

## 论阻断法的实施机制及其中国实践

丁汉韬

**内容提要:** 阻断法包含公共执行和私法救济两种基本实施机制。在两种机制的相互作用下,阻断法通过否定外国法律在本国的效力、规制私主体遵守外国法律的行为、影响美国法院司法礼让和在外交协调中提供法律立场四种路径实现对外国法律不当域外适用的阻断。我国《阻断办法》和《反外国制裁法》在借鉴国际立法经验的基础上初步构建起具有中国特色的阻断法体系。但从实施层面看,我国阻断法仍存在自由裁量权限宽泛、适用范围模糊、关键概念界定不明以及和现有国内民事法律体系衔接不畅等不足之处。为实现对外国法律不当域外适用的有效阻断和当事人合法权益的充分救济,我国应在更高层次制定专门的阻断法并填补法律适用上的漏洞。

**关键词:** 阻断法 域外适用 经济制裁 企业合规

丁汉韬,中南财经政法大学讲师。

近年来,随着中美贸易摩擦不断升级,美国的司法“长臂”开始频繁伸入中国的主权范围。围绕如何因应美国域外管辖这一重大现实问题,我国学界已作出了较为全面的理论分析和对策研究,<sup>[1]</sup>多数学者认可制定阻断法是我国可以采取的方案之一。<sup>[2]</sup>在此背景下,商务部于2021年1月公布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(下称“《阻断办法》”)。该办法在借鉴域外阻断立法经验的基础上,对外国法律与措施的不当域外适用造成我国利益损害的行为进行了全面规制,是对当前我国所处全球形势的一次及时回应。2021年6月通过的《反外国制裁法》将阻断外国歧视性限制措施在本国的效力作为重要反制手段之一,在更高立法层级构建起我国的阻断法规则。

[1] 参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践与中国因应》,《国际法研究》2019年第3期,第3页;肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019年第6期,第39页;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年第6期,第31页。

[2] 参见叶研:《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》,《太平洋学报》2020年第3期,第50页;龚柏华:《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》,《经贸法律评论》2019年第6期,第1页;张建雨:《阻却性立法问题研究——欧盟经验及其启示》,《贵州社会科学》2020年第4期,第94页;乔雄兵:《民商事域外取证中的障碍立法探析》,《云南大学学报(法学版)》2010年第4期,第98页等。

《阻断办法》和《反外国制裁法》的制定标志着我国迈出了阻断外国法不当域外适用的第一步,但其后续实施效果仍有待观察。基于对其他国家阻断法过往执行情况的观察,已有部分学者认为我国阻断法的实施前景并不乐观。<sup>[3]</sup> 需要承认的是,阻断法并非遏制域外管辖的灵丹妙药,且在当前国际秩序和国际法体系下,一国想要从国内法层面完全遏制他国法律域外管辖本就不具现实可能性。通过国内立法降低外国法律域外适用对我国的负面影响、表明我国对不当域外管辖的法律立场并为本国公民和企业提供在国际商贸环境中维护合法权益的“法律工具箱”,是更为现实的立法追求。从这一角度看,包含多种实施机制和阻断效果的《阻断办法》和《反外国制裁法》第12条仍会是我国应对他国域外管辖的关键一环,其具体实施也因此具有重要意义。有鉴于此,本文从阻断法的实施机制入手,重点分析归纳理论上阻断法实现阻断效果的可能路径及其适用条件,并以此为基础对我国现行阻断法的实施和完善提出建议。

## 一 阻断法的两种基本实施机制

阻断法的直接目的是阻断外国法律在本国的不当域外适用。但外国法律域外管辖的实践在形式和方法上的复杂性,导致一国在制定阻断法时需要依赖多种不同路径来进行有效回应。在阻断法的发展过程中,公法机制和私法机制相继出现并融合为一个完整的阻断法体系。

### (一) 阻断法的公共执行机制

阻断法肇始于20世纪50年代的加拿大。<sup>[4]</sup> 为应对美国法院在反垄断案件中作出的域外证据开示命令,加拿大安大略省和魁北克省制定了《商业记录法》(*Business Concerns Records Act*)以阻止加拿大公民向美国法院提交涉及本国利益的相关信息,其通过禁止本国公民遵守外国法律或措施,阻断美国法院命令在本国境内的效力。此后,这一立法模式被英、法、澳、日、韩、墨西哥、菲律宾等国相继吸收,并形成了以政府部门为主导的公共执行机制。这种通过国家公权力机关设置本国人遵守外国法律的限制并对违法私主体进行处罚的执法方式,是阻断法最典型的实施机制。

在公共执行机制下,阻断法的实施主要围绕对本国私主体遵守外国法律的行为进行处罚展开。例如法国《68-678号法令》(*Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*)规定,任何法国公民、居住在法国的自然人、在法国有注册地的法人及其管理人员不得向外国司法或行政机关提供有损法国主权、安全根本经济利益或公共秩序的经济、贸易、工业、金融、科技相关文件或信息。遵守美国法院证据开示命令向美国法院提供上述信息将被视为刑事犯罪,违法者将

[3] 参见杜涛、周美华:《应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从〈阻断办法〉到〈反外国制裁法〉》,《武大国际法评论》2021年第4期,第1页。

[4] See Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Kluwer Law International, 2002, p. 805.

受到最高 18000 欧元的罚款并可能被判处 6 个月的监禁。在法国的克里斯托弗案中,法国最高法院认为一名法国律师向法国保险公司的管理人员进行取证、并准备将其用于美国司法程序的做法构成对阻断法的违反。<sup>[5]</sup> 欧盟《阻断条例》[ *Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 Protecting against the Effects of the Extra-territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom* ]、墨西哥《保护贸易免受违反国际法外国规则影响法》( *Law to Protect Trade and Investment from Foreign Laws that Contravene International Law* ) 等都沿用了这一阻断机制。

和传统的违法处罚相比,部分普通法系国家采取了更为精确的“禁令 + 处罚”模式。例如,加拿大《外国域外措施法》( *Foreign Extraterritorial Measures Act* ) 授权总检察长作出两类禁令:禁止遵守外国法院证据开示的禁令(第 3 条);禁止遵守外国法院所作措施的禁令(第 5 条)。任何违反禁令的当事人将被提起公诉,法人将面临最高 150 万加元的罚款,自然人则可能面临最高 15 万加元的处罚和五年以下监禁(第 7 条)。在 1992 年和 2014 年,加拿大总检察长分别作出了两份禁令,认定美国《1993 财政年度国防授权法》( *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993* )、《古巴资产控制条例》( *Cuban Assets Control Regulations* ) 和《美国法典》第 313、410 条的“只买美国货”( *buy America* ) 条款侵犯了加拿大国际贸易利益,要求加拿大境内主体不得遵守这些外国措施。<sup>[6]</sup>

## (二) 阻断法的私法救济机制

在美国法律域外适用的实践中,一个普遍的做法是允许当事人在法院提起私人诉讼,并主张三倍赔偿。<sup>[7]</sup> 美国法官据此作出的惩罚性赔偿判决给外国当事人造成了巨大的经济负担。为遏制美国法律的这种不当域外适用,英国在 1980 年的《贸易利益保护法》( *Protection of Trading Interests Act 1980* ) 中开始引入私人追回( *claw-back* ) 机制。<sup>[8]</sup> 在私法救济机制下,阻断法的实施是通过授权私主体在国内法院向从外国法院判决中获益的另一方当事人提起民事诉讼来进行的。例如英国《贸易利益保护法》第 6(2) 条规定,适格的被告有权向在外国法院获得多倍赔偿的当事人就超出补偿部分的金额主张损害赔偿。又如日本《保护公司免受美国〈1916 年法〉利润返还义务的特别措施法》( *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* ) 规定,受益于外国法院基于 1916 年美国《反倾销法》( *Anti-Dumping Act of 1916* ) 的最终裁决并给日本公司造成损失的受益人必须将所得利润连息返还。日本公司可以根据此条提起民事诉讼。为保证追回规则能够在民事程序中得以实现,部分国家的阻断法还会对私人追偿的程序问题进行规定,通常包括限定私法救济机制的适用范围,<sup>[9]</sup> 为私法救

[ 5 ] See French Supreme Court, Criminal Section, December 12, 2007, n°07 - 83. 228.

[ 6 ] See Foreign Extraterritorial Measures ( United States ) Order, 1992 SOR/92 - 584; Certain Foreign Extraterritorial Measures ( United States ) Order, 2014 SOR/2015 - 12.

[ 7 ] 例如美国《赫尔姆斯 - 伯顿法》允许原告在特定情形下可以向被告主张三倍赔偿。See 22 U. S. C. § 6082 ( a ) ( 3 ) ( B ) - ( C ).

[ 8 ] See Joseph E. Neuhaus, Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law, 81 *Columbia Law Review* 1097, 1099 ( 1981 ).

[ 9 ] 如澳大利亚《外国程序(过度管辖)法》[ *Foreign Proceedings ( Excess of Jurisdiction ) ACT* ] 第 11 条规定将澳大利亚主体对外国判决提起民事追偿的权利限于反垄断诉讼。

济机制的制定专门管辖权规则、<sup>[10]</sup> 私法救济的损害赔偿方式等。<sup>[11]</sup>

1996年欧盟《阻断条例》第6条进一步充实了阻断法的私法救济机制。该条不仅授权欧盟主体对外国法院不当判决的受益人提出赔偿,还允许私主体向遵守不当域外适用的外国法律并对其造成损害的当事人提出损害赔偿。这一救济机制明显拓宽了当事人依据《阻断条例》寻求法律救济的空间。近年来,意大利、德国、荷兰等多国当事人根据该条在欧盟成员国的国内法院提出民事诉讼。<sup>[12]</sup> 例如,伊朗梅里银行在德国汉堡地方法院对德国电信公司提起民事诉讼,主张德国电信公司终止合同的行为构成对美国经济制裁法律的遵守,要求法院发布禁令禁止其终止合同的行为。<sup>[13]</sup>

总体上看,阻断法的公共执行机制和私法救济机制在立法设计上各有偏重。公共执行机制强调对本国私主体遵守外国法律的行为规制,通过处罚私主体来限制外国法律在本国产生效力,但其无法对本国私主体的经济损失进行充分补偿;私法救济机制侧重引导当事人利用本国已有司法程序主张救济,对弥补当事人经济损失尤为重要,但在实践中可能因执行困难而无法广泛运用。因此,阻断法的实施需要两种机制的相互配合。上述国际经验也表明,阻断法已经发展成为公、私两种阻断机制相互融合的立体阻断体系。

## 二 阻断法阻断效果的实现路径

在公私两种实施机制的相互配合下,阻断法阻断效果的实现存在多条路径,其对阻断法的制定和实施提出了特定要求,以下分述之。

### (一) 否定外国法律在本国的效力

一国对外国法律和措施域外效力的最直接阻断就是否定其在本国的法律效力。阻断法显然具备这样的阻断效果,各国阻断法大多都在立法中明确拒绝承认特定外国法律、措施以及相关判决在本国的法律效力。但考虑到阻断法捍卫本国主权利益、保护私主体合法权益、维护国际商贸秩序的通常立法目的,阻断法仅否定外国法律在本国的法律效力是不够的。多数情况下,即使在他国境内缺乏法律效力,美国法律仍能对他国主权、公民和国际贸易秩序造成负面影响。例如,美国法院在本国司法程序中作出的域外证据开示命令一般不会获得所在国的承认,但其依然能够以披露域外证据的方式损害他国司法主权和当事人权益。因此,否定外国法律的本国效力,实际阻断效果有限。

### (二) 规制私主体的“遵守外国法”行为

美国法律的域外效力多数情况下不是体现为在他国直接进行执法,而是通过美国强

[10] 如日本《保护公司免受美国〈1916年法〉利润返还义务的特别措施法》第5条规定原告住所地法院享有对此类诉讼的管辖权。

[11] 如加拿大《外国域外措施法》第9条规定,法院在执行此类判决时可以命令没收和变卖任何根据加拿大法律设立公司的股份。

[12] See Vanessa Wilkinson, Vivien Davies, US Secondary Sanctions and Navigating the EU Blocking Regulation, <https://www.fieldfisher.com/en/insights/us-secondary-sanctions-and-navigating-the-eu-block>, 最近访问时间 [2021-11-30]。

[13] Vgl. LG Hamburg, Urteil vom 15.10.2018, 318 O 330/18.

大的市场、科技、金融地位来迫使域外私主体在美国境外“自愿服从”。有美国学者这样描述这一现象:美国的经济领先地位意味着如果其想胁迫一个贸易伙伴进行某种行为,就可以用施加出口禁令或条件的方式实现。<sup>[14]</sup> 在阻断法运用最为频繁的几个领域,外国企业被迫在域外“自愿服从”美国法律的情形尤为明显。以经济制裁领域为例,为避免违反美国法律,部分拥有美国业务的企业可能对自己的全球经营活动进行美国法层面的主动合规。2019 年美国财政部海外资产控制办公室发布了《OFAC 合规承诺框架》,对企业遵守美国制裁法律体系提供系统建议。<sup>[15]</sup> 尽管这一框架并无法律约束力,但仍被企业视为完善自身业务的重要指南。<sup>[16]</sup> 同时,部分企业在可能在涉及美国经济制裁的商业合同中列入“制裁条款”,将遵守美国法律从法律义务转为合同义务。<sup>[17]</sup>

因此,规制私主体的“自愿服从”行为、防止其在本国境内因遵守外国法律而损害本国利益,是更主动的阻断方式。为实现这一效果,各国阻断法的公共执法机制均围绕惩罚本国公民及企业遵守外国法的行为展开。但在此须注意的是,阻断法对私主体的事先威慑要比事后惩罚更重要,因其根本目的不在于制裁违法的本国企业。当企业在权衡利弊并决定遵守外国法律后,阻断法已不可能实现其阻断效果。此时,对本国企业继续处以高额罚款只会进一步扩大本国企业的损失。阻断法对私主体的有效威慑取决于一个基本的经济人假设,即私主体在面对违反阻断法还是违反美国法的选择时,“两害相权取其轻”。为实现这一假设,阻断法的制定和实施必须具备特定条件。

首先,阻断法的违法处罚标准必须维持在较高水平。“两害相权”最直接的体现就是当事人对违反阻断法和违反美国法的后果进行比较。美国司法和行政机关通常会对拒绝遵守美国法律的域外当事人处以高额罚金甚至人身监禁。以美国《国际紧急经济权力法》(*International Emergency Economic Powers Act*)为例,外国当事人在境外的商业活动违反该法时,法人可能面临 25 万美元的罚款外加相关经济活动两倍金额的处罚,而企业的管理人员更可能面临最高 20 年的监禁。<sup>[18]</sup> 实践中许多企业和美国政府达成和解协议以减轻处罚,但和解的费用通常仍能达到上千万。在 2019 年,美国政府总共在 26 起违反《国际紧急经济权力法》的案件中作出了总额达 12.89 亿美元的处罚。<sup>[19]</sup> 因此,如果阻断法的惩罚标准较轻,私主体可能会选择继续遵守美国法律从而避开更为严厉的处罚。

其次,违反阻断法的后果必须可预期。如果当事人无法评估违反阻断法的实际损害,则其更理性的选择是遵守美国法律以避免已知的高额处罚。实际上,大多数国家的阻断法都提供了明确的惩罚标准来对私主体形成威慑。例如瑞典法律规定,违反欧盟《阻断

[14] See Gregory W. Bowman, A Prescription for Curing U. S. Export Controls, 67 *Marquette Law Review* 599, 626 (2014).

[15] See A Framework for OFAC Compliance Commitments, [https://home.treasury.gov/system/files/126/framework\\_ofac\\_cc.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/framework_ofac_cc.pdf), 最近访问时间[2021-11-30]。

[16] 参见罗颖、陈忠:《美国经济制裁背景下的国际工程承包企业制裁合规体系建设》,《国际工程与劳务》2020 年第 8 期,第 33 页。

[17] 参见朱玥:《美国制裁伊朗对国际货物贸易的影响及应对——以美国对伊制裁法案和案例为视角》,《国际经济法》2020 年第 4 期,第 59 页。

[18] See 50 U. S. C. § 1705 (b) (c).

[19] 资料来源: Civil Penalties and Enforcement Information, <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Pages/2019.aspx>, 最近访问时间[2021-08-30]。

条例》第2条和第5条可能面临无上限的刑事罚款或六个月以下监禁；<sup>[20]</sup>比利时在执行欧盟《阻断条例》时明确规定可以对违法者处以营业额10%外加最高500万欧元的行政罚款；<sup>[21]</sup>西班牙对违反欧盟《阻断条例》的个人或企业最高可处以1亿比索的罚款；<sup>[22]</sup>法国《68-678号法令》则规定对个人违法者处以1万8000欧元以下的罚款或六个月以下监禁；加拿大《外国域外措施法》第7条规定，当事人如果违反本国机构的禁令，那么法人将遭到最高150万加元的罚款，而自然人则可能面临5年以下的监禁。

最后，阻断法的程序必须可以顺利执行。尽管在大多数情况下阻断法并不会被真正执行，但阻断法仍应提供可以被实际执行的程序。过于原则性的规定显然不利于对私主体形成有效威慑。

### （三）影响美国法院的礼让分析

阻断法实现阻断效果的另一路径是通过影响美国法院的礼让分析，迫使美国法院主动放弃域外适用法律。在美国法律体系中，法院在行使域外管辖权时通常会考虑国际礼让因素。法院在个案中如果认定外国法律包含充分的国家利益，而美国法律又不存在较强利益，会考虑基于国际礼让原则或外国主权豁免原则而放弃适用本国法。<sup>[23]</sup>此时，美国法律的域外适用事实上被阻断了。

#### 1. 域外证据开示的阻断

域外证据开示是阻断法阻断效果体现最为明显的领域。在1987年Aerospatiale案中，美国联邦最高法院开始表现出对外国阻断法的考量。该案中，美国籍原告要求法国籍被告出示其位于法国的文件，被告则提出本国的阻断法禁止其向原告提交相关文件和信息。<sup>[24]</sup>史蒂文斯大法官（John Paul Stevens）在判决中指出，美国法院在诉前程序中应特别注意保护外国当事人免受不必要的沉重开示负担，并考虑国际礼让。此后，许多美国下级法院基于此案观点发展出一些具体的标准，其中国家利益比较和当事人的困难处境（Hardship）是和阻断法适用相关的两个重要考量因素。<sup>[25]</sup>

在蒂凡尼诉安德鲁案中，当事人要求中国银行和中国工商银行披露被告的金融账户信息，而两家银行则以我国《商业银行法》第6条、第73条和《人民币单位存款管理办法》第24条、第28条要求金融机构应对存款单位的存款保密作为抗辩，主张中国与银行保密相关的法律具有重大的国家利益，如果违反该法将会面临严厉惩罚。<sup>[26]</sup>最终法官认定，本案中中国法律所蕴含的利益要比美国法律所代表的利益更加重要，并且潜在的违法处罚将使中国的银行陷入困难处境，在综合考虑各项因素后驳回了原告的域外开示请求。

[20] Lag (1997:825) om EG:s förordning om skydd mot extraterritoriell lagstiftning som antas av ett tredje land.

[21] Title VII of the Belgian omnibus law of 2 May 2019 (Numac: 2019012449).

[22] Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento (CE) número.

[23] See M. J. Hoda, The Aérospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It, 106 *California Law Review* 231 (2018).

[24] See Societe Nationale v. District Court, 482 U. S. 522, 524-247 (1987).

[25] See M. J. Hoda, The Aérospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do About It, 106 *California Law Review* 231, 242 (2018).

[26] See Tiffany (NJ) LLC v. Qi Andrew, 276 F. R. D. 143, 159 (2011).

包括瑞士、德国等国的当事人都曾经通过本国阻断法免于遵守美国的域外开示命令。<sup>[27]</sup>

## 2. 反垄断法域外适用的阻断

外国阻断法可能影响美国法院礼让判决的另一个领域是反垄断法。美国联邦最高法院曾经在著名 Hartford 案中阐述了其关于国际礼让和美国反垄断法域外适用之间的关系。在该案中,作为被告的英国保险公司提出,其行为虽然违反美国法律,但在英国法律下完全合法,因此不应承担违反美国《反垄断法》(Sherman Act)的法律责任。美国最高法院的多数意见认为,只有在当事人违反美国法律的行为是外国法律强制要求进行的、且当事人不可能同时遵守两国法律的情况下,美国法院才会出于礼让放弃域外适用美国法。<sup>[28]</sup> 美国司法部在其《反垄断国际合作与执行指南》中进一步阐明:外国政府或法律强制要求企业进行某些反竞争行为,并且一旦违反将遭到处罚时,相关行为不应被视为违法。<sup>[29]</sup> 在部分案件中,美国法院已经基于外国强制性法律的存在而放弃域外适用美国反垄断法。<sup>[30]</sup> 在涉及中国企业的维他命 C 案中,当事人双方围绕中国企业遵守我国出口预核签章制度采取固定价格是否违反美国反垄断法,进行了长达 17 年的诉讼。美国联邦第二巡回法院最终认可中国企业遵守中国强制性法律的行为不违反美国反垄断法。<sup>[31]</sup>

## 3. 经济制裁的阻断

与域外开示领域和反垄断领域的积极礼让态度相比,美国法院在经济制裁案件中对外国阻断法持保守态度。在布罗迪案中,三家企业因为通过中间商在古巴进行离子交换树脂销售,而被美国以违反《敌国贸易法》(Trading with the Enemy Act)和《古巴资产控制条例》为由提起诉讼。该案中当事人围绕阻断法提出了两项抗辩:其一,三家企业分别来自加拿大、英国,而该两国和欧盟均制定了阻断法,这些法律要求其不得遵守美国经济制裁法律;其二,美国应当基于国际礼让而放弃管辖权。但这两项抗辩理由均未能获得美国法院的支持。<sup>[32]</sup> 法官在该案中对运用国际礼让的谨慎主要来自两方面考虑:一是,从未有将外国主权强制适用于刑事处罚的先例;二是,欧盟《阻断条例》等阻断法没有强迫当事人和古巴交易,当事人也没有遭到起诉的现实危险。该案的判决也在随后的案件中被援引。<sup>[33]</sup> 在另一起有关美国经济制裁法和古巴阻断法冲突的案件中,法官也认可了美国经济制裁法律的优先地位,其指出美国的经济制裁法是基于美国《宪法》的国际贸易条款而制定的,古巴的阻断法损害了佛罗里达州管理跨国贸易的宪法权力。<sup>[34]</sup>

不过在少数案件中,美国法院还是会避免使外国当事人陷入阻断法和经济制裁法之

[27] See *S. E. C. v. Stanford Int'l Bank, Ltd.*, 776 F. Supp. 2d 323 (N. D. Tex. 2011); *In re Baycol Prods. Litig.*, MDL No. 1431 (MJD/JGL), 2003 WL 22023449.

[28] See *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U. S. 764, 799 (1993).

[29] 此外还有两个限制条件:该行为必须完全发生在本国境内;所作的命令必须是政府行为。资料来源: <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>, 最近访问时间[2021-08-30]。

[30] Martyniszyn, A Comparative Look on Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation, 8 *Competition Law Review* 143, 145 (2012).

[31] See *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 13-4791 (2d Cir. 2021).

[32] See *U. S. v. Brodie*, 174 F. Supp. 2d 294 (2001).

[33] See *Brodie v. Morgan*, Lewis & Bockius LLP, 2005 WL 167460.

[34] See *Odebrecht Const., Inc. v. Prasad*, 876 F. Supp. 2d 1305 (2012).

间的两难境地。在 2020 年 Marti 案中,美国原告依据《赫尔姆斯-伯顿法》(*Helms-Burton Act*)第三章的规定向西班牙籍被告提起民事诉讼,被告则向美国法院提出动议要求中止本案程序,因为该公司已经依据欧盟《阻断条例》要求向欧盟委员会提交了报告,而委员会尚未对该报告作出回应。<sup>[35]</sup> 法院批准了被告的动议,其理由是:第一,欧盟委员会正在对当事人能否参与美国诉讼进行反复讨论,这表明了该法具有重要的利益,应对其进行礼让;第二,如果被告违反欧盟《阻断条例》在美国进行诉讼可能面临西班牙政府高达 60 万欧元的罚金,这对当事人并不公平;第三,欧盟正在积极讨论并持续向被告提供讨论进度,因此中止程序并不会无休止地持续下去。美国法院上述做法实际上影响了不少国家的立法策略,这些国家尝试通过本国阻断性立法来为美国法院的司法礼让分析提供依据。例如法国国会曾经在阻断法制定过程中明确提出:阻断法的制定是希望提供给法国公民“一个拒绝提供信息文件的司法武器,这个武器将会至少为他们赢得可能的时间”。<sup>[36]</sup>

#### (四)提供外交协调中的法律立场

从实际效果上看,阻断法实现阻断效果的另一种方式是和美国的外交协调提供法律立场。正如英国议会在审议《贸易利益保护法》时所说,这部法律是一个“象征”“外交旗帜”和“英国对国际法的声明”。<sup>[37]</sup> 不过需要注意的是,最终通过外交协调和美国达成一致的国家大多是和美国有着长期政治、经济合作关系的西方国家。

在 1984 年,因美国反垄断法域外适用而制定阻断法的加拿大和美国达成了备忘录,<sup>[38]</sup> 要求缔约双方在意识到相关的调查涉及他国国家利益时必须通知对方,并可以请求展开双边协商。1995 年,两国正式达成了《反垄断执行和司法互助协议》(*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition and Deceptive Marketing Practices Law*),其第 6 条建立了一个以国际利益评估为基础的法律冲突消除机制。双方在作出影响对方重要利益的域外执行措施时,必须从合理性、可预见性等多个角度进行评估。如果域外行为影响他国重要利益,受影响国家可提请注意。这一协议实质上已经默认了双方域外管辖的合法性。

欧盟《阻断条例》在颁布后不久,在法国道达尔公司案和荷兰皇家壳牌石油公司案中,欧盟成功迫使美国政府免除制裁。但该两起案件并非通过公共执法机制实现阻断效果,对最终结果产生了巨大影响的是欧盟和各成员国政府反复提出的抗议。1997 年后,欧盟和美国开始改变对抗态度,转而寻求法律上的协调。二者相继签署了关于《赫尔姆斯-伯顿法》和《伊朗-利比亚制裁法》(*Iran and Libya Sanctions Act*)的谅解备忘录。在奥巴马政府时期,欧盟已经开始在制裁伊朗的经济活动中和美国政府寻求配合与合作。<sup>[39]</sup>

[35] See *Marti v. Iberostar Hoteles y Apartamentos S. L.* 2020 WL 5573265.

[36] See Report No. 1814, Nat'l Assembly Comm. on Prod. & Exchs., 1979-1980, 2d Sess., at 61, 63-64 (June 19, 1980) (Fr.).

[37] See Joseph E. Neuhaus, *Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law*, 81 *Columbia Law Review* 1097, 1112 (1981).

[38] See Memorandum of Understanding as to Notification, Consultation and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws Treaties and Agreements; Canada-United States (1984).

[39] 参见杜涛著:《国际经济制裁法律问题研究》,法律出版社 2015 年版,第 176 页。



### 三 我国阻断法实施面临的挑战及其完善

随着《阻断办法》和《反外国制裁法》的相继出台,我国阻断法的规则建构已初步完成。《阻断办法》提供了公共执法和私法救济相互融合的阻断法实施机制。公共执法机制围绕“当事人报告—工作机制评估—主管部门发布禁令—当事人申请豁免”的程序展开(第 5-8 条)。私法救济机制则主要通过民事诉讼程序实现,其中包含两种具体的救济方式:对当事人的违法行为提出民事赔偿和对外国判决造成的损失提出追偿(第 9 条)。此外,为保障公私两种阻断机制的实施,《阻断办法》也规定了为中国公民、法人或者其他组织提供指导和服务、对遭受重大损失的中国公民及法人提供必要支持、政府采取反制措施等配套制度(第 10-12 条)。《反外国制裁法》则将阻断外国法律作为应对他国非法单边制裁的重要反制措施。该法第 12 条禁止组织和个人执行或协助执行外国歧视性限制措施,并赋予我国公民寻求司法救济的权利,在更高的立法层级确立了阻断法的公法机制和私法机制。不过,在制度的具体运行层面,以《反外国制裁法》和《阻断办法》为主体的中国阻断法能否实现对外国法律不当域外适用的有效阻断,取决于执法部门和司法机构对几个关键环节的理解与适用。

#### (一) 阻断法实施与自由裁量权

考虑到阻断法特殊的实施机制,以明确、可预见的规则来限缩执法部门和司法机关自由裁量权空间,会是更加符合现实需求并将阻断法阻断效果最大化的立法选择。

第一,受阻断法规制的企业需要明确的法律标准来使经营活动合规。在阻断法公共执行机制下,在我国和其他国家同时开展经营活动的企业将是主要的执法对象。以在中、美两国开展经营活动的企业为例,其需要在遵守《阻断办法》的同时满足美国法律的监管要求。为此,企业可能需要调整自身的经营活动,甚至作出放弃某国市场的重大决定。<sup>[40]</sup>但如果企业不能事先预知《阻断办法》的适用范围、违法认定标准和豁免事由,其合规工作将难以开展。<sup>[41]</sup>虽然《阻断办法》提供了报告机制和豁免机制来降低企业的非必要损失,但是缺乏可预见的规则仍将加重企业的报告义务和潜在风险。简言之,面对利益关系重大的“二选一”,企业需要知晓“选项”内容才能作出符合自身利益的选择。

第二,私法救济机制中的当事人需要更加确定的法律依据。《阻断办法》赋予了中国公民、法人或者其他组织寻求损害赔偿的请求权。因此,其适用范围、违法认定标准、救济方式不仅关系到执法机关如何行使权力,也关系到私人如何在民事诉讼中主张自己的权利。在相关规定表述不明的情况下,当事人将对诉讼结果缺乏必要的预见性。

第三,明确可预见的法律后果是美国法院作出礼让的法律前提。如前文所述,阻断法

[40] 参见德国梅里银行案,该案中德国公司出于企业合规目的主动终止了与伊朗银行的商业合同。See Advocate General's Opinion in Case C-124/20 Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Recht v Telekom Deutschland GmbH.

[41] 参见徐珊珊、潘静怡:《从“再出口”管制与“次级制裁”出发,八问〈阻断办法〉》, <http://www.zhonglun.com/Content/2021/01-21/1641518851.html>, 最近访问时间[2021-08-30]。

实现阻断效果的隐性路径是通过给当事人设置威慑式处罚,来迫使美国法院在不涉及本国公益的案件中作出礼让。但美国判例表明,法官在进行礼让分析时,需要考虑外国法律对当事人造成的具体障碍。<sup>[42]</sup> 如果外国法官无法根据《阻断办法》判断当事人在中国所处的守法困境,则其很难作出礼让中国当事人的判决。

综上,从公共执行机制看,明确的阻断法规则将强化阻断法的威慑力并降低企业的合规成本;从私法救济机制看,明确的阻断法规则将保障公民诉权的有效行使。同时,清晰的规则也有助于外国司法机构准确判断我国阻断法的执法方式,从而避免不必要的法律冲突。因此,在确定性和灵活性之间寻求平衡将是我国阻断法进一步完善的重要方向之一。对于影响阻断法实施和私主体权益的关键概念,立法机关和司法机关需要以不同方式予以阐明。同时,定期发布指导性案例和执法记录也是加强阻断法实施效果的可行措施。

## (二) 阻断法适用范围的厘定

### 1. 《反外国制裁法》和《阻断办法》的适用范围

适用范围是阻断法实施需要明确的首要问题。无论是公共执行机制还是私法救济机制的运行,均以《反外国制裁法》或《阻断办法》确立的适用范围为基础。<sup>[43]</sup> 《反外国制裁法》第3条和《阻断办法》第2条所作的宽泛表述,可能给阻断法的适用造成阻碍。

首先,《阻断办法》和《反外国制裁法》采用的“违反国际法和国际关系基本准则”标准存在解释方法上的困难。由于一国域外适用本国法并不直接违反国际法,因此执法机关和司法机关在适用阻断法时,需要从国际法的角度对外国法律或措施的违法性进行解释。目前国际社会关于国内法域外适用的国际条约和国际习惯并不充分,联合国大会《消除以强制经济措施作为政治和经济胁迫的手段》决议等少数文件仅能作为对美国《托里切利法》(Torricelli Act)和《赫尔姆斯-伯顿法》违反国际法基本原则的主张,并且决议本身因缺乏国际法约束力而解释效力较弱。<sup>[44]</sup> 执法机关和司法机关在多数情况下只能借助宽泛的主权原则来进行解释。对于寓含我国重要外交政策的这一宽泛表述,各级行政部门和法院能否准确理解和运用,是不确定的;<sup>[45]</sup> 并且在个案处理中也会引发“以外交思维取代法律原则”的偏颇。<sup>[46]</sup>

其次,《阻断办法》和《反外国制裁法》的其他法律要件无法进一步限缩其宽泛的适用范围。《阻断办法》所针对的“域外适用”就是一个缺乏准确内涵的法律概念。尽管联合国国际法委员会曾将域外管辖定义为“一国在其境外行使主权权力或权威”,<sup>[47]</sup> 但不同国

[42] See *S. E. C. v. Stanford Int'l Bank, Ltd.*, 776 F. Supp. 2d 323 (N. D. Tex. 2011); *In re Baycol Prods. Litig.*, MDL No. 1431 (MJD/JGL), 2003 WL 22023449.

[43] 参见廖诗评:《〈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年第2期,第44页。

[44] 参见联合国大会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。

[45] 参见霍政欣:《〈反外国制裁法〉的国际法意涵》,《比较法研究》2021年第4期,第155页。

[46] 参见商舒:《中国域外规制体系的建构挑战与架构重点——兼论阻断外国法律与措施不当域外适用办法》,《国际法研究》2021年第2期,第77页。

[47] 联合国国际法委员会报告第五十八届会议,2006大会第六十一届会议,补编第10号(A/61/10)。

家的法官和学者却采取了不同的具体标准来理解“域外”。<sup>[48]</sup>同时,“不当禁止或者限制……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”也涵盖了多种不同具体情形。有学者认为《阻断办法》第 2 条明确指向了次级制裁措施。<sup>[49]</sup>但实践中,美国《反垄断法》、《反海外腐败法》(*Foreign Corrupt Practices Act*)、法庭域外证据开示命令等法律或措施也都可能构成对中国实体和第三国实体之间经贸及相关活动的不当限制。例如,美国司法部曾对中国公司在非洲的石油开采项目进行海外反腐败调查,并对相关人员提起《反海外腐败法》的刑事指控;<sup>[50]</sup>哥伦比亚特区联邦地区法院曾要求中国银行向其提供其他国家客户的银行交易记录。<sup>[51]</sup>

我国《反外国制裁法》所采用的“歧视性限制措施”这一标准同样存在较大的解释空间。尽管立法者的原意可能指向的是外国针对中国的单边制裁,<sup>[52]</sup>但外国司法机关作出的不当司法判决、程序性命令同样可以被理解为一种广义上的“措施”。此外,“歧视性限制措施”和“以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压”“干涉我国内政”之间是必须同时满足,还是满足其中一个条件即可适用,也难以从字面得到明确答案。

上述诸要件提供的宽泛解释空间会将阻断法的实施引入两个极端:如采用广义标准进行理解,那么大量外国法律及措施都可以被阻断法涵盖;如采用限缩标准进行解释,那么仅有极少数外国法律和措施能适用阻断法予以阻断。实践中,企业是否要对自己遵守他国商业反腐败法律、反垄断法、证据域外开示规则的情况进行报告、私主体能否就这些领域的域外适用提出损害赔偿,我国《阻断办法》和《反外国制裁法》均未给出明确指引。这增加了私人主体的潜在法律风险和合规成本。

## 2. 阻断清单的必要性

为平衡阻断法在适用范围上的灵活性和确定性,由阻断法授权特定部门在概括式规定的基础上制定明确的阻断清单,是更具可操作性的做法。

首先,不定期调整的阻断清单可以将宽泛的适用范围具体化,并直接为执法机构执法提供准确依据,为企业合规管理提供明确指引。其次,阻断清单不会对阻断法的适用范围造成自我限制。阻断法可以在用于阻断次级制裁的同时,保留阻断外国反垄断法、反海外腐败法和域外开示命令的空间。最后,需要被阻断的美国法律数量有限,以列举方式进行立法是完全可行的。国际经验也表明了清单兼顾灵活性和确定性的优势。欧盟《阻断条例》在 1996 年制定时只包含四部法律或规则。随着美国在 2018 年 5 月退出《联合全面行

[48] 参见刘仁山、李婷:《美国“F 立方”证券欺诈诉讼管辖权规则及其晚近发展》,《法学家》2012 年第 3 期,第 162 页;Joanne Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extention in EU law*, 62 *The American Journal of Comparative Law* 87, 90 (2014);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 年第 6 期,第 20 页;李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019 年第 3 期,第 3 页;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 年第 2 期,第 174 页。

[49] 参见徐伟功:《论次级经济制裁之阻断立法》,《法商研究》2021 年第 2 期,第 197 页。

[50] See *United States v. Ho No. 17 - CR - 00779 - KBF*.

[51] See *In Re Grand Jury Investigation of Possible Violations of 18 U. S. C. § 1956 and 50 U. S. C. § 1705* (April 10, 2019).

[52] 参见《全国人大常委会法工委就反外国制裁法答记者问》, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/rdzxxwfbh/xwfbh/wjb44184/Document/1706314/1706314.htm>, 最近访问时间[2021-11-15]。

动计划》(Joint Comprehensive Plan of Action), 欧盟同年就将《伊朗自由和反扩散法》(Iran Freedom and Counter-Proliferation Act) 等另外五部法律加入了附件, 实现了对他国法律不当域外适用的及时回应。因此, 《阻断办法》和《反外国制裁法》应考虑以附件形式制定阻断清单, 明确阻断对象, 以平衡阻断法的灵活性与确定性, 兼顾其威慑力和执行力。

需要指出的是, 虽然《反外国制裁法》在《阻断办法》的立法经验之上明确设立了反制清单制度, 但反制清单在功能上并不能完全承担阻断清单厘定阻断法适用范围的功能。因为根据《反外国制裁法》第4条的规定, 有关部门将特定个人、组织列入反制清单的前提是其直接或者间接参与了制定、决定、实施该法第3条的措施。所以反制清单的制定, 仍以厘清《反外国制裁法》第3条的适用范围为前提。

### (三) “遵守”外国法律的内涵

“遵守”(compliance)是阻断法实施的关键概念, 各国阻断法均围绕当事人不得“遵守”外国法律展开。在《阻断办法》中, 商务部使用了“不得承认、不得执行、不得遵守”的表述。但对私主体而言, 承认和执行外国法律的情况并不多见, 遵守外国法律与措施仍是最常见的情形。

在阻断法实施中, 对“遵守”进行界定的难点在于如何区分当事人的行为是自主商业决定还是对外国法律的遵守。以《赫尔姆斯-伯顿法》第三编为例, 该法允许美国公民对以交易方式与被古巴政府征收的财产产生牵连的任何主体提起诉讼。实践中, 大量美国和外国企业因占有、使用、运营相关财产而遭到起诉。<sup>[53]</sup> 因此, 外国企业遵守《赫尔姆斯-伯顿法》的通常方式是终止在古巴的投资经营活动, 避免参与涉及古巴政府征收财产的交易。从行为外观上看, 企业遵守美国法律的行为和一般商业行为存在竞合。

这一法律适用难题已经率先在欧盟《阻断条例》的实施过程中出现。在伊朗梅里银行诉德国电信公司案中, 德国电信公司向伊朗梅里银行发出通知, 要求终止双方的商业合同。但梅里银行认为德国电信终止合同的行为违反了《阻断条例》第5条的规定, 其理由是: 因为梅里银行是被美国列入特别指定国民名单的企业, 在美国退出《联合全面行动计划》后, 如果德国电信如果继续履行二者之间的商业合同, 将面临美国经济制裁。所以德国公司的行为是在遵守《阻断条例》附件中的美国法律。<sup>[54]</sup> 德国法院无法从欧盟《阻断条例》得出该问题的答案, 因而将此案递交欧洲法院以寻求指导意见。而我国《阻断办法》在面临类似问题时同样无法给出准确答案。

这一难题源于现有阻断法均缺少对遵守外国法律主观意图的明确要求。在以域外证据开示和域外反垄断调查为阻断对象的早期阻断法中, 当事人遵守外国法律的行为是易于查明的, 通常表现为向外国司法机关提交文件或出庭作证。但在阻断法转向以阻断经济制裁措施为主后, 当事人对外国法律的遵守行为将会以相对被动的方式呈现。如果仅以行为的客观结果为认定标准, 那么所有未在伊朗、古巴、叙利亚等国开展商业活动的主

[53] 参见任清:《美国“赫尔姆斯伯顿法”中的索赔条款、案例及风险防范——从法国兴业银行案谈起》, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0e6accd9-cb04-4284-8a4c-d149d9857170>, 最近访问时间[2021-08-20]。

[54] See Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Recht v Telekom Deutschland GmbH, Case C-124/20.

体都可以被视为遵守了美国经济制裁法律,但他们显然不是阻断法真正的执法目标。事实上,从阻断法的立法目的出发不难发现,只有那些主动、积极配合美国经济措施,切断自身相关经营活动并给其他企业造成错误示范、引起国内市场负面影响的行为,才是真正需要通过阻断禁令予以禁止的“遵守”行为。欧洲法院的首席法律顾问在对梅里银行案的法律意见中,也明确表示:“重要的是经营者的意图”。<sup>[55]</sup>

因此,尽管《阻断办法》没有对违反禁令设置主观意图要件,但执法部门在评估中国公民、法人或者其他组织是否构成遵守外国法律时,仍需重点考察当事人行为的主观意图。主观意图的认定通常需要客观证据的支持。实践中,证明经营意图最直接的证据材料是企业作出相关商业决策的记录。此外,经营者停止相关经营活动的时间是否和美国法律颁布时间接近、经营者遭到美国执法机构处罚的可能性和严重程度、企业的利益中心是否位于美国等也可以作为证明企业故意遵守外国法律的客观证据。

和《阻断办法》不同,《反外国制裁法》在阻断外国法的方式上采取了更为积极主动的态度。该法第 12 条限制的是组织和个人对歧视性限制措施的“执行”和“协助执行”行为。“协助执行”的概念已经体现出立法者对行为人主观意图的关注。但在文义上,“协助执行”更侧重于当事人对执行行为的参与,而不涉及当事人比照外国法律进行自我合规的情形,无形中限缩了阻断法的适用情形。因此,立法机关和司法机关仍有必要通过解释来进一步精确其内涵。

#### (四) 阻断法与国内民事法律体系的衔接

《阻断办法》第 9 条和《反外国制裁法》第 12 条第 2 款为我国公民、法人和其他组织在国内法院主张民事赔偿提供了法律依据。这一私法机制的实施需要在现有国内民事诉讼程序中进行。阻断法和国内民事法律体系的相互衔接尤为重要。

##### 1. 《阻断办法》在民事诉讼中的适用路径

目前《阻断办法》立法层级偏低、规定过于原则性,使当事人和司法机关在民事诉讼程序中将面临法律适用上面临困境。

从冲突法层面看,《阻断办法》难以作为强制性规定在涉外民事关系中被直接适用。在涉外民商事案件中,法官首先要根据国际私法规则确定案件的准据法。外国学者多认为,阻断法因具有明显的公益性质而构成国际私法上的强制性规范,可以在涉外民事关系中被直接适用。<sup>[56]</sup> 但我国《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释对强制性规范作出了明确界定:只有涉及我国社会公共利益的法律或行政法规才能被认定为强制性规范。<sup>[57]</sup> 因此,《阻断办法》一类的部门规章,无法在涉外民商事案件中作为强制性规范被援引。这显然不利于当事人在跨国民商事案件中依据《阻断办法》寻求司法救济。

从实体法层面看,阻断法赋予当事人的救济权利和国内民事法律中的请求权存在差

[55] See Advocate General's Opinion in Case C-124/20 Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Recht v Telekom Deutschland GmbH.

[56] Jürgen Basedow, *Preview Hardback Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 213; Szabados Tamás, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, 2019, p. 151.

[57] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第 10 条。

异。《阻断办法》第9条规定了两种当事人可以请求损害赔偿的情形,其第1、2款的表述包含了明确的构成要件和法律效果,在条文结构上已经符合请求权基础的形式要求。但作为部门规章的《阻断办法》能否设定独立的民事请求权基础,并没有《立法法》上的依据。根据《立法法》第80条规定,部门规章规定的事项限于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项,而《阻断办法》第9条授权当事人在法院提起民事诉讼的规定并不属于政府部门对法律的执行。如果仅将该条视为一种提示性条款,那么相关权利和义务的确定就需要回到国内民法体系下进行。有外国学者认为,类似《阻断办法》第9条的“追回”规则,应被定性为民法上的侵权或不当得利。<sup>[58]</sup>而在我国《民法典》中,两条解释路径均存在法律适用上的障碍。

对一般侵权行为的认定,法官需要从违法行为、损害事实、因果关系、主观过错四个要件入手进行判断。在阻断法语境下,这就涉及到对外国主体在其本国遵守本国法律和外国主体在其本国法院按照本国法律提出诉讼请求两种行为主观过错的认定。但外国人在道德和社会价值层面都没有否定自己本国法律正当性的义务,国内民法亦不应对此进行非难,一般侵权的主观过错要件在多数案件中是难以满足的。

当事人如果选择通过不当得利请求权寻求救济,其权益也难以得到充分救济。因为外国人在其本国法院按照本国法律提起诉讼并执行我国当事人境外财产的行为,很难被解释为满足了《民法典》第985条的“得利人没有法律根据”要件。另一种可能的情况是外国当事人遵守外国法律终止履行合同而给我国当事人造成损失。此时,我国当事人虽然可以根据国际私法规则的指引寻找准据法并据此要求返还已经支付的款项,但由此产生的供应链断裂、关键技术缺失等间接损失很难通过返还不当得利获得充分救济。

出现此类问题的关键在于,阻断法下的追偿机制需要对当事人在境外依据其本国法律作出的行为进行法律评价。而依据国内民法中一般侵权或不当得利规则进行解释,司法机关很难得出符合阻断法立法意旨的结论。因此,阻断法所提供的私法救济权利具有不同于国内一般侵权和不当得利的特殊性,立法者应当提供独立的民事请求权基础。

综上,《阻断办法》立法层级较低的不足导致了其在法律选择阶段和实体法适用阶段存在明显的困境。未来,我国有必要在更高的立法层级制定阻断法,并针对外国法律不当域外适用的特性,制定要件明确的请求权基础规范。

## 2.《反外国制裁法》第12条对《阻断办法》的补充和不足

《反外国制裁法》第12条在更高的立法层级赋予我国公民在受到外国歧视性限制措施时向法院提起诉讼,要求停止侵害、赔偿损失的权利。但从《反外国制裁法》的条文设计和立法目的来看,其并不能很好弥补《阻断办法》和国内民事法律之间的罅隙。

第一,从文义上看,《反外国制裁法》和《阻断办法》在适用上并不完全重合。根据《反外国制裁法》第3条和第12条的规定,该法主要针对的是外国国家所采取的歧视性限制措施。而《阻断办法》针对的则是当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施。诸如外国

[58] See Jürgen Basedow, *Preview Hardback Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 213.

反垄断法、证据规则的域外适用对我国公民造成的损失,并不必然被《反外国制裁法》所包含。

第二,《阻断办法》的部分具体规则并没有被《反外国制裁法》所吸纳。《阻断办法》第 9 条不仅允许当事人对不当适用外国法律或措施的行为提出损害赔偿,还允许当事人对外国法院依据特定法律所作的判决、裁定提出赔偿。并且,被要求赔偿的当事人可以基于该办法第 8 条的规则获得豁免。但《反外国制裁法》既未对外国法律判决的求偿问题作出规定,也未提供明确的当事人豁免规则。

第三,从立法目的上看,《阻断办法》和《反外国制裁法》有明显差别。在国际法上,针对私人主体的阻断法只是对外国不当制裁和法律适用的其中一种方式。<sup>[59]</sup> 传统阻断法的立法宗旨是阻断外国法律不当域外适用对本国造成的影响,<sup>[60]</sup> 而《反外国制裁法》对外国单边制裁的回应则不局限于阻断,还包括“反制”和“反击”。<sup>[61]</sup> 这种立法目的上的差异难免会造成两部法律在解释上的差异。

总体上看,《反外国制裁法》虽然一定程度改变了我国阻断法立法层级过低的现实困境,但这种补充是不完整、不充分的。我国在未来仍有必要通过制定法律的方式来系统完善我国的阻断法规则。

### 3. 阻断法和合同履行障碍

受域外经济制裁措施和阻断法影响最大的国际民商事法律关系就是合同。当事人因经济制裁无法履行相关合同时,会主张经济制裁构成一种免责事由。<sup>[62]</sup> 对此,各国法院通常采取两种可能的路径来处理:一是将外国经济制裁视为一种无法预见、无法避免也无法克服的客观事实来免除当事人的违约责任;二是通过国际私法的指引将外国经济制裁作为准据法或第三国强制性规范予以适用,从而免除当事人的违约责任。<sup>[63]</sup>

阻断法存在会加深此类合同争议的复杂性。因为大部分国家的阻断立法都会明确拒绝承认外国单边经济制裁在本国的效力,这导致阻断法制定国的司法机关在决定是否要对无法履行合同的当事人予以免责时,需要额外考虑本国阻断法对合同履行的影响。对此问题,一种基本的解释是,本国阻断法作为法院地强制性规范理应优先于准据法或第三国强制性规范而被适用。<sup>[64]</sup> 违反本国阻断法的外国经济制裁不应具有任何法律约束力,当事人因而无法以违反他国经济制裁为由免除合同履行义务。另一种可能的做法是,即使外国制裁的效力被阻断法所否认,但如果违反制裁的后果对当事人造成了巨大风险,

[59] See Jürgen Basedow, *Preview Hardback Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 209.

[60] 参见欧盟《阻断条例》序言。

[61] 参见《全国人大常委会法工委就反外国制裁法答记者问》, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/rdzxxwfbh/xwfbh/wjb44184/Document/1706314/1706314.htm>, 最近访问时间[2021-11-15]。

[62] 参见石佳友、刘连焯:《国际制裁与合同履行障碍》,《上海大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第58页。

[63] See Mercédeh Azeredo da Silveira, *Economic Sanctions and Contractual Disputes Between Private Operators*, Research Handbook on UN Sanctions and International Law, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 335.

[64] See Bernardo Cortese, *International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes*, in L. Picchio Forlati and Sicilianos ed., *The Law Books of the Academy*, Hague Academy of International Law, 2004, p. 745.

法院仍可以将外国制裁作为免责事由免除当事人履行合同的义务。例如意大利法院认为,如果违反外国制裁可能导致公司面临破产风险,那么未经通知就单方终止合同就应该被许可。<sup>[65]</sup> 两种处理方式各有利弊,严格按照阻断法否定外国法律对当事人的约束力,可以最大化地保护本国主权和公共利益;将外国制裁视为事实,可以更加灵活地保护当事人的私人利益,但阻断法的适用则可能失去一致性和连贯性。

在《阻断办法》出台前,我国部分法院在判决中认可,当事人遵守美国经济制裁是一种不可归责于当事人的事由。<sup>[66]</sup> 例如在珲春和发经贸有限公司案中,原告通过被告向境外汇款时被美国财政部海外资产控制办公室冻结款项,原告主张被告未履行合同义务构成违约。但法院最终判决,美国政府基于对朝鲜制裁而作出的冻结措施属于不可归责于受托人的事由,境外汇款的委托事项不能完成,不能归责于珲春农商行。<sup>[67]</sup>

《阻断办法》未言及对合同履行障碍的处理问题。但从阻断法的立法目的出发,在国务院商务主管部门依法发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令后,人民法院应基于维护国家主权、安全、发展利益的立场,不再将外国制裁视为一种免责事由。对于确实面临巨大经济风险的当事人,应通过阻断法的豁免制度予以保护。阻断法和合同法的这一衔接问题,也有待在日后立法和司法实践中予以进一步明确。

#### 四 结 语

当今世界正经历百年未有之大变局。面对广大新兴市场国家和发展中国家的快速崛起,美国正在愈加频繁地挥舞其司法长臂。美国域外管辖的本质是利用其在科技、金融、贸易上的领先地位实现对国际市场的全球监管。在这一过程中,美国以法律的形式将本国的国家意志和利益强加于人。我国作为多边主义的有力倡导者和践行者,有义务也有使命对这种单边主义、保护主义的做法进行阻断和反制。

随着我国《不可靠实体清单规定》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》和《反外国制裁法》的陆续出台,围绕反制裁、反干涉、反制长臂管辖,我国应对挑战与防范风险的法律“工具箱”正在不断充实。这其中,《阻断办法》因其多功能的实施机制、多路径的阻断效果和成熟的国际立法经验,将在涉外法律法规体系中扮演重要角色。但如何利用好这些工具,将成为我国政府相关部门、司法机关、公民和企业面临的共同命题。未来,我国仍需在《阻断办法》的基础上继续完善阻断立法,积极探索阻断法实施的中国方案。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金青年项目“利益平衡视角下的阻断法实施问题研究”(21CFX051)的研究成果。]

[65] See Maya Lester QC, *Italian Judgments on the EU Blocking Regulation, European Sanctions: Law, Practice and Guidance* (Oct. 2, 2019), <https://www.europeansanctions.com/2019/10/italian-judgments-on-the-eu-blocking-regulation/>, 最近访问时间[2021-11-30]。

[66] 参见(2019)辽0102民初10452号之一民事裁定书;(2020)吉2404民初2322号民事判决书。

[67] 参见(2020)吉2404民初2322号民事判决书。



[ **Abstract** ] Enacting a blocking statute is an important way to confront the unjustified extraterritorial jurisdiction exercised by other countries. In general, a blocking statute consists of a public law enforcement mechanism and a private law remedy mechanism. The public law enforcement mechanism blocks the extraterritoriality of foreign laws by punishing the entities who comply with foreign laws or measures which are based on unjustified jurisdiction grounds. The private law mechanism entitles entities to claim compensation from parties who initiate or benefit from unjustified extraterritorial application of foreign laws or measures in a national court. Although the adopting state of a blocking statute can directly refuse to recognize the extraterritorial effect of foreign laws or measures in its own territory, the domestic law nature of the blocking statute determines that it cannot block the *de facto* binding force of foreign law on private subjects in its own country. Empirical evidences show that the function of blocking statute could be realized more by three indirect approaches: regulating the private entities' compliance activity to diminish the extraterritorial effect of foreign laws or measures; providing opportunities to influence the comity analysis by the US courts; and stating the standpoint to gain concession in diplomatic coordination. There are prerequisites for the realization of each of the above three approaches. With respect to the first approach, legislator must set a high, certain and predictable penalty standard to deter entities from complying with foreign law rather than the blocking statute. With respect to the second approach, the US courts would not apply comity principle unless there is a positive enforcement record of foreign blocking statute. And with respect to the third approach, diplomatic coordination is also hardly obtained if the conflict of laws involves sovereignty or national security. China has already established a preliminary blocking system by enacting two legal instruments: Rules on Blocking Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures and Anti-Foreign Sanctions Law. However, these two legal instruments will be difficult to implement because they could not sufficiently satisfy the above-mentioned prerequisites. On the one hand, the large discretionary powers of competent authorities under current rules may impair predictability. When enterprises face a dilemma between blocking law and foreign sanctions, they are unable to make a rational decision by comparing impairments. On the other hand, the two instruments have failed to define the scope and key terms of relevant rules, which impedes their application. Moreover, there is a lack of coordination between these two instruments and the existing civil law, civil procedural law and private international law in China. All these deficiencies will constitute obstacles to the implementation of these two instruments. In order to implement the blocking statute more effectively, Chinese legislator and competent authorities should take following measures: setting a clear standard on penalty; reporting the guiding cases and enforcement records regularly; defining the concept of "compliance"; and making a new blocking law at a higher level in the legislative hierarchy.

---

---

(责任编辑:余佳楠)