

论美国单边制裁对国际商事合同法律适用的影响

姜悠悠*

内容提要：美国单边主义制裁法在国际社会引发了较多争议，尤其是在国际商事合同法律适用的领域。厘清美国制裁法对合同准据法是否有影响以及有什么影响这个问题，需要解读制裁法与准据法的关系。美国制裁法与合同准据法的来源关系可以分为三类：当事人约定适用制裁法、准据法与制裁法非同一国以及准据法与制裁法源于同一国。无论在何种类型中，美国制裁法并不在准据法范围内，约定适用制裁法不是有效的意思自治条款，美国制裁法不对合同准据法产生影响。美国制裁法是外国的直接适用的法，因为公法性质，属于公法禁忌的范畴。美国制裁法不能经冲突规范指引适用，也不能以外国直接的法方式适用。因此美国制裁法的公私法效果应做区分，制裁法不对合同的法律适用产生影响。我国的阻断法令是拒绝适用美国制裁法的有力依据。

关键词：直接适用的法 公法禁忌 阻断法令

一、引言

国际法中的制裁最初是指一国在遭遇不法侵害后，受害国对加害国的反击。^{〔1〕}现在制裁已经逐渐从防御性的回击转向主动进攻，例如美国以其国内法为依据发起的单边主义经济制裁。美国单边主义经济制裁涉及全球七十多个国家，影响约全世界三分之二的人口。^{〔2〕}美国制裁法从内容

* 姜悠悠，南京大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“域外管辖理论体系研究”（20BFX206）的阶段性成果。

〔1〕 See Masahiko Asada, *Economic sanctions in international law and practice*, Routledge, 2020, p. 18.

〔2〕 See Richard B. Cheney, *Defending Liberty in a Global Economy*, in Solveig Singleton, Daniel T. Griswold ed., *Economic Casualties: How U.S. Foreign Policy Undermines Trade, Growth and Liberty*, 2001, p. 23.

上可以分为四类，即金融禁令、贸易禁令、旅行禁令和私人救济令。^{〔3〕}其中贸易禁令与金融禁令相互配合，直接影响国际贸易，在一定程度上构成贸易壁垒。同时，美国制裁法也波及国际商事合同的法律适用。各国司法机关和仲裁机构都面临着如何处理国际商事合同中美国制裁法的效力问题，采取的路径各不相同，结论也各异。欧盟成员国法院在处理美国强行性规范的适用时，偏向考察美国法适用后的效果。在1980年欧共体《合同之债法律适用公约》（简称《罗马公约》）诞生前，最具有代表性的案例是1980年代苏联的天然气管道纠纷。^{〔4〕}美国母公司旗下的荷兰子公司以美国制裁法为抗辩理由，要求不再履行合同。荷兰法院认为美国的出口禁令违背了国际公法，美国制裁法与本案联系没有超过合同准据法即意大利法与本案的联系，因此不考虑美国制裁法的适用。^{〔5〕}1973年美国政府下达了一系列大豆出口禁令，引发一系列相关纠纷。伦敦国际商事仲裁院认为禁令保护美国的公共利益，从不可抗力的角度认可了美国出口禁令的效力。^{〔6〕}天然气贸易禁令和大豆出口禁令同属于管制性法规，但是对合同履行却产生了不同影响。美国制裁法在多大程度上影响合同的法律适用这个问题，国际社会有不同的答案。

外国法院和仲裁机构对美国制裁法的效力有不同认识，中国法官也没有形成统一的结论。以“美国制裁”为关键词在中国裁判文书网进行检索，时间跨度从2012年至2020年，得到28份相关文书，其中合同相关文书为15份，中国法院认可美国制裁法效力的3份，否认其效力的有9份。^{〔7〕}中国法官否认制裁对合同影响的主要理由是美国制裁不属于不可抗力。然而，比起不可抗力理论，直接适用的法理论更适合作为分析工具来解读美国制裁法在合同法律适用中的影响。即使当时我国《反外国制裁法》尚未出台，也不应该将美国制裁法作为不可抗力的分析对象。也有中国法院驳回原告的诉讼，支持我国银行冻结“制裁黑名单”上我国公民的财产，这实际上遵循了美国制裁法。究其根本原因在于对美国制裁法的界定不清，法官在是否应该适用美国制裁法以及在多大程度上适用的问题上犹疑徘徊。

欧盟学术界就美国制裁法在国际商事合同中的性质提出了三种观点：准据法说、强行性规范说及纯粹公法说。^{〔8〕}准据法说指在法律选择阶段中美国制裁法与私法相比并无特殊，可以经冲

〔3〕 四类禁令的具体内容分别是：禁止金融机构为被制裁目标提供金融服务，禁止任何实体与被制裁目标开展贸易活动，禁止特定人员入境美国，允许被古巴卡斯特罗政府没收了财产的美国公民向美国法院起诉获得该财产的第三方实体。其中前三类禁令在美国对伊朗、叙利亚、朝鲜各国的制裁中普遍存在，第四类私人救济则是古巴制裁特有的。

〔4〕 20世纪80年代，苏联与部分西欧国家达成天然气输送协议，苏联提供天然气，法国、英国、德国、意大利等国参与管道建设。1982年6月22日，美国颁布《石油和天然气管制修正案》，禁止第三方实体使用美国技术或产品参与管道建设项目。1982年11月13日，里根总统撤销了美国的制裁法令，解除了对这些欧洲公司的制裁，允许他们继续履行相关的管道合同。See Tom Harris, *The Extraterritorial Application of U.S. Export Controls: A British Perspective*, 19 *N.Y.U. J. INVL L. & POL.*, 959-960 (1987).

〔5〕 See Kurt Siehr, *International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules*, 67 *Revue Hellénique de Droit International*, 817-819 (2014).

〔6〕 当年密西西比河突发水灾，淹没了几乎所有的大豆。美国商务部下令禁止大豆出口，认为大豆应该满足当地的需求，许多美国的大豆卖家因此无法履行出口合同。外国买家将纠纷诉至伦敦国际仲裁院，仲裁机构认可了美国的出口管制效力。See McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Lloyd's of London Press, 1995, pp. 289-304.

〔7〕 认可美国制裁法效力的裁判为青岛海事法院（2018）鲁72民初1860号民事判决书、沈阳市和平区人民法院（2019）辽0102民初10452号之一民事裁定书和山东省高级人民法院（2020）鲁民终772号民事判决书。

〔8〕 本部分准据法说的相关概念来自 Tamás Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, 2019, pp. 39-43.

突规范指引适用,最终效果由法院地的公共政策判断。该方法虽然适用步骤简单,但是缺点也显而易见。第一,准据法方法忽视了制裁法的公法属性。^{〔9〕}第二,当事人选法可能仅仅因为便利,如果将公法纳入准据法的范围,实际上违背了意思自治。第三,如果采取最密切联系方法,制裁法与合同有密切联系就必须适用,也不合适。最密切联系方法本身就有很大的解释空间,需要法官在个案中自由裁量,进行个案分析。

如果将美国制裁法视为外国直接适用的法,其适用就不再需要经冲突规范的指引。2008年欧盟《合同之债法律适用条例》(简称《罗马条例I》)未直接规定如何处理外国直接适用的法。^{〔10〕}作为《罗马条例I》前身的1980年《罗马公约》第7条规定,如果另一国比准据法国与合同有更密切的联系,且该国认为其强行性规范必须适用,则应适用。^{〔11〕}《罗马公约》在考虑是否适用外国强行性规范时主要依据其性质、目的,还有适用结果。《罗马公约》官方解释报告指出,密切联系应该是整个合同与特定法律相关,避免当事人无法预见适用强行性规范的情况。^{〔12〕}一国可以基于保护当事人的利益适用外国的强行性规范,但不会仅仅为了保护外国主权而适用外国的强行性规范。^{〔13〕}相比之下,直接适用的法说比准据法说更能体现美国制裁法在国际私法层面上的性质。^{〔14〕}

传统冲突法中并无适用外国公法的理论基础,英国法院不会受理要求执行外国惩罚性法律的判决和涉及其他公法的诉讼请求。^{〔15〕}即一国法院不会在国际私法案件中适用外国公法,渐渐形成了一般性的例外规则。美国学者劳恩菲尔德(Andrew F. Lowenfeld)将一国法院不适用外国公法这一例外称为“公法禁忌”原则(Public Law Taboo)。如果纠纷涉及的外国法有公法性质,例如刑法、税法、反垄断法或证券法等,法院将不会适用这些公法,也不会执行外国法院以此做出的判决。只有私法判决才会被其他主权国家承认,也只有外国私法才会被适用。但是如果这些法律是有关税法、贸易管制法或惩罚性赔偿的,情况就会大不一样。^{〔16〕}美国法院仍主要基于礼让原则处理外国公法的适用问题。^{〔17〕}在私法案件中,法院考虑的问题是适用哪种实体法,而在涉及外国公法的案件中,法院考虑的是是否适用该外国公法。^{〔18〕}也有美国学者认为各国应该打

〔9〕 依据准据法说,美国制裁法与其他美国合同法一样,都需要经过冲突规范指引适用。例如合同冲突法规定相关权利义务应该依据合同履行地法,那么当合同履行地是美国时,该合同的准据法既包括相关美国合同法规,也包括了美国制裁法。假设一方当事人以自己不得违背美国制裁法为理由抗辩,拒绝履行合同,法官应认可美国制裁法对其合同义务的减损效果。依据准据法说,美国制裁法必然影响合同的法律适用。

〔10〕 《罗马条例I》第9条第2款规定了法院地直接适用的法不受其他约束,并未涉及外国的直接适用的法。

〔11〕 See Rome Convention Art. 7 (2).

〔12〕 See Giuliano/Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, *Official Journal of the European Communities*, No C 282/1.

〔13〕 See Henry Smith, Enforcement of Foreign Mandatory Rules, 1 *HIBERNIAN L. J.*, 307 (2000).

〔14〕 关于准据法说和直接适用的法说的具体比较,参见前引〔8〕, Szabados书,第52-53页。

〔15〕 See Collins, *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 107-108.

〔16〕 See Andrew F. Lowenfeld, Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, *International Law and Some Suggestions for Their Interaction*, 163 *Recueil des Cours*, 322-326 (1979).

〔17〕 See Walker, Foreign Public Law and the Colour of Comity: What's the Difference between Friends, 38 *Canadian Business Law Journal*, 50-56 (2003).

〔18〕 See William S. Dodge, The Public and Private Distinction in the Conflict of Laws, 18 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 372 (2008).

破公法禁忌，因为相互合作执行彼此的公法是互利的。^{〔19〕} 目前尚未有针对美国制裁法是否属于公法禁忌的范畴以及美国制裁法在合同领域能否打破公法禁忌的研究。

国内学术界就美国制裁法对国际商事合同法律适用影响的研究非常有限，仅分析了合同双方直接约定适用的情况，未涉及美国制裁法对合同准据法的影响。^{〔20〕} 在约定适用的情况下，我国学者对制裁法的来源进行了分类讨论：如果准据法与制裁法来源于同一国，法官应尊重合同条款；如果准据法为外国法，制裁法为第三国法，应根据公共秩序保留条款，从整体上考量我国的外交政策和国家利益，再结合个案情况取舍；如果准据法是中国法，考虑将外国制裁法作为事实问题对待，留有较大的灵活性。法院可以根据具体案件的不同情况采取不同立场。^{〔21〕} 美国制裁法在很大程度上会影响合同的法律适用。

对于外国强行性规范能否适用这个问题，我国学术界通常持两种截然不同的观点。一种观点认为：如果强行性规范来自准据法国，在满足密切联系的前提下，并以法院地的公共政策兜底，可以适用外国强行性规范；如果强行性规范来自第三国，可以考虑准据法国的实体法，如公序良俗条款。^{〔22〕} 也有学者认为一国的强行性规范应该经单边法律选择规则援引适用，辅以法院地公共政策为兜底条款。^{〔23〕} 还有观点认为不宜将公法加入准据法范围。^{〔24〕} 目前我国关于直接适用的法的研究并不能确切回答美国制裁法对国际商事合同法律适用影响的问题。

回答美国制裁法究竟是否会对国际商事合同的法律选择产生影响以及产生什么样的影响这个问题，应当分析法官可能面对的三种情形：第一种情形是合同双方直接在合同中约定以美国制裁法作为免责条款；第二种情形是冲突规范指引的合同准据法不是美国法，但一方当事人援引美国制裁法作为免责事由；第三种情形是经过冲突规范指引，指向的准据法是美国法，此时准据法是否包含了美国制裁法。可能适用美国制裁法的途径无外乎上述三种情形，那么最终结果是否一致？如从美国制裁法的公法性质出发，制裁法与公法禁忌理论之间又有何种关系？我国《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《不可靠实体清单规定》《出口管制法》和《反外国制裁法》四部强行性规范构成了阻断法令体系。阻断法令在冲突法层面究竟会产生什么作用？当阻断法令与美国制裁法两种强行性规范相互抵触又会产生什么效果？以上就是本文重点回答的问题。

〔19〕 See William S. Dodge, Breaking the Public Law Taboo, 43 HARV. INT'L L. J., 163 (2002).

〔20〕 本文将准据法界定为冲突规范指引的用以解决争议问题的一国的实体规范的总和。

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

〔22〕 适用冲突规范和适用实体法处理第三国的强行性规范方式不同，但最后结果可能是一样的。例如2010年奥地利最高法院审理的瓷器买卖案，原被告均为奥地利人。原告购买了被告出售的中国古董，诉至法院要求法院认定合同无效，因为中国有禁止出口古董的法规。奥地利最高法院首先考虑依据冲突规范处理作为第三国强行性规范的中国法。《罗马公约》第7条规定，第三国强制性规范需要与合同有密切联系才可以适用。而在本案中中国法与合同的“密切联系”难以论证。之后法院转向实体法方法，以奥地利民法中的公序良俗条款判断合同效力。法院认为难以论证非法出口出于履行合同的目的是，毕竟古董流出中国的时间已经不可考据，最终奥地利最高法院认定合同有效。参见肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，载《中国社会科学》2012年第10期。判决参见 TE OGH 2010/6/30 9Ob76/09f, available at <https://www.jusline.at/entscheidung/527173>, last visited on Oct. 19, 2021.

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

〔24〕 参见卜璐：《外国公法适用的理论变迁》，载《武大国际法评论》2008年第2期。

二、美国制裁法对合同准据法的影响

合同准据法的确定可能是当事人通过意思自治选择,也可能是冲突规范指引。美国制裁法与何种准据法有何种关联?下文将基于制裁法与准据法的来源关系的不同,区分三种情形即双方约定制裁法作为免责条款、合同准据法与制裁法非源自同一国以及源自同一国(即均为美国法),对相关问题分类讨论。

(一) 制裁法不能经意思自治方法适用

合同双方当事人直接在合同中约定适用美国制裁法较为常见,具体表现是以美国制裁法作为免责条款,即如一方违背了美国制裁法,另一方可以不履行合同义务或合同自动解除。从冲突法的角度,这种约定是有效的意思自治吗?换言之,法官应该尊重双方的这种意思表示吗?

双方约定以美国制裁法作为免责条款,这一法律选择条款是不是意思自治条款?该约定与一般意义上的选法条款不同,一般情况下当事人选择的实体法是直接规定合同中的权利义务,而制裁法常以免责事由出现,从侧面减免合同义务。论证该条款是否是意思自治条款,需回归意思自治的基础理论。

意思自治理论的发展离不开19世纪契约自由观念和私法自治理念。随着跨国商业交易的发展,曾经确定的合同履行地、合同订立地这类连结点有了多种解释,促使新的冲突法方法诞生。意思自治方法已经是冲突法框架中独立的一种。意思自治理论与既得权理论无关,意思自治方法中的选择权并不是来源于授权性规范,不存在国家权力自上而下的规制。^{〔25〕}意思自治方法自诞生之时,所指向的实体法天然地就不涉及管制性规范,而是偏向于任意性规范。^{〔26〕}

约定适用某国法中的某一条规定是当事人之间的选法合意,仅表达出用什么样的实体法规制双方权利义务意图,并不是表达出意图之后,这个意图立刻有效。布莱雷顿(Brereton)法官指出:“毫无疑问,可以设立一项合同条款,明确承诺不做某事,而这可能导致其他一些法律制度的适用。在我看来,这通常不是法律选择条款的效力,这通常是当事人意图的宣告。在国际私法中,选择法律是为了确定各方对规范其合同的法律的意图,不是关于适用某一特定法律制度的承诺。”^{〔27〕}

意思自治行为的有效性需要法院认可。合同中的意思自治条款的有效性具有独立性地位,合同整体有效并不当然意味着意思自治选法条款有效。意思自治条款是否有效需要单独判断。^{〔28〕}意思自治选法的效力不可以凌驾于法院地的公共政策之上。意思自治指向的实体法不可以突破法院地的管制性规范,否则将会引发主权国家之间的法律冲突。意思自治的选法范围不应包括管制性质的强制性规范。换言之,国际商事合同中双方即使约定以美国制裁法作为免责条款,这个行

〔25〕 这里国家对意思自治无管制的前提是,假设该国家允许意思自治方法作为冲突法选法的一种。

〔26〕 当然偏向任意性规范并不意味着意思自治指向的准据法只能是任意性规范,只是就强制性规范和任意性规范相比指向后者的程度更加明显。

〔27〕 Ace Insurance Ltd v. Moose Enterprise Pty Ltd, 2009, NSWSC 724, p. 51.

〔28〕 参见李旺:《涉外合同的法律适用及当事人意思自治原则所存在的问题》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期。

为本身仅仅表达出一种意愿。这种意愿并不一定就有法律效力，尤其是合意选法的内容超出了这种方法允许的范围，那么这种意思自治无效。

除了意思自治的选法范围天然就不包含管制性规范之外，选法效果也会因为制裁法的公法性质而有所不同。合同中当事人约定“不得违背美国制裁法”的条款并不构成有法律效力的意思自治条款，只是以美国管制性规范作为民事法律关系免责事由的意图。虽然美国制裁法并没有直接规定“违背制裁法的行为无效”，但是制裁法以严重的处罚作为威胁后盾，迫使合同当事人主动改变义务。合同的当事人选择了美国强行性规范间接决定权利义务关系，这与意思自治的本质是相违背的。意思自治选法投射到民法上是私法自治，当事人希望以某国法处理权利义务，针对的是权利本身，而当事人约定不违背美国制裁法的目的是避免被美国经济制裁，超出了私法自治的范围。约定不得违背外国管制性规范的合同条款不能被解释为意思自治的选法条款。

国际学术界也不认为合同中的意思自治高于外国直接适用的法以及法院地的公共政策。^{〔29〕}意思自治的选法范围应该仅限于外国民法。“法无禁止即可为”在意思自治方法中并不能解释为没有禁止选择外国管制性规范就可以选择。“法无禁止即可为”的适用前提是纯私法领域的私法自治。^{〔30〕}合同中约定适用美国制裁法不是有效的意思自治条款，美国制裁法不能通过意思自治方法影响国际商事合同的法律适用。

（二）制裁法不能经冲突规范指引适用

1. 制裁法与准据法非一国

当美国制裁法与准据法并非同一国时，分为两种情况。第一种情况是合同准据法是中国法。第二种情况是合同准据法是中国以外的国家，美国制裁法是第三国法。无论是哪一种情况，美国制裁法的地位都是外国的强行性规范。如果法院地的强行性规范与制裁法存在明确冲突，那么法官应该直接适用法院地的阻断法令。

德国在处理外国强行性规范时采用了“价值共享说”，即德国法院适用外国直接适用的法是因为德国与外国在此类纠纷中的价值一致。外国法的立法目的必须与法院地的政策一致。无论是准据法国的强行性规范，还是第三国的强行性规范，只要法院地没有类似制裁法，就不可能仅仅因为国际礼让适用外国强行性规范。^{〔31〕}我国一贯坚持互相尊重主权、互不干涉内政和平等互利等国际关系基本准则，绝不会认可美国发起单边主义经济制裁的政治目的。

美国制裁法作为第三国法介入合同法律适用的通常情况是，合同的准据法是外国法，一方当事人在履行合同之时，援引美国制裁法作为免责条款。考虑到美国制裁法的性质，此时美国制裁法以第三国强行性规范的方式试图介入合同准据法，也就是合同准据法与制裁法不是同一国，此时情况较为特殊。其是否适用需要综合考虑第三国强行性规范的立法目的、法案性质、适用或不适用的后果和该合同纠纷与第三国联系的密切程度。^{〔32〕}强行性规范是广义概念，内涵丰富，即

〔29〕 See Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, pp. 31–45.

〔30〕 参见易军：《法不禁止皆自由的私法精义》，载《中国社会科学》2014年第4期。

〔31〕 See Andrew Dickinson, Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, AUF Wiedersehen, Adieu, 3 J. PRIV. INT'L L., 73–85 (2007).

〔32〕 参见前引〔22〕肖永平、龙威狄文。

使不同法规同属强行性规范，各自的效力也不同。

如果美国制裁法作为第三国强行性规范的效力被中国法院认可，意味着在实际效果上，我国的强行性规范服从于美国制裁法。如果一方当事人以美国制裁法作为抗辩理由，另一方当事人以本国存在阻断法令要求继续履行合同，中国法官不得不考虑相关的阻断法令与美国制裁法之间的公法矛盾。如果法院允许美国制裁法以第三国法的方式介入，面临的困境会比制裁法与准据法同一国的情况更加严峻。

即使是中国参与了联合国安理会发动的多边主义制裁，实际效果与认可美国制裁法的效果一致，例如都豁免了合同的履行义务，中国法院也不应直接认可美国制裁法的效力。^{〔33〕} 无论合同准据法与美国制裁法是否来自同一国，美国制裁法都不应该对合同的法律适用产生影响。

2. 制裁法与准据法均为美国法

当制裁法与合同准据法来自同一国即均为美国法，关键问题在于制裁法是否在准据法的范围内。准据法是经冲突规范援引之后得出的产物，因此可以从冲突法性质出发，分析准据法的范围是否包含制裁法。在冲突法中，多边主义方法和单边主义方法为两类基本的法律选择方法。多边主义方法相对更能体现从冲突规范到准据法的适用过程。多边主义方法从法律关系出发，寻找每种法律关系本质上所属的地域即每种法律关系的本座。^{〔34〕} 抽取法律关系中最能体现其特征的法律事实，将法律关系场所化于特定的法域。连结点建立在地理概念之上，法院地法和外国法处于平等地位，适用机会均等。在多边主义冲突法诞生之时，公法和私法的界限相对清晰。多边主义方法仅适用于纯粹的跨国民事法律关系，调整水平方向的民事关系。在现代社会，水平法律关系与以管制性规范、公法为代表的垂直法律关系相互交错。因此，原本的选法规则可能会指向外国具有公法色彩的法规。如果扩大解释准据法的范围，使其包含受垂直关系影响的管制性规范乃至公法规范，无疑扭曲了多边主义方法的初衷。因此，多边主义方法指向的准据法范围仅仅是纯粹民法，而不应该涉及法律体系中有过多政策选择色彩的实体法，合同准据法的范围不应包括美国制裁法。

假如多边主义方法因为自身的中立性质而不应该指向美国制裁法，那么单边主义方法会不会扩大准据法的范围？单边主义方法的内在逻辑不同于多边主义方法。单边主义方法是从法规本身出发，集中关注规则及其效力范围，而不是把某一类法律关系指向特定国家的法律。单边主义方法认为具体的实体规则有内在的适用范围，即使有的实体规则并没有明确表明适用范围，单边主义方法肩负的使命就是找出隐含的范围。实体法的适用范围有无域外效力，本身就与价值判断密切相关。^{〔35〕}

〔33〕 假设联合国安理会发起了对甲国的制裁，美国同时发起了针对甲国的单边主义制裁。中国作为联合国成员国，应该遵守联合国安理会的多边主义制裁，而不是遵守美国的单边主义制裁，虽然有可能两种制裁中都有出口禁令，最终适用效果是一样的。

〔34〕 本文多边主义方法的理论基石选取了萨维尼的法律关系本座说。也有观念认为戴赛的既得权学说也可以作为多边主义方法的理论来源。参见〔法〕巴蒂福尔：《国际私法总论》，陈洪武译，中国对外翻译公司1989年版，第331页。

〔35〕 按照美国法对实体法适用范围（有无域外效力）的解释，首先如果国会立法时明确该法令可以适用于美国境外，则有域外效力，若未明确，则开始域外效力的推定。第一步看域外推定是不是被一个明确的规则驳回了，第二步再看该条款的目的是国内还是国外适用，若条款未直接表明则依据法案的整体立法目的判断。See Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law Art. 404.

单边主义方法与多边主义方法相比，更常见于指向法院地法，指向外国法的情况较少。如果单边主义方法指向了外国法，实质上在冲突法的层面上已经做出了价值判断，即需要考虑外国的利益。单边主义方法通常有三类：法则区别说、政府利益分析说和直接适用的法。法则区别说对规则的分类过于机械，导致无法寻找具体实体法的效力范围。柯里（Brainerd Currie）的政府利益分析说是相对适合现代社会的单边主义方法。^{〔36〕} 政府利益分析说虽然经历了两个发展阶段，但是中心思想并没有改变。在政府利益分析说发展的第一阶段，柯里认为，如果适用法院地法存在政府利益，那么只需要适用法院地法，不需要考虑其他外国法。在我国法官看来，适用本国法当然存在政府利益，即我国政府认为需要保护的是私人利益，而不是美国制裁法代表的外国的政策需要。此时依据柯里的政府利益分析说，只会适用法院地法即中国法处理合同相关纠纷。虽然在第二阶段，柯里限缩了法院地法中心的倾向，提出也需要考虑外国或外州的政府利益，同时对本州的利益进行限缩解释，不过在限缩解释之后如果仍然无法避免冲突，仍然要适用法院地法。可见即使运用政府利益分析说，美国制裁法所代表的外交利益根本就不属于需要考虑的外国政府利益。美国制裁法不能以涉及美国政府利益为由，在国际商事合同中通过单边主义方法适用。

美国制裁法影响合同法律适用的途径只剩下最后一条，即直接适用的法。直接适用的法判断标准有两个：公共利益标准和超越法标准。公共利益标准侧重实体法角度，立法者或许在规则中明确他们要保护的公共利益。超越法标准是指在冲突法层面直接适用的法无需冲突规范指引适用。^{〔37〕} 美国制裁法保护的是美国的外交利益而不是私人利益，而且制裁法本身就是单边主义的，并不考虑冲突法的影响。美国制裁法作为外国的直接适用的法是否必须适用？

三、直接适用的法与公法禁忌

美国制裁法在国际私法语境下属于直接适用的法。一国如何处理外国的直接适用的法是一个复杂的问题，因为直接适用的法的范围非常广泛。美国制裁法在实体法中究竟处于什么位置？如果处于公法的范围，制裁法能不能突破公法禁忌的藩篱？如果美国制裁法突破了公法禁忌，则意味着会对国际商事合同的法律适用产生影响。下文将从实体法和冲突法两个角度，回答公法对私法是否一定有影响和美国制裁法能否突破公法禁忌这两个问题。

（一）美国制裁法属于公法

从冲突法层面，美国制裁法属于直接适用的法范围。直接适用的法是一个无法抽象总结出一个统一的总括的概念。直接适用的法分布于一国法律体系的各个领域。美国制裁法在实体法中究竟在什么位置？从实体法层面，按照外国实体法的强制性效力由弱至强可以划分为同属于民法的任意性规范和强行性规范、经济法及公法四类。公私法之间融合越来越多，公法不仅是独立于私法之外的管制工具，私法也不再是作为对立面的自治工具，两者相互工具化。^{〔38〕} 四类实体法分

〔36〕 最能体现政府利益分析说理论的是柯里关于马萨诸塞州已婚妇女权利的分析。See Brainerd Currie, *Married Women's Contracts: A Study In Conflict-of-Laws Method*, 25 *U. CHI. L. REV.*, 227 (1958).

〔37〕 参见董金鑫：《第三国强制规范在法院地的适用研究》，中国人民大学出版社2016年版，第16页。

〔38〕 参见苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社2020年版，第309页。

类并非有着明显的分界线，但是四类区域的核心概念还是相对清晰的。经济法相对于民法和公法，具有双面性，一方面受到国家政策的干涉，另一方面又与传统私法有交集，处于公私法交错的灰色地带，因此自成一类。^{〔39〕}下文即以此为基础分析美国制裁法在四类实体法中所处的位置，进而分析中国法官适用美国制裁法的可能性。

四类外国实体法中，相对没有争议的是第一类外国民法中的任意性规范。在纯粹私法领域回归私法自治，国内法与外国法有均等的适用机会。任意性规范只要不因公共秩序保留而被排除，均可以适用。美国制裁法显然不属于当事人协商可以改变的任意性规范。

强行性规范在国际私法和民法中的含义并不相同。强行性规范在国际私法中又可以被称为直接适用的法。直接适用的法不仅包含民法中的强行性规范，还会涉及公法。直接适用的法指某些具有强制性质的实体规则，根据其特殊性质和立法目的，要求撇开冲突规则直接适用。^{〔40〕}美国制裁法属于直接适用的法，但并不意味着美国制裁法等同于民法中的强行性规范。在实体法层次上，美国制裁法并不像民法中典型的强行性规范，直接对私法效果产生作用，如规定违背制裁法的合同无效。在美国，一方面任何违背制裁法的行为可能会承担刑事责任，另一方面制裁法已经成为美国外交政策的一部分，因此制裁法已经不能归入私法的范围，而带有公法的性质。

第三类是处于公私法交界地带的经济法，在冲突法层次上，经济法介于国家政策与多边主义冲突法之间的灰色地带。经济法有公共政策的外壳，本国经济法会被执行，外国法会被排除。经济法体现的是国家对市场的干预。既然各国都有类似反托拉斯法的经济法，那么贸易禁令可以视为类似反托拉斯法的经济法，从而被外国法院适用吗？

在欧盟境内适用反托拉斯法是通过各国的反垄断机构开展，并不是依赖于法院判决。^{〔41〕}法官作为国家利益的守护者应依职权直接适用本国经济法，而没有义务平等对待外国经济法。这是由法官的职权决定的，与外国法的优劣无关。即使各国都有类似的经济法，也不意味着美国贸易禁令可以被外国法院自由适用。因为外国经济法与外国政策的密切联系，不太可能抽取出一条抽象的适用方法。^{〔42〕}反托拉斯法最初的设计目的就是保护一定区域内的市场，避免不良竞争，并未考虑国家之间的法律冲突。如果合同涉及多个国家，每个国家都有自己的反托拉斯法及适用范围，应由各国自行适用本国的反托拉斯法。^{〔43〕}经济法因为其本质上的属地性，域外适用的可能性远远低于民法。如果外国法院可以适用经济法，也是局限在类似欧盟的组织内部。成员国彼此之间肩负一定相互认可的义务，且有共同的目标，彼此有类似的经济法。^{〔44〕}但在欧盟范围之外，成员国不再负此义务。2014年德国法院直接认定美国制裁法在德国无强制执行效力。^{〔45〕}美国制裁法并未直接规定经济关系，而是以惩罚性后果为后盾，迫使当事人主动减损合同效力。美国制

〔39〕 See Jurgen Basedow, Conflicts of Economic Regulation, 42 *Am. J. Comp. L.*, 426 (1994).

〔40〕 参见宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第253页。

〔41〕 参见前引〔39〕，Basedow文，第436页。

〔42〕 国内学者在外国直接适用的法的适用前提下做出了深入研究，例如提出公益及最密切联系作为适用前提，但是其并不能直接作为外国经济法的适用方法。参见前引〔22〕，肖永平、龙威狄文。

〔43〕 参见前引〔39〕，Basedow文，第440页。

〔44〕 本文法律适用涉及欧盟时，暂不考虑英国脱欧的影响。

〔45〕 参见前引〔8〕，Szabados书，第114-120页。

裁法甚至无法被归类于经济法，而应被归类于最后一类，即纯粹公法领域。

美国制裁法的性质是公法，其适用途径前文也已经证明，不能经意思自治方法和多边主义方法适用。单边主义方法中的法则区别说已经落后于时代潮流，柯里的政府利益分析说也无法适用，因为美国制裁法保护的是外交政策利益而不是私人利益。那么，剩下可能的途径是制裁法属于直接适用的法。所以美国制裁法在冲突法层面的性质是外国的直接适用的法。

在冲突法领域各国的共识是不适用外国公法。《戴赛、莫里斯和考林斯论冲突法》将其归纳为规则三：英格兰法院不会受理为了执行（无论直接地还是间接地）外国的惩罚性法律、税法和其他公法而提起的诉讼。^{〔46〕}美国州法院适用外州公法也并不能成为反例，因为在州法之上存在更高级别的美国宪法条款，即“充分信任和尊重条款”（full faith and credit）。^{〔47〕}该宪法条款是处理州际冲突法案件和适用外州公法的基石，而不能成为国家之间适用外国法的依据。^{〔48〕}在适用外国公法方面，美国没有突破外国公法的地域属性。美国学者劳恩菲尔德将一国法院拒绝适用外国公法的原则称为“公法禁忌原则”。^{〔49〕}如果纠纷涉及的外国法是公法性质的法律，例如刑法、税法、反垄断法或证券法等，法院不会适用，也不会执行外国相关的判决。劳恩菲尔德认为一国的法律被其他主权国家承认和适用是基于私法这个前提。^{〔50〕}还有观点认为强制性的公法应自动属于公法的范畴，即使是法院在面临是否适用外国公法时，也要考虑相关的多个国家的公共利益。对于法院和诉讼当事人来说，识别、解释和权衡不同国家的监管利益是非常困难的。^{〔51〕}假设该国法官可以做到权衡，那么美国制裁法能否突破公法禁忌呢？^{〔52〕}

（二）美国制裁法的私法效果分析

虽然美国制裁法属于公法禁忌的范围，但是并不等同于不可以打破公法禁忌。基于经济全球化，各国相互依赖程度大大增加，适用外国法的机会也相应增加。各国法律体系内部公法与私法之间的界线日益模糊，国内法中公法可以通过转介条款发生作用。制裁法能不能突破公法禁忌的藩篱？如果美国制裁法突破了公法禁忌，则意味着会对国际商事合同的法律适用产生影响。

假设允许美国制裁法通过虚拟的转介条款对私法产生影响，那么影响会有多大？结果是将彻底改变私法效果，意味着实际效果上私法服从公法规则，在某种意义上私法已经“消亡”。既然后果如此“严重”，就应该慎重考虑美国制裁法的域外适用。苏永钦教授提出分析公法对私法影响的八个要素：管制法益、管制取向、管制领域、管制重心、管制性质、管制强度、管制工具、管制本益。^{〔53〕}如果坐标最左端代表公法对私法不产生影响，最右边代表公法完全管控私法，那么被八要素影响的美国制裁法将位于坐标的什么位置？也就是以八要素为工具对管制性法规进行第一层分析，美国制裁法“是否”是效力取缔条款。如果确实存在效力认定，则再转向第二层的

〔46〕 参见前引〔15〕，Collins书，第107-108页。

〔47〕 See U. S. Const. Art. 4. 该条款是指美国州法院对外州的判决给予完全的信任。

〔48〕 See Aetna Life Ins. Co. v. Tremblay, 223 U. S. 185, 190 (1912).

〔49〕 本文对公法禁忌相关理论的讨论只涉及一国公法能否被域外适用。

〔50〕 参见前引〔16〕，Lowenfeld文，第322-326页。

〔51〕 See Philip J. McConaughay, Reviving the Public Law Taboo in International Conflict of Laws, 35 *Stan. J. INT'L L.*, 311 (1999).

〔52〕 本文仅仅讨论美国制裁法能否突破公法禁忌，不涉及公法禁忌理论本身有无例外情况。

〔53〕 参见前引〔38〕，苏永钦书，第363-364页。

分析：“如何”调整合同效力。第一层分析即公法是否影响私法效力的分析，是美国制裁法能否突破公法禁忌并对国际商事合同的法律适用产生影响的关键。

管制法益是指需要维护的法益，如人的生命、国家安全等。美国制裁法的法益通常是维护美国的国家安全。从法益的质与量角度切入，国家安全显然是外交政策的重要目标，在私人与公共法益有所冲突时，应侧重于公共法益。从管制法益的角度，即使采取比例原则考量综合法益，制裁法的法益也是必须考量的。

管制取向可以从目的入手，分为积极增进和防止法益的减损。其中妨害性管制常会采用禁止性命令，增强性管制会采用强制性命令。美国制裁法以继续履行合同会违背制裁法可能要承担刑事责任作为威胁，间接减损了商事合同的私法法益。美国制裁法的管制取向效力是极强的。

管制领域可以分为进入市场的管制以及市场内的行为管制。一般而言，对于准入管制可以采取严格的标准，而对行为管制则采用宽松的标准。美国制裁法既禁止与被制裁目标相关的出口许可证的发放，又禁止国际市场中与被制裁国家或实体相关的贸易、金融服务，因此涉及所有的管制领域。也就是美国制裁法对市场准入资格（即进口许可）和市场行为管制都适用了严格标准，一旦违背即处罚。

管制重心指管制的内容和契约内容，在主体、客体、目的等方面发挥作用，例如反托拉斯法管制特定行为而非主体。就管制对象而言，可以分为管制一方和管制双方。美国制裁法首先禁止被美国法管辖的美国人与被制裁目标之间的交易，之后禁止任何第三方实体与被制裁目标交易。因此美国制裁法的管制重心是被制裁目标。美国制裁法包括了初级制裁和次级制裁，意味着假设第三方实体违背了制裁法，那么随后与该第三方实体交易的其他实体也违背制裁法。美国制裁法的管制重心就是推行其外交政策。

管制性质可以分为实体管制和程序管制。美国制裁法中与被制裁目标的交易需要向美国政府申请，需要获得美国政府的授权，这属于程序管制。相对于其他领域涉及的程序法，制裁法的执行程序并不透明，在程序上也缺乏救济手段。禁止任何人与制裁目标来往，属于实体管制。美国制裁法既实施了实体管制也实施了程序管制，可见美国推行制裁法的决心。

管制强度可以从立法理由及配套规则出发，推测政策的强度。美国制裁法的立法目的是维护美国的国家安全，立法方式也多样，如国会颁布的成文法，商务部、财政部颁布的制裁文件和实施聪明制裁的总统令。^{〔54〕}美国制裁法已经形成了完整的制裁立法体系，美国商务部、司法部及总统相互配合。美国政府网站定期公布最新的制裁名单和法案，立法密度较强。违背制裁法需承担的责任范围较广，从民事到刑事责任，打击力度极强。

管制工具指法律工具、法规命令、行政规则乃至地方规章。违背制裁法将会登上“特别指定国民名单”（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List, SDN）。除非授权，禁止任何美国人与名单成员交易。名单成员的任何资产如果被美国人所有或控制，均自动冻结，如果被加入美国商务部的实体名单（entity list），将无法获取美国《出口管理条例》（Export Admin-

〔54〕 聪明制裁（smart sanction）是针对特定人群的制裁。在美国制裁法中，全面制裁与聪明制裁并行，两者相互配合。聪明制裁通常会以总统令和制裁商务部、财政部黑名单的方式实施针对具体个人或企业的制裁。

istration Regulations, EAR) 中的物品。国会颁布的成文法则以 1996 年出台的《伊朗利比亚制裁法》(Iran and Libya Sanctions Act, 又称《达马托法》) 最为出名。行政法规、制裁黑名单与多部成文法使美国制裁法的政策强度极大。

管制本益作为判断因素的分析难度极大。可以肯定的是, 美国制裁法对相关当事人造成的经济损失是巨大的。^[55] 但相对于分析整个公法体系对私法的效果, 分析美国制裁法能否对私法产生影响又是简单的。分析美国制裁法时甚至无需考虑八要素的权重比例, 因为每一项要素都被制裁法的性质赋予了最强效力, 美国制裁法对契约的管制效力已经达到了最强的程度。假设公法对私法的影响存在一个可以滑动的尺度, 最左边是公法对私法完全没有影响, 最右边是私法效果完全服从于公法, 美国制裁法对合同的最终效果将指向最右端。一旦允许美国制裁法对私法产生效力, 公法将完全“吞噬”私法效果。

一方面, 美国制裁法天然地缺少转介条款以便公法效力通过桥梁跨越到私法界面, 美国制裁法的效果应该与合同效力分开讨论。另一方面, 如果补充了转介条款, 美国制裁法对商业合同的冲击过大, 私法将完全处于公法的效力控制之下, 私法效果将彻底消失。如果允许美国制裁法作为公法对私法发生影响, 那么公法效果将完全取代私法效果, 私法就没有存在的必要。正是基于这种实体法上适用后果的考虑, 美国制裁法不应该对私法产生影响。单边主义的制裁法, 不会出于国际礼让等因素限缩制裁效果。这也从实体法层面证明了美国制裁法属于公法禁忌的范围。

(三) 美国制裁法不能突破公法禁忌

美国制裁法属于公法禁忌的范围, 不能被外国法院适用。美国制裁法既不能经冲突法指引纳入合同准据法的范围之中, 也不能由当事人意思自治约定适用。换言之, 美国制裁法没有合理的途径影响合同的准据法。因此, 美国制裁法也不应该影响合同的私法效力, 无论其与合同准据法是否来源于同一国。这也恰好证明了, 公法禁忌理论在制裁法领域是富有生命力的。

虽然在美国学术界确实有学者主张打破公法禁忌, 使一国法院可以适用外国的公法, 然而公法和私法之间的区别越来越模糊, 即使是私法也可以服务于政府目的和公共利益。^[56] 例如道奇 (William S. Dodge) 主张一国法院可以执行外国关于反垄断法和税法的判决。^[57] 不过道奇仅仅将公法禁忌的突破限定在判决的承认与执行阶段, 即使公法禁忌有打破的可能, 也不意味着在法律适用阶段一国法院可以自由适用外国管制性法规乃至外国宪法。沃尔夫认为不适用外国公法是因为公法有着严格的属地性, 任何主权国家都没有保护另一个主权国家利益的义务。^[58] 公法私法化带来了公法域外适用的冲击, 并不意味着公法在所有领域都可以自由适用。对于美国制裁法而言, 制裁法是性质非常明确的公法, 不涉及私法属性。也就是无论在冲突法层面上公法禁忌原则是否被突破, 在实体法层面上公私法的边界有多么模糊, 美国制裁法都是政策色彩浓郁的公法。因而, 美国制裁法不可能打破公法禁忌, 与任意性规范一样被外国法院适用。

[55] 2002 年美国海外资产管理办公室向英国渣打银行开出 4 亿多美元的罚单, 因为渣打银行向伊朗、利比亚、苏丹等国提供过金融服务。See Enforcement Information for December 10 2012, available at <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Pages/civpen-index2.aspx>, last visited on Jun. 20, 2020.

[56] See Hans W. Baade, The Operation of Foreign Public Law, 30 *TEX. INT'L L. J.*, 453 (1995).

[57] 参见前引 [19], Dodge 文, 第 162-163 页。

[58] 参见 [德] 马丁·沃尔夫:《国际私法》, 李浩培、汤宗舜译, 北京大学出版社 2009 年版, 第 195-196 页。

在哈特福德火灾保险公司诉加州案（Hartford Fire Insurance Co. v. California）中，美国法院考虑了国际礼让对《谢尔曼法》（Sherman Antitrust Act）的影响。该案中的英国保险公司涉嫌以不正当竞争的方式影响美国保险市场。^{〔59〕}英国保险公司由英国的“全面监管制度”管理，根据该制度英国公司的行为是合法的。英国保险公司认为存在法律冲突，法院应该适用国际礼让。美国最高法院认为英国和美国法律之间没有“真正的冲突”，因为英国公司仍然可以在不违反英国法律的情况下遵守美国法。美国联邦最高法院拒绝适用英国具有公法性质的保险监管法规，而是适用了本国的《谢尔曼法》。^{〔60〕}即使美国的《麦卡兰弗格森法》（The McCarran Ferguson Act）规定了“保险业务”不受联邦反托拉斯法的约束，也因为英国公司的行为已经构成了“对抗”而不再适用，^{〔61〕}判决书中多数意见认为，如果没有外国政府授权违反美国法律，外国保险公司不会试图依据国际礼让防止美国适用反托拉斯法。法院认为，国际交易当事方往往面对几个不同国家司法管辖权重叠、各国规定有时不一致的情况，从实际效果上考虑，美国法院拒绝适用《麦卡兰弗格森法》，避免达到与适用英国公法同样的效果。^{〔62〕}哈特福德火灾保险公司案标志着冲突法方法和意思自治原则都不适用于公法。该案因为分离了公法与冲突法而被认为是公法禁忌理论的有力佐证。^{〔63〕}

公法禁忌原则实际上是为外国公法在本国法院设置了效力限制，即不考虑外国公法的立法意图，也禁止外国公法在法院地产生影响。美国制裁法作为外国直接适用的法，属于不能被打破的公法禁忌的范围。

四、中美两国直接适用的法的碰撞

2020年之前，我国并未出台针对美国制裁法的反制法令，法院在处理涉及美国制裁法的合同纠纷时，常常会陷入混乱。法院可能认可美国制裁法的域外效力，也可能拒绝适用制裁法。法院认可的理由是双方意思表示真实有效或美国制裁法作为第三国强制性规范有效。否认理由则是中国法院认为美国制裁法不构成不可抗力，法院完全从民法的角度论证，忽视了从冲突法的层级分析美国制裁法的效果。为对抗美国制裁法对本国商事交易的影响，包括我国在内的很多国家都制定了阻断法令。^{〔64〕}阻断法令在实体法中属于管制性规范，在冲突法中属于直接适用的法。那么，阻断法令和制裁法属于同一价值位阶，均是直接适用的法。

（一）美国制裁法在我国的适用现状

2020年之前，中国法院拒绝适用美国制裁法的理由只有一种，即认为美国制裁法不构成不

〔59〕 See Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993), pp. 769-770.

〔60〕 See Roger P. Alford, The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California, 34 VA. J. INT'L L., 220-229 (1993).

〔61〕 See 15 U.S.C. Art. 1012 (1976).

〔62〕 虽然判决书中并没有直接载明是基于公法禁忌原则。

〔63〕 参见前引〔51〕，McConnaughay文，第296页。

〔64〕 全球大多数阻断法令都是以美国制裁法为阻断目标，例如欧盟阻断令在2018年修订后，在附件中标出了该阻断令的目标，几乎涵盖美国对伊朗所有的制裁法。“阻断”通常用来描述其他国家对抗美国制裁法的影响。

不可抗力。这种处理方式并没有反映美国制裁法的公法本质。依据我国《民法典》第180条，不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。无论依据客观说、主观说还是折中说，不可抗力都被解释为“已经发生的事件”。〔65〕将美国制裁法纳入不可抗力的讨论范围，意味着外国法属于事实。但是我国《涉外民事关系法律适用法》并没有界定外国法是事实还是法律。这种解释方法实际上回避了外国直接适用的法能否在我国适用的问题，还会泛化解释不可抗力。

2019年青岛海事法院审理了金泰公司诉中国人保案。保险合同约定，如保险公司因赔付行为可能违背美国制裁法，保险公司免责。2016年3月，美国财政部将轮船公司列入制裁黑名单。法院认为依合同约定，被告不应承担赔偿责任。〔66〕然而，公法性质的强制性规范存有漏洞，只能通过立法予以填补，民事法庭都无权填补。〔67〕如果认可了当事人约定以美国制裁法作为免责事由，无疑扩大了意思自治方法的选法范围。换言之，这种意思自治行为实际上是无效的。

2020年沈阳市和平区人民法院就郎刚山诉招商银行案裁决驳回原告起诉。原告及其就职的公司被美国财政部列入制裁名单，招商银行沈阳分行依据美国制裁法冻结原告银行账户。法院认为原告未能提出证据证明自己符合解除制裁条件，且原告仍在制裁名单中，不符合起诉条件。〔68〕即使在国内法框架内，违背了管制性规范的私法合同都未必完全无效，更不用说原被告均为中国人，仅仅因为原告有美元存款这一点不足以改变合同性质，法院并没有考虑这一情况就直接在实际效果上认可美国制裁法在我国的效力。美国制裁法属于外国直接适用的法，恰好又处于公法禁忌的范畴，不能对私法关系产生影响。

司法实务中存在对美国制裁法定位不清、法院处理方式矛盾的现象。基于现实司法需求，我国出台了四部针对美国制裁法的阻断法令，即《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《不可靠实体清单规定》《出口管制法》及《反外国制裁法》。四部阻断法令初步构建了我国的反制裁体系，在冲突法层次上属于直接适用的法。

（二）阻断法令是我国直接适用的法

在《对外贸易法》《反垄断法》《国家安全法》等成文法以及外交部关于执行联合国制裁决议等函件基础之上，我国阻断法令开始形成体系。反制措施本质上也是一种经济制裁法，隶属于公法范畴。〔69〕有学者认为反制措施的效果与国家实力有直接联系，中国应慎重考虑阻却立法的内容，避免将中国企业和个人陷于两难境地。〔70〕美国制裁法的域外效力已经超出了原有冲突法可以处理的范围，而且考虑到美国制裁法的政治色彩，我国确实需要专门的阻断法令明确表明立

〔65〕 主观说认为当事人主观上已尽最大的注意，但仍不能防止阻碍合同履行的事件发生，那么已发生的事件便属不可抗力。客观说强调不可抗力事件是发生在当事人意志之外。折中说认为应兼采主客观的标准来判断不可抗力，即承认不可抗力事件是发生于当事人外部的行为，属于客观性的判断，不属于当事人主观的范畴，但在确定该事件属于不可抗力性质后，需要再考虑当事人主观上是否在一定的预见能力的前提下已为应有的注意，而无主观可归责的情形。详细界定参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2000年版，第334页。

〔66〕 参见青岛海事法院（2018）鲁72民初1860号民事判决书。

〔67〕 参见钟瑞栋：《强制性规范的解释与适用——公法与私法“接轨”的司法途径》，载《比较法研究》2010年第5期。

〔68〕 参见沈阳市和平区人民法院（2019）辽0102民初10452号之一民事裁定书。本文不分析原告主体适格标准的问题。

〔69〕 关于我国反制裁措施也是制裁法的一种，参见张辉：《论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考》，载《比较法研究》2019年第5期。

〔70〕 参见李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期。

场。现实的司法需要、部分成文法作为法律基础,以及我国日益增强的经济实力,显示我国已经具备了制定阻断法令的条件。

《不可靠实体清单规定》是基于现有成文法如《对外贸易法》《国家安全法》制定的。外国实体如危害我国国家安全、市场秩序,商务部将在调查后,视危害程度将外国实体加入“黑名单”。被列入名单的后果包括:限制或者禁止其从事与中国有关的进出口、投资;限制或者取消其相关人员在中国境内的工作许可、停留或者居留的资格甚至入境许可;根据情节轻重给予相应数额的罚款及其他必要的措施。^[71]与美国商务部实体清单相比,我国实体清单管辖效力基于“效果原则”,即对我国产生了危害后果,而非在于管制外国实体的行为。我国实体清单的管制几乎仅限于属地管辖,如限制出入境、限制进出口等,而且未对属地管辖做扩大解释。属地管辖是管辖权中最传统最没有争议的,因此将有关外国实体加入“不可靠实体清单”完全符合国际法,不会引发国际争议。

《出口管制法》与《不可靠实体清单规定》配合使用,对我国涉及国家安全和政策方向的物品实行管制。与美国《出口管理条例》相比,我国对出口管制的物品范围侧重于军需品,对民间贸易影响较小。更重要的是,在具体纠纷中《出口管制法》可以作为《关税及贸易总协定》(GATT)第21条安全例外的解释依据之一,规避违背WTO规则的风险。《出口管制法》与《不可靠实体清单规定》为我国出台阻断美国次级制裁域外效力的法规打下了法律基础。

《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》采用了概括的立法方式,并没有直接举例穷尽外国法,因此具体实施将采取个案分析的方式。^[72]本质上与欧盟阻断法令一样,都是对美国制裁法的回击,尤其是阻断了次级制裁连锁式的影响。^[73]我国阻断法令与欧盟在以下方面基本上保持一致:第一,受影响的实体需在30天内上报;^[74]第二,遵守阻断法令,不得服从外国制裁法;^[75]第三,允许本国因制裁受损失的企业在本国起诉,寻求司法救济^[76]。整体而言,各国阻断法令的保护机制都非常类似,立法阻断了制裁法的域外效力。阻断法令以补偿为后盾,上报为辅助,更易于追踪美国制裁法造成的影响。

《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》整体效果是阻断外国制裁法在我国产生效果,2021年6月10日通过的《反外国制裁法》进一步完善了反制裁体系。该法第4条规定了被列入反制清单的条件。第5条规定了反制裁措施的对象范围,除根据第4条规定列入反制清单的个人、组织以外,还包括列入反制清单个人的配偶和直系亲属,列入反制清单组织的高管或者实际

[71] 参见《不可靠实体清单规定》第10条。

[72] 参见廖诗评:《阻断外国法律与措施不当域外适用办法的属事适用范围》,载《国际法研究》2021年第2期。

[73] 欧盟阻断法令是指 Council Regulation No. 2271/96。

[74] 欧盟法规参见 Council Regulation 2271/96, 1996 O.J. (L 309) 1, Art. 2, 我国法规参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第5条。

[75] 欧盟法规参见 Council Regulation 2271/96, 1996 O.J. (L 309) 1, Art. 5, 我国法规参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第7条。

[76] 欧盟法规参见 Council Regulation 2271/96, 1996 O.J. (L 309) 1, Art. 6, 我国法规参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第9条。不过欧盟明确规定允许出售造成损失一方在欧盟境内的资产来补偿本国企业的损失。截至目前,尚未有公开的欧盟阻断法令第6条的执行信息。我国在《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第10条规定工作机制成员单位应当提供指导,第11条规定中国公民、法人或其他组织根据禁令未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的,政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持,但并未做详细规定。第10条、第11条是第9条的辅助条款。

控制人，由列入反制清单个人担任高级管理人员的组织，由列入反制清单个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。^{〔77〕}反制裁措施内容可以概括为四类：第一类是旅行禁令，包括不予签发签证、不准入境、注销签证或驱逐出境；第二类是资产冻结令，包括查封、扣押、冻结在我国境内的财产；第三类是贸易禁令，包括禁止或者限制我国境内的组织、个人与其交易、合作；第四类则是作为兜底条款的其他必要措施。除了对违背我国反制裁法的实体处以惩罚之外，还有对受害实体的补救措施。第12条规定当组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益时，我国公民、组织可以向人民法院提起诉讼，要求停止侵害、赔偿损失。补救措施与欧盟阻断法令的措施类似，纳入诉讼的范围更广。不再区分损害的来源是来自外国制裁法还是遵守外国制裁法的任何实体，可以更好地弥补受害实体的损失。在我国阻断法令体系中，《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》切断了美国制裁法对国内的影响，建立起有效的保护机制。《不可靠实体清单规定》《出口管制法》和《反外国制裁法》则展现出阻断法体系中基于属地管辖的进攻的一面。

我国同样有旅行禁令，不仅包括限制入境还涉及注销签证和驱逐出境，实际效果更加强烈。但是无论是立法还是执法管辖都是基于属地原则，并不违背国际法。贸易禁令包括禁止国内交易和进出口许可两类。与美国的贸易禁令相比，我国不涉及转出口禁令，不规制海外行为。美国制裁法中的金融禁令既包括禁止金融机构提供服务的禁令，还包括冻结美国境内、美元账户的冻结令。而我国的金融禁令仅是资产冻结令，而且也仅限于我国境内，并未规定我国银行的外国分行冻结海外资产。我国的诉讼救济启动前提是实体因遵循美国制裁法而给我国个人和组织造成了损失。与美国制裁法相比，我国的诉讼是损失发生之后的弥补手段，而不是推动制裁措施的途径。我国禁令最大的特点是符合属人及属地立法管辖标准，没有针对第三方行为的次级制裁，不会引发国际争议。

在中国法院处理涉及美国制裁法的合同纠纷时，应直接适用我国的阻断法令，而不适用于美国制裁法。法院地的直接适用的法适用的优先性必然高于外国的直接适用的法，我国法官必须适用本国直接适用的法。如果出现以美国制裁法为免责事由的合同纠纷，无论当事人意思自治或合同冲突规范指向任何国家的实体法，我国的阻断法令作为法院地直接适用的法，都会直接适用，否决美国制裁法在我国的效力。

2020年1月21日，我国外交部宣布对在涉华问题上严重侵犯中国主权、负有主要责任的28名人员实施制裁，包括美国特朗普政府的国务卿蓬佩奥。被制裁人员及其家属被禁止入境中国内地和香港、澳门，他们及关联企业、机构也已被限制与中国来往。^{〔78〕}我国阻断法令体系的建立，标志着中美两国经济制裁法的正面交锋。这也向国际社会释放出一个重要信号，我国在承担国际义务的同时，不会向单边主义的经济制裁低头。

〔77〕 参见《反外国制裁法》第4条、第5条。

〔78〕 制裁详情参见我国外交部网站 https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1847570.shtml，最后访问时间：2022年1月7日。

五、小 结

美国制裁法无法通过多边主义方法、意思自治方法适用。美国制裁法属于外国的直接适用的法,又因为其公法性质,属于公法禁忌的范畴,不应被中国法院在国际商事合同纠纷中适用。实体法层次上,考虑到制裁法作为公法介入私法时,产生的效果是私法被公法彻底控制,造成契约死亡,因此应该慎重考虑适用美国制裁法。

美国制裁法的公法影响应与私法效果分开讨论,美国制裁法不应对国际商事合同的法律适用产生任何影响。我国阻断法令体系已初具规模,将在应对单边主义制裁法中发挥重要作用。对于中国法官而言,阻断法令是法院地直接适用的法,适用顺序优先于外国直接适用的法。我国阻断法令一方面致力于反制外国制裁法在我国境内的效力,另一方面也留有解释的空间,保持了一定的弹性,为未来进一步完善提供了基础。

Abstract: US unilateral sanctions laws have aroused many disputes in the international community, especially in regard of international commercial contract. It is necessary to understand the relationship between the sanctions laws and the substantive law. To clarify whether there is and what is the influence of the US sanctions on the substantive law of contract, the relationship between them can be divided into three categories: the parties agree to apply US sanctions laws, the two are not from the same country, and they are from the same country. In all of the cases, the sanctions laws are not within the scope of substantive law. The parties' choice is not a valid autonomy of will clause, and the US sanctions should not affect the contract. US sanctions laws are foreign mandatory rules, because of the nature of public law, which belong to the public law taboo. US sanctions laws cannot be applied by means of conflict rules, nor can it be applied as foreign mandatory rules. Therefore, the public and private legal effects of US sanctions laws should be distinguished and not affect that of the contract. China's blocking statutes are strong tools to reject the application of US sanctions laws.

Key Words: mandatory rules, public law taboo, blocking statutes

(责任编辑:肖 芳 赵建蕊)