

# 涉外法治建设基本原则探析

刘静坤\*

**内容摘要:**作为国内法治与国际法治的连接纽带,涉外法治建设面临诸多风险和挑  
战。为确保涉外法治建设有章可循,需要坚持宪法至上、国家利益本位、风险防  
控和急用先行等基本原则。坚持宪法至上原则,应当理清宪法蕴含的涉外法治原  
则,关注涉外立法和缔约程序的合宪性。坚持国家利益本位原则,应当澄清国家利  
益本位的内涵,明确国家利益的法律界定标准,并加强海外利益的法律保护。坚持  
风险防控原则,应当注重国际条约、对外交往和国内治理等领域的风险防控机制。  
坚持急用先行原则,应当弥补涉外法律不足,完善涉外法律体系。

**关键词:**涉外法治 宪法至上 国家利益本位 风险防控 急用先行

## 引言

统筹推进国内法治和涉外法治,已成为法治中国建设的基本共识。涉外法治作  
为连接国内法治与国际法治的纽带,尚处于初步发展阶段。为确保涉外法治建设有  
章可循,需要立足法治建设和对外工作需求,总结提炼其应当秉承的基本原则,进  
而为涉外法治各项工作提供明确指引。与国内法治相比,涉外法治既要遵循法治建  
设的一般要求,也有自身独特的性质和规律。

首先,涉外法治建设需要遵循全面依法治国的总体部署。这意味着,以宪法为  
统领的国家法治框架,一体适用于国内法治和涉外法治。相应地,涉外法治建设应  
当坚持宪法至上原则,并以该原则为基础,实现与国内法治的有效统筹。同时,从  
国家法治与国际法治的关系角度看,宪法至上原则为涉外法治建设划定了主权国家  
的法治疆界。

其次,涉外法治建设需要明确自身旨在实现的目标任务。与国内法治相比,涉  
外法治作为国家法治的对外面向,应当以维护国家利益为依归。涉外法治建设的  
总体规划、重点领域和实施方案,都离不开维护国家利益这一目标任务。实际上,在  
以宪法为统领的主权秩序之下,强调国家利益本位原则,既是宪法至上原则的应有  
之义,也能避免涉外法治建设存在偏差。

\* 中国政法大学全面依法治国研究院教授。

本文系国家社科基金重点项目“《反外国制裁法》的司法适用问题研究”(23AFX024)的阶段性成  
果。

再次,涉外法治建设需要坚持以问题为导向的基本思路。现阶段加强涉外法治建设,并非偶然为之,而是对外交往和法治建设发展到特定历史阶段的必然产物。面对新时期对外开放面临的风险挑战,仅凭传统的外交等手段已不足以应对,急需涉外法治作为有益补充。随着国际关系趋于法治化,涉外法治在预防和解决国际争端等方面具有不可替代的重要价值。坚持风险防控原则,有助于增强涉外法治建设的问题意识,更好发挥涉外法治建设的预期功能。

最后,涉外法治建设需要秉承立足实践所需的发展模式。现阶段,涉外法治建设,特别是涉外法律体系建设还存在一些短板。考虑到法治建设所涉领域存在轻重缓急之分,涉外法治需要坚持急用先行原则,以便适应法治实践的现实需要。急用先行原则是涉外法治建设初级阶段的可行策略,随着涉外法治体系逐步完善,涉外法治各项工作将进入有序发展阶段。

上述四项原则主要是从关键维度,勾勒出涉外法治建设应当秉承的基本原则,并未穷尽涉外法治所涉的所有原则。伴随着涉外法治快速发展,涉外法治的原则体系也处于动态演进之中。同时,现有各项原则的基本内涵也并非变动不居,而是需要与时俱进作出科学的阐释。

## 一、宪法至上原则

作为国家的根本大法,宪法在法律体系中具有最高的法律地位和法律效力。无论是国内法治还是涉外法治,都应当坚持宪法至上原则,严格遵循宪法的原则和规范。在涉外法治建设领域坚持宪法至上,需要准确理解宪法蕴含的涉外法治原则,明确涉外立法和缔约程序的合宪性要求,并理性看待国际条约在国内法体系中的地位。

### (一)宪法蕴含的涉外法治原则

在全面依法治国战略框架下,涉外法治体系的构建离不开宪法原则的指引。我国宪法蕴含的诸多原则与涉外法治建设紧密相关。

第一,坚持对外开放战略。宪法序言规定,“坚持互利共赢开放战略”。改革开放40多年的实践证明,对外开放是支撑我国经济社会快速发展的引擎。新时期的开放战略不仅指向外交关系和经济、文化交流,还涵盖国际交往的方方面面。目前,我国对外开放的总体水平还有待进一步提升,<sup>①</sup>其中一个重要原因就是涉外法治尚不发达。加强涉外法治建设,有助于健全对外开放的制度体系,消解对外开放面临的风险挑战。同时,坚持对外开放,也能为涉外法治提供稳定的政策支持,防止涉外法治建设徘徊不前。

第二,坚持和平共处五项原则。宪法序言规定,“坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则”。这些以主权为核心的原则体系,塑造了现代国家在国际社会上的平等关系,由此得到国际社会广泛接

<sup>①</sup> 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。

受,并逐步成为国际关系的基本准则和国际法基本原则。“和平共处五项原则精辟体现了新型国际关系的本质特征,是一个相互联系、相辅相成、不可分割的统一体,适用于各种社会制度、发展水平、体量规模国家之间的关系。”<sup>①</sup>加强涉外法治建设,应当充实和平共处五项原则的国际法治意蕴,理性看待主权观念的变迁及其影响。例如,国家不仅要在领土范围内进行有效规制,还需要加强本国法的域外适用,依法保护国家利益特别是海外利益。又如,网络主权、经济主权、数据主权等新型主权要素不断出现,超出了传统主权观念的涵摄范围,有必要对主权的宪法含义加以重新阐释。

第三,坚持人类命运共同体理念。作为和平共处五项原则的延续和创造性发展,<sup>②</sup>习近平总书记提出“构建人类命运共同体”理念,并将之作为解决全球治理问题的中国方案。2018年宪法修改,将“推动构建人类命运共同体”写入宪法,丰富和完善了涉外法治的宪法原则。人类命运共同体是极具包容性的治国理政理念,超越了主权国家的国内治理维度,体现出对“国际关系法治化”等深层价值的关切。<sup>③</sup>人类命运共同体理念提出以来,我国持续加强双边和区域共同体建设,推动构建网络空间、核安全、人类卫生健康、全球发展等诸多领域的命运共同体。<sup>④</sup>以全球发展倡议、全球安全倡议、全球文明倡议等为依托,有必要推动人类命运共同体理念由“一国主张”转化为“国际共识”,成为普遍认可的国际法渊源。<sup>⑤</sup>同时,通过国际组织和国际规则等载体,探索人类命运共同体理念的具体制度安排,发挥其制度功能。

总体上,以坚持对外开放战略、和平共处五项原则和人类命运共同体理念为主线的宪法原则,分别体现了我国在对外关系、国家交往和全球治理等维度的根本宗旨,构成了涉外法治建设的宪法原则体系。近期出台的对外关系法作为涉外领域基础性、综合性法律,<sup>⑥</sup>重申了宪法确立的对外工作方针、原则。尽管我国宪法并未直接提及以联合国宪章为基础的国际法原则或准则,但从和平共处五项原则,到构建人类命运共同体理念,无疑宣示了我国遵守国际法原则或准则的国家立场。

## (二)涉外立法与缔约程序的合宪性

在国际法律体系中,国家是国际法的“临时立法者”。<sup>⑦</sup>各国的涉外立法和缔约实践是涉外法治的主要场域,其构成了国际法发展的推动力。作为主权映射的涉外

① 习近平:《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上的讲话》,《人民日报》2014年6月29日,第2版。

② 参见黄惠康:《从和平共处五项原则到构建人类命运共同体为全球治理变革和国际法治贡献中国智慧——纪念新中国恢复联合国合法席位50周年》,《国际法学刊》2021年第3期,第3页。

③ 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。

④ 参见吴祖贵:《人类命运共同体理念的丰富意蕴和重大价值》,《人民日报》2023年5月22日,第9版。

⑤ 参见柳华文:《推动构建人类命运共同体:法律化及其落实》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期,第32页。

⑥ 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。

⑦ See Roger O'Keefe, *Curriculum Vitae: A Prequel*, 69 *Current Legal Problems* 199 (2016).

法治,因其承接国内法治和国际法治,由此涵摄双向衔接组合的规则体系。基于宪法至上原则,为避免涉外立法和缔约实践的法律风险,需要将宪法作为涉外法治的安全阀。

第一,涉外立法的合宪性审查。近年来,我国涉外立法建设稳步推进,现已形成包括法律、法规和规章等在内的跨法律部门的规范体系。据统计,我国约有50多部专门涉外法律,涵盖主要的法律部门,同时,含涉外条款的法律约占现行有效法律的一半左右。<sup>①</sup>除专门的涉外立法外,原本面向国内治理的法律规范,也存在涉外或域外适用的可能性。随着涉外立法规模不断拓展,相关法律的合宪性问题,包括规范效力、体系衔接和风险管控等,愈发值得关注。

对于涉外立法的合宪性审查,大体分为草案审议审查和法律实施审查两种模式。“法律草案统一审议”是涉外立法合宪性审查最重要的环节。<sup>②</sup>通过加强法律草案合宪性审查,有助于确保立法质量、防范违宪风险。根据修订后的立法法,法律草案的合宪性审查机制,包括审查的原则、内容、程序等,得以初步确立。对于涉外法律案,由全国人大宪法和法律委员会进行统一审议,如果其中涉及合宪性问题,应当在审议结果报告中予以说明。同时,一些涉外法律可能存在隐性违宪风险,在立法过程中并未充分显现,因此,有必要建立持续的合宪性审查机制。在涉外法律实施过程中,如果发现存在重大违宪风险,也应当提交全国人大宪法和法律委员会进行合宪性审查。针对涉外立法的合宪性审查,除了避免与宪法的原则和规范相抵触外,还应注意相关立法与国际法的契合性,以免对我国履行有关条约和协定规定的义务造成负面影响。

第二,缔约程序的合宪性审查。我国宪法设定了缔结条约与协定的基本制度安排,缔约主体应当根据宪法规定的权限依法行使缔约权。具体到条约与协定和宪法的关系,宪法本身并未作出规定。不过,缔结条约程序法第7条提到了条约、协定与法律的关系,如果条约、协定与法律有不同规定,就需要由全国人大常委会决定相关条约、协定的批准。这一规定的主要目的是解决条约与国内法的冲突问题,为条约适用消除障碍。同时,缔结条约管理办法第13条规定,条约签署前,国务院有关部门法制机构应当从法律角度对条约进行审查。根据这一审查机制,国务院在签署环节具体负责条约审查工作。不过,在后续的条约批准环节,如果涉及条约与国内法的冲突,仍然需要由全国人大常委会作出决定。

缔约程序是涉外法治的重要环节,理应建立相应的合宪性审查机制。根据对外关系法第30条的规定,国家缔结或者参加的条约和协定不得同宪法相抵触。通过条约缔结环节的合宪性审查,有助于建立条约与国内法之间的宪法屏障,防范由此

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会研究室:《加强涉外领域立法 加快构建系统完备、衔接配套的涉外法律规范体系》,《民主与法制周刊》2022年第18期,第55页。

<sup>②</sup> 参见李飞:《全面发挥宪法在立法中的核心地位功能 在法律草案统一审议中把好合宪性审查关》,《中国人大》2022年第24期,第15页。

引发的国际法律风险。为进一步规范条约缔结程序,有必要参照立法法的规定,由全国人大宪法和法律委员会,或者由全国人大宪法和法律委员会同外事委员会开展条约缔结的合宪性审查工作。

### (三)国际法在国内法中的地位

随着国际法治发展,国际法不仅全面规制国际关系,还辐射到国内治理的诸多领域。鉴于此,一国对国际法的认可和遵循,已经不再局限于“国际关系或外交政策领域”。<sup>①</sup>国际法在一国法律体系中的地位,本质上是宪法性问题,应当由宪法加以规范。

第一,国际法在国内法体系中的位阶。对于我国批准生效的国际条约与协定,可以在宪法层面确立为我国法律体系的组成部分。基于宪法规定的缔约程序,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,这意味着,相关条约与协定在纳入国内法律体系过程中,需要接受合宪性审查,不得违反宪法的原则和规定。从这一缔约程序看,宪法效力应在条约和协定之上。这一原则已经在对外关系法中得到确认。

在宪法框架下,将条约与协定纳入国内法后,接下来就涉及相关规范的法律位阶关系。对此,各国宪法规定了不同的模式,包括国际强行法优于宪法,条约效力低于宪法但高于法律,条约效力低于宪法但等于法律,或者赋予不同条约不同的效力等级等。<sup>②</sup>由于我国宪法对此缺乏明确规定,在国内法体系中,相关法律和实践形成了条约优于法律,在公共秩序保留的前提下适用条约等情形。<sup>③</sup>鉴于缔结条约程序法区分缔约名义主体规定了三类决定程序,有意见据此认为,条约的效力等级由决定其生效的机关的地位所决定。<sup>④</sup>这一意见参照的是国内法的效力等级标准。不过,国内法的效力等级不仅取决于制定机关,还在于其立法程序,相比之下,条约的批准或核准程序与国内立法程序并不相同。加上国内法的规则体系比较复杂,除法律和行政法规外,还涉及地方性法规等规范性文件,因此,不宜直接按照缔约权的行使主体确定条约的效力等级。<sup>⑤</sup>鉴于国内法律体系的复杂性以及条约缔结程序的差异,有必要在批准或核准相关条约时,一并明确其在国内法体系中的效力等级,并通过条约优先适用或修改国内法等方式,解决其与国内法的衔接适用问题。

第二,国际法在国内的适用方式。条约必须信守、善意履行国际法律义务等原

<sup>①</sup> 参见戴瑞君:《认真对待国际法——基于对亚洲各国宪法文本的考察》,《国际法研究》2016年第4期,第31页。

<sup>②</sup> 参见戴瑞君:《国际条约在中国法律体系中的地位》,中国社会科学出版社2020年版,第27-108页。

<sup>③</sup> 参见戴瑞君:《国际条约在中国法律体系中的地位》,中国社会科学出版社2020年版,第132-133页。

<sup>④</sup> 参见车丕照:《论条约在我国的适用》,《法学杂志》2005年第3期,第97页。

<sup>⑤</sup> 参见戴瑞君:《国际条约在中国法律体系中的地位》,中国社会科学出版社2020年版,第116页。

则已成基本共识,但国家究竟采取何种方式履行国际法,在国际法上缺乏明确规定,而是取决于一国宪法的具体方案。基于审慎考量,可以在宪法中规定国家遵守公认的国际法原则或准则,善意履行国际法律义务。这一原则得到了对外关系法的确认。同时,对外关系法第31条规定,国家采取适当措施实施和适用条约和协定。

从现有法律规定看,国际条约主要包括直接适用和通过国内法间接适用两种模式。有些条约,特别是与国家利益紧密相关的公法性条约,有必要通过专门的国内立法转化适用,如国际刑事司法协助法;有些条约,主要是与个体利益直接相关的私法性条约,可以明确规定通过国内法律直接适用,如民事诉讼法、民用航空法等。根据缔约程序的要求,如系通过国内法律直接适用的条约,在批准条约时,可以对国内法律进行审查,必要时修改法律,避免与条约义务相冲突。但这一机制仍然较为粗疏,难以系统解决条约与国内法的衔接适用问题。为规范国际法在国内的适用,可考虑修改完善缔结条约程序法,或者制定专门的条约国内适用法予以规范。

## 二、国家利益本位原则

国际法通常被视为一国考虑他国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。<sup>①</sup>通过法治途径维护国家利益,特别是综合运用国际法与国内法,一直是现代法治国家奉行的国际关系策略。我国涉外法治建设应当将国家利益本位作为优位价值,<sup>②</sup>合理界定国家利益范围,注重维护海外利益。

### (一)国家利益的法治蕴含

在宪法统领下,国内法治与涉外法治应当以维护国家利益为宗旨,共同构筑国家主权、安全、发展利益的体系化法治保障。

第一,涉外法治的国家利益观。习近平总书记指出:“要加快涉外法治工作战略布局,协调推进国内治理和国际治理,更好维护国家主权、安全、发展利益。”<sup>③</sup>这一论述准确揭示了涉外法治应当秉承的国家利益观。改革开放以来,我国逐步形成了以主权、安全、发展为主线的国家利益观。国家利益的有效维护,除了依靠一国的经济、军事等硬实力外,还要依托法律、文化等软实力。在倡导和平解决争端、反对经济胁迫等时代背景下,通过法律途径维护国家利益,是新兴大国的理性选择。

主权国家要维护国家利益,仅仅关注国内治理并不足够,必须兼顾国内治理和国际治理两个维度。作为国家利益的国际公共载体,国际法确立了主权、安全、发展等领域的基本规则。鉴于此,我国需要通过对外开放和涉外法治,积极参与全球治理,熟练运用国际规则,在国际法治领域扮演主体角色。同时,作为广大发展中国家

<sup>①</sup> See Jack Goldsmith & Eric Posner, *The Limits of International Law* 3 (Oxford University Press 2006).

<sup>②</sup> 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871页。

<sup>③</sup> 《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。

的一员,我国应当推动构建公平合理的全球治理体制,这是我国建设涉外法治的重要抓手,也是维护国家利益的外部依托。

第二,对外交往的国家利益底线。我国始终遵循联合国宪章的宗旨和原则,并在对外交往中坚持和平发展道路。在国家利益驱使下,受各种主客观因素影响,国家之间的争端有时在所难免。加强涉外法治建设,既是为了有效预防争端,也是为了在面临争端时,通过法治途径和平解决争端。

习近平总书记指出:“我们要坚持走和平发展道路,但决不能放弃我们的正当权益,决不能牺牲国家核心利益。”<sup>①</sup>涉外法治的一项重要使命,就是与损害我国国家利益特别是国家核心利益的行为依法斗争。实践证明,通过法治途径开展对外斗争,在国际法框架下解决争端,有助于赢得国际社会支持,更好维护国家核心利益。

第三,国家利益和国际社会利益的均衡。国际法的一项重要功能,就是创造全球公共产品、分配国际社会利益。国际社会利益分配,涉及国家利益和国际社会利益的平衡。<sup>②</sup>有的大国以国家实力为支撑,奉行单边主义,将本国利益凌驾于国际社会利益之上。<sup>③</sup>这种做法不仅严重破坏国际秩序,还将损害他国正当权益。习近平总书记指出:“大国更应该带头做国际法治的倡导者和维护者,遵信守诺,不搞例外主义,不搞双重标准,也不能歪曲国际法,以法治之名侵害他国正当权益、破坏国际和平稳定。”<sup>④</sup>我国作为负责任大国,应当善意履行国际法义务,在国际法治框架下维护本国利益,兼顾国家利益与国际社会利益。

为实现国家利益与国际社会利益的均衡,需要坚持互利共赢。近年来,我国通过“一带一路”倡议等,积极推动全球经贸体系改革发展,捍卫多边主义,妥善处理国家利益与国际社会利益的关系。通过加强涉外法治建设,有助于推动中国经济与世界经济深度融合,构建更广泛的利益共同体。

## (二)国家利益的基本结构

一般认为,国家利益是指一国意图实现的权利或受益点。<sup>⑤</sup>判断一国的国家利益,通常参考国际环境、自身实力、科技水平和主观认识水平等因素。<sup>⑥</sup>鉴于国家利益涉及复杂的构成因素,很难在整体上作出静态的、抽象的界定。在涉外法治领域谈及国家利益,通常指向的是“国家主权、安全、发展利益”。同时,考虑到国家利益与外交政策、对外战略紧密相关,需要统筹国内利益与海外利益、短期利益与长远利益、一般利益与核心利益。

① 《习近平在中共中央政治局第三次集体学习时强调 更好统筹国内国际两个大局 夯实走和平发展道路的基础》,《人民日报》2013年1月30日,第1版。

② 参见曹德军:《全球公共产品理论反思与重构》,《中国社会科学报》2022年9月15日,第3版。

③ 参见蔡从燕:《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12页。

④ 习近平:《在联合国成立75周年纪念峰会上的讲话》,《人民日报》2020年9月22日,第2版。

⑤ 参见王逸舟:《国家利益再思考》,《中国社会科学》2002年第2期,第161页。

⑥ 参见阎学通:《中国国家利益分析》,天津人民出版社1996年版,第45-54页。

第一,国家利益的规范要素。国家作为政治实体,对外拥有以主权为核心的总体国家利益。基于国家职能分工,总体国家利益可以进一步区分为若干具体利益。具体国家利益处于总体国家利益之下,服从并服务于总体国家利益;同时,总体国家利益的维护和促进,也有利于具体国家利益的实现。<sup>①</sup>

涉外法治建设的一项重要功能,就是在立法层面界定各项具体国家利益,为对外交往提供规范依据。现有法律对总体国家利益并无专门界定,不过,相关法律划定了特定领域的具体国家利益。<sup>②</sup>据此,统筹推进国内法治和涉外法治,在总体国家利益项下,通过完善涉外立法,各项具体国家利益逐步得到专门的法律保障。

第二,具体国家利益的共存互补。基于总体国家利益和具体国家利益的划分,涉外法治建设的重点是识别特定领域的具体国家利益,进而将之法律化。随着具体国家利益体系不断丰富完善,需要在总体国家利益指引下,维系各项具体国家利益的内部均衡。换言之,各项具体国家利益并非具有相同的分量,而是依其在国家价值体系中的重要程度以及国家在特定时期的战略选择,具有不同的价值位阶和优先级。

在涉外法治体系中,具体国家利益通常存在交叉重合关系。<sup>③</sup>由于具体国家利益存在不同的价值位阶和优先级,也可能形成一定的紧张关系。例如,国家在对外交往特别是外贸活动中,通常需要均衡安全、发展和信誉等利益。随着国家安全概念的泛化,条约中的安全例外条款很容易导致主权国家之间的利益紧张关系。<sup>④</sup>同时,作为国家利益核心要素的主权、安全与发展利益,在特定背景下也可能存在冲突,进而需要立足总体国家利益加以权衡。<sup>⑤</sup>

第三,国家核心利益的合理界定。立足总体国家利益的统摄,各项具体国家利益经常需要进行折中选择,但其中的核心利益不容取舍。习近平总书记强调指出:

<sup>①</sup> 参见宋伟:《国家利益的界定与外交政策理论的建构》,《太平洋学报》2015年第23卷,第28页。

<sup>②</sup> 例如,根据国家安全法的规定,国家安全领域的利益包括“国家政权、主权、统一和领土完整、人民福祉、经济社会可持续发展和国家其他重大利益”(第2条),“国家主权、安全、领土完整、发展利益”(第18条),“关系国民经济命脉的重要行业和关键领域、重点产业、重大基础设施和重大建设项目以及其他重大经济利益”(第19条),“国家网络空间主权、安全和发展利益”(第25条),“我国在外层空间、国际海底区域和极地的活动、资产和其他利益”(第32条)和“国家的海外利益”(第33条)等方面。又如,根据网络安全法的规定,网络安全领域的利益包括“网络空间主权和国家安全、社会公共利益”(第1条)。再如,对外关系法除重申维护“国家主权、安全、发展利益”外,还强调保护“中国公民、组织合法权益”(第32条)。

<sup>③</sup> 例如,国家安全法涉及网络空间主权、安全和发展利益,这与网络安全法形成嵌套衔接。

<sup>④</sup> 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期,第197-198页。

<sup>⑤</sup> 例如,维护发展利益不宜被限定为一些国家旨在阻挠中国发展的做法,而应当理解为避免不适当解释国家安全的含义,以免对我国的发展造成负面影响。参见蔡从燕:《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11-12页。

“任何外国不要指望我们会拿自己的核心利益做交易,不要指望我们会吞下损害我国主权、安全、发展利益的苦果。”<sup>①</sup>国家的核心利益是立国之本,也是国家治理正当性的基础。

国务院新闻办公室公布的《中国的和平发展》白皮书提出:“中国的核心利益包括:国家主权,国家安全,领土完整,国家统一,中国宪法确立的国家政治制度和社会大局稳定,经济社会可持续发展的基本保障。”这一表述列举了国家核心利益的构成要件,体现了我国对国家核心利益的基本考量。不过,在外交话语中,国家核心利益的具体指向并不统一。这种不确定的指向,尽管可能有战略模糊的考量,但有时容易导致外交误解、被动,甚至产生不必要的外交摩擦。<sup>②</sup>鉴于此,在对外交往和斗争场合,一旦涉及国家核心利益,有必要统一口径,体现国家对外政策的稳定性和一致性。

### (三)海外利益的法律保护

面对日益拓展的海外利益,如果法治保障缺位,不仅会给对外开放带来风险,还将使全球市场面临危机。<sup>③</sup>鉴于海外利益处于所在国直接管辖之下,因此,相关利益的外交和法律保护,需要依托国际法的原则和规范。有学者认为,在宪法中明确规定国际法的地位和适用方法,是加强海外利益保护的迫切要求。<sup>④</sup>对外交往和经贸合作的法律文件,例如“一带一路”倡议的有关协定和备忘录等,有必要规定国民利益保护的专门条款,为加强海外利益的法律保护提供规范依据。此外,作为国家法治的必要延伸,对外关系法专门提到“加强涉外领域法律法规的实施和适用”(第32条),并强调“加强海外利益保护体系、工作机制和能力建设”(第37条)。

从深化对外开放角度看,准确划定海外利益的范围和保护标准,是加强涉外法治的重要环节。国家安全法将“海外中国公民、组织和机构的安全和正当权益”(第33条)纳入国家保护的范畴。类似地,对外关系法规定保护“中国公民和组织在海外的安全和正当权益”(第37条)。尽管两部法律对保护对象的规定存在一些差异,但总体上,海外利益保护重点关注的是安全和正当权益,其中的正当权益可以理解为,根据国际法以及我国和所在国的相关法律,海外中国公民、组织和机构依法享有的权益。对于海外利益遭到威胁或者侵害的情形,国家应当采取必要措施,特别是综合运用外交和法治手段,灵活运用国内法、外国法和国际法,依法维护相关主体的正当权益。同时,我国应当加快拓展国际执法司法合作建设,延伸保护海外利益的安全链。

---

① 《习近平在中共中央政治局第三次集体学习时强调 更好统筹国内国际两个大局 夯实走和平发展道路的基础》,《人民日报》2013年1月30日,第1版。

② 参见刘志云:《新形势下中国国家利益再定位与国际法上的转变》,《国际关系与国际法学刊》2014年第4卷,第124-127页。

③ 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。

④ 参见戴瑞君:《国际条约在中国法律体系中的地位》,中国社会科学出版社2020年版,第235页。

### 三、风险防控原则

伴随对外开放进程,我国在国际事务中的参与度不断提高,加上海外利益持续拓展,与之相伴的挑战和风险与日俱增。不过,近年来我国涉外法律风险动态变化,其中一个重要因素是美国对中国由接触转向遏制、由合作转向竞争。<sup>①</sup>坚持风险防控原则,需要综合考虑来自国际条约、对外交往和国内治理等多维度的风险,从而有针对性地采取有效的应对措施。

#### (一)国际条约的风险防控

联合国宪章倡导主权平等、善意履行宪章义务、和平解决争端等原则,但受国家实力差异等因素影响,国际社会的霸权主义做法仍然存在,恶意制造事端、恃强凌弱等情形时有发生。因此,在我国涉外法治建设中,应当注重国际社会的外源性风险防控,特别是国际条约的牵制风险。

第一,理性看待国际条约的争端风险。为督促成员国善意履行条约义务,一些多边条约设置了争端解决条款,要求当事国通过谈判等途径和平解决争端。其中,有些条约设置了强制适用的争端解决条款,例如,联合国海洋法公约规定了争端解决程序。有的国家违反国际法的善意原则,基于不正当目的,在没有合法依据的前提下,利用国际条约的争端解决条款执意挑起争端。这种恶意制造争端的滥诉,违反了国际法的原则和规定。

我国在积极参与全球治理、融入国际条约体制的同时,也需要审慎评估国际条约的牵制风险。早期一些国际条约主要由发达国家主导制定,在制定过程中未能充分考虑发展中国家的经济社会发展需要,或者相关制度设计偏重维护发达国家的总体利益。一些国际条约的基本条款带有锁定性,特别是涉及争端解决机制的条款,容易产生法律牵制效应。这使得一些国家借以曲解国际条约规定,恶意制造国际法律争端。鉴于此,在涉外法治的国际维度,应当充分评估国际条约的法律风险,建立健全国际条约审核机制,完善国际滥诉行为的应对机制。

第二,完善国际条约的风险防控机制。为有效控制国际条约的法律风险,应当建立相应的风险要素清单,为条约的谈判和签署提供依据指引。对于条约和重要协定,在谈判和签署环节,应当从外交和法律等维度进行风险评估,提出初步审核意见。在国际条约的批准、核准环节,有必要设置专门的风险审核机制,对照风险要素清单提出最终审核意见。在全国人大常委会的批准环节,有必要完善审议程序,建立特别重要条约的多次审议机制,有效识别和控制国际条约风险。

为防止国内法与国际法冲突,在条约缔结过程中,应当对可能存在的法律冲突风险进行实质审查。对于可能损害我国重大国家利益以及因政策考量不能履行的条款,如强制管辖或争端解决条款,应当明确提出保留。为规范条约保留的程序,应

<sup>①</sup> 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866页。

当在有关法律中规定提出或者撤销保留的主体、程序以及效力等事项。对于我国此前参与的国际条约,应当考量是否继续进行特定的保留以及是否提出新的保留,及时进行清理,从而更好适应国家战略和国际形势需要。同时,为避免受到国际条约相关争端解决机制的不当牵制,在谈判起草国际条约时,应当重视修改、废除或者退出条款的设计,根据国家利益需要决定是否规定修改、废除或者退出条款,并设置合理的修改、废除或者退出程序。对于我国准备加入的国际条约,应当慎重研究修改、废除或者退出的条款,并在我国有关法律中明确修改、废除或者退出国际条约的程序。

## (二) 对外交往的风险防控

随着对外开放不断深化,对外交往活动面临复杂的涉外法律风险。其中,受世界经济下行等因素影响,外贸活动的法律风险更是不容忽视。为提高对外开放水平,需要重点完善外贸等领域的风险防范体系,全面提高预防和应对各类法律风险的能力。

第一,加强对外交往风险防控。国家的对外交往,事关总体国家利益,需要科学研判相关举措面临的法律风险。例如,对于“一带一路”倡议的深入推进,应当审慎评估法律冲突和贸易争端等风险。考虑到对外交往活动涉及不同法域的国家,有必要加强国别法研究,制定可行的法律依据指引,完善涉外法律服务等应对方案。对于重点合规事项,例如数据保护、反洗钱、反商业贿赂、反制裁等领域,有必要加强对外经贸合作企业的合规管理,有效防范合规风险。同时,对于跨国企业,还应注意各国法律制度差异,综合考虑母国和所在国的法律风险。

在对外交往特别是外贸活动中,各类法律风险处于动态变化之中,需要建立健全相应的风险预警监测机制。例如,为提高企业合规管理和风险防范能力,中国贸促会健全经贸摩擦预警体系,现已建设1530个营商环境监测点、239个经贸摩擦预警机构(其中海外22个)。<sup>①</sup>

第二,积极应对涉外法律争端。对于涉外法律争端,我国传统上注重外交手段,应对争端司法化风险的准备不足。<sup>②</sup>例如,美国此前多次利用各种借口打压制裁中国企业,但我国之前并未制定相关的反制裁措施。<sup>③</sup>伴随涉外法治发展,我国既要提高外交工作的法治化水平,也要建立专门的涉外法治工具箱。在国家安全法、反外国制裁法、对外关系法等一系列涉外法律出台后,我国在应对涉外法律争端方面有了更多主动权,逐步适应了通过法治手段解决争端的国际环境。

在涉外法治建设领域,还需要改变被动应对局面,善于运用已有的国际争端解

<sup>①</sup> 参见任鸿斌:《以习近平法治思想为指引为涉外法治建设贡献贸促力量》,《民主与法制周刊》2022年第18期,第49页。

<sup>②</sup> 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9页。

<sup>③</sup> 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。

决机制,有效应对和解决国际法律争端。同时,应当积极推广适用最高人民法院国际商事法庭等纠纷解决机制,发挥此类新型纠纷解决机制的实质功能,将其作为传统国际司法机制的有益补充。

### (三)国内治理的风险防控

在全球化时代,各国的国内和海外利益互相交织,形成了国家利益共存局面。一国的国内法治体系不仅规范域内本国国民等的行为,还将对域外本国国民等主体以及域外外国国民等主体产生影响。考虑到国内法治的溢出效应,需要注意防控由此产生的法律风险。

一方面,国内立法、执法和司法等活动应当考虑域外效力和影响,避免违反我国承担的国际条约义务,或者引发不必要的国际法律争端。同时,基于对等保护原则,我国法律对外国国民等主体的保护和限制,将会直接影响对方国家对我国国民等主体的保护和限制。

另一方面,我国应当加强涉外法律服务建设,避免国内法治对相关主体的海外生活和经营活动产生不必要的妨碍。通过对海外投资主体进行监督和服务,并帮助其借助母国法律寻求有效救济,<sup>①</sup>有助于防控本国法律和所在国法律的叠加风险。需要指出的是,涉外法治建设本身也可能产生新的风险,鉴于此,涉外立法等工作应当慎重开展。

## 四、急用先行原则

习近平总书记指出:“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治,按照急用先行原则,加强涉外领域立法,进一步完善反制裁、反干涉、反制‘长臂管辖’法律法规,推动我国法域外适用的法律体系建设。”<sup>②</sup>涉外立法坚持急用先行原则,需要尽快补齐涉外法律短板,同时也要确保涉外立法质量。需要指出的是,急用先行原则并不限于涉外立法领域,在统筹推进国内法治和涉外法治过程中,对于涉外法治建设的急需事项,均应纳入优先级的范畴。

### (一)补齐涉外法律短板

近年来,我国涉外立法进入“快车道”。基于急用先行原则,立法机关在确保质量的前提下加快涉外立法进度,弥补了长期存在的诸多短板。<sup>③</sup>随着涉外法治建设逐步推进,有必要及时补充法律“工具箱”,提高涉外法治的制度性能力,解决涉外法治急需领域的法律缺位问题。

<sup>①</sup> 参见何志鹏、崔鹏:《涉外法治:应对海外投资法律风险的良方》,《国际经济法学刊》2022年第3期,第37页。

<sup>②</sup> 习近平:《坚持走中国特色社会主义法治道路 更好推进中国特色社会主义法治体系建设》,《求是》2022年第4期,第3页。

<sup>③</sup> 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3页。

基于总体国家安全观的要求,我国陆续出台了国家安全法、反恐怖主义法等重要法律,逐步形成了国家安全法律体系。针对一些国家和组织违反国际法对我国实施的“制裁”,我国先后出台了阻断外国法律与措施不当域外适用办法和反外国制裁法等法律和规章,为依法反制外国制裁措施提供了法治保障。在外贸和投资领域,我国接连出台了出口管制法、外商投资法等法律和规范性文件,完善了对对外开放和贸易投资法律制度。对外关系法的出台,集中阐述了我国对外工作大政方针、原则立场和制度体系,对我国涉外法治体系建设具有基础性作用。

## (二)完善涉外法律体系

急用先行原则突出体现的是效率导向,这与当前涉外立法的紧迫需求紧密相关。由于涉外立法节奏加快,加上传统立法“宜粗不宜细”原则的影响,涉外立法的体系性和可操作性问题值得关注。例如,考虑到涉外斗争情形较为复杂,反外国制裁法给予相关部门一定授权,以期保持法律的灵活性。<sup>①</sup>不过,针对该法的效力范围以及反制决定的程序规则等问题,有关规定仍然较为简略,<sup>②</sup>需要进一步完善有关制度安排。随着基础性涉外立法逐步出台,需要建立健全配套的法律实施机制,确保法律得到不折不扣的执行。

考虑到涉外立法的特殊性,对于立法条件还不成熟的,可以考虑率先制定效力相对较低的规范性文件,或者出台试行的法律文件,待立法条件成熟时,再出台系统完备的法律。同时,对于相关规定较为原则的涉外立法,可以考虑出台配套的司法解释等实施文件,提高法律的实用性和可操作性。

涉外立法的实施,通常牵涉与国内相关立法的协调和衔接,因此,需要一并完善相关的配套法律制度。例如,反外国制裁法出台后,需要健全具体的实施机制,包括设立专门的反制裁实施机构,统一协调和实施反制裁措施等。<sup>③</sup>通过完善配套法律制度,有助于形成系统完备的反外国制裁法律体系,充分发挥这一法律制度的预期成效。对于其他的涉外立法,也应当注重基础性法律和配套性制度的同步推进。

## 结语

涉外法治作为规则之治,离不开基本原则的科学指引。基于涉外法治的战略定位,可以从法治框架、目标任务、问题导向和发展模式等方面,确立宪法至上、国家利益本位、风险防控和急用先行等基本原则。关于涉外法治建设基本原则的探讨,不

---

① 参见全国人大常委会法制工作委员会研究室:《加强涉外领域立法 加快构建系统完备、衔接配套的涉外法律规范体系》,《民主与法制周刊》2022年第18期,第59页。

② 参见霍政欣、陈彦茹:《反外国制裁的路径演化与中国选择》,《社会科学》2023年第2期,190-191页。

③ 参见杜涛、周美华:《应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从〈阻断办法〉到〈反外国制裁法〉》,《武大国际法评论》2021年第4期,第18-22页。

仅具有一定的理论和政策价值,而且具有重要的制度和实践价值。立足涉外法治的基本原则,需要从宪法维度统领涉外法治建设,明确国家利益的保护标准,健全国家治理的风险防控机制,并系统完善涉外法治体系。

涉外法治建设的基本原则具有内在的逻辑关联,反映了涉外法治建设的独特属性和规律。除了各项基本原则之外,涉外法治的各个领域还需要坚持相应的具体原则。鉴于此,对涉外法治的整个原则体系,仍有待进一步的综合分析。同时,关于现有各项基本原则的内涵,也需要结合涉外法治演进作出动态的解释,以便适应涉外法治建设的实践需要。

## The Basic Principles of the Building of Foreign-related Rule of Law

**Abstract:** As a link between domestic and international rule of law, the development of the foreign-related rule of law faces many risks and challenges. To ensure that there are rules and regulations to follow, it is necessary to adhere to the basic principles of the supremacy of the constitution, national interest orientation, risk prevention and control, and the priority of urgent issues. Adhering to the principle of the supremacy of the constitution, we should clarify the principles relating to the foreign-related rule of law contained in the Constitution, pay attention to the Constitutionality of foreign-related legislations and treaty-concluding procedures. Adhering to the principle of national interest orientation should clarify the meaning of national interest orientation, ascertain the legal standards of national interests, and strengthen the legal protection of overseas interests. Adhering to the principle of risk prevention and control, attention should be paid to risk prevention and control mechanisms in areas such as international treaties, foreign relations, and domestic governance. Adhering to the principle of the priority of urgent issues, we should bridge the gap of foreign-related laws and improve the foreign-related legal system.

**Key words:** foreign-related rule of law; supremacy of the constitution; national interest orientation; risk prevention and control; priority of urgent issues

(责任编辑:彭苓萱)