

反制国内法域外适用的工具： 阻断法的经验及启示

黄文旭 邹璞韬

【摘要】阻断法(Blocking Statute)是各国自20世纪开始着手建立的应对美国法域外适用的法律工具,经历了阻断程序到阻断实体的历史发展过程,如今成为了禁止外国特定法律以及依据这些特定法律做出的行为在一国境内产生效力的法律统称。然而,阻断法的发展经验表明,由于阻断法本身会使本国政府与私主体均陷入一种“两难境地”,其执行难以得到有效落实,进而与外国主权强制原则和国际礼让原则的理论联系减弱,使得相关主体难以依靠阻断法在美国法庭上提出有效抗辩。这些阻断法发展过程中所积累的经验教训也给中国的阻断立法和执行带来了一定启示,对未来更好地回应美国单边经济制裁起到了重要作用。

【关键词】阻断法;欧盟;外国主权强制原则;国际礼让原则

【作者简介】黄文旭,湖南师范大学法学院讲师,法学博士,主要研究方向:国际法;邹璞韬,湖南师范大学法学院,主要研究方向:国际法(湖南 长沙 410081)。

【原文出处】《时代法学》(长沙),2021.4.88~98

【基金项目】本文为2017年度湖南省社会科学成果评审委员会课题(XSP17YBZC123)的成果。

近年来,美国频繁对中国境内主体采取各类国内法域外适用措施,引起了党和国家的高度关注。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上的重要讲话中指出,要加快推进我国法域外适用的法律体系建设^①。党的十九届四中全会决定再次强调,要加快我国法域外适用的法律体系建设^②。实际上,党中央要求加快我国法域外适用体系建设的目的是与美国法域外适用措施形成制衡,以间接反制美国法域外适用^③。一些国家则制定了“阻断法”,明确本国个人和实体不得遵守具有域外效力的外国法,以直接反制美国法域外适用。在中美经贸摩擦不断升级的情况下,学界也呼吁我国应尽快制定阻断法,以反制美国日趋扩张的长臂管辖^④。2020年6月20日,调整后的全国人大常委会2020年度立法工作计划正式对外公布。计划提出,要“强化对加快我国法域外适用的法律体系建设,阻断、反制‘长臂管辖’法律制度的研究工作”^⑤。阻断法正式进入

全国人大常委会的立法工作计划。2021年1月9日,商务部颁布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称“《阻断办法》”),是我国阻断立法工作的初步实践^⑥。《阻断办法》全文共十五条,多为宏观层面的制度规定,有待未来相关法律法规以及具体细则对其予以进一步细化落实。此外,《阻断办法》仅适用于外国法律与措施的域外适用不当禁止或者限制中国主体与第三国(地区)主体进行正常的经贸及相关活动的情形,不能阻断外国法律与措施在经贸领域以外的域外适用。有鉴于此,本文将深入考察其他国家阻断法的内容与实践,并就我国如何总结其他国家阻断法的经验以继续发展完善我国阻断立法,更好应对美国日益扩张的单边经济制裁提出建议。

一、阻断法的历史演进

(一)阻断法的兴起:对美国诉讼程序的阻断

一些国家于20世纪下半叶开启了阻断法的立法

工作,通过禁止本国特定主体配合外国法院的证据调查程序,从而阻碍外国于其境外获取涉及本国特殊行业或事项的相关信息,禁止相关主体为了诉讼目的向特定国家进行证据信息披露^⑦。法国于1968年通过的第68-678号法律是其中最早的一部趋于成熟的阻断立法,其对于向外国当局提供特定海上运输信息的行为予以了明确禁止,以此希望阻断美国对法国海运企业的域外反垄断调查活动。法国在1980年扩大了该法的调整范围,明确禁止本国主体配合外国法院的诉讼取证程序进而提供相关信息^⑧。

随着美国单边经济制裁范围的不断扩大,20世纪70年代开始,着手制定阻断法的国家逐渐增加。随着各国阻断立法实践的深入,与法国第68-678号法律同样以阻断外国法院程序事项为内容的阻断法逐渐发展,在信息披露的方式层面进一步细化演变出了大致两种类型^⑨:一是政府审批型。此类阻断法赋予了本国政府主动审批的自由裁量权,以决定他国哪些调查取证行为可以在本国进行。英国的《贸易利益保护法案》是此类阻断法的典型代表,其要求政府官员对外国法院的调查请求进行审批,对可能危害英国主权或国家安全的调查取证行为予以禁止,加拿大、澳大利亚等国家也采用了类似的阻断立法模式;二是当事人申请型。这类阻断法以证据内容为立法标准,只要他国法院需要调查的涉案证据涉及特殊行业的生产等国家秘密或重要情报,该类阻断法便自动禁止此类证据调查行为,除非本国特定主体向政府有关部门申请并得到允许。然而,上述阻断法的执行与适用并未完全落实到位。事实上,这亦是多数阻断法均面临的问题,即本国当局对于阻断法的执行意愿不强烈,制定阻断法的初衷更多是基于政治目的考虑^⑩。后文将对该现象的成因进行分析。

上述阻断外国法院程序事项的阻断法在上世纪60到70年代为世界各国广泛制定,并在“西屋公司”一案中最早得以规模化实践^⑪。美国西屋能源公司在上世纪70年代末向美国法院提起诉讼,请求法院确认包括南非、澳大利亚、法国等国的铀矿企业实施了违反《谢尔曼法》的达成垄断协议的行为。美国法院据此要求各国的被告企业提供涉及本国能源信息

的材料作为本案证据于法庭上审查。上述被告企业均以本国阻断法为由抗辩美国法院的程序命令并为法院所接受^⑫。

“西屋公司”一案在使各国制定的阻断美国法院程序事项的阻断法得以实践的同时,也推动了各国进一步发展更为完备的阻断法体系。同时,随着20世纪90年代美国通过的一系列针对特定国家的单边经济制裁法律的通过,阻断法的调整对象也不再局限于外国法院调查取证行为。阻断法逐渐从原先的取证禁止,逐渐演变出从实体效果上直接禁止外国某些具有域外效力的特定法律在本国适用或执行。该类以阻断美国实体法律效力为内容的阻断法成为了国际社会阻断法发展的新潮流。

(二)阻断法的新潮流:对美国特定法律的实体阻断

20世纪90年代,美国继续加强了单边经济制裁的力度,相继通过了《达玛托法案》《赫尔姆斯-伯顿法案》等禁止相关国际贸易主体与古巴等国的经贸往来。随着美国单边经济制裁范围扩大至顶峰以及各国阻断立法的深入实践,阻断法于上世纪90年代后期逐渐发展出了禁止在本国管辖范围内适用外国具有域外效果之法律并消除其影响的功能^⑬。这一类国际社会新兴的阻断法与前文所述的阻断美国法院诉讼程序的阻断法相比,最显著的特征在于能直接阻断外国特定法律的域外效力,即直接宣告外国特定法律在本国境内无效。该类阻断法兴起较晚,其中体系较为完善并为学界讨论最多的是欧盟的《免受第三国立法及由此产生行动之域外适用影响的保护法》^⑭(以下简称“《欧盟阻断法》”),以及日本的《保护公司免受美国1916反倾销法影响的特别措施法》^⑮(以下简称“《日本阻断法》”)。前者于1996年制定,主要是为了阻断美国当时颁布的制裁古巴、伊朗以及利比亚等国家的一系列法律对欧盟企业产生的管辖效果,并于2018年8月7日修订;后者则是日本在2004年为了阻断美国依据1916年《反倾销法》对日本公司实施的诉讼活动而制定。上述两部阻断法的主要内容包括下述三项:

1. 适用主体

对于适用主体,《欧盟阻断法》与《日本阻断法》

采用的立法模式不尽相同。《欧盟阻断法》采取的是列举式立法,其第11条规定的适用主体如下:(1)欧盟居民或欧盟成员国公民;(2)欧盟境内注册成立的法人;(3)欧洲议会第4055/86号法案第1条第2款规定的自然人或法人(包括居住于欧盟境外的成员国公民、受欧盟成员国公民控制的在欧盟以外注册成立,其船舶依成员国法律登记在该成员国的航运公司^⑥);(4)其他拥有欧盟居民身份的自然人,除非该自然人身处其国籍国;(5)其他处于欧盟境内(包括领水、领空,以及为欧盟管辖或控制的船舶、飞行器的)自然人。《日本阻断法》则采用了概括式的立法模式,仅以“受日本管辖之主体等”(Japanese juridical person)一笔带过。

可以看到,无论是欧盟的列举式立法模式还是日本的概括式立法模式均包含了拥有欧盟成员国国籍或日本国籍的自然人和法人,即采取了属人主义的立法原则。然而,《欧盟阻断法》第11条除了第1款和第2款采取了属人主义的立法模式外,第3、4、5款均采用了“身处欧盟境内”的属地主义原则。而《日本阻断法》仅以“Japanese juridical person”一词概括适用主体,而对该词的理解却存在着“严格属人说”和“目的说”两种理论差异。在此试举一例区分二者区别:一家外国公司将商品从日本出口至美国,美国以《反倾销法》对其施以制裁,该制裁措施将损害日本国内民商事主体的合法权益,但该外国公司违反《日本阻断法》规定的法定义务遵守了相应制裁。就该情况而言,持“严格属人说”的学者认为,《日本阻断法》的主体应依照严格的属人主义原则进行文本解释,认为该法适用之主体只包括依照日本法律登记成立的法人和其他组织,以及拥有日本国籍的自然人,故不得以《日本阻断法》对上述引例中的外国公司进行追责^⑦;支持“目的说”的学者则认为《日本阻断法》一开始的立法目的在于阻断美国无视WTO相关贸易规定而制定的《反倾销法》,倘若对上述引例中的外国公司无法适用,《日本阻断法》的目的将难以得到实现^⑧。

本文认为,在解释《日本阻断法》中的“Japanese juridical person”一词时应采用严格的属人主义理论。其原因在于:首先,在与之相近的《欧盟阻断法》

所采用的适用主体之规定中,虽然实现了属地主义和属人主义两项国际法基本原则的结合,但其主体范围仍然未脱离与欧盟成员的联系。即便是在欧盟外注册成立的航运公司,其主要控制人仍需拥有欧盟成员身份;其次,对于上述引例中的外国公司,由于相关商品原先位于日本,若其因遵循美国的《反倾销法》而对日本的民商事主体造成损害,相关主体仍可以该外国公司为被告在日本境内法院提起侵权诉讼,对自己的权益进行保护,可援引日本的相应冲突规范对法律适用问题进行处理;最后,需要认识到,阻断法的目的在于阻断美国肆无忌惮的域外管辖之行使,而非对美国域外管辖的对等反制。正如有学者所言之“安全阀”条款(即本文所言之阻断法)本身是一种归属于“防御型制度”的应对^⑨。从其本质来看,阻断法仍是国家的防御性手段而非报复措施。倘若依据阻断法文本,不能在其语义极限内将适用范围扩大到外国企业,则不宜任意扩大“Japanese juridical person”一词的内涵,切不可将防御性的阻断法升级为主动出击的报复和制裁手段。如此为之,既不利于一国经贸活动的正常进行,同时也可能进一步加剧国际单边主义的演进。

2. 民事救济

《欧盟阻断法》与《日本阻断法》均为阻断立法型的阻断法,即直接于立法中规定禁止外国某些具有域外效力的特定法律在本国的适用、承认或执行。然而,两者在针对相关主体违反阻断法后的民事救济方式上对于索赔对象的范围规定不同。《日本阻断法》仅于第3条规定:“任何因外国法院基于美国《反倾销法》而受益之人(Beneficiary)并因此对日本主体造成损害,其必须返还因此获得的所有利益。”可见,《日本阻断法》对于美国《反倾销法》的阻断仅限于通过介入私主体之间的侵权纠纷达成对遵循《反倾销法》之私主体的惩罚,这也正如一些学者对这部阻断法的评价:“《日本阻断法》应被视为一部特殊的冲突法律规则,这部法规制定的目的在于通过联合私人力量以此实现日本的贸易政策。”^⑩《欧盟阻断法》虽同样允许私主体就因对外国法律的遵守而导致的侵权纠纷提出索赔请求,但其对索赔对象范围的规定从法案文本上看并未明确限制于私主体。《欧盟阻断

法》第6条规定,相关主体可就因遵守附件中的外国法律给其造成损害的自然人、法人和其他实体提出索赔请求。与《日本阻断法》第3条规定的“受益人(Beneficiary)”不同,《欧盟阻断法》中索赔对象除了自然人和法人以外,“其他主体”的设置颇为耐人寻味。欧盟于2018年修订阻断法的同时,公布了一份关于阻断法适用的《指导文件》^⑨。该文件列举了《欧盟阻断法》适用的23个问题并予以回答。其中,第13项问题是“美国行政当局是否可以作为被起诉对象”。对此,这份指导文件的回应较为模糊:一方面,该份指导文件对第13项问题做出了“需按照个案情况决定”的回答;另一方面,其又在第15项问题回答中表示,“国家行使国家权力时的作为或不作为不受《欧盟阻断法》追责”。

本文认为,该指导文件对第13项问题与第15项问题的回答本身并不矛盾,其规定之内容只是属于不同范畴的法律问题。指导文件第13项问答解决的是“私主体有权就外国相关法律的适用向谁进行索赔”,第15项问答则回答了“违反阻断法的责任主体是否包含国家”;前者指向的是私主体之间的纠纷问题,后者指向的则是欧盟成员国的公权力对于违反阻断法之主体的追责问题。故指导文件第13项与第15项本身不存在矛盾。然而,真正的问题在于:即便两项问答内部不矛盾,但《欧盟阻断法》第11条规定的适用主体中并不包括外国政府。倘若认为《欧盟阻断法》第6条中的“其他主体”包括外国政府,如何理解第6条与第11条之间的关系则成为需要欧盟进一步做出相关解释的新问题。

3. 豁免申请

阻断法往往为本国主体提供了一定例外免责申请权,即倘若本国私主体遵循相关程序提出申请,则可能无需承担阻断法规定之义务。《日本阻断法》由于不涉及公权力追责故而无此规定,《欧盟阻断法》则在其第5条中规定,若相关主体不遵循外国特定法律将会严重损害该主体或欧盟利益,相关主体可向欧委会提出申请,由此被允许全部或部分履行外国特定法律之义务。需要注意的是,这种利益损害只有在足够严重的情况下才会被欧委会允许。这种豁免申请权的保留在一定程度上平衡了相关主体与阻

断法之整体法秩序之间的利益。

综上,阻断法从一开始的阻断程序型,逐渐发展成为对美国特定法律效力的直接阻断。由于阻断美国法院程序事项的阻断法并未被废除或失效,故应将阻断法定义为禁止外国特定法律以及依据这些特定法律做出的行为(包含实体行为与程序行为)在一国境内产生效力的法律统称。当今世界,许多国家都着手制定本国阻断法或对已有阻断法进行修订。通过比较研究可以发现,《欧盟阻断法》在经历了1996年制定后的一系列修订,其规定更为灵活广泛,理论上应更加适应对美国单边制裁的阻断工作,值得我国借鉴学习。然而,包括《欧盟阻断法》在内的各国阻断法并没有一劳永逸地阻断美国相关制裁。经验研究表明,由于公权力追责制度的设计缺陷,各国阻断法在执行上都不可避免使本国私主体陷入两难之困境,很难对相关制裁之执行加以落实,这使得本国私主体难以在美国法庭上建立阻断法与外国主权强制原则、国际礼让原则等合理抗辩理由的联系。

二、阻断法的发展经验:执行与司法层面的困境

20世纪以来,各国陆续开启了阻断法的立法工作,积累了大量阻断立法的经验。这些经验既包含了值得我国借鉴学习的制度设计思路,也包含了因设计的缺陷所导致的诸多困境。由于公权力追责制度的设计缺陷,阻断法的执行势必会使当事人与各国各自面临一种“两难境地”。由此,通过对美国司法实践的研究可以发现,这种执行上的困难直接导致了阻断法在美国法院的司法实践中难以适用,进而无法有效限制美国的单边制裁。

(一) 阻断法的执行经验:执行层面的“两难境地”

《欧盟阻断法》第9条规定:“由成员国对违反本法相关条款的主体决定实施何种制裁,但这种制裁必须是有效、成比例且劝诫性的。”从该条文可以看出,《欧盟阻断法》将对于违反阻断法之相关主体的行政处罚权交由各成员国自行规定,即由成员国对相关主体进行公权力追责,只不过这种追责必须达到“有效的”(effective)、“成比例的”(proportional)且“劝诫性的”(dissuasive)这三项标准。

对此,欧盟成员国根据《欧盟阻断法》制定了自己的制裁标准,既有行政处罚,又有刑事追责。然

而,纵使各国制定了相应的公权力制裁措施,这些制裁措施在事实上都难以得到执行。因为一旦执行,就会使得本国诸多私主体处于一种“两难境地”,即倘若遵循阻断法,将受到美国相关当局制裁;倘若违反阻断法遵循特定外国法律,则将面临本国政府的追责。德国法庭审理的“伊朗国民银行案”^②便体现了此种“两难境地”。该案中,原告伊朗国民银行与德国电讯公司签订了一份通讯设施交易合同。2018年,美国重启了针对伊朗的单边经济制裁。原告由于被美国财政部外国资产控制办公室制定的《特别指定国民与禁止往来人员名单》(Specially Designated Nationals and Blocked Persons List)列为制裁对象,被告因此终止了合同义务履行。在此情况下,被告若遵守《欧盟阻断法》继续履行与伊朗国民银行的合同义务,其将遭受美国制裁,在美国市场遭受重大经济损失;另一方面,被告终止了合同履行,则违反《欧盟阻断法》,将承担对原告的违约责任以及欧盟执行机关的制裁。这种当事人面临的“两难境地”同样也适用于各国公权力机关,即在本国私主体于美国境内从事相关经营活动,屈于美国当局施加的巨额经济制裁而不得违抗美国特定法律带来的强制义务时,各国难以克服社会舆论压力再对相关私主体实施本国阻断法要求之制裁。如此一来,各国阻断法的公权力惩戒难以落到实处,进而使得阻断法沦为了“宣誓性立法”,阻断法所明确的权利义务也难以在执行层面得到深入贯彻和落实。

(二)阻断法的司法经验:外国主权强制原则与国际礼让原则下的适用困境

1. 外国主权强制原则下的适用困境

外国主权强制原则起源于美国判例法,其含义本身难以得到精准统一的界定。在“泛美炼油公司诉德士古马拉开波公司”一案中,美国法院第一次明确了外国主权强制原则在同类案件中的地位:“当一国强制企业必须遵守相关贸易实践,则商业行为成为了有效的主权行为,谢尔曼法并未赋予美国法院对外国主权行为的管辖权。”^③进一步言之,“当事人陷入同时履行两个相冲突的、分属于两个主权国家的法律义务之困境中时,若当事人被强制遵从其本国法律,则其可以提出外国主权强制之抗辩”^④。同

时,在“美国诉第一国家城市银行案”中,法院明确外国对企业施加的制裁同样可视为外国强制行为^⑤。

从法理层面看,当事人若想建立阻断法与外国主权强制原则之间的联系,必须证明其本国阻断法这一国家主权行为强迫其履行义务,进而使其陷于本国与美国两项相冲突的强制法律义务,即当事人倘若对两国相冲突的法律选择其一遵守,其必定会违反另一国法律之义务,从而受到一国制裁,至此外国主权强制之抗辩才能得以满足。然而,在美国法院的司法实践中,当事人建立这两者联系的尝试往往不能成功。其原因在于有的阻断法并未规定制裁措施,有的即便规定了制裁措施,但由于将使本国私主体陷于两难困境,在现实中也难以得到执行。在这种情况下,美国法院往往认定相关阻断法并不具有制裁的强制性^⑥,故而当事人主张的外国主权强制原则之抗辩不能成立。

2. 国际礼让原则下的适用困境

国际礼让原则最早由著名的国际私法学家胡伯(Ulrich Huber)提出,其认为如果每一国家的法律已在其本国领域内实施,根据礼让,行使主权利者也应让它们在内国境内保持其效力,只要这样做不损害内国及其臣民的权利或利益^⑦。经过柯里(Brainerd Currie)政府利益分析说的发展,美国法院在涉及两国政府利益冲突时,审视国际礼让原则的主要依据在于两国政府之间的“利益平衡”(balancing interests)。美国的《第三次对外关系法重述》要求美国法院裁判时所平衡的国家利益分别为:(1)美国的国家利益;以及(2)相关阻断法之制定国的利益。

关于“国家利益”的定义,有学者认为,其本身应同时包含个人利益、集体利益、全民利益这三个方面^⑧。在“法国航天制造公司案”中,法院将“美国国家利益”具象化为“美国公民因侵权受到的利益损害(如产品责任)”。可见,所谓的“美国国家利益”不仅涵盖了美国国家安全等重大国家利益,其自身同样包含了美国公民的个人权益,在民事侵权诉讼中这样的裁判观点较为普遍;而主权的完整性毫无疑问是阻断法之制定国意图维护的国家利益之首。然而,将阻断法制定国之利益仅理解为以上内容,在民事诉讼中似乎构成了“内国个人利益”与“外国司法

主权”的个人和国家之二元对立。

笔者认为,对于阻断法之制定国的利益可从形式和实质两方面对其加以理解。从形式上看,由于法院所作命令的直接后果,是使当事人直接违背本国阻断法,从而履行法院的相关裁定,其涉及的看似是当事国的主权利益;从实质上看,各国制定或遵守的阻断法所保护的法益,并非仅有主权,而是包括了本国国民之利益以及其他国家重大利益。正如“法国航天制造公司案”^⑨同样将此利益解释为“法国保护其国民之合法权益被外国的取证程序侵害”一样,阻断法的制定看似是国家的政治措施,事实上对于国内私主体的合法权益仍起到了保护作用。因此,进行利益衡量的双方——相关阻断法制定国的利益与美国国家利益本身并无利益主体之差异,均涵盖了国家利益与个人利益两项标准,美国下级法院仍难以得到一个明确的具体标准去进行利益衡量。

基于此,美国的各级法院通过一系列司法实践的发展,逐渐将“阻断法在当事国的执行情况”作为审查“利益平衡”要素时的主要参考标准。在“摩托罗拉信贷公司诉乌赞等人”一案^⑩中,法院论述道:“倘若相关国家确实重视其政策利益,在其公民违反阻断法进而遵循阻断法所禁止之事项时,其应当对自己的公民提起相应诉讼。”遗憾的是,各国即便于阻断法中规定了公权力追责制裁的措施,但其执行情况并不理想。美国法院在审视了相关阻断法的执行情况之历史后,往往并未发现相关国家对阻断法进行了执行与落实。这就导致在进行利益衡量时,美国当局之命令所维护的美国当事人合法权益以及美国国家利益,显然重于相关国家虽完成了制定,但对执行不加以落实的阻断法所维护的不为当事国重视的利益。在这种阻断法执行历史几乎为空白的情况下,当事人基于利益平衡所提出的国际礼让原则之抗辩显然无法成立,美国法院甚至将阻断法视为特定国家为本国主体提供的法庭之上的谈判筹码而不具有特定国家的重要主权利益^⑪。加之外国主权强制原则同样不适用,美国法院便认定阻断法并未剥夺其要求当事人服从其管辖并提交证据的权力。

可见,在司法层面,无论是外国主权强制原则还是国际礼让原则,相关主体都难以将之与阻断法规

定的义务在美国法庭上联系起来,进而提出合理抗辩。其原因均在于各国阻断法在执行层面的追责制裁难以得到落实。正如前文所述,阻断法之所以难以得到各国执行,是因为阻断法在将各国私主体陷入美国法律和本国法律冲突之困境下时,同样也将各国政府或法院陷入了两难境地:各国希望达到阻断美国特定法律效力的效果,前提条件是对阻断法进行强有力的贯彻和执行,即在达成阻断效果前,先对本国私主体进行强有力的制裁。如此逻辑显然既难以说服各国政府,也极易引发国内的舆论热议。在这样的情况下,阻断法似乎沦为了一种“宣誓性立法”,仅能用以表明国家政治立场的无用工具。

三、阻断法对中国的启示

诚然,由于阻断法把国家政府以及相关当事人均置于一种两难困境中,其在现实中难以得到执行落实,因此在目前美国的司法实践中难以得到有效适用。然而,这些困境经验在一定程度上也为我国未来设计出一套富有成效的阻断制度提供了启示与帮助。

(一)立法层面的启示:明确阻断事项,兼顾企业利益

1. 明确阻断事项,制定具有中国特色的阻断法

纵观当前世界各国阻断法之发展趋势,不难看出阻断法由最早的阻断程序型逐渐向阻断实体型演变。阻断实体型的阻断法从特定法律之效力、依据特定法律做出的判决或裁决的承认与执行,以及违反阻断法之救济方式等方面出发,全方位地对美国特定的单边制裁法规进行了域外效果阻断。我国应当吸取这一类阻断法的优势特点,同时应当重新整理程序方面的阻断措施,实现阻断效果在程序与实体问题上的有机统一。

就阻断实体的方面而言,首先,阻断的美国特定法律应主要为其对特定国家实施的单边制裁法律,以及外国行政当局根据这些单边制裁法律实施并意图在我国境内得以落实的,严重影响我国国家利益与私人利益的一切执行措施。这类单边制裁法律主要集中于美国对伊朗、古巴等国的经济制裁。以欧盟为例,《欧盟阻断法》的附件中所列明的美国特定法律包括著名的《赫尔姆斯-伯顿法》《达玛托法》,其

均为美国对古巴、伊朗与利比亚等国实施的单边制裁。这些单边制裁禁止欧盟主体与上述国家进行相关贸易往来,严重影响欧盟利益。事实上,在中美贸易纠纷的案例中同样出现了这些制裁法律的身影。以著名的中兴事件为例,美国对中兴施加制裁的最初原因是中兴违反了美国对伊朗的出口禁令^⑤。因此,美国一系列单边制裁法律不仅为各国明确阻断,更是我国现实中的阻断立法急需面对并解决的问题。美国当局依据这些单边制裁法律实施的域外执行行为,也极有可能影响到我国对外经贸主体的合法权益,故未来我国的阻断法应当对美国立法层面的单边制裁法律,以及行政层面的可能影响我国国家利益或私人利益的行政执行行为做出回应。对此涉及到两方面问题:(1)何种单边制裁法律应当被纳入阻断范围?笔者认为应当从相关国际法规则、我国国家利益以及我国私主体利益三个角度进行认定。就国际法规则而言,涉及违反我国缔结的国际条约或协定的强制性规定的外国法律应当在我国境内被予以无效评价;就我国国家利益而言,涉及国家主权、安全以及相关发展利益的信息或秘密不得为外国法院根据相关单边制裁法律命令实施的司法取证程序所披露;就我国私主体利益而言,对于依据特定单边制裁法律实施的可能影响我国公民、法人或其他组织从事对外经贸活动,或者影响我国公民、法人或其他组织进行海外正常投资生产的措施,同样应当被纳入阻断范围。总之,应当从国际法规则、我国国家利益与我国私主体利益出发,对于美国特定单边制裁法律在我国境内予以全方位的无效评价;(2)何种公权力主体有权审查特定单边制裁法律是否应纳入阻断范围?对此,应当由国务院商务主管部门进行预先审查,就违反我国缔结的国际条约或协定,或影响我国国家利益或私人合法权益的单边制裁法律的情况,颁布相应行政禁令并报国务院备案。由国务院商务主管部门审查并决定纳入阻断范围的外国单边制裁法律在我国境内一律无效,不能被遵守、承认或执行。

其次,阻断法在直接规定特定法律于我国境内不发生效力的同时,应当明确我国相关主体因遵守特定法律而履行义务的行为应承担的法律责任。这

种责任不仅包括平等主体之间的民事赔偿责任,同样应当包括相应的行政责任。对于民事赔偿责任,合法权益受到损害的我国私主体可以于人民法院提起相应民事诉讼;对于行政责任,其关键在于对行政处罚的落实与执行。我国阻断法对于相应刑事责任的设立应当持谨慎保守的态度。因为阻断法的实施必定伴随着一段“阵痛期”,在相关主体还不能完全适应这种强制法律义务的背景下,阻断法体系建立之初便将“两难义务(即美国特定法律义务和我国阻断法义务)中的一方”上升至刑事责任高度,既不符合刑法谦抑性的特性,亦将对我国经贸主体的活动积极性产生负面影响。

就阻断的程序方面而言,我国可借鉴法国的相关立法经验。法国1968年第68-678号法第1条规定,“在相关披露行为可能影响法国国家主权,安全或基础经济利益时,禁止其国民,居民,公司的雇员、机构和官员在任何地方向外国当局披露任何具有经济性、商业性、工业性、金融性或技术特性的文件或信息”^⑥。该条款是阻断程序型阻断法的典型代表,禁止有关主体对外披露涉及国家重大利益的相关信息。同时,该法案的第1条之规定上述的文件或信息禁止被作为外国行政或司法程序中的证据,此项规定不涉及法国主权利益的判断,只要有关文件与信息涉及外国行政或司法程序的证据部分,原则上应禁止披露。

事实上,我国也有类似的禁止遵循美国法院程序命令的条款,且该条款同样在美国国内的司法程序中被美国法院加以审视。在著名的“Gucci案”中,作为被告的中国银行援引我国《商业银行法》及其他相关法律中禁止商业银行披露客户信息的规定,以此抗辩美国法院要求中国银行履行的证据开示义务,但同样被法院以执行情况为由判定抗辩不成立^⑦。这样的判决无疑是对我国《商业银行法》以及其他相关法律中有关银行保密制度的巨大冲击。对此,设立相应的权能机关对程序方面的阻断立法予以落实是极为必要的。阻断程序型的阻断条款主要是为了防止涉及国家重大利益的信息被当事人披露。因此,应当由政府权能部门对被要求披露之信息进行审查,做出相关禁止披露的决定并加以执行

落实。如此一来,程序方面的阻断立法才能实现保护国家秘密、法律秩序等重大利益的立法目的。

2. 兼顾企业利益,帮助企业走出两难困境

正如前文所述,阻断法的制定必然将在一定程度上导致本国私主体陷入美国与本国两项强制法律义务的两难困境。倘若阻断法制定完成后不能合理权衡好我国各私主体的合法权益,必将打击其从事经贸活动的积极性。就目前我国立法来看,对于美国法律域外适用的反制报复在一定程度上已有落实与体现,但对于我国私主体在此过程中利益保护的关注程度仍然不够^⑤。我国阻断立法的制定应当就此方面顾及企业利益,为企业提供相应的补偿以及豁免程序。

对于中国的阻断立法,豁免程序的设立与适用应当注意几方面要点:(1)豁免申请的审查权力应由国务院主管部门统一行使;(2)由企业自行提出豁免申请;(3)保留国务院主管部门针对涉及国家安全等重大利益事项,依职权启动主动审查程序的权力;(4)优化行政程序,尽量缩短审查程序期限。由于美国法院对于当事人的禁令期限往往结合个案情况而定,因而对豁免申请的审查不宜于立法中规定过长期限,否则将无法适应美国单边制裁多发的现实复杂情形;(5)因执行阻断法可能会给企业生产造成损失的,应当给予企业必要的政策优惠与支持。阻断法的落实与执行势必给海外投资生产企业造成利益损失。对此,笔者认为,对于因遵守阻断法进而海外投资生产或贸易活动受损的企业,国务院相关部门可以给予其一定政策上的优惠或补偿,例如税收的减免、高科技产业补贴等。总而言之,阻断法的制定既要严厉阻断美国特定法律,同时也要体现对企业利益的兼顾,坚定企业应对美国单边制裁的恒心与信心。只有这样,阻断法规范所确立的法律秩序才能得到长久维护。

(二)执行层面的启示:构建成熟的阻断体系,实现有效的阻断效果

事实上,在中美贸易摩擦升级的大背景下,中国的一些阻断程序型法律条款便遭到了本国主体在美国法院的程序命令下的违背。2020年9月28日,孟晚舟案再次开庭,美方于庭上递交的一份文档证据

便是由中国汇丰银行提供。而这样的证据提供行为违背了我国《国际刑事司法协助法》第4条、《民事诉讼法》第272条第3款、《涉及恐怖活动资产冻结管理办法》第15条以及《商业银行法》第29条、第30条中规定的主体对有关信息的保密义务。汇丰银行未经允许不应向美方当局提供相应文档证据^⑥。诚然,阻断法的制定与适用必然会使我国政府以及企业面临一段时间的“阵痛期”。但应当认识到,只有坚定适用法律的决心,将一切制裁或救济措施纳入法治的轨道,我国才能在实现阻断效果的同时进一步促进经贸活动的长远发展。为此,我国应当构建成熟的阻断体系,以期配合阻断法在执行层面取得更为有效的阻断效果。

所谓阻断体系,指的是各国以阻断法为核心,能够实现阻断效果的一系列法律、政治以及经济等方面的措施的总称。阻断法的制定只是阻断体系中的一部分,成熟的阻断体系更应包含全方位的执行措施。以欧盟为例,其对于阻断体系的构建手段大可划分为法律与政治两个层面:

在法律层面,首先,加强对《欧盟阻断法》的国际执行协作。欧盟于1996年通过《欧盟阻断法》后,同年颁布了《联合行动》^⑦作为《欧盟阻断法》的执行补充。《欧盟阻断法》第9条赋予了欧盟成员国对违反相关条款的主体决定实施何种制裁的权力(必须达到有效,成比例且劝诫性这三个标准),但这样的规定将使得各国当局的自由操作空间过大,极有可能使得《欧盟阻断法》的实施力度无法在欧盟境内实现统一,不仅影响阻断效果,亦违反了欧盟的“一致性原则”(即欧盟各成员国整体对外行动的一致性^⑧)。为此,《联合行动》在第1条重申了各成员国应当保证《欧盟阻断法》的执行落实之义务的同时,于第2条赋予了欧盟理事会依靠统一行动执行《欧盟阻断法》的权力,在很大程度上缓解了各成员国在《阻断法案》的执行层面的差异性。其次,加强后续对《欧盟阻断法》执行规则的修订和解释。2018年,为了进一步遏制美国不断扩张的单边制裁和域外管辖,欧盟对《欧盟阻断法》进行了附录更新,将美国自1996年后的更多制裁法案纳入了阻断范围。同时,为了更好地适用《欧盟阻断法》,其出台了《执行条例》^⑨以及《指导

文件》。前者对《欧盟阻断法》中的豁免程序做出了更为详细的程序性规定,后者则以23项问题回答的方式对《欧盟阻断法》的法律适用进行了详细的官方解释。两项执行层面的补充规定有效填补了1996年《欧盟阻断法》自身的缺漏空白,为后续欧盟执行阻断法提供了清晰指导。

在政治层面,积极在国际外交中运用斡旋、谈判与施压等政治手段。1996年《欧盟阻断法》制定的背景是美国对古巴的单边制裁损害了欧共体主体的正当利益。在《欧盟阻断法》通过后,欧共体积极开展美国与古巴关系缓和的外交工作,并于1997年的联合国大会上呼吁美国结束对古巴制裁^⑨。最终,凭借着法律上的阻断法制度体系为核心,配合政治外交上的多元化手段,最终使得美国与欧共体达成了和解与豁免协议。同样以“意大利STET公司”案为例,欧盟就曾宣布将对遵循了美国特定法律的STET公司依据《欧盟阻断法》进行调查,最终使得美国与欧盟在此问题上达成了政治妥协方案^⑩。而在“奥地利劳动经济银行”案中,奥地利外交大臣 Ursula Plassnik 便曾公开声明,意图依据《欧盟阻断法》对奥地利劳动经济银行的相关配合美国制裁的行为提起司法诉讼。这使得美国政府出于政治上的顾虑最终给予了奥地利劳动经济银行相应豁免^⑪。

如前所述,由于阻断法将当事人与涉案国均各自陷入了一种两难境地,故其执行无法得到彻底落实,进而使得当事人在美国法庭上无法将阻断法变为有效的合理抗辩理由。事实上,多数阻断法制定之初的目的便是为了迫使美国重新回到政治谈判桌上。因而阻断法的有效执行不应仅靠阻断立法文本,更应如欧盟的实践一样,一方面完善法律对于执行方面的规则解释、理解与补充,另一方面需要积极在政治层面争取谈判斡旋的空间,进而构建更为立体丰富的阻断体系,对美国的单边经济制裁实现更为有效的阻断效果。

(三)中国最新的阻断立法需要进一步细化完善

2021年1月9日,商务部颁布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称“《阻断办法》”),这是我国阻断立法的第一次实践。纵观《阻断办法》全文,商务部对于适用主体、法律责任以及

阻断对象均有了相应初步规定。然而,《阻断办法》一共只有十五条,作为我国阻断立法的初步实践,其在很多问题上的规范仍然较为模糊,需要落实具体细则。这些问题主要体现在以下几个方面:

第一,主体问题。《阻断办法》第2条规定:“本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际法关系基本准则,不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。”可见,《阻断办法》的适用主体限于“中国公民、法人或者其他组织”。笔者认为,如前文所述,作为一种针对外国域外管辖不当扩张的防御性手段,阻断法本身是一种防御性措施,而非主动出击的对等反制。阻断法如果将适用主体扩张至外国实体,则正当性和法律基础将受到怀疑。因此,《阻断办法》第2条对于“中国公民、法人或者其他组织”的规定是合理的。然而,该条规定对于港澳私主体是否适用不能从《阻断办法》条文中得出结论,需要落实具体细则。

第二,《阻断办法》的法律适用问题。纵观《阻断办法》全文,笔者认为将其置于我国整个法律规范体系中进行审查时,会有诸多疑问。《阻断办法》第7条规定:“工作机制评估,确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的,可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。”针对该条需要进一步明确的问题包括:由商务部制定的针对特定外国法律与措施的具有普遍约束力的禁令,其性质究竟为部门规章还是行政规范性文件?这种禁令能否适用于《阻断办法》第9条第2款所言的民事诉讼程序?《阻断办法》第7条对于商务部做出禁令的授权是否涉嫌部门规章自我授权?对此,笔者认为有必要通过国务院的行政法规对商务部在此问题上的职权做出清晰界定。

第三,“必要支持”的细化问题。《阻断办法》第11条规定:“中国公民、法人或者其他组织根据禁令,未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的,政府有关部门可以根据具体情况给予必要支持。”该条文可以理解为政府对于因遵守阻断法而利益受损的国内私主体的补偿,对于这种支持或者补偿的措施问题在未来应进一步细化:究竟是税收优惠还是

资金补贴?这种支持是否会违反WTO关于专向性补贴的禁止性规定?

总之,《阻断办法》作为我国阻断立法的初步实践,其对于阻断事项以及私主体豁免等方面的规定值得肯定。但在未来,这部只有十五条的概括性《阻断办法》的操作与落实需要更多细则确定。必要时,需要国务院通过行政法规来对相关部门的职权问题做出清晰界定。

四、结论

首先,阻断法是指禁止外国特定法律以及依据这些特定法律做出的行为(包含实体行为与程序行为)在一国境内产生效力的法律统称。随着美国单边制裁的扩大,阻断法从上世纪的对于美国司法程序的阻断逐渐扩展至对美国特定法律之效力的阻断。因此,纵观目前世界各国立法,阻断法可被划分为阻断程序型与阻断实体型,后者为当今世界各国之立法潮流。对阻断实体型阻断法中的典型代表:对《欧盟阻断法》和《日本阻断法》加以比较研究,可以发现,二者在适用主体、救济方式与豁免申请等方面规定不尽相同。其中,《欧盟阻断法》的规定更为全面,应为我国阻断立法的主要借鉴对象。

其次,各国阻断法的发展经验表明,其自身在执行和司法层面均面临一定困境。就执行层面而言,阻断法的执行在一定程度上将国家政府与本国当事人均陷入了一种两难境地。对于本国当事人而言,一方面面临美国特定法律的制裁,另一方面倘若遵守美国特定法律则将面临本国当局制裁;对于国家政府而言,一方面为了落实阻断法势必对阻断法加以执行,另一方面执行阻断法对本国主体加以制裁,则将使得本国主体陷入前述两难境地,从而使政府当局承受国内舆论等各方面压力。在这种情况下,阻断法将很难得以真正的落实与执行,于是其在司法层面就面临与外国主权强制原则和国际礼让原则的联系减弱之窘境,使得当事人无法在美国法庭上提出合理有效的抗辩。

阻断法积累的经验教训一定程度上也给我们未来的阻断立法与执行带来了一定启示。为了改变阻断法前述之现状困境,我国应当在立法层面做到阻断实体与程序的有机统一、兼顾我国企业合法权益,

优化阻断法中的豁免申请程序。对于因遵守阻断法生产经营受损的企业,政府可给予其必要支持和补偿,加强法律适用决心。同时,在执行层面,我国应当积极寻求政治层面的谈判斡旋手段,配合阻断法执行规则的补充和强化,构建具有我国特色的阻断体系。最后,对于商务部最新颁布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》,应当根据实践进一步细化完善,推动我国更为成熟的阻断立法,对美国不断扩张的单边经济制裁做出更好的中国回应。

注释:

①习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议并发表重要讲话[EB/OL].(2019-02-25)[2020-10-10]. 载新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-02/25/c_1124161654.htm.

②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[EB/OL].(2019-11-05)[2020-10-10]. 载新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/2019-11/05/c_1125195786.htm.

③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[J]. 环球法律评论, 2019, (3): 176.

④肖永平.“长臂管辖”的法理分析与对策研究[J]. 中国法学, 2019, (6): 62; 佟欣秋. 基于国家主权的反垄断法域外管辖权的实现机制[J]. 大连海事大学学报, 2010, (4): 39-40.

⑤罗沙.全国人大常委会调整2020年度立法工作计划个人信息保护法等多部法律草案将提请审议[EB/OL].(2020-06-12)[2020-06-20]. 人民网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1670022420426053498&wfr=spider&for=pc>.

⑥商务部令2021年第1号阻断外国法律与措施不当域外适用办法[EB/OL].(2021-01-03)[2021-01-12]. 商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/202101/20210103029710.shtml>.

⑦Erica M. Davila, International E-Discovery: Navigating the Maze, 8 Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy 34, 44 (2007).

⑧李凤宁.国内法域外适用的反制急先锋——法国阻断法研究及启示[J]. 国际经济法学刊, 2020, (3): 97.

⑨M. J. Hoda, The Aerospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It, 106 California Law Review 231, 238(2018).

⑩Bates C. Toms III, The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws, 15 International Lawyer 585, 590(1981).

- ⑪ Deborah Senzand Hilary Charlesworth, Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation, 2 Melbourne Journal of International Law 69(2001).
- ⑫ In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation, 563 F. 2d 992(10th Cir. 1977).
- ⑬ Menno T. Kamminga, Extraterritoriality, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rüdiger Wolfrum ed., Oxford University Press, 2012.
- ⑭ Council Regulation(EC)/No 2271/96of protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a thirdcountry, and actions based thereon or resulting therefrom, 39 Official Journal of the European Communities 1(1996).
- ⑮《损害赔偿追偿法》的主要内容见: Yokomizo Dai, Japanese Blocking Statute against the U. S. Anti-Dumping Act of 1916, 36 Japanese Annual of International Law 36, 2006.
- ⑯ Council Regulation(EEC)No 4055/86of applying the principle of freedom to provide services to maritime transport between Member States and between Member States and third countries, 29 Official Journal of the European Communities 1(1986).
- ⑰ Yokomizo Dai, Japanese Blocking Statute against the U. S. Anti-Dumping Act of 1916, 36 Japanese Annual of International Law 36, 2006.
- ⑱ Mitsuo Matsushita and Aya Iino, Blocking Statute against the U. S. 1916 AD Act—Antagonism between WTO rules and Civil Law(2), Boeki to Kanzei, cited from Yokomizo Dai, Japanese Blocking Statute against the U. S. Anti-Dumping Act of 1916, 36 Japanese Annual of International Law 36, 39(2006).
- ⑲ 韩永红. 美国法域外适用的司法实践及中国应对[J]. 环球法律评论, 2020, (4): 174.
- ⑳ Yokomizo Dai, Japanese Blocking Statute against the U. S. Anti-Dumping Act of 1916, 36 Japanese Annual of International Law 36, 2006, p. 45.
- ㉑ Guidance Note Questions and Answers: adoption of update of the Blocking Statute, 68 Official Journal of the European Communities 4(2018).
- ㉒ Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH, Hanseatic Higher Regional Court, C-124/20, 02 March 2020.
- ㉓ Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc., 307 F. Supp. 1291(D. Del. 1970).
- ㉔ In Re Vitamin C Antitrust Litigation, 810 F. Supp. 2d 522 (E. D. N. Y 2011).
- ㉕ United States v. First National City Bank, 396 F. 2d 897 (1968).
- ㉖ 龚柏华, 朱潇潇. 以“国家行为”抗辩美国反托拉斯法域外适用的法律分析[J]. 国际商务研究, 2011, (6): 63-64.
- ㉗ 李双元, 欧福永. 国际私法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018.46.
- ㉘ 阎学通. 中国国家利益分析[M]. 天津: 天津人民出版社, 1996.10-11.
- ㉙ Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U. S., 482 U. S. 522(1987).
- ㉚ Motorola Credit Corp. v. Uzan, 73 F. Supp. 3d 397(2014).
- ㉛ Adidas Ltd. v. S. S. Seatrain Bennington, No. 80 Civ. 1922, Slip op. (S. D. N. Y. May 29, 1984).
- ㉜ 张薇. 外电: FBI调查中兴指其向伊朗售禁运品[EB/OL]. (2012-07-15)[2021-01-12]. 人民网, http://news.cnr.cn/gjxw/list/201207/t20120715_510224103.html.
- ㉝ Marc J. Gottridge and Thomas Rouhette, France Puts Some Muscle Behind Its Blocking Statute, 82 New York Law Journal(Outside Counsel), 2008.
- ㉞ Gucci Am., Inc. v. Li, No. 10 Civ. 4974(RJS), 2011WL 6156936(S. D. N. Y. Aug. 23, 2011), vacated on other grounds, 768 F. 3d 122(2d Cir. 2014).
- ㉟ 廖诗评. 中国法域外适用法律体系: 现状、问题与完善[J]. 中国法学, 2019, (6): 37.
- ㊱ 黄凤. 汇丰银行向美国提供关键材料, 但不要忘了还有中国法律[EB/OL]. (2020-09-29)[2021-01-12]. 观察者网, https://www.guancha.cn/huangfeng/2020_09_29_566715_2.shtml.
- ㊲ Joint Action, 39 Official Journal of the European Communities 7(1996).
- ㊳ 张华. 欧盟对外关系法中的一致性原则: 以《里斯本条约》为新视角[J]. 欧洲研究, 2010, (3): 19.
- ㊴ Commission Implementing Regulation No. 2018/1101, 61 Official Journal of the European Communities 7(2018).
- ㊵ See A/C. 3/52/SR. 27.
- ㊶ Harry L. Clark, Dealing with U. S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures, 20 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 61, 77(1999).
- ㊷ Beatrix Immenkamp, Updating the Blocking Regulation: the EU's Answer to US Extraterritorial Sanctions, European Union (Sept. 29, 2020), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2018\)623535](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2018)623535).