

美国单边制裁下中国公司如何在商业合同中作出应对与自保

作者：杨良宜、司嘉、贡航、王可心

目录

前言.....	8
第一章 经济与贸易制裁（ECONOMIC AND TRADE SANCTIONS）	12
1 制裁主体.....	12
2 美国从全面制裁到“清单”与“行业”制裁	13
2.1 美国制裁中以清单形式实际实施制裁的例子	16
2.1.1 针对封锁、冻结资产的 SDN 清单.....	16
2.1.2 针对限制美国技术、商品出口的 BIS 实体清单.....	18
2.2 美国单边制裁机制中既会有全面封锁也会有针对性禁止：以针对俄罗斯的 EO 14024 为例.....	19
3 美国制裁中的“长臂管辖”（LONG-ARM JURISDICTION）	22
3.1 针对“美国人”与涉及“美国因素”交易的“一级制裁”	26
3.2 针对“非美国人”与没有“美国因素”交易的“二级制裁”	30
3.3 美国对中国香港特区的单边制裁	34
4 英国的制裁机制.....	37
4.1 制裁机制（SANCTION REGIMES）	37
4.2 制裁的具体措施.....	39

4.3 制裁的域内与“域外效力” (EXTRATERRITORIAL EFFECT)	40
4.4 高端服务业与仲裁相关的制裁 (SERVICE AND ARBITRATION-RELATED SANCTIONS)	41
5 国与国之间公法的“斗法”	44
5.1 俄罗斯的反制裁/反击	45
5.2 中国的反制裁/反击	46
5.3 中国案件之一：麦格理银行有限公司 (MACQUARIE BANK LIMITED) 与万达控股集团有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决书的案件作出的 (2021) 沪 74 协外认 1 号裁定书	50
5.4 中国案件之二：某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件	52
5.5 中国案件之三：能源企业海越能源集团 (HY ENERGY GROUP CO., LTD) 诉摩根大通 (JPMORGAN CHASE) 与花旗银行 (CITIGROUP)	54
5.6 笔者知悉的例子简介	55
第二章 私法/商法层面的法律“文斗”	58
1 合同受阻 (FRUSTRATION OF CONTRACT)	59
1.1 考虑合同是否确实不可能履行和是否可以申请许可	61
1.1.1 先例之一：Melli Bank Plc v Holbud Ltd (2013) EWHC 1506 (Comm) 先例	62
1.1.2 先例之二：DVB Bank SE v Shere Shipping Co Limited (2013) EWHC 2321 (Comm) 先例	63
1.2 制裁后不得支付合同受阻前应支付的钱以免被认为协助或资助被制裁方	64
2 非法理论 (DOCTRINE OF ILLEGALITY)	65
2.1 非法理论如何影响中国公司	67
2.2 美国与部分西方国家的制裁机制导致一份合同非法最关键的法律规定：“合同适用法”与“仲裁地法”	70
2.2.1 “合同适用法” (proper law of contract)	71

2.2.2 “仲裁地法” (<i>law of arbitration seat</i>)	71
2.3 其他的有关法律：合同当事人“所在地或营业地法”与“合同履行地法”	73
2.3.1 合同当事人“所在地法” (<i>law of party's domicile</i>)	75
2.3.2 “合同履行地法” (<i>laws of the place of performance</i>)	78
2.3.2.1 英国法/普通法下承认的“外国法非法” (<i>foreign law illegality</i>)	78
2.3.2.2 合同履行地非法的“Ralli Brothers 例外”	81
2.3.2.3 <i>Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co</i> (1989) 3 All ER 252 先例	84
2.3.2.4 <i>LLC Eurochem North-West-2 v Societe Generale SA</i> (2023) EWHC 2720 (Comm)先例	86
2.3.2.5 <i>Celestial Aviation Services Limited v Unicredit Bank GmbH, London Branch</i> (2024) EWCA Civ 628 先例	87
第三章 合同条文的应对	90
1 “不可抗力条文” (<i>FORCE MAJEURE CLAUSE</i>)	92
2 “制裁条文” (<i>SANCTIONS CLAUSE</i>)	99
2.1 信用证 (<i>LETTER OF CREDIT</i>)、见索即付保函 (<i>ON-DEMAND GUARANTEE</i>) 等	102
2.1.1 <i>Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank, NA</i> 新加坡上诉庭先例	102
2.1.2 制裁条文的滥用将毁灭国际贸易的文件买卖与信用证制度	105
2.1.3 国际商会 (<i>International Chamber of Commerce</i> 或“ <i>ICC</i> ”) 的立场	108
2.1.4 建议中资银行与中国进出口商在信用证作出保护自己的应对	112
2.2 借贷合同 (<i>LOAN AGREEMENT</i>)	115
2.2.1 <i>Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd</i> (2020) EWCA Civ 821 上诉庭先例	119
2.2.2 <i>Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A.</i> (2020) EWHC 2937 (Comm)先例	121

2.2.3.1 抗辩之一：第 7.03 条的“制裁条文” (sanction clause)	122
2.2.3.2 抗辩之二：“Ralli Brothers 例外”	124
2.3 金融衍生品合同 (DERIVATIVES CONTRACT)	125
2.4 债券 (BONDS)	130
2.5 保险合同 (INSURANCE CONTRACT/POLICY)	134
2.5.1 制裁在《Marine Insurance Act 1906》与普通法下的“非法理论”的抗辩：Sea Glory Maritime Co v Al Sagr National Insurance Co (The “Nancy”) (2013) EWHC 2116 (Comm)先例	134
2.5.2 解释伦敦保险协会制定的“制裁与豁免条文”：Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd (2018) EWHC 2643 (Comm)先例	137
2.5.3 承保中国船舶责任险的中国保险公司面对美英制裁的应对	141
2.5.4 中国保险公司承保与再保各类风险时如何应对	145
2.6 担保函 (LETTER OF UNDERTAKING 或简称“LOU”)	148
2.6.1 M/V Pacific Pearl Co Limited v Osios David Shipping Inc (2021) EWHC 2808 (Comm)先例	149
2.6.2 中国公司在作出或接受针对履约或债务担保的应对	151
2.7 国际货物买卖 (INTERNATIONAL SALE OF GOODS)	152
2.7.1 简介	152
2.7.2 壳牌石油公司买卖原油与产品油格式合同的“制裁条文”	153
2.7.3 干散货买卖合同的“制裁条文”	156
2.7.4 Litasco SA v Der Mond Oil and Gas Africa SA & Anor (2023) EWHC 2866 (Comm)先例	159
2.7.5 V & another v K (2025) EWHC 1523 (Comm) 先例	164
2.8 租船合同 (SHIP CHARTERING)	165

2.9 建筑/工程合同（CONSTRUCTION CONTRACT/ENGINEERING CONTRACT）	169
2.9.1 业主与承建商/总承包商被制裁.....	170
2.9.2 分包商或供应商被制裁.....	171
3 “货币转换条文”（CURRENCY CONVERSION CLAUSE）	171
3.1 RTI LTD V MUR SHIPPING BV (2024) UKSC 18 最高院先例	172
3.2 OCM MARITIME NILE LLC V COURAGE SHIPPING CO (THE “COURAGE” AND THE “AMETHYST”) (2022) EWCA CIV 1091 上诉庭先例	175
3.3 GRAVELOR SHIPPING LTD V GTLK ASIA M5 LTD (2023) EWHC 131 (COMM)先例.....	178
3.4 中国公司的应对	183
3.4.1 “货币转换条文”的作用.....	183
3.4.2 “货币转换条文”的一些样本条文介绍	187
3.4.3 拟定一条“货币转换条文”的考虑	188
4 回避伦敦仲裁与适用英国法条文（LONDON ARBITRATION AND ENGLISH LAW TO GOVERN CLAUSES）	190
4.1 同样是普通法体系与有配套机制/人才的替代.....	191
4.2 前车之鉴：俄罗斯法院与英国法院对争议解决管辖权的争夺	192
第四章 对等关税、出口管制或 301 措施等贸易限制措施的应对.....	195
1 中国公司面对极端贸易限制应有的心态.....	195
2 中美贸易被迫骤停下的法律与合同地位.....	197
2.1 买卖合同在“付运合同”或是“完税后交货合同”下进口关税风险的分摊	197
2.2 合同承诺必须严格履行的法律地位下因出口管制而无法履行下去谁应承担损失？	199
2.3 美国 301 措施	200
3 中国公司在作出重大决定时不考虑相关合同与法律地位的危险.....	202

第五章 中国公司在美国单边制裁和《反外国制裁法》下的应对.....	206
1 简介.....	206
2 中国公司掌握涉外法律这套游戏规则的重要性.....	207
3 双轨制.....	211
3.1 保险与再保险.....	212
3.2 金融/银行.....	214
3.3 伊朗石油买卖与运输.....	215
第六章 制裁对仲裁的影响.....	217
1 “可仲裁性”（ARBITRABILITY）.....	219
2 仲裁的启动与专业人士的委任.....	222
2.1 制裁机制下委任代表律师会面对的困难.....	222
2.2 英国仲裁员或律师需要 OFSI 许可才能为被制裁方提供服务.....	225
2.3 “美国人”需要获得 OFAC 许可才能向被制裁方启动与推进仲裁.....	227
2.4 世界严重分化与被迫选边站下国际仲裁员的独立性与不偏不倚的疑问.....	228
3 仲裁机密性（ARBITRATION CONFIDENTIALITY）.....	231
4 仲裁机构（ARBITRATION INSTITUTIONS）.....	235
5 中间程序（INTERLOCUTORY PROCEEDINGS）与临时措施（INTERIM MEASURES）.....	239
5.1 “费用担保”（SECURITY FOR COSTS）.....	240
5.2 不让制裁阻止或延误诉讼程序推进的态度.....	242
5.2.1 <i>Mints v PJSC National Bank Trust (2023) EWCA Civ 1132 先例</i>	242
5.2.2 <i>VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery (2022) EWHC 2795 (Comm)先例</i>	243

5.2.3 小结.....	244
5.3 作出中间程序命令与美国制裁机制有冲突.....	245
5.4 文件披露 (DISCLOSURE/PRODUCTION OF DOCUMENTS)	249
5.5 出庭证人 (WITNESS)	256
6 裁决书的内容.....	256
6.1 合意裁决书/和解裁决书 (AGREED AWARD/CONSENT AWARD)	256
6.2 金钱判决/裁决与制裁机制的冲突和协调.....	259
6.2.1 针对是否“规避”问题的 <i>R v R (2015) EWCA Civ 796</i> 先例.....	261
6.2.2 针对是否“处置”等问题的 <i>Mints v PJSC National Bank Trust (2023) EWCA Civ 1132</i> 上诉庭先例.....	263
6.2.3 对国际仲裁的影响.....	265
7 仲裁裁决书的执行.....	267
7.1 “被制裁方”是胜诉方	268
7.1.1 目前复杂与混乱的地位.....	268
7.1.2 部分案例介绍.....	272
7.1.2.1 美国的 <i>MODSAF v Cubic Defense Systems</i> 先例.....	272
7.1.2.2 加拿大的 <i>Angophora Holdings Limited v Ovsyankin</i> 先例	273
7.1.2.3 法国的 <i>TCM v NGSC</i> 案	274
7.1.2.4 法国的 <i>DNO v Yemen</i> 案	277
7.1.2.4 英国的 <i>MODSAF v International Military Services Limited</i> 先例	280
7.2 “被制裁方”是败诉方	280
7.3 实际执行.....	282

前言

在今天地缘政治的环境下，国际营商变得十分困难，美国与部分西方国家在金融与贸易等领域全方位针对中国实施越来越严苛与没有底线的“单边制裁”

(unilateral sanctions)，也无视 WTO 规则下的“最惠国待遇”(Most Favoured Nation 或简称“MFN”)与必须对所有 WTO 会员国一视同仁的“非歧视原则”等，只针对中国征收极端关税与实施出口管制。可以肯定绝大多数中国公司/企业与中国人对在这样的大变局下如何应对与自保，难免感到没有方向、无可奈何与不知所措。

可以明确的是，个别中国的自然人或一家公司/企业是影响不了美国与部分西方国家对中国的政策与制裁，也难以期待中国政府能为个别公司/企业提供保护或帮助。国与国之间，如中国政府向美国做出的各种反击如反制裁，也是从大局与国家整体利益/得失考虑。所以，中国公司/企业在国际公法（如向 WTO 投诉或启动仲裁）或美国与中国的政策与各自公法层面（如相互对抗的制裁、关税与出口管制等方面）是只能配合与遵从，没有办法阻止大局继续恶化。毕竟美国两党的不少政客已经明确说过，以这些霸凌与步步紧逼的手段针对中国，想达到的目的就是要将中国打回“石器时代”。所以，看来中国也不像有退路，不是继续忍让与吃点亏去“合规”(compliance)就可以回到过去中美关系融洽的年代。

本书针对美国制裁、关税与出口管制等问题不是论政，而是纯粹“在商言商”，也只在私法/商法层面探讨中国公司/企业在这种大局/乱局下如何更好地应对与自保。今天仍然存活而且在不断壮大的百年西方跨国公司/企业都曾多次经历这种世界性的大局/乱局，如一战、二战与无数其他重大的全球或地区性经济或政治危机，并能转危为机。显然，笔者期待也相信有大批中国公司/企业在百年后仍是欣欣向荣，与今天的西方跨国公司/企业看齐，否则百年后中国也不会是一个国富民强的国家。

本来“商场如战场”，投身商场就要时刻准备去“文斗”。投身国际商场更是要准备与在美英跨国律师事务所的支援下的外国（主要是美国等西方国家）公司/企业“文斗”，不是斗飞机、航母或导弹，而是在这套数百年间建立起来的“国际商务游戏规则”下斗智斗勇。这套在国际商业社会通用的游戏规则也就是笔者视为是类比自然科学的“数理化”的合同法、证据法与国际仲裁法。

中国公司/企业想要成为百年老店，面对美国制裁、关税与出口管制等问题时，与面对所有其他重大世界经济或政治危机时一样，除了公司要有良好的管理、

营运、策划与谋略外¹，也必须在与外国（主要是美国等西方国家）公司进行私法/商法的“数理化”的“文斗”时，也能够恰当应对、自保与转危为机。

所以，中国公司/企业在今天的大局/乱局下肯定不是无能为力，只能逆来顺受与听天由命。相反，它们在私法/商法层面可以起到中国政府无法在公法层面替代的至关重要的作用。至于具体中国公司/企业在私法/商法的“文斗”是包括什么，可以是：

（一）既然在国与国或公法层面影响不了特朗普总统，中国公司就更是无能为力，毕竟连马斯克也做不到，所以中国公司应该放弃任何美国突然转向的幻想，也正是要丢掉幻想，准备斗争，勇于斗争。

这正确的做法也早在《孙子兵法》就有教诲，说：“故用兵之法，无恃其不来，恃吾有以待之；无恃其不攻，恃吾有所不可攻也。”

（二）作为全球第二大经济体与最大贸易国，中国公司/企业与美国等西方公司在各种不同领域肯定已经签订了大量的中、长期的商业合同。如果因为制裁/反制裁、对等关税或出口管制等，双方再也履行不下去或需要大幅度修改合同才能履行，就难逃有严重的后遗症，即中国公司与美国公司谁应在相关合同与/或合同适用法（相信大部分是英国法/普通法）的法律地位下承担有关的风险，要吞下己方损失外，还要赔偿合同相对方的损失。由于这种损失涉及的金额通常很大（动不动就会是上亿美元），而千变万化的合同条文对这种风险的分摊经常有得争（社会科学本来就很少是黑白分明），再加上好战善战的美国公司即使知道有关合同与法律地位对它不利也绝少会肯乖乖自吞损失，就难逃会发展为一个昂贵与敌意对抗的国际商事仲裁案件。从历史上看，每逢今天这样的大局/乱局，不少跨国律师事务所由于公司/企业拓展业务与投资的意愿大幅度萎缩，所以非诉业务也相应减少，但诉讼与仲裁业务就相反，在收入上顶住律师事务所的半边天。这表示中国公司与中国律师也难逃这种“天理循环”，在心理上要接受与准备在国际商事仲裁²“文斗”，这就涉及内地普遍欠缺系统学习私法/商法的“数理化”的短板。

（三）中国公司即使拓展业务与投资意愿萎缩，在中国的经济体量下，仍会需要不断订立大量新的商业合同。与外国公司谈判与最后在你情我愿下订立合同，接下去再严格履行合同承诺，已经是“文斗”的开始。这种文斗的本钱是中国公司欠缺的“数理化”基础，特别是等同“数学”的“国际合同法”，另加上中国公司并不欠缺的有关行业知识与机智。由于涉外法律（系统学习国际合同法）的人才欠缺，笔者相信中国公司能够在合同谈判中争取有利与自保的条文是痴人说

¹ 例如听说在商业方面，不少中国公司已经纷纷作出对自己行业来说可行的决定，如开拓新市场或改变生产的产品等等，分别只是部分中国公司多年前已经开始这样做，而部分现在要急转。

² 50 年前全球化开始发扬光大的国际商事仲裁在今天的地缘政治下已经有了颠覆性的改变，这方面将在本书第六章介绍。

梦。尤其在今天的大局/乱局下，争取和订立一份自保与贯彻国家政策的合同（如回避美英的管辖、人民币国际化等）是越加困难，这将在本书稍后介绍。

在今天的地缘政治乱局下，国际商场的“文斗”更趋激烈。在接下去的五年十年，中国公司/企业如果提升国际商业与法律水平，能够在尚未受到政治严重污染的私法/商法下的“文斗”中稳住局面甚至压倒外国公司，不仅对自己有好处对国家也有好处（两者是捆绑在一起）。只有在提升经济、软实力与硬实力后，个别人士、公司，更甚是国家和民族才会有底气。有了底气，笔者相信不出 10 年，美国发觉踢到了铁板，就不会再踢下去，中美就会有重建友谊、相互尊重与信任的可能性了。但如果中国公司仍是持续漠视和不学习如何订立利己的合同与履行合同，导致在国际仲裁频频败诉并轻易赔上十亿八亿，就是在不断削弱中国公司与整个国家的底气。

本书目前不打算耗时间去印刷，只在网上免费传阅。笔者的原因是：

(1) 由于本书针对的课题对时效性要求很高，国际局势也天天在变或甚是大变，笔者也十分期望在 10 年后如果真能中美恢复友好、世界大同，国际商贸重新在一套肯定与平等的国与国之间国际游戏规则下运行，再看本书的内容，会觉得可笑或杞人忧天。

(2) 本书写得匆忙，只花了 3-4 个月，在许多地方都粗糙与简略，甚至有错漏。由于美国对中国的单边制裁与贸易限制是全方位影响中国的所有行业，许多也是笔者一无所知的行业，所以即使有提及也是希望抛砖引玉。最终目的是笔者希望大家在当今并相信会维持一段时间的国际商贸乱局下为中国公司/企业找出自保与应对、甚至继续强大的方向。

(3) 在 2025 年 5 月 12 日，中美发布了联合声明，其中美国同意暂时对中国加征的关税从 125% 降至 10%，而中国也采取相应的对等措施。这肯定是好消息，为不少中美公司提供更稳定的市场环境去恢复双边贸易，也为中美两国搭建了今后“对话与协商”（也就是谈判）的平台。但中美之间的核心分歧与结构性矛盾依然存在，所以“好景”能维持多久是天知道。³对中国公司/企业而言，从这次中国在与美国的极端博弈的第一回合“文斗”中逼平对方，也可以感受到在“商场如战场”的环境下，需要学好国际层面的私法，加上耐力与勇气才能逼平甚至

³ 例如，美国商务部“工业和安全局”（BIS）于 2025 年 5 月 13 日在全球范围禁止使用华为的昇腾芯片，迫使全球的芯片客户（包括中国本国的客户）必须“选边站”，否则可能有刑事处罚的后果。另是可能更严重的任何使用美国芯片的公司（也包括中国公司）不许用来培训中国的大模型。2025 年 5 月 8 日，美国宣布将三家在山东东营港运营的港口公司（宝港东营东港物流仓储有限公司、山东宝港国际港务股份有限公司、山东金港港务有限公司）加入 SDN 清单，理由是这些企业涉嫌协助运输价值数亿美元的伊朗石油。2025 年 5 月 28 日，美国《纽约时报》报道称，美国商务部已暂停了部分允许美国公司向中国商飞出售产品和技术许可，以削弱中国公司开发 C919 客机的能力。

胜出。此时美国与西方公司才会真正将中国公司当成平等的对手，相互尊重下认真对话与协商，达至互惠互利。

在广大读者提供更多资料与建议令本书改进到可接受的程度时，笔者才会考虑印刷出版。

杨良宜、司嘉、贡航、王可心

2025 年 6 月 19 日

第一章 经济与贸易制裁（economic and trade sanctions）

对国家或地区的制裁早就不是新鲜事，“经济与贸易制裁”作为政治的延伸与作为不同实体/联盟之间对抗工具的历史甚至可以追溯到公元前的年代。而在现代社会，更是有各种不同来源/制裁主体、不同形式、不同对象、不同目的的制裁。本书主要针对的只是经济制裁，特别是美英与欧盟的“单边制裁”（unilateral sanctions）⁴对商业主体的影响，与除了国与国之间的公法斗争外，商业主体能以合同与国际仲裁作出的应对，而不针对今天广泛与复杂的制裁机制与怎样进行合规。只为了解释与方便理解，对今天的制裁进行大致的介绍。

今天对于国际商业活动影响特别巨大的美国、欧盟（与英国）制裁都对自己的“制裁机制”（sanctions regime）有公开与详细的介绍与指引。这看来是因为制裁往往是为了达到特定政治、外交或经济等目的的一种“非热战”对抗工具，相比之下更希望参与国际商业活动的主体“配合”，以尽快达到制裁的目标。这也体现了今天规管制度追求的公开透明的大政策。笔者无意详细分析这些不断变动与更新的制裁方面细节与知识，但会尽量节录现有的发布有关指引的部门与网站，以便有兴趣的读者参阅。

1 制裁主体

国际组织例如是二战之前的“国际联盟”（League of Nations）或今天的“联合国”（United Nations）会颁布制裁。今天联合国颁布制裁的权利来自于 1945 年《联合国宪章》第 41 条，该条授权安理会采取措施维护国际和平与安全。安理会也有专门成立制裁委员会管理与监督每一个具体制裁，并会更新一份列明了被制裁实体身份与原因的制裁清单⁵。制裁的手段包括：

“全面经济和贸易制裁，以及一些更为具体的定向措施，如武器禁运、旅行禁令以及金融或商品方面的限制等。”

这类早期制裁的做法也在今天被不断借鉴，例如针对资金冻结的做法，就是借鉴与参考了 1999 年 10 月 15 日联合国安理会第 1267 号决议对塔利班（Taliban）、本·拉登（Osama bin Laden）及其“基地组织”（Al-Qaeda）的制裁，在决议中这

⁴ 这种单边制裁体现了美国等西方国家的霸权主义，在世界范围内遭到广泛批评与被视为是违法，尤其是国际法不会承认这些制裁在域外适用的长臂管辖。有关这一个课题在以下章节也有论述。

⁵ 见：<<https://main.un.org/securitycouncil/zh/content/un-sc-consolidated-list>>。

样说：

“4. 所有国家均应：… (b)冻结…资金和其他财政资源，包括由塔利班本身、或是由塔利班拥有或控制的企业，所拥有或直接或间接控制的财产所衍生或产生的资金，并确保本国国民或本国境内的任何人，均不为塔利班的利益、或为塔利班拥有或直接或间接控制的任何企业的利益，提供这些、或如此指定的任何其他资金或财政资源…”

其他国际组织也会颁布制裁，例如今天典型的就就是欧盟⁶。也有个别国家会对其他国家或地区颁布单边制裁，今天尤其是美国⁷、英国⁸以及一些欧洲国家。美国在对外的制裁上有很长的历史，针对如古巴、伊朗、朝鲜、苏丹、缅甸等国家（或地区）。

今天美国制裁主要是由美国财政部的“海外资产控制办公室”（Office of Foreign Assets Control 或简称“OFAC”）主导，也会涉及特定制裁下的一些国家部门。一旦违反具体的制裁机制，会根据不同制裁机制有不同的民事与刑事后果。在经济上通常会针对公司进行罚款⁹，例如仅在 2023 年对微软、币安等不同公司处罚的实际罚款超过 15.4 亿美元。

2 美国从全面制裁到“清单”与“行业”制裁

按制裁的范围来看，可以将制裁分为“全面制裁”（comprehensive sanctions），今天更多的针对特定人士与/或行业的“清单制裁”（list based/targeted sanctions）与针对特定行业的“行业制裁”（sectoral sanctions）。

顾名思义，“全面制裁”是针对某国家或地区的全面制裁，例如是美国长期

⁶ 欧盟制裁的介绍可见：<<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/>>。欧盟制裁的具体执行依赖具体成员国在各自境内的实施与执行，也有不同的监管机构等，这些复杂问题并非本书针对对象，有兴趣的读者可参考：<https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/overview-sanctions-andrelated-resources_en#authorities>。

⁷ 美国制裁的列表或清单可见：<<https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information>>。

⁸ 英国制裁的列表或清单可见：<<https://www.gov.uk/government/publications/financial-sanctions-consolidated-list-of-targets/consolidated-list-of-targets>>。还可参考英国政府各监管部门颁布的公开指引例如“OFSI’s General Guidance”：见<<https://www.gov.uk/government/publications/financial-sanctions-faqs>>，以及“Monetary Penalties Guidance”：见<<https://www.gov.uk/government/publications/monetary-penalties-for-breaches-of-financial-sanctions>>等。

⁹ OFAC 罚款的信息列表可见：<<https://ofac.treasury.gov/civil-penalties-and-enforcement-information>>。

对古巴、朝鲜等的制裁都是全面制裁，一旦涉及这些国家或地区，除了一些人道主义的豁免外不允许任何形式的往来。

而在今天开始大量出现“清单制裁”，这是只针对特定人士、实体。自 2001 年 911 事件后，美国开始将制裁的武器广泛针对个人与实体等不同对象，到了今天这也已经变成了制裁的普遍做法。例如美国制裁下，这就包括财政部下的 OFAC 管理的“SDN 清单”（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List）¹⁰、“NS-CMIC 清单”（Non-SDN Chinese Military-Industrial Complex Companies List）¹¹等，商务部工业和安全局（BIS）管理的“实体清单”（Entity List）¹²、“未经验证清单”（Unverified List）¹³，国土安全部针对“涉疆法案”的“实体清单”（UFLPA Entity List）¹⁴，国防部公布的“中国军工企业清单”（Chinese Military Company List/CMC List）等。

制裁的内容也不再是过去的单纯一刀切全面制裁，而是开始针对目标国家（或地区）特定行业的“行业制裁”。2014 年因克里米亚事件，美国时任总统奥巴马在《International Emergency Economic Powers Act》下颁布“总统行政命令”（Executive Order）EO 13662，就只是针对俄罗斯的金融服务、能源、矿产、国防行业颁布制裁清单（Sectoral Sanctions Identification List，或简称“SSI 清单”），切断俄罗斯这些行业与美国的联系。这样的做法名义上可以更精准，根据需要施加“手术刀”式的压力而不会一下子全面影响平民与造成人道主义危机（例如是医疗、食品供应崩溃等问题），以冀获得更多国际支持。但从最后的效力上来看实际一样是打击特定对象、达到同样目的与效果。美国对中国的制裁也是如此，例如针对半导体行业，一开始是将部分公司列入商务部实体清单，之后是针对中国半导体行业进行大规模出口管制。接下去针对中国的造船与航运业，美国依据 1974 年《贸易法》第 301 条启动“301 调查”并最终公布了对中国海运运营商每次进入美国港口收取最高达 100 万美元的服务费；对由中国制造的船舶单次收取 150 万美元的港口使用费；对于中国船舶订单占比超过 25% 的航运公司，根据其订单比例额外收费的三项主要措施。可见美国对中国的制裁步步升级，范围也在一个行业一个行业逐步扩大，将来会不会上升到对中国的“全面制裁”是谁

¹⁰ “SDN 清单”可见：<<https://sanctionslist.ofac.treas.gov/Home/SdnList>>。

¹¹ “NS-CMIC”清单可见：<<https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/chinese-military-companies-sanctions>>。OFAC 还有一系列其他清单，例如是“SSI 清单”（Sectoral Sanctions Identifications List）等。OFAC 将这一系列非 SDN 清单整合在如下列表中公示：<<https://sanctionslist.ofac.treas.gov/Home/ConsolidatedList>>。

¹² BIS 的“实体清单”可见：<<https://www.bis.gov/entity-list>>。BIS 对其介绍为：“The ‘Entity List’ is a U.S. government compilation of foreign individuals, companies, and organizations deemed a national security concern, subjecting them to export restrictions and licensing requirements for certain technologies and goods.”

¹³ “未经验证清单”可见：<<https://www.bis.gov/ear/title-15/subtitle-b/chapter-vii/subchapter-c/part-744/supplement-no-6-part-744-unverified-list>>。

¹⁴ “涉疆法案”的“实体清单”可见：<<https://www.dhs.gov/uflpa-entity-list>>。

也说不准。

单边制裁是美国与部分西方国家惯用的手段与做法，务求达到制裁的目的。这目的有时候较快达到，如针对伊朗核问题，在 2006 年起的一系列制裁手段后伊朗在 2013 年开始签署协议同意限制核活动¹⁵。但也会是迟迟无法收效，如美国对古巴 60 多年来的单边制裁，至今未能达到推翻其政治体制等目的¹⁶。

联合国制裁是合法，所有联合国成员必须遵守。但美国的单边制裁本来就不会被大部分其他政治中立的国家公开承认与执行，被单边制裁的国家与它的同盟国家更会视为是非法，也往往会推出对应的反制。如俄罗斯的 2020 年对《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》之 Article 248 的修改，或中国 2021 年 6 月 10 日公布与生效的《中华人民共和国反外国制裁法》与 2025 年 3 月 23 日公布与生效的《实施〈中华人民共和国反外国制裁法〉的规定》。

以上是公法的层面，但在国际商业社会的层面，就有不同的考虑与应对。首先是对个别商业人士（自然人或法人）而言，他们难逃受联合国与本国的制裁机制管辖，所以要严格遵守，否则是犯法与可能有刑事后果。所以，美国公司是不会与古巴或伊朗的政府或公司进行交易，也不会在美国目前的制裁机制下将被限制出售的高科技产品出售给中国公司。但美国公司因为不受中国法律管辖，所以只要不主动卷入中国的管辖就无须理会中国对美国单边制裁的反制法律。问题是在全球化成功发展了 50 年的今天，全球所有经济与贸易高度融合。特别是考虑到美国在经济与贸易的体量与各种霸权如“美元霸权”，任何涉及国际商贸的公司，包括中国公司或所有“非美国”公司，都无法“选边站”只遵守本国如中国法律，而漠视美国法律（包括单边制裁）。这一来，能应对的也只是逆来顺受对美国制裁机制严格合规。而如果美国单边制裁不断加码与延伸范围（如好像古巴或伊朗一样针对整个国家），总有一天会达到个别中国公司靠合规解决不了的程

¹⁵ 1979 年伊朗爆发伊斯兰革命，美国驻伊朗大使馆被占领，66 名美国外交官和平民作为人质被扣留。在该著名的伊朗人质事件发生后，美国就开始单边制裁伊朗，并在之后以核扩散和恐怖主义为由，步步升级对伊朗的制裁。欧盟则是 2007 年开始对伊朗的制裁。但看来真正起到最明显作用与效果的是联合国安理会自 2006 年开始的一系列多边制裁（安理会决议 1696 号、1737 号、1747 号、1803 号与 1929 号）。也听闻是在这一系列制裁下伊朗石油贸易等受到严重打击，也促成了 2013 年伊朗总统哈桑·鲁哈尼上台后开始谈判，并后来于 2013 年签订《伊朗核问题临时协议》（Joint Plan of Action），于 2015 年签订《联合全面行动计划》（又称《伊朗核问题全面协议》[Joint Comprehensive Plan of Action，或简称“JCPOA”]）。而后来 2018 年美国退出 JCPOA 进一步加剧了地缘政治紧张。

¹⁶ 自上世纪 60 年代的古巴卡斯特罗的社会主义政权开始，古巴就是美国单边制裁、全面禁运措施的重要对象，主要目的就是推翻卡斯特罗，实现政权更迭。此单边制裁未得到国际认可，例如欧盟（与英国）并未跟从制裁，反而在 Council Regulation (EC) No 2271/96（“blocking statute”或“阻断法案”）下保护欧盟企业与古巴的贸易关系。联合国大会自 1992 年起每年都有决议呼吁结束对古巴的制裁。几十年的制裁虽然在经济上重创古巴，导致通胀、物资短缺、移民、人道主义危机等问题，但至今未达到美国制裁的主要政治目的。

度，因为涉及生死存亡与失去任何肯定而不知道如何合规。到了这个程度，就会迫使中国公司，进而是整个中国要完全与美国“脱钩”，所有的交易再也不能有一点直接或间接的“美国因素”。这一来，美国的单边制裁就对中国公司（无论是“走出去”了或没有走出去）都无关了，因为美国虽然有“长臂管辖”，但完全不知情（例如哪个公司在与伊朗做交易），想管也管不了。

但两国要全面脱钩谈何容易，相信会有一段可长可短的需要“边打边谈”、“竞争与合作并存”的不稳定、随时会爆发急性冲突的日子。而在这段日子，相对外国公司（特别是美国公司），个别中国公司在今天你死我活的环境中生存不下去，或是勉强生存但变弱与无力在“战后”东山再起，又或是不仅能生存下去还能保留实力与在重大危机中抓住机会，就要看个别中国公司的智慧与能力了。这要求“硬件”如技术与创新方面过硬，中国看来在这方面不需要担心，毕竟国际上说法是全球三分之一的工程师与科学家在中国。而国家大政策层面的出口企业开拓多元市场、加强区域合作、强化政策与金融支持、扩大内需、稳定产业链、加大科技研发突破封锁等等，从过去几十年的经验与成就看也是不需要担心。

而“软件”如中国公司/企业的谋略、管治与在“商场如战场”的环境下的“文斗”能力也不能掉以轻心，但这方面就令人担心了。毕竟中国缺乏涉外法律人才已是“共识”，而国际上包括与美国公司之间的交易是基于一套国际认可与适用的“商业游戏规则”或国际私法/商法（主要就是合同法，因为商业关系完全靠合同串联起来）。而中国商人本来普遍有一流的生意头脑与谋略，但由于缺乏对这套法律的学习与没有相关理念，在作出商业决定时也就不会考虑与平衡背后的相关合同与法律地位，导致看似很好的商业决定变为法律上错误与大祸临头，如在国际仲裁败诉要赔美国公司十亿八亿美元，公司活不下去。这也是本书要针对的方面。

2.1 美国制裁中以清单形式实际实施制裁的例子

2.1.1 针对封锁、冻结资产的 SDN 清单

以“SDN 清单”为例，在一系列美国制裁机制下“被制裁方”(sanctioned party)会因为各种原因被列入 SDN 清单。OFAC 对 SDN 清单的介绍如下：

“As part of its enforcement efforts, OFAC publishes a list of individuals and companies owned or controlled by, or acting for or on behalf of, targeted countries. It also lists individuals, groups, and entities, such as terrorists and narcotics traffickers designated under programs that are not country-specific. Collectively, such individuals and companies are called ‘Specially Designated Nationals’ or ‘SDNs.’ Their assets are blocked, and U.S. persons are generally prohibited from dealing with them.”（加黑部分是作者的强调）

一旦被列入的后果就是针对“被封锁人士”(blocked person)，即清单上的指

定人士及其有超过 50%控制的实体¹⁷) 进行“全面封锁”(block), 这包括:

(1) 完全冻结(freeze)任何由“美国人”(US person)控制的“被封锁人士资产”(blocked assets), 例如典型的美国银行中有被封锁人士的存款, 美国银行就不得听从该人士的指示对该存款作出任何形式的处置;

(2) 除非有 OFAC 的“许可”(license)或“豁免”(exemption), 否则不得与被封锁人士进行任何形式的“来往”(dealings)¹⁸。

在 OFAC 公开的答疑/指引(FAQ)的 FAQ 18 中, 说:“... collectively individuals and companies are called ‘Specially Designated Nationals’ or ‘SDNs’. Their assets are blocked and U.S. persons are generally prohibited from dealing with them.”

中国在近年来已经有不少公司与自然人成为美国制裁机制下的“被制裁方”或“被封锁人士”, 部分公司与自然人还是在过正常日子, 唯一的分别是要脱离所有“美国因素”(US element)与“美国连接点”(US nexus)。这当然会造成许多不方便, 但习惯了也就不外如此, 毕竟中国自己已是庞大的经济体, 有完整的供应链, 很多产品也有替代。但对涉及大量国际业务的中国公司就会受到很大影响, 甚至是灭顶之灾。据悉 2025 年 5 月 13 日, 一家从事石化产品鉴定、检验与测试的中国央企的新加坡子公司(CCIC Singapore Pte. Ltd.)被美国 OFAC 怀疑协助伊朗武装部队附属商业机构(Sepehr Energy Jahan Nama Pars Company)的石油销售网络¹⁹而被列入“SDN 清单”。随后, 该新加坡公司的大量客户为了避免被牵连纷纷取消了订单。截至短短半个月后的 5 月 30 日, 公司不仅正式裁员 300 人, 还陷入了严重的财务困境与面临清盘, 银行账户被冻结, 连被裁员工的遣散费和赔偿金都无法发放。

这种情况笔者也听过几次, 所以并不罕见。这一来, 可以想到中国有不少集团公司(可以是央企、国企或民企)动不动有上百家全资或超过 50%股权的二、三线公司。显然, 如果集团公司被加入 SDN 清单而变为了被制裁方, 所有二、三线公司都会跟着变为被制裁方。但更大可能是二、三线的公司中的一家因为业务中疏忽或刻意违规而被加入 SDN 清单, 那么首先要尝试的就是试图从 SDN 清单除名。但面向敌意与会查根问底套取情报的 OFAC, 对一些中国公司来说这并

¹⁷ 美国制裁中的 50% 规则可见财政部 2014 年的公告: <<https://ofac.treasury.gov/media/6186/download?inline>>。更近期的解读与指引可见 OFAC 公布的答疑/指引: <<https://ofac.treasury.gov/faqs/topic/1521>>。

¹⁸ 甚至包括美国公司与被制裁方仲裁对抗也要由 OFAC 作出批文: 见在本书第六章之 2.3 段介绍的 United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017)先例。

¹⁹ 在美国严苛的单边制裁机制下, 伊朗的原油出口很多会涉及产品混淆、多次船对船转运、石油掺假与伪造文件。而该新加坡公司被怀疑在 2024 年对被制裁的两艘船舶运输的伊朗原油提供检验服务时造假将伊朗原油伪装成来自马来西亚的原产重油。

非一个可行的选项。这一来，如果集团公司不想整个集团受牵连，就会想马上与被制裁的个别二、三线公司切割，以免继续与它有“来往”。至于怎样切割才会是 OFAC 认可或可行，笔者无法臆测。例如会否是，如果找到不在意美国制裁的买方，在公平交易下出售该被制裁公司？又或是，通过清盘结业“杀死”该被制裁公司？只能说笔者不知道，也找不到有关资料，所以只能不讲下去，只建议中国公司遇上这种困难要委任有丰富与 OFAC 打交道的经验的律师，在真正专家的意见下根据不同案件的情况行事。

从以上央企新加坡子公司的例子也可以看出在本书第五章之 3 段提到的建立双轨制的重要性。对于这种在与美国慢慢脱钩下仍是敏感与高风险但有前景的俄罗斯、伊朗等国家业务，应有计划由完全分离的另一轨的公司来经营。如产品的鉴定、检验与测试工作不再让 CCIC 沾手，而是让另一家没有也不会沾手其他国际业务的 AAIC 检验公司包办，不必偷偷摸摸而是公开透明与合法地在新加坡（或其他地方）经营。

2.1.2 针对限制美国技术、商品出口的 BIS 实体清单

美国商务部工业和安全局（BIS）的“实体清单”是《Export Administration Regulations》（“EAR”）下针对性限制美国技术、商品出口的清单，如果被认定有合理理由相信他们涉及、曾涉及或有重大风险将涉及与美国国家安全或外交政策利益相对立的活动就可能被列入清单（见 § 744.11[b]），在未获得许可前不得以受管制的方式（无论是出口、转口或单纯的境外交易都被包括在内：见 § 736.2）向被列入清单中的人士提供受管制的商品或技术（这包括在美国境内的、原产于美国境内的、含有一定比例美国成分的²⁰、根据美国商品或技术直接产生的、虽然在境外生产或制造但主要基于美国技术等广泛的各类情形：见 § 734.3）。

典型的例子就是华为，华为及其子公司于 2019 年被列入实体清单（该清单事后也是不断更新），这就导致不得直接或间接向华为提供基于美国技术的高新科技芯片，这对华为也确实造成了严重不利影响。

而且笔者听说虽然理论上允许申请许可，但对中国公司的申请的态度是“推定拒绝”，所以实际上是很难获得批准。在 SDN 清单的问题上 OFAC 并没有明文采取类似措辞，但 BIS 是有多次对此说法的明确陈述，例如 § 742.4(b)(7)(i)规定：

*“For Burma, Cambodia, the People's Republic of China (PRC), Nicaragua, and Venezuela, all applications will be reviewed to determine the risk of diversion to a military end user or military end use. There is a general policy of approval for license applications to export, reexport, or transfer items determined to be for civil end users for civil end uses. There is a **presumption of denial for license applications** to export reexport, or transfer items that would make a material contribution to the ‘development,’*

²⁰ 通常是 25%，但特定地区如古巴、伊朗、朝鲜等会是 10%：见 § 734.4。

‘production,’ maintenance, repair, or operation of weapons systems, subsystems, and assemblies, such as, but not limited to, those described in supplement no. 7 to this part, of Burma, Cambodia, China, or Venezuela.”（加黑部分是笔者的强调）

也因此一旦被列入此类“实体清单”，要从中脱离是非常困难。据报道，中兴在 2016 年被列入 BIS 的实体清单后，在当时芯片与各类技术的困局下无力支撑，前后共支付了接近 23 亿美元的罚款、保证金，完全更换了涉案的 2 个公司的所有董事、高管，并承诺接下来 10 年必须在公司内保留 BIS 选定、向 BIS 负责的合规专员，不断要出年度审计报告，专门对员工进行管制培训教育等，这才在 2017 年 3 月被从实体清单中移除。对于要在国际间对抗愈演愈烈的现实环境中生存下去的企业而言，这固然是很多时候的无奈之举，但到了今天的对抗环境，这相当于是全面“缴械投降”，例如是中兴就最好不再与美国竞争、改行去“卖水果”，才会考虑放你一马了。而且不断有大量中国公司/企业被列入实体清单，但真正能脱身出来的是少之又少。而在今天，整个对抗环境与五年甚至三年前都不可同日而语，想要再从实体清单上脱离只会更困难，曾经有成功脱离清单经验的公司也不代表如今还会如此好运。

2.2 美国单边制裁机制中既会有全面封锁也会有针对性禁止：以针对俄罗斯的 EO 14024 为例

美国制裁的立法基础与来源包括《International Emergency Economic Powers Act》、《Trading with the Enemy Act》和专项法案如《Countering America's Adversaries Through Sanctions Act》（CAATSA）等。在这一系列立法框架下，美国不断颁布各式各样的制裁机制与措施。除了过去对古巴、朝鲜等国家的全面制裁，今天大量制裁开始以特定对象（清单）、特定行业为基础，既可以是全面封锁，也可以是对特定类型经济手段、产品、技术的针对性封锁。这些具体的制裁机制及其内容与发展并非本书的重点，笔者也并非这方面专家，也跟不上每天在变化的制裁机制，仅仅举一些制裁机制中的情况作为例子，以便读者了解有关情况。

例如针对俄乌冲突问题，美国总统签署与颁布多个“行政命令”（Executive

Order, EO)²¹，名义上是基于美国国家安全或外交政策针对俄罗斯进行制裁。对于其中主要的 EO 14024，OFAC 介绍说：

“E.O. 14024 addresses national security threats posed by specified harmful foreign activities of the Russian Federation, including: its efforts to undermine the conduct of free and fair democratic elections and democratic institutions in the United States and its allies and partners; engaging in and facilitating malicious cyber-enabled activities against the United States and its allies and partners; fostering and using transnational corruption to influence foreign governments; pursuing extraterritorial activities targeting dissidents or journalists; undermining security in countries and regions important to United States national security; and violating well-established principles of international law, including respect for the territorial integrity of states.

*Like any other blocking Executive order, E.O. 14024 permits the United States to impose **blocking and short-of-blocking sanctions**. The Office of Foreign Assets Control (OFAC) issued several directives under E.O. 14024 specifying certain prohibitions relating to persons determined to be subject to the applicable directive.”*（加黑部分是笔者的强调）

在此命令下，“全面封锁”（block）就例如是在 2022 年 2 月以支持俄罗斯在乌克兰军事行动的理由将俄罗斯的金融机构 VTB Bank 列入“SDN 清单”²²，这一来的后果是 VTB Bank（及其拥有超过 50%控制的实体）都被“封锁”，所有“美国因素”（US elements）都必须从与 VTB Bank 的交易中剥离。

但也有非完全封锁的制裁措施，例如在 EO 14024 之 3 号指令（Directive 3 Under Executive Order 14024）²³规定：

²¹ 包括例如是 2021 年 4 月的 EO 14024 名为“*Blocking Property With Respect to Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian*”（广泛允许封锁、冻结指定对象的资产），2022 年 1 月的 EO 14065 名为“*Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions With Respect to Continued Russian Efforts To Undermine the Sovereignty and Territorial Integrity of Ukraine*”（针对特定人士和俄乌冲突中卢甘斯克、顿涅斯克、卢顿地区进行封锁、禁止投资与进出口），2022 年 3 月的 EO 14066 名为“*Prohibiting Certain Imports and New Investments With Respect to Continued Russian Federation Efforts To Undermine the Sovereignty and Territorial Integrity of Ukraine*”（特别针对能源行业，禁止进口特定类型产品，也禁止向俄罗斯投资各种能源行业），2022 年 3 月的 EO 14068 名为“*Prohibiting Certain Imports, Exports, and New Investment With Respect to Continued Russian Federation Aggression*”（禁止进口特定俄罗斯行业的产品[如海产品、酒精饮料、非工业钻石等]、禁止出口奢侈品、禁止提供美元计价票据等）。

²² 见美国财政部的相关公告：<<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0608>>。

²³ 具体有关针对 EO 14024 的指引可见 OFAC FAQ 974。有关此 3 号指令可见：<<https://ofac.treasury.gov/media/918476/download?inline>>。

*“... the following activities by U.S. persons or within the United States are prohibited, except to the extent provided by law, or unless licensed or otherwise authorized by the Office of Foreign Assets Control: (1) For new debt or new equity of entities listed in Annex 1, or their property or interests in property, **all transactions in, provision of financing for, and other dealings in new debt of longer than 14 days maturity or new equity where such new debt or new equity is issued on or after 12:01 a.m. eastern daylight time on March 26, 2022;** and (2) For new debt or new equity of entities otherwise determined to be subject to the prohibitions of this Directive, or their property or interests in property, **all transactions in, provision of financing for, and other dealings in new debt of longer than 14 days maturity or new equity where such new debt or new equity is issued on or after 12:01 a.m. eastern time on the date that is 30 days after the date of such determination.***

The Director of the Office of Foreign Assets Control, in consultation with the Department of State, has determined that... the entities listed in Annex 1 to this Directive operate or have operated in the financial services sector of the Russian Federation economy, or are owned or controlled by, or have acted or purported to act for or on behalf of, directly or indirectly, the Government of the Russian Federation, and are subject to the prohibitions of this Directive.

All other activities with entities determined to be subject to the prohibitions of this Directive, or involving their property or interests in property, are permitted, provided that such activities are not otherwise prohibited by law, the Order, or any other sanctions program implemented by the Office of Foreign Assets Control.

Except to the extent otherwise provided by law or unless licensed or otherwise authorized by the Office of Foreign Assets Control, the following are also prohibited: (1) any transaction that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate any of the prohibitions of this Directive; and (2) any conspiracy formed to violate any of the prohibitions of this Directive.”（加黑部分是笔者的强调）

从以上可以看到，此 3 号指令针对的是列明的主体，被禁止的交易是以上加黑部分写明的 14 天以上的“新债”（new debt）。这就变成对立法、行政命令中措辞/文字进行解释的“文字游戏”，也要看 OFAC 等机构对于有关制裁机制公布的公开信息与指引。但这并没有全面禁止，例如俄罗斯国家主权并未被列在附表中，因此在此 3 号指令下²⁴，俄罗斯发行国债并不被此指令禁止，即使涉及美国因素，

²⁴ 美国法律下美国总统拥有行政权，而总统颁布行政命令相对于立法而言要灵活、多变得多，美

理论上仍然可以与俄罗斯国家主权进行交易，只要不涉及其他“被制裁方”（例如不能涉及被制裁的俄罗斯银行）。

之后的 EO 14066 还进一步扩大了 EO 14024 的范围，禁止任何对俄罗斯能源行业的投资（“*new investment in the energy sector in the Russian Federation by a United States person, wherever located*”），但这针对的也只是能源行业，在 EO 14066 下也并没有完全禁止俄罗斯国债的交易。这看来也是仍然有大量（欧洲）银行在针对俄罗斯国债的一级与二级市场进行投资交易，并需要积极在其中加入各种条文（例如是“货币转换条文”²⁵）对美国制裁进行合规与应对（例如发现交易链条中有“被制裁方”，或者后来制裁机制的范围与对象变动导致可能被制裁影响等）的原因。

3 美国制裁中的“长臂管辖”（long-arm jurisdiction）

对于联合国制裁而言，由于有成员国的承认与执行，在世界范围有广泛影响。例如是中国也会应联合国安理会制裁清单的不断更新，调整中国国内的相应政策。²⁶

而今天大量的“单边制裁”（主要就是美国的单边制裁）更是给国际商业环境带来巨大不稳定。毕竟今天的现状是美国对世界贸易、金融系统仍然有强大的控制，违反美国制裁的后果，是可能被切断与美国供应链的全面联系，被禁止使用美元交易系统等，而且还要面对来自美国盟友（如英国）的制裁。

而这些制裁手段往往都是行使“长臂管辖”，例如 OFAC 对于谁必须遵守制裁的指引²⁷说：

*“All U.S. persons must comply with OFAC sanctions, including all U.S. citizens and permanent residents **regardless of where they are located**, all individuals and entities within the United States, and all U.S. incorporated entities and **their foreign***

国制裁机制同样因此而复杂、多变。例如 EO 14024 之 3 号指令后有颁布多个指令不断变动制裁的范围与对象，如 4 号指令将几个主要的俄罗斯金融机构（例如是 Central Bank of Russia、Russia’s National Wealth Fund、Russia’s Ministry of Finance 等）列为“被制裁方”，有这些金融机构参与的交易，各大（欧美）银行就会拒绝参与。在 1a 号指令（见：<<https://ofac.treasury.gov/media/918731/download?inline>>）中禁止美国金融机构参与这些俄罗斯金融机构发行的各种类型主权债等。也已经提到笔者并不会具体针对这些制裁机制中的具体内容进行详细介绍，在遇到具体问题时读者需要结合当下的情况发展具体看待。

²⁵ 见本书第三章之 3 段的介绍。

²⁶ 见中国外交部执行安理会决议通知：<https://www.mfa.gov.cn/wjb_673085/zfxgk_674865/gknrlb/jytz/>

²⁷ 见：<<https://ofac.treasury.gov/faqs/11>>。

branches. ... In the case of certain programs, foreign subsidiaries owned or controlled by U.S. persons also must comply. ... Non-U.S. persons are also subject to certain sanctions prohibitions. For example, non-U.S. persons are prohibited from causing or conspiring to cause U.S. persons to violate U.S. sanctions, as well as engaging in conduct that evades U.S. sanctions. Certain programs also require foreign persons reexporting certain goods, technology, or services from the United States to comply with U.S. sanctions, even if no U.S. persons are involved in the reexport.”（加黑部分是笔者的强调）

以“环球银行金融电信协会”（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications，简称 SWIFT）为例，SWIFT 成立于 1973 年，总部位于比利时布鲁塞尔。SWIFT 对于自己的介绍是：

“作为一家全球性同业合作组织，Swift 是世界领先的安全金融报文传送服务机构。Swift 为社群提供报文传送平台和通信标准，并在连接、集成、身份识别、数据分析和合规等领域的产品和服务。Swift 的报文传送平台、产品和服务对接了全球超过 11,000 家银行、证券机构、市场基础设施和企业用户，覆盖 200 多个国家和地区。Swift 不为客户持有基金或管理账户，而是帮助全球用户社区通过可靠途径，安全开展通讯并交换标准化金融报文，从而支持全球和本地市场的金融交流，并助力国际贸易和商业活动。”²⁸

在国际清算中，SWIFT 的主要作用是传递支付指令等信息，据悉 SWIFT 每天需要处理数千万条交易信息。根据这些信息，国际银行间再由各自清算系统（如美国的 CHIPS、欧洲的 TARGET2）完成实际清算。今天绝大部分的跨境交易（尤其是国际汇款）都要依赖 SWIFT 的信息传递，包括目前“人民币跨境支付系统”

（Cross-border Interbank Payment System，简称 CIPS）信息传递中跨境部分的大额交易仍然主要是通过 SWIFT 完成。也因此有说法是将 SWIFT 称为全球交易的“神经中枢”。被踢出 SWIFT 对国家有重大影响，例如伊朗于 2012 年由于核扩散问题被制裁，SWIFT 将伊朗踢出去后²⁹，据说伊朗丧失了一半的石油出口收入，国际贸易锐减 30%。

正由于 SWIFT 的重要地位，谁来监督、如何监督至关重要。SWIFT 是在比利时注册成立的“合作社”（Société Coopérative），有自己的“章程”（by-laws）与“治理准则”（corporate rules），由来自代表全球约 2,400 个金融机构的股东选

²⁸ 见：< <https://www.swift.com/zh-hans/zhongwen-swift>>。

²⁹ 见：< <https://www.swift.com/insights/press-releases/swift-instructed-to-disconnect-sanctioned-iranian-banks-following-eu-council-decision>>。

出董事会进行管理。对 SWIFT 的监督则主要是由 G10 的国家央行³⁰与“欧洲中央银行”(European Central Bank)负责,由 SWIFT 所处的“比利时央行”(National Bank of Belgium)主导。在 2012 年还设立了“Swift Oversight Forum”,与更多世界上的主要经济体的中央银行(包括中国央行与香港金管局)分享监督情况³¹。

这一来,照理说是“中立”的 SWIFT 不应该被个别国家的单边制裁影响,也不应该因为个别国家的单边制裁而排除特定国家或地区的实体。SWIFT 在其官方网站上也说:“*Swift does not monitor or control the messages that users send through its system. All decisions on the legitimacy of financial transactions under applicable regulations, such as sanctions regulations, rest with the financial institutions handling them, and their competent international and national authorities. As far as financial sanctions are concerned, the focus of Swift is to help its users in meeting their responsibilities to comply with national and international regulations.*”

但由于 SWIFT 身处比利时,因此一方面是必须遵守欧盟的制裁机制,而欧盟作为美国的传统盟友,往往在制裁机制上有一致性。这导致美国的单边制裁能够延伸到 SWIFT 并产生效力。

而另一方面就是美国对作为比利时主体的 SWIFT 有非常紧密的掌控,例如:

(一) 在 SWIFT 的治理上,SWIFT 的董事会席位按使用量分配而美国银行(摩根大通、花旗等)交易量巨大,而且美国在 G10 中有巨大影响力进而可以影响大量其他董事会成员,因此在董事会就有很大大甚至是决定性的发言权。

(二) 在技术与数据支持上,SWIFT 的一个主要数据中心在美国³²(还有两

³⁰ “Banca d'Italia, Bank of Canada, Bank of England, Bank of Japan, Banque de France, De Nederlandsche Bank, Deutsche Bundesbank, European Central Bank, Sveriges Riksbank, Swiss National Bank, and the Federal Reserve System (USA), represented by the Federal Reserve Bank of New York and the Board of Governors of the Federal Reserve System.” 见: <<https://www.swift.com/about-us/organisation-governance/swift-oversight#international-cooperative-oversight>>。

³¹ 见: <<https://www.swift.com/about-us/legal/compliance-0/swift-and-sanctions>>。

³² 美国的“911 事件”后,在 2001 年 10 月通过了法案《Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism》(简称“PATRIOT Act”或爱国者法案),以防止恐怖主义活动为目的,在 31 USC § 5318 赋予美国财政部长(The Secretary of the Treasury)等作出传票(summons or subpoena)要求外国银行机构提供各类文件与信息(包括在海外的文件与信息)的权力,不履行的话就要面临罚金,甚至禁止美国金融机构与该外国主体有任何商业往来,而如果该传票转为法院命令后不履行还有藐视法院的后果。在 2006 年美国政府就依赖这些权力等要求 SWIFT 提供信息,以及逼迫 SWIFT 将数据存储在美国的服务器。这

个数据中心设在比利时和瑞士)，技术开发也主要是美国公司主导。

（三）回到本段的课题，更重要的是美国的长臂管辖。SWIFT 的基础是世界上的跨国金融机构，而这些金融机构很难对抗美国的管辖。只要是美元跨境交易就难以避免涉及美国金融机构，这导致交易中的金融机构都担心“一级制裁”（primary sanctions）而不得违反美国制裁。其次即使是没有美国因素的交易，外国银行也因为美国“二级制裁”（secondary sanctions）的威慑力而不得不配合，否则就要被踢出美元交易系统与美国的供应链。³³

这也导致了在美国的政治外交压力下，SWIFT 屈服而配合美国的单边制裁。在 2022 年 2 月 26 日欧盟就与美国发表联合声明³⁴，将 7 间俄罗斯主要的金融机构从 SWIFT 中排除，并之后在 3 月 2 日由 SWIFT 发表声明对此确认³⁵。

在前文中提到了“一级制裁”与“二级制裁”的说法。在美国制裁机制中进行书面明确规定的，往往是制裁的对象（个人、实体、国家或地区），制裁的具体措施（资产封锁、贸易限制等）。在如《Code of Federal Regulations》（简称“CFR”）的有关章节（Title 15 或 Title 31 等），以及在 OFAC 的指引中等都没有对什么是“一级制裁”与“二级制裁”的明确定义，但“一级制裁”与“二级制裁”的说法非常常见。在本书中所介绍的“一级制裁”与“二级制裁”，主要按以下方式区分：

（1）“一级制裁”是针对“美国人”（US Persons）要求合规。同时本书所称“一级制裁”也包括扩展到只要涉及“美国连接点”/“美国因素”（US nexus/elements）的交易就要求交易当事人合规，这就包括了涉及“非美国人”的情形。例如误导美国人与被制裁方交易，最典型的的就是使用美元交易，必须经过

做法被认为违反了当时欧洲的数据保护立法，根据当时的立法 SWIFT 如果将欧盟的个人数据转移到美国就被认为是违法行为，并不能依赖履行法律义务作为合法理由（因为不是履行欧盟或其成员国立法的法律义务）。关于这些数据保护的斗争，也可见笔者《证据法——基础理论、口头证据与专家证据》一书第一章之 6.18 段。

³³ 甚至是 2022 年 4 月 20 日，俄罗斯的 Transkapitalbank 银行被列入“SDN 清单”，理由是该银行用自己的系统替代 SWIFT 为被制裁方进行交易：“to avoid detection and sanctions-derived restrictions, TKB has offered its clients the ability to conduct transactions via its proprietary Internet-based banking system, known as TKB Business, an alternative communication channel to the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) network, including for the purpose of processing U.S. dollar payments for sanctioned clients. TKB has also sought to create a settlement hub in Asia without involving U.S. or European banks in the clearing process.” 见：<<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0731>>。

³⁴ 欧盟声明见：<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1423>，美国声明见：<<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/26/joint-statement-on-further-restrictive-economic-measures/>>。

³⁵ 见：<<https://www.swift.com/news-events/news/swift-statement-compliance-sanctions>>。

美国的“代理行”(corresponding bank)。美国根据美国人、美国因素主张管辖权，对于违反制裁的人士直接处以民事或刑事处罚。

(2) “二级制裁”针对的则是既不涉及美国人，也不涉及美国因素，是美国制裁纯粹的“域外效力”(extraterritorial effect)，主要的后果是美国对违反制裁的外国主体也作出限制、断绝其与所有美国因素的联系。

3.1 针对“美国人”与涉及“美国因素”交易的“一级制裁”

通常所说的“一级制裁”主要是针对所有“美国人”(US Persons)。“美国人”的定义可见各具体的制裁机制规定，以 22 USC Ch 96 之 § 8901 的定义为例，可以看到这可以是十分广泛的：

“(4) United States person The term ‘United States person’ means— (A) a United States citizen or an alien lawfully admitted for permanent residence to the United States; or (B) an entity organized under the laws of the United States or of any jurisdiction within the United States, including a foreign branch of such an entity.”

除了对美国人的管辖权外，美国还会根据“美国连接点”/“美国因素”主张管辖权，要求所有参与交易的人士合规，并直接对未能合规的人士处以民事罚款或刑事处罚。至于哪些属于美国因素要视乎具体的制裁机制，常见的例子就包括涉及“美国本土”(US territory)，涉及美元或美国金融系统，涉及美国的商品、技术或服务等形式。³⁶而国际贸易中想要完全避开美国连接点是存在困难的。

在 2024 年美国商务部、财政部、司法部联合刊发的“Obligations of foreign-based persons to comply with U.S. sanctions and export control laws”一文³⁷中提到了在有关制裁机制下美国主张管辖权的情形：

³⁶ 是否可以根据这些多种多样的美国因素获取管辖权也向来存在争议。例如美国在 20 世纪八十年代在前苏联能源管道事件中，禁止出口管道设备给前苏联，在制裁中同时禁止欧洲公司转卖美国建造的管道设备给前苏联。这样的“长臂管辖”当时受到国际社会的一致抵制：见“European Communities: Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR” (1982) 21 ILM 891。这看来也迫使 1982 年时任总统里根解除此制裁。又例如针对古巴革命胜利以来，古巴政府将不少美国资产没收，美国通过《Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996》(Helms-Burton Act) Title III，允许这些被没收资产的人士可以在美国法院起诉以“交易”(traffics)方式与这些资产有牵连的人（例如欧洲在古巴进行投资与接手这些资产的人士，这也是“阻断法案”产生的一个主要原因）与索赔损失，换句话说任何在古巴投资、有经营业务的非美国人都有可能在美国被起诉，而这非常广泛、影响巨大的管辖权的理由就仅仅是美国资产在古巴被没收。这“长臂管辖”的做法也因此一直受到国际社会的批评，历任总统也通常对 Title III 暂缓执行，但 2019 年时任总统特朗普重新启用此法案。

³⁷ 见：< <https://www.justice.gov/archives/opa/media/1341411/dl?inline>>。

“OFAC has actively employed its enforcement authorities against foreign financial institutions and other foreign persons who have, among other things, caused U.S. persons to violate OFAC sanctions, conspired to do so, indirectly exported services from the United States, or otherwise engaged in violative conduct. Examples of this conduct include when a non-U.S. person:

- *Obscures or omits reference to the involvement of a sanctioned party or jurisdiction to a financial transaction involving a U.S. person in transaction documentation*³⁸;
- *Misleads a U.S. person into exporting goods ultimately destined for a sanctioned jurisdiction; or*³⁹
- *Routes a prohibited transaction through the United States or the U.S. financial system, thereby causing a U.S. financial institution to process the payment in violation of OFAC sanctions.*⁴⁰”（加黑部分是笔者的强调）

例如 2023 年虚拟货币平台“币安”（Binance）与 OFAC 等和解的案件⁴¹中，币安是开曼群岛公司并非美国人，但币安要在美国境内向美国人提供服务，这就有了美国连接点。因此币安大量参与了从美国直接或间接向被制裁地区或人士提供产品或服务，以及导致大量美国人士与这些被制裁地区或人士进行了交易都属于违反“一级制裁”，会直接被 OFAC 等机构处以民事与刑事处罚。最后币安与 OFAC 和解罚款金额是超过 9.68 亿美元，以及要支付 34 亿美元的天价罚款给美国财政部下的“金融犯罪执法局”（FinCEN）。根据新闻报道，作为币安创始人与时任 CEO 的赵长鹏先生自愿前往美国签署和解协议后，也没能获释离开，要面临个人的 5,000 万美元罚款，以及 4 年的牢狱之灾，即使出狱后也要不断面对新的相关法律诉讼，币安的未来也可想而知。

还可以 OFAC 在 2024 年 3 月 14 日的公告⁴²中的案件为例，此案件涉及瑞士

³⁸ 例如在本段稍后介绍的对币安与 EFG International AG 的案件中，都可以说是由于在文件记录上未能恰当显示涉及被制裁方或被制裁国家/地区，导致美国人也参与了被制裁禁止的金融交易，因此 OFAC 直接对他们进行处罚。

³⁹ 例如将美国的芯片经过马来西亚转卖到中国。据报道 2025 年前四个月，马来西亚就从中国台湾地区进口了价值 64.5 亿美元的 GPU 芯片，相比 2024 年全年进口金额还高出了 32.25%。这被美国怀疑芯片的最终流向是中国的被制裁方。见：<<https://finance.sina.com.cn/tech/discovery/2025-05-13/doc-inewhpf1502778.shtml>>

⁴⁰ 美元霸权正是这种情况，只要一宗交易以美元支付与经过美国的代理行进行结算，美国就有管辖权，即使交易与美国毫无关系，例如是一家中国公司与马来西亚公司的买卖，美国的单边制裁机制与 OFAC 的监管也会被强加在此交易。这方面在本书第三章之 3 段会再涉及。

⁴¹ 见：<<https://ofac.treasury.gov/media/932351/download?inline>>。

⁴² 见：<<https://ofac.treasury.gov/media/932766/download?inline>>。

私人银行 EFG International AG（简称“EFG”）。案件的背景是：

“Between 2014 and 2018, EFG caused U.S. securities firms to process 727 securities-related transactions totaling \$29,939,701 on behalf of customers in Cuba, 141 securities-related transactions totaling \$468,615 for an individual blocked under the Kingpin Act, and, in 2023, five dividend payments, with a combined value of \$1,200, for U.S.-custodied securities of a person blocked under Executive Order 14024 of OFAC’s Russia sanctions program.”

EFG subsidiaries in several countries purchased and sold securities on behalf of foreign clients. These transactions were conducted through and held in omnibus accounts with U.S. custodians and other U.S. market participants, including an EFG U.S. subsidiary. Because trades and other corporate actions completed through these omnibus accounts were generally made in the name of EFG, and not its underlying clients, these U.S. market participants were unaware that they were ultimately processing securities transactions on behalf of persons sanctioned by OFAC.”

EFG 是瑞士的私人银行，与全世界各地的客户进行往来，接受客户委托协助交易。这包括在美国的“托管行”（custodian bank）中，EFG 以自己名义开设“综合账户”（omnibus accounts）代客户进行如证券等交易。这也是证券交易的惯常做法，有关银行/证券机构自己在美国即使不设分行，也还是会在美国的托管行开设综合账户根据客户指示进行投资。简单来说就是客户给指示后，银行以自己名义代为操作，等到交易结束再与客户结算。

对这些交易而言，托管行只能看到是 EFG 以自己名义开设的综合账户交易，而不知道背后真正的客户是谁。这一来如果背后真正客户是“被制裁方”，作为“非美国人”的 EFG 就会因为协助有美国因素的交易，或者是导致美国人参与此类交易等而违反“一级制裁”。

此案件中有以下一系列交易都被认为违反了“一级制裁”：

（一）没有采取任何行动。

EFG 有不少客户来自古巴，而古巴是美国全面制裁的国家。EFG 自己并非“美国人”，并不直接受到 OFAC 管辖，是否因此不需要考虑呢？OFAC 给出的答案是否定的，因为涉及了美国托管行而有美国因素。这一来，EFG 至少需要识别到情况的出现，与及时告知 OFAC 与托管行。

（二）采取限制了账户交易行为，但没有及时告知美国托管行。

EFG 有中国客户因为违反了《Foreign Narcotics Kingpin Designation Act》

（“Kingpin Act”）⁴³而在 2014 年被制裁。该中国客户在 2009 年就已经在 EFG 的新加坡分行有账户。如果没有美国因素，那么非美国人的 EFG/EFG 新加坡分行可以不需要理会美国制裁要求去冻结资产。但 EFG 还是担心万一存在美国因素而需要合规，因此根据 EFG 内部规则对该账户进行了限制交易（禁止收款或付款、也不得用此账户进行交易）。然而看来不知道是出于什么原因，EFG 没有继续对该客户的资产进行审查与识别出美国托管行账号中的资产有部分利益归属于该中国客户，也没有将此事告知美国托管行或 OFAC。这也能理解，毕竟对于私人银行业务而言，自己的商业信誉是至关重要的，而且类似此案件的情况也已经对账户限制了交易，是否因此就避免了被制裁的风险呢？答案也是否定的。在 2014 年开始直到 2018 年被发现前，美国托管行在这 4 年间不断继续分红或支付利息，这些利益最终收益应归于该中国客户，OFAC 就认为 EFG 的行为属于违反制裁。

（三）未能全面告知。

2023 年 EFG 有一位俄罗斯客户在 EO 14024 下被制裁，EFG 也马上限制了账户交易，并且通知了美国托管行，综合账户中有部分资产是为这些俄罗斯客户代持。但看来是 EFG 的内部系统的疏漏，未能识别出该客户在之前的“融券/证券借贷协议”（security lending agreement）下还曾经“质押”（pledge）了证券。这一来美国托管行对于这些证券会进行分红或支付利息，这又是违反了一级制裁了。

总结此案件的上述情况，能看到涉及制裁时的企业困境，EFG 是愿意合规，但也想尽可能保护自己客户的隐私与进行自己的商业发展。但问题是由于私人银行中这类综合账户的风险存在自身的复杂性，要根据具体案件的情况考虑何时需要通知与接触 OFAC、美国托管行，以及内部审查如何完善查出风险的机制与流程等。这类问题就都需要与对此类业务熟悉以及对有关的制裁机制熟悉的称职律师共同完善与完成。

OFAC 对此案件的公示也是想用 EFG 的例子来“警告”广大公司。⁴⁴OFAC 最后实际的罚款只是不到罚款标准的 1/4，可以说是从轻发落了，考虑过的因素包括 EFG 事前内部处理程序中及时限制账户的措施，事后 EFG 展示给 OFAC 的积极主动的配合态度，以及重新调整内部措施要求更详细、更严格的汇报制度等

⁴³ 1999 年通过的“Kingpin Act”也称“外国毒枭认定法”，目的是用制裁手段打击国际贩毒网络，OFAC 可以将参与重大毒品走私活动的个人或实体列为“重大外国麻醉品贩运者”（significant foreign narcotics trafficker），采取冻结资产、禁止美国人与其往来、旅行禁令等制裁措施。近年来也有不少中国个人（或关联实体）被美国认定走私芬太尼等毒品而根据 Kingpin Act 被列入“SDN 清单”。

⁴⁴ OFAC 处罚的指引，包括如减轻责任的因素，加重责任的因素等可见：<<https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20091109>>

等。

从 EFG 的应对能看到事后及时与 OFAC 沟通与解释的重要性。今天参与国际业务的公司，有相当部分实际上与制裁并无实际关系，至少在订立合同时的初衷都会是希望能够从合同的继续履行中获利，也希望是能够合法、合规完成交易。这种情况下与 OFAC 的及时沟通就非常重要，例如是中国公司/企业涉及制裁风险，是否被列入“SDN 清单”完全是 OFAC 的裁量权，就需要能够及时回应，向 OFAC 解释并非明知而违反，行为/交易的目的实际并不真正与制裁目的相悖，自己也愿意合规与配合等。

但针对中国公司需要特别提醒的是，OFAC 这类“逼迫”配合的案例展示，不代表是所有中国公司就应该予取予求或以为自己能够像 EFG 一样被从轻发落。尤其是如果已经成为 OFAC 的专门针对目标对象，那么无论如何配合也只不过是变成自投罗网的行为。例如是：中兴被逼迫“卖水果”，币安全面“投降”还是被处以天价罚款、CEO 赵长鹏先生被捕坐牢等等。

3.2 针对“非美国人”与没有“美国因素”交易的“二级制裁”

另一种是“二级制裁”/“次级制裁”(secondary sanction)。这种就可以被 OFAC 与美国国务院 (US State Department) 等用来针对“非美国人”。

有说法是 1996 年《The Iran and Libya Sanctions Act 1996》开了美国“二级制裁”的先河，其中该法案第 5(a)和 5(b)条规定了对伊朗和利比亚的制裁内容，而第 5(c)条规定美国总统决定对违反第 5(a)和 5(b)条的“任何人士”实施制裁。

在 2015 年 7 月 14 日，中国、美国、俄罗斯、英国、德国、法国与伊朗达成了《联合全面行动计划》(Joint Comprehensive Plan of Action, 简称“JCPOA”)后，美国政府承诺将搁置并努力最终取消针对非美国人的、与伊朗核相关的“二级制裁”。OFAC 对 JCPOA 的执行指引《Guidance relating to the lifting of certain U.S. sanctions pursuant to The Joint Comprehensive Plan Of Action on Implementation Day》中在脚注 3 对“二级制裁”给出解释说，是针对“非美国人”在美国管辖以外从事与伊朗有关的特定行为：“*Secondary sanctions generally are directed toward non-U.S. persons for specified conduct involving Iran that occurs entirely outside of U.S. jurisdiction and does not involve U.S. persons.*” (加黑部分是笔者的强调)

“二级制裁”的威慑力与重要性在于，如果“非美国人”协助、支持、促成

被制裁方或被制裁资产的交易⁴⁵，或甚至是被认为是协助被制裁方规避制裁⁴⁶等行为，即使没有美国因素而没有在“一级制裁”下直接明确的作出民事或刑事处罚，OFAC 仍然有权作出将非美国人作为对象列入“SDN 清单”等惩罚。

对于“非美国人”、没有美国因素的交易，美国还可以主张管辖权是存在严重问题的，但“二级制裁”严格来说也并没有禁止此类交易或行为，而只是对非美国人进行“威胁”，如果想要选择继续与美国供应链、美元系统保持联系，就不得触碰被美国制裁的对象。这一来，由于一旦被列入各类制裁清单后果严重（例如是被踢出美元交易系统、被冻结所有美国人控制的资产、不得再使用美国产品、技术等），这强大的威慑力实质上是强制要求“非美国人”也必须配合美国制裁的目的。“美国人”离开后留下的市场空间，也不允许非美国人来填补，从而达到制裁的目的。这实际上就是美国依赖自己在产品、技术、金融交易上的优势地位，强迫所有人都要听从自己的号令，对全世界其他国家进行霸凌的行为。就像是美国人自己吃汉堡，就要求全世界无论何地、无论何人、也无论原本的饮食习惯如何，都要每天吃汉堡。

今天这类“二级制裁”可以从针对俄罗斯的制裁机制中挑一部分为例。在《Countering America's Adversaries Through Sanctions Act》中：

（一）Section 226 修改了《Ukraine Freedom Support Act 2014》之 Section 5(b)，条文如下：“*shall impose, unless the President determines that it is not in the national interest of the United States to do so, **the sanction prescribed in (c)**['a prohibition on the opening, and a prohibition or the imposition of strict conditions on the maintaining, in the United States of a correspondent account or a payable through account by the foreign financial institution'] **with respect to a foreign financial institution** if the President determines that the foreign financial institution has ... **knowingly facilitated a significant financial transaction** on behalf of any ... person included on the list of specially designated nationals and blocked persons maintained by [OFAC]...*”（加黑部分是笔者的强调）

以上提到的内容明确规定，非美国人的金融机构如果是明知之下协助完成违反制裁的“重大金融交易”（significant financial transaction），即使没有美国因素，

⁴⁵ 以针对俄罗斯的 EO 14024 (“Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation”) 之 Section 1(a)为例：“(vi) to have materially assisted, sponsored, or provided financial, material, or technological support for, or goods or services to or in support of: (A) any activity described in subsection (a)(ii) of this section; or (B) any person whose property and interests in property are blocked pursuant to this order;”

⁴⁶以 EO 14024 之 Section 4 为例：“(a) Any transaction that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate any of the prohibitions set forth in this order is prohibited. (b) Any conspiracy formed to violate any of the prohibitions set forth in this order is prohibited.”

也“应当”将其列入制裁清单。

（二） Section 228 修改了《The Support for the Sovereignty, Integrity, Democracy, and Economic Stability of Ukraine Act of 2014》，加入了以下条文授权政府将海外非美国人也加入制裁清单：

“*SEC. 10. MANDATORY IMPOSITION OF SANCTIONS WITH RESPECT TO CERTAIN TRANSACTIONS WITH PERSONS THAT EVADE SANCTIONS IMPOSED WITH RESPECT TO THE RUSSIAN FEDERATION.*

*(a) IN GENERAL.—The President shall **impose the sanctions** described in subsection (b) **with respect to a foreign person** if the President determines that the foreign person knowingly, on or after the date of the enactment of the Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act of 2017— ‘(1) **materially violates, attempts to violate, conspires to violate, or causes a violation** of any license, order, regulation, or prohibition contained in or issued pursuant to any covered Executive order, this Act, or the Ukraine Freedom Support Act of 2014 (22 U.S.C. 8921 et seq.); or ‘(2) **facilitates a significant transaction or transactions, including deceptive or structured transactions**, for or on behalf of—‘(A) any person subject to sanctions imposed by the United States with respect to the Russian Federation; or ‘(B) any child, spouse, parent, or sibling of an individual described in subparagraph (A).”*（加黑部分是作者的强调）

“二级制裁”针对的具体情况会根据具体的制裁机制而千变万化，还会随着美国单边制裁机制不断变动而变动。例如对于具体哪些行为会有被“二级制裁”的风险，具体哪些属于前述节录内容中的“重大金融交易”，看来随时都可能会因为地缘政治或美国（政府）的态度而改变。

在这一系列长臂管辖的“二级制裁”下，例如中国金融机构向被制裁的俄罗斯公司提供日元融资，尽管不涉及“美国人”也没有“美国因素”，中国金融机构也有因“二级制裁”而被列入“SDN 清单”的风险。同样道理下，中资银行向香港特区被制裁的特首提供港币存款服务同样存在风险。⁴⁷

还例如是在国际仲裁，非美国仲裁员（其他专业人士例如是律师、专家都是一样）接受涉及有关俄罗斯或伊朗的仲裁案件委任，即使当事人完全不涉及美国人，有关争议的交易中也没有美国因素，但由于会需要向“被制裁方”（sanctioned party）提供服务，接受被制裁方的付款，与被制裁方“来往”等，因此同样要考虑到是否有被制裁的风险，尤其是被“二级制裁”的风险。例如假设一位伦敦的英国仲裁员作出的裁决书有可能判被制裁的俄罗斯当事人胜诉，就要严肃考虑在

⁴⁷ 见本章下一段的介绍。

仲裁委任是否已经获得 OFAC 许可，否则有被“二级制裁”的风险了。⁴⁸

美国为了达到在全球都有效的制裁效果，对待违反“二级制裁”的人士实际上也是绝不手软。在 2024 年 6 月 12 日美国国务院的公告中明确说：“*The United States will continue to use all tools at its disposal to disrupt support for Russia’s military-industrial base and curtail Russia’s ability to exploit the international financial system in furtherance of its war against Ukraine.*”⁴⁹

以 2024 年 10 月 30 日 OFAC 更新的“SDN 清单”为例，广泛涉及了印度、中国、瑞士、泰国、土耳其等国家的实体。甚至其中还列入了两位瑞士的律师个人，理由是他们协助俄罗斯公司处理与转移资产。美国驻瑞士与列支敦士登使馆发表声明将意图写得非常明白：“*the United States government will designate sanctions evaders — no matter who they are, what their profession is, or where they live.*”⁵⁰

中国公司也已经逐渐成为此类制裁的重中之重，在 2025 年 1 月 15 日“SDN 清单”更新中，仍然是数百家中国公司在列，其中大量都是因为违反“二级制裁”，财政部的公告中说：

“... foreign persons, including foreign financial institutions, that knowingly facilitate significant transactions for or on behalf of any of these entities could be subject to mandatory secondary sanctions... Today’s expansion of mandatory secondary sanctions will reduce Russia’s access to revenue and goods... Today’s sanctions also include dozens of companies across multiple countries that continue to support Russia’s efforts to evade U.S. sanctions, particularly in the PRC, which remains the largest supplier of dual use items and enabler of sanctions evasion in support of Russia’s war effort.”

上述公告只针对中国公司和俄罗斯做交易（提供货物与经济利益，等于支持俄罗斯规避美国制裁）的情况，但除此之外，也有大量而且会越来越来多的中国公司与伊朗等国家交易。即使这些交易没有任何“美国因素”，如以人民币结算，

⁴⁸ 由于巴以冲突加剧与造成大量平民伤亡与人道主义危机，在 2024 年 11 月 21 日国际刑事法院对以色列总理内塔尼亚胡、前国防部长加兰特，以及巴勒斯坦伊斯兰抵抗运动（哈马斯）军事指挥官穆罕默德·迪亚卜·易卜拉欣·马斯里发出逮捕令，指控他们犯有反人类罪和战争罪。2025 年 2 月 6 日美国时任总统特朗普签署 EO 14203 “Imposing Sanctions on the International Criminal Court”，以针对美国和以色列“采取非法且无根据的行动”为由，对国际刑事法院实施制裁，并在稍后将申请前述逮捕令的国际刑事法院首席检察官卡里姆·汗（有英国国籍）列入“SDN 清单”，见：<<https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20250213>>。尽管这并非仲裁程序，但可以看到美国“长臂管辖”的态度与倾向。关于这个问题可见本书第六章之 2 段的进一步介绍。

⁴⁹ 见：<<https://2021-2025.state.gov/taking-additional-measures-to-degrade-russias-wartime-economy/>>。

⁵⁰ 见：<<https://ch.usembassy.gov/u-s-government-announces-russia-related-sanctions-designations/>>。

也会被“二级制裁”。看来，在与美国经贸脱钩或下跌至微不足道后，中国公司会越来越多与被美国制裁的国家/公司进行交易，也会在增加内需的政策下与本国已经被制裁的公司进行交易，这就显示出了本书第五章之 3 段提出的“双轨制”的重要性。

3.3 美国对中国香港特区的单边制裁

美国对香港特区的单边制裁⁵¹主要依据是美国 2019 年的《Hong Kong Human Rights and Democracy Act of 2019》、2020 年的《Hong Kong Autonomy Act》以及 2020 年时任总统特朗普签署的 EO 13936 等。在这些法律/命令下，美国捏造了各种理由，例如是未履行《联合声明》/《基本法》，破坏香港自治限制公民自由，或侵犯人权等，对个人或实体实施制裁。而这样的制裁也是典型的“长臂管辖”，粗暴干涉他国内政、主权的行為。

之后美国也在这套制裁机制下实施了一系列制裁措施。例如依据 EO 13936 针对“政府首脑”⁵²，这就导致：（1）在 2020 年 8 月 7 日，时任香港特区行政长官（特首）林郑月娥（Carrie Lam）、保安局局长李家超（John Lee，后来 2022 年当选香港特区第六位特首）、律政司司长郑若骅（Teresa Cheng）等人士被制裁⁵³以及被列入“SDN 清单”。（2）在 2025 年 3 月 11 日再有多人“上榜”，如时任律政司司长林定国（Paul Lam）等⁵⁴。

被制裁的后果，首先就是被美国“封锁”（block），即所有处于“美国人”控制的资产（银行账户、房地产、投资等）都被冻结，所有美国人也不得再与这些人士进行任何往来。比如花旗银行等美国银行虽然在香港特区有开展业务，但肯定不会再向被列入 SDN 清单的人士提供任何服务或与他们有任何往来。

即使是“非美国人”的金融机构（例如是各大国际银行），会由于与这些被制裁方进行重大交易而属于违反“二级制裁”。如美国《Hong Kong Autonomy Act》之 Section 5(b)规定：“(b) IDENTIFYING FOREIGN FINANCIAL INSTITUTIONS... the Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State, shall submit to the appropriate congressional committees and leadership a report that identifies any foreign financial institution that knowingly conducts a significant transaction with a foreign person identified in the report...”

⁵¹ OFAC 公布的美国针对中国香港特区相关的制裁指引可见：<<https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/hong-kong-related-sanctions>>。

⁵² Section 4(a)(iii)(A): “... to be or have been a leader or official of: (A) an entity, including any government entity, that has engaged in, or whose members have engaged in, any of the activities described...”

⁵³ 见：<<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm1088>>。

⁵⁴ 见：<<https://www.state.gov/u-s-sanctions-six-individuals-for-undermining-hong-kongs-autonomy/>>。

这一来大量在香港的银行等金融机构即使并非“美国人”，也往往会拒绝与被制裁方往来。作为回应，香港金管局（Hong Kong Monetary Authority）在 2020 年 8 月 8 日马上发布声明，明确美国的单边制裁在香港特区没有法律效力，本地银行没有义务按照 OFAC/SDN 清单要求冻结有关资产，但看来是为了维护香港特区作为金融中心的稳定与持续吸引外资银行驻留，同时阐明有关问题属于银行的自主商业决定说⁵⁵：

“为免生疑问，外国政府实施的单方面制裁举动不属于国际针对性金融制裁制度的一部分，在香港亦没有法律效力。因此，根据香港法例，此举并不向认可机构产生法律责任。金管局提醒认可机构，在各自制定和实施其香港业务的政策时，要充分评估所涉及的法律、业务及商业风险，并根据平衡的方案行事。认可机构在评估是否继续向在香港没有法律约束力的单方面制裁举动中所指定个人或实体提供银行服务时，其董事会和高级管理人员应要注意考虑公平对待客户的原则。”

据说是例如渣打、汇丰等银行虽然并非美国银行，但因为美国业务比重高因此对这些“被制裁方”有严格审核与帐户管控，基本是完全关停了与香港这些被制裁方开设的账户。但会想到与期待例如中银香港可能会有不同的态度，但看来中银与其他中资银行实际上也拒绝与被制裁方来往。当然至少目前尚未有金融机构因美国对香港特区的相关制裁、被认定违反“二级制裁”。

香港特区政府也对美国制裁进行了多次明确表态，在 2025 年 4 月 1 日美国宣布新一轮制裁“上榜”名单后，香港特区政府在当天发表强烈谴责声明⁵⁶，既陈述了自己维护国家安全的措施（例如是《国安法》的立法与实施，对一些潜逃在外的人士发布逮捕令等）都是有法律依据的合法行为，也并未侵犯人权，同时在声明中明确指出了美国单边制裁的非法性，说：

“客观事实是，美方多年来无视国际法的不干涉原则，肆意干预别国内政，扶植代理人、策动『颜色革命』，甚至以经济和军事手段胁迫，制造社会动荡和多场人道灾难，令多国人民苦不堪言。中央制定《香港国安法》、特区完成《基本法》第二十三条立法，筑牢维护国家安全的法律屏障，令美方无法得逞后，美方却诋毁尽责、忠诚和依法维护国家安全的香港特区有关人员，更以『捍卫人权和民主』为名实施所谓『制裁』，实乃典型的无耻、虚伪『双标』。”

但无论如何能看到在美国长臂管辖之下，确实是一定会对香港特区与相关人士造成影响。据 BBC 在 2020 年 11 月 28 日援引时任香港特首林郑月娥女士接受电视台采访的报道⁵⁷，提到她作为时任特首的薪水（年薪约 560 万港币）都是政

⁵⁵ 见：< <https://brdr.hkma.gov.hk/chi/doc-ldg/docId/20200808-1-TC>>。

⁵⁶ 题为“特区政府强烈谴责美国透过所谓「制裁」恫吓维护国家安全的中央和特区官员”，见：< <https://www.info.gov.hk/gia/general/202504/01/P2025040100037.htm>>。

⁵⁷ 见：< <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-55102169>>。

府每个月现金交付给她，也因此家里摆放了成堆的现金。看来在香港本地，没有一家银行不害怕美国的“二级制裁”。这样下去，愿意接受委任作为香港特区政要的人士都看来要抱着被制裁的决心与勇气才行，而且被制裁名单也将成为香港的“英雄榜”。

除了针对政要进行打压外，美国还多次试图对香港特区的司法系统进行针对性打击。例如是 2023 年 5 月美国国会及行政当局中国委员会（Congressional-Executive Commission on China, CECC）发布报告，指责香港指定处理国家安全案件的法官支持香港特区《国安法》，削弱了香港特区的司法独立与法治，建议对包括终审法院首席法官张举能（Andrew Cheung）在内的 29 名大法官实施制裁⁵⁸。2023 年 11 月，议会提出名为《香港制裁法案》（Hong Kong Sanctions Act）的提案，但未获议会通过。在 2025 年 1 月 24 日，该提案再次在国会提出，同样是要对香港特区的大法官们实施制裁。

目前虽然尚未有对香港特区法官的制裁颁布，但破坏香港特区法治现状，影响世界对香港特区作为普通法体系法治信心的目的是显而易见的。这实际上根本是对香港特区法官以及香港特区司法体系的威胁与恐吓。在 2023 年，香港律师会（The Law Society of Hong Kong）回应并谴责说：“*strongly condemns any attempt to interfere with the administration of justice or challenge the rule of law, judicial independence, prosecutorial or governance integrity.*”⁵⁹时任大律师公会（Hong Kong Bar Association）主席的杜淦堃也提到这会影响到在香港司法系统中有举足轻重地位的法官的委任与任职，以及需要商界对外宣传与推广香港特区法律体系的优势，对美国法案、制裁声明中的单边叙事予以反驳，以维护香港特区作为国际法律中心的重要地位。⁶⁰

这些制裁也影响了香港仲裁，许多被制裁方如郑若骅、林定国与建议被制裁的资深大法官，本身都是备受尊敬且极具普通法专业能力的香港国际仲裁员，然而制裁会严重干扰他们的职业生涯。即使在他们退休后，当事人在委任他们作为仲裁员时仍会存在顾虑，因为其作出的仲裁裁决书可能需在美国执行（败诉方资产所在地）。而代表当事人的美国律师事务所出于对被制裁的担忧，也往往不愿委任其作为大律师或仲裁员，从而避免有任何来往。所以香港作为美国制裁的主要目标之一，仲裁界也要有“双轨制”。

⁵⁸ 见：< <https://www.cecc.gov/media-center/press-releases/commission-report-urges-sanctions-for-hong-kong-judges>>。

⁵⁹ 见：< <https://www.hklawsoc.org.hk/-/media/HKLS/Press-statement/EN/2023/20231103.pdf>>。

⁶⁰ 见 SCMP 报道的“Hong Kong Bar Association chief warns any US sanctions on judges pose ‘real threat’ to judiciary’s hunt for top talent”一文：< <https://www.scmp.com/news/hong-kong/law-and-crime/article/3234160/hong-kong-bar-association-chief-warns-possible-us-sanctions-judges-pose-real-threat-judiciarys-hunt>>。

4 英国的制裁机制

美国的单边制裁机制在今天对中国公司是影响最重大的，尤其已经介绍过由于美国对世界金融体系、贸易体系的影响与控制，在其长臂管辖下可能受到影响的一般中国公司很难抗拒。而英国的制裁机制，因为“伦敦仲裁”（London arbitration）、“英国法合同”（English law contract）在国际商业活动中占据垄断性地位，所以对中国公司的影响也很大，本段将简单介绍英国目前主要针对高端服务业的制裁机制⁶¹。

在笔者看来，由于伦敦也是国际金融中心，因此英国制裁的资产冻结措施也有相当的威慑力。但相比美国制裁，英国制裁更为独特的地方在于其国际商业服务业（如法律服务、金融、工程、建筑设计、会计审计、工商管理咨询、公关、保险、经纪人等）的垄断地位。英国是全球第二大服务贸易出口国，服务出口更是以金融、法律、咨询为主，根据英国的统计数据显示，2024 年英国服务总出口 5,078 亿英镑⁶²，占英国出口约 58%，远远高于美国的约 30%⁶³。而且虽然美国服务出口总值超过 1 万亿美元，但侧重点是信息技术与数字服务、金融、知识产权、旅游与教育等，例如是好莱坞电影就属于服务业。

这看来导致英国制裁中的重点项目是禁止向被制裁方提供相关服务。为此，英国还专门设立“贸易制裁实施办公室”（Office of Trade Sanctions Implementation, 或简称“OTSI”）实施制裁措施。

4.1 制裁机制（sanction regimes）

英国目前的制裁主要是根据英国《Sanctions and Anti Money Laundering Act 2018》下设立的 37 个“制裁机制”（sanction regimes）⁶⁴。每一个制裁机制都有

⁶¹ 这方面问题也有公开网站提供详细的指引，例如是英国政府的网站：见 <<https://www.gov.uk/guidance/uk-sanctions>>。

⁶² 见英国政府的“Trade and investment core statistics book”：<<https://www.gov.uk/government/statistics/trade-and-investment-core-statistics-book/trade-and-investment-core-statistics-book>>。具体更新的数据统计可见英国政府定期的数据统计“UK trade Statistical bulletins”：<<https://www.ons.gov.uk/economy/nationalaccounts/balanceofpayments/bulletins/uktrade/previousReleases>>。

⁶³ 基于 2023 年数据，见：<<https://www.bea.gov/data/intl-trade-investment/international-services-expanded>>。

⁶⁴ 英国目前的制裁机制介绍可参考：<<https://www.gov.uk/government/collections/uk-sanctions-regimes-under-the-sanctions-act>>。除此以外，还有一些制裁的权利来源于其他个别立法，例如是《Immigration Act 1971》，《Export Control Order 2008》与《Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001》、《Terrorist Asset-Freezing etc. Act 2010》等。

不同针对的内容与各自的立法以及指引。例如针对俄罗斯制裁的主要法律来源是《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》⁶⁵。

英国合同法权威的《Chitty on Contracts》(2023 年, 第 35 版) 一书也介绍了该立法与相关的制裁机制。与合同法有关是因为如果违反了该立法, 合同就在英国法下“非法”(illegal)⁶⁶, 不会被执行。可节录有关的 37-355 段如下:

*“An example of regulations made under s.1 of the 2018 Act are the Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019, which were made for the purpose of ‘encouraging Russia to cease actions destabilizing Ukraine’ or undermining its territorial integrity. Regulation 5 gives the Secretary of State the power to designate persons by name. Regulation 6 contains designation criteria. The **most important restrictive measures** are contained in regs 11, 12, and 14.⁶⁷ **Regulation 11** prohibits a person (‘P’)—which could be a bank—from dealing ‘with funds or economic resources owned, held or controlled by a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect, that P is dealing with such funds or economic resources’. **Regulation 12** prohibits a ‘person’(‘P’) from making funds available directly or indirectly to a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect, that P is making the funds so available’. **Regulation 58** sets out various exceptions from prohibitions, including where funds are transferred ‘to a relevant institution for crediting to an account held or controlled (directly or indirectly) by a designated person, where those funds are transferred in discharge (or partial discharge) of an obligation which arose before the date on which the person became a designated person’. There are further prohibitions. **Regulation 14** contains a similar prohibition on making economic resources directly or indirectly available to a designated person where P knows, or has reasonable cause to suspect both that P is making economic resources so available and that the designated person is likely to exchange or use them for funds, goods or services. **Regulations 16 and 17** prohibit dealing in securities issued by a designated person and (in broad terms) making various types of loans to a designated person or as regards a type of loan known as a ‘category 4 loan’ to the government of Russia. All of these prohibitions apply not only to the assets of designated persons but also to the assets of persons ‘owned or controlled’ by designated persons. **Regulation 19** contains a prohibition on circumventing any of the prohibitions in regs 11–18. **Any person who contravenes the prohibitions summarised above commits a criminal offence. Under s.146(1) of the Policing and Crime Act 2017, the Treasury, acting through the Office of***

⁶⁵ 相关的制裁指引可见: <<https://www.gov.uk/government/publications/russia-sanctions-guidance/russia-sanctions-guidance>>。

⁶⁶ 见本书第二章之 2 段与笔者《合约的效力: 虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章的详细介绍。

⁶⁷ 此立法下对资金 (fund) 和经济资源 (economic resources) 的定义与可采取的限制性措施, 其他英国与欧盟相关立法下对资金和经济资源的定义, 可见本书第六章之 6.2 段。

*Financial Sanctions Implementation (OFSI) has power to impose a civil monetary penalty on the offender; and it is **a strict liability offence**, because there is no requirement that the offender must have known or suspected that he was in breach of the prohibition. **Regulations 11–15 do not apply to anything done ‘under the authority of a licence issued by the Treasury’** under reg.64. The authority within the Treasury that issues these licences is the OFSI.”*（加黑部分是笔者的强调）

4.2 制裁的具体措施

目前英国的制裁具体措施可以大致分成几种类型：

（一）第一种是“金融制裁”（financial sanctions），典型的就是资产冻结（asset freezing）。这主要是由“财政部”（HM Treasury）下设的“金融制裁执行办公室”（Office of Financial Sanctions Implementation，或简称“OFSI”）负责，对于“制裁清单”（sanction list）上“指定人士”（designated persons）实施资产冻结、金融制裁限制等工作，确保“英国人”不与他们有金融上的往来。除了清单上列出的人士外，还会广泛针对制裁清单上列明个人与实体所“拥有、持有或控制”（owned, held or controlled）的实体⁶⁸。

在 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 上诉庭先例，Flaux 大法官说：“*The two central features of the UK sanctions regime are that first, all the assets of a designated person are frozen, which means no person may deal in them, the second is that no person may make available any assets to a designated person. To do either is a criminal offence.*”⁶⁹

（二）其次是针对贸易、空/海运与相关服务业的制裁。针对这方面制裁，英国在“商业贸易部”（Department for Business and Trade）下成立 OTSI。在 2024 年 10 月 10 日《Trade, Aircraft and Shipping Sanctions (Civil Enforcement) Regulations

⁶⁸ “拥有、持有或控制”的说法来自于《UK (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》之 Regulation 7(4)，何谓“拥有”或“持有”应是容易确定，但何谓“控制”的具体标准尚不明确。特别是俄罗斯被英国与欧盟视为“独裁国家”，一切都是普京总统说了算。所以在政治层面看何谓“控制”，普京总统可说是控制了俄罗斯的一切，无论是公共机构或公司，或是私人公司。近期有关此问题的 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 上诉庭先例中，被告 NBT 是 97.9%或 99.9%由俄罗斯中央银行拥有与控制，而中央银行的总裁是由俄罗斯总统建议，并由俄罗斯议会（杜马）委任。这就带来了普京总统是否控制了 NBT 的争议。在高院一审判制裁机制下的“控制”不包括因政治地位而产生的控制。而在上诉庭则认为制裁机制下“控制”的广泛定义可以包括因政治地位而产生的控制等各种情况。这样的判法也引起了很多争议，案件也一度被上诉到最高院，但据悉是审理中途撤诉。

⁶⁹ 例如根据《The Terrorist Asset Freezing etc Act 2010》，违规处置指定人士的资产，为了指定人士的利益直接或间接提供资金、金融服务、经济利益都可能产生刑事后果，也包括了明知或意图参与直接或间接规避（circumvent）这些制裁限制的行为等。

2024》生效，进一步加强具体的实施与监管机制并设立了 OTSI。

OTSI 主要职能与权力包括对实体处以民事罚款（违反制裁“价值”的 50% 或无法查明则上限 100 万英镑），进行调查与要求提供信息，以及将案件转介“税务和海关总署”（HMRC）进行刑事调查。相比于刑事责任，民事罚款的举证责任（burden of proof）是低得多，而且 OTSI 可以完全自控。OTSI 还有权直接进行调查与要求提供文件，这实际上是赋予了 OTSI 非常强有力的武器。

（三）其他制裁措施还例如英国“内政部”（Home Office）负责的移民制裁（immigration sanctions）/旅行禁令。以及“交通部”（Department for Transport）负责的限制飞机/航空器与船舶来往、靠泊英国等。

（四）这些制裁的惩罚措施为了达到目的，常常非常严苛与没有止境，正如在 Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs (2024) EWCA Civ 172 先例，Singh 大法官说：

“I would accept that these sanctions are both severe and open-ended. But this does not meet the fundamental point that sanctions often have to be severe and open-ended if they are to be effective. If sanctions are to be effective, a serious price has to be paid by those who are within the definition of people to be designated under the 2019 Regulations.”

例如在 2020 年，渣打银行因没有许可向“被制裁方”的关联公司作出共 9,748 万英镑的贷款，而被罚款共 2,047 万英镑。而且由于制裁机制是“严格责任”（strict liability），不可以不知情、坦诚、无辜等作为争辩。充其量如果做了所有应该做的尽职调查，也只能希望 OFSI 或 OTSI 等监管机构会行使裁量权（discretion）减轻惩罚。

4.3 制裁的域内与“域外效力”（extraterritorial effect）

与美国的制裁机制类似，英国制裁也有域内与域外效力，权力来源是《Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018》之 Section 21(1): “(1) Prohibitions or requirements may be imposed by or under regulations under section 1 in relation to - (a) **conduct in the United Kingdom or in the territorial sea by any person**; (b) **conduct elsewhere, but only if the conduct is by a United Kingdom person.**”（加黑部分是笔者的强调）

即可以针对涉及英国域内的任何行动，以及由“英国人”在域外采取的任何行动，这也可以是“长臂管辖”，尽管没有像美国一样即使没有“美国因素”也可以作出“二级制裁”。

《Trade, Aircraft and Shipping Sanctions (Civil Enforcement) Regulations 2024》也非常明确写到贸易、运输、技术等，即使是在英国域外，理论上只要将来英国

政府颁布有长臂管辖的制裁措施，“英国人”（自然人与公司法人）就不得提供服务（尤其是高端的各类专业人士的服务，如法律服务、金融、工程、建筑设计、会计审计、工商管理咨询、公关、保险、经纪等）：

“1. provision or procurement of sanctioned trade services; movement, making available or acquisition of sanctioned goods outside the UK; transferring, making available or acquisition of sanctioned technology outside the UK; 2. providing ancillary services to the movement, making available or acquisition of sanctioned goods outside the UK; 3. providing ancillary services to the transfer, making available or acquisition of sanctioned technology outside the UK.”（加黑部分是笔者的强调）

“长臂管辖”还体现在其他层面，如：

（一）英国法院作出的全球性命令辅助制裁，如“全球冻结令”（worldwide freezing injunctions）⁷⁰、“委任接管人命令”（appointment of receiver order）⁷¹接管全球收益等、保持原状（maintain or restore status quo）、限制商贸（restraint of trade）等的中间禁令/命令等。

（二）“英国法合同”（English law contract）及“伦敦仲裁”在国际商业社会有垄断性地位。这导致大量本与英国没有关系的跨境交易，例如上海公司与广州公司（或一家广州公司在背后的 BVI 公司）订立完全是中国境内交易的合同，但使用是英国法格式或模版合同如“金康租约”（Gencon charter-party），选择适用英国法（虽然两位中国当事人很可能完全不知道这样约定的法律后果），这一来也就等于让英国制裁机制可以“长臂管辖”加在这本来完全没有“英国因素”的交易。

在本书第三章之 4.2 段介绍的 Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC (2024) UKSC 30 最高院先例，英国法院就在一个“英国法合同”下对一个仲裁地是巴黎的国际商会仲裁院（简称“ICC”）仲裁“拔刀相助”，作出“止诉禁令”（anti-suit injunction）。

4.4 高端服务业与仲裁相关的制裁（service and arbitration-related sanctions）

英国作为全球法律中心，仲裁的争议解决服务是其中一个重要的支柱。已经提到不同于美国的“美元霸权”，英国通过“英国法合同”与“伦敦仲裁条文”形成了“英国法霸权”。英国的制裁也主要集中在限制提供专业服务，这显然与仲裁本身关系特别大的，一方面是因金融制裁导致产生的付费/收费等金钱往来，另一个重要方面是专业服务被中断。

⁷⁰ 见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第三章。

⁷¹ 见笔者《仲裁法——从开庭审理到裁决书的作出与执行》一书第十四章之 8.6 段。

专业服务的范围可以很广泛，与仲裁紧密关联的就是律师、专家、仲裁员、仲裁机构等服务，在《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》之 Regulation 54D 中是这样规定：

“(1) A person must not directly or indirectly provide legal advisory services to any person who is not a United Kingdom person in relation to, or in connection with, any activity (‘the relevant activity’) which satisfies the condition in paragraph (2), whether or not those services are provided to a person in the United Kingdom.”

这就带来很多争辩，即该立法是否完全禁止向被制裁的俄罗斯人士提供任何专业服务。直到 2024 年 9 月 5 日的《Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 4) Regulations 2024》才以违反人权为由，将代表律师为诉讼提供法律服务作为例外豁免，即并不违反禁令。

虽然理论上律师被允许为诉讼与仲裁提供服务，但仍然会有其他阻碍，例如接受客户付款、为交易需要代客户持有金钱等行为，依旧会属于被禁止的提供资金（fund）、经济资源（economic resources）的行为。这些行为就仍然要依赖 OFSI 的一般性许可或特别许可。例如是“INT/2022/2252300”、“INT/2023/2954852”、“INT/2023/3744968”、“INT/2024/4671884”等，允许律师为了法律服务接受被制裁方的付款。但这些许可除了是有金额上限外，还要求律师在一定时间内向 OFSI 进行通知与回报。

英国律师会（The Law Society）给出的指引⁷²中指出英国律师在接受任何委任的时候，都还要进行严格的审查与尽职调查。而且在提供服务过程中如果发现或有理由怀疑当事人（1）违反了金融制裁、资产冻结令，或（2）是 OFSI 制裁清单列表上的指定人士，律师就需要向 OFSI 进行报告（怀疑的信息来源、识别出具体人士的信息、代具体人士持有的资金或经济利益），律师知情不报也属于“刑事罪行”（criminal offence）。

这意味着中国的一些敏感公司/企业（无论是政治上、高科技等方面）在委任英国或美国律师（无论是外国律师事务所还是内地律师事务所聘用）时需要小心。虽然这些律师（会计师也是同样道理）有很高的职业道德要求他们对客户的敏感信息保密，但现在法律强制要求这些专业人士必须向 OFSI 报告相关敏感信息，否则将构成刑事犯罪。⁷³据悉在实践中，一些比较友好的跨国律师事务所合伙人往往会事先警告内地客户他/她有法定披露义务，从而在代理案件时避免客户继续透露敏感信息，但中国公司作为客户普遍有自觉与知己知彼才是最安全。

该英国律师会的指引还列出一系列可供英国律师识别是否存在可能涉及制

⁷² 见英国律师会公布的指引：<https://www.lawsociety.org.uk/topics/anti-money-laundering/sanctions-guide>。

⁷³ 这会带来很多问题，例如对仲裁“机密性”的破坏等。这可见本书第六章的介绍。

裁风险的“红旗”（red flag）警告：

“Indicators of sanctions evasion risk

- *Russian clients communicating changes to the beneficial ownership of their private investment companies (PICs) to non-Russian or dual national family members*
- *Requests to transfer assets between Russian national/dual-national family members*
- *Use of trust arrangements, with circumstances of transfers calling into question whether the original owner retains indirect control or otherwise could retain a benefit from the assets transferred*
- *Assets transferred have usually been shares in companies, both UK and overseas, including both minority and controlling stakes in these businesses*
- *Payments from venture capital and private equity vehicles, many located in offshore jurisdictions or the far east*
- *Clients seeking to move all their assets to other financial institutions and closing their accounts in London*
- *Clients domiciled in Russia asking whether they can make transfers to their London account*
- *Attempts to purchase sanctioned Russian securities, which have drastically fallen in price*
- *Increased volume of transaction monitoring alerts resulting from Russian and Ukrainian clients making and receiving larger transfers than is typical*
- *Payments received by UK businesses, often in innovative areas, also with some elements of ownership by Russia nationals*
- *Payments via a fintech with Russian investor nexus*
- *Research on private equity/venture capital vehicles and some people with significant control/officers of UK businesses showing individuals connected to Russian industry previously subject to sectoral sanctions and on occasion politically exposed persons (PEPs)*
- *Russian high net worth individuals who are already on international sanctions lists (but not UK list) and/or who anticipate that they may become a sanctions target, transferring assets to family members and/or close associates such as employees*
- *Change in address and names for Russian entities one day prior to invasion*
- *Change of ultimate beneficial owners from Russian to other nationalities*
- *Circumvention attempts through open account trade-based money laundering (TBML) typology – for example, increase in third-party open account payments*
- *Purchase, sale, storage or transfer of ownership of artwork or cultural property*

In May 2024, the Royal United Services Institute (RUSI) published analysis of the common services that professional enablers provide to sanctioned individuals. This included:

- *obscuring ownership through shell companies and through client proxies*
- *channelling funds into desirable assets including real estate, artwork and precious minerals*
- *diluting ownership stakes to avoid thresholds”*

这一来再加上地缘政治影响，绝大部分的英国律师与仲裁员仍然是“自爱”与明哲保身，就算俄罗斯公司愿意支付金山银山也不一定肯接受委任。

今天英国各类制裁仍然是以俄罗斯等国家为最主要对象，但下一个对象应该会是中國。即使在今天的情况，这仍然会影响中国。例如一家上海公司以 CIF 出售、由青岛船公司运输一批新疆棉成衣给印尼，但买卖合同、租约与签发的提单都约定了伦敦仲裁与适用英国法，或中国公司与俄罗斯、伊朗等公司在商业合同约定了伦敦仲裁，就可能遇到困境如“非法抗辩”。

总结与强调说，中国不只在芯片、人工智能等高科技上要完全自主自立，也必须尽快在高端的服务业如国际法律、仲裁、专家、会计、保险等也要完全自主自立。中央早已预见并大力呼吁，中国公司与人士更要落实，走对路学习国际管用与通用的一整套被视为“最佳做法”（best practice）的国际商务游戏规则。

5 国与国之间公法的“斗法”

过去的制裁通常针对的都是在世界上贸易体量占比相对小的国家，因此对于国际商业社会而言影响有限，甚至可以说是司空见惯，也熟悉与知道如何应对与处理。举例说航运人士都知道在一些期租或光船租约，让承租人营运船舶，习惯做法会在租约中以明示条文排除这些被制裁的国家，如古巴、朝鲜、伊朗等。

但近年来制裁的情况是发生急剧变化，美国为首的西方国家大量、广泛与不断颁布单边制裁与各类禁令。例如 2022 年 2 月 22 日开始的俄乌冲突后，美国、英国与欧盟国家立即开始对俄罗斯商业活动大面积制裁并不断加码。这无疑是希望全面打击俄罗斯的经济、进出口贸易、武器装备来源等，从而削弱俄罗斯持续战争的能力。

而俄罗斯在世界上无论从哪个角度看都是排名前列的巨大经济实体，在多个行业（如能源、矿产等）、多个国家或地区如欧盟更是有深远的影响，这导致对俄罗斯的制裁给国际商业社会带来了巨大的冲击。

5.1 俄罗斯的反制裁/反击

俄罗斯也显然不是坐以待毙，也早已开始着手准备反制裁/反击。例如针对仲裁方面有重要影响的就是 Andrey Lugovoi 在俄罗斯杜马（俄罗斯国家立法机关）的一系列法律提案，后来这带来了俄罗斯 2020 年对《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》（简称“APC”）之 Article 248 的修改（也因此有将此立法与一系列法律修改称为“Lugovoi Law”的说法）。这方面的措施包括：

- （1）根据 APC 之 Article 248.1，如果案件涉及俄罗斯“被制裁方”，或者是争议涉及外国的单边制裁，俄罗斯法院有“专属管辖权”（exclusive jurisdiction），当事人可以无需理会合同中的仲裁条文。
- （2）根据 APC 之 Article 248.2，俄罗斯法院有权颁布“止诉禁令”（anti-suit injunction）禁止当事人开始或继续在非俄罗斯法院针对被制裁方的法院程序或仲裁程序。这显然必须是“组合拳”中的一部分，也就是既要赋予俄罗斯法院管辖权，也要有办法强行把当事人拉回来俄罗斯法院。可以想到俄罗斯公司提出的此类禁令的申请，很少会被俄罗斯法院拒绝。显然，这类禁令是不会被美英或西方国家承认与执行的，关于这方面在英国法/普通法的法理可见本书第二章之 2.3.2 段。

在其他方面也有相应措施，例如 2022 年俄罗斯总统普京签署总统令 Decree 252 禁止俄罗斯人与“不友好国家”（unfriendly states）的人士订立交易，以及禁止为了这些人士的利益出口原材料、商品等，也禁止通过这些人士转售/转口俄罗斯原材料、商品等。

又例如在 2023 年 4 月 25 日，普京签署总统令 Decree 302（“*On Temporary Management of Certain Property*”），俄罗斯个人或企业在“不友好国家”的资产所有权被影响时（例如被冻结、强制托管、罚没等），授权允许该“不友好国家”的个人或实体在俄罗斯境内的资产相应被强制临时交出给 Rosimushchestvo（俄罗斯一家资产管理企业）管理。⁷⁴

这就逐渐演变成大家互相在法律层面上的“斗法”，例如为了应对上述俄罗斯有关仲裁立法的改变，在 2024 年 6 月欧盟颁布第 14 批制裁相关规章：EU Regulation 2024/1745⁷⁵，其中 Article 11b 设立了机制允许因为俄罗斯 Decree 302 或类似立法而蒙受损害的企业可以在欧盟当地法院索赔损害赔偿。至于胜诉后执行赔偿的金钱，往往就来自俄罗斯被欧盟国家冻结的资产。

又例如为了应对俄罗斯法院的“止诉禁令”，英国法院在近年来也作出了大

⁷⁴ 例如是新闻报道有德国 Uniper SE 在 PJSC Unipro 中的股份、芬兰的 Fortum 在 PJSC Fortum 中的股份被强制交给 Rosimushchestvo 临时管理。

⁷⁵ 见：<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401745>。

量“反止诉禁令”(Anti-anti-suit injunction), 命令已经在较早订立商业合同并约定了伦敦仲裁条文的俄罗斯公司必须回到合同约定的仲裁程序中来。仅仅挑一些 2024 年近期案例就有: Airbus Canada Limited Partnership v Joint Stock Company Ilyushin Finance Co (No. 2) (2024) EWHC 790 (Comm); Magomedov v PJSC Transneft (2024) EWHC 1176 (Comm); Barclays Bank PLC v PJSC Sovcombank & Anor (2024) EWHC 1338 (Comm); UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC (2024) UKSC 30 等先例。在中国香港也有类似的做法: 见 Bank A v Bank B (2024) HKCFI 2529 先例。

5.2 中国的反制裁/反击

在国际公法的层面, 中国对美国单边制裁的反击是众所周知。例如是向美国启动 WTO 仲裁, 因为美国的单边制裁与贸易限制显然是违反了 WTO 规则下的“最惠国待遇”(Most Favoured Nation 或简称“MFN”)与必须对所有 WTO 会员国一视同仁的“非歧视原则”等。但国际公法如 WTO 规则今天已经是严重受到政治污染与变得无力, 如 WTO 争端解决的机制在美国的搅局下已经瘫痪。这不像国际私法/商法, 主要就是在合同法(因为商业关系完全靠合同串联起来)和国际仲裁的承认与执行机制, 目前看来还在顺利运行。在本章接下去只简单介绍中国在自己可控的公法层面如何针对美国单边制裁作出反制裁/反击。

2016 年特朗普担任美国总统之后, 开始不断升级针对中国的贸易战与给国际商业社会增加了地缘政治的风险。2019 年开始更是开始全面打击中国的高科技企业, 首先美国商务部宣布将华为及其 70 家子公司列入出口管制实体名单, 命令未经许可的美国公司不得销售产品和技术给华为公司。多家芯片及科技公司因为美国的出口管制禁令而停止向华为及其子公司出口芯片及技术授权。

这带来在 2019 年 5 月 31 日, 中国商务部表示中国将会建立“不可靠实体清单”制度, 把不遵守市场规则、背离合同/契约精神、出于非商业目的对中国公司/企业实施封锁或断供、严重损害中国公司正当权益的外国企业、组织或个人, 列入不可靠实体清单。在 2020 年 9 月 19 日, 商务部公布与实施《不可靠实体清单规定》, 其中第二条指出会对哪些对象采取制裁措施以及第十条指出制裁措施有哪些:

“第二条 国家建立不可靠实体清单制度, 对外国实体在国际经贸及相关活动中的下列行为采取相应措施:

(一) 危害中国国家主权、安全、发展利益;

(二) 违反正常的市场交易原则, 中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易, 或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施, 严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益。

本规定所称外国实体, 包括外国企业、其他组织或者个人。

第十条 对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告：

- （一）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动；
- （二）限制或者禁止其在中国境内投资；
- （三）限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境；
- （四）限制或者取消其相关人员在中国境内工作许可、停留或者居留资格；
- （五）根据情节轻重给予相应数额的罚款；
- （六）其他必要的措施。

...”

截止到 2025 年 4 月 9 日，共有 55 家美国实体被列入不可靠实体清单。

随着美国对中国公民和公司/企业制裁的扩大，其中包括不少是以长臂管辖的“二级制裁”，中国商务部于 2021 年 1 月 9 日根据《中华人民共和国国家安全法》制定与实施《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”），其中包括：对“外国法律与措施不当适用”给出定义；要求遇到外国法律与措施不当适用情况的中国主体向有关部门报告；商务部可发布禁令去禁止中国实体遵守该法律；以及违反禁令对中国实体造成侵害的，中国实体可以向中国法院起诉与追讨损失。有关的重要条文可以节录如下：

“**第二条** 本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。

第五条 中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，应当在 30 日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。报告人要求保密的，国务院商务主管部门及其工作人员应当为其保密。

第七条 工作机制经评估，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令（以下简称禁令）。

工作机制可以根据实际情况，决定中止或者撤销禁令。

第九条 当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或

者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。

根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。

本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。”

在《阻断办法》公布不到半年，2021年6月10日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过并发布了《中华人民共和国反外国制裁法》（简称《反外国制裁法》），该法自发布之日起生效。这是中国首次将反制裁措施从之前商务部的规章上升到立法层面。该立法确立反制裁措施的合法性，授权国务院有关部门对于干涉中国内政的外国实体/个人采取反制措施。其中第三条规定：

“中华人民共和国反对霸权主义和强权政治，反对任何国家以任何借口、任何方式干涉中国内政。

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。”

这为中国作出反制裁措施提供了法律基础，而第十二条更是指明任何个人或组织不得执行或协助执行外国对中国公民和组织采取的歧视性限制措施，否则会面对被索赔损失的后果，这在司法方面为当事人和法院处理此类案件时提供了有法可依的诉因。该条文规定：

“第十二条 任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。”

组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失。”（加黑部分是笔者的强调）

2025年3月23日公布与生效了该《中华人民共和国反外国制裁法》的实施细则《实施〈中华人民共和国反外国制裁法〉的规定》（简称《实施规定》）。《实施规定》第十三条对处罚措施进行了细化：国务院有关部门对不依法执行反制措施的，有权责令改正，禁止或者限制其从事政府采购、招标投标以及有关货物、技术的进出口或者国际服务贸易等活动，禁止或者限制其从境外接收或者向境外提供数据、个人信息，禁止或者限制其出境、在我国境内停留居留等。

该《实施规定》细化与明确了不执行反制措施的法律后果，加大了对违反规定行为的惩处力度，确保了反制措施的有效执行。《实施规定》第十八条与第十九条规定：

“第十八条 任何组织和个人执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织有权依法向人民法院提起诉讼，要求停止侵害、赔偿损失。

第十九条 外国国家、组织或者个人通过推动、实施诉讼等手段危害我国主权、安全、发展利益的，国务院有关部门有权决定将参与诉讼和判决执行等活动的上述主体及与其相关的组织、个人列入反制清单，采取限制入境，查封、扣押、冻结在我国境内的财产，禁止或者限制与其进行有关交易、合作等反制措施，并保留采取强制执行财产以及其他更严厉反制措施的权利。

任何组织和个人均不得执行或者协助执行前款外国国家、组织或者个人推动、实施的诉讼所作出的判决。”（加黑部分是作者的强调）

以上介绍的《实施规定》后，随着美英制裁的不断加码，国务院又于 2026 年 4 月 13 日公布并施行了新的有关反制裁的行政法规，即《中华人民共和国反外国不当域外管辖条例》（以下简称《条例》）。除了上述介绍的已有的反制手段和措施，该条例第六条确立了对外国“不当域外管辖”（即“长臂管辖”）的识别；第十三条赋予国务院法治部门按照工作机制决策程序，可以对执行或者协助执行外国不当域外管辖措施的组织、个人作出禁止执行外国不当域外管辖措施的决定（简称“禁执令”）；并在第八条规定了“恶意实体清单”制度，将推动实施或者参与实施外国不当域外管辖措施的外国组织、个人列入恶意实体清单；并对违反禁执令和加入恶意实体清单的个人或组织采取反制的手段和措施。这都反应出中国应对外国“长臂管辖”更细化的法律依据，与《反外国制裁法》等共同构成了中国的反制法律体系。

在 2026 年 5 月 2 日，商务部发布了一份《商务部公告 2026 年第 21 号 公布关于美国对 5 家中国企业实施涉伊朗石油制裁措施的阻断禁令》。商务部根据《阻断办法》第二条、第四条、第六条、第七条和工作机制的决定，发布禁令不得承认、不得执行、不得遵守美国以参与伊朗石油交易为由，对恒力石化（大连）炼化有限公司、山东寿光鲁清石化有限公司、山东金诚石化集团有限公司、河北鑫海化工集团有限公司和山东胜星化工有限公司采取的列入 SDN 清单、实施冻结资产和禁止交易等制裁措施。这是中国在《阻断办法》下作出的第一份阻断禁令。

此时，银行、金融机构、保险公司等一方面只要涉及这些被加入 SDN 清单的公司，就有被美国次级制裁的风险。有新闻报道说，据知情人士透露中国金融监督管理总局建议国内大型银行暂停向被美国制裁的 5 家炼油厂发放新贷款。另一方面，如果根据美国制裁冻结资产，就会违反中国的阻断禁令，可以说是夹在中间，左右为难。看来早日推行在本书第五章之 3 段介绍的“双轨制”是刻不容缓、势在必行。

接下去简单介绍三个被报道与有关反制裁的中国案件。

5.3 中国案件之一：麦格理银行有限公司（Macquarie Bank Limited）与万达控股集团有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决书的案件作出的（2021）沪 74 协外认 1 号裁定书

在以上一系列立法（除了《实施规定》）层面的发展之后，第一个被报道与被关注的与中国制裁/反制裁有关的中国法院案例是上海金融法院在 2021 年 11 月 1 日就麦格理银行有限公司与万达控股集团有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决书的案件作出的（2021）沪 74 协外认 1 号裁定书。该裁定书中出现了以制裁为由要求不予承认和执行裁决书的主张。

2017 年 9 月 2 日，中国山东省经营港口物流、石油化工、橡胶轮胎等产业的万达控股集团有限公司（“万达控股”）与一家澳大利亚的金融服务机构麦格理银行有限公司（“麦格里”）签订一份《保证合同》，该《保证合同》是万达控股在 A 公司与麦格里之间的全部现有及将来的原油买卖交易中为 A 公司提供担保。《保证合同》约定根据新加坡国际仲裁中心（SIAC）的仲裁规则在新加坡提交仲裁。后 A 公司在原油买卖交易中未履行其支付货款的义务，万达控股也未履行担保责任。2020 年 2 月 25 日，麦格里针对万达控股向 SIAC 提起仲裁，要求万达控股为 A 公司的未付债务承担担保责任。2020 年 10 月 5 日，仲裁庭作出支持麦格里的《最终裁决书》。麦格里向上海金融法院根据《纽约公约》申请承认与执行该《最终裁决书》。万达控股提出了多项抗拒执行的理由，其中有两项与制裁有关：

（1）是仲裁庭的首席仲裁员 C 先生来自“埃塞克斯园大律师事务所”（Essex Court Chambers），而该大律师事务所在 2021 年 3 月 26 日被中国外交部以恶意传播谎言和虚假信息为由列入对英国有关人员和实体实施的制裁名单中⁷⁶，故该裁决书本身有失公正；

（2）万达控股系从事液化气管道业务影响到社会民生工程的中国企业，适用国务院关于《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》。

笔者重点针对第一项抗辩，虽然万达控股作为败诉方以执行地的中国“制裁/反制裁”为由抗拒执行裁决书是正确，但在处理具体的抗辩理由时却又差之毫厘，谬以千里。万达控股的代表律师是从中国的制裁会影响仲裁员对中方当事人

⁷⁶ 中方决定对恶意传播谎言和虚假信息的英方 9 名人员和 4 个实体实施制裁，包括：图根哈特、邓肯—史密斯、奥布莱恩、奥尔顿、劳顿、加尼、肯尼迪、尼斯、芬利以及“中国研究小组”、保守党人权委员会、“维吾尔独立法庭”、埃塞克斯园大律师事务所。禁止有关人员及其直系家属入境（包括香港、澳门），冻结其在华财产，禁止中国公民及机构同其时交易，并保留采取进一步措施的权利。

的公正性方面对裁决书进行质疑，这是有两方面的重大偏差：

（一）仲裁员的公正性问题更恰当的应该是由仲裁地的“监督法院”（supervisory court）来管辖，也即是新加坡法院。更进一步，仅仅是套一个制裁的大帽子就说被制裁的仲裁员会不公平对待所有来自向他/她实施制裁的国家的当事人是不现实与不正确的。仲裁员是否不公平与程序是否不公正都是要根据个别仲裁案件具体的证据与特定情况来判断。例如，案件本身一看就是一面倒对万达控股不利与无望，无论谁做仲裁员都应是这个结果。或是，虽然首席仲裁员 C 是来自被制裁的大律师事务所，但他只是三位仲裁员之一，而其余两位十分称职与不大可能偏袒的仲裁员也是一样判法，甚至是其中一位代首席拟定的裁决书等千变万化的情况。再说，如果只要首席仲裁员 C（或任何一位仲裁庭成员）被中国制裁，裁决书判万达控股败诉就不公平并不予承认与执行，就要问为何仲裁一开始万达控股不向新加坡监督法院赶走他⁷⁷，而让大家劳民伤财审理完毕才提出不公平质疑？这种败后试图“有第二次机会推倒重来”（second bite of the cherry）是绝大部分法院与有识之士最不认可的。

被中国制裁的英美等西方律师与/或仲裁员目前看来人数仍是十分有限，其他成千上万没有被中国制裁的英美律师、仲裁员或法官在今天的地缘政治大环境下，相信也多了不少是开始对中国有敌意，在不自觉下有对中方当事人不利的“政治偏见”（political bias）与“确认偏见”（confirmation bias）应是不奇怪。分别只是绝大部分资深法律人士是谨言慎行，不会公开批评中国或俄罗斯，以表面保持公平客观形象。近期也听说与见过报道说个别西方仲裁员在涉及巨大金额的仲裁案件中判某中国公司胜诉并大做广告。但笔者进一步调查三四个案件发现这些案件中败诉的也都是中国公司（虽然名义上是 BVI 或甚至是开曼群岛等公司），难怪难逃总要判一家中国公司胜诉了。所以判断能否公平公正对待中方当事人不能想得这么简单与只看表面，例如只是看有没有被中国政府制裁。

（二）万达控股的偏差应是没有提出在中国外交部已经宣布制裁名单后，这应该很明显是上升到中国的“公共政策”（public policy）层面，而这正是《纽约公约》第 5(2)(b)条中的因裁决书违反执行地的公共政策可以不被承认与执行的理由。而上海金融法院因这个理由去拒绝执行裁决书是完全符合《纽约公约》与无可批评，至于首席仲裁员 C 先生是否公平，根本没有关系。相反，如果中国法院承认与执行了该裁决，相当于是直接违反了制裁的公共政策，并大大降低外交部的制裁的威慑力。

很可惜的是，在当时中国刚开始建立制裁/反制裁措施的背景下，笔者片面与粗略看来是万达控股没有精准地向法院指出关键之处。反正上海金融法院承认与执行了该新加坡裁决，令中国外交部作出的制裁看起来是“无牙老虎”。针对

⁷⁷ 虽然在本案，中国实施的制裁是在裁决书已经作出之后，所以没有在裁决书作出前就将 C 先生赶走的选项。但也正因为如此，C 先生在作出裁决时也不会因为被制裁而有偏见，万达控股的指控是有逻辑矛盾的。

仲裁员所属的大律师事务所受到中国外交部的制裁是否影响本案这一问题，法院的判决相关部分可节录如下：

“2021 年 3 月 26 日外交部发布对英国有关人员和实体实施的制裁。该制裁针对的是首席仲裁员 C 先生所在的埃塞克斯园大律师事务所，并非针对其仲裁员的身份。制裁作出之时，本案所涉仲裁裁决已完成。该制裁亦非《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条规定的不予认可范围，与本案审理无关；且在仲裁员选择的过程中，新加坡国际仲裁中心及申请人均向被申请人履行了告知义务，程序中并无不当。”

在美英制裁的机制和逻辑下，被制裁的对象所面对的后果是非常严重与全方位的，很难想象美国法院会一点都不受影响地去执行被美国制裁的中国（包括香港特区）律师事务所的律师或仲裁员所做出的裁决书。毕竟，制裁已经严格到被制裁人士和直系亲属入境旅游都是被禁止的，没有理由他们作出的裁决可以在中国执行。中国外交部宣布制裁后，被制裁的大律师事务所和其中的大律师们的回应和反应中也可以看到制裁的威慑力。在中国外交部发布制裁令的当天，埃塞克斯园大律师事务所就已将涉疆“法律意见书”从该事务所网站撤下，并且发布了一份官方声明，指出大律师事务所其本身并无独立的法律身份，其成员是个体经营的个体法律从业者，由大律师标准委员会各自独立进行监管，而该“法律意见书”是 4 名大律师成员的独立意见，该大律师事务所其他成员均未参与该“法律意见书”的分析、建议和公布事宜，也不对此负责。2021 年 3 月 28 日，该大律师事务所的华人御用大律师已转到其他大律师事务所。接下来的 3 月 29 日，该大律师事务所新加坡的六名成员集体离职，成立新的大律师事务所。这些都表明他们为了不受制裁的影响，而不得不采取脱离的措施。如果他们知道中国法院对于外交部制裁会做如此宽容的解释，那这些行动显然是杞人忧天与多此一举了。

5.4 中国案件之二：某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件

最高人民法院院长张军在 2025 年 3 月 8 日举行的第十四届全国人民代表大会第三次会议上所做的 2025 年最高人民法院工作报告⁷⁸中提到最近被广为报道的中国法院首次适用《反外国制裁法》受理的诉讼案件。中国当事人在该案件中成功依据《反外国制裁法》主张中国法院的管辖权与扣押船舶，从而成功与对方达成和解，取回船舶建造合同下约 8,400 万人民币的建造费。

该案件是中国某海洋工程企业（A 公司）与欧洲某石油服务企业（B 公司）签订合同，约定 A 公司为 B 公司的海上浮式生产储油船⁷⁹建造与组装水处理模

⁷⁸ 见<<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/457991.html>>。

⁷⁹ 据经办该案件的律师事务所介绍，该“海上浮式生产储油船”为当今世界上最大吨位、最大储油量的新型海上浮式生产储油装置，也被称为“海上移动炼油厂”，建成后将用于国外某超深水石油开发项目。

块。A 公司完成水处理模块的建造与组装后不久，被美国 OFAC 指因涉嫌参与俄罗斯项目而被列入“SDN 清单”。B 公司随即以 OFAC 对 A 公司的制裁为由，停止支付建造费，并拒绝与 A 公司进行协商与谈判。

B 公司拒绝支付建造费时，该储油船仍在中国境内，也就是仍受中国法院的管辖，不过很快将会离境，一旦离境，A 公司的债权将难以实现。而合同中约定双方的争议解决方式为在境外仲裁机构仲裁，并且准据法为外国法律。⁸⁰

中方 A 公司首先向拥有“诉物”（*in rem*）管辖权的南京海事法院申请到扣押该储油船的“诉前保全”（*pre-hearing security*），并且进一步根据《反外国制裁法》以及《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等法律法规中规定中方当事人因他人执行外国针对中国当事人的制裁而受到损害可以向中国法院提出索赔损失，在南京海事法院立案以此“诉因”（*cause of action*）起诉 B 公司。这最终迫使 B 公司向 OFAC 申请，并获得 OFAC 签发的付款许可。在立案后 39 天的 2024 年 11 月 19 日，法院签发民事调解书⁸¹。

A 公司的债权能够实现，首先是争议发生时该储油船仍然在中国境内，A 公司能够通过向南京海事法院申请诉前保全扣押该储油船；第二就是根据《反外国制裁法》中国法院有管辖权，因为协助执行外国针对中国当事人的制裁是非法侵害中国当事人权益的行为，这正是《反外国制裁法》要反制的情形；第三虽然建造合同中存在外国仲裁条文，而根据《纽约公约》第二条的规定，中国法院是要中止审理而将合同有关的争议交给外国仲裁庭。但根据《反外国制裁法》如果适用仲裁条文的后果是逃避中国的“公共政策”去“协助执行外国国家（美国）对我国公司采取的歧视性限制措施（单边制裁）”，那中国法院也可视该仲裁条文因违反中国的公共政策而无效⁸²。如果船舶建造合同中存在一条有针对性的“制裁条文”（*sanction clause*），也会因同样的原因在中国法下无效。

看来，虽然中国对抗美国等西方国家的制裁的反制裁在机制方面特别是执行力度（如长臂管辖）上比起美国已经是“先天不足”，但中国毕竟是全球第二大经济体，与不少西方公司仍有千丝万缕的商贸关系。所以如果完善反制裁机制与

⁸⁰ 虽然对案件的各种报道中并没有明确指出仲裁地点和合同的实体适用法，不过这类合同很大可能会适用英国法与在伦敦仲裁。

⁸¹ （2024）苏 72 民初 2157 号民事调解书。

⁸² 英国法也是同一道理，在 *Accentuate Ltd v Asigra Inc* (2009) EWHC 2655 (QB) 先例，案情涉及在英国分销软件产品的代理合同，双方约定适用法是安大略省法（*Law of Ontario*）与加拿大联邦法（*Federal Law of Canada*），仲裁地是安大略省。英国当时作为欧盟成员是有强制性保护销售代理人的《*Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*》立法，这是加拿大安大略省没有的法律，仲裁庭在审理也不会考虑英国或欧盟的立法。这导致英国高院 *Tugendhat* 大法官判合同适用法的安大略省法与安大略省仲裁协议/条文均是无效，争议也是“不可仲裁”。

执行措施，应当对美国步步紧逼的制裁起到一定的阻吓与保家卫国的作用。

由于这是一场没有硝烟的法律“文斗”，所以也急需在每一个相关领域如法院、干部、律师等等培养大量知己知彼的顶尖涉外法律人才作为这场可能是旷日持久的文斗的战士。

5.5 中国案件之三：能源企业海越能源集团（HY Energy Group Co., Ltd）诉摩根大通（JPMorgan Chase）与花旗银行（Citigroup）

在 2026 年 2 月，海越能源集团股份有限公司（简称“海越”）在上海法院起诉花旗银行，指称其通过花旗银行，向合同相对方中国中油（China Oil and Petroleum Co.）支付了一笔 2,700 万美元的石油货款，但中国中油称从未收到过这笔款项，被花旗银行冻结。在 2024 年 2 月，OFAC 将中国中油列入 SDN 清单。在 2024 年 5 月，花旗银行告知海越，已将 2,700 万美元划转至美国财政部，也等于这笔钱被美国没收了。

海越向花旗索赔 2,700 万美元及利息的损失，其核心主张是：（1）付款发生在 2023 年 7 月，当时中国中油尚未被制裁，银行无权冻结。（2）这笔钱的所有权属于海越，银行无权转给美国财政部。（3）银行协助美国 OFAC 对中国公司实施域外制裁，违反中国法律与主权。

类似的海越还在 2026 年 3 月，在北京法院起诉摩根大通未能完成向中国中油的约 1,347 万美元的汇款。海越称，摩根大通于 2024 年 5 月 31 日发出 SWIFT 电文，称已根据 OFAC 的指令冻结该笔资金。

据报道，这是中国公司首次在国内法院起诉大型国际银行，挑战美国跨境制裁执行，目前还没有进一步的消息。

只看以上被报道的简短案情，笔者有以下几点疑问和看法：

（1）如果在 2023 年 7 月就汇出，怎会没有人跟踪这笔钱为什么一直没有汇到。一直拖到中国中油在 2024 年 2 月被列入 SDN 清单，让这笔钱在 5 月被转给美国财政部。

（2）从海越根据中国法律起诉美国花旗银行与摩根大通的这两个案件可以看出，目前中国的一系列反制裁法律法规在保护中国公司上还是有很大的效力。本来事件发生时，虽然还没有《实施规定》，中国已经有《阻断办法》与《反外国制裁法》，如果海越在当时就以此威胁花旗银行与摩根大通支付（或至少把这笔钱退回给海越），否则就会违法与被起诉。在中国营业的花旗银行与摩根大通面对这种威胁，就会将这笔钱退回给海越，或向 OFAC 申请许可去支付给中国中油，相信也会有机会成功获得许可。那就可能可以避免损失，或不必要像现在这样把事情搞大，需要启动诉讼申请赔偿。

(3) 如果中国中油知道自己随时会被美国 OFAC 制裁，就应该在订立的合同（包括与海越的合同）中加入在本书第三章之 3 段介绍的“货币转换条文”等条文。在知道危险邻近时，就避开美元，转为以人民币、港币（这相等于美元）或其他货币支付，当然也不要通过美国摩根大通与花旗银行等处理这笔汇款。

(4) 从报道中看不出这 1,347 万美元是海越在什么时候汇出给中国中油的，如果并非和 2,700 万美元一样是在 2024 年 2 月被列入 SDN 清单前汇出，这就代表海越，甚至中国中油有点不小心。因为明知道收款人已经被列入了 SDN 清单，但仍通过美国银行以美元汇款给它，就简直是羊进虎口。

5.6 笔者知悉的例子简介

例子一：笔者被中国律师朋友查询外国公司向中国公司付款（金额多少没被告知，但相信不会少），钱已经到了上海某银行（X），但 X 查到中国收款人刚被列入 SDN 清单。X 害怕受到牵连，不肯将钱转付给中国公司。中国公司委托该律师朋友向 X 提出交涉，指出 X 作为中转银行无权扣押这笔钱，双方（X 与收款人律师）也拉扯了一段时间。笔者建议中国公司作为收款人去上海法院以《反外国制裁法》向 X 启动诉讼，然后向 X 建议向 OFAC 申请许可支持这笔钱，否则难逃败诉。当然，也可以通过上海法院的调解达至同样结果。

相信在这种情况下，会好像本章之 5.4 段的例子，欧洲某石油服务企业的 B 公司成功获取 OFAC 签发的付款许可。虽然担心 OFAC 对中资银行会有敌意，但相信刻意为难也不能过分与不讲理，否则 X 可以向美国法院申请“司法复核”（judicial review）OFAC 的决定。

例子二：被高科技行业朋友问及在他的一份买卖合同中有一条“禁止转卖条文”，笔者虽然没有见到有关合同，相信与一些较常见的“只准买方自用”（end-user only）的买卖合同条文性质类似。但朋友告知该条文的内容是严禁他的公司将该高科技产品转卖给被美国制裁的第三人。在笔者看来，这也应根据《反外国制裁法》主张该买卖合同的条文无效，特别是在合同适用法是中国法时。

而即使合同适用法是英国法，也相信是更可能的情况，假如美国公司为了向朋友的公司施压去启动在买卖合同约定的仲裁，这可以是伦敦、新加坡或香港等作为仲裁地。朋友的公司作为被告可以本章之 2.3.2.1 段介绍的 *Ryder Industries Limited v Chan Shui Woo* (2015) 18 HKCFAR 544 香港终审法院先例作为抗辩。这也是英国法的地位，即“无论合同的适用法是什么，订约时当事人的真实目的是要在外国友好国家采取违反当地法律的行为，此时也会不予执行”（*the contract will not be given effect regardless of its proper law 'if the real object and intention of the parties [at the time of concluding the contract] necessitates them joining in an endeavour to perform in a foreign and friendly country some act which is illegal by the law of such country*）。而该条文的真实目的就是违反合同履行地（中国）的适用法，因此应不予执行。

例子三：一家中国国企作为总承建商承接了俄罗斯业主的一个能源设施的建设项目，并进一步将工程分包给了不同的分承包商。在合约履行后不久，该业主受到美国的制裁。国企因担心被牵连也受到美国制裁（二级制裁）而不敢继续履行合同。结果在退出项目的过程中，中国国企以分承包商的履行有各种违约如劳工不足、一些工作的延误等为由，告知终止分包合同。分承包商认为这些理由不足以合法终止合同，反而国企是“拒绝性违约/毁约”，启动了香港 HKIAC 仲裁，向中国国企索赔金额巨大的欠款和损失。另是，国企可能也会面对俄方业主公司的潜在巨大索赔。反正是，国企会因为建设中途去终止合同带来好几个仲裁，并涉及巨大金额的索赔与反索赔，和高昂的律师/仲裁费用。

虽然时机已过，笔者只是从上述的案情想该国企在俄罗斯业主面对美国制裁时，可能会有更好的应对方法：

（1）如果实在想继续履行而不会被二级制裁，就考虑向美国 OFAC 申请履约许可。当然会否成功要看各种因素，相信会是重要的包括有关的能源设施建设项目的重要性、机密性等。

（2）如果国企因为制裁的风险而坚决不想继续履行，但又不想不久将来面对巨大的损失索赔，就要尽量是“合法”（针对总包合同的适用法）终止。马上想到的是总包合同是否有一条完善的“制裁条文”，而且在措辞/文字上是全面与清楚明确。例如，可以是俄罗斯业主表述与保证在合同订立与履行期间不会受到美国（和其他有关国家/组织，包括中国）等的单边制裁。而一旦受到如 OFAC 的单边制裁，国企就有选择权去作出终止合同的通知，包括约定行使终止权利可以在建设的任何阶段，也无需先试图向 OFAC 申请许可等等。

（3）无论有或没有一条起到保护国企的制裁条文，国企都可以向俄罗斯业主施压，要求其解除国企的合同义务，甚至作出部分赔偿，如已经完成的部分工程。又或是，要俄罗斯业主同意将总包合同“更替”（novate）给一家不惧美国制裁的中国实体如一家已经被 OFAC 制裁的民企去继续履行，可能在现存的几位分承包商，就找得出一家肯去接手完成工程的民企。即使国企仍在旁协助，至少被美国穿透制裁的风险会是少得多。（4）至于能够向俄罗斯业主施压之处会有：

（i）该能源设施的建设项目在国企半途退出后，能否找到合理的替代去继续直至完成工程？（ii）特别是在总包合同有一条可以“合法”保护国企去终止合同的制裁条文的情况。（iii）国企如果向 OFAC 申请履约许可，免不了要向 OFAC 作出全面披露。这会是俄罗斯业主不愿意见到的，特别是有关的能源设施建设项目涉及机密时。

（5）至于面对各分承包商的违约/毁约索赔，可以想到如果分包合同也有一条“制裁条文”，而且措辞/文字是可以允许国企在业主被单边制裁或工程受到制裁影响时去终止分包合同。那么国企就可以“合法”去终止而无惧分承包商的巨大金额索赔。更会进一步让分承包商在权衡下，为了减少损失或赚取利润，更有动力接受总包合同的更替，将建设工程从国企接过来去完成，而不理会将来会被 OFAC 二级制裁会带来不便或负面影响。

至于国企曾以分承包商的履行有各种琐碎的违约如劳工不足、一些工作的延误等为由“不合法”终止分包合同，但在有一个“合法”理由可以制裁条文去终止分包合同，国企可以在后来的仲裁中提出，是同样有效的抗辩。⁸³

（6）从以上分析，对国企（或是其他当事人，毕竟谁[包括分承包商或国企自己都会有可能随时被 OFAC 或其他西方国家制裁]而言，在订立多份关联合同时都要加入一条针对性的制裁条文，务求订好这一连串价值连城的工程合同。特别是与俄罗斯企业/公司或多个与相对和中国友好但随时会被美英等国家盯上去作出制裁的国家企业/公司订立合同，更是必要。

笔者见过工程合同内有长达三四页的一条制裁条文，内容全面针对方方面面的问题，例如有权更替合同、终止合同、货币转换等等，建议中国公司（无论是国企或民企）在今天的地缘政治环境下更多关注将合同订好。

⁸³ 这可见笔者《合约的履行：弃权与禁反言》一书第一章之 5 段。

第二章 私法/商法层面的法律“文斗”

本书第一章的内容涉及的是国与国之间在经济与贸易制裁的斗争，包括了主要是美国的霸凌与步步紧逼的“单边制裁”与个别被制裁国家的退让，退无可退时的对抗与各种反制手段。这都是在“公法”（public law）的范畴，个别公司/企业无论是大是小，都影响不了公法，只能逆来顺受，迁就美国通过立法与法规不断加码的制裁，也就是令不少中国公司/企业今天极头痛与疲于奔命的“合规”（compliance）。

但笔者的感觉是中国公司/企业没有重视在“私法”（private law）或“商法”（commercial law）的层面也可以作出反击，而不只是坐以待毙。当然无论是公法或私法，最终目的是殊途同归，美国政府与公司/企业的目的是经济或金钱，中国政府与公司/企业也是一样。分别只是美方以各种压榨手段强取豪夺，弱势的中方是在保护过去 40 多年努力的成果。

私法层面也就是指在国际商业人士在任何交易或建立任何关系时必须订立的合同上做文章。在“订约自由”（freedom of contract）与“当事人意思自治”（party autonomy）的合同法大原则下，应在商业合同订立完善的条文针对美国与部分西方国家对中国公司的单边制裁、出口管制与贸易限制的关税战等，并在有争议时懂得以国际商事仲裁保护自己。因为国际层面的私法没有好像国际公法（如 WTO）受到政治污染而失去效力，长期建立的合同法与国际仲裁法（如应是众所周知的 1958 年《纽约公约》）等游戏规则与各种机制仍在国际商业社会正常与有效运行。

中国公司/企业配合国家在这一个层面作出反击是至关重要。一方面，在私法层面作出正确与恰当应对与自我保护，往往比公法层面更快捷、更有效（因为会产生实际经济后果，不像国与国之间的制裁与反制裁可能因为难以实际执行而沦为“口水仗”）、更低调（“文斗”最好低调，以免对方有预防，也可避免负面舆论令受到来自本国企业压力而想退让的政府当局因害怕在政治上丢脸而犹豫）与会更令美国感受到压力，进而不敢乱加码或转而选择退让，甚至发觉踢到铁板，在五年十年后重新寻求中美友好关系。

另一方面，如果在私法层面反击得恰到好处，会对公法层面大有帮助，国家的反制裁/反击也更有底气。毕竟，国家在美国与部分西方国家压力下提出的正确的大方向与对策，如培养顶尖涉外法律人才、建立国际仲裁中心、人民币国际化（也就是等同“去美元化”）等等，去执行或落实主要还是在中国公司/企业的私法层面。

在“知己”方面，中国公司/企业目前在执行与落实有欠缺也可以理解，这也是中央政府承认涉外法律人才数量不足，要求大力培养的原因。在国际层面（主要是美英与部分西方国家都是法治比较健全的国家）的“文斗”，都是围绕着美英的法律体系与大原则做文章。所以，“文斗”就是“斗法律”。涉外法律人才严

重不足，也就是实力不足以与美国与部分西方国家的商业人士与律师“文斗”，在执行、落实与彰显国家反击/反制的对策时显然就无法到位。

接下去在“知彼”方面，本章会先去介绍与制裁相关的英国法/普通法下的“法律默示地位”（implied position in law），这主要包括合同的“受阻理论”（doctrine of frustration）与“非法理论”（doctrine of illegality）。再接下去的第三章是介绍中国不同行业公司/企业或银行等如何在合同中通过各种“明示条文”（express provisions/clauses），如“制裁条文”（sanction clause）、“货币转换条文”（currency conversion clause）等应对美英的制裁机制，进而保护自己。此外中国公司自己也可以掌控的是改变过去习惯做法与建立新的制度，这包括回避在商业合同适用英国法（或美国纽约州法）与约定伦敦仲裁（或纽约等地仲裁），以免自动送上门让英国（或美国）法院管辖，进而引入与受到英国制裁机制（与英国法院承认与会执行的“友好/同盟国家”美国的外国法）的约束。这都显示了“文斗”就是在“斗法律”，而且对中国公司，主要斗的是国际通行的英国/普通法的合同法。

1 合同受阻（frustration of contract）

这带来的第一个法律问题就是，美国突发单边制裁个别中国公司/企业或行业，是否可以令所有已经订立并正在履行的合同“自动终止”，双方合同方无须也无法继续履行合同承诺，也不存在有权向合同相对方索赔损失？笔者也有被中国公司问及因突然被美国制裁，被外国公司以“受阻”为由终止合同，而这些中、长期合同是可赚取高利润与对中国公司十分重要。

众所周知，合同“受阻理论”（doctrine of frustration）的成立条件是非常高而且严格的⁸⁴：见 J Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two) (1990) 1 Lloyd's Rep 1 等先例。而且，要考虑受阻是否成立的因素很多，判断一份特定或长或短的合同是否受一件突发事件或美国的特定制裁影响而受阻并不容易，也不肯定。正如在 Edwinton Commercial Corp v Tsaviris Russ (Worldwide Salvage and Towage) Limited (The “Sea Angel”) (2007) EWCA Civ 547 上诉庭先例，Rix 大法官说：

*“... the application of the doctrine of frustration requires a multifactorial approach. Among the factors which have to be considered are the terms of the contract itself, its matrix or context, the **parties’ knowledge, expectations, assumptions and contemplations, in particular as to risk, as at the time of contract, at any rate so far as these can be ascribed mutually and objectively, and then the nature of the supervening event, and the parties’ reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances.***

⁸⁴ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章之 7 段。

*Since the subject matter of the doctrine of frustration is contract, and contracts are about the allocation of risk, and since the allocation and assumption of risk is not simply a matter of express or implied provision but may also depend on less easily defined matters such as ‘the contemplation of the parties’, the **application of the doctrine can often be a difficult one.***”（加黑部分是笔者的强调）

英国法院在上百年来的判例显示对制裁可否令合同受阻一直持十分怀疑态度，认为相比之下国与国之间爆发战争会是更持久与让受影响的合同履行变得“不可能”（impossible）。在 *Miller Limited v Taylor* (1916) 1 KB 402 上诉庭先例，Warrington 大法官说：

*“... if by reason of circumstances, which may be either an Act of Parliament or an act of State, ... such as the **illegality of trading with an enemy after the outbreak of war, the performance of a contract becomes impossible by reason of its illegality, then both parties to the contract are discharged.** ... It is necessary, therefore, in all cases to ascertain what is the contract the performance of which is said to have become impossible. Now in this particular case the contract as to which the question arises is one to deliver goods within such time as is reasonably possible - in other words, within a reasonable time. Has that contract become impossible in the events which have happened? **If the illegality had consisted in trading with the enemy, then I think there is no question that it would have been held that the performance of the contract had become impossible,** because the illegality in that case arises ipso facto from the state of war, and the Courts have always treated **a state of war as a state the duration of which it is impossible to foresee;** the duration depends not on the will of the Government of this country, but on a number of other considerations all of which are as uncertain as any such considerations can be. ... But the case is **different where the illegality arises not from the state of war itself, but from an act of the Executive Government, such as the imposition of an embargo or the imposition of a prohibition** ... In that case you have to consider whether that particular embargo or prohibition has rendered the particular contract impossible of performance.”*（加黑部分是笔者的强调）

制裁（或禁运，如出口管制）确实会给合同的履行带来极大困难，但往往未必是“不可能”履行，会有机会履行或找到其他替代履行方法。在本章之 2.3.2.3 段介绍的 *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* (1989) 3 All ER 252 先例，被告 Bankers Trust 主张美国突然宣布对利比亚实施全面经济制裁令合同受阻。但 Staughton 大法官不接受，说有其他替代的支付方法：“*in my judgment ... the obligation of Bankers Trust was suspended but not discharged.*”

加上，禁运或出口管制（如英伟达专门为中国设计的 H20 芯片、全球范围禁止使用华为的昇腾芯片等）客观看会令一份一年半载的供应合同“不可能”履行，但可否令一份 5 年或 10 年的合同不可能履行而“受阻”就值得怀疑了。毕竟这种美国政府单方面的“行政命令”（executive order），即使特朗普总统在位也是天

天在改变，更不用说他的任期也只剩下3年多。固然，下一任美国总统看来也不会对中国友好，正如前总统拜登。但肯定是有新思维、新政策与会作出新的行政命令。所以相信一位客观（特别是在地缘政治方面）的法官或仲裁员应是不大会接受一份10年的H2O芯片供应合同会是“不可能”履行完毕。

至于美国的“对等关税”不会是令买卖合同或供应合同“不可能”履行而“受阻”，也至少有两个重大原因：（1）可以金钱解决，也就是支付25%或125%或甚至是更高的美国进口税率，也就是并非不可能履行。⁸⁵（2）买卖合同一般已经明示分摊了这方面风险。如一般的“付运合同”（shipment contracts）如CIF或FOB就是美国买方负责进口关税，而在DDP（deliver duty-paid）就是中国卖方负责这笔关税。双方同意了如何分摊，就不能因风险出现并比预计的高，就可以受阻理论脱身。⁸⁶

但针对美国与部分西方国家的单边制裁，无论合同长短，不能成功依赖“合同受阻”合法终止最主要还是以下两个原因。

1.1 考虑合同是否确实不可能履行和是否可以申请许可

一般制裁机制都存在“豁免”（exemption）或允许申请“许可”（licence）等的做法，毕竟制裁会带来千变万化意想不到的后果，而有后果是制裁当局也不想见到的。

另是，制裁往往是为了达到特定的政治、经济、外交目的，因此多变与不稳定。例如自2022年以来美国对俄罗斯进行了多方面、大量与严格的制裁，但在2025年特朗普总统上任到本书草拟的阶段，已经显现了美国与俄罗斯之间关系和缓的趋势，很快对俄罗斯的制裁突然减少甚至是逐步取消也并不出奇。这一来即使在制裁期间确实无法履行，在制裁结束后，延误了3年时间的履行很难在一份长达5年、10年的合同下被解释为不可能履行。因为合同只是部分无法履行并非“受阻”：见Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited (2010) EWHC 2661 (Comm)先例。

有关制裁可以申请许可成为“受阻理论”成立的一个重要障碍的先例也不少，在Dalmia Dairy Industries Ltd v National Bank of Pakistan (1978) 2 Lloyd's 223先例，Kerr大法官说：

“ ... settled law in England ... that a supervening prohibition of some contractually undertaken obligation, which can be overcome by obtaining a licence, will only frustrate a contract at once if the person affected by the prohibition can show that no licence could in any event have been obtained. If this is uncertain, then his

⁸⁵ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章之7.4段。

⁸⁶ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章之7.2.2段。

obligation is to use his best endeavours to obtain the necessary licence, and the contract then only becomes frustrated if and when all such efforts have failed.”（加黑部分是笔者的强调）

1.1.1 先例之一：Melli Bank Plc v Holbud Ltd (2013) EWHC 1506 (Comm) 先例

在较近期关于制裁的 Melli Bank Plc v Holbud Ltd 先例，案情涉及伦敦的银行（Melli Bank Plc，简称“Melli Bank”，其母公司为伊朗国家银行[Bank Melli Iran]）与客户（Holbud Ltd）于 2007 年 7 月 23 日订立“贴现融资协议”（discount facility agreement）。该协议约定 Melli Bank 为客户提供贴现融资服务，客户有权要求 Melli Bank 为客户持有的信用证等“金融工具”（financial instrument）进行贴现。双方在 2008 年 4 月 23 日为客户持有的一份价值 2,200 万欧元的远期信用证的贴现签署了定价函（pricing letter），定价函约定即使客户最后未行权贴现，但 Melli Bank 也会收取“承诺费”（commitment fee），毕竟 Melli Bank 会在定价函生效期间一直为此贴现交易而预留相应的资金。该定价函的有效期至 2008 年 6 月 30 日。

在 2008 年 6 月 24 日，伊朗因为涉核问题被欧盟制裁（《Council Decision 2008/475/EC》），而 Melli Bank 资产被英国冻结。此时距离定价函失效还有 7 天。考虑到 Melli Bank 的规模与影响，英国财政部当天就公布了一份“Financial Sanctions Statement”，一方面是明确了 Melli Bank 被制裁，一方面是明确指出在制裁之前订立的合同可在申请“许可”后继续履行，该声明可部分节录如下：

*“9. Payments from [Melli Bank] under a contract, agreement or obligation concluded before 24 June 2008 (a prior contract) may be made if licensed by HM Treasury. HM Treasury **may grant a licence** as set out in Article 9 of [Council] Regulation [EC No] 423/2007 **once they have determined that: (i) the funds or economic resources shall be used for a payment by a designated person; (ii) the contract, agreement or obligation will not contribute to the manufacture, sale, purchase, transfer export, import, transport or use of goods and technology listed in Annexes I and II of Regulation 423/2007 (proliferation-sensitive nuclear activities); and (iii) the payment is not made available, directly or indirectly, to or for the benefit of a designated person.**”*（加黑部分是笔者的强调）

这一来客户显然不会也不想继续与 Melli Bank 交易，而 Melli Bank 则要求客户继续按约支付承诺费。客户的一个抗辩理由就是 Melli Bank 被制裁因此合同“受阻”。这说法被法院拒绝，主要理由就是合同受阻的成立条件非常高而且严格（外来的受阻事件必须导致整个合同无法履行或者与订立时的目的有根本区别）。但在此先例中，Melli Bank 被制裁前订立的合同是可以在申请许可下继续履行，客户在定价函仍然有效的 7 天内并没有试图申请许可或者要求 Melli Bank 申请，也没有证据显示此特定合同下即使申请许可也无法成功。因此“受阻理论”根本不适用。Robin Knowles 大法官说：

“Is it right to conclude that, even if applied for, a licence might not have been granted at all? No good reason for such a conclusion has been identified. The focus of the Customer’s case is instead on the timeliness of the provision of a licence. Mr Mukhi (客户的证人) speaks now to the belief of the Customer that ‘HM Treasury needed to set up its procedures at the time which would have taken some time and that no licence would have been obtainable before the Facility expired’. But the Customer does not offer evidence that it made any inquiry of HM Treasury at the time.”

1.1.2 先例之二：DVB Bank SE v Shere Shipping Co Limited (2013) EWHC 2321 (Comm)先例

在另一个有类似案情的 DVB Bank SE v Shere Shipping Co Limited 先例，作为“借款人”(borrower)的马耳他航运公司 Shere Shipping Co Limited 为了购买 4 艘船舶，在 2006 年与 DVB 牵头的一系列银行签订一份“银团贷款协议”(syndicated loan agreement)。借款人的母公司是 Woking Shipping Investments Limited (简称“Woking”)，而 Woking 的母公司是伊朗伊斯兰共和国航运公司(简称“IRISL”)。在银团贷款协议下，Woking 与 IRISL 作为“担保人”(guarantor)为借款人履行贷款协议的合同承诺和还款义务提供担保。

在 2008 年欧盟开始对伊朗实施各类制裁措施，到了 2011 年，银团中的部分银行 (Melli Bank、Persia International Bank)、借款人、担保人 Woking 与 IRISL 均被列入欧盟制裁清单。这导致自 2011 年 9 月后，借款人再未作出任何还款。DVB 因此作为银团的牵头行，宣告借款人违约并按约要求“加速还款”(accelerating repayment)，当时还欠下的金额为 4 千多万欧元。DVB 也同时展开了对借款人以及担保人的追偿。

各方当事人对于在贷款合同下借款人未能按约还债的事实并无争议，但借款人主张因为制裁的存在而有多方面抗辩，有关具体的制裁并非本书要针对的内容，但为了方便理解，在此先例中涉及的主要是 Council Regulation (EU) No 267/2012 之 Article 23(2)的资产冻结，与 Article 23(3)的不允许经济援助：

“No funds or economic resources shall be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of the natural or legal persons, entities or bodies listed.”

被告们根据这些制裁的存在提出多项抗辩，这里不详细介绍，只说针对欧盟制裁可否成功申请“许可”，Simon 大法官说：

*“The Borrowers have not said that they made an application after September 2011 for authorisation to make a contractual payment which was refused; and in these circumstances, **they cannot say that no licence could have been obtained** if they had applied for the release of frozen funds. As Devlin J put it in Charles H. Windschuegl v Alexander Pickering & Co Ltd [1950] 84 Ll.L.Rep 89..., in circumstances where defendants do not even apply for a licence, it is for them to satisfy the Court that it was*

*no use their attempting to make the application, because it would quite clearly fail. In Malik Co v. Central European Trading Agency Ltd [1974] 2 Lloyd's Rep 279, Kerr J ... expressed what needs to be proved as either the failure to obtain a licence despite the exercise of best endeavours or proof that the licence was unobtainable. In circumstances where no application was made by the Borrowers and **where applications had been successfully been made in the past, the Borrowers cannot say it would have been impossible for them to obtain a licence.** Given that authorisations had been previously granted, the clear probability is that a Competent Authority would (acting consistently with past views) have granted authorisation and determine that there would be no breach of Article 23(3).”*（加黑部分是笔者的强调）

1.2 制裁后不得支付合同受阻前应支付的钱以免被认为协助或资助被制裁方

在普通法下，一旦合同受阻，双方不再需要继续履行将来的合同承诺或义务。但这不影响在受阻事件发生前已经产生的合同责任与承诺，例如已经欠下了一笔钱⁸⁷：见 *Chandler v Webster* (1904) 1 KB 493; *Fibrosa Spolka Akcyjina v Fairbair Lawson Combe Barbour Ltd* (1943) AC 32 等先例。

但在美国与部分西方国家的制裁机制下，正如在 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 上诉庭先例，Flaux 大法官说：“... *no person may make available any assets to a designated person. To do either is a criminal offence.*”

也就是说，已经欠下“被制裁方”的一笔钱或债务，也不能支付了。否则是违反了制裁法律，而且是严厉的刑法。

所以，这是又一个“受阻理论”不能套用在美国与部分西方国家的制裁机制的主要原因。举例说，银行需要在“跟单信用证”（documentary letter of credit）或“见索即付保函”（on-demand guarantee）下决定向“受益人”（beneficiary）作出支付，但知悉该受益人被新加入美国“SDN 清单”。这一来，银行因要避免被 OFAC 视为是经济协助或资助“被制裁方”而被牵连，再也不能作出支付。这一来，即使受益人被制裁算是“受阻”事件，银行仍必须支付“受阻”前已经欠下的债务。这表示即使“受阻”成立，银行仍难逃需要作出支付而受牵连。

这也是为什么需要有一条在本书第三章之 2 段介绍的针对性的“制裁条文”（sanction clause），如壳牌石油公司买卖原油与产品油格式合同的“制裁条文”，其中有明示针对如果收款人卖方突然被制裁，壳牌石油公司作为买方可以不支付欠下的货款，说：

⁸⁷ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章之 9 段。

*“where a party becomes a Restricted Party, ... **the Affected Party will be entitled:***

*a) to **immediately suspend the affected obligation (whether payment or performance)** until such time as the Affected Party may lawfully and without the risk of punitive measures under any Trade Control Laws discharge such obligation; and/or*

*b) where the inability to discharge the obligation continues (or is reasonably expected to continue) until the end of the contractual time for discharge thereof, to a **full release from the affected obligation**, provided that where the relevant obligation relates to **payment for Goods that have already been Delivered or any other payment hereunder, the affected payment obligation will remain suspended** (without prejudice to the accrual of any interest on an outstanding payment amount) until such time as the Affected Party may lawfully and without the risk of punitive measures under any Trade Control Laws resume payment. ...”*（加黑部分是作者的强调）

2 非法理论（doctrine of illegality）

已经说过，“经济或贸易制裁”与“非法”或违反“公共政策”关系密切，英国通常是以立法、规则或行政命令的形式公布制裁机制，并且立法经常规定如果违反有关的制裁会有刑事后果。这里涉及“本土非法”（domestic illegality），在“英国法合同”（English law contract）下就代表在英国法下非法。至于在一方或双方当事人所在地法律（law of party's domicile or business），如中国或印尼法律下订立合同与履行该合同并不非法或违反公共政策，在英国法下是无关与不予考虑的，因为大家你情我愿订立的合同选择了适用英国法。这一来，只要违反英国的制裁就是“非法合同”。

这非法可以是合同的“订立非法”（illegality as to formation），也就是约定的合同承诺会违反英国的制裁。例如明知道或应该知道是与英国财政部下的 OFSI 的制裁清单中的人士（自然人或法人）订约或是买卖被制裁商品（如同贩卖毒品）。这非法也可以是合同的“履行非法”（illegality as to performance），也就是虽然合同没有约定会违反制裁的行为，但实际履行过程涉及制裁，例如中方的某个供应商突然被加入制裁清单，或涉及的原材料中有新疆棉。这也可以是合同的“目的非法”（illegality as to purpose），例如转口贸易的合同本身看不出非法，但最终目的是为了蒙混过关逃避制裁。在所有这些“非法合同”下，假设是货物买卖合同，收不到货款的中国卖方启动伦敦仲裁向印尼买方追讨货款，印尼买方就可以提出非法理论作为抗辩，而仲裁庭也就以“非法”为由不会协助执行。关于本土非法在笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章有非常详细的介绍。

但对中国公司/企业影响更大的是美国的经济与贸易制裁，对英国法而言这就是“外国法非法”（foreign law illegality）。英国法下 Ralli Brothers v Compania Naviera Sota Y Aznar (1920) 2 KB 287 上诉庭先例带来的“Ralli Brothers 例外”

（Ralli Bros exception）或“Ralli Brothers 原则”（Ralli Bros principle）⁸⁸允许一方当事人可以在合同履行地（当然必须是“友好国家”）的法律下“非法”而拒绝履行。也就是说，如果英国法合同中约定的履行地之一是美国⁸⁹（在国际商贸合同绝大部分使用美元交易就是例子），那么美国的制裁机制也被引入英国法下的非法。

反正一旦涉及非法，当事人与政府监管机构之间是“公法”（public law）的范畴。但受制裁影响的合同关系，就是“私法”（private law）的范畴。任何一方当事人作为被告，都可以自 Holman v Johnson (1775) 1 Cowp 341 先例就发展起来的“非法理论”作为抗辩。正如 Toulson 勋爵在 Patel v Mirza (2016) UKSC 42 最高院先例中说：

“Illegality has the potential to provide a defence to civil claims of all sorts, whether relating to contract, property, tort, or unjust enrichment, and in a wide variety of circumstances.”

至于像 Patel v Mirza 最高院先例与 Ryder Industries Limited v Chan Shui Woo (2015) 18 HKCFAR 544 香港终审法院先例引入的“成比例”（proportionality）测试，更是关系不大，难以想象英美的经济与贸易制裁会被英国法院或伦敦仲裁视为是不严重的非法与公共政策。如在 Sea Glory Maritime Co v Al Sagr National Insurance Co (The “Nancy”) (2013) EWHC 2116 (Comm)先例，以非法理论抗拒保险理赔的保险公司说：

“... a general principle of public policy referring to the importance of international sanctions measures ... where sanctions of various types have been implemented by the UN, EU and the UK against the same state ... is a relevant illegality for present purposes...”

Blair 大法官⁹⁰同意说：*“I agree that this is an important policy issue.”*

但在中国的法律或公共政策下，除了联合国的制裁是被承认外，欧盟与英国许多针对个别国家的单边制裁都不被承认，而针对中国的单边制裁更会被视为是“非法”。可见在今天的地缘政治下国与国之间在“非法”与“公共政策”有巨大差异。

⁸⁸ 见本章之 2.3.2.2 段。

⁸⁹ 还可见本章之 2.3.2.3 段介绍的 Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co (1989) 3 All ER 252 先例就有提过英国与美国的同盟关系。

⁹⁰ 他也是中华人民共和国最高人民法院国际商事法庭国际商事专家委员会的成员。

2.1 非法理论如何影响中国公司

对以上的法律地位，笔者有以下看法：

（一）中国公司订立的合同会越来越多涉及已经或将来可能被美英制裁的对象（如与伊朗、俄罗斯等公司的交易、合同涉及英国 OFSI 或美国 OFAC 的制裁清单中的人士、被制裁的商品/产品或被全面制裁的国家等），你情我愿约定适用英国法（或美国纽约州法）与伦敦仲裁（或纽约仲裁）是自投罗网，根本不是在订立合同时有意地选择一个合同争议的最佳解决办法。

（二）普通法下非法理论背后的一个大原则是“违背道德的对价不生诉权”（*ex turpi causa [ex dolo malo] non oritur action*），这可见 *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341 先例中 Mansfield 勋爵所说：“*No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act.*”

所以通常而言，即使合同非法，如果合同方是有关法律下受保护的一方，也就是不涉及非法或对非法不知情，那么法律往往并不被禁止其主张自己的权利与救济。而属于被法律“惩罚”的非法一方无法获得法院协助执行“合同交易承诺”（*contractual bargain*）。

在涉及制裁的时候，英国法院的态度肯定是美英制裁机制的目的是为了“惩罚”被制裁的主体，或者是为了保护没有被制裁的合同相对方。例如在 *The Ministry of Defence and Support for Armed Forces of Iran v International Military Services Limited* (2020) EWCA Civ 145 上诉庭先例中解释 Council Regulation (EU) No 267/2012 之 Article 38 说：

*“no claims in connection with any **contract or transaction** the performance of which has been affected, directly or indirectly, in whole or in part, by the measures imposed under this Regulation... shall be satisfied...”*（加黑部分是笔者的强调）

换句话说，合同下一方当事人被制裁，导致“非被制裁方”（*non-sanctioned party*）无法正常履行合同，“被制裁方”（*sanctioned party*）不得以此主张对方违约/毁约与索赔损失。也就是说 Article 38 的目的是为了保护因对方被制裁而无法继续履行合同的“非被制裁方”。

这也配合今天 *Patel v Mirza* 先例下考虑非法是否导致合同无法被执行的大原则的“三阶段测试”（*three-stages test*）⁹¹。也就是要看有关法律（制裁机制）背后的目的是什么，不予执行是否能够实现该目的。看来如果是允许没有被制裁的合同方从被制裁方处获得合同利益、执行合同，并不会与制裁的目的相悖，反

⁹¹ 关于“三阶段测试”可见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 7.5 段。

而是允许与支持被制裁方继续执行合同就容易与制裁机制背后目的相悖了。

（三）如果在合同的履行时中国公司突然被美英制裁，无法履行合同承诺，这是违反了“严格责任”（strict liability）。一般中国人的认知是中国公司善意思去履行，但被很冤枉地制裁（例如是制裁针对行业或整个中国，不光是对个别公司的制裁；或是 OFAC 对中国公司“宁可杀错，不能放过”的心态下搞错等等）而履行不了，合同相对方的外国公司（如一家印尼公司）向中国公司索赔损失是错怪中国公司了。但这不是英国法/普通法的地位与看法，这也不是看谁更冤枉，而是要看合同如何分摊风险。既然中国公司在合同作出了“无条件承诺”（没有要求加上明示条文如“不可抗力条文”、“制裁条文”、“免责条文”等的针对性保护），也应该知道英国法下合同承诺是严格责任，难道还要合同相对方印尼公司承担中国公司履行不了的损失吗？所以正确的英国法地位下，中国公司是“违约方”（wrongful party），合同相对方印尼公司是不受英美制裁影响的外国公司，也就是“无辜方”（innocent party），所以印尼公司可以向中国公司索赔损失。

（四）但反过来，印尼公司就可以任意违约/毁约、欠债不还。中国公司向它提起伦敦仲裁追债或索赔不履行合同承诺带来的损失，它就可以“非法理论”作为抗辩理由。但如果是中国公司违约/毁约或欠债，它作为无辜方向中国公司启动伦敦仲裁寻求救济是不受影响。这种对中国公司不对等与不利的英国法地位与对中国不友好的公共政策，看来也只有将“合同适用法”改为香港特区法（或新加坡法）与香港仲裁（或新加坡仲裁）才有机会扭转。

（五）现实摆在眼前，美国当今至高无上的“公共政策”就是要打倒、打垮中国，也已经明言遏制中国的最佳筹码就是打击中国经济与制造危机。这表示将有越来越多的中国公司与行业被美国制裁，而一旦被制裁就表示与外国/西方公司订立的合同在非法理论下会变得一面倒对中国公司不利，甚至会给个别公司带来灭顶之灾。中国公司唯一的自救手段就是将合同订好，如果不能在美国制裁威吓下以合同条文充分保护自己，就宁可放弃有关交易。

（六）针对以上所讲，可在此介绍 Soeximex SAS v Agrocorp International PTE Limited (2011) EWHC 2743 (Comm) 先例，案情涉及一票 15,000 吨缅甸长粒白米的国际货物买卖。根据买卖合同，法国买方 Soeximex 应于 2008 年 10 月 10 日前开出“不可撤销信用证”（irrevocable letter of credit 或简称“LC”），但买方从来没有开出信用证。新加坡卖方 Agrocorp 启动 GAFTA 仲裁⁹²，向买方索赔因其违约而带来的损失。买方在仲裁中提出的一个主要抗辩是在美国和欧盟对缅甸的制

⁹² 伦敦的“谷物与饲料贸易协会”（Grain and Feed Trade Association 或简称“GAFTA”）是国际大宗粮贸领域的行业协会。在国际（包括中国）的谷物、豆类、动物饲料等买卖，通常是适用 GAFTA 标准格式合同，有了争议也使用 GAFTA 的争议解决机制，也就是 GAFTA 仲裁及其仲裁规则。GAFTA 与另一个伦敦的“油脂、油籽及脂肪协会”（Federation of Oils, Seeds and Fats Association 或简称“FOSFA”）拟定的标准格式合同与仲裁机制，在这个关系到每一个人能够填饱肚子的重要行业可以说是处于全球垄断地位。这样是中国贸易商主要使用的格式合同。

裁下（虽然内容与重点不尽相同），买方为履行该买卖合同去开立信用证是非法的。

美国对缅甸的制裁 US Burmese Sanctions Regulations (31 CFR Part 5)之 paragraph 537.202，要被考虑是因为买卖合同第 3.2 条约定：“*L/c to allow TT reimbursement from New York bank with account number details; third party documents and to be freely negotiable in Singapore for 30 days from ...*”（加黑部分是笔者的强调）

欧盟对缅甸的制裁 Council Regulation (EC) No 194/2008（as amended by Commission Regulation 385/2008）有关是因为买卖合同的适用法为英国法。在英国的“非法理论”下，欧盟的制裁是“本地非法”，而美国的制裁是“外国非法”。

GAFTA 内部上诉机制下的上诉仲裁庭于 2010 年 11 月 18 日作出最终裁决，裁决虽然美国和欧盟对缅甸的制裁机制适用，但制裁存在本身并不会令买卖合同因非法而无效，毕竟卖方是新加坡公司，而非缅甸实体。这就需要买方进一步证明在美国制裁的机制下信用证下偿付的对象最终为任何缅甸的实体，而在欧盟制裁下信用证下支付的货款是最终支付给列在欧盟制裁名单的缅甸实体（主要是缅甸的军阀），而买方的证据并不足够证明以上两方面。从而买方违约，需要向卖方支付包括违约损失、利息和费用共计 375,000 美元。

买方将该最终裁决进一步上诉到英国法院，理由是仲裁庭在最终裁决中没有处理买方提出来的两个重要争议，这“漏裁”（omission）对买方是重大不公正。这两个重要的争议是：

（1）针对美国制裁，有关的规定包括：

“i) paragraph 537.202 Prohibited exportation or reexportation of financial services to Burma.

Except as authorized, and notwithstanding any contracts entered into or any license or permit granted prior to July 29, 2003, the exportation or reexportation of financial services to Burma, directly or indirectly, from the United States or by a U.S. person, wherever located, is prohibited.”

ii) The term ‘exportation or reexportation of financial services to Burma’ was defined in 31 CFR paragraph 537.305 as follows:

“(a) The transfer of funds, directly or indirectly, from the United States or by a U.S. person, wherever located, to Burma; or

(b) The provision, directly or indirectly, to persons in Burma of ... banking services, ... letters of credit or other extensions of credit;...”（加黑部分是笔者的强

调)

买方在陈词与专家报告中提到除非有授权与许可,否则位于美国的实体和无论身处何方的美国人士均禁止为缅甸的出口与再出口业务直接或间接的提供资金与金融服务。具体到本交易来说,买卖合同第 3.2 条中提到的任何纽约银行除非获得 OFAC 的许可,否则为买卖缅甸货物的买方开出、通知或保兑信用证的行为以及按照买卖合同的规定要偿付卖方或卖方银行的行为都是违反美国制裁的。但仲裁庭并没有在裁决书中处理这个对最后结果会有影响的重要问题。如果有处理,仲裁庭显然就会考虑买方根据买卖合同 3.2 条的约定开出允许纽约银行偿付的信用证会带来在“外国法非法”中履行地非法的问题(即“Ralli Brothers 例外”)。而很可能买方的“非法抗辩”就能够成功。

(2) 针对欧盟的制裁,买方提出根据制裁法规的第 14 条的规定,只要买方能证明是善意地为了遵守制裁而不开出信用证,那么就不用为此负责。也就是买方违约拒绝开出信用证是为了配合该制裁,不向被制裁的缅甸人士输送经济利益,即使是“事后诸葛亮”证明搞错了,也仍是可以免除责任。该第 14 条规定:“... ***the refusal to make funds or economic resources available, carried out in good faith on the basis that such action is in accordance with the Regulation, shall not give rise to liability of any kind on the part of the natural or legal person or entity implementing it, or its directors or employees, unless it is proved that the funds and economic resources were frozen as a result of negligence ...***”(加黑部分是笔者的强调)

换句话说在本地法非法下,可能欧盟的制裁机制并没有影响,但这需要审理后予以确定。仲裁庭没有在最终裁决中处理该买方的争辩,尤其是为什么认为买方不开出信用证不是善意为了遵守欧盟制裁机制。

Gloster 大法官没有针对买方主张的仲裁庭漏裁的争议的是非曲直,但同意仲裁庭确实是漏裁,并且这两个争议会对裁决的结果有影响,于是判将最终裁决“发回”(remit)给仲裁庭重审。

2.2 美国与部分西方国家的制裁机制导致一份合同非法最关键的定律:“合同适用法”与“仲裁地法”

在地缘政治严重冲突与两极化下,单边制裁对被制裁的国家如同“文斗”的宣战。但不会所有其他国家都将这些单边制裁视为是“圣旨”,一旦当事人不遵守就是非法。显然,对美英公司与“美国拥有或控制的外国实体”(US owned or controlled foreign entity 或简称“USCFE”)而言,不严格遵守美英对中国或俄罗斯等国的制裁就是非法/违法,因为它们受美英法院与美英法律(包括制裁的立法)的管辖。但中国或俄罗斯等的法律就反过来认为这些单边制裁是非法,不遵守才是合法。

这两极化的法律地位下,就要看由什么法律决定一份合同是否非法,因为一

份国际商业合同会涉及许多不同国家的法律。

2.2.1 “合同适用法” (proper law of contract)

首先最重要的是“合同适用法”，这可以是明示或默示。明示写明适用法是今天最普遍的做法，因国际商业社会长期建立起来的信心与习惯，最被广为接受的还是英国法。而对数量庞大但法律意识不强或不懂的发展中国家商人（如不少中国公司）而言，虽然谈不上有没有“信心”（这是需要懂才会真正有信心，不是盲从），但也不“抗拒”（这也需要懂才会抗拒，与知道抗拒到什么程度）。反正今天每一个行业都已经被“英国法标准格式合同”（English law standard form contract）攻占，也不再是个别中国公司能去改变。

但中国公司一旦在合同接受了适用英国法，就引入了英国“制裁机制”下针对中国、俄罗斯等的单边制裁，不严格遵守就是非法。比如，中国公司与俄罗斯公司订立的以市场价格买卖俄罗斯石油的合同或运输合同，使用了英国法合同，就马上从一份“合法合同”变为是“非法合同”。为了避免“自投罗网”或“自尽”，似乎应该放弃使用这些“英国法标准格式合同”。但在今天的国际商业环境，专业知识越来越复杂，合同需要针对的方方面面太多。所以一份摆在眼前可去使用的有全方位针对不同方面问题的“英国法标准格式合同”，不去使用是可惜与不现实的。笔者也不相信中国公司（或任何一家公司）能很快自己另拟定一份同样水平的合同，例如在“一带一路”的工程能拟定出一份可与 3,000 页（加上附件）的 FIDIC 标准格式合同媲美的合同。所以，简单的做法就是将标准格式合同中的英国法改为中国法。

但这也会带来另一个问题，就是标准格式合同的结构与上百条条文都是针对英国法/普通法的默示地位去拟定，中国法根本不配套，也在许多方面不会有相应的权威说法或解释。相较于俄罗斯，幸亏中国公司在这一个困境有替代，可以简单将标准格式合同内的适用英国法改为适用香港特区法或新加坡法，就可以做到继续使用标准格式合同，但只引入英国“实体法”（substantive law）的部分，同时排除了英国制裁机制。

2.2.2 “仲裁地法” (law of arbitration seat)

国际商业合同一般会涉及的另一套法律就是“仲裁地法”，因为今天的商业合同很少不加上一条仲裁条文。仲裁条文（无论是“机构仲裁”还是“临时仲裁”）约定的仲裁地是哪里，也就是选择了哪里的仲裁“程序法”（procedural law）与“监督法院”（supervisory court）。全球化下的“跨境交易”（cross-border transactions）一般的做法是双方当事人多数会同意双方所在地或营业地以外，被视为是中立与有水平的第三国家或地点作为“仲裁地”。也就是，一家中国公司与一家马来西亚或印尼公司订约，总有一方当事人不愿意也无法同意去北京、上海、吉隆坡、雅加达仲裁，最终会选定与约定如新加坡为“仲裁地”。在概率上，更大的可能是选定伦敦仲裁，这是因为在各种不同行业习惯了使用的“英国法标准格式合同”中也同时规定了伦敦仲裁。在“订约自由”下，订立合同的双方当事人完全可以

改为是“贸仲仲裁”、“香港 ICC 仲裁”等等。但不少订合同的商人（包括中国公司）是不会有意识或懂行作出改变，毕竟在五六年没有现在这么严重与在不断恶化的地缘政治冲突的情况下，笔者也没有想过要修改标准格式合同中的伦敦仲裁条文，而且自己也多年来不断在伦敦仲裁案件被委任为仲裁员，是这一套中国公司习惯的做法下的受益人。

或会有疑问去伦敦仲裁只引入英国仲裁的“程序法”，也就是 2025 年《仲裁法》。这不像合同引入英国适用法/实体法会同时引入了英国“制裁机制”下针对与会在将来针对中国的“单边制裁”与“非法理论”。这表面看是正确，但要记得伦敦仲裁是受到英国法院的监督，而英国法院是不会也不能漠视英国制裁机制的“强制法”（mandatory law）与“公共政策”（public policy）。

举例说，一家中国公司与一家马来西亚公司，又或是两家都是中资背景的公司订立合同买卖新疆产品（这只是今天被美英制裁的中国产品的一种，名单会不断增加，如最近是华为的昇腾芯片），约定适用法是中国法，但仲裁地是伦敦。双方有了争议后，甚至同意委任笔者（杨良宜）为独任仲裁员。笔者也作出裁决书，这会在伦敦开庭后或在双方同意下只在香港简单以文书争辩的方式的“文件审理”（documents-only arbitration）。但裁决书中的决定总有胜负，不可能是“双赢”。这一来，不服的败诉方就会去英国法院寻求救济，依据 1996 年或刚生效的 2025 年《仲裁法》之 S.68 将裁决书撤销，该立法可节录如下：

*“(1) A party to arbitral proceedings may ... **apply to the court challenging an award** in the proceedings on the ground of serious irregularity affect the tribunal, proceedings or the award. ...*

*(2) **Serious irregularity** means an irregularity of one or more of the following kinds ...*

*(g) **the award has been obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy** ...”*（加黑部分是笔者的强调）

针对此立法条文有说法只是针对仲裁程序与取得裁决书的过程中是否违反英国公共政策，例如是通过贿赂仲裁庭取得胜诉的裁决书就必须撤销。但案件的实体方面是否违反英国的公共政策就不针对。但这在权威的《Mustill & Boyd: Commercial and Investor State Arbitration》（2024 年，第 3 版）一书之 Para.14.97 被否定，说：

“It has been suggested ... that s.68(2)(g) should be interpreted as only concerning the matter in which the award was obtained and that an award cannot be challenged on the ground that the award would offend substantive public policy considerations. Such an approach is inconsistent with the text of the statute and the case law. It would also place English law out of line with eg the Model Law which does allow a challenge based on the award’s being inconsistent with public policy.”

其中提到的《示范法》之 Article 34 可节录如下:

“Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award.

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside ...

ii) the award is in conflict with the public policy of this State.”

也就是说,如果笔者作为独任仲裁员审理了该买卖新疆产品的合同争议并作出了裁决书,败诉的当事人可以成功去英国法院撤销该裁决书。

2.3 其他的有关法律:合同当事人“所在地或营业地法”与“合同履行地法”

另常会涉及的是双方“当事人所在地或营业地法律”(law of party's domicile or business, 本书将统称为“所在地法”)。例如一方是中国公司,无论是任何形式的中国法律如立法、法院命令/禁令、各种当局的行政命令、批文或许可等等,显然对他在有关合同的履行是有很大影响。而另一方或合同相对方如果是一家美国公司,美国法律也是有同样大的影响。在今天的地缘政治冲突下,可能合同在中国履行是合法但在美国就是非法了。要一提的是,一份国际商事合同经常会有来自不同国家的多位原告或被告,这涉及的面就更广、更混乱与无所适从了。所以,现实来看一份合同的解释是不能去考虑任何一方当事人的所在地法律。例如不能因为中国公司必须听从政府当局的命令或甚是遵守立法而导致无法严格履行合同承诺就可以脱身,因为中国公司所在地的法律是不考虑。虽然在现实情况下,中国公司不再可能实际履行有关合同的承诺,但还有“第二种合同履行办法”(secondary contractual obligation)⁹³,即中国公司被视为是违约而要通过金钱赔偿让受到影响的合同相对方回复到合同被履行的经济地位,这在一份长期与价值高昂的商业合同下可以是赔偿天文数字的损失。

这也表示中国公司不能以为遵守中国政府命令(例如在反击/反制裁下的各种命令,如“中国航空公司停止接收波音飞机”等)就万事大吉,而不考虑这可以带来无穷后患如天价赔偿。笔者也相信中国政府在下达命令时,不可能知道不同央企或国企是否已经签订相关合同或有什么合同责任。合同条文千变万化,会有不少情况是即使因为遵守命令而违约/毁约,也无伤大雅,因为没有什么损失可以证明,或只是一些金额不大的合同。也会是即使是价值高昂的合同,但合同条文订得十分保护中国公司,有明确条文针对遵从中国政府命令而无法履行合同承诺免责,或刚好允许中国公司有提前终止合同的选择权等等。相反,也会有个别中国公司手中有一份长期与价值高昂的商业合同,在考虑、权衡与称职法律意见下是因遵守中国政府命令单方面终止该合同极可能构成“违约/毁约”

⁹³ 见笔者《损失赔偿与救济》一书第十一章之 1.1 段。

(repudiatory breach)⁹⁴，合同相对方如果启动国际仲裁索赔十亿八亿美元或更高金额的损失赔偿极可能成功，该中国公司就不应盲从命令。笔者认为他应向中国政府当局解释清楚情况，并申请“许可”(license)。在美国与部分西方国家的制裁机制，也不是绝对而一定有例外允许申请“许可”，而他们在考虑是否许可时，违约后果也是重要的考虑因素之一。笔者也相信向当局解释清楚也应会获得许可，中国政府作出命令时不可能考虑了要付出牺牲一家或多家国企赔上十亿八亿美元给美国公司的代价。

现实中中国公司(或任何外国公司)避免不了不时被所在地政府命令与当地法律干预，但可以避免因此而无法履行合同承诺带来的损失赔偿责任，这一般做法就是在合同中加入一条针对性的“免责条文”(exception/exemption clause)⁹⁵或/与“不可抗力条文”(force majeure clause)⁹⁶。例如早年经常会发生船舶被政府短暂征用，这就导致该船舶在这段时间无法履行已经订立的租船合同，并会给承租人带来损失。因此，涉及海事的合同经常有免责条文特定针对“政府征用”(acquisition by authorities)的事项。

今天频繁发生的经济与贸易制裁道理也可以说是大同小异，会导致美国公司因为经济制裁而无法履行合同承诺，例如承诺在1年内每季度向中国公司供应1万颗高端芯片。这就难逃会面对中国公司指控违约/毁约并索赔损失。这表示美国公司需要在免责条文中特别加上如“政府限制”(restraint of authority)或甚是言明“政府制裁”(sanctions imposed by authority)等字样。但一条免责条文是远不足以在千变万化的制裁机制下保护美国或西方公司，他们要立即从合同脱身与不能支付已经欠下的债务等，就不能依赖免责条文。更不用说在解释免责条文会面对各种限制，如“针对解释”(construction contra proferentem)、“严格解释”(strict interpretation)、“相悖理论”(inconsistency with main purpose of contract)、不得涉及疏忽/过错(liability for negligence)、举证责任等等，不在此重复。

“不可抗力条文”也往往帮不了忙，当然这是要看实际的措辞/文字，因为“不可抗力”在英国法/普通法不是一个“专有名词”(term of art)，只是以一般的合同解释规则去看双方在该特定条文所使用的不同措辞/文字，客观找出订约意图。此条文源自英国法对合同“受阻”(frustration)太过严格与不肯定，例如在 *Paradine v Jane* (1647) 82 ER 897 先例显示住户在战乱中被驱逐，明显是完全失控与也没有任何过错下，仍必须严格按约定的承诺支付租金。加上，即使“受阻理论”适用，也是令合同自动终止。但这显然不是一般商业人士即使在履行合同时遇上意外事故或“不可抗力事项”就希望的结果。例如在一份10年的长期合同，刚履行不久就履行不下去了，因为发生世纪大风暴。听起来是很吓人，应该令合同的履行受阻。但这是一份10年的合同，不是1个月或半个月的短期合同，大风暴加上灾后重建可以令这个短期合同整个或绝大部分时间履行不了。但

⁹⁴ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第一章。

⁹⁵ 见笔者《合约的解释：规则与应用》一书第十二章之1段。

⁹⁶ 见笔者《合约的解释：规则与应用》一书第十三章之1段。

履约方也不会愿意在这半个月或 1 个月受大风暴影响而履行不了视为违约，要赔偿合同相对方损失。所以大家可以接受在合同中加上一条“不可抗力条文”，在遇上像大风暴这种“不可抗力事项”时，受影响的一方当事人（或甚至双方均受到不同程度影响）就可以暂停合同履行，直到事项过去才恢复履行的责任。条文还会针对许多其他方面如对通知的要求、举证的要求、受影响方有寻找替代履行的责任、受影响时间可去延长工期（工程合同）或延长付运（货物买卖合同）、不可抗力事项超出一段较长时间如 1 个月或 2 个月不等任何一方可以终止合同等等。反正在订约自由下，只要你情我愿，怎样去安排或协调都可以。

这简单的介绍也可觉察到一条泛泛的“不可抗力条文”针对制裁可能未必好用，例如对于美国公司而言在美国的经济与贸易制裁下仅仅暂停履行未必足够，可能需要终止合同所有履行。加上制裁太复杂与多变，不适合与其他无数的不可抗力事项一起在一条泛泛的“不可抗力条文”针对。所以有必要拟定一条独立的“制裁条文”（sanctions clause）针对。只说这一议题，将会在本书第三章之 2 段针对不同行业的制裁条文进一步详论。反正中国公司不幸碰上美国与部分西方国家的敌意制裁，就不是简单的一句“不可抗力”就可以在合同（特别在一份“英国法合同”）中安然脱身。

最后一提，一份国际商业合同会涉及的不同国家的法律还要加上“合同履行地法”（law of contractual performance）。在这会涉及太多不同国家的法律，例如是工程所在国的法律，又或是买卖合同约定的交货地或付款地等。显然，如果在该履行的国家被制裁而变了非法，合同就会履行不了。例如一份合同（如不少金融合同）约定在国际金融中心纽约进行美元支付，中国公司作为支付方或收款人如果被美国 OFAC 加入制裁清单就履行不了。其实，即使不是在纽约支付而是在全球其他中立地方支付，也因约定美元支付而陷入“美元霸权”的长臂管辖，变了在英国法下再无法合法履行。这议题也将会在稍后进一步详论。

2.3.1 合同当事人“所在地法”（law of party's domicile）

在英国法下，“英国法合同”（English law contract）只看在英国法下是否非法或违反英国公共政策，根本不理睬外国法。这也包括了外国⁹⁷的立法如针对贸易制裁或反制裁等的“强制法”（mandatory laws），外国法院在司法中作出的各种类别命令/禁令等等。这也是现实，毕竟外国有这么多各有不同甚至各走极端的想法与做法，英国法院或伦敦仲裁是管不了，否则会是寸步难行。

这法律地位有大量先例，近期有 Banco San Juan Internacional Inc v Petroleos

⁹⁷ 在一份英国法合同下，“外国”当然也包括中国。今天中国公司，包括各大银行、央企/国企或民企签订大量的英国法合同，相信主要原因是使用标准格式合同与国际商业社会的习惯做法。但中国政府或法院对这些中国公司的立法、规管、命令/禁令等等，在英国法下都不会被自动承认。所以，中国公司如果不得不依从这些行政或司法规定行事，进而影响了合同履行，就是违约/毁约并要面对损失赔偿。

De Venezuela S.A. (2020) EWHC 2937 (Comm); Celestial Aviation Services Limited v Unicredit Bank GmbH, London Branch (2024) EWCA Civ 628 等先例。在古老的 Buchanan v Rucker (1808) 9 East 192 先例，Ellenborough 勋爵说：

“Can the island of Tobago⁹⁸ pass a law to bind the rights of the whole world? Would the world submit to such as assumed jurisdiction?”

另在 Kleinwort, Sons and Company v Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft and Another (1939) 2 KB 678 上诉庭先例，Du Parcq 大法官说任何国家当然都可以立法约束其国民在外国的行为，但不能期望另一个国家的法院会以牺牲其本国法为代价来执行该立法。英国法院的首要任务是确保“英国法合同”根据英国法被遵守和履行，并提到唯一例外是履行合同时违反外国的“履行地法”。有关判决可节录如下：

*“... whether one can go very much further than any decision ever has done and say that if a sovereign State chooses to enact that, if one of its subjects, obeying the law of a foreign country, carries out in that foreign country a contract which he has made according to its laws, he will be committing an offence against the laws of his own country, then the Courts of England must say: ‘We cannot compel you to keep your contract because, if you do, you will be breaking the law of your sovereign State.’ I think that the answer to that suggestion ought to be a very emphatic negative. I do not say for a moment that a sovereign State may not legislate to control the acts of its subjects beyond its borders. Of course it may. Nothing can prevent a sovereign State from so legislating, and it is a matter with which these Courts have no concern. But it is right that it should be understood that, **if a sovereign State legislates so as to interfere with the acts of its subjects outside its own territory and, in a sense, its own jurisdiction, then it cannot expect - and I suppose that no State would expect - that the Courts of another country will enforce that legislation at the expense of their own laws. Primarily it is our business to see that English contracts are observed and carried out according to English law. It is an exception to that rule that if, in carrying out a contract, the law of the place where it is performed will be broken, to that extent the contract is treated as invalid.**”*（加黑部分是笔者的强调）

最后节录在 Spliethoff’s Bevrachtungskantoor BV v Bank of China Ltd (2015) EWHC 999 (Comm)先例，Carr 大法官清楚说在一个英国法合同下，是不会考虑

⁹⁸ 该 200 多年前的案例中，原告在加勒比海的多巴哥岛的法院获得了针对英国被告的缺席胜诉判决并去英国法院执行。在多巴哥岛的诉讼程序中，被告既不是多巴哥岛的居民也没有被实际送达过起诉状，看来对这个诉讼根本不知情。原告只是根据多巴哥岛的法律将对被告的起诉状贴在多巴哥法院门前的公告栏进行送达。Ellenborough 勋爵提出该带有讽刺性的反问：“一个殖民地的小岛能否通过立法就对全球任何人（即使与该地无任何联系）都具有约束力？”意思就是说要全世界都接受英国法认为违反自然公正的送达是不可能的。

在当事人（例如是一家中国公司）所在地或营业地是否非法，说：“... *when considering an English law contract, English law regards illegality by the place of the performing party's domicile or place of business as irrelevant.*”

这原则也适用在方方面面，例如在处理“实体争议”（substantive disputes）时也会经常要面对，笔者只随意举以下例子：

（一）一个被报道的 1992 年的 ICC 仲裁，案件涉及在巴西建工厂的工程项目，巴西的业主与美国承建商约定争议在巴黎仲裁与合同适用巴西法。双方在履行中发生争议，业主指美国承建商有欺诈的做法，主张适用美国的《Racketeering Influence and Corrupt Organisation Act》（简称“RICO”）立法⁹⁹，可以索赔三倍的损失，不过仲裁庭认为合同约定了巴西法为适用法，而适用 RICO 与巴西法有冲突，所以不同意适用 RICO。

（二）美国的 Northrop Corp. v Triad Int'l Marketing S.A. 811 F.2d 1265 (9th Cir. 1987) 先例也同样判要以合同适用法决定实体争议。案情涉及飞机制造商 Northrop 与 Triad 签订一份“经销协议”（marketing agreement），委任 Triad 作为独家经销代表向沙特空军销售战斗机，并收取佣金。该协议包含一条仲裁条文与约定适用法是美国加州法律。1975 年 9 月 17 日，沙特颁布第 1275 号法令，禁止支付与军火合同相关的佣金。因此 Northrop 停止向 Triad 支付佣金，Triad 提出抗议，并要求 Northrop 根据协议支付尚未支付的佣金。双方之后开始仲裁，Northrop 的主要抗辩就是在该沙特法令下，根据经销协议支付佣金是非法。仲裁庭认为应以双方同意的适用法美国加州法律考虑沙特法令对合同造成的影响。Northrop 主张沙特法令属于“法律阻碍”，根据加州《Civil Code》之 S.1511，可以免除其支付佣金的合同责任。但仲裁庭认为沙特法令并未实际阻止 Northrop 支付佣金，因为并非需要沙特政府的批准才能支付，即使支付佣金可能会违反沙特法令，这只是 Northrop 与沙特政府之间的潜在问题，不能改变 Northrop 与 Triad 合同的效力。因此，仲裁庭支持了 Triad 支付佣金的主张。之后 Northrop 向法院申请撤销裁决，但上诉庭最终驳回了申请。

（三）在 Accentuate Ltd v Asigra Inc (2009) EWHC 2655 (QB) 先例，案情涉及一家英国公司 Accentuate 与一家加拿大公司 Asigra 签订一份销售代理合同为 Asigra 在英国分销软件产品。代理合同约定适用法是安大略省法（Law of Ontario）与加拿大联邦法（Federal Law of Canada），仲裁地是安大略省。双方在 2006 年发生争议，在该年 6 月 Asigra 启动仲裁，并在 11 月作出终止代理合同的通知。Accentuate 在抗议下参与仲裁，向仲裁庭指出欧盟立法下的索赔是在仲裁庭的管辖权限以外。仲裁庭在 2008 年 3 月决定欧盟立法不适用，适用双方约定的安大

⁹⁹ RICO 立法原本是用来针对黑手党（Mafia）这种有组织犯罪的。但在黑手党式微后，RICO 被用来大量针对商业活动并作出“惩罚性赔偿”（punitive damages）。关于惩罚性赔偿，也可见笔者《损失赔偿与救济》一书第一章之 3 段。

略省法，说：

“... this Arbitral Tribunal has been asked to determine a specific question. Here, while a principal purpose of the English Regulation according to the European Court of Justice may be to protect, for all commercial agents, ... this does not justify restricting the parties’ freedom to choose a desired governing law in Ontario.

*It is the Arbitral Tribunal’s decision therefore that **the English Regulations do not apply in determining the rights and liabilities of the parties to this arbitration.** Those rights and liabilities will be determined in accordance with **the ‘governing law’ selected by the parties in ... the Agreement.**”*（加黑部分是笔者的强调）

只说此先例接下去有插曲，就是 Accentuate 在英国法院以欧盟保护商业代理人的《Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993》立法作为独立诉因提起另一个诉讼。最后上诉去了高院判合同以约定适用法是安大略省法与仲裁地选择安大略省回避此“强制性”（mandatory）¹⁰⁰欧盟立法是无效的。针对此先例想强调的是在一个国际仲裁（如本先例的安大略省仲裁），仲裁庭只关心双方约定的合同适用法，不理睬其中一方当事人如 Accentuate 的所在地法，即使是“强制法”。

2.3.2 “合同履行地法”（laws of the place of performance）

英国法下的“非法理论”（doctrine of illegality）只考虑“本地非法”（domestic illegality），也就是看有关合同的形成、订立目的与履行是否在英国法下非法或/与违反英国公共政策。至于是否在外国法（这包括是不同合同当事人所在地的法律）下非法，通常是不理会的，但社会科学总有例外，非法也一样。在其实并不久远的国际商贸全球化与国际友好的年代，国际努力通过各种渠道（如 UNCITRAL、IBA）建立共识与同一套国际商务游戏规则，这一般不是大问题。即使国与国之间的非法/公共政策有差异（如禁酒或婚姻等），也绝少影响国际商贸活动。但现在就严重了，因为以美国为首的西方国家的“单边制裁”（unilateral sanction）都与美国法“非法”扯在一起。而被制裁的国家也有各种反制，如有违反在该国也是“非法”。更不用说还有许多其他与国际商贸有关且国与国之间各走极端的法律，如数据保护、出口管制等，违反都属于非法。

2.3.2.1 英国法/普通法下承认的“外国法非法”（foreign law illegality）

国际商业合同最广泛被适用的英国法/普通法，在今天开始分裂的世界如何对待“外国法非法”的问题，目前权威的 *Ryder Industries Limited v Chan Shui Woo*

¹⁰⁰ 在 *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Inc* (1998) 7 WLUK 677 先例，上诉庭决定直接让“欧洲法院”（European Court of Justice 或简称“ECJ”）来审理《Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993》立法是否适用。欧洲法院最后决定这是强制法，当事人不得以订约自由逃避。

(2015) 18 HKCFAR 544 香港终审法院先例有很好的总结，在这里先节录笔者的《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第九章之 4.2.1 段，如下：

*“First, if the contract is **unenforceable under its proper law** (whether chosen by the parties or otherwise), then it will not be enforced by the Hong Kong court. The importance of this principle is that it applies to limit the enforceability of the contract regardless of the place of required, intended or actual performance. Moreover, it is **irrelevant whether the bar on enforcement is a foreign penal law of the sort which will not be directly enforced by a Hong Kong court.** (第一个原则是合同在其[无论是当事人约定还是根据冲突法认定的]适用法下不可执行，香港法院就不会执行该合同。这是无论有关外国的适用法中违法或非法的严重性如何[例如无论是严重刑事犯罪，还是轻微的行政违法；也无论这些法律在香港是否相同。]。笔者可以简单举一个例子，例如是合同约定适用中国法，合同约定要在上海开赌场，由于中国法下这属于禁止与非法行为，那么香港法院不会执行。)*

*Secondly, if the performance of the contract **requires or necessarily involves conduct which is illegal under the laws of the place where it is required to be performed**, then it will not be given effect regardless of its proper law. (第二个原则是无论合同的适用法是什么，只要合同要求或实质需要的履行在履行地[友好国家¹⁰¹]法律下非法，香港法院就不会执行合同。这可简单沿用上述例子，合同约定在上海开赌场，由于在履行地非法，香港法院也不会执行，即使合同适用法是中国澳门特区法律，而中国澳门特区允许此类行为，但不会改变此合同在香港法院不可执行的地位。)*

*Thirdly, the contract will not be given effect **regardless of its proper law** ‘if the **real object and intention of the parties** [at the time of concluding the contract] **necessitates them joining in an endeavour to perform in a foreign and friendly country** some act which is illegal by the law of such country notwithstanding the fact that there may be, in a certain event, alternative modes or places of performing which permit the contract to be performed legally’. (第三个原则是无论合同的适用法是什么，订约时当事人的真实目的是要在外国友好国家采取违反当地法律的行为。换句话说这并非是第一或第二个原则下令合同形成非法[包括合同约定的履行非法]，而是针对当事人目的非法的情况，此时也会不予执行。例如当事人在合同中只约定了要在亚洲开赌场。此时合同本身并没有要求必须在中国内地开赌场，因此合同实际上可以合法履行[例如在澳门、新加坡或韩国开赌场]。但是根据证据显示当事人在订约时目的就是在上海开地下赌场，此时香港法院也不会予以执*

¹⁰¹ 英国法院是根据英国政府、外交部 (Foreign Office) 的决定认定个别外国是否“友好”。对众多的发展中国家包括中国，即使心里有什么看法，也不会上纲上线宣告是“不友好”。但深信即使同样是“友好”外国，美国应与中国或日韩有别。如在 O v C (2024) EWHC 2838 (Comm) 先例就有提到英国与美国同盟 (allied jurisdiction) 的地位。

行。)

*Fourthly, violation of foreign laws in the actual performance of a contract may, even though not required or initially intended, lead to the unenforceability of the contract before a Hong Kong court, regardless of its proper law. It has recently been stated in England at first instance that a contract will not be enforced if it has been 'performed in such a way that one party (or both parties) commits a legal wrong'. It is, however, respectfully suggested that this is to state the principle too rigidly, and that a more flexible approach having regard to **the seriousness of the foreign illegality is required to determine whether public policy and comity** really require enforcement of the contract to be denied in such a case.* (第四个原则, 则是既非合同形成非法, 也非合同目的非法, 但履行过程中采取了在履行地属于非法的行为[不是合同要求或实质需要这样履行也不是合同目的就是这样履行, 而是本来是可以以合法行为去履行], 这看来要基于国际礼让的公共政策, 看履行地非法背后的公共政策的严重性, 也要看该公共政策是否在香港特区也一样会被支持。例如当事人在合同中约定了在韩国开赌场, 也没有证据能显示当事人目的涉及在中国内地开展业务。但是在实际赌场运营过程中, 业务拓展到了中国东北的地下赌场, 这一来就变成在履行过程中采取了履行地非法的行为。但是并不能说因为在履行过程中有一方[或双方]当事人采取了触犯法律 [legal wrong] 行为, 就必然导致不可执行。这需要结合在履行地非法背后公共政策是否视为严重等, 以及还要同时结合在国际礼让下如何考虑, 才能有弹性与成比例地得出是否不予执行的决定。)

Fifthly, the above four principles apply irrespective of whether the illegality under foreign law existed at the time of contracting or arose subsequently. (以上这些不同情况下的4个原则, 与外国法是否在合同形成时已经存在无关。例如是原本订约时合法的行为, 因为环境、外国法改变后来在履行时变为非法, 此时与订约时是否已经非法无关。)

今天有大量“突发”的“外国法非法”, 尤其是各国或组织的制裁(主要是美国)与地缘政治带来的各种立法。但从以上第五条能看到, 对于英国法而言, 外国法非法最主要看的是在产生争议时外国法律的现状。因此例如即使订约时不被制裁, 事后制裁清单更新导致一方当事人的中国公司、资产或有关行为被制裁禁止, 也都离不开要考虑合同是否因外国法而导致效力受影响。

在这几种效力会受影响的情形中, **第一种原则**的情形就是合同适用法下非法。而在英国法院或伦敦仲裁就要以双方当事人约定的“外国法”(如中国法)去审理, 并要寻求外国法专家证人的帮助。这一来, 就引入了中国法的制裁/反制裁机制, 在本章之 2.3 段提到的合同中的“制裁条文”¹⁰², 就可能因为在中国的《反外国制裁法》¹⁰³下非法而无效。同样道理, 目前国际商贸合同中最常见的适用法

¹⁰² 在本书第三章之 2 段将针对不同的行业有更详细的介绍。

¹⁰³ 见本书第一章之 5.2 段。

是英国法，而这就表示引入了英国的制裁机制，这方面可见本章之 2.2.1 段不再重复。

而**第三种原则**的情形是合同订立的目的与意图是违反友好国家的法律，在 Foster v Driscoll (1929) 1 KB 470 上诉庭先例，Sankey 大法官说：“*To sum up, in my view an English contract should and will be held invalid on account of illegality if the real object and intention of the parties necessitates them joining in an endeavour to perform in a foreign and friendly country some act which is illegal by the law of such country notwithstanding the fact that there may be, in a certain event, alternative modes or places of performing which permit the contract to be performed legally.*”（加黑部分是笔者的强调）

这纯粹是英国法根据“国际睦仪/礼让”（international comity）判断是否还愿意执行。例如，将原产地是中国的产品通过越南转口卖到美国以逃避关税。单从合同来看，出售越南产品到美国不涉及任何非法，但合同目的其实是将中国产品伪装成越南产品出售到美国，这过程中还可能涉及伪造文件改变原产地等行为，显然在美国法下非法。因为美国是英国的友好国家，所以英国法院会承认美国的制裁机制，以合同目的是试图违反美国法为由拒绝执行合同。在重要的 Regazzoni v Sethia (1958) AC 301 贵族院先例，案情有关印度因为公共政策禁止出口黄麻袋去当年仍是种族隔离的南非，贵族院判当事人在买卖合同下通过三角贸易/转口贸易经意大利转运去南非是无效或不予协助执行。

类似的，**第四种原则**的情形发生的情况，往往是合同实际履行（一份复杂的合同如一带一路的工程合同会涉及成千上万不同的履行）在过程中已经采取了在履行地非法的行为，而这并非合同的约定或目的。但这与制裁的关系较小，就不在此针对。

2.3.2.2 合同履行地非法的“Ralli Brothers 例外”

目前看来，中国公司/企业最需要了解的是**第二种原则**，这种外国法非法是 Ralli Brothers v Compania Naviera Sota Y Aznar (1920) 2 KB 287 上诉庭先例带来的“Ralli Brothers 例外”或“Ralli Brothers 原则”，或拉丁谚语的“*lex loci solutionis*”。也就是如果合同约定（contract requires）或是事实证明合同实质需要（contract necessarily involves conduct）的履行地的法律下是非法，英国或普通法法院不会协助执行合同。为了避免合同履行被“履行地非法”过度影响，法院可能严格限制对“履行地”的解释。¹⁰⁴如在一个“一带一路”的复杂工程，涉及了许多供应原材料与部件的不同国家（可能多达上百个）。这些国家一般不会被认为履行地，所以如果其中一个国家突然禁止出口某些部件，不会构成可以不履行主工程合同承诺的非法抗辩。这些只能算是合同履行的“准备工作”，而且往往在有关工程合同中约定了由谁承担风险（会是业主，也会是承建商/总包商），如高价寻

¹⁰⁴ 见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第九章之 4.2.2 段。

找替代履行方式来解决等等。但如果是在合同约定或合同实质需要（如工程所在地）的履行地变为非法，就不存在可寻找替代履行方式，可以依赖非法抗辩。

在近期的 *Magdeev v Tsvetkov* (2020) EWHC 887 (Comm) 先例说：

*“The debate on illegality focussed on four authorities. The first of those is the well-known Court of Appeal decision of *Ralli Bros v Compania Naviera Sotay Aznar* ... It is authority for the proposition that **the Court will not enforce a contract if the performance of that contract necessarily requires an act in a friendly foreign state which would be unlawful by the law of that state**. The rule does not require the parties to intend the illegality or even to be aware of the fact that what they have bargained for will involve an act unlawful by the place of performance. It simply requires it to be established that **their bargain necessarily involves such an act**.”*（加黑部分是笔者的强调）

也可见 *Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A.* (2020) EWHC 2937 (Comm) 先例中提到“*Ralli Brothers* 例外”一旦适用的后果就是外国法也会被考虑，换句话说合同履行义务在英国法院不可执行，或者单纯的支付义务就会是中止支付：*“In general, illegality under foreign law does not frustrate or otherwise relieve a party from performance of an English law contract... The rule in *Ralli Bros* operates as a limited exception to this general rule. It provides that an obligation under an English law contract is **invalid and unenforceable, or suspended in the case of a payment obligation, insofar as the contract requires performance in a place where it is unlawful under the law of that required place of performance...**”*（加黑部分是笔者的强调）

英国法/普通法下普遍接受在“*Ralli Brothers* 例外”下承认“外国法非法”，只要是“友好”外国，而且承认外国法并不违反本国的公共政策。国际商业社会各行各业普遍使用“英国法标准格式合同”，这一来这些来自不同国家（无论是发展中国家或是先进国家）的当事人在履行合同承诺的过程中发生争议就经常会涉及英国法下的“外国法”非法问题。例如一方当事人无法获得某外国的批准或该国有了政策上改变，导致无法履行合同承诺或在该国法律下履行合同承诺是非法。而在约定的伦敦仲裁（或香港仲裁）中，被指控拒不履行合同承诺的违约方就要依赖“*Ralli Brothers* 例外”作为抗辩，所以可想而知适用“*Ralli Brothers* 例外”的案件也越来越多。这在笔者的《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第九章之 4 段已有详细介绍，这里不再重复。

本段只针对美国与部分西方国家的单边制裁，显然“*Ralli Brothers* 例外”也适用在违反“外国制裁”的情况，也就是英国法承认这些“外国制裁”，好像英国本土制裁一样。如近年来针对制裁俄罗斯的大量案件，涉及的“外国制裁”都是美国或欧盟国家的制裁，这些国家肯定是友好甚至是“同盟”国家。再加上制裁俄罗斯与英国法和公共政策高度一致，适用“*Ralli Brothers* 例外”就更不成问题了。

当然，也正因为针对俄罗斯的制裁是一致，所以不少英国案例主要针对的还是英国本土法律与制裁机制，而无须引入外国（主要是美国）的制裁机制。主要针对“外国制裁”的案例也有但并不多，例如 LLC Eurochem North-West-2 v Societe Generale SA (2023) EWHC 2720 (Comm) 先例。该先例涉及两家欧洲著名的跨国金融机构/银行法国兴业银行（Société Générale S.A.，简称“SG”）与荷兰国际集团（ING Bank N.V.，简称“ING”）因欧盟、法国和意大利的制裁拒绝在“见索即付保函”（on-demand bond）下支付给原告 Eurochem，在英国法院就是以“Ralli Brothers 例外”作为抗拒理由，说：

*“SG pleads that they have been excused from performing or making payment under the Bonds and/or are obliged or entitled to withhold performance; and/or that the Bonds have been discharged and/or terminated and/or frustrated because **payment by SG to the Claimant was and is illegal under EU, French and Italian law.** They rely on what they call the principle in Ralli Brothers v Compania Naviera Sota y Aznar [1920] 2 KB 287, to the effect that a contract is invalid insofar as its **performance is unlawful by the law of the place in which it is to be performed, namely France and Italy.** They plead also that payment under the Bonds would be contrary to English public policy; and that SG is excused from their obligation to pay under the Bonds, relying on a term which they say is to be implied into the Bonds, to the effect that they are excused from performance if to perform would cause SG to be in breach of any restrictions imposed by sanctions. **ING puts forward similar defences, relying in particular on the so-called Ralli Brothers principle.**”*（加黑部分是笔者的强调）

在国际金融与商贸活动，更主要的是美国制裁。因为合同双方往往约定以美元交易与结算，在“美元霸权”下，无论交易本身是否与美国有关（例如是中资背景的 BVI 卖方与武汉买方，买卖的货物是华为芯片），约定以美元支付的合同都难逃陷进美国管辖与制裁机制。在英国法下，也是以“Ralli Brothers 例外”为由接受与承认这些美国的单边制裁。Celestial Aviation Services Ltd v UniCredit Bank GmbH, London Branch (2024) EWCA Civ 628 上诉庭先例说：

*“If it is correct that settlement otherwise than by a US dollar transfer to the specified account is precluded, then **the Ralli Bros principle could be engaged if the act of performance**, in this case effecting payment in US dollars to the specified account, would have required the involvement of a correspondent bank in the United States.”*（加黑部分是笔者的强调）

可以立即想到不少中资银行也会需要依赖“Ralli Brothers 例外”作为抗辩，例如刚发觉一位客户可能或已经被加入“SDN 清单”的情况下，就要作出抉择。如果不严格遵守 OFAC 的制裁，就可能面对严重的后果。所以相信不少怕麻烦的银行（听说中资银行就有这种十分谨慎的心态）就干脆不履行与该客户的合同承诺，如提供一笔贷款或马上要兑付的一笔钱就不支付了。但这一来，就要准备面对客户的违约与索赔损失的诉讼或仲裁了。“Ralli Brothers 例外”就是中资银行

在伦敦或其他普通法地区（如新加坡）的分行面对客户¹⁰⁵索赔的唯一有效抗辩，也就是履行合同会违反美国法律（对英国或新加坡而言是“外国法”）。所以，今天以“Ralli Brothers 例外”用作抗辩的案件应会因为制裁大幅度增加。

为了尽量简要，笔者在本段只较详尽介绍三个先例，包括刚提及的 LLC Eurochem North-West-2 v Societe Generale SA 与 Celestial Aviation Services Ltd v UniCredit Bank GmbH, London Branch 两个先例。

2.3.2.3 *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co (1989) 3 All ER 252* 先例

介绍 *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* 先例是为了突出即使只是美国的制裁（此先例是针对利比亚），不是英国的制裁，英国法院仍会以“Ralli Brothers 例外”承认违反美国单边制裁是“外国法非法”，这也并不违反英国的公共政策。

该先例案情涉及原告利比亚银行（是利比亚中央银行为海外业务而设立的）在被告美国银行的纽约分行（Bankers Trust New York）与伦敦分行（Bankers Trust London）都开了美元账户。根据双方的协议，纽约账户每天的余额保持在 50 万美元，多的转账到伦敦账户，如果不足 50 万美元则由伦敦账户转账补足。¹⁰⁶在 1986 年 1 月 8 日下午 2 时，被告应将纽约账户中的约 1.61 亿美元转移至伦敦账户，但被告没有这么做。理由是 1 月 7 日，美国通过行政命令禁止向利比亚提供贷款。接着 1 月 8 日下午 4 时 10 分，美国里根总统宣布对利比亚实施全面经济制裁，包括冻结利比亚在美国的资产，这一来将金钱从纽约账户转到伦敦账户是非法。事件是源于卡扎菲总统在 1969 年上台后，与美国的关系持续恶化，美国将利比亚视为是支持恐怖主义的国家，并认为有多起针对美国的恐怖袭击事件与利比亚有关。这导致在 1986 年 1 月美国宣布对利比亚实施全面经济制裁。

但英国没有同样的制裁，所以原告要求伦敦账户作出支付是完全合法。原告在 4 月 28 日发函给 Bankers Trust London，要求支付伦敦账户中的 1.31 亿美元，如下：

¹⁰⁵ 但如果针对的是中国客户，即使在普通法地区法院以“Ralli Brothers 例外”成功抗辩，也有危险会被中国客户在中国法院以《反外国制裁法》提起诉讼。

¹⁰⁶ 这种财政安排在当年很常见，因为美元与英镑是国际流通的两大货币，在两大国际金融中心纽约与伦敦开银行账户以利这两大货币的收支显然方便与有好处。这包括美元与英镑之间会有中长期强弱的展望或客户内部的需求，另外美元与英镑有不同存款利率，即使同样是美元存款在英国与美国也有不同的利率，美国与英国对赚取利息的税率不同等等。此先例报道说利比亚银行在英国的账户也是美元账户，看来此财政安排就可能还会有其他背后原因，例如利比亚在政治上不相信美国，对英国比较安心。当然也有可能是其他非政治原因，例如是利比亚银行肯定有英镑账户，准备稍后汇率较佳时将美元转为英镑等等。当然这些背后原因都不必去深究。

*“We hereby instruct you to pay to us at 10.30 a.m. U.K. time on Thursday 1 May 1986 out of our U.S. dollar account number 025-13828 at Bankers Trust London the sum of U.S. dollars one hundred and thirty one million. We make demand accordingly. This sum is to be paid to us in London at the said time and date either by a negotiable banker's draft in such amount (U.S.\$131,000,000.00) drawn on Bankers Trust London payable in London to ourselves (Libyan Arab Foreign Bank) or to our order. **Alternatively we will accept payment in cash although we would prefer to be provided with a banker's draft as aforesaid.**”*（加黑部分是笔者的强调）

此外原告还在同日发出了类似的信件，要求 Bankers Trust London 支付本应从纽约账户转移到伦敦账户的约 1.61 亿美元。

只说法院认定如果在伦敦出美元银行汇票，是一定要通过纽约结算。这一来，Bankers Trust London 如果以这种方式履行合同肯定是非法，所以“Ralli Brothers 例外”适用。Staughton 大法官说：

*“... I regard as particularly difficult, whether **the issue of a banker's draft or banker's payment by Bankers Trust to the Libyan Bank would necessarily involve illegal action in New York.** Even if the instrument were cleared through London dollar clearing, action in New York would, as I have already mentioned, ultimately be required. ..., I am inclined to believe that Bankers Trust would have a second defence to a claim based on failure to issue such an instrument, on the ground **that performance of their obligation would necessarily involve illegal action in New York.**”*（加黑部分是笔者的强调）

但 Staughton 大法官接下去说 Bankers Trust London 作为债务人有责任或义务按照原告在 4 月 28 日的指示做出支付。该指示除了要求银行汇票外，也指示可以“现金”（cash）¹⁰⁷支付：

*“So in my view **every obligation in monetary terms is to be fulfilled, either by the delivery of cash, or by some other operation which the creditor demands and which the debtor is either obliged to, or is content to, perform.** There may be a term agreed that the customer is not entitled to demand cash; but I have rejected the argument that there was any subsisting express term, or any implied term, to that effect. Mr. Sumption (Bankers Trust 的代表大律师) argued that an obligation to pay on demand leaves very little time for performance, and that U.S. \$131m. could not be expected to be obtainable in that interval. The answer is that either a somewhat longer*

¹⁰⁷ 在一般的情况下，“现金”并不表示一定要用纸质钞票支付，也包括电汇、银行汇票等现代方法：见 The “Brimnes” (1974) 2 Lloyd's Rep 241; The “Laconia” (1977) 1 Lloyd's Rep 315; The “Afovos” (1980) 2 Lloyd's Rep 18 等先例。但在此先例，因为制裁，现金是唯一一种可以绕开美国的支付方式。

period must be allowed to obtain so large a sum, or that Bankers Trust would be in breach because, like any other banker they choose, for their own purposes, not to have it readily available in London.”（加黑部分是笔者的强调）

以上判决是说在支付一笔钱或债务时，在合同没有明示约定的情况下，法律默示地位是债务人要按照债权人的指示去支付。这指示可以是电汇去某本地或外国的银行账户、现金、出票（银行汇票）；或甚至经常发生的直接支付给第三人（可以是受让人，或是清还欠该第三人的债务）等等。而只要是合法，债务人必须据此指示履行。在此先例，原告在 4 月 28 日的信函清楚说明如果不能出票，就可以在伦敦以“现金”支付。这完全可以合法履行，因为履行地的英国没有和美国一起经济制裁利比亚。Bankers Trust 代表大律师指出这完全不现实，这 1.31 亿美元怎样以现金支付，也不是一时三刻就能筹够这笔现金。但 Staughton 大法官说很困难履行不代表不能履行，如果在合理时间筹不够这笔钱，也只是一般违约的问题。

最终 Staughton 大法官判，Bankers Trust 没有在 1 月 8 日 2 时将纽约账户的 1.61 亿美元转移到伦敦账户（1 月 7 日的行政命令并不限制这种操作，是在 1 月 8 日 2 时后的两个小时作出的行政命令才令这种行为变为非法）属于违约，加上以上所说可以不违反美国法律直接在伦敦以现金支付，因此原告可以要求 Bankers Trust 支付 1.31 亿美元加上 1.61 亿美元。

此先例看来是为了支持合同从而作出了相配合的解释，即如果有“合法”的办法履行，就尽量支持合同的约定，而不是动不动以非法（包括美国的“外国法非法”）判合同是无效或不予执行。¹⁰⁸另是，笔者感觉到在此先例的年代，英国对不同国家的经济或贸易制裁仍保持一定的自主判断，也更关心将伦敦建设为全球金融中心。但相信在三四十年后的今天，英国与美国对个别国家如俄罗斯或伊朗等的制裁已是高度一致，即使两国的制裁机制有不同之处（例如美国的“二级制裁”英国就没有），但英国法院不会作出是好像此先例“钻空子”回避美国经济制裁利比亚的判法了。英国的法院可能会判以 2.92 亿“现金”作出支付是不现实与不可能的，恐怕整个伦敦也没有这么多美元的现金，从而合同无法被执行。

2.3.2.4 LLC Eurochem North-West-2 v Societe Generale SA (2023) EWHC 2720 (Comm) 先例

案情涉及一个在俄罗斯建造化肥厂的工程，原告 LLC Eurochem North-West-2（简称“Eurochem”）作为业主，在该工程中获得欧洲承建商从被告法国兴业银行（Société Générale S.A.，简称“SG”）和荷兰国际集团（ING Bank N.V.，以下简称“ING”）的法国和意大利分行开出的“见索即付保函”（on-demand bonds）。保函下均约定了英国法院的“专属管辖”（exclusive jurisdiction）与适用英国法。后

¹⁰⁸ 见笔者《合约的解释：规则与应用》一书第四章之 6 段与《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 1.5.2 段。

在俄乌冲突爆发后，欧洲承建商因欧盟对俄罗斯的制裁而需要马上停止履行该工程合同，Eurochem 也以欧洲承建商违约/毁约并要自己另设法去完成工程，所以在“见索即付保函”下要求被告 SG 与 ING 分别支付 137,159,881.61 欧元和 75,285,299.85 欧元。然而，SG 与 ING 以制裁为由拒绝付款，理由是 Eurochem 所在的集团公司与受欧盟和英国制裁的俄罗斯寡头 Andrey Melnichenko 先生关系密切，付款将违反欧盟、法国和意大利的制裁机制。Eurochem 在英国法院根据 CPR r.25.1(1)(k)¹⁰⁹申请法院作出“中期付款”（interim payment）命令¹¹⁰，要求两被告将钱支付进英国法院或原告因制裁而被冻结的账户中。

SG 与 ING 辩称根据欧盟制裁，向被制裁方（Eurochem）支付款项构成刑事犯罪。因此他们在法国和意大利履行付款义务在当地法律下非法，应适用“Ralli Brothers 例外”。另外，欧盟对俄罗斯的制裁导致合同履行非法。保函已因受阻而自动终止。法院认同被告提出制裁的抗辩是一个实质性抗辩，需要全面审理，所以没有支持原告中期付款的申请。

2.3.2.5 Celestial Aviation Services Limited v Unicredit Bank GmbH, London Branch (2024) EWCA Civ 628 先例

在近期的 Celestial Aviation Services Limited v Unicredit Bank GmbH, London Branch 先例，案情涉及原告（有两位，一是 Celestial Aviation，另是 Constitution Aircraft Leasing，它们是爱尔兰公司）在 2005 年至 2014 年将好几架飞机租赁给俄罗斯的航空公司，后者也根据租赁合同在 2017 年至 2020 年期间由俄罗斯银行开出但有被告 Unicredit 的德国分行做出“保兑”（confirmed）的 12 份“备用信用证”（standby letter of credit）或相当于“见索即付保函”。这些备用信用证约定适用英国法与合并了 UCP 600。在 2022 年 2 月，俄乌冲突爆发。这也导致 2022 年 3 月这些租赁合同因制裁无法履行而终止，但俄罗斯的航空公司没有将这些飞机归还。所以，原告向作为保兑行的 Unicredit 要求支付，总共金额约为 7 千万美元。¹¹¹面对这笔实际上是债务的索赔，Unicredit 的抗辩就是自己因为制裁而无法支付，毕竟整套备用信用证都可以说是为了俄罗斯航空公司的飞机租赁合同提

¹⁰⁹ CPR r.25.1(1)(k)规定：“25.1(1) The court may grant the following remedies: (1) The court may grant the following remedies-

... (k) an order (referred to as an order for interim payment) under rule 25.6 for payment by a defendant on account of any damages, debt or other sum (except costs) which the court may hold the defendant liable to pay; ...”

¹¹⁰ 这可类比于笔者《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》一书第十章之 2.1.2 段提到的根据英国 1996 年《仲裁法》之 S.39 下作出的“中期裁决/命令”（provisional award/order）。

¹¹¹ 此案件进行过程中，原告已经成功申请到欧盟与英国有关机构的“许可”，允许做出支付。Unicredit 也相应支付了信用证下欠下的本金。到了上诉庭审理的时候，主要经济上的纠纷实际上只针对利息和费用。

供金融服务¹¹²。除了英国、欧盟法的制裁外，Unicredit 还抗辩了以美元电汇履行是非要经过纽约结算，因此在美国法的制裁下也是非法。这就变成要考虑“Ralli Brothers 例外”是否适用，能否成功以此抗辩。¹¹³

此先例中涉及的是爱尔兰公司和德国银行，那么是否可以通过支付英镑、欧元或现金这些替代方式履行，因此就不牵扯美元金融系统、不会受到美国制裁影响？上诉庭通过解释合同对此问题给出了否定的答案。上诉庭指出信用证机制的精神就要求必须严格遵照不得有任何偏差，这样才能在各个不同银行之间互相无争议与顺利地将支付义务传递下去。

在 *Equitable Trust Company of New York v Dawson Partners Ltd* (1926) 27 Lloyd's Rep 49 先例，Cave 勋爵就说：“*There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well.*”

而 UCP 与此先例中备用信用证的条文都对此有体现，例如此先例中的条文是：“*... documents are presented in strict conformity with the terms and conditions of this Irrevocable Transferable Standby Letter of Credit.*”

此先例中备用信用证中明确要求向指定银行帐户转让美元，因此上诉庭通过解释条文与根据在本书第三章之 3.1 段介绍的 *RTI Ltd v MUR Shipping BV* (2024) UKSC 18 最高院先例判无论看起来用现金、英镑或欧元多么合理或公正，都不被允许，那么就不能以有合法履行方式的理由排除“Ralli Brothers 例外”的适用。接下去就要考虑在英国、爱尔兰用美元付款是否确实违反美国制裁，因此根据“Ralli Brothers 例外”允许 Unicredit 拒付了。

一审并没有对 Unicredit 支付美元是否属于外国法（美国法）非法的事实进行明确认定，这对上诉结果也没有实际影响（根据英国制裁机制，上诉庭已经判 Unicredit 已经可以拒付），因此上诉庭没有再进一步考虑与审理此事实问题。但

¹¹² 在英国的制裁机制下，《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》之 Regulation 28 有非常广泛的措辞/文字：“(3) *A person must not directly or indirectly provide financial services or funds in pursuance of or in connection with an arrangement whose object or effect is— (a) the export of restricted goods to, or for use in, Russia; (b) the direct or indirect supply or delivery of restricted goods to a place in Russia; (c) directly or indirectly making restricted goods or restricted technology available— (i) to a person connected with Russia, or (ii) for use in Russia; (d) the transfer of restricted technology— (i) to a person connected with Russia, or (ii) to a place in Russia; or (e) the direct or indirect provision of technical assistance relating to restricted goods or restricted technology— (i) to a person connected with Russia, or (ii) for use in Russia...*”（加黑部分是笔者的强调）也因此在此先例中上诉庭根据此制裁机制，就已经判 Unicredit 可以拒绝继续付款。

¹¹³ 在上诉中，上诉庭判 Unicredit 有权依赖欧盟与英国的制裁，而在获得有关许可或明确不被制裁影响前中止支付，因此是否可以依赖美国制裁等问题不再重要，但由于对国际商业社会的广泛重要性，上诉庭仍然发表了“附带意见”（*obiter*）。

上诉庭指出，即使在美国制裁下不允许 Unicredit 付款，但是今天各类制裁下往往允许以申请“许可”等方式让交易继续进行，所以合同并不一定是要以违反制裁行事，因此 Unicredit 并不能在“Ralli Brothers 例外”下逃脱责任，而是应该采取“合理努力”（reasonable efforts）继续履行。

在 Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A. (2020) EWHC 2937 (Comm)先例，Cockerill 大法官就提到说：

*“On their face these appear to show that (absent contrary agreement) where a supervening prohibition may be lawfully circumvented by obtaining a licence, **a party is not excused from performance of a contractual obligation affected by that prohibition unless and until they make reasonable efforts to apply for and are refused a licence, or prove that, even had such efforts been made, a licence would actually have been refused.** It does not suffice for the non-performing party to show that it reasonably believed a licence would have been refused had such efforts been made ...”*（加黑部分是笔者的强调）

而在此先例中上诉庭判 Unicredit 并未采取合理努力，理由包括 Unicredit 向美国 OFAC 申请许可的时候，更针对的是自己能否从俄罗斯银行收取金钱，而没有针对自己能否在备用信用证下向原告做出支付。因此即使是在伦敦或爱尔兰支付美元会被美国制裁，原告也因为没有采取合理努力而不得依赖“Ralli Brothers 例外”逃避支付义务。

第三章 合同条文的应对

针对美国无底线的单边制裁，中国公司在“公法”层面要想自己不被制裁，只能尽量将“合规”(compliance)做好，但却毫无办法阻止地缘政治的继续恶化。但在公司与公司（特别是与美国公司）之间的私法/商法，中国公司在合同层面是可以有充分的应对办法。要知道，一旦一家中国公司被制裁，他刚订立或早已经订立的中期、长期合同的履行就马上受影响。由于在普通法下订约方对于合同承诺是有绝对或严格的履行责任¹¹⁴，所以最好或甚是唯一可控的预防就是将所有交易的合同订好，以明示条文保障自己向合同相对方作的承诺，尽量减低或免除在这种情况下无法履行合同的的责任。例如，会有风险是合同相对方被制裁从而影响到自己对合同承诺履行的能力，如在一份“美元合同”(US Dollar contract)下，中国公司无法向被制裁的合同相对方支付美元。特别是有美国关系的中国公司（尤其是银行与金融机构）要小心被加入制裁清单后，将来再也不能与美国公司进行业务与经营美元业务有困难，所以需要马上从合同脱身。

此外合规与订好一份合同是有密切关系，因为与对制裁敏感的外国公司或金融机构等订立一般商业合同或借贷等合同，是需要针对如何应对交易有关或适用的制裁机制进行艰辛的谈判。期间可能要对自己公司的内部与外部的制裁风险进行调查，包括内部如何操作，再加上一般合同中都会要向外国公司作出各种详细的陈述与保证（特别是对将来合同的履行如何合规），并在最后拟定好详尽的明示条文等等。这一切操作对后来履行合同的合规是至关重要，因为双方都清楚明了在哪些地方需要注意，也知道该做什么如是否需要向有关监管机构申请许可，如何应对监管机构的询问与调查等等。

面对美国等西方国家的经济制裁，草拟一些完善、详尽与自我保护的明示条文，如“制裁条文”(sanction clause)是肯定不容易。这会有以下的一些原因：

（一）今天见到的不同版本的“制裁条文”在这几年才变为是至关重要，原因也很简单，在 2022 年 2 月俄乌冲突爆发后才带来美国与部分西方国家在经济包括金融、贸易与服务等方面对俄罗斯的全方位制裁。同时，美国对中国的经济制裁也愈演愈烈，毫不遮掩地说明最终目的是将中国打回石器时代。可以说过往美国连同其他美洲国家在 1962 年开始对古巴实施的经济制裁，或联合国在 2006 年因为核扩散问题对朝鲜与伊朗的经济制裁，在复杂性（据知针对俄罗斯有接近 3 万条不同针对性制裁）、调整与加码的频率与对全球贸易的影响程度上都与今天对俄罗斯或中国的制裁不可同日而语。这表示草拟一条合格的“制裁条文”，除了要全面针对当今美国与部分西方国家的制裁机制外，在一个较长期合同还要对将来会有变化一并针对。

（二）此外，“制裁条文”被广泛使用的历史太短，不像其他针对的惯用条

¹¹⁴ 见笔者《合同的履行、弃权与禁反言》一书第二章之 2 段。

文如“免责条文”(exception/exemption clause)、“不可抗力条文”(force majeure clause)、“完整合同条文”(entire agreement clause)等已经有较长或悠久的历史,所以有无数的先例在方方面面做出权威的解读与提供指引。但制裁条文就太年轻了,想得到的寥寥可数的近期先例,也在本书不同段节介绍了,如 Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd (2018) EWHC 2643 (Comm); Lamesa Investments Limited v Cynergy Bank Limited (2020) EWCA Civ 821; Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A. (2020) EWHC 2937 (Comm)等。从这些先例也暂时看不出法院会倾向于怎样解释“制裁条文”,例如 Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd 先例是比较狭窄的解释,但在较后的 Lamesa Investments Limited v Cynergy Bank Limited 先例,上诉庭是给“制裁条文”更宽的解释,包括“强制性法律条文”可以是涵盖了美国“二级制裁”(secondary sanctions)。

(三) 今天可以肯定是英国法院应该会作出更宽松与不会善待“被制裁方”(sanctioned party)的解释,因为众所周知经济与贸易制裁就是为了达到政治目的,而美国的最终目的就是将中国打回石器时代。英国最高院的 Burrow 勋爵于 2022 年 3 月 24 日在赫特福德大学的演讲中说要根据立法目的进行解释:

“there is only one correct modern approach [对立法解释] – that one must ascertain the meaning of the words in the light of their context and the purpose of the provision.” (加黑部分是笔者的强调)

在近期的 Celestial Aviation Services Limited v Unicredit Bank GmbH, London Branch (2024) EWCA Civ 628; AerCap Ireland Ltd v AIG and others (2024) EWHC 144 (Comm)等先例都认同应该根据制裁立法目的进行解释。

(四) 可举两个例子显示今天美国“制裁机制”(sanctions regime)的复杂性令草拟有针对性的制裁条文并不容易。首先是美国用来针对“非美国人”(也包括所有的中国公司)的单边制裁。相信有不少中国公司已经是经营大量美国等西方国家看不顺眼的业务,如买卖新疆产品、与俄罗斯或伊朗公司合作特别是进行敏感的石油买卖等。这些业务本来在管辖的法律体系,如中国法或俄罗斯法下都是完全合法。但一旦这些业务自投罗网陷入美英的管辖范围,就会从“合法”变了是“非法”。陷入英国法管辖最常见的方式就是在合同加上“英国适用法”条文与/或同意伦敦仲裁。而陷入美国法的管辖就是合同以美元计价或结算。这表示如果条文中只是使用“非法”(illegality)、“适用的制裁”(applicable sanctions)或“适用的经济制裁法律”(applicable economic sanctions law)等泛泛的措辞/文字,因为合同本身与美英没有关系,所以可以争辩不包括美英的单边制裁等等。但显然不少走出去的公司或银行对美国的制裁是最关心的,所以非要在明示条文特定针对。

另一个不容易草拟的例子是这些条文如一条“货币转换条文”(currency conversion clause),会否被有关监管机构如美国的 OFAC 认为是“规避制裁”(circumvention of sanction),这会稍后介绍。

（五）由于违反制裁的后果十分严重，甚至会构成刑事犯罪，所以西方公司与有国际业务的公司都不敢不严肃对待。虽然制裁法律在许多方面不肯定与没有经过司法的测试，但制裁的目的是十分明确，所以可以肯定遇上灰色地带 OFAC、OFSI 与美英法院为了制裁的明确目的会宽泛解释与严厉对待被制裁方、被制裁行业或被制裁的整个国家。所以不少公司/银行为了更好保护自己，拟定了一条被抨击为过分广泛与不必要的“制裁条文”。再加上每一家公司如一些跨国公司或银行，有自己的不同业务、对制裁风险的不同评估、保守或进取的不同取态等等，导致同一行业的公司或银行都各有不同写法的制裁条文。可以说，目前的局面是十分混乱与不肯定。

接下去笔者介绍一些与制裁相关的条文。

1 “不可抗力条文” (*force majeure clause*)

目前中国公司订立的很多合同中都没有一条制裁条文，一旦有一方被制裁或遇到乱加关税的情况，合同就可能履行不下去，受影响的合同方希望依赖不可抗力条文从合同中脱身。

首先可先简单介绍在合同特别是中长期合同履行期间，难免出现一些意外情况。但根据英国法律，这些意外情况并不影响合同方有严格责任履行合同中约定的义务，除非这意外情况严重到可以令合同“受阻” (*frustration*)。¹¹⁵但英国法律下合同受阻的门槛很高，通常是不容易成立。¹¹⁶所以今天订得较为完善的合同中，通常都有一条不可抗力条文¹¹⁷针对各类突发事项如何处理的问题。

首先，“不可抗力” (*force majeure*) 不是英国法/普通法下的法律专有名词。“不可抗力”一词本身是来自法国 1804 年颁布的《民法典》之 Article 1148，英文翻译是：

“There is no occasion for damages where, in consequence of force majeure or accident the debtor has been prevented from conveying or doing that to which he was obliged or has done what he was debarred from doing.”

当时的《民法典》并没有对“不可抗力”的定义，但 2016 年生效的《民法典》之 Article 1218 规定：

“In contractual matters, there is force majeure where an event beyond the control of the debtor, which could not reasonably have been foreseen at the time of the

¹¹⁵ 关于“合同受阻”理论在制裁的情况可能帮助不大，可见本书第二章之 1 段的介绍。

¹¹⁶ 见笔者《合同的履行、弃权与禁反言》一书第二章之 7 段。

¹¹⁷ 这种条文在笔者的《合约的解释：规则与应用》一书第十三章之 1 段已有详细介绍，尽量不在此重复。

conclusion of the contract and whose effects could not be avoided by appropriate measures, prevents performance of his obligation by the debtor.”

也就是说在法国法下，“不可抗力”必须满足 3 个要件：（1）超出了当事人的控制；（2）订约时不可预见；（3）当事人不能采取合理措施避免影响。所以法国法下“不可抗力”也不容易成功，否则一些 5 年、10 年的合同订立了也履行不到最后，因为期间必然会发生许多大大小小的意外。

此外，《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第 79(1)条虽然没有明确使用“不可抗力”一词，但也规定了如果出现非合同方所能控制、订约时无法预见且无法避免或克服后果的障碍，令合同方无法履行合同义务，则合同方不用承担违约责任与赔偿损失：

“(1) 当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”

但普通法下，由于没有“不可抗力”的概念，所以十分依赖每条明示“不可抗力条文”的写法。今天各个行业协会、组织都在不断更新与拟定自己的“不可抗力条文”，以应对新出现的各种五花八门的情况，还要根据法院的判法不断更新措辞/文字与弥补改进不足，如：BIMCO Force Majeure Clause 2022；ICC Force Majeure and Hardship Clauses (2020)；GAFTA Contract 64 (Prevention of Delivery)；FOSFA Contract 11 (Force Majeure Clause)与 Contract 201 (Prohibition Clause)等。

笔者在这里只针对在制裁的背景下，一方被制裁后能否适用、依赖这些条文不履行自己的合同承诺？这首先取决于“制裁”是否属于条文中的“不可抗力事项”。以 BIMCO 的不可抗力条文为例，该条文下不可抗力事项包括：

*“... (b) **Force Majeure Events** – For the purpose of this Clause the following shall be Force Majeure Events:*

(i) actual, threatened or reported war, act of war, civil war or hostilities; revolution; rebellion; civil commotion; warlike operations; laying of mines;

(ii) act of piracy and/or violent robbery and/or capture/seizure; act of terrorists; act of hostility or malicious damage;

(iii) blockade, generally imposed trade restriction, embargo;

(iv) act of government or public authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;

(v) *plague, epidemic, pandemic;*

(vi) *act of God, natural disaster or extreme natural event such as earthquake, landslide, flood, or extraordinary weather condition;*

(vii) *explosion; fire; destruction of equipment; destruction of port facilities; obstruction of waterways; cyber security incident; break-down of transport, communication, information system or power supply; in each case unless caused by negligence of the Affected Party;*

(viii) *ionising radiation or contamination by radioactivity, chemical or biological contamination;*

(ix) *general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, occupation of factories and premises; in each case unless limited to the employees of the Affected Party or a third party engaged by it; or*

(x) *any other similar event or circumstance unless caused by negligence of the Affected Party. ...”*

BIMCO 明确该条文不针对制裁问题，制裁问题是专门用“制裁条文”¹¹⁸针对，在 BIMCO 针对该不可抗力条文的解释（explanatory notes）中说：

*“In Subclause (b)(iii) the words ‘generally imposed trading restrictions’ are not intended to cover sanctions but mean restrictions placed on imports/exports by a country/EU to protect domestic markets/products. It could be a general ban on imports of goods or raw materials from other countries or the application of tariffs or a ban on exports to protect, for example, domestic supplies. **BIMCO has published specific sanctions clauses** which the parties should consider including to cover sanctions risks. These clauses can be found here: Sanctions Clause for Voyage Charter Parties 2020 ..., Sanctions Clause for Time Charter Parties 2020 ... and Sanctions Clause for Container Vessel Time Charter Parties 2021 ...”*（加黑部分是作者的强调）

而 ICC Force Majeure and Hardship Clauses 就看来可以解释为包括了制裁事项：

“ 1. Definition. ‘Force Majeure’ means the occurrence of an event or circumstance (‘Force Majeure Event’) that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment (‘the Affected Party’) proves: a) that

¹¹⁸ 将在本章稍后的 2.8 段有详细介绍。

such impediment is beyond its reasonable control; and b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party...

3. Presumed Force Majeure Events. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition (c) of paragraph 1 is satisfied: ...

c) currency and trade restriction, embargo, sanction;

d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;...”
(加黑部分是笔者的强调)

虽然也有说法是即使没有在条文中明确列出制裁，也可争辩条文中兜底的“*force majeure*”一词可以包括制裁，毕竟早在 *Lebeaupin v Crispin* (1920) 2 KB 714 先例，McCardie 大法官就说：

“(force majeure) was not interchangeable with ‘vis major’ or ‘the act of God’. It goes beyond the latter phrases. Any direct legislative or administrative interference would of course come within the term: for example an embargo.” (加黑部分是笔者的强调)

如果制裁属于“不可抗力条文”中列明的事项，那么下一步就是看条文中约定不可抗力事项会怎么样影响合同的履行才可依赖不可抗力条文，最常见的是“阻止”(prevented)、“妨碍”(hindered/impeded)或“延误”(delayed)。一般而言，“妨碍”相比“阻止”适用的范围更广泛，而“延误”看来比“妨碍”又更广泛。例如，在 *Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co* (1917) AC 495 先例，Atkinson 勋爵说：

“‘Preventing’ delivery means, in my view, rendering delivery impossible; and ‘hindering’ delivery means something less than this, namely, rendering delivery more or less difficult, but not impossible.”

在近期的 *Litasco SA v Der Mond Oil and Gas Africa SA & Anor* (Rev1) (2023) EWHC 2866 (Comm)先例，该先例的主要争议是买方能否根据合同的“制裁条文”拒绝支付货款，这将在本章之 2.7.4 段详细介绍，而这里先针对合同中的“不可抗力条文”。简单介绍案情是原告 Litasco（一家瑞士石油公司，全资母公司是名为“卢克石油”[Lukoil]的俄罗斯石油公司）与第一被告 Der Mond（一家塞内加尔石油公司）签订了一份原油供应合同。Litasco 在此合同下出售了共 95 万桶尼日利亚原油，并已交付给了 Der Mond。但 Der Mond 只支付了部分货价，双方谈

判后另签订了一份“还款契约”(deed of payment)分期归还,其中包括约定如果 Der Mond 有任何违约,余下欠款就“加速”(accelerate)一并归还。Der Mond 归还第一期后,没有支付第二期,Litasco 马上要求它归还所有的欠款和利息,并在英国法院提起诉讼与申请“简易判决”(summary judgment)¹¹⁹。Der Mond 其中一项抗辩是不可抗力。支付余款要通过国际银行系统,但在 2022 年 2 月俄乌冲突爆发后,英国政府与欧盟对俄罗斯个人和实体实施了一系列制裁,所以没有欧洲银行愿意向可能属于被制裁方的 Litasco 作出支付。Der Mond 主张这“延误、妨碍或阻止”(delayed or hindered or prevented)了买方履行支付货款的合同责任,因此可以根据“不可抗力条文”中止支付。

可先节录该不可抗力条文,如下:

“14 FORCE MAJEURE

*14.1 If by reason of 'force majeure', which for the purpose of this Agreement shall mean any cause beyond the reasonable control of the affected Party including, but not limited to, any act of God, war, terrorism, riots, acts of a public enemy, fires, strikes, labour disputes, accidents, or **any act in consequence of compliance with any order of any government or governmental or executive authority**, either Party is **delayed or hindered or prevented** from complying with its obligations under this Agreement, the affected Party will immediately give notice to the other Party stating:*

14.1.1 the nature of the force majeure event;

14.1.2 its effect on the obligations under this Agreement of the Party giving the notice;

and

14.1.3 the estimated date the contingency is expected to be removed.

*14.2 To the extent that **the affected Party is or has been delayed or hindered or prevented by a 'force majeure' event from complying with its obligations under this Agreement, the affected Party may suspend the performance of its obligations until the contingency is removed.***

14.3 If:

¹¹⁹ 关于“简易判决”,可见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第六章之 4.3 段。这课题近期的权威总结可见 Lex Foundation v Citibank (2022) EWHC 1649 (Comm)先例之 32-36 段判词。

14.3.1 the force majeure event cannot be permanently removed; or

14.3.2 a force majeure event results in a delay extending beyond ten (10) days;

14.3.3 either Party may terminate the Agreement upon notice and both the Parties will be relieved of their further contractual obligations, except for their accrued rights and obligations which shall survive the termination of the Agreement in accordance with this provision.

14.4 Neither Party shall be responsible for any loss or damage caused by any failure or delay in the fulfilment of its obligations under the Agreement if such failure or delay arises out of or is caused by force majeure events as described in these provisions.”（加黑部分是笔者的强调）

但法院没有支持 Der Mond 的主张。法院指出前述节录不可抗力条文要求外来事项必须“延误、妨碍或阻止”了约定的合同履行（contractual performance）即合同义务。至于当事人自己想要具体以某种方式履行合同，但遇到了困难，就不是此不可抗力条文针对的问题。例如 Der Mond 在合同下承担的是收货之后要付款的义务，至于通过哪一间银行付款在合同中并没有明确规定，这一来 Der Mond 不能说自己惯用（而非合同约定）的银行因为担心制裁风险拒绝协助，支付就被“延误、妨碍或阻止”，毕竟还会有其他国际银行愿意接受这单生意。再者说，例如什么是“妨碍”会存在一个程度问题，也就是怎样的妨碍才算能够依赖此不可抗力条文，法院指出在 Litasco 已经履行了交货的合同义务的情况下，Der Mond 想要依赖不可抗力条文逃避支付货价的责任，这是十分不合理。所以对“妨碍”程度的要求是非常高的，要“妨碍”到几乎接近（但不用达到）不可能支付的程度。Foxton 大法官说：

*“However, it is performance of the obligation which must be rendered ‘more or less difficult’, **not a particular method of performance where the contract does not require performance by that method.** Further, in the present case, the Defendants rely on clause 14 to suspend their obligation to discharge an accrued payment obligation. Whereas the suspension of an obligation to deliver goods will ordinarily have the effect of relieving the other party of its concurrent obligation of payment, **a seller who has an accrued right to payment has, by definition, already done what it is necessary to do on its part to be paid,** such that suspension of the payment obligation will inevitably operate asymmetrically. Finally, a payee is rarely concerned with the particular means by which payment is effected ... Against this background, **an argument that a party owing an accrued debt obligation is relieved of performance because paying the debt has been made more difficult is one which must be approached with particular circumspection.** Even in the context of force majeure clauses under which hindering performance is sufficient, before difficulty in making payment would suspend performance of an accrued obligation, **a significant degree of difficulty would be required, perhaps one approaching, albeit falling short of, impossibility.**”*（加黑部分

是笔者的强调)

而在此先例，法院认定 Der Mond 不能支付的原因是自身外币储备不足，不是不能通过国际银行系统支付，而这不属于不可抗力事项所导致。因此判 Der Mond 不能依赖“不可抗力条文”。

“不可抗力条文”也常要求合同方必须采取合理努力克服该不可抗力事项造成的影响。在 RTI Ltd v MUR Shipping BV (2024) UKSC 18 最高院先例，争议点就在于条文写明了“合理努力”(reasonable endeavour)可以克服的就不属于不可抗力事项，因此要解释合同约定的支付美元的义务，在制裁的背景下是否可以通过合理努力克服这个困难，这在本章之 3.1 段有详细介绍。

而要避免此类争议，显然在合同中用明示条文写得越清楚明白越好。这也不是简单的一句，例如把“合理努力”变为“所有合理努力”(all reasonable endeavours)或“最大努力”(best endeavours)就解决问题。无论是合理努力、所有合理努力、最大努力实际上都只是泛泛的措辞/文字。固然有一些先例中的判法是写最大努力看来可以解释为要求合同方承担额外费用与金钱配合：见 Jet2.com v Blackpool Airport Ltd (2012) EWCA Civ 417 先例。但这不解决例如 RTI Ltd v MUR Shipping BV 先例中是否可以偏离原本合同约定履行方式的疑问。而且最后还是要在“事实背景”(factual matrix)下完整解释，这就容易产生争议、不肯定与不稳定。

也因此今天有一些条文草拟时会针对性写要进行哪些“努力”，例如在本章之 2.6 段介绍的今天“国际船东互保协会”(IG Group)在各互保协会之间的担保函中，就写明了“最大努力”是努力向有关监管机构申请许可允许作出支付：

“we shall use best endeavours to obtain whatever governmental or other regulatory permissions, licences or permits from the United Nations, European Union, United Kingdom or United States of America or any other applicable competent authority or Government, as are reasonably available in order to enable the payment to be made, provided always that such payment does not otherwise expose us, reinsurers or our Member to a risk of Sanctions...”

总结以上所说，如果“不可抗力条文”不将“美国制裁”等列为不可抗力事项，并针对性写明会造成怎样的影响，当事人要做什么克服影响，那么可能帮助不大。特别是考虑到美国的单边制裁一旦出现，“非被制裁方”(non-sanctioned party)必须立刻停止任何形式的来往，不再履行(包括支付金钱)与终止合同，以免受到被制裁的对方当事人牵联。这时，以“不可抗力条文”中泛泛的措辞/文字应对美国的制裁机制是不适合，因为会是太不肯定与简略。今天的国际商业合同是需要有一条详尽与有针对性的“制裁条文”。

2 “制裁条文” (Sanctions clause)

在介绍了“不可抗力条文”的不足之处，就可以明白针对美国与部分西方国家的单边制裁，在这种已经罗列了可能多达三四十项不同的“不可抗力”事项，如暴雨、台风、地震、火灾、罢工/怠工、骚乱/暴动等等的条文中，再多加一个“美国单边制裁”的事项是不足够应对，国际商业社会急需一条全面针对当前已经在实施的美国单边制裁机制的“制裁条文”。不同行业也纷纷制定了不同应对的“制裁条文”，可以说这也是合规的一部分。笔者将在接下去段落介绍几种不同行业的模板或标准条文，或个别公司/企业自己拟定的与在公开判例中显示的条文。

在此先简单介绍制定/拟定“制裁条文”需考虑的问题：

(一) 制裁条文需要明确与针对性指出哪些经济与贸易的制裁机制适用。美国的制裁机制显然是至为重要，条文肯定要包括在内。紧接的是与美国密切配合的英国，非但英国法视美国为友好甚至是同盟国家去承认美国法下的“非法”¹²⁰（违反美国制裁机制显然是非法行为，带来严厉的罚款或/与监禁），伦敦更是国际金融中心与其他独霸/雄霸的国际中心，例如法律与各种高端服务中心、仲裁中心（特别是在海事与商品买卖等领域）、保险/再保险中心、航运中心等等。可以说，在今天国际商业社会的环境下是不可能无视英国对高端服务行业的制裁机制。再接下去是欧盟，虽然它的单边制裁对象也是跟随着美英两国，但广泛性与执行力度与美英相比是差一大截，虽然也不能无视。最后也会加上兜底的“任何其他主管的当局或政府”（*or any other applicable competent authority or government*），以防止有其他国家跳出来跟从（或对抗）美国的制裁。毕竟，“制裁条文”会有可能是加在一个较长期的合同，所以在今天完全不确定的国际政商环境，要尽量想得远。

联合国的制裁是每一个国家必须遵守与执行，可以说是任何法律体系下的默示地位，本来是不必明示，但不少合同既然已经有了一条专门的“制裁条文”，也通常会把联合国制裁加进条文。

而相比联合国制裁这种显然在国际法与个别国家法律都是合法的贸易制裁，美国为首的“单边制裁”（*unilateral sanctions*）的合法性在美英以外就有疑问，所以需要在“制裁条文”明示美英的制裁机制并通过合同法去合法要求合同相对方严格遵从。毕竟在国际法框架下，美国的单边制裁会是：

¹²⁰ 见本书第二章之 2.3.2 段。

- (1) 涉及违反《联合国宪章》¹²¹第一条第一款的“主权平等原则”¹²²、第二款的“禁止使用武力或威胁”¹²³。
- (2) 涉及违反 WTO 规则如 1994 年关税与贸易总协定 (GATT 1994)¹²⁴ 第一条的“最惠国待遇”、第三条“国民待遇”中的非歧视原则等。而且单边制裁无论是禁运还是资产冻结的措施都可以被解释为是绕过 WTO 争端解决机制，破坏多边贸易体系的行为。
- (3) 涉及违反 1970 年《友好关系宣言》(UNGA Resolution 2625)¹²⁵，例如是“**覆按各国负有义务在其国际关系上应避免为侵害任何国家政治独立或领土完整之目的，使用军事、政治、经济或任何其他形式之胁迫……**”（加黑部分是作者的强调）
- (4) 也因此单边制裁的做法多次在联合国大会上被谴责。例如在 2019 年 12 月 18 日决议（“人权与单方面胁迫措施”，A/RES/74/154）说：“重申大会 1974 年 12 月 12 日第 3281(XXIX) 号决议宣布的《各国经济权利和义务宪章》所载相关原则和规定，特别是第三十二条，其中申明，任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何其他措施来胁迫另一国家，使另一国家在行使主权权利时有所屈从……强调指出单方面胁迫措施和立法违背国际法、国际人道主义法、《联合国宪章》以及指导国家间和平关系的规范和原则……表示关切单方面胁迫措施对国际关系、贸易、投资与合作的消极影响……深为关切尽管大会、人权理事会、人权委员会和联合国最近各次主要会议就这个问题通过了建议，单方面胁迫措施仍继续在违反一般国际法和《宪章》的情况下颁布和实施。”
- (5) 截至 2024 年 10 月 30 日，联合国大会连续第 32 年通过决议要求美国解除对古巴的单边制裁。¹²⁶
- (6) 2020 年 9 月 11 日新华社莫斯科电《中华人民共和国和俄罗斯联邦外

¹²¹ 见：< <https://www.un.org/zh/about-us/un-charter/full-text>>。

¹²² 第二条第一款规定：“本组织系基于各会员国主权平等之原则。”例如是美国对多个国家的单边制裁的目的就涉及推翻其他主权国家政府。美国对中国香港特区的单边制裁就显然是粗暴的侵犯与干涉中国的内政与主权。

¹²³ 第二条第四款规定：“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”中国等只认可联合国制裁的国家与美国等在国际上频繁颁布单边制裁的国家，对于经济上的压迫行为（economic coercion）的单边制裁是否属于“威胁或武力”因此违反联合国宪章存在不同看法。

¹²⁴ 见：< https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.htm>。

¹²⁵ 见：< <https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-2625%28XXV%29>>。

¹²⁶ 见：< <https://news.un.org/en/story/2024/10/1156316>>

交部长联合声明》¹²⁷中，对中国（以及俄罗斯）立场作出明确阐述：“中俄将继续坚决捍卫《联合国宪章》宗旨和原则，特别是主权平等和不干涉内政原则，维护世界和平稳定，秉持国际公平正义，主张改革和完善全球治理体系。坚决反对单边主义和保护主义，反对强权政治和霸凌行径，反对没有国际法依据的单边制裁和‘长臂管辖’”。

也因此尽管美英等国以实现人权、民主、保护国家安全与实现外交政策等冠冕堂皇的理由颁布与实施单边制裁，在国际上不同国家是否予以认可就必然有不肯定之处。但只要通过“你情我愿”的合同法，例如明示约定涉及美英制裁时船东有终止合同等权利，就可以避免这些不肯定。

当然肯定也有个别国家通过立法明确这种单边制裁是“非法”，例如中国的反制裁立法，也就是《反外国制裁法》与该立法的实施细则《实施规定》下，可以将依赖“制裁条文”逃避合同责任解释为是在“协助”执行外国制裁，从而在《反外国制裁法》下属于“非法”。即使你情我愿订立的合同，但因中国法下的非法与违反公共政策，变成无效与不会被中国法院协助执行。¹²⁸这样的结果是如果合同适用“中国法”，当事人就无法依赖“制裁条文”内美英对中国的单边制裁从合同中脱身。

这也表示同一条“制裁条文”，双方合同约定是适用英国法或是适用中国法，去伦敦仲裁或中国贸仲仲裁，就会有完全不同的结果，是“制裁条文”被视为有效或无效的分别。

（二）条文除了需要针对有关合同的双方当事人外，还要包括与他们有关联的所有公司，如附属公司、子公司与母公司，当然也包括联营或合资公司。另也要针对合同履行会参与的第三人，如供应链的生产商、上游分卖方等，或是履行FOB/CIF买卖合同会需要租用的船舶与其他联运方式等环节，都不能涉及被制裁方（公司法人或自然人），以免被指“协助”被制裁方而受到牵连。

除了在制裁条文中广泛针对这些对象，在订立合同的谈判阶段也要通过相互之间的尽职调查、各自的陈述与保证，让双方确定不需要担心。而且还要在合同加上一条详细的“陈述与保证条文”（representation and warranty clause）保证在履约期间，也会严格合规。为了可以作出此保证，双方也需要在与其他有关第三人订立相关合同时加上相应措辞/文字的制裁条文。例如在买卖合同，卖方就会以适当的“制裁条文”约束上游的CIF卖方，不会在将来的履行期间更换公司董事局去换上一个俄罗斯的被制裁人士或租用一艘被制裁的船舶等等。

（三）条文需要写明发生制裁事件的后果，例如“非被制裁方”可以选择终

¹²⁷ 见：<https://www.gov.cn/xinwen/2020-09/12/content_5542914.htm>。

¹²⁸ 英国也不会执行英国法视为非法或违反公共政策的合同，这方面可见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章。

止合同，或如果仍需要向被制裁方支付一笔欠下的债务，“非被制裁方”就承诺要向 OFAC、OFSI 等相关监管机构申请许可等。因为一旦其中一方合同方发觉合同相对方本人或所有其他与合同履行关联的第三人被列入美英或欧盟等的制裁清单，或履行合同的时候从各种文件或信息知悉或怀疑（通常要明示“合理怀疑”已足够启动“制裁条文”）合同相对方被列入美英或欧盟等的制裁清单，“非被制裁方”有必要马上停止履行下去，以免被指控协助“被制裁活动”（sanctioned activity）或“被制裁方”而被牵连。但由于合同承诺如卖方付运货物或买方支付货价等等，在合同法下是严格必须履行，否则是违约/毁约并要赔偿损失。所以，夹在中间的“非被制裁方”就需要合同有一条明示条文允许他一旦知悉或怀疑合同相对方涉及制裁，就有权终止合同，也就无需再履行合同承诺/义务了。

（四）最后，条文需要针对其他可能会产生的各种损失。特别是“非被制裁方”在发觉合同相对方违反制裁条文（如对方或合同链/供应链的第三人刚被加入 SDN 清单）需要马上终止合同。而如果该合同在当时市场下刚好是十分赚钱与有利，因为惧怕美国制裁不得不含泪或含血终止合同的“非被制裁方”，就肯定想索赔损失。但根据条文终止合同是明示条文规定，与违约带来的赔偿损失的次要合同义务扯不上关系。所以想向违反“制裁条文”的合同相对方索赔这笔高昂的不是普通法针对的“损失赔偿”的“预期损失”（expectation loss），就要有明示条文允许。但即使有明示条文，要启动与推进仲裁也需要 OFAC 批准：见 United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017)先例。

2.1 信用证（letter of credit）、见索即付保函（on-demand guarantee）等

近几年来，国际商业社会受到太多美国（与跟随的西方国家）的长臂管辖与制裁的影响，业界也发展出一些在专业人士协助下拟定的“制裁条文”（sanctions clause）让用家合并到合同内。“信用证”、“见索即付保函”等作为“不可撤销”（irrevocable）、“无条件”（unconditional）保证贸易支付/信用担保金融工具也不例外，但这可能带来严重后果。

2.1.1 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank, NA 新加坡上诉庭先例

说到信用证中的制裁条文与可能带来的严重后果，可介绍 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank, NA (2023) SGCA 28 新加坡上诉庭先例。该先例涉及在一宗煤炭的国际货物买卖中 Kuvera Resources Pte Ltd（以下简称“Kuvera”）与 JPMorgan Chase Bank, N.A.的新加坡分行（以下简称“JP Morgan”）之间的信用证争议。Kuvera 是两份信用证中的受益人，JP Morgan 作为两份信用证的“通知/保兑行”（advising bank/confirming bank），在保兑的确认书中额外加上了一条开

证行开出的信用证中没有的单方面保护性的“制裁条文”¹²⁹如下：

“[JPMorgan] must comply with all sanctions, embargo and other laws and regulations of the U.S. and of other applicable jurisdictions to the extent they do not conflict with such U.S. laws and regulations (‘applicable restrictions’). Should documents be presented involving any country, entity, vessel or individual listed in or otherwise subject to any applicable restriction, we shall not be liable for any delay or failure to pay, process or return such documents or for any related disclosure of information.”

货物付运后，JP Morgan 收到了相符的“付运单证”（shipment documents），单证显示运输货物的是“Omnia”轮，而根据 JP Morgan 自己的内部调查发现，该船舶很可能属于叙利亚船东。虽然该交易中的有关人士、船舶都尚未被列入美国的制裁清单，但 JP Morgan 经过调查发现该船舶有一系列“红旗”（red flag）警告¹³⁰（例如背后真正的船东与管理人士不明，长期与叙利亚有各种联系等），所以将该船舶列入有被美国制裁风险的内部清单中。JP Morgan 主张对此交易提供金融协助很可能会违反美国对叙利亚的制裁¹³¹，并依赖制裁条文拒绝在信用证下付款。后 Kuvera 向 JP Morgan 索赔因 JP Morgan 违反保兑信用证而给 Kuvera 带来的损失。

对此制裁条文，一审法院在平衡的可能性下认定“Omnia”轮背后是叙利亚船东，JP Morgan 在信用证下付款确实可能受到 OFAC 的处罚，因此允许 JP Morgan 依赖制裁条文不予付款。但这判法在上诉庭被推翻，针对制裁条文的解释，上诉庭的 Steven Chong 大法官改判的理由包括：

¹²⁹ 在此案一审，判在订约自由与保兑行与受益人之间是独立的合同关系的情况下，保兑行可以在保兑确认书中加入开证行开出的信用证中没有的额外条文。但《Chitty on Contracts》（2023 年，第 35 版）一书之 37-506 段对此一审判决作出批评，说明在不可撤销与经保兑的信用证下，卖方同时得到开证行和保兑行的支付承诺。保兑行的支付承诺通常应该是与开证行一致，毕竟保兑行收取不少费用就是为了令受益人多一重获得支付的保障。保兑行不能在保兑时加入与原信用证不一致的额外条文，否则保兑信用证就不是“保兑”。该段可节录如下：“In an ‘irrevocable and confirmed credit’ the seller obtains an undertaking of both the issuing and the correspondent banker. The confirming banker’s undertaking will generally be the same as the issuing banker’s undertaking. ... A confirming banker cannot add a term to its confirmation ‘if the effect of the term is directly contradictory to that purpose, ie if it renders a confirmed letter of credit no different in substance from an unconfirmed letter of credit.’” 可见，中国公司如果是作为受益人的卖方，那么无论是原信用证或保兑确认书，一收到就要仔细审阅，特别留意是否存在制裁条文的滥用，并及时在货物付运前就提出与要求改正，这比付运后才发觉并无法结汇要强得多。

¹³⁰ 关于“红旗测试”，可参考笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第九章之 5.3 段。

¹³¹ 有关制裁的立法是“Syrian Sanctions Regulations” 31 CFR (US) § 542 (2014)。

- (1) 此先例中涉及“Omnia”轮是否被制裁影响，应该尽量以客观标准看待，而不应该考虑第三方的看法。比如此先例中就不应该看事后OFAC是否会给予惩罚。这样的做法意味着JP Morgan要臆测与武断地估计OFAC会怎么做，这必然带来巨大的不肯定性。
- (2) 但此先例中“Omnia”轮是否背后是叙利亚船东是可以客观认定的，该举证责任由想要从合同中脱身的JP Morgan承担。
- (3) JP Morgan的证据主要就是自己的内部调查，这被上诉庭认定并不足够。上诉庭给出了一系列理由，例如是JP Morgan内部调查与列表，并没有明确的标准，不像民事诉讼一样要求平衡的可能性，哪怕是不到50%可能性的风险也一样可以上榜。还例如说所有证据都是“间接证据”(circumstantial evidence)，哪怕是JP Morgan自己的调查也认为这些并不足够下定论等。

但看来这也会是解释这类信用证合同应该有的态度，也就是尽量严格解释与为想要逃避信用证付款责任的银行设置尽量高的障碍。否则这对国际信用证业务是极大的打击，信用证受益人就根本无法肯定自己能否在信用证下获得付款。因为他们不仅仅是要做到单证相符，还要再额外担心在合同中根本没有出现的第三人的意见，例如是OFAC对此交易的看法如何，特别是该第三人意见还是由银行单方面来估计与臆测。这与能够客观根据例如是制裁清单明确判断是否可以在信用证下获得支付的情况是不同的。

笔者也能理解，对于JP Morgan来说，在内部调查发现制裁风险的时候，面临的的是一个困难的选择。拒绝支付会是在信用证下违约，新加坡法院诉讼败诉与支付金钱赔偿。但继续支付可能违反制裁与被OFAC调查与处罚。看来JP Morgan应该是在衡量之后认为前者对自己的综合风险更小，因此选择拒绝支付与面对新加坡法院诉讼。

总结说，在“订约自由”与“当事人意思自治”等大原则视为“天条”下，法院会尽量严格解释制裁条文是解决不了这个大问题。对长期在法治环境求存的西方跨国公司，他们每天都盯着会影响他们的立法与判例，然后在订立的大量合同作出相应的改变与应对。所以，严格解释是解决不了问题。从Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank先例的个案来看，法院为可怜的FOB卖方Kuvera申张了正义，但对JP Morgan下一批开出的信用证受益人，法院可能就再保护不了，因为制裁条文很可能会已经修改为，如：“*[JPMorgan] must comply with all sanctions (or potential sanctions as JPMorgan reasonably believe), embargo and other laws and regulations of the U.S. and of other applicable jurisdictions to the extent they do not conflict with such U.S. laws and regulations...*”（加黑部分就是可以加多的文字）

以上是笔者的推断，但JP Morgan在强大的法律团队的支持下，是有可能把制裁条文改得更好与更完善来保护自己的。毕竟，如果“被制裁方”是个体（如

公司或自然人), 有否被加入“SDN 清单”等制裁清单是很容易查到与明确不过。但不少美国制裁是针对整个国家(如古巴、伊朗与当时的叙利亚等)或行业。这一来, 特别在相对方会以各种手法隐瞒自己真正身份的情况下, JP Morgan 就要看有没有各种红旗警告以找出“连接点”(nexus), 并作出决定。这决定也只难逃只能是要靠臆测与武断地估计 OFAC 会怎么做, 但新加坡上诉庭不支持也就只能在制裁条文作出修改, 写得更清楚明白。

2.1.2 制裁条文的滥用将毁灭国际贸易的文件买卖与信用证制度

可先简单说, 银行在信用证或其他类别的支付或信用担保的金融工具如“备用信用证”(standby letter of credit)、“履约保函”(performance bond)、“见索即付保函”等的金融工具中滥用“制裁条文”会带来灾难性的后果, 如:

(一)制裁条文本质上与信用证或见索即付保函等金融工具是有明显与根本性的冲突。这套以一流银行作为“支付担保人”(reliable paymaster)的信用制度, 也被称为是国际贸易能顺利运转的“润滑油”或“血液”¹³², 是普通法设立与在国际商业社会的长期坚持下才建立起来的。今天让全球互不信任或甚是从未见面的国际商人安心进行上千万、上亿美元的交易, 没有这一套信用制度是不可能的。商人普遍认同信用证(或见索即付保函)相等于“桌上的现金”(cash on table), 也就是有了信用证, 就等同已经有了现金。可以说, 商人对信用证失去信心, 就等同一般民众对美元或本国货币失去信心。

这可节录一些权威的说法, 在《Brindle & Cox: Law of Bank Payments》(2017年, 第5版)一书之 7.001 段说: “*The documentary credit was developed by the mercantile world in order to resolve the conflicting interests between the parties to a contract of sale. The seller ideally does not want to give up control of the goods before he has received the purchase price. The buyer ideally does not want to pay the price for the goods until the goods are no longer at the disposal of the seller. The conflict is most acute in the case of international sales where the buyer and seller are dealing with each other at a distance.*”

在近期的 Heytex Bramsche GmbH v Unity Trade Capital Ltd (2022) EWHC 2488 (Ch) 先例中也说: “*Letters of credit are useful not only because of these more or less inherent features, but also because they benefit from a ‘remarkable degree of international standardisation’ ... as a result of the worldwide adoption by banks of the rules embodied in the UCP, the first revision of which was formally adopted in 1933 by the Seventh Congress of the ICC, in Vienna. As stated above, the current revision is referred to as the UCP 600, and was adopted in 2007.*”

¹³² 见 R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v National Westminster Bank Ltd. (1978) QB 146 与 Edward Owen Engineering Ltd. v Barclays Bank International Ltd. and Another (1978) QB 159 先例。

(二) 本来银行仅在一种情况下可以或非要拒付¹³³，这就是“受益人涉及欺诈”(fraud exception)，而作为开证人的买方向有管辖权的法院申请“止付禁令”(restrain payment injunction)。英国法/普通法也对此严格控制，要求作为受益人的卖方自己对欺诈也是知悉并有意图欺骗买方。这一来，相应的举证责任也会变得很高，见：美国的 *Sztejn v J. Henry Schroder Banking Corp.* 31 NYS 2d 631 (1941) 与英国的 *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada* (1983) 1 AC 168 等先例。一般在这种情况下，受益人不获得支付通常是活该，绝少会冤枉好人。在金融中心如伦敦、香港与新加坡等地的称职法院的把关下，发生拒付的频率很低。

但在制裁条文下拒付，就完全不一样了。特别是一条宽松或广泛的条文，简直是等同于让开证行或保兑行有裁量权一看受益人不顺眼与/或根据外人无法得知的内部信息或看法就可拒付。这完全违背了信用证作为支付工具的基本商业目的，也不配合买卖合同等主合同明示规定的“不可撤销”(irrevocable)、“无条件”(unconditional)、“可兑现”(cashable)、“可行的”(workable) 等字样表述。但问题是今天特别是西方银行惧怕 OFAC 远多于得罪一些客户，特别是涉及一些谈不上是长期客户或大客户的受益人。至于对信用的影响，如果已经是整个行业的做法，个别银行也就不需要担心或顾及不了。

(三) 今天的国际货物买卖实是“文件¹³⁴买卖”(documentary sale)，并不是一手交货(实物)、一手付钱。如果在信用证下结不了汇，这套文件也就被退回给卖方。这就导致提单到不了在卸港等待从船舶提取货物的买方手上，或如果涉及转卖，买方就无法将付运单证较交给分买方而导致违约/毁约。所以，如果银行拒付变了是常态，已经运行了上百年的国际贸易也难以为继。

(四) 银行以制裁拒付，难逃会影响无辜受益人，像 *Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank* (2023) SGCA 28 先例中作为 FOB 卖方与保兑信用证下受益人的 Kuvera。这与“欺诈例外”下影响骗子完全不是同一码事，也可以肯定如果游戏规则频频影响无辜人士是不会长存的。但更可怕的是，这受影响的无辜人士不只是作为受益人的商人，更会是银行之间的结算。毕竟有不少信用证是说明可以“在任何银行结汇，见单证支付”(available with any bank, at sight by negotiation) 等。这一来，在这些银行结汇并支付了受益人后，去向“开证行”(issuing/opening bank) 交出付运单证并要求“偿付”(reimbursement)，但开证行以制裁条文拒绝。同样情况也可以出现在其他关系的往来银行如“通知行”(advising bank) 或“保兑行”(confirming bank) 等等。这一来，这套银行之间

¹³³ 付运单证有不符点(discrepancy of documents)也是常见的银行拒付的理由，但这不算是信用证拒付的“例外”，而是受益人自己没有严格履行合同去备妥结汇所需的文件(信用证与买卖合同要求的付运单证)。而且这一般是受益人可控与可补救的事宜。

¹³⁴ 这是指“付运单证”(shipment documents)，包括代表船上“货物产权”(document of title)或“打开船舱的钥匙”(key to the floating warehouse)的“装船提单”(shipped bill of lading)。这方面可见笔者《提单与其他付运单证》(2016年)一书第二章的详细介绍。

的信用制度可维持多久？

（五）Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank 先例还带出另一个问题（虽然只是成千上万的问题之一），就是 JP Morgan 作为保兑行能否自说自话加上一条制裁条文。如果是开证行加一条制裁条文，至少对作为受益人的卖方透明度较高，也有一定的谈判机会。例如在谈判买卖合同明确要求买方开出的信用证是不得有制裁条文或只是允许有一条十分狭窄的制裁条文，并在接下去收到信用证时小心审核。但保兑行自说自话在信用证惯用的 UCP600 的标准格式条文去加上制裁条文，受益人是没有机会去反对或谈判的。

在上述的简介后，相信会更容易明白 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank 上诉庭先例的 Steven Chong 大法官所发表的有指导意义的附带意见，可以节录如下：

*“The question of whether sanctions clauses are incompatible with the nature of irrevocable documentary credit transactions remains an open and difficult one, and for good reason. The literature on this subject has noted that **sanctions clauses may bring into question the documentary and irrevocable nature of the credit** ... The contractual validity of sanctions clauses has also been argued to be questionable due to **the uncertainty** they introduce to the documentary credit transaction as well as **the unfairness** of allowing a bank to deny reimbursement owed to the beneficiary ... The article further observed that the consequent ‘trend’ of **returning (conforming) documents to the beneficiary** ... further **undermines conventional documentary credit law**, which requires the return of documents only if they are not in conformity with the requirements of the credit ... Further, it has been suggested that sanctions clauses which allow banks a discretion to dishonour a presentation if payment would violate the bank's internal policies in relation to sanctions compliance, ie, which give the bank a discretion to withhold payment if it suspects that it may be subject to sanctions, may undercut the purpose of the letter of credit by calling the issuer's obligations into question and run counter to the legal certainty and predictability inherent in a letter of credit transaction ...*

*... there is no doubt that there is **a trend of judicial recognition of sanctions clauses in commercial transactions**. However, none of them dealt with rules such as the **UCP600** and did not have to consider the question of whether such rules would prohibit **sanctions clauses which are incompatible with the underlying commercial purpose of the contracts**. In addition, we would be slow to place reliance on the above cases, as they do not concern documentary credit transactions, which by their nature are unique in that one autonomous contract within the transaction has the effect of securing the payment promised under another autonomous contract. It follows that the consequential impact of sanctions clauses on this unique effect of documentary credit transactions must be borne in mind. Moreover, letters of credit and confirmations differ from the commercial contracts examined in the foregoing cases, as the former*

are unilateral contracts and significantly, the sanctions clauses would therefore not have been agreed to or negotiated by sellers/beneficiaries prior to the acceptance of the letter of credit or confirmation. ...”（加黑部分是笔者的强调）

2.1.3 国际商会（International Chamber of Commerce 或 “ICC”）的立场

总结以上，信用证、备用信用证、履约保函、见索即付保函等贸易支付或信用担保的金融工具创设的本意是将支付从基础合同（例如货物买卖合同或工程合同）中独立出来，利用信用度高的第三方（通常是一流银行、保险公司等金融机构）提供的支付保证，为国际贸易与交易顺利进行提供必不可少的支持。这些金融工具的共性包括：针对相符文件“无条件”与“不可撤销”的支付义务、支付不受基础合同争议的影响、欺诈作为唯一不用支付的例外。也正是这些共性才能保证实现这些金融工具创设的目的。

而随着国际制裁的范围越来越广，影响越来越深远，银行、保险公司等金融机构不可避免成为最受影响的主体。就信用证或见索即付保函这类金融工具的开具与操作来说，银行会受到多个法律的管辖和影响，这包括银行的注册成立地、真正开具信用证或见索即付保函的分行所在地、支付币种所属国、付款地与其他对该交易有管辖权的地方等等。因为一流的金融机构拥有遍布全球的分支机构，更是会受到前述提到的每一种不同法律的管辖，其中在地缘政治和单边主义的影响下有关制裁和反制裁的法规的冲突可以说是最令金融机构感到无所适从。

这就带来这些金融机构为了尽可能降低不能支付会带来的法律责任，不得不在交易合同中加入单方面保护性的“制裁条文”，也即一旦受制裁相关的法律影响，就可以不履行合同下的支付义务，并且不用承担任何由此而带来的后果，甚至可以制定最广泛的措辞，包括面对与制裁有关的交易时可以仅仅根据内部政策与行使裁量权来决定是否支付。这种制裁条文显然是给该类金融工具的支付与担保功能带来重大的不肯定性。加上国际贸易或工程中会涉及多个环节（如生产链、销售链、合同链、供应链等等），如果任何环节涉及制裁都会令信用证或见索即付保函无效的话，那基本上这些金融工具已经丧失其基本功能。在实务中，加入制裁条文的信用证或见索即付保函很可能不会被受益人接受，贸易商或承包商也会因提供含有此类制裁条文的信用证或见索即付保函而在买卖合同下违约或与招标要求不符而被取消资格。

作为为这些金融工具制定了详细与最广泛适用的操作指引和规则的机构，ICC 在 2014 年就已经重视此问题并制定了名为“Consolidated ICC guidance on the use of sanctions clauses in trade finance-related instruments subject to ICC rules”的规则指引（简称“规则指引”），在 2020 年又根据制裁的新发展与制裁条文随之

被金融机构更频繁的使用增加了附件，该附件在 2024 年 11 月又经修订。¹³⁵

在 2014 年的规则指引中，ICC 指出制裁条文会对这些金融工具和国际商业带来打击后，将已经出现在该类金融工具中的“制裁条文”根据措辞的范围分为三类：

（一）第一类被称为“告知性的制裁”（*informative sanction*），也即是仅列出为公众所接受和知悉的违法或违反制裁的行为，相关的法律或制裁内容都是有据可查与被公众（国际商业社会）所知的。这一类是最可以被接受的制裁条文，并且对该类金融工具的商业目的的影响是最小的。例如：

“Presentation of document(s) that are not in compliance with the applicable anti-boycott, anti-money laundering, anti-terrorism, anti-drug trafficking and economic sanctions laws and regulations is not acceptable. Applicable laws vary depending on the transaction and may include United Nations, United States and/or local laws.”

（二）第二类已经是会带来问题，因为这类制裁条文已经超出了由公众所知并有据可查的制裁机制的范围，而将银行内部有关制裁的政策也加入，这些内部政策是不为外人所知并且可以随时变化的，这一来不仅给受益人获得支付带来极大的不肯定性，即使连银行之间的偿付也会存在争议，例如保兑行在支付之后去向开证行要求偿付，开证行会提出根据它的内部政策，该交易因可能违反制裁而不能进行偿付。例如：

*“[Bank] complies with the international sanction laws and regulations issued by the United States of America, the European Union and the United Nations (as well as local laws and regulations applicable to the issuing branch) and **in furtherance of those laws and regulations, [Bank] has adopted policies which in some cases go beyond the requirements of applicable laws and regulations.** Therefore [Bank] undertakes **no obligation to make any payment under, or otherwise to implement, this letter of credit (including but not limited to processing documents or advising the letter of credit), if there is involvement by any person (natural, corporate or governmental) listed in the USA, EU, UN or local sanctions lists, or any involvement by or nexus with Cuba, Sudan, Iran or Myanmar, or any of their governmental agencies.**”*（加黑部分是作者的强调）

（三）第三类则是更进一步扩大了可以不予支付的范围，即赋予银行裁量权去决定该交易是否违反任何与制裁有关的法律。裁量权往往代表由单方面决定、不确定与没有客观标准可循。这相当于是给银行最大范围的自我保护，而一旦银

¹³⁵ 见 < <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/consolidated-icc-guidance-on-the-use-of-sanctions-clauses-in-trade-finance-related-instruments-subject-to-icc-rules/> >

行有裁量权就会倾向于保守，回避任何风险。例如：

“ Trade and economic sanctions ... imposed by governments, government agencies or departments, regulators, central banks and/or transnational organizations (including the United Nations and European Union) impact upon transactions involving countries, or persons resident within countries currently including Balkans, Belarus, Cote d’Ivoire (Ivory Coast), Lebanon, Liberia, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Syria, the Democratic Republic of Congo, Uzbekistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Myanmar (Burma), North Korea, Cuba, Zimbabwe and Sudan. Issuing bank and all of its related bodies corporate might be subject to and affected by, sanctions, with which it will comply. Please contact issuing bank for clarification before presenting documents to issuing bank for negotiation or undertaking any dealings regarding this credit involving countries or persons affected by sanctions. Issuing bank is not and will not be liable for any loss or damage whatsoever associated directly or indirectly with the application of sanctions to a transaction or financial service involving issuing bank. Issuing bank is not required to perform any obligation under this credit which it determines in its discretion will, or would be likely to, contravene or breach any sanction. This clause applies notwithstanding any inconsistency with the current edition of the International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.”（加黑部分是笔者的强调）

ICC 针对以上三类的制裁条文指出，措辞广泛的制裁条文会对信用证和见索即付保函等金融工具带来越来越大的打击，甚至会令整个国际贸易、国际工程等交易或项目无法进行。所以 ICC 建议金融机构尽量不要使用制裁条文。

在 2020 年增加的附件中，虽然 ICC 仍然坚持建议金融机构不要在这一类的金融工具中使用制裁条文，尤其是措辞广泛的制裁条文，但面对越来越多的制裁与制裁条文在实务中的大量使用而不得不放松与承认制裁条文有存在的需要。不过 ICC 建议金融机构应在咨询过客户的意见后再谨慎加入制裁条文，并建议了“模板条文”（model clause），该模板条文和上述第一类的条文可以说是非常类似，仅仅只是非常泛泛地提到客观存在、有据可查与强制适用的制裁和反制裁机制，而没有做任何的扩张或延伸。有关模板条文可节录如下：

“ [notwithstanding anything to the contrary in the applicable ICC Rules or in this undertaking,] We disclaim liability for delay, non-return of documents, non-payment, or other action or inaction compelled by restrictive measures, counter-measures or sanctions laws or regulations mandatorily applicable to us or to [our correspondent banks in] the relevant transaction.”（加黑部分是笔者的强调）

除了上述建议的模板条文之外，ICC 还对加入与拟定这些“制裁条文”给出了指引，这包括：

（1）“*Sanctions clauses should not be used routinely. They ought only to be*

considered in specific transactions, and only after consulting with the customer and counterparties in the relevant transaction.”（制裁条文不应作为常规条文被使用，而只应在有必要的特定交易中考虑加入，并且仅在与客户[开证申请人]和相关交易的相对方[如受益人]协商后使用。）

（2）“*Specific sanctions regulations may be referred to in the clause (e.g. sanctions administered and enforced by the Hong Kong Monetary Authority) provided, however, that those references are limited to those regulations directly and mandatorily apply to the bank.*”（制裁条文中可以引用具体的制裁机制[例如，ICC 举例由香港金管局管理和执行的制裁，这主要是执行联合国的制裁，香港没有单边制裁]，这些引用应限于直接且强制适用于银行的法律。）

（3）“*Sanctions regulations may apply as mandatory rules in several situations, including, without limitation, the following situations: — As the law applicable to the bank or, if relevant, the branch that issued the relevant undertaking in the trade finance instrument; — As the law applicable to the currency of payment of relevant undertaking in the trade finance instrument; — As the law governing the performance of the relevant undertaking in the trade finance instrument as a result of choice of law clause, or of the determination of the applicable law in accordance with the conflict of laws rules in the competent jurisdiction; — As international public policy where the arbitral tribunal or the court with jurisdiction so characterise the particular multilateral sanctions regulations.*”（这些直接且强制适用于银行的法律，包括银行总部所在地的法律[如 JP Morgan 的总部在美国]、作出具体承诺的银行分行所在地的法律[如作为保兑行开出保兑确认书是 JP Morgan 的分行在新加坡]、支付货币适用的法律[如使用美元就受美国法律管辖]、根据法律选择条文[如见索即付保函中明确写明适用英国法]或根据主管司法管辖区的“冲突法”[conflict of law]规则确定的适用法；作为国际公共政策，仲裁庭或有管辖权的法院允许适用的特定多边制裁的法律[如联合国作出的制裁]。）

（4）“*Clauses should refrain from including unparticularised references to laws generally (e.g. ‘any applicable local and foreign laws’).*”（制裁条文应避免包含不具体与泛泛的一般性法律的说法，例如“任何适用的本地和外国法律”。）

（5）“*Reference to ‘bank policy and procedure’ should be avoided at all times.*”（应始终避免提及“银行内部的政策和程序”。这是不透明，并且每个银行都会有或紧或松的不同倾向，也随时可能改动，令信用证或见索即付保函变得太不肯定。）

（6）“*There are jurisdictions in which the local law prevents the inclusion of a sanctions clause that references the laws of a foreign jurisdiction on the grounds of illegal discrimination or otherwise. To the extent that the law of those jurisdictions applies to the bank or to the transaction, banks ought to consider not using sanctions clauses in the trade finance instrument and to seek legal advice as to their liability if*

they were to contravene such laws.”（有些司法管辖区的当地法律禁止在条文中引用外国司法管辖区的制裁机制，理由是这种引用构成非法歧视。如果这些司法管辖区的法律适用于银行或相关交易，银行应考虑不在贸易金融工具中使用制裁条文，或就其违反此类法律的责任问题寻求法律意见。例如在本书第一章之 5.2 段介绍的中国的《反外国制裁法》与《实施规定》下，这制裁条文就可能无效。）

（7）“*The reference to correspondent banks should be added in a sanctions clause only if a correspondent bank is in a different location from that of the instructing bank and would be unable to complete the transaction due to sanctions directly applicable to the correspondent bank that are not applicable to the issuing bank. An example is a correspondent bank in the US, therefore subject to primary US sanctions, which is clearing USD payments on behalf of a non-US bank.*”（这里是说当代理行与指示行[开证行]位于不同国家，并且代理行会因其所在地的法律或制裁机制无法完成交易，但指示行[开证行]所在地并没有这种制裁机制，才应在信用证的制裁条文中加入代理行。例如，法国银行开出信用证，内含一条 ICC 建议的比较狭窄的制裁条文，只适用在自己银行。但由于通知行或保兑行等是美国的代理行，而只要美国代理行参与交易，无论是以通知行还是保兑行等都会因美国的制裁机制令交易无法进行。这会导致被制裁的信用证受益人如果向法国开证行启动诉讼索赔，而法国开证行以信用证的制裁条文作为抗辩就有问题，因为会被制裁的不是法国开证行，而是美国代理行，狭窄的制裁条文也只能保护法国开证行，不延伸去其他第三人，除非有特定规定。ICC 建议在这种情况下才在制裁条文加上美国代理行，看来这也是 ICC 在 2020 年的模板制裁条文中包括加黑部分措辞的原因，说：“... *sanctions laws or regulations mandatorily applicable to us or to [our correspondent banks in ??] the relevant transaction.*”）

在“订约自由”的“天条”下，看来是无法禁止银行/金融机构作为订约方在金融工具中加入制裁条文保护自己。加上银行在订约中的强势地位，更加是无法避免制裁条文。这对于受益人来说，是要特别小心，如果受益人担心将来会因制裁而在这些金融工具下无法获得支付，就需要尝试在各个环节做一定的应对，这包括在订立基础合同（如买卖合同或工程合同）时就对信用证或见索即付保函的内容进行约定，特别注明不能有制裁条文的存在。退一步讲，即使无法避免制裁条文，但制裁条文的措辞/用字要限制在一定范围内，例如像以上 ICC 给出的指引。又或者是以明示条文约定合同相对方的付款义务不能在金融工具因制裁而无法兑现下豁免与见索即付保函无法兑现下，承包商要无条件提供另外可以兑现的保函等。

2.1.4 建议中资银行与中国进出口商在信用证作出保护自己的应对

在以上介绍的今天信用证中的制裁条文令支付变得不再肯定的情况下，信用证下受益人（如大量的中国出口商）会要以以下的法律手段保护自己：

（一）在买卖合同中以信用证作为支付工具时，明示规定开出与保兑（如果有额外约定）的信用证不得有任何形式的制裁条文或其他同类条文。或即使有制

裁条文，也限制在狭窄的措辞/文字。

(二) 买卖合同中经常要求买方开出的信用证是要“卖方可接受”(acceptable to the seller)。这也表示卖方作为受益人要懂行与小心审核买方开出的信用证，一旦发现信用证有一条制裁条文或任何内容不配合买卖合同，就要拒绝接受。否则，欣然接受会视为是同意“更改”(variation) 买卖合同或构成“弃权/禁反言”(waiver/estoppels)¹³⁶。

(三) 在买卖合同中同意以信用证支付货款，如果卖方结不了汇，整套“付运文件”(shipment documents) 包括最重要的提单仍在卖方手里。照说，买方也无法从抵达卸港的船舶提取货物。但如果买方通过如“无单放货”等旁门左道提取了货物，就仍是难逃要支付货款给卖方，例如是基于对货物的“侵占”(conversion)¹³⁷或者是在衡平法的“不当得利”(unjust enrichment) 等。但对结不了汇的卖方会有更多的困难，毕竟货物已经付运，尽快在海上转售绝不容易，加上在 CIF 买卖下是卖方负责租船，必须从速将货物卸下以交还船舶。所以精明的买方不会去“无单放货”，而是借此机会向卖方将货价敲掉 50% 不等，以交换接受不符单证或更改信用证等。

(四) *Shamsher Jute v Sethia (London) (1987) 1 Lloyd's Rep. 388* 先例判卖方如果在信用证下取不到货款，只要不涉及买方的过错并且买方没有取货（如船舶因事故沉没或市场货价大跌），买方就再也没有责任以其他没有约定的办法作出支付，因为以信用证支付是双方在买卖合同约定的唯一支付办法。Bingham 大法官说：“*I know of no case where a seller who has failed to obtain payment under a credit because of failure on his part to comply with its terms has succeeded in recovering against a buyer personally. If this were an available road to recovery, many of the familiar arguments about discrepancies in documents would be unnecessary. Bearing in mind the likelihood that buyers will sell on to sub-buyers, such a result would, I think, throw the course of international trade into some confusion. It must in my view follow that the sellers here, not having complied with the credit terms, cannot recover against the buyers personally.*”

但该 *Shamsher Jute v Sethia (London)* 先例卖方取不到货款是因为付运文件有不符点，可以说是卖方自己的过错或出问题。而如果信用证是银行原因没有作出支付，例如开证行倒闭，买方仍是有责任向卖方作出支付，例如开出另一份不同

¹³⁶ 见 *WJ Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co. (1972) 1 Lloyd's Rep. 313 (CA)* ; *Ficom v Sociedad (1980) 2 Lloyd's Rep. 118*; *Shamsher Jute v Sethia (London) (1987) 1 Lloyd's Rep. 388*; *South Caribbean Trading Ltd v Trafigura Beheer BV (2005) 1 Lloyd's Rep 128* 等先例。

¹³⁷ 这可以是向船东/承运人以侵占货物提起诉讼，并通常会扣船去取得“诉前担保”，然后任由船东/承运人去向买方追偿，而“无单放货”通常会有买方的“保函”(letter of indemnity)。另也可以向买方索赔买卖合同下的货价，诉因之一可以是合同与侵权“同步”/竞合(concurrent)的侵占侵权。

银行的信用证或以现金支付。理由是因为买方没有严格按照买卖合同去开出“可行”与“会支付”贷款的信用证。这在 *Man (E.D. & F) Ltd v Nigerian Sweets & Confectionery Co Ltd* (1977) 2 Lloyd's Rep 50 上诉庭先例，Stephenson 大法官说：“*For the buyers promised to pay by letter of credit, not to provide by a letter of credit a source of payment which did not pay.*”

（五）至于银行是因为信用证加上了一条制裁条文而拒付的情况，应归类为买方没有开出“可行”与“会支付”贷款的信用证，还是卖方自己“弃权/禁反言”或卖方自己的过错（如单证不符等），会带来争议与不肯定。所以中国公司作为出口商可以考虑在买卖合同加上一条明示条文以大大提升在付运货物后可以收到货款的肯定性，这可参考在 *Vitol SA v JE Energy Ltd* (2022) EWHC 2494 (Comm) 先例的条文是：

*“If for any reason the delivery, loading and/or discharge of the Product ... will not take place within any relevant period which may be referred to in the LC, **Buyer shall promptly provide a new documentary letter of credit or amend the existing LC in terms acceptable to Seller. Buyer will remain responsible for payment in the event that payment is not made under the LC for any reason.**”*（加黑部分是笔者的强调）

当然，上述条文只针对交货与装卸货是否符合信用证规定的时间，如在“付运合同”（shipment contract）的“装货最后一天”（last shipment date），或在“交货合同”（delivered contract）的“交货”或“卸货”日期有了延误，导致付运单证结不了汇的情况。但针对制裁而被银行拒付的受益人卖方，只需要在买卖合同的支付条文或在上述条文的基础上对措辞/文字上作出相应的明确修改即可。如第一句改为：“*If for any reason the delivery, loading and/or discharge of the Product ... will not take place within any relevant period which may be referred to in the LC, **or the issuing/correspondent/confirming bank(s) refuse or delay payment under any provisions in the LC including but not limiting to a sanction clause, ...***”（加黑部分是笔者的强调）

（六）作为买方的中国进口商在面对外国的卖方时，也可期待对方会提出同样要求，如开出的信用证必须是“无条件”如没有制裁条文的。这一来，买方有必要向他的银行取得承诺才可在买卖合同做出约定。而中资银行与金融机构是坚持在所有的信用证和见索即付保函等金融工具中都常规加上一条模板的或甚是宽泛的制裁条文，宁可这方面业务减少，还是如 ICC 的建议只在特定有制裁风险的交易中才考虑加入，并且仅在与开证申请人和受益人协商与谈判后使用，就会是个别银行自己的平衡与决定了。另在《反外国制裁法》生效后，所有中资银行在政策上对待这种主要针对中国的美国单边制裁的“制裁条文”会有什么决定还要拭目以待。

以上可见即使相对多数读者会认为是熟悉的“信用证”例子就这么复杂，更不用说是其他独特与有不同复杂性的行业或领域，要有其他许多不同考虑或关注以更好应对美国的制裁机制。所以“要将合同订好以保障自己的利益”作为口号

是经常听到，但要落实并不容易，本章以下的内容将会显示出这些困难的地方。

加上，合同最终订立是需要艰辛的谈判。遇到认知水平（有关业务与法律）低的对手，就是运气好与可以很快谈妥，但这也表示将来在履行会有更多争议与扯皮，不能顺利完成合同的几率也较高。而遇到认知水平高，而且是双方旗鼓相当，这谈判就会持久去相互摸底，你进我退，最后根据各自底牌或多或少让步去达成合同。但好处是大家都知道自己的合同与法律地位，可以更顺利完成履行，只有在出了合同订立时预见不到、也没有在条文明确针对、而法律默示地位欠缺或不肯定的不可控外来大事故时才会有争议。

中国公司如果不想在任何类别的合同，例如是一份工程合同，只花 2 年时间将一个复杂的工程完成，但接下去要花 10 年仲裁，败诉更是要倾家荡产作出赔偿，就要好好对待合同的订立。这种软实力是看不见，但会是与看得见的工程同样重要、同样困难。笔者很早已经听到老外说：“赚钱是在合同而不在工程（*The money is not with the work, it is with the contract*）。”

2.2 借贷合同（Loan agreement）

目前美英制裁一个最重要的领域是金融行业，尤其美英利用美元的霸权与金融中心地位，建立对全球金融机构的管辖权与令其长臂管辖拥有威慑力。借贷融资无疑是企业经营与发展中必不可少的金融活动，也是金融行业最常见与基础的交易种类。目前对制裁的“合规”（compliance）问题已经成为开展贷款业务与订立贷款合同的重要议题。银行不仅要在进行交易前就通过“尽职调查”（due diligence）全方位了解“借款人”（borrower）的情况，包括借款人所在地、借款人是做什么业务、借款人的客户主要在哪些地区、借贷钱款的使用等等，还要通过在贷款合同中制定详尽的“制裁条文”来约束借款人，甚至借款人的董事、高管、母公司、子公司、关联公司以及所在集团的其他公司等等在整个贷款合同存续期间都不会被制裁或有被制裁的风险。

从尽职调查的方面来说，不同的银行都会制定各自内部的合规政策，并会按照这些政策在对客户与贷款或融资的项目做全面的调查之后才决定是否进行交易。美国为主的西方银行对于美国的制裁与监管是特别小心，有说法是他们制定内部政策的标准是 CEO 或高管将来不会因银行有不严格遵守政策而被叫到美国国会或监管机构接受质询的危险。所以，这些内部的政策难以避免相比于制裁机制是有过之而无不及。

由于每一个借贷交易都会涉及不同的事实与考虑，需要特定加减一些内容来针对，所以在操作起来也是要根据个案的情况具体问题具体分析。例如就美国来说，对专注于国内市场且不涉及出口管制对象交易的借款人就会采用一个相对宽松的尽调标准，但涉及半导体、软件等管制对象的生产与出口的借款人，将面临银行更严格与细致的尽调。而对于其他国家的银行，若借款人或所在集团与古巴、伊朗、朝鲜、俄罗斯等有业务往来或连接点，银行还需额外核查这些活动是否可能使其成为美国“二级制裁”的目标等。又例如借款人是一家美国的大公司，它

本身就会担心被制裁而在美国的监管要求下做大量的针对制裁合规的工作，银行对该公司应该就会采用相对背景可疑和存在一些其他“红旗”警告的借款人更宽松的尽调标准。针对这种风险高的借款人，银行甚至很多时候宁可放弃交易也不愿将来承担无法获得还款以及声誉受损的风险。再例如，订立一份长期循环额度的融资合同（revolving credit facility）与订立一份短期的一笔款项的贷款合同，考虑也是会非常不同。尤其针对前者，很可能在履行期间出现借款人进入美国 OFAC 的 SDN 名单或行业制裁的名单，这样一来，合同下提供的多种融资方式（包括借款、开立信用证、保函等）都无法继续履行下去，并会带来争议与混乱，显然银行针对这类交易的达成就会采取更为严格的尽调标准与在合同中采用措辞更全面与严格的制裁条文。

在贷款合同的订立层面，如今的贷款合同中普遍会包含“制裁条文”。与对不同的客户做尽职调查会面对千变万化的情况的道理一样，在订立贷款合同时，制裁条文的订立也会因人而异。虽然对于银行来说，一般会告诉借款人这些条文是银行的标准格式条文，不容更改，但其实也是仍然有谈判的空间，特别是针对较大与复杂的交易。

欧洲贷款市场协会（Loan Market Association, 简称“LMA”）¹³⁸考虑到个案的独特性，并没有为欧洲市场的模板贷款合同加入建议的制裁条文，而看到介绍美国贷款银团与交易协会（Loan Syndications and Trading Association, 简称“LSTA”）已为其模板信贷合同提供了详细的建议性陈述与承诺条文范本及注释。许多银行还会因担心客户违反制裁而令其受牵连与对其声誉带来打击，因此倾向于制定比制裁机制更宽泛的限制性条文，即使这会给借款人的业务带来不合理的负担以及令交易更加充满不确定性。

LMA 虽然未在其任何贷款合同模板中发布推荐性“制裁条文”，但 LMA 在 2018 年版的《Guidance Note United States and European Union Sanctions》¹³⁹中建议考虑纳入以下内容：

（1）借款人作出并非与将来也不会成为“被制裁方”（sanctioned party）的陈述与保证¹⁴⁰；

¹³⁸ LMA 于 1996 年成立于伦敦，主要致力于促进和规范国际贷款市场的标准化和最佳实践。LMA 为银行、金融机构和其他参与者提供标准化的贷款文件格式、指导方针和培训等。LMA 在银团贷款（syndicated lending）和二级贷款市场交易中扮演重要角色，全世界超过 880 个会员、遍布 69 个国家或地区，尤其在欧洲、中东和非洲地区具有广泛与重要影响力。

¹³⁹ 该文件可在 LMA 的网站上通过账号登入后下载：<<https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents?search=cGFnZT0xJnRvcC1zZWZyY2g9c2FuY3Rpb24mZnJvbS1kYXRIPSZ0bY1kYXRIPSZzZWZyY2g9JnNvcnQtZG9jdW1lbnQ9>>

¹⁴⁰ 关于合同中的陈述与保证，可见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第二章之 10 段。

(2) 承诺确保贷款资金的用途不会违反有关的制裁机制，这会包括贷款流向受全面制裁的国家或地区与直接或间接的令被制裁方受益。LMA 在当时强调具体措辞需根据交易、相关方及有关的制裁机制而定。但如今随着制裁越来越严格与广泛，许多银行为了自保会无视借款人实际情况，在所有协议中纳入更宽泛的制裁条文。

尽管市场上看来并无统一标准，各银行的制裁条文仍存在共性，谈判制裁条文的焦点会包括：对制裁的定义以及适用制裁机制的范围、受制裁条文约束的主体包括哪些人士、被制裁方的定义、对制裁调查的披露、贷款资金用途、银行账户使用、违约后果等。以涉及俄罗斯的交易为例，美英制裁俄罗斯的目的是为了切断其经济来源，显然就应该禁止银行作出任何借贷给俄罗斯有关人士与公司。但这远远不够，一笔贷款也可能间接被使用在协助俄罗斯经济或令俄罗斯获益的活动。所以，银行除了要对“借款人”、背后的有关人士与贷款的用途进行“尽职调查”摸得清清楚楚以外，还要在之后的履行跟进。另是在借贷合同加上针对性的明示条文也至关重要，例如在“陈述与保证条文”中明确写明借款人在谈判时不涉及美英与西方制裁、贷款使用目的（*use of loan*）等的陈述，另也明示约定什么是适用于这笔贷款的制裁机制（*applicable sanctions*）、合规的范畴与程序（*scope and procedures of compliance*）、使用的账户（*use of bank account*），与记录做了什么针对制裁的内部与外部调查（*sanction investigation*）等等。另也要求借款人明示保证在履行期间不会做任何列明的会涉及违反美英制裁的事情。

有关制裁的定义以及适用制裁机制的范围，制裁通常会涵盖经济/金融制裁或贸易禁运，而常见的制裁机制包括美国、英国、欧盟、联合国等的制裁机制。部分制裁条文还会对适用的制裁机制做更多的扩展，但当借款人与某些国家无业务关联时，这种扩展就会给借款人带来不必要的负担。银行通常也会通过一般性承诺条文要求借款人遵守制裁规定，并要求借款在新贷款发放日、计息期首日等时间点反复确认合规。

要遵守制裁条文的主体不仅限于借款人，还可能涵盖子公司、集团成员、董事、高管甚至员工、关联方或代理人（*each of its directors, officers, employees, agents, contractors and other representatives and affiliates*）。尽管借款人、子公司及高管等等的违规可能影响银行。但将员工或少数股权持有方纳入范围则是困难与不现实，至少应为后者添加“知情”限定条件，且员工私人行为（如去伊朗、朝鲜或古巴旅游）不应被无差别限制。

银行通常要求借款人陈述其非“被制裁方”且不受“被制裁方”的控制，例如本书第一章之 2.1.1 段介绍的 OFAC 的“50%规则”或 4.2 段介绍的英国与欧盟的“控制原则”。被制裁方的定义虽无统一术语（如“指定人员”“受限方”等），但通常包含三类：

- (1) 被全面制裁国家/地区的居民或实体（如古巴、伊朗、朝鲜等），或其控制的实体/代理方；

- (2) 制裁名单列名的主体（如 OFAC 的“SDN 清单”、英国财政部的“OFSI 清单”）；
- (3) 其他被明确定义的被制裁方。

针对制裁调查，银行常要求借款人确认其未面临已知的制裁相关调查或索赔，并且要及时披露贷款合同存续期间发生的针对借款人以及其他有关主体的与制裁有关的调查。

针对贷款资金与银行账户使用，制裁条文常禁止贷款会令被制裁方直接或间接的受益，也禁止以源自被制裁方的收入还款。部分银行禁止账户用于与被制裁方任何资金往来，甚至全面封锁来自特定被制裁国家的收支。

针对违约的后果，对制裁条文的违反通常直接构成“违约事件”（event of default），在没有给予违约方补救期的情况下，银行或银团可马上终止合同，而针对已经借出的款项也要求“加速全数还款”（acceleration）。这往往还会引起更严重的连锁反应，就是会触发其他融资或贷款合同下“交叉违约”（cross default）的条文。交叉违约条文是针对借款人在其他融资或贷款交易中出现违约事件后，会带来资金流动性方面的危机，进而会影响对当前借款的偿还能力，这一来在当前的融资或贷款合同中，即使借款人没有任何违约，银行也可以在交叉违约条文下要求借款人加速全数还款。交叉违约条文是融资或借贷合同的核心或关键条文，所以任何一份融资或贷款合同因违反制裁条文带来违约，都会令其他融资和贷款合同下银行产生关切与触发交叉违约条文，即使其他的合同中没有制裁条文。这种连锁反应很快就会令整个公司资金链断裂而倒闭。

另外，在目前背道而驰的制裁和反制裁机制下，当事人订立贷款合同时，法律冲突会带来很大的问题。例如，欧盟为反制美国对古巴与伊朗¹⁴¹的域外制裁而出台与扩大适用“阻断法案”（Blocking Statute），中国出台的《反外国制裁法》与《实施规定》。这些会令一些借款人或银行要面对两种制裁机制间的冲突，进而影响借款人提供制裁承诺的能力或银行制定制裁条文的政策。以银行为例，中国的银行一方面因在美英有分行或要处理美元业务，从而受美英制裁机制的管辖，不能与被制裁方进行交易。另一方面如果中国的银行再在其与中国客户的融资协议中加入制裁条文，显然就是本书第一章之 5.2 段中介绍的《反外国制裁法》所针对的：

“*执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施*”的行为，从而“*我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失*”。

这种夹在中间无所适从的情况，令不少跨国银行不得不考虑将在本书第五章

¹⁴¹ 在 2018 年美国退出 JCPOA 以后也扩大适用到美国对伊朗的域外制裁。

之 3 段讨论到的双轨制做法。

以目前被美英金融制裁的俄罗斯来说,由于美英制裁俄罗斯的目的是切断俄罗斯所有经济来源,再没有“粮草”资助对乌克兰的战事,所以针对银行就特别严格了。这不只是针对美英自己的银行,也包括了所有的“外资银行”(foreign controlled bank 或简称“FCB”,这会包括很多中资银行)。对 FCB 的管制就是如果它们违反美国的经济制裁,就会被加入制裁清单,也就排除它们参与任何美元交易。这对一家 FCB 是灾难性的,所以美国制裁对它们的阻吓力绝对不低于任何一家美国银行。

2.2.1 Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd (2020) EWCA Civ 821 上诉庭先例

在 Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd 上诉庭先例,作为借款人的 Cynergy (一家英国的零售银行)与作为贷款人的 Lamesa 签订 10 年期的“融资协议”(facility agreement)借贷 3,000 万英镑,每年 Cynergy 都需要在年中与年末支付利息给 Lamesa。融资协议适用英国法与约定了英国法院管辖。

Lamesa 是由前苏联/俄罗斯寡头 Vekselberg 全资控制,而在贷款协议签订后不久美国 OFAC 将 Vekselberg 列入了 SDN 清单。这一来,虽然 Cynergy 并非“美国人”(US Person)与没有美国因素不受“一级制裁”限制,但如果 Cynergy 继续与 Lamesa 交易就可能会被认为属于违反“二级制裁”(secondary sanctions)而有可能面对也被列入 SDN 清单等后果。

Cynergy 马上看准机会拒绝支付利息,并援引了协议中的第 9.1 条针对非法的条文:“*during the 14 days after [Lamesa 要求支付利息的通知] it satisfies [Lamesa] that such sums were not paid in order to comply with any mandatory provision of law, regulation or order of any court of competent jurisdiction*”(加黑部分是作者的强调)

Lamesa 则主张此针对非法的条文只是规定 Cynergy 必须或不得违反强制性规定,作为非美国人的 Cynergy 理论上并不需要严格遵守并不属于“强制性禁止”的美国“二级制裁”,因此该 9.1 条并不适用,不能拒绝支付利息。双方产生争议并提交给英国法院审理。

高院与上诉庭均判此条文足够允许 Cynergy 无需支付利息,但大家的判决理由不一样。在此仅介绍上诉庭 Geoffrey Vos 大法官的理由包括:

- (1) 第 9.1 条本身确实并不足够清楚,到底针对的是广泛的只要不遵守就会受影响的法律(例如“二级制裁”),还是只针对明确与直接适用在 Cynergy 身上的强制法律。如果是后者,那就应该只是英国法。因此法院就需要解释条文。
- (2) 第 9.1 条的措辞/文字借鉴了欧盟的“阻断法案”的规定,因为写法是

一样，所以解释也可借鉴，而欧洲法院对该规定的解释显然是包括与要考虑美国制裁的。

- (3) 第 9.1 条是国际银行惯用的融资协议格式条文，显然该条文的一个重要目的就是用来应对美国制裁。如果将条文中的措辞/文字进行严格解释到只能适用在制裁直接针对的对象，也就是“一级制裁”的美国人，而不包括美国“二级制裁”的话，此条文对大量“非美国人”的欧盟金融机构与银行就失去意义了。
- (4) 在当事人订立合同的时候，也显然预料到美国“二级制裁”对自己的影响。
- (5) 对第 9.1 条的效力进行解释，该条文的效果是 Cynergy 暂时不按合同支付利息并非违约，但没有豁免 Cynergy 在合同下的还款还息义务。

在笔者看来这也是符合商业现实与商业利益的做法，尤其是今天国际大量非美国人的公司/实体，会遇到的是“二级制裁”的困扰。因此应对合同条文进行较为宽松的解释以符合该合同的本意。但显然银行过往惯用的一条“非法条文”（*illegality clause*），只针对是否遵守强制与有约束力的法律（如本先例），看来已经是不足并会带来争议。需要的是一条详尽的“制裁条文”（*sanction clause*），将已经知道与预期到的制裁情况写得更清楚与具体，特别明示包括美国向外国银行行使“长臂管辖权”的“二级制裁”，也就会有更好的保障与避免将来的争议。

笔者也看到其他方面，如英国法院的判决看来一贯尽量善待、关注与配合英国的金融/银行行业的预期，这也是维护伦敦作为国际金融中心所必要的。另也看到在不久前的 *Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd* (2018) EWHC 2643 (Comm) 先例在解释“伦敦保险协会”（*Institute of London Underwriters*）拟定的“制裁与豁免条文”（*Sanction Limitation and Exclusion Clause*）是大不相同，有关文字是：

“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 United States of America.”

但 Teare 大法官拒绝宽松解释为是包括了赔付会令保险人/再保险人面临制裁、禁止或限制等违法的“风险”（*risk*）的情况，也就是，即使不严格有法律的制裁，但当时的情况在一般合理人士看来，觉得是有风险即可。这一紧一宽的解释笔者也只能说是：

- (1) 这正是诉讼的风险（*litigation risk*），社会科学不是严谨的科学。

(2) 目前美英与欧盟的大面积全方位的经济制裁历史尚短，复杂与多变，普通法/案例法还未跟上。

(3) 除了 Mamancochet Mining Ltd 先例是一审，Lamesa Investments Ltd 是上诉庭先例外，相信英国法院的判法会是越来越倾向对双方约定的“制裁条文”宽松甚至去扭曲的进行“目的解释”（purposive interpretation）。这显然就是为了打垮俄罗斯等被制裁的国家的经济。所以中国公司也要警惕，除了要争取将有利的合同条文订得更明确与肯定外，更釜底抽薪的办法就是避免在一份本来可以与英国没有关系的合同中扯上英国的连接点，进而逃不出英国法院的管辖。

最后可节录 Geoffrey Vos 大法官对目前实际现状的部分解释如下：

“the drafter of clause 9.1 must have intended the borrower to be capable of obtaining relief from default if its reason for non-payment was to ‘comply’ with a foreign statute that would otherwise be triggered. The drafters knew that the Blocking Regulation regarded US secondary sanctions legislation as imposing a ‘requirement or prohibition’ with which EU parties were otherwise required to ‘comply’. That is a compelling argument in favour of Cynergy’s interpretation of the proviso to clause 9.1... But the important point is that its language refers to the provisions of US secondary sanctions legislation... as imposing a ‘requirement or prohibition’ on EU entities. That is the reality of the position. An EU entity cannot ignore such legislation, because if it does so, its business will be disrupted ... It is true also that the US legislation cannot prohibit, and does not purport to prohibit, a payment by Cynergy to Lamesa. But its effect is clearly one of prohibition as the Blocking Regulation makes clear. Moreover, whilst it can be argued that Cynergy is not ‘complying’ with section 5, but only with the policy of the US secondary sanctions legislation, that as it seems to me, is a semantic difference. Once the US legislation is seen, as it must be, as an effective prohibition, Cynergy’s reason for non-payment is indeed to comply with it.

clause 9.1 of the Facility Agreement justified its refusal to do so. ...”（加黑部分是笔者的强调）

2.2.2 Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A. (2020) EWHC 2937 (Comm)先例

在 Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A.先例，原告贷款人 BSJI 是一家波多黎哥的银行，被告借款人 PDVSA 是一家委内瑞拉国有能源企业。BSJI 指控 PDVSA 在两份“信贷合同”（credit agreement）下未能按期还款，欠下 8,600 多万美元。PDVSA 抗辩的主要理由就是在 2016 年与 2017 年的信贷合同签订后，美国特朗普总统在 2017 年 1 月上台后颁布了更为严厉与全面打击委内瑞拉经济（也包括了 PDVSA）的禁令，主要是根据《Venezuela Sanctions Regulations 31 CFR Part 591》下颁布的 EO 13692、13808、13827、13835、13850（此命令加进委内瑞拉的石油行业，这显然包括了 PDVSA）、13857 与 13884 等。这也搞垮了 PDVSA 的经济，除了所有海外资产被冻结，包括在葡萄牙的美元银行账户与在俄罗斯银行的美元账户也因为无法通过美国代理行，从而无法在国际作出任何美元的支付。所以，PDVSA 是“无法作出支付”（impossible to pay）。

PDVSA 以两方面作为抗辩，首先是信贷合同第 7.03 条文的“制裁条文”；另是“外国法非法”（foreign law illegality）的“Ralli Brothers 例外”。以下分别介绍：

2.2.3.1 抗辩之一：第 7.03 条的“制裁条文”（sanction clause）

PDVSA 的一个理由就是在信贷合同中有一条 7.03 条文或“制裁条文”，可节录如下：

“Sanctions. [指 PDVSA] will not repay Loans with the proceeds of

(a) business activities that are or which become subject to sanctions, restrictions or embargoes imposed by the Office of Foreign Asset Control of the U.S. Treasury Department, the United Nations Security Council and the U.S. Department of Commerce, the U.S. Department of State [sic] (collectively, 'Sanctions'); or

(b) business activities in/with a country or territory that is the subject of Sanctions (including, without limitation, Cuba, Iran, North Korea, Sudan and Syria) ('Sanctioned Country')”（加黑部分是作者的强调）

PDVSA 主张在美国禁令下自己被禁止向 BSJI 指定的美国帐户作出支付，因此信贷合同下的还款义务需要暂时中止，目前不可能履行合同承诺。PDVSA 也依赖一个不久前美国纽约州的 Dresser-Rand Co v Petroleos De Venezuela, S.A. and PDVSA Petroleo, S.A., 19 Civ 2689 先例，该先例以 PDVSA 证明 EO 13850 导致 PDVSA “不可能”向美国的债权人作出支付的抗辩表面看可能成立而拒绝了“简易判决”（summary judgment）的申请。¹⁴²另也引经据典依赖近期的 Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd 与 Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd 先例，说：

“PDVSA also argues that the suspensory effect of Section 7.03 urged upon the Court by PDVSA in this case is the same as in Mamancochet Mining Limited v Aegis Managing Agency Limited ... The sanctions clause in that case was in an insurance policy, and was triggered by US Iranian sanctions. Teare J held that the clause meant that ‘the insurer is not liable to pay a claim where payment would be prohibited under one of the named systems of law and thus ‘would expose’ the [underwriters] to a

¹⁴² 该先例涉及 PDVSA 在 2017 年与 Dresser-Rand 公司签订了一份约 1.2 亿美元的“票据协议”（note agreement）。但 PDVSA 在支付了前两次利息后未能继续支付，于是 Dresser-Rand 以 PDVSA 违约开始诉讼。虽然美国纽约州法院以 PDVSA 证明了“不可能履行”的抗辩有得争辩，所以拒绝了简易判决的申请，但之后判 PDVSA 没有证明制裁（特别是 EO 13850）令 PDVSA “不可能履行”合同责任。之后上诉庭也确认了一审法院的判决：见 Siemens Energy Inc v Petróleos de Venezuela SA (2023) 82 F 4th 144 (2nd Cir)先例（Dresser-Rand 与 Siemens Energy 在案件进行过程中合并，所以案件中的原告身份也相应更改为 Siemens Energy）。

sanction' ... Teare J held that this **suspended the payment obligation** (rather than extinguishing it ...). He dismissed the objection from the underwriters that this was uncommercial ...

PDVSA contends that its defence is also consistent with the recent decision of the Court of Appeal in *Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd* ... It says that though the wording is different the reasoning is entirely consistent and that together these authorities establish that 'it is **perfectly normal and sensible in commercial agreements to suspend payment obligations where payment would otherwise be in breach of unilateral US sanctions**'. ”（加黑部分是笔者的强调）

但看来上述十分强有力的 PDVSA 的主张被法院拒绝，笔者觉得判决不容易阅读，可能因为是拒绝的理由略显牵强。可简单介绍如下：

(1) 对于美国纽约州对 PDVSA 有利的判例，法院只是简短说没有约束力，而且针对的是不同争议，也就是美国判例针对的是美国“本土非法”（domestic illegality），但此先例不是，所以无须考虑。

(2) 至于两个近期先例，其中 *Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd* 更是上诉庭先例，但 Cockerill 大法官作出了如下区分：

“*The Mamanchochet case was one concerning a clause in a marine insurance policy which expressly provided that a reinsurer should not be liable to pay a claim 'to the extent that ...payment of such claim ... would expose that insurer to any sanction, prohibition or restriction under ... the trade or economic sanctions, laws, or regulations...'* **That is plainly entirely different** – the non-liability to pay is express. It was also a question about whether the insurers effectively went off risk or there was a suspension, so there was **no issue about a liability to pay at that point**.

Lamesa similarly concerned a case where the clause expressly provided for non-payment. There Clause 9.1 'provided that [Cynergy] shall not be in default if during the 14 days after [Lamesa's] notice it satisfies [Lamesa] that such sums were not paid in order to comply with any mandatory provision of law, regulation or order of any court of competent jurisdiction.' So there was an express exception to the default provision. That is **obviously very unlike the present case** - in particular the wording is expressly part of the payment obligation. Further one can see in **the judgment that there were good reasons**, as the Court of Appeal found, for that provision in circumstances where **the drafters of the contract knew that the Blocking Regulation regarded US secondary sanctions legislation as imposing a 'requirement or prohibition'** with which EU parties were otherwise required to 'comply'.”（加黑部分是笔者的强调）

(3) 至于对第 7.03 条“制裁条文”的解释，法院判是更像一个“不作为承诺”

(negative covenants)¹⁴³，因为此条文应该解释为只是 PDVSA 承诺不以被制裁的财产（包括金钱）向 BSJI 还款（*will not repay Loans with the proceeds of ... business activities that are or which become subject to sanctions*），并没有允许 PDVSA 中止还款。至于 PDVSA 自己的资产全部都在委内瑞拉或属于被制裁的财产，这并不是此条文所针对的问题。

Cockerill 大法官也说在此 7.03 条文下，BSJI 有权拒绝接受 PDVSA 以被制裁的金钱作出支付，或接受了可以稍后为此蒙受的损失向 PDVSA 索赔等等，说：

“The clause also has an obvious use as worded in providing BSJI with a remedy in damages ... if PDVSA makes a payment with money which is the result of sanctioned activities. ...

It gives BSJI a right to refuse receipt and a right of recourse against PDVSA (including under the indemnities under the Credit Agreement) if the covenant is breached.”（加黑部分是笔者的强调）

2.2.3.2 抗辩之二：“Ralli Brothers 例外”

至于这“外国法非法”令 PDVSA 无法作出美元的支付，正是 Ralli Brothers v Compania Naviera Sota Y Aznar (1920) 2 KB 287 上诉庭先例所针对的“履行地非法”¹⁴⁴，导致 PDVSA 无法履行合同的还款承诺。PDVSA 的代表律师说：

“The Ralli Bros rule provides that an English law governed contract is unenforceable if performance is prohibited by the law of the place of performance (the lex loci solutionis). Although PDVSA tactfully quoted ... summary in Magdeev v Tsvetkov [2020] EWHC 887 (Comm) ..., the position is perfectly well known:

‘...the Court will not enforce a contract if the performance of that contract necessarily requires an act in a friendly foreign state which would be unlawful by the law of that state. The rule does not require the parties to intend the illegality or even to be aware of the fact that what they have bargained for will involve an act unlawful by

¹⁴³ “不作为承诺”是承诺不采取某些行为的合同义务，限制一方当事人 A 的行为以保护另一方 B 的利益。也只有 B 单方面可以从中获利，所以有权“弃权”的也只有 B，例如说：“你可以去做了，不必担心我会追究。”如果有违反，通常法院会作出的救济就是禁令。不作为承诺在雇佣合同与公司收购合同中经常会有，例如高级雇员需要承诺公司在离职后半年或 1 年不等时间内不得加入其他同行的竞争对手公司，在收购公司后创办人不得在半年或 1 年不等时间内另成立同样业务的公司作出竞争或抢客等等。这可见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 11.2 段针对“限制贸易/竞业禁止条文”（restraint of trade clause）的介绍。

¹⁴⁴ 见本书第二章之 2.3.2 段。

the place of performance. It simply requires it to be established that their bargain necessarily involves such an act.’ ...”（加黑部分是笔者的强调）

但这方面 PDVSA 也败诉，主要原因是在理论上所有这种经济制裁都可向 OFAC 申请许可。但 PDVSA 没有提供任何证据显示它去申请了而不成功。虽然 PDVSA 代表大律师主张向 OFAC 申请许可是“与虎谋皮”，但显然不被法院接受。Cockerill 大法官说：

“ It is common ground that all the relevant Executive Orders contain a dispensation provision which allow disapplication if a licence is obtained. It is common ground that this can be done by applying to OFAC. It is also common ground that OFAC has in fact issued specific and general licences excepting some of the effects of the US Sanctions ...

Mr Malek’s (PDVSA 代表大律师) assertion that this is ‘totally unrealistic... The US treasury is not about to accede to a request from PDVSA to make its life easier and make this litigation go away’ is not evidence. ...

It follows that even if it were the case that the sanctions prima facie rendered the performance of PDVSA’s payment obligations necessarily illegal at the place of performance, PDVSA cannot avail itself of the defence because it has failed to show that had it discharged its obligation to apply for a licence, that application would have failed.”（加黑部分是笔者的强调）

笔者只总结说，首先是第 7.03 条“制裁条文”虽然在措辞/文字上是挑得出问题，但这样严格以“字义”（textual）去解释，与笔者较早预测的英国法院的判法会是倾向对“制裁条文”宽松甚至扭曲“目的解释”（purposive interpretation）看来不一致。但其实是一致，因为打击 PDVSA 正是美国制裁的目的，宽松解释令 PDVSA 胜诉反而是违反经济制裁目的。

至于向 OFAC 申请许可，虽然 PDVSA 以前曾经在发行债券时成功过，但此一时彼一时，政治问题可以在 24 小时内剧变。所以，Cockerill 大法官完全可以好像 Mamancochet Mining Limited v Aegis Managing Agency Limited 先例的 Teare 大法官以简单的一句“不现实”（uncommercial）否定，而不是以此借口否定“Ralli Brothers 例外”的适用。

2.3 金融衍生品合同（derivatives contract）

制裁对金融衍生品交易的影响很大，因为经常涉及跨境支付。传统上金融衍生品交易合同往往会有“非法条文”（illegality clause）与/或“不可抗力条文”（force majeure clause）针对一方可以选择合同终止的情况。以“国际掉期和衍生工具协会”（International Swaps and Derivatives Association，简称“ISDA”）针对衍生品交易的格式合同为例：

（一）2002 ISDA Master Agreement 之 Article 5 的“终止事项”（Termination Events）条文：

*“(b) **Termination Events.** The occurrence at any time with respect to a party or, if applicable, any Credit Support Provider of such party or any Specified Entity of such party of any event specified below constitutes (subject to Section 5(c)) an Illegality if the event is specified in clause (i) below, a Force Majeure Event if the event is specified in clause (ii) below, a Tax Event if the event is specified in clause (iii) below, a Tax Event Upon Merger if the event is specified in clause (iv) below, and, if specified to be applicable, a Credit Event Upon Merger if the event is specified pursuant to clause (v) below or an Additional Termination Event if the event is specified pursuant to clause (vi) below:—*

*(i) **Illegality.** After giving effect to any applicable provision, disruption fallback or remedy specified in, or pursuant to, the relevant Confirmation or elsewhere in this Agreement, due to an event or circumstance (other than any action taken by a party or, if applicable, any Credit Support Provider of such party) occurring after a Transaction is entered into, it becomes unlawful under any applicable law (including without limitation the laws of any country in which payment, delivery or compliance is required by either party or any Credit Support Provider, as the case may be), on any day, or it would be unlawful if the relevant payment, delivery or compliance were required on that day (in each case, other than as a result of a breach by the party of Section 4(b)):—*

(1) for the Office through which such party (which will be the Affected Party) makes and receives payments or deliveries with respect to such Transaction to perform any absolute or contingent obligation to make a payment or delivery in respect of such Transaction, to receive a payment or delivery in respect of such Transaction or to comply with any other material provision of this Agreement relating to such Transaction; or

(2) for such party or any Credit Support Provider of such party (which will be the Affected Party) to perform any absolute or contingent obligation to make a payment or delivery which such party or Credit Support Provider has under any Credit Support Document relating to such Transaction, to receive a payment or delivery under such Credit Support Document or to comply with any other material provision of such Credit Support Document;

*(ii) **Force Majeure Event.** After giving effect to any applicable provision, disruption fallback or remedy specified in, or pursuant to, the relevant Confirmation or elsewhere in this Agreement, by reason of force majeure or act of state occurring after a Transaction is entered into, on any day:—*

(1) the Office through which such party (which will be the Affected Party) makes and receives payments or deliveries with respect to such Transaction is **prevented from performing any absolute or contingent obligation to make a payment or delivery in respect of such Transaction, from receiving a payment or delivery in respect of such Transaction** or from complying with any other material provision of this Agreement relating to such Transaction (or would be so prevented if such payment, delivery or compliance were required on that day), or it becomes **impossible** or **impracticable** for such Office so to perform, receive or comply (or it would be **impossible** or **impracticable** for such Office so to perform, receive or comply if such payment, delivery or compliance were required on that day); or

(2) such party or any Credit Support Provider of such party (which will be the Affected Party) is prevented from performing any absolute or contingent obligation to make a payment or delivery which such party or Credit Support Provider has under any Credit Support Document relating to such Transaction, from receiving a payment or delivery under such Credit Support Document or from complying with any other material provision of such Credit Support Document (or would be so prevented if such payment, delivery or compliance were required on that day), or it becomes **impossible** or **impracticable** for such party or Credit Support Provider so to perform, receive or comply (or it would be **impossible** or **impracticable** for such party or Credit Support Provider so to perform, receive or comply if such payment, delivery or compliance were required on that day), so long as the force majeure or act of state is beyond the control of such Office, such party or such Credit Support Provider, as appropriate, and such Office, party or Credit Support Provider could not, after using all reasonable efforts (which will not require such party or Credit Support Provider to incur a loss, other than immaterial, incidental expenses), overcome such prevention, impossibility or impracticability...”（加黑部分是笔者的强调）

但在面对制裁时，一方当事人是否能够依赖“非法条文”与“不可抗力条文”要看具体的情况。毕竟上述的“非法条文”要求履行在有关法律下是非法，而“不可抗力条文”也要求履行已经“不可能”(impossible)或“不现实”(impractical)，但即使是例如一方当事人被列入制裁清单，合同相对方的履行未必就一定非法，也不一定是无法履行。例如，即使涉及“美国人”或“美国因素”，但有可能申请到“许可”允许继续履行等：见本书第二章之 1.1 段介绍的 *Melli Bank Plc v Holbud Ltd* (2013) EWHC 1506 (Comm)先例。因此在遇到具体情况时，当事人就一方面需要咨询律师意见确定是否可以继续履行，即使是要依赖“非法条文”或“不可抗力条文”，也要能留下证据显示已经与美国有关监管机构（如 OFAC）进行了沟通与申请，但获取许可不现实等。

（二）在 2002 ISDA Equity Derivative Definitions 中还有以下条文：

“Section 12.9 *Additional Disruption Events*

(a) ...

(ii) **‘Change in Law’** means that, on or after the Trade Date of any Transaction (A) due to the adoption of or any change in any applicable law or regulation (including, without limitation, any tax law), or (B) due to the promulgation of or any change in the interpretation by any court, tribunal or regulatory authority with competent jurisdiction of any applicable law or regulation (including any action taken by a taxing authority), a party to such Transaction determines in good faith that (X) it has become **illegal to hold, acquire or dispose of Shares** relating to such Transaction, **or** (Y) it will **incur a materially increased cost** in performing its obligations under such Transaction (including, without limitation, due to any increase in tax liability, decrease in tax benefit or other adverse effect on its tax position);

...

(v) **‘Hedging Disruption’** means that the Hedging Party is unable, after using commercially reasonable efforts, to (A) acquire, establish, re-establish, substitute, maintain, unwind or dispose of any transaction(s) or asset(s) it deems necessary to hedge the equity price risk of entering into and performing its obligations with respect to the relevant Transaction, or (B) realize, recover or remit the proceeds of any such transaction(s) or asset(s).”（加黑部分是笔者的强调）

换句话说，例如假设“参考实体”（Reference Entity）（作为信用风险等被作为交易参考的实体¹⁴⁵）被制裁，这导致“对冲方”（Hedging Party，合同下允许进行对冲操作的当事人）的对冲操作受到巨大影响，就有机会根据具体合同的条文（例如如果此项被列入允许终止合同情形的附表中）依赖以上的“Hedging Disruption”条文终止合同。而上述“法律变更”（Change of Law）的定义也非常广泛，任何事后或“突发”的法律变更，只要造成实际履行非法，或者会导致交易费用实质性增加，就可以主张依赖此条文。

另可顺便一提，如果根据该条文终止合同，下一步就是决定结算的金额。根据 Section 12.8，“决定方”（Determining Party）可在确定“结算金额”（termination amount）时参考任何有关信息，包括但不限于替换交易的报价或市场数据资料。在不“重复”（duplication）计算前述根据报价与/或市场数据资料计算出的结算金额，且在商业上合理可行的情况下，决定方可以决定参考终止合同的损失或费用。这一来，如果只有决定方受到制裁影响而无法交易（例如假设华为是上市公司，决定方因为制裁无法交易华为的股票），虽然仍有市场数据（中国国内仍可交易，

¹⁴⁵ 例如在“信用违约互换”（Credit Default Swap, CDS）的衍生品交易中，就是针对参考实体的信用风险进行交易。笔者并非这方面专家，但简单而言假设机构 A 持有华为发行的债券，担心华为因为发生违约事件，就可以向机构 B 购买 CDS 产品，按期支付一定费用/保费，若合同期内华为确实发生违约，则 B 需要赔付 A 的损失，这种情况下华为也就是“参考实体”。

而且因为中国的市场规模很大，不能说不构成市场数据），但对决定方来说这市场数据没有意义，因为它无法交易，所以倾向于将华为股票的价格估值为“0”来计算损失金额而不是以市场数据计算结算金额。但这时，另一方就不能坐以待毙，任由决定方将华为的股票估值为“0”，而应该争辩既然有市场数据就应该以市场数据计算。虽然决定方也可争辩如果这么解释那么“Hedging Disruption”条文就没有意义，因为只有完全没有市场可交易时才能依赖该条文。这个问题现在还没有定论，但只要有站得住脚的争辩，就有机会达成对己方有利的和解。

言归正传，总之此条文也不明确针对制裁，一旦出现争议，对于马上要决定是否继续履行与是否可以终止合同的当事人来说并不肯定与稳定。在 2022 年俄乌冲突，俄罗斯被制裁后不久，ISDA 马上发布了针对俄罗斯制裁的“2022 Russian Sanctions Additional Provisions”的附加条文可以合并进原本的“信用衍生品合同”（credit derivatives agreements），这些条文涉及确保某些俄罗斯债券/债务不能被用于结算某些类型的衍生品合同。

在今天来自世界各国、组织的制裁与反制裁机制复杂、多变的现实环境下，国际商业社会为了稳定与肯定，开始在合同中加入一条明确针对的“制裁条文”。针对金融衍生品合同，由于在 2002 版本的格式合同中并没有考虑过此问题，因此采用 ISDA 格式的律师往往也都会增加一条针对性的制裁条文在内。ISDA 在 2020 年发布指引¹⁴⁶，其中也给出了一个制裁条文的例子，不妨一并节录如下：

“Example provision (1992 MA or 2002 MA):

‘Additional Termination Event will apply. Each of the following will constitute an Additional Termination Event:

- (i) [Party B] or any director, officer, agent, employee, or any person acting on behalf of [Party B]: (A) is or becomes a Sanctions Target; or (B) acts directly or indirectly on behalf of, a Sanctions Target.*
- (ii) Any cash, securities or other deliveries received by [Party B] pursuant to the Agreement (including under any Credit Support Document) is made available by [Party B], directly or indirectly, to or for the benefit of a Sanctions Target or otherwise is, directly or indirectly, applied by Party B or any Transaction is used by Party B, to finance or facilitate any activity or transaction of or with a Sanctions Target or otherwise in a manner or for a purpose prohibited by any Sanctions.]*
- (iii) As a result of any Sanctions it becomes impossible, impracticable or*

¹⁴⁶ 有关指引可见：< <https://www.isda.org/a/ZbCTE/Guidance-Note-for-Addressing-Sanctions-Issues-in-ISDA-Documentation.pdf>>

unlawful under any applicable law, on any day, or it would be impossible, impracticable or unlawful if the relevant payment, delivery or compliance were required on that day, for [Party A] or any Credit Support Provider of [Party A] to perform any absolute or contingent obligation to make a payment or delivery in respect of this Agreement or any Credit Support Document, to receive a payment or delivery in respect of this Agreement or to comply with any other provisions of this Agreement or any Credit Support Document, Document as determined by [Party A] in its reasonable judgment.

- (iv) *Any announcement is made by, or on behalf of, any Sanctions Authority that it intends to implement any Sanctions that would, once implemented, give rise to any of the circumstances described in (i), (ii) or (iii) above.*

[Any representation under ... of this Agreement made or repeated or deemed to have been made or repeated by [Party B] proves to have been incorrect or misleading in any [material] respect when made or repeated or deemed to have been made or repeated.]”

2.4 债券 (bonds)

经济制裁对于债券的发行与交易的影响是非常大的，因为经济制裁最主要就是打击“被制裁方” (sanctioned party) 的经济，包括冻结资产、切断交易与其他经济来源，而发行债券是重要的融资方式，而持有的债券并获得利息则是资产的一部分。针对债券市场的制裁会令已经发行的债券会因被制裁方无法正常履行还本付息的义务而带来违约、被降级与价值大跌，国际投资者也不会再交易被制裁方发行的债券，最终令被制裁方被排除出国际资本市场与再也无法通过发行债券的方式获得融资。

照理说如果债券发行人是“非美国人”，大可以在债券合同中完全排除任何“美国因素”，约定适合当事人双方的履行方式。但现实来说排除美国因素是不容易，因为发行债券主要是在纽约或伦敦¹⁴⁷，更不说通常是以美元发行与适用美

¹⁴⁷ 中国与中国公司也同样需要发行国债或公司债券，俄罗斯现在的困境对中国来说是前车之鉴。香港（与新加坡）作为亚洲的国际金融中心与是普通法体系（有针对债券发行的信托法、合同法与雷同或接近英国法体系的稳定性、可预测性、成熟性和处理复杂跨境金融争议的经验），可以成为中国与中国公司去不了纽约或伦敦发行债券的突围选项或“B 计划”。中国公司在制裁的背景下选择境外发行债券的，要注意选择适合的“支付代理行” (paying agent)，尽量选用中资的银行。因为支付代理行是承担了在债券到期或付息日，按约定向持有人支付本金和利息以及向投资者发送付息通知、赎回公告等文件，并处理投资者查询等的重要责任的关键中介角色。2022 年俄罗斯被制裁后发生的债券违约事件中，支付代理行摩根大通等就马上无法处理付款，从而引发一系列争议。

国纽约州法或英国法，惯用的 ISDA 标准格式也是“英国法合同”。

今天债券大量约定适用英国法，尤其是国家债券更是如此。背后有多方面考虑，例如：

（一）如果使用发行国债的国家的法律，就会有利益冲突，因为发行的国家可以自由修改本国法律，如外汇管制法律等，影响国债持有人的利益。在 2008 年金融危机导致希腊国债的危机中，就发生过希腊修改本国法律影响国债持有人利益的情况。所以这类债券会需要外国法保证稳定与肯定。

（二）今天债券发行，会涉及信托契据、“债券受托人”（trustee）的做法，债券受托人对债券持有人承担“信义义务”（fiduciary duty），代表（全体）债券持有人采取行动保障债券的还本付息。而这套做法下所选择的法律必须对信托有关法律有稳定、完善、配合实践、符合当事人预期的规定，能够满足国际商业需求的英国法（或普通法）因此脱颖而出。

（三）针对经济危机发生，最常用来保护本国利益的手段是进行“外汇管制”（foreign exchange control）立法，在国际货币基金组织（IMF）协定（Article）中第八条有专门针对，其中第 2 款要求成员国互相之间认可此类外汇管制规定：

“涉及任何成员国货币的汇兑契约，如与该国按本协定所施行的外汇管理规定相抵触，在任何成员国境内均属无效。”

而英国法过往先例中对此有非常狭窄的解释，只有实质是“换汇”的交易才会适用此条文、受制于外国的外汇管制法律，其他商业交易（无论是货物买卖或者是债券发行等）在英国法下不会因为外国的外汇管制法律而被影响：见 *Wilson, Smithett & Cope Ltd v Terruzzi* (1976) QB 683 上诉庭先例与 *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada (The American Accord)* (1983) 1 AC 168 最高院先例。而与英国法的狭窄解释态度不同，欧洲不少国家法律倾向于解释任何交易都要受制于外汇管制法律，见德国的 *Lessinger v. Mirau* (1955) 22 ILR 725 案，法国的 *Anna De Boer, Re* (1961) *Journal du Droit International* 721 案，卢森堡的 *Societe Filature v Epoux* (1955) 22 ILR 727 案等。这一来不希望被本国事后订立的外汇管制法律影响，就需要适用英国法才行。

（四）还有一些其他因素，例如认为选择英国法（与英国法院）在执行上有更多便利。如一般对债券持有人而言，可以针对欠下的利息或债务申请不允许开庭审理的“简易判决”（summary judgment），可以短至 1 个月内获得判决，这是商业仲裁无法媲美的，毕竟例如光是机构仲裁中成立仲裁庭往往就需要 2 到 3 个月，虽然仲裁机构近年开始发展“提前解决争议”（early disposal）的做法，但想要与英国（或香港、新加坡等普通法国家/地区）的简易判决程序媲美还是差一截。而且英国伦敦作为全球的金融中心/银行中心，在法院有各种高效手段协助

执行，例如是“全球冻结令”（Worldwide freezing order）¹⁴⁸、“第三方披露令”（Norwich Pharmacal order）¹⁴⁹等。债券持有人普遍坚持选择英国法（认为英国法对债权人更为有利）等等。因此综合下来，哪怕是欧洲的大陆法国家发行债券，也都会选择适用英国法（与经常选择英国法院管辖）。例如，在 2008 年金融危机带来希腊国债危机后，德国与法国出资经济援助，但发行的债券适用英国法与英国法院管辖。

2014 年克里米亚事件以来，俄罗斯就开始面对美国为首的单边制裁，尤其是针对俄罗斯金融行业的行业制裁。当时涉及俄罗斯的大量金融合同就开始加入“货币转换条文”（currency conversion clause），如俄罗斯发行的国债中就会加入一条本质是货币转换条文的“toggle feature/currency toggle”条文：

“if, for reasons beyond its control, the Russian Federation is unable to make payments of principal or interest (in whole or in part) in respect of the Bonds in [US Dollars/Euro] (an ‘Alternative Payment Currency Event’), the Russian Federation shall make such payments (in whole or in part) in the Alternative Payment Currency on the due date at the Alternative Payment Currency Equivalent of any such [US dollar-denominated/euro-denominated] amount...”

*‘Alternative Payment Currency’ means [U.S. Dollars/Euros], **Pound sterling or Swiss francs** or, if for reasons beyond its control the Russian Federation is unable to make payments of principal or interest (in whole or in part) in respect of the Bonds in any of these currencies, **Russian roubles.**”*（加黑部分是笔者的强调）

在 2022 年俄乌冲突爆发后，情况愈演愈烈，为了不与美国因素扯上关系，俄罗斯就干脆订立以卢布定价的金融合同（例如后来发行的 OFZ bonds）。但这类合同以卢布锚定价格，在国际市场上并不能被多数国际投资银行或商人接受，俄罗斯因此还是继续在发行以美元计价的债券如 2023 年的 Eurobond。这就继续带来了还是要解决无法以美元支付本金与利息的风险的问题，又要让投资人不用担心支付与收取美元而受到 OFAC 制裁。

ISDA 的 EMEA DC Meeting Statement（Issue Number 2022030801）专门针对前述条文作讨论，决定 RUB Fallback Bonds 虽然名义上的货币是美元或欧元，但因为有这类货币转换条文存在，在特定情况下可以英镑、瑞士法郎或卢布支付。而卢布是俄罗斯的本国货币，根据“2014 ISDA Credit Derivatives Definitions”中对“非本国货币”（Not Domestic Currency）的定义，只有不以发行主体的本国货币支付的债券才能满足要求。卢布也不属于“2014 ISDA Credit Derivatives Definitions”中的“特定货币”（Specified Currency）。而在任何情况下，如果债券的支付条文允许使用发行主体的本国货币（即卢布）支付，即使仅在特定条件下

¹⁴⁸ 见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第三章。

¹⁴⁹ 见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第二章之 4 段。

使用，仍无法满足“Not Domestic Currency”与“Specified Currency”的要求。

国际银行对这类“货币转换条文”的看法有分歧。一些国际银行认为，在借款人付款被阻止的情况下，这类条文是确保能从借款人处收回款项的有效手段，并坚持在新交易中加入这类条文。而其他银行则担心这类条文可能会被美国视为以不美元支付来尝试规避美国制裁，或者有被惩罚的风险。

最后一提，如果债券是通过欧洲的 Euroclear 和 Clearstream 证券清算所进行的，他们采用的是一种“多层托管结构”（multilayer custody structure）。这意味着债券发行人实际上任何时候都不可能知道谁是债券的最终持有人。债券发行人向欧洲清算所支付资金，并告诉欧洲清算所“不要向任何被制裁方支付资金”，欧洲清算所对下一层的托管人也作出同样指示。因此，如果一家被制裁的公司持有这些债券，只要债券发行人或证券清算所不知道持有人是“被制裁方”，仍将作出支付。所以，持有债券的“被制裁方”如果能在多层托管结构中隐藏自己，是可以获得支付，这可以说是在多层托管结构下的漏洞。

而反观中国债券市场，“中央国债登记结算有限责任公司”（China Central Depository & Clearing, 简称“中债登”）、“中国证券登记结算有限责任公司”（China Securities Depository and Clearing Corporation Limited, 简称“中证登”）和上海清算所（Shanghai Clearing House, 简称“上清所”）是三大债券登记托管机构，它们对于债券的发行是采用实名登记与穿透管理，会掌握债券持有人的信息与支付本金和利息给他们。这就带来外国债券发行人（例如熊猫债券的外国发行人）会要求上清所或中债登直接披露出被制裁方与不将本息支付给被制裁的债券持有人。但这些中国机构是不应该做出任何披露，否则就可能是违反中国的《反外国制裁法》。最坏的情况是美国对中国发动“金融核战”而对这些债券托管与清算机构等金融基础设施进行制裁，以下简单介绍欧盟和美国对俄罗斯核心债券机构的制裁从而带来的对其债券市场的打击以及俄罗斯做出的应对，这些应对主要是在国家公法层面，可作为借鉴。

美国和欧盟对“俄罗斯国家结算存管所”（National Settlement Depository 简称“NSD”）进行制裁。其中包括美欧冻结了 NSD 在 Euroclear 等国际清算系统中的资金，导致俄罗斯无法向外国债券持有人支付利息，引发违约。美国禁止美国主体与 NSD 进行交易，禁止通过“美元清算系统”（Clearing House Interbank Payments System）或代理行处理涉及 NSD 的交易，非美国机构若与 NSD 合作可能面临被美国制裁与切断美元渠道的风险。欧盟禁止其使用 Euroclear 和 Clearstream 进行欧元债券结算。这导致俄罗斯对主权债券付息的资金无法流向国际投资者，尽管俄罗斯声称有偿付能力，但政府被迫只能以卢布支付美元债利息的做法仍被国际债券评级机构认定为“违约”。俄罗斯发行的欧洲债券原本通过 NSD 与欧洲和美国的国际清算系统连接，制裁后跨境清算通道中断，外资持有债券流动性归零。俄罗斯政府债券被剔除出国际指数，外资持仓比例暴跌，俄罗斯不得不转向国内投资者消化债务。这迫使俄罗斯推出“俄罗斯版 SWIFT”（SPFS）和国内债券跨境托管替代方案，但目前仅限友好国家使用（如中国、印度等）；要求“不友好国家”投资者开设卢布账户接收债券本息，变相将外币债务“卢布

化”；签署总统令允许以卢布偿还外债，并规定若西方冻结俄资金则视为债务已履行。

2.5 保险合同 (insurance contract/policy)

可先介绍两个近期与涉及美国和部分西方国家制裁的先例，再进一步探讨中国保险行业/公司在今天地缘政治冲突下可能的应对。

2.5.1 制裁在《Marine Insurance Act 1906》与普通法下的“非法理论”的抗辩：Sea Glory Maritime Co v Al Sagr National Insurance Co (The “Nancy”) (2013) EWHC 2116 (Comm)先例

在 Sea Glory Maritime Co v Al Sagr National Insurance Co (The “Nancy”)先例中所涉交易发生的 2008/2009 年，保险行业仍没有发展出后来普遍使用的由“伦敦保险协会”(Institute of London Underwriters)于 2010 年拟定的“制裁与豁免条文”，所以此先例针对制裁的抗辩只是以英国《Marine Insurance Act 1906》之 Section 41 的“合法保证”(warrant of legality)与普通法的“外国法非法”(foreign law illegality)。

此先例涉及的是美国对伊朗核扩散问题而通过立法实施的经济制裁。该立法是《Iranian Transactions & Sanctions Regulations》(31 C.F.R. 560, 简称“ITSR”), 这也被合并在美国的《International Emergency Economic Powers Act》(50 USC sections 1701-170, 简称“IEEPA”)。立法内容包含了所有“美国人”(US Person)不能参与“任何交易只要是涉及来自伊朗的货物或服务，或是直接或间接向伊朗出口或买卖任何货物、科技或服务”(in any transaction or dealing in or related to (1) goods or services of Iranian origin or owned or controlled by the Government of Iran, or (2) goods, technology or services for exportation, sale or supply directly or indirectly to Iran or the Government of Iran)。

很快在 2008 年 11 月 10 日，制裁延伸去所有涉及伊朗的美元支付，只要通过美国代理行，就也包括在美国制裁机制内。

在此制裁的背景下，此先例的一艘希腊船东拥有的散货船“Nancy 轮”在 2008 年 12 月 17 日订立了程租合同从伊朗装约 3 万吨硫磺去中国，合同约定以美元支付运费。承租人看来是中国背景的香港公司，付运后的运费通过上海浦发银行以美元支付，而收取运费的是一家名为“Marin Egnatia Bank”的希腊银行，但是中间要通过美国一家名为“Wachovia”的纽约银行。这也是希腊船东为了收取运费所开出的发票中写明的要求。当时他根本不知道美国在 11 月 10 日立法规定只要通过美国银行以美元支付就受到制裁机制管辖，否则他是可以避免，例如证据显示该船东已经多次接受以迪拉姆(dirhams)在阿联酋作出支付。这一来，本来与美国一点关系都扯不上，所以不存在任何违反美国制裁的“非法”的交易，就因为扯上了这一个因素变了涉及美国非法。

只说，船舶在中国卸完硫磺后，下一航次是从俄罗斯海参崴装运钢材去中国台湾地区与菲律宾。但在 2009 年 2 月 14 日，船舶抵达海参崴不久后在港外发生大火最终变成“推定全损”（constructive total loss）。

这本来是一个正常不过的保险理赔，但被告的保险公司以“非法”作为抗辩而拒赔。这有点奇怪，因为保险合同或保单的适用法是英国法，英国当时还不存在与美国一样的对伊朗制裁。保单（在 2008 年 12 月 2 日更新了一年）也没有禁止“Nancy 轮”去行走伊朗。也已经说过，从伊朗装运硫磺去中国的航次与美国扯不上一点关系，一切都是合法，“非法理论”是无从说起。但被告就抓着运费要通过美国代理行在美国法下是“非法”做文章拒赔。被告主张的“非法”是两方面：

(1) 违反《Marine Insurance Act 1906》立法的“合法保证”，而一旦违反“保险保证”这种“承诺性保证”（promissory warranty），无论是否严重，无论船东是否知道违反，也无论有关保证与船舶全损是否有关，保险公司都可以拒赔。¹⁵⁰

(2) 英国法下，法院是承认友好国家如美国的“外国法非法”。¹⁵¹此先例时英国法律仍没有发展出看非法是否严重的“成比例”（proportionality）的说法，所以一旦被认定是美国法非法/违法，法院就不予协助执行，也就是原告船东向被告索赔船舶全损的赔付就会败诉。

针对(1)，英国已有了针对性判决说《Marine Insurance Act 1906》的受保船舶营运必须是“合法保证”只局限在英国法，不包括普通法下的“外国法非法”。在 Royal Boskalis Westminster NV v Mountain (1997) LRLR 523 先例，Rix 大法官说：

*“Moreover, the warranty contained in s. 41, if it applied to foreign law would be extremely wide. Suppose that, unknown to an assured, some ingredient in a cargo which he was exporting to a foreign country could not by reason of a law of that country of which he was also unaware lawfully be present in that cargo. The adventure would be unlawful. Suppose that, in ignorance of some foreign law, an assured directs that a vessel does something which turns out to be illegal. He would be **in breach of warranty and lose from that moment the protection of his policy.** ... The point of a warranty is that it reflects the definition of the risk undertaken by the insurer, so that there **need be no causative link between breach and loss.** The statutory warranty is nevertheless implied by law. It seems to me to be odd to imply by way a term with the strength of a warranty to a situation not reflected in cases before the Act or even to the common law*

¹⁵⁰ 关于《Marine Insurance Act 1906》之 Section 41 的承保货物必须合法的默示承诺性保证，可见笔者《海上货物保险》一书第四章之 2.3.2 段的介绍。关于违反承诺性保证条文的后果，可见笔者《海上货物保险》一书第四章之 3 段的详细介绍。

¹⁵¹ 见本书第二章之 2.3.2 段。

relating to foreign illegality as it has now developed. In sum, I think that Mr Justice Staughton's considerable doubt [in *Euro-Diam Ltd v Bathurst* [1990] 1 QB 1] was well founded and hold that 'lawful' in s. 41 ... **is a reference to lawfulness under English law. The consequences for a policy of marine insurance of unlawfulness under foreign law are therefore a matter for the common law.**"（加黑部分是作者的强调）

去了上诉庭，虽然不针对这方面，但 Phillips 大法官看来也是认同地说了一句：“*the s. 41 warranty probably refers to English law, not foreign law.*”

至于(2)，“非法理论”是有例外，在笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 10 段有谈及“对非法无知”的例外，是否“知情与参与”的例外与涉及非法部分可“分割”的例外。这一来，此先例船东因为时间关系并不知道通过美国代理行支付运费就落入美国法的管辖变为非法，因此是“对非法无知”。此外，这部分非法与保单本身没有关系或不重要，不应该“污染”保单并导致保单不可执行。¹⁵²有关判决可节录如下：

*“In fact, as the claimants (船东) say, **the claim under the policy is entirely unconnected with the breach of US law. The claim under the policy arises because the vessel was lost in an unconnected incident. The Iranian sulphur charter had been completed by the time of the vessel's loss. At the time of the fire, she was at Nakhodka in Russia where she had been fixed to load a cargo of steel for onward carriage to Taiwan and the Philippines. I agree with the claimants that there is no causative connection between the illegality and the claim for an indemnity.***

*It would be different in my view **if at the time of entering into the policy, the assured intended to perform the adventure in a manner which involved a breach of US law.** However it was accepted on behalf of the defendant in oral closing submissions that in so far as **unlawful intent refers to knowledge of the illegality, a case based on knowledge of the illegality was not being pursued.** This reflected the evidence in the case.*

*... I agree that this is **an important policy issue.** However, it may be noted that had there been a breach of international sanctions, the question at issue would not have arisen. The UK has itself implemented such measures in its own law. The issue would have been as to the effect of illegality under the governing law of the contract, namely English law. Further, **the timing in this case is important,** the payments having been made **just after** they became unlawful under US law. A case of **inadvertence is very different from a case of deliberate unlawful conduct.** Finally, there is **no reason why public policy should be applied** so as to give insurers a defence to **a claim** under an*

¹⁵² 在 *Patel v Mirza* (2016) UKSC 42 最高院先例与 *Magdeev v Tsvetkov* (2020) EWHC 887 (Comm) 先例后这个地位看来应该是更加明确。

insurance policy which is **completely unconnected with the breach of US law.**”(加黑部分是笔者的强调)

2.5.2 解释伦敦保险协会制定的“制裁与豁免条文”：Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd (2018) EWHC 2643 (Comm)先例

伦敦保险协会属下的“货物保险小组”(Joint Cargo Committee)与“船舶保险小组”(Joint Hull Committee)¹⁵³在2010年8月前后公布了针对船舶的“Joint Hull Sanctions Limitation and Exclusion Clause JH2010/009”与针对货物的“Sanction Limitation and Exclusion Clause JC2010/014”的“制裁与豁免条文”(Sanction Limitation and Exclusion Clause)标准格式条文。此制裁与豁免标准格式条文是建议行业内保险人/保险公司(包括一线保险人与再保险人)在承保海上货物运输与船舶险时和2009年的“协会货物条文”(Institute Cargo Clauses)¹⁵⁴与“协会船舶条文”(Institute Hull Clauses)作为附加条文一并使用。此条文的措辞/文字是一样,如下:

“No (re)insurer shall be deemed to provide cover and no (re)insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit 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.”(加黑部分是笔者的强调)

这些伦敦的“协会条文”(Institute Clauses)对全球的保险行业/保险公司都是至关重要,甚至是垄断性的。这是因为伦敦是全球最重要的“再保市场”(reinsurance market),而保险的本意就是为了分散风险,让任何大灾难带来的后果都由全球分摊,而不是让个别保险公司或甚是个别国家承担,因为它们经常是承担不起,一个大灾难后就会是一蹶不振。所以任何国家的保险行业如果没有伦敦的再保/分保就麻烦了,即使好像是中国这么大的国家也不想在这方面自给自足。这一来,中国的国际保险业务公司(如人民保险、平安保险、太平洋保险、

¹⁵³ 这小组的成员是联合了“伦敦劳合社”(Lloyd's of London)与“国际保险公司联合会”(International Underwriting Association)的会员。

¹⁵⁴ 笔者(杨良宜)在2010年8月在法律出版社出版的《海上货物保险》一书已经详尽介绍了“伦敦保险协会”在1982年以全新拟定与被誉为是“行业革命”的“协会货物条文”与“协会船舶条文”替代了市场与行业已经使用了200年的“SG保单”。有关内容不去重复,只说今天看来,这革命性变动十分成功。这些年来这些协会条文因为拟定得清楚明了,方方面面考虑周到,所以因不明确与不肯定而发生的争议并不多,这也导致法院诉讼案件相比“SG保单”的年代大幅度减少。这道理与所有商业合同订得好可以减少履行时的争议是一样。当然有能力订好一份商业合同就必须十分懂行业、懂法律。但1982年的“协会条文”(Institute Clauses)随着时代的变化与行业出现不同做法也需要相应更改。这工作早在2006年就开始,直到2009年1月1日推出新的“协会条文”全面替代了1982年的“协会条文”。

再保险[集团]等)为了去伦敦再保/分保,就非得使用这些本质上是“英国法合同”(English law contract)的“协会条文”。而为了“背靠背”不会夹在当中,中国(或任何其他国家如日本、韩国、印尼等等)的一线保险公司与寻求保险的中国“投保人”(无论是船东、货物进出口公司、货代等),也难逃需要使用同样内容针对不同承保范围与特定风险,如“基本险”(平安险、水渍险与一切险)与“附加险”(如战争险、罢工险等)的“协会条文”,敢改动的只是名称会变了是“海洋运输货物保险条款”(Ocean Marine Cargo Clauses)。

不去离题,再回去针对在 2010 年公布的“制裁与豁免条文”。有必要订立该条文是因为美国与部分西方国家的保险公司(也包括了所有“美国人”与资本在外国设立或背后投资与控制的保险公司,这种公司有很多,毕竟美国是财雄势大,所谓的“US owned or controlled foreign entity”或简称“USCFE”)受制裁立法的直接影响。首先,向美国与部分西方国家制裁的个别公司、业务或国家(如伊朗或古巴等)承保风险是向它们提供“服务”(services),这是被制裁的范畴。这表示美国与部分西方国家的保险公司不会承保或再保这些被制裁的公司的风险,无论是工程、货物或船舶等等。因为这是非法,而且应是知法犯法,会有严重刑事后果。在仍是合法即还没有被制裁时就订立的保险合同,之后才发生承保的“投保人”被 OFAC 加入“SDN 清单”的情况,美国与部分西方国家的保险公司就需立即终止保险或再保险合同。但这是违约/毁约,因为合同承诺是必须严格履行。普通法保护不了,因为制裁通常是不构成“合同受阻”(frustration of contract)。

155

这表示保险公司想要终止已经订立的保险合同,就必须加入一条“制裁条文”。保险公司非但要终止提供承保风险的服务,也无法再向被制裁方已经因“承保风险”(insured perils)而蒙受的损失作出任何理赔,因为这等同是向这些被制裁方“输送经济利益”(to provide, directly or indirectly, financial assistance),这显然是被禁止的。所以,投保人如俄罗斯、伊朗或已经被加入 SDN 清单的中国公司,也不会愿意向即使是愿意承保的美国与部分西方国家的保险公司投保。因为在支付了保费后,有了不幸意外事故却无法获得理赔,做了冤大头。而即使这些保险公司要作出支付,这支付也需要向美英的监管机构 OFAC 或 OFSI 申请许可,有了许可也可能只会支付给一个在制裁机制下被冻结的指定账户:见 Gravelor Shipping Ltd v GTLK Asia M5 Ltd (2023) EWHC 131 (Comm)先例。这账户累积的金钱名义上是被制裁方如俄罗斯当事人的,但会被英国政府拨给“赔偿乌克兰”用作购买美英军火等。

Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd 先例是作为“协会条文”之一的“制裁与豁免条文”首次在法院获得“考验”。显然,这已经是在全球保险行业使用的标准条文,此法院判决是影响重大。所以 Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd 先例是被 9 家被告的 USCFE 保险公司要求尽快

¹⁵⁵ 见本书第二章之 1 段。

作出判决，以利知道正确的法律地位，以免“行差踏错”。

该先例的案情涉及两批早在 2012 年 8 月就从俄罗斯运往伊朗的钢坯，价值 3.8 万美元，这也是货物保险的“投保金额”（sum insured）。这两批钢坯存放在伊朗仓库，但在 2012 年 9 – 10 月这段期间被不知名骗子以假提单偷走。这也导致蒙受损失的提单与保单的“持有人”或真正货方（此先例的原告 Mamancochet Mining Ltd 是“受让人”）向各承保与分保的 30 家保险公司索赔，其中多家保险公司已经作出赔付，但剩下的 9 家 USCFE 保险公司就迟疑不决了，并以保险合同的“制裁与豁免条文”拒绝理赔。虽然美国已经很长时间对伊朗有各种制裁，但在订立保险合同时，仍没有禁止 USCFE 保险公司对伊朗提供承保风险的服务。但接下去的《Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act 2012》在 2012 年 10 月 22 日授权美国总统去加上 USCFE 保险公司，而奥巴马总统也在 2013 年 3 月 9 日行使了权力。这一来，从这一天开始，USCFE 保险公司就再也不能在会直接或间接涉及向伊朗“输送经济利益”的保险理赔，即使是受保风险导致的损失。而在此先例，没有争议的事实是原告 Mamancochet Mining Ltd 向被告 9 家 USCFE 保险公司提出理赔是在 2013 年 3 月 9 日之后，也就是已经受制裁的影响。

美英对伊朗的制裁在 2015 年有了重大改变，这就是在 10 月 18 日联合国安理会 5 个常任理事国（包括中国）再加上德国与欧盟和伊朗签定了《联合全面行动计划》（Joint Comprehensive Plan of Action 或简称“JCPOA”），内容包括伊朗对核计划作出限制与接受国际原子能机构的长期监督等的让步，而联合国包括美英与欧盟则承诺解除对伊朗的经济制裁。这一来，从 2016 年 1 月 16 日开始，被告的 9 家 USCFE 保险公司就可以合法向原告 Mamancochet Mining Ltd 作出赔付。但根据 OFAC 在同一天发布的“General License H”一般性许可，尽管 USCFE 可以向伊朗输送经济利益，但仍有例外情况，如以美元支付给伊朗政府仍被禁止。

对制裁的放宽拖泥带水就带来不肯定，例如在有关付运文件是看不到涉及的伊朗人士如收货人是否涉及伊朗政府，以虽然表面看以英镑支付不被禁止，但 USCFE 也怕以英镑赔付会被视为是规避（circumvention）制裁。相信被告 9 家 USCFE 保险公司的谨慎与忧虑，带来了原告 Mamancochet Mining Ltd 与被告之间漫长的商讨，包括是否双方一起向 OFAC 申请许可，虽然最后也没有这样做。但双方一起在 2018 年 1 月向英国 OFSI 申请了许可（会是因为计划以英镑赔付或估计会较容易批准）。但 OFSI 回复与建议向出口管理当局（UK Export Joint Control Unit 或简称“EJCU”）申请，双方也确实这样做了。但直到此先例开庭审理的 2018 年 10 月 2 日，隔了大半年 EJCU 也没有正式回复，可见申请许可的困难与不配合实际。USCFE 申请都是如此，更不用说是美英有敌意的中国公司去申请了。

这延误又带来变局，因为好景不长，特朗普总统在 2017 年上台后很快在 2018 年 5 月 8 日正式撕毁与宣布退出 JCPOA。这是十分可惜，毕竟此协议是来之不易的国际社会通过外交与合理的谈判手段解决了核扩散问题的重大成果。

这也导致在 2018 年 11 月 5 日后，根据美国修改后的法律，被告 9 家 USCFE 保险公司在美国的单边制裁下又变回是无法向原告作出赔付。

在上述的案情下，略过其他如有关英国的制裁机制等等，只简单跳去介绍与本小段有密切关系的法院如何解释今天被普遍附加在国际保险行业的“制裁与豁免条文”。特别是 “**would expose that (re)insurer to any sanction, prohibition or restriction under ... the trade or economic sanctions, laws, or regulations**” 的加黑部分，是否可以解释为如果赔付会令保险人/再保险人面临制裁、禁止或限制等的违法（因为美国的经济制裁事宜），就可以豁免赔付的合同承诺/责任。但问题是被告曾经有过一段时间可作出赔付，审理的 Teare 大法官在聆听与考虑了双方的美国制裁法律专家证人意见后也认定被告曾有一段时间可以合法向原告作出赔付，说：

“I agree with and accept the opinion of Mr. Poblete (原告委任的美国制裁法律专家证人) that until 1159 pm eastern standard time on 4 November 2018 payment of the insurance claim in question is not prohibited by the US and so payment by that date would not expose the Defendants (9 家 USCFE 保险公司) to sanction.”

在这认定的事实下，被告代表律师就要力争将“制裁与豁免条文”宽松解释为是包括了如果赔付会令保险人/再保险人面临制裁、禁止或限制等违法的“风险”(risk)。也就是，即使不严格有法律的制裁，但当时的情况是一般合理人士看来觉得有风险就已经足够。但 Teare 大法官说：

*“One can be ‘exposed’ to a sanction (in the sense of being laid open to a sanction or left without protection from a sanction) or ‘exposed’ to the risk of being sanctioned (in the sense of being subject to the risk of a sanction). **The present clause does not refer in terms to being exposed to the risk of a sanction or prohibition.** It refers to a payment which ‘would expose’ the insurer ‘to any sanction, prohibition or restriction’. ...*

*The argument advanced by counsel for the Defendants was that it was sufficient to show that there was a risk that the agency (指 OFAC) in question might conclude that there was prohibited conduct (when in law there was not or may not be) and so impose a sanction. If that had been the intention of the parties I would have **expected them to have made such intention clear, perhaps by referring in terms to ‘exposure to the risk of being sanctioned’, or to ‘conduct which the relevant authority might consider to be prohibited’.***

*Another aspect of the context in which the present issue arises for decision is that it concerns an insurer’s liability to pay a claim pursuant to a contract of marine insurance. Whilst an insurer might welcome a clause which entitles him to decline to pay an otherwise valid claim when there was merely a risk that payment might be considered to be prohibited, one would expect that **an assured would only be willing***

to agree that the insurer was not obliged to pay an otherwise valid claim where the insurer was prohibited in law from paying – rather than where there was merely a risk that the relevant authority would (perhaps wrongfully) impose a sanction on the insurer. These considerations suggest that clear words would be required to establish a common intention that the insurer need not pay an otherwise valid claim where there was merely a risk that payment would incur a sanction, without having to show that payment was prohibited as a matter of law.”（加黑部分是笔者的强调）

最后只去一提被告也主张“制裁与豁免条文”的解释应是一旦因制裁而无法合法作出赔付，这就是终止了赔付的合同责任。这也表示早在 2013 年原告向被告 9 家 USCFE 保险公司提出理赔时，已经受制裁的影响，所以被告的赔付责任已经“终止”（*terminate*），不会要经过可能是漫长的等待直到可以合法赔付的一天。但这也被 Teare 大法官驳回，判制裁只会令赔付的责任“暂停”（*suspend*）。这对笔者而言也是合理，毕竟制裁很频繁，种类很多，如果能很快达到制裁的目的也可能是短暂的。

话说回来，在订约自由的天条下，伦敦保险协会的“货物保险小组”大可以再修改“制裁与豁免条文”去加上 Teare 大法官建议的“*exposure to the risk of being sanctioned*”或“*conduct which the relevant authority might consider to be prohibited*”等措辞/文字，也说明一旦保险人在赔付时只要存在一些制裁风险，就终止赔付的承诺与责任了。但笔者相信伦敦保险协会应有迟疑，毕竟为了保险行业的长远与健康利益考虑，就不能千方百计通过合同陷阱去不赔付，而是在合理与合法下尽量应赔就赔，才能让保险行业获得国际社会的信任。

但如果换了是个别公司之间的商业合同，考虑就完全不同。在双方订立合同前，精明的国际商人表面的言行是热情、奉承、说尽好话，如大家互信、合作双赢、合作前途光明等等。但他们是清楚知道订立合同后，双方的真正斗争才开始，因为不如意之事十之八九，特别是在今天极不稳定的世界。否则，如果这么相信将来的履行会持续双方互信，遇到不如意的事情时可以各让一步承受损失，他们为何合同要订得这么细去保护自己，为何要推一家 SPV 公司作为合同方，为何要争取英国适用法与伦敦仲裁等等。这些本质上都是因为国际商人只是各谋其利、贪念无穷，否则也不会有说法是“商场如战场”。如果遇上不了解人性（国际商人的本质）、没有斗争经验、也没有业务与国际法律水平去保护自己的合同相对方（绝大部分是发展中国家的公司），他们就如鱼得水、予取予求了。

2.5.3 承保中国船舶责任险的中国保险公司面对美英制裁的应对

首先十分简单介绍船东责任保险的历史悠久的做法。船舶在全球航行，会在各地不同法律或实际做法下产生各式各样的责任，也无法科学衡量这方面的风险。但可以肯定，面对这些千奇百怪的责任，赔偿需要的金钱可能是无底洞。历史上船舶装的危险品发生爆炸而将一个城市毁了一半的事故不是没有听过，例如 1917 年在加拿大哈利法克斯港，两艘船舶在港内碰撞，其中一艘满载了供应一战的炸药因此发生爆炸，被称为是核武器发展前最大的人造爆炸，并造成大火、海啸与

大量伤亡。在近期与有中国有关的 2015 年天津港爆炸事故，也是货柜码头集装箱内的危险品导致连环爆炸，引发微型地震，爆炸当量之和相当于 445 吨 TNT 炸药，并带来了大量人命伤亡与财产损失。

这些无法衡量的风险导致船东无法在商业保险市场如伦敦劳合社投保责任险，能投保的只有船壳的水险与战争险，投保金额是船价。所以，航运业唯一的做法就是抱团取暖，所有船东聚在一起大家以“保单”(cover note)互保责任险。任何一位不幸的船东在全球任何地方产生了庞大责任并要赔偿，所有聚在一起的船东就按比例承担损失。这种让船东聚在一起互保的机构就是“互保协会”(Protection and Indemnity Club 或简称“P&I Club”)，最早是在 1855 年成立的“Shipowners’ Mutual Protection Society”，但今天已发展到了在伦敦的联营体，名为“The International Group of P&I Clubs”(或简称“IG Group”)。IG Group 有 13 家不同的互保协会¹⁵⁶，其中估计承保了全球 87%以上船舶责任的几家互保协会都在英国或西欧(如挪威)。这 13 家互保协会是通过合同约定让 IG Group 去处理各种事宜，如协调它们之间的业务竞争、在国际上代表它们等等。另一重要的事宜是经过 IG Group 的管理，这 13 家互保协会之间有一个合共分摊风险的机制，就是在“互保协议”(Pooling Agreement)下，任何一家互保协会会员(即个别船东)出了大事与有了索赔金额庞大(如在 900 万至 75 亿美元之间)的案件，在这种所谓的“合共互保索赔”(pool claim)，赔付的责任不只在出事的互保协会的其他会员中分摊，而是进一步分摊给所有其他互保协会的会员。而且，传统上互保协会承保是无限责任，上不封顶(直到近年才有改变)。换言之，理论上哪个船东有重大灾难(出了事故涉及天文数字的损失责任)，其他的船东也要共患难互保，直到聚在一起的所有船东都破产倒闭为止。

中国船东互保协会(China P&I Club 或简称“中船保”)仍不是 IG Group 的会员，所以只能通过“再保”(reinsurance)参与此合共分摊风险的机制，以利在全球分摊各种主要是中国船东的责任带来的风险。

当然有了这广泛与代价较低廉的分摊风险机制，也不代表可以出了事就大大方方去赔付。要知道在这如狼似虎的当今世界，贪念无穷与不知底线要更多好处

¹⁵⁶ 13 家为：UK 保赔协会(The United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association)；布列塔尼亚保赔协会(The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited)；嘉德保赔协会(Gard P&I CLUB)；日本保赔协会(The Japan Ship Owners’ Mutual Protection & Indemnity Association)；标准保赔协会(The Standard Steamship Owners’ Protection And Indemnity Association (Bermuda) Limited)；西英保赔协会(West of England Insurance Services (Luxembourg) S.A.)；汽船保赔协会(The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited)；北英保赔协会(North of England P&I Association Limited)；SKULD 保赔协会(Assuranceforeningen SKULD)；伦敦保赔协会(The London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Limited)；美国保赔协会(The American Steamship Owners Mutual Protection & Indemnity Association, Inc)；瑞典保赔协会(The Swedish Club)与 船东保赔协会(The Shipowners’ Mutual Protection And Indemnity Association Limited (Luxembourg))。

的人是数之不尽，一旦对无论是站得住或站不住脚的索赔都放宽就收不了手。另互保协会的机制也让每一位船东都既是“受保人”（assured），但同时也是“承保人”（insurer）。所以，为了大局，不少船东也有较强的意识去减低向第三人的赔付。例如不少西方船东仍是习惯以单船船东在方便旗国家注册，这可令船舶在一些国家出了大事，顶多是放弃该船舶不理睬，也可让互保协会更有底气与该当国当局谈判出满意结果，而不是仍由该国勒索，如可见涉及在尼日利亚被扣船后进行了大量法律斗争的 *Gulf Azov Shipping Co Ltd v Idisi* (2001) EWCA Civ 505 先例¹⁵⁷；“Prestige 轮”在法西海岸的大面积漏油造成严重污染的事实的 *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain, The French State* (2015) EWCA Civ 333 上诉庭先例等。

由于航运的全球性，在全球处理这些千奇百怪的责任索赔与面对无数不熟悉也摸不透的敌对方要打交道，除了在一定程度要依赖在全球建立起来的律师网络，也经常需要委任世界各地的律师，但这些律师的角色是十分片面，真正掌握大局与作为总指挥的仍是互保协会。所以这些英国为主的西方互保协会在国际“文斗”都是厉害角色，它们的重要雇员都不是吃素的，更不会任人宰割。绝大多数雇员会有英国/普通法律师资格与实践经验，今天统领国际海事仲裁的“伦敦海事仲裁员协会”（London Maritime Arbitrators' Association 或简称“LMAA”），仲裁员大多数都是从互保协会成长起来的。

互保协会面对个别会员的船舶在世界各地都会出事故并产生各种责任，遇到诉讼与刁难，无论涉及的是货损货差、人命伤亡、与其他船舶或码头碰撞或各种名堂的罚款等等，都绝对不是任由索赔方漫天开价就直接赔付，而是每次事故都要打一场硬战，斗智斗勇斗法。而且每次事故都涉及不一样的事实，都可以学到新事物，积累新与有用的经验。即使与刚发生的事故如货损货差是 99% 一样，调查取证后很快就知道船东责任难逃，例如是明显的不适航导致，但也还会剩下 1% 的机会，例如可能根据敌对方的水平高低，能争取达到不一样的结果。而敌对方水平是高是低，只要互保协会内负责处理事故的人士与敌对方代表讲几句就可以有了答案。感觉敌对方是高手就乖乖和解，尽快做出赔付了事。如果感觉敌对方是外行，就会“耍猴”与扯皮，最后可能一毛钱都不赔付。另是即使赔付后，也不会放过“代位求偿”（subrogation）的可能性，尽量向其他第三人追偿全数或部分的赔付。

而这些互保协会主要在伦敦，文斗也就肯定难逃要依赖英国法律与英国商事/海事法院，这同时也造就了英国法在国际法律的强势甚至是霸权。一些造就英国法的核武器的案件，如“冻结令”（freezing injunction）的 *The “Mareva”* (1975) 2 Lloyd's Rep 509 先例，或是保护伦敦仲裁的“止诉禁令”（anti-suit injunction）的 *The “Angelic Grace”* (1995) 1 Lloyd's Rep 87 上诉庭先例，又或是“抢夺管辖权”（forum shopping）的 *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* (1987) 1 AC

¹⁵⁷ 见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第十章之 12.2.1.2 段的详细介绍。

460 贵族院先例等等，就是这几家互保协会在背后一手操纵。

所以，在互保协会做久了（当然只是指实干案件与做决策的雇员）就熟悉国际文斗与好战善战，他们退下来就在伦敦垄断国际海事仲裁了。这也造就了今天伦敦虽然再也看不到远洋船舶的影子，世界最大集装箱港口的名单恐怕也排不上号，但无人置疑伦敦的国际海事中心地位，而且笔者相信再过 100 年也不会变。¹⁵⁸这也给了再也不复大英帝国荣光的英国强大的软实力，笔者（杨良宜）的个人感觉英国也只是在这四五十年重新建立起来在国际商业社会的法律霸权与垄断性地位。例如今天对俄罗斯的制裁，其中重要的武器之一就是承保俄罗斯船队或背后是俄罗斯的船队的责任险，包括《International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage》（或简称“CLC”）下的油污责任险。这一来，这些船舶就无法在国际航行，绝大部分的港口都在 CLC 的签约国，包括中国。港口当局都会根据国际公约要求船舶提供作为 IG Group 会员的互保协会作出的担保，不怕这些单船公司的船舶在港内出了油污（或沉船）事故就拍拍屁股走人，找不到人去负责清除与赔偿事故造成的大批受害方。而如果没有这些可信赖的担保，这些船舶就进不了港，或进去了就出不来。此外，即使是私人性质的商业争议也通常接受这种担保，例如船舶因为货损货差或其他事故被扣，需要提供“诉前担保”（pre-hearing security）才会放船，又或是在海事仲裁中被要求提供“费用担保”（security for costs）等，也通常是以 IG Group 会员的互保协会提供的担保。听说，在海事领域是垄断性强势的英国律师是不会建议客户不接受这种担保的，否则是变了“异类”。

在今天的地缘政治与国家严重对抗下，英国或其他国家（它们都会在伦敦有分会，同样受到英国法院的管辖）的船东互保协会也难逃受美国与部分西方国家的单边制裁的压力。这一来，IG Group 下的互保协会也在自己的保单中加入了大同小异的“制裁条文”（sanction clause），例如在“Gard Rules for Ship 2025”之 Rule 77 这样规定：

*“2. The Association **shall not indemnify** a Member against any liabilities, costs or expenses where the provision of cover, **the payment of any claim or the provision of any benefit** in respect of those liabilities, costs or expenses **may expose the Association and/or its Agent to any sanction, prohibition, restriction or adverse action by any competent authority or government.***

The Member shall in no circumstances be entitled to recover from the Association that part of any liabilities, costs or expenses which is not recovered by the Association from any party to the Pooling Agreement and/or from any reinsurer because of a shortfall in recovery from such party or reinsurer by reason of any sanction, prohibition or adverse action by a competent authority or government or the risk thereof if payment

¹⁵⁸ 从伦敦的成功历史看，笔者相信上海或中国任何地方想要建立国际海事中心，最重要的是培养大量国际“文斗”战士，这是一切的基础与根基。

were to be made by such party or reinsurer. ...”（加黑部分是笔者的强调）

这表示个别中国船东与中国保险公司如中船保都必须关心与有“B 计划”。个别船东可将俄罗斯的船东（不少名下船舶改挂其他方便旗国家、名义上频频出售/转售、替换船舶经理人等等去改头换面，变了“影子船队”[shadow fleet]¹⁵⁹）目前的经历作为前车之鉴，发展出更好的应对做法。在美国针对中国航运业（目前已经开始，但如何发展下去是难以预测，除了是知道没有底线与只会变得更坏），所以要有两手准备更是刻不容缓。

这看来是遥不可及或不可能做到的事情，但越早准备就越有可能做到，也越不会发生最坏的情况。而坐以待毙，这最坏的情况就越会发生。

2.5.4 中国保险公司承保与再保各类风险时如何应对

最后去一提是中国的保险公司，它们在本国业务所作出的保险合同或保单应该是不需要有一条伦敦保险协会的“制裁与豁免条文”（Sanction Limitation and Exclusion Clause JC2010/014）。毕竟在绝大部分的保单下承保的风险与发生了事故的理赔或以非美元的赔付，都是丝毫不涉及美英，何必去加上一条这样的“制裁条文”，针对相对少量的联合国制裁，而是包括了大量被中国视为是非法的单边制裁。再说，中国的保险公司不是美国与部分西方国家的保险公司，保险行业也不是美英立法下直接或间接被经济制裁的相关业务。所以只要不自投罗网接受美英法院的管辖，参与并承保如买卖新疆产品、华为昇腾芯片或俄罗斯/伊朗石油等被美国与部分西方国家制裁的业务在中国法下完全合法，而它们也不会确实知道这些交易，想管也管不了。

但问题是这些中国保险公司在伦敦的再保市场就难逃要面对这条“制裁与豁免条文”。这一来，难怪有部分中国保险公司仍在面对中国投保人（自然人或公司法人）的一线保险，如人保（PICC）的保险合同或保单中加上同样一条“制裁条文”，希望尽量“背靠背”。据悉在较早的 2017 年，青岛海事法院判在投保人未向 PICC 披露过船舶在“SDN 清单”的情况下，根据保单中背靠背的“制裁限制与除外条文”的约定，不应承担赔偿责任，PICC 成功避免了被投保人与再保

¹⁵⁹ 这“影子船队”据知在扩大，看来令 IG Group 失去这些船舶时也有点关心或担心。其中主要涉及美英与欧盟的 G7 在 2022 年 12 月限定买卖俄罗斯石油的价格不得超出 60 美元一桶的“Russian Oil Price Cap”（或简称“OPC”），以免俄罗斯从中获得太多的经济利益，也同时不会太严重打击全球的石油市场（当时为 140 美元一桶）。这导致俄罗斯石油要低价出售而受到与 G7 无关的发展中国家欢迎，印度与中国就是典型例子。这一来，就发展出油轮的影子船队，它们不必受到互保协会的监管，也不必理会运输的俄罗斯石油的买卖价格是否低于 60 美元一桶等等。在 2024 年 3 月，IG Group 向 OFSI 提供的信息就是在 OPC 生效后短短的时间内，已经有约 800 艘油轮不再在 IG Group 的互保协会承保，加入了影子船队。另去一提是中国与受美国制裁的伊朗的贸易量也很大，其中包括是伊朗原油的最大买家。这需要大量油轮协助运输，这些船舶、船公司（如香港公司）与背后实体就不断被美国视为是“影子船队”成员并实施制裁。

的保险公司夹在中间的窘境，见：金泰发展有限公司诉中国人民财产保险股份有限公司青岛市分公司案（2018）鲁 72 民初 1860 号。

但在 2021 年 6 月 10 日《反外国制裁法》与在 2025 年 3 月 23 日《实施规定》公布与生效，与有了在本书第一章之 5.4 段介绍的中国南京海事法院的某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件后，此“制裁条文”是否在中国合同法与中国法院管辖下仍会被承认有效并协助执行，就很有疑问了。这一来，笔者关心这些中国保险公司可以如何操作以避免夹在伦敦再保人与中国受保人之间？会否是：

（一）在伦敦市场再保险的安排是非要接受英国适用法与英国法院或伦敦仲裁庭的管辖，这是改变不了。但在中国的一线保险，中国保险公司就让内地法院或机构仲裁管辖与以中国法处理与受保人的争议。这是否会带来“再保人”（reinsurers）的质疑与带来额外风险，如中国法或判决的一致性？假设在投保时如实披露与被再保险人接受，那应该是可以的，但这做法是否现实就有疑问了。

（二）如果受保人或自己被美国单边制裁或被 OFAC 或 OFSI 调查，会否伦敦再保人可以“制裁与豁免条文”终止会是更大面积的

再保安排，但中国保险公司无法在一线保险中要求受保的中国公司接受同样的制裁条文，于是在这方面被夹在当中？

（三）中国保险公司知悉也有不少涉外业务，不知道有否在这些业务“背靠背”在一线保险加上一条与再保同样的“制裁与豁免条文”。毕竟，对外国/外地的受保人，这是被接受的保险合同习惯做法与风险，完全可以与国际做法接轨。

（四）笔者也想指出将来的先例可能不会跟从 Mamancochet Mining Ltd v Aegis Managing Agency Ltd (2018) EWHC 2643 (Comm) 先例对“制裁与豁免条文”的解释。正如 Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd (2020) EWCA Civ 821 上诉庭先例与 Banco San Juan Internacional Inc v Petróleos De Venezuela S.A. (2020) EWHC 2937 (Comm) 先例，就显示了法院对这些“制裁条文”的解释越来越倾向于“自由解释”（liberal construction）或“目的解释”（purposive interpretation），以达到制裁的目的，即摧毁俄罗斯（将来也会是中国）的经济。这意味着如果未来伦敦再保险公司打算终止与中国保险公司的再保险合同（例如出现巨额索赔），比以往更有信心可以依赖“制裁与豁免条文”去合法终止。

（五）众所周知，中国公司（尤其是民企）越来越多地被加入“SDN 清单”并受到单边制裁。可以想象，中国保险公司不能拒绝为这些被制裁或随时会被制裁的中国公司提供各种不同类别的保险服务，自动放弃中国市场。这一来，会否伦敦再保人/公司很容易找到理由或借口取消再保险合同？这不是危言耸听，在孙才华先生所著的《美国经济制裁风险防范》一书中介绍了六个 OFAC 对保险公司违反制裁的处罚，可节录其中两个如下：

“三、瑞士丘博成为第一家因制裁违规被 OFAC 处罚的非美国的保险公司

2019 年 12 月 9 日，瑞士丘博（Chubb Limited）同意向 OFAC 支付 66,212 美元的罚款，以了结子公司违反美国经济制裁法律法规而应承担的民事责任。

（一）违规行为

瑞士丘博是 2016 年 1 月安达公司（ACE Limited）与 Chubb Corporation 合并成立的保险公司，合并前的安达公司是一家瑞士保险公司。ACE Group Holding 是安达公司的一家在美国注册的子公司，ACE Europe 是 ACE Group Holdings 的一家位于英国的子公司，在欧洲开展业务，与一家欧洲旅行社合作，提供全球旅行险服务。

由于 ACE Europe 合规部门错误地理解美国制裁法律的适用范围，认为欧盟阻却法（Blocking Statute）禁止欧盟企业遵守美国对古巴的经济制裁政策，故在相关保单未加入制裁除外条款。2010 年 1 月 1 日到 2014 年 12 月 31 日间，ACE Europe 共销售 20,128 单古巴旅行的保单，保费共计 287,292 美元，另外，在上述保单的保障范围内，ACE Europe 进行了与古巴相关的 73 次赔付，赔付金额为 80,555 美元，违反了《古巴资产控制条例》。

.....

六、通用再保险公司被 OFAC 处罚 59,130 美元

2011 年 6 月 29 日，位于美国康涅狄格州的通用再保险公司（General Reinsurance Corporation），被 OFAC 认定违反了《伊朗交易与制裁条例》，向 OFAC 支付 59,130 美元的罚款。

（一）违规行为

2005 年 7 月至 8 月，通用再保险公司向位于英国伦敦的汽船互保协会（Steamship Mutual Underwriting Association）支付了两笔赔款，总计 309,740.65 美元，用于赔偿伊朗国家油运公司（National Iranian Tanker Company）的船舶损失。此次赔付依据的是通用再保险公司与汽船互保协会签订的“超赔临分业务”（也就是再保）合同。”

（六）综合所有这些原因或担忧，笔者很怀疑部分中国保险公司习惯性去分摊投资组合中的风险而在伦敦市场进行再保险的价值，所以中国保险公司要考虑“B 计划”。虽然目前的形势看来好像很难做到，但俄罗斯或伊朗这样最坏的情况就摆在眼前，笔者相信客观与知情去看，没人敢说这种情况是永远不会发生在中国。目前的确还没走到这一步，因为美国还没办法一步到位与中国完全脱钩。但美英在通过金融与法律（例如在伦敦仲裁大量判中国公司败诉与执行，在本书第一章之 4.3 段介绍的 2024 年 10 月 10 日生效与看来主要针对是中国的《Trade,

Aircraft and Shipping Sanctions (Civil Enforcement) Regulations 2024》英国立法等）蚕食中国公司（国企与民企）到了个更深的程度后就难说了。会否中国的保险行业与个别保险公司应开始去尝试寻找以其他方式来分摊承保的组合中的风险，因为更大的制裁风险正在逼近。而且中国作为今天世界上第二大的经济体，也有不少友好国家，分摊承保风险的安排避开伦敦市场在实践上看来也有可行性。

中国保险行业看来比“美元霸权”与看不出有替代货币的现实下的中国金融银行业实施“B 计划”更容易。但无论更容易或更不容易，要往前走是必要与刻不容缓，越是走得顺，最坏或更坏的情况越不会出现。而英国与欧盟的保险公司也不会轻易放弃利益丰厚的中国市场，如果中国保险行业有“B 计划”，它们也会有相应的做法配合。

2.6 担保函 (Letter of Undertaking 或简称“LOU”)

众所周知，担保函是一种有法律效力的合同，由“担保人”(guarantor)，如银行、保险公司、公司/企业法人或个别自然人等去向“被担保人”(guarantee)，如债权人、合同相对方等人士作出合同承诺，在基础合同下的债务人或合同方违约不履行约定义务时，由担保人承担相应责任以金钱去赔偿被担保人。

担保函的核心作用是增强信用，保障商业交易的履行或债务的偿还。在本章之 2.1 段针对的“信用证”(letter of credit 或简称“LC”)与“见索即付保函”(on-demand guarantee)也是担保函的一种。在国际货物买卖，卖方在“付运合同”(如 FOB 或 CIF 买卖)下将货物装船后付运，也需要一家有实力的银行作为“可信赖的账房”(reliable paymaster)以信用证的形式保证卖方肯定收得到货款。

在此不多探讨担保函的课题¹⁶⁰，只简单针对美英的单边制裁的影响。在本章之 2.1 段已经介绍了今天不少美国/西方银行在开出的信用证加上一条广泛的“制裁条文”所带来的问题，在此只多介绍在本章之 2.5.3 段提到的“The International Group of P&I Clubs”(或简称“IG Group”)的 13 家船东互保协会之间相互接受的担保函模板中的“制裁条文”，如下：

“[insert Letter of Undertaking, bank guarantee or other form of security] issued on insert date by [insert name of the P&I Club] in the amount of insert amount plus/inclusive of delete as appropriate interest and costs (together ‘the Secured Sum’).

We shall not be obliged to make payment under, nor be deemed to be in default of, this Letter of Undertaking, if doing so, would be unlawful, prohibited or would expose us, reinsurers, or the [Charterers/Owners] to a risk of any sanction, prohibition or restriction under the United Nations. Resolutions or the trade or

¹⁶⁰ 见笔者《损失赔偿与救济》一书第十一章之 2.4 段与《合约的解释：规则与应用》一书第四章之 5.4.2 段与第五章之 6.6.1 段。

*economic sanctions, laws or regulations of the **European Union, United Kingdom or United States of America** or any other applicable competent authority or Government the 'Sanctions').*

*If any such circumstance arises as described herein, then we shall use best endeavours to obtain whatever governmental or other regulatory permissions, licences or permits from the United Nations, **European Union, United Kingdom or United States of America** or any other applicable competent authority or Government, as are reasonably available in order to enable the payment to be made, **provided always that such payment does not otherwise expose us, reinsurers or our Member to a risk of Sanctions...***”（加黑部分是笔者的强调）

对航运业而言，船东互保协会是经常要为作为会员的个别船东/船舶提供担保函，并在全球被普遍接受。这包括在一些国际公约如《International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage》（简称“CLC”）下的油污责任险，也是要作为 IG Group 会员的船东互保协会向在 CLC 签约国的港口作出担保，这些船舶才能被允许进港。而港口当局根据国际公约要求船舶提供可信赖的担保函后，就不怕这些单船公司的船舶在港内出了油污事故就拍拍屁股走人，找不到人去负责清除油污与赔偿漏油事故造成的大批受害方。

2.6.1 M/V Pacific Pearl Co Limited v Osios David Shipping Inc (2021) EWHC 2808 (Comm)先例

最后可介绍近期有关船东互保协会提供的担保函中的“制裁条文”的 M/V Pacific Pearl Co Limited v Osios David Shipping Inc 先例。该先例案情涉及 2018 年三艘船舶在苏伊士运河发生碰撞，其中“Panamax Alexander 轮”（PA 轮）装载了准备运去伊朗的货物在航行中撞上了停在锚地的“Osios David 轮”（OD 轮）和“Sakizaya Kalon 轮”。事故发生后，PA 轮与 OD 轮的注册船东签署了由位于伦敦的“海事律师组织”（The Admiralty Solicitors Group）制定的标准文件《碰撞管辖权协议》（Collision Jurisdiction Agreement，简称“CJA”）。根据该协议，有关争议将由英国法院管辖与适用英国法。CJA 的目的在于避免船东之间随意在全球不同港口去扣押对方船舶，从而获取该港与该国“诉物”（*in rem*）的管辖权，导致“择地行诉”（forum shopping）¹⁶¹的混乱局面。

只说 CJA 之 Clause C 明示要求双方当事人（也就是碰撞的两艘船舶的船东，实际做法是承保船东责任险的互保协会）提供与交换“合理满意”（reasonably satisfactory）的“诉前担保”（pre-action security）：“*Each party will provide security in respect of the other's claim in a form reasonably satisfactory to the other.*”

PA 轮的船东互保协会（Britannia P&I Club）在 CJA 被签署后给 OD 轮船东

¹⁶¹ 见笔者《海事法》（1999 年）一书第一章与第七章。

签发的担保函中存在以下的“制裁条文”：

*“We shall not be obliged to make payment under, nor be deemed to be in default of, this Letter of Undertaking if (i) doing so would be unlawful, prohibited or **sanctionable under the United Nations resolution or the sanctions, laws, or regulations of the European Union, United Kingdom, United States of America** or [the place of incorporation or domicile of your member] or the ship's flag state (‘the Sanctions’), or (ii) if **any bank in the payment chain is unable or unwilling to make, receive or process any payment for any reason whatsoever connected with the Sanctions** (including but not limited to a bank’s internal policies). If any such circumstance arises as described in (i) or (ii) herein, then we shall use **reasonable endeavours** to obtain whatever Governmental or other regulatory permissions, licences or permits as are reasonably available in order to enable the payment to be made.”*（加黑部分是笔者的强调）

OD 轮的船东拒绝接受该担保函，认为“制裁条文”使担保的肯定性大大降低，并通过在南非扣押 PA 轮的关联船舶“Panamax Christina 轮”（PC 轮）获得了英国互保协会（UK P&I）签发的不含“制裁条文”的担保函。PA 轮的船东向 PC 轮的船东赔偿了因签发担保函和在南非被扣押带来的花费和损失，并随后根据 CJA 起诉 OD 轮的船东要求赔偿前述损失。双方一个主要的争议就是加入了“制裁条文”的担保函是否仍然可被视为是符合 CJA 之 Clause C 中约定的“合理满意”的要求。

一审高院的 Nigel Teare 大法官通过解释“制裁条文”判“制裁条文”反映了国际商业现实，尤其是银行对伊朗相关交易的谨慎态度。并且“制裁条文”只是暂停（非终止）互保协会的付款义务，且互保协会有义务采取“合理努力”（reasonable endeavours）克服制裁带来的障碍。因此，含“制裁条文”的担保函是“合理满意”的担保形式。Nigel Teare 大法官说：

*“Where there is an **Iranian nexus** banks may be reluctant to handle the proceeds of sale of the vessel. The collision damage claimant cannot expect the P&I Club who provides an LOU in lieu of an arrest to be able to avoid the effect of sanctions when there is an Iranian nexus. Such an expectation would be unrealistic and unreasonable. Thus an LOU which contains a sanctions clause recognises an inevitable commercial reality and is not unreasonable for doing so.*

...

*But in my judgment **the effect of the sanctions clause was clearly suspensory**. The clause contained an obligation by the Britannia, in the event that payment would be unlawful or in the event that a bank was unwilling to pay, to use reasonable endeavours to obtain whatever permits were reasonably available in order ‘to enable the payment to be made’. If such endeavours were successful would the Britannia be still liable to*

*pay? Plainly it would be. The successful exercise of reasonable endeavours would be of no value if the club's liability to pay had been permanently ended. Counsel's (OD 轮船东的代表律师) only answer to this was to suggest that a new obligation to pay arose once the reasonable endeavours of the Club had been successful. But this only goes to show the force of the argument that the Club's liability to pay had been suspended. There is only one 'payment to be made', not two, and that payment is the one that the Club was required to make under the LOU. In my judgment **the original liability would, in the events contemplated, have been suspended and would be reactivated when the reasonable endeavours had been successful.***”（加黑部分是笔者的强调）

虽然 Teare 大法官判 PA 轮船东的互保协会签发的担保函符合“合理满意”的要求，但 CJA 中并没有一个默示条文要求 OD 轮的船东必须接受这样的担保函，所以 PA 轮的船东败诉。PA 轮的船东进一步将案件上诉到上诉庭（[2022] EWCA Civ 798），上诉庭同样也认同担保函中加入“制裁条文”也是满足“合理满意”的要求，但是 CJA 就是为了避免船东之间乱扣船而制定，所以在担保函满足了“合理满意”的要求后，是有默示条文要求 OD 轮的船东要接受该担保函并放弃进一步扣船的行动，在这一点上被改判后，PA 轮的船东胜诉。

相信此先例中争议的产生与判法，会对互保协会签发的担保函中应否加入制裁条文以及制裁条文要使用什么措辞有重要的指导意义。这与之前本章之 2.1 段介绍的“信用证”和“见索即付保函”中加入恰当措辞/文字的“制裁条文”的做法已经在英国法下被视为是商业现实与合法合理的立场一样。

2.6.2 中国公司在作出或接受针对履约或债务担保的应对

相信中国公司在商业活动中也会是经常遇到合同相对方要求母公司、集团公司、甚至老板本人提供担保，或者是为促成交易他们自己愿意提供各种形式的担保的情况，例如是“履约担保”（performance guarantee），对附属公司的合同责任或债务作出担保。看来，在今天英国法院的判法下，坚持去加上一条“制裁条文”不应算是影响担保的效力。一些业务要求必须对美国合规的中国公司如银行、央企/国企等，这样坚持可以很好的保护自己，例如因为制裁导致无法正常支付的风险。

另一方面，就是也会面对外国的担保人（可以是集团公司、其他关联公司、个别自然人、银行、保险公司等等）向中国公司提供担保。相信这些外国公司也会想办法加入一条制裁条文。此时，当然是最好是中国公司通过谈判去排除或收窄制裁条文。但即使谈判有困难，如果外国担保人在中国有业务或资产，还可以考虑用《中华人民共和国反外国制裁法》的实施细则作为“后招”：见本书第一章之 5.4 段介绍的南京海事法院“某海洋工程公司与 S 设备公司侵权责任纠纷案”（2024）苏 72 民初 2157 号民事调解书，即中国法院不会支持“协助”外国制裁法律而拒绝在担保下承担支付中国公司的义务。这一来，中国公司在谈判上可以说是灵活得多了。

而如果订约双方都是中国公司，那么在《反外国制裁法》下看来就根本不必要画蛇添足加入制裁条文。但需要考虑如果涉及“合同链”(chain contracts)，其中存在“背靠背”交易的话，与外国公司之间的合同约定有制裁条文，但与中国公司之间没有或有也在违反《反外国制裁法》下失效，那就要小心是否会被“夹在中间”了。这一来，也就更有必要去在与外国公司的谈判去排除或收窄制裁条文。

2.7 国际货物买卖 (international sale of goods)

2.7.1 简介

国际货物买卖对作为国际贸易大国的中国的重要性是众所周知。中国有大量进出口货物，主要以 CIF (cost, insurance & freight)、CFR (cost & freight) 与 FOB (free on board) 的“付运合同”(shipment contract) 买卖，并主要以信用证支付货价，以保证卖方将货物装船付运后可以收到货款。中国培养了大量熟悉操作的内行人，笔者就不多作介绍献丑。只一提有大量中英文的书籍介绍这个课题，包括杨大明律师的《国际货物买卖》。

英国在过去二百多年建立与不断完善这一套国际货物买卖的机制与游戏规则，在今天已是难以代取。最明显的例子是 1980 年《联合国国际货物销售公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 简称“CISG”)，今天已经有 97 个国家签署此国际公约，但英国没有签。而且目前在国际货物（主要是大宗货/商品）买卖广泛使用（包括中国的进出口商）的标准格式合同如 GAFTA 或 FOSFA，也都印上了明示条文约定合同适用英国法与伦敦仲裁，另加上一条不适用 CISG（与其他立法）的条文，如：

“INTERNATIONAL CONVENTIONS The following shall not apply to this contract: - (a) The Uniform Law on Sales and the Uniform Law on Formation to which effect is given by the Uniform Laws on International Sales Act 1967. (b) The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980. (c) The United Nations Convention on Prescription (Limitation) in the International Sale of Goods of 1974 and the amending Protocol of 1980. (d) Incoterms. (e) Unless the contract contains any statement expressly to the contrary, a person who is not a party to this contract has no right under the Contract (Rights of Third Parties) Act 1999 to enforce any term of it.”（加黑部分是笔者的强调）

这也导致笔者参与的大量涉及国际货物买卖合同争议的国际仲裁，只有极少数的案件是适用 CISG，绝大部分仍适用英国法（或同是普通法体系的香港法）。笔者（杨良宜）也至少有两次是买卖合同本来适用 CISG，但由于双方当事人都委任了英国或普通法律师，导致在启动伦敦/香港仲裁后不久，双方同意从 CISG “更改”(vary) 为适用英国法解决争议。而这些年来，UNCITRAL 的主要领导一直大力推广 CISG，包括国际著名的维也纳 Vis Moot 模拟仲裁，每年拟定的题材与争议，都是基于 CISG。但这几十年来的努力，仍是在现实世界无法改变英

国法/普通法主导国际货物买卖游戏规则的情况。

笔者不去离题，只说近年来与其他行业一样，国际货物买卖合同也越来越多见到有一条“制裁条文”。而且，这些条文主要是个别公司（通常只是西方的大公司重视，毕竟要花钱[需要称职律师的协助]与精力）自己拟定的，所以每条“制裁条文”内容虽然大同小异，但措辞/文字与偏向性都不一样。

随着美国单边制裁变本加厉，这“制裁条文”也需要不断修改来配合。例如，中国高科技公司最关心的美国针对中国公司的高科技产品和技术“出口管制”（*export controls*），这本质上也是一种单边制裁，也可以在“制裁条文”中明示约定。这一来，如果美国高科技公司如英伟达（*Nvidia*）或中国台湾地区台积电（*TSMC*）与中国一家高科技公司 X 订立合同出售或供应显卡或芯片，在订约时仍然尚未受到任何制裁或出口管制的影响。但在多变与急变的大环境下，订约几天后，X 就被加入美国 BIS 的出口管制名单。这一来，英伟达或台积电就履行不了刚与 X 订立的买卖或供应合同。这明显是违约行为，X 可以索赔损失。这一来，如果有关买卖或供应合同中有一条广泛与可被解释为是包括受到美国出口管制影响不履行方可以免责的“制裁条文”，那么在香港法或新加坡法下，相信是会支持“你情我愿”订立的明示条文。这就表示英伟达或台积电会胜诉，成功抗拒 X 可能是天文数字的损失索赔。相反，如果没有一条“制裁条文”，或“制裁条文”不够广泛到可以包括遇到的特定情形，在必须严格履行合同承诺的法律地位下，英伟达或台积电就会败诉。

另在更高的层面，国家会是要考虑一劳永逸去改变中国外贸的机制与游戏规则，这在今天看来还需要时间，但会是必须要开始走了，毕竟中美关系中短期内看来是难以完全恢复。这就是在接下去与本书第五章会探讨的各种长期方案如“去美元化”的“货币转换条文”，不再在商业合同接受“英国适用法”与“伦敦仲裁”，建立“双规制”等等。

2.7.2 壳牌石油公司买卖原油与产品油格式合同的“制裁条文”

石油买卖是全球贸易的重要板块之一，壳牌石油公司也在其买卖原油与产品油格式合同“*General Terms & Conditions for Sales and Purchases of Products and Crude Oil 2023*”中加入了一条“制裁条文”，可节录如下：

“Sanctions and trade controls

Each party represents, warrants, and covenants that, in connection with the Agreement and the business resulting therefrom, it will comply with applicable Trade Control Laws.

Notwithstanding anything to the contrary elsewhere in the Agreement:

a) Nothing in the Agreement is intended, and nothing herein will be interpreted

or construed, **to induce or require either party hereto to act in any manner (including failing to take any actions in connection with a transaction) that is inconsistent with, penalised or prohibited under any Trade Control Laws or that would otherwise expose such party to a risk of being added to a Restricted Party list or otherwise becoming the target of any national, regional or multilateral trade or economic sanctions under Trade Control Laws.**

b) Neither party will be obliged to perform any obligation otherwise required by this Agreement (including without limitation an obligation to: (i) perform, deliver, accept, sell, purchase, pay or receive monies to, from, or through a person or entity, or (ii) engage in any other acts) if this would be in violation of, inconsistent with, or place such party at risk of punitive measures under any Trade Control Laws.

The Buyer will not directly or indirectly export, re-export, transfer, divert, trade, ship, import, transport, store, sell, deliver or re-deliver any of the Goods to be supplied under the Agreement to, or for end-use by, a Restricted Jurisdiction or a Restricted Party unless agreed by the parties in writing and the Seller will not directly or indirectly source or purchase any of the Goods to be Delivered to the Buyer under the Agreement from a Restricted Party or a Restricted Jurisdiction. In addition, the Buyer has used or will use reasonable endeavours to impose or require the imposition of these restrictions on any of its direct or indirect resale customers.

Where any performance by a party would be in violation of, inconsistent with, or place such party at risk of punitive measures under the Trade Control Laws, or where a party becomes a Restricted Party, the party unable to perform or the party not designated as a Restricted Party (the Affected Party) will, as soon as reasonably practicable give written notice to the other party of its inability to perform. Once such notice has been given, **the Affected Party will be entitled:**

a) **to immediately suspend the affected obligation (whether payment or performance) until such time as the Affected Party may lawfully and without the risk of punitive measures under any Trade Control Laws discharge such obligation; and/or**

b) **where the inability to discharge the obligation continues (or is reasonably expected to continue) until the end of the contractual time for discharge thereof, to a full release from the affected obligation, provided that where the relevant obligation relates to payment for Goods that have already been Delivered or any other payment hereunder, the affected payment obligation will remain suspended (without prejudice to the accrual of any interest on an outstanding payment amount) until such time as the Affected Party may lawfully and without the risk of punitive measures under any Trade Control Laws resume payment; and/or**

c) **where the obligation affected is acceptance of the vessel, to require the**

nominating party to nominate an alternative vessel; in each case without any liability whatsoever (including but not limited to any damages for breach of contract, penalties, costs, fees and expenses) provided that at the time the Agreement was concluded the performance would not have been, or it would not have been reasonably apparent to the Affected Party that performance would be in violation of, inconsistent with or expose the Affected Party to a risk of punitive measures under the Trade Control Laws.

Nothing in this section will be taken to limit or prevent the operation, where available under the governing law of the Agreement, of any doctrine analogous to the English common law doctrine of frustration.”（加黑部分是笔者的强调）

笔者从文字表面看此“制裁条文”，有以下几点想法：

（一）壳牌石油公司是最典型的跨国公司，是真正的业务遍布全球，也经常要面对不同国家的管辖。所以，制裁条文也在政治上看来十分中立，没有好像大部分不同版本的“制裁条文”，只明示针对美国与部分西方国家的单边制裁，而是针对“任何国家”（any national）的“贸易管制法律”（trade control laws）下的经济制裁。这一来，可以说是也适用在中国的反制裁，如《反外国制裁法》。但显然条文内容实际是应对美国为主的单边制裁，例如条文多处针对支付，全世界也只有美国才能监控所有美元的支付。

（二）条文也十分针对石油与产品油买卖的特点，就是流动性很强，很容易被转售或转口。但美国与部分西方国家单边制裁是针对任何交易的供应链与运输链，一旦有任何环节涉及被制裁的商品/产品（如俄罗斯石油或新疆产品）或被制裁人士（自然人或法人）等，就是违反制裁并会受到惩罚。所以，条文要求买卖双方都相互保证，如买方不得“直接”或“间接”将交付的石油或产品油“转售、出口、转口、转让、交付等等给受美国与部分西方国家制裁的最终用家”（*export, re-export, transfer, divert, trade, ship, import, transport, store, sell, deliver or re-deliver any of the Goods to be supplied under the Agreement to or for end-use by a Restricted Jurisdiction or a Restricted Party*）。而卖方也要保证“交付给买方的石油或产品油不是直接或间接来自或购自被制裁方（如俄罗斯石油公司）或地方（如伊朗）”

（*Seller will not directly or indirectly source or purchase any of the Goods to be Delivered to the Buyer under the Agreement from a Restricted Party or a Restricted Jurisdiction*）。

（三）条文中明确说明“非被制裁方”可以立即“暂停”支付（而不是终止），看来是参考了 Teare 大法官在 *M/V Pacific Pearl Co Limited v Osios David Shipping Inc* (2021) EWHC 2808 (Comm) 先例中的判决，认为如果“制裁条文”只是暂停（非终止）付款义务是合法合理。

（四）由于国际的石油或产品油买卖都离不开油轮的海上运输，所以壳牌石油公司在此条文也要关心如果以 CIF/CFR 向第三人购买，或以 FOB 向第三人出

售，他不会以一艘受到美国或其他西方国家单边制裁的油轮¹⁶²运输这票货物，进而牵连壳牌石油公司。所以，如果第三人指定的油轮有问题，壳牌石油公司可要求“指定另一艘替代船舶”（to nominate an alternative vessel）。

（五）在订约自由下，中国公司应该根据每个不同的交易的性质与交易相对方的情况，针对性保护自己去订立买卖合同的条文。例如作为相对方的买方并非如同 Shell 这样实力雄厚的公司，就要考虑在此“制裁条文”下，不能仅允许买方“暂停”（suspend）支付与持有这笔欠下的货款。毕竟即使几个月后美国政策突然改变，或中国卖方通过与 OFAC 或 OFSI 的交涉和澄清等手段不再是“被制裁方”，但此时买方可能已经不知所踪或破产倒闭。所以在订立买卖合同时，中国公司就要坚持该买方即使可以因为被单边制裁而暂停付款，他也应支付货款给第三人代持（例如是一家著名律师事务所）等的可以变通的其他做法。这种安排也不应对相对方的买方有影响，从大方向来说，此类制裁条文的目的是不支付金钱给“被制裁方”，与制裁机制的目的应该是相符的。

2.7.3 干散货买卖合同的“制裁条文”

笔者在近期处理的仲裁案件中的买卖合同，随意抽两份合同都有一条详尽的“制裁条文”。首先节录澳大利亚的一家著名矿石出口商的买卖合同中的一条颇为偏袒出口商或卖方，但对买方（主要是中国公司）不利的“制裁条文”。这不利包括如除了针对作为买方的中国公司外，也极度广泛包括中国公司的所有雇员、代理、承包商、任何其他代理与产品的顾客等。要求中国公司的买方作出在订约时和可以是长达 5 年、10 年的买卖合同履行期间保证这些可以是人数庞大、也无法控制与知悉情况的第三人都不会被美英等多个西方国家制裁，在笔者看来简直是自杀。这些第三人不是买方的附属或联营公司，有关的商品也并非芯片这种敏感产品，在现实上会让澳大利亚卖方受到单边制裁的牵连机率应是极低，几乎不可能。如果只是关心会受牵连或排除不想见到的第三人，如不希望买方将以出售的矿石炼成的钢材出售给中国军方或伊朗公司，也应对“顾客”作出精准的局限。否则在宽松解释制裁条文下，出售了少量产品给任何一家被制裁的中外公司均会导致违约/毁约。这在笔者看来是典型的西方公司在商业合同埋下地雷，随时可以引发，卡中国公司或不懂的发展中国家公司脖子。

制裁条文也在最后明确说明一旦中国买方违反保证，澳大利亚卖方可以索赔所有的损失。在这类一般会是中长期的买卖合同下，中国买方会是容易突然会被卖方终止买卖合同、矿石供应被断供外，还面对上十亿美元不等的“将来的损失”（future losses）。

¹⁶² 这些油轮也不少，如在本书第五章之 1 段有提及的“影子船队”。在本章之 2.1.1 段介绍的 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank, NA 新加坡上诉庭先例，JP Morgan 就是怀疑运输船舶的货物有问题而拒绝在保兑信用证下支付货款。

可去节录该“制裁条文”如下：

“10 SANCTIONS

10.1 The Buyer warrants as a condition that:

(1) It and each of its officers, employees, agents, contractors, other representatives and customers (if the Buyer on-sells the Product) is not an individual or entity with whom dealings are restricted or prohibited under any economic or trade sanctions or similar restrictions issued or adopted by the United Kingdom, Australia, Switzerland, the United States (including the US Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control), the European Union, the United National Security Council, or the North Atlantic Treaty Organisation;

(2) It and each of its officers, employees, agents, contractors and other representatives and affiliates currently complies and will continue to comply with all applicable sanctions measures or regimes issued or adopted by the United Kingdom, Australia, Switzerland, France, the United States (including the US Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control), the European Union, the United National Security Council, or the North Atlantic Treaty Organisation; and

(3) Neither it, nor any of its officers, employees, agents, contractors and other representatives and affiliates will require the Seller or any third party to take any action or perform any obligation in relation to the Agreement which involves or may reasonably be considered to involve a violation of applicable sanctions.

10.2 The Buyer must immediately notify the Seller upon becoming aware that it has breached any element of the warranty given pursuant to clause 10.1. If the Buyer breaches clause 10.1 the Seller may immediately terminate this Agreement and all costs, expenses or losses incurred and any damages or penalties imposed upon the Seller and/or the Seller's Affiliates arising from the breach of warranty or termination of the Agreement will be for the Buyer's account.”（加黑部分是笔者的强调）

另一个例子是一家欧洲著名贸易商（commodity trader）在公司标准格式合同中有以下的“制裁条文”：

“SANCTIONS

I. It is agreed that all activities contemplated by the Parties pursuant to this Contract will be performed in conformity with and shall not be prohibited by Sanctions and/or laws if and to the extent applicable.

... neither Party shall be required to do anything under this Contract which

constitutes a violation of, or would be in contravention of, or would expose it to the risk of designation pursuant to any Sanction applicable to it.

II. If, at any time during the term of this Contract any Sanctions are changed, or new Sanctions are imposed or become effective, or there is a change in the interpretation of Sanctions, which would:

(i) expose a Party to the risk of designation or to other punitive measures by a Sanctions authority; or

(ii) materially affect a Party's performance of this Contract including but not limited to:

(a) its ability to take or make delivery or make or receive any payments as may be required in the performance of this Contract or to insure or transport the goods to be delivered by the seller to the buyer; or

(b) importing the goods into the country of destination; or

(iii) cause either:

(a) a curtailment, reduction in, inference with, failure or cessation of supply of goods from any of the Seller's or Seller's suppliers' sources of supply; or

(b) a refusal to supply such goods by any such supplier,

Then notwithstanding any clause or provision to the contrary in this Charter, such Party may, by written notice to the other Party, (i) suspend performance until such time as the notifying Party may lawfully perform this Contract and/or (ii) terminate this Contract, in each event, without any further obligation or liability by either Party, save for any accrued rights and remedies.

(III) Obligations to make or receive payment which arose before, or as a consequence of termination shall remain in effect but shall be subject to suspension to the extent required by part I of this clause.

“Sanctions” means economic or financial sanctions or trade embargoes or trade restrictions or similar or equivalent restrictive measures imposed, administered, enacted or enforced from time to time by the UN, EU, UK or USA or other applicable sanctions authority.”

2.7.4 Litasco SA v Der Mond Oil and Gas Africa SA & Anor (2023) EWHC 2866 (Comm)先例

在 Litasco SA v Der Mond Oil and Gas Africa SA & Anor 先例，案情是原告 Litasco（一家瑞士石油公司，全资母公司是名为“卢克石油” [Lukoil] 的俄罗斯石油公司）与第一被告 Der Mond（一家塞内加尔石油公司）签订了一份原油供应合同。Litasco 在此合同下出售了共 95 万桶尼日利亚原油，并已以“CFR 达卡”交付给了 Der Mond。但 Der Mond 只在 2021 年 11 月与 2022 年 1 月支付了部分货价，而欠下的部分货价就拖拖拉拉。双方谈判后在 2022 年 1 月 17 日另签订了一份“还款契约”（*deed of payment*）分期归还，另也约定如果 Der Mond 有任何违约，余下欠款就“加速”（*accelerate*）一并归还。Der Mond 归还第一期的共 300 万欧元后，应在 2022 年 2 月 17 日归还的第二期就没有支付。这导致 Litasco 要求马上归还总共的 44,445,987.15 欧元欠款，另加 822,166.65 欧元利息。Litasco 也向英国法院提起诉讼，并申请“简易判决”。Der Mond 以合同内的（1）第 14 条“不可抗力条文”与（2）第 15 条“贸易制裁”条文提出抗辩。

“不可抗力条文”的抗辩与判决已在本章之 1 段有介绍，在此只针对“贸易制裁”条文，可先节录该条文如下：

“15 TRADE SANCTIONS

15.1 Each Party acknowledges and understands that the performance of the Parties' respective obligations arising out of the Agreement shall be in compliance with any United Nations Resolutions or any Regulations which have the force of law in Switzerland, the EU, the United States of America, the United Kingdom and/or the country or countries in which the Oil may be loaded, delivered, discharged stored or transit during the performance of the Agreement and/or the counter of origin of the Oil, and which:

15.1.1 are directly or indirectly applicable to one or both of the Parties or to the transaction contemplated under this Agreement;

15.1.2 relate to foreign trade controls, export controls, embargoes or internal boycotts of any type (applying, without limitation, to the financing, payment, insurance, transportation, delivery or storage of the Oil); and

15.1.3 are imposed against:

(a) any natural or legal persons, entities or bodies from a particular designated country; or

(b) any natural or legal persons, entities or bodies controlled by such persons, entities or bodies, any other natural or legal persons, entities or bodies that are, in any

way, **subject to such controls, embargoes or boycotts,**

hereinafter referred to as the "Trade Sanctions".

15.2 *If, at any time during the validity of the Agreement, there is an effective amendment to any existing Trade Sanctions or new Trade Sanctions have become or are due to become effective, which in the **reasonable belief of the Seller may:***

15.2.1 *result in or risk the Seller breaching Trade Sanctions by performing any one or more of its obligations under the Agreement; and/or*

15.2.2 *result in or risk the imposition of any penalty, prohibition or impediment in any way of the payment obligations between the Parties,*

hereinafter referred to as 'Sanctions Changes'

*then at any time following such occurrence, **may, at its sole and absolute discretion (with no obligation), suspend performance** of any one or more of its obligations under the Agreement (including without limitation those which are affected by the Trade Sanctions), **without any liability to the other Party whatsoever.** Any such suspension of performance shall be notified by the Seller to the other Party.*

15.3 *Where such suspension subsists for a period extending beyond ten (10) days, the Seller **may terminate the Agreement** upon written notice and both Parties will be relieved of their further contractual obligations, except for their accrued rights and obligations which shall survive the termination of the Agreement in accordance with this provision.*

15.4 *Where delivery of the Oil has taken place prior to the suspension of performance but **payment in relation thereto remains outstanding, the Seller's payment obligation shall continue to be suspended after termination of the Agreement until the effect of the Sanctions Changes cease to exist,** following which the Seller shall make payment within a reasonable period of written demand for payment by the other Party.*

15.4.1 *Where payment for Oil has already been made prior to the suspension of performance but delivery in relation thereto has not been effected the termination of the Agreement shall be without prejudice to any applicable Force Majeure Clause.”（加黑部分是作者的强调）*

Der Mond 提出的制裁是指欧盟针对俄罗斯的《Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) Regulations 2019》(简称“2019 Regulations”), 其中有关的是 Reg.7(4)。该立法条文针对一家公司是由谁“控制”(control)说: “*that it is reasonable, having*

regard to all the circumstances, to expect that P would (if P chose to) be able, in most cases or in significant respects, by whatever means and whether directly or indirectly, to achieve the result that affairs of C [此先例是指 Litasco] are conducted in accordance with P's wishes.”如果控制该公司的是“被制裁方”，那么该公司（在此先例就是 Litasco），也变为是“被制裁方”。

另是 Reg.12 也规定“不能直接或间接向被制裁或有合理怀疑被制裁的人士作出任何金钱上的支付”（*A person (“P”) must not make funds available directly or indirectly to a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect, that P is making the funds so available*），因为这等于在经济上协助他们。

这带来 Der Mond 抗辩在“贸易制裁”条文下，不能向 Litasco 作出任何支付，因为该公司是由阿列克佩罗夫先生（Mr Vagit Yusofovich Alekperov）所控制。他在 1993 年创立卢克石油，并作为总裁带领卢克石油成为仅次于“俄罗斯石油公司”（Rosneft）的俄罗斯第二大石油公司。在俄乌冲突后，他因欧盟在 2022 年 4 月 13 日对他个人的制裁而辞去了卢克石油的总裁职务，但仍持有公司约 8.5% 的股份，这显然不是控制性股权。而 Litasco 是卢克石油在瑞士设立的子公司。

只说，审理的 Foxton 大法官认定 Der Mond 并没有提供证据证明阿列克佩罗夫先生在公司架构¹⁶³与法律层面仍可以通过控制卢克石油去控制 Litasco。

至于 Der Mond 另一个替代抗辩是普京总统最终“控制”Litasco，因为他“控制”俄罗斯的一切。毕竟 Reg.7(4)下“控制”的措辞/文字看来可以是很广，可节录如下：

“Meaning of ‘owned or controlled directly or indirectly’

(1) A person who is not an individual (‘C’) is ‘owned or controlled directly or indirectly’ by another person (‘P’) if either of the following two conditions is met (or both are met).

(2) The first condition is that P— (a) holds directly or indirectly more than 50% of the shares in C, (b) holds directly or indirectly more than 50% of the voting rights in C, or (c) holds the right directly or indirectly to appoint or remove a majority of the board of directors of C.

(3) Schedule 1 contains provision applying for the purpose of interpreting

¹⁶³ 虽然阿列克佩罗夫先生只持有约 8.5% 的股份不代表他不能通过其他方式间接控制公司，例如控股股东实际是他的妻子儿女等等，但这都需要提供证据证明，而此先例看来没有这些证据或事实也确实并非如此。

paragraph (2).

(4) *The second condition is that **it is reasonable**, having regard to all the circumstances, to expect that P **would (if P chose to) be able**, in most cases or in significant respects, by whatever means and whether **directly or indirectly, to achieve the result that affairs of C are conducted in accordance with P's wishes.***”（加黑部分是笔者的强调）

但 Foxton 大法官也在此先例的事实下不接受。认为对 Reg.7(4) 下的“控制”更好的解释是只适用在已经发生的“被制裁方做主”，而不是更广泛的将来可以发生的“如果被制裁方做主或可以去做主”（*it applies “when the designated person ‘calls the shots’ ...”, not the wider formulation “if the designated person calls the shots, or can call the shots”*）。

至于不久前的 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 上诉庭先例，虽然有提到 PJSC 是俄罗斯中央银行全资或 99% 拥有的子公司，所以中央银行应无可置疑在普京总统（或同样被制裁的俄罗斯中央银行行长）“控制”下，Foxton 大法官区分案情是 PJSC 是一家公营机构，但在此先例，Litasco 是一家私人公司。

这区分对笔者来说也很有道理，毕竟绝大多数国家的当权领导如总统或首相，对境内公司（即使是私人公司）也可以直接或间接“控制”，以达到该领导希望的结果。眼前发生最典型的例子就是特朗普总统“控制”TikTok 在紧迫的限期前出售给美国资本的公司，TikTok 身在美国是俎上鱼肉非要依从，否则只能选择在美国这个国家“死亡”。这难道不是“控制”吗？顶多是在不同的制度下，想最终“控制”一家私人公司会较容易或较麻烦。这对俄罗斯而言，特别现在是“战争”期间，普京总统应是较容易去“控制”一家俄罗斯私人公司，但这并不代表他现在已经“控制”了公司。最后节录 Foxton 大法官的部分判词，如下：

“By way of an alternative argument, advanced in writing but not orally, the Defendants (即 Der Mond) contended that Litasco was controlled by President Putin, who has been sanctioned by the 2019 Regulations. ...

*The Defendants in this case did not point to any similar evidence said to show (or arguably show) that Litasco was presently under the de facto control of President Putin. Lukoil is not a state-owned body and there is no suggestion that it functions as an organ of the Russian state. Further, the issue of control arises here in the context of Regulation 12, the relevant ‘affair’ for Regulation 7(4) purposes being the availability of funds, and the question being whether making funds available to Litasco amounts to ‘making funds indirectly available to’ President Putin. As a result, **the issue of control has, as its central focus, the ability of the designated person to control the use of the funds made available. I was shown no material which provided an arguable basis for contending that funds received by Litasco on payment of this debt would be used in***

accordance with President Putin's wishes, and I regard the suggestion as wholly improbable. I would be prepared to assume that it is strongly arguable that President Putin has the means of placing all of Litasco and/or its assets under his de facto control, should he decide to do so. Many executive or legislative sovereign bodies have the power to bring an entity incorporated under the laws of their state under their control or to take control of their assets. The practical and legal inhibitions on the exercise of such powers will vary greatly between different countries, and I am willing to assume that they are wholly absent in Russia. However, I believe the better interpretation of Regulation 7(4) is that it is concerned with an existing influence of a designated person over a relevant affair of the company ..., not a state of affairs which a designated person is in a position to bring about. Were matters otherwise, it would follow that President Putin was arguably in control, for Regulation 7(4) purposes, of companies of whose existence he was wholly ignorant, and whose affairs were conducted on a routine basis without any thought of him. Further, I note that the Chancellor (指 Mints v PJSC National Bank Trust 先例, 上诉庭的 Flaux 大法官) endorsed ... the effect of Regulation 7(4), namely that it applies 'when the designated person 'calls the shots' ..., not the wider formulation ... ('if the designated person calls the shots, or can call the shots'). ... It follows that there is no arguable case on the material before me that President Putin controls Litasco for Regulation 12 purposes.' (加黑部分是笔者的强调)

只说，英国有大量在英国注册并与俄罗斯公司有联系的公司，而所有的英国公司、银行/金融机构或律师、会计师等专业人士等等都不知道能否与它们做生意或提供服务，惧怕“踩雷”。估计为了避免引起恐慌与不知所措，所以在此先例不久后的 2023 年 11 月，英国政府负责制裁政策的外交部发布了一份名为“Ownership and Control: Public Official and Control Guideline”的指引。¹⁶⁴根据该指引针对私人公司，英国政府的起点是不会推定该公司被所在地或注册地的一位被制裁的主管官员“控制”，需要进一步的证据证明这个事实：

“3. Public officials and control of private entities

There is no presumption on the part of the UK Government that a private entity is subject to the control of a designated public official simply because that entity is based or incorporated in a jurisdiction in which that official has a leading role in economic policy or decision-making. Further evidence is required to demonstrate that the relevant official exercise control over that entity under UK sanctions regulations. (加黑部分是笔者的强调)

¹⁶⁴ 见：<https://www.gov.uk/government/publications/ownership-and-control-public-officials-and-control-guidance/ownership-and-control-public-officials-and-control-guidance>

另 OFSI 也出来澄清说：

“for the purposes of regulation 7(4) of the Russian (Sanctions)(EU Exit) Regulations 2019, the UK government does not consider that President Putin exercises indirect or de facto control over all entities in the Russian economy merely by virtue of his occupation of the Russian Presidency. A person should only be considered to exercise control over certain private entities where this can be supported by sufficient evidence on a case-by-case basis.”

换言之，Litasco SA v Der Mond Oil and Gas Africa SA & Anor 先例被英国政府认可正确解释了立法的意图。而在司法系统中，Mints v PJSC National Bank Trust 先例也已经被允许上诉到最高院，由最高院澄清与对法律条文进行解释，但可惜据悉已经在中途撤诉。对英国政府而言另一个解决的办法是立即修改制裁机制的措辞/文字，特别是删除 “would (if P chose to) be able” 等字样。

这些先例都可以看出公司/企业想要今天的政治大环境下不行差踏错完全做到合规是谈何容易，一不小心就会有严重后果甚至灭顶之灾。

2.7.5 V & another v K (2025) EWHC 1523 (Comm) 先例

此先例涉及二手船买卖，K 是卖方，V 是买方。根据“二手船买卖合同”（memorandum of agreement 或简称“MOA”），V 要在订约后马上支付一笔等于船价的 10%（或其他比例，主要看双方讨价还价结果）的金钱作为“保证金/押金”（deposit），此先例这笔 1,965,000 美元的保证金存放在 K 的代表律师 Reed Smith 的客户账号，Reed Smith 作为受托人保管。

MOA 也有条文允许 V 指定另一家公司作为买方，这种等于允许买方“更替合同”（notation of contract）的约定在造船合同或二手船买卖合同经常出现。一般原因是作为船公司的买方会在订约后才去为有关船舶注册一家单船公司，通常是在方便旗国家如巴拿马、利比里亚、马绍尔群岛等注册，以更好地以公司架构限制责任和增加隐蔽性。在注册了单船公司后，买方才对船厂或卖方指定单船公司为买方，正式更替造船或买卖合同，以利将来船厂或卖方准备交船文件和正式交船时是交给该单船公司。也经常是船厂或二手船卖方同意买方的船公司有权更替合同，但仍必须对船厂或卖方与单船公司（毕竟是一家皮包公司）之间的合同提供“履约担保”（performance guarantee）。

在此先例，买方 V 在 2022 年 9 月 22 日对 K 指定了 N（应是单船公司）为买方。但在 9 月 29 日，OFAC 将 V 加入“二级制裁”的 SDN 清单。这一来，K 以 MOA 中的“制裁条文”约定了 V 保证不会受到制裁去终止 MOA，并要求没收 Reed

Smith 托管的 1,965,000 美元保证金¹⁶⁵。V 反驳是买方是 N，而 N 并没有被 OFAC 制裁。

接下去 K 根据 MOA 的仲裁条文启动伦敦 LMAA 仲裁，仲裁庭也作出了应是 K 胜诉的裁决书。由于此先例主要是 V（与 N）针对 K 委任的仲裁员的公正性与独立性，所以没有报导该 MOA 的制裁条文的实质内容与裁决书的理由等。笔者只能“想当然”，例如会否仲裁庭认为 V 是“被封锁人士”（blocked person），N 作为其拥有超过 50%控制的实体也应被“全面封锁”，更不说 V 仍是 MOA 的担保人。

笔者也阴谋论地将这类案情套在与中国有关的公司身上，就是假设 V 是一家中国船公司，有个别控制的船舶涉及伊朗与中国的石油或其他货物的运输，或只是业务上“擦边球”或甚是刻意回避等。而 K（笔者这里只是借用案情）向 OFAC 密报或诬告，让 OFAC 将 V 加入二级制裁，以趁船舶市场高涨时从 MOA 合法脱身，再发一笔约 200 万美元的横财。这也看出在今天的地缘政治环境下，越来越多已经被或随时会被 OFAC 加入 SDN 清单或其他制裁清单的中国公司在业务上的困难。例如与西方公司订约时必须接受一条如在本章之 2.7.3 段介绍的苛刻与不利（订约自由下还可以更苛刻/更不利）的“制裁条文”。毕竟在国际商业，真正“被迫”接受“城下之盟”去订约的可能性不大，中国公司在可以致命的危险下大可以拒绝交易。

2.8 租船合同（ship chartering）

总部位于丹麦哥本哈根的“波罗的海国际航运公会”（The Baltic and International Maritime Council，简称“BIMCO”）是全球最大的国际航运协会。BIMCO 成立于 1905 年，成立时的核心任务是协调波罗的海的木材运输，主要是将俄罗斯、芬兰、瑞典等国出口的木材（如松木、云杉等）运往有大量需求的工

¹⁶⁵ 见《船舶买卖法律与实务》（2004 年，大连海事大学出版社）一书第四章之 2.2.2 段的介绍。The “Blankenstein” (1985) 1 Lloyd’s Rep 93 先例与 Polyset Ltd v Panhandat Ltd (2002) 3 HKLRD 319 香港先例明确了买方违约/毁约，卖方可以“没收”（forfeit）这笔保证金。即使卖方没有蒙受损失或只有轻微损失，卖方也可以赚一笔。而卖方的损失如果是超出保证金，他也可以索赔额外的损失。正如 Ribeiro 大法官在 Polyset Ltd v Panhandat Ltd 先例说：“*A deposit was an earnest which guaranteed performance of the contract. ... they were taken to have agreed that it was **to be forfeited if the payer failed to complete**. This was to be distinguished from mere advance payments, which were generally recoverable. A deposit was also the quid pro quo for the vendor depriving himself of the ability to deal commercially with the property while awaiting completion. ... Deposit should also be distinguished from liquidated damages. Unlike deposits, liquidated damages focused on the loss considered likely to result from foreseeable breaches and aimed to quantify in advance the damage payable. They also represented the **agreed sum of damages payable regardless of the actual loss, whereas a forfeiture of deposit clause did not preclude the vendor from claiming damages in respect of any loss suffered over and above the value of the deposit.***”（加黑部分是笔者的强调）

业国如英国、德国等。当年，木材如同煤炭、谷物一样，是工业国重要的战略性物资。但由于参与波罗的海的木材运输的船东数量多、竞争激烈，运费因季节性需求或运力过剩而大幅波动，导致船东利润难保。而 BIMCO 的成立说白了就是组织船东形成“运价同盟”，协商制定统一的木材运输基准运费率，通过行业自律去避免恶性竞争。

只去一提这种“行业自律”与运价同盟也不光是在木材这种“不定期”的散货运输，影响更大的是“定期”的班轮运输。船东（当年可说是欧洲的船东，特别是“海上霸主”的英国）之间联合组织为“班轮公会”（liner conference），历史上第一个班轮工会是在 1875 年成立的“英国至加尔各答公会”。这种没有对抗或约束的商人同盟难逃越来越贪婪，很快变得被批评为是“世界上最恶毒、最早与最大的国际‘卡特尔组织’（cartel）”，任意鱼肉要支付运费的弱小进出口货方。进出口了大量货物但拥有船舶不多的美国，显然深受影响。这也带来 1890 年美国通过世界第一版“反垄断法”《谢尔曼反托拉斯法》（Sherman Antitrust Act）后，该立法马上就被适用在管制行走美国的班轮公会，并曾带来英美两国之间的纷争。

但本书不针对这方面的课题，所以不再深入。回到正题继续介绍 BIMCO 在成功协调与稳定波罗的海的木材运输的同时，也推出适用于木材运输的租船合同模板，明确装卸货时间与滞期费等条文，以减少船东之间的纠纷。这也奠定了 BIMCO 为海上运输的不同领域制定行业模板或标准格式合同/条文成为全球航运业惯用文件或参考范本的地位。

例如由 BIMCO 的“文件委员会”（BIMCO Documentary Committee）¹⁶⁶负责拟定的一些在行业著名与在普遍使用的标准格式合同有：提单的 Congenbill、针对散/杂货程租合同的“金康租约”（Gencon）、针对期租合同的 NYPE、针对光船租赁的 Barecon、针对船舶管理的 Shipman、针对造船的 Newbuildcon、针对离岸/海上钻探的 Supplytime 等等。

BIMCO 文件委员会也同样负责拟定了不少著名与惯用的模板条文，如“BIMCO 仲裁与争议解决条文”。该条文除了传统的伦敦与纽约作为“仲裁地”（arbitration seat）外，也因为亚洲船东（特别是中国船东）数量与质量的崛起，在 2013 年加上了新加坡与在 2019 年加上了香港特区为额外选项的仲裁地。在加上新加坡为仲裁地时，笔者（杨良宜）是该国际仲裁工作小组的主席，当时小组的一致意见是由于 BIMCO 的行业模板或标准格式合同都是根据英国法下无数先例与立法的基础与理念去针对性拟定，可算是典型的“英国法合同”（English law contract）。所以，仲裁地也必须是普通法体系的国家或地区，以保证无论是律师、仲裁员，监督法院法官等都更有能力去解释合同与解决合同争议。这也是新加坡

¹⁶⁶ 在此一提笔者（杨良宜）是“BIMCO 文件委员会”有记录的服务时间最长的委员，期间也短暂被委任为副主席（2012 - 2018 年）。在此岗位，笔者参与了无数当今普遍在使用的在国际航运、货物买卖、离岸/海上钻探、造船、银行等相关的标准格式合同的草拟与推广。

与后来香港特区被选上，而应是船东与航运相关行业更集中与重要的上海、首尔与东京没有被选上的主要原因。

言归正传，显然针对近期严重困扰船东的美国与部分西方国家的单边制裁，BIMCO 是肯定要为行业拟定模板的“制裁条文”，也相继推出了针对不同类型的租船合同的模版条文。例如是针对期租合同的“Sanctions Clause for Time Charterparty 2020”；针对集装箱船舶期租合同的“Sanctions Clause for Container Vessel Time Charter Parties 2021”；针对包运合同的“Sanctions Clause for Contract of Affreightment (GENCOA) 2022”等。在每一个这种模版条文中都针对该类合同的具体做法进行调整，例如以下节录的 2020 年针对程租合同(voyage charterparty)的制裁条文的 Article (e) 就非常清楚与明确地约定在发生制裁时赋予船东终止合同等等的权利：

“(a) For the purposes of this Clause: ‘Sanctioned Activity’ means any activity, service, carriage, trade or voyage subject to sanctions imposed by a Sanctioning Authority. ‘Sanctioning Authority’ means the United Nations, European Union, United Kingdom, United States of America or any other applicable competent authority or government. ‘Sanctioned Party’ means any persons, entities, bodies, or vessels designated by a Sanctioning Authority. (这是定义部分，“被制裁活动” [sanctioned activity]是指履行此程租合同要进行的任何活动，受到“制裁当局”的制裁。而“制裁当局” [sanctioned authority]是指联合国、欧盟、英国、美国与其他有权管辖[包括长臂管辖]的当局或政府。而“被制裁方” [sanctioned party]是指被“制裁当局”实施制裁的任何与此程租合同有关的自然人、实体、团体或船舶[在美国是指一艘船舶直接或间接由“SDN 清单”中的自然人或公司法人拥有超过 50%权益，欧盟与英国也有类似的法规，但更重视由谁在背后控制]。)

*(b) Owners warrant that **at the date of this Charter Party and throughout its duration** they, the registered owners, bareboat charterers, intermediate disponent owners, managers, the Vessel and any substitute are **not a Sanctioned Party**. (船东保证在本程租合同订立一天与履行的所有期限内[这特别是预防在此期间有船东或其他有关的自然人、公司法人或个体发生如股权转让、船舶管理人变更、被新加入“SDN 清单”等事宜]，注册船东、光船承租人、租约链上的二船东、船舶管理人、船舶或替代船舶均不是“被制裁方”。)*

(c) Charterers warrant that at the date of this Charter Party and throughout its duration they and any subcharterers, shippers, receivers and cargo interests are not a Sanctioned Party. (承租人保证在本程租合同订立一天与履行的所有期限内，他与任何其他分承租人、发货人、收货人与货方均不是“被制裁方”。)

(d) If at any time either party is in breach of subclause (b) or (c) above then the party not in breach may terminate and/or claim damages resulting from the breach. (如果任何一方当事人违反上述[b]或[c]的保证，没有违约的另一方当事人可以终止此租约与/或索赔因此违约导致的损失。)

(e) *If performance of this Charter Party involves a Sanctioned Party or a Sanctioned Activity, without prejudice to any other rights that may be available in subclause (d) above: (i) if loading has not commenced, Owners may **cancel this Charter Party**; or (ii) if the voyage or the loading has commenced, Owners may **refuse to proceed and discharge any cargo already loaded at any safe port or place of their choice** (including the port or place of loading) in complete fulfilment of this Charter Party, provided always that if this Charter Party provides that loading and/or discharging is to take place within a range of ports or places that do not involve a Sanctioned Party or a Sanctioned Activity, **Owners must first request Charterers to nominate an alternative port or place and may cancel the Charter Party or refuse to proceed on the voyage only if such nomination is not made within forty-eight (48) hours after the request.*** (其他 BIMCO 同类条文如“冰封条文”、“罢工条文”均有同样的措辞/文字。在[i]的情况, 船舶仍未装货, 也就是订立程租合同不久, 如正启航去装港, 发觉或突发制裁事宜如承租人或有关货方被加在 SDN 清单, 或要去装运的货物或航次被制裁, 由于船舶是空载, 船东就可以终止合同, 不再去装港。至于蒙受了损失, 如船舶已经快要抵达装港, 现在终止合同就要回航去另外的港口为新的租约装货, 这笔损失可向违反保证的承租人通过仲裁索赔。但在[ii]的情况, 船舶已经装了货才发觉有制裁事宜[例如, 在船长签发的“海运单”发觉收货人是在“SDN 清单”或承租人突然被制裁]。这种情况下, 终止合同就比较复杂, 因为要处置已经装船的货物。但船东或承运人必须要马上拒绝再履行下去才会不被视为是“协助”而受到美国与部分西方国家的单边制裁的牵连。这表示如果船舶仍在装港, 就必须将已装货物卸下, 这也不一定容易, 有不少装港只有装货设施, 没有卸货设施。这一来, 就好像船舶已经是在去卸港的航次中一样, 需要马上将货物在一个临近的安全港口或甚是碰巧已是程租合同的卸港之一的港口卸下。但如果程租合同下允许前往的一系列港口或地点中存在可以不涉及“被制裁方”或“被制裁活动”, 或换句话说如果去另一个租约本允许前往的港口就可以不受制裁影响继续履行, 此条文就要求船东必须先给予承租人通知, 让承租人有机会改变自己原本指定的港口[这也是承租人最想去的港口], 改为前往另一个租约允许的港口或地点。只有承租人在 48 小时不回应的情况下船东才可以终止合同与自己选择安全港口卸下货物。)

(f) *If in compliance with subclause (e) above anything is done or not done, such shall not be deemed a deviation, but shall be considered due fulfilment of this Charter Party.* (以上[e]的各种做法或替代做法将货物中途卸下, 不视为是船舶“非法绕航”¹⁶⁷, 卸下后船东或承运人也视为是已经顺利履行了本程租合同的承诺。)

(g) *Charterers shall indemnify Owners against any and all claims brought by the owners of the cargo and/or the holders of bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage and/or subcharterers against Owners by reason of Owners' compliance with such alternative voyage orders or delivery of the cargo in*

¹⁶⁷ 见笔者《提单及其他付运单证》一书第五章之 3.2.4 段。

accordance with subclause (e) above. (如果因以上[e]的各种做法或替代做法将货物中途卸下, 船东将来面对货方或付运单证如“提单”、“海运单”或其他单证的持有人提出合同或侵权的损失索赔, 承租人必须作出补偿。这种情况在接下去的[h]就是一种例子。)

(h) Charterers shall procure that this Clause shall be incorporated into all sub-charters and bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage issued pursuant to this Charter Party. (承租人要将本“制裁条文”合并所有的“分租约”与所有付运合同如“提单”、“海运单”或其他单证。这对承租人而言特别是提单不一定容易, 因为他不一定控制得了签发提单的格式。¹⁶⁸这一来, 特别是提单在转让给第三方收货人后, 会是与船东或承运人有直接合同关系。在没有一条“制裁条文”允许的情况下, 船舶不去提单明示的卸港而是半途卸下货物, 这是非法绕航, 并带来收货人, 也是“提单持有人”向船东或承运人索赔损失。此时船东就要向承租人要求补偿, 因为在程租合同承诺了在提单加上或合并“制裁条文”, 但违约没有这样做。)(加黑部分是笔者的强调)

2.9 建筑/工程合同 (construction contract/engineering contract)

这一个与中国“一带一路”政策有密切关系与十分重要的行业, 显然也难逃受到美英与欧盟的经济与贸易制裁的影响。这种受制裁影响的工程合同除了是本书第二章之 2.3.2.4 段已经介绍的 LLC Eurochem North-West-2 v Societe Generale SA (2023) EWHC 2720 (Comm) 先例, 也可进一步介绍著名的 Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC (2024) UKSC 30 最高院先例, 该先例涉及 Unicredit 德国分行向 Ruschemalliance LLC (简称“RCA”)开出的总值 4.53 亿欧元的“履约保函”(performance bond)或“见索即付保函”(on-demand guarantee)内明示约定适用英国法与 ICC 巴黎仲裁。而英国法院据此向 RCA 作出“止诉禁令”

(Anti-suit injunction)阻止 RCA 在俄罗斯法院向 Unicredit 提起诉讼, 强制在担保函下支付这笔钱。这方面的争议在本书稍后针对, 而在此针对的是建筑/工程合同在“制裁条文”方面的问题。这一来, 有必要简单介绍案情与双方(承包商 Linde 集团与业主 RCA)之间的实质争议。

该案涉及一个在俄罗斯的液态天然气(LNG)工厂的建设工程, 工程造价在 100 亿欧元。俄罗斯业主 RCA 支付了 20 亿欧元的预付款给德国承建商 Linde。按照工程合同, Linde 也在 Unicredit 的德国分行开出了 RCA 作为受益人的总值约 4.53 亿欧元的“履约保函”。Linde 在 2022 年 2 月俄乌冲突爆发与欧盟开始对俄罗斯进行广泛与深入制裁之后, 宣布无法继续履行工程合同。RCA 在要求 Linde 继续履约不果后, 就转向开立履约保函的 Unicredit 银行, 名正言顺地要求 Unicredit 立即兑现履约保函。但 Unicredit 作为一家欧洲银行(虽然在俄罗斯的分行仍有不少业务, 看来是舍不得好像其他多数欧美银行一样与俄罗斯断绝一切业务关系), 在欧盟的制裁下也无法支付这笔钱给 RCA。这带来了 RCA 与 Linde

¹⁶⁸ 这复杂的课题可见《提单与其他付运单证》一书。

之间在工程合同下的争议，笔者相信争议核心应是 RCA 指控 Linde 拒绝履约去完成建设工程是违约/毁约，而 Linde 的抗辩应是欧盟对俄罗斯的制裁导致履行下去是“非法”（笔者不知道该工程合同的适用法与仲裁条文）、合同受阻、不可抗力（如果合同适用大陆法如德国法，或建筑/工程合同一般都会有一条“不可抗力条文”）等。另 RCA 与 Unicredit 之间在履约保函下也有争议，但履约保函是独立合同，与主合同工程合同的实质争议无关，所以不多介绍。

2.9.1 业主与承建商/总承包商被制裁

笔者是相信 RCA 与 Linde 之间的工程合同因为订立时间较早没有一条“制裁条文”，所以带来这一连串昂贵的争议。美国与部分西方国家的单边制裁显然同样影响这一个行业。

首先是业主或承建商/总承包商之间，如果在一个工程长达几年的履行期间，一方作为个体被美国与部分西方国家单边制裁或是有关的工程被制裁，例如 Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC 先例中因为涉及在俄罗斯的建造工程而被制裁，那么作为没有被制裁的承包商就被迫马上要停止履行以免受牵连。

如果 RCA 与 Linde 的工程合同有一条完整的“制裁条文”，就很可能不会有这些昂贵的诉讼与仲裁了。而且这些诉讼与仲裁的最终结果也不肯定，即使最后有一方胜诉也一定只是“惨胜”。但在一条“制裁条文”下，肯定会明示发生制裁事件后，“非被制裁方”可以选择终止合同。这表示在此先例下，Linde 可以根据工程合同中你情我愿订立的条文不再履行。这一来，就不会是“违约/毁约”与 RCA 无法索赔损失。否则即使在俄罗斯法院面前也是没有道理，更不说的在英国法院或 ICC 仲裁庭了。

当然，完整的“制裁条文”也一定会针对终止工程合同的各种善后，包括如何处置 Linde 通过 Unicredit 作出的可以高达 10%工程费用的“履约保函”。毕竟，如果 Linde 在工程进行了一半，也收取了大部分的工程费用后违约不干了，或是因为经济问题，或与 RCA 有争议等原因不继续履约，RCA 都要另找承包商接手这烂尾工程。这需要马上掏出一笔 RCA 一时间筹不到的巨款，履约保函就是 RCA 的救命稻草了。

“制裁条文”下如何处置“履约保函”是根据双方的谈判。最后会达到什么结果是无法说死，主要是看双方的法律与业务水平、谈判技巧与地位强弱。但笔者觉得较合理（虽然双方最后谈妥的明示条文是可以完全不合理与一面倒的）是如果业主（如此先例的 RCA）被制裁，承包商（如此先例的 Linde）被迫终止工程合同是情有可原。所以 RCA 要求 Unicredit 在“履约保函”下支付所有担保的金额看来并不合理，RCA 理应在“制裁条文”下明示承诺不去这样做。这一来，RCA 就不大可能在被制裁导致工程合同终止后仍要求 Unicredit 在“履约保函”作出支付。而且 Linde 应该很容易向有管辖权的法院申请到一个“限制令”（restraining injunction），因为 RCA 在工程合同作出了不这样做的“不作为承诺”

(negative covenant)。¹⁶⁹

其次，如果是承建商/总承包商被制裁，导致工程合同履行不下去与工程烂尾看来是承包商的问题，业主在“履约保函”下要求担保人银行如 Unicredit 马上作出支付以利工程可以继续下去，看来是十分合理。但这也是要看谈判的结果，反正好处是“制裁条文”是你情我愿下的约定，可以减少事后扯皮与昂贵的诉讼/仲裁，大家也在订约时就有了预期可以更好计划。

最后一提，笔者没有在 FIDIC 与 NEC 找到“制裁条文”的标准格式，看来建筑行业在这方面还有欠缺，需要当事人自己草拟与制订。

2.9.2 分包商或供应商被制裁

上一小段介绍的是在被制裁的国家或地区进行工程与合同当事人被制裁等直接影响，让整个工程进行不下去的情况。但更常见的情况是，工程本身与主合同的当事人没有问题，是相关工程涉及的大量分包商或供应商有个别公司或人士被制裁。这可能导致材料成本增加，因为需要马上更换分包商或供应商，也无法避免工程受到阻碍而导致工期延误等。据闻行业是建议以与“不可抗力条文”本质上类似的“重大不利变化条文”(material adverse change clause，或简称“MAC 条文”)或“履行困难条文”(hardship clause)应对这种只是局部影响主合同或工程合同顺利履行的制裁，因为主合同仍是必须履行下去完成约定的工程。

这一来，如果个别分包商或供应商被制裁，合同双方可以依据该条文重新协商或调整合同条文，以应对变化带来的影响。例如约定如果因制裁导致建筑材料成本上涨 20%，合同双方可以根据 MAC 条文约定，共同讨论是否继续项目。如果双方决定继续项目，增加的材料成本将由双方平均分担，直到材料成本回落或相关制裁解除。或是如果原定供应商因制裁无法供货，双方可依据 MAC 条文约定，从备选供应商名单中选择新的供应商，并分摊因更换供应商导致增加的成本。另也会有针对工期是否相应延长等的规定。

建议以“MAC 条文”而不是“不可抗力条文”应对制裁，是因为“MAC 条文”在受影响的程度上不要求主合同履行受到阻碍，而只要求履行变得困难。而且，一般依赖“不可抗力条文”的一方是暂缓履行合同责任，而“MAC 条文”下可以更改合同的履行方式。但在本质上，这些都取决于明示条文的写法，条文的名称到底是“不可抗力条文”还是“MAC 条文”并不重要。

3 “货币转换条文”(currency conversion clause)

美元在今天仍是国际商贸交易作为计价和结算的主导货币，而美国通过各种

¹⁶⁹ 见笔者《损失赔偿与救济》一书第十二章之 1.1 段。

手段如控制 SWIFT 的全球金融报文系统¹⁷⁰、全球银行网络（主要银行都在纽约有分行）、对全球的美元交易（即使交易与美国没有任何关系）有长臂管辖权、通过 CHIPS 与 Fedwire 清算系统监控全球美元流动等，牢牢掌控全球汇款结算，所以可以轻易实施对个别自然人、企业或甚至整个国家的金融与贸易制裁。

中国公司是当今美国最主要的制裁对象。随着制裁愈演愈烈，中国公司（无论是央企、国企或民企）大量签订以美元计价和结算的商业合同（特别是中、长期合同）时应可预见有在不久的一天突然被美国加入“SDN 清单”或是涉及的业务（如新疆棉、华为芯片等）被制裁的风险，此时无论是支付（这会导致连锁反应，例如一个值钱的合同被对方取消或终止）或收取美元都不再可能。

以下先介绍三个都是涉及这方面问题的近期海事先例，然后会探讨一下如何以明示条文去应对。

3.1 RTI Ltd v MUR Shipping BV (2024) UKSC 18 最高院先例

此先例涉及荷兰船东 MUR 在 2016 年 6 月与泽西岛注册公司 RTI 签订“包运合同”（contract of affreightment），在 2016 年 7 月到 2018 年 6 月，每个月从几内亚运输高达 280,000 吨的铝土矿（bauxite）前往乌克兰。根据合同（适用“金康租约”的标准格式）规定，RTI 需要向 MUR 以美元支付运费。

但到了 2018 年 4 月 6 日，RTI 的母公司（不久前是全球第一但目前是第二大的铝业企业，俄罗斯的 United Company Rusal Plc）受到美国 OFAC 的制裁，作为 Rusal 的子公司，RTI 也受到制裁影响与支付美元存在实际困难。MUR 马上指出在这样的制裁下 RTI 已经无法按合同规定支付运费，因此依赖合同中的“不可抗力条文”（*force majeure clause*）告知 RTI 在不可抗力期间暂停履行合同。该“包运合同”第 36 条的“不可抗力”事项中包括与 RTI 无法以美元支付运费有关字样，说：

“Subject to the terms of this Clause 36, neither Owners nor Charterers shall be liable to the other for loss, damage, delay or failure in performance caused by a Force Majeure Event as hereinafter defined. While such Force Majeure Event is in operation the obligation of each Party to perform this Charter Party ... shall be suspended. ... (c) any rules or regulations of governments or any interference or acts or directions of governments, the restraint of princes, restrictions on monetary transfers and exchanges; ...”（加黑部分是笔者的强调）

RTI 则建议可以用欧元支付，然后 MUR 可以通过自己的银行去转换为美元，并愿意承担 MUR 要从欧元转换为美元的任何额外费用。但这在商业上看来是十分合情合理可解决问题的建议被 MUR 拒绝。需要 MUR 同意才能让 RTI 以欧元

¹⁷⁰ 美国制裁对 SWIFT 的影响可见本书第一章之 3 段的介绍。

支付，可想到的原因会是在没有 MUR 的指示下，银行不会自动收取任何其他货币转换为美元存入 MUR 的美元账户，而且在欧元转换为美元进入 MUR 的账户后才知道汇率损失是多少，然后由 RTI 做出补偿。这都不是包运合同所约定，相等于更改了包运合同。之后 MUR 拒绝指定（nominate）船舶去履行合同，因此 RTI 根据包运合同规定启动了伦敦仲裁。

虽然之后在 2018 年 4 月 23 日，在 RTI 的申请下 OFAC 很快批准了 6 个月的时间允许继续履行涉案合同，MUR 也接受了 RTI 汇出欧元并在 MUR 的银行转换为美元。但问题是在 MUR 暂停履行的半个多月，为了继续运输货物，RTI 不得不在市场上另寻船舶履行原本合同下应该由 MUR 履行的 7 个航次，因此带来的额外费用是否应该由 MUR 承担？不难想象案件的核心焦点就变成了合同中的不可抗力条文解释起来是否包括了因为制裁导致难以支付美元，因此 MUR 可以暂停履行？尤其是在不可抗力条文中规定了相关事项必须是双方无法通过“合理努力”（reasonable endeavors）克服的才算是“不可抗力”，说：

“36.3 A Force Majeure Event is an event or state of affairs which meets all of the following criteria: ... (d) It cannot be overcome by reasonable endeavors from the Party affected.”

这带来此先例中主要的争议，即 RTI 通过支付欧元在 MUR 的收款行直接换汇汇入 MUR 的美元账户，并且由 RTI 承担额外费用，是否属于通过“合理努力”克服？如果是，这就不是不可抗力事项了，MUR 拒绝接受并仍是坚持暂停履行包运合同就是违约了。

此争议焦点经由伦敦仲裁审理与作出裁决后，在英国 1996 年《仲裁法》之 S.69 下作为“法律问题”（issue of law）被上诉到法院并最后去到最高院，整个过程中各自有不同判法：

（一）在伦敦仲裁，仲裁庭判 MUR 不能依赖不可抗力条文。仲裁庭只是简单提到通过前述“合理”付款做法，不会给 MUR 带来任何损失，因此合同可以履行。美国制裁带来 RTI 难以美元支付运费已经被合理努力克服，不可抗力条文无法适用。因此是 MUR 违约而需要承担 RTI 的损失约 217 万美元。

（二）一审法院判 MUR 可以依赖不可抗力条文。首先是在法律原则上，一审法院判建议采取合同约定以外的方式履行是否属于“合理努力”并不是一个由事实审理者（仲裁庭）认定的“事实问题”（issue of fact），而是法律问题。根据过往的 *Bulman & Dickson v Fenwick & Co* (1894) 1 QB 179 与 *Reardon Smith Line Ltd v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* (1963) AC 691 等先例的判法，“合理努力”这样的说法并不要求当事人接受偏离合同约定的做法。其次针对此先例中的条文，以美元支付运费是当事人“合同交易”（contractual bargain）的重要部分，不能因为事后看 RTI 的建议是“合理”的做法，就允许当事人可以不用美元支付。因此“合理努力”并不能解决制裁带来的问题，MUR 也有权以“不可抗力条文”暂停履行。

（三）上诉庭的多数意见判 MUR 不能依赖不可抗力条文。上诉庭更针对此先例中的合同条文进行解释，认为不可抗力条文中提到的“克服”（overcome）与“事态”（state of affairs）都是广泛与普通在使用的措辞/文字。既然 MUR 可以在其银行账户中按美元收款，而且在 RTI 的建议下是不会有损失，就可以宽松解释为在 RTI 的合理努力下不再是不可抗力事项。

（四）最高院的一致意见判 MUR 可以依赖不可抗力条文。最高院的判法主要从几个不同角度解释：

（1）最高院首先解释说不可抗力条文中的“合理努力”仅仅是为了解决“因果关系”（causation）问题。即只要通过合理努力可以克服出现的不可抗力事项，就会明确打断该不可抗力事项与“难以履行”之间的因果关系，不再能依赖不可抗力条文。而“合理努力”一般不要求当事人采取“非合同约定”（non-contractual）的替代方式履行。例如约定将一批货物运送去 A 港，但 A 港发生了不可抗力事项如罢工，船舶进不去，在“合理努力”的要求下承运人会要停泊 A 港外等待或去邻近的 B 港花钱安排岸上转运去 A 港以履行合同承诺。但承运人不得将货物运送去 C 港而不继续将货物运送到 A 港，声称货方在该处也有工厂需要大量同样货物。这样替代做法虽然并非合同约定的履行，但不会给货方带来任何损害与不便，所以货方必须接受这种替代履行。当然，承运人与货方在友好与合情合理下可以同意任何解决不可抗力事项带来的即时困境的方案，无论是否合同规定。但双方同意不了，就要看法律怎样说了。

在此先例中，从商业与合理与否的角度来说，RTI 绕过制裁、继续履行合同的建议已经非常合理与能实际解决美国制裁的问题。MUR 只不过是借不可抗力条文拒绝履行，毕竟当时运费市场应是高涨。但从法律角度，既然合同明确要求以美元支付运费，RTI 提出以欧元支付运费的建议实际偏离了合同约定，虽然最后达成的实际效果是一样的（在 MUR 的账户中会收到美元），但不能借口不可抗力条文要求双方当事人要通过合理努力克服来更改合同。可以节录最高院的判决如下：

*“It follows that force majeure clauses in general, and **reasonable endeavours provisos** in particular, **concern the causal effect of impediments to contractual performance**. To be able to rely on the clause, and subject to there being clear words to the contrary, the party affected must be able to show that the force majeure event caused the failure to perform. That means establishing that the failure to perform could not have been avoided by the exercise of reasonable endeavours. Contractual performance means performance of the contract according to its terms. **Failure to perform means failing to perform in accordance with those terms**. The causal question is to be addressed by reference to the parameters of the contract. This means that the relevant question is whether reasonable endeavours could have secured the continuation or resumption of contractual performance. It is reasonable steps towards that end with which the reasonable endeavours proviso is concerned. It is **concerned with the steps which the affected party should have reasonably taken to enable the***

contract to continue to be performed. It is not concerned with the steps that could or should have been taken to secure some different, non-contractual, performance. The object of the reasonable endeavours proviso is to maintain contractual performance, not to substitute a different performance.”（加黑部分是笔者的强调）

（2）从另一个角度看，如果只要保证 MUR 不会真正有损害，法律就要求 MUR 接受 RTI 的建议、偏离合同约定履行，这会在商业关系上带来巨大的不稳定和不肯定，这是必须避免的。否则以后合同履行就有大量的疑问，包括偏离合同的履行是否真正不会带来损害，是否真正与合同约定的履行有完全一样的结果？例如 A 约定卖给 B 大米，但交货日由于大米因不可抗力事项缺货，A 就交付小米给 B，说是价值更高、营养更好、也更好吃，B 不接受就是违约。这岂非会令商业交易与合同大乱与失去肯定？而更麻烦的是 B 需要在当下就做出决定，而不会有漫长的时间分析是否价值更高与真正没有损害，否则就会因选择而弃权（例如是依赖不可抗力条文等的权利）。

最高院这样的判法并不太出乎意料，给出的是一个比较明确与简单的判断标准，即不能偏离合同约定履行。可以节录判决中所说如下：

“It is not unmeritorious or unjust to insist on contractual performance, all the more so if being precluded from doing so would introduce uncertainty contrary to the expectations of reasonable business people.”

在这样明确的英国法/普通法的法律默示地位下，中国公司面对当今习惯在商业合同约定以美元支付与结算，但随时会被美国经济制裁切断美元交易的重大危机下，就必须考虑要在合同上加上一条“货币转换条文”作为“B 计划”。对不少中国公司，这不再是以防万一，而是非防不可。

3.2 OCM Maritime Nile LLC v Courage Shipping Co (The “Courage” and the “Amethyst”) (2022) EWCA Civ 1091 上诉庭先例

该先例的案情有关船东（两家公司是马绍尔群岛注册的 SPV 单船公司，但背后是美国加州公司）在 2019 年 11 月与 2021 年 2 月分别将“Courage 轮”与“Amethyst 轮”这两艘散货轮“光租”（bareboat）25 个月给了另一家也是马绍尔群岛注册的 SPV 公司。光船租约是基于 Barecon 2001 标准格式合同，约定适用法是英国法与伦敦仲裁。其中包括一条“绝对责任”（Hell or High Water）条文¹⁷¹，也就是承租人有严苛或绝对责任尽一切努力采取一切必要措施去完成交易。

¹⁷¹ 在融资性质的光船租赁，这类条文是指承租人（本质是借款人）有无条件支付租金的绝对责任，无论船舶是否有营运收入。在海外并购等交易中也常会有这类条文，特别是卖方有议价能力

这光船租约背后实质上是美国船东作为投资人贷款给承租人购买这两艘船舶，其中承租人也出了一半船价。而美国船东的出资不是好像银行以抵押（mortgage）作为贷款的担保，而是名义上拥有船舶然后光租给本质上是借款人的承租人去营运船舶。光租租约的租金显然不是与市场看齐，而是将归还贷款本金与丰厚利息（LIBOR 加 7.5%）计算在内。而在 25 个月后，船舶就算是承租人买下成为真正船东。

在 2021 年 6 月 10 日，美国船东将承租人背后的老板，一位住在希腊的叙利亚籍的 Mallah 先生加入制裁清单，并冻结他所有资产，指称他资助伊朗革命卫队与帮助运输伊朗的原油等等。这一来，美国船东主张根据光船租约的第 45 条文，允许船东撤船终止光船租约。该第 45 条文下的“违约事项”（event of default）包括承租人作出过任何误述或不正确声明，而针对“陈述与保证”的第 42 条文中包括承租人不被制裁的持续性保证，说：

“The Charterers (i) are not, and no director or officer of the Charterers are, a Restricted Person; (ii) are not owned or controlled by or acting directly or indirectly on behalf of or for the benefit of, a Restricted Person.”

美国船东在阿联酋的 Sharjah 港成功通过法院扣押与占有了“Amethyst 轮”。但“Courage 轮”则在承租人控制下（船长是承租人雇佣）逃去叙利亚不再出来，所以美国船东尚未占有。

在接下去的诉讼，笔者不针对其他次要的争议/争端，只说承租人向法院申请“解除没收租赁权的衡平救济”（equitable relief from forfeiture）¹⁷²要求法院介入恢复租约下承租人对船舶的租赁权。但显然在此先例承租人的申请不成功，一

与/或谈判水平较高时，常会在协议中加上这种条文，将交易能否顺利完成的风险转嫁给买方。例如要求买方应采取有关国家（投资国、东道国与其他相关国家）监管机构要求的一切措施以获得监管机构的批准，包括：资产剥离，例如听说中远集团并购东方海外，被美国政府要求在 1 年内出售美国长滩码头才会批准并购；修改交易架构，例如并购的目标公司从控股变为了小股东，将来不准进行某些业务，将来必须雇用某百分比的当地员工或高管等；买方还应当尽其最大努力对监管机构为阻止交易完成而可能提起的诉讼进行应对和辩护，或是主动提起诉讼对监管机构的决定进行“司法复核”（judicial review）等等。对买方来说，在订约时难以估计将来有关政府会如何漫天开价，会否代价太大而宁可退出交易？这一来，买方要小心接受“绝对责任”（Hell or High Water）条文，或坚持加上一笔可预见可控的上限金额作为“反向分手费”（reverse break-up fee）以赔偿卖方交易失败的金钱。

¹⁷² 这种救济在杨大明律师的《期租合同》（2007 年）一书第十八篇之 18.7 段有介绍，并说这种救济主要适用在英国房东与租客之间，以在租客不按时支付租金等事宜被房东没收租赁赶走时，协助租客避免露宿街头，但在期租合同下的撤船并不适用：见 The “Scaptrade” (1983) 2 Lloyd’s Rep 253 贵族院先例。但在之后的 BICC plc v Burnby Corporation & Ano (1985) 1 Ch 232 先例说期租（time charter）与光租（bareboat charter）本质不一样，后者涉及“财产权与占有权的转让”（transfer of proprietary or possessory rights），所以法院有管辖权做出这种衡平救济。

方面是承租人自己错、该死（在英美法院看来被英美制裁的对象，包括叙利亚自己，都是该死，不是“净手”不能申请衡平救济）。另是对美国船东也不可行，因为在美国的制裁机制下美国船东必须与承租人切断任何关系，而一旦解除撤船权利，就表示双方要将光租租约持续履行下去。

这一来，就等于美国船东发了笔横财，而本来应是有船舶“衡平产权”（equitable title）的承租人或 Mallah 先生就损失惨重。除了开始购买船舶支付的 950 万美元船价外，也支付了 560 万美元的高昂租金，让美国船东撤船就全部失去。但上诉庭一致意见是认为这不重要，重要的是在美国制裁机制下，美国船东是绝对不能与 Mallah 先生有任何关系，包括退还他开始投资的 950 万美元。

针对以上内容，Males 大法官说：

*“As it was, however, the judge did not regard the sale value of the vessels to the owners as a critical point. Rather, **the critical point was the effect of the US sanctions regime**. The judge heard detailed evidence about the operation of that regime and concluded that it was **impossible for the charterparties to be performed lawfully while Mr Mallah was a designated person**. If relief from forfeiture were to be granted by restoring the charterparties, that would force the owners into a continuing contractual relationship with ... a designated person. There would in those circumstances be **serious consequences for the owners' 'principals', who were 'US persons' subject to the sanctions regime** ... Equally, if relief against forfeiture were to involve **repayment by the owners of the charterers' payments towards acquisition of the vessels**, that too would be viewed by the US authorities as **a serious breach of sanctions** so long as Mr Mallah remained a designated person.*

...

In addition, for the owners to continue doing business with Mr Mallah or entities associated with them while he is on the SDN list would be likely to damage their reputation with investors, banks and others with whom they do business.”（加黑部分是笔者的强调）

刚提到美国船东发了笔横财，因为购买船舶有一半的船价是承租人或 Mallah 先生支付。这一来，承租人是可以去提出其他诉因，例如应拥有船舶的一半“衡平产权”：见 Tinsley v Milligan (1994) 1 AC 340 贵族院先例¹⁷³。所以难说将来承租人或 Mallah 先生会否在多年后世界太平，美英再不对叙利亚与伊朗等经济制裁时，跳出来主张该两艘船舶的衡平产权。但这里变数太多，先不提会否有这么一天，即使这太平日子回归，Mallah 先生会否在中东的乱局中存活，而且有一定

¹⁷³ 此先例在笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 7.2 段有详细介绍。

财富可通过诉讼主张权利？船舶是否仍在营运，没有被出售或沉没？看来，Mallah 先生在遥远的将来去追回这笔 950 万美元恐怕比一句“十八年后又是一条好汉”强不了太多。

笔者也在想，此先例是美国船东，怎样都逃离不了美国制裁，即使光船租约内约定一条明示的“货币转换条文”，说明承租人有权选择要求美国船东接受其以其他货币如港币或人民币支付，也对美国船东不管用。但如果不是美国船东，而是没有同样制裁机制的“非美国人”（non-US person），美元支付的租约内也有一条货币转换条文，再约定在香港（不会像英国一样全盘接受美国的制裁机制，与认为被制裁的对象并非“净手”而不给衡平救济，反而会认为美国单边制裁是不合理的胁迫）的法律适用与作为仲裁地点，就不应该有同样困境了，至少 Mallah 先生的 950 万美元有保障。

3.3 Gravelor Shipping Ltd v GTLK Asia M5 Ltd (2023) EWHC 131 (Comm) 先例

在 Gravelor Shipping Ltd v GTLK Asia M5 Ltd 先例，案情涉及两艘船舶（“WL TOTMA 轮”与“WL KIRILLOV 轮”）的“融资租赁”（finance leases），船东（实质提供买船资金）是一家名为 GTLK Asia Maritime Limited 的公司但背后是俄罗斯政府，并将船舶光租给一家塞浦路斯（塞浦路斯也是欧盟成员国）的公司 Gravelor，也就是“光船承租人”，去营运船舶。两份光船租约分别有条文针对 Gravelor 有选择权向船东购买船舶，在 Gravelor 支付一笔特定的“终止金额”（termination amount）与租约欠下的钱后，船东就需要将船舶“产权”（title）转给 Gravelor。在租约顺利履行的情况下，就根据第 19 条文“Purchase Option and Obligation”行使选择权。但如果租约履行半途因违约事项而终止，Gravelor 在租约第 18 条文下仍是有选择权购买该两艘船舶。第 18.3 条文针对承租人要支付的金额（包括终止金额）说：

“On termination of the Chartering of the Ship or the acceleration of the Charter Term, as the case may be, after Delivery for any reason, the Charterer will on demand pay to the Owner as liquidated damages or, as the case may be, a debt:

(a) the Termination Amount calculated as at the relevant Payment Date

(b) all arrears of Charterhire that are due but unpaid at the Payment Date, together with interest at the Default Rate ...;

(c) all arrears of all other amounts payable under this Charterparty and the other Charter Documents that are due but unpaid at the Payment Date ...;

(d) all other amounts due and payable by the Charterer to the Owner pursuant to this Charterparty; ...

*Provided that all amounts set out in this clause 18.3 have been **duly and irrevocably paid to and received by the Owner in full, the title to the Ship shall be transferred to the Charterer in accordance with clause 19.2.***”（加黑部分是笔者的强调）

接下去的第 18.6 条文“Title Transfer/Final Disposition of Ship”说如果 Gravelor 没有在提出要求后 30 天内支付终止金额等，船东就可以任意处置船舶如出售给其他第三人。

针对光船租约下的支付，第 8.6(a)条文说以美元支付，接下去 8.6(d)条文针对以“第二种货币”支付，再接下去 8.10 条文“Sanctions payment restrictions”是针对如果租约下的美元支付因船东成为“被制裁方”而无法收取，双方就要合作令租约下的支付如租金支付早日恢复。这些条文可节录如下：

*“8.6 (a) All amounts payable by the Charterer under any Charter Document ... will be **paid in Dollars** in time to enable the funds to be cleared on the due date for payment ...*

*(d) If any sum due from the Charterer under any Charter Document ... is received or recovered in the **Second Currency**, the Charterer will, when the Owner receives that sum, indemnify and hold harmless the Owner from and against any loss suffered as a result of any discrepancy between: (A) the rate of exchange used for converting the sum in question from the First Currency in the Second Currency; and (B) the rate or rates of exchange at which the Owner may in the ordinary course of business purchase the First Currency with the Second Currency'.*

...

*8.10 Where a payment under this Charterparty is incapable of being processed by the relevant banking institution and has not been received by the Owner on the due date by virtue of the **Owner becoming a Sanctions Target**, the Owner and the Charterer shall cooperate and promptly take all necessary steps in order for the payments to be resumed. ...*”（加黑部分是笔者的强调）

这两份光船租约分别在 2019 年 6 月与 7 月订立，但在 2022 年 2 月 24 日俄乌冲突爆发，到了 4 月 7 日欧盟将船东的母公司列入制裁清单，在 2022 年 8 月船东的母公司也被美国列入 SDN 清单。这导致船舶营运就因为制裁而变得十分困难，例如在 4 月 8 日，“互保协会”（P&I Club）因制裁取消承保船舶的责任险¹⁷⁴，在几天后船壳险（hull insurance）也被取消。另英国律师事务所一开始都

¹⁷⁴ 船舶责任险的重要性可见本章之 2.5.3 段，受美英制裁的船舶都会被取消互保协会承保船舶的责任险。

不接受船东的委任；Gravelor 也找不到愿意接受汇钱给船东的银行等等。接下去很快有一连串的麻烦，包括如：

(1) 船东主张公司股权已全部转让，背后再也不是俄罗斯政府，但证据十分欠缺与可疑。

(2) 在 4 月 25 日，船东以 Gravelor 没有准时支付租金终止光船租约。

(3) 在 6 月 6 日，Gravelor 主张根据第 18 条文行使选择权购买该两艘船舶。这会的因为当时航运市场高涨，加上 Gravelor 希望能继续营运该两艘船舶，而船舶产权真正转让给了 Gravelor 后，由于再不是被制裁方拥有与控制，像船舶保险等问题也就不再是问题了。而 6 月 16 日船东在抗议下同意，要求 Gravelor 先支付第 18.3 条文下的金额，就会转移船舶的产权。

船东要求这笔钱以港币、人民币或卢布支付去莫斯科的一个银行账户。Gravelor 则说愿意支付这笔钱，但作为一家欧盟公司在操作上有困难，已经尝试向“马耳他制裁委员会”（Malta Sanctions Operating Board）申请许可，以欧元支付这笔钱进一个该委员会名下的被冻结（俄罗斯资产）的账户。船东当然不肯，因为这一来很可能永远失去这笔钱。这导致 Gravelor 向英国法院申请“简易判决”（这是因为双方有许多争议，留待伦敦仲裁有了结果将会有漫长延误），要求“履约指令”（specific performance）¹⁷⁵的救济，迫使船东交出船舶产权。这带来几个重要的争议，笔者可简单介绍如下：

（一）船东主张第 18 条文是要先满足“支付”（upon payment）这笔包括“终止金额”在内的金钱的先决条件，才需要转让船舶产权。这在一些海事先例有明确定义，在 The “Brimnes” (1973) 1 WLR 386 先例与 The “Chikuma” (1981) 1 Lloyd’s Rep 371 贵族院先例判“支付”必须让收款人（也就是船东）“无条件可马上使用这笔钱”（the unconditional right to the immediate use of the funds transferred）或“任意与无限制使用这笔钱”（unfettered and unrestricted use of those funds）。所以，Gravelor 为了依从欧盟制裁机制付款进入一个被冻结的账号没有达到前述“支付”的定义。

可以想到在今天的环境下，很难会有英国判决或伦敦仲裁裁决是会对俄罗斯有利，特别是向俄罗斯输送经济利益。Foxton 大法官判只要 Gravelor 支付去了欧盟与美国制裁机制下指定允许接收的账户，光租下的“支付程序”（payment process）就已经完成。船东无法从该账户提取与使用这笔钱是自己的问题，与 Gravelor 的支付没有关系。换句话说支付到被冻结的账户属于恰当履行了合同下的“支付”义务。

也已经有先例是这样判，在 Havila Kyststruten AS v STLC Europe Twenty Three

¹⁷⁵ 这课题在笔者的《损失赔偿与救济》一书第十二章有详细介绍。

Leasing Ltd (2022) EWHC 3166 (Comm)先例中说: “*Whether or not the payee, ... has access to or gets the benefit immediate or otherwise, of funds in such bank account is immaterial to this contractual analysis. This account was frozen when it was nominated. No other entity has access to or the benefit of such funds, and certainly not the payor... which is what matters most.*”

(二) 虽然判决不像有针对, 但看来大家是接受了无法以合同约定的“第一种货币”即美元向船东作出支付。

又由于船东被欧盟制裁, 而 Gravelor 是欧盟公司, 因此除非有例外或许可, 否则欧盟制裁下也禁止 Gravelor 向船东提供任何“经济资源”(economic resources)或“资金”(fund)¹⁷⁶。即使换成港币、人民币或卢布也不改变船东是被制裁方与支付困难。

而且在可预见的短期内美国与欧盟对船东的制裁看来也不会解除, 因此触发光船租约第 8.10 条文, 要求双方“合作”(cooperate)与“及时采取必要步骤”(promptly take all necessary steps)让支付继续。Foxton 大法官解释此条文下 Gravelor 既然在许可下可以支付欧元, 船东应该合作与接受。至于汇率上的问题等看来也有解决办法, 例如可以参照第 8.6(d)条文下的“第二种货币”处理等。笔者还认为如果第 8.10 条文不是只使用要求双方“合作”等字样, 而是明确说船东作为收款人有“绝对”裁量权要求以任何其他第二种货币替代美元支付, 解释的结果会是不一样。

其次是在此合作以及采取必要步骤的要求下, Foxton 大法官解释说船东的义务是需要指定可以接收付款的账户。但如果船东拒不配合、完全拒绝接受指定一个会被冻结的账户怎么办? Foxton 大法官指出 Gravelor 可以根据法院命令“付款进法院”(payment into court), 在这样的做法下会属于是欧盟制裁机制的例外情况与允许付款。¹⁷⁷

(三) 至于英国法院作出履约指令, 但背后的俄罗斯船东不理睬, 不转让船舶产权怎么办? 这也难不倒 Gravelor, 两艘船舶在它的实际控制下营运, 产权转让只需要在英国法院命令下完成手续, 如法院代船东签署“卖据”(bill of sale)

¹⁷⁶ 例如 Council Regulation (EU) No 269/2014 之 Article 2(1)冻结被制裁人士的“经济资源”与“资金”, Article 2(2)禁止向被制裁人士提供“经济资源”与“资金”。

¹⁷⁷ 欧盟制裁机制有一系列例外, 与此先例有关的, 就包括许可或根据法院命令付款, 也包括在付款后对船舶产权的转移。仅节录此先例中 Foxton 大法官提到的有关例外如下: “*The cumulative effect of Articles 1, 2 and 5 of the Sanctions Regulation is that both payment by Gravelor to the Owners of any of the sums in respect of the purchase of the Vessels (whether under Clause 18.3 or otherwise) and transfer of the Vessels to Gravelor are prima facie blocked, but that a derogation may exist where there is a judicial decision recognised in an EU Member State to the extent that such decision recognised valid claims.*”

等相关文件等：见 The “Messiniaki Tolmi” (1986) 1 Lloyd’s Rep 455 先例。

（四）最后笔者想一提，合同下一家欧洲或英国公司 A 应该支付给被制裁的一家伊朗或俄罗斯公司 B，英国法院或 OFSI 不会判 A 可以不支付 B，这笔钱对 A 而言可以落袋为安，这在合同法下也说不通。¹⁷⁸通常是立法或 OFSI 等监管机构会要求 A 将这笔钱支付去一个基金 X，也就是变了伊朗或俄罗斯被西方国家冻结的资产/财产的一部分，而 A 也算是合法履行了合同的支付承诺或责任。这样做在适用法是英国法与伦敦仲裁时是没有问题，但适用香港法与选择香港仲裁（或新加坡法与新加坡仲裁），就不应管用了。毕竟 A 依从对他有管辖权与不敢抗拒的 OFSI 去将合同下应该支付给 B 的钱支付给 X，但 B 根本无法“无条件可去马上使用这笔钱”。这在本质上相当于合同一方的海地公司听从海地法院或政府命令，或刚果公司听从刚果法院或政府命令，将在合同下欠西方银行或公司的债务支付给当局就算是合法履行了合同承诺，但如果合同选择伦敦仲裁与适用英国法，英国的法院或仲裁庭是不会认同这么做是合法的道理一样。

所以，被美英与欧洲的监管机构管辖的西方公司（或中国在该地设立的子公司如在伦敦的中资银行分行）也是要借助订约自由，例如在合同约定明示条文：

“如果称职的监管机构（如 OFSI、OFAC）要求将合同要支付的租金、债务或任何其他金钱去一个特定的账户或存放法院，支付方依照要求作出支付并提供证明，就视为完全履行了合同承诺与责任。”

另在 “Guidance Note for Addressing Sanctions Issues in ISDA Documentation”¹⁷⁹中也有类似条文的建议写法，可节录如下：

*“If a Sanctions Termination Event occurs ... but **the relevant Sanctions do not permit payment of any amount calculated as being payable by the Non-affected Party to the Affected Party** in respect of any Early Termination Date, then such amount may, at the option of the Non-affected Party, be placed into a blocked account to the extent permitted by the relevant Sanctions or not paid at all until such time as (in the Non-affected Party’s reasonable judgment) either (a) permission is granted by the relevant Sanctions Authority to make or release such payment or (b) the Sanctions no longer prohibit payments of such amount or require such payments to be held in a blocked account ... For the avoidance of doubt, nothing herein shall be understood or construed to create any obligation on the Non-affected Party that the Non-affected Party*

¹⁷⁸ 这与 Teare 大法官在 M/V Pacific Pearl Co Limited v Osios David Shipping Inc (2021) EWHC 2808 (Comm)先例中的判决，认为如果“制裁条文”只是暂停（非终止）付款义务才是合理的道理一样。

¹⁷⁹ 见 <<https://www.isda.org/a/ZbCTE/Guidance-Note-for-Addressing-Sanctions-Issues-in-ISDA-Documentation.pdf>>

otherwise would not have.”（加黑部分是笔者的强调）

3.4 中国公司的应对

3.4.1 “货币转换条文”的作用

严格说，在合同中加上一条“货币转换条文”并非针对制裁的良药，虽然上述介绍的3个先例都显示了两者有密切的关系。从 *Gravelor Shipping Ltd v GTLK Asia M5 Ltd (2023) EWHC 131 (Comm)* 先例的案情，就可以看到即使俄罗斯背景的船东（GTLK）可以将“第一种货币”的美元转换为港币、人民币或卢布要求 Gravelor 支付，Gravelor 作为一家欧盟公司也支付不了，因为法律禁止向被制裁方，也就是船东，提供任何经济资源或资金，无论是美元或“非美元”的货币。

所以，“货币转换条文”的主要作用是：

（一）任何人士（特别是国际商人）在挑选货币时的主要考虑因素不外是：(1) 交易的便利性；(2) 币值的稳定性。而美元能够做到这两点是长期经营的成果，人民币充其量也只是现在才开始走，但要满足这两个考虑因素还差得远。

在今天国际商业合同，大家都习惯以美元计价、支付与结算。毕竟这也方便，因为大部分市场报告或一些参考数据都是美元，如果一开始就想去订立以人民币、日元或欧元计价的合同，就会增加很多困难。

再说，如果合同订立就以美元以外的其他货币支付与结算，就会要关心该货币在履约期间的稳定性。毕竟合同长达3年、5年不等是很普遍，如果双方约定的币种在履行后期发生大幅度的增值或贬值就麻烦了。相对而言，大家对美元的保值与稳定性还是较有信心。

一个复杂的商业交易往往不止涉及主合同的双方，而会有多个关联合同或合同链。在多份与不同当事人订立的关联合同，以美元统一计价与估算自己的成本是便捷与不会被大家抗拒。主合同的中国公司就可以弹性处理所有的关联合同，分别争取加进一条货币转换条文。会有一些合同相对方坚决不接受一条货币转换条文，但也会有部分合同的相对方可以接受不同内容的货币转换条文，如同意中国公司有裁量权全数以人民币支付，或只是部分以人民币支付但其余是欧元或日元等等。无论中国公司成功争取多少份额以人民币支付，也已经在“人民币国际化”的道路上迈步向前。

总之，中国公司/企业只有通过货币转换条文与在实际操作中更多以人民币支付与结算，来支持与配合中国政府在大力呼吁的“人民币国际化”的国策，以改变国际商业人士的“习惯”，从而削弱“美元霸权”。固然，在今天的“美元霸权”下想不出在可预见的将来会有什么货币可能替代美元的地位。

人民币因为仍未能自由转换所以也不能做到替代美元，但中国的经济与国际

贸易体量大，所以如果有大量中国公司在国际社会尽量多使用人民币，也应很快在国际商业社会产生重大影响。让国际商业人士开始习惯与感觉到以人民币交易是越来越方便，也在 SWIFT 有更大话语权等。再加上，配合国家在公法与制度建设层面的努力，例如与友好国家签订货币互换协议以利银行体系清算¹⁸⁰、稳妥

¹⁸⁰ 中国人民银行发布的《2024 年人民币国际化报告》中提到截至 2024 年 8 月末，中国与 31 个“一带一路”共建国家签署了双边本币互换协议，在 19 个共建国家建立了人民币清算<http://www.pbc.gov.cn/huobizhengceersi/214481/3871621/5472873/2024093019071294397.pdf>>

推进数字货币的研发和应用¹⁸¹、保持人民币稳定等等，加上如美元因美债等问题失去稳定性等综合因素，虽然只是笔者作为外行人一厢情愿的信念，公法与私法“双剑合璧”下，“人民币国际化”也并非遥不可及。

¹⁸¹ 今天除了传统的货币形式外，各种类型的“数字货币”（digital currency）都已经大量出现。笔者并非这方面专家，甚至根本是外行。只是从公开信息了解，这主要是由于以分布式账本技术与区块链技术为支持的“加密货币”（cryptocurrency）的交易具有时间短、手续费低、安全与隐私性好等特点从而在近年来快速发展，各国都在布局与抢占这一未来可能用作国际商贸支付和结算的高地。对于国家而言，各种类型的加密货币由于其“去中心化”（decentralization）的核心属性，实际上存在对国家货币主权与政策、金融稳定与监管等重要方面的深远影响，因此各个国家在政策上都是在不断摸索前行，在稳妥的前提下找出适合自己的一套做法。

中国对此的态度比较谨慎，全面禁止作为非法金融活动的虚拟货币的相关业务活动。但目前通过央行发行了数字人民币，这是以主权背书并且与人民币等值的“官方央行数字货币”（central bank digital currency），看来这可以视为是数字化的法定货币。数字人民币的发行，是希望提高交易效率与降低交易成本的同时推动人民币国际化。目前在“一带一路”以及《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）的区域内，中国均在推广使用数字人民币作为结算方式，增加数字人民币的跨境使用机会。

美国看来出于自身政策需要，经过一系列探索后开始允许与大力推动私人机构发行各种其他加密货币。如 2025 年 5 月 19 日，美国参议院通过了《指导与建立美国稳定币国家创新法案》（Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins Act，简称《GENIUS 法案》）。据悉所谓的“稳定币”（stablecoin），通过将加密货币与相对稳定的储备资产如黄金、国债，或直接与国家主权背书的法定货币挂钩，这一来既发挥加密货币的优点，也避开了比特币等加密货币价值波动大的缺点。

实际上在中国，也有对等甚至是更早就开始筹备稳定币的做法。香港特别行政区政府于 5 月 30 日在宪报刊登《稳定币条例》正式立法。据悉，首批进入香港金管局稳定币“沙盒测试”的三家发行人中的京东币链科技（香港）有限公司已经进入测试的第二阶段，测试场景主要包括跨境支付、投资交易、零售支付等。他们将在完成测试后的第一阶段发行与港币和美元锚定的稳定币。回到本书所针对的制裁的课题，美国单边制裁威慑力之所以大的一个核心要素是美元的霸权地位以及美国对美元支付的监控，并乘机主张管辖权与长臂管辖去将美国的单边制裁强加在全球的商贸活动。而稳定币等新型支付方式就有机会可以绕过传统的银行业支付和结算体系，如 SWIFT，令美国无法监控到交易。特别是将来各国都会有自己的立法与监管的数字货币，例如香港政府的监管。这为“被制裁方”以及担忧可能会被制裁的一方（这会包括绝大部分的中国公司）提供了替代的支付手段。数字货币的匿名性和追踪难度高，也会增加美国追踪和打击逃避制裁行为的成本和难度，降低美国单边制裁的实际效用。

但国家建设好这套金融基础设施的框架后，也无论是目前的央行数字货币，还是将来可能出现的在香港发行与人民币、港币或美元挂钩的稳定币，最后都离不开需要更多的使用者如中国公司从他们订立的合同与私法范畴的角度来选择与增加使用，才有机会挑战今天作为国际结算主要手段的美元。当然，这方面时间上仍待发展，毕竟被国际商业社会乐意使用的两个考虑中币值的稳定性的问题，应可以在将来对稳定币有信心后解决，而在交易的便利性与实质支付上稳定币交易就显然有优势得多。但仍然没有绕开的问题是在谈判与订立合同时，是否仍离不开以美元计价？如果是，还是需要一条“货币转换条文”，允许改为与港元或人民币挂钩的稳定币支付。

(二)当然在现阶段,在中国公司不少没有任何“美国连接点”/“美国因素”的交易,也可以通过货币转换条文与在实际操作不支付或收取美元来回避美国的管辖,以免引入美国的单边制裁机制。

当然,在美国敌意针对中国的单边制裁机制下,“货币转换条文”充其量也只解决部分问题。中国公司更要小心的是同时被加进一条可以是措辞/文字广泛的“制裁条文”,并明示约定如果中国公司 A 被美国制裁,外国公司 B 可以终止合同与暂停作出任何支付。这种措辞/文字的“制裁条文”在本章已有多处介绍,如 2.5.2 段的伦敦保险协会为货物海上运输保险拟定的标准格式“制裁与豁免条文”(Sanction Limitation and Exclusion Clause);或 2.7.2 段的壳牌石油公司原油与产品油格式合同“General Terms & Conditions for Sales and Purchases of Products and Crude Oil 2023”中的“制裁条文”等。

这一来,即使针对支付或结算的货币可以从美元转换为人民币,如果 A 受到美国制裁(如突然被加进“SDN 清单”),B 还是可在“制裁条文”下拒绝支付欠下的债务,即使是以人民币支付。因为被合并在美国制裁机制是禁止向被制裁的个人或实体输送任何经济资源或资金。

如果 B 是一家美国公司或美国控制的公司(USCFE),受美国制裁机制管辖,倒也可以理解。因为 B 以人民币(或任何其他非美元货币如欧元、日元、港币等)支付给被美国制裁的 A,也会受牵连与承受严重恶果。但“商场如战场”,会有很多千变万化的狡猾与贪婪手段,中国公司不得不防。例如不能排除在一个与美国完全无关的交易下,一家已经欠下 A 巨款的“非美国人”的外国公司 B “玩手段”,私下向 OFAC 提供或真或假的信息令 A 被多疑与对中国公司“宁可杀错,不能放过”的 OFAC 加进“SDN 清单”。而如果 B 在与 A 的合同中有一条明示的“制裁条文”,就可以“合法”赖债与不必担心 A 采取法律手段强迫 B 支付这笔债务,可以“名正言顺”地“暂停支付”(sustain payment),了了无期拖下去。

但问题是如果 B 是一家巴西或马来西亚公司,相关交易也与美国没有任何关系。而合同以美元计价只是为了方便与市场习惯,也已经有一条“货币转换条文”可以在实务中以非美元支付与结算解决问题。又何需一条针对美国制裁机制的“制裁条文”?这相等于中国与伊朗的贸易如石油交易,何需一条针对美国制裁机制的条文?或是,普京总统在俄罗斯吃顿饭或买家具,并以卢布支付,何需在这些交易加上一条“制裁条文”?

理论上,任何人士或实体与被制裁的普京总统或突然被加进“SDN 清单”的中国公司 A 进行交易,输送利益或提供服务,即使交易没有任何美国因素,仍有被美国“二级制裁”(secondary sanction)的可能。但美国不会掌控这些交易的详情与证据,所以“二级制裁”清单的名字也不多。

这表示中国公司(无论已经被制裁或没有制裁但每家中国公司都有被美国制裁的可能)在大量没有美国因素或关系的国际商贸交易,特别是与不少友好国家

的公司/企业，如金砖国家、东盟国家、中东与亚非国家，或是部分欧洲国家，订立的商业合同都应该争取与尽量说服对方不加进一条“制裁条文”，只是加进一条不少国家都或多或少欢迎“去美元化”的“货币转换条文”。而即使有一条“制裁条文”，也删除针对美国的制裁机制。

最后一提这与在本书其他地方如本章之 2.1.4 段对中资银行在开出的信用证或见索即付保函中加进一条恰当保护自己的“制裁条文”的建议看来相互矛盾。这也显示了国际商业社会的复杂与多变，难以一句话说死，最重要的是个别公司要自保与争取最大利益。中国难逃有部分公司/企业是好像其他美国或美国控制的公司一样要受美国制裁机制的管辖，需要乖乖合规、配合与逆来顺受，如中国的大银行必须进行美元业务，更不用说它们多数也在纽约有分行。这一来，它们是好像美国或美国控制的公司一样，在任何类别的合同加上一条“制裁条文”，在发生任何相关的制裁事件时可脱身与免受牵连。但相信更多的中国公司，特别在今天因为极端美国进口关税与变本加厉的出口管制而被迫与美国脱钩下，全心全力开拓其他更友好的国家的经贸交易，就不需要再与美国扯上关系，也不应该在订立的商业合同加进针对美国制裁机制的“制裁条文”了。

3.4.2 “货币转换条文”的一些样本条文介绍

“货币转换条文”以前不多见但也不是新事物，会在其他情况下使用，如在 *Korea National Insurance Corp v Allianz Global Corporate & Specialty AG* (2007) EWHC 1744 (Comm) 先例是针对与朝鲜的理赔。

当然，拟定一条好的货币转换条文去适用在成千上万不同行业与个别公司并非易事。在较早介绍先例与其他例子也已经可以见过一些不同措辞/文字的条文，另笔者也见过十分简单的一句：“*pay any sum due and payable under this Agreement to X in an alternative currency at an exchange rate determined by X in its sole and absolute discretion.*”

或也见过国际律师事务所建议给个别公司的条文，说：“*Where a sum due to or from either party cannot be paid in the currency in which it is expressed to be paid because such payment is illegal or impossible or would result in the sums being blocked (whether due to sanctions or otherwise), unless the parties agree otherwise, such sum shall be paid in an alternative currency to be first determined by the recipient at the recipient's spot rate of exchange on the due date, provided that no applicable sanctions would prohibit such payment.*”

最后可节录一条伦敦“贷款市场协会”（Loan Market Association）在 2020 年 9 月发布的基于格式条文拟定的，针对与俄罗斯当事人订立借贷合同时加入的货币转换条文如下：

“Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement Incorporating Rate Switch Provisions

*(a) **Primary Currency:** All amounts payable by the Borrower under this Agreement, including Principal, Interest, and Fees, shall be paid in United States Dollars (USD) unless otherwise specified herein or agreed in writing by the Lender.*

*(b) **Alternative Currency Election:** Notwithstanding Clause (a), if at any time the Borrower is unable to make a payment in USD due to (i) applicable laws, regulations, or sanctions imposed by any governmental authority (including but not limited to the United States, the European Union, or the Russian Federation), (ii) restrictions on the availability of USD through the Borrower's authorized banks, or (iii) the imposition of currency controls by the Central Bank of the Russian Federation, the Borrower may, with [10] Business Days' prior written notice to the Lender, elect to make such payment in an Alternative Currency.*

*(c) **Alternative Currency Definition:** The Alternative Currency shall be one of the following, subject to Lender approval: (i) **Russian Rubles (RUB)**, (ii) **Chinese Yuan (CNY)**, or (iii) **Euros (EUR)**, with the applicable exchange rate determined by the official rate published by the Central Bank of the Russian Federation on the Business Day immediately preceding the payment date, or, if unavailable, by a mutually agreed reference rate.*

*(d) **Lender Consent:** The Lender shall not unreasonably withhold consent to the Borrower's election of an Alternative Currency, provided the Borrower demonstrates that payment in USD is impracticable or prohibited under applicable law. If the Lender rejects the proposed Alternative Currency, the parties shall negotiate in good faith to select a mutually acceptable currency or payment mechanism within [5] Business Days of such rejection.*

*(e) **Costs and Adjustments:** Any costs arising from the conversion to or payment in an Alternative Currency, including exchange rate losses, shall be borne by the Borrower unless such costs result from Lender-initiated changes to the payment structure.”*（加黑部分是笔者的强调）

3.4.3 拟定一条“货币转换条文”的考虑

因为不可能有一条适合所有不同行业与千变万化情况的“货币转换条文”，笔者相信建议一些双方在谈判中考虑的商业问题会更有帮助：

（1）什么时候可以启动货币转换程序：例如规定因合同任何一方（如甲方）

的原因¹⁸²导致原本约定的货币美元无法支付或结算¹⁸³，则甲方应立即书面通知对方（乙方），并启动货币转换程序。条文中也要约定通知至少提前多少天与通知的具体内容（如转换成什么替代货币），这是考虑到一般作出支付的公司/企业（不一定是外国公司，也可能是中国公司）如果要换成以其他货币支付可能是一大笔的金钱会需要时间准备。

（2）替代货币是什么：如果以美元支付或结算已经不可行，下一步就是考虑代替货币是什么与谁有权决定。例如可以是甲方决定将货币转换为合同内约定的任一可自由兑换且未被制裁的货币，如欧元、人民币、港币、瑞士法郎、新加坡元等等。甲方在合同存续期间可以多于一次行使该决定权，也可以决定其中部分以欧元，另一部分以人民币支付等。

（3）如何确定汇率：每种货币都会有央行公布的数据，也可以考虑针对不同的币种进行详细与有针对性的约定。另也要约定以哪一天的汇率为准，例如是付款到期日的汇率或实际汇款日的汇率等。

（4）由谁承担转换费用：条文中也应规定货币转换的费用（包括银行手续费、汇兑损失等）是由双方平均分担或仅由甲方承担等。

（5）因转换货币导致的延期：因为导致需要转换货币的事件发生的时间不可控，可能以转换后的货币支付需要延期。为了肯定，可在条文中约定此类情况不被视为违约。

（6）与“不可抗力条文”的关系：导致需要转换货币的事件可能被解释为属于不可抗力事项之一。条文中可明示约定一旦发生导致需要转换货币的事件，双方必须优先尝试转换货币，如果行不通才能以不可抗力条文暂停或终止合同。这类规定的必要性可以参考 RTI Ltd v MUR Shipping BV (2024) UKSC 18 最高院先例，如果有关合同中有这类规定，那 MUR 显然是不能马上就暂停履行与给 RTI 带来另租 7 艘船舶的损失。

¹⁸² 最典型是因为制裁，但上面已经提到在措辞时要小心，不要被解释为在刻意规避制裁（特别是美国有管辖权的公司），而是为了合同的合规履行。这一来，条文中最好有一个说得过去的解释。例如“货币转换条文”是在一早签订合同时就已经订立，并不是明知一方当事人要被列入制裁清单因此故意订立条文“协助”。又或是此条文应该解释为是当事人想要对制裁合规而约定的合同另类履行办法。也可以在条文后加上措辞如在上小段介绍的其中一条样本的“货币转换条文”加上的一句说“provided no applicable Sanctions would prohibit such payment”，以显示双方合法的订约意图。

¹⁸³ 或者直接在合同中约定，即使可以使用美元支付与结算，但是甲方有无条件选择权转换为其他合同中约定的货币支付。

4 回避伦敦仲裁与适用英国法条文 (London arbitration and English law to govern clauses)

美国日益偏激的单边主义带来对经济和贸易制裁(特别是对中国)急剧增加,而英国虽然在政治态度上较为温和,但在法律上一贯接受违反美国的单边制裁属于非法,所以大量中国公司必须改变这些年来不假思索接受伦敦仲裁与英国适用法的“习惯”做法。毕竟,美国对中国的单边制裁也是近年才发生的事情,不是“习惯”做法。所以,伦敦仲裁虽然从前被中国公司普遍接受是“好”习惯,但现在对中国公司也锐变为“坏”习惯而必须作出改变了。

去伦敦仲裁(如同去纽约仲裁)在今天对中国公司变为“坏事”可以新疆棉(对中国制裁的商品远不止是此项,而且不断在增加)在中国本土或与友好国家的买卖为例。在发生了争议后,中国卖方想通过伦敦仲裁向马来西亚买方追讨欠下的货款,如果在买卖合同约定(因为使用了英国法标准格式合同)去伦敦仲裁与适用英国法,合同就会因“非法”而不被执行,中国卖方就拿不回货款了。

这种例子可见在本书第二章之 2.1 段介绍的 *Soeximex SAS v Agrocorp International PTE Limited* (2011) EWHC 2743 (Comm)先例,不按照买卖合同开出信用证的买方 *Soeximex* 的抗辩是“非法理论”,因为欧盟对缅甸的制裁立法 *Commission Regulation 385/2008* 有一般针对制裁的立法都会有的规定,说:

“... the refusal to make funds or economic resources available, carried out in good faith on the basis that such action is in accordance with the Regulation, shall not give rise to liability of any kind on the part of the natural or legal person or entity implementing it, or its directors or employees, unless it is proved that the funds and economic resources were frozen as a result of negligence ...” (加黑部分是笔者的强调)

买方的抗辩是他虽然在非法理论败诉,但 GAFTA 仲裁庭没有审理或“漏裁”了在该立法条文下只要他是“善意相信”(believe in good faith)这样做(也就是违约拒绝开信用证)是为了配合该立法不向“制裁清单”(listed persons)上的缅甸主体输送经济利益,即使搞错了仍是可以免除责任。卖方的抗辩包括是买方没有任何证据显示是善意,他无法开出信用证是银行问题,与善意相信配合立法无关。反正双方的争辩与本段关系不大,而此先例也只是针对 1996 年《仲裁法》之 S.68,买方试图撤销或发还败诉的裁决书。所以, Gloster 大法官没有针对此争议判是谁胜谁负,但说是有得争论,说:

“... there was certainly a reasonable argument on the basis of the wording of Article 14 to the effect that it would operate: (a) to absolve a contracting party from liability for failing to open a letter of credit...; and (b) would do so in circumstances where the Regulation would not in fact have been breached, if the letter of credit had

been opened and utilised, but the contracting party in good faith and reasonably believed that it would have been so breached.”

可见在这种制裁机制下，如果一方与美国关系密切或根据个别案情有特别让他担心或怀疑的地方，就可以有违反制裁的风险为由不履行，因为将来就算发现他这种担心与不履行是错误的，只要他能证明（这“证据”也往往只是空口白话，相对方难以反证）是“善意相信”，就可以在立法下免责。在今天的地缘政治下，会否美国与西方公司只要主张善意担心或怀疑一家中国公司，不少已经对中国“疑神疑鬼”的西方仲裁员就会相信？

终极解决办法就是在选择实体法时不选择英国法，争议解决也不要选择英国法院或伦敦仲裁，而改为选择香港或新加坡法，这一来属于英国法律一部分的 Commission Regulation 385/2008 或类似英国立法就当然不适用于合同。

总结以上，中国公司（甚至合同双方都是中国公司）在你情我愿下羊入虎口，选择伦敦仲裁作为解决争议的最优越办法是完全说不通。而且一旦公司或产业被美国制裁或将来升级成对国家的全面制裁，参考俄罗斯的前车之鉴，在委任英国仲裁员与英国律师方面都会有困难¹⁸⁴，所以必须改变这种习惯，寻找新的选项。

4.1 同样是普通法体系与有配套机制/人才的替代

如果避开伦敦仲裁改为同为普通法体系的香港或新加坡仲裁，看来仲裁地法律就不会有对中国有敌意的单边制裁的公共政策了。香港或新加坡作为亚洲仲裁中心，法院完全有配套的仲裁监督与协助机制，也有大量有关的普通法人才。而且即使在香港或新加坡仲裁，中国公司大可以仍然委任他们熟悉与信任（特别是能够知道他们在政治上没有“选边站”）的英国律师事务所与英国大律师、仲裁员或专家证人。相信香港希望保持一贯的国际仲裁中心地位，也喜欢见到这种现象。

但如果合同的适用法仍是英国法，就仍要面对在英国法下，合同因制裁而非法与无法执行的问题。笔者看不出有什么必要保留英国法作为合同适用法，因为香港（或新加坡）是普通法体系，作为合同的适用法或实体法是一样，在合同中作出改变也很容易。在今天的地缘政治下中国公司遇上西方公司时，对方在谈判中抗拒约定香港仲裁是有可能，但连新加坡仲裁也抗拒就十分奇怪了。笔者深信中国公司不是完全没有谈判力量去改变伦敦仲裁与英国适用法，虽然这是一些惯常听到的“借口”。笔者虽然不知道具体消息，但是相信中国卖给美国的稀土也约定的伦敦仲裁与适用英国法。在笔者看来，不马上改变的真正原因仍是不了解这可以有严重后果，只去萧规曹随跟从英美这些年来制定的国际商务游戏规则。

¹⁸⁴ 见本书第六章之 2 段。

中国作为全球第二大经济体与最大的贸易国,据说伦敦海事仲裁¹⁸⁵中有 50% 的案件都与中国有或多或少的联系,相信其他类型的伦敦仲裁比例也不会太少。而为这些仲裁提供法律服务的仲裁员、律师、大律师,也为英国提供了大量的经济利益。¹⁸⁶如果中国公司能有意识地回避伦敦仲裁,改为选择香港特区(如果对方不同意可以退一步在新加坡)仲裁,即使只减少 10% 的案件,也会引起英国的关注与可能改变政治态度。

至于中国公司在伦敦仲裁的成绩不佳,绝对是负多胜少,恐怕改为香港仲裁或新加坡仲裁也好不了太多(因为很大可能是同一批中外人士在处理),这是另一码事。中国公司希望在国际商事仲裁胜多负少,而且胜是大胜,负是例外与小败,唯一的途径是学好国际商业游戏规则与国际私法的“数理化”,在与高水平的美国等西方国家公司的“文斗”中成为真正拥有“精良武器”的“斗士”。从伦敦仲裁改为香港或新加坡仲裁只是避开英国法院的管辖,进而避开美国与部分西方国家的单边制裁机制。

4.2 前车之鉴：俄罗斯法院与英国法院对争议解决管辖权的争夺

俄罗斯公司在过往的商业与金融合同喜欢与信赖英国法与伦敦仲裁,大量订立“英国法合同”与加入伦敦仲裁条文。但在 2022 年 2 月 24 日俄乌冲突爆发后,在方方面面(包括许多著名的俄罗斯财阀寡头都“法网难逃”)被制裁与重大敌意下,再也无所谓合规不合规了,而是俄罗斯整个国家与民族生死存亡的事宜。而早年约定的这些伦敦仲裁(不少是 LCIA 的机构仲裁)对俄罗斯公司/企业而言是死路一条,所以虽然已经是太晚与无效(或至少效力不大),俄罗斯作为主权国家仍必须设法建立一些反制措施。其中是《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》的立法¹⁸⁷,规定这些伦敦仲裁条文无效,也就是有关争议去伦敦仲裁在俄罗斯法律与公共政策下,就是“不可仲裁”(non-arbitrable)。但英国法就不会认同,而由于双方约定的仲裁地是伦敦和受英国法院的监督,加上仲裁协议适用法是英国法(因为主合同的适用法约定英国法),所以作为仲裁一方当事人(俄罗斯公司或银行)的所在地法律单方面视为“不可仲裁”是不被英国法承认的。因此,这不仅不能阻止伦敦仲裁,如 LCIA 的仲裁程序,而且英国法院还继续作出“止诉禁令”以保护伦敦仲裁或 LCIA 仲裁。

在 *Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC* (2024) UKSC 30 最高院先例¹⁸⁸,英国法院更是对一个仲裁地是巴黎的 ICC 仲裁“拔刀相助”,向俄罗斯公司 *Ruschemalliance* (或简称“RCA”)做出“止诉禁令”,禁止在俄罗斯法院推进法

¹⁸⁵ 大概也是因为这个原因“LMAA Terms”唯一的外语版本就是中文版。

¹⁸⁶ 除了中方自己委任的律师、大律师、专家证人等,因为败诉方要承担胜诉方的费用,而中国在伦敦大量败诉,所以即使是胜诉方的高昂律师费最后仍然是由中方承担。可以说,这些中国公司直接或间接“养活”了大批英国律师与仲裁员。

¹⁸⁷ 见本书第一章之 5.1 段。

¹⁸⁸ 该先例的案情在本章之 2.9 段已经有详细介绍。

院程序而要回到“履约保函”(performance bond)中约定的巴黎 ICC 仲裁解决争议。英国法院的理由是法国法没有相同做法,所以在履约保函明示适用英国法的情况下插手。但最高院在 2024 年 4 月 23 日确认上诉庭的止诉禁令后, RCA 在 12 月 28 日向俄罗斯法院申请作出命令禁止 Unicredit 在俄罗斯以外的其他地方推进仲裁或法院诉讼,并且要尽一切努力去撤销英国法院的止诉禁令,否则罚 Unicredit 支付 2.5 亿欧元给 RCA。这是俄罗斯法院对英国法院的反击,这命令也可算是“反止诉禁令”(anti-anti-suit injunction)。

这导致在 Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC (2025) EWCA Civ 99 上诉庭先例, Unicredit 向英国法院申请撤回早前作出的对 RCA 的“止诉禁令”。¹⁸⁹可以说在目前看来,俄罗斯法院的“反止诉禁令”是奏效。但这是因为 Unicredit 是少数仍在俄罗斯营运的欧洲银行,而且在盈利,所以俄罗斯法院管辖得了。但对大部分已经撤离俄罗斯的西方银行与公司,俄罗斯法院作出任何形式的命令如“反止诉禁令”,都不会被理睬。

另在 Google LLC & Google Ireland Limited v NAO Tsargrad Media & others (2025) EWHC 94 (Comm)先例,案情涉及俄罗斯公司起诉谷歌公司注销了它们的谷歌账户与 Youtube 频道等。用户注册谷歌与 Youtube 时同意的服务合同中,包括了适用英国法与伦敦仲裁条文。但俄罗斯公司根据《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》的立法,在俄罗斯法院开始诉讼。俄罗斯法院作出了强制恢复服务的命令,此外还规定了不断累积、几何式增长的罚款(astreinte penalty),直到谷歌公司遵守法院命令为止。在 2024 年 5 月,该罚款已经累积到了天文数字的 1,850 种英镑(28 位数),大约为 2023 年的全球 GDP 总额 110 兆美元的 20 兆倍,据报道在 2025 年罚款金额已经累积到了 35 位数。胜诉的俄罗斯公司在俄罗斯冻结了谷歌超过 5,000 万英镑的资产,并开始在全球执行该俄罗斯法院的胜诉判决,包括天价罚款。于是谷歌向英国法院申请禁止俄罗斯公司执行的禁令,理由是违反了合同中争议解决机制,即伦敦仲裁。法院支持了谷歌的申请作出了“禁止执行禁令”(anti-enforcement injunction)。

¹⁸⁹ 在同一个工程下, Commerzbank、Bayerische Landesbank 与 Landesbank Baden-Württemberg (LBBW)也作出了履约保函,并同样在英国法院成功申请到了最终或中间“止诉禁令”。在 2024 年 12 月到 2025 年 1 月期间,俄罗斯法院作出判决禁止这些银行在俄罗斯以外的其他地方推进仲裁或法院诉讼,并且要尽一切努力撤销英国法院的止诉禁令,否则罚 Commerzbank 9500 万欧元, Bayerische Landesbank 2.7 亿欧元, LBBW 5,200 万欧元。面对巨额罚款,这三家银行向英国法院申请撤销止诉禁令,在 Bayerische Landesbank and others v RusChemAlliance LLC (2025) EWHC 924 (Comm)先例, Foxton 大法官同意撤销止诉禁令、RCA 违反仲裁协议的判决与费用命令,但拒绝撤销关于英国法院有管辖权作出止诉禁令的决定。Foxton 大法官跟从了 Unicredit Bank GmbH v Ruschemalliance LLC (2025) EWCA Civ 99 上诉庭先例的判法,认为认定仲裁条文的管辖法是英国法,所以英国法院有管辖权,这关乎英国法院本身的权力,而不仅仅关乎当事人,不能撤销。Foxton 大法官同时也提到了国际睦仪/礼让,希望俄罗斯法院能理解英国法院的决定仅是记录其在英国法下对于管辖权的认定,不同司法系统对适用法与管辖权有不同看法是很正常的。

过去，因为国际睦仪/礼让，“禁止执行禁令”并不常见，毕竟外国法院已经作出了判决，只要不严重违反自然公正，判决是对是错（从英国法看来）是无从置疑。但随着国与国之间敌意的制裁/反制裁愈演愈烈，相信将来这种禁令会越来越多出现。

可以看出，俄罗斯和美英等西方国家会继续你来我往在法律层面斗法。而从俄罗斯公司过去在你情我愿下大量约定“英国法合同”与伦敦仲裁，导致现在要作“困兽斗”逃离伦敦或其他欧洲仲裁地的仲裁的困境，也不难推测出经济与国际贸易体量比俄罗斯大得多的中国将来可能会出现的情况，就是有大量中国公司也要作“困兽斗”试图逃离今天在中长期合同约定的伦敦仲裁与英国适用法条文。

目前仍在订立“英国法合同”与伦敦仲裁的中国公司，特别是交易与合同另一方也是中国公司时，自己送上门受英国法的立法与公共政策捆绑，是说不通的。特别是中国公司想要改变这种局面是容易不过，只要在使用的英国法标准格式合同或 FIDIC、ISDA、BIMCO 等格式时，将英国适用法与伦敦仲裁稍作修改为“香港特区或新加坡法律与仲裁”，就马上摒弃了英国法的立法与美英的公共政策了。

第四章 对等关税、出口管制或 301 措施等贸易限制措施的应对

在本书的前言已经说到国与国之间，也就中国政府向美国政府做出的各种反击如反制裁，是从大局考虑。中国公司/企业在国际公法或美国与中国的政策与各自公法层面是无法参与，也没有办法阻止大局继续恶化。但中美作为全球第一与第二大经济与贸易体，中国公司、美国公司与“美国拥有或控制的外国实体”（US owned or controlled foreign entity 或简称“USCFE”）数量庞大。它们之间的国际私法/商法层面的争议，就反过来是中国政府很难具体参与。所以个别中国公司需要自己有能力良好管控与处理，在今天国际商业的恶劣大环境下的“文斗”中应对、自保与反击。

国际私法/商法也就是当今国际商业社会熟悉与已经运行了数百年，但在过去 50 年全球下更日趋完善的一套以普通法为主的“国际商务游戏规则”。由于商业关系全部是合同关系，所以熟悉与懂得灵活运用这套国际合同法是至关重要。另在商业合同无时无刻会出现利益冲突，国际惯常的解决争议就是通过国际仲裁。而国际仲裁所走的程序，主要是“证据程序”（evidential proceedings）。这也代表了国际商场的“文斗”就是基于国际私法的“数理化”，即合同法、证据法与国际仲裁法。

在今天美国政府对华实施极端对等关税、出口管制或对中国造船业与航运业的 301 措施等贸易限制措施的大局/乱局下，大量中国公司在与美国公司/USCFE 之间的“文斗”也主要是在这套游戏规则下斗智斗勇。

说到底，美国政府要将中国打回石器时代的纷争是为了美国的经济利益。而中国公司与美国公司之间的纷争也是为了经济利益，所以在公法层面与私法层面，笔者相信各自都有重要的职责与任务，但也需要合作无间为中国整体的经济利益做好自保与持续强大。

1 中国公司面对极端贸易限制应有的心态

只针对中国进口货物征收极端关税的贸易限制，与美国单边制裁本质上一样，只是形式不同。第一枪就是特朗普总统在 2025 年 4 月 2 日“解放日”突然宣布对全球各国征收对等关税，其中对中国是在已经 20% 的关税基础上多加 34%。而中国也在 4 月 4 日宣布了各种反制措施，包括对美国进口中国的货物加征 34% 的关税，对部分稀土进行出口管制等。美国又在威胁中国在 4 月 8 日前撤销该反制措施不果后，进一步加码，在 4 月 9 日对中国货物再加征 50% 的关税，总共变为 104% 的关税。同日，中国宣布对原产于美国的进口商品加征关税措施，由 34% 提高至 84%。4 月 10 日，特朗普总统宣布因为美国的反制措施将对中国的关税提升至 125%。同日，白宫确认叠加原本的 20% 关税后，美国对中国征收的关税

累计已达 145%。4 月 11 日，中国财政部宣布将加征关税税率由 84%提高至 125%，并不再理会美方的关税数字游戏，因为实际上已经是相等于中美贸易脱钩与禁运了。在 4 月 15 日，白宫公布了一份有关工业矿产与相关产品进口措施说明的《事实清单》，其中列出由于中国对美国采取报复性措施，因此美国政府对美国关税最高累积至 245%。天也不知道会否有一天特朗普总统将对中国的关税加至 2,450%。

本来，美国为了自己国家原因实施贸易限制或保护，这是外国管不了，只要在 WTO 下是对所有外国一视同仁，而不只是针对中国。当然，今天讨论国际法下美国的做法是否合法已经失去意义。

可以见到中国政府对美国的关税霸凌与其他近 5 年 10 年来步步紧逼的胁迫（如在单边制裁、出口管制等等）实施了坚决的反制，从现实来讲的确也没有退路。看来国家评估目前实力后，决定丢掉幻想，准备斗争，勇于斗争。这一来，理所当然与国家捆绑在一起的中国公司，虽然与美国公司/USCFE 之间仍有大量余下与部分要持续的业务联系，一时脱不了钩，但也要全力配合国家进行抗争，毕竟是不会有其他路可走。

但笔者在最近多次听到有中国公司的朋友仍然将美国的单边制裁与贸易限制视为是非诉与合规的领域，或者直接提到说这方面会有国家来管而轮不到公司去关心，更有部分朋友仍有“明天会更好”的幻想等等。另在最近的出口管制，也就是英伟达专门为中国设计的 H20 芯片被禁后，笔者和几家中国公司与一些高科技公司的接触，感觉它们的决定（或没有任何决定）都不会想到法律与合同地位，而是不作为、听天由命与无可奈何。一般说得出的理由都是“为长远关系”，但问题是虽然从长远看（如一代人后）中美将来的友好关系是肯定的，毕竟国际关系中是没有永远的朋友、也没有永远的敌人，而只是看利益（主要是经济利益）。如果有个别中国公司仍认为有退路或幻想，为了与沃尔玛、英伟达、高通或无数有业务的美国公司的“长远关系”逆来顺受，要想想自己能否挺得过去，因为首先自己要有将来才需要维持长远关系。

这也与中国公司一贯以来普遍不熟悉涉外法律（指的是国际私法/商法）¹⁹⁰，

¹⁹⁰ 不要说是中国公司，即使是律师，熟悉与掌握涉外法律的也不多。正如习近平主席于 2019 年 2 月 25 日，在中央全面依法治国委员会第二次会议上的讲话中指出：“面对新一轮对外开放，涉外法治工作必须加强战略布局，战略制高点，掌握主动权…专业人才培养要跟上。这些年来，我国涉外法律服务业有了长足发展，但同快速增长的需求并不匹配。目前，国内能够熟练办理涉外法律业务的律师只有七千两百多名，能够办理“双反双保”业务的律师不到六百名，能够在世界贸易组织上诉机构独立办理业务的律师只有三百多名。国内企业大量的涉外业务都被欧美律所拿走了，其中蕴含着很大的安全风险。有关部门要拿出有效措施，下决心尽快解决。要积极推荐更多优秀涉外法律人才到国际经济贸易组织、国际仲裁机构任职，主动参与并努力引领国际规则制定，推动形成公正合理透明的国际规则体系，提高我国在全球治理体系变革中的话语权和影响力。”

进而害怕花律师费与怕打官司的心态是十分配合。但“商场如战场”，在今天的恶劣环境下更是如此，这种因欠缺能力而带来的“避战”心态是非常错误与危险的。中国公司自身必须是要站起来在国际私法/商法的层面下作出应有的反抗来自保并配合、支持与加强国家的政策。否则，一旦（或已经是）树立起容易欺负的形象，只会令美国政府（与美国公司）更加有恃无恐地加码单边制裁（与在合同下压榨、取巧、误导等），令中国公司与国家经济积弱。这表示大部分中国公司要跟从国家作出反制，这反制只可能在合同与法律层面与美国公司“文斗”了。

讲到在国际商业社会的“文斗”，就离不开依仗英国/普通法下合同（明示与默示的法律地位）与国际仲裁的独特法律武器。这些法律武器的重要性在国际经济与贸易系统性低潮的时候特别明显。如 2008 年金融海啸后，投资与交易骤然停顿，大量已经订下的商业合同再也履行不下去而要违约/毁约，商业争议猛增并带来无数的法院诉讼与国际仲裁案件。笔者知悉当年英国个别律师事务所，就是靠诉讼/仲裁部门的收入才能撑过经济低潮。即使本是同林鸟的夫妻，大难临头也要各自飞，更不说商业社会本来就只是在互利与贪婪下达成交易订立合同，不会有真正的感情/爱心。所以，一家中小型中国公司如果在“文斗”中能向合同相对方的美国公司取回十亿八亿美元，就可以让自己有充足粮草度过持续好几年或更长时间的寒冬，也更能让自己在寒冬后变得更强大。相反，如果被对方美国公司敲去十亿八亿美元，这中国公司就活不下去了。

在高端涉外法律人才短缺与普遍没有系统学习好国际商业游戏规则的“数理化”（合同法、证据法与国际仲裁法）的情况下，中国商业人士在国际商业“文斗”是处在劣势。例如，相信以前与美国公司订下的中、长期合同，条文内容会是一面倒对中国公司不利。合同订得好的威力也是在这种逆境，而不是大家在市场好景，一切顺风顺水之时显示出来。当然这也不能说死，毕竟中国也有国际商法水平高的公司（或律师），而美国也有为数较少的水平不够的公司。而且，相信不少中美之间订下的商业合同，是根据一些模板或标准格式合同，不会一面倒。所以，接下去将分析在对等关税或出口管制等的美国贸易限制措施下，中美公司之间已经订立的合同如买卖合同、供应合同等在英国/普通法下的“默示法律地位”（implied by law），而至于有否“明示条文”去改变这些法律地位就要看个别的商业合同才能知道了。

2 中美贸易被迫骤停下的法律与合同地位

2.1 买卖合同在“付运合同”或是“完税后交货合同”下进口关税风险的分摊

这一来，在两国的关税大战下无数已经订立的买卖合同就马上无法履行下去了，并难逃中美两国的进出口商之间会产生无数争议与接下去几年将有大量国际仲裁案件。这里在合同法方面的分析，首先是关税提高是无法或极难成立“合同

受阻”(frustration)¹⁹¹。因为合同受阻要求无法履行，而可以金钱解决就不是“无法”履行。也就是看在买卖合同的条文下，是谁分摊到要承担这笔美国进口关税谁就要倒霉与亏大本了。这会是美国进口商买方，也会是中国出口商卖方。如果买卖合同的条文是 CIF、CFR 或 FOB 的“付运合同”(shipment contract)，货物的风险(也包括了美国进口突然征收天价关税的风险)就由美国进口商承担。而如果是“交货合同”(delivered contract)的 DDP (Delivered Duty Paid) 买卖，也就是完税后交货，卖方约定将货物运送去买方指定的地方如仓库或工厂，这笔天价的关税就落在中国出口商卖方身上了。

笔者相信中美进出口商之间现存的买卖合同，仍是付运合同居多。早年听说在美国关税只加至 10%时，美国公司一般做法是要求中国出口商减 5%的货价，然后美国公司在进口关税中承担余下的 5%。但在付运合同下，中国出口商已经是在合同与法律地位下吃了亏。当然可以美其名曰是中国商人好商量，有困难就愿意退让少赚一点。但怕的是美国进口商瞧不起中国出口商，明知道后者因为不懂合同与法律地位而从来不加考虑就决定让步，所以容易去胡扯与稍加施压就很快得手。反过来，笔者肯定如果是 DDP 的买卖合同，中国出口商因为美国关税大增拒绝发货，美国进口商肯定不会善罢，因为它们知道在合同与法律地位的强势。而如果中国出口商知道自己在付运合同下的强势地位，首先会否仍愿意无条件减 5%货价也有疑问。毕竟这不一定是少赚一点，而是在部分利润微薄的货物从赚变亏。也会是，当时美国进口商在较早有一个指控并威胁要启动仲裁，或为下一年度的供应合同艰辛谈判，此时都是中国出口商的机会，如以愿意减 5%货价换取美国进口商在其他问题上的让步。结果往往是更可能被美国进口商尊重，而不是被视为傻瓜。

所以，中国卖方在美国进口关税大增下被美国买方拒货，就不要不采取法律行动索赔损失，只去空泛地抗议几句，希望将来的关系不受影响。这些中国公司要知道“商场如战场”的“文斗”，就是在合同法/私法的反制与斗争，要生存下去绝不能轻视。大量的美国与西方公司受到压力与金钱损失，就会稍后反映在美国国家政策软化或放慢制裁。

据悉，现在不少美国进口商已改为以 DDP 向中国出口商下单与订立供应合同。中国公司即使愿意冒险，也要小心特朗普总统会出什么怪招，特别在几个月后，会否美国进口关税变了是 1,500%？如果届时中国出口商拒绝履行，就会可能被美国进口商索赔可以是天价的损失。所以，就有必要在 DDP 买卖合同自保。这有各种明示条文的写法，例如在“不可抗力条文”说“如果美国关税高于 25%，中国卖方有权押后付运货物，如果 3 个月后仍不回落至 25%，中国卖方有权终止此合同”等。

从上述例子可见，“文斗”就是合同、法律与中国商人并不欠缺的机智的混

¹⁹¹ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章。

合。

2.2 合同承诺必须严格履行的法律地位下因出口管制而无法履行下去谁应承担损失？

目前美国的出口管制最严格的领域就是芯片等高科技领域，例如英伟达在2025年4月14日被美国政府通知，未来H20晶片出口至中国将需要事先获得美国政府的许可。中国台湾地区《工商时报》5月3日报道在H20芯片被出口管制后不久，英伟达已向三家中国公司告知正在调整AI芯片设计，寻求在不触犯美国出口管制下，继续供应“中国专属版本”的产品。这显示了英伟达与这三家公司应存在较长期与价值高昂的供应合同，否则为何要向这三家而不是公开向中国所有公司公布。英伟达这样做在商业上也完全合情合理，毕竟是希望赚钱的合同能够持续，也继续保持在中国市场的份额，即使只是一厢情愿。当然，英伟达也不希望这三家中国公司在自己停止供应H20芯片后，马上就关系破裂与“兵戎相见”，将事件交给律师启动国际仲裁。笔者相信在一些早年签订的芯片供应合同，也不一定有在这种情况下的针对性条文保护英伟达可合法终止供应。

但英伟达对这三家公司的告知或承诺到底有多少把握恐怕自己一点也不肯定。撇开技术方面，即使能在两三个月内调整成功，要是可以替代H20，特朗普总统可以马上加码进行出口管制。所以，这三家公司即使有幻想，或念及与英伟达的商业关系，也必须对英伟达的告知或承诺谨慎回应，以免构成“弃权”（waiver）¹⁹²或“禁反言”（estoppel）¹⁹³。如果这三家公司同意以调整后的芯片履行，这是合同“更改”（variation）。将来如果履行不了，应是不能再以原本的合同索赔损失，而是以更改后的合同去计算。而即使没有同意更改，如果在答复时不小心，例如说“我们完全理解，愿意配合，你尽可以投入研发”，这就可能构成禁反言。因为将来英伟达面对中国公司的索赔时就可以说因为“依赖”（reliance）了中国公司的陈述或承诺，英伟达才投入了大量时间精力与资金研发替代的芯片，在个案里抗拒索赔。但其实这个“依赖”并非真正的依赖，因为英伟达研发新的芯片的根本原因是不想放弃中国市场，而不是公司的承诺。但要知道在禁反言对什么构成依赖并改变地位的要求并不高，所以英伟达仍很有可能成功。¹⁹⁴所以这三家中国公司应以清楚无误的文字回复保留索赔在供应合同下突然停止供应的违约所带来的一切损失的权利，但在“无损害”下，愿意等待英伟达针对美国政府管制的解决办法，并订下时限。并且之后每次回应英伟达的其他进一步提议时，都明示写明“无损害”与保留索赔权利。如果想加大压力，这三家中国公司更可以启动国际仲裁，然后边打边谈，如果谈得好就放慢推进仲裁程序等等。这种明显是熟悉法律地位与权利的回复或回应显然会给英伟达带来很大压力，知道中国公司不是好欺负的，也会达到背后的另一个目的，即间接给美国政

¹⁹² 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第三章。

¹⁹³ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第四章。

¹⁹⁴ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第四章之7段。

府施加压力。

当然，根据合同的适用法（如是英国法），相关供应合同在“出口管制”下无法履行的风险应是由英伟达或中国公司承担，需要更具体看有关的合同，例如是否有一条针对性的“不可抗力条文”、“免责条文”或订约时英伟达有否对供应 H20 芯片作出过什么陈述或保证等等。英伟达当然也会争辩“合同受阻”，但在本书第二章之 1 段已经提到，合同受阻成立的要求很高。会否在出口管制下英伟达仍可以申请许可，所以不算“无法履行”？会否在一份一年半载的合同会是受阻，但 5 年 10 年的合同就说不上是“无法履行”：见 *Miller Limited v Taylor* (1916) 1 KB 402 先例？又会否在个别合同，有明示条文英伟达作出保证供应的 H20 芯片是美国批准等等。总之除非一位或数位精明与称职的律师认定合同条文完全一面倒、黑白分明（现实中是这种情况出现得不多），明确无误地完全免除了英伟达无法履行承诺去继续供应芯片的任何责任，否则只要有得争就有“诉讼风险”，就不影响中国公司施加上述压力与/或最终达成和解（如英伟达赔偿部分损失等等）。

2.3 美国 301 措施

在 2025 年 4 月 17 日，美国贸易代表办公室（Office of the United States Trade Representative，或简称“USTR”）正式公布了其对中国在航运、物流和造船领域所谓的“不合理做法”的 301 调查结果，并针对中国造船等行业公布了三项主要措施：（1）对中国海运运营商每次进入美国港口收取最高达 100 万美元的服务费；（2）对由中国制造的船舶单次收取 150 万美元的港口使用费；（3）对于中国船舶订单占比超过 25% 的航运公司，根据其订单比例额外收费。这对中国的航运公司与中国船厂带了沉重的打击。例如，有报道称希腊船东 Evangelos Marinakis 今年就从中国船厂转向韩国船厂建造 VLCC。

这“301 措施”肯定会导致外国船东想要从与中国船厂签订的“造船合同”或中国建造船舶的“二手船买卖合同”中脱身。另外国船东也尽量不向中国船厂再订立新的造船合同，在二手船舶交易市场也可预测中国船舶价格相比其他国家建造船舶的价格下跌。毕竟，美国当今的政治局面是没有任何肯定性，好像对等关税，天也不知道会否有一天特朗普总统将对中国的关税从 245% 加至 2,450%。

在 2008 年金融海啸后，欧洲与其他外国船东纷纷“弃船”，不再履行以前高价订下的大量造船合同。他们非但成功合法“赖掉”合同承诺，无需赔偿中国船厂蒙受的天文数字的损失，也可以在伦敦仲裁胜诉并成功向作出“还款担保”

（refund guarantee）的中资银行取回预付的部分船价加上高昂利息。今天，中国船厂对于已经签订的造船合同，不能重蹈覆辙。同样道理，也不能接受买方在已经订立的二手船买卖合同下拒船。毕竟，在造船合同一般使用的标准格式合同如 SAJ Form 或 Newbuildcon，或二手船买卖合同一般使用的标准格式合同如 Norwegian Sales Form 下，除非有加上了一条针对“301 措施”的“制裁条文”，否则新造船或二手船的买方都很难在这些“英国法合同”有站得住脚的理由合法“弃船”或“拒船”。

针对航运与造船业的 301 措施，也不能只靠个别中国船厂的“文斗”与单打独斗。而需要整个行业与相关行业联合的策略，加上国家的协助。例如听说外资/欧洲的银行因为追求快速增长的利润，对船舶融资这种传统业务兴趣不大，所以今天国际航运业包括欧洲船东船舶融资的主要来源是中资银行。如果中国造船业能和中国银行业联合起来，参考日本的做法，要求在中资银行进行融资的船舶必须在中国船厂建造，那在这种两个中国重要行业联合的优势下，或许可以为中国船厂开辟出一条生路。

另也听说有人建议为了支持中国航运，特别是船公司，中国对美国征收的港口使用费作出补贴。但这在笔者看来是下策，美国在知悉后几乎肯定会疯狂增加征收，如单次的港口使用费从 150 万美元加至 1,500 万美元不等，因为可以通过这种做法榨干中国。

在笔者很表面看来，早就听说的另一个对策会值得更深入考虑。即中美等航线非中国制造的船舶（主要会是日本、韩国等国制造）每次进入中国港口也要收取等同美国的港口使用费。马上想到的问题是美国旗下的商船船舶数量极少，所以不像能直截了当反制美国。主要会受到反制影响的反而是欧洲、以色列、日本、韩国与中国台湾地区的船东，如集装箱船的主要外国与台湾船东：地中海航运（MSC）、马士基（Maersk）、达飞（CMA CGM）、赫伯罗特（Hapag-Lloyd）、日本合资的 ONE、现代商船（HMM）、以星航运（ZIM）、长荣（Evergreen）、阳明海运（Yang Ming）等；或如散货船主要的希腊、挪威船东等。看来，中国如果向这些外国船东收取等同美国的港口使用费，就难免要得罪这些国家并带来抗议。但所有决策都难免有利弊，笔者作为外行人的浅见会是利多过弊，如下：

（一）悬挂美国旗的船舶虽然极少，但美国雄厚资本在背后悬挂外国旗（包括不少“方便旗”¹⁹⁵）的船舶或是在背后投资的外国船公司可是多不胜数。所以，中国这一个对策应该能间接向美国政府施压。

（二）主要拥有船舶的欧洲、以色列、日本与韩国等国也看不到谁是在今天地缘政治下去“选边站”是选中国。相反，如果美国今天不是出了得罪全世界的特朗普总统，相信这些国家大多数会明确“选边站”美国。中国与这些国家大都有一大笔账要不断谈判协商，多一项收取中国港口使用费也不像是有太大影响。再说，中国政府在建立这套反制裁机制时大可以加上“豁免”与“许可”的例外，就可以灵活使用，例如中国与希腊两国友好，或向中国台湾地区示好，就可对希腊或中国台湾地区船舶豁免收取或只收取一半不等。

¹⁹⁵ 例如约 6,000 艘（高达世界总和的 17%）的油轮与散货船是悬挂利比里亚（Liberia）旗，就是美国在 1948 年由当时的国务卿为美国船东设计的一套避开美国税务、解决船员欠缺与工资高昂问题的做法。在二战后的 60、70 年代由于对海上运输的需求，船只数量与吨位暴增。利比里亚船舶登记与操作与非洲利比里亚政府无关，而是由一家名为“Liberian International Ship & Corporate Registry”或简称“LISCR”的美国公司当一盘生意在做。

（三）考虑中国外贸的体量，政府也好像美国一样会多了一笔额外收入。当然这会令中美航线，甚至是全球的运费暴增，从而影响已经是在生存边缘的中国进出口商。但这是大局/乱局，罪魁祸首更是美国没有底线、说变就变的单边政策，中国收取的港口使用费充其量只是一个小份额的因素，即使不收取也救不了顶不过去美国对中国的制裁与极端贸易限制的中国公司。

（四）最重要的是，美国 301 措施主要目的是打击中国航运业与造船业，从而帮助中国船公司与中国造船厂的竞争对手，如上述介绍的外国船东与韩国、日本造船厂。这一来，为保护这些中国重要行业，有必要考虑这个对策以利让中国船公司与造船厂回归到一直以来的大家是在一个“公平竞争的环境”（level playing field）。

3 中国公司在作出重大决定时不考虑相关合同与法律地位的危险

笔者的感受是有部分中国公司与有关人士在考虑业务问题或在突发事件要去作出重大决策时，例如如何应对美国层出不穷的贸易限制措施以及配合国家的政策，经常不考虑（甚至没有意识要去考虑，否则即使不懂也会先问问懂的人士）合同与/或法律的地位去灵活处理。这应是中国商业人士普遍没有系统学习过普通法的“数理化”，特别是合同法的必然后果。但这是十分危险，在有了争议或面对诉讼/国际仲裁时，中国公司还可以委任外部律师处理，只需要肯花钱与有一定判断力能委任一位真懂与称职的律师。但在考虑公司业务或作出决策时，就不存在委任外部律师去越俎代庖，必须是公司领导与有关人士自己决定拍板。这一来，如果这些决定从不考虑甚至是根本意识不到要根据有关合同与法律地位作出，就会带来可以是严重的后遗症。

中国公司每天要作出的无数商业决定会是可大可小，但由于商业关系都是合同关系，所以不考虑有关合同与法律地位作出的决定，就有很大概率是错误的决定，而碰上运气好是正确的决定的机会极微。错误决定也不一定有可让第三人看得出的后遗症，而只是失去一个“利益最大化”（maximise profit）的机会，例如本来曾有过机会可以合法从一个履行下去应可知道是灾难性的合同中脱身，但没有掌握机会。虽然第三人看不出，但知情与懂合同法的合同相对方如一家美国公司是看得出的，除了心里偷笑与鄙视外，也会留下让贪念无穷的商人刻意寻找下一个敲一笔的机会的后患。至于第三人也看得出的后遗症可以是在一个昂贵的国际仲裁斗争几年后败诉，中国公司要向美国公司或外国公司赔上 50 亿、100 亿美元。但这后遗症也会延伸到国与国之间，如果双方的斗争是一家美国公司敲了中国一家国企 100 亿美元，最后笑的肯定是美国。无论是和平年代的“文斗”还是战争年代的“武斗”，最后的目的是为了抢夺与保护己方的经济利益。

本书不讲合同法，所以只为本书主要针对的美国单边制裁与贸易限制去举几个例子：

（一）经常听说中国出口商任由美国买方摆布，要求中国出口商生产就生产、

付运就付运、储存就储存。反正只要下单“赏口饭吃”，中国出口商就高兴，从来不去考虑美国买方在平等的合同与适用法律地位下是否有权提出这种要求。

中国公司对外国公司有求必应，对全球商人（包括中东、非洲、南美等）已经众所皆知。而之后他们就会得寸进尺提出越来越高的各种要求，让中国公司应接不暇、疲于应付，直到没有办法满足，就违约/毁约说“不干了”。中国公司经常为自己的错误决定去事后粉饰说是为了长远友好关系，但其实本质是不懂自己与相对方在合同与法律地位下的权利。

上一段已经提到在 2008 年金融海啸后，西方船东纷纷试图在之前以高价向中国船厂订购新造船的合同下“弃船”。但他们不会不考虑合同与法律地位就作出决定，简单通知中国船厂“不干了”、“不接船了”，因为这在合同法下是“违约/毁约”（repudiatory breach）¹⁹⁶，后果是要赔偿中国船厂蒙受的所有损失，包括预期利润。在国际仲裁折腾多年后，违约的西方船东就会是“钱没了、船也没了”。所以西方船东都刻意制造合法机会从造船合同脱身，笔者涉及的好几个仲裁案件中看到一种做法是西方船东明知道中国船厂有求必应，所以在建造过程中频频提出各种要求，部分会是苛刻与耗时才能满足。中国船厂也尽量配合，从来不考虑西方船东在造船合同与法律地位下是否有权提出这些要求。如合同与法律地位不明确，是否有必要寻找法律意见（如“大律师意见”）才作出决定？或据理力争与西方船东谈好条件才配合。结果中国船厂在配合这些西方船东实是在造船合同下无权提出或有争议性的要求，因为履行不了，或履行而阻延了交船的“最后期限”（drop-dead date），西方船东就有了在该造船合同下合法脱身的机会了。

（二）在美国针对中国货物进口关税狂加后，中美贸易也就停顿。这表示无数中国生产商/出口商在与外国公司（主要是美国公司，包括是沃尔玛、亚马逊等大小公司）有不少订立了的合同将会是履行不下去。因为这种交易，甚至根本不会有利润可承受 30% 的关税。大局固然如此，但就个别交易而言，中国公司与美国公司之间的买卖合同与法律地位就不是履行不下去一句话就了事。这不构成合同“受阻”（frustration）¹⁹⁷，因为出现的困难只不过是支付高昂关税，这是以金钱（即使是完全不成比例）可以解决的事。加上，谁要承担这笔关税在合同与法律已经有了分摊，也就更不应是合同受阻。至于在风险分摊下谁要承担这笔美国进口关税，在大量订立的“付运合同”（shipment contracts）的 CIF/FOB 买卖合同，交付是在中国装港将货物装上船舶，货物风险也从中国出口商转移给美国买方。所以美国的天价关税是要买方全部承担，与中国出口商无关。所以，美国买方根本没有合同权利要求中国出口商不要付运，将货物储存起来等等。美国买方如果没有按照合同约定准时开出信用证或在 FOB 合同下不派船等，都是违约行为。中国出口商都要懂这合同与法律地位，而不应该不作声/忍气吞声去有求必应，因为这可能带来“弃权/禁反言”（waiver/estoppels）¹⁹⁸。中国出口商即使真

¹⁹⁶ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第一章。

¹⁹⁷ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第二章。

¹⁹⁸ 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第三章。

心为了“友好”愿意配合美国买方的要求如暂停付运并将货物暂时储存，也必须在让合同相对方知道自己的“实力”（也就是自己知道合同相对方是无权提出这些要求）后才伸出“橄榄枝”。并且为了考虑配合要求，要对有关合同作出相应修改，例如是否修改信用证（如果有）延长付运期，谁安排储存与承担有关费用，期间风险属谁，谁安排保险与支付保费等等。这也可让美国公司感受到中国出口商真正的“友好”，而不是无知怕事的傻瓜。也可令美国公司不会与不敢再提出进一步不合理的要求，而会在商业压力下试图解决问题。例如知道自己无论如何不可能承担天价美国进口关税，美国买方就可能设法转售或重新分配，中国付运后不再是去美国卸货，而是其他邻国。

（三）据闻中粮也向美国购买了好几十船的大豆，这也表示可能是与世界大粮商如 ABCD 等已经签订了付运买卖合同，甚至已经支付了部分货价或开出了“不可撤销”的信用证。这一来，中粮要么选择承担中国反击要求从美国进口货物征收的天价关税（毕竟交付给自己国家也好过赔付给 ABCD 国际粮商），要么转运转售去别的国家等等灵活应变。而不能只说一句“不要了”，完全不考虑已经订立的买卖合同下可能带来的严重后遗症，如在一个 FOSFA 伦敦仲裁败诉，要向 ABCD 赔上十亿八亿美元不等金额。

（四）美国天天在加码针对中国的出口管制，例如在 2025 年 4 月美国通知英伟达禁止向中国客户如腾讯、阿里、字节跳动等等提供专门为中国市场定制的 H20“阉割版”芯片。相信英伟达在研发 H20 芯片后必然与不少中国公司有了长期供应合同，所以现在供应不了可能是违约/毁约（而构成合同受阻的机会不高），但当然还是要看个别合同的不同条文与个案的语境/背景才能知道。反正中国公司（特别是一些小公司）不能因为不懂自己的合同与法律地位，与因为不懂而惧怕国际仲裁与律师费用，让整件事情与供应合同履行不了，就不了了之，反正现在看来也不像能再有长远的友好关系可维持。如果一家中小型的中国公司能够向英伟达成功索赔 1 亿美元（这种金额在国际仲裁正常不过）等会是公司熬过严冬去找出替代解决方案的“粮草”。

（五）最近听闻中国政府反制裁的其中一招是要求中国航空公司拒绝接受波音飞机的交付，但到了要交付就表示双方一定已经有了该飞机的买卖合同，并且已经部分履行，如航空公司已经部分或全部支付了飞机的价款。笔者相信个别航空公司就不该一刀切拒收，毕竟每一份早已订立的买卖合同或每一架快要交付的飞机都不会相同。例如，飞机马上将交付，航空公司 A 也已经支付了 100% 的订购价格等等。这一来，拒绝了接受交付就让 A 全军覆没，钱没了、飞机也没了，如果 A 是上市公司或会在这种高调事件被个别股东质问与追责。而波音公司与美国政府会是口中抗议 A 违约/毁约，但心里高兴还来不及。

另一种可以是千变万化不同的情况是波音公司向另一家中国航空公司 B 说因为各种原因飞机要延迟交付，这可能在相关的买卖合同是违约/毁约，B 就可以有合法理由终止合同，并保留权利可向波音公司索赔损失与取回预付的部分订购价格。

再换一种情况是拒绝交付会在有关买卖合同与特定的情况/环境下（包括市场情况、以常见的融资租赁方式转移所有权等）令波音公司蒙受重大损失，并可预见肯定会启动仲裁向中国航空公司 C 索赔上亿或数十亿美元的损失。这一来，就带来后遗症，从国家整体尊严与长远利益来看更是得不偿失。

所以，国家的大政策与大方向必须依照，但在个别交易与商业合同，就需要个别中国公司灵活处理。而这主要就是根据法律地位看个别各不相同的合同条文与内容，加上其他也是各有不同的“背景/语境”（context）作出最终决定，如是否马上拒绝波音飞机的交付，或只接收下周可以实际交付的一架但拒绝行使合同选择权多订购与接受 6 架飞机。又或是根据合同挑出对方履行中的毛病，找合法理由拒收仍在建造中快要交付的飞机。再或是商业上通过转让/转售给其他需要飞机的外国航空公司等等手法/手段以消除或减少损失。反正在已经有了合同关系的约束下，绝对要避免不考虑合同与法律地位就作出商业决定，鲁莽简单地说一句“不干了”、“不要了”。

从笔者猜测的以上例子可以看出，中国政府在作出对美国的反制措施时一定是要从大局与国家整体利益/得失考虑，包括什么会是对美国更有威慑力。中国政府肯定无法考虑与也不会知道个别中国公司手中无数各不相同与千变万化的具体交易、相关合同内容与不同适用法下的法律地位。但这些个别中国公司则应该是非常了解（或通过咨询称职律师后了解）自己订立的合同与法律地位，这时就需要灵活地根据不同的合同内容与履行情况来找出路，要达到既遵守国家政策也能合法从合同中脱身，而不是一刀切地粗暴违约/毁约，并面对严重的后遗症要赔上巨额损失或甚至是公司的性命。

所以，只要中国公司在决策时有充分考虑有关合同与法律地位后，作出的判断是很可能有严重后遗症，就应该向中国政府有关当局申请“豁免”（exemption）或“许可”（license），允许“合法”继续履行，而不是枉顾合同与法律地位乱来并带来后遗症。因为只有中国公司才能知道自己订立的合同，所以不这样做而带来后遗症，之后还要被当局怪责也是理所当然。

最后去一提是在美国或其他西方国家的所有制裁机制下都有这种灵活做法，在个别不同案件下作出许可，也是为了这种千变万化的情况。防止本来为了保护自己国家公司的制裁机制，因为死板与教条的执行反而导致自己国家的公司的损失或甚至死亡。

第五章 中国公司在美国单边制裁和《反外国制裁法》下的应对

1 简介

在 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank (2023) SGCA 28 新加坡上诉庭先例中，Steven Chong 大法官¹⁹⁹说目前经济制裁对被制裁国家的影响是“比发动战争更惊人”，也在“不必杀死被制裁国家一个人的情况下，就已经可以让被制裁国家承受不了压力而投降”，说：

*“Unlike armed conflict or military intervention, the coercive power of economic sanctions is derived not from what they do to entities and nations that do not comply with international laws and policies but what they do not, in the sense that **they operate not through a formal declaration and imposition of war, but by way of ‘material exclusion from the world economy’** ... In withholding international trade and commerce from polities and nations, economic sanctions have become a powerful instrument of international diplomacy, and sanctions regimes have, over the course of the past few centuries, been imposed against states and non-state actors as a response to and a means of exerting political influence over their policies and behaviours and enforcing visions of international order. It is therefore unsurprising that **economic sanctions have been described as ‘something more tremendous than war’** in that ‘it does not cost a life outside of the nation boycotted, but it brings a pressure upon that nation which ... no modern nation could resist’...”*（加黑部分是笔者的强调）

国家受经济与贸易制裁如同战争开战后被围城，在经济、进出口贸易、民生等方方面面都会受到重大影响。作为人性的本能，总要想出各种应对办法生存下去，也只有能够守得住与成功生存下去才有反击的机会，让“围城”（施加制裁）的敌国或不友好国家知难而退，与重新达成相互尊重的和平局面。

今天活生生的例子就是美英与欧盟对俄罗斯的经济与贸易制裁，既然美国已经毫不掩饰地将中国列为下一个制裁目标，想要将中国打回石器时代，那么在过去几年，这些国家之间的攻防手段都是中国的前车之鉴。以下只从俄罗斯被制裁的许多行业的事件中随意挑一个介绍。

今天美国、加拿大和英国禁止直接从俄罗斯进口石油，欧盟禁止从海上进口（德鲁日巴输油管道油除外）俄罗斯原油和成品油。为了降低俄罗斯可以通过出售石油获得的利益但同时防止国际油价大幅上升，澳大利亚、欧盟和七国集团这

¹⁹⁹ 他也是中华人民共和国最高人民法院国际商事法庭国际商事专家委员会的成员。

些主要工业国家在全球范围内虽然没有全面禁止俄罗斯石油交易，但是对俄罗斯原油和其他石油产品的价格设置了上限。所以如果油轮运输超过价格上限的俄罗斯石油是“非法”的，这也阻止保险公司（其中大多数是西方保险公司与船东互保协会）为托运价格高于上限的俄罗斯石油的船舶提供保险。而没有船东互保协会承保的油轮是不能进入世界上大多数港口，也无法获得伦敦作为国际海事中心所提供的许多高端海事服务。

这催生了俄罗斯使用一支由老旧油轮组成的“影子船队”²⁰⁰来运输石油。这些船只通过掩盖船东、更换假船旗（如几内亚、加蓬的船旗）、关闭“自动识别系统”（AIS）设备、在海上转移货物和“欺骗”（篡改 AIS 信号来伪造船只位置）等手段来逃避检测，以躲过制裁。而相应的七国集团和欧盟则对这些油轮以及船东实施制裁。例如，2024 年 9 月 11 日，英国宣布对 10 艘油轮实施新的制裁，理由是这些油轮使用“非法手段”规避对俄罗斯石油的制裁。这 10 艘油轮都由阿联酋的 Stream Ship Management FZCO 管理，在这之前她们是由被制裁的俄罗斯最大的船公司 Sovcomflot 管理，其中 9 艘挂加蓬旗，1 艘挂巴拿马旗。BBC 近期也有报道称英国政府正在对 37 家涉嫌违反对俄罗斯石油的制裁的英国相关企业进行调查，其中一些可能是海事保险公司。看来双方的猫鼠游戏会一直持续下去。据报道，这些违反价格上限的石油大部分是运到了印度与中国，虽然目前英国等还没有对接收这些石油的国家/买方实施制裁或禁令，也没有对在第三国精炼俄罗斯原油然后出口到英国的行为实施制裁或禁令，但这种情况随时会改变。所以美国在特朗普总统上台与松口和俄罗斯进行谈判后，俄罗斯马上提出了放宽经济与贸易制裁的要求，可见经济与贸易制裁给国家造成的压力之大。

只说从特朗普总统在第一次任期挑起贸易战至今已经 7 年，可以预见短期之内也不会结束。面对这场持久战，为更好应战，中国需要有一些整体的制度性措施应对。接下去，笔者将在本章提出两方面的建议：

- （1）对国际商场的“文斗”，全国皆兵与练兵；
- （2）在尚未完全与美国脱钩或“藕断丝连”下，开始建立“双规制”。

2 中国公司掌握涉外法律这套游戏规则的重要性

在今天十分困难的国际政商环境下，中国公司必须自救。要知道，民弱则国弱，国家反制裁的强度与有效或有阻吓力的程度，也要取决于中国公司的强大。

²⁰⁰ 《劳氏日报》（Lloyd's List）对“影子油轮”的定义是：“船龄在 15 年或以上、所有权不明、或具有旨在混淆实益所有权的公司结构、仅部署在被制裁的石油贸易中，并从事美国国务院于 2020 年 5 月发布的指南中所概述的一种或多种欺骗性航运行为的船只。不包含由政府控制的机构，如俄企 Sovcomflot，或伊企 National Iranian Tanker Co 所辖的油轮，以及那些已经被制裁的船舶。”

如果无论是大是小的中国公司都在世界（不只是国内）真正强大，产品在技术、专利、市场需求等方方面面都有垄断性地位，财力雄厚与拥有国际顶尖“硬件/软件”人才等等，国家也就“水涨船高”变得真正强大。

目前看来，笔者很强的感受是只有在“软件”人才层面，中国公司与美国和欧洲公司还有巨大差距。“软件”的核心是国际法律水平，国际商贸中的所有活动、关系与交易都是围绕着一套在英国主导下建立与数百年间不断完善的“商业游戏规则”运行。而其中最关键的就是国际合同法，因为所有的商业关系都是由一个个不同的合同串联起来。而无可质疑的现实情况是，中国熟悉这套以英国私法/合同法为基础的游戏规则的商业人士与律师是严重不足。这一来，在商场如战场与美国单边制裁下的“文斗”，中国公司是根本没有斗争的本钱。虽然近年国家在大力鼓吹与以实际行动在培育“涉外法律人才”，但至少在这一段时间，中国作为世界第二大经济体，大量公司“走出去”投身在一个国际战场时欠缺熟悉国际商业游戏规则特别是合同法的“诸葛亮”，后果可想而知。

例如，从订立商业合同的员工到中国公司的领导，普遍不知道合同成立必须达成的要件²⁰¹，又或是合同可以合法被终止的几种方法²⁰²等基础性合同法理念。这也导致在发生争议开始诉讼/仲裁后，中国公司的证人会被敌对方代表律师通过“交叉盘问”（cross-examination）丑化，让仲裁庭更容易相信中国公司因为不懂这套规则而在不自知下犯错，当然很多时候现实情况也确实如此。这也是中国公司在国际仲裁案件十案九输的主要原因之一。

其他可说明中国公司普遍欠缺熟悉国际法律或游戏规则“软件”人才的客观事实也有很多，可随意挑少数几个代表例子：

（一）很多中国公司任由对方草拟合同后就签字，只关心如货物品种与货价等少数几点，和在菜市场买菜一样。但和在菜市场买菜不同，国际商业合同涉及的金额与可能的赔偿高达数亿美元是很常见，过招的对手也是精明的国际商人，不是菜场的小商贩。

笔者在三四十年前见到这种现象时，中国公司的理由（或借口）是英文看不懂。虽然今天部分中国公司仍是不看合同就签，但不少大型国企、民企，在程序上是改善了很多。相信看懂英文也不再是问题，一方面是多年来中国社会在一直强调英语学习，另一方面在科技的帮助下，翻译再也不是障碍。但最近有一位央企法务对笔者说：

“目前企业形式上越来越重视法律合规与合同。但是没有几个人认真看合同条文，看也看不明白，审核人的素质千差万别，所以合同质量堪忧。不出问题是

²⁰¹ 见笔者《合约的解释：规则与应用》一书第二章与《国际商务游戏规则——英国合同法》第二章。

²⁰² 见笔者《合约的履行、弃权与禁反言》一书第一章至第三章。

幸运，出问题很正常。”

（二）在合同订立出了问题，发觉有重要条文（如仲裁地是纽约或伦敦）对中国公司不利，在“你情我愿”下接受并签订合同的当事人的一些标准解释是“对方强势，不肯让步”或“这是国际习惯做法”。但在很多领域（例如稀土出口，或造船因为价廉与部分船型已经没有任何其他国家替代等），或从国际形式看（大家普遍接受中美无法轻易脱钩，这表示很多产品是非要从中国买不可），中国的谈判力量应该很强，完全可以争取对自己更好的条件，如合同适用法与仲裁地等。更重要的是，该中国公司当事人懂不懂纽约或伦敦仲裁，在今天或一两年后（因为合同可以是几年）美国对中国单边制裁不断加码的情况下会带来什么后果？或更简单问，他懂不懂国际仲裁与合同的谈判？如果不懂，可以肯定“对方不肯让步”只是借口。正如“汉隆的剃刀”（Hanlon's razor）所说：“在用愚蠢足以解释的情况下，请不要用恶意推测别人（*Never attribute to malice that which is adequately explained by stupidity*）。”拿破仑一世也说：“如果无能已经足以充分解释，就绝不要归咎于恶意。”真正的原因是因为不懂，不知道如何争取自己的权益。

（三）有说法是中国公司在国际商业仲裁的败诉率高达 80–90%，在此不必争论此估计的准确性以免偏离课题，反正败多胜少应是不争的事实。更令笔者担心的是如在少数被报道，特别是被个别律师吹嘘的中国公司在伦敦或香港胜诉的金额庞大的案件，在进一步搜索下会发觉败诉方也是一家中国公司或中资背景的 BVI 公司。这一来，无论哪一方胜诉都可被吹嘘为中国公司在国际仲裁胜诉。笔者确实也见过中国公司对越南、印尼等地的公司胜诉的案件。但笔者至今仍没有见过一家中国公司在国际商事仲裁，面对的对手如壳牌、BP、Exxon 等石油公司，ABCD 等跨国贸易商，或摩根士丹利、高盛等国际金融机构时，在一个金额庞大如上亿美元的案件胜诉。但反过来，这些跨国公司，甚至是美国或欧洲的中、小型公司，对中国公司胜诉金额高达上亿美元的国际商事仲裁案件就多不胜数。只是在近期，笔者就被咨询了两个大型中国公司分别被美国的中、小型公司在仲裁索赔 100 亿人民币以上的案件，而且其中一个仲裁已经是形势十分不妙，败诉裁决书的执行已经在国际法律媒体上被广泛报道。这种情况对美国与西方公司而言是难以想象，对壳牌或高盛等跨国公司来说，如果在与一家中国公司（更不说是一家中、小型公司）的国际仲裁中莫名其妙败诉要赔偿 100 亿人民币或 10 亿美元，肯定是奇耻大辱。相信它们在公司悠长的历史中很少甚至不会有这种没有保险或其他分散风险安排的巨额损失，就算有，也会是在这些美国或西方大型公司之间的“诸神之战”（clash of the Titans）。

（四）众所周知，在 2008 年金融海啸后欧洲与其他外国船东纷纷“弃船”，不再履行以前高价订下的大量造船合同。他们非但成功逃脱合同承诺，无需赔偿中国船厂蒙受的天文数字的损失，也可以在伦敦仲裁胜诉并成功向作出“还款担保”的中资银行取回预付的部分船价加上高昂利息。这也不是个别的例外事件或只有一两份造船合同是这种情况，而是成千上万份造船合同。据报道说有约 3 千个伦敦仲裁，个别仲裁会同时涉及在同一船厂建造的几份造船合同，其中高达 80–90% 是中国船厂败诉。仅笔者（杨良宜）就涉及约 60 个仲裁案件，笔者的记忆中也只有约三四个案件是中国船厂胜诉。而且胜诉的极少数案件都有特点，通常

是：敌对方如中东国家的船东也是法律水平差，“弃船”言行笨拙；中国船厂委任了更能干的律师；个别船厂的负责人作为证人表现较佳等。反正在对抗（无论是热战还是文斗）中，只要比敌对方强即能胜出，但中国公司如今要面对的主要是美国公司或美国控制的公司（USCFE）的强劲对手，而不是发展中国家的公司。

照理说，英国法/普通法下合同必须严格执行，不得轻易逃脱是一个基本大原则，如 Roskill 大法官在 The “Hansa Nord” (1975) 2 Lloyd’s Rep. 445 先例的名言：“*Contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation.*” 所以中国船厂在伦敦仲裁的整体大局对熟悉或甚至只需要对英国法/普通法“一知半解”的人士来说，是不可思议的。可见中国船厂（其他中国公司也是一样）对至关重要的涉外私法/商法，也就是英国法/普通法的合同法是接近一窍不通，导致平均水平高的西方船东可以在造船合同对中国船厂予取予求。

这种情况在 2008 年的惨痛教训后不像有改变，如 2019 年大连船舶重工集团海洋工程有限公司（简称“大船海工”）因为挪威船东 SeaDrill 公司取消 8 座海上钻井平台订单而重大亏损，面临倒闭，需要国家出手挽救。虽然大船海工将其归咎于 SeaDrill 不讲信用违约，但至少从仲裁结果看是 SeaDrill 以大船海工没有在合同规定的时间内交付为由取消合同的主张胜诉。看来，大船海工对“违约”的指责是不从法律的角度，也不考虑造船合同对交付期死线的约定，只是泛泛从感情或表面道德上出发。而 Seadrill 根据造船合同的约定，在国际仲裁获得了在英国法下大船海工违约的胜诉裁决，也成功执行了裁决书取得实质利益。谁对谁错的口舌之争意义不大，但是如果真的在国际上伤害到 SeaDrill（其他西方公司也是一样态度）的声誉与影响收益（例如在外国报纸诋毁，如果有报纸肯刊登），相信大船海工会被起诉诽谤与会在绝大多数法院（包括香港特区法院）胜诉。

（五）中国高校的法学教育长期缺乏系统国际合同法教育，涉外贸易法律停留在如 WTO、CISG、Incoterms 等。这方面的学习与国际商业社会每天真正在发生的实际情况是没有任何关系，真正有关系的是国际层面的私法，也就是合同法，因为所有的商业关系都是合同关系。不同性质的商业关系就带来不同的合同类型，如买卖合同、保险合同、代理合同、雇佣合同、租船合同、提单、信用证/见索即付保函、工程/建筑合同、造船合同、贷款合同、金融合同等等。它们有不同专业的内容，但根据的都是同一套源于英国，今天在国际商业社会被普遍接受的普通法合同法的基本原则，如合同成立的先决条件、解释合同的规则、什么言行会构成弃权或禁反言、合同的终止、损失赔偿如何计算等等，这些基本原则不会因为不同类型的合同有变动。中国作为世界第二大经济体与贸易国，会是世界上签订各种不同类型商业合同最多的国家。但这些合同的订立、履行等等都是由一大批对合同法一窍不通的中国商业人士处理与决定，特别是在交易另一方并非是来自一些发展中国家的“法盲”公司时，就可能吃大亏了。同时，因为缺乏系统学习，他们也往往对合同条文不重视，不知道双方在商场中“文斗”时如何通过合同隐蔽与狡猾地埋下“地雷”，将未来履行合同会出现的风险转嫁给对方。可以说，如果中国高校培养不出打好国际商法基础的法学生，就解决不了中国公司欠缺真正“武装起来”的文斗勇士的困境，面对西方公司的国际商场也是国际战场时就

很难不处在弱势。

(六)在本书多处包括在前言就重复强调在美国对中国的单边制裁与极端贸易限制下，中国公司不能纯粹指望国家在公法的层面解救，而是也要在私法的层面配合国家政策以及自救。在国际关系中微妙的政策（包括好像美国 OFAC 对个别中国公司实施单边制裁如加进制裁清单），中国政府也是很难直接出面干预，并带来有效成果。另是，国家订下的政策（如人民币国际化）也只有在无数的中国公司在实务中支持与执行下才会成事。所以要捍卫中国的国家尊严与利益，根本是要依赖中国公司在国际合同法与仲裁法等的特殊司法体系下有高超的“文斗”能力与手段获得胜利才能完成大业。

可去总结以上，在今天中国严重欠缺熟悉涉外法律（国际私法/商法）的商业人士与律师的情况下，笔者认为尽快全面系统性培育出一大批精通国际合同法为首的“数理化”的人士是燃眉之急。

3 双轨制

作为全球第二大经济体，中国的商业与金融体量实是太大，与外国公司有千丝万缕联系的行业数不胜数，但大家都会面对美国对中国的单边制裁与极端贸易限制的大同小异的困境。而且在本书第三章之 2.5.4 段已经略有提到，在美国步步紧逼，誓言将中国打回石器时代的现实环境下，中国公司就有必要趁现在还有一点时间（但肯定窗口期不长）多考虑与研究“B 计划”或“双轨制”，为今天与明天会是更严峻的环境去做好“两手准备”。国家也需要作出协助与协调，在不同行业建立与运行“井水不犯河水”的双轨制，以利根本性与合法合规解决此严重问题。

需要国家参与是如果任由个别中国公司/企业去单打独斗，就难逃大家没有方向感、感到无能为力、迷失与混乱。希望他们“八仙过海，各显神通”是解决不了问题，反而在一盘散沙下容易让美国政府与美国公司逐个击破。而且，不少中国公司各自显示的“神通”往往是短视与十分危险的“偷鸡摸狗”、非法与不成制度的一些做法。

简单说，中国要实施“双轨制”，其中“一轨”是分配部分中国公司（包括银行、进出口公司、保险公司、工厂如炼油厂等整条供应链与服务链的每一个环节）完全配合美国与部分西方国家的单边制裁机制（在中国的《反外国制裁法》下是非法与不承认的，这要设法去豁免适用），只专做这块业务，对美英一切监管逆来顺受，董事局成员与高管也能与美英如 OFAC 与 OFSI 监管机构等的负责人比较有共同语言等等。

“另一轨”专门针对受到美国与部分西方国家对中国的单边制裁影响的业务。这是要完全隔离与绕开任何美国与部分西方国家的因素/连接点：如不在美国设立任何分支机构；公司架构中避免美国公民、美国永久居留权人或美国实体等；

不进行美元业务（以人民币、新加坡元、港币、欧元、日元等替代）；不做美元的投资；在特别敏感的业务如俄伊业务，完全隔离任何与美国扯上关系的可能，例如避免美国公民、美国永久居留权人的员工参与；避免使用美国人或美国银行为与俄伊的交易提供融资；在企业内部涉俄伊交易的相关往来邮件中不要抄送美国公民或美国永久居留权人；员工（无论其是否为美国公民或美国永久居留权人）在美国境内出差或旅游期间禁止参与对俄伊业务等等。

正如本书一开始就有讲，中国人应该放弃任何美国突然转向的幻想，也是要丢掉幻想，准备斗争，勇于斗争。这正确的做法也早在《孙子兵法》就有教诲，说：“故用兵之法，无恃其不来，恃吾有以待之；无恃其不攻，恃吾有所不可攻也。”如果中美之间最坏的情况出现，有完全隔离美国与部分西方国家的业务的“另一轨”在顺利运行，就可以很容易接管所有中国业务，让“双轨制”变为“单轨制”做法。而做好了准备，孙子也说是反而会令最坏的情况不会出现。

据悉部分在中国有大量业务的西方银行/金融机构也在单打独斗研究怎样分“双轨制”营运，就是营运重要的中国业务时，剔除所有的美国因素与连接点，听说其中也包括了广为人知的汇丰银行等。这样当然就存在很多实际营运上的困难，例如在美国制裁机制下有“50%规则”，即如果是“被制裁方”拥有超过“50%股份”的实体就同样被制裁。但是在欧盟或英国制裁下被拥有或被“控制”²⁰³的实体同样属于“被制裁方”。这一来，好像汇丰银行如何可以建立另一家银行，既在双轨制下营运，但最后的利益仍然可以实际归属到同一套股东身上，就是很现实的困境。所以汇丰银行最后如何改制与改制的效果，看来是要拭目以待了。

其他个别西方公司以“双轨制”继续营运被制裁业务也有听说。如著名西班牙品牌 Zara 的母公司 Inditex 集团，在面对因为俄罗斯地缘政治影响而对俄罗斯开始的广泛制裁后，马上就暂停与转让了所有俄罗斯业务。但根据 2025 年 5 月 15 日《金融时报》的报道，相关业务实际上是转让给与自己有长期合作伙伴关系的阿联酋 Daher 集团（阿联酋是被俄罗斯视为“友好国家”），甚至是产品的供应渠道都与过去完全一致。这一来，在俄罗斯营运的“独立”实体，得以保留了所有在俄罗斯的业务结构、与当地伙伴的合作关系，甚至是这样的做法下就保留了回旋余地。将来一旦地缘政治风险降低，与俄罗斯之间关系缓和，制裁开始松动的时候，Zara 可以马上迅速恢复市场营运。

在不同的中国行业，估计完全与美国脱钩各有不同程度的困难，但“双轨制”应该开始以作最坏情况的两手准备。笔者在接下去的段节只挑少数几个行业探讨。

3.1 保险与再保险

中国已经在公法的层面做了不少反制裁/反击的工作，例如在 2021 年 6 月 10

²⁰³ “控制”一词比较含糊，在本书多处已介绍了 *Mints v PJSC National Bank Trust (2023) EWCA Civ 1132* 上诉庭先例。

日发布的《反外国制裁法》与在 2025 年 3 月 23 日公布的细化操作规则的《实施规定》。这方面已经在本书第一章之 5.2 段有详及，也提到这将涉外的中国公司夹在中间，令中国公司无法背靠背而蒙受损失。这是因为中国有许多行业，无论是银行/金融机构，还是其他数不尽的或多或少必须涉外的公司，必须面对今天的涉外合同难逃有一条主要针对美国单边制裁的“制裁条文”的现实。即使在一些不认同这些单边制裁的管辖地，如香港或新加坡，仲裁庭或法院恐怕也难以否定这种“制裁条文”在合同法下的有效性，毕竟是双方你情我愿同意加上的，而剩下可争议的只是对有关“制裁条文”的解释。

另一个可能的抗辩是，如果合同履行地是中国内地，而“制裁条文”在中国法律下非法，那么或可根据“Ralli Brothers 例外”在香港、新加坡的法院/仲裁庭以在“履行地非法”主张“制裁条文”无效。因为在《反外国制裁法》生效后，第十二条明确规定：“**任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。**”（加黑部分是笔者的强调）

众所周知，“协助执行”在美国的制裁机制是十分宽泛。例如在本书第三章之 2.1.1 段介绍的 Kuvera Resources Pte Ltd v JPMorgan Chase Bank, NA (2023) SGCA 28 新加坡上诉庭先例，只因为 FOB 买方指定运输货物的是一艘可能被制裁的“Omnia 轮”，作为信用证受益人与完全不知情也没有被制裁的卖方就被保兑行 JP Morgan 以信用证加上的明示针对美国制裁机制的“制裁条文”拒绝支付。可见，只要在交易链、产业链或合同链涉及美国制裁的对象，就会被牵连。

这一来，合同中的“制裁条文”在中国法下的有效性就会有很大疑问了。如果在中国法适用或管辖下 A 应该支付给一家中国公司或一位自然人 B 一笔钱，但因为 B 被美国单边制裁加入“SDN 清单”，A 就以双方合同内的“制裁条文”拒绝支付，明显 A 是在“协助执行外国国家对 B 采取的歧视性限制措施”，看来是违反了《反外国制裁法》。而如果中国法院承认该“制裁条文”的有效性，协助 A 执行该条文或一个判 A 胜诉的仲裁裁决书，也是违反了《反外国制裁法》。在本书第一章之 5.4 段，已经介绍了《反外国制裁法》生效后第一个中国案件之“某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件”，不去重复。

这一来，中国公司会夹在当中，例如已经在本书第三章之 2.5.4 段有谈及的中国保险公司再也无法“背靠背”。这种困境除了有经济上的损失，更会带来其他严重后患，马上想到的是中国保险公司在中国《反外国制裁法》下“被迫”向 SDN 清单上的中国投保人理赔与支付金钱，会受牵连而被美国 OFAC 加入制裁清单。而像在“某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件”的欧洲石油服务企业一样，先向 OFAC 申请许可才作出赔付的做法，对中国保险公司是不可行。一是这种赔付的情况会发生太多，申请许可会是疲于奔命。二是 OFAC 基于制裁的目的肯定会对中国公司申请许可不安好心，困难不说，OFAC 也会借此机会诈取机密信息与其他好处以打击中国。最后也是至关重要是政治上不可行，完全是中国自己的事情中国保险公司怎能去自投罗网向美国 OFAC 申请许可？

另是，中国保险公司可否在与中国投保人如中国船东的船壳险保单中，除了包括一条“背靠背”的制裁条文外，连适用法与管辖权条文也是“背靠背”，也就是英国法适用与英国法院或伦敦仲裁管辖。这一来，PICC（举例）以“制裁条文”拒赔是否就不成问题了？毕竟中国作为《纽约公约》签约国必须承认“伦敦仲裁协议”与裁决书。但这手法明显仍是在协助美国针对中国的单边制裁，《反外国制裁法》是不允许通过合同法的“订约自由”去合法化与回避的。所以中国法院应会以违反公共政策与“规避”（circumvent）《反外国制裁法》为由拒绝承认“伦敦仲裁协议”的有效性或拒绝执行裁决书。PICC 也不能阻止中国船东在中国法院诉讼以立法要求其作出赔付：见英国类似判法的 *Accentuate Ltd v Asigra Inc* (2009) EWHC 2655 (QB) 先例²⁰⁴。

所以，中国保险行业就需要逐步减少依赖通过伦敦安排再保的过往习惯做法。笔者不是行业内人，但既然俄罗斯被完全切断在国际再保的可能性后仍在生存，相信中国作为全球第二大经济体的经济体量，只靠中国自己（再加上友好国家）的保险公司已经可以再保去分摊大部分的风险。加上现在仍算和平环境，还有时间去一步步作出安排，应是有可能做到。

当然良好的愿望是英国与欧盟的保险公司也不会轻易放弃利益丰厚的中国市场，如果中国保险行业有“B 计划”，它们也会有相应的做法配合，避开美国的制裁。

3.2 金融/银行

除了中国保险公司，相信夹在中间的银行等不同行业的中国公司/企业也应是不少。例如，据闻大部分的中资银行虽然惧怕美国的制裁，不肯沾手与俄罗斯等国有关的正常贸易，无论是否以美元交易，导致中俄之间贸易越来越多是通过地下渠道进行。但仍听说有个别银行偷偷以隐蔽的地下渠道参与这些业务，如以“影子船队”运输、通过假文件进行银行支付、以虚拟货币支付等等。但这种见不了光、偷鸡摸狗的做法是绝不值得推崇（毕竟假文件在中国也是非法），也太容易被戳穿，美国当局一查就真相大白，无从隐藏。所以不可能形成一套稳定、较长期与合法的机制。相等于在美国的天价关税下，个别中国公司以走私漏税、虚报/伪造货物产地去隐瞒转口贸易或/与故意降低货物报价避税等“非法”（只要与事实真相不符的表述试图误导别人，在任何国家的法律下都是不容的“虚假”）的“下三滥”、短视与成不了长久制度化的做法。

隐瞒事实与制作虚假文件会带来的危险可以 2015 年被美国作出最大罚金（89.7 亿美元）的法国巴黎银行（BNP）为例，美国认定在其涉苏丹业务中，逃避美国制裁的手段是：

²⁰⁴ 见本书第二章之 2.3.1 段的详细介绍。

(1) 删除美元付款报文中的涉苏丹相关信息；

(2) 使用非附属的、非苏丹的且非美国的卫星银行掩盖苏丹的银行的参与。这种做法主要是一家苏丹的银行先将开立在“BNP 瑞士日内瓦子行”的账户中的美元资金转移至一家“卫星银行”同样开立在“BNP 瑞士日内瓦子行”的账户中，然后该“卫星银行”再将这笔美元资金通过一家美国的银行转移至该苏丹银行指定的受益人。这样，美元支付信息中不涉及苏丹的银行。采取同样的方法，苏丹银行也可以收到美元而不被发现。

与美国无关的交易，照理说只要排除任何美国因素或连接点，特别是不以美元而以其他货币如人民币支付与结算，就完全合法与安全。但在国际贸易“去美元化”何谈容易，特别考虑到中国的经济与贸易体量，不可能一蹴而就。更长期，也完全合法合情理、可以摊开在桌子上说理，也可让美国有顾忌不敢对中国得寸进尺的做法，就是成功建立另一套完全去掉美英管辖与美国因素/连接点的不同行业的制度。可以说，成功建立这套制度相等于建立应对美国单边制裁的“万里长城”。

“更长期”是因为在将来不久“全球化”（主要是与美国的双边贸易）再也走不下去时，和友好国家（如俄罗斯、巴西等的金砖国家、东盟国家、中东或甚至是欧盟等）与被美国单边制裁国家（如伊朗、委内瑞拉等）发展业务才是前途所在，而不是和天天在加码制裁或贸易限制的美国。相信许多中国公司也一直在此方向努力，如在美国以外拓展业务，调整生产链与产品等等。这在商业层面的方向改变，以中国公司一般的灵活性与坚毅是不必担心。但在法律制度上的重大方向改变，国家或/与行业领导就会需要参与，否则难以成事。

如果中国金融业有“B 计划”，英国与欧盟的银行/金融机构也不会轻易放弃利益丰厚的中国市场，它们也会有相应的做法配合，避开美国的制裁。虽然有 BNP 被罚巨款的前例，但这是早期，之后也没有令英国与欧盟的银行金盆洗手，而是一直与 OFAC “猫捉老鼠”，银行的手段在专业律师帮助下越来越高明，OFAC 也不断改法去封杀。

目前来看，要完全摆脱美元霸权以及与美国完全脱钩仍是十分遥远。建设“双轨制”也是步步艰辛，当然在今天的当下与对中国充满敌意的大批美国精英博弈肯定不会是易事。但目前俄罗斯、伊朗、古巴、叙利亚等的最坏情况已经摆在眼前，可以去借鉴令“双轨制”更早建立。

3.3 伊朗石油买卖与运输

伊朗是被美国全面制裁的国家，据知一些中国公司偷偷摸摸在购买价格低廉的伊朗石油。但这有很大危险，以为这种偷偷摸摸的做法（如通过转运等，其中主要是伪造货物产地、付运单证等文件，提供虚假信息，设立公司在背后操纵去经营伊朗业务等）是天衣无缝，只是“天知、地知、你知、我知”，但有心人只要查问就有无数渠道可以令真相毕露。所以这根本逃不过美国的监察，且不说合

同相对方可能因为货价波动或其他利益原因起贪念将事情捅给 OFAC，OFAC 自己也很容易掌握相应情况，选择什么时候制裁涉事的某些公司，逐个击破。

而美国也在持续加大对伊朗石油出口的制裁力度，在 2025 年 4 月 16 日，OFAC 发布了《航运及海事利益相关方关于侦测和缓解伊朗石油制裁规避的指南》（Guidance for Shipping and Maritime Stakeholders on Detecting and Mitigating Iranian Oil Sanctions Evasion），就是主要针对伊朗石油买卖与供应链的参与者。该指南包括的制裁措施覆盖所有参与石油运输的相关方，如贸易方、炼油厂、船东、承租人、经纪人、港口代理与其他服务提供方（如码头运营商、检验认证公司、仓储等）、保险公司、提供贸易融资的金融机构/银行等等。事实上，因这方面问题被美国制裁的中国公司也在不断增加，导致部分炼油厂担心制裁而不敢向伊朗（或也延伸到委内瑞拉、俄罗斯等）采购石油。但这是配合美国制裁伊朗目的，正中美国下怀。而中国作为美国制裁的下一个目标，难免感到兔死狐悲。

考虑到与美国双边贸易即使不脱钩也在减少，而与其他国家包括美国制裁的国家贸易量会不断增加，会否应建立双轨制，专门组织与美国完全隔离，专门针对伊朗等国的完整一套交易链、产业链或合同链的中国公司（如贸易方、炼油厂、影子船舶的船东、承租人、经纪人、港口代理与其他服务提供方、保险公司、金融机构/银行等）。他们也不怕美国制裁，完全可以公开合法，光明正大与制度化的营运。

第六章 制裁对仲裁的影响

在前文中已经介绍了很多美国与部分西方国家的制裁与贸易限制对今天国际商业社会带来的影响,尤其是针对商业交易、合同条文与实体争议方面的问题,不重复。从大局看国际商事仲裁,首先是世界的经贸已进入一个“逆全球化”的全新的阶段,二战之后美国为主建立起来的制度如 WTO、自由贸易、全球化等正在快速被摧毁。这一来,国际商事仲裁会受什么重大的影响,笔者马上想到有以下几方面的可能:

(一) 在早年国际贸易快速增长的年代已经订立的许多商业合同,不少会是较长期的,在今天的大环境下都会履行不下去。在好景的年代还可以看将来,友好协商解决。但到了现在,相信更多是以相互指控对方违约/毁约告终,并带来争议与索赔损失。这也表示在中短期内,国际仲裁的服务会有高需求与好景。但接下去随着国际贸易的萎缩,国际仲裁就会跟着萎缩。

(二) 也随着全球化的告终,全球化兴起与带动的国际商事与投资仲裁、《纽约公约》、《华盛顿公约》等等的前景可以肯定是不乐观。笔者甚至预测“国际仲裁”的没落,如一个对外贸易“封国”的美国,由于自身的经济规模,相信仍会有很多内贸。但既然双方都是美国公司何需选定另一个“中立”国家/城市如新加坡、巴黎、伦敦等作为仲裁地?相信他们肯定会更信任美国本土的仲裁机构、仲裁员、仲裁程序与美国的监督法院。而美国公司法人或自然人的取态,相信也是其他主要的国际商贸国家的公司法人或自然人的取态。例如两家中国公司在完全是内贸的合同下发生争议,即使没有立法针对,也不会懂行与知情下,想去伦敦或日内瓦仲裁,只要他们对内地的仲裁机构或法院与法律机制有一定的信任。更不说今天与美国的关系何止只是全球化的商贸关系受阻,而是不少美国重量级政客已经明确说明视中国为敌国,不断提到备战。试想在二战,德国、意大利与日本公司(当年国际商贸主要是货物买卖合同与航运)会否仍在将争议提交给英国伦敦的 GAFTA 或 FOSFA 并去委任“敌人”的英国人作为仲裁员?答案是肯定不会。这一来,中国公司与外国公司订立合同发生争议怎会安心去让美国人作为仲裁员解决争议?

(三) 在今天世界的乱局与“让美国重新伟大”的单边主义下,美国依仗军事与经济力量迫使其他国家必须“选边站”。也确有不少国家相信是内心不认同但在各种因素如与美国文化/种族接近,一贯国家的意识形态,国家主权核心利益,普遍的人性是倾向惧怕得罪强横的恶人(恶国),有麻烦本国可以偏安就尽量置身事外与为了短期的利益等等,选择站边美国。再加上今天再难见到中立与报道事实真相的媒体,取而代之的是铺天盖地与包装精美的假消息、假新闻与别有用心的意见,这就会影响这些选边站了美国的国家的民众,其中难逃包括了法官、仲裁员等。难怪时不时听到报道如有 80%或不等的美国人不信任中国人,或法国/英国有 80%或不等的民众不信任俄罗斯人等等。

一直以来,国际仲裁就很受“文化差异”(cultural difference)的影响。例如

由一位英国独任仲裁员审理一方当事人是英国公司，但另一方当事人是有“文化差异”的日本公司的争议，会是在一些金额与实质影响不大的案件，更有可能见到司法公正。但在金额巨大与涉及严重利益矛盾的争议，且英国当事人是一家如壳牌或 BP 石油、四大银行等的公司时，日本公司或其他客观第三人是否也完全有同样的信心该英国独任仲裁员会做到司法公正，如在开庭审理时以口头证据/证人证言与交叉盘问去认定事实时，不会受任何不自觉的“文化偏见”（cultural bias）的影响？国际仲裁的实际做法中也承认这种危险，例如一般仲裁庭总是 3 位，让日本公司可以委任一位自己信任的仲裁员（一般会日本人）在仲裁庭的内部活动（主要是作出任何决定前的合议）中起到作用。又例如，仲裁机构如 ICC 或 HKIAC 是有“国籍规则”（nationality rule），原则上不会委任与任何一方当事人的国籍相同的独任或首席仲裁员。当然这能否解决文化差异与文化偏见的危险仍是主要看实际操作，毕竟文化主要是在种族，不在国籍。这一来，如果在一宗涉及美国公司与中国公司的仲裁案件，争议金额巨大与利益冲突严重，仲裁机构委任一位“同文同种”的非美国人，如英国人、以色列犹太人、澳大利亚人等作为独任仲裁员，对中国公司来说又怎会是消除或减少了“文化偏见”的危险？

以上还只是全球化与世界大同，并在鼓吹以国际仲裁解决商事争议年代的忧虑。在今天的世界乱局下，这问题是越加严重了。首先，在不少国家被迫、自愿或半自愿“选边站”下，是否还有会被其他国家（如大部分的发展中国家）接受的公平、中立、可信、有专业能力与配套的法律的仲裁地？例如，即使是中国公司或美国与部分西方公司在国际仲裁仍可以接受的新加坡，在一个 3 年、5 年长的交易与相关合同被双方选定为仲裁地，也难以肯定在 1 年或 2 年后，新加坡会否被迫选边站与将会选哪一边？

而仲裁地的法官或仲裁员（虽然不一定是本国人士，但相信伦敦仍是英国人为主等）除了已经存在与挥之不去的“文化差异”，现在还多了一种也是他们不一定自觉的“确认偏见”（confirmation bias）。在今天“假信息爆炸”与国际社会分裂的时代，这种偏见更是至关危险。

（四）除了法官或仲裁员在今天地缘政治下的偏见，另一个同样甚至是更严重的问题是仲裁的“机密性”（confidentiality）。这一贯被视为是国际仲裁的卖点，但在今天美国与西方国家的制裁机制下，也受到严重的打击。仲裁的当事人、仲裁员、仲裁机构（如美国的 AAA/ICDR、伦敦的 LCIA 或巴黎的 ICC 等）与代表律师都有立法强制必须向管辖的政府当局（美国就是 OFAC、英国就是 OFSI 等）汇报任何有关与怀疑会涉及制裁的事宜。²⁰⁵这一来，仲裁的机密性就要靠边站了。以往如果伦敦仲裁的敌对方向第三人或公众泄密（如仲裁披露出来的商业机密），可以向英国法院尽快申请各种禁令如“禁言令”（gag order）去阻止敌对方或第三人这样做。而仲裁员、专家证人或代表律师等泄密的可能性是低多了，不仅是因为他们都要遵守专业操守，与除了办案外他们通常与案件没有利益关系，也更有以上介绍的同样法律手段的阻吓。另是，仲裁程序也有许多保密手段，如成立

²⁰⁵ 见本章之 3 段。

“机密会”(confidential club)等。但今天在公共政策的大棍下,立法强制要向监管当局汇报,向法院申请禁令去防止/阻止向 OFAC/OFSI 泄密就不可能了。更危险的是泄密的对象如 OFAC/OFSI,这是比向如“投资仲裁”(investment arbitration)的被告国家的民众(他们会受自己国家对外国投资人作出的赔偿的间接影响,所以应有知情权)、商业竞争对手等泄密(所以有“机密会”或机密文件“只有律师可查看”[for lawyer’s eye only]等程序)都更可怕。中国高科技的公司(被制裁或很可能将来被制裁的华为或 Deepseek 等)如果去伦敦仲裁,仲裁庭成员中也会有美英人士,中国公司可能需要委任美英律师与美英专家等等。这些参与仲裁的高端专业人士都有可能要向 OFAC/OFSI 通报与被进一步查根问底,商业机密、数据保护、科技机密如知识产权等等都可能被榨取出来,被敌意与心怀不轨的美国与西方国家取走。

这一来,可去总结在过去 50 年随着全球化建立起来与日趋完善的一套国际商事与投资仲裁机制的中、长期前景/远景是凶是吉是天知道。当然,即使在一个区域性的多边主义世界,仍需要仲裁作为解决商事争议的机制,但显然也不再是这些年来鼓吹的这一套国际仲裁。在本书第五章之 2 段所提的提议,即中国必须培养大量熟悉与掌握涉外法律,也就是这套国际商业游戏规则的人才仍是应该要走的道路。这一套“数理化”的国际私法/商法规则是数百年建立与完善起来的,今天只是国际商事仲裁被美国与部分西方国家的单边主义与政治霸凌污染,本身的实体操作是没有大问题也替代不了。所以,无论现在的世界怎样变,一些配合人性的定律如“商场如战场”,需要在一套肯定、稳定、合乎逻辑、配合实际与可行的商务游戏规则下运行,要有一套能够通过认定事实真相与说理去和平解决争议的机制等是不会变的。所以中国培养大批这 200 年来一直欠缺的国际“文斗”斗士或诸葛亮是刻不容缓。

以上所讲,相信读者在阅读了接下去介绍在今天的单边制裁机制下,如何在国际仲裁案件的实务中带出的方方面面的问题后,会更容易接受。但由于发布这本书是有时间性,所以针对美国与部分西方国家的单边制裁如何影响国际仲裁这一个重大课题(例如据悉,在 2024 年第一季度 ICC 国际仲裁院的案件有 25%受制裁影响²⁰⁶),只能在不同问题(如涉及制裁的“裁决书的承认与执行”)已经有很多相关案例中随意抽个别介绍。

1 “可仲裁性”(arbitrability)

“可仲裁性”的说法与仲裁地国家的“公共政策”(public policy)是有密切关系,例如视某些争议涉及的事情对公众与第三人有影响,或立法的要求或本意是要求由法院或其他公共机构公开审理,如政府或“公共询问”(public inquiry),

²⁰⁶ 见 < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/03/23/2024-paw-sanctions-and-arbitration-lessons-learned-and-possible-strategies/> >

不能让双方以仲裁去“私了”。

不妨节录部分先例中对这方面的说法，首先是 *Fulham Football Club Ltd v Richards and another* (2011) EWCA Civ 855 上诉庭先例，Patten 大法官说：

“it is necessary to consider in relation to the matters in dispute in each case whether they engage third party rights or represent an attempt to delegate to arbitrators a matter of public interest which could not be determined within the limitations of a private contractual process.”

另在 *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain, The French State* (2013) EWHC 3188 (Comm) 先例，Hamblen 大法官节录与认可了一些权威说法，其中包括：

“The non-arbitrability doctrine rests on the notion that some matters so pervasively involve public rights, or interests of third parties, which are the subjects of uniquely government authority, that agreements to resolve such disputes by ‘private’ arbitration should not be given effect.”

这一来，在英国法²⁰⁷下经济与贸易制裁会导致有关争议变为“不可仲裁”的可能性不大。毕竟，同样针对涉及刑事犯罪（无论是英国或外国，例如是涉及贪污受贿或欺诈/欺骗）的争议，只要能与决定刑事责任的争议分割，是“可仲裁”的。仲裁审理中也经常涉及这类争议，最好的例子就是很多投资仲裁都涉及贪污受贿的争议，或在海事仲裁经常涉及的“倒签提单”等制作假文件的欺诈/欺骗刑事行为。“不可仲裁”的只是不能让仲裁庭去认定是否有刑事责任并作出刑事的惩罚，如监禁或罚金。这方面先例可见：*Fiona Trust v Yuri Privalov* (2007) UKHL 40；*Interprods Limited v De La Rue International Limited* (2014) EWHC 68 (Comm)；*The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain, The French State* (2015) EWCA Civ 333 等。

经济与贸易制裁看来也不会令在“独立原则”（separation principle）下独立存在的仲裁协议/条文“受阻”（frustration）。因为如果是伦敦仲裁，合同的履行就是去伦敦仲裁，这没有什么法律或实质障碍让一个伦敦仲裁履行不了。毕竟，制裁真正影响的是主合同的履行，但主合同也“受阻”²⁰⁸不了，毕竟多数经济与贸易制裁机制在理论上都可以申请许可：见 *Melli Bank Plc v Holbud Ltd* (2013) EWHC 1506 (Comm)；*DVB Bank SE v Shere Shipping Co Limited* (2013) EWHC

²⁰⁷ 可仲裁性问题在各个不同国家或地区会有自己的判断标准。只说在欧盟，已经有瑞典法院将案件转介给欧洲法院（European Court of Justice）：*NV Reibel v JSC VO Stankoimport* (Case C-802/24) 处理涉及俄罗斯被制裁方时，案件是否可仲裁的问题。此案件的案情还可见本章之 7.1.1 段的介绍。

²⁰⁸ 见本书第二章之 1 段。

2321 (Comm)等先例。

在 *Barclays Bank PLC v VEB.RF* (2024) EWHC 1074 (Comm) 先例，被告主张仲裁协议因为英国的制裁而“受阻”，但 Kimbell 大法官说虽然英国的制裁令俄罗斯公司可以选择的律师池变小²⁰⁹，但俄罗斯公司仍可以找到专业的律师与大律师代表其参与仲裁，不能说仲裁协议“受阻”。

而俄罗斯自己通过的《Russian Commercial (*Arbitrazh*) Procedure Code》立法，明确约定伦敦的仲裁协议是违反俄罗斯公共政策与“不可仲裁”，不被承认有效。但在英国法/普通法下是不考虑一方当事人（俄罗斯公司）所在地或营业地的法律²¹⁰，所以不会被英国法院与伦敦仲裁庭接受俄罗斯的立法去认定伦敦仲裁协议因此变为无效。同样不会被接受与理会的是俄罗斯法院向启动与推进伦敦仲裁的外国公司作出的“止诉禁令”（*anti-suit injunction*）。所以充其量俄罗斯的单方面立法只能起到有限的作用，如俄罗斯法院拒绝执行该伦敦裁决书。

在中国的《反外国制裁法》生效后，已经提及在中国法下，如一份中国投保人的保单加进一条针对美国单边制裁机制的“制裁条文”（*sanction clause*）会被视为是非法与无效。²¹¹而以订约自由在保单加进英国适用法与一条伦敦仲裁条文，试图规避是违反中国的公共政策与《反外国制裁法》也是无效或“不可仲裁”。但英国法/普通法不考虑一方当事人（如中国投保人）所在地或营业地的法律，所以《反外国制裁法》不会被英国法院与伦敦仲裁庭接受。当然，即使伦敦仲裁作出了裁决书，判保单的“制裁条文”有效也不会在中国获得承认与执行，也不影响中国投保人可在中国法院以立法向中国一线的保险公司开始一个独立的诉讼。

只多举一个也不认为涉及制裁就会令争议变得“不可仲裁”的案件。在美国的 *Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc.*, U.S. District Court of the Southern District of New York, 27 July 1995, No. 95 civ 2748 先例，案件涉及租约，Belship 从二船东手上上期租船舶，又再转租给了 Sealift。但因为该船舶的船东有古巴背景，Sealift 支付给 Belship 的租金被银行根据 OFAC 的指示冻结，Sealift 因此主张租约无效，以免被牵连。Belship 通知 Sealift 开始仲裁，但 Sealift 拒绝委任仲裁员，理由包括争议“不可仲裁”。但这主张被法院拒绝，法院支持了 Belship 以仲裁解决争议的请求，要求 Sealift 在 30 天内指定仲裁员并参与仲裁。

²⁰⁹ 在接下去本章之 2 段有介绍为何俄罗斯公司很难委任到心仪的英国律师。伦敦仲裁在理论上不一定需要英国律师代表，但考虑到争议金额巨大，十分熟悉伦敦仲裁的外国律师也极少，加上一旦涉及英国监督法院程序就非要有英国律师代表，所以俄罗斯公司还是需要称职的英国律师协助。

²¹⁰ 见本书第二章之 2.3.1 段。

²¹¹ 见本书第一章之 5.4 段介绍的某海工企业与欧洲某石油服务合同约定的海上浮式生产储油船建造水处理模块的案件。

2 仲裁的启动与专业人士的委任

在如今单边制裁机制下，被制裁方在启动与推进仲裁程序过程中委任专业人士会有各种各样的困难，以下段落会分别介绍。

2.1 制裁机制下委任代表律师会面对的困难

在英属维尔京群岛（BVI）的 JSC VTB Bank v Sergey Taruta and Arrowcrest Ltd, BVIHC (Com) 2014/0062 先例，案情涉及 VTB 银行为执行胜诉俄罗斯判决在 BVI 法院成功申请到对 Taruta 先生控股的 BVI 公司的“接管令”²¹²。2022 年 2 月 24 日，俄乌冲突全面爆发。英国对包括 VTB 在内的众多俄罗斯个人和实体实施了制裁。Taruta 先生向 BVI 法院申请解除接管令，认为继续执行接管令违反制裁的规定，因为接管令使资产、资金和/或经济资源可供被制裁的 VTB 使用。在诉讼期间，代表 VTB 银行的 Ogier 律师事务所申请不再作为法律代理人，其理由是：

“(1) VTB is a majority state owned Russian bank;

(2) Russia has invaded Ukraine in an entirely unprovoked way in circumstances which most of the world, including Ogier, regard as unjustified and unacceptable;

(3) It has been reported that in the invasion of Ukraine, hundreds of thousands of Ukrainians, if not millions of Ukrainians, have been displaced from their homes by that Russian invasion;

(4) It has been reported that in the invasion of Ukraine, many Ukrainian soldiers have been killed or wounded by the Russians;

(5) It has been reported that in the invasion of Ukraine, many civilians have been killed or wounded by the Russians;

(6) VTB has been sanctioned by the UK, which sanctions apply in BVI;

(7) Any breach of those sanctions is a criminal offence.

(8) The Chairman of VTB has been sanctioned by the UK, which sanctions apply in BVI;

(9) In any event, it is against Ogier’s ethics and code of practice to act for a

²¹² 见笔者《仲裁法——从开庭审理到裁决书的作出与执行》一书第十四章之 8.6 段。

company so closely associated with the Russian state in the circumstances set out above.

(10) However, Ogier cannot in any meaningful way act or represent VTB without the risk of Ogier and people who work for Ogier being in breach of the sanctions regime. Ogier will not place its employees in that sort of jeopardy.

(11) In any event the litigation cannot be furthered because of the sanctions. Nor could VTB pay for it to be furthered.

(12) It is obviously important that VTB have no assistance from anyone in the BVI, Ogier included, in its efforts to realise and turn into money the judgment which was recognised in BVI before the invasion of Ukraine;

(13) In the above circumstances, the representation of a sanctioned Russian Bank is plainly a reputational concern or issue;

(14) Recent guidance from Jersey (subject to the same sanctions) states that the present circumstances provide ‘just cause’ for the termination of a retainer with a sanctioned entity. The BVI language contained in the LPA is ‘good and compelling reason’ which is submitted is a virtually identical formulation.”

但该申请被法院驳回，理由主要包括：

（一）一旦律师事务所接受了一项代理工作，他们就有义务继续代表客户，除非获得法院的许可。法院指出，Ogier 作为法律从业者，有责任继续为 VTB 银行提供法律服务，直到法院允许他们退出代理。法院引用了《Legal Profession Act 2015》中的职业道德规范，强调律师有义务“在不畏惧司法偏见或公众不受欢迎的情况下，捍卫客户的利益”。

（二）即使客户是被制裁方，律师也有责任继续为其提供法律服务，以确保法律的公正执行。法院指出，尽管英国对俄罗斯实施了制裁，但这些制裁的目的是冻结资产，而不是剥夺被制裁方的“民事权利”（civil right）。被制裁方仍然有权在法院进行诉讼，并要求法院确定其主张的权利和义务。尽管与被制裁方进行金融交易存在限制，但可以通过向总督申请许可来合法进行某些交易。因此，Ogier 可以通过申请许可来继续代表 VTB 银行，而不会违反制裁规定。如果允许 Ogier 退出代理，VTB 银行将无法继续进行当前的诉讼。由于法院在 CPR 69B4(4) 下的权力有限，VTB 银行将无法找到新的法律代表，这将对其诉讼权利造成严重影响。法院引用了英格兰和威尔士律师协会会长 Stephanie Boyce 的观点，强调律师的职责是代表客户，无论客户是谁，以确保法院的公正性。这有助于维护公众对法律制度的信心，即使客户是被制裁方。

（三）法院在权衡 Ogier 的商业利益（如声誉和费用支付问题）与法院的职责时，认为法院的职责更为重要。即使 Ogier 担心与俄罗斯实体的关联可能损害

其声誉²¹³，但法院的职责是确保法律的公正执行，即使对被制裁方也是如此。

（四）法院指出，虽然 Ogier 担心无法从 VTB 银行获得费用支付，但这一问题可以通过申请许可来解决。如果 Ogier 无法获得许可，法院可能会重新考虑其申请，但在制裁制度的早期阶段，还不清楚实际支付的可行性。法院强调在处理制裁问题时必须保持独立性，不能替代政府的决策。制裁的实施和解释是政府的职责，法院的角色是确保法律的正确适用与公正执行。即使在涉及国际制裁的复杂情况下。法院的权威性要求其在法律框架内行事，而不是基于政治或公众情绪。

（五）对于 Ogier 提出的 Jersey 岛允许律师将俄乌冲突作为终止与俄罗斯客户的代理合同关系的“正当理由”（just cause），这是针对俄乌冲突后大量律师事务所终止与俄罗斯客户的合同关系的情形，BVI 法院指出 Jersey 岛的指引不适用在本案，因为其中没有提到律师在进行中的案件中退出代理的情形。

综上所述，法院认为，尽管 Ogier 有其合理的担忧，但其作为法律从业者的义务和法院的职责要求其继续代表 VTB 银行，除非有更充分的理由证明无法继续履行这一义务。

虽然有这个案件中法院确立的原则，但是现实中 Ogier 即使被迫继续做下去，其提供服务的质量如何就只有天知道了。同一道理是在“服务合同”（service contract）下，法院是不会给出“履约指令”（specific performance）。²¹⁴

类似的也可见在 VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery (2022) EWHC 2795 (Comm) 先例，涉及了 VTB 因被制裁导致支付困难。证据显示由于 VTB 无法继续合法支付律师费，原本的律师 PCB Byrne 在 2022 年 6 月获得法院批准不再继续代理。²¹⁵

反正只要案件涉及与制裁有关的因素，当事人在今天都是不容易找到代表律师。笔者最近就听闻中国公司的买方因买卖的货物来自俄罗斯从而开不出信用证而被卖方索赔的国际仲裁案件中，中国公司即使并非已经是“被制裁方”，但在寻求律师协助时，都要面临不同英美律师事务所详细的尽调。而中国公司也因案件涉俄从而不敢寻求英美律师事务所的帮助，因为害怕在案件处理中，相关的机密的证据会被英美律师事务所获得并汇报给英美等的制裁监管机构，也就是 OFSI 与 OFAC，并带来自己被制裁的严重后果。这些都迫使中国要尽快与大量的培养自己真正熟悉国际商游戏规则“数理化”的涉外法治人才，才能不在软实力方面

²¹³ 看来这也是不少著名英国或跨国律所担心的，也不想麻烦，如动不动就要申请许可等等，这也导致俄罗斯公司或被制裁方即使出高价也只有为数不多的律师可供筛选。

²¹⁴ 见笔者《损失赔偿与救济》一书第十二章之 6 段与 7.3 段。

²¹⁵ 也已经在本章之 2.2 段解释过今天已经有立法解决了提供法律服务的问题，也有“一般许可”（general license）解决实际付款的问题。

受掣肘。

2.2 英国仲裁员或律师需要 OFSI 许可才能为被制裁方提供服务

伦敦仲裁的一个重要问题是，针对俄罗斯的制裁机制是包括了禁止向“被制裁方”（sanctioned party）提供各种高端服务。例如 2022 年俄乌冲突后，对针对俄罗斯的制裁机制即《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》进行修改，包括在《Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 14) Regulations 2022》中增加 Section 54C 禁止提供一系列类型的服务：

“(1) A person must not directly or indirectly provide, to a person connected with Russia—(a) accounting services, (b) advertising services, (c) architectural services, (d) auditing services, (e) business and management consulting services, (f) engineering services, (g) IT consultancy and design services, or (h) public relations services.”

在《Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 3) Regulations 2023》增加 Section 54D 禁止提供法律服务：*“(1) A person must not directly or indirectly provide legal advisory services to any person who is not a United Kingdom person in relation to, or in connection with, any activity (“the relevant activity”) which satisfies the condition in paragraph (2), whether or not those services are provided to a person in the United Kingdom.”*

这一来，全面封杀任何为俄罗斯及其有关人士提供服务显然给英国的高端服务行业如金融业/银行业、英国律师与伦敦仲裁等等带来了巨大的负面影响。毕竟，俄罗斯的经济与贸易体量与以往制裁的国家如古巴、朝鲜等是完全不能相提并论。所以，对于目前在国际仲裁舞台上占据绝对优势地位的英国服务业人士（英国法律专才如仲裁员、律师或专家证人等不只是在伦敦仲裁雄霸，也在其他主要的国际仲裁地或机构雄霸或作为主力，如巴黎的 ICC、香港的 HKIAC、新加坡的 SIAC 或 SCMA 等），英国政府也注意到这种全面制裁与封杀会带来的负面影响。毕竟，长远的国家利益是必须维护伦敦在国际仲裁中的地位。

因此英国在尝试解决能否在法院诉讼与国际仲裁中提供服务，以及即使能提供服务那么应该如何付款（如被制裁方支付费用给仲裁机构、仲裁员、代表律师等等）的问题。英国的制裁机制下既包括“豁免”（exemption）的例外情况，也包括向监管机构如 OFSI 申请“许可”（license）的机制。以法律服务为例：

（一）“豁免”例子就如英国在 2024 年 9 月 5 日以涉及到“寻求司法公正”（access to justice）的基本人权为由通过的《Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 4) Regulations 2024》。其中 Section 60DB，澄清了在法院诉讼与仲裁中作为代表律师提供法律服务并不违反禁止向被制裁方提供服务的制裁机制。这看来也是在上小段介绍的 *Barclays Bank PLC v VEB.RF* (2024) EWHC 1074 (Comm) 先例中，Kimbell 大法官说虽然制裁令俄罗斯当事人可以选择的律师池变小，但俄罗斯仍可以找到专业的律师与大律师代表其参与仲裁，不能说仲

裁协议“受阻”（frustration）的一个重要原因。在该澄清之后，相信本章上一段介绍的 BVI 法院的案例 JSC VTB Bank v Sergey Taruta and Arrowcrest Ltd, BVIHC (Com) 2014/0062 中出现的因制裁而无法代理的争辩理由就应该站不住脚了。

（二）“许可”既包括可以被广泛依赖的“一般性许可”，也包括针对具体案件申请与获得 OFSI 的“特定许可”。

“一般性许可”的例子就如 2022 年 10 月的 OFSI 许可“INT/2022/1552576”，允许被制裁的指定对象可以在约定了伦敦仲裁与 LCIA 机构仲裁时向 LCIA 支付仲裁费用。还例如是 2022 年的“INT/2022/2252300”以及 2024 年“INT/2024/4671884”与“INT/2024/5334756”等，允许“法律服务提供者”（legal adviser）为了提供法律服务接受被制裁方的付款。还例如在 2025 年的“INT/2025/5787748”允许接受对所有仲裁中仲裁费用的付款，这一来可以说至少是解决了大部分伦敦仲裁启动的问题。这些“一般性许可”通常都会有上限，例如是 INT/2025/5787748 中针对仲裁费用如支付给仲裁员的费用有 50 万英镑的上限，或 INT/2024/5334756 中针对律师费给出了 200 万英镑的上限，但更高的金额仍然需要特别申请与单独获得 OFSI 特定许可。这些“一般性许可”也会有及时（例如 30 天内）向 OFSI 汇报的义务。

而可以申请“特定许可”的情形也在《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》中有规定，例如是 Schedule 5 中的支付合理诉讼费用（*Legal services*）等。

在这样的立法与机制下，理论上仲裁员与律师即使参与与推进涉及俄罗斯被制裁方的伦敦仲裁，也不会属于违反制裁。这当然不是说这些专业人士就不需要再进行合规检查，例如即使是在豁免的例外下提供了服务，也需要向 OFSI 进行汇报。但至少有了豁免就不再是被禁止向被制裁方提供服务。笔者听闻在 2022 年俄乌冲突开始后，不少伦敦仲裁员担心裁决书的执行、费用付款等问题而对于接受有关俄罗斯的仲裁委任有很大保留，直到刚刚提到的 2022 年的 OFSI 的一系列许可后才开始愿意接受委任。

这些困难也变成了今天很多专业人士拒绝接受委任的好借口，尤其是案件涉及的俄罗斯公司很可能胜诉时，例如是明确不过的债务而没有抗辩理由。笔者在 2025 年 OFSI 的一般许可颁布前，就听说有涉及俄罗斯的仲裁案件无法在伦敦找到愿意接受委任的仲裁员，冠冕堂皇的理由就是可能受到制裁的牵连，而向 OFSI 申请许可是太麻烦，因此不得不在香港或其他亚洲地区寻找愿意接受此类伦敦仲裁的仲裁员委任的“非英国人”。毕竟，在今天的大环境下，相信一位英美的仲裁员判英美的一家重要公司要赔付一家被制裁（会是在个人的感情上视为是敌人）的俄罗斯公司或自然人一笔巨款是需要一点道德与专业勇气的。

只说，在 2024 年 10 月 10 日《Trade, Aircraft and Shipping Sanctions (Civil Enforcement) Regulations 2024》生效后，只要将来英国政府颁布相应制裁机制，禁止提供高端服务的对象就可以从被制裁的俄罗斯延伸去所有外国“指定人士”（designated person），这其中当然主要想去包括中国公司。

2.3 “美国人”需要获得 OFAC 许可才能向被制裁方启动与推进仲裁

以上还仅仅是对英国法下制裁的“合规检查”(compliance check)，今天会是对英国仲裁员或律师而言更重要的是美国法下的合规检查与应对。在美国的“长臂管辖”下，如双方当事人或其中一位被列入美国的“SDN 清单”，仲裁员与/或代表律师贸然提供服务与收取报酬，就会受牵连导致自己也可能被美国制裁。

例如在 *United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC*, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017) 先例，涉及的是原告在 2013 年获得被告（美国公司福布斯 Forbes）在乌克兰的商标使用权许可，然而当事人之间就商标权产生争议，开始纽约 AAA 仲裁。仲裁开始后，由于原告的“实益所有人”(beneficial owner) 在 2015 年被加入 SDN 清单，被告就主张原告也是被制裁方，因此商标使用权许可合同、原告在合同下的所有利益都属于“被封锁资产”(blocked property)，针对此合同下的仲裁也同样被“封锁”，没有 OFAC 的许可所有“美国人”都不得参与²¹⁶。这就给了福布斯完美的解除商标权许可的理由。福布斯也马上将此事捅到了 OFAC，并询问 OFAC 对仲裁的态度。看来这样的说法是得到了 OFAC 的认可，同时 OFAC 也对仲裁程序颁布了许可。在法院判词中说：

“OFAC confirmed that United Media Holding, NV(原告) was a ‘blocked person’ under EO 13660. ... according to OFAC, the Arbitrator and counsel for petitioners (原告) would require a license from OFAC in order to participate in the arbitration, or ‘otherwise deal in property in which [petitioners have] an interest, including the Trademarks and the [License] Agreement.’ OFAC also explained that Forbes would need a similar license to enter into any settlement agreement or arbitral award with petitioners... Forbes alerted the Arbitrator that, ‘OFAC states that an OFAC license will be required prior to your issuance of an award...’ the AAA suspended the arbitration in order to verify the parties’ positions on the need for OFAC authorization... the AAA confirmed that the arbitration was temporarily suspended because the AAA was aware of the need for an OFAC license before the arbitration could proceed... Forbes wrote to OFAC requesting ... OFAC License specifically to allow the Arbitrator time to issue the final award... explaining that ‘[a] transaction necessary and ordinarily incident to an arbitration hearing is the issuance of a final award.’... OFAC issued a license authorizing Forbes, its attorneys, and ‘all other persons participating in [the] arbitration proceeding’ ... to engage in all transactions that are necessary and ordinarily incident to the hearing presided over by [the Arbitrator] from March 3 through March 5, 2016, as described in the Application... Forbes sent a copy of the Letter and OFAC License to the petitioners and the Arbitrator on March 28, 2016 and asked the AAA to lift the arbitration suspension.”（加黑部分

²¹⁶ 有关美国制裁机制与 SDN 清单的问题，可见本书第一章之 2.1.1 段的简单介绍。

是笔者的强调)

换句话说，在仲裁涉及被制裁方的时候，“美国人”就有很好的理由因为也要对美国制裁合规而拒绝提供服务或者是中止服务。在该案件中原告连续更换了多任律师，就是因为律师均主张自己无法获得 OFAC 许可而不能继续提供服务。也能看到因为该案件是美国 AAA 仲裁，甚至是 AAA 中止了仲裁程序等待 OFAC 的答复与进一步许可。也值得一提的是，此案中最初仲裁员是认为根据初步证据，有关制裁机制并不适用，到最后是判在相关制裁下福布斯胜诉。

当然 United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC 先例涉及的是美国仲裁与美国当事人，那如果是不涉及美国人的情况呢？举一个例子是一方当事人是中国公司 A，刚被美国 OFAC 加入 SDN 清单，而另一方是“非美国人”的 B，有关交易也完全不涉及“美国连接点”/“美国因素”如使用美元结算。这一来，照理说与美国的制裁机制是一点关系也没有。

但即使是没有美国因素也没有管辖权的情况下，OFAC 只要掌握有关交易的信息而且看不顺眼就有可能制裁。如一位英国仲裁员在伦敦仲裁为被制裁的 A 提供服务，更不说是如果判 A 胜诉，就有可能在 OFAC 知悉案件后将该英国仲裁员加入“二级制裁”(secondary sanction)。所以，为了避免麻烦，相信不少不愁案源的英国或西方仲裁员不愿意在这些涉及美国制裁机制的案件中接受委任。

2.4 世界严重分化与被迫选边站下国际仲裁员的独立性与不偏不倚的疑问

除了以上所说的许可，如今的单边制裁机制，仲裁员接受委任也有其他的挑战。在 2025 年 4 月 17 日有报道俄罗斯检察院在俄罗斯商事法院向三位仲裁庭成员申请“止诉禁令”，禁止他们继续推进一个争议金额高达 75 亿欧元的国际仲裁，并要求加上如果违反禁令，就惩罚他们与原告（德国一家天然气/石油公司 Wintershall）的代表律师有向法院缴付 75 亿欧元罚款的“共同与连带责任”。这是在今天的世界乱局下第一次有案件报道仲裁员会面对这种施压。

原告之前与俄罗斯天然气工业股份公司联营在俄罗斯开发油田，但在俄乌冲突爆发后，宣布要从俄罗斯撤资。之后原告指称俄罗斯没收了其在俄罗斯资产，于是在《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty，或简称“ECT”)下开始投资仲裁。俄罗斯不信任总部位于荷兰海牙的“常设仲裁法院”(Permanent Court of Arbitration，或简称“PCA”)是一个中立的仲裁机构，因为荷兰是“对俄不友好国家”，且 PCA 的高管“公开支持乌克兰与抨击俄罗斯”(publicly support the Kyiv regime and condemn the protective actions of the Russian Federation)。而根据 GAR 的报道被委任的 3 位仲裁员，俄罗斯认为他们长期处于“对俄不友好国家”的政治影响，存在偏见，都是“西方制裁的代理人及傀儡”(agents of influence and hostages of Western sanctions)。

根据俄罗斯检察院申请临时禁令的法院判决，其对仲裁庭的独立性的具体质疑是瑞士的 Charles Poncet 先生曾因对穆斯林的歧视性言论在 Crescent Petroleum

v. NIOC II 仲裁案被赶走 (remove)。这表明他对宗教和文化存在偏见, 并可能影响对俄罗斯的仲裁。而 Charles Poncet 先生没有披露曾在仲裁被赶走的事实, 违反了《UNCITRAL Arbitration Rules》与《IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration》。俄罗斯委任的仲裁员 Hamid Gharavi 先生虽然没有个人行为可被认为影响公正性, 但他来自对俄“不友好国家”法国, 可能影响其公正性。首席仲裁员英国与尼日利亚籍的 Funke Adekoya SAN 女士, 由于英国的外国影响力登记制度 (Foreign Influence Registration Scheme), 她必须向英国政府报告与俄罗斯实体的交往, 俄罗斯认为这损害了仲裁的机密性与独立性。Funke Adekoya SAN 女士没有向俄罗斯披露这潜在的利益冲突, 违反了《UNCITRAL Arbitration Rules》与《IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration》。

俄罗斯法院在 4 月 29 日对仲裁员与 PCA 作出了临时禁令, 要求必须暂停仲裁程序, 直至法院最终裁定。据报道, Hamid Gharavi 先生在该案与另一个俄罗斯委任他的投资仲裁中辞职, 因为俄罗斯未能承诺保证终止针对他及其他仲裁庭成员的诉讼, 保证不会再次发生此类诉讼与未给予他绝对豁免权。他在辞职信中反复强调此类诉讼严重威胁到国际仲裁的原则, 并对仲裁员的独立性构成严重挑战。他也对当前国际投资仲裁环境提出担忧, 并呼吁俄罗斯政府重新审视其立场, 以维护俄罗斯在国际仲裁领域的声誉。

在本章开始时笔者就对全球化带出的“国际商事与投资仲裁”的前景问题提出质疑与忧虑。在今天假信息爆炸、国际社会分裂与国家纷纷“选边站”的时代, 大家对仲裁员“不自觉”(unconscious)的“文化偏见”与“确认偏见”也有担忧。更不说会有个别仲裁员在内心已经认定或接受某些“敌国”的当事人为敌人。本来, 笔者是大力反对对任何国家或种族的人士采用一竿子打翻整船人的态度。但今天地缘政治冲突严重, 甚至公然称对方为“敌国”与实施无底线的单边制裁, 热战也只是一线之隔, 因此在战乱时敌友难分的情况下不少人无法不一竿子打翻整船人。²¹⁷

记得在俄乌冲突爆发后, 笔者的西方朋友纷纷要求笔者公开表态支持乌克兰, 他们都是国际著名的西方仲裁员。虽然笔者接触的只是十分有限的人士, 但可以“一叶知秋”。也相信他们仍在接受涉及俄罗斯的案件, 毕竟俄乌冲突这种世界大事难逃会带来大量的争议与国际仲裁。笔者也相信他们是德高望重与重视专业操守的独立仲裁员, 在接受委任时可以相当肯定觉得自己可以不偏不倚去处理案件。但在知情第三人(特别是会受到不利影响的俄罗斯)看来, 会否认同他们的声称的不偏不倚, 就很有疑问了。笔者也知道有个别西方仲裁员朋友在政治上(特别是对中国)相对中立。问题是, 无论是充满敌意还是在政治上中立, 受影响的第三人会否/能否知情。显然, 他们如果不公开发表, 只私下跟爱人或好友表达自己对政治、战争、种族、制裁等敏感话题的极端看法或意见, 第三人就很难或无

²¹⁷ 从在本章之 7.2 段介绍的两个俄罗斯案件也可以看出, 现在只要仲裁员来自“不友好国家”, 就会被俄罗斯法院推定存在偏见, 也认为俄罗斯公司在国际仲裁不会有公平审理。

法知情。更不要说还会有不少懂得隐藏自己，做人深沉寡言或慎言的仲裁员更是危险。

除了刚介绍的 ECT 投资仲裁，接下去可介绍几个类似案情的国际仲裁案件：

（一）首先是早期的 *Catalina v Norma* (1938) 61 Lloyd's Rep 360 著名先例，案情是伦敦仲裁的首席仲裁员（一位著名御用大律师）在开庭途中休息期间说：“*They are not Italians. The Italians are all liars in this case and will say anything to suit their book. The same thing applies to the Portuguese. But the other side here are Norwegians, and in my experience the Norwegians generally are trueful people. In this case I entirely accept the evidence of the master of the Norma.*”这段话被葡萄牙一方的代表律师和证人听到，马上向法院寻求救济。法院判仲裁员的言行构成不当行为（misconduct），并将该仲裁员赶走。

（二）孙杨在 2020 年成功撤销瑞士 CAS 体育仲裁裁决书，因为意大利籍的首席仲裁员在仲裁程序进行中于推特账户上发表评论批评中国广西玉林狗肉节上杀狗的行为。其批评的言辞并没有就事论事，而是从杀狗的具体事件上升到对整个种族的攻击与敌视，例如使用“*yellow face Chinese monster ... deserves the worst of the hell*”等涉及种族与极其恶毒的字眼。CAS 所在地的瑞士最高法院判从客观角度看这些言辞，能够得出该首席仲裁员已经存在偏私而不能公正地进行裁决的结论，从而撤销了仲裁裁决书。

（三）乌克兰首富 Rinat Akhmetov 在其位于顿涅斯克地区的财产被俄罗斯没收后根据俄乌两国的“双边投资协定”（BIT）针对俄罗斯启动由 PCA 管理的仲裁，2024 年 7 月 31 日 PCA 决定将之前委任的美国仲裁员 Andrea Bjorklund 女士赶走，原因是她在领英（LinkedIn）上发布的为乌克兰参军的律师筹款的推文，显示出她很难在这个涉及俄乌战争的案件中公平与公正的审理。在该后来被删除的推文中，她形容乌克兰参军律师是乌克兰保卫者，他们的生命每时每刻都在危险之中，因为他们的装备不足够去抵抗俄罗斯的攻击，并呼吁大家捐款与提供急救包来支持他们与俄罗斯的斗争。

（四）同样是 PCA 的仲裁案件，该案涉及 2018 年 11 月 25 日俄罗斯在克里米亚附近水域扣押三艘乌克兰军舰与军舰上 24 名海军的“刻赤海峡事件”，乌克兰根据《联合国海洋法公约》对俄罗斯提起仲裁。俄罗斯在 2024 年已成功挑战了仲裁庭五位成员中的原主席 Donald McRae 以及共同仲裁员 Rüdiger Wolfrum，因他们在 2022 年 3 月 1 日国际法学会（Institute of International Law）谴责俄罗斯全面入侵乌克兰的宣言²¹⁸（“宣言”）中投了赞成票。该宣言中使用强硬的措

²¹⁸ 见 <<https://www.idi-iil.org/en/declaration-de-linstitut-de-droit-international-sur-lagression-en-ukraine/>>

辞公开谴责俄罗斯侵略乌克兰，并指出俄罗斯的入侵违反《联合国宪章》中体现的多项国际法基本原则和俄罗斯之前作出的国际承诺。

之后，前国际海洋法法庭的法官坦桑尼亚的 James Kateka (“JK”) 被委任为替换的仲裁员，俄罗斯又对他提出挑战。其中针对俄乌冲突方面的指控包括，JK 虽然在对宣言投票时投了弃权票，但他曾经对该宣言的草稿发表修改建议。在建议中，他并没有反对该宣言的立场，而仅仅是提出将强硬的措辞修改为较为温和的说法，例如将 “denounce” 改为 “deplore”，将 “aggression” 改为 “use of force” 等。另外，JK 也在 X（原来的推特）上转发一位法学院学生的推文，该推文则是转发了一位记者对肯尼亚驻联合国大使的发言的肯定，其中该记者的发文中提到俄罗斯侵略乌克兰的说法。PCA 仲裁庭剩余的另外三位成员在 2025 年 4 月 11 日作出决定以 2 比 1 的多数驳回了俄罗斯对 JK 的挑战，认为 JK 对于宣言的修改意见与投弃权票都显示他对于宣言并非是支持的态度，而转发推文除了是在俄罗斯对乌克兰开始全面的军事行动两天前外，JK 对于他转发推文的解释是说只是支持肯尼亚大使提到的非洲分界线的问题。而多数意见认为，转发推文的行为本身也不能表示就是认可与支持其中的说法。

3 仲裁机密性（arbitration confidentiality）

仲裁的机密性一向被认为是仲裁相比法院诉讼对商业人士更具吸引力的原因之一。《仲裁法——从 1996 年仲裁法到国际商务仲裁》一书第十三章对仲裁机密性的问题有全面的介绍，这里就不再重复。

但今天在美英和欧盟的广泛制裁下，对于“被制裁方”参与的仲裁，其中各个环节的信息都可能需要被披露给监管机构，从而机密性完全不再存在。例如在美国联邦立法的《Code of Federal Regulation》之 31 C.F.R. § 501.605 中对于“美国人”参与（如作为当事人、仲裁员、律师、事实与专家证人等）会影响被制裁方冻结的财产的诉讼、仲裁以及其他争议解决手段（无论是在美国还是在外国）要向监管机构 OFAC 汇报的规定如下：

“Reports on litigation, arbitration, and dispute resolution proceedings.

(a) U.S. persons (or persons subject to U.S. jurisdiction in the case of part 515 of this chapter) participating in litigation, arbitration, or other binding alternative dispute resolution proceedings in the United States on behalf of or against persons whose property or interests in property are blocked or whose funds have been retained pursuant to § 596.504(b) of this chapter; or when the outcome of any proceeding may affect blocked property or retained funds, must:

(1) Provide notice of such proceedings upon their commencement or upon submission or receipt of documents bringing the proceedings within the terms of the introductory text to this paragraph (a);

(2) Submit copies of all pleadings, motions, memoranda, exhibits, stipulations, correspondence, and proposed orders or judgments (including any proposed final judgment or default judgment) submitted to the court or other adjudicatory body, and all orders, decisions, opinions, or memoranda issued by the court, to the Office of the Chief Counsel (Foreign Assets Control) at OFACReport@treasury.gov with the number of this section in the subject line, within 10 days of filing, submission, or issuance. This paragraph (a)(2) shall not apply to discovery requests or responses, documents filed under seal, or requests for procedural action not seeking action dispositive of the proceedings (such as requests for extension of time to file); and

(3) Report by email to the Office of the Chief Counsel (Foreign Assets Control), at OFACReport@treasury.gov with the number of this section in the subject line, the scheduling of any hearing or status conference in the proceedings whenever it appears that the court or other adjudicatory body may issue an order or judgment in the proceedings (including a final judgment or default judgment) or is considering or may decide any pending request dispositive of the merits of the proceedings or of any claim raised in the proceedings.

(b) The reporting requirements of paragraph (a) of this section do not apply to proceedings to which the Office of Foreign Assets Control is a party.

(c) Persons initiating proceedings subject to the reporting requirements of this section must notify the court or other adjudicatory body of the restrictions set forth under the applicable part in this chapter governing the transfer of blocked property or funds retained pursuant to § 596.504(b) of this chapter, including the prohibition on any unlicensed attachment, judgment, decree, lien, execution, garnishment or other judicial process with respect to any property in which, on or after the applicable effective date, there existed an interest of any person whose property and property interests were subject to blocking pursuant to this chapter or were subject to retention pursuant to § 596.504(b) of this chapter.”（加黑部分是笔者的强调）

以上的规定显示出美国人参与的任何仲裁程序，一旦涉及被制裁方冻结的资产就要向美国监管机构 OFAC 报告的内容，可以说是包括了从仲裁程序开始直到裁决做出的全部内容。

虽然英国或欧盟尚未对仲裁程序有这么明确与详细的报告制度，但存在类似做法的总体报告要求，以下从几个方面分析：

（一）机构仲裁中，欧盟或英国的仲裁机构显然是受当地制裁机制的管辖，这就带来仲裁机构虽然强调被制裁方可以正常按照程序启动仲裁，但其中已经有很多对于被制裁方的特别规定，这主要就是向仲裁机构进行详细的披露，例如 ICC 就在其 2015 年 7 月 1 日发布的指引中写明：

“The implementation of the mandatory sanctions regimes by ICC has required the modification of a number of administrative steps in the DRS (Dispute Resolution Services) procedure at all relevant stages of these proceedings. In addition to general requirements of the applicable ICC Rules, and in order to ensure compliance with additional administrative measures imposed by the relevant regulatory authorities, ICC may call on parties to submit additional information, in particular if:

- one of the parties in the DRS procedure is listed by a sanctions regime;*
- one of the related entities is listed by a sanctions regime;*
- the subject matter of the dispute itself falls within a sanctions regime; or*
- the parties want to nominate an arbitrator, mediator or expert from a sanctioned country.*

Even if any of the above-mentioned circumstances occur and subject to the applicable sanctions regulations, parties are not prevented from filing a request under ICC dispute resolution rules.

If the parties have reasonable doubt that a sanctions regime is applicable to their request for DRS proceedings, they must inform ICC in advance prior to submitting any such request and prior to paying the respective filing fee, so that relevant administrative steps are taken to ensure compliance with applicable mandatory sanctions regimes.

Information required from the parties may include in particular:

- the identity of the parties with additional information regarding ultimate beneficial ownership;*
- the identity of all related entities in the dispute between the parties; and*
- additional information regarding ultimate beneficial ownership.”*

而在 2017 年 9 月 27 日 ICC 发布的给当事人和仲裁庭关于 ICC 的合规指引（Note to Parties and Arbitral Tribunals on ICC Compliance）中就明确了 ICC 会对法国（因为 ICC 在法国巴黎）与/或美国（这估计是因为美国的长臂管辖以及“二级制裁”的威胁）监管机构有披露义务：

“Notices to French and/or US authorities. Should the administration of a case, including any payment, trigger a requirement to notify French and/or US authorities under international sanctions regulations, ICC will give them the necessary notice(s). Although ICC considers confidentiality to be a key principle in ICC arbitration

proceedings, it may be required to comply with obligations imposed by the French and US authorities, should they request information. In such a situation, ICC will communicate the information pursuant to its obligations.”

（二）有说法是临时仲裁中没有仲裁机构，就不用有此担忧。但是无论是机构仲裁还是临时仲裁，都离不开律师、仲裁员、专家证人等任何专业人士参与仲裁，而这些专业人士很可能是来自美英与欧盟等地。如果这些专业人士是由被制裁方委任，他们需要获得美英与欧盟的许可才能接受委任与提供服务。这一来，在申请许可时，监管机构也是同样要求将各种信息披露出来，可以说不会比美国以上立法的内容少。

（三）即使在一个没有单边制裁的地方（如香港）进行仲裁，被制裁方参与的仲裁的信息也会需要披露给第三方，例如银行。在 HKIAC 对于制裁作出的指引（HKIAC Policy on Proceedings Affected by Sanctions）中提到：

“ 3.5 Where sanctions affect Proceedings and may affect HKIAC’s banking operations, HKIAC may:

a. use or avoid a certain currency to facilitate payments;

b. provide case information to a bank where HKIAC’s role in the Proceedings triggers such a requirement or where HKIAC wishes to obtain information from the bank. Any information provided will be limited to what is strictly necessary.”

不过该种情形下对被制裁方看来影响是最小的，因为银行仅仅是在是否可以收取或做出支付仲裁费用方面进行合规，不会好像制裁机制中的监管机构一样需要全方位的了解案件。仲裁机构或临时仲裁中的仲裁庭仅仅在有必要的情况下提供有限的信息给银行，银行也无权要求进一步的披露。

（四）但在香港等地仲裁更难防范的是当事人或仲裁机构委任的美英仲裁员向 OFAC/OFSI 披露信息的责任。看来，如果在一个已经涉及被制裁方或被制裁事宜的仲裁案件，如俄罗斯的案件，就不应该委任美英与欧盟仲裁员。对中国公司的案件，鉴于主要是美国的单边制裁在针对，而且刚节录了 OFAC 有汇报规定，所以一些不确定自己的国际业务是否百分百在美国制裁机制下合规或已被列入“SDN 清单”的中国公司不想让合同相对方与 HKIAC（也包括香港贸仲等）委任美国仲裁员，就需要在仲裁地是香港的仲裁条文中明示说明。另是，即使仲裁开始时中国公司还没有被美国制裁，在委任一些心仪的美国仲裁员时也可能需要约定一旦在仲裁进行期间一方变为被制裁方或有关争议变为被制裁事宜，他们要马上辞职与退出仲裁案件。当然，百分百合规合法（指美国制裁机制），不关心对 OFAC 丧失机密的中国公司（如在美国上市、中美合资、有重要美国业务等），就不必有这方面的担忧了。至于双方当事人委任“美国人”（US Person）的专业人士，如律师或专家证人、顾问等也有同样危险，也可以同样思路去应对。

4 仲裁机构（arbitration institutions）

在今天的地缘政治下，不少西方国家在不久前全球化下运行良好的年代是广泛受国际商业社会与发展中国家信赖的著名仲裁机构，也受到美英与欧盟的制裁机制的严重影响。美国的 AAA/ICDR 固然是如些，其他只要所在地或营业地是在英国与欧盟如 ICC、SCC、LCIA（与许多其他伦敦的仲裁机构），就受本国法律与制裁机制管辖，也必须严格遵守法律与有责任去协助达成制裁机制背后的目的。而这目的就是往往事实要“被制裁方”或被制裁国家的命，除非他无条件投降。

所以，这些仲裁机构会公平、公开对待约定由它们管理案件的当事人，也要遵守仲裁的机密性，高效与节省处理案件等等的传统理念，在今天美国与西方国家的单边制裁下都有了质变。例如，这些仲裁机构都需要建立程序在仲裁一开始就确定申请与启动仲裁的相关当事人、“拥有或控制”当事人的个人或公司、当事人的关联公司或自然人等，是否是“被制裁方”。如果是或有怀疑，就会有許多工作跟从如会有必要通告本国监管机构。接下来如被制裁方的财产被冻结，就带来有关仲裁机构的受理费、管理费或其他如仲裁庭的费用都无法支付了，除非走耗时与可以是复杂的程序向有关监管机构如 OFSI 申请许可。当然，这些仲裁机构在实际操作中，还有非法律的困难，例如它们的银行不肯接受与存放这笔仲裁费用。

这就表示在今天的大环境下，怕这种麻烦的当事人，更不说已经被制裁或有潜在风险会被制裁的当事人（相信有不少是中国公司/企业），最好的解决办法就是将合同的仲裁条文改为 HKIAC 或贸仲香港（如果喜欢机构仲裁）与“仲裁地”（seat）为香港。当然，如果对方因为美英大力打击与抹黑回归后的香港特区而有顾虑，也有另一个选项，就是新加坡的 SIAC。

笔者曾见过一家跨国律师事务所建议在一条“伦敦 LCIA 仲裁条文”中加上如果一方当事人在仲裁程序中途被制裁，LCIA 仲裁就马上终止，案件立即转交给 HKIAC（或 SIAC）接手管理。而仲裁庭成员，如果他们不反对，就可以保持下去。但笔者没有见过真正采取这种写法的仲裁条文，相信也不容易草拟好，更不容易操作。所以，如果有这种担心，更简单的做法是在订立合同时约定香港或新加坡仲裁。反正今天是回不去过去中国公司对仲裁地与仲裁机构有很多选项，独立仲裁员（如笔者杨良宜）也有更多机会在全球各个不同的仲裁机构被委任为仲裁庭成员的年代。

对仲裁地与仲裁机构选项的减少，最明显莫过于俄罗斯公司/企业。俄罗斯的公司或个人因为美国与西方国家的制裁机制肯定去不了过往最喜欢选择的 LCIA 或 ICC 仲裁，而新加坡也不被俄罗斯视为是友好或甚至是中立的国家。这一来，他们与其他外国如中国、巴西、印度等大量订立的商业合同，也只有香港这唯一的选项了。而香港的 HKIAC 也做了不少工作，如：

(1) 在 2019 年 4 月, HKIAC 成为第一个被俄罗斯批准的能够在俄罗斯境内受理仲裁案件的国际仲裁机构;

(2) HKIAC 规则印发了俄语版;

(3) HKIAC 的仲裁员名单中也有 35 位懂俄语的仲裁员。虽然这并不重要, 因为不像内地的仲裁机构, HKIAC 的仲裁员名单仅仅是参考, 当事人无须一定要委任名单中的人士为仲裁员;

(4) 在 2025 年 4 月 21 日, 俄罗斯仲裁协会 (Russian Arbitration Association 或简称 “RAA”) 向俄罗斯宪法法院 (Russia’s Constitutional Court) 递交了一份 “法院之友书状” (*amicus curiae*), 指出 HKIAC 是可以接受的外国仲裁机构, 说其是 “*optimal arbitration institution for Russian business under current geopolitical conditions*”。该案件涉及因为俄乌冲突被欧盟制裁的俄罗斯著名银行 VTB, 其因欧盟制裁无法控制其原本的德国分行 VTB Bank Europe。之后 VTB Bank Europe 改名为 OWH, 双方订立了一份 “终止及和解协议” (简称 “TSA”), OWH 将支付 VTB 约 1.12 亿欧元作为双方结束关系的结算款。OWH 因为欧盟的制裁无法支付这笔钱给 VTB, VTB 在俄罗斯法院提起诉讼, 而 OWH 想根据 TSA 中的仲裁条文, 在 HKIAC 开始仲裁。但俄罗斯在 2020 年对《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》²¹⁹作出修改 (也称 “Lugovoi Law”) 授权俄罗斯法院对涉及被西方国家制裁的实体的争议享有专属管辖权, 并可以向在外国/外地启动或推进的仲裁案件作出 “止诉禁令” 等。这导致 VTB 向俄罗斯法申请禁止 OWH 在 HKIAC 启动仲裁的止诉禁令, 而 OWH 向宪法法院申请判决指 “Lugovoi Law” 违反俄罗斯宪法。宪法法院最终判 “Lugovoi Law” 不违反俄罗斯宪法, 但《Russian Commercial (Arbitrazh) Procedure Code》之 Articles 248 并不自动适用, 而要根据每个案件分析仲裁条文是否无效。

(5) 中国香港特区作为中国对外开放的窗口, 在今天世界上激烈的地缘政治、制裁与反制裁的斗争中, 确实应该尽量在私法与商法层面保持法律上的中立。但针对美国与部分西方国家的单边制裁, 香港的立场是非常明确的。如在 *Bank A v Bank B* (2024) HKCFI 2529 先例²²⁰, 香港法院根据 HKIAC 仲裁协议向俄罗斯某银行作出止诉禁令, 陈美兰大法官说欧盟制裁在香港并无效力。在本书第一章之 3.3 段也提到, 香港金管局明确声明美国的单边制裁在香港特区没有法律效力。李家超特首也明确说香港只承认联合国的制裁, 但不承认个别国家的单边制裁。看来, 香港仲裁委任的仲裁员在处理案件时也应该配合香港法律与公共政策

²¹⁹ 见本书第一章之 5.1 段。

²²⁰ 其实涉及的就是上一自然段提到的 VTB 与 OWH 之间的争议, 只是因为仲裁的机密性所以在判决中以 Bank A 与 Bank B 匿名处理。

²²¹，除非双方在合同中约定了一条明示的“制裁条文”（**sanction clause**），否则不应有“政治偏见”试图支持美国与部分西方国家针对俄罗斯与中国的单边制裁。毕竟，这几年的地缘政治愈演愈烈的世界与过去 50 年全球化与世界大同完全不同。看来，HKIAC 在委任仲裁员考虑个别人士的“公正与独立”与会否“平等对待双方当事人”等至关重要的天条时，是否今天要将政治偏见、种族偏见的可能性，进而带来的“确认偏见”（**confirmation bias**）作为考虑之一？尤其是针对其中一方当事人是俄罗斯公司的情况，更要顾及俄罗斯法院的来自“不友好国家”的仲裁员不会公平审理案件的态度²²²，在委任仲裁员时更加小心他们的国籍与种族。

（6）在涉及制裁的案件如何支付仲裁员费用，特别是以美元支付，一直是一个困扰 ICC、LCIA 或 HKIAC 等著名的国际仲裁机构的问题。在“HKIAC Policy on Proceedings Affected by Sanctions”中允许采用适当的货币支付费用，如以港币支付（从而不必然涉及美国因素）。当然，这仍是需要 HKIAC 的银行如汇丰银行愿意提供服务如存放仲裁庭的预付费用（即使是非美元）与作出支付。所以，HKIAC 也明示允许披露相关制裁信息给有关银行等。

另在 LCIA Rules 2020 中 Rule 24A 也有专门针对，其中 Rule 24.10 甚至是明确赋予 LCIA 可以拒绝当事人的指示或拒绝付款的广泛权利，该条文可部分节录如下：

“Article 24A Compliance

*24.9 Any dealings between a party and the LCIA will be subject to any requirements applicable to that party or the LCIA **relating to** bribery, corruption, terrorist financing, fraud, tax evasion, money laundering and/or **economic or trade sanctions** (**‘Prohibited Activity’**), and the LCIA will deal with any party on the understanding that it is complying with all such requirements.*

*24.10 The LCIA may refuse to act on any instruction and/or accept or **make any payment** if the LCIA determines (in its sole discretion and without the need to state any reasons) that **doing so may involve Prohibited Activity**, or breach any law, regulation, or other legal duty which applies to it, or that doing so might otherwise expose the LCIA to enforcement action or censure from any regulator or law enforcement agency.*

24.11 The parties agree to provide the LCIA with any information and/or documents reasonably requested by the LCIA for the purpose of compliance with laws

²²¹ 这只是指针对俄罗斯、中国等国家的单边制裁的政治层面的问题，而不是指在商法/私法层面。对于案件实质争议的是非曲直，仍是要看证据根据法律原则判断。例如笔者（杨良宜）在写这本书的时候就作出了一个中国公司要赔偿超过 2 亿美元给外国（土耳其）公司的 ICC 香港裁决书。

²²² 见本章之 2.4 段与 7.2 段。

relating to Prohibited Activity. The LCIA may take any action it considers appropriate to comply with any applicable obligations relating to Prohibited Activity, including disclosure of any information and documents to courts, law enforcement agencies or regulatory authorities.”

在 ICC 于 2017 年 9 月 27 日发布的给当事人和仲裁庭关于 ICC 的合规指引（Note to Parties and Arbitral Tribunals on ICC Compliance）中也提到在案件涉及“被制裁方”（无论是当事人或是仲裁员）与被制裁事宜时，ICC 有权以非美元的其他货币收款或付款，并对收款或付款能否成功进行保留：

“10. In order to comply with US laws regulating the use of the US banking system, should any party to an arbitration proceeding:

- be subject to OFAC sanctions; and/or***
- be located in a country or territory subject to a US embargo; and/or***
- be organized under the laws of a country subject to a US embargo; and/or***
- hold the citizenship of a country subject to a US embargo, no payment, including the payment of the filing fee, by any party in the matter shall be made in the US dollar currency. This applies to all ICC DRS Rules.***

11. Pursuant to Article 3(4) of Appendix III to the ICC Rules of Arbitration in force as of 1 March 2017, the currency used to calculate and make the payments contemplated by the Rules might not be the US dollar and ICC might instead apply a different scale and fee arrangement in the euro currency. In such case, by way of derogation from the ‘Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration’, an arbitrator will not be able to request reimbursement of travel expenses or the payment of per diem allowances in US dollars. Furthermore, in such case, the VAT advance will not be administered in the US dollar currency.

...

14. As an entity incorporated under French law, ICC maintains a dialogue with French regulatory authorities. Payments made and requested by ICC may be affected by international sanctions and such payments may be made and requested only after being approved by the relevant authorities.

15. International sanctions have caused commercial banks to substantially

revise and strengthen their compliance procedures. Under internal ICC compliance policies and procedures, ICC has decided to have recourse to the services of commercial banks located in France.

16. *When completing their banking instructions, arbitrators should ensure that their bank is able to receive payments from ICC's bank(s), taking into consideration national and international banking legislation and practices (e.g., embargo and boycott measures).*

17. *Under their internal policies, ICC's bank(s) may be precluded from receiving payments from, and making payments to, the parties (and other players such as arbitrators), and to ICC itself, failing formal clearance to their satisfaction from the relevant authorities. Accordingly, **ICC is not in a position to guarantee payments, unless and until such formal clearance has been obtained.** Among other factors, the bank(s) will have regard to the nature of the transaction, the currency used and the scope of the activities that they are required to perform. As an entity incorporated under French law, ICC maintains a dialogue with French regulatory authorities. **Payments made and requested by ICC may be affected by international sanctions and such payments may be made and requested only after being approved by the relevant authorities.***

18. *The implementation of international sanctions regulations by **ICC's bank(s)** may prevent or delay payments from/to the parties and to the arbitrators. Pursuant to Article 41 of the ICC Rules of Arbitration in force as of 1 March 2017, the Court and its members and ICC and its employees shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law. Should ICC's bank(s) prevent or delay payments from/to the parties or to the arbitrators under applicable international sanctions regulations, **ICC cannot be held liable for such a situation and the consequences thereof.***（加黑部分是笔者的强调）

笔者（司嘉）近期在一个 ICC 仲裁案件中被一方当事人委任为仲裁员。在与 ICC 就委任事宜初步联系时，笔者发觉另外一方是美国制裁机制下的被制裁方，而 ICC 的委任信件中也明确指出如果接受委任将来的收费是以欧元支付，ICC 对案件有向制裁监管机构报告的义务，并且有延迟收费甚至收不到费用的可能。

5 中间程序（interlocutory proceedings）与临时措施（interim measures）

仲裁启动后在推进“中间程序”的过程中更是会有千变万化的情况都可能受到美国与部分西方国家的制裁机制的影响。例如在法院与仲裁的中间程序（以及

临时措施)中,会有大量与支付费用相关,因为被制裁方难以支付或无法支付而导致的问题是千变万化。虽然目前针对仲裁的中间程序因为制裁机制而受阻碍的被公开报道的例子非常有限,但已经有不少法院案件遇到同类问题,仅仅从这些可以作为借鉴的案例中挑选部分进行介绍。

5.1 “费用担保”(security for costs)

这重要与复杂的课题已经在笔者《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》一书第十一章与即将出版的《国际商务仲裁 30 年来的演变与新发展》一书第四章有详尽针对。

在此只简单介绍“费用担保”背后的大道理。今天国际仲裁²²³普遍接受针对如何确定双方当事人中谁最后要承担这一笔昂贵的仲裁费用(包括仲裁员、仲裁机构、双方律师、专家等费用与其他所有相关支出与使费),是根据英国法的诉讼费用分摊大原则,即“败诉方承担所有费用”(costs follow the event)或“胜诉方全胜”(winner takes all)。这表示仲裁裁决书在对双方争议作出了决定并明确谁是胜诉方后,会对败诉方作出需要承担所有仲裁费用的命令,这与法院会作出“不利费用命令”(adverse costs order)一样。而胜诉方就可以根据《纽约公约》在全球向败诉方执行这笔仲裁费用与裁决的本金、利息。

而如果被告知道或怀疑原告的财务状况会令原告如果败诉无法补偿被告的诉讼费用,就会申请费用担保以降低风险。这也会给原告带来资金上的压力²²⁴,

²²³ 例如英国 1996 年《仲裁法》之 S.61(2)说:“*Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.*”

除了法律,仲裁机构规则也有同样写法,也是“败诉方承担所有费用”的一般分摊大原则。如在 LCIA Rules 2020 之 Art.28.4 规定:“*The Arbitral Tribunal shall make its decisions on both Arbitration Costs and Legal Costs on the general principle that costs should reflect the parties’ relative success and failure in the award or arbitration or under different issues, ... The Arbitral Tribunal may also take into account the parties’ conduct in the arbitration, including any co-operation in facilitating the proceedings as to time and cost and any non-co-operation resulting in undue delay and unnecessary expense. Any decision on costs by the Arbitral Tribunal shall be made with reasons in the award containing such decision.*” 2024 年贸仲规则第 55(2)条也规定:“仲裁庭有权根据案件的具体情况在裁决书中裁定败诉方应补偿胜诉方因办理案件而支出的合理费用。仲裁庭裁定败诉方补偿胜诉方因办理案件而支出的费用是否合理时,应具体考虑案件的裁决结果、复杂程度、胜诉方当事人及/或代理人的实际工作量以及案件的争议金额等因素。”

²²⁴ 笔者相信中国公司总要卡死自己的代表律师收费主要两个原因,一是中国公司普遍对律师的涉外法律水平没有判断能力,所以不会“三顾茅庐”,二是不知道国际上真正的涉外法律人才的

可能打退堂鼓不再继续索赔。而原告的资金与财产是否足够支付不利的费用裁决书是仲裁庭是否命令原告提供费用担保最重要的考虑, 毕竟被告就是怕无法执行一个胜诉的费用裁决书才需要申请费用担保。至于为什么只有被告可以向原告(或主张“独立反索赔”的被告, 因为在这个反索赔下其实他才是原告)申请费用担保, 而原告不能向被告申请费用担保, 是因为原告才是主动进攻的一方, 而被告进行抗辩是基本人权, 不能因为被告付不起钱就剥夺这个基本人权。

在今天的单边制裁下, 如果被制裁方是原告, 会被认定存在一旦败诉无法支付对方胜诉方的诉讼费用的可能, 因为它的资产被冻结了, 或是无法通过银行系统作出支付等等, 因此需要向作为被告的“非被制裁方”提供费用担保才允许继续推进索赔。但这里的困境是正是因为被制裁方的资产被冻结才会被要求作出费用担保, 而被制裁方因为资产被冻结拿不出钱履行费用担保命令。即使在海外(如俄罗斯)有资产能够拿到伦敦来, 这也是自投罗网会被继续冻结, 看来唯一可行的做法是向 OFSI 申请许可, 但这往往需要几个月。在此期间, 仲裁或诉讼程序会否暂停等待申请许可的结果将在本章下一小段介绍。

在 VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery (2022) EWHC 2795 (Comm)先例, 涉及的复杂案情不在此过多介绍。简单而言, Antipinsky 是一间在俄罗斯运营的石油精炼公司, VTB 向 Antipinsky 购买石油产品的一系列买卖合同下产生争议。双方已经根据合同约定开始了多个 LCIA 仲裁。在仲裁过程中 VTB 根据 1996 年《仲裁法》之 S.44 成功向英国法院申请并获得了“全球冻结令”, 以及命令 Antipinsky 将“Polar Rock”轮上的石油交付给 VTB, 法院也按通常做法命令 VTB 提供了“交叉担保”(cross undertaking)。但后来第三人货物利益方(Petraco)出现并主张“Polar Rock”轮上的石油产权属于自己, 加入法院程序并开始“互争权利”(interpleader)诉讼。在此先例判法所涉及的, 主要就只是 Petroco 作为敌对方与 VTB 在法院的诉讼。而剩下的主要争议只是在全球冻结令被撤销后, Petraco 可否根据 VTB 的交叉担保索赔因为 VTB 申请的法院命令给自己带来的损失。

仅说与本段内容相关的是, 双方对于 VTB 被制裁而难以及时申请到“许可”进行支付的事实并没有太多异议。但法院认定 VTB 并非要求索赔的“原告”, 因为在剩下的争议中, VTB 主要是在抗辩自己在“交叉担保”下也无需向 Petraco

市价。如果中国公司能够被鼓励在更多国际商事仲裁作为原告主张自己的合同与法律权力, 而不只是做缩头乌龟被外国公司提起仲裁作为被告, 就会有更多中国公司遇上被作为被告的外国公司申请要求提供“费用担保”的情况, 金额可能是自己代表律师报价与自己的封顶预算的十倍二十倍。相信中国公司在筹备这笔担保时, 也会想自己代表律师是否是诸葛亮, 足能对抗对方的司马懿? 如果是国际仲裁的诸葛亮, 他为何肯收司马懿十分之一二十分之一的费用去干? 另会否亏待了他, 令他不会“肝脑涂地”? 毕竟, 最重要的是在仲裁的“文斗”中胜利, 否则在“胜诉方全胜”的大原则下, 败诉的中国公司最后仍是间接要承担自己自以为是“诸葛亮”的律师的费用加上敌对方司马懿的所有费用, 作为战败赔偿。

作出赔偿，也因此最后没有作出“费用担保”命令。

类似情况还发生在 *Ceto Shipping Corporation v Savory Shipping Inc (The “Victor 1”)* (2023) EWHC 2995 (Comm) 先例，由于原告 Ceto 的控制人是被制裁方，因此对于 Ceto 是否可以支付将来“不利费用命令”产生疑问，并导致敌对方被告申请费用担保。只说此先例中存在索赔与反索赔，而法院最后认定双方的索赔与反索赔是完全基于同样争议事实的“镜像诉讼”(mirror claim)。如果对 Ceto 作出费用担保命令，即使 Ceto 没有按命令提供担保，也给不出什么惩罚，毕竟有关的事实与争议还是要继续审理，而不会因为 Ceto 没有提供担保而中止程序。因此最后法院行使裁量权没有作出“费用担保”命令。

5.2 不让制裁阻止或延误诉讼程序推进的态度

在推动法院诉讼（国际仲裁也是一样）的中间程序的过程中，双方当事人会面对各类涉及支付费用/使费的命令，这远不只是“费用担保”，也包括了各类法院申请费用、仲裁庭预付费用、自己代表律师的费用、聘用大律师与专家费用、其他无数相关的使费等等。如果期间一方当事人被制裁，就带来他作为“被制裁方”无法作出任何支付的严重问题。在英国的制裁机制下，是可以向 OFSI 等监管机构申请许可，但这带来严重延误。这也带来有尽快推进诉讼（或仲裁）程序的责任的法院（或仲裁庭），应如何处理的问题。例如，是否不给予被制裁方时间去申请许可就推进诉讼（仲裁）或撤销被制裁方的索赔等等？毕竟，法院（或仲裁庭）要遵守自然公正/正当程序的天条。在接下去会介绍这方面的问题。

5.2.1 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 先例

此案件的背景是一家俄罗斯的银行（Otkritie）在多个复杂金融交易合同下支付超过 8.5 亿美元，但看来是受骗，换回的根本是不值钱的公司债券。Otkritie 之后被俄罗斯中央银行接管重组，大量不良资产被转给了 NBT（PJSC National Bank Trust，俄罗斯中央银行拥有 99% 的 NBT 股份）。因此在此先例中是 NBT 与 Otkritie 作为共同原告在 2019 年 6 月开始法院诉讼，主张多名被告（Mints 家族及其控制的公司）与 Otkritie 银行高管等欺诈与“非法串谋”（conspiracy）签订了前述金融交易合同，并向多名被告索赔约 8.5 亿美元损失。

在案件推进过程中，俄乌冲突爆发，Otkritie 很快被英国列为被制裁的“指定人士”（designated person）。被告主张 NBT 因受到被制裁的俄罗斯总统普京与俄罗斯央行行长“拥有或控制”（owned or controlled）²²⁵，也同样受到制裁限制。已经在本书第一章之 4.2 段介绍过英国在《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》下开始颁布了一系列制裁措施，与本段关系密切的是：（1）对“指定人士”的资产冻结、不得处置资产；（2）不得向“指定人士”提供任何“经济资源”

²²⁵ 制裁机制下“拥有或控制”的含义可见本书第一章之 4.2 段的脚注。这并非本书针对重点，此案件原本已经上诉到最高院，但可惜据悉已经在中途撤诉。

(economic resources)。

被告主张“中止”(stay)诉讼程序,因为制裁机制的存在,法院即使在判决中也不得处置被制裁方的资产。此外,中间程序中会有大量涉及支付的问题,由于原告无法申请到 OFSI 付款许可,因此如果程序继续推进会对被告带来无法弥补的损失。

在此先例的程序中,原告(Otkritie 与 NBT)在被制裁前已经申请到了针对部分被告的“冻结令”(freezing order),被告在冻结令下相应提供了担保,法院也要求原告向被告作出 200 万美元的“交叉担保”(cross-undertaking)²²⁶,由被告律师托管。而在原告被制裁后,被告就以原告的交叉担保已经没有实际意义(因为已经无法处置这笔被制裁方的资产)为由,申请撤销自己在冻结令下提供的担保。

但 Mints v PJSC National Bank Trust 先例中中院与上诉庭的判法,首先是法院(相信伦敦仲裁庭也是同样地位)完全有权作出判决(或裁决)处置诉讼当事人(即使是被制裁方,并且资产被冻结)的资产。其次是解释了有关制裁机制认定这类中间程序是可以向 OFSI 申请到许可的。这一来也就解决了原告支付各类中间程序费用的问题,诉讼程序可以继续推进,被告也不能撤回自己在“冻结令”下提供的担保。

5.2.2 VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery (2022) EWHC 2795 (Comm)先例

类似的还可见在本章之 5.1 段介绍的 VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery 先例,VTB 因被制裁导致支付各类费用困难,因此 VTB 想要申请中止法院程序,以便等待向 OFSI 申请许可允许支付各类费用。但恰恰因为无法支付“申请费”(issue fee)而未能根据法院程序要求提交相关申请。这变成是恶性循环:VTB 要支付费用就要先有时间向 OFSI 申请与获得许可,但现在连申请中止的申请费都付不出,根本拿不到法院宽限更多时间命令。而法院也不会对此留情与要继续推进程序。

Foxton 大法官就特别提到了今天英国法院这种情况看来较为常见(有很多涉

²²⁶ 这类交叉担保的意义在于冻结令常常在程序中途就作出,此时双方胜负未分,法院临时禁止一方处置财产会存在顾虑,毕竟最后通过认定事实、适用法律,事后诸葛亮来看可能并不应该作出该命令,导致被告(一般都是原告申请冻结令)蒙受损失。因此往往是在权衡了原告胜诉的可能性与如果原告败诉对被告带来的损害后行使裁量权。而为了减少与弥补此损害,就会要求一些经济地位不明确的原告提供“交叉担保”,如果事后因为各种原因认为不应该作出该命令,原告就要弥补该命令对被告带来的损失(例如是财产被冻结的损失):见 Fiona Trust v Privalov (2016) EWHC 2163 (Comm) 等先例。这方面可见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第三章之 1.7.5 段。

及被制裁的俄罗斯公司的案件)，而英国法院的一个解决办法看来是法院自己行使裁量权进行案件管理，从而避免被制裁的当事人在等待 OFSI 许可的过程中，在法院程序中难以支付申请费的问题：

“... one consequence of the sanctions imposed on VTB is that it was unable to pay the fee necessary to issue an application notice. The exemptions from the requirement to pay fees do not provide for the position of a sanctioned party. This is becoming an increasingly common issue in the Commercial Court, while litigants wait for OFSI to determine their license applications. The matters which VTB wishes to raise through its draft application notice are all matters of case management, which it would be open to the court to raise of its own motion as part of the process of active case management. In these circumstances, I confirmed that VTB would be able to raise these issues at the hearing even though no application notice had been issued.”

最后法院判 VTB 无须正式申请，法院就可以行使裁量权允许延期开庭，但条件是 VTB 必须马上向 OFSI 申请相应的支付许可：

“By way of exercising those case management powers, and as a condition of the adjournment which I have granted at VTB's request, I am satisfied that it is appropriate now to order VTB to make a contingent application to OFSI for a licence in respect of any adverse costs liability in this case.”

5.2.3 小结

至于能否申请许可，很大程度上是对英国制裁机制的解释，例如在《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》中对哪些行为可以获得许可进行了明确规定，在 Schedule 5 中有关诉讼/仲裁中的各类诉讼费用与判决/裁决等各类命令的内容可以部分节录如下：

“Legal services 3. To enable the payment of— (a) reasonable professional fees for the provision of legal services, or (b) reasonable expenses associated with the provision of legal services...

Extraordinary expenses 5. To enable an extraordinary expense of a designated person to be met.

Pre-existing judicial decisions etc. 6. To enable, by the use of a designated person's frozen funds or economic resources, the implementation or satisfaction (in whole or in part) of a judicial, administrative or arbitral decision or lien, provided that— (a) the funds or economic resources so used are the subject of the decision or lien, (b) the decision or lien— (i) was made or established before the date on which the person became a designated person, and (ii) is enforceable in the United Kingdom, and (c) the use of the frozen funds or economic resources does not directly or indirectly

benefit any other designated person.”（加黑部分是笔者的强调）

在笔者看来，Mints v PJSC National Bank Trust (2023) EWCA Civ 1132 与 VTB Commodities Trading DAC v JSC Antipinsky Refinery (2022) EWHC 2795 (Comm) 先例等的判法实际上也会是英国法院（与伦敦仲裁庭）的态度与判决/裁决的趋势。也就是尽管制裁会对“被制裁方”支付造成影响，但从原则上来看这不应该是阻碍诉讼/仲裁程序推进的主要理由，与尽量根据个别案件的情况灵活对待。

5.3 作出中间程序命令与美国制裁机制有冲突

在 O v C (2024) EWHC 2838 (Comm) 先例，案情涉及一票石脑油（naphtha）的运输，在新加坡装船开航后不久，承租人（C）被 OFAC 列入美国“SDN 清单”。而船东（O）的母公司是一家纽约上市公司，因此主张其作为“美国人”（US Person）受美国制裁机制管辖，拒绝继续履行租约与拒绝听从承租人的要求回航去新加坡并卸下石脑油。

双方已经根据租约中的仲裁条文开始伦敦仲裁，承租人向船东寻求“侵占货物”（conversion of cargo）的救济，因为船东拒绝回航新加坡卸下石脑油给承租人，也拒绝卸货给一家迪拜公司 B。承租人（相信是作为 CIF 或 CFR 卖方）说在买卖合同下已经将这票石脑油出售与交出产权给 B，也就是买方。

而船东的抗辩是他是根据租约内的“BIMCO 制裁条文”²²⁷与/或“合规条文”（compliance clause）合法终止租约。而船东也不能听从被列入“SDN 清单”的承租人的指示回航新加坡卸下石脑油，因为这是向他输送利益，从而违反美国制裁机制。另在本书第一章之 2.1.1 段也有提到美国对被制裁方的经济制裁包括完全冻结任何由“美国人”控制的“被封锁人士资产”（blocked assets），“美国人”不得听从该被制裁方的指示对该被封锁人士资产作出任何形式的处置。

另船东也不能听从承租人指示将货物卸下给 B（如果在新加坡装港签发了提单，B 就会是“提单持有人”），因为相信所谓的承租人在买卖合同下转让了产权给 B 只是“虚假安排”（sham）。

这一来，这票石脑油就一直在船上没有卸下，在英国法院审理时，该船舶已经在南中国海漂泊了超过 20 个月。船东的焦虑是很明显，这 20 个月无法营运船舶造成了巨大的损失。加上，石脑油是危险品，长期留在船上有火灾危险，而船舱的涂层也不能维持。所以，船东早在知悉承租人被列入 SDN 清单的第二天（2023 年 2 月 10 日）就已经向 OFAC 申请许可去处置这票属于被制裁的承租人的石脑油。事实上，OFAC 也作出许可允准船东出售这票石脑油给第三人，并将出售的收益支付到一个“封锁的美国账户”（blocked account）。

²²⁷ 见本书第三章之 2.8 段。

当然船东想合法与尽快出售这票石脑油，除非能够与承租人与/或货方 B 达成协议去出售给第三人，否则就只能向有管辖权的称职法院申请一个“出售货物命令”（order for sale of goods）²²⁸。在此先例，租约适用英国法与伦敦仲裁，称职法院也就是英国法院了。根据英国 1996 年《仲裁法》之 S.44，这种命令也只有法院才可作出²²⁹：

“... the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

...

(d) the sale of any goods the subject of the proceedings; ...”

相比船东一直心急处置船上的石脑油，承租人最初是要求卸下给他或 B，但拖了这么长时间后，也不再坚持，同意与船东合作在市场出售给与美国制裁无关的第三人。毕竟这是 OFAC 许可的做法，就不必麻烦英国法院。但双方有争议的是出售的收益，也就是卖给第三人后收到的货价应如何处置。

船东显然主张根据 OFAC 的许可只能存放在一个 OFAC 指定的“封锁的美国账户”，但承租人作为被美国制裁的实体不会同意。承租人认为应按照“出售货物命令”的一贯做法，由英国法院掌控/托管这笔钱。然后将来在伦敦仲裁作出裁决后，当事人会向英国法院申请处理这笔钱。而法院就会在通知所有有关当事人（如 B²³⁰）后，根据他们的回应与裁决书，决定谁是这批石脑油的合法产权人与如何分摊这笔钱。例如是船东或承租人之间分摊，或全数给 B，或甚是冒出来一位 X 说是提单转让了给他，他是一位不知情的无辜买方等等。

但船东抗拒这种做法，原因是这明显违反了 OFAC 的许可，其作为受管辖的“美国人”将承担严重的刑事后果。这不是英国法院是否可信的问题，而是 OFAC 的许可只允许支付到美国境内 OFAC 可控制的一个“封锁的美国账户”。

面对此争议，Teare 大法官首先要考虑的是他是完全有裁量权可以对“出售

²²⁸ 此重要课题可见笔者《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》一书第十章之 2.2.1.2.4 段。

²²⁹ 根据香港《仲裁条例》，仲裁庭也可作出“出售货物命令”作为中间措施（interim measure），可以命令将第三人买方所支付的收益由一个共同银行账号持有或由 HKIAC 托管等等合理与尽可能是双方当事人可接受的处置办法。

²³⁰ 虽然船东代表律师给了通知，但 B 没有回应。这看来不像是真正拥有这批货物产权，因为不太关心，关心的反而是承租人。所以这产权转移被认为是个虚假安排也不是没有道理。

货物命令”(这是双方当事人也同意的)与命令收益存放法院掌控/托管作出命令,不必理会其中一方当事人所在地的外国法律²³¹。但凡事都有例外需要去权衡,不要将当事人“逼上梁山”,令他如果遵守英国法院的程序命令或决定,就会严重违反对他有管辖的外国(此先例就是美国)的法律(美国制裁机制),并承担刑事后果。

Teare 大法官总结以往的先例,列出行使裁量权的考虑方法与步骤如下:

“i) *An English court can order a party to do something that is (or may) be contrary to a foreign law, including a foreign criminal law... It is a question of discretion.* (即使有关命令要求当事人采取的行为会违反外国法律,包括外国刑法,是否作出命令也是法院的裁量权,法院仍然有权作出命令。)

ii) *An order will not lightly be made where compliance would entail a party to English litigation breaching its own (i.e. foreign) criminal law, not least with considerations of comity in mind....* (但法院不会轻易作出命令要当事人违反对其有管辖权的外国的法律,也会需要考虑国际睦仪/礼让。此先例的外国是同盟国美国,英国法院肯定要慎重考虑了。)

iii) *The burden is on the party relying on the foreign criminal law to prove that there is a real risk of prosecution... The party must show that the criminal law relied on is not merely a ‘text, or an empty vessel, but is regularly enforced so that the threat to the party is real’... What must be shown is a ‘real’ (rather than ‘fanciful’) risk, and the risk must be of prosecution, not merely of the breaching of foreign law or of the imposition of a sanction falling short of prosecution...* (应该由主张自己可能受外国刑法管辖的当事人证明被刑事起诉的可能性是真实的而非幻想。当事人要向法院证明该外国法下,会实际被按刑事犯罪起诉,而非仅仅是违反外国法律或会有刑事起诉外的其他惩罚。)

iv) *Where the parties’ experts express a different view about the risk of prosecution, the Court should exercise care when approaching the issue of foreign law, but it does not follow from the disagreement that there is a ‘real risk’: ‘to the contrary, there is force in the view that prosecution is relatively unlikely if there is real doubt about the law’* (当事人委任的专家对被刑事起诉的风险有不同意见时,法院还是要根据具体的事实与证据谨慎处理外国法问题。但专家有分歧并不意味着存在真实的风险,而是正相反,会让法院认为没有被刑事起诉的真实风险的观点有一定道理。这是逻辑性推理,如果两位专家有相反意见与各自有引经据典,就至少表示不明确与不肯定。如果是明确肯定如杀人放火会否在外国如中国被刑事起诉,根本不会有两位中国法专家出庭去各持相反意见。)

²³¹ 见本书第二章之 2.3.1 段。

v) *If a real risk of prosecution is established, the Court must then conduct a balancing exercise, weighing the risk of prosecution with the importance of the relief sought by the order... The greater the risk of prosecution is, the more weight is to be given to that factor...*（如果确实认定有被刑事起诉的风险，法院就要权衡“当事人被刑事起诉的风险”与“所申请的命令与救济对诉讼的重要性与好处”孰轻孰重了。被刑事起诉的风险越大，考虑时的重量就越重。）

vi) *The Court can fashion an order that reduces or minimises the concerns under the foreign law ... and considerations of comity may be expected to influence the foreign state in deciding whether or not to prosecute the foreign national for compliance with the Court's order: 'Comity cuts both ways' ...*（法院在作出命令的时候也要采取措施尽量减少对外国法律的违反，也可期待外国[在此先例是美国 OFAC]基于国际睦仪/礼让，在决定是否刑事起诉[在此先例是对美国船东]时考虑其行为是为了遵守英国法院命令，因为国际睦仪/礼让是双向的。）

vii) *Once the Court has decided to make the order, the fact that compliance would or might constitute a breach of a foreign law does not excuse non-compliance, as the Court must be able to enforce its decision...*（但是一旦法院作出了命令就必须被严格遵守，不得再以会违反外国法律为由拒绝履行。）”

而回到此先例的案情中，英国法院作出了要求船东出售货物后支付到法院，由法院掌控/托管这笔钱的命令：

（一）英国法院首先要考虑如果船东将这票石脑油出售的收益支付到英国法院，是否有在美国被 OFAC 视为违反制裁而被刑事起诉的真实风险，而法院在权衡了事实情况和专家意见后给出了“否定”的答案。这是因为：英美是同盟国家（这不是俄罗斯或伊朗法院的命令去将付款交由它们掌控/托管）；如果确实按照法院命令支付到英国法院，船东并非主动与故意违反制裁而只是遵守此先例下对他有管辖权的法院的命令，将收益付款进法院的目的也是为了正当的保护商业利益（保存货物价值与让船舶重新营运）而并非想要规避或违反美国 OFAC 的禁令；船东也已经尽可能获得 OFAC 谅解与遵守禁令等。而且这笔钱支付到英国法院也不会影响美国制裁的目的，因为如果仲裁庭裁定有关的货物/交易受美国制裁机制的管辖，那么承租人是无法获得这笔钱的。

（二）即使确实存在船东会被 OFAC 刑事起诉的真实风险，权衡之下也认为应该作出命令。首先就是因为此风险即使存在，也是非常低的。而另一方面，如果出售货物的收益支付到 OFAC 指定的美国账户，之后仲裁庭在作出裁决书时对此笔钱的处置、分配等都会有巨大阻碍。能够预见到的是任何仲裁庭的决定或行动都要先向 OFAC 申请，而 OFAC 完全有可能拒绝。例如，笔者可以想到的障碍是如果伦敦仲裁庭在开庭审理后认定与裁定承租人在被制裁前的确在一份早已订立的买卖合同下将这票石脑油转售与转让了产权给 B，证据显示这交易不是“虚假安排”，所以这笔钱应是属于 B。但这笔钱是由 OFAC 在掌控，所以需要 OFAC 认同这样的裁决结果才行。但 OFAC 是否会毫无保留信任一个伦敦仲裁庭

（什么人都可以被委任）的裁决？正如 Teare 大法官说：

“The importance of the order for payment into court is that it is made in support of the arbitration and, in particular, to enable effect to be given to whatever the arbitral tribunal decides. If, instead, the proceeds of sale are paid into a blocked account at a US financial institution they may not be available to give effect to the result of the arbitration because OFAC may have a different view of the reach of US sanctions than the arbitral tribunal... The procedure whereby effect can be given to the decision of the arbitral tribunal should be simple, not cumbersome. ... If the proceeds are paid into court it will be simple for the court to give effect to the decision of the arbitral tribunal. If the proceeds are paid into a blocked account of a US financial institution it will be necessary for an application for payment to be made to OFAC and, in the event that OFAC refuses, it will be necessary for an application to be made to the court for an order to be made pursuant to the cross undertaking in damages.”

（三）船东还提出自己可以向英国法院提供由美国集团公司加签的“交叉担保”（cross undertaking），就是如果发生仲裁庭作出的裁决不获得 OFAC 的认同而导致取不到这笔钱，承租人可以向英国法院申请要船东/集团在交叉担保下作出支付。但这也被法院拒绝，法院尤其提到 1996 年《仲裁法》之 S.44 下法院命令的目的就是要支持仲裁程序，将这笔钱支付到英国法院对伦敦仲裁而言是显著更高效和简单。

从此先例也能看到今天英国法院对待此类案件的态度。即使是可能违反外国（主要是美国）的制裁，仍然有可能作出命令支持伦敦仲裁，尽量不受影响。无论如何这看起来是一个值得鼓励的做法，让国际商事仲裁不至于面对美国制裁时寸步难行。

对于美国船东 O，可以看到是非常无辜与无助，并且尽了一切努力，花了大量时间（船舶在海上漂了 20 个月）与大笔金钱（如律师、专家等费用）希望尽量合规去解决问题。但麻烦会是未了，如果 C 是一位中国承租人，而将来船东有船舶去中国港口（这对国际营运的船舶来说是很难避免），就有可能被 C 在中国港口扣押船舶，令中国海事法院有了“诉物”（*in rem*）管辖权，让 C 可以《反外国制裁法》索赔所有的损失。可见国际商人想在今天的国际政治环境下合法做生意真是十分艰难。

5.4 文件披露（disclosure/production of documents）

“文件披露”²³²在英国法/普通法体系下的国际商事仲裁是十分重要的“中间/证据程序”（interlocutory/evidential proceedings），而且往往难逃双方当事人有

²³² 此重要课题可见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第四至七章，与《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》一书第十二章之 7.5 段。

激烈争议，例如披露的范围、文件与争议是否有关联与对结果的重要性、是否由被披露方所拥有或掌控与文件是否享有特免权等等，令仲裁庭要作出一连串的决定与命令，要求双方各自将或多或少的不同文件证据交出给敌对方。

这种中间程序命令会与外国（无论是与英国友好、同盟或是不友好国家）的法律起冲突的情况不少，被命令交出一些特定文件（或提供特定信息）的一方当事人主张如果遵从命令就会在他受管辖的地区如居住地或营业地违法并将受到惩罚。这一来，法院或仲裁庭就要像上述 *O v C* (2024) EWHC 2838 (Comm) 先例所说考虑该当事人如果遵从法院或仲裁庭作出的程序命令或决定，会否严重违反有关的外国法律并带来刑事后果。Teare 大法官在该先例总结的七点考虑，多数是来自有关披露文件的案件，如：*Bank Mellat v HM Treasury* (2019) EWCA Civ 449; *Byers v Samba Financial Group* (2020) EWHC 853 (Ch); *Akhmedova v Akhmedov* (2020) EWHC 2235 (Fam); *Tugushev v Orlov* (2021) EWHC 1514 (Comm); *Public Institution for Social Security v Al Wazzan* (2023) EWHC 1065; *Joshua & Ors v Renault SA & Ors* (2024) EWHC 1424 (KB) 等先例。

例如在 *Bank Mellat v HM Treasury* 上诉庭先例，简单的背景是 *Bank Mellat* 是一家伊朗大型商业银行。在本书第一章之 2 段提到，联合国安理会自 2006 年开始对伊朗核扩散问题进行了一系列多边制裁（安理会决议 1696 号、1737 号、1747 号、1803 号与 1929 号）。其中安理会决议 1929 号第 21 段，要求联合国成员国针对可能有助于伊朗核扩散敏感的活动，避免提供金融服务或协助转让资金和资源，并冻结与此类活动有关的任何金融或其他资产或资源。在附件一中，被制裁的实体包括 *First East Export Bank, P.L.C.*，原因是其由 *Bank Mellat* 拥有或控制，或代表其行事，并写明在过去 7 年中，*Bank Mellat* 为伊朗的核、导弹和防卫实体协助做了数亿美元的交易。美国早在 2007 年就以参与伊朗核计划而制裁了 *Bank Mellat*，并在 2018 年美国特朗普总统宣布退出 JCPOA 后重新制裁 *Bank Mellat* 至今。欧盟也在 2010 年根据安理会决议 1929 号制裁 *Bank Mellat* 并冻结了其在欧盟的资产，直到 2016 年签订 JCPOA 后，才释放了被冻结的资产。

在英国，英国财政部（*HM Treasury*）在 2009 年根据《*Counter-Terrorism Act 2008*》立法作出“*Financial Restrictions (Iran) Order 2009*”（简称“2009 命令”），禁止英国所有金融业人士与 *Bank Mellat* 订立合同或继续进行交易或保持商业关系，理由是财政部有合理理由相信伊朗核计划会对英国的国家利益构成严重威胁。*Bank Mellat* 向英国法院申请撤销 2009 命令，双方一直打到了最高院。在 *Bank Mellat v HM Treasury (No. 2)* (2013) UKSC 38 先例，最高院的多数意见（5 比 4）判该 2009 命令“武断”（*arbitrary*）与“不成比例”（*disproportionate*），因为该命令没有解释为什么要将 *Bank Mellat* 与其他伊朗银行（同样可能涉及协助伊朗核计划）作出区分，只限制 *Bank Mellat*。此外，最高院的多数意见（6 比 3）还判财政部作出命令时没有提前给 *Bank Mellat* 通知，让它有机会在财政部作出命令前为自己争辩，这是违反自然公正与违反《人权公约》。因此最高院判该 2009 命令非法与“废止”（*quashed*）了该命令。

在责任方面有了定论，接下去 *Bank Mellat* 就向英国财政部索赔因该 2009 命

令在 2009 年到 2013 年间蒙受的损失。Bank Mellat 开始的索赔金额高达 40 亿美元，之后降低到 17 亿美元。证明损失是 Bank Mellat 的责任，所以需要披露大量文件。在已经披露的 3 万多份文件中，部分是“被遮盖”（redacted）。Bank Mellat 指遮盖是因为涉及银行客户的机密，披露会违反伊朗、韩国（有分行与客户）与土耳其（同样有分行与客户）的法律，有被刑事起诉的风险。但英国财政部要求披露的文件不允许遮盖，虽然 Bank Mellat 提供了伊朗法律下透露客户的财政资料是违反刑法的专家意见，而且没有被敌对方质疑（因为财政部没有专家证人去反驳），但一审与上诉庭仍是判 Bank Mellat 必须提供没有遮盖的文件。

看来，Bank Mellat 要在移除对文件的遮盖后披露，即使有法院各种保护机密的做法（如“机密会”[confidential club]²³³），在伊朗法律下是违反刑法的事实应是明确，但 Bank Mellat 的申请仍是失败。在笔者看来，在这问题上法院的“裁量权”（discretion）与“成比例与权衡”（proportionality & balancing）。即在考虑特定问题时，如在此先例的文件遮盖，或在 *Palladian Partners LP v Argentina* (2022) EWHC 2059 (Comm) 先例命令是披露阿根廷政府与国际货币基金组织（International Monetary Fund 或简称“IMF”）之间极机密的通讯往来等等，权衡这些文证证据对有关案件公平审理的“实质重要性”（materiality）或是否有其他替代等，与违反“友好”外国的刑法的可能性与有什么后果。这一来，就有很大的灵活性或伸缩性。例如，不少发展中国家因为法制不完善与不肯定不容易证明是违反刑法而且后果严重，无法好像如违反美国法一样可以有条有理证明这事实。虽然发展中国家的当事人心中知肚明披露某些敏感文件是会“人头落地”，但有苦说不出。再说，虽然口头上都是“友好外国”，但英国对美国与对一般发展中国家在重视程度是有天渊之别，这难免影响权衡如何行使裁量权。

上诉庭的 Gross 大法官总结说：

“Pulling the threads together for present purposes:

*(i) In respect of litigation in this jurisdiction, this Court (i.e., the English Court) has jurisdiction to order production and inspection of documents, **regardless of the fact that compliance with the order would or might entail a breach of foreign criminal law in the ‘home’ country of the party the subject of the order.***

*(ii) Orders for **production and inspection are matters of procedural law, governed by the lex fori, here English law.** Local rules apply; foreign law cannot be permitted to override this Court’s ability to conduct proceedings here in accordance with English procedures and law.*

*(iii) Whether or not to make such an order is a matter for the **discretion of this Court.** An order will not lightly be made where compliance would entail a party to*

²³³ 见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书之 1.7.7 与 1.7.8 段。

English litigation breaching its own (i.e., foreign) criminal law, not least with considerations of comity in mind ... This Court is not, however, in any sense precluded from doing so.

(iv) When exercising its discretion, this Court will take account of the real - in the sense of the actual - risk of prosecution in the foreign state. A balancing exercise must be conducted, on the one hand weighing the actual risk of prosecution in the foreign state and, on the other hand, the importance of the documents of which inspection is ordered to the fair disposal of the English proceedings. The existence of an actual risk of prosecution in the foreign state is not determinative of the balancing exercise but is a factor of which this Court would be very mindful.

(v) Should inspection be ordered, this Court can fashion the order to reduce or minimise the concerns under the foreign law, for example, by imposing confidentiality restrictions in respect of the documents inspected.

(vi) Where an order for inspection is made by this Court in such circumstances, considerations of comity may not unreasonably be expected to influence the foreign state in deciding whether or not to prosecute the foreign national for compliance with the order of this Court. Comity cuts both ways.”（加黑部分是笔者的强调）

只说由于必须披露没有遮盖的文件，这相等于 Bank Mellat 如果仍想继续向财政部索赔这笔庞大损失，就只能自己权衡违反伊朗法律并面对后果如罚款与罚多少、赔偿客户损失与其他问题等，这肯定不是容易的决定。²³⁴

从以上判决可以看出，抗拒披露文件是绝不容易，被命令披露的一方会违反其所在地的“数据保护法”（data protection law）等理由都不会被接受。今天诉讼/仲裁披露的文件经常会涉及国家之间的“制裁机制”或“反制裁机制”的方方面面，会是更加敏感。特别是英国在地缘政治如制裁的斗争中，已经“选边站”了美国。所以难免担心英国法院与伦敦仲裁在无数涉及裁量权（包括披露某些十分敏感的文件²³⁵）的决定是否仍像全球化的 50 年间值得国际商业社会特别是发展中国家的信赖。如 Gross 大法官在 Bank Mellat v HM Treasury 上诉庭先例所说的：

“The English Court welcomes litigants from all parts of the world. Gratifyingly, it enjoys a much prized reputation for fairness. There is no ‘home ground’ advantage; it matters not whether the litigants are domestic, foreign, governmental or private. All are treated the same. For all litigants, the procedure in this Court is governed by the lex

²³⁴ 在 2019 年，英国政府与 Bank Mellat 达成和解，和解金额保密。

²³⁵ 尤其是涉及被制裁方或被制裁事宜的案件，例如一家中国公司在商业合同的履行期间被美国列入“中国军工企业清单”（Chinese Military Company List/CMC List），在产生争议后与外国公司的 LCIA 仲裁中被外国公司要求披露所有与中国军方的交往文件。

fori – English law. That is the norm internationally, as a matter of the conflict of laws. Disclosure and the inspection of documents form a part of the law of procedure governed by the lex fori.”（加黑部分是作者的强调）

另多去介绍近期与英国制裁俄罗斯相关的 *AerCap Ireland Ltd v AIG and others* (2024) EWHC 144 (Comm) 先例，案情涉及 AerCap 是全球最大的航空租赁公司之一，总部在爱尔兰都柏林。AerCap 租赁了一百多架飞机（和引擎）给俄罗斯的航空公司，但在 2022 年 2 月俄乌冲突开始后，作为“出租人”（lessor）的 AerCap 在欧盟的制裁机制下必须马上终止合同与要求俄罗斯的“承租人”（lessee）退回飞机。而俄罗斯航空业是非常依赖飞机租赁的，据称全国营运的约 780 架飞机中有 500 多架都是租入的，这一来一旦这些飞机被出租人收回，国内航空业要马上面临瘫痪的局面了。因此俄罗斯紧急在 2022 年 3 月颁布对《Russian Federation Air Code》的修正案（Federal Law No. 39-FZ），允许将租入的飞机在俄罗斯注册登记所有权，并实际扣押了租用的飞机。²³⁶

这一来失去了上百架飞机的 AerCap 开始向多位保险人/保险公司索赔自己的损失（包括 35 亿美元的全险，以及 12 亿美元的战争险）。此案件中，AerCap 的索赔对象包括：

（1）自己作为出租人投保的“出租人保单”（Lessor policy）下承保的保险人；

（2）承租人（俄罗斯航空公司）投保²³⁷的“承租人保单”（Operator Insurance policies）下的保险人；

（3）同时，AerCap 以“承租人保单”的“再保险合同”（Operator Reinsurance policies）中有一条“直接索赔条款”（cut-through clause），还直接起诉了承租人保单相关的“再保险人”（reinsurers）。

针对“承租人保单”与“再保险合同”，AerCap 是必须获得更多信息才会知道这些保险合同的细节，如在俄乌冲突后保险人有否修改或取消保单的通知（如有的话），以及再保险人的回复等等，根据这些细节进而判断保险合同是否仍然有效，保险人是否有责任等。但显然 AerCap 是不会从俄罗斯航空公司取得这些

²³⁶ 见俄罗斯 TASS 的公告（Putin signs law on registration of rights to foreign airplanes: The document is aimed at preserving the foreign airplane fleet with Russian operators for purposes of smooth operation of civil aviation as part of anti-sanction measures）：<<https://tass.com/politics/1421727>>

²³⁷ 这是因为 AerCap 在俄罗斯航空公司的保单，也被加进为“额外受保人”（additional assured）。这种做法很常见。例如在船舶保险，往往除了“船东”是受保人外，还会加进如抵押银行、船舶管理人等作为额外受保人。额外受保人仍会自己另去投保，甚至是会针对同样的承保风险。这也造成在笔者《海上货物保险》一书第十三章之 17 段介绍的“双重保险”（double insurance）的情况。

文件。所以 AreCap 根据 CPR 之 PD 57AD para. 31.17 向英国法院申请“第三方披露令”(third party disclosure order)²³⁸, 要求多位著名伦敦的“保险经纪人”(insurance broker)披露所有相关信息与文件。只说, 多位保险经纪人都不抗拒披露, 只要法院一声令下就愿意披露文件。只有一位保险经纪人(McGill)反对, 主要理由就是担心自己如果提供文件与信息给 AerCap 会否违反英国针对俄罗斯的制裁机制。这种担心可以理解, 因为制裁机制中的措词/文字一般都是广泛的, 也在本书第三章开头有提到监管机构会宽泛解释立法目的与严厉对付被制裁方。而目前单边制裁的历史仍较短, 先例也不多, 可以说目前的局面对最怕惹上刑事犯罪的一般商业人士而言, 是十分混乱、困扰与不肯定。

英国针对俄罗斯的制裁机制已经在本书第一章之 4.2 段有简单介绍。在此案例有关的立法是《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》, 涉及的就包括是 Section 28 (1)禁止提供“金融服务”(financial services), Section 29 禁止为一系列列明的行为提供“经纪服务”(brokering services)与 Section 29A 禁止为航空与航天货物与技术提供“保险与再保服务”(insurance and reinsurance services)。笔者只去部分节录 Section 29A 如下:

“Insurance and reinsurance services ...

*(1) A person must **not directly or indirectly provide insurance or reinsurance services relating to aviation and space goods or aviation and space technology—***

(a) to a person connected with Russia, or

(b) for use in Russia.” (加黑部分是笔者的强调)

McGill 也曾多次向涉及此案件的监管机构 Export Control Joint Unit (或简称“ECJU”)查问。最后一次 ECJU 的回答是: *“In our view, providing copies of contracts to prove that insurance was in place is not an act of providing insurance/reinsurance, therefore this activity is not likely to fall within the scope of Regulations 28 and 29A.”*

这回答应是足够令 McGill 安心了, 但 ECJU 带了一句尾巴说“你如果仍不安心, 就可咨询独立意见(笔者估计应该是指律师)或正式申请许可”。这反而令 McGill 仍是担心, 但他无意去正式申请许可(原因没有报道, 可能会是嫌太慢与手续太繁复), 因此, 才有了此先例让法院去给出肯定的答案与澄清。

对这个问题, 高院的 Butcher 大法官的判决是 McGill 提供此类信息并不违反制裁机制。背后的道理很大程度上是对于制裁机制具体立法条文措辞/文字的解释。但在道理上完全能理解的是, 制裁机制背后的目的与想法是打击俄罗斯的经

²³⁸ 见笔者《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》一书第二章之 4 段。

济贸易以阻却俄罗斯对乌克兰的行动。而类似此先例中这种情况是爱尔兰公司 AerCap, 作为一位“非俄罗斯的出租人”(non-Russian lessor) 希望向保险人要求理赔的时候, 要求 McGill 作为保险经纪人(或其他类型的服务道理也是一样) 披露文件资料, 不会对俄罗斯的经济贸易有什么影响或好处, 也不应该被解释为违反了制裁机制。

最后可以节录 Butcher 大法官所说如下:

“In my judgment it would not. I say that for the following reasons:

*(1) The correct approach to interpretation of the Regulations is to ascertain the meaning of the words in the light of their context and the purpose of the provision. It is thus **important to consider the purpose of the Regulations.** ...*

*(2) The purpose of the Regulations as a whole is stated in Regulation 4, insofar as relevant, as being to ‘encourage Russia to cease actions destabilising Ukraine or undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty or independence of Ukraine’. At its most basic, they are **intended to have an adverse impact on the Russian state, Russian industry or Russian persons**; and a key purpose of the trade sanctions in Chapter 2 of Part 5 of the Regulations (which includes each of Regulations 28, 29 and 29A) is to stop the supply of restricted goods to Russia, **in order to exert pressure on Russia.***

(3) Viewed in the light of those purposes ...

*In relation to Regulation 29A, the **provision of the documents to a non-Russian lessor** would not, in my view, constitute the provision, directly or indirectly, of an insurance or reinsurance service to a person connected with Russia. The documents would not be being provided in fulfilment of any obligation owed by the Russian insurers to provide documents to lessors in order to make, or establish whether they can make, a claim against those insurers or their reinsurers. They would be being provided, instead, because they are potentially relevant to an action which has been brought in this court, and the reinsurance broker, though not a party, holds those documents. In those circumstances, I do not consider that a broker situated as McGill is can be regarded as providing an ‘insurance or reinsurance service’ to the insurer in making such documents available to the lessor. Insofar as there is an ‘insurance or reinsurance service’ provided to anyone, it is to the lessor, as putative additional insured under the insurance and as allegedly having a claim under the reinsurance pursuant to a ‘cut-through’ clause. **The lessor, however, is not a ‘person connected with Russia’ within 29A(1)(a).** Any ‘insurance or reinsurance service’ involved would not relate to aviation goods ‘for use in Russia’, within 29A(1)(b) for the reason....: the (re)insurance does not cover (and facilitate) the use of the Aircraft and Engines in Russia, but is rather, at least on one of AerCap’s cases, to provide an indemnity in circumstances where the*

items remain in Russia as a result of the termination of a lease and against the lessor's will.”（加黑部分是作者的强调）

5.5 出庭证人（witness）

在国际商事仲裁，开庭审理与对证人的“交叉盘问”（cross-examination）是走在一起。如果只是双方代表律师对案件的口头陈述与争辩，就没有必要进行昂贵的开庭，因为以文件陈述与争辩是完全可以替代。

但今天的制裁机制会对证人出庭接受交叉盘问带来很大的影响，首先是仲裁地如英国伦敦或其他欧盟国家会否签发签证允许证人入境。记得不久前不少国家或地区还为了支持国际仲裁，通过立法或修改规则对外来在仲裁案件作证的证人优先处理签证申请与开绿灯，外来的仲裁员就免工作签证与免税等，可说是没有几年就有天渊之别。除了证人的签证问题，也相信有越来越多的俄罗斯或中国公司的证人不愿意去伦敦或其他美国盟友国家的仲裁地出庭接受交叉盘问。毕竟，证人数多是公司高管，不会是公司的清洁工人。所以很难相信涉及华为的伦敦仲裁（或其他西方国家仲裁地）孟晚舟女士，又或是深度求索（Deepseek）的梁文锋先生等，会愿意去出庭。

或说，可否同意去伦敦作为仲裁地以外的中心地点（如香港或新加坡）开庭？这种安排也的确在发生。但这往往是需要双方当事人同意，而他们会同意也往往是共同利益，主要是大家方便与省钱，例如双方的多位证人都在亚洲。但涉及政治与制裁的问题，受影响或觉得敏感的只是华为或深度求索，他们的敌对方是美国或西方公司，这些公司在孟女士或梁先生不肯出庭提供证据将对他们更有利，胜诉机会提升的情况下，相信这些公司不会同意将开庭地点从伦敦改为香港（或新加坡）。

最后，通讯科技进步下线上开庭与接受交叉盘问也是一个可能的替代做法。但除了敌对方的反对与刁难²³⁹，以及仲裁庭会否定这种做法，技术上也会有问题，例如被制裁方或国家是不允许使用一些 IT 服务：见 OFAC 在 EO 14071 下禁止提供特定 IT 与软件服务的决定²⁴⁰。

6 裁决书的内容

6.1 合意裁决书/和解裁决书（agreed award/consent award）

相信大多数的商事争议，争议双方当事人都会或迟或早根据各自估算的在实

²³⁹ 在新加坡的 Wang Xiaopu v Koh Mui Lee and others (2022) SGHC 54 先例，新加坡法院拒绝原告通过视频连线的方式在新加坡的庭审中作为证人出庭作证的替代方式。

²⁴⁰ 见< <https://ofac.treasury.gov/media/932951/download?inline>>

体法律与证据方面己方案件的强弱与其他不同的因素与考虑,达成“友好”和解。这会是发生在启动仲裁前,或仲裁的推进期间。反正,和解后就再没有实质争议需要仲裁庭审理、认定与决定任何事宜,也不会有一份“裁决书”(arbitration award)了。这表示一旦知道双方当事人达成和解,仲裁程序也无须再走下去,仲裁员可以作出“终止通知”(termination notice)宣示仲裁终止。

但经常会有双方当事人要求仲裁员为和解作出一份“合意裁决书”,这只是一种“辅助性裁决书”(ancillary/supportive award),因为它不是仲裁员为解决双方当事人之间争议作出,而是在支持/支援双方和解作出。这与仲裁员在正常情况下,接受委任后通过审理根据证据“认定争议事实”(finding of fact)与根据合同内容与法律原则对“法律地位作出判定”(holding of law),最终作出谁胜谁负的裁决书有很大的不同。但仲裁员可以合法作出一份受到法律(包括仲裁地法律或其他《纽约公约》下执行地法律)承认与协助执行的“合意裁决书”是毫无疑问,例如在1996年《仲裁法》之S.51针对和解规定说:

“(1) If during arbitral proceedings the parties settle the dispute, the following provisions apply unless otherwise agreed by the parties.

(2) The tribunal shall terminate the substantive proceedings and, if so requested by the parties and not objected to by the tribunal, shall record the settlement in the form of an agreed award.

(3) An agreed award shall state that it is an award of the tribunal and shall have the same status and effect as any other award on the merits of the case.”(加黑部分是笔者的强调)

上述立法条文之(2)明确了仲裁员可以拒绝作出合意裁决书,说“*not objected to by the tribunal*”。笔者(杨良宜)也确实曾经几次在不同仲裁案件拒绝过双方当事人提出的要求。这也不是仲裁员(如笔者)不想协助或帮忙,双方在仲裁程序期间达成和解是值得鼓励的好事。加上,合意裁决书对仲裁员会只是举手之劳,如当事人代表律师草拟好一份合意裁决书,只要求仲裁员签字。

但仲裁员必须要小心在今天以“虚假仲裁”(sham arbitration)达成非法目的,如套汇、洗钱、向其他第三人(如政府当局、保险公司等等)瞒骗真相等恶行并非没有听说过。对不知情的第三人来说,一份由国际知名与可信的仲裁员作出的“裁决书”,显然要比一份其他的“虚假”文件有说服力得多。这种危险也可以发生在当事人试图以这种办法/做法回避个别国家如美国的单边制裁或中国的反制裁机制的情况。这对美英仲裁员来说尤为重要,因为他有向有关监管机构报告的法律任。

仲裁员可以有一些非常容易察觉的“红旗”(red flag)警告认定双方当事人申请一份合意裁决书是有疑点。如果双方当事人其中一方,或他们委任的法律代理人是来自有份量的律师事务所如跨国所,即使不是双方而只有一方,仲裁员也

可以安心，因为有了这种珍惜羽毛的公司或律师事务所把关，就不会背后有“狗屁倒灶”见不得光的事情。又如果双方当事人已经推进仲裁程序一段时间才说是已经达成和解，并申请一份合意裁决书，也往往是更可以安心。毕竟在已经走过的仲裁程序，有经验的仲裁员可以察觉到双方是否有一个真实的争议，特别是看了一些当事人提供的“当场文件”（contemporaneous documents）后，如附加在“索赔或抗辩请求书”（statement of claim/defence）后的文件。这一来，一比较双方的和解协议，也可以察觉基于和解的合意裁决书从金额、和解的比例等方面看是否为真，或是有关交易会否牵涉到有制裁嫌疑的事宜，如货物来源、除了双方当事人以外的第三人名字等等。

笔者（杨良宜）记得曾在被委任不久后就被要求签一份拟定了的合意裁决书，在追问并要求双方当事人披露有关达成合同、产生争议与双方和解谈判的文件下，他们承认只是为了说服第三人（说是同一交易的“合同链”的另一位合同方）作出补偿，笔者当然拒绝签字。

“合意裁决书”对达成和解协议的当事人，特别是和解的收款人或“债权人”（settlement creditor）的好处可见 DKB v DKC(2025) SGHC(I) 11 新加坡先例。简单的案情是 DKC 是在一个瑞士仲裁裁决书下超过 3.15 亿美元的裁决债务人，DKB 获得了债权的转让（assign）后在新加坡法院申请执行裁决书。执行程序中途 DKB 与 DKC 达成“和解协议”（settlement deed），DKC 与 C 需要分期出资 1.5 亿美元购买一个 D 公司持有的 E 公司股权，在所有的分期付款付清后，DKC 就算是履行（discharge）了裁决书，否则 DKB 就可以继续新加坡法院的执行程序。

但 D 公司后来被美国制裁²⁴¹，DKC 与 C 就没有继续按照和解协议付款。这导致 DKB 主张 DKC 违反和解协议并申请新加坡法院继续执行，而 DKC 则提出是因为美国制裁而无法付款，并没有对和解协议的违约，因此根据和解协议 DKB 不得推进裁决的执行。而 DKC（与 C）是否违反了和解协议因此 DKB 有权继续推进执行程序，看来应该是在和解协议下的争议，因此表面上来看就应该是根据和解协议中的 SCC 仲裁条文进行仲裁。

新加坡商事法院最后决定中止（stay）裁决书的执行，但条件是 DKC 必须在 10 天内启动 SCC 仲裁，并尽快裁定有关和解协议在美国制裁下的法律地位。笔者不知道和解协议会否加进一条“制裁条文”，如果没有，那么可能又会涉及在 Ralli Brothers v Compania Naviera Sota Y Aznar (1920) 2 KB 287 上诉庭先例带来的“Ralli Brothers 例外”的英国法法律地位下，DKC（与 C）可否拒付或暂停支付这和解的 1.5 亿美元等等的争议。

撇开此先例的案情，如果双方达成不只是一份“和解协议”，而是有双方委

²⁴¹ 实际上是 H 先生被列入“SDN 清单”，而 H 先生拥有超过 50% 的 D 公司股权，因此 D 公司也属于“被制裁方”，见本书第一章之 2.1.1 段的介绍。

任的仲裁员签署的一份“和解裁决书”²⁴²，那么就可以看出有一份“合意裁决书”的优点。新加坡商事法院不会要求双方先在“和解协议”下去 SCC 仲裁，而是直接看“合意裁决书”是否为最终与有约束力，可以执行，这显然会简单快捷得多。今天不少双方达成的和解，往往会好像此先例的案情涉及需要分期支付巨大的金额与其他非金钱的安排，这也表示“合意裁决书”对和解债权人/收款人是特别重要。

6.2 金钱判决/裁决与制裁机制的冲突和协调

美国与部分西方国家针对“制裁机制”(sanctions regime)的立法与命令都使用非常广泛、严格的措辞/文字，绝不允许任何人以任何形式处置“被制裁方”(sanctioned party)或他们拥有或控制(如通过子公司、受托人等)的资产，也必须完全剥夺、冻结被制裁方的资产与不能让他们直接或间接享用。这原因也十分容易理解，制裁的目的就是将被制裁方或被制裁国家以围城、断水、断电、断粮等方式全面封锁，令其尽早无条件投降，否则就置之死地。所以如果不在立法与禁令中说死说绝，在操作层面也无法做绝，后果就是处处有法律空子或漏洞可钻，让被制裁方有喘息或甚是反制的余地。

例如是自英国、欧盟引入联合国制裁开始，就采用了广泛的“资金”(fund)、“经济资源”(economic resources)等的说法。在欧盟 Council Regulation 269/2014 规定：

(1) Recital 6 规定：“*This Regulation respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and in particular **the right to an effective remedy and to a fair trial and the right to the protection of personal data.** This Regulation should be applied in accordance with those rights and principles.*”（加黑部分是笔者的强调）

(2) Article 2 规定：“*1. **All funds and economic resources belonging to, held or controlled by owned, any natural persons or natural or legal persons, entities or bodies associated with them as listed in Annex I shall be frozen.** 2. **No funds or economic resources shall be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of natural persons or natural or legal persons, entities or bodies associated with them listed in Annex I.***”（加黑部分是笔者的强调）

另在英国《Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018》立法之 Section 60

²⁴² 一般来说，和解协议都是在还没有作出实质裁决书之前，仍在推进仲裁程序时达成，并要求仲裁庭去根据和解协议内容作出“和解裁决书”。但即使已经有了一份实质裁决书，胜诉方仍愿意解决执行困难或其他各种原因带来的争议和败诉方和解，也不是不可能拿到和解裁决书。例如可以要求原来的仲裁庭（如果尚未“职责履行完毕”[*functus officio*]）或可重新委任仲裁庭作出替代原本裁决书的“和解裁决书”。

对于“资金与经济资源”的定义是：

*“(1) In this Act ‘funds’ means **financial assets and benefits of every kind, including (but not limited to) — (a) cash, cheques, claims on money, drafts, money orders and other payment instruments; (b) deposits, balances on accounts, debts and debt obligations; (c) publicly and privately traded securities and debt instruments, including stocks and shares, certificates representing securities, bonds, notes, warrants, debentures and derivative products; (d) interest, dividends and other income on or value accruing from or generated by assets; (e) credit, rights of set-off, guarantees, performance bonds and other financial commitments; (f) letters of credit, bills of lading and bills of sale; (g) documents providing evidence of an interest in funds or financial resources; (h) any other instrument of export financing.***

*“(2) In this Act ‘economic resources’ means **assets of every kind, whether tangible or intangible, movable or immovable, which are not funds but can be used to obtain funds, goods or services.**”*（加黑部分是笔者的强调）

而在英国针对俄罗斯的制裁机制《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》下，对于资金和经济资源的相关规定已经在本书第一章之 4.1 段有简单介绍，例如会包括：

（1）Regulation 11 规定不得“处置”（deal）资金和经济资源：*“**must not deal with funds or economic resources.**”*（加黑部分是笔者的强调）但具体而言稍有不同，对于资金在 Regulation 11(4)针对的是不得导致资金任何形式的变动，而针对经济资源则是在 Regulation 11(5)不得用经济资源“换取”（exchange）任何资金、货物或服务²⁴³。

（2）Regulation 12 规定不得“提供”（making available）资金：*“**must not make funds available directly or indirectly to a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect, that P is making the funds so available...**”*（加黑部分是笔者的强调）

（3）Regulation 14 规定不得“提供”经济资源让被制裁方可以“换取”

²⁴³ 这两个条文也可以节录如下：*“(4) For the purposes of paragraph (1) a person ‘deals with’ funds if the person— (a) uses, alters, moves, transfers or allows access to the funds, (b) deals with the funds in any other way that would result in any change in volume, amount, location, ownership, possession, character or destination, or (c) makes any other change, including portfolio management, that would enable use of the funds. (5) For the purposes of paragraph (1) a person ‘deals with’ economic resources if the person— (a) exchanges the economic resources for funds, goods or services, or (b) uses the economic resources in exchange for funds, goods or services (whether by pledging them as security or otherwise).”*

(exchange for) 资金、货物或服务: “*must not make economic resources available directly or indirectly to a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect— (a) that P is **making the economic resources so available**, and (b) that the designated person would be likely to **exchange the economic resources for, or use them in exchange for, funds, goods or services.***” (加黑部分是作者的强调)

(4) Regulation 19 禁止“规避”(circumvention)或协助规避前述制裁: “... *must not intentionally participate in activities knowing that the object or effect of them is (whether directly or indirectly)— (a) to circumvent any of the prohibitions... or (b) to enable or facilitate the contravention of any such prohibition.*”

这就带来疑问, 法院(与仲裁员)在审理涉及无论原告或被告是“被制裁方”(他的资产也会被冻结起来)的案件时, 如果判决(或仲裁裁决)“被制裁方”胜诉, 并作出“金钱判决/裁决”(monetary judgement/award), 是否涉及对被制裁方的资金和经济资源的“处置”、“提供”与“换取”等问题, 因此被制裁机制所禁止? 虽然即使判“被制裁方”败诉也是“处置”了“被制裁方”的资金和经济资源, 但并不违反制裁目的。

这里涉及一个至关重要的问题, 就是在前文节录的 Recital 6 与人权法下, 每一位自然人都有获得公开、公平审理(fair trial)的基本权利。但在制裁俄罗斯的机制下, 会否法院(仲裁员的裁决也是同样道理)一旦判“被制裁方”俄罗斯当事人胜诉并获得一笔金钱, 就违反制裁机制? 如果是, 这类案件就根本受理不了。因为一开始就注定只能判“非被制裁方”胜诉, 判不了“被制裁方”胜诉, 这根本不是司法公正与公平审理。

6.2.1 针对是否“规避”问题的 R v R (2015) EWCA Civ 796 先例

在 R v R 先例, 涉及的是作为俄罗斯居民的前夫与作为英国居民的前妻之间的家事案件, 根据当时的欧盟 Council Regulation (EU) No 269/2014 以及英国的《Ukraine (European Union Financial Sanctions) (No.2) Regulations 2014》, 前夫属于被制裁方。这一来前夫就主张根据欧盟规章之 Article 2 所有他在欧盟与英国的资产都被冻结, 任何人士不得“处置”, 法院命令其在俄罗斯向前妻的俄罗斯银行账号支付赡养费属于欧盟规章之 Article 9 禁止的“规避”制裁的行为。但前夫的说法被上诉庭驳回, 理由包括:

(一) Article 2 的资产禁令针对的是在欧盟与英国的资产, 如果被制裁方在俄罗斯对俄罗斯的银行进行支付, 并不属于制裁针对范围, 没有在此条文下被禁止。

(二) Article 9 禁止规避, 但在 Article 5 也明示规定了有关监管机构可以作出许可允许处置被冻结资产。换句话说只要有关监管机构(此先例中也就是英国财政部的 OFSI)许可, 就并非规避行为。此先例中看来 OFSI 之前就已经有声明并不反对这样的做法, 事后根据法院命令实际需要支付的时候再实际提出申请许

可应有很大成功机会。

(三) 制裁机制下从没有针对或限制过法院的权力。法院命令居住在俄罗斯的前夫向俄罗斯银行帐户支付确实并非英国法院的通常做法, 因为法院监督不了。但既然符合法院权力规定 (法院作出不同命令/禁令的权力很大, 只是如果无法监督一般就不愿意作出), 也实际不违反制裁机制, 这并非“规避”。Briggs 大法官说:

*“The starting point must be to ask **whether the common objective sought to be achieved by the so-called normal and abnormal routes is itself one which the relevant regulatory regime seeks to prohibit or control.** If it is, then the conclusion that the abnormal route is a circumvention may easily follow. If it is not, then the **so-called abnormal route** is (if, as here, not itself a breach of the regulatory regime) merely a **lawful route to a lawful objective which circumvents nothing.** It is merely the result of a sensible choice between a lawful and unlawful route to a common lawful objective. One may and should take care to avoid breaking the law, but that does not mean that avoidance is a circumvention of it.”* (加黑部分是笔者的强调)

也就是对于制裁机制下的“规避”, 法院给出了明确的判断标准, 即无论采取的做法或途径是“正途”(就是命令在英国付款)或“非正途”(就是命令住在俄罗斯的前夫在俄罗斯付款), 核心是要看有关行动的目的(common objective), 例如此先例中可以是让前夫在英国向前妻的英国账户付款, 但这一来, 即使法院愿意作出命令, 除非取得 OFSI 许可, 前妻是无法使用这马上会被冻结的资金。但如果前夫在俄罗斯向前妻的俄罗斯账户付款, 就不存在 OFSI 的许可与冻结, 前妻就可以真正获得支付并自由转到英国使用了, 这也是为什么前夫主张这是在“规避”制裁。但后者背后的目的是为了要求前夫向作为英国居民的前妻提供赡养费。而如果目的没有被制裁机制禁止, 就谈不上规避, 例如此先例中向英国居民付钱, 不是向俄罗斯提供什么资金或经济资源。而反过来说, 如果目的是被禁止的, 那么就会是无论采取什么做法或途径都应该被禁止。如这位前妻也是一位“被制裁方”, 在英国向她付钱是不可能, 而命令在监管不了的俄罗斯付款让该前妻真正获得支付, 这才是“规避”。

(四) 上诉庭另一位 Arden 大法官也说此命令不涉及规避, 说:

*“the EU Regulation makes a distinction between making an order for the payment of a sum of money and the enforcing of such an order... this distinction is evident from the structure ... and use of language... It follows that the making of a court order would only circumvent the EU Regulation for the purposes of Article 9 if the order itself contained provisions which dealt with funds or economic resources and which were also intended to achieve a dealing with funds or economic resources within the scope of the EU Regulation without the licence of HM Treasury. **The order in this case contains no such provisions since it does not require any particular funds of the Husband to be used for discharging it.** It merely provides for the payment by the*

Husband of monies to a Russian bank in Russia. Even if the order had provided for payment in the EU, the making of the order would still not have been prohibited, and so there cannot be said to be a circumvention of a prohibition. An order for payment into an EU bank account would simply have meant that the funds paid by the Husband in performance of the order would ... have been frozen on receipt so that a licence from HM Treasury was required for her to be able to use them.”（加黑部分是笔者的强调）

因此可以说 R v R 上诉庭先例的判法是对当时欧盟制裁机制的具体措辞/文字的解释，但已经能看到上诉庭很明确提到了法院的态度是以避免法院诉讼程序与司法受到制裁机制的影响或干预的角度来进行解释。

6.2.2 针对是否“处置”等问题的 Mints v PJSC National Bank Trust (2023) EWCA Civ 1132 上诉庭先例

而在更近期的 Mints v PJSC National Bank Trust 上诉庭先例中，对这方面的地位给出了更明确与广泛的指引，确认制裁机制不会轻易影响法院行使司法权力作出金钱判决。

Mints v PJSC National Bank Trust 先例的案情已经在本章之 5.2.1 段有介绍，简单而言是俄罗斯的两间银行（Otkritie，以及获得了其主要不良资产的 NBT）向多名被告（Mints 家族及其控制的公司）索赔被告串谋与欺诈给银行带来的损失。但原告（Otkritie 与 NBT）中的 Otkritie 被明确列入英国的制裁清单，至于俄罗斯中央银行控股的 NBT 也有争议是受到被制裁的俄罗斯总统普京与俄罗斯央行行长的“控制”（control）因此也属于被制裁方。这一来，原告在英国所有资金和经济资源都应该被冻结不允许处置，也不允许向原告提供任何资金和经济资源让原告可以换取资金、货物或服务。在这样的背景下，被告主张法院因此不得判原告胜诉让它获得金钱判决书，申请“无限期中止”（indefinite stay）诉讼程序。

被告的主张在高院与上诉庭均被驳回。为了解答制裁机制是否禁止法院作出对“被制裁方”有利的金钱判决的问题，法院对制裁机制的立法措辞/文字进行了详细的解释²⁴⁴。这些解释并非本书重点，不会进行详细介绍，毕竟立法是英国政

²⁴⁴ 例如上诉庭解释与认定“诉因”（cause of action）应属于“经济资源”（economic resources）而非“资金”（fund）。理由是有诉因并不代表最后可以实际胜诉与拿到金钱判决，因此诉因并非自身有金钱价值，仅仅是可以根据诉因索赔与拿到不确定的金钱的权利，这不符合制裁机制中对“资金”的定义（“financial assets and benefits of every kind”），但可以被更广泛的“经济资源”的定义所包括（“assets of every kind, whether tangible or intangible, movable or immovable, which are not funds but can be used to obtain funds, goods or services”）。而法院的“金钱判决”则可以被认为属于“资金”的一种。又例如“提供”被解释为是提供既有的资金给被制裁方，而法院作出的金钱判决虽然可以属于“资金”，但法院没有提供既有资金，而是在“创设”（create）一笔新债务或资金，作为对比如果是在执行程序中强行划拨被冻结资产给被制裁方就可以被解释为是“提供”。

府随意修改。但可以看到英国法院的态度是采用了各种解释的办法将制裁机制解释为不影响金钱判决。在笔者看来，撇开这些解释上的技术性细节，在上诉庭的判词中也提到了多个原则性要点，例如：

（一）只有明示或“必要默示”（*necessary implication*）²⁴⁵，制裁机制通过立法才能剥夺被制裁方“诉诸司法”（*access to court*）的权利，这包括获得法院作出对被制裁方有利的金钱判决的权利。

在英国法下任何法律（无论是立法、政府规章）都必须有明确的权力来源与授权依据，这也被称为“合法性原则”或“法律依据原则”：见 *R (UNISON) v Lord Chancellor (Nos 1 and 2)* (2017) UKSC 51 最高院先例。在合法性原则下，只要有授权，法律是可以剥夺个人的基本权利。例如在发生战争的时候，可以立法授权允许剥夺任何敌对国家人士的财产权甚至是生命权等，更不用说是公平审理的权利了。但法院在对立法进行解释的时候，会采取“最低限度干预”（*lowest degree of intrusion*）的原则。而面对在法治社会最重要的基本人权之一的“诉诸司法”的权利，显然是会采用同样的态度，正如在 *R (UNISON) v Lord Chancellor (Nos 1 and 2)* 先例中 Reed 勋爵说：

“Even where a statutory power authorises an intrusion upon the right of access to the courts, it is interpreted as authorising only such a degree of intrusion as is reasonably necessary to fulfil the objective of the provision in question.”

在 *Mints v PJSC National Bank Trust* 先例，Flaux 大法官也总结说，虽然制裁机制的具体立法措辞/文字原本是源于欧盟的制裁机制所采用的措辞/文字，但一样要符合合法性原则。而在最低限度原则下解释起来，只有在制裁机制中明确写明是剥夺，或者是“必要默示”的情况，才能解释为制裁机制剥夺了被制裁方将有关争议“诉诸司法”的权利：

*“It is common ground that the so-called principle of legality is a principle of statutory construction under which fundamental common law rights such as **the right of access to the court can only be curtailed if that is clearly authorised by primary legislation**. Although the words in the statute which curtail the right need not be express and can be implicit, they **must be clear and unambiguous**.”*（加黑部分是笔者的强调）

例如财产权也是重要的基本人权，但在制裁机制下是用明确无误的措辞/文字作出排除的，例如是冻结、不得处置被制裁方的资产等。但对于被制裁方可获得胜诉“金钱判决”的权利，或者是“诉诸司法”的权利，就根本没有这样明确的措辞/文字，不能拐弯抹角地解释制裁机制中采用的措辞/文字会有这样的效果。

²⁴⁵ 见笔者《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》一书第八章之 3.2 段。

(二) 在脱欧前英国也跟从的欧盟制裁机制中, 针对俄罗斯的 Council Regulation 269/2014 规定“判决债务人”(judgment debtor) 如果根据法院判决向被制裁的“判决债权人”(judgment creditor) 的被冻结账户(frozen account) 中支付金钱是被允许与被豁免的支付行为, 在 Article 7 说:

“2. Article 2(2) shall not apply to the addition to frozen accounts of: ... (c) payments due under judicial, administrative or arbitral decisions rendered in a Member State or enforceable in the Member State concerned...”

这显然是考虑到了会有被制裁方胜诉并获得金钱判决的情形。而在脱欧后虽然英国的制裁机制的立法措辞/文字有一些变动, 但并没有意图与过去的制裁机制发生本质上的偏离。

(三) 法院是在行使自己的基本司法权力与功能, 这根本与制裁机制中的“提供”资金, 或者用经济资源“换取”资金、货物或服务扯不上关系。换句话说, 法院判决并非“提供”或“换取”。Flaux 大法官说:

“... the words ‘make funds available’ are simply not apt to describe the exercise by the court on one of its prime judicial functions in administering justice, of entering judgment on a valid cause of action... on any ordinary use of words, the exercise of that judicial function is not making funds available...”

Exchange of an economic resource for funds under 11(5)(a) contemplates handing over one asset in return for another and use in exchange in (b) equally contemplates the retention of the asset but its use in some way, for example... by way of pledge.

*Any suggestion that the court would be in breach of Regulation 11(5) by **entering judgment in favour of a designated person is even less convincing**. The court would not receive anything in exchange for the cause of action. Furthermore, the words ‘dealing with’ are simply not apt to describe the exercise by the court of its judicial function of entering judgment on a valid cause of action. As with ‘making available’, on any ordinary use of words, the court cannot be said to be dealing with a cause of action when it enters judgment...”* (加黑部分是笔者的强调)

此案件原本上诉到最高院, 但可惜是当事人中途撤销上诉。在笔者看来, 撇开对具体制裁机制的立法措辞/条文作出技术性的解释, 判决背后的大精神是很明确的, 也就是司法审理的权力是显然不应该轻易被制裁机制所影响。

6.2.3 对国际仲裁的影响

而仲裁中仲裁庭作出裁决书, 看来也应该是类似地位。所以在目前为止的判法下, 看来伦敦仲裁的仲裁员还是可以判被制裁的俄罗斯人胜诉, 或在其他措辞/文字大同小异的制裁立法下判任何其他的“被制裁方”胜诉, 并获得一份金钱裁

决书。当时的 LCIA 秘书长 Jackie van Haersolte Hof 于 2023 年 7 月在一个名为“Impact of sanctions on International Arbitration”的会议上，针对这一点说：

“There was initially some concern that even acting as an arbitrator in a case involving an asset freeze target could be prohibited but there is now consensus that deciding a case and issuing an arbitral award would not be prohibited conduct. The main complications arise at the enforcement stage.”

可见，现在普遍接受对制裁机制的违反或规避往往是发生在执行裁决书的时候，因为真正会向被制裁方“提供”资金或经济资源。英国法院不想让英国司法制度轻易受到政府政策的干扰，以及希望审理法官可以毫无顾虑地根据事实与法律作出不偏不倚的判决，所以将制裁的问题推给监管机构，让监管机构根据个案的情况认定是否可以与如何实际执行法院的判决（被制裁方可能胜诉也可能败诉）。如果英国政府仍对法院在普通法下可以作出让被制裁方胜诉的判决不满意，大可以通过修改立法明确否决这种做法。看来，也是在此法律地位下，伦敦仲裁员也认为他们也是同样的地位。

但在这问题上笔者有一点关心，也没看到过有人公开讨论过这个问题。英国法院的判决基本只能在英国能够管辖的地区才能强制执行，其他国家即使愿意协助执行也是个别案件的裁量权²⁴⁶，并且不得违反该国本国的公共政策。而与英国有同样的对俄罗斯等的敌意制裁机制的国家恐怕不会太多。但一个伦敦仲裁裁决书因为有《纽约公约》可在全球 170 多个国家执行。这一来，如果一份判被制裁方（一家俄罗斯公司）胜诉的裁决书在英国执行，在 OFSI 的监管下是需要“许可”或执行成功的金钱也只会付进一个“冻结账户”被冻结起来，处理方式与英国法院的判决是一样的。但问题是如果同样一份裁决书根据《纽约公约》在全球其他国家或地方执行，例如被制裁方拿着胜诉的仲裁裁决书来香港特区执行，因为香港有败诉方资产，在香港没有针对俄罗斯的单边制裁的情况下，香港法院就要根据《纽约公约》协助执行了，让被制裁的俄罗斯公司真正获得支付并将这笔钱汇回俄罗斯。

特别是如果在审理中有关伦敦仲裁庭成员就已经通过双方代表律师的陈词与争辩知道有一笔钱被存放在香港共同银行账户内，就等待这一个伦敦仲裁裁决书的结果去作出支付。这表示该仲裁庭是知道一旦判被制裁的俄罗斯公司胜诉，就是向被制裁方“提供”资金和经济资源。而在本书第一章之 4.1 段有介绍制裁俄罗斯的《Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019》立法禁止任何人直接或间接向被制裁方提供资金，否则是非法/犯法的。可重复节录《Chitty on Contracts》

（2023 年，第 35 版）一书的说法：“**Regulation 12 prohibits a ‘person’**(这是指任何人，在此可以是伦敦仲裁庭成员)*from making funds available directly or indirectly to a designated person if P knows, or has reasonable cause to suspect, that P is making*

²⁴⁶ 中国法院也有个别承认英国法院判决的案件：见 SPAR 航运有限公司诉大新华物流控股（集团）有限公司申请承认外国法院判决案（2018）沪 72 协外认 1 号。

the funds so available.”

这一来，就带来了笔者目前找不到答案的疑问，如：（1）让被制裁方胜诉的仲裁员会不会被指控是以仲裁裁决书间接向被制裁方提供资金与“规避”英国的制裁机制？（2）该仲裁员会否真是犯法？是否要先向 OFSI 申请一个特定许可去这样判才安心？（3）在法律地位不明确的现在，会否只要仲裁员在内心有怀疑，就难免影响最终的裁决结果，这也是趋利避害的人之常情。

所以，只要英国政府回不去推进全球化的年代与世界大同的心态，而是配合美国盟友压制其他国家如中国，恐怕对不少已经被制裁或将来可能被制裁的中国公司来说，伦敦仲裁就再也不是好的选择了。

7 仲裁裁决书的执行

照理说在《纽约公约》下，裁决书的执行不应该是问题，但在美英的制裁机制影响国际仲裁方方面面的情况下，执行显然不可能独善其身。以下的段节针对“被制裁方”是胜诉方与败诉方两种情况分别介绍。

仲裁裁决书在国际的承认与执行（*recognition and enforcement*），简单说是胜诉方将一份在 A 国作出的裁决书，在 A 国法院或在 B 国、C 国等全球 170 多个国家或地区法院获得“承认”与“协助执行”，通常也就是 A 国或 B 国等地法院将裁决书自动转变为当地法院的“判决”（*judgment*）就可接下去根据当地立法去以各种机制与手段“实际执行”（*execution*）了。

针对仲裁裁决书在国际上执行会受到制裁影响的问题，也主要是来源于《纽约公约》允许签约国法院在两种情况下可以拒绝承认与执行，一个是 Article V(2)(a)的“可仲裁性”（*arbitrability*），另一个是 Article V(2)(b)的“公共政策”（*public policy*）。可仲裁性与制裁的问题已经在本章之 1 段介绍不在此重复。而公共政策的问题，主要就是对于执行地法院而言，由于今天绝大部分国家在全球化下都将支持与执行国际仲裁裁决书作为重要的公共政策，通常都会愿意执行。一般也只有极端情况²⁴⁷下执行特定的仲裁裁决书与本地公共政策相悖，才会拒绝在本地执

²⁴⁷ 今天对于哪些公共政策会如何影响仲裁裁决的执行，在世界范围也存在一定不同看法。例如在 *Micula v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 投资仲裁案件，涉及根据瑞典与罗马尼亚之间的投资协定，作为瑞典公民的投资人本享有各种优惠政策。但后来罗马尼亚为了加入欧盟取消与废除了这些政策，因为欧盟内部规则不允许这类形式的“国家补助”（*state aid*）。这一来不再享有优惠政策的投资人开始投资仲裁起诉损失。最后仲裁庭判投资人胜诉，罗马尼亚需要支付超过 7 千万英镑。但欧盟委员会（*European Commission*）做出决定认定罗马尼亚如果支付这笔金钱，等

行国际仲裁裁决书。

在获得执行地法院认可之后，就是对已经变成法院判决的裁决书内容要考虑如何实际执行。这会是根据当地法律规定对法院判决实际执行的各种手段。例如各种辅助性的禁令（如冻结令、第三人披露令等）、押记命令（*charging order*）、第三人债务令（*third party debt orders*）、委任接管人命令（*appointment of receiver order*）等。目的是务求执行到败诉方的金钱或资产，无论是公开或隐藏（如在第三人、信托受托人等名下）。法院在行使权力作出此类命令的时候，也会考虑到在公共政策下是否应该协助。

而在涉及制裁时，就会遇到支持与执行裁决书的重要公共政策与制裁机制背后的重要公共政策起冲突的问题。例如美英与欧盟对俄罗斯的制裁机制背后，涉及的是美英与欧盟要切断俄罗斯的经济来源与武器装备供应，以打击俄罗斯的公共政策。这一来在执行地法院执行的时候，就需要权衡这些公共政策与本国的关系。例如欧盟制裁机制背后的公共政策就会属于欧盟成员国公共政策的一部分，所有成员国都要跟从。而美国单边制裁背后的公共政策就与中国完全没有关系，甚至中国会是反对这些单边制裁背后的公共政策。在这个基础上，执行地法院再综合考虑是否应该允许承认与协助执行一个“公约裁决书”（*Convention award*）。

当然仲裁裁决书的执行问题也并非本书针对的重点，在这里仅简单列举部分先例作为例子显示今天美英与西方国家的制裁给仲裁裁决书执行带来的各种疑问与挑战。

7.1 “被制裁方”是胜诉方

7.1.1 目前复杂与混乱的地位

很显然，如果裁决书中的胜诉方是“被制裁方”（*sanctioned party*），那么在颁布制裁的国家这裁决书就也要面临公共政策的考验，也就是要看在公共政策上是应该维持目前绝大部分国家支持仲裁、执行国际仲裁裁决书的政策²⁴⁸，还是要

同于是在进行国家补助，违背欧盟公共政策。投资人在世界各地执行罗马尼亚资产而罗马尼亚均以公共政策为由抗拒执行。只说各地法院有差别对待，例如很容易理解在罗马尼亚法院马上根据欧盟公共政策拒绝执行，但在例如英国法院与美国法院等都愿意执行，见：英国最高院 *Micula v Romania* (2020) UKSC 5 先例，美国哥伦比亚上诉庭 *Ioan Micula v Gov't of Romania*, No. 17-cv-02332, (D.D.C. Sept. 11, 2019)先例。

²⁴⁸ 毕竟有先例说这个公共政策已经超越了打击国际贪污腐败的公共政策。在 *Westacre Investments Inc v Jugoinport SPDR Holding Co Ltd* (2000) QB 288 上诉庭先例的一审，Colman 大法官明确说：“*On balance, I have come to the conclusion that the public policy of sustaining*

给制裁背后的国家公共政策让步。在笔者看来，目前在国际仲裁中处于优势地位与占尽便宜的西方国家在大方向上仍然倾向于维持支持仲裁的现状，而将制裁的特定问题留给制裁机制与监管机构根据个案决定。

毕竟公共政策本身是“没有被驯服的野马”（*unruly horse*）²⁴⁹，政治带来的公共政策（也就是在政府与立法机关看来与整个国家和社会根本相关的福祉、原则与标准）更是如此，所以制裁机制背后的公共政策天天在不断变化与发展。例如美国在 2025 年特朗普总统上台后，针对俄罗斯的制裁机制会如何变化现在就有很大的不确定性。而对于司法系统而言，除了这些西方国家本身支持国际仲裁的重要公共政策外，可能更重要的还有保持司法系统的稳定性、一致性的公共政策，不能轻易受到行政机构以及被行政机构所推动的立法机构的影响，秉持法治的最后一道防线。

因此笔者目前的感受是，西方国家的法院无论是在本章前文介绍的作出判决/裁决，还是本段针对的执行判决/裁决，态度是有倾向性的。例如：

（一）对制裁机制的解释采取限制性态度，如解释制裁机制只针对特定行业，有关合同性质与被制裁行业无关就允许执行：见 *TCM v NGSC* (French Court of Cassation, 9/2/2022, 20/20.376) 法国最高法院案件。

（二）制裁机制只针对已经被列入制裁清单的被制裁方（或者其控制的个人或实体），因此“判决债权人”只是与被制裁方有关联，但并非真正的“被制裁方”而允许执行：见 *DNO v Yemen* (Cour D'Appel De Paris, 5/10/2021, 19/16601) 巴黎上诉庭国际商事法庭案件。

（三）还比较重要的是，法院可以解释说适用的制裁机制并不是完全“禁止”支付，而是会有各种“豁免”（*exemption*）与例外，也有一般“许可”（*license*）与申请“特别许可”下支付的做法。因此承认与执行仲裁裁决书并不会违反任何公共政策，会出现问题的仅仅是实际执行或支付，但有关实际支付则应该是交给制裁机制下的具体措施来针对。这会是允许支付到被冻结/封锁的账户，或者是向有关监管机构申请许可后支付等。这一来相当于是“避开”了制裁机制，将制裁有关的问题进一步推还给了监管机构或政府，而不是让法院在执行程序中考虑这方面的公共政策。

再加上本来根据公共政策拒绝执行裁决书就是非常例外的情况，只有执行裁决非常明确会违反公共政策时才会被拒绝。因此看来较少出现执行法院因为制裁

international arbitration awards on the facts of this case outweighs the public policy in discouraging international commercial corruption.” 在 *R v V* (2008) EWHC 1531 (Comm) 先例，Steel 大法官也重复说：“... *the public policy of sustaining international arbitration awards on the facts of this case outweighs the public policy in discouraging international commercial corruption.*”

²⁴⁹ 见 *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing. 229 先例。

背后的公共政策拒绝执行国际仲裁裁决书的情况。

笔者也会想到肯定有极端的情况，在无可避免与制裁机制产生冲突时，法院就可能会采取不同看法。例如假设有关合同下约定英国银行向俄罗斯被制裁方提供欧元贷款，而在香港仲裁中俄罗斯被制裁方胜诉，判英国银行需要在合同下向俄罗斯被制裁方赔偿损失，那么在英国法院，被制裁方或“受让人”（assignee）根据《纽约公约》申请承认与执行时，法院就要考虑协助会否违反英国公共政策的问题了。会是，英国法院干脆以公共政策为由拒绝协助执行。也会是，愿意协助执行，但在实际执行中，英国银行给被制裁方的金钱要支付去一个“冻结账户”（frozen account）等等。

又例如 GAR 报道了德国斯图加特高等法院的 Higher Regional Court of Stuttgart, Case No. 1 Sch 3/24, Decision of 13 May 2025 案。此案涉及 2021 年的货物买卖合同，德国公司向俄罗斯买方出售机器设备以及提供调试安装服务，合同中约定适用俄罗斯法律与提交俄罗斯“联邦工商会国际商事仲裁院”（MAKS）仲裁。但到了 2022 年俄罗斯开始被欧盟广泛制裁后，德国公司停止了与该俄罗斯公司的一切业务关系，包括未能提供部分设备。俄罗斯公司启动 MAKS 仲裁并获得胜诉裁决，判德国公司需要退还部分预付款与赔偿损失。俄罗斯公司之后在德国斯图加特高等法院根据《纽约公约》申请执行，但在 2025 年 5 月 13 日德国斯图加特高等法院拒绝执行仲裁裁决书，重要理由就是违反公共政策。在笔者看来此案有两点比较特别：

（一）在判词中看来并未提及该俄罗斯公司是否已被欧盟制裁，反而是当事人之间有争议提供相关机器（相信这个机器肯定有敏感性，所以即使俄罗斯公司并非被制裁方，有关交易也违反公共政策）给俄罗斯公司是否助长俄罗斯的军工实力，因此是否真正与欧盟的公共政策相悖。

（二）也很有意思的是，在判词²⁵⁰中，斯图加特高等法院提到了执行裁决是违反了基本的“政治与法律价值”（德文的“*politische und rechtliche Wertvorstellungen*”）。

此案看来是德国法院第一次明确根据制裁俄罗斯的公共政策（也就是制裁“目的”而不是具体的制裁机制中的措辞/文字）拒绝执行仲裁裁决书，此案的判

²⁵⁰ 判词原文是：“*Dies verstieße nicht nur gegen in Deutschland geltendes Recht, sondern gegen grundlegende politische und rechtliche Wertvorstellungen, namentlich gegen ein daraus folgendes gesetzliches Verbot, dessen Übertretung strafbewehrt wäre. Der Antrag war somit als derzeit unbegründet abzulehnen, eine Anerkennung des Schiedsspruchs in Deutschland derzeit zu versagen.*”简单的英语翻译可以是：“*This would not only violate applicable German law, but also fundamental political and legal values, namely a resulting statutory prohibition, the violation of which would be punishable. The application should therefore be rejected as currently unfounded, and recognition of the arbitral award in Germany should be denied at this time.*”

法据说也已经上诉，因此还有待德国更高级别法院澄清这是否是德国法院的明确态度。

而对于欧盟而言，实际上也已经有类似案件被转介欧洲法院澄清这方面的地位。在 NV Reibel v JSC VO Stankoimport (Case C-802/24)（或简称“Reibel 案”），背景是在 2015 年俄罗斯买方（JSC VO Stankoimport）与比利时卖方（NV Reibel）签订货物买卖合同，合同约定适用瑞士法与瑞士仲裁。俄罗斯公司已经预付了部分货款，但 2017 年的时候由于欧盟对俄罗斯的制裁（Regulation (EU) No 833/2014 与 Council Regulation (EC) No 428/2009），比利时有关当局以出口货物会被用于制造直升机部件（军事用途）为由拒绝作出出口许可，所以比利时公司没有交付货物。这一来俄罗斯公司开始瑞士仲裁并获得胜诉裁决，判比利时公司需要返还预付款等。比利时公司即向仲裁地的瑞士法院申请撤销仲裁裁决书，除了在本章之 1 段提到的“可仲裁性”外，提出的另一个理由就是有关仲裁裁决书违反公共政策。在欧盟的 Council Regulation 833/2014 之 Article 11 有一条“no claim”规定，保护因为遵守欧盟制裁规定而没有履行合同的当事人，说：

“No claims in connection with any contract or transaction the performance of which has been affected, directly or indirectly, in whole or in part, by the measures imposed under this Regulation, including claims for indemnity or any other claim of this type, such as a claim for compensation or a claim under a guarantee, notably a claim for extension or payment of a bond, guarantee or indemnity, particularly a financial guarantee or financial indemnity, of whatever form, shall be satisfied.”

这一来瑞士公司因为遵守制裁机制而没有交付货物，导致在仲裁裁决书中败诉，还要支付金钱给俄罗斯公司，是否违反此公共政策？瑞士法院马上将问题转介给欧洲法院审理，提出的问题的包括：

“2. Must Article 11 of Regulation 833/2014 be interpreted as meaning that a national court hearing an application for setting aside or annulment of an arbitration award in which that article has been applied must determine of its own motion whether the arbitration tribunal’s application of the law is compatible with Regulation 833/2014 and, in such a case, must the national court annul or set aside the arbitration award in whole or in part if the arbitration tribunal’s application of the law was contrary to the regulation?”

3. Must Article 11(1) of Regulation 833/2014 be interpreted as not precluding satisfaction of a claim if the claim concerns (a) repayment of an advance payment in respect of goods which were never supplied on account of measures under the regulation? (b) interest on a claim mentioned in (a)?”

欧洲法院是欧盟法律的最高司法裁判机构，因此如果欧洲法院对此问题进行解释，看来会对欧盟各国此问题的判法进行澄清，有助于解决目前这方面较为复杂与混乱的局面。

在本章后文中可以简单介绍几个具体涉及被制裁方胜诉的裁决书的执行案件，以助读者理解有关此类案件的情形与各个不同国家与地区法院的思路与理由。

7.1.2 部分案例介绍

7.1.2.1 美国的 *MODSAF v Cubic Defense Systems* 先例

在美国的 *MODSAF v Cubic Defense Systems, Inc.*, (9th Circuit, 15 December 2011, 665 F.3d 109)先例中，涉及伊朗国防部（Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran，简称“MODSAF”）想要在美国法院申请执行 200 万美元的胜诉裁决书，但败诉方抗辩这违反美国对伊朗制裁下想要打击伊朗经济的公共政策。

但美国法院强调必须狭窄解释《纽约公约》下的公共政策，只限于违反国家最基本的道德与公平观念的情况：

“In recognition of a presumption favoring upholding international arbitration awards under the Convention, this defense is ‘construed narrowly’... It applies only when confirmation or enforcement of a foreign arbitration award ‘would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice.’”

所以美国法院的判法是仍然愿意执行，重要的理由包括在制裁下并不禁止作出支付、但必须合规支付（例如是申请许可），还包括对裁决的承认与执行针对的是对仲裁裁决书效力的确认而并非实际付款等。

这一来也意味着在《纽约公约》下载决书的承认与执行并不会受到影响，只不过是实际作出支付的时候必须根据具体的制裁机制进行合规。

另在 *Ameropa A.G. v Havi Ocean Co. LLC*, 2011 WL 570130 (SDNY 2011)先例，案情涉及 Ameropa 与 Havi Ocean 订立了一份硫酸买卖合同，但 Havi Ocean 没有根据合同交付所有硫酸。Ameropa 开始仲裁，并在获得了胜诉裁决书后向美国法院申请执行。有关的硫酸来自伊朗，而当时美国对伊朗的制裁机制禁止美国人协助任何原产地是伊朗的货物的贸易。Havi Ocean 主张 Ameropa 的美国子公司可能参与了交易，而如果参与交易就是违反了美国的制裁机制，因此执行裁决书可能违反美国的公共政策。

美国法院判认为该仲裁裁决书没有违反美国最基本的道德和正义观念。首先，Ameropa 是瑞士公司不受美国制裁机制管辖，其美国子公司并非合同方，Havi Ocean 没有提供任何证据证明其美国子公司可能参与了交易。而且根据 *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, Supp. 800, 819-20 (D. Del. 1990)先例，即使美国子公司真的参与了交易，也不足以超越执行仲裁裁决书的公共政策。

在以上两个较早期的先例中，美国法院看来是认为根据《纽约公约》执行裁

判决书的公共政策是超越了执行制裁机制的公共政策。但美国法这方面地位也并不稳定，尤其是在美国单边制裁机制现在变成国家整体重要公共政策的情况下，再权衡这种起冲突的公共政策时，显然比起当时会有不同的倾向。

例如在本章之 2.3 段介绍的 *United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC*, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017) 先例中，就涉及了 OFAC 对于仲裁严格控制的态度，没有许可不允许仲裁员、律师与当事人推进仲裁程序，不允许仲裁员作出裁决书，也不允许执行仲裁裁决书。在该先例中胜诉的是美国福布斯 (Forbes)，福布斯在申请执行仲裁裁决书之前，就先申请并获得 OFAC 的许可。包括在向败诉方 *United Media Holdings* 的“被封锁资产”执行也要获得 OFAC 的特定许可去“解除封锁”(unblock) 才真正拿到钱。这在判词中说：

“OFAC issued a license on August 20, 2016 authorizing Forbes, its attorneys, and ‘all other persons that participated in [the arbitration] ... to engage in all transactions that are necessary and ordinarily incident to the enforcement of the arbitral award issued by the Arbitrator ... on April 20, 2016, including the provision of legal services related to enforcing the arbitral award and trademark infringement actions ... as described in the Application.” (August 20 OFAC License.) The August 20 OFAC License also unblocked the pre-paid royalties as requested in Forbes’ April 21 Letter....”

那如果变成是福布斯是败诉方，“被制裁方”才是胜诉方并要执行仲裁裁决书。如果他在美国执行并需要向 OFAC 申请裁决书的许可，此时地位如何？看来尚有不明朗之处。

7.1.2.2 加拿大的 *Angophora Holdings Limited v Ovsyankin* 先例

在加拿大的 *Angophora Holdings Limited v Ovsyankin*, 2022 ABKB 711 先例，*Angophora Holdings Limited* 是由俄罗斯银行 *Gazprombank JSC* 和意大利银行 *Intesa Sanpaolo S.p.a.* 共同拥有的一个卢森堡基金的子公司。*Angophora* 与 *Ovsyankin* 先生控制的 *Retemmy Finance Ltd* 是 *Grooks Global Limited* 的股东。*Angophora* 指控 *Ovsyankin* 先生的错误行为导致 *Grooks Global Limited* 与其俄罗斯分公司的价值大幅缩水，*Retemmy Finance Ltd.* 违反了双方的股东协议，而 *Ovsyankin* 先生对 *Retemmy Finance Ltd.* 履行股东协议提供了担保。*Angophora* 开始 LCIA 仲裁索赔，仲裁庭判 *Angophora* 胜诉。加拿大法院作出了“承认与执行裁决书的命令”(recognition and enforcement order, 简称“REO”)。但在 2022 年加拿大政府将 *Gazprombank* 加入制裁清单，*Ovsyankin* 先生因此申请中止(stay) 执行 REO，理由是支付金钱给 *Angophora* 可能违反加拿大制裁法律。

法院最终拒绝了中止执行 REO 的申请。根据 *RJR-Macdonald Inc v Canada* (Attorney General), 1994 CanLII 117 (SCC), (1994) 1 S.C.R. 311 先例，要中止执行必须满足三个条件：(1) 有强有力的表面案件；(2) 如果不中止执行会对败诉方

造成不可挽回的损害；（3）考虑与权衡公共政策后，从“方便”（convenience）的角度倾向于中止执行。

尽管法院承认证据显示 Angophora 很可能受 Gazprombank 实际控制，也就是有强有力的表面案件，但 Ovsyankin 先生没有满足中止执行的另两个关键条件：

（一）没能证明执行裁决会对其造成不可挽回的损害，因为 Ovsyankin 先生已穷尽所有上诉途径，其与 Angophora 争议已经最终决定，所以中止命令只是拖延了裁决书的执行。

（二）允许债务人为了个人利益，利用制裁机制拖延履行合法义务不符合公共政策。加拿大的制裁机制不应成为债务人规避付款的工具，虽然执行裁决涉及被制裁方，但在此先例，法院根据事实认为执行裁决书出售“被扣押资产”（seized properties）并不违反加拿大制裁机制。但法院也强调相关方（如银行等）在分配出售资产的收益时应自行评估风险，确保不会违反制裁机制。

最后虽然法院在此先例拒绝中止，但是笔者估计也是受到最初法院作出 REO 时，Gazprombank 还没有被加入制裁清单的影响。法院最后也警告，虽然加拿大的制裁机制不应成为债务人规避付款的工具，但如果债权人是“被制裁方”或由“被制裁方”控制的公司，并且寻求的救济“将导致、促成或协助，或意图导致、促成或协助”（causes, facilitates or assists in, or is intended to cause, facilitate or assist）被制裁机制限制的活动，在要求法院协助执行裁决书时确实可能受到制裁的影响。但法院并没有进一步的解释，什么情况下“被制裁方”会受到影响，和怎样与本案的情况进行区分，这也可以看出法院判决的混乱与困难。

7.1.2.3 法国的 TCM v NGSC 案

在法国最高院的 TCM v NGSC (French Court of Cassation, 9/2/2022, 20/20.376) 案，案情涉及 2002 年法国承包商（TCM，前身为 Sofregaz）与业主（伊朗国家石油公司，前身为 Natural Gas Storage Company/NGSC）签订工程合同，将一个伊朗的天然气田改建为地下存储设施。在合同中有一条 ICC 巴黎仲裁条文。根据合同规定，工程款以美元计价，NGSC 需要预付部分工程款，而 TCM 则需要由银行开出对预付款的“还款担保”（refund guarantee）与“履约担保”（performance guarantee）。工程合同共分三期履行，TCM 也在获得银行开出对第一期履行的担保后开工。

第一期履行中途双方就已经产生各种争议。而到了 2008 年前后，由于伊朗核问题导致伊朗除了被美国制裁外，也被联合国安理会、欧盟等国际组织制裁²⁵¹，TCM 就通知 NGSC 说原银行已经拒绝对第二期与第三期履行开出担保。TCM 也因此提议重新签订新合同，要求全部改为以欧元计价（看来可以避开美元交易因

²⁵¹ 有关对伊朗的制裁可见本书第一章之 2 段的脚注中的简单介绍。

此有部分其他银行会愿意对此合同提供服务)，另是免除 TCM 开银行担保的义务。但这被 NGSC 拒绝，接下去是 NGSC 指称 TCM 未能继续履行、延缓工期等行为属于违约/毁约而终止合同，并马上在第一阶段的银行担保下向银行拿回预付的工程款。TCM 则开始巴黎 ICC 仲裁，但结果是败诉。于是 TCM 向法国法院申请撤销裁决书，其中的理由之一是根据法国《Code of Civil Procedure》之 Article 1520 执行仲裁裁决书违反法国认可的国际公共政策：“*An action for annulment is only available if: ... 5° The recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy.*”）。

但巴黎上诉庭国际商事法庭 (ICCP-CA) 拒绝撤销仲裁裁决书 (Cour D'Appel De Paris, 3/6/2020, 21 /2020)，法国最高院也支持了上诉庭的判法。可以部分介绍法国法院的判决理由如下：

(一) 根据公共政策拒绝执行纯粹是看执行是否与法院所在地公共政策相悖，而不考虑仲裁裁决书中是否对此问题进行过争辩或认定。

在仲裁程序中，TCM 并没有以非法理论 (illegality doctrine) 作为抗辩/索赔理由，而仅仅是主张了不可能履行 (impossible to perform)，即因为制裁而无法开出担保。但到了法院执行程序，主张以公共政策为由拒绝执行裁决书的时候，是要看法院所在地的公共政策如何，而不是深究仲裁中仲裁庭是否错判或漏判。换句话说无论仲裁裁决书的内容是什么，只要是与法院所在地认可的公共政策相悖，法院就有权拒绝执行。巴黎上诉庭判词的官方英文翻译可以节录如下：

“The court’s control must not be on the arbitrators’ assessment of the parties rights with respect to the provisions of public order invoked but on the solution given to the litigation by the arbitration court, as the annulment of the award is incurred if its implementation is against the French concept of international public policy, which under Article 1520, 5° mentioned above, implies all the rules and values that the French legal order cannot disregard, even in situations that are international in nature. Complying with the French concept of international public order implies that the reviewing state judge may assess, in law and in fact, the argument based on being contrary to international public policy, even if this argument was not raised before the arbitrators and that they did not include in the debate.”

(二) 法国认可的“国际公共政策”不包括美国单边制裁。

至于哪些公共政策可以属于法国认可的“国际公共政策”。这看来可以包括联合国制裁，因为这是真正的国际性与为了维护世界的安全，也会包括欧盟制裁毕竟这些制裁机制直接在法国强制适用。

但是美国的单边制裁，特别是其长臂管辖，合法性一直受到欧盟与法国政府的质疑，甚至欧盟还有专门的“阻断法案”(blocking statute) 即 Council Regulation

(EC) No 2271/96 禁止这类单边制裁在欧盟生效²⁵²。因此可以说美国单边制裁缺乏国际共识，并不属于法国认可的国际公共政策。巴黎上诉庭判词的官方英文翻译也可以部分节录如下：

“ However, a foreign mandatory law may be seen as coming under French international public policy, only insofar as it carries the values and principles that cannot be disregarded by this international public policy even in an international context. It should be noted that unilateral sanctions taken by the American authorities against Iran cannot be considered as the expression of an international consensus. While the French concept of international public policy aims to preserve some fundamental values or policies ‘of the forum’, the extraterritorial scope of the sanctions pronounced by the American authorities is specifically contested both by the French authorities and the European Union... It appears from these elements coming from the high representatives of the French Republic that the sanctions by American authorities against Iran, even if they are to be applied outside the USA, cannot be attached as such to the rules and values which cannot be disregarded by France, and therefore cannot be included in the French concept of international public policy within the meaning of Article 1520,5° mentioned above.”

（三）这一来问题就只剩下有关裁决是否违反联合国制裁与欧盟的制裁机制？巴黎上诉庭与最高院都对联合国制裁机制与欧盟制裁机制进行了解读，认为此先例中的合同签订于 2002 年，有关制裁机制下是针对性的限制原子能行业，而此案中的交易是天然气生产与开发，并不应该被这些制裁机制限制。这些对制裁机制细节的解释并非本书重点，就此略过。但可以想到在此先例中 NGSC 是在执行合同权利（无论是索赔合同下的损失，还是按照合同向银行拿回预付款），既然合同本身不被制裁机制禁止或限制，那么在仲裁裁决书中判 NGSC 胜诉、可以执行合同权利也不会违反法国认可的国际公共政策。

这样的判法在思路上是合乎逻辑与讲得通。但今天的现实问题在于制裁机制在不断变化、扩大与越来越严苛。在 TCM v NGSC 案的案情下，一方面是欧盟不认可美国对伊朗的更广泛的单边制裁，一方面是因为解释当时联合国、欧盟对伊朗的制裁机制限于原子能行业。但如果情况转换到今天对俄罗斯的制裁，假设胜诉方是被欧盟制裁的俄罗斯公司，首先针对俄罗斯而言欧盟的制裁机制与美国制裁机制在目的与做法上都有类似之处，其次是欧盟的制裁机制也是很明确不允许向俄罗斯被制裁方提供（或换取）任何“资金”或“经济资源”，这一来如果在仲裁裁决书中判法国公司要向俄罗斯被制裁方支付金钱，那么应该如何处理，法国法院是否还会继续支持仲裁裁决书与作出执行命令？

对此问题，看来目前的一种看法是，可以解释说任何制裁机制都没有完全禁止所有往来，通常都会有豁免、例外情况，或者是会有一般性许可与特定许可。

²⁵² 见本书第一章之 2 段的脚注中的简单介绍。

例如在本章之 6.2.2 段提到了欧盟 Council Regulation 269/2014 中有 Article 7 明示根据仲裁裁决书向“被冻结账户”(frozen account)支付金钱是被豁免的支付行为:“2. Article 2(2) shall not apply to the addition to frozen accounts of: ... (c) payments due under judicial, administrative or arbitral decisions rendered in a Member State or enforceable in the Member State concerned...”

还例如是在本章多个案例中都提到了在涉及各类付款的时候向有关监管机构申请许可的做法。这一来可以说即使是在制裁机制的公共政策下也没有真正禁止执行仲裁裁决书,还是要具体到每一个实际执行的执行措施上看是否应该在制裁机制下被允许,由具体的监管机构进行控制与监督,而不应该由法院从中作梗,横插一脚在“公共政策”的角度上拒绝承认与执行仲裁裁决书。

7.1.2.4 法国的 DNO v Yemen 案

法国最高院的 TCM v NGSC (French Court of Cassation, 9/2/2022, 20/20.376) 案看来没有完全解决问题。一个重要问题就是该案认定涉案合同与原子能的制裁机制没有关系,但现实显然没有这么简单。伊朗主体拿到钱后,这笔钱是否会被进一步用于其他用途,尤其是被用来支持原子能武器开发等制裁机制要禁止的行为?这是法国法院根本管不到也不会知道的,接下去的 DNO v Yemen (Cour D'Appel De Paris, 5/10/2021, 19/16601)案就涉及了这一个问题。

在法国的 DNO v Yemen 案,涉及也门一块油气田的勘探、开发与生产,也门石油与矿产部(Ministry of Oil and Minerals of Yemen)及其全资子公司(Yemen Oil and Gas Corporation/YOGC),与包括挪威的 DNO 在内的一些西方公司签订合同,共同开发与分享利益。但看来由于 2014 年也门国内内战导致的政治与不稳定因素,这些西方公司都纷纷退出。也门石油与矿产部和 YOGC 即根据合同开始 ICC 仲裁,仲裁裁决书判部分西方公司的退出符合合同规定,而包括 DNO 在内的部分公司的退出属于违约/毁约行为,需要向也门石油与矿产部与 YOGC 作出赔偿。

败诉的 DNO 等即在法国巴黎上诉庭国际商事法庭上诉要求撤销裁决书,DNO 等的一个重要理由是也门石油与矿产部以及 YOGC 可能与也门哈迪政府与胡塞武装组织有关联,而胡塞武装组织的行为涉及违反国际人道主义、人权保护等重要公共政策,后来也已经被联合国与欧盟制裁²⁵³,而且胡塞武装组织等还可能与被联合国、欧盟广泛制裁的基地组织(Al-Qaeda)有关联。虽然也门石油与矿产部以及 YOGC 并没有被列入联合国或欧盟的制裁清单,但是 DNO 等主张资金支付给他们后,很可能被交给胡塞武装中被制裁的首脑人物,或者是交出给被制裁的基地组织等。巴黎上诉庭驳回了 DNO 的说法,并支持了仲裁裁决书的

²⁵³ 例如根据联合国安理会第 2140 (2014)号决议要求成员国暂时冻结被列入制裁清单人士的资产,联合国安理会第 2216 (2015)号决议的武器禁运,联合国安理会第 2511 (2020)号决议延长过往制裁的时间等。欧盟也有 EU Council Decision 2014/932/CFSP 与 Regulation (EU) 1352/2014 等。

执行。可以简单介绍部分巴黎上诉庭的判法如下：

（一）执行仲裁裁决书是否违反国际公共政策，需要根据审理时的事实与法律进行判断，而不是说根据“假设的将来情况”（*hypothetical future circumstances*）就可以拒绝执行或撤销裁决书。在笔者看来这意味着要根据在执行时现有的证据做判断，既要看原本合同是否涉及违反公共政策，也要看执行资产将金钱交到裁决债权人手中是否违反公共政策。

而回到此先例的案情，合同是正常的商业合同用来开发油气田，没有任何证据显示支付这笔资金会如何真正被用于违反前述人权等公共政策的行为，或会被提供给胡赛武装组织的首脑、基地组织等。上诉庭的判词（官方翻译）中说：

*“Since the conformity of an arbitration award with international public policy is determined when the judge rules, **no future hypothetical circumstances presuming the use by one of the parties to the dispute of sums due by virtue of an order made in the award for actions violating the values and principles protected by international public policy can be taken into account.** Such a taking into account, in that it supposes anticipating future events and relates to acts that, however condemnable they may be, are detachable from those that lead to the award and on which the arbitral tribunal rules, is a review not permitted by the judge adjudicating the annulment of the award...”*
（加黑部分是笔者的强调）

（二）对于制裁机制中被禁止的内容与相关公共政策，法院采取了狭窄的解释，即由于制裁对于各类基本权利的侵犯，只限于制裁机制中明示写明的禁止行为，而且只能针对在制裁清单中写明要针对的被制裁方。这与本章之 6.2.2 段介绍的英国法院在 *Mints v PJSC National Bank Trust* (2023) EWCA Civ 1132 先例中根据“合法性原则”（*principle of illegality*）对制裁机制进行狭窄的解释的态度是类似的。这也体现在欧盟理事会（*Council of the European Union*）在 2018 年 5 月 4 日作出的 *Sanctions Guidelines*²⁵⁴中，可以部分节录如下：

“13. The measures taken should target those identified as responsible for the policies or actions that have prompted the EU decision to impose restrictive measures and those benefiting from and supporting such policies and actions. Such targeted measures are more effective than indiscriminate measures and minimize adverse consequences for those not responsible for such policies and actions...”

15. The listing of targeted persons and entities must respect fundamental rights, as stipulated by the Treaty on European Union. In particular, due process rights of the persons and entities to be listed must be guaranteed in full conformity with the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, inter alia with regard to

²⁵⁴ 见：<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/en/pdf>>。

the rights of defence and the principle of effective judicial protection.

16. The decision to subject a person or entity to targeted restrictive measures requires clear criteria, tailored to each specific case, for determining which persons and entities may be listed, which should also be applied for the purpose of removal from the list. These clear criteria will be set out in the CFSP legal instrument. This applies in particular with regard to measures freezing funds and economic resources, both where persons are listed in the framework of measures against one or more third states, as well as where measures target individuals and entities in their own right...

*18. In cases where CFSP Council Decisions provide for **restrictive measures targeting not only those responsible** for certain policies or actions, but also **members of their families, their children under 18 should not, in principle, be targeted.***

*19. **Persons, entities or organizations targeted by financial sanctions should be clearly identified** in the Annex in order to make sure that the scope of the sanctions is defined precisely.*

*20. Identifying information is crucial **to ensure that targeted restrictive measures do not impact on non-targeted persons and entities**, in particular to assist the private sector to implement such measures. It cannot be excluded that in some cases the funds of a person will be frozen or admission will be refused, where this was not intended, due to identifiers that match with those of a designated persons...*”（加黑部分是笔者的强调）

在此先例中虽然胡赛武装组织有部分首脑被列入联合国或欧盟的制裁清单，但也门石油与矿产部和 YOGC 并非被制裁方，也没有证据显示他们是实际受到被制裁方的控制，反而是至少表面看来他们是受承认的也门合法政府的组成机构及全资子公司。

这一来一方面是法院表明拒绝在仲裁裁决书执行程序过多审查一方当事人是否由被制裁方背后控制的态度，另一方面则是本案中 DNO 等也实际并未提供明确证据证明这一点。因此胜诉的也门石油与矿产部和 YOGC 既然并非联合国、欧盟制裁机制中的被制裁方，执行裁决书并不会违反什么公共政策，法院也就根本不会拒绝执行裁决书。可以部分节录巴黎上诉庭所说如下：

“while it is not for the judge setting aside, even under the guise of reviewing compliance with international public policy, to extend these sanctions to persons who do not appear on the lists annexed to these sanctions, however it falls within the scope of its control to verify that the recognition or enforcement of the award is not likely to contravene these sanctions by allowing ‘directly or indirectly’ the provision of funds to natural or legal persons, entities or bodies listed in Annex I (欧盟的制裁清单) or that these funds are used for their benefit... this verification shall be carried out with regard

to the situation assessed on the day of the judge's ruling and shall therefore be based on serious, precise and concordant evidence that makes it possible to characterize a disregard of the sanctions imposed as a result of the enforcement of the arbitral award"

7.1.2.4 英国的MODSAF v International Military Services Limited 先例

在 MODSAF v International Military Services Limited (2019) EWHC 1994 (Comm)先例，有关的案情与上诉到上诉庭的争议将在本章之 8 段介绍。这里只简单说伊朗国防部（Ministry of Defence & Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran，简称 MODSAF）获得了两份对一家英国 IMS 公司的胜诉仲裁裁决书。但之后 MODSAF 已被列入欧盟制裁清单。双方都同意 IMS 在欧盟制裁机制下无法向 MODSAF 支付胜诉金额，除非获得 OFSI 的许可。但 MODSAF 主张这并不影响英国法院根据 1996 年《仲裁法》与《纽约公约》，将仲裁裁决书转为法院判决。这会否是因为 MODSAF 是在仍未被制裁就已经向英国法院申请执行该 ICC 裁决书，只是在执行程序暂时中止期间才被制裁，所以希望获得“承认”（recognition）转变为法院判决，即使“协助执行”（enforcement）仍要等待，也不是两手空空。此先例主要针对裁决后利息（post-award interest）怎样计算，而其他争议（如“裁决书内容”是什么），Phillips 大法官认为应在将来决定是否可以“协助执行”裁决书时一并决定，双方也同意这一点。Phillips 大法官说：

“Moreover, I do not consider that it would be appropriate to determine the terms of the Awards issue at this stage in circumstances where the prior question of whether the Awards are enforceable in England remains to be decided. In my judgment, it would be more appropriate for the terms of the Awards to be considered alongside the question of whether the Awards are enforceable. I raised this point with the parties during oral argument and both parties confirmed that they were content with this course.”

目前仍没有看到英国法院对这份被制裁方胜诉的裁决书是否能被执行的判决。

7.2 “被制裁方”是败诉方

而针对“被制裁方”是败诉方的情形，今天的问题也非常严峻。败诉的被制裁方显然也不会坐以待毙，无论执行地法院在哪里，都会积极抗拒，其中一个重要的理由就是《纽约公约》下的公共政策。

在美国的 United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017)先例，United Media Holdings 与福布斯（Forbes）在乌克兰的商标许可合同下产生争议，双方根据合同约定的纽约 AAA 仲裁条文开始仲裁。但在仲裁开始后，United Media Holdings 的“实益所有人”（beneficiary ownership）Sergei Kurchenko 被美国 OFAC 列入“SDN 清单”，United Media Holdings 也因此变成美国制裁机制下的被制裁方。在获得 OFAC 批文允许仲裁推进与仲裁员作出裁决书后，仲裁庭判 United Media Holdings 败诉。

United Media Holdings 就在仲裁地的纽约南区法院申请撤销仲裁裁决书，也同时以公共政策为由抗拒仲裁裁决书的执行。United Media Holdings 主张的公共政策理由包括：

(1) 既然在美国制裁机制下没有 OFAC 的许可，福布斯不得参与以及推进仲裁，而案件中实际有大量仲裁程序都是没有许可的情况下就已经完成的。

(2) 同样，美国仲裁员与美国律师在没有获得许可的情况下参与仲裁与推进仲裁程序提供了服务，是违反美国的制裁机制。

(3) 在仲裁中途因为无法及时获得 OFAC 的许可，United Media Holdings 又未获得仲裁程序中止等待其找律师，导致 United Media Holdings 不得不连续换了多任律师（真正的原因实际上就是被制裁方很难找到愿意接受案件的美国律师代表），甚至是开庭的时候都没有时间找到自己心仪的、可以“自由选择”的美国律师代表。

但这些理由都被法院驳回，法院强调了以公共政策为由拒绝执行是非常例外的情况，也必须是与基本与重要的公共政策明确相悖才会以此理由拒绝执行。在笔者看来尤其重要的是，对于美国法院来说，美国制裁机制背后的公共政策针对（或惩罚）的就是被制裁方 United Media Holdings，而不是美国的福布斯，因此不会以此公共政策拒绝执行福布斯胜诉的仲裁裁决书。在美国法院判决说：

“Article V(2)(b) must be construed very narrowly to encompass only those circumstances where enforcement would violate our most basic notions of morality and justice. Again, the Court notes that OFAC specifically licensed the arbitration proceedings as well as Forbes’ and the Arbitrator’s participation in them. It is difficult to see how enforcement of the Award would violate public policy where the issuance and enforcement of the Award were explicitly sanctioned by OFAC, and where the Award itself appears to further the goal of the sanctions laws by terminating the rights of a blocked person in an American-owned trademark. ...”

另一方面，胜诉方在被制裁方所在国家执行裁决书时，也可能被该国认为违反公共政策而拒绝执行。例如想要在俄罗斯法院针对在仲裁裁决书中败诉的俄罗斯公司执行时，就会因为仲裁员属于被俄罗斯认定的“非友好国家”（unfriendly country）人士²⁵⁵，而被法院拒绝承认与执行。

例如在 C. Thywissen v Novosibirskhleboproduct (A45-19015/2023)案，案情涉及一个亚麻籽（flaxseed）的买卖合同，卖方是俄罗斯的 Novosibirskhleboprodukt，买方是德国的 C. Thywissen GmbH，合同约定伦敦 FOSFA 仲裁。买方以卖方未能供应货物为由启动仲裁索赔损失。由于卖方没有委任仲裁员，FOSFA 代卖方

²⁵⁵ 见本书第一章之 5.1 段。

委任了一位乌克兰仲裁员，与英国和丹麦仲裁员共同组成了仲裁庭。买方获得胜诉裁决书后想要在俄罗斯根据《纽约公约》执行，在俄罗斯一审与上诉都得到承认与执行，但被俄罗斯最高院命令（304-ЭС24-2799）要求重新考虑。其中一个重要理由是 FOSFA 仲裁的仲裁员来自对俄罗斯“非友好国家”，并以此推定仲裁员有偏私（impartiality），在没有相反证据的情况下，根据《纽约公约》下执行仲裁裁决书的公共政策例外应有权拒绝执行仲裁裁决书。

类似的，在 2024 年 8 月 16 日，俄罗斯 Sverdlovsk 地区商事法院拒绝执行一份 SCC 裁决书。该案的案情涉及波兰公司 PESA 在 SCC 启动仲裁，要求俄罗斯公司 Uraltransmash 在供应有轨电车的合同下支付未付款项。俄罗斯最高院（A60-36897/2020）曾经判仅因制裁的存在，就足以阻碍司法公正，因此仲裁协议可视为不可执行，从而作出止诉禁令。但显然 PESA 没有理会，并在获得胜诉裁决后在俄罗斯法院申请执行。俄罗斯 Sverdlovsk 地区商事法院拒绝执行裁决书的理由是，可以合理怀疑 Uraltransmash 是否得到了公正的审理，并提到了对俄罗斯实施的国际制裁构成了“法律侵略”（legal aggression），制裁的限制性措施使俄罗斯当事人在国际仲裁中处于声誉不平等的地位。

7.3 实际执行

以上段落简单介绍了一些今天执行国际仲裁裁决书的不同态度与趋势。有一些法院的态度，例如法国最高院的 TCM v NGSC (French Court of Cassation, 9/2/2022, 20/20.376)案或英国 Ministry of Defence & Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v International Military Services Limited (2019) EWHC 1994 (Comm)先例中，法院实际上是通过解释承认与执行裁决书（也就是转变为本地判决书或命令）并不被制裁机制禁止，避开了承认与执行程序处理制裁机制背后的公共政策与《纽约公约》或执行仲裁裁决书的公共政策孰轻孰重的问题。反而是将这个困难问题留给了主要是本地法处理的实际执行（execution）。

而到了实际执行，就看来主要涉及执行地的本地做法了。例如是本章开头已经提到了英国法下存在押记命令、第三人债务令、委任接管人命令等手段。这些命令往往做出的时候执行地法院就有相对更大裁量权空间，可以视乎具体情况作出命令，而不会有支持仲裁、纽约公约的国际公共政策的掣肘。通常来看这类命令会有更大机会是被制裁机制所阻碍，而需要申请有关监管机构的许可等。

例如在美国的执行，已经谈到了 United Media Holdings, N.V. v Forbes Media LLC, No. 1:16-cv-05926-PKC, 2017 WL 3475069 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2017)先例中，OFAC 指出美国仲裁中几乎每一步都需要获得 OFAC 许可的态度，显然在实际执行层面上更是如此，例如已经提到了福布斯申请到 OFAC 许可解封部分资产以供执行。以 Crystallex Int'l Corp v Bolivarian Republic of Venezuela, 932 F.3d 126 (3d Cir. 2019)先例为例，此先例中加拿大矿产公司（Crystallex）诉委内瑞拉政府非法征收获得 ICSID 胜诉裁决书，判委内瑞拉政府需要赔偿超过 12 亿美元损失。委内瑞拉在 21 世纪初马杜罗政府时期就已经是美国单边制裁的对象，尤其是委内瑞拉石油公司 PDVSA（Petróleos de Venezuela, S.A.）及其各子公司，有大量资

产在美国被“封锁”(blocked)。Crystallex 盯上与想要用这些资产来作为仲裁裁决书的执行对象，因此在美国申请执行。这具体的执行背后当然涉及很多问题，例如委内瑞拉是否可以主张“主权豁免”(sovereign immunity)，PDVSA 及其子公司资产是否可以算作委内瑞拉的国有资产等²⁵⁶。但只针对本章课题而言，在美国特拉华联邦法院与联邦第三巡回上诉庭均判允许执行，但实际执行被封锁资产的时候必须获得 OFAC 的许可。可以部分节录特拉华州联邦法院判词如下：

“... Instead, the OFAC guidance confirms that attaching the PDVH shares ‘would likely ... require’ OFAC authorization, and that, if such authorization were sought, OFAC would evaluate it ‘on a case-by-case basis.’ ... Crystallex represented that... ‘can and will seek clarification of the current license... and/or the issuance of an additional license to cover the eventual execution sale of the shares of PDVH once the Writ has issued.’”

又例如是在欧盟，也同样需要申请许可。在 Bank Sepah v Overseas Financial Limited and Oaktree Finance Limited, Case C-340/20, (2021) ECLI:EU:C:2021:914 案（Bank Sepah 案），美国债权人在法国法院获得了针对伊朗的银行（Bank Sepah）的胜诉判决。美国债权人主张 Bank Sepah 有资产已经由于制裁而在法国被冻结，因此向法国法院申请对这些被冻结资产作出法国法律下的“保护性措施”（protective measures）。而在美国债权人申请的“保护性措施”做法下，甚至会赋予债权人对资产的优先受偿权。案件一路上诉与被转介欧洲法院后，欧洲法院根据对制裁机制的解释，判此类保护性措施因为会改变资产的优先受偿顺序，因此本质上是在处置被冻结资产，所以必须先获得有关制裁机制下的相关成员国监管机构许可。在判词中这样说：

“（有关的制裁机制）must be interpreted as precluding the implementation of protective measures, without prior authorisation from the competent national authority, in respect of funds or economic resources that have been frozen in the context of the common foreign and security policy, which establish a right to be paid on a priority

²⁵⁶ 这些问题在今天逐渐凸显，主要是因为有大量资产在各类制裁机制下在全世界各地被“冻结”，这一来无论是法院判决的判决债权人还是国际仲裁裁决的胜诉方，就会在全世界试图执行这些资产。尤其是国际仲裁裁决因为有《纽约公约》等全球执行的机制，一个胜诉裁决书会在全世界各地都被申请执行。这也导致了今天混乱的局面，例如是这类投资仲裁裁决中败诉的主权国家，哪些能够属于可以被执行的被冻结资产？比如今天在美国、欧盟大量冻结了俄罗斯国企、俄罗斯的银行的资产，这些资产是否都能被执行？这就广泛涉及国家主权豁免，特定资产能否被认定为国家资产的问题。包括在近期美国密苏里州联邦法院无端判中国要对新冠疫情中的行为承担 240 亿美元的“缺席判决”（default judgment）：见 Missouri v People’s Republic of China, 1:20-cv-00099-SNLJ (E.D. Mo. Mar. 7, 2025) 先例。而个别中国企业（尤其是国企）由于被列入 SDN 清单等原因在美国的资产被冻结，这些资产会不会被用作执行的资产，中国或中国国企就会被逼不得不出现在以及考虑各种办法抗拒执行。例如是中国国家主权的豁免，该国企的资产并非是国家主权的资产（例如有大量不同股东，甚至可能是上市公司）等。

basis in favour of the creditor concerned in relation to other creditors, even if such measures do not have the effect of removing assets from the debtor's estate."

在近期也有 Instrubel NV v Republic of Iraq, Case No. 24/80821, 24/80751, 24/81607) (Tribunal judiciaire de Paris, 25 Feb 2025)案，荷兰夜视镜供应商 Instrubel 为执行两个 ICC 仲裁裁决书，成功在法国法院扣押了部分被冻结的伊拉克国家资产，但由于没有获得有关监管机构的许可，相关扣押命令就被法国法院根据 Bank Sepah 案的判法撤销。

但这样一来就变成能否获得监管机构许可，需要多长时间获得许可的问题了。这方面针对仲裁裁决书的执行而言，看来还有相当大的不确定性。这是因为在欧盟 Council Regulation 269/2014 之 Article 5(1)这样规定：

"1. By way of derogation from Article 2, the competent authorities of the Member States may authorise the release of certain frozen funds or economic resources, if the following conditions are met:

(a) the funds or economic resources are subject to an arbitral decision rendered prior to the date on which the natural or legal person, entity or body referred to in Article 2 was included in Annex I,

or of a judicial or administrative decision rendered in the Union, or a judicial decision enforceable in the Member State concerned, prior to or after that date..."

换句话说在此机制下，如果是在“判决债务人”被列入制裁清单前作出的仲裁裁决书，就明示有关监管机构可以授权解封被冻结资产以供执行。而如果是被列入制裁清单后才在裁决中被判为“判决债务人”，此时就没有同样的明示授权。作为对比，法院判决就没有这样的限制，总是可以申请许可解封与执行被冻结资产。

在笔者看来这样的机制设置背后的道理是不太清楚与不容易解释，这一来必然会带来争议，有关仲裁裁决书是否可以直接针对被冻结的资产与申请监管机构许可解封？如果实际做不到，是不是也就意味着这些仲裁裁决书在欧盟的执行基本都是一场空，要等到将来制裁机制发生变化后，才有机会实际执行？毕竟今天颁布单边制裁、封锁/冻结资产的主要“战场”除了美国就是欧盟（与英国），因此在欧盟做法中到底如何还急需进一步澄清与明确。

总之，即使一个完全不像有问题的仲裁，在地缘政治下随时就有急变的今天，胜诉方在执行裁决书的过程中也无法预测会面对什么，只能做最坏的打算。例如，手中一个正常不过的裁决书在执行过程中遇上了针对案件争议、败诉方或甚至是胜诉方自己的新制裁（无论是来自联合国、欧盟、英/美或是中国的反击/反制裁），就会带来大麻烦。

而本来执行的热门地点如作为国际金融中心的纽约或伦敦因为有了新的制裁制裁或政治带来的公共政策妨碍或影响执行，但其他地点如欧洲部分国家、迪拜或新加坡等国不受影响。幸亏在《纽约公约》下胜诉方有更大的弹性，但也有必要需要在现在两极化的世界根据各国制裁/反制裁机制去调整执行裁决书的计划了，而不像支持全球化与世界大同的过去，只需要考虑哪里有败诉方资产和当地有可信赖与支持仲裁的法院。

8 由于制裁而难以支付裁决债务是否要继续计算利息

今天的仲裁裁决书，一般都会在裁决书中对利息进行规定。权力来源例如是根据英国 1996 年《仲裁法》之 S.49 或香港《仲裁条例》第 79 条等。仲裁庭除了可以裁决败诉方要支付胜诉方自欠下债条或产生损失之日起至裁决书作出之日的利息（可称为“裁决前利息” [pre-award interest]）外，一般也会要求败诉方对裁决的金额支付从裁决书作出之日到实际支付之日的利息（可称为“裁决后利息” [post-award interest]）。如果仲裁庭没有针对裁决后利息，则以立法规定的“判决债务利息”（judgement debt interests）计算。因为裁决前利息是补偿性质，而裁决后利息是带有惩罚的味道（为了鼓励败诉方输了官司后立即支付，而不应该拖延时间），所以后者的利率往往更高。例如，英国根据《The Judgment Debts (Rate of Interest) Order 1993》立法规定是 8% 的年利率，而香港特区根据《高等法院条例》（第 4 章）第 49(1) 条由终审法院首席法官不时决定，目前是 8.276% 的年利率。

257

而一旦涉及制裁，显然就会想到无论是“判决债务人”被制裁，还是“判决债权人”被制裁，都会涉及实际支付金钱的困难，而即使在 OFAC 或 OFSI 等监管机构获得支付许可，恐怕也难逃严重延误。这一来就产生了疑问，因制裁导致无法支付裁决书，应否支付“裁决后利息”或应如何计算，例如是否应扣减，毕竟这不是败诉方不想支付？

照理说，根据判决/裁决而需要支付利息的责任是很明确的，在判决/裁决中看来也不会有所针对，例如允许因为制裁带来延误支付可以中止计算与支付利息。这有点类似于合同下的无过错责任/严格责任，判决债务人在实际支付之前就必须支付利息：见 *Biedermann v Allhausen* (1921) 37 TLR 662; *Ledeboter v Hibbert* (1947) KB 964; *The Berwickshire (No 2)* (1950) P 204; *Mamodoil- Jetoil Greek Petroleum Company SA v Okta Crude Oil Refinery AD* (2003) 1 Lloyd's Rep 42 等先例。甚至可以说这比合同下的责任更严苛，毕竟在裁决书作出后败诉方或判决债务人不立即履行裁决卸下判决债务，从表面更容易被法院敌意对待，判决债权人也更容易申请到各类法院命令去强制支付等等。

²⁵⁷ 有关国际仲裁中的利息问题，可见《仲裁法——从开庭准备到裁决书的作出与执行》一书第二章。

如果“被制裁方”是“判决债务人”，等于是因为自己的原因导致无法立即支付裁决书，看来就不会获得法院的同情，大道理也仍是既然剥夺了“判决债权人”应该拥有的金钱或“判决债务”，就要根据裁决中裁定的利率或是“判决债务利率”去支付利息。例如在 *Bank Sepah v Overseas Financial Limited and Oaktree Finance Limited*, Case C-340/20, (2021) ECLI:EU:C:2021:914 案中，伊朗的银行（Bank Sepah）主张自己并非不愿意支付判决债务，而是资产都已经在欧盟（尤其是法国）被冻结而无法支付，向法院申请可以无需支付利息，但被法国执行法院拒绝。在欧洲法院的判词中这样介绍：

*“While Bank Sepah considered that it was required to pay the principal amounts ordered against it, it was of the view, however, that **it was not liable for the interest and it therefore contested the enforcement measures** before that enforcement court. It inter alia argued that it could not be held liable for interest, taking the view that it had been prevented from paying its debt by a case of force majeure arising from the freezing of its assets by Regulation No 423/2007, which had the effect of suspending the running of that interest. That line of argument having been rejected by the enforcement court, Bank Sepah lodged an appeal. By judgment of 8 March 2018, the cour d’appel de Paris (Court of Appeal, Paris) dismissed that appeal on the ground that the temporary unavailability of Bank Sepah’s funds and economic resources had not affected the running of interest.”*（加黑部分是笔者的强调）

但如果“被制裁方”是“判决债权人”，就会有不同。在 *MODSAF v International Military Services Limited* (2020) EWCA Civ 145 上诉庭先例中，涉及的是早在 1970 年代英国国有的 International Military Services Limited（简称“IMS”）与伊朗国防部（MODSAF）签订合同，由 IMS 向 MODSAF 提供军事武装车辆。在 1979 年伊朗的伊斯兰革命/霍梅尼革命后合同被终止，双方也在后来就争议开始荷兰 ICC 仲裁。在 2002 年 MODSAF 获得了超过 1.4 亿英镑本金与自 1984 年到实际支付之日利息的胜诉裁决书。MODSAF 也即在英国法院申请执行，但因为裁决书已经被上诉到仲裁地荷兰法院，因此在英国法院的执行程序以 IMS 支付超过 3.8 亿英镑到法院为条件暂时中止。荷兰最高院最后确认 MODSAF 胜诉金额是大约为 1.27 亿英镑。

但问题在 2008 年欧盟开始制裁伊朗：Council Decision 2008/475/EC，在后来的 Council Regulation (EU) No 267/2012 中也对此予以明确和延续，MODSAF 也属于被制裁方。在该 Article 38 规定说：

*“**no claims in connection with any contract or transaction the performance of which has been affected, directly or indirectly, in whole or in part, by the measures imposed under this Regulation... shall be satisfied...**”*（加黑部分是笔者的强调）

这导致从 2008 年起，IMS 就主张已经实际不被允许向 MODSAF 作出任何支付。这也是为什么 2012 年 MODSAF 向法院申请“宣示判决”（declaratory judgment），希望认定已经支付进法院的金额不受此约束与可以用来执行等。

而此先例中针对的特别问题是既然 2008 年后 IMS 在制裁下不得向 MODSAF 作出支付, 这段时间是否应该继续计算裁决债务的利息? 毕竟在裁决书中裁定的利率是“LIBOR rate + 0.5%”, 再加上本金的高金额, 利息本身也已经是非常高昂, 而且只要不支付就需要一直不断累积。

高院与上诉庭都判 Article 38 的效果是自 2008 年起的利息无需支付。上诉庭给出的一个重要理由是解释立法目的后, Article 38 的目的是为了保护因制裁而无法继续履行合同的“非被制裁方”: *“to protect parties against claims being brought against them by virtue of their non-performance of a contract or transaction that was caused by the sanctions.”*

上诉庭更是根据 Shanning International Ltd (In Liquidation) v Lloyds TSB Bank Plc (2001) UKHL 31 贵族院先例的判法, 解释说 Article 38 的效果不仅仅是冻结、不允许“被制裁方”使用资产, 而是更进一步包括了“丧失”或“放弃”(forfeit) 资产: *“it is clear that ‘no claims’ provisions such as article 38 of the 2012 Regulation do have confiscatory consequences.”* 换句话说, 从目的上来看因制裁而无法支付“判决债务利息”的 IMS 会在此立法下受到保护, 而本应该支付的利息也不仅仅是被冻结, 而是会被当作丧失或弃权, MODSAF 不再有权收取此时间段的利息。

在过往案件中还存在允许让判决债务人支付金钱到被冻结的账户的做法, 但在此先例中因为 MODSAF 在欧洲没有这样的账户, 就只能通过解释制裁机制与认定 MODSAF 丧失了收取利息的权利。

此先例中虽然上诉庭指出每一次的解释针对的都是特定的立法条文, 但可以看到英国法院对待此类问题的趋势, 以及由“被制裁方”承担一切不利后果的敌意态度。这样的做法当然有利于“非被制裁方”, 无论是允许其灵活地付款进入特定账户后冻结, 还是从根本上丧失与无需其再有进一步义务(例如此先例中支付“判决债务利息”的义务)。

但在笔者看来, 对被制裁方作为胜诉方时这样完全不同的对待, 在道理上是不太能说得通的。在该先例中法院也花了大量时间精力技术性解释今天制裁机制下为什么允许这样做。这实际上是在剥夺被制裁方的财产权, 相比制裁机制下原本仅仅冻结、封锁财产的做法, 是又跨过了另一条“红线”了。