



法律域外适用制度： 生成与实施逻辑

陈 靛

北京大学法学院博士研究生

内容摘要：法律域外适用是一种跨国法制度，国家影响跨国事务的能力越强、越有意愿影响跨国事务，国家越可能对境外实体落实法律责任，境外实体便越可能服从秩序安排。中国的自身禀赋与国际影响力、新的涉外法治战略确保了中国法域外适用制度的有效性，而该制度对国际政治与经济有促进作用。在国家间关系中，法律域外适用是国际制度竞争的途径，可以对竞争对手产生制度威慑，法治化形式也可用来向第三国释放善意以塑造更有利于己的外交格局。在市场主体间关系中，中国的法律域外适用可以打破欧美国家制度对市场的主导地位，削弱境外实体基于境外法律制度而在交易中享有的不当优势，通过为中国企业提供本土法律救济的方式促进国际市场的公平竞争。

关键词：域外适用 涉外法治 跨国法 国际制度竞争

中国法域外适用是涉外法治建设的重要组成部分，是党中央所强调“运用法治手段开展国际斗争”¹的重要实践路径。党的二十大报告特别强调“维护我国公民、法人在海外合法权益”，²这表明了党和国家捍卫我国企业在海外正当权益的决心。华为等出海企业在海外维权的艰辛和面临的不友好法律环境，也呼唤着更强有力的中国法域外适用制度。在此背景下，学界近年来主要从比较法学、³国家对策、⁴规范分析⁵等视角进行研究，主要关注作为文本的法律，工作本质是协调法律文本的内部自治性。然而，学界对实践中的法律的考察有待

- 1 习近平：《坚持走中国特色社会主义法治道路 更好推进中国特色社会主义法治体系建设》，载《求是》2022年第4期。
- 2 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告（2022年10月16日）》，载《人民日报》2022年10月26日，第1版。
- 3 例如，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；孙南翔：《美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设》，载《比较法研究》2021年第3期；甘勇、江宇轩：《美国禁诉令制度之发展及其对中国的启示》，载《国际法研究》2023年第2期。
- 4 例如，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；肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019年第6期；廖诗评：《中国法域外适用法律体系视野下的行政执法》，载《行政法研究》2023年第2期。
- 5 例如，宋晓：《域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分》，载《法学研究》2021年第3期；李宗辉：《标准必要专利跨国诉讼中禁诉令的适用标准研究》，载《法商研究》2022年第4期；阮开欣：《涉外知识产权诉讼管辖权的地域限制——以标准必要专利纠纷管辖权冲突为切入点》，载《清华法学》2023年第2期。

深入，需要关注法律域外适用制度在跨国法（transnational law）语境下的实施困境，也仍需探索这种实施对中国和中国企业的重大意义。如下问题亟待回答：法律域外适用制度得以生效的原理是什么？当今中国能否有效运行该制度？除却制度实施，法律域外适用制度在国家间关系、国际市场中有何效果？有鉴于此，笔者拟结合跨国法与法律经济学的威慑理论，分析法律域外适用制度的生效原理；参考国际政治经济学的国际制度竞争理论，厘清该制度对国际斗争、国际合作的促进机制；最后在提供多元法律域外适用制度的视角下分析华为、OPPO 等中国企业出海的系列案件，阐述中国法域外适用的制度建设如何促进中国企业在国际市场的公平竞争。

一、制度生效原理：跨国法的威慑理论

（一）境外实体为何服从中国法律

法律域外适用，是指“国家将具有域外效力的法律适用于其管辖领域之外的人、物和行为的过程”。⁶ 该种规则超越了传统的国家管辖领域但又一般不涉及国家间关系，属于英国学者威廉·推宁（William Twining）所描述的“威斯特伐利亚二重奏”的中间地带，⁷ 本质上是一种跨国法制度。⁸ 国内法有国家机器作为支撑，可以在中国等秩序良好的国家内高效执行；但跨国法则需要考虑可执行性（enforceability）问题，应当首先回答“境外实体为何服从中国法律”这一前提问题。

法律和社会科学研究一般认为，“守法的主要影响因素包括威慑、认受性、同伴压力、违法机会和法律的表达等”。⁹ 其中，认受性、同伴压力、法律的表达等因素一般以对象非理性为生效前提，往往以社会规范的方式影响自然人的行动；¹⁰ 但在跨国法的语境下，受到法律域外适用等制度影响的往往是具备高度理性的跨国企业，非理性因素对决策行为的影响较小。违法机会因素主要涉及不同人群之间的违法概率差别，在对境外实体进行整体分析时可以略去。因此，在考察境外实体是否会遵守中国法律时，应当考察中国法是否能够对境外实体造成足够的威慑。为了尽可能确保当事人遵守法律，应当提高威慑以改变其行为模式。为此，国内法框架下的主要解决方案是直接提高法律规定的处罚严重性（severity of sanction），例如，直接将某一行为从行政违法提升至刑事犯罪的范畴。¹¹ 然而，相同逻辑在跨国法语境下难以实现：基于国家强制力的惩罚措施或许不如合同等私法模式更为有效，一国的强制力在没有他国合作的情况下难以在境外掀起显著的影响。¹²

对于中国等秩序良好的国家而言，国内法下的政府、法院等公共机关一般都有较为高效的执行能力，可以通过信用治理、冻结资产、限制出境等诸多方式对某一境内的实体强制执行，令其承担违法的成本。但在跨国法领域，国家或许可以对于本国实体（如本国公民）在境外的行为进行有效打击，只要国家声明在该实体回国后立即执法或保留执法可能性就足以造成一定威慑；例如，中国《刑法》第7条第1款规定，“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究”。但对于更普遍的情形，即拟打击行为由境外实体在境外实施，法律域外适

6 廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019年第6期。

7 参见[英]威廉·推宁：《全球化与比较法》，载[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯编：《比较法新论》，马剑银、鲁楠等译，清华大学出版社2012年版，第85页。

8 See Michael W. Dowdle, *Transnational Law: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, 2022, p. 2.

9 肖惠娜：《人们为什么不守法？——守法理论研究述评》，载《中国法律评论》2022年第2期。

10 例如，已婚男性相对于未婚男性更可能遵守刑法，这是社会规范视角下婚姻家庭的同伴压力所致。See Lawrence M. Friedman, *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press, 2016, p. 155.

11 例如将酒驾行为入刑，进而实现减少酒驾的目的。从威慑理论角度的分析，参见戴昕：《威慑补充与“赔偿减刑”》，载《中国社会科学》2010年第3期。

12 See Michael W. Dowdle, *Transnational Law: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, 2022, p. 377–378.

用的效果就将大打折扣。即便无限增加执法成本，法律域外适用中的法律处罚也不见得能够落实。跨国法的威慑理论之重心应当从处罚严重性转向处罚确定性（certainty of sanction），可以理解为采取各类方式要求境外实体服从国内法的实现可能性。

将法律域外适用制度的威慑抽象化将有助于我们理解当事人的行动逻辑。假定注册于乙国的公司 A 违反了甲国法律 M（如要求 A 公司提供客户数据），甲国法律 M 对此要求 A 公司承担罚金等法律责任（liability）为 L_M （处罚严重性），甲国成功执行 L_M 的可能性（possibility）为 P_M （处罚确定性）；另有乙国法律 N 要求 A 公司不得服从境外法律（如禁止对外提供敏感个人信息），否则将承担法律责任（如对高管的刑事处罚） L_N ，乙国落实该法律责任的可能性为 P_N ；法律的威慑（deterrence）是处罚严重性与处罚确定性之乘积，因此甲国法 M 的威慑 D_M 为 $L_M \times P_M$ ，乙国法 N 的威慑 D_N 为 $L_N \times P_N$ 。“两害相权取其轻”，理性的 A 公司将服从威慑更大的法律，如果要使得甲国法的域外适用有效则要求 $D_M > D_N$ ，即 $L_M \times P_M - L_N \times P_N > 0$ 。然而须注意，不等式成立并不当然导致甲国推行法律 M 的域外适用，因为还需要考察国家是否有推行的意愿（willingness），而这取决于宏观经济、国际声誉等更多因素。由此可以在分析中引入国家意愿作为解释变量，其与法律威慑的乘积表现为实践中的威慑。假定为甲国主动落实法律 M 的意愿为 W_M 、乙国落实法律 N 的意愿为 W_N ，则甲国 M 法的域外适用有效则要求 $W_M \times L_M \times P_M > W_N \times L_N \times P_N$ ，即 $W_M \times L_M \times P_M - W_N \times L_N \times P_N > 0$ ，可称之为“法律域外适用不等式”。法律一般不会为域外适用场景单独修改惩戒力度条款，¹³ 处罚严重性在理论上也可以由立法机关无限拔高，于是在理论上可以近似地认为 $L_M = L_N$ 。因此，法律域外适用不等式可以近似为 $W_M \times P_M - W_N \times P_N > 0$ 。换句话说，一国推行法律域外适用制度是否成功，取决于该国影响跨国事务的主观意愿与客观能力这两个因素。

国家意愿 W 值与一国的对外政策相关，其与国家影响跨国事务的能力存在一定关系但相对仍然较为独立。一般而言，影响跨国事务意愿强的国家通常具备较强的影响能力，否则即便国际法自 1927 年“荷花号案”（The Case of the S.S. “Lotus”）后不禁止国家立法宣示对境外事务的管辖，¹⁴ 但在没有影响能力的情况下贸然实施立法管辖基本难以在实践层面有所斩获，一如比利时 1993 年自我授权宣称以灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪为名追诉全球任何个体。¹⁵ 然而，具备影响能力的国家并不都具有较强的影响意愿，例如，美国在“一战”后的世界格局中具备极强的政治经济实力，但国内的孤立主义思潮使其在长时间内仍然尽量游离于跨国事务之外。法律执行可能性 P 值与一国实现或阻断法律域外适用的能力呈正相关，而直接影响甚至决定 P 值大小的则是国家影响跨国事务的能力。¹⁶ 对应用到具体的国际法规则中，国家影响跨国事务的能力越强，就越有可能与该事务之间存在真实连接点（genuine connection）；¹⁷ 进而言之，具有类型化后的连接点（如事件发生地、当事人身份、国家利益等）¹⁸ 时，国家一般也更有能力对境外实体落实法律责任。

国家影响跨国事务的能力体现了其在国际竞争中的相对优势，可被理解为国家在跨国事务中的谈判能力。借用学者对“大国—小国”和“强国—弱国”的区分，¹⁹ 小国或弱国只能诉诸组织化的国际法结构（如联合国安理会、国际法院）实现域外诉求，大国将自身禀赋（如人口、市场、原材料等）作为筹码影响境外实体

13 法律域外适用一般只会在国内法的基础上新增特定条文的域外效力条款，这种条款既可以是明示的（如中国《证券法》第 2 条第 4 款），也可以是隐含的〔如美国《谢尔曼反托拉斯法》（Sherman Anti-Trust Act）〕。

14 See The Case of the S.S. “Lotus” (French v. Turkey), Judgment, PCIJ Reports Ser A No 10 1927, p.18–19.

15 See Malvina Halberstam, *Belgium’s Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?*, Cardozo Law Review, Vol.25(No.1), p.247 (2003).

16 该种能力的实践，本质上是一种全球治理。参见俞可平：《全球治理引论》，载《马克思主义与现实》2002 年第 1 期。

17 See James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Ninth Edition, Oxford University Press, 2019, p. 441.

18 参见廖诗评：《国际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。

19 参见苏力：《大国与大一统，以及帝国》，载《开放时代》2023 年第 1 期。

的决策，²⁰ 强国则进一步可利用霸权对国际公共产品（如国际金融体系）的影响强制境外实体服从。²¹ 大国并非一定是强国，例如，奥斯曼帝国虽然是幅员辽阔、人口众多的大国，但在末期仍难逃英、法、俄等列强干涉甚至肢解的命运；²² 同理小国也可能强大，例如，历史上荷兰、比利时等自身体量较小的国家也曾在东南亚、非洲等地强力推进殖民议程。弱小的国家一般只能通过“杀敌一千自损八百”的“自残”方式威慑境外实体，强大的小国则可以采取更具有进攻性的手段，而强大的大国则可以双管齐下更有效地落实法律责任。强大的大国更可能落实对境外实体的法律责任，强大的小国、弱小的国家的大国的落实概率更低但彼此间难以比较，弱小的国家落实概率最低，因此有不等式 $P_{\text{强大}} > P_{\text{弱小}} \approx P_{\text{弱大}} > P_{\text{弱小}}$ ，可称为“国家类型不等式”。

（二）域外适用与国家能力和意愿的互动

法律域外适用制度的有效性同国家影响跨国事务的能力及其影响意愿呈正相关，随着国家能力在“大国—小国”和“强国—弱国”的矩阵中流动、国家意愿随对外政策而改变，该国法的域外适用有效性也会随之变化。所谓国家能力，即是指国家通过国际金融体系等国际公共产品强迫或以市场、原材料等国家禀赋为筹码影响境外实体行动的能力；而国家意愿则是根据一国对外政策或积极或消极介入跨国事务的意愿，前者如推进单边主义的霸权国家，后者如长时间内秉持孤立主义的美国。法律域外适用制度与国家能力互动最为典型的实例便是美国法在历史中的波动，而其与国家意愿的互动则可在欧盟数据法域外适用的场景中可见一斑。

从 20 世纪至今，美国法律域外适用制度经历了从保守到激进再到部分回落的三次演变，²³ 最终呈现为如今极为激进甚或霸权主义的制度。²⁴ 第一个时期是 20 世纪初期及前期的时间段，美国严格将法律适用范围限定在美国领土内，1909 年的美国香蕉公司诉联合水果公司案（*American Banana Co. v. United Fruit Co.*，以下称香蕉公司案）是该时间段的代表。在香蕉公司案中，原被告均为美国公司，原告主张被告在哥斯达黎加与哥伦比亚合众国（现巴拿马等国）的行为违反了美国《谢尔曼反托拉斯法》（*Sherman Anti-Trust Act*，以下称美国《反托拉斯法》），该案上诉至美国最高法院。²⁵ 霍姆斯大法官（Justice Holmes）裁定，美国《反托拉斯法》不适用于美国人在境外的垄断行为，因为一切立法初步来看都是域内法，贸然在域外适用侵犯他国主权并与国际礼让原则相违背。²⁶ 第二个时期是 20 世纪中叶至 21 世纪初，美国较为激进地扩张了法律域外适用的范围，1945 年的美国诉美洲铝业公司案（*United States v. Aluminum Co. of America*，以下称铝业公司案）是该时间段的代表。在铝业公司案中，来自美国与加拿大等国的多个被告在美国境外签订两份垄断协议，约定对美贸易要遵循特定的贸易份额，原告主张被告在境外的垄断协议违反美国《反托拉斯法》，案件上诉至美国联邦第二巡回法庭；汉德法官（Judge Learned Hand）在霍姆斯大法官的基础上，裁定应当考察国会是否有意图规制在美国境外事宜以及是否违反宪法，并根据国际惯例扩张解读国会意图，得出了美国《反托拉斯法》域外适用的效果原则。²⁷ 美国最高法院在其他案件中接受了汉德法官在铝业公司案中的裁判逻辑，²⁸ 美国法

20 例如，美国的一级制裁，即要求所有的美国人（U.S. Person）不得与被制裁人发生交易，否则就会对该等美国人采取包括刑事监禁在内的处罚措施。

21 例如，美国在俄乌冲突后要禁止俄罗斯公司国际金融结算服务（SWIFT ban），将俄罗斯切断在主要的金融交易之外。

22 参见王三义：《晚期奥斯曼帝国与欧洲国家关系的演变及其特征》，载《世界历史》2012 年第 6 期。

23 三阶段的分期在美国学界得到了较为广泛的支持。See William S. Dodge, *The New Presumption against Extraterritoriality*, Harvard Law Review, Vol.133(No.5),p.1582 (2020).

24 学者已对美国法律域外适用制度的效果进行了实证研究。See Tonya L. Putnam, *Courts without Borders: Law Politics, and U.S. Extraterritoriality*, Cambridge University Press, 2016, p. 255–256.

25 See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 354–55 (1909).

26 See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356–57 & 359 (1909).

27 See *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 442–443 (2d Cir. 1945).

28 See, for example, *Harford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 796 (1993).

律域外适用制度步入了高歌猛进的阶段。第三个时期是 21 世纪初期至今，美国对法律域外适用的主张从激进逐渐转入部分回落，2010 年的莫里森诉澳大利亚国民银行有限公司案（*Morrison v. National Australian Bank Ltd.*，以下称莫里森案）是该时间段的代表。²⁹ 在莫里森案中，主要被告系仅在澳大利亚上市的澳大利亚公司，该公司在美国发行了美国存托凭证（ADR），因为美国佛罗里达州子公司的虚假陈述被证实，澳大利亚公司在澳大利亚的股价下跌；该案原告购买了澳大利亚公司在澳大利亚发行的股票，其主张澳大利亚公司的行为违反了美国《1934 年证券交易法》（*Security Exchange Act of 1934*，以下称美国《证券法》）以及美国《证券交易委员会规则》（*SEC Rule*），该案诉至美国最高法院。³⁰ 斯卡利亚大法官（*Antonin Scalia*）裁定美国《证券法》的相关条款没有明确域外适用的效力，铝业公司案提出的效果原则不能直接应用到证券法领域。³¹

从保守到激进再到部分回落是一个粗放的分期，但却可以在整体上捕捉美国法律域外适用制度的演变历程。³² 这一制度的演变同美国对跨国事务的影响能力呈正相关。美国曾在“一战”后的世界舞台大放异彩但迅速回归孤立主义，³³ “二战”后联合国体系以及冷战格局象征美国霸权的形成，³⁴ 而 21 世纪初的“9·11”恐怖袭击、金融危机则在一定意义上昭示了美国霸权的衰落。³⁵ 在两次世界大战之前，美国虽然已经成为世界第一经济大国，但由于长期奉行孤立主义，自诩为新世界的美国对于干涉旧世界事务整体保持谨慎的态度，自身也并不具备造成实质影响的能力。³⁶ 即便是在第一次世界大战之后，作为胜利国的美国也没有加入美国总统威尔逊（*Thomas W. Wilson*）促成的国际联盟，其仍然游离于世界体系之外；只有日本偷袭珍珠港导致其加入第二次世界大战之后，美国才对跨国事务采取积极的干涉主义，作为联合国常任理事国积极参与到“二战”后国际秩序构建，例如，在 1947 年推动签署《关税及贸易总协定》（*GATT*，*WTO* 前身），并与苏联推进的经济互助委员会进行竞争。³⁷ 从孤立主义到积极干涉的外交政策转向，恰好映照了美国法律域外适用从保守到激进的转变。从 1909 年香蕉公司案中美国最高法院即便对于美国人在境外的行为都不予管辖，到 1945 年铝业公司案中美国联邦第二巡回法庭激进管辖加拿大实体在境外达成的垄断协议，恰恰对应了美国在两次世界大战前后对跨国事务的游离与干涉立场，也同美国的治理能力紧密相关。从第二次世界大战到 21 世纪初期，美国在冷战中打击英法等传统殖民帝国并带领资本主义世界对抗苏联体系，其干涉跨国事务的能力逐步上升并在 1991 年苏联解体后达到顶峰，但随着中国、欧盟和印度等经济体的增长，美国的霸权逐步

29 莫里森案讨论的是证券制度的域外适用，而非香蕉公司案、铝业公司案处理的反垄断规则之域外适用，但裁判逻辑在不同的法律领域基本具备一致性。

30 See *Morrison v. National Australian Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 251–53 (2010).

31 See *Morrison v. National Australian Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 255–61 (2010).

32 美国法院对不同类型的案件有不同的域外适用标准，域外适用规则是不均匀分布的。See Jonathan Turley, “*When in Rome*”: *Multinational Misconduct and the Presumption against Extraterritoriality*, *Northwestern University Law Review*, Vol.84(No.2), p. 598 (1990). 例如，激进阶段的美国法院对于《1964 年民权法案》（*Civil Rights Act of 1964*）的域外适用仍然保持较为谨慎的态度。See *E.E.O.C. v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 259 (1991).

33 参见章永乐：《此疆尔界：“门罗主义”与近代空间政治》，三联书店 2021 年版，第 63 页。

34 参见〔美〕艾伦·布林克利：《美国史（1492—1997）》（下册第 10 版），邵旭东译，海南出版社 2014 年版，第 825—826 页。

35 See Ishaan Tharoor, *The World 9/11 Created: the Waning of the American Superpower*, *The Washington Post* (Sept. 10, 2021), <https://www.washingtonpost.com/world/2021/09/10/911-waning-american-superpower/>, accessed Jun. 20, 2023.

36 美国时任总统门罗在 1823 年提出了门罗主义，反对欧洲列强对美洲的殖民与干涉，但这并没有立刻影响到旧世界国家的行动，因为当时的美国并没有能力实现这一目标。参见章永乐：《“新门罗主义”的历史渊源与政治实质》，载《国外理论动态》2019 年第 10 期。

37 参见李兴：《论经互会的问题与苏东关系》，载《世界历史》1997 年第 6 期。

衰落。苏联解体前后的美国法律适用最为激进,³⁸但在 21 世纪初期的“莫里森案”中,美国最高法院却对法律域外适用更为谨慎。这一过程与美国“二战”后影响跨国事务的能力先上升后下降的趋势基本一致。

法律域外适用与影响跨国事务能力的同步律动规律也可以解释中国法的域外适用实践。随着中国国家实力的增加,中国法域外适用的有效性也有所增强,这在竞争法领域的马士基、地中海航运、达飞经营者集中案(以下称航运集中案)与 Booking.com B.V. 虚假宣传案(以下称 Booking 案)有所体现。在航运集中案中,分别注册于丹麦、比利时、法国的三家中国境外航运公司于 2013 年 10 月签订协议,拟在英格兰和威尔士设立网络中心统一处理亚欧航线等的集装箱班轮运营事宜;在收到当事人主动提交的经营者集中申请后,中国商务部经审查于 2014 年 6 月禁止了该项经营者集中。³⁹在 Booking 案中,Booking.com B.V. 公司(以下称 Booking 公司)通过“春秋航空”APP、“中国东方航空”微信公众号链接跳转至其网站,并在其网站上虚假宣传中国境内的酒店;2018 年,上海市工商行政管理局对该涉嫌不正当竞争的行为进行调查,Booking 公司委托第三方参与调查程序,上海市工商行政管理局于同年 12 月作出行政处罚决定并送达当事人。⁴⁰这两个案件中的中国竞争法域外适用有效性,有赖中国市场对域外实体的吸引力,这是中国经济发展后的必然结果。航运集中案里的丹麦公司在中国各主要港口从事集装箱班轮航运服务及相关业务,比利时公司在中国从事集装箱班轮航运及辅助业务,法国公司在中国主要从事集装箱班轮航运业务及少量物流业务、代理业务等,也正是因为此类经济利益以及违法的潜在风险,三家外国公司才主动、而非被动地向中国商务部进行经营者集中反垄断申报,直接引发了中国商务部的禁止集中决定。⁴¹在 Booking 案中,违法的不正当行为正是 Booking 公司对中国酒店的宣传,这说明 Booking 公司的业务与中国存在紧密联系,这也解释了 Booking 公司为何愿意主动配合监管部门的调查。⁴²

就与国家意愿的互动而言,一个例证是欧盟数据法近年来在全球的扩张。欧盟内部数字市场的体量小于中国、美国,因此可以认为欧盟作为政治体影响数据领域跨国事务的能力一般小于中国、美国。与能力对比悬殊的现象相反,以《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)为代表的欧盟数据法在其境外以域外适用等方式产生了超越了中国法、美国法的影响力,这与其市场规模不相称的影响,致使部分学者将欧盟视为技术规制的“数字帝国”之一。⁴³对于欧盟法域外效力与国家能力不相称的现象,学界的一种解释路径是布鲁塞尔效应(Brussels Effect),其间的解释机制包括欧盟通过主动单方监管借由输出标准来影响全球格局。⁴⁴这便是一种国家意愿的体现:即便国家能力相对而言并不足够强,政治体也可以通过主动推进域外适用等议程来使该政治体的法律产生域外效力。从更为宏大的视角来看,或许正是因为欧盟相对于中国、美国在数字市场领域的国家能力之衰退,才促使欧盟提高了推进法律域外效力的国家意愿,进而

38 例如,在 1993 年的哈特佛消防公司诉加利福尼亚案(Hartford Fire Ins. Co. v. California)中,美国最高法院在被告行为符合所在国(英国)法律的情况下仍然判定被告行为违反美国《反托拉斯法》。See Harford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 799 (1993).

39 参见《商务部关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告》(商务部公告 2014 年第 46 号)。

40 参见 Booking.com B.V. 公司涉嫌虚假宣传案,上海市工商行政管理局机场分局沪工商机案处字〔2018〕第 200201810030 号行政处罚决定书。

41 参见《商务部关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告》(商务部公告 2014 年第 46 号)。

42 参见 Booking.com B.V. 公司涉嫌虚假宣传案,上海市工商行政管理局机场分局沪工商机案处字〔2018〕第 200201810030 号行政处罚决定书。

43 See Anu Bradford, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford University Press, 2023, p. 9–11.

44 See Anu Bradford, *The Brussels Effect*, Northwestern University Law Review, Vol.107(No.1), p.1 (2012); 金晶:《欧盟的规则,全球的标准?数据跨境流动监管的“逐项竞争”》,载《中外法学》2023 年第 1 期。

试图平衡其在数据领域甚至整体国家政治经济领域的实力劣势。欧盟的策略在美欧个人数据跨境流动安排的规则变革中证明行之有效，影响跨国事务意愿更为强烈的欧盟成功使得美国在这一议题上步步妥协。从2000年12月的安全港框架（Safe Harbor Framework）到2016年7月的隐私盾框架（Privacy Shield Framework），再到2023年7月的数据隐私框架（Data Privacy Framework），欧盟法院就 Schrems I、Schrems II 案件的裁判分别宣告上一阶段的数据流动安排无效，使得美国屡次被迫重回谈判桌并直面遭欧盟长期批评的诸多美国法细节。⁴⁵ 历经多次谈判，美欧个人数据跨境流动安排越发符合欧盟数据法的理念与要求，这表明欧盟在数据法域外适用议题上获得了优势。

二、国际制度竞争：法律武器与说服术

（一）以竞争促和平的法律武器

经过冷战结束后数十年的发展，国际体系的核心议题从军事角逐、价值竞争逐渐演变为制度竞争。国际政治经济学中的“制度竞争”或“制度制衡”主要讨论国际多边机制之间的竞争，⁴⁶ 但该理论对于制度竞争的分类也可以延伸至跨国法领域。⁴⁷ 一国法律域外适用的制度竞争兼具主动包容性与被动排他性的属性，前者指该国主动将另一国及其实体纳入该国法秩序，后者指该国一般会限制另一国法律域外适用的范围。随着国家间互动的扩大与竞争的持续，各国实体进行跨国贸易、投资的成本会提高，进而通过政治程序传导到各国国内的决策机构并改变各国的国际行动，最终可能实现法律域外适用的均衡并可能以双边或多边条约的方式确认该种均衡状态。

在国际制度竞争中，各国一般会对国际利益分配格局提出各自的改革方案，但与之同时往往也会采用诸多跨国法的手段影响甚或强迫改变其他各方的行为模式。⁴⁸ 在这一博弈过程中，唯有竞争双方都拥有了可能给对方造成强大威慑的手段，双方才可能在竞争中达成一种均衡。法律域外适用制度恰恰可以提供威慑的法律基础，不计成本的法律域外适用可以对竞争对手造成重大打击，例如，经济学家通过合成控制法测算，认为美国金融制裁导致伊朗2012年国内生产总值（GDP）下降11.6%，导致伊朗经济与社会稳定性遭到重创。⁴⁹ 只有在两个竞争国家都拥有较为等效（不必要完全相同）的法律域外适用制度及其有效性后，双方才可能就谈判事项达成进一步的共识。以中美贸易战为例，中美两国虽然在世界贸易组织（WTO）多边机制、双边机制等场所进行制度意义上的谈判，但美国采用了出口管制、经济制裁等各种方式试图影响中国的行为模式，而中国在这一过程中也逐步开始用阻断法等方式应对美国威慑。⁵⁰ 回溯法律域外适用不等式与国家类型不等式，中国法域外适用制度也可能具有较强的威慑作用，因为当今的中国仍然在人口、市场、

45 有关美欧在此问题上谈判的历史梳理，参见 Gregory Shaffer, *Reconciling Trade and Regulatory Goals: The Prospects and Limits of New Approaches to Transatlantic Governance through Mutual Recognition and Safe Harbor Agreements*, *Columbia Journal of European Law*, Vol.9(No.1),p.29 (2002); Emily Linn, *A Look into the Data Privacy Crystal Ball: A Survey of Possible Outcomes for the EU-U.S. Privacy Shield Agreement*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.50(No.5),p.1311 (2017); 杨帆：《后“Schrems II案”时期欧盟数据跨境流动法律监管的演进及我国的因应》，载《环球法律评论》2022年第1期。

46 相关研究的综述，参见李巍、罗仪馥：《从规则到秩序——国际制度竞争的逻辑》，载《世界经济与政治》2019年第4期。

47 本文采纳的分类来自制度现实主义的研究，参见贺凯：《亚太地区的制度制衡与竞争性多边主义》，载《世界经济与政治》2018年第12期。

48 正如普特南（Robert D. Putnam）“双层博弈理论”（Two-Level Games）中对国际—国内事务的联通尝试，跨国法及其实践将作为一种手段深深影响国际制度竞争。See Robert D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, *International Organization*, Vol. 42(No.3),p.427 (1988).

49 参见姜薇、陶士贵：《金融制裁对目标经济的影响——来自合成控制法下伊朗的证据》，载《金融论坛》2020年第2期。

50 参见沈伟：《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》，载《比较法研究》2021年第1期。

原材料等领域具有极大影响力。例如，中国于 2023 年 7 月 3 日对镓、锗等半导体、新能源产业的原材料实施出口管制，⁵¹ 这对于欧美日等地的产业链而言可能造成重大影响。⁵² 再如，中国在国际贸易市场中占据重大份额，即便是在中美贸易战、新冠疫情等不利因素的影响下，中美两国的双边贸易也有长足进展——中国商务部数据显示，中美 2022 年的货物贸易总额达历史最高的 6906 亿美元；⁵³ 美国贸易代表办公室（Office of the United States Trade Representative, USTR）的数据也表明，中国在 2022 年是美国最大的进口贸易伙伴、第三大的出口贸易伙伴。⁵⁴ 种种数据表明，中美两国的经济存在高度依存，⁵⁵ 表明中国在面临美国等竞争对手时可以有效发挥法律域外适用制度对国际竞争的促进作用。

与此同时，法律域外适用提供的威慑呈现线性特征，提供了进行更精细化博弈的可能性。传统国际制度竞争理论强调在现有多边机制下进行利益博弈，或者主张用新的多边机制替代原有机制来实现利益的再分配，⁵⁶ 但前者受到现有国际法结构的限制因而不大灵活，而后者则因为新多边机制的巨大成本而较为昂贵。作为跨国法的法律域外适用制度发轫于国家主权的行使，在更为软性的国际法秩序下具有更多的操作空间。法律域外适用工具箱也内嵌着多个领域规则的域外适用，可以根据需求采取不同的组合拳。作为一种可以灵活创设和机动触发的制度，法律域外适用理论上造成的影响力之下限可以接近于零，但在极端情况下则可以拔高威慑实践的上限，这一近乎线性变化的威慑空间体现了一种灵活性，法律域外适用制度的应用技艺也是应当进一步发掘的对象。例如，反垄断、数据合规、经济制裁等是常见的域外适用路径，但每一个路径的威慑效果都不尽相同，不同政治实体习惯采取的路径也存在差异。欧盟习惯用 GDPR 来干涉跨国事务，⁵⁷ 美国热衷用经济制裁（含次级制裁）、⁵⁸ 贸易制裁⁵⁹ 来干涉跨国事务，美国近年来也逐步开始在外商投资国家安全审查的框架下干涉数据跨境流动等跨国事务。⁶⁰ 何时应当发动域外适用、应当发动何种域外适用、何时应当终止域外适用，这一系列的问题都有待进一步研究。

随着法律域外适用制度在国际制度竞争中越发频繁被激活，各国实际维护该制度的成本将会升高，各国主体参与国际经贸往来的合规成本也会提升，这可能导致法律域外适用制度的烈度发生波动并最终达成均衡。⁶¹ 这是一个国际与国内互相影响的过程，国际交往中的成本收益将会影响国内决策机构的行为。在其他国家通过法律域外适用严重影响本国实体时，一国可能会因此调整政策予以缓和或对抗。例如，在中美贸易战期间，

51 参见《商务部 海关总署公告 2023 年第 23 号 关于对镓、锗相关物项实施出口管制的公告》（商务部公告 2023 年第 23 号）。

52 See Jon Emont, *China Controls Minerals That Run the World - and It Just Fired a Warning Shot at U.S.*, *The Wall Street Journal* (Jul. 7, 2023), <https://www.wsj.com/articles/china-controls-minerals-that-run-the-world-and-just-fired-a-warning-shot-at-u-s-5961d77b>, accessed Sept. 3, 2023.

53 参见《商务部：2022 年中美双边贸易额创历史新高》，载央视网 2023 年 2 月 16 日，<https://news.cctv.com/2023/02/16/ARTI7vga7jr2sZiitaE45525230216.shtml>。

54 See *Countries & Regions*, Office of the United States Trade Representative, <https://ustr.gov/countries-regions>, accessed Jun. 20, 2023.

55 这也是学界的共识，参见庞中英：《美国对华政策的合作与冲突策略——另一种“相互确保摧毁”成立之后》，载《国际观察》2010 年第 4 期。

56 参见贺凯：《亚太地区的制度制衡与竞争性多边主义》，载《世界经济与政治》2018 年第 12 期。

57 例如欧盟成员国依据 GDPR 对 Google、Facebook（现 Meta）等跨国互联网公司的处罚。

58 See, for example, Executive Order 13608 - Prohibiting Certain Transactions With and Suspending Entry Into the United States of Foreign Sanctions Evaders with Respect to Iran and Syria, May 1, 2012.

59 中国企业的律师们对此经历有细致描述，例如杨晨编著：《绝不妥协——中国企业国际经贸摩擦案件纪实》，中信出版集团股份有限公司 2021 年版，第 115—153 页。

60 参见陈靓：《大国竞争漩涡下 TikTok 案》，载《文化纵横》2023 年第 6 期。

61 这一均衡的达成过程在其他领域已有所体现。See Ron P. Smith, *The Influence of the Richardson Arms Race Model*, in Nils Petter Gleditsch ed., *Lewis Fry Richardson: His Intellectual Legacy and Influence in the Social Sciences*, Springer, 2020, p. 28.

美国基于贸易法第 232 条款、第 301 条款对我国特定商品加征关税，我国最终选择根据法律进行反制。⁶² 在各个政治体行动之后，参与国际商贸的实体则可能承受交易成本（如合规成本等）上升的商业风险，逐利的利益相关方因此有动力在国内进行游说以求改变特定国家的行为，在游说过程中特定实体也可能协调各国利益以推进实现均衡。例如，在美国制定贸易政策时，利益相关方便可能通过选举竞争等路径直接影响甚至改变美国的贸易政策；而由于集体行动的困境，即便最终的贸易政策可能对美国社会整体不利，也仍然可能以对利益相关方更有利的形式通过。⁶³

法律域外适用制度随竞争波动的一个例证可能正在标准必要专利领域发生。英国法院于 2017 年在 UP 诉华为专利纠纷案（Unwired Planet International Ltd. v. Huawei Technologies Co. Ltd. & Anor）中宣布其可以裁定标准必要专利的公平、合理和无歧视（Fair, Reasonable and Non-Discriminatory, FRAND）费率⁶⁴ 并被英国最高法院肯定，⁶⁵ 这一决定引发了全球企业对英国法院可能设定高昂全球费率的恐慌冲击了全球标准必要专利市场。但就在 2023 年的欧普提斯诉苹果案（Optis Cellular Technology LLC & Anor v. Apple Retail UK Limited & Anor）中，英格兰和威尔士高等法院将 1 个专利族（Portfolio）的全球 FRAND 许可费设定为 513 万美元；⁶⁶ 相同当事人在美国得克萨斯州东区法院也进行了诉讼，该案陪审团裁定 5 个专利的 FRAND 许可费为 5.06 亿美元，⁶⁷ 约为英国法院针对 1 个专利族（范围大于 5 个专利）FRAND 许可费的 100 倍。英国法院行为的前后反差、与美国法院的强烈对比，或许是其包括中国在内的更多威慑下主动降低域外适用竞争烈度的选择。随着各国在法律域外适用领域的进一步竞争，甚至或许会产生明确的多边或双边条约，对博弈均衡的状态予以最终确认。

（二）面向旁观竞争者的说服术

“大国主导的国际制度竞争是塑造国际秩序演进的根本性力量”，⁶⁸ 但旁观国际制度竞争的旁观者却可能成为竞争成败的胜负手。与此同时，不同国家在不同场域、议题上扮演着截然不同的角色，彼时的国际制度竞争对手却可能在此时成为同第三国竞争的合作者或观望者。因此，虽然可以从现实主义的视角将法律域外适用制度视为一种威慑，但应当同时注意到该制度的法治化外表，并通过法治化的话语尝试向旁观国际制度竞争的第三方国家传递善意。

强调在法治化框架下开展法律域外适用的目的在于向外界发出“尊重现有法秩序”的信号，本质上是一种可靠的承诺，即通过制度建设增加并固化未来违背承诺的成本，进而降低交易成本。⁶⁹ 这一对外发出信号的举措类似于国际法中的单方声明，虽然并非一定具有国际法意义上的法律强制力，但会影响对特定国际义务的解释与结论。⁷⁰ 反映到对国家行为的影响上，在屡次表态尊重现有法秩序之后，该国和旁观者产生利益纠纷时便难以通过强权而非法律压制其他国家，至少不能再明示使用权力直接决定利益分配；基于此，旁观竞争的第三方国家在国际交往中才会相信该国基于法律的承诺，这使双方交易的成本大幅降低，更有可能达

62 参见杨国华：《中美贸易战中的国际法》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期。

63 参见 [美] 保罗·R. 克鲁格曼、[美] 茅瑞斯·奥伯斯法尔德、[美] 马克·J. 梅里兹：《国际经济学：理论与政策》（第 11 版），丁凯等译，中国人民大学出版社 2021 年版，第 209—213 页。

64 See Unwired Planet International Ltd. v. Huawei Technologies Co. Ltd. & Anor [2017] EWHC 711 (pat), para. 11.

65 See Unwired Planet International Ltd. & Anor v. Huawei Technologies (UK) Co. Ltd. & Anor [2020] UKSC 37, para. 171.

66 See Optics Cellular Technology LLC and Others v. Apple Retail UK Ltd. and Others [2023] EWHC 1095 (Ch.).

67 法院同意了苹果的再审申请，但欧普提斯已就再审查提出上诉。See Optis Wireless Tech., LLC v. Apple Inc., No. 2:19-CV-00066-JRG, 2021 WL 2349343, at *1 & 4 (E.D. Tex. Apr. 14, 2021).

68 李巍：《国际秩序转型与现实制度主义理论的生成》，载《外交评论》2016 年第 1 期。

69 See Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *Public Law and Economics*, Oxford University Press, 2022, p. 178–180.

70 See Alfred P. Rubin, *The International Legal Effects of Unilateral Declarations*, *The American Journal of International Law*, Vol. 71 (No. 1), p. 1 (1977).

成共识。⁷¹与此同时,随着信息技术的提升,各方向外界传达信息的成本降低,当代国际交往具备更大的透明性,旁观竞争的第三方更容易通过各方的表态与行动了解各方对于现有法秩序的态度。例如,在国际法院等争端解决机制中,各类相关文件(书状、庭辩实录、裁定等)基本都对外公开,各国的外交发言人也会就相关事宜发表意见。正因如此,中国在建设法律域外适用制度时,需要继续坚持在法治化的框架下完善现有制度,方才可以尽力说服旁观竞争的第三方。就现实考量而言,在中美两国同时推进国内法域外适用的场景下,中国可以通过遵守法治化框架来向旁观竞争的欧盟、印度、日本等国发出信号,使之更加相信中国对于现有国际法秩序的尊重,更加理解中国没有像美国一样推进单边霸权主义的意图。此举将降低中国与第三方国家的交易成本,促进政治互信并营造良好的外交格局。

在具体的竞争场景中,竞争各方的利益已经决定了其立场,因此从实践意义上难以用法治的话语打动并改变对方的立场。能够用法治话语影响并说服的似乎只有旁观竞争的第三国。但即便如此,对竞争对手和旁观者也都需要强调法治话语。国际制度竞争中的双方往往会指责对方违反国际法,仿佛依靠法治的话语便可以化解一切纠纷,但这样的想法或许过于理想主义。⁷²国家秩序中的利益格局决定了一国在跨国事务中的立场,这一立场驱动着国家用法治的语言辩护自己的主张。既然“永远无法叫醒一个装睡的人”,也难以期待仅凭国际法的话语就可以说服一个内心早已选择立场的国家。以康文森无限许可有限公司与华为技术有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案(以下称华为中国案)⁷³的国际影响为例。在中国最高人民法院禁止康文森无线许可有限公司(Conversant Wireless Licensing S.à.r.l.,以下称康文森公司)⁷⁴在德国执行境外判决之后,欧盟在WTO对中国发动争端解决程序(DS611),⁷⁵主张中国违反了《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)保护知识产权、信息公开、信息合作等条款的要求。⁷⁶标准必要专利领域的禁诉令制度起源于美国法院的实践,⁷⁷而欧盟却未曾质疑过美国法院的合法性——这当然可以从普通法传统的角度辩护,但本质上就是美国法院可以、中国法院不可以的逻辑,也可能与华为中国案中的被告康文森公司系卢森堡(欧盟成员)公司有关。但应当看到,竞争对手与旁观者的属性并不是完全固定的,一时的竞争对手可能在下一个议题就变成旁观者甚至合作伙伴——欧盟可能在禁诉令的相关议题上反对中国,但在对抗美国的单边主义时则又是中国的合作伙伴。⁷⁸这一动态变化的身份属性决定了,中国需要长期讲好法治话语,虽然无法在具体议题上说服竞争对手,但却可能在对方属性变化为旁观者的时候产生一定效果。

71 国际法秩序可以超越社会规范的属性更为吸引弱国,因为国际社会中的社会规范从历史角度来看是弱肉强食,而这对弱国不利。

72 参见苏力:《想事,而不是想词——关于“法律语言”的片段思考》,载《东方法学》2023年第1期。

73 华为技术有限公司与康文森无限许可有限公司等确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号之一民事裁定书,载《最高人民法院公报》2022年第1期;康文森无限许可有限公司与华为技术有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号之二民事裁定书,载《最高人民法院公报》2022年第1期;康文森无限许可有限公司与华为技术有限公司、华为终端有限公司、华为软件技术有限公司确认不侵害专利权纠纷案,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号之三民事裁定书。

74 康文森公司注册于卢森堡,系加拿大技术授权公司MOSAID Technologies, Inc.旗下公司。

75 更有趣的是,此争端与立陶宛相关争端相继提出,并在同一天提请组成专家组,此种“巧合”的政治意味颇为浓厚。See *EU Refers China to the WTO Following Its Trade Restrictions on Lithuania*, European Commission (Jan. 27, 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_627; *EU Requests Two WTO Panels Against China: Trade Restrictions on Lithuania and High-Tech Patents*, European Commission (Dec. 7, 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7528.

76 See *WTO, China - Enforcement of Intellectual Property Rights (Request for the Establishment of a Panel by the European Union)* (9 December 2022) WTO/DS611/5.

77 参见甘勇、江宇轩:《美国禁诉令制度之发展及其对中国的启示》,载《国际法研究》2023年第2期。

78 例如,在美国迫使WTO上诉机构停摆之后,中国、欧盟联合17个WTO成员方成立了“多方临时上诉仲裁安排”(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement)。参见凌馨:《中国、欧盟等世贸组织成员宣布建立多方临时上诉仲裁安排》,载新华网2020年4月30日, http://www.xinhuanet.com/world/2020-04/30/c_1125930844.htm。

三、多元制度供给：中国企业出海的本土救济

(一) 中国企业出海面临欧美制度主导

一如政治与市场的相互作用，一国国内法会对企业间竞争予以规制，企业也会利用各国法律与其他企业进行博弈。在“走出去”的过程中，中国企业需要在陌生的制度环境中与外国企业进行竞争。而由于法律域外适用制度，中国企业出海时主要面对来自欧美制度的挑战。虽然各国民事诉讼法普遍要求公平竞争，但这种平等的规定往往流于形式，在实践中掩盖了实质的不平等。⁷⁹ 对于中国企业而言，对规则的陌生已然是一种劣势，更何况有些当地的规则本身也缺乏公正；⁸⁰ 与之相对，在一个由欧美制度主导的国际营商环境中，当地企业也更能利用规则获得优势，这使中国企业出海面临更大的窘境。

在当前的全球制度市场中，法律域外适用制度以美国、英国等普通法系国家为核心，德国、法国等大陆法系国家则主要针对域外适用进行反制。以禁诉令为例，美国法院是签发禁诉令数量最多的法院，而德国法院则可能针对性地签发反禁诉令。⁸¹ 中国企业在出海时可能会遭遇多个不同辖区的多个诉讼，但由于存在法律域外适用制度，受波及的业务并不全部甚至并不主要局限于这些辖区。以标准必要专利纠纷为例，国际商业惯例一般要求专利人以 FRAND 费率向专利实施人许可使用标准必要专利。在 FRAND 费率谈判进展不顺的情况下，当事人可能会要求法院确定 FRAND 费率，一国法院一般只会确定在其司法辖区内的 FRAND 费率，除非双方当事人一致同意，否则法院一般不会设定该专利在全球的 FRAND 费率。这一格局在 2017 年发生变化，英国法院在 UP 诉华为专利纠纷案中宣布其可以设定标准必要专利的全球 FRAND 费率。⁸² 这一具有法律域外适用倾向的裁判严重冲击了中国企业（尤其是通讯领域的企业）在海外的商业运营，中国学界、实务界也在这一事件后越发关注标准必要专利相关议题。⁸³ 由于专利保护的地域性，英国法院在至少一方当事人反对的情况下设定全球 FRAND 费率是典型的法律域外适用场景；虽然英国法院会标榜自身对 FRAND 费率的看法是全球普适的，但这样的说法忽略了地方性知识中的商业实践，⁸⁴ 更可能会受到其所在国政治氛围的影响，如英国政府已全面禁止华为参与英国的 5G 建设，⁸⁵ 难以期待英国法院会公正对待华为。

除却境外规则的潜在不公，欧美制度主导市场还导致“讼棍”可以从中牟利，这加剧了中国企业在国际市场中遭遇的不平等待遇。因为长时间在特定辖区从事相关活动，境外的当地企业往往对法律实践更为熟悉，相对出海竞争的中国企业而言拥有更多信息，因此可以利用该种信息差获取博弈上的优势。一个较为典型的例子是挑选法院（forum shopping），即“当事人在诉讼中挑选对自己最有利的法院起诉的一种行为”。⁸⁶ 更进一步来说，在哪个法院就哪些专利提出哪种诉求都需要考虑，这对于参与国际竞争的中国企业而言则是难

79 参见[德]马克思：《哥达纲领批判》，载中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译：《马克思恩格斯全集》（第19卷），人民出版社1963年版，第21页。

80 例如，美国曾经的“中国行动计划”（China Initiative）要求检察官每年定额提出针对中国的诉讼，参见高乔：《美国为何叫停“中国行动计划”？》，载《人民日报（海外版）》2022年3月17日，第6版；再如，部分国家对中国企业境外并购存在不当干预，参见张建红、周朝鸿：《中国企业走出去的制度障碍研究——以海外收购为例》，载《经济研究》2010年第6期。

81 See Haris Tsilikas, *Anti-suit Injunctions for Standard-Essential Patents: the Emerging Gap in International Patent Enforcement*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol.16(No.7), p.729 (2021).

82 See *Unwired Planet International Ltd. v. Huawei Technologies Co. Ltd. & Anor* [2017] EWHC 711 (pat), para. 11.

83 参见丁文严、韩萍：《标准必要专利保护的中国路径——“标准必要专利保护法律问题研究”研讨会综述》，载《法律适用》2018年第19期。

84 参见[美]克利福德·吉尔兹：《地方性知识——阐释人类学论文集》，王海龙、张家瑄译，中央编译出版社2000年版，第223—224页。

85 See *Huawei Ban: UK to Impose Early End to Use of New 5G Kit*, *BBC News* (Nov. 30, 2020), <https://www.bbc.com/news/business-55124236>.

86 李晶：《国际民事诉讼中的挑选法院》，北京大学出版社2008年版，第10页。

题。在跨境标准必要专利纠纷中，诉讼地选择已逐渐形成范式：除却在其本国提起诉讼外，权利人一般还会选择在英国法院起诉申请全球费率，而在德国法院起诉申请司法禁令。在多个法院同时进行多个诉讼更是一项沉重的负担。中国企业出海后的互动对象可能是经验丰富的跨国企业，甚至可能是直接以诉讼牟利为生的企业，而这些竞争对手普遍比当前的中国企业更懂得通过选择法院来获得更有利的裁判结果。例如，在华为中国案中，当华为与康文森公司的专利授权费率谈判不畅之后，康文森公司率先向英格兰专利法院提起诉讼，要求法院裁定华为侵犯康文森公司在英国的专利权，并要求法院确定专利的全球 FRAND 费率；⁸⁷ 而在华为向中国江苏省南京市中级人民法院对康文森公司发起诉讼⁸⁸ 后的 3 个月内，康文森公司又将华为起诉至德国杜塞尔多夫地方法院，要求法院裁定华为侵权并颁发司法禁令，⁸⁹ 该等主张得到了德国法院的支持。从最开始选择在英国起诉申请全球费率，而后在德国起诉申请司法禁令，如此迅速的反应与精确的胜诉判决，让人不由得怀疑康文森公司的诉讼策略是多方研究打磨的精密产物。这并非妄自揣度——康文森公司是全球最大的非实施主体（Non-Practicing Entity）之一，主要依靠收取专利许可费盈利，旗下拥有 40 个辖区的超 2000 件专利，⁹⁰ 并在 20 余个司法辖区开展诉讼活动。⁹¹ 换句话说，康文森公司的主要盈利模式就是专利授权，诉讼是收取专利授权费的手段，其比华为等出海的中国企业自然更有诉讼经验。

（二）本土救济促进中国企业公平竞争

在很长的一段历史阶段，中国并没有积极推进中国法的域外适用。这并非因为中国法律文本没有域外效力条款。例如，中国《反垄断法》2007 年立法时便已具备域外效力，但生效后直接域外适用的情况相对有限。⁹² 从法律域外适用制度的生效原理来看，中国此前影响跨国事务的能力与意愿都相对较低，因此无法积极推进中国法的域外适用。随着中国在国际舞台政治与经济实力的进一步增强，中国影响跨国事务的能力越来越大；而随着新的涉外法治战略部署，中国推进法律域外适用的意愿也越来越强。⁹³ 聚焦于中国企业出海的场景，中国愈发可能为出海企业提供欧美制度之外的多元本土救济，由此可以平衡中国企业在海外遭到的不公正待遇。如果没有中国法院的强势介入，为了避免承担失去大份额境外市场的风险，华为等中国企业或将被迫同海外“诉讼专业户”等竞争对手签订极为不利的商事合同。针对境外此类有失公平的制度，如果无法从根本上予以改变，那么就应当提供一种来自中国的本土救济途径，进而推动中国企业在国际市场公平竞争。

通过为制度市场提供中国方案，国际市场竞争的大环境在宏观上会向着更加公平的方向偏移，境外实体的不当优势也会相应受到再平衡。在英国法院强势确认自身设定全球 FRAND 费率的权限后，中国最高人民法院随后也于 2020 年在 OPPO 广东移动通信有限公司等与夏普株式会社等标准必要专利许可纠纷管辖权异议纠纷案（OPPO 中国案）中确认，中国法院在当事人意愿以及具备密切联系的情况下有权裁定全球 FRAND 许可条件。⁹⁴ 比起英国一家独大制定所有规则，在混乱的规则中给出中国方案或许能够达成另一种

87 See *Conversant Wireless Licensing S.A.R.L. v. Huawei Technologies Co. Ltd. & Anor* [2018] EWHC 808 (Pat), para. 7.

88 参见《2020 年江苏法院知识产权司法保护十大典型案例》，载微信公众号“江苏高院”2021 年 4 月 22 日。

89 See *Az. 4b O 30/18*, para. 17.

90 See *Unwired Planet International Ltd. & Anor v. Huawei Technologies (UK) Co. Ltd. & Anor* [2020] UKSC 37, para. 17.

91 See *Conversant Wireless*, MOSAID Technologies, <https://mosaid.com/patent-category/conversant-wireless/>, accessed Jun. 20, 2023.

92 部分案例可能域外适用但并未进入实质审查，例如，在 2008 年的必和必拓与力拓合并案中，收购方在中国商务部反垄断局立案当天宣布放弃收购，因此并未出现实质性的反垄断法域外适用。基于该案的法律域外适用分析，参见杨柏国：《从“两拓”合资案看我国〈反垄断法〉域外适用制度之完善》，载《法学》2009 年第 9 期。

93 例如，近年来中国法院越发积极参与对外关系治理，参见蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期。

94 参见 *OPPO 广东移动通信有限公司等与夏普株式会社等标准必要专利许可纠纷管辖权异议纠纷案*，最高人民法院（2020）最高法知民辖终 517 号民事裁定书。

意义上的“无需法律的秩序”。⁹⁵ 中国的本土救济目前或许还不能在实质上改变中国企业与境外实体在诉讼经验上的不对等，但却可以通过为中国企业提供更为熟悉、公正的场所尽量在形式上保证二者的平等，让诉讼的中心回归到双方在法律而非诉讼策略上的分歧。由于平行诉讼的存在，中国法院的裁判能否被贯彻实施尚不确定，却可以为中国企业在谈判中提供筹码。例如，中国法院可以要求境外实体支付罚款，由此便可通过罚款直接影响境外实体的行为；再如，中国企业可以将出价与遵守中国法院裁判挂钩，主张自己的行为是为了遵守中国法，并以此向境外实体获取更多的收益。⁹⁶ 2023年新修正的《民事诉讼法》大幅增加了涉外有关内容，或许正是为了给中国企业提供更完善的本土救济法律工具箱，由此来实现“维护我国公民、法人在海外合法权益”的目的。

应当相信，中国法院在标准必要专利领域的法律域外适用促进了中国企业在国际市场的公平竞争。从理论角度分析，法律域外适用制度有效的先决条件是国家影响跨国事务的能力与意愿之强度，中国在这两个方面都已取得了长足进展。在标准必要专利纠纷频发的通信行业中，中国是全球在该领域最大的市场之一，诸多中国企业在通信领域也逐步获得世界顶尖的技术。由此，应当认为中国已经可以以市场、技术等为基础，对通信领域的境外实体之行为施加重大影响，这也体现于境外实体在多个案件中基本遵守中国法院裁判的行为之中。除却影响跨国事务的能力，伴随中央积极推进涉外法治建设的重大战略，⁹⁷ 中国越来越有意愿维护中国公民、法人的海外合法权益，中国法院也越发积极参与对外关系事务，这表明中国影响跨国事务的意愿不断提高。影响跨国事务的能力与意愿双重提升，最终促成了中国法院在标准必要专利领域有效的法律域外适用。

中国法的域外适用制度目前主要帮助中国企业在出海过程中寻求平等保护，日后或许也可以为其他发展中国家的企业提供帮助。如前所述，以禁诉令为代表的法律域外适用主要集中在美国、英国等普通法系国家，因此各国企业都更倾向于——或者说被迫——到此类司法辖区进行诉讼，即便该辖区对于发展中国家的企业可能存在偏见。能力与意愿兼备的中国正在提供一套与之竞争的方案，这增加了国际诉讼市场的竞争程度，未来也可以让发展中国家的企业有更多选择。虽然理念和他国制度可能存在差别，但中国法域外适用也需要防范其他主体滥用来实现其不法目的，否则该制度的可信度将同英美制度一样降低，最终可能失去中国的独特竞争力。法律域外适用是为国家参与国际斗争服务的，但仍然应当处理好法治话语中法律普遍性的问题。正如前文所言，与旁观竞争的第三方国家也应当讲法治话语，中国在制度的实践过程中应当基于法治的形式概念保障其他境外实体在华诉讼的正当利益。

中国在标准必要专利领域的本土救济方案较为成熟，已经为华为、OPPO 等多个中国企业在国际市场的公平竞争提供了帮助。例如，在华为中国案中，英国最高法院在 2020 年 8 月 26 日驳回了华为对全球费率的管辖权异议，⁹⁸ 德国杜塞尔多夫法院则于 2020 年 8 月 27 日裁判华为败诉并签发司法禁令，⁹⁹ 而康文森公司根据德国法律可以申请执行一审司法禁令。此时的华为处境窘迫，谈判形势极为不利。华于是于在德国败诉当日申请行为保全，提请中国最高人民法院禁止康文森公司在华为中国案终审判决作出前执行德国法院的判决，中国最高人民法院在第二日迅速对康文森公司签发了禁执令；¹⁰⁰ 康文森公司申请复议，但于 2020 年 9

95 美国、英国、中国等国法院对设定全球 FRAND 费率的概况，参见宁立志、龚涛：《标准必要专利全球费率裁判：实践、争议与对策》，载《北方法学》2022 年第 3 期。

96 参见戴昕：《“守法作为借口”：通过社会规范的法律干涉》，载《法制与社会发展》2017 年第 6 期。

97 参见黄惠康：《加强涉外法治体系建设的顶层擘画——论学习贯彻习近平总书记重要讲话精神》，载《武大国际法评论》2024 年第 1 期。

98 See *Unwired Planet International Ltd. & Anor v. Huawei Technologies (UK) Co. Ltd. & Anor* [2020] UKSC 37, para. 171.

99 See *Az. 4b O 30/18*, paras. 1–22.

100 参见华为技术有限公司等与康文森无限许可有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案，最高人民法院（2019）最高法知民终 732、733、734 号之一民事裁定书，载《最高人民法院公报》2022 年第 1 期。

月 11 日被中国最高人民法院驳回。¹⁰¹2020 年 10 月 23 日,在对康文森公司与另一公司标准必要专利纠纷的裁判中,慕尼黑第一地区法院暗示华为已与康文森公司达成和解,但并未透露和解协议的具体内容。¹⁰²2020 年 11 月,华为以与康文森公司达成和解为由向中国最高人民法院申请撤诉,最高人民法院裁定允许撤诉。¹⁰³在中国最高人民法院签发禁诉令之后,即便康文森公司仍可在德国申请执行司法禁令或者申请反禁诉令,但华为至少在与谈判时获得了更多的筹码,可以在更少负面法律威胁的情况下进行更加公平的谈判。

中国本土救济发挥显著作用的另一个例子是 OPPO 中国案。OPPO 与日本夏普株式会社(以下称夏普)于 2019 年 2 月 19 日开始谈判涉案专利的许可问题,但在即将进入技术澄清的实质谈判之时,夏普于 2020 年 1 月 30 日在日本东京地方裁判所起诉 OPPO 并申请司法禁令;在 OPPO 于 2 月 20 日向中国广东省深圳市中级人民法院(以下称深圳中院)起诉后,夏普又于 3 月在德国慕尼黑、曼海姆等地法院发起诉讼,而后又于 4 月在中国台湾地区也发起诉讼。¹⁰⁴有鉴于域外禁令对谈判的潜在胁迫,OPPO 申请行为保全;深圳中院裁定,夏普在中国诉讼终结前不得在境外法院发起新诉讼或申请司法禁令;德国慕尼黑法院对 OPPO 签发反禁诉令,要求 OPPO 在中国申请撤回禁诉令。¹⁰⁵当中国的禁诉令遭遇德国的反禁诉令,双方的法律较量似乎已陷入僵局,但潜在的日本司法禁令或将置 OPPO 于不利的谈判地位。深圳中院在后续庭审中,明确表示已固定夏普违反禁诉令的证据,且再次强调若夏普不撤回在德国的反禁诉令申请就将面临严重法律后果。有鉴于此,夏普最终无条件撤回了对中国禁诉令的复议申请,也申请撤回在德国的反禁诉令,表示尊重中国法院的裁判。在该案中,中国法为 OPPO 提供的本土救济无疑有助于其与夏普的平等谈判,深圳中院向夏普阐明违法后果促使夏普停止了境外违法行为,这也说明中国法域外适用制度已经可以对境外实体造成相当的威慑。

四、结论

当今世界正处于百年未有之大变局,中国比任何时期都更主动积极参与国际交往,更多采用包括法律域外适用制度在内的法律手段进行国际斗争。法律域外适用的实施超越国家传统管辖范围,其对境外实体的威慑程度更依赖处罚确定性,并进一步取决于特定国家对跨国事务的影响能力与影响跨国事务的主观意愿。中国以其在人口、市场、原材料等领域的天然禀赋以及对国际公共产品的潜在影响,可以推进具有一定效力的法律域外适用制度。除却制度落地实施的直接效果,制度建设还会促进中国和中国企业参与国际政治、经济活动。在国家间关系中,法律域外适用是一国参与国际制度竞争的手段,竞争各方的制度建设将提高竞争成本并最终促进达成多边或双边的条约确定均衡状态;对于旁观国际制度竞争的第三方而言,法律域外适用的法治化外表传递出一国尊重现有国际法秩序的信号,从而有助于营造更为良好的外交环境。在企业间关系中,中国法域外适用的体系建设可以打破欧美制度在此议题上的主导地位,为中国企业乃至世界他国企业提供更加多元化的制度选择。随着影响跨国事务能力与意愿的提高,中国可以提供更为有效的本土救济路径,例如,在标准必要专利纠纷中,中国法院在华为中国案和 OPPO 中国案中促进了中国企业与境外实体的平等谈判,推动了国际市场的公平竞争。[■]

(责任编辑:董飞)

101 参见华为技术有限公司等与康文森无限许可有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案,最高人民法院(2019)最高法知民终 732、733、734 号之二民事裁定书,载《最高人民法院公报》2022 年第 1 期。

102 See 21 O 11384/19, paras. 287–291.

103 参见康文森无限许可有限公司与华为技术有限公司、华为终端有限公司、华为软件技术有限公司确认不侵害专利权纠纷案,最高人民法院(2019)最高法知民终 732、733、734 号之三民事裁定书。

104 参见 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与夏普株式会社、赛恩倍吉日本株式会社标准必要专利许可纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民初 689 号民事裁定书。

105 《最高人民法院发布 2020 年度知识产权十大案例、五十件典型案例(附全文)》,载微信公众号“最高人民法院”2021 年 4 月 22 日。