

《对外关系法》“统筹”意涵的展开

——以“分配功能”理论为视角

范子豪*

内容摘要:“统筹推进国内法治和涉外法治”是《对外关系法》重要的出发点和落脚点。“分配功能”理论可被用做分析“统筹”意涵的视角。从目的来看,“分配功能”理论旨在否定对外事务例外主义,实现对外权的有序分配;“统筹”则力求克服涉外立法的分散化,实现系统性、协调性的提升。从内容来看,“分配功能”理论从国内、国家间和国际三个维度分配一国的管辖权及应适用的法律;《对外关系法》对内统筹中央对外关系职权,对外推动中国法域外适用,并明确国际条约在国内的地位和适用。从方法来看,“分配功能”理论对内援用宪法方法,对外援用冲突法方法;《对外关系法》立足于我国实际,梳理我国中央对外职权的层次,加强涉外领域立法及其实施、适用,体现了指引性与宣示性。

关键词:对外关系法 统筹 分配功能 涉外立法 涉外法治

一、引言

2023年6月28日,第十四届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过了《中华人民共和国对外关系法》(以下称《对外关系法》)。这是我国加强涉外法治体系建设的重大举措。《对外关系法》以六章共45条的篇幅涵盖了总则、对外关系的职权、发展对外关系的目标和任务、对外关系的法律制度、发展对外关系的能力和保障等内容,展示了我国加强涉外领域立法的中国速度,彰显了我国强化法治思维,运用法治方式,有效应对挑战、防范风险,综合利用立法、执法、司法等手段开展斗争的决心,落实了“统筹推进国内法治和涉外法治”(以下称“统筹”)的重要论断。

“统筹”是《对外关系法》立法的出发点和落脚点。在百年未有之大变局下,首倡于中央全面依法治国工作会议的“统筹”要求成为我国提高对外工作法治化水平的逻辑起点,被写入党的二十大报告。习近平总书记指出:“统筹”是“全面依法治国的

* 北京大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”(20&ZD202)资助的中期成果之一。

迫切任务”,其具有两方面的内涵:一方面要统筹考虑和综合运用国际国内两个市场、两种资源、两类规则,提高“内外联动性”;另一方面要加快涉外法治工作战略布局、提高涉外法治工作水平。^①前者强调国内法治和涉外法治的系统化、协调化发展,促进国内法治与涉外法治的“通盘筹划、统一部署、均衡兼顾、协同发展”;^②后者突出完善涉外法治体系建设,加快补短板、强弱项。作为我国外交大政方针和理念实践的系统集成,^③《对外关系法》被视做贯彻“统筹”要求的重要抓手。一方面,“统筹”通过《对外关系法》第29条的内容转化为国家意志;另一方面,《对外关系法》及其立法过程切实贯彻了“统筹”的两方面内涵。目前,学界现有研究大多着眼于“统筹”内涵的第二方面,即论述《对外关系法》在涉外法治建设中所发挥的关键作用,^④但对于该法为何“统筹”、“统筹”何者、如何“统筹”,则少有提及,而这是本文研究的核心问题。

本文将援用“对外关系法的分配功能”(the allocative function of foreign relations law,以下称“分配功能”理论或“分配”)作为研究视角,二者对照行文。“分配功能”理论由比较对外关系法^⑤领域著名学者坎贝尔·麦克拉克兰(Campbell McLachlan)提出,同行称赞其为一项“贯穿始终并彰显了实践意义”的贡献。^⑥文章采用此种结构主要出于以下两点考虑:

其一,援引此方法有利于加强论证的深度。《对外关系法》为落实“统筹”要求确立了相应的法律制度体系,需要运用对外关系法学知识评价其机理和效果。当前全球范围内制定综合性成文对外关系法的尝试不多,我国对外关系法研究方兴未艾,此时可能需要援用相关理论进行分析研究。以“分配功能”理论为视角,能更清晰地审视域外对外关系法理论与实践发展的脉络,论述“统筹”意涵时,《对外关系法》取得的原创性成果和对域外观点的扬弃就更清晰。

① 参见中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,人民出版社、学习出版社2021年版,第117-122页。

② 黄进:《论统筹推进国内法治和涉外法治》,《中国社会科学》2022年第12期,第86页。

③ 参见王毅:《贯彻对外关系法,为新时代中国特色大国外交提供坚强法治保障》,《人民日报》2023年6月29日,第6版。

④ 参见韩永红:《论我国涉外立法的转型》,《东方法学》2023年第2期,第110页。刘晓红:《推进高水平对外开放的法治维度》,《政治与法律》2023年第4期,第15页。刘敬东:《加强涉外领域立法的理论思考与建议》,《国际法研究》2023年第2期,第14页。胡程航:《〈对外关系法〉:我国对外关系法治化的里程碑》,《上海法治报》2023年3月1日,第B06版。

⑤ 比较对外关系法(comparative foreign relations law)旨在通过对比各个国家以及超国家实体(比如欧盟)的对外关系法规则、判例、习惯和其他材料,就其如何遵循法制开展对外交往展开分析。

⑥ See Pontian Okoli, Foreign Relations Law [Reviews], 41 Commonwealth Law Bulletin 493 (2015).

其二,援引此方法有利于促进中西学术话语的交流对话。“分配功能”理论与“统筹”论断在视角、内容和结构上互相印证(下文将予详述),折射出中外学者就对外关系法功能与价值形成的共识。“统筹”的话语确为我国原创,但其意涵可供各国的对外关系法立法者、研究者参考借鉴,从而提升我国对外关系法的影响力。因此,本文的论述核心是“统筹”,但语境并不止于我国《对外关系法》,而是分析“统筹”作为一项对外关系法领域的共识的意涵。

综上所述,下文各部分将以“分配功能”理论为切入点,剖析《对外关系法》“统筹”的目的、内容和方法。

二、《对外关系法》“统筹”的目的考量

功能主义哲学认为,目的是解释事物、现象和行为存在和发展的“极因”;^①而就“分配”“统筹”的意涵而言,与之对应的便是《对外关系法》之立法目的。因此,本部分将回溯历史的演进,分别考察“分配功能”理论和“统筹”要求对《对外关系法》目的的认识。

(一)“分配”对例外主义的否定

“分配功能”理论的出发点即批判英联邦各国的对外事务例外主义(foreign affairs exceptionalism,以下称“例外主义”)实践。例外主义主张对外事务有别于内部事务,所以一国处理对外事务时应赋予行政机关更多自由裁量权,弱化法律规制。^②17世纪的英国哲学家洛克和19世纪的英国法学家戴赛都持此种观点。例外主义观点认为,对外权在自英王到内阁的转移过程中保留了更宽泛的裁量空间;对外事务也具有更强的政治属性,因此法律不应过多干涉国家行使对外权。英联邦各国历史上受此学说影响,其对外事务极少受到法律规制。

例外主义提升了行政机关的灵活性,但也产生了消极影响:一方面,行政权长期占据对外事务的主导地位;另一方面,一国公法无法规范对外事务,导致对公法效力边界的认识长期局限于严格属地主义;而国家的对外权不受法律规制也经常导致冲

^① 参见[古希腊]亚里士多德:《形而上学》,吴寿彭译,商务印书馆1995年版,第6-7页。

^② 严格意义上,例外主义的表述是由美国学者布拉德利(Bradley)于20世纪末21世纪初基于美国法的语境提出的,指“(联邦)政府的对外权,相较于对内权而言,遵循了不同的、更为宽松的宪法限制”,主要体现为:就中央与地方的关系而言,对外事务中联邦主义的限制较弱;就职权分工而言,对外事务的限制并不如国内事务严格;就分权制衡而言,司法机关在涉及对外事务的案件中常常表现得更为克制。但该术语也经常泛指弱化对外事务法律规制的主张。See Curtis Bradley, What is Foreign Relations Law?, in Curtis Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* 13 (Oxford University Press 2019).

突。^①随着国际关系和国际法的发展,例外主义因背离现实被日渐摒弃。晚近的一系列判例表明,当国家行使对外权给私人权利造成侵害时,英联邦国家的上诉法院开始积极参与对外事务——如质询行政机关的外交决策、决定国家行使外交保护的 范围等。^②这降低了对外决策的效率和公信力。

为解决以上问题,“分配功能”理论尝试就对外事务的法律规制寻求依据。该理论提出,对外事务的政治性并不足以成为排除法律的理由。诚然,在诸如“可审理性”“国家行为”等问题上,司法机关不应审理政策性的争议,地方法院也可能难以胜任裁判国家对外事务的工作,但这并不意味着行政机关处理对外事务时可以无视法律;反之,只有法律才能在现代法治国家有序划分此类职能。

同时,对外关系法也可以为对外权冲突确立协调规则。现实证明,被寄予厚望的国际法难以解决这一问题:国际法或许为各国管辖权划定了地域范围,但当管辖权冲突出现时,其并未提供协调方案。正如麦克拉克兰所言:“真正的抉择并非应否接受法律规制,而是如何适当地在一国法律制度之内、各国法律制度之间、国内法体系与国际法体系之间分配管辖权和应适用的法律”。^③

因此,“分配功能”理论指出,对外关系法作为法院地的国内法,应当对内划分本国的对外关系职权,对外在本国行使对外权时确定管辖权及应适用的法律。换言之,对外关系法的直接目的在于否定例外主义,但其深层考虑在于借助对外关系法实现对外权的有序分配,在一国内部和各国之间消弭冲突和失衡的现象。

(二)“统筹”对系统协调的追求

大变局时代,一些西方国家发起“法律战”,^④滥施单边主义与霸权主义。为应对外部干涉,我国开展涉外法治斗争,通过制定《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下称《阻断办法》)、《中华人民共和国反外国制裁法》(以下称《反外国制裁法》),落实不可靠实体清单制度等方式,为反制裁、反干涉、反“长臂管辖”奠定了重

^① See Campbell McLachlan, The Allocative Function of Foreign Relations Law, 82 The British Yearbook of International Law 356-359 (2012).

^② See R (Smith) v. Oxfordshire Assistant Deputy Coroner, [2010] UKSC 29, [2011] 1 AC 1. Khadr v. Canada (Prime Minister), [2010] SCC 3, [2010] 1 SCR 44. Habib v. Commonwealth of Australia, [2010] FCAFC 12, 183 FCR 62. R (Gentle) v. Prime Minister, [2008] UKHL 20, [2008] 1 AC 1356, 140 ILR 624. Ahmed v. H M Treasury, [2010] UKSC 2, [2010] 2 AC 534. Campbell McLachlan, The Allocative Function of Foreign Relations Law, 82 The British Yearbook of International Law 360 (2012).

^③ 原文表述为“applicable law”,但为与国际私法中的“准据法”的概念相区分,特译为“应适用的法律”。See Campbell McLachlan, The Allocative Function of Foreign Relations Law, 82 The British Yearbook of International Law 376 (2012).

^④ See Orde Kittrie Lawfare: Law as a Weapon of War 4-8 (Oxford University Press 2016).

要的法律基础。此即《对外关系法》立法的历史背景之一。

受迫于外国干涉,我国涉外立法工作自中美贸易争端以来便坚持“急用先行”原则,^①强调其“工具箱”价值。比如,2018年,我国国务院新闻办公室发布了《〈关于中美经贸摩擦的事实与中方立场〉白皮书》,重点回应美国的“长臂管辖”问题;^②2019年,华为公司及其多家分支机构被美国商务部工业和安全局列入实体清单,^③我国于2020年颁布《中华人民共和国出口管制法》;标准必要专利诉讼的管辖权和“禁诉令”问题则成为促使我国启动《中华人民共和国民事诉讼法》(以下称《民事诉讼法》)第四编修订工作的重要原因。此种立法模式凸显问题导向,提高斗争的针对性、及时性,维护了我国的主权、安全和发展利益,但可能使涉外立法呈现出“分散化”的特征。^④这一方面体现为在面对各类打压措施时,我国“一事一议、见招拆招”的策略可能导致涉外法治斗争“缺乏通盘性思考和办法”,^⑤系统性亟待提升;另一方面则体现为涉外立法的水平与国内事务立法相比尚有差距,尤其是针对“长臂管辖”、外国法不当适用、经济制裁、出口管制等干涉行为,我国采用了措辞各异的表述,制定了层级不同的规范、设置了职责有别的机制,国内法治与涉外法治不甚协调。

以下示例可为上述两项问题提供注脚。《阻断办法》第2条的“不当禁止或者限制”与《反外国制裁法》第3条的“歧视性限制措施”构成要件几乎相同:其一,采取措施的施动者是外国国家;其二,措施的内容是适用其国内法;其三,外国限制的受动者是我国实体;其四,限制措施造成了拘束效果;其五,限制措施违反了国际法和国际关系基本准则。但反制措施的设计并未体现对应的一致性:从效力位阶来看,《阻断办法》是商务部的部门规章,《反外国制裁法》是全国人大常委会制定的法律;从工作机制来看,《阻断办法》的工作机制由国务院商务主管部门牵头,具体事宜由国务院商务主管部门、发展改革部门会同其他有关部门负责,^⑥而《反外国制裁法》的工作协调机制仅强调各部门间的协同配合,且二者均未明确工作机制具体的职责和流

① 参见何其生:《大国博弈与对外关系的法治化》,《中国社会科学报》2023年1月13日,第4版。

② 参见中华人民共和国国务院新闻办公室:《〈关于中美经贸摩擦的事实与中方立场〉白皮书》, <http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1638292/1638292.htm>, 2023年7月20日访问。

③ See The Bureau of Industry and Security, Huawei Entity List Frequently Asked Questions (FAQs), <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2447-huawei-entity-listing-faqs/file>, visited on 20 July 2023.

④ 参见何其生:《大国博弈与对外关系的法治化》,《中国社会科学报》2023年1月13日,第4版。

⑤ 参见郭雳:《新时代国际法律风险应对与全球治理推进》,《中外法学》2021年第4期,第867页。

⑥ 参见《阻断办法》第4条。

程。^①

为解决此类问题,《对外关系法》将“统筹”作为立法的重点考虑因素。对于系统性的欠缺,《对外关系法》就“对外关系各领域工作作出根本性、原则性规定,同时为其他涉外法律提供授权、指引和衔接”,^②为涉外法治建设提供系统完备的指引;对于协调性的不足,《对外关系法》划定对外关系职权,^③加强涉外领域立法及其实施、适用,^④并明确条约和协定在国内的适用,^⑤协调“中国法的外向化”和“国际法的内向化”。^⑥由此,《对外关系法》的“统筹”体现为其对于涉外立法系统性和协调性的追求。

由此可见,“分配功能”理论和“统筹”要求就对外关系法立法目的的认识殊途同归。“分配”表面上旨在否定例外主义,实际上意在通过对外关系法有序分配国家的外人权;“统筹”意在提升涉外法治的系统性和协调性,“把国内发展和对外开放统一起来,把中国发展与世界发展联系起来”。^⑦二者共同指向对外关系法对于平衡性、秩序性的价值追求。

三、《对外关系法》“统筹”的内容设计

“统筹”对于系统性、协调性的强调意味着其将在“对内”和“对外”两个层次有所作为,从而推进国内法治与涉外法治的协同发展。下文将分别展开剖析。

(一)“分配”的三维度

依“分配功能”理论的观点,“分配”是对于对外关系法功能的一种认识或观念。《现代汉语词典》中对“分配”一词有如下三种释义:“①按一定的标准或规定分(东西);②安排,分派;③经济学上指把生产资料分给生产单位或把生活资料分给消费者。”^⑧英文中对“allocate”一词的释义则为“为某目的分派(资源或责任)”。^⑨法律层

① 参见《反外国制裁法》第10条。

② 王毅:《贯彻对外关系法,为新时代中国特色大国外交提供坚强法治保障》,《人民日报》2023年6月29日,第6版。

③ 参见《对外关系法》第9~16条。

④ 参见《对外关系法》第29、32条。

⑤ 参见《对外关系法》第30、31条。

⑥ 何其生:《大国博弈与对外关系的法治化》,《中国社会科学报》2023年1月13日,第4版。

⑦ 参见中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,人民出版社、学习出版社2021年版,第118页。

⑧ 参见《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第383页。

⑨ 参见《新牛津英汉双解大词典》,上海外语教育出版社2013年版,第54页。

面的分配则指划分立法机关、行政机关和司法机关等公权力机关的权能限度,以及确定公民、法人和其他社会组织等私主体的权利义务关系。通过界定该功能,对外关系法的概念范畴得以明确:其核心特征不在于限制公法域外效力、保护受国家对外权侵害的私人权利,更不是国际法规则的单边化替代,而是在一国的对外事务领域进行对外权的分配。而分配所指向的内容,正如前文所述,是一国的管辖权与应适用的法律。换言之,在一国行使对外权时,对内划分国家机关的对外职权,对外确定管辖权及应适用之法律的国内法便是对外关系法。

需要特别说明,“分配功能”理论中的管辖权与应适用的法律仅包含公法领域的内容。显然,私法领域的管辖权与法律适用问题应当受冲突法统辖;况且该理论的前提也在于一国对外行使公权力,而不涉及平等主体之间的私权。另外,此处的管辖权采其广义理解,即一国通过创设、实施法律规范,以控制、改变受该国约束者之法律关系的能力。^①

基于对外关系法“内向”(inward)与“外向”(outward)的双重特征,^②“分配”功能理论将“分配”的内容划分为以下三个维度。第一维度即对外关系法对一国各机关内部对外职权的分配,这些权力当然为广义的管辖权概念所包含。第二维度即对外关系法对本国对外权的国家间分配,通过为域外管辖权划定边界,限制国内法的域外适用,而当各国均确立起此类规则时,对外权领域的法律冲突即可通过法院地的对外关系法得以协调。限定域外管辖权的核心内容在于立法管辖权问题。^③第三维度则是对争议在国家层面与国际层面之间的分配,考察争议应由一国国内的法律制度解决,还是在国际层面依国际法制度解决。^④三个维度中,第一维度是一国内部的问题,第二、三维度则是外部的的问题;第一、二维度是横向分配,而第三维度是纵向分

^① See Stephen Allen, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* 4 (Oxford University Press 2019).

^② See Campbell McLachlan, *The Allocative Function of Foreign Relations Law*, 82 *The British Yearbook of International Law* 349 (2012).

^③ 因为对外关系法通常不直接对域外执法管辖权、域外司法管辖权做出限制。域外执法管辖权受到习惯国际法的规制:除非执法发生地国家明确同意,否则任何国家都只能在本国境内行使执法管辖权,并遵循相应的主权豁免原则。至于域外司法管辖权,普通法系国家通常交由判例法来确定;而在制定了成文诉讼程序法的国家,则一般由其诉讼法进行确定。

^④ See Campbell McLachlan, *Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law*, in Curtis Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* 37 (Oxford University Press 2019).

配。如下图所示：

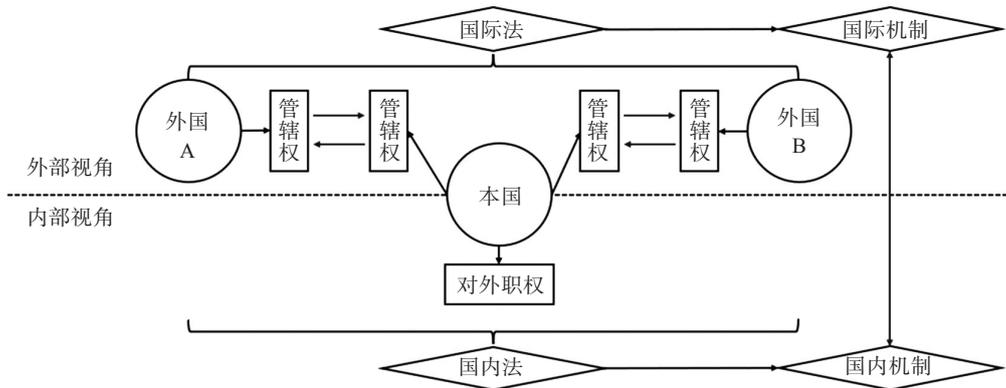


图1 “分配功能”理论的内容

上文提到,第二维度的分配主要处理立法管辖权问题,此时立法管辖权与应适用的法律具有理论上的一体两面性。因为适用法律是法治国家行使管辖权的最典型形式:一部法律应当被适用,意味着该部法律的制定国对案涉的人、财产、行为享有并行使了立法管辖权;而决定适用该部法律,则意味着执法或司法的过程确认了对应的立法管辖权。此时,立法管辖权采用权力本位叙事,以管辖权为出发点;应适用的法律采用规则本位叙事,以法律为出发点。由此,“分配功能”理论可以在三个维度上实现管辖权与应适用之法律的有序分配。

(二)“统筹”的两层次

“分配功能”理论认为对外关系法作为国内法具有“内向”与“外向”的二重特征,而“统筹”所对应的国内法治与涉外法治之区分同样蕴含“对内”与“对外”两个层次,此为研究我国涉外法治建设的出发点和立足点。^①而就其内容的剖析而言,考虑到视角的相似性,类比“分配功能”理论三个维度的内容,在《对外关系法》“统筹”的语境下展开讨论,可能不失为一种更高效的方法。

“统筹”的“对内”层次对应了“分配功能”理论的第一维度,即对外权的分配。《对外关系法》设置专章对我国对外关系的职权做出规定,《对外关系法》第9条至第14条对中央对外关系职权做出了分工,为我国开展对外工作的权责划分奠定了基础。至于驻外使馆、领馆、代表团和地方的对外关系职权,则并不属于中央层面“统筹”的范畴。

^① 参见黄进:《论统筹推进国内法治和涉外法治》,《中国社会科学》2022年第12期,第86页。蔡从燕:《统筹推进国内法治和涉外法治中的“统筹”问题》,《武大国际法评论》2022年第4期,第4-5页。刘仁山:《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》,《法商研究》2016年第3期,第137-138页。何其生:《大国博弈与对外关系的法治化》,《中国社会科学报》2023年1月13日,第4版。

《对外关系法》第9条规定了中央外事工作领导机构(即中共中央外事工作委员会)的对外关系职权,其中“顶层设计、统筹协调、整体推进、督促落实”的表述来自2018年《深化党和国家机构改革方案》;第10条规定了全国人民代表大会及其常务委员会(以下称“全国人大及其常委会”)的对外关系职权,在强调批准和废除同外国缔结的条约和重要协定之权力的同时,加强对应的国际交流与合作;第11条规定了国家主席的对外关系职权;第12条规定了国务院的对外关系职权,强调了同外国缔结条约和协定的权力;第13条规定了中央军事委员会(以下称“中央军委”)的对外关系职权;第14条规定了外交部以及中央和国家机关的对外关系职权。第10条至第13条也采用了指引的方法,以《中华人民共和国宪法》(以下称《宪法》)和其他法律的规定兜底。

“统筹”的“对外”层次则更为复杂。首先需要考察的是“分配功能”理论的第二维度,即对外权的国家间分配,包括国内法域外适用和公法冲突的协调。《对外关系法》以第29条“加强涉外领域立法”、第32条“加强涉外领域法律法规的适用”的规定,将中国法效力“由内向外”的延展按照“法律制定—法律实施”的法理学运行论逻辑嵌入其中。^①此部分内容采用了宣示性的措辞,明确我国制定涉外立法并将其付诸实施、适用的权力。而对于违反国际法和国际关系基本准则不当域外适用的外国法,我国可以经由《对外关系法》第33条的授权采取反制和限制措施。

之后,“对外”层次仍可考察“分配功能”理论的第三维度,即争议在国家层面与国际层面之间的分配。该部分内容却与“统筹”的意涵有所差别。具体而言:首先,从论述语境来看,“统筹”论断的客体是国内法治与涉外法治的互动,二者共同构成“国家法治”的范畴,而第三维度的内容更接近于“国际法治”,其与国家法治是平行的概念,难以为“统筹”要求所完全涵盖。^②其次,从研究领域来看,第三维度的内容通常被认为是国际法学的主要研究内容,这在中外国际法经典论著中均有体现。^③再次,从逻辑关系来看,“统筹”是指在平等的对象间进行内容的统一筹划,其应当是横向的,中央对外关系职权的划分与国家间管辖权与应适用的

^① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第223-257页。

^② 参见黄进:《论统筹推进国内法治和涉外法治》,《中国社会科学》2022年第12期,第85页。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13-14页。

^③ 参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2011年版,第12-19页。[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根、马忠法、罗国强、叶玉、徐珊珊译,中国政法大学出版社2005年版,第90-112页。

法律确定符合这一要求,但国际法与国内法、国内争议解决机制和国际争议解决机制的选择是纵向的。因此,本文未将“分配功能”理论第三维度的内容纳入“统筹”的意涵。

当然,“统筹”的“对外”层次中还有一项重要内容,就是国际条约在国内的地位和适用问题。^①《对外关系法》第30、31条规定了条约和协定的缔结、参加、实施、适用,并载明“国家缔结或者参加的条约和协定不得同宪法相抵触”,明确了条约在国内的效力位阶。与同属“对外”层次的中国法域外适用不同,国际条约在国内的地位和效力体现了国际法“由外向内”的转承。

由此,《对外关系法》实现了对中国法、外国法和国际法三项基本要素的总揽。具体而言,依循法治的逻辑,《对外关系法》将“对内”与“对外”视角下的治理内容以法律形式具像化,前者即中国法,后者即与我国外部治理对应的法律规则(既包括了外国法,又包括了国际法)。两相组合形成的三对关系,即是我国法与外国法、国内法与国际法互动的形态:其一是中国法与外国法的互动,即协调中国法与外国法的域外效力冲突;其二是外国法与国际法的互动,即反对背离国际法的外国法不当域外适用,维护以国际法为基础的国际秩序;其三是中国法与国际法的互动,即促进国际法在我国国内的适用,善意履行国际法义务,并促进国际法的发展和变革。此种互动的审视与“分配功能”理论的三维度框架也相互贯通:本国法与外国法的互动实质上是第一、第二维度的结合,而国内法与国际法的互动则反映了第三维度的分配过程。

四、《对外关系法》“统筹”的方法评价

立法发挥实效有赖于方法与机制的设计。通过对目的和内容的审视,“分配功能”理论与“统筹”要求在方法设计上体现出不同的侧重:前者援用了宪法方法和冲突法方法作为工具,后者则通过指引和宣示的处理方式确保《对外关系法》的灵活性。

(一)“分配”的宪法方法与冲突法方法

“分配功能”理论对于宪法方法的援用主要体现于第一维度,麦克拉克兰将其称为对外关系法的“宪法性”(constitutional)功能,即对外关系法应当如宪法般强调机关之间分配对外权,并保证其行使受到法律的约束。

宪法方法最直接的体现即“分配功能”理论在第一维度对例外主义的超越。如

^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15-16页。

前所述,例外主义从兴盛到式微经历了漫长的过程。严格例外主义观点认为,国家公权力的对外行使以及国家之间的互动应当排除法律分析。^①但随着现实的发展,例外主义的弊端显露,立法机关、司法机关开始干涉行政机关的对外决策,“分配功能”理论的宪法方法得以应用。

一方面,就立法机关而言,最典型的体现莫过于一国立法机关对该国缔约权的分享,也被称为缔约权的“混合”(intermixture),表现为立法机关(代议机关)与行政机关遵循特定的安排共同参与条约的缔结和批准。比如,美国联邦宪法第2条规定:遵循参议院之建议并征得其同意,在获得出席参议员中2/3的人赞成后,美国总统有权缔结条约。《中华人民共和国缔结条约程序法》第3条规定,国务院同外国缔结条约和协定;全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。有学者指出:“如果代议机构不能更有力地参与对外关系过程,其结果或是代议机构只能接受行政部门的谈判成果从而对国内法做出可能超出其预料的修改,由此在国内引发纷争;或是拒绝或推迟接受这些结果,由此损害国家声誉。”^②

另一方面,近年来各国法院更加积极地保护私主体免遭公权力机关对外行使权力的侵害,并为其提供救济。典型案例如哈比卜诉澳大利亚联邦案^③:该案原告澳大利亚联邦(以下称“澳”或“澳联邦”)公民哈比卜对澳政府工作人员的渎职侵权行为提起民事诉讼,原因是原告在阿富汗、埃及、关塔那摩湾被关押审讯期间,曾被外国官员实施酷刑;而澳政府官员在明知的前提下仍为外国提供情报,其中一次甚至还有澳官员在场。澳联邦辩称,法院不应当审理该项争议,因为原告提出的诉讼请求要求法院判断外国官员在外国领土上实施的行为是否违法,这违反了国家行为理论(act of state doctrine)。澳法院拒绝了被告的主张,认为国家行为理论并未阻止澳法院审查涉案澳官员在国外实施的、由可被域外适用的本国法律赋予效力而违反强制性国际法准则的行为。^④此类案件随时间推移逐渐增多,显示出司法机关不仅愿意参与对外事务,且并不回避做出有悖于行政机关决策的判决。

除宪法方法以外,“分配功能”理论的另一特征是对于冲突法方法的运用,其主要体现在分配的第二、三维度。冲突法方法的逻辑起点是对戴赛例外主义观点

^① See Campbell McLachlan, Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law, in Curtis Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* 32 (Oxford University Press 2019).

^② 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132页。

^③ See *Habib v. Commonwealth of Australia*, (2010) 183 FCR 62.

^④ See *Habib v. Commonwealth of Australia*, (2010) 183 FCR 62, para. 114.

的批判。尽管戴赛通过“世界主义”的冲突法连接了各国的私法制度,但就公法性的对外事务而言,他却认为应当排除法律的规制。“分配功能”理论创造性地借鉴了戴赛的冲突法方法,法院裁判对外事务争议时,可以依对外关系法确定其管辖权和应适用的法律,也即对外关系法需要实现确定管辖权和适用法律规则的功能(就如同国际私法那般)。换言之,它们可以协助法院决定何种事项应当属于国内法(municipal law)和国内法院(municipal courts)的范围,另有何种事项可能属于(1)另一国国内法制度的范围,或(2)国际法制度的范围,作为单纯的国家间事务。^①

借此,对外关系法便可以将戴赛的“世界主义”理论延展至对外关系的场域,在各国公法之间实现近似于冲突法的功能,^②从而对普通法制度长期所持的例外主义进行补位。冲突法方法的运用具有强烈的普通法色彩,因为普通法制度的冲突法通常会综合权衡各项要素以确定目标,具有更明显的结果导向。此时,司法机关参与对外事务的权力得到显著提升:无论是管辖权和法律的确定,还是国内法与国际法的适用及争议解决机制的选择,法院都可以积极发挥其作用,依对外关系法参与对外决策。

(二)“统筹”的指引性和宣示性模式

在“对内”层次而言,《对外关系法》通过指引的方式,在技术层面上借鉴了“分配功能”理论的宪法方法。上文提到,《对外关系法》第10条至第13条中均含有指引至《宪法》和法律规定的内容。《对外关系法》将四者按照《宪法》第三章“国家机构”的次序排列,明确各自在对外交往中的核心职能,辅以对《宪法》和法律规定的指引,确保其“各司其职”“通力合作”。

指引性模式的优势是有利于《对外关系法》实施的灵活性和稳定性。一方面,《对外关系法》中未列举详尽的对外关系职权,可以依《宪法》和其他法律的规定。比如,除《对外关系法》单独列举的对外关系职权外,全国人大还依据《宪法》第62条享有决定战争和和平的职权,全国人大常委会还依据《宪法》第67条享有决定驻外全权代表任免的职权;国家主席依据《宪法》第81条享有接受外国使节、派遣和召回驻外全权代表、批准和废除同外国缔结的条约和重要协定的职权。另一方面,指引性

^① See Campbell McLachlan, The Allocative Function of Foreign Relations Law, 82 The British Yearbook of International Law 377 (2012).

^② See Campbell McLachlan, The Allocative Function of Foreign Relations Law, 82 The British Yearbook of International Law 349 (2012).

模式也有利于梳理《对外关系法》与《宪法》和其他法律的关系。

但该种模式也有不足。一方面,对现有规定的概括引用(包括采用“按照职责分工”的措辞)无法穷尽各中央机关的职权内容,可能会削弱上述条款的实际意义。

除指引性之外,“统筹”的对外层次,特别是中国法域外适用问题的规定体现出一定的宣示性。宣示性是指法律条文不依照“主体—行为—后果”的逻辑结构,而仅对现行政策予以确认。这是我国《对外关系法》的一大特色,也为第29条、第32条所沿用。第29条的“加强涉外领域立法”,实际上是域外立法管辖权^①经过多轮博弈之后的结果。

在起草《对外关系法》的早期阶段,有学者提议在《对外关系法》中纳入立法管辖权的条款,从而为推进中国法域外适用创造先决条件:一方面,只有先制定具有域外效力的法律,才能适用它;另一方面,域外立法管辖权是国内法域外适用之“域外性”(extraterritoriality)最主要的表现形式。尤其是出口管制、制裁等涉及执法的案例中并没有出现域外执法管辖权,但却大多被归为国内法域外适用。举例如下:

案例一:自2019年5月16日以来,华为技术有限公司及其多家分支机构被美国商务部工业和安全局列入实体清单。据美国方面称,工业和安全局拥有可靠的信息来源,证明华为及其分支机构参与了不利于美国国家安全和美国对外政策的活动,其中的一些活动也同时违反了1977年《国际紧急经济权力法》,包括为伊朗提供金融服务,以及阻碍美国开展涉制裁事项的调查等。这意味着任何受美国1979年《出口管制条例》规制的物项的出口、再出口和转出口,如果其最终指向华为及其被列入实体清单的分支机构,则均需要满足相应的许可证要求,除非该交易行为是经实体清单保留条款授权的。违反该要求可能招致严重的刑事责任,可能面临长达20年的监禁和最高100万美元的罚款。^②

案例二:俄罗斯与乌克兰爆发冲突后,美国对俄罗斯采取了大规模的制裁措施,包括冻结俄央行在美国的资产,禁止与俄央行交易,禁止美国进口俄罗斯原油和特定的石油产品、液化天然气和煤炭,禁止美国对俄罗斯能源部门的新投资,禁止美国人资助或支持在俄罗斯投资能源公司,冻结俄特定实体和个人在美资产等。制裁一

^① 即主权国家以国内立法的方式直接规范域外实体和行为的权力。参见汤铮:《域外立法管辖权的第三条路径》,《当代法学》2022年第3期,第140页。

^② See The Bureau of Industry and Security, Huawei Entity List Frequently Asked Questions (FAQs), <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2447-huawei-entity-listing-faqs/file>, visited on 20 July 2023.

般通过美国总统签署行政令的方式做出,总统的这一权力来源于美国宪法及1977年《国际紧急经济权力法》、1976年《国家紧急状态法》等法律的授予。^①

以上两案例均契合国内法域外适用的四项基本特征:其一,无论是通过实施出口管制还是进行制裁,均是美国这一主权国家的行为;其二,1977年《国际紧急经济权力法》、1979年《出口管制条例》、1976年《国家紧急状态法》等法律均为美国的国内法;其三,华为、俄罗斯央行及特定个人和实体均为外国实体;其四,上述外国实体面临罚款、遵守许可证义务、冻结资产等措施的拘束。但上述案例在执法层面并未体现出域外性:案例一中的加入实体清单等出口管制措施和案例二中的冻结资产等制裁措施,本质上是美国在其领土之内行使执法管辖权的体现。此时,将它们认定为国内法“域外”适用的唯一合理解释即是“域外性”存在于立法管辖权层面:正是因为美国行使了域外立法管辖权,就域外的实体和行为进行立法规制,域外适用才得以成立。基于上述两项推理,可以认为,域外立法管辖权确为国内法域外适用的先决条件。

可能是出于避免自我限制的考虑,《对外关系法》最终没有纳入域外立法管辖权授权条款,取而代之的是“加强涉外立法”的宣示性表述。该种措辞导致涉外立法的权源、限度和效力不明晰。更重要的是,若中国对外关系法不规定域外立法管辖权,立法机关制定具有域外效力的法律便欠缺国内法依据,可能导致中国法域外适用缺少逻辑前提。关于《对外关系法》或《立法法》中是否应纳入域外立法管辖权条款的问题,似应在后续的立法修改中予以进一步探讨。

五、余论与展望

习近平总书记《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》指出,“我们既要立足本国实际,又要开门搞研究……对国外的理论、概念、话语、方法,要有分析、有鉴别”。在“分配功能”理论和“统筹”要求的对话中,可以清晰地发现我国《对外关系法》既批判继承了域外对外关系法的理论观点,又基于中国现实,凸显出时代性和原创性。在此基础上,本文更希望借其意涵的展开为《对外关系法》的实施和完善提供有益的建议,从而进一步弘扬“统筹”要求的科学方法论价值。

^① See The President of the United States, Executive Order 14066 of March 8, 2022, https://home.treasury.gov/system/files/126/eo_14066.pdf. The President of the United States, Executive Order 14068 of March 11, 2022, <https://home.treasury.gov/system/files/126/14068.pdf>. The President of the United States, Executive Order 14071 of April 6, 2022, <https://home.treasury.gov/system/files/126/14071.pdf>, visited on 20 July 2023.

(一)“分配”与“统筹”的对话

回顾上文所述,“分配功能”理论与“统筹”要求在许多方面体现出一致性。第一,“分配”与“统筹”共享了双向的复合视角:无论是“分配”的“内向”“外向”,还是“统筹”的“对内”“对外”,一方面说明对外关系法在衔接国内法治和涉外法治上发挥着重要的统筹作用;另一方面则体现出对外关系法的国家本位性,即其基于本国意志调整、规制对外关系。第二,“分配功能”理论与“统筹”要求统括了本国法、外国法和国际法的互动:正如前文所述,“统筹”的三项要素、三对互动可以与“分配”的三个维度相互呼应。第三,“分配”与“统筹”彰显了对外关系法对系统性、平衡性和协调性的追求。无论是协调各国因法律效力延展引发的冲突,还是克服分散性立法的弊端,增强涉外法治建设的系统性,都说明了《对外关系法》推动对外工作法治化的重要意义。以上一致性即是本文借“分配”分析“统筹”的基础。

当然,“分配功能”理论脱胎于英联邦国家的对外关系法,与我国实际有不相匹配之处。一方面,“分配功能”理论对于法院权能的强调并未体现在我国《对外关系法》当中。普通法系国家较之我国更强调法院的能动作用,法院在实现分配功能的过程中居于首要位置,而我国考虑到《对外关系法》的基础性和综合性,司法机关只是其中的众多主体之一。另一方面,“分配功能”理论将对外关系法与冲突法类比,这在我国话语中可能存在障碍。上文有述,普通法制度下的冲突法具有更明显的结果导向,更易与分配相关联;而我国通说则认为国际私法核心功能在于援引确定的冲突规范解决法律冲突,^①强调规则的指引作用,结果导向不明显。另外,“公法禁忌”理论也会阻碍公法冲突的逻辑推演。但是,这并不意味着“分配功能”理论的冲突法方法一无是处,相反,其对于我国明确域外立法管辖权依据、推进中国法域外适用可能具有一定的启发性意义。

(二)冲突法方法对我国的启示

上文提到,《对外关系法》最终没有纳入域外立法管辖权条款。但事实上,域外立法管辖权条款未必会限制我国立法机关,解决问题的关键就在于运用现代冲突法理论中的“联系”因素。一方面,就立法技术而言,确定以“联系”因素为基础的域外立法管辖权依据足以涵盖所有的潜在情形,无论是《美国对外关系法重述(第四次)》(以下称《重述(第四次)》)归纳的习惯国际法限制——“真实联系”,^②还是我国从司

^① 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第4页89-90页。

^② See The American Law Institute, Restatement of the Law Fourth the Foreign Relations Law of the United States 187 (American Law Institute Publishers 2018).

法实践逐渐走向审判规则的“适当联系”,均为潜在情形预留了充分的解释余地。另一方面,就立法功能而言,域外立法管辖权条款既宣示了我国涉外立法工作使用“国际交往的共同语言”——法治,^①又为我国开展涉外法治斗争提供了切实可行的手段。

至于域外立法管辖权的立法方案,可以从如下三个层级加以考虑:其一,域外立法管辖权的来源,即上文提及的确立基于“联系”的授权性规范;其二,域外立法管辖权的依据,也即对“联系”之具体情形的界定,旨在说明立法国与受规制对象的密切程度;^②其三,立法管辖权冲突的解决,以此协调国内法域外适用引发的法律冲突。该思路也体现了冲突法基于特定的连结因素,分割不同的适用事实情形,从而解决法律冲突的思维模式。

但是,目前各国对于“联系”因素的外延尚未达成一致,尤其是对于消极属人原则、效果原则等的判断,并无具有普遍说服力的标准。域外管辖理论和实践的迅速发展致使国际法无法做出明确回应,究竟何种域外管辖依据符合国际法,又有何种违反国际法,目前的讨论经常流于个案分析和自由裁量,而缺乏客观的判断标准。因此,未来中国对外关系法更宜优先处理基础性问题,即纳入域外立法管辖权的授权性条款。考察我国法律实践,立法机关可以借鉴“适当联系”的表述,作为我国域外立法管辖权的依据。

“适当联系”诞生于我国司法实践。在康文森与中兴管辖权异议案^③中,最高人民法院首创了“适当联系”的管辖连结因素,后又在华为与康文森标准必要专利许可纠纷案^④、OPPO与夏普管辖权异议案^⑤中加以确认。在2022年《最高人民

① 参见黄进、鲁洋:《习近平法治思想的国际法治意涵》,《政法论坛》2021年第3期,第8页。

② 目前,关于域外立法管辖权依据具体情形的主流观点包括两种:一种是我国学界通说的“四原则说”——属地管辖、属人管辖、普遍管辖、保护管辖;第二种是《重述(第四次)》总结的“六原则”说——属地原则、效果原则、积极属人原则、消极属人原则、保护原则、普遍原则。参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,《国际法研究》2019年第3期,第8-9页。See The American Law Institute, Restatement of the Law Fourth the Foreign Relations Law of the United States 148-165 (American Law Institute Publishers 2018).

③ 参见[2019]最高法知民辖终157号民事裁定书,该裁定书指出:判断被告在中国没有住所和办事机构的标准必要专利许可纠纷是否与中国存在适当联系,可以考虑许可标的所在地、专利实施地、合同签订地、合同履行地等是否在中国境内。只要前述地点之一在中国境内,则应认为该案与中国存在适当联系,中国法院即具有管辖权。本案中,作为许可标的的标准必要专利为中国专利,中兴公司位于广东省深圳市,其在该地实施本案所涉标准必要专利。原审法院作为专利实施地法院,对本案具有管辖权。产品研发地、生产地属于专利实施地,原审法院以此确定本案管辖权,并无不当。

④ 参见[2019]最高法知民终732、733、734号之二民事裁定书。

⑤ 参见[2020]最高法知民辖终517号民事裁定书。在本案中,援用“适当联系”的范围被进一步扩展为:“针对在中国境内没有住所和代表机构的被告提起的涉外民事纠纷案件,中国法院是否具有管辖权,取决于该纠纷与中国是否存在适当联系。”

最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》中,“适当联系”再次出现,^①后被纳入于2022年12月30日公布的《民事诉讼法(修正草案)》中。^②这一过程似乎表明该依据在保护我国当事人合法权益、提升我国涉外司法制度竞争力中发挥的重要作用得到了肯定,且我国司法机关已经就其解释掌握了一定的经验。援用该项因素也符合当代以“联系”作为管辖权理论的前沿发展趋势。

综上所述,“分配功能”理论与“统筹”要求的对话不仅为后者意涵的展开提供了视角,在一定程度上也为我国对外关系法未来的完善提供了方法参考。事实上,“分配”与“统筹”均注重架设国内法治和涉外法治的衔接桥梁,而对外关系法则是实现二者良性互动的关键所在,这一点我国与域外实际上已然达成共识。“统筹”指征着我国《对外关系法》回应了“全面依法治国”的根本要求,彰显了我国涉外领域立法的科学性,为构建人类命运共同体的法治保障贡献了中国智慧。

Unraveling the Implications of “Coordination” in Foreign Relations Law: From the Perspective of the “Allocative Function” Theory

Abstract: “Promotion of the domestic rule of law and foreign-related rule of law in a coordinated manner” is an important starting point and focus of the Foreign Relations Law of China. The “allocative function” theory can be served as a perspective to analyze the implications of “coordination”. In terms of its purpose, the “allocative function” theory aims to reject foreign affairs exceptionalism and achieve the orderly allocation of foreign affair powers, while “coordination” seeks to overcome the decentralization of foreign-related legislation and achieve systematic and coordinated improvements. In terms of “coordination”, the “alloca-

① 《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》第7条规定:“中华人民共和国境外的垄断行为对境内市场竞争产生排除、限制影响,当事人依据反垄断法对在中华人民共和国境内没有住所的被告提起民事诉讼的,由境内市场竞争受到直接实质性影响的结果发生地的人民法院管辖;结果发生地难以确定的,由与纠纷存在其他适当联系的地点或者原告住所地的人民法院管辖。”

② 参见《民事诉讼法(修正草案)》第十一项:“将第二百七十二條改为第二百七十六條,修改为:‘因财产权益纠纷和非财产权益纠纷……争议与中华人民共和国存在其他适当联系的,可以由中华人民共和国人民法院管辖。’”

“allocative function” theory allocates States’ jurisdictions and applicable laws domestically, inter-State, and internationally. Foreign Relations Law of China internally coordinates the central authorities’ foreign relations powers and externally promotes the extraterritorial application of Chinese law while clarifying the status and applicability of treaties. As for methodology, the “allocative function” theory employs constitutional methods for internal reference and conflict law methods for external reference. Foreign Relations Law of China organizes the levels of central foreign affair powers, strengthens legislation, implementation, and application in foreign-related fields, reflecting natures of guidance and declaration.

Key words: foreign relations law; coordination; allocative function; foreign-related legislation; foreign-related rule of law

(责任编辑:乔雄兵)