

涉外法治本体论与域外立法管辖的适度性

马得懿

摘 要 涉外法治的概念和体系是对传统国内法和国际法关系理论和实践的发展,涉外法治极有可能发展成第三种法律形态。本体论视域下的涉外法治的核心在于强调涉外法治的内涵、性质以及运作模式,属于国内法和国际法在域外管辖上的结合和互动,其制度表征是域外立法管辖体系的改良、优化和重塑。在公法和私法界分的前提下,涉外法治的体系不宜毫无限制地扩张,更不能将凡是具有“涉外”因素的法律体系纳入涉外法治的体系之内,而应该限制在公法领域的域外立法管辖体系之内。涉外法治的限缩主义是由管辖权界分的复杂性和公法领域的域外立法管辖的适度性决定的。公法领域域外立法管辖适度性的配置,至少应该遵循两个路径,即重视域外立法管辖的类型化和强化国际礼让在域外立法管辖规则中的融入。

关键词 涉外法治;本体论;域外立法管辖;公法与私法界分;国际礼让;限缩主义;长臂管辖

中图分类号 D990 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2025)04-0145-13

基金项目 国家社会科学基金重大项目(18ZDA155)

当前世界正面临百年未有之大变局。在日益走近世界舞台中央的进程中,中国不断面对来自某些国家的挑战和威胁。在维护本国的主权、安全和发展利益上,中国日益重视采用法治的手段和力量来处理与他国的关系。为了有效应对来自外部的各种威胁和挑战,中国不断强化和探索具有本土色彩的法治理论与法治实践的新发展。涉外法治的提出,便是中国积极主动探索新时期中国特色法治新发展的例证。作为具有中国特色的法学范畴,涉外法治的概念和体系亟须学术意义上的精准阐释,以进一步推动涉外法治这一法学范畴的国际传播。“涉外法治”概念的精准界定以及涉外法治体系的进一步厘清,构成诠释涉外法治的运行属性和支撑体系的基本问题。涉外法治的概念和体系的学术阐释,不仅为构建中国海外利益保护体系奠定理论支撑,而且能推动以人类命运共同体为目标的国际法治体系的发展。

一、问题的提出

“涉外法治”是一个新概念^[1](P12)。中国共产党非常重视涉外法治实践。党的十九届四中全会首次提出“涉外法治”的理念,要求“加强涉外法治工作”^[2](P61)。2021年中共中央发布《法治中国建设规划(2020-2025年)》,更是细化了“加强涉外法治工作”的要求和举措^[3](P174)。这是中国共产党作为执政党在治国理政上的重要法治举措。然而,对于涉外法治的概念和体系及其在中国法治体系中的定位,目前并没有清晰阐明。我国日益重视涉外法治的理论和实践,根本动因和背景在于个别西方强国频频以其国内法为依据,对包括我国在内的国家实体、自然人以出口管制和经济制裁等方式恣意实施域外管辖,对我国的国家主权、安全和发展利益构成重要威胁和限制^[4](P117)。为此,中共中央明确提出提高涉

外工作法治化水平以应对外部威胁。涉外法治的提出呼应了中国应对外部法律挑战的需要,引发学界探讨涉外法治的概念和体系的热情。

作为强化和升华涉外法治的重要政治举措,2021年中共中央战略性地提出“统筹推进国内法治和涉外法治”^[5]。涉外法治被学者认为是当代中国法律视野中的新兴维度,是一个经由政治力量推进而从实践领域进入理论领域的概念^[6](P177)。有学者认为应该从国际法的概念与二元思维入手,密切联系党的十八大以来中国涉外法治的实践来理解涉外法治的概念和体系。就涉外法治的概念而言,涉外法治主要指一国制定、参与制定或认可的针对主权安全、海外利益保护以及参与全球治理的法理或者法律改革方案等。就中国而言,涉外法治是一种介于国内法治与国际法治之间的双向互动的法治形态^[7](P268)。由此观之,涉外法治的中国表达具有特定的背景和动机。或许,受此概念的影响,有学者认为基于调整对象界定的涉外法治具有混合属性,涉外法治兼具国内法治、国际法治、国内法治和国际法治的交叉以及对外关系法治属性^[8](P137)。当然,也有学者认为涉外法治概念并未改变国内法与国际法“二元分立”的大格局,涉外法治在本质上仍旧属于国内法治的一部分。涉外法治是国内法治和国际法治的交集,前者是后两者法律和政治实践及其互动的结果^[9](P31)。通常而言,学者对于涉外法治概念的理解,基本上是从国内法和国际法关系的视角展开的。

就涉外法治的体系而言,有学者主张涉外法治的体系主要由国内法来主导和构架^[10](P37)。更有学者将涉外法治的体系与对外关系法的体系相互对照,认为对外关系法应该突破“公法规范”的局限性,将“私法规范”也涵盖其中。这有利于对外关系规制中实现私人利益的保护,而且可通过类比国际私法冲突规范的运用,促进我国公法域外效力的实现^[11](P83)。本文并不认同此观点。这与本文在后面提出的涉外法治体系的限缩主义存在抵触。当然,从法治实践角度看,涉外法治的体系就是以法治的思维和法治的方式来处理涉及我国的涉外事务,包括立法、执法、司法以及法律服务等^[12](P44)。然而,本文认为,如此描述涉外法治的体系未免过于粗略。在我国提出的全面依法治国方略中,国内法治包含涉外法治,涉外法治是国内法治不可或缺的组成部分,是国内法治对外的延伸和拓展^[13](P85)。当然,也有学者从界定“涉外”含义的角度来理解涉外法治的体系。就实践而言,多数场合中“涉外”指向私法领域或者民商法领域,涉及公法的相比较少。但是就应然而言,涉外法治应当包括私法与公法领域两个方面的内容^[14](P98)。在前人的研究中,亦有学者表达了应该谨慎使用“涉外法治”称谓的学术倾向,其主要依据是采用“涉外法治”容易误入“国内法优先说”的陷阱,容易造成中国在对外关系中采取单边主义的困惑^[15](P29)。

在涉外法治概念形成的初期,政府机构、学术流派或者民间团体在认知涉外法治的概念和体系上存在很大差异性。阐释一个具有生命力的、富有学理色彩的涉外法治的概念和体系,一定需要将其置于特定视域或者场域之内,才具有合理性。在我国学界以及实务界,存在泛化涉外法治的倾向。这一点不足取。这不仅曲解了我国政府倡导涉外法治的初心,而且脱离形成涉外法治的国际法基础、国际法理以及历史规律。为此,本文所主张的涉外法治本体论,论证并阐释涉外法治限缩主义及其合理性,以实现精准描述涉外法治的概念与体系之目的。

二、本体论:作为第三种法律形态的涉外法治及其体系

域外立法管辖问题构成涉外法治概念和体系的本质和核心。为了论证此设想和推论的合理性和可能性,本文将对上述问题的探索置于一个预设语境——本体论的语境中,层层递进展开论证以期阐释涉外法治的本质属性和体系。

(一) 本体论视域下作为第三种法律形态的涉外法治

在哲学视野下本体论通常用来描述世界的本质。这一概念先后被我国学者引入法学语境之中,以此来描述法律概念的本质^[16](P43)。在此基础上,有学者提出并阐释了国际法本体论,认为国际法本体

论是关注国际法的概念、性质以及运作模式等范畴^[17](P73)。国际法本体论意识到传统的国内法和国际法关系理论具有历史的局限性,因而构成尝试优化国内法和国际法关系理论的一种方法论。事实上,很早以前杰拉德·菲茨莫里斯爵士就对国内法和国际法关系理论体系中的一元论和二元论提出了质疑,认为既然国内法和国际法运作的领域不同,两种法律秩序不应该有冲突。卢梭更是简洁明了地认为,国际法在本质上属于一种协调法,不会导致国内法失去效力。晚近以来,许多学者更加注重协调论的实践价值而非一元论和二元论在理论上的纠缠^[18](P32)。

考察涉外法治的概念和体系问题不能割裂历史,更不能忽略国内法和国际法关系的理论流派。否则,在探究涉外法治的本质时会造成内在逻辑链的中断。从传统国际法理论层面上看,西方传统国际法理论中的一元论与二元论的观点,以及我国学者在一元论和二元论基础上提出的“协调论”,一直构成描述国内法和国际法关系的理论支柱^[19](P20)。通常而言,一元论被认为重视国际法的事实维度,通过考察国际社会的现状和运作来认知国内法和国际法的关系。二元论经常被霸权主义国家或强国用来当作干涉他国或主宰世界秩序的理由。然而,事实表明过分聚焦国际法和国内法关系的理论纷争,反而会模糊国际社会的秩序现实。一些国家的法律实践印证了国内法和国际法关系的脆弱性。比如,近年来,美国对国际法采取工具性色彩更加明显的做法,这暴露出美国日益无视国际法的心态。尤其是,美国通过选择强化域外管辖立法作为手段来应对包括中国在内的竞争对手。这种做法在一定程度上抹杀和冲击了国内法和国际法关系的传统理论的主流^[20](P32)。涉外法治概念的提出和被重视源于我国的法律实践。但是,美国等西方强国的法律实践隐含着一种超乎国际法和国内法之外的法律模式,目的是实现本国的利益诉求。故此,我国有学者认为,无论是一元论还是二元论,都只看到国内法与国际法两种类型,并没有意识到二者之间还可能存在第三种法律形态——涉外法治^[7](P271)。

经考证,早期西方强国所大力推行的治外法权具有开创域外管辖之先河的萌芽地位。在西方强国国家所构造的涉外法治体系中,涉外法治的理念通常是围绕治外法权构建起来的。治外法权以侵犯他国司法主权的形式让后发国家萌发了主权意识,刺激其效仿列强的国家框架以构建自己的法律体系。治外法权重塑国家的概念,也代表了国际法的早期构建史,在其存续过程中,奠定了当代世界法律秩序的基础^[21](P172)。19世纪初,以西方为中心的国际秩序流行所谓“文明标准”的主流观点。而后是充满基督教文化色彩的国际法理念被奉为国际社会的规则圭臬。西方列强所推崇的域外规制并没有充分顾及包含广大发展中国家在内的国际社会的根本利益,是一种狭隘的涉外法治。此时期的涉外法治,实质是以西方强国所构建的法律标准为根基的狭隘的涉外法治体系。

当然,西方国家所一度青睐的治外法权或者域外规制与我国正在构架的涉外法治概念和体系不可同日而语。涉外法治不仅仅是单纯的法律问题,更是中国基于国际治理体系格局的变革尤其是中国在国际社会中的地位变迁而提出的国家法治发展目标。涉外法治理念的提出既植根于国际社会的法律实践,也为国际社会提供法治新理念和新引领。当然,涉外法治在缘起和发展历程中亦与国际法意义上的管辖和主权密切关联。而管辖与主权是国际法思想谱系中的重要概念,管辖权范围与主权的离合决定或影响世界秩序的嬗变^[22](P44)。按照此逻辑进路,本文认为在本体论视域下探究涉外法治的概念和运作模式,必然应该是国内法与国际法在某个领域的结合。此种结合的重要领域一定具有与管辖和主权息息相关的特征——域外管辖的配置。涉外法治的理论阐释离不开一个原点——域外管辖的法律规制。国际社会的法律实践印证了域外管辖的配置问题构成国内法和国际法重叠关注的领域。否则,涉外法治将成为空中楼阁而无从谈起。这一点亦可以从某些国家的域外管辖的实践中得到印证。如果抛开本体论的语境和预设,那么,涉外法治可以被简单地理解为凡是具有跨国因素或者“涉外”因素的法律体系都可以纳入涉外法治体系之中。然而,如此理解涉外法治显然是相当初级的。如果置涉外法治的概念于本体论视域之内,那么涉外法治的内涵、体系和运作则必然被赋予某种特定的含义,而不是漫漶不定的、始终处于一种低级的阶段。事实上,国际社会意识到国际法意义上的国家管辖权,已经突破国

际法范畴本身,涉及一个国家的国内法。在某种意义上,国家的域外管辖权的确立,也是一种彰显和宣示国家主权的法律方式^[23](P429)。一国是否行使管辖权通常取决于管辖事项与有关国家的联系。但是,作为国际社会的法律规范,国际法所适用的地域已经突破了欧洲地域,超越了西方基督教文明地域^[24](P34)。各国也意识到国家主张国内法具有域外效力,将国内法域外适用并不完全等同于国际关系中的霸权主义,而是国际社会和国际法发展过程中的客观现象^[25](P178)。由此推断,涉外法治的内涵的界定,无法摒弃以国内法和国际法作为基础的事实,也不能完全受制于传统的国内法和国际法关系理论的束缚。按照上述逻辑推论,本体论视域下的涉外法治的内涵就是国内法和国际法的有机结合,而这种结合的制度表征就是域外管辖体系的改良、优化和重塑。如此,涉外法治具备连接国内法与国际法的桥梁作用,可以被视为一种独立的法律形态。参照传统国内法和国际法关系的理论而言,涉外法治可以粗略地被视为第三种法律形态。

从本体论的角度看,作为第三种法律形态的涉外法治应该是国内法和国际法在域外立法管辖领域的结合与互动,而在这一结合和互动过程中,国内法和国际法有一个共性的核心问题,即域外立法管辖的合理配置。传统的国际法理论一直无法解决各国立法管辖之间存在的冲突。这也是国际法的困境。从该意义上看,涉外法治的概念应该是以域外立法管辖为核心而展开的。当然,涉外法治并非国际法与国内法简单的堆砌,而是一种全新的、具有自身完整性和系统性的法律范畴。基于国际合作与全球治理的需求,涉外法治强调法律的适应性和灵活性,以应对日益复杂的国际实践。

(二) 涉外法治的体系

本体论视域下的涉外法治不仅有确定的内涵和核心,而且具有特定的体系。涉外法治体系是否允许涉外法治任意扩展或者膨胀呢?如果将凡是具有“涉外”因素的法律体系视为涉外法治体系的话,那么,涉外法治的体系将呈现出一种体系庞杂、毫无逻辑、范畴繁多的状态。无所不包的涉外法治体系将背离涉外法治本体论的初衷。涉外法治本体论应该追求以域外立法管辖的确立或者配置为价值目标的体系构建。“一国是否具有权力实行域外管辖权”的国际法基础很早便得到确立。在“荷花号”案件中,常设国际法院针对国家管辖权的边界作出了经典的论述,认为国家不能在他国领土内行使管辖权,除非国际法对此有明确规定(*France v. Turkey*, 1927 PCIJ [Series A], No.10)。但是,这并不意味着国家不能对本国领土外的行为进行管辖,除非国际法禁止国家进行此种管辖。然而,国际法只是在少数领域存在这种禁止性规则,大多数情境下国家可以自行决定是否进行管辖^[26](P29-30)。随着域外立法管辖的历史不断演进,国际社会日益意识到域外立法管辖是国家的权利(权力);而新的国际法“主权义务”与“管辖义务”假说则认为国际法中的主权和域外管辖是义务或责任,据此实施域外立法管辖成为国家负担的国际义务^[27](P521-556)。很显然,通常意义上的涉外法治的体系囊括作为私法体系的民商事领域、公法领域以及相关法律服务等领域。为了正确理解涉外法治的体系,有必要对域外立法管辖体系展开梳理并提出域外立法管辖的体系构造。从历史维度上看,涉外法治的体系处于不断变迁中。这一点从域外立法管辖的实践可见一斑。域外立法管辖的实践来源于欧洲中世纪的流行于欧洲城邦共和国的“共同法”。因此,从这个角度看,国际私法意义上的法则区别说也是承认域外管辖的。作为古老的法律体系,虽然法则区别说不具有今天意义上的域外立法管辖的完备体系,但是其折射出的法律(法则)的体系及其域外管辖的效力,学术影响深远。主权是实证主义法学的基础,19世纪的法学家试图将整个国际法体系重建为主权意志的产物^[28](P95-124)。由于荷兰学派“胡伯三原则”推崇国家主权观念至上,导致其并不承认域外立法管辖。然而,德国法学巨匠萨维尼所倡导的法律关系本座说,则完全淡化域内管辖和域外管辖的界分。上述国际私法意义上的域外管辖的变迁,至今已经形成了自成体系的国际私法意义上的法律选择规则。该套规则主要适用于私法体系,并且为世界大部分国家所承认并奉行,得到长足发展。本文认为,本体论视域下涉外法治的体系范畴不应该包含国际私法意义上的私法体系及其域外立法管辖,这样才具有现实价值。因为私法体系下的域外立法管辖规则和司法管辖规则日益健全,逐渐发

展成了为国际社会所公认的私法体系的管辖规则。这套规则彰显了国际社会的主要价值追求,也构成国际社会在私法体系方面的法治文明。涉外法治的体系摒弃国际私法意义上的私法体系,这也是涉外法治的本体论使然,更是包括我国在内的世界各国在国际交往中得到的基本法律经验和共识,也是我国提出涉外法治所依赖的国际体系的基础。

欧陆国家具有信奉公法和私法界分的法律传统。在界分公法和私法的前提下,私法的域外立法管辖为国际私法意义上的多边主义所规制并构架了相对稳定的体系,而公法的域外立法管辖一度严格遵循单边主义。公法的域外立法管辖规则以单边主义方法论为基础,这意味着公法的域外立法管辖只能依赖于特定类型的公法来构建。诸如,刑法的域外立法管辖、反垄断法的域外立法管辖、出口管制的域外立法管辖以及其他敏感领域的立法管辖等。公法的域外立法管辖的具体规则只能植根于公法体系中,而不像私法那样,其域外立法管辖规则已经构建相对完备的国际私法意义上的规则体系^[29](P175, 181)。然而,与欧陆国家相比较,美国并不存在泾渭分明的公法和私法之界分。故此,美国域外立法管辖的实践最终形成了域外立法管辖的另类情境。美国的立法和司法实践印证了美国的公法域外立法管辖具有灵活、务实的特点。虽然公法与私法的域外立法管辖规则不断发展,但是,国际体系中的国家管辖权以属地管辖为逻辑出发点的基本特征一直得到维系。由此观之,具有属地性质的公法体系原则上没有域外管辖的效力,而私法体系基本上不再遵循属地原则,这导致私法体系的域内和域外的界分失去了意义^[30](P491)。故此,“域外立法管辖”只限于公法领域或许是合理的。如此一来,作为第三种法律形态的涉外法治其体系应该围绕着公法的域外立法管辖规则而展开。从该意义上看,涉外法治的体系并非漫无边际的体系。

三、涉外法治的限缩主义:域外立法管辖的适度性

正如前文所论及,涉外法治本体论聚焦涉外法治的内涵、性质与运作模式。这实质上属于涉外法治的概念与体系问题。而在公法和私法界分前提下,把域外立法管辖限制在公法范畴是合理的,这意味着涉外法治具有追求限缩主义倾向。所谓涉外法治的限缩主义,意指在明确涉外法治基本蕴意的基础上,涉外法治的体系不应该无限度的扩张或者囊括私法体系的域外立法管辖规则,而是应该聚焦公法体系中的域外立法管辖规则的塑造。

(一) 何以奉行限缩主义:以管辖权界分的复杂性为中心

涉外法治的限缩主义的根本动因在于公法体系中域外立法管辖的适度性的需要。而从域外管辖立法史上考察,域外立法管辖的适度性实质上属于域外管辖权的界限问题。质言之,涉外法治的限缩主义主要以公法领域的域外立法管辖为核心要旨而展开运作,而管辖权界分的复杂性和域外立法管辖的适度性原则是涉外法治奉行限缩主义的内在动因。管辖权的界分问题,实质是国际体系中各国域外管辖权的让步和妥协问题。在本体论视域下,涉外法治的正当性问题实质上是域外管辖权的配置问题,这也是涉外法治缘何具有生命力的核心。一般地,域外管辖为一国在其境外行使主权的权力和权威^[31](P1-32)。从历史经纬上看,威斯特伐利亚体系的确立奠定了领土主权的观念并将领土和主权观念联系起来,进而与管辖建立联系。从该意义上看,国际法的发达史可以说是一部不断确定和分配管辖权的演化史。管辖对于全球秩序的再确定至关重要,有必要重新阐释国际法中的管辖权概念。在全球化时代,传统的管辖是以属地主义为统领的管辖,已经无法适应国际社会的合作^[22](P62)。国际社会的纷繁复杂秩序和演变导致了管辖的传统理论不断受到挑战,进而引发域外管辖权在各国之间分配的复杂局面。

本体论视域下涉外法治何以奉行限缩主义? 本文尝试以管辖权的复杂性作为考察对象,以期梳理和挖掘其佐证涉外法治奉行限缩主义的可能性和合理性。在域外管辖权的视域下,通常可以将管辖权界分为立法管辖权、司法管辖权以及执法管辖权。立法管辖权是对于领土上的个人与国家机构,甚至在某些情形下对于位于其境外的个人具有法律约束力的法律命令或授权的权力。比如,英国2001年出台

的《反恐怖主义、犯罪和安全法》第51条规定,英国可以针对种族灭绝、酷刑等国际罪行实行域外立法管辖权。与执法管辖权和司法管辖权不同,立法管辖权强调一国有权在本国法律体系内确立某些域外立法性管辖权而无需他国同意^[32](P24)。司法管辖权通过作出具有约束力的决定解决法律争端。一般来说,司法管辖权是建立在属地原则、积极国籍原则或者保护性原则基础之上的^[33](P67-68)。一般地,执法管辖权不得由一国在其境外行使,除非国际习惯法或国际公约中的任意性规则另有规定^[34](102-103)。从立法管辖、司法管辖和执法管辖三者的关系来看,司法管辖和执法管辖是从立法管辖中延伸出来的权力,立法管辖权是两者的基础。如果没有立法管辖权,司法管辖权和执法管辖权则会变成空中楼阁^[35](P292)。由于各国立法、司法以及执法的理念和法律基础存在很大差异性,导致管辖权在国际体系中的界定和分配迥异。以美国经常启动的长臂管辖为例,“长臂管辖”在美国法上原本是一个比较清晰的司法管辖权概念,其初始含义是指各州法院对住所不在本州境内的被告行使的对人管辖权。然而,由于美国对公法和私法界分的漠视,以及热衷于务实灵活的司法追求,长臂管辖在美国越发游走于立法管辖和司法管辖之间,渐次形成了与欧陆国家域外立法管辖不同的体系,特别是“长臂管辖”的概念移植到立法管辖权领域^[36](P59)。美国实施的长臂管辖实质上属于域外管辖。在“美国诉美国铝业公司案”中,汉德法官宣称,如果某行为对美国国内产生了实质性影响,并且这种影响是行为者意欲发生的,那么,美国法将适用于该行为(US vs Aluminium Co. of America, 148F 2d 416 [2d Cir. 1945])。显然,美国的实践必然与他国产生强烈冲突。为此,美国在司法实践中逐渐把“行为的效果”修正为合理管辖原则。合理管辖原则强调综合衡量某行为在本国发生部分和在外国发生部分之间的比例,与外国法律 and 政策的冲突和执行措施的有效性等^[37](P866)。

管辖权界分的复杂性还进一步体现在其更加细微的衍生性管辖权方面。就国家之间立法管辖权的分配而言,国际法确认了属地原则、国籍原则、保护原则和普遍管辖原则的合法性。尽管属地原则是国际法确认的基本原则,各国也可以通过技术性扩张,把船舶等纳入属地管辖的范围^[38](P873)。然而,此种管辖权的界分在国际实践中显得格外复杂和模糊。诸如,对于国际性管辖权和普遍性管辖权的界分,学者的观点并不完全统一。有学者认为国际性管辖权的管辖理念类同于普遍性管辖权,属于赋予国际司法机构审判国际罪行的权力。此种观点是把国际性管辖权视为一种特殊的普遍性管辖权,实质上属于缔约国把普遍管辖权让渡给国际司法机构。这也显示了域外管辖权的复杂属性。不仅如此,管辖权分配的复杂性还在于施行管辖权中存在特定问题解释上的争议或者被滥用的情境。比如,几乎所有国家都对外国人在外国所做的危害本国“国家安全”的行为行使管辖权。但是,如何解释“国家安全”的含义并不容易^[39](P224)。在传统国际法理论中,普遍管辖强调对外国人实施的危害国际社会公共秩序的行为行使管辖权,这些犯罪行为通常包括贩卖人口、劫机以及海盗行为。相对而言,国际条约下的普遍管辖权主要通过或引渡或起诉等模式来实现^[40](P107)。

不仅如此,管辖权界分的复杂性还与一国的经济实力或者该国在国际社会中的话语权相关。以美国为例,施行长臂管辖是基于该国国情而形成的跨州民事案件管辖的本地制度。然而,美国以其强大的国际话语权将其触角延伸到美国之外。不仅如此,美国从来漠视罗马法体系之下的公法和私法之界分,在跨州或跨国案件中大力推行司法实用主义。美国在涉及国家安全、出口管制、经济制裁、反腐败、商业秘密保护的刑事案件也适用“长臂管辖权”原则。然而,长臂管辖权在民事领域和刑事领域的适用存在本质差别。从国内法院在国际司法活动中影响的对象及其效果来看,其在个案中决定的是当事方的权利义务,但经个案的积累,它会对跨国活动的主体产生传导性影响,从而对全球治理产生全面性影响^[41](P281)。美国凭借其强大的国际话语权和经济实力,将域外立法管辖范围拓展到公法领域。美国的实践必然逐渐形成独具特色的管辖权体制。作为烈度仅次于战争的国际政治工具,经济制裁通常出现于公法领域,而罕见与国际民事诉讼相关。但美国作为超级大国却热衷于并且构建起经济制裁法中的长臂管辖立法体系^[42](P179)。

由此观之,管辖权界分的复杂性是显而易见的,其构成驱动涉外法治趋向限缩主义的基础和动因之一。这是因为,涉外法治的限缩主义摒弃了涉外关系管辖失序的诟病,很好描绘了作为第三种法律形态的涉外法治的概念和体系的应然图景。不仅如此,涉外法治的限缩主义迎合了涉外法治关注国内法和国际法的共性核心问题,即域外立法管辖的合理配置的发展趋向。涉外法治奉行限缩主义的合理性,其植根于传统管辖权理论体系之下的管辖配置情境更是为了应对复杂国际关系实践的需求。同时,也是与域外立法管辖的适度性互为影响和制约的产物。上述以管辖权界分的复杂性为中心的阐述,在某种意义上回应了涉外法治奉行限缩主义的必然性和合理性。

(二) 域外立法管辖的适度性

国际法的演进具有历史阶段性。国际法经历了从战争法到和平法、从共存法到合作法、从任意法到强行法、从实体法到程序法的转变^[43](P110-138)。世界各国都有保障自身核心利益的诉求。在某种意义上,对于各国在何时以及为何遵守国际法,最合理的解释并不是各国已将国际法内在化,或具有一种遵守国际法的习惯,而仅仅是国家基于自身利益行事^[44](P223)。为此,各国在构建自己的涉外法治体系以维护本国利益的同时,还通过域外立法管辖来协调本国与外国之间的利益关系。在西方强国叙事中,域外立法管辖是“文明”国家的优越法律制度,可以起到引导后发国家法律改革的标杆作用^[45](P321-334)。从一国保护本国利益的正当性看,需要构建一套域外立法管辖权体系。而从国际社会维持共同利益的正当性看,亦需要构建一套为国际社会所基本认同的域外立法的管辖体系。这必然会导致各国之间在域外立法管辖上的冲突。而为了减少此种冲突,就需要域外立法管辖适度性原则的介入。适度性原则被视为比较稳定且影响深远的国际法原则之一。一般地,适度性主要衡量域外立法在实现立法目的上的适度性,要求用对其他国家影响最小的方式达到立法目的,进而有助于国家之间利益的平衡。域外立法管辖是否可以保证立法目的的实现,应该尽量考虑是否存在其他更温和方式实现相同的目标^[46](P150-151)。质言之,域外立法管辖权的适度性应该获得国际社会的普遍认同或者基本认同。作为涉外法治体系的核心,域外立法管辖的适度性在诠释涉外法治本体论方面具有重要价值。这也是管辖权在国际法和国内法中的功能所使然。有学者在梳理国内立法和国际立法基础上,认为管辖权的功能体现在:作为主权象征的功能、防止与终结有罪不罚的功能、填补国家利益保护中传统管辖基点“空隙”的功能以及在对等的国际关系中对他国进行反制的功能。而主权象征功能是最重要的功能,构成其他功能的前提和基础^[47](P24)。

可见,管辖权的固有功能和属性必然衍生出国际社会体系中利益冲突的难以调和,甚至导致某些合理的管辖在超越一定界限的情境下,自然转化为不合理的管辖。这是因为,国际社会面临越来越多单一国家无法解决的问题,如打击恐怖主义和海外腐败,这需要构建为国际社会所认同的域外立法管辖体系。早期,由于人们对于涉外法治的理解具有片面性,导致在理解域外立法管辖问题上也存在随意性,背离了域外立法管辖的适度性原则。有学者在考察我国学者对美国长臂管辖的认知后,认为在我国存在关于长臂管辖的三种倾向,即分别是机会主义、盲目主义和追随主义。所谓机会主义就是对于长臂管辖不设确定明晰的立场;盲目主义就是盲目排斥,单纯而概略地将长臂管辖视为霸权主义;追随主义就是有意追随,将长臂管辖视为一种理想的立法模式。上述三种关于长臂管辖的认识,都有一定的局限性和偏颇。事实上,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维护本国主权、安全和发展利益的使命。问题的关键在于,美国的长臂管辖恣意扩张而违背了域外管辖的原则、规则 and 标准,其危害在于超越了适度性^[48](P137-139)。美国的长臂管辖成为美国施加其全球治理影响力、争取议题主动权的重要工具。美国在全球治理问题上有意进行主观干预,不断向全球强植美国的观念^[36](P61)。很显然,美国恣意实施的长臂管辖,明显违反了域外管辖的适度性。实际上,美国法律下长臂管辖适用于民事诉讼领域,调整的是私法主体的民事关系,而国际社会诟病的美国“长臂管辖”主要是涉及公权力领域^[49](P78)。无论是进攻型涉外法治,抑或是防守型涉外法治,两者都遵循着一个共同的理念

来实现——域外立法管辖的适度性。域外立法管辖的适度性是理解涉外法治概念、体系与运作模式的关键。正确理解域外立法管辖的适度性是诠释涉外法治的重要路径。美国通过无限扩大刑法、经济制裁法、出口管制法、反垄断法、证券法、知识产权法等国内法的域外适用范围,任意解释“最低联系”,扩大美国域外管辖范围,毫不顾及国际礼让和正当程序原则。正如有学者主张那样,如果一国过度维护本国利益而毫无节制地行使过度的域外管辖权,这显然不符合本体论视域下涉外法治的法治目标。如果域外管辖权的行使依据符合国际法上的合法性要求,且考量了国际礼让原则并遵从适当性要求,那么,这当然没有违反国际法^[50](P64)。

四、公法域外立法管辖适度性的配置路径

很显然,作为本体论视域下深度理解涉外法治限缩主义的关键,域外立法管辖的适度性需要被进一步阐释,尤其是其配置路径。根据域外立法管辖的相关立法和实践,以下两个基本路径值得关注,一是域外立法管辖的类型化,二是域外立法管辖体系中的国际礼让问题。

(一) 路径之一:重视域外立法管辖的类型化

考察域外立法管辖类型化问题的现实价值在于,能够直观回应实务界对涉外法治理解过于宽泛的问题。比如,根据2020年9月19日我国商务部公布《不可靠实体清单的规定》,在特殊情形下外国公司与中国公司产生法律纠纷时应该如何确定其管辖的问题。实际上,该问题折射出域外管辖的类型化问题。公法域外立法管辖是规制发生在外国领土上的行为,这必然导致与行为地国家的主权发生冲突。这是公法域外立法管辖面对的难题。有学者提出所谓“弹性禁止说”作为解决域外立法管辖权的第三条路径^[46](P145),该观点以“法无授权即禁止”为基础,构建域外立法管辖的真实联系旨在避免法律滞后性。如果国家创造性设立连接点,而该连接点有一定合理逻辑,且符合国际社会的利益或者预期,那么,此类域外立法不应该被认为违反国际法。因此,灵活性是域外立法管辖权的基础,也构成对国际管辖体系合理化的根本追求,应当允许国家根据治理需要寻求灵活务实的域外立法管辖规则^[46](P146-147)。

公法的域外立法管辖问题具有复杂性。该问题日渐演化为一个与政治、经济和社会密切相关的问题。以美国司法实践为例,1818年“美国诉帕尔默案”中,美国最高法院奉行了严格的属地主义原则(Rose v. Himeley, 8u.s.241, 179 [1808])。正如前文所论及的那样,公法的域外立法管辖的配置并无体系可言,呈现出零散、多变、无规律性的特征。20世纪以降,由于美国国力的变化导致其域外司法的理念也发生改变。美国在法律实践中,逐渐意识到固守属地主义会带来司法上的僵硬和不足。故此,此时期美国法律域外性的主要特征为效果地主义的兴起。美国意识到严格的领土性原则无法消除冲突。渐渐地,以效果地为导向的域外性理念不再为美国法律体系所独有^[51](P171-173)。然而,纵观各国的域外立法实践,公法的域外立法管辖体制尚无规律性可循,呈现出碎片化的趋向。与此同时,域外立法管辖的理论和实践难以从成熟的习惯国际法角度得到合理的阐释,国际社会难以形成一个广为接受的理论去支持域外立法管辖的合理性。

故此,重视域外立法管辖的类型化显得异常关键。国际社会的法律实践表明,域外立法管辖在刑事领域和民事领域适用存在着本质区别。比如,在“吉布提诉法国”案中,裁判者认为刑事事项对各国主权及其安全、公共秩序以及其他根本利益的影响比其他事项都要大(Djibouti v. France, ICJ, Summary of the Judgment of 4 June, 2008)。国家的法律实践证明域外立法管辖不断向证券监督、知识产权、出口管制、竞争规则以及国际犯罪等领域渗透,而且这些领域的域外管辖情景存在差异性,尤其是新兴国家介入国际经贸活动日益活跃,导致域外立法管辖的情形更加复杂多变^[52](P1455-1505)。上述因素造成传统国家管辖权理论和实践上的困惑和压力。技术创新诸如互联网的应用导致传统的域内和域外的分割成为难题。西方国家所实施的咄咄逼人的域外管辖不断遭到众多国家“阻断”立法的回应^[53](P173)。这些因素都致使难以形成统一的域外立法管辖的国际规则,难以构建整齐划一的域外立法管辖的国际体

系,只能探索域外立法管辖的不同类型而分门别类地实施。公法域外立法管辖的类型化,面对的首要问题是不同领域的公法存在不同的敏感度。比如,刑法领域的域外立法管辖与出口管制领域的域外立法管辖可能存在很大的差异。就刑法领域的域外立法管辖而言,国家和个体的利益焦点存在差异。就出口管制领域的域外立法管辖而言,国家和个体的利益焦点亦存在差异(Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited [Belgium v Spain], Judgment, ICJ Rep 1970 105 [70])。如此,难以在公法领域的域外立法管辖上构架出一套整齐划一的规则,更是无法勾勒出统一适用的域外立法管辖的规则。故此,探究域外立法管辖的类型化,可以有效回应公法域外立法管辖的适度性之诉求。

公法域外立法管辖的类型化的迫切性,亦可从若干国际机构编纂域外立法管辖规则之艰难中窥见一斑。域外立法管辖规则的编纂也表明域外立法管辖规则难以达成共识^[54](P541-558)。此种编纂活动昭示着公法域外立法管辖类型化的立法根源。尽管编纂活动非常复杂和棘手,但无论是政府机构还是学术组织,都不同程度地以不同方式展开域外立法管辖规则的编纂。1925年,国际联盟主导成立国际法编纂委员会,尝试针对一国对于其领土外所实施的犯罪行为的管辖权问题展开管辖规则编纂。但是,由于遭遇到严重的政治阻碍和其他障碍,最终导致编纂活动搁浅^[55](P69-74)。1935年,美国哈佛国际法研究会组织了主题为“犯罪行为的管辖权”的研讨会,并完成了对犯罪的管辖权的公约草案,以期获得关于犯罪域外立法管辖的统一规则。令人遗憾的是,该编纂活动没有获得预期成果。1988年,国际法协会专门成立域外管辖专题委员会,就出口管制法的特殊管辖权问题展开研讨。随着研讨的不断深入,委员会决定将域外立法管辖问题扩展到环境保护、民事诉讼、证券以及税收等领域。然而,域外管辖的国际规则始终难以形成。可见,域外立法管辖的国际规则无法采用一个单一模式来表达。不仅如此,1983年,国际法学会也逐渐对域外立法管辖的国际规则问题产生浓厚兴趣。经过近十年的艰苦编纂活动,形成了大量的“保留意见”。最终,国际法学会认为,编纂域外立法管辖的国际规则属于一项“难题”^[56](P1-45)。20世纪末,一些重要的国际组织持续关注域外立法管辖规则的编纂问题,然而在公法领域,构建域外立法管辖的共同法律确信仍然难以形成^[57](P775-780)。

域外立法管辖的编纂充满着艰辛和坎坷。这也预示着难以构建一套为国际社会普遍接受的域外立法管辖的规则。因此,探究公法域外立法管辖的类型化是值得充分考虑的选项。在域外立法管辖规则的编纂上,英美法系国家和大陆法系国家存在很大的争议^[58](P363)。这最终导致域外立法管辖规则在许多不同的实体法领域内独立发展,以渐次呈现出类型化的趋势。处于国际体系中的国家,往往根据自身的判断来确定本国的利益诉求。而这些利益诉求基本上可以界分为国家的核心利益、重要利益以及一般利益等^[59](P139)。上述不同层级的国家利益可能影响到国家在安全、公共健康、意识形态、环境以及教育等诸多领域。当域外立法管辖涉及这些不同层级的利益领域,国家应该采取灵活务实的立场来实施域外立法管辖权,而不是机械、僵硬地实施域外立法管辖权。因此,凸显和追求公法领域域外立法管辖规则的类型化,是可以考虑的路径。

(二) 路径之二: 强化国际礼让在域外立法管辖体系中的融入

传统意义上的国际礼让主要适用于域外司法管辖的范畴,而非域外立法管辖的范畴。随着国际管辖体系的日益复杂化趋向,国际礼让向域外立法管辖领域渗透。尤其在国际电子商务、知识产权保护、环境保护以及跨境数据流通的管理等新兴领域得到发展。国际礼让作为一种缓和域外立法管辖冲突的解决机制,其重要性日渐凸显。

古老的国际礼让学说发源于荷兰。在主权理论勃兴和传播的影响下,法国学者博丹的主权观念日益融入域外法的立法实践中。最终,主权原则与属地主义不断融合和演进,形成了“礼让”的概念^[60](P31)。早期的国际礼让概念植根于国际实践,目的是使已经生效的权利不受到干扰,主要适用于私法体系的域外司法管辖的确定。随着国际礼让的适用和对国际礼让的解释不断发展,人们日益将“国际公法”概念引入国际礼让在私法领域域外立法和司法实践中,将承认外国法的效力置于国际关系和国家利

益的层面上。国际礼让逐渐构成法院在特定情况下应该互相尊重的基础。但是,国际礼让在长期发展中尚未构成国际法意义上的权利和义务^[61](P167-180)。美国和少数国家在禁诉令限制的司法实践中,主张援引国际礼让学说来约束禁诉令的行使。渐渐地,禁诉令在当时被认为是衡平法院争夺普通法院管辖权的工具^[62](P175)。普通法系将全球视为由不同国家管辖权构成的“司法丛林”,其认为无法确切保证他国会像自己一样遵守国际礼让。基于猜疑链,一国主动遵守国际礼让势必造成对本国管辖权的一种自我约束的不利情境^[63](P109)。在普通法视域中,国际礼让通常被视为一种尊重他国主权的“礼仪”,导致各国在关涉国际礼让适用上很灵活。比如,美国在立法上非常重视援引国际礼让来限制禁诉令和不方便法院原则。这一点在《美国对外关系法重述(第四次)》中得到彰显^[64](P386-387)。但是,禁诉令和不方便法院原则主要适用于国际私法范畴中的民商事领域,而非出口管制、犯罪等彰显国家主权色彩的国家权力(公法)领域。

国际礼让在域外立法管辖规则中的融入,得到了国家立法实践的印证和强化。虽然国际法中没有对相互竞争的立法管辖权要求分配优先权的规则,但是许多国家已经制定了处理实际或潜在的域外管辖冲突的国内法规则,以减少产生冲突的可能性^[65](P85)。根据有关国家的立法与实践,积极探索国际礼让在域外立法管辖中的融入机制是可行的。根据学者的研究,一国可以基于国际礼让,放弃或者限制本国公法原本具有的域外立法管辖的机会,从而让位于外国公法的立法管辖权,以此缓和各国域外立法管辖权的冲突^[29](P189)。国际礼让本质上并非国际法所施加的强制性义务,这导致国际礼让在践行上存在模糊性,强制性不足。

为了解决国际礼让融入公法域外立法管辖体系中存在的模糊性和强制性不足问题,一些国家把在特定领域强化国际礼让融入域外立法管辖作为优化路径。为了从根源上减少各国管辖权之间的冲突,美国尝试将国际礼让的运用从域外司法管辖阶段延伸到域外立法管辖阶段,进而减少运用国际礼让产生的冲突和抵牾。2018年,美国开始对网络服务者调取刑事数据的途径展开立法并通过了《云法案》。该法案在适用国际礼让抗辩上构建了法定礼让分析与普通法礼让分析双重路径。在《云法案》框架下,当网络服务提供者被要求披露消费者的国籍时,如有理由相信该消费者既不是美国人不常居于美国,同时,强制披露将会使网络服务提供者面临违反适格外国政府法律的实质风险,则可以提交请求撤销或修改该法律程序的动议^[66](P1029-1051)。《云法案》规定网络服务提供者援引不同的抗辩所需的前提条件有所不同。该法案通过借鉴司法判例,构架了国际礼让分析要素的三种类型。在跨境取证存在法律冲突的情境下,《云法案》认定了三类可能受到损害的国家利益,即保证美国完整实施诉讼程序的利益、基于案件实体内容确定的主权利益以及美国在整体国际社会秩序方面的利益。由此观之,美国的《云法案》对国际礼让的立法已经偏离欧洲国际礼让学说的“原教旨”。可见,从欧陆国家的国际礼让学说到国际礼让的美国立法实践,国际礼让学说的意蕴呈现出改弦更张的进路^[67](P130-133)。总而言之,将国际礼让融入域外立法体系,可以充分挖掘国际礼让在域外立法管辖上的功效,进而,可以优化公法域外立法管辖的配置。

五、结 论

涉外法治是在特定的国际关系背景之下形成和不断发展的。显然,成熟且富有生命力的涉外法治不能断然与历史上的法治文明所割裂,尤其是与传统的国内法和国际法关系的理论和实践所割裂。当置涉外法治于本体论视域之下展开考察时,“涉外法治”的概念的真谛在于协调域外立法管辖以减少各国域外立法管辖权之间的冲突,尤其是减少公法的域外立法管辖的冲突。国际私法意义上的域外立法管辖和域外裁判管辖的规则相对完善且自成体系,而各国在公法敏感领域的立法管辖构成涉外法治的核心和要义。故此,本体论视域下涉外法治的体系应该遵循限缩主义,应该仅仅以公法的域外立法管辖为其体系边界,而不应该毫无节制地扩张。域外立法管辖的适度性决定了本体论视域下涉外法治的概

念和体系的应然图景。

“对外关系法”在多元语境下被使用。各国的法律文化、法律传统、对外交往原则以及政治体制存在很大差异,这导致各国“对外关系法”的概念和体系并不相同,进而导致其立法体例和范畴亦存在很大差异。美国法律研究会在《美国对外关系法重述(第二次)》中采用了“对外关系法”的称谓。《中华人民共和国对外关系法》(以下简称《对外关系法》)属于宏观性立法,该法的宣示主义色彩比较重,但该法也强化了涉外法治在中国处理对外关系时的重要地位。作为比较宏观的立法,其立法理念和立法目标的可操作性问题有待进一步探讨。为了有效回应某些西方国家对我国实施的具有霸权色彩的挑战,我国应该构建一套运行机制成熟且灵活务实的域外立法管辖体系,并且不断完善有关法律和规章。《对外关系法》采用“对外关系法”的措辞来维护我国国家主权、安全和发展利益,虽然该法被冠名为“对外关系法”,但实质上仍然以涉外法治作为立法的基础和核心要义。《对外关系法》第29条强调了我国应该统筹推进国内法治和涉外法治,推进涉外公法领域立法。当然,《对外关系法》第29条的立法风格是粗线条的,其可操作性需要进一步深化。本文建议以该法第29条为依据,进一步优化公法领域的域外立法管辖制度,并积极推行公法领域域外立法管辖的类型化。与此同时,在充分梳理和凝练中外各国立法和司法实践基本经验的基础上,灵活务实地将新时期的国际礼让理念融入公法的域外立法体系之中,以增强域外立法管辖规则的灵活性和弹性。

参考文献

- [1] 黄惠康.准确把握“涉外法治”概念内涵 统筹推进国内法治和涉外法治.武大国际法评论,2022,(1).
- [2] 中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议文件汇编.北京:人民出版社,2019.
- [3] 刘风景.法治中国建设的顶层设计——《法治中国建设规划(2020-2025年)》的法理阐释.东岳论丛,2021,(12).
- [4] 韩永红.论我国涉外立法的转型.东方法学,2023,(2).
- [5] 习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障 李克强主持 栗战书汪洋赵乐际韩正出席 王沪宁讲话.人民日报,2020-11-18.
- [6] 何志鹏.涉外法治:开放发展的规范导向.政法论坛,2021,(5).
- [7] 张龔.涉外法治的概念与体系.中国法学,2022,(2).
- [8] 韩秀丽.涉外法治:属性解读与完善进路.厦门大学学报(哲学社会科学版),2023,(3).
- [9] 江河.涉外法治的知识体系及其互动性建构.交大法学,2024,(6).
- [10] 蔡从燕.论“以国际法为基础的国际秩序”.中国社会科学,2023,(1).
- [11] 韩永红.中国对外关系法论纲——以统筹推进国内法治和涉外法治为视角.政治与法律,2021,(10).
- [12] 李秀梅.加快构建我国涉外法治工作体系.前线,2022,(1).
- [13] 黄进.论统筹推进国内法治和涉外法治.中国社会科学,2022,(12).
- [14] 马忠法.百年变局下涉外法治中“涉外”的法理解读.政法论丛,2023,(1).
- [15] 杨泽伟.新时代中国国际法学科体系的构造.武汉大学学报(哲学社会科学版),2024,(1).
- [16] 张文显.法理学.北京:法律出版社,1997.
- [17] 罗国强.国际法本体论.北京:中国社会科学出版社,2015.
- [18] 伊恩·布朗利.国际公法原理.曾令良、余敏友等译.北京:法律出版社,2007.
- [19] 周鲠生.国际法.北京:商务印书馆,1976.
- [20] 蔡从燕.中国对外关系法:法学理论与实践的一项新议程.中国法律评论,2022,(1).
- [21] 卢然.涉外法权视阈下的治外法权:流变与启示.华东政法大学学报,2021,(5).
- [22] 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,(4).
- [23] Jenny S. Martinez. Towards an International Judicial System. *Stanford Law Review*, 2003, 56(2).
- [24] 奥本海国际法:第1卷第1分册.詹宁斯、瓦茨修订.王铁崖等译.北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [25] 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,(3).
- [26] Cedric Ryngaert. *Jurisdiction in International Law*. New York: Oxford University Press, 2015.

- [27] Hugh King. The Extraterritorial Human Rights Obligations of States. *Human Rights Law Review*, 2009, 9(4).
- [28] U. O. Umozurike. International Law and Colonialism in Africa: A Critique. *Zambia Law Journal*, 1971-1972, 3(1-2).
- [29] 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).
- [30] Douglas D. McFarland. Dictum Rum Wild: How Long-arm Statute Extended to the Limits of Due Process. *Boston University Law Review*, 2004, 84(2).
- [31] Gary B. Born. A Reappraisal of the Extraterritorial Reach of U. S. Law. *Law and Policy in International Business*, 1992, 24(1).
- [32] Marko Milanovic. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- [33] 安东尼奥·卡塞斯. 国际法. 蔡从燕等译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [34] R. Lansing. *The Peace Negotiations: A Personal Narrative*. Boston, New York: Houghton Mifflin Co., 1921.
- [35] 张辉. 单边制裁是否具有合法性: 一个框架性分析. *中国法学*, 2022, (3).
- [36] Mahir Al Banna. The Long Arm of US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality Against Sovereignty. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 2017, 60.
- [37] M. Matsushita, T. Schoenbaum, P. Mavroidis. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2006.
- [38] 巴里·E. 卡特, 艾伦·S. 韦纳. 国际法: 下. 冯洁菡译. 北京: 商务印书馆, 2015.
- [39] 贾兵兵. 国际公法: 和平时期的解释与适用. 北京: 清华大学出版社, 2015.
- [40] L. Reydam. *Universal Jurisdiction: International Law and Municipal Legal Perspectives*. New York: Oxford University Press, 2003.
- [41] 霍政欣. 论全球治理体系中的国内法院. *中国法学*, 2018, (3).
- [42] 许庆坤. 美国长臂管辖权的多维检视及我国因应之策. *环球法律评论*, 2021, (6).
- [43] 古祖雪. 国际法: 作为法律的存在和发展. 厦门: 厦门大学出版社, 2018.
- [44] 杰克·戈德史密斯, 埃里克·波斯纳. 国际法的局限性. 龚宇译. 北京: 法律出版社, 2010.
- [45] John R. Schmidhauser. Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-colonial Judicial Systems. *International Political Science Review*, 1992, 13(3).
- [46] 汤铮. 域外立法管辖权的第三条路径. *当代法学*, 2022, (3).
- [47] 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).
- [48] 何志鹏. 涉外法治中的管辖攻防. *武汉大学学报(哲学社会科学版)*, 2022, (6).
- [49] 霍政欣. 域外管辖、“长臂管辖”与我国法域外适用: 概念厘定与体系构建. *新疆师范大学学报(哲学社会科学版)*, 2023, (2).
- [50] 肖永平. “长臂管辖”的法理分析与对策研究. *中国法学*, 2019, (6).
- [51] 孙南翔. 美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设. *比较法研究*, 2021, (3).
- [52] Austen Parrish. The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business. *Vanderbilt Law Review*, 2008, 61(5).
- [53] Satya T. Mouland. Rethinking Adjudicative Jurisdiction in International Law. *Washington International Law Journal*, 2019, 29(1).
- [54] Roger O'Keefe. Domestic Courts as Agents of Development of the International Law of Jurisdiction. *Leiden Journal of International Law*, 2013, 26(3).
- [55] Dan Jerker B. Svantesson. A New Jurisprudential Framework for Jurisdiction: Beyond the Harvard Draft. *American Journal of International Law, Unbound*, 2015-2016, 109.
- [56] OR Bassok. Beyond the Horizons of the Harvard Forewords. *Cleveland State Law Review*, 2021, 70(1).
- [57] Detlev Vagts. Remarks on Extraterritorial Jurisdiction: The General Theory. *Antitrust Law Journal*, 1985, 54(2).
- [58] William S. Dodge. Antitrust and the Draft Hague Judgments Convention. *Law and Policy in International Business*, 2001, 32(2).
- [59] Von Mehren, Arthur Taylor. The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law. *American Journal of Comparative Law*, 1977-1978, 26.

- [60] Hessel E. Yntema. The Comity Doctrine. *Michigan Law Review*, 1966, 65(1).
- [61] Stephen Armstrong. Comity and The Anti-suit Injunction: Development Since Amchem. *The Canadian Journal of Commercial Arbitration*, 2023, 3(2).
- [62] 张卫平. 我国禁诉令的建构与实施. 中国法律评论, 2022, (2).
- [63] 杜焕芳, 段鑫睿. 跨国禁诉令中国际礼让的角色和适用. 中国高校社会科学, 2023, (4).
- [64] American Law Institute. American Law Institute Releases a Volume of the Restatement Fourth of the Foreign Relations Law of the United States, Partially Revising the Restatement Third. *American Journal of International Law*, 2019, 113(2).
- [65] 郭玉军, 王岩. 美国域外管辖权限制因素研究——以第三和第四版《美国对外关系法重述》为中心. 国际法研究, 2021, (6).
- [66] Jennifer Daskal. Privacy and Security Across Borders. *The Yale Law Journal Forum*, 2018-2019, 128.
- [67] 孙永超. 论美国跨境刑事数据调取中的国际礼让: 以《云法案》为例的分析. 求是学刊, 2024, (3).

The Noumena of Foreign-related Rule of Law And The Moderation of Extraterritorial Legislative Jurisdiction

Ma Deyi (East China University of Political Science and Law)

Abstract The concept and system of "foreign-related rule of law" (FRRL) represent a development of traditional theoretical and practical approaches to the relationship between domestic law and international law, and FRRL is highly likely to become a third form of legal framework. The core of FRRL, from an ontological perspective, emphasizes its connotation, nature, and operational model, representing a combination and interaction of domestic and international law within extraterritorial jurisdiction. Its institutional manifestation is seen in the refinement, optimization, and restructuring of the extraterritorial legislative jurisdiction system. Under the premise of distinguishing between public and private law, the FRRL framework should not expand without limitations, nor should it encompass any legal system with foreign elements. Instead, it should be confined to the extraterritorial legislative jurisdiction system within the domain of public law. The restrictive approach to FRRL is necessitated by the complexity of jurisdictional boundaries and the moderation of extraterritorial legislative jurisdiction in the public law domain. The appropriate configuration of extraterritorial legislative jurisdiction in public law domain should at least follow two paths: emphasizing the categorization of extraterritorial legislative jurisdiction and enhancing the integration of international comity into the rules of extraterritorial legislative jurisdiction.

Key words foreign-related rule of law; noumena; extraterritorial legislative jurisdiction; public and private law; international comity; restrictive approach; long arm jurisdiction

■ 作者简介 马得懿, 华东政法大学国际法学院教授, 海南省社会治理创新与人才培养研究基地教授, 上海 201620。

■ 责任编辑 李 媛