

涉外法治的概念与体系

张 龔*

内容提要 涉外法治是习近平法治思想中的重要内容。不同于国内法治与国际法治,涉外法治介于二者之间,自成一个体系。从规范法学的角度来看,涉外法治是指国家制定或确认的、跨国家生效的、保护国家海外利益、参与全球治理的立法、执法与司法等活动。从政治法学的角度来看,超级大国往往对外推行普世主义的抽象法治,实质上是霸权主义。涉外法治主要包括两个相互交织的层面,积极层面在于参与全球法律治理改革,推动构建更加公平公正的国际法治,消极层面在于以具体法治的方式防御和反制抽象法治及其背后的霸权。我国涉外法治体系建设应以人类命运共同体与国家尊严为双重理念基础,以尊重国家主权与尊严、保护核心利益与发展利益以及善意合作与依法斗争相结合为原则,构建包括立法、执法、司法以及涉外法律服务等多个层次的具体制度体系。

关键词 涉外法治 抽象法治 具体法治 涉外法治体系

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.20220304.008

目 次

- 一、引言
- 二、涉外法治的概念辨析
- 三、涉外法治的规范法学证立
- 四、涉外法治的政治法学证立
- 五、我国的涉外法治体系建设
- 六、结语

* 中国人民大学法学院教授。

一、引言

当今世界正经历百年未有之大变局。“世界那么大,问题那么多,国际社会期待听到中国声音、看到中国方案,中国不能缺席。”^①中国在全球治理中发挥着越来越重要的参与乃至引领作用。2020年11月,党中央明确提出习近平法治思想,其中一个重要内容是要统筹推进国内法治和涉外法治。“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。”^②要强化法治思维,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,坚决维护国家主权、尊严和核心利益。从法理角度观察,我国的国际角色已经从国际法秩序的冷静观察者^③转变为全球治理的积极参与者与引领者^④,中国特色社会主义法治建设相应增加了涉外法治体系建设的新任务。

在日益走近世界舞台中央的过程中,我国积极推动全球治理体系改革。2018年《宪法修正案》将“推动构建人类命运共同体”写入宪法。与此同时,为了维护国家主权安全与发展利益,我国近年来逐步建成国家安全法律体系,包括《反间谍法》(2014)、《国家安全法》(2015)、《反恐怖主义法》(2015)、《网络安全法》(2016)、《境外非政府组织境内活动管理法》(2016)、《出口管制法》(2020)等法律。2021年6月10日,全国人大常委会通过《数据安全法》《反外国制裁法》。它们既是国家安全类法,也是典型的涉外法治意义上的立法。一方面,国家安全和利益的边界溢出了主权边界,海外利益保护成为法治建设的重要内容。相应的,对国家利益保护的边界就不限于国家边界范围。另一方面,保护域外国家利益的方式不限于法律,还有各种政治、经济等手段,但选择法治的方式既是对一般法治精神的遵循,也不同于当前国际秩序中宣扬的抽象普世的法治。这就意味着,新时代中国外交实践与涉外法治建设都从法理上提出要求,要明确涉外法治的实践定位、核心内涵以及涉外法治体系的内容,为丰富和完善中国特色社会主义法治体系提供一个坚实的理论基础。

① 《国家主席习近平发表二〇一六年新年贺词》,载《人民日报》2016年1月1日,第1版。

② 习近平:《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》,载《求是》2021年第5期,第13页。

③ “对于国际局势,概括起来就是三句话:第一句话,冷静观察;第二句话,稳住阵脚;第三句话,沉着应付。”《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第321页。

④ 2014年12月5日,习近平总书记在中共十八届中央政治局第十九次集体学习时指出:“加快实施自由贸易区战略,是我国积极参与国际经贸规则制定、争取全球经济治理制度性权力的重要平台,我们不能当旁观者、跟随者,而是要做参与者、引领者,善于通过自由贸易区建设增强我国国际竞争力,在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素,维护和拓展我国发展利益。”习近平:《加快实施自由贸易区战略,构建开放型经济新体制》(2014年12月5日),载《习近平谈治国理政》(第2卷),外文出版社2017年版,第100页。

二、涉外法治的概念辨析

国际法的概念与效力历来不乏争议,但国际社会已经有了联合国、各类国际组织等机构以及一定的法律秩序却是不争的事实。在各个民族国家的法律体系之外,国际法自成一个独立的层面,国际法与国内法的二元论成为通行的思维方式。对应二者,则产生了国内法治与国际法治的二元论。一般来说,法治观念都是针对国内法治而言。国际法治是一个较新的概念,始于20世纪中期,^⑤具体内涵一直缺乏清晰的阐明。此外,国内法与国际法并非界限分明,国际法会对一国国内法产生影响,而一国国内法的部分内容溢出国家边界,具有国际层面的域外效力。但是,溢出国家边界的这部分国内法又不等于国际法,而是构成涉外法的内容。涉外法的存在表明,在国际法治与国内法治之外还有一个涉外法治层面,需要对之加以专门的考察与界定。

(一) 国际法的概念与二元论思维

不同于国内法悠久的历史,现代意义上的国际法的诞生源于新航路开辟以及威斯特伐利亚体系的形成。虽有观点将国际法历史追溯得更远,如孟德斯鸠宣称远古人类也具有国际法,他认为不同部落之间为了友好往来相互派遣使节或互换人质都属于国际法,^⑥但严格来说,国际法是近代的产物,主权国家的出现以及主权国家平等原则的确立,为在民族国家之上产生一个超出民族国家层面的国际法奠定了基础。国际法寄身于国际社会,运行于国际关系和国际治理实践中,每个主权国家都是国际社会的成员,有的是主导国际事务的超级大国,有的则是被动服从超级大国主导的国际秩序的发展中国家,还有一定程度上参与全球治理的发达国家,以及逐步参与到全球治理、主张全球治理改革的新兴国家。

当下参与国际治理的主体具有多样性,但主权国家始终是国际法中最重要的主体,也是国际治理中最重要的力量。针对主权国家构成的国际法秩序,不同学者从不同视角对国际法加以定义。^⑦奥本海认为,国际法是一种相较于国内法的“原始意义”的弱法。^⑧美国学者熊玠认为,国际法是国家权力与国家利益在国际社会的法律表达,并不是理想的产物,而是现实的回应。^⑨赫德利·布尔认为,国际法是具有约束力和法律地位的一组规则,对于国际法的规范属性必须予以重视。^⑩国内学者对这一问题的回答,要么倾向于

^⑤ 参见何志鹏:《新时代中国国际法治思想》,载《国际政治研究》2018年第2期,第40页; Simon Chesterman, *An International Rule of Law?*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.56:355, p.355-362(2008)。2005年《世界首脑会议成果文件》将法治作为一项价值观和基本原则,呼吁在国家和国际两级全面实行法治。2006年联合国大会首次将“国家和国际两级法治”问题列入六委议题。

^⑥ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2012年版,第14-15页。

^⑦ 参见周鲠生:《国际法大纲》,商务印书馆2013年版,第1页。

^⑧ 参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷:第1分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第6页。

^⑨ 参见[美]熊玠:《无政府状态与世界秩序》,余逊达、张铁军译,浙江人民出版社2001年版,第3-4页。

^⑩ 参见[英]赫德利·布尔:《无政府社会:世界政治秩序研究》(第2版),张小明译,世界知识出版社2003年版,第101页。

国际法的政治属性,如有学者认为国际法是“以法律形式表现出来的国际关系”^⑪;要么倾向于国际法的规范属性,认为国际法是一种具有法律属性的国际制度^⑫。概括来看,无论何种立场,以上国内外学者在界定国际法时具有一个共同点,就是秉持国内法与国际法两分的观点。在这种两分法的基础上,产生出国内法治与国际法治的概念。

自20世纪后半期以来,国际法治成为国际社会使用频次逐渐提高的一个词汇。最早的国际法治可以追溯到1945年的《联合国宪章》,体现为尊重以联合国为核心的国际体制和以《联合国宪章》为核心的国际秩序。针对国际法治,我国学者的研究主要分为两种。一种是从一般法理上探讨国内法治与国际法治理论,对现有的国内法治建设和国际法秩序进行检讨。如,有学者认为国际法治是一种形式法治,相较于国内法治,国际法治是契约型、多元分散的法治;^⑬也有学者关注国际法治与国内法治的密切联系,认为法治中国是国际法治的组成部分,须运用国际法治思维建设法治中国^⑭。另一种则是站在中国立场,针对国际法治提出中国方案。如,有的学者强调中国在国际法治中的主体地位,强调“国际法治的中国表达”^⑮。党的十九大后,我国国际法学界注重阐释新时代中国国际法治思想,^⑯突出“人类命运共同体”等中国方案对国际法治内涵的丰富和发展^⑰。但是,对于何为涉外法治以及涉外法治与国际法治的异同,却少有学者论及。

(二) 涉外法治的实践与界定

党的十八大以来,我国全面推进依法治国,国内法治事业取得了巨大进步。中国不断走向世界,在国际事务中发挥着越来越重要的作用。党的十九届四中全会首次提出“涉外法治”,要求“加强涉外法治工作”。涉外法治成为我国推进国家治理水平与治理能力现代化的重要推手,对于深入贯彻全面依法治国、建设社会主义法治国家意义重大。^⑱然而,对于什么是涉外法治及其在中国法治体系中的定位,目前并没有清晰阐明。^⑲

国际法治与国内法治的二分是学界一直以来的普遍思维方式,但在国内法与国际法之间还有一个涉外法的层面,其对应的既非国内法治,也非国际法治,而是涉外法治。涉外法治不同于国际法治,国际法治是国际层面的法治。在当代世界,绝大多数国家都被纳入以《联合国宪章》为核心的国际法体系。尽管目前国际法治并不令人满意,很多方面亟需改革,但其已然成为一个独立于特定国家的理论构建对象。涉外法治亦不同于国

⑪ 张乃根:《国际法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第21页。

⑫ 参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第7页。

⑬ 参见黄文艺:《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察》,载《吉林大学社会科学学报》2009年第4期,第21页。

⑭ 参见曾令良:《国际法治与中国法治建设》,载《中国社会科学》2015年第10期,第138页。

⑮ 何志鹏:《国际法治的中国表达》,载《中国社会科学》2015年第10期,第159-168页。

⑯ 参见前注⑤,何志鹏文,第38页。

⑰ 参见宋云博:《人类命运共同体建构下“国际德治”与“国际法治”的融合互动》,载《政法论丛》2018年第6期,第58页;曹刚:《人类命运共同体与全球伦理和国际法治》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第33页。

⑱ 参见黄进、鲁洋:《习近平法治思想的国际法治意涵》,载《政法论坛》2021年第3期,第3页。

⑲ 参见莫纪宏:《加强涉外法治体系建设是重大的法学理论命题》,载《探索与争鸣》2020年第12期,第34页。

内法治,国内法治针对的是国内事务,而涉外法治针对的是涉外事务。每个国家都有自在和自为两个面向,涉外法治对应的是国家自为的一面。^{②①}自为的国家反映的是国家不仅是国际法秩序的观察者和遵从者,还可能是国际法秩序的参与者乃至主导者。因此,涉外法治主要表达的是一种从民族国家指向国际社会的视角,是特定国家针对国际秩序和国际法治提出的法治建设方面的立场、方案与建议。每个国家都有自己的涉外法治观和涉外法治实践,既包括一国国内法治与国际法秩序的衔接和协调,也包括该国推动的国际法秩序的改革和发展。事实上,不同国家的涉外法治的内涵有着不小的差别,但面对的是同一个国际法秩序。

现行国际法体系是近代以来以美英为主导的西方国家构建出来的。不少国际法中包含超级大国推行霸权主义与普世价值观的法律规范,其本质在于维护以超级大国为首的发达国家的利益。对于发展中国家来说,许多国际法规范并不是公正合理的。中国是一个后发现代国家,如今已经成长为世界经济大国。中国要融入世界,在国际事务中发挥更大的作用,不仅要维护自身主权和正当权益,尊重和维护其他国家的主权和正当权益,还要积极推动改革国际法秩序中不公正不合理的部分。因此,我国的涉外法治是一种介于国内法治与国际法治之间的双向互动的法治形态,主要包含两个层面,一是我国法律对外产生的安全边界、域外效力以及正当性等问题,二是参与和推动国际法治改革的立场、倡议和方案等。^{②②}当我国学界将国内20世纪90年代开启的国际法治研究从普遍性的理论探讨转向中国立场和中国方案的时候,其实所论及的已经不再是国际法治,而是涉外法治或者说涉外法治的一部分,涉外法治的另一部分则是溢出国内法治的国家主权安全和海外利益保护等方面的法律保障。

从法治的完整含义来看,涉外法治包括涉外法的制定与执行、涉外司法、涉外法律服务、涉外法律教育等多个方面,^{②③}居于涉外法治核心位置的是涉外法。关于涉外法,可以从广义和狭义上进行理解。广义上,一切具有涉外因素的法律与规范都属于涉外法。在深度交融的现代世界里,这个范围庞大而难以确定。狭义上的涉外法则是涉及一国对外相关事务的法律与规范。从实践定位来说,涉外法治对应的是狭义上的涉外法,主要是指一国制定、参与制定或认可的针对对外主权安全、海外利益保护以及参与全球治理的法律或法律改革方案等,如针对国家主权安全、信息和数据安全、国家之间的领土争议解决、贸易冲突、司法协助、联合国改革等制定的法律或提出的法律改革方案等。早在改革开放前期,我国就有一系列涉外的法律,如《涉外经济合同法》(1985,已废止)、《外资企业法》(1986,已废止)、《实施国际著作权条约的规定》(1992)、《对外贸易法》(1994)

^{②①} 每个国家及其法治都是一种意志的表达。关于意志的自在和自为的两面,参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1995年版,第21页。

^{②②} 需要指出的是,国际法治中包含的多边机构的治理并不属于涉外法治。因为涉外法治是单边视角,而国际法治对应的是国家间的相互依赖、冲突、协调。类似观点,参见何志鹏:《涉外法治:开放发展的规范导向》,载《政法论坛》2021年第5期,第183页。

^{②③} 参见中国国际私法学会课题组、黄进:《习近平法治思想中的国际法治观》,载《武大国际法评论》2021年第1期,第1页。

等。这些涉外法都属于我国涉外法治的范畴,具有鲜明的时代特征,当时主要是在维护国家主权安全与对外开放之间接受来自国际以及发达国家的法律制度。当下中国的涉外法治告别了国际法律规范转换为国内法律法规这样的简单立法时代,在对外维护国家主权安全的基础上,从中国人民与世界各国人民的福祉出发,通过法治的方式保护国家利益,参与全球法律治理。为此,在梳理和构建这样一种涉外法治体系之前,需要从法理上进一步对涉外法治的概念和内涵加以分析和证立。

三、涉外法治的规范法学证立

法的一般定义包含两个基本要素,法律规范的效力与强制实施力。国内立法上二者一般是统一的,涉外法治的立法亦包含这两个要素,但法律效力不仅包括国内效力,也包括域外效力,后者意味着涉外法治对应的是法律规范性与政治实力相结合的法律治理形态。如,美国为了涉外立法的域外效力建立了长臂管辖制度,^{②③}该制度成为国际法秩序中的重要内容。因此,对涉外法治的界定也要从规范和政治两个角度加以证立。

从规范法学角度观察,涉外法治的证成涉及三个方面:一是国际与国内两分法视角下的国际法效力的一元论与二元论之争;二是哈特的两个视角理论,其恰好契合中国参与国际法秩序改革的角色变迁;三是基于这一变迁,哈贝马斯的商谈哲学基础上的国际法理论可为涉外法治提供一种程序理论基础。据此,涉外法治在规范法学的角度可以定义为:一国为了维护自身正当利益、塑造和改革国际法治等,从自身视角出发制定或参与制定法律或法律方案,并跨国家适用与执行的一系列法律活动。

(一) 传统国内法与国际法关系之争外的涉外法治观

从规范法学的视角考察涉外法治与涉外法的性质绕不过国际法与国内法之间关系这一经典命题,即传统的国内法与国际法效力一元论与二元论之争。二元论脱胎于主权理论与共同意志理论。自威斯特伐利亚体系建立以来,主权就成为各个民族国家维护本国利益的“护身符”,并由此发展出不同类型的二元论。英国法学家奥斯丁是持主权理论基础上的二元论的重要代表人物。奥斯丁认为法律有四种基本类型:上帝之法、主权者的命令、实证社会道德以及比喻意义的法律。其中最重要的是作为主权者命令的法律,主权者的命令是“真正意义上的法律”。国际法不能算作一种“主权者的命令”,而是一种实证道德,它的遵守与否并不依靠制裁,而是依靠各个主权国家的主观意愿,所以说国际法不是真正的法律。国际法的遵守源于国家之间对共同利益的维护以及面对其他国家违反国际法的行为的自卫措施。^{②④}二元论的另一种类型是共同意志论,即认为国际法

^{②③} 严格来说,美国与其他国家一样,可以依据国际法中公认的属人、效果、保护、普遍等管辖原则来进行域外管辖,此外还有协议司法行政合作。但是,长臂管辖是美国所谓“涉外法治”的重要特征。关于长臂管辖,参见霍政欣、金博恒:《美国长臂管辖权研究——兼论中国的因应与借鉴》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第81页;李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,载《国际法研究》2019年第3期,第3页。

^{②④} 参见[英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,北京大学出版社2013年版,第20、181-184页。

是不同国家从自己的立场出发在符合自身利益的前提下所产生的共同意志。共同意志论的最主要代表人物是奥本海。^{②5}他将主权国家视作具有独立意志的主体,其所缔结的国际条约类似于民事主体之间缔结的契约。当代许多学者坚持二元论,认为二元论是对国际法与国内法之间现实状态的一种客观描述,法官在法律适用的过程中往往会强调国际法与国内法之间在法律渊源与适用范围上的区别,所以从司法实践的角度阐释二元论更为妥当。^{②6}它一方面强调了国家主权的至高无上,同时也认可国际法对于调整国际关系的重要作用,实际上成为弱国在国际斗争中首选的理论武器。^{②7}

与二元论相对的是一元论,即主张国际法与国内法是同质的,具有共同的渊源。一元论的主要代表人物是法国法学家狄骥与奥地利法学家凯尔森。狄骥将国家与个人区分开来,认为法律的源头在于个人的心理能力。国家不过是领土范围内的一群人而已,统治者以法律作为手段配合其他手段将这群人连带在一起,所以说法律本质上源于一种连带关系。据此连带关系,法律高于国家,国际法高于主权国家。由于连带关系的事实属性,狄骥在描述国际法时用的是社会间的(intersocial)而不是国家间的(international)。^{②8}显然,狄骥的一元论主张建立在社会事实基础之上。而在规范法学的奠基人凯尔森看来,将事实与规范相混淆是无法接受的。

凯尔森也反对二元论,如前述共同意志论,他认为这实际上是将国际法的效力来源委托给某种主观因素而非客观规范,不符合规范法学的基本原理,不能算是一种科学。在国际法构建上,凯尔森作为新康德主义法学的代表人物,同康德一样,认为国际法秩序的终极目的在于限制暴力与武力,实现和平。如康德所言,“从彼此的外在关系来看,各国天生处于一种非法权的状态中;这种状态是一种战争状态,即便不是实际的战争,而是持久的实际的结仇,这种结仇虽没有使任何国家被他国待以不义,但毕竟自身是极端不义的”^{②9}。所以,应构建具有法治属性的国际联盟来抑制暴力,实现永久和平。凯尔森基于这一目的提出国际法与国内法一元论的构想,认为国际法与国内法最终归摄于统一的法律体系,且国际法优位于国内法,其中关键处有两点,一是国际法效力,二是法律制裁。国内法的效力来源于国际法,国际法体系是动态的规范体系,效力最终来自于国际法上的基础规范。凯尔森将国际法的基础规范定位在“约定必须信守”,“国际法的基础规范一定是一个容许习惯作为创造法律事实的规范,而且可以将其陈述如下:‘各国应当像其习惯地行为那样行为。’在这一规范基础上发展起来的国际习惯法,是国际法律秩序内的第一层次”。^{③0}如,某主权者在该国范围内取得实际控制超过一定时间,而该国领土与人民大致不变的情况下,国际社会必须予以承认。再就是国际法的制裁问题。国际法

^{②5} See L. Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol. I, Peace.*, Longmans, Green & CO., 1905, p.15-16.

^{②6} 参见余先予主编:《国际法律大辞典》,湖南出版社1995年版,第9页。

^{②7} 参见程晓霞、余民才主编:《国际法》,中国人民大学出版社1999年版,第25页。

^{②8} 参见[法]狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,郑戈校,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第88页。

^{②9} Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl.1982, S.467.

^{③0} 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第404页。

的制裁在方式上具有特殊性,包括报复与战争,而在内容上与国家法没有区别。由于它是针对国家进行的,并没有一个能够强制执行的中央机构,相对分散,所以说国际法类似于“原始人的法”,合法权益的实现需要个人自助实现。而且,凯尔森否认国家意志说,认为国际法的主体并非二元论所认为的主权国家,而是个人。国际法规定的责任虽然可以归结到主权国家,但最终承担责任者依旧是一个人。归结起来,无论是法律效力还是制裁,都穿透了主权国家,体现为国内法与国际法的一元性。第二次世界大战之后,为了建立一种持久和平的秩序,防止重蹈战争覆辙,联合国应运而生,并且通过了《联合国宪章》,凯尔森所主张的一元论也因此有了实践制度基础。

凯尔森与狄骥均坚持一元论,狄骥侧重于国际法的事实维度,实际上是对国际社会而非国际法的观察,凯尔森侧重国际法的规范维度,其理论虽因内容的抽象性和空洞性为霸权主义留下了空隙,但成为战后重建国际秩序的基础。相比起来,二元论固然有助于广大发展中国家维护本国利益与反抗霸权干涉,但实际作用非常有限,没有联合国或某主持公道的大国,霸权国家干涉渗透弱小国家更是毫无限制。^①因此,无论一元论还是二元论,都只看到国内法与国际法两种类型,并没有意识到在二者之间还可能存在着第三种法律形态——涉外法。

(二) 参与者视角下的涉外法治观

奥斯丁、凯尔森虽持不同的国际法立场,却都是法律实证主义的代表人物,对于法律概念的认知都限定在“描述”层面,即将法律作为一种外在客观的事物,对其构成进行观察与“描述”,而忽略了还有一种参与者视角的存在。对于每个国家来说,国际法不只是一套需要遵守和服从的法律秩序,还是一种需要共同参与的立法程序规范。

洞察到法学理论中参与者视角的是英国法学家哈特。哈特指出,不同人对于规则的认识与理解往往不同,规则存在“内在面向”与“外在面向”两个不同的认识角度,即“内在观点”与“外在观点”。^②“外在观点”立足于观察者的角度。对于观察者来说,没有必要去理解并接受某种规则,只要做到正确记录与规则相一致的行为的规律性以及规则相背离的不良反应即可。这样的认识与见到红灯停止行走、遇见乌云密布的天气知道将要下雨并没有什么区别。哈特认为,无论奥斯丁还是凯尔森实际上都是从外在视角来理解法律,两人都遗漏了关键的内在面向,并非所有人对规则的态度都是以“观察者”的角色接受规则,有些人将规则视为自己行为的准则,将之作为一定的标准对自己与他人的行为进行评价,对违反规则的行为持反思批判态度。^③

^① 除了一元论与二元论,也有学者提出国际法与国内法的“协调论”。比如,周鲠生认为,从法律和政策的一致性的观点说,只要国家自己认真履行国际义务,国际法和国内法的关系总是可以自然调整的。参见周鲠生:《国际法》,商务印书馆1976年版,第20页。周鲠生可算作协调论的开创者,后来有学者在其基础上主张通过特定的法律技术推进国际法与国内法之间的协调。参见李龙、汪习根:《国际法与国内法关系的法理学思考——兼论亚洲国家关于这一问题的观点》,载《现代法学》2001年第1期,第13页。

^② 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第146页。

^③ 参见前注^②,哈特书,第147-148页。

在哈特看来,法律体系由初级规则和二级规则组成。法律作为社会控制的重要手段有简单的与发达的模式,简单的控制模式主要通过初级规则发挥作用,发达的控制模式是初级规则与二级规则相结合的模式。国际法缺乏像国内法那样的中央机构,所以国际法不能算是完整意义上的法律,它顶多算是一种法律的初级形态。^④从初级规则发展到二级规则,需要理性的审查、承认和改正,即有理性地参与、承认与建构国际法体系。当下的国际法并不是由初级规则与二级规则组合而成,而仅仅是一系列赋予义务的初级规则。哈特国际法理论的高明之处在于既不否认国际法的效力,也没有因为国际法与国内法一样具有法律效力而夸大国际法的作用。尽管哈特事实上并没明确将参与者的视角纳入自己的国际法理论,但为后来者理解和改革国际法秩序提供了方向,即引入参与者视角,将国际法体系发展为二级规则体系。

(三) 商谈程序视角下的涉外法治观

从程序角度观察,国际法治是一种具有共识性的结果,而达成国际法治的不是国内法,而是国家之间的一种协商程序,这个程序实则是涉外法治的一部分。法学家拉德布鲁赫最早洞察到国际法概念中的跨国层面。他区分了三种人格,除了通常熟知的个体人格与超个体人格之外,还存在一种跨个体人格。^⑤从个体人格观分析,主权国家会逐渐走向消亡,一个共同的国家逐渐形成,每个人都会成为无民族性的个体,成为原子式的世界公民。这种无个性的世界公民必然会使世界成为一种没有民族性的人类国家。从超个体人格观出发,主权具有至高无上性,国际法是国家之间签订的契约,每个国家都在国际社会强调自身主权的至高无上,一个国家的主权可能与另外一个国家的主权发生冲突,因此国际法是一种“无政府法”。^⑥这两种人格观对应的都不是严格意义上的国际法。从跨个体人格观察,主权国家由国际法以及国际组织连接起来,跨个体人格国际法观既反对将个人的民族性完全溶解而去建立无民族性的世界国家,也反对强调国家主权至上及不受国际法的约束,认为缓冲两者之间张力的方式是文化。人类价值是一种超越民族的文化价值追求,在人类的共同价值基础上形成了国际文化团体。^⑦因此,在拉德布鲁赫看来,国际法理论的核心在于以跨个体人格为视角,在国际法治形成之前,首先要有一个国家间以文化为桥梁形成的国际文化团体。

商谈哲学继受了跨个体人格的思维范式,站在语言分析哲学的肩膀之上,揭示了合意生成的程序性。在实然与应然之间、在本体与现象之间存在一个长期未为人觉察的领域,这一领域是语言交往意义上的主体间性。国际法治预设了一种程序关系,每个国家展现的是其外向性的一面,作为国家之间共识的国际法必然是国家之间商谈的结果。哈贝马斯指出:“法既不是通过它自身的法律形式也不是通过一种先天的道德内涵来获取

^④ 国际社会缺乏立法机关与强制执行的司法机关,“缺乏这些机构使得国际法对于各个国家而言,就像是形式简单的社会结构:这种结构仅仅由科以义务的初级规则所构成”。参见前注^②,哈特书,第197页。

^⑤ 参见[德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第5页。

^⑥ 参见前注^⑤,G.拉德布鲁赫书,第195-198页。

^⑦ 参见前注^⑤,G.拉德布鲁赫书,第198-200页。

充分的规范性意涵,而是通过一种能够产生正当性的立法程序。”^{③⑧}同理,国家与民族之间的关系并不是先有民族而后诞生国家,而是国家产生之后,民众的民族意识不断提升,民族的凝聚力得以增强,为国家提供了正当性的源泉并且为国家文化奠定了基础。^{③⑨}20世纪末期的全球化进程对民族国家造成了挑战,国家主权对外出现部分让渡的现状,亟需解决由此引发的正当性危机。“对于现代人来说,要紧的不是学会在民族文化中生活而是在政治文化中生活;要紧的不是去寻根或寻回与他人同根的感情而是学会如何批判地审视自己的利益以便进入理性的协商程序。这便是具有形式普遍性的民主政治文化。”^{④⑩}在民主政治文化基础上,以修订国际法与联合国改革为手段,可以实现从民族国家到世界公民社会的顺利过渡。^{④⑪}据此,哈贝马斯并不认同现行国际法的正当性,“国际法的主体以其在二十世纪灾难中留下的斑斑血迹表明,认为古典国际法是清白无辜的这一推想是极其荒谬的”^{④⑫}。在全球公共领域之内有必要基于商谈理论对现有的国际法秩序进行改造。正如习近平总书记指出的:“协商是民主的重要形式,也应该成为现代国际治理的重要方法,要倡导以对话解争端、以协商化分歧。”^{④⑬}因此,国际法治与现行国际秩序中的国际法是不同的,国际法治与涉外法治也是不同的,当一国参与国际法的变革,推动构建更加公平公正的国际法治的时候,所涉及的就是该国的涉外法治,确切说是涉外法治的积极层面。

四、涉外法治的政治法学证立

如上所述,法的参与者视角以及商谈程序构成了涉外法治的规范理论基础。涉外法治是一种国家为主体,以法治的方式和程序参与推动构建更加公平公正的国际法治的一系列法律活动。但是,正如一些学者认为的,现实的国际社会依然处于无政府状态,很多时候仍是丛林法则在起作用。^{④⑭}不同于国际法治,国际秩序是一种现实状态,是指在一定的世界格局基础上各种国际主体基于一些规范而处于相对稳定的状态,现有的国际法、国际组织只是保障这一状态的构成要素,而非决定要素。各类国际法规范的存在并不足以成就国际法治,在国际秩序中起决定性作用的是各国保护自身利益的实力。从政治法学角度观察,“法治”是国际斗争或竞争的一种方式,涉外法治除了国家参与全球法律治理的积极内涵之外,还包含“以其人之道还治其自身”的防御和反制的消极意涵。法治已经成为当下全球治理中各国公认的价值,但究竟是以抽象的法治之名行霸权干涉

^{③⑧} J.Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Polity Press, 1998, p.135.

^{③⑨} 参见[德]哈贝马斯:《包容他者》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第131页。

^{④⑩} [德]哈贝马斯:《后民族结构》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第86页。

^{④⑪} 参见前注^{③⑨},哈贝马斯书,第173页。

^{④⑫} [德]哈贝马斯:《〈时代〉周报:兽性与人性——一场法律与道德边界上的战争》,刘慧儒译,载《读书》1999年第9期,第43-50页。

^{④⑬} 习近平:《论坚持推动构建人类命运共同体》,中央文献出版社2018年版,第254页。

^{④⑭} 参见前注^{④⑩},赫德利·布尔书,第103-104页。

主义之实,还是在具体法治中推动建立更加公平公正的国际法治,需要从理论上加以甄别和证立。

(一) 政治权力角逐中的国际法秩序

从古典的美德的政治法律观向现代现实主义的政治法律观过渡的标志性人物是15世纪的政治思想家马基雅维利。^{④⑤}他所生活的意大利分崩离析,若干邦国相互征战,亟需新的政治思维将意大利从地缘冲突中解救出来。^{④⑥}马基雅维利的政治思想告别了神学思维,“用人的眼光来观察国家”,^{④⑦}强调国家理性优先于宗教道德,将国家彻底从罗马帝国秩序中解放出来。在外交斗争中,君主可以为了国家利益而不惜手段,无论是否仁慈、正义以及合乎道德,摆脱了古代政治德性的束缚。^{④⑧}到了16世纪,经历了英国内战的霍布斯则通过揭示一种前法律的丛林状态,来表明政府和安全的必要性。相比之前的自然法学者,霍布斯指出了实现法治的另一种形式,即权威而非真理创造了法律。^{④⑨}身处威斯特伐利亚公约时代,霍布斯认为,无论是从丛林状态进入国家状态,还是国家身处丛林般的国际社会,法律并非道德的产物,只有通过政治权威才能实现国内法秩序或者国际法秩序。概言之,两个现实主义的政治思想家都指出了外交斗争的现实性,认为实现国际法秩序必然要面对和谨慎处理国家之间的利益冲突和斗争,同时也间接地表明法律秩序是现代文明的内容之一。在威斯特伐利亚公约之后的欧洲公法秩序中,主权国家成为国际政治的主体,为维护本国利益而斗争具有合法性,而以法律之名进行干涉和斗争也是国际政治斗争的一种方式。但是,正如施米特所慨叹的,欧洲公法秩序到了19世纪已经瓦解,取而代之的是一套普世主义的抽象规范秩序。^{⑤⑩}如今这一秩序模式进一步从欧洲拓展至全球。

(二) 抽象法治与具体法治

19世纪是英帝国殖民的世纪,而德国只是一个后发的新兴国家,德国法学家卡尔·施米特备受争议的一个重要原因就在于,他从欧陆民族国家角度观察来自盎格鲁—撒克逊的普世价值观和法治观。站在欧陆国家法的立场之上,施米特认为一国国内法秩序的建立起于立宪决断,制宪权的动用并不需要什么先决的程序,而是一种权威的主权意志,由此形成一种具有具体秩序的政治存在。^{⑤⑪}在他看来,凯尔森建立在规范法学基础上的法治国理论完全忽视了国家的政治性和历史性。当凯尔森将国家等同于法律秩序的时候,实际上是将法律的规范性与自然的因果律完全等同,充分暴露了纯粹法治国理

^{④⑤} 关于古典政治中的“善”(亚里士多德)向早期现代政治的“美德”(马基雅维利)的转变,参见 Praktinē Filosofija, *Virtue and Politics: An Aristotelian Reading of Niccolò Machiavelli*, Problemos, 2011, p.7-17.

^{④⑥} 参见[美]列奥·施特劳斯:《关于马基雅维利的思考》,申彤译,译林出版社2016年版,第25-28页。

^{④⑦} 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第227页。

^{④⑧} 参见[德]列奥·施特劳斯、[美]约瑟夫·克罗波西主编:《政治哲学史》,李洪润等译,法律出版社2020年版,第358-359页。

^{④⑨} 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第49-61页。

^{⑤⑩} 参见[德]卡尔·施米特:《论断与概念》,朱雁冰译,上海人民出版社2006年版,第305-313页。

^{⑤⑪} 参见[德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘小枫编,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第116-117页。

论的形而上的虚幻性以及内容上的空洞性。^{③②}但是,作为一个法学家,施米特从来没有否认过欧洲法治文明的成就,他认为政治决断之后总是要走向立宪规范秩序状态,所以总要选择法治的方式治理国家。关键的问题是,究竟采取普世性的抽象法治,还是选择具有特定文化内涵的具体法治,这其实是现代以来法治观念在国际关系里一个吊诡的问题。

若是跳出近代启蒙思想家的自然状态假设,回到真实的人类历史,那么,现代历史是一部占取与拓展空间的历史。任何空间秩序的建立都起于占取,占取是现实生活中法秩序的根基,是一切空间与法律、秩序的连接点。无论是对外(对其他民族)还是对内(对国内的土地和财产秩序),占取都属于法律秩序建构的原型。无论是空间上的原初规则还是所有其他具体秩序和法律渊源,都以之为前提,正是从这一根本性的基础出发,才导出进一步的财产和占有关系。^{③③}马基雅维利之后诞生的欧洲公法秩序要归功于新的具体空间秩序的形成,即欧洲大陆的区域国家与不列颠海洋帝国达成了合作与均衡,由此形成了更大的新国际空间。在这个空间内,具有公共人格的国家是欧洲公法秩序的主导力量,交战国家地位平等,彼此不再将对方视为罪犯,而是相互视为“正当敌人”。国家作为战争法的主体,彼此权利平等。^{③④}欧洲国家通过协商与政治实践磨合最终形成有限战争的规则框架,将暴力的使用限制在规则的最小范围之内。

然而,第一次世界大战后,凡尔赛—华盛顿体系使旧的欧洲公法秩序走向瓦解,自由主义与普世主义的浪潮席卷欧洲大陆,战败的欧洲国家一度失去了国际法上的主体资格。大洋另一侧的美国的全球战略也一度短暂地从温和保守的门罗主义走向膨胀扩张的全球干涉主义。第二次世界大战之后,美国取代英国成为世界超级大国,打着民主人权的口号四处干涉他国内政。如施米特所言,打着人道主义与自由民主的旗号发动的战争,并不像欧洲公法秩序下只需将敌人打回特定的“边界”,而是将对手彻底消灭。消灭的方法之一便是所谓的普世主义的法治,即将自己的法律如同一把楔子强行嵌入已经具有具体法律秩序的空间之内。^{③⑤}以早先的英国为例,以自由主义为内核的盎格鲁—撒克逊普通法在英国对外扩张的过程中产生了两种不同的情形:一种情形是对于没有开化的殖民地,如独立前的加拿大、美国、澳大利亚,在此空间之内使之直接采纳英国的法律;另外一种情形是对已有比较完备法律制度的国家,与包括德国在内的欧陆国家的传统法律产生冲突。前一种情形是文明与野蛮的关系范式,后一种则是抽象法治与具体法治的关系范式,也就是说,英国将自身具体的法律秩序以普世主义之名强加到已有特定文化与秩序的空间里,由此引发一个空间内两种秩序的严重冲突。这不同于军事侵略,后者是赤裸裸的暴力征服,前者则具有迷惑性,是一种隐藏在法治价值观背后的征服。如果说,在旧的欧洲公法秩序之下,国家在处理涉外法治相关问题时可以在遵循彼此意志的前提下以政治或法律手段磋商形成秩序,即便发生战争,也会适可而止,尊重和保留对方的文化与秩

^{③②} 参见[德]卡尔·施米特:《政治的神学》,刘小枫编,刘宗坤、吴增定等译,上海人民出版社2015年版,第53-54页。

^{③③} 参见[德]卡尔·施米特:《大地的法》,刘毅、张陈果译,上海人民出版社2017年版,第11-13页。

^{③④} 参见前注^{③③},卡尔·施米特书,第117-125页。

^{③⑤} Vgl. Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Grossraumordnung*, 2. Aufl. 1991, S.32.

序,那么霸权主义的涉外法治模式就是表面上推行法治,实则推行的是自己的霸权意志。

事实上,欧洲公法秩序自身也包含两条线索,内部线索是欧洲公法秩序,外部线索则是征服与殖民,后者的正当化就变成了抽象的普世价值的征服,实则背离了旧欧洲公法的精神。晚年施米特意图解决的正是这一问题。欧洲公法秩序诞生于欧洲具有基督教信仰的国家之间,用施米特的话说这是欧洲共同的精神残余,^{⑤6}但是基督教的信仰并不具备普遍性。在地理大发现的进程中,欧洲国家要面对自身与非基督教国家之间关系的问题,基督教的共同精神残余为欧洲公法秩序内的国家提供了理论依据,但是宗教信仰也可能走向“歧视性”战争,即对不同宗教信仰的国家发动毁灭性战争的机制,^{⑤7}法律也成为惩罚非基督教信仰国家的工具。第二次世界大战结束后,和平建构统一欧洲的可能性在于施米特所说的欧洲共同的精神残余以及哈贝马斯的理性商谈程序理论。但是,对于联合国以及世界其他国家来说,欧盟只不过是一个更大的欧洲国家而已。心系欧洲命运的施米特的欧盟方案更像是权宜之计,却揭示了国际秩序演化过程中法治可以作为一种斗争形式,以及表现为抽象法治与具体法治的斗争形式。^{⑤8}

(三) 告别抽象法治的涉外法治观

大航海时代以来,战争一直是西方走向现代化和开拓新空间的主要手段。反思战争带给人类的苦难,并不意味着自然法以及道德法就可以解决问题。为了维护国家主权安全和发展利益,对法的政治属性始终应当保持清醒认知。美国作为超级大国,其涉外法治体系中有关经济制裁的法律体系是由授权制裁法案、专门制裁法案、辅助制裁法案、总统命令以及行政法规等构成的一个层层递进的立法、执法、司法的互动机制,在这个体系中,司法上的长臂管辖制度是典型的霸权主义的组成部分。长臂管辖制度起源于美国国内法中一个州对其他州的民事案件的管辖权。为加强全球控制能力,从1977年制定并多次修订的《反海外腐败法》到2001年颁布的《爱国者法案》,美国将长臂管辖的对象从国内延伸到主权国家,以反恐为理由单方面对某个主权国家进行国内法制裁。^{⑤9}长臂管辖制度的典型特征就是以法治的方法和名义推行霸权,以超越国际法允许的管辖基础来干涉别国内政。这里的法治不是具有特定文化内涵的法治,而是一种内容空洞的抽象法治。

长臂管辖制度及其背后的抽象秩序的法治观从反方向上赋予涉外法治新的意涵,即“以其人之道还治其人之身”,以具体法治方式反制抽象秩序的法治方式。“中国走向世界,以负责任大国参与国际事务,必须善于运用法治。在对外斗争中,我们要拿起法律

^{⑤6} 中世纪基督教世界的欧洲帝国为第一部全球性质的国际法提供了唯一的合法资格。现代的即16—20世纪欧洲国家间的国际法,是从中世纪凯撒统治和教宗统治蜕变来的。参见前注^{⑤3},卡尔·施米特书,第21页。

^{⑤7} 中世纪关于正义战争的学说,总体上还是在基督教共同体的框架内和根基上来区分不同类型的世仇和战争。教会具有属灵权力,可以进行复仇和征战,且这种类型的战争一律被冠以正义战争的名义。因此,国际法上出现了一种关于战争的歧视性对立。参见前注^{⑤3},卡尔·施米特书,第93—94页。

^{⑤8} 依照施米特的观点,具体秩序和空间的结合是指具体的秩序要在场域中才能实现,没有场域化,也就没有具体的秩序。具体秩序对应的法治区别于凯尔森规范主义的法治,规范主义赋予了法“应然”属性,主张“应然”和“实然”的对立与分离,因此规范主义法治无需考虑空间已有的具体秩序,法治成为一种抽象的功能。参见前注^{⑤3},卡尔·施米特书,第7—46页。

^{⑤9} 参见强世功:《帝国的司法长臂——美国经济霸权的法律支撑》,载《文化纵横》2019年第4期,第84页。

武器,占领法治制高点,敢于向破坏者、搅局者说不。”^⑩就中国而言,国内法治中的中国特色社会主义法治道路是具体法治与抽象法治博弈之后的产物;在涉外法治方面,国际社会是一个有着既定国际秩序、亟需改革的全球空间,在参与全球治理的过程中,法治是基本的方式,既包括规范法学意义上的国际商谈与国际合作,也包括政治法学意义上的斗争与反制,需要具备足够的法治能力以捍卫自身的国家利益和发展利益。具体来说,我国的涉外法治是对那种以抽象法治之名行霸权干涉之实的国际旧秩序的对立、反制与纠正,是在遵守以《联合国宪章》为核心的国际秩序框架下,维护自身的主权安全和核心利益。而且,现有的国际法秩序亟待完善之处众多,针对人类共同面临的问题尚未寻得切实可行的具体法治方案。中国涉外法治的目标绝非推行霸权主义,而是致力于构建人类命运共同体,积极推动国际法秩序朝着更加公平合理的方向改革。

五、我国的涉外法治体系建设

涉外法治包含积极和消极两个层面:积极层面是指主权国家以法治的方式和程序参与推动构建更加公平公正的国际法治的一系列法律活动;消极层面是指反对霸权主义,以具体法治的方式反制抽象法治。两个层面并非泾渭分明,实践中往往交织在一起。以《反外国制裁法》(2021)为例。它是日益走近世界舞台中央的中国以法治的方式对霸权国家所谓的法律制裁的反制,既具有域内法律效力,也具有一定的域外效力。如,在属地效力上可以在域外发生效力,在属人效力上,可以正当地对危害我国国家利益的国家、社会团体以及个人实施制裁。而且,《反外国制裁法》虽然法条数目不多,却较为全面地规定了我国在处理涉外事务时的基本政治立场、原则与措施,对于构建我国涉外法治体系具有很强的典范意义。

党的十九届四中全会指出:“加强涉外法治工作,建立涉外工作法务制度,加强国际法研究和运用,提高涉外工作法治化水平。”^⑪据此,我国的涉外法治体系建设就是从涉外法治的双重属性出发,确立一套具有自身理念、基本原则和具体法律制度的部门法体系。

(一) 双重理念基础

如前述定义所示,涉外法治是一种从主权国家出发,目的在于参与建立更加公平公正的国际法秩序的法治类型。结合我国实践,站在百年大变局的历史分水岭上,我国涉外法治体系包含双重理念:一是在积极层面上坚持人类命运共同体,二是在消极层面上坚持主权国家尊严。也就是说,我国涉外法治体系建设当立足当下,维护主权国家尊严与保障国家海外利益,同时以推动构建人类命运共同体为目标,参与建设有利于中国人民和各国人民福祉的国际法律秩序。

^⑩ 习近平:《加强党对全面依法治国的领导》,载《求是》2019年第4期,第6页。

^⑪ 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过。

第一重理念是推动构建人类命运共同体。它是我国面对当前国际秩序中的各种问题,参与全球治理改革,回应世界未来发展走向而提出的全新理念,具有丰富的涉外法治意涵。首先,这一理念体现了人类视野,强调各国人民是休戚与共的共同体,中国的法治建设不仅要对中国人民负责,同时也要做到尊重和不侵害他国的正当利益,关切各国人民共同的利益。其次,它是对既有的国际法体系的承认、扬弃与发展。“……国际关系演变积累了一系列公认的原则。这些原则应该成为构建人类命运共同体的基本遵循。”^②中国涉外法治建设并不是要全盘否定现有的国际法体系,创建一套只符合自身利益的国际法体系,而是要在遵循既有的处理国际关系的原则以及现有的正当的国际法规范的基础上参与全球治理改革,推动构建人类命运共同体。^③最后,这一理念克服了现有全球治理方案中的一些弊端,如冷战思维、地缘政治思维、零和思维与胜者通吃的思维等,体现了国际法追求良善正义的价值追求,体现了对弱者的关怀。^④“世界的命运必须由各国人民共同掌握,世界上的事情应该由各国政府和人民共同商量来办。垄断国际事务的想法是落后于时代的,垄断国际事务的行动也肯定是不能成功的。”^⑤新冠肺炎疫情暴发后,中国政府在有效控制本国疫情的基础上尽最大努力对遭受疫情的其他国家提供帮助,充分表明了中国在涉外法治实践过程中,积极践行人类命运共同体的理念。

第二重理念是国家尊严观。涉外法治是国家视角,国家主权是涉外法治的制度支撑和保障,没有国家强制力作后盾,涉外法治和国家安全都是空谈。国家尊严通常是指一个国家的主权尊严与人民尊严,既包括国家对内发布实施政策法令、维护人民根本利益与基本权利的尊严,也包括对外与其他国家平等相处的尊严。在涉外法治实践中,维护国家尊严就是要在对外交往的过程中,能够以民主制度为途径,妥善运用自身理性,以法律手段以及外交手段维护国家的意志与利益。2011年的“湄公河案”是我国践行涉外法治从而维护国家尊严的例证。^⑥具体来说,国家尊严理念主要包含三个层面:一是我国有权根据本国国情和发展利益制定发展战略和相关政策法律,任何国家不应干涉我国内政,破坏我国的国家主权尊严和安全;二是立法促进我国科技水平和治理能力提升,确保我国在全球竞争和反制过程中具备应有的能力;三是对属于本国核心利益的海外基础设施及其开展的活动享有管辖权,对来自霸权主义和强权政治的制裁与干涉,采取法治的手段“还治其人”。如《反外国制裁法》所表明的,对于打着法治旗号的霸权行径,中

^② 习近平:《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》(2017年1月18日),载《人民日报》2017年1月20日,第2版。

^③ 参见袁达松、黎昭权:《构建包容性的世界经济发展与环境保护法治框架——以“人类命运共同体”理念为基础》,载《南京师大学报(社会科学版)》2019年第2期,第110页。

^④ 参见魏传光:《论人类命运共同体的正义根基与实践逻辑》,载《理论月刊》2020年第1期,第31页。

^⑤ 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》(2014年6月28日),载《人民日报》2014年6月29日,第2版。

^⑥ 中国船员在金三角地区遇难,我国国家主权和公民的合法权益受到严重侵害,若不能及时将罪犯绳之以法,国家尊严与发展利益就难以获得有效保障。在成功抓捕相关责任人后,我国以司法审判的方式将其绳之以法,充分彰显了我国实行涉外法治、保障本国利益的决心。

国政府以法治方式进行反制是维护国家尊严、真正奉行法治原则的体现。

上述双重理念密切联系,不可割裂对待,是辩证唯物主义与历史唯物主义在中国特色社会主义涉外法治实践中的具体运用。人类命运共同体是对涉外法治目标的根本遵循,国家尊严则是保障我国国家利益和发展利益的制度支撑。据此,我国涉外法治的核心理念可以概括为:以人类命运共同体为指引,以国家主权与尊严为支撑,从中国的实际出发构建我国的涉外法治体系。

(二) 基本原则

双重理念为我国涉外法治立法提供了当下与未来的方向指引,并进一步转化为若干基本原则,这些原则是涉外法治的“骨架”。涉外法治是法治的一种具体形式,首先要在形式上具备法治的一般共性。美国学者富勒将法治的基本原则概括为八项:普遍、公开、不溯及既往、明确、不矛盾、可遵守、稳定以及官员守法。从一般形式上说,国内法治、涉外法治和国际法治都应符合这八项原则,但从具体法治的角度来看,这些原则必然要在双重理念的指引下,结合我国的实际加以调整。我国涉外法治主要包含如下三项原则:

1. 尊重国家主权与尊严原则

国家主权是一国存在与发展的政治前提与法律前提。“迈向命运共同体,必须坚持各国相互尊重、平等相待。各国体量有大小、国力有强弱、发展有先后,但都是国际社会平等一员,都有平等参与地区和国际事务的权利。”^⑦ 大国意味着对地区和世界和平与发展承担更大责任,而非打着“民主人权”“人道主义”等旗号粗暴干涉他国内部事务。尊重国家主权与尊严原则又包括三个子原则:一是人民主权原则。我国的国家主权以人民为出发点与落脚点。涉外法治的根本目的在于维护中国人民的福祉,寻求中国人民与世界各国人民福祉的最大公约数。二是主权独立原则。近代中国经历了半殖民地半封建社会这一主权不完整的时期,所以中华人民共和国成立后始终坚持各国主权独立,互不干涉内政。三是主权平等原则。^⑧ 国家无论大小强弱,在以联合国为中心的国际法体系下,都是平等的主体,大国应当有责任担当而非行霸权垄断。

2. 保护核心利益与发展利益原则

每个国家都有自身的核心利益。对中国而言,保障国家主权、国家安全、领土完整、国家统一、宪法所确定的国家政治制度与社会稳定、经济繁荣以及可持续发展是国家的核心利益。我国《国家安全法》明确规定国家安全是我国核心利益与发展利益的前提,《反分裂国家法》将反对台独、维护国家统一与稳定规定为我国的核心利益,《反外国制裁法》明确规定对于侵害我国国家利益与发展利益的国家与个人可以实施制裁^⑨。中国

^⑦ 习近平:《迈向命运共同体 开创亚洲新未来——在博鳌亚洲论坛 2015 年年会上的主旨演讲》(2015 年 3 月 28 日),载《人民日报》2015 年 3 月 29 日,第 2 版。

^⑧ 《联合国宪章》第 2 条第 1 款规定:“本组织系基于各会员国主权平等之原则。”《反外国制裁法》第 1 条明确规定维护国家主权。此外我国一直以来所倡导的“和平共处五项原则”包括“互相尊重领土主权,互不侵犯”,体现了尊重国家主权与尊严原则。

^⑨ 《反外国制裁法》第 5 条、第 6 条以列举的方式规定对违反相关规定的个人或组织采取反制措施。

的核心利益和发展利益是中国涉外法治建设中必须始终坚持的红线,关乎中国自身的发展道路以及民族复兴,“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”^⑩。

3. 善意合作与依法斗争相结合原则

国家与国家之间不仅仅是合作关系,也是竞争关系。国际社会不是伊甸园,涉及国家利益的斗争使得国际社会成为竞争激烈的名利场。正确把握竞争与合作之间的关系是涉外法治必然要处理的重要命题。党的十九届五中全会提出:“坚持多边主义和共商共建共享原则,积极参与全球治理体系改革和建设,加强涉外法治体系建设,加强国际法运用,维护以联合国为核心的国际体系和以国际法为基础的国际秩序,共同应对全球性挑战。”^⑪我国要不断加强法治意识,提高涉外法治的说服力与力量,在涉外立法、执法、司法以及法学教育、法律服务等多个领域切实维护国家利益,对于侵犯我国国家利益的行为敢于亮剑,在斗争中团结,在团结中斗争。《联合国宪章》确立了合作与发展的原则,我国多部法律也确立了国际合作原则,如《国家安全法》第10条规定,“维护国家安全,应当坚持互信、互利、平等、协作,积极同外国政府和国际组织开展安全交流合作,履行国际安全义务,促进共同安全,维护世界和平”。国与国之间的关系并不是单纯的合作关系,对于侵害我国国家利益的行为要依法斗争,如《反外国制裁法》第3条第2款规定,“外国国家违反国际法和国际关系基本准则,以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压,对我国公民、组织采取歧视性限制措施,干涉我国内政的,我国有权采取相应反制措施”。

(三) 具体法律制度

如前所述,我国涉外法治是一种具体法治,而非抽象的法治。这种具体法治除了双重理念及其衍生的基本原则外,还体现为在此双重理念和基本原则基础上形成的一个动态的制度体系,包括立法、执法、司法以及法律服务等多个层次。

涉外法治的立法体系是涉外法治的基础。习近平总书记指出,“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”^⑫。涉外法律规范数量繁多,调整的领域具有多样性,但是同国内法治体系一样,宪法是涉外法律规范的最高效力基础,涉外法治的双重理念都在宪法序言中有着专门或相关的规定,如宪法序言中规定,“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,……推动构建人类命运共同体”。党的十八届四中全会指出:“适应对外开放不断深化,完善涉外法律法规体系,促进构建开放型经济新体制。”^⑬

^⑩ 习近平:《在庆祝中国共产党成立95周年大会上的讲话》(2016年7月1日),载《求是》2021年第8期,第16页。

^⑪ 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》,2020年10月29日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过。

^⑫ 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》,载《求是》2022年第4期,第9页。

^⑬ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。

涉外法治立法大致可分为两类,其中一些立法同时属于这两类。一类是积极建构型涉外立法,即国家以参与者的视角处理涉外法治相关问题,积极对国际法治中不公平合理的部分进行改革;一类是消极防御型涉外立法,即反对普世主义及其背后的霸权主义,做自身国家利益的坚决维护者。第一类积极建构型涉外立法是推动构建人类命运共同体理念的体现,主要包括我国法律中大量涉及国际合作的部分。如,《网络安全法》第7条、《数据安全法》第11条都规定了国际交流与合作原则;我国接受WTO的贸易制度规则,所缔结的国际经济领域与国际贸易领域的条约通过各种转化方式已经成为国内法院司法裁判的依据;刑法中规定了普遍管辖原则,对国际上公认的重要犯罪予以打击。此外,在反恐领域、国家安全领域我国都以法律形式规定与外国展开合作。第二类消极防御型涉外立法是国家尊严理念的具体体现,如《国家安全法》《反分裂国家法》《反外国制裁法》等。

涉外法治体系建设不仅需要完备的涉外立法,也离不开执法、司法以及法律服务等实施方面的制度保障。首先,在涉外法治的执法层面,涉外法难免与国际法纠缠在一起,而且会涉及多个国家的法律制度,故而涉外法在一定程度上很难有效实施。中国在建设涉外法治的过程中要保证自己缔结的国际法与涉外法的严格执行。涉外法存在的一个重要意义在于实现与国际法以及国内法的有机衔接,促进相关法律的有效实施。若要推进涉外法的执法严格化,当以现有的国际法秩序中公平合理的部分和以《联合国宪章》为核心的国际法体系为依托,与其他国家深入合作,如积极参与执法安全国际合作,加强反腐败国际合作等。其次,涉外法治建设离不开公正的司法。法律追求公平正义,司法的使命也在于公平正义。法治的信誉很大程度上取决于一国司法的权威与公信力,如何在维护本国国家利益与公民合法权益的基础上妥当处理与外国及其公民之间的纠纷,既是对法官能力的考验,也是对一国法律职业共同体的考验。此外,要深化国际司法交流合作,完善我国司法协助体制机制,推进引渡、遣返犯罪嫌疑人和被判刑人移管等司法协助领域的国际合作。最后,涉外法治建设离不开高素质的法律职业共同体,要“建设通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外法治人才队伍”^⑦。涉外法治的建设是一个长期系统的工程,只有培养一批专业性强、素质高的涉外法治人才,才能确保优质的法律服务,切实维护我国公民、法人在海外的正当权益,依法维护海外侨胞权益。

六、结 语

在当代全球视野下,中国在国际事务上已经从过去的冷静观察者转变为积极参与者。在这一过程中,法治无疑是一种现代普遍采用又不乏争议的方法。国内法治是实现国内秩序的良法善治,而国际法治是各国及其法学者所期待的在国际层面实现公平公正的法律秩序的状态。涉外法治介于二者之间,表达的是一种主权国家的对外立场。从规

^⑦ 前注^③,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

范法学视角观察,哈特为我们提供了国际法的参与者视角,而哈贝马斯的商谈哲学则将参与者视角拓展为一种法治化程序。从政治法学的视角观之,法治成为现代国际斗争的一种形式,而法治又分为抽象法治与具体法治,超级大国往往打着抽象法治的旗号行霸权主义之实。因此,涉外法治主要包含积极参与和消极防御两个层面。

我国涉外法治的体系建设要兼顾积极和消极两个层面。消极层面与国内法治密切相关,要求国家对外来干涉具有防御和反制的能力,对以抽象法治之名实施的霸权主义要“以其人之道还治其人之身”,捍卫国家的主权、尊严和利益。积极层面则是国内法治理念的延伸与拓展,国家以“积极参与者”的身份推动国际法治的建构,改革现有国际法中不公平合理的部分。据此,我国的涉外法治体系建设应坚持人类命运共同体和国家尊严的双重理念,在此基础上构建包含基本原则和一系列具体制度的涉外法治体系,高质量地完成新时代统筹推进国内法治和涉外法治的历史使命。

Abstract: The foreign-related rule of law (FRRL) is an important part of Xi Jinping Thought on the Rule of Law. Different from the domestic rule of law and the international rule of law, FRRL is between the two and forms a system. From the perspective of normative legal theory, FRRL refers to the legislative, law enforcement, judicial and other rule of law activities formulated or confirmed by the state, validating across countries and participating in global governance. From the perspective of political legal theory, superpowers often externally promote a universalist abstract FRRL, which is essentially hegemonic. The FRRL mainly includes two intertwined dimensions: the negative dimension is to defend and counter the abstract rule of law, and the negative dimension is to defend and counter the abstract rule of law and the hegemony behind it. The system of FRRL in China should be based on the dual idea of a community with a shared future for mankind and national dignity, and on the principle of respecting sovereignty and dignity, protecting core and development interests, and the combination of good faith cooperation and fighting according to law, and establish concrete institutional systems at multiple levels, including legislation, law enforcement, justice, and foreign-related legal services, etc.

(责任编辑:强梅梅)