国际合同关系、侵权关系,甚至刑事司法问题的法律适用规则提供了价值尺度^[20](P17-29)。从内涵与功能的角度分析,“适当”与很多法律领域的“比例原则”应当具有类似的内涵,具有法哲学层面的意义。也就是说,

在法律适用和相关手段的法律判断上,要考虑行为体的正当目标和采取手段之间的契合程度。“国内法的域外适用是经济全球化下较为常见的现象”^[21](P76-83),很多法律从性质上自然就应当具有域外效力。本国法的域外适用和外国法的域内适用一样,都不存在一个绝对的可不可以适用的论断,决定性的因素是如何适用。正如廖诗评分析的,国家采取不符合国际法的国内法域外适用措施,或者滥用国内法域外适用措施,都会冲击和破坏国际社会秩序和国际法治进程^[22](P20-38)。也就是说,采取何种方式和手段使得本国法在国外公正、合理、有效、妥善地予以适用,而不是偏颇、无理、野蛮、霸权地予以适用。此时,法律的适用问题从一个“是与非”的问题变成了一个“尺度和方式”的问题,由一个“非黑即白”的分析和“正误”论断,转化成了一个对“灰度”的认知和对“适当性”的论断。

(二) 国家利益的界分与涉外管辖措施适当性标准

在如何衡量维护国家利益措施的适度性上,必然存在着多种标准,这就像格劳秀斯时代衡量战争的正义性一样充满疑点,当甲国认为本国的立场和行动有着充分的自然法正当理由,自身的行动根据无可辩驳之时,在乙国看来就是赤裸裸的霸权行为和侵略手段。为了在多边认可、总体平衡的意义上说明国家采取对外管制措施,包括域外管辖的正当性,笔者试着提出一个初步的公式:

第一步,国家利益可以从政治、经济、军事、文化等角度进行区分。但是从重要性上看,可以类比马斯洛针对个人心理所归纳的“需求层次理论”,将国家的需求分为不同的层级:第1层级——也就是最高层级,着眼于国家的基本生存,也就是政权安全、军事安全和领土安全。第2层级——国民的公共健康、公民基本自由和权利。第3层级——国家的意识形态安全。第4层级——国家的粮食、环境与网络安全。第5层级——国家的科技、教育、人才需求。第6层级——国家的国内与国际经济发展,包括国家内部的经济发展利益和国际经济贸易交往利益。

第二步,实践中不难判断,每一个国家都会把自己的利益分为核心利益、重要利益和一般利益等不同层级。在这个划分前提下,如果一项对外管辖措施符合本国高层次的利益要求,且没有与外国更高层次或同一层次的利益要求相冲突,则此种措施可以被认为是适当的。反之,如果一国的管制措施所维护的利益属于低层次而触及的外国利益属于更高的层次,则这种措施就超越了适度的标准,该措施的正当性就值得怀疑,甚至可能受到谴责。这种利益分层和利益比较原理可以作为判断管辖适当性的基本尺度。

(三) 以涉外管辖的适度标准衡量美国的长臂管辖

前述标准意味着,就国家保护本国利益、管辖域外事务的措施而言,如果达不到适度的要求,就可能构成法律缺位、使国家成为法治弱国;而超越了适度的要求,就构成法律越位,可能蜕变为法律霸权。以此观之,美国的长臂管辖,关键的不当之处在于肆意扩张域外管辖的原则、规范和标准,形成了法律权力的滥用,超越了适度原则,塑造为法律霸权,对于国际法形成了挑战;而比较而言,中国的法律域外适用机制迄今尚不足以维护国家基本的需求和企业、国民利益,需要补强差距,达到保障开放发展所应有的程度^[23](P56-71)。

在为国家的利益而进行制度构建的国际关系反复实验过程中,就塑造了属地管辖权优先的制度;形成了“平等者之间无管辖”的理念以及由此衍生的主权豁免制度,沉淀了国际法上彼此平等、相互尊重、互不干涉内政的基本原则。应当说,国际法上所有的这些关于国家自主、独立、平等的制度安排,都是彼此交往理性探索的结果,既不是一个先验的律令,也不是不可改易的教条。国际法的所有概念、原则、制度,都是一定时空条件的产物。从国际实践的发展上看,很多领域、很多方面都已经对既有的做法或者国家长期认可的规范进行了调整。也就是说,国际法的一些基本规范在社会发展的过程中经历着演进和变革。例如,普遍管辖的制度就对原有的属地管辖构成了突破。类似地,保护性管辖也对属地管辖制度构成了挑战。而人权、环境、经济领域对于国家提出的一系列要求,在很大程度上意味着国际社会的共识已经逐渐超越了主权的藩篱,限缩了主权的范围,对于主权者行动的领域和方式在国际法上进行了

一些约束。

前文已述,国际交往的具体形势决定国际法的具体规范。以历史发展视角和国际法治适当性的思路来观察美国的长臂管辖,就可以清晰地判断出,孟晚舟案是美式进攻型法律适用的代表,说明美国为了自身的产业利益、贸易利益与他国的公民自由相抗衡,是显而易见的超越国际法治标准和尺度的霸权行径。

四、中国涉外工作法治化与域外管辖的合宜原则

中华人民共和国成立以来70余年的社会建设与演进、改革开放以来40多年的经济发展与市场培育,使得当代的中国的力量与影响已经与20世纪中叶的情况有了显著的差异,比20世纪七八十年代的情况也有了巨大的飞跃。中国国家在海外的业务、中国企业和公民的海外活动日益增加^[24](P13-20)。而作为一个负责任的大国,不仅要为本国的主权、安全和发展负责,也要为本国的公民在海外的利益负责^[25](P1-8)。良好的法律域外适用体系有助于中国真正成为一个对本国利益负责、对世界发展负责的大国。

(一) 中国的开放发展道路

从世界历史发展的基本规律和境况不难看出,古往今来,任何一个走向世界的开放大国在法律上都必须深入考虑外交问题。如果在客观现实中有大量的对外交往,法律却不能跟上,那么这种交往就会是无序的;甚至,那些落后的法律制度可能会禁锢对外交往的规模和程度。当然,向外发展的法律制度有好有坏,有一些比较适当,有一些则远远超过了应有的尺度,造成了一些负面的影响。但无论如何,那些不能够回应社会发展、国家开放的法律体制是无法跟上国家开放发展的脚步的。随着我国的开放事业日益拓展,我国的海外利益也日益丰富多样。此时,有效地维护我国国家、企业与公民的海外利益成为党和政府高度关注的事务。而维护和实现海外利益的最好方式显然是采用法律的方式。法律的域外适用、法院的域外管辖、符合时代要求地确立主权豁免的原则和规范就成了当务之急,成了涉外工作法治化的重要方面。有学者评价,中国的国际管辖观念还是比较陈旧的^[26](P2309-2315),当前中国的涉外管辖的理论与实践印证了这一论断。

(二) 依法维护海外利益的紧迫需求

近年来,针对我国对外开放迅速推进的客观形势以及倡导和推进“一带一路”区域和全球经济合作的主观规划,中国在“加强涉外法律工作,运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益,维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益”(《中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议公报》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过)方面提出了日益清晰和明确的要求。

2014年,作为执政党的中国共产党在全面推进依法治国这个宏大工程中设定了以法律方式维护海外利益的目标,“运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益。强化涉外法律服务,维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益,依法维护海外侨胞权益”^[27](P1,4)。

时隔五年,2019年在研讨治理能力和治理体系变革与发展的议题下,中共中央又明确提出要“统筹国内国际两个大局”,在全球事务的主张和行动上,要秉持和平、发展、合作、共赢的理念,以维护世界和平、促进共同发展为目标,积极参与全球治理体系的改革和建设。在国家对外事务上,要推进合作共赢的开放体系建设,基本宗旨则是坚定不移地维护国家主权、安全、发展利益。为此,从《中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议公报》(中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过,2019年10月31日)可以看出,党对外事工作的领导体制机制要不断健全,全方位外交的布局需不断完善。在具体的工作目标上,提出“构建海外利益保护和风险预警防范体系,完善领事保护工作机制,维护海外同胞安全和正当权益,保障重大项目和人员机构安全”。为此,需要“坚持总体国家安全观,统筹发展和安全,

坚持人民安全、政治安全、国家利益至上有机统一。以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、科技、文化、社会安全为保障,健全国家安全体系,增强国家安全能力”^[28](P6-5)。在2020年中共中央筹划“十四五”规划和2035年远景目标纲要之际,再度重申构建海外利益保护和风险预警防范体系,其目标则是坚持实施更大范围、更宽领域、更深层次对外开放,依托我国大市场优势,促进国际合作,实现互利共赢。

以法律手段保护日益增长的海外利益,已经是中国执政党和政府认识到的涉外法治关键领域。正如学者已经观察到的,中国需要加强相关研究,建立预警提示机制,减少企业和个人不必要的风险和损失^[29](P81-89)。虽然现代国际法有很多欧洲、西方国家的印迹,但中国也需要在法治、在全面依法治国的建设方略之中进一步深入认知国际法的重要意义及其对于国家开放发展的意义。中共中央也特别注意到“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。要加快涉外法治工作战略布局,协调推进国内治理和国际治理,更好维护国家主权、安全、发展利益。要强化法治思维,运用法治方式,有效应对挑战、防范风险,综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争,坚决维护国家主权、尊严和核心利益”^[30](P5)。

(三) 开放发展进程中的法律延伸

国家的开放程度越高,其法律制度就应当越有能力处理涉外发展过程中的一系列问题,其中既包括以属地的方式处理外国的企业和个人在本国的活动,也包括管辖本国企业和个人在境外的活动、特别是保护其境外的合法权益,预防和惩治在国外的犯罪行为。在此之外,也不能排除为了维护本国的重大权益、重要关切,而管辖域外、外国人的某些对本国有害的行动。“党的十八大以来,我们统筹推进国内法治和涉外法治,运用法治方式维护国家和人民利益能力明显提升。要坚持统筹推进国内法治和涉外法治,按照急用先行原则,加强涉外领域立法,进一步完善反制裁、反干涉、反制‘长臂管辖’法律法规,推动我国法域外适用的法律体系建设”^[31](P9)。这是一个开放大国所应具备的法律实力,如同一个开放大国应当具备远程军事投送能力一样,需要将自身的法律投送到目标地区,并用这种法律规范的运行维护国家的主权、安全和发展利益。这是开放发展大国必须发展的国际法律能力。

国际法的域内效力和国内法的域外效力是开放发展国家的必备法律境况。中国唐代的法律就已经规定了在涉外关系中的诸多问题;以后在对外开放的时段也都会涉及相关的法律安排。当前,就中国的海外利益保护手段而言,必须深刻汲取美国长臂管辖的教训,将其作为一个反面教材,从真正的多边主义立场上看待和界定相关措施,进而在国际关系中采取合作共建、互利共赢的方式去设计制度^[32](P30-37)。同时,也要按照客观要求提升海外投送国家措施的理念与法律实力,通过有理、有效、有节的原则保护本国利益,遵守国际法治的基本公平正义标准。既在核心利益、根本利益方面确立高水平的保护标准,又避免在维护本国利益时损害他国同一层级或者更高层级的利益。中国政府长期主张且反复强调不称霸,习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话中重申,“我们永远不称霸,不扩张,不谋求势力范围,无意跟任何国家打冷战热战,坚持以对话弥合分歧,以谈判化解争端”^[33](P12-14)。故而,在管辖权延伸方面,必须形成妥当适度的海外利益保护法律制度,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。其中自然包括法律域外适用、管辖权域外实施的合理机制,弥补中国主体在国际经济交往中因为他国国内法不当域外适用所造成的损失^[34](P44-62)。就发展方式而言,有学者建议,中国应秉承建设与防御齐头并进的思路,构筑中国法律域外适用法律体系,并灵活运用限制措施,充分利用美国国内分权制衡体制和国际关系原则的司法适用空间,审慎推进建立中国对抗措施体系,在国际上倡导建立多边法律域外适用协调机制。在此基础上,还要强化理论研究和人才培养,为我国法域外适用法律体系建设提供系统性指引。

五、结论

现代化强国必须是法治的强国,现代化的开放大国必须是涉外法治的强国。对于一个开放发展的

国家而言,反对长臂管辖并不等于完全放弃或敌视域外管辖,更不是无视或者否认法律的域外效力。我们必须抓住美国长臂管辖制度设计的核心错误,即它肆意扩张域外管辖的原则、规范和标准,形成了法律实力的滥用,超越了国际法治的适度原则,构成了法律霸权^[35](P84-105)。而相比较而言,中国当前的法律运行影响范围和法律效力所及对象还不符合一个国际交往不断增加、走向全球治理中心的大国的地位,故而需要补强差距,达到保障开放发展所应有的程度。国家的开放程度越高,其法律制度体系就应当越有能力处理涉外发展过程中的一系列问题,其中既包括以属地的方式处理外国的企业与个人在本国的活动,也包括管辖本国企业与个人在境外的活动,特别是保护其在境外的合法权益,预防和惩治其在国外的犯罪行为。在此之外,也必须在战略层面考虑主动规划,为了维护本国的重大权益、重要关切,而管辖某些域外、外国人的对本国有害的行动。这是提升我国法的域外适用能力的重要方面,如同提升我国军事影响能力一样重要。涉外法治要求整体规划法律规范的运行,包括设计立法适用范围、司法与行政管辖,有效维护国家的主权、安全和发展利益。这是开放大国必须发展的国际法律能力,是中国在治理能力和治理结构改进的过程中必须建立和提升的制度,也是中国全面依法治国的工程建设中的关键部分。设计和实施攻防兼顾的涉外管辖法律机制有助于妥善维护国家的主权、安全、发展利益,同时为构建和改进公正合理的国际法治体系作出中国贡献。

参考文献

- [1] 肖永平.“长臂管辖权”的法理分析与对策研究.中国法学,2019,(6).
- [2] 霍政欣.国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径.政法论坛,2020,(2).
- [3] Bryan A. Garner. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West, 2019.
- [4] Developments in the Law: Extraterritoriality. *Harvard Law Review*, 2011, 124(5).
- [5] 张华.反思国际法上的“司法造法”问题.当代法学,2019,(2).
- [6] Richard D. Freer and Wendy Collins Perdue. *Civil Procedure: Cases, Materials, and Questions*. New York: Matthew Bender & Company, 2008.
- [7] U.S. Government Publishing Office. Federal Rules of Civil Procedure. The website of U.S. Courts. [2022-09-08]<https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>.
- [8] 张丝路.长臂管辖效果辨正及对我国的启示.甘肃社会科学,2017,(5).
- [9] Stephen N. Subrin, Martha L. Minow, Mark S. Brodin et al. *Civil Procedure: Doctrine, Practice, and Content*. London: Aspen Publishers, 2008.
- [10] 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,(3).
- [11] 于倩.美国长臂管辖原则的本质、影响及应对.湖北经济学院学报(人文社会科学版),2020,(8).
- [12] 叶开儒.数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟GDPR的原旨主义考察.法学评论,2020,(1).
- [13] 刘天骄.数据主权与长臂管辖的理论分野与实践冲突.环球法律评论,2020,(2).
- [14] 宋杰.进取型管辖权体系的功能及其构建.上海对外经贸大学学报,2020,(5).
- [15] 宋晓.域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分.法学研究,2021,(3).
- [16] 新华社.习近平在联合国成立75周年纪念峰会上的讲话.人民日报,2020-09-22.
- [17] Mahir Al Banna. The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality Against Sovereignty. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 2017, 60 (1).
- [18] 习近平.弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上的讲话(2014年6月28日).北京:人民出版社,2014.
- [19] 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,(3).
- [20] 吕岩峰.英国“适当法理论”之研究.吉林大学社会科学学报,1992,(5).
- [21] 马忠法,龚文娜.法律域外适用的国际法依据及中国实践.武陵学刊,2020,(5).
- [22] 廖诗评.中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善.中国法学,2019,(6).
- [23] 门洪华,钟飞腾.中国海外利益研究的历程、现状与前瞻.外交评论(外交学院学报),2009,(5).
- [24] 苏长和.论中国海外利益.世界经济与政治,2009,(8).

- [25] 唐昊. 关于中国海外利益保护的战略思考. 现代国际关系, 2011, (6).
- [26] Vlada D. Fedorova. Influence of Internal and External Factors on the Development of China's Legal and Judicial System. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 2018, 9 (7).
- [27] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定. 人民日报, 2014-10-29.
- [28] 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, 2019-11-06.
- [29] 霍政欣, 金博恒. 美国长臂管辖权研究——兼论中国的因应与借鉴. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020, (2).
- [30] 习近平. 论坚持全面依法治国. 北京: 中央文献出版社, 2020.
- [31] 习近平. 坚持走中国特色社会主义法治道路 更好推进中国特色社会主义法治体系建设. 求是, 2022, (4).
- [32] 龚柏华. “三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石. 东方法学, 2018, (1).
- [33] 习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话. 新华月报, 2020, (20).
- [34] 廖诗评. 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的属事适用范围. 国际法研究, 2021, (2).
- [35] 魏磊杰. 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权. 环球法律评论, 2013, (5).

Offense and Defense in Jurisdiction Concerning Foreign-related Rule of Law

He Zhipeng (Jilin University)

Abstract A series of long-arm jurisdiction practices originated in the U.S. have attracted the attention of the Chinese government and legal experts. Existing theoretical writings have made thorough and detailed analyses on the emergence and development of long-arm jurisdiction. In the process of national economic and legal development, the U.S. gradually broke through traditional territorial and personal jurisdiction, and have formed a long-arm jurisdiction system with three-dimensions, including legislation, judiciary and administration, which have enhanced the offensiveness of the law. The problems in U.S. long-arm jurisdiction is not the extraterritorial application of its laws, but the fact that its application method and scope exceed the basic standards of the international rule of law, and no necessary restraint was placed. From the perspective of institutional evaluation, it is necessary to consider the ability to apply its laws abroad with deepening openness of a state. A suitable boundary is required, that is, when adopting the means of extraterritorial application of law, the balance of interests must be considered. High-level interests of foreign states should not be harmed when protecting low-level domestic interests. In the context of China's increasing promotion of opening up and development, and the pushing forward of domestic and foreign-related rule of law, it is necessary to consider the ability of Chinese law to apply outside its jurisdiction. However, the legal regime must be designed in the context of mutual interest, instead of merely caring about its own interest and disregarding the demands of others. Only in the international system of extensive consultation and joint construction can we meet common challenges better, improve international rule of law, and build a human community with a shared future.

Key words long-arm jurisdiction; hegemony; U.S. legislation; extraterritorial application of law; foreign-related rule of law; national interests; open development

■ 收稿日期 2021-11-25

■ 作者简介 何志鹏, 法学博士, 吉林大学理论法研究中心教授, 吉林大学法学院教授、博士生导师; 吉林 长春 130012。

■ 责任编辑 李 媛