

单边经济制裁在国际商事仲裁中的性质界定及适用路径

张 建

(首都经济贸易大学 法学院,北京 100070)

摘要:仲裁庭在裁断国际商事合同争议时,高度尊重当事人意思自治,但前提是不得违背公共秩序和强制性规定。为了推行对外政策,部分国家对外采取贸易禁令、金融管制、资产冻结等制裁措施,迫使相关个人或实体改变其政策或行动。迫于次级制裁的压力,当事人常以单边经济制裁构成不可抗力或情势变更为由,拒绝履约并要求免责。对单边经济制裁的定性,存在事实论、法律论、折中论等不同主张。《联合国国际货物销售合同公约》第79条试图弥合大陆法系与英美法系之间的冲突,允许当事人对自身不能控制的履行障碍主张免责。单边经济制裁在外观上具备强制性规定的特征,但其适用需综合考虑仲裁地、准据法所属国、第三国的立场。

关键词:经济制裁;国际商事仲裁;不可抗力;艰难情势;强制性规定

中图分类号:D997.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2023)03-0070-12

Characterization and Application of Unilateral Economic Sanctions in International Commercial Arbitration

ZHANG Jian

(Department of Law, Capital University of Economics and Business, Beijing 100070, China)

Abstract: When deciding international commercial contract disputes, the arbitral tribunal highly respects the autonomy of the parties, provided that it does not violate public order and mandatory regulations. In order to promote foreign policy, some countries use sanctions such as trade bans, financial controls, and asset freezes to force individuals or entities to change their policies or actions. Under the pressure of secondary sanctions, the parties often refuse to perform the contract and ask for exemption on the grounds that unilateral economic sanctions constitute force majeure or change of circumstances. There are different opinions on the definition of unilateral economic sanctions, such as fact theory, law theory and compromise theory. Article 79 of *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* seeks to bridge the conflict between the civil law system and the common law system by allowing parties to claim immunity from liability for obstacles in performance beyond their control. Unilateral economic sanctions have the characteristics of mandatory provisions in appearance, but their application should take into account the position of the place of arbitration, the country of the applicable law and the third country.

Key words: economic sanctions; international commercial arbitration; force majeure; hardship; mandatory regulations

当前,合作共赢仍然是国际社会的主旋律,经济全球化是不可阻挡的大趋势,但贸易保护主义、单边主义明显抬头,逆全球化思潮涌动,世界经济发展面临着种种风险和挑战,其中,单边经济制裁的域外适

用,就是典型例证。严格来讲,单边经济制裁并非国际法专业术语,该等措辞并未直接出现于国际公约中,国际公约中也并无条款对此作出确切定义。在国际法语境下,与经济制裁关联度较高的概念主要

收稿日期:2023-06-02

基金项目:2020年度北京市教委社科计划一般项目“中美贸易战背景下我国贸易调整援助立法研究”(SM202010038002),2021年度北京市社科基金青年项目“北京‘两区’建设下境外仲裁机构准入的法治保障研究”(21FXC014)

作者简介:张建,男,法学博士,首都经济贸易大学法学院副教授、硕士生导师。

是报复、反措施、限制性措施、强制措施、反报等。^① 相比于国际条约,在国际组织的决议,特别是在联合国涉及国际和平及安全的决议中,常常直接使用单边经济制裁等词汇。^② 学术界普遍认为,国内法中的制裁不同于国际法中的制裁,前者专指依靠有组织的国家强制机关来保证法律得以遵守、贯彻和实施的机制,而在国际社会并不存在凌驾于国家之上的强制机关,国际法的强制执行主要依靠的是国家的单独行动或多国的集体行动。总的来看,经济制裁包括多边制裁与单边制裁,前者也称集体制裁,通常是由联合国或其他国际组织通过决议的方式进行的制裁,后者则是由制裁发起国或国家联合单方面决定实施的对外制裁,此类制裁措施的启动未经联合国授权,而是取决于制裁者的主观判断。相较之下,后者的合法性颇受质疑。^③ 就手段而言,单边经济制裁既包括贸易制裁,也包括金融制裁。^④ 贸易制裁旨在阻止商品、服务、技术从制裁国向目标国的自由跨境流动,金融制裁旨在阻止资金从制裁国向目标国或被列入制裁清单的特定个人或实体进行跨境流动。

所谓经济制裁的域外效力,特指制裁发起国为了转移国内压力、实现对外政策,将单边经济制裁的效力从发起国拓展至目标国甚至第三国。^⑤ 在此背景下,私人之间的民商事活动被纳入规制范畴,具体表现为发起国、第三国的私人与目标国的私人所订立的国际商事合同被禁止履行甚至归于无效。如果一方当事人要求继续履行,另一方以经济制裁为由拒绝履行,就极易诱发国际商事纠纷,此类合同中如果订有仲裁条款,则纠纷将被诉诸国际商事仲裁庭。此时,仲裁庭不得不直面一连串现实问题:单边经济制裁应否被仲裁庭所适用? 仲裁庭应当如何对制裁予以识别? 制裁是否构成当事人不履行合同的正当

事由?^⑥ 继续追问下去,问题还可细化为:制裁的出现,是否构成不可抗力、艰难情势? 经济制裁的出现,是否导致合同目的落空,是否将挫败当事人的订约意图? 当事人如果在合同中预先订入了制裁条款,明确了制裁的出现将使一方取得拒绝履约的权利,此种条款的有效性应否得到认可? 如果当事人在合同中没有订入制裁条款,仲裁员应如何确定合同的准据法,从而推进争议实体的审理? 以上这一系列问题,究其实质,根源于旨在促进合同履行的国际商法与旨在实现一国外交政策的对外制裁法二者之间的冲突。

在国际商事合同领域,鉴于英美法系与大陆法系的合同法存在显著的冲突,国际社会试图达成相应的统一实体规范以消解冲突。其中,最具影响力的法律文件莫过于《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,简称 CISG)以及国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》(Principle of International Commercial Contracts,简称 PICC)。在具体的个案中,当事人能否援引这两个文件,作为制裁出现时拒绝履行合同的法律依据,不仅直接关乎当事人的合同权益,而且间接关系到国家间在制裁与反制裁上的博弈,是典型的私法与公法交织的法律议题,亟待展开探讨。

在国际商事仲裁语境下探讨经济制裁的适用路径,实际上是“公法私法化”^⑦与“私法公法化”^⑧的交互体现。在传统的法学理论尤其是在罗马法的影响下,法学界长期以来惯于采取二分法,将法律部门区分为公法与私法。但现如今,公法与私法的界限日益模糊,二者常有融合之态,这在国际法领域体现得尤为突出。一方面,国际私法开始高度重视国内

① 参见杨永红:《经济制裁的法治研究》,知识产权出版社2022年版,第21页。

② 参见简基松:《联合国经济制裁》,湖北人民出版社2019年版,第274页。

③ 参见杜涛:《国际经济制裁法律问题研究》(修订版),法律出版社2023年版,第37页。

④ 参见沈伟:《金融制裁和反制裁法理研究》,上海交通大学出版社2022年版,第49页。

⑤ 参见姜悠悠:《论美国次级制裁的域外效力及国际法规制》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第3期,第75页。

⑥ 如果经济制裁是东道国政府对外商投资企业或外国投资者所实施的,还可能会引发国际投资仲裁。对于与经济制裁有关的投资争端能否被仲裁庭所管辖,仲裁庭应如何判定经济制裁的合法性以及此类仲裁裁决的承认与执行问题,已经有学者展开探讨。参见王淑敏:《国际投资中的次级制裁问题研究——以乌克兰危机引发的对俄制裁为切入点》,载《法商研究》2015年第1期,第165-172页;范晓宇、漆彤:《经济制裁对国际投资仲裁的影响——基于ISDS实践的分析》,载《国际法研究》2022年第5期,第69-86页;赵德铭、金挺峰、周文桐:《国际投资仲裁中的经济制裁问题研究》,载《国际经济法论》2023年第2期,第70-86页;杜涛、叶子雯:《论经济制裁对国际商事仲裁的影响》,载《武大国际法评论》2023年第3期,第69-84页。

⑦ 所谓“公法私法化”,是指公共领域的管理任务由私主体或者以私法的方式来完成,其被视为法律社会化的集中呈现,具体表现为作为私主体的社会组织以突破私法所信奉的“私人自治”为途径参与社会治理、完成公法目的的举措,也被称为第三法域的兴起。参见金自宁:《“公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革运动为背景》,载《浙江学刊》2007年第5期,第143页。

⑧ 所谓“私法公法化”,是指私人将蕴含营利性的动机、目的等意志的行为通过特定形式变成国家意志的行为或过程,它影响或干预国际贸易,以实现其追求自己利益最大化之目标。藉此,私人部门对国际法律制度及实践产生重要影响,进而对国家间关系产生渐进式影响。参见马忠法:《论国际贸易领域中的“私法行为公法化”》,载《政法论丛》2022年第1期,第42页。

公法的域外适用问题;另一方面,国际公法领域也逐步关注到私人在国际层面的权利及义务,工商业与人权之间的关系备受重视。经济制裁,尤其是旨在产生域外效力的单边经济制裁,其本身的国际合法性尚存争议;至于国际商事仲裁,虽然在法律适用及事实认定方面具有灵活性,却不能对强制性规定和公共秩序视而不见。尽管经济制裁措施具有较强的公法属性,旨在达到某种政治或外交目标,但其客观上对私人之间的国际商事交易造成障碍,不仅可能否定国际商事合同的有效性,而且也可能导致有效的国际商事合同的履行遭遇障碍。单边经济制裁应否被仲裁庭所适用、如何适用,仍存在不确定性。笔者以单边经济制裁的识别为出发点,以事实认定、法律适用这两个关键要素为依托,探讨仲裁庭适用单边经济制裁问题的路径依赖。

一、单边经济制裁在国际商事仲裁中的性质界定

(一) 国际商事仲裁在法律适用上的独特性

对于国际商事合同争议而言,诉讼与仲裁是当前最主要的两类纠纷解决机制。在面对受制裁影响的商事争议时,国际商事仲裁庭所需要处理的实体问题,表面上与国际商事诉讼并无本质差异。但是,若仔细考虑法律适用时,却会发现,诉讼与仲裁遵循不同的路径。在国际商事诉讼中,无论是由哪一国的法院受理案件,都体现为一种涉外民商事纠纷,法官会在尊重国家司法主权原则的基础上确定争议的准据法,并且会在法院地法与外国法之间进行法律选择。相比之下,国际商事仲裁并不必然隶属于某一特定国家,双方当事人可能来自不同国家,合同的订立地及履行地可能位于第三国,当事人选择的仲裁地也可能特意避开双方当事人住所地,从而选择一个中立的国家,仲裁员的国籍及住所更是呈现出国际化、多元化特征。在这种情况下,国际商事仲裁庭在确定准据法时,会更多地尊重当事人的意思自治,优先适用当事人所选择的法律作为争议实体的准据法,除了当事人选择的准据法之外,其他法律制度在仲裁中的适用需要充分的基础。也正因如此,严格来讲,国际商事仲裁中不存在法院地、法院地法的概念,相应地,也就很少提及外国法的概念。^①更准确地说,在国际商事仲裁中,仲裁庭所适用的实体法常常是国际公约或国际贸易惯例,譬如 CISG、

PICC、《国际贸易术语解释通则》等。除了国际法渊源之外,如果当事人选择了甲国合同法作为仲裁准据法,法院往往无需考虑甲国之外的其他国家的国内法,而仲裁庭却并不一定同样行事。譬如,在准据法为甲国法的前提下,如果乙国发起了单边经济制裁,且该项制裁对涉案合同效力认定或合同履行造成消极影响,那么仲裁庭究竟要不要纳入考量,有待探讨。如果乙国是制裁发起国,甲国是制裁目标国,而争议的准据法是甲国法,且甲国对乙国的经济制裁采取了反制裁措施或颁布了阻断命令,仲裁庭一旦适用了经济制裁,那么将与准据法所属国的立场相异,这种情况又该如何妥善处理?笔者认为,在探讨单边经济制裁能否适用于以及如何适用于国际商事仲裁之前,需要首先解决定性问题。

(二) 对单边经济制裁法律属性的界定

所谓定性,也被称为识别,本是一种思维上的认识过程,在国际私法中则作为一项专门的制度加以呈现,具体指的是按照一定的法律观念,将有关争议的事实构成进行归类,从而使之纳入特定的法律范畴,以便确定相关争议的管辖权及所应适用的冲突规范。^②具体来讲,对单边经济制裁的定性,是指应当将制裁措施对合同效力及合同履行的影响视为事实问题还是法律问题。对此,学术界颇有争议,大致存在以下三类主张。

1. 事实论

顾名思义,事实论,是指将单边经济制裁对合同的影响视为事实问题。譬如,在一国对进出口贸易颁布制裁禁令时,如果一方当事人以制裁的存在为由不履行义务,仲裁庭需要依据合同的准据法判定,该项抗辩是否合理,此种禁令能否作为构成不可抗力事实加以考虑。此外,外国所采取的经济制裁措施,能否作为准据法所属国公共政策或国际礼让原则的事实组成部分,将决定着与制裁相违背的国际商事合同是否非法或不道德。笔者认为,事实论过于凸显制裁对履约的客观影响,忽视了单边经济制裁至少从外观上看是制裁发起国的法律措施。特别是,当仲裁地位于制裁发起国境内时,仲裁庭不能完全无视该国的经济制裁法,否则可能被法院视为违反了仲裁地的强制性规定,导致裁决被撤销或不予执行。

^① 参见宋连斌:《比照适用抑或特别规定:从国际商事仲裁的法律适用谈起——兼及中国国际私法立法及研究的“诉讼中心主义”》,载《时代法学》2004年第5期,第31页。

^② 参见赵生祥:《论国际私法中识别的误差》,载《现代法学》2003年第6期,第154页。

2. 法律论

相比于事实论,法律论的支持者倾向于将单边经济制裁视为一种可直接适用于判定合同有效性的法律规则,而无论合同本身所约定的准据法是哪国法。在这种思路下,难点在于判定一项具体的制裁措施以及据以作出该项制裁措施的制裁立法是否构成国际私法上的强制性规定。从规范层面看,已有诸多国际条约、国内立法对强制性规定的涵义、认定、法律效力进行了明确规范。譬如,《关于合同之债法律适用的第593/2008号欧共体条例》(简称《罗马条例I》)第9条第3款。^①在法律论看来,不履行合同的当事人要想以经济制裁为由主张免责,不需要纠结于制裁发起国是否是合同的准据法所属国,而重点要去论证该经济制裁属于应当予以直接适用的强制性规定。毫无疑问,强制性规定的上位概念是法律规范,严格来讲,狭义上的法律应当是由立法机关所制定和颁行的,而经济制裁措施大多由立法机关所授权、由执法机关所执行,二者间至少从外观上就不能等量齐观。

3. 折中论

折中论介于事实论与法律论二者之间,持此种主张者,没有片面地将经济制裁视为事实或视为法律,而是区分情况加以分别讨论。具体来讲,影响合同履行的经济制裁被视为事实,涉及合同效力的贸易禁令则被视为法律。^②譬如,德国吕讷堡大学的布伦纳教授将进出口限制、贸易禁运、其他贸易制裁定性为法律障碍,并将这些形态各异的经济制裁进一步细分为两类:第一类,可能导致合同全部或部分无效的直接适用的法律规则;第二类,可以使不履行合同的当事人进行合法抗辩的事实因素。^③如果将折中论与法律论进行对比,不难发现,其分歧主要在于那些影响合同履行的经济制裁究竟应作为法律还是事实。准确地说,在折中论看来,不履行合同的当事人能否以经济制裁为由主张免责,应当适用合同本身的准据法(如当事人在合同中协议选择的法律或依据冲突规范所指引的法律)。这就意味着,即使是一项刻不容缓且必不可少的经济制裁措施,只要

该措施不是合同准据法所属国所采取的,那么法院或仲裁庭不应当考虑此类措施对合同履行的影响。退一步讲,如果外国采取的某项经济制裁措施对合同的履行造成了直接的阻碍,仲裁庭就需要去论证制裁发起国与涉案合同之间是否存在足够密切的联系,只有二者的关系足够密切时,才能予以考虑。这种考虑问题的模式,虽然名义上将经济制裁视为事实,但本质上是典型的国际私法思维。该模式的运用,以制裁发起国与合同之间的连结点为基础,譬如当事人意思自治原则、最密切联系原则。这种模式与纯粹的事实论不一样,后者以合同的准据法作为法律评价的准绳,将经济制裁措施作为一种规范性事实要素,来审视制裁的存在是否构成不可抗力或其他免责事由。概言之,事实论是一种对事实要素的法律评价,单边经济制裁被置于事实要素这一分析环节。

笔者认为,无论采取哪一种定性,都需要明确一项基本前提,即具体的经济制裁措施与抽象的经济制裁法,在法律属性上存在差异。实践中,直接影响到合同履行的,是具体的单边经济制裁措施,该类措施能否被归入“法律”的范畴,仍然有待深入论证。目前,部分外国学者将经济制裁作为公共政策的组成部分,或者径直将经济制裁定性为国际私法上的强制性规定。^④但这种论证的妥当性还有待商榷。相比之下,综合考虑,笔者更赞同折中论的主张,即采用具体情况具体分析的思路,对经济制裁到底影响合同效力还是影响合同履行加以区分,进而去辨别其属于事实还是法律。如果是事实,则要在适用CISG、PICC或国内法的基础上考察其能否达到阻却合同履行的效果。如果是法律,则要在《罗马条例I》或国内冲突法之下论证其能否构成强制性规定并予以适用。

二、单边经济制裁能否阻却合同履行的法律分析

(一) 中国反制裁立法对单边经济制裁相关裁决的阻断

随着单边经济制裁的域外效力从目标国向第三

^① 参见邹国勇:《欧盟合同冲突法的嬗变——从〈罗马公约〉到〈罗马条例I〉》,载《武大国际法评论》2012年第2期,第355页。

^② Taejoon Ahn, *The Applicability of Economic Sanctions to the Merits in International Arbitration Proceedings: With a Focus on the Dynamics Between Public International Law Principles, Private International Law Rules and International Arbitration Theories*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 18:299, p.302 (2018).

^③ Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles-Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, *Kluwer Law International*, 2009, p.272.

^④ Bernardo Cortese, *International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes*, in Linos-Alexander Sicilianos & Laura Picchio Forlati eds., *Economic Sanctions in International Law*, Brill Academic Publishers, 2004, p.728.

国进行扩张,其对国际商事合同履行造成的消极影响日益明显,合同的任何一方当事人都可能因经济制裁的出现而无法履行合同义务,导致事实上的合同履行不能。具体来讲,经济制裁对第三国实体与目标国实体之间合同履行的冲击主要存在于两类情景中:第一,因为初级制裁的出现,目标国实体无法履行合同义务,譬如其无法从发起国获取相应的货物、服务或技术,以致于无法备货,若第三国实体希望合同继续履行,可能会针对不履行一方提起仲裁,要求实际履行;第二,因为次级制裁的出现,第三国实体为了避免因与受制裁实体发生交易而使自身受到牵连或惩戒,而拒绝履行合同义务,若目标国实体希望合同继续履行,可能会针对不履行一方提起仲裁,要求实际履行。在两类情况下,未履行合同义务的一方当事人都可能基于经济制裁提出免责抗辩。此种抗辩的提出,本身就是希望仲裁庭适用单边经济制裁,而一旦该项制裁落入中国的反制裁法律体系内,且仲裁地位于中国或仲裁准据法为中国法,则必须先适用中国的反制裁法。

具言之,当外国对中国公民采取的单边经济制裁构成《中华人民共和国反外国制裁法》(简称《反外国制裁法》)第3条第2款所规定的歧视性限制措施时,中国既可以有针对性地采取反制措施,也可以同时依据《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(简称《阻断办法》)第7条发布阻断禁令。反制措施和阻断禁令将会对合同履行和争议解决带来直接的影响。具体来讲,依据《反外国制裁法》第12条,如果中国已经明确外国的单边经济制裁构成歧视性限制措施,而外国当事人仍然以遵守制裁为由拒绝履约,并由此给中方主体带来损失的,中国当事人可以向法院提起诉讼,要求停止侵害、赔偿损失。尽管这一条款没有提及仲裁,但鉴于有效的仲裁协议具有排除司法管辖权的效力,应理解为,当合同中订有仲裁条款时,利益受损的中方当事人应当通过提起仲裁的方式进行求偿。从规范层面来看,《反外国制裁法》第12条与《阻断办法》第9条第1款具有联动效果,二者在适用上相辅相成。《阻断办法》第9条第2款规定,如果中国已经对外国某项单边经济制裁颁布了阻断禁令,而仲裁庭仍然适用被阻断的经济制裁作出裁决,并由此作出对中国当事人

不利的仲裁裁决、导致损失的,受损者可以在中国法院提起求偿之诉,追回损失。除此之外,《阻断办法》第9条第3款可视为对前两款的强化,对于仲裁庭旨在否定制裁效力、保障合同权益、赔偿当事人制裁损失的仲裁裁决,如若外方当事人不自愿履行,则胜诉方可向中国法院申请强制执行。概言之,《反外国制裁法》与《阻断办法》为保障中方当事人的合法权益提供了程序法的支撑。

(二) CISG 视角下经济制裁能否阻断合同履行的分析

当外国发布的某项单边经济制裁尚未被纳入中国的反制裁框架内,且中国并未对此颁布阻断禁令时,仲裁庭能否认可当事人基于制裁提起的抗辩,需从国际商法角度展开探讨。

具体来讲,如果合同双方当事人的营业地分别位于 CISG 的不同缔约国,那么仲裁庭应当适用 CISG 作为准据法。具言之,CISG 第79条规定,当事人有权就不能控制的履行障碍主张免责。由于该条款在国际商事仲裁中频频被当事人所援引,业界通称其为免责条款。^①要审视经济制裁是否涵盖在免责条款之内,需要就该条款的适用范围、援用条件、法律后果进行分析。

依据 CISG 的宗旨和精神,合同成立后双方当事人便应当依法履行合同义务,如果出现了一方客观上不履行义务的情况,无论未履行一方是否存在主观过错,都需要承担违约责任。^②据此,履约是原则,不履行将产生违约责任。但是,在特定情况出现时,不履行一方主张免责,这是一种例外机制,故而需要由不履行一方提供证据加以证明。至于不履行的范围,应作宽泛解读,既包括完全不履行,也包括部分未履行,还包括未按期履行、不适当履行等。^③

应当注意的是,CISG 第79条第3款明确了以临时性履约障碍为由主张免责的适用条件。具体来讲,联合国国际贸易法委员会秘书处将该条款所称的临时性履约障碍界定为:在某一暂时的期间内阻止一方当事人履行其合同义务的障碍。据此,临时性履约障碍必须同时满足两个要件:首先,其必须属于 CISG 第79条第1款规定的履约障碍,符合不可

^① 参见 Larry A. DiMatteo、王金根:《CISG 第79条下的履行不能与艰难情形:语境与解释》,载《国际经济法论刊》2015年第2期,第30页。

^② David Kuster & Camilla Baasch Andersen, *Hardly Room for Hardship—A Functional Review of Article 79 of the CISG*, *Journal of Law and Commerce*, Vol.35:1, p.3(2016).

^③ Yasutoshi Ishida, *CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness—Full of Sound and Fury, but Signifying Something*, *Pace International Law Review*, Vol.30:330, p.331(2018).

控制、不可预见、不可克服的基本要求;其次,此类障碍仅存在于某段暂时的期限内,至于期限究竟多长,公约没有给出统一的客观标准,需要结合个案的情况加以酌定。实践中,单边经济制裁当值的履行障碍,既可能是出口管制引发货物交付义务的履行障碍,也可能是账户冻结引发资金支付义务的履行障碍。无论哪种情况下,制裁都不是永久性的,而是具有临时性。尤其是,在聪明制裁越来越常用的趋势下,制裁国既可视情形需要,将某一特定公民、实体或国家纳入制裁名录,也可能在符合相关条件时将制裁对象从制裁名录中撤出,还有可能依申请发放临时许可证,允许受制裁对象暂时性地开展相关交易。鉴于此,单边经济制裁很可能构成 CISG 第 79 条第 3 款所规定的临时性履约障碍。在这种情况下,当事人要想以经济制裁干扰合同履行、对履行合同形成障碍为由主张免责,必须确保经济制裁的适用期限客观上覆盖了整个合同履行期,如果经济制裁仅仅与合同履行期间的一部分发生时间上的重叠,但是并没有完全阻却合同的履行,那么当事人以此为由主张不履行合同及免责时,免责效果将仅仅及于受影响的期间,在超出障碍存续期间的合同履行期间内,当事人如果仍然不履行,其免责主张将难以得到仲裁庭的支持。^①

(三) 英美法上的合同落空制度及其适用

与不可抗力紧密相联却又存在区别的另一项制度是履约艰难,也被称为艰难情形或情势变迁,其基本涵义是:合同订立后发生了当事人不能预见的情况变化,造成履行极为艰难,成本增加且获益减少。此时,处于不利状况的当事人有权要求重新谈判以变更合同;如果无法达成协议,当事人有权提起诉讼或申请仲裁,由法院或仲裁庭按照确定的日期和条件对合同加以变更,从而以较为公正且合理的方式

分配因相关情势的出现所增加的成本和造成的损失。对比之下,艰难情势出现时,给当事人履约造成的影响和当事人能够采取的救济措施与不可抗力并不完全一致。^②

在英美法国家,不存在不可抗力的概念。之所以如此,是因为英美合同法遵循的是严格责任原则,当事人不能以合同订立后发生的阻碍事件要求免于履行。^③ 具体来讲,当事人享有订约自由,其在合同中作出的允诺和保证必须要得到执行,如果想免责,必须在订立合同时事先以免责条款的方式作出具体约定。否则,当事人有义务对合同中明示或默示作出的允诺加以履行,否则将面临违约指控和金钱损失的赔偿。直至 19 世纪末和 20 世纪初,英美法中才出现了与不可抗力功能相当的同落空(contractual frustration, 也被译为合同受阻、履约障碍)制度,该制度的出现对严格责任进行了适当的调整。^④ 但总体来看,合同落空制度的适用范围受到限制,不能指望这项制度可以解救在国际商事合同中作出太多承诺的买方或卖方。主张免责的一方,要想说服仲裁庭存在合同受阻,必须证明具体案情符合以下条件:第一,发生了根本或极端的情况,导致严格履行合同将不再公正与不再合理;^⑤第二,合同受阻的后果是导致整个合同被迫终止(也有观点将其称为合约受阻将杀死合约),一旦证实合同受阻,相当于整个合同不复存在,双方也就不存在履行或不履行的问题;第三,一旦合同受阻,整个合约立即自动终止;第四,合同受阻不能是来自主张免责一方的私人行为,而必须是完全外来的意外事件;第五,合同受阻不能来自主张免责一方的过错或疏忽,而应当是双方无法控制的风险。^⑥

通过判例法的发展,合同落空重点涵盖了三类情况:物理上不可能、目的落空、商业上不可行。物

^① 具体来讲,CISG 第 79 条第 3 款关于临时性履约障碍的规定适用的法律效果体现为四个方面:其一,在整个障碍存续期,因障碍的存在导致没有履行合同的一方无需为其不履行行为承担损害赔偿赔偿责任;其二,在该期间内,一方当事人不能以对方当事人未履行合同为由提起违约损害赔偿之诉;第三,自障碍消失之日起,当事人必须依据合同规定履行约定义务;第四,因存在履约障碍而未履行的当事人必须根据 CISG 第 79 条第 4 款向对方发出通知,告知已经发生的障碍及可能存续的期间。参见高旭军:《〈联合国国际货物销售合同公约〉适用评释》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 471 页。

^② 参见王利明:《情事变更制度若干问题探讨——兼评〈民法典合同编(草案)〉(二审稿)第 323 条》,载《法商研究》2019 年第 3 期,第 3 页。

^③ 典型案例如英国王座法庭 1647 年审理的“Paradine 诉 Jane 案”,法官认定:在当事人依其合同为自己设定了一种义务或责任时,他就有义务完成,只要能够做到,无论存在什么样不可避免的意外事件,都需要承担这种义务,除非在合同中作出了特定情形下免责的约定。既然承租人答应修理房子,即便房子被雷击失火焚毁或被敌对者拆除,也仍然负有修复义务。Paradine v. Jane, (1647) 82 Eng. Rep. 897.

^④ 参见王青松:《情事变更制度与合同落空规则比较研究——兼论〈国际商事合同通则〉相关条款》,载《新疆大学学报(哲学社会科学版)》2006 年第 5 期,第 51 页。

^⑤ 通常认为,应当对合同受阻制度的适用予以严格限制。在英国法下,法院或仲裁庭并不享有裁判权以干预合同的规定,也不得以情况的改变对一方过于苛刻而认定合同无需履行,法院或仲裁庭的权力仅限于解释合同、协助合同履行、作出违约救济。此外,不允许合同的任何一方当事人以合同受阻为由逃避履行对己方不利的合同。如果双方在订立合同时预料到可能发生某些困难或变化,必须通过不可抗力条款、艰难情形条款的方式在合同中预先作出约定。F. A. Tamplin Steamship Co Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co Ltd., (1916) 2 AC 397.

^⑥ 参见杨大明:《国际货物买卖》,法律出版社 2011 年版,第 389 页。

理上不可能,特指据以履行合同的特定标的物灭失,导致合同履行在事实上已不可能。^① 如果合同实际上可以履行,但合同订立时所预设的情势和目的已不复存在,这就导致合同的履行实质上不同于最初设想的情形,此即所谓目的落空。^② 目的落空在英美合同法中被广泛接受。《美国第二次合同法重述》第265条规定,因不可抗力导致目的落空的要件是:第一,该事件的发生导致订约的主要目的实质性落空;第二,合同订立时假定该事件不会发生;第三,目的落空并非请求免责方的过错造成的;第四,当事人没有在法律规定的义务之外担负额外的义务。^③ 商业上不可行是指合同的履行仍然可能,合同的目的亦可实现,但由于情况的变化,当事人继续履行将不合理增加成本、减少收益,从而在经济上失去意义。^④ 商业上不可行这一概念的出现,以更加弹性且灵活的方式丰富了英美法的合同落空理论,其不仅适用于货物买卖的各种领域,而且与大陆法系中的情势变更、履约艰难等概念具有异曲同工之妙。就制度功能而言,它主要运用于下列情景:如果因当事人订约时没有预见到的阻碍情况,造成合同的履行在商业上不可能,可以免除卖方不交货或不及时交货的违约责任。

三、当事人以经济制裁为由不履行合同的典型案例

(一) 单边经济制裁并不必然导致合同受阻

结合两大法系的合同法理论及 CISG 等国际公约关于免责的规定,导致合同无法履行的情况大体上分为两类:第一类,事实上无法履行,主要包括履约的特定当事人死亡、特定标的物毁损灭失、商业上得不偿失等;第二类,法律上无法履行,这一点具体细分为合同订立后相关法律发生变化导致履行成为非法、准据法下的突发状况导致相关合同被立法明令禁止履行、准据法为甲国法但在乙国的履行被乙

国法认定非法、准据法为仲裁地之外的乙国法且在丙国的履行被第三国法律认定非法等。^⑤ 英国法院在这方面的案例对国际商事仲裁庭具有较强的参考价值。最为典型的情况是,在战争期间,政府有权力暂时或永久性地否定某些国际商事合同的有效性并禁止履行。譬如,在第一次世界大战(简称一战)和第二次世界大战期间,英国政府就明确规定,与德国的公司订立国际商事合同将被视为通敌。这就意味着,如果明知政府的制裁禁令却继续与相关外国主体订立国际商事合同并予以履行,将构成对公共政策的违反。在英国法院 1918 年审理的“厄特尔案”中,英国公司与德国公司在一战前订立的铁矿买卖合同因为战争的爆发而突发性非法。买卖合同中订有一个特殊条款,明确在遇到战争等突发情形时双方可延长履行期而不得终止履行,但英国上议院认定该条款的约定无效,不影响合同因战争发生而被认定为受阻并终止履行。上议院特别强调,公共政策的考虑之一是:如果让德国方面知道战争结束后马上会有铁矿供应,这很可能会令德国军方更加安心地使用现有储备。^⑥ 在另一起类似的案例中,当事人以一战的爆发导致合同受阻为由主张立即解除合同,得到了法院多数意见的支持。但其中一位大法官认为,该铁矿砂供应合同的履行期限还有 99 年才到期,而战争不会持续那么久,故而并不必然导致合同解除。^⑦

应当注意的是,无论是一国对外发布单边经济制裁、贸易禁运抑或禁止通敌,都会在某些情况下存在例外,即只要相关主体通过申请获得批准或许可,便可得到豁免,从而继续履行相应的国际商事合同。

在 1921 年的一起案例中,当事人主张阻碍合同履行的突发情况来自政府 1919 年作出的油籽、油、油脂买卖禁令,该命令禁止任何人出售或购买相关

^① 典型案例如英国法院 1863 年审理的“Taylor 诉 Caldwell 案”,被告同意将音乐厅租给原告开音乐会,但在交付前该音乐厅被大火烧毁,双方均无过失,法院认定当事人对不履行合同不负责任。*Taylor v. Caldwell*, (1863) 122 Eng.Rep. 309.

^② 典型案例如英国法院 1903 年审理的“Krell 诉 Henry 案”,原告与被告签订租房合同,将原告所有的房屋出租给被告,目的是使被告观看英国国王的登基典礼游行,该目的未载入合同。后典礼因故取消,被告拒绝租赁并拒付租金,原告声称被告违约应支付赔偿,法院认定,订立合同的基础不复存在,属于目的落空,被告无需承担赔偿责任。*Krell v. Henry*, (1903) 2 K.B. 740.

^③ 参见毕秀丽、陈学军:《谈艰难情形与合同落空》,载《政法论丛》2000 年第 1 期,第 19 页;车丕照:《合同落空、情势变更与不可抗力——兼论我国相应立法的模式选择》,载《兰州大学学报》1996 年第 2 期,第 51 页。

^④ 典型案例如美国法院审理的“Howard 案”,双方签订合同,原告在被告所属的土地上挖土石并浇筑混凝土,用于建筑桥梁。在挖取一部分后,被告被迫停止工作,原因是剩余的土石淹没在水下,需要花费 10 倍甚至 12 倍于通常的成本才能取走这些土石。法院认定,成本如此之高致使合同的履行在商业上不可能,综合分析该笔交易的成本和收益后可以发现,如果继续履行,其境况甚至无异于这些土石不存在。*Mineral Park Land Co. v. Howard*, (1916) 172 Cal. 289. 156.

^⑤ 参见杨良宜、杨大明、杨大志:《合同的履行、弃权与禁反言》,法律出版社 2018 年版,第 272 页。

^⑥ *Ertel Bieber & Co. v. Rio Tinto Co. Ltd.*, (1918) A. C. 260.

^⑦ *Fried Krupp Aktiengesellschaft v. Orconera Iron Ore Co., Ltd.*, (1919) UKHL 638.

商品,除非事先取得政府的许可。^① 鉴于此类贸易管制并不绝对禁止相关进出口,故而按照英国法律的默示要求,相关义务的履行方在主张合同受阻之前,应当尽力地申请以获取相关批文。只有在提交了申请且确已无法成功获取许可时,方可主张合同受阻。^② 需要指出的是,经济制裁常常用于和平时期,相比于战争,经济制裁大多不直接涉及武力的使用,而是为了实现特定的政策目标而有意采取的压缩经济资源的操作手段,其目的是要影响目标国的决策,而非摧毁目标国。^③ 在2011年的一起案例中,案情涉及联合国因伊朗研发核武器而颁布的制裁禁令。在联合国对伊朗实施制裁后,英国于2008年制定了《反恐主义法》,英国财政部亦颁布了《对伊朗金融限制令》,限制英国法律管辖下的公司或机构与列入名单的伊朗公司或实体(包括伊朗国家航运公司,其因涉嫌运载核燃料而被列入名单)发生财政或商业上的往来。^④ 该案的被告是船舶保赔协会汽船互保协会(百慕大)有限公司(简称互保协会)。^⑤ 2009年11月,伊朗国家航运公司所属的“祖立克”轮(英文船名是 ZORIK)在浙江舟山海域触礁,发生严重漏油事故。中国宁波海事法院审理了由此引起的海事赔偿责任限制、油污索赔等相关案件。与此同时,鉴于船东伊朗国家航运公司曾向互保协会投保,在中国的诉讼结束后,伊朗国家航运公司在英国高等法院起诉互保协会,案件涉及油污损失和责任赔偿。^⑥ 诉讼期间,互保协会以英国对伊朗的制裁法令为理由,主张本案合同因制裁而受挫。英国法院查明:首先,伊朗国家航运公司在向互保协会投保时,已经按照财政部2009年《对伊朗金融限制令》取得了两次豁免许可,被获准允许开展相关责任保险业务。其次,被告主张合约受阻、拒绝理赔的理由是第三次申请豁免许可遭拒,财政部的命令导致此份合同在法律上无法履行。但法官认为,通过审核原告、被告与英国财政部的一系列通讯往来,财政部事实上允许被告向原告提供《国际燃油污染损害民

事责任公约》下因为燃油污染导致的责任保险,原告业已支付了保费,且无法取回,即便财政部的命令导致保险合同为非法交易,由此免除被告的油污保险责任并不公平。最终,英国法院没有认可经济制裁导致合同受阻的抗辩。

(二) 准据法所属国及履行地的经济制裁可能构成合同受阻

在1942年的一起典型案例中,原被告双方订立了一份机器制造合同,约定被告为原告制造机器并在波兰交付给原告,对价是原告向被告支付1600英镑。在合同签订之际,原告预付了1000英镑的订金。但在机器制造期间,德国攻占波兰,英国与法国对德国宣战,导致整个合同的履行变为非法。原告向法院主张,合同因战争的发生而受阻,故希望索回原本已经支付的订金。这一诉讼请求及其理由得到了法院的支持,法院认定,战争的发生及敌对状态的出现导致原告完全无法达到其预期目的,合同受阻成立。^⑦

除了以上情况外,在国际商事合同纠纷中,还经常存在准据法为英国法,但合同履行地位于外国,由于履行地所属国采取经济制裁措施,导致合同的履行遭遇障碍的情形。例如,在1983年的一起案例中,^⑧古巴与智利断绝外交关系,古巴随后制定并颁布一项出口管制法(1256号法令)禁止将古巴所产的食糖出口至智利。在出口管制禁令发布前,当事人签订了一份食糖买卖合同,合同约定适用英国法,且发生争议应当在伦敦进行仲裁解决。位于伦敦的仲裁庭认为,应当尊重合同履行地法律中的禁止性规定,遂判定继续履行本案合同将构成古巴法律所制止的不法行为,故而构成合同受阻,当事人不需要继续履行合同。

尽管国际社会普遍接受了当事人意思自治原则作为国际商事仲裁法律适用的基本准则,但是按照场所支配行为的原理,合同履行地所在国法律中的

^① 这份禁令表述如下:任何人不得从事本命令所列明产品的相关交易,除非得到了政府的许可并且按照许可规定的条件进行购买或出售。Mahmoud and Isphani, (1921) 2 KB 716.

^② Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan, (1978) 2 Lloyd's Rep 223.

^③ 参见阮建平:《战后美国对外经济制裁》,武汉大学出版社2009年版,第45页。

^④ 参见王中华、田琨:《“祖立克”轮舟山海域油污事故所引发的船东与保赔协会在英国法院的诉讼——对伊制裁与保赔责任》,载《中国海商法年刊》2011年第3期,第106页。

^⑤ 所谓船东互保协会,习惯上称为船舶所有人保赔协会(P&I Club),是船舶所有人、承租人、船舶代理人、货运代理人相互保险其海事责任的非营利组织。随着航运业的发展,船舶所有人的责任迅速膨胀,船东互保协会增多,目的是避免恶性竞争、加强垄断、分散风险。参见司玉琢:《海商法专论》(第4版),中国人民大学出版社2018年版,第421页。

^⑥ Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd., (2011) 1 Lloyd's Rep. 195.

^⑦ Fibrosa SA v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd., (1942) 2 All ER 122.

^⑧ The Playa Larga, (1983) 2 Lloyd's Rep. 171.

强制性和禁止性规定仍然应当得到尊重。^① 如果合同的履行将明显违背履约地法律的强制性规定,即使仲裁庭作出了继续履行的裁决,也可能被认定为违背公共政策而无法被强制执行。

(三) 合同受阻的事实必须涵盖整个履行期

如果当事人希望以履行地法律的变动主张合同受阻,则必须向仲裁庭证明,在合同履行的整个期间,履约都是违法的,且突发事件必须足够严重,以致于继续履约将导致成本的不合理增加。譬如,在1953年的一起案例中,案情涉及一份国际货物买卖合同,合同约定的付运期为1951年10月至11月。1951年10月20日,意大利下令,自1951年11月1日起禁止蚕豆出口。对此,仲裁庭认定出口管制禁令导致合同受阻,遂作出裁决,判定不履行合同的一方应予免责。但当事人上诉至英国法院后,该裁决被推翻。理由是,法官认定,卖方原本可以在1951年10月21日至10月31日期间付运,合同并非完全无法履行,故卖方存在违约应承担赔偿责任。^②

实践中,如果合同履行地的法律虽然发生变化,但是并没有禁止当事人履行全部合同义务,而只是赋予当事人不完全履行(或称部分履行)的理由,那么并不构成合同受阻。在1884年的一起案例中,两家营业地位于伦敦的英国公司签订国际商事合同,约定从阿尔及利亚运货至伦敦。合同签订后,由于阿尔及利亚颁布了出口管制禁令,导致卖方无法按期交付全部的货物。被告向法院辩称,当事人约定的合同履行地阿尔及利亚当时适用法国法,而根据法国法关于不可抗力的认定,卖方有理由不完全履行合同。法院没有支持被告的抗辩,而是认定当事人约定的合同准据法为英国法,即便法国法是合同履行地的法律,当时法国法也并没有规定合同受阻,而只是规定了不可抗力。^③ 此外,即使按照法国法关于不可抗力的规定可以导致合同不完全履行,这也不等于按照英国法就构成合同受阻。^④

(四) 以第三国经济制裁为由提出抗辩难以成功

如果导致合同义务履行变为非法的标准不是仲裁准据法,也不是履行地的法律,而是当事人经常居

所地、国籍国或其他国家的法律,则合约受阻的抗辩可能不会得到支持。譬如,甲国与乙国交恶,甲国对乙国发起了单边经济制裁,而两国当事人此前订有合同,双方约定的仲裁准据法为英国法,而合同的履行地为丙国。此时,如果一方当事人不打算继续履行合同,并以单边经济制裁为由主张合同受阻,此种主张不应得到仲裁庭的支持,而是会以违约来判定相关损害赔偿责任的承担。

在1957年的一起典型案例中,双方当事人签订了国际货物买卖合同,买卖的标的是一批麻布袋,双方约定权利义务按照CIF价格术语进行确定,合同载明的履行地是从印度运往意大利。但事后英国上议院查明,双方实际上签订的是一份阴阳合同,背后的阴谋是把这批麻布袋从意大利转运至当时实施种族隔离政策的南非,而当时印度正在对南非实施经济制裁,印度的法律是禁止向南非出口麻布袋的。英国法院最终认定,这份合同在印度这一重要的履行地是非法的,因此不能执行,否则英国将违背对友好国家的政策。^⑤

在1988年的一起案例中,被告与原告签订一份服务合同,约定被告向原告支付佣金,由原告利用其私人关系(实际上涉嫌贪污受贿)确保被告可以更新与卡塔尔国家石油公司订立的国际原油供应合同。但被告在更新了供应合同后,拒绝向原告支付佣金,理由是双方的服务合同所约定的内容违反卡塔尔的公共政策(卡塔尔的公共政策禁止以私人关系谋求利益),故这些约定无法执行。双方的合同中约定的准据法是英国法,而非卡塔尔法,原告遂选择在英国法院提起诉讼。在审理本案时,英国的菲利普斯(Phillips)大法官指出,合同在履行地的履行具有非法性与合同的履行违反公共政策应当予以区别,且即便合同违反履行地的公共政策,这也只是在卡塔尔法律下的评价,而本案合同的准据法是英国法,不能以合同有悖于卡塔尔法来认定合同不可执行。该案的判决最终没有支持原告的诉讼请求,理由是打击商业贿赂不但是卡塔尔的公共政策,也是英国的公共政策,甚至可以理解为一种国际公共政策,故而命令强制履行该服务合同并要求被告支付

^① Nelson Enonchong, *Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45:632, p.633 (1996).

^② *Ross T. Smyth & Co (Liverpool) Ltd. v. WN Lindsay (Leith) Ltd.*, (1953) 1 W.L.R. 1280.

^③ *Jacobs v. Crédit Lyonnais*, (1884) 12 Q.B.D. 589.

^④ William Day, *Contracts, Illegality and Comity: Ralli Bros Revisited*, *The Cambridge Law Journal*, Vol.79:64, p.64 (2020).

^⑤ *Regazzoni v. K. C. Sethia (10U) Ltd.*, (1957) 8 W.L.R. 752.

佣金,与公共政策相违背。^① 公共政策具有地域性和国别性,每个国家对其赋予不同的内涵,在某些情况下,合同的履行行为违背履行地的公共政策并不必然等于违反准据法所属国的公共政策或国际公共政策。^② 因此,以履行合同有悖于履行地的公共政策为由主张合同受阻,需要结合具体案情及其所涉及及公共政策的具体方面加以评判。

四、单边经济制裁作为强制性规定适用于仲裁的分析

(一) 国际私法中关于强制性规定的界定及其类型化

CISG 虽然是国际货物销售合同领域最具影响力的统一实体法,但是由于缔约国在谈判期间存在种种分歧,为了促进公约的早日出台,各方作出了不同程度的让步,以致 CISG 并未将某些与合同有关的重要法律问题纳入调整范畴,其中典型的例证就是 CISG 不调整合同的效力问题。^③ 也正因如此,要想探讨单边经济制裁是否影响合同的效力,并不能从 CISG 中直接找到答案,而必须根据国际私法的间接方法来确定准据法。需要强调的是,据以调整涉外合同法律适用的国际私法,虽然以冲突规范的多边指引作为主导方法,但是却仍然保留着建立在直接适用的法基础之上的单边主义方法。具言之,所谓直接适用的法,是指立法中承认这样一种现象:在所有法律体系中均存在某些特定的实体规则,基于其特殊性质和特定目标,此类规则可以不经冲突规范的指引而直接予以适用。^④ 国际私法巨擘萨维尼所建构的多边主义法律选择方法肯定了此类特殊规则的存在,并直言这种规则之所以可以直接适用是因为其本身关乎基本的社会秩序、政治制度和公共利益,但这类规则属于法律关系本座理论的例外,其与构成双边体制基础的法律互换性原则相对立。1958年,希腊裔法国国际私法学者弗朗西斯卡基斯对直接适用的法理论展开详述,他没有抽象地从理性主义视角就法律选择理论进行宏观描述,而是采用经验主义方法,通过观察法国法院涉外审判的实践,注意到法院地的某些特殊规则在双边体制中始终保持

着独特地位并且可以撇开冲突规范的指引而径直予以适用。^⑤ 鉴于此,仲裁庭在处理单边经济制裁的适用及其对合同效力的影响问题时,需要重点审查:某项单边经济制裁是否构成应当直接适用的强制性规定? 如果答案是肯定的,则合同的效力将无可避免地受到经济制裁的消极影响;如果答案是否定的,则需要继续按照国际私法的逻辑结合冲突规范来确定调整合同效力的准据法。

对于单边经济制裁,特别是旨在发生域外效力的次级制裁,其效力常常引发争议。这类经济制裁不仅旨在规束制裁发起国境内的主体及行为,还旨在规束本国企业的海外子公司、受本国公民控制的海外实体,甚至还旨在对第三国公民或实体在境外的商业行为进行限制或禁止。为此,目标国和第三国专门通过阻断立法的方式来反对次级制裁的域外适用,由此引起了制裁法与反制裁法之间的法律冲突。^⑥ 就外观而言,经济制裁法、阻断法、反制裁法都具有强制力,但其究竟能否构成国际私法意义上的直接适用的法,需要进一步考察。

(二) 关于判定强制性规定的两种标准

有学者指出,在判定某一具体的规范是否属于直接适用的法时,存在冲突法与实体法两类标准,直接适用法并不构成单独的规范类型,而是实体法独特的强制规范在国际私法层面的投射。^⑦ 其中,冲突法标准是指由现行国际私法立法或司法解释确立的标准,如《罗马条例 I》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(简称《法律适用法司法解释一》),二者明确直接适用的法需要同时满足公益标准和超越标准。所谓实体法标准,是指从涉外民商法视角判定某类公法规范是否对合同效力造成重要影响。需要说明的是,国际私法语境下讨论的强制性规定,与民商法领域的强制性规定,并非同一概念。在民商法领域,任意性规范与强制性规范长期处于共存状态。其中,任意性规定大多体现为授权性规则,即立法明确允许当事人通过协议的方式对

① *Lemenda Trading Co Ltd. v. African Middle East Petroleum Co Ltd.*, (1988) Q.B.448.

② 参见许青腾:《论国际商事仲裁中涉及贿赂合同纠纷的处理》,载《仲裁研究》2013年第1期,第51页。

③ CISG 第4条a款明确规定,CISG与合同的效力或其中任何条款的效力或任何惯例的效力等事项无关,其仅适用于调整销售合同的订立及买卖双方因此种合同所产生的权利和义务关系。参见肖永平、王承志:《国际商事合同立法的新发展——〈国际商事合同通则〉与〈联合国国际货物销售合同公约〉特点之比较》,载《法学论坛》2000年第4期,第94页。

④ 参见邢钢:《国际私法体系中单边主义方法的逻辑与路径》,载《江西社会科学》2018年第2期,第164页。

⑤ 参见贺万忠:《冲突法的理念嬗变与立法创新》,世界知识出版社2012年版,第275页。

⑥ 参见杜玉琼、黄子淋:《论我国反制裁法的功能及其实现路径》,载《河北法学》2023年第6期,第90页。

⑦ 参见董金鑫:《国际经贸领域的直接适用法研究》,中国社会科学出版社2018年版,第108页。

行为规范加以变更。强制性规定则与任意性规定相对,是指直接规定当事人意思表示或事实行为,不允许依其意思加以变更或排除其适用,否则将受到法律制裁的法律规定。^①在强制性规定内部,又可进一步细分为禁止性规定与命令性规定,按照民法原理,只有违反前者才会导致法律行为无效。换言之,强制性规定可区分为效力性的强制规定(也称效力规范)与管理性的强制规定(也称取缔规范),前者着眼于违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的,后者着眼于违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。^②某国际商事合同如果违反取缔规范,仅意味着违反的一方需要承担公法上的责任,但合同的有效性并不因此受到否定。唯有违反效力规范,方可使合同归于无效。在涉外领域,认定某一特殊规范是否属于直接适用的法时,其采取的标准与国内法不完全一致,而是需要综合考察这类规范本身的实体法功能和冲突法定位。事实上,在涉外合同领域,各国纷纷加强对经济社会生活的管制,切入点包括但不限于反垄断法、进出口管制以及外汇管制等。不仅法院地法中的经济制裁、准据法所属国作出的经济制裁可能被视为直接适用的法,第三国采取的经济制裁也可能被纳入直接适用的法的范畴。目前,欧盟关于合同的统一冲突法对第三国强制规范的直接适用作出了明确规定,这为仲裁庭处理单边经济制裁问题提供了重要参考。^③

(三) 欧盟国际私法的相关规定及其对仲裁庭的启示

《罗马条例 I》是欧盟针对合同法律适用制定的专门国际私法规范,其在强制性规定的界定及适用方面展现了成熟的立法技术。《罗马条例 I》的前身是欧洲经济共同体于 1980 年通过的《罗马公约》,严格来讲,首次将强制性规定作为独立法律概念引入合同冲突法领域的是《罗马公约》,而《罗马条例 I》在继承相关规范的基础上又加以适当创新,使之符合时代发展。从规范视角审视,《罗马条例 I》将强制性规定区分为国际与国内两种。

1. 国内强制性规定——“不能通过协议减损的规则”

在法理学上,强制性规定是相对于任意性规定而言的法律概念。任意性规定是允许当事人通过协议加以变更的法律条款;而强制性规定是指那些不能通过协议加以减损的规则。在任何国家的法律体系中,强制性规定并不专属于某一部门法,其在公法和私法中均有体现,散见于多个单行立法之中。以中国为例,国内强制性规定体现为两种情形:一是可通过法律条文的措辞予以甄别,尤其是采用“必须”“应当”“不得”等措辞的法律条款,以表明规则本身的不可违反性;二是通过法律条文的具体内容、立法宗旨、规范目的加以甄别,譬如结合相关法律条文的起草过程、明示目的、上下文等可以判断出,这些规定旨在保护一国重要的政治、经济、社会利益,一旦违反将导致当事人所订立的协议无效,则可被认定为强制性规定。^④司法部于 2021 年颁布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中首次明文规定了仲裁庭应当遵守强制性规定。^⑤但是,笔者认为,此处所称强制性规定特指仲裁法立法中的规定,如可仲裁性、一裁终局、程序平等、仲裁协议效力的规定等,而探讨经济制裁是否构成强制性规定时,其偏重于实体性强制性规定,二者不可等同起来。虽然仲裁立法没有对实体性强制性规定作出规定,但中国部分仲裁机构的仲裁规则^⑥在规范仲裁庭应当适用何种法律裁断案件方面,突出了强制性规定的重要性,可为仲裁庭处理经济制裁提供参考。

2. 国际强制性规定——“优先性强制规则”

《罗马条例 I》第 9 条第 1 款对优先性强制规则给出了界定:一国在维护诸如其政治、社会或经济组织等公共利益方面至关重要而必须遵守的规则,以致对属于其适用范围的所有情况,不论合同的准据法是什么法律,他们都必须予以适用。优先性强制规则,虽然也称国际强制性规定,并不是说这类规则呈现于国际法渊源中,而是强调其在国际关系上的重要性。此类规则,同时满足如下要件:第一,在国

① 参见崔建远主编:《合同法》(第 6 版),法律出版社 2016 年版,第 69 页。

② 参见梁慧星:《民法总论》(第 5 版),法律出版社 2017 年版,第 205 页。

③ 参见董金鑫:《第三国强制规范在法院地国的适用研究》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 1 页。

④ 参见凡启兵:《〈罗马条例 I〉研究》,中国法制出版社 2014 年版,第 89 页。

⑤ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第 30 条规定:“当事人可以约定仲裁程序或者适用的仲裁规则,但违反本法强制性规定的除外。当事人没有约定或者约定不明确的,仲裁庭可以按照其认为适当的方式仲裁,但违反本法强制性规定的除外。”

⑥ 如 2015 年版《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 49 条第 2 款规定:“当事人对于案件实体适用法有约定的,从其约定。当事人没有约定或其约定与法律强制性规定相抵触的,由仲裁庭决定案件实体的法律适用。”再如,2022 年版《北京仲裁委员会仲裁规则》第 69 条第 3 款规定:“根据当事人的约定,或者在仲裁程序中当事人一致同意,仲裁庭可以依据公平合理的原则作出裁决,但不得违背法律的强制性规定和社会公共利益。”

内法上,不能通过协议而减损;第二,在冲突法上,不论准据法为何种法律,其都必须予以适用。照此标准,只有部分国内法上的强制性规定能够被归入国际强制性规定的范畴。^①从国别角度来看,此类规则又涵盖两种情况:第一,法院地的强制性规定;第二,第三国(尤其是履行地)的强制性规定。《罗马条例 I》对前者并未过多限制,对后者则以相关规定不得使合同归于无效作为适用的条件。

如前文所言,国际商事仲裁在法律适用上与法院的诉讼程序不完全相同,而包括《罗马条例 I》在内的国际私法立法主要是针对法院诉讼,其中部分内容可被仲裁庭所援引或参考,但也有些条款明显不适用于仲裁。其中,最为典型的例证是,国际商事仲裁中不存在法院地的概念,即便存在仲裁地这一地域连结因素,其与法院地也不可等同起来。相应地,仲裁庭是否受到强制性规定的约束,以及哪些国家的强制性规定可以直接适用于仲裁,学术界长期存在争论。^②但不容否认的是,仲裁庭既然接受了当事人的指定,其使命是尽可能作出一份可被承认及执行的仲裁裁决。既如此,仲裁庭如果能够合理预见仲裁裁决将在仲裁地或第三国法院执行,就不能忽视这些国家发起的单边经济制裁。至于如何判定相关制裁是否构成国际强制性规定并予以适用,《罗马条例 I》显然具有参考价值。

《罗马条例 I》第9条第2款规定,本条例的任何规定,均不得限制法院地法中优先性强制规则的适用。如果仲裁庭认为其对案件的审理有足够强的利益时,便可以牺牲本应适用的准据法为代价,适用仲裁地的强制性规定。然而,仲裁地的强制性规定并不能完全取代准据法,而仅能取代准据法中与仲裁地发布的单边经济制裁相抵触的部分。结合《罗马条例 I》第9条第3款,应在境内或已经在境内履行合同之债的国家,其优先性强制规则也可被赋予效力,但该强制性规定不得使合同履行归于非法。这

意味着,如果制裁发起国是合同履行地所在国,仲裁庭在决定是否赋予制裁以强制性效力时,应考虑其性质、目的、适用或不适用的后果。实践中,如何适用第三国强制性规定仍较为复杂,相关法律的适用不能有悖于仲裁地的公共政策,否则可能导致仲裁裁决被撤销。当合同准据法恰为仲裁地法时,法院在酌处和决定是否适用第三国单边经济制裁时,需要综合以下因素:一是制裁发起国是否是合同履行地;二是不得违背消费者惯常居所地、雇员工作地、雇主营业所所在地法律的保护性强制规则;三是为防止当事人通过协议进行法律规避,仲裁庭可以考虑适用与争议有最密切联系的国家发起的单边经济制裁。

五、结语

考虑到单边经济制裁对国际秩序和全球治理带来的冲击,从维护人类命运共同体出发,政府应当从反制裁角度对别国发起的制裁予以阻断,位于中国境内的仲裁庭既不能承认外国制裁法的域外效力,亦不应将其适用于争议解决。位于境外的仲裁庭,对那些尚未被纳入反制对象的单边经济制裁,则需要从国际商事合同的效力、履行及救济层面开展考察,重点分析当事人的订约自由是否被某项制裁所干预。单边经济制裁既非纯粹的事实问题,亦非纯粹的法律问题,而要区分情形分别定性。仲裁庭是否认可并适用单边经济制裁,应重点考虑两项因素:其一,仲裁地对外国制裁持何种态度,外交部门及商务部门认同该项制裁抑或予以反制,将关系到仲裁庭的酌处;其二,合同的准据法是哪国法,如果准据法恰恰是制裁发起国的法律,则仲裁庭可将制裁作为准据法的内在组成部分加以适用,但如果准据法是法院地法或第三国法,又需要论证该项制裁是否构成国际强制性规范,以及制裁发起国与涉案合同争议是否存在密切联系。

^① Andrea Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law: The Quest for Uniformity of Decisions in Global Environment*, Yearbook of Private International Law, Vol. 1: 215, p. 223 (1999).

^② Andrew Barraclough & Jeff Waicenymer, *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 6: 205, p. 233 (2005).