

我国反制裁追偿诉讼制度面临的挑战与应对

刘桂强

内容提要:追偿诉讼是我国反制裁法律体系中的一项重要制度,兼具司法救济和法律威慑功能,充实了我国开展对外斗争的“工具箱”。不过,我国追偿诉讼制度的配套规则衔接尚不完备,在实施过程中将面临诸多挑战,需要予以妥善应对。在追偿诉讼与行政执法程序的衔接方面,应明确采取法院直接受理模式,并加强人民法院与行政机关的协调,确保两者在反制裁法律法规适用问题上的立场一致性。在人民法院管辖权的行使方面,《民事诉讼法(修正草案)》提出的“适当联系”条款蕴含着保护性、防御性和竞争性理念,有助于填补我国法院在追偿诉讼中可能面临的管辖空白,应当在立法中予以确立。在判决的承认与执行方面,可考虑加强同其他受美国单边制裁影响的国家的司法合作,在双边或多边层面上加强追偿诉讼判决的跨国承认与执行。

关键词:经济制裁 追偿诉讼 法律威慑 管辖权 “适当联系”条款

刘桂强,复旦大学法学院师资博士后。

一 问题的提出:追偿诉讼制度的理想功能与现实挑战

近年来,美国频繁以国内法为依托大肆开展单边制裁。出于反制裁、反干涉以及反“长臂管辖”的战略考量,我国构建了以《反外国制裁法》为核心、以《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(下称“《阻断办法》”)和《不可靠实体清单规定》为支撑的反制裁法律框架。^[1]反制裁目标的实现,不仅依赖法律规则的制定,而且还取决于法律的实施。在法律实施层面,我国形成了反制裁公共执行和私人救济的二元实施机制。^[2]其中,私人救济主要通过追偿诉讼制度实现。所谓追偿诉讼,是指因外国歧视性法律或措施的不当域外适用而遭受损失的私人主体,在我国人民法院提起民事诉讼,要求相关责任人停止侵害、赔偿损失。

从现有条文设计来看,我国的反制裁法律体系主要是围绕行政机关的公共执行展

[1] 参见廖诗评:《中国法域外适用法律体系视野下的行政执法》,《行政法学研究》2023年第2期,第63页。

[2] 参见丁汉韬:《论阻断法的实施机制及其中国实践》,《环球法律评论》2022年第2期,第177-179页。

开的,^[3]与追偿诉讼相关的内容仅体现在《反外国制裁法》第 12 条和《阻断办法》第 9 条。但是,这并不意味着追偿诉讼制度无足轻重。相反,在我国反外国制裁的系统中,追偿诉讼承载着重要的制度功能,具体体现在两个方面。第一,司法救济功能。当公民合法权益遭受侵害时,为权益受损者提供救济是公平正义的内在反映,也是当今法治社会的必然要求。在权利救济的诸多途径中,司法救济作为一种事后救济,被认为是最具权威性、最具公信力的手段。^[4]美国的单边制裁严重损害了我国企业和个人的正当经济利益。在救济方式上,行政执法因其公共属性,难以以为受到外国单边制裁措施影响的私人主体提供救济。相比之下,追偿诉讼制度的确立,使私人主体通过诉讼途径获得司法救济成为可能,有助于维护我国公民和企业的合法权益。第二,法律威慑功能。不同于普通民事诉讼,追偿诉讼制度还是一国开展对外斗争的法律工具,蕴含着事前预防的威慑理念。^[5]“威慑”是从传统刑法理论中延伸出的重要概念。^[6]现代威慑理论建立在行为人是“理性人”的基础上,核心在于通过惩罚性的法律规定影响行为人的成本收益分析,从而减少违法行为的发生。^[7]我国反制裁追偿诉讼制度的威慑功能体现在,相关当事人尤其是商业活动很大程度依赖中国市场的外国当事人,出于潜在的诉讼和法律风险的考量,会避免从事违反我国反制裁法律法规的行为。

不过,我国反制裁法律法规的出台“明显具有救急的考量”,^[8]包括追偿诉讼在内的诸多反制裁措施虽具备一定的宣示性效果,但具体规定过于原则化,可操作性不强。^[9]现阶段,追偿诉讼制度预期功能的实现面临诸多挑战,其中引起较多关注和讨论的问题包括:第一,追偿诉讼与行政执法的衔接问题,即我国当事人提起追偿诉讼,是否必须以行政机关认定被告人的行为违反我国反制裁法律法规为前提。第二,管辖权问题,即对在我国领域内没有住所的被告所提起的追偿之诉,人民法院能否充分行使管辖权。第三,追偿判决的承认与执行问题,即当被告在我国境内没有可供执行财产时,人民法院作出的生效追偿判决能否在境外得到承认和执行。^[10]上述问题分别涉及追偿诉讼“启动—受理—执

[3] 例如,《反外国制裁法》共有 16 条,其中有 11 条(第 4-11 条和第 13-15 条)是与行政机关采取反制措施相关的内容。

[4] 参见陈焱光著:《公民权利救济论》,中国社会科学出版社 2008 年版,第 145 页。

[5] 英国是世界上第一个确立追偿诉讼制度的国家,其目的之一便是威慑美国私人主体,防止其在美国法院提起针对英国企业的反垄断多倍赔偿诉讼。See Notes, Enjoining the Application of the British Protection of Trading Interests Act in Private American Antitrust Litigation, 79 *Michigan Law Review* 1574, 1579 (1981).

[6] 参见王健:《威慑理念下的反垄断刑事制裁制度——兼评〈中华人民共和国反垄断法(修改稿)〉的相关规定》,《法商研究》2006 年第 1 期,第 5 页。

[7] 参见王健、张婧:《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016 年第 4 期,第 124-136 页。

[8] 赵德铭、周文桐、金挺峰:《〈反外国制裁法〉述评》,《国际经济法学刊》2022 年第 1 期,第 1 页。

[9] 参见廖凡:《比较视角下的不可靠实体清单制度》,《比较法研究》2021 年第 1 期,第 178 页;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 144 页。

[10] 目前,国内学者已关注到追偿诉讼制度所存在的问题,但对于如何应对尚缺乏体系化的研究。相关成果可参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,《中国应用法学》2022 年第 2 期,第 168-177 页;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 21-22 页;黄志慧:《我国涉外民事诉讼必要管辖权制度的体系定位与规范阐释》,《法商研究》2022 年第 4 期,第 54-60 页;薛源、程雁群:《“单边”制裁的法治破局》,《人民论坛》2021 年第 22 期,第 104 页;叶研、张晓君:《从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用》,《法律适用》2021 年第 10 期,第 144-147 页。

行”三个重要阶段。对此,本文将遵循统筹国内法治与涉外法治的要求,结合我国最新立法和司法实践,围绕上述问题展开研究,以期提升我国反制裁的执法和司法质效提供理论支撑。

二 追偿诉讼与行政执法的衔接与协调

追偿诉讼的启动,首先需要考虑与行政执法程序的衔接与协调问题。根据《反外国制裁法》的规定,相关当事人“执行或协助执行外国的歧视性限制措施”,既可能触发追偿诉讼(第12条),也可能引发行政调查乃至处罚(第4-6条)。〔11〕不过,《反外国制裁法》并未对人民法院与行政部门的职权范围进行划分。〔12〕由此引发的问题是,人民法院受理私人主体提起的追偿诉讼,是否必须以行政机关认定被告人的行为构成“执行或协助执行外国的歧视性限制措施”为前提?如若不必,人民法院在审理追偿诉讼时,如何避免与行政执法机关就《反外国制裁法》的理解与适用作出相互冲突的判断?

(一) 追偿诉讼与行政执法的衔接模式:行政前置还是法院直接受理

1. 域外实践考察

追偿诉讼制度起源于英国。1980年,为保护英国经济利益不受美国反垄断法域外适用的消极影响,英国出台《保护贸易利益法》(Protection of Trading Interests Act),规定因执行美国法院作出的反垄断三倍赔偿判决而遭受损失的适格当事人,〔13〕有权在英国法院起诉该判决的受益人并寻求赔偿。随后,为应对美国法在反垄断、反倾销以及经济制裁等领域的域外适用,加拿大、澳大利亚、欧盟、墨西哥、日本等国家和地区纷纷效仿英国的做法,制定阻断法并确立追偿诉讼制度。〔14〕通过考察上述国家和地区的规定可以发现,私人主体启动追偿诉讼有以下两种模式。

第一,行政前置模式,即私人主体提起民事追偿诉讼需要以行政主管部门作出的决定或命令为前提。加拿大和澳大利亚为阻断美国反垄断法域外适用所确立的追偿诉讼制度便采用这一模式。根据加拿大《外国域外管辖措施法》(Foreign Extraterritorial Measures Act)第9条的规定,私人主体如果要在加拿大法院向外国反垄断三倍赔偿判决的获益人进行追偿,需要以加拿大总检察长发布拒绝承认和执行该外国判决的命令为前提。澳大利亚的《外国程序(过度管辖)法》[Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act]第10-11条亦有类似规定。

第二,法院直接受理模式,即对于私人主体提起的追偿之诉,法院应直接予以受理,无须经过行政机关的前置认定程序。在目前确立追偿诉讼制度的国家和地区中,大多采用

〔11〕 参见周艳云:《中国〈反外国制裁法〉中“歧视性限制措施”的识别》,《环球法律评论》2022年第2期,第162页。

〔12〕 参见漆彤:《欧盟〈阻断法〉的适用困境及其对我国的启示》,《财经法学》2022年第1期,第188页。

〔13〕 根据英国《保护贸易利益法》第6条第1款的规定,有权提起追偿诉讼的适格当事人,包括英国及其属地的自然人、在英国(包括由英国负责其对外关系的领地)成立的法人以及在英国开展商业活动的人(包括外国人)。

〔14〕 参见刘桂强:《阻断法的当代发展与价值选择》,《中国应用法学》2022年第2期,第191页。

这一模式。以欧盟为例,为保护欧盟企业免受美国对古巴、伊朗次级制裁的影响,欧盟理事会于 1996 年通过《关于保护免受第三国所通过法律的域外适用以及基于此或由此产生的行动影响的第 2271/96 号条例》[*Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 Protecting against the Effects of the Extraterritorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based thereon or Resulting therefrom*, 下称“《欧盟阻断条例》”]。根据《欧盟阻断条例》第 6 条的规定,欧盟经营者如果因条例附录中所列法律的域外适用而遭受经济损失,有权在欧盟成员国法院提起损害赔偿之诉,不以主管机关的调查和决定为前提。

2. 我国方案

当前,部分学者从防止私人滥诉的立场出发,主张我国应采取行政前置模式,即私人主体提起追偿诉讼须以我国行政机关认定外国法律与措施构成“歧视性限制措施”为前提。^[15] 诚然,行政前置模式通过对追偿诉讼的启动施加适当的程序限制,有利于防止因私人滥诉而对我国营商环境带来的不利影响,但也存在诸多弊端,体现在以下两个方面。第一,行政前置模式不利于私人主体行使诉权。《反外国制裁法》第 12 条的作用之一是赋予我国公民和法人一项诉权。^[16] 在行政前置模式下,如果行政机关尚未就被告是否违反我国反制裁法律法规进行认定,我国私人主体就无法根据该条提起诉讼,这无疑有碍私人主体诉权的行使。第二,行政前置模式不利于追偿诉讼预期功能的实现。通常情况下,我国私人主体是外国歧视性限制措施的直接受害者,故而对外国当事人执行或协助执行外国歧视性限制措施的行为更为敏感。相比较而言,行政执法机关由于信息收集渠道以及行政执法效率等方面的局限,难免会对已经发生的或者正在发生的违反我国反制裁法律法规的行为有所遗漏。如此一来,如果坚持采用行政前置模式,则容易形成追偿诉讼依附于行政执法的局面,^[17] 自身合法权益遭到侵害的私人主体将可能无法通过追偿诉讼寻求赔偿。这不仅容易削弱追偿诉讼制度对外国当事人的威慑力,而且还容易导致立法者通过追偿诉讼为我国当事人提供司法救济这一目的落空。

相比之下,法院直接受理模式不仅能够克服行政前置模式的不足,而且还有助于调动私人主体在反制裁法律实施中的积极性,是一个更优选择。不过,法院直接受理模式将实施反制裁措施的主动权从国家转移到私人手中,并且缺乏相应的程序限制,引发了学者关于私人滥诉的担忧。^[18] 对此,可以从以下两个方面予以回应。

一方面,追偿诉讼的滥诉风险当前仅仅停留在理论假设层面,缺乏现实支撑。

[15] 参见漆彤:《欧盟〈阻断法〉的适用困境及其对我国的启示》,《财经法学》2022 年第 1 期,第 189 页;刘桂强:《阻断法的当代发展与价值选择》,《中国应用法学》2022 年第 2 期,第 195-196 页。

[16] 参见蔡从燕:《中国对外关系法:一项新议程》,《中国法律评论》2022 年第 1 期,第 31 页。

[17] 参见闫卫军:《反垄断民事诉讼:设置“行政前置”程序必要与否?》,《河北法学》2011 年第 4 期,第 146 页。

[18] 有学者指出,私人主体可以且可能任意以自己因外国制裁受到损害为由发起本该由国家才能发动的作为反制措施的报复性诉讼,在缺乏必要的制度性限制和约束时,(追偿诉讼)受个体欲望驱动极易演化为个人实现私欲的工具。参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,《中国应用法学》2022 年第 2 期,第 172-173 页。

自1980年英国首次确立追偿诉讼制度至今,私人提起民事追偿之诉的案例并不多见。^[19] 导致这一现象出现的原因是多方面的,其中一个重要的原因在于,私人主体提起民事追偿诉讼会面临诉讼周期过长、举证困难以及诉讼结果不确定等问题,而且追偿诉讼制度并未像美国反垄断诉讼那样设置三倍赔偿的激励机制,因此从成本收益分析的角度来看,私人主体提起追偿诉讼的动力相对不足。^[20] 此外,在经济制裁与反制裁语境下,追偿诉讼的被告极有可能是外国政府部门及其官员,故而私人主体提起追偿诉讼还会面临国家主权豁免的程序障碍。^[21] 基于上述原因,实践中出现私人滥诉的可能性不高。

另一方面,即便出现私人滥诉的情形,法院直接受理模式同样可以予以妥善应对。具体而言,人民法院可以通过司法控制,即通过对《反外国制裁法》和《阻断办法》适用情形的审慎解读,合理界定并排除私人主体的不合理请求,妥善应对可能出现的滥诉情形。在涉及我国的一起案件中,^[22] 被申请执行人请求法院根据《阻断办法》等,拒绝承认和执行一项外国仲裁裁决。法院通过对法律和事实的解读,认为《阻断办法》并不适用于该案,依法驳回被申请人的请求,从而保护了外国当事人的合法权益,凸显了我国司法对优化营商环境的保障作用。

(二) 法院直接受理模式下人民法院与行政机关的立场协调

在法院直接受理模式下,人民法院需要对相关当事人的行为是否构成“执行或协助执行外国的歧视性限制措施”作出判断。需要注意的是,《反外国制裁法》不仅仅是一部国内法,该法律的实施还关涉我国对外关系的处理。^[23] 考虑到法院和行政机关在信息获取、证据掌握以及外交政策解读等方面的差异,需要相应的制度安排来协调人民法院和行政机关的立场,避免两者就同一事实作出相互冲突的裁定。法院直接受理模式下的追偿诉讼大致存在两种情形:第一,单独诉讼,即我国私人主体在行政机关尚未就被告的行为是否构成“执行或协助执行外国歧视性限制措施”作出处理决定的情况下,直接向人民法院提起的诉讼;第二,跟随诉讼,指私人主体在行政执法机关已经作出处理决定的基础上,对相关当事人提起民事诉讼。^[24]

第一,跟随诉讼中的立场协调。在跟随诉讼中,行政执法机关已经就相关当事人的行为是否构成“执行或协助执行外国歧视性限制措施”作出认定。随之而来的问题是,行政

[19] 以《欧盟阻断条例》的实施为例,截至目前,欧盟成员国法院受理了六起与《欧盟阻断条例》相关案件,主要涉及合同违约之诉,难以佐证追偿诉讼存在私人滥诉的风险。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[2023-03-06]。

[20] See Anthonius de Vries, Council Regulation (EC) No 2271/96 (the EU Blocking Regulation), 26 *International Business Lawyer* 345, 350 (1998).

[21] See Tom Ruys & Cedric Ryngaert, Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions, *British Yearbook of International Law*, 2020, p. 96.

[22] 上海市金融法院(2021)沪74协外认1号民事裁定书。

[23] 参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,《中国应用法学》2022年第2期,第171页。

[24] 本文关于“单独诉讼”与“跟随诉讼”的分类,参考借鉴了学者关于反垄断民事诉讼类型的归纳和总结。相关讨论参见颜运秋、周晓明、丁晓波:《我国反垄断私人诉讼的障碍及其克服》,《政治与法律》2011年第1期,第98页。

决定在民事诉讼中是否具有约束力?对于这一问题,学者之间存在一定争议。^[25]在反外国制裁的语境下,考虑到行政机关处理外交政策议题的专业性以及反制裁行政处罚决定的终局性,^[26]人民法院理应对行政机关的决定予以充分尊重。较为可行的做法是将行政决定作为民事诉讼中的初步证据,由被告人承担推翻对其不利的行政决定的举证责任。^[27]这一做法不仅能够减轻原告在追偿诉讼中的举证责任,同时也有利于保障人民法院与行政部门在反制裁议题上的立场统一。

第二,单独诉讼中的立场协调。人民法院在审理反制裁追偿诉讼时,行政机关可能正在就被告人的行为是否违反我国法律进行调查。为避免人民法院与行政执法机关就同一事实作出相互冲突的裁定,同样需要对两者的立场进行协调。目前,我国并没有类似“法庭之友”的制度,行政机关往往缺乏有效渠道将自己的立场与意见传递给人民法院。相应地,由于行政执法与民事诉讼程序相互独立,人民法院在审理反制裁追偿诉讼时,可能无从知晓行政执法部门的态度和立场。要解决这一问题,有必要加强人民法院与行政机关的信息沟通与协调。现阶段,可以借助《反外国制裁法》所设立的工作协调机制,建立、完善人民法院与反制裁行政主管部门之间的信息通报制度,借此加强司法部门和行政机关的信息沟通与立场协调。

三 管辖权的确定与行使

在国际民事诉讼中,管辖权的确定是一国法院受理和审理涉外民事纠纷的前提,具有十分重要的意义。^[28]正因如此,部分国家在确立追偿诉讼制度的同时,还会专门就追偿诉讼中的管辖权问题进行规定,以保障本国法院在追偿诉讼中管辖权的行使。^[29]对我国而言,《反外国制裁法》并未对追偿诉讼的管辖权问题进行特别安排,人民法院需要依据《民事诉讼法》所确立的管辖权规则来判断是否享有管辖权。由此引发的问题在于,我国《民事诉讼法》所规定的民商事管辖权规则,能否满足人民法院在追偿诉讼中行使管辖权的需求?

(一) 追偿诉讼与《民事诉讼法》第 272 条的局限性

我国当事人基于《反外国制裁法》第 12 条提起的追偿诉讼,主要涉及侵权之诉和合

[25] 关于行政决定在民事诉讼中的效力问题,我国学者曾经在反垄断民事诉讼的语境下展开讨论。相关讨论参见吴宏伟、闫卫军:《论反垄断执法机构的行政决定在反垄断“跟进诉讼”程序中的效力》,《新疆社科论坛》2010 年第 5 期,第 56-60 页;张晨颖:《论反垄断行政决定在民事诉讼中的效力》,《法律适用》2017 年第 7 期,第 34-35 页。

[26] 《反外国制裁法》第 7 条规定,国务院有关部门作出的列入反制清单的决定以及相应所采取的行政措施均为“最终决定”。

[27] 参见张晨颖:《论反垄断行政决定在民事诉讼中的效力》,《法律适用》2017 年第 7 期,第 34-35 页。

[28] 李双元、欧福永主编:《国际私法》(第 6 版),北京大学出版社 2022 年版,第 367 页。

[29] 日本的《保护公司免受〈美国 1916 年法〉之利润返还的特别措施法》(*The Special Measures Law Concerning the Obligation to Return Profits Obtained Pursuant to the Anti-dumping Act of 1916 of the United States*)第 5 条规定,追偿诉讼由遭受损失的原告住所地法院审理。英国为保障本国法院在追偿诉讼中对外国当事人管辖权的确立,曾专门修订送达的规定,允许英国法院基于《保护贸易利益法》向追偿诉讼中的外国当事人进行送达。关于英国法的情况,可参见 Joseph E. Neuhaus, *Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law*, 81 *Columbia Law Review* 1097, 1111 (1981)。

同之诉两种类型。^[30] 当追偿诉讼中的被告人在我国领域内没有住所时,人民法院可以基于《民事诉讼法》第 272 条所列举的六种管辖权依据确立管辖权,包括合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地。上述六种管辖权依据最早由我国 1991 年《民事诉讼法》予以确立,“蕴含着人民法院受理的国际民事诉讼必须与我国有‘实际联系’的立法理念”。^[31] 但是,随着经济全球化以及国际商事争端的复杂化,实践中可能出现我国当事人的海外利益在我国境外受到侵害,而上述六种管辖权依据均不在我国领域内的情形,导致我国人民法院无法行使管辖权。^[32] 相应地,反制裁追偿诉讼的制度功能也有可能因人民法院无法行使管辖权而落空。^[33]

近年来,我国涉外民商事管辖权规则的合理性不断受到质疑。最高人民法院的法官曾指出,《民事诉讼法》第 272 条所规定的六项管辖权依据“过于保守”,^[34] 并且“覆盖面过窄,不能完全适应我国开放型经济发展的需要”。^[35] 我国国际法学者也不断呼吁构建与我国大国地位相匹配的涉外民商事管辖权制度。^[36] 部分学者还专门从反制裁追偿诉讼制度实施的立场出发,就完善我国的涉外民商事管辖权制度提出相应的方案。^[37] 总体而言,在当前我国统筹推进国内法治与涉外法治、大力推进国内法域外适用法律体系建设的背景下,进一步完善我国涉外民商事管辖权制度,构建积极进取型管辖权体系日益成为理论界和实务界的共识。

(二)《民事诉讼法(修正草案)》的方案:从“实际联系”到“适当联系”

为回应司法实践中的问题以及法学界的关切,我国相关部门启动了《民事诉讼法》涉外编的修订工作。2022 年 12 月 30 日,全国人大常委会公布了《民事诉讼法(修正草案)》,对我国涉外民商事管辖权制度进行了突破性的修改。其中,草案在我国现行《民事诉讼法》第 272 条的基础上,新增一项“适当联系”条款,规定“争议与中华人民共和国存在其他适当联系的,可以由中华人民共和国人民法院管辖”。相较于现行《民事诉讼法》第 272 条对人民法院行使管辖权的六项法律依据的有限列举,“适当联系”条款具有更加开放的特

[30] 参见叶研、张晓君:《从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用》,《法律适用》2021 年第 10 期,第 141 页。

[31] 刘敬东:《大国司法:中国国际民事诉讼制度之重构》,《法学》2016 年第 7 期,第 11 页。

[32] 参见沈红雨:《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》,《中国应用法学》2020 年第 5 期,第 123 页。

[33] 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 22 页。

[34] 参见张春波:《陶凯元委员提案建议 完善涉外民商事案件管辖制度 加快涉外法治工作战略布局》,《中国审判》2021 年第 5 期,第 26 页。

[35] 参见沈红雨:《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》,《中国应用法学》2020 年第 5 期,第 123 页。

[36] 参见何其生:《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,《中国社会科学》2017 年第 5 期,第 135-137 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 61 页。

[37] 部分学者已经关注到人民法院在受理追偿诉讼过程中可能面临的管辖困境,并形成两种学术建议方案:第一种方案主张为追偿诉讼制度增设一项“长臂管辖条款”,规定“只要境外的组织和个人的行为在我国境内造成损害的,可以由损害结果发生地人民法院行使管辖权”。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 22 页。第二种方案倡导在我国《民事诉讼法》中确立必要管辖权制度,发挥必要管辖权制度在国际民事管辖权体系中“填补空白”的作用。参见黄志慧:《我国涉外民事诉讼必要管辖权制度的体系定位与规范阐释》,《法商研究》2022 年第 4 期,第 48 页。

点,赋予法官在管辖权行使方面更大的自由裁量权。

值得注意的是,在《民事诉讼法(修正草案)》之前,我国司法实践中已经存在基于纠纷与我国存在“适当联系”而行使管辖权的案例。在“康文森无线许可有限公司与中兴通讯股份有限公司标准必要专利许可纠纷案”^[38]以及“夏普株式会社、赛恩倍吉日本株式会社与 OPPO 广东移动通信有限公司、OPPO 广东移动通信有限公司深圳分公司标准必要专利许可纠纷管辖权异议案”^[39]中,最高人民法院知识产权庭认为:“针对在中国境内没有住所和代表机构的被告提起的涉外民事纠纷案件,中国法院是否具有管辖权,取决于该纠纷与中国是否存在适当联系。”从司法实践的个案尝试演变成为《民事诉讼法(修正草案)》的立法选择,预示着我国在涉外民商事管辖权制度方面从“实际联系”到“适当联系”的立场转变。

(三)“适当联系”条款的适用前景展望

“适当联系”条款是《民事诉讼法(修正草案)》中的一项创新性修改。从微观层面来看,该条款的提出有助于解决人民法院在受理追偿诉讼过程中可能面临的“管辖空白”。从宏观层面而言,该条款能够进一步提升我国涉外民商事管辖权的制度功能,具体体现在以下三个方面。第一,保护性功能。“适当联系”条款赋予人民法院在行使管辖权方面的自由裁量权,有助于填补由于立法技术等原因造成的管辖空白,有助于保护我国当事人诉诸司法的权利,进而保障我国当事人能够在当地获得司法救济。^[40]第二,防御性功能。“适当联系”条款能够提供弹性和灵活的管辖权基础,为人民法院介入关涉我国国家利益和国民利益的案件提供正当法律依据,从而提高我国对他国法律挑衅的司法反制能力。第三,竞争性功能。在现代国际社会,司法制度竞争成为大国竞争中的一项重要因素,管辖权制度则是维持司法竞争力的重要支柱。^[41]当前,国家间关于民事管辖权的争夺日趋激烈,“适当联系”条款所具有的开放式的特征,能够降低中外当事人在我国法院提起诉讼的门槛,提升我国管辖权制度的吸引力,助力我国实现打造全球争议解决中心的美好愿景。

不过,“适当联系”条款在我国的司法适用也会面临诸多挑战,需要予以妥善应对。

一方面,“适当联系”条款的可操作性仍须加强。对于争议与我国是否存在“适当联系”,《民事诉讼法(修正草案)》并未提供明确、具体的判断标准。在已有的两起司法判例中,最高人民法院仅仅提出“应结合该类纠纷的特点”来判断是否与我国存在适当联系,^[42]同样没有提供更多具有可操作性的判断依据。相比较而言,美国在管辖权方面虽然采取比我国更加宽泛的“最低限度联系”标准,但经过长期的判例法实践发展出“可预见性”“合理性”等标准,为美国各级法院判断涉诉当事人与美国是否存在“最低限度联系”提供了具有可操作性的规则框架。例如,美国联邦最高法院在“世界大众公司诉伍德森案”中对“可预见性”标准进行解读,认为只有当被告人能够预见到其行为可能会在法

[38] 最高人民法院(2019)最高法知民辖终 157 号判决书。

[39] 最高人民法院(2020)最高法知民辖终 517 号判决书。

[40] 参见中国国际私法学会著:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社 2000 年版,第 112 页。

[41] 参见何其生:《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,《中国社会科学》2017 年第 5 期,第 128-130 页。

[42] 参见最高人民法院(2019)最高法知民辖终 157 号判决书、最高人民法院(2020)最高法知民辖终 517 号判决书。

院地被起诉时,法院才能够行使管辖权。^[43] 在该案中,美国联邦最高法院还就对被告人行使管辖权是否符合“合理性”标准列举了具体的考量因素,包括加诸被告的负担、法院地在审理纠纷上的利益、原告在获得方便和有效救济上的利益、州际司法系统在实现争议最有效解决上的利益以及各州在推行基本社会政策方面的共同利益五个方面。^[44] 虽然我国作为成文法国家并不具备判例法传统,但可以在立足自身实践的基础上,适当借鉴域外管辖权规则体系中的合理成分,通过司法解释以及指导案例等多种形式,为各级人民法院适用“适当联系”条款提供参考和指导。

另一方面,“适当联系”条款的司法适用存在加剧国际管辖权积极冲突的风险。当前,各国均在不同程度地加强本国的司法管辖权,较为典型的是美国基于“最低限度联系”的长臂管辖以及法国基于国籍行使的对人管辖。^[45] 由于国际层面缺乏统一的管辖权协调机制,当各国都行使管辖权时,难免会产生管辖权的积极冲突。如何在确保我国法院管辖利益的同时减少潜在的法律冲突,成为一道极具挑战性的难题。在这一背景下,人民法院在判断纠纷与我国是否存在“适当联系”时,一般应采纳国际社会“有较为公认的连结因素”。^[46] 例如,法官可以参考《承认与执行外国国民商事判决公约》(Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters)以及《选择法院协议公约》(Convention on Choice of Court Agreements)等国际条约中所确立的管辖权依据。考虑到此类管辖权依据建立在一定的国际共识之上,引起管辖权积极冲突的可能性相对较小。

综上所述,《民事诉讼法(修正草案)》中的“适当联系”条款,具有保护性、防御性和竞争性功能,不仅能够解决追偿诉讼中可能出现的“管辖空白”,而且有助于完善我国涉外民商事管辖权制度,有必要在立法中予以确立。在今后的司法实践中,最高人民法院还需要通过司法解释、指导案例等形式,为法官判断是否存在“适当联系”提供可操作性的指导。同时,法官在适用“适当联系”条款时,需要把握合理限度,避免因过度行使自由裁量权而造成过度管辖。

四 追偿诉讼判决的承认与执行

判决的承认与执行是国际民事诉讼的最后阶段,也是最为关键的阶段。^[47] 如果一国法院作出的生效判决得不到承认与执行,那么追偿诉讼的制度功能将无从谈起。实践中,当被执行人在我国境内拥有可供执行的财产时,我国法院的生效判决自然可以得到承认与执行。但问题在于,当被执行人在我国境内没有可供执行财产时,我国法院所作的生效判决能否在境外顺利得到承认和执行?

[43] See *Worldwide Volkswagen Co. v. Woodson*, 444 U. S. 286, 297 (1980).

[44] See *Worldwide Volkswagen Co. v. Woodson*, 444 U. S. 286, 292 (1980).

[45] 《法国民法典》第14条和第15条构建了以国籍为基础的属人“长臂管辖”。参见张庆元:《浅议国际民事诉讼管辖权中的国籍问题》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期,第535-536页。

[46] 参见中国国际私法学会著:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社2000年版,第112页。

[47] 参见韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2017年版,第535页。

(一) 判决的承认与执行: 追偿诉讼制度的“阿喀琉斯之踵”

自英国在全球范围内首次确立追偿诉讼制度以来,该制度在对抗美国域外适用上的有效性一直遭到质疑。^[48] 其中,追偿诉讼判决难以得到承认和执行是该制度广受质疑的重要原因。^[49] 可以设想的是,如果美国当事人在我国法院审理的追偿诉讼中败诉,并且在我国境内没有可供执行财产,我国法院作出的追偿诉讼判决将难以得到美国法院的承认与执行。根据美国法,如果外国法院判决作出的方式或依据的诉因,与美国法院公正和合理的基本观点抵触时,美国法院便会认为该判决违反了法院所在州的公共政策,并会作出拒绝承认和执行该外国判决的决定。^[50] 我国当事人提起追偿诉讼所依据的《反外国制裁法》和《阻断办法》,本质上否定了美国出口管制、经济制裁等相关法律和措施的域外效力,而上述法律恰好是美国实现国家利益和外交政策的重要工具。可以预见的是,我国法院作出的追偿诉讼判决,很有可能会被美国法院以违反法院地公共政策为由拒绝承认和执行。^[51] 这也会影响到我国的追偿诉讼判决在第三国获得承认与执行的可能。当前有部分西方国家与美国在单边制裁政策上保持一致,甚至还有部分国家跟随美国对我国发起协同制裁。^[52] 可以预想的是,我国法院作出的追偿诉讼判决可能会被上述国家同样基于违反公共秩序等原因拒绝承认与执行。此外,作为我国反制裁法律体系的重要组成部分,追偿诉讼制度在为我国当事人提供司法救济的同时,还承载着开展对外法律斗争的职能,具有一定的政治属性。^[53] 因此,当我国的追偿诉讼判决需要在中立第三国申请承认和执行时,第三国法院是否会将该判决当作普通的民商事判决予以承认和执行存在很大的不确定性。

(二) 加强判决承认和执行的有益尝试: “反对者同盟”的互惠执行

鉴于判决承认和执行的重要性,许多国家在确立追偿诉讼制度的同时,还会在本国立法中就追偿判决的执行方式和执行范围进行规定。^[54] 作为世界上首个确立追偿诉讼制度的国家,英国为加强追偿诉讼判决的承认与执行所作的尝试具有一定的代表性,具体体

[48] See Mathias Audit & Jürgen Basedow, Blocking Statutes, in Jürgen Basedow et al., *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 213.

[49] See Joseph E. Neuhaus, Power to Reverse Foreign Judgments: The British Clawback Statute under International Law, 81 *Columbia Law Review* 1097, 1111-1112 (1981).

[50] 参见孙劲著:《美国的外国法院判决承认与执行制度研究》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 239 页。

[51] See Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Macmillan Palgrave, 2009, p. 250.

[52] See Ian Talley & Laurence Norman, U. S. and Its Allies Sanction China Over Treatment of Uyghurs in a Collective Action (Mar. 22, 2021), <https://www.wsj.com/articles/u-s-and-its-allies-sanction-china-over-treatment-of-uyghurs-in-collective-action-11616440582>, 最近访问时间[2023-03-06]。

[53] 参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,《中国应用法学》2022 年第 2 期,第 170-171 页。

[54] 例如,《欧盟阻断条例》第 6 条规定,追偿诉讼判决的执行可以通过扣押 (seize) 和出售 (sale) 被执行人及其代表人或者中间人在欧盟境内的所持有的资产的形式进行,包括被执行人在欧盟境内注册成立的法人所持有的股份。近期,欧盟启动《欧盟阻断条例》的修订计划,其中一项重点议程便是探讨如何在欧盟境内有效执行被执行人的财产。See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Economic and Financial System: Fostering Openness, Strength and Resilience, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0032&qid=1611728656387>, 最近访问时间[2022-11-12]。加拿大《域外管辖措施法》第 9 条规定,加拿大法院在执行本国法院作出的追偿诉讼判决时,可以没收和变卖被执行人在根据加拿大法律所设立的公司中的股份。

现在以下两个方面。

一方面,出于保护营商环境和促进对话协商的考虑,英国并未为了追求追偿诉讼判决在英国境内的执行而肆意扩大被执行人和被执行财产的范围。在英国确立追偿诉讼制度时,美国企业大多通过在英国设立独立子公司的方式开展商业活动。根据英国法,一家公司作为独立实体并不对其子公司或母公司的债务承担法律责任。^[55] 为此,在英国议会讨论追偿诉讼条款时,曾有代表建议制定专门的条款,将美国公司在英国设立的子公司的财产纳入执行范围。^[56] 不过,也有代表担心此举会使美国企业转移在英国的资产,对英国营商环境造成不利影响。同时,也有代表担心,过于强势和激进的措施会引起美国政府的强烈反对,不利于双方回到协商的渠道上。时任英国贸易部长的诺特(John Nott)曾指出,如果在英国出台追偿诉讼制度后,美国与英国无法就反垄断事项进行协商、合作,届时再扩大追偿诉讼判决中可执行对象的范围也为时未晚。^[57] 基于上述考量,英国《保护贸易利益法》最终并未将美国在英国设立的子公司的财产纳入可执行范围。

另一方面,英国注重加强追偿判决在英国境外的承认与执行,与加拿大、澳大利亚等在反对美国法域外适用问题上存在共同利益的国家形成“反对者同盟”,并以互惠为基础就追偿判决的互相承认与执行开展跨国司法合作。根据英国《保护贸易利益法》第7条的规定,如果外国承诺将承认和执行英国法院作出的追偿诉讼判决,那么英国基于互惠同样会承认和执行该外国法院作出的生效判决。这一规定意在鼓励其他确立追偿制度的国家采取相同做法,进而实现追偿诉讼判决的“跨国流通”。对于英国的这一实践,本文称之为“‘反对者同盟’的互惠执行”。受英国影响,澳大利亚在《外国程序(过度管辖)法》中也专门规定了追偿诉讼判决的互惠执行条款。^[58]

英国基于“反对者同盟”实现追偿诉讼判决的跨国承认与执行具有一定的现实基础。在20世纪80年代,美国反垄断法的域外适用严重损害了英国、澳大利亚以及加拿大等西方国家的经济利益。在西屋电气公司案^[59]中,英国、澳大利亚等国家的29家铀矿企业被诉,被诉企业面临的赔偿金额高达60亿美元,成为当时美国历史上诉讼标的最高的反垄断民事诉讼。^[60] 有学者指出,如果美国法院在该案中作出三倍赔偿判决并予以执行,将对英国、澳大利亚等国家的铀矿产业带来毁灭性打击。^[61] 作为回应,澳大利亚、加拿大等国家均效仿英国的做法,分别出台《外国程序(过度管辖)法》和《外国域外措施法》

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

[56] See 973 Parl. Deb., H. C. (5th ser.) 1581 (1979).

[57] See 973 Parl. Deb., H. C. (5th ser.) 1546 (1979).

[58] See Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act, 1984, Austl. Acts No. 3, Art. 12.

[59] 该案案情如下:1976年10月,西屋电气公司在伊利诺伊北区联邦地区法院对包括英国、加拿大、澳大利亚等国家在内的29家铀矿生产商提起反垄断诉讼,指控卡特尔联盟的企业违反美国《谢尔曼法》(Sherman Antitrust Act)进行限价、市场划分,导致铀矿原料的短缺,致使价格飞涨,并使得西屋电气公司无法向合同相对方履行义务,面临违约之诉。See *In re Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980).

[60] See Deborah Senz & Hilary Charlesworth, Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation, 2 *Melbourne Journal of International Law* 69, 89 (2001).

[61] See Tina J. Kahn, The Protection of Trading Interests Act of 1980: Britain's Response to U. S. Extraterritorial Antitrust Enforcement, 2 *Northwestern Journal of International Law and Business* 476, 489 (1980).

(*Foreign Extraterritorial Measures Act*), 赋予本国当事人向美国反垄断三倍赔偿诉讼的胜诉方提起追偿诉讼并主张损害赔偿的权利。^[62]

总体而言,英国通过“反对者同盟”开展追偿诉讼判决的跨境承认与执行是一次有益的尝试。从理论上来说,英国此举能够与其他存在共同诉求的国家形成利益同盟并产生聚合效应,有助于提高追偿判决在境外得到承认和执行的可能性,进而提升追偿诉讼制度的威慑力。在英国议会审议《保护贸易利益法》草案期间,美国曾致函英国政府,要求英国删除草案中的追偿诉讼条款,^[63]这在一定程度上印证了追偿诉讼制度的有效性和威慑力。^[64]

(三)对我国的启示

英国的上述实践,为我国破解追偿诉讼可能面临的执行困境提供了两个方面的启示。

第一,我国在围绕追偿诉讼进行配套制度衔接时,应当注重对本国营商环境的保护。同其他反制裁措施一样,追偿诉讼制度的实施是一把双刃剑:该制度在维护我国私人主体的合法权益、提高我国反制外国干涉能力的同时,也会增加外国企业在我国开展商业活动的法律风险,容易对我国营商环境带来负面影响。在我国出台《不可靠实体清单规定》和《阻断办法》之后,商务部发言人也强调,我国将会在反制裁措施的实施过程中,依法保障各类市场主体的合法权益。^[65]因此,我国主管部门为破解追偿判决的执行困境而采取的应对措施,均需要在法治的框架下进行。现阶段,对于追偿诉讼判决在我国境内的承认与执行,应与我国承认和执行普通民商事判决的规则和程序保持一致。执行部门不宜单纯为了追求追偿判决在我国境内的承认与执行而突破现行法律规定的界限,更不宜随意扩大被执行对象以及被执行财产的范围。

第二,围绕追偿诉讼判决的承认与执行开展跨国司法合作,虽然存在诸多障碍,但仍不失为一项合理选择。当追偿判决的被执行人拒绝主动履行,且该判决无法在本国境内得到承认和执行时,寻求外国法院的协助将成为唯一可行的选项。英国在“反对者同盟”之间寻求追偿判决的相互承认和执行,正是这一思路的体现。同样采用这一思路的还有欧盟。自美国退出伊朗核协定并重启对伊朗制裁后,欧盟一直在积极探索提升《欧盟阻断条例》有效性的方案,而加强追偿诉讼判决在欧盟成员国境内的承认与执行便是其努力的方向之一。2021年,欧盟委员会发布《欧洲经济和金融体系:增强开放、实力和韧

[62] 加拿大《外国域外措施法》第9条规定,加拿大企业有权向外国反垄断诉讼的胜诉方进行追偿。澳大利亚《外国程序(过度管辖)法》第10-11条进一步扩大了本国当事人的追偿范围,除授权适格当事人向外国反垄断三倍赔偿判决的获益人进行追偿外,还将适格当事人在反垄断诉讼以及判决执行程序中产生的合理费用(例如律师费等)纳入追偿范围。

[63] See A. V. Lowe, *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980*, 75 *American Journal of International Law* 257, 278 (1981).

[64] 有学者认为,追偿诉讼制度的真正价值并不在于它的实施,而是赋予英国当事人一项提起诉讼的权利。因为当时大多数针对英国企业提起的反垄断纠纷是通过和解结案的,追偿诉讼制度的确立能够使英国当事人在和解谈判中占据有利地位,从而最大限度减轻美国反垄断法域外适用对英国企业的消极影响。See Notes, *Enjoining the Application of the British Protection of Trading Interests Act in Private American Antitrust Litigation*, 79 *Michigan Law Review* 1574, 1577 (1981).

[65] 商务部新闻办公室:《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》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/sjjd/202101/20210103029779.shtml>, 最近访问时间[2023-03-06]。

性》,并且在该报告中提出,其将进一步完善追偿诉讼制度的程序与规则,特别是探究如何在欧盟成员国范围内有效执行被执行人的财产。^[66] 英国和欧盟的上述实践为我国加强追偿诉讼判决的承认与执行提供了一定的思路。当前,美国出于自身国家安全和利益的考量,利用其在金融、科技领域内的霸主地位,在全球范围内挥舞制裁大棒。在这一背景下,我国可以尝试与其他同样面临美国单边制裁的国家开展司法交流和对话,在双边或者多边的层面上,就追偿诉讼判决的承认与执行等事项开展司法协助。

综上所述,判决能否得到承认与执行,既关涉当事人的切身利益,又直接影响到追偿诉讼制度的功能实现。当被执行人在我国境内没有可供执行财产时,追偿诉讼判决的承认与执行将会面临极大的挑战。为应对可能存在的执行困境,我国可适当借鉴英国基于“反对者同盟”开展判决互惠执行的做法,加强同其他同样面临美国单边制裁的国家的司法合作,通过开展司法协助的方式加强追偿诉讼判决的承认与执行。

五 结 语

当美国的次级制裁影响到欧盟企业在古巴、伊朗的投资利益时,布里坦爵士(Sir Leon Brittan)曾呼吁:“当达摩克利斯之剑悬挂在欧盟企业和个人头顶时,我们不能无动于衷。”^[67] 随后,欧盟于1996年出台《欧盟阻断条例》,正式从法律层面对抗美国经济制裁法律与措施的域外适用。同理,面对近年来以美国为首的西方国家对我国实施的单边制裁,我国立法机关和主管部门积极作为,先后出台了《不可靠实体清单规定》、《阻断办法》以及《反外国制裁法》,初步搭建起我国反外国制裁的法律框架。此举既是反击霸权主义和强权政治的现实需求,又是维护国家主权、安全和发展利益的迫切需要,同时也是统筹推进国内法治与涉外法治的切实体现。随着我国反制裁法律框架的初步形成,如何有效发挥各项反制裁措施的作用将成为我国主管部门今后的工作重点。^[68] 在我国法律所确立的诸多反制裁措施中,追偿诉讼制度将人民法院纳入到反制裁的系统中,既能够为我国企业和个人提供司法救济,又能够对相关私人主体形成法律威慑,具有重要的制度价值,应予以重点关注。就追偿诉讼制度的实施而言,我国现有的法律规定过于原则,需要围绕追偿诉讼与行政执法程序的衔接与协调、人民法院管辖权的确立与行使以及追偿诉讼判决的承认与执行等核心问题,进行配套制度的衔接与完善。总而言之,反制裁法律体系的初步形成仅仅是一个新的开始,我国仍需在实践中不断总结经验,充实应对挑战、防范风险的“工具箱”,提高反外国制裁的执法和司法质效。

[本文为作者主持的2022年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“反制裁追偿条款的司法适用问题研究”(22YJC820019)的研究成果。]

[66] See European Commission, *The European Economic and Financial System: Fostering Openness, Strength and Resilience*, European Commission (Jan. 19, 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0032&qid=1611728656387>, 最近访问时间[2023-03-06]。

[67] See Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Macmillan Palgrave, 2009, p. 224.

[68] 参见叶研、张晓君:《从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用》,《法律适用》2021年第10期,第152页。

[**Abstract**] For the purpose of protecting national sovereignty, security, and developing interests, China has recently enacted a number of blocking statutes, including the Anti-foreign Sanctions Law (the AFS Law). Among all the countermeasures provided for by China's blocking statutes, the clawback mechanism established by Article 12 of the AFS Law merits particular attention. On the one hand, the clawback mechanism provides Chinese private actors with a right of action to recover damages suffered as a result of the unjustified extraterritorial application of foreign sanctions laws. On the other hand, such a mechanism may be capable of deterring foreign parties from engaging in activities that are contrary to China's national interests. The effectiveness of the clawback mechanism, however, is uncertain due to some procedural challenges. This paper examines three main procedural challenges faced by China's clawback mechanism and proposes corresponding solutions. First, there is a lack of coordination between clawback civil litigation and administrative enforcement proceedings. According to Article 12 of the AFS Law, the existence of "foreign discriminatory restrictive measures" is the precondition for the initiation of clawback civil litigation. It is unclear, however, whether people's courts or administrative authorities have the power to make such a decision. This paper argues that a Chinese court should make its own decision on this issue without interference from administrative authorities. Meanwhile, in order to avoid conflicting decisions between people's courts and administrative authorities, it is also suggested that China should establish and improve the information communication mechanism between these two kinds of institutions. Second, people's courts may lack a basis to assert jurisdiction in clawback civil litigation. Article 272 of China's Civil Procedure Law provides for six bases on which a Chinese court can exercise jurisdiction against foreign defendants. However, a Chinese court might not be able to exercise jurisdiction in clawback litigation if none of the six jurisdictional bases is located within China. The "appropriate contacts" standard introduced by the Draft Amendment to the Civil Procedure Law could address this issue since it gives the Chinese judges more discretion in exercising jurisdiction. Therefore, this article suggests the "appropriate contacts" standard to be formally introduced into China's Civil Procedure Law. Third, China could face significant challenges in seeking the recognition and enforcement of Chinese clawback judgments in foreign courts. On the one hand, a U. S. court may refuse to recognize and enforce a clawback judgment made by a Chinese court against a U. S. party out of public policy concerns. On the other hand, it is uncertain whether a third country would recognize and enforce the clawback judgments rendered by Chinese courts. In order to enhance the recognition and enforcement of clawback judgments, this paper suggests that China strengthen judicial cooperation with foreign countries that are also facing U. S. unilateral sanctions.

(责任编辑:余佳楠)