

# 我国法域外适用的体系构建：理论基础、现状与完善

马馨蕊

天津大学，天津

收稿日期：2022年8月17日；录用日期：2022年9月20日；发布日期：2022年9月28日

## 摘要

基于国际法规定，赋予国家国内法的域外适用并承认以此产生的域外效力是在全球化背景下保护国家利益、维护国际秩序的一种新的立法探索。虽然目前对于国内法的域外适用，已有相关的国际法理论支持，但是在我国长期以来仍然对其采取保守的态度。因此，在涉及国家安全、数据安全等重要立法领域中关于域外适用的法律仍属于空白状态。国内法域外适用体系的不完善会导致我国公民个人利益，乃至国家利益遭受严重损失。通过完善立法、明确法律责任等措施完善国内法域外适用体系，维护我国正当利益，彰显我国大国地位势在必行。

## 关键词

域外适用，管辖，长臂管辖，国家利益

## The Construction of a System for the Extraterritorial Application of Our Law: Theoretical Basis, Current Situation and Improvement

Xinrui Ma

Tianjin University, Tianjin

Received: Aug. 17<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 20<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 28<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

Based on the provisions of international law, granting countries the extraterritorial application of

domestic laws and acknowledging the extraterritorial effects generated by this is a new legislative exploration to protect national interests and maintain international order in the context of globalization. Although there are relevant international law theories to support the extraterritorial application of domestic law, our country has still adopted a conservative attitude towards it for a long time. Therefore, in the important legislative fields involving national security and data security, the laws on extraterritorial application are still in a blank state. The imperfection of the domestic extraterritorial application system will cause serious losses to the personal interests of Chinese citizens and even the national interests. It is imperative to improve the domestic legal system of extraterritorial application through measures such as improving legislation and clarifying legal responsibilities to safeguard my country's legitimate interests and demonstrate my country's status as a major power.

## Keywords

Extraterritorial Application, Jurisdiction, Long-Arm Jurisdiction, National Interest

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

改革开放以来，我国经济迅猛发展。在全球化的大浪潮下，我国在全球经济治理体系中所发挥的作用举足轻重，所涉及的国家海外利益比重也逐步提升。然而美国近年来通过一系列立法活动与司法实践过分实现其国内法的域外适用严重侵犯了我国的合法权益。尤其是在特朗普就任总统后一直提倡“美国利益优先”，并妄图通过实现国内法域外效力来实现其政策目标更是如此。因此，建立一套属于我国法的域外适用体系迫在眉睫。

习近平总书记于 2019 年 2 月 25 日在中央全面依法治国委员会的第二次会议上所发表的讲话的内容以及在 2019 年 11 月 5 日公布的《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》中的内容均指向完善我国重点领域的立法，加快我国法域外适用体系的建设[1]。在具有国外经验的前提与国内政策决定的推动下，目前完善我国法域外适用体系的条件相对成熟。

## 2. 国内法域外适用的内涵

关于国内法域外适用的准确定义，学界尚存在一定争议[2]。本文对于其定义及范围界定均采用廖诗评老师的相关观点，即国内法的域外适用是指一国对于其管辖范围之外的人、行为或物采用本国的法律规则进行管辖[3]。其中既包括司法机关行使司法管辖权，也包括行政机关适用并执行相关法律规则。但是该种域外适用不包括案件当事人通过意思自治所选取适用的国内法规则或是通过冲突规范指引后所适用的国内法律规范。

### 2.1. 国内法域外适用的范围界定

为了更加明确本文所指的国内法域外适用，在这里需要进一步界定其中“域外”“国内法”及“适用”三个关键要素的范围。

### 2.1.1. 对于“域外”的界定

对于域外的界定不应当仅局限于地域意义，而应当考虑其法律内涵。对于该范围的理解可以参考我国属地管辖原则所指的管辖范围，当除了我国领土、领空、领水及我国的船舶和航空器、我国驻外使领馆、犯罪行为或结果发生在我国领域内、未遂犯犯罪的行为地或希望结果发生地或可能结果发生地、共同犯罪的一部分发生在我国国内的案件之外其他案件所发生的领域范围均属于此处所说的“域外”范围。

### 2.1.2. 对于“国内法”的界定

这里的法应为广义的法，即我国目前现行且正在使用的宪法、法律、行政法规等规定。而“国内法”的运用也不应当包括案件当事人通过意思自治所选取的适用的国内法规则或是通过冲突规范指引后所适用的国内法律规范。

### 2.1.3. 对于“适用”的界定

在明确“适用”范围内涵时应当考虑对于适用对象的界定以及对于适用主体的界定。这里的适用对象主要是指本国管辖范围之外的私人主体、私人主体的行为或是私人主体的物。这里的适用主体指的是本国的司法机关行使司法管辖权以及本国的行政机关适用并执行相关法律规则。

## 2.2. 国内法域外适用与相近概念的辨析

域外适用有众多相近概念，这里将其与相近概念“域外效力”及“长臂管辖”进行区分与辨析。

### 2.2.1. “域外适用”与“域外效力”

“域外适用”与“域外效力”既有联系又有区别。前者只有在一国权力机关应用国内法对域外的国内对象进行管辖时才发生法律拘束力；而后者则可基于前者的基础在国外实现同样的拘束力。

### 2.2.2. “域外适用”与“长臂管辖”

长臂管辖是美国法特有的一种原则，它是美国法律对于非美国居民的一种特殊管辖原则。长臂管辖具体是指美国法院在处理民事案件中对非美国国籍的被告拥有属人管辖权，该原则最早确立于1945年的“国际鞋业公司诉华盛顿州案”[4]。虽然美国联邦最高法院确立了“最低限度联系”的标准，以要求被告必须与某个州具有最低限度的联系的方式来尽量实现案件审判的实质正义[5]，但是不妨碍该原则的实质仍然是扩大该国法院管辖权来管辖域外实体[6]。因此，长臂管辖的范围与域外适用的范围有重合部分，但长臂管辖的范围又远远大于域外适用，其制裁扩大的部分并不具有合理性。二者的区别可以概括为以下几点：

第一，二者涉及的案件性质不同。根据上文对于域外适用的界定，域外适用主要是一国公权力机关对外行使职权，因此其所涉及的案件性质多为公法性质。然而长臂管辖所涉及的案件性质既包括私法性质又包括公法性质，包括但不限于民事侵权、网络安全、投资垄断等等。

第二，二者所应用的法律依据不同。域外适用往往有专门的部门法的特定条款进行规定，例如我国《刑法》《证券法》《档案法》均有对于域外适用的规定，美国在关于证券监管、人权保护、出口管制等议题的联邦法院规则中也规定了域外适用。然而长臂管辖并没有特定的法律予以明确规定，根据“最低限度联系”，只要被告与美国某个州具有联系且该种联系已经到达了“最低限度联系”的标准，那么该案件即可适用长臂管辖，而无所谓其所适用某一法律。

第三，二者被告针对管辖的应对措施不同。域外适用受制于国家豁免原则，被告人无法在本国法院对于审理案件国起诉来进行反制，虽然可以进行司法审查，但是成功率较低。然而当被告人被长臂管辖后，其可以在本国法院提起诉讼进行反制以维护自身权益。同时，域外适用的案件也可以适用国际争端解决机制进行处理。

### 3. 我国法域外适用的理论支持

#### 3.1. 国际法理论支持

国内法的域外管辖在国际法体系中具有相关的理论支持, 主要表现为属人管辖、属地管辖、保护管辖和普遍管辖[7]。

##### 3.1.1. 属人管辖

属人管辖的重点为“人”的国籍国, 而并不限制该当事人处于国内还是国外。换言之, 该当事人即使不在本国领域, 本国也可以直接依据属人管辖对其进行管辖。但是这种管辖行为不可以侵害他国的主权。因此, 在当事人为本国国籍的前提下, 本国现行法在域外发生效力具有正当性。

##### 3.1.2. 属地管辖

属地管辖所考虑的因素仅为案件发生地(包括行为发生地、结果发生地等), 而不考虑案件当事人的国籍。即在特定情况下, 一国权力机关对外国人进行管辖可以突破当事人国籍的限制。

##### 3.1.3. 保护管辖

简单来说, 保护管辖是以保护国家安全及重大利益为前提, 对于外国人在外国行使对本国利益有害的行为进行管辖。鉴于对于国家安全及国家利益的定义界定并不清晰, 该原则在司法实践中经常被滥用。该原则是对属人及属地的双重突破, 其设立的内涵表现为在当事人行为与国家利益发生严重冲突时, 赋予国内法突破对象限制与地域限制后适用的正当性。

##### 3.1.4. 普遍管辖

普遍管辖对于行为人的国籍和行为地并没有限制, 所有国家都可以依据国际法的授权进行管辖, 该种管辖由国际公约或者国际习惯进行确定。该种管辖是在保护管辖基础上对于属人和属地管辖的进一步突破, 保护管辖所指向的利益为国内的利益, 而普遍管辖所针对的利益为全人类。

由国际法体系中均承认的四种管辖原则不难看出国内权力机关的管辖在特定条件下均有可以突破域内的可能, 国内法的域外适用在国籍法体系中不乏正当性与合理性。

#### 3.2. 国内法理论支持

我国目前的现行法的立法及司法实践中已有部分关于国内法域外适用的先例, 并且已有的适用先例均是基于国际法已有的四种管辖原则。

##### 3.2.1. 以属人原则为基础进行国内法的域外适用

这种规则的连接点主要表现为当事人的国籍、住所地等。例如我国税法中明确对于居民纳税人和非居民纳税人进行了区分, 说明国籍不是界定纳税人身份的唯一标准。并且, 根据税法的相关规定, 居民纳税人的纳税范围仍然会区分域内收入与域外收入[8]。

##### 3.2.2. 以属地原则为基础进行国内法的域外适用

该项规则的适用主要体现于《刑法》的相关规定中。我国《刑法》规定, 在我国领域内、船舶、航空器内犯罪的均应适用我国法律。并且规定条文中所述的行为地不仅包括行为发生地也包括行为结果地。对于船舶和航空器中犯罪不论该船舶或该航空器具体停留地点, 仍然适用属地管辖原则进行管辖, 其实是对属地这一概念的扩大适用, 其实质也是对于域外的行为进行了国内法的域外适用。除此之外, 我国《反垄断法》、《能源保护法》、《海洋环境保护法》等部门法中也对相似问题有所规定。

### 3.2.3. 以保护管辖原则为基础进行国内法域外适用

关于保护管辖的适用最明显的为《刑法》。我国《刑法》规定，在我国领域范围之外对我国犯罪的外国人在达到最低刑期在 3 年以上的标准时，可以适用我国刑法。虽然法条中的措辞采用了“可以适用”这一说法，但是仍然赋予了我国《刑法》对特定行为管辖的可能性。

### 3.2.4. 以普遍管辖原则为基础进行国内法域外适用

我国《刑法》第 9 条对于普遍管辖原则进行了规定，即根据国际公约或国际条约规定的侵犯各国共同利益的犯罪行为，缔约国均有权对其进行管辖。适用普遍管辖原则的案例虽然较少，但并不能因此否定其存在的合理性。我国刑事指导案例第 245 号，对于 ATANNAIM、RIDUANSIRAIT、DHARMA PUTRA 等十个被告人抢劫的指控与审判即采取了普遍管辖原则。

### 3.2.5. 以其他连接点为基础进行国内法域外适用

《网络安全法》中关于对于关键信息基础设施犯罪活动的规定的管辖原则既包括属地管辖原则又包括保护管辖原则，属于以多种连接点为基础的域外适用；一些行政法规中对于出口管制的相关规定一些物品及技术的出口必须限定其用途并且必须经过中国政府的允许，该规定事实上是以物品和技术为连接点，属于以新型连接点为基础的国内法域外适用。

由上述对我国部分理论支持的举例可以看出，我国目前对于国内法的域外适用具有相关的法条支持，但是现有成文法的分布范围相对集中，主要限制于刑法领域，其他部门法对于国内法域外适用的规定还较为薄弱。

## 4. 我国法域外适用的现状与存在的问题

### 4.1. 我国法域外适用的现状

目前我国还未形成完备的国内法域外适用体系，但是部分部门法中已有相关的规定，并且其中部分内容已付诸司法实践。

#### 4.1.1. 《中华人民共和国刑法》

根据上文所述，目前《刑法》是我国对于国内法域外适用中体系相对较完整的部门法，集中体现于其第 6 条至第 9 条。

近年来，我国已经使用《刑法》的域外适用裁判了部分案例，其中最具有代表性的案例包括“湄公河案”和“阿丹·奈姆等人抢劫案”。“湄公河案”中的主犯糯康为缅甸人，以其为首的犯罪团伙在湄公河流域劫持商船“玉兴 8 号”和“花平号”并在湄公河的泰国水域残忍杀害了船上的 13 名中国船员，云南省高级人民法院通过保护管辖原则对此案件进行了判决。“阿丹·奈姆等人抢劫案”中印度尼西亚的阿丹·奈姆等人在马来西亚的海域抢劫了泰国的船只，我国汕头市中级人民法院采取普遍管辖原则对该案件进行了管辖。

#### 4.1.2. 《中华人民共和国证券法》

《证券法》自 1998 年以来一直通过明确的条文规定排除域外适用的可能性，直至 2019 年修订才肯定了其可以进行域外适用。新修订的《证券法》的第二条第四款规定，如果行为人在我国领域外的所进行的证券发行与交易活动，对于我国国内的秩序或是我国国内投资者的合法权益有所损害，那么可以依照《证券法》对行为人追究法律责任。该条规定是在我国经济快速发展的背景下制定的，对我国证券市场的发展有积极的推动力。

### 4.1.3. 《中华人民共和国反垄断法》

我国 2007 年通过的《反垄断法》的第二条规定，不但在我国境内的经济活动中所发生的垄断行为适用本法，而且在我国境外发生的垄断行为并对我国市场竞争造成影响的仍然适用本法。该条规定虽然具有高度概括性，受到了美国“效果原则”的深刻影响，但是可以看出其承认《反垄断法》可以进行域外适用[9]。在“华为公司与 IDC 的纠纷”中，对于该条款的适用虽然产生了争议，但是最终法院根据华为公司的产品会出口至美国，IDC 对其的标准必要专利许可的行为会对华为公司竞争行为进行限制，因此进行了管辖[10]。

### 4.1.4. 《中华人民共和国网络安全法》

2016 年通过的《网络安全法》的第 75 条规定，若境外的个人、机构和组织有危害我国关键信息基础设施的活动并且造成了严重的后果即可依据本法追究其法律责任。该条法律规定同样是以“效果管辖”为基础对我国国内法进行域外适用。

有类似法律规定的我国部门法还有《中华人民共和国核安全法》、《中华人民共和国海洋环境保护法》、《中华人民共和国出口管制法》等等[11]。

## 4.2. 我国法域外适用存在的问题

### 4.2.1. 我国在国内法域外适用方面的立法意识不强

我国当前对于国内法域外适用方面仍然采取相对的保守的态度。除《刑法》中第 6 条至第 9 条的规定外，目前现存的关于国内法域外适用的相关条款均是在经济全球化背景下，在别国打压下被迫制定的规则，甚至现存的一些规则的规定还并不明确。

### 4.2.2. 我国目前关于国内法域外适用的法律规定仍然处于空白状态[12]

我国目前现行法中关于国内法域外适用的明确规定还很少，既存的许多相关规定都是采取高度概括的方式对域外适用的效力进行模糊处理。虽然随着我国法治的建设，《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国出口管制法》等都已经用明文规定的方式将此项规定确定下来，但是类似的部门法还很少，大部分领域中对国内法域外适用的规定还属于空白状态。

### 4.2.3. 现有规定的法律责任较为单一[13]

当前关于国内法域外适用的法律责任规定较为明确的为《刑法》，即当行为人的行为构成犯罪时则会承担相应的刑事责任。但是对于应当进行国内法域外管辖却仍未上升至犯罪的行为所应当承担的民事责任或是行政责任，我国却还未有成体系的明确规定。如此一来，即使能确定行为人的行为违法，但是其也可以利用法律漏洞对其违法行为应当承担的责任进行规避，我国法域外适用的实质效果则得不到体现。

### 4.2.4. 我国法院应用国内法域外适用的意识不强

我国作为成文法国家，法律的适用均以成文法条为准，当前国内法域外适用成文条款较少一定程度上阻碍了法院以此为依据对于相关案件进行管辖。即使如此，面对现实中一些本应应用国内法域外适用进行裁判的案件，法院常常束手无策。一方面，现有法条较少且其中不乏模糊性规定确实给法院审理案件造成了一定难度；另一方面，法官释法效果较差，对于条文立法意图不明确同样也成为法院在国内法域外适用过程中发挥作用较小的重要原因之一。

## 5. 我国法域外适用体系完善的建议

完善我国国内法域外适用体系是符合当前世界环境与我国立法背景的措施。现有的国际法体系及实

践为我国法域外适用体系建立提供合法性、合理性和正当性的基础。同时，建立完备的国内法域外适用体系不但能够有效阻断他国过渡适用域外管辖的不合理现状，又能更好地维护本国的国家利益及私人利益，还能彰显我国国际地位。

## 5.1. 坚持完善我国法域外适用体系的相关原则

### 5.1.1. 我国应当合理面对我国的利益，阻断其他国家不合理的国内法域外适用

针对他国不合理的国内法域外适用，我们应当通过适当的诉讼进行反制、付诸国际争端解决机制或是联合他国内利益受损组织直接在其国内法院进行诉讼等方式进行合理的维权，必要时也可以指定针对特定国家的次级制裁阻断法来阻断其他国家不合理的国内法域外适用。

### 5.1.2. 我国法域外适用应当以既存国际条约、国际习惯为前提

美国滥用域外适用和长臂管辖原则是典型的违背国际法原则的做法[14]，其一系列不合理的措施不但侵犯了别国的主权，更是干扰了国际秩序的正常运转。鉴于此，我国法域外适用应当以既存并加入的国际条约或是国际习惯为基础，秉持尊重别国意志、不干涉别国主权及内政的精神，在合法、合理、正当的前提下维护我国利益。同时，坚持国内法域外适用以既存国际法为前提也是其存在的正当性的逻辑体现[15]。

### 5.1.3. 我国建立国内法域外适用体系应当坚持“最低限度联系”原则

借鉴美国在长臂管辖中适用的“最低限度联系”原则，我国进行国内法域外适用时也应当注意案件或纠纷与我国地域或是公民利益具有最低限度的联系，这同样是国内法域外适用正当性的必备条件。

## 5.2. 完善我国法域外适用体系的相关措施

### 5.2.1. 加强重点领域部门法中关于域外适用的规定

我国目前现行法中存在域外适用的部门法主要为《刑法》、《反洗钱法》、《网络安全法》、《能源法》等为数不多的几部法律。除《刑法》外，其他几部法律对于域外适用的相关规定只是略有提及，但是并不完备。基于立法活动的不完全，我国国内法域外适用的司法实践更是少之又少，经典判例屈指可数。因此若想完善我国国内法域外适用的体系，当务之急的应当是完善重点领域部门法中关于域外适用的规定。这里的重点领域主要是指与国家利益相关，例如：国家国防安全、跨境数据保护、基因保护、反洗钱、网络安全等等。加强相关立法，应当是构建域外适用体系的重中之重。

### 5.2.2. 明确国内法域外适用的责任主体及其应当承担的法律责任

目前对于国内法域外适用的主体只笼统概述为他国的自然人、私人行为或私人物品，如此简单概述并不能明确国内法域外适用的具体责任主体。应当对自然人的年龄及身份进行区分，对私人行为的性质与发生前提进行规定，对物的种类与质量等基础要素加以明确。

在国内法域外适用的过程中，如果当事人的行为构成了犯罪，并且根据我国法律应当承担相关的刑事责任，那么可以根据我国《刑法》承担刑事责任。若当事人行为并不足以使其承担刑事责任，或者其行为严重程度未到起刑标准，那么其应当承担何种责任。鉴于当前我国目前还未将行政责任充分纳入国内法域外适用体系，因此对于行为影响相对轻微的责任人的处罚还处于无法可依的状态。

### 5.2.3. 重视我国法院在国内法域外适用中所起到的作用

在国内法域外适用的内涵中，不难看出法院在国内法域外适用过程中的重要性[16]。美国国内法域外适用的过程中，国会与总统发挥显性推手的作用，而联邦法院则发挥着隐性推手的作用[17]。尤其是在国会所颁布的法律是否具有域外适用的效力并不明确的情况下，联邦法院的判例则将直接说明其是否具有相关效力。反观我国国内，法院并不如美国法院一般有如此权力，但是也不能因此否定其释法的关键作

用。针对公法案件，法院可以根据法律规定对其进行域外适用；针对私法案件，法院通过适用公法性规则对于私法案件内容进行转化以达到法律域外适用的目的[18]。

## 6. 结语

国家主权不仅包括领土主权，也应包括司法主权。当其他国家存在不合理的国内法域外适用时，无疑会对我国司法主权、国家利益以及国民的个人利益造成实质侵害。建立以诉讼进行反制或是诉诸国际争端解决机制等机制为主的维权途径具有必要性，同时，主动维护利益也是我国需要探索的维权模式。建立完善的国内法适用体系不但更有助于维护我国的国家和公民利益，也可以提高我国话语权、彰显我国的大国地位。

## 参考文献

- [1] 张鹏. 中国法的域外适用现状与域外影响力研究——以美加两国普通法为例[J]. 中国应用法学, 2018(1): 148-165.
- [2] Wallace Jr., D. (1983) Extraterritorial Jurisdiction. 15 Law & Pol'y Int'l Bus, 1099, 1102.
- [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): 166-178.
- [4] Foster Jr., G.W. (1969) Long-Arm Jurisdiction in Federal Courts. 1969 Wis. L. Rev. 9, 9.
- [5] Willems, J. and Cain, J. (2002) Banking Judgment Restrains New York's Long-Arm Jurisdiction. 21 Int'l Fin. L. Rev. 33, 34.
- [6] 杜涛. 美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示[J]. 国际法研究, 2014(2): 82-95.
- [7] 马忠法, 龚文娜. 法律域外适用的国际法依据及中国实践[J]. 武陵学刊, 2020, 45(5): 76-83.
- [8] 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): 16-38.
- [9] 陈安. 国际经济法学刊[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019: 80.
- [10] 岑兆琦. 中国竞争法律与政策研究报告(2014年)[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 7.
- [11] 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(6): 166-177.
- [12] 上海市第一中级人民法院课题组. 我国法院参与中国法域外适用法律体系建设的路径与机制构建[J]. 法律适用, 2021(1): 157-168.
- [13] 蔡从燕. 中国崛起, 对外关系法与法院的功能再造[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2018, 71(5): 130-143.
- [14] Statutes: An Extension of Long-Arm Jurisdiction (1968). 52 Minn. L. Rev. 743, 745.
- [15] 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[J]. 环球法律评论, 2011, 33(5): 132-141.
- [16] 霍政欣. 论全球治理体系中的国内法院[J]. 中国法学, 2018(3): 278.
- [17] 霍政欣. 国内法的域外效力: 美国机制、学理解构与中国路径[J]. 政法论坛, 2020(2): 173-191.
- [18] Borges, E.M. (1999) Extraterritorial Application of State Law. Franchise L.J., 18, 102.