

美国长臂管辖机制分析及对我国 资本市场影响研究^{*}

王 哲^{**}

摘要:目前通常所称美国长臂管辖,实质是包含域外立法管辖、司法管辖和执法管辖在内的“域外管辖”,从应用机制上来看,涵盖金融制裁、反洗钱、进出口贸易管制、反海外腐败、反垄断、资本市场等方面;从表现特点上来看,呈现管辖连接点高度泛化、立法司法与执法联动配合、管辖威慑性与影响交织性等特征。对各方面机制所涉及的美国内法进行分析,有助于合理判断具体长臂措施是否违反国际法,并引导我国境内主体有效防范应对不同长臂管辖。

关键词:长臂管辖 资本市场 最低连接点
域外适用

一、长臂管辖概念的界定

狭义的长臂管辖起源于美国最高法院在1945

* 本文仅代表作者个人意见,与所在单位无关。

** 现任职于中国证券登记结算有限责任公司法律部。

年国际鞋业公司诉华盛顿州案中确立的“最低限度联系标准”，主要适用于民事诉讼领域，是美国法院对人管辖权中的特别管辖权。^{〔1〕}这一原则最初用于解决州与州之间的纠纷，后来逐渐应用于跨国纠纷之中。而目前我国对“长臂管辖”已进行广义理解和运用，^{〔2〕}近似于包括域外立法管辖、司法管辖和执法管辖在内的“域外管辖”概念。^{〔3〕}

国际法学者认为，域外管辖是统称概念，在内容上涵盖了法的域外适用。原因在于，域外管辖既包括一国立法机关制定含有域外适用条款的法案，也包括依靠行政权和司法权进行法的域外适用。而狭义长臂管辖是法的域外适用的组成部分，即只体现了诉讼领域的对人管辖权。^{〔4〕}联合国国际法委员会也认为，域外管辖可以理解为“一国在其境外行使主权权力或权威”。^{〔5〕}基于国际法上属人原则、保护原则等相关规则及跨国交往日益频繁的客观环境，当一国与所管辖的人和事

〔1〕 1945年 *International Shoe Co. v. Washington State* 一案中，美国联邦最高法院根据“最低限度联系”理论创立了特定管辖权规则：只要非本州被告与被告法院之间存在某种“最低限度联系”（*minimum contacts analysis*）和“合理性”（*reasonableness inquiry*），法院就对该被告具有管辖权。

〔2〕 2018年9月24日，国务院新闻办公室发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书指出：“长臂管辖是指依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体的做法。近年来，美国不断扩充‘长臂管辖’的范围，涵盖了民事侵权、金融投资、反垄断、出口管制、网络安全等众多领域，并在国际事务中动辄要求其他国家的实体或个人必须服从美国国内法，否则随时可能遭到美国的民事、刑事、贸易等制裁。”

〔3〕 对三种管辖权的分类和界定，参见2018年美国《对外关系法重述》（第4版）[*Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law*]第401节。立法管辖权（*legislative jurisdiction*）也称规制管辖权（*prescriptive jurisdiction*）；司法管辖权（*judicial jurisdiction*）也称 *jurisdiction to adjudicate*；执法管辖权（*jurisdiction to enforce*），指政府利用资源诱导或强制遵从法律的权力。

〔4〕 参见李庆明：《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；肖永平：《“长臂管辖”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：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019年第6期；霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期。

〔5〕 《联合国大会第61届会议正式记录补编第10号》A/61/10，第390页。转引自廖诗评：《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。

具有充分联系且享有正当利益时,其域外管辖也具有国际法上的合法性。^[6]

但美国在“本国利益优先”主义的倡导下,依托国际优势地位及美元霸权,不断在其国内法层面构建相关行动的法律基础,并通过司法、执法手段进一步实现管辖权单边扩张。自2017年特朗普政府《国家安全战略报告》将我国定性为“在国际安全和经济等诸多领域挑战美国国际地位和国家利益的最主要战略竞争者”^[7]以来,美国愈加频繁地制定具有对华色彩的法案,并以其国内法域外效力为法理依据,针对我国主体进行金融制裁、进出口贸易管制、反洗钱及反海外腐败调查、发起刑事及民事诉讼等一系列打压手段,典型如“孟晚舟案”“中兴通讯案”。适时,有必要对美国法进行梳理,理解其行为背后的法律依据、利益诉求及政治动机,进而客观研判、理性应对。

二、美国长臂管辖主要机制概述

(一) 金融制裁^[8]

1. 法律依据

美国金融制裁领域的国内法依据包括成文法、总统决议及财政部

[6] 反垄断法等领域的域外效力已普遍被国际认可。汉斯·凯尔森(奥地利裔犹太人法学家,法律实证主义代表人物)也提出,一个国家的权力限于其自身领土,但并不意味该国在法律上不能在领土外实现任何行为。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上的重要讲话中指出,要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。我国《刑法》《反垄断法》《证券法》《期货和衍生品法》均设置了域外适用条款。相关学者观点可参见孙南翔:《美国法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。

[7] White House, *National Security Strategy of the United States of America*, December 2017, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>, p. 2.

[8] 相关梳理参见徐以升、马鑫:《金融制裁——美国新型全球不对称权力》,中国经济出版社2015年版;唐婧:《美国的金融制裁与应对》,载《中国金融》2019年第14期;陈宇瞳、成弋威:《美国金融制裁的法律分析及风险防范》,载《金融监管研究》2017年第1期。

规章三个层级。成文法可分为两部分：一是与对外政策和国家安全相关的一般法律，包括《1977年国际紧急经济权力法》、《1976年国家紧急状态法》、《1917年与敌国贸易法》、《2001年爱国者法》、《2012年马格尼茨基全球人权问责法》以及年度《国防授权法》等。二是针对具体“敌对国”或事件的特定制裁法律，如《1982年控制苏联石油和天然气修正案》^[9]、《1995年缅甸自由与民主法案》、《1996年赫尔姆斯—伯顿法》（针对古巴）^[10]、《2017年以制裁反击美国敌人法》（针对俄罗斯）以及《1996年伊朗制裁法》、《2012年减除伊朗危险和叙利亚人权法》等一系列针对伊朗的法律，且都发生在中美博弈加剧之后，还颁布了具有明显涉华因素的法案。此外，《1977年国际紧急经济权力法》授权总统根据现实需要颁布行政命令启动金融制裁，与国会立法具有同等效果。例如，针对俄罗斯的相关制裁决定，既有2014年奥巴马E13661号行政令及EO13685号行政令，也有《2017年以制裁反击美国敌人法》；针对伊朗的相关制裁决定，既有《1996年伊朗制裁法》等法案，也有2018年特朗普E13846号行政命令。

2. 运行机制与主要手段

美国总统和国会为金融制裁的决定部门，具体实施部门是财政部及下属海外资产控制办公室（OFAC）^[11]，国防部、司法部等部门也发挥着重要作用。

[9] 该法旨在阻止苏联建造从西伯利亚通往西欧的天然气管道，手段是：禁止美国控制的外国实体向苏联出口设备，禁止所有的外国实体向苏联出口设备，只要生产设备使用的是源自美国授权的技术，即便是此前从美国出口的技术。这一法案对欧共体各国产生巨大影响，使众多企业面临巨额损失。欧共体及其成员方对美国提出强烈抗议。转引自霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020年第2期。

[10] 该法禁止美国公司和外国公司与古巴进行贸易，还创设了一个新的诉因，允许在古巴革命后财产被没收的美国公民起诉与古巴展开交易的几乎所有实体。该法颁布后，欧盟向美国提交了外交抗议，指其违反国际法。后文《1996年伊朗制裁法》规定对在伊朗和利比亚投资超过2000万美元的任何国家的个人或实体予以制裁；法律实施后，欧盟将美国诉诸世界贸易组织争端解决机构，还颁布了第“2271/96”号条例，规定了“阻断条款”和“补偿条款”作为反制。

[11] OFAC隶属财政部恐怖主义及金融情报办公室，前身是于1940年纳粹德国入侵挪威后设立的海外资金控制办公室；其本身成立于1950年12月中国军队抗美援朝作战之际，杜鲁门总统借助OFAC冻结了中国和朝鲜的在美资产。

金融制裁主要手段包括:一是冻结或没收财产。例如,2014年美国冻结俄罗斯领导层7名核心成员与17家实体在美国的资产,2003年布什总统没收伊拉克政府及官方机构存放在美国金融机构中的19亿美元。二是切断被制裁对象美元使用渠道及与国际支付结算系统的联系。这一手段的实现主要依托于美元霸权地位、美国对环球银行电信协会(SWIFT)及纽约清算所银行同业支付系统(CHIPS)的高度控制。^[12] 例如,2012年,SWIFT取消伊朗金融机构的会员资格,终止30家伊朗银行跨境支付服务;2014年,SWIFT虽然顶住压力未将俄罗斯列入“黑名单”,但也加强了对与俄罗斯相关交易的审核,拉长了其金融交易周期,同一时期,VISA和MasterCard停止向俄罗斯银行提供支付结算服务。此外,《2001年爱国者法》建立起的反洗钱机制明确,美国禁止全球金融机构与被制裁对象从事具有美国连接点的交易;由于各国金融机构对美元支付结算体系的严重依赖,美国单方制裁事实上达到多边制裁的效果。三是财政制裁与融资限制。例如,2014年,美国关闭大量俄罗斯金融部门获取中长期美元贷款的窗口;2017年,要求对在俄罗斯进行特殊石油项目重大投资的外国实体实施制裁。

OFAC定期或不定期发布制裁名单,包括特别指定国民名单(SDN)、行业制裁名单(SSI,主要针对俄罗斯)、海外逃避制裁者名单(与伊朗及叙利亚有关)、外国金融机构第561条款名单等。据不完全统计,截至2020年10月底,211个中国内地个人和实体及57个中国香港个人和实体被列入SDN,包括军委装备发展部、中国电子集团等。一部分因“涉疆、涉港”等政治原因被一级制裁;一部分因与被制裁国

[12] SWIFT和CHIPS是美国金融制裁的工具,二者制裁效果不同。仅使用CHIPS制裁会切断制裁对象获取和使用美元的渠道,但对方还可以使用SWIFT与其他国家/地区进行非美元交易,使用SWIFT制裁工具则会切断制裁对象与全球金融体系的联系。SWIFT是一家总部位于比利时的非营利组织,设立25个董事席位,美国、比利时、德国、法国、英国、瑞士各占2个席位,中国有1个席位。虽然欧盟占有SWIFT董事席位最多,但美国无疑拥有更大主导权,主要原因是:(1)美元在全球跨境支付和外汇交易中份额占比最大;(2)SWIFT一个信息交换中心设在美国纽约;(3)“9·11”事件后美国以打击恐怖主义为由,强迫SWIFT授权美国调取金融交易信息。CHIPS虽名义上独立于美联储,是全球最大的私营支付清算系统,但关键环节绑定美联储建立并负责运行的Fedwire。

家存在交易被二级制裁。^[13]

美国国防部根据《1999 财年国防授权法》(1999 财年 NDAA)^[14] 第 1237 条授权,编制“中共涉军企业”名单,并先后四次将移动、电信、联通、小米、华为等 44 家中国企业纳入该名单。^[15] 被列入“1237 清单”并不意味着企业立即面临处罚或交易受限,但总统可决定是否实施制裁,主要涉及金融服务、资产交易、资产处置三个方面,最极端情况下包括查封清单上实体的所有财产。值得一提的是,小米集团在美国起诉美国国防部和财政部,最终法院认定美国国防部将小米列入“中共涉军企业清单”的行为不符合《行政程序法》,予以撤销。^[16] 拜登政府将“中共涉军企业”名单进一步调整为“中国军工复合体企业”名单,并授

[13] 美国存在“一级制裁”和“二级制裁”双层制裁体系,不仅禁止美国人与被制裁对象交易,还禁止第三国人与被制裁对象进行具有美国连接点(包括通过美国金融体系为被制裁对象提供金融服务)的交易,若该类交易被认定为“重大交易”,相关主体将面临二级制裁。一级制裁的对象是美国意图直接制裁的主体,如俄罗斯、伊朗、古巴相关机构。二级制裁的对象是违反美制裁规定、与被制裁对象进行交易的主体,形式包括列入“黑名单”、罚款以及禁止其与美国发生业务联系。

[14] 由 1998 年美国时任总统克林顿签署。相关条款的主要内容为:美国国防部长应与司法部长、中央情报局局长和联邦调查局局长进行磋商,在 1999 财年 NDAA 颁布之日起 90 日内确定直接/间接在美国或其任何领土及属地内运营的“中共涉军企业”清单,并公布于《联邦公报》(*Federal Register*)。其中,“中共涉军企业”是指:(1)国防情报局(Defense Intelligence Agency, DIA)1990 年 9 月编号 VP-1920-271-90 以及 1995 年 10 月编号 PC-1921-57-95 出版物(及后续更新)中列明的任何实体;(2)任何由中国人民解放军所有或控制并参与商业服务、制造、生产或出口活动的实体。其中,“中国人民解放军”是指中国的海陆空部队、警察、中国政府的情报部门,以及上述机构的任何成员。

2005 财年 NDAA 第 1222 节对“中共涉军企业”的范围进行了扩充,包含:由中国人民解放军、中国政府部委所有、控制或者隶属于由中国人民解放军、中国政府部门,或者由中国国防工业基地所属单位所有或控制的,并且参与商业服务、制造、生产或出口活动的实体企业。

[15] 《中美观察 111 家中国企业被美国国防部新增至“中共涉军企业”清单——或将被采取 IEEPA 项下的调查及限制措施[走出去智库]》,载网易,<https://www.163.com/dy/article/FLKQL9F70519BMQ6.html>,2021 年 11 月 10 日访问。

[16] 《小米赢得对美诉讼:法院解除了其涉军认定 并撤销投资限制》,载新浪财经,<https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2021-05-26/doc-ikmxzfm4808901.shtml>;《小米与美国国防部达成诉讼和解,将被移出军事清单》,载 <https://www.cnbeta.com/articles/tech/1126895.htm>,2021 年 11 月 15 日访问。

权 OFAC 将相关实体列入新的非 SDN 中国军工复合体公司清单。

(二) 反洗钱领域

1. 法律依据

美国反洗钱的国内法依据包括《1970 年银行保密法》、《1986 年洗钱控制法》、《1998 年打击洗钱和金融犯罪战略法》、《2001 年爱国者法》等国会成文法及《2013 年美国财政部金融犯罪执法网络规章》等部门文件以及监管机构或行业组织发布的反洗钱行业准则。

其中,《2001 年爱国者法》第三篇“打击跨国洗钱和恐怖融资法”分篇 A 第 317 条规定,如果某一外国人或外国金融机构参与洗钱活动,如果依照《美国联邦民事诉讼规则》或外国人所在地的该国法律送达了诉讼文书,并且满足以下三个条件之一,美国法院就可行使司法管辖权:(1)外国人参与了洗钱活动,且相关交易全部或部分发生在美国;(2)外国人在美国境内持有财产,且美国法院对该财产作出没收令;(3)外国金融机构在美国境内金融机构设有银行账户。第 319 条规定,只要美国认定的涉嫌洗钱的资金存放在某外国银行世界范围内的任一账户,就可以直接对该行在美国境内设立的银行账户予以冻结、扣押和没收,不必证明两项存款之间存在资金转移链条。《2020 年反洗钱法》要求评估中国相关非法金融风险,形成打击中国洗钱活动的策略。

2. 运行机制和主要手段

反洗钱监管具有“多头性”,处罚具有“交叉性”,且呈现重罚威慑为主的模式。^[17] 美国有关监管机构包括:美联储,司法部及其下属联邦调查局、毒品管制局,财政部及其下属国内收入署、货币监理署、存款监理署、金融犯罪执法局(FinCEN)以及 OFAC,^[18] 消费者金融保护局,

[17] 相关材料参见蔡宁伟:《美国反洗钱“长臂管辖”的渊源与演变》,载《金融监管研究》2019 年第 11 期;丁灿:《国际银行业金融犯罪监管:案例研究与经验启示》,载《金融监管研究》2017 年第 4 期;课题组王元元等:《美国反洗钱监管案例研究》,载《西部金融》2018 年第 3 期。

[18] 金融犯罪执法局(FinCEN)隶属于财政部,是美国反洗钱监管的核心部门,确保反洗钱工作的数据收集、共享,协调反洗钱监管活动,最核心的职能是为美国国内各级执法部门提供情报支持,以情报为纽带整合部门间的合作,金融交易数据是 FinCEN 的重要数据来源。OFAC 负责根据反洗钱监控的相关情况定期发布制裁名单。

金融监管局以及各州立金融服务局等政府部门,一般根据洗钱上游犯罪涉及领域来确定执法部门。上述各部门拥有独立的反洗钱调查权、起诉权和处罚权。例如,2018年11月,法国兴业银行因违反美国制裁法规,同时分别向 OFAC、美联储、纽约州地方检察官办公室、纽约州金融服务局和美国司法部分别支付0.54亿美元、0.81亿美元、1.63亿美元、3.2亿美元和7.17亿美元以达成和解。

而反洗钱监管中,可能引起巨额监管处罚的上游犯罪包括毒品罪、贿赂罪、恐怖融资罪、市场操纵罪(不正当竞争罪)、偷逃税款罪等。有学者统计,2008年至2018年,共有45家机构遭受美国反洗钱1亿美元级以上的巨额监管处罚,累计金额高达781.7亿美元,涉及国家12个,其中发达国家占9个,发展中国家如中国、巴西等新兴经济体占比呈现上升态势。^[19] 恐怖融资罪涉及的非美国机构最多,共8国13家机构,事由多为涉嫌与美国认定的受制裁国家存在业务往来,且存在一定程度上的“组织掩饰行为”。银行业是金融业受罚的重灾区,2012年汇丰银行和渣打银行遭到巨额处罚,农业银行曾于2016年因反洗钱指控被纽约金融服务局罚款2.15亿美元。^[20]

(三) 进出口管制及相关贸易领域

1. 法律依据

美国出口管制法律体系分为两部分:一是军民两用品出口管制法律体系,由《1979年出口管理法》《2018年出口管理条例》《2018年出口管制改革法案》^[21]构成。美国据此管制原产于美国及非原产于美国但达到一定比例美国来源成分的产品及技术的所有流转,包括国家间的再出口和国内转卖。二是军品出口管制法律体系,由《武器出口管制法》及其实施条例《国际武器贸易条例》构成。其他贸易领域相关

[19] 蔡宁伟:《美国反洗钱“长臂管辖”的渊源与演变》,载《金融监管研究》2019年第11期。

[20] 《中国农行违反纽约州反洗钱法规将支付2亿1500万美元罚款》,载金投网, <https://usstock.cngold.org/c/2016-11-07/c4568638.html>。

[21] 2018年美国《出口管制改革法案》实际上替代了《出口管理法》,进一步扩大美国出口管制范围与力度,将被认定为“对美国国家安全至关重要”的技术的产品、相关软件和源代码也纳入管制范围。

法律还包括《1962年贸易扩展法》第232条、《1930年关税法》第337节以及《1974年贸易改革法》第301节。

2. 运行机制和主要手段

美国商务部工业安全局(BIS)负责制定出口管制实体清单(EL)、拒绝人士清单(DL)以及未验证清单(UL),有权将其认为曾经、正在或有可能违背美国国家安全或外交政策利益人或实体列入清单,包括外国企业、研究机构、组织等,措施包括产品分类监管、出口对象管制、签发出口许可等。

据不完全统计,截至2020年10月30日,297个中国内地个人和实体、100个中国香港个人和实体被列入实体清单,包括海康威视、华为及其子公司等,11个中国内地个人和实体、4个中国香港个人和实体被列入拒绝人士清单,26个中国内地个人和实体、47个中国香港个人和实体被列入未验证清单。美国一是在高科技领域提高出口管制和封锁力度,从而遏制我国关键产业发展;二是严密监控再出口行为,对科技类企业进行巨额处罚,中兴通讯就因所谓“违背美国对伊朗制裁禁令”,被迫支付巨额罚金并重建出口合规体系。此外,美国还对进口加以控制,部分境内上市公司被移除美国供应链,遭遇反倾销调查。拜登政府在经贸领域发起供应链审查,拟将来自竞争对手国的供应商转移至本土和盟国,强化了脱钩企图。^[22]

美国国际贸易委员会(ITC)可发起“337调查”,调查对象为进口产品侵犯美国知识产权的行为及进口贸易中的其他不公平竞争,只要外国企业产品销售至美国,即使未在美国设立分支机构,也可能因为产品专利侵权成为“337调查”的被告。我国境内多家上市公司就曾受此影响。例如,摩托罗拉公司诉海能达等侵犯商业秘密和美国版权,海能达

[22] 拜登政府要求联邦机构对半导体、稀土矿物质、电动汽车大容量电池、药品这四种关键产品的供应链进行为期100天的审查,后在审查报告中声称中国在上述四个领域采取的措施“不符合全球公认的公平贸易惯例”。美国成立一支供应链贸易行动小组以配合其对华政策的开展,并声称计划将来自竞争对手国的供应商转移至本土和盟国。

被判决向原告赔偿 7.65 亿美元。^[23]

美商务部还可发起“232 调查”,由总统决定是否对相关产品进口征收关税或设定配额。美贸易代表及总统应申诉或自行决定,可就外国政府不合理或不公正的贸易做法发起“301 调查”。贸易战影响资本市场整体稳定。2018 年 4 月,特朗普政府基于“301 调查”单方认定结果,宣布将对原产于中国的 1300 余种进口商品加征 25% 的关税,涉及约 500 亿美元的中国对美国出口额,后持续加码,引发境内资本市场动荡。

(四) 其他领域

1. 反垄断领域

《1890 年谢尔曼法》《1914 年联邦贸易委员会法》《1914 年克莱顿法》早已突破 1909 年霍姆斯法官在美国香蕉公司诉联合果业公司案^[24]中的判断,通过效果原则将管辖权扩展至域外,典型案例是 1945 年美国诉美洲铝业公司案。^[25] 这一效力目前已经得到大多数国家的认可。^[26] 境内上市公司华北制药相关子公司于 2005 年被美国 Ranis 等公司指控违反《谢尔曼法》,我国对美国一审、二审法院管辖权均未持异议,仅从我国国法律体系与美国反垄断法相冲突致使企业未能严格遵守美国监管要求角度提供了“法庭之友”意见,历时近 17 年,美国法院基于国际礼让原则支持了我国主张,华北制药于 2021 年 8 月

[23] 参见《海能达被判赔偿摩托罗拉 7.65 亿美元》,载人民网,<http://ip.people.com.cn/nl/2020/0227/c179663-31607438.html>。

[24] *Amercian Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U. S. 347, 357.

[25] *U. S. V. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416, 444 (1945).

[26] 基于美国《1890 年谢尔曼法》,德国 1957 年制定了反托拉斯法。我国 2008 年生效的《反垄断法》第 2 条是中国法域外适用的典型规定。该条规定,中国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用该法,引入了“效果原则”。

重审胜诉。^[27]

2. 反海外腐败领域

《1977年反海外腐败法》(FCPA)旨在限制美国公司及个人贿赂国外政府官员的行为。该法长臂管辖体现在对行贿方的宽泛界定上,所有与美国有联系的主体(包括在美上市的外国企业,在美注册的公司,美国公司海外子公司、分支机构及关联公司),甚至利用美国境内服务器进行商业贿赂的违法行为均可能受到管辖,进而遭受巨额罚款或拘禁。有观点认为,反海外腐败法事实上成为美国实现经济政治目的的工具。例如,美国曾据此对法国阿尔斯通公司进行调查,最终迫使其将重要业务出售给通用电气,过程中阿尔斯通曾试图引入德国西门子组成合资公司以对抗通用电气,但西门子被美国以《反海外腐败法》下的巨额罚款相威胁,最终被迫放弃组建合资公司。^[28]另外,SEC曾依据《1934年证券交易法》及FCPA指控巴西石油天然气公司(PB)发布掩盖大规模贿赂和串谋投标行为的虚假财务报表误导美国投资者,PB最终于2018年9月与SEC和美国司法部达成和解与不起诉协议,同意支付

[27] 2013年11月27日,纽约东区布鲁克林联邦地区法院作出一审判决,认定维尔康违反美国反垄断法,并判令支付1.47亿美元的惩罚性赔偿。维尔康不服,上诉至联邦第二巡回上诉法院。二审期间,我国商务部以“法庭之友”身份向美国联邦第二巡回上诉法院提交了意见书,表示商务部2002年的通知确实对维生素C出口实行了“预核签章”制度,要求维生素C出口价格不得低于“行业协商价格”,而遵守该限制价格的规定导致被诉企业因为价格固定而违反了美国反垄断法。2016年9月20日二审法院认定中国的法律体系与美国的反垄断法相冲突,这种冲突导致被告违反《谢尔曼法》的规定。根据国际礼让原则,二审撤销了一审判决,驳回原告起诉,发回原审法院并指令原审法院撤销案件。原告不服二审判决,向美国联邦最高法院申请再审;2018年4月24日,美国联邦最高法院开庭再审本案。2018年6月14日,美国联邦最高法院作出再审裁决,将案件发回二审法院重新审理。2021年8月,美国联邦第二巡回上诉法院再次以违反国际礼让原则为由,撤销了纽约东区法院2013年作出的责令维尔康及其母公司华北制药赔偿1.5353亿美元的一审判决,退回案件并指令地区法院驳回原告起诉且不得再次起诉。参见《华北制药11年反垄断诉讼大反转 但赢了官司市场变了》,载新浪财经, <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-09-23/doc-ifxwermp3669484.shtml>。

[28] 参见原阿尔斯通高管皮耶鲁齐所著《美国陷阱》一书。皮耶鲁齐认为,美国依据《反海外腐败法》对其进行逮捕并陷入诉讼背后的真实目的,是美国与法国之间展开的经济竞争和政治竞争,美国希望据此作为筹码帮助通用公司顺利收购阿尔斯通,事实上是“地下经济战”。

总计9.33亿美元的和解费和预审利息以及8.53亿美元罚金。截至2020年年底,FCPA项下案发地涉及中国的达22.4%,位列所有国家首位。

3. 证券期货领域

《1933年证券法》、《1934年证券交易法》、《2010年多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》(以下简称《2010年多德—弗兰克法》)均强化证券欺诈行为的域外管辖效力;《2002年公众公司会计改革和投资者保护法》(以下简称《2002年萨班斯法》)强化对在美上市公司及相关会计师事务所的监管;《商品交易法》《2010年多德—弗兰克法》强势制定高标准的监管制度并推向国际市场,以市场行为裹挟交易对手和相关方遵守美国法;《2010年海外账户税收合规法》强化了我国金融机构的信息报告义务;美国还依据《国防授权法》等法规,因所谓的“中共涉军企业”对我国在美国上市公司及境内公司实施“投资禁令”。相关具体内容将在后文详述。

4. 互联网等数据领域

《2018年澄清境外数据的合法使用法》规定,在美国政府提出要求时,任何在云上存储数据的美国公司都要将数据转交给美国政府,位于美国境外但被美国法院认为“与美国有足够联系且受美国管辖”的外国公司也适用于上述规定。美国借此将数据获取之手延伸至境外,实现了数据霸权。

此外,美国竞争对手还可能针对我国企业,基于产品质量、合同纠纷等民事原因在美国提起诉讼。我国企业跨境并购等行为也遭遇CFIUS更为严格的审查。

三、美国资本市场长臂管辖机制及对我国证券期货领域主要影响

《1933年证券法》《1934年证券交易法》《2010年多德—弗兰克法》《2011年商品交易法》《2002年萨班斯法》均存在域外适用条款。根据研究,美国资本市场领域长臂管辖可分为两类:一类从美国国内法角度看,属于美方对监管对象正常履行监管权限的范围,具有一定合理性,但有时也可能演变出打击目的;另一类则直接体现着遏制他国发

展、限制他国企业在美国融资的目的。相关机制可能在以下层面对我国资本市场产生影响:

(一) 上市公司层面

1. 针对中国企业的“投资禁令”

2020年6月24日,美国公布了国防部给国会议员的回信,其中包含根据1999财年《国防授权法案》(NDAA)第1237节制作的“中共涉军企业”名单,列入了20家中国企业,分别是中国航空工业、中国航天科技、中国航天科工、中国电子科技、中国兵器装备(中国南方工业集团公司)、中国船舶重工、中国船舶工业、中国兵器工业(中国北方工业集团公司)、海康威视、华为、浪潮、中国航空发动机、中国铁道建筑、中国中车、熊猫电子、中科曙光、中国移动、中国核电、中国核工业、中国电信,涉及航空、通讯、人工智能、电子、核工、兵器、铁路、船舶等多个领域。此后,经过两次补充,受影响企业增至44家。^[29]

2020年11月12日,特朗普政府针对前述“中共涉军企业”名单发布“投资禁令”(第13959号行政令),禁止美国境内机构或个人对清单中的公司进行投资,禁止交易相关企业的证券,从而杜绝美方对相关企业的资本助力。拜登政府上台后调整了名单形式,并将直接受影响企业由44个调整为59个。

禁令导致了以下后果:(1)境外上市公司层面,纽约证券交易所摘牌中国移动等三大运营商及中国海洋石油集团,美国场外交易集团(OTC Markets Group)禁止12只中国证券交易。(2)境内上市公司层面,前述投资禁令不仅针对中国概念股(以下简称中概股)公司,也针对我国境内公司,部分境内上市公司被纳入禁止美国机构和个人投资的范围,涉美国境外投资者需从上述公司撤出投资;若美国进一步扩大制裁范围,可能导致外资流出,影响我国证券市场稳定及资本市场国际化进程。(3)彭博交易执行管理系统停止为其全球客户传输所有禁投中国公司股票和债券的交易指令,涉及沪、深、港交易所共25只股票以及银行间,沪、港、深交易所,新加坡交易所等平台共940只债券。(4)富时罗素、标普道琼斯、明晟、纳斯达克等国际指数机构移除部分

[29] 参见前注[19]。

中国证券。^[30]

2. 美国对欺诈行为进行域外管辖

美国对证券欺诈行为进行域外管辖可划分为立法领域和司法判例领域。

在立法领域,根据《1933年证券法》第22条、《1934年证券交易法》第10(b)条及第27(b)条、《1940年投资顾问法》第214条、《2010年多德—弗兰克法》第929P(b)条及第722(d)条相关规定,美国法院对符合其认定的违法行为标准且构成该违法活动的关键步骤的行为发生在美国境内,即使证券交易发生在美国以外并且只涉及外国投资者,或发生在美国境外的行为在美国境内造成了可预见的实质影响的事项具有管辖权。

在司法判例领域,法院对证券交易活动是否具有“事项管辖权”确立过四个判定标准,分别为效果标准(effective doctrine)、行为标准(conduct doctrine)、效果—行为标准(effective—conduct doctrine)以及交易标准(transaction doctrine)。^[31]效果标准与前述立法逻辑基本一致。交易标准确立于2010年Morrison v. National Australia Bank案。^[32]联邦法院从该案开始,逐步呈现限制外国民事主体之间在美国诉讼的趋势,即“反域外适用推定”。但同年出台的《2010年多德—弗兰克法》仍采用了效果标准的立法方式;后续实践中,法院形成了一类

[30] 参见《美国主要场外交易平台将禁止12种中国证券的交易,包括中国铁建等》,载网易,<https://www.163.com/dy/article/FVSV2HLI0519D4UH.html>,2021年11月20日访问。

[31] 参见李国清:《美国证券法域外管辖权问题研究》,厦门大学出版社2008年版;杨峰:《我国证券法域外适用制度的构建》,载《法商研究》2016年第1期。

[32] 本案是一起外国原告就在外国证券交易所发生的证券交易纠纷起诉外国发行人的“三重涉外”案件。原告在外国证券交易所购买澳大利亚国民银行的证券(该行同时也在美国发行存托凭证)。因该行全资美国子公司在美国境内故意制作了财务数据,在境外对投资者做出了虚假陈述,导致股价大跌,原告在美国起诉澳大利亚国民银行、美国子公司以及特定高管,诉由是违反《1934年证券交易法》第10b条和10b-5规则。联邦地区法院、第二巡回法院均以没有管辖权为由驳回诉讼。原告向联邦最高法院提起上诉。最高法院认为,根据“反域外适用推定”,反欺诈条款不具有域外效力,并提出:“第10(b)条可以规制使用操纵性、欺诈性工具或计谋的行为,但是该行为必须涉及买售在美国证券交易所登记的证券,或在美国国内买售任何其他证券。”这便引入了一项新的标准,即“交易标准”。

判断逻辑,即虽然外国主体之间在美国诉讼受到限制,但美国行政机关拥有调查、处罚域外的人和事并提起涉外诉讼的权力是毋庸置疑的,典型案例是2016年SEC v. Traffic Monsoon and Scoville案。^[33]

我国在美国上市公司属于美国证券法管辖范围,且因被直接解释为“美国主体”而被视为某种程度上的“域内管辖”。此外,随着“引进来”和“走出去”日益深化,我国上市公司在美国设立分支机构、美国主体(包括获得中国永久居留权的美国人、QFII、RQFII)获准开立A股账户,境内上市公司和境内个人的证券欺诈行为未来也不排除被SEC提起诉讼或程序的可能。

3. 审计监管及《2020年外国公司问责法》最新进展

《2002年萨班斯法》第102条、第104条及第106条要求,“为在美上市公司编制和提供审计报告的外国会计师事务所”需在公众公司会计监察委员会(PCAOB)注册,推定其同意PCAOB或SEC对其进行调查、接受美国法院管辖并提供审计工作底稿。这虽然属于美国对监管对象(在美上市公司及其关联机构)正常履行监管权限的范围,有助于解决跨境监管合作问题,具有一定合理性,但也有观点认为,相关执法检查应限于本国领土范围内。

基于多种原因,PCAOB认为,对我国境内相关会计师事务所无法开展“彻底检查”,因此指责投资中概股存在重大风险,前述监管类要求进一步演变为对在美国上市中概股的打击行为。

2020年5月,美国颁布《外国公司问责法》。^[34]该法要求SEC对

[33] 被告Traffic Monsoon是一家位于美国犹他州的公司。公司向会员出售名为AdPack的凭证。案发时已有340万名会员购买了这一凭证,90%由孟加拉国、委内瑞拉、摩洛哥等美国境外投资者购买。2016年6月,SEC对Traffic Monsoon及其实际控制人Scoville启动调查,同时向犹他区法院提起诉讼(SEC认为AdPack满足美国证券法上关于证券的定义,可根据《2010年多德-弗兰克法》反欺诈条款的域外适用查处本案)。犹他地区法院支持了SEC的诉求,并认为,《2010年多德-弗兰克法》域外适用条款立法者的意图是将美国证券法适用于符合条件的境外交易,并认定被告在美国境内的推销、提供服务等行为对整个欺诈起到了显著作用,美国证券法可以域外适用,启用了被尘封已久的“行为标准”。2019年1月,第十巡回法院判决维持一审判决。

[34] SEC Issues Amendments, Seeks Public Comment on Holding Foreign Companies Accountable Act.

“被识别发行人”(commission-identified issuers)进行认定,认定对象是聘用了 PCAOB 无法对其开展检查或调查的审计事务所(是否满足检查要求由 PCAOB 判断),且经 PCAOB 认定上述状态由所在地政府的立场造成的公司,并要求对“被识别发行人”施加额外披露要求和强制退市处罚,要求其披露政府持股比例、董事会中中共党员的姓名、是否将共产党党章写入章程等信息,决定自 2024 年年初禁止“PCAOB 连续三年无法检查其审计师的相关发行人证券”在美交易。国会还曾提出议案,试图加速《外国公司问责法》原定的 2024 年年初这一时限。

SEC 及 PCAOB 陆续发布相关细则。SEC 明确已通过对 20-F, 40-F, 10-K 及 N-CSR 表格的“临时最终修正案”并发布《中国发行人披露注意事项》,并于 2021 年 12 月 2 日公布了《最终实施规则》。《最终实施规则》一是明确了“被识别发行人”认定的频率、依据和流程;二是要求“被识别发行人”向 SEC 提交书面声明,证明其不受审计事务所所在地政府控制,并在年报中披露政府实体持有的股份比例、与所在地政府及政党关系等信息;三是明确了证券交易禁令的作出和撤销程序,从制度建设阶段迈入法律执行阶段。

(二) 机构层面

相较商业银行面临的严峻态势,我国境内证券基金期货经营机构及金融基础设施目前被美国直接域外管辖的实践较少。但随着资本市场对外开放持续深化,相关机构与美国产生“最低联系”的可能逐渐增加。例如,境外投资者方面,美国主体(包括 QFII 和 RQFII、获得中国永久居留权及在境内工作的美国公民、美国绿卡持有者等)可能通过开立 A 股或 B 股账户、参与沪深港通业务以及 H 股“全流通”业务、陆港基金互认业务等方式持有我国证券及基金产品,通过交易所市场各项联通机制进入交易所债券市场;涉外市场机构方面,存托凭证业务中,境内发行股票或存托凭证的创新企业多为在开曼群岛、维京群岛注册并已在美国上市的跨国公司,属于美国证券监管机构的监管对象;我国结算业务部分结算参与人为美国金融机构,部分结算业务使用美元结算;外资可通过直接或间接的方式投资于按照我国金融机构。以上“美国连接点”均可能导致相关企业、配合业务的证券基金期货经营机构及金融基础设施被长臂管辖,并面临相应的监管要求。

1. 对为美国投资者提供服务的机构提出注册和监管要求

一是根据《1934年证券交易法》《商品交易法》《2010年多德—弗兰克法》《2012年商品交易法特定条款跨境适用解释性指导草案》，美国以“交易参与者的地理位置”为连接点，要求外国机构向美国境内的投资者提供服务时，应向美国商品期货交易委员会(CFTC)等监管机构取得注册，包括注册为“海外交易所”、“衍生品清算组织”(DCOs)、“指定合约交易场所”(DCMs)、“掉期交易商”(SD)等，除非取得豁免。^[35] 豁免注册的含义是指委员会认可对方国家拥有与美国同等的监管体制和能力，因此对其申请仅做形式审查。美国法律规定，未经注册，不得为当地投资者提供金融服务或进行宣传推广，范围包括外国交易所、相关清算组织及其他外国机构。这事实上在资本市场开放中设置了“引进来”和“走出去”的双层玻璃门，但也为我们对部分跨境证券交易平台进行监管提供了国际经验。

二是注册后相关机构须接受美国监管。例如，2015年10月，韩国交易所在CFTC申请豁免注册，成为美国境内合格的衍生品清算组织，可以向美国投资者提供衍生品交易和结算等服务。2019年，CFTC认定韩国交易所实际上并未达到《金融市场基础设施原则》要求但谎称已经达到，根据《商品交易法》对韩国交易所做出了1500万美元的罚款。^[36]

2. 对美国境外金融机构提出信息报送等要求

一是《2010年海外账户税收合规法》(*Foreign Account Tax Compliance*

[35] 豁免注册方面，《1933年证券法》《1934年证券法》赋予美国证监会证券法域外适用的规则制定权，证监会有权制定、修订、废除相关必要的条例或规则。《商品交易法》赋予CFTC准立法权和豁免境外交易所和中介机构注册的权力，但豁免须遵循“替代合规”原则，即CFTC认定境外监管机构在制定或实施本国法律的过程中，落实了美国的监管要求。根据CFTC公布的名单，韩国交易所、日本JSCC、新加坡交易所衍生品清算所、澳大利亚交易所衍生品清算所等均通过获得豁免取得DCO认证。但目前CFTC并未豁免上清所，而是提出暂不行动建议(类似于有效期为1年的认证豁免批复)。向国际市场推行其高标准监管制度方面，美国关于互换的监管框架通过G20会议转化为国际组织共识，并被全球监管者推广实施。但美国严格的监管规则并不适合处于萌芽阶段的新兴市场，可能限制他国金融发展，维护本国资本市场领先地位。

[36] 参见《韩国交易所违反美国CFTC清算合规义务事件及启示》，载 <https://news.hexun.com/2019-11-15/199277687.html>。

Act, FATCA)规定,境外金融机构需与美联邦税务局(IRS)签订协议,上报掌握的美国纳税人持有金融账户的信息或者美国纳税人拥有实质性所有者权益的非金融外国实体所持有的金融账户信息,美国纳税人包括在全球居住的美国公民、绿卡持有者以及美国人控制的外国实体。虽然针对的是美国纳税人个人或机构的海外逃避税行为,旨在增加税收;但外资金融机构也是合规主体,不配合将面临30%的预提税惩罚。^[37]

二是我国境内证券期货机构可能因完成境外注册或部分创新业务具有涉外因素,从而被要求就特定事项进行报告,如跨境交易产品的交易数据、当地投资者的交易数据等。若美国放弃通过监管合作机制获取协查信息,转向通过司法途径或强行推行长臂管辖,可能出现直接向相关机构要求提供个人或企业相关账户数据的情况。若相关信息属于涉密敏感信息,我国主体不能违反国内法律向境外提供,可能由于监管冲突引致跨境法律风险,证券期货机构可能面临与商业银行目前类似的困境。此外,相关机构及金融基础设施还需配合美国金融制裁措施,否则可能面临被调查风险。

四、美国长臂管辖的特征

(一) 管辖连接点的高度泛化

美国长臂管辖最初应用在州与州之间,其后适用情形由跨州争端解决向跨国争端解决扩展,甚至成为国际竞争的手段。

政治方面,美国试图充当世界警察的角色,高举“人权”的大棒干涉他国内政,制定了《2016年马格尼茨基全球人权问责法》《2019年香港人权与民主法》等一系列国内法,并以其为武器,通过金融制裁领域的一级制裁的手段,肆意惩戒非本国公民在非本国领土的行为。

经济方面,一是存在“美国人”概念的扩大。根据美国相关法律规

[37] 迟连翔、齐晓安、肖强:《美国施行〈海外账户税收遵从法案〉对我国的影响及启示》,载《税务与经济》2012年第6期。

定,美国境内外的美国公民、美国境内的任何人(包括外国人)、美国上市公司、任何成立于美国境内的公司(包括外国公司在美国的分支机构)、美国管辖下的任何人直接或间接拥有或控制的任何组织都属于“美国人”。二是存在“最低联系”概念的扩大和解释的随意性。例如,在资本市场领域,即使某一证券交易发生在美国以外并且只涉及外国投资者,只要涉嫌欺诈的主要行为发生在美国境内,美国就有权管辖;^[38]此外,即使只向数量极少的美国投资者提供了服务,相关机构就需要接受美国管辖。金融制裁领域,第三国人与被制裁对象不能进行具有美国连接点的贸易,否则将被施以二级制裁,连接点甚至包括使用美元。进出口贸易管制领域,美国商务部时常以含义极不明确的国家安全为由,将特定企业、产品等纳入禁止进出口实体清单,实体名单上的公司出口、再出口、转卖包含非原产于美国但达到一定比例美国来源成分的产品及技术,也需遵守出口控制要求。例如,中兴通讯被制裁的原因是美方称其“将一批搭载了美国科技公司软硬件的产品出售给伊朗电信”。有观点认为,与1987年美国对日本东芝公司实施的制裁一样,中兴、华为近年来的挑战只不过是历史的重复。^[39]反海外腐败领域,利用美境内服务器进行商业贿赂的违法行为也可能受到管辖。例如,2011年匈牙利电信公司因在黑山和马其顿有腐败行为,被美国监管,美国监管的理由是该公司一位高管发了一封涉及腐败细节的电子邮件,而该邮件服务器设在美国。^[40]此外,美国还通过司法、执法衔接配套,对“最低联系”做宽泛解释,进一步保障其法律及政策目的的实现。

目前国际上对美国次级制裁行为的争议较大。美国《2012年度国防授权法》规定,凡是同伊朗进行石油贸易的国家都将面临严厉的金融制裁;但联合国安理会既没有禁止任何国家同伊朗进行石油贸易,也没有勒令任何国家完全中断与伊朗的金融合作。2018年美国退出伊核协议并开始对伊朗进行新一轮经济制裁后,欧盟于同年8月重新启

[38] SEC v. Traffic Monsoon and Scoville, 2016.

[39] 戚凯:《美国“长臂管辖”的起源、演变与现状》,载《北京日报》快资讯客户端 2021年5月31日。

[40] 参见《从爱立信案再看美国〈反海外腐败法案〉管辖规则》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/362205692_100138309, 2021年11月15日访问。

动阻断条例,并且出台实施细则,以保护欧盟个人和实体免受美国的次级制裁。

(二) 立法、司法与执法的联动配合

司法方面,境外人士将美国司法力量称为“一种大规模的司法经济武器”^[41]。一是通过判例明确美国法院对域外事项的特定管辖权。以证券期货领域为例,美国已衍生出“行为标准”“效果标准”“交易标准”“行为—效果标准”等事项管辖权判断标准。《外国人侵权索赔法》规定,“地方法院对外国人侵权行为提起的任何民事诉讼拥有初始管辖权,只要该行为触犯国际法或者美国的国际条约”,进一步为法官造法扩展了空间。且美国判例法规定,满足被告同意(consent)接受管辖,被告在美国有存在(presence),或者被告对美国有最低限度的接触(minimum contacts)及不违反公平原则(fair play and substantial justice),美国法院即可对外国主体行使管辖权。二是美方突破国际礼让原则和《海牙取证公约》《海牙送达公约》约束,法院直接发出传票要求我国金融机构提供客户信息。中国银行^[42]以及浦发银行、招商银行和交通银行^[43]均曾因未提供信息被美国法院判决藐视法庭,进而被处罚款。

执法方面,美国枉顾执法管辖权应限于本国领土范围的一般国际法实践,频繁对域外当事人直接行使执法管辖权,既损害相对国主权,又破坏了国际法的运行环境,主要手段涵盖了巨额罚款、派驻监管专员、逮捕拘禁、出口限制等。同时,执法机关还依据美国司法威慑力产生了独特的“诉辩交易”制度。美国司法部统计数据表明,鉴于美国法

[41] 阿里·拉伊迪:《美国长臂管辖如何成为经济战新武器?》,载《南京日报》2019年8月23日,B04版。

[42] 在古驰(Gucci)案中,纽约南区联邦地方法院2012年裁定中国银行没有按照美国法院命令提交位于中国境内被告的银行资料,藐视法庭,罚款7.5万美元,同时处以每日1万美元的罚款直至提交相关资料,后又于2015年再次以藐视法庭为由追加罚款,中国银行不得不提交了原告所要求的账户信息。

[43] 因调查经济制裁强令三家中资银行跨境提供客户信息案。2019年,美国华盛顿地区法院在对一家我国香港客户涉嫌违反朝鲜制裁法律的调查中,无视《中美刑事司法协助协定》的规定,单方面要求我国浦发银行、招商银行和交通银行向其提供客户相关信息,我国银行因拒绝承认法院的管辖权而被判处藐视法庭罪,并处以罚款。

上存在对外国被告不利的审前证据开示制度与惩罚性赔偿制度,90%以上的外国人在被美国执法机关诉诸法院后,会选择诉辩交易制度与执法机关和解,以认罪、缴纳罚款与承诺不再违反美国国内法换取司法管辖权的豁免。美国执法机构会与该企业谈判达成三种协议:一是不起诉协议;如果企业不遵守协议内容,可以重新起诉。二是延缓起诉协议,即企业支付罚金并承诺绝不再犯,接受执法机构提出的改进措施,甚至接受美国政府的监管。三是认罪协议,即企业承认违法,服从美国执法机关的命令选择认罪、认罚。例如,法国巴黎银行被指控从2004年到2012年利用美国金融系统为苏丹、伊朗和古巴三国转移资金,2014年该行同意认罪并支付89.7亿美元罚款以实现诉前和解。中兴通讯也是被迫签署协议认罚和解,无法享受正当程序的保护。

(三) 管辖的威慑性与影响的交织性

美国长臂管辖具有威慑性,主要基于其强大的国家实力以及各国对美元支付体系的严重依赖。例如,切断其他国家与美元支付结算体系的联系,从而对该国国际交流与贸易带来严重影响;禁止其他国家获得美国产品技术,从而阻碍该国关键产业的发展;反洗钱与反海外腐败方面处罚金额动辄高达上亿美元,可能使机构多年的利润“归零”;阻断特定国家企业参与包含欧美资本市场在内的国际融资渠道。

同时,长臂管辖的影响不是孤立存在的,其具有交织性。例如,我国资本市场主体遭遇着各类长臂管辖的影响,目前沪深两市20余家上市公司被美方起诉,涉诉类型包括侵犯专利权或商业秘密、违反协议、违反《谢尔曼法》等。科技类公司可能被施加进出口管制、被美方移出供应链、因知识产权事项被美方起诉或发起“337调查”。商业银行等金融机构可能遭到反洗钱指控、被实施二级金融制裁,还可能被美国法院直接发出传票要求提供存放在美国境外的客户信息,并对不执行要求的我国主体予以罚款。

五、结语

学者认为,国内法具有域外效力不等同于霸权主义,但国内法域外

适用的滥用以及明显违反国际法规则的域外适用措施则是强权政治的投射。^[44]

站在资本市场角度,资本市场领域防范和反制长臂管辖,要客观认识目前中美资本市场所处的不同发展阶段。2020年度,约52家中国公司在美国上市,但至今未有美国企业在中国A股上市。截至2021年6月底,境内熊猫债存量规模为2213亿元,其中交易所市场仅为750亿元,与9000亿美元级的中资海外债券市场相比规模仍然偏少。目前,如出现我国《反外国制裁法》规定的情形,在相关机制的统筹协调下,在资本市场领域,我们可以对境外主体采取的反制措施可能包括:禁止或限制其参与沪深港通等互联互通机制,禁止其在交易所市场发行熊猫债,禁止其作为战略投资者投资境内上市公司,禁止其担任境内上市公司董事、监事、高管等。但上述反制措施的效果可能还不够强。我方对美国部分长臂管辖被动接受,根源在于中美目前在资本市场上的力量仍处于不平衡状态,美方对我国资本市场的依赖程度及在华利益诉求还不够大,我国资本市场对美话语权相对不足。因此,宜持续推进资本市场改革开放,推动境外投资者便利地参与境内市场,从而进一步深化中美利益捆绑,实现中美平衡,增加美国试图“脱钩”的难度,坚决反对美国将资本市场监管政治化。同时,也要认识到美方部分监管要求具有合理性,不能将其与金融制裁画等号,应加强国际监管交流合作,继续秉持相互尊重、理性务实和专业互信的原则开展对话磋商,积极与SEC、PCAOB及CFTC等机构沟通,争取最大限度达成共识。

根据研究,美国强势实施长臂管辖,具有明显的“立法先行、司法能动”特征,其关于域外管辖的标准,也是处在不断演变、纠正、重塑的过程之中。^[45]但长期以来,我国被动应对他国长臂管辖较多,主动实施域外适用较少,法律中域外适用立法与法院涉外经验还不充足,监管执法资源存在缺口。对此,应完善我国资本市场法律域外适用体系,确立中国法域外效力的规则和实施中国法域外适用的规则,进一步丰富我

[44] 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。

[45] 参见前注[6],孙南翔文;彭岳:《美国证券法域外管辖的最新发展及其启示》,载《现代法学》2011年第6期。

国对外法律斗争“工具箱”。^[46]同时,积极完善跨境执法体系,建立健全证券期货跨境监管执法规则体系,明确我国证券监管机构有权对境外主体采取的监管措施,积极推动司法力量建立积极管辖制度,推动法院系统运用《证券法》有关域外适用条款,充分利用国际司法协助、与美英等国建立民事司法互助双边协定等,强化中国法对我国市场主体参与者合法权益的保护,在中美利益绑定的基础上实现有效对美反制。

目前,我国企业面临的涉外合规风险大幅增加,但合规管理仍相对滞后,可能遭受预料之外的调查甚至制裁。而目前涉外法律服务资源不足,熟悉美国资本市场法律法规的专业国际化法律人才相对缺乏,政企协作也有待加强。存在涉美业务的境内企业与“走出去”的企业均需加强对域外法律制度的研究,避免授人以柄;在面对不当长臂管辖时,应积极通过在美国法框架下提出抗辩等途径维护正当权益。小米、箩筐科技就根据《行政程序法》《1999 财年国防授权法》成功在美国提起诉讼,将自身移出“中共涉军企业”清单。政府部门也可有所作为,以“法庭之友”身份向法院提交意见书等方式参与到诉讼中,为企业提供有效支持。此前,商务部即在华北制药案件中出具“法庭之友”意见,美国二审法院最终采纳了这一意见,撤销一审判决,驳回原告起诉。

从批判国际法角度看,目前国际法体系在殖民和霸权文化下产生,起源是欧洲中心主义。全球资本市场规则也主要以美欧国内法律为基础制定,加剧了美国以法律包装霸权主义的现象。美国长臂管辖之所以有效,离不开美元霸权地位及相关主体对美国金融体系和技术产品的依赖。不断提升国家实力,进一步建设完善人民币跨境支付系统,鼓励国内企业加大科技投入,使我国产品产业链逐步实现“去美国化”,持续提升我国资本市场实力,方能在对美合作和斗争中占据主动。

(编辑:宋澜)

[46] 参见前注[4],廖诗评文。