

【国际经济法】

经济制裁对国际投资仲裁的影响

——基于ISDS实践的分析

范晓宇 漆 彤

【摘 要】近年来,经济制裁的使用频率大幅上升,并与国际投资法产生越来越多的交集。涉经济制裁的国际投资仲裁案件数量急剧上升,引发诸多法律疑难问题。实践表明,仲裁庭可能因投资违反联合国制裁而拒绝管辖和受理争端,裁决亦可能因制裁而无法顺利执行。此外,经济制裁是否违反投资保护的实体待遇标准,东道国能否援引条约中的国家安全例外,或以习惯国际法中的不可抗力、紧急措施、反措施规则予以抗辩,均存在较大的不确定性。在投资保护与经济制裁的价值冲突和效力等级方面,联合国制裁属于国际公共政策,其效力高于投资条约义务,而单边制裁则不然。涉经济制裁投资仲裁案件的不断积累,将有助于澄清国际投资法体系和经济制裁体系之间的模糊关系。在国际立法缺位的当下,投资仲裁可作为约束或制衡经济制裁的有效武器之一。

【关 键 词】投资仲裁;经济制裁;投资保护;国家安全;公共政策

【作者简介】范晓宇,武汉大学国际法研究所博士研究生;漆彤,武汉大学国际法研究所教授。

【原文出处】《国际法研究》(京),2022.5.69~86

近年来,经济制裁的使用频率大幅上升,对国际资本流动及国际投资法的影响也越来越大。在近期因俄乌冲突而引发的制裁与反制裁浪潮中,各国大量使用了冻结资产、限制汇兑、撤销许可、市场禁入等与投资有关的制裁措施,引发了各界对经济制裁与国际投资法相互关系的关注,并引起触发更多涉经济制裁投资争端的担忧。^①在国外,已有学者从法律适用、管辖权、投资保护、东道国抗辩等角度,论及经济制裁可能对国际投资仲裁造成的影响;^②在国内,学者已关注到次级制裁对国际投资和投资法的威胁,^③部分学者关注到反制裁体系对外商投资者的影响。^④目前,国内外相关研究大多限于理论层面的分析,缺乏对既有实践的梳理,特别是从国际投资仲裁角度系统审视经济制裁问题的专门研究。鉴于此,本文在全面梳理已知涉经济制裁国际投资仲裁案件的基础上,对相关案件特征进行归纳后,就经济制裁与国际投资法之间的外在冲突表现,从程序、实体、裁决执行等方面进行分析,继而对二者之间的内

在价值冲突作进一步探讨,最终提出协调冲突的可能路径。

一、涉经济制裁的国际投资仲裁实践现状

据笔者统计,已知的涉经济制裁投资仲裁案件至少有19起。^⑤这些案件表明,经济制裁已在很大程度上影响到投资仲裁程序的进行、实体问题的审理以及仲裁裁决的承认与执行。(见下页表1)

考察涉经济制裁的已知投资仲裁案件,可以归纳出以下特点:

其一,涉经济制裁投资仲裁案件集中于2010年之后的十来年间,近两年案件数量增长趋势明显。其中,2010年、2013年、2015年、2017年、2018年、2019年均为1起,2011年3起,2020年2起,2021年达到8起。2022年俄乌冲突下对俄制裁与俄罗斯反制裁浪潮高涨,已引发至少4起潜在投资仲裁案件。^⑥与上述数据相对应的是经济制裁数量近年来的急剧上升。以世界上使用制裁最频繁的国家——美国为例,美国财政部数据显示,在2000年到2021年的20

表1 涉经济制裁的国际投资仲裁案件一览表

序号	年份	案件名称	所涉制裁	对投资仲裁的影响	进程/结果
1	2010	<i>von Pezold and others v. Zimbabwe</i>	美欧制裁津巴布韦	仲裁员的世界银行仲裁委员会主席身份能否作为撤销裁决的理由	专门委员会驳回撤销申请
2	2011	<i>Stati and others v. Kazakhstan</i>	联合国制裁南苏丹	制裁影响管辖权	仲裁庭拒绝以制裁为由驳回管辖权
3	2011	<i>Crystalex v. Venezuela</i>	美国制裁委内瑞拉	制裁影响裁决承认与执行	执行程序中
4	2011	<i>Koch Minerals v. Venezuela</i>	美国制裁委内瑞拉	制裁影响裁决承认与执行	执行程序中
5	2013	<i>General Dynamics v. Libya</i>	联合国及多国制裁利比亚	制裁是否构成投资合同中的不可抗力	仲裁庭拒绝分析制裁是否构成不可抗力
6	2015	<i>Dayyani v. South Korea (I)</i>	联合国及多国制裁伊朗	基于制裁单方解除合同是否违反双边投资条约(BIT)下的公平公正待遇	仲裁庭拒绝分析制裁是否违反 BIT
7	2017	<i>Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain</i>	联合国及多国制裁伊朗	制裁影响管辖权和可受理性	不足以因制裁宣布索赔不可受理
8	2018	<i>Al Awamleh and others v. Qatar</i>	卡塔尔制裁投资者	制裁措施导致投资者资产被没收	和解结案
9	2019	<i>VEB v. Ukraine</i>	乌克兰制裁投资者	制裁是否违反 BIT 下非歧视待遇、禁止征收条款、自由汇兑条款	未决
10	2020	<i>Nord Stream 2 v. European Union</i>	美国制裁投资者	受制裁影响的申请人请求中止仲裁程序	未决
11	2020	<i>Wang Jing et al. v. Ukraine</i>	乌克兰制裁投资者	制裁造成投资者索赔金额进一步增加	未决
12	2021	<i>Central Bank of Iran v. Bahrain</i>	巴林制裁投资者	制裁是否违反 BIT	未决
13	2021	<i>Alpene v. Malta</i>	美国制裁投资者的最终受益人	马耳他以该受益人违反美国制裁规定为由,对投资实施扣押和外部管理	未决
14	2021	<i>Qatar Airways v. Bahrain</i>	巴林制裁卡塔尔	制裁是否违反 BIT 下的征收、公平公正待遇、充分保护与安全、禁止歧视等条款	未决
15	2021	<i>Qatar Airways v. UAE</i>	阿联酋制裁卡塔尔		
16	2021	<i>Qatar Airways v. Egypt</i>	埃及制裁卡塔尔		
17	2021	<i>Qatar Airways v. Saudi Arabia</i>	沙特阿拉伯制裁卡塔尔		
18	2021	<i>Dayyani v. South Korea (II)</i>	美国制裁伊朗	制裁影响裁决承认与执行	未决
19	2021	<i>Iran's Central Bank v. South Korea</i>	美国制裁伊朗	制裁阻碍韩国支付合同价款	未决

年里,美国对外制裁数量从912个增加到9421个,相对2000年增加933%。^⑦

其二,引发投资争端的经济制裁种类多样,既包括联合国安理会决议通过的多边制裁(以下简称联

合制裁),也包括各国出台的单边制裁;既包括金融制裁,也包括武器禁运、资产冻结;既包括初级制裁,也包括次级制裁。例如 *Stati and others v. Kazakhstan* 案主要与联合国多边制裁有关,而 *General*

Dynamics v. Libya 案中的东道国利比亚和 *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain* 案中的投资者母国伊朗,均遭受联合国多边制裁和美西方多国单边制裁。涉及裁决承认与执行的3个案例——*Crystallex v. Venezuela* 案、*Koch Minerals v. Venezuela* 案、*Dayyani v. South Korea(II)*案均与美国金融制裁有关。在卡塔尔航空公司(Qatar Airways)诉巴林、阿联酋、埃及、沙特阿拉伯4国系列案中,4个国家对卡塔尔实施的单边经济制裁措施类型均为关闭领空,卡塔尔航空公司表示由于被禁止飞越封锁国的领空,其损失已达近50亿美元。^⑧*General Dynamics v. Libya* 案涉及武器禁运和资产冻结。引发投资仲裁的初级制裁,多为东道国自身作为制裁发起国,对投资者施加制裁措施的情况。*Al Awamleh and others v. Qatar* 案, *VEB v. Ukraine* 案, *Wang Jing et al. v. Ukraine* 案, *Central Bank of Iran v. Bahrain* 案以及2021年的卡塔尔航空公司诉巴林、阿联酋、埃及、沙特阿拉伯4国系列案均属于此类。涉投资仲裁的次级制裁,则系因制裁的处罚范围由制裁目标扩展至与该目标有交易的第三方,影响了东道国的行为措施,此时东道国身份多为制裁的协助国。从法理上看,投资者仅有权向东道国提起投资仲裁索赔,而无法向第三国(次级制裁发起国)提起投资仲裁。^⑨目前的仲裁实践表明,次级制裁影响到了投资仲裁中的诸多环节,例如在 *Dayyani v. South Korea(I)*案中,韩国因美国次级制裁的影响,单方解除了投资合同;在 *Dayyani v. South Korea(II)*案中,韩国因美国对伊朗投资者的次级制裁威慑无法完成赔偿支付,从而影响了裁决的承认与执行。

其三,涉经济制裁投资仲裁案件所涉及的法律问题广泛,但许多问题目前尚未得到解决。这主要有以下几方面原因。(1)许多案件集中在近期发生,仍处于审理阶段,如表1中2019年至2021年提起的11起案件。(2)已决案件中,部分仲裁庭拒绝分析当事方有关制裁的争议。例如,在 *General Dynamics v. Libya* 案中,仲裁庭拒绝就利比亚遭受经济制裁是否构成不可抗力进行认定;在 *Dayyani v. South Korea(I)*案中,仲裁庭认为不必处理实施制裁是否违反双边投资条约(以下简称BIT)问题。^⑩(3)部分案件涉及经济制裁对裁决承认与执行的影响,目前仍处于执行程序中,尚无定论。

其四,尽管上述案件均涉及制裁,但不同案件中东道国所处地位并不相同,具体可分为3种情况。(1)东道国作为制裁发起国,自身出台的经济制裁措施引发投资争端,如巴林、阿联酋、埃及、沙特阿拉伯4国作为东道国出台的经济制裁措施,引发投资者卡塔尔航空公司的索赔。(2)东道国因遵守他国出台的域外制裁规定或遭受他国域外制裁威胁而采取措施导致投资索赔,例如在 *Dayyani v. South Korea(I)*案中,韩国基于对违反“美国制裁伊朗政策”的担忧,单方解除投资合同,引发投资者索赔。(3)东道国作为制裁目标,承受的制裁措施导致其无法正常行事,例如在 *General Dynamics v. Libya* 案中,东道国利比亚作为联合国和美欧等国或经济体的制裁目标,无法履行投资合同义务而招致索赔。^⑪

二、经济制裁对投资仲裁管辖权和可受理性的影响

投资仲裁管辖权的基础在于东道国与投资者的合意,而可受理性则是仲裁庭在特定时间点就申请人在个案中提出的某项具体仲裁请求行使管辖权的前提条件。^⑫如果仲裁庭拒绝管辖或受理案件,则投资者无法通过投资仲裁进行权利救济并获得投资保护。目前,国际仲裁实践已基本达成共识,仲裁庭有义务不受理因违反某些普遍接受的规范而受到污染(tainted)的索赔,^⑬存在严重违法行为的投资者不得“以任何方式得到仲裁程序的协助”。^⑭例如, *World Duty Free v. Kenya* 案、*Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* 案、*Plama v. Bulgaria* 案,均因投资者在投资设立之初存在腐败、欺诈、洗钱等严重违法行为而被仲裁庭拒绝管辖。^⑮

因此,制裁对管辖权和可受理性的影响,关键在于投资者的投资是否因制裁而丧失合法性。若认定投资者存在违反制裁的违法行为,仲裁庭可对非法投资拒绝管辖或受理。目前,在上述19起案件中,仅有 *Stati and others v. Kazakhstan* 案和 *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain* 案涉及经济制裁对管辖权和可受理性的影响。

在 *Stati and others v. Kazakhstan* 案中,被申请人哈萨克斯坦主张,由于投资者将其在哈萨克斯坦获得的投资收益用于资助受联合国制裁的南苏丹实体,因此仲裁庭缺乏属人管辖权。投资者Stati辩称,

其在南苏丹石油和天然气行业的投资属于正常的商业投资,并非遭受联合国制裁的投资项目。对此,该案仲裁庭并未对制裁引发的属人管辖权质疑予以正面回应,而是从《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)第1条第7款的“投资者”定义入手分析,从而肯定了投资者满足根据《能源宪章条约》被视为“投资者”的必要条件。尽管未正面回应,但仲裁庭的分析表明,投资者在另一制裁目标国家(第三国)的活动并不必然构成仲裁庭支持管辖权异议的主要理由。

在 *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain* 案中,东道国巴林提出管辖权和可受理性两方面的抗辩。管辖权层面,巴林主张投资者违反联合国制裁的非法行为导致仲裁庭丧失对该案的管辖权;可受理性层面,巴林主张投资者违反联合国制裁的非法行为因违反国际公共政策和“干净的手”原则(Clean Hands Doctrine)而丧失可受理性。对此,仲裁庭予以一一驳回。

在管辖权层面,关键在于投资设立时是否存在违反制裁的行为从而构成非法投资。在该案中,仲裁庭坚持以往实践的观点,即管辖权须根据BIT的具体规定进行判断,且只有在投资设立之时已存在严重违法行为,才可能导致仲裁庭丧失管辖权。在该案中,《巴林—伊朗BIT》第1条关于“投资”概念的规定和第11条关于仲裁庭管辖权的规定并未明确投资涉嫌非法活动的后果。^⑩在条约文本未作规定的情况下,仲裁庭认为一旦投资是合法设立的,投资者在运营阶段的非法行为并不影响仲裁庭的管辖权,但仲裁庭有权在实体审理阶段对投资者的非法行为予以分析认定。在该案中,投资者在投资设立时不存在违反制裁的行为,因此仲裁庭未支持被申请人提出的管辖权异议。

在可受理性层面,关键在于投资是否违反联合国安理会决议通过的制裁措施。仲裁庭首先承认,无论是根据“干净的手”原则、国际公共政策还是其他一般原则(如诚实信用原则),受到严重不法行为影响的投资索赔都不具备可受理性。^⑪同时,仲裁庭指出并非投资者的所有非法行为均会导致其索赔丧失可受理性。因缺乏可受理性而无法进行国际投资仲裁须同时满足“严重性”和“关联性”两个要件,即:(1)投资者的行为属于严重非法行为;(2)非法行为与索赔

有密切联系。就第一个要件,巴林主张投资者存在5种严重违法行为,其中之一即违反国际社会对伊朗实体的经济制裁。仲裁庭认为,并非所有经济制裁均构成国际公共政策,只有联合国制裁才属于国际公共政策的一部分。^⑫因此,仲裁庭将以联合国制裁为依据,对投资者是否存在违反国际公共政策的行为进行判断。东道国提交的投资者违反经济制裁措施的证据,主要是投资者向被制裁实体提供的26笔贷款。仲裁庭对此一一进行了审查,认为既有证据不足以认定投资者严重违反联合国制裁中关于“禁止向受制裁实体提供资金、金融资产或经济资源”的规定。^⑬由于未满足第一个要件,仲裁庭未继续分析关联性要件,便驳回了东道国以投资者违反经济制裁措施为依据提出的可受理性抗辩。

上述两起案件的仲裁庭均驳回了被申请人基于制裁而提出的管辖权或可受理性抗辩,但所涉及的法律问题及理由不尽相同。前一起案件涉及投资者违反制裁措施对仲裁庭属人管辖权的影响。由于受制裁国为第三国,而案涉投资行为在东道国进行,与制裁之间缺乏联系,东道国的抗辩过于牵强。该案对于澄清制裁对投资仲裁管辖权的影响有一定帮助,但参考价值有限。后一起案件涉及制裁对仲裁管辖权和可受理性的影响。仲裁庭不仅澄清了可受理性抗辩应满足的“严重性”和“关联性”要件,还明确将国际公共政策限定于联合国制裁,从而极大地限缩了制裁对可受理性的影响范围,对今后的仲裁实践具有重要的参考意义。

三、经济制裁对投资者实体待遇的影响及东道国的可能抗辩

在投资仲裁实践中,已出现部分案件的投资者以经济制裁措施损害其投资利益为由向东道国主张索赔。经济制裁是否构成对实体待遇条款的违反,取决于个案中制裁措施的具体类型、对投资者权益侵害的具体程度以及仲裁庭的价值衡量,更为重要的是,东道国是否能提出有效抗辩以消除其经济制裁措施的违法性。尽管目前缺乏已决裁决给出的明确结论,但该问题属于经济制裁与投资仲裁交叉领域的争议焦点,应对其予以前瞻性分析。

(一)经济制裁对投资者实体待遇的影响

实践显示,投资者已在相关案件中主张东道国

的经济制裁措施违反实体待遇条款,但能否获得仲裁庭支持仍无定论。国际投资协定通常给予投资者一系列实体待遇和保护,如公平公正待遇、充分保护与安全、禁止征收、禁止歧视性和任意性措施等。尽管各协定文本之间存在的差异可能影响投资保护的具体程度,但总体而言,投资保护具有相似的结构、内容和法律标准。这些规定,客观上对东道国经济制裁措施的内容和形式提出了严格的合法性要求。经济制裁措施对投资者的人身、财产及投资权益具有重大不利影响,其出台往往是对紧张政治外交局势的迅速回应,缺乏对措施合法性和合理性的充分考量,实施方式尚具有较大的任意性和武断性,可能构成对投资协定实体待遇及投资保护标准的违反。^③

在法理上,经济制裁措施可能构成对投资条约中征收条款、公平公正待遇条款、禁止歧视性和任意性措施条款、充分保护和安全条款的违反。就禁止征收而言,冻结资产这类制裁措施会导致资产价值严重贬损,并有可能对投资构成实质性剥夺,从而构成直接或间接征收。^④就公平公正待遇而言,该标准禁止东道国采取“司法不公、任意和歧视性措施”^⑤、违反正当程序、缺乏透明度、使投资者合理期待受挫,其核心是反对歧视和专断。^⑥在单边经济制裁中,由于被制裁的投资者往往缺乏获得正当程序的权利,^⑦措施很容易构成对公平公正待遇条款的违反。就禁止歧视性和任意性措施条款而言,其保护投资者免受东道国“反复无常的、不合理的或荒谬的差别待遇”。^⑧而资产冻结等制裁措施往往只适用于特定国家、特定实体,且多基于主观臆断而缺乏充分证据,^⑨在形式上具有明显的任意性特征。就充分保护和安全条款而言,该条款不仅保护外国投资免受内乱和人身暴力影响,也要求东道国确保保护投资者利益的司法制度之可用性。^⑩但目前采取经济制裁的国家大多并未向被制裁的投资者提供充分的司法审查或程序救济机会。^⑪

从具体实践来看,就经济制裁是否违反实体待遇条款而言,既有案件目前尚未充分展现仲裁庭的态度。例如在卡塔尔航空公司诉巴林、阿联酋、埃及、沙特阿拉伯4国系列案中,投资者卡塔尔航空公司主张4国制裁违反BIT下的征收、公平公正待遇、充分保护与安全、禁止歧视性和任意性措施等条

款。目前该案尚在审理过程中,无法分析仲裁庭在此问题上的具体立场,制裁是否违反实体待遇尚无定论。*Dayyani v. South Korea(I)*案同样涉及东道国是否违反《韩国—伊朗BIT》下公平公正待遇条款的争议,但该案仲裁庭对经济制裁争议未作分析。

(二)东道国可提出的抗辩理由

即使仲裁庭认定经济制裁构成对投资待遇及实体保护条款的违反,东道国仍有可能借助条约中的国家安全例外或习惯国际法中的不可抗力、紧急情况、反措施等规则提出免责抗辩,以消除其经济制裁措施的违法性。^⑫鉴于国际投资法领域可予以免责的例外条款规定的模糊性和条约解释的难以预测性,东道国的此类抗辩能否获得仲裁庭的支持具有较大不确定性。

1. 国家安全例外

国家安全例外条款,允许东道国采取他们认为必要的任何措施来维护国际和平与安全,或维护本国的基本安全利益。诸多双边投资协定及自由贸易协定的投资章节均规定了该类条款,^⑬但仍存在相当比例的老一代协定缺少此类例外规则。^⑭东道国能否援引国家安全例外条款为其经济制裁作合法性抗辩,目前来看存在较大不确定性,其具体原因如下。

一方面,国家安全例外条款可能被扩大解释。国家安全例外条款通常未对“基本安全利益”“维护国际和平与安全”等术语进行明确定义,导致其存在被扩大解释的可能,东道国可辩称其采取经济制裁之目的是维护国际和平或国家安全。^⑮目前国际投资法中的“国家安全”概念存在泛化趋势,逐步涵盖政治安全、军事安全、经济安全,乃至能源安全和环境与生态安全等。^⑯一方面,国家安全例外条款是否属于“自决性”条款,在理论及实践中均存在一定分歧。^⑰多数国家倾向于认为该条款为“自决性”条款,因为是否危及国家安全只有当事国最清楚,且国家安全的重要性导致其不能被交给第三方判断。许多BIT已在国家安全例外条款中加上“其认为必要的”措辞,以明确表明其自行判断的条款性质。^⑱“自决性”加剧了安全例外条款适用的混乱。

东道国能否成功援引该条款,还取决于仲裁庭如何判断所采取措施的必要性,以及采取经济制裁措施的背景是否达到威胁“国家基本安全利益”或处

于“极端情况”的程度。^③东道国要成功援引该条款以证明其经济制裁措施的合理性,具有较大难度。第一,经济制裁措施大多缺乏程序正义,例如许多以国家安全为由采取的投资限制措施,并未给予投资者听证机会。第二,东道国以国家安全为由对投资者采取经济制裁措施,往往缺乏充分证据。例如,诸多经济制裁措施对投资者的投资行为会造成何种国家安全威胁以及可能造成威胁的程度,缺乏明确界定,并且缺乏投资者威胁国家安全的证据。第三,东道国采取经济制裁的行为与保护国家安全的行为之间不具有相称性。投资者可考虑从上述方面进行抗辩,避免东道国以“国家安全”为名开展损害国际投资的不合法行为。

2. 不可抗力

作用于东道国的经济制裁措施,可能导致东道国无法履行约定义务,从而援引不可抗力抗辩。不可抗力是指当发生无法预见或控制的事件时重新调整当事人之间的义务和责任。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《责任条款草案》)第23条的规定,不可抗力是解除国家行为不法性的重要判断标准。

与作为制裁发起国不同,东道国的不可抗力抗辩往往在其作为制裁目标时提出。东道国是否可援引不可抗力免除其在经济制裁背景下所面临的违约责任,在*General Dynamics v. Libya*案中有所涉及。该案投资者英国通用动力公司和东道国利比亚国防当局签署合同,由投资者负责给利比亚军队车辆安装通信系统。合同分阶段履行,在投资者履行完第五和第六阶段义务后,利比亚并未提供签署对应阶段信用证付款所需的验收证书,且认为投资者不继续履行下一阶段义务构成违约。对此,投资者对利比亚提起投资仲裁。遗憾的是,仲裁庭在支持东道国的内战构成不可抗力的主张后,认为没有必要裁定利比亚所承受的经济制裁是否同样构成不可抗力。^④尽管如此,该案争端双方就制裁是否构成不可抗力所进行的讨论仍值得关注。利比亚主张,经济制裁导致其无法履行投资合同义务,构成不可抗力。与该案相关的经济制裁包括联合国以及多国或经济体对利比亚发起的制裁,主要涉及武器禁运和资产冻结。^⑤利比亚称,武器禁运明确禁止与军用车

辆供应有关的交易,资产冻结导致其包括信用证在内的各种金融资产均遭受冻结,从而无法履行支付义务。投资者则认为,利比亚本可以联系投资者向制裁方申请批准付款的特别许可,但利比亚未进行这方面的努力。并且,英国、欧盟和美国执行联合国制裁并未真正导致利比亚无法履行付款义务,因为利比亚仍可签署信用证验收证书,将其提供给投资者。利比亚对此辩称,申请资产冻结下的特别许可是投资者的责任,且利比亚当局因军事原因无法联系投资者。^⑥

当事方是否可以援引不可抗力以免除其经济制裁的违约责任,具有较大不确定性。一方面,不可抗力构成要件较为苛刻。当事方须提供证据证明相关制裁符合构成事实障碍的必要条件,即不能预见、不能避免且不能克服。除此之外,导致国家实施经济制裁行为的事件不得属于国家故意行为所致,且国家未承诺防止该情形的发生或以其他方式同意承担风险。另一方面,不可抗力还可能面临其他援引障碍,例如因违反某些强制性规范(如联合国制裁)而排除东道国的不可抗力抗辩,即使因援引不可抗力而解除不法性却仍应承担赔偿责任等。^⑦

3. 紧急情况

若经济制裁措施对东道国的影响已构成严重迫切危机,则东道国可借助“紧急情况”(Necessity)抗辩,寻求免除因对投资者采取管理措施致其损害的责任。紧急情况抗辩来源于习惯国际法,东道国若能成功援用该抗辩,则可免除经济制裁措施违反投资条约义务的责任。就目前投资仲裁实践而言,仲裁庭对紧急情况的认定存在较大差异,分析仲裁庭对于紧急情况抗辩的既往态度,有助于预测经济制裁背景下援引紧急情况抗辩可能面临的具体困难。

在阿根廷经济危机引发的系列投资仲裁案件中,紧急情况抗辩多有出现。阿根廷的紧急情况抗辩在3个案件中被仲裁庭驳回;^⑧而在*LG&E v. Argentina*案和*Continental Casualty v. Argentina*案中,仲裁庭则支持了阿根廷的紧急情况抗辩。^⑨在经济危机下,阿根廷采取了包括冻结银行账户和资产、禁止向国外汇款、改变货币价值等一系列措施,这与经济制裁背景下东道国采取的措施具有类似性,例如冻结资产、禁止自由汇兑等。但经济危机与东道国采取

经济制裁的背景是否具有相当性,后者是否足以构成紧急情况仍值得怀疑。

《责任条款草案》第25条规定了适用紧急情况的严格条件,仲裁庭需以此衡量导致东道国采取经济制裁措施的情形是否属于紧急情况。例如,采取经济制裁是否为东道国能够采取的“唯一”办法、东道国国内情形是否构成“严重迫切危机”、东道国是否促成了这种紧急情况、该行为是否严重损害作为所负义务对象的一国或数国或整个国际社会的基本利益,这些要素的限制使得东道国成功援引紧急情况抗辩存在一定难度。在 *Sempra v. Argentina* 案中,仲裁庭认为阿根廷的“宪法秩序还未达到濒临崩溃的状态”。^③在 *Bewater Gauff v. Tanzania* 案中,仲裁庭认为“缺乏紧急情况或迫切的公共目的以正当化政府的干预方式”。^④

4. 反措施

实践中,东道国有可能援引反措施抗辩,声称其采取的经济制裁是针对他国在先不法行为而采取的反措施。反措施指国家有权针对其他国家在先的国际不法行为采取的一定行动。习惯国际法承认,如果有关措施是一国针对另一国的反措施,则该国不会违反相关国际义务。东道国是否可主张其经济制裁属于反措施,从而证明其违反投资协定的措施具有正当性,需从几方面因素进行考量。

其一,东道国满足《责任条款草案》对反措施合法性的一系列要求,是免除其国家责任的前提条件。根据《责任条款草案》第22条的规定,^⑤使反措施在国际法下合法,必须满足《责任条款草案》第二章所规定的条件,包括旨在促使国家遵守其义务、临时性和可逆性以及与所造成的损害相称,还必须按照规定程序通过,并且不得影响一般国际法强制性规范所产生的义务。^⑥

其二,投资者权利与国家对他国非法行为采取反措施的权利之间的关系,将决定东道国是否可援引反措施抗辩。一国是否可以依赖国家间的反措施作为投资仲裁中免除国家责任的理由,取决于投资条约权利分类的结果。^⑦投资者的权利究竟是直接从投资条约中获得,还是从投资者母国处获得而权利的实际所有者仍为母国?这关涉“直接权利”理论和“衍生权利”理论之间的冲突。^⑧反措施是一国对

另一国不法行为所采取的行动,通常只能针对投资者母国而不能直接作用于投资者。在“直接权利”理论下,东道国自然就不能以反措施来证明其对投资者实施经济制裁措施的合法性。在 *Corn Products v. Mexico* 案中,仲裁庭多数意见认为,原则上不存在反措施抗辩,反措施针对的不法行为实施者是投资者母国而非投资者,但投资者母国并非投资仲裁程序中的当事方。投资索赔由投资者提出,东道国不能将投资者母国的违法行为作为惩罚投资者的借口。因此,仲裁庭裁定,反措施不能排除墨西哥保护投资者的责任。^⑨而在“衍生权利”理论下,东道国有可能援引反措施来证明其对投资者实施经济制裁措施的合法性。在 *ADM v. Mexico* 案中,仲裁庭裁定墨西哥可以援引反措施原则来为其措施进行辩护,但仲裁庭认定墨西哥的措施不满足目的性和相称性条件,因此不能被认定为反措施。^⑩笔者认为,“直接权利”理论更为合理,理由在于:其一,投资者提起仲裁是捍卫其自身权利,而不是捍卫其母国的权利;其二,投资者是投资协定下事实上的唯一受益人。因此,东道国利用反措施主张其对投资者实施经济制裁具有正当性的做法并不妥当。

四、经济制裁对投资仲裁裁决承认与执行的影响

承认与执行裁决是《华盛顿公约》和《纽约公约》成员国的条约义务,若不存在公约规定的可拒绝承认与执行(enforcement)的情形,成员国应承认与执行仲裁裁决。但实践显示,裁决的具体执行(execution)却可能因经济制裁而无法顺利进行。在两项公约并未具体规定经济制裁的情况下,经济制裁如何影响投资仲裁裁决的承认与执行,可考察实践中多个投资仲裁裁决的承认执行过程。

2016年4月, *Crystallex v. Venezuela* 案仲裁庭裁定委内瑞拉需对投资者 Crystallex 支付14亿美元。2017年3月,美国哥伦比亚特区联邦地区法院对裁决予以确认。但由于美国对委内瑞拉的经济制裁,裁决执行困难重重。在具体执行程序中, Crystallex 寻求拍卖委内瑞拉国家石油公司(Petroleos de Venezuela, S. A., 以下简称 PDVSA)拥有的股份以强制执行裁决。但由于美国外国资产控制办公室(US Office of Foreign Assets Control, 以下简称 OFAC)禁止在

未经批准的情况下转移PDVSA资产,该股权拍卖程序无法进行。^⑤Crystallex认为,美国对委内瑞拉实施的制裁措施并不妨碍法院作出拍卖程序令和拍卖程序的实际进行,仅拍卖流程的最后一步(拍卖的付款执行阶段)才需OFAC的特定许可。^⑥美国各部门对此意见不一:OFAC声明其正在考虑Crystallex的特定许可申请,但在许可被批准前,地方法院应暂停拍卖程序和资产出售;而美国特拉华州地方法院则认为,如果没有OFAC的特别许可,确实无法完成PDVSA所持股份的最终出售,但其强调拍卖准备工作和拍卖程序的进行并不需要此类许可。目前,该案仍在美国法院程序之中,尚无定论。^⑦

2017年10月,*Koch Minerals v. Venezuela*案仲裁庭裁定委内瑞拉需向投资者赔偿3亿美元。^⑧2022年1月美国哥伦比亚特区联邦地区法院对裁决予以确认,并于2022年2月发布备忘录批准投资者扣押委内瑞拉在美资产的请求。由于委内瑞拉在美国哥伦比亚特区缺乏资产,而在特拉华州持有大量资产,法院认为有充分理由批准原告的动议,以使得原告有权在包括特拉华州在内的任何司法区登记判决。但美国哥伦比亚特区联邦地区法院声明,是否允许在未获得OFAC许可的情况下扣押资产将由特拉华州法院决定,因为特拉华州法院才是执行扣押和处分委内瑞拉资产的法院。^⑨

在*Dayyani v. South Korea(II)*案中,伊朗投资者Dayyani Group由于韩国一直未履行2018年作出的*Dayyani v. South Korea(I)*案裁决而于2021年提起第二次仲裁。^⑩韩国辩称,美国对伊朗的经济制裁导致韩国无法履行裁决(应付金额6800万美元)。2022年1月12日,韩国发布公告,称美国OFAC已于2022年1月6日批准特别许可,允许韩国使用美国金融系统向伊朗投资者支付该案裁决金额。韩方称,该许可有望为迅速与投资者在第二次仲裁中达成和解奠定基础。^⑪

上述3个案件涉及两种不同情形:前两个案件均为裁决债务人(东道国)委内瑞拉被美国列为制裁目标,其在执行地的资产被冻结导致裁决具体执行过程困难重重;后一个案件则为裁决债权人(投资者)被美国列为制裁目标,导致韩国在未获得美国OFAC特别许可的情况下无法通过金融系统向投资者支付裁决所载金额。尽管情形不同,但上述案件均显示经

济制裁未影响裁决的承认,却阻碍了裁决的具体执行。裁决的具体执行受经济制裁措施阻碍而无法顺利进行,主要表现为以下几类情形:无法拍卖被扣押资产以执行裁决、无法对制裁目标支付裁决债款、无法利用被冻结资金进行债务偿付等。

五、经济制裁与国际投资法的价值冲突与效力判断

国际投资仲裁,构成当代国际投资法最活跃的部分。经济制裁带给国际投资仲裁的影响和不确定性,客观上反映了经济制裁与国际投资法之间存在矛盾与冲突。国际投资法以投资保护为价值追求,经济制裁则以短时间内改变制裁目标的行为为追求目标。尽管经济制裁并不以打击投资者为主要目的,但其本身所具有的分散性、随意性、威胁性,使得投资者易受到经济制裁的无辜牵连,使得国际投资法所追求的投资保护价值受到损害。化解经济制裁与国际投资法之间的矛盾,需要对两种价值目标作以下两个层次的效力判断。

(一)经济制裁的效力是否可以凌驾于投资条约义务之上

经济制裁分为多边制裁和单边制裁,二者与国际投资条约之间的效力等级并不相同。多边制裁主要是指联合国安理会决议通过的制裁。《联合国宪章》第25条规定:“联合国成员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议。”这意味着执行安理会决议是每个联合国成员国的国际法义务。《联合国宪章》第103条规定:“联合国成员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先。”据此,成员国履行联合国制裁的义务优先于其承担的包括投资条约义务在内的其他国际条约义务。正如在洛克比空难案中,国际法院裁定“联合国安理会授权的多边制裁优先于利比亚在《蒙特利尔公约》下的权利”。^⑫

就表现为国内法的单边制裁而言,其效力通常不能对抗国际法,这同样适用于东道国所承担的投资条约义务。正如国际法院在尼加拉瓜案和投资仲裁庭在*Bank Mellat and Bank Saderat v. Bahrain*案中所裁定的,联合国制裁的效力与其他国家施行的单边经济制裁不同。^⑬尽管各国往往会在国内建立一套完整的法律体系为其所制定的单边经济制裁措施授

予合法性,然而国内法的规定不能当然地作为免除国际责任的理由。根据《责任条款草案》第3条,在把一国的行为定性为国际不法行为时应依据的国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。条约必须信守原则是条约法上最基本的原则,单边制裁立法和措施的存在,并不能使东道国违反投资条约义务的行为获得正当性。

经济制裁与国际投资条约之间的效力问题还可从法律适用角度予以分析。根据《华盛顿公约》第42条,国际投资仲裁中,东道国国内法、投资条约和其他国际法规则均有适用的可能。^④在涉经济制裁投资仲裁案件的法律适用问题上,有以下几点值得注意。其一,从仲裁实践来看,在双边投资协定下的条约之诉中,仲裁庭主要适用的法律是双边投资协定及一般国际法规则,而非东道国国内法。^⑤若在此类争端中仅适用东道国国内法(包括国内制裁相关的法律),由于各国制裁措施通常以国内法为基础,这可能导致东道国采取经济制裁措施侵害投资者权益的行为合法化。其二,东道国国内法仍存在适用余地,但其适用的前提是与国际法规则不发生冲突。问题的关键在于,在国际法对单边经济制裁的合法性缺乏准确判断依据的背景下,东道国相关制裁法律是否符合国际法规则,可能成为仲裁庭的裁量焦点和难点。其三,东道国国内法的实际作用更多为辅助进行事实认定,即通过适用东道国国内法来查明事实。例如,在判断东道国的经济制裁行为是否违反正当程序或构成拒绝司法时,需要参考国内制裁法的规定进行评估。

此外,东道国规制权的行使亦不能违反投资条约义务,即使目前经济制裁是否属于东道国规制权范围内尚无定论。晚近投资法强调东道国规制权和投资者权利保护的平衡。从形式上来看,经济制裁与规制权的行使方式类似,均表现为国家机关出台并实施特定法律或行政命令。但在目标、内涵、效果等方面,二者存在本质性区别。东道国行使规制权主要是为实现在社会分配与保障、环境治理、公共健康、劳工权益、可持续发展等方面的公共利益保护;而经济制裁所追求的政策目标为实现国际关系中的特定政治经济目的,与传统东道国规制权所保护的内容并不相同。^⑥从概念提出到实施效果来看,强调

东道国规制权并非为了削弱投资保护,而是纠正此前因片面强调投资者保护而被忽略的社会公共利益;而经济制裁则恰恰体现出公权力对私人利益的过度干预,可能违反投资保护义务。因此,经济制裁并不属于东道国合理行使规制权的范畴。并且,即使其属于规制权范畴,亦无法超越东道国承担的投资条约义务。投资条约体系对东道国规制权加以限制,东道国的立法、行政、司法行为均应遵守投资条约义务,符合条约关于外国投资待遇的要求。^⑦根据一般国际法,以不违反投资条约义务为前提的规制权行使需满足正当程序、非歧视、依法行政、出于公共利益等基本要求,但经济制裁却表现出与此类基本要素相左的特征。换言之,经济制裁更多表现为对外国投资者私人权利的单纯侵入,不属于为平衡东道国公共利益与外国投资者私人利益需要而合理行使规制权的范畴。

(二)经济制裁是否属于公共政策例外的范畴

就单边制裁而言,尽管国内法通常不具有对抗国际法的效力,但在国际私法和国际商事争议解决领域一直存在的“公共政策例外”,仍可能对国际投资仲裁产生干扰。“公共政策例外”是拒绝承认和执行外国判决和仲裁裁决的传统理由。《纽约公约》第5条第2款b项明确规定,内国法院如果认为违背“公共政策”,可拒绝承认或执行外国仲裁裁决。

制裁是否属于公共政策例外的范畴从而会影响投资仲裁,对这一问题的回答首先取决于对公共政策的理解。公共政策可分为国内公共政策和国际公共政策。国内公共政策为完全适用于一国之内内国公共政策,是一国“最基本道德准则、法律基本原则、社会公共利益与公平正义观念”的体现;^⑧国际公共政策则是维护人类社会普遍认可、并作为整体接受的一些根本性制度和国际法的基本规则。^⑨国际公共政策的概念通常要比国内公共政策概念狭窄。^⑩经济制裁属于国际公共政策还是国内公共政策,对仲裁争端的可受理性、仲裁庭的法律适用、裁决承认与执行均存在影响。

国家实施的单边制裁并不具备国际公共政策的效力。例如,在*Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*案中,所涉制裁既包括联合国制裁也包括美国和欧盟颁布的单边经济制裁。仲裁庭裁定,严重违反国

际公共政策的索赔不具备可受理性,但只有联合国制裁才属于国际公共政策的一部分。第一,美国和欧盟等单边经济制裁缺乏联合国制裁所特有的普遍性,而是追求实现个别国家的非普遍政治或经济利益的表现。第二,单边经济制裁往往偏离联合国制裁范围,例如美欧制裁实体名单所列实体并非均为联合国制裁名单实体,而是有所扩展。第三,联合国经济制裁在成员国内具有约束力,但其他国家的单边制裁不应应对另一国产生域外效力。^⑥除此之外,国际法协会《以公共政策拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》同样指出,根据《联合国宪章》作出的制裁决议属于国际义务之一,构成国际公共政策的一部分。^⑦

制裁是否属于国内公共政策从而会影响裁决承认与执行,目前具有较大不确定性。不同法域对制裁是否属于本国公共政策持有不同立场。部分国家或经济体在实践中已将经济制裁纳入公共政策的范畴。例如,欧盟法院在 *Eco Swiss* 案判决中明确表示,欧盟颁布的经济制裁属于公共政策范畴。在俄罗斯,法院始终将联合国安理会制裁和俄罗斯反制裁条款解释为公共政策的要素之一。^⑧有的国家则尚未对这一问题予以明确或存在不一致的实践。例如,乌克兰最高法院在 2020 年 1 月 9 日第 761/46285/16-C 号案件判决中认为,“制裁不是公共政策的一部分,裁决的执行不得受制于制裁”,但在 2020 年 2 月 13 日第 824/100/19 号案件判决中,乌克兰最高法院又推翻了下级法院关于执行俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院裁决的决定,并认为“制裁是乌克兰公共政策的一个新方面”。^⑨

本文认为,制裁不应被纳入国内公共政策的范畴。首先,公共政策通常被理解为一种基本的政策或制度,具有长期性和稳定性,而制裁只是由特定政治局势造成的临时性限制措施且随时可以取消。其次,基于制裁而以公共政策例外为由拒绝执行裁决可能导致司法实践中的困境。如果在上诉期结束后取消制裁,裁决持有人可能已经无法避免既判力的影响。^⑩在制裁解除后,裁决可执行性的程序限制可能会失效,而当事人所受影响却无法解除。再次,制裁作为一种政治工具,通常由行政部门实施,将制裁纳入公共政策的范畴可能造成行政部门对司法部门的不当影响。

六、结论与建议

目前,相对于经济制裁的数量而言,利用国际投资仲裁机制挑战经济制裁的案件并不多。并且,从仲裁庭对经济制裁与国际投资法交叉领域的处理现状来看,目前所处理的问题均为程序性问题,管辖权和可受理性涉及投资仲裁程序的开端,而裁决的承认与执行则涉及投资仲裁程序的末端,但投资仲裁程序的中端——实体争议的审理却是目前仲裁实践尚未涉及的。这可能有以下几方面原因:(1)经济制裁往往涉及复杂敏感的政治问题,对其合法性进行判断存在难度;(2)投资条约和习惯国际法中普遍存在的各种例外,以及各国国内法中“公共政策”范围的不确定性,均可能阻碍投资者提起仲裁;(3)投资者直接挑战发起制裁的东道国,可能招致更大的经济损失。^⑪

不过,涉经济制裁的国际投资仲裁实践表明,利用国际投资仲裁挑战经济制裁,仍具有一定的积极意义与实际作用。尽管国际法尚未明确禁止单边经济制裁,^⑫但制裁却可能因违反投资条约义务,被认定为非法而须承担相应的国家责任。投资仲裁由此成为投资者挑战东道国经济制裁的有效武器。正如经济制裁主要依赖其威胁和震慑作用,国际投资仲裁机制的存在本身也具有一定震慑效力,可迫使东道国在采取经济制裁时满足国际投资法的基本理性,并对投资者权益保护予以必要考量,以免由此而承担投资索赔导致的经济成本和声誉损失。东道国权力的实施,须以维护公共政策或公共利益为目的,遵循比例原则和正当程序原则。^⑬在实施经济制裁时亦不例外,东道国的行为应同时满足“实体正义”和“程序正义”。“实体正义”意味着东道国须以合法目的、善意、非歧视且符合相称性的方式对投资者施加管理,“程序正义”则要求东道国的决策过程透明可预测,给予投资者听取意见和获得有效救济等程序性权利。^⑭因此,国际投资协定和投资仲裁机制的存在,客观上构成对各国滥用经济制裁的一种外部约束。尽管通过国际投资仲裁完全杜绝经济制裁是不现实的,但积极利用投资仲裁机制寻求权利的救济,无疑有助于压缩东道国滥用经济制裁的空间,规范制裁的实施方式,降低制裁的随意性、武断性和非理性。

尽管如此,也应看到仲裁庭的作用有其局限

性。已知涉经济制裁投资仲裁案件显示,仲裁庭往往不愿过多涉及非投资事项^⑥尤其是经济制裁问题的讨论,例如 *Dayyani v. South Korea(I)* 案、*General Dynamics v. Libya* 案仲裁庭均拒绝分析当事方有关制裁的争议,认为没有必要分析经济制裁措施是否违反 BIT。仲裁庭对制裁等非投资事项的回避态度,一定程度上反映了国际投资法领域尚未做好对接准备。然而,随着“嵌入式自由主义”(Embedded Liberalism)的国际投资法范式成为主流,仲裁庭必将更频繁地面临非投资事项的解决。涉经济制裁投资争端数量的不断上升,也将让仲裁庭最终无法一味逃避正面分析经济制裁涉及的实体性争议。尽管投资仲裁并不是解决经济制裁合法性的最佳场所,仲裁实践的不断积累仍可为涉经济制裁案件提供更多的确定性,进而减少制裁合法性的灰色空间,为东道国理性使用经济制裁提供指引。并且,国际投资仲裁庭通过集体行动,形成处理经济制裁议题的系统应对方案或法理,在理论上存在可能性。此种系统处理方式需思考如何协调经济制裁和投资仲裁价值理念之间的冲突。

妥善处理经济制裁对国际投资仲裁的影响,最终有赖于国际法规则的完善。就国际投资法而言,一种理想的模式是在国际投资条约中就经济制裁事项予以适当规定,从而为仲裁庭处理相关问题提供依据。目前,已有部分投资条约涵盖经济制裁情形,主要体现在利益拒绝(Denial of Benefits)条款和自由汇兑(Transfer)条款中。其中,在利益拒绝条款中涵盖经济制裁情形的条约不在少数,^⑦在美式 BIT 中更是常见。^⑧此类条款通常规定,若缔约一方正对某第三国进行经济制裁,而给予条约下的利益将会违反这些制裁措施,在此情形下东道国可拒绝给予利益。^⑨自由汇兑条款则是将经济制裁作为自由汇兑义务的例外情形之一,规定缔约一方应向缔约另一方投资者保证资金的自由转移,但在经济制裁情况下缔约方可采取或维持与跨境资本和支付交易有关的限制措施。^⑩

但目前投资条约对经济制裁问题的纳入仍十分有限,并不足以解决经济制裁与投资保护义务之间的冲突。例如,尽管投资条约和习惯国际法上存在各种可能的免责例外,但条款规定本身的模糊性和

条约解释的难以预测性,均可能导致问题的解决存在一定困难。若不就经济制裁问题进行更精细的条款设计,东道国经济制裁措施在国际投资条约下的责任仍将不可预测。只有国际投资条约规定得足够具体,才有利于仲裁庭作出符合条约意图的解释和条款适用。^⑪因此,结合经济制裁的发展态势,未来的条约实践应考虑在现有条款中增加必要的经济制裁要素,或设计专门的经济制裁例外条款。就纳入经济制裁要素而言,可以结合现有条款如例外规定,对公共政策或公共利益是否包含经济制裁作出明确的解释性说明。就引入专门的经济制裁例外条款而言,此类条款可先肯定东道国采取经济制裁的权力,例如规定“本协定项下的任何条款不得解释为禁止东道国采取经济制裁措施”,然后对东道国背离投资保护义务的经济制裁从实体和程序上作出限制,例如要求东道国作出的经济制裁应基于公共利益目的,是必要、善意、合理、合比例、符合正当程序的,并就经济制裁相关措施的可仲裁性予以明确。

当前,经济制裁问题正在国际法的各个领域发酵。国际投资法的前进与发展,体现在妥善处理时代命题的仲裁实践和条约更新中。在国际社会短期内无法就经济制裁达成广泛共识和约束性国际法规则的情况下,国际投资法治构建应积极发挥投资仲裁作为现存有效的国际法机制之一的作用,从保护外国投资者的角度,压缩东道国滥用经济制裁的空间,提高东道国实施经济制裁的成本,从而在一定程度上抑制各国的冲动,让各国对经济制裁的使用回归正义、法治与理性。

注释:

①Hunton Andrews Kurth LLP, "Investment Losses from Russian Economic Retaliation May be Recoverable in International Arbitration", <https://www.huntonak.com/en/insights/Investment-losses-from-russian-economic-retaliation-may-be-recoverable-in-international-arbitration.html>.

②See Karl-Heinz Böckstiegel, "Applicable Law in Disputes Concerning Economic Sanctions: A Procedural Framework for Arbitral Tribunals", (2014)30(4)Arbitration International 605; Farshad Ghodoosi, "Combatting Economic Sanctions: Investment Disputes in Times of Political Hostility, a Case Study of Iran", (2013) 37(6)Fordham International Law Journal 1731; Pierre-Emmanuel

Dupont, "The Arbitration of Disputes Related to Foreign Investments Affected by Unilateral Sanctions", in Ali Z. Marossi and Marisa R. Bassett (eds.), *Economic Sanctions under International Law* (T. M. C Asser Press, 2015), pp. 197–217; Sabrina Robert-Cuendet, "Unilateral and extraterritorial sanctions and international investment law", in Charlotte Beaucillon (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* (Edward Elgar Publishing, 2021), pp. 204–220; Taylor LeMay, "Protecting International Petroleum Investments During Geopolitical Unrest: Arbitrating Disputes Under Economic Sanctions", (2018)53(3) *Texas International Law Journal* 307; Nicolette Butler, "The Effect of Unilateral Sanctions on Foreign Investors and the Foreign Investment Regime", in Surya P Subedi (ed.), *Unilateral Sanctions in International Law* (Hart Publishing, 2021), pp. 161–183.

③王淑敏:《国际投资中的次级制裁问题研究——以乌克兰危机引发的对俄制裁为切入点》,载《法商研究》2015年第1期,第165页。

④在中国《阻断办法》和《反外国制裁法》颁布之后,国内学者关注到反制裁体系对外商投资者的影响,认为制裁措施和反制裁措施在实践中将增加外国投资者的合规成本,迫使外国投资者在制裁发起国和反制裁发起国的市场之间作出两难的选择。参见黄文旭、邹璞韬:《反制国内法域外适用的工具:阻断法的经验及启示》,载《时代法学》2021年第4期,第95页;沈伟、邵辉:《论阻断诉讼的法律风险及其司法控制》,载《中国应用法学》2022年第2期,第176页;赵德铭、周文桐、金挺峰:《〈反外国制裁法〉述评》,载《国际经济法学刊》2022年第1期,第12页。

⑤已公开的19起涉经济制裁投资仲裁案件具体为: von Pezold and others v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Decision on Annulment of 21 November 2018; Stati and others v. Kazakhstan, SCC Case No. 116/2010; Crystallex v. Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2; Koch Minerals v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/19; General Dynamics v. Libya, ICC Arbitration Case No. 19222; Dayyani v. South Korea (I), PCA Case No. 2015–38; Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017–25; Al Awamleh and others v. Qatar, ICSID Case No. ARB/18/38; VEB v. Ukraine, SCC Case No. 2019/113 and V2019/088; Nord Stream 2 v. European Union, PCA CASE No. 2020–07; Wang Jing and others v. Ukraine; Central Bank of Iran v. Bahrain; Alpeine v. Malta, ICSID Case No. ARB/21/36; Qatar Airways v. Bahrain; Qatar Airways v. UAE; Qatar Airways v. Egypt; Qatar Airways v. Saudi Arabia; Dayyani v. South Korea (II), PCA Case No. 2015–38; Iran's Central Bank v. South Korea。

⑥据2022年4月26日“投资仲裁报告”(Investment Arbitration Reporter,以下简称IAR)报道,乌克兰商人 Akhmetov 先

生预示将向俄罗斯索赔数十亿美元的战争损失。据2022年5月12日IAR报道,在乌克兰通过立法允许没收俄罗斯投资者在乌克兰的财产后,两家俄罗斯银行 Sberbank 和 Vnesheconombank(VEB)宣称将对乌克兰发起投资仲裁索赔。据2022年8月20日IAR报道,乌克兰以奥地利投资者 AMIC Energy 公司是俄罗斯利益相关的最大加油站运营商之一为由,没收了 AMIC Energy 在乌克兰的加油站,此举引发 AMIC Energy 威胁要对乌克兰提起投资仲裁。据2022年9月1日IAR报道,美国石油和天然气巨头埃克森美孚公司声称,若俄罗斯阻碍其从“萨哈林1号”油气项目中撤资的计划,其将对俄罗斯提起仲裁。See Vladislav Djanic, "Ukrainian Businessman Foreshadows Billion-Dollar Claim against Russia over War Losses", *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/ukrainian-businessman-foreshadows-billion-dollar-claim-against-russia-over-war-losses/>; Vladislav Djanic, "Two Russian banks threaten treaty arbitration against Ukraine following the seizure of their assets in the context of the ongoing Russia-Ukraine war", *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/two-russian-banks-threaten-treaty-arbitration-against-ukraine-following-seizure-of-their-assets-in-the-context-of-the-ongoing-russia-ukraine-war/>; Lisa Bohmer, "Seizure of gas stations allegedly linked to Russian interests prompts threat of investment arbitration against Ukraine", *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/seizure-of-gas-stations-allegedly-linked-to-russian-interests-prompts-threat-of-investment-arbitration-against-ukraine/>; Damien Charlotin, "ExxonMobil threatens arbitration against Russia over difficulties in exiting oil and gas project", *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/exxonmobil-threatens-arbitration-against-russia-over-difficulties-in-exiting-oil-and-gas-project/>.

⑦See Gibson Dunn, "2021 Year-End Sanctions and Export Controls Update", <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2022/02/2021-year-end-sanctions-and-export-controls-update.pdf>.

⑧Vladislav Djanic, "Qatar Airways lodges treaty-based arbitration cases against four Middle Eastern states", *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/qatar-airway-slodges-treaty-based-arbitration-cases-against-four-middle-eastern-states>.

⑨总的来说,无论东道国属于初级制裁的发起国还是次级制裁下的制裁协助国,只要东道国采取的相关措施违反投资协定且对投资者权益造成不合理的损害,投资者均可对其提起仲裁索赔。

⑩General Dynamics v. Libya, ICC Case No. 19222/EMT,

Award of 5 Jan 2016, para. 267; Jarrod Hepburn, "Full details of Iranians' arbitral victory over Korea finally come into view, with arbitrators seeing BIT breach after investment deposit not returned, but disagreeing whether any compensation was warranted", Investment Arbitration Reporter, <https://www.iareporter.com/articles/details-of-iranians-arbitral-victory-over-korea-come-into-view-with-arbitrators-seeing-bit-breach-after-investment-deposit-not-returned-but-disagreeing-whether-any-compensation-was-warranted/>.

⑪经济制裁与投资仲裁的关系较为复杂,存在多种不同情形。鉴于本文篇幅有限,本文对其他两种情形有所涉及,但主要研究对象为东道国作为经济制裁发起国对投资者权益带来损失以至于招致投资仲裁争端的情形。

⑫关于管辖权和可受理性的区别,具体可参见张建:《国际投资仲裁管辖权研究》,中国政法大学出版社2019年版,第40-46页。

⑬Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Final Award of 9 November 2021, para. 363.

⑭Zachary Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", (2014)29(1)ICSID Review 155, p. 180.

⑮World Duty Free v. Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Award of 4 October 2006; Inceysa v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 2 August 2006; Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award of 27 August 2008.

⑯《巴林—伊朗BIT》第1条第1款将“投资”一词定义为“一缔约方投资者根据另一缔约方的法律和规章在另一缔约方领土上投资的每一种资产”;第11条则规定了广泛的管辖权基础,授权仲裁庭解决“东道国与另一缔约方投资者之间关于投资的任何争端”。

⑰Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Final Award of 9 November 2021, para. 374.

⑱Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Final Award of 9 November 2021, para. 380.

⑲Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Final Award of 9 November 2021, paras. 395-396.

⑳Pierre-Emmanuel Dupont, "The Arbitration of Disputes Related to Foreign Investments Affected by Unilateral Sanctions", pp. 203-207.

㉑〔德〕鲁道夫·多尔查(Rudolf Dolzer)、〔奥〕克里斯托弗·朔伊尔(Christoph Schreuer):《国际投资法原则》,祁欢、施进译,中国政法大学出版社2014年版,第106页。

㉒禁止任意和歧视性措施通常被认为是公平公正待遇的要素之一,但其在一些BIT中也作为单独条款出现。

㉓余劲松、梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,载《法学家》2007年第6期,第156页。

㉔例如美国得克萨斯州联邦地区法院,以OFAC未能在其条例或指南中提供公平通知这一程序违法为由,撤销了OFAC对埃克森公司的处罚。See *Exxon Mobil Corp. v. Mnuchin*, No. 3: 17-CV-1930-B, 2019 U. S. Dist. LEXIS 222825 (N. D. Tex. Dec. 31, 2019).

㉕Christoph Schreuer, "Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures", in Catherine A. Rogers and Roger P. Alford (eds.), *The Future of Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2009), p. 183.

㉖在Bank Saderat Iran v. Council of the European Union案中,欧盟普通法院表示,欧盟在2010年7月对Bank Saderat Iran实施制裁时未能提供足够的证据证明该银行参与了伊朗的核计划。因此欧盟普通法院裁定,欧盟应解除对该银行的制裁。See Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 21 April 2016—Council of the European Union v Bank Saderat Iran, European Commission (Case C-200/13 P), Official Journal of the European Union, 2016/C 211/02, April 21, 2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:211:FULL&from=EN>.

㉗Schreuer C, "Full Protection and Security", (2010)1(2)Journal of International Dispute Settlement 353, pp. 353-369.

㉘在卡迪案中,欧洲法院认为卡迪的听证权、财产权和有效法律救济权等基本权利皆受到了侵犯。参见陈海明:《卡迪案及其对国际法意义的分析》,载《太平洋学报》2010年第1期,第21页。尽管此案后,欧盟已改进了其制裁程序并提供了更有效的正当程序保护,但仍具有一定局限性。参见王媛媛:《欧盟制裁机制的转型:欧盟全球人权制裁机制的法律框架、运行机制及缺陷》,载《国际法研究》2022年第3期,第84页; Monika Heupel, "Judicial Policymaking in the EU Courts: Safeguarding Due Process in EU Sanctions Policy Against Terror Suspects", (2012)18(4)European Journal on Criminal Policy and Research 311, p. 319.

㉙在东道国的抗辩理由中,不可抗力主要在东道国作为被制裁目标国情形下提出,而国家安全例外、紧急情况和反措施则可成为东道国作为制裁发起国时的可能抗辩。

㉚美国2012年BIT范本第18条、加拿大2014年BIT范本第18条、《日本—摩洛哥BIT》(2019年)第21条、《中国—印度BIT》第14条、《哥伦比亚—美国FTA》第22.2条等。

㉛漆彤:《新冠疫情下的国际投资仲裁危机及其应对》,载《武大国际法评论》2020年第3期,第131页。

㉜See Nicolette Butler, "The Effect of Unilateral Sanctions on Foreign Investors and the Foreign Investment Regime", in Surya P Subedi (ed.), *Unilateral Sanctions in International Law* (Hart Publishing, 2021), p. 173.

㉝任强:《国际投资法中的“国家安全”问题探究——以“Ralls诉美国外国投资委员会案”为视角》,载《北方法学》

2016年第3期,第152页。

③④余劲松教授认为BIT下的国家安全例外条款在本质上应属于自行判断条款。参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第134页。张庆麟教授认为国家安全条款应为“非自决”性质。参见张庆麟主编:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第115页。在实践中,亦存在裁定国家安全例外条款“非自决”性质的司法实践。See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 131, para. 282.

⑤余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,第134页。

⑥漆彤:《新冠疫情下的国际投资仲裁危机及其应对》,第131页。

⑦ *General Dynamics v. Libya*, ICC Arbitration Case No. 19222, Award of 5 January 2016, para. 267.

⑧ See U. S. Executive Order No. 13566/Libya, U. N. Security Council Resolution 1970/2011, Council of the European Union Decision No. 2011/137/CFSP, Council of the European Union Regulation No. 2014/2011, U. K. Libya Financial Sanctions Order of 27 February 2011, Libya Asset-Freezing Regulation of 3 March 2011, and implementation of the same sanctions in Switzerland on 24 February 2011 and 4 March 2011.

⑨ *General Dynamics v. Libya*, ICC Arbitration Case No. 19222, Award of 5 January 2016, paras. 49, 174.

⑩吴青曜:《国际投资仲裁中东道国援引不可抗力抗辩研究》,载《上海法学研究》集刊2020年第22卷,第140-142页。

⑪ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007; *Sempra v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007.

⑫ *LG&E v. Argentina*, ICSID ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, para. 226; *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID ARB/03/9, Award of 5 September 2008, paras. 226, 234.

⑬ *Sempra v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 332.

⑭ *Biwater v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008, para. 515.

⑮《国家对国际不法行为的责任条款草案》第22条规定:“对一国际不法行为采取的反措施,一国不遵守其对另一国国际义务的行为,在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下,其不法性才可解除。”

⑯参见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第49-54条。

⑰〔英〕艾瑞克·德·布拉班得瑞:《作为国际公法的投资协定仲裁:程序方面及其适用》,沈伟等译,法律出版社2021年版,第63-71页。

⑱“直接权利”理论本质上认为外国投资者有权根据投资条约的授权直接向条约另一方缔约国提起仲裁。“衍生权利”理论认为,外国投资者的直接申诉权衍生于一国对另一国提起申诉的权利,因此,本质上外国投资者是在行使母国的权利。

⑲ *Corn Products v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility (redacted version)(English) of 15 January 2008, paras. 161-179.

⑳ *ADM v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award of 21 November 2007, paras. 178-180.

㉑2019年1月,美国对PDVSA实施制裁,查封了PDVSA及其美国子公司Citgo约70亿美元资产。See U. S. Department of the Treasury, "Treasury Sanctions Venezuela's State-Owned Oil Company Petroleos de Venezuela, S. A.", <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm594>; also see 31 CFR § 591.407- Settlement agreements and enforcement of certain orders through judicial process, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2019-11-22/pdf/2019-25343.pdf>.

㉒ *Crystallex v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2, Opinion of the United States District Court for the District of Delaware, 2 March 2022.

㉓2022年3月,美国特拉华州地区法院发布意见指出,法院倾向于允许当事人向第三巡回法院提起中间上诉,以确定制裁制度是否对法院在没有OFAC的具体许可下推进拍卖程序(但不执行实际拍卖)的能力产生影响。

㉔ *Koch Minerals v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/19, Award of 30 October 2017.

㉕ *Koch Minerals v. Venezuela*, Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia, No. 17-cv-2559-ZMF, (D. D. C. Feb. 22, 2022), p. 8.

㉖ See *Dayyani and others v. Korea (II)*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1190/dayyani-and-others-v-korea-ii->.

㉗ See Ministry of Korea Foreign Affairs, "Issuance of Specific License by U. S. Office of Foreign Assets Control (OFAC) related to Compensation in Investor State Dispute Settlement (ISDS) with Dayyani Family", https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m_5676/view.do?seq=321975&page=1.

㉘ See Order with Regard to Request for the Indication of Provisional Measures in the Case Concerning Questions of Interpretations and Application of the 1971 Montreal Convention aris-

ing from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U. S.), Order, I. C. J. Reports 1992, p. 10, paras. 39-40, <https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-questions-of-interpretation-and-application-of-the-1971-montreal-convention-arising-from-the-aerial-incident-at-lockerbie-libyan-arab-jamahiriya-v-united-kingdom-order-request-for-the-indication-of-provisional-measures-tuesday-14th-april-1992>.

⑨See Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 1986, pp. 138-139, paras. 276-277; Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Final Award of 9 November 2021, para. 380.

⑩《华盛顿公约》第42条分别规定了以下3项规则。(1)仲裁庭应依据双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。若无此种协议,仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律(包括其冲突法规则)以及可能适用的国际法规则。(2)仲裁庭不得借口法律无明文规定或含义不清而暂不作出裁决。(3)第1款和第2款的规定,不得损害仲裁庭在双方当事人同意时按公允及善良原则作出裁决的权力。

⑪孙南申:《国际投资仲裁中的法律适用问题》,载《国际商务研究》2019年第2期,第51页。

⑫全球制裁数据库(The Global Sanctions Data Base)确定了经济制裁的9个可能的政策目标:政治变革、颠覆政权、领土冲突、预防战争、打击恐怖主义、结束战争、人权、民主、其他目标。See Gabriel Felbermayr, Aleksandra Kirilakha, Constantinos Syropoulos et al., "The global sanctions data base", (2020)129 European Economic Review 1, p. 10.

⑬蒋海波、张庆麟:《晚近投资条约对规制权的表达:内涵、目的及原则》,载《国际商务研究》2019年第4期,第37页。

⑭江保国:《国际商事仲裁中的国际公共政策的识别与适用》,载《仲裁研究》2008年第2期,第89页。

⑮参见何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,载《中国社会科学》2014年第7期,第158页。

⑯〔英〕彼得·桑德斯:《商事仲裁国际理事会之1958纽约公约释义指南:法官手册》,扬帆译著,法律出版社2014年版,第90页。

⑰Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain, PCA Case No. 2017-25, Award of 9 November 2021, para. 380.

⑱Pierre Mayer and Audley Sheppard, "Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", (2003)19(2)Arbitration International 249, p. 257.

⑲Andrey Kotelnikov, "Economic Sanctions Arbitrability and Public Policy", (2020)23(1)International Arbitration Law Review 1, pp. 26-27.

⑳Olga Kokoz, "Is There Room for Sanctions in Public Policy? Opposite Approaches in The Recent Case Law of the Ukrainian Supreme Court", <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/17/is-there-room-for-sanctions-in-public-policy-opposite-approaches-in-the-recent-case-law-of-the-ukrainian-supreme-court/>.

㉑Olga Kokoz, "Is There Room for Sanctions in Public Policy? Opposite Approaches in The Recent Case Law of the Ukrainian Supreme Court".

㉒Tom Ruys, Cedric Ryngaert, "Secondary Sanctions: A Weapon Out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions", (2020)The British Yearbook of International Law 1, p. 75.

㉓参见简基松:《关于单边经济制裁的“司法性”与“合法性”探讨》,载《法学》2007年第1期,第80页。

㉔张庆麟主编:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,第23页。

㉕Sabrina Robert-Cuendet, "Unilateral and extraterritorial sanctions and international investment law", p. 214.

㉖仲裁庭拒绝处理非投资事项的倾向,在涉人权的投资仲裁案件中也尤为明显。例如在Biloune v. Ghana案中,投资者被逮捕拘留最终被驱逐出境,仲裁庭认为其无权处理侵犯投资者人权的行为,除非这种行为影响投资进而成为投资争端。Bernhard v. Zimbabwe案仲裁庭以其有限管辖权为理由,拒绝将索赔范围延展至涵盖人权。可见,仲裁实践显示,仲裁庭不愿意讨论非投资事项的相关争议。See Biloune v. Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989, International Law Reports, p. 203; von Pezold and others v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No. 2 of 26 June 2012, paras. 57-60.

㉗Canada-Nigeria BIT(2014), art. 9(a); Kenya-Slovakia BIT (2011), art. 7. 6(c); Montenegro-Turkey BIT(2012), art. 7. 3(c); SADC Model BIT(2012), art. 26.

㉘US-Trinidad & Tobago BIT, art. 12; US-Ukraine BIT, art. 1; US-Albania BIT, art. 12; US-Honduras BIT, art. 12; US-Azerbaijan BIT, art. 12; US-Bahrain BIT, art. 12; US-Bolivia BIT, art. 12; US-Croatia BIT, art. 13; US-Jordan BIT, art. 12; US-Mozambique BIT, art. 12; US-Uruguay BIT, art. 17.

㉙漆彤:《论国际投资协定中的利益拒绝条款》,载《政治与法律》2012年第9期,第100页。

㉚Albania-Cyprus BIT(2010), art. 7. 3(c).

㉛张庆麟主编:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,第114页。