

# 论国际贸易融资工具中制裁免责条款法律效力的司法认定

邵辉

(浙江万里学院 法学院,浙江 宁波 315110)

**摘要:**在国际商事惯例和国内私法中,制裁免责条款作为私人主体之间进行经济制裁风险转移和风险规避的重要手段,既缺乏明确法律依据,亦未形成具体效力认定规则,从而不可避免地具有强制性的经济制裁措施产生法律冲突,在法律适用上存在较大的合法性、有效性以及可执行性危机。鉴于立场不同,国际商会、国内法院和跨国金融机构等不同主体的认识也存在明显差异。对中国而言,国内法院在司法认定中,应及时创设具体的裁判规则,为当事人使用和设计制裁免责条款提供方向性指导;国内金融机构在提供跨境金融服务时,出于外部风险内部化的考量,有必要插入制裁免责条款,但不能超越经济制裁法律的范围,同时尽量使用含义明确、范畴清晰的法律术语。

**关键词:**制裁免责条款;法律效力;司法认定

**中图分类号:**D997.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2024)04-0097-12

为规避经济制裁与反制裁衍生的法律风险,跨境商事主体在国际贸易中开始频繁使用制裁免责条款。尤其是在国际贸易融资工具中,制裁免责条款的不当使用会导致跟单信用证、备用信用证、跟单托收和见索即付保函等产生法律适用上的不确定性,并可能使人们对这些国际贸易融资工具本身的效力产生疑问,甚至导致其失去原有的独立担保制度功能。原因是作为独立担保人的银行一旦兑付了被制裁国的自然人或法人提交的独立保函和信用证,很可能会因触碰或违反制裁发起国的法律或禁令,导致自己也被拉入制裁名单之中。<sup>①</sup>从实际效果来看,制裁免责条款的插入只能起到在交易参与方之间的风险转移作用,并不能影响制裁措施本来的法律效力。即使没有提前插入制裁免责条款,如果基础交易被制裁发起国认定为违反制裁措施,担保人亦可援引该结论从而拒绝兑付。<sup>②</sup>不过,制裁免责条款的最终法律效力并不是由插入者来判断,而是要考虑国际商事惯例和国内法院司法裁判的立场。

实践中,国际商事惯例与国内法院司法裁判存在明显分歧。以跨国银行在国际金融交易文件中插入制裁免责条款为例,尽管其主要目的在于通过主动设置制裁免责条款提前进行风险转移和风险规避,为银行在遭遇经济制裁时寻找免责事由提供合法依据。但是,在国际商事惯例制定者——国际商会看来,制裁免责条款的使用无疑是对国际独立担保机制独立性原则和单据性原则的极大破坏,严重动摇了国际商事惯例中独立担保存在的制度根基。与之相反,国内法院基于经济制裁不确定性特征和国际商事交易稳定性需求,认为制裁免责条款的实质是担保人为了在国际商事惯例的任意性规则和外国公法的强制性规则之间实现义务平衡和规则遵从的法律工具,<sup>③</sup>逐渐成为了制裁免责条款效力认定的主要行为体。

学术界目前已有研究提及制裁免责条款存在较大的不确定性,<sup>④</sup>不利于稳定国际商事交易主体的合理

收稿日期:2024-02-21

基金项目:2024年度浙江省哲学社会科学规划青年课题“金融制裁非对称反制的司法路径研究”(24NDQN198YBM),2024年度浙江省科学技术厅软科学研究计划一般项目“美国《芯片与科学法案》对浙江省半导体产业发展的影响及对策研究”(2024C35041)

作者简介:邵辉,男,法学博士,浙江万里学院法学院讲师。

<sup>①</sup> 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第7页。

<sup>②</sup> Michelle Kelly-Louw, *Illegality as an Exception to the Autonomy Principle of Bank Demand Guarantees*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol.42:339, p.339(2009).

<sup>③</sup> John Flood, Kate Galloway & Melissa Castan, *Paget's Law of Banking* (15th Edition), LexisNexis Butterworths Publishing, 2018, p.1233.

<sup>④</sup> 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第5页。

预期;<sup>①</sup>也有学者从不可抗力视角,探讨制裁免责条款的法律效力司法认定方法;<sup>②</sup>亦有研究从公法私法化与私法公法化的交互关系出发,在国际商事仲裁语境中讨论仲裁庭面对制裁免责条款时的立场选择。<sup>③</sup>但是,探索中国法院如何创设具有中国特色的制裁免责条款司法认定规则仍付之阙如。笔者试图理解国际商会和国内法院关于制裁免责条款法律效力的立场与态度差异,并探讨中国法院和中国当事人应如何应对制裁免责条款,为国内法院强化涉外海事海商领域反制裁、反干涉、反长臂管辖的司法应对能力提供理论参考。

## 一、国际商会关于制裁免责条款法律效力的立场与态度

为避免因可能违反经济制裁而产生不利后果,预防制裁措施对其自身贸易和相关交易项下承担的付款义务所产生的影响,并将该影响提前告知海外代理行或独立保函和信用证的受益人,金融机构开始在独立担保交易文件中插入制裁免责条款。<sup>④</sup>制裁免责条款的插入虽然可以给银行提供特定情形下的保护,但不能免除银行的兑付义务。国际贸易融资工具中的制裁免责条款主要包括两种类型:一类是在信用证中设置制裁免责条款,另一类是开证银行依据包含有制裁内容的内部合规制度审单。

实践中,各个机构设置的制裁免责条款并没有统一的标准和固定的格式,适用范围也存在很大差异,有时只是简单地声称或重复“银行负有遵守对其适用的制裁法律和法规的法定义务”,有时可能因为在制裁免责条款中使用了“排除”或“抵制”的措辞,导致制裁免责条款因违反强制性法律规定而无效。国际贸易融资实践中制裁免责条款的实践应用场景越来越多,但现有的国际商事惯例和国内法却并未明确规定其法律效力,导致在制裁措施约束下,即使受益人提交的单据已经达到单单相符、单证相符的承兑要求,银行也无法准确判断是否需要履行承兑义务或者是否可以依据制裁免责条款拒绝支付。为了给银行等金融机构在国际贸易融资工具中合理使用制裁免责条款提供指示,国际商会通过指导文件和回复意见的形式表达了自己对于制裁免责条款法律效力的立场和态度。

### (一) 国际商会关于制裁免责条款法律适用的指导文件

国际商会银行委员会先后发布了四份关于如何使用制裁条款的指导文件,具体包括:国际商会在2010年发布的《关于在适用国际商会规则的贸易相关产品(例如:信用证、跟单托收和保函)中使用制裁条款的指导文件》[简称《指导文件》(2010年)],<sup>⑤</sup>国际商会在2014年更新发布的《关于在适用国际商会规则的贸易金融工具(包括跟单信用证、备用信用证、跟单托收和见索即付保函)中使用制裁条款的指导文件》[简称《指导文件》(2014年)],<sup>⑥</sup>国际商会在2020年发布的《〈关于在适用国际商会规则的贸易金融工具(包括跟单信用证、备用信用证、跟单托收和见索即付保函)中使用制裁条款的指导文件〉附录》(简称《指导文件(附录)》),<sup>⑦</sup>国际商会在2022年发布的《关于在适用国际商会规则的贸易金融工具使用制裁条款的指导文件(合订版)》(简称《指导文件(合订版)》),<sup>⑧</sup>旨在强调新的国际形势下,在独立保函和信用证等适用国际商会规则的贸易金融工具中使用制裁条款所产生的问题该如何处理。

制裁措施的强行法性质,不可避免地会限制和影响银行履行《跟单信用证统一惯例第600号出版物》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, ICC Publication No.600,简称UCP600)和《见索即付保

① 参见石佳友、刘连焘:《国际制裁与合同履行障碍》,载《上海大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第55页。

② 参见刘佳宸、刘瑛:《论经济制裁影响国际商事合同履行时不可抗力的适用》,载《国际法研究》2023年第4期,第84页。

③ 参见张建:《单边经济制裁在国际商事仲裁中的性质界定及适用路径》,载《中国海商法研究》2023年第3期,第71页。

④ 参见王腾、曹红波:《彻底搞懂信用证》(第3版),中国海关出版社2018年版,第278页。

⑤ *Guidance Paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products (e.g. Letters of Credit, Documentary Collections and Guarantees) Subject to ICC Rules*, ICC(26 March 2010), <https://library.iccwbo.org/tfb/ps/sanction-Clauses-Guidance-Paper-2010.pdf>.

⑥ *Guidance Paper on the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance-Related Instruments Subject to ICC Rules, Including Documentary and Standby Letters of Credit, Documentary Collections and Demand Guarantees*, ICC, [https://www.icc-switzerland.ch/images/8.Guidance-Paper-on-The-Use-Of-Sanctions-Clauses\\_2014.pdf](https://www.icc-switzerland.ch/images/8.Guidance-Paper-on-The-Use-Of-Sanctions-Clauses_2014.pdf).

⑦ *Addendum to the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance-Related Instruments Subject to ICC Rules, Including Documentary and Standby Letters of Credit, Documentary Collections and Demand Guarantees*, ICC, <https://iccmex.mx/comision/posturas-herramientas/addendum-to-the-icc-guidance-paper-on-the-use-of-sanction-clausespdf.pdf>.

⑧ *Consolidated ICC Guidance on the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance-Related Instruments Subject to ICC Rules*, ICC, <https://www.icc-austria.org/fxddata/iccws/prod/media/files/2022-icc-use-of-sanctions-03-003.pdf>.

函统一规则》等由国际商会银行委员会制定的国际商事惯例规则项下的付款义务。对于经营跨境业务的国际银行而言,之所以会选择使用制裁免责条款,是因为跨国银行在不同司法管辖区的业务运营可能会面临遵守不同类型且相互冲突的制裁措施和监管规定的要求,导致其不得不主动制定和调整内部政策来缓解可能产生的法律冲突风险,并为此承担沉重的合规成本。国际商会银行委员会先后发布的上述四份关于如何使用制裁免责条款的指导文件分别具有不同的政策侧重点。

首先,在《指导文件》(2010年)中,国际商会建议制裁免责条款的使用不能让银行对其在信用证项下的偿付义务产生疑问,同时建议跨境商事交易的国际商事主体应当考虑到制裁往往在与其交易相关的另一个国家生效,故应根据自己公司的风险政策来判断是否有必要拟定制裁免责条款。

其次,在《指导文件》(2014年)中,国际商会建议制裁免责条款属于非单据化条件,在国际贸易金融业务中使用制裁免责条款时,应尽量避免对独立担保的独立性原则和单据性原则产生不利影响,从而降低贸易金融工具作为国际结算工具的确定性。

再次,在《指导文件(附录)》中,随着国际形势的进一步变化,经济制裁与金融制裁已成为国际贸易和国际商事交易中相对常态化的一种外部影响,<sup>①</sup>制裁免责条款迎来了再一次重生。由于较为宽泛的制裁条款会严重破坏见索即付独立保函和跟单信用证的独立性原则以及其独有的跟单性质,并且造成了法律上的不确定性,故国际商会建议,如果作为担保人的银行在与其客户和贸易金融交易对手磋商后,仍认为有必要使用制裁条款,则应以限制性的清楚措辞,仅根据该银行应当遵循的强制性法律来起草制裁免责条款。

最后,在《指导文件(合订版)》中,国际商会强调在适用国际商会规则的贸易金融相关工具中,例如具有独立性和不可撤销的跟单信用证、备用信用证、独立保函以及反保函等,通过使用与贸易制裁、经济制裁、金融制裁以及出口管制相关的制裁免责条款表明银行愿意遵守相关制裁法律规定,对于参与国际贸易融资交易的银行来说,已经成为十分棘手的现实问题。国际商会专门推出制裁免责条款的合订版指导文件,指出此类条款在使用中存在的问题,同时,向国际社会推荐解决此类问题的最佳做法。

综上所述,国际商会根据已经变化的国际新形势,反复强调基于强制性法律的制裁法律法规的效力高于国际商会的交易规则,金融机构在独立保函和信用证交易文件中插入制裁免责条款的做法在多数情况下并无必要,因为制裁免责条款并不能产生风险转移或者风险规避的预期效果。而且,即使金融机构及其交易对手方认为仍需插入制裁免责条款,亦应将该条款限于制裁法律法规的范围之内,而尽量不要试图逾越或冲抵制裁法律法规的规定。同时,为了共同维护独立保函和信用证等贸易金融工具的独立性和单据性以及付款责任的确定性,及其在国际贸易实践中累积形成的良好声誉,各方主体应本着务实合作的态度行事。

## (二) 国际商会关于制裁免责条款法律效力的基本态度

国际商会发布了多份关于独立保函和信用证项下制裁免责条款法律效力的官方意见,旨在鼓励独立保函和信用证领域国际商事惯例规则的统一适用,预防商事纠纷的发生,同时为国内法院解释和适用国际商会规则提供指南。国际商会发布的有关官方文件不仅为从业人员提供了有力指引,而且被法官们在审理涉及国际商会惯例的争议时所广泛引用。<sup>②</sup> 国际商会关于在独立保函和跟单信用证中插入制裁条款的意见,对准确理解制裁免责条款的法律效力具有参考作用。整体来看,国际商会对于在独立保函和信用证中插入经济制裁免责条款的行为持批判立场。理由在于,国际商会认为,对银行来说,让银行决定制裁存在时是否履行付款义务,赋予了开证行或保兑行是否承付的较大自由裁量权;而对受益人来说,则明显增加了付款的不确定性,会对开证行或保兑行的付款承诺产生怀疑,从而给独立保函和信用证的独立性原则和单据性原则带来挑战,影响了信用证作为国际贸易融资结算工具的稳定性和确定性。但是,国际商会并未否定制裁免责条款的积极作用,并且通过前述示范条款和以下官方意见进行了务实引导。

### 1. 经济制裁规则的强制性优先于跟单信用证统一惯例规则的自治性

在国际商会的第752号意见(*Opinion 470/TA752rev3*)中,<sup>③</sup>针对保兑行根据保兑协议中的制裁免责条款

<sup>①</sup> Pierre-Hugues Verdier, *Global Banks on Trial: U.S. Prosecutions and the Remaking of International Finance*, Oxford University Press, 2020, p.39.

<sup>②</sup> 参见[英]盖瑞·考利尔编:《国际商会银行业委员会2012—2016年意见汇编》,中国国际商会、国际商会中国国家委员会译,对外经济贸易大学出版社2019年版,第340页。

<sup>③</sup> Gary Collyer ed., *ICC Banking Commission Opinions 2018—2019*, ICC, 2020, p.23.

拒绝付款并向开证行转递单据的做法,国际商会认为,尽管保兑行在其保兑协议中插入了《指导文件》(2010年)中示范的制裁免责条款,但以此作为免除其在UCP600第15条(b)款或第8条下的付款义务是不合适的。受益人有权就保兑通知中制裁免责条款的适用范围向保兑行提出疑问,而且如果受益人认为有必要,还可以就制裁免责条款的可执行性向保兑行寻求法律意见。毕竟在该案中,保兑行虽然在交易文件中插入了制裁免责条款,但是从时间上来看,受益人提交相符单据之后,开证行才被列入欧盟的制裁名单,而且制裁免责条款并不能免除保兑行的付款义务,因为制裁规则是一种法律规范,其效力凌驾于具有自治性的跟单信用证统一惯例规则之上。

也就是说,经济制裁规则属于强制性法律范畴,其效力优先于作为国际商事惯例的跟单信用证统一惯例规则,如果经济制裁措施所依据的法律法规明确禁止保兑行议付,保兑行可以拒绝议付。因为强制性法律是开证行和保兑行必须遵守的规定,强制性法律的范围包括开证行和保兑行的业务所在地法律、本国法律或者货币清算地法律,这些强制性法律的效力都优先于跟单信用证统一惯例规则以及开证行与保兑行之间的契约性义务。因此,无论是根据跟单信用证统一惯例规则还是在其他信用证业务中产生的义务,保兑行都应遵守对其适用的具有强制性的经济制裁法律法规。任何有关因保兑行遵守特定制裁措施或相关行为而产生的争议,都应提交相关法院处理。

## 2. 经济制裁规则的法律效力优先于银行内部的合规政策

在国际商会的第884号意见(*Opinion R906/TA884rev*)中,<sup>①</sup>针对开证行以受益人提交的单据违反了“信用证中关于当地和国际法律法规、开证行内部关于反洗钱/贸易融资合规和国外制裁条款”为拒付理由,国际商会认为,尽管开证行在信用证中插入了制裁免责条款,<sup>②</sup>但是开证行在受益人提交相符单据时仍必须履行信用证项下的兑付义务,因为参与国际贸易之中的银行应当确保其所采取的任何政策,既不会违反或背离UCP600的规定,也不会因为信用证的开立而违反银行的内部政策。

制裁规则在效力上不仅优先于UCP600的规定,也超越了银行内部的合规政策和风险防范制度。如果因违反UCP600和银行内部政策的规定而出现相互冲突的银行义务,则银行应当在所开立的每一份信用证条款和条件中对此作出清晰的说明。开证行应当根据UCP600第16条的规定行事,否则其将不能再援用信用证不构成相符交单的拒付抗辩。此外,开证行向受益人发出的依据制裁规定禁止其履行兑付义务的通知,不能被解释为或者等同于正式的拒付通知。

## 3. 经济制裁规则的限制适用于受益人单证相符情形

在国际商会的第336号意见(*Opinions Re 336*)中,<sup>③</sup>针对开证行以如下两点理由拒付:美国政府对前南斯拉夫实施的制裁适用《跟单信用证统一惯例第400号出版物》第19条,属于不可抗力,以及信用证在制裁期限内已过期。国际商会认为,鉴于制裁问题是一个相对较新的概念,UCP600以前的制订者在起草相关规则时并未考虑到这个问题,如果受益人提交的单据构成单证相符,开证行的付款行为要首先遵守相关制裁规定的限制,此时开证人应借记开证申请人的账户并暂时冻结付款资金。

## 4. 制裁免责条款必须插入时,措辞应当做到含义明确、范畴清晰

在国际商会的第920号意见(*Opinions R470/TA920 Re*)中,<sup>④</sup>国际商会重申经济制裁规则具有强制性效力,优先于具有自治性的UCP600,银行应当受经济制裁规则的约束;同时,为了最大程度地维护独立保函与信用证在国际贸易中的稳定性,对银行提出三项建议:一是银行应当尽量避免在独立保函和信用证等贸易金融工具中插入制裁免责条款,更不应该在贸易金融工具中加入与制裁相关的内部政策规定;二是如果银行经与其交易对手方商量后确认仍有插入制裁免责条款的现实必要,则制裁免责条款的措辞应当做到含义明确、范畴清晰;三是银行在办理涉及制裁规定产生的拒付情形时,应提供必要的信息,单纯的拒绝通知不构成UCP600项下的有效拒付,银行应当提供制裁法律法规的具体信息,以及交单中所涉及的具体单据或数据。

<sup>①</sup> Gary Collyer ed., *ICC Banking Commission Opinions 2018—2019*, ICC, 2020, p.23.

<sup>②</sup> 开证行在信用证中插入的制裁免责条款内容如下:“我行(开证行)按照当地和国际法律法规处理交易,同时保留遵守外国制裁条款的权利。若单据由被任何当局制裁的一方出具或该制裁方参与了交易或显示有该方参与,单据可能经我们自由裁量而不被兑付,且我方不承担任何责任。”

<sup>③</sup> Gary Collyer ed., *ICC Banking Commission Opinions 2018—2019*, ICC, 2020, p.24.

<sup>④</sup> Gary Collyer ed., *ICC Banking Commission Opinions 2018—2019*, ICC, 2020, p.23.

## 二、各国国内法院关于制裁免责条款法律效力的司法认定

关于制裁免责条款的法律效力,不同国家的国内法院出于维护自己的国家利益形成了不同的裁判立场。各国国内法院根据本国经济形势的变化和进行国际法律斗争的现实需要,对制裁免责条款的法律效力进行灵活处理,<sup>①</sup>享有较大的司法主权和自由裁量空间。其共同点在于,国内法院往往作为制裁法律风险可能存在的最后裁判者,并以此来认定制裁免责条款的法律效力。而且,国内法院的裁判实践表明,无论制裁免责条款是否可以起到免除金融机构的兑付责任或赔偿责任,金融机构最终都会面临被制裁风险。换言之,制裁免责条款的风险缓释和风险转移作用并没有想象中那么有效,其应用效果受到大国外交司法政策、措辞表达和其他因素的制约和影响。

### (一) 中国司法判决中的制裁免责条款

目前未见由中国国内法院审理的、与独立保函和信用证项下制裁免责条款直接相关的案件。其他直接涉及经济制裁措施和制裁免责条款的公开案例也数量较少,主要涉及海上货物运输和货物买卖合同纠纷。

#### 1. 制裁免责条款在中国司法裁判中的案例体现

比较典型的涉经济制裁法律问题的国内司法裁判包括天津市高级人民法院审理的“天津瑞福能源销售有限公司与北京中咨货运代理有限公司天津分公司等公司海运欺诈纠纷案”,<sup>②</sup>青岛海事法院审理的“金泰发展有限公司与诺亚天泽保险经纪(上海)有限公司、诺亚天泽保险经纪(上海)有限公司青岛分公司保险经纪合同纠纷案”,<sup>③</sup>湖北省随州市中级人民法院审理的“湖北耀星国际贸易有限公司、广西易德科技有限责任公司买卖合同纠纷案”。<sup>④</sup>

以“金泰发展有限公司与诺亚天泽保险经纪(上海)有限公司、诺亚天泽保险经纪(上海)有限公司青岛分公司保险经纪合同纠纷案”为例,上海某保险经纪公司承保了某船东的远洋船壳险,并在《船舶保险单》中特别约定了“制裁限制与除外条款”,<sup>⑤</sup>在承保期间内,船东获悉涉案船舶被列入联合国安理会、美国财政部海外资产控制办公室(Office of Foreign Assets Control,简称OFAC)制裁名单并将此情况告知保险人,保险人得知船东受到制裁后,立刻发出解除保险合同的通知并终止了保单。随后,经过船东的努力,成功将船舶从联合国安理会的制裁名单中移除并通知保险公司,保险公司重新签发了保单。此后船东获悉涉案船舶依然在OFAC单边制裁名单上,但在之后的保单存续期间及续保时均未将船舶受美国制裁的情况通知保险公司。在续保的保险年度内,涉案船舶发生了保险事故,保险公司在理赔过程中通过其他渠道获悉船舶受到美国制裁,并依据制裁免责条款拒绝作出赔付。船东遂向保险公司提起诉讼,青岛海事法院认为制裁免责条款是保险合同中的重要条款,作为保险合同的当事人应当知晓该条款的存在及其法律后果。最终,青岛海事法院判决保险公司有权依据制裁免责条款免除自己在保单项下的赔付责任。

鉴于该案判决形成时间较早,当时涉经济制裁的国内法律渊源主要为金融监管规定,<sup>⑥</sup>仅针对联合国安理会的多边制裁,而不包括单边经济制裁,故法院无须判断此后出台的《中华人民共和国对外关系法》(简称《对外关系法》)、《中华人民共和国反外国制裁法》(简称《反外国制裁法》)、《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等对制裁免责条款法律效力产生的重要影响。现阶段已经需要对制裁免责条款与国内法之间的法律冲突进行深入分析。

#### 2. 制裁免责条款与中国国内法的潜在冲突分析

从法理上看,中国的国际私法体系和反制裁法体系已经为国内法院认定制裁免责条款的法律效力提供

① 参见朱玥:《反制美国次级制裁的欧盟经验及启示:单边抑或多边》,载《中国流通经济》2020年第6期,第117页。

② 参见天津市高级人民法院(2014)津高民四终字77号民事判决书。

③ 参见青岛海事法院(2019)鲁72民初824号民事判决书。

④ 参见湖北省随州市中级人民法院(2019)鄂13民终58号民事判决书。

⑤ 保单特别约定清单“制裁限制与除外条款”载明:当保险人(再保险人)对某类风险提供保险保障,如依照保险条款对某项索赔进行赔付或给付保险金的行为使保险人(再保险人)有可能因违反联合国决议或欧盟、英国或美国其中任何一国有关贸易或经济的制裁法令或任何法律法规的规定而面临制裁、禁止或限制,则在以上情况下,保险人(再保险人)都不应该视作为该类风险提供了任何保险保障,亦不承担任何赔偿或给付保险金的责任。

⑥ 即原《中国人民银行执行外交部关于执行安理会有关决议通知的通知》。

了法律依据。从国际私法视角看,中国国内法院可以运用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(简称《法律适用法》)第4条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(简称《法律适用法司法解释(一)》)第8条规定的“直接适用的法”相关制度,将中国范围内外国法的适用范围仅限于中国法的强制性规定,并不包括外国直接适用的法或外国公法,从而排除外国强行法适用的可能性。这也符合中国法院在面外国制裁时的一贯立场。<sup>①</sup>实践中,中国法院对具有公法属性或强行法性质的外国经济制裁措施的域外适用,历来持批判和反对态度,基本不会遵守和适用。<sup>②</sup>

而且,从对外关系法体系来看,中国已先后颁布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《反外国制裁法》以及《对外关系法》,均明确反外国不当经济制裁在中国的域内适用,中国法院可以裁判当事人若继续以金融业务为由遵守外国制裁措施,可能会因违反中国法律的强制性规定而归于无效,导致制裁免责条款失去法律效力。

但是,制裁免责条款与中国国内法不可避免地会产生冲突和碰撞,除了当事人利用插入制裁免责条款规避外国经济制裁的不当影响时,需要对外国经济制裁措施进行识别和定性之外,更需要考虑的是,当反制措施作为制裁措施来源于中国国内法时,<sup>③</sup>反制措施属于中国国内法中的强制性规定,不允许当事人进行法律规避,当事人规避中国反制措施的,不发生适用外国法律的效力,具体说明如下。

首先,反制措施属于中国国内法中的强制性规定。为了应对制裁发起国对中国的贸易制裁、金融制裁以及知识产权制裁等经济胁迫,维护中国的国家安全和利益,中国通过国内法律先后规定了一系列具有防御性质的反制措施,这些反制措施属于中国法中的强制性规定。例如《中华人民共和国出口管制法》(简称《出口管制法》)第10条规定的“出口禁令制度”、第48条规定的“对等反制措施”,<sup>④</sup>以及《反外国制裁法》构建的反制措施体系等。<sup>⑤</sup>

其次,反制措施属于涉外民事关系法律适用中产生的问题,是中国涉外民事关系法律适用法中的强制性规定,既与合同法中的效力强制性规定和管理强制性规定有所不同,也与法律适用法中的公共秩序保留和法律规避条款有所不同,<sup>⑥</sup>既不允许当事人通过约定排除适用,也排除了中国国内法院适用冲突规范和外国制裁法的可能。如前所述,《法律适用法》第4条规定,中国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定,《法律适用法司法解释(一)》第8条对强制性规定的具体内容作了进一步阐明,<sup>⑦</sup>体现了国内强制性规定在涉外关系中的适用是普遍主义下的特殊需求,<sup>⑧</sup>《法律适用法司法解释(一)》第8条第6项规定的开放式兜底条款,给中国反对外国制裁的法律适用预留操作空间,同时也给制裁免责条款法律效力的判断带来了司法适用的不确定性。

最后,规避中国国内法中的反制措施不发生适用外国法的效力。《法律适用法司法解释(一)》第9条规

① 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第13页。

② 参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,载《中国应用法学》2022年第2期,第173页。

③ 从经济制裁发起方来看,其既包括主动实施单边经济制裁的国家,也包括被动作出经济制裁反制措施的国家。故经济制裁措施包括两类:一类是主动实施单边经济制裁的国家对国内主体或外国主体采取的禁止性命令;另一类是被经济制裁的国家采取的具有防御性质的反制裁措施。而且,两类经济制裁措施均具有强制性。由于制裁免责条款系商事交易主体为了规避具有强制性的经济制裁措施可能产生的法律风险而作出的私人层面的应对,故制裁免责条款的设置目的亦可分为两类:一类是为了规避外国经济制裁措施,另一类是为了获得本国反制裁措施的救济。

④ 《出口管制法》第10条规定:“根据维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务的需要,经国务院批准,或者经国务院、中央军事委员会批准,国家出口管制管理部门会同有关部门可以禁止相关管制物项的出口,或者禁止相关管制物项向特定目的国家和地区、特定组织和个人出口。”第48条规定:“任何国家或者地区滥用出口管制措施危害中华人民共和国国家安全和利益的,中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。”

⑤ 《反外国制裁法》第3条第2款规定:“外国国家违反国际法和国际关系基本准则,以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压,对我国公民、组织采取歧视性限制措施,干涉我国内政的,我国有权采取相应反制措施。”第4条规定:“国务院有关部门可以决定将直接或者间接参与制定、决定、实施本法第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织列入反制名单。”

⑥ 参见高晓力:《最高人民法院〈关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)〉解读》,载《法律适用》2013年第3期,第41页。

⑦ 《法律适用法司法解释(一)》第8条规定:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”

⑧ 参见沈涓:《强行性规定适用制度再认识》,载《国际法研究》2020年第6期,第86页。

定了规避中国强制性法律的行为后果,<sup>①</sup>因此,即使当事人在独立保函和信用证等涉外民商事关系法律适用中通过改变连接点故意规避中国的反制措施,或者主张因遵循外国制裁措施而不得不违反中国法中的反制措施,但只要案件适用中国反制措施的强行法规定,就不允许适用外国制裁法。

从应对层面来看,反制措施实际上徘徊在事实构成与法律规范之间,故中国可以通过国内法院对反制措施的识别和定性,参与国内法域外司法适用体系建设,肩负起国内法院在大国竞争中的法律斗争、法律合作以及法律竞争的三重功能。实际上,中国国内法院已经具备参与全球经济治理的对外功能。例如,中国法院已经可以根据《反外国制裁法》进行阻断法的司法适用并受理阻断诉讼,<sup>②</sup>尤其是海事法院、金融法院、国际商事法庭等专门法院,作为全球性的国际商事争端解决机构,在港口航运贸易金融和全球资源之间、国内大循环与国内国际双循环之间、国内法治与国际法治之间,起着重要的连接和桥梁作用,其关于制裁措施的识别和定性将直接影响国内法域外适用中的法律斗争、法律合作以及法律竞争。因此,可以在对外关系法框架下运用国内法院的私法公法化策略,发挥私法和司法对外国公法域外适用的消解功能,以此对冲经济制裁试图利用公法对私法的影响来完成其公法私法化的企图。

## (二) 外国司法判决中的制裁免责条款

英国法院通过判例说理,同时结合具体个案情况,逐渐明确了独立保函和信用证项下制裁免责条款的法律效力,并形成了若干对后续案件具有约束力的裁判规则。在英美法系国家,除了英国法院对制裁免责条款的法律效力作出明确认定之外,新加坡法院在“酷威拉能源有限公司诉摩根大通银行案”的一审判决中,<sup>③</sup>也首次明确表示信用证中的制裁免责条款合法有效且具有可执行性。新加坡法院认为,在全球多个司法管辖区从事提供跨境贸易融资结算服务的银行,极有可能会遭遇各种制裁法律和制裁措施的不当影响,从而扰乱银行根据国际商事惯例和国际金融合约履行义务的能力。为了尽量避免违反具有强制执行力的制裁法律,银行在私法层面为信用证插入制裁免责条款,属于其合法权利,应当受到法律的保护和法院的支持。

### 1. 因制裁措施导致合同目的落空不能成为保险人免除合同义务的理由

在英国高等法院2010年受理的“伊朗伊斯兰共和国航运公司诉汽船互保协会(百慕大)有限公司案”中,<sup>④</sup>原告为被保险人伊朗航运公司,被告为保险人英国汽船互保协会(百慕大)有限公司,伊朗航运公司向英国汽船互保协会(百慕大)有限公司投保船舶油污损害民事责任保险并缴纳了保费。2009年11月1日,伊朗航运公司的“祖立克”轮在浙江舟山海域触礁发生严重漏油事故,保险人对此拒绝赔付,理由是,2009年10月8日,英国财政部签发了第SI 2009/2725号《对伊朗金融限制令》,该限制令已于2009年10月12日生效,且明确禁止英国金融机构与伊朗航运进行交易和商业往来。同时,英国财政部又向英国汽船互保协会(百慕大)有限公司签发了三张批准证书,<sup>⑤</sup>准许其与伊朗航运公司之间的在先行为可以不受该限制令的约束。保险人认为第三张批准证书已不再允许对伊朗航运公司提供保险保障和承担赔偿责任,故拒绝赔偿。

英国高等法院认为,根据《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》(*International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001*),保险人必须对船舶燃油泄漏带来的污染作出赔偿。财政部的制裁法令和第三张批准证书并不能够导致保赔保险合同因受挫而终止,即使保险合同部分条款的履行被禁止,但其他条款的履行义务仍然是合法的,而且英国汽船互保协会(百慕大)有限公司执行保险合同的合法条款是商业社会的应有之义,不能以合同目的落空理论(也称为合同受阻、履约障碍等)作为行使合同解除权的事由,<sup>⑥</sup>更不能免除保险人的赔偿责任。

### 2. 制裁免责条款的当事人可以根据条款内容发出解除合同的通知

在2011年英国上诉法院受理的“阿拉什船运公司诉安盟保险公司案”<sup>⑦</sup>中,原告为被保险人阿拉什船运

<sup>①</sup> 《法律适用法司法解释(一)》第9条规定:“一方当事人故意制造涉外民事关系的连接点,规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的,人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。”

<sup>②</sup> 参见沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,载《中国应用法学》2022年第2期,第173页。

<sup>③</sup> *Kuvera Resources Pte Ltd. v. JP Morgan Chase Bank*, NA [2023] SGCA 28.

<sup>④</sup> *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited*, [2010] EWHC 2661 (Comm).

<sup>⑤</sup> 三张批准证书的侧重点并不相同,前两张批准证书准许该协会根据与伊朗航运公司之间订立的现行有效的合同在一定时期内继续为伊朗航运公司提供保险责任保障,第三张批准证书准许该协会根据签发给伊朗航运公司的蓝卡继续为伊朗航运公司提供保险责任保障。

<sup>⑥</sup> 参见张建:《单边经济制裁在国际商事仲裁中的性质界定及适用路径》,载《中国海商法研究》2023年第3期,第75页。

<sup>⑦</sup> *Arash Shipping Enterprises Company Limited v. Groupama Transport*, [2011] EWCA Civ 620.

公司,由伊朗企业控股,注册地位于塞浦路斯,被告为保险人安盟保险公司,保险标的为原告控制的伊朗石油运输船队。原告与被告签署的保险合同中明确写入了制裁免责条款。<sup>①</sup>在保险合同签署之后的第5个月,欧盟委员会通过了关于对伊朗实施制裁的条例(*EU Council Regulation No 961/2010*),对伊朗的企业和实体实施进一步的经济制裁。根据该制裁条例第26条第1款的规定,阿拉什船运公司属于被制裁的对象之一。由于2010年英国尚未完成脱欧,仍为欧盟成员国之一,故仍需遵守欧盟委员会关于伊朗的制裁条例。

本案的争议焦点为安盟保险公司是否可以基于保险合同中的制裁免责条款主动解除合同,<sup>②</sup>从而以履行不能构成法律上的免责事由,<sup>③</sup>使自己避免违反欧盟制裁条例。英国上诉法院认为,保险合同中的制裁免责条款并未违反欧盟针对伊朗的制裁政策,安盟保险公司有权根据制裁免责条款内容行事。而且,根据制裁免责条款的措辞,保险人只要真实而合理地认为其面临可能被制裁的风险,就有权向相对方发出合同解除的通知,并不要求法院对保险人是否会真实面临制裁风险作出判断。英国上诉法院最终判决,被告安盟保险公司根据保险合同中的制裁免责条款向原告发出的解除保险合同的通知有效。保险合同及其制裁条款是一个整体,被告安盟保险公司终止合同于法有据。

### 3. 基础交易涉及制裁的法律后果会传导到信用证交易之中

在2011年英国高等法院审理的“*Soeximex SAS 公司诉安睿可国际贸易有限公司案*”<sup>④</sup>中,双方签署了一份由原告向被告交付产自缅甸的长粒大米的国际货物贸易合同,并约定通过不可撤销的远期信用证付款,由被告于2008年10月10日前向纽约某银行申请开立信用证,但是美国纽约的多家银行均以原被告之间的基础交易合同涉及美国和欧盟针对缅甸的经济制裁为由,拒绝向被告开立信用证,导致被告未能在合同约定日期内开立信用证。根据美国财政部2005年制定的《缅甸制裁法案》(*Burma Sanctions Regulations*)第202条以及欧盟2008年制定的《关于缅甸制裁法令》[*Regulation (EU) Concerning Restrictive Measures in Respect of Myanmar/Burma*]第11条,<sup>⑤</sup>银行禁止向缅甸政府以及与其有联系的实体和个人提供金融服务。

根据双方签署的国际货物贸易合同中的争端解决条款,当双方出现贸易纠纷时,首先向英国谷物和饲料贸易协会(*The Grain and Feed Trade Association*,简称GAFTA)申请仲裁,若仲裁仍无法解决,则适用英国法。原告遂向GAFTA提出了仲裁请求,但GAFTA上诉委员会认为,作为信用证受益人的新加坡公司并不在制裁范围之内,虽然缅甸确实被欧盟和美国所制裁,但是制裁行为并不足以构成进口商不履行项下开立信用证的充分理由。进口商只有证明其开证行为确实实质性违反了欧盟和美国对缅甸的制裁法令,才能得以免责。随后,作为进口商的被告向英国法院提起诉讼。

尽管该案当事人并未在买卖合同中插入制裁免责条款,但法院认为GAFTA的仲裁结果没有考虑与制裁适用性有关的所有问题,存在对进口商裁决不公的风险,因为美国《缅甸制裁法案》第203条(b)款规定,如果一家美国银行要为来自缅甸的货物买家开立、保兑或通知信用证,或者要通过美元为外国银行支付缅甸货物而开立的信用证偿付,则不论交易所涉的缅甸受益人身份如何,都将会受到美国制裁法规的禁止;而且,欧盟《关于缅甸制裁法令》第14条也规定,在遵守制裁法规的前提下,基于诚实信用行事的缔约方可以免责。故法院最终认定作为进口商的被告并无过错。

### 4. 制裁免责条款的解释不仅取决于字面表达,还必须根据已经发生的客观事实综合判断

英国高等法院于2018年审理的“*欧盟马曼科切特矿业有限公司诉美国宙斯盾保险公司案*”<sup>⑥</sup>涉及国内法院对制裁免责条款法律效力的解释问题。该案中,原被告之间的海运货物保险合同约定,被告为原告从俄罗斯运往伊朗的两批钢坯被盗风险承保,货物到达伊朗后,由于买方没有根据买卖合同约定及时支付货款,

① 制裁免责条款的核心内容包括两部分:一是约定根据船旗国或英国和/或美国和/或欧盟和/或联合国对伊朗的制裁令、禁令或任何形式的打压行动,在被保险人已经遭受制裁,或保险人认为被保险人可能使保险人面临制裁风险时,保险人可以书面决定退出承保;二是约定如果被保险人在运输、贸易中使用的任何船舶将使保险人面临制裁风险或成为制裁对象,保险人将立即终止参与承保。

② 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第18页。

③ 参见石佳友、刘连焘:《国际制裁与合同履行障碍》,载《上海大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第59页。

④ *Soeximex SAS v. Agrocorp International Pte Limited*, [2011] EWHC 2743 (Comm).

⑤ 美国《缅甸制裁法案》第202条规定:“除非经过授权,美国银行、公司和个人,无论身处何地,均不得向缅甸直接或者间接提供汇款、贷款、保函、信用证、旅行支票等金融服务。”欧盟《关于缅甸制裁法令》第11条规定:“任何本法令的附件所指定的与缅甸政府有联系的个人、实体所控制或拥有的资金将被冻结。欧盟公民不得直接或间接向本法令所指定的缅甸自然人、法人、实体提供资金或资产。”

⑥ *Mamancochet Mining Limited v. Aegis Managing Agency Limited and Others*, [2018] EWHC 2643 (Comm).

该批货物随后在伊朗境内的保税仓内被盗。于是,原告根据保险合同向被告索赔,作为保险人的被告认为,若被告向原告支付保险索赔则其将面临被 OFAC 制裁的法律风险,故被告根据海事保险合同中的“制裁免责和限制条款”<sup>①</sup>所依据的美国和欧盟的相关制裁规定,拒绝承担保险义务。但是,原告对此并不认同,原告认为被告应当证明根据保险合同支付保险赔偿将使其违反相应的制裁法律并实际受到制裁。

法院认为,该案中的制裁免责条款在远洋船舶险和货运险中普遍存在,关键在于如何解释和认定此类条款的法律效力,因为制裁免责条款之中总是充满诸多主观性、假设性和不确定性的措辞和表达,故保险人必须证明在该案中支付保险赔偿将构成制裁法律规定的禁止性行为,只有保险赔偿被明确禁止时,保险人才有权拒绝赔付,法院最终裁定保险人的非美元付款行为不会使其遭受 OFAC 的制裁风险,保险人需要根据保险合同向被保险人赔偿。

由此可见,制裁免责条款中的“可能因某种原因而受到制裁”的表述,只能作为对未来不确定性的提前安排和风险转移手段,至于实际遭受制裁的概率和可能性并不能准确预见。被转移风险的一方对此往往并不认可,例如该案中法院明确指出,被保险人不太可能同意在保险合同中插入对自己不利的条款,使得保险人能够在制裁实际发生时可以此为据,对一个本应赔偿的请求权拒绝赔付。这对于开证行在独立保函和信用证中插入制裁免责条款时同样具有启发意义,即尽量避免在制裁免责条款中使用措辞模糊的表达。<sup>②</sup>

#### 5. 次级制裁作为一种强制性法律规定,可以构成当事人拒绝付款的抗辩事由

在英国高等法院 2019 年审理的“莱弥撒投资公司诉塞诺修银行案”中,<sup>③</sup>原告的实际控制人为被 OFAC 列入特别指定国民名单(Specially Designated Nationals and Blocked Persons List,简称 SDNs)的俄罗斯寡头,被告为一家在美国没有分支机构但开展美元业务、注册地在英国的零售银行,双方签署的借款合同中插入了制裁免责条款,约定“若被告(借款人)为了遵守任何法律、法规的强制性规定而拒绝支付利息,则不被视为违反合同约定,不需要承担违约责任”,后来原告亦被 OFAC 列入 SDNs,被告遂拒绝向原告继续支付利息。<sup>④</sup>

原告向英国高等法院提起诉讼,要求法院就被告是否有义务依据借款合同向其继续支付利息作出判决。案件的争议焦点为,美国《乌克兰自由支持法》(Ukraine Freedom Support Act of 2014)第 5 节第(b)条是否属于借款合同第 9 条第 1 款中的“强制性规定”。英国高等法院认为,只要原告的实际控制人仍在 SDNs 之中,被告即可依据合同约定拒绝支付利息。英国高等法院最终判决,支持原告与被告之间签署的贷款协议中制裁免责条款的有效性,认为被告暂停还款付息合法。原告对判决不服,上诉到英国上诉法院,英国上诉法院最终也认为,美国的次级制裁作为一种“强制性法律规定”,可以构成当事人拒付的抗辩事由。<sup>⑤</sup>

至于中国法院是否会把外国经济制裁视为“强制性法律规定”,实际上涉及经济制裁措施的识别和定性问题。目前,存在两种路径:一种把是制裁作为事实问题,另一种则是把制裁作为法律问题。尤其是当经济制裁来源于第三国时,独立保函和信用证中制裁免责条款的法律效力判断,不仅仅是一个直接以合同法理论进行分析的合同法问题,<sup>⑥</sup>还因制裁措施的涉外性质从而转化为一个冲突法和国际私法问题。<sup>⑦</sup>根据国际私法的一般法律思维,当涉外案件存在实质性的法律冲突时,法院必须在裁判伊始就判定案件的性质,对诉讼的案由、标的、法律关系等先决问题提前作出识别,从而确定所适用的法律。<sup>⑧</sup>

因此,在涉及经济制裁的国际贸易融资工具纠纷中,关于制裁免责条款法律效力的司法认定,国内法院和仲裁机构首先应该判定制裁措施的性质究竟是一个事实构成问题还是一个法律规范问题,即制裁措施的

<sup>①</sup> Sanction Limitation and Exclusion Clause; “no (re) insurer shall be liable to pay any claim...to the extent that the provision of such cover... would expose that (re) insurer to any sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws, or regulations of the European Union, United Kingdom or the United States of America.”

<sup>②</sup> 实际上,“exposure to sanctions”并不经常出现在国际金融和资本市场合约的制裁免责条款中,相对更加严谨和精准的表达为:“violation of sanctions”, becoming “the subject or target of sanctions” or being “listed on the Specially Designated Nationals List”。

<sup>③</sup> *Lamesa Investments Limited v. Cynergy Bank Limited*, [2019] EWHC 1877 (Comm).

<sup>④</sup> 根据美国《乌克兰自由支持法》第 5 节第(b)条,美国政府应对非美国金融机构在明知的情況下为因第 13662 号行政命令而被纳入 SDNs 的个人和实体开展重大金融交易提供便利的行为实施次级制裁。

<sup>⑤</sup> *Lamesa Investments Limited v. Cynergy Bank Limited*, [2020] EWCA Civ 821.

<sup>⑥</sup> 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020 年第 5 期,第 10 页。

<sup>⑦</sup> Mercedes Azeredo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Wolters Kluwer Law & Business Publishing, 2014, p.381.

<sup>⑧</sup> 参见徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社 2005 年版,第 70 页。

识别与定性问题。如果将制裁措施视为事实构成问题,则需要进一步判断其是否构成不可抗力以及是否可以成为银行拒付的免责事由;如果将制裁措施视为法律规范问题,由于制裁措施的域外适用性,则需要讨论是否允许外国制裁措施在本国境内的适用;若允许外国制裁措施在本国适用,则外国制裁措施可能构成“国际优先性强制规范”;若禁止外国制裁措施在本国适用,则可以通过国际私法层面的定性和识别、强制性规定的直接适用(适用中国法)、公共秩序保留以及法律规避禁止制度等提供正当性依据。<sup>①</sup>

### 三、制裁免责条款法律效力司法认定对中国当事人的启示

经济制裁的频繁使用,给国际商事交易的顺利进行造成了很大影响。在国际贸易融资交易中,作为开证行的银行是选择为了交易而承担次级经济制裁的风险,还是选择为了合规而主动放弃具有潜在价值的业务机遇,成为一个两难的抉择。<sup>②</sup> 制裁免责条款的有效性和可执行性,除了需要考虑国际商会和国内法院的外部意见,还需要顾及跨国银行内部的合规政策与制裁免责条款之间的关系。<sup>③</sup> 从跨国银行的操作实践来看,制裁免责条款与内部合规政策之间的关系处理要注意以下两个问题:一方面,作为独立保函和信用证开立人的金融机构不能把内部合规政策写入制裁免责条款之内;另一方面,尽管制裁发起国的制裁措施总是与对被制裁国的出口管制紧密联系在一起,<sup>④</sup>但是中国企业作为国际贸易融资结算中的受益人时,不能把企业的出口管制内部合规机制作为银行遵守制裁措施拒付的抗辩理由。<sup>⑤</sup>

#### (一) 中国当事人作为国际贸易融资工具开证行时的选择

那么,中国从事国际信用证业务的银行应当如何通过制裁免责条款来设定拒绝支付要求的标准呢?银行内部合规政策是其遵守金融监管规定的具体表现,作为独立保函和信用证开立人的银行,在从事跨境业务时一般需要遵守包括营业地、注册地、货币或付款地,以及任何其他管辖其金融交易的国际或国内制裁法律和法规。在国际货币法经典著作《曼恩论货币法律问题》中,查理斯·普罗克特教授认为,银行在国际业务中负有遵守货币结算/清算所在地国家法律的义务,既包括遵守外国具有保护性的外汇管制法律——通过限制对外转移的方式保护本币和其他货币资产,也包括遵守外国具有惩罚性的金融制裁法律,两类法律都能够影响私人合同的强制执行效力。<sup>⑥</sup>

从国内公法域外适用的视角看,经济制裁措施的实质是制裁发起国主权权力与管辖权扩张并以其自身的对外政策目标和价值评判规则主导国际商事交易的公法性行为。<sup>⑦</sup> 一国对他国企业和个人进行外汇管制和金融制裁的权力来自于主权所衍生出的三类管辖权:一是一国有权对特定的人或行为制定或适用法律,二是一国有权对违法者实行制裁以实施其法律,三是一国有权对违法者行为的合法性进行司法裁判。

显而易见,三类管辖权均具有国家强制性,且效力高于国际商事惯例和国际商事合同。<sup>⑧</sup> 故即使插入制裁免责条款,其法律效力最终仍受制于制裁法律法规的强制性规定,因为制裁措施往往是由国家或国际组织根据其国内法或国际法而形成,带有明显的强制性色彩。<sup>⑨</sup> 所以,在独立保函和信用证中如果不主动插入或单独列明制裁免责条款,开证行或议付行在发现违反制裁措施的交单承诺请求权时,仍有权拒付。

但是,从独立担保交易的当事人角度来看,制裁免责条款的法律效力明显高于国际商会发布的国际商事惯例以及独立保函和信用证等独立担保交易文件。<sup>⑩</sup> 为防患于未然,开证人仍应尽量在独立保函和信用证

① 参见沈涓:《强行性规定适用制度再认识》,载《国际法研究》2020年第6期,第86页。

② Baris Soyer & Andrew Tettenborn eds., *International Trade and Carriage of Goods*, Informa Law from Routledge, 2016, p.161-163.

③ 参见胡捷、陈懋豪:《信用证中制裁条款的把握原则与应对》,载《中国外汇》2020年第4期,第49页。

④ Andreas F. Lowenfeld, *Economic Sanctions: A Look Back and a Look Ahead*, Michigan Law Review, Vol.88:1930, p.1930(1990).

⑤ 为了有效规避和减少来自他国经济制裁和金融制裁产生的经贸法律风险,中国商务部根据《出口管制法》中关于引导出口经营者建立健全出口管制内部合规制度的规定,于2021年4月28日正式发布了《关于两用物项出口经营者建立出口管制内部合规机制的指导意见》,要求所有中国涉外商务合同都要加上出口管制内部合规条款。

⑥ 参见[英]查理斯·普罗克特:《曼恩论货币法律问题》(第7版),郭春华译,法律出版社2015年版,第371、449页。

⑦ 参见曹亚伟:《国内法域外适用的冲突及应对——基于国际造法的国家本位解释》,载《河北法学》2020年第12期,第83页。

⑧ 参见[美]巴里·E.卡特、[美]艾伦·S.韦纳:《国际法(下)》(第6版),冯洁菡译,商务印书馆2015年版,第872页。

⑨ ICC Banking Commission, *Guidance Paper on the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance-Related Instruments Subject to ICC Rules*, ICC, <https://www.icc-austria.org/fxddata/iccws/prod/media/files/2022-icc-use-of-sanctions-03-003.pdf>.

⑩ 参见王腾:《制裁合规的矛盾》,载《中国外汇》2014年第2期,第37页。

等交易文件中提前插入制裁免责条款,<sup>①</sup>因为关于制裁法律法规的规范性质既有可能被法院地国家列入法律问题范畴,也有可能被列入事实问题范畴,而且有时并不能顺利找到制裁适用的法律依据,此时即可以将制裁免责条款作为抗辩依据。如果此时法院认为制裁免责条款有效且可执行,那么即使独立保函和信用证的受益人根据单据性原则提交了相符单据和文件,中国金融机构依然有权依据制裁免责条款拒绝支付。

根据《指导文件》(2014年),制定制裁免责条款时应当尽量使用描述型或提示型的措辞,避免制裁免责条款的自由裁量权过大或者超越甚至与制裁法律法规的规定相抵触。而且,当事人在设置制裁免责条款时,相对于将其视作强制性法律或不可抗力充满不确定性,不如结合《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第562条第2款的规定,<sup>②</sup>将其作为合同约定解除的事由更具有可操作性。当银行依据制裁免责条款拒绝支付申请人承兑请求时,根据国际商会的第920号意见,银行应当提供关于制裁免责条款生效所依据的具体信息,因为拒绝付款的通知本身并不构成UCP600项下的有效拒付,银行应进一步提供所涉及的具体制裁法律法规,以及交单中所涉及的具体单据或数据。也就是说,银行因制裁免责条款而拒付的通知中应包括具体制裁法律法规、具体单据名称以及具体数据内容三项信息。

## (二) 中国当事人作为国际贸易融资工具受益人时的选择

当中国企业作为独立保函和信用证的受益人时,制裁免责条款的存在会不可避免地导致银行兑付延迟或者其他的不确定性和不必要的风险。因此,受益人在与申请人拟定基础交易合同和在收到开证行开立的独立保函和信用证时,要首先确认是否包含任何形式的制裁免责条款,因为基础交易合同违反制裁措施的法律后果会传导到银行关于独立保函和信用证的兑付决策之中;<sup>③</sup>其次,如果制裁免责条款作为银行的内部政策而受益人有义务去接受时,由于制裁免责条款的结构设置和用语表达会影响受益人的支付安全,受益人要谨慎确认制裁免责条款的表述和措辞是否清晰、明确,以及所提及的法律依据是否仅限于银行必须遵守的强制性法律规定,从而防止银行将其内部政策升级或转化为对受益人具有约束力的强制性规范;最后,如果制裁免责条款是由保兑行随后添加的,受益人要向保兑行询问清楚兑付通知中制裁免责条款的适用范围,避免保兑行因处于中间行的位置发生制裁信息不对称而影响后续兑付,同时还要就制裁免责条款的执行问题向保兑行寻求专业的法律建议。

## 四、结语

制裁免责条款在国际贸易中呈现出常态化、格式化和标准化的发展趋势,除了在独立保函和信用证等国际贸易融资工具中插入制裁免责条款作为银行的免责声明之外,保险单据、租船单据以及运输单据中也开始利用制裁免责条款表明“违反制裁法律的交单将不可接受”,以此作为转移和规避经济制裁风险的重要手段。<sup>④</sup>其中,法律效力问题成为国际贸易当事人使用和设计制裁免责条款的关键考量因素。鉴于国际商事惯例和国内法在制裁免责条款法律效力问题上的缺位,国内法院可以发挥自身作为全球性贸易、商事与金融法律规则生产者的重要功能,通过及时供给具有指引性的司法裁判规则,补足制裁免责条款法律效力认定的空白,维护国际贸易融资工具的稳定性和可预测性价值。

<sup>①</sup> 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》,载《经贸法律评论》2019年第6期,第12页。

<sup>②</sup> 《民法典》第562条第2款规定:“当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时,解除权人可以解除合同。”

<sup>③</sup> Michelle Kelly-Louw, *Illegality as an Exception to the Autonomy Principle of Bank Demand Guarantees*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol.42:339, p.339(2009).

<sup>④</sup> 参见杜涛:《国际商事合同中的经济制裁条款效力研究》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第7-10页。

## The Legal Effect of Sanctions Exemption Clauses of International Trade Financing Instruments in Judicial Determination

SHAO Hui

(Law School, Zhejiang Wanli University, Ningbo 315110, China)

**Abstract:** With the economic sanctions and anti-sanctions becoming an important game in the legal level, cross-border commercial subjects began to frequently use sanctions exemption clauses in international trade to avoid the legal risks derived from economic sanctions and anti-sanctions. Especially in international trade financing instruments, improper use of sanctions exemption clauses will lead to uncertainty in the legal application of documentary credit, standby letter of credit, documentary collection and demand guarantee, and may make people question the effectiveness of these international trade financing instruments, and even lead to their loss of the original independent guarantee system function. Recently, sanctions exemption clauses have shown a trend of normalization, formatting and standardization in international trade. The issue of legal effect has become a key consideration for international trade parties to use and design sanctions exemption clauses. In view of the absence of international commercial practices and domestic laws on the legal effect of sanctions exemption clauses, domestic courts can play an important role as producers of global trade, commercial and financial legal rules, fill the gap in the legal effect determination of sanctions exemption clauses by providing guiding judicial judgment rules in time, and maintain the stability and predictability value of international trade financing instruments. In practice, especially in international commercial practice and domestic private law, the sanctions exemption clauses, as important means to transfer and avoid the risks of economic sanctions between private subjects, lack clear legal basis and do not form specific rules for determining the effectiveness, which will inevitably lead to legal conflicts with mandatory economic sanctions, and there is a great crisis of legality, effectiveness and enforceability in application of law. In view of different positions, there are obvious differences in the understanding of different subjects such as the International Chamber of Commerce, domestic courts and transnational financial institutions. For China, domestic courts should create specific judgment rules in time in judicial determination to provide directional guidance for the parties to use and design sanctions exemption clauses. When domestic financial institutions provide cross-border financial services, it is necessary to insert sanctions exemption clauses for the internalization of external risks, but do not try to go beyond the scope of economic sanctions, and try to use legal terms with clear meanings and clear categories. When Chinese enterprises are the beneficiaries of independent letters of guarantee and letters of credit, the existence of sanctions exemption clauses will inevitably lead to bank payment delay or other uncertainties and unnecessary risks. It should be noted that from the operational practice of multinational banks, we should pay attention to the following two issues in dealing with the relationship between the sanctions exemption clauses and the internal compliance policy: on the one hand, financial institutions, as issuers of independent letters of guarantee and letters of credit, cannot write the internal compliance policy into the sanctions exemption clauses; on the other hand, although the sanction measures of the sanctions initiator are always closely linked with the export control of the sanctioned country, our enterprises as beneficiaries in international trade financing settlement, cannot take the internal compliance mechanism of export control of enterprises as a defense for banks to refuse to pay for the purpose of complying with the sanction measures.

**Key words:** sanctions exemption clauses; legal effect; judicial determination