



论经济制裁影响国际商事合同履行时 不可抗力的适用

刘佳宸 刘 瑛*

摘要：通过事实分析路径研究国际商事合同履行受经济制裁影响的现实案例可知，对于经济制裁能否适用不可抗力问题，中国法院过去在认定“不能预见”的构成要件上要求过严，并且将“不能避免”与“不能预见”相绑定，认为经济制裁可以预见即可避免，而“不能克服”这一要件本身也不易满足，加之“金钱债务不存在履行不能”固有认知的影响，导致目前在中国法院受理的受经济制裁影响的合同履行案件中尚无1例成功援引法定不可抗力免责条件。相较而言，约定不可抗力免责条款有着更多成功援引的案例。司法实践在“不能预见”、履行不能等要件上的认定逐渐趋于宽松，这也为经济制裁提供了更多适用法定不可抗力免责条件的空间。因此，从化解经济制裁对合同履行影响的角度出发，建议法院采取宽严相济的个案分析方法，企业则应重视约定不可抗力免责条款。

关键词：经济制裁 不可抗力 制裁条款 事实分析 合同履行

一 引言

时至今日，当一项外国经济制裁措施影响到私法领域的合同履行时，法院应如何对该经济制裁措施进行定性一直是争论不休的难题。由于美国在制裁实践中基本为制裁发起国，美国学术界较少关注制裁的定性问题而更多关注制裁的有效性问题，代表性学者如研究国际制裁的专家霍夫鲍尔（Hufbauer）。^①但是欧盟学术界^②、国内学术界^③以及国际仲裁实务界^④对该问题的研究，主

* 刘佳宸，武汉大学国际法研究所博士研究生；刘瑛，中山大学法学院教授、博士生导师，南方海洋科学与工程广东实验室（珠海）特聘研究员。本文为国家自然科学基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”（21&ZD207）的阶段性成果。本文所用网络资源最后访问时间均为2023年4月15日。

① 参见〔美〕加利·克莱德·霍夫鲍尔：《反思经济制裁》，杜涛译，上海人民出版社2019年版，第47—61页。

② See Tamas Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law* (Hart Publishing, 2019), pp. 39–50.

③ 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12—13页；石佳友、刘连焯：《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70页。

④ Mercedes Azeredo Da Silveira, “Chapter 7: Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship”, in Fabio Bortolotti and Dorothy Udemé Ufot (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World* (International Chamber of Commerce, Volume 17, 2018), pp. 162–163; Pierre-Emmanuel Dupont, “Chapter 11 The Arbitration of Disputes Related to Foreign Investments Affected by Unilateral Sanctions”, in Ali Z. Marossi and Marisa R. Bassett (eds.), *Economic Sanctions Under International Law* (Springer, 2015), pp. 198–199.

要有法律分析和事实分析两种分析路径：前者将经济制裁视为外国的强制性规范（overriding mandatory rule），先通过国际私法规范判断其是否能在合同中适用，进而判断未履约当事人是否受该经济制裁的约束；后者则将经济制裁视为事实（datum），通过准据法中的合同落空理论、合同履行障碍、合同履行不能（frustration, impracticability, impossibility，常见于英美法系）和不可抗力理论（force majeure，常见于大陆法系）来判断经济制裁是否属于导致合同不能履行的客观事实，进而判断能否免去未履约当事人的部分或全部责任。

虽然两种分析路径所得出的裁判结果通常不会有太大差别，^①但由于事实分析路径是大多数国家在司法实践中分析外国经济制裁的传统做法，即事实分析路径的可采性基本无争论，所以国内外专门研究经济制裁对合同履行影响的论著更侧重于论述采用法律分析路径的可能性。^②但就在中国采用法律分析路径的可能性而言，首先，在法律分析路径下外国经济制裁被视为外国强制性规范，由于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对于外国强制性规范的适用没有相关规定，外国经济制裁在中国缺乏直接适用的依据；^③其次，中国学术界也有多个观点认为在法律分析路径下不应承认外国单边经济制裁在中国的法律效力；^④再次，对中国国际商事合同履行影响最频繁、最深刻的经济制裁来源于美国，对于美国出于霸权主义单方面颁布的制裁法令或实施的制裁措施，中国根据《中华人民共和国反外国制裁法》（下文简称《反外国制裁法》）第3条向来也是持抵制态度；最后，经济制裁对合同履行的影响并非直接来源于经济制裁法律，大部分来源于行政行为，有些受制裁影响的案件中甚至合同双方当事人都不是被制裁的对象，对于这类案件采用法律分析路径可能会出现“无法可依”的情形。

因此，本文采用事实分析路径研究经济制裁对中国国际商事合同履行的影响。一方面，由于国外目前较少有专门采用事实分析路径研究经济制裁的论著，多是在有关经济制裁或不可抗力的论著中提及经济制裁可作为未履行合同一方当事人的不可抗力抗辩，^⑤国内采用事实分析路径的

① See Mercedes Azeredo Da Silveira, “Chapter 7: Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship”, in Fabio Bortolotti and Dorothy Udeme Ufot (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World* (International Chamber of Commerce, Volume 17, 2018), p. 164. 另参见肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，载《中国社会科学》2012年第10期，第116页。

② See Tamas Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law* (Hart Publishing, 2019), p. 46; Mercedes Azeredo Da Silveira, “Chapter 7: Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship”, in Fabio Bortolotti and Dorothy Udeme Ufot (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World* (International Chamber of Commerce, Volume 17, 2018), p. 164. 另参见杜涛：《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。

③ 参见卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第92页；肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，载《中国社会科学》2012年第10期，第116页。

④ 参见姜悠悠：《论美国单边制裁对国际商事合同法律适用的影响》，载《财经法学》2022年第2期，第187页；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；石佳友、刘连焯：《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70页。

⑤ See Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (Routledge, 2nd edn, 2013), p. 85; Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2009), pp. 243–245; Claire A DeLelle and Nicole Erb, “Key Sanctions Issues in Civil Litigation and Arbitration”, in Rachel Barnes and Paul Feldberg (eds.), *The Guide to Sanctions* (Law Business Research, 2nd edn, 2021), p. 261; Smith Jennifer M. and Behrman Andrew, “The Importance of a Strong Force Majeure Clause in an Unstable Geopolitical Environment”, (2015) 2 *The Journal of World Energy Law & Business* 116, p. 121.

研究也集中于租赁或保险等特定合同领域^①或集中于国外案例的特定研究,^②且同时兼论法律分析路径,使用事实分析路径探讨经济制裁如何影响中国国际商事合同履行的研究目前还较少。另一方面,中国法院在司法实践中历来不会遵守外国具有公法性质或具有强行法性质的法律规范,^③对于涉及经济制裁的合同纠纷,法院几乎没有采用过法律分析路径。笔者统计的近50余例(因同一被告被制裁引起的系列案件计1例)相关案例均采用事实分析路径,即将经济制裁视为事实,判断是否构成不可抗力。故而,本文采用事实分析路径研究经济制裁对中国国际商事合同履行的影响更具有现实性。虽然也有观点认为采用事实分析路径可能会泛化解释不可抗力,^④但实际上目前中国只有2例案件判决经济制裁构成不可抗力,少数案件承认经济制裁对合同履行的影响。^⑤由此可见,在经济制裁影响中国国际商事合同履行的案件中,经济制裁可以构成不可抗力,但中国法院也没有因此泛化对不可抗力的解释,这使得本文研究经济制裁适用不可抗力的视角更具有必要性。

本文首先通过分析大量司法案例梳理出经济制裁影响中国国际商事合同履行的两种典型情形,其一为货物买卖过程中的履行障碍,其二为资金支付的履行障碍。总结归纳这两种情形中经济制裁影响合同履行的方式,一方面来源于政府行为,另一方面来源于合同外第三人行为。由于本文的实证研究立足于中国司法案例,且中国法院受理的绝大多数涉外合同案件的准据法都为中国的法律,故而本文将准据法定为中国法作为讨论前提。为判断经济制裁是否构成《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)中的不可抗力,需先判断不可抗力的涵盖范围是否包含政府行为和合同外第三人行为。政府行为一般包含在内,但这并非意味着作为政府行为的经济制裁均可成立不可抗力,仍需进一步判断影响合同履行的经济制裁是否符合不可抗力的具体要件,本文分别从法定不可抗力免责条件和约定不可抗力免责条款两方面讨论了经济制裁成立不可抗力所需满足的要件。最后从防范制裁风险、化解经济纠纷的角度,为中国法院的司法实践和中国企业的合同订立提出建议,力图为中国法院在司法实践中运用事实分析路径提供更大的灵活性,即法院可以根据经济制裁的来源以及性质采取不同的立场,^⑥同时也为当事人提出“不可抗力”抗辩提供更多的理论支撑。

二 合同履行中的经济制裁

通过分析中国案例可知,经济制裁对合同履行的影响主要集中在货物买卖和资金支付两个方

① 参见刘征宇:《国际经济制裁对租约的法律影响》,载《上海海事大学学报》2016年第1期,第97—102页;刘孝堂:《论国际经济制裁对海上保险的影响》,载《中国海商法研究》2014年第1期,第88—94页。

② 参见石佳友、刘连焯:《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54—73页。

③ 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。

④ 参见姜悠悠:《论美国单边制裁对国际商事合同法律适用的影响》,载《财经法学》2022年第2期,第189页。

⑤ 参见金泰发展有限公司与中国人民财产保险股份有限公司青岛市分公司海上、通海水域保险合同纠纷案,青岛海事法院(2018)鲁72民初1860号民事判决书;诺亚天泽保险经纪(上海)有限公司与金泰发展有限公司保险经纪合同纠纷案,山东省高级人民法院(2020)鲁民终772号民事判决书;郎刚山与招商银行沈阳股份有限公司沈阳分行合同纠纷案,辽宁省沈阳市和平区人民法院(2019)辽0102民初10452号之一民事裁定书;抚远县宏路进出口有限责任公司与中国农业银行股份有限公司哈尔滨中山支行服务合同纠纷案,黑龙江省哈尔滨市南岗区人民法院(2018)黑0103民初5323号民事判决书。

⑥ 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、第20页。

面,也有少量案件来源于公司裁员或投资租赁纠纷。经济制裁对这些案件中合同履行的影响方式既包括政府行为,又有合同外第三人行为,要判断经济制裁是否构成影响合同履行的不可抗力,首先需判断不可抗力是否包含政府行为与合同外第三人行为。

(一) 经济制裁对合同履行的影响

1. 货物买卖履行障碍

表1为笔者从中国裁判文书网搜集汇总的国际商事领域含有不可抗力抗辩事由的相关案例,其中原被告均为中国企业,按照生产方、销售方、购买方的上下游关系分别列明了案例中的原告、被告以及被制裁国,制裁措施和制裁影响摘自被告一方所声称的不可抗力抗辩事由。

表1 货物买卖履行障碍的案例类型

生产方	销售方	购买方	制裁措施	制裁影响	违约行为
原告	被告	伊朗	美国、欧盟制裁伊朗	被告暂停对伊朗的出口	被告未付原告货款 ^①
原告	被告	伊朗	美国、欧盟、联合国制裁伊朗	伊朗客户解除与被告的买卖合同	被告未付原告货款 ^②
原告	被告	伊朗	美国制裁伊朗	被告无法向伊朗出口	被告未达到采购量 ^③
伊朗	被告	原告	美国制裁伊朗能源石油化工行业及中国船务公司	载货船只无法驶出伊朗海域或无法在中国海域靠岸	被告未向原告交付货物 ^④

(该表由笔者根据中国裁判文书网的公开案例制作而成)

由上表可见,援引不可抗力的主体都为被告,并且处于生产、销售、购买上下游关系的中间销售环节,原告均为上游生产方或下游购买方的中国企业而非被制裁主体,即制裁措施并没有直接施加于诉争合同中双方当事人,而是通过被制裁外国主体与中国企业所处的上下游关系将制裁措施的影响传导至诉争合同的当事人,进而影响到诉争合同的履行。

被告实际的未履约行为,大多表现为未能向原告交付伊朗产品。上表多数案件集中于伊朗的石油化工产业,不仅因为美国对伊朗进行经济制裁的重点领域为能源石油产业,^⑤也与中国从伊朗进口产品中石油占据主要地位的贸易结构息息相关。而在这些被告未能向原告交付货物的未履

① 参见广西西德科技有限责任公司与湖北耀星国际贸易有限公司买卖合同纠纷案,湖北省随州市中级人民法院(2015)鄂随州中民二终字第00072号民事判决书。

② 参见烟台市工业炉厂与中国重型机械有限公司买卖合同纠纷案,北京市海淀区人民法院(2019)京0108民初49557号民事判决书。

③ 参见杭州哲晟科技有限公司、杭州维量科技有限公司加工合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终5246号民事判决书。

④ 参见秦皇岛市某塑料有限公司与某电子商务有限公司买卖合同纠纷案,山东省烟台经济技术开发区人民法院(2021)鲁0691民初423号民事判决书;秦皇岛市恒捷塑料有限公司与江苏赫普利克国际贸易有限公司买卖合同纠纷案,江苏省张家港市人民法院(2021)苏0582民初2393号民事判决书;苏州唐缘塑化有限公司与山东聚塑互联科技有限公司买卖合同纠纷案,山东省日照市东港区人民法院(2020)鲁1102民初5628号民事判决书;广州市精越环保包装材料有限公司与广东辉隆农资有限公司买卖合同纠纷案,广东省花都区人民法院(2020)粤0114民初13505号民事判决书;宁波华贸进出口有限公司诉厦门航开保税贸易有限公司买卖合同纠纷案,福建省厦门市湖里区人民法院(2013)湖民初字第2657号民事判决书;浙江安立博休闲用品有限公司与上海莹恒贸易有限公司、钱祖龙买卖合同纠纷案,上海市虹口区人民法院(2020)沪0109民初17739号民事判决书。

⑤ US Presidential Documents, *Prohibiting Certain Transactions with Respect to the Development of Iranian Petroleum Resources*, Executive Order 12957 (15 March 1995).

约行为中,大部分是逾期全部未交付,如秦皇岛市某塑料有限公司与某电子商务有限公司买卖合同纠纷案中,一共有4份销售合同已到期,原告催告后,被告仍然一批货物都未提供。^①但也有个别案例,由于合同未明确约定交货时间而产生延期交付问题,如在广州市精越环保包装材料有限公司与广东辉隆农资有限公司买卖合同纠纷案中,合同约定交货时间为“预计2020年5—7月……(以实际到货时间为准)”,而被告主张自己只是由于美国制裁伊朗导致载货船只无法在中国海域靠岸需要延迟交货,并非不交货,且合同约定“以实际到货时间为准”,故被告也一直与原告协商实际到货后交货。可见,在这些由经济制裁引起的履行障碍中,有些被告是全部未履约,也有需要延迟履约,那么相对应产生的问题便是援引不可抗力的后果,即合同应全部解除还是可以延迟履行。

细察被告所主张的不可抗力抗辩事由,并未明确具体的制裁措施或制裁法律,而是笼统地指出一国对他国的制裁以及由此产生的履行障碍。被告所声称的履行障碍,既包含政府因素所带来的普遍履行障碍,如船只无法驶出伊朗海域或无法在中国海域靠岸,还包含人为因素带来的具体履行障碍,如伊朗客户解除与被告的下游购买合同。但由于案例中未提供关于制裁措施的详细信息,无法确定前者含有政府因素的履行障碍出自何种政府行为,但能确定的是存有合同外第三人行为,即伊朗客户解除与被告的下游购买合同。

2. 资金支付履行障碍

资金支付履行障碍的典型案例是山东齐旺达石油化工有限公司(下文简称齐旺达公司)从伊朗收购石化产品,^②违反美国制裁伊朗第13846号总统行政令,^③该公司^④及其法定代表人王志清^⑤都被美国财政部海外资产管理办公室(Office of Foreign Assets Control,下文简称OFAC)列入了特别指定国民清单,从而引起了与齐旺达公司相关一系列合同中的资金支付履行障碍。

OFAC对该公司及王志清采取了一系列制裁措施,具体而言包括如下:其一,禁止该公司及王志清进行任何受美国管辖的外汇交易;其二,禁止任何金融机构之间进行涉及到该公司及王志清的任何信贷或付款转移交易,无论处理该笔交易的金融机构是发起方、中间方还是接收方,只要受美国管辖都一律禁止;其三,冻结该公司及王志清目前在美国境内以及未来将进入美国境内的所有财产及权益,以及其目前正由或此后将由任何美国人^⑥拥有或控制的所有财产及权益,并规定此类财产及权益不得以转让、支付、出口、撤回或其他方式处理;其四,禁止任何美国人投资或购买该公司的大量股权或债务工具;其五,限制或禁止该公司及王志清直接或间接从美国进

① 参见秦皇岛市某塑料有限公司与某电子商务有限公司买卖合同纠纷案,山东省烟台经济技术开发区人民法院(2021)鲁0691民初423号民事判决书。

② See “Treasury Targets International Network Supporting Iran’s Petrochemical and Petroleum Industries”, US Department of the Treasury official website, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm885>. 另参见《违反伊朗禁令 美再制裁陆港等6企业2个人》,中时新闻网, <https://www.chinatimes.com/cn/realtimenews/20200124000787-260408?chdtv>。

③ US Presidential Documents, *Reimposing Certain Sanctions with Respect to Iran*, Executive Order 13846 (6 August 2018).

④ “Sanctions List Detail of Shandong Qiwangwa Petrochemical Co., Ltd.”, The US Treasury Office of Foreign Assets Control official website, <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/Details.aspx?id=28363>.

⑤ “Sanctions List Detail of Wang Zhiqing”, The US Treasury Office of Foreign Assets Control official website, <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/Details.aspx?id=28366>.

⑥ 根据美国于2010年7月1日颁布的《全面制裁伊朗、问责和撤资法》第101节(10)条(A)项和(B)项,此处的“美国人”既包括美国公民、美国居民和效忠美国的非美国公民,还包括根据美国法律成立的任何实体。

口商品、技术或服务。^①

OFAC 上述一系列制裁措施引发了齐旺达公司在多个合同中的资金支付障碍，包括运输合同中的运输费^②、买卖合同中的货款^③以及与多家银行在金融借款合同中的借款^④。在这一系列案件中，齐旺达公司及王志清作为被告，由于被 OFAC 直接制裁，凡是与美元相关或是可受美国管辖的金融交易活动全都被禁止，严重影响了对诉争合同中支付义务的履行。这些经济制裁措施直接源自 OFAC 对美国总统行政令的执行，带有明显的政府行为特征。

（二）经济制裁与不可抗力构成

通过上述案例分析可见，经济制裁影响合同履行的方式有两种，其一是政府行为直接或间接影响合同当事人对合同的履行，其二是合同外第三人的行为直接影响到合同当事人对合同的履行。为分析这两种影响合同履行的行为是否构成不可抗力，首先需明确不可抗力的覆盖范围。

1. 政府行为是否构成不可抗力

《民法典》第 180 条对不可抗力采取的是概括式立法，并未列举构成不可抗力的典型事件，但是在中国的地方政府规章中，如《大连经济技术开发区涉外经济合同管理办法》第 33 条列举了严重的自然灾害和战争^⑤，分别对应的是自然事件和社会事件。

中国学术界和实务界在列举构成不可抗力的典型事件时既有共识也有分歧。一般而言，洪水、地震、火灾、台风等自然灾害以及战争、暴乱、军事行动等异常的社会事件都被认为是典型的不可抗力，但是对于经济制裁这类政府行为是否构成不可抗力则存有争议。^⑥

有观点认为，政府行为不能构成不可抗力。由于政府行为的强制性和频繁性，将之作为不可抗力会导致法定不可抗力免责条件的滥用，侵蚀契约精神。政府行为并非“不能预见”“不能避免”，更何况在“非典”期间因政府行为（如扑杀家禽、禁止运输相关产品等）而不能履行的合同纠纷，法院一般都判决不能履行合同一方承担违约责任，故而不应通过法定不可抗力免责条件免除一方当事人责任，而是应由其风险自负或者通过情势变更、政府补偿等途径进行救济。^⑦

但更多的观点认为，政府行为可以构成不可抗力。有的将其归入异常社会事件^⑧，有的认为政府行为单独即可列为一类不可抗力。^⑨ 作为例证的是，在“新冠肺炎”疫情期间因政府行为

① US Presidential Documents, *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran*, Section 5 (a) (ii) (iii) (iv) (v) (vi), Executive Order 13846 (6 August 2018).

② 参见淄博坤德物流有限公司与山东齐旺达石油化工有限公司公路货物运输合同纠纷案，山东省淄博市临淄区人民法院（2020）鲁 0305 民初 3986 号民事判决书。

③ 参见上海苏尔寿工程机械制造有限公司与山东齐旺达石油化工有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 58009 号民事判决书。

④ 据笔者统计，截至 2023 年 5 月，齐旺达公司及王志清因美国制裁引起的资金支付履行障碍所产生的金融借款合同纠纷系列案件多达 45 件。

⑤ 有相同规定的还有《深圳经济特区涉外经济合同规定》，但该地方政府规章现已失效。

⑥ 李虎：《导致合同不能履行的政府抽象行政行为可视为不可抗力》，载《人民司法》2009 年第 20 期，第 85 页。

⑦ 参见刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000 年第 6 期，第 113—114 页；刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020 年第 3 期，第 158 页。

⑧ 参见朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 770 页。

⑨ 参见李永军：《合同法》，法律出版社 2010 年版，第 588 页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 485 页；李虎：《导致合同不能履行的政府抽象行政行为可视为不可抗力》，载《人民司法》2009 年第 20 期，第 84 页。

(如区域封控、隔离观察)而不能履行的合同纠纷,时任全国人大常委会法制工作委员会发言人、研究室主任臧铁伟表示,政府采取的疫情防控措施,对于不能履行合同的当事人来说,属于不可抗力。^① 尽管发言人的解答本身不构成解释,但该解答对中国执法和司法机关的判断势必直接影响。^② 实际上在“新冠肺炎”疫情期间因政府防疫行为导致合同履行不能的案件中,大部分不可抗力免责事由也得到了法院支持。^③ 从“非典”到“新冠肺炎”,可见随着时间的推移,中国对于政府行为能否构成不可抗力的司法和学术观点也在变迁,由原先的否定逐渐转向肯定。

笔者认为应将经济制裁中不可归责于合同当事人的政府行为纳入不可抗力。首先,鉴于中国主流观点和司法实践,将政府行为纳入不可抗力已成为常态做法。其次,在当下单边主义抬头、地缘政治风险剧增的时代背景下,经济制裁作为一国政府对外交往的政策工具已经越来越频繁地被使用,在这一趋势下,最新修改的国际商会2020年不可抗力条款第3款(c)项已经将外汇管制、交易限制、禁运等经济制裁措施以及制裁本身列举为不可抗力,^④ 可见将经济制裁纳入不可抗力也符合国际趋势。最后,从现实案例来看,经济制裁对中国国际商事合同的影响不仅来源于美国对中国的制裁,甚至还会受到美国对其他国家制裁的间接影响,若受制裁影响的当事人在尽到善意勤勉义务且并非恶意违约的前提下,依旧让其承担全部的经济制裁风险,相当于是对其进行“二次惩罚”。相反,将经济制裁纳入不可抗力中有利于分担国际风险,提高中国企业整体承受风险的能力。

2. 合同外第三人行为是否构成不可抗力

关于合同外第三人行为能否构成不可抗力,如前述案例中伊朗客户因经济制裁解除下游购买合同、未支付上游中国销售方货款,因此销售方也未支付生产方货款,中国法律对此并无明确规定,大陆法系国家如法国则要求不可抗力必须是不可归责于合同当事人的外来原因。^⑤ 《联合国国际货物销售合同公约》第79条以及国际商会2020年不可抗力条款第1款(a)项对这一问题也有论及,要求影响合同的履行障碍必须超出当事人的合理控制,即履行障碍必须是外部的客观因素,国际商会2020年不可抗力条款第2款进一步规定合同当事人因第三方未能履行合同时,只有当事人和第三方都满足第1款对不可抗力的规定时,当事人才可援引不可抗力。中国也有观点认为,《民法典》第180条在不可抗力定义中所规定的“客观情况”便包含了对外部性条件的要求。^⑥ 故而,虽然合同外第三人行为是相对于合同当事人以外的原因,但是合同外第三人行为并不因此构成不可抗力,还需满足超出当事人合理控制、不可归责于当事人等条件,并且导致合同外第三人行为的事件也需满足不可抗力。

① 《企业因疫情不能正常履行合同怎么办?》,全国人民代表大会网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202002/b9a56ce780f44c3b9f6da28a4373d6c3.shtml>。

② 刘瑛:《论以新冠疫情作为中美商务合同的免责事由》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第99页。

③ 参见李俊晔:《疫情引发合同履行障碍之不可抗力与情势变更类案辨析》,载《法律适用》2020年第6期,第65页。

④ “Force Majeure and Hardship Clause 2020”, International Chamber of Commerce official website, pp. 2, 4, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>。

⑤ 李昊、刘磊:《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期,第50页。

⑥ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第482页;朱广新:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第768页;王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第535页。

一般而言,在国际商事领域,卖方承担供货风险,不能以合同外第三人未供货作为自己不向买方交付货物的抗辩事由;^① 买方承担支付风险,不能以合同外第三人未回款作为自己不向卖方支付货款的抗辩事由。^② 若经济制裁导致合同外第三人未供货,卖方应另寻货源,即便新渠道的成本更高,同理,若经济制裁导致合同外第三人未回款,买方应另行筹措资金。^③ 在经济制裁影响合同履行的案件中,即便合同外第三人行为是政府行为,但如果该政府行为是由合同当事人引起的,法院也会拒绝承认不可抗力的成立。如在尼索石油公司诉西方石油公司案中,由于被告拒绝了利比亚政府的调价要求,利比亚政府对被告实行了石油禁运制裁,导致被告无法履行对原告的石油交付义务。但法院认为利比亚政府对被告的制裁并非是外部原因,是被告的拒绝导致了利比亚政府的禁运,故利比亚政府的制裁并不成立不可抗力。^④

然而,凡有原则必有例外,合同外第三人行为并非完全没有适用不可抗力的可能性。在较为特殊的个案情况中,也有法院认为合同外第三人行为可以构成不可抗力,例如卖方提供的货物只由该合同外第三人生产,^⑤ 或债务人支付货款的前提是取得销售回款,^⑥ 在这样的情形下,合同外第三人行为仍有适用不可抗力的空间。

三 适用不可抗力的可行性分析

由于国际商事合同奉行的是严格责任制度,当事人不能履行合同的即应承担违约责任,然而法律出于伦理、分配等考量因素“特赦”了因不可抗力导致不能履行的当事人责任。^⑦ 通过不可抗力来免除合同当事人全部或部分履行不能时的责任,已成为国际商事合同中的通行做法。

当事人援引不可抗力主要有两种情形,一种是法律规定的不可抗力免责情形,另一种是当事人合同约定的不可抗力免责情形。考虑到《民法典》第506条将当事人约定在合同中的免责事由称为“免责条款”,为作区分,在本文分析框架下,笔者将法律规定的免责情形称作免责条件,即法定不可抗力免责条件;将当事人在合同中约定的免责情形称作免责条款,即约定不可抗力免责条款,并分别讨论在这两种情况下经济制裁能否成立不可抗力。

(一) 法定不可抗力免责条件

法定不可抗力免责条件始于1979年的《中华人民共和国中外合资经营企业法》(现已失效,

① Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (Oxford University Press, 4th edn, 2016), p. 1135.

② Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG-A Compact Guide to the 1980 UN CISG* (Wolters Kluwer, 3rd edn, 2008), p. 140.

③ Mercedes Azeredo Da Silveira, “Chapter 7: Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship”, in Fabio Bortolotti and Dorothy Udemé Ufot (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts; Dealing with Unforeseen Events in a Changing World* (International Chamber of Commerce, Volume 17, 2018), p. 177.

④ *Nissho-Iwai Co. v. Occidental Petroleum Corp.*, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 729 F.2d 1530, pp. 1540-1542.

⑤ UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016, p. 377.

⑥ 参见济南东风制药厂与吉林九鑫药业集团有限公司代理销售合同纠纷上诉案,最高人民法院(2004)民二终字第163号民事判决书。

⑦ 崔建远:《不可抗力条款及其解释》,载《环球法律评论》2019年第1期,第48页。

第13条)和1981年的《中华人民共和国合同法》(现已失效,第27条、第34条、第41条),但二法只规定了不可抗力的法律后果,直到1985年《中华人民共和国合同法》(现已失效,下文简称《涉外经济合同法》)第24条第3款才确定了不可抗力“三不”的基本构成要件并沿用至今,即“不能预见”“不能避免”“不能克服”。^①若严格适用这3项构成要件以及履行不能的结果要件,经济制裁在中国的法律实践中很难符合法定不可抗力免责条件。然而随着实践的发展并考虑经济制裁的特性,这些要件的新变化使得经济制裁有了更多适用不可抗力的空间。

1. “三不”要件

(1) “不能预见”

在昆明加加宁生物制品有限公司与云南福瑞达进出口有限公司行纪合同纠纷案中(下文简称加加宁案),原告与被告订立《代理进出口协议》,委托被告从一家俄罗斯公司购买货物,该俄罗斯公司为原告股东。被告之前于2011年、2013年与原告订立内容相同的合同并已履约,都是由被告从该俄罗斯公司购买货物并将货款支付给合同中约定的收款账户。诉争合同于2015年订立,被告将货款支付给该俄罗斯公司时,却因美国对俄罗斯的经济制裁导致被告在申请境外电汇时被美国花旗银行根据OFAC的指示冻结。法院认为被告作为专门从事对外贸易的企业,考虑到当时的国际贸易环境,货款被美国政府冻结并非不可预见,不属于不可抗力,故而不能免责。^②

对于“不能预见”的判断标准,一般认为应按照普通公众即善意一般人所应具有的判断标准,^③也有观点认为还需考虑个案的具体情形,如加加宁案中法院认为被告是从事对外贸易的“专业人员”,应以专业标准而非善意一般人的标准来判断被告的预见能力。例如联合国安理会对朝鲜核试验已经实施了多轮制裁措施,但朝鲜并未终止核试验,此时以专业标准来看就应当预见到安理会或有关国家将来很有可能会继续对朝鲜追加进一步的制裁措施。^④

然而,由于经济制裁服务于一国政策目的,常伴随着国际关系的变化而变化,具有实施的突发性和执法的选择性,即便是专业人员有时也很难预测经济制裁的发生以及这些制裁措施对合同履行可能产生影响的时间、地点、范围以及持续时长。以美国对俄罗斯的制裁为例,美国于2012年出台的《马格尼茨基人权问责法》(Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act)是针对迫害马格尼茨基的俄罗斯官员,^⑤2014年由于克里米亚危机的爆发导致国际关系变化,美国又出台了针对俄罗斯在克里米亚军事行动的总统行政命令。^⑥这两项经济制裁不仅政策目标完全不同,而且所制裁的行业也完全不同,可见其实施时机具有很强的突发性,即便以专业标准来看,

① 聂卫锋:《不可抗力免责规范构造逻辑的义务类型基础——〈民法典〉第180条第1款立法方法论之历史性检讨》,载《法律方法》2021年第3期,第291页。

② 参见昆明加加宁生物制品有限公司与云南福瑞达进出口有限公司行纪合同纠纷案,云南省昆明市西山区人民法院(2018)云0112民初10128号民事判决书。

③ 参见刘凯湘、张海峡:《论不可抗力》,载《法学研究》2000年第6期,第111页。

④ 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14页。

⑤ “The Magnitsky Sanctions Program”, The US Treasury Office of Foreign Assets Control official website, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/the-magnitsky-sanctions>.

⑥ “Ukraine - /Russia - related Sanctions Program”, The US Treasury Office of Foreign Assets Control official website, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/ukraine-russia-related-sanctions>.

也很难预测 2014 年克里米亚危机的爆发以及随之而来的美国制裁。再看美国 OFAC 的执法行动, 2012 年的《马格尼茨基人权问责法》和 2014 年的总统行政命令都含有资产冻结的制裁措施, 且前者的法律效力要远高于后者, 然而加加宁案中被告在 2013 年将货款境外电汇给俄罗斯的收款账户时并未遭遇到 OFAC 的冻结, 却在 2015 年遭遇了 OFAC 的执法制裁, 从中可以看出 OFAC 执法活动的不确定性。

因此笔者认为, 不宜对当事人预见经济制裁的能力要求过高。首先, 从要件本身出发, 国内外已有许多学者提出对于“不能预见”这一要件不宜作严格要求。^① 中国在司法实践中也逐渐放松对“不能预见”的要求, 从 20 世纪认为气象部门都无法预见的灾害天气才满足这一要件,^② 到如今认为气象部门有所预报但当事人无法据此准确预知影响和后果就可满足这一要件。^③ 其次, 从经济制裁的特性出发, 经济制裁不似有的灾害天气那般可以通过科学手段进行预测, 要从变幻莫测的国际关系中预测美国庞杂且不稳定的制裁政策, 即便对专业人员而言也颇具难度, 例如对美国制裁政策十分敏感的银行, 在自己常用的、较为安全稳定的跨境汇款路径中也会突然遭到 OFAC 冻结,^④ 遑论从事对外贸易的合同当事人并不一定具备专门的经济制裁政策知识。在英国法中, 对于战争、罢工这类具有较强突发性的社会性事件, 甚至不要求具备“不能预见”这一要件,^⑤ 因为这类社会性事件通过复盘分析总归可以从新闻媒体中发现种种有所预示的社会迹象, 但法院在事后审判时不宜对经济制裁中不可抗力的不可预见性作严格要求。更重要的是, 对于“不能预见”的严格要求, 可能会导致与中国反制裁目标相悖的结果。依据制裁的“信号灯”理论, 经济制裁的重要功能便是向外界释放不能与目标国进行经济往来的信号。^⑥ 而对“不能预见”的严格要求意味着凡是被美国制裁的国家和行业, 与其相关的任何交易都属于中国企业已经预知的高风险地区和领域, 合同一方当事人因经济制裁导致的不能履约都不属于不可抗力, 只能风险自负。在这样的高风险之下, 中国企业不免会更加倾向于遵守美国的制裁政策, 避免与被美国制裁的国家和行业进行任何交易从而预防被制裁风险, 这无形之中放大了美国经济制裁所释放的信号, 也与中国的反制裁目标背道而驰。

(2) “不能避免”

“不能避免”是指, 尽管当事人尽了合理的注意或采取了必要的措施, 仍不能阻止不可抗力

① 参见杨良宜:《合约的解释: 规则与应用》, 法律出版社 2015 年版, 第 394 页; 崔建远:《民法总则应如何设计民事责任制度》, 载《法学杂志》2016 年第 11 期, 第 34 页。See also Clayton P. Gillette and Steven D. Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2nd edn, 2016), pp. 323 – 324; Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (Oxford University Press, 4th edn, 2016), p. 1135.

② 参见沪东造船厂与上海东方疏浚工程公司船舶碰撞纠纷上诉案, 上海市高级人民法院 (1999) 沪高经终字第 423 号民事判决书。

③ 参见中国人民财产保险股份有限公司泉州市分公司、海口港集装箱码头有限公司港口货物保管合同纠纷案, 最高人民法院 (2017) 最高法民申 3252 号民事裁定书。

④ 参见琿春和发经贸有限公司与吉林琿春农村商业银行股份有限公司委托合同纠纷案, 吉林省琿春市人民法院 (2020) 吉 2404 民初 2322 号民事判决书。

⑤ Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (Routledge, 2nd edn, 2013), p. 79.

⑥ See Van Wagenen and Paul, “U. S. Economic Sanctions-Non-Traditional Success against North Korea”, (2000 – 2001) 32 *Law and Policy International Business* 239, p. 251; Grossman Guy, Manekin Devorah and Margalit Yotam, “How Sanctions Affect Public Opinion in Target Countries: Experimental Evidence from Israel”, (2018) 51 *Comparative Political Studies* 1823, p. 1846.

的发生。^① 值得一提的是,中国法院在个别案件中认为基于经济制裁的可预见性,虽然“不能避免”经济制裁的发生,但是可以通过预见经济制裁的发生来避免经济制裁的后果对合同履行产生影响,从而防患于未然。^② 笔者认为这一观点不仅混淆了“不能避免”与“不能克服”的内涵,同时也将“不能避免”与“不能预见”绑定在一起,即能预见便能避免,使得“不能避免”失去了作为独立要件的判断价值。而作为一项独立的判断要件,一国决定采取的经济制裁是合同中私主体很难阻止其发生的,因此较易满足该要件。

中国有观点认为,考虑到《联合国国际货物销售合同公约》第79条和国际商会的不可抗力条款等国际商事统一规则均不要求同时具备“不能避免”和“不能克服”,中国法院也不应一刀切地要求所有案件都必须同时具备这两个要件。^③ 但笔者认为当合同准据法是中国法律时,还是应当根据《民法典》规定要求同时具备这两个要件,而且考虑到经济制裁本身不是合同当事人可以避免的,“不能避免”要件也容易满足。

(3) “不能克服”

对于“不能克服”,有观点认为针对的是不可抗力事件的自然后果,另有观点认为针对的是法律后果,但中国司法实践一般认为是自然后果,^④ 且在本文事实路径的分析框架下,由于中国不承认外国强制性规范,经济制裁也不存在法律上不可克服的后果。

在有替代履行措施的情况下,经济制裁的自然后果是可以克服的。在山东省烟台经济技术开发区人民法院判决的1例案件中,被告未向原告供货,但是被告的关联公司履行了与原告在另一个合同中的供货义务,因此法院认为被告所声称的美国对伊朗和中国船务公司的制裁是可以克服的。^⑤ 从法院的分析来看,法院认为被告至少可以通过关联公司来替代履行对原告的供货义务。

对于存有替代履行措施即说明履行障碍可以克服这一点,学界几乎没有争议,英美法系国家在司法实践中也持同样的立场,^⑥ 甚至对当事人采取替代履行措施克服障碍的努力程度要求更高。在一个美国法院案例中,由于美国对利比亚实施了制裁,禁止美国人前往利比亚或从利比亚进口石油,导致被告无法履行与原告在利比亚开采石油的合同。虽然被告在该案中不存在关联公司,但是法院认为美国对利比亚的制裁并未禁止被告通过关联公司来履行合同,也即被告存有替代履行措施,即使这个替代履行措施在当时并不是现实存在的而是一种可能性,法院也认为被告的不可抗力事由不成立。^⑦

需指出的是,在经济制裁领域,替代履行措施并不意味着一定要找到合同外第三人来替代履行,如果合同当事人可以通过申请许可取得在相应制裁措施下的豁免,申请许可也构成替代履行

① 李昊、刘磊:《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期,第53页。

② 参见昆明加加宁生物制品有限公司与云南福瑞达进出口有限公司行纪合同纠纷案,云南省昆明市西山区人民法院(2018)云0112民初10128号民事判决书;烟台市工业炉厂与中国重型机械有限公司买卖合同纠纷案,北京市海淀区人民法院(2019)京0108民初49557号民事判决书。

③ 参见崔建远:《不可抗力条款及其解释》,载《环球法律评论》2019年第1期,第51页;韩秀丽、荣婷:《新冠肺炎疫情下国际商事合同中不可抗力的认定与证明》,载《国际商务研究》2022年第5期,第46页。

④ 李昊、刘磊:《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期,第53页。

⑤ 参见秦皇岛市某塑料有限公司与某电子商务有限公司买卖合同纠纷案,山东省烟台经济技术开发区人民法院(2021)鲁0691民初423号民事判决书。

⑥ 杨良宜:《合约的解释:规则与应用》,法律出版社2015年版,第800页。

⑦ *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, U. S. District Court, 733 F. Supp. 800, pp. 813 - 819.

措施，经济制裁并非“不可克服”。^①

由此可见，相较于“不能预见”和“不能避免”，“不能克服”更难满足。当事人需先积极寻求替代履行措施，既包括现实存在的，也包括潜在可行的，并且还需积极申请与经济制裁相关联的豁免许可，只有穷尽前述渠道仍未能克服经济制裁导致的履行障碍时，方可构成“不能克服”。

2. 履行不能

《民法典》第590条第1款规定，要根据不可抗力对合同履行的具体影响来判断免责的范围和程度，因为在有些情况下，不可抗力会导致债务根本无法履行；但有时，不可抗力仅仅导致迟延履行。^② 故而，此处的“不能履行”应作广义解释，即包含全部不能履行、部分不能履行以及迟延履行等多种形态。但是法院在认定经济制裁是否满足履行不能的条件时一般比较严格，倾向于从全部不能履行的角度进行认定。尤其是在被告主张因制裁导致无法交货的情况下，只要被告在此期间对原告的询价进行了回应^③或向案外人发送过相关货物的要约邀请，^④ 则倾向于认定被告仍具有交货的履约能力，只是受制裁影响可能产生部分不能履行或迟延履行，但不构成全部不能履行。

由于资产冻结是美国最常使用的经济制裁措施，所以与经济制裁相关合同纠纷中有大量都是因为境外账户被冻结所导致。资产冻结属于当事人“不能克服”的情形，^⑤ 并且较难预见和避免，但法定不可抗力免责条件还要求产生履行不能的后果，而通常认为金钱作为种类物不存在不能履行的情形，^⑥ 例如前述齐旺达公司的系列案件以及加加宁案中法院也都如此认为，因为即便与美元相关的资产及交易被美国冻结，当事人依旧可以通过其他方式来履行金钱之债。

然而这种“金钱债务不存在履行不能”的认识过于绝对，因为金钱债务完全有可能发生履行迟延，这为法定不可抗力免责条件提供了适用的空间。尤其是在制裁领域，由经济制裁引起的银行系统线路中断或资产冻结导致的金钱筹措困难完全有可能引起金钱债务的迟延履行，这些情况同样是“不能预见”“不能避免”并“不能克服”的。虽然不可能免除金钱债务的履行，但是债务方可以援引不可抗力获得迟延履行的免责。^⑦

在上海市浦东新区人民法院判决的1例案件中，原告与被告俄罗斯公民娜斯佳（下文简称娜斯佳案）的借贷合同中约定采用美元还款。由于美国对俄罗斯的经济制裁以及俄罗斯的外汇管制政策，被告无法从俄罗斯银行汇出美元偿还原告借款，因此被告曾多次与原告协商以人民币还款，但原告以中国外汇管制政策为由拒绝了被告的请求。法院认为，被告可以通过在中国境内以人民币兑换美元或其他方式履行债务，故而驳回了被告不可抗力的主张，并判决被告于判决生效之日起10日内以美元偿还原告的金钱债务，若未在指定期间履行则加倍支付迟延履行期间的债

① 石佳友、刘连焯：《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67页。

② 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国民法典〉合同编学习读本（上册）》，中国民主法制出版社2021年版，第299页。

③ 参见浙江安立博休闲用品有限公司与上海莹恒贸易有限公司、钱祖龙买卖合同纠纷案，上海市虹口区人民法院（2020）沪0109民初17739号民事判决书。

④ 参见苏州唐缘塑化有限公司与山东聚塑互联科技有限公司买卖合同纠纷案，山东省日照市东港区人民法院（2020）鲁1102民初5628号民事判决书。

⑤ 参见昆明加加宁生物制品有限公司与云南福瑞达进出口有限公司行纪合同纠纷案，云南省昆明市西山区人民法院（2018）云0112民初10128号民事判决书。

⑥ 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第379页。

⑦ 谭启平、龚军伟：《不可抗力与合同中的民事责任承担——兼与罗万里先生商榷》，载《河北法学》2002年第3期，第126页。

务利息。^① 这里法院显然未能深刻认识到美国经济制裁对于美元支付的影响程度：一方面，如果要求被告严格按照合同支付美元，在规定的短时间内相当于是履行不能；另一方面，即便给足被告多余的时间筹措美元，也要充分考虑到被告要在俄罗斯境外绕开 OFAC 监管的困难以及耗时。

相较之下，英国法院在类似案例中要么允许采用美元以外的替代支付措施，要么兼顾经济制裁带给被告筹措美元的困难以及耗时。在一个船舶包运合同纠纷案中，由于美国对承租人的母公司实施了经济制裁，承租人不能使用美元支付运费，尽管承租人愿意以欧元支付运费，但因合同规定采用美元结算，船东便以不可抗力为由要求解除合同。英国商事法院的一审意见认为，不应要求船东放弃合同约定的美元结算权利。由于承租人无法履行合同约定的支付义务，故而经济制裁成立不可抗力，这也是英国上诉法院的少数意见。但上诉法院的判决认为，尽管合同规定美元结算，但从实现合同目的的角度出发，承租人可以通过欧元替代支付运费，故而不可抗力不成立。^②

而在阿拉伯利比亚外国银行^③诉银行家信托公司^④案中，由于美国对利比亚的经济制裁，被告冻结了原告的账户。原告要求被告以现金（美元或英镑）、银行汇票、银行汇款或存款证明等方式履行金钱债务，但被告称由于美国对利比亚的经济制裁，自己不能履行前述任何一种支付方式。英国法院认为，美国对利比亚的经济制裁切断了利比亚与环球银行间金融通信协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications，即 SWIFT）的通讯线路，被告确实不能通过银行汇票、银行汇款或存款证明等支付方式履行义务，但是可以通过交付美元或英镑现金的方式履行义务，因此驳回了被告的履行不能主张。但考虑到该案标的额高达 1.3 亿美元，法院认为若被告从美国筹措美元现金，在将美元现金从美国运输至英国期间的债务利息可以停止计算。^⑤

虽然娜斯佳案与这两个案例的标的额不可相提并论，但是就案中经济制裁对金钱债务履行的影响而言，都具有相当的困难性和复杂性。然而娜斯佳案的法院不仅依旧要求采用美元支付，拒绝被告的人民币替代支付请求，同时还要求在规定的短时间内履行支付义务，显然未能考虑到经济制裁尤其是美国经济制裁对于美元支付的影响程度，凸显了当下美国滥用经济制裁的新形势下，在金钱债务履行中适用法定不可抗力免责条件免除迟延履行责任的必要性。更何况“金钱债务不存在履行不能”这种绝对认知在中国也出现了变化，不仅出现了需调整这种绝对认知的学术观点，^⑥ 还出现了承认金钱债务履行不能的司法案例，^⑦ 这也为资产冻结类的经济制裁措施适用法定不可抗力免责条件提供了可能性。

至于不可抗力与履行不能之间的因果关系，有观点认为不可抗力必须是债务人不能履行的最

① 参见星展银行（中国）有限公司上海分行与娜斯佳金融借款合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 民初 34577 号民事判决书。

② *MUR Shipping BV v. RTI Ltd.*, U. K. High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, [2022] EWHC 467 (Comm), paras. 176–191.

③ 一家利比亚的银行在英国的分支机构。

④ 一家美国的银行在英国的分支机构。

⑤ *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company*, U. K. High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, 26 I. L. M. 1600 (1987), pp. 1628–1639.

⑥ 参见谭启平、龚军伟：《不可抗力与合同中的民事责任承担——兼与罗万里先生商榷》，载《河北法学》2002 年第 3 期，第 126 页；解亘：《〈民法典〉第 590 条（合同因不可抗力而免责）评注》，载《法学家》2022 年第 2 期，第 177 页。

⑦ 参见济南某制药厂与吉林某药业公司代理销售合同纠纷案，最高人民法院（2004）民二终字第 163 号民事判决书；史少伟诉崔剑侠、北京链家房地产经纪有限公司房屋买卖合同案，北京市通州区人民法院（2010）通民初字第 10256 号民事判决书。

近、唯一和关键原因,^①但更多的司法界和学术界观点认为,应根据不可抗力作为导致履行不能的原因程度大小,来全部或部分地免除债务人责任。^②如果经济制裁在订立合同之前就已经存在,^③或者该经济制裁并未直接作用于合同履行,^④则该经济制裁与履行不能之间不存在因果关系。

3. 小结

对比法定不可抗力免责条件的“三不”要件以及履行不能的后果,从中国法院认定的宽严程度和要件满足的难易程度两个维度来看,中国法院对于经济制裁的“不能预见”要求过严,这也是法院在相关案例最先且最常否定被告不可抗力抗辩的理由;对于“不能避免”有所论及,但一般与“不能预见”相绑定,认为经济制裁可以预见即可避免;对于“不能克服”,中国法院少有论及,然而这一要件本身并不易满足,需要被告穷尽实际和潜在可行的替代履行措施;对于履行不能,中国法院认定也较为严格。综合这些因素,在笔者统计的经济制裁相关案例中,没有1例满足法定不可抗力免责条件。

但这并非意味着经济制裁在中国法框架下完全没有适用法定不可抗力免责条件的空间。首先,现阶段中国法院对于经济制裁不可预见性的严格要求,一方面由于经济制裁影响国际商事合同履行的案件在中国出现较晚且数量较少,对于经济制裁难以预见特性的认知尚未普及,另一方面中国司法界和学术界放宽不可预见性的认知也还在不断深化,故而在未来对经济制裁认知更加深入后其满足不可预见性的可能性更大。至于“不能避免”,在厘清“不能避免”与“不能克服”的区别之后,经济制裁显然是私主体不能避免的。其次,“不能克服”虽然本身较难满足,但在当事人穷尽前述替代履行措施后仍可满足,且已有法院承认资产冻结类经济制裁措施具有不可克服性。最后,中国法院对于履行不能的认定较为严格,但是在金钱债务履行不能的认定上存有放松空间,尤其是在郎刚山诉招商银行沈阳股份有限公司沈阳分行合同纠纷案中,被告以原告被OFAC列入制裁名单为由无法为原告办理任何业务,虽然法院以原告不符合起诉条件为由(未阐述具体理由)驳回了原告的起诉,但实际上法院判决结果相当于是变相承认了美国对原告的经济制裁使得被告不能履行对原告的任何金钱债务。^⑤故而,经济制裁在中国法框架下仍有适用法定不可抗力免责条件的空间。

(二) 约定不可抗力免责条款

在私法领域,当事人可以通过合同约定免除特定情况下未履约行为人的责任,其背后的逻辑

① 叶林:《论不可抗力制度》,载《北方法学》2007年第5期,第41页。

② 参见李昊、刘磊:《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期,第59页。另见耀声(厦门)物业管理有限公司与厦门国际信托投资有限公司借款担保合同纠纷上诉案,最高人民法院(2007)民二终字第92号民事判决书指出:“债务人以政府的征用行为属于不可抗力为由……可以根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任。”又见《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》第3条规定:“应当综合考量疫情对不同地区、不同行业、不同案件的影响,准确把握疫情或者疫情防控措施与合同不能履行之间的因果关系和原因力大小……(一)疫情或者疫情防控措施直接导致合同不能履行的……根据疫情或者疫情防控措施的影响程度部分或者全部免除责任。”

③ 解亘:《〈民法典〉第590条(合同因不可抗力而免责)评注》,载《法学家》2022年第2期,第185页。

④ 参见隆基乐叶光伏科技有限公司与中兴能源光能技术有限公司买卖合同纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初97414号民事判决书。

⑤ 参见郎刚山与招商银行沈阳股份有限公司沈阳分行合同纠纷案,辽宁省沈阳市和平区人民法院(2019)辽0102民初10452号之一民事裁定书。

在于法的自治性，即合同当事人是自己利益最好的裁判者，自己的事情自己处理。^①当事人可以在订立合同时协商确定应当纳入合同不可抗力免责条款中的事件类型或范围，^②《涉外经济合同法》第24条第4款也曾规定“不可抗力事件的范围，可以在合同中约定”。

1. 未约定经济制裁

国际商事合同中未明确约定经济制裁的不可抗力免责条款一般有3种形式。

其一为概括式，即宽泛地规定不可抗力可免责或直接借鉴法定不可抗力免责条件，此时约定不可抗力免责条款的内涵与法定不可抗力免责条件的内涵别无二致。

其二为列举式，即列举了一些构成不可抗力的具体事件。若未将经济制裁列举在内，为判定经济制裁是否可适用该条款，首先需判断该条款中已列举的事件是否均属于可构成不可抗力的典型事件，例如洪水、台风、地震、战争。如果是，则应类推适用法定不可抗力免责条件，即按照前述法定不可抗力免责条件的要件分析案涉经济制裁是否构成不可抗力。^③如果列举的事件超越了法定不可抗力免责条件中的典型事件，例如关联方反对、供应商未供货等，此时则不能类推适用法定不可抗力免责条件，只能将经济制裁与当事人所列举的事件进行类比，即依一般理念、常识判断经济制裁与当事人约定的事件是否属于同类。^④

其三为综合式，即结合了概括和列举的方式。例如在齐旺达公司的系列案件中，齐旺达公司与对方当事人约定：“合同任何一方由于不可抗力如战争、洪水、台风、地震和双方认可的在有关双方可以控制以外的其他因素而妨碍了合同的执行，根据不可抗力的条款，合同完成时间将根据所产生的影响相应延长。”此处列举的不可抗力“战争、洪水、台风、地震”并未超越法定不可抗力免责条件中的典型事件，而后半句概括式条款中又加上了“双方认可的……其他因素”。

经济制裁是否适用该综合式条款呢？有观点认为仍旧可以采用“同类解释”规则加以判断，^⑤也有观点认为后半句附加的概括式条款反而会对前半句列举式条款起到限制作用，即不仅要满足与列举事件同类检验标准，还应根据“双方认可的在有关双方可以控制以外的其他因素”进行二次检验。^⑥笔者赞同第二种观点，因为约定不可抗力免责条款是当事人自行约定的对违约行为的“特赦”，法院倾向于对其进行严格解释，除非当事人可以精心设计后半句概括式条款以明确表明双方当事人意图扩大列举的事件范围。在齐旺达公司的系列案件中，齐旺达公司的综合式约定不可抗力免责条款使用了“和”字作为列举式条款和概括式条款的连接，不仅难以明确表明当事人希望经济制裁这类未列举事件也能涵盖在内，相反根据文义解释应符合列举式条款和概括式条款的双重检验，经济制裁更加难以适用该条款，最终齐旺达公司的系列案件中法院均认为美国的经济制裁不适用该条款，并且在上海苏尔寿工程机械制造有限公司诉齐旺达公司的案件中，上海市浦东新区人民法院便将该综合式条款解释为双重检验标准。^⑦

① 韩世远：《免责条款探讨》，载《当代法学》1993年第2期，第27页。

② 姚新超：《贸易商如何运用不可抗力条款》，载《对外经贸实务》1997年第9期，第17页。

③ 李昊、刘磊：《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》，载《财经法学》2020年第5期，第62页。

④ 崔建远：《不可抗力条款及其解释》，载《环球法律评论》2019年第1期，第50页。

⑤ 参见韩秀丽、荣婷：《新冠肺炎疫情下国际商事合同中不可抗力的认定与证明》，载《国际商务研究》2022年第5期，第43页。

⑥ Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (Routledge, 2nd edn, 2013), p. 91.

⑦ 参见上海苏尔寿工程机械制造有限公司与山东齐旺达石油化工有限公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2020）沪0115民初58009号民事判决书。

2. 约定了经济制裁

列举经济制裁的约定不可抗力免责条款多出现在保险和银行领域，其免责条款的行文内容并不会规定通过将经济制裁约定为不可抗力来免责，而是直接约定制裁免责条款。

在银行领域，国际商会一直以来不建议银行在信用证这类贸易金融工具中加入制裁免责条款这种可能会影响独立性基础的条款，并在其 2021 年 10 月的指导意见中重申了这一观点。^① 实务中，虽然有些开证行依旧会在信用证中加入一些“大而全”的制裁免责条款，如“我行对于适用于我行的任何制裁法律、条例或法院命令的作为或不作为予以免责”，但通知行尤其是欧盟国家的银行在收到该信用证后，会反复要求开证行删减信用证中的制裁免责条款直至删除，欧盟国家的银行开出的信用证中也往往不含制裁免责条款，德国银行甚至无法议付含有此类制裁免责条款的信用证，否则可能将违反德国联邦法律《外贸法规》（Außenwirtschaftsverordnung, Foreign Trade and Payments Ordinance）第 1 章第 7 条“禁止在……付款交易中……参与对一国抵制”的规定。^② 然而由于国际政治经济冲突加剧，加入制裁免责条款的银行有增无减，^③ 并且不同国家法院出现了承认这一条款效力并且支持银行援引该条款的案例。

在拉梅萨（Lamesa）投资有限公司诉赛诺秀（Cynergy）零售银行案中，双方贷款合同中的制裁免责条款规定若被告偿还原告贷款将会违反经济制裁，则被告不偿还原告贷款的行为不视为违约行为。由于原告被美国 OFAC 列入制裁名单，被告依据该制裁免责条款中止偿还原告贷款，英国法院在一审中支持了被告的主张，判定在原告被制裁期间被告都有权援引该条款，二审法院再次肯定了被告的主张。^④ 同样在库维拉（Kuvera）资源私人有限公司诉摩根大通银行案中，被告作为通知行和付款行，虽然并没有在信用证中添加制裁免责条款，但却在所有关于信用证的通知和确认书中规定了制裁免责条款，即如果单据涉及美国制裁法律或受美国制裁的船舶，被告不承担未能付款的责任。由于原告的交易涉及受美国制裁的船舶，被告根据该制裁免责条款拒绝支付。新加坡法院重申了国际商会不建议在信用证中加入制裁免责条款的立场，但指出被告并不是在信用证本身而是在信用证的通知和确认书中加入了该制裁免责条款，原告也注意到被告加入了该条款，并且该条款是短小且聚焦的，因此支持了被告的主张。^⑤ 虽然目前原告已提起上诉，^⑥ 但该案作为新加坡法院承认制裁免责条款效力的第 1 例仍具有重要意义。^⑦

在保险领域，列举经济制裁的约定不可抗力免责条款一般规定为“制裁限制和除外条款”。该条款主要有两种表现形式，一种规定保险人不应为制裁风险提供保险保障，若保险人的赔付行

① “ICC Banking Commission Final Opinions TA. 920 rev. ”, Trade Finance Training, <https://www.tradefinance.training/blog/articles/icc-banking-commission-final-opinions-october-2021/>.

② 江齐、周晋：《制裁免责条款的是与非》，载《中国外汇》2014 年第 20 期，第 38 页。

③ 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》2022 年第 4 期，第 48 页。

④ *Lamesa Investments Limited v. Cynergy Bank Limited*, The United Kingdom Court of Appeal (Civil Division), [2020] EWCA Civ 821.

⑤ *Kuvera Resources Pte Ltd v. JP Morgan Chase Bank*, The General Division of The High Court of The Republic of Singapore, [2022] SGHC 213.

⑥ “Practice and Guidance, Singapore Court Sanctions Clause Judgment”, Sanctions-Law, <https://www.europeansanctions.com/2022/11/singapore-court-sanctions-clause-judgment/>.

⑦ “Singapore Court Upholds Validity and Enforceability of Sanctions Clause in a Test Case”, Drew Network Asia, <https://www.drewnetworkasia.com/newsroom/singapore-singapore-court-upholds-validity-and-enforceability-of-sanctions-clause-in-a-test-case/>.

为有可能使保险人面临制裁风险，则免去赔付义务；^① 另一种规定货物运输保险的覆盖范围不包含被制裁地区。^② 由于经济制裁系一国政府基于政治原因对他国采取的一种手段，虽然经济制裁同样也会产生经济损失，但归根结底是由政治风险引起的，具有浓厚的政治性，因此一般不属于保险民事责任的承保范围。^③ 并且，免责条款应基于客观经济规律，对于权利义务的分配应符合合理分担风险的要求，在保险领域，保险人对于战争、暴乱等政治风险所造成的损害免责是符合客观经济规律的合理化经营典范。^④ 故而在司法实践中，法院一般也会对保险合同中的制裁限制和除外条款予以认定，例如在阿拉什（Arash）航运企业有限公司诉安盟保险公司（Groupama Transport）案中，原告作为被保险公司受控于被制裁的伊朗实体，英国法院支持了保险公司援引该条款。^⑤ 同样在中国的相关案例中，由于金泰发展有限公司投保的船舶被美国 OFAC 列入制裁名单，保险公司也成功援引了该条款。^⑥

但值得注意的是，金泰发展有限公司的相关案例发生在《反外国制裁法》生效之前。《反外国制裁法》第12条规定了对外国“歧视性限制措施”的阻断条款，任何组织和个人都不能执行或者协助执行对中国公民或组织的此类措施。那么，约定制裁免责条款是否违反第12条的规定呢？

中国目前公开可检索的仅有1例与《反外国制裁法》相关的案例。该案中，卖方主动向买方出具了《关于贸易制裁的声明与保证》，承诺所提供的货物不是来自伊朗、叙利亚、克里米亚等国和地区的产品，如若违反，买方有权终止合同并由卖方自行承担全部责任及风险。然而在交货过程中卖方未向买方提供货物原产地证明，买方以卖方交付货物涉嫌来源于被制裁国家为由拒绝收货并要求解除合同。卖方遂将买方诉至法院，认为《关于贸易制裁的声明与保证》违反了《反外国制裁法》，应属无效。法院认为《关于贸易制裁的声明与保证》不属于《反外国制裁法》所规范的内容，并且由卖方自愿作出，真实有效，^⑦ 但并未给出不违反《反外国制裁法》的理由。

首先，细察《反外国制裁法》第12条的保护对象，是受到外国歧视性限制措施的中国公民或组织，而受到外国歧视性限制措施的第三国公民或组织便不在此列，故而中国企业将外国对第三国的制裁措施列在约定免责条款中不会受到《反外国制裁法》的影响。其次，再看第12条的阻断对

① 如中国人民财产保险股份有限公司远洋船舶保险条款（2009版）“制裁限制与除外条款”约定：“当保险人（××）对某类风险提供金额保障，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（××）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（××）都不应视为该类风险提供了任何保障，亦不承担任何赔偿或给付保险金的责任。”

② 如北京捷诚伯仲国际运输代理有限公司与华泰财产保险有限公司上海分公司财产保险合同纠纷案中的《货物运输预约保险协议（开口保单）》约定：“保险标的……的航程为从世界各地（朝鲜、叙利亚等联合国/美国/欧盟/中国制裁或战乱的国家或地区除外）进口至中国大陆主要城市、中国大陆主要城市（新疆、西藏、青海、甘肃除外）出口至世界各地（朝鲜、叙利亚等联合国/美国/欧盟/中国制裁或战乱的国家或地区除外）。”

③ 何丽新、郑乃容：《国际贸易制裁风险的承保问题探索》，载《中国海商法研究》2020年第3期，第16页。

④ 韩世远：《免责条款探讨》，载《当代法学》1993年第2期，第28页。

⑤ *Arash Shipping Enterprises Company Limited v. Groupama Transport*, The United Kingdom Court of Appeal (Civil Division), [2011] EWCA Civ 620.

⑥ 参见金泰发展有限公司与中国人民财产保险股份有限公司青岛市分公司海上、通海水域保险合同纠纷案，青岛海事法院（2018）鲁72民初1860号民事判决书；诺亚天泽保险经纪（上海）有限公司与金泰发展有限公司保险经纪合同纠纷案，山东省高级人民法院（2020）鲁民终772号民事判决书。

⑦ 参见青岛金海链国际贸易有限公司诉广州发展碧辟油品有限公司买卖合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民初1365号民事判决书。

象,第12条阻断的是外国歧视性限制措施,普遍适用的限制措施不在此限。然而“歧视性限制措施”的内涵以及具体范围尚无定论。有学者认为《反外国制裁法》第3条中所规定的“违反国际法和国际关系基本准则”“对我国进行遏制、打压”“干涉我国内政”等条件均需满足,^①但也有学者认为这些条件是应同时满足还是择其一即可并无明确答案,^②实务界则指出应注意区分外国歧视性限制措施与开展业务所需合理遵守的外国法律,若中国企业因违反外国出口管制法律而被列入制裁名单,同样情况下第三国企业也会因此被该外国列入制裁名单,则不应认定为歧视性限制措施。^③综上,由于没有清晰界定,“歧视性限制措施”的覆盖范围可以很广泛,尤其是就《反外国制裁法》的出台背景而言,美国对中国的单边制裁大多可以构成歧视性限制措施。^④

关于第12条规定“执行”或“协助执行”,若当事人约定了美国对中国单边制裁措施的免责条款却未使用,制裁免责条款本身并不构成对歧视性限制措施的“执行”或“协助执行”;但若一方当事人援引制裁免责条款作为自己不履约的免责事由,是否会构成“执行”或“协助执行”歧视性限制措施而使其无效,中国尚无相关案例和具体讨论。考察适用《欧盟阻断条例》(Council Regulation No. 2271/96)第5条^⑤的司法案例,例如在马曼科切特(Mamancochet)矿业有限公司诉宙斯盾(Aegis)管理代理有限公司案中,英国法院认为被告有权援引约定制裁免责条款并免责,因为被告免责是合同根据制裁免责条款自动运行所得的法律结果,被告并没有实施任何“行为”(act),遑论第5条中的“遵守”(comply)。^⑥虽然在伊朗公司诉荷兰管道公司案中,荷兰法院并没有支持被告免责的主张,但值得注意的是被告援引的不可抗力免责条款中并未明确约定经济制裁。^⑦而《反外国制裁法》阻断条款的目的是维护中国经济主权而非打压中国企业向外发展,且“执行”和“协助执行”强调当事人的主动性以及参与性,应当与当事人划分商业风险的情形相区分,尤其是在当事人通过约定制裁免责条款明确划分商业风险的情形下,应尽量避免当事人再次陷入遵守外国制裁措施还是阻断条款的两难抉择,以降低中国企业的合规成本。除非当事人约定制裁免责条款所免责的制裁措施,是中国根据《反外国制裁法》采取相应反制措施的歧视性限制措施,否则还是应尊重当事人已明确作出的风险分担安排。^⑧

3. 小结

鉴于保险和银行业务的国际性,保险公司和银行在实践中经常约定与经济制裁相关的免责条款。相较于法定不可抗力免责条件的成功援引概率,约定制裁免责条款的成功援引概率更高一

① 参见周艳云:《中国〈反外国制裁法〉中“歧视性限制措施”的识别》,载《环球法律评论》2022年第2期,第167页;霍政欣:《〈反外国制裁法〉的国际法意涵》,载《比较法研究》2021年第4期,第151页。

② 丁汉韬:《论阻断法的实施机制及其中中国实践》,载《环球法律评论》2022年第2期,第186页。

③ 《企业如何理解和遵守〈反外国制裁法〉——重点解析、热点问答和实操建议》,金杜律师事务所, <https://www.chinalawinsight.com/2021/06/articles/corporate-ma/企业如何理解和遵守《反外国制裁法》-重点解/>。

④ 马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,载《法治研究》2022年第1期,第151页。

⑤ 《欧盟阻断条例》第5条规定:“第11条规定的对象不得主动地或故意疏忽地、直接地或通过子公司或其他中间间接地遵守(comply)任何基于附件所列外国法律或由这些法律所产生的包括外国法院的要求在内的任何要求或禁令。”

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

⑦ *Payesh Gostaran Pishro Ltd v. Pipe Survey International CV and P & L Pipe Survey*, The Netherlands Court of Rotterdam, No C/10/572099/HA ZA 19-352.

⑧ 参见叶研:《美国经济制裁背景下的中国阻断法体系建构》,载《国际经济评论》2022年第2期,第123页;汤净、廖挺:《阻断法的司法适用:性质、效力与法律冲突》,载《法律适用》2022年第7期,第48页。

些。但需要注意的是,大多数国家的法院倾向于狭义地解释含有经济制裁的约定不可抗力免责条款,经济制裁只有被明确列出或类似于列出的事件才会被涵盖。^①因此,这类条款一方面需要准确描述免责的情形,避免“大而全”的免责条款,另一方面需明确这类免责条款并不是彻底免去银行的支付义务或保险公司的赔付义务,而是在对方当事人被制裁期间,银行或保险公司可以中止或延缓履行义务且不视为违约,一旦对方当事人被制裁的状态解除,银行或保险公司则不再具备援引制裁免责条款的条件。^②

四 结论及建议

从既有案例可见,经济制裁在约定不可抗力免责条款中的适用可能性要大于法定不可抗力免责条件。但当事人若欲援引约定不可抗力免责条款,不仅需要将经济制裁明确列举在该条款中,而且还需清楚约定经济制裁具体援引的法律法规以及实施的措施类型,如此方能提高援引约定不可抗力免责条款的成功率。对于法定不可抗力免责条件,如果法院严格把握“三不”要件和结果要件,经济制裁几乎没有适用法定不可抗力免责条件的可能性。然而,在实践中已有大量个案表明法院并不会机械地适用“三不”要件和结果要件,尤其是随着实践和学理研究的发展,“不能预见”和“金钱债务不存在履行不能”等观点已出现向宽松变化的迹象,进而也为经济制裁在法定不可抗力免责条件中的适用提供了可能性。有鉴于此,从化解经济制裁对合同履行影响的角度出发,笔者认为可从如下两方面着手。

(一) 法院可采取宽严相济的个案分析方法

对于当事人约定了不可抗力免责条款的案件,说明当事人对于经济制裁在合同履行过程中可能产生的风险已合意进行了分配,法院应尊重当事人意思自治,但在适用该条款时,法院应当对该条款进行严格解释,以避免经济制裁在约定不可抗力免责条款中的滥用,使得政府行为变相腐蚀契约自由和契约严格遵守精神。

对于当事人未约定经济制裁的情形,若援引法定不可抗力免责条件,法院应当结合个案具体情形,不宜对当事人的预见能力要求过高。尤其是在经济制裁引起资金支付障碍的案件中,法院应充分考虑债务人规避制裁筹措资金的难度,可适当免除债务人迟延履行责任。这不仅是为了给予债务人缓冲空间,同时也是为了维护债权人利益,提供一个双方可行的解决方案。

根据笔者在北大法宝司法案例数据库上的检索所得统计,以齐旺达公司为当事人的案件,在2020年齐旺达公司被美国财政部OFAC制裁以前,每年不超过5例,而在2020年1月23日齐旺达公司被制裁以后,仅2020年当年的案件数量便高达106例,其中有近一半的案件都涉及因美国经济制裁引起的履行障碍,并且齐旺达公司都提出了相应的不可抗力抗辩事由,但这些不可抗力抗辩事由最终均未被采纳,引发了淄博当地极大的金融动荡。尽管法院在案件中也极力“维护地方金融稳定,化解金融风险,助力企业拆圈断链”,然而在美国经济制裁和讼累的双重压力

^① Smith Jennifer M. and Behrman Andrew, “The Importance of a Strong Force Majeure Clause in an Unstable Geopolitical Environment”, (2015) 2 *The Journal of World Energy Law & Business* 116, p. 121.

^② *Mamancochet Mining Limited v. Aegis Managing Agency Limited and Others*, The United Kingdom High Court, [2018] EWHC 2643 (Comm).

下,在被制裁后的短短2年内,齐旺达公司便于2022年1月24日开启了破产清算程序。^①

可见,对于本已遭受美国经济制裁的中国企业而言,若无法从不可抗力获得任何一丝风险分担或缓冲的司法救济可能性,这无疑是在雪上加霜,且企业破产也并非债权人所期待的结果,不仅不利于债权人的利益实现,也不利于维护中国经济社会的稳定和中国企业的向外发展。

更重要的是,法院拒绝将外国制裁认定为不可抗力可能会向其他企业释放一种信号,即被外国制裁的风险只能由被制裁企业独自承担,而独自承担的下场便有齐旺达公司的前车之鉴。那么为避免外国制裁风险,中国企业便只能更加注重制裁合规甚至过度合规,这种对外国制裁的自愿合规无形中反向加强了外国经济制裁的威慑力和有效性,进而削弱中国企业整体对外国经济制裁的抵抗力和中国政府对外国经济制裁的反制能力,这不仅不符合中国企业的经济利益,也不符合中国对外国经济制裁的政策目标。

(二) 企业需重视约定不可抗力免责条款

在地缘政治关系不稳定的当下,对于在高制裁风险的地区和行业从事交易的企业,更应当重视合同中不可抗力免责条款的协商与约定,在保险、银行和船舶运输行业约定制裁免责条款已较为普遍。^②这不仅仅是因为经济制裁适用约定不可抗力免责条款的可能性大于适用法定不可抗力免责条件,还因为对约定不可抗力免责条款的重视有助于企业合理规划自己所面临的经营风险,提高企业的经营自主权,避免在未约定不可抗力免责条款的情况下只能把一切责任推给外国政府并寄希望于法院的宽松认定,同时也可在一定程度上避免双方当事人在制裁是否构成不可抗力的问题上陷入僵局。^③

此外,在法院认定的宽严程度上,英国法院有着更多关于经济制裁引起合同纠纷的处理经验,并且在探究约定不可抗力免责条款有效性的时候更注重从法律和商业的角度而较少受到经济制裁中政治因素的影响,故而也有着相对来说更多的援引成功案例。因此,企业在约定或援引相关条款时也可结合实际情况合理规划诉讼策略。

在约定不可抗力免责条款时,企业应准确描述经济制裁中符合不可抗力的情形,因为授权经济制裁的法律往往是宽泛模糊的,若能具体到规定经济制裁的规章、条例以及行政令,以及执行制裁措施的具体类型,^④在援引约定不可抗力免责条款时便可结合条款内容证明具体制裁措施对合同履行的影响,而非泛泛地声称由于经济制裁的宏观影响导致合同履行障碍,从而提高对因果关系的证明力。

根据国际上的有关公约和各国法律的规定,不可抗力事件的发生将对合同产生3种法律后果:解除合同、延迟履行合同、部分解除或者部分延迟履行。至于应适用何种法律后果,则视不可抗力事件对合同履行所产生影响的程度或双方当事人在合同中的具体约定而定。^⑤因此当事人还可结合经营需要约定发生不可抗力事件的后果,例如可约定迟延履行或者免除部分不履行的责任,力求多元化解经济制裁对合同履行所造成的障碍。

① 《关于招募山东齐旺达石油化工有限公司等三公司破产清算案件审计、评估机构的公告》,全国企业破产重整案件信息网, <https://pccz.court.gov.cn/pcjxxw/pcgg/ggqx?id=FFD528603D4B37BC8426F2A8427C6CA1#:~:text=2022年1月2,分别指定管理人%E3%80%82>。

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7—10页。

③ 徐士英:《对经济合同法中不可抗力条款的几点建议》,载《中外法学》1993年第5期,第53页。

④ Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (Routledge, 2nd edn, 2013), p. 85.

⑤ 姚新超:《贸易商如何运用不可抗力条款》,载《对外经贸实务》1997年第9期,第17页。

此外，企业除了约定不可抗力免责条款，还可纳入情势变更的解决路径。情势变更制度除具有其自身的独特功能外，也是对不可抗力制度的重要补充，二者共同构成了在合同当事人都无过错而由客观外因引致的合同履行障碍情况下，免除当事人责任的法律制度。^① 当经济制裁导致合同履行不能或履行艰难时，大陆法系下当事人可援引不可抗力或情势变更要求解除合同或变更合同，英美法系下如果合同约定了不可抗力条款，在符合条款约定的情况下，当事人可以对合同进行解除。^② 履行障碍使合同陷于受阻或可变更、可解除之状态，一方面导致合同双方权利义务处于不确定状态，另一方面使各方面临财产性损失，此时如依据不可抗力使合同解除，双方权利义务终止，则任何一方不再负有履约义务。相较于不可抗力，情势变更更具有灵活性，可以在变更合同的情况下继续履行，尤其是在一些标的额较大的案件中，当事人在受到经济制裁影响中断履行但又希望将来能够继续履行时，^③ 可以通过变更合同或者待影响消除后继续履行义务，从而最大限度地保障合同的有效履行。

The Application of Force Majeure When Economic Sanctions Affect the Performance of International Commercial Contracts

Liu Jiachen and Liu Ying

Abstract: It can be ascertained by studying both Chinese and foreign cases on contract performance impeded by economic sanctions through datum approach that, there is no case of successful application of statutory force majeure exemption conditions in China at present. Because China's courts apply the unforeseeability to economic sanctions strictly and bind them to the unavoidability which means that economic sanctions can be avoided if they can be foreseen. Meanwhile, China's courts are also influenced by the traditionally inherent perception that "monetary obligations can always be performed". Besides, it is hard to prove that the hardship cannot be overcome. As a result, the possibility of applying the agreed force majeure exemption clause to economic sanctions is much greater than that of the statutory force majeure exemption conditions. As the statutory force majeure exemption conditions tend to be relaxed in practice in terms of unforeseeable and unperformable requirements, it also leaves more space for the application of force majeure to economic sanctions. Therefore, from the perspective of resolving the obstacle of economic sanctions on contract performance, it is suggested that the courts could strike a balance between leniency and strictness on case-by-case method. Enterprises should pay attention to force majeure exemption clauses during contract drafting.

Keywords: Economic Sanctions, Force Majeure, Sanction Clause, Datum Approach, Contract Performance

(责任编辑：谭观福)

① 刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期，第114页。

② 何丽新、郑乃容：《国际贸易制裁风险的承保问题探索》，载《中国海商法研究》2020年第3期，第17页。

③ 参见天津滨海新区建川工程设备安装有限公司与德阳万达重型机械设备制造有限公司建设工程分包合同纠纷案，四川省德阳市旌阳区人民法院（2020）川0603民初340号民事判决书。