

# 美国经济制裁执法管辖“非美国人” 之批判分析

郭华春

(华东政法大学 国际法学院, 上海 200042)

**摘要:** 文章从法理、执法策略及其实施路径三个层面批判分析美国经济制裁领域对“非美国人”的执法管辖,对于化解我国企业和实体跨境交易风险、构建中国公法的域外适用体系具有重要的理论与现实意义。单边经济制裁领域的制裁目标、执法对象二元结构契合了国际法关于立法、执法管辖划分的原理,为一国公法的域外适用提供了法理空间。但是,美国执法管辖“非美国人”的实践滥用了效果管辖原理。美国依托美元金融基础设施,构造了执法管辖“非美国人”的联系因素和威慑、激励两大执法策略,以及美元同业往来账户、股东控制、执法和解、许可例外等公私互动路径。这些策略、路径滥用了美元国际货币地位,共同构成了美国对“非美国人”的“隐形”执法管辖机制。我国公法域外适用体系需要重点关注跨境执法管辖能力和机制,从公私层面积累、构建具有中国优势的执法管辖全球联系因素是基础和关键。

**关键词:** 单边经济制裁;“隐形”执法管辖;美元同业往来账户;公私互动

**中图分类号:** D996.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2021)01-0122-16

## 一、前言

近年来,美国在对伊朗、朝鲜、俄罗斯等国(或外国实体、个人)等制裁目标对象实施单边经济制裁过程中,美国境外、非制裁目标对象的第三国(例如中国)的实体或个人(本文以下简称“非美国人”),<sup>①</sup>却也不断受到美国的执法处罚,成为美国境外的实体、个人甚至外国国家面临的重大法律风险隐患。2019年10月,中共十九届四中全会通过的《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》提出了加快中国法域外适用的法律体系建设的目标。应对美国法的域外适用,构建中国公法域外适用法律体系成为我国学术界关注的重要议题。<sup>②</sup>

**收稿日期:** 2020-06-12

**基金项目:** 国家社科基金项目“国家金融实体跨境交易法治保障路径研究”(15BFX203);司法部2019年重点课题项目“美国经济制裁法律的域外适用与中国对策研究”(19SFB1009);上海高校智库内涵建设计划项目“金砖国家应对美国长臂管辖和经济制裁的对策研究”(2020宣传6-58);国家社科基金重点课题“中美贸易争端背景下我国应对美国长臂管辖权法律机制研究”(19AFX025);国家社科基金重大项目“中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究”(19ZDA167);国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(20&ZD205)。

**作者简介:** 郭华春(1977—),男,安徽旌德人,华东政法大学国际法学院副教授。

<sup>①</sup>同样,基于简化表述的需要,本文中的“非美国”是指既非受制裁的国家,亦非美国的第三国。例如,美国制裁伊朗,中国即为第三国,即本文所指“非美国”。

<sup>②</sup>近两年代表性的研究成果包括: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;肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,载《中国法学》2019年第6期;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;张辉:《论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考》,载《比较法研究》2019年第5期;杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,载《法商研究》2019年第3期;刘建伟:《美欧经济制裁协作的特点、限度及其走向》,载《国际问题研究》2019年第5期。

我国国内现有研究指出美国利用其对全球经济体系的掌控,直接适用美国国内法,以“制裁”作为武器来干涉其他国家的内政这一现象,并从借鉴与应对两个视角来看待美国的域外管辖。根据相应的国际法规则和美国域外管辖的长处,从立法、司法、执法三个层面构建我国法的域外适用法律体系。<sup>①</sup>同时,现有研究关注到域外管辖存在立法、司法和执法领域这一客观现象,指出属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍管辖依据都可以成为域外管辖地的法理依据,并非都必然涉嫌违反国际法规则。<sup>②</sup>此外,我国学术界关注到美国基于美元清算系统建立域外管辖的立法和司法实践。<sup>③</sup>一国公法的域外适用体系不仅需要立法,更需要执法管辖的支撑,美国单边经济制裁执法领域的实践尤为典型。美国如何实现了对“非美国人”的执法处罚?在构建中国公法域外适用的背景下,我们评判和应对美国单边经济制裁的“抓手”在哪里?这些问题并未在现有研究中获得完全的解答,在当前尤其具有探讨的理论价值和现实意义。

本文从法理、执法策略及其实施路径三个层面批判分析美国执法管辖“非美国人”这一现实问题,论证我国公法域外适用存在国际法上的法理依据,指出构建公法域外适用体系应重点关注执法管辖能力与机制。本文第二部分从国际法学关于立法、执法管辖二元划分角度论证一国域外适用本国公法存在法理空间。在此基础上,本文聚焦美国执法管辖“非美国人”这一重大现实问题,从法理层面剖析美国单边经济制裁规范的域外适用滥用了国际法上的效果管辖原理。本文第三部分进而讨论美国为何能够滥用效果管辖原理、将域外管辖“非美国人”这一单边诉求付诸跨境执法实践,从美国执法实践中挖掘出激励和威慑两大执法策略及其具体机制。本文第四部分继续追溯分析激励和威慑策略得以实施的具体支撑机制,从法律角度挖掘出美国滥用以美元同业往来账户为代表的金融基础设施构造执法管辖“非美国人”的隐形机制及其非正当性。

## 二、美国单边经济制裁执法管辖“非美国人”的法理策略

尽管国际法学关于管辖权的功能划分存在差异,<sup>④</sup>立法管辖和执法管辖无疑是管辖权的两项不可或缺的功能。美国利用国际法上的国家管辖权划分原理,策略性地区分了制裁的目标对象和执法处罚对象。但是,美国同时也发现境外非制裁目标对象的存在会削弱美国单边制裁效果,进一步增加了执法管辖的难度,催生了本文所讨论的美国执法管辖“非美国人”议题。

### (一)借用立法、执法管辖二元标准获得管辖“非美国人”的法理空间

受限于国内法的属地管辖特征,单边经济制裁在法律技术上通常区分制裁目标对象与制裁规范的管辖(处罚)对象,并通过管辖对象承担特定的制裁义务来孤立目标对象。这种双重结构的鲜明特征,利用了立法管辖和执法管辖在管辖范围上的法理差异。根据美国国内法,美国政府在立法管辖制裁目标对象(非“美国人”)、执法管辖处罚对象(“美国人”)方面享有宽泛的权力,为美国执法管辖“非美国人”埋下了伏笔。

#### 1. 对制裁目标对象行使立法管辖权

除非国际法存在禁止性的规定,各国可以对域外事项行使立法管辖权,只要此种管辖权与

<sup>①</sup>肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,载《中国法学》2019年第6期,第39-65页。

<sup>②</sup>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,第166-178页。

<sup>③</sup>石佳友、刘连焯:《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》,载《上海大学学报(社会科学版)》,2018年第4期,第17-33页。

<sup>④</sup>以美国为代表的一些国家将管辖权划分为立法、司法和执法管辖权,以英国为代表的一些国家将管辖权划分为立法管辖权和执法管辖权,参见James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p.456。

被管辖对象之间存在实质和善意的联系。<sup>①</sup>属地和属人联系是构成此种“联系”的最为基础性的标准。但是,实践中不可避免地会出现多个国家与被管辖对象都存在相关利益,进而使得“并存的立法管辖权”成为国际法上常见的现象。<sup>②</sup>现行国际法并没有就此提供位阶等级划分的具体规定,<sup>③</sup>这为一国的单边经济制裁提供了法理空间。美国关于对特定国家或私人(即制裁目标对象)实施制裁的法律规定,可以理解为美国行使立法管辖权,并存在如下几个特点。

首先,造成美国国家紧急状态的“境外威胁”成为美国行使立法管辖权的“联系”因素。美国现行单边经济制裁规范主要以1977年《国际紧急状态经济权力法案》(IEEPA)为基础。<sup>④</sup>根据IEEPA第1701条,在美国国家安全、对外关系或经济受到美国境外威胁的情况下,总统有权宣布国家进入紧急状态,并对外国国家、实体或个人发起单边制裁。“境外威胁”成为美国行使单边经济制裁立法管辖的“联系”因素。

其次,立法管辖权由立法、行政部门共同行使,但更多的是由行政部门主导。在国际法层面,“国家紧急状态”基本属于一国“自裁”的国家安全范畴,IEEPA也未界定“国家紧急状态”的含义,而是交由总统决定。<sup>⑤</sup>总统领导下的行政部门通过行政令、条例和指南等行政规范,明确具体制裁计划中的制裁目标对象、管辖对象、制裁措施、法律义务和责任等。财政部内设的海外资产控制办公室(Office of Foreign Assets Control, OFAC)具体负责美国大部分单边经济制裁计划。<sup>⑥</sup>

最后,行政部门在确定制裁目标对象、制裁措施方面享有立法管辖裁量权。单边经济制裁的目标对象早先是针对特定国家(例如古巴)实施全面制裁。当前则主要是基于特定行为(例如恐怖主义、大规模杀伤性武器扩散、贩毒和跨境有组织犯罪等)或行业(例如俄罗斯的金融与能源行业)而指向特定行为主体,以“黑名单”的形式实施定向制裁。“特别指定国民名单”是最主要的“黑名单”类型,<sup>⑦</sup>OFAC还发布另外7种受制裁程度稍低的当事人名单并综合在一起形成“综合性名单”,<sup>⑧</sup>根据对外关系的需要,OFAC可随时更新各类“黑名单”。

“非美国人”如果同制裁目标对象进行交易,OFAC还可以此为由将“非美国人”纳入“黑名单”成为制裁对象,即所谓的“次级制裁”。相比针对特定国家的全面制裁,基于“黑名单”的定向制裁,其目标对象可以根据美国的需要灵活指向美国境外更多国家境内的实体或个人,“非美国”的任何人都可能会成为IEEPA的立法管辖对象。

从权力行使的程序和标准看,制裁目标对象由总统、内阁成员和财政部门共同确定,仅需

① Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7<sup>th</sup> ed), Oxford University Press, 2008, p.311.

② The American Law Institute, *Restatement(Fourth)of the Foreign Relations Law of the United States*, Pt.IV, Ch.1, §407 cmt.d.

③ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7<sup>th</sup> ed), Oxford University Press, 2008, p.311.

④ 卡特总统时期制裁伊朗政府、20世纪90年代克林顿总统时期制裁拉丁美洲、21世纪初布什总统时期制裁恐怖组织、奥巴马总统时期制裁俄罗斯,以及特朗普总统当前发起多项制裁计划都是以IEEPA为基础。

⑤ 尽管IEEPA第1703条要求总统在宣布“国家紧急状态”前后,应同国会进行协商并接受国会的年度审议,但这些程序从未对总统行使单边制裁权力形成实质性的约束, Congressional Research Service, *The International Emergency Economic Act: Origins, Evolution, and Use* (March 20, 2019).

⑥ OFAC目前管理的各类制裁计划达到30个。U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Sanctions Programs and Country Information*, <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx>, accessed on March 10, 2020.

⑦ 目前列入SDN与制裁目标相关的实体或个人大约有6,300个。U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Sanctions Programs and Country Information*, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/faq\\_10\\_page.aspx](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/faq_10_page.aspx), accessed on March 10, 2020.

⑧ U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *office of foreign Assets Control-Sanctions Programs and information*, <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Pages/default.aspx>, accessed on March 10, 2020.

要“合理相信”相关主体符合被列入“黑名单”的标准,并且可根据机密情报信息秘密确定。<sup>①</sup> OFAC在指定SDN和复议程序方面透明度低、裁量权较大,通常不会公布其决策的事实和证据基础。尽管制裁目标对象可以无限次申请OFAC将其从“黑名单”上剔除,但当事人质疑OFAC的决定存在难以获得OFAC的接受。鉴于OFAC指定“黑名单”的行为属于政府的对外关系范畴,法院也大多采取遵从的态度。即使法院认定OFAC“黑名单”人员的确定行为违反了法律,也会认为结果无害或者司法职权有限,无法就OFAC的行为向当事人提供救济。<sup>②</sup> 法院甚至会认为OFAC指定“黑名单”的路径只要清晰合理即可,不需要遵循某种精确的模式。<sup>③</sup>

正是因为国际法对各国行使立法管辖权相对“包容”、国内法上行政主导单边经济制裁并享有较大的裁量权,美国通过对制裁目标对象的区分容易获得管辖“非美国人”的法律依据。

## 2. 对“美国人”宽泛行使属人、属地执法管辖权

执法管辖主要表现为行政机构通过调查、起诉和扣押等强制力量对违法人员实施罚款、追究刑事责任等强制性处罚,保障立法目标的实现。OFAC承担的执法职能主要表现在冻结制裁目标对象的资产、禁止或许可同制裁目标对象的交易,调查与处罚违反美国制裁规范的行为。

首先,根据IEEPA第1702条的规定,受美国管辖的人(Persons Subject to US Jurisdiction, 本文以下简称“美国人”)不得与制裁目标对象从事某些交易活动或提供相关的服务,负有配合执法机构冻结、扣押制裁目标对象资产的义务。“美国人”的界定因具体制裁规范而异,但主要建立在属人管辖和属地管辖范围的基础上,通常包括位于全球各地的美国国民、美国绿卡持有人、位于美国境内的人甚至包括在美国注册成立的实体所控制的境外实体。<sup>④</sup>

其次,虽然OFAC执法管辖的财产和利益需要符合属人或属地管辖标准,但存在宽泛的解释空间。OFAC冻结制裁目标对象的财产和利益,此类财产和利益至少需要符合如三个条件之一:(1)位于美国境内;(2)由美国人占有或控制;(3)或受美国管辖。条件(1)和条件(2)体现了属地和属人管辖标准,但条件(3)强调“受美国管辖”,其实是同义反复,为美国执法管辖“非美国人”预留了广阔的法律空间。

美国单边经济制裁领域制裁目标对象和执法管辖对象的划分,充分利用了立法管辖和执法管辖范围的差异,利用“美国人”施压制裁目标对象。初级制裁模式下,除了制裁目标对象和“美国人”这一执法管辖对象,美国境外还存在既非制裁目标对象、也不受美国属地或属人管辖的第三方,本文基于研究讨论需要,称之为“非美国人”。

## (二) 滥用效果管辖原理满足美国执法管辖“非美国人”的现实需求

单边经济制裁的目标是要改变制裁目标对象的行为,因此不仅需要精准确定制裁目标对象,更需要有效地实施,特别是避免制裁被规避。制裁目标对象的行为依托交易对手、物流运输、融资和支付支持等构成的网络,并且可能采取壳公司等复杂的交易结构形式来规避制裁。“非美国人”不具有美国国籍且位于美国境外,散布于全球各地、各行业从事经营活动,不受美国的属人或属地管辖。这些“非美国人”的存在可能会削弱美国单边制裁的效果,成为单边制裁管辖范围向域外扩张的重要诱因。

### 1. 制裁目标/执法对象划分面临“非美国人”削弱单边制裁效果的问题

首先,“非美国人”为制裁目标对象规避美国制裁规范,提供了支持或便利空间。IEEPA第1702

<sup>①</sup>KindHearts v. Geithner, 710 F. Supp. 2d 637, 660(N.D. Ohio 2010).

<sup>②</sup>Zevallos v. Obama, 793 F.3d at 115.

<sup>③</sup>Zarmach Oil Services v. US Dep't of Treasury, 750 F. Supp. 2d at 154.

<sup>④</sup>31 CFR § 535.329 - Person subject to the jurisdiction of the United States.



条依托执法管辖对象从“源”与“流”两个角度压制制裁目标对象的经济增长,从经济根源上向制裁目标对象最大限度地施加压力,孤立制裁目标对象。由于“美国人”作为执法管辖对象被禁止同制裁目标对象从事交易活动,“非美国人”可获得更多的交易机会,并因不受美国的属人、属地管辖,而具有帮助制裁目标对象规避美国单边制裁的便利。这会减弱美国单边制裁的效果,甚至导致制裁目标落空。如果单边经济制裁可以指向“非美国人”同制裁对象从事交易活动的行为,就有利于形成类似多个国家实体对制裁目标对象实施“多边制裁”的效果。鉴于此,美国如何促使“非美国”实体或个人等私人力量配合美国孤立制裁目标对象就成为一个关键问题。

其次,“美国人”因遵守美国的制裁规范,不但失去了同制裁目标对象交易的机会,还承担了合规等义务和成本,削弱了同“非美国人”在市场上相竞争的能力。如何推动“非美国人”遵守美国的单边制裁规范,对于降低美国单边经济制裁的实施成本具有重要意义。

## 2. 执法管辖“非美国人”的法理缺陷:“因果关系条款”

为了加强对“非美国人”的执法管辖,美国国会于2007年修订了IEEPA第1507条(a)款,将“造成美国人违法”的人纳入调整范围,即任何人违反、试图违反、密谋违反、或造成美国人违反制裁规范,将被视为非法行为,“明知故犯”则可能构成刑事犯罪。

第1507条(a)款中的“任何人”在立法和执法实践被认为包括“非美国人”。换言之,“非美国人”由于在美国境外的行为造成了美国人违反制裁规范,而受到美国的执法处罚,即“非美国人”与美国人的违法行为存在因果关系。2012年的13608号行政令以“外国人规避制裁”为标题,针对外国人对违反美国有关制裁伊朗、叙利亚的法律规范,帮助制裁目标对象进行“欺骗性交易”的行为,授权财政部制裁这些外国人。与之相配套,OFAC根据13608号行政令设置逃避制裁的外国人(Foreign Sanctions Evader, FSE)名单,被识别为FSE几乎都会同时被纳入SDN。<sup>①</sup>“非美国人”如果与美国不存在资金或其他任何管辖联系因素,在不受执法管辖威慑的情况下,就没有动力停止与制裁目标对象的交易。FSE为执法管辖此类“非美国人”提供了杠杆。2017年《以制裁反击美国敌人法案》(CAATSA)第228条明文将IEEPA项下的民事、刑事处罚适用于“非美国人”。

从法理角度看,IEEPA第1705条(a)款的管辖范围从造成美国境内“损害”的境外行为这一传统的效果原则,扩张到了造成美国境内行为“违法”的境外行为。这是从行为角度禁止“非美国人”帮助“美国人”规避制裁或造成“美国人”违反制裁规范,为美国执法管辖“非美国人”提供了实体性的国内法依据。但是,第1705条(a)款管辖依据在法理上存在模糊性,滥用了效果管辖原理。

首先,效果管辖本身在国际法上就具有模糊性。依据效果管辖的原理,外国行为需要在管辖国境内产生直接、实质和可预见的影响效果,并且管辖权的行使需要具有合理性。“实质”“合理性”的含义模糊,本身存在争议。

其次,效果管辖指向的美国境外行为在行为地通常属于违法行为。第二次世界大战之前,效果管辖主要适用于对美国境内造成物理上不利后果的境外行为。第二次世界大战结束后,美国经济领域的公法,开始根据效果管辖原理,适用于在美国境内造成不利的经济后果的境外行为。<sup>②</sup>效果管辖的行为不仅在美国境内违法,而且在美国境外的行为地同样构成违法行为。与

<sup>①</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, OFAC Recent Actions, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/fse\\_list\\_intro.aspx](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/fse_list_intro.aspx), accessed on March 15, 2020.

<sup>②</sup>关于这个观点的讨论,参见Freya Irani, Beyond De Jure and De Facto Boundaries: Tracing the Imperial Geographies of US Law, *European Journal of International Relations*(August 20, 2019), pp.7-10.

之不同,单边经济制裁所指向的美国境外的行为在行为地并不一定违法。如果“非美国人”对美国境内产生直接影响效果的行为在美国境外的行为地属于合法行为,美国是否有权依据效果标准行使管辖?

最后,美国境外行为造成“美国人”违反美国制裁规范,影响了美国制裁规范在美国境外的实施效果,但这最多对美国产生间接的影响效果,而非对美国境内产生直接的影响效果。退而言之,即使将“非美国人”造成“美国人”违法认定为对美国境内产生直接的影响,如何证明这种效果的“实质”影响程度仍然模糊不清。

美国执法管辖“非美国人”的实体法依据存在法理缺陷,但大量的“非美国”企业(特别是金融机构)甚至个人却在现实中因此受到美国执法机构的处罚。美国如何实现执法管辖“非美国人”就值得进一步发掘。

### 三、美国单边经济制裁执法管辖“非美国人”之激励与威慑策略

执法管辖权的属地性并不排除一国对域外事项行使执法管辖权。除了获得他国的同意,美国利用威慑和激励两大策略,迫使“非美国人”接受美国单边经济制裁法律规范的执法管辖。

#### (一) 威慑策略

美国执法管辖对“非美国人”的威慑主要体现在美元金融基础设施的准入威胁和执法个案处罚两方面。

##### 1. 借助美元金融基础设施施压“非美国人”遵守美国单边经济制裁

美国的全球经济、金融中心地位和美元的国际货币地位赋予了美国控制重要商品、技术进出口和美元跨境流动的能力。IEEPA第1702条关于冻结金融资产、禁止交易和禁止规避等三项制裁措施的规定,提升了美元金融基础设施在单边经济制裁中的地位,同时美国通过美元同业往来账户逐层强化了对“非美国人”的执法控制能力。

首先,CHIPS系统是控制“非美国人”进入美国金融体系的入口。美国境外95%的美元交易都是通过CHIPS系统实现跨境清算。<sup>①</sup>在CHIPS清算体制下,美国境外美元非现金支付业务,通过在美国会员行或参加行所开立的同业往来账户逐层与美国建立清算关系,非参加银行由参加银行代理清算,参加银行由会员银行代理清算,形成美元的全球清算网络。“非美国”金融机构通过成为CHIPS的会员行、参加行或通过在上述银行开立同业往来账户的模式利用CHIPS,其他“非美国人”通过“非美国”金融机构的上述路径完成美元清算。

其次,通过美元同业往来账户施压“非美国”金融机构及其客户。美国金融机构通过尽职调查,定期审查金融机构之间的结算业务代理关系,确保银行金融机构和具有重大影响的股东、董事会成员没有被列入“黑名单”,并将来自特定地区或存在被制裁风险的客户界定为高风险客户,进而采取关闭“高风险客户”的账户或拒绝为其提供银行服务来“去风险(de-risking)”。

“非美国”金融机构若通过美国境内的美元同业往来账户为制裁目标对象提供美元支付清算服务,造成美国开户行违反OFAC的制裁规定,则美国境外的金融机构会因IEEPA第1705条被认定造成美国人违法而受到处罚,并面临被禁止在美国的银行开立代理行账户,或者被冻结该金融机构位于美国管辖范围内的资产。这种做法实际上很大程度上阻断了该金融机构融入全球经济。为了顺利对接美元金融体系,“非美国”金融机构需要建立合乎美国开户行关于同业往来账户开户、使用要求的合规程序,包括遵守美国的制裁规范。

为了获得金融服务,其他“非美国人”需要遵守“非美国”金融机构的上述合规和风险管理流程,美国的单边经济制裁规范通过“非美国”金融机构在美国境外进一步传导,促使更多“非

<sup>①</sup>FEDERAL RESERVE BANK of NEW YORK, CHIPS, <https://www.newyorkfed.org/aboutthefed/fedpoint/fed36.html>.

美国人”自动放弃与制裁目标对象的交易活动。

这种层层传导、相互强化的“杠杆”效应,突破了美国执法管辖的属地范围限制,制裁目标对象被更彻底地排除在美国市场之外,甚至难以进入其他国家的市场,美国单边制裁便具有了类似多边制裁的执法管辖效果。

最后,美元金融基础设施使得美国执法机构获得“非美国人”违法信息更便利。<sup>①</sup>环球银行间金融电讯协会(SWIFT)美国分中心以统一的电报格式传递金融机构美元资金头寸的跨境流动、轧差和记账信息,这些数据信息沉淀在美国法律管辖范围内。控制了这些基础设施,也就盯住了美元资金的跨境流动,便利了美国执法当局获得美国境外美元交易、资金流动痕迹。《爱国者法案》第三章以保护美国的金融体系为目标,要求同业往来账户的开户行提交记录、报告和履行尽职调查等义务,为美国通过单边途径获得执法信息提供了法律保障。美国对金融机构采取执法处罚措施不仅要处罚其违法行为,更要促使金融机构采取合规措施以发现、报告并威慑违反美国法的行为。

## 2. 将“非美国”金融机构作为执法管辖的重点对象,放大威慑效应

基于执法成本、管辖范围等方面考虑,美国难以处罚所有违法行为,特别是美国境外的行为。通过选择对不同行业、不同国家的企业和个人实施处罚,向各国、各类潜在的违法行为发出执法威慑信号。

首先,选择“非美国”知名金融机构作为重点执法对象,具有“杠杆”效应。跨境经济交易以美元作为主要媒介,并依托金融机构完成融资和支付结算等活动。金融机构面向的客户数量巨大、业务活动国际化程度高,很容易成为规避美国单边经济制裁规范的渠道。同时金融机构的支付能力要比普通企业更强,处罚“非美国”金融机构也不容易受到美国国内政治阻力。在执行方面,美国也对金融机构具有较强的控制能力,可以通过反洗钱执法、限制或禁止开立或使用美元同业往来账户(correspondent account)、断绝进入美元金融市场渠道等方式来向“非美国”金融机构施加系统性的压力。

从实践看,自布什总统执政末期开始,OFAC执法采取“捕鲸”策略,表现在执法案件数量整体上减少,但个案处罚金额大。<sup>②</sup>特朗普总统执政后,OFAC更侧重执法处罚“非美国人”,特别是对“非美国”大型金融机构实施巨额处罚。<sup>③</sup>瑞士信贷、荷兰ING银行、BNP巴黎银行、英国汇丰银行、渣打银行和苏格兰皇家银行等金融机构都因违反美国制裁规范而被处以巨额罚款。这些跨国金融机构总部位于不同国家,处罚产生的威慑效应便很容易传导给全球各地的其他“非美国”金融机构、实体或个人。

其次,履职行为与个人责任挂钩,施压金融机构管理层。美国单边经济制裁领域在处罚金融机构违法的同时,出现了追究管理层个人责任的动向。2018年,土耳其人民银行(Halkbank)高管穆罕默德·哈坎·阿蒂(Mehmet Hakan Atilla)被控在银行履职岗位上以欺诈方式帮助伊朗实体获得石油收入,串谋违反IEEPA第1705条,最终被判处32个月的刑罚。<sup>④</sup>2019年2月7日,土耳其企业Elsim Electrotechnical Systems AS(Elsim)董事总经理Evren Kayakiran因被控强迫雇员假装以

<sup>①</sup>FEDERAL RESERVE BANK of NEW YORK, CHIPS, <https://www.newyorkfed.org/aboutthefed/fedpoint/fed36.html>.

<sup>②</sup>Bryan R. Early, Keith A. Preble, Enforcing Economic Sanctions: Analyzing How OFAC Punishes Violators of U.S. Sanctions, pp.37-40. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3306653](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3306653).

<sup>③</sup>FEDERAL RESERVE BANK of NEW YORK, CHIPS, <https://www.newyorkfed.org/aboutthefed/fedpoint/fed36.html> at 15.

<sup>④</sup>Press Release, U.S. Dep't of Just., Turkish Banker Mehmet Hakan Atilla Sentenced To 32 Months for Conspiring to Violate U.S. Sanctions Against Iran And Other Offenses(May 16, 2018), <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/turkish-banker-mehmet-hakanatilla-sentenced-32-months-conspiring-violate-us-sanctions>.

个人名义出差伊朗从事业务活动,并向Kollmorgen公司提供虚假报告掩盖向伊朗提供业务活动的事实,受到OFAC的处罚。<sup>①</sup>

最后,多部门联动执法。根据IEEPA的规定,违反美国单边制裁规范会受到民事甚至刑事处罚,分别由OFAC、司法部负责执法。自2007年以来,OFAC先后与美国联邦和州金融监管机构签订了37份分享执法信息的备忘录,<sup>②</sup>并与美国反腐败、反洗钱等主管部门联动执法。2019年,美国司法部、OFAC、美联储、纽约地方检察官指控英国渣打银行从事涉及古巴、伊朗、苏丹、叙利亚、津巴布韦等国的交易,英国的金融行为监管局(FCA)也指控其违反美国制裁规范和反洗钱规定,最终迫使渣打银行向美国执法当局支付10亿多美元的罚款,并向英国执法当局支付了1亿英镑罚款。同一违法行为可能会在OFAC、司法部、金融监管部门以及联邦法院等多个部门受到多层处罚,多头、交叉执法会放大“非美国人”在单边经济制裁领域所受处罚的威慑效应。

## (二) 激励策略

“非美国人”配合美国单边经济制裁不仅意味着会丧失业务和盈利机会,其自身在发现违法行为和内部控制等方面也可能面临能力缺失的问题,对于“非美国”金融机构而言尤其如此。

激励策略是利用“非美国人”作为私法主体所享有的意思自治,在个案和规则层面激励引导“非美国人”遵守美国单边经济制裁规范、主动披露违法行为并提升合规能力,克服OFAC在获取“非美国人”违法信息、处罚违法行为等方面的属地管辖局限,从规则层面推动美国单边经济制裁规范在境外获得认同,实现执法效率的最大化。

### 1. 鼓励“非美国人”在个案层面主动披露违法行为

主动披露是违法方主动向OFAC报告尚未被发现的违法行为。OFAC可以据此降低处罚基准金额至50%。<sup>③</sup>2019年12月13日,美国司法部公布的出口控制和制裁领域的公司执法政策规定,若不存在其他加重处罚的因素,主动向司法部报告违法案件并全力采取补救措施的公司将获得不被起诉的执法和解待遇。<sup>④</sup>对于已经成为重点执法管辖对象的“非美国人”而言,主动披露显然很重要。企业主动披露的非故意违法行为越多,OFAC就可以将更多的资源集中到打击“非美国人”故意违法的案件中,典型案件的巨额处罚又将进一步激励“非美国人”主动披露违法行为,从而形成“非美国人”主动披露与执法管辖“非美国人”的“良性循环”。但是,OFAC并不保证自愿披露违法行为都能获得减免处罚等有利待遇,OFAC的减免决定也不适用于美国其他执法部门对同一行为的执法,<sup>⑤</sup>这进一步让“非美国人”意识到主动遵守美国单边经济制裁的必要性。

### 2. 利用合规建设激励“非美国人”在规则层面内化美国单边经济制裁规范

2019年5月,OFAC发布《合规承诺框架》(A Framework for OFAC Compliance Commitments),合规计划从企业争取减轻处罚的裁量因素变成企业事实上的合规义务,成为美国制裁合规建设的重要分水岭。

<sup>①</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, Civil Penalties and Enforcement Information, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190207\\_kollmorgen.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190207_kollmorgen.pdf).

<sup>②</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, OFAC Recent Actions, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/reg\\_mou-index.aspx](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/reg_mou-index.aspx).

<sup>③</sup>See Guidelines at 57598(31 C.F.R. pt. 501, App. A, at §§V(B)(2)(b)(i), (ii)).

<sup>④</sup>DEPARTMENT OF JUSTICE, Department of Justice Revises and Re-Issues Export Control and Sanctions Enforcement Policy for Business Organizations, January 14, 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/departments-justice-revises-and-re-issues-export-control-and-sanctions-enforcement-policy>.

<sup>⑤</sup>Final Rule, OFAC Economic Sanctions Enforcement Guidelines, 74 Fed. Reg. 57,593, 57,595(Nov. 9, 2009)(codified at 31 C. F. R. pt.501, App. A)at 57,594.



《合规承诺框架》出现之前,执法对象存在有效的合规方案构成从轻处罚的情节,反之则构成从重情节,但没有制裁合规计划本身并不会导致OFAC的处罚。《合规承诺框架》是OFAC首次就何谓有效的合规计划提供的明确指南,从正面阐述了制裁合规体制的五个基本要件,并在附件所列举企业合规10大缺陷的根源中,特别指出“非美国”实体通过美国金融机构处理涉制裁目标对象的交易之违法性,为“非美国人”理解和遵守美国的制裁规范提供指引。企业违反制裁规范时,其合规计划如果不符合这个框架,会成为加重处罚的因素。与申请行政复议或提起诉讼对抗单边经济制裁不同,制裁目标对象如果同意遵守美国的合规要求、改正自己的行为,更有可能从“黑名单”上被移除。<sup>①</sup>这意味着企业为避免制裁风险,需要采取积极的措施理解和遵守《合规承诺框架》。

个案处罚威慑效应基础上的激励策略向“非美国人”传递了合规是企业“少被罚”“不被抓”的“金色盾牌”,促使“非美国人”将单边经济法律规范内化为企业日常的合规要求,主动防止违反美国制裁规范。

OFAC在是否启动执法行动、认定构成违法、处罚金额的减免等方面都存在很大的裁量权,同OFAC进行实质性合作可获得25%、40%的金额减免,反之则可能构成严重违法情形。同OFAC的合作(包括违法行为的主观故意、合规计划、补救措施以及与OFAC的合作程度等因素)成为判断案件的“严重情形”、避免或降低处罚程度的重要评判因素。<sup>②</sup>这些指标直接指向违法方主观意愿和客观行为是否认同OFAC的执法管辖权,为激励和威慑策略提供了底层保障。

在严厉的处罚威慑和激励引导之下,全球各地的金融机构基于成本收益的评估采取“去风险”的合规措施,不但拒绝同制裁目标对象从事交易活动或为其交易提供服务,甚至“一刀切”地拒绝从事原本合法的金融服务活动。“非美国”金融机构的“集体行动”导致制裁目标对象发现,其很难找到愿意为其提供转账、融资等金融服务的机构,美国单边制裁规范获得了约束“非美国人”多边效果。激励策略和威慑策略所获得的单边执法效果多边化,实际上是依托于滥用美元国际货币地位所构建的隐形执法管辖机制。

#### 四、美国单边制裁执法管辖“非美国人”的法律策略实现路径

在激励和威慑策略的基础上,美国充分利用了反洗钱与单边经济制裁在执法管辖的主体、对象和行为上存在一定的关联性,构造执法管辖“非美国人”的隐形机制。反洗钱和单边经济制裁均由财政部主管,前者指向的是来源非法的资金企图转变成合法资金的行为,后者指向使用资金的非法行为,两者关注的行为阶段存在延续性和互补性。前者主要由金融机构识别可疑交易并向主管机构报告,后者主要关注的是“黑名单”和禁止的行为并承担拒绝或冻结交易的义务,金融机构均承担重要的合规义务。由于上述关联性,反洗钱法律规范将违反IEEPA的行为定性为洗钱的上游犯罪,反洗钱手段成为单边经济制裁执法管辖“非美国人”的重要支撑措施,同业往来账户成为美国据以对“非美国人”行使执法管辖的“全球联系”因素,《爱国者法案》提供的尽职调查合规要求、传票条款、没收条款为此种管辖权的行使提供了制度保障。

##### (一) 依托“美元同业往来账户”构造执法管辖的全球联系因素

同业往来账户是“非美国人”与制裁目标对象之间经济交易进行美元结算的基础设施,成

<sup>①</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information, July 31, 2012, treasury.gov/resource-center/sanctions/OFACenforcement/pages/20120731.aspx.

<sup>②</sup>Guidelines at 57602-03(31 C.F.R. pt. 501, App. A, at § III).

为美国对“非美国人”行使执法管辖权的重要联系因素。《爱国者法案》关于同业往来账户的监管增强了OFAC的执法管辖能力。

### 1. 同业往来账户开户协议为美国对“非美国人”执法管辖奠定基础

CHIPS体系由美国公司拥有和经营,构成OFAC执法管辖的“美国人”。CHIPS系统中的接收行和发送行都是美国银行,“非美国”银行使用CHIPS系统需要在美国银行开立同业往来账户,由美国银行代理从事美元清算业务。外国银行在美国银行开立同业往来账户需要表示同意遵守CHIPS规则。根据CHIPS规则第4条、第19条关于参与方加入的规定,CHIPS参加行的权利义务适用纽约州的法律(包括纽约统一商法典第4-A条)和CHIPS规则,涉及CHIPS支付信息的其他当事人之权利义务应最大限度地适用纽约州的法律(包括纽约统一商法典第4-A条)和CHIPS规则。外国银行必须同意承担其美国境内分支机构因清算所产生的义务。<sup>①</sup>这种私法性质的合同路径不仅赋予了美国对美元同业往来账户的管辖权,更奠定了美国对“非美国人”实施执法管辖的重要控制基础。

美国基于属人、属地管辖原则要求美国管辖范围内的金融机构承担制裁合规义务。根据《爱国者法案》第312条,美国金融机构以开户行身份承担对“非美国”金融机构开立同业往来账户的尽职调查义务。2019年3月14日,OFAC发布了外国金融机构同业往来账户或通汇账户制裁名单(CAPTA名单),列出被禁止或限制在美国开立同业往来账户或通汇账户的外国金融机构名单。这“非友即敌”的警示效果使得金融机构采取“去风险”措施,最大限度避免与被制裁对象进行业务往来。金融机构的“去风险”可能会将金融交易驱赶到地下,造成金融排斥并降低金融交易的透明度,增加了洗钱和恐怖融资风险。<sup>②</sup>

### 2. 扩张解释同业往来账户的管辖联系因素

在美元资金需要通过美国境内进行清算的情况下,被冻结的资金被认为与美国存在管辖上的“真实联系”。行政机构和司法机构对于“真实联系”的界定不同,如从美元跨境结算业务的通常流程看,“非美国人”的双方当事人在同一家“非美国”银行开立美元账户,则该美元交易不需要通过美国境内银行即可完成清算与结算,但是承担结算服务的该银行自身最终要通过美国金融体系进行美元结算。美国司法实践的观点是,法院无权管辖不直接通过美国金融系统进行清算的美元转账活动,<sup>③</sup>但“反复、有意”利用美国的同业往来账户可以确立美国的管辖权。<sup>④</sup>与之不同,OFAC在执法实践中认为,通过美国银行同业往来账户转账支付就是通过美国领土进行的支付,受美国的属地管辖。

2019年9月17日,OFAC与英国不列颠阿拉伯商业银行(BACB)达成的执法和解案中,OFAC根据BACB在美国境外所开设美元同业往来账户中的资金经过了美国金融机构这一事实,指控BACB违反了《苏丹制裁条例》。本案中,BACB是英国法人,本身在美国境内未设立办公室,在美国境内亦无经营活动,没有“出现”在美国,属于典型的“非美国人”。BACB通过“非美国”的B银行同业账户转账的方式为苏丹客户处理了72笔交易(共计1.907亿美元)。<sup>⑤</sup> BACB在

<sup>①</sup>See CHIPS Rules and Administrative Procedures Effective, January 1, 2018, <https://www.theclearinghouse.org/-/media/new/tch/documents/payment-systems/chips-rules-and-administrative-procedures-2018.pdf>.

<sup>②</sup>“FATF Clarifies Risk-Based Approach: Case-by-Case, Not Wholesale De-risking,” Financial Action Task Force (FATF), October 23, 2014, <https://www.fatf-gafi.org/documents/news/rba-and-de-risking.html>.

<sup>③</sup>Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co., 3 All E.R. 252, 270 (Q.B. 1989).

<sup>④</sup>Rushaid, et al. v. Pictet & Cie, et al, No. 180, 2016 BL 387923 (N.Y. Nov. 22, 2016).

<sup>⑤</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, OFAC Recent Actions, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/20190917\\_33.aspx](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/OFAC-Enforcement/Pages/20190917_33.aspx).

B银行的往来账户资金来自于欧洲的E银行和F银行的账户。资金转账的具体路径是：E银行通过其在美国境内的G代理行、B银行的纽约分行将资金汇至BACB在B银行的同业往来账户；F银行通过其纽约分行、B银行的纽约分行将资金汇至BACB在B银行的同业往来账户。BACB用这些账户内的资金处理与苏丹客户有关的交易。OFAC认为，在美国境外同一银行内部的美元支付系统完成美元结算，不涉及“利用美国金融系统”。BACB通过美国向B银行的同业账户转账，“闭环”内的美元交易利用美国金融系统从境外调入美元资金，跨境调入资金行为与“闭环”内的美元流动是一个整体，共同构成向苏丹“出口”金融服务，违反了美国的《苏丹制裁条例》。<sup>①</sup>

从这个案件中可以看出，OFAC认为“非美国人”如果使用美元与制裁目标对象从事商业活动，实际上是通过美国银行利用包括CHIPS系统在内的美国金融体系进行美元清算活动，应受到美国的管辖。这种观点的理由是，根据IEEPA第1705条(a)款，“非美国人”涉及制裁目标对象的美元业务活动会造成美国银行违反单边经济制裁规范。这种“任性”地扩张解释的“底气”在于，完成该项清算的“非美国”银行本身仍然需要在美国开立同业往来账户或参加美元清算系统，需要遵守CHIPS相关规则、合规要求，进而配合美国单边经济制裁执法管辖。OFAC据此可以将美国境外的美元交易都拟制为在美国境内的清算，对美国境外的离岸美元交易行使执法管辖权。

正是基于“非美国人”对同业往来账户的依赖，OFAC的执法管辖甚至“穿透”金融机构，指向金融机构的客户。在OFAC与CSE TransTel Pte. Ltd (TransTel)及其母公司CSE Global Limited (CSE Global)的执法和解案件中，<sup>②</sup>被告TransTel是新加坡公司，在新加坡境内的非美国金融机构开立美元账户，通过该银行向与伊朗业务有关的第三方供应商进行了104次美元转账。OFAC在本案中关注到了同业往来账户客户的客户——外国公司利用美国金融体系进行非法支付(通过“非美国人”利用美国美元支付系统向受制裁国进行支付)，造成美国金融机构违反IEEPA第1705条从美国向伊朗出口(或再出口)金融服务，直接对TransTel及其母公司进行处罚，创造了处罚“非美国人”的新理由。

美元具有国际货币地位，任何美元支付转账业务最终都要直接或间接通过美元支付系统进行清算，如果一概将其认定为美国境内的行为，无疑赋予了美国对“非美国人”无限的执法管辖权。这不但迫使一些金融机构过度采取“去风险”措施，影响金融的普惠性，造成定向制裁产生全面制裁的不利后果。同时，这种宽泛的执法管辖，也会降低美元的国际货币地位。<sup>③</sup>

### 3. 通过行政传票条款获取执法管辖信息

根据《爱国者法案》第319条(b)款规定的行政传票条款，财政部部长可以要求在美国开立同业往来账户(但没有在美国境内设立分支机构)的外国银行提供与该账户相关的记录。<sup>④</sup>

首先，模糊的行政传票条款产生威慑效应。行政传票条款是仅限于外国银行与同业往来账户相关的信息，还是可以扩大适用于同业往来账户开户人相关的所有信息？这个问题在立法和执法层面都存在不确定性。

<sup>①</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, Civil Penalties and Enforcement Information, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190917\\_bacb\\_settlement.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190917_bacb_settlement.pdf).

<sup>②</sup>Settlement Agreement Between U.S. Dep't of the Treasury's Office of Foreign Assets Control and CSE Global Limited and CSE TransTel Pte. Ltd.(July 15, 2017), <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/transTelSettlement.pdf>.

<sup>③</sup>Far-Reaching Consequences of U.S. Financial Sanctions the Dollar Shortage and the “Triffin Moment”, [http://www.triffininternational.eu/images/pdf/RTI-CSF\\_Consequences-of-US-Financial-Sanctions\\_June2019.pdf](http://www.triffininternational.eu/images/pdf/RTI-CSF_Consequences-of-US-Financial-Sanctions_June2019.pdf).

<sup>④</sup>31 U.S.C. § 5318(k)(3).

围绕行政传票条款的适用范围如果产生争议,外国银行不遵守传唤或诉讼抗辩,美国银行会被政府要求注销该外国银行的同业往来账户。法院也可以根据美国政府的申请依法强制执行传票条款,并对拒绝履行判决的外国银行实施高额罚款处罚。<sup>①</sup>

值得注意的是,“非美国”金融机构在单边经济制裁所触发的刑事调查中只是被要求承担证人角色,但已经具有足够的威慑效应。一旦提交的证据显示金融机构在处理涉案交易时存在“便利”规避制裁等因素,违反IEEPA第1705条,证人角色的“非美国”金融机构就有可能转变成次级制裁的对象。

其次,行政传票条款具有激励单边经济制裁规范跨境传播的作用。《爱国者法案》允许外国银行就此寻求美国司法救济,法院权衡的因素包括“非美国”银行所属母国有无保护所披露信息的替代措施,而这显然又受美国的判断标准影响,无形中起到了推动美国单边经济制裁规范为其他国家所认可,逐步演变成事实上的跨国法律规范。

#### 4. 通过公法拟制没收同业往来账户资金

《爱国者法案》第319条(a)款采用法律拟制手段,美国政府如果认为受处罚对象的非法收入被存入外国银行的美国境外账户,便可以推定这些收入被存入了外国银行在美国银行开立的同业往来账户中,故授权美国当局从该同业账户查扣与非法所得同等的金额,无需证明同业账户中的资金与存放在外国银行的非法所得之间存在关联关系。第319条的目的是让美国政府查扣外国银行在美国同业往来账户中的资金,而因开户协议中通常会规定允许抵销的条款,外国银行之后通过抵销方式从其客户账户中扣除等额款项。

首先,适用范围的扩张。第319条起初仅适用于恐怖主义案件,但《美国法典》第18章《犯罪与刑事程序法》981(k)(1)(A)将这个条款扩张适用于反洗钱及其他非法活动所得的没收。

其次,美国政府查扣或限制外国银行存放在同业往来账户上的资金并不要求外国资金与美国领土存在真实的联系。美国通过公法拟制将境外账户关系视为美国境内的账户关系,进而拟制出管辖“联系”。这种拟制其实在司法和执法管辖权领域并不常见。

最后,代理行或外国存款行通常没有对此提起诉讼的权利。被没收资金的“所有权人”可以在美国法院提起诉讼。值得注意的是,只有存款时的款项所有权人才构成“所有权人”,才有权就没收行为提起诉讼,接受存款的外国银行以及资金流向同业账户过程中的中间金融机构都不构成“所有权人”。

这个条款为美国政府冻结“非美国人”在“非美国”银行存放的款项提供了立法管辖依据,形成对“非美国”存款行及其客户的威慑。根据司法部关于没收资产的指南,这个条款仅在美国政府不能或不愿向美国提供协助的特殊情况下才能适用,是最后的手段。司法部的资产没收指南列出了五项考察标准(包括外国国家):是否存在执行没收条款的国际条约、协定或法律程序;是否认可美国所追诉的犯罪行为;是否遵守国际条约或协定中的承诺;是否存在执行民事没收令的国内立法;是否存在“其他重要理由”这一裁量因素。<sup>②</sup>如果这些因素都不具备,美国才可以采取没收措施。可以看出,这一条款实际还具有激励外国政府认同甚至采取美国单边制裁做法的作用。

<sup>①</sup>2017年FBI对涉嫌违反反洗钱、IEEPA和《银行保密法案》的一家香港公司进行调查,为了获得该公司的金融交易情况,美国政府向其中一家未在美国境内设立分支机构但在美国银行开有同业往来账户的某家中资银行送达了行政传票。2019年3月18日,美国哥伦比亚特区联邦地区法院裁决强制执行该行政传票,并按照5万美元/日的标准缴纳罚款,参见In Re Grand Jury Investigation, 2019 WL 2170776。

<sup>②</sup>Asset Forfeiture Policy Manual, United States Department of Justice, 2019, pp.134-135, <https://www.justice.gov/criminal-afmls/file/839521/download>.



### 5. “重大洗钱嫌疑”特别措施的威慑与激励效应

《爱国者法案》第311条授权财政部在认定其他国家、境外金融机构、境外交易或账户存在“重大洗钱嫌疑”时,有权采取相应的特别措施,包括对外国银行客户的尽职调查、禁止开立同业往来账户等。第311条规定的特别措施不仅仅适用于反洗钱领域,从“9·11恐怖袭击事件”后的反恐融资领域扩展到打击核扩散,已成为美国实施单边经济制裁的“重器”。

首先,“重大洗钱嫌疑”的认定程序和实施后果具有威慑效应。是否存在滥用国际金融体系进行犯罪活动是认定“重大洗钱嫌疑”的核心标准,美国国务院国务卿、总法律顾问以及美联储主席等金融监管主管机关都享有磋商权,财政部长在认定的证据信息方面享有较大的裁量权。财政部宣告某个实体存在“重大洗钱嫌疑”,实际上是向全球金融界宣告被认定的实体存在非法金融活动的风险,具有极强的域外影响效果。<sup>①</sup>

其次,特别措施具有威慑效应。特别措施包括要求美国金融机构承担尽职调查义务和限制同业往来账户开立、使用两方面共五项预防美国金融体系被用于洗钱、恐怖融资等犯罪活动的措施,指向外国国家、外国金融机构及其客户三层对象。其中,第一项至第四项措施要求美国金融机构对开立同业往来账户的外国金融机构承担尽职调查义务和加重的尽职调查义务,包括保持记录、搜集信息和报告要求,有助于为美国执法管辖“非美国人”提供信息支持。第五项措施则授权FinCEN禁止、限制美国金融机构为境外国家、金融机构、某些类型的交易或账户开立同业往来账户,实际上是切断与美国金融体系的联系,具有强烈的威慑效应。

最后,特别措施具有激励“非美国人”遵守美国单边经济制裁的效应。特别措施的尽职调查会考虑外国金融机构母国监管、外国金融机构自身的内部控制和外国金融机构对客户的审查三个层次是否契合美国的判断。

在采取特别措施方面,美国还会考虑其他国家是否采取了类似措施,对美国金融机构的国际竞争力、美国国家安全和外交政策的影响,以及对国际金融支付结算体系的影响。<sup>②</sup>相关国家的反洗钱和金融监管的实体内容、美国与相关国家是否在信息交换等方面签署了相互协助的法律协议也成为考虑上述因素的具体标准。这些因素无疑会驱使“非美国人”及其母国配合美国单边经济制裁。

#### (二) 股东控制权强化执法管辖“非美国人”的合规管控

“非美国”实体如果由美国股东控制,也会受到OFAC制裁规范的执法管辖。“控制”的标准在具体制裁计划中可能存在细节上差异,一般包括持表决权股超过50%或“实际控制”董事会(或公司行为、政策或人事决策等)标准。如果违反制裁规范,美国母公司及其子公司会受到处罚。

2013年5月,美国史丹利百得集团(Stanley Black & Decker)以收购60%的股权方式控股江苏国强工具有限公司。2013年6月29日至2014年12月30日间,江苏国强向伊朗出口或试图出口23船货物(电动工具和零部件),OFAC据此于2019年3月对史丹利百得集团及江苏国强工具进行了处罚。<sup>③</sup>

<sup>①</sup>例如,2018年2月13日美国财政部宣布将ABLV银行列入具有“重大洗钱嫌疑”洗钱机构,导致ABLV银行面临无法支付美元、客户挤兑存款等困境,欧洲央行为稳定市场不得不指示金融和资本市场委员会暂停该银行业务,卢森堡政府对该银行卢森堡支行采取了暂停措施。<http://lv.mofcom.gov.cn/article/jmxw/201802/20180202714554.shtml>。

<sup>②</sup>Financial Crimes Enforcement Network, (“FinCEN”), Treasury, Imposition of Fifth Special Measure against the Islamic Republic of Iran as a Jurisdiction of Primary Money Laundering Concern. pp.4-5, <https://www.fincen.gov/sites/default/files/2019-12/2019-23697.pdf>。

<sup>③</sup>U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, Civil Penalties and Enforcement Information, [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190327\\_decker\\_settlement.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20190327_decker_settlement.pdf)。

这表明美国母公司承担了监督外国子公司遵守美国制裁规范义务,否则母子公司都可能受到美国制裁规范的处罚。这进而促使美国母公司通过行使控制权和公司治理这一私法路径,要求“非美国”子公司将遵守美国的单边经济制裁规范作为企业合规建设的重要内容,进而为单边经济制裁领域合规激励策略的实现提供了保障。

### (三) 执法和解塑造“非美国人”对美国执法管辖的认同

执法和解是美国单边经济制裁过程中以与被执法对象达成协议的方式结束执法。执法和解不但有助于提高执法效率,更从法理层面解决了美国执法管辖“非美国人”的难题。自美国“9·11恐怖袭击事件”后,执法和解在单边经济制裁中的作用不断增强,甚至被认为从定向制裁转向了定向和解。<sup>①</sup>

首先,执法和解以当事人“意思自治”的方式回避了美国执法管辖“非美国人”的法理难题。在追究民事责任时,违法方可以与OFAC达成执法和解协议。在构成刑事犯罪的情况下,违法方可以与司法部达成类似执法和解的暂缓起诉协议(DPA)和不起诉协议(NPA)等公私合作形式。执法和解通常不会阐述执法管辖权的依据,但会要求被告单方承认相关的违法事实、同意支付罚金并就执法行为放弃诉权。美国政府通过与“非美国人”谈判的方式就执法内容达成一致,实现了“非美国人”在个案中接受美国单边制裁规范的立法管辖和执法管辖的效果,增强了美国执法管辖“非美国人”之“正当性”。

其次,执法和解夯实了“非美国人”的合规义务。被告提供合规补救方案是OFAC与违法方达成执法和解的重要评估要素,并成为执法和解协议的重要内容。美国单边制裁规范内化为“非美国人”日常经营行为规范具有了更厚实的法理基础,实现了美国法更高层次“正当”地管辖域外企业。

最后,执法和解帮助执法管辖回避了司法审查。“非美国人”与美国执法当局之间的谈判能力不对等,官方执法处罚不透明导致被处罚公司无法搜集诉讼证据。在制裁的威慑效应之下,“非美国人”通常会被迫选择与监管执法机构达成执法和解,两害相权取其轻,通过缴纳罚款以求生存、“花钱买平安”,更不会通过司法诉讼来挑战执法处罚。这使得法院很少有机会来审查OFAC的执法管辖“非美国人”的实践,便利了OFAC执法管辖“非美国人”。

从OFAC执法实践看,美国对“非美国”金融机构的处罚基本上都采取了执法和解的形式。

### (四) 许可例外削减美国执法管辖“非美国人”的抵触

IEEPA赋权OFAC发布一般许可和特定许可,许可特定制裁目标对象的资产不被冻结或从事原本被禁止的交易。一般许可通常规定在OFAC发布的条例中,无须修改或废除相关的制裁规范和制裁计划,即可适应制裁情况变化。特定许可属于个案性质,需要以书面方式逐案申请。OFAC通过许可豁免某些制裁义务来退出制裁,有助于在保持单边经济制裁规范的立法管辖范围足够宽泛的同时,降低单边制裁规范所带来的负面作用,<sup>②</sup>特别是降低美国单边经济制裁面临的境外抵触压力。此外,授予或拒绝许可的决策信息和标准不透明,许可决定具有最终性、不得复议。尽管如此,OFAC每年涉及的许可和解释性质的指南达到上万件,“黑名单”除名指向制裁目标对象,许可例外则指向执法管辖对象,从两个不同角度共同激励“非美国人”接受

<sup>①</sup>Marija Đorđeska, From Targeted Sanctions to Targeted Settlements: International Law-Making Through Effective Means, EJIL: Talk! (July 22, 2014), <https://www.ejiltalk.org/from-targeted-sanctions-to-targeted-settlements-international-lawmaking-through-effective-means>.

<sup>②</sup>Court E. Golumbic & Robert S. Ruff III, Leveraging the Three Core Competencies: How OFAC Licensing Optimizes Holistic Sanctions, 38 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 729, 2012.

和认同美国的单边经济制裁规范。

威慑和激励策略、美元同业往来账户、执法和解为美国在个案中执法处罚“非美国人”提供了制度保障,合规承诺在更高层面执法管辖“非美国人”,许可例外则为防止单边经济制裁激化国际矛盾提供了“安全阀”,上述因素共同形成美国执法管辖“非美国人”的隐形机制。

## 五、结 论

一国将外国国家、实体或个人列为制裁目标对象属于立法管辖范畴,让本国人承担制裁义务、成为执法管辖对象,并不必然违反国际法关于国家管辖权的基本原理。这表明包括我国在内的各国构建本国公法的域外适用体系在国际法上存在法理空间。

美国单边经济制裁领域执法管辖“非美国人”很大程度上依托美元的国际货币地位和金融基础设施所享有的国际影响力,且滥用了效果管辖的法理依据。美国针对“非美国”知名金融机构重点执法、鼓励合规建设和主动披露违法行为以及执法和解等多维制度引导“非美国人”遵守美国的单边经济制裁规范,形成对“非美国人”的“隐形”执法管辖机制。这种模式滥用了美元国际货币地位并迫使“非美国”金融机构过度地“去风险”,有违金融的普惠性,在国际正当性上存在不足。

对美国执法管辖“非美国人”的批判分析表明,一国公法领域的涉外执法管辖能力很大程度上建立在该国经济实力和市場影响力所建构的全球联系因素基础之上。我国构建中国公法域外适用法律体系,不仅要关注立法管辖权、完善法律规范,更要充分撬动公私层面的资源,构建具有中国优势和全球影响力的执法管辖联系因素。这在很大程度上取决于我国的经济实力所支撑的某些市场优势,需要经历长期的积累和建设过程。

# Critical Analysis of US Unilateral Economic Sanctions Enforcement Jurisdiction against Non-US Persons

Guo Huachun

*(International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)*

**Summary:** US unilateral economic sanctions make entities, individuals and even foreign countries outside the United States exposure to US legal enforcement threat. Critical analysis of US enforcement jurisdiction over Non-US Persons from three levels of jurisprudence, enforcement strategies and implementation paths possesses theoretical and practical significance for resolving the risks of cross-border transactions between Chinese enterprises and entities and building extraterritorial application system of Chinese public law. The dual structure of sanction target/enforcement object in the field of unilateral economic sanctions conforms to the principle of international law on the division of prescriptive/enforcement jurisdiction and provides jurisprudence for the extraterritorial application of domestic public law. US unilateral enforcement jurisdiction over Non-US Persons actually extends the traditional effect of jurisdiction over foreign acts that cause damage within the territory of United States to the jurisdiction over foreign acts that cause violation of acts in the United States, which increases international legal conflicts,

and is an abuse of the principle of Effective Doctrine.

The United States relies on the threat of access to the US dollar financial infrastructure and case by case enforcement penalties to build the linking factors and deterrence strategies of enforcement jurisdiction over Non-US Persons. US authorities take advantage of Party autonomy, encouraging and guiding to abide by US unilateral economic sanctions both at the case by case level and rule level. Actively disclosure of illegal activities and improving compliance capabilities also help to overcome OFAC's territorial jurisdiction limitations in obtaining information on Non-US Persons' violating US law, penalizing illegal activities, etc., promote the recognition of US unilateral economic sanctions in whole, and maximize the efficiency of enforcement.

The two major enforcement strategies of deterrence and incentives, and public-private implementation paths such as US dollar Correspondent Accounts, shareholder control, enforce settlement and licensing constitute the invisible enforcement jurisdiction over Non-US Persons, which abuses the US dollar's international currency status and is contrary to the principle of financial inclusion, hampers the global economic growth.

It is fundamental to mobilize public-private resources to create global connecting factors with China advantages for enforcement jurisdiction.

**Key words:** unilateral economic sanctions; invisible enforcement jurisdiction; US dollar Correspondent Accounts; public-private interaction

(责任编辑: 倪建文)