

美国跨境证券诉讼属人管辖权问题探析

汪诸豪

【摘要】近年来,众多赴美上市的中国企业及其公司管理层个人被卷入了美国股民发起的证券类集团诉讼之中。然而美国法院在审理这一类案件时却面临着一系列程序性和管辖权问题。其中争议最大的莫过于美国法院对境外上市公司董事、监事和高级管理人员的属人管辖权问题。美国法院属人管辖权适用问题至今没有统一的判断标准。这种模糊性导致了实践中一定程度的制度成本。

【关键词】美国法院 境外董监高 属人管辖权

2011年以来美国证监会通过加大对其证券市场上VIE模式中国概念股的监管力度,调查出大量公司公开业绩造假,由此引发了中国概念股股价的集体跳水,众多公司股票交易被停牌,更有甚者被纽约证券交易所(NYSE)或纳斯达克(NASDAQ)勒令退市。事实上,这种通过美国股民集团诉讼的方式来解决跨境证券纠纷的案例在实践中问题重重。首先,《美国1934年证券交易法案》(以下简称《1934证券法案》)并未明文规定该如何处理涉外证券诈骗,更未提及该如何处置外国公司的境外董事、监事和高级管理人员(以下简称董监高)。其次,这种涉及到跨国主体的集团诉讼,一旦美国法院开始审理,便会立刻产生大量复杂的管辖权和诉讼程序问题。实践中,许多美国法院在处理跨境证券案件时,会启动“法院不方便审理”规则对这类案件进行撤销或寻求外国同行的协助;甚至股民集团诉讼中原告的组成会涉及到美国境外投资者是否具有在美国法院原告诉讼资格的问题。究其根本,核心问题是被列为被告人的中国本土董监高们是否在美国法院属人管辖权范围内。

活跃在美国证券市场中的中国企业董监高角色

当一个中国公司在美国从事证券交易活动时,该公司的董监高就得承担起美国法律所规定的相对应公司的治理职责。为了避免公司卷入后续的美国证券诉讼之中,参与到美国证券市场交易活动中的境外公司董监高们需要清晰了解在美国法律下应当承担的责任与义务。

与证券有关的公司治理职责(美国)。美国境外国家法律注册成立的公司一旦选择在美国上市发行股票,接踵而来的不仅是巨额的美金融资,而且其管理层从此也将受制于美国证券行业治理相关的法律规定。公司的内部董事和外部独立董事都需

要对公司的证券活动负责。公司的内部董事会直接参与到相关上市文件的准备,递交和分发,以及对美国证监会定期和重大事项的披露。根据美国证券法的要求,某些内部董事负有在具体文件上签字和证明的职责。此外,公司董事会需要对某些特定递交文件上的签名承担共同责任。对于公司的外部独立董事而言,他们对本上市公司的运作负有广泛的监督职责,具体包括:对公司递交给美国证监会的文件,包括公司股票发行材料和相关定期披露材料,进行审阅;对公司外部审计师的监督职责;在递交给美国证监会之前,对经审计后的公司财务报表进行批准;以及对本上市公司所有对外披露信息的真实性和准确性进行独立评估。

2002年《萨班斯—奥克斯利法案》引入了一系列有关公司监管的严格要求,后来几经修订,今天的《萨班斯—奥克斯利法案》,除了个别例外规定以外,对在美国上市的本土和境外公司几乎做到了一视同仁。通过将境外公司董事会纳入该法案下升级的公众责任和公司监管要求,美国国会和美国证监会对外发出了一个明确的信号:美国的立法者对于在美国上市的所有公司,不论本土的还是境外的,有着一致的公司治理要求和期望。

由于未履行与证券有关的公司治理职责所面临的民事责任惩罚(美国)。美国证券法适用于中国赴美上市公司所导致的结果之一是迫使中国境内的董监高们,跟他们的美国同行一样,一旦未履行其公司治理职责,就将面临相应的美国民事法律责任惩罚。

美国1933和1934证券法案规定了在美上市公司董事会成员个人的主要责任义务。美国证券法还会对违反了“反欺诈”条款的上市公司控制人追加责任。《1934证券法案》第二十条(a)款规定的“公司控制人”定义包括美国证券法追责对象的“直接

或间接”控制人。因此,除了自身违反美国证券法的规定而受到惩罚之外,那些实际控制了上市公司的董事会成员还有可能会因为该上市公司在美国证券市场的不当行为而被追究间接责任。

总而言之,赴美上市公司的中国本土董监高们,和他们的美国同行们一样,需要对广大美国股民负责,否则就会面临美国证券法规定的多种民事责任惩罚。

美国法院针对境外董监高的属人管辖权问题

不得不承认,按照美国法律,美国法院对境外被告人行使管辖权有其必要的法律依据,但同时美国宪法对该管辖区的行使又有一定的限制。在跨境证券案件中美国法院管辖权的应用需要遵守一定的规则。

将境外被告人纳入美国法院属人管辖权的一般要求。按照美国法律的要求,想要将境外被告人纳入美国联邦法院属人管辖权范围之内包含两个基本的论证步骤。第一,诉讼地法院必须要有对其行使管辖权的法定权力;第二,法院必须确定对被告人行使管辖权不会违反美国宪法正当程序原则对于被告人的保护。

首先是关于美国法院对境外被告人行使管辖权的法定权力问题。美国联邦法院针对某一特定被告人行使管辖权的法定权力源自于美国联邦民事诉讼规则。其中第四(k)(1)条规定:美国联邦法院可以借用其所在地州内成文法中的“长臂管辖权规则”(Long-Arm Statute)就对被告人的管辖权问题进行定夺。就《美国联邦法》下所产生的争议而言,第四(k)(2)条有特别的规定:“当由某一具体美国联邦成文法授权许可的情况下,法院传票送达是建立对被告人管辖权的有效途径。”根据美国证券法所提起的证券诈骗诉讼就属于该种情形,《1934证券法案》第二十七条和《1933证券法案》第二十二条中也有同样的描述。美国联邦民事诉讼规则和美国证券法规定二者叠加所产生的结果就是:美国证券法的上述规定授权对被指控证券诈骗的被告人可以进行全球范围内的法院传票送达;因为美国证券法属于美国联邦法,按照美国联邦民事诉讼规则的上述规定,全球范围内的传票送达便成为了美国法院在证券诈骗案件中建立对境外被告人管辖权的有效途径。因此,按照美国法律,美国法院在跨境证券诈骗案件中对境外被告人行使管辖权的法定权力是存在的。

其次是有关美国宪法就法院对境外被告人行使管辖权的限制问题。美国宪法正当程序原则是从1945年美国最高院经典判例International Shoe及后续判决中逐渐发展起来的。这一原则的分析步骤分为两部分。第一,被告人在美国诉讼地的活动/

影响必须要达到或超过“最小值接触”(Minimum Contacts),这个“最小值接触”标准意在确保在该地进行诉讼不会冒犯到传统的美国宪法公平对待和实质正义要求;第二,管辖权的行使必须是合理的,须全面考虑并平衡被告人应诉的负担、诉讼地所在州利益以及原告获得补偿的利益。特别指出的是,当美国法院管辖权的形成是基于由联邦法(如美国证券法)授权对被告人的全球传票送达时,在计算“最小值接触”时应以美国全国范围为计,而不仅限于被告人在某一特定州内的行为。

需重点介绍一下,美国法院在对境外被告人行使属人管辖权时经常使用的属人管辖权“影响力”理论(the “Effects” Theory of Personal Jurisdiction)。通过应用该“影响力”理论,被告人在美国境外开展的活动也可能满足于美国有“最小值接触”的要求。然而在实际操作中,美国法院在应用“影响力”理论时都非常谨慎。尽管如此,“影响力”理论至少使得美国法院有了可以针对境外被告人的境外行为行使管辖权的可能,即便是在该境外被告人缺少美国境内活动的情况下。

在跨境证券案件中应用美国法院管辖权规则。美国宪法程序公正原则分析步骤的第一条“最小值接触”所要求的是被告人已经与美国有足够多的联系以便美国法院对其行使管辖权是件顺理成章的事情。在一些跨境证券案件中,原告声称境外被告人作为“美国上市公司高管”这一职务本身便构成了与美国的“最小值接触”。在另外一些跨境证券案件中,原告则侧重针对境外被告人的具体行为或不作为来证明该被告人与美国有足够联系。

境外被告人身份自证“最小值接触”的存在(非传统证明路径)。“公司控制人”身份。《1934证券法案》对违反美国证券法的上市公司控制人追加责任。在跨境证券诈骗诉讼案件中,当美国法院已经建立起了针对该上市公司的属人管辖权时,原告经常会在这一时间向法院请求将该上市公司的法定控制人也纳入法院的属人管辖权范围。但绝大多数美国法院认为公司控制人身份本身不应取代管辖权“最小值接触”的分析过程,美国证券法中有关上市公司控制人责任义务的规定本身不等于说美国法院就对公司控制人具有属人管辖权。《1934证券法案》中规定的公司控制人责任不应与美国法院属人管辖权混为一谈,后者是一个涉及到美国宪法的问题。因此,保持这两者区别的重要性之一在于保持对被告人管辖权分析中的美国宪法精神。同时,这样做可以避开实际操作中的“公司控制人”身份界定的问题。

“董事会成员”身份。另一种类似的观点是,公司“董事会成员”身份本身即可满足管辖权“最小值接触”要求。美国各法院在实践中已经彻底否定了这一观点,他们认为,仅董事会成员身份本身无法满足“行为在美国境内有直接和可预见性影

响”的属人管辖权“影响力”理论要求。即便董事会成员所负责的公司交易导致了证券欺诈行为在美国的发生,仅董事会成员身份本身不足以作为美国法院对该境外被告人行使管辖权的充分依据。

境外被告人的具体个人行为作为“最小值接触”的证明(传统证明路径)。如上所述,仅通过证明被告人身份来要求美国法院对其行使管辖权在绝大多数情况下都以失败告终,因此原告通常还是会走传统路线:针对境外董监高的某些具体行为来证明其已与美国建立起了充分的联系。

境外被告人在美国境内的活动。境外董监高在美国境内的活动时常会和股民集团诉讼中原告声称的具体公司证券欺诈行为有关。特别是公司内部高管,他们的职责之一就是代表公司作出各种决定或者代表公司在美国境内从事与证券有关的活动。当原告主张公司董监高在美国境内的具体行为构成美国法院对其的管辖权时,公司内部高管有时会声称自己在美国境内的活动都在其工作职责范围内,因此受“公司高管受托责任保护”原则(Fiduciary Shield Doctrine)或“商业决策”原则(Business Judgment Rule)的保护,不受美国法院的管辖。诚然,正如美国法院否定“被告人身份等于法院管辖权”理论一样,美国法院通常都会否定这种“公司高管受托责任保护”的说法。

境外被告人在美国境外的活动。在跨境证券诈骗诉讼中,更常见的情况是,由于“问题”公司境外董监高根本就未曾来过美国,原告在证明美国诉讼地法院对境外被告人具有管辖权时,需要将注意力集中在被告人在美国境外的行为活动上,依托属人管辖权“影响力”理论,重点考察这些境外行动在美国境内所造成的影响。实践中,美国法院也大多认可上述行为在美国境内具有直接和有预见性的影响力。然而仅被指控未履行监督职责的美国境外公司外部独立董事通常都不在美国法院的管辖权范围内。正如在Charas诉Sand Technology Systems Int'l, Inc.案中,美国联邦地区法院(纽约南区)所指出的:“仅仅因为居住在美国境外的公司外部董事对公司的运作疏于监督,并不能直接和有预见性地导致该公司在美国证券市场上发生诈骗行为。”

不得不指出的是,为了满足美国宪法程序正义原则的要求,除了确认被告人与美国有“最小值接触”以外,美国法院还必须认定对被告人行使管辖权是合理的。很多案例和美国法院判决表明,在跨国证券诉讼案件中,美国宪法合理性的要求是一个不稳定的变量。即便在作为被告人的境外董监高已被证明有与美国“最小值接触”的情况下,美国宪法的合理性要求仍可成为限制美国法院对境外董监高行使管辖权的独立障碍。

结论和建议

针对境外董监高的美国法院属人管辖权适用问题至今没有统一的判断标准。这种模糊性导致了实践中一定程度的制度成本。一方面,境外上市公司和其境外董监高无法对他们在美国的证券活动将来可能会导致的后果进行准确的预判,从而无法对潜在的责任义务进行有效的评估,因此有可能会就此放弃赴美投资的机会。另一方面,在每一个具体的跨境证券纠纷案件中,就美国法院是否对境外被告人拥有管辖权的问题上,原被告双方往往会展开激辩,法院也需要就此耗费大量时间精力进行定夺,这无论对诉讼当事人双方还是对美国的司法体系无疑都是巨大的成本负担。

美国的法院属人管辖权规则和美国证券法在执行中的实体目标之间存在着配合上不默契问题。这并不是一个简单的成本问题,而是说美国法院管辖权规则在实践中有可能会成为美国证券法有效运作的阻碍。两者配合不默契的表现之一就是在给美国证监会递交文件上的签名成了引发美国法院管辖权争议的导火线。配合不默契的表现之二是美国宪法的合理性要求。在美国法院评估对某一特定境外董监高行使管辖权是否合理时,都被要求必须要考虑进原告获得损害赔偿的利益,诉讼所在州的利益,并将这两者与被告的诉讼负担进行比较权衡。然而,从美国证券法执行的实体目标角度出发,原告所能获得的损害赔偿是次要的考虑因素,更为重要的是要防止未来类似证券诈骗行为在美国境内的继续发生。

美国股民针对中国赴美上市公司以及本土董监高的集团诉讼仍在美国各地法院中如火如荼地进行着。本着朴素公平正义原则,笔者最后提出以下两点建议:首先,资本全球化如此深入的今天,无论美国还是中国,其国内证券市场都俨然已是一个国际大舞台。各国间,尤其是中美两国之间在维护证券市场稳定,追究不法分子责任方面应该大力加强合作,严厉打击那些利用别国国内司法管辖权的有限性而趁机使用非法诈骗手段在别国证券市场上谋取暴利的投机分子。其次,被美国股民推上美国法院被告席的中国企业本土董监高们应该积极行动起来,充分运用“属人管辖权”这一美国法院民事诉讼程序中的软肋,聘请专业律师向美国诉讼地法院及时提出相关驳回原告起诉的申请,进行有据有节的反击,以避免不必要的经济损失。倘若如此,未来越来越多的美国法院在这一类股民集团诉讼案件中撤销对中国本土董监高的个人起诉将不足为奇。人民论坛

(作者为美国洛克律师事务所(Locke Lord LLP)达拉斯总部律师,中国政法大学美国国会研究中心特聘副研究员,美国法律博士)