

单边制裁与阻断立法下中国企业的 合规困境与应对策略

马光* 毛启扬**

内容摘要: 当今社会,以美国为代表的霸权主义国家愈加频繁地通过金融、贸易等单边制裁手段迫使目标国家及实体改变行为,以达成自身国家安全和政治经济利益目标。为应对此类将国内法律法规、行政命令不当域外适用的方式,中国出台了《阻断办法》和《反外国制裁法》来维护本国主权与正常经贸活动交往。在此背景下,中国企业可能面临遵守外国制裁法律而受到中国阻断立法处罚,或者执行阻断禁令遭遇外国制裁而失去市场的两难困境。这背后是美国制裁管辖权扩张和制裁对象精准化的演变与中国逐渐形成的阻断立法体系间的冲突,而这引发了棘手的实践案例并导向国家与国家之间、国家与个人之间的利益博弈。由此,中国阻断立法体系本身应进一步完善,从而助力中国企业通过明确的豁免申请与救济制度和外国主权强制原则抗辩来搭建合规模式,找到困境出路。

关键词: 单边制裁 阻断立法 合规困境 豁免申请

一、引言

单边制裁本身是一种针对违反国际法的国家而单方面决定和实施的强制手段^①,但在当下新冠疫情、局部冲突、恐怖主义等全球问题交织的情形下,已异化为以美国为代表的部分国家实现政治目的、推行霸权主义的威慑武器。在利用单边初级制裁对被制裁目标施加直接不利影响之外,美国还扩大管辖权范围实施次级制裁,限制第三国实体或个人与被制裁目标交易往来,对违者施以严厉处罚。围绕美国次级制裁的合法性争议持续发酵,而美国制裁华为、中芯国际等企业以及台积电断供等事件均已显示出美国借次级制裁遏制中国发展的意图^②以及为其合法性与正当性

* 浙江大学光华法学院副教授。

** 浙江大学国际法研究所研究助理。

本文系2023年浙江大学“重要国家和地区研究”专项“亚洲主要国家数字贸易规则比较研究”的阶段性研究成果。

① See Masahiko Asada, *Economic Sanctions in International Law and Practice* 4 (Routledge 2020).

② See Scott Foster, *SMIC and TSMC Respond to the Semiconductor Shortage*, <https://asiatimes.com/2021/09/smic-and-tsmc-respond-to-the-semiconductor-shortage/>, visited on 31 March 2023.

背书的野心。对此,中国在 2021 年出台《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下称《阻断办法》)和《中华人民共和国反外国制裁法》(以下称《反外国制裁法》),针对美国限制中国实体和个人与第三方制裁对象以及与我国国内被制裁对象经贸往来的情形予以阻断,维护中国个人和实体参与国际经贸活动的正当权益。然而,在剑拔弩张的制裁与阻断态势背后,中国企业在两相抗衡的法律与政治夹缝中进退两难。一方面,若遵循美国次级制裁政策拒绝与第三方实体交易,将面临合同相对方提起的损害赔偿诉讼,也可能因违反《阻断办法》受到行政处罚。另一方面,若不遵守、不承认、不执行外国次级制裁政策,则可能失去国外市场并且受到制裁发起国的惩罚。在豁免与索赔等制度尚未明朗的情况下,无论面临来自哪一方的惩处,对于企业来说都是致命的打击。

截至 2023 年 3 月 21 日,被美国财政部列入特别指定国民和被禁止人员名单以及综合制裁名单的中国实体已达 423 个;被美国商务部列入实体清单的中国实体逾两千家,覆盖军工、通讯、航运交通等多个领域。^①可以想见,遭遇制裁与阻断立法难题的企业数量规模庞大并且会严重影响中国进出口市场份额和经济运行总量。其次,在中国企业衡量背离美国制裁政策抑或是中国阻断法可能受到的损失时,无疑助长美国恃强凌弱、进行国际孤立的气焰,也给中国阻断法与反制裁法体系的实施蒙上一层阴影。因此,为中国企业找到破除美国制裁手段,触发中国阻断法保护的出路,不仅能够挫败美国经济与政治目的,而且有利于为中国阻断立法体系打下基础,形成谈判施压的政治筹码和法律武器。

现有的研究更多讨论美国域外制裁手段的合法性,^②也有研究从比较法视野评价我国阻断立法并提出完善建议,^③或者关注在中美经贸摩擦背景下美国制裁的应对方式,^④但很少关注单边制裁与我国阻断法对抗张力下,我国企业正在面临的现实难题。为此,本文将基于美国经济制裁背后的动力渊源所驱动的演变路径,结合我国《阻断办法》和《反外国制裁法》的条文释义与整体理解,透过两难困境的现象剖析,解释困境背后的国家主权与贸易自由、国家利益与私人利益间的平衡问题,以企

^① See <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/>, <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/2326-supplement-no-4-to-part-744-entity-list-4/file>, visited on 31 March 2023, 数据由笔者统计。

^② 参见凌冰尧:《美国次级制裁的合法性分析》,《武大国际法评论》2020 年第 5 期,第 110 页。

^③ 参见王淑敏、李倩雨:《中国阻断美国次级制裁的最新立法及其完善》,《国际商务研究》2021 年第 4 期,第 24 页。

^④ 参见龚柏华:《中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对》,《经贸法律评论》2019 年第 6 期,第 9 页。

业合规的路径反思立法如何完善、豁免申请与救济制度如何得到适用,进一步维护我国主权、安全与核心利益,建设公平、稳定、和谐的贸易环境。

二、单边制裁与阻断立法下中国企业的合规困境成因

制裁作为一种针对特定主体单向施加不利后果的行为手段,一直以来都在国际关系中被广泛使用。美国为提升单边制裁的有效性,将制裁法的适用对象扩展到第三国个人与实体,严重威胁到该国对外独立进行经济往来。为应对美国制裁法案扩大管辖范围不当域外适用的行为,阻断法成为各国反制单方强制性措施的法律依据。阻断法作为公法上的冲突法,有别于国际私法上的冲突法,以拒绝适用特定外国法律法规为核心,通过刻意制造法律冲突的形式来发挥阻断效果。^①从中国企业视角来看,单边制裁与阻断立法间的冲突困境并不是骤然成型的,而是多重因素相互影响的结果。一方面,美国将制裁对象精准化,将主体从面向国家转变为针对企业,再通过制造连结点来扩张管辖范围波及第三国主体,构造了强硬的美式单边域外制裁模式;另一方面,中国出台《阻断办法》和《反外国制裁法》,为企业面对美国制裁法案提供阻断依据和范围,更提出了企业拒绝遵守的义务,但也留下了待澄清的问题,两方因素叠加最终导致企业身处法律冲突选择的漩涡中心。因此,对于中国企业所遭遇的困境分析应从美国单边域外制裁如何演变以及我国阻断立法如何成型两方面入手,以期找到企业破解困境的合规出口。

(一)美国单边域外制裁的演变路径

在第一次世界大战之后,美国依靠地理位置和科技革命的优势,实力得到了迅速增长。随着战争阴霾的终结,各国形成了以国际社会的共同经济制裁行为而非武力手段向违法国家施压的共识,^②这其中即有威尔逊总统的大力鼓动,他将经济制裁描述为“运用这种经济的、和平的、无声的、致命的补救措施,就不需要武力了”。^③生产资料和世界市场的争夺以经济制裁的方式延续,在冷战期间演化为以美国为首的资本主义阵营的意识形态对抗工具,在避免引发核武器战争的前提下被广泛使用。直至今日,美国的经济制裁已经演化为依托总统行政命令和公法形式,借助美元在货币体系中的主导地位 and 庞大的金融交易市场而施行的有巨大影响力的体系。

^① 参见杨永红:《欧盟阻断法与美国域外制裁之法律博弈》,《欧洲研究》2022年第1期,第36页。

^② 参见邵亚楼:《国际经济制裁:历史演进与理论探析》,上海社会科学院2008年博士学位论文,第28页。

^③ Saul K. Padover (ed.), *Wilson's Ideals* 108 (American Council on Public Affairs 1942).

1. 美国单边域外制裁的基本模式

美国的单边域外制裁可以分为决策与执行两个环节。首先,经由国会立法或者是总统行政命令形成决策。肇始于1917年美国国会通过的《与敌国贸易法》(Trading with the Enemy Act, TWEA)和1977年通过的《国际紧急经济权力法》(The International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)。TWEA是“一战”期间美国为了防止敌对国家获取战争支援物资制定的对外贸易出口管制法案,在战争时期授予总统决定是否批准与敌国间商业贸易、如何处理敌国资产等问题的权力。而IEEPA则针对和平时时期授权总统宣布进入国家紧急状态的权力,允许总统进行金融管制、征收与美国公民及财产有利害关系的外国资产。^①在上述两部一般法案之外,国会还针对特定议题颁布特殊法案、发布制裁政策,例如,1996年出台的《赫尔姆斯—伯顿法》宣称,为维护国家安全、地区安全、打击恐怖主义、维护人权等目的而限制与特定国家的经济往来。^②总统则依据国会立法的授权,作为行政部门的首脑发布实施制裁的具体行政命令,由此成为执行的基础与依据。

之后,由美国财政部作为执行制裁的政府机构,其下属的海外资产控制办公室(The Office of the US Department of the Treasury, OFAC)逐渐发展为根据总统的国家紧急权力和立法授权管控财产、贸易措施的部门。OFAC的职能主要包括以下几方面:第一,拟定特别指定国民和被禁止人员名单(Specially Designed Nationals and Blocked Person List, SDN)。对于被列入名单者,除非获得授权,否则不允许任何美国人与其进行任何交易,名单上实体所有的资产若在美国或被美国人控制,将被自动冻结。第二,策划制裁项目,也就是依据某一主题针对某一国家或非国家行为体实行全面制裁,涉及从贸易禁运到资产冻结与金融限制。第三,审批各类许可申请,例如,SDN名单上的个人或实体提出的移除申请等。第四,调查并处罚违反制裁规定者,动用罚款等措施对擅自与被制裁对象交易的一方予以处罚。^③执行渠道通常是利用美元计价体系中的环球银行间金融电讯协会(Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications, SWIFT)、纽约清算所银行同业支付系统

① 参见王佳:《美国经济制裁立法、执行与救济》,《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第53页。

② See Robert J. Peterson, Political Realism and the Judicial Imposition of International Secondary Sanctions: Possibilities from *John Doe v. Unocal* and the Alien Tort Claims Act 278 (University of Chicago Law School Roundtable 1998).

③ 参见徐以升、马鑫:《美国金融制裁的法律、执行、手段与特征》,《国际经济评论》2015年第1期,第144页。

(Clearing House Interbank Payment System, CHIPS), 凭借大部分国际交易对美元清算的依赖性, 美国的制裁能够对目标施加极大的影响力。具体的制裁实施手段则包括冻结资产、限制获得融资、切断使用美元交易的渠道以及剥夺制裁目标进入全球金融体系的途径等。

2. 制裁对象精准化: 从全面禁运到“聪明制裁”

以冷战为分界点, 美国的单边制裁策略经历了从全面禁运的遏制发展态势到更具有针对性的“聪明制裁”。冷战期间, 美国出于限制苏联等社会主义国家获取战略物资、高新技术的目的, 对其实施全面禁运, 联合其他资本主义国家建立统筹委员会, 以项目清单的方式严格划分向苏联等国出口的物资类别。^①然而, 这类制裁究竟在多大程度上实现了其所承载的目的, 又是否实现了迫使被制裁对象改变行为的结果, 这一问题引发了对全面制裁的反思。全面制裁所预设的理论基础是通过全方位的禁运封锁, 向普通民众施加沉重的生活压力与痛苦, 以一种单向惩罚的形式引发被制裁国家改变政治策略使之做出趋向于符合制裁国家政治利益的行为。^②但数十年的制裁历史表明, 全面制裁造成了严重的人道主义危机, 并且制裁措施的影响范围和效果不成比例。全面禁运的打击直接反映为平民失去生活需求保障, 导致经济衰退、失业率上升乃至社会动荡。全面制裁本身会对制裁国进出口造成巨大损失。据国际经济研究所的研究报告, 从20世纪70年代到90年代, 美国单边经济制裁的成功率从60%下降到10%。^③

为了实现政策目标、避免人道主义危机同时考虑效率, 能够减弱对无辜民众波及范围的“聪明制裁”成为解决方案。“聪明制裁”的概念由联合国前秘书长安南在1998年《关于联合国工作的年度报告》中正式使用, 是指面向制裁目标国的精英决策阶层, 以关键个人或重要实体为对象, 施加定向金融制裁、旅行制裁和特定行业与商品制裁。^④

3. 管辖权扩张: 从初级制裁到次级制裁

美国认为, 其所施行的以进出口贸易限制为主的单边初级制裁手段很难达到预

^① 参见陶文钊:《禁运与反禁运:五十年代中美关系中的一场严重斗争》,《中国社会科学》1997年第3期,第180页。

^② See Thomas G. Weiss, *et al.*, *Political Gain and Civilian Pain: Humanitarian Impacts of Economics Sanctions* 15 (Rowman & Littlefield Publishers Inc. 1997).

^③ See Gary C. Hufbauer, *et al.*, *Economic Sanctions Reconsidered* 14 (Institute for International Economics 2009).

^④ 参见杨祥银:《迈向更为人道和富有成效的制裁?——“聪明制裁”初探》,《国际论坛》2002年第2期,第17页。

想的效果,制裁目标易以绕开美国的方式从第三方获取所需资源,导致美国自身成为失去一方市场的制裁反向受害者。故而单边初级制裁已经不能满足美国借制裁控制目标国家改变政策的目的,而多边制裁则亦因各方利益关涉不同和外交关系考量无法形成一致方向,所以美国意图探寻一种更为有效的制裁方式。在司法领域,汉德法官在美国铝业公司案中提出了效果标准来证明法院对该案享有管辖权,^①而后《对外贸易反托拉斯促进法》以立法形式对该标准予以确认,更进一步在《第三次对外关系法重述》中得到明确,也即只要主观上有影响美国商业的意图并且客观上对商业产生了某些效果,或者对美国商业具有实质效果而且行使管辖权具有合理性,那么美国法就对此具有管辖权。此外,在法国巴黎银行案中,美国司法部认为,虽然巴黎银行属于“非美国人”,但其行为造成了美国人违反初级制裁规则,从而延伸出“非美国人”标准,实现管辖权扩张的效果。^②基于此,美国国会立法通过扩张的管辖权,使得法院有权认定国会立法的域外效力,^③这尤其表现在阻断古巴和外界贸易往来的《赫尔姆斯—伯顿法》以及《对伊朗、利比亚制裁法案》,为次级制裁赋予了法律依据。至此,美国将制裁范围扩展到与初级制裁对象有交易往来的第三国实体或个人,强制第三方断绝与制裁目标的贸易往来、投资行为并拒绝提供金融服务,违反次级制裁规定的第三方也可能遭到制裁,以此迫使第三国企业或个人成为美国制裁的跟随者,扩大制裁影响力范围,这也形成了与被制裁实体有贸易往来的第三方企业所面临的困境的第二重因素。

(二)中国阻断立法体系的形成与反思

当前,美国利用所谓具备正当理由的制裁手段遏制中国的迅速发展。与此同时,中国也在稳步构建防御外国制裁的立法体系。一方面是对外输出管控,《中华人民共和国反垄断法》(以下称《反垄断法》)第 2 条对波及境内市场的境外垄断行为予以管辖,《中华人民共和国网络安全法》(以下称《网络安全法》)第 75 条授权相关部门对境外危害我国关键信息基础设施的机构、组织、个人追究法律责任与采取必要制裁措施。《中华人民共和国出口管制法》对相关货物、技术和服务规定了不同

^① See *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 433-444 (2d Cir. 1945).

^② See OFAC, *Frequently Asked Questions Relating to the Lifting of Certain U.S. Sanctions Under the Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) on Implementation Day*, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/iran-sanctions/archived-jcpoa-page>, visited on 31 March 2023.

^③ 参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019 年第 3 期,第 7 页。

的管制许可制度。另一方面是对内阻断不当制裁带来的损害,以《阻断办法》和《反外国制裁法》为依据,我国阻断立法体系开始具备可供实施的规范与方式。但是,初步成型的阻断立法在为中国企业提供破除外国制裁影响的体系化依据的同时,也在一定程度上向其施加禁止遵循外国制裁法案的义务,致使企业直面国内外法律的冲突。通过分析《反外国制裁法》和《阻断办法》的阻断条款,阐明中国阻断立法体系的阻断思路、适用范围、适用对象以及尚待完善之处,能够进一步辨明法律冲突所导致的困境的具体类型。

1.《反外国制裁法》的规定

《反外国制裁法》的立法路径与目的不同于《阻断办法》,从第3条可以看出,《反外国制裁法》是对干涉中国内政的国际不法行为制定反制措施,也就是针对外国非法制裁措施实施反击,而《阻断办法》的深层次逻辑在于为我国公民与组织建起隔绝外国次级制裁损害的法律屏障。此外,二者的防御措施和适用范围也不尽相同。《反外国制裁法》第12条同样规定了阻断外国制裁条款,在适用对象不同的前提下,为我国企业消除外国法律的域外效力,并与《阻断办法》相互配合提供了法律依据。

《反外国制裁法》第12条规定,任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。首先,与《阻断办法》第2条相比,此处的被制裁对象必须是我国而非第三国的公民或者组织。其次,该条中的“歧视性限制措施”结合体系解释应该理解为包括外国法律、行政命令、法令和政策在内的广义限制措施。对我国企业来说,也就是在美国等西方国家宣布制裁我国个人或实体时,我国企业不能据此遵守或协助执行,否则将面临赔偿损失的风险。^①

2.《阻断办法》的规定

《阻断办法》的出台为我国有力反击他国不当限制资本跨国流动、破坏国际经济秩序的行为提供了法律依据,更秉持中国一贯反对单边主义的态度,在维护我国合法正当权益道路上迈出了坚定的步伐。整部法律集中于阻断外国法律和措施的不当域外适用,主要包括适用对象、适用范围和阻断程序三部分。

首先,在适用对象方面,《阻断办法》第2条规定:“本办法适用于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,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

^① 参见罗国强、刘恬:《我国〈反外国制裁法〉的适用规则及其法律调适和完善》,《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期,第126页。

活动的情形。”该条规定的适用对象契合立法宗旨中的保护目的与《中华人民共和国国家安全法》的要求,并将国家和地区囊括在内。有学者认为,该条规定中的“中国公民、法人或者其他组织”适用范围有限,将经常居住在中国的外国人和无国籍人排除在外,应考虑替换为“在中国有经常居所地的自然人”。^①但笔者认为,在《阻断办法》第 1 条已经明确保护中国公民、法人或者其他组织的合法权益的前提下,第 2 条的适用对象应统一于立法目的的表述,且《阻断办法》具有特殊的针对外国制裁的防御性质,尤其是从维护国家安全利益、保护公民正当权益的立场出发,现有的表述能够和立法宗旨与其他规章表述相一致。另外,第 2 条中的“第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织”,按照与前半部分法条对应的考虑而言,第三国也应修饰“其他组织”,从立法上来看有将欧盟纳入交易相对方的考量,但欧盟作为共同体组织以“地区”来指代在表述上仍显得不够完善。

其次,在适用范围方面,《阻断办法》第 2 条表述为“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”,从而不当禁止或者限制中国与第三国或地区的个人及实体间正常的经贸及相关活动。可以看出《阻断办法》试图破除次级制裁对我国的损害影响,相关要件包括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、不当禁止或限制正常经贸活动及相关活动。很显然,该条直接针对前述美国惯用的次级制裁设置,因其通过扩张管辖权创造违反国际法的不当域外适用,对我国企业和第三国私主体间的贸易往来施加影响,当然构成了不当禁止与第三国之间的正常经贸活动,从而满足了《阻断办法》的适用条件。《阻断办法》意图就在于对美国立法的域外适用予以隔绝,以构造完全对立的法律制度引发对企业而言的失衡困境。然而,我国立法在适用范围上仍然是采用了概括式而非列举式的阻断立法模式,不仅体现在未明确使用“次级制裁”用语的模糊化处理,更回避指明特定国家和行为。^②一方面可以扩大涵盖范围,把将来多种可能的制裁模式囊括在阻断行列中,另一方面则会因为过于宽泛导致适用情形不明,留下较大解释空间。

最后是阻断程序,指向由工作机制审核的报告、评估、禁令、豁免与赔偿损失的整个流程。通过主体自主申报,以禁令的形式对各项遭遇措施单独发布,为申报主

^① 参见王淑敏、李倩雨:《中国阻断美国次级制裁的最新立法及其完善》,《国际商务研究》2021 年第 4 期,第 26 页。

^② 参见廖诗评:《〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉的属事适用范围》,《国际法研究》2021 年第 2 期,第 51 页。

体打开豁免渠道的同时对于不遵守禁令的一方进行惩罚,一松一紧的设置再辅以诉讼赔偿损失和政府部门的支持政策,为阻断立法的整体设计指明了方向。

可以看出,我国《阻断办法》在定位上即为隔绝外国法律域外适用对我国主体的负面影响,表明我国对他国不当域外管辖的法律立场。对中国企业而言,《阻断办法》给出了国内屏障,但明确的报告程序和禁令遵循义务,加上尚未公布的审核机制与豁免支持制度,反而提升了企业遭遇冲突困境的可能性。

3.中国阻断立法的不足——与欧盟阻断法比较

从实践来看,由于我国的阻断立法尚未在案例中予以应用,现实回应的缺乏与概括式立法语言的采用导致在制度构建中产生不少模糊之处。同样是面临美国制裁威胁导致经济衰退,欧盟在国际层面表达对美国霸权主义的抗议的同时,也在国内层面制定了《反对第三国立法域外适用条例》(European Union: Council Regulation (EC) No.2271/96, Protecting against the Effects of the Extra-territorial Application of Legislation Adopted by a Third Country,以下称《阻断条例》),并在2018年重新启动配套的《实施条例》(Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1101 of 3 August 2018 Laying down the Criteria for the Application of the Second Paragraph of Article 5 of Council Regulation (EC) No.2271/96)。显然,与美国贸易往来密切的欧盟内部企业也因此遭遇美国制裁法案和欧盟《阻断条例》造成的两难困境。基于中国和欧盟在应对美国单边制裁中的共同立场,对比《阻断条例》来检视中国《阻断办法》可供借鉴完善之处,也能在比较法语境下分析困境的深层次成因和中国企业的阻断法适用难题。

首先,从法律体系来看,我国《阻断办法》为部门规章,法律位阶低且缺乏操作程序,现阶段仍属框架性立法,但《阻断办法》要求建立由中国国家机关有关部门参加的工作机制,包括商务部、发展改革委员会等多部门联动,无论是评估还是最终的措施执行势必需要更高级别的机构统筹多个部门,仅依据商务部发布的部门规章显然效力不足。另外,阻断立法的层次结构不明,和其他法律衔接不畅,可能导致违反上位法。《阻断办法》与《反外国制裁法》都具备阻断条款,前者为部门规章,后者为法律。倘若将二者理解为上下位法的关系,一则《阻断办法》第1条并未提及依据《反外国制裁法》制定,即使将其解释为“等有关法律”,也会遭遇下位法先于上位法出台而依据上位法的逻辑难题;二则《阻断办法》超出《反外国制裁法》范围规定了豁免制度,能否解释为《反外国制裁法》第13条中的“其他必要的反制措施”尚存疑问。相比而言,欧盟《阻断条例》由欧盟委员会发布,与《欧洲联盟条约》及《欧洲联盟运行条

约》相符合,并辅以《实施条例》落实执行操作。虽然我国与欧盟有不同的法律体系和运作机制,但体系的明确和梳理是我国阻断立法需要完善之处。

其次,从适用范围来看,我国阻断立法采取的是相关主体报告、工作机制评估并发布禁令的形式,也就是逐次审核、单独禁令模式。这一方面可能影响到相关主体报告的积极性、另一方面可能导致时效性下降,尤其是在报告如何操作尚未公布、工作机制未确定组建、评估效率不明的情形下,关键环节的开展会遭遇阻滞。对比来看,欧盟《阻断条例》在附件中列明了阻断对象包括法律和条例在内,主要针对美国制裁法案,要求欧盟经营者在遭受相关法律影响时承担及时通知并披露的义务。相比于欧盟《阻断条例》,我国阻断立法实际上将判断外国法律措施是否构成域外适用且违反国际法及国际关系基本准则的任务交给了企业自身,而多数中小企业缺乏相应能力,大型企业则会在遵守美国制裁法或中国阻断法之间徘徊,而欧盟清单式做法则给予企业经营者以方向指引,减轻经营者负担。此外,我国《阻断办法》第 7 条与《反外国制裁法》第 12 条均要求不得承认、执行、遵守有关的外国法律和限制措施,但若企业以正常商业交往关系的结束与第三国或者是我国企业断绝往来,则难以判断是否在遵守外国制裁。对此,欧盟《阻断条例》第 5 条第 1 款对于“不遵守”给出了标准,即以直接行为表明或者是故意不遵守的方式履行。这一规定同样可供我国参考。

再次,从豁免制度和索赔制度来看,我国《阻断办法》的条文规定仅为我国列出了豁免与索赔制度框架,对于豁免申请提交渠道、豁免申请评估标准、申请结果如何公布、在什么范围内生效,以及索赔诉讼是否需要特殊的管辖权安排,如何申请强制执行并执行到位等问题,仍有待细则做出进一步规定。欧盟《实施条例》规定了递交申请应当写明的内容、委员会评估细则、结果公布形式等,尤其是需要申请主体证明“不遵守”将会对其利益造成严重损害。在索赔制度方面,欧盟为其创设了特殊的管辖权,允许在被告拥有财产的任何成员国内提起诉讼,^①也为执行设置了最后保障手段,允许通过扣押并拍卖被告方在欧盟境内财产的方式实现赔偿。

(三) 中国企业合规困境的具体表现与本质分析

1. 中国企业合规困境的具体表现

美国单边制裁逐渐显现出增加域外适用和针对性的趋势,并越来越将矛头指向

^① See Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, L 299/32 (1972), Amended by 304/77 (1978), Amended by L 388/1 (1982), Amended by L 285/1 (1989).

中国高新技术领先企业和国防、金融等领域的头部企业。同时为保证制裁效果,美国大范围叠加使用初级制裁和次级制裁,倘若中国企业违反制裁内容,则可能被禁止与美国境内实体交易,导致直接失去美国市场,甚至被冻结美国境内的所有资产,被排斥出美国金融服务与清算体系,无法使用美元作为流通货币与其他国家交易。另一方面,中国阻断立法要求中国企业对美国不当域外适用的法律与限制性措施不予遵守执行,否则可能面临警告、限期改正、罚款等处罚措施。所以,无论中国企业选择遵守哪一侧法令都会遭到另一端的处罚,进退两难的企业最终会权衡两种选择之下哪一方的处罚令自身损失更大,选择哪一方会有更多将来可预期收益,这在一定程度上与我国制定阻断法的立法目的相背离。而该种相互矛盾的困境,在实践中也已初现端倪,下文将以伊朗 Melli 银行案为例做简要分析。

2018年11月,美国将伊朗 Melli 银行列入美国财政部海外资产控制办公室的特别指定国民与被禁止人员名单,这表明 Melli 银行在美国的所有资产将被冻结,与美国个人或实体间的贸易将被禁止,而与之交易的第三国实体也可能受到美国次级制裁影响。在此背景之下,与 Melli 银行签订了提供电信设施框架协议在德国电信公司在美国退出伊朗核协议之后即宣布要终止与 Melli 银行的合同,因其不愿承担被美国纳入制裁名单进而丧失占总营业额 50% 的美国市场的风险。Melli 银行诉至德国汉堡地区法院要求继续履行合同,后上诉至汉萨高等地方法院,汉萨高等地方法院中止诉讼程序,并将欧盟《阻断条例》第 5 条的解释作为先决问题提交至欧洲法院。最终欧洲法院将《阻断条例》第 5 条不得遵守附件中规定的法令及禁令要求,解释为受制裁影响企业应当说明终止与第三国个人或实体合同的正当理由,并对违反《阻断条例》“不得遵守”要求的企业进行严厉惩罚。^①相比于避免触发阻断法实施,将阻断法作为政治谈判筹码迫使美国缩减法律域外适用,^②又或者是从当事企业的沉重负担出发使其实质上仅需遵守美国法,欧洲法院在该案中选择了更为积极并且严厉的方式,为保障阻断法的实施效力要求当事企业遵守《阻断条例》,这也在一定程度上加重了企业面临的合规困境。

2. 困境背后利益冲突的本质分析

与之相挂钩的是我国阻断立法的适用模式,究竟是选择严格贯彻落实阻断法杜

^① 参见陈若鸿:《阻断法实施的严格进路——欧洲法院伊朗 Melli 银行案对中国的启示》,《国际经济法学刊》2022年第2期,第103页。

^② See Stefaan Smis & Borghat Kim van der, *The EU—U. S. Compromise on the Helms Burton and D'Amato Acts*, 93 *The American Journal of International Law* 231-236 (1999).

绝美国法的不当域外适用,还是默许企业遵循美国制裁法以保留外方市场、减少损失,这是摆在我国公权力机关面前的难题。从更深层次来看,这其实是国家间法律域外适用边界的博弈。对中国来说,《阻断办法》和《反外国制裁法》尚未明确实施细则以及违反后的具体措施,那么在实践中就可能产生两种倾向:一是避免触发阻断法,在一定程度上接受美国法扩展域外适用边界,令企业实质上遵从美国制裁,为其留下喘息空间;二是如上述 Melli 银行案中欧洲法院的做法,坚守我国法律的权威性和不可逾越的边界,对于阻断违法者进行严厉惩罚,给予美国以阻断法威慑,压缩其不当域外适用边界。边界线的确定也就是阻断法与制裁法律间的碰撞,例如,在 Melli 银行案中,德国电信公司其实是在美国退出伊朗核协议但未直接制裁伊朗银行时即要求终止合同,也就是在美国尚未出台正式法律对第三国宣布制裁但有初步的倾向性行为时要求终止合同。那么,相关企业能否基于预测做出近似于遵守制裁的行为,乃至造成“过度合规”的情形呢?

其次,双重困境也昭示了个人利益与国家利益之间的衡平。第一,阻断法在保护本国实体的同时,是否允许第三国实体以中国企业遵守制裁法终止交易为由起诉中国企业。倘若允许第三国实体引发诉讼,那么,中国企业很可能面临损失赔偿,与阻断法保护中国私主体合法权益的立法目的不一致;倘若不允许第三国实体提起诉讼,则中国企业遵守制裁法的行为违法,且阻断法将因此丧失私人主体下的触发机制导致其维护国家利益的功能失效。第二,如何解释《阻断办法》第 13 条规定的“责令限期改正,并可以根据情节轻重处以罚款”。在中国企业违反阻断禁令时,是否要求其消除违法行为,又或是进行惩戒性罚款,这不仅关系到阻断法的实施进路选择,更在于如果要求企业改正违法行为,则很可能涉及干涉企业对商业伙伴的选择。

三、单边制裁与阻断立法下中国企业合规困境的应对策略

阻断立法的体系和效力位阶乃至需要统合多部委形成的阻断具体实施方式,目前尚未明确,留下了较大解释空间,也给企业增加了不确定性。要在防范他国法不当域外适用边界的基础上,维护我国主权、安全和发展利益,同时在适用阻断法的过程中平衡国家利益与个人利益,具体而言可以从五个方面着手:完善中国阻断立法、利用外国主权强制原则、落实豁免申请制度、推进形成救济制度、促进企业守法合规积极应对。

(一)完善中国阻断立法

1.明确适用范围

《阻断办法》第2条和《反外国制裁法》第12条分别规定了针对不同主体的阻断条款的适用范围,以构成要件的形式逐个进行条分缕析,能进一步厘清该条适用范围并试着给出细化建议。

第一,“外国法律与措施的不当域外适用”,这是《阻断办法》适用的前提。“外国法律与措施”应当包括法律法规、法令、政策等具有效力的涉及域外适用的文件,例如,美国常通过法律与总统行政命令的方式发布实质上符合不当域外适用情形的制裁措施。《反外国制裁法》第4条规定,有关部门可以制备反制清单,《阻断办法》可以参照反制清单的形式将不当域外适用的外国法律与措施列入阻断清单。但该阻断清单与写明个人、组织并据此采取反制措施的反制清单略有不同,其应当包括不当适用的外国法律,在中国企业遭受相关法律不当域外适用的影响时,有助于做出较为准确的判断并帮助企业更有效率地履行报告义务。列入阻断清单的法律经国务院许可,可作调整,方能灵活适用于现今的情势,更能以此为依据确立外国法不当域外适用导致不当管辖的界限和标准。

第二,“违反国际法和国际关系基本准则”,这是阻断与否的判断依据。一国国内法的域外适用并不会直接违反国际法,而是应当考虑其适用是否不当或超出合法边界导致违反国际法。^①2001年联合国国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》(The Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,以下简称《国家责任条款草案》)规定,受害国只能在为了促使该责任国停止不法行为并履行义务时,才能采取反措施。具有习惯国际法效力的《国家责任条款草案》指出,反措施只能由受害国采取,需要符合比例原则,且必须针对该责任国。^②对比而言,美国的次级制裁显然不符合反措施的合法性要求。“国际关系基本准则”尚未有明确定义,学界也尚不存在统一看法。^③从我国相关法律规定的上下文来看,国际关系基本准则与国际法处于并列地位,以联合国宪章宗旨和原则为基础,包括互相尊重主权、

^① 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,《环球法律评论》2019年第3期,第178页。

^② See Surya P. Subedi, *Economic Sanctions in International Law and Practice* 331 (Hart Publishing Routledge 2021).

^③ 参见马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,《法治研究》2022年第1期,第159页。

互不干涉内政、平等互利、和平解决争端、不使用或威胁使用武力等国际法原则。^①

第三,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”,是《阻断办法》适用的要件。从《阻断办法》的英文翻译并据文义解释,“正常的经贸及相关活动”似乎应当理解为经济与贸易活动。那么关键问题就在于,该表述是否能包括制裁中最为广泛使用的手段——金融制裁,其通过限制支付、结算在很大程度上能够控制一国的经济命脉,而我国在立法时有意加上“及相关活动”,表明该要件应用的广泛性,所以应当解释为包括金融服务在内的经贸活动以及能够发挥类似功能的活动。

第四,“执行或者协助执行”与“歧视性限制措施”是《反外国制裁法》阻断条款规定的要件。与《阻断办法》的“不得承认、不得执行、不得遵守”相比,《反外国制裁法》增加了禁止协助执行,这涉及对当事人是“遵守”外国法律或是自主商业行为的判断。对此,我国可以在考虑客观结果的基础上考虑主观意图,参考欧洲法院在 Melli 银行案件中给出的法律意见,^②在修订《阻断办法》时明确判断标准。仅凭客观结果(是否和第三国实体交易)得出的判断并不准确,相当于将所有不再和制裁对象国交易的实体都当成阻断法处罚的目标,这范围太过广泛。所以,我国《阻断办法》应当在实施细则中规定,在评估时重点关注企业做出经营决策时的记录、时间节点,与企业遵守外国法可能遭受的损失与获得的利益综合比较,《反外国制裁法》“协助执行”的表述在一定程度上体现了对企业主观态度的考虑。^③另外,“歧视性限制措施”的表述较为模糊。欧盟通常使用“限制性措施”一词,结合我国在《反外国制裁法》中的使用,立法者主要指向针对我国的单边制裁,但在实践层面可能出现拒绝执行域外不当司法判决和取证阻却的争议,建议我国在《反外国制裁法》的实施细则中对此予以明确。

2.明确细化阻断禁令的定位及其相关程序

阻断禁令是我国《阻断办法》规定的重要工具,现有的法律体系为禁令确定了报告、保密、评估、发布、中止或撤销的一系列程序,但未明确具体的操作流程和细则,

^① 参见《中华人民共和国反外国制裁法》第 3 条、《中华人民共和国国防法》第 68 条、《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第 2 条、《不可靠实体清单规定》第 3 条、《网络空间国际合作战略》、最高人民法院《关于人民法院涉外审判工作情况的报告》、最高人民法院、国家发展和改革委员会《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》。

^② 参见陈若鸿:《阻断法实施的严格进路——欧洲法院伊朗 Melli 银行案对中国的启示》,《国际经济法论丛》2022 年第 2 期,第 99 页。

^③ 参见丁汉韬:《论阻断法的实施机制及其中国实践》,《环球法律评论》2022 年第 4 期,第 188 页。

不利于为报告主体提供清楚的指引。例如,《阻断办法》第5条规定的及时报告的相关渠道是什么?报告是否需要经过筛选再通过工作机制评估?报告人要求保密是否需要提供证明材料?禁令的发布有何效力?建议在《反外国制裁法》下制定行政法规,统合以《阻断办法》为代表的规章框架下的阻断步骤。在向国务院商务主管部门报告阶段,应当设立专门工作组对报告内容予以初步审核和快速处理,在企业对外国法律与措施域外适用是否违反国际法及国际关系基本准则阻碍正常经贸活动判断不当时,可以尽快识别并迅速分流,将真正侵害我国主权,损害公民、法人、其他组织利益的行为,交由工作机制评估确认。报告内容应当包括外国法令措施、个人或企业受影响程度与证据材料。在要求保密阶段,《阻断办法》第5条和第14条仅规定了应要求保密和对未保密工作人员的处罚措施,但保密本身将对应更高级别的数据处理要求和行政成本,就此应设置更高的门槛。故而,商务主管部门及其工作人员要求企业提供的信息应当至少符合关联性要求,在评估并发布禁令所需信息的最小范围内。对不同重要程度的信息,区分不同保密层级,可以参考数据跨境中的分类以合理划分成本;同时,对未按照要求保密的工作人员处分可以衔接其他规定。而在发布、中止或撤销阶段,最为关键的是明确禁令的定位。《阻断办法》作为部门规章,其授权商务部发布的禁令若仍定性为规章,则不免有自授权之嫌,^①但若将其定位为规范性文件,则仅能被参考,或许会因为效力位阶过低导致遵守与执行不力。从后续的落实与执行来看,笔者认为我国有必要制定相关行政法规。一方面,可以对商务部发布禁令的职权与禁令的效力做出清晰界定;另一方面,可以形成国务院统合各部门的工作机制并进行决策。

(二)利用外国主权强制原则

1.维生素C案和铝土矿案中的外国主权强制原则抗辩

外国主权强制原则是区别于管辖豁免的责任豁免形式,通常认为起源于国家行为原则,诞生于美国的司法实践中。外国主权强制原则是指当一项行为可以被证明是由外国主权强制做出时,该行为可以被视为国家行为的延续从而免责。^②也就是使得行为主体陷入违法境地的根本原因是两国间法律冲突,所以私人主体在此种情

^① 参见黄文旭、邹璞韬:《反制国内法域外适用的工具:阻断法的经验及启示》,《时代法学》2021年第4期,第98页。

^② 参见邹璞韬、胡城军:《外国主权强制原则之再审视——兼论阻断法之困境与利用》,《海关与经贸研究》2021年第4期,第68页。

形下可享有责任豁免。^①在同样是被诉涉嫌密谋操纵价格与产品供应形成垄断的维生素 C 案和铝土矿案中,中国企业都援引了外国主权强制原则进行抗辩,但前者在有商务部作为“法庭之友”提供材料说明的情况下仍然败诉,而后者的抗辩被法院宣告成立。在单边制裁与阻断立法的双重困境之下,中国企业所面临的正是基于阻断法的外国主权强制行为,可借此经验向实施单边制裁的美国提出抗辩。

在维生素 C 案中,原告认为,被告(即中国维 C 生产企业)通过中国医药保健品进出口协会的协调机制就维生素 C 的价格和出口数量达成一致,实质上构成卡特尔。被告与第三人商务部强调协调机制中的政府管制因素以证成价格产量的一致性是为服从本国政府规定。法院最终认定外国主权强制原则抗辩不成立:一则因为中国政府并未以成文法的形式将该协调机制固定;二则在中国商务部提供的证明文件中提到的从政企合一到“政府—商会—企业”的模式恰恰说明企业有了更广泛的自主经营权,所以外国主权强制原则中的强制因素无法在此案中得到证明。^②

在铝土矿案中,被告中国铝土矿生产公司被美国公司起诉,理由是在中国五矿化工进出口商会协调下各被告就铝土矿出口价格达成一致,涉嫌违反密谋操纵价格与产品供应条款。本案法院认为被告抗辩成立的思路是,虽然几家中国企业通过商会参与到统一定价过程中,但中国商务部仍然掌握最终的价格调整和出口额度的控制权,所以中国铝土矿生产企业的行为是在中国政府的强制下做出的,责任豁免成立。^③这其中也不乏为了和美国在 WTO 起诉中国企业进出口贸易由国家管控的论点相符所作出的考量。^④

从上述两个案例可以看出,利用好外国主权强制原则的关键是“强制”因素的证成,由此引申出的问题是,外国主权强制需要具备形式要件抑或是实质要件,从而得出我国《阻断办法》在何种程度上能够满足外国主权强制的构成要件。

2. 外国主权强制原则的适用路径明晰

美国反垄断执法部门在《国际运营的反托拉斯指南》中对外国主权强制抗辩设立的标准是:拒绝遵守政府命令将遭遇严厉处罚;外国政府的强制行为在该国境内完成;该外国政府在其职权范围内发布命令。而从美国的司法实践来看,部分法院

① See Don Wallace, Jr & Joseph P. Griffin, *The Statement and Foreign Sovereign Compulsion: A Plea for Due Process*, 23 *The International Lawyer* 603-604 (1989).

② See *In re Vitamin C Antitrust Litig.*, 584 F. Supp. 2d 546, (E. D. N. Y. 2008).

③ See *Resco Products, Inc. v. Bosai Minerals Grp.*, 2016 WL 308863 (W. D. Pa. 2016).

④ 参见邹璞韬、胡城军:《外国主权强制原则之再审视——兼论阻断法之困境与利用》,《海关与经贸研究》2021年第4期,第73页。

会根据《第三次对外关系法重述》关注外国主权强制的成文法渊源,也即要求具备形式要件;^①部分法院会更看重当事人是否出于自愿,也即外国主权的强制措施是否真正影响到当事人的自由意志。^②我国《阻断办法》已具备成文法形式,核心问题就回归到是否严格实施阻断法的困境。对此,笔者建议,在设置好豁免机制闸口的前提下,对仍然违反禁令的企业落实阻断立法中的处罚措施,在对企业给予支持的同时让《阻断办法》和《反外国制裁法》拥有锋利的“牙齿”,同时在制度末端为企业设置援引外国主权强制抗辩的可能。尤其是在《阻断办法》的实施细则中,设置警告与罚款的不同处罚,并在案件中执行到位,将“责令改正”解释为要求改正违法行为而非完全恢复原状,使《阻断办法》和《反外国制裁法》带有强制属性并影响到私主体的意志。由此,在我国企业因为遵守《阻断办法》被起诉至美国法院时,企业及商务部门可以援引可供证成的外国主权强制原则进行抗辩,豁免责任承担并维护自身权益。利用外国主权强制原则,能帮助中国企业突破制裁与阻断的困境桎梏,在遵守阻断立法维护好国家利益的同时,不以损害私主体权益为代价。

(三)落实豁免申请制度

倘若对阻断立法中的处罚条款予以严格执行,则豁免申请将会成为中国企业在双重困境中的破局出口。证明责任与内容为何、如何确定批准豁免的标准便成了保障企业回避高额损失和权益损害的最后一道防线,并由此打开私主体在法律冲突困境中的生存空间。通过落实豁免申请制度,阻断立法以缓和的方式对可能在制裁下受损的个体利益提供协调和补足。

《阻断办法》第8条对申请豁免的提交材料内容做出了规定,包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围。但该条似乎只是提及豁免申请中至少应涵盖的重要内容,而没有对基础性要素做出完整要求。作为豁免我国对外国法律、措施阻断禁令的依据,应当列明申请豁免的禁令内容及相关的外国法令、措施对该实体的影响范围。其次,豁免的理论基础首先是我国实体应遵守《阻断办法》发布的具有效力的禁令,但若该实体遵守我国禁令,将会对其造成严重损害,而该损害程度严重到远超出遵守禁令带来的利益,所以申请人应当对申请豁免理由负证明责任,即必须在遵守禁令与损害结果间形成完整的证据链条才能证成豁免的正当性。故而,申请人应当提

^① See American Law Institute, Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States 441 (American Law Institute Publishers 1987).

^② See United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc., 1965 Trade Cases (CCH) 71, 352 (S. D. N. Y. 1965).

供证据证明损害事实的存在、损害事实与遵守禁令间存在因果关系。

《阻断办法》第8条规定,国务院商务主管部门应当自受理之日起30日内作出批准决定,紧急情况下及时作出决定。这一规定没有指出主管部门以何种标准因素来判定豁免与否。如前所述,企业提出豁免申请的根据是遵守禁令将对自身造成严重损害,我国在《阻断办法》的实施细则中可以参考欧盟《阻断条例》及其《实施条例》,以“严重损害”作为判断标准,但对于“严重损害”的解释可结合我国自身情况予以明确。具体而言,可以利用多层次递进式分析:首先看相关利益受到损害的背景和原因,与域外立法和措施之间是否具有实质性联系,例如,该申请企业是否因美国制裁受到直接影响或只是预期利益的损失。其次,该损失是否达到了威胁企业自身生存或者有导致破产的风险,同时还要关注该企业是否采取合理措施避免该种损害。最后,要考虑这种损害是否会威胁国家利益、社会公共利益和他人利益,并将其作为重要的兜底内容。建议综合上述因素对豁免申请应达到的“严重损害”标准进行判断并决定批准与否。针对《反外国制裁法》,同样应当增设豁免制度,在阻断立法的严格进路之下设置出口阀门,但同时阀门的松紧予以一定标准的管控。

(四)推进形成救济制度

《阻断办法》第9~11条为中国公民、法人或其他组织打造了救济制度。《阻断办法》第9条赋予受损害的中国公民、法人或其他组织向法院起诉遵守外国制裁法律的当事人的权利,第9条第1款是对阻却禁令适用下涉及的第三方主体的救济,第2款是因阻却禁令受损的中国实体可索赔的救济。从中引申出需要厘清的当事人、诉讼主体、求偿范围和执行程度的边界:其一,是否允许遭受损失的第三方主体向遵守了禁令的外国实体起诉,要求其赔偿损失?笔者认为,该条采用的“当事人”表述,恰好回避了《阻断办法》其他条文对“中国公民、法人或者其他组织”的主体性要求,可以说,《阻断办法》并未对当事人身份进行限制,并且允许向外国主体追偿能够扩大索赔的范围与成功的可能性,从而保障救济效果。其二,是否允许受损的外国实体起诉遵守外国法律与措施的中国企业并要求赔偿?有学者认为,《阻断办法》同样没有在诉讼主体中直接排除外国实体,因此应当允许;^①亦有学者持反对意见,认为我

^① 参见叶研、张晓君:《从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用》,《法律适用》2021年第10期,第151页。

国无须通过诉讼促进阻断法实施,所以不宜允许外国实体起诉。^①笔者认为,在现阶段我国面临大规模制裁且阻断立法尚未完全体系化和实践化的情况下,不应直接放开外国实体的起诉范围,否则将导致我国企业面临更艰难的困境,同时我国亦不需要通过诉讼来强化阻断立法,而应在相关行政体系完善的过程中落实阻断立法的效力。其三,追偿与执行应当相互配合。未来可以在实施细则中向中国企业明确可追偿的范围,例如,可借鉴欧盟立法,允许本国实体就次级制裁带来的任何损害进行索赔。与此同时,执行力度也应当进一步加大,将赔偿损失的判决贯彻到执行过程中。

《阻断办法》第10条和第11条分别向中国公民、法人和其他组织提供了指导及支持,是从实际情况出发关怀本国主体的法律规定。即使以严格进路实施《阻断办法》,政府部门仍然在背后予以支持,国家间法律边界的博弈应以国家利益和个人利益并重的方式,借由全过程的指导和支持,帮助企业走出法律冲突的困境。不过,上述条文尚未指明相应的具体措施,导致我国实体在衡量利益损失过程中缺乏参考,对此,笔者建议将指导和服务按照禁令的报告、保密、豁免、发布、中止、撤销几个对应环节细分,使之更具有针对性。在支持方面,还可以考虑采取税收减免的方式,尤其是可以考虑减轻相关主体在国内外交易中的税收负担。

(五)促进企业守法合规积极应对

一国通过其金融、贸易、签证等方面的封锁手段迫使制裁目标改变其政策,次级制裁则将制裁法令、措施域外适用的影响范围扩大至与制裁目标有经贸往来的主体,要求其遵循制裁法,而阻断立法就是通过要求私主体不遵守、不执行外国法律、措施的方式来阻断外国法律和措施的不当域外适用及其不当影响。在此背景下,中国企业可以通过平衡损失与利益的机制找到合规出路。

第一,中国企业应当主动把握国内外法令、措施的出台动向。以美国为代表的西方国家发布制裁法案,往往意味着新一轮的攻势,应预测企业进出口贸易可能受到的影响并做好准备,例如,是否需要利用《阻断办法》和《反外国制裁法》的阻断条款。另外,对于国内阻断立法的程序细化、措施革新和相关法律法规的出台以及主管部门的职能都需要有所关注,尤其是要注意将来有关部门对阻断办法评估与批准标准以及条文的解读,这是破除困境的前提。第二,积极利用阻断立法中的报告、豁免、指导与支持制度。事实上,中国阻断立法的设计在考虑企业遭遇的难题基础之

^① 参见陈若鸿:《阻断法实施的严格进路——欧洲法院伊朗 Melli 银行案对中国的启示》,《国际经济法学刊》2022年第2期,第105页。

上设置了两道闸门,在发布禁令和豁免遵守两端都有评估标准的确立空间,故而企业在遭遇外国法令、措施不当域外适用的情形时,需要及时按照流程报告,在严重损害标准成立的情形下应当及时申请豁免,寻求利益保护。同时,企业应在考虑市场、营业额、交易对象、内部决策和将来发展的基础上判断,不能因风险控制就对己方业务做出底线性安排或者退出一方市场,导致对我国经济的严重打击。第三,将诉讼作为对内与对外利益维护的有力武器。一方面,可以依据《阻断办法》第 9 条第 1 款起诉,要求遵守外国制裁法令的外国实体赔偿企业因履行合同造成的直接与间接损失;另一方面,中国企业在外国被诉时可以外国主权强制原则进行抗辩,同时可以根据《阻断办法》第 9 条第 2 款对获益当事人起诉并要求赔偿损失,以获取双重保障。第四,在企业内部可设置相应的合规部门或合规专员,由专人负责企业对外贸易往来中的制裁与阻断合规设计,为企业经营活动的顺利开展进行规范化协调。

结语

随着美国以政治目的为由不断扩充其制裁形式,扩大其制裁范围,以次级制裁和聪明制裁为代表的手段无疑将大幅增加其制裁法令的域外适用,更将制裁对象转向有跨国经贸往来的私主体。^①一方面,美国的制裁有其完整的运作机制;另一方面,中国阻断立法相比欧盟仍然存在实施细则缺失、评估机制不明、位阶衔接不畅等问题。因此,应当不断完善阻断立法,在设置严格实施程序的前提下允许豁免申请并补充指导与支持制度,向下企业自身应当关注立法动向,在维护我国主权、安全、发展利益的基础上寻求保护,找准定位,并不惮以诉讼的方式争取自身合法权益,由此形成在单边制裁与阻断立法冲突困境下的全方位的体系化出路。

Compliance Dilemma and Coping Strategies for Chinese Enterprises under Unilateral Sanctions and Blocking Legislation

Abstract: Nowadays, hegemonic countries such as the United States, are more and more frequently forcing targeted countries and entities to change their behavior through financial and trade unilateral sanctions in order to achieve their

^① 参见廖凡:《比较视角下的不可靠实体清单制度》,《比较法研究》2021 年第 1 期,第 177 页。

own goals of national security and economic interest. In response to such ways of improper extraterritorial application of domestic laws and regulations, China has enacted Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures and Anti-Foreign Sanctions Law to safeguard its sovereignty and normal economic and trade activities interactions. Under this context, Chinese companies are possibly facing the punishment of Chinese blocking legislation for complying with foreign sanctions, or losing their markets due to foreign sanctions for implementing blocking bans. This is a conflict between the evolving trend of U.S. sanctions with expanded jurisdiction and precise targeting of sanctions and the developing system of Chinese blocking legislation, which leads to difficult practical situations and games of interests between states and individuals. Therefore, China's blocking legislation system itself should be further improved, so as to help Chinese enterprises to build a compliance framework and find a way out through a clear exemption application, an effective relief system and the defense of foreign sovereignty compulsory doctrine.

Key words: unilateral sanctions; blocking legislation; compliance dilemma; exemption application

(责任编辑:肖军)