

我国证券法域外适用体系化 构建的检视和完善

——兼评新《证券法》第2条第4款的司法适用

姚竞燕* 翟爽**

摘要:《证券法》的域外适用条款不仅具有诉讼管辖规则功能,也具有冲突规范的法律适用价值。《证券法》的域外管辖应以“效果标准”为审查标准。在跨境证券纠纷产生跨境管辖权争议时,我国法院应以“先受理法院规则+承认预期规则”作为解决管辖权冲突的一般规则,以不方便法院和禁诉令制度作为补充规则。《证券法》在跨境证券纠纷中的适用,则应从单边冲突规范的定性出发,注重与相关冲突规范的协调处理,更应加强叙事论证和裁判说理。

关键词:证券法域外适用 效果标准 平行诉讼 单边冲突规范

* 上海金融法院法官。

** 上海金融法院法官助理。

新《证券法》第2条第4款^{〔1〕}设置了关于中国证券法域外适用的原则性规定,突破了旧法中将证券法的适用效力仅限于中国境内的证券发行和交易活动,成为我国反制单边主义金融霸权、维护我国金融秩序的重要手段。目前,对该条款的理解和适用在实践中存在很大分歧,国内学者多从行政执法的角度对证券法域外适用进行研究。在构建对外法治话语体系的宏观视角下,本文拟以司法适用为切入点,从法律位阶角度对立法机关、司法机关对证券跨境纠纷诉讼中的管辖权和法律适用的立法意图加以解析,并得出证券法域外适用体系的优化路径。

一、新《证券法》域外适用条款存在客观不足

对于新法之中具有规则设立性条款的理解逻辑应遵循从文意表述入手,并深入探讨其法律性质,最终落实到相应的具体审查规则之中;故对新《证券法》域外适用条款解读中产生的“困惑”,也应围绕文意、性质、审查规则等方面进行梳理。

(一) 新《证券法》域外适用条款的表述较为原则

新《证券法》第2条第4款的域外适用条款丰富了我国跨境证券纠纷裁判法律体系,特别是首次于立法的层面将我国《证券法》具有域外适用效力加以明确,为我国跨境证券司法裁判提供了坚实的法律基础;但新《证券法》域外适用条款因表述较为原则,在司法实践中会面临一系列挑战。一是“用在哪里”。新《证券法》的域外适用条款虽然明确了判断标准“扰乱中华人民共和国境内市场秩序”“损害境内投资者合法权益”;然而,此处关于域外管辖的连接点的表述较为模糊,“扰乱”和“损害”之间的逻辑关系并不明确。弹性表述固然能够从逻辑上使外延更具张力,但必然会在司法实践中产生适用困惑,即如何把握具体案件的适用标准。二是“怎么用”。根据域外适用条款中“依照本法有

〔1〕 《证券法》第2条第4款规定:“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动,扰乱中华人民共和国境内市场秩序,损害境内投资者合法权益的,依照本法有关规定处理并追究法律责任。”

关规定处理”这一表述,此处的“处理”二字并不能明确该条款在性质上是管辖条款还是法律适用条款。我国的诉讼制度对于管辖和法律适用两个概念是有明确区分的,但《证券法》的域外适用条款从字面上看更类似于美国证券法中的长臂管辖条款——对管辖和法律适用不做特别区分。^[2]《证券法》中的“例外”规定,使其在司法适用过程中与通常的既有诉讼程序必然存在“冲突”。三是“何种后果”。“追究法律责任”的笼统表述并未明确是刑事法律责任、民事法律责任抑或行政法律责任。同时,在裁判文书的判项处理上是否需要《证券法》域外适用规制后果的表述做特别处理,亦成为困扰实务界的问题之一。

(二)新《证券法》域外适用条款的定性尚存争议

从立法技术层面看,法律条文的性质通常可以通过某类固定的表述来体现。例如,《刑法》第8条“外国人在中华人民共和国领域外……可以适用本法……”其性质上应属于法律适用条款,“适用”二字便是对法律适用属性的集中体现;《民事诉讼法》第272条“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行……可以由合同签订地……人民法院管辖。”性质上属于管辖条款,“管辖”二字明确了其属性。新《证券法》域外适用条款中用了“处理”二字,而不是性质较为明确的“管辖”或“适用”等字眼,这给域外适用条款的解读带来了困惑——该条款到底是管辖的规定还是法律适用的规定。有学者认为该规定赋予我国法院对域外证券纠纷的管辖权。^[3]理由在于新《证券法》出台以后,最高人民法院对涉外金融案件的管辖在司法解释中变相予以明确——赋予上海及北京两家金融法院域外证券纠纷的管辖权。^[4]然而也有学者认为,该条规定仅仅是法律适用条款,因为从实体法和程序法的区分上看,管辖条款作为诉讼程序应规定在诉讼法

[2] 杜涛:《美国证券法域外管辖权:终结还是复活?——评美国联邦最高法院 Morrison 案及〈多德-弗兰克法〉第 929P(b) 条》,载《证券法苑》(第 7 卷),法律出版社 2012 年版,第 895~928 页。

[3] 张迈:《中国证券法的域外管辖标准及其适用条件》,载《金融法苑》2020 年总第 104 辑。

[4] 《最高人民法院关于上海金融法院案件管辖的规定》(2021 年 4 月 22 日起实施)。

之中,而不应出现在作为实体法的《证券法》中。^[5] 对于域外适用条款属于管辖规则还是法律适用的辨析,直接影响了该条款的应用场景和适用思路。

(三) 管辖过程中的审查规制尚未细化

如将域外适用条款认定为管辖条款,那么将适用原则与适用条件细化是不可回避的问题。首先,从条文表述上看,我国的证券域外管辖条款应属于“效果标准”,但是仅以效果标准作为确定我国证券法域外管辖的标准是否能满足司法实践中的需求,是否应同时引入“行为标准”等其他标准?其次,域外适用条款的适用条件如何解读?所有境外发行和交易行为只要扰乱我国市场、损害投资者权益,均可能受到我国法律的约束。这种宽泛的域外管辖规制虽具有更大的体系张力,可赋予司法机关较大的自由裁量权,以充分保护境内市场秩序、境内投资者权益,但涵摄外延的宽泛必然使司法保护的边界无法有效厘清。客观上,海量的涉外证券纠纷案件可能激化中外证券监管冲突,也不利于司法机关在保护主权、安全和发展利益等核心选项上主动作为。

(四) 法律适用的规制属性尚未明确

如果将域外适用条款认定为法律适用条款,那么,是否可以将其归入传统国际私法的范畴?如果可以归入,则其在国际私法体系中的性质又应当如何归类?在我国国际私法的体系当中,冲突规范、直接适用的法、公共秩序保留、法律规避等被视为能够产生适用我国实体法效果的法律依据,其中冲突规范又包括单边、双边、选择型、重叠型等不同的类型。其中,在证券法域外适用条款上产生争议的主要包括:《涉外民事关系法律适用法》第4条的“直接适用的法”^[6]和第5条的“公共秩

[5] 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。

[6] 《涉外民事关系法律适用法》第4条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”

序保留”〔7〕,以及主张类似《民法典》第467条的“单边冲突规范”〔8〕。有学者认为,证券法中关于法律适用的规定在司法领域不能适用,仅仅在公法领域可以适用,也即证券法的域外法律适用条款仅能适用于行政管辖而不适用民事主体之间的私力救济。〔9〕

二、域外证券纠纷管辖权的体系化检视

证券法对跨境证券纠纷案件的管辖权,尤其是对中国境外证券发行和交易活动所引发的跨境证券纠纷案件的诉讼管辖权,〔10〕值得重点探讨。这需要结合《证券法》的立法背景,对跨境证券纠纷案件的管辖权进行更为直观的梳理和理解。

(一) 新《证券法》修订沿革中立法理念的变迁

有很长一段时间,我国对于本国法的域外管辖和适用都持相当保守的谨慎态度;直到国际形势剧烈变化,出于维护自身权益、反制国际霸权的角度考量,近年的立法和司法理念开始逐步变化。早在2015年启动《证券法》的新一轮修订工作后,虽然各项修改议题不断取得共识,但对于是否增加证券法域外管辖的讨论一直未有定论。《证券法(一审稿)》中增加了“在中华人民共和国境外的证券发行和交易行为,损害中华人民共和国国家利益、社会公共利益和境内投资者合法权益的,适用本法”的规定。然而,于2019年4月提交审议的《证券法(三审稿)》又将上述内容删除,使严格的属地管辖重新回归为证券法管辖的基本理念。然而新《证券法》正式颁布时,却又在第2条第4款将域

〔7〕 《涉外民事关系法律适用法》第5条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”

〔8〕 《民法典》第467条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”

〔9〕 参见前注〔2〕。

〔10〕 国际法上的管辖包括立法管辖、司法管辖、行政管辖。其中行政管辖属于公法领域,本文讨论的范围为私法领域;立法管辖又指法律适用;司法管辖又指法官的诉讼管辖。

外管辖的内容明确：“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。”

对于此种立法表述的跌宕变化，尤其是三审稿与最后公布稿之间截然相反的表态，需要更深入地分析立法背后深层次的影响因素：2018年开始，中美贸易摩擦不断升级，其间美国不断扩充“长臂管辖”的范围，涵盖了出口管制、反垄断、网络安全等众多领域，还包括金融投资这一与证券法相关的领域，美国动辄要求他国主体在国际事务中必须服从美国之国内法，否则随时可能遭到其包括民事、刑事、贸易等在内的制裁。^{〔11〕} 面对严峻的国际局势，2019年2月26日，习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上明确指出，要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。2019年10月31日中共十九届四中全会公报中也有明确表述——加强重要领域立法，加快中国法域外适用的法律体系建设。^{〔12〕}

基于上述脉络，可以清晰地看到《证券法》修订过程中，显然是在积极落实党中央对于中国法域外适用法律体系建设的战略布局。这在最高人民法院司法解释的阐述中可见一斑——2021年4月修订的《关于上海金融法院案件管辖的规定》，明确将“境内投资者以发生在中华人民共和国境外的证券发行、交易活动或者期货交易活动损害其合法权益为由”提起的诉讼纳入上海金融法院的管辖范围。

（二）我国法院对跨境证券纠纷行使管辖权的必要性

一是有效构建中国法域外适用体系。随着经济一体化与国际化进程加快，各国证券市场的竞争性和依存性不断增强，证券违法行为也更多体现出跨国性特征。由于各国对跨国证券违法行为的认定、惩治措施及投资者保护等方面的法规存在差异，为维护本国利益，确保国内证券市场的稳定和安全发展，纷纷扩展本国证券法管辖范围。我国正着力构建域外法律适用体系，行使案件管辖权是其中的首要环节。

〔11〕 详见国务院2018年发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书。

〔12〕 参见中国共产党第十九届四中全会公报《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》。

二是应对美国长臂管辖的必然选择。从美国近三十年的司法实践经验来看,其证券法域外适用的范围非常广泛,通过法律的技术性解释和创制,可以适用任何证券发行或交易。首先,从国际层面来看,美国频繁实施证券法域外适用违反了国际礼让原则,违背了基本的国际传统和国际惯例,引起国际社会的反抗和抵制。其次,美国单边进行证券法域外适用冲击了国际金融市场秩序。当前,各国的监管者和市场参与者对于证券违法行为的含义和认定尚未达成一致,美国证券法的域外适用极易与外国金融监管部门产生冲突,增加国际金融市场不稳定因素。为保护我国投资者的利益、维护我国证券市场的稳定发展,我国应积极行使跨境证券纠纷的管辖权,抑制美国长臂管辖。

三是寻求平衡且富有弹性的域外管辖权行使方式。我国行使证券纠纷域外管辖权时也应注意寻求积极与谦抑之间的平衡点,既要“能管”,即通过涉外管辖权的行使保护我国投资者的合法权益、维护我国金融市场的稳定,也要有所“取舍”,即应充分尊重国际礼让原则并以我国司法现有资源为基础,适当开放域外管辖,不能因过开放域外管辖造成有限司法资源疲于应付的被动状态,甚至引起不必要的国际争端。

(三)新《证券法》中诉讼管辖权的审查规则

既然我国法院对扰乱我国境内市场秩序或损害境内投资者合法权益的境外证券发行和交易活动具有当然的管辖权,那么,在具体案件的审查立案过程中,应当坚持构建怎样的审查规则?

1. 审查规则的法理基础

对于具体案件是否符合管辖规则的审查,显然属于程序法范畴。鉴于“诉讼程序依法院地法”已成为国际私法中公认的、普遍采用的原则,因此,对于具体案件中管辖权的审查规则,应当依据我国的民事诉讼法加以确定。依据对《证券法》第2条第4款的理解,从扰乱秩序、损害权益的表述可以将其归入侵权法范畴,因此,需从梳理我国对于侵权行为的管辖标准入手加以解读。

侵权行为地管辖标准是国际法上属地管辖原则的重要体现。^[13] 属地原则分为主观属地原则和客观属地原则,实际上是以侵权行为在一国开始或完成作为区分标准。其中主观属地原则坚持受一国法律管辖的侵权行为要在该国境内开始实施;而客观属地原则突破了开始的概念,只要在该国完成即可以受该国管辖。可见,在侵权行为地的概念中,同时包括了侵权行为发生地这一主观属地原则和侵权结果发生地这一客观属地原则。有学者认为,“发生在境外的证券发行、交易活动或者期货交易活动损害境内投资者合法权益”正是侵权结果发生地原则的具体体现。^[14] 这也可以理解为我国法院证券纠纷域外管辖找到了上位法基础,所以,我国法院当然具有证券纠纷的域外管辖权。

但也有观点认为,客观属地原则中的侵权“结果”发生地与证券法域外适用是完全不同的概念。证券法域外适用实际上是效果标准,其背后隐含的法理是境外发生的证券侵权行为对境内产生了相应的影响。相比较之下,首先,客观属地原则重在行为结果发生,而效果标准重在行为影响产生。其次,客观属地原则中的行为结果发生是认定侵权行为的构成要件,而效果标准中的产生影响并不是侵权行为的构成要件。对以上两个观点进行比较分析,不难发现,若法院以效果标准作为对域外证券侵权的管辖依据,那么,只要该侵权行为对境内造成的损失效果存在即可;但是,法院以客观属地原则中的侵权行为发生地作为管辖依据就会遇到很多障碍,例如,证明侵权行为造成的最终损害发生在我国境内,这与现实交易中损失多发生在境外市场的情况相悖,故很难得到证据证实。所以,在我国《民事诉讼法》并未确立“效果标准”的情况下,为保护我证券投资的利益,应将新《证券法》第2条理解为效果标准并以此为依据确立诉讼管辖权。

[13] 属地原则是国家行使管辖权的首要原则,它是指国家对于其领土内的一切人、物、行为或事件都拥有管辖权。现代国际法和国际体系是以国家主权为基石的。国家管辖权,包括立法管辖、司法管辖和执法管辖,都是国家主权权力的具体体现。它们拥有一个共同的逻辑起点:所有类型的管辖权都是属地的,首先及于本国境内的人、行为和财产;若无国际法上的特别理由,国家即当然享有管辖权。参见宋晓:《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。

[14] [英]马尔科姆·N.肖:《国际法》(第6版),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第540页。

2. 域外证券纠纷管辖权的审查规则

如上文所述,新《证券法》第2条确定了效果标准为我国证券法域外管辖原则。效果标准重点关注域外证券侵权行为是否会对一国市场秩序或国内投资者的利益造成可预见性的实质损害影响。可见,是否具有实质性影响是效果标准的重要判定标准。美国对于实质性影响的具体审查标准进行了细致的梳理,对我们理解其认定标准具有借鉴意义。总体来说,美国法院认为,只要境外证券侵权行为影响到在其国内注册并上市交易的证券,且损害了其本国投资者的合法权益,就将被认定为具有实质性影响。具体来说,美国法院分两点确定是否具有实质性影响:一是投资者需要证明证券侵权行为是针对美国居民进行且受到实际损失;二是受损的利益在美国境内。直接性要求是效果标准的行使条件。虽然美国在证券法的域外适用中并没有详细解释直接性要求的内涵,但在反垄断法域外管辖中的讨论可作借鉴。在判例中,美国第九巡回法院认为:直接性要求境外侵权行为的直接后果是对美国境内的商业行为产生影响。而第七巡回上诉法院则认为应采用合理近因关系:若侵权法中规定损失和行为之间的关联属于间接关系,损失将无法获得赔偿。也有判决认为应采用风险防范标准,以行为产生的一定损害范围作为行为者的责任限制。在风险防范标准下,法院应着重审查境外侵权行为和其对美国市场产生的影响之间的因果关系;当影响已经超出境外侵权行为可预期的风险范围时,应认定行为与影响之间不具有直接的因果关系,故法院不得行使管辖权。

可预见性要求也是衡量效果标准的重要标准。可预见性的作用主要在于限制行为人的责任承担范围。需要要求境外行为人在实施行为时能够预见到给境内投资者以及证券市场带来的损害,而偶然性的事件行为人则不需要承担责任。

针对域外管辖的适用标准,新《证券法》采用了效果标准。仅从新《证券法》域外管辖的字面表述来看,其仅仅是笼统地以“扰乱市场秩序”为要件,并没有设置具体的限制条件。不仅司法机关被赋予了更大的自由裁量空间,也带来了其滥用管辖权的风险。对于较为严重的跨境证券侵权行为,司法机关可以着手管辖;但是对于对境内影响较小的证券侵权行为,出于遵守国际礼让原则以及司法资源的有限性,司法

机关有必要放弃管辖。所以,应限定境外证券发行、销售行为对中国境内的影响为实质性、直接性、可预见性时,司法机关才对该证券纠纷行使管辖权。

“实质性”要求可以通过以下两方面进行判断:一是境内利益受到实际损害,具体来说,实际受损的主体要对损失有确切的感知,这里的损失不是仅仅指一般性的影响;二是证券侵权行为主要是针对中国境内投资者进行的,一般要求招股说明书中载明证券向中国投资者出售(或仅向中国投资者出售)。若侵权行为的受害主体中中国境内投资者仅仅是很少的一部本,影响力不大,那么不应认定具有实质性损失。

“直接性”的认定可以借鉴侵权责任法中因果关系理论的相关理论;证券侵权可以被看作一种特殊的侵权形式,其本质也是通过追究证券侵权人的赔偿责任来弥补投资者的损失。^[15] 相当因果关系理论在判定因果关系是否成立时采用两段式的标准:其一,侵权行为是投资者损害发生的充分必要条件;其二,侵权行为的产生客观上增加了损失发生的可能。如果侵权行为的存在并不能增加损失发生的可能性,就不应认定为具有相当因果关系。

“可预见性”要求跨境证券侵权人能合理地预见发生在境内的损害,且损害发生并非偶然。^[16] “可预见性”将侵权人承担的责任限制在可预见的范围之内,并且一般情况下行为人不一定要预见损害的发生方式、程度及范围,而只需预见损害类型即可。^[17]

3. 新《证券法》与现行国际管辖规则的冲突与协调

证券法的域外适用必然导致平行管辖的普遍存在,因为证券法的域外适用并不具有排他性。一国法律域外适用可以及时弥补国际监管机制的缺失,将违背全球公共利益的事项“管起来”。某种程度上,法律的域外适用机制被大国合理使用不但可以发挥国际社会提供公共服

[15] See Michael A. Carrier, *A Tort – Based Causation Framework for Antitrust Analysis*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 3, 2011.

[16] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,186页。

[17] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第234页。

务的优势,^[18]而且将证券市场的公共秩序及相关投资者的合法权益依靠较为成熟的国内法保障,也更符合相关福利经济学的原理。^[19]

具体到我国域外证券纠纷的司法管辖问题,也必然面临平行诉讼的规制问题:在当前复杂的国际局势下,尤其金融领域涉外纠纷案件的处理结果,客观上往往会对我国的资本市场、金融安全等方面造成影响。此类案件的管辖权对抗将成为诉讼博弈、风险防范的重点领域。

首先,可以将国内诉讼规则引入涉外证券纠纷的具体实践中。我国在国内平行诉讼领域早就确立了先受理法院规则:国内法院之间就管辖权发生冲突时,案件应由最先立案的人民法院管辖。虽然《民事诉讼法》第四编有“涉外民事诉讼程序的特别规定”,但是对于平行诉讼问题并未另行规定,仅仅在第533条中规定了阻却先受理法院规则的适用。所以,将平行诉讼的先受理法院规则拓展至域外证券纠纷,不仅符合我国当前民事诉讼制度,也符合我国资本市场进一步对外制度型开放的战略要求。

其次,优化先受理法院规则的可预期性。处理域外证券纠纷的过程当中,应预先审查外国法院裁判的效力,对其能否得到本国法院的承认与执行加以判断,这样才能保证当事人实现权益不会因依据优先受理法院规则分配管辖权而产生额外困难。因此,在审查后认为外国法院裁判的处分无法得到本国法院的承认与执行的情况下,不应简单地排除本国管辖权。具体到域外证券纠纷案件中,并不需要对裁判内容符合本国的公共利益与否进行审查,仅需审查该裁判将来的承认与执行是否符合国际条约和互惠原则。所以,承认预期规则审查的重点内容应包括:性质上是不是专属管辖;与现有规则的协调方面,是否存在排他性管辖协议,承认执行的司法互助条约、互惠关系。可见,将“先受理法院规则+承认预期规则”作为解决管辖权冲突一般规则的域外证券纠纷平行诉讼制度,在给予当事人高度确定的诉讼预期的同时,还具有很强的可操作性。

[18] Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States # 407 (American Law Institute 2018).

[19] 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。

再次,通过不方便法院制度来防范风险。不方便法院制度通过抑制本国法院的司法主权,礼让案件于外国法院,由此在化解平行诉讼问题、协调国际管辖权冲突方面产生重要意义。当部分域外证券纠纷案件在本国法院审理会使本国公共利益受到损害,从防范重大风险的角度来考虑,应该运用不方便法院制度将案件礼让,以求风险的有效化解。

最后,通过禁诉令制度保持管辖权的扩张性与延展性。当两个平行诉讼均发生法律效力时,仅仅依据民事诉讼法阻却外国裁判在本国的承认与执行并不能更好地使本国裁判在域外发生法律效力。此时需要禁诉令制度,本国法院为限制享有管辖权案件的当事人在外国提起诉讼,对其签发命令。但也要注意发布禁诉令应采取保守的态度,发布的唯一要素应是侵害本国公共利益,以当事人申请为原则,并且在程序上严格禁诉令的签发流程。^[20]

三、域外证券纠纷法律适用的检视

厘清管辖权审查规则有助于法院解决案件的受理问题;当法院的管辖权得以确认,就会对法律适用进行审查以确定案件的准据法。国际私法层面证券法领域的管辖和法律适用问题,有一个较为复杂的沿革。

(一) 区分管辖与法律适用的必要性

通过对美国证券法中域外管辖权的概念进行历史的比较研究,可以发现域外管辖权在美国具有特殊的意义,它主要是指美国法院的事务管辖权。长期以来,证券纠纷的事务管辖权与证券法的域外适用问题混淆;随着经济全球化的发展,美国逐步区分两种不同的概念。

从遵循逻辑上看,美国法院初期认为:法院对涉外证券侵权案件的司法管辖权应通过各类判断标准(如效果标准、行为标准)加以确定,

[20] 参见徐文进:《防范化解重大风险视阈下平行诉讼制度的反思与完善——以90份裁判文书的实证分析为视角》,载《湖湘论坛》2020年第2期。

如果认定法院享有司法管辖权,便可直接适用美国的证券法,故美国的证券法被赋予了域外管辖的权利。直到2010年Morrison案,长久以来各巡回法院暴露在案件审理中的逻辑起点错误被美国联邦最高法院于判决书中加以纠正,并且首次提出法院司法管辖权与法律域外适用两者之间的差别,并加以区分。Morrison案判决书中强调:《1934年证券法》是否具有域外效力并不能简单地取决于一国法院对某一案件具有司法管辖权与否,因为其本质上是关于法律适用的问题。

与《1934年证券法》第27条规定法院享有司法管辖权的态度不同,在证券法域外效力的问题上,“反域外管辖推定原则”被美国联邦最高法院通过判决的形式提出:原则上国会不会就域外事件立法,除特殊情况外,应推定国会确立的规则不具有域外效力。所以,在Morrison案中,美国联邦最高法院开创了“交易标准”,证券法仅管辖在美国境内购买和销售证券的行为。可以看出“交易标准”将连接点严格限制在了美国国内。因为美国意识到证券法的域外管辖是对国际礼让原则的违反,容易与他国的证券法产生法律冲突,甚至构成对他国国家主权的过度干涉。并且美国也逐步认识到,如果法院一味扩张域外管辖权,对于与美国关联不大的案件提供诉讼服务,容易引起滥诉现象并且浪费美国有限的司法资源。

(二) 规范域外证券案件管辖与法律适用的甄别

随着证券市场的全球化及证券交易的跨国发展,证券纠纷不再仅仅单纯地限于一国的内国法问题;为了保护本国的投资者权益、维护境内市场秩序,各国纷纷开始主张本国证券法具有域外管辖的效力。法律的适用范围越发得到关注的同时,我们也应注意到其后的延伸问题——法律和领土的关系实质上是系统的政治、经济和社会问题。^[21]我国《证券法》第2条的域外管辖条款与美国证券法律体系中盛行一时的效果标准有一定的相似之处,都是重点关注在境外发生的行为是否对一国利益(包括投资者利益及市场秩序)造成可预见的实质性损

[21] 参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第54页。

害。^[22]但是,美国混淆了管辖权和法律适用两个截然不同的问题,这就导致美国的证券法域外适用问题实际上演变成为美国法院的域外管辖权问题。很长一段时间,我国学术界在讨论证券法域外适用时,也时常忽略这一问题,这直接使研究新《证券法》第2条时产生了概念和逻辑上的混乱。在破解逻辑难题的过程中,“公私分明”是一个有效的突破口。具体来说,对于我国新《证券法》域外适用条款的研究,要严格区分私人执行和公法执行,万不可将二者混为一谈。首先,在证券侵权民事诉讼中,在依据证券法域外适用条款的基础上,应区分管辖权和法律适用两个不同的问题:关于管辖权的问题还需依据《民事诉讼法》的相关规定;而关于法律适用的相关问题,也应依据法律适用法进行体系化考量。其次,当证券法作为具有监管性质的公法时,域外管辖条款为我国行政机关进行域外证券违法行为调查提供管辖权及法律依据。

(三) 域外证券纠纷的法律适用考察

对于《证券法》第2条第4款法律性质的理解,不能仅以其规定在民事诉讼法、法律适用法、部门实体法中的规定来简单判断。一方面,由于法律制度的稳定性和滞后性,成文法国家的法律制度创新往往无法及时在相应的法律体系中协调发展,而是会在部门法、单行法中率先落实某项制度;另一方面,有时,某些特定法律程序性的制度设计在部门法、单行法中与相关机制作出协调性的规定更为简便恰当。因此,在实践中,在专业性、独立性较强的部门法和单行法中往往会出现程序法、实体法、组织法相互交织的情形。

诚如前文所述,证券法域外适用条款关于法律适用的争议主要包括公共秩序保留、直接适用的法、单边冲突规范三种情形;以下将着重针对三种情形展开剖析,以便明确法院在适用该条款时的解析思路和裁判逻辑。

公共秩序保留,是指因外国法的适用将会与法院地国公共秩序相抵触,而即使依据冲突规范应适用外国法,该国法院也有权排除或拒绝

[22] See *Tamari v. Bache & Co. S. A.* L. 730F.2d 1103, 1108 (7th Cir. 1984).

适用的制度。^[23] 单从法律条文字面看,证券法域外适用与公共秩序保留相类似:《涉外民事关系法律适用法》第5条规定,外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。《证券法》第2条第4款中“扰乱境内市场秩序、损害境内投资者合法权益”的表述似与其“社会公共利益”的表述存在高度近似。但实际上,公共秩序保留作为冲突规范的“安全阀”,是适用冲突规范之后的一种法律适用例外,与证券法的直接适用存在本质区别。

直接适用的法,是指为实现国家重大社会经济利益而制定的直接适用于涉外民商事关系的具有强制效力的实体法律规范。^[24] 我国《涉外民事关系法律适用法》第4条以制定法的形式规定了直接适用的法:我国法律对涉外民事关系有强制性规定的直接适用该强制性规定。随后,最高人民法院发布的《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》又以不完全列举的方式对直接适用的强制性规定予以例示,并且在该解释的第8条明确了直接适用的法的内涵,即“涉及我国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用与涉外民事关系的法律、行政法规的规定”。该解释将“涉及外汇管制等金融安全”列入“强制性规定”的范畴。实践中相当多观点认为《证券法》第2条第4款应当以此为法源依据,在裁判中应当合并引用该条款。然而,我们认为,该条款的适用存在两个逻辑障碍:一是从该条款的文义以及司法实践来看,目前该条款主要适用于可能会冲击我国外汇管理制度的对外借款、对外担保等情形,^[25] 若扩大至境外证券发行等活动则会显著扩大该条款的适用范围,逻辑上存在不够周延之虞;二是《涉外民事关系法律适用法司法解释》第8条在界定“强制性规定”过程中为防止适用的扩大化,明确将“涉及我国社会

[23] 韩德培主编:《国际私法》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第140页。

[24] 刘仁山:《“直接适用的法”在我国的适用——兼评〈《涉外民事关系法律适用法》解释(一)〉第10条》,载《法商研究》2013年第3期。

[25] 参见广东省梅州市中级人民法院民事判决书(2020)粤14民终866号、湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2020)鄂01民终3492号、江苏省南京市中级人民法院民事判决书(2014)宁商外初字第26号、江苏省扬州市中级人民法院民事判决书(2014)扬商外初字第0009号。

公共利益”作为判断要素之一。由此可见,直接适用的法的适用要着重考察对公共秩序损害,然而,个人利益受损并不能必然导致公共利益受损;所以,证券法适用范围中的“损害境内投资者利益”情形则被排除在外,这种理论架构不利于证券法域外适用的拓展。

单边冲突规范,是指直接规定适用某国法律的冲突规范。^[26]常见的单边冲突规范有《民法典》第467条第2款,规定我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。我们认为,将新《证券法》的域外适用条款理解为单边冲突规范更为合适。因为全国人民代表大会常务委会员通过的《证券法》本身就具有创设法律适用规则的权限,并不需要强行套用冲突规范的现有逻辑。《证券法》该条规定具有典型的单边冲突规范特征——单边冲突规范只规定了一个明确的连接点,即当它指向适用国内法时就不能再适用国外法。法律规则深入的性质分析显然有利于构建明确的案件适用法律过程,尤其对于跨境证券纠纷案件的裁判说理、法律论证等提供了坚实的逻辑基础。

四、完善建议

证券法的域外适用机制建设不仅关涉国家主权、金融安全和资本市场的健康发展,也成为用中国理论阐述中国司法实践、用中国司法实践升华中国理论的重要方式。由于证券法域外适用在立法表达上较为简略,应以证券法域外适用制度的司法应用为抓手,增强域外适用条款的实践效力。

第一,加强顶层设计,构建更为系统的具有域外效力的法治体系。我国主张新《证券法》具有域外效力,应以域外证券侵权行为与中国存在合理、密切的联系为基础,对其中的合理性及正当性做充分的法理阐述,且不存在明确的禁止性国际法原则。但要使证券法的域外适用条款得到真正的落实,还要进一步加强顶层设计,构建完备且系统的具有

[26] 肖国平:《我国国际私法立法现状及对策研究》,载《法学评论》1991年第6期。

域外效力的法治体系。构建具有域外效力的法治体系时,应与国家目前的发展实力相适应,且不违反国际法基本原则。不同于美国的单边主义及霸权主义,我国一直秉持多边主义;因此构建的域外效力法治体系必须严守国际法的基本原则,并且兼顾其他国家的合理发展利益,尽可能以国际法中的合理性原则为支撑,并以禁止性原则为边界。^[27]

第二,加强体系协调,修订《民事诉讼法》和《涉外民事关系法律适用法》。对外法治话语体系的有效运转需要构建具有域外效力的证券法律体系,并注重将实体法与程序法相结合。立法表达是静态的界定规则,司法表达是动态的阐释规则——两者相辅相成。在现有的《民事诉讼法》与《涉外民事关系法律适用法》的既有规定下,细化对证券法域外适用的具体规则,可以通过出台相关司法解释的形式予以明确;在符合效果标准的情况下的域外证券侵权行为,我国具有管辖权,并且在法律适用方面可以适用我国《证券法》的相关规定。只有打通了《民事诉讼法》《涉外民事关系法律适用法》《证券法》之间的协调机制,才能真正做到证券法的域外适用有法可依。

第三,完善应用规则,细化管辖解释,厘清法律适用冲突规则。法律的意义在于实施。证券法的域外适用只有不断细化实施规则才能够实现机制创新的目的,使我国在证券法领域切实享有国际法治话语权。目前,最高人民法院《关于上海金融法院案件管辖的规定》已增加一条作为第2条,其中规定,“下列金融纠纷案件,由上海金融法院管辖:(一)境内投资者以发生在中华人民共和国境外的证券发行、交易活动或者期货交易活动损害其合法权益为由向上海金融法院提起的诉讼”,具体可细化为境内合格机构投资者或境内投资者通过沪港通、沪伦通等购买境外证券或期货,因证券发行、交易活动或期货交易活动损害其合法权益为由向上海金融法院提起诉讼。该规定明确适用对象为符合外汇管理规定的金融投资或消费行为。正如最高人民法院民二庭负责人答记者问中提到的,“沪港通、沪伦通等国家金融市场对外开放的重要改革措施正在实施之中,跨境证券期货交易等金融活动日益增

[27] 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。

多”,赋予上海金融法院管辖此类案件,有利于打造国际金融纠纷解决的优选地。值得注意的是,其中只规定了损害投资者权益,却没有包含扰乱国内市场秩序。这是因为在目前的情况下,扰乱国内市场秩序的认定标准尚无定论并且也不具有操作性。

在法律适用方面,也应在现有的基础上,细化证券法域外适用的相关规则。因为法律适用不同于管辖权的规定,更多的是法律方面的指引,所以在适用范围上可以适当扩展至“扰乱国内市场秩序”“损害投资者利益”两个方面,并且二者在逻辑上是并列的关系,只要满足其一就可以适用我国的法律;这更有利于保护我国投资者的合法权益,同时也给予境外主体稳定的法律预期。

(编辑:谢贵春)