

次级制裁及其反制

——由美国次级制裁的立法与实践展开

杨 永 红^{*}

摘要:次级制裁本质上是一国凭借其国际优势地位将其单边制裁转变为多边制裁的强制手段。美国作为次级制裁最频繁的使用者,利用其在水世界经济中的主导地位通过国内法的方式将次级制裁发展成为推行美国外交政策的重要工具。最近 10 年来,美国次级制裁的适用日趋广泛并扩张到金融领域,严重威胁着以主权平等原则为基础的国际秩序。欧盟曾成功反制美国次级制裁,但因其在对伊朗制裁问题上与美国的利益趋同,一度易帜支持美国的次级制裁,导致现阶段缺乏反制美国次级制裁的有效手段。面对美国次级制裁的威胁,中国可借鉴欧盟及其他国家的相关反制经验与教训,采取多管齐下的方式应对,阻止美国次级制裁的适用,有效保护中国个人与实体所享有的在中国法律与国际法许可的范围内与任何国家开展经济活动的自由。

关键词:次级制裁 域外管辖 主权 反措施

国际法体系平行结构的特征令国际法的强制性主要通过自助方式来实现。自助方式表现为国家通过单独或集体地采取报复、制裁等强制性手段迫使责任国停止不法行为,承担相应的国际责任。^① 单边对目标国制裁(又称初级制裁)在国际法上由来已久。单边对目标国的制裁常常无法达到目的,而国际社会在采取集体制裁上又难以取得合意。于是,美国在初级制裁外又创造了次级制裁,禁止第三国及其个人和实体与目标国进行某些特定的交往,意在迫使第三国对目标国采取与它同样的制裁措施,将单边制裁强制转化为多边行为。自 20 世纪 80 年代以来,美国通过了一系列引人注目的次级制裁立法。虽然因遭到国际社会特别是欧盟的反对,美国一度较为克制地适用次级制裁,但在 2008 年后,美国的次级制裁的立法与适用均呈现扩大蔓延的态势,已经成为美国政府手中一件威力极大的“战略武器”,^②直接威胁着国际贸易自由和以主权独立平等为基础的国际秩序,中国的个人与实体也已直接受到美国次级制裁的影响。如何有效反制美国次级制裁对中国而言是一个十分现实的重要课题。欧盟曾经针对美国次级制裁采取过一系列的反制措施,有效地减轻了美国次级制裁对欧盟企业的冲击。在美国恢复对伊朗的全面制裁的背景下,研究美国次级制裁的立法和实践以及欧盟应对美国次级制裁的反制经验与教训对中国极具现实价值。

一、次级制裁:美国的立法与实践

美国的经济制裁法通常以两种方式实现域外管辖:(1)通过扩大对人管辖权与对物管辖权的方式扩大美国经济制裁法的管辖权。美国通过“美国人”这一概念将美国人拥有或控制的外国公司列入管辖对象;放大“对物管辖”,把来源于美国的产品、技术和服务等列入禁止范围,如其金融服务、高科技产品等。(2)

^{*} 西南政法大学国际法学院副教授

^① See Yaroslav S. Kozheurov, The War of “Sanctions” and the Law of International Responsibility, 2 Kutafin University Law Review, 314(2015); 杨永红:《对新编〈国际公法学〉教材中国际责任法的几点看法》,《学术界》2017 第 11 期。

^② 参见黄风:《美国金融制度及其对我国的警示》,《法学》2012 年第 4 期;黄风:《国际金融制裁法律制度比较研究》,《比较法研究》2012 年 3 期。

直接把第三国个人和实体纳入制裁对象,禁止第三国个人和实体与目标国及其个人和实体从事某些特定交易,此即次级制裁。^①目前,美国的次级制裁主要涉及立法管辖权和执行管辖权。^②美国在次级制裁上最初主要行使立法管辖权,在行使执行管辖权时较为克制。近年来,美国对次级制裁的执法管辖呈扩张态势,令美国次级制裁变成国际社会面临的共同问题。

(一) 美国次级制裁的立法:一般法与特殊法

1. 一般法:《对敌贸易法》和《国际紧急状态经济权力法》

美国的制裁法体系由1917年《对敌贸易法》发展而来。该法赋予美国总统宣布国家进入紧急状态的权力,但未规定紧急情况的范围或期限,也未明确监督机构。^③1933年富兰克林·罗斯福总统在未引用相关法规的情况下首次宣布国家进入紧急状态。1950年朝鲜战争爆发之后,美国政府根据1917年《对敌贸易法》宣布进入紧急状态,冻结了中国在美国管辖内的一切资产。1973年美国参议院的调查报告显示,宣布紧急状态的程序与实施制裁完全由总统主导。^④因此,1977年美国通过《国际紧急状态经济权力法》(以下简称《国际紧急状态法》)规范总统宣布进入与应对紧急状态的权力。^⑤与1917年《对敌贸易法》不同,《国际紧急状态法》将美国总统宣布进入国际紧急状态的权力限制在源自于外国的威胁,只有当外国因素导致的某一局势或者发生的某一事件对美国的国家安全、外交政策和经济利益构成“非同寻常的威胁”时,美国总统才可根据上述法律的授权和定义宣布进入紧急状态,从而采取对相关国家、实体、组织或特定群体和个人相应的制裁措施。^⑥《国际紧急状态法》虽然限制了美国总统的权力,但并不要求总统就动用该法需获得国会批准,仅建议总统在采取行动前尽可能提前与国会协商,每6个月提交一次进展报告。^⑦因此,美国总统一旦认为国家利益受到侵害,有权宣布进入国际紧急状态,发布总统令实行制裁。这令美国总统宣布进入国际紧急状态的权力具有很大的任意性,缺乏国内机制的约束。《国际紧急状态法》意图使美国的制裁行为成为国际法上的例外情形。《国际紧急状态法》生效后很大程度上取代了《对敌贸易法》,目前美国财政部进行的制裁中,只有美国对古巴的制裁是依据《对敌贸易法》而实施的。

《对敌贸易法》和《国际紧急状态法》并没有直接规定次级制裁,它们主要是将美国的管辖权进行扩张性解释以产生域外效力,从而导致次级制裁的事实,令美国制裁能够扩大到第三国国民与实体,是诸多次级制裁法规的基础法。

2. 特别法:《赫尔姆斯—伯顿法案》和《达马托法案》及后续次级制裁法案

1996年,美国国会根据《对敌贸易法》和《国际紧急状态法》通过了包含典型次级制裁的《古巴自由民主团结法案》(又称《赫尔姆斯—伯顿法案》),该法案第3条和第4条涉及次级制裁。其中,第3条允许古巴革命后财产被没收的美国公民向美国联邦法院起诉那些从事与这些财产有关的交易活动的外国人;第4条禁止与上述交易活动有关联的外国人进入美国。这两条规定不仅针对那些参与被古巴征收的财产交易的外国公司的领导和管理人员,还连带扩及这些人的配偶和未成年子女。1996年通过的《伊朗利比亚制裁法案》(又称《达马托法案》)则要求对第三国的公司及其子公司实施制裁,禁止它们向伊朗和利比亚的石油领域进行相关投资以及与利比亚的某些其他领域进行投资和交易。^⑧《达马托法案》被认为赋予了美国“世界警察”的职责,令美国可以在世界范围内要求任何第三国的国民遵守美国的制裁法律。^⑨随着美

① See Nicholas Davidson, U. S. Secondary Sanctions: The U. K. and EU Response, 27 Stetson Law Review, 1425 (1998). 本文讨论的次级制裁包括通过对人和对物的管辖权扩张所导致对第三国国民与企业的制裁。

② See Susan Emmenegger, Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law, 33 Arizona Journal of International & Comparative Law, 631 (2016).

③ See H. Rep. No. 95-459, at 7 (1977).

④ See S. Rep. No. 93-549, at 2 (1973).

⑤ 2007年10月16日美国国会通过 P. L. 110 - 96 对《国际紧急状态法》进行了修正。

⑥ See 50 U. S. Code Chapter 35.

⑦ See Sec. 203, Sec. 204 IEEPA (P. L. 95 - 223).

⑧ See 50 U. S. C. A. § 5.

⑨ 参见杜涛:《欧盟对待域外经济制裁的政策转变及其背景分析》,《德国研究》2012年第3期。

国终止对利比亚的制裁,2006年《伊朗利比亚制裁法案》更名为《伊朗制裁法案》。2010年6月美国通过《全面制裁、问责、撤资伊朗法案》(以下简称《全面制裁伊朗法案》),采取了更为严厉的制裁措施。这项法案使美国财政部可以迫使美国银行终止任何一家非美国银行参与的涉及受制裁的伊朗人和实体的交易。2011年美国通过《减少伊朗威胁和叙利亚人权法案》扩大了《伊朗制裁法案》制裁的范围和程度。而后,美国国会又通过《2012财政年度国防授权法案》和2013年《伊朗自由与反扩散法案》规定了更广泛的次级制裁。随后,奥巴马总统发布了第13606号、第13608号、第13622号和第13645号行政命令,将次级制裁的范围从石油领域扩大到与能源相关的其他经济领域,从实体经济行业扩大到金融行业。^①根据这些法案和行政命令的规定,在外国银行为与伊朗的贸易提供其位于美国境内的代理银行账户或转递账户并进行结算时,美国有权对该外国银行进行制裁。事实上,因国际贸易往来以及与贸易往来相关的金融服务、运输、保险等主要以美元进行交易,故上述规定实际上导致美国可以对绝大部分的贸易往来和相关交易拥有管辖权,外国银行为伊朗相关国民和实体提供的任何美元服务都将面临美国的巨额罚款。^②

美国的制裁法体系是由国会的一般性立法与专门制裁法案、行政法规、总统命令构成的一个层层递进的国会立法与行政立法、一般法与特殊法相结合的复杂体系。在一般法中,《国际紧急状态法》在其中起到核心作用;特别法通常是具体针对特定国家所制定的,既包括国会立法也包括行政立法。总统可不经国会授权依《国际紧急状态法》发布对他国施加制裁的总统行政令,商务部、财政部等执行机构可发布行政条例规定具体的贸易制裁、金融制裁和待遇制裁,^③这些特别法具有强烈的针对性和灵活性,如赋予了总统决定暂不履行特别制裁法案的权力,还会根据适用的效果进行修改和调整,并具有临时性,一般都规定了日落条款,一旦局势发生根本变化就会废止。

(二)美国次级制裁的核心执行机构:美国财政部外国资产监控办公室

美国财政部外国资产监控办公室(以下简称外资监控办公室)曾被认为是美国政府中最强大但最不为人知的机构。近10年来,外资监控办公室因侵略性地适用次级制裁法行使域外执法管辖权而声名大噪。它行使域外执法管辖权的状态被美国学者描述为手中紧握着沉重执法锤挥向美国领土之外的超长手臂,它已然成为美国对外政策的重要执行者。^④它的职责是根据总统授权和特定立法权管理和执行经济和贸易制裁,对交易实施控制并冻结美国管辖范围内的资产,拟定和调整被制裁个人与实体的名单,审查和发放许可证,调查并处罚违反制裁法的个人和实体。^⑤它不仅对美国管辖的人(包括美国银行、银行控股的公司和非银行子公司、美国人的外国子公司)有执法权,对“美国人”以外的外国公司也有管辖权,只要这些公司利用美国金融机构处理涉及制裁影响到的区域的美元交易。^⑥美元在国际贸易中的主要硬通货的地位导致绝大部分国际贸易往来无法离开美国金融体系,由此而纳入外资监控办公室长臂管辖的范围。这表明美国正借助美元交易实现广泛的次级制裁管辖权,次级制裁正通过美国的金融霸权发展成为比其军队更有效的武器,美国借此成为不折不扣的世界警察。

① See Edward J. Krauland, Anthony Rapa, Between Scylla and Charybdis: Identifying and Managing Secondary Sanctions Risks Arising from Commercial Relationships with Iran, 15 Business Law International, 3 (2014).

② See Susan Emmenegger, Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law, 33 Arizona Journal of International & Comparative Law, 631 (2016).

③ 对第三国的贸易制裁包括禁止第三国的实体与个人向被制裁国出口特定产品或服务,并禁止它们出口包含美国技术或部件的产品;禁止第三国从被制裁国进口特定产品或服务;禁止违反者进入美国市场;禁止其进口美国技术或部件的产品,或对其处以罚款等。其中,涉及金融领域的制裁主要包括:禁止或限制第三国实体与个人向被制裁对象放贷、提供出口信贷和担保;禁止第三国银行与被制裁对象有金融交易;对违反次级制裁的实体与个人处以罚金或禁止其进入美国市场或使用美国金融系统等。待遇制裁中最常见的是禁止向违反次级制裁的第三国国民发放入境签证。

④ See Victoria Anglin, Why Smart Sanctions Need a Smarter Enforcement Mechanism: Evaluating Recent Settlements Imposed on Sanction—Skirting Banks, 104 Georgetown Law Journal, 693 (2016).

⑤ See Terrorism and Financial Intelligence Office of Foreign Assets Control (OFAC), <https://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Pages/Office-of-Foreign-Assets-Control.aspx>, 2019-01-12.

⑥ See Victoria Anglin, Why Smart Sanctions Need a Smarter Enforcement Mechanism: Evaluating Recent Settlements Imposed on Sanction—Skirting Banks, 104 Georgetown Law Journal, 693 (2016).

根据《爱国者法案》和《银行秘密法》的规定,外资监控办公室具有获取在美国国内设有代理机构的外国银行涉及外国人交易的文件和信息的权利,同时也享有从外国银行获取赃款的权限。目前,外资监控办公室对外国银行的管辖严重依赖环球同业银行金融电讯协会(以下简称协会)这一全球性的金融信息服务体系所提供的数据。因该协会在美国纽约设立了交换中心,故外资监控办公室有权通过协会纽约运营中心获取外国银行的交易信息。由于协会信息服务在国内和国际金融机构中普遍使用,因此它提供的数据对美国的制裁执法具有无可估量的价值。协会并不处理或交换资金,而是为 206 个不同国家或地区的 8 000 多家金融机构处理转移资金的指令并向它们提供标准化信息服务和界面软件。^① 外资监控办公室可通过向协会纽约运营中心发出传票获取有关可疑国际交易(包括外国银行介入的与被制裁对象之间的国际交易)的信息。^② 外资监控办公室拥有广泛的传票权是追踪外国银行参与与制裁相关的国际交易不可或缺的工具。为保障外国银行遵守美国的次级制裁,协会要求金融机构仔细检查交易的一方是否在特别指定的人员名单中。为此,银行必须购买合规软件,通过复杂算法公式交叉检查该名单与协会数据,以寻找相似之处。这样的筛选机制花费昂贵,根据毕马威的评估报告,银行需要花费超过 100 亿美元来建设和维护其风险和合规部门。^③ 通过协会,外资监控办公室的管辖范围已经延伸至各国的银行。到目前为止,已经有多个国家的银行与外资监控办公室达成罚款的和解协议。

美国次级制裁法是美国为有效推行外交政策而通过国内立法建立起来的。在早期,由于次级制裁法与国际法不一致,加上其他国家的强烈反对,美国在行使执法管辖权上较为克制,如《赫尔姆斯—伯顿法案》的第 3 部分自其出台以来亦通过每届总统的特许权未予执行。但是,在 2019 年 3 月 4 日,美国国务卿蓬佩奥宣布仅特许部分暂停《赫尔姆斯—伯顿法案》第 3 部分实施 1 个月,首次允许古巴裔美国人从 2019 年 3 月 19 日开始可根据该法案第 3 部分提起归还财产之诉讼。^④ 近 10 年来,美国政府次级制裁的实践迫使外国实体与个人遵守其经济制裁法,使美国法一定程度上拥有了凌驾于其他国家国内法的地位。作为法国最高金融监管部门的法国审慎监管和解决机构声称巴黎银行被美国处以惩罚的所有行为都是符合法国法、欧盟法和联合国安理会的决议的。^⑤ 墨西哥曾经针对《赫尔姆斯—伯顿法案》颁布了《反制法》,该反制法第 1 条禁止墨西哥个人与实体在国内遵守任何有域外效力的外国法,但遗憾的是墨西哥未能真正实施该反制法,仅把其视为一个可选择的外交工具。结果,墨西哥个人与实体被迫遵守有域外效力的美国次级制裁法。^⑥ 在 2010 年美国实施《全面制裁伊朗法案》后,为了免受美国制裁法的牵连制裁,截至 2013 年 3 月,已有 20 个国家大幅减少从伊朗进口石油,^⑦制裁已使伊朗陷入 20 世纪 80 年代以来最严重的金融危机。^⑧ 美国的次级经济制裁特别是金融制裁令外国资本无力反抗,其寒蝉效应已经形成,美国的制裁法律体系已然发展成为另一种推行美国外交政策的“航空母舰”。^⑨

二、次级制裁的反制:欧盟的立法与实践

欧盟凭借其强大的经济实力,也先后对多个国家实施了经济制裁。欧盟的经济制裁主要以《欧盟限制

① See David B. Bulloch, Tracking Terrorist Finances: The “Swift” Program and the American Anti-Terrorist Finance Regime, 3 Amsterdam Law Forum, 76 (2011).

② See David B. Bulloch, Tracking Terrorist Finances: The “Swift” Program and the American Anti-Terrorist Finance Regime, 3 Amsterdam Law Forum, 76 (2011).

③ See KPMG, Global Anti-money Laundering Survey 2 (2014), <https://www.kpmg.com/GE/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2013/Anti-money-laundering.pdf>, 2019-02-10.

④ See Trump Symbolically Tightens Embargo on Cuba, <https://www.foxbusiness.com/markets/trump-symbolically-tightens-embargo-on-cuba>, 2019-03-10.

⑤ See Susan Emmenegger, Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law, 33 Arizona Journal of International & Comparative Law, 631 (2016)

⑥ See Bernadette Atuahene, The Effectiveness of International Legislative Responses to the Helms-Burton Act, 69 Revista Juridica Universidadael de Puerto Rico, 838-840 (2000).

⑦ See Kenneth Katzman, Iran Sanctions, CRS Report for Congress, March 21, 2013.

⑧ 参见孙立昕:《美国制裁伊朗的现状、效果及影响》,《当代世界》2014 年第 5 期。

⑨ See Perry S. Bechky, Sanctions and the Blurred Boundaries of International Economic Law, 83 Missouri Law Review, 1 (2018).

措施(制裁)实施和评估指南》(以下简称《制裁指南》)和《关于限制措施(制裁)实施的基本原则》为基准。《制裁指南》第J部分“管辖权”第51段规定,欧盟的限制措施仅适用与欧盟存在联系的情况,并明确与欧盟存在联系的情况指:欧盟的领土、成员国的飞机或船只、成员国国民和根据成员国法律成立或组成的公司或其他实体或在欧盟范围内从事的商业活动;第52段规定,欧盟将不会通过具有域外适用性的违反国际法的法律文件,并谴责第三国域外适用的立法,反对第三国强制采取限制性措施规范欧盟成员国管辖下的自然人和法人的活动,因为这违反了国际法。这清楚地表明欧盟反对次级制裁的立场。由于欧盟及其成员国与美国在经济上的密切关系,美国的次级制裁往往对欧盟及其成员国产生实质影响,欧盟与美国因次级制裁进行的交锋既是丰富的也是复杂的。

(一)第一阶段:强烈反对

欧盟和美国在次级制裁方面的第一次对抗可以追溯至20世纪80年代。当时,建设苏联西伯利亚连接到西欧的天然气管道引起了北约成员国之间的深刻分歧。1981年美国总统宣布禁止对苏联出口石油和天然气设备,包括管道铺设设备。1982年6月22日,美国颁布《石油和天然气管制修正案》,禁止非美国公司将采用来源于美国的技术所生产的机器设备出口或转口至苏联。这种措施遭到包括德国、比利时、法国、芬兰、荷兰和瑞典等国家的强烈反对。其中一些国家通过立法否认美国在这方面的司法判决,并禁止在这一领域与美国进行信息交流。^① 欧共体坚决反对美国的制裁法案,称其违反了国际法,认为美国实施的措施侵犯了他国的属地和属人管辖权。^② 美国的制裁措施因没有得到美国国内的全面支持而遭到众议院的批评——美国实施的制裁并没有真正打击苏联,相反在很大程度上已成为针对美国在《北大西洋公约》的盟友的措施,并引起欧共体与其成员国的反击。最终,美国于1982年11月13日废除了该次级制裁措施。^③ 可见,欧共体是美国实施该次级制裁成功与否的重要环节,绕过它是不现实的,欧共体与其成员国的强烈反对是导致美国制裁计划失败的重要原因。

(二)第二阶段:积极应对

1. 通过立法进行阻断

针对《赫尔姆斯—伯顿法案》,欧盟迅速在1996年11月22日通过《关于应对第三国法案域外适用的保护条例》(以下简称《阻断条例》),在成员国的管辖领域内消除、阻止、对抗《赫尔姆斯—伯顿法案》及其他相关法律。^④ 该条例的前言即明确表示欧盟的基础目标是消除成员国之间以及成员国与第三国之间的贸易壁垒,提倡贸易自由,鼓励资本跨国流动。欧盟主张通过对话和经济合作的方式改善古巴的人权状况和民主的进程。^⑤ 《阻断条例》反对采取强制措施,指出《古巴自由民主团结法案》侵犯了欧盟成员国对个人与实体的经济活动进行管理的管辖权。《阻断条例》专门在附录中列明了应当禁止在欧盟产生法律效力的具有域外管辖权的外国法律,这些法律全部是美国法律,具体包括《1993年度国防授权法》《古巴民主法案》《古巴自由民主团结法案》《伊朗利比亚制裁法案》《古巴资产管制条例》等。采取的具体措施有如下几类:(1)禁止遵守。禁止欧盟个人和实体“主动或故意疏忽”,不管是通过子公司还是其他中间人“直接或间接地”遵守《阻断条例》所指定的具有域外效力的外国法律。但允许欧盟个人和实体在特殊情况下遵守《阻断条例》所指定的外国法律。(2)不承认判决。禁止承认直接或间接赋予《阻断条例》所指定的外国法律以效力的裁决或行政决定,禁止承认基于《阻断条例》所指定的外国法律所产生或由于《阻断条例》所指定的

① See Akbar Adibi, Homayoun Habibi, The Challenge of the Economic Independence and the Sovereignty of States: A Review of the Problem of Legitimacy of Economic Sanctions in the Reality of the International Legal Order, 5 Russian Law Journal, 113 (2017).

② See European Community, Note and Comments on the Amendments of 22 June 1982 to the Export Administration Act, Presented to the United States Department of State on 12 August, 21 International Legal Material, 891(1982).

③ See Pieter Jan Kuijper, The European Community and the U.S. Pipeline Embargo: Comments on Comment, 27 German Yearbook of International Law, 72 (1984).

④ See Protecting Against the Effects of the Extra-territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, Council Regulation (EC) No. 2271/96, 36 International Legal Material, 125 (1997).

⑤ See European Union, Council of Ministers Common Position on Cuba, December 2, 1996, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996E0697&from=EN>, 2019-01-07.

外国法律而引发的诉讼产生的判决,此类判决在欧盟范围内缺乏可执行性。(3)追回权利。欧盟个人和实体从事欧盟与第三国之间的商业活动,如果有人通过适用有关制裁法规或通过基于相关制裁法规的行为或由此产生的行为对欧盟个人和实体造成的任何损害,其有权寻求损失的赔偿。任何欧盟公司都可以据此对美国公司或其代理人 and 中间人在任何欧盟成员国的法院提起诉讼,只要这些公司因美国实施次级制裁造成欧盟个人和实体受到损害。这一规定避开了国家管辖豁免问题,具有可操作性,能为受害者寻求有效的救济。(4)报告义务。各成员国应在 30 天内将所指定的外国法律对其经济活动的不良影响告知欧盟委员会,并且欧盟委员会对这些信息有保密的义务,以消除个人与实体因信息泄露带来的经营风险。欧盟委员会可以自行获取个人和实体关于上述域外措施影响的信息,在这种情况下,个人和实体有义务通知欧盟委员会。

欧盟的反制裁措施不局限于欧盟成员国法院的司法措施,另外还有两类政治措施。根据《阻断条例》第 8 条的规定,成立由欧盟成员国代表和欧盟委员会代表组成的委员会,以该委员会以多数票通过的咨询意见为基础,向欧盟理事会提出建议。欧盟理事会将对该委员会的提案进行表决,只能以特定的多数意见通过。根据《阻断条例》第 9 条的规定,每个成员国也可以针对具有域外效力的外国法律采取反措施来捍卫自己的经济利益,采取的反措施必须有效、相称和具有说服力。此外,与《阻断条例》同时发布的另一条例要求成员国采取措施在《阻断条例》未提供保护的情形下采取必要措施有效保护欧盟个人和实体的利益免遭指定外国法律的影响。^①

2. 同时启动世界贸易组织争端解决机制和政治谈判

针对美国 1996 年通过《赫尔姆斯—伯顿法案》的行为,欧盟于 1996 年 5 月迅速在世界贸易组织(以下简称世贸组织)启动争端解决程序,称美国违反了最惠国待遇、国民待遇、货物过境自由与禁止进出口数量限制及禁止歧视性限制进出口等(即“欧盟诉美国《古巴自由民主团结法案》案”,以下简称“《古巴自由民主团结法案》案”)。^② 有迹象表明,在该案中美国曾考虑通过援引《关税和贸易总协定》(以下简称《关贸总协定》)和《服务贸易总协定》中的安全例外条款进行抗辩,但最终美国在成立专家组时宣布它拒绝参与此案。美国和欧盟就欧盟对《赫尔姆斯—伯顿法案》和《达马托法案》的反制以及美国关于制裁政策的提案进行了谈判。1996 年 12 月,欧盟承认在古巴问题上与美国采取“共同立场”,强调欧盟支持古巴过渡到“多元民主和尊重人权”的政治体制。而美国则将共同立场视为积极的一步,将其作为继续中止《赫尔姆斯—伯顿法案》第 3 条适用的重要依据。1997 年 4 月,美国和欧盟达成的一项“谅解”,双方同意搁置“《古巴自由民主团结法案》案”,并且双方将继续进行谈判,目标是在 1997 年 10 月 15 日之前达成“加强投资保护的纪律和原则”和“解决管辖权冲突的原则”。1998 年 5 月,美国和欧盟缔结了《跨大西洋政治合作伙伴关系》和《关于加强投资保护的纪律的理解》(以下简称《投资理解》)。美国和欧盟同意“不寻求或提议”和“抵制”出台一个以迫使另一个合作伙伴采取与自己类似经济运营模式为目的的新的经济制裁立法。欧盟发表声明承诺有条件地实施制裁并继续搁置世贸组织争端解决程序,但条件是美国修改《赫尔姆斯—伯顿法案》第 4 条以及对欧盟个人和实体实施豁免。1998 年晚些时候,谈判未能成功,欧盟拒绝履行其承诺。^③ 美国国会中《赫尔姆斯—伯顿法案》和《达马托法案》的支持者则以《投资理解》中欧盟的承诺不足以保证修改《赫尔姆斯—伯顿法案》第 4 条反对对其进行修改,最终修改失败。^④ 尽管如此,至 2008 年,《伊朗制裁法案》并未对欧盟个人和实体行使域外管辖。^⑤

1998 年美国颁布的《综合拨款法》第 211 节禁止美国法院承认或执行古巴公民或古巴公民的继承人

① See Joint Action of 22 Nov., 1996, Art. 1, 1996 OJ. (L 309) 7.

② See United States — The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, WT/DS38/6, 24 April 1998.

③ See Lawrence J. Speer, OECD Countries Kill MAI Talks but Say World Still Needs Rules, Daily Report for Executives, BNA, Dec. 4, 1998.

④ See Francesco Giunelli, The Success of Sanctions: Lessons Learned from the EU Experience, Ashgate, 2013, p. 69.

⑤ See Kenneth Katzman, The Iran Sanction Acts (ISA), Congressional Research Service Report RS20871, <https://fas.org/sgp/crs/row/RS20871.pdf>, 2019-01-07.

提交的与被古巴政府没收的美国公民财产有关的商标请求权。该规定的颁布源于一家法国公司与一家百慕大公司之间关于“哈瓦那俱乐部(Havana Club)”商标的纠纷。虽然由于该法国公司与古巴政府的合作关系,根据美国《古巴资产控制法》,其生产的朗姆酒无法进入美国市场,但该法国公司仍然希望该商标能够得到保护,以便将来待美国放松对古巴的禁运后能在美国销售该品牌的朗姆酒。《综合拨款法》第211节试图取消对被古巴政府没收的企业的商标保护。故2000年5月欧盟就美国1998年《综合拨款法》第211节向世贸组织申请发起争端解决程序(即“欧盟诉美国1998年《综合拨款法》第211节案”以下简称“《综合拨款法》案”)。^① 上诉机构在报告中指出,世贸组织成员有权确定商标和商号的所有权标准,1998年《综合拨款法》第211节可能导致违反《与贸易有关的知识产权协定》确立的国民待遇和最惠国待遇义务。有意思的是,最终美国并未对《综合拨款法》第211节进行修改,2005年欧盟也同意暂时不对美国施行报复,但保留将来采取报复举措的权利。^② 2016年美国提交世贸组织争端解决实体的报告称,美国将继续致力于履行世贸组织专家小组与上诉机构的相关裁决与建议。^③

3. 经联合国大会获取国际社会支持

在《赫尔姆斯—伯顿法案》通过后,联合国大会(以下简称联大)以绝对多数票通过谴责《赫尔姆斯—伯顿法案》的决议,^④包括欧盟成员国在内的绝大部分国家均支持了谴责决议。决议明确《赫尔姆斯—伯顿法案》的域外效力影响到其他国家的主权及在其管辖下的实体或个人的合法权益以及通商和通航自由,强调各国应遵守国家主权平等、不干预和不干涉国家内政、国际通商和通航自由等原则,要求美国撤销或废止《赫尔姆斯—伯顿法案》。

(三)现阶段:应对美国对伊制裁的困境与契机

2018年5月8日美国宣布退出《伊核协议》,同年11月5日美国全面恢复因《伊核协议》而废除的经济制裁措施。欧盟及其成员国是《伊核协议》的坚定支持者,与美国在对伊制裁的问题上南辕北辙,欧盟再次面临和美国在伊朗制裁问题上进行较量。欧盟应对美国次级制裁的经验表明,凭借欧盟及其成员国在世界经济的地位,通过政治、经济和法律多重方法来阻止美国次级制裁的进程和攻击是有效的。与20世纪八九十年代相比,欧盟当前在应对美国对伊次级制裁问题上形势严峻。首先,它与美国的关系处于历史上的低点,欧盟寻求获得美国放弃对欧盟国家及其个人和实体的制裁,但最终公布的暂时放弃制裁的名单上除意大利和希腊外没有其他欧盟成员国。其次,尽管欧盟要求总部位于布鲁塞尔的协会不能遵从美国次级制裁法,但协会已经决定按照美国的要求完全切断与伊朗银行的联系。^⑤ 在外资监管办公室的次级制裁的大棒威胁下,已有100多家欧盟跨国公司撤离伊朗或者停止在伊朗的经营活动,欧盟的国际银行巨头也停止为伊朗提供金融服务。^⑥

尽管如此,欧盟还是展开了与美国次级制裁的较量。首先,2018年8月6日,欧盟恢复了《阻断条例》的效力,旨在保护欧盟个人和实体免受美国的制裁,并在附件中新增加了《伊朗自由与反扩散法案》《2012财政年度国防授权法案》《伊朗威胁减少和叙利亚人权法案》《伊朗交易和制裁条例》等外国法律。其次,针对当前美国对国际金融系统的控制,欧盟成员国积极筹备一个独立于美元和美国金融系统的“特殊目的载体”。2018年9月25日,德国、法国、英国、俄罗斯、中国以及伊朗均表示赞同建立一个处理与伊朗贸易的

① See United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, WT/DS176AB/R, 2 January 2002.

② Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/united-states--section-211-omnibus-appropri>, 2019-01-23.

③ See United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 Status Report by the United States, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds176_e.htm, 2018-12-20.

④ See United Nations General Assembly, Resolution on the Necessity of Ending the Economic, Commercial, and Financial Embargo Imposed by the United States of America Against Cuba, U. N. Doc. A/RES/52/10, Nov. 5 (1997).

⑤ See SWIFT Cut off Sanctioned Iranian Central Bank — US Treasury, 11/12/2018, <https://sputniknews.com/business/201811121069742001-swift-iran-sanctions-cut-off-usa/>, 2019-01-22.

⑥ See Iran Sanctions(Updated November 28, 2018), Congressional Research Service Report 20871, <https://crsreports.congress.gov/RS20871>, 2018-12-11.

非美元计价交易的实体。^①“特殊目的载体”将最大限度地减少对美国银行和美国人控制的金融机构在跨境金融交易的需求,有助于减少各国与伊朗交往中对以美元为核心的国际金融体系的依赖。法国经济与财政部长勒梅尔表示,他希望“特殊目的载体”演变成一个“真正的政府间机构,作为欧洲独立的金融工具,新机制允许我们与任何国家交易任何产品,只要符合国际法和欧洲的承诺”。^②美国的次级制裁在2018年11月重新实施,但欧盟的“特殊目的载体”却并未如期登场,^③这表明欧盟在“特殊目的载体”的设置与运行上存有一定的困难。2019年1月31日,法国、德国和英国三国外交部长发布联合声明宣布特殊用途工具支持贸易往来工具机制(INSTEX SAS)已注册登记成立,将继续致力于该机制的建设以便实现欧盟及其成员国与伊朗的经济自由交往。^④而美国国务卿迈克尔·庞培称这项举措可能“巩固伊朗作为恐怖主义的第一赞助国的位置”。有专家认为“特殊目的载体”成功的可能性很小,因为即使建立起来也可能遭遇美国的次级制裁。^⑤

欧盟目前反制美国次级制裁的工具箱缺乏有效工具,尽管“特殊目的载体”千呼万唤始出来,但能否有效运作,仍有待验证。但应该看到的是,欧盟凭借其世界第一大经济实体的地位,其“特殊目的载体”一旦成功不仅能够确保其与伊朗的贸易安全,更重要的是能有效削弱美国对国际金融系统的统治地位,大大地提高欧元作为国际货币的地位。^⑥

(四)例外阶段:支持美国对伊次级制裁

欧盟挑战美国的次级制裁的主张并非一以贯之的。2010—2016年期间,欧盟一反一贯反对美国次级制裁的立场,纵容乃至支持美国对伊朗的次级制裁。这一例外举措与伊朗的核武器发展密切相关。欧盟在20世纪90年代后期一直试图通过经济手段制止伊朗核武器的发展。在2005年,伊朗彻底撕毁同欧盟达成的核暂停协定,最终欧盟放弃通过谈判解决伊核问题,转向寻求集体制裁的方式。在欧盟等国家和地区的推动下,国际原子能机构理事会做出决议,将伊朗核问题提交联合国安理会。从2006年12月到2010年6月,联合国安理会通过了一系列制裁决议。这些制裁决议因偏重人员禁入、资产冻结、武器禁运,未涉及伊朗核心的能源部门,而缺乏有效性,反而推动国际油价攀升,进而大幅增加了伊朗的石油收入和财政收入,伊朗的核技术也迅速发展,安理会的制裁未取得预期的效果。^⑦安理会的决议需各会员国加以具体落实。在2010年6月联合国安理会通过第1929号决议后,美国随后通过《全面制裁、问责、撤资伊朗法案》,采取了包括次级金融制裁在内的更为严厉的制裁措施。之后,美国财政部通过《2012财政年度国防授权法案》将其权限进一步扩大,《2013财政年度国防授权法案》的出台则使得美国对伊朗制裁的范围拓展至任何与伊朗能源、航运、造船等相关的部门。根据这些法案,美国有权对外国银行为伊朗进行有关美元清算活动进行制裁,只要它是通过位于美国境内的代理银行账户或转递账户进行的美元结算。^⑧

与美国不同,欧盟是伊朗石油的主要出口目的地,在制裁伊朗的问题上长期以来各成员国立场不

① See Iran Sanctions(Updated November 28, 2018), Congressional Research Service Report 20871, <https://crsreports.congress.gov/RS20871>, 2018—12—11.

② See France Vows to Lead Europe in Defying US on Iran Sanctions; Bruno Le Maire Seeks to Prevent Washington acting as World's "Trade Policema", Financial Times, November 7, 2018.

③ See EU Caving to Trump Pressure on Iran Sanctions, SPV "Alternative Mechanism" Now in Tatters, 21st Century Wire, November, 2018.

④ See John Irish and Riham Alkousaa, Skirting U. S. Sanctions, Europeans Open New Trade Channel to Iran, Reuters, February 1, 2019.

⑤ See Iran Sanctions(Updated September 26, 2018), Congressional Research Service Report 20871, <https://crsreports.congress.gov/RS20871>, 2018—12—11.

⑥ See Sam Beard, EU Moves to Shield Companies that Trade with Iran from U. S. Sanctions, MarketPlace, December 6, 2018.

⑦ 参见吕蕊、赵建明:《试析欧盟在伊朗核问题中的角色变化与影响》,《欧洲研究》2016年第6期。

⑧ 参见石佳友、刘连焰:《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》,《上海大学学报》(社会科学版)2018年第4期。

同。^①在安理会第1929号决议通过之后,2010年6月26日欧盟理事会通过了对该决议的执行决议,^②该决议后来经欧盟理事会12次修改,充分体现了欧盟成员国之间在对伊问题上的反复协调。2012年1月23日,欧盟理事会决议对伊朗的能源部门实施禁止原油进口并禁运、禁止投资、禁止欧洲和所有伊朗银行之间的交易(除非得到特别授权)以及冻结伊朗中央银行在欧盟的资产等制裁措施。^③2012年3月15日,欧盟理事会通过决议,禁止协会向伊朗受制裁的个人和实体提供金融传输信息服务,^④随后协会应欧盟的要求切断了与受制裁的伊朗银行网络。在国际金融领域严重依赖银行间电子支付的情况下,这相当于将伊朗隔绝孤立于国际金融结算领域。^⑤对于美国对位于欧盟的各大银行进行制裁、施以巨额罚款,欧盟均予以默许,并未采取反制措施。

三、次级制裁的合法性分析:主权秩序的破坏者

制裁与报复本质上均属于针对目标国的国际不法行为的反措施,通过不履行对目标国的国际义务的行为迫使目标国承担其国际不法行为的国际责任。例如,在双边与多边的贸易条约下,暂停与商业伙伴的贸易的权利被视为是针对国际不法行为可采纳的反措施。^⑥但如果中断贸易关系对第三国造成伤害,第三国可要求赔偿。次级制裁不仅仅是通过中断与受害国之间的贸易关系波及第三国,而且是直接采取惩罚措施针对第三国,实际行使域外管辖权。

(一)次级制裁违反《联合国宪章》关于主权平等和不干涉内政的原则

《联合国宪章》第2条确立了主权平等与不干涉内政原则,它为弱国提供了维护主权、反对霸权、约束强权的法律依据。经济全球化是当今社会最深刻的变化,令国家彼此之间相互依存的经济关系达到了前所未有的广度和深度。一方面,一部分传统意义上的国家主权让渡给有关的国际组织,对国家主权构成了一定的冲击;另一方面,发展中国家在应对全球化的时候坚定不移地寻求其经济与政治的独立性。这表明主权仍然是国际关系的核心规则。联大决议反复强调“尊重主权、领土完整、政治独立,在国际关系中不使用或威胁使用武力,不干涉本质上属于任何国家国内管辖的事务”,^⑦并指出一个以主权为基础的包容、透明和有效的多边制度对于更好地应对当今各种紧迫的全球挑战至关重要。^⑧《联合国宪章》所规定的主权原则仍然是当今世界的基础性原则。1996年,联大通过第51/22号决议,否认次级制裁的合法性,呼吁所有国家不要单方面承认任何国家的域外强制性经济措施或立法;强调各国义务不利用单方面经济强制措施胁迫发展中国家。^⑨1998年10月26日,联大通过第53/10号决议指出,对发展中国家的经济施压违反了各国和平共处的原则。^⑩次级制裁通过对第三国及其个人和实体采取强制性惩罚措施迫使其停止与被制裁国之间的经济往来,显然违反了美国尊重他国主权的义务,违反了主权原则与不干涉他国内政

① 参见吕蕊、赵建明:《试析欧盟在伊朗核问题中的角色变化与影响》,《欧洲研究》2016年第6期。

② See Council Decision 2010/413/CFSP of 26 July 2010 Concerning Restrictive Measures against Iran and Repealing Common Position 2007/140/CFSP, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3ca2a975-f027-4a1b-86dd-be670688f6e7/language-en/format-PDF/source-search>, 2019-03-16.

③ See Council Decision 2012/35/CFSP of 23 January 2012 Amending Decision 2010/413/CFSP Concerning Restrictive Measures against Iran, Official Journal of the European Union, L19/22-30, 24. 01. 2012.

④ See Council Decision 2012/152/CFSP of 15 March 2012 Amending Decision 2010/413/CFSP Concerning Restrictive Measures against Iran, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ea93ffe0-6746-43a6-a9c7-d0b3f0d2294a/language-en>, 2019-03-15.

⑤ See Indira Lakshmanan, Sanctioned Iran Banks Being Cut Off From Global Network, Bloomberg News, March 15, 2012.

⑥ See Akbar Adibi, Homayoun Habibi, The Challenge of the Economic Independence and the Sovereignty of States: A Review of the Problem of Legitimacy of Economic Sanctions in the Reality of the International Legal Order, 5 Russian Legal Journal, 113 (2017)

⑦ See UN General Assembly, Promotion of a Democratic and Equitable International Order, A/RES/71/190, 19 December 2016; UN General Assembly, The Rule of Law at the National and International Levels, A/RES/71/148, 13 December 2016.

⑧ See UN General Assembly, The United Nations in Global Economic Governance, A/RES/71/327, 21 September 2017.

⑨ See UN General Assembly, Elimination of Coercive Economic Measures as a Means of Political and Economic Compulsion, A/RES/51/22, 27 November 1996.

⑩ See UN General Assembly, Elimination of Coercive Economic Measures as a Means of Political and Economic Compulsion, A/RES/53/10, 26 October 1998.

原则。

(二)次级制裁违反关于管辖权的国际法规则

域外管辖并非总是违反国际法,但是次级制裁所导致的域外管辖却是违反国际法的。每个国家都可以就其境内的事宜进行立法,也可以制定与其公民有关的法律,这些法律可以具有域外维度。国际习惯法普遍认可的客观属地管辖、属人管辖、保护性管辖、普遍性管辖均可能导致一国法律具有一定的域外性。在这方面,法律的“治外法性”不一定违反国际法规则。但是,法律的域外性受到国际法的限制。1927年常设国际法院在“荷花号案”^①中主张,只要没有相反的禁止规则,各国就可以行使域外规定的管辖权。但是,“荷花号案”的推理到现在不再有效,因为在没有合法的连接点的情况下,域外管辖权违反了不干涉他国内政的原则。^②目前,对于立法方面的域外管辖适用宽松原则已成为各国普遍接受的国际习惯,宽松原则主张只要享有域外管辖权的国家表明其管辖权主张的合理性即可,并不损害他国的利益。^③合理性通常体现在主张管辖权的国家与管辖事项的真正或充分的联系,即其与涉及的人、财产和行为的关联。^④宽松原则必然会导致管辖权的重叠,在立法管辖权与司法管辖权上尤为常见,可能导致并行管辖权。^⑤事实上,国家通常会自觉地对域外事宜克制行使司法管辖权,国际礼让原则的适用亦显示了这一点。^⑥国际法学者普遍认为,除了合理性要求外,其他国际习惯法也限制国家在域外适用其法律的权力,^⑦如国家主权原则要求在其他国家领土上行使执行管辖权需获得该国的同意。^⑧然而,全球化使传统意义的疆界变得模糊,美国凭借其在国际金融和世界经济中的主导地位在其领土上对外国实体行使执行管辖权,从而对该习惯法构成了严重挑战。

在美国的次级金融制裁中,美国的管辖权主张是以代理银行账户位于美国为根据的,它包含两个不同的管辖依据:(1)美元支付“通过”美国领土,因为外国银行是通过使用美国银行的代理账户实现美元交易。(2)通过处理美国境内的付款,外国银行致美国代理银行违反美国法律。^⑨2007年美国修改《国际紧急状况法》,将发生在美国境外但导致美国人违反美国经济制裁法的行为也纳入了美国管辖的情形。^⑩这两个理由都与属地管辖有关。将银行交易系统的运行作为明确行为为发生地的根据难以构成与被管辖事项的真实联系,这种解释歪曲了行为发生地的本身含义,违反了基本的法律逻辑。而由境外行为导致美国人违法推理出美国是行为的结果地,亦属于对结果地的牵强解释,违反了习惯法上结果地是行为直接的实质性后果地而非间接影响的后果地,这与国际习惯法中的合理性规则不一致。这两种解释不仅违反了国际习惯,结果也是危险的。因美元具有国际贸易中主要硬通货的地位,所有以美元为结算货币的国际贸易均会使用美国金融系统进行清算,^⑪故如果接受国际交易中代理账户系美国银行作为美国行使管辖权连接点的这一观点,那么这意味着美国对全球绝大部分国际贸易均有管辖权。由于美元在全球金融中的地位,无论其行为是符合还是违反本国法,外国银行无疑会选择遵循美国的次级制裁法,目前各大银行被迫与美国达成巨额罚款协议的实践已然证明了这一点。美国通过次级金融制裁事实上具有超越其他国家主权的管辖

① See *SS Lotus (Fr. v. Turk.)*, Judgement, Permanent Court of International Justice, 1927.

② See Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 *Texas Law Review*, 786(1988).

③ See Curtis A. Bradley, *Universal Jurisdiction and U. S. Law*, *University of Chicago Legal Forum*, 323(2001)

④ See ILC Secretariat, *International Law Commission Report on the Work of Its Fifty-Eighth Session*, Annex E, U. N. Doc. A/61/10, 2006, at 517.

⑤ See Section 401 of Restatement (Fourth) of The Foreign Relations Law of the United States.

⑥ See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2012, pp. 471—472.

⑦ See Jeffrey A. Meyer, *Second Thoughts on Secondary Sanctions*, 30 *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 905 (2009).

⑧ See Section 432 of Restatement (Fourth) of The Foreign Relations Law of the United States.

⑨ See Susan Emmenegger, *Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law*, 33 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 654 (2016).

⑩ See *International Emergency Econ. Powers Enhancement Act*, Pub. L. No. 110—96, § 2(a), 121 Stat. 1011 (2007) [Amending 50 U.S.C. § 1705(a)].

⑪ See Michael Gruson, *The U. S. Jurisdiction over Transfers of U. S. Dollars Between Foreigners and over Ownership of U. S. Dollar Accounts in Foreign Banks*, *Columbia Business Law Review*, 721 (2004).

权,严重威胁主权为基础的国际秩序。

(三)次级制裁违反关于反措施的国际习惯法

如前所述,无论初级制裁还是次级制裁,本质上是针对一国的国际不法行为所采取的反措施,因此它与其他反措施一样也受到国际习惯法的限制。目前在国家责任方面尚无一般性条约,2001年《国家对国际不法行为的国际责任草案》(以下简称《草案》)被国际法院视为国际习惯法的编撰,在其审理中多次援引用《草案》,《草案》中关于反措施的规定亦被认为国际习惯法的反映。^①根据《草案》第41条、第49条、第52条和第53条的规定,反措施只能针对国际不法行为的责任国,并且只服务于促使目标国停止不法行为和承担国际责任的目的,不能扩大到行为国之外的其他国家,显然次级制裁完全突破了该限制。同时,反措施不得违反制裁国的人道主义义务。2018年10月3日,国际法院发布临时措施裁定,指出美国不得限制伊朗进口和购买人道主义需要所需的货物,如食品和药品(包括救生药品、慢性病治疗或预防保健以及医疗设备);也不得阻止伊朗航空公司获得备件和其他必要设备以及民用航空器所需的服务(包括保修、维护、维修服务和安全检查),^②这表明制裁应受到人道主义义务的限制。美国处罚的巨额罚金使外国银行不得不权衡风险与收益,放弃为目标国提供美元交易甚至扩展到其他货币服务。自2014年后,包括渣打银行、巴克莱银行在内的国际银行巨头纷纷宣布完全在某些国家终止其他货币服务,^③一些银行放弃为非洲和中东地区国家提供代理账户的业务,^④导致这些地方无法获得银行服务。据世界银行评估,世界上有一半的人口无法获得正规的银行账户,这些经济上被隔绝在外的人绝大多数都生活在发展中国家。^⑤美国的金融次级制裁导致国际银行放弃这些欠发达国家的代理银行与其他货币业务,加剧了这些地方人们缺乏与外界经济联系的问题,人道主义援助资金也难以进入,引起人道主义问题。^⑥

(四)次级制裁与美国司法的审慎实践相悖

《美国对外关系法第三次重述》承认立法管辖权的域外性受到一定的限制,即第402条第1款c项规定了效果原则,称“一个国家可以针对发生于该国境外的行为制定法律……只要该行为在其领域内产生或意图产生实质性效果”;紧接着第403条对效果原则进行了限制,指出如果行使第402条规定的管辖权是不合理的,国家也不能对与另一国家有关的个人或行为行使管辖权。《美国对外关系法第四次重述》依然保留了效果原则,但效果原则的内容却发生了变化:在第401条第1款b项将产生的“效果”的定义删掉了“意图”二字,大大缩小了美国的域外管辖权;同时规定了立法礼让原则、反域外适用推定原则和一致解释原则对美国域外管辖进行限制。立法礼让原则要求在行使立法权的时候要考虑其他国家的合法利益,而反域外适用推定原则表明美国法一般不具有域外适用性,一致解释原则则要求法院在解释美国法时应避免与国际法冲突。这似乎显示美国法律界对域外管辖的态度已从积极扩张转为审慎克制。

由于次级制裁针对的是非目标国及其国民和实体,并非产生“效果”的行为者,因此针对第三方的管辖

① See UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/71/133, 19 December 2016; UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/68/104, 18 December 2013; UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/65/19, 10 January 2011; UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/62/61, 8 January 2008.

② See ICJ, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order, General List No. 175, October 3, 2018.

③ See Bukola Adisa, AML De-risking: An Effective Method of Plugging AML Control failures?, Advancing Financial Crime Professionals Worldwide, August, 2014, p. 3, <http://www.acams.org/wp-content/uploads/2015/08/AML-De-Risking-Aneffective-method-of-plugging-AML-control-failures-B-Adisa.pdf>, 2018-12-03.

④ See Justine Walker, Summary Notes: BBA Roundtable on Financial Exclusion! Stability Arising from Financial Crime Related De-risking, British Bankers' Association, March 17, 2014, <http://files.site-fusion.co.uk/webfusion/112071/file/newuploadbba01-428636-v-bba-derisking-roundtable-march-2014.docx>, 2018-11-12.

⑤ See Ash Demircuc-Kunt, et al., The Global Findex Database 2014: Measuring Financial Inclusion Around the World, World Bank Group, Policy Research Working Paper, <http://pubdocs.worldbank.org/en/681361466184854434/2014-Global-Findex-Report-DKSV.pdf>, 2019-01-12.

⑥ See Victoria Anglin, Why Smart Sanctions Need a Smarter Enforcement Mechanism: Evaluating Recent Settlements Imposed on Sanction-Skirting Banks, 104 Georgetown Law Journal, 693 (2016).

难以获得国际法与国内法上管辖权规则的支持。美国财政部也承认这一点,其在“*克罗斯比诉国家贸易理事会案*”^①的证词中指出,由于1996年《*马萨诸塞州关于州政府与那些同缅甸或者在缅甸进行交易的公司的合同的法案*》意图在全球范围内制裁缅甸,由此产生的关于域外管辖的争议使美国的盟友的关注重心从如何对缅甸政府施加压力转移到对美国是否遵守了其在世贸组织协议下的国际义务上。欧盟和日本均以该法案违反世贸组织《*政府采购协议*》为由发起了世贸组织争端解决程序。^②在对《*赫尔姆斯—伯顿法案*》进行法律审查时,美国国务院的一份备忘录显示美国国务院的审查意见认为该法案所预见的解决方案被认为是前所未有的域外实施美国法律。该意见显示“美国国务院认为虽然古巴没收美国个人在古巴的财产违反了国际法,但国际法规定的制定及实施该法案的条件尚未得到满足,因为很难想象涉及该类财产的贸易可以对美国产生重大影响……该法案的第3条所规定的原则明显与国际法不一致,没有一个国家通过类似于这项法律的国内法”。^③

尽管次级制裁在美国尚未进入司法程序,但美国法院对法律的域外适用有着悠久的判例法。2010年6月美国联邦最高法院在具有历史意义的“*莫里森诉澳大利亚国民银行案*”^④中重申“反域外适用推定”仍然是美国法域外适用的核心原则,明确除在美国国会清楚表明打算将美国联邦法的适用范围扩大到超过美国拥有主权或具有某种程度的法律控制权的地方以外,美国法不具有域外适用效力,从而推翻了长达40年的美国下级法院关于美国法域外适用的判例法。^⑤之后,美国联邦最高法院又在“*基奥波诉荷兰皇家石油公司案*”^⑥中适用该原则,否认《*外国人侵权法案*》的域外适用。在2016年“*雷诺兹·纳尔स्क公司诉欧盟案*”^⑦判决中,美国联邦最高法院认为,因为联邦洗钱法明确规定,当被告是美国人的时候,美国法适用于发生在“美国以外”的罪行,故当被告是美国人的时候,《*反诈骗腐败组织法案*》的两项实质性条款适用于与该法所断定的域外范围,且只有在对经营或财产造成国内损害并且该损害在外国未获救济的情形下,《*反诈骗腐败组织法案*》才可以域外适用于私人诉讼。这些判决表明美国法的域外适用是建立在法律明确表达了域外适用的特定情况并与美国产生联系的条件上的。从近年来反域外适用推定原则的司法实践可以看出,美国司法机构在美国法域外适用问题较为审慎与克制。而次级制裁法侵略性的域外适用与美国司法在域外适用问题上的克制截然相反,也显示其偏离了美国法域外适用的一般规则。美国国内支持次级制裁观点主要是基于单方制裁缺乏有效性。美国学者梅耶指出由于安理会难以通过有效的集体制裁措施,次级制裁是一个有效的方式;但她也承认次级制裁缺乏合法性的依据,故而次级制裁可作为使用武力之前的最后措施。^⑧

四、对中国的启示:危机与对策

2012—2014年间,中国珠海振戎公司、昆仑银行、中国保利集团公司及其子公司保利科技有限公司、深圳市信通科技有限公司、中国精密机械进出口总公司、大连经贸公司以及大连经贸公司的一个人因与伊

① See Stephen P. Crosby Secretary of Administration and Finance of Massachusetts, et al., *Petitioners v. National Foreign Trade Council*, 530 U. S. 363(2000).

② See Stephen P. Crosby Secretary of Administration and Finance of Massachusetts, et al., *Petitioners v. National Foreign Trade Council*, 530 U. S. 363(2000); *Lapse of Authority Establishment of a Panel, United States Measure Affecting Government Procurement*, World Trade Organization, WTO 588/6, WT/DS95/6, Feb. 14, 2000.

③ See Joaquin Roy, *Cuba, the United States, and the Helms—Burton Doctrine: International Reactions*, University Press of Florida, 2000, p. 76.

④ See *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247, June 24, 2010.

⑤ See George T. Conway III, *U. S. Supreme Court Rejects “Foreign Cubed” Class Actions*, Harvard Law School on Corporate Governance and Financial Regulation, 06/25/2010, <https://corpgov.law.harvard.edu/2010/06/25/u-s-supreme-court-rejects-foreign-cubed-class-actions/>

⑥ See *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, April 17, 2013.

⑦ See *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 136 S. Ct. 2090, 2101, 2016.

⑧ See Jeffrey A. Meyer, *Second Thoughts on Secondary Sanctions*, 30 University of Pennsylvania Journal of International Law, 905 (2009).

朗、朝鲜等目标国的交易被美国制裁。2017年北京中科电子有限公司、大连贸易有限公司等10个公司和3个人因与伊朗、叙利亚、朝鲜的贸易交往出现在美国制裁的名单上。^①2018年9月20日,美国国务院宣布,因中国人民解放军从俄罗斯采购了苏-35战斗机和S-400防空导弹等武器装备,美国政府以中国中央军委装备发展部及其负责人违反《通过制裁打击美国对手法案》从俄罗斯购买导弹防御系统和战斗机,对中国中央军委装备发展部及其负责人进行制裁。^②中国国家机构、企业与个人正面临美国次级制裁的大棒。

中国是伊朗最大的石油客户,中国政府已表示不会指示中国企业退出伊朗市场。从历史上看,中国只根据多边组织的决议对特定国家进行制裁。在伊朗制裁的问题上,中国只履行联合国安理会的相关决议。普遍认为,由于中国继续支持《伊核协议》,不太可能大幅减少对伊朗的石油采购以符合美国重新实施的制裁措施。尽管美国宣布临时性地放弃对中国的石油购买商进行制裁,但是美国称其长期目标是切断伊朗石油贸易,^③更因为伊朗在中国“一带一路”倡议下的重要地位,美国重启对伊朗制裁将对中国与伊朗的经济往来造成极大影响。中国应当吸取欧盟的教训,坚决反对美国的次级制裁,维护建立在尊重主权基础上的多边贸易体制。中国如何应对美国的次级制裁不仅对于中国本身,也对全球秩序有着重大影响。从欧盟在反制美国次级制裁的经验与教训来看,中国可以考虑以下对策:

1. 颁布反制裁法

以国内法的方式明确美国次级制裁法的非法性,使中国个人和实体可以依法对抗美国次级制裁的域外效力。尽管欧盟、加拿大、墨西哥等国家和地区专门针对美国次级制裁法案进行的立法没有真正阻断美国次级制裁的域外适用,但是它们均在次级制裁的非法性上表明了立场,也为本国个人和实体拒绝美国次级制裁提供了法律依据,更可以结合其他措施共同反制美国次级制裁。在国内立法上,中国可借鉴欧盟、加拿大等国家或地区的立法模式,专门就外国法的域外效力问题进行立法,明确中国的个人和实体不得遵守具有域外效力的外国法,并规定中国法院不得承认外国法院根据有域外效力的外国法所作出的判决,还应赋予受到此类域外效力损害的中国个人和实体有权针对为此有责任的外国个人和实体提起索赔诉讼获得救济,同时应建立一个报告机制,要求受次级制裁影响的个人和实体及时向中国政府报告外国有域外效力的法对中国的影响情况,以便中国政府及时了解外国法域外适用对中国的影响并能够迅速采取反制,有效保护中国个人和实体的合法权益。

2. 利用多边平台挑战美国的制裁伊朗法案

经验表明,多边框架下的应对才能对美国次级制裁构成有效反制。欧盟就曾较好地利用了世贸组织启动针对《赫尔姆斯—伯顿法案》和《综合拨款法》世贸组织争端解决程序的反制。欧盟在“《综合拨款法》案”中的胜诉为中国提供经验。中国可以借鉴欧盟的方式,以美国次级制裁法案违反了《关贸总协定》的最惠国待遇、禁止进出口贸易限制和《服务贸易总协定》的最惠国待遇与市场准入规则为由,诉诸世贸组织争端解决机构,^④并同时与美国展开磋商,通过多种途径来限制美国次级制裁对中国影响。联大曾经在20世纪90年代对美国的次级制裁通过谴责决议,不仅宣布美国次级制裁违反国际法,而且也在促使美国克制执行次级制裁上发挥了一定的作用。此次,美国单方面退出《伊核协议》,重新对伊朗进行广泛的次级制裁,这一违反国际法的程度有过之而无不及,因此推动联大宣布其次级制裁的非法性完全是可行的,也为中国采取反制美国次级制裁的措施提供合法性。

3. 去美元化路径

① See Sanctions, Export Controls, and Certain Other Restrictions, 2017 Digest of United States Practice in International Law, 612 (2017).

② 参见钟声:《美国制裁中国军方意欲何为》,《人民日报》2018年9月24日。

③ See Trump Grants Sanctions Waivers to Eight of Iran's Biggest Oil Buyers, 11/05/2018, <https://dailycaller.com/2018/11/05/donald-trump-iran-sanctions-waivers-oil/>, 2018-11-19.

④ See Shailja Singh, WTO Compatibility of United States' Secondary Sanctions Relating to Petroleum Transactions with Iran, <http://wtocentre.iift.ac.in/workingpaper/Iran%20Sanctions.pdf>, 2018-11-22.

要抑制美国的次级金融制裁带来的损害,去美元化是反制次级制裁的必经路径:即不使用美元作为交易的硬通货,也不使用任何美国银行或其他金融机构,促使外资监控办公室无法进行次级制裁。首先,中国可继续使用过去的反制方式。在2012—2016年期间,中国通过货物而不是硬通货来对与伊朗的部分贸易进行结算,同时还将人民币作为与伊朗结算的货币。伊朗和中国还有一个单独的国际支付账户用来支付中国在伊朗的基础设施项目。其次,中国还有其他可选择的去美元化工具,即通过其他国家的独立交易系统与目标国继续进行交易。俄罗斯为避免美国制裁已经为国际交易建立了取代协会的“传递金融信息系统”并开始使用,^①而欧盟刚创建的支持贸易往来工具机制也可成为一个避免使用美国银行系统的另一重要途径。中国可以选择使用这两个金融信息传递系统,继续与伊朗等被制裁国进行经济贸易往来,并避免美国获得其交易信息对中国个人和实体进行制裁。但是,由于与美国的盟友关系,欧盟很可能在和美国利益趋同的时候转而支持美国的次级制裁,这样可能导致中国个人和实体遭到美国严厉的制裁;而俄罗斯的金融信息系统才刚刚起步,缺乏成熟性与广泛性。因此,该方式具有一定的临时性和局限性。最后,建立一个独立于美元体系的以人民币为国际交易货币的国际金融交易系统,即中国的“特殊目的载体”。基于美国次级金融制裁带来的寒蝉效应,国际金融巨头和全球性金融机构纷纷撤离次级制裁的高危区域,如伊朗目前就面临着无国际银行和金融机构可用的困境。中国可以此为契机在这些区域推行人民币跨境支付系统,并向这些区域提供金融服务。同时,由于一旦与美元资产有牵涉便可能招致美国的制裁,因此该人民币跨境支付系统还必须隔离美元所带来的风险。事实上,中国建立自己的“特殊目的载体”比欧盟更具优势,尽管人民币在国际化水平上低于欧元,但相比欧盟多头决策机制难以推出“特殊目的载体”的现实,中国的决策机制极为有效,而结合“一带一路”倡议,中国的“特殊目的载体”可以迅速扩张,并能极大地促进人民币国际化的进程。

4. 加速推行人民币的国际化

要一劳永逸地解决美国制裁中影响最具杀伤力的次级金融制裁,就要改变美元作为国际贸易主要硬通货的地位,人民币一旦成为主要的硬通货,美国的次级金融制裁就将变成纸老虎。近年来,美国侵略性地实施次级金融制裁,滥用了美元的主导地位,美元作为资产的吸引力降低,使美国主导的国际金融体系产生相当程度的离心力。^②各国开始减缓美元作为外汇储备的积累速度,并寻找替代货币。欧盟、俄罗斯、印度、日本等国家或地区均纷纷采取措施,试图填补美元所失去的市场。中国应当抓住时机,顺势加速人民币的国际化。可以在美国次级制裁辐射区域和“一带一路”沿线国家将人民币作为主要硬通货进行建设,汲取美元跨境交易系统及其他跨境交易系统中借鉴价值的制度,发展并完善人民币跨境支付系统配套制度化与基础设施的建设,在与欧元、日元等国际货币的竞争中,突出人民币的优势,提升人民币的国际化进程。

责任编辑 何 艳

^① See Russia's Alternative to SWIFT Payment System Poised to Eclipse the Original - MP, 11/02/2018, <https://www.rt.com/business/442946-russias-analogue-of-swift/>, 2018-12-19.

^② 参见马雪:《美国对俄罗斯金融制裁的效力、困境及趋势》,《现代国际关系》2018年第4期。