

浅析《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

作者：段志超 | 鲁学振 | 周莎莎¹

2021年1月9日，经国务院批准，商务部发布了2021年第1号商务部令：《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”），自公布之日起施行²。1月10日，商务部条约法律司负责人就《阻断办法》有关问题回答了记者的提问（以下简称“答记者问”）³。颁布《阻断办法》符合国际社会面对外国法律与措施不当域外适用的通行做法，彰显了我国保护保护中国公民、法人或者其他组织合法权益的智慧和决心。本文即拟从《阻断办法》相关条文出发，结合国际实践，分析《阻断办法》未来落地场景并提出一些思考。

一、立法目的在于捍卫国家利益、维护正常的经贸秩序

《阻断办法》第一条明确其立法目的在于阻断外国法律与措施不当域外适用对中国的影响，维护国家主权、安全、发展利益，保护中国公民、法人或者其他组织的合法权益。这与国际上通行做法一致。自20世纪中叶起，制定阻断法应对域外管辖逐渐成为发展趋势，欧盟、加拿大、澳大利亚等国相继出台阻断法，以禁止外国某些具有域外效力的法律在本国不当适用，适用范围涉及证券、反垄断、对外经济制裁和限制性贸易措施等方面。相关立法诸如欧盟的《抵制第三国立法域外适用效果及行动条例》（以下简称“**欧盟《阻断法案》**”）、澳大利亚的《外国程序法》、日本的《保护公司免受美国1916年法案之利润返还的特别措施法》及法国的《向外国个人或法人实体传播经济、商业、工业、财务或技术文件和信息法》等⁴。

二、主要适用于“中国公民、法人或者其他组织”受到外国法律或措施不当域外适用的情景

《阻断办法》的第二条规定了其适用前提，即“外国法律与措施的不当域外适用情形”。具体而言，其指外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，且不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。此处的“中国公民、法人或者其他组织”应包含跨国公司在中国的子公司、办事处、代表机构等。需要注意的是，《阻断办法》并没有明确承担禁令义务的主体仅限于中国主体，即，不排除后续实践中对适用主体进行扩大解释以加入相关的外国主体。

¹ 实习生蒋海楠对本文的写作亦有贡献。

² <http://www.mofcom.gov.cn/article/zw/gk/zcfb/202101/20210103029710.shtml>。

³ <http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202101/20210103029779.shtml>。

⁴ 参见叶研《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》，载于《太平洋学报》，2020年第3期，第50-66页。

根据《阻断办法》第二条，外国法律或措施不当域外适用的情景是指“禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形”，因此《阻断办法》应用场景主要为对抗所谓次级制裁，即，域外法规的不当适用对本国主体和第三国的正常经贸行为造成的禁止或限制。中国人民大学法学院教授韩立余在答记者问时亦表述了类似观点⁵。需要指出的是，鉴于《阻断办法》采用了通过“工作机制”进行审查、继而发布禁令的开放式立法方式，后续相关工作组在认定适用场景时具有相当的灵活性，在切断外国法规域外适用对本国主体不恰当影响的前提下，不排除《阻断办法》被扩大解释应用的可能性。

三、中国主体的报告、遵守禁令的义务以及相关救济措施

《阻断办法》第四条规定了其运作机制，将在国家层面上建立由中央国家机关有关部门参加的工作机制（以下简称“工作机制”），以应对外国法律与措施不当域外适用。细节上，该机制由国务院商务主管部门牵头，与发展改革部门会同其他部门共同负责。需注意的是，该机制同《不可靠实体清单》的工作机制（设在国务院商务主管部门内）高度重合，不排除两者后续合并为同一工作机制的可能性。

（一）报告义务、遵守禁令的义务及惩罚

《阻断办法》明确了中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施不当域外适用的及时报告义务。即遇到禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，中国公民、法人或者其他组织应当在 30 日内向**国务院商务主管部门**进行报告。

经工作机制评估确认所报告的外国法律与措施存在不当域外适用情形的，国务院商务主管部门将发布禁令，即要求不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施。

就违反报告义务及不遵守禁令义务的行为，《阻断办法》还相应规定了处罚措施，保障了报告义务及遵守禁令义务的执行力。根据《阻断办法》第十三条，国务院商务主管部门可以给予警告，责令限期改正，并可以根据情节轻重处以罚款。

（二）司法索赔和国家支持

除行政处罚外，违反禁令还可能面临国内民事诉讼的风险。根据《阻断办法》第九条的规定，中国公民、法人或其他组织因外国法律与措施的不当域外适用遭受损失的，可在国内法院起诉，要求予以赔偿。

具体地，针对禁令范围内的外国法律与措施，中国主体遭受损失的可通过诉讼的方式向（1）违反禁令，遵守、执行禁令范围内的外国法律与措施并继而侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的当事人；以及（2）根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定中的受益人求偿。

此外，《阻断办法》第十一条亦规定，对于中国主体因为未遵守禁令内的外国法律与措施遭受重大损失的，政府可以提供相关支持，从制度上为《阻断办法》落地提供了更多层次的保障。《阻断办法》和答记者问均没有具体列举上述支持措施，基于《阻断办法》制定背景理解，可能包括政策、产业、渠道和资金支持，以抵消这些实体所遭受的损失以及削弱外国对华经济制裁的实质性影响。

⁵ <http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202101/20210103029706.shtml>。

（三）申请豁免禁令

参照欧盟《阻断法案》，《阻断办法》为实践中相关主体遵守禁令可能存在特殊困难或面临特殊情形的情况提供了豁免机制。禁令做出后，相关中国主体可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。国务院商务主管部门将在受理申请之日起 30 日内作出是否批准的决定；情况紧急时将及时作出决定。

值得注意的是，该条款明确豁免禁令的申请主体限于中国公民、法人或者其他组织，外国主体并未在内。

四、落地场景

在单边主义和“脱钩”基调下，外国法律和措施的不当适用对我国主体的正常经贸行为造成的负面影响不断显现，《阻断办法》即为国家对此的应对措施，其将主要表现为禁止中国主体遵守外国主管机关发布的、不当影响中国国家主权和利益的、具有域外效力的措施，避免相关措施被我国机关或主体承认或执行，并为受影响的相关中国主体提供追索和求偿的渠道。

实践中，《阻断办法》可能的落地场景包括针对美国出口管制制度对我国相关主体和/或其第三国贸易伙伴的具有域外效力的限制等，如特别指定国民和被隔离人员清单（List of Specially Designated Nationals and Blocked Persons，又称“SDN 清单”）和实体清单下的贸易限制，亦如《出口管制条例》所规定的含美国管控物项的再出口和境内转移中直接产品规则或最低比例原则适用所构成的贸易限制。前述美国出口管制制度的适用如果影响了中国主体与“第三国（地区）”正常的经贸往来，将可能被认定为落入《阻断办法》第二条规制的范围，继而触发相关阻断机制。

五、潜在的问题

《阻断办法》作为我国首部阻断立法，为我国应对外国法律法规基于“长臂管辖”对我国主体构成的威胁构建了应对体系，体现了对我国司法主权和企业合法利益的保护。但是，鉴于《阻断办法》目前仅进行了框架性的规定，后续尚待发布配套细则和指南以提供适用指引。在缺乏具体指引和实例的前提下，对企业而言，就《阻断办法》的实施尚存在一些潜在的问题尚待观察和解答。

（一）基于工作机制评估的禁令发布的标准以及频率

《阻断办法》本身仅在第六条中较为上位地归纳了工作机制评估禁令发布的几项参考因素，并没有具体列明评估标准。关于评估所针对的“外国法律和措施”的范围，也并未像欧盟《阻断法案》一样在附件中明确列明外国法律。由此，监管机构的禁令发布标准可能将依赖个案分析。如同发言人在答记者问中的答复，实践中工作机制将更多地根据个案具体情况，综合考虑《阻断办法》第六条规定的因素，依法审慎进行评估和确认。

关于禁令的发布频率，在面对“第一个禁令会很快发布吗？”的提问中，商务部条约法律司发言人没有明确表态。考虑到国际社会，如欧盟《阻断法案》自生效以来，仅有过两次初步尝试，并未真正得到过实施⁶，阻断法的宣誓意义更大于现实法律意义。我国《阻断办法》具体的落地实施及频率，也有待进一步的实践观察。

⁶ 参见叶研《欧盟〈阻断法案〉述评与启示》，载于《太平洋学报》，2020年第3期，第50-66页。

（二）报告义务的履行

《阻断办法》第五条规定了中国主体对外国法律与措施的不当域外适用有在 30 日内如实报告的义务，未能如实报告的，将有可能被警告或处罚。考虑到《阻断办法》采取了基于评估的开放立法方式，且尚未发布任何禁令，相关企业判断外国主管机关做出的判决或裁定是否属于《阻断办法》管制的不当域外适用行为将缺乏依据，需要进行整体评估和判断。对于跨国企业而言，相关评估和判断可能涉及诸多因素和环节，能否在规定时限内履行报告义务存在不确定性。实践中，相关主管部门如何对企业内部评估和判断进行指引，以及如何认定企业是否依法及时履行其报告义务尚待进一步明确。

（三）法律冲突问题

考虑到《阻断办法》属于冲突法的范畴，其适用和外国法律的适用天然地会构成冲突。就此，相关企业，特别是跨国企业，容易陷入两难的境地。作为类比，在近期涉及标准必要专利（“SEP”）的确定全球许可费率的反垄断诉讼中，屡次出现不同法域的法院就同一费率的确立颁布禁诉令（anti-suit injunction order）以及针对相关禁诉令的反禁诉令（anti-anti suit injunction order）的情形⁷，相关当事人在如何同时遵守实质冲突的不同法域的法院做出的裁定时面临艰难的选择。

作为解决机制，《阻断办法》设置了中国主体对于禁令的豁免机制，然而该豁免机制并不适用于在中国从事经营活动的外国主体，相关难题如何解决也将成为当事人现实的问题。

六、合规建议

（一）中国主体应加强内部评价，对于外国法律或措施的制裁及时报告；并监控制裁决定，及时申请禁令的豁免

在对外贸易过程中，如中国主体遇到可能属于外国法律与措施，如美国出口管制制度等的制裁，应首先结合《阻断办法》第六条的规定进行内部评价，是否属于不当的域外适用。如内部判断属于外国法律或措施的不当域外适用，中国主体应在规定时间内（30 天内）及时向有关部门如实汇报。

此外，中国主体需实时监控行业内禁令颁布情况。若在实践中，遵守禁令可能存在特殊困难或面临特殊情形的，可以向国务院商务主管部门提交书面申请（书面申请应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容），以申请豁免遵守禁令。

（二）对跨国公司而言，《阻断办法》的颁布并不直接意味着跨国公司必须与美国实体清单上的中国企业、机构继续开展合作

对于备受关注的美国实体清单问题，《阻断办法》的颁布并不直接意味着跨国公司必须立刻与美国实体清单上的中国企业、机构继续开展合作。

一方面，《阻断办法》目前仅是框架性规定，美国实体清单是否属于不当外国法律与措施尚待具体禁令的颁布。即使被认定属于禁令范围内的法律与措施后，有关企业还可以在禁令执行的过程中通过其中国主体积极行使申请豁免的权利，保障自身权益。

另一方面，如答记者问指出，《阻断办法》针对的是阻断禁止或限制中国企业与第三国企业正常经贸活动的不当域外适用，以维护正常商业环境。在企业本意是希望继续交易的情况下，《阻断办法》可

⁷ https://www.sohu.com/a/426244010_166680。

以保障交易的进行；但在当事企业一方不愿意继续交易的情况下，《阻断办法》如何区分企业的商业行为与遵守不当外国法律与措施的行为较为模糊，将其解释为要求跨国公司必须与美国实体清单上的中国企业、机构继续开展合作的情况存疑。

七、结语与展望

《阻断办法》规定了多项突破性的制度，并引入了司法联动等措施，从制度上确保了对中国主体和第三国贸易伙伴正当贸易行为的保障。但《阻断办法》所关注的“外国法律和措施”的范畴，具体的落地场景，以及如何进行司法联动等具体实操层面事项，尚有待配套细则和指南的颁布以及具体的实践观察。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

段志超

电话： +86 10 8516 4123

Email: kevin.duan@hankunlaw.com