

涉外法治建设的规则体系探究

刘静坤*

内容摘要:涉外法治建设与国家法治主权密切相关。面对复杂变化的国际环境,涉外法治建设面临诸多风险挑战,包括国际法治发展受单边主义影响、国际规则博弈日趋复杂多元、涉外法律体系存在薄弱环节、新兴大国发展面临外部抵制等。为积极应对这些风险挑战,涉外法治建设应当立足国家战略需要,坚持涉外法治建设的自主性,构建与国内法治规则体系配套衔接的涉外法治规则体系。涉外法治规则体系的构建应当坚持问题导向,推动实现深化对外开放、维护国家利益、完善国内治理、塑造国际秩序等战略目标。为搭建国内法治与国际法治的桥梁,涉外法治建设应当充分整合各类法律渊源,包括国际法、国际组织规则、国内法涉外规范和比较法域外规范等。为完善涉外法治建设的规则供给机制,需要坚持宪法至上原则以有效控制外源性规则的法律风险,立足柔性均衡策略推动国际规则演进,循序渐进地完善适应涉外法治需求的国内法体系。

关键词:涉外法治 国内法治 国际法治 规则体系

法治是规则之治,涉外法治也不例外。在以国际法为基础的国际秩序框架下,中国的涉外法治建设应当坚持法治主权,建立自主性的涉外法治规则体系,从而切实维护国家利益,积极推动国际法治良性发展。面对复杂变化的国际环境,习近平总书记指出:“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。”^①这是中国在推进全面依法治国背景下,首次将“涉外法治”与“国内法治”并列,并提出加快涉外法治工作的战略布局。与国内法治相比,涉外法治牵涉一国涉外法律事务,其面临的问题更具复杂性,战略目标具有特殊性,需要建立相对自成一体的规则体系。为实质性地推进涉外法治,需要理性认识这一战略实施过程中面临的风险挑战,在此基础上明确涉外法治建设的目标,厘清各项目的规则需求,进而建立健全涉外法治建设的规则供给机制。

* 中国政法大学全面依法治国研究院教授。

本文系2022年度教育部哲学社会科学研究重大专项项目“坚持统筹推进国内法治与涉外法治研究”(项目批准号:2022JZDZ005)的阶段性成果。

① 《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《人民日报》2020年11月18日,第1版。

一、涉外法治建设面临的风险挑战

涉外法治建设与新时期的改革开放进程密不可分。改革开放作为中国的基本国策,包括“改革”和“开放”两个核心要素,需要统筹推进、不可偏废。基于对前一阶段改革开放的经验总结,党的十八大适时提出全面深化改革的战略任务。2013年,中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,聚焦改革这一主题,对全面深化改革做出战略部署。目前,全面深化改革的“四梁八柱”框架已经搭建,改革的基本方案初步定型。为实现改革开放的均衡推进,有必要尽快将全面深化开放提上日程。实践表明,深化对外开放,特别是处理好国际关系,并非易事。与全面深化改革相比,全面对外开放需要统筹国内国际两个大局,面临更加复杂的风险挑战。在当前的国际环境下,涉外法治建设与国家法治主权息息相关,需要明确战略目标,建立系统完备的规则体系。作为上述问题的研究起点,首先有必要厘清涉外法治建设在实施过程中面临的风险挑战。

(一) 国际法发展受大国影响

综观近代国际法的形成与发展,西方大国扮演了主导角色,就连国际法本身也被视为“大国追求自身利益的工具”。^①不过,伴随着国际社会民主化、法治化进程,传统上崇尚国家实力特别是强力控制的国际关系,逐步朝着“理性规范”的国际关系转变。^②以联合国为代表的普遍性政府间国际组织,以及《联合国宪章》等具有普遍共识的国际法律文件,逐步塑造了稳定的国际法治框架,在一定程度上形成了对传统大国的制度约束。

然而,由于国际法缺乏刚性实施机制,加上国际社会权力格局动态变化,以国际法为基础塑造的国际秩序具有一定的脆弱性。基于国家利益考量,一旦一国发现遵守国际法可能损害本国的根本利益,该国通常会试图规避国际法的适用,甚至“终止对国际规则的赞同”。^③这种对国际法“合则用,不合则弃”的实用主义态度,严重损害国际法的权威性,增加了国际秩序的不稳定性,但目前国际社会对此缺乏有效的制约机制。同时,尽管现代国际关系倡导主权平等,但传统大国具有较强的影响力和行动力,借助其国家实力或者同盟关系,往往在国际关系中享有“事实上的特

① 参见蔡从燕:《国际法上的大国问题》,《法学研究》2012年第6期,第190页。

② 参见何志鹏:《国际法治论》,北京大学出版社2016年版,第256页。

③ 参见赵骏:《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》,《中国社会科学》2021年第5期,第32页。

权”。^①这使得一些大国得以左右国际法的解释和适用,借助国内法扭曲国际法,或者搁置已有的多边制度安排。传统大国对国际秩序的单边影响,特别是将本国国内法“国际化”的动向,值得密切关注。中国在处理国际法和国内法的关系,特别是将国际法引入国内法体系时,需要注意国际法的内涵、解释和适用存在的风险与不确定性。

(二) 国际规则博弈日趋复杂多元

随着全球治理空间由传统陆地疆域逐步向海洋、外空、网络等新疆域和人工智能、大数据等新领域拓展,新型国际规则的国家博弈日趋激烈。传统大国和新兴大国都试图通过多种方式,引领和塑造新型国际规则。作为国际共同体的代表,政府间国际组织能够在一定程度上凝聚国际共识,通过民主化的程序创设相应的规则 and 标准。但是,传统大国通过对国际组织的影响或控制,特别是将一些国际组织作为代言人,实质上主导着新型国际规则的制定。伴随着国际关系民主化进程,新兴大国在国际组织中的参与度和影响力有所增加,但在新型国际规则制定方面的话语权仍然有限。

即便新兴大国逐步在国际组织中占据平等地位,传统大国拥有先发优势,通常会基于国家实力以及单边影响国际秩序的能力,寻求其他主导新型国际规则的策略。例如,互联网现已成为新型国际规则之争的一大核心战场,在域名控制权领域,当国际组织呈现多边主义趋势,传统大国发现难以维系在国际组织中的支配地位时,就提出多利益攸关方理念,选择将域名控制权交给私人公司,这种以退为进的策略旨在维系其在该领域的垄断地位,保持对市场和习惯的控制权。^②中国在推进涉外法治建设过程中,应当关注这些传统大国在新型国际规则制定领域的动向、策略和做法,从而有针对性地制定应对方案。通过加强涉外法治,积极推动国际组织优化职能,完善国际组织的责任机制,有助于解决新型国际规则制定领域的不平等和民主赤字等问题。

(三) 涉外法律体系存在薄弱环节

全面依法治国进程中,中国涉外法律规范不断完善,但总体上,国家法律体系中的涉外板块还存在薄弱环节。面对涉外法治的规则需求,一些关键的涉外事务缺乏系统完备的法律规范,已有的涉外法律规范存在笼统化、碎片化等问题。与国

^① 参见蔡从燕:《国际法上的大国问题》,《法学研究》2012年第6期,第198页。

^② See Kal Raustiala, *Governing the Internet*, 3 *American Journal of International Law* 491-503 (2016).

内法律体系的快速发展相比,涉外法律体系仍然处于滞后匮乏局面,这反映出涉外法治在国家整体法治框架中处于欠发达状态。鉴于涉外法律规范具有一定的复杂性,有必要尽快出台专门的法律规范,以便有效应对国际争议司法化等现实挑战。^①

同时,涉外法治建设的成效,在很大程度上取决于国内治理的状况。例如,国内司法系统的涉外法治意识和处理涉外法律事务的能力,对加强涉外法治建设非常重要。实践中,国内司法系统主要致力于解决国内法律事务,对国际法的解释、适用等问题仍缺乏足够关注。具体到国际规则方面,许多国内法院通常处于被动接受的局面。^②随着涉外法治建设持续推进,这种消极被动的状况有望逐步改观,但国内司法系统涉外工作能力的提升仍有待进一步加强。同时,与涉外法治相关的执法、法律服务等领域,也不同程度地面临类似的能力提升问题。

(四)新兴大国发展面临外部抵制

传统的国际竞争聚焦领土和资本,集中体现为势力范围的控制。现代国际竞争模式已经发生深层次改变,主要体现为治理方式的选择。在国际秩序法治化进程中,各国通过展示本国法治优势,争夺新型国际规则制定权。在此种背景下,以国际秩序的塑造为导向的大国博弈,通常经由法治的方式进行。一些大国还通过本国法的域外适用,拓展本国法的域外规制空间,提高本国法的国际影响力。在现有的全球治理体系中,新兴大国与广大发展中国家仍然在一定程度上处于外围地带。

从国际关系角度看,新兴大国崛起意味着传统国际秩序变革,因此通常会面临外部抵制。无论是贸易脱钩,还是经济制裁,都是抵制新兴大国发展的常见形式。例如,传统大国通过贸易战打压新兴大国,并不仅仅是为了解决贸易争端,实质上是为了借此“重新构建国际秩序”。^③为与传统大国抗衡,积极争取自身的合法权益,新兴大国可以联合具有相同利益诉求的发展中国家,抵制传统大国的霸权做法。但是,由于发展中国家之间的理念和制度存在分歧,难以改变以国家利益为导向的行动逻辑,对重大问题难以达成规则共识,容易受到传统大国“分而治之”的策略影响。同时,由于传统和现实的原因,新兴大国与传统大国之间的外交、经贸等关系具有一定的脆弱性,加上国际法特别是习惯国际法对变革的结构性免疫,使得新兴大

^① 参见蔡从燕:《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期,第140页。

^② 参见贺荣:《论中国司法参与国际经济规则的制定》,《国际法研究》2016年第1期,第8页。

^③ 参见王贵国:《中美贸易战背景下“一带一路”建设的思考》,《中国法律评论》2018年第5期,第27页。

国在与传统大国的法治博弈中面临不利局面。^①尽管新兴大国通过努力逐步融入全球治理体系,但容易遭到其他国家的误解、限制和孤立,并且面临与传统大国主导的国际秩序脱钩的风险。

改革开放以来,涉外法治建设的提出,标志着涉外工作进入新的法治化发展阶段。但总体上看,涉外法治建设的基础仍然比较薄弱,在实施过程中面临诸多风险挑战。面对不断变化的国际环境,涉外法治建设面临的风险挑战也处于动态变化之中。这意味着,涉外法治建设应当立足国家战略需要,明确自身的战略目标,从而保持应有的战略定力,有的放矢地完善相应的制度安排。

二、涉外法治建设的战略目标和需求

基于改革开放的二维一体关系,对外开放并非单纯涉及国家的对外事务,而是与对内改革密不可分,需要协调推进国内治理和对外事务。全面深化改革经验表明,改革和法治相辅相成、相伴而生。同理,不仅改革要靠法治,开放也要靠法治。随着国内法治发展,通过法治思维和法治方式深化开放,应当成为对外开放的关键环节。涉外法治建设的提出,深刻揭示了开放与法治之间的紧密关系,对全面深化开放具有重要意义。以深化对外开放为基点,涉外法治还涉及维护国家利益、完善国内治理、塑造国际秩序等战略目标,需要通盘考虑加以推进。

(一)深化对外开放

实践证明,闭关自守没有出路。对外开放不仅是世界共识,也是中国改革开放以来国家治理的基本经验。伴随着经济全球化进程,中国的社会主义市场经济体系逐步与其他国家的经济体系形成“复合依赖”关系。^②此种背景下,要想推动国内经济可持续发展,必须深化对外开放,维系良好的国际关系和外部环境。与改革开放初期相比,中国经济已经累积了一定的发展成果,国家综合实力不断增强,国际影响在海外不断扩展。与此同时,新时期对外开放面临的国内外环境更加复杂,既要防止与各国经济脱钩,也要有效控制对外交往面临的风险隐患。同时,中国在国际交往、对外经贸、吸引外资等领域仍有短板和困难需要克服。只有妥善处理日益增长的对外开放需求和复杂多变的国际交往风险之间的紧张关系,才能形成科学合理的全面对外开放格局。

为全面深化对外开放,需要加强国内治理和对外关系等领域的政策协调,完善

^① See Antony Anghie, *Legal Aspects of the New International Economic Order*, 6 *Humanity* 145-155 (2015).

^② 参见何志鹏:《涉外法治:开放发展的规范导向》,《政法论坛》2021年第5期,第186页。

相应的制度安排,其中一个重要维度就是加强涉外法治,通过法治途径预防、控制和应对对外开放面临的风险挑战。这意味着,涉外法治并非仅指在对外工作中增加法律元素,而是要建立系统完备的涉外规则体系。通过构建涉外法治的专门规则体系,将对外开放的重大举措纳入法治轨道,进而在国内外形成理性的发展预期,顺应全球治理的法治化进程。以“一带一路”倡议为例,法治已经成为对外经济和贸易交往等领域的关键要素,特别是亟须为中国企业和公民在海外的经济活动提供法治服务和保障,由此催生的涉外法律服务以及对国内法律制度的正向激励,与“一带一路”倡议形成了良性互动。实际上,新时期对外开放的各个维度都离不开法治保障,这是推进涉外法治建设的逻辑起点。

(二)维护国家利益

理性选择理论认为,国际法是国家考虑国家利益和国际社会权力布局,“理性寻求自身利益最大化”的产物。^①伴随着近代国际法的形成与发展,国际法及其塑造的国际秩序对国家行为形成了外部约束。尽管如此,在国际法治框架内,国家仍然始终遵从自身的利益权衡。当然,国际法治实践表明,对国家利益的维护,不能脱离国际秩序的基本法治框架,也不能违反国际法的基本原则。鉴于此,通过法治方式维护国家利益,特别是国际法与国内法并用,是一些国家的基本外交策略。类似地,中国适时提出加强涉外法治,也主要是源自国家利益考量,并以维护国家利益为宗旨之一。

有学者指出,随着对外开放的逐渐深入,目前正在形成一个“海外中国”(不具有领土属性)。^②此种背景下,国家治理无疑不能仅仅关注国内维度,而应当同步维护海外利益。同时,在各国经济复合依赖背景下,一国的国家政策不仅关乎海外利益维护,还将对他国乃至国际社会产生复杂的外部影响。鉴于此,在传统外交手段基础上,综合运用法治途径维护海外利益、处理对外关系,形成“一手抓外交、一手抓法治”的新型涉外工作格局,不仅可以提高对外交往成效,还有助于提升国家法治水平。需要强调的是,尽管海外利益非常重要,但对外开放对国家利益的影响,并不限于海外利益,本土利益同样受到对外开放的直接影响。关于对外开放与国家利益的关系,应当统筹考虑本土利益与海外利益、短期利益与长远利益、一般利益与根本利益等的辩证关系。通过涉外规则体系建设,有力维护国家利益,是推进涉外法治的重要使命。

^① See Jack Goldsmith & Eric Posner, *The Limits of International Law* 3 (Oxford University Press 2005).

^② 参见黄惠康:《准确把握“涉外法治”概念内涵,统筹推进国内法治和涉外法治》,《武大国际法评论》2022年第1期,第10页。

(三)完善国内治理

习近平总书记指出：“加强涉外法治建设，为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境。”^①这一论断表明，涉外法治并非只有对外维度，对国内治理核心领域也有重要影响。例如，中国根据 WTO 的法治框架和要求，系统地改革优化国内法律规范，形成与国际经贸秩序接轨的国内经贸法律体系，这是涉外法治影响国内治理的典型范例。实践表明，通过国际法推进国内法发展演进，积极借鉴域外法治经验，对国内法治建设也有裨益。因此，涉外法治作为协调推进国内治理和国际治理的纽带，有助于凝聚有利于国内治理的积极因素，摒弃不利于国内治理的消极因素。

从涉外法治角度看，全面依法治国战略布局中作为法律依据的“法”，理应包含以国际法和比较法等为要素的涉外规则体系。从某种意义上讲，国际法和各国涉外法律体系构成的国际法治体系，塑造了国际社会的法治公共空间。身处其中的世界各国，既是国际法治体系的创造者，也受国际法治体系的约束。从这一角度来看，无论是主张国内治理关注国际法和涉外法律，还是强调将国际法整合入国内法律体系之中，都是统筹国内法治和涉外法治的必然要求。只有在国内治理中关注涉外法治，在涉外法治中关注国内治理，才能真正统筹国内国际两个大局，此外，不仅要看到涉外法治对优化国内治理的影响，也要看到国内治理对涉外法治的基础支撑作用，即良好的国内治理有助于涉外法治建设。如果上升到国际法治层面，良好的国内治理本身就是对全球治理的积极贡献。

(四)塑造国际秩序

在国际关系民主化、法治化进程中，法治逐步成为国际社会认可的普遍价值，同时，国际组织在管理、协调国际事务方面扮演重要角色，国际关系已从“强力主导”走向“规则主导”。^②国家之间的利益博弈，也逐步被限定在国际法治体系的框架之内。新兴大国希冀借助国际法维护本国发展成果，积极争取在国际社会的话语权；传统大国为维系对国际秩序的支配地位，通过各种途径引导国际体系朝着有利于本国利益的方向发展。例如，在 WTO 争端解决机构遴选新成员过程中，有的国家基于自身利益考量持续予以阻挠，由此导致上诉机构一度陷入瘫痪。这种因国际社会权力博弈引发的国际秩序调整，并非局部性或技术性调整，而是整体性或结构性调整，直至新的国际秩序逐步形成。

^① 《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议强调 完善法治建设规划提高立法工作质量效率 为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境》，《人民日报》2019 年 2 月 26 日，第 1 版。

^② 参见车丕照：《国际关系社会化对和平共处五项原则的影响》，《吉林大学社会科学学报》2014 年第 6 期，第 116 页。

回顾近代国际法的发展历程,特别是两次世界大战后的国际秩序变革,不难发现,每当国际秩序面临危机,国际秩序也进入新的均衡。习近平总书记指出:“全球治理体系正处于调整变革的关键时期,我们要积极参与国际规则制定,做全球治理变革进程的参与者、推动者、引领者。”^①如果不积极参与国际规则制定,就等于放弃了国家利益的规则屏障,进而在国际公共资源分配、公共事务决策等领域处于被动局面。加强涉外法治的要求表明,中国作为负责任的大国,更加注重增强自身的“国际秩序主体性与参与度”。^②例如,作为涉外法治的重要载体,“一带一路”倡议不仅涉及中国法治与现有国际法律秩序的关系,还包含着对传统国际法的促进和发展。^③进一步讲,涉外法治建设应当着眼于新型国际秩序的构建,特别是确定国际秩序的规则体系和制度安排,积极推进全球治理体系变革。

基于上述分析,涉外法治作为新时期重要的国家战略,是衔接国内法治和国际法治的纽带,协调推进国内治理和国际治理的基础。概括起来,关于涉外法治建设的战略目标及其规则需求,可作如下解析:

第一,涉外法治作为新时期改革开放的战略要求,需要为对外开放提供规则支撑。以深化对外开放为基点的涉外法治,尽管涉及国际关系的处理和国际法的运用,但与国际法治并不属于同一范畴。由于涉外法治强调国家利益维护,特别是其与国家治理的内在关联,只有与国家治理存在实质关联的国际法治体系,才属于涉外法治的范畴。同时,涉外法治主要指向对外开放所涉的法律事务,尽管可被视为国内法治的对外延伸,但与国内法治存在较大差异。因此,涉外法治既要整合国际法治和国内法治的要素,也要建立专门的规则体系。

第二,涉外法治立足主权国家这一核心要素,需要建立维护国家利益的规则屏障。站在涉外法治的立场,国际法与国内法之间的关系,超越了传统的一元论或二元论关系框架,体现为“以一国主权权益为导向的法律关系”。^④不过,考虑到对外关系的特殊性,涉外法治既要遵从国际法治的基本框架,也要建立维护国家利益的法律屏障。这意味着,涉外法治需要依循自身独特的规律和要求,避免简单追逐国家利益的行动逻辑。实际上,如果不能践行法治准则,一味狭隘地强调国家利益,特别是忽视乃至违反国际法的宗旨和原则,最终的效果可能只会适得其反。

① 习近平:《加强党对全面依法治国的领导》,《求是》2019年第4期,第3页。

② 参见赵骏:《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》,《中国社会科学》2021年第5期,第27页。

③ 参见王贵国:《中美贸易战背景下“一带一路”建设的思考》,《中国法律评论》2018年第5期,第29页。

④ 参见韩立余:《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》,《吉林大学社会科学学报》2022年第2期,第41页。

第三,涉外法治对国内治理具有重要影响,需要与国内法治统筹推进。涉外法治作为国内法治在国际社会的外部延伸,与国内法治一起构成“涉外关系法治化发展变革的一部分”。^①通过加强涉外法治,建立系统完备的涉外规则体系,控制国际社会的外部风险,能够为国内治理争取良好的国际环境,这是改革(国内治理)和开放(对外关系)在法治层面统筹协调的重要体现。

第四,涉外法治着眼于推动全球治理体系变革,影响和塑造国际规则。以国际法为主要依据的国际法治,体现为国家利益的博弈和国际社会权力格局的动态变化,具有自身的运行逻辑。涉外法治的一个重要面向,就是从国家利益出发,积极参与制定国际规则,争取国际秩序的话语权和影响力,推进国际关系的民主化、法治化。换言之,涉外法治是依托国内治理推动国际秩序变革的桥梁和纽带。

三、涉外法治规则体系的法律渊源

涉外法治规划体系的法律渊源主要有:国际法、国际组织的规则、国内法涉外规范以及比较法域外规范等。这些类型的规则在涉外法治领域扮演着不同的角色,共同影响涉外法治的走向。

(一)国际法

因涉及一国的对外关系,涉外法治需要遵守以国际法为基础的国际秩序。《国际法院规约》第 38 条第 1 款列举了主要的国际法渊源,包括国际公约、国际习惯、一般法律原则以及司法判例和权威学说等。其中,国际公约和国际习惯通常被认为是最重要的法律渊源,相比之下,无论是法律原则,还是司法判例和权威学说,通常被视为确定法律规则的辅助手段。由于国际条约更加具体地规定了相关权利义务,因此在实践中更受重视,但这并不意味着其具有优于国际习惯的效力等级,在特定情况下,条约甚至可能被习惯国际法的规则所取代。^②基于条约必须信守原则(*pacta sunt servanda*),条约对缔约方具有拘束力,缔约方必须诚信地履行条约义务。在涉外法治建设中诚信地履行条约义务,已经成为基本的法治共识。鉴于条约和习惯国际法是国际法的两大主要渊源,中国涉外法治工作应当有效整合这些国际法规范,特别是加强对习惯国际法的研究和运用。同时,有必要加强对一般法律原则以及司法判例和权威学说等国际法渊源的研究,以便全面准确地把握国际法的规则体系和具体适用。

^① 参见何志鹏:《涉外法治:开放发展的规范导向》,《政法论坛》2021 年第 5 期,第 179 页。

^② See James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law 21 (Oxford University Press 2019).

除了《国际法院规约》对国际法渊源的列举式规定外,国际法还存在普遍性国际法和区域性国际法之分。在普遍性国际法基础上,现代国际法逐步呈现出区域性特点,这与各国的涉外法治探索紧密相关。例如,中国提出的“一带一路”倡议,就是基于联合国区域发展战略,推动区域性国际法发展的重要尝试。区域性国际法直接来自国家的涉外法治实践,与国际习惯的塑造紧密相关,并在某种程度上推动着普遍性国际法(特别是习惯国际法)的发展演进。同时,至少在区域性国际法覆盖范围内,所在国家的涉外法治需要遵守相应的规范要求。

国际法包含复杂的渊源体系,并且持续动态演进,对国际关系发展和国家对外交往具有直接而深远的影响,理应成为中国涉外法治建设的关注重点。基于国家利益驱动,各国特别是一些大国为塑造国际秩序,争取国际交往中的主动权,积极影响国际法的发展模式和基本走向。审视国际法的发展历程,国家利益就像“看不见的手”,推动国家遵循、塑造和实施国际法。域外实践表明,通过加强涉外法治建设,将国际法合理引入国内法,非但不会限制国家权力,还能为域外立法提供正当性,进而拓展国家权力。^①相应地,中国需要加强涉外法治建设,充分整合与本国治理相关的国际法,有效运用国际法维护国家利益,同时促进国际法的实施、发展和完善。

(二)国际组织的规则

现代国际组织的兴起,不仅促进国家间的信息交流和互相监督,还通过创设国际规则和标准解决国际社会的集体行动问题。现阶段,国际组织快速发展演进,形成了复杂多元的全球治理体系,对跨国领域的决策、规则以及国内治理具有重要影响。其中,国际组织的一项重要职能就是创设规则和标准,为全球治理提供规范依据。实际上,在国际组织主导下,各国签订的国际条约本身就是重要的国际法渊源。此处之所以专门强调国际组织的规则和标准,主要是因为国际组织在全球治理领域已经成为自成一体的重要力量,其所创设的规则和标准具有多元化特点,除国际条约等国际法规范外,还包括各种类型的软法规范和标准指引,后者在协调解决国际事务方面扮演着重要角色。

中国一直重视与国际组织的交流合作,参加了几乎所有普遍性政府间国际组织。因此,国际组织的规则和标准,也成为涉外法治建设的重要规则来源。一方面,通过熟悉和运用国际组织的规则和标准,中国得以有效参与国际组织的决策和规则制定工作,积极推动国际秩序的法治化进程。另一方面,通过将国际组织制定的规则和标准引入国内法,能够推动国内法治的优化完善,并为促进国际经贸、法治等领

^① See Anthony J. Colangelo, *Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law*, 48 *Harvard International Law Journal* 122 (2007).

域的交流创造条件。

需要指出的是,近年来国际组织呈现出复杂多元的发展趋势,除政府间国际组织外,一些行业性、私人国际组织在国际规则和标准制定领域发挥重要作用。同时,在传统的国际规则基础上,一些国际组织特别是私人国际组织更加青睐制定专门化的国际标准,此类软法规范在新兴行业具有重要影响。这意味着,中国的涉外法治建设需要密切关注国际组织的最新趋势,保持与国际规则和标准的同步发展。

(三)国内法涉外规范

由于国际法的内在局限,有必要发挥国内法在涉外关系中的基础支撑作用。在涉外法治规则体系中,国内法的涉外规范是法治主权和国家利益的承载,也是连接涉外法治和国内法治的纽带。现阶段,中国的国内法涉外规范主要包括两类:一是专门的涉外法律,如《涉外民事关系法律适用法》等,此类专门性法律的数量较为有限;二是相关法律的涉外条款,例如我国《刑法》关于外国人在中国犯罪的规定和《婚姻法》中关于涉外婚姻的规定等,此类涉外条款分散在法律和司法解释等规范性文件之中,在体系性和融贯性等方面存在不足。国内法的涉外规范具有明显的原则性、碎片化、匮乏性等特点。

在全球化背景下,国内法涉外规范存在不足,将对涉外法治形成掣肘。更重要的是,由于各国经济复合依赖,一国国内治理并不只具有内部影响,而是往往产生外部溢出效应。具体到一国法治,国内立法、执法和司法等活动不仅影响本国治理,还具有域外性、国际性影响,这在营商环境方面体现得较为突出。这意味着,对国内法而言,除了专门的涉外条款,其他条款也可能具有涉外影响。鉴于此,国内法治需要秉承国际视野,理性评估国内立法、执法和司法等活动的潜在国际影响,摒弃“没有明确涉外就不涉外”的思维定式,建立“没有排除涉外就涉外”的开放型思维。^①

国内法治的外部性特征,对一国的法治建设提出了新的要求。一国法治应当统筹国内法治和涉外法治两个维度,国内法治本身也应考虑复杂的外部影响,避免国内治理的政策和规范引发不必要的国际法律风险。立足涉外法治的规则需求,有必要整合国内法中的涉外规范,形成相对独立的系统化涉外规则体系。以此为基础,一国能够积极维护国家的法治主权,更加主动地参与国际法治,形成与国际法治需求契合的涉外法治话语,积极引领国际法创新发展。

(四)比较法域外规范

在国际法领域,习惯国际法与条约作为独立的渊源,彼此之间互相影响,共同塑

^① 参见韩立余:《涉外关系治理的法律化与中国涉外法律实施》,《吉林大学社会科学学报》2022 年第 2 期,第 45 页。

造国际法治秩序。以国家惯常实践为基础的习惯国际法,离不开各国的涉外法治实践。在习惯国际法形成过程中,各国的外交行为、指示和官方举措,以及其他政府行为和官方政策声明,都属于国家涉外法治实践的范畴。在特定情形下,不作为也可能构成国家涉外法治实践。比较法的域外规范,即便尚未成为习惯国际法,也对一国涉外法治建设具有重要参考价值。例如,中国在起草《缔结条约程序法》过程中,除了参考《维也纳条约法公约》等国际法规则和惯例外,还参考了一些国家的法律和实践。

需要指出的是,在习惯国际法领域,传统大国的法治实践往往对国际秩序具有较大影响。这使得一些大国通过制定处理涉外关系的国内法,影响和塑造相关领域的国际惯例。除了出台涉外法律外,一些大国还赋予国内法域外效力。立足以国家主权为基础的国际秩序,国内法域外适用容易“引发国家间的法律冲突”。^①当然,从积极的方面看,国内法域外适用产生的管辖冲突,促使各国制定条约或者基于习惯提出解决方案,由此形成推动国际法发展的内在动力。因此,随着中国涉外法治逐步推进,有必要密切关注并积极借鉴比较法上的域外规范。

总体上讲,涉外法治建设的规则体系构建,既要整合相关法律渊源的有益养分,也要注意相关法律渊源的内在协调。同时,在涉外法治规则体系中,各种法律渊源扮演着不同的角色。以《联合国宪章》为基础的国际关系基本准则,是中国始终坚持的国际秩序的规则基础。在此基础上,中国的国内法涉外规范是涉外法治的制度支撑。相比之下,国际组织的规则和比较法域外规范,更多地具有参考和借鉴的价值。

四、涉外法治建设规则体系的构建路径

新时期推进涉外法治建设,与全面深化对外开放的总体部署密切相关。面对复杂多变的国内外环境,在涉外法治规则体系的构建过程中,需要基于宪法至上原则控制外源性规则的法律风险,立足柔性均衡策略推动国际规则的发展演进,同时循序渐进地完善适应涉外法治需求的国内法体系。

(一)涉外法治的宪法至上原则

涉外法治事关对外开放政策实施和国家治理成效。为妥善处理国内法治和涉外法治的关系,需要将宪法作为国家利益的法治基准。无论是制定涉外法律法规、出台涉外工作政策,还是处理国际关系、解决国际争端,都不能违背宪法的宗旨和原

^① 参见霍政欣:《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》,《中国法律评论》2022年第1期,第44页。

则。涉外法治规则体系的构建,特别是将国际法融入国内法,涉及外源性规则的法律风险,需要将宪法的原则和规定作为基础,避免涉外法治工作陷入被动。

宪法至上原则背后的理论基础是坚持维护国家利益。无论是国内法治,还是涉外法治,都是国家治理的有机组成部分,都以更好维护国家利益、促进国家发展为依托。中国坚持和平发展道路,坚持以对话弥合分歧,以谈判化解争端,但绝非毫无原则和底线。在涉外法治领域坚持国家利益底线,并不是僵化教条地固守眼前利益、表面利益和短期利益,而是需要准确认识和维护国家的核心利益,并且善于谋取战略利益和长期利益。中国宪法强调独立自主的对外政策,申明和平共处五项原则,并倡导构建人类命运共同体。这些具有原创性和共识性的宪法原则,为涉外法治提供了坚实的基础。人类命运共同体理念,体现了中国的国际关系理念,有助于促进“对中国与世界关系的认知”。^①

(二)坚持柔性均衡的基本策略

从战略目标看,涉外法治需要统筹涉外政策和事务,除了要维护国家主权、安全、发展利益,还要推动全球治理体系变革,推动构建人类命运共同体。有鉴于此,中国应当积极参与国际规则制定,拓展涉外法治的国际影响,同时,必须注重和善于运用涉外法治。此前,中国主要是通过借助国际组织等平台,参与国际规则的制定,针对国际组织或其他国家牵头制定的国际规则发表相应的意见和建议。为适应国际秩序的发展变化,有必要适时调整参与制定国际规则的思路。第一,对于政府间国际组织主导制定的国际规则,中国不仅要保持积极参与态度,还需要在此基础上,基于高质量的研究提出可行的议题和中国方案,或者协同有关国家提出备选方案或者合理建议,进而在国际规则的制定过程中发挥实质性作用。第二,对于一些有争议的国际规则,中国可以结合本国战略考量,充分整合研究力量,持续推进相关 ze 问题的研究,推动国际社会不断凝聚基本共识,进而在解决国际事务方面发挥建设性影响。第三,对于一些国家主导新型国际规则的制定,但可能损害中国或者其他国家特别是发展中国家根本利益的情形,中国有必要及时提出应对方案,或者协同其他国家共同予以抵制,有效维护国家利益。第四,伴随国际规则制定主体的多元化趋势,对于行业协会等非政府组织引领制定的国际规则,有必要引导国内行业协会等非政府组织发挥作用,积极参与相关国际规则的制定,避免在国际规则制定领域的失察或者缺位。

面对传统大国对国际秩序的强力影响以及发展中国家利益的多元化,中国涉外

^① 参见张辉:《人类命运共同体:国际法社会基础理论的当代发展》,《中国社会科学》2018年第5期,第43页。

法治的规则体系适宜秉承柔性均衡(soft-balancing)^①的基本策略,推动国际秩序朝着民主化、法治化的方向发展演进。这一策略符合涉外法治的战略目标。具体而言,柔性均衡策略有以下基本要求:

一是渐进性。立足当前的国际社会格局,无论是涉外法治建设,还是国家的对外开放政策,都并非致力于对既有国际秩序的挑战,而是适宜通过沟通合作等方式,推动渐进式的、能够同步给本国利益和国际社会带来益处的法治变革。尽管随着国际规则的深层变化,国际秩序也会随之发展演进乃至转型变革,但这种根本性变革显然不能一蹴而就,而是国际治理体系动态发展的最终结果。因此,涉外法治建设应当理性评估成本、收益与风险,坚持循序渐进地推进国际规则演进,避免“战略透支”。^②

二是包容性。涉外法治建设能否顺利推进,在一定程度上取决于能否提出为国际社会认可的法治理念和规则体系。实践证明,中国早期倡导的和平共处五项原则,近期提出的构建人类命运共同体理念,充分体现了兼容并包的文化内涵,并且契合中国一贯的国际法实践。这些兼容并包的法治理念和原则,体现了国家利益和国际共同体利益的有机融合。

三是多元性。多元灵活的对外政策,是国际关系的一项重要原则。以欧盟对华战略为例,欧盟并非采用“一刀切”的模式,而是采取区别对待的原则,即以中国针对特定问题的当前立场为前提,确定究竟将中国视为合作者、竞争者还是对抗者。^③通俗地讲,就是该合作时就合作,该拒绝时就拒绝,该对抗时就对抗。因此,我们的涉外法治建设也不能简单化,而是应当坚持具体问题具体分析,坚持原则性与灵活性相结合。具体到涉外法治建设规则体系的构建,需要坚持批判吸收的原则,整合国际法、国际组织的规则、国内法涉外规范和比较法域外规范等要素,增强涉外法治的规则活力。

四是主动性。在一些学者看来,中国一些传统的国际法实践体现出“被动应对较多,主动谋划较少”的特点。^④为了推动国际秩序变革,不仅要积极推进涉外法治,

^① 所谓柔性均衡,是发展中国家通常采用的一种对外关系策略,即通过渐进性的变革,以传统大国可以接受的方式,最终实现对本国有利的发展策略。See Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, 60 *Stanford Law Review* 621 (2007). See also Robert A. Pape, *Soft Balancing against the United States*, 30 *International Security* 17 (2005).

^② 参见赵骏:《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》,《中国社会科学》2021年第5期,第42页。

^③ See Sven Biscop, *The EU and China: Sanctions, Signals, and Interests*, Egmont Institute Report (2021), <https://www.jstor.org/stable/resrep32280>, visited on 8 August 2022.

^④ 参见何志鹏:《现代化强国的涉外法治》,《吉林大学社会科学学报》2022年第2期,第65页。

还要善于谋划涉外法治。除了要补短板外,还有必要锁定中国具有比较优势的国际贸易等领域,例如当前蓬勃发展的数字贸易领域,完善国内法的涉外规范,推动国际规则的发展创新。

五是民主性。尽管中国经济总量已居世界前列,但仍然是发展中国家,在国际社会上与广大发展中国家具有利益趋同性。要在对外开放中寻求广泛的国际认同,中国应始终坚持发展中国家这一国际法角色或者身份。例如,在推进“一带一路”倡议等涉外工作过程中,中国应当始终坚持国际法的宗旨和原则,并在此基础上展现“负责任发展中大国”的身份。^①面对复杂多变的国际环境,中国的改革开放进程不能脱离发展中国家的角色,也不能脱离发展中国家群体的国际基础。关于涉外法治建设规则体系的构建,需要体现发展中国家的基本定位和内在要求。

(三)完善国内法涉外规范体系

国内法的涉外规范体系,是涉外法治的基础支撑。尽管涉外法治存在多元化的规则供给机制,但归根结底,这些外源性规则还要纳入国内法体系。当然,完善国内法的涉外规范体系,并不只是局限于国内视角,而是需要同时着眼国际国内两个维度。具体而言,除了健全完善专门的涉外法律规范之外,需要注意关注以下领域:

一是规范中国法的域外适用,推动国内法治的域外延伸。加快推动中国法域外适用的法律体系建设,保障和服务高水平对外开放,是涉外法治建设的重要环节。一国国内法的域外适用,涉及与他国国内法的规制竞合,容易引发法律争议。为规范中国法的域外适用,需要注意以下事项:其一,研究国内法域外适用的国际法原则和规则,特别是国际法院等国际组织的权威意见,明确中国法域外适用的国际法依据。对他国推动本国法域外适用的做法,需要认真总结可资借鉴的经验教训。其二,加快完善中国法域外适用的国内法依据,形成系统完备的国内法律体系。针对现有法律可能在域外适用的条款,有必要探索规定相应的适用程序和执行方式,提高中国法域外适用的可操作性。同时,针对中国法域外适用面临的普遍性问题,有必要探索制定专门的法律规范或者指导意见。其三,针对中国法域外适用可能引发的法律风险和法律争议,需要研究制定符合国际法原则和规则、具有国内法支撑的应对方案。

二是促进国际法的国内适用,完善国际法治的内化机制。关于国际条约等国际法规范在国内法中的地位 and 效力等事项,中国宪法和法律缺乏系统明确的规定,这

^① 参见石静霞:《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》,《中国社会科学》2021年第1期,第167页。

导致国内法治与国际法治衔接不畅。^①对于这一问题,有必要明确以下几点:其一,根据条约必须信守原则,对于中国已经加入并对中国生效的条约,特别是依据《缔结条约程序法》规定的程序,由全国人大常委会作出批准决定或加入决定的条约,实际上已经成为中国法律体系的组成部分。对于此类对中国有效的国际条约,有必要在宪法和法律中明确条约在中国法律体系中的地位。^②其二,随着国际规则体系的快速发展,有必要适时修订《缔结条约程序法》,完善国际条约等国际法规范的缔结和审批程序,有效管控相应的法律风险。同时,有必要建立国际条约等国际法规范的法律编纂机制,持续跟进国际法治的发展演进。其三,为解决国际条约的具体适用问题,有必要适时制定国际条约适用法,细化国际条约的效力等级和适用方式,完善国际条约的解释和适用规则。

三是防止外国法的不当牵制,健全国家利益的保护机制。与加强中国法域外适用相对应,外国法也存在域外适用的情形。面对外国法的不当适用,特别是域外管辖权的不当牵制,中国应当综合运用法治等手段予以抵制。近期中国出台的《反外国制裁法》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》,就是反对外国法不当牵制、维护国家利益的积极尝试。欧盟等在这面积累了一定的经验,相关的阻断法案及法律实践值得研究借鉴。除了在规范层面抵制外国法的不当牵制外,还有必要提高应对国际法律争端的司法能力。随着涉外法治的持续推进,传统上通过外交等手段应对的国际法律争端,可能需要通过司法或准司法手段予以解决。这也表明,涉外法治是一项系统工程,离不开以国际法和比较法为基础的规则体系。

四是维护中国法治的国际声誉,提高涉外工作的软实力。法治是治国理政的基本方式,也是一国软实力的重要体现。无论是国内的营商环境建设、知识产权保护、贸易投资规范等领域,还是国际层面的法律风险预防、争端解决等事项,都离不开国内法治的有力保障。一国法治的国际影响力,归根结底要以其国内法治体系作为支撑。因此,深入完善国内法治,是涉外法治的力量之源。在推进国内法治建设过程中,包括立法、执法、司法、法律服务等环节,都需要关注相关制度和举措的涉外面向,从而实现国内法治和涉外法治的有机统一。

涉外法治作为一国法治体系的组成部分,需要与国内法治统筹推进,并与国际法治有效衔接。这不仅要求国内法治注重涉外因素,适应涉外法治的要求,还要求加快建立相对独立的涉外法治规则体系,形成涵盖涉外立法、执法、司法、法律服务、法治合作、人才培养等领域的涉外法治框架,提升涉外法治的专业化、职业化水平。

^① 参见黄惠康:《准确把握“涉外法治”概念内涵,统筹推进国内法治和涉外法治》,《武大国际法评论》2022年第1期,第15页。

^② 参见赵建文:《国际条约在中国法律体系中的地位》,《法学研究》2010年第6期,第190页。

结语

涉外法治与一国的法治主权紧密相关,对于深化对外开放、维护国家利益、提升国家法治总体水平具有不容低估的重要意义。要顺利推进实施这一战略,需要坚持问题导向,有效识别和防范国内外各种动态变化的风险挑战。作为国家总体战略的组成部分,涉外法治建设应当明确战略目标,理性认识各项战略目标的规则需求。由于涉外法治与国内法治相比具有一定的特殊性,因此,推进涉外法治建设,既要体现规则之治的现代法治原则,也要建立对内自成一体、对外具有自主性的涉外规则体系。

涉外法治建设规则体系需要满足多维的规则需求,整合包含国际法、国际组织规则、国内法涉外规范、比较法域外规范等多种法律渊源,形成系统完备的规则体系。为了完善涉外法治的规则供给机制,需要坚持宪法至上原则,有效控制外源性规则的风险,并在推进国际规则发展演进的同时,健全完善国内法的涉外规范体系。

Research on the Rules System for the Construction of Foreign-Related Rule of Law

Abstract: The construction of foreign-related rule of law is closely connected with a state's sovereignty of the rule of law. The implementation of the construction of foreign-related rule of law is confronted with many risks and challenges in the background of the complex and changing international environment, including the unilateral influence on international law exerted by major powers, the complexity of international rules competition, the weak points of domestic legal framework, and the external resistance confronted by newly rising powers, etc. In order to actively respond to these risks and challenges, the construction of foreign-related rule of law shall adhere to the needs of the State's overall strategy, insist on the autonomy of foreign-related rule of law, and establish the foreign-related rules system coherent with the domestic legal system. The construction of foreign-related rule of law shall be problem-oriented, thereby promoting the achievement of relevant strategic aims including deepening the opening-up policy, preserving state interests, refining domestic governance and shaping international order. Aiming to bridge domestic rule of law and international rule of law, the

foreign-related rule of law shall effectively combine different kinds of legal resources, such as international law, the rules of international organizations, the foreign-related rules of domestic law, and the foreign-related comparative law. In order to strengthen the mechanism of rules supply for the construction of foreign-related rule of law, it is necessary to control the legal risks of external rules by adhering to the supremacy of constitution, promote the development of international rules based on the tactics of soft balancing, and refine the domestic legal system conforming to the needs of the foreign-related rule of law gradually.

Key words: foreign-related rule of law; domestic rule of law; international rule of law; rules system

(责任编辑:彭芩萱 钱静)