

《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的 属事适用范围^{*}

廖诗评^{**}

摘要：《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》是中国域外适用法律体系的重要组成部分，旨在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。办法第2条是关于属事适用范围的规定，也是理解其他条款含义的基础，社会各界对此有不同解读。从文义解释角度切入，该办法第2条的属事适用范围包括次级制裁和具有次级制裁效果的初级制裁措施，但这一结论与立法意图存在差异，需要引入目的与宗旨解释和体系解释等方法进行协调。

关键词：阻断办法 属事适用范围 域外适用 次级制裁 初级制裁 违反国际法

引言

一般而言，阻断法是国家针对他国非法行使域外管辖权的一种特定类型的反措施，旨在通过设定禁止履行要求，防止他国域外效力措施的实施。^①近年来，美国在面临国内治理问题和更为复杂的国际局势时，频繁将其国内法进行域外适用，以制裁等措施实现既定政策目标，给中国公民和企业的海外利益造成重大损失。在此背景下，2021年1月9日，中国商务部公布了《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》），《阻断办法》自公布之日起施行。这也是中国第一部阻断立法。

《阻断办法》的出台引发了舆论的高度关注，学术界和实务界也对此进行了大量解读。与世界各国域内设立的阻断制度一致，《阻断办法》包括了实现阻断功能的三项核心制度：阻断特定法律在中国境内的效力和执行、禁止相关主体遵守外国的特定法律以及允许相关主体就外国特定法律给其带来的损失进行索赔。^②这些核心制度的适用，以及相关主体遵守和履行相关义务（如报告义务）范围的确定，均要以明确《阻断办法》的适用范围为基础。总体来看，阻断法的适

* 本文是作者主持的司法部2019年度国家法治与法学理论研究项目“中国法域外适用的法律体系建设研究”（19SFB2059）的阶段性成果。

** 北京师范大学法学院教授、博士生导师。

① Menno T. Kamminga, “Extraterritoriality”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), <http://opil.ouplaw.com> (last visited 15 January 2021).

② 参见叶研：《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》，载《太平洋学报》2020年第3期，第54页。

用范围包括属人和属事两个维度，其中前者指的是需要遵守阻断立法的主体，后者指的是可以针对哪些对象或事项适用阻断法。本文将从阻断法立法例、《阻断办法》的法意解释（立法意图解释）、文义解释、协调一致解释等角度，对《阻断办法》的属事适用范围进行学理分析。

一 阻断法的属事适用范围：立法例角度的考察

目前世界各国阻断立法的属事适用范围各不相同，主要有三种立法例：概括式、概括加列举式和列举式。概括式立法例的属事适用范围并不明确，后两种立法例则是明确的。

（一）概括式

英国《1980年保护贸易利益法》^①是这一立法例的典型代表。根据该法第1条，如果英国外交大臣认为，他国已采取或拟采取的措施适用于在英国从事商业活动的人在英国域外的行为，对英国的贸易和国际贸易造成影响，损害了英国的贸易利益或有损害英国贸易利益之虞，则可以适用该法的各类阻断措施。该法对属事适用范围的描述极为概括，仅从文义判断，几乎可以扩展适用到所有国家制定的立法，即使是非贸易性质的立法，如果对英国和国际贸易利益产生影响，都有可能被纳入阻断范围。

（二）概括加列举式

这种类型的典型立法例即为著名的欧盟1996年《第2271/96号条例》（以下简称《欧盟阻断法》）。^②《欧盟阻断法》第1条首先采用概括性的语言对阻断事项进行了描述，即，（1）其他国家将所制定的法律进行了域外适用，这里的法律既包括根据这些法律所制定的法律文件，也包括根据这些法律所采取的措施；且，（2）这种域外适用影响了特定主体^③参与欧共体与第三国的国际贸易、资金流动和相关商业活动。同时，第1条还规定，这些法律将被明确列入《欧盟阻断法》的附件中，且欧盟委员会有权对附件中所列法律进行调整。在该法于1996年制定通过之时，附件所列的法律只包括四项：美国《1993财政年度国防授权法》第17部分、《1992年古巴民主法》第1704节和第1706节；《1996年古巴自由和民主团结法》；《1996年伊朗和利比亚制裁法》和《古巴财产控制条例》的B、E和G三部分。随着美国退出《伊朗核问题协议》，重启对伊朗的单边制裁，欧盟委员会于2018年对附件进行了修改，将2012年的《伊朗自由和反扩散法》《国防授权法》《减少伊朗威胁和叙利亚人权法》和《伊朗交易和制裁条例》等多部涉及伊朗的美国国内法增列其中。作为《欧盟阻断法》规定的判断阻断事项的条件，他国法律“域外适

① United Kingdom, “Protection of Trading Interests Act 1980 and Exchange of Diplomatic Notes Concerning the Act”, (1982) 21 *International Legal Material* 834, pp. 834, 850.

② Council Regulation (EC), Protecting against the Effects of Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom, No. 2271 /96 22 (November 1996), 1996 O. J. (L. 309).

③ 根据《欧盟阻断法》第11条，这类特定主体指的是欧盟管辖范围内的自然人和法人。其中，自然人包括在欧盟居住（12个月内在欧盟至少停留了6个月）的欧盟成员国国民、在欧盟境外居住但船只在欧盟注册的欧盟成员国国民、身处本国之外的欧盟居民、以及在欧盟境内以专业身份行事的任何自然人等。法人则包括在欧盟成立的任何法人，和船只在欧盟成员国依法注册并在欧盟境外设立且被成员国国民控制的船运公司等。

用”、影响“国际贸易、资金流动和相关商业活动”等措辞的具体含义较为模糊，甚至理论上可以扩展适用到国别制裁之外的很多领域。这似乎不利于该法的实施，但通过附件中的明确列举，在实施过程中，《欧盟阻断法》指向的阻断对象其实是比较清晰的，即美国制定和实施的制裁古巴和伊朗的特定法律与措施。

（三）列举式

这种立法例又可以细分为适用于某一类型事项和适用于具体事项的列举式立法。

1. 适用于某一类型事项的阻断法

典型的立法例，如澳大利亚1976年《外国程序（禁止提供某些证据）法》（Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act）和1984年《外国程序（过度管辖）法》（Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act），主要适用于阻断外国诉讼和调查中的取证行为。^① 这类阻断法不对阻断对象进行非常精确地列举，而是多采用描述性的语言，限定阻断对象的范围。但由于确定了大致的事项范围，其阻断对象也是相对明确的。

2. 适用于具体事项的阻断法

相比于适用于某一类型事项的阻断法，还有一类阻断法的适用对象更为具体，甚至直接针对特定国家的特定立法及措施，这方面典型的立法例是日本2004年《保护公司免受美国〈1916年法〉利润返还影响的特别措施法》^②，其阻断对象为美国《1916年反倾销法》^③ 以及美国企业依据该法提起的诉讼程序。

按照《1916年反倾销法》，如果产品以显著低于出口国市场价格的价格进口到美国，破坏或损害了美国某一产业或阻止美国某一产业的建立，或限制或垄断美国该类货物贸易和商业的任何组成部分，从事和帮助从事进口行为的行为人将面临民事和刑事责任，美国国内受损害的企业有权在民事司法程序中提起三倍损害赔偿金额的诉讼，行为人在刑事程序中则面临被单处或并处5000美元罚金或1年以下监禁的惩罚措施。^④ 这类规定实际上是将反垄断诉讼中的高额赔偿金引入了反倾销领域。相比于《1930年关税法》在美国对外贸易法中的重要作用，《1916年反倾销法》在实践中运用不多，因此也不太受到关注。

20世纪70年代以来，日本经济进入二战后飞速发展阶段，日本的出口产品凭借价格和质量

① See Deborah Senz and Hilary Charlesworth, “Building Blocks: Australia’s Response to Foreign Extraterritorial Legislation”, (2001) 2 (1) *Melbourne Journal of International Law* 69. 转引自李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期，第16—17页。

② Act on Special Measures concerning the Recovery of Damage resulting from the United States Anti-Dumping Act of 1916, Act No. 162 of 2004 (アメリカ合衆国の千九百十六年の反不当廉売法に基づき受けた利益の返還義務等に関する特別措置法，平成十六年法律第六十二号)，<https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?lawId=0000099690&searchDiv=1¤t=9>，最后访问时间：2021年1月23日。

③ 美国反倾销法制度虽可追溯到《1916年反倾销法》（Anti-Dumping Act of 1916），但该法并非单独意义上的反倾销法，而是美国《1916年财政收入法》（39 Stat. 756（1916））第三编，具有浓厚的反垄断法色彩。随后，美国制定了《1921年反倾销法》，这也是美国真正意义上的第一部反倾销法。现行美国反倾销法规则主要是《1930年关税法》，该法历经《1979年贸易协定法》《1984年贸易及关税法》《1988年综合贸易和竞争法》和《1994年乌拉圭回合协定法》多次修改，成为目前的美国反倾销法规则。在此过程中，《1921年反倾销法》于1979年被《1979年贸易协定法》废除，最早的《1916年反倾销法》虽然年代久远，但并没有被归入《美国法典》中的“关税”一章（第19章）而是归入了“商业和贸易”章节（第15章），直到2003年才被国会正式废除。

④ 15 U. S. C. § 72.

的优势,对美国市场造成了很大冲击,美国因此频繁对日本产品采取反倾销调查措施。但那些因为倾销行为遭受损失的国内产业和生厂商,要想从中获得补偿,却并非易事。历史上,美国《2000年持续倾销与补贴抵消法》(以下简称《伯德修正案》)^①曾规定,将征收的反倾销税和反补贴税补偿给受到损害的国内反倾销调查程序的申诉者。这虽然多少给予了国内生产商一些补偿,但由于这些补偿仅限于国内反倾销调查程序的申诉厂商,无法惠及未提出申诉的其他生产商,加上《伯德修正案》随后被世界贸易组织(以下简称WTO)争端解决机构裁决为与美国所承担的义务不符,^②通过《伯德修正案》获得补偿的路径似乎并不顺畅。有鉴于此,美国国内生厂商开始另辟蹊径,借助尘封已久的《1916年反倾销法》,尤其是其中三倍赔偿金额的规定,针对日本进口产品提起了一些反垄断诉讼,^③旨在通过将所受到的损害包装成反垄断法项下的诉因,以获得高额赔偿,从而抵消日本进口产品对国内生产商的影响。不过,除个别案件外,美国国内生产商在这些诉讼中都没有成功获得三倍赔偿,也从未有当事人在各类程序中被认定需承担《1916年反倾销法》规定的刑事责任。^④

尽管如此,应对这些诉讼仍然给日本出口企业带来了很大负担,日本政府遂与欧共体一道,于2000年将《1916年反倾销法》诉至WTO争端解决机构,WTO专家组和上诉机构随后陆续作出裁决,认定《1916年反倾销法》的规定与美国根据《1994年关税与贸易总协定》(以下简称GATT1994)、《反倾销协定》和《建立世界贸易组织协定》承担的义务不符。^⑤美国随后于2004年12月3日废除了《1916年反倾销法》,但这不影响在废除之前依据该法提起的国内诉讼的正

① 4 Public Law 106-387, 114 Stat. 1549. 19 U. S. C. § 1675c.

② *United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS207/R (3 May 2002), para. 8.1; *United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS207/AB/R (23 September 2002), para. 318.

③ 这些诉讼均由联邦地区法院和巡回法庭受理,主要包括:*In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 388 F. Supp. 565 (Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 1975) (“*In re Japanese Electronic Products I*”); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F. Supp. 244 (E. D. Pa. 1975) (“*Zenith I*”); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F. Supp. 251 (E. D. Pa. 1975) (“*Zenith II*”); *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, 461 F. Supp. 384 (D. Del. 1978); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 471 F. Supp. 793 (E. D. N. Y. 1979); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 637 F.2d 41 (2nd Cir. 1980); *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, 497 F. Supp. 513 (M. D. Fla. 1980); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 494 F. Supp. 1190 (E. D. Pa. 1980) (“*Zenith III*”), affirmed in part and reversed in part, 723 F.2d 319 (3d Cir. 1983), reversed and remanded, 475 U. S. 574, 106 S. Ct. 1348 (1986), District Court decision affirmed on remand, 807 F.2d 44 (3d Cir. 1986); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 723 F.2d 319 (3d Cir. 1983) (“*In re Japanese Electronic Products II*”); *Western Concrete Structures Co. v. Mitsui & Co.*, 760 F.2d 1013 (9th Cir. 1985); *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, 631 F. Supp. 984 (S. D. N. Y. 1986); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 807 F.2d 44 (3d Cir. 1986) (“*In re Japanese Electronic Products III*”); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F. Supp. 560 (E. D. Mich. 1992) (“*Helmac I*”); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F. Supp. 581 (E. D. Mich. 1993) (“*Helmac II*”); *Geneva Steel Company v. Ranger Steel Supply Corp.*, 980 F. Supp. 1209 (D. Utah 1997); *Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation v. Mitsui Co.*, 35 F. Supp.2d 597 (S. D. Ohio 1999); *Goss Intern. Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.*, 321 F. Supp.2d 1039 (N. D. Iowa 2004); *Goss Intern. Corp. v. Man Roland Druckmaschinen. . .*, 434 F.3d 1081 (8th Cir. 2006)。此外,美国联邦最高法院曾处理过《1916年反倾销法》的解释问题,但这主要是为了澄清美国政府是否属于《谢尔曼法》第7条项下有权获得三倍赔偿的主体, see *United States v. Cooper Corp.*, 312 U. S. 600 (1941)。

④ *United States-Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS162/R (29 May 2000), paras. 2.15-2.16.

⑤ *United States-Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS162/R, paras. 7.1-7.2; *United States-Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R (28 August 2000), paras. 155-156.

常进行,^①这也为事情的发展埋下了伏笔:一方面,欧共体在WTO争端解决机构针对美国有条件废除《1916年反倾销法》的措施提起了授权报复程序,并最终获得争端解决机构的报复授权;^②另一方面,日本却没有在多边机制中提起这一程序,而是开辟了“国内战场”,将思路转变为制定国内阻断法。

在美国废除《1916年反倾销法》之前,美国企业高斯国际曾针对日本东京机械制造公司和东京机械制造(美国)公司(以下简称TKS(USA))在爱荷华州北区联邦法院提起诉讼,并于2003年12月获得陪审团胜诉裁定。^③据此,法院根据《1916年反倾销法》关于三倍赔偿的规定,判决被告需支付赔偿金和律师费^④共计3500多万美元。这也是美国法院在《1916年反倾销法》项下诉讼程序中第一次针对日本被告作出三倍赔偿的判决。随后,该案经历了极为复杂的美国国内诉讼程序。^⑤与此同时,这一诉讼在日本国内引发了高度关注,日本于2004年通过了《保护公司免受美国〈1916年法〉利润返还影响的特别措施法》。该法规定:日本拒绝承认与执行美国法院依据《1916年反倾销法》所作出的要求日本企业承担损害赔偿责任的判决;如果日本企业因为此类判决在美国国内的执行而遭受损害,日本企业可以在日本法院针对起诉的美国企业或其子公司提起诉讼,要求利益返还以及损害赔偿。尤其值得一提的是,根据该法《附则》第2条,该法自美国《1916年反倾销法》失效之日起即同时失效,但日本企业仍然可以针对美国国内根据《1916年反倾销法》尚未完结的诉讼和求偿程序,援引本法进行对抗。

在日本国内阻断法的加持下,被告于2006年6月5日向高斯国际发出通知,称打算在日本针对高斯国际的日本子公司提起诉讼。为防止这一局面的出现,高斯国际迅速在美国法院申请初步和永久禁诉令,阻止可能在日本进行的诉讼程序。2006年6月15日,爱荷华州北区联邦法院发布初步禁诉令,^⑥被告就此向联邦第八巡回上诉法院提起上诉。就在各界认为诉讼程序将旷日持久地进行下去之际,案件被告突然宣布遵循判决并支付所有涉案费用,案件就此终结。随后,联邦第八巡回上诉法院也撤销了爱荷华联邦北区法院的初步禁诉令。

如前所述,日本阻断法以美国《1916年反倾销法》以及美国企业依据该法提起的诉讼程序为特定阻断对象,虽未能防止日本企业免受美国国内不利诉讼的影响,但也促使了美国特定国内法的最终废除。不过,需要看到的是,美国《1916年反倾销法》的最终取消,也并非日本国内阻断法的“一己之力”所致,而是日本联合欧共体,开辟多条“战线”实施法律战的结果:第

① Pub. L. No. 108-429, § 2006 (a), § 2006 (b), 118 Stat. 2434, 2597.

② *United States-Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/ARB, WT/DS162/AB/R, paras. 8.1-8.2.

③ *Goss Intern. Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.*, 3 December 2003. No. C00-35. 2003 WL 24844770 (N. D. Iowa).

④ 其中律师费判决单独作出。*Goss Intern. Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.*, 2 June 2004. No. C00-35 LRR. 2004 WL 1234130 (N. D. Iowa).

⑤ 被告先是提出对案件进行重新审理的动议,后被爱荷华州北区联邦法院驳回;又针对被驳回的动议提起上诉,但又被联邦第八巡回上诉法院驳回;2004年6月23日,被告针对爱荷华州北区联邦法院的实体判决提起上诉;2006年1月23日,联邦第八巡回上诉法院支持了爱荷华州北区联邦法院的判决,并于2006年4月14日驳回了被告进行预审和再审理的动议。2006年6月5日,联邦最高法院驳回了被告的调卷申请,拒绝对该案进行审理。与此同时,被告还针对美国商务部反倾销调查程序和日落复审在美国国际贸易法院和联邦巡回上诉法院提起了诉讼,这也构成本案的关联程序。See *Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd. v. U. S.*, 29 C. I. T. 1280, 403 F. Supp. 2d 1287, 27 ITRD 2367; *Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd. v. U. S.*, 31 C. I. T. 117, 473 F. Supp. 2d 1349, 29 ITRD 1308; *Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd. v. U. S.*, 529 F. 3d 1352, 30 ITRD 1161. 鉴于本案后续程序和关联程序与本文主题关系不大,故不再赘述。

⑥ *Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd. v. U. S.*, 435 F. Supp. 2d 919, 931 (N. D. Iowa 2006).

一条“战线”为“美国国内战线”，东京机械制造公司连同TKS（USA）先后在爱荷华州北区联邦法院、联邦第八巡回上诉法院、联邦国际贸易法院、联邦巡回上诉法院和联邦最高法院提起了多个诉讼程序；第二条“战线”为“多边战线”，日本联合欧共体，最终在WTO争端解决机构获得了对自己有利的裁决；第三条“战线”为“日本国内战线”，主要是制定和实施国内阻断法。在美国废除法律之后，日本阻断法甚至已经成为东京机械制造公司对抗美国国内诉讼的“专用法”。这三条“战线”彼此配合，互为补充，以日本较为强大的经济实力和国内市场为基础，最终部分实现了阻断目的。

二 《阻断办法》属事适用范围：立法例和法意解释

（一）《阻断办法》属事适用范围：立法例分析

《阻断办法》第2条是属事适用范围条款，即，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。但《阻断办法》并没有直接规定“外国法律与措施”的具体范围，也没有通过其他方式对属事适用范围进行界定。这表明，《阻断办法》属事适用范围的规定，既非概括加列举式，也没有指向特定或具体事项，而是一种高度概括的立法模式。这直接导致《阻断办法》与《欧盟阻断法》等其他阻断立法在运作机制上存在显著不同。

《阻断办法》的运作机制，是要求被不当禁止或限制与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常经贸及相关活动的组织，自受影响之日起30内向商务部报告，否则将面临处罚。商务部牵头的工作机制会对情况进行判断，如果认定情况构成不当域外适用，工作机制会作出决定，由商务部发布不得承认、执行和遵守有关外国法律与措施的禁令，但企业也可以依据既定程序向工作机制申请豁免，以遵守外国的法律与措施。^① 运作流程大致为“报告——评估认定——发布禁令——申请豁免”。而按照《欧盟阻断法》的安排，受到附件中所列法律及其域外适用影响的自然人和法人，需要在受影响之日起30日内就此向欧盟委员会报告，并不得遵守这类法律和措施，否则将面临处罚，处罚事宜交由欧盟各成员国自行确定，但自然人和法人可以依据既定程序向委员会申请豁免，从而在遵守这类法律和措施的同时免于遭受处罚。^② 运作流程大致为“报告——申请豁免”。两者的差异在于：首先，相关主体履行报告义务的模式不同。从字面含义看，《阻断办法》的属事适用范围相对比较模糊，相关主体需要先行判断其正常经贸和相关活动受到的不当禁止和限制，是否源于违反国际法和国际关系基本准则的不当域外适用，这无疑给企业的法务和综合业务部门提出了很高的要求，因为这些部门往往缺乏作出判断所需的专业背景和知识。而《欧盟阻断法》通过附件列明了外国法律的种类和名称，欧盟境内的主体可以较为容易地识别相关法律和措施是否属于报告范围，并履行报告义务，同时不得遵守这些外国法律和措施，除非按规定获得豁免。其次，主管当局行使职责的方式不同。《阻断办法》由工作机制对

① 参见《阻断办法》第4—8条、第13条。

② 参见《欧盟阻断法》第2条、第5条、第7条和第9条。

情况进行评估和作出决定，由商务部针对不当禁止或者限制措施发布禁令，以及决定是否给予豁免。换言之，主管部门需要在个案中判断外国法律和措施是否构成不当域外适用，并发布禁令，工作机制和商务部的任务较为繁重，这与《阻断办法》属事适用范围规定的高度概括性直接相关，也使得《阻断办法》的适用范围成为实务界的热议焦点。而由于《欧盟阻断法》的附件明确了阻断对象，欧盟委员会承担的职责主要是协调成员国行动和决定是否给予豁免，不需要通过发布禁令等方式对情势进行逐案处理。

《阻断办法》在规定属事适用范围方面为何采取高度概括的立法例？商务部并未对此进行说明。本文认为，这可能是考虑到，如果在立法中列明特定国家法律作为阻断对象，会在某种程度上加剧立法的对抗色彩。^① 与此同时，为了消解这种高度概括的立法模式给中国境内企业产生的影响，《阻断办法》设置了个案评估机制，要求工作机制在个案中对于外国法律和措施是否构成不当域外适用进行具体评估，只有在工作机制认定确实构成不当域外适用时才可能发布禁令，这一设计在某种程度上也能减少境内企业对营商环境的不必要担忧。

（二）《阻断办法》属事适用范围：法意解释

法意解释旨在探求立法者制定法律时所作价值判断及所欲实现的目的，推断立法者意图，从而明确法律规定的含义。也许是考虑到《阻断办法》没有在措辞上明确属事适用范围，商务部公布《阻断办法》之后，其在网站上同时发布了《权威专家答记者问》，将《阻断办法》第2条适用范围的规定解读为次级制裁。^② 考虑到这一解读发布的时间和渠道，我们有理由相信，立法者的意图在于将《阻断办法》的属事适用范围限于次级制裁。

1. 次级制裁的含义

传统意义上的次级制裁指的是制裁国为了保证初级制裁的效力，禁止或限制第三国实体和个人与初级制裁目标进行交易的行为，违反次级制裁要求将导致第三国实体和个人被纳入制裁国的制裁对象范围。^③ 区分初级制裁与次级制裁的标准，在于制裁对象是否及于第三国。在实践中，美国是运用次级制裁最为频繁的国家，但美国法却未明确界定何为次级制裁。不过，美国关于对外制裁的立法数量众多，已经基本形成了以1977年《国际经济紧急权力法》（International Emergency Economic Powers Act, IEEPA）和1917年《对敌贸易法》（Trading with the Enemy Act,

① 商务部在《答记者问》中提到，“长期以来，有国家推行单边主义……这些行为违反了主权平等国际法原则，阻碍了国际贸易和资本跨国流动，破坏了正常的国际经济秩序，受到国际社会的普遍反对。”这表明，商务部也并未明确将特定国家的法律和措施纳入阻断对象。《商务部条约法律司负责人就〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉答记者问》，2021年1月10日，商务部官方网站，<http://www.mofcom.gov.cn/article/zhengcejd/bj/202101/20210103029877.shtml>，最后访问时间：2021年1月15日。

② 《保护正当合法权益维护国际经贸秩序——权威专家就〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉答记者问》，2021年1月9日，商务部官方网站，<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202101/20210103029706.shtml>，最后访问时间：2021年1月15日。

③ Jeffrey A. Meyer, “Second Thoughts on Secondary Sanctions”, (2009) 30 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 905, p. 906; Scott Maberry, “Overview of US Economic Sanctions”, (2008) 17 *International Trade Law Journal* 52, p. 54; Davidson, Nicholas, “U. S. Secondary Sanctions: The U. K. and EU Response”, (1998) 27 *Stetson Law Review* 1425, p. 1425. 也有中国学者在讨论次级制裁时，将通过对人和对物管辖权扩张所导致对第三国国民与企业的制裁纳入美国法次级制裁的范围，参见杨永红：《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》，载《法商研究》2019年第3期，第164—165页。但本文讨论的次级制裁不包括此种类型的制裁。

TWEA) 等授权型立法为基础, 配合应对特定国家、特殊情势的直接制裁型立法, 并以条款中涉及制裁的其它立法为辅的独特体系,^① 其中不少立法和条款都属于次级制裁规则。

财政部外国资产管理办公室 (Office of Foreign Assets Control, 以下简称 OFAC) 是负责实施美国对外次级制裁的主要部门, 它的职责是根据立法和总统授权, 将那些美国政府认为对美国国家安全造成威胁的机构、个人和实体, 甚至还包括飞机、船舶等运输工具, 分门别类地列入其发布的不同制裁名单。OFAC 不仅可以管辖美国人 (包括美国银行、银行控股的公司和非银行子公司、美国人的外国子公司等), 还可以管辖上述“美国人”之外的外国实体和个人, 只要他们利用美国金融机构处理了涉及制裁区域的美元交易。对于“美国人”之外的外国实体和个人的管辖, 实际上就涉及次级制裁的实施。近年来, 随着美国加大各类初级制裁的力度, 不少中国企业、个人甚至官方实体也成为美国次级制裁的对象, 这给中国参与国际经贸活动带来不小的困难。如, 2018 年 9 月 20 日, 特朗普根据《国际经济紧急权力法》签署行政命令, 宣布根据《制裁和反击美国敌人法》(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, CAATSA), 授权对违反该法与俄罗斯国防部门进行重大交易的人或者实体采取制裁措施。^② OFAC 随后对中国中央军委装备发展部及其部长李尚福中将实施制裁, 将其列入特别指示名单 (Specially Designated Nationals And Blocked Persons List, SDN), 原因是中国购买了俄罗斯的苏 35 战机和 S-400 反导系统。^③

2. 不直接使用“次级制裁”措辞的原因

既然商务部的意图在于阻断次级制裁, 为何不在《阻断办法》第 2 条中明确将次级制裁规定为适用范围? 由于缺乏足够的立法背景信息, 这一点目前尚不得而知。本文认为可能的原因如下:

一是次级制裁带有浓厚的美国法色彩, 且与美国实践高度相关, 鉴于前文提及的原因, 容易引发各界对于《阻断办法》对抗色彩的过分解读;

二是因为次级制裁虽具有美国法色彩, 但其更多是学理概念, 缺乏明确法律界定。将次级制裁写入中国立法, 不仅不利于明确《阻断办法》的适用范围, 还将中国立法的含义与美国法的学理与实践进行了不必要的“捆绑”, 导致立法的后续实施可能受到美国法变迁的制约和影响, 从而影响立法的实施效果。

① 王佳:《美国经济制裁立法、执行与救济》, 载《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期, 第 53 页。

② “Executive Order Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act”, 20 September 2018, White House official website, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-authorizing-implementation-certain-sanctions-set-forth-countering-americas-adversaries-sanctions-act/> (last visited 30 January 2021).

③ 根据《制裁和反击美国敌人法》第 235 节, 对于与俄罗斯国防部门进行重大交易的人或者实体, 总统可以授权采取以下制裁措施: (1) 禁止获得进出口银行的交易担保等金融服务; (2) 禁止获得任何进出口许可; (3) 禁止从美国金融机构获得任何贷款; (4) 禁止从任何国际金融机构获得贷款; (5) 如果该人或实体属于金融机构, 则禁止从事金融交易业务; (6) 禁止其参与政府采购; (7) 禁止其进行外汇交易; (8) 禁止美国境内银行为其提供任何交易服务; (9) 财产禁令, 包括禁止任何人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; (10) 投资禁令, 即禁止美国人购买这类人员的财产, 以及对其所拥有的实体进行投资; (11) 拒绝入境或驱逐出境; (12) 针对实体的负责人, 同样可以适用上述禁令措施。最终, 针对中央军委装备发展部, 美国采取了上述 (2)、(7)、(8) 和 (9) 四项制裁措施, 针对李尚福中将采取了上述 (7)、(8)、(9) 和 (11) 四项制裁措施。

有鉴于此,《阻断办法》摒弃了在立法中写明次级制裁的思路,而是另起炉灶,试图通过从文本上对属事适用范围进行重新界定,在中国法语境下设立明确标准,为后续同类事项立法作出有益探索,同时也达到阻断次级制裁的立法目的。不过,由于中国法并不存在与次级制裁相对应的概念,这种立法思路对立法技术提出了很高的要求,即,界定属事范围的相关措辞需要与次级制裁的含义基本对应。因此,有必要对《阻断办法》的具体措辞进行文本分析,以便准确理解其属事适用范围。

三 《阻断办法》属事适用范围:文义解释

如前所述,《阻断办法》的属事适用范围主要规定于第2条。按照第2条,只要出现中国公民、法人或其他组织与第三国(地区)及其公民、法人或其他组织之间正常经贸及相关活动受到禁止或限制,且这种禁止或限制源于外国法律与措施违反国际法和国际关系基本准则进行域外适用,即属于《阻断办法》适用范围。此外,《阻断办法》第6条对不当域外适用的判断标准进行了列举,这也构成理解属事适用范围的重要上下文。

(一) 外国法律与措施违反国际法和国际关系基本准则进行域外适用

1. 域外适用

外国法律与措施构成域外适用,是《阻断办法》适用的前提。特朗普执政时期,美国频繁通过具有域外效力的国内法,采取国内法域外适用措施对各国企业和个人进行规制,这使得国内法域外适用成为国际关系中的焦点问题。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中国法域外适用问题迅速成为理论界和实务界的关注重点。

何谓域外适用?目前中国法并未对此进行明确规定,学者的分析和观点也不尽相同。一种观点认为,国内法域外适用指的是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,既包括国内法院实施司法管辖的行为,也包括国内行政机关适用和执行国内法的行为,但不包括国内法院适用双方当事人意思自治所选择的国内法律规则、或者适用冲突规范所指引的国内法来解决争端的行为。^②另一种观点认为,域外适用指的是一国基于对外国的武装占领或在其他类似情况下,由其权力机关在域外行使权力而适用国内法。^③这两种看法的差异在于,域外适用指的是国家主管当局在境内抑或域外对境外事物适用国内法。有学者曾准确指出,国内法域外适用与国内法域外效力在内涵上存在差异。^④不过,国内法域外适用在不同语境下可能有不同含义。鉴于讨论主题,本文所指的域外适用,采取前述第一种观点的界定。

联系上文关于次级制裁的含义,可以发现,一方面,由于第三国实体与初级制裁目标之间的

① 参见《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》,2019年2月25日,新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-02/25/c_1124161654.htm, 最后访问时间:2021年2月3日。

② 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》,载《环球法律评论》2019年第3期,第168页。

③ 霍政欣:《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》,载《政法论坛》2020年第2期,第174页。

④ 霍政欣:《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》,第174页。

交易发生在制裁国管辖领域范围之外，次级制裁往往会具有域外适用的效果；另一方面，由于域外适用并非都是通过次级制裁方式作出，所以域外适用包括但不限于次级制裁。

2. 外国法律和措施域外适用违反国际法和国际关系基本准则

(1) 域外适用违反国际法

国家将国内法域外适用，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，并非所有国内法域外适用措施都涉嫌违反国际法规则。^① 因此，是否违反国际法规则，是衡量国内法域外适用是否适度的一个重要维度。在“荷花号案”中，常设国际法院针对国家管辖权的边界作出的论述，构成了讨论国家域外管辖权和国内法域外适用是否符合国际法的出发点。根据这一论述，只要国际法没有明确禁止，国家就有权行使域外管辖权，制定并实施具有域外适用效力的国内法，但实施范围应限于本国管辖范围内；如果国家要在他国领域内行使管辖权，则需要国际法的明确授权。^② 尽管这一论述现今与国际社会和国际法的发展并不完全吻合，但构成讨论域外适用违反国际法的逻辑起点。

实践中，国际争端解决机构也曾裁决国家域外适用措施违反国际法。在“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中，美国行政机关认为，马来西亚等国的渔民以危害海龟等濒危动物的方式捕捞海虾，违反了1973年《濒危物种法》及其后续行政规章，因而禁止这些海虾及其制品进口，而这些捕捞行为均发生于美国管辖领域之外。WTO争端解决机构裁定，美国行政机关实施《濒危物种法》禁止进口的行为，违反了GATT1994第11条关于数量限制的规定，且禁止进口的行为构成在WTO成员之间的武断的不正当的歧视，因此无法援引GATT1994第20条进行抗辩。^③

相对于一般意义上的域外适用措施，次级制裁措施的国际法合规性是国家实践和学者关注的焦点问题。并非任何次级制裁措施都违反国际法规则。对此，有学者指出，由多边国际组织发起的多边次级制裁措施（如联合国安理会的制裁），国家为合作执行多边初级制裁，以及国家基于“对一切义务”而采取次级制裁措施，均具有国际法上的合法性，而国家在单边自助性初级制裁、单边法律性初级制裁和单边外交性初级制裁基础上实施的所有次级制裁措施，都是违反国际法规则的。^④

具体而言，根据联合国国际法委员会2001年《国家对国际不法行为的责任条款草案》的规定，国家只能针对国际不法行为责任国采取反措施，其目的只能是促使该国停止不法行为和承担国家责任，反措施范围不能扩大到该国之外的其他国家。^⑤ 这一规定被视为反映了习惯国际法规则。据此，即使伊朗违反《伊朗核问题协议》，美国也只能针对伊朗采取措施，而不能采取影响第三国的措施，但美国的次级制裁措施显然违反了这一要求。换言之，如果次级制裁的目的是为了对他国违反国际法的行为实施反措施，将违反习惯国际法规则。

① 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》，第178页。

② See *Lotus Case*, PCIJ Series A, No. 10, pp. 18 - 19.

③ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (12 October 1998), paras. 187 - 188.

④ 参见李寿平：《次级制裁的国际法审视及中国的应对》，载《政法论丛》2020年第5期，第62—63页。不过，从实践角度看，美国实施的次级制裁往往在范围上已经超出了安理会决议的要求，这种做法是否符合现行国际法规则，并没有明确答案。相关分析可参见赵海乐：《安理会决议后的美国二级制裁合法性探析》，载《国际法研究》2019年第1期，第37—41页。

⑤ 参见2001年《国家对国际不法行为的责任条款草案》第41条、第49条、第52条和第53条。

在“违反1955年《友好经济关系和领事权利条约》案”中，伊朗将美国诉至国际法院，认为美国单方面退出《伊朗核问题协议》，重新对其采取制裁的一系列措施，违反了双方于1955年订立的《友好经济关系和领事权利条约》（以下简称《1955年条约》）。这些措施就包括了若干具有域外效力的次级制裁措施，如，禁止任何人通过提供货物或服务（如金融服务）的方式，为伊朗获取美元、贵金属、石墨、工业软件提供帮助；除非获得美国特别许可，禁止任何人向伊朗出口或再出口含有特定美国成分比例的商用客机及其零部件，以及向伊朗提供涉及这些产品的服务；禁止任何人与位于财政部制裁清单上的伊朗国内实体进行交易，等等。^① 2018年10月，国际法院应伊朗的请求发布临时措施，认定美国不得限制伊朗在《1955年条约》项下，基于人道主义需要进口和购买货物的权利，如救生药品、用于慢性病治疗或预防保健的药品、医疗设备等；也不得阻止伊朗航空公司获得与民用航空器安全有关的零部件、必要设备和服务的权利，如维护、维修服务和安全检查服务等。^② 换言之，国际法院认定，涉及限制伊朗购买（包括从美国购买和从美国之外的第三国购买）上述货物和服务的措施违反国际法规则。国际法院随后驳回了美国提出的管辖权异议，^③ 案件目前进入实体审理阶段。从双方提交的抗辩及论证情况看，国际法院极有可能判决美国的次级制裁措施违反《1955年条约》。但需要指出的是，本案判决的既判力范围存在着事实上的时间限制。由于美国在2018年10月4日宣布退出该条约，^④ 即使国际法院判决美国相关初级和次级制裁措施违反《1955年条约》，影响了伊朗从美国和第三国获取人道主义物资的权利，判决效力也只能及于条约效力存续期间的部分次级制裁措施。当然，这不影响伊朗以外的其他国家主张美国次级制裁措施违反关于反措施的习惯国际法规则。

在“美国—与货物贸易和服务贸易有关措施案”中，委内瑞拉指控美国根据《国际经济紧急权力法》等国内法，以及若干总统行政令，对其采取的经济封锁和制裁措施，违反了GATT1994第1条、第2条、第3条、第5条、第10条、第11条和第13条，以及《服务贸易总协定》（GATS）第2条、第13条和第23条。^⑤ 这些制裁措施即包括具有域外适用效果的次级制裁措施。该案目前尚在进行之中。

（2）域外适用违反国际关系基本准则

“国际关系基本准则”并非严格意义上的法律术语，《阻断办法》对此也没有作出明确界定和说明，这给相关义务主体理解法律规则的含义和履行义务带来了很大的困难，中国公民、企业和其他组织很难基于是否违反国际关系基本准则，来判断外国法律和措施是否属于《阻断办法》的属事适用范围。进一步看，在现行国际实践中，可以认定某些特定内容具有国际关系基本准则

① See Case concerning Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), Memorial of The Islamic Republic of Iran, paras. 2.18, 2.34, 2.58, 2.69, 2.78, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/175/175-20190524-WRI-01-00-EN.pdf> (last visited 9 February 2021).

② Case concerning Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), No. 2018/50, 3 October 2018.

③ Case concerning Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), 3 February 2021 Judgment, para. 114.

④ 《1955年条约》第23.3条规定，缔约方可以在条约存续的头10年之内，以及随后的任何时间，提前一年向对方提交书面通知以终止本条约。See Article 23.3, Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights of 1955 between the United States of America and Iran, 284 U. N. T. S. 136.

⑤ *United States - Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS574/2 (15 March 2019).

的性质,不过这些往往已经体现在国际法原则和具体国际法规则之中。换言之,国际法规则往往包括了国际关系基本准则,是国际关系基本准则在法律上的具体表述和体现。如,针对国家自行制定的具有域外效力的经济制裁措施,联合国大会也曾通过相关决议,敦促废除各种单方面具有域外效力的、对他国公司和国民强加制裁的法律,呼吁所有国家不承认或不实施任何国家单方面实行的具有域外效力的强制性经济措施或立法。^①联合国大会的决议并不具有法律效力,上述决议所强调的国际经济关系中的公平公正观念,可以认为属于国际关系基本准则范畴,但上述观念已经体现在《联合国宪章》第2条所确立的国家主权平等原则之中。

3. 不当域外适用的判断标准

《阻断办法》第1条提出了一个新的措辞——“不当域外适用”。但现行中国法从未使用过“不当域外适用”这一措辞,世界各国国内阻断法也没有使用这一表述。为了进一步明确“不当域外适用”的含义,《阻断办法》第6条规定了判断构成不当域外适用的四个因素:违反国际法和国际关系基本准则;对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响;对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响;其他应当考虑的因素。这构成了理解《阻断办法》第2条的上下文。

鉴于上文已经对“违反国际法和国际关系基本准则”进行了详细分析,此部分仅针对后三个因素进行论述。从措辞上看,《国家安全法》等国内法可以成为判断是否对国家安全产生影响的标准。但由于《阻断办法》未明确这三个因素的具体含义,中国国内法也未对何谓“发展利益”等作出明确界定,这些判断标准实际上涵盖了法律之外的政策因素,甚至具有一些“自判断”的色彩。这也给工作机制在实际判断外国法律与措施是否构成不当域外适用时提出了很高的要求。可以预见的是,工作机制将极为谨慎地处理这一问题。

那么,《阻断办法》第6条规定的四个因素之间是何关系?首先,工作机制在评估外国法律与措施是否构成不当域外适用时,需要同时参考这四个因素;其次,如果工作机制认定外国法律与措施构成不当域外适用,这意味着这类法律和措施违反了国际法和国际关系基本准则,因为这不仅是判断不当域外适用的参考因素,同时也是判断《阻断办法》属事适用范围的要件。

(二) 影响中国实体与第三国(地区)及其实体的正常经贸及相关活动

1. 影响中国实体与第三国(地区)及其实体

《阻断办法》第2条要求不当域外适用措施需影响中国实体与第三国(地区)及其实体的正常经贸及相关活动,这进一步限制了《阻断办法》的属事适用范围,因为域外适用措施虽然可能违反国际法规则,但未必会限制与第三国(地区)及其实体的活动。如,在前述“美国—禁止某些虾和虾类产品进口措施案”中,美国在该案中的争议措施构成域外适用,也违反了WTO规则,但却并非对马来西亚等国出口商的制裁措施,也未限制其与第三国实体的贸易往来。

《阻断办法》第2条规定的中国实体包括中国公民、个人和其他组织。从文义解释角度出发,影响中国实体之间正常经贸及相关活动的措施,如美国通过将“美国人”的范围扩大解释为美国企业在华子公司,从而限制在华子公司和中国实体之间的经贸活动等,似乎并不在第2条

^① 联合国大会1996年11月27日第51/22号决议:《消除以强制经济措施作为政治和经济胁迫的手段》,A/RES/51/22; 联合国大会1998年10月26日第53/10号决议:《消除以强制经济措施作为政治和经济胁迫的手段》,A/RES/53/10。

规范的对象范围之内。^①

2. 经贸及相关活动

“经贸及相关活动”并非严格意义上的法律术语,《阻断办法》同样未对此进行明确界定。有实务界人士指出,《阻断办法》对于“经贸及相关活动”的英文翻译为“经济与贸易”(normal economic, trade and related activities),而通常美国政府部门文件中将“经济”与“贸易”并列时,并不涉及“金融服务”(financial services)，“经贸及相关活动”应当只是与贸易相关,并不包括金融服务(如支付、结算、投融资)在内。^② 本文认为,从《阻断办法》的文义入手,似不能得出这种结论,相反,“相关”一词的使用,使得“经贸及相关活动”这一措辞的外延变得相当宽泛。

(三)《阻断办法》属事适用范围的具体内容

通过以上分析,可以发现,违反国际法和国际关系基本准则的次级制裁措施显然属于《阻断办法》的属事适用范围,这既包括将中国主体本身纳入次级制裁的措施,也包括将其他主体纳入次级制裁导致限制或禁止中国主体与之开展正常经贸活动的措施。然而,有实务界人士认为,除了次级制裁措施之外,具有次级制裁效果的初级制裁措施也在属事适用范围之内。^③ 具有次级制裁效果的初级制裁措施,也称为“非典型初级制裁”。持这种观点的实务界人士的理由在于,近年来的制裁实践表明,初级制裁和次级制裁在判断标准、行为的性质、适用的对象、制裁规则的性质、处罚方式、救济手段和各国的应对手段等方面都出现了巨大变化,以制裁的适用对象是否及于第三国来划分初级制裁和次级制裁,已经不合时宜;以制裁与制裁国是否具有连接点作为初级制裁和次级制裁的划分标准,是更为准确的做法。

针对具有次级制裁效果的初级制裁措施也属于《阻断办法》属事适用范围的观点,本文认为:第一,美国近年来的制裁实践中,确实出现了以交易使用美元和美国境内代理账户、境外主体的行为“致使”美国人违反初级制裁规则、境外主体协助美国人违反初级制裁规则等非传统连接点,将初级制裁效果扩展适用于第三国的做法,这给正常的国际经济关系带来了很大影响,遭到不少国家的反对,也对中国主体参与国际商业活动造成很大损害,从《阻断办法》的立法目的出发,将这些行为纳入可能的属事适用范围,并无不妥。第二,尽管有第一项认识,仍应首先从第2条的文义解释入手进行分析判断,如果具有次级制裁效果的初级制裁措施包括在《阻断办法》属事适用范围之内,就需要满足第2条文义的基本条件:该措施违反国际法和国际关系基本准则进行了域外适用;以及该措施影响中国实体与第三国(地区)及其实体的正常经贸及相关活动。由于具有次级制裁效果的初级制裁措施都满足了第二个条件,这里的核心问题就在于,这类措施是否以违反国际法的方式进行了域外适用。

① 有实务界人士认为,“《阻断办法》不适用于影响美国实体与中国实体之间,以及中国实体之间的正常经贸活动”,并不符合立法宗旨和目的。参见叶研:《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉分析与评述》,2021年1月10日, <https://mp.weixin.qq.com/s/bZGQldk1RQPhw3KblmqxPA>,最后访问时间:2021年2月11日。

② 汪灵罡:《剑指OFAC制裁,仍待提高完善——简评〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的创新和瑕疵》,2021年1月10日, https://mp.weixin.qq.com/s/_M9C55pJ0yFWtYvqkhTvbw,最后访问时间:2021年2月11日。

③ 叶研:《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉分析与评述》;蔡开明等:《中国出台〈阻断办法〉:利弊分析及应对建议》,2021年1月11日, https://mp.weixin.qq.com/s/2b-yux_1KmCcmMrYXVGfg,最后访问时间:2021年2月11日。

总体而言,措施是否违反国际法,需要以前述“荷花号案”的逻辑作为出发点。但时至今日,随着科学技术的发展,经济交往模式的不断升级,国际社会的结构较之“荷花号案”时已经发生深刻变化,^①越来越多的国家在面临单边主义和制裁威胁时都开始主张,国家在行使域外管辖权和进行域外适用时,需要有国际法上明确承认的管辖权作为基础,至少所涉的管辖事项必须与本国具有足够和实质的联系。^②考虑到国际法并非一个发展高度成熟的法律体系,在大量领域还存在空白,不少规则还不够明晰和精确,判断具有次级制裁效果的初级制裁措施是否违反国际法,需要根据措施的内容和表现形式进行个案分析,而不能一概而论。

1. 以交易使用美元和美国境内代理账户作为连接点将初级制裁扩展适用于第三国

这方面的典型例子是“合众国诉巴黎银行案”。^③在该案中,美国司法部指控巴黎银行及其在瑞士的分支机构违反了《国际经济紧急权力法》和《对敌贸易法》,为苏丹、伊朗、古巴的实体提供金融服务,包括开立信用证和美元账户、进行美元支付等。法国银行监管部门则认为,巴黎银行的行为符合法国和欧盟法律规则,也符合联合国的要求。但巴黎银行最终还是与美国司法部达成和解协议,和解金额高达89.7亿美元。

国际法并未明确禁止国家以货币作为连接点在本国境内实施管辖,而代理账户在美国境内,似乎也符合属地管辖的一般要求。在“合众国诉巴黎银行案”中,美国司法部正是以此为由主张管辖。但是,美元是当今绝大部分国际经济交易所使用的货币,从某种意义上说,美元与处理美元交易的金融系统一道,都属于现行国际经济交易的“公共产品”。如果接受国际交易使用美元,或者代理账户系美国银行,作为美国行使管辖权的连接点,美国就会对全球绝大部分国际贸易均有管辖权,这显然不尽合理,^④而且涉嫌侵害国际贸易交易中当事方的意思自治。在这些交易中,很多交易与美国其实并无足够和实质的联系。因此,可以认为这类措施涉嫌违反国际法。

2. 以境外主体的行为造成美国人违反初级制裁规则为由将初级制裁扩展至第三国

这种措施的实施是美国行使立法管辖权和执法管辖权的结果。从立法管辖权角度而言,美国一方面扩大“美国人”的含义,将美国人的范围从传统国籍连接点扩展到绿卡持有人、境内难民、美国公司所有和控制的外国公司等,^⑤另一方面直接在立法中将“非美国人”纳入管制对象。如,根据美国《国际经济紧急权力法》的规定,任何人违反、试图违反、共谋违反、或致使美国人违反制裁规范,将被视为非法行为,^⑥以及《制裁和反击美国敌人法》规定,“非美国

① 参见陈一峰:《国际法不禁止即为允许吗?——“荷花号”原则的当代国际法反思》,载《环球法律评论》2011年第3期,第135—138页。

② Mahmood Bagheri and Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi, “Globalization and Extraterritorial Application of Economic Regulation: Crisis in International Law and Balancing Interests”, (2016) 41 *European Journal of Law and Economics* 390, pp. 398–403; The American Law Institute, *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States*, Part IV, § § 403–407.

③ *United States v. BNP Paribas, S. A.*, (S. D. N. Y. 2014), <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf> (last visited 11 February 2011).

④ Susan Emmenegger, “Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International law”, (2016) 33 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 631, pp. 654–656.

⑤ 50 U. S. C. § 4801.

⑥ 50 U. S. C. § 1705 (a).

人”违反该法将同样面临《国际经济紧急权力法》项下的民事、刑事处罚。^①

这里的“任何人”包括“非美国人”，也即，“非美国人”在美国境外的行为造成了美国人违反国内初级制裁规则。从执法管辖权角度，美国会基于“非美国人”与美国人的违法行为存在因果关系行使管辖。^②这也构成美国司法部在“合众国诉巴黎银行案”中主张管辖的另一个理由，因为其认为，巴黎银行处理对伊朗、苏丹和古巴等受美国制裁实体的业务，需要通过其在美国境内的代理银行来完成，这造成美国境内代理银行违反初级制裁规则。^③

那么，这种具有次级制裁效果的初级制裁措施是否违反国际法规则？这也需要从立法管辖权和执法管辖权两个层面进行分析。国际法对国家立法管辖权限制较少，因而上述立法违反国际法的色彩并不明显，只是这种立法在实践中可能引发不同国家基于属人和属地管辖权之间的冲突。在执法管辖权层面，有学者指出，上述做法是对效果原则的滥用，涉嫌违反国际法规则，因为效果原则所指向的美国境外行为在行为地通常也是违法行为，而外国人在美国境外的行为在行为地并不一定违法（如巴黎银行的行为在法国就是不违法的），且美国境外行为造成“美国人”违反美国制裁规范，只是影响了初级制裁规则在美国境外的实施效果，而非对美国境内产生直接的影响效果。^④本文同意这一分析结论，但需要指出的是，这一结论仍然需要根据个案具体情况来分析，如果境外行为在行为地也属违法，制裁国行使执法管辖权的国际法违法性就可能被削弱。

3. 出口管制措施

在美国现行出口管制法律体系中，同样存在初级制裁具有传统意义上次级制裁效果的规则与实践。如，美国商务部工业与安全局（Bureau of Industry and Security，以下简称 BIS）于 2020 年 5 月 15 日修改《出口管理条例》通用禁令三和实体清单，限制华为获得那些用原产于美国的半导体制造设备（包括技术和软件直接产品）生产的芯片产品（即使这些产品是在美国之外制造的），即，如果外国主体知道上述受管制的物项将运至被列入实体清单的华为系企业，则必须获得许可证或适用许可证例外，否则不得再出口或转移这些在外国生产的物项。2020 年 8 月 17 日，BIS 再次对上述规则进行修订，只要外国生产的产品属于受管制物项，或生产过程中用到了受管制物项，且最终产品直接或间接提供给华为或者有华为“经手”，无论生产主体为谁，均需要事先申请许可。换言之，华为在芯片生产和开发领域遭到了全面限制，其与美国之外的第三国企业之间的交易遭受了严格限制。那么，这类出口管制措施是否属于《阻断办法》的属事适用范围？实务界对此存在不同看法，一种看法认为，出口管制不在《阻断办法》适用范围之内；^⑤一种看法则认为属于适用范围；^⑥还

① Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Public Law 115 - 44, § 228.

② 郭华春：《美国经济制裁执法管辖“非美国人”之批判分析》，载《上海财经大学学报》2021年第1期，第126页。

③ *United States v. BNP Paribas*, S. A., (S. D. N. Y. 2014), <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf>. (last visited 12 February 2021).

④ Susan Emmenegger, "Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International law", (2016) 33 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 631, pp. 656 - 657; 郭华春：《美国经济制裁执法管辖“非美国人”之批判分析》，第126—127页。

⑤ 汪灵罡：《剑指 OFAC 制裁，仍待提高完善——简评〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的创新和瑕疵》。

⑥ 蔡开明等：《中国出台〈阻断办法〉：利弊分析及应对建议》；徐珊珊、潘静怡：《从“再出口”管制与“次级制裁”出发，八问〈阻断办法〉》，2021年1月21日，<https://mp.weixin.qq.com/s/J0pgPhSFmlpYc5DwH6Wpw>；刘洋：《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉解读》，2021年1月12日，<https://mp.weixin.qq.com/s/sGoRVISSvjv8W4N3CP6U1A>，最后访问时间：2021年2月11日。

有一种看法则认为答案并不明确。^①

如前文所述，此时的关键仍然是判断此种做法是否违反国际法规则。美国出口管制法律体系中具有次级制裁效果的初级制裁措施也是通过行使立法和执法管辖权来运作。从立法管辖权角度来看，以《2018年出口管制综合改革法》和《出口管制条例》为代表的美国出口管制法律体系，一方面扩大了“美国人”的范围，另一方面也扩大了属物管辖权的范围，以管制物项的种类、用途、特性甚至技术和服务的最低含量等因素为标准，对管制物项进行精细化界定，^②并配合不同条件的出口许可证制度，对管制物项进行精确管控。^③从执法管辖角度而言，美国通过规制“再出口”^④、“视同出口”等行为，要求“非美国人”遵守美国的出口管制法律。

世界各主要出口大国普遍在出口管制法中设定了以管制物项为中心的管制制度，并赋予其域外效力，中国《出口管制法》也有类似规定。^⑤现行国际法并未禁止国家在此领域行使立法和执法管辖权，相反还在核扩散等领域要求国家对再出口进行管制。因此，上述具有次级制裁效果的出口管制措施并不违反国际法规则，不属于《阻断办法》的属事适用范围。

综上，从文义解释角度的分析表明，《阻断办法》第2条的属事适用范围包括次级制裁和某些具有次级制裁效果的初级制裁措施，如，以交易使用美元和境内代理账户作为连接点将初级制裁扩展适用于第三国的措施，以境外主体的行为造成境内主体违反初级制裁规则为由将初级制裁扩展至第三国的措施，但不包括出口管制措施。但是，哪些具有次级制裁效果的初级制裁措施属于适用范围，仍应该根据具体措施的内容和实施方式进行个案判断。

① 王峰、周昕、戴梦皓：《〈阻断办法〉若干问题跨境比较研究》，2021年1月15日，金杜律师事务所网站，<https://www.kwm.com/zh/cn/knowledge/insights/cross-border-comparative-study-20210115>；尹云霞等：《中国阻断法令出台：现实意义与待解问题》，2021年1月11日，<https://mp.weixin.qq.com/s/RF5wL3w6hpiH--uNblZaQ>，最后访问时间均为：2021年2月11日。

② 美国出口管制的物项主要包括：在美国境内的所有物项；所有原产于美国的物项，无论位于世界何地；外国制造的产品但使用了美国原产货物、软件或技术，并且价值达到一定数量比例；外国使用美国原产技术或软件生产的直接产品；在美国境外的外国设备生产的产品，前提是该外国设备或设备的主要部分是美国原产技术或软件的直接产品。参见葛晓峰：《美国两用物项出口管制法律制度分析》，载《国际经济合作》2018年第1期，第47页。

③ Export Administration Regulations, § § 734.3, 734.4, 742.4, 742.6, 746.1, 758.1.

④ 美国出口管制法中的“再出口”主要包括：将受《出口管理条例》管制的物项从某一外国实际运送或传输至另一外国；在美国境外向外国公民披露受《出口管理条例》管辖的技术或软件；在某国向该国的外国公民披露受《出口管理条例》管辖的技术或源代码。See Export Administration Regulations, § 734.

⑤ 《出口管制法》第2条规定，本法适用于两用物项、军品、核以及其他与维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务相关的货物、技术、服务等物项，以及与管制物项相关的技术资料等数据的出口管制。出口管制是指国家对从中国境内向境外转移管制物项，以及中国公民、法人和非法人组织向外国组织和个人提供管制物项，采取禁止或者限制性措施。第16条规定，管制物项的最终用户应当承诺，未经国家出口管制管理部门允许，不得擅自改变相关管制物项的最终用途或者向任何第三方转让。第18条规定，对列入管控名单的进口商和最终用户，国家出口管制管理部门可以采取禁止、限制有关管制物项交易，责令中止有关管制物项出口等必要的措施。出口经营者不得违反规定与列入管控名单的进口商、最终用户进行交易。第45条规定，管制物项的再出口，依照本法的有关规定执行。这些都属于具有域外效力的规则，有可能限制管制物项最终用户与第三方之间的经贸活动。根据《出口管制法》第20条和第36条，境外主体在明知出口经营者从事违法行为的情况下，会因为协助和帮助境内主体从事违反《出口管制法》的行为而承担法律责任。这与前述美国《国际经济紧急权力法》将境外主体的行为造成美国人违反初级制裁规则纳入管制范围的模式几无二致，但这种追责措施并不会限制被处罚的境外主体和第三方主体的交易，因而并不具有次级制裁的效果。

四 《阻断办法》的属事适用范围：整体解释的视角

通过上述分析不难看出，文义解释所得出的结论与《阻断办法》的立法意图存在差异，这集中体现为《阻断办法》适用范围是否涵盖具有次级制裁效果的初级制裁措施。如何认识这种差异？这涉及应该采取何种方式和路径对《阻断办法》进行解释的问题。

现行中国法并没有关于法律解释方法和路径的明确规定。学理角度的解释方法包括文义解释、体系解释、合宪性解释、法意解释（立法意图解释）、目的解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、比较法解释、社会解释等。^① 人民法院和行政机关在实践中也频繁运用各类解释方法进行法律解释。与中国国内法不同的是，现行国际法体系以成文法形式规定了作为国际法主要渊源的条约的解释方法。按照《维也纳条约法公约》（以下简称VCLT）第31条，条约解释方法主要包括通常含义解释、上下文解释、目的与宗旨解释和善意解释。该条规定同时也被认为是对条约解释习惯国际法规则的编纂。^② VCLT第32条则将缔约准备资料规定为条约解释的补充方法。尽管上述方法只是条约的解释方法，但也能解释联合国安理会决议等其他类型的国际法渊源提供指导。^③ VCLT第31条规定的这些解释方法之间并没有严格的适用先后顺序，^④ 但只有在运用这些方法仍然无法得出结论、得出结论显然荒谬以及为确认这些方法的解释结论的情况下，才可以诉诸VCLT第32条规定的补充解释方法。无论是中国国内法体系还是国际法体系，都在强调文义解释的同时，越来越强调多种解释方法彼此印证和综合运用，遵循整体解释的解释路径，^⑤ 避免不同解释方法得出不同甚至相矛盾的解释结论。

有鉴于此，本文认为，应该综合运用各种解释方法，对《阻断办法》属事适用范围作出解释分析，对采用法意解释（立法意图解释）和文义解释所得出的不同结论进行协调。

首先是目的解释。按照商务部的介绍，《阻断办法》的制定和公布，主要是为了保护中国公民、法人或者其他组织的合法权益，并承诺将会同有关部门在《阻断办法》实施中，维护正常的经贸秩序，保障各类市场主体的合法权益，持续打造市场化法治化国际化的营商环境。^⑥ 可见，《阻断办法》的立法目的，一方面为中国公民、法人或其他组织在国际经济交往中所遭受的不公平待遇提供救济，另一方面，这种救济也不能损害正常的国际国内整体营商环境。其他国家采取的某些具有次级制裁效果的初级制裁措施，不仅涉嫌违反国际法规则，也对中国主体参与国际经济交往

① 参见梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第214—242页。

② 但《维也纳条约法公约》只是对部分条约解释习惯国际法规则的成文化编纂，还有一些条约解释方法，如有效解释、明示其一即排除其他等，并没有被编纂为成文法，而是继续以习惯国际法形式发挥作用。参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法（第一卷第二分册）》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社1998年版，第666—668页。

③ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory opinion of 22 July 2010, I. C. J. Reports 2010, p. 403, para. 94.

④ 但实践中，有些国际争端解决机构会在条约解释过程中赋予文义解释和上下文解释更高的权重。WTO争端解决机构专家组和上诉机构的条约解释实践是这方面的典型例证。参见韩立余：《世界贸易组织法》（第三版），中国人民大学出版社2014年版，第16页。

⑤ *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, WT/DS 431/ 432/ 433/AB/R (7 August 2014), para. 6.1.d.

⑥ 《商务部条约法律司负责人就〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉答记者问》。

造成了损失，对这类措施进行阻断，有利于促使相关国家纠正不法措施，也有利于弥补中国主体所遭受的损害，确保它们对国际经济秩序的信心，自然也有利于国内营商环境的进一步优化。进一步看，将一些具有次级制裁效果的初级制裁措施纳入《阻断办法》第2条的范围，也有利于工作机制全面了解和掌握实践中的各类情形，为其更好地履行《阻断办法》要求的职能奠定基础。

其次是体系解释和有效解释。《阻断办法》第5条规定，中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，应当在30日内向国务院商务主管部门如实报告。第6条规定了评估不当域外适用的四个因素。第7条则规定，如果确认存在不当域外适用情形，工作机制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（以下简称禁令）。这表明，中国公民、法人或其他组织将符合第2条规定的情形进行报告后，这些情形并不必然会被工作机制认定为不当域外适用，否则就不需要工作机制进行评估，第6条的规定也就没有实际意义。而且正如前文所述，是否违反国际法规则，往往需要根据个案情况判断，这与第6条设定的个案判断机制也是完全吻合的。进一步看，即使工作机制认定存在不当域外适用情形，也不必然导致商务部发布禁令，因为第7条的措辞是“可以”而非“应当”。

因此，本文认为，从文义角度，《阻断办法》第2条的属事适用范围主要指的是次级制裁，学理上也可以包括某些具有次级制裁效果的初级制裁措施。但需要指出的是，不能把《阻断办法》第2条所规定的属事适用范围等同于《阻断办法》的阻断对象，前者的外延大于后者，在后续实践中，被实际阻断的完全可能仅限于次级制裁措施。从这个意义上说，立法者对于第2条的立法意图和第2条的文义实现了协调一致和有机统一。当然，作为行政规章的制定者，商务部享有解释《阻断办法》的权力，有权对第2条的含义作出权威性的解释和澄清。^①

结 论

《阻断办法》的制定，是维护中国公民、法人和其他组织参与国际经济活动正当权益的必要举措，是中国法域外适用法律体系建设和探索国内新型治理机制的重要实践，也是中国利用国内法影响国际规则制定的积极尝试，起到了填补国内立法空白的的作用。从这个意义上说，《阻断办法》是一部开拓性质的立法，其重要性不言而喻。

不同于世界上大多数国家国内阻断法的立法体例，《阻断办法》采用了概括式的立法体例，并没有以列举的方式明确阻断的外国法律与措施，这种立法体例直接决定了《阻断办法》的后续实施机制，即，需要通过个案判断的方式对是否进行阻断作出决定。相比于同为概括式立法例的英国《1980年保护贸易利益法》，《阻断办法》第5条、第6条和第7条的制度设计在一定程度上明确了个案判断的机制，这也体现了《阻断办法》立法设计的科学性。

制定《阻断办法》并无国内立法先例可循。《阻断办法》采用了概括式立法体例，摒弃了在立法中写明次级制裁的思路，这些都对立法技术提出了很高的要求，也给相关主体准确理解概括式立法措辞的含义带来了很大挑战。准确理解《阻断办法》第2条关于属事适用范围的规定，

^① 《规章制定程序条例》第33条规定：规章解释权属于规章制定机关。规章有下列情形之一的，由制定机关解释：（一）规章的规定需要进一步明确具体含义的；（二）规章制定后出现新的情况，需要明确适用规章依据的。

是理解后续报告义务和具体阻断措施含义的基础。立法者意图在于阻断次级制裁，但第2条的文字含义似乎不仅包括了次级制裁，还包括了具有次级制裁效果的初级制裁，这似乎出现了立法意图与文字含义之间的“断裂”。不过，这两者之间并不存在不可调和的紧张关系，而是可以通过区分属事适用范围和实际阻断对象，采用整体解释方法对此进行协调，这不仅符合《阻断办法》的文义和立法目的，也减少了后续实践的不确定性。对于企业等相关主体而言，完全不必陷入不知所措和被动的境地，而是应该积极主动就所遭受的次级制裁措施履行报告义务；如果相关主体无法判断相关措施是否具有次级制裁效果，则需要与主管部门积极进行沟通。这一互动过程，不仅有利于解决企业自身关切，保护企业利益，而且有利于主管部门全面掌握实践情况和积累经验，为主管部门就是否发布禁令做出决定，提供足够的决策信息和资料，从而最大程度地实现《阻断办法》的效用，以及市场主体与监管部门的良性互动。

On the Subject Matter of Chinese Blocking Rules

Liao Shiping

Abstract: *The Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures*, the purpose of which is to make compensation for the losses, arising out of unjustified extraterritorial application of domestic law other than China, of Chinese entities in international business transaction, is a vital component of the Chinese legal system on extraterritoriality. Article 2 of the Rules, as the basis for the understanding of the other texts, is a subject matter clause. People share different views on the connotation of this clause. Textual interpretation, leads to the conclusion that the secondary sanction and the primary sanction with the equivalent effect of secondary sanction are both fallen into the subject matter of the article 2, which seems to be more or less contradictory with that from the perspective of intentional interpretation. However, the gap can be filled when introducing the objective and purpose approach and the holistic interpretation.

Keywords: The Blocking Statute, the Subject Matter, Extraterritorial Application, Secondary Sanction, Primary Sanction, Violation of International Law

(责任编辑:谭观福)