中国国际法学会
Chinese Society of International Law

大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会
2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law

暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会
and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用
Strengthening the Rule of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

论文集

议题三：
加快推进涉外法治建设与中国式现代化

主办单位: 中国国际法学会 大连海事大学
Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University

承办单位: 大连海事大学法学院
Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日，大连
April 25-27, 2025, Dalian

目录

我国国家安全法域外适用刍议.....王孔祥 1
高层次涉外法治人才培养协同路径研究.....曲亚囡 薛 颖 14
以实践为导向的涉外法治人才培养机制探究.....彭德雷 25
南亚东南亚涉外法治人才“政产学研用”协同培养路径研究.....吕 娜 40
论涉外法治人才培养的实践教学——基于湖南现状的展开.....蔡高强 曹银珠 52
略论涉外检察人才培养的实践路径.....陶建平 63
教育联盟模式下高素质涉外法治人才协同培养机制研究.....李青 李萌萌 72
推进涉外法治建设之地方路径研究.....陈玉忠 81
《不可靠实体清单规定》适用的法律问题——海关执法困境及解决方案.....刘海燕 88
新媒体在国际规则制定中的作用及对中国的启示.....黄赟琴 102
教育强国战略下我国高校涉外仲裁人才培养的困境与突破.....章成 王恩术 108
跨国公司参与对外关系的当代图景与法治应对.....刘桂强 136
涉外刑事案件中当事人国籍确认的法律问题研究.....胡舒琼 152
非法（IUU）捕鱼的港口国管制证成.....袁玮 160
以更高水平涉外立法服务于中国式现代化建设.....黄文博 174
外籍人士劳动合同纠纷——基于浙沪两地 2018-2024 案例分析.....范祺博文 184
美国国家豁免中“恐怖主义例外”规则研究.....沈瑜晖 197
统筹推进涉台国内法治和涉外法治的问题意识及其实施路径.....宋明漫 205
RCEP 背景下我国涉东盟商事仲裁机构的发展困境与对策研究——以广西壮族自治区为例
.....侯跃伟 任子航 218
两岸仲裁裁决与民事判决的认可与执行程序中以公序良俗为由展开的实质审查.....林敏睿 226
美国法域外适用的司法运行机制.....王 腾 236
中国式现代化视域下南疆高校涉外法治人才培养探析——以新疆政法学院为例.....同 鑫 249
中国式现代化视域下涉外刑事案件证据审查的本土化路径研究.....钱丰，胡泽芳 257
外籍犯社区矫正检察监督相关问题研究.....冯丽君 266
马克思主义视角下国内法治与涉外法治的统筹推进.....刘正全 273
两岸融合发展背景下的区际法律关系：发展状况、阻滞因素、未来路径.....龚 倬 287
论外国经济制裁法的可适用性与适用路径选择.....敖 琪 296
论外国网络侵权的管辖豁免例外.....沈雨思 307
国际商事条约的适用问题研究——以中国司法审判中条约与国内法的关系为视角.....崔凯伟 321
论国际责任法中的制裁与反制裁.....崔昊宇 332
经济制裁之理论源起与变迁：由史之脉络至当今之行实.....吴尊杰 354
整体世界史观下的百年未有之大变局.....师丹阳 367
统筹推进国内法治与涉外法治的理论内涵和实践路径.....陆雨彤 375

2025年中国国际法学会年会

电子贸易单证的占有问题研究——以2023 ETDA及《海商法（修订草案）》为例.....张晓涵 385
《协调制度》中HS编码对RCEP原产地规则的影响研究.....扈 涵 394
因应互联网 3.0时期的域外管辖：历史演进与中国方案.....刘燕莎 405
国际视野下的外国代理人法与中国探索.....刘若男 周欣雨 420
习近平法治思想视域下的涉外法治人才培养研究.....刘永亮 432
涉外安全法治的人权标尺.....范曦予 442
外国人就业政策影响移民融入之研究.....李金来 461
数字霸权突围:基于TikTok案的中国海外数字利益保护机制创新研究.....孙 娜 469
论国际习惯的国内适用与中国因应.....江子焕 484
论国际条约合宪性审查的机理.....王宇航 498
我国海外利益保护制度现状以及问题探讨.....孙 渔 514
《对外关系法》与我国涉外法治建设.....冯潇琦 532
数字赋能下规范性文件备案审查质效提升困境与对策.....陈海玲 541
试论我国涉外立法的国际传播：现状、问题与改进建议——以外商投资法为例
魏煜琪.....551
国家豁免对国际投资仲裁裁决执行的影响及其应对——兼评《外国国家豁免法》第13-15条
.....苏 慧 566
论我国反制裁法律体系的实施及完善.....李梦月 579
涉外法治人才培养的困境及应对路径.....肖瑶林 591
中国卫生法域外适用路径研究.....薄遵宇 金成华 600
经济制裁下CISG第79条免责条款的适用.....刘 怡 611
国家豁免下投资仲裁裁决执行的可预期性与中国因应.....胡 轶 619
统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋环境保护法律的域外适用问题研究.....刘诗琦 641
反制裁框架下单边制裁与反措施的边界及转化——兼论中国反制裁机制的完善.....张宏玉 653
国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制完善路径研究.....张伊 667
论冲突规范的性质.....戴雅雯 675
涉外法治创新与完善路径——以自贸区（港）为例.....付妍 王雨婷 685
国际法在中国式现代化进程中的功能定位与实践路径.....张家慧 694
推进中国式现代化高素质涉外法治人才建设.....达 璐 702
建立我国涉外临时仲裁制度的保障机制研究.....樊祥宇 712

2025年中国国际法学会年会

我国国家安全法域外适用刍议

王孔祥

内容提要：当前，我国的国家安全法制体系逐渐形成、完善，但尚未成为独立的法律部门。我国国家安全法的域外适用，已经是我国法域外适用的有机组成部分：具备了现实的可能性，但存在一定的缺陷、不足。应借鉴、吸取国内外的相关经验，根据主权原则、对等原则、补充原则等，探索现实可行的路径，进一步完善我国国家安全法的域外适用。

关键词：总体国家安全观　国家安全法　国家主权平等原则　补充原则

法的域外适用，肇始于西方。美国的证券法、[1]反垄断法、[2]劳动法、[3]商业秘密法、[4]反海外腐败法，[5]及欧盟的人工智能法，[6]等等，均存在域外适用的实践。尤其是美国法的不当域外适用，[7]成为美国维持霸权的工具，对包括我国在内的一些国家都造成诸多不利影响。为积极应对之，自十九大以来，在习近平法治思想和外交思想的指引下，我国学术界就我国法的域外适用问题展开了热烈的讨论。根据习近平总书记和党中央“要加快我国法域外适用的法律体系建设”的指示，我国法的域外适用法律体系建设，就成为国家法治建设的重要任务。

我国法域外适用的实践并不鲜见。如，2012 年，在湄公河水域杀害我国公民的“糯康案”破获之后，我国云南省有关司法机关依据《刑法》对其处以刑罚；类似的，还有 2025 年的缅甸明家电信诈骗案。[8]学者们普遍认为，在新时代背景

作者简介：王孔祥，国际关系学院法律系教授、法学博士，主要研究方向为国际法。

1 朱江：《美国〈证券法〉》域外适用的实施机制——兼论中国〈证券法〉》域外适用法律体系的完善》，载《金融法苑》，2024 年第 1 期。

2 甘勇、陆莹：《论美国反垄断法域外适用的冲突法基础》，载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》，2024 年第 2 期。

3 班小辉：《劳动法域外适用规则的建构——以美国法为镜鉴》，载《河北法学》，2024 年第 3 期。

4 李雨峰、刘明月：《美国商业秘密法域外适用的扩张与中国应对——以〈2022 年保护美国知识产权法〉为中心》，载《知识产权》，2023 年第 8 期。

5 郭镇源：《美国〈反海外腐败法〉域外适用的制度镜鉴》，载《河南财经政法大学学报》2023 年第 2 期。

6 何晶晶：《欧盟〈人工智能法〉》的域外适用与中国方案建构》，载《扬州大学学报(人文社会科学版)》，2024 年第 6 期。

7 高智华、李启文：《美国法不当域外适用的中国应对策略探索》，载《西南石油大学学报(社会科学版)》，2024 年第 2 期。

8 2024 年 12 月 30 日，浙江省温州市人民检察院经依法审查，对长期盘踞缅北果敢，依托武装力量，大肆实施针对中国境内公民的电信网络诈骗等犯罪的明家犯罪集团成员及关联犯罪集团成员明国平、明珍珍、明菊兰、毕会军、周卫昌、罗家良等 39 人，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等相关规定，以涉嫌诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、开设赌场罪、贩卖毒品罪、组织卖淫罪等向温州市中级人民法院提起公诉。2025 年 2 月 14 日至 19 日，浙江省温州市中级人民法院一审公开开庭审理了明国平、明珍珍、毕会军、明菊兰、巫鸿明等 23 名被告人诈骗、故意杀人、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、开设赌场、组织卖淫、贩卖毒品、组织他人偷越国（边）境、偷越国（边）境、侵犯

下，我国法域外适用的必要性、正当性、合法性都具备，并就我国数据法、[9]出口管制法、[10]知识产权法、[11]反垄断法、[12]证券法、[13]《反外国制裁法》等对外经济制裁法域外适用的具体路径建言献策。[14]在此背景下，探讨作为我国法治重要组成部分的国家安全法之域外适用，就成为当务之急。

一、我国国家安全法的现状

以国内立法的形式来维护国家安全，不仅是国际通行的做法，更是一国主权的体现。，美国 1947 年颁布的《国家安全法》、以及稍后成立的美国国家安全委员会，是世界上的首创。此后，国家安全的概念，才出现在各国的相关法律文件或政府机构名称之中。[15]就反间谍立法、防止国家秘密泄露和维护国家安全是大国标配。美国于 1917 年通过间谍法，又于 1996 年颁布全球首部《经济间谍法》，将“盗窃商业秘密”作为一种间谍犯罪，规定了最高 10 年监禁、500 万美元或者被侵害商业秘密价值 3 倍罚款的严厉法律责任。美国滥用该法打压国际竞争对手，并持续泛化国家安全概念，[16]近年来更是罗织罪名、捏造“证据”，连续炮制数十起所谓“中国经济间谍案”。英国于 2023 年推出国家安全法案，增设“破坏罪”“外国干预罪”等刑事罪名；在大陆法系国家中，对间谍罪立法最为详尽的法国，其刑法共有 12 个条款涉及间谍犯罪；在联邦刑法典中，俄罗斯对间谍行为及其处罚给予详尽规定。

（一）国家安全法的内涵与外延

在我国，狭义的国家安全法，就是 2015 年的《国家安全法》。《国家安全法》就是我国国家安全法律制度体系的综合性法律，是国家安全法律体系的核心和总则。[17]作为重大的理论创新,总体国家安全观对于我国的国家安全法治建设，产生了巨大的影响。在总体国家安全观的指导下,我国国家安全的基本含义变化巨大。国家安全体系的建设涵盖了政治安全、经济安全、军事安全、国土安全、科技安全、信息网络安全、文化安全等多个领域。

广义的国家安全法，还包括《反分裂国家法》（2005 年 3 月 14 日通过）、

公民个人信息一案。

9 赵哲、刘俊梅：《数据垄断视域下我国数据法的域外适用》，载《伊犁师范大学学报》，2024 年第 4 期。

10 马铭骏：《反思出口管制法域外适用：实践冲突与国际法约束》，载《国际法研究》2024 年第 5 期。

11华倩：《论私人执法下反垄断法“域外适用”的条件——基于“域外管辖”和“域外适用”的逻辑关系》，载《学术界》，2024 年第 7 期。

12 万勇：《知识产权法域外适用的制度构造》，载《中国社会科学》，2024 年第 9 期。

13 董新义：《国际礼让原则下证券法域外适用之“效果标准”：意蕴与解释 》，载《证券法律评论》，2023 年第 3 辑（9 月 30 日）。

14 张耀元：《中国对外经济制裁法域外适用问题研究——以《反外国制裁法》第 14 条为中心》，载《甘肃政法大学学报》，2023 年第 4 期。

15 董玉庭：《〈国家安全法〉视域下危害国家安全罪新论》，载《南京大学学报》2024 年第 2 期，第 40 页。

16 毕海东：《全球安全观：形成过程、丰富内涵与践行价值》，载《国家安全研究》2024 年第 1 期，第 56 页。

17 李竹、肖君拥主编：《国家安全法学》，法律出版社，2019 年版，第 33 页。

《保守国家秘密法》（2010 年 4 月 29 日修订）、《保守国家秘密法实施细则》（2014 年 1 月 17 日通过）、《反间谍法》（2014 年 11 月 1 日通过）、《反间谍法实施细则》（2017 年 11 月 22 日通过）、《国家安全法》、《网络安全法》、《核安全法》（2017 年 9 月 1 日通过）、《境外非政府组织境内活动管理法》（2017 年 11 月 4 日修正）、《国家情报法》（2018 年 4 月 27 日修正）、《反恐怖主义法》、《密码法》（2019 年 11 月 22 日通过）、《香港特别行政区维护国家安全法(2020 年 6 月 30 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议通过，以下简称《香港国安法》)、《生物安全法》（2020 年 11 月 27 日通过）、《反外国制裁法》（2021 年 6 月 10 日通过）、《数据安全法》（2021 年 6 月 10 日通过）、《反间谍法》（2023 年 4 月 26 日修订）；此外，还有《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》和国家互联网信息办公室等四部门联合发布的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》（2021 年 3 月 12 日通过）、《反间谍安全防范工作规定》（2021 年 4 月 26 日起施行），等等。以上 20 多部法律，是我国国家安全法制体系的重要部分。

其中的几部重要法律，简介如下：

1.《反间谍法》反的是专业间谍。该法于 2023 年 4 月 26 日经第十四届全国人大常委会第二次会议修订通过，进一步完善了间谍行为界定，健全了反间谍安全防范制度，规范了反间谍调查处置工作，增强了法律的科学性、规范性、操作性，确保反间谍工作始终在法治轨道上运行。

2.《反分裂国家法》反的是“台独”分裂势力。该法强调了一个中国原则，明确了台湾问题的性质，主张以和平方式实现国家统一，保留以非和平方式制止分裂国家行为的规定，极大震慑了“台独”分裂势力，为依法维护国家主权和领土完整提供了有力武器。

3.《反恐怖主义法》反的是全人类公敌。该法明确界定了恐怖主义，确立了反恐工作的基本原则，健全了反恐的机制、体制，强化了应对处置、安全防范、国际合作、法律惩治等措施。[18]

4.《反外国制裁法》反的是霸权主义。该法规定了反制措施的适用情形对象、反制措施与反制裁工作的协调机制以及相关组织和个人义务等。

5.《国家安全法》，第十二届全国人大常委会第十五次会议于 2015 年 7 月 1 日通过。该法共 7 章 84 条，是一部全局性、综合性、基础性的“母法”，为统筹推进各领域国家安全立法奠定了基础，为全面加强国家安全工作提供了坚强法律保障。

6.《网络安全法》，第十二届全国人大常委会第二十四次会议于 2016 年 11 月 7 日通过，自 2017 年 6 月 1 日起施行。它是保障我国网络空间安全和发展利益

[18] 《全国人大常委会通过〈中华人民共和国反恐怖主义法〉》，载《中国信息安全》2016 年第 1 期。

的重大举措。

7.《核安全法》，第十二届全国人大常委会第二十九次会议于 2017 年 9 月 1 日通过，自 2018 年 1 月 1 日起施行，该法强化了核安全监管工作和国际合作。

8.《生物安全法》，第十三届全国人大常委会第二十二次会议于 2020 年 10 月 17 日通过，自 2021 年 4 月 15 日起施行，是生物安全领域统领性、基础性、综合性、系统性的法律；它的其颁布和实施，有利于保障我国人民的生命安全和身体健康。

9.《数据安全法》，第十三届全国人大常委会第二十九次会议于 2021 年 6 月 10 日通过，自 2021 年 9 月 1 日起施行，它在数据安全领域践行了总体国家安全观的要求，形成了我国保障数据安全的顶层设计，确立完善了数据安全保护管理的各项基本制度。

（二）我国的国家安全法尚未成为独立的法律部门

经过多年的努力，我国已建立了较为完备的社会主义法制体系，可划分为若干法律部门。法律部门（Legal department）又称为部门法，是根据其所调整社会关系及其调整方法的不同，而划分为不同的法律部门。

根据全国人民代表大会的数据，我国的法律体系可分为宪法、刑法、行政法、民商法、经济法、诉讼法、社会法、军事法等法律部门。但目前，我国的国家安全法尚未成为独立的法律部门，而是散布于其他的部门法之中。比如，《反分裂国家法》和《国家安全法》属于宪法，《反间谍法》属于刑法，《网络安全法》属于经济法，《境外非政府组织境内活动管理法》属于社会法，《核安全法》、《国家情报法》、《反恐怖主义法》和《密码法》属于行政法。[19]

二、我国国家安全法域外适用的依据

国家安全有着极其多层多元的构成，同时带有外部属性和内部成分。[20]国内安全的涉外因素越来越多，外部环境对国内稳定的影响也与日俱增，国家安全工作变得复杂多元。[21]党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，首次提出“涉外国家安全”。涉外法治关注国内法治的域外延伸与域外法律的国内管控，包括本国法律在境外的适用，确保本国法律在国际上的效力，还对外国法律在本国境内的适用进行规范和管控。[22]涉外国家安全机制的主要目标在于防范涉外风险，应对外部安全威胁，推动国家安全体系和能力现代化建设，维护公民和法人的海外合法利益。

---

[19] 数据来源：国家法律法规数据库，中国人大网（http://www.npc.gov.cn/npc/index.html），访问日期：2025 年 3 月 8 日。

[20] 王逸舟：《国家安全研究的理论与现实：几点思考》，载《国际安全研究》，2023 年第 2 期，第 3-22 页。

[21] 郭永良：《‘涉外国家安全’的逻辑、框架及其实现》，载《太平洋学报》，2025 年第 1 期，第 43-53 页。

[22] 凌胜利、赵墨涵:《中国涉外国家安全机制建设的背景、内涵与路径》，载《当代中国与世界》2024 年第 4 期，第 84-95 页。

目前，我国在国家安全法域外适用立法方面取得了显著成果，初步构建了较为完善的法律体系。从部门法角度，涉及到国家公权力、国家安全的“经济公法”领域，如《反间谍法》《破产法》《证券法》《反恐怖主义法》等。公法域外适用对我国并不陌生，我国的《刑法》（第 6-9 条）、《海洋环境保护法》（第 2 条）、《反垄断法》（第 2 条）、《网络安全法》（第 75 条）、《证券法》（第 2 条）、《个人信息保护法》（第 3 条）等，都有域外效力的规定。例如，《国家安全法》有关海外安全的规定、[23]我国《网络安全法》有关连接点的规则，[24]还有《核安全法》第 82 条第 2 款。[25]

通过不断制定和修订相关法律法规，如《香港国安法》等，明确了我国有关国家机关对境外危害国家安全行为的管辖权，为维护国家安全提供了强有力的法律保障。这些法律的制定和完善，体现了我国在国家安全领域的法治建设不断推进，适应了国际形势的发展变化和维护国家安全的现实需求。在网络安全领域，随着信息技术的飞速发展，网络安全威胁日益严峻，网络空间治理中的国家安全关切上升，[26]《网络安全法》的出台，及时填补了我国在网络安全立法方面的空白。在反间谍和反恐怖主义领域，相关法律的修订和完善，进一步加强了对境外间谍活动和恐怖主义活动的打击力度，提高了我国应对国家安全威胁的能力。

作为保护法益的最后一道屏障,《刑法》承担着打击危害国家安全犯罪的重要职责。[27]当然,《刑法》第 8 条的规定，尤其是关于以受害者国籍为依据所确立的管辖权到底是保护性管辖权还是被动的属人管辖权,是有争议的。[28]对于第 10 条，也有人称为“一事不再理”原则。[29]《刑法》的其他规定，也涉及到我国国家安

23 《国家安全法》第 4 条规定：任何组织和个人进行危害中华人民共和国国家安全的行为都必须受到法律追究。

24 2016 年《网络安全法》第 75 条规定，境外机构、组织、个人从事攻击、侵入、干扰、破坏等危害中华人民共和国的关键信息基础设施的活动，造成严重后果的，依法追究法律责任：国务院公安部门和有关部门并可以决定对该机构、组织、个人采取冻结财产或者其他必要的制裁措施。

25 《核安全法》第 82 条第 2 款规定，境外机构未经注册为境内核设施提供核安全设备设计、制造、安装或者无损检验服务的，由国务院核安全监督管理部门责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款：有违法所得的，没收违法所得：对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 2 万元以上 10 万元以下的罚款。参见廖诗评：“中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善”，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 25 页。

26 李艳：《人工智能国际治理：“安全偏好”及其现实影响》，载《国家安全研究》2025 年第 1 期，第 67 页。

27 董玉庭：《〈国家安全法〉视域下危害国家安全罪新论》，载《南京大学学报》2024 年第 2 期，第 39 页。

28 《刑法》第 8 条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”第 9 条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。”参见宋杰、郑和英：“主权形象视域下的法律域外适用体系构建问题”，载《浙江工商大学学报》2023 年第 6 期，第 69 页。

29 《刑法》第 10 条规定：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”参见冉刚：“司法实践视角下的跨国商业贿赂域外管辖——兼论我国域外管辖制度的完善”，载《国际法研究》2020 年第 6 期。

全法的域外适用。[30]

我国《生物安全法》第 53 条将境外生物技术研发活动纳入监管，防范生物恐怖主义与疫情跨境传播，体现了从单一防御到主动塑造安全格局的转变。

《香港国安法》第 29 条、第 30 条有关于“勾结外国或者境外势力危害国家安全罪”的规定。[31]《香港国安法》设置了域外适用条款。第 37 条规定，香港国安法适用于在香港特别行政区以外地方违犯香港国安法下罪行的特区永久性居民，及在特区成立的公司及团体等法人及非法人组织。《香港国安法》第 38 条突破传统属地管辖限制，规定对境外实施的危害国家安全行为可直接适用该法，凸显主权安全的不可分割性。[32]

《反间谍法》的相关规定，适用于在境外实施的危害我国安全的间谍活动。

三、我国国家安全法域外适用的路径

根据国际法，国内法域外适用的依据有属地管辖等。船舶、航空器的国籍国往往与东道国的属地管辖发生竞合。本文中，国家安全法域外适用的依据即属地管辖。

当前，我国学术界对于域外适用的理论主要有三种。“管辖范围说”认为，域内是国际法授予的“管辖领域”。[33]“法域说”认为，域内为法律有效管辖所及的主权领域范围。[34]“领土说”认为，域外适用限定于国家管辖的领土地理范围。[35]有学者认为，在法律明文中出现的“域”一般主要表述为“领域”，而“域外适用”此时指法律在领域之外进行适用，如我国《刑法》第 6 条和第 10 条、《民法典》第 12 条。这个两个法律条文中以一国之领域——国域为立法明确的标准，并且学术界已经达成共识和有立法的明文进一步的规定，领域具体指一国国境的全部区域——领土、领水、领空以及在该国注册的船舶、航空器等。本文认为，我国国家安全法域外适用，是指其在我国领土范围之外适用。

从国际实践来看，法的域外适用路径，通常以国内法推动为主。即，在国家机器的推动下，将立法、司法、执法的触角伸向域外，以实现本国法的域外适用，甚至不惜与外国主权发生碰撞、冲突。美国等西方国家，是其代表。其实质，是

30 《刑法》第 56 条规定，对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利。第 110 条规定，有下列间谍行为之一，危害国家安全的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑：（一）参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的；（二）为敌人指示轰击目标的。第 113 条规定，本章上述危害国家安全罪行中，除第 103 条第二款、第 105 条、第 107 条、第 109 条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。犯本章之罪的，可以并处没收财产。

31 《香港国安法》第 29 条：为外国或者境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供涉及国家安全的国家秘密或者情报的；请求外国或者境外机构、组织、人员实施，与外国或者境外机构、组织、人员串谋实施，或者直接或者间接接受外国或者境外机构、组织、人员的指使、控制、资助或者其他形式的支援实施以下行为之一的，均属犯罪：……

32 王勇：《论我国刑事保护性管辖权中的国家安全问题》，载《政治与法律》2022 年第 1 期。

33 廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 21 页。

34 孙国平：《论劳动法的域外效力》，载《清华法学》2014 年第 4 期，第 25 页。

35 霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020 年第 2 期，第 174 页。

以国家实力为后盾，以维护本国域外利益为目的，以霸权主义为其底色。

而以中国为代表的新兴国家，则主张以国际法为主，来推动法的域外适用。即，通过国际组织、国际条约、国际合作机制等，在维护国家主权、实现各国互利共赢的前提下，推动本国法的域外适用。其目的是消除各国法律的冲突、漏洞，打击有罪不罚，实现真正的公平、正义，建设人类命运共同体。

四、我国国家安全法域外适用立法的不足

然而，当前我国国家安全法域外适用的立法尚存在一些不足之处。

（一）部分领域存在立法缺失或不完善的问题。

在数据安全领域，缺少对我国执法机构获取域外数据的程序规定，数据跨境调取坚持的仍是司法协助路径，面对危害国家安全的活动，我国执法机关的数据调取能力受限。[36]一些法律条款存在表述模糊的问题，如《反外国制裁法》。[37]这种较为抽象的规定，对于管辖连接点的具体类型没有作出相应的解释，法律适用存在着极大的模糊性和不确定性。这些问题制约着我国国家安全法域外适用的实施效果，需要在今后的立法工作中加以完善。

《香港国安法》的适用存在着法理冲突：在审理涉及国家安全刑事案件时，应当以不保释为原则，以保释为例外。这与香港特别行政区刑事诉讼法以保释为原则、以不保释为例外的规定正好相反。[38]

《网络安全法》第 5 条和第 75 条，虽然规定了与境外网络攻击的相关条款，但对我国网络安全的境外保护，应更侧重于完善数据安全技术治理标准，着力构建国家安全治理体系。此外，一些国家安全法律虽设有域外适用条款，能够适用于特定的人、物、行为，但这种域外适用条款的广度不足，无法涵盖其他需要域外适用的情形，例如，《网络安全法》虽对“境外机构 …… 造成严重后果的”特殊情况作出了域外适用的安排，但又从一般层面加以限定。若跨国公司在境外为境内用户提供网络服务，如将服务器设在境外的跨境电商为中国用户提供境外购物服务，跨国公司的这种境外行为是否应当遵守《网络安全法》的相关规定？对此，《网络安全法》等立法条文似无法提供明确答案。类似的，还有《核安全法》等法律。

（二）法律责任类型单一，无法保证域外适用的实施效果。

现行域外适用规则的法律责任以刑事责任为主，对罚款、没收违法所得等行政责任重视不够。如，《刑法》第 6 至 8 条等。

又如，《反分裂国家法》虽扩大了规制范围，却未明确规定域外适用条款。

---

[36] 陈喆、陈佳贝：《国家安全视角下涉外法治建设的检视与完善》，载《法治论坛》，2002 年第 4 期。

[37] 《反外国制裁法》第 14 条规定，“任何”组织和个人不执行、不配合实施措施，依法追究法律责任

[38] 《香港国安法》第 42 条第 2 款规定，“对犯罪嫌疑人、被告人，除非法官有充足理由相信其不会继续实施危害国家安全行为的，不得准予保释。”参见全国人大常委会：“中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法”，中华人民共和国主席令〔2020〕第 49 号，2020 年 6 月 30 日。

（三）部分立法之间存在逻辑关联问题

我国《宪法》第 28 条规定了“危害国家安全的犯罪活动，”还有一些法律规定了“危害国家安全犯罪”。但《刑法》《刑事诉讼法》等法律规定的相关条款，对于“危害国家安全的犯罪活动”、“危害国家安全的犯罪”等表述存在差异。

这一适用上的困惑，在很多时候并没有被清晰地提出并讨论，如针对《刑法》第 107 条，部分论著直接确定其可以适用于境外组织、机构在域外实施的针对我国境内的犯罪。[39]

关于《刑法》第 107 条的域外适用及与《刑法》第 8 条的协调适用，基于该条罪名涉及我国的根本国家利益，因此，存在该罪名的域外适用是否应当适用绝对适用原则，即不再考虑双重犯罪原则的约束问题。

目前，我国一些国家安全法律尚缺乏与各类域外适用实体条款相配套的域外适用管辖条款，在域外适用中存在着适用难的问题，只是空中楼阁、镜花水月。

此外，我国法院如何在域外适用法律体系中发挥具体的作用，也无从谈起。从国际经验看，国内法院在本国法域外适用中扮演着不可或缺的角色：主动者倾向于能动司法、甚至会走向管辖权的扩张；被动者则依据对等原则，将相关国家在本国的实体作为诉讼对象，予以管辖。

五、我国国家安全法域外适用的完善建议

我国秉持人类命运共同体理念参与国际事务，但澳大利亚籍人士成蕾间谍案和加拿大康明凯间谍案等影响我国国家安全的案件仍然层出不穷，而且众多在境外危害我国的涉秘案件表明，在境外危害我国国家安全的行为具有更大的危害性、且目前难以规制。我们需要探求更多合理维护国家安全的方式和方法。

长期以来，我国国家安全法律实施域外适用措施的实践并不多，这给我国国家安全法域外适用带来了巨大的挑战。2017 年 12 月 4 日，美国美光公司在加州诉我国福建晋华公司和台湾联合电子公司，2018 年 10 月 29 日，美国商务部制裁我国福建晋华公司；2018 年 9 月 20 日，美国制裁中国人民解放军总装备部及其部长等众多案件发生后，我国提出，采用反制立法的方法，以回应上述类似案件。

如前文所述，中国法域外适用法律体系，至少应包括确立域外效力规则和保证域外适用实施的相关规则。因此，完善中国法域外适用的法律体系，需要根据国内外的实践及经验。包括国家安全法在内的我国法域外适用存在较大的改进空间。

（一）在重要立法中确立域外效力条款。

在顶层设计层面，我国涉外法治、法的域外适用应统筹规划，对相关法律的

[39] “境外公司、企业能否作为单位犯罪的主体”（尽管没有明确提出这一概念，但其论述时将针对中国或公民的犯罪与在中国境内实施的犯罪并列，则应有此意）。参见高憬宏、杨万明主编：《基层人民法院法官培训教材实务卷刑事审判篇》，人民法院出版社 2005 年版，第 26 页。

立、改、修、废、释，应同步共进，尽量消除其中的冲突、漏洞、缺陷、不足，并将国家安全法的域外适用有机地纳入其中。在立法层面，我国应进一步明确《反恐怖主义法》等法律的域外效力及域外适用的条件。[40]

加强涉外安全领域立法，充实法律“工具箱”：[41]首先，细化执法程序规则。在《反外国制裁法》中明确“国务院有关部门”的具体构成（如商务部、外交部等），并建立跨部门联席会议制度。其次，制定企业合规指引。由商务部牵头发布《反外国制裁合规指南》，明确企业义务与风险防范措施。例如，要求跨国企业建立“双线合规”机制，既遵守中国反制措施，又避免触发第三国制裁。对于《阻断办法》的豁免申请，应制定量化评估标准，如“损失超过企业上年度营收5%”可启动豁免审查。

（二）强化域外适用，突破管辖权实践困境。

参照国际实践，国家安全法的域内适用是常态，域外适用是例外。这是国家主权平等原则在法律适用层面的体现，也是反对长臂管辖等霸权主义行径的需要。

1、理顺效力位阶和法律衔接

理顺维护国家安全涉外立法的效力位阶和法律衔接。[42]首先，建议全国人民代表大会将《国家安全法》提升制定为基本法律，解决国家安全领域基本法内容功能和法律位阶的矛盾问题。[43]其次，要正确处理《国家安全法》与其他部门法之间的关系。在《国家安全法》中增加实施国家安全相关限制性措施的授权规定，与有关法律法规相呼应，提升国家安全法治之间的自治性、协调性和权威性。第三，适时将“维护国家安全和利益”纳入我国各种涉外法治的立法目的之中，实现保障国家安全的涉外法律法规价值理念的一致性。

2、拓展保护性管辖适用范围

建议修改《刑法》第 8 条，删除“三年以上有期徒刑”的限制条件，明确“危害国家安全犯罪”不受双重犯罪原则约束。例如，对境外网络攻击行为，即使行为地法律未将其规定为犯罪，我国仍可行使管辖权。

3、创新民事诉讼管辖规则

在《民事诉讼法》中引入“重大利益联系”原则，允许法院对境外主体实施的歧视性措施行使管辖权。例如，若境外企业参与对华制裁导致我国企业损失，即使无传统管辖连接点，法院可依据《反外国制裁法》第 12 条认定“损害中国国家利益”而行使管辖权，类似欧盟 GDPR 的“效果原则”适用。

4、构建数据跨境调取机制

40 廖诗评：《中国法中的域外效力条款及其完善：基本理念与思路》，载《中国法律评论》2022 第 1 期，第 52-63 页。转引自覃俊豪：《国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对》，载《学术论坛》2024 年第 2 期，第 147 页。

41 郭永良：《“涉外国家安全”的逻辑、框架及其实现》，载《太平洋学报》，2025 年第 1 期，第 43-53 页。

42 陈喆、陈佳贝：《国家安全视角下涉外法治建设的检视与完善》，载《法治论坛》，2002 年第 4 期。

43 杨宗科:《论〈国家安全法〉的基本属性》，载《比较法研究》，2019 年第 4 期。

我国《数据安全法》第 36 条以“实际控制”和“国家安全”为标准，将境外数据处理行为纳入管辖，既回应美国《云法案》的扩张性管辖，又避免与他国管辖权直接冲突。未来，建议在《数据安全法》中增设“国家安全例外”条款，允许执法机关在紧急情况下直接调取境外数据。例如，参考美国《云法案》的“数据控制者标准”，对我国互联网企业在境外服务器存储的涉及国家安全数据，可要求其直接提供，如 2021 年我国对某境外社交媒体平台的数据调取实践。

以海外利益安全为例，我国还没有制定专门的海外利益安全法。关于海外利益安全的规定较为分散，没有对海外利益安全的主体、对象、原则、方式、制度、保障以及法律责任进行系统规定。[44]

《网络安全法》的域外适用若要达到预期，仍需进一步完善。应借鉴欧盟 GDPR 的“保护管辖原则”，修改我国《网络安全法》第 75 条针对“关键信息基础设施”的域外效力，明确数据安全的“效果管辖原则”，无论数据是否存储于我国，只要其处理和使用在我国领土之内产生或意图产生不利影响，均属我国管辖；[45]并基于《网络安全法》进一步完善《数据安全法》的相关条款。我国可以从其他小规模立法的角度出发，不断完善和拓宽有关网络安全领域的域外适用效力。如，《网络安全法》第 5 条、第 75 条等，是我国初步探索建立符合自身需求的长臂管辖模式的开端。

（三）健全国家安全法的实施机制，增强法律可操作性。

健全和完善跨国执法合作机制，提升联合执法能力，依法打击跨国犯罪，提升安全治理效能。[46]根据《反恐怖主义法》，国务院外交、公安、国家安全等主管部门负责加强对中国在境外的公民以及驻外机构、设施、财产的安全保护，防范和应对恐怖袭击。[47]值得一提的是，中国还强化了政府各部门之间的协调，增强了各部委在涉外国家安全方面的协调能力。[48]安全部、国防部、公安部、外交部、商务部等各部委各司其职，协调推进了中国涉外国家安全机制建设。[49]在打击跨境恐怖主义活动时，安全机关负责情报收集和分析，确定恐怖组织的活动规律和人员构成；公安机关则负责具体的抓捕行动和现场处置，确保行动的顺利进行。双方还加强了在国际合作方面的协作，共同与其他国家的执法机构开展联合

---

44 郭永良：《“涉外国家安全”的逻辑、框架及其实现》，载《太平洋学报》，2025 年第 1 期，第 43-53 页。

45 《数字法学的争锋与应答——第二届“数字法学与数字司法”高端论坛会议实录》，载《数字法学评论》，2024 年第 1 期。

46 凌胜利：《统筹内外：大外交时代的中国涉外国家安全机制建构》，载《外交评论》2025 年第 1 期，第 5 页。

47 《反恐怖主义法》第 71 条第 1 款规定：“经与有关国家达成协议,并报国务院批准,国务院公安部门、国家安全部门可以派员出境执行反恐怖主义任务。”参见宋杰、郑和英：《主权形象视域下的法律域外适用体系构建问题》，载《浙江工商大学学报》2023 年第 6 期，第 69 页。

48 张丹丹、孙德刚：《新时代中国海外公民安全综合保障能力建设探析》，载《国际关系研究》，2024 年第 4 期，第 141 页。

49 凌胜利：统筹内外：《大外交时代的中国涉外国家安全机制建构》，载《外交评论》2025 年第 1 期，第 12 页。

行动，共同打击跨国犯罪和恐怖主义活动。

在海外利益安全中的领事保护机制，依据国际法和我国相关立法，我驻外使领馆积极为海外中国公民提供领事保护，领事保护应急处置的实践创新力求实现“多个层级、多方联动”。[50]企业和社会组织既是海外信息中台，同时也是海外联防机制主体。[51]要进一步强化国外同胞的联系，充分利用当地的私营安保公司（PMC）等非官方机制。2023 年 9 月 1 日起施行的《领事保护与协助条例》旨在维护中国海外公民、法人、非法人组织的正当权益，是贯彻总体国家安全观、维护人民安全的重要举措。

强化涉外法律服务工作，可以提升涉外法律服务能力和水平，确保国内法律与国际法律的有效衔接，保障在国际合作中的行动合法、高效。加强法律基础建设，通过签订双边或多边合作协议，明确合作范围、职责和程序，提升国际执法能力。[52]

（四）遵循主权原则、法治原则、对等原则、补充原则，推动构建跨国法律协调机制。[53]

当在域外发生严重危害我国国家安全的行为、甚至是构成东道国与我国法律均明确视为犯罪的行为时，我国首先应向东道国法院提起诉讼，并提供相应的证据；若该国受理并作出有罪判决，我国可以根据有关国际法规则，向该国提出“执行引渡”请求；若该国受理但作出无罪判决，我国可以根据有关国际法规则，向该国提出“诉讼引渡”请求；若该国拒绝受理，则我国可以根据“用尽当地救济”等国际法规则，向该国提出引渡请求；若该国拒绝我国的引渡请求，我国人民法院可以根据相关国际法规则，对相关被告人作出缺席判决，并根据对等原则，对相关国家加以制裁。

同时，根据国家主权平等原则，通过缔结双边或多边引渡、司法协助的条约、协定，相互承认本国法律、司法判决或裁决在对方的效力；建立跨境执法协作平台，可以在联合国及上合组织等框架下，加强打击三股势力的合作；充分利用国际刑警组织（INTERPOL）发布国际通缉令的机制；在《国际刑事司法协助法》框架下增设“国家安全特别协作程序”。根据补充原则，尊重东道国的司法主权，努力用尽当地救济，不干涉对方的内政；根据属地原则，在东道国优先适用当地法律。

我国需提高国际规则话语权。推动在联合国框架下制定《跨国数据安全公约》，确立“数据主权平等”原则，反对单边主义管辖。例如，在 G20 框架下提出“跨

[50] 夏莉萍：《中国领事保护理念与实践创新》，载《中国社会科学报》，2023 年 5 月 11 日，第 3 版。
[51] 凌胜利、赵墨涵：《中国涉外国家安全机制建设的背景、内涵与路径》，载《当代中国与世界》2024 年第 4 期，第 84-95 页。
[52] 同上注。
[53] 凌胜利：《统筹内外：大外交时代的中国涉外国家安全机制建构》，载《外交评论》2025 年第 1 期，第 1-28 页。

境数据治理中国方案”，主张数据调取需经主权国同意，类似《海牙取证公约》的多边合作机制。

对于域外管辖权共性标准问题，根据域外管辖权发展的一般规律，传统国际私法领域的“礼让”标准，以及美国主张的单向性且干涉他国内政的“效果”标准，都不能作为我国国内法域外适用体系建设中的域外管辖权标准。在国际法中，“互惠”标准从双向性出发,强调主权国家之间的平等互利。

未来，我国仍需进一步完善国际执法合作机制，“扩大执法安全合作 ‘朋友圈’”，[54]提高国际协作能力，从而提升打击跨国犯罪和境外追逃追赃等国际执法合作的效率。[55]如，对境外间谍犯罪案件，可通过外交渠道启动紧急司法协助，突破《刑法》第 8 条关于最低刑期与双重犯罪原则的限制。

2025年中国国际法学会年会

[54] 王小洪：《推进国家安全体系和能力现代化 （学习贯彻党的二十届三中全会精神）》，载《人民日报》，2024 年 8 月 8 日，第 6 版。

[55] 凌胜利：统筹内外：《大外交时代的中国涉外国家安全机制建构》，载《外交评论》2025 年第 1 期，第 14 页。

A Study on the Extraterritorial Application of China's National Security Law

By Kongxiang Wang

(Department of Law, University of International University)

Abstract: Currently, China's national security legal system is gradually taking shape and improving, but it has not yet become an independent legal department. The extraterritorial application of China's national security law has become an organic part of China's extraterritorial application of law: it has the realistic possibility but also has certain defects and shortcomings. We should draw lessons from relevant domestic and foreign experiences, explore practical paths based on principles such as sovereignty, equality, and complementarity, and further improve the extraterritorial application of China's national security law.

Keywords: Overall National Security Concept | National Security Law | Principle of National Sovereignty and Equality | Principle of Complementarity

2025年中国国际法学会年会

高层次涉外法治人才培养协同路径研究

曲亚囡　薛 颖

摘要：“一带一路”倡议是我国对外开放和国际合作的重要战略，也是我国参与全球治理的重要平台。在此背景下，通过对我国涉外法治人才培养的政策和法学教育培养文件的解读，明确涉外法治人才培养的目标和要求，在分析和借鉴国内外高校是如何进行创新涉外法治人才协同培养机制的基础上，提出我国当前构建涉外法治人才协同培养创新机制面临的挑战，从宏观和微观两个视角，从宏观视角破除机制壁垒，从微观视角完善协同培养合作机制，从培养目标、培养模式、培养体系和培养机制，打造全链条涉外法治人才的协同培养机制，切实提升培养涉外法治人才的质量。

关键词：“一带一路”；四个协同；人才培养；涉外法治

引言

2013 年，我国首次提出“一带一路”倡议，伴随着其建设的深入推进，法治化体系构建成为关键时期。面对全球治理体系和国际秩序变革的加速推进，我国高度重视对外交流与合作的各种机遇，积极探索并应对以涉外活动带来的机会和挑战。党的二十大报告提出，“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治”，这是我们党首次将涉外法治建设写入全国代表大会报告之中，充分体现了涉外法治建设在以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴进程中的重要作用。[1]在此建设过程中，高层次涉外法治人才培养更是关键一步。2023 年 2 月，中共中央办公厅和国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，明确了新时代法学教育和法学理论研究的指导思想、工作原则、发展目标和重点任务，从涉外法治工作全局性的高度强调了涉外法治人才培养的重要性。中共中央政治局于 2023 年 11 月 27 日专门就加强涉外法制建设进行第十次集体学习，对于涉外法治人才培养，习近平总书记指出，要坚持立德树人、德法兼修，加强学科建设，办好法学教育，完善以实践为导向的培育机制，早日培养出一批政治立场坚定、专业素养过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的涉外法治人才。

人才培养是统筹推进国内法治与涉外法治的基础和根本，基于涉外法治建设的要求，在当前和今后的一个阶段，如何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对服务“一带一路”建设、参与全球治理和涉外法

[1] 光明网，涉外法治为中国式现代化行稳致远保驾护航[EB/OL].https://baijiahao.baidu.com/s?id=1803793985013204585&wfr=spider&for=pc.

治建设、推进国际法新文科建设等都具有十分重要的意义。因此，高校作为卓越涉外法治人才培养的重要基地，应当积极探索新时代卓越涉外法治人才的时代需求，准确把握卓越涉外法治人才的培养规格，探索卓越涉外法治人才的培养路径，为国家输送更多有使命、有担当的卓越涉外法治人才。

目前，涉外法治人才培养模式的研究已经具备了一定的研究基础，通过知网搜索“涉外法治人才”关键词共有 334 个文献，其中期刊文章 198 篇。通过文献分析，发现我国对涉外法治人才培养的研究起步较晚，经验较少。一是关于涉外法治人才培养内涵的研究。王辉认为，涉外法治人才不同于涉外法律人才，而是高层次卓越法治人才，因此要坚持高层次卓越型人才培养定位[2]；徐汉明，谢欣源基于“一带一路”法治保障的重要论述，提出在加强涉外法治专业队伍建设重大战略之下创新法治人才培养机制，将涉外法治人才培养作为法治人才建设的总体要求[3]。二是关于涉外法治人才培养的课程体系和教学改革的研究。李亭松利用倾向得分匹配法，形成国内国外双循环体系[4]；杜晨秋提出研讨、汇报、写作等多元化课程考核方式[5]；陶立峰认为，涉外卓越法治人才培养更加需要在厚德育、重实践、国际化方面精细设计且精准发力[6]。三是关于涉外法治人才培养模式的研究。郭雳提出了交叉培养、联合培养、法律实训等方式创新实践教学模式[7]，杜承铭，柯静嘉则认为，应当完善涉外法治人才培养体系需创新法学教育，引入多元化 “协调育人”的战略视野[8]。张雁提出应采用多层次资源资助模式、国际交流科研平台搭建模式和师资队伍国际化建设的涉外法治人才培养模式[9]；沈妍等在认知和操作层面探索构建了“四轮驱动、四维活动、七段循环”的涉外法治人才培养行动框架[10]。四是关于涉外法治人才培养的路径和评价。郭一帆认为，应从顶层设计出发，支持协同培养机制的建设[11]，杜焕芳认为，应当加强顶层设计，发挥实务部门、政府部门和涉外企业的作用[12]。胡德鑫基于国际化能力量表，从政策驱动、制度建构、资源调节以及内在激励层面构建国际化能力评价

[2] 王辉.论涉外法治人才培养：理念澄清与实施原则[J].中国高等教育,2024,(02):24-28.
[3] 徐汉明,谢欣源.以习近平“一带一路”法治保障重要论述为引领加快创新涉外法治人才培养体制机制[J].法治现代化研究,2023,7(05):31-39.
[4] 李亭松,杨希.“国外”抑或“在地”——不同国际化方式对研究生国际化能力的影响研究[J].中国高教研究,2022,(10):28-34.
[5] 杜晨秋,姚润明,刘红.研究生国际化创新课程探索和实践——以国家全英文精品课程 Environmental Quality and Wellbeing 为例[J].高等建筑教育,2022,31(06):78-87.
[6] 陶立峰.新时代涉外卓越法治人才培养路径探索[J].黑龙江教育(高教研究与评估),2021,(02):40-42.
[7] 郭雳.创新涉外卓越法治人才培养模式[J].国家教育行政学院学报,2020,(12):38-45.
[8] 杜承铭,柯静嘉.论涉外法治人才国际化培养模式之创新[J].现代大学教育,2017,(01):85-92+113.
[9] 张雁.“双一流”背景下研究生国际化培养实践与探索[J].高教学刊,2023,9(10):19-22.DOI:10.19980/j.CN23-1593/G4.2023.10.005.
[10] 沈妍,齐崴,贾宏杰,等.研究生国际化教育发展行动框架构建的探索与实践[J].学位与研究生教育,2022,(07):28-35.DOI:10.16750/j.adge.2022.07.005.
[11] 郭一帆.我国涉外法治人才培养的挑战和策略[J].昭通学院学报,2024,46(01):87-93+101.
[12] 杜焕芳.涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径[J].中国大学教学,2020,(06):22-30.

指标体系[13]。

总结国内外学者对涉外法治人才培养的研究，发现大部分学者对国内法治与涉外法治统筹推进要求下的涉外法治人才培养研究成果较少，且仍局限于传统的培养模式，国内外均没有形成统一的涉外法治人才培养国际化水平的评价标准。鉴于此，本文以统筹推进国内法治与涉外法治为背景，立足于新时代涉外法治人才协同培养的现状，从宏观和微观两个视角以“四个协同”全方位的实现育人理念创新，构建涉外法治人才培养新格局。

一、高层次涉外法治人才培养的目标定位和内涵

（一）拥有坚定的政治立场

政治立场坚定是高层次涉外法治人才的首要素质。习近平总书记多次强调要“坚持立德树人、德法兼修”，将社会主义核心价值观融入人才培养全过程。[14]在涉外法治工作中，人才需始终保持高度的政治敏锐性和鉴别力，坚定不移地维护国家利益和民族尊严。这就要求人才在政治上必须与党中央保持高度一致，具备坚定的理想信念和家国情怀，能够站在服务国家战略的高度，主动参与国际规则的制定和维护，为国家的对外开放和外交工作提供坚实的法治保障。

（二）专业素质过硬，通晓国际规则

专业素养过硬，通晓国际规则是高层次涉外法治人才的核心竞争力。首先，涉外知识是涉外法治人才安身立命的必要基础。目前，我国法学本科的教育目标为：学科基础实、学术素质高、专业领域宽和适应能力强。[15]对涉外法治人才而言，学科基础除了涉外法学理论基础，还包含人工智能、小众语种等非其他相关领域的知识。其次，国际规则是涉外法治人才练就战略眼光的必经之路。随着全球化的深入发展，国际规则在涉外法律事务中的作用日益凸显。因此，人才需具备广泛的国际视野和深厚的国际法知识，能够熟练掌握和运用国际规则，包括国际公约、国际条约、国际惯例等，以在国际事务中维护国家的合法权益。

（三）具有丰富的涉外法律实务经历

精通涉外法律实务是高层次涉外法治人才的实践要求。随着经济全球化的深入，法律全球化趋势日益明显，国际规则的普遍适用和不同国家法律的趋同化成为必然。高层次涉外法治人才需积极参与国际法律事务，通过在国际争端和诉讼中运用国际法律规则来解决争议，以维护国际社会的稳定秩序，并推动构建人类命运共同体。“一带一路”倡议的实施需要大量具有丰富涉外法律事务的高层次法治人才，“应用型是高等教育发展到一定阶段的必然取向”。[16]新时代的涉外法

[13] 胡德鑫,李琳璐.“双一流”背景下研究生国际化能力评价指标构建与影响因素研究[J].学位与研究生教育,2021,(08):21-27.

[14] 马怀德.加强涉外法治人才培养[J].红旗文稿,2023,(24):26-29.

[15] 覃冠文,宋国臣. 新时代海洋法治人才培养的内在逻辑、现实困境与应然路向——以海洋强国战略为视角 [J]. 沿海企业与科技, 2024, 29 (05): 51-59.

[16] 王建华.高等教育的应用性［J］. 教育研究，2013（4）：51-57.

治人才须积极参与国际贸易、国际投资、跨国诉讼等世间，不仅能够提升我国在国际事务中的影响力，也对构建人类命运共同体贡献了中国智慧与力量。

二、国内外高校高层次涉外法治人才培养的现状及经验总结

（一）国内高校高层次涉外法治人才培养现状

当前国内高层次涉外法治人才培养的情况呈现出多元化和综合性的特点，主要的培养模式呈现四大趋势。第一是数字化赋能，即虚拟实践、资源共享。伴随着科技强国的发展，教育资源得到了极大的改善。“人工智能+法律数据平台”通过虚拟仿真实验、在线模拟法庭等极大的提升了学生们的实践能力；搭建跨国实习基地与远程法律服务平台，突破地域限制，同时推动全国性共建共享数字资源库，实现真正的资源共享。[17]第二是精准化分层，即分类培养、需求导向。目前国内高校对于学生培养以精英化与实务为导向，区分学术型与实务型人才，前者侧重于理论研究，后者强化涉外法律实务训练，并通过“分类多模式”机制分配教育资源。[18]为培养创新型高层次人才，众多高校还纷纷开始本-硕贯通培养模式。本-硕贯通式招生培养是衔接本科教育阶段，贯通硕士培养阶段的学术型人才招生培养模式，如涉东盟法律人才的“本硕联合培养”。在贯通培养模式下，培养学制会缩短，培养效率也会提升。第三是国际化协同，即跨境合作、竞赛实训。首先，通过与国外知名法学院合作，开展学生交换项目和双学位项目。例如，华东政法大学与美国哈佛大学法学院、耶鲁大学法学院等顶尖法学院建立了合作关系，开展学生交换项目和双学位项目，帮助学生在国际环境中提升法律技能和国际视野。其次，通过模拟国际法庭、模拟仲裁等实践教学活动，增强学生的实际操作能力。例如，华东政法大学通过组织模拟国际法庭比赛、模拟仲裁比赛等活动，帮助学生在实际操作中提升法律技能和辩论能力。第四是本土化创新，即学科交叉、师资建设。在课程设置方面，国内高校强调法学与国际关系、外语、数字经济等领域的交叉融合。公安院校将国际法与警务实战相结合，师范院校融入教育学特点等。在师资队伍建设方面，国内高校积极引进具有国际背景和实务经验的法学专家担任教师。例如，中国政法大学聘请了多位在国际组织和国际法庭任职的法学专家担任兼职教授，为学生提供国际法律事务的实战经验。清华大学法学院则通过与国外知名法学院的合作，引进了一批具有国际视野和实务经验的法学教授，提升了师资队伍的整体水平。

（二）国外高校高层次涉外法治人才培养的经验总结

首先，国外高校在课程设置上注重理论与实践的结合。例如，英美高校注重法律诊所（Legal Clinic）与模拟法庭训练，例如哈佛法学院设立国际投资仲裁模

[17] 唐梦楠,闫红菊,靳学胜.涉外法治人才实践能力培养数字化转型路径研究[J].北华航天工业学院学报,2024,34(02):60-62.

[18] 彭振,王晓萍,李嘉宝.涉东盟高素质法律人才培养体系的探索与创新[J].东南亚纵横,2024,(06):20-27.

拟法庭，提升学生处理跨境争议的实战能力。[19]荷兰莱顿大学通过欧盟法律实务中心（ELRC）与欧洲法院合作，提供真实案件分析机会。[20]新加坡国立大学建立“一带一路”法律数据库，引导学生参与跨境合规项目研究。[21]其次，国外高校在师资队伍建设上注重国际化。例如，新加坡国立大学法学院聘请了多位在国际组织和国际法庭任职的法学专家担任教授，为学生提供国际法律事务的实战经验。加拿大麦吉尔大学法学院则通过与国外知名法学院的合作，引进了一批具有国际视野和实务经验的法学教授，其推行的“三导师制”，由法学教授、外交官与国际仲裁员联合指导学位论文，提升了师资队伍的整体水平。[22]再次，国外高校在语言教育方面有着独特的优势。例如，欧洲的一些高校，由于其地理位置和多元文化的环境，学生在日常学习和生活中就需要接触多种语言。在法学教育中，多语言的教学材料和教学环境使得学生能够熟练掌握多种语言进行法律事务的处理。而且，国外高校普遍注重培养学生的批判性思维和自主学习能力。在课堂上，教师更多地是引导学生进行思考和讨论，而不是单纯地灌输知识。这种教学方式有助于学生在面对复杂的涉外法律问题时，能够独立思考、分析并提出解决方案。最后，国外高校在国际交流与合作上注重广泛性和深入性。通过交换生项目、联合研究等方式，实现资源共享和优势互补。例如，美国斯坦福大学法学院与多个国家和地区的法学院建立了合作关系，为学生提供海外交流和实习的机会。英国伦敦政治经济学院法学院则通过与国际组织的合作，为学生提供参与国际法律事务实践的机会，提升学生的国际视野和实践能力。

通过总结国外高校在涉外法治人才培养方面的经验，可以发现他们在课程设置、师资队伍建设、实践教学环节和国际交流与合作等方面都注重国际化与实践相结合，这为我国高校在涉外法治人才培养方面提供了有益的借鉴。我国高校可以在借鉴国外经验的基础上，结合自身实际情况，探索出一条适合中国国情的高层次涉外法治人才培养路径。

三、高层次涉外法治人才培养存在的问题

（一）高层次涉外法治人才培养成效与国家涉外法治人才需求的协同性不足

随着我国经济的持续崛起，国际贸易已成为我国经济增长的重要引擎。我国已成为全球最大的贸易国之一，出口和进口量在全球贸易中占据显著地位。自2013年习近平总书记提出“一带一路”倡议以来，我国与沿线各国务实合作，在政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通五大领域取得显著成就。

[19] 郭雳.创新涉外卓越法治人才培养模式[J].国家教育行政学院学报,2020,(12):38-45.

[20] 刘亚军,张羽佳.英国涉外法治人才培养模式及其启示[J].法学教育研究,2024,44(01):307-323.

[21] 韩永红,覃伟英.面向“一带一路”需求的涉外法治人才培养——现状与展望[J].中国法学教育研究,2019,(01):79-92.

[22] 杨安琪.“三导师制”协同教学模式在涉外法治人才培养中的应用[J].河南理工大学学报(社会科学版),2022,23(04):112-120.

这使得国际经贸合作更加频繁，对高质量涉外法治人才的需求不断上升。在国际仲裁领域，中国企业在海外面临大量的商业纠纷需要专业的仲裁人才来处理，但目前能够熟练运用国际仲裁规则、精通多门外语并且具备深厚法律专业知识的人才严重匮乏。国际投资的增加也对具备国际视野和法治思维的复合型人才提出了更高的要求。

然而，从人才培养规模上看，目前我国能够熟练从事涉外业务的律师仅有7000余名，其中可以从事“双反双保”业务的律师仅500余名，可以在世界贸易组织争端解决机制中独立办案的律师只有300余名，[23]高层次涉外法治人才的数量远远不足。特别是在国际贸易、国际投资、国际仲裁等领域，高素质的涉外法治人才严重短缺，并且现有的涉外法治人才主要集中在北京、上海、广州、深圳等一线城市，其他地区的人才储备明显不足。尽管近年来我国法学教育取得了显著进展，但涉外法治人才的培养规模仍然有限，各高校的涉外法治实验班规模普遍较小，难以满足国家对涉外法治人才的庞大需求。同时，由于涉外法治人才培养周期长、难度大，使得这一领域的人才供给长期处于短缺状态。在质量方面，国家需要的高层次涉外法治人才不仅要有扎实的理论基础，还需要具备跨文化交流能力、国际视野以及应对复杂涉外法律事务的实践能力。但当前的培养模式下，人才在这些方面的能力参差不齐，部分人才虽然有一定的理论知识，但在实际操作中，面对不同法律文化背景下的当事人、不同国家的司法体系差异等情况时，缺乏有效的应对策略，这反映出培养成效未能与国家需求在质量上实现良好的协同。例如许多高校和培训机构培养出的人才在专业知识结构上存在缺陷，往往偏重于国内法的学习，对国际条约、国际惯例的掌握不够深入，这就导致在实际处理涉外法律事务时，难以满足国家和企业的需求。

（二）高层次涉外法治人才培养的国内和国际的协同性不足

从国内层面来看，国内高校在涉外法治人才培养中普遍存在教学资源封闭的问题，主要体现在外语教学和国际课程设置上。中国人民大学、华东政法大学、武汉大学等国内七所政法高校均在普通英语课程的基础上设置了法律英语课程，但基本上由中国教师授课，缺乏国际化的师资配置。只有华东政法大学在培养方案中明确规定，国际经济法专业课程全部采用英文教学，这表明在专业教学中，国际化教学语言的使用尚不普遍。[24]此外，涉外法治人才培养的师资队伍在质量和结构上存在显著不足。尽管全国有888名国际法专业硕士研究生导师和275名博士研究生导师，但这些教师的培养主要集中在学术理论的培训上，而在法律实务经验和应用能力方面存在明显短板，这种师资队伍的偏向导致学生在实际法律操作和实践技能方面的培养滞后，无法有效满足涉外法治人才培养的需求。[25]

[23] 杨泽伟.新时代中国国际法学科体系的构造[J].武汉大学学报（哲学社会科学版）,2024,77(1):17-31.
[24] 崔晓静.高端涉外法治人才培养的理念与模式创新[J].中国大学教学,2022,(11):23-34.
[25] 郭一帆.我国涉外法治人才培养的挑战和策略[J].昭通学院学报,2024,46(1):87-93.

从国际层面来看，国内高校与国际法学院的交流合作还不够深入。许多高校虽然与国外法学院建立了合作关系，但合作内容往往局限于学术交流和短期访问，缺乏实质性的合作项目和联合培养机制，这导致学生在国际视野和实践能力方面难以得到全面提升，严重制约了涉外法治人才的培养。究其原因，国内高校在开展国际合作项目时，常常受到国家相关教育政策的限制，导致实施难度较大。在资金支持方面，国内法学院在聘请外籍学者或专业人员教授涉外法学课程时，虽然可以通过较低课酬或引进公益性授课的外籍学者，但在财务费用报销制度方面仍受到诸多限制。[26]同时，国内高校在国际法律事务中的参与度还不够高。一些高校的法学教师和学生虽然在国际法领域有较高的学术水平，但却缺乏参与国际法律事务的机会，以致于难以在国际舞台上展示中国的法治理念和实践能力，这导致中国在国际法律事务中的话语权和影响力受到限制。

（三）高层次涉外法治人才培养的课堂和实践的协同性不足

首先，课堂教学与实践操作的衔接不够紧密。传统的课堂教学往往侧重于理论知识的灌输，且教学方法单一化，过度依赖讲授式教授，忽视了与实践的紧密结合，缺乏案例分析、模拟法庭等互动式学习手段，限制了学生批判性思维、问题解决能力和实际操作技能的培养。课程内容与国际法律实务的脱节，导致学生难以将在课堂上所学的理论知识有效应用于实际工作中，影响了人才培养的质量。其次，实践教学严重缺位。一方面，实践教学环节的覆盖面不够广泛。许多高校虽然开设了模拟法庭、国际法律竞赛等实践课程，但这些课程的覆盖面和参与度还不够高，难以满足所有学生的实践需求，这导致部分学生在实践中缺乏实际操作的机会。另一方面，实践教学环节的内容和形式不够丰富。目前国内高校的实践教学环节往往局限于模拟法庭和国际法律竞赛，缺乏其他多样化的实践内容，这导致学生在实践中难以接触到实际涉外法律事务的各个方面。并且这些实践教学环节往往以固定的形式进行，缺乏一定的灵活性和创新性。尽管部分高校已经开始利用现代信息技术建设虚拟仿真课程和模拟赛事来提升学生的实践能力，但这些资源尚未得到充分利用，未能有效引入真实案例和国际实践内容，[27]也未能在全国范围内进行有效地普及，导致可能只有小部分学生接触过此类资源进行实践。

（四）高层次涉外法治人才培养的质量与评价的协同性不足

国内高校在涉外法治人才培养中虽然注重教学过程的实施，但缺乏与评价体系的协同，导致学生在学习过程中难以获得全面、客观的评价。首先，评价方法的创新性和灵活性不足。国内高校现行的评价机制主要以论文的发表和课题的数量与质量来衡量学生的专业能力，其他包括学生的思想道德素质、实践环节、社

[26] 张光,宋歌.论新时代我国涉外法治人才培养机制的创新与完善[J].法学教育研究,2022,(3):124-137.
[27] 赵晓英.新时代中国涉外法治人才的跨文化交际能力培育研究[J].咸阳师范学院学报,2024,39(3):116-120.

会能力等仅占很小一部分。此外，法律职业资格考试主要考察国内法内容，对国际法的涉及甚少，国际法的分值占比也极低，这使得通过法考难以有效检验应用型涉外法治人才的能力。[28]这样比较片面单一的偏向理论知识的评价方法难以全面反映人才的综合素质，难以满足国际法律服务市场的需求。其次，评价体系的科学性和系统性不足。高层次涉外法治人才的培养是一个系统工程，需要贯穿本科、研究生等多个教育阶段，并涉及课程体系、教学方法、实践训练等多个环节。然而，目前国内缺乏专门针对应用型涉外法治人才的考核标准，传统的法律职业资格考试侧重于国内法律运用，而法律英语证书则主要评估外语能力，无法全面检验考生的法律运用水平。[29]这种评价体系往往缺乏对这些环节的全面覆盖和有效衔接，导致人才培养的连贯性和系统性不强。最后，缺乏动态反馈评价机制。目前的评价机制多为一次性结果考核，缺乏对人才职业发展的长期跟踪。高校对于高层次涉外法治人才培养的评价仍局限于校内考核，未形成校企协同评价机制，学生后续动态化的职业发展没能及时的得到应有的评价，导致评价结果的滞后性和不准确性。

四、高层次涉外法治人才培养协同路径的构建

（一）以按需培养和“出口”前置为导向

为提升涉外法治人才的适应性和竞争力，必须以按需培养为导向，调整培养方案，确保人才供给与需求相匹配，这就意味着高校在制定培养计划时，应紧密对接国家和社会的实际需求，明确培养目标和方向。

首先，高校应根据国家和社会的需求，调整和优化培养目标，确保培养出的学生能够满足实际需求。当前，我国企业在“走出去”过程中面临着诸多法律挑战，如跨国合同纠纷、国际知识产权保护、海外投资风险评估等。这些都需要具备专业法律知识、熟悉国际规则、能够灵活应对各种法律风险的涉外法治人才来提供支持和保障。因此，我们的教育体系应当注重培养人才的实践能力和解决实际问题的能力，确保他们能够满足国家和社会的迫切需求。其次，“出口”前置指的是人才的最终流向和用途。在人才培养过程中，我们应当提前考虑人才的“出口”问题，即他们将来会从事什么样的工作，需要什么样的知识和技能，将职业导向和实践能力的培养提前，确保学生在毕业前就具备从事涉外法律工作的能力，这要求高校在课程设置、教学方法、实践环节等方面都要紧密围绕“出口”需求来进行。因此，高校应在培养过程中注重“出口”前置，即在学生入学初期就明确其未来的职业方向和发展路径，给学生提供适当的职业规划指导，并根据学生的兴趣和特长帮助其制定个性化的培养方案。制定个性化的培养方案。最后，高校应建立动态调整机制，根据国家和社会需求的变化，及时调整和优化培养计划。

[28] 武嘉曦,黄馨如.我国涉外法治人才培养困境及其出路[J].忻州师范学院学报,2023,39(3):106-112.
[29] 刘学文,袁帅.我国涉外法治人才培养课程建设体系革新方法论[J].法学教育研究,2022,(3):308-330.

高校可以通过定期调研和评估，了解国家和社会对涉外法治人才需求的变化，并根据这些变化调整和优化培养计划，确保培养出的学生能够满足实际需求。

（二）以国际交流和合作办学为桥梁

国际交流是连接国内外法治教育资源、理念和经验的纽带。通过与国际知名法学院校建立友好的交流关系，我国可以引进先进的法学教育理念、教学方法和课程体系，同时借鉴国际法律实务中的成功案例和先进经验。这种交流不仅有助于我国法学教育的国际化进程，还能使我国的涉外法治人才培养更加贴近国际法律实务的需求，提高学生的国际竞争力。高校还应引进国外优秀的法学教师和专家，通过讲座、授课、互动交流等多种形式，传授国际法律事务的实战经验。合作办学则是实现国际交流的重要载体。高校应积极与国际知名法学院建立合作关系，开展学生交换、联合培养等项目。通过与国外高水平大学合作举办涉外法治教育项目，可以共同设计课程、共享教学资源、联合培养研究生等，为学生提供更加多元化、国际化的学习环境。这种合作模式能够让学生在接受国内法学教育的同时，深入了解国际法律体系和法律文化，掌握国际法律实务中的核心技能和知识。例如中国人民大学法学院与欧洲高校合作设立“中欧欧洲法创新型人才国际合作培养项目”，该项目通过在国内进行法语培训后，派遣学生赴欧洲大学留学一年，并参与国际机构实习，最终获得中国和欧洲的硕士学位。[30]此外，合作办学还能够促进国内外法学教育资源的优化配置，提高我国涉外法治教育的整体水平和国际影响力。

在国际交流和合作办学的过程中，我国还应注重对学生培养的政策支持和资源投入。政府和社会各界应加大对涉外法治人才培养的投入和支持，政府可以设立专项基金，专门用于支持高校开展涉外法治人才的培养项目，鼓励高校根据国家发展的需求以及国际环境及时调整优化涉外法治人才的培养方案，建立跨学科式复合型人才培养模式。

（三）以学训赛创和涉外素养一体化培养为模式

学训赛创模式作为一种创新的教育培养模式，旨在通过理论学习、实践训练、竞赛比拼、创新实践以及涉外素养的全面提升，培养出具备国际视野、精通涉外法律实务、拥有较强创新能力和实践能力的高素质涉外法治人才。

在“学”的方面，课程体系应涵盖国际法、比较法、国际经济法、仲裁法等核心课程，同时引入国际法律实务、跨国争议解决等前沿课程，确保学生掌握扎实的理论基础。此外，教学方法应多样化，包括案例分析、模拟法庭、专题研讨等，以激发学生的学习兴趣和逻辑思维能力。“训”即实践训练，是检验和提升理论知识的重要途径。高校应与律师事务所、国际组织、跨国公司等机构建立稳定的合作关系，为学生提供丰富的实习岗位和实践机会。通过参与真实的涉外法

[30] 杜焕芳.涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径[J].中国大学教学,2020,(6):22-30.

律项目，学生能够深入了解国际法律实务的运作机制，积累宝贵的实践经验。同时，高校还应设立模拟法庭、涉外仲裁模拟实验室等实践教学平台，让学生在模拟环境中锻炼法律实务技能。“赛”指的是通过参加国际模拟法庭竞赛、涉外法律论文比赛等活动，激发学生的竞争意识和团队协作能力。这些竞赛不仅能够检验学生的学习成果和实践能力，还能够拓宽学生的国际视野，提升其跨文化沟通能力。通过与国内外高校的交流合作，促进学生之间的学术研讨和思维碰撞，提升学生的学术水平和综合素质。高校应鼓励学生积极参与各类竞赛，并提供必要的经费支持和专业指导。“创”强调创新实践能力的培养。高校应设立涉外法治创新项目基金，支持学生开展涉外法律实务研究、国际法律制度比较等创新项目。通过参与创新项目，学生能够锻炼问题解决能力、创新能力和团队协作能力，为未来的职业发展打下坚实基础。与实务部门、科研机构合作，开展应用研究，促进科研成果的转化和应用。

此外，涉外素养的培养也是不可或缺的一环。思想政治教育尤为重要，高层次涉外法治人才的首要素质便是拥有坚定的政治立场，在课程中融入社会主义核心价值观和社会主义法治理念教育，培养学生的爱国主义情怀和良好的政治素养。其次便是学生的专业素质培养，高校应加强外语教学，通过语言培训、跨文化交流等课程，培养学生的外语基础，提升学生的语言运用能力；同时，通过开设国际政治经济、国际文化交流、国际法律规则教育等课程，培养学生的国际规则意识和法治精神，拓宽学生的国际视野。

（四）以多方评价和多元评价为标准

首先，高校应建立多方评价机制，通过引入政府、企业、法律实务部门等多方参与，全面、客观地评价人才培养的质量。通过与政府部门的合作，了解国家在涉外法律事务中的实际需求，制定符合实际需求的评价标准。同时，高校还可以通过与企业的合作，了解企业在海外运营中的法律需求，制定符合企业实际需求的评价标准。根据市场需求和行业发展，校企双方应共同建立动态调整机制，[31]及时更新评价标准和方法，确保评价机制的持续有效性和准确性。其次，多元评价强调评价内容的多样性与评价方法的灵活性。评价内容应涵盖法学专业知识、国际法及国际规则的理解与应用、跨文化交际能力、法律实务操作能力以及创新能力等多个方面。法学专业知识是基础，国际法及国际规则的理解与应用是关键，跨文化交际能力是桥梁，法律实务操作能力则是检验人才是否具备实战能力的试金石，而创新能力则是推动涉外法治事业不断向前发展的动力源泉。在评价方法上，高校应结合自身优势，制定特色化的培养方案，通过多种评价方法，全面、客观地评价人才培养的质量。并设立专门的人才评价机制，以确保选拔出具备国际视野和过硬专业能力的涉外法治人才。除了传统的笔试、论文评审外，还应引

[31] 伍俊晖,黄小东,蔡丽.技能型社会建设背景下校企协同育人机制创新研究[J].教育与职业,2022,(15):71-74.

入案例分析、模拟法庭、国际法律实务项目参与、国际法律论坛发言等多种形式，以全面、立体地展现人才的综合素质与实践能力。最后，实施多方评价与多元评价，还需要构建一套完善的评价体系与机制。高校同各方评价主体应建立科学合理的评价指标体系，明确各评价主体的职责与权限，设计灵活多样的评价方法与流程，以及建立有效的评价与反馈机制。同时，还需加强各评价主体之间的沟通与协作，监督和评价过程，确保评价工作的公正性、透明性与高效性。

Research on the collaborative path of high-level foreign-related legal talents training

Qu Yanan　Xue Ying

(School of Marine Law and Humanities, Dalian Ocean University, Dalian, Liaoning 116023，China)

Abstract: The "Belt and Road" initiative is an important strategy for China's opening up and international cooperation, as well as an important platform for China to participate in global governance. In this context, Through the interpretation of China's foreign-related legal personnel training policy and legal education training documents, To clarify the objectives and requirements for the training of foreign-related legal personnel, On the basis of analyzing and drawing lessons from how domestic and foreign universities can innovate the cooperative training mechanism of foreign-related legal talents, Put forward the challenges facing China in constructing the innovation mechanism of foreign legal talents, From both the macro and micro perspectives, Breaking down the institutional barriers from a macro perspective, Improve the cooperative cultivation and cooperation mechanism from a micro perspective, From the cultivation target, culture mode, culture system and culture mechanism, To build a collaborative training mechanism for the whole chain of foreign-related legal talents, We will effectively improve the quality of training foreign-related legal personnel.

Key words: "Belt and Road"; four coordination; talent training; foreign rule of law

作者简介：

[1]曲亚囡（1983——），女，大连海洋大学，海洋法律与人文学院副院长，教授，法学博士，研究方向：国际法，国际海洋法，联系电话：13624252725，邮箱：709117713@qq.com

[2]薛颖（2002——），女，大连海洋大学，海洋法律与人文学院研究生，联系电话：18051439830，邮箱：916110557@qq.com

2025年中国国际法学会年会

以实践为导向的涉外法治人才培养机制探究

彭德雷[1]

摘要：涉外法治人才培养是统筹推进国内法治和涉外法治的重要支撑，是推进全面依法治国的重要人才保障。党的二十届三中全会强调“完善以实践为导向的法学院校教育培养机制”，当前涉外法治人才培养单位，要努力解决“供给侧”与“需求侧”失衡，校内培养与实践应用脱节的现象。为此，高校作为人才培养的第一阵地，需要进一步明确涉外法治人才培养的实践属性和目标要求，与实务部门协同推进涉外法治人才培养。目前涉外法治人才培养的生态尚在形成中，欧美高校在涉外人才培养中的经验可供中国参考。在涉外法治人才培养中，仍需要不断完善涉外法治人才的实践体系、丰富拓展涉外法治人才培养的实践平台、充分发挥涉外法治人才培养中的国际区位优势、积极搭建涉外法治人才培养的海外实践平台等，完善以实践为导向的涉外法治人才培养体系，构建涉外法治人才培养的大工作格局，更好服务我国涉外法治体系和能力建设。

关键词：依法治国　涉外法治人才培养　实践导向　院校合作

Research on the Practice-Oriented Cultivation System for Foreign-Related Legal Talents

Abstract ： The cultivation of foreign-related legal talents serves as a key pillar to take a coordinated approach to the rule of law at home and in matters involving foreign parties, as well as a crucial talent guarantee for advancing the law-based governance on all fronts. The Third Plenary Session of the 20th Central Committee of the Communist Party of China emphasized the need to “improve the practice-oriented educational and training mechanisms between academic and practical departments.” Currently, institutions tasked with cultivating foreign-related legal talents must address the imbalance between the supply and demand along with the disconnect between academic training and practical application. To this end, universities as the primary front for talent development, must clarify the practical attributes and objectives of foreign-related legal talent cultivation and collaborate with legal practitioners to advance this mission. Currently, the ecosystem for cultivating foreign-related rule of

[1] 彭德雷（1984—），男，江西宜春人，法学博士，华东理工大学法学院院长、教授、博士生导师,deleipeng@163.com。

项目资助：本文是系国家重大课题“制度型开放与全球经济治理制度创新研究”（20&ZD061）、国家社科课题“数字贸易框架下跨境数据流动的国家规制与国际治理研究”（19CFX083）以及上海市教委教育法学人才“涉外法治人才培养协同创新机制研究（2020JYFXR041）”项目的阶段性成果（结题为优秀）。

law talents is still taking shape. The experiences of European and American universities in nurturing internationalized talents can provide valuable insights for China. In advancing the cultivation of foreign-related rule of law talents, it is imperative to continuously refine the practical systems for such talents, enrich and expand practical training platforms, fully leverage international geographical advantages, and actively establish overseas practical platforms, improve the practice-oriented training system for foreign-related rule of law talents, build a comprehensive framework for their cultivation, which can better serve the development of China's foreign-related rule of law system and capacity building.

Keywords: *Rule of Law, Cultivation for Foreign-Related Legal Talents, Practice-Oriented, Academic and Practical Cooperation*

一、引言

"法治人才培养上不去，法治领域不能人才辈出，全面依法治国就不可能做好。"[2]当前，涉外法治人才培养是涉外法治建设的重要支撑，关系到全面推进强国建设、高水平对外开放和外部风险挑战应对。针对涉外法治人才培养，习近平总书记在发表重要讲话时明确要求，"完善以实践为导向的培养机制，早日培养出一批政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的涉外法治人才"。党的二十届三中全会《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》和《教育强国纲要》再次强调"完善以实践为导向的法学院校教育培养机制"，进一步突显涉外法治人才培养的实践属性和实践要求。[3]2023年12月，中央依法治国办、司法部、教育部、中国法学会联合举办全国法学院校深入学习贯彻党的二十大精神和习近平法治思想专题培训班，是建国以来首次对全国625所法学院校负责同志进行全覆盖集中学习培训，[4]强调着力打造高素质专业化涉外法治工作队伍，为全面推进强国建设、民族复兴伟业做出新的更大贡献。

涉外法治人才培养具有很强的实践属性。涉外法治人才对服务涉外法治建设、全面依法治国、"一带一路"建设和参与全球治理等都具有十分重要的意义。[5]涉外法治人才培养应当重视实践教育的体系化，要建立完善整体推进、部

[2] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第174页。

[3] 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过）、中共中央、国务院《教育强国建设规划纲要（2024-2035年）》（2025年1月）。

[4] 笔者有幸全程参与了此次学习，来自最高人民法院、司法部、教育部、中国学会等领导对我国涉外法治人才的培养进行了讲解和辅导。

[5] 参见刘晓红：《以习近平法治思想为引领加强涉外法治人才培养》，载《法治日报》2021年1月20日第9版。

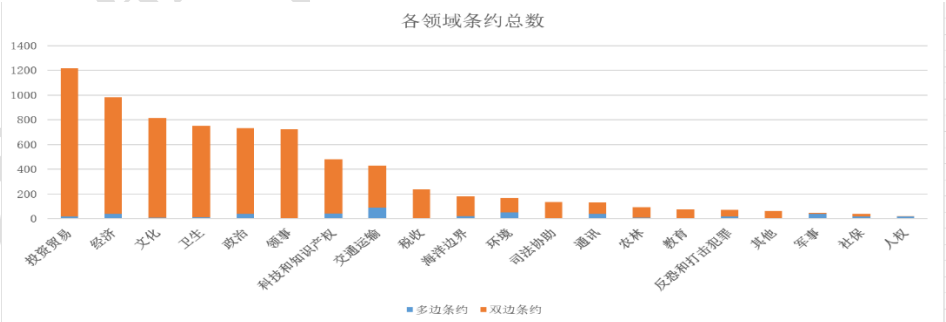
门联动、各方参与、协同高效的大协同格局。基于此，研究从涉外法治人才培养的实践需求出发，进一步明晰当前涉外法治人才培养的瓶颈；通过对国内外法学教育最新成果和域外涉外法治人才培养的比较参考，探讨我国涉外法治人才培养的实践路径，旨在为涉外法治人才培养提供建设性的思考，更好维护国家主权、安全和发展利益，推动国际法治朝着更加公正合理方向发展。

二、涉外法治人才培养的实践属性和现实需求

（一）涉外法治人才培养主要服务我国对外开放实践需求

习近平总书记指出，“涉外法治作为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，事关全面依法治国，事关我国对外开放和外交工作大局”。毋庸置疑，涉外法治人才培养的目标主要是服务于我国高水平对外开放和外交工作大局，是中国参与全球治理和国际法治实践的迫切要求。改革开放以来，我国在涉外法治人才培养方面取得了很大的成绩，为涉外法治领域输送了一大批涉外法治人才。然而，从需求端来看，我国涉外法治人才仍有很大的增长空间。通过对外交部《中华人民共和国条约集》和《中华人民共和国多边条约集》的数据分析，建国以来我国签署的投资贸易、经济、科技和知识产权、司法协助等各类重要条约超过7000 件。[6]无疑，这些条约的谈判、签署和更新都需要方方面面的涉外法治人才。随着我国深度参与全球治理，推进“一带一路”建设，未来将会产生更多对外交往的高端法律服务、外交政务管理等方面的工作岗位。

图 1：我国签署的国际条约领域分布（图片来源：作者自制）



从供给端来看，我国涉外法治人才供给数量存在很大提升空间。根据联合国最新的数据统计，在联合国系统的雇员中，中国籍雇员目前仅 569 人，占比 1.54%（承担的会费比例为 12%），美国籍雇员为 2445 人，占比 6.84%，中国任职人数与承担的会费不成比例。[7]由此管窥，在国际舞台上，维护中国利益、代表中国立场、深入参与国际法律事务处理的专业人才严重不足，这与中国的大国地位和形

[6] 根据中国条约数据库数据整理而来，http://treaty.mfa.gov.cn/web/index.jsp，最后访问 2024 年 12 月 30 日。

[7] 参见联合国官方网站，https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/189/07/PDF/N2118907.pdf?OpenElement;https://digitallibrary.un.org/record/4000510?ln=zhCN.

象不相匹配。当前，贸易保护主义和单边主义抬头，以特朗普 2.0“美国优先”贸易政策、欧盟绿色新政为代表的加征关税、扩大贸易壁垒、产供链脱钩重构等，促使贸易摩擦升级；与此同时，大量中国企业走出国门，但企业内部法律人才缺乏，使海外投资缺乏必要的风险防控，海外投资利益保护需要涉外法治人才的有力支撑。

（二）涉外法治人才培养需要实践环节的强有力支撑

涉外法治人才培养应以培养大批拥有坚定的法治信仰、扎实的法学功底、高超的外语水平以及全面学科知识的涉外法治专业人才为目标，需要在涉外法治人才培养协同机制上进行顶层设计。[8]

涉外法治人才培养体系需要实践环节的强有力支撑。需要畅通实务部门参与教育教学的渠道，为实务部门参与人才培养和教学环节提供便利，充分发挥校外实务导师、实习实训、模拟实务竞赛等实践教学在涉外法治人才培养中的作用，制定完善校外实务活动的学分认定、成绩评定、奖励激励制度，同时对参与实践教学尤其是校外人员提供工作保障机制，有力保障实践教学效果，为国外知名学者来华工作和学生参与国际实践提供便利。[9]

在培养环节中，我国目前大多数高校实践环境还存在一定发展空间。涉外法治人才培养的国际化生态圈尚在形成中。对于许多院校而言，真正的国际化高水平教学团队尚未形成，无法通过与国际组织专家共同制定和实施人才培养方案的形式为学生提供高水平的培养条件。国外教授主要是以短期教学为主，即所谓的“飞行教授”。国际合作协同的层次还有待提升、国内外一流专家学者共同参与人才培养的浓度还不够。涉外法治人才培养的环境尚在形成中，中国学生与国际学生共同学习、共同参与模拟仲裁、模拟法庭的实践比较有限，国际化的环境相对有限，尤其是高端国际交流平台比较有限。目前涉外法治人才主要聚焦“法律+外语人才”，行业类的涉外法治人才培养比较缺乏，涉外法治人才培养的系统性还有待加强。涉外法治人才的形成往往需要具备在国外学习或工作的经历，包括在国内政府部门涉外机构或国际机构任职实习经历，不过能够获得这类机会还非常有限。

（三）涉外法治人才培养需要多渠道搭建实践平台

当前，我国在输送涉外法治人才的渠道从广度和宽度上都需要进一步拓展。有限的涉外法治人才培养和输送平台，一定程度上也影响了包括涉外法治人才在内的高端国际化人才队伍的壮大。以世界贸易组织（WTO）为例，中国在 WTO 的任职人员与中国的国际地位不符。尽管近年来，我国在 WTO 中的人员迅速增加，但还有一定的提升空间。从下表的统计中，可看出目前中国在 WTO 秘书处

[8] 参见杜焕芳：《涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径》，载《中国大学教学》2020 年第 6 期。
[9] 单文华：《以实践为导向完善涉外法治人才培养机制》，载《民主与法制》周刊 2024 年第 24 期。

的人员与美欧等成员相比还有较大差距，这与中国的国际经济地位难以匹配。例如，近年来，中国目前在 WTO 中任职人员人数一直在 14 名左右，还不及法国的十分之一。要更好服务对外工作大局，应建立涉外法治人才培养支持机制，提高涉外法治人才培养质量。[10]

表 1 WTO 秘书处工作人员排名统计表[11]

排名	国家	女性	男性	总人数
1	法国	100	65	165
2	英国	34	12	46
3	西班牙	32	13	45
4	美国	20	11	31
5	意大利	11	14	25
6	德国	8	13	21
7	瑞士	9	9	18
8	加拿大	5	12	17
9	中国	8	6	14
9	印度	2	12	14
10	菲律宾	6	7	13
10	巴西	6	7	13
10	爱尔兰	12	1	13
……				
总计		**345**	**282**	**627**

数据来源：WTO 官方网站，数据截止 2024 月 12 月 30 日。

在华国际组织或分支机构的数量限制了涉外法治人才的培养。除在国际组织中我国国籍任职人员占比较低之外，我国入驻的国际组织数量非常有限。国际协会联盟出版的《国际组织年鉴》，收录了全球 73927 个国际组织。分析发现，有 49547 个国际组织成立于 1900 至 2019 年之间，占过去 120 年间的 67%；在国际组织数量全球排名前 25 名的国家中，中国排名第 23 位，共有 251 个国际组织，占全球 0.34%；美国有 9870 个国际组织入驻，占全世界的 13.35%，排名第一。其他依次是比利时、法国、英国、德国；排名第 14 位的印度，有 583 个国际组

[10] 杜焕芳、袁钢：《着力于“六个推进”完善以实践为导向的法学教育培养机制》，载《法治日报》，2015 年 1 月 8 日。

[11] See Overview of the WTO Secretariat, http://www.wto.org/english/thewto_e/secre_e/intro_e.htm, visited on June 30, 2024.

织入驻，是中国的一倍多。[12]一个国家所能影响的国际组织的数量和质量某种程度上决定着这个国家在国际社会的话语权，也影响到所培养涉外法治人才向外输送的能力。当前，实践中涉外法治人才输送渠道也影响到涉外法治人才培养的规模和质量。

多渠道搭建涉外法治人才培养的实践平台，能够弥补理论教学的不足。通过参与真实的涉外法律案件，深入了解案件的背景、事实情况以及相关法律规定的具体运用，培养法律思维能力和解决问题的能力。涉外实践平台能让学生接触到实际工作中的各种法律文书写作、法律谈判技巧、证据收集与整理等实务操作，这些都是理论教学难以完全涵盖的内容。多渠道搭建涉外法治人才培养的实践平台，能够提升学生的实践能力与职业素养。例如，在国际组织的实习项目中，对国际条约的理解、各国不同的国情状况以及国际问题的解决，有更深的理解，通过有助于提升自身的跨文化交流和沟通协作能力，更好地适应涉外法治工作的需要。一些地方司法实践部门（如上海市高级人民法院），专门设立了涉外法治人才培养基地，开设《涉外法治司法实务》等课程，积极搭建涉外法治人才培养平台。[13]在涉外律师事务所的实习实践中，学生可以参与到各类真实的涉外法律案件处理过程中，全面了解涉外法律业务的流程和要点。

三、我国涉外法治人才培养的既有模式与域外参照

（一）涉外法治人才培养的既有模式

当前，我国在国家层面已由教育部、司法部等部门牵头开展涉外人才培养实务项目。例如，从 2011 年起，教育部、中央政法委联合实施卓越法律人才教育培养计划，支持北京大学、清华大学、中国人民大学等 22 所高校建设涉外法律人才教育培养基地。2018 年教育部和中央政法委在涉外法治专业人才培养和教育方面提出的推动重点措施，包括要进一步拓宽与国际高水平大学和国际组织合作交流渠道，积极创造条件选送法学专业师生到国际组织任职实践。[14]2021 年，教育部开展涉外律师培养项目，共有 15 所高校入选实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目名单，开展涉外人才的培养。[15]2022 年，教育部、司法部选取共 20 所高校和 20 所仲裁委员会等涉外仲裁实务单位实施法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目，该项目于 2023 年至 2025 年招生，合计招收培养不少于 1000 名研究生。[16]2024 年，教育部办公厅、中央依法治国办秘书局联合发布《关于公布涉外法治人才协同培养创新基地（培育）名单的通知》，第

[12] 以上相关信息资料，感谢上海市教育科学研究院研究团队的提供。
[13] 贾宇：《新时代司法机关与法学院校共同培养法治人才的实践与思考》，载《中国应用法学》2024 年第 3 期。
[14] 教育部、中央政法委《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》，教高〔2018〕6 号。
[15] 参见教育部《关于实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目的通知》，2021 年 2 月 2 日。
[16] 参见司法部，《关于实施法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的通知》，2022 年 8 月 3 日。

一批共有 51 所高校入选，这是国家推进高素质涉外法治人才培养的重要举措，培养高校与国际组织、司法实务部门或者涉外法律服务部门签订联合培养协议，共育涉外法治人才，这也标志着我国涉外法治人才培养进入了新阶段。

在地方政府层面，上海、浙江等多地都正在实施涉外法治人才培养计划。[17]以上海为例，上海提出加快涉外法治人才培养布局，通过建立法学院校与法治实务部门常态化衔接机制，按照有关规定和要求实施高校和实务部门人员互聘计划，提出到 2025 年至少选派 100 名高校法学骨干教师到实务部门挂职、100 名法治实务专家到高校任教，预计到 2025 年建成 3 个以上示范性涉外法治人才教育培养基地。[18]

与此同时，一些综合类院校和政法类院校根据各自特色，开展涉外法治人才培养的有益尝试。例如，浙江大学采取了多轨协同、多专融通、多语增能的核心培养理念。“多轨协同”指学位培养、证书培养、联合培养、实践培养的多轨道人才培养路径；“多专融通”指培养“一专多会”、“一精多能”的学生；“多语增能”指通过开设多语课程和多语训练场景，提高学生多种话语能力、国际表达能力、议程设置能力和跨文化沟通能力。为满足学生涉外法治研究和实践的需求，浙江大学为学生提供“国际组织与国际交流”硕士学位证书、“国际组织精英人才培养计划”（国精班）荣誉证书、辅修证书、微辅修证书和参与证书五类认证，积极派遣学生赴国际组织和机构实习实践。[19]中国政法大学一直重视实践教学，积极打造以“校内（案例研讨课程、实务技能课程、法律诊所课程）+校外（实习基地建设、分站式专业实习模式）”为主要内容的多模块整合的法学实践教学体系，[20]近年来，在已有学科强化培养方面，开设了涉外法治人才实验班，特别设立“涉外班法语特色项目”；并与北京外国语大学开展联合学士学位培养项目，成立“联合培养涉外法治人才班”，注重强化实践教学。

（二）涉外法治人才培养的域外参照

近年来，笔者利用工作便利，通过实地调研、考察了部分国外高校涉外人才培养的特征和模式，其中位于瑞士的日内瓦高等研究院和法国的巴黎政治大学，在涉外人才培养方面的实践，值得我国在涉外法治人才过程中参考借鉴。

1.日内瓦高等研究院——“10 分钟环国际组织涉外人才培养圈”。国外一些重点高校在国际化人才培养方面的实践可为当前我国涉外法治人才培养提供一定参考。日内瓦国际关系与发展高等学院（简称日内瓦高等学院）便是典型之一。

---

17 冯硕：《我国涉外法治人才培养的问题与路径——兼论上海涉外法治人才培养路径的探索》，《法学教育研究》第四十六卷（2024 年）。

18 参见上海市人民政府《法治上海建设规划（2021-2025 年）》，2021 年 4 月 6 日发布。

19 参见浙江大学外国语学院：《浙江大学国际组织精英人才培养计划简介》，最后访问 2024 年 12 月 30 日。

20 黄进：《以提升人才培养质量为核心大力培养造就卓越法律人才》，载《中国高等教育》2012 年第 9 期。

该校是世界上第一个完全致力于国际事务研究的教学和研究机构，以国际法、国际经济学、国际历史、国际关系等国际性事务领域见长。该校拥有充沛的学术、财力资源，拥有多位知名校友，如联合国前秘书长安南，国际原子能机构前总干事巴拉迪等。

日内瓦高等学院对培养国际化人才具有先天的优越地理位置，该校学生步行约十分钟即可到达联合国欧洲总部（UNOG）、世界贸易组织（WTO）、世界卫生组织（WHO）等国际组织。毕业生去向统计中，37.0%的硕士毕业生前往公共部门就业（其中，62.3%前往国际组织）；27.5%的硕士毕业生前往非盈利部门就业（其中 72.6%前往非政府组织）；[21]可以看出该校在国际化人才培养方面的卓越贡献。日内瓦高等学院根据需求提供不同的培养项目，对于寻求国际职业生涯的学生，学院提供高管教育项目帮助他们在职业生涯中进一步学习发展，项目包括短期课程、学位课程等，内容涵盖环境、全球健康、国际法等实践性较强的课程，参与者可通过自身需求选择相关课程进行修读。[22]

日内瓦高等学院与超过一百个在日内瓦设立办公点的国际组织，如联合国环境规划署、世界卫生组织、世界贸易组织、世界知识产权组织、联合国难民署和红十字国际委员会等建立了合作关系，为学院的学生提供大量实习、工作和交流机会，为学生未来的国际职业生涯提供实际的专业经验。[23]日内瓦高等学院通过依托所在城市，打造“十分钟环国际组织涉外人才培养圈”，推动学生在涉外机构和国际组织实习实践，推进涉外法治人才培养，这值得我国一些有条件的高校借鉴参考，对此下文将进一步论述。

2.巴黎政治大学——全链条国际化人才培养模式。另外一所可以重点关注的高校是法国巴黎政治大学（简称巴政）。该校是全球顶级人文社科名校，主要学科包括：政治及国际关系、法律、经济等。在 2022 年 QS 世界大学排名中，该校的国际事务及政治科学排名全球第三，仅次于哈佛大学和牛津大学。巴政为国际社会培养了众多精英人才，其中包括前联合国秘书长加利、四名国际货币基金组织总裁等。巴政是一个国际化盛行的学校，目前在校学生超过 15000 名，其中 50%是国际生，来自全世界 150 多个国家，超过 480 所合作院校，拥有欧洲最大的人文社科类图书馆。该校对学生的培养也涵盖本、硕、博三个阶段，并且每个阶段提供了丰富的培养项目供学生选择。巴政注重培养学生的社会责任感，对世界的求索精神和国际视野，要求所有学生必须在国外完成本科第三年，可以选择到合

[21] 根据日内瓦国际关系及发展高等学院官网资料整理（*After Graduation*，https://www.graduateinstitute.ch/alumni-career/after-graduation）.

[22] 根据日内瓦国际关系及发展高等学院官网资料整理（*Master&Phd Programmes*，https://www.graduateinstitute.ch/programmes/master-phd-programmes,*DesignYourOwnLearningJourney*，https://www.graduateinstitute.ch/executive-education/design-your-own-learning-journey）.

[23] 根据日内瓦国际关系及发展高等学院官网整理（*Partner Programmes*，https://www.graduateinstitute.ch/partner-programmes,*InternationalGeneva*，https://www.graduateinstitute.ch/discover-institute/international-geneva）.

作的大学中的一所进行交流，也可以选择在海外实习。[24]在硕士阶段，巴政提供以职业需求为导向的教育，包括国际事务、公共事务、法律、管理与创新、新闻、城市管理等项目，学制均为两年，但也要求学生其中六个月的时间在法国或其他国家进行实习或者交换学习。在博士阶段，巴政提供五个研究方向，包括法律、经济、历史、社会学和政治学，学制三年，同时给予学生更多自由度，可以自行选择参加国际会议和研究，同时也有非常多和其他高等机构的合作机会。[25]

在学术国际化培养之外，巴政对于学生进入国际机构的就业投入巨大。巴政每年都会举办国际组织招聘会（International Organisations Career Fair），众多国际组织都会到场，例如世界卫生组织、联合国工业发展组织、联合国儿童基金会、国际劳工组织等，为本校学生提供了绝佳的与国际组织任职人员面对面交流的宝贵机会。同时，在师资方面，注重引进具有国际组织机构任职经历的负责人。例如，联合国国际贸易中心前负责人、西班牙前外交部长冈萨雷斯女士目前担任该校国际事务学院院长，这十分有利于加强与各国际组织联系，推进涉外人才的实践培养。目前，巴政形成了从师资队伍、培养体系和实践就业等全链条、注重实践元素的涉外人才培养模式。

四、涉外法治人才培养的实践路径优化

（一）完善涉外法治人才培养的实践体系

涉外法治教育是培育涉外法治人才的基础工程，是中国特色社会主义法治必须回答的时代之问，也是法学教育服务“国之大者”的重要使命。[26]涉外法治专业人才的培养应重视实践性教学，除了课程设置上需要体现实践性，在教学过程中也要全面践行这一点。[27]

首先，不断完善涉外法治人才培养中实践课程体系建设。2023 年 2 月，中共中央办公厅和国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，要求强化法学实践教学，深化协同育人，推动法学院校与法治工作部门在人才培养方案制定、课程建设、教材建设、学生实习实训等环节深度衔接，这为涉外法治人才实践培养进一步指明方向。目前，围绕涉外法治人才的实践培养，国内一些高校正开展积极探索。例如，有些高校不断丰富的涉外法治“第二课堂”体系，及时跟踪相关语种国家权威媒体上编译涉及该国立法、执法、司法、法学研究、法律教育等领域的最新动态，并报送国家相关部门参考，有效培养学生的国际法和比较法思维，提升学生的国别区域法治素养。有些高校积极打造国别区

[24] 根据巴黎政治大学官网资料整理（*Overview:Facts&Figures*，https://www.sciencespo.fr/en/about/overview-facts-and-figures,*UndergraduateCollege*，https://www.sciencespo.fr/en/academics/undergraduate-college）.
[25] 根据巴黎政治大学官网资料整理（*Graduate Schools*，https://www.sciencespo.fr/en/academics/graduate-schools）.
[26] 韩强：加快推进涉外法治教育变革，载《光明日报》，2023 年 5 月 6 日第 5 版。
[27] 杜焕芳：《涉外法治专业人才培养的顶层设计及实现路径》,载《中国大学教学》2020 年第 6 期。

域法治论坛、中外法学青年论坛、国际法模拟法庭等涉外法治实践平台，与涉外律师事务所共建多语种外国法查明中心，创设“国别与区域法治”“法律职业与涉外法务”等特色系列讲座，场景化提升学生涉外法治。有些高校通过改革课程体系，整合教学资源，搭建教学平台，培育师资队伍，形成了特色鲜明的“同步实践教学模式”；[28]有些高校积极组织承办国际模拟法庭竞赛等多项国际法赛事，使得涉外法治学科竞赛等第二课堂构成了第一课堂的必要补充，实现了显性教育与隐性教育的有机统一。通过构建“模拟法庭”“法律诊所”“模拟联合国”等创新型实务课程和赛事的平台，将其与常规的课程培养有机联合起来，形成联动互助通过模拟联合国等虚拟案例的实践活动，训练学生的国际文书的写作能力，增强运用国际法专业知识解决实际案件的能力，锻炼逻辑思维能力以及国际辩论技巧。

其次，丰富涉外法治人才培养中国际化实务型队伍。涉外法治人才的培养，离不开高水平国际化的教师队伍保驾护航，但现阶段传统法学的师资力量供不应求，且部分教师不能胜任涉外法治的教学任务，应当积极开展对外合作交流，通过互派教师访学以及任教，加强国际化师资力量，吸收国际先进教育理念，同时不断提高国内师资的国际化水平。[29]不断完善实务课程导师聘任制度，可从国际组织、政府部门、律所等实务部门聘请专门的校外实务导师，加强专业教师与实务导师之间的互补与融合，提高实务课程的质量。[30]同时，鼓励校内教师到实务部门挂职，例如，中国人民大学法学院鼓励并支持专家学者挂职中央依法治国办、最高人民法院、最高人民检察院等国家机关，推进、完善涉外法治人才培养中的“实务导师”制度。

最后，积极推进涉外法治人才培养中产教融合。高校与实务部门通过深度开展产教融合系列合作，构建常态化实习就业沟通机制，实现高校涉外法治人才培养与高质量就业有效衔接。[17]高校应积极开展对外交流合作，邀请境外法学院专家学者、法官或仲裁员,以及其他涉外法律实务专家到高校任教或开展讲座。高校可与各类国际组织以及海外知名律所开展持续稳定的合作，选派优秀在校生到国际组织或涉外实务部门实习，还可与境外法学院开展交换项目或是暑期学习项目，并配套奖学金进行资助。[31]例如，中国政法大学于 2023 年 5 月联合阿联酋文森律师事务所、中国土木工程集团阿联酋分公司、中铁十八局迪拜公司等共同成立了“法学高校+国际律所+海外央企”的多元合作机制，为学生提供了一个理论联系实际，深入了解国际法律实务、积累海外工作经验的实践平台。成立以来，该

[28] 黄进、张桂林、李树忠等:《创新同步实践教学模式培养卓越法律人才》,载《中国高等教育》2014 年第 17 期。
[29] 赵静静，刘玮玥:《涉外法治人才教育培养模式对比研究》，载《中国法学教育研究》2021 年第 1 期。
[30] 崔晓静:《闭环式涉外法治人才培养模式的探索与创新》，载《武大国际法评论》2022 年第 6 期。
[31] 胡加祥:《涉外法治人才的分类与培养模式探讨》，载《上海交通大学学报(哲学社会科学版) 》2024 年第 5 期。

校已派遣六批共计二十余位实习生前往阿联酋参与律所和企业实习，领域涵盖国际工程、房产租赁交易、国际贸易等诸多领域。武汉大学则积极与阿里巴巴集团、微软公司、亚马逊等多家知名跨国企业围绕国际税法领域开展合作，积极搭建涉外法治人才培养实践平台。[32]

（二）丰富拓展涉外法治人才培养的实践平台

首先，丰富与涉外机构组织合作体系。不断丰富涉外机构的多样性来源，除了联合国系统内的国际组织。还应包括大型跨国公司、国际学术组织、行业性国际学术机构等，为学生开展涉外法治实践活动提供多元化的平台。例如，中国政法大学实行国际小学期制度，每年邀请百余名外国专家来校授课。同时，加强与国际组织和境外机构合作，设立实习实践基地。每年选派学生到联合国总部、世界贸易组织、世界银行国际金融公司等国际组织、涉外政府部门、跨国企业等单位实习实践。与实务部门共同发起成立“涉外法治高端人才培养联盟”，聘请涉外专家担任兼职教授和实务导师。[33]一些高校积极推进国内外联合培养平台与机制建设，不断拓展多语种法律硕士生的国际视野与学术水平，利用交流生计划、海外实习项目、优秀学生海外研修、联合培养、暑期法律夏令营等国际合作项目，共建国际化师资团队和国际化法律课程模块，协同推进多语种、多法系海外法律实践基地建设，极大增强了学生的国际视野、法律素养和涉外法务能力。

其次，积极引入国际组织或分支机构。根据国际组织年鉴数据库（Year book of International Organizations）最新数据，全球范围内与法律（Law）相关的国际组织共有 5415 个，其中位于中国的有 8 个，占比 0.15%，主要分布在北京。全球范围内与仲裁（Arbitration）相关的国际组织共有 392 个，其中位于中国的仅 1 个：中国国际经济贸易仲裁委员会，占比 0.26%，与排名第一的美国差距巨大。[34]美国有 41 个仲裁类国际组织入驻，占全世界的 10.46%；法国以 24 个仲裁类国际组织，占比 6.12%，排名第二；英国和比利时以 18 个仲裁类国际组织，并列第三，占比 4.59%；奥地利以 11 个仲裁类国际组织，占比 2.81%，排名第五。

整体而言，目前我国全球性的国际法律机构严重不足，制约了涉外高端法治人才的培养。因此开放程度较高的地方可以尝试通过政府协调、民间合作的方式积极引入国际组织或分支机构。例如，上海已进行了一些尝试并取得了一定效果。2023 年上海引进大韩国际仲裁院，发挥境内外仲裁、调解机构作用，深入探索与国际惯例相衔接的商事争端解决机制。在打造国际商事仲裁中心的同时，有助于涉外法治人才的培养。国际组织或分支机构在中国境内落地，有助于积极拓宽法

[32] 崔晓静：《“五位一体”涉外法治人才培养的实践育人路径探索》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2025 年第 1 期。

[33] 中国政法大学：“新时代涉外法治人才协同培养体系的创新与实践”https://jwc.cupl.edu.cn/jxcg/bjs2021/xsdswfzrc.htm,最后访问时间 2025 年 1 月 23 日。

[34]参 国际组织年鉴数据库,https://uia.org/yearbook.

学专业学生到国际组织实习渠道，讲好中国法治故事，提升中国特色社会主义法治体系和法治理论的国际影响力和话语权，加强与共建“一带一路”国家法治学术交流合作。[35]

（三）充分发挥涉外法治人才培养中的国际区位优势

参照日内瓦高等研究院“十分钟环国际组织涉外人才培养圈”，我国一些高校也可依托所在城市，积极引入国际组织或分支机构，推进涉外法治人才培养。国际中心城市通常拥有丰富的国际资源，包括国际机构、外交使馆、跨国公司、商务园区等,为涉外法治人才提供了更多的实践机会和实际经验，使其能够更深入地了解和参与国际法治事务。因此，涉外法治人才的协同创新应充分发挥国际中心城市在涉外人才培养中的优势。例如，东京于 1994 年颁布《东京都国际政策推进大纲》，吸引并引进各类国际组织及国际会议。东京成为目前亚洲地区拥有最多国际组织总部的城市。纽约为联合国总部所在地提供免费土地资源，整个纽约 11.5%的 GDP 来自联合国组织。布鲁塞尔建设欧洲的“总部”，成为跨国机构和欧盟组织各种机构的总部所在地。曼谷将市中心一片区域辟为联合国机构办公区域，只收取象征性租金；布鲁塞尔以入驻 3037 个国际组织排名世界第 1；巴黎 1591 个，排名第 2；伦敦 1568 个，排名第 3。华盛顿有 1190 个，排名第 4。纽约有 1067 个，排第 5。与发展中国家的国际化城市比较：德里有 218 个，排名 23；墨西哥城有 178 个，排名第 28；雅加达有 108 个，排名 53；马尼拉有 94 个，排名 66；我国北京 159 个，排名 35；台北 70 个，排名 97。[36]

实际上，中国国际化程度最高的一些城市，仍有巨大的资源潜力和区位优势尚未挖掘。以上海为例，上海拥有较为完善的涉外法律工作体系和服务体系，也一直是我国司法改革的前沿，上海海事法院、自贸区法庭以及新成立的国际商事法庭等都是紧跟改革开放步伐，围绕着上海的国际地位和国家战略定位应运而生的。同时，上海还是涉外法律服务机构和人才的集聚区，拥有大量的外资律师事务所和相关法律服务机构。不仅仅是沿海地区，我们西南、西北和东北地区等高校，同样可以利用与东盟国家、“一带一路”沿线国家和国际组织的区域毗邻优势，积极引进国际组织或分支机构，丰富拓展实践平台，推进涉外法治人才培养。

表 2 位于上海的代表性国际组织（部分摘录）

序号	国际组织名称	名称缩写	创立年份
1	全球规划教育组织网络	GPEAN	2001

[35] 见中共中央办公厅、国务院办公厅：《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，2023 年 2 月 26 日。

[36] 参见国际组织年鉴数据库,https://uia.org/yearbook.

2	世界政治经济协会	WAPE	2004
3	联合国教科文组织亚太地区世界遗产培训与研究中心	WHITRAP	2007
4	中国-北欧北极研究中心	CNARC	2013
5	国际电力高校联盟	ADEPT	2013
6	金砖国家新开发银行	NDB	2014
7	中国-上海合作组织国际司法交流合作培训基地	CNISCO	2014
8	联合国教科文组织教师教育中心	UNESCOTEC	2021
9	联合国教科文组织国际 STEM 教育研究所	UNESCOIISTEM	2023
10	国际货币基金组织上海中心	IMF Shanghai	2024

（四）搭建涉外法治人才培养的海外实践平台

首先，依托国际组织实习平台，拓宽学生国际化视野。国际组织在全球治理中扮演着重要角色，为涉外法治人才提供了广阔的实践舞台。近年来，我国应积极推动与国际组织的合作，为学生创造更多实习机会。例如，国家留学基金管理委员会（CSC）设立了国际组织人才公派项目，为国内学生提供了宝贵的国际组织实习机会。该项目涵盖了众多国际组织，如联合国下属机构、世界银行、国际货币基金组织等，这些组织在全球治理、国际规则制定等方面发挥着关键作用。学生通过参与该项目，能够深入国际组织内部，参与国际事务的实际运作，亲身体验国际规则的制定与执行过程，提升自身的国际视野和实践能力。为充分利用这一项目，高校和相关教育机构应加强宣传推广，让更多学生了解项目的意义、申请条件和流程。可以通过举办专题讲座、线上宣传等方式，详细介绍项目的内容和优势，鼓励学生积极参与。同时，高校应建立专门的指导团队，为学生提供从申请材料准备到面试技巧提升等全方位的指导，帮助学生提高申请成功率。以清华大学为例，学校与联合国粮食及农业组织、亚洲开发银行等国际组织签署了派遣实习生的相关协议，2016-2023 年期间，清华大学法学院近 200 名学生前往印度、印度尼西亚、摩洛哥、埃及与欧美各国开展海外实践与文化交流活动，积极推动“一带一路”倡议，宣讲中国法治故事。[37]在这些实践中，学生们参与到国际组织的日常工作中，如政策制定、项目执行、法律事务处理等，深刻体会到国际规则的实际应用和国际法治的运行机制。武汉大学也积极与国际组织驻华机构和境外机构洽谈搭建国际组织实习平台，成功与多个国际组织签订了实习生项目合作备忘录。例如，与联合国大学驻澳门研究所签署合作备忘录，并在 2023 成功派出多名法律实习生，同时，积极拓展国际组织实习网络，先后与联合国大

[37] 周光权：《法学教学实践基地建设的探索与经验》，载《中国大学教学》2023 年第 9 期。。

学布城中心、联合国大学东京中心签署实习生项目合作备忘录，积极为学生提供实践平台。[38]

其次，搭建跨国公司实习基地，促进校企合作深度融合。跨国公司在全球经济活动中扮演着重要角色，其业务涉及复杂的国际法律事务。与西门子、微软、阿里巴巴等知名跨国企业合作，建立长期稳定的实习基地，能让学生接触到真实的国际商业法律环境，参与处理跨国并购、知识产权保护、国际贸易纠纷等实际法律事务。在合作方式上，校企双方应共同制定实习计划和培养方案。企业根据自身业务需求，明确实习岗位的职责和要求，学校则根据企业需求，选派合适的学生到相应岗位实习，并在实习过程中给予学生专业指导。例如，学生在实习期间，可以参与企业的法务项目，协助处理合同审查、合规管理等工作，通过实际操作，提升自身的法律实务能力和解决问题的能力。

最后，充分把握数字化时代新机遇，创新搭建线上实践平台。海外实习实践，往往成本较高，机会相对较少。在涉外法治人才培养方面，还应把握数字化时代新机遇，创新搭建线上实践平台。国际组织很多实习实践往往是项目导向，因此在条件相对有限的情况下，还可以通过远程在线实习，加强学生对国际事务的认识和理解。线上实习实践可以整合各类涉外法律资源，如国际法律数据库、案例库、专家讲座视频等，为学生提供丰富的学习资料。学生可以随时随地通过网络访问这些资源，进行自主学习和研究，通过国际法律数据库，查阅国际条约、国际判例等资料，了解国际法律的最新动态和发展趋势，提前了解和参与国际事务。

总之，高校可结合各自优势，利用现有中外合作办学项目，加强与国际组织机构、跨国公司和涉外法律部门的合作，甚至设置海外实践基地。近年来，国内一些高校在欧洲以及泰国、埃及、越南等“一带一路”沿线国家设置海外实践基地，为学生开展海外实习实践搭建合作平台，为“一带一路”法律服务提供人才保障。部分高校与国外司法实务部门等联合开展暑期实习项目和暑期国际联合实习项目，帮助学生“走出去”获得高质量的海外实习机会。通过建立有效的“国内+海外合作培养”机制，加强与国外高水平法学院的交流与合作，有效利用海外优质法学教育资源。学校通过和国际组织、国际知名律师事务所之间建立起稳定的交流合作机制和海外培训基地，为学生的海外实习实训、观摩学习提供平台与支撑。[39]

五、结语

传统法学教育体系逐渐形成了法学院校培养人才、司法实务部门使用人才的二元模式。随着我国法治建设的深入推进，传统法学教育与司法实践脱节的弊端

[38] 崔晓静：《“五位一体”涉外法治人才培养的实践育人路径探索》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2025 年第 1 期。

[39] 王辉：《涉外法治人才培养：理念澄清与实施原则》，载《中国高等教育》2024 第 2 期。

逐步显现，成为当前制约法治建设的重要因素。[40]涉外法治人才培养是中国式现代化建设的迫切要求。“政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务”被认为是涉外法治人才的四大“黄金标准”，突显了涉外法治人才培养的实践属性和实践要求。当前，我国涉外法治人才培养仍然面临一些困境和瓶颈，要努力解决“供给侧”与“需求侧”失衡，理论与实践、培养与使用脱节的现象。[41]高校作为涉外法治人才培养的第一阵地，要建好用好国家级涉外法治研究基地。结合各自学科特色、互学互鉴，强化法学实践教学，推动法学院校与法治工作部门的深度合作，拓展海外实习实践平台和基地，形成涉外法治人才培养的长效机制。

涉外法治人才是国家在国际事务中的法律代表和智力支持，涉外法治人才培养要秉持以实践为导向的人才培养理念。高校和实务部门都应认识到涉外法治人才在开放新格局下和构建人类命运共同体的时代之中的重要意义，并主动担负起时代赋予的使命责任，通过持续协同合作提高人才培养效率、提升人才培养质量。加强涉外法治人才培养是落实“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”的重要举措，有助于从整体上加快涉外法治工作战略布局。当前，要建好用好国家级涉外法治研究基地，以此为牵引推进涉外法治人才培养的国际化平台建设，提高涉外法治工作水平，更好维护国家主权、安全、发展利益，推动国际治理朝着更加公正合理方向发展。

2025年中国国际法学会年会

[40] 贾宇：《新时代司法机关与法学院校共同培养法治人才的实践与思考》，载《中国应用法学》2024 年第 3 期。

[41] 黄惠康：《破解法学教育困局加强高素质涉外法治人才培养》，载《中国高等教育》2024 年第 2 期。

南亚东南亚涉外法治人才“政产学研用”协同培养路径研究

吕 娜[1]

摘　要：南亚东南亚地区与中国经贸往来密切，区域法律合作需求日益凸显，亟需培养复合型涉外法治人才。本文基于“政产学研用”协同机制，在多元主体协同框架下，通过课程创新、实践强化、师资整合及政策保障，探讨“区域化、实战化、国际化”的涉外法治人才培养路径，构建适配南亚东南亚法律服务需求的涉外法治人才生态，服务高水平对外开放，为我国参与全球治理提供人才支撑。

关键词：涉外法治人才　政产学研用协同　南亚东南亚　区域法律合作

引言

“一带一路”倡议的深化推进使南亚东南亚地区成为中国对外经济合作的核心战略支点，该区域不仅是陆海双通道交汇处，而且是中国突破地缘政治围堵、实现产业链韧性布局的关键。然而，该地区法律体系融合大陆法、英美法、伊斯兰法及本土习惯法，语言文化差异导致法律协调障碍较多，还存在跨境纠纷解决的执行效率低、国际公约转化率不足、环境与知识产权保护标准不统一等短板。因此，传统法学教育模式难以满足跨区域法律服务的现实需求。“政产学研用”协同培养模式能够精准对接区域法治需求，破解人才供给结构性矛盾，系统性提升涉外法治人才的战略研判能力和实务操作水平，为“一带一路”项目合规性审查、区域规则制定、国际司法协作等提供人才储备与保障。

一、 南亚东南亚地区涉外法律服务需求

（一）南亚东南亚地区法律体系特点

南亚东南亚法律体系受宗教影响范围广、程度深，混合性突出，区域一体化趋势明显，具有多元性与历史复杂性，是全球法律复杂性最高的地区之一。其一，殖民遗产与本土传统的交织，部分南亚国家（印度、巴基斯坦等）继承英国普通法体系，同时还受印度教法、伊斯兰教法等宗教法约束。东南亚地区因法国、荷兰、英国等不同殖民历史形成大陆法系（越南、老挝）与普通法系（新加坡、马来西亚）并存的格局。其二，宗教法与世俗法的博弈，印尼、马来西亚的伊斯兰法庭与世俗法院并行，缅甸佛教习惯法影响着土地权属，导致法律适用冲突频发。

[1] 吕娜，云南师范大学，法学与社会学学院，教授。项目来源：云南省教育厅 2024 年本科高校教育教学改革研究项目——“面向南亚东南亚涉外法治人才培养模式构建研究”（JG2024028）。

其三，全球化与区域一体化下的法律改革催化了各国司法效率差距扩大，如新加坡、越南为吸引外资主动修订商法，东盟经济共同体（AEC）推动跨境法律协调，而其他国家的改革进程相对滞后。

这种多元性是历史层积的结果，深刻影响着当代涉外法治实践，产生了法律协调障碍的主要矛盾。一是制度和规则冲突，该地区国家间缺乏统一商事法律框架，不同法系在跨境商事纠纷中法律适用冲突频发，国家间相互承认判决时因法律渊源差异产生执行困境。二是规范体系对抗，现代商事法律与宗教习惯法在合同效力认定上存在根本性张力，对国际条约的国内法转化效率低，[2]如伊斯兰金融禁令与国际贸易规则。[3]三是司法治理碎片化，区域内除了新加坡国际商事法庭等高效司法机构，还存在印度、菲律宾等国的司法腐败和程序拖延情况，司法效率落差严重阻碍了区域法律一体化的实质性推进。此外，该地区国家使用英语、汉语、泰语、马来语、印尼语等 20 余种官方语言，法律术语翻译容易产生偏差。

（二） 涉外法律服务需求

南亚东南亚地区的涉外法律服务需求呈现多层次、跨领域的特征，主要包括以下几个方面：首先，在跨境投资领域，企业亟需应对能源和基建项目中的复合型合规挑战，例如印尼的矿产出口禁令[4]与伊斯兰金融法叠加适用带来的合同结构调整需求，[5]越南《网络安全法》规定数据本地化存储与中国科技企业运营模式的冲突协调。[6]其次，跨境争端解决方面，凸显出区域仲裁机制的差异化运用，例如新加坡国际仲裁中心、吉隆坡区域仲裁中心的程序规则择优选择，伊斯兰金融纠纷中传统仲裁与宗教法庭调解并行的特殊处置方式。再次，日常经营方面，企业面临 RCEP 原产地规则的法律化实施、各国负面清单动态调整、外资保护条款突变的风险预警等实务需求。该地区涉外法律服务需求构成了一个兼具现代法律框架与传统文化因素的特殊法律服务市场，呈现出高复杂性（法律体系差异）、高动态性（区域规则迭代）、高政治性（地缘博弈影响司法公正）的特征。“一带一路”倡议推动南亚东南亚区域经济融合的同时，也暴露出我国涉外法治人才供给与区域法律服务需求之间的结构性矛盾，难以满足区域法律服务需求，亟待通过“政产学研用”协同培养机制实现突破。

二、 南亚东南亚涉外法治人才培养的挑战与短板

---

[2] 例如，缅甸尚未加入《纽约公约》，导致国际仲裁裁决执行率不足 40%。老挝虽然加入但缺乏配套执行机制。

[3] 刘元春.伊斯兰金融的发展、原理及对注册会计师行业的机遇[J].中国注册会计师,2024,(07):108-111.

[4] 印尼政府于 2024 年 11 月宣布对钴、煤炭、铜、铝土矿、硅等 12 种矿产资源以及 16 种非矿产商品实施出口禁令。《中国矿业信息》，中国矿业联合会主办，2024 年第 28 期，2024.11.08。

[5] 根据印尼 2008 年第 21 号银行法，伊斯兰金融合同必须遵循《古兰经》原则，禁止收取利息。合同若包含与伊斯兰教义冲突的条款（如利息条款），可能被判定无效。

[6] 越南《网络安全法》于 2019 年 1 月 1 日正式生效，《关于网络安全法若干条款的详细规定法令》（简称第 53 号法令）进一步细化若干条款。《网络安全法》第 26 条规定了数据本地化存储要求，用户个人信息、服务使用数据、用户关系数据需在越南境内存储至少 24 个月，外国企业若提供电信、电商、支付等服务，必须在越南设立分支机构或代表处。Lim Chong Kin and David N. Alfred, DNA ASEAN Guide to: Data Protection and Cybersecurity Regulation in Southeast Asia, Drew & Napier LLC. 2024.07.16: 144-164.

（一）培养体系与产业需求的匹配度不足

1.课程设置和区域需求脱节。目前法学教育仍以传统国内法体系为主，对南亚东南亚区域的国别法、比较法及国际规则教学覆盖不足。首先，高校普遍缺乏对越南、缅甸、老挝等具体法律制度的系统讲授，如东南亚国家投资法、劳工法等课程体系尚未形成，东盟法律框架、区域争端解决机制等内容覆盖不足。其次，非通用语言与法律专业结合的教学资源贫乏，导致学生难以掌握区域法律语言与文化。[7]云南师范大学华文学院是国家级面向东南亚创新人才培养模式试验区，云南民族大学开设 14 个南亚东南亚国家 15 种官方语言专业，但“非通用语言+法律”的融合课程仍处于探索初级阶段，缺乏针对越南语、老挝语等“法律术语翻译”“跨国法律文书写作”的专项课程，现有语言课程偏重通用语言能力，未与法律实务场景紧密结合。此外，南亚东南亚各国的法律传统和法治水平参差不齐，存在法律制度不健全、法律法规更迭频繁、政府违约等多重法律风险，风险防控、跨境争议解决等实务课程存在空白，无法满足企业应对跨境跨区域法律纠纷的迫切需求；针对区域跨境争议解决（如湄公河流域环保纠纷）、国际商事仲裁等课程尚未普及；缺乏与当地法律服务机构合作开发的实务案例库，包括缅甸外资准入法律实务、印尼土地法案例分析等，学生普遍缺乏参与国际规则制定的训练，例如东盟法律协商机制模拟、区域贸易协定起草等都未纳入课程体系。各高校课程设置差异较大，缺乏省级层面的统一规划，覆盖南亚东南亚区域的标准化课程模块与体系尚未形成。

2.学科交叉融合不足。涉外法治人才需兼具法律、外语、经贸等多学科知识，但现有培养模式中跨学科资源整合薄弱，缺乏系统性的课程整合机制。第一，法律英语教学流于形式，停留在翻译技巧和基础术语教学层面，缺乏对跨境合同起草、国际仲裁文书写作、法律谈判等实务场景的深度融合与针对性训练，而高质量、区域性法律英语教材的缺失进一步扩大了教学质量的差距。第二，学科壁垒限制深度融合，课程开发缺乏跨部门协作，跨学科课程体系碎片化，区域特色课程开发缓慢，国际贸易、国际政治、国际关系等关联学科未有效嵌入法学课程体系。例如：云南大学“非通用语+”项目尝试学科交叉，但法学与理工科（数字技术、环境科学等）融合不足，尚未开发跨境数据合规、湄公河环境保护及纠纷解决等交叉课程，学生相关知识储备明显不足，国际视野拓宽受限。第三，国内高校普遍存在涉外法治教育培养阶段衔接断裂的问题，本科阶段重在基础理论知识传授，研究生阶段缺乏进阶式跨学科课程（跨境并购法律实务、区域安全与国际法等），或者完全回归单一学科研究，没有形成贯通培养模式。云南省个别高校开设实验班、特色班，但没有设计贯穿协同培养全阶段的“法律+区域研究”

[7] 渠慎顺，“一带一路”国家战略推进中西部律师发展的机遇与挑战，兰州市律师协会，http://www.lanzhoulawyers.com/article/mdeZqXrPg6jYz69P/Gx28BVrK73rMWN3A.html，2017.11.14，访问日期：2025.04.01。

培养路径。

（二） 实践教学环节薄弱，协同平台建设滞后

1.实践资源匮乏且形式化。多数高校依赖模拟法庭、案例分析等传统实践形式，境外法律实习处于起步阶段，未能建立与国际组织、跨国企业的常态化合作机制，学生缺乏实质性业务参与，导致学生国际规则应用能力不足。省内仅有个别高校提供出国交流观摩机会，尚未打通常态化国际实习渠道，缺乏“引进来、走出去”的双向机制。此外，模拟法庭同质化严重，数字化技术应用滞后，虚拟仿真系统利用率较低，针对南亚东南亚区域特色场景专项训练模块尚未开发。

2.协同育人平台资源分散。一是“政产学研用”协同培养机制不健全，政府引导不足，地方政策对跨国实训基地、联合培养项目的资金与政策支持有限。比如，云南省缺乏类似上海市“涉外法治教育联盟”的统筹机构，导致各高校重复建设实训基地，云南大学与昆明理工大学的涉外法治课程模块重叠度低于 30%。二是校企合作浅层化，企业参与人才培养多限于讲座或短期实训，没有全面介入课程设计、培养评价；科研成果转化率低，例如《缅甸外商投资法律实务指南》《“一带一路”建设中国际贸易与投资风险防控法律实务丛书》《东盟国家劳工法比较研究》等未能充分对接产业需求，数字化平台（涉外法治人才培养实训大模型、涉外法治人才培养虚拟仿真系统）利用率不高。

（三） 师资力量与政策支持存在短板

1.国际化师资结构性短缺。全国具备涉外法律实务经验的教师数量严重不足，区域适配性、学科交叉性和实践导向性综合失衡。南亚东南亚国别法专家严重匮乏，国内对缅甸、老挝、泰国等国的法律研究主要集中在少数高校和研究院所，如云南大学（东南亚研究所）、广西民族大学、北京大学东盟国家研究中心等，研究力量多聚焦于国际关系或区域经济，专门研究法律制度的学者较少。教师考核重科研轻实践，参与涉外法律服务实务的教师难以将实务成果转化为科研论文等考核指标，相关涉外法律咨询等项目也未纳入晋升评价体系，导致实务型师资培养动力不足。此外，境外专家的引进受限于签证政策、薪酬机制等问题，人才流动性较大。

2.政策协同性与持续性不足。国家层面缺乏统一规划，目前涉外法治人才培养政策分散于教育部、司法部、外交部等多个部门，缺乏统筹协调，导致区域间资源分配不均、培养标准不统一。东部高校（如华东政法大学、上海政法学院等）依托区位优势和经济资源，已建立涉外法治研究基地，与国际组织、涉外律所合作开展实务教学；西部院校（如云南、广西高校）虽然毗邻东南亚，但受限于资金短缺、基础设施落后、国际化平台不足，难以有效整合资源，培养符合区域需求的涉外法治人才。部分涉外法治项目因财政支持不稳定或人事变动而中断，导致人才培养缺乏长期性，难以形成可持续的师资和学科建设机制。

（四） 法律文化差异与区域适应性挑战

南亚东南亚各国的法律渊源、司法程序和法律文化差异显著，多元法系与文化冲突加剧了区域法律合作与协调的难度，对涉外法治人才多元化培养形成多重挑战，省内高校现有培养模式难以应对。例如，比较法学教学停留于法条对照，缺乏对法律文化土壤的分析；跨法系实务能力培养缺位；区域特色研究支撑薄弱，未形成覆盖东盟十国的法律数据库等。

（五） 国际合作机制不健全

一是跨国培养渠道受限。当前联合培养项目多依赖短期交流，论坛研讨等松散型合作多，系统性联合培养少；校际临时会议多，政府间制度性安排少；人文交流项目多，跨区域跨法系深度交流少。学分转换体系缺乏统一标准，欧洲学分转换系统等成熟机制在南亚东南亚的适用性较差，导致跨境教育流动性受限。二是国际组织对接不足。课程设置与国际组织人才需求脱节，国内仅有少数“双一流”高校开设国际组织实务课程；[8]实习渠道与选拔程序脱节、培养方向与核心岗位要求脱节，导致熟悉国际规则且能参与议题设置的高端人才不足。

三、 “政产学研用”协同培养模式的理论内涵与实践案例

“政产学研用”协同培养模式是新时代涉外法治人才培养的核心范式，是多元主体在政策引导下，通过机制创新、资源整合与优势互补，实现教育与产业需求的动态适配，其核心在于打破传统法学教育壁垒，解决知识供给与产业需求脱节、国际化能力不足等结构性矛盾，构建开放、协同、可持续的人才培养生态。

（一） 协同培养下的多元主体

首先，政府主导的战略性统筹。政府是协同育人的“设计者”与制度供给者，通过政策引导、资源调配和平台建设，推动“政产学研用”协同机制落地，促进多主体合作。习近平总书记强调“健全人才引进、选拔、使用、管理机制”，凸显政府在战略布局中的核心作用。教育部联合中央依法治国办设立“涉外法治人才协同培养创新基地”，通过政策引导强化实务部门与高校的合作。司法部与国资委共建法治人才库，教育部实施“卓越法治人才教育培养计划 2.0”，明确涉外法治人才培养的国家标准与资源分配。[9]2023 年司法部联合教育部发布《涉外法治人才培养实施方案》，明确要求建立“高校+律所+国际组织”联合培养机制，并设立专项基金支持。2024 年商务部推出《“一带一路”涉外法律人才支持计划》，鼓励高校与企业共建实训基地，并提供税收优惠。教育部“涉外法治教育联盟”联合北大、清华等 20 所高校，共享东南亚法律数据库。

第二，产业需求牵引实践导向。涉外企业、国际组织与法律实务部门提供实践场景与岗位需求，推动培养标准的动态调整。商务部世界贸易组织司提出“强

[8] 中国教育学会《中国高校国际化发展报告（2022）》统计，约 15%-20%的“双一流”高校设有国际组织与全球治理相关课程。

[9] 韩大元,马怀德,贺小荣,等.“完善中国特色社会主义法治体系”笔谈[J].中国法学,2024,(05):5-38.

化国际经贸规则研判能力”，要求高校课程嵌入国际贸易争端案例教学。[10]西南政法大学与陆海新通道运营公司探索打造陆海新通道商事法律服务体系，探索法律便捷服务“新路径”，开发国际规则培训课程，助力通道企业更好地“走出去”；与华为签署《深化合作备忘录》，明确在人工智能法律、复合型人才培养等领域展开合作。[11]上海政法学院与涉外律所共建实习基地，将企业需求直接融入培养方案。

第三，高校教育供给与学科重构。高校作为知识输出主体，依托教学改革项目、“新文科”建设等重构课程体系，推进“法律+外语+区域研究”跨学科融合，推动课程内容与产业需求精准对接。中国政法大学设立“涉外法治人才培养实验班”，联合不同专业拆除学科专业藩篱，与牛津大学联合开展研学项目，与世界银行、国际刑事法院等共建 338 个海外实践项目，荣获国际法模拟法庭等 76 项冠军，2023 年增设“东南亚法律与社会”微专业，涵盖东南亚国别法、区域法律比较、跨境经贸规则等，契合“一带一路”倡议对复合型法律人才的需求。武汉大学“涉外法治实验班”引入新加坡国立大学师资，上海政法学院设立“进阶式”二维一体课程（1 年基础法律+2.5 年涉外法律+0.5 年涉外实习），通过临港新片区涉外法治实训基地实现实习对接。

第四，科研院所的技术转化支撑。科研机构通过智库研究和技术赋能，推进学术成果向实务应用转化。中国政府大学牵头成立全国首个“涉外法治人才培养联盟”，联合外交部、商务部等机构制定培养标准，开发“涉外法律案例智能分析平台”，整合 10 万+跨境判例数据，供学生和律师适用。[12]北京大学法学院与北大法宝合作推出英文版中国法律数据库，涵盖 3 万+中国法律规则的英文译本，被联合国国际贸易法委员会收录，用于国际仲裁参考。华东政法大学与金杜等律所合作开设“涉外律师实验班”，引入“法律虚拟仿真实验室”，学生能够直接参与跨境并购项目，累计培训学生超 3000 人次。

最后，用人单位反馈与评价。用人单位反馈既验证了协同培养在缩短“学用落差”方面的成效，也显示了区域化、精细化培养的新需求，用人单位参与人才评价体系构建，形成“培养—应用—反馈”的动态调整机制，为后续优化提供明确方向。

（二） 多元主体协同机制

教育生态学强调人才培养系统内各生态因子的动态平衡与协同共生，各方主

[10] “创新模式，携手并进，第一届涉外法治人才协同培养论坛在京召开”，来源：中国政法大学教务处，https://news.cupl.edu.cn/info/1011/42611.htm，访问日期：2025.04.01。

[11] “西南政法大学探索打造陆海新通道商事法律服务体系，提升陆海新通道综合服务水平”，西南政法大学，https://jw.cq.gov.cn/zwxx_209/bmdt/gxxx/202404/t20240415_13132774.html；“走进华为腾讯，加速推进国内合作”，西南政法大学，https://news.swupl.edu.cn/zhxw/241669.htm，访问日期：2025.04.02。

[12] 截止 2023 年，联盟成员包括 50 所高校和 30 家律所，累计培养涉外法治人才超 2000 人。根据《中国法律科技发展报告 2023》，该平台用户覆盖全国 80%的红圈所，案例检索率提升 60%。

体围绕“培养精通国际规则、维护国家利益的高端法治人才”这一共同目标，打破体制壁垒。涉外法治人才的能力生长不是孤立的知识传授和技能训练，需要依托教育生态系统内多层次资源的整合与优化，形成“输入—转化—输出—反馈”的良性循环，实现知识、技能、价值观的协同提升。主要包括：资源互补机制，政府资金支持高校建立“涉外法治实验室”，用人单位提供案例库、实践基地，高校反哺企业员工培训。如复旦大学与新加坡国际仲裁中心合作开发“在线仲裁模拟平台”，将企业真实案例转化为教学资源。信息反馈机制，用人单位深度参与人才培养方案制定，毕业生跟踪调查与第三方评估，以此重构课程体系、改进优化教学方式、更新实践模块。竞争选择机制，通过模拟法庭、模拟仲裁、辩论赛等竞赛筛选，激发人才潜能，获奖者成为行业示范。因此，涉外法治人才的能力生长培养需要通过政策杠杆调节、资源重组优化、文化调适融合等手段维持人才培养生态平衡，才能为应对复杂的国际法律事务储备具有全球竞争力的战略人才。

（三）知识生产模式的转型实践路径

全球法律治理体系日益复杂，涉外法治人才培养的知识生产模式从传统的“学科中心型”向“问题导向型”和“社会协同型”转型，目的在于打破高校单一知识生产主体的局限，构建多元主体协同、应用场景驱动的新型知识生产生态系统。

第一，知识生产主体的重构。传统法学教育以学科知识体系为核心，而涉外法治要求跨学科、跨领域的知识整合。知识生产主体由高校、科研机构转向多元主体，政府、高校、国际组织、企业等共同参与，不再单纯强调理论知识的系统完整性。一方面由高校主导学科交叉，设立“法律+区域国别研究”“法律+数字技术”等交叉学科项目，另一方面通过行业反哺不断更新知识、丰富知识内容，由涉外律所、仲裁机构等参与课程开发，将实务问题转化为教学资源。知识生产不再仅限于理论推演，而是通过多元主体协作形成“问题—研究—解决方案”模式，确保了知识的前沿性与实用性。

第二，知识生产方式的革新。知识生产场所拓展至真实的法律实践场所，从“课堂传授”到“场景嵌入”，突破知识单向灌输的局限，提升涉外法治人才的实战能力。积极建设虚拟仿真平台，开发“虚拟仲裁庭”，模拟国际投资、国际贸易争端解决流程；落实涉外基地实习机制，创造学生直接参与跨境诉讼案件辅助工作机会，实现知识生产与知识应用同步进行，缩短从“知”到“行”的转化。

第三，知识生产机制的优化。多数高校输出人才后培养即终止，而协同培养要求建立持续反馈机制，实现知识生产的动态迭代。建议将用人单位评价嵌入培养全周期，收录毕业生实际参与涉外法律服务经历与经验、建立涉外法治校友录，形成知识生产“培养—实践—反馈—优化”的上升模式。

知识生产模式的转型是涉外法治人才培养改革的核心环节，强调问题导向和

协同创新。随着全球数字化程度加深，人工智能、大数据等技术被更广泛地应用于知识生产和传播，知识更新速度加快，为应对诸多挑战，应联合建立跨学科跨区域的知识生产平台，设立涉外法治交叉学科研究中心；改革教师评价体系，将参与涉外实务型知识生产的成果纳入评奖定职等激励机制指标。通过协同构建开放共享的新型知识生产生态系统，才能培养适应全球化需求的高素质涉外法治人才。

“政产学研用”协同培养模式突破了传统法学教育的封闭性，强调政府、产业、高校、科研机构和用人单位五方联动，通过“政策—产业—教育—创新”的深度融合，构建“专业化、国际化、实战化”的涉外法治人才协同培养生态，实现“知识供给—产业需求—国际规则”的动态平衡，为中国积极参与国际法治提供人才支撑。这样的模式在中国政法大学、西南政法大学等高校实践中得到充分验证，并持续通过政策迭代深化发展。[13]

四、 协同培养路径的创新设计

面向南亚东南亚的涉外法治人才培养，需要紧密结合区域法律体系特点及国家战略需求，通过“政产学研用”协同机制，精准对接区域法律服务需求，培养复合型涉外法治人才。

（一） 课程体系与培养模式的创新设计

1.“法律+外语+区域研究”跨学科课程体系。基于“复合型人才”培养和“协同教育”理念，系统设计“法律+非通用语言+国别法”课程，增强法律本土化适用能力，如泰国投资法、越南商事仲裁制度。同时加强实践导向，开设“东盟法律诊所”“跨境争端解决模拟法庭”等实战课程，以真实案例训练法律推理与谈判技能。突显差异化培养，确保人才培养与区域需求精准对接。

2.区域法律数据库与教学资源的协同共建，搭建区域/国别法律资源平台。联合东盟法律协会、高校及科研院所智库，建立“南亚东南亚法律文本库”“判例数据库”，实现多语种智能检索。开发跨境投资风险评估、国际商事调解等虚拟仿真实验，模拟东盟法院诉讼、国际贸易投资争端解决等场景，提升实战应对能力。

（二） 实践平台的协同共建机制

1.“境内+境外”双轨实习网络的构建。创建境内外联动的实践场所，强化法律实务能力的国际化培养。在境内，广泛与涉外律所、仲裁机构合作设立“跨境法律实训中心”，推行案例嵌入式教学，由实务专家指导学生，如中企在区域内的合规风险和差异化分析、东盟国家仲裁裁决执行问题等，提升法律适用理论水平及综合能力。在境外，积极开拓海外实习基地，与东南亚司法机构、跨国企业

[13]马怀德.加强涉外法治人才培养[J].红旗文稿,2023,(24):26-29.张晓君,陈正己.新发展格局背景下涉外法治人才培养模式的创新[J].法学教育研究,2022,38(03):85-106.

法务部门建立长期合作关系，重点培养东盟国别法律咨询、跨境合同谈判、国际仲裁代理等能力，实现“实习-就业衔接”，优先录用表现优异的学生，形成人才培养闭环。

2.“远程+实地”混合实践模式。灵活多元的实践环境，解决地域限制问题。搭建跨境法律协作平台，学生可在线观摩学习、模拟参与跨境投资企业合规审查、跨境劳工纠纷调解、数据处境法律风险评估等，引入数字法治、智能法律工具，提升远程协作培养效率。通过与国际组织、区域组织等合作开展“国际服务训练营”“国际组织实习推荐计划”等，培养学生国际规则制定、谈判能力，增强全球视野。

（三） 师资队伍与协同育人机制

1.“双师型”师资队伍建设。构建理论与实践深度融合的师资多维培养体系，建立结构化的实务导师聘用制度。实施“1+1”双导师制，即校内理论导师+校外实务导师，共同负责、协同指导学生论文、实习等；开发设立实务导师工作坊，定期开展跨境法律实务培训，促进理论教师与实务专家的知识对流；设立“非通用语言法律师资”专项基金，资助青年教师进修国别法；实施“法律+语言”教师结对计划，法学与外语教师联合开发双语法律课程；设立“南亚东南亚法律翻译中心”，培养兼具法律、非通用语言的专门人才。

2.“校际+国际”协同教研网络，构建多层次的协同育人生态系统。国内校际协同层面，充分发挥比较优势，建立政法类院校与外语类高校的课程互选、学分互认制度，打通校际教学资源、信息对流、数据平台共享等合作壁垒，共建法律外语语料库，开发专业法律术语双语对照数据库。国际教研合作层面，与区域内法学院建立双聘教授制度，设立“中国—东盟法律教育工作坊”，开展区域法律热点问题研究；开发跨境“虚拟教研室”，实现跨国实时互动教学，共享优质课程资源。

（四） 政策支持与资源整合机制

1.政府主导的协同平台建设。政府引导、多元主体协同参与的人才培养生态系统，提供坚实的制度保障和资源支持。由省级部门主导设立“区域涉外法治人才发展联盟”，负责人才培养标准认证，统筹实习基地、案例库等共享资源，建立人才培养质量评估体系。开发“区域涉外法治人才数字管理平台”，实现培养机构、用人单位、监管部门的数据互联互通。设立“区域法治人才专项基金”，资助中国学生赴境外法学院进修、吸引南亚东南亚留学生来华攻读涉外法方向的学位，毕业后在涉外法律岗位服务一定期限，保持培养生态良性循环。

2.动态评估与反馈。基于成果导向教育（OBE），构建闭环式人才培养质量保障体系。一是建立“课程—实践—就业”全周期评估系统，设定多维度评价指标，保障人才培养质量，包括知识维度（区域国别法掌握程度：考核学生对老挝《外国投资促进法》关键条款的解析能力）、能力维度（跨境法律实务技能：评估学

生处理中越跨境电商纠纷模拟仲裁的综合表现）、素养维度（跨文化沟通能力：观察学生在泰国投资模拟谈判中的文化冲突化解技巧），同步跟踪毕业生职业发展轨迹，定期形成人才培养质量报告，联合用人单位适时调整培养方案。二是发布分层次的区域涉外法治人才能力标准，例如基础级（法律外语、比较法基础）、专业级（国别部门法、跨境争议解决）、专家级（区域法律协调、国际规则制定与谈判），对特定能力模块进行考核认证。

通过理论创新与协同机制优化，构建政府引导、市场驱动、社会参与的可持续性协同培养机制，应对南亚东南亚涉外法治人才供给的结构性矛盾，未来需持续优化“政产学研用”协同育人机制，强化数字技术运用，进一步提升人才培养的国际竞争力。

参考文献：

[1]车丕照.涉外法治人才培养要重视市场的作用[J].中国社会科学院大学学报,2024,44(02):27-40+155-156+161.

[2]黄惠康.破解法学教育困局加强高素质涉外法治人才培养[J].中国高等教育,2024,(02):18-23.

[3]张文显.新征程我国法治建设和法治改革的总体布局[J].社会科学文摘,2025,(02):11-14.

[4]崔晓静.“五位一体”涉外法治人才培养的实践育人路径探索[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2025,78(01):43-53.

[5]石佑启,韩永红.论新时代我国涉外法治人才培养体系之优化[J].中外法学,2024,36(06):1427-1448.

[6]彭中礼.法学人才培养方案优化研究——以 17 所政法院校为分析样本[J].法学教育研究,2024,47(04):167-184.

[7]王成斌.政产学研用一体推进教育数字化转型[J].中国高等教育,2023,(05):10-13.

[8]王祥修,赵永鹏.“一带一路”倡议下中国涉外法治人才培养目标及方案[J].法学教育研究,2021,34(03):18-36.

[9]张晓君,陈正己.新发展格局背景下涉外法治人才培养模式的创新[J].法学教育研究,2022,38(03):85-106.

[10]康铭浩.服务新质生产力的涉外法治外语人才培养探究[J].中国外语,2025,22(02):17-22.

[11]何燕华.新时代我国高校涉外法治人才培养机制创新[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2023,43(07):106-114+186.

[12]郑曦,廖建灵.西部地区涉外法治人才培养的困境与出路[J].云南大学

学报(社会科学版),2023,22(05):106-116.

2025年中国国际法学会年会

Collaborative Governance in Cultivating Foreign-Related Legal Talents: A GIURA Approach for South and Southeast Asia

LU Na

(*School of Law and Sociology, Yunnan Normal University, Kunming 650500, China*)

Abstract: The South Asia and Southeast Asia region maintains robust economic and trade linkages with China, where the demand for cross-border legal cooperation has become increasingly pronounced. This necessitates the urgent cultivation of interdisciplinary foreign-related legal talents with "regional specialization, practice-oriented competencies, and global adaptability". Guided by the "government-industry-university-research-application" (GIURA) collaborative ecosystem, this study proposes an innovative training paradigm through curriculum reformation, practical capability enhancement, faculty resource integration, and policy reinforcement. It seeks to establish a sustainable talent development ecosystem that addresses evolving legal service demands across South and Southeast Asia, serves high-level opening up to the outside world, and provides talent support for China's participation in global governance.

Keywords: Foreign-Related Legal Talents, Government-Industry-University-Research-Application (GIURA) Collaboration, South and Southeast Asia, Regional Legal Collaboration

2025年中国国际法学会年会

论涉外法治人才培养的实践教学*——基于湖南现状的展开

蔡高强　曹银珠**

内容提要：面对湖南省改革开放的进一步深化，特别是“三高四新”战略实施，亟需加强涉外法治人才培养。实践教学是湖南省涉外法治人才培养重要环节。当前湖南的实践教学存在师资力量不足、实践教学课程设计欠缺、实习机会缺乏等问题，严重制约涉外法治人才培养。对此，应提高涉外法治的师资力量、以实践为导向进行课程设计、加强与实践单位的密切合作，从而为湖南省的高质量发展提供人才支撑。

关键词：三高四新　涉外法治　人才培养　实践教学　法学教育

一、　加强湖南涉外法治人才培养实践教学的必要性

湖南作为中部崛起的重要力量，为推进高水平制度性开放提供了有力的法治保障。湖南着力于加强涉外法律服务机构建设，提升涉外法律服务水平。与此同时，实践教学活动作为涉外法治人才培养的重要一环，通过加强与高校、科研机构的合作，建立涉外法治人才培养基地，从而为湖南涉外法治建设提供有力的人才保障。

（一）服务于国家发展战略

2011 年 12 月，教育部和中央政法委联合下发的《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》指出：“要把培养涉外法律人才作为培养应用型、复合型法律人才职业人才的突破口。[1]”2014 年 10 月《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提到“创新法治人才培养机制”，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。[2] 2021 年，习近平总书记在十九届中共中央政治局第 35 次集体学习时强调，“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治”。[3]为加强涉外法治人才的培养，有关部门先后出台了《关于实施卓越法

* 本文系湖南省教学改革研究课题“新时代法学本科专业实习改革理论与实践研究”（项目批准号：湘教通[2024]147 号）的研究成果。.

** 作者简介：蔡高强（1967-），男，湖南益阳人，法学博士，湘潭大学人研权究院执行院长，国际法学博士学位点负责人，湘潭大学法学院教授、博士生导师，研究方向：国际法学、法学教育；曹银珠（1997-），女，湖南长沙人，湘潭大学法学院博士研究生，研究方向：国际法学、法学教育。邮编：411105。

[1] 《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》.载中华人民共和国教育部网.http://www.moe.gov.cn/srcsite/A08/moe_739/s6550/201112/t20111223_168354.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[2] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》.载中华人民共和国审计署网，https://www.audit.gov.cn/n4/n18/c60263/content.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[3] 《习近平在中共中央政治局第三十五次集体学习时强调 坚定不移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》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/12/id/6419919.shtml#:~:text=%E4%B8%AD%E5%85%B1%E4%B8%AD%E5%A4%AE%E6%94%BF%E6%B2%BB.2024 年 9 月 7 日访问。

律人才教育培养计划的若干意见》《推进共建“一带一路”教育行动》《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》等政策文件。2023 年 2 月 26 日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》再次明确，加快培养具有国际视野，精通国际法、国别法的涉外法治紧缺人才[4]。涉外法学教育和涉外法治人才培养是增强国家竞争力的应有之义，也是我国掌握国际话语权、主动权的必要条件和重要保障，为应对涉外法治人才缺乏的重要举措。二十届三中全会的第 37 条中提到加强涉外法治建设，建立一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务、法治人才培养的工作机制。[5] 2024 年 7 月 18 日，党的二十届三中全会审议通过《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，将加强涉外法治建设作为完善中国特色社会主义法治体系的重要方面作出战略部署，提出“建立一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务、法治人才培养的工作机制”。提到了深入贯彻落实全会部署，离不开高水平涉外法治工作的开展和高素质涉外法治人才的培养。2024 年 9 月 2 日，中央依法治国办、司法部举办涉外法治工作队伍培训班，深入贯彻党中央关于涉外法治建设的决策部署。

尽管我国积极推动“一带一路”的建设，但西方国家为自身利益所设置的贸易障碍。如中美贸易摩擦中,美方能娴熟地运用长臂管辖手法，而我国法律届却想不出相应的阻断方法。知识产权保护亟需涉外法治人才。在“一带一路”的推动下，我国与他国知识产权合作中产生大量知识产权纠纷。2022 年，中国国际法学会会长、中国国际私法学会会长黄进在接受媒体专访时曾介绍，我国能够熟练从事涉外业务的律师仅有 7000 余名，其中可从事“双反双保”业务的律师仅 500 余名，可在世界贸易组织（WTO）争端解决机制中独立办案的律师只有 300 余名。[6]我国在国际组织的任职亟需涉外法治人才。中国在国际组织中的地位和作用不断增强，我国经济的发展导致的国际争端频发，需更多人员深入参与国际事务，而国际组织的中国专家和国际组织的中国工作人员，相较于他国数量极为缺乏。[7]合格的国际组织人才，需同时具备语言强、通晓规则、专业精通、国际交往沟通能力强、富有情怀等的素质。通过培养优质的涉外法治人才，培养其国际视野性、国际法和国别法的精通性[8]，提高中国人在国际相关组织中的参与度，更有效地在国际中展现中国的法治，以更好地提升中国在国际中的话语权。

（二）服务于湖南省“三高四新”战略

[4] 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》. 载中华人民共和国审计署网，https://www.gov.cn/gongbao/content/2023/content_5745286.htm. 2024 年 9 月 7 日访问。

[5] 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》_中央有关文件_中国政府网 .https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm. 2024 年 9 月 7 日访问。

[6] 《加快涉外法治人才培养步伐》.载《民主与法治》2023 年第 37 期。

[7] 何志鹏. 涉外法治的系统思维[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2024, 77 (04): 25.

[8] 李明倩.加强涉外法治建设的时代意义与实践路径[J]. 当代世界, 2024, (03): 46.

国家发展战略下的，湖南省自身的“三高四新”发展战略角度来看，打破贸易壁垒亟需大量涉外法治人才。习近平总书记在湖南考察时强调，要在打造三个高地上持续用力，着力打造中非经贸深度合作先行区，营造市场化、法治化、国际化一流营商环境。湖南省委、省政府提出，要把湖南打造成贸易投资便利化的营商环境。在我省与国外进行经济合作、法律交流中都亟需涉外法治人才。[9]湖南自贸试验区等平台存在大量的涉外法律问题，通过实践教学的方式培养涉外法治人才以更好地应对复杂多变的国际环境。

对此，根据“三高四新”的战略定位和使命认为，加强湖南涉外法治人才培养实践教学，在培养方向上，要培养政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的复合型人才[10]。在人才素质要求上，为满足湖南省涉外法治工作的需要，要强调学生的政治素质、法律素养、国际视野和实践能力，以更好地载国际争端中维护湖南省的利益。打造好湖南省内陆地区改革开放高地，依法平等保护，维护当事人合法权利，着力营造法治化、国际化营商环境，通过实践教学的完善提升湖南在国际法治的影响力。

（三）提升湖南涉外法治人才的质量

习近平总书记指出：“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。”[11]涉外法治人才需要具备的素质有实践性、操作性、运用性。湖南作为中部的经济大省，于跨境投资、国际交流合作等领域，湖南企业在“引进了”与“走出去”所涉及的大量法律问题，使得亟需一批精通相关领域业务和国际规则、具有全球视野、丰富执业经验和跨语言、跨文化运用能力的，懂法律、经济、国际关系的高素质涉外法治人才。[12]而当前湖南的涉外人才的需求量与人才储备量严重不匹配，涉外行业处于发展初期，人才稀缺，现有的人才质量不够高转型困难，有必要前瞻性地布局湖南的涉外法治人才。那么涉外法治人才的培养是一种系统性长期性的工作，通过实践教学的锻炼，在实践教学中运用国际规则，提高处理国际合作等涉外法律事务的能力，将理论与实践有效地结合，增强其互动性，提升应用能力。实践教学作为涉外法治人才培养的方式之一，实践教学的加强，能有效地提升涉外法治人才培养的质量。

二、 湖南涉外法治人才培养实践教学中存在的主要问题

在涉外法治人才的培养中，通过实践教学的方式让学生将所学的理论知识转

[9]张敏.一带一路倡议下涉外法治人才培养方案探讨[J].中国价格监管与反垄断,2024,(03):25.

[10] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》. 载中华人民共和国审计署网， https://www.audit.gov.cn/n4/n18/c60263/content.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[11] 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》.载中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/11/id/7661448.shtml#:~:text. 2024 年 9 月 8 日访问。

[12] 《培养涉外法治紧缺人才亟需法学教育改革》.载人民论坛网，http://www.rmlt.com.cn/2023/0818/680701.shtml. 2024 年 9 月 8 日访问。

化为实践能力。目前湖南涉外法治人才培养的实践教学成果显著，但还存在一些问题有待完善。

（一）师资力量不足

涉外法治人才培养实践教学的提升，师资的力量是核心。习近平总书记提到，强教必先强师。《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，提到："突出政治标准，落实立德树人根本任务，推进法学教师队伍建设改革，打造一支政治立场坚定、法学根底深厚、熟悉中国国情、通晓国际规则的高水平专兼教师队伍。"[13]湖南当前涉外法治人才培养的师资力量在部分高校存在优势，但湖南的各高校师资力量存在不平衡的现象，各学校的培养目标、模式也存在差异。据公开数据显示，湖南师范大学国际法的研究生导师数量为湖南第一，其有着"双统筹五位一体"的涉外法治人才培养模式。湘潭大学打造了我国第一支跨学科、国际化的非洲法师资团队，引进了数十名南非、乌干达等的非洲高校教师，涉非洲法治人才培养方面在全国处于遥遥领先。中南大学则是以学科竞赛为培养涉外法治人才的模式。与此同时，湖南省司法厅建立了涉外律师人才库，湖南各市的实务部门与高校建立涉外人才培养基地等，提供了实务界的师资。

但很多高校和机构的实务法治人才培养发展的相对薄弱。党的二十大报告指出："教育是国之大计、党之大计。培养什么人、怎样培养人、为谁培养人是教育的根本问题。"[1415]教师在涉外法治人才培养的实践教学中，各高校师资的水平也存在参差不齐的现象，有出现重形式轻实效，重专业轻思想政治素质的现象。究竟要培养怎样的人才，是法学教育需要思考的。杜焕芳阐述到，加强涉外法治专业人才培养，强化思政铸魂、知识教育与实践能力结合，以提高涉外法律斗争能力。由于具备丰富的实践教学经验的人才不足，教师在开展实践教学中难以有效地融入实践案例传授实践经验，且由于主观能动性的不够，仅仅为完成涉外法治人才培养中的硬性要求而导致授课质量不高，对学生指导不足的问题，未能很好地引导学生将理论与实践进行有效地结合。

（二）实践教学课程设计欠缺

根据公开数据来看，湖南各高校于国际法方面实践教学的设置课程不完全一致，各有所侧重。湘潭大学在国际法的课程设计中会结合非洲法的有关内容，培养学生对涉非相关国际法问题的解决能力。该校于 2023 年开始招收"涉外法治方向班"。湖南师范大学培育了包括 5 部国家级规划教材和 1 部教育部推荐研

[13] 中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》.载中华人民共和国中央人民政府网 ,https://www.gov.cn/gongbao/content/2023/content_5745286.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[14] 为谁培养人、培养什么人、怎样培养人. 载中国教育新闻网.https://mr.baidu.com/r/1rhj4m8eufm?f=cp&rs=3806221148&ruk=QVXsUSMd7-B5Xev_SJV8kA&u=8946da3632b94d37. 2024 年 10 月 8 日访问。

[15] 杜焕芳. 坚持以习近平法治思想为指引加快推进涉外法治体系和能力建设[J]. 中国司法, 2022, (08): 9-11.

究生教学用书在内的全国最具影响力的国际法教材群。该校外国语学院推出湖南省首个“英语+法学”双学士学位项目培养涉外法治人才。中南大学则会注重国际模拟法庭比赛等事件互动，通过案例分析、辩论等的方式，达到学生理论与实践的融会贯通。湖南人文科技学院则注重在教学中融入思想政治教育元素，推进“思政课程”与“课程思政”的有机融合。湖南各高校在涉外法治人才培养的实践教学方面发挥了各自的优势，但从课程设计方面，可看出缺乏系统性的整体规划，针对湖南省所需要的国际商事仲裁、跨境投资方面的法律实务设置的并不够细致。涉外法治人才需要多学科的知识背景，而课程设置上较为单一，缺乏外语、国际关系等学科与法学的融合教学。当前是人工智能时代，实务法治人才需很好地适应数字时代和全球化背景的要求，而湖南各高校在课程设计上也未能充分运用在线实践平台、虚拟仿真实验教学等新兴的实践教学模式。与此同时，高校在课程设计上偏向于理论教学，对于引导涉外实践与理论知识的结合不够，在实践教学的法律实务、国际商务课程的课程设计上有所缺乏，未充分体现实践导向。湖南作为内陆地区，湖南高校跟国际组织、涉外律师事务所、跨国企业、国际仲裁机构等实务部门建立的校外实践基地数量，与沿海高校的实习基地数量比较不占优势，因此学生缺少实务锻炼的机会。

实践教学课程的评估有所不规范。实践教学的评估主体主要由老师进行完成，评价主体较为单一，对评价的结果也存在一定的偏差。评估的依据则主要依据学生实习报告、模拟法庭的表现等，缺乏多元化科学的评价标准。学校缺乏对学生毕业去向的统计总结，无法及时反馈实践教学课程设计是否合理，不利于实践教学质量的完善。

（三）实习机会缺乏

湖南各高校在涉外法治人才培养的实践教学积极拓展实习机会，就湖南各高校涉外的实习机会现状而言是参差不齐的。目前有 40 所高校官宣入选教育部首批“涉外法治人才协同培养创新基地（培育）”名单，首批入选湖南高校的仅有湘潭大学。[16]兰迪律师事务所参与共建湘潭大学涉外法治人才协同培养创新基地。2024 年 7 月 18 日，涉外法治人才培养高端论坛暨中南大学大学生校外实践基地授牌仪式在湖南联合创业律师事务所成功举办。[17]中南大学法学院与国浩律师（长沙）事务所简称涉外法治人才培养基地。

在对湖南高校的法学生进行实践调研中发现，高校的法学生大多不太了解涉外法治人才培养方面的实习，有的学生想去涉外领域实习，也无去相关涉外领域实习锻炼的机会。有的学生自身素质能力的有限性，未能满足进行涉外实习的条

[16] 《我校获批教育部涉外法治人才协同培养创新基地》.载湘潭大学法学院网，https://law.xtu.edu.cn/info/1036/11446.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[17] 《涉外法治人才培养高端论坛暨中南大学大学生校外实践基地授牌仪式成功举办》. 载中南大学法学院网 ，https://law.csu.edu.cn/info/1101/7561.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

件，且实习的教学学分等因素的不够合理性导致参与相关实习的学生意愿不足。本科生实习与研究生实习相比较而言，研究生更会带着问题来实习，更具有实习的目标性。实习经费的支持与政策的支持力度、社会在涉外法治人才培养领域的参与度息息相关，当前涉外实习经费支持有限，涉外实习需要交通、住宿、生活补贴等，导致提供涉外实习的机会有限。缺乏与涉外的立法、执法、司法等方面密切相关的实践平台，缺乏深层次的国际交流合作，如联合培养计划、共同研究项目、涉外法律案例等。[18]经过调研发现，涉外法治实践资源相对稀缺，湖南的法院、检察院本身的涉外案子就不多，对此提供相应的涉外实习岗位也不太多甚至没有，也没有专门的涉外法治培养的设置。由于地理位置等的因素，湖南的涉外实习基地建设存在滞后性。面对涉外实践单位资源的有限性，学生难以在实践中切实的锻炼和体会真实环境，相应的实践教学的思政视野也会受到限制。

三、湖南涉外法治人才培养的实践教学的改革路径

（一）提高涉外法治的师资力量

党的二十大报告指出，教育是国之大计、党之大计。教师作为培养涉外法治人才的主力军，有必要加强教师的思政培训，高校的教师在上课中，可采用案例教学法引入最新的涉外实践案例，以提高学生的实践能力。湖南各高校之间的教师要加强涉外法治人才培养的交流，鼓励跨学科、跨专业的交流，如法学教师与外语、国际关系等相关学科教师项目合作，鼓励教师在国内顶尖高校或专业培训机构参与国内的涉外法治师资培训班，设置专项的基金资助教师到国外知名法学院访学交流，发挥好各高校的特色与服务于湖南“三高四新”战略制定相应的师资目标。习近平总书记强调，要打破高校和社会之间的体制壁垒，将实际工作部门的优质实践教学资源引进高校，加强法学教育、法学研究工作者和法治实际工作者之间的交流。[19]对此应设立培养涉外法治人才的专项经费，为涉外法治建设提供物质基础，下拨资金引进具有国际知名教育背景、丰富海外实务经验的专家学者来湖南各高校任教，制定相应政策提高涉外法治教师的工资绩效、职称评定、岗位晋升等，对表现突出的教师给予表彰。同时不仅仅是建立涉外律师人才库，其他相关实务人才也一起吸纳建立为涉外实务人才库，助力学生更好了解行业需求，以给学生提供实务指导。

（二）以实践为导向的课程设计

江必新主张要加大在涉外法治实践中培养和建设涉外法治人才队伍的力度。[20]从短期来看，涉外法治人才较难培养，从长远来看，加强涉外法治人才培养的

---

[18] 《加强涉外法治人才培养工作》. 载中国法学创新网，http://fxcxw.mzyfz.com/dyna/content.php?id=27375. 2024 年 9 月 8 日访问。

[19] 《习近平在中国政法大学考察：德法兼修抓好法治人才培养》.载人民日报网.https://news.cnr.cn/native/gd/20170504/t20170504_523737735.shtml#:~:text=%E8%A6%81%E6%89%93%E7%A0%B4%E9%AB%98%E6%A0%A1%E5%92%8C. 2024 年 9 月 8 日访问。

[20] 江必新. 涉外法治战略布局之构建[J]. 中国法治, 2024, (02): 7-8.

实践教学，培养涉外法治人才的后备军。在涉外法治人才培养的课程中，应以实践为导向，创新培养机制，湖南地处内陆，教育资源比不上一线城市的资源，有必要较强与一线城市所在高校的资源共享机制，在实践教学中与国际接轨，增加与国家机构的交流合作，建立更多的校外实践基地，与涉外实习基地建立长期合作关系。用好国家级涉外法治研究基地和涉外法治人才协同培养创新基地。加强与国家高水平大学和国际组织的交流合作，在将学生送出去的同时引进相应资源，从而拓展合作单位的范围。涉外行政主管部门需更好地提供教师与学生的合作平台，致力于建立国际合作关系。给学生提供更多的锻炼机会，在实际工作中积累经验，提高就业的竞争力。还可与国外大学联合培养双学士学位的涉外法治人才。国际上目前为培养涉外法治人才的实践平台，有杰赛普国际法模拟法庭辩论赛、威廉·维斯国际商事仲裁模拟仲裁庭比赛、国际刑事法院模拟法庭竞赛等[21]。采用虚拟仿真、社会实习、涉外法律诊所。涉外法律诊所会采用国际法双语教学、国际法模拟法庭教学、国际法案例教学、国际法虚拟仿真教学和国际组织实习等。[22]高校还可以开设更多的国家法律专业竞赛，让学生参加国际法律实践，在国内处理相关涉外法律事务，在国际组织实习。陕西省司法厅组织西北政法大学联合知名律师事务所、仲裁机构、企业开展的法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目。湖南高校可借鉴该优秀经验，开展与实务部门涉外方向的研究生培养，拓展实务部门的导师。根据湖南各高校实际，结合区位优势，与本校外语系合作打造“法学＋小语种”的涉外法治人才培养模式，可要本科生在读期间选修一门小语种，研究生开设其他国家法律及实务相关的课程。以给学生创造机会熟练运用国际规则，提高法律英语水平等。制定科学合理的实践教学计划，并与涉外实践单位进行相应沟通。高校可在本科教学中重视法律英语能力培养，多跟涉外单位联系，提供更多涉外实习基地，

与此同时，追踪学生毕业后在涉外法治工作中的能力表现与职业发展，合理评估实践教学质量，结合市场及湖南发展的需求，培养好本土人才，及时调整课程的设计，增加法律事务和国际商务课程。

（三）加强与实践单位的密切合作

西方国家来看，很重视涉外法治人才培养的专项实习。如英国的法学教育分为三个阶段，第一阶段是学术教育，第二阶段是法律技术训练，第三阶段是学术在律师事务所从事案子。[23]可看出英国的法学教育投入了大量的精力在培养学生的实践能力上，很注重实践教学。很多美国的高校都开启了美国律师协会监督下的海外跨国学习项目，通过此种方式了解他国的法律文化，以更好地培养涉外法

[21] 朴顺善:《新时代涉外法治人才培养路径研究》.载《黑龙江教育》2024 年第 6 期。
[22] 朱利江：《涉外法律政所：一个可开拓的涉外法治人才培养方法》.载《国际法学刊》2022 第 1 期。.
[23] 张敏：《一带一路倡议下涉外法治人才培养方案探讨》，载《中共价格监管与反垄断》2024 年第 3 期。

治人才。[24]德国在本科毕业时须通过“第一次国家考试“，之后在法院、检察院、律所、立法机关等进行两年的见习服务。德国在近年来愈加重视法学基础教育中的实践性教学[25]。

面对湖南由于地域因素导致的本土实习大多无法设计涉外法律事务的问题，湖南高校有必要加强与其他地区涉外业务的律所、外贸公司等单位的合作，给学生提供更多可以接触到涉外法律业务的实习机会。对实习生在实习中并不能很好地将理论与实践结合，有必要创新涉外法治人才的培养模式。一方面，实习单位可指派经验丰富的工作人员担任实习导师，为学生配备专业的实习指导教师，全程跟踪指导，及时解决学生在实习中遇到的问题，为学生提供专业的指导和建议，帮助学生更好地理解法律实务。在与高校加强沟通的基础上，强化实习与专业课程的紧密结合。另一方面，实习单位与高校建立长期实习合作关系，可与高校合作开展专题讲座和研讨会，分享实际案例中的法律问题和解决思路，提升学生的专业素养。面对涉外法治实践教学的单位自掏腰包给学生提供住宿、伙食、补贴等现象，为促进涉外法治人才培养实践教学，财政有必要给相应实习单位划拨法学专业实习的专项经费。安全问题无小事，高校和司法机关为学生购买的保险也应该得到专项经费支持，以实现学生安全保障的全覆盖。对于实践教学单位存在与高校联动的人才培养机制尚未完善的问题，需加强与院校的沟通协作，共同制定更科学的考核标准。推动建立标准化评估体系，明确学生在实习期间应达到的目标和要求，包括设立思政教育、专业技能、工作态度、团队合作、沟通交流能力等的多方面评估标准，对学生实践过程中的表现全面、客观地进行评价。建立实践教学成果展示平台，将实践教学成果如实习日志、案例分析、庭审记录等进行展示，并纳入实践教学评价体系，更有助于激发学生的创造能力。

参考文献：

[1]《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》.载中华人民共和国教育部网.http://www.moe.gov.cn/srcsite/A08/moe_739/s6550/201112/t20111223_168354.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[2]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》.载中华人民共和国审计署网，https:// www.audit.gov.cn/n4/n18/c60263/content.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[3]《习近平在中共中央政治局第三十五次集体学习时强调 坚定不移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》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/12/id/6419919.shtml#:~:text=%E4%B

[24] 朴顺善:《新时代涉外法治人才培养路径研究》.载《黑龙江教育》2024 年第 6 期。

[25] 聂资鲁:《高校国际化法律人才培养模式比较研究》.载《大学教育科学》2015 年第 2 期。

8%AD%E5%85%B1%E4%B8%AD%E5%A4%AE%E6%94%BF%E6%B2%BB.2024 年 9 月 7 日访问。

[4]中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》. 载中华人民共和国审计署网，https://www.gov.cn/gongbao/content/2023/content_5745286.htm. 2024 年 9 月 7 日访问。

[5]《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》_中央有关文件_中国政府网 .https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm. 2024 年 9 月 7 日访问。

[6]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》. 载中华人民共和国审计署网， https:// www.audit.gov.cn/n4/n18/c60263/content.html. 2024 年 9 月 7 日访问。

[7] 《提高涉外法治人才培养质量——更好支撑涉外法治建设（有的放矢）》. 载中共长沙市委党校网，https://zgcsswdx.cn/info/7590.html. 2024 年 9 月 8 日访问。

[8]《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》.载中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/11/id/7661448.shtml#:~:text. 2024 年 9 月 8 日访问。

[9]《培养涉外法治紧缺人才亟需法学教育改革》.载人民论坛网，http://www.rmlt.com.cn/2023/0818/680701.shtml. 2024 年 9 月 8 日访问。

[10]司法部：截至目前中国有涉外律师 1.2 万多人，载央广网，https://mr.baidu.com/r/1rhdwVU9q8g?f=cp&rs=1728516411&ruk=QVXsUSMd7-B5Xev_SJV8kA&u=9e7ccf3f0f601851. 2024 年 10 月 7 日访问。

[11]何志鹏. 涉外法治的系统思维[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2024, 77 (04): 25.

[12]李明倩.加强涉外法治建设的时代意义与实践路径[J]. 当代世界, 2024, (03): 46.

[13]张敏.一带一路倡议下涉外法治人才培养方案探讨[J].中国价格监管与反垄断,2024,(03):25.

[14]黄素梅、孙昕文:《一带一路”涉外法治人才培养需求及对策研究》.载《当代教育理论与实践》2023 年第 15 期。

[15]为谁培养人、培养什么人、怎样培养人. 载中国教育新闻网.https://mr.baidu.com/r/1rhj4m8eufm?f=cp&rs=3806221148&ruk=QVXsUSMd7-B5Xev_SJV8kA&u=8946da3632b94d37. 2024 年 10 月 8 日访问。

[16]杜焕芳. 坚持以习近平法治思想为指引加快推进涉外法治体系和能力建

设[J]. 中国司法, 2022, (08): 9-11.

[17]《聚合力，达共识 | 长沙中院涉外商事审判迈向新台阶》，https://mp.weixin.qq.com/s/uZLf3iTpuqptmX80syX6gA. 2024 年 9 月 8 日访问。

[18]《我校获批教育部涉外法治人才协同培养创新基地》.载湘潭大学法学院网， https://law.xtu.edu.cn/info/1036/11446.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[19]《湘大法学 | 首届湘潭大学模拟投资仲裁锦标赛初赛复赛顺利举行》.https://mp.weixin.qq.com/s/C336te2n_ZQrRLGsx8WKYA. 2024 年 9 月 8 日访问。

[20]《法学院召开“涉外法治人才培养与学科建设”教职工座谈》.载湖南师范大学新闻网 ,https://news.hunnu.edu.cn/info/1009/61671.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[21]《涉外法治人才培养高端论坛暨中南大学大学生校外实践基地授牌仪式成功举办》. 载中南大学法学院网 ，https://law.csu.edu.cn/info/1101/7561.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[22]《法学院将与外国语学院合作举办“法律+外语”涉外法治人才实验班》.载湖南工商大学法学院网，https://law.hut.edu.cn/content.jsp?urltype=news.NewsContentUrl&wbtreeid=1130&wbnewsid=15942. 2024 年 9 月 8 日访问。

[23]《加强涉外法治人才培养工作》. 载中国法学创新网，http://fxcxw.mzyfz.com/dyna/content.php?id=27375. 2024 年 9 月 8 日访问。

[24]习近平：《习近平谈治国理政：第 3 卷》[M].北京：外文出版社，2020。

[25]《党的二十大报告在外交战线引发热烈反响 习近平外交思想和新时代中国外交》.载《习近平外交思想和新时代中国外交》.(chinadiplomacy.org.cn). 2024 年 9 月 8 日访问。

[26]江必新. 涉外法治战略布局之构建[J]. 中国法治, 2024, (02): 7-8.

[27]陕西全方位提升涉外法治工作水平 为共建“一带一路”提供坚实法治保障. https://mp.weixin.qq.com/s/KeGrxQ4UBEXPATDWvuKgNQ.

[28] 《加快涉外法治人才培养步伐》.载《民主与法治》2023 年第 37 期。

[29]朴顺善:《新时代涉外法治人才培养路径研究》.载《黑龙江教育》2024 年第 6 期。

[30]《习近平在中国政法大学考察：德法兼修抓好法治人才培养》.载人民日报网.https://news.cnr.cn/native/gd/20170504/t20170504_523737735.shtml#:~:text=%E8%A6%81%E6%89%93%E7%A0%B4%E9%AB%98%E6%A0%A1%E5%92%8C. 2024 年 9 月 8 日访问。

[31] 聂资鲁：《高校国际化法律人才培养模式比较研究》.载《大学教育科学》2015 年第 2 期。

[32]朱利江：《涉外法律政所：一个可开拓的涉外法治人才培养方法》.载《国际法学刊》2022 第 1 期。.

[33]《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定_中央有关文件》，载中国政府网 (www.gov.cn) ，https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm。

[34]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》. https://www.audit.gov.cn/n4/n18/c60263/content.html. 载中华人民共和国审计署.2024 年 9 月 8 日访问。

[35]以实践为导向 加强涉外法治人才培养，https://mp.weixin.qq.com/s/9VjHWwF6IKei2pSYiEDQwg.

[36]中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》.载中华人民共和国中央人民政府网 ,https://www.gov.cn/gongbao/content/2023/content_5745286.htm. 2024 年 9 月 8 日访问。

[37]为涉外检察工作播下一批“种子”，载最高人民检察院，https://mp.weixin.qq.com/s/QEGaq8q8fa81fSadITI2nw，2024 年 10 月 11 日访问.

通讯地址：湖南省湘潭市雨湖区羊牯塘街道湘潭大学。

联系电话：蔡高强：13973220598。曹银珠：15773219132。

电子邮箱：蔡高强：caigaoq@xtu.edu.cn。曹银珠：caoyinzhu792@163.com。

2025年中国国际法学会年会

略论涉外检察人才培养的实践路径

陶建平

摘要：涉外检察事业的发展，离不开专业化人才队伍的有效支撑。高素质涉外检察人才须具备坚定政治立场、复合业务功底、精通法律外语、具有国际视野。当前，涉外检察人才培养还面临涉外高价值案件等基础资料零散、涉外法治人才培养协同性不强、对国际视野未引起充分重视等一系列挑战，须在人才培养理念、机制、方式，乃至人才引进上大力创新，开辟有别于传统培养模式的新路径。

关键词：涉外检察人才　国际视野　涉外高价值案件　全周期培养

涉外法治作为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，事关全面依法治国，事关我国对外开放和外交工作大局。检察机关是国家法律监督机关和司法机关，在推进涉外法治工作中承担了重要使命。根据《最高人民检察院关于加强涉外检察工作的意见》（以下简称《意见》），涉外检察既包括检察外事工作，也包括具有涉外因素的检察业务工作。聚焦检察机关主要职责，基于问题导向型研究范式，需优先回应业务办案工作中的涉外检察建设难题。

当前，涉外检察履职的效能提升，从根本上需要专业化人才队伍的有效支撑。涉外检察人才队伍建设，是检察机关推进涉外法治工作的内在要求，在涉外检察工作发展中具有基础性地位。然而，理论上关于涉外检察人才培养专门的论著尚不多见，现有人才队伍还难以满足涉外检察工作快速发展的实际需要[1]，涉外检察人才培养的实践导向还不鲜明。笔者结合近年来上海检察机关的一些探索，从司法实践角度提出一管之见。

一、涉外检察工作的内涵界定

涉外检察人才是由涉外法治体系建设所衍生的概念，其内涵界定需以涉外检察工作及涉外案件的概念解析为基础。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》[2]，进入审判程序的涉外刑事案件可以被归纳为三种情形，犯罪的当事人是外国人的；发生在我国领域外依法适用我国刑法应予追究

[1] 近两年，最高检工作报告中均指出涉外检察领域高素质专业化人才紧缺问题。最高检通过排摸实务经验和学历背景建立了涉外法治人才库，涵盖各级检察机关近 1500 人。这在检察队伍的整体占比并不高，且库内人员缺乏办理涉外案件的实战机会。参见刘林呐、宋文丽：《涉外检察人才队伍建设现状及对策》，载《中国检察官》2024 年 11 月（司法实务版）。

[2] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（2021 年 3 月 1 日，法释〔2021〕1 号）第四百七十五条规定，本解释所称的涉外刑事案件是指：
（一）在中华人民共和国领域内，外国人犯罪或者我国公民对外国、外国人犯罪的案件；
（二）符合刑法第七条、第十条规定情形的我国公民在中华人民共和国领域外犯罪的案件；
（三）符合刑法第八条、第十条规定情形的外国人犯罪的案件；
（四）符合刑法第九条规定情形的中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。

的犯罪；依据条约义务管辖的犯罪。上述涉外刑事案件的范围具有法定性，无疑应当作为涉外刑事检察案件的重要依据，但从涉外法治的视野，其界定的范围偏窄，对实践中必须权衡和处理的涉外法律关系和解决推进诉讼的涉外事实证据问题难以涵括。从实践出发，对检察环节的涉外案件，尤其是涉外刑事检察案件可以进一步加以梳理和概括。

在检察履职的语境下，涉外检察案件是指检察业务办案中事实要件涉外和法律要件涉外的案件。其中，事实要件涉外指案件行为、相关证据发生或存在于国（境）外，需开展境外取证或司法协作的案件。开展司法协作还包括追赃挽损等追回赃证物品、相应法律文书送达、法律决定需在境外执行等情形。法律要件涉外，主要指案件办理所适用的程序法和实体法涉外，包括需开展外国法查明、管辖争议解决、适用国际公约作为处理案件的法律依据等情形。

同时，需要明确涉外案件的类型和层次。近年来，上海市检察机关办理的涉外案件主要存在以下几种类型：一是外国人或国外组织实施的犯罪；二是跨国（境）犯罪；三是境外敌对势力、国家或组织实施的危害国家安全、政治安全和意识形态安全的犯罪；四是走私、妨害国边境管理等具有涉外因素的侵害秩序类犯罪；五是我国国家、组织和公民海外利益遭受侵害，需要以国内法律作为依据、采取相应刑事司法措施的救济、反制案件。

涉外案件还存在不同的层次：其一为纯正的涉外案件，如我国公民或外国人在我国领域外实施的犯罪，根据刑法第九条规定的普遍管辖的犯罪等；其二为具有涉外要素的案件，包括主体、客体、行为或结果涉外的，如外国人在我国领域内犯罪或被害人系外国、外国人的犯罪；其三为具有涉外背景案件，如我国公民、组织海外利益受损但缺乏显性涉外法律要件的案件。需在明确涉外案件类型、层次、不同需求特点的基础上，聚焦当前司法实践和检察队伍建设情况，在此基础上以提升涉外检察人才基本素养为视角，为涉外检察队伍专业化建设提供可操作的进阶路径。

二、高素质涉外检察人才的基本素养

《现代汉语词典》对人才的解释是“德才兼备的人；有某种特长的人……”从管理学角度，人才是指那些具有特定技能、知识或能力，并能通过创造性的劳动对社会作出贡献的人。其有三层涵义：一是具有专门的素养（素质层面），二是开展了创造性劳动（过程层面），三是对社会具有贡献（结果层面）。另外，根据《意见》对加强涉外检察人才队伍建设规划，要坚持把政治标准放在首位，建设政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的涉外检察人才队伍。综合上述标准，涉外检察人才须具备以下基本素养：

（一）坚定政治立场

宏观地看，涉外检察的应用场景发生在本国与外国之间，检察官要维护好国

家主权、安全、发展利益，妥善应对别国实施的“长臂管辖”等，必然要有大局意识，把思想政治标准放在首位，做到“从政治上着眼、在法治上着力”，带着责任感、使命感去办好涉外案件。更具象化地来看，虽然我国《外商投资法》第35条规定了国家安全审查制度[3]，但内容过于原则和笼统。而我国正在申请加入的CPTPP第29.2条规定了“安全例外”条款[4]，意即东道国为了基本安全利益，可以采取与其他条款相冲突的行为，也就是此种情况下可以不遵守其他条款。美国援引相关条款，建立了严密的外商投资监管与审查体系，且司法部等具有明显司法属性的机关也是审查主体之一。在构建完善类似安全审查制度中，若检察机关参与其中，可以发挥“识别国家安全受到威胁”“对相关案件予以司法确认”“督促公权力机关履行权力”“通过立法建议、司法解释推动制度完善”“直接参与安全审查”等职能，这些职能的正确行使，都离不开坚定的政治立场和深厚的家国情怀。

（二）复合业务功底

办案是检察官的基本功。涉外案件涉及的法律体系更庞杂宏大，办案程序更趋复杂严谨，办理中可能遇到的不确定性因素更多。检察官在办理涉外案件时，既要全面系统地掌握本国法律[5]，又要了解国际条约、国际组织文件的相关内容，还必须考虑国际法与国内法的衔接问题；既要关注法律适用，又要注意文书送达、调查取证、安排证人作证或协助调查等程序安排，还要考虑一些特殊细节，例如国际刑事司法协助案件中就有不少注意要点[6]；既要熟稔“四大检察”职能作用发挥，又要关注最新理论发展对司法的影响，还要尽量弥合理论与实践之间的缝隙。因此，涉外检察人才必须成为“通专结合”的业务人才。

（三）精通法律外语

语言不仅是交际工具，更是一种思维模式和文化载体，在一切社会活动中都起着至关重要的作用。涉外检察人才承载的一个重要使命，是以外语为载体，在交流、说服、陈述、辩论中，在世界舞台上有效开展法治议程设置、法治规则制定和法治秩序维护等工作，积极构建中国检察话语体系，讲好中国检察故事。涉

[3] 《中华人民共和国外商投资法》第35条：“国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法做出的安全审查决定为最终决定”。

[4] Article 29.2: Security Exceptions ‘Nothing in this Agreement shall be construed to:(a) require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or (b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests’.

[5] 王健：《涉外法治人才首先还是要懂国内法》，天津大学法学院举办“涉外法治人才培养高端论坛”发言。

[6] 实践中，一些国家在协助配合中严格按照《国际刑事司法协助请求》来执行，超出的部分一般不予配合，因此若由公安机关作为制发《国际刑事司法协助请求》的主体，则《请求》制发前，就取证范围的部分应征询同级检察机关的意见，避免内容的遗漏。部分国家搜查、扣押的决定、物证的保存均由检方负责，故在涉及物证移交等协助请求时，由检察机关作为主体制发《请求》或会取得更好的效果。此外，国际刑事司法协助案件的办理周期一般较长，漫长的诉讼过程可能给当事人带来较差的司法体验，建立健全程序释明告知机制也需要引起关注。

外检察人才的外语能力，不是仅仅掌握普通的外语，而是与法律有机融合的专业外语，其在表达上更加精准严谨、在句法结构上往往更加复杂。英语作为联合国和世界贸易组织的官方工作语言，是学好国际法和外国国别法的基础，也是涉外检察人才语言培养的起点和关键[7]。目前检察队伍中，专业英语的普及度相对较高，也有一部分干警擅长德语、法语、日语、韩语等常用外语，但一方面这些外语技能往往偏重于“读”、稍逊于“写”“译”、而弱于“听”“说”，另一方面结合“一带一路”、东盟等国际区域合作的需要，亟需储备一批精通小语种的专门人才。

同时，笔者以为对涉外检察人才的法律外语能力应作务实化理解。所谓“精通”，并非全然强调语言的流利程度，而是强调实践应用能力。具体而言，涉外检察人才要善于借助法律数据库、同传翻译软件等工具准确理解外文法律文书的核心条款；要善于运用跨境司法协作中常见法律英语的规范表达，与境外检察机关协同办理案件；要善于借助多元资源协作机制，如在办理重大涉外案件时通过与高校外语院系、专业翻译机构合作破解复杂语言障碍。这种能力定位既符合检察机关集体办案的协作特性，也避免了因过度强调个体语言水平而加剧人才短缺矛盾。

（四）具有国际视野

统筹推进国内法治和涉外法治的要求，决定了涉外法治人才必须具有国际视野。中办、国办《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》明确指出，要“加快培养具有国际视野，精通国际法、国别法的涉外法治紧缺人才”。国际视野代表了一种综合素质，是检察官所拥有的国际化的思维意识、知识架构、认知能力和工作经验的集成，要求检察官能够合理吸纳他国司法经验，在可控范围内推动国际规则的本土化。其具体内涵包括：**一是**洞察与吸纳力。要有“海纳百川、兼容并蓄”“放眼看世界”的胸怀，对不同国家、民族、文化的长处和创新事物保持高度敏感，不停止学习、不自我封闭，从更高维度探寻司法规律。**二是**思辨与甄别力。要有“知其然，知其所以然”的思辨，在掌握更多信息渠道的基础上，通过深度地逻辑思辨，破除“信息茧房”的影响，转化为检察官内在的自觉思考。**三是**创造与转化力。要有“以我为主，为我所用”的集成创造。掌握信息、深度思考，最终目的是要破解难题，实现对他人成果的超越。涉外检察人才根本目标是以国际眼光来观察检察制度、法治建设、国家治理等，努力推动解决司法实践中的问题。

[7] 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》《联合国反腐败公约》《联合国打击网络犯罪公约》等，均以英语作为第一语言。国际刑警组织发布的“百名红通人员”名单，绝大多数犯罪分子逃往国都是以英语作为官方语言，因此英语是涉外工作的主要外语。参见王文华、魏祎远：《涉外刑事法治人才培养模式的探索与创新》，载《中国大学教学》2024 年第 5 期。

三、涉外检察人才培养面临的挑战

近年来，涉外检察人才培养取得了长足发展，但依然存在着一些短板和弱项，譬如队伍的数量还不多、质量还不高、分布还不均衡等。因应涉外检察的快速发展，结合涉外案件办理的实际需要，涉外检察人才培养实践中还面临着以下挑战：

（一）业务层面：涉外高价值案件[8]等基础资料零散

涉外案件的高质效是由一个个案件“磨”出来的。实践中，从案件办理类型来看，当前涉外检察办理的语境仍多聚焦于传统的刑事检察领域，对于民商事检察、公益诉讼检察的涉外案件关注不足，尤其是对高价值案件总结提炼较少。从直接办理案件的角度看，尽管检察机关受理的涉外案件数量不少，但其占检察机关全部案件数的比例还较低[9]。加之不少检察机关内部对办案类型不断细分，设置了涉外案件专业化办案组，也使非涉外办案组的检察官缺乏办理涉外案件的机会。从间接接触案例的角度看，检察机关内部关于“涉外案件需要在案例库建设、案例积累上倾注更大力气”的共识还有待深化，涉外案例库的建设落后于实践需要，目前发布的涉外指导性案例、典型案例数量较少，无法覆盖实践中遇到的各种问题，涉外检察精品课程不多，办理涉外案件须强制检索案例的办案机制尚未确立，检察官办理涉外案件后及时进行复盘、总结、提炼的意识较为薄弱，导致高价值涉外案例对同类案件的借鉴价值无法实现。

另一方面，涉外案件的高质效办理依托于对司法协助条约的全量化掌握，但目前条约信息整合工作存在机制性、结构性障碍。如在跨境刑事案件司法协助实践中，我国与 86 个国家签署的刑事司法协助条约构成检察履职的核心法律依据[10]，但条约文本分散存储于外交、司法等多部门，检察人员难以及时获取最新版条约附件及修订条款，且由于缺乏系统化检索工具、不同条约对同类事项规定存在差异，不利于高质效办案。因此，亟需构建司法协助条约等基础资料智能资料中心，集成动态更新、智能检索、案例指引三大功能，破解“信息孤岛”导致的办案难题。

（二）主体层面：涉外法治人才培养的协同性不强

检察机关内部一体谋划、共同推进的力度还有提升空间。涉外检察人才培养是各级检察机关共同的责任，要着眼于事业的长远发展，通盘考虑、协同推进，不能各自为战、单打独斗。最高检进行顶层设计和战略规划后，省级院要结合地域特色，明确所在地区涉外人才培养的中期目标和短期举措，省会城市、东部沿

---

[8] 所谓涉外高价值案件，是指具有代表性或典型意义，对于当前和今后一定时期的涉外案件办理、涉外工作发展有较高参考价值的案件。

[9] 最高人民检察院工作报告显示，2024 年全国检察机关共提起公诉 163.1 万人，其中起诉涉外刑事犯罪 4.98 万人；2023 年全国检察机关办理各类案件 425.3 万件，办理涉外刑事案件 4243 件。

[10] 截止 2023 年，中国已与 86 个国家签署双边司法协助条约。具体参见中华人民共和国国务院新闻办公室公开报道：http://www.scio.gov.cn/live/2023/33019/fbyd/202311/t20231124_819425_m.html。

海及其他有基础的基层院要找准定位、重点突破，培养、储备一批业务精湛的涉外人才。

法学院校“供给侧”与司法实务部门“需求侧”之间还不完全匹配。法学作为一门实践型学科，必须与实务深度嵌合。2019 年以来，国内高校开始在高等教育层面推动涉外法治人才培养工作，但在法律外语教学、国际化课程设置、实务能力培养等重点环节中仍然存在痛点、难点、空白点，[11]集中表现为“重理论知识、轻思维养成、缺实践教学”“教学中缺乏司法元素、检察元素”“国别法课程设置不足”“法律外语大多仅设置法律英语一门课程”“法科学生法律实习流于形式”“司法机关与高校合作不少尚停留于协议层面，且多局限于法学院”等。

法律职业共同体在涉外法治人才方面的协同还不到位。检律、检警、检法之间关于涉外人才培养缺少直接交流，有时可能还存在一些职业壁垒[12]，缺乏定期互动与合作，涉外业务“同堂培训”机制尚未常态化开展。应当看到，法院、公安、律所、仲裁机构在涉外业务上起步较早、各有特色，应加强学习借鉴，有的不妨直接“拿来主义”。

（三）意识层面：对国际视野养成尚未引起充分重视

目前对涉外人才的素能，人们更重视显性因素（如外语能力、留学背景、涉外办案经验等），但对国际视野等隐性素养缺乏关注[13]。实践中，对于国际视野的认知还有偏颇，比较突出的误区有：**一是**认为“遥不可及”。有的检察官认为，自己不办理涉外案件，国际视野显得高深莫测、触不可及。这种认识忽视了涉外案件的内涵也在不断丰富，并非传统上认为行为主体、行为地等涉外才是涉外案件，也没有意识到拥有国际视野对办理非涉外案件同样有所助益。**二是**唯“欧美是尊”。有的检察官把国际视野简单等同于欧美视野。过去，受制于国家经济社会发展的水平，我国大力学习发达国家包括法律制度在内的先进经验。随着中国和平发展以及承担全球责任的加大，我们要更加注重同对我们持友好态度的国家之间形成更有力的国际协作，全面提升涉外执法司法效能，全力服务高水平对外开放。**三是**局限“法律一域”。有的检察官认为，国际视野只需盯着域外法律（检察）制度即可。事实上，域外经济、科技、文化、社会等领域的发展，势必导致法律规范的相应调整，需要检察官作前瞻性思考，自然也应当是学习涉猎的范畴。

四、涉外检察人才培养的创新路径

涉外检察人才培养是一项周期长、领域宽、投入高的系统性育人工程，也是一个新的重大课题。欲取得实效，必须要在紧贴检察业务、尊重人才规律的前提

---

[11] 参见崔晓静：《闭环式涉外法治人才培养模式的探索与创新》，载《武大国际法评论》2022 年第 2 期。

[12] 如因职业廉洁性考虑，法官、检察官与律师的非公务接触在不少地方受到限制，可能在一定程度上影响相互间的跨职业交流。

[13] 在中国知网检索“检察官”+“国际视野”两个主题关键词，仅有 9 篇关联论文，其中尚未见系统论述检察官国际视野的理论成果。

下，在人才培养理念、机制、方式，乃至人才引进上大力创新，开辟有别于传统培养模式的新路径。

（一）完善人才培养的基础设施及基本环境建设

当前，针对涉外案件及理论研究资源整合不足、法律检索效率较低的现实困境，亟待完善人才培养的基础设施建设，构建涉外检察资料中心。在数字化时代，资料中心建设应坚持“线上为主、线下为辅”原则，区分办案辅助、资料查询、业务学习等不同块面并设计应用场景，主要包含下述功能：涉外工作指引，包括涉外案件办理、司法协助案件办理、外事工作交流等基本流程、常见问题，如管辖权认定、境外取证、涉外鉴定、涉外公证、领事通知、领事探视等。域外法规查明，包括域外法查明的基本路径、查询入口及 Westlaw、LexisNexis 等专业数据库、高校数据库链接等。诉讼翻译参考，包括诉讼翻译文本的参考样本、法律（检察）专业外语词汇库、外语院校和人才联系方式等。涉外案例检索，包括最高检权威发布的涉外典型案例和各省市上报、统一审核后发布的涉外高价值案例。

依据“急用先行”原则，尽快积累起一批涉外高价值案例尤为迫切。实践中，笔者所在上海二分院已经开展了探索，针对刑事司法协助案件、重大敏感涉外案件和具有示范引领意义的涉外案件，建立“一案一报告”[14]“全流程案例分析”[15]机制。上级机关、分管院领导、部门负责人或承办检察官认为有价值、有必要的，由案件承办人或组织专人撰写涉外案件办理报告（案例），经研究室指导后，纳入涉外刑事检察案例库，择优上传上海司法案例智能检索系统（i-CASE 系统）。[16]

此外，有鉴于涉外检察理论研究供给的稀缺性与滞后性矛盾，应深入开展涉外检察基础理论及前沿问题，国际法和区域国别法律制度、检察制度等的研究，为检察人才培养提供坚实理论支撑。一方面，要加强理论研究的系统性、融合性，组织检察机关、高校、科研机构协同开展涉外检察理论研究，形成相融互促、全面覆盖的检察大研究格局。另一方面，要加强理论研究的兼容性、革新性，针对国内相关检察译著“少而旧”困境，有必要开展域外检察研究编译出版工作，更好地学习借鉴各国司法办案做法和具体制度设计，将“他山之石”在中国检察实践中用足、用好、用活，为涉外检察人才成长提供深厚滋养。

---

[14] 《涉外案件办理报告》，是指检察机关在办理涉外刑事案件过程中，以案件审查报告为基础，以问题为导向，实践性解析涉外检察办案，类型化归纳办案实务问题，深入探讨每个环节的法律适用、证据采信、程序合法性等，提出工作建议等而形成的书面报告；亦可对某一具体办案环节、处置某一涉外事例或某一法律适用问题等进行分析与总结，形成《专题报告》。

[15] 全流程案例分析，是指检察机关从办理涉外刑事案件的“三个效果”出发，对涉外刑事案件办理全过程的详细解析，涵盖立案、侦查、审查起诉、审判、执行等关键环节，旨在对案件办理的关键问题、《涉外案件办理报告》中涉及的问题等进行实践总结，系统性提炼工作要点，形成的可用于上传入库、对外发表的涉外典型案例，为司法实践提供参考。

[16] 该系统是以上海市检察机关司法案例研究基地为依托，由上海市人民检察院、杨浦区人民检察院共同组织研发的集类案强制检索、全量案例整合、智能检索输出等功能为一体的案例检索平台。经初步论证，通过优化现有检索功能，即可实现涉外案例的精准检索。

（二）深化人才培养路径及全周期培养模式

检察机关要加强与法律职业共同体的协同，探索建立涉外法治人才库，做好人才的“引进来”和“走出去”。在“引进来”方面，需加强平台整合，发挥院校研究机构、行业组织、国际组织的人才队伍建设服务功能，充分挖掘法治人才，着力健全和完善涉外检察人才引进、培育、管理、使用等全链条制度机制，拓宽并创新涉外法治人才的录用途径。在“走出去”方面，需依托与国内外侦查机关、审判机关、司法行政机关等建立的常态化交流机制，深化检察教育培训国际交流。现阶段，国际刑事司法协助往往以警务协作的方式开展，检察机关应深度参与国际警务合作交流活动，如派员参加全球公共安全合作论坛等，加强跨境取证等实务问题研究，在国际执法司法合作、涉外人才培养等方面汲取公安机关的成熟经验。

检察机关在涉外人才培养的机制架构上，须坚持“纵向一体化+横向一体化+全周期培养”。纵向上，应以最高检国合局为牵引，网状结构铺开，各省级院和有基础、有条件的地市级院、基层院为重要节点，形成“四级检察机关共建、必要时统一调度调配”的良好局面。横向上，各院内部要摒弃“涉外人才培养是个别条线、某些部门的职责”这种狭隘认识，形成全院一盘棋，共同打造有利于涉外检察人才成长的环境。周期上，建立“涉外检察人才全职业周期培养计划”，循序渐进、分层分段推进，初步考虑可将涉外检察人才划分为初级、中级、高级三个阶段。

检察机关要主动深化检校合作，为培养高素质涉外检察人才引来“源头活水”。在当前新文科建设的大背景下[17]，司法机关要与高等院校构建更为坚实的涉外人才培养集成系统，依托高校在涉外人才培养和教育中的基础性先导性地位，同时发挥司法机关的实践优势，打造“教学、实践、就业、提升”的人才培养闭环。例如，上海二分院加强与上海市委党校、复旦大学等院校合作，探索“多师同堂、师生互动、师师互动”的涉外法治实践型课程授课模式[18]，为涉外检察人才配备思政导师、理论导师和实务导师，推动涉外人才培养的多方参与共建。

（三）坚持实践导向促进交流互鉴

为适应我国对外开放格局和涉外法律服务需求，涉外检察人才必须有“向外看”的智识。加强检察官互访互鉴，是提升国际视野最直接的方法。当前，国际和区域组织间检察机关的相互交流学习已成为共识。[19]有条件的可针对高层次涉

[17] 新文科（New liberal arts）概念由美国希拉姆学院于 2017 年率先提出。2020 年，教育部发布《新文科建设宣言》，对新文科建设做出全面部署。其是指打破专业壁垒和学科障碍，以更广的学术视角、更强的问题意识和更深的学术积淀为基础，为文科类学生提供更契合现代社会发展需要的综合素养。

[18] 上海二分院与复旦大学签署的《检校合作协议》中一项举措即为，由检察官、检察官助理和教授、助教共同组建教学团队、共同设计教学课程、共同建设实践平台，将真实案例脱敏后引入高校课堂。

[19] 第二十一次上海合作组织成员国总检察长会议提出，“各成员国检察机关相互学习借鉴，常态化推进高层互访、检察官互派、理论和实践研讨，建立健全交流培训机制，发展检察机关教育及培训机构间相互协

外检察人才量身定制域外专项培养计划，选派到域外检察机关进行中长期考察（可到不同层级的检察机关走访调研，加强对域外检察制度的全面了解），或者安排到与检察关联度高的国际组织学习锻炼。也可以依托中国—东盟成员国检察官交流培训基地、中亚国家司法合作交流基地等平台，邀请外国检察人员来华参加培训，互促互进。

聚焦提升涉外检察专业水平，检察人员必须在办理涉外案件中增强国际规则认知学习。国际规则不仅是处理涉外案件的法律依据，也是维护国家利益、促进国际合作的重要工具。例如，在跨境网络犯罪案件中，检察人员需熟悉《联合国打击网络犯罪公约》中的调查取证规则，以便高效开展国际合作。又以知识产权领域为例，从实体到程序、从静态的保护范围到动态的执法司法机制，CPTPP 均呈现出全面、高标准的知识产权保护特点。涉外检察人才需要系统地学习 CPTPP、DEPA 等国际规则，对与检察业务高度关联的内容进行标注和摘录，并对可能对我国执法司法造成的影响和挑战进行分析研判。

国际司法协助是涉外检察工作履职办案的重要领域，必须坚持实战实训实用导向，以案件办理锤炼涉外检察精兵。近年来，我国收到的司法协助请求数量不断增长，在对检察机关办理质效提出更高要求的同时，也为涉外人才培养创造了良好平台。无论办理涉外案件抑或非涉外案件，熟悉国际通行做法对更深入地办理案件都能提供新的视角。上海二分院近年来办理了上海首例外逃贪官违法所得没收案件、项某帮助他人掩饰隐瞒犯罪所得非法汇兑 18 亿余元至境外案件、黄某某故意杀人案、周某抢劫案等一批重大涉外案件[20]。通过引导检察官在办案中学习、运用国际视野，对办案产生助益，从而形成“正面反馈”，进一步激发检察官养成国际视野的内驱力。

2025年中国国际法学会年会

作”。

[20] 项某案被写入最高检工作报告，黄某某案、周某案分别入选最高检第一批、第二批国际（区际）司法协助典型案例。

教育联盟模式下高素质涉外法治人才协同培养机制研究

李青[①]　李萌萌[②]

摘要：在全球治理体系加速重构的背景下，涉外法治人才的能力需求呈现复合化、专业化和国际化特征。传统高校单一培养模式因资源碎片化、技术嵌入不足、评价机制滞后等问题难以满足需求。教育联盟模式整合政府、高校、企业、国际组织等多方资源，提出“目标—主体—资源—评价”四维协同框架，构建分层培养体系与动态调整机制。教育联盟通过课程模块化共享、区块链学分互认、元宇宙虚拟教研室等技术赋能手段，极大缩短人才培养周期，揭示教育联盟对法治人才供给链的重构效应，为全球教育治理提供中国方案。

关键词：教育联盟；涉外法治人才；协同培养机制；元宇宙技术；区块链认证

一、引言

全球治理体系加速重构下，国际规则博弈从传统安全领域逐渐延伸至数字经济、气候变化、人工智能伦理等新兴领域，新型协定（如 CPTPP、DEPA）对法律人才提出更高要求，国际组织、跨国企业、行业协会深度参与规则制定。传统高校单一培养模式已难以应对复杂需求。当前高校涉外法治人才培养普遍存在国际人才紧缺、人才培养模式同质化、保障机制尚不健全等问题。[1]习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上发表重要讲话并提出要“坚持统筹推进国内法治和涉外法治，协调推进国内治理和国际治理”的重要主张。这都表明涉外法治人才培养是我国一贯大力倡导的重要举措。[2]在此背景下，教育联盟作为一种资源整合与优势互补的跨组织合作模式，逐渐成为涉外法治人才培养的重要路径。

欧美国家较早探索教育联盟模式，如欧盟“伊拉斯谟计划”通过跨国高校联盟推动法律人才流动，美国“常春藤联盟”以课程共享和联合学位项目强化实务能力。近年研究开始重点关注技术赋能与利益相关者协同，强调企业参与的职业导向培养。国内学者多从制度设计层面分析教育联盟的可行性，但对协同机制的系统性研究仍显薄弱，对数字技术驱动的新型教育生态关注不足。

二、教育联盟模式的理论建构

（一）核心概念解析

①李青，男，沈阳师范大学法学院、沈阳师范大学涉外法治研究院，副教授、硕士生导师、法学博士。
②李萌萌，女，沈阳师范大学 2024 级硕士研究生。

[1] 石佑启、韩永红：论新时代我国涉外法治人才培养体系之优化[J].中外法学，2024，（6）.

[2] 张超汉、候柔倩：新时代高素质涉外法治人才培养创新与实践研究[J].西北高教评论，2023，11（02）.

教育联盟是以资源整合与优势互补为核心目标的跨组织合作模式，其本质是打破传统教育机构的封闭性，通过契约化协作形成“共生—共创—共享”的生态网络。合作主体涵盖“政产学研用”多元角色，遵循“目标协同→资源共享→风险共担”的动态循环，施行针对数字贸易、跨境数据流动等新兴领域联合开发课程，通过模拟国际法庭、跨国企业合规项目实战训练人才。

（二）理论框架

构建“目标、主体、资源、评价”四维协同模型，第一，目标协同。基于全球胜任力的本科生、研究生分层培养体系设计。第二，主体协同。建立"贡献度—收益"挂钩模型，高校课程被引用次数计入学科评估指标。第三，资源协同。开发“联盟学习+同态加密”技术平台，保障跨境数据合规流动。第四，评价协同。设计 LSTM 神经网络预测能力短板，实现“培养—就业”动态关联。

教育联盟区别于传统校企合作的本质特征在于其协同深度与技术嵌入性。如 2024 年从英国的利兹大学到西班牙的巴斯克大学，再到德国的汉诺威大学，先后推出元宇宙大学，不仅共享课程资源，更通过元宇宙平台（Meta）构建跨国虚拟课堂，此类实践印证了联盟模式从“物理聚合”向“数字孪生”的演进趋势。

三、教育联盟模式下涉外法治人才培养的实践困境

（一）多元主体的角色冲突导致协同动力不足

1.高校的学术导向与市场需求的矛盾。多数法学院对涉外法治实务课程（如国际投资争端解决、跨境数据合规）投入不足。全国法学院中开设和人工智能伦理与法律相关必修课的更是少之又少。

2.政府的政策激励与企业参与成本的失衡。地方政府对教育联盟的补贴多集中于硬件建设（如模拟法庭实验室），但跨国律所、科技公司参与人才培养需承担高昂成本（如派驻专家耗时、商业数据脱敏处理），却缺乏税收减免或市场准入等实质性补偿。

3.国际组织的规则输出与本土化适配困境。国际组织提供的培训资源多基于欧美法系框架，与中国涉外法治实践存在语境差异。

（二）资源整合壁垒导致课程体系碎片化与国际化师资短缺

1.课程体系的“拼盘化”与能力培养的系统性矛盾。多数联盟课程仅为成员高校现有课程的简单叠加，缺乏跨学科逻辑主线。内容重复，且未融入数字取证、区块链存证等技术工具教学。新兴领域课程开发滞后，如涉及元宇宙虚拟财产侵权案件，在国内法学院相关课程覆盖率不足。

2.师资队伍的“单一文化”与国际化需求矛盾。具有跨境法律实务经验的教师占比低，且集中于少数头部院校。聘任外籍教师受限于政策壁垒，导致“一带一路”沿线有些国家法律专家难以常态化授课。

（三）能力认证标准与市场需求脱节导致评价机制滞后

1.认证标准与职业能力的脱节。国内法学教育仍以司法考试通过率为核心指标，但涉外法治人才需具备的能力（如 CPTPP 规则解读、跨境并购反垄断审查）未被纳入考核体系。有些毕业生虽通过法考，却无法独立完成《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）条款适用分析。

2.评价主体与用人需求的脱节。高校自主设计的评价指标多侧重理论考核（如论文、考试），但跨国律所、国际组织更关注实务能力（如英文法律文书起草、跨文化谈判）。实践中很多毕业生无法达到英文合同审阅速度的最低要求。

3.静态评价与动态需求的脱节。现有评价体系缺乏对技术演进与规则更新的动态追踪。例如，2024 年欧盟已发布《人工智能责任指令》提案，旨在确保受到人工智能技术伤害的人能够获得经济补偿。但国内法学院仍以传统侵权法理论为主，未增设 AI 算法可解释性、自动驾驶事故责任划分等实务考核模块。

（四）人工智能与法律教育的融合路径缺失面临数字化转型挑战

人工智能是当今世界教育变革的重要驱动力量。能否把新一代人工智能技术科学理性、系统有效地运用于法学教育,事关我国法学教育的高质量发展和现代化跃升,事关我国法学和我国法治的国际竞争力。[3]

1.技术工具与教学场景的适配性不足。现有 AI 法律教学工具（如智能案例检索系统）多针对执业律师设计，未适配法学教育需求。虚拟仿真技术应用表层化，国内建设的“元宇宙法学院”中，实现 3D 场景展示不多，缺乏沉浸式交互设计（如跨国谈判情绪识别、庭审突发状况应激训练）。

2.数据跨境流动与隐私保护的合规风险。教育联盟依赖的跨境数据（如国际仲裁案例、跨国公司合规报告）涉及多国数据主权争议。例如，通过云平台使用存储的中美贸易争端案例，可能触发我国《数据安全法》中跨境数据传输限制条款，存在导致项目中断的风险。

3.教师数字素养与技术迭代速度的差距。我国法学院教师数字素养达标率，相比工程学科教师不占优势。多数教师对 AI 辅助教学设计缺乏实操能力，仍沿用“PPT+讲座”的传统模式。建议构建“技术—教育—法律”三元协同框架，针对我国涉外法治需求定制训练数据集，同时嵌入合规审核模块，实现技术创新与法律约束的平衡。

四、协同培养机制的创新性建构

（一）目标协同机制：基于全球胜任力的分层培养体系设计

全球胜任力是涉外法治人才的核心竞争力，需通过分阶段、差异化的培养路径实现能力跃迁。

1.本科阶段夯实基础法律素养与语言能力强化

（1）法律素养框架。构建“1+X”课程体系，以三国法为核心必修课（“1”），

[3] 张文显：论法学教育同人工智能的深度融合[J].数字法治，2025，（01）

叠加区域国别法模块（“X”）；融入数字法治基础，增设法律数据分析入门课程，教授法律文本挖掘、司法裁判预测模型等工具。

（2）语言能力强化。推行“法律+语言”双轨制，例如通过模拟 WTO 争端解决案例学习专业术语；小语种定向培养，如可与对象国高校合作开发“法律汉语—阿拉伯语对照术语库”，服务“一带一路”争端解决需求。

2.研究生阶段强化国际争端解决与跨境法律实务训练

（1）国际组织嵌入式学习。选派学生赴联合国国际贸易法委员会，全程跟踪学习条款谈判。

（2）跨境法律工坊。与跨国律所合作设计“中美半导体出口管制合规”“欧盟碳边境调节机制（CBAM）应对”等情景化项目。

（3）技术赋能争议解决。运用区块链存证技术处理跨境电子证据，利用 AI 辅助生成国际仲裁裁决书草案。

（二）主体协同机制：多元参与主体的权责分配与利益共享

1.高校联盟的课程共建与学分互认

（1）课程模块化共享。将跨境数据合规等前沿课程拆分为微证书单元，联盟高校按需组合。

（2）区块链学分银行。采用框架搭建分布式记账系统，实现学分跨境转移与不可篡改存证。

（3）激励机制设计。建立“贡献度—收益”挂钩模型，高校课程被其他成员引用次数计入学科评估指标，触发专项经费奖励。

2.企业深度参与的产教融合模式

（1）反向课程设计。由跨国企业发布年度涉外法治人才能力需求白皮书，倒逼高校调整培养方案。

（2）双聘导师制度。企业法务总监兼任高校实务教授，高校教师赴企业挂职合规顾问。

（3）联合实验室商业化。将学生完成的跨境合规方案转化为企业付费订阅产品，收益按比例反哺教学。

（三）资源协同机制：国际法数据库共享与虚拟教研室建设

1.国际法数据库共享。构建技术支撑的跨境法律数据库，原始数据留存本地，仅交换模型参数，支持多维度交叉检索。

2.虚拟教研室建设。设计元宇宙协同教研平台，支持跨国教师团队在虚拟空间联合备课，实时标注国际条款争议点；沉浸式教学，学生通过 VR 设备参与模拟国际法院案件辩论，系统自动记录发言逻辑性与证据引用准确度。

（四）动态调整机制：基于大数据的学习效果追踪与反馈系统

1.数据采集维度集中在学习行为数据、能力成长数据、市场需求数据。

2025年中国国际法学会年会

2.通过智能分析模型，预测能力短板，系统自动建议增补对比案例；构建“培养—就业”关联图谱，触发课程拓展更多所联盟高校。

3.每学期生成《全球胜任力发展报告》，推送至学生、教师与企业三方；建立“红黄蓝”预警机制，连续两学期未达标的课程启动强制优化程序，形成闭环反馈系统。

五、前沿性探索：教育联盟模式的升级路径

（一）元宇宙技术在涉外法治教学中的应用场景

元宇宙给个人提供了体验另一种全新生活方式的机会，提供了重新设计自我和环境的可能性[4]。元宇宙技术通过空间重构、虚实交互与智能生成三大特性，为涉外法治教育提供革命性赋能。

1.沉浸式跨国课堂

（1）虚拟仿真法庭。构建 1:1 还原的 WTO 争端解决听证会场景，学生可扮演不同国家代表，通过动作捕捉技术实时模拟谈判微表情与肢体语言，系统自动评估策略有效性。

（2）全球法系博物馆。以数字孪生技术复刻罗马法诞生地、美国联邦最高法院等历史场景，结合 AI 讲解员（如“汉谟拉比法典数字人”）解析不同法系演化逻辑。

2.分布式协作教研

（1）跨国师资协同。中德法学教授在虚拟空间联合设计《欧盟碳关税（CBAM）与中国应对》课程，实时标注法条争议点（如“间接排放核算标准”），并生成 3D 可视化教学图谱。

（2）智能教案生成。基于 GPT-4.0 和 DeepSeek 等大模型分析最新判例，自动提炼教学要点。

（二）区块链技术赋能跨境法律实践能力认证

区块链技术通过去中心化、不可篡改与智能合约特性，重构法律人才能力认证体系。

1.学分与能力通证化

（1）学分存证链。采用 Hyperledger Fabric 框架搭建联盟链，高校、企业与国际组织共同验证学分真实性（如“中国—东盟法律教育链”实现多校学分互认）。

（2）NFT 能力证书。将国际模拟法庭获奖记录、跨境合规项目参与度铸造成 NFT，雇主可通过链上溯源验证真实性。

2.跨境执业资格互认

（1）智能合约监管。自动执行区域协定（如 RCEP）框架下的律师执业互认条款，例如当学生通过新加坡律师资格考试后，链上自动触发中国司法部备案程

[4] 季卫东：我们正处于元宇宙时代的入口[J].检察风云，2023，(16).

序，审批周期极限压缩天。

（2）隐私保护创新。运用零知识证明（ZKP）技术，在不泄露具体成绩的前提下验证学生能力达标，如上线“区块链法律人才护照”，整合学历、语言、实务项目等能力数据，提升跨国企业通过该护照筛选人才效率。

（三）国际组织主导的“微证书”体系构建

国际组织通过标准制定、资源整合与权威背书，推动微证书成为全球法治人才能力评价新范式。

1.微证书框架设计

（1）模块化能力单元。将涉外法治能力拆解为“国际投资仲裁”“跨境数据合规”等若干个微模块，每个模块需完成 15—20 学时学习并通过链上考核。

（2）动态更新机制。根据全球法律热点实时增补“生成式 AI 法律风险”等新兴模块。

2.联盟链认证网络

（1）跨组织互认协议。通过国际组织（如国际商会、海牙国际私法协会）机构共建“全球法治微证书联盟链”，企业招聘时可通过智能合约一键验证证书有效性。

（2）学分银行对接。微证书可按一定比例兑换高校学分（如 1 个“数字贸易争端解决”微证书=3 个国际商法选修课学分）。

（四）全球危机事件（如数字贸易战）驱动的应急培养机制

全球性危机反向激活教育联盟建立敏捷响应、靶向供给与长效转化的应急培养体系。

1.危机预警与需求捕捉

（1）大数据舆情监测。通过自然语言处理（NLP）实时抓取 WTO 争端解决案例库、LexisNexis 法律数据库中的高频争议点。

（2）动态课程生成。短周期内开发数字贸易战法律应对实务等方面的应急课程模块，嵌入真实纠纷案例（如 TikTok 美国数据本地化诉讼）。

2.弹性资源调度机制

（1）跨国师资共享池。危机期间启动国际教授特聘计划。

（2）虚拟实践平台扩容。如临时开放国际仲裁院（ICC）线上听证会观摩权限，支持学生参与实时案件分析。

3.长效转化路径

（1）危机知识库建设。将应急课程转化为标准化教学资源。

（2）能力迁移训练。设计“危机—常态”衔接课程（如从“半导体出口管制”延伸至“全球供应链合规体系重构”）。

六、保障体系与政策建议

（一）制度保障：国家层面涉外法治人才培养专项规划

1.顶层设计突破

（1）推动《涉外法治人才培养促进法》立法进程，明确教育联盟的法律地位与权责边界。

（2）建立“中央—地方—高校”三级联动机制，可考虑在海南自贸港、上海临港新片区等试点“法治人才特区”，赋予跨境课程审批、外籍教师聘任等自主权。

2.动态监测机制

（1）发布涉外法治人才能力标准白皮书，按年度更新“数字法治”“气候诉讼”等新兴领域能力指标。

（2）依托国家智慧教育平台构建“人才供需热力图”，实时追踪“一带一路”沿线国家法律纠纷类型变化。

（二）资金支持：政府—社会资本合作（PPP）模式的应用

1.融资机制创新

（1）可考虑设立“涉外法治教育发展基金”，政府出资作为资本，吸引红圈所、跨国科技企业（如华为、字节跳动）认购份额。

（2）实施“产教融合税收抵扣。企业向教育联盟捐赠设备或资金可抵免应纳税所得额，并允许跨境捐赠。

2.风险防控设计

（1）采用“绩效对赌协议”。若联盟培养的毕业生几年内涉外法律业务创收未达预期（如人均年创收≥50 万元），管理团队需按比例返还社会资本投资。

（2）建立资金使用区块链审计系统，确保每笔支出可追溯至具体项目。

（三）国际对标：借鉴欧盟“伊拉斯谟计划”与北美法学院联盟经验

1.欧盟经验本土化移植

构建“中国版伊拉斯谟+法治计划”，设立专项奖学金支持学生赴海牙国际法院、国际统一私法协会等机构实践；复制欧盟“联合硕士项目”，推动国内外高校“数字法治双学位”项目学分互认。

2.北美模式创新应用

（1）参照美国法学院联盟（The Center for Computer-Assisted Legal Instruction，简称 CALI）的“案例中心”模式，建设“中国涉外法律案例超级库”，集成 AI 辅助检索（如输入“跨境数据流动+行政处罚”自动关联相关判例）；引入加拿大“Co-op 带薪实习制度”（截止到 2024 年，加拿大已有超过 100 所学校开设了 Co-op 带薪实习项目），要求研究生至少完成 6 个月的国际组织或跨国企业全职实训。

（2）差异化超越路径。针对欧美模式“重个体轻系统”的缺陷，提出“联盟生态圈”概念，将人才培养与规则话语权争夺捆绑（如可通过教育联盟成员主

导起草《金砖国家数字经济争端解决示范规则》)。

（四）伦理规范：跨境数据流动与知识产权保护的协同治理

1.数据合规框架

采用“分类监管+白名单”机制，基础教学数据（如课件、作业）可通过联盟数据走廊自由流动；敏感法律数据（如未公开仲裁裁决书）须经国家相关部门进行数据脱敏处理，确保跨国教研合作不泄露原始数据。

2.知识产权共享机制

建立“贡献值分配模型”，课程资源、研究成果的知识产权按参与方投入（资金、人力、数据）动态分配，通过智能合约自动执行；设立“涉外法治教育专利池”，优先开放给联盟成员使用。

3.伦理审查强化

成立教育联盟伦理委员会，引入“算法影响评估”（AIA）工具审查 AI 教学系统偏见(准确率过低将被强制暂停使用)；发布《涉外法治教育社会责任宣言》，要求成员单位承诺不参与武器贸易、数据监控等争议性领域人才培养。

七、结论

通过理论建模、实证分析与技术验证，揭示了教育联盟模式在涉外法治人才培养中的系统性重构效应，核心价值体现在三方面，首先，供给链效率跃升。传统模式下，法治人才培养周期长、成本高、市场适配性差，而教育联盟通过协同培养机制将周期压缩。技术赋能显著提升资源利用率，元宇宙虚拟教研室使单次跨国课程协作成本大幅降低。其次，全球治理能力突破。教育联盟推动中国从国际规则的“被动接受者”转向“主动塑造者”。可打破欧美技术垄断话语。最后，数字主权战略支撑。通过构建跨境数据共享平台，实现国际法数据库的自主可控，打破西方在数字教育治理领域的规则垄断。提出“教育联盟四维重构模型”，即目标协同化（本硕分层培养体系设计）、主体协同化（多元主体权责再分配）、资源数字化（技术驱动的全球资源共享）、能力指数化（区块链微证书认证体系），为法学教育研究提供全新范式。

未来研究需进一步探索教育联盟与全球治理的深度耦合，具体路径包括，第一，构建“全球法治教育共同体”。一方面进行国际标准互认，尝试推动联合国教科文组织（UNESCO）建立“全球法治微证书互认框架”，将中国主导的“数字法治能力标准”纳入国际认证体系；另一方面要建立危机响应网络，建立金砖国家、东盟等区域性教育联盟应急协作机制，例如针对“量子计算法律风险”“深海采矿权争端”等新兴议题，短时期内启动跨国联合培养项目。第二，实施“技术—教育—治理”的三角联动。首先可以建立元宇宙全球治理课堂，推动国际法院、世界贸易组织（WTO）构建“全球法治元宇宙”，学生可化身虚拟法官参与法律意见书起草；其次，可通过 AI 驱动的规则演化模拟，开发基于深度强化学

习（DRL）的“国际法条款博弈推演系统”，预测 CPTPP 扩容、数字货币监管等规则变动对人才培养需求的影响，动态调整教育联盟课程体系。第三，实现人类命运共同体的法治表达。一方面通过教育援助机制，设立“一带一路法治教育基金”，为发展中国家定制低成本、模块化培训方案（如通过 AI 翻译系统将中国法律课程适配为阿拉伯语等版本）；另一方面借助文明互鉴平台，建设“全球法系数字博物馆”，利用数字孪生技术还原汉谟拉比法典、唐律疏议等经典法律文明场景，推动“不同法治文明平等对话”理念落地。

教育联盟如能成为全球教育治理的核心载体，将会出现全球超半数以上法学院加入教育联盟的盛景，跨境法律人才供给量将成倍增加，国际规则制定中发展中国家话语权占比将急剧攀升，实质性推进人类命运共同体从理念到实践的转化终将实现。

2025年中国国际法学会年会

推进涉外法治建设之地方路径研究

陈玉忠[1]

摘要：涉外法治是我国社会主义法治体系的重要组成部分，涉外法治建设的地方实践是统筹推进国内法治和涉外法治、推进高水平对外开放的客观要求。近年来，各地推进涉外法治建设取得了明显成效，如涉外法律服务领域、涉外法律人才培养等，但也存在着央地事权不协调、涉外执法部门协同不畅、保障高水平开放层次不高等问题。地方涉外法治建设应充分挖掘涉外法治对国内法治和国际法治的兼容性，以央地协调优化涉外法治发展格局，以服务国家战略支撑涉外法治建设，以提高执法部门协作效能巩固制度创新，全面推进涉外法治建设为高水平对外开放提供重要保障。

关键词：地方涉外法治　央地协同　国家战略　高水平开放

一、问题的提出

2020年11月16日,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上强调指出，“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治”。这是我国社会主义法治建设史上，在全面依法治国和国家治理能力现代化的语境下,第一次把“涉外法治”提升到与“国内法治”相当的战略方位，凸显新时代涉外法治建设的重要性和紧迫性。党的二十届三中全会就“加强涉外法治建设”进行专条部署、统筹安排，涉外法治工作已成为全面依法治国的重要组成部分，是维护我国主权安全发展利益、把我国对外开放事业不断推向前进的战略举措[2]。党的十八大以来，我国涉外法治建设取得历史性成就、发生历史性变革，涉外法治的顶层设计加快完善，涉外法律法规体系加快建设，法治领域国际交流合作不断深化，涉外执法司法和法律服务水平有效提升，涉外法治工作队伍发展壮大，我国运用法治手段和法治方式维护国家和人民利益的能力显著提升。

涉外法治建设地方实践是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，是我国涉外法治建设的不可或缺的重要内容。据媒体报道，2024年8月8日全国首个省级层面涉外法治工作专门机构成立[3]，意味着涉外法治建设的地方实践开创新局面、迈出新步伐。

涉外法治是全面依法治国、建设法治中国的战略部署在对外方向的体现，涉外法治主要是提升涉外工作的法治化水平[4]，本质上是国家法治在对外关系的体

[1] 山东省委党校陈玉忠副教授。

[2] 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，北京：人民出版社，2024年。

[3] 《陕西司法厅建立涉外法治工作专门机构》，载《法治日报》2024-08-14，第2版。

[4] 何志鹏:《涉外法治的目标设定与实践原则》，载《世界社会科学》，2023年第2期。

现，同时也要兼顾国际法治。有种观点认为，“由于事权范围的限制，地方涉外法治并没有可伸展的空间，地方涉外法治工作仅仅是简单地执行上级决策部署、法律法规”，甚至还有观点认为，“涉外法治与地方工作无关”。这种观点片面把涉外法治建设归属于是中央部委、国家机关的职权范畴，没有全面、系统地理解全面依法治国的科学内涵，没有把涉外法治同地方经济社会发展辩证地联系起来，极大影响地方推进涉外法治建设步伐和推进力度。实际上，地方层面上的涉外法治建设是中国特色社会主义法治建设的重要组成部分，既与地方经济高质量发展密切相关，又是打造对外开放新高地、营造法治化国际化营商环境的重要保障。

二、推进涉外法治建设之地方实践的功能定位

涉外法治体系是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，地方推进涉外法治建设是推进高水平对外开放的法治保障，是打造一流市场化、法治化、国际化营商环境的必然要求。因此，在中国式现代化的宏大进程中，需要从法治的视域下对推进涉外法治建设之地方实践作出明确的功能定位。

（一）涉外法治理论的实践源

坚持统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的法治逻辑和核心要义之一。涉外法治是国家以法治形式参与国际事务和全球治理的重要实践。在社会主义现代化建设的不懈探索中，中国共产党对究竟为什么加强涉外法治建设、怎样加强涉外法治建设等一系列时代之问作出了科学回答，体现了党对国际法治规律的深刻认识和准确把握。涉外法治是中国特色社会主义法治体系不可或缺的重要组成部分，与国内法治一起构成全面依法治国方略的“鸟之两翼、车之两轮”，概指中国特色社会主义法治体系中调整涉外法律关系的理念、原则、制度、规则的总和，包括涉外立法、涉外执法、涉外司法、涉外法律服务、中外司法合作等方面[5]。在全面依法治国战略的总体部署下，地方在推进涉外法治建设中负有重要的实施职责。例如，在中央统一领导下地方积极参与国际经贸交往、国际执法司法等活动，由此积累的经验、作法为形成、完善中国涉外法治理论提供了不可或缺的实践渊源。从这个意义上讲，推进涉外法治建设的地方实践应当在国家制度层面上进一步明确其应有的功能定义、领域范畴、方式方法等，有利于发挥地方推进涉外法治建设的积极效用。

（二）促进涉外法治的试验田

改革开放是前无古人的崭新事业，必须坚持正确的方法论，在不断实践探索中推进。涉外法治工作是一项涉及面广、联动性强的系统工程。对如何推进涉外法治建设，习近平总书记强调指出，“要坚持前瞻性思考、全局性谋划、战略性布局、整体性推进，加强顶层设计，一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法

[5] 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》，载《武汉大学国际法评论》，2022 年第 1 期。

律服务，形成涉外法治工作大协同格局”[6]。推进涉外法治建设的地方实践创新为国家立法机关不断完善涉外法律制度拓展、丰富了实践经验。新时代十多年来，中国先后设立了 22 个自贸区以及海南自由贸易港以及上海自贸区临港新片区等具有更大开放程度的特殊经济区域，推出多项开创性举措，形成了一大批可复制可推广的经验。自贸区虽设立于地方，但其仍需服务于国家的总体发展战略，故自贸区推动的各项改革试验都强调应具有可复制、可推广性，从而为国家的涉外法治建设提供宝贵的实践经验。如，上海自贸区积极探索尝试建立“准入前国民待遇+负面清单”的外资审查新模式，历经近 6 年的反复实践，最终促成了《中华人民共和国外商投资法》的出台，改变了中国外资法律体系，凸显了上海自贸区模式的复制推广性[7]。

（三）对接国际法治的排头兵

开放是中国式现代化的鲜明标识。党的二十届三中全会就“完善高水平对外开放体制机制”作出战略部署，要“主动对接国际高标准经贸规则，在产权保护、产业补贴、环境标准、劳动保护、政府采购、电子商务、金融领域等实现规则、规制、管理、标准相通相容，打造透明稳定可预期的制度环境”。当前国际经贸领域已经从过去 WTO 主导的多边体系转向了不同阵营所打造的小多边模式，包括《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）和《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）在内的诸多协定令国际经贸规则体系走向碎片化[8]。相关规则之间本身便带有不同阵营博弈的色彩，而我国对外开放在对接国际通行规则过程中究竟以何为目标是需要慎重考虑的重要问题。这既涉及到现阶段改革举措的可行性，也关系到未来我国参与国际规则治理的整体规划。为减少对现有法律制度的冲击确保改革事业蹄疾步稳，可以鼓励不同地方探索对接国际高标准经贸规则的改革举措，有效平衡对外开放所产生的风险和收益，形成各具特色和梯度递进相适应的对外开放布局。法治同开放相伴而行，对外开放向前推进一步，涉外法治建设就要跟进一步。在中央统一领导下鼓励地方积极探索对接国际高标准经贸规则，坚持服务国家战略定位和发挥地方优势，能够有效积累涉外法治经验作法，有利于稳定推进国家立法机关将改革经验上升为成熟的法律制度，为全面推进中国式现代化提供强有力法治保障。

三、推进涉外法治建设地方实践的检视

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视涉外法治工作，作出一系列重大决策部署。新时代十年，涉外法治顶层设计加快完善，涉外法律法规体系加快建设，法治领域国际交流合作不断深化，涉外执法司法和法律服务水平有效提升，涉外法治工作队伍发展壮大，我国涉外法治建设的广度深度大幅拓

[6] 《加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，载《人民日报》2023-11-29，第 1 版。
[7] 刘晓红：《自贸区建设的涉外法治之维》，载《法学论坛》，2024 年第 6 期。
[8] 沈伟 胡耀辉:《美式小多边主义与美国重塑全球经贸体系》，载《国际论坛》2022 年第 1 期。

展，运用法治手段和法治方式维护国家和人民利益的能力显著提升，涉外法治建设取得历史性成就、发生历史性变革[9]。地方层面上，涉外法治建设成绩亮点纷呈，服务国家战略推进涉外法治建设能力不断增强。

（一）涉外法治地方实践亮点纷呈

一是服务国家战略、突出地方特色。涉外法治建设地方实践有一个鲜明特点即地方依托国家战略、服务国家大局推进涉外法治建设。如广东依托粤港澳大湾区建设国家战略，出台《横琴粤澳深度合作区发展促进条例》《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区投资者保护条例》《南沙深化面向世界的粤港澳全面合作条例》等推进涉外法治建设，浙江突出国际贸易特色推进涉外法治建设以及江苏打造优质涉外法律服务护航企业国际化。陕西出台《中国（陕西）自由贸易试验区条例》为共建“一带一路”行稳致远提供制度保障。

二是制定自贸区法规条例。自贸区建设是新时代深化对外开放的重要载体，积极推进制度型开放打破国内市场与国际市场的壁垒，既是吸引全球资源的“引力场”，也是国内改革的“催化剂”。十多年来，自贸区建设法规制度已然成形，为高水平对外开放提供了制度借鉴。如浙江制定《中国浙江自由贸易试验区条例》，主要功能包括，以油气为核心，打造全球资源配置基地的大宗商品资源配置，以促进新型国际贸易的发展的新型国际贸易中心建设，国际航运与物流枢纽建设，数字经济发展示范区建设，先进制造业集聚区，探索中国特色自由贸易港等。山东制定《中国（山东）自由贸易试验区条例》重在保障外商投资企业依法平等参与招标投标等活动、支持自贸区设置特色专业职称、创新与日本、韩国地方产业合作模式等。

三是突出涉外法律服务保障。在涉外法治建设中，地方实践特别注重涉外法律服务提升、涉外法律人才培养。如广东积极推动涉外法律服务发展，通过组建省涉外经贸法律服务律师团、创设全省商务法律服务月活动、打造“以法慧企，粤行越稳”涉外法律服务系列活动品牌、邀请涉外律师参与广交会等重大经贸活动，搭建外经贸企业和涉外律师有效对接的平台，努力为广东贸易高质量发展提供法治保障。浙江打造国际商事争端解决优选地，打造“杭州国际商事法庭”、“杭州国际仲裁院”，构建涉外商事纠纷“一站式”多元化解决模式。

四是创新涉外法治工作机制。如广东建立涉外法律服务工作协调机制，统筹18 家单位形成涉外法律服务合力。陕西省成立涉外法治工作处专责推进涉外法治工作。福建主动对标先进，将涉外法治工作纳入法治福建建设“一盘棋”，每年确定重点举措列入省委全面依法治省委员会工作要点，形成各部门齐抓共建的工作格局。

[9] 中共司法部党组：《加快推进涉外法治建设 服务高质量发展和高水平开放》，载《求是》，2024 年第 7 期。

（二）涉外法治地方实践面临挑战

地方实践如何更好地推动涉外法治建设发展、更好地推动经济高质量发展、保障高水平对外开放还面临着一些需要解决的问题挑战。

一是省级层面关于涉外法制方面立法亟需破题，地方层面立法机关还没有关于涉外法制方面的立法规划、立法目标。由于涉及到涉外工作央地事权的安排，地方层面关于涉外法制方面立法受到制度性的限制。实践中，基于国家战略的部署安排，地方层面在立法方面才会跟上，如自贸区立法。如果地方立法部门立足本地优势，能够把本地区涉外工作的成熟作法上升为地方性法规，成为更为成熟的制度安排为国家层面深化改革提供可资借鉴的经验可以从总体上可以减少制度试错成本，提高制度转化的效率。

二是地方层面关于涉外执法尚未形成成熟的体制机制。由于社会关注以及执法复杂，涉外执法往往需要多个相关部门协同执法，受到社会关注程度高，使得行政执法的政策色彩浓厚，难以形成识别及时、反馈有效的涉外执法体系。例如海外利益保护，往往涉及到中央部委、地方政府以及多个部门进行协调，最后还必须跟企业所在地国进行国家与国家之间沟通协调，执法信息满足不了社会要求。尚未形成完善的执法部门协调机制在一定程度上成为地方推进涉外法治建设的障碍石。

三是地方层面涉外法律服务、涉外法治人才培养等工作难以从实践标准上展示工作效果，注重形式不重视内容，导致涉外法治实践结合不紧密，学的用不上、用的学不了的窘境并未完全破除。探究深层次原因，涉外法治改革理念还未到位。“走出去”还需“引进来”，法律服务市场需要进一步开放，国际律师服务“引进来”可以形成国内律师服务市场的“鲇鱼效应”。既能促进国内法律服务提档升级，又能促进相关部门的公共服务水平提高。

四、推进涉外法治建设之地方实践路径

坚持统筹推进国内法治和涉外法治是新时代全面依法治国的重大战略部署，必须深刻认识到推进涉外法治之地方实践在全面依法治国总体布局的功能地位以及当前面临的问题和未来发展前景，进一步通过央地协同、服务大局延伸成效和涉外执法协同，开创涉外法治建设地方实践新局面。

（一）服务国家战略推进地方涉外法治建设

地方推进涉外法治建设首先是一个事权问题。在我国单一制体制下如何平衡好立法权、行政权和司法权并提高协同性直接关系到地方涉外法治建设的水平。实施国家战略是国家赋权地方改革发展的重大决策部署，是中央政府授权地方推进涉外法治建设的重要法律依据。实践中重点把握几个方面充分发挥国家战略效能：一是服务国家战略安排，发挥地方优势。国家将更加侧重从宏观全局入手展开整体谋划，既要坚持通过统一授权模式为地方涉外法治创造空间，也需要结合不同区域的特殊性精细化授权，明确暂停实施具体法律条文的基础上对地方立法

作出指引，强化央地之间的立法协同，保证涉外法治体系的国家统一性。二是推进地方涉外法制建设。在中央授权范围内，地方可就经贸领域、执法协同、涉外法律服务等方面探索制定地方性法规，及时将地方上成熟的试点作法转换为地方法规为国家立法提供可复制的制度安排，减少国家层面上制度性试错成本，有利于整体推进涉外法治建设。三是创新地方立法与国际高标准经贸规则对接。探索差异化立法清单机制，制定《地方涉外法治建设重点领域清单》，针对本地支柱产业（跨境电商、陆海新通道、中日韩经贸区等）开展专项立法。如杭州发布《跨境数字贸易促进条例》，率先确立数字产品跨境交付规则。

（二）推进执法协同提升海外利益保护效能

随着我国与世界各国的交往日益广泛和深入，在海外的人员和企业日益增多，保障海外利益安全的任务十分艰巨。传统的海外利益保护机制、保护能力已不能满足快速增长的海外利益保护需求。提升海外利益保护效能是地方推进涉外法治建设的重要内容。一是完善省级层面海外利益安全领域风险防控协同和境外安保机制，进一步明确各部门职责任务，努力消减海外利益保护过程中政出多门、多头管理和协调困难等问题[10]。二是完善海外利益保护监测预警。建设海外公民和企业综合信息平台，确掌握我国境外项目、企业机构和人员底数。有序推进维护海外利益的涉外法治体系和能力现代化，构建风险预警及时、职能协调顺畅、安全保障有力的现代化海外利益保障体系。三是从企业制度机制、机构设置、人才储备、企业间联合等层面入手搭建我国企业自身的海外利益保护体系。鼓励地方积极建立健全涉外执法协同机制，推进透明执法、阳光执法，夯实全方面保护海外中国利益的法治基础。

（三）以开放促改革提升涉外法律服务水平

对接国际高标准经贸规则是以涉外法治推进高水平对外开放的重要载体。一是为避免冲击现有法律规定，体现梯度对接国际规则的特色，可以通过全国人大授权形式鼓励地方根据地域特色积极对接具体国际经贸规则。二是鼓励地方探索建立国际规则转化试验区。RCEP、CPTPP 和 DEPA 都是目前日益被国际社会普遍接受的国际规则，并已经得到我国的认可。在 RCEP、CPTPP 和 DEPA 框架下建立规则压力测试区，对原产地规则、服务贸易负面清单开展“沙盒监管”。在对接国际高标准经贸规则时，进一步转变政府职能加强简政放权，在贸易和投资等已经存在相对体系化的统一制度领域，应继续坚持负面清单模式并持续缩减清单，不断加强贸易和投资的便利化。三是鼓励地方探索推进涉外法律服务与市场开放相结合，在国内律师服务“走出去”的同时加快国际律师服务“引进来”，打造一支德才兼备的全面依法治国重要力量，有效提高涉外法律服务质量，为高水平对外开放提供强有力的涉外法治保障。

[10] 钱文华：《统筹推进新时代江苏海外利益保护体系建设》，载《唯实》，2023 年第 4 期。

（四）创新工作机制统筹推进涉外法治建设

涉外法治建设是一项涉及面广、联动性强的系统工程。一是明确涉外法治工作部门权责。针对涉外法治建设政出多门的特点，鼓励创新涉外法治工作机制，明确涉外法治工作部门权责，成立涉外法治工作协调机构统筹推进涉外法治建设。二是探索建立特色化法治功能区。依托自贸试验区设立涉外法治创新基地（如上海临港“国际法律服务中心”、海南自贸港“离岸法治试验区”），试点跨境数据合规港、域外法查明中心等专项平台。苏州工业园区设立全国首个“外国法律查明服务中心”，已覆盖 28 国商法数据库。三是严格规范涉外执法行为，加强知识产权保护，形成涉外工作大协同格局，实现横向面上部门联动高效规范，推动国际化、法治化营商环境不断取得实效。如广西钦州港试点“中国-东盟商事争议快速处理通道”，案件平均审理周期缩短至 90 天。四是加强对涉外法治理论研究力度不断夯实涉外法治理论体系基础。地方推进涉外法治建设需立足区域特色与发展需求，在中央统筹框架下鼓励首创性、集成性创新，将涉外法治成果纳入全国推广清单，实现“基层探索”与“顶层设计”的良性互动。

结　语

推进涉外法治建设之地方实践是统筹推进国内法治和涉外法治、推进高水平对外开放的客观要求。坚持服务国家战略推进地方涉外法治建设，在中央统筹框架下应当充分发挥地方推进涉外法治建设的实践源、试验田、排头兵作用。充分挖掘涉外法治对国内法治和国际法治的兼容性，在全国人大授权下探索地方构建对接高标准国际经贸规则的“压力试验区”，创新工作机制实现涉外执法协同配合，提升海外利益保护效能。坚持以开放促改革提升涉外法律服务水平，以央地协调优化地方涉外法治发展格局，开创涉外法治建设地方实践新局面。

作者陈玉忠，中共山东省委党校（山东行政学院）政法教研部副教授，联系电话：18563777876

2025年中国国际法学会年会

《不可靠实体清单规定》适用的法律问题——海关执法困境及解决方案

刘海燕*

摘要:《不可靠实体清单规定》是我国第一次完整的对外贸易反制法律规范，改变了我国对外贸易法律体系的结构。根据《海关法》，海关作为边境执法机构采取的是物项管理措施，《不可靠实体清单规定》作为部门规章并不能作为海关行使反制职权的依据。在对外贸易反制和管理体系并存的情况下，海关应该在《反外国制裁法》中获得对外贸易反制权力的执法依据，并对不可靠实体加强全流程监控，最佳的方式是制定对外贸易反制的行政法规。

关键词：不可靠实体清单　海关　执法困境

一、引言

修昔底德陷阱是美国政治学者格雷厄姆·艾利森提出的一个政治术语，用来描述当新兴强国的崛起威胁到现有强国的国际霸主地位时，双方直接爆发战争冲突的可能性会更高。当武力威胁为《联合国宪章》所明令禁止时，贸易和金融等经济领域成为了大国博弈的战场。中美贸易摩擦有明暗两条主线。明线是双方针对贸易摩擦相关问题展开双边谈判，以期达成解决贸易摩擦的协议；暗线是中美之间制裁和反制裁、遏制和反遏制的法律战，法律和制度是其重要工具、载体和表现。[1]

不可靠实体清单制度，是指对不遵守市场规则，背离契约精神，出于非商业目的对中国企业实施封锁或断供，严重损害中国企业正当权益的外国企业、组织或个人的清单制度。2020 年 9 月 19 日我国商务部公布《不可靠实体清单规定》并于当日生效。《不可靠实体清单规定》的出台是加强涉外法治建设的重要成果。中国的不可靠实体清单制度的出台有两方面作用：首先不可靠实体清单制度维护我国国家安全，是对“对台军售”等不法贸易行为运用法律武器维护国家利益的必要体现；其次不可靠实体清单制度是对中美贸易摩擦中，美国将多家中国企业列入实体清单并进行限制或打压的制度性回应，是维护我国正常经济秩序的真实体现。《不可靠实体清单规定》的适用，显示了我国打击极少数破坏市场规则的外国实体，维护国家主权、安全和发展利益的决心，同时也显现了《规定》适用

* 刘海燕，女，上海海关学院副教授，博士，主要研究方向：海关法、自由贸易区海关法律制度。本论文受到部委课题资助，未经作者同意，论文观点不得复制和删减。

[1] 沈伟.中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法[J].比较法研究,2021,(01):180-200.

的扩张力和常态化。然而，作为一项新制度，《不可靠实体清单规定》不仅改变了原有的对外贸易体系结构，也产生了反制体系与海关执法不协调的问题。

二、《不可靠实体清单规定》改变了我国对外贸易法律体系结构

（一）《不可靠实体清单规定》之前对外贸易法律体系结构

我国对外贸易法律体系是对外贸易法律关系的制度化和规范化调整，是在《宪法》指引下，形成的在立法、执法、司法等领域调整对外贸易关系的全部法律规范所构成的有机系统。长期以来，我国对外贸易法律体系是以《对外贸易法》，《海关法》等进出境管理法为核心，兼有其他进出口法律规范的法律体系。在法律之下，对外贸易关系大量以行政法规和规章进行调整。

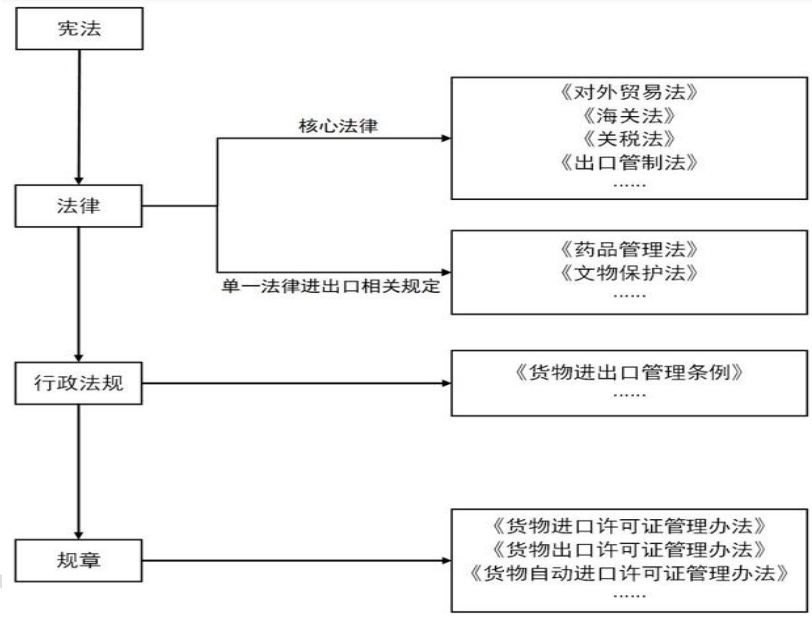


图 1：《不可靠实体清单规定》出台前我国的对外贸易法律体系结构

以成文法的要素来审视对外贸易法律体系可以得出两个结论：第一、该法律体系的法律调整对象是事项或者物项。比如《海关法》、《对外贸易法》[2]、《进出口商品检验法》、《中华人民共和国货物进出口管理条例》、《导弹及相关物项和技术出口管制条例》。第二、该法律体系的法律规范调整手段是管理或者管制。比如《出口管制法》、《中华人民共和国军品出口管理条例》。究其调整对象和调整手段，都是以事项管理或者物项管理为手段保障对外贸易秩序，其本质上应该是一个对外经济管理体系。

（二）《不可靠实体清单规定》之后对外贸易法律体系变化

以调整对象和调整手段观察《不可靠实体清单规定》，发现该《规定》和其

[2] 《对外贸易法》第 2 条“本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易”

他的法律规范都不同。列为不可靠实体的标准是“第一、该外国实体是否存在针对中国实体实行封锁、断供或者其他歧视性的行为；第二、该外国实体的行为是否是基于非商业目的，违背市场经济的规则和契约；第三、该外国实体是否对中国企业和相关产业造成了严重损害；第四、该外国实体的行为是否对国家安全构成威胁和潜在威胁。”《不可靠实体清单规定》的调整对象不再是“物项”而是“外国主体”，调整手段也不是管理措施。国家并不能采取直接管理方式将外国实体列入清单，而是以认定外国实体对我国发展利益或者安全，或者对中国企业、其他组织或者个人合法权益造成损害或者构成威胁为前提。措施的采取是与外国实体的损害行为存在逻辑上的因果联系，所采取的措施是对外国实体损害行为的反制，而不再是对外贸易管理措施。

也有学者认为在《不可靠实体清单规定》之前，也有对外经济反制措施。只是这些对外经济反制法律规范比较零散，比如《对外贸易法》第 7 条规定“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”此外，《国家安全法》第 33 条笼统地提出“对于海外中国公民、组织机构的安全和正当利益，国家采取措施保护”[3]。反制法律规范与管理法律规范存在本质不同，这些孤立存在的反制措施条款通常被视为《对外贸易法》和《国家安全法》等法律规范所规定的管理措施的例外。

而《不可靠实体清单规定》是完整版的反制措施的初步尝试，改变了我国对外贸易法律体系结构，包括对外贸易管理体系和对外贸易反制体系的“两翼”结构。（图 2）

2021 年的《反外国制裁法》第三条也明确规定：我国对外国政府的违反国家安全阀，对我国公民和组织的遏制、打压或歧视性限制措施，我国有权采取反制措施。[4]有学者评价，《不可靠实体清单规定》和《反外国制裁法》使我国对外法治体系建设从“防御侧”和 “进攻侧”两个维度展开，逐步在功能上实现“攻防兼备”[5]。

[3] 《国家安全法》第 33 条：国家依法采取必要措施，保护海外中国公民、组织和机构的安全和正当权益，保护国家的海外利益不受威胁和侵害

[4] 《反外国制裁法》第 3 条：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

[5] 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[J].中国法律评论,2022(01):41-51.

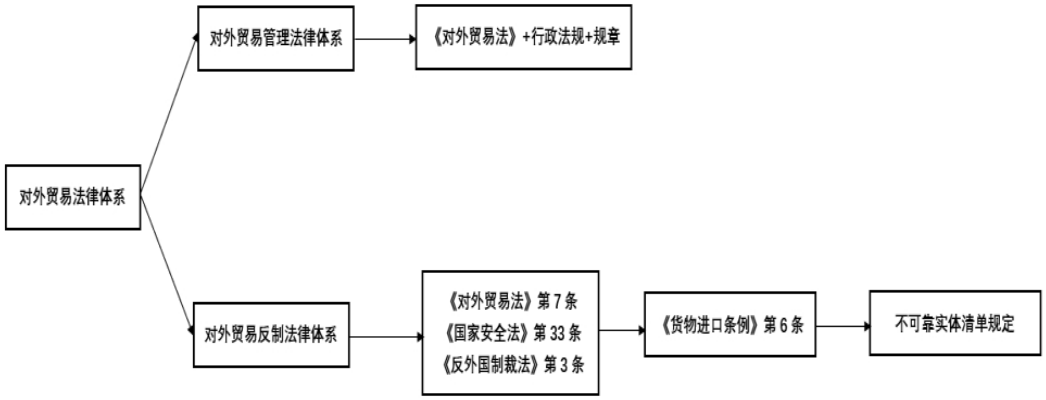


图 2：《不可靠实体清单规定》在对外经济法律体系定位

（三）对外贸易管理措施和对外贸易反制措施比较

有的学者认为不可靠实体清单制度是对外经济制裁措施。对外经济制裁作为一种强制性经济措施，主要功能是“惩罚”。《不可靠实体清单规定》的宗旨是“维护国家主权、安全、发展利益以及维护公平市场秩序”（第 1 条）；其适用原则是“坚持互相尊重主权、互不干涉内政和平等互利”（第 3 条）；对外国实体的调查过程可以中止调查（第 6 条）；公告后允许外国实体改正（第 11 条）；改正后可以将外国实体从清单中移除（第 13 条），分析这些条款内容，不难发现不可靠实体清单制度并不具有“惩罚”功能，不能将之认定为对外经济制裁措施。

制裁在落实其目标过程中无一不具有强烈的进取性价值倾向，并伴随着自身价值观念输出，具有强权政治和意识形态色彩[6]，所以单边制裁的合法性一直受到国际法的质疑。通常单边经济制裁发起国通过反措施条件和国际条约的例外条款来主张合法性[7]，以反制为目的和手段的“回应型制裁”也随之产生[8]。依据《不可靠实体清单规定》第 2 条，不可靠实体清单是对外国实体对我国安全利益、发展利益以及其他组织和个人合法权益被侵害受损而做出的正当回应，具有被动型和防御性，属于典型的回应型制裁，是对外经济反制措施。

作为一种新型的对外贸易措施，反制措施和对外贸易管理措施存在如下方面的不同：

1．适用条件不同：对外经济管理措施是“先发制人”，管理措施直接适用。比如《对外贸易法》第十八条规定“国家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理”。反制措施

[6] 解楠楠,张晓通,邢瑞磊.“经济强制”：理论批判与分析框架构建[J].国际展望,2022,14(03):79-96+159-160.DOI:10.13851/j.cnki.gjzw.202203005.

[7]杨松,李姝娟.单边经济制裁对多边主义的挑战与协同规制[J].国际法研究,2024(01):65-78.

[8] 张耀元.中国对外经济制裁法域外适用问题研究——以《反外国制裁法》第 14 条为中心[J].甘肃政法大学学报,2023,(04):31-50.

是“后发之人”，[9]强调先有外国主体损害反制国的国家发展利益、安全和我国公民、其他组织的合法权益并造成损害或者构成威胁，才能适用反制措施。

2．基本特点不同：对外经济管理措施是主动适用，反制措施是被动应对。对外经济管理措施是主动适用，管理方式可以更温和，在立法语言中也会出现非刚性用词，比如“对外贸易促进”，“鼓励发展对外贸易”[10]。但是反制措施是受到损害或歧视后的被动应对，所以反制措施更严厉，立法语言更刚性，比如“禁止”、“取消”。

3．适用对象不同：对外经济管理措施主要是适用于事项或者物项，但是反制措施适用于外国主体，通过对主体的制裁实现对主体行为、有关物项和事项的禁止或限制

4．适用范围不同：对外经济管理措施适用于国内领域。如果将制裁的适用范围从初级制裁扩大到次级制裁，反制措施可能会扩张域外法律适用。初级制裁是限制本国国民或由本国国民拥有的或控制的经济组织开展与被制裁国有关的经济往来；次级制裁是指制裁发起国对制裁对象进行制裁的同时，限制第三国的组织或个人与目标方进行金融和贸易往来，并对违反规定的第三国组织或个人施加处罚的制裁行为初级制裁通常是指限制本国或位于本国的企业或公民与制裁对象发生交易[11]。有学者提出从保障制裁有效性的角度来看，制裁措施的效力或多或少都需要向域外扩张[12]。

表 1 对外经济管理措施 VS 对外经济反制措施

	对外经济管理措施	对外经济反制措施
适用条件	直接适用	外国制裁行为+损害后果
基本特点	主动	被动
适用事项	物项/事项	外国主体
适用范围	域内领域	域外适用

对外经济管理措施和对外经济反制措施也具有相似点：

第一、维护国家安全和维护对外经济秩序的宗旨一样；第二、采取的措施一样，采用目录或者清单式的方式。这种做法的优势在于既可满足程序公开原则，又方便各类执法机构和市场主体对照执行。

[9]陈卫东.我国贸易反制措施的国内法依据:构建与完善[J].当代法学,2023,37(03):30-43.

[10] 《对外贸易法》第 4 条：国家实行统一的对外贸易制度，鼓励发展对外贸易，维护公平、自由的对外贸易秩序。

[11] 贾辉,鞠光.识别美初级制裁和次级制裁[J].中国外汇,2019,(18):20-22.DOI:10.13539/j.cnki.11-5475/f.2019.18.005.

[12] 张耀元.中国对外经济制裁法域外适用问题研究——以《反外国制裁法》第 14 条为中心[J].甘肃政法大学学报,2023,(04):31-50.

三、《不可靠实体清单规定》适用的法律问题

不可靠实体清单制度在我国刚刚建立，体系内各个因素在时间与空间上的张力使得制度体系的融贯性还存在问题，在反制法律规范立法和海关执法领域显现出较为突出的裂痕。

（一）不可靠实体清单制度缺乏基础性立法

不可靠实体清单制度采用的反制措施是一种新的对外经济斗争举措。这种措施不同于我国对外经济管理机关长期适用的事项管理措施，反制本身具有“对称性”，是针对单边制裁的“反措施”，以在先的违法外国实体作为目标。对于这个制度性安排，是缺乏基础性立法的。首先，《宪法》并没有对反制裁执行措施的授权性规范。

《不可靠实体清单规定》中将《对外贸易法》、《国家安全法》及其他法律作为立法依据，但也都存在模糊之处。比如《对外贸易法》第 7 条规定:“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”根据这一规定，中国采取对等贸易措施的条件是他国或地区对中国采取了限制措施。而不可靠实体清单制度是那些基于非商业目的对中国实体实施封锁、断供或其他歧视性措施，对中国企业或相关产业造成实质损害，对中国国家安全构成威胁或潜在威胁的外国法人、其他组织或个人采取的措施，因此，不可靠实体清单所实施的制裁措施是否符合《对外贸易法》第 7 条设定的条件是存在疑问的。《国家安全法》作为不可靠实体清单制度的法律依据也存在同样的问题，该法第 59 条规定:“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动，进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。”这一规定旨在建立国家安全审查和监管制度，并未具体授权采取反制裁措施。不可靠实体清单制度目前仅与《国家安全法》《对外贸易法》等法律具有间接的不明确的关联，较为薄弱的规范体系难以为不可靠实体清单相关复合行政行为提供完备的合法性基础。

（二）不可靠实体清单制度整体法律体系薄弱

虽然不可靠实体清单规定增加了我国对外法治体系的对抗性，但是不可靠实体清单制度整体法律体系还比较薄弱，缺乏法律和行政法规的系统性制度安排。具体表现为：第一、不可靠实体清单法律体系中行政法规缺失。在我国，完整的法律体系结构应该是从宪法——法律——行政法规——规章的制度性安排，这样才能实现在对外经济反制领域的有法可依，执法有据。对外经济反制法律体系的架构是高价位法律零散或者模糊，中间缺乏完整的行政法规，直接适用《不可靠实体清单规定》。由于缺乏对外贸易反制的行政法规，《不可靠实体清单规定》没

有可以参照的规范文本实现对上位法的细化和加强可操作性。这种“头轻脚重”的制度体系模式导致不可靠实体清单制度规则边界模糊，缺乏明确性和可操作性。第二、反向立法导致上位法和下位法衔接不适应。在没有对外反制法律和行政法规的情况下，先出台一部规章，立法顺序颠倒，作为法律依据的《对外贸易法》在立法宗旨、适用条件和法律措施方面与《不可靠实体清单规定》存在很大不同，下位法与上位法的衔接处于“真空状态”。第三、不可靠实体清单制度无法与已经成熟的对外贸易管理体系配套。对外经济反制是为达到一定政治目的而实施的经济强制措施，而进出口管制也是一种经济强制措施，但是受限于《不可靠实体清单规定》是部门规章的法律位阶，无法与《出口管制法》、《海关法》等法律和行政法规配套实施。

（三）《不可靠实体清单规定》适用中的海关执法问题

1.海关实施反制措施缺乏执法依据

《不可靠实体清单规定》第 10 条规定:“对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告（一）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动……”根据海关进出境管理职能，“限制或者禁止不可靠实体从事与中国有关的进出口活动”应该由海关实施该项反制措施。但是按照《海关法》第 2 条规定“中华人民共和国海关是国家的进出关境(以下简称进出境)监督管理机关。海关依照本法和其他有关法律、行政法规，监管进出境的运输工具、货物、行李物品、邮递物品和其他物品(以下简称进出境运输工具、货物、物品)，征收关税和其他税、费，查缉走私，并编制海关统计和办理其他海关业务。”海关对“货物、物品、运输工具”行使监管、征税、查缉走私的权利，《海关法》仅仅规定了海关的管理权利，并没有赋予海关反制权利。尽管《不可靠实体清单规定》的批准主体是国务院，但是根据《立法法》第 91 条的规定[13]，制定主体才是决定法律表现形式的主导因素。《不可靠实体清单规定》作为规章，不能成为海关行使反制职权的执法依据。

2.反制措施中海关行政和刑事罚则无法适用

海关依据《海关法》履行职责，并依据《海关行政处罚实施条例》给予违法相对人行政处罚，刑事责任的承担主要是根据《刑法》走私罪的规定。无论是《海关法》还是《海关行政处罚实施条例》以及刑法有关走私罪的规定，无一例外地都是基于货物、物品的非法行为，管理维度是物项。而不可靠实体清单对于列入清单的外国实体实施限制或禁止进出境活动，不可靠实体清单主要针对的是“实体”，海关监管对象主要是货物或者物品，管理维度的不一致直接导致海关对于

[13] 《立法法》第 91 条规定：国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构以及法律规定的机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。

列入不可靠实体清单企业执法不能。《不可靠实体清单规定》适用的“外国实体”维度与“物项”维度不对接，导致海关在反制裁措施中的执法出现风险，进而导致反制裁制度的执行力和威慑力受到抑制。

3.《不可靠实体清单规定》适用中海关执法实效分析

法律体系的实效必须依赖于适用法律机关的实践，而行政机构执法就是法律适用的具体表现。《不可靠实体清单规定》第 10 条规定：“对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告（一）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动……”根据法律对海关职权的规定，海关对不可靠实体“限制或者禁止从事与中国有关的进出口活动”，那么执法实效如何？实践中货物、物品进出境方式主要有以下几种：贸易方式，快件方式，邮件方式、跨境电商模式和旅客[14]。

假定在不涉税的情况下，我国 A 企业与被列入不可靠实体清单的外国实体从事进出口活动，海关根据《不可靠实体清单规定》第 10 条采取禁止和限制的反制措施，不同性质的货物、物品以及贸易方式，海关执法实效不同。以符号“〇”表示达到反制效果，需承担法律责任，以符号“×”表示执法不能或执法效果不确定。执法实效分析如下：

表 2：不可靠实体清单反制措施一般贸易方式下海关执法实效

贸易方式	进出口流向	货物、物品	行政责任	刑事责任
一般贸易	进口	禁止、限制货物	〇	〇
		自动许可货物	〇	×
		普通货物	〇	×
一般贸易	出口	禁止、限制货物	〇	〇
		自动许可货物	〇	×
		普通货物	〇	×

表 3：不可靠实体清单反制措施跨境电商方式下海关执法实效

贸易方式	进出口流向	货物、物品	行政责任	刑事责任
	进口	正面清单物品[15]	〇	×
		非正面清单物品	〇	〇

[14] 基于旅客方式不同的监管原则和方式，在此不对它进行执法实效分析。

[15] 跨境电商正面清单监管:海关按照个人自用进境物品实施监管，实行正面清单管理，特殊要求见正面清单备注栏。且同时适用隐藏负面清单:包括（一）《中华人民共和国进出境动植物检疫法》规定的禁止进境物；（二）未获得检验检疫准入的动植物产品及动植物源性食品等

跨境电商零售1210、9610	1210出口	清单模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品	○	×
		报关单模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品	○	×
	9610出口	申报清单完整模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品	○	×
		申报清单简化模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品，不涉税，5000以下商品4位税号申报	○	×
跨境电商B2B	9710出口 9810出口	报关单模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品	○	×
		申报清单模式	禁限商品	○	○
			非禁限商品，5000元以下不涉税，跨境电商综试区城市6位申报	○	×

表4：不可靠实体清单反制措施邮快件方式下海关执法实效

贸易方式	**进出流向**		**货物、物品**	**行政责任**	**刑事责任**
快件	进口	C类	禁限货物	○	○
			普通货物	○	×
	出口	C类	禁限货物	○	○
			普通货物	○	×
	进口	AB类	禁限进出境物品	○	○
		AB类	非禁限进出境物品	○	×
	出口	AB类	禁限进出境物品	○	○
		AB类	非禁限进出境物品	○	×
邮寄	进口		禁限进出境物品	○	○
			非禁限进出境物品	○	×
	出口		禁限进出境物品	○	○
			非禁限进出境物品	○	×

对于A企业和不可靠实体从事与中国有关的进出口活动，上述实效分析可以得出结论：

2025年中国国际经济年会

第一、 如果进出口活动是禁限货物、物品，A 企业可能会被依据《行政处罚实施条例》和《刑法》认定为走私行为或走私罪。

第二、如果进出口活动是非禁限货物、物品，A 企业只能被行政处罚，但无法对其进行“走私国家禁止、限制货物物品罪”的认定。其行政违法行为一般会被认定为逃避海关监管行为。

第三、不可靠实体清单反制措施的海关执法焦点发生变化，更应该关注的是非禁止、限制货物和物品。因为按照物项管理的要求，禁限货物、物品涉及到监管证件，海关有“限制和禁止与不可靠实体进出口活动”的执法抓手，但是非禁止、限制货物符合进出口规定的条件，依据现有的罚则，海关没有执法依据对符合进出口条件的货物、物品进行执法，从而导致对不可靠实体反制措施中的海关执法不能。

第四、海关执法越便利的制度和领域，越容易出现海关不可靠实体反制措施中的执法风险。比如快件 C 类货物出口快速放行、不予查验，跨境电商 B2B 出口申报模式简化，《出口许可证管理货物目录（2024 年）》规定实行的“非一批一证”制管理，这些都极易产生对不可靠实体与中国进出口活动的执法疏漏。

四、《不可靠实体清单规定》海关执法问题的解决方案

（一）确定对不可靠实体反制措施海关执法依据

《不可靠实体清单规定》是结合对外斗争的需要，新开发的我国对外斗争的工具。针对严重危害我国国家安全的必须要严厉打击，必须实现海关对不可靠实体反制措施的执法效能，增强不可靠实体清单制度的震慑力。

1. 通过发布行政解释的方式确定海关执法依据

“法律不是摆在那儿供历史性地理解，而是要通过被解释变得具体地有效。”[16]在现代行政法治背景下，行政机关的一切行为都应理解为法律适用行为，其在法律适用过程中必然要对所适用之法律进行解释。根据解释的对象不同，行政解释可分为两种类型，一种是抽象行政解释，即行政机关通过发布普遍性规则的方式对法律或行政立法的规范含义所进行的解释和说明；一种是具体行政解释，即行政机关在将法律规范适用于个案的具体事实时对法律规范含义和适用范围的阐释。[17]通常意义上，行政解释是即指抽象行政解释。抽象行政解释也分为两种，一种是制定性行政解释，《行政法规制定程序条例》第 31 条明确规定。[18]另一种是应用性行政解释。

---

[16] 周旺生.中国现行法律解释制度研究[J].现代法学,2003(02):3-10.

[17] 黑川哲志,肖军.从判例看行政解释的司法审查[J].行政法学研究,2014,(03):128-133.

[18] 《行政法规制定程序条例》第 31 条：行政法规有下列情形之一的，由国务院解释：（一）行政法规的规定需要进一步明确具体含义的；（二）行政法规制定后出现新的情况，需要明确适用行政法规依据的。国务院法制机构研究拟订行政法规解释草案，报国务院同意后，由国务院公布或者由国务院授权国务院有关部门公布。行政法规的解释与行政法规具有同等效力。

应用性行政解释比立法解释更具有法律功能性。“因为全国人大常委会会期不足因而不能随时根据需要解释法律，它并不具体应用法律因而难以适时就法律应用，特别是法律适用做出法律解释。”“货物禁止和限制目录”应认定为“不属于审判和检察工作中的其他法律”，不可靠实体工作机制可以提请国务院发布应用性行政解释，对《对外贸易法》第十七条“禁止和限制临时目录”做出行政解释，[19]对“不可靠实体的限制或者禁止从事与中国有关的进出口活动”视为“临时禁止或者限制目录项下货物”。国务院对不可靠实体清单制度做出的应用性行政解释，将破解海关执法疑惑，增加海关执法统一性和可预期性，保障对不可靠实体反制的海关执法效能。

2.以《反外国制裁法》作为海关执法的法律依据

《国务院组织机构法》第 13 条规定：“国务院可以根据工作需要和优化协同高效精简的原则，按照规定程序设立若干直属机构主管各项专门业务……”。海关根据《海关法》行使“进出境管理机构”的专项职能。《反外国制裁法》第 10 条规定“国家设立反外国制裁工作协调机制，负责统筹协调相关工作。国务院有关部门应当加强协同配合和信息共享，按照各自职责和任务分工确定和实施有关反制措施”。《不可靠实体清单规定》第 10 条：“列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告：（一）限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动……前款规定的处理措施，由有关部门按照职责分工依法实施，其他有关单位和个人应当配合实施。”海关作为反外国制裁协调工作机制的核心机构，对不可靠实体进行限制和禁止是法定义务。《反外国制裁法》是《不可靠实体清单规定》的上位法，基于此不可靠实体清单的法律依据构成是“《反外国制裁法》+公告清单”，《不可靠实体清单规定》作为规章参照适用。海关依据《反外国制裁法》行使法定职权，海关的执法对象可以从物项转为“与不可靠实体的交易活动”，海关对“与不可靠实体交易活动”具有监管职责，如若逃避海关监管，海关将依据《海关行政处罚条例》进行处罚。

海关基于《反外国制裁法》具有对“不可靠实体的”监管职权，那么对于不可靠实体刑事责任是否可以认定呢？《刑法》第 151 条第有关条文中的“禁止进出口”一直存在两种不同意见：一种意见认为，《刑法》第 151 条的“国家禁止进出口”是指商品本身的监管属性而非行为上的禁止。另一种意见则认为,《刑法》第 151 条规定的“国家禁止进出口”系指一种行为上的禁止，即禁止在无相关许可的情况下擅自进出口，而非违法对象本身的属性。[20]我国《对外贸易法》和《海

[19] 《对外贸易法》第十七条规定：“国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门，依照本法第十五条和第十六条的规定，制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录。国务院对外贸易主管部门或者由其会同国务院其他有关部门，经国务院批准，可以在本法第十五条和第十六条规定的范围内，临时决定限制或者禁止前款规定目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。”

[20]《走私犯罪判例释解与辩点分析》晏山嵘，[M].中国法制出版社，2023 年 1 月

关法》一直以“物项”管理为思维导向，所以在海关执法实践中坚持“属性禁止”的观点比较主流。但是这一观点并不符合我国对外经济法律体系结构的新转变，对外经济反制措施针对的是“不可靠实体”，依据不可靠实体清单对“不可靠实体禁止与中国有关的进出口活动”是行为禁止，也应该认定属于“国家禁止进出口”的范畴，需要承担刑事罚则。

以《反外国制裁法》作为海关执法的法律依据是可行的，应该明确我国对外经济反制措施的法律依据结构，即“《反外国制裁法》+公告清单”。建议公告中直接列明依据《反外国制裁法》制定“不可靠实体清单”，不应再把《反外国制裁法》放到“等”的范畴。

（二）加强对不可靠实体反制措施全流程行动

《不可靠实体清单规定》是我国对外经济反制的初次尝试，从中央管理部门到地方组织协调机构，从管理机构到执法部门都需要适应新的对外经济体系和措施调整的新变化，应加强不可靠实体反制措施全流程行动。

第一、加强事前调研和制度宣传

对于不可靠实体清单的确定应加强前期调研，确定反制范围是否涉及到子公司或分公司、是否涉及实际控制人？是否涉及股东？前期调研可以从根本上保证对外国不可靠实体反制的有效性，同时避免扩大反制措施对我国相关实体的不利影响。依靠地方商委、行业协会加强对不可靠实体清单制度的宣介，树立经济主体自觉维护国家安全、维护自身合法权益的意识。

第二、加强事中监管和风险防控

长期以来，我国海关的监管重点主要一般贸易方式下涉税、涉证的货物和物品，海关的执法也着重于进口环节的监管。“不可靠实体清单”是围绕“外国实体”开展的全方位反制，因此更应加强对海关监管薄弱领域的监管和风险防控，保证不可靠实体反制措施全面落实。对于不可靠实体的进出口活动，应注重快件和跨境电商进出口的风险防控，重视出口流向监管。采用“不可靠实体”名称字段检索方式加强海关系统以及快件中心的数据利用和防控。反制措施是对国家安全主权、安全发展利益的保障，依据《国家安全法》规定“公民、组织有维护国家安全的义务”，应在不可靠实体案件查缉过程中加重管理相对人的举证责任，对于涉嫌与不可靠实体进行进出口交易的主体可以要求其进行自证。

第三、加强事后评估和信息共享

不可靠实体清单是动态制度，针对海关的反制措施，应该在执法后的一段时期，比如 30-60 天形成执法部门评估报告，对于反制措施的执法效果等事项进行评估，切实保障本国利益。不可靠实体清单工作机制涉及商务部、工信部、国家安全等部门，一线执法海关等机构，要加强信息共享，形成机制合力。

（三）规范对外经济反制法律体系

习近平总书记强调指出：“要坚持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。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。”

法律是国家权力和利益据以实现的工具[21]。对外经济反制体系需要进一步扩展和丰富反制法律规范的工具箱，应坚持对外经济反制法律体系的融贯性，使得相关制度具备一致性、协调性，更好地发挥作用。融贯性一方面要求法律体系内的各要素应当建立起积极的联系，这种联系不仅是效力上的衍生，更重要的是要达到相互支持的程度[22]；另一方面要求法律体系结构的连通性，不宜形成法律规范结构断层。

“法律体系必须随着时代和实践发展而不断发展”[23]。颁布《不可靠实体清单规定》是中国围绕着反制裁、反干涉、反长臂管辖进行涉外立法的重要一步。它实际上将《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》、《反外国制裁法》同《国家安全法》、《对外贸易法》、《出口管制法》《、反垄断法》、《数据安全法》《外商投资安全审查办法》等法律衔接，但是由于一些法律的制定晚于《不可靠实体清单规定》，从而使得现有对外反制法律体系虽有法律规范的存在，但不成体系，相互之间的适用关系不够明确，与相关制度的关系也不清晰。需要对之加以梳理，明晰对外经济反制体系。

第一、在涉外法律领域，《对外关系法》和《国家安全法》是宏观法，是我国涉外领域的基础性、综合性法律，在涉外立法领域发挥统摄、总括作用。[24]两部法律应属于宪法相关法法律体系；第二、《反外国制裁法》同样是一部综合性法律，但不同于《对外关系法》和《国家安全法》宏观属性，《反外国制裁法》有具体适用条件，适用的主体，适用的法律措施，可以直接适用；第三、《对外贸易法》在立法宗旨、适用条件和法律措施方面与《不可靠实体清单规定》存在很大不同。《不可靠实体清单规定》作为规章，其意义在于对上位法的细化和加强规范的可操作性。然而《不可靠实体清单规定》在适用条件和法律措施方面都具有创设性的规定，然而作为上位法的《对外贸易法》缺乏相应规定，处于“真空状态”；第四、《反外国制裁法》与《不可靠实体清单规定》立法宗旨一致，适用条件和法律措施也与《不可靠实体清单规定》更为贴切。《立法法》规定“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。”

---

[21] Laurent Cohen-Tanugi, The Extraterritorial Application of American Law: Myths and Realities, SSRN (12 March 2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576678

[22]雷磊.融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化[J].法学家,2012,(02):1-16+176.DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2012.02.002.

[23] 形成完备的法律规范体系_中国人大网 (npc.gov.cn)

[24] 全国人大常委会法工委负责人就对外关系法答记者问， http://politics.people.com.cn/n1/2023/0630/c1001-40024476.html

《不可靠实体清单规定》是《反外国制裁法》在经贸活动领域采取反制措施的细化，《反外国制裁法》比《对外贸易法》作为《不可靠实体清单规定》直接上位法更具有逻辑周延性。

（四）制定对外经济反制行政法规

法律体系融贯性的立法路径通常是先制定高位阶法律，再逐层设定低位阶法律。然而反制裁法律制度则是采取了不同的路径，先有国务院部门制定《不可靠实体清单规定》部门规章，再由全国大常委会制定《反外国制裁法》，但是缺乏行政法规这一层级的立法。目前，我国对外经济反制法律体系从宏观法的《对外关系法》、《国家安全法》——《反外国制裁法》——《不可靠实体清单规定》。（图 3）应完善对外经济法法治法律体系融贯性，制定“不可靠实体反制条例”。



图 3：对外经济反制法律体系思维导图。

制定对外经济反制的行政法规具有必要性和可行性。第一、百年未有之大变局形势下，美国对中国的制裁将是长期和全面的，中国的反制也必然是长期和全面的。未来在反制分裂势力等领域，对此类法律依据将更为依赖，因而亟须尽快制定行政法规，完善对外经济反制体系。同时，《反外国制裁法》融合了反制措施和反阻断措施，其规定多是框架规范，需要一部以反制措施为主要内容的行政法规的细化。第二、《立法法》第 92 条规定：“涉及两个以上国务院部门职权范围的事项，应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。不可靠实体清单工作机制涉及多个部门，其职权划分、行使程序都要求行政法规予以规定。”

这部行政法规应该以强化制裁权作为行政权力构成的基本定位，规范反制事务行政程序，明确反制措施执行依据和清单公示方式，设置反制救济机制。从而构建起规范严整、程序公开和实效为本的反制裁法律体系。尽快制定行政法规，及时提升现行对外制裁规范的工具价值和可执行性，以改变我国在由美国主导的单边制裁与反制裁博弈格局中的被动地位，有效维护主权权益，保护中国主体的正当、合法权益。

新媒体在国际规则制定中的作用及对中国的启示

黄赟琴*

摘要：新媒体在晚近以来的国际规则制定中的大量存在与广泛运用是一项显明的事实，它能够极大地促进和加快国际规则制定的进程与速度，帮助国际规则制定的主体或参与者增强在规则制定过程中的影响力和话语权。因此，对于有效参与国际规则制定有迫切需求的我国应该善加运用新媒体，将新媒体融入到国际规则制定的各个环节，发挥新媒体在国际规则制定中的应有作用。

关键词：新媒体　　国际规则　　国际规则制定

近年来，强调在国际规则制定中的主动参与，有效提高在国际规则制定中的影响力成为了我国外交工作的一项鲜明内容，习近平总书记多次谈及“要在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素”。因此，如何做好积极有效参与国际规则制定的工作成为了一项亟待解决的现实问题。基于这一问题意识，本文通过研究发现，新媒体在晚近以来的国际规则制定过程中的作用日益凸显，并因而被包括各主要国家在内的国际规则制定主体所重视和广泛运用。这给我国带来的启示是，善加运用新媒体是实现在国际规则制定中的积极有效参与的一条重要途径。

一、新媒体在国际规则制定中的广泛存在

毫无疑问，新媒体是本文研究的一个核心概念和前置性用语。但是，对其定义和内涵，并没有一个统一权威的说法。不过，一般都公认新媒体是与网络联系在一起的。所以，宽泛地说，新媒体就是一切以网络为载体进行信息传播的媒介，区别于传统的纸质媒介（报纸、杂志、书籍）、广播和电视。这种宽泛理解的新媒体是在 20 世纪 80、90 年代随着互联网的产生而开始兴起的，从那以来，它在伴随网络技术的发展而实现自身迭代更新的同时，亦以其在信息生产和传播方面的显著特点对各国和人类社会生活的方方面面产生了巨大的影响。其中就包括对作为维系国内社会秩序的基石的国内法律规则的制定的深远影响。马长山、吴元元、张欣等多位学者通过研究全面揭示了这种影响的丰富内容。然而，关于新媒体对作为保障国际社会秩序存续的重要制度基础的国际规则的制定的影响，尚未有学者进行充分的研究。这种理论研究上的疏漏是对新媒体在国际规则制定中的广泛存在这一客观事实的明显漠视。

新媒体在国际规则制定中的显明存在在双边或多边国际规则的制定过程中

* 黄赟琴，法学博士，四川美术学院马克思主义学院副教授。本文是 2019 年度重庆市社会科学规划培育项目“国际法在美国外交中的运用及对中国的借鉴研究”（2019PY20）的中期研究成果。

都有体现。就双边国际规则的制定而言，至为明显的莫过于在今年初签署的中美第一阶段经济贸易协议的谈判过程中，美国总统特朗普通过其个人推特在谈判的多个关键节点频繁地发布谈判进展信息，预告美国对谈判具体内容的立场态度变化和对中国将要采取的谈判施压措施，以有效运用新媒体的方式掌控双边贸易规则制定的进度。对新媒体的运用在欧盟同其他国家制定双边国际规则的实践中也有体现。譬如，欧盟在其官方网站上专门开辟了“谈判与协定”页面，列出了欧盟与中国等其他国家正在进行的贸易谈判的所有细节资料，并实时更新最新的谈判进展情况，方便欧盟各国及其民众及时迅捷获取谈判信息，广泛参与讨论，为欧盟提出最佳的谈判方案贡献智力。

而在多边国际规则的制定过程中，新媒体的存在也是显而易见的。这方面的典型事例是经合组织（OECD）推动的《多边投资公约》谈判之所以在 1998 年以失败告终，是因为有关非政府组织在网络媒体上向国际社会公布了处于保密状态的该协定草案，并随后在网络媒体上发表联合声明，抨击该协定过度保护跨国公司利益而牺牲劳工、人权和发展，致使经合组织成员国最终不得不宣布停止谈判。另在多边环境规则的谈判方面，也有新媒体存在的身影。[1]诸多国际环境非政府组织为保证谈判过程的透明度，推动建立国际环境机制，常常通过一些国家代表团中的非政府组织的代表将环境谈判中出现的情况和各国立场加以整理，作为独家消息刊登在自己创办的电子刊物上，方便各国民众、记者、学者了解谈判过程，进而对谈判国形成舆论压力，推动谈判进程。例如，《地球谈判简报》（Earth Negotiations Bulletin）就是这样的一份电子报新媒体。它由国际可持续发展研究所创办，每日通过网站、电邮、脸书和推特等方式多渠道报道联合国环境和发展谈判的有关内容，迄今已跟踪报道了联合国体系内的 30 多项多边谈判进程。因其报道的中立性、即时性而获得了对环境和发展谈判感兴趣的人士的广泛关注，很多跟踪环境和可持续发展政策的各国驻联合国的代表、非政府组织、商业集团、学术机构、媒体和联合国的官员都认为它是必读的刊物。

新媒体在国际规则制定中的广泛存在不仅体现在制定双边或多边国际规则的诸多个案实践中，而且还是一种常态化的连续存在，因为许多重要的专职负责国际规则制定的国际机构或组织均建立了自己的新媒体平台，通过对新媒体的运用促进自身职责的更好履行。这使得专涉国际规则制定的新媒体成为了类型多样的新媒体中的一种独立类型。国际法委员会是联合国负责国际法编纂工作的主要机关，以其拟定的草案为基础，经过在联合国主持下召开的国际外交会议缔结了一系列重要的多边公约，在现有的“国际立法”体系中占有举足轻重的地位。近年来，国际法委员会就创办了自己的门户网站和推特，完整列出了委员会已经编

[1] Monica Hakimi. The Media as Participants in the International Legal Process, Duke Journal of Comparative & International Law，2006（01）.

纂完成的全部国际法议题的所有资料，并及时更新正在编纂中的国际法议题的进展情况，方便国际社会各国和有关专家学者了解委员会的编纂工作。类似的专涉国际规则制定的新媒体还有专职负责国际贸易规则的现代化与统一化的联合国国际贸易法委员会创办的门户网站，被国际社会视为国际人道法的倡导者、宣传者的红十字国际委员会开设的“关于国际人道法的当前讨论”网页等。这些网站或网页均无一例外集成了脸书、推特、YouTube、领英等新媒介或社交平台，是非常典型的新媒体类型。

二、新媒体在国际规则制定中的作用

新媒体之所以能够在国际规则制定中大量存在，被广泛运用，是因为其在信息生产和传播方面固有的优势使得它能够极大地促进和加快国际规则制定的进程与速度，帮助国际规则制定的主体或参与者增强在规则制定过程中的影响力和话语权。[2]具体而言，新媒体在国际规则制定中的作用主要包括两个方面：

一方面，新媒体加快了国际规则制定的进度，大大提升了新的国际规则产生的速度。国际规则的制定方式主要有习惯和条约两种。就习惯方式来说，要产生习惯国际规则必须具备作为物质要素的大量的国际通行惯例和作为心理要素的法律确信两个条件。所以，大量的国际通行惯例的出现是产生习惯国际规则的前提。而新媒体具有的即时特点使得这一前提出现的速率大大加快。所谓即时性，较为形象的描述是，“在报纸时代，‘昨日’发生的就是新闻；在广播时代，‘今天’发生的才是新闻；在电视时代，‘现在’正在发生的才是最符合要求的新闻；而在新媒体时代，它与全球各地正在发生的新闻同步报道才叫新闻”。[3]由于这种信息传播的同时性，各国作出的具有国际重要性的行为可以立即为全世界所知晓，其他国家能够在最短的时间内针对该行为作出赞成或反对的回应，这让国际通行惯例几乎可以在第一项国家行为作出的同一天就得以出现，累积大量统一国际通行惯例的时间明显缩短。它带来的直接后果就是“即时国际习惯法”的出现。这一概念已获得国际社会的公认，意指在一个很短的时间内形成的新的国际习惯规则。而新媒体的出现无疑是这样的习惯规则能够产生的技术基础。再就通过条约方式制定国际规则而言，新媒体也能有效缩短国际条约规则的产生时间。条约规则的产生是在国际谈判平台上进行的，参与谈判的国家越多，累积下来的关于各国谈判立场和态度的资料信息也就越多。而一个谈判国往往要在对其他各谈判国的立场作出全面了解和透彻分析后，才能提出自己的谈判对案。所以，在条约谈判过程中，对于各谈判国来说，往往都有海量的谈判资料信息需要搜集整理、归纳分析。这样的信息处理显然会耗费大量的时间，以致减缓条约谈判进程，延后

[2] 马长山. 新媒体时代的公民立法参与［J］. 师大法学，2017（01）.
[3] 吴元元. 信息能力与压力型立法［J］. 中国社会科学，2010（01）.

条约规则的产生时间。而恰恰在这一方面，新媒体有其明显优势和作用，即所谓的海量传播性。由于在信息生产和储存上采用了数字技术，新媒体突破了信息容量的瓶颈，具备了海量性的特征。从理论上讲，只要满足计算条件，一个新媒体平台即可满足全世界的信息存储需要。所以，借助于新媒体，条约谈判各方可以非常方便快捷地全面获取与谈判有关的各种信息。同时，新媒体往往还具有“易检索性”的特点，便于条约谈判国对谈判信息分类整理，分析解读，尽速掌握其他谈判国的立场和态度，提出相应的谈判对案。就此而言，新媒体无疑可以加快条约谈判进程，有效缩短国际条约规则的产生时间。

另一方面，新媒体极大地扩展了国际规则制定的参与主体，并且让各类参与主体都能够有效增强在规则制定过程中的影响力与话语权。这种作用的发挥来源于新媒体具有低门槛、个性化、分众性、交互性等传播特点。借助于网络的联通效应，新媒体无须依赖成立不易的专业化媒介组织，每一个拥有电脑或手机，并能联网的个人都能开设属于自己的个性化新媒体，创设新媒体的门槛极低。作为个体的人拥有了向不特定的多数人发出信息，并旨在影响社会对特定事件的评价的能力、渠道和可能。可以说，在新媒体条件下，信息传播不再能够固守传统的单一格局，而必然转变为多中心、多层次的分散化格局。它直接导致了传播的全球化，亦即信息能够在地球上任何地方跨越时间、空间、地域和边界的限制，进行及时、广泛的传播或交流。[4]原来只能由资金雄厚、设备先进的发达国家及其传媒巨头才能进行的全球传播，现在任何发展中国家、任何团体甚至个人借助新媒体就能完成；过去，电视广播、电台广播和印刷传播，都受到地域和国界的严重障碍，只能传播到部分地域和部分人群，现在通过新媒体可以将活生生的视频图像瞬间传遍全世界的每个角落。所有这一切对于国际规则制定的意义在于，国际规则的制定不再是一小部分国家的外交谈判精英的专利，而日益被各国、各地区、各非政府组织、商业团体和跨国公司分享，甚至民众个体也能借助新媒体制造广泛舆论，以影响国际规则的制定进程。前述有关非政府组织通过网络新媒体阻止《多边投资公约》谈判，国际可持续发展研究所创办电子报新媒体影响国际环境规则谈判可以说是这方面的较早事例，最近的事例则是在目前的国际规则制定进程中，“多利益攸关方”模式备受国际社会推崇，即除了主权国家外，吸收私营部门、非政府组织、学术研究机构等非国家行为体（即“利益攸关方”）参加。美国发起“我们的海洋”大会、英国发起网络问题“伦敦进程”和“反腐败峰会”、一些国家发起北极论坛等，都采取这种形式。而所有这些都借助了新媒体平台，可以说，在很大程度上，正是新媒体造就了所谓“多利益攸关方”模式，令不分大小的各国以及种类繁多的非国家行为体都能够在国际规则制定过程中获取话语权，增强影响力。

[4] 张欣.媒体与立法的良性互动：以议程设置为视角［M］.北京：中国法制出版社，2018.

三、我国在国际规则制定中运用新媒体的现状及改进方向

新媒体在国际规则制定中的广泛存在和其已经显露与可能发挥的多方面作用对有迫切的有效参与国际规则制定需求的当下中国的启示在于：在参与国际规则制定的过程中，必须高度重视新媒体的作用，提高运用新媒体的能力，将新媒体融入到国际规则制定的各个环节以有效提升中国在国际规则制定中的影响力与话语权。这既是适时之举，也是解困之需。应该说，近年来在国内新媒体发展迅猛，新媒体话题成为时政与社会热点的背景下，在参与国际规则制定领域，也出现了新媒体的身影。最为突出的是负责承办国家对外缔结双边、多边条约的外交部条约法律司于 2018 年 2 月开设了微信公众号“中国国际法前沿”，定期介绍国际社会最新的条约谈判情况以及中国对各条约制定的立场与态度。它表明，至少在具体负责参与国际规则制定工作的一线政府部门层面，已经认识到了新媒体的作用，试图主动运用新媒体帮助自己履职尽责。然而，这只代表了我国在国际规则制定中运用新媒体的开始，还远谈不上善用，新媒体的应有作用尚未发挥出来。

首先，重视新媒体在国际规则制定中的作用还未成为各参与国际规则制定的职能部门的普遍共识，在承担海洋划界、共同开发等相关外交谈判工作的外交边界与海洋事务司，负责国际经贸条约谈判的商务部条约法律司，参与国际司法协助条约的草拟与谈判的司法部国际合作局等相关部门的工作实践中，迄未出现积极运用新媒体的迹象。

其次，国内非政府的民间社会组织、研究机构、学者个人等亦未认识到新媒体在国际规则制定中的作用，有意识地创办相关新媒体，配合国家政府有效参与国际规则的制定。事实上，尽管国内的新媒体绝大多数都是由非政府的各种力量创办的，但这些数量繁多的民间新媒体普遍都不关注国际规则的制定问题，更未出现类似《地球谈判简报》那样的专涉国际规则制定的新媒体。

最后，无论是政府新媒体，还是民间新媒体，其发展定位往往是内求而非外向，设定的受众更多的是国内民众而非他国政府及其民众。[5]质言之，我们现在还缺乏真正国际化、具有极强的国际用户粘性和全球影响力的新媒体，而这样的新媒体恰恰是为有效参与国际规则制定最为需要的，因为国际规则的成功制定更多的是求取各国间的共同同意，是要说服他国及其民众对我国提出的规则制定方案的认可。

正因为存在上述三方面的问题，未来我国在参与国际规则制定过程中加强新媒体运用的方向主要是加强官民两界对新媒体在国际规则制定领域作用和重要性的认识，有意识地创办发展专涉或兼涉国际规则制定的国际化新媒体，通过政

[5] 明安香.传媒全球化与中国崛起［M］.北京：社会科学文献出版社，2008.

府和社会的协同合作，最大限度地发挥新媒体在国际规则制定中的应有作用，有效提升我国在国际规则制定中的影响力与话语权，实现我国对国际规则制定的有效参与。

2025年中国国际法学会年会

教育强国战略下我国高校涉外仲裁人才培养的困境与突破

——基于承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的 20 所高校的实证研究*

章成 王恩术

（武汉大学 中国边界与海洋研究院，湖北 武汉，430072）

摘要：涉外仲裁人才培养是涉外法治人才培养的重要组成，是法治中国建设的应有之义和教育强国建设的必然要求。我国涉外仲裁人才培养主要依托法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目，承担项目的高校综合实力雄厚、法学学科基础扎实、仲裁实务机构联动合作、基本覆盖我国大陆全域，目前我国涉外仲裁人才培养的特点表现为课程体系与学科建设初步成型、理论教学与实践培训浅层结合、国际合作与跨境交流略显萌芽、政策支持与市场需求初见端倪。但是，实证研究表明，我国高校在人才培养的进程中存在与仲裁相关的学科建设与课程设置缺乏重视、校内理论教学与校外仲裁实务严重脱节、人才培养的国际化程度未达预期、我国仲裁制度自身问题阻碍人才培养等问题。针对于此，参与涉外仲裁人才培养的各主体应当优化学科定位与课程体系，提升仲裁法学核心地位；重构校内外协同育人模式，打通理论与实务壁垒；拓展跨国合作与跨文化交流，营造仲裁人才培养的国际化环境；深化制度改革与法律创新，夯实仲裁人才成长的教育体系。

关键词：教育强国建设　高等教育　涉外仲裁　人才培养　习近平法治思想

2025年中国国际经济法学会年会

一、引言

当今世界正处于百年未有之大变局，世界局势风云变幻，在全球化进程不断加深、高水平对外开放持续推进的背景下，涉外法治建设已成为我国法治体系现代化的重要推动力量，涉外法治体系已成为中国特色社会主义法治体系不可或缺的一部分。推进和实施涉法治工作，其成功的关键在于拥有专业的涉外法治人才作为支撑。青年兴则国家兴，青年强则国家强，青年一代有理想、有担当，国家

基金项目：本文系中央高校基本科研业务经费项目/国家领土主权与海洋权益协同创新中心科研培育项目（413000070）、武汉大学青年研究中心（重点）调研课题（202439）的阶段性研究成果。

作者简介：章成，法学博士，公共管理学博士后，武汉大学前沿交叉学科研究院（中国边界与海洋研究院）副教授，国家领土主权与海洋权益协同创新中心（武大总部）研究员，研究领域：国际公法与全球治理、涉外法治。

王恩术，武汉大学前沿交叉学科研究院（中国边界与海洋研究院）研究助理，武汉大学国际法学 2024 级研究生，研究领域：国际经济法与跨境经贸合作、仲裁法学。

联系方式：电话：15542317779；**电子邮箱：**wes1159079823@163.com；**通讯地址：**湖北省武汉市武昌区珞珈山街道八一路 299 号武汉大学中国边界与海洋研究院 219 办公室。

就有前途民族就有希望。[1]习近平总书记指出：“法治人才培养上不去，法治领域不能人才辈出，全面依法治国就不可能做好。”[2]如果无法有效开展涉外法治人才的培养，涉外法治领域便难以涌现出众多杰出人才，进而无法顺利推动涉外法治的建设。因此，强化涉外法治人才队伍的建设，是推动涉外法治发展的必经之路。涉外仲裁人才是涉外法治人才的重要类型之一。作为全球商事、海事、投资、体育等多领域争端解决的重要方式，仲裁在国际经贸合作、跨境投资争端解决及“一带一路”建设中发挥着至关重要的作用。

涉外仲裁人才培养是法治中国建设的应有之义。2022 年 3 月，为深入贯彻习近平总书记关于加强涉外法治人才培养工作的重要指示精神，认真落实中共中央《法治中国建设规划（2020－2025 年）》和中央人才工作会议关于做好涉外仲裁人才培养的任务要求，司法部、教育部、科学技术部、国务院国有资产监督管理委员会、中华全国工商业联合会、中国国际贸易促进委员会联合发布《关于做好涉外仲裁人才培养项目实施工作的通知》，旨在聚力实施涉外仲裁人才培养项目，统筹利用现有资源培育涉外仲裁人才，到 2025 年，建立起与国际通行仲裁制度相适应的涉外仲裁人才培养体系，遴选 1000 名高端领军人才、培训 1000 名职业进阶人才、培养 1000 名青年后备人才，打造一支坚定不移走中国特色社会主义法治道路的高素质专业化涉外仲裁人才队伍。[1]青年作为劳动力市场的生力军，是未来贡献社会产出的关键力量。[3]高校作为青年人才培养体系的核心组成部分，在教育体系中发挥着重要作用，是培养青年人才的主要阵地。[4]在此背景下，同年 7 月，教育部联合司法部发布《关于实施法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的通知》，遴选全国 20 所高校作为试点单位，支持其与境内外仲裁委员会、律师事务所等法律实务部门积极探索和创新涉外法治高层次人才培养模式，完善涉外仲裁人才培养体系，力争培养一批法学功底扎实、具有国际视野、通晓国际仲裁法律制度的高层次应用型涉外仲裁人才，实现“到 2025 年完成 1000 名涉外仲裁青年后备人才招生培养工作”的目标。[2]2023 年 2 月，中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，明确提出要推动法学教育国际化，加强涉外法治人才培养，为国家法治现代化和国际法治贡献中国智慧。[3]

涉外仲裁人才培养是教育强国建设的必然要求。2025 年 1 月，中共中央、国务院印发《教育强国建设规划纲要（2024－2035 年）》（以下简称“纲要”），纲要的发布为我国高校涉外法治人才培养提供了重要的政策指导和战略方向。纲要

[1] 参见司法部等六部委：《关于做好涉外仲裁人才培养项目实施工作的通知》，https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-04/11/content_5684553.htm。

[2] 参见教育部、司法部：《关于实施法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的通知》，http://www.moe.gov.cn/srcsite/A22/moe_826/202208/t20220818_653740.html。

[3] 参见中共中央办公厅、国务院办公厅：《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，https://www.gov.cn/gongbao/content/2023/content_5745286.htm。

以构建中国哲学社会科学自主知识体系为根基（第十五条），强调法学教育需立足中国仲裁实践，这引导承担涉外仲裁人才培养任务的高校将新时代国际商事争端解决案例与理论创新融入课程体系，推动形成具有中国特色的仲裁理论范式，为培养熟悉国际规则、掌握中国话语的仲裁人才奠定学理基础。纲要提出的教育对外开放战略（第十部分）直接赋能仲裁人才国际化能力建设，支持其通过国际暑期学校、海外研修、参与国际科研合作项目等路径深度融入全球仲裁实践网络，熟悉国际商事仲裁机构运作规则及《纽约公约》等核心制度框架。同时，纲要要求“建设高等研究院开辟振兴区域发展新赛道”（第十九条），推动高校与头部企业、国际仲裁机构共建协同平台，通过真实案例研习、模拟法庭实训等机制强化学生处理跨境投资争端、知识产权仲裁等复杂问题的实战能力。针对数字经济时代仲裁规则变革需求，纲要提出的学科交叉融合导向（第十四条）和“加强课程体系改革”（第二十六条）要求，引导仲裁人才培养突破传统法学边界，融入人工智能、区块链等技术课程，提升其在数据跨境流动、在线争议解决等新兴领域的规则解释与创新能力。此外，纲要对中文国际传播能力（第三十六条）及“参与全球教育治理”（第三十八条）的重视，不仅要求涉外仲裁人才熟练运用外语参与国际程序，更需通过中文精准阐释中国仲裁实践，助力中国仲裁机构规则、典型案例纳入全球商事争议解决主流话语体系，最终服务于提升中国在国际仲裁领域的规则制定权与制度竞争力。

本研究的意义主要体现在以下几个方面。**第一，在涉外法治建设方面**，本研究有助于推动我国涉外仲裁法律教育体系的完善，为国家法治现代化提供人才支撑。仲裁作为国际商事、海事、投资、体育等多领域争端解决的重要机制，其有效运作依赖于高素质法律人才。通过优化仲裁人才培养体系，我国能够培养更多具备国际视野、熟悉国际规则、胜任跨国争议解决的法律专业人才，为“一带一路”建设、自由贸易协定谈判及涉外法律事务提供智力支持。**第二，在高水平对外开放方面**，本研究可以为我国仲裁事业的国际化提供决策依据。当前，国际仲裁行业竞争日趋激烈，英国伦敦国际仲裁院（The London Court of International Arbitration, LCIA）、新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre, SIAC）、香港国际仲裁中心（Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC）等机构纷纷采取措施吸引全球仲裁案件。我国要在全球仲裁市场竞争中占据更重要地位，必须加强国际仲裁人才培养，以提高仲裁机构的国际影响力。**第三，在教育强国建设方面**，本研究可为我国法学教育改革提供借鉴。教育治理现代化是教育治理体系和教育治理能力的现代化，法治化是教育治理现代化的关键议题，是当前及今后我国教育事业发展改革的重要任务之一。[5]仲裁法学作为法学学科的重要分支，其学科建设和课程体系优化对于培养高质量法律人才具有重要作用。通过本研究的分析和建议，能够推动我国高校在仲裁法学课程改革、国际合作办学、实务培养等方面取得突破，为法学教育现代化提供实践依据。

综上，本研究立足于法治中国和教育强国建设的大背景，围绕承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的 20 所高校展开实证分析，系统梳理我国涉外仲裁人才培养的现状、特点及主要挑战，并探讨优化路径。

二、我国高校涉外仲裁人才培养的现状分析

（一）法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目实施情况

1.承担项目的高校综合实力雄厚

从高校综合实力来看，承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的高校综合实力雄厚，双一流布局与工程属性凸显。在 20 所高校中，14 所高校被列入第二轮“世界一流大学和一流学科”建设项目[4]（Double First-Class Initiative，以下简称“双一流”建设项目）建设高校，9 所高校为“211 工程”“985 工程”[5]建设高校，13 所高校为“211 工程”建设高校，（见表 1）。这一布局表明，我国涉外仲裁人才培养高度依赖具有政策倾斜与资源集聚优势的头部高校。

一方面，“双一流”建设赋能高校涉外仲裁人才培养。以北京大学、清华大学、中国人民大学为例，此类高校连续入选两轮“双一流”建设名单，其综合实力不仅体现在学科排名中，更通过“双一流”专项经费支持、国家级教育科研基地及国际学术网络拓展，构建了覆盖教学、科研与实践的全链条资源体系。例如，北京大学依托“双一流”法学学科群，整合国际法学院、中国国际仲裁研究院有关资源，形成“理论-实务-国际化”三位一体的培养架构；清华大学则通过“卓越法律人才教育培养计划”，将“双一流”资金定向投入模拟法庭、国际仲裁竞赛等实践模块，显著提升了学生的跨境争议解决能力。**另一方面，“工程属性”为高校综合实力注入制度动能。**清华大学、复旦大学等“985 工程”高校凭借长期积累的学科声誉与政策红利，率先与新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等境外知名国际仲裁机构开展人才培养合作。“211 工程”高校则通过区域化布局，深化与地方特色仲裁平台的协同，例如大连海事大学与大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）、中南财经政法大学与武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）签订联合培养协议。这种“双一流+工程”的叠加效应，不仅强化了高校在境外仲

[4] “世界一流大学和一流学科”建设项目（Double First-Class Initiative）是中共中央、国务院作出的重大战略决策，也是中国高等教育领域继“211 工程”“985 工程”之后的又一国家战略，旨在提升中国高等教育综合实力和国际竞争力，为实现“两个一百年”奋斗目标和实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力支撑。2022 年 2 月，教育部等部门公布《第二轮“双一流”建设高校及建设学科名单》。第二轮“双一流”建设项目不再区分一流大学建设高校和一流学科建设高校，将探索建立分类发展、分类支持、分类评价建设体系作为重点之一，引导建设高校切实把精力和重心聚焦有关领域、方向的创新与实质突破上，创造真正意义上的世界一流。

[5] “211 工程”是 1995 年 11 月启动的高等教育工程，面向 21 世纪重点建设约 100 所高校和一批重点学科，旨在提升中国高等教育整体水平，服务国家战略需求。“985 工程”是 1998 年 5 月提出的国家高等教育重点建设项目，旨在建设若干所“世界一流大学”和“高水平大学”，提升中国高校的国际竞争力和科研创新能力。虽然教育部于 2019 年 11 月 28 日公开声明，已将“211 工程”和“985 工程”等重点建设项目统筹为“世界一流大学和一流学科”（Double First-Class Initiative）建设项目，但“985”“211”标签仍影响社会对高校的认知。

裁实务专家聘任、仲裁实务课程开设等方面的竞争力，更促使高校通过国家级教学成果奖、重点教材立项等机制，推动涉外仲裁人才培养的标准化与品牌化。

值得注意的是，其余 6 所非“双一流”也非“985 工程”“211 工程”建设高校（上海政法学院、西南政法大学、西北政法大学、深圳大学、广东外语外贸大学、黑龙江大学）虽在综合实力上稍显薄弱，但其依托地方政策支持与产业需求，尝试以特色化路径弥补资源短板，例如上海政法学对接上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)、深圳大学和广东外语外贸大学对接深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会、粤港澳大湾区国际仲裁中心、深圳仲裁委员会），充分利用粤港澳大湾区和长三角地区在经贸、对外交流等方面的丰富资源开展涉外仲裁人才的联合培养工作。然而，从整体看，“双一流”高校仍占据绝对主导地位，其资源垄断性可能导致人才培养的“马太效应”，亟待通过政策引导实现优质资源的辐射与共享。

2.承担项目的高校法学学科基础扎实

从法学学科基础来看，承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的高校法学学科基础扎实，为涉外仲裁人才培养提供坚实支撑。在《第二轮“双一流”建设高校及建设学科名单》中，全国仅有 6 所高校（北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、武汉大学、中南财经政法大学）的法学学科被列为一流建设学科，这 6 所高校全部承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目。在教育部全国第四轮学科评估[6]中，法学学科评估结果为 A+的两所高校（中国人民大学、中国政法大学）、评估结果为 A 的 5 所高校（北京大学、清华大学、华东政法大学、武汉大学、西南政法大学），以及评估结果为 A-的 7 所高校中的 4 所高校（对外经济贸易大学、中南财经政法大学、厦门大学、吉林大学）均承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目；其余 9 所高校的法学学科，除广东外语外贸大学评估结果为 C+外，均为 B-及以上。此外，作为我国高等教育领域中的传统法学强校，“五院四系”[7]（“五院”指中国政法大学、华东政法大学、中南财经政法大学、西南政法大学、西北政法大学，“四系”指北京大学、中国人民大学、武汉大学、吉林大学）全部承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目（见表 1）。

一方面，承担项目的高校利用法学学科的深厚积淀，构建差异化涉外仲裁人才培养体系。部分高校将国际法、仲裁法学等学科优势转化为人才培养动能，例如中国政法大学设立国际仲裁与争端解决二级学科、武汉大学恢复国际法本科专

6 学科评估是教育部学位与研究生教育发展中心（以下简称“学位中心”）按照国务院学位委员会和教育部颁布的，对全国具有博士或硕士学位授予权的一级学科开展整体水平评估。学科评估是学位中心以第三方方式开展的非行政性、服务性评估项目，2002 年首次开展，截至 2017 年完成了四轮。学位中心虽然于 2020 年 11 月启动第五轮学科评估工作，但是评估结果并未对外正式公布，秉持研究严谨性原则，在此仅讨论第四轮评估结果。第四轮评估结果按“分档”方式呈现，具体方法是按“学科整体水平得分”的位次百分位，将前 70%的学科分 9 档公布：前 2%（或前 2 名）为 A+，2%~5%为 A（不含 2%，下同），5%~10%为 A-，10%~20%为 B+，20%~30%为 B，30%~40%为 B-，40%~50%为 C+，50%~60%为 C，60%~70%为 C-。

7 “五院四系”的提法源于 20 世纪 50 年代新中国高等教育体系的重构。当时，为适应国家法治建设需求，法学教育通过院系调整形成“五院”（五所政法学院）与“四系”（四所综合性大学法律系）的格局。这 9 所高校在中国法学教育领域具有深厚历史底蕴和广泛影响力，代表了新中国成立以来法学教育与研究的核心力量，至今仍是法学界公认的权威教育标杆。

业试点，均体现了学科建设的创新突破。相较于综合类院校，“五院四系”更注重行业资源整合，如西南政法大学与深圳国际仲裁院共建“校院一体”机制，华东政法大学联合上海国际仲裁中心开发案例教学库，形成理论与实践深度融合的差异化发展模式。**另一方面，承担项目的高校革新课程体系，培养学生的仲裁实务能力。**调查显示，“国际商事仲裁”、“国际投资仲裁”等核心课程在承担项目的高校开设率达 100%，且高校普遍增设“仲裁规则比较”“国际争端解决模拟”等实践类课程。例如，中国政法大学构建“国内仲裁法+国际仲裁法+外国仲裁法”三维课程体系，并引入联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）示范法、国际商会（ICC）仲裁规则等前沿内容；通过与国际仲裁机构合作开发《国际商事仲裁案例研习》等双语教材，强化学生对国际仲裁程序与跨文化争议解决的实操能力。此外，高校通过“贸仲杯”国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛、法兰克福国际投资模拟仲裁庭（Frankfurt Investment Arbitration Moot Court）等赛事平台，将学生置于国际仲裁实战场景。

3.承担项目的高校与仲裁实务机构联动合作

从联合培养情况来看，承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的高校与境内外仲裁实务机构的合作呈现出多元化、实践导向、国际化的格局。

首先，这些高校与仲裁实务机构的合作模式呈现出多元化趋势，包括课程共建、实习基地建设、模拟仲裁庭训练、学术研究合作等多种形式。高校与仲裁机构不仅共同开发仲裁相关课程，如中国政法大学与中国国际经济贸易仲裁委员会合作推出国际商事仲裁实务课程；还设立仲裁实务实践基地，深圳大学与深圳国际仲裁院联合成立“涉外仲裁人才孵化基地”。此外，部分高校还与仲裁机构共同举办仲裁竞赛，例如华东政法大学与上海国际经济贸易仲裁委员会共同主办“Moot Shanghai 国际模拟仲裁庭”，为学生提供国际化的仲裁实务训练。**其次，合作高度强调实践导向，注重培养学生的实战经验。**高校通过与仲裁机构建立长期合作关系，使学生在学习理论知识的同时，能够深入参与真实仲裁案件的处理。例如，北京大学与北京仲裁委员会合作，邀请资深仲裁员为学生提供实践指导，并安排学生参与仲裁裁决起草和庭审观摩。此外，部分高校将实习经历纳入培养方案，如复旦大学与香港国际仲裁中心合作，要求法律硕士专业学位（国际仲裁）方向的学生完成不少于六个月的仲裁机构实习。这种“理论+实践”结合的模式，使学生能够在实际案件中运用所学知识，提高其仲裁业务能力。**第三，高校与仲裁机构的合作日益国际化，与境外仲裁机构的联合培养和学术交流日趋紧密。**部分高校已建立稳定的国际合作网络，如清华大学与新加坡国际仲裁中心签署合作备忘录，为学生提供赴新加坡国际仲裁中心实习的机会；中国政法大学与国际商会仲裁院合作，为优秀研究生提供赴巴黎总部研修的机会。此外，部分高校与国际仲裁机构联合编写国际仲裁教材，如中国政法大学与香港国际仲裁中心共同编

写《国际仲裁示范法案例解析》，推动仲裁规则的国际化教学。这种跨国合作不仅提升了学生的国际仲裁规则适用能力，也增强了我国仲裁机构在国际市场的竞争力。

4.承担项目的高校基本覆盖我国大陆全域

从高校所在的地理位置来看，我国承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的高校在地理分布上覆盖了全国多个区域，包括华北、华东、华南、华中、西南、西北和东北地区（见表 1）。这种广泛的布局反映了我国涉外仲裁人才培养的区域均衡性，同时也展现出不同地区的特色与发展重点。

首先，华北地区作为我国法学教育和仲裁行业的核心区域，拥有最为优质的法学教育资源，并与国内顶级仲裁机构保持紧密合作。北京市汇聚了北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学和对外经济贸易大学等法律硕士专业学位（国际仲裁）项目高校，它们在法学教育领域具有强大的师资和学术积累，同时与中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会等国内领先仲裁机构建立了深入合作。这些高校不仅提供系统化的国际仲裁课程，还通过共建研究院、设立仲裁实习基地、组织国际仲裁论坛等方式，提高学生的实践能力，为我国涉外仲裁人才培养奠定了坚实的理论和实务基础。**其次，华东地区的高校依托区域经济优势，着重培养与国际商事仲裁紧密相关的涉外仲裁人才。**复旦大学、华东政法大学、上海政法学院等高校均位于上海这一国际金融中心，与上海国际经济贸易仲裁委员会开展紧密合作，为上海自贸区及长三角地区的跨境商事争议解决提供高端人才支撑。此外，厦门大学与海峡两岸仲裁中心、厦门仲裁委员会等机构合作，推动两岸商事仲裁实践研究，突出了区域性的仲裁人才培养特色。这一地区的高校不仅关注国内仲裁机构的合作，还积极与新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等境外仲裁机构对接，推动仲裁人才的国际化培养。**第三，华南地区依托粤港澳大湾区的涉外法律需求，重点打造面向东南亚市场的仲裁人才培养体系。**中山大学、广东外语外贸大学和深圳大学等高校与深圳国际仲裁院以及广州仲裁委员会建立了稳定合作，培养能够适应粤港澳大湾区法律环境的涉外仲裁人才。该地区的高校尤其重视跨境仲裁事务的教学和实践，结合粤港澳大湾区的司法制度差异，在培养方案中加入香港、澳门特别行政区的仲裁规则和案例分析，使学生具备更强的跨法域仲裁适应能力。**最后，西部和东北地区的高校在涉外仲裁人才培养方面呈现出区域化特色，与地方经济发展和国际合作需求紧密结合。**西南政法大学、西北政法大学等高校主要服务“一带一路”沿线国家的法律需求，与珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）、西安仲裁委员会等机构合作，研究跨境投资争议解决机制，推动国际仲裁在西部地区的发展。而东北地区的吉林大学、黑龙江大学和大连海事大学则重点关注海事仲裁与东北亚国际商事争议的解决，分别与中国海事仲裁委员会、大连仲裁委员会（大连国际仲

裁院）、哈尔滨仲裁委员会（东北亚国际仲裁中心）等机构合作，打造具有东北亚特色的仲裁人才培养体系。这种区域化的人才培养模式不仅满足了地方经济发展对仲裁法律人才的需求，也为我国整体仲裁事业的国际化发展提供了多层次支持。

2025年中国国际法学会年会

表 1 承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目高校的基本情况

高校名称	高校综合实力	法学学科基础	境内合作单位	境外合作单位	高校所在地	高校所在区域
北京大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评估结果：A “五院四系”	北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）； 深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会、粤港澳大湾区国际仲裁中心、深圳仲裁委员会）。		北京市	华北地区
清华大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评估结果：A	北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）	新加坡国际仲裁中心		
中国人民大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评估结果：A+ “五院四系”	中国国际经济贸易仲裁委员会； 中国海事仲裁委员会； 北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）； 厦门仲裁委员会。	香港律师会； 国际商事争端预防与解决组织。		
中国政法大学	“211 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评估结果：A+ “五院四系”	中国国际贸易促进委员会法律事务部； 北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）； 珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）； 海南国际仲裁院； 广州仲裁委员会。	香港国际法律人才培训学院； 日内瓦国际争端解决研究院。		
对外经济	“211 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高	第四轮学科评估结果：A-	中国国际经济贸易仲裁委员会			

2025 中国国际法学会年会

贸易大学	校					
复旦大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：B+	上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)； 中国国际经济贸易仲裁委员会； 北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）。	新加坡国际仲裁中心； 香港国际仲裁中心。	上海市	华东地区
华东政法大学	第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：A “五院四系”	珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）； 海南国际仲裁院； 上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)； 中国国际经济贸易仲裁委员会； 北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）。			
上海政法学院		第四轮学科评估结果：B-	上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)； 武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）； 西安仲裁委员会； 沈阳仲裁委员会。	新加坡国际仲裁中；心 亚洲多元争议解决研究院。		
武汉大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评估结果：A “五院四系”	珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）； 武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）。	国际商会； 香港国际仲裁中心。	湖北省	华中地区
中南财经政法	“211 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第二轮“双一流”建设学科 第四轮学科评	武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）； 珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）；			

2025中国国际经济贸易仲裁年会

大学		估结果：A- “五院四系”	东莞仲裁委员会。			
西南政法大学		第四轮学科评估结果：A “五院四系”	珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）； 普洱仲裁委员会（澜湄国际仲裁院）； 厦门仲裁委员会。		重庆市	西南地区
中山大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：B+	中国国际经济贸易仲裁委员会； 广州仲裁委员会； 珠海国际仲裁院（横琴国际仲裁中心、珠海仲裁委员会）。		广东省	华南地区
广东外语外贸大学		第四轮学科评估结果：C+	广州仲裁委员会			
深圳大学		第四轮学科评估结果：B-	深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会、粤港澳大湾区国际仲裁中心、深圳仲裁委员会）			
厦门大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：A-	中国国际经济贸易仲裁委员会； 海峡两岸仲裁中心； 厦门仲裁委员会。		福建省	
西安交通大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：B-	中国国际经济贸易仲裁委员会； 西安仲裁委员会。		陕西省	西北地区
西北		第四轮学科评	中国国际经济贸易仲裁委员会；			

2025中国国际法学会年会

政法大学		估结果：B+ “五院四系”	西安仲裁委员会； 榆林仲裁委员会。			
大连海事大学	“211 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：B	深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会、粤港澳大湾区国际仲裁中心、深圳仲裁委员会）； 中国海事仲裁委员会； 大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）； 山东仲裁协会。		辽宁省	东北地区
吉林大学	“211 工程”建设高校 “985 工程”建设高校 第二轮“双一流”建设高校	第四轮学科评估结果：A- “五院四系”	沈阳仲裁委员会； 中国国际经济贸易仲裁委员会。		吉林省	
黑龙江大学		第四轮学科评估结果：B	哈尔滨仲裁委员会（东北亚国际仲裁中心）； 上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)； 大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）。		黑龙江省	

资料来源：作者根据公开信息整理

2025年中国国际法学会年会

（二）我国高校涉外仲裁人才培养的特点

我国涉外仲裁人才培养正处于“破茧期”，学科体系从依附走向独立、教学模式从封闭走向开放、国际合作从形式走向实质、政策市场从分立走向协同，但需警惕“制度悬浮”风险。[1]

1.课程体系与学科建设初步成型

我国高校涉外仲裁人才培养的课程体系与学科建设已呈现初步系统化的特征，但仍处于探索阶段。[6]在学科布局上，部分高校开始重视国际法学与仲裁法学的交叉融合，例如武汉大学于 2024 年恢复国际法学本科专业，尝试构建“国际法+仲裁法”的复合型学科框架。在课程设置上，国内仲裁法、国际商事仲裁等核心课程逐步被纳入法学专业必修或选修课，中国政法大学等高校还试点开设国际投资仲裁、国际争端解决等细分课程，初步形成了以仲裁法学为核心、国际法为支撑的知识体系。然而，课程覆盖面仍不均衡，仅有少数法学强校开设仲裁法相关课程，且内容多局限于理论讲授，缺乏对国际仲裁规则动态演变的实务解读。

从学科建设角度看，教育部于 2022 年启动的“法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目”标志着学科升级的尝试。该项目通过整合国际商法、比较仲裁制度等模块，初步构建了“外语+法律+实务”的三维培养框架。但学科定位仍显模糊，仅有中国政法大学等少数高校在法学一级学科下自主设置国际仲裁与争端解决二级学科，多数院校仍将仲裁法学依附于国际法或诉讼法二级学科，导致教学资源分散化。值得注意的是，仲裁法学的跨学科属性尚未得到充分体现，仅有个别高校试点将仲裁经济学、仲裁文化学等交叉课程纳入选修体系，这与哈佛大学、耶鲁大学等国际顶尖法学院的课程体系仍存在代际差距。

2.理论教学与实践培训浅层结合

当前高校涉外仲裁人才培养呈现出“理论主导、实践补充”的特征，两者的协同效应尚未充分释放。在理论教学层面，多数院校采用“教材+案例库”的传统模式，例如华东政法大学引入《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》示范条款进行条文解析，但缺乏对国际仲裁机构最新裁决书的深度研讨。实践教学方面，尽管教育部联合司法部推动建立“法学院校+仲裁机构”协同培养机制，但仅有少部分涉外仲裁硕士项目实现常态化实习。

值得关注的是，模拟实践类课程的开展仍显形式化。虽然贸仲主办的“贸仲杯”国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛等赛事覆盖全国 120 余所高校，但参赛队伍中仅极少部分能获得仲裁员一对一指导，且案例库更新滞后于国际仲裁实践发展。

1 “制度悬浮”的概念初次提出于全国机关事务管理研究会官网 2024 年 1 月 3 日发布的一篇文章《数字悬浮：数字机关事务的运行困境与优化路径——基于“技术组织”环境”框架的分析》，本意为“现有制度已经无法规制数字机关事务运行的技术发展，在应用时出现扭曲性与滞后性”。此处引申其意义为“现有涉外仲裁人才培养制度无法有效适应社会发展现状”。

[7]更突出的矛盾在于师资结构失衡：高校教师中具有国际仲裁实战经验者不足12%，而实务部门专家参与教学的课时占比普遍低于20%，导致学生难以掌握仲裁程序管理、跨境证据调取等核心技能。[8]这种理论与实践“两张皮”的现象，使得毕业生在参与国际仲裁案件时普遍面临“知识转化壁垒”。

3.国际合作与跨境交流略显萌芽

我国高校涉外仲裁人才培养的国际合作呈现“点状突破、尚未成面”的特点。在合作形式上，上海交通大学凯原法学院与新加坡国际仲裁中心、武汉大学与香港国际仲裁中心联合开设的跨境仲裁实务课程，标志着“课程共建+师资共享+人才共育”模式的初步尝试。据统计，截至2024年，承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的高校仅与香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心等极少数境外仲裁机构达成联合培养协议，同时合作内容多局限于短期讲座或学生交换，深度联合培养项目占比更是微乎其微。

跨境人才培养的机制创新仍面临多重制约。一方面，国际组织实习渠道狭窄，仅有国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）等少数机构向中国学生开放见习岗位，且年均录取人数不足50人；[9]另一方面，双学位项目推进缓慢，仅有部分高校的国际商法硕士项目嵌入了国际仲裁模块。此外，语言能力成为关键掣肘，尽管所有的涉外仲裁项目对学生的外语能力都有着较高的要求，但能熟练运用法语、西班牙语等非通用语种参与仲裁程序的学生比例极低。

4.政策支持与市场需求初见端倪

政策驱动与市场倒逼的双重效应正在重塑高校人才培养格局。在国家层面，《关于做好涉外仲裁人才培养项目实施工作的通知》明确提出“到2025年建立与国际接轨的培养体系”，并通过设立10个国家级培训基地、实施“三个1000”人才工程（即培养1000名领军人才、1000名进阶人才、1000名后备人才）等举措强化制度供给。地方政府同步跟进，如深圳市司法局联合深圳国际仲裁院设立专项奖学金，资助学生参加Willem C. Vis Moot国际商事仲裁模拟仲裁庭（Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot）等国际赛事。

市场需求端的数据显示，2020年全国50余万名律师中，真正具备国际仲裁代理或仲裁员出庭丰富经验的（以10案件次为标准），全国不过100人；能够参与代理、与境外律师合作管理境外仲裁案件的律师不足1000人，占全国律师的0.2%。[2]这种供需失衡推动高校加速改革：对外经济贸易大学开设“一带一路”沿线国别仲裁法比较研究课程，直接回应中资企业跨境纠纷解决需求；西南政法大学与重庆仲裁委员会共建“陆海新通道仲裁国际商事仲裁论坛”，聚焦区域经

2 数据来源于法治网 http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2021-08/31/content_8592991.html，最访问时间2025年3月5日。

贸规则衔接问题。值得注意的是，企业参与培养的深度仍显不足，仅有华为、中兴等少数跨国公司与高校签订定向培养协议，多数用人单位尚未建立系统化的人才储备机制。

三、我国高校涉外仲裁人才培养的现存问题

我国高校近年来虽然在涉外仲裁人才培养方面取得一定进展，但与国际仲裁实践的迅速发展相比，仍然存在许多不足。从学科建设与课程设置、理论与实务的衔接、国际化程度以及我国仲裁制度本身对人才培养的影响等多个层面分析，均可发现当前高校培养涉外仲裁人才所面临的诸多问题。

（一）与仲裁相关的学科建设与课程设置缺乏重视

1.仲裁法学在高校法学教育中边缘化

我国高校法学教育长期对仲裁法学关注不足，相关课程未能进入主流教学体系。这集中表现在两个方面：一是仲裁法在本科和研究生阶段均非核心必修课程，往往仅作为民事诉讼法或国际私法中的一个单元或选修课出现。据统计，在开设法学本科专业的高校中，开设国际商事仲裁课程的院校不足 30 所，占比不到 5%；而法学本科阶段开设仲裁与调解课程的高校亦不足 5%。[11]由于缺乏独立的仲裁学科支撑，95%以上的法学本科毕业生从未系统学习过仲裁知识，基本不具备国际仲裁常识。高校无法建立完善的仲裁教学科研体系，国内首家仲裁研究院直到 2015 年才在中国政法大学设立。二是当前教育部颁布的学科目录中尚未将仲裁法学列为法学门类下的二级学科，仲裁法学未能获得与民事诉讼法等并列的学科地位。截至 2020 年，全国高校能够从事涉外仲裁教学科研的师资队伍预计不足百人，其中具备仲裁实践经验者更屈指可数。仲裁法学在法学教育中的边缘化，直接导致我国涉外仲裁人才储备薄弱，学生对仲裁这一实践性强的纠纷解决方式缺乏了解，也难以激发更多学生投身仲裁领域。

2.法律硕士（国际仲裁）项目课程设置同质化

2022 年启动的法律硕士（国际仲裁）培养项目在 20 所高校试点实施，为提升仲裁人才培养开辟了新路径。然而，各校在课程体系上大多遵循教育部、司法部制定的指导性方案，整体上呈现出较强的统一性，缺乏鲜明特色。培养方案通常包括仲裁法理论、国际商事仲裁实务、仲裁裁决执行等核心课程，以及若干模块化选修课程。虽然指导方案允许高校结合自身优势增设课程，但从实际执行看，大部分高校开设的课程高度重叠，侧重点趋同。例如，各校普遍开设国际贸易法、国际投资法、国际仲裁规则等专业强化模块课程，由校内教师授课，并辅以一定比例的校外仲裁实务专家共同教学，课时比例不少于 50%。仲裁强化模块则主要由合作仲裁机构提供培训课程，内容和模式也较为相似。这导致不同高校的仲裁硕士项目彼此之间区分度不高，难以形成各具特色的人才培养品牌。尽管也有高

2025年中国国际经济法学年会

校尝试结合区域特点打造差异化课程体系，如中山大学等华南高校在培养方案中增加了香港和澳门地区仲裁规则及案例的内容，以适应粤港澳大湾区的跨法域仲裁需求。但总体而言，当前法律硕士（国际仲裁）项目的课程设置创新不足，彼此同质化现象明显，难以充分满足仲裁实践多样化发展的需求。

3.法律硕士（国际仲裁）项目涵盖学科单一化

由于法律硕士（国际仲裁）项目主要由法学院系牵头实施，其课程体系仍以法学知识为主体，跨学科培养力度不足。仲裁作为涉法涉商的综合性纠纷解决机制，要求从业者不仅精通法律，还应了解国际商务、经济、管理和不同法域文化。然而，目前多数高校的仲裁人才培养侧重于国内外仲裁法律制度本身，对相关领域知识涉猎有限。[12]例如，很多培养方案未能纳入经济学、管理学或心理学等课程，对谈判、调解等替代性争议解决方式也缺乏介绍。又如，尽管涉外仲裁项目普遍要求学生具备良好的外语能力，但在培养过程中强化第二外语、跨文化沟通技巧的课程并不多见。师资方面，多数授课教师来自法学领域，缺少其他学科背景的教师共同参与，难以为学生提供多元视角的指导。目前这种跨学科融合培养仍较为欠缺，法律硕士专业学位（国际仲裁）项目在知识结构上相对单一，学生综合运用非法律知识解决仲裁纠纷的能力尚待提高。

（二）校内理论教学与校外仲裁实务严重脱节

1.校内外联合培养机制流于形式

为克服法学教育实践导向不足的问题，教育主管部门鼓励高校与仲裁机构等实务部门联合培养仲裁人才。然而在实际运作中，一些高校的校企合作、联合培养仅停留在协议或挂牌层面，并未深度融入教学全过程。这种流于形式的表现包括：校外导师虽被聘为兼职教授，但很少实质参与课堂教学或指导学生；高校与仲裁机构虽签署合作协议，但合作内容多集中于举办讲座、短期交流，缺乏共同开发课程、联合指导论文等长效机制，且缺少具体的考核落实举措和质量评估办法，合作往往流于表面[13]。据调查，目前仅有少数涉外仲裁硕士试点高校实现了学生定期赴仲裁机构实习锻炼的常态机制。多数院校虽建立“双导师制”，但校内导师与校外导师缺乏紧密协同，实践导师的指导作用未能充分发挥。高校学生平时课程负担重，又面临司法考试、研究生入学考试等压力，使得即使有校外实践机会也难以投入足够时间。联合培养机制名义上存在，实质上却未能打通课堂与实务的壁垒，难以达到预期的人才培养效果。

2.实习和实践教学环节课时有限。

仲裁是实践性很强的法律服务领域，但目前高校实践教学在培养方案中比重偏低。许多法学院对法律硕士的实习要求仅相当于几周到几个月，且往往安排在学业尾声，无法贯穿培养全过程。这种实习“短、浅、散”的现状难以保证学生

真正深入仲裁业务实践。例如，不少学生的实习流于走马观花，缺乏对完整仲裁案件流程的跟进体验，所学理论难以转化为实操技能。模拟仲裁等实践课程的开展也存在形式化倾向，全国范围的模拟仲裁竞赛虽有“贸仲杯”等品牌赛事覆盖百余所高校，但真正能获得资深仲裁员“一对一”指导的参赛学生寥寥无几，竞赛案例库的更新也滞后于国际仲裁实践的发展。在实践课程课时有限且缺乏实战专家指导的情况下，学生难以掌握仲裁程序管理、跨境证据调取等核心技能，毕业后参与涉外仲裁案件时普遍面临“知识转化壁垒”。实践教学环节投入的不足，严重制约了仲裁人才培养质量。总之，缺乏充分实践历练的学生往往在毕业后仍需较长适应期，无法立即胜任复杂的仲裁实务工作，这既延缓了人才成长，也难以满足仲裁市场对高技能人才的迫切需求。

3.涉仲裁司法审查人才培养缺失。

当前我国仲裁人才培养主要着眼于仲裁员和仲裁律师队伍建设，而对于承担仲裁司法审查职责的法官和法律工作者，则缺少相应的培养计划。这导致法院在审理仲裁相关案件（如裁决的承认与执行、仲裁协议效力审查等）时，人才储备相对薄弱。一方面，法学院校课程中涉仲裁司法审查的内容寥寥无几，学生在校期间很少接触仲裁法律与司法程序的衔接问题。另一方面，在法官培训和继续教育中，针对国际仲裁法律问题的专题培训也不多见，使得部分基层法院法官对国际仲裁规则和公约理解不足。虽然最高人民法院近年积极采取措施提高仲裁司法审查水平，如发布年度仲裁司法审查报告、强调对外国仲裁裁决严格适用有限的拒执理由；[14]也通过指定特定法院集中管辖涉外仲裁案件，保障审判专业性。但这些措施主要着眼于审判实践指导，并未从教育培养层面系统解决司法人才对仲裁领域不熟悉的问题。仲裁司法审查人才培养的缺失，使得仲裁裁决在执行阶段可能遭遇理解偏差甚至不当干预，不利于我国仲裁环境的优化。

（三）人才培养的国际化程度未达预期

1.国际法律思维培养薄弱

高水平的涉外仲裁人才需要具备全球视野和国际法律思维，但我国高校在这方面的培养仍显不足。一些法学院课程体系偏重国内法规则，对国际规则和外国法的涉猎相对有限，学生难以及时掌握国际仲裁领域的新动态和新理念。以语言教学为例，不少高校虽开设法律英语课程，但整体上双语或全英文授课的专业课程占比不高，学生习惯于中文思维，缺乏用英语等外语分析法律问题的训练。在课程内容上，比较法和普通法制度等原本有助于开拓国际化视野的模块安排不足。教材建设亦相对滞后，缺乏反映最新国际仲裁案例和实践发展的双语教材。这种培养现状导致学生的国际法律思维和跨法域问题分析能力欠缺。当他们面对跨境仲裁案件时，往往习惯于国内法的思路，难以灵活运用国际公约、国际惯例解决

问题。西方对于全球治理领域的垄断不仅体现在不平等制度带来的话语权失衡，也体现在全球治理人才的强大培养能力和输出能力上。[15]仲裁作为国际通行的争端解决方式，培养涉外仲裁人才有助于提升我国的全球治理话语权，助推人类命运共同体理念的实现和完善。只有加强国际法律思维训练，使学生真正“具有国际视野、通晓国际仲裁规则”，才能满足培养国际仲裁专业人才的要求。当前这方面的薄弱仍是制约我国仲裁人才走向国际舞台的一大障碍。

2.境内外培养主体合作不足

仲裁人才的国际化培养离不开高校与境外法学院、国际仲裁机构的深度合作。然而就目前情况看，我国高校这方面的合作还处于起步阶段，整体规模和深度均未达到预期。尽管个别高校已经开展了“点状”的国际合作尝试，但这些探索尚未形成“成面”的系统格局。据统计，截至 2024 年，承担国际仲裁硕士项目的高校仅与香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心等极少数境外仲裁机构达成联合培养协议，而且大多限于短期讲座或学生交换等初浅合作，真正深度共建课程、双学位项目的案例凤毛麟角。同时，通过官方渠道进入国际组织实习的机会也非常有限，每年包括国际投资争端解决中心（ICSID）在内，接纳中国籍实习生的国际机构屈指可数，录取人数不足 50 人。这意味着我国涉外仲裁专业学生在境外锻炼的平台十分有限，难以在学期间获得直面国际仲裁实务的机会。另外，一些预期中的合作项目推进缓慢。境内外培养主体合作的不足使学生难以及早融入国际学术与实务网络，不利于其国际化素养的提升。

3.跨文化交际能力培养欠缺

仲裁作为跨境纠纷解决机制，要求从业者具备敏锐的跨文化沟通能力，包括对不同法律文化和商业习俗的理解，以及在多元环境下有效沟通和协商的技巧。然而，我国仲裁人才培养在跨文化交际能力方面仍有欠缺之处。首先，语言能力培养尚不充分。除英语外，学生掌握第二外语特别是非通用语种（如法语、西班牙语等）的比例很低。许多涉外仲裁案件涉及多国语言和当事人，缺少复合语言能力将限制我国仲裁人才参与这些案件的机会。其次，课程训练主要围绕法律技能，本土法律文化教育多于对外国法律文化和国际商务礼仪的了解。在模拟仲裁、模拟谈判等实践中，也较少专门针对跨文化情景进行指导，学生对不同国家当事人的思维模式、行为方式缺乏直观认识。再次，海外交换和留学经历是培养跨文化素养的重要环节，但正如前述，由于境外交流机会有限，大部分学生缺乏在真实跨文化环境中锻炼的体验。这些因素使得学生即使掌握了仲裁专业知识，在实际跨境案件中仍可能因为文化沟通障碍而影响工作效率。

（四）我国仲裁制度自身问题阻碍人才培养

1.我国仲裁体制改革尚未彻底实现

国内仲裁制度的现代化程度直接影响对优秀人才的吸引力。目前我国仲裁体制仍存在一些未竟的改革任务。例如，各地仲裁委员会普遍依托行政机关设立，缺乏独立法人地位的历史遗留问题尚未完全解决，仲裁机构治理结构有待进一步市场化、专业化。这些体制因素导致我国仲裁机构的国际竞争力受限，也在一定程度上降低了仲裁职业的吸引力。[16]仲裁法等相关法律法规相对滞后，未能及时反映国际仲裁发展的新趋势。尽管中共中央办公厅、国务院办公厅于 2018 年出台《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，强调推进仲裁制度改革，但相应的法律修订和配套措施进展缓慢。2021 年首次公布的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）修订草案直到近年才启动审议，其中涉及仲裁机构性质、仲裁协议形式要件等关键问题仍在讨论中。仲裁体制改革不彻底使得我国仲裁环境在专业性、透明度、公信力等方面与国际先进水准存在差距，难以吸引和留住高端涉外仲裁人才。一些优秀法律人才可能倾向于选择更成熟的仲裁市场发展，导致国内仲裁人才流失或成长缓慢。

2.临时仲裁未得到我国法律的认可

临时仲裁（亦称 ad hoc 仲裁）是国际仲裁实践中的重要组成部分，但我国现行法律尚未正式承认其法律效力。根据我国《仲裁法》，仲裁协议必须提交给特定仲裁委员会，否则即被视为无效。这一规定使得当事人在中国境内无法选择独立于仲裁机构之外自行组庭仲裁的方式，不符合国际商事仲裁的通行做法。直到 2016 年，最高人民法院在自贸区司法保障意见中才首次放开临时仲裁的试点，允许自贸试验区内注册的企业就涉外商事纠纷约定临时仲裁，但适用范围非常有限。值得注意的是，2024 年《仲裁法》修订草案已拟允许在特定涉外商事和海事纠纷中进行临时仲裁，如涉外海事争议或自由贸易试验区内企业之间的纠纷[17]。临时仲裁缺位对人才培养的影响在于：国内法律院校和实务部门对这一领域关注不够，相关知识很少被纳入教学和培训内容，导致我国仲裁从业者普遍缺乏临时仲裁程序的操作经验。不少中国律师在涉外仲裁中面对临时仲裁机制（例如适用联合国贸法会仲裁规则的案件）时，往往需要临时学习国外经验。而在我国法院的仲裁司法审查实践中，遇到当事人约定境外临时仲裁的情形时，亦曾出现认识不统一的问题。随着《仲裁法》修订的推进，业界期待中国能够逐步承认临时仲裁的法律地位，以扫除制度障碍，拓宽仲裁人才实践舞台。当前临时仲裁不被法律认可的状况，无疑制约了我国仲裁人才对多样化仲裁形式的掌握和适应。

3.我国仲裁制度的公信力有待提高

仲裁制度的公信力（credibility）是影响当事人选择、决定仲裁地和机构的重

要因素。尽管我国仲裁机构受案数量和标的额近年来大幅增长，国际影响力有所提升，但整体公信力与国际顶尖仲裁中心相比仍存在差距。[18]其中，2021 年中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）已跻身全球最受欢迎仲裁机构前五名[3]，但外国当事人对在华仲裁的选择意愿依然不高。一项针对“走出去”企业的调研显示，在涉外业务合同中，外方当事人 100%不愿选择中国仲裁机构作为争议解决方式，实际有 80%以上的合同约定了境外仲裁条款[19]。换言之，中国仲裁的国际认可度仍有不足，国外当事人对我国仲裁裁决的独立性和公平性存有疑虑。大量跨境案件流向海外仲裁，导致国内仲裁员缺少参与高端国际仲裁的机会。公信力不足使我国难以吸引更多国际商事纠纷在本土通过仲裁解决，仲裁事业发展空间受限，人才也缺乏实践锻炼的平台。

四、我国高校涉外仲裁人才培养的优化路径

面对国际仲裁市场对复合型人才的迫切需求[20]，我国亟需从学科建设、实践教学、国际合作和制度保障等方面优化人才培养路径。我国应立足长远、统筹规划，通过完善学科体系、校内外协同育人、拓展国际化环境以及深化制度改革，全面提升涉外仲裁人才的培养质量，为建设高素质涉外法治人才队伍提供有力支撑。[21]

（一）优化学科定位与课程体系，提升仲裁法学核心地位

1. 构建本-硕-博一体化仲裁法学培养体系

高校培养涉外仲裁人，在本科阶段要做到必修与选修相结合，夯实认知基础。针对法学本科阶段课程普遍设置的局限性，建议高校将仲裁法学内容融入核心课程或设置相对独立的“仲裁法导论”必修环节，帮助学生在初级阶段便对仲裁制度形成基本认知。在必修的基础上，可通过开设“仲裁程序设计”“国内外仲裁制度比较”等选修课程、举办模拟仲裁大赛、案例研讨会等方式，使对仲裁有兴趣的学生获得进一步拓展学习的机会。**在硕士阶段要细分专业方向，深化理论与实务训练。**针对涉外商事仲裁、投资仲裁、海事仲裁、体育仲裁等不同领域，设置更具针对性的课程模块，推动研究生深入学习仲裁法在不同场景的适用差异。引入国际仲裁案件的模拟庭审、文书撰写、证据交换与仲裁庭辩论等实务训练模块，帮助学生强化对仲裁程序规范与技巧的应用能力。**在博士阶段要打造仲裁法学研究高地，强化学术原创力。**结合我国仲裁制度改革与国际仲裁发展趋势，鼓励博士生深入探索仲裁制度与理论的交叉领域，培育高水平的学术研究能力。[21]在博士生导师队伍中，引入国际法、民商法、诉讼法或比较法等方向的专家，与仲裁法导师共同组成跨学科导师组，提升研究的深度与宽度。

[3] 参见中国国际经济贸易仲裁委员会官网，https://www.cietac.org/，最后访问时间：2025 年 3 月 5 日。

2. 打造差异化的法律硕士（国际仲裁）项目课程体系

首先，搭建“必修+模块选修”体系，突出各校特色。保留国际商事仲裁法、国际投资仲裁法、仲裁程序规则等作为核心必修课程，确保学生掌握涉外仲裁的关键理论与基本技能。结合各校师资优势与地域特征，设置具有不同侧重的专题选修模块。例如，海事仲裁、金融仲裁、知识产权仲裁、体育仲裁等，使学生能够按兴趣与职业规划进行选择，形成差异化培养路线。**第二，引入前沿议题与区域热点纠纷，开展前沿案例研究。**针对国际仲裁裁决执行、跨国投资争端、多边投资协定、区块链与在线仲裁等前沿问题，设置独立或专题性课程，让学生及时了解国际仲裁最新动向。结合“一带一路”沿线国家或者本地区常见的商事纠纷类型，设立专题讨论或模拟情景教学，为学生提供贴合实际的案例素材与争议背景。**第三，组建仲裁法学“教学-科研-实践”一体化团队。**完善仲裁法学方向的教师招聘制度，引进或培养一批具备国际仲裁实务经验、或在国际争议解决领域有科研成果的专职教师。与仲裁委员会、涉外律所、国际仲裁机构等签订深度合作协议，定期邀请资深仲裁员、律师担任客座教授或实践导师，持续为项目注入最新的案例与行业动态。

3. 跨学科融合与多元知识体系打造

首先，引入商学、国际关系、外语等多学科要素。在法律硕士（国际仲裁）项目中引入商科管理、国际政治、外语沟通与谈判技巧等课程模块，帮助学生理解跨国贸易、国际投资运作的商业逻辑，提升综合素养。推动法学院与商学院、外语学院、国际关系学院等单位合作，组建跨学科教学团队；[22]邀请具有国际贸易、跨文化交际背景的教师共同授课，增强国际仲裁人才的复合能力。**第二，加入模拟仲裁竞赛和实训项目。**定期举办模拟仲裁大赛，鼓励法学、外语、商科学生跨专业组队参赛，将不同知识背景的学生有机结合，培养多元视角与协作能力。针对案例分析、书面陈述、口头辩论等不同环节进行综合考核，以提高学生在国际仲裁实务中的全方位能力。**第三，设立仲裁法学科研基金和研究平台。**在校级或院级层面设立仲裁法学科研基金，鼓励教师与学生共同进行仲裁领域的课题申报、案例调研等，不断充实课程内容。定期举办全国或区域性仲裁法学研讨会，邀请国外高校和仲裁机构参与，将研究成果及时纳入教学参考，形成教学-研究-实务的良性循环。

（二）重构校内外协同育人模式，打通理论与实务壁垒

在涉外仲裁人才培养的过程中，理论教学与实践操作的脱节一直是制约培养质量的重要因素。为增强学生对仲裁实践的真实感知，提升其实务操作能力，需要从联合培养机制、实践课时安排以及司法审查环节培养等方面进行系统性改革。

1. 重构校内外联合培养体系

首先，建立“产学研”一体化常态合作。一方面，要明确合作协议和目标。高校应与仲裁机构、涉外律师事务所、法院、检察院等实务部门签订具有法律约束力的联合培养协议，明确各方在人才培养中的权利与义务、培养目标以及考核要求。此类合作应力求“常态化”，每学期或学年都设有专门的对接会议，定期评估培养成果并提出改进建议。[23]另一方面，要构建实务导师库。由仲裁员、资深涉外律师、法官、企业法务专家等组成“实践导师库”，帮助学生选定实践课题、提供案例资源、评阅实习报告或研究论文。对导师的选拔可借鉴国际成熟经验（如 ICC 仲裁员遴选机制），优先考虑有丰富国际商事纠纷实务处理经验、且愿意投入教学的业界精英。**第二，建立深度联合“教研小组”。**高校可与一至两家有代表性的仲裁机构或涉外律所建立“教研小组”，[24]小组由校内教师和校外资深实务人员共同组成，定期开展科研项目、案例研讨、模拟仲裁等活动。通过联合发表论文、共同举办学术研讨会、发布仲裁领域白皮书等形式，使得教学研究与实务最新发展方向保持同步，有效缩短“知识生产”与“实践需求”间的距离。

2.提升实践教学时长与深度

首先，增加实践教学学分及评估权重。将实践类课程（模拟仲裁、案件研讨、专业实习等）占总学分比例从当前的 10%-15%提升至 20%-30%，并将实践评估成绩纳入毕业考核的核心指标。通过“硬指标”的方式确保学生在校期间获得更多实务训练机会，形成实践能力培养的制度化保障。促使学生在高校就读期间就了解并热爱涉外仲裁实务工作，有助于学生在毕业后择业时优先选择相关工作，为我国涉外仲裁事业的发展增添新鲜血液，助推我国仲裁强国建设。**第二，项目式与案例式教学融合。**高校可与仲裁机构联合设计涵盖从纠纷发生到立案、仲裁员选定、开庭、辩论、裁决与执行在内的“全流程仲裁模拟项目”。由校外导师提供真实案例或改编案例，学生分组进行角色扮演、法律检索、实质审查、裁决起草等环节，并在课程末尾进行集中评审与反馈。此举既能锻炼学生的问题分析与解决能力，也能让其对仲裁程序有“身临其境”的认识。

3. 加强“涉仲裁司法审查”环节的专门培养

首先，在诉讼法等核心课程中嵌入仲裁司法审查模块。在民事诉讼法、国际私法、执行程序法等核心必修课中，设立“仲裁裁决的承认与执行”“仲裁与诉讼衔接及保全措施”“仲裁司法审查的标准”专题，以理论专题、案例分析、小组讨论等形式，加深学生对该环节重要性的认识。针对涉外仲裁裁决被拒绝承认或执行等国际私法热点问题，可组织跨学院互动教学，让学生同时掌握法律适用、国际公约、涉外争议处理的基本原理与司法实践。**第二，推进法院观摩及助理制度。**与涉外商事纠纷较多的中级或高级法院建立“学生观摩机制”，让学生有机

会在法官指导下旁听对仲裁裁决的司法审查过程。设置“法官助理”或“书记员实习”岗位，在确保合规与保密的前提下，让学生直接参与仲裁司法审查案件的文书起草、证据审查、国际公约引用等具体工作，提升其实战能力。

（三）拓展跨国合作与跨文化交流，营造仲裁人才培养的国际化环境

涉外仲裁人才的培养需要与国际争议解决的发展趋势保持紧密连结，既要掌握全球主要仲裁机构的规则与实践，也要具备跨文化沟通、外语写作与法律检索能力。只有在国际化进程中找准定位、拓展合作渠道，才能真正培养出具备国际竞争力的专业人才。

1.重视多元法域规则研读

首先，建立系统的双语教学与外文文献研读体系。不仅要强化英语教学，还可视条件引入法语、西班牙语、德语等与国际仲裁紧密相关的其他语言课程。在核心课程中引入原版国际仲裁规则（ICC、LCIA、HKIAC、SIAC 等）和典型案例（如 NAFTA/USMCA 争议、ICSID 裁决）进行深度研读，让学生在原文环境下形成“国际法律思维”，而不仅是对译文的片面理解。**第二，推广国际商事仲裁模拟法庭和投资仲裁竞赛。**各高校应设立专门教练团队和经费支持，定期组织学生参加 Willem C. Vis Moot 国际商事仲裁模拟仲裁庭竞赛（Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot）、国际投资仲裁模拟竞赛（Foreign Direct Investment International Arbitration Moot）等国际赛事。将模拟法庭项目与学分、毕业论文、科研项目挂钩，鼓励更多学生长期投入，从法律检索、文书写作、口头辩护等多方面提升综合素质。

2.拓展境内外多元合作渠道

首先，深化境内高校与海外高校深度合作。一方面，积极推进双学位或联合培养项目（Joint Degree / Dual Degree），与在国际仲裁领域具有学术优势的海外知名高校签订合作协议，确保学生在海外能专门修读国际仲裁方向课程。另一方面，开展导师互访与合作研究，甚至可组建跨国研究团队共同攻关仲裁热点问题（如投资争议、环境纠纷、多边争端解决机制的改革等），使高校自身的研究与国际前沿保持同频。[25]**第二，加强与境外仲裁机构的联动。**高校可与国际商会仲裁院（ICC）、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）等世界著名仲裁机构合作，共建“国际仲裁实训中心”或“海外实习基地”，定期派遣优秀学生前往境外机构实地学习。由仲裁机构定期选派专业人士来校举办“国际仲裁热点问题”专题讲座或短期培训班，帮助学生掌握前沿动态与规则更新，并了解不同法域文化差异对仲裁程序的影响。

3.加强跨文化教育的“软技能”培养

首先，增设“跨文化沟通”及“法律谈判”课程。单纯提升外语能力并不足以应对实际中多元文化冲突和谈判策略问题，应在学科框架内增设“跨文化沟通”

“法律谈判与调解技巧”课程，系统解析不同文化背景的法律思维方式与沟通特征。通过角色扮演、分组对抗、案例分析等方式，让学生在模拟练习中感受文化差异带来的沟通挑战，并学习有效的谈判与协商策略。**第二，推动学生多样化国际交流项目。**“走出去”：积极申请国际组织或海外高校的短期访问、实习和交换项目，如赴国际法院、国际组织（UNCITRAL、WTO 等）及著名仲裁中心观摩或工作，快速提升视野与综合能力。“请进来”：吸引更多国外留学生、访问学者及业界专家来华交流，在本土创造国际化环境，让学生在日常学习和社交中就能练习跨文化沟通技能。

（四）深化制度改革与法律创新，夯实仲裁人才成长的教育体系

我国仲裁制度的行政化色彩、临时仲裁法律地位缺失以及公信力不足等问题，不仅影响仲裁在实际中的发展，也会削弱对高校人才培养的正向激励。要解决相关制度性掣肘，需要从立法改革、制度创新与社会认知三个层面同时发力。

1.深化仲裁体制改革

首先，鼓励立法层面的制度创新与试点。任何立法都有其目的，反映的是立法者的价值追求及其对制度的期待。目前我国正在进行《仲裁法》修订草案的研讨，参与涉外仲裁人才培养的各方主体应积极建言献策，呼吁从法律层面减少地方政府对仲裁机构的人事、财务等干预，为机构的市场化运作提供更坚实的法律基础。选择一批具备条件的仲裁机构作为“综合改革试点”，在机构性质、人员管理、规则制定等方面率先实现去行政化，积累可复制的经验后再逐步推广。[26]**第二，为高校及科研机构参与仲裁改革提供平台。**公权力机构（司法行政主管部门、地方人大等）可通过发布研究课题、设立专项经费等方式，支持法学院、仲裁学术研究机构对仲裁体制改革进行系统调研与可行性评估。让高校师生在改革政策的咨询、试点方案的制定等方面积极参与，将实践成果和学术研究互相转化，使人才培养在改革实践中获得更大空间。

2.推动临时仲裁法律地位确立

首先，在立法或司法解释层面承认临时仲裁效力。借鉴《联合国国际商事仲裁示范法》《新加坡仲裁法》等成熟经验，在我国《仲裁法》修订或相关司法解释中增设条款，明确允许临时仲裁并规定其效力、适用范围、法律地位。可先行在自贸区或具有特殊法律地位的区域（例如海南自贸港、上海自贸区等）试点，为学生实践临时仲裁提供先行示范案例，减少制度障碍。**第二，在学术与教学层面加强临时仲裁内容。**将国际上常见的临时仲裁程序与案例编入研究生或高级研修课程，深入探讨如何选定仲裁员、确定仲裁地与程序规则，以及如何保证裁决的执行力。[27]举办全国性或国际性“临时仲裁模拟竞赛”，为参与高校学生提供跨地区、多元文化的复杂模拟环境，加深对临时仲裁灵活性与风险点的认知。

3. 提高仲裁制度的社会公信力与认可度

首先，完善司法支持与监督机制。建立更加透明统一的裁决执行和司法审查标准，减少各地法院因地缘或行政因素对仲裁裁决的干预。最高人民法院可进一步发布统一适用于仲裁案件的司法解释或指导性案例，让高校师生能够方便查阅、研究和应用，从而提升对仲裁制度的信心。**第二，加强社会宣传与行业自律。**仲裁机构和法律行业协会应借助主流媒体、新媒体平台、行业研讨会等形式，广泛宣传仲裁优势（专业性、高效性、灵活性等），并进行公信力背书。[28]对高校而言，可举办面向政府部门、企事业单位、社会公众的免费或低成本仲裁知识培训班，让更多潜在当事人了解并愿意选择仲裁，为涉外仲裁人才的实践机会与就业前景提供更广阔的社会基础。

五、结语

涉外仲裁人才的培养是法治中国建设和教育强国战略的重要组成部分，关系到我国仲裁事业的国际竞争力以及国家法治体系的现代化进程。基于对承担法律硕士专业学位（国际仲裁）研究生培养项目的 20 所高校的实证研究，发现我国高校在涉外仲裁人才培养方面已取得一定进展，初步构建了较为系统的课程体系，并在实践教学、国际合作及政策支持方面有所突破。然而，与国际领先的仲裁人才培养体系相比，我国高校仍然面临学科建设薄弱、理论教学与实践脱节、国际化程度不足及仲裁制度环境制约等诸多挑战。针对当前存在的问题，本研究提出了一系列优化路径，以期推动我国仲裁人才培养质量的提升。首先，优化学科定位与课程体系，构建本-硕-博一体化仲裁法学培养体系，强化法律硕士专业学位（国际仲裁）项目的课程差异化与跨学科融合，以增强仲裁教育的系统性和适应性。其次，重构校内外协同育人模式，深化与仲裁机构的合作，提升实践教学的时长与深度，并加强涉仲裁司法审查环节的专门培养，以打通理论与实务之间的壁垒。此外，拓展国际合作与跨文化交流，推动高校与境外仲裁机构、国际商事争端解决组织的深度合作，加强跨法域规则研究与国际仲裁案例研习，以全面提升涉外仲裁人才的全球视野和国际竞争力。最后，深化制度改革与法律创新，通过推动仲裁体制改革、确立临时仲裁法律地位、提高仲裁制度的公信力，为涉外仲裁人才的培养和发展提供良好的制度环境。

未来，涉外仲裁人才培养的研究仍有诸多值得进一步探讨的方向。一方面，应加强对国际仲裁教育模式的比较研究，借鉴国际领先法学院和仲裁机构的人才培养经验，以探索更符合我国国情的仲裁人才培养体系。另一方面，随着数字经济、人工智能、区块链等新技术的发展，仲裁实践也在不断创新，因此未来应关注如何将技术赋能于涉外仲裁人才培养，如建立在线仲裁教学平台、模拟智能仲裁庭等。此外，还需关注涉外仲裁法治环境的变迁，特别是《中华人民共和国仲裁法》的修订以及国际仲裁规则的动态变化，以调整高校人才培养的方向和内容，使之更好地适应全球法律市场的需求。

参考文献

[1]习近平.论党的青年工作[M].中央文献出版社:202206.

[2]习近平.习近平谈治国理政（第 4 卷）[M].外文出版社:202207.

[3]车丕照："涉外法治人才培养要重视市场的作用"，载《中国社会科学院大学学报》2024 年第 2 期。

[4]陈梦："浅析中国高校国际仲裁人才培养机制——以法律硕士（国际仲裁）培养项目为例"，载《法学教育研究》2024 年第 3 期。

[5]范冰仪："高校涉外仲裁人才培养的困境与对策"，载《中国高教研究》2023 年第 3 期。

[6]冯硕："我国涉外法治人才培养的问题与路径——兼论上海涉外法治人才培养路径的探索"，载《法学教育研究》2024 年第 3 期。

[7]郭为禄："涉外法治人才培养策略的辩证思考"，载《法学教育研究》2024 年第 2 期。

[8]胡加祥："涉外法治人才的分类与培养模式探讨"，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 5 期。

[9]黄贵、李荣："百年变局：涉外法治人才培养之历史‘经线’与现实‘纬线’"，载《法学教育研究》2023 年第 3 期。

[10]黄惠康："破解法学教育困局 加强高素质涉外法治人才培养"，载《中国高等教育》2024 年第 2 期。

[11]黄文艺："涉外法治范畴的结构论诠释"，载《比较法研究》2024 年第 6 期。

[12]李明倩："加强涉外法治建设的时代意义与实践路径"，载《当代世界》2024 年第 3 期。

[13]李万强、刘红："新时代涉外仲裁人才培养的困境与路径探析"，载《法学教育研究》2024 年第 4 期。

[14]刘仁山："涉外法治人才与国内法治人才培养中的统筹问题"，载《中国高等教育》2023 年第 24 期。

[15]刘亚军、张羽佳：“英国涉外法治人才培养模式及其启示”，载《法学教育研究》2024 年第 1 期。

[16]刘晓红："论中国涉外法治体系的构建"，载《上海大学学报（社会科学版）》2024 年第 5 期。

[17]彭凤莲：“习近平法治思想指导全面依法治国的学理研究”，载《东岳论丛》2025 年第 2 期。

[18]马怀德："加强涉外法治人才培养"，载《红旗文稿》2023 年第 24 期。

[19]石佑启、韩永红："论新时代我国涉外法治人才培养体系之优化"，载《中

2025年中国国际法学会年会

外法学》2024 年第 6 期。

[20]沈伟："涉外仲裁人才培养的体系化：分层和细化"，载《法学教育研究》2024 年第 3 期。

[21]王辉："论涉外法治人才培养：理念澄清与实施原则"，载《中国高等教育》2024 年第 2 期。

[22]王怀勇、张春良："精准服务国家战略的涉外法治人才培养改革与实践——以西南政法大学为例"，载《法学教育研究》2024 年第 1 期。

[23]张丝路："涉外仲裁人才培养对中国式法治现代化的因应"，载《法学教育研究》2024 年第 3 期。

[24]郑曦、顾佳浩："涉外法治人才培养的困境反思与机制完善"，载《法学教育研究》2023 年第 3 期。

[25]冯硕："我国涉外法治人才培养的问题与路径——兼论上海涉外法治人才培养路径的探索"，载《法学教育研究》2024 年第 3 期。

[26]黄文艺："涉外法治范畴的结构论诠释"，载《比较法研究》2024 年第 6 期。

[27]刘仁山："涉外法治人才与国内法治人才培养中的统筹问题"，载《中国高等教育》2023 年第 24 期。

[28]黄贵、李荣："百年变局：涉外法治人才培养之历史‘经线’与现实‘纬线’"，载《法学教育研究》2023 年第 3 期。

2025年中国国际法学会年会

On the Cultivation of Foreign-Related Arbitration Talents in Chinese Universities from the Perspective of Education Construction -- Based on an Empirical Study of 20 Universities Undertaking Graduate Programs for Master of Law (International Arbitration)

WANG Enshu

（Wuhan University, Hubei Province, China, 430072）

Abstract: The cultivation of foreign-related arbitration talents is an important part of the cultivation of foreign-related rule of law talents, which is necessary for the construction of the rule of law in China and an inevitable requirement for the construction of a powerful nation of education. The cultivation of foreign-related arbitration talents in China mainly relies on the postgraduate training project of Master of Laws (International Arbitration). The universities undertaking the project have strong comprehensive strength, solid foundation of law discipline, linkage and cooperation of arbitration practice institutions, and basically cover the whole mainland of China. At present, the cultivation of foreign-related arbitration talents in China is characterized by the preliminary formation of curriculum system and the construction of disciplines, the shallow integration of theoretical teaching and practical training, the slightly budding emergence of international cooperation and cross-border exchanges, and the initial appearance of policy support and market demand. However, empirical research shows that there is a lack of emphasis on arbitration-related discipline building and curricula in China's universities in the process of talent development. There is a serious disconnection between the theoretical teaching in school and the practice of off-campus arbitration, the internationalization of talent development is not up to expectations, and the problems of China 's arbitration system itself hinder talent development. For this reason, the main bodies involved in the cultivation of foreign-related arbitration talents should optimize the disciplinary positioning and curriculum system, and enhance the core position of arbitration law. Restructure the model of coordinated parenting both inside and outside the school, and break down theoretical and practical barriers; Expand transnational cooperation and cross-cultural exchanges, and create an international environment for the cultivation of arbitration talents; We will deepen institutional reform and legal innovation to strengthen the education system for the development of arbitration talents.

Keywords: The Construction of a Powerful Nation of Education; Higher Education; Foreign Arbitration; Talent development; Xi Jinping thought on rule of law

跨国公司参与对外关系的当代图景与法治应对

刘桂强*

摘要：在经济全球化与地缘政治冲突同步演进的背景下，跨国公司日益深度参与国家对外关系事务。凭借在资本和技术方面的结构性权力，其角色由边缘走向中心，参与路径亦呈现出从单一走向多元的转变。本文在厘清跨国公司参与对外关系的行为机理的基础上，揭示其所引发的双重效应：一方面，通过海外投资等方式，与国家在对外关系事务中形成正向互动；另一方面，则可能因经济理性或价值立场等原因，与国家外交政策产生张力甚至冲突。面对这一复杂现实，中国应坚持统筹发展与安全的基本思路，围绕“激励—保护—惩治”构建三位一体的法治应对机制。通过健全立法体系、强化执法协同、完善司法救济，既引导跨国公司在对外关系中发挥积极作用，也有效防范和化解其潜在的风险与挑战，最终实现国家主权、安全与发展利益的有机统一。

关键词：跨国公司 对外关系 法治化 海外利益

一、问题提出

自 1648 年《威斯特伐利亚合约》确立现代主权国家体系以来，国家长期被视为国际社会中最核心、最主要的行为体。不过，这一格局自二战后逐步发生实质性变化。随着经济全球化的深入发展，跨国公司迅速崛起，其在国际事务中的影响力显著提升。[1]早在 1974 年，联合国经济与社会理事会就曾专门发布《跨国公司对发展和国际关系的影响》的报告，系统阐释了跨国公司对当时国际关系的影响。[2]时至今日，跨国公司无论在规模还是体量上均达前所未有的高度，在国家对外关系中的角色愈发突出。[3]

本文中的跨国公司，是指“位于某一国家的企业，基于股权或契约安排，与位于其他国家境内的企业形成统一决策、配合经营的关系。”[4]对我国而言，关注跨国公司参与对外关系这一议题具有重要的现实意义。从外部环境来看，在中华民族伟大复兴战略全局和世界百年未有之大变局的时代背景下，我国发展所面临

* 西安交通大学法学院助理教授。

本文是国家社科基金青年项目“私人参与型对外关系的法治化问题研究”的阶段性成果，同时受中国博士后科学基金第 76 批面上资助的资助。文章尚未正式发表，请勿转发、引用。作者联系方式：liuguiqiang@whu.edu.cn。

[1] 参见蔡从燕：《公私关系的认识论重建与国际法发展》，《中国法学》2015 年第 1 期，第 188 页。

[2] 该报告从三个方面阐释了跨国公司对国际关系的影响，包括（1）跨国公司对第三世界国家的政治干预；（2）因国有化引发的东道国与母国的外交对抗；以及（3）因跨国公司全球经营导致的国家间管辖权冲突。The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations

[3] 参见徐秀军：《跨国公司：国际博弈中的特殊角色》，《环球》2022 年第 8 期，http://news.cn/globe/2022-04/29/c_1310564946.htm

[4] 韩立余著：《国际经济法总论》，北京大学出版社 2024 年版，第 41 页。

的外部风险与挑战层出不穷，跨国公司日益成为我国同西方大国博弈的战略重点。近年来，引发我国政府重大关切的诸多议题（如孟晚舟案、Tiktok 禁令、新疆棉事件等）往往与跨国公司存在密切联系。有学者注意到，晚近美国在制定对中国的法律政策时，“日益强化把跨国公司等私人的行为纳入国家间关系的轨道”。[5]从内部环境来看，当前我国正大力推进高水平对外开放，不断开拓中国式现代化的发展空间。作为经济发展的重要引擎，跨国公司在我国对外开放战略中扮演着不可或缺的角色。有鉴于此，深入阐释跨国公司参与对外关系这一议题，既是大国博弈背景下有效防范风险和应对挑战的现实要求，也是有序推进高水平对外开放的应有之义。

综观既有研究，国际关系学者最早关注到跨国公司与主权国家的互动。在 20 世纪 70 年代，苏珊·斯特兰奇等学者从权力的视角出发，为理解跨国公司在一国对外关系事务中的角色与作用提供了有益的理论框架。[6]随着跨国公司政治影响力的提升，有学者还提出“企业外交政策”（corporate foreign policy）这一概念，[7]借以强调部分跨国公司商业决策的影响已不再局限于经济领域，而是具有影响甚至改变主权国家外交政策的效果。相比较而言，国际法学者更加关注跨国公司国籍的认定、[8]东道国对跨国公司投资活动的法律监管，[9]以及由此引发的投资争端的解决等议题。近年来，部分学者还关注到以跨国公司为代表的私人行为体在国际法规范形成和发展中的作用，提出“私人参与型国际法”[10]、“私法行为公法化”[11]等概念。整体而言，既有研究敏锐捕捉到跨国公司日益广泛地参与对外关系进程这一现象。不过，从一国处理对外关系的视角来看，在大国博弈和地缘政治冲突不断加剧的时代变局之下，跨国公司的行为并不必然与本国的外交政策保持一致，如何通过法治化手段对跨国公司的行为进行引导和规制尚待理论作答。

基于上述问题，本文遵循“现象解构—机理剖析—实践考察—应对建构”的递进思路展开。具体而言，本文借助国际法和国际关系的双重视角，首先总结跨国公司参与对外关系的演进趋势，进而考察这一趋势的内在机理和现实影响。本文的最终落脚点，是立足我国推进对外关系法治化的战略布局，探讨如何运用法

[5] 蔡从燕：《中国对外关系法：一项新议程》，《中国法律评论》2022 年第 1 期，第 32 页。

[6] 比较具有代表性的是斯特兰奇基于结构性权力对跨国公司地位的阐述。她指出，在由安全、生产、金融和知识四种要素组成的结构性权力中，国家仅仅在安全结构中占据主导地位，而跨国公司则在其他三种权力结构中扮演关键角色。参见[英]苏珊·斯特兰奇著，杨宇光等译：《国家与市场》，上海人民出版社 2022 年第 2 版，第 47-149 页。其他代表性文献可参见[英]苏珊·斯特兰奇著，肖宏宇、耿协峰译，《权力流散：世界经济中的国家与非国家权威》，北京大学出版社 2005 年版；[美]罗伯特·吉尔平著，钟飞腾译，《跨国公司与美国霸权》，东方出版社 2011 年版；[美]罗伯特·吉尔平：《国际关系政治经济学》，杨宇光等译，上海人民出版社 2011 年版。See *also* John M. Stopford & Susan Strange, Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares, Cambridge University Press, 1991.

[7] Kishanthi Parella, Corporate Foreign Policy in War, 64 Boston College Law Review 1981, 1993 (2023).

[8] 参见韩立余著：《国际经济法总论》，北京大学出版社 2024 年版，第 42-44 页。

[9] 比较具有代表性的文献可参见余劲松著：《跨国公司法律问题专论》，法律出版社 2008 年版。

[10] 蔡从燕著：《私人结构性参与多边贸易体制》，北京大学出版社 2007 年版，第 55 页。

[11] 马忠法：《论国际贸易领域中的“私法行为公法化”》，《政法论丛》2022 年第 1 期，第 42-52 页。

治化手段规制和引导跨国公司的行为，实现国家与跨国公司的良性互动，从而发挥跨国公司在我国高水平对外开放过程中的积极作用。

二、跨国公司参与对外关系的演进趋势

回顾既往实践，跨国公司参与对外关系经历了从初步探索到深度参与的历程。在这一过程中，其角色由边缘走向中心，权力基础由资本转向技术，参与路径则呈现出从单一走向多元的转变。

（一）角色作用：从边缘到中心

在 20 世纪 70 年代以前，受两次世界大战以及冷战等因素的影响，跨国公司的发展速度相对缓慢、经济体量相对较小。[12]这一时期，国际关系主要由当时的大国所主导，跨国公司表现出对母国较强的依附性，主要作为母国政府向海外殖民扩张和权力渗透的工具，对国家对外关系事务的影响有限。

自 20 世纪 70 年代以来，受新自由主义思潮的影响，各国逐步放松对外国投资的限制，全球经济向自由化、私有化、市场化方向迈进，跨国公司的规模不断扩大。跨国公司的崛起不仅改变了人类的生产和生活方式，还直接挑战了传统上以国家为中心的国际关系结构。苏珊·斯特兰奇等学者提出“三角关系”理论，认为国际关系中存在三角关系，除传统的“国家—国家”关系外，还包括“国家—公司”、“公司—公司”之间的关系，三边连结在一起构成国际关系的基本形态。[13]在这一时期，跨国公司不再满足于被动遵守母国和东道国的政策与法律，而是通过游说公关等方式对主权国家的外交政策施加影响，成为影响一国对外关系的重要行为体。

自冷战结束至今，伴随着经济全球化浪潮和科技革命飞速发展，跨国公司进入飞跃式发展阶段。时至今日，“跨国公司所覆盖的疆域面积和经营范围，比有史以来任何帝国的地域更加浩瀚。”[14]一个值得注意的事实是，苹果、亚马逊和微软等大型跨国公司的市值已远远超过世界上大部分主权国家的国内生产总值，俨然已经成为一个个商业帝国。[15]在这一背景下，跨国公司日益走近舞台中央，深刻影响到国家对外关系：一方面，跨国公司通过多种方式主动同主权国家展开互动，以寻求对自身有利的外交政策和商业环境。另一方面，主权国家开始注重将跨国公司纳入本国处理对外关系事务的轨道，跨国公司成为一国外交政策中的重要考量因素。[16]一个典型例子是，随着近年来中美大国博弈走向纵深，Tiktok 等

[12] 参见余劲松著：《跨国公司法律问题专论》，法律出版社 2008 年版，第 5-9 页。
[13] See John M. Stopford & Susan Strange, Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares, Cambridge University Press, 1991, pp. 19-23.
[14] 参见[美]罗伯特·吉尔平：《国际关系政治经济学》，杨宇光等译，上海人民出版社 2011 年版，第 214 页。
[15] See Phil Rosen, Apple's Market cap is Larger than all but 6 of World's Top Economies, Yahoo Finnace, https://finance.yahoo.com/news/apples-market-cap-larger-6-022646857.html?.
[16] 参见蔡从燕：《中国对外关系法：一项新议程》，《中国法律评论》2022 年第 1 期，第 32 页。

诸多大型科技跨国公司有意或无意地卷入其中，成为中美博弈中的关键角色。

（二）权力来源：从资本到技术

在国际关系的语境中，“权力”是理解国际关系格局以及各方行为体互动关系的核心概念。所谓权力，一般是指一方行为体通过物质或非物质资源影响其他行为体的行为、意愿的能力。从权力的角度来看，跨国公司之所以能够对一国对外关系事务产生影响，关键在于其所具备的多维权力资源。这些权力资源使其超越一般市场参与者的地位，成为在政治、外交领域具有现实影响力的行为体。

早期，跨国公司的权力资源主要体现为对资本的垄断。具体而言，跨国公司往往拥有庞大的资本规模与市场占有率，对一国经济增长、就业、税收乃至产业政策产生直接影响。为维护或吸引这些企业的投资，国家在对外事务中往往作出相应政策调整。以中东国家为例，在 20 世纪 90 年代，面对以英美石油公司为代表的西方大型能源企业的资本输出，部分中东产油国出于对投资流失和资本外逃的担忧，在外交事务上展现出对企业母国更多的政策配合和战略协调。

冷战结束后，随着科技革命的不断发展，技术优势逐渐取代传统资本成为跨国公司的核心权力来源。谷歌、亚马逊、微软等科技巨头通过掌握核心算法、数据平台与云计算基础设施，不仅主导了全球信息流动的关键节点，更在数字主权、网络安全、数据保护等敏感议题中深度介入国家对外关系。近年来，围绕华为参与全球 5G 基础设施建设所引发的国际争议，实质上反映的正是技术能力对国家安全与外交政策的深层影响。

（三）参与路径：从单一到多元

随着跨国公司实力的增强，其参与对外关系的路径也日趋多元，大致包括：

第一，游说公关。游说是跨国公司参与对外关系进程的传统路径。跨国公司通过游说本国政府，以推动有利于自身的外交政策。在二战结束后，为抢占西欧广阔的市场，美国诸多大型跨国公司积极游说国会议员，最终促成美国国会通过马歇尔计划。[17]

第二，直接介入。跨国公司利用其在资本、技术等关键资源上的优势，直接介入对外关系进程。在资本层面，企业可以通过投资进入、退出、暂停等市场行为对他国施加经济压力。俄乌冲突爆发后，数百家跨国公司在未受到母国法律强制要求的情况下，自发作出从俄罗斯撤资或暂停投资的决定，[18]被视为跨国公司针对俄罗斯的“私人制裁”。[19]二战后初期，部分跨国公司甚至还直接策划甚至参与针对拉丁美洲国家的政权颠覆活动中。[20]在技术层面，跨国科技公司则通过平

[17] 参见刘建华：《美国跨国公司与“民主促进”》，上海人民出版社 2012 年版，第 56-57 页。

[18] See Jeffrey Sonnenfeld *et. al.*, Over 1000 Companies Have Curtailed Operations in Russia, but Some Remain (Jan. 28, 2024), https://som.yale.edu/story/2022/over-1000-companies-have -curtailed-operations-russia-some-remain.

[19] See Oliver Hart *et al*., Private Sanctions, 39 Economic Policy 203 (2024).

[20] 美国联合水果公司、美国国际电话电报公司曾出于维护自身海外投资利益的考虑，策划、参与了针对

台控制、算法推荐、内容审核等方式，深度嵌入国际舆论场和意识形态对抗。例如，推特、TikTok 等平台通过算法放大特定议题的传播，影响公众对国际热点问题的认知方向，实质上参与到国际话语权的再分配过程之中。

第三，私人诉讼。二战后，许多国家在国内公法中引入私人执行机制，即赋予私人以诉权，借此弥补公共执行的不足。[21]美国的《谢尔曼法》和《霍尔姆斯伯顿法》均有相关规定。随着美国法域外效力的扩张，由私人提起的民事诉讼同样可能对一国对外关系产生巨大影响。在西屋电气公司案[22]中，原告对英国、澳大利亚等国家的 29 家铀矿企业提起反垄断私人诉讼，涉诉金额高达 60 亿美元，成为当时美国历史上诉讼标的最高的反垄断民事诉讼。[23]该案极大影响到英国、澳大利亚和加拿大的铀矿产业安全，不仅引发上述国家在外交层面的强烈抗议，更在国际社会掀起新一轮阻断美国法域外适用的立法浪潮。[24]

第四，规则塑造。进入 21 世纪以来，国际规则进入变革、重构时期。跨国公司注重从政策执行者向规则主导者的角色转变，积极参与国家间条约谈判，将自身商业需求嵌入国际造法活动当中。有学者指出，“当代最有影响的《与贸易有关的知识产权协定》草案最早由美国 12 家跨国公司提出，后被美国政府纳入关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判之中，而最终变成 WTO 下最重要的协议之一。2015 年 10 月 5 日通过的《跨太平洋伙伴关系协定》中涉及的知识产权条款，也是由美国商界联盟提供草案，欧洲、美国的电信公司曾对该协定的谈判进行游说并施加了影响也是不争的事实。”[25]

第五，政策胁迫。前述五项路径均属于跨国公司主动参与的范畴。回顾近年实践可以发现，跨国公司正越来越多地被动卷入国家对外关系。近年来，以美国为首的西方国家以网络安全风险为由对华为、Tiktok 等企业实施限制或排除，使得技术问题上升为外交博弈的焦点，跨国科技企业成为国家外交政策制定的重要变量。

三、跨国公司参与对外关系的机理阐释

妥善应对因跨国公司参与对外关系所带来的机遇与挑战，离不开对跨国公司行为逻辑的准确把握。对此，本文将借助“国家—市场—社会”的分析框架，从市场利益、国家政策和社会舆论三个维度系统阐述跨国公司参与对外关系背后复杂的行为逻辑。

拉丁美洲国家的政权颠覆活动。See UN. Department of Economic and Social Affairs *et. al*, The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations, E/5500/Rev.1, p. 46.

[21] See J. Maria Glover, The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law, 53 William and Mary Law Review 1137 (2012).

[22] See In re Uranium Antitrust Litig., 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980).

[23] See Deborah Senz & Hilary Charlesworth, Building Blocks: Australia’s Response to Foreign Extraterritorial Legislation, 2 Melbourne Journal of International Law 69, 89 (2001).

[24] 参见刘桂强：《阻断法的当代发展与价值选择》，《中国应用法学》2022 年第 2 期，第 页。

[25] 马忠法：《私人部门在国际法规范形成和发展中的作用》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 5 期，第 64 页。

（一）市场经济理性驱动

追求利益最大化的经济理性是诸多学者分析跨国公司行为逻辑的根本出发点。[26]作为经济全球化时代的产物，跨国公司往往被视为一个“经济理性人”，在全球范围内进行资源配置，从而最大限度地降低经营成本、提高经济收益。这种经济理性不仅体现在公司内部经营管理中，也深刻影响其参与国家对外关系进程的动因、方式和程度。

实践中，很多跨国公司参与对外关系的行为都可以借助“经济理性人”的理论框架予以解释。例如，为拓展海外市场、获取能源资源、降低生产成本，跨国公司往往需要在制度、政策、地缘等层面打通障碍。这种现实需求促使其积极介入双边或多边对外经济合作进程，主动参与对外关系塑造。再例如，在全球政治风险加剧背景下，企业面临投资限制、技术管制、贸易制裁等政策性不确定因素。为了降低制度性成本、确保商业安全，跨国公司往往借助自身的规模和影响力介入相关国家的对外政策制定过程。在中美贸易摩擦期间，美国科技企业频繁游说国会和政府，试图影响对华政策立场。这种基于风险规避的经济理性，使企业与国家形成策略互动，在某些议题上甚至促成利益共同体。此外，跨国公司为了最大化利益，常常有意识地推动有利国际规则的制定与实施。这种以规则为目标的“制度型经济理性”，推动企业直接参与 WTO 改革、数字贸易谈判、ESG 标准设置等国际规则形成过程，实质性参与国家间对外谈判并影响其成果。

需要指出的是，“经济理性”并非跨国公司参与对外关系的唯一逻辑。[27]实践表明，部分跨国公司在参与国家对外关系进程中，其商业决策可能并不利于自身的经济利益，有时甚至还会以牺牲其在东道国的投资利益为代价。例如，在俄乌冲突爆发后，英国石油公司宣布退出俄罗斯市场，并出售其在俄罗斯石油公司19.75%的股份。据估算，英国石油公司此举将造成价值 250 亿美元的损失。[28]对于上述行为，跨国公司作为“经济理性人”的理论框架并不能完全给予合理解释，因此需要考虑其他因素对跨国公司行为动机的影响。

（二）国家外交政策驱动

需要指出的是，跨国公司的崛起虽然对国际关系格局产生了深远影响，但并未完全取代主权国家的地位。相较于跨国公司，国家在政策制定、利用市场杠杆等方面拥有相对优势。在跨国公司日益参与对外关系进程的背景下，主权国家—尤其是大国—的外交政策往往在多种维度深刻影响跨国公司的商业选择。

首先，主权国家能够通过政策引导跨国公司的行为决策。从政策制定者的角

---

[26] 参见朱鸿伟：《跨国公司政治行为的经济学分析》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2006 年第 1 期，第 21—22 页；赵平：《跨国公司的政治行为及对策研究》，《商业研究》2012 年第 2 期，第 65—70 页。

[27] 参见王波、李墨瀚：《跨国公司对主权国家采取经济制裁型政治行为的动机分析—以 2022 年俄乌冲突期间为例》，《区域国别学刊》2023 年第 2 期，第 130 页。

[28] See The New York Times, Companies Are Getting Out of Russia, Sometimes at a Cost (Oct. 14, 2022), https://www.nytimes.com/article/russia-invasion-companies.html.

度来看，其可以基于跨国公司经济理性的出发点，为其提供良好经营环境，从而引导跨国公司的行为方式。换言之，一国外交政策的战略取向往往成为企业对外投资、并购、市场进入等行为的重要参照。例如，我国提出“一带一路”倡议后，众多中国企业顺势布局沿线国家的基础设施、能源和通信项目。这种由国家外交政策设定的对外行动框架，实质上引导了企业的空间选择与行为边界。

其次，部分美西方国家通过政策胁迫跨国公司服务其对外战略。近期一个值得关注的现象是，受逆全球化潮流涌动、大国地缘政治冲突加剧等因素的影响，美西方跨国公司的“政治化”问题日益凸显。[29]当母国与东道国发生冲突时，跨国公司—尤其是大型跨国公司—已经不再像以往一样出于经济利益考量避免卷入政治纷争，而是开始进行“选边站”。[30]受美国对华遏制战略的影响，有越来越多的科技企业被迫缩减甚至放弃中国市场。

（三）社会公共舆论驱动

公共舆论对跨国公司的行为决策具有重要影响，有时甚至起到决定性作用。同样以跨国公司从俄罗斯撤资为例，在俄乌冲突发爆发后，跨国公司继续在俄经营往往会被视为资助俄罗斯对乌克兰的不正当战争，面临巨大的舆论压力。除了面临来自政客、学者以及民间组织的舆论压力以外，[31]消费者群体对俄罗斯的抵制态度是诸多跨国公司对俄实施私人制裁的关键因素。哈佛大学的奥利弗·哈特教授团队曾对 3000 名实验人员进行模拟调查，结果显示有 61%的受访者认为公司应切断同俄罗斯的商业联系。对于继续在俄经营的公司，有 66%的受访者表示将会采取措施惩罚该公司，例如抵制该公司的商品、抛售所持有的该公司的股票等。[32]

跨国公司在俄乌冲突中对公共舆论的回应，一定程度上印证了当前跨国公司的决策模式从股东中心主义向利益相关者中心主义转变的趋势。诸多学者注意到，股东利益的最大化不再是商业决策的唯一考量因素，消费者、企业员工以及社会

---

[29] 参见郝诗楠：《“自由”与“不自由”：高科技跨国公司的政治化与国家化》，《国际展望》2021 年第 3 期，第 122 页。

[30] 梁怀新：《有利难图：跨国企业在俄乌冲突中的“选边站”》，《当代亚太》2022 年第 3 期，第 121-148 页。

[31] 俄乌冲突爆发后，包括乌克兰总统弗拉基米尔·泽连斯基在内的许多政客向美西方跨国公司施压，要求它们从俄罗斯撤资。See Zelensky, V., Speech by the President of Ukraine at a Joint Meeting of the Senate, the National Assembly of the French Republic and the Council of Paris (23 March 2022), https://www.president.gov.ua/en/news/promova-prezidenta- ukrayini-na-spilnomu-zibranni-senatu-naci-73773 (“French companies must leave the Russian market.”). 此外，许多学者和社会团体专门建立网站对跨国公司在俄罗斯的经营情况进行实时追踪，并对继续在俄罗斯开展经营活动的跨国公司施压。其中最具代表性的是耶鲁大学杰佛里·索南菲尔德（Jeffrey Sonnenfeld）教授及其团队和基辅经济学院（Kyiv School of Economics）所运营的网站。See Jeffrey Sonnenfeld *et. al*., Over 1000 Companies Have Curtailed Operations in Russia, but Some Remain (Jan. 28, 2024), https://som.yale.edu/story/2022/over-1000-companies-have-curtailed-operations-russia-some-remain; Kyiv School of Economics, Self Sanctions / Leave Russia, https://kse.ua/selfsanctions-kse-institute/.

[32] See Oliver Hart *et al*., Private Sanctions, 39 Economic Policy 203, 206 (2024).

公众等利益相关者的立场对决策者的影响力提升。[33]当今世界，消费者出于自身价值观念和意识形态等方面的考量，往往会期待跨国公司对其认为违反国际法规则的国家实施某种程度的制裁。在科技时代，利益相关者群体还会通过社交媒体等方式进行施压，将公共舆论扩大化。

在消费者等利益相关者的压力下，跨国公司大多会采取符合利益相关者期待的措施，以此来回避可能出现的舆论风险以及由此给企业声誉造成的损害。优衣库在俄经营策略的转变能够进一步佐证上述观点：在俄乌冲突爆发之初，优衣库并未停止其在俄业务，美西方国家的消费者群体在推特等社交媒体上开展声势浩大的抵制优衣库的运动。在舆论压力之下，优衣库迅速调整其在俄经营策略，宣布将关闭在俄罗斯的业务。[34]从一定程度上来看，大量美西方跨国公司之所以在俄乌冲突爆发后极短的时间内作出从俄罗斯撤资的决定，公共舆论是其中的一个关键性因素。

综上所述，经济理性、国家政策与社会舆论共同构成跨国公司参与对外关系的三个重要因素。需要进一步强调的是，上述三种因素对跨国公司的影响并非单一的。相反，跨国公司参与对外关系的行为决策往往受多种因素的复合影响。以俄乌冲突为例，美西方跨国公司的大规模撤资行为，既有经济利益和国家政策方面的考量，同时也在很大程度上受社会公共舆论的影响。除此之外，上述因素在不同时期对跨国公司行为决策的影响是不同的，处于一种动态变化、此消彼长的状态。有研究表明，在俄乌冲突爆发初期，大部分跨国公司迅速作出撤资决定，很大程度上是为了应对汹涌的社会舆论。为此，部分跨国公司甚至不惜以放弃在俄投资利益为代价。而随着时间的推移，经济理性逐渐占据上风，部分跨国公司开始恢复在俄经营。

四、跨国公司参与对外关系的实践考察

妥善应对因跨国公司参与对外关系所带来的机遇与挑战，还需正确评估其现实影响。下文将以美国同跨国公司的互动为例，揭示跨国公司参与对外关系所产生的双重效应：双方既有可能进行正向互动，也有可能相背而行。

（一）跨国公司与国家的正向互动

从一国处理对外关系的角度来看，跨国公司在参与对外关系的过程中，能够与国家形成一定程度的正向互动，表现为企业与国家目标的协同、资源的互补以及国际影响力的共塑。这种正向互动主要体现在以下两方面：

一方面，跨国公司是协助国家实现对外战略目标的重要载体。跨国公司在全球布局中所具有的资源、渠道与网络优势，可服务于母国的对外战略部署。例如，

[33] See Anete Pajuste & Anna Toniolo, Corporate Response to the War in Ukraine: Stakeholder Governance or Stakeholder Pressure?, 10 Emory Corporate Governance and Accountability Review 1, 15 (2022).
[34] See Megan Cerullo, Uniqlo Bows to Public Pressure to Close Stores in Russia (Mar. 10, 2022), https://www.cbsnews.com/news/russia-ukraine-uniqlo-closes-stores/.

美国能源跨国公司（如埃克森美孚、雪佛龙）在中东等地区的投资布局，在一定程度上服务于美国的能源外交目标，实现了企业扩展市场与国家控制战略资源的协同。正是由于在服务美国对外战略方面所发挥的作用，美国跨国公司被视为支撑美国霸权的三大支柱之一。[35]

另一方面，鉴于跨国公司在母国对外战略实现过程中的积极作用，国家也会通过多种政策性手段为跨国公司营造良好的商业环境。例如，20 世纪初期，为保护美国石油公司的海外利益，美国国会通过《矿产租让法》(the Mineral Leasing Act)，以互惠原则对荷兰在东印度、英国在美索不达米亚排挤美国石油公司一事进行报复，规定如果外国政府不允许美国人取得钻探权，该国公司也不得在美国公共土地上享有钻探权。[36]二战后，为保障美国跨国公司的贸易利益免受外国贸易壁垒的影响，美国采取一系列针对性措施：在国际层面，美国积极推动《关税与贸易总协定》谈判，致力于实现各国在互惠基础上的自由贸易。在国内层面，为打破外国的贸易障碍以及促进美国对外贸易，美国国会制定相关报复性立法，其中最具代表性的是《1988 年综合贸易与竞争法》的“301 条款”。[37]上述措施为美国跨国公司在全球范围内开展贸易活动打下了坚实基础。

除此之外，跨国公司与国家在全球治理这一议题上同样可能协同共进。随着经济全球化的推进，类似于全球气候变化、国际恐怖主义、全球金融危机等问题早已超越国家间在地理上疆域的界限，演变成为全球性问题。主权国家受疆域等多方面因素限制，对于解决全球性问题往往力有不逮。凭借超越国界的生产经营方式、先进的技术与雄厚的资金等优势，跨国公司往往能够作为国家政策的延伸，成为应对全球问题、进行全球治理的重要行为体。[38]

（二）跨国公司与国家的反向互动

作为不同的行为主体，跨国公司与国家的行为逻辑并不完全一致。国家在制定外交政策时，往往基于国家安全、战略自主或国家责任考量，注重整体主义和主权逻辑。相比之下，跨国公司的行为往往基于经济理性展开，则更加注重个体主义与私权逻辑。[39]实践中，跨国公司可能因其经济利益驱动、价值偏好差异、行动逻辑独立等特性，与国家外交政策产生反向互动，甚至影响国家对外关系的自主性、连贯性和政策执行力。即便是跨国公司与母国之间，其行为立场往往也并不相同。对于美国跨国公司，约瑟夫 •奈便曾指出：“跨国公司有其自身利益.....

---

35 参见[美]罗伯特·吉尔平著，钟飞腾译，《跨国公司与美国霸权》，东方出版社 2011 年版，第 112 页。

36 参见赵庆寺：《<红线协定>与中东石油政治格局的变迁》，《阿拉伯世界研究》2007 年第 4 期，第 27 页。

37 美国“301 条款”是一项“报复性”的法律。早在 1794 年，美国国会就授权总统，当外国不公平地歧视美国的时候，可以对该国实行贸易禁运或限制从该国的进口。参见杨国华：《美国贸易法“301 条款”的历史演变》，《美国研究》1996 年第 3 期，第 21 页。

38 参见黄河等著：《跨国公司与全球治理》，上海人民出版社 2018 年版，第 页。

39 参见蔡从燕：《从“四个理解”探索<对外关系法>的意义》，中国社会科学网，https://www.cssn.cn/gjgc/mhgj/202311/t20231117_5697249.shtml，2023 年 11 月 17 日访问。

不能想当然地认为他们是代表美国政府利益的坚定谈判者”。[40]

制裁规避是跨国公司与国家进行反向互动的一个典型例证。冷战结束后，经济制裁成为美国实现外交利益的常用政策工具。截止目前，美国财政部海外资产办公室针对特定国家和地区实施的单边制裁项目共有 38 个，其中包括中国香港、俄罗斯等。[41]对于跨国公司而言，美国对特定国家和地区的制裁可能会与其全球经营战略产生冲突。由于美国单边制裁的滥用，跨国公司规避制裁的实践也日臻成熟，演化出多种规避制裁的商业模式。[42]近期，美国商务部、司法部和财政部联合发布《打击用于规避俄罗斯相关制裁和出口管制的第三方机构的合规说明》，承认实践中跨国公司经常使用第三方空壳公司来混淆身份，以达到规避美国制裁的目的。[43]跨国公司规避制裁的行为无疑削弱了美国单边制裁的有效性，客观上不利于美国对外政策的实现。

此外，《赫尔姆斯伯顿法》私人诉讼的反噬效应同样能够佐证跨国公司与母国外交政策的反向互动。该项制度源自《赫尔姆斯-伯顿法》第三编，赋予被古巴政府所征收财产的所有人一项私人诉权，允许其向收购被征收资产的公司提起诉讼，赔偿金额最高可达该财产价值的三倍。[44]该法出台后，美国总统为协调与盟国的关系，一直通过行政命令冻结该私人诉讼条款，直到 2019 年 5 月 2 日在特朗普任期内被重新激活。截至目前，美国当事人已根据该规定提起 40 余起诉讼。立法者在《赫尔姆斯-伯顿法》中规定私人诉讼的原意是对外国公司形成威慑，防止其收购被古巴政府征收的资产。不过，根据学者的统计发现，在现已提起的案件中，大部分案件的被告反而是美国公司。[45]这一现象大大超出了立法者的预期，《赫尔姆斯伯顿法》也被学者视为美国“最不明智的外交政策之一”。[46]

五、跨国公司参与对外关系的法治因应

跨国公司参与对外关系的情形愈发普遍，所产生的影响愈发深远。受市场利益、国家战略以及社会舆论的多维影响，跨国公司的行为既可能与国家政策产生正向互动，也存在背向而行的可能。以上共同构成跨国公司参与对外关系的当代

---

[40] Joseph S. Nye Jr., Multinational Corporations in World Politics, 53 Council on Foreign Relations 153, 159 (1974).

[41] See Office of Foreign Assets Control, Sanctions Programs and Country Information, https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information, visited on December 20, 2023.

[42] 根据学者归纳，目前主要有四种规避制裁模式：第一，被制裁企业之间开展合作性商业交易；第二，被制裁企业与非被制裁企业之间进行规避制裁交易；第三，被制裁企业同政府或私人设立的企业之间进行保障性交易；第四，被制裁企业通过业务重组和资产剥离等方式规避制裁。参见叶研：《经济制裁与反经济制裁国际合作》，《外交评论》2023 年第 1 期，第 38-41 页。

[43] See Department of Commerce, Department of the Treasury, and Department of Justice Tri-Seal Compliance Note: Cracking Down on Third-Party Intermediaries Used to Evade Russia-Related Sanctions and Export Controls, https://ofac.treasury.gov/media/931471/download?inline, visited on December 20, 2023.

[44] See Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996, ss. 301-306.

[45] See Gergana S. Sivrieva, The Helms-Burton Act Backfires: Surprising Litigation Trends Following Title III’s LongFeared Activation, 42 Northern Illinois University Law Review1 (2021).

[46] See Gergana S. Sivrieva, The Helms-Burton Act Backfires: Surprising Litigation Trends Following Title III’s LongFeared Activation, 42 Northern Illinois University Law Review1 (2021).

图景。当前，我国正大力推进对外关系法治化，如何通过法治手段引导和发挥跨国公司参与对外关系的积极作用、消解其不利影响，对国家治理体系与法治调控能力提出了新的挑战与回应需求。

（一）跨国公司参与我国对外关系的实践图景：从合作到斗争

改革开放以来，尤其是我国加入世界贸易组织以后，我国同世界经济联系日趋紧密，对外关系的实践也日趋丰富。

1. 对外合作关系中的跨国公司

无论是中国公司还是外国公司，均在我国对外合作关系中发挥着不可或缺的作用。

首先，跨国公司是中国推进国际经济合作和“一带一路”倡议的重要执行者。例如，中国建筑、中国电建、中石化等在基础设施、能源、交通领域大量承接海外项目，推动了与相关国家的经贸往来和互联互通。同时，民营跨国公司如华为、阿里巴巴也积极拓展海外市场，通过投资、并购和技术输出，增强中国与合作国之间的经济粘合度，成为中国对外合作的市场化力量。中国企业逐渐走出国门，尤其是在推进“一带一路”倡议过程中发挥了不可替代的作用。2023 年 10 月 10 日，国务院新闻办公室发布《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》白皮书（以下简称“《白皮书》”）。数据显示，2013—2022 年，中国对外直接投资超过 2400 亿美元，中国在共建国家承包工程新签合同额、完成营业额累计分别达到 2 万亿美元、1.3 万亿美元。[47]中国企业成为推进”一带一路“倡议的不可或缺的一股力量，尤其在设施联通、贸易畅通和资金融通方面发挥了不可替代的作用。

其次，跨国公司是联系、维系中外经贸关系的桥梁和纽带。许多跨国公司，尤其是总部位于中国的企业，参与境外合作时往往能兼顾中外利益，在中外关系之间发挥“缓冲器”作用。例如，阿里巴巴通过 eWTP（电子世界贸易平台）在马来西亚、卢旺达等国家推动中小企业数字化转型，增强了中国与相关国家的战略互信。同时，一些在华外资跨国公司如宝马、苹果、英特尔等也在对华投资中不断深化技术和供应链合作，为中国与发达国家维系经贸关系提供稳定支撑。20 世纪 90 年代，克林顿政府抨击我国的人权状况，并威胁要取消我国的最惠国待遇。对此，波音公司、通用汽车等通过发表联合声明、游说等方式向克林顿政府施加压力，最终促成美国批准对我国的最惠国待遇，为稳定中美经贸关系发挥了积极作用。[48]与之类似，沃尔玛曾在 2014 年将 700 多万美元的费用用于游说美

[47] 参见国务院新闻办公室：《共建“一带一路”：构建人类命运共同体的重大实践》，http://www.scio.gov.cn/gxzt/dtzt/49518/32678/index.html，2023 年 12 月 22 日访问。

[48] 参见赵可金：《非传统外交导论》，北京大学出版社 2015 年版，第 203 页。刘舒天：《战略释疑与克林顿的对华政策转向》，《国际政治科学》2021 年第 1 期，第 157 页。

国政府，以支持美国对我国的永久性正常贸易关系地位。[49]

最后，跨国公司通过参与多边机制促进国际制度合作。中国跨国公司日益参与联合国、WTO、OECD 等多边机制中有关可持续发展、环境保护、数字治理等议题的对话与合作。在这些机制中，企业不但代表行业发声，也间接承载中国的制度理念与治理主张。例如，中国企业在应对气候变化、践行 ESG（环境、社会和治理）标准方面的国际承诺，有助于增强中国在全球绿色转型话语权中的信誉。

2. 对外斗争关系中的跨国公司

近年来，中国同西方国家的博弈逐渐走向纵深，围绕制裁与反制裁、干涉与反干涉、遏制与反遏制展开激烈交锋。[50]受此影响，无论是我国还是西方国家的跨国公司，在不同场景中主动或被动地参与到其中，成为影响我国外交政策的重要因素。

首先，美西方国家将对中国的战略遏制转移到对中国跨国公司的制裁和打压。自 2018 年以来，美国加大对我国跨国公司—尤其是大型科技公司—的制裁力度，实施“小院高墙”，在科技领域大肆围堵。与此同时，美国还将外国投资审查政治化，不断提高对中国企业在美投资的审查力度。现阶段，中国高科技企业已成为美国对华制裁的重点目标和对象。

其次，美国通过政策性手段，引导外国跨国公司服务其对华遏制战略。2022 年 8 月 9 日，拜登签署《芯片与科学法案》，设置了“护栏条款”，明文禁止企业在获取美国联邦政府的补贴后提高其在中国境内的特定半导体设施的产能，或与中国实体进行涉及特定先进半导体的合作研发或技术许可活动。[51]这一条款的意图十分明显，旨在迫使半导体行业的领先企业在美国补贴与中国市场之间“选边站”，以进一步削弱中国的先进半导体的产能及研发能力。

最后，部分西方跨国公司主动推动、执行或协助执行美国的单边制裁，损害我国国家利益以及企业、个人的正当权益。例如，美国美光科技公司曾多次游说美国政府对福建晋华公司和长江存储的制裁，试图借此在同上述中国企业的竞争中获益。[52]此外，在美国以所谓“强迫劳动”为由对新疆实施制裁后，瑞士良好棉花发展协会及多家西方服装品牌公司宣布停止采购产自新疆的棉花。[53]此举引起我国政府和企业的强烈反对。

---

[49] 参见黄河等著：《跨国公司与全球治理》，上海人民出版社 2018 年版，第 70 页。

[50] 参见何其生：《大国博弈与对外关系的法治化》，中国社会科学网，https://www.cssn.cn/fx/gjfx/202301/t20230113_5579781.shtml，2023 年 11 月 17 日访问。

[51] 参见汤伟洋等：《美发布<芯片和科学法案>“护栏条款”最终规则》，君合法评，https://www.junhe.com/legal-updates/2288，2023 年 12 月 22 日访问。

[52] 参见康钊：《一美国芯片巨头长期对中国企业使绊子 终于遭遇中国制裁》，新浪财经，https://finance.sina.cn/tech/2023-04-02/，2023 年 12 月 22 日访问。

[53] 参见新华网：《独家揭秘：美国如何操纵“强迫劳动”议题打压中国棉花企业》，http://www.xinhuanet.com/world/2021-03/28/c_1211087051.htm，2023 年 12 月 18 日访问。

（二）法治因应的指导理念：统筹发展与安全

从跨国公司参与我国对外关系的情况来看，我国在制定法治应对方案时，需将统筹发展与安全作为基本的指导思想，这是由我国所处的国内和国际两个大背景所决定的。就国内情况来看，我国正推进高水平对外开放、积极塑造国际合作新格局，不断开拓中国式现代化的战略空间。回顾我国改革开放四十年来的发展历程可以发现，对外开放、利用外资在我国经济社会快速发展过程中起到关键性作用。[54]相关数据显示，截至 2024 年 6 月底，外商累计在华投资设立企业超过 120 万家，累计实际使用外资 20.3 万亿元。[55]从某种意义上来说，跨国公司是我国经济发展的直接参与者和推动者，同时也是我国融入全球经济格局的重要桥梁和纽带。我国高水平对外开放这一战略目标的实现，同样离不开跨国公司的力量。就国际形势而言，在当前全球力量对比加速演变、单边主义与保护主义抬头的背景下，跨国公司已不再是纯粹的市场参与者，其行为可能服务于他国战略、资本利益或意识形态输出，进而对我国国家安全构成挑战。跨国公司作为对外开放的重要参与者，其行为关系到国家发展环境的稳定性和可预期性。跨国公司参与对外关系的“两面性”意味着，如果仅强调其正面功能而忽视风险防控，可能“引狼入室”；如果片面防范其负面影响而“一刀切”限制外企，则会削弱开放成效与发展空间。因此，必须把安全与发展作为相辅相成的战略目标来一体设计、系统推进。

一方面，发展是根本和目的，也是安全的保障。为此，应立足发展目标，通过科学立法、严格执法和公正司法，为跨国公司营造法治化营商环境，激励和引导跨国公司在我国对外关系中发挥积极和建设性作用。另一方面，安全是基础和底线，也是发展的前提。基于安全这一出发点，需要注重两个方面：对内，要保护好中国企业海外投资的正当权益，对外，对于少数侵害我国国家发展利益和中国公民、组织合法权益的公司，则要采取适当措施予以威慑或惩治。

总而言之，跨国公司在对外关系中的角色愈加重要与复杂，对我国政策设计提出更高要求。坚持以“统筹发展与安全”为指导思想，有助于我们在应对全球经济深度融合与地缘政治风险上保持战略主动权。这一理念不仅体现了法治思维与底线思维的有机统一，也是新时代国家治理体系和治理能力现代化的应有之义。

（三）法治因应的实现方案：激励、保护与惩治的三维面向

1. 法律激励

发挥跨国公司在对外关系中的建设性作用，需要为跨国公司提供良好的营商

---

[54] 参见李成钢：《改革开放 40 年来利用外资法律制度的变迁与展望》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2019-02/20/content_2071908.htm，2023 年 12 月 18 日访问。

[55] 参见商务部国际贸易经济合作研究院：《跨国公司在中国：共享“中国式现代化”新机遇》，https://www.caitec.org.cn/upfiles/file/2024/8/20240902160902583.pdf，2023 年 12 月 18 日访问。

环境，而法治正是最好的营商环境。因此，可通过立法、执法以及司法层面的协同共进，激励跨国公司在参与我国对外关系进程中发挥积极作用。

在立法层面，要注重发挥《外商投资法》的基础性保障作用，落实准入前国民待遇加负面清单管理制度，进一步健全和完善我国的营商环境法律保障体系，做好《优化营商环境条例》等相关政策法规的立改废释工作，营造稳定公平透明可预期的营商环境。与此同时，还应主动对接、积极吸纳高标准国际经贸规则，提升贸易和投资便利化水平，把自由贸易试验区等高水平对外开放的有效举措和成熟经验及时上升为法律，打造开放层次更高、营商环境更优、辐射作用更强的对外开放新高地。[56]

特别值得强调的是，激励跨国公司建设性参与我国对外关系，除了完善硬法之外，利用、发挥好软法的作用同样不容忽视。在我国“一带一路”倡议的推进、落实过程中，软法发挥了极为重要的作用。自“一带一路”倡议提出以来，国务院及下属部委相继发布了一系列关于推动共建“一带一路”的软法性意见及行动文件。[57]这些“软法”文件“一方面为中国政府与其他国家或国际组织达成“软法”性质的合作协议提供了“法”的依据，另一方面为中国企业、团体或个人在“一带一路”沿线国家或地区开展经济合作、文化交流提供了规范性指引。”[58]

在执法和司法层面，继续优化涉外案件办案程序和工作机制，继续完善和深化双边、多边执法司法合作机制、增加联合执法、司法协助的范围广度和内容深度。通过推动健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度，严格执行产权保护司法政策，明确和统一裁判标准，完善司法透明度，增强外商对中国市场投资的信心。[59]

2. 法律保护

在大国博弈背景下，中国跨国公司频繁成为美西方国家打压、遏制的对象，如何保护中国企业的合法权益这一问题显得尤为紧迫。

首先，应完善反制与保护并重的法律体系。一方面，应适时推进海外利益保护专项立法工作，考虑出台“海外利益保护法”。通过专项立法，可以明确政府在外交交涉、法律援助、风险预警、争端解决、紧急救助等方面的责任，以此为我国政府及相关部门开展海外利益保护工作提供指导原则和行动框架，同时也为

[56] 参见习近平：《加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，载《人民日报》2023 年 11 月 29 日，第 1 版。

[57] 相关文件包括《标准联通“一带一路”行动计划(2015—2017)》、文化部印发的《“一带一路”文化发展行动计划(2016—2020)》和 2022 年国家发展改革委等部门发布的《关于推进共建“一带一路”绿色发展的意见》等。参见张乃根：《论“一带一路”视域下<对外关系法>的调整对象》，《国际法研究》2023 年第 4 期，第 26 页。

[58] 参见张乃根：《论“一带一路”视域下<对外关系法>的调整对象》，《国际法研究》2023 年第 4 期，第 26 页。

[59] 参见张鸣起：《坚持在法治基础上推进高水平对外开放》，《红旗文稿》2024 年第 4 期。

企业提供制度性兜底保障。[60]另一方面，强化信息共享与预警机制的立法支持，在数据安全、商业秘密保护、供应链安全等关键领域，通过立法建立中国企业海外经营风险监测与预警平台，提升企业海外合规与风险管控能力。

其次，应着力提升执法效能与综合保障能力，至少包括以下两个方面的内容：首先，强化跨部门协同执法机制。当前，我国海外利益保护机制在体系性、有效性和部门协同性方面存在一定不足，[61]可考虑通过建立健全跨部门协调机制，通盘整合有效资源，提升海外利益保护的有效性。具体而言，建立由外交部、商务部、财政部、国安部等多部门参与的中国企业海外权益保护联动机制，整合信息、统一响应，提升执法效率。其次，加强对海外驻外机构的服务职能指导和培训，驻外使领馆与商务机构要依法为中国公司提供领事保护、法律援助、商业调解、风险通报等行政支持。

最后，构建与完善海外权益司法救济与支持体系。一方面，推动建立重大涉外案件绿色通道与专业审判机制，在法院系统内部设立专门的涉外商事合议庭或涉外经济案件快速审理机制，提升审理效率与专业性。另一方面，开展典型案件的司法反制与制度示范。对涉及滥用制裁、技术封锁、歧视性管控等司法案件，通过典型案例等方式。此举既有利于增强我国反制裁、反干涉、反“长臂管辖”法律机制的威慑力，亦可引导国际法与国际商法规则的演进方向。

3. 法律惩治

立法层面，构建完善法理正当、工具完备的反制法律体系。一方面，完善反制裁法律工具体系，进一步细化和完善《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等法律法规，增强其操作性与针对性，构建完整的法律“工具箱”体系。另一方面，通过《外商投资法》的法律法规，建立和完善负面清单机制。

执法层面，加强执法协同、精准识别与反制手段。一方面，强化对可疑企业的合规审查与风险评估机制。建立跨部门执法协作机制（如由商务部、国家安全部、国家数据局等组成），对在华外资企业进行动态审查，发现其协助对华制裁或歧视性行为时，及时进行调查、警示与约谈。另一方面，对明显协助外国对华制裁的跨国公司，依法列入不可靠实体清单或采取其他限制性措施，如限制出口、进口、投资、资金转移、业务合作等措施，并予以对外公开，增强威慑效应。同时，健全跨境执法联动机制，对于外国跨国公司在华侵犯中国企业合法权益的行为，依托反垄断法、反不正当竞争法等法规加大执法力度。

司法层面，进一步完善我国反制裁追偿诉讼制度。目前，我国《反外国制裁

[60] 参见漆彤、范晓宇：《论中国海外利益保护法律体系的构建》，《思想战线》2023 年第 4 期，第 139 页。
[61] 参见民进中央宣传部：《陶凯元提案建议构建海外利益保护和风险预警防范体系》，https://www.mj.org.cn/xwll/mjyw/202209/t20220908_255150.htm，2024 年 12 月 22 日访问。

法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》确立追偿诉讼制度，赋予因受外国制裁而遭受损失的中国企业和个人通过司法途径寻求救济的权利，是有效保护我国企业合法权益的一项重要制度。对此，要进一步明确人民法院和行政机关在案件启动过程中的权限划分，探索追偿诉讼判决的承认与执行机制，确保我国企业的合法权益能够得到救济。[62]

六、结语

跨国公司作为全球化时代的重要力量，其在国家对外关系中的深度参与已成为不可逆转的趋势。这一现象不仅重塑了传统的国际交往格局，也对国家的法治体系提出了更高要求。对于中国而言，必须在开放中谋求安全，在安全中促进发展，把握跨国公司“两面性”参与逻辑，科学应对其所带来的机遇与挑战。坚持以“统筹发展与安全”为根本遵循，从法律激励、法律保护与法律惩治三方面构建系统完备、科学规范、运行有效的涉外法治体系，不仅是维护国家对外关系自主性与战略安全的现实需要，也是提升中国参与全球治理能力与规则塑造能力的关键路径。面向未来，应进一步推动法治与政策协同联动，引导跨国公司在对外合作中展现建设性角色，确保我国在复杂国际环境中的法治主动权和战略稳定性。

2025年中国国际法学会

[62] 参见刘桂强：《我国反制裁追偿诉讼制度面临的挑战与应对》，《环球法律评论》2023 年第 3 期。

涉外刑事案件中当事人国籍确认的法律问题研究

胡舒琼[1]

摘要：涉外刑事案件中当事人国籍确认是司法程序启动、法律适用及权利保障的基础。我国虽通过《国籍法》《刑事诉讼法》构建了国籍认定框架，但实践中因双重国籍、无有效证件、户籍与国籍管理衔接等问题，导致国籍确认面临复杂挑战。本文结合我国立法、司法解释及司法实践，从不同情形下的国籍认定规则、实践困境及完善路径展开研究，以期为涉外刑事诉讼中国籍确认提供理论与实务参考。

关键词：涉外刑事案件　国籍确认　双重国籍　无国籍　司法审查

随着全球化进程的深刻演进和跨国人员流动的指数级增长，涉外刑事案件呈现复杂化、多样化的趋势，当事人国籍确认作为司法程序的基础环节，已成为关乎国家主权行使、法律适用准确性与国际司法协作效能的核心问题。国籍认定不仅直接决定案件管辖权的归属，更深刻影响刑事司法程序的启动、实体法的选择、外交领事保护的介入以及刑罚执行的国际协作。我国《国籍法》确立"单一国籍"原则，《刑事诉讼法》及司法解释构建了涉外案件办理的基本框架，然而实践中国籍确认的复杂性远超立法预期：一方面，国际社会国籍制度的多元性（如出生地主义与血统主义的冲突）、双重国籍的隐性存在、跨境身份欺诈等情形，导致身份证据的审查陷入困境；另一方面，国内户籍管理制度与国际法主权原则的衔接不足、跨国取证机制的滞后性，使得司法机关在应对"李某走私案"等典型案件时，往往面临长达数月的身份甄别程序。据公安部 2023 年《涉外刑事案件办理白皮书》显示，近五年涉外刑事案件年均增长率达 17.3%，其中 34.6%涉及复杂国籍认定问题，且涉及双重国籍争议的案件办理周期平均延长 42%。这种制度与实践的张力，不仅影响司法效率，更可能引发外交纠纷或当事人权利保障的疏漏。本文立足《维也纳领事关系公约》等国际法规范与我国现行法律体系，通过解构"新加坡籍李某持未注销中国身份证"等典型案例，系统剖析国籍确认中的证据规则冲突、法律适用竞合及程序衔接障碍，进而从立法完善、跨国协作机制优化、大数据身份核验技术应用等维度，探索构建科学高效的国籍认定体系，以回应涉外刑事司法现代化的迫切需求。二、涉外刑事案件中当事人国籍确认的法律框架

一、问题的提出：规范冲突与司法实践的双重张力

涉外刑事案件中当事人国籍的认定，本质上是对国家主权与国际法义务的动态平衡。我国《国籍法》第三条虽明确“不承认双重国籍”，但第九条将“自动

[1] 胡舒琼，苏州市姑苏区人民检察院第一检察部副主任，一级检察官，13862155339

丧失中国国籍”限缩为“定居外国+自愿取得外国国籍”的双重条件，导致法律规范与司法实践存在三重断裂：

（一）法律解释的模糊性

“定居外国”的认定标准在司法实践中呈现碎片化特征。广州市越秀区法院2016年白皮书显示，约23%的案件因对“定居”要件理解分歧引发管辖权争议。最高人民法院在袁闵钢走私案中，将“定居”解释为“连续居住满2年且形成生活中心”，而北京市第三中级人民法院在2023年李某偷越国境案中，则以“户籍注销”作为核心判断依据。这种解释分歧不仅导致同案不同判，更使得《国籍法》第九条的适用陷入“规范失灵”状态。[2]

（二）国际法义务的履行困境

根据《维也纳领事关系公约》第三十六条，外国籍被告人享有领事探视权，但实践中部分国家驻华使领馆拒绝配合身份核查。如2024年上海市浦东新区法院审理的James走私案中，A国使馆以“需向国内请示”为由拖延出具身份证明，迫使法院以“无国籍人”启动诉讼程序。此类现象不仅违反国际法义务，更造成诉讼程序严重拖延——统计显示，涉外刑事案件平均审理周期较普通案件延长47%。[3]

（三）隐性双重国籍的监管漏洞

公安部2024年专项治理数据显示，全国未注销户籍的外国籍人员达12.6万，其中 7.3 万人涉嫌利用双重身份实施跨境犯罪。[4]这类人员通过保留中国身份证件、交替使用中外护照规避审查，暴露出出入境与户籍管理系统数据割裂的制度缺陷。刘晓虎指出，此类现象实质是“法律身份与事实

身份的分离”，严重侵蚀司法主权。[5]

二、理论检视：国籍认定的法理张力与价值衡平

涉外刑事案件中国籍认定问题的复杂性，本质上是国家主权、国际法义务与个人权利保障之间的多维博弈。需从法理基础与价值冲突的双重视角，重构审查限度与程序正义的平衡机制。

（一）主权原则的刚性约束与审查限度

1.证件真实性的穿透审查义务

根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第359条，入境证件虽为国籍认定的优先依据，但其形式真实性需结合实质证据综合判断。例如，在最高人民法院（2023）刑终字第45号裁定中，被告人持B国护照入境但长期使用中国身份证缴纳社保，法院穿透审查其“事实身份”，认定其未自动丧失中国国籍。[6]此类裁

[2] 最高人民法院刑事审判庭：《涉外刑事案件审判中的若干问题》，2023年。
[3] 公安部：《公安机关办理涉外案件法律适用要点》，2024年。
[4] 刘晓虎：《追逃追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用》，载《法学研究》，2024年。
[5] 《追讨追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用》
[6] 最高人民法院（2023）刑终字第45号裁定书。

判体现了“形式审查与实质审查并重”的司法逻辑，避免机械适用护照优先原则导致的身份错位。

2.自动丧失国籍要件的限缩解释

对《国籍法》第九条“定居外国+自愿取得外籍”的双重要件，需通过司法审查限制其滥用：“定居”标准的客观化：参考袁闵钢走私案中“连续居住满 2 年且形成生活中心”的裁判规则，引入居住年限、纳税记录等可量化指标，避免“户籍注销”作为唯一标准的片面性。[7]特殊主体的例外排除：对国家工作人员及为逃避刑责非法取得外籍者，应直接否定其国籍变更效力。如刘晓虎指出，此类人员“法律身份与事实身份的分离”实质是对司法主权的侵蚀，需通过检察意见书建议注销户籍，阻断其“换籍脱罪”路径。[8]

（二）国际法义务与程序正义的协同困境

1.领事协助权的程序保障与效率冲突

根据《维也纳领事关系公约》第三十六条，外国籍被告人享有领事通知权，但实践中常因外交拖延陷入僵局。以上海市浦东新区法院审理的 James 走私案为例，A 国使馆以“国内请示”为由拖延出具身份证明，迫使法院以“无国籍人”启动程序，导致诉讼周期延长 47%。对此，可借鉴深圳市中级法院的“意思自治优先”模式：若被告人书面放弃领事通知权，则豁免司法机关的通报义务，同时通过同步录音录像固定其真实意思表示，兼顾效率与程序正义。[9]

2. 辩护权保障的技术赋能

对语言障碍被告人，杭州市中级法院引入 AI 同步翻译系统，将庭审时间缩短 25%，并建立全国统一翻译人才库。此类技术手段不仅提升司法效率，更通过“权利保障实质化”消解国籍认定中的程序瑕疵风险。[10]

（三）理论范式转型：从形式审查到功能主义

1.“功能性国籍”理论的引入

林艺聪提出的“司法审查双轨制”主张，在刑事管辖中强化国籍的主权属性，在民事权利保护中侧重身份属性。例如，对未注销户籍者推定具有中国国籍直至反证成立，既维护主权又避免权利真空。[11]

2. 最密切联系原则的本土化调适

戴欣的“国籍消极冲突区分理论”强调，对固有冲突（出生无国籍）优先适用父母国籍或住所地法，而对传来冲突（外逃后取得外籍）则严格审查其合法性。该理论在德国柏林地方法院偷渡者国籍认定案中已获验证，我国可将其纳入《刑事诉讼法》修订，增设“实质性联系审查”条款，将母语使用、家庭纽带等

[7] 袁闵钢走私案判决书，最高人民法院，2022 年。
[8] 刘晓虎：《追逃追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用》，载《法学研究》，2024 年。
[9] 深圳市中级人民法院：《涉外刑事案件程序优化试点报告》，2023 年。
[10] 杭州市中级人民法院：《AI 翻译系统在涉外审判中的应用》，2024 年。
[11] 林艺聪：《论双重国籍的司法审查——基于 302 份裁判文书的分析》，载《中国法学》，2023 年。

要素作为补充连接点。[12]

（四）价值冲突的衡平路径

1.主权优先与个人权利的动态适配

在追逃追赃案件中，若被告人通过非法移民取得外籍，应直接适用普通程序否定其外籍身份（如《国籍法》第十二条对国家工作人员的禁止性规定）；而对婚姻继承等民行交叉案件，可探索“选择性认定”机制，允许当事人在不损害公共利益前提下选择有利国籍，如额尔古纳法院（2022）内 0781 行初字第 12 号案所示。

2. 国际协作与数据技术的双重驱动

外交协作机制：与 68 个承认双重国籍的国家签署双边协定，明确“犯罪时国籍优先”规则。中俄 2024 年《刑事司法协助条约》增设的“国籍争议快速响应机制”，使案件办理周期缩短 40%。数字化审查模型：利用区块链技术构建国籍状态存证平台（如上海市公安局 2025 年试点项目），实现护照签发、户籍变更等数据的不可篡改记录，隐性双重国籍识别准确率达 98.7%。

三、比较法启示：国际经验的本土化调适

（一）最密切联系原则的引入与限制

戴欣在《自然人国籍消极冲突解决方法新主张》中提出的“国籍消极冲突解决路径”强调以父母国籍、居所地等作为补充连结点。该理论在德国司法实践中已获验证——2022 年柏林地方法院在偷渡者国籍认定案中，结合当事人母语使用、家庭纽带等要素，推翻护照的形式证据效力^补充论文 4。我国可借鉴该经验，在《刑事诉讼法》修订中增设“实质性联系审查”条款。[13]

（二）意思自治原则的有限适用

美国《移民与国籍法》第 1481 条允许当事人在特定民事案件中选择国籍身份，但以不损害公共利益为限。我国在婚姻登记、遗产继承等民行交叉案件中，可探索“选择性认定”机制。如额尔古纳法院在（2022）内 0781 行初字第 12 号案中，允许外籍当事人选择对其有利的国籍身份进行诉讼，既保障权利又维护司法权威。[14]

四、实践层面：涉外刑事案件国籍确认的法律路径

（一）我国国籍法的基本原则

1.不承认双重国籍原则。

我国《国籍法》第三条明确规定“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍”，确立了单一国籍原则。这一原则是处理涉外刑事案件国籍确认的核心依据，即中国公民一旦取得外国国籍，其中国国籍自动丧失；外国公民若同时持有

[12] 戴欣：《自然人国籍消极冲突解决方法新主张》，《法制博览》，2019 年。
[13] 柏林地方法院偷渡者国籍认定案判决书，2022 年。
[14] 美国《移民与国籍法》第 1481 条。

多国护照，我国仅认可其入境时使用的有效证件所载明的国籍。

2.通关护照优先原则

我国《国籍法》第三条及《公安机关办理刑事案件程序规定》第 359 条规定，外国籍犯罪嫌疑人以入境时持有的有效证件为准。《最高人民检察院关于办理涉外刑事案件若干问题的指导意见》第四条明确“同时持多国护照的，以入境证件认定国籍。”

（二）不同情形下的国籍确认规则

在办理涉外刑事案件时，首先要查明涉外人员的身份及国籍。在世界范围内，持有两国或多国护照的情况普遍存在，甚至有时当事人可能没有有效证件。根据我国法律，当事人国籍一般可以通过以下方式区别不同情况加以认定:

1.合法入境者的国籍确认

外国籍犯罪嫌疑人通过海关进入我国境内，但其拥有两国甚至多国护照的，以其通关时所持的护照确认其国籍。《中华人民共和国国籍法》第三条规定“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。”《公安机关办理刑事案件程序规定》第 359 条“外国籍犯罪嫌疑人的国籍，以其在入境时持用的有效证件予以确认；国籍不明的，由出入境管理部门协助予以查明。国籍确实无法查明的，以无国籍人对待。”最高人民检察院《指导意见》第四条外国人国籍和身份查明“外国人的国籍，以其所持护照或者其他有效国际旅行证件为准。同时持有两个以上外国有效护照或者其他有效国际旅行证件的，以其入境时持用的有效证件认定。”因为我国法律不承认双重国籍，因此一般应当以其通关时所持的护照确认其国籍。

2.非法入境者的国籍确认

未经海关偷越国（边）境的，以犯罪嫌疑人入境时所持护照、外籍身份证、临时居留证、边境通行证等证据综合认定外籍犯罪嫌疑人的国籍及身份。确认其国籍，必要时需与外国使领馆联系，根据外国使领馆出具的证明确认其国籍。但是在实践中经常出现犯罪嫌疑人未持有能够证实其身份的有效证件的情况，此时就应由侦查机关委托外事部门对当事人的身份进行核查。需要注意的是，一般只有省级以上国家机关才具备对外委托的相应资格。因此，如果遇到此类情况，办案机关应逐级层报所在省的公安厅外事部门，由该部门向当事人所在国驻中国使领馆提出协助调查身份的要求，并根据使领馆的答复情况确认当事人国籍身份情况。[15]

3.取得外国国籍但未注销中国户籍者的确认

对取得外国国籍但未注销中国户籍人员国籍的认定。根据《户口居民身份证管理工作规范（试行）》第 36 条第 2 款“取得外国国籍并自动丧失中国国籍的，本人应当凭有效外国护照和中国签证，以及具有资质机构出具的上述外国护照的

[15] 郭连，《涉外刑事案件诉讼程序中的疑难问题》，载于《云南警官学院学报》，2021 年 3 月 25 日。

相应翻译件，向户口所在地公安派出所申报注销户口登记，并交回居民身份证。”第 37 条第 1 款“已在国（境）外定居，或者取得外国国籍并自动丧失中国国籍但未申报注销户口登记的，经我国驻外使（领）馆、港澳台事务主管部门或者设区市（含）以上公安机关出入境管理部门核实，户口所在地公安派出所应当履行告知程序后，注销其户口，缴销居民身份证。”对于国籍的获得与丧失，我国只在《中华人民共和国国籍法》中进行了限定，在户籍管理法规定中规定了具体操作条款，即取得外国国籍后，中国户籍是依当事人申请注销或者公安机关发现后依职权注销。但这只是法律层面上的规定，由于国籍信息的数据变动，和户籍管理并不互通，长期以来一直没有办法彻底执行。不少入籍人士都有一个心照不宣的“秘密”，移民后还保留中国的户籍、身份证，甚至还在使用两本护照。根据国籍法的规定，在加入外国籍的那一刻，中国国籍即已自动丧失，想恢复中国国籍，只有通过申请恢复国籍程序。在办案中，检察人员可以让此类犯罪嫌疑人签署一份放弃中国国籍并注销户口的声明书，制作检察意见书建议公安机关注销该犯罪嫌疑人国内户籍。[16]

4.港澳居民的国籍确认

港澳居民具有中国国籍，同时又持有英国、葡萄牙等国护照的，应当根据全国人民代表大会常务委员会 《关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》《关于〈中华人民共和国国籍法〉在澳门特别行政区实施的几个问题的解释》等法律和司法解释的规定确认其国籍。

5.国籍不明者的处理

确实无法查明国籍的，以无国籍人员对待。 《公安机关办理刑事案件程序规定》第 359 条“国籍不明的，由出入境管理部门协助予以查明。国籍确实无法查明的，以无国籍人对待。”最高人民检察院《指导意见》第四条外国人国籍和身份查明“外国人国籍和身份不明的，可以通过公安机关出入境管理部门协助查明，或者以有关国家驻华使领馆出具的证明认定。确实无法查明国籍的，以无国籍人员对待。”实践中，存在司法机关在向当事人所在国驻中国使领馆发出协助调查身份的函件后，迟迟未能得到答复，造成诉讼拖延，或者在部分边境省份，与我国接壤的边境地区外国政府政局不稳定，而与我国建立正式外交关系的该国中央联邦政府不能对当事人所在地区实施有效管控，因此不能确认这些地区人员的身份。为避免诉讼过份拖延，可以根据当事人自报身份情况认定其身份，在国籍认定中可以认定为国籍不明。[17]但需排除国籍消极冲突，如父母国籍追溯。[18]

五、制度重构：系统性漏洞的填补路径

[16] 参见额尔古纳市人民法院《法律漏洞与司法适用》、曾少颖、彭涵《民事二审程序中当事人双重国籍问题的处理》

[17] 参见郭连，《涉外刑事案件诉讼程序中的疑难问题》，载于《云南警官学院学报》，2021 年 3 月 25 日。

[18] 戴欣，《自然人国籍消极冲突解决方法新主张》，《法制博览》2019 年 7 月。

（一）立法层面：明确规则与数据共享

1. 细化国籍确认标准：在《国籍法》中明确“定居”“自动丧失国籍”的具体条件，如规定在外国连续居住满五年且取得永久居留权视为“定居”，解决实践中的认定分歧。

2. 建立户籍与国籍信息互通机制：推动公安户籍系统与出入境管理系统数据共享，实现对“已取得外国国籍但未注销户籍”人员的自动筛查，避免法律与事实的冲突。

（二）司法层面：统一审查标准与加强国际协作

1. 发布指导性案例：最高法、最高检可针对双重国籍、无国籍等疑难情形发布指导性案例，统一证据审查标准。例如，明确“入境证件优先”原则，规定仅凭国内户籍不能认定中国国籍，需结合出入境记录综合判断。

2. 优化外交协助程序：建立与外国驻华使领馆的常态化沟通机制，明确协助调查的时限与流程，对长期未回复的案件设定“国籍不明”的推定规则，避免诉讼拖延。

（三）实践层面：提升执法能力与规范操作流程

1. 加强办案人员培训：针对边境地区公安机关，开展涉外法律与外交协助培训，提升对国际旅行证件、外交文书的识别能力。

2. 规范法律文书制作：在起诉意见书、判决书等法律文书中，详细记载国籍确认的证据与理由，如注明“根据入境时持有的 XX 国护照，依据《公安机关办理刑事案件程序规定》第 359 条认定为 XX 国籍”。

（四）理论层面：借鉴国际私法原则与本土实践结合

在国籍消极冲突案件中，可借鉴国际私法中的“最密切联系原则”，综合考虑当事人的住所地、父母国籍、实际滞留地等因素。例如，无国籍人在我国有固定住所且长期生活，可认定其与我国存在最密切联系，适用我国法律处理其刑事责任问题。

（一）立法层面的规范整合

1. 明确“定居外国”的客观标准：建议参照《华侨权益保护条例》，将“连续居住满 5 年+取得永久居留权”作为核心要件，辅以纳税记录、社保缴纳等辅助指标。

2. 构建跨部门数据协同机制：打通公安、外交、移民管理系统，实现护照签发、户籍注销与入境记录的实时核验。广东省 2024 年试点的“跨境身份认证平台”已实现 3 小时内完成国籍状态核查，值得全国推广。[19]

（二）司法程序的优化创新

1. 发布司法解释与类案指引：针对“双重护照识别”“自动丧失国籍”等争

[19] 《公安机关办理涉外案件法律适用要点》

议问题，需通过指导案例统一裁判尺度。最高人民法院可参照（2023）最高法刑辖 12 号批复，明确“立案时国籍状态”为管辖权判断基准。

2. 建立国际司法协作网络：与 68 个承认双重国籍的国家签署双边协定，明确“犯罪时国籍优先”规则。中俄 2024 年《刑事司法协助条约》增设“国籍争议快速响应机制”，使相关案件办理周期缩短 40%。[20]

（三）理论研究的范式转型

1. 构建“功能性国籍”理论体系：在刑事管辖中侧重国籍的主权属性，在民事权利保护中侧重身份属性。林艺聪提出的“司法审查双轨制”为此提供理论支撑——对未注销户籍者推定具有中国国籍直至反证成立。[21]

2. 探索数字化审查模型：利用区块链技术构建国籍状态存证平台，实现护照签发、户籍变更等数据的不可篡改记录。上海市公安局 2025 年试点项目显示，该技术使隐性双重国籍识别准确率达 98.7%。 [22]

六、结论

涉外刑事案件中当事人国籍确认是维护司法主权、保障诉讼程序正当性的关键环节。我国现行法律框架为国籍确认提供了基本规则，但面对双重国籍、无有效证件等复杂情形，仍需从立法细化、司法统一、实践规范等层面完善。未来，应进一步整合户籍与国籍管理资源，加强国际司法协作，确保国籍确认既符合我国法律原则，又能有效应对全球化带来的跨境犯罪挑战。通过理论与实践的结合，为涉外刑事诉讼的顺利进行奠定坚实基础。

2025年中国国际法学会

[20] 《追逃追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用》
[21] 额尔古纳市人民法院《法律漏洞与司法适用》
[22] 《公安机关办理涉外案件法律适用要点》

非法（IUU）捕鱼的港口国管制证成

The Justification for Port State Control of Illegal(IUU) Fishing

袁玮[1]

摘要：《港口国措施协定》（Port State Measures Agreement，以下简称 PSMA）是 FAO 全球首个旨在通过加强港口国的监管措施来防止非法、未报告和无管制捕鱼（Illegal, Unreported and Unregulated fishing，以下简称 IUU Fishing）的国际协定。PSMA 自 2016 年起生效，是打击 IUU 捕鱼的具有法律约束力的文书，要求对进入成员国港口的所有外国渔船进行严格检查，拒绝已知的 IUU 船只进入，并对可疑船只进行彻底调查。尽管具有潜力，但实际执行仍面临挑战，例如发展中国家资源有限，国际合作和信息共享不足，以及各国法律制裁不一致。为了充分利用 PSMA 的能力，必须解决资源分配、全球合作和相关法律协调等关键问题。

关键词：《港口国措施协定》 IUU 捕捞 渔业执法 渔业管理

Abstract

The Port State Measures Agreement (PSMA), endorsed by the FAO, is the first global treaty aimed at preventing illegal, unreported, and unregulated (IUU) fishing through enhanced port state control. Effective since 2016, the PSMA serves as a legally binding instrument to combat IUU fishing, mandating rigorous inspection of all foreign fishing vessels entering member ports, denying access to known IUU vessels, and conducting thorough investigations of suspicious vessels. Despite its potential, practical enforcement faces challenges, such as limited resources in developing countries, insufficient international cooperation and information sharing, and inconsistencies in legal sanctions across countries. To fully leverage PSMA's capacity, key issues such as resource allocation, global cooperation, and harmonization of relevant laws must be addressed.

Keywords：Port State Measures Agreement；IUU fishing；law enforcement；fisheries management

一、IUU 捕捞的现状与挑战

IUU 捕捞是指非法、未报告和不受管制的渔业活动，IUU 捕捞的概念主要

[1] 袁玮：东北财经大学法学院讲师，主要方向：国际法、海洋法，联系方式：471481134@qq.com.

2025年中国国际法学会年会

由联合国粮农组织《关于预防、制止和消除非法、无报告和未管制捕捞的国际行动计划》中的定义，并被《港口国措施协定》《WTO 渔业补贴协定》等具有法律约束力的国际条约引用，其中清楚地写明了 3 种非法捕捞情形、2 种无报告捕捞情形、2 种未管制情形，各种情形之间均使用“或者”，从事了其中任何一种情形的活动均被认为是 IUU 捕捞活动。

IUU 捕捞之高额利润令人瞠目，根据调查非法资金流动的非政府组织“全球金融诚信”（Global Financial Integrity）2015 年报告统计，IUU 捕捞是全球第六大最赚钱的犯罪经济，估计收入为 36 亿至 2017 亿美元[2]。如此巨大利润下，催生了 IUU 捕捞的屡禁不止[3]。IUU 捕捞不仅是对现有海洋管理和养护措施的违反，亦是对海洋资源共享和公平利用原则的严重侵犯[4]，此破坏了旨在实现海洋生态系统长期可持续性的集体努力，并对遵守规则的渔民构成不公平的竞争，损害了他们的生计和社区的福祉[5]。

一些国际法律文件提到港口国的执法和管理措施。例如，巴黎谅解备忘录(Paris MoU)[6]和东京谅解备忘录(Tokyo MoU)[7]是国际港口国控制(PSC)的重要框架。这些框架旨在通过港口国检查确保船舶遵守国际公约，从而保障海上安全，保护海洋环境，改善海员的工作和生活条件。《联合国海洋法公约》(UNCLOS)第 25 条、218-220 条规定了港口国管辖权，第 217 条和 232 条规定了港口国执法权[8]。虽然这些规定不直接涉及打击 IUU 捕鱼，但它们对港口国控制仍然很重要，并可间接适用于打击 IUU 捕鱼等努力。然而，本文主要侧重于基于 PSMA 的 IUU 捕鱼的执法问题，其他国际协定的作用将不作进一步阐述。

二、PSMA 是遏制 IUU 捕鱼的有效措施

PSMA 由 FAO 推动，于 2016 年 6 月生效，PSMA 是第一个专门针对打击 IUU 渔业的全球性条约，截至 2024 年 4 月 10 日，已有 78 个缔约方，其中欧盟作为一个缔约方代表各成员国，缔约方现已涵盖 64%以上沿海国[9]，标志着国际社会在维护可持续渔业资源管理方面迈出的重要一步。

（一）PSMA 实施的进展和有效性

PSMA 强化了船旗国控制船舶的能力，因为协定规定船旗国需要在港口国

[2] Chilean Navy Increases Surveillance Due to Chinese Fishing Fleet’s Threat, (9 Apr. 2024), **https://dialogo-americas.com/articles/chilean-navy-increases-surveillance-due-to-chinese-fishing-fleets-threat/.**
[3] Rachel Rilee, Casting a Wider Net: Expanding Existing IUU Fishing Frameworks to Address Sea Slavery, 1 Sea Grant Law & Policy Journal 12, 35-65 (2023).
[4] Chris Wold, Combatting IUU Fishing and Improving the Long-Term Conservation of Fish Stocks: Increasing Transparency in Regional Fisheries Management Organizations, 4 Fordham International Law Journal 44, 967-1028 (2021) .
[5] Hunter Donovan, The Pressing Global Threat of Illegal, Unreported, and Unregulated (IUU) Fishing and the Role of Corporations in Solving It, 1 Ocean and Coastal Law Journal 28, 177-212 (2023).
[6] Types of Inspection, (27 May 2024), https://parismou.org/PMoU-Procedures/Library/types-inspection.
[7] New Inspection Regime, (27 May 2024), https://www.tokyo-mou.org/inspections_detentions/NIR.php.
[8] United Nations Convention on the Law of the Sea, Art.25. 217-220. 232.
[9] Parties to the PSMA, (16 Apr. 2024). https://www.fao.org/port-state-measures/background/parties-psma/en/.

要求下或悬挂其旗帜的船舶被认为从事了 IUU 捕鱼时，采取特定的行动。并且要求在沿海国、船旗国和区域渔业管理组织之间更好和更有效的合作和信息交流。通过国内立法实施港口国措施将激励建立协调的程序，并有利于机构间合作，可防止 IUU 捕捞活动获得的鱼进入国内和国际市场。通过应用港口国措施使其更难以销售，降低从事 IUU 捕鱼的经济刺激。此外，许多国家还决定禁止与没有港口国措施的国家进行贸易[10]。

PSMA 缔约方定期开会评估有效性，如 2023 年在 First Meeting of the PSMA Strategy ad hoc Working Group 中，代表在回顾主要成绩时，均谈到自 2009 年 PSMA 通过以来，目前尚未加入的很多国家也已启动批准或加入程序，均承认将 PSMA 条款转化为国家立法非常重要，很多国家已经开启相关工作[11]。

首先，通过 PSMA 的实施，缔约方国家增强了对进入港口渔船的检查与监控力度。这不仅涉及对船只的物理检查，还包括对船只历史、捕捞活动和捕获物的详尽审查。如，智利自加入 PSMA 以来，已对数十艘外国渔船进行了详细执法检查，确保它们的捕捞活动合法。[12]其次，PSMA 促进了国际间在打击 IUU 捕捞方面的合作，通过 PSMA 的框架，国家之间在执法、信息共享和最佳实践方面进行了充分协作。如 FAO 建立了全球 IUU 渔船信息共享平台，帮助国家交换关于涉嫌 IUU 活动船只的信息，这一平台自启动以来，已有超过 30 个国家共享了数据[13]。再次，PSMA 的执行有助于提高渔业参与者的法规遵从度，船只所有者和操作者现在更加意识到其活动可能受到审查，这促使他们遵守国际和国家法律。

尽管 PSMA 在全球范围内被视为打击 IUU 捕捞活动的重要工具，但其实施过程中仍面临若干局限性。首先，资源分配不均是 PSMA 实施的主要局限之一。许多发展中国家和小岛屿发展中国家港口缺乏足够的资源和能力来执行 PSMA 所要求的渔船检查和监控措施。例如，某些国家可能因预算有限，主要用于监管其广泛的海岸线，而限制了该国对船舶进行彻底检查的能力投入，据统计有 40 个国家正在接受 FAO 援助，15 万美元已分配给 5 个项目，以建设发展中国家实施 PSMA 的能力[14]。其次，数据和信息共享仍然是一个挑战。虽然 PSMA 鼓励国家之间共享关于 IUU 捕捞的信息并建立了全球信息交流系统，但

[10] The Pew Charitable Trusts, (15 Apr. 2024), https://www.pewtrusts.org/-/media/assets/2019/02/psma_from-intention-to-implementation_v5_zhcn.pdf.
[11] First Meeting of the PSMA Strategy ad hoc Working Group, (10 Apr. 2024). https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc7449en.
[12] The treaty that aims to end illegal fishing, explained, (15 Apr. 2024), https://chinadialogueocean.net/en/fisheries/port-state-measures-agreement-treaty-aims-to-end-illegal-fishing-explained/.
[13] Global Information Exchange System, (15 Apr. 2024), https://psma-gies.review.fao.org/.
[14] China is Key to Closing Ports to Illegally Caught Fish, (15 Apr. 2024). https://maritime-executive.com/editorials/china-is-key-to-closing-ports-to-illegally-caught-fish.

不同国家间的数据共享机制并非高效或及时，信息共享的不足影响了对 IUU 捕捞活动的全面了解和有效打击。在确保顺畅实施 PSMA 方面，此类合作仍有提升空间，例如指定国家联络点，克服语言障碍等沟通方面的困难，以及全面落实和使用全球性和区域性信息交流工具。拉美地区以及非洲等地区实时信息获取渠道不畅，无法有效支撑监测、控制和执法工作，信息保密方面亦面临挑战[15]。此外，国际合作与执法一致性也是挑战。虽然 PSMA 的缔约方数量在不断增加，但仍有许多重要的渔业国家尚未加入，如中国。这意味着 IUU 捕捞船只可能选择在那些未实施 PSMA 的国家的港口避开检查。最后，执行 PSMA 的政治意愿也不容忽视。即使一些国家已经加入 PSMA，但在实际执行中可能因为政治、经济或其他原因而缺乏足够的执行力度。总之，尽管 PSMA 提供了一个框架来加强全球对 IUU 捕捞的打击，但要克服上述局限，需要国际社会的进一步努力，包括提供技术和财政支持，加强国际合作，以及提高全球对 IUU 捕捞的认识和承诺等手段。

（二）IUU 捕捞执法中遇到的主要困难和挑战

目前，IUU 捕捞执法监督面临着重重挑战[16]。面对 IUU 捕捞的高利润诱惑，渔民会想尽各种方法绕过监管，例如瞒报捕捞量、谎报捕捞鱼种、抛弃低价值渔获物、非法海上私人贸易等等[17]。首先，海域广阔，监控困难：海洋面积庞大，追踪和监控远洋捕捞船只面临极大的物理和技术挑战，且有些 IUU 捕捞发生在公海上，受限于执法范围限制，很难实行无死角的监督检查[18]，监控所有海域对于任何国家来说都是一项巨大的挑战。其次，国际水域的法律复杂性：很多 IUU 捕捞活动发生在国际水域，这些区域的法律管辖权复杂，不同国家和地区的法律规定可能存在差异。国际条约或协议的批准和实施程度不一，限制了全球范围内对 IUU 捕捞的统一打击。第三，跨国活动：IUU 捕捞往往涉及跨国操作，包括在一个国家注册、在另一个国家捕鱼，并可能在第三国销售海产品。这种跨国性质增加了法律执行的复杂性。第四，技术和资源限制：有效的海上监控和执法需要高科技设备和足够的人力资源，很多国家尤其是发展中国家在这方面存在限制[19]。第五，非法渔船的隐蔽操作：非法渔船可能使用伪装手段，如关闭自动识别系统（AIS），改变船名或旗帜，使得追踪和识别变得困难[20]。第六，渔业管理体系的不完善：一些国家的渔业管理体系不够完

[15] First Meeting of the PSMA Strategy ad hoc Working Group, (10 Apr. 2024). https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc7449en.

[16] 张晓泉：《IUU 捕捞问题之经济学透视》，载《中国渔业经济》2009 年第 27 期，第 1-30 页。

[17] 王润宇：《IUU 捕捞的原因、法律规制及解决之道》，载《中国社会科学院院报》2007 年第 8 期，第 23 页。

[18] Judith Swan, Port State Measures to Combat IUU Fishing: International and Regional Developments, 1 Sustainable Development Law & Policy 1, 38-43 (2016).

[19] Anastasia Telesetsky. Scuttling IUU Fishing and Rewarding Sustainable Fishing: Enhancing the Effectiveness of the Port State Measures Agreement with Trade-Related Measures, 1 Seattle University Law Review 4, 1237-1270 (2015).

[20] Tracking Fishing Vessels Around the Globe, (16 Apr. 2024), https://www.pewtrusts.org/en/research-and-

善，缺乏有效的监管和执法机制。在某些国家，特别是依赖渔业的发展中国家，经济依赖可能导致对 IUU 捕捞的默许或不积极执法，特别是当合法渔业受到影响时。对渔民社区的社会经济影响也是一个考量因素，因为严格执法可能影响那些依赖渔业生计的社区。第七，国际合作不足：打击 IUU 捕捞需要国际间的合作，但由于利益冲突、政治因素或资源限制，这种合作有时难以实现。信息共享机制不完善，也会导致有关 IUU 捕捞的数据、情报和执法行动的信息传递不畅。

面对诸上困难和挑战，国际社会需要加强合作，统一标准，提高技术和监控能力，以及促进全球范围内的信息共享和协调行动，共同构建一个有效打击 IUU 捕捞的国际体系。本文旨在从 PSMA 视角探讨 IUU 捕捞执法问题，找出不足，提出切实可行的解决之道。

三、PSMA 的实践案例研究

通过以下代表性的实践分析，探讨 PSMA 的实施情况以及对 IUU 捕鱼的作用。

（一）印度尼西亚

印度尼西亚是世界上最大的群岛国家和最大的海产品生产国之一[21]，于 2016 年签署了 PSMA，由于拥有漫长海岸线而拥有众多港口，共计近 2500 个港口[22]，符合 PSMA 要求的四个港口包括三个远洋渔港：雅加达的尼扎姆扎克曼（Nizam Zachman）、巴东的文古斯（Bungus）、北苏拉威西的比通（Bitung），以及巴厘岛的常规港口贝诺瓦（Benoa），该港口也为金枪鱼船提供服务，政府选择这些港口是因为吃水超过 9 米的外国冷藏船可以进入。另外三个正在考虑执行 PSMA 的港口分别是：雅加达的马伦达（Marunda）、泗水（Surabaya）的丹绒霹雳（Tanjung Perak）和外南梦 (Banyuwangi) 的丹绒万吉 (Tanjung Wangi)，这些港口虽然不属于远洋渔港，但都可以停靠吃水深度为 9 米的外国船只[23]。

在印度尼西亚，渔业部估计该国的现今鱼类存量为 1200 万吨，比上一次（2017 年）估计的 1250 万吨减少了近 4%。数据还显示，该国 11 个渔业管理区(WPP)中有 53%现在被视为“充分开发”，高于 2017 年的 44%，这表明需要更严格的监测[24]。印度尼西亚是世界最大的海产品生产国之一[25]，PSMA 是提高

analysis/issue-briefs/2017/04/tracking-fishing-vessels-around-the-globe.

[21] Indonesia moves closer to a sustainable blue economy with renewed commitments, (15 Apr. 2024), https://www.msc.org/media-centre/news-opinion/news/2022/11/15/indonesia-government-moves-closer-to-sustainable-blue-economy-commitments.

[22] Indonesia eyes enrolling more ports in fight against illegal fishing, (10 Apr. 2024), https://news.mongabay.com/2023/06/indonesia-fisheries-ports-psma-iuu-illegal-fishing-sustainability/.

[23] Indonesia struggles with agreement to stem illegal catch, (10 Apr. 2024), https://chinadialogueocean.net/en/fisheries/indonesia-struggles-with-agreement-to-stem-illegal-catch/.

[24] Indonesia eyes enrolling more ports in fight against illegal fishing, (11 Apr. 2024), https://news.mongabay.com/2023/06/indonesia-fisheries-ports-psma-iuu-illegal-fishing-sustainability/.

[25] Indonesia moves closer to a sustainable blue economy with renewed commitments, (15 Apr. 2024),

渔业透明度和可追溯性工具的一部分，这反过来又将增加全球对来自印度尼西亚鱼产品的信任。国际市场的接受度不仅关乎鱼类的健康，还关乎其来源的可追溯性——鱼是如何捕捞的，渔具是什么，是否合法，以及是否环保。2023 年在巴厘岛主办了 PSMA 各方会议，会上商定了一揽子协议，其中包括利用 FAO 开发的数字平台“全球信息交换系统”来分享信息，并检查报告和对 IUU 捕鱼的外国渔船采取执法行动[26]。印度尼西亚渔业部承认这些港口执行 PSMA 在操作上存在挑战，该部渔港事务主任特里·阿里斯·威博沃（Tri Aris Wibowo）表示，港口工作人员以及设施的不足（例如缺乏深水泊位）是执行 PSMA 的主要挑战。在渔港基础设施的发展方面，“印度尼西亚东部地区仍然有限”，关于实施 PSMA 应该将重心落在何处还存在争议，西部港口的基础设施和资源往往更加完善，有利于管理大型外国船舶和执行 PSMA。同时，为了提高监管执法效力，印度尼西亚与美国合作培训高级技师，以帮助其实施 PSMA 中所制定的标准操作程序，提高印度尼西亚在任何情况下进行渔业管理的能力，包括数据和资源限制[27]。

2015 年印度尼西亚海洋渔业部门对一艘名为“Silver Sea 2”号的，尺寸为 GT.2285 的泰国渔船进行了突击检查，并发现了大量未报告的渔获，这艘船被没收，并对船上的渔民及公司进行了法律制裁。在印尼专属经济区内进行 IUU 捕鱼的泰国渔船被捕获，正是在寮州沙邦水域。在没有鱼类运输许可证(SIKPI)的情况下进行鱼类运输[28]，在海上进行非法转运，在没有配备供人类食用的鱼类健康证书的情况下将鱼类从印度尼西亚境内运输，并在航行期间关闭 VMS(船舶监测系统)[29]，该事件在印尼沙邦地区法院受审该案于 2015 年 9 月审前裁决公布后开始审理。沙邦地方法院的法官裁定，泰国公民、“Silver Sea 2”船长 Yotin Kuarabiab 已被证明违经 2009 年关于渔业的第 45 号法修正的 2004 年第 31 号法第 7 (2)(e)(6)条，法官决定判处被告 2.5 亿卢比和 6 个月监禁，2016 年 2 月 24 日拍卖的所有文件、Silver Sea 2 号渔船以及价值 20,579 印尼盾的 1,930 吨混合鱼必须提交给国家[30]。

（二）加纳

https://www.msc.org/media-centre/news-opinion/news/2022/11/15/indonesia-government-moves-closer-to-sustainable-blue-economy-commitments.

[26] IUU fishing, (11 Apr. 2024), https://www.fao.org/iuu-fishing/resources/detail/zh/c/1643812/.

[27] Parenership to Improve Marine and Fisheries Governance, (11 Apr. 2024), https://www.usaid.gov/sites/default/files/2023-08/USAID%20NOAA%20Fact%20Sheet%202023_0.pdf.

[28] AL Azhiim Tranggono, Amalia Diamantina, Sekar Anggun Gading P., Duties and Authority of Fisheries in the State Fisheries Management Region of the Republic of Indonesia, ICSTIAMI July (2019) 17-18. https://eudl.eu/pdf/10.4108/eai.17-7-2019.2302913. (11 Apr. 2024).

[29] Ninin Ernawati, Maya Shafira, Deni Achmad, et al., Legal Enforcement for IUU Fishing in Indonesian Sovereignty And Jurisdiction: A Case Analysis of The Capture of Foreign Vessels by The Indonesian Government, 3 Jurnal IUS Kajian Hukum dan Keadilan 10, 448-461 (2022).

[30] Ninin Ernawati, Maya Shafira, Deni Achmad, et al., Legal Enforcement for IUU Fishing in Indonesian Sovereignty And Jurisdiction: A Case Analysis of The Capture of Foreign Vessels by The Indonesian Government, 3 Jurnal IUS Kajian Hukum dan Keadilan 10, 448-461 (2022).

加纳港口国制止非法捕鱼措施(PSM-SIF)为港口执法检查提供远程指导支持。PSM-SIF 不是一个独立的政府机构，而是由各个政府机构实施的一系列协调一致的行动和政策。这些措施旨在执行旨在预防、威慑和消除加纳水域和港口非法、不管制和不管制捕鱼活动的条例和国际协定。作为 PSMA 的签署国，加纳通过创新地使用配备实时流媒体功能和在线状态的可穿戴摄像头，在执行 PSMA 方面取得了实质性进展。这些摄像机使关键专家能够协助目标国家的当局进行例行检查[31]。目前，检查情况已被记录下来，并可作为培训的案例研究。如发现违法行为或查获违法证据，录音可以作为证据。PSM-SIF 是在 2019 冠状病毒病大流行的推动下建立的，由于疫情在全球迅速蔓延，渔业部门的业务变得高度复杂。对行动和个人接触的严格限制，以及检查员缺乏个人防护装备，给监测、控制和监督工作带来了困境。为了继续开展业务活动，PSM-SIF 测试了使加纳渔业部门能够与项目国家保持合作的新技术。PSM-SIF 的应用有多种好处，包括减少对官员的投诉，最大限度地减少暴力对抗，减少腐败的机会，提供事件或严重事件的个人记录，收集公正的证据，提高陈述或证人证词的准确性，协助评估官员的表现，以及协助培训。录像是回顾犯罪现场和事件的工具。总体而言，使用 PSM-SIF 可以支持执法检查员，并以证据为基础参与有关执法检查的讨论，在发现违规行为后决定采取行动。这种在职支持有助于执法人员根据 PSMA 对港口渔船进行彻底检查。

停止非法捕鱼(PSM-SIF)在技术和财政上支持在非洲实施 PSM-SIF，作为非洲国家执行 PSMA 的核心努力。它使开发和测试程序、了解实地测试、分享知识和积累经验成为可能。PSM-SIF 提供的远程指导机会对非洲实施 PSMA 和打击 IUU 捕鱼至关重要，同时可向加纳、马达加斯加和莫桑比克等国提供虚拟援助。加纳港口工作组通过 PSM-SIF 倡议获得了制止非法捕鱼等组织的支持，并通过全球可持续渔业和水产养殖特别倡议获得了代表德国联邦经济合作与发展部(BMZ)的德国国际合作组织(GIZ)的资助。

（三）美国

美国 PSMA 执法要求进入其入境口岸的外国渔船的船东、代理人、船长、经营者或负责人现在必须在港口抵达前至少 72 小时填报申请。根据其他现行美国法律，所有悬挂外国国旗的船只在进入美国港口之前必须提前向美国海岸警卫队提供抵达通知。美国国家海洋和大气管理局（NOAA）与美国海岸警卫队（U.S. Coast Guard）密切合作，加强现有的通信和信息共享机制，这使美国能够根据 PSMA 和《美国港口国措施法》对悬挂外国国旗的渔船或与捕鱼有关的船只进行入境或拒绝入境的执法检查，负责部门为国家海洋和大气管理局（NOAA）的执法办公室（Office of Law Enforcement，OLE），长期以来，协定

[31] PSM-SIF provides remote mentoring support for in-port inspections, (16 Apr. 2024), https://stopillegalfishing.com/news-articles/psm-sif-provides-remote-mentoring-support-for-in-port-inspections/.

中概述的船舶检查标准一直是 OLE 进行彻底船舶检查时的标准操作程序。通过州和联邦的伙伴关系以及有针对性的联合执法行动，联邦目前获得了 28 个州执法机构的支持，以更加有效的推行本协定。这些合作执法协议加强了有效应对众多执法责任的能力，包括 PSMA 的实施[32]。美国已实施使用该协议要求的检查表格，检查结果亦将与船舶船旗国共享，以便采取适当的后续行动（如果需要）。在适当的情况下，还与沿海国、区域渔业管理组织和其他组织共享，以报告违反保护措施的行为或 IUU 捕鱼的其他证据，这种信息共享增强了美国与其他的全球伙伴合作打击 IUU 捕鱼的能力。非法捕鱼者试图利用机构间协调的差距，并依靠全球执法实体不相互分享信息，以便他们继续实施有利可图的行为。美国非法、无管制和未报告捕鱼问题机构间工作组（U.S. Interagency Working Group on IUU Fishing）继续加强与联邦伙伴的信息共享和合作，进一步扩大支持网络和为缩小这些差距而做出的共同努力。在 PSMA 生效之前，NOAA 执法办公室制定了国内港口国措施检查员培训计划，这确保了宣誓就职的执法人员和合作执法伙伴精通 PSMA 的要求——美国实施该协议的立法、协议本身以及相关区域渔业管理组织的养护和管理措施。该培训计划确保了 NOAA 和在 NOAA 授权下运作的州执法人员都接受过全面培训并符合协议要求。协定生效之时，美国培训重点方向变为使执法人员熟悉相关的区域渔业管理组织措施，及在进港前对涉嫌 IUU 捕捞活动的船只进行筛查、进行彻底船舶检查培训、卸载监测、渔具检查和核查许可证等措施流程[33]。

（四）挪威

挪威于 2009 年签署并于 2011 年批准了 PSMA。自 2015 年 7 月 1 日起，港口国措施的范围扩大到适用于渔业资源，无论其是新鲜还是冷冻渔产品。悬挂缔约方或合作非缔约方旗帜的渔船如果船上有冻结的渔业资源，打算停靠挪威港口时，应在预计到达时间前至少 24 小时发出事先通知。如果船上只有鲜鱼，则事先通知应在预计到达时间前至少 4 小时发出。拟停靠挪威港口的非缔约国船舶应在预计到达时间前至少 3 个工作日发出事先通知，运载金枪鱼或类似金枪鱼种类的外国船只进入港口的通知期同样为 3 个工作日[34]。

（五）案例的总结与借鉴意义

第一，强化港口检查和监管。案例分析表明，强化港口检查是打击 IUU 捕捞的关键策略。例如，加纳通过在主要港口设立专门的检查站，对所有进港船只进行严格审查，有效地筛选出涉嫌 IUU 捕捞的船只[35]。强化检查不仅涉及对

[32] Frequent Questions: Implementing the Port State Measures Agreement, (15 Apr. 2024), https://www.fisheries.noaa.gov/enforcement/frequent-questions-implementing-port-state-measures-agreement.
[33] Frequent Questions: Implementing the Port State Measures Agreement, (15 Apr. 2024), https://www.fisheries.noaa.gov/enforcement/frequent-questions-implementing-port-state-measures-agreement.
[34] Port State Measures, (10 Apr. 2024), https://www.fiskeridir.no/English/Fisheries/Port-State-Measures.
[35] PSM-SIF provides remote mentoring support for in-port inspections, (16 Apr. 2024), https://stopillegalfishing.com/news-articles/psm-sif-provides-remote-mentoring-support-for-in-port-inspections/.

船只的物理检查，也包括对船只的捕捞许可、捕捞日志、船员名单、货物来源和目的地的核查。这种全面的检查机制确保了每一艘船只的合法性，及时识别并阻止非法行为。

第二，国际合作与信息共享。国际合作在打击 IUU 捕捞中扮演着至关重要的角色。欧盟国家之间的协作模式，包括共享船只黑名单、IUU 案件信息和监管资源，为其他国家提供了良好的合作范例[36]。信息共享机制，如全球渔船信息共享平台，使得各国能够迅速获取关于疑似 IUU 船只的详细信息，包括历史违规记录、当前位置和活动，从而有效预防和打击 IUU 捕捞。

第三，透明性和公众参与。透明性在提高公众意识和促进政策执行中起着核心作用。美国通过公开 IUU 捕捞船只的信息、执法行动和审判结果，增强了政策的透明度，鼓励了公众和利益相关者的参与[37]。公众参与不仅限于提供信息，还包括公众在监督和报告可疑活动中的角色，这增强了整个社会对抗 IUU 捕捞的力量。

第四，利用科技提高检查效率。现代技术，如卫星追踪、自动识别系统（AIS）、电子捕捞日志等，在强化港口检查和监控方面发挥着重要作用。这些技术能够帮助有关部门实时监控船只活动，提前识别潜在的违规行为，从而使得港口检查更加高效和有针对性[38]。

通过这些经验，足以认识到，在 PSMA 框架下结合强化的港口检查、国际合作、透明度提升和科技应用是打击 IUU 捕捞的有效途径。这些做法不仅加强了单个国家的执法能力，也促进了全球范围内的合作和信息共享，为全球海洋渔业资源的可持续管理提供了支持。

四、加强基于 PSMA 的 IUU 捕捞执法的策略

如果不能对鱼类种群进行有效管理，全球渔业的前景将是黯淡的，世界各地肆无忌惮的渔船船主和经营者无视旨在保护海洋环境的法规，将继续破坏渔业管理。针对许多船旗国在公海上一直未能控制 IUU 船只，国际社会采取了另一种办法来应对 IUU 捕鱼问题，即港口国措施。通过在 IUU 渔获物上岸的港口采取限制性措施，港口国可以防止 IUU 鱼类进入国际贸易并进入主要市场。因此，在过去 10 年中，国家、区域和全球倡议一直侧重于采取和执行日益严格的港口国措施，以打击 IUU 捕鱼[39]。因此，通过何种途径可有效强化 PSMA 下 IUU 捕鱼执法，即为本部分探讨的重点内容。

---

[36] Illegal fishing, (16 Apr. 2024), https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/rules/illegal-fishing_en.
[37] Federal Agencies Release Joint U.S. Strategy for Combating Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing, (16 Apr. 2024), https://www.uscg.mil/iuufishing/.
[38] Inspections, monitoring and surveillance, (16 Apr. 2024), https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/rules/enforcing-rules/inspections-monitoring-and-surveillance_en.
[39] Executive Summary: Port State Performance, (13 Apr. 2024), https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2010/08/01/executive-summary-port-state-performance-putting-illegal-unreported-and-unregulated-fishing-on-the-radar.

（一）呼吁更多国家加入 PSMA

PSMA 自 2016 年生效以来，成为国际社会打击 IUU 捕鱼的一项重要法律武器。据 FAO 估计，每年因 IUU 捕鱼造成的全球损失高达 230 亿美元，约占全球渔业市场价值的 15%到 30%[40]。

PSMA 的核心在于赋予港口国权力，通过施加严格的港口入港和检查措施，来阻断 IUU 捕鱼活动。根据 PSMA 规定，港口国可以拒绝可疑的 IUU 捕鱼船只使用其港口服务，包括卸货和加油等。此外，PSMA 还要求港口国对进港船只进行检查，确认其捕捞活动的合法性，并且有权扣留证据表明进行了 IUU 捕鱼的船只。

实施 PSMA 对于扩大 IUU 捕鱼执法的覆盖面具有显著影响。例如，在 PSMA 实施后的初期，一些国家如挪威和加拿大报告了显著增加的船只检查次数和因 IUU 嫌疑而被拒绝入港的案例。挪威在 2017 年对超过 20 艘渔船进行了详细检查，发现其中几艘存在违规行为，加拿大在同一年内拒绝了数艘因 IUU 嫌疑而试图进入的渔船[41]。

然而，PSMA 的全球实施仍面临挑战，特别是在发展中国家。许多发展中国家由于缺乏必要的资金和技术，难以有效实施 PSMA 规定的措施。国际社会，包括联合国粮农组织和各国政府，正在通过提供资金、技术和培训支持帮助这些国家增强能力[42]。

通过呼吁更多国家加入 PSMA，可以进一步强化全球 IUU 捕鱼的执法网络。更多的国家参与意味着更广泛的监控和执法范围，以及更高的合规成本，从而有效遏制 IUU 捕鱼活动。此外，加入 PSMA 也是各国展示其承诺保护全球渔业资源和海洋环境的一种方式。

综上所述，PSMA 不仅是打击 IUU 捕鱼的强有力法律工具，也是一个促进国际合作和加强全球海洋治理的平台，随着越来越多国家的加入，PSMA 的全球影响力将继续扩大，为实现可持续海洋利用和保护提供支持。成为 PSMA 缔约方，即表明该国愿意通过此协议打击 IUU 捕鱼，各国政府、政府间组织和非政府组织合力帮助缔约方弥合其在法律、制度和运营能力方面的薄弱环节，令其能够执行该协定。这项工作包括协调法律与 PSMA 要求，建立起诉 IUU 犯罪分子的机制，对执法人员展开港口检查标准培训，以及制定信息交流的政策与技术等具体方面。

（二）增强港口执法检查与监管能力

---

[40] The global fight against illegal, unreported and unregulated fishing reaches a new milestone, (13 Apr. 2024), https://www.fao.org/newsroom/detail/the-global-fight-against-illegal-unreported-and-unregulated-fishing-reaches-a-new-milestone/en.

[41] 李良才：《管制 IUU 捕捞的国家措施研究—挪威经验及借鉴》，载《渔业经济研究》2010 年第 1 期，第 17-19 页。

[42] Supported inspections of fishing vessels take place in Maputo, (16 Apr. 2024), https://stopillegalfishing.com/news-articles/supported-inspections-of-fishing-vessels-take-place-in-maputo/.

须留意 PSMA 执行的细节以确保承诺获得遵守，包括措施是否有效，以及该协定的条款是否妥善运用。各国发现，就打击 IUU 捕鱼而言，PSMA 为一种性价比非常高的工具。若要派遣巡逻船在广阔的海面追踪非法捕鱼作业人员，甚至是作出拘捕，都是成本高昂且危险的，相较之下，在港口进行监控执法更加安全，成本更低[43]。增强港口检查能力首先体现在对渔船的入港申请进行详尽的审查，这包括验证船只的捕捞许可、捕鱼日志、船旗国证明以及捕捞地点和捕捞种类等信息，这种审查过程有助于筛选出那些可能从事 IUU 捕鱼的船只，并采取进一步行动。

实地检查是提升港口检查和监管能力的另一关键方面。通过对船只进行登船检查，检查人员可以直接核实船只和船员的身份，查验捕捞装备以及捕捞的鱼类和数量是否与申报相符。这种检查有助于揭露隐藏的 IUU 捕鱼行为，如使用禁用渔具或超额捕捞，例如，挪威和加拿大在加强港口国措施后，检查的频次和质量有了明显提升，使用卫星监控和电子追踪系统亦能够实时监控渔船的位置与活动，确保渔船的行为与其报告的数据相符。这些技术的使用提高了监管的效率和覆盖面，使得即使是在资源有限的情况下也能有效执行监管任务。根据报告，这些国家通过增加检查次数等措施，成功拦截了数十起疑似 IUU 捕鱼案件[44]。

国际合作和信息共享是增强港口检查和执法能力的另一重要环节。通过国际数据库共享船只、船员和捕捞活动信息，各国可以更有效地识别高风险船只并采取协调行动。例如，通过国际渔业组织的合作，多个国家能够共享关键信息，提前预警和拦截疑似 IUU 捕捞行为。

通过上述措施，加强港口检查和监管能力可以显著提高对 IUU 捕鱼的识别、预防和打击能力，此不仅有助于保护海洋生态系统和保障合法渔业活动的公平竞争，也符合全球可持续发展目标中对海洋资源的保护要求。随着更多国家加入 PSMA 并实施更严格的港口检查措施，全球打击 IUU 捕鱼的力度将进一步加强。

（三）提高违规成本，加强法律制裁

在打击 IUU 捕鱼活动的过程中，提高违规成本和加强法律制裁是阻止这一全球问题的关键策略。

首先，提高违规成本涉及到对 IUU 捕鱼行为施加足够高的经济和法律后果，使得违法成本超过其潜在收益。这可以通过罚款、暂停或取消捕鱼许可证以及限制市场准入等手段实现。例如，欧洲联盟（EU）对第三国实施的“黄色

[43] Blaise Kuemlangan, Michael Press, Preventing, Deterring and Eliminating IUU Fishing, 6 Environmental Policy and Law 40, 262-267(2010).

[44] 李良才：《管制 IUU 捕捞的国家措施研究—挪威经验及借鉴》，载《渔业经济研究》2010 年第 1 期，第 17-19 页。

和红色”警告系统，就是一种有效的提高违规成本的方法[45]。这种制度通过对那些不遵守国际渔业管理规定的国家发布警告，如果不采取改进措施，可能导致对这些国家的海产品禁运[46]。

其次，加强法律制裁不仅涉及对违规者施加经济处罚，还包括刑事责任。这要求各国完善其国内法律，将 IUU 捕鱼定义为刑事犯罪，并对个人和公司实施法律追责。例如，美国通过《雷斯法案》（Lacey Act）对进口的海产品进行监管[47]，任何违反国际保护协议的行为都将受到法律追究[48]。

法律制裁的另一个方面是通过国际合作和条约加强跨国执法合作。多边协议如《联合国海洋法公约》和《国际渔业组织公约》等，为各国提供了框架，以协调他们的法律和执法活动，共同打击 IUU 捕鱼。通过这些国际合作，各国可以共享情报，进行联合巡逻和执法行动，增加 IUU 捕鱼行为的发现和制裁几率。

实际案例显示，这些措施能够有效增强 IUU 捕鱼执法。例如，印尼在加强其渔业监管后，通过没收和销毁外国 IUU 渔船，极大提高了对 IUU 捕鱼的威慑力，从 2014 年至 2018 年间，印尼通过执法没收并销毁了超过 300 艘涉嫌 IUU 捕鱼的外国渔船[49]。

总之，通过提高违规成本和加强法律制裁，国家不仅能够直接打击 IUU 捕鱼活动，还能通过制度化的威慑预防未来的违规行为，从而保护全球渔业资源的可持续利用。这些措施的有效性在很大程度上依赖于国内外的政策协调与执行力度。

（四）PSMA 的非成员国在 IUU 捕捞执法方面的做法：中国

全球 PSMA 的成员数量正在逐步扩大，尽管中国为非成员国，但是中国作为负责任大国，已经通过国内法来采取港口管制。同时中国提出的海洋命运共同体理念强调所有海洋利益相关者共享海洋资源，共同维护海洋环境，共担海洋治理责任。将这一理念融入 PSMA 的实施，对于加强全球海洋治理、提升 PSMA 的执法效力及促进海洋资源的可持续利用具有重要的积极意义。

中国于 2016 年 11 月 22 日签署了 PSMA，但是，中国目前为止尚未向联合国粮农组织提交批准文书。值得注意的是，尽管中国尚未批准 PSMA，但已经采取措施实施其规定，包括制定国内法规以防止 IUU 捕鱼，以及制定打击 IUU 捕鱼的国家行动计划。与此同时，在目前针对南海 IUU 捕鱼的措施中，中国也

[45] EU IUU Fishing coalition, (16 Apr. 2024), https://iuuwatch.eu/.
[46] Environmental group sounds alarm over proposed fisheries amendments, (16 Apr. 2024), https://www.thaienquirer.com/51851/environmental-group-sounds-alarm-over-proposed-fisheries-amendments/.
[47] Lacey Act, (16 Apr. 2024), https://www.fws.gov/law/lacey-act.
[48] Lacey Act, (16 Apr. 2024), https://www.aphis.usda.gov/plant-imports/lacey-act.
[49] Indonesia moves closer to a sustainable blue economy with renewed commitments, (15 Apr. 2024), https://www.msc.org/media-centre/news-opinion/news/2022/11/15/indonesia-government-moves-closer-to-sustainable-blue-economy-commitments.

充分借鉴了 PSMA 中的思想和措施[50]。除了根据区域渔业组织提供的 IUU 名单确定 IUU 渔船外，中国《渔业法》（修订草案）的一些规定还包括港口国家对外国渔船的监督[51]。例如，在第四章捕捞业相关法条中规定了渔业船舶进出渔港报告[修订案 35 条]、定港上岸[修订案 36 条]、渔港建设及征占用补偿[修订案 38 条]等制度。这些法条大多为修订草案中的新增法条，通过提高对外国渔船的监管标准，显著增强了港口监管能力。这些措施要求外国船只在进入中国港口时提供详细的合法捕捞证明，从而有效限制了 IUU 捕捞行为的港口活动。通过这种方式，修订案支持了 PSMA 的目标，即减少 IUU 捕捞对全球渔业资源的威胁。

中国国家发展改革委会同农业农村部在深入调研的基础上，组织编制了《全国沿海渔港建设规划（2018-2050）》中明确要求建设中心渔港 64 座、一级渔港 85 座，推动形成 10 大沿海渔港群、93 个渔港经济区融合发展，成为渔业的增长点[52]。渔港综合执法办证中心、港口监控等一系列设施的配套完善，拓展了渔港管理及服务功能，提升了渔政港监机构综合执法水平，降低了执法成本，特别是加强了休渔期渔船管理调度，提高了工作效率。

综上分析，非成员国的实践也有助于增强国际社会对 PSMA 的支持和参与，推动全球海洋治理体系的完善，加强对 IUU 捕捞的打击力度，保障海洋生态环境的健康与渔业资源的可持续发展。这对实现联合国可持续发展目标（SDGs）[53]，特别是目标 14（海洋资源的保护和可持续利用）具有重要意义。

五、结论

以 PSMA 视角论之，IUU 捕鱼的执法问题是全球性的重要挑战，该协定提供了一个国际法框架，旨在通过加强港口国的监管和检查措施以打击此问题。然而，尽管 PSMA 是一个重要的且有法律约束力的国际协定，但其有效实施和全球范围内的执法效果仍然面临多重挑战。

首先，资源限制是影响 PSMA 执行的主要障碍之一。许多发展中国家由于缺乏必要的技术、资金和人力资源，难以满足 PSMA 所要求的港口检查和监管标准。这些国家的港口可能无法进行有效的船舶检查，无法对涉嫌 IUU 捕鱼的船只进行适当的监控和制裁。为了克服这一点，国际社会需要提供更多的支持，包括资金援助、技术转让和人员培训，以增强这些国家的港口检查能力。

其次，国际合作和信息共享不足也是一个重要问题。IUU 捕鱼往往具有跨国性质，而 PSMA 的成功实施需要各国之间的紧密合作和透明度。缺乏有效的

[50] Chengyong Yu, Yen-Chiang Chang, China's Incentives and Efforts against IUU Fishing in the South China Sea, 15 Sustainability 7255, 1-10 (2023).
[51] Fisheries Law of the People's Republic of China; Revised Draft; NPC Standing Committee: Beijing, China, 2019.
[52] 《全国沿海渔港建设规划（2018-2025）年》, https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/ghwb/201805/W020190905497956440170.pdf.
[53] Sustainable Development Goal 14,(16 Apr. 2024), https://china.un.org/en/sdgs/14.

国际合作机制和信息共享平台会阻碍对 IUU 活动的追踪和应对。因此，建立更为健全的国际合作框架，包括数据共享、联合执法行动和区域合作协议，对于提高 PSMA 的执行效率至关重要。

再者，法律和政策的不一致性也是挑战之一。不同国家对于 IUU 捕鱼的定义、法律责任及处罚标准存在差异，这可能导致执法行动的碎片化和效率低下。为了强化 PSMA 的全球影响力，需要国际社会共同努力，协调立法和政策措施，确保对 IUU 捕鱼的定义和处理在全球范围内保持一致性。

此外，PSMA 的实施效果也受到渔业治理整体环境的影响。有效的 IUU 捕鱼执法不仅需要强化港口国措施，还需要改进旗国和市场国的相关法规。旗国必须负责监管其船只的活动，确保它们遵守国际法和区域渔业管理组织的规定；市场国则需要采取措施，防止 IUU 捕获的渔产品进入其市场。

综上所述，尽管 PSMA 为全球打击 IUU 捕鱼提供了有力的法律工具，但实现其全面和有效执行还需要解决一系列复杂的挑战。这包括增强发展中国家的能力、加强国际合作和信息共享、统一全球法律和政策以及综合强化全球渔业治理框架等。通过诸上措施，可有效提高 PSMA 的执法力度，进一步推动全球渔业资源的可持续管理。

2025年中国国际法学会

以更高水平涉外立法服务于中国式现代化建设

黄文博

摘要：我国涉外立法统筹发展与安全，在回应国家现实急需，推动高水平对外开放和服务于中国特色大国外交方面取得一系列重大进展，切实维护了国家主权、安全和发展利益，保障了中国公民和法人的海外合法权益，助力中国式现代化建设。地方涉外立法是我国涉外法律规范体系的重要组成部分，确保国家涉外法律在本地的贯彻实施，具有鲜明的地方特色。但总体而言，我国涉外立法仍面临着法律规范之间不系统、不协调，部分法律的实施效果与预期存在一定差距，地方涉外立法发展参差不齐等诸多问题。对此，涉外立法应兼顾当前急需与长远规划，国内法律法规与国际法规则之间的统筹协调，突出立法的科学性、系统性和实用性，为中国式现代化提供坚实的法律支撑。

关键词：涉外立法 中国式现代化 涉外法治

加强涉外领域立法，是统筹国内法治和涉外法治的基础和前提，是完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系的重要一环。[1]党的二十大报告强调，“要加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治。” 2023 年 11 月 27 日，第二十届中共中央政治局就加强涉外法制建设进行第十次集体学习时，习近平总书记指出，“涉外法律制度是国家法制的重要组成部分，是涉外法治的基础，发挥着固根本、稳预期、利长远的重要作用”。党的二十届三中全会再次明确涉外法治工作战略布局，重点提出“要深化立法领域改革，加强涉外法治建设”，“一体推进涉外立法、执法、司法”，“完善涉外法律法规体系”等重要内容。在党中央决策部署下，近年来涉外立法成就显著，涌现出了一大批具有里程碑意义的专门涉外立法，不仅回应了国家发展和改革进程中的急需，为推进高水平对外开放，防范化解重大风险、统筹发展与安全，维护国家、法人和公民合法权益起到了重要作用，还服务于中国特色大国外交，为推进中国式现代化建设功不可没。

一、国家涉外立法：为中国式现代化建设提供坚实法治保障

我国涉外立法在保障国家安全、促进国际贸易和投资、维护公民和法人权益等方面取得了显著成就，为我国高水平对外开放和推动国际治理提供了有力的法律保障。当前，我国现行有效的 300 余部法律中，专门涉外的法律有 53 部，具

[1] 刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，载《国际法研究》2023 年第 2 期，第 16-17 页。

有涉外条款的法律有 152 部。[2]我国涉外立法形式多样，包括法律、行政法规、部门规章和地方性法规等，结构上既注重与国际接轨，又保持中国特色，形成了独具特色的涉外法律规范体系。

（一）维护国家主权安全和发展利益

国际形势的复杂多变和我国外交政策的调整，对涉外立法提出了新的要求。近年来，全球政治经济格局深刻调整，国际形势日趋严峻，特别是美国视中国为主要战略竞争对手，不断挑战以联合国为核心的多边国际秩序，使得国际法律环境变得更加复杂和不确定。美国等西方国家筑起小院高墙，大力推行逆全球化，动辄进行单边制裁和“长臂管辖”，使以 WTO 为代表的国际多边贸易规则体系受到前所未有的冲击，国际经贸合作面临的不确定性因素陡增。在这一背景下，中国按照“急用先行”的原则，紧密结合当前的国际形势，充实法律工具箱，陆续出台了《不可靠实体清单规定》《出口管制法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》《反外国制裁法》等法律，反制域外“长臂管辖”的法律体系已基本成型。其中《反外国制裁法》侧重于对外关系中的反制裁问题，为具体的阻断措施和反制措施提供了法律授权；《出口管制法》针对出口管制措施设立了原则和制度框架；《不可靠实体清单规定》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》则由中国商务部颁布并具体执行，是上述法律基础的具体落地。[3]这一法律体系通过救济与震慑两条路径发挥作用，具备前瞻性和灵活性，能有效发挥法的预测和指引功能，为我国尽可能在国际形势的风云变幻中掌握主动权，维护好国家主权、安全和发展利益提供了坚实的法律保障。

（二）服务中国特色大国外交

长期以来，中国涉外领域缺乏一部确立对外关系基本法律原则的对外关系基本法，因此制定《对外关系法》成为涉外领域立法的重中之重。[4]2023 年 6 月 28 日，第十四届全国人大常务委员会第三次会议表决通过了《中华人民共和国对外关系法》，并于 2023 年 7 月 1 日起施行。《对外关系法》是新中国成立以来第一部集中阐述我国对外工作大政方针、原则立场和制度体系，对我国发展对外关系作出总体规定的基础性法律。[5]在中国的涉外法律法规体系中，《对外关系法》具有基础地位，发挥指导作用，重在明确我国对外工作具有普遍指导意义的方针原则，就对外关系各领域工作作出根本性原则性的规定。制定《对外关系法》体现了中方维护世界和平，促进共同发展的外交政策宗旨，反映了中方对和平发展合

[2] 孙南翔：《进一步完善我国涉外法律体系》，中国社会科学网，参见：https://www.cssn.cn/fx/xr/202408/t20240808_5769785.shtml，最后访问日期 2024 年 10 月 28 日，

[3] 杨帆、遥远：《<对外关系法>通过，反制法律体系基本成型》，参见：https://www.sohu.com/a/699222314_114984，最后访问日期 2024 年 10 月 23 日。

[4] 刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，载《国际法研究》2023 年第 2 期，第 14 页。

[5] 蔡从燕：《从“四个理解”探索<对外关系法>的意义》，中国社会科学网，参见：https://www.cssn.cn/gjgc/mhgj/202311/t20231117_5697249.shtml，最后访问日期 2024 年 10 月 20 日。

作共赢的强烈期待，彰显了中方推动构建人类命运共同体，推动构建新型国际关系，弘扬全人类共同价值的坚定信念，同时也充分展现了中方坚决维护国家主权安全和发展利益，维护国际公平正义的决心和担当。[6]

（三）推动高水平对外开放

习近平总书记指出，“法治同开放相伴而行，对外开放向前推进一步，涉外法治建设就要跟进一步。要坚持在法治基础上推进高水平对外开放，在扩大开放中推进涉外法治建设，不断夯实高水平开放的法治根基。”[7]《关税法》《外商投资法》《海南自由贸易港法》《外国国家豁免法》《关于在有条件的自由贸易试验区和自由贸易港试点对接国际高标准推进制度型开放的若干措施》等正是涉外立法服务于高水平对外开放的重要代表，其中《外国国家豁免法》还具有里程碑意义，填补了我国在外国国家豁免方面的立法空白。世界上各主要国家均已采纳限制豁免制度，允许本国法院在外国国家从事商业活动等非主权行为时行使管辖权。中国在国家豁免问题上长期坚持绝对豁免，境内外自然人、法人和非法人组织实际上难以在中国法院、仲裁机构解决与外国国家之间的争议，而只能在境外法院、仲裁机构解决与外国国家之间的争议。国家豁免立法的空缺，制约了中国处理国家豁免这一外交和司法工作的法治化水平，限制了中国利用国家豁免原则和规则处理外交和司法工作的能力，影响了境内外自然人、法人和非法人组织在与外国国家发生争议时有效地在中国法院、仲裁机构解决争议的可能性，这不但影响了中国法律服务等行业的发展，也一定程度上影响了中国营商环境的提升。对接各国国家豁免立法及《联合国国家及其财产管辖豁免公约》等国际通行规则，制定《外国国家豁免法》，有助于为中国境内外自然人、法人和非法人组织运用法治和规则维护自身合法权益提供更多工具，有助于中国的高水平对外开放。[8]

（四）推动构建人类命运共同体

涉外立法是推动构建人类命运共同体的重要法治支撑。通过制定和完善涉外法律法规，以我国涉外法律制度为依据，积极参与全球治理体系改革和建设，推动全球治理朝着更加公正合理的方向发展。例如，在国际环境保护、气候变化应对、公共卫生等领域加强立法合作，与世界各国共同应对全球性挑战，促进国际良法善治，实现各国共同发展和繁荣，为构建人类命运共同体创造良好的国际法治环境。

[6] “中华人民共和国对外关系法解读”，参见：https://www.lzjwjw.gov.cn/view/798/11094，最后访问日期2024年10月23日。

[7] 习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调：加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境.，参见：https：//www.gov.cn/yaowen/liebiao/202311/content_6917473.htm，最后访问日期2024年10月23日。

[8] “加强涉外领域立法的重要成果——《外国国家豁免法》草案述评”，参见：http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202308/t20230825_431155.html，最后访问日期2024年10月23日。

（五）展示法治大国形象

完善的涉外立法体系是我国法治建设成果的重要体现，有助于展示我国作为法治大国、文明大国的形象。以中国特色社会主义法治实践为基础，阐释中国特色涉外法治的观念和主张，讲述中国特色涉外法治的成功实践，能够增强国际社会对我国法治建设的理解和认同，提升我国文化软实力和国际影响力，为中国式现代化营造良好的国际舆论氛围。

二、地方涉外立法：为中国式现代化建设提供丰富的实践经验

地方涉外立法与中国式现代化是相辅相成、相互促进的关系，地方涉外立法贯穿于中国式现代化的各个方面，为中国式现代化的不断推进提供了坚实的实践基础和动力。近年来，地方涉外立法紧跟国家涉外法治工作战略布局，勇于探索和创新，涌现了一批具有代表性的地方涉外立法成果，亮点纷呈。

（一）细化落实国家涉外法治工作

黑龙江省司法厅于 2024 年 5 月 10 日出台了《关于加强涉外法治建设工作的若干措施》，建设同高质量发展、高水平开放要求相适应的涉外法治体系，为龙江高质量发展提供有力法治保障。《措施》共明确了 20 条工作措施，突出了黑龙江省在立法、执法、守法等方面的创新成果和工作亮点。在立法方面，积极争取将牡丹江市确定为司法部在黑龙江省的立法联系点，做优具有涉外因素立法项目审查工作，对政府规章、行政规范性文件进行扩大开放要求的“合规体检”，为省政府重大行政决策和合同协议等涉法事务提供审查服务和保障。在执法方面，规范涉外企业执法监督方式，督促指导行政执法单位探索实行“监督+服务”工作模式，引导企业主动加强合规管理，不断优化涉外企业发展环境。在守法方面，依托黑河市对俄交流区位优势，探索打造涉外法治宣传教育试点新模式，组织编纂相关法律服务手册，手册以中俄文对照形式，区分旅游、留学、投资等重点内容，共编印了 12 个分册。在法律服务方面，针对涉外法治领域多元法律服务需求，多措并举开展涉外法律服务。在人才培养方面，始终坚持人才是第一资源理念，加大政策和资金扶持力度，打通政律（裁）学研链条，推动律师事务所、仲裁委员会等法律服务机构与黑龙江大学及其他省内高校联合创建涉外法治人才培养实践基地。在典型引路方面，制定专门工作方案，适时开展涉外法治服务保障优秀典型案例评选，积极宣传推广涉外法治服务保障经验做法，以点带面推动涉外法治建设工作提档升级。[9]

陕西省委、省政府也高度重视涉外法治工作，主要领导多次调研涉外法治建设、听取汇报、作出批示。陕西出台《中国（陕西）自由贸易试验区条例》，通过自贸试验区先行先试，探索建立与国际投资贸易通行规则相衔接的制度创新体

[9] “省司法厅出台《关于加强涉外法治建设工作的若干措施》”，黑龙江省人民政府网站，参见：https://www.hlj.gov.cn/hlj/c107857/202406/c00_31743421.shtml，最后访问日期 2024 年 10 月 22 日。

系；出台《陕西省外商投资企业投诉工作实施细则（试行）》，建立省市县三级外商投资投诉工作机制，有序推行外商投资信息报告制度；印发《关于进一步做好境外投资工作的实施意见》等文件，维护涉外企业、公民的正当权益。陕西还通过召开全省涉外法治工作会议，出台《关于进一步加强涉外法治工作的若干措施》《关于加强陕西省国家级涉外法治研究培育基地建设的实施方案》等文件，从加强涉外法治领导、涉外司法保障、涉外法律服务供给、涉外法治人才培养、涉外法治研究、对外交流合作、“一带一路”国际商事法律服务示范区建设等方面，全方位谋划推动全省涉外法治工作。[10]

（二）助力地方高水平对外开放

北京、上海、广东等省分都纷纷出台地方立法和政策，为高水平对外开放提供法治保障。如 2024 年 5 月 31 日，北京市出台《北京市外商投资条例》，旨在对接国际高标准经贸规则、深化制度型开放水平、推动营商环境更加优化。

广东省为深入贯彻习近平总书记关于对外开放的重要论述精神，在新起点上打好外贸、外资、外包、外经、外智“五外联动”组合拳，坚定不移推进广东高水平对外开放，加快塑造国际合作与竞争新优势，于 2024 年 4 月 9 日发布了《关于实施“五外联动”推进高水平对外开放的意见》，把“五外联动”作为在牵引全面深化改革开放上取得新突破的一项重要工作进行部署要求。《意见》共七大部分 24 条，重点明确了今后一段时期广东“五外联动”的工作任务，包括全力推动外贸稳规模优结构、促进外资扩增量稳存量提质量、加快服务外包提质升级、推动外经做优做强和加大引进外智力度，全面提升广东在全球产业链供应链价值链中的地位，打造形成全球高端要素集聚和资源配置的枢纽区域，拓展中国式现代化广东实践的发展空间。[11]

（三）为国家涉外立法提供实践经验

地方涉外立法具有先行先试的优势，能够在具体实践中探索适合本地的涉外法治模式和经验。这些实践经验可以为国家层面的涉外立法提供参考和借鉴，丰富国家涉外立法的内容和实践基础，推动国家涉外立法不断完善，更好地服务于中国式现代化的全局。

杭州市于 2024 年 6 月 1 日起施行的《杭州市数字贸易促进条例》是全国首部数字贸易领域的地方性法规，是杭州市以法治化手段促进数字贸易发展的新举

[10] “陕西全方位提升涉外法治工作水平 为共建“一带一路”提供坚实法治保障”，中国律师网，参见：https://www.acla.org.cn/info/758ee06f3a894e0cb2fc70c8a574e25a，最后访问日期 2024 年 10 月 28 日。

[11] “广东举行《关于实施“五外联动”推进高水平对外开放的意见》新闻发布会”，国务院新闻办公室，参见：http://www.scio.gov.cn/xwfb/dfxwfb/gssfbh/gd_13844/202405/t20240514_847210_m.html，最后访问日期 2024 年 10 月 23 日。

措。[12]该条例以促进数字贸易高质量发展为目标，对业态模式、主体培育、数字营商环境、开放合作、保障措施等方面进行规定，在内容上充分体现了杭州特色和时代特征。在推动数字贸易国际开放与合作方面，《条例》提出遵循扩大开放、深化改革、创新引领和包容审慎的原则，稳步扩大数字贸易制度型开放。[13]《条例》明确市政府要推动制定和实施数据跨境流动及存储等方面的规则，探索建设面向东南亚、南亚、中亚等地区的离岸数据中心和离岸数据服务外包试验区，以实现数据要素跨境自由流动。

2024 年 5 月 17 日，上海自贸区临港片区出台数据跨境一般数据清单及清单配套操作指南，首批一般数据清单包含智能网联汽车、公募基金、生物医药等三个领域，涉及智能网联汽车跨国生产制造、医药临床试验和研发、基金市场研究信息共享等 11 个场景，着力解决企业数据跨境流动典型场景中需求最为迫切的问题。[14]

广州市人大官网也于 2024 年 7 月 10 日发布《广州市数据条例（征求意见稿）》，向社会各界公开征求意见。《条例（征求意见稿）》显示，广州将建立数据供给主体、数据需求主体、数据交易场所、数据经纪人，数据商及第三方专业服务机构等多方参与的数据要素市场，规范引导数据流通交易，推动数据要素高效、有序流通。

（四）提升地方国际形象和影响力

2024 年 8 月 22 日，新修订的《上海市推进国际金融中心建设条例》发布。《上海市推进国际金融中心建设条例》自 2009 年制订实施以来，为营造良好的金融发展环境，提升上海国际金融中心影响力发挥了重要保障作用。为深入贯彻落实习近平总书记和党中央、国务院关于金融工作及上海国际金融中心建设的重大决策部署，在当前上海国际金融中心迈向全面提升能级的重要阶段，上海市人大对《条例》进行了全面修订，为上海更好服务金融强国建设提供坚实有力的法治保障。新修订的《条例》共八章六十五条，主要内容包括：完善金融体系建设，夯实金融高质量发展基础；深化金融改革开放，增强全球资源配置功能；围绕科技金融、绿色金融、普惠金融、养老金融、数字金融“五篇大文章”，提高金融服务实体经济质效；强化金融监管协调，提高风险防范化解能力；加强金融人才队伍建设，优化金融营商环境。[15]

---

[12] “杭州立法促进数字贸易发展”，参见：https://baijiahao.baidu.com/s?id=1799947421224824056&wfr=spider&for=pc，最后访问日期 2024 年 10 月 20 日。

[13] “<杭州市数字贸易促进条例>即将施行”，杭州市委市政府网站，参见：https://www.hangzhou.gov.cn/art/2024/5/28/art_812262_59097613.html，最后访问日期 2024 年 10 月 21 日。

[14] “便利企业数据跨境流动 临港新片区发布一般数据清单”，人民网，2024 年 05 月 19 日，参见：http://sh.people.com.cn/n2/2024/0519/c134768-40848796.html，最后访问日期 2024 年 10 月 25 日。

[15] “《上海市推进国际金融中心建设条例（修订草案）》公开征求意见”，澎湃网，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_27959079，最后访问日期 2024 年 10 月 25 日。

三、以更高水平涉外立法推进中国式现代化建设

近年来出台的很多涉外立法都是出于立法风险点而颁布的针对性、应急性立法，涉外法律与相关国内法缺乏衔接，涉外立法之间也缺少协调，直接影响涉外法律的实施效果。[16]对此，涉外立法的后续进展应兼顾眼前需要与长远规划，国内法律法规与国际法规则之间的统筹协调，突出立法的科学性、系统性和实用性，为我国开展外交斗争和对外交流合作提供坚实的法律支撑。

（一）统筹国内法治与涉外法治

开放是中国式现代化的鲜明标识，高水平开放意味着全方位、多领域的国际交流与合作，同时也对国内法律体系与国际规则的有效衔接、国家以法治途径参与全球治理的能力提出了更高要求。[17]随着高水平对外开放和“一带一路”建设的深入推进，我国与沿线国家的经济合作日益密切，这不仅促进了贸易和投资的增加，也对涉外立法提出了新的要求和挑战。在跨国经济活动日益频繁的背景下，如何处理国内外法律的差异，避免法律冲突，保障国内外主体的合法权益，成为涉外立法工作的重要课题。比如中国企业在海外投资时，常常遇到东道国法律与中国法律在劳动保护、环境保护、知识产权保护等方面的差异。某些国家对劳动者的保护标准远高于中国，要求企业提供更高的工资和更好的工作条件，这与中国企业的经营成本和利润预期形成冲突。知识产权保护的差异也使得中国企业在海外市场面临更大的法律风险，如某些国家对知识产权的保护力度较弱，导致中国企业的技术成果容易被侵权等问题。

在处理这些差异与冲突时，我国涉外立法需要采取多层次、多维度的策略。一是立法应注重与国际接轨，借鉴国际先进立法经验，制定符合国际标准的法律法规。二是通过双边或多边条约，减少法律冲突，保障国内外主体的合法权益。三是建立健全的法律服务体系，为企业提供专业的法律咨询和风险评估服务，帮助企业更好地应对跨国经营中的法律挑战。

（二）提升立法技术与立法质量

中共中央政治局 2023 年 11 月 27 日下午就加强涉外法制建设进行第十次集体学习时，习近平总书记强调，“涉外法治工作是一项涉及面广、联动性强的系统工程，必须统筹国内和国际，统筹发展和安全，坚持前瞻性思考、全局性谋划、战略性布局、整体性推进，加强顶层设计，一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务，形成涉外法治工作大协同格局。要坚持立法先行、立改废释并举，形成系统完备的涉外法律法规体系。”全国人大和地方各级人大及其他立法主体都进行了大量且扎实的立法工作，对于完善我国涉外立法体系取得了十分明显的

[16] 许军珂：《习近平外交思想与中国涉外法律体系构建》，载《外交评论》2023 年第 6 期，第 10 页。
[17] 郭雳：《以大协同格局加强涉外法治建设》，载《中国法学》2024 年第 5 期，第 35 页。

成效，[18]但法律法规之间的整体性、系统性与协调性仍有所欠缺，呈现出“碎片化”特点。比如《对外关系法》虽然规定了对外援助制度、海外利益保护制度等，但相关配套规定付之阙如，[19]影响了法律规范之间的系统性和整体性。

在全面依法治国的大格局中，科学立法方能保证良法善治。提高涉外立法质量的关键在于：一是要坚持问题导向，切实提高法律的针对性、及时性、系统性、协调性；二要坚持立改废释并举，全方位推进立法工作，增强法律的可执性性和可操作性。[20]通过加强立法队伍建设、优化立法程序、借鉴国际经验等措施，提高立法的科学性、系统性和前瞻性，确保涉外法律法规的适用性和有效性，提升涉外立法水平。一是加强立法队伍建设。立法队伍建设是提升涉外立法水平的基础。充实和加强人大及其常委会立法机构的专业人才配备始终是人大立法工作发展的持续需求，可从政府涉外职能部门、高等院校、专业研究院所、会计师事务所、律师事务所、司法机关、企业界、金融界等社会群体中广泛吸收人才参与涉外立法工作。[21]二是优化立法程序。我国在涉外立法过程中，要进一步扩大引入公众参与和专家咨询机制，增强立法的透明度和科学性，提高法律的社会接受度。同时，通过借鉴国际先进的立法技术和程序，进一步完善我国的立法流程，确保法律的时效性和适应性。三是涉外立法既要强调急用先行，也要坚持循序渐进，确保立法质量。将涉外立法进行统筹规划，可分为四个领域，包括维护国家利益的保护性立法、涉外治理领域的基础性立法、服务对外开放的保障性立法和新疆域新领域的自主性立法，[22]加强涉外法律法规之间的配套衔接问题。

（三）强化立法后的监测与评估

涉外立法的实施与效果评价是检验立法成效的重要环节。通过对法律实施情况的监测和评估，可以发现法律规定的不足和实施中的问题，为法律的修订和完善提供依据。近年来，我国在涉外立法领域取得了显著进展，但同时也面临着法律条文模糊性和操作性不足，对部分法律问题没有明确规定，导致在具体案件中难以有效适用等方面的挑战。例如国际条约和国际惯例在国内如何适用是人民法院涉外民商事审判面临的重要问题。原《中华人民共和国民法通则》（以下简称民法通则）第一百四十二条规定了国际条约和国际惯例的适用问题，但 2021 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国民法典》对国际条约和国际惯例的适用问题未做具体规定，而民法通则已废止，故各地法院以及学界均呼吁尽快明确人民法院

[18] 秦玉彬：《论人大涉外立法工作机制的完善》，载《河北青年管理干部学院学报》2024 年第 7 期，第 83 页。

[19] 焦洪昌、董立新：《涉外立法制度范式的构建与展开》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 4 期，第 86 页。

[20] 何志鹏、周萌：《论涉外立法体系建设的起承转合》，载《北方论丛》2022 年第 4 期，第 119 页。

[21] 秦玉彬：《论人大涉外立法工作机制的完善》，载《河北青年管理干部学院学报》2024 年第 7 期，第 85 页。

[22] 刘静坤：《涉外法治工作战略布局探析》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2024 年第 3 期，第 62-63 页。

在涉外民商事案件中适用国际条约和国际惯例的相关规则。为此，最高人民法院全面总结司法实践经验，经过充分调研、反复论证、广泛征求建议，制定了《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》，是提升涉外审判质效的重要保障。[23]这是最高人民法院统一法律适用规则和标准进行的成功实践，有效地弥补了法律指引不明确的问题。此外，我国涉外立法有一部分为宣示性立法，借助法律的权威性、稳定性和象征性特征，将价值立场进行表达和传播，大多条款缺少行为模式和法律后果要素，难以实质性影响所调整对象的行为和偏好，从而影响其实施效果。[24]比如《反外国制裁法》虽然对反制裁的原则、主体、反制形式等作出规定，但未涉及具体执法程序、反制措施制定等可操作性规定。若要切实落实反外国制裁的各项制度，还须加强程序规则的制定。[25]对此，涉外立法要切实针对现有法律条款未能涵盖到的情形以及涉外活动相关实践中可能存在的法律无法适用的情况，进行专门性立法修法，切实保护本国个人、组织等合法利益。[26]

（四）地方涉外立法要同步跟进

地方涉外立法是涉外法律规范体系的重要组成部分，使涉外法律规范体系更加多元化。但从上述梳理不难发现，我国沿海等发达地区省分涉外立法走在前列，为我国涉外法律规范体系的完善贡献了力量。但内陆省分的涉外立法仍旧较为滞后，部分省市仍未出台相关的地方性法规，一定程度上影响了国家涉外立法的整体进展。因此，要发挥地方人大涉外立法职能作用，确保国家涉外法律在本地的贯彻实施，把握好地方涉外立法实施性、补充性和探索性功能定位，找准地方人大涉外立法的着力点和有效路径，加强地方人大在涉外立法队伍和能力建设，高质量做好涉外立法工作，更好服务改革发展稳定大局。[27]

（五）加强人才培养和队伍建设

不仅要培养复合型涉外法律人才，在高校和科研机构中加强涉外法律专业建设，设置相关课程和学科方向，培养既精通国内法律又熟悉国际法律规则、具有跨文化交流能力和国际视野的复合型人才。同时，通过培训、研修等方式，提高现有法律人才的涉外业务能力。同时，还要引进海外高端法律人才。制定优惠政策，吸引海外优秀法律人才来我国参与立法工作、提供咨询服务或担任法律顾问。

---

[23] “最高人民法院举办涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例司法解释及典型案例新闻发布会”，中华人民共和国国务院新闻办公室，参见：http://www.scio.gov.cn/xwfb/gfgjxwfb/gfgjfbh/zgf/202401/t20240103_826565.html，最后访问日期2024年10月27日。

[24] 韩永红：《论我国涉外立法的转型》，载《东方法学》2023年第2期，第121页。

[25] 许军珂：《习近平外交思想与中国涉外法律体系构建》，载《外交评论》2023年第6期，第12页。

[26] 张可：《新发展阶段如何加强涉外领域立法》，载《中国党政干部论坛》2020年第12期，第61页。

[27] 孙梦爽：《加强涉外领域立法，服务高水平对外开放——2024年人大涉外立法工作培训班侧记》，载《中国人大》2024年第14期，第13页。

他们可以带来国际前沿的法律理念和实践经验，为提高我国涉外立法水平提供有益参考。

2025年中国国际法学会年会

外籍人士劳动合同纠纷——基于浙沪两地 2018-2024 案例分析

范祺博文

摘要：判断是否与外国劳动者存在劳动关系时，应综合考虑工资、工作许可、雇主的职务、劳动者的职务、工作性质、工作内容。如果想让违法解除劳动合同赔偿金的约定有效，须对赔偿金作出明确、具体、详细的约定，因为约定“合同未尽事宜按相关法律、法规、政策、规章制度、《员工手册》”不属于赔偿金的特别约定。年度奖金的约定须具体到实施方案。合同的英文比中文更符合外籍员工订立合同时的真实意思表示。当约定经济效益差则可减少外国劳动者工资待遇而且公司经济效益变差时，则雇主无须支付机票、商业医疗保险、子女教育津贴等福利待遇。外国劳动者离职后，雇主无须补缴工伤保险、生育保险、失业保险。

关键词：外籍人士 劳动合同 纠纷

一、外籍人士劳动合同的背景

当外籍人士向用人单位提供具有从属性特征的劳动时，理论上，他们与用人单位之间形成劳动关系。面对数目日益增长的外国劳动者，有学者表示忧虑，当某类岗位的供给超出需求但从事相同类型工作的外国劳动者依旧持续涌入时，可能引发恶性竞争，致使本国劳动者失业、就业环境恶化。从根本上来说，他们认为，保护本国劳动者权益至关重要，[1]借助接纳外籍人士就业以填补本国劳动力市场的空缺，仅仅是权宜之计。随着经济全球化推进，当遭遇本国劳动力资源数量、质量不足的状况时，最为便捷有效的途径便是引入能承担相关工作任务的外国劳动者。相反观点认为，与中国员工相比，外国劳动者处于优势地位，因为他们大多就职于公司的较高岗位，掌控着企业的决策大权，薪资待遇往往大幅高于普通中国员工，对企业发展的影响力至关重要。无论如何，如果没有给予合法就业外籍人士应有的充分劳动保护，那么他们的劳动权益将处于保护失位状态，这会降低本国劳动市场对海外人才的吸引。进而，损害中国的国际竞争力，因为国际竞争从根源上来说是人才的竞争。[2]

调整外国劳动者的法律主要包括《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》、《外籍人士在中国就业管理规定》、《中华人民共和国出境入境管理法》。其中，我国《劳动法》与《劳动合同法》皆以保障劳动者合法权益

**范祺博文，浙江师范大学法学院，讲师，美国印第安纳大学法学博士，研究方向国际经济法、国际民事诉讼与商事仲裁、判例法、法律英语

[1] Ruth Ellen Wasem, Immigration of Foreign Workers. Labor Market Tests and Protections, https://trac.syr.edu/immigration/ library/P1772.pdf。

[2] 姚凯：《着力打造人才国际竞争的比较优势》,《国家治理》,2024 年 2 月版，第 52-58 页.

为立法宗旨。究其根源，劳动过程中劳资双方具有从属性，劳动者处于天然的弱势地位。有观点认为，鉴于劳动权益保护原则以及实质正义要求，《中华人民共和国劳动法》对在我国就业的外籍劳动者具有法律效力，不因国籍而区别。而且，为所有劳动者构建公平公正的劳动环境，能彰显我国劳动法律体系在劳动者权益保障方面的全面性与平等性，促进我国劳动市场的和谐稳定与国际化。或者，基于属地主义原则，我国劳动法的适用范围理应涵盖合法就业的外籍人士。然而，另有学者[3]提出，合法就业的外籍人士权益仅限于《外籍人士在中国就业管理规定》中明确规定的五个方面，其他劳动权益则应由双方自行约定。

外籍人士要在中国就业，不但要依法办理对应的就业证件，而且其实际工作的就业期限、就业区域、用人单位等信息必须和就业证件上所记载的内容相符。依据《外籍人士在中国就业管理规定》第 8 条，外籍人士若要在华合法就业，必须依法取得就业证以及外籍人士居留证件。因此，若外籍人士未办理就业证却与用人单位产生劳动争议，那么从法律层面判定，其与用人单位之间不存在劳动关系。同理,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》规定，持有《外国专家证》并取得《外籍人士来华工作许可证》的外籍人士，与中华人民共和国境内的用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。《中华人民共和国出境入境管理法》第 41 条，外籍人士在中国境内工作，应当按照规定取得工作许可和工作类居留证件。任何单位和个人不得聘用未取得工作许可和工作类居留证件的外籍人士。《中华人民共和国出境入境管理法》第 80 条，外籍人士非法就业的，处五千元以上二万元以下罚款；情节严重的，处五日以上十五日以下拘留，并处五千元以上二万元以下罚款。而且，介绍外籍人士非法就业的，对个人处每非法介绍一人五千元，总额不超过五万元的罚款；对单位处每非法介绍一人五千元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。非法聘用外籍人士的，处每非法聘用一人一万元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。此外，依据《劳动合同法》第 7 条规定，用人单位与劳动者之间的劳动关系自用工行为开始之日起正式确立。同时，该法第 10 条第 3 款表明，即使用人单位与劳动者在实际用工前便已订立劳动合同，劳动关系的建立时间依然以用工之日为准。由此可见，在立法层面，劳动者实际为用工单位付出劳动的这一事实，构成了认定劳动关系是否成立的首要衡量标准。鉴于外籍人士非法入境就业关系到国家主权与劳动力市场管理，多数国家并未给予完备的劳动保护，而是给予一定程度的劳动保护。虽然，依据联合国《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》相关规定，在对外籍人士基本人权予以保护方面已从合

[3] 吴文芳：《我国就业的外籍人士劳动争议案件适用劳动法之难点》,《法学》,2013 年 6 月版，第 154-160 页。

法就业外籍人士扩展至非法就业外籍人士。

在招聘、录用、解雇等环节，应避免针对外国劳动者实行歧视性对待。因为，歧视不但会削弱本国劳动力市场对国外优秀人才特别是高层次人才的吸引，而且对国家的国际化人才战略造成损害，不利于营造多元、包容的社会文化环境和公平竞争[4]的市场环境。优化营商环境的关键是完善外国劳动者来华就业劳动合同，一方面，解决外国劳动者社保、医疗、教育等后顾之忧分，激发外国劳动者的工作动力，提高外籍人士劳动者在我国的就业率，提升公司的运营水平。贴合我国国情，吸引国际人才。另一方面，平等保护外国劳动者和雇主的权益，让外国劳动者选择并相信我国的司法救济。提升我国司法判决的国际影响力。具体而言，完善雇主与外国者劳动合同的制定、审核，避免劳动合同制订粗疏让任何一方招致法律惩处。

二、劳动关系、赔偿金、翻译、待遇、保险纠纷

本文选取浙沪两地近 6 年的典型司法判例，从劳动合同关系、赔偿金、工资、补偿金、保险五个角度探讨雇主与外国劳动者的劳动合同，避免劳动合同陷入相似错漏，确保合同内容符合当事人真实意思表示，让雇主和劳动者的权利行之有效。

在与外国劳动者签订劳动合同时，可能涉及劳动合同关系、工资、机票补贴、子女教育津贴、商业保险费的问题。在上海倍邦文化传播有限公司劳动合同纠纷案[5]中，Limfungkien(林方键)系公司总经理，享有独立开展经营管理活动、进行正常经营决策的权利，包括支付员工薪资待遇、福利津贴等。2018 年 7 月 24 日，倍邦公司的股东召开了股东会，林方键出席了股东会，名义上是接受其妻委托代其出席。在该股东会上，全体股东一致同意解散倍邦公司，林方键自 2018 年 4 月 1 日起不再从公司领取薪资及任何补贴，并负责处理公司未完成的业务及收回公司的应收款。林方键亦在该股东会决议上签字确认。林方键亦签署了《离职备忘录》，再次明确了劳动关系于 2018 年 4 月 30 日终止，薪水发放至同年 4 月底，从同年 5 月 1 日至 8 月 31 日期间，林方键自愿无偿服务。2018 年 7 月 31 日，林方键提交《员工辞职申请表》，并办理完毕了交接手续，确认公司已经与其结清全部工资、奖金、津贴、提成、社保等。林方键向倍邦公司索要 2017 年 2 月 15 日至 2018 年 8 月 31 日间税后工资差额 1，393，022.50 元、机票补贴 200，000 元、2017 年 12 月至 2018 年 8 月 31 日间子女教育津贴 66，524 元、2018 年 1 月至同年 12 月间商业保险费 102，530.41 元。

2018 年 4 月 30 日后公司解散，林方键同意不再从公司领取薪资及任何补贴、而是自愿无偿负责处理公司未完成的业务及收回公司的应收款，林方键与信

[4] Section 701 (a), Title VII of the Civil Rights Act of 1964.
[5] (2020)沪 02 民终 5163 号。

邦公司之间是否存在劳动合同关系？

中华人民共和国民法总则（2017）第三节民事法律行为的效力，第一百四十三条【民事法律行为有效要件】具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

林方键主张，因为2018年4月30日之后，林方键仍在倍邦公司工作，倍邦公司主动为林方键办理工作许可续期，所以2018年4月30日之后，林方键与倍邦公司之间仍然存在劳动合同关系。

公司主张，劳动关系于2018年4月30日终止。因为，2018年7月24日，倍邦公司的股东召开了股东会，全体股东一致同意解散倍邦公司，林方键自2018年4月1日起不再从公司领取薪资及任何补贴，林方键自愿、无偿负责处理公司未完成的业务及收回公司的应收款，林方键亦在该股东会决议上签字确认。而且，林方键亦签署了《离职备忘录》，再次明确了劳动关系于2018年4月30日终止。

法院认为，2018年4月30日之后，林方键仍在倍邦公司工作，倍邦公司主动为林方键办理工作许可续期，因此，林方键与倍邦公司之间仍然存在劳动合同关系。

由此可见，外国劳动者即使同意从某日起不再从公司领取薪资及任何补贴，自愿负责处理公司未完成的业务及收回公司的应收款，法院并不会认定那一天就是劳动关系终止之日。具体而言，当雇主和外国劳动者书面约定劳动关系终止、终止后的服务为外国劳动者自愿无偿服务时，只要雇主为劳动者办理了工作许可续期时，法院会认定劳动合同关系依然存在。

倍邦公司是否需要支付林方键2017年2月15日至2018年8月31日间税后工资差额1，393，022.50元？

林方键主张，《离职手续单》中关于薪资结清及无争议的内容无效，因为自己系外籍人士，对中文不熟悉。而且，在签署《离职手续单》时，倍邦公司未向其充分说明手续单中关于薪资结清及无争议的内容，手续单系格式条款，其签字时并不理解所确认内容，因此，应为无效确认的意见，不是真实意思表示。

而且，双方的《劳动合同》对每月工资数额、奖金方式等有明确约定，即在经济效益不佳的情况下，能浮动的仅为月薪，其年工资总和不会发生浮动。

上海倍邦公司请求，林方键是完全民事权利能力及民事行为能力人，有权处分自己的民事权利和仲裁、诉讼权利，且系倍邦公司的实际控制人，具有特殊身份。再者，由于《劳动合同》约定，林方键工资待遇根据公司效益浮动，经济效益差则减少工资待遇。因此，当倍邦公司持续经营亏损时，林方键工资水平、福利待遇等下降符合双方的约定。

法院认为林方键要求倍邦公司支付2017年2月15日至2018年8月31日

间税后工资差额 1，393，022.50 元的诉讼请求，没有事实及法律依据,因为合同约定林方键工资待遇根据公司效益浮动，经济效益差则减少工资待遇。

由此可见，当雇主和外国劳动者约定工资待遇根据公司效益浮动、经济效益差则减少工资待遇，当公司持续经营亏损时，外国劳动者的工资水平、福利待遇等可下降。

倍邦公司是否需要支付林方键机票补贴 200，000 元、2017 年 12 月至 2018 年 8 月 31 日间子女教育津贴 66，524 元、2018 年 1 月至同年 12 月间商业保险费 102，530.41 元？

林方键向倍邦公司索要机票补贴 200，000 元、2017 年 12 月至 2018 年 8 月 31 日间子女教育津贴 66，524 元、2018 年 1 月至同年 12 月间商业保险费 102，530.41 元。理由是，林方键系外籍人士，对中文不熟悉，签署《离职手续单》时并不理解所确认内容，应为无效确认的意见，不是真实意思表示。而且，《劳动合同》约定，倍邦公司支付林方键每年固定福利待遇，包括机票、商业医疗保险、子女教育津贴。

倍邦公司主张，不须向林方键支付机票补贴、子女教育津贴、商业保险费，由于林方键未履行相应的申请付款手续，不符合倍邦公司付款的流程。2017 年，林方键通过向倍邦公司提供机票票据、子女教育费发票报销机票及子女教育费用，保险费用亦通过保险公司发出的付款通知单由相应工作人员申请付款。因此，林方键是公司的财务管理及审批人员，知道却并未履行相应的申请付款手续。而且，由于《劳动合同》约定，林方键工资待遇根据公司效益浮动，经济效益差则减少工资待遇。

综上，法院认为林方键要求倍邦公司支付机票补贴 200，000 元、2017 年 12 月至 2018 年 8 月 31 日间子女教育津贴 66，524 元、2018 年 1 月至同年 12 月间商业保险费 102，530.41 元的诉讼请求，没有事实及法律依据。

由此可见，当外国劳动者向雇主主张支付机票补贴、子女教育津贴、商业保险费的诉讼请求时，劳动者须履行相应的申请付款手续、符合公司付款的流程。而且，雇主可以不支付机票补贴、子女教育津贴、商业保险费，因为《劳动合同》约定外国劳动者的工资待遇根据公司效益浮动而且实际上公司效益下降。

在与外国劳动者签订劳动合同时，可能涉及违法解除劳动合同赔偿金、奖金、储蓄计划工资的问题。在潘安迪(Andi Pan)诉通用磨坊（中国）投资有限公司劳动合同纠纷一案[6]中，2013 年 8 月，通用磨坊（中国）投资有限公司向潘安迪发出入职邀请函，载明：潘安迪的拟聘职务行政助理，聘用期将自 2013 年 9 月 1 日起算。潘安迪有资格参加公司现行激励计划，年度基本工资 10%×个人比率（0-1.5）×公司比率（0-1.8）。潘安迪有资格参加公司的储蓄计划，公司将在最

[6] (2018)沪 01 民终 7590 号。

初两年内将潘安迪每月基本工资的 5%缴入潘安迪的个人储蓄帐户，从第二年起上调至 10%，届时，潘安迪每隔 4 年可享有缴入的储蓄账款。潘安迪聘用与解聘事宜的管辖和解释均适用中华人民共和国法律。潘安迪确认同意。

潘安迪于 2013 年 9 月 2 日进入通用磨坊（中国）投资有限公司工作，通用磨坊（中国）投资有限公司为潘安迪办理了有效期为 2013 年 9 月 30 日至 2017 年 12 月 31 日的外籍人士就业证。双方签订两份劳动合同，最后期限至 2017 年 12 月 31 日。《劳动合同》约定，潘安迪担任执行助理，月基本工资 21,200 元，并约定合同期间，双方任何一方违反该合同给对方造成经济损失的，应根据其后果和责任大小，予以赔偿；合同未尽事宜，按国家和当地政府有关法律、法规规定办理；通用磨坊中国《员工手册》及甲方制订的各类政策和规章制度为合同组成部分。

潘安迪于 2017 年 9 月 28 日在上海市第二康复医院开具了 7 天的病假证明单，诊断为腰部扭伤。潘安迪向通用磨坊（中国）投资有限公司申请 2017 年 9 月 28 日至 10 月 1 日病假，该申请获得了批准。潘安迪离职后，该申请被通用磨坊（中国）投资有限公司人力资源部拒绝，理由是此医院不是设有 24 小时急诊功能的医院，且未提供就诊记录、病历等资料。

2017 年 10 月 16 日，通用磨坊（中国）投资有限公司以潘安迪在本年度旷工天数达 5 天以上，存在严重违纪行为为由，决定即日起与潘安迪解除劳动合同。次日，通用磨坊（中国）投资有限公司拒绝潘安迪进入办公区域。该通知书通过邮政快递寄送，潘安迪于 2017 年 10 月 20 日签收。

通用磨坊（中国）投资有限公司是否需要向潘安迪支付违法解除劳动合同赔偿金？

《外籍人士在中国就业管理规定》规定，在中国就业的外籍人士的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。

潘安迪认为，“Offer”即入职邀请函与《劳动合同》有同等效力，“入职邀请函”中提及的解聘事宜适用中国法律是有效的，不是“兜底”条款，是特指约定。

公司主张，无论是潘安迪主张的“入职邀请函”还是《劳动合同》，均未就用人单位若违法解除的法律后果作出明确约定。因此，无论是“入职邀请函”中的“聘用与解聘事宜的管辖和解释均适用中华人民共和国法律”，亦或是《劳动合同》中约定的“本合同未尽事宜，按国家和当地政府有关法律、法规规定办理”，均属于约定指向不明，不能视为双方就违法解除劳动合同赔偿金作出特别约定。

法院认为，无论用人单位的解除行为是否违法，劳动合同赔偿金不予支持，因为双方没有就违法解除劳动合同赔偿金作出特别约定。

由此可见，如果外国劳动者和雇主有赔偿金的意思表示，则需要在合同中做出明确的特别约定、需要以违法解除劳动合同的法律后果形式出现，因为“解聘

事宜适用中国法律”或“本合同未尽事宜，按国家和当地政府有关法律、法规规定办理”不属于对赔偿金的特别约定。

公司是否需要支付潘安迪 2017 财年（2017 年 6 月 1 日至 2017 年 10 月 20 日）年度奖金以及 2016 年 6 月至 2017 年 10 月储蓄计划工资?

《外籍人士在中国就业管理规定》以及相关规定，在中国就业的外籍人士的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。

潘安迪主张，公司须支付 2017 财年（2017 年 6 月 1 日至 2017 年 10 月 20 日）年度奖金以及 2016 年 6 月至 2017 年 10 月储蓄计划工资，因为年度奖金即是“激励计划”，储蓄计划工资源于“员工储蓄计划书”。

公司主张，2017 财年（2017 年 6 月 1 日至 2017 年 10 月 20 日）年度奖金以及 2016 年 6 月至 2017 年 10 月储蓄计划工资显然不属于最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险等方面的劳动标准范畴。而且，“入职邀请函”中记载的“激励计划”也并未明确具体的实施方案。潘安迪均不符合获得的条件。比如，“员工储蓄计划书”中“每月基本工资的 5%缴入个人储蓄帐户”，这 5%不是自员工工资中扣除，而是由该公司出资并为员工建立个人帐户。因此，通用磨坊（中国）投资有限公司对年度奖金以及储蓄计划的发放条件具有自主权。

法院认为，公司无须向潘安迪支付 2017 财年（2017 年 6 月 1 日至 2017 年 10 月 20 日）年度奖金以及 2016 年 6 月至 2017 年 10 月储蓄计划工资，因为入职邀请函中记载的“激励计划”未明确具体的实施方案，而且，潘安迪不符合获得储蓄计划工资的条件。

由此可见，外国劳动者不能仅凭约定了奖金、储蓄计划工资就认为可以获得，尤其是当奖金缺乏明确具体的实施方案或储蓄计划工资缺乏获得条件时，雇主就能以未明确具体的实施方案或外国劳动者不符合获得的条件为由取消奖金和储蓄计划工资。

在与外国劳动者签订劳动合同时，可能涉及赔偿金、十三薪折算工资的问题。在上海新茂半导体有限公司与 Bin-Fu Chuang（庄彬甫）劳动合同纠纷案[7]中，双方的劳动合同对庄彬甫的薪资标准有明确的约定，即每月八万元是庄彬甫的全部收入，双方未有十三薪、赔偿金的约定。实际中，庄彬甫领取了 2017 年、2018 年的十三薪。当解除劳动合同时，新茂公司要求庄彬甫返还 2017 年、2018 年的十三薪 160,000 元，庄彬甫要求新茂公司支付 2019 年的十三薪折算工资 20,000 元和损害赔偿金。双方均持有起始日期为 2004 年 1 月 1 日、2009 年 7 月 17 日及 2017 年 8 月 31 日的劳动合同。新茂公司向庄彬甫通知，经新茂公司股东决定并经董事会决议解除庄彬甫的董事及总经理职务，庄彬甫的任职期限和工作合同

[7] (2020)沪 01 民终 847 号。

自 2019 年 3 月 29 日终止。

上海新茂公司是否要支付庄彬甫赔偿金？

《中华人民共和国劳动法》（2018 修正）第 78 条规定，解决劳动争议，应当根据合法、公正、及时处理的原则，依法维护劳动争议当事人的合法权益。

新茂公司主张，不支付庄彬甫赔偿金，因为《劳动合同》中不涉及解除合同需支付赔偿金的意思表示。

庄彬甫主张，新茂公司须向其支付赔偿金，因为《劳动合同》被违法解除，新茂公司需要支付赔偿金 2,996,666.67 元。

法院认为，新茂公司不须向庄彬甫支付赔偿金，因为《劳动合同》中没有解除劳动合同需支付赔偿金的意思表示，而且，双方未曾就解除劳动合同赔偿金进行过其他形式的约定。

由此可见，当雇主与外国劳动者约定聘用与解聘事宜的管辖和解释均适用中华人民共和国法律或本合同未尽事宜按国家和当地政府有关法律、法规规定办理时，法院认定为约定指向不明、是未约定违约金。如果雇主和外国劳动者想要对赔偿金做约定，就必须对赔偿金的适用条件、名称、数目、计算方式作具体约定，甚至，在入职邀请函和劳动合同中均详细约定。反之，如果《劳动合同》中没有解除劳动合同需支付赔偿金的意思表示，或者双方未曾就解除劳动合同赔偿金进行过其他形式的约定，法院认定双方未曾就解除劳动合同赔偿金进行过约定。

上海新茂公司是否要支付庄彬甫 2019 年十三薪折算工资 20,000 元？

《中华人民共和国劳动法》（2018 修正）第七十八条规定，解决劳动争议，应当根据合法、公正、及时处理的原则，依法维护劳动争议当事人的合法权益。

上海新茂半导体有限公司主张，双方从未就十三薪进行过约定，向总经理发放十三薪的权限属于董事会，庄彬甫利用自己是董事和总经理的权力擅自决定向自己发放十三薪，庄彬甫使用公章轻而易举。而且，副总经理范某所出具的工作证明系应庄彬甫的要求向第三方出具，工作证明并不能体现双方就发放十三薪有约定。

庄彬甫主张，上海新茂公司要支付其 2019 年十三薪折算工资 20,000 元，因为工作证明载有十三薪。而且，上海新茂公司已支付 2017、2018 年该钱款且从未提过异议。

法院认为，上海新茂半导体有限公司不须支付庄彬甫 2019 年十三薪折算工资 20,000 元，庄彬甫不返还 2017 年、2018 年的十三薪，因为新茂公司已经支付该钱款，且从未提出过异议，主张返还该钱款的依据不足。

由此可见，工作证明中记录的十三薪并不能认为双方就十三薪发放有约定。当雇主已经支付给外国劳动者十三薪且从未提出异议时，不能突然撤回。

在与外国劳动者签订劳动合同时，可能涉及补偿金的问题。在麦格纳斯太尔

汽车技术(上海)有限公司与 Paul John Dacera Banez 经济补偿金纠纷案[8]中，Banez 系菲律宾国籍，于 2013 年 11 月 18 日进入麦格纳斯太尔公司处工作。双方签订的劳动合同的期限为 2013 年 11 月 18 日至 2016 年 11 月 17 日。合同到期后，麦格纳斯太尔公司向 Banez 出具劳动合同解除通知书，决定不再续签劳动合同。Banez 要求麦格纳斯太尔公司支付终止劳动合同经济补偿金 39,000 元。Banez 的外籍人士就业证的有效期为 2013 年 12 月 4 日至 2017 年 7 月 20 日，注销日为 2016 年 11 月 24 日。

麦格纳斯太尔公司是否需要对 Banez 支付补偿金人民币 39,000 元？

《外籍人士在中国就业管理规定》第 23 条，在中国就业的外籍人士最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险按国家有关规定执行，除此以外的费用是否支付取决于双方约定，如果双方未约定则用人单位无需支付。

麦格纳斯太尔公司主张，无需向 Banez 支付任何经济补偿，因为双方未约定终止劳动合同是否支付经济补偿金。而且，虽然合同中“中止”对应的英语是“termination”，而“termination”对应的中文意思应当是“结束”、“终止”，故翻译成“中止”仅系笔误，应当是终止。这是因为，《劳动合同》第 8.4.3 条，“The company will not be required any severance compensation regardless of any reasons for the termination of the contract.(公司与雇员不论任何原因解除劳动合同或中止劳动合同，公司均无需向雇员支付任何经济补偿)”，该条约定的是解除和终止劳动关系的情形。该条已经约定，合同终止后，公司不支付经济补偿金。而且，双方当事人真实意思表示不违反法律法规禁止性规定，对双方当事人均具有法律约束力。进一步讲，《劳动合同》第 12.7 条，本合同以中、英两种文本签订。两种文本具有同等效力。双方确认两种文本在所有重要方面实质相同。在中英文翻译发生歧义的情况下，应当结合劳动合同的其他条款约定进行整体解释。《劳动合同》2.1 条、2.2.2 条、3.7 条、12.4 条，均将英语单词“termination”或“terminate”翻译成“终止”。何况，英文表述应当更符合外籍员工订立合同时的真实意思表示。

Banez 主张，麦格纳斯太尔公司应支付 Banez 1 万元，因为经济补偿金适用《劳动合同法》。双方签订的《劳动合同》1.1 条约定适用中国《劳动合同法》。《劳动合同法》第二条规定，中华人民共和国境内的企业、组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。由于对外籍人士也没有做出例外规定，外国劳动者也应当受到《劳动合同法》的保护。此外，《劳动合同法》具有公法的特征，排除当事人的意思自治，外籍人士与用人单位的约定也不能违反强制性规定。而且，《劳动合同》中 12.4 条约定，本合同的订立、效力、解释、执行、修订及终

[8] (2019)沪民再 6 号。

止均受中国法律管辖。况且，《涉外民事法律适用法》规定劳动合同适用劳动者工作地法律。

Banez 强调，从劳动合同履行情况来看，Banez 月工资仅 1 万元且无津贴、回国费用等，也未购买失业保险。如公司无需支付其经济补偿金，则会导致企业间进行不正当竞争，对中国劳动者产生不利影响。

法院判决，麦格纳斯太尔公司不需支付 Banez 经济补偿金 39,000 元，因为《劳动合同》中 8.4.3 条已经约定合同终止后公司不支付经济补偿金。

由此可见，当雇主和外国劳动者未约定终止劳动合同需要支付经济补偿金时，法院不支持经济补偿金。即双方当事人真实意思表示，不违反法律法规禁止性规定，合同对双方当事人均具有法律约束力。尽管《劳动合同》中约定适用《中华人民共和国劳动合同法》，但法院会支持当事人的意思自治，即不支持经济补偿金。

在与外国劳动者签订劳动合同时，可能涉及报销、保险、工作电脑中个人资料的问题。在 Cheekuanway、宁波诺丁汉大学劳动争议案[9]中，Cheekuanway Augustus 持有外籍人士工作许可证，于 2013 年 3 月 1 日入职大学，双方于 2013 年 4 月 10 日签订了期限为 2013 年 3 月 1 日至 2020 年 2 月 28 日的劳动合同，在职期间月均工资为 44924.77 元。入职后，大学为 Cheekuanway Augustus 购买了商业医疗保险，但未为其缴纳社会保险。2019 年 1 月 21 日，大学派人找 Cheekuanway 谈话，认为其多次违纪，要求协议解除劳动合同，其经考虑后表示同意。大学向 Cheekuanway 送达了解除劳动合同通知书。解除劳动合同通知书载明“我校与您的薪资结算至 2019 年 1 月 21 日(最后工作日)，1 月最后一笔工资金额共计人民币 39882.52 元(含未休年假折算工资计人民币 12002.12 元，社保、公积金、个税及账单扣除前)由财务办公室在您完成离职手续并搬离学校教师公寓后五个工作日内安排支付到您的银行账户。至此您在我校工作期间的所有劳动报酬已结清，双方无其他争议”。Cheekuanway 在该回执上签名。大学向 Cheekuanway 支付了包含当年未休年休假工资 12002.12 元在内的 39882.52 元。大学的年休假政策规定，员工未休完当年年休假的，剩余 5 天可以在下一个学年前三个月使用，否则未休年休假过期作废，若合同在当年解除的，员工有权领取当年未休年休假工资。Cheekuanway 获得了养老保险和医疗保险。随后，Cheekuanway 起诉，要求学校向 Cheekuanway 支付报销，学校补缴工作期间的工伤保险、生育保险、失业保险；归还工作电脑中的个人资料。

解除劳动合同后，大学应否向 Cheekuanway 支付报销费用；大学应否为 Cheekuanway 补缴工作期间的工伤保险、生育保险及失业保险；学校是否需要归还 Cheekuanway 工作电脑中的个人资料？

[9] (2020)浙 02 民终 5995 号。

中华人民共和国劳动合同法(2012 修正)第 38 条，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同。

Cheekuanway 主张，2013 年至 2018 年的所有就业年份的年度考核显示，大学上级对 Cheekuanway 的工作满意，违纪与事实不符。由于 Cheekuanway 受大学开除、扣除人才经费、作出负面评价的胁迫，被迫解除劳动合同。而且，Cheekuanway 在宁波全职工作超过了 3 年，符合人才补助支付条件，2015 年 11 月获得补助，但大学自 2019 年 1 月起，一直非法侵占，并在 2019 年 6 月将未发放的补助金退还给当地行政部门。而且，大学出具的未休年休假工资无具体天数和金额计算方式，未经双方核对确认。而且，根据大学的报销制度和报销惯例，Cheekuanway 将报销发票及资料上传，报销系统显示“approved”，不存在未提交发票或报销文件不合规的情况。而且，根据《外籍人员社保缴纳规定》第三条规定，中国境内用人单位依法招用的外籍人士，应当依法参与工伤保险、失业保险和生育保险。Cheekuanway 在工作电脑上所产生及储存的一切资料全部应为 Cheekuanway 个人所有。Cheekuanway 对中国法律法规及维权措施一无所知。

宁波诺丁汉大学主张，Cheekuanway 无权再主张未休年休假工资不足部分，因为“解除劳动合同通知书”中明确载明大学已付款项中包含了“未休年假折算工资计人民 12002.12 元”，并明确“至此您在我校工作期间的所有劳动报酬已结清，双方无其他争议”，Cheekuanway 签字确认。这说明双方就报酬支付达成了一致，对双方均有约束力。而且，报销属于单位内部财务制度、并非法律问题，大学已向 Cheekuanway 说明拒绝报销的理由并告知可行的途径，Cheekuanway 完全可以补正相关错误后再次提交。而且，在劳动合同解除或终止后，工伤保险、生育保险、失业保险无法补缴，因为《外籍人员缴纳规定》规定在职期间的社会保险费缴纳义务，未对离职后能否补缴上述三项社会保险费作出特殊规定。此外，Cheekuanway 没有列出电脑中个人资料的相关文件名称和储存路径，请求的具体内容不明确，大学无法核实、返还。因此，Cheekuanway 所用办公电脑为大学所有，现已收回入库。

法院认定，解除劳动合同后，大学不应向 Cheekuanway 支付报销费用，因为这属于单位内部财务制度，并非法律问题，大学已向 Cheekuanway 说明拒绝报销的理由并告知可行的途径，他完全可以补正相关错误后再次提交。大学不应为 Cheekuanway 补缴工作期间的工伤保险、生育保险及失业保险，因为 Cheekuanway 据以提出主张的《外籍人员缴纳规定》规定的是在职期间的社会保险费缴纳义务、并未对离职后能否补缴上述三项社会保险费作出特殊规定。而且，大学不需要归还工作电脑中的个人资料，因为 Cheekuanway 没说清楚相关文件名称和储存路径、大学无法核实、返还。

由此可知，尽管雇佣单位在为外国劳动者在职期间提供了养老保险、医疗保

险，劳动者离职后，雇主却不须补缴工伤保险、生育保险、失业保险。此外，外国劳动者最好不要将个人资料存放在工作电脑中，因为返还工作电脑时，一旦外国劳动者不能准确说清楚个人资料的名称和存储路径，雇主就可以不予返还。

三、结论

衡量与外国劳动者是否存在劳动关系时，应综合考虑工资、工作许可、雇主的职务、外国劳动者的职务、工作性质、工作内容。外籍人士劳动合同中的赔偿金、年度奖金的约定须明确、具体、详细。外籍人士劳动合同中的英文比中文更符合外籍员工订立合同时的真实意思表示。外籍人士劳动合同约定机票、商业医疗保险、子女教育津贴等福利待随着经济效益而改变，雇主就可以在经济效益差时减免劳动者福利待遇。外国劳动者离职后，雇主无须补缴工伤保险、生育保险、失业保险。

**范祺博文，1992 年 7 月，籍贯山东，浙江师范大学讲师，浙江泽大（金华）律师事务所兼职律师，美国印第安纳大学法学博士，电话 17774069877，邮箱 qibowen123@yeah.net,研究方向国际民事诉讼与商事仲裁、国际经济法、判例法，执业方向：国际商事仲裁。

邮寄地址：浙江省金华市婺城区迎宾大道 688 号浙江师范大学法学院，邮编 321000。

2025年中国国际法学会年会

Abstract: In determining whether an employment relationship exists with a foreign worker, wages, work permits, the employer's position, the worker's position, the nature of the work, and the content of the work should be taken into account. If the agreement on compensation for illegal termination of labor contract is to be effective, it is necessary to make a clear, specific, and detailed agreement on the compensation, because“matters not covered by the contract shall be in accordance with relevant laws, regulations, policies, rules and regulations, and the Employee Handbook” is not a special agreement on compensation. The agreement on annual bonus must be specific to the implementation of the program. The English version of the contract is more in line with the real intention of the foreign employee when concluding the contract than the Chinese version. When it is agreed that the foreign worker's salary can be reduced in case of poor economic performance and when the company's economic performance deteriorates, the employer is not required to pay for airfare, commercial medical insurance, children's education allowance and other benefits. When a foreign worker leaves a job, the employer is not required to make retroactive payments for work injury insurance, maternity insurance and unemployment insurance.

Keywords: Foreigners, Employment contract, Disputes

2025年中国国际法学会年会

美国国家豁免中“恐怖主义例外”规则研究

沈瑜晖*

摘要：美国《外国主权豁免法》中的“恐怖主义例外”条款，允许美国法院对被认定为“支持恐怖主义”的外国主权国家进行诉讼管辖，标志着传统国家豁免原则的重大突破。这一例外在强化反恐与保护受害者权益的同时，对现行国际法体系构成多重挑战。然而，国际法是动态发展的规则体系，国际规则的形成往往由一国发起，然后逐渐扩散至国际立法和判例。随着国际人权法的发展以及国家实践的持续推动，目前仍不得而知此类“人权例外”规则是否会发展成为各国的普遍实践。对于我国而言，我国也应当以《外国国家豁免法》为框架，密切关注“恐怖主义例外”条款的发展走向，维护我国国家利益。

关键词：恐怖主义例外；外国主权豁免法；管辖豁免

引言

国家主权豁免是一项公认的习惯国际法规则，主权国家一般不受他国司法管辖，除非存在某种例外情形。根据现有的国际实践，大多国家均持国家“主权行为”（*acta jure impreii*）豁免、“非主权行为”（*acta jure gestionis*）例外的立场，而常见的豁免例外主要涵摄“商业活动例外”、“侵权行为例外”、“放弃豁免”等情形。“恐怖主义例外”是美国根据自身反恐利益需要所首创的一项豁免例外规则，在国际法上并无先例。

1996 年，为构筑美国全方位、系统性的本土反恐体系，美国国会修订《外国主权豁免法》，新设“恐怖主义例外”条款，规定外国政府的官员、雇员及代理人在其职权范围内所实施的酷刑、法外处决、劫持航空器、劫持人质或向此种行为提供物质支持或资源，对由此引起的人身伤害赔偿诉讼，外国不享有豁免。借助这一条款，美国公民可以在联邦法院对指定的“支持恐怖主义国家”（State Sponsors of Terrorism）提起诉讼，进而寻求经济补偿。

在这一管辖权例外规则的指引下，美国联邦法院至今已审理了由“贝鲁特美国大使馆爆炸案”、“1996 年胡拜尔塔爆炸案”、“9 •11”等各类事件引发的近 300 多起诉讼，对相关国家开出了累计数百亿美元的天价罚单，进而执行了伊朗等国在美国境内的资产，引发巨大争议。美国公民也曾借助该条款在联邦法院提起针对中国新冠疫情的诉讼，要求美国法院适用“恐怖主义例外”对案件行使管辖权，但有关该条款的解释和适用问题，我国学界仍缺乏一个明确、系统的研究共识。

一、美国“恐怖主义例外”的由来与现状

* 沈瑜晖，浙江农林大学文法学院讲师。

1976 年美国国会通过的《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act，以下简称 FISA）的文本中并不包含“恐怖主义例外”条款，美国国内剧增的涉恐诉讼催生了该条款的创设。1995 年，因“洛克比空难”事件遇难的受害者家属在纽约东区联邦地区法院对利比亚提起诉讼，要求其对空难事件负责并承担赔偿责任。原告布鲁斯·史密斯（Bruce Smith）声称，“洛克比空难”是因利比亚安置在飞机上的炸弹所致，要求利比亚承担包括不当致死（wrongful death）、殴击（battery）、精神上的极度痛苦（emotional distress）、配偶权的丧失（loss of consortium）和违反国际法的责任。[1]然而，联邦法院在审查了 FSIA 的现有文本后，驳回了原告的起诉，表示：“虽然这一人道灾难令人心碎，但法院无权就这些私人诉因而获得对利比亚的管辖权。利比亚所谓的恐怖行为并不符合 FSIA 现有的豁免例外，因此利比亚享有主权豁免，免受起诉。”[2]

频发的恐怖主义事件加剧了美国民众对自身安全的担忧，面对恐怖主义蔓延的严峻态势，如何有效预防和打击恐怖主义并保护受害者成为美国亟需处理的重要挑战。1995 年，美国女大学生艾丽莎·弗莱托（Alisa Flatow）在以色列访学途中因一场自杀式爆炸袭击致死，弗莱托家属遂以“伊朗涉嫌资助恐怖主义”为由在美国法院提起对伊朗的诉讼，但同样遭到了 FSIA 的阻碍。在弗莱托家属的积极推动下，以及相关利益团体利用大选年的政治时机促成了美国国会对《外国主权豁免法》的修订。[3]1996 年，美国国会通过《反恐怖主义与有效死刑法》（Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996）对 FSIA 第 1605 节进行了修订，在第 1605 节原有的（a）段项下增加第 7 款，创设“恐怖主义例外”条款。

该条款规定：“除非第（2）段另有规定，否则当针对外国国家寻求因酷刑、法外处决、毁坏航空器、劫持人质或为此类行为提供物质支持或资源（如《美国法典》第 18 编第 2339A 节中所定义）而导致人身伤害或死亡的赔偿时，如果此类行为或提供物质支持是由外国国家的官员、雇员或代理人在其职务、雇佣或代理范围内从事的，法院应拒绝受理根据本款提出的索赔请求：

(A) 如果在行为发生时，外国国家未被指定为根据《1979 年出口管理法》第 6（j）条或《1961 年对外援助法》第 620A 条而被指定为“支持恐怖主义国家”，除非该行为后来导致其被指定为支持恐怖主义国家；以及

(B) 即使外国国家被指定为或曾被指定为‘支持恐怖主义国家’，如果：

（i）该行为发生在提起索赔的外国国家，并且请求权人未给予外国国家按照公认的国际仲裁规则进行仲裁的合理机会；或者

[1] Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 886 F. Supp. 306 (1995), p.309.
[2] Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 886 F. Supp. 306 (1995), p.315.
[3] Margaret E. Crahan & Soraya M. Castro Mariño, “Cuba-US Relations: Normalization and Its Challenges”, New York: Institute of Latin American Studies, 2016, p.215.

（ii）请求权人或恐怖主义受害者在索赔所依据的行为发生时不是美国国民（根据《移民和国籍法》第 101(a)(22)条的定义）。”[4]

据此，美国国家豁免制度下“恐怖主义例外”条款正式得以创设，根据此条款，美国公民可以就涉嫌支持恐怖主义的国家向联邦法院提起诉讼，寻求金钱赔偿。但仍需满足几个条件：第一，被诉的行为必须涉及酷刑（torture）、法外处决（extrajudicial killing）、毁坏航空器（aircraft sabotage）、劫持人质（hostage taking）或为此类行为提供物质支持或资源（material support or resources）；第二，在被诉行为发生时，该外国国家被美国指定为“支持恐怖主义国家（State Sponsors of Terrorism）”；第三，在被诉行为发生时，请求权人或恐怖主义受害者必须是美国公民；第四，如果被诉行为发生在外国国家境内，应当用尽当地救济，且提供利用仲裁解决争议的机会。此外，该法还允许法院在对外国政府根据该修正案做出判决时，无论该财产是否涉及被诉行为，都可以扣押外国政府在美国的商业财产以满足判决的执行。[5]

其中，条款中所指的“支持恐怖主义国家”是指美国自 1979 年 12 月 29 日发起的黑名单，美国国务院称名单上的国家通过直接或间接方式向恐怖主义活动提供任何形式的援助。目前，在该名单上的有古巴、朝鲜、伊朗和叙利亚四国。[6]这一名单由美国国务院维护并进行动态调整，某一国家如欲从此名单中除名，应当证明：该国在过去六个月内没有任何向国际恐怖主义活动提供资助的行为，或该国的领导人和政策发生了根本性的变化，且该国已经做出保证未来也不会支持国际恐怖主义活动。[7]

随后，为进一步实现恐怖主义受害者权益的有效救济，美国国会对“恐怖主义例外”进行多次修改，显著扩大了“恐怖主义例外”条款的管辖范围，并最终呈现于《外国主权豁免法》第 1605A 条、第 1605B 条及第 1610 条之中。值得重点关注的是，根据美国国会于 2016 年通过的《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》（Justice Against Sponsors of Terrorism Act），所有国家都有可能基于“恐怖主义例外”条款受到美国法院的管辖，进而执行在美境内的财产以清偿判决，而不再拘泥于“支持恐怖主义国家”名单的限制。虽然这一激进、扩张的管辖权在

[4] Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, 28 U.S.C § 1605 note, 110 STAT. 1241.

[5] 28 U.S.C. § 1610-Exceptions to the immunity from attachment or execution: “…(b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if— ‘…(2) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605(a) (2), (3), or (5), or 1605(b) of this chapter, regardless of whether the property is or was used for the activity upon which the claim is based.”

[6] 曾经在该名单上，但现已除名的国家包括：伊拉克（1982 年除名）、苏丹（2020 年除名）、也门民主人民共和国（1990 年除名）、大阿拉伯利比亚人民社会主义民众国（2006 年除名）。相关信息参见：https://www.state.gov/state-sponsors-of-terrorism/，最后访问时间：2025 年 4 月 3 日。

[7] “Country Reports on Terrorism 2022”, U.S Department of State, https://www.state.gov/reports/country-reports-on-terrorism-2022/(last visited 3 April 2025).

国际社会遭遇诸多非议，伊朗也就此在国际法院提起了针对美国此类行为的相关诉讼，但在当前政治、安全情势下，美国废除“恐怖主义例外”的可能性微乎其微。[8]

二、美国“恐怖主义例外”适用引发的问题与挑战

从既有司法实践看，美国境内关于“恐怖主义例外”条款的适用已逐渐偏离其立法原意，并展现出明显的单边主义倾向，具体表现在：其一，任何国家都可能因国际恐怖主义活动而暴露在美国的管辖权之下，不再限于美国国务院指定的“支持恐怖主义国家”名单。沙特就曾因与“9·11”事件模糊的联系，而被拖入“恐怖主义例外”诉讼之中；其二，即使是非美籍公民，也可援引“恐怖主义例外”条款，在美提起对相关国家的指控。根据第 1605A 条规定，适格原告不仅涵盖美国公民，也包括美国政府、武装部队的外国雇员及其直系亲属，美国法院也据此作出了相应的判决，并充分支持了非美籍公民原告的主张；其三，对于“恐怖主义活动”的定义，美国采取了较为宽泛的解释，不仅适用于传统意义上的恐怖主义活动，而且还适用于其他人员伤亡的情形，包括对军人的袭击等；其四，在外国资产的执行上，“支持恐怖主义国家”间接持有的资产，甚至于伊朗中央银行资产，都可以用以清偿“恐怖主义例外”判决，进一步突破了外国国家财产享有执行豁免的习惯国际法规则。

通过国内法的适用，美国限制、乃至剥夺外国国家主权权益并执行他国资产，使得这一条款的合法性引发了广泛争议。一些国家已经宣布采取对等立法方式以回应美国这一行为，例如伊朗就曾通过《惩治资助恐怖主义法》（Law on Combating Financial Support of Terrorism），授权伊朗法院管辖对伊朗实施国际恐怖主义的案件，无论该恐怖主义行为发生于伊朗境内还是境外。[9]

对于这一激进的立法，美国境内不乏批评的声音。美国行政部门也始终对“恐怖主义例外”条款持否定立场并多次否决修改法案的通过，认为该条款扭曲了司法角色，削弱了行政部门外交政策的效果。例如，2007 年，美国第 110 届国会将修改后的“恐怖主义例外”条款送交总统签署，但布什总统以新条款可能危及伊拉克经济、破坏外交政策及美国商业利益为由拒绝签署。[10]继而，2016 年，受“9·11”

[8] 孙昂：《国家豁免案件的管辖权问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，载《国际法研究》2021 年第 2 期，第 7 页。

[9] 孙昂：《国家豁免案件的管辖权问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》（上），载《国际法学刊》2020 年第 4 期，第 26 页。

[10] Veto Message on H.R. 1585, The President of the United States, “Notification of the Veto of H.R. 1585, it says: “The economic security and successful reconstruction of Iraq have been top priorities of the United States. Section 1083 of H.R. 1585 threatens those key objectives. Immediately upon enactment, section 1083 would risk the freezing of substantial Iraqi assets in the United States--including those of the Development Fund for Iraq (DFI), the Central Bank of Iraq (CBI), and commercial entities in the United States in which Iraq has an interest. Section 1083 also would expose Iraq to new liability of at least several billion dollars by undoing judgments favorable to Iraq, by foreclosing available defenses on which Iraq is relying in pending litigation, and by creating a new Federal cause of action backed by the prospect of punitive damages to support claims that may previously have been foreclosed. This new liability, in turn, will only increase the potential for immediate entanglement of Iraqi assets in the United States. The aggregate financial impact of these provisions on Iraq would be devastating.”

事件的舆论压力影响，美国第 114 届国会再次修改了这一豁免例外规则，使得所有国家使都有可能因国际恐怖主义行为而受到美国法院的管辖，奥巴马总统以损害美国安全利益为由再次否决了这一法案，并说明三点理由：（1）JASTA 降低了行政部门反恐行动的有效性。因为它将打击恐怖主义这一任务从专业的国家安全和外交人员手中拿走，交由私人诉讼和法院处理；（2）JASTA 将破坏主权豁免这一习惯国际法规则。这一规则保护美国免于他国诉讼，保护美国资产免受他国侵占，一旦 JASTA 立法得到别国效仿，那么将危及美国国家利益；（3）JASTA 将影响美国与其盟友的关系。如果该法生效，即使是对美国盟友在特定恐怖袭击案件中的串谋行为作出最低限度的指控，也足以打开诉讼和广泛调查的大门，致使美国的相关盟友被拖入“恐怖主义例外”诉讼之中，有损两国之间在国家安全问题上的合作。[11]

三、国际社会有关美国“恐怖主义例外”适用的评价

国家主权平等原则是现代国际法基本原则体系的核心。自 1648 年威斯特伐利亚秩序建立起，民族国家就被视为平等的、国际法的主要参与者。各国不论经济、社会、政治或其他性质的差异，均有平等权利与责任，这就要求各国不得对彼此行使任何法律权力。“恐怖主义例外”违反国际法最突出的地方在于美国国务院制定的“支持恐怖主义国家”黑名单。通过给某些国家贴上“支持恐怖主义国家”的标签，剥夺其主权豁免权。而如果名单以外的国家实施了与名单上的国家相同的行为后未被追加到名单上则仍享有主权豁免。这便构成了一套双重标准，对不同国家的相同行为区别对待，是对相关国家人格的不尊重，构成了对名单上国家的歧视,违反了平等原则。[12]

国际法院在“德国诉意大利案”中也考虑了“习惯国际法是否已经发展到一个阶段，即在严重违反人权法或武装冲突法的情况下，一国是否丧失豁免权”的问题，在本案中，意大利法院允许针对德国提起基于二战德意志帝国违反国际人权法的民事诉讼违反了国际法的义务，即未尊重德国依国际法享有的管辖豁免权。[13]意大利提及美国“恐怖主义例外”条款以试图证实：当一个国家严重违反国际人道法时，国际法并不赋予该国豁免权，或至少应当限制其豁免权。德意志帝国在二战期间的行为已构成了严重违反武装冲突法的行为，构成国际罪行，使得德国失去豁免。然而，国际法院未支持这一观点，并表示：“除了本案所涉及的意大利法院的判决外，几乎没有其他国家实践可以支持国家在此类情形下被剥夺主权豁免的观点……尽管美国 1996 年对 FSIA 的修正取消了被美国政府指定为‘支

[11] “Veto Message from the President --S.2040”, The White House Office of the Press Secretary, https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/09/23/veto-message-president-s2040 (last visited 4 April 2025).

[12] 郭玉军、陈毅颖：《美国<外国主权豁免法>恐怖主义例外的正当性考察》，载《中国国际私法与比较法年刊》2022 年第 31 卷，第 349 页。

[13] 郭玉军，刘元元：《国际强行法与国家豁免权的冲突及其解决——以德国诉意大利案为视角》，载《河北法学》2013 年第 1 期，第 25-26 页。

持恐怖主义国家’在实施某些特定行为（例如酷刑和非法处决）的豁免，但其他国家的立法中没有类似规定，在已在颁布国家豁免立法的国家中，没有任何国家规定根据所指控行为的严重性来限制豁免。”[14]在此基础上，国际法院得出结论：“根据目前的习惯国际法，一国不会因被指控严重违反国际人权法或武装冲突法而丧失其主权豁免。”[15]

国际社会对于这一豁免例外规则也传递了相应的谴责，例如，在“9·11”事件受害者借“恐怖主义例外”条款提起对沙特的诉讼后，沙特政府就发出警告称，沙特将有可能出售 7500 亿美元的美国资产，并敦促美国国会采取必要的措施修正这项立法，以避免发生严重后果；海湾阿拉伯国家合作委员会秘书长也表示，这一法案与主权豁免原则相矛盾；荷兰议会成员在针对“恐怖主义例外”条款的听证会中表示，该条款是对荷兰主权的严重侵犯，并宣布该法案在其目前形式下的生效对荷兰来说是不可接受的；法国国民议会外交事务委员会成员皮埃尔·勒卢什表示，这一条款将在国际法上引发“法律革命”，带来重大政治后果，并宣布将推动立法，允许法国公民在相应法案生效后起诉美国；欧盟认为，这一条款将可能促使他国采取类似立法，从而进一步削弱国家主权豁免规则；俄罗斯采取了更为严厉的指控，表示这一条款展现了美国对“国际法完全的无视”，称“在美国，许多政治家已经相信他们自己的‘独特性’，坚持延伸其司法管辖权至整个世界，无视国家主权和常识的概念”。[16]

四、“恐怖主义例外”条款的发展趋势

事实上，自 1996 年《外国主权豁免法》新设“恐怖主义例外”以来，美国司法部就曾就此条款传递过担忧：“其他国家，尤其是那些承受该立法后果的中东国家，可能会将该条款解读为对其施加境外压力，要求其遵循西方法律意识形态。”司法部将“恐怖主义例外”条款描述为美国的一种“政治和文化霸权”行为，与其他国家拥有独立主权以及对内部事务的绝对管辖权原则不符。[17]然而，通过多年的运行，司法部的担忧没有得到缓解，相反，美国关于这一条款的司法实践，促进了他国的立法跟进，进一步加剧了对主权豁免原则的侵蚀。

2012 年 3 月 13 日,加拿大总督批准通过《恐怖主义受害者正义法》（Justice for Victims of Terrorism Act）在其《国家豁免法》中新增“恐怖主义例外”条款，规定“自 1985 年 1 月 1 日起，被列入由行政长官所指定名单的外国国家在针对

[14] Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 138, para.88.
[15] Ibid., p.139, para.91.
[16] Carmen-Cristina Cîrlig & Patryk Pawlak, “Justice against sponsors of terrorism: JASTA and its international impact”, Think Tank of European Parliament, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593499/EPRS_BRI(2016)593499_EN.pdf (last visited 4 April 2025).
[17] Richard T. Micco, “Putting the Terrorist-Sponsoring State in the Dock: Recent Changes in the Foreign Sovereign Immunities Act and the Individual’s Recourse against Foreign Powers”, (2000) 14 Temple International and Comparative Law Journal 109, p.117.

其支持恐怖主义的诉讼中不享有管辖豁免”。该法同时新增一项诉讼依据，允许私人原告向被加拿大指定为恐怖主义支持国的国家提起诉讼，只要满足以下两个要件：（1）被列入指定名单中的外国国家在 1985 年 1 月 1 日后实行了《加拿大刑法典》第二部分之一规定的恐怖主义行为；（2）原告为加拿大公民或永久居民，或被诉行为与加拿大存在真实且实质性的联系。因恐怖主义活动受伤的私人原告都可以在加拿大提起针对“支持恐怖主义国家”的诉讼,进而申请执行外国国家资产。[18]

在上述法案生效后，加拿大法院已经审理了一系列与伊朗有关的诉讼，包括对美国“恐怖主义例外”判决的承认和执行。例如，2016 年，在“特雷西诉伊朗案”中，加拿大法院根据《受害者恐怖主义正义法》承认了美国的判决，并将伊朗所有的位于渥太华和多伦多的两处房产，以及伊朗驻加拿大大使馆所有的两个银行账户中的资金，交付给原告[19]。借助该条款，加拿大法院还就“乌克兰国际航空 752 号班机空难”启动了管辖权。2020 年 1 月 8 日，一架隶属乌克兰国际航空的波音 737-800 客机于伊玛目霍梅尼国际机场起飞后不久被伊朗军方意外击落，机上人员全部遇难，其中包含 63 位加拿大公民。[20]遇难者家属即刻在加拿大安大略省高等法院提起了针对伊朗及伊朗伊斯兰革命卫队的“恐怖主义例外”诉讼，指称伊朗对 752 号班机的袭击是一次有意为之的恐怖主义活动，构成《加拿大刑法典》第 83.01 条项下的“恐怖主义活动”，[21]伊朗未做任何回应。2021 年，

[18] “An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act”, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts, Bill C-10, 41st Parliament, 1st session, https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/41-1/c-10(last visited 3 April 2025).

[19] Tracy (Litigation guardian of) v. Iranian Ministry of Information and Security, 2014 ONSC 1696, pp.1-8, paras.1-30.

[20] 李东旭、白平：《乌克兰一架客机在伊朗坠毁 基本排除操作失误》，载《人民日报》2020 年 1 月 9 日，第 17 版。

[21] Criminal Code(Revised Statutes of Canada), 1985, c.C-46, Part II.1 Terrorism, Article 83.01: “…terrorist activity means (a) an act or omission that is committed in or outside Canada and that, if committed in Canada, is one of the following offences: (i) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on December 16, 1970, (ii) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on September 23, 1971, (iii) the offences referred to in subsection 7(3) that implement the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 14, 1973, (iv) the offences referred to in subsection 7(3.1) that implement the International Convention against the Taking of Hostages, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 17, 1979, (v) the offences referred to in subsection 7(2.21) that implement the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna and New York on March 3, 1980, as amended by the Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna on July 8, 2005 and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, done at New York on September 14, 2005, (vi) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on February 24, 1988, (vii) the offences referred to in subsection 7(2.1) that implement the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, done at Rome on March 10, 1988, (viii) the offences referred to in subsection 7(2.1) or (2.2) that implement the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at Rome on March 10, 1988, (ix) the offences referred to in subsection 7(3.72) that implement the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 15, 1997, and (x) the offences referred to in subsection 7(3.73) that implement the International Convention for the Suppression

安大略省法院就“扎雷诉伊朗案”作出裁定，认为伊朗的行为已构成“恐怖主义活动”，并判处伊朗向原告支付 700 万加元的损害赔偿金，以及 1 亿加元的惩罚性赔偿金等。[22]

在美国及加拿大的双重夹击下，2016 年 6 月 14 日，深受“恐怖主义例外”影响的伊朗在国际法院提起了针对美国的诉讼，伊朗诉称，美国借由“恐怖主义例外”条款，在境内法院作出了多个针对伊朗或其国有机构的判决，进而执行了伊朗及其国有机构、伊朗中央银行资产以清偿判决。这些行为违背了两国于 1955 年签订的《友好、经济关系和领事权利条约》第 3 条、第 4 条、第 7 条、第 10 条和第 11 条。国际法院本有机会在此案中回答“恐怖主义例外”条款的合法性问题，但遗憾的是，2019 年 2 月 13 日，国际法院对此案的管辖权和受理性作出初步裁决，表示美国“恐怖主义例外”的合法性不在法院的管辖范围之内，导致这一条款的合法性更加模糊。[23]

2023 年 6 月 27 日，伊朗再次就“恐怖主义例外”的合法性问题向国际法院提起了诉讼，明确控诉加拿大将伊朗列为“支持恐怖主义国家”，以及允许私人原告在加拿大法院起诉伊朗并剥夺其财产豁免权的行为违反习惯国际法。[24]目前该案仍在审理中，由于伊朗及加拿大均接受了法院的强制管辖权，届时国际法院将无法以“恐怖主义例外”条款不涉及条款的解释和适用争议为由，回避管辖权的行使。

自 1996 年美国新设“恐怖主义例外”这一管辖例外以来，经过多年的适用及发展，关于这一条款已经产生了大量的司法实践，引发了广泛的国际争议。然而，国际规则的制定与变革往往由个别国家发起，以共同的价值观和利益为基础，促使他国效仿跟进，最终逐步推向世界。[25]考虑到美国境内关于此条款普遍的适用，以及加拿大的后续跟进立法，这一条款正在创造一个危险的先例，正如沙特阿拉伯外交大臣阿德尔·朱拜尔所述，“美国通过侵蚀主权豁免规则，打开了其他国家采取类似步骤的大门，然后在你意识到之前，国际秩序就变成了弱肉强食的丛林法则。”[26]

---

of the Financing of Terrorism, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 9, 1999.”

[22] Zarei v. Iran, 2021 ONSC 8569, pp.1-20, paras,1-78.

[23] Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, pp.34-35, para.80.

[24] “Alleged Violations of State Immunities (Islamic Republic of Iran v. Canada)”, Application Instituting Proceedings, 27 June 2023, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/189/189-20230628-app-01-00-en.pdf(last visited 8 April 2025).

[25] 潘忠岐：《广义国际规则的形成、创制与变革》，载《国际关系研究》2016 年第 5 期，第 14 页。

[26] “Saudi Arabia Lobbies US to Change Controversial 9/11 Law”, https://www.newarab.com/news/saudi-arabia-lobbies-us-change-controversial-911-law (last visited 6 April 2025).

统筹推进涉台国内法治和涉外法治的问题意识及其实施路径

宋明漫*

摘要：“台独”分裂与外部干涉在行为性质、行为表现和行为结果要件上呈现出高度同构性，刺激和诱导“台独”势力与外部势力合流。反“台独”分裂与反外部干涉成为新时代国家谋求完全统一进程中一体两面的斗争。为推动反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制的系统性建构，我们应加快构建以《宪法》为根本的“两反”斗争规范体系，贯通以一个中国原则为核心的“两反”斗争法治话语。建立“两反”斗争法律衔接机制并不等于认同台湾问题“国际化”。相反，我们可以充分利用“两反”斗争法律衔接机制，筑起管控两股势力合流风险的“防火墙”。

关键词：“台独”分裂；外部干涉；国家统一；台湾问题“国际化”

一、问题的提出

2024 年 1 月 13 日，民进党籍候选人赖清德、萧美琴当选台湾地区新一届正副领导人，民进党在岛内执政 8 年后再度实现连续执政。随后，美国国务卿安东尼·布林肯就台湾地区选举发表声明，将美台营造为“根植于民主价值观的伙伴关系”，表示“美国致力于维护海峡两岸和平稳定以及不受胁迫和压力而和平解决分歧”，干预台湾问题之心昭然若揭。[1]实际上，自 2016 年以来，民进党当局坚持“台独”分裂立场，勾连外部势力不断进行谋“独”挑衅。一些外部势力借台湾问题对中国竭力进行围堵打压，变本加厉推行“以台制华”。两股势力蛇蟠蚓结，企图损害中国主权、安全和发展利益，已经成为阻挠中国完全统一进程的突出障碍。遏制“台独”分裂势力与外部干涉势力合流，建立反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制势在必行。

然而，与此不相匹配的是，当前学界关于遏制“台独”分裂与反对外部干涉的研究呈现一定的区隔化。反分裂与反干涉一直是两岸关系领域备受关注的重点议题。总体而言，现有研究围绕反分裂与反干涉进行了多角度、多层次探索，丰富和创新了国家统一理论与实践，其中不乏经典之作。比如在反分裂领域，周志

---

* **本文部分观点尚在完善之中，请勿引用。**

作者简介：宋明漫，武汉大学法学博士，中共湖北省委党校（湖北省行政学院）政法教研部讲师，武汉大学两岸及港澳法制研究中心研究人员。

基金项目：国家社会科学基金一般项目“提升对美推动台湾问题‘国际化’的法理斗争能力”（22BGJ013）成果。

[1] U.S. Department of State, On Taiwan’s Election，Jan 13th, 2024，available at https://www.state.gov/on-taiwans-election/.

怀提出，《反分裂国家法》标志着大陆对台政策已进入“以法反独”和“以法促统”的新阶段。[2]周叶中首倡系统建构反分裂国家法律机制，进一步明确了反分裂国家斗争的法律属性。[3]又如在反干涉领域，祝捷、陈文菊凝练了美国对台法律干涉的主要行为模式，主张全面构建“以法制法”的反干涉法律机制。[4]段磊、熊鸿亮认为，“台独”活动与外部势力勾连实质是“台独”“自我宣告”与“外部承认”结合，建议强化以一个中国原则为核心的反干涉话语体系。[5]此外，亦有少数学者尝试贯通反分裂与反干涉领域。如张仕荣提出中国应以反干涉为支点，从制度、经济、军事、文化多方面构建反分裂国家战略体系。[6]从研究视野看，现有成果多将反分裂、反干涉斗争视为两个相对独立的范畴，对“两反”斗争之间究竟存在何种关联、是否有必要以及如何建立联动防范机制关照不足。从研究方法看，即使已经察觉“台独”分裂势力与外部干涉势力日渐合流的学者，惯于运用政策话语描述解读这种里勾外连现象，以意识形态宣示表达驳斥和谴责的立场，鲜有从法理角度探索建立反分裂与反干涉衔接机制。

基于此，本文尝试引入法治思维和法治方式，探索建立反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制。为实现这一目标，本文拟从以下三个层面展开研究：1）在理论层面，解构“台独”分裂与外部干涉行为构成要件，揭示反“台独”分裂与反外部干涉斗争逻辑关联，阐明建立“两反”斗争法律衔接机制的必要性与可行性。2）在实践层面，从法律规范和法治话语双重维度，探索建立符合两岸实际、中国国情和国际惯例的反分裂与反干涉法律衔接机制，以增强中国在反“独”促统问题上的系统性和协同性。3）在战略层面，廓清建立“两反”斗争法律衔接机制与台湾问题“国际化”的关系，防范“台独”势力配合外部势力推动台湾问题“国际化”风险，以期为前瞻性思考、全局性谋划、整体性推进对台工作提供有益思考。

建立反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制的必要性与可行性分析

论证建立“两反”斗争法律衔接机制的必要性与可行性，是本文研究的起点。而揭示这一必要性与可行性的关键，是精准界定反分裂与反干涉斗争的逻辑关联。要达成这一目的，首先需要厘清“台独”分裂与外部干涉两种行为之间的关系，挖掘两股势力合流的机理和动因。

[2] 周志怀：《〈反分裂国家法〉与新时期大陆对台政策》，《台湾研究》，2005 年第 2 期，第 5 页。
[3] 周叶中：《论反分裂国家法律机制的问题意识与完善方向》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 3 页。
[4] 祝捷、陈文菊：《美国对台法律干涉的行为模式研究——兼论反干涉法律机制的构建》，《台海研究》，2022 年第 4 期，第 49-57 页。
[5] 段磊、熊鸿亮：《反对外部势力干涉台湾问题的话语体系初论——以一个中国原则的话语构建为主轴》，《闽台关系研究》，2023 年第 1 期，第 13-17 页。
[6] 张仕荣：《基于国际经验构建中国反分裂战略体系的几点思考》，《国际关系学院学报》，2011 年第 6 期，第 29 页。

（一）“台独”分裂与外部干涉行为要件解构

实践中，“台独”分裂活动与外部势力干涉如影随形，总是相伴出现。它们的行为主体虽然受国内法与国际法两个不同层面的理论和规范约束，但在行为要件上呈现出高度同构性，从多重维度刺激和诱导两股势力发生合流。

1、从行为性质看，“台独”分裂与外部干涉行为严重违反我国国内法和国际法规范。谋求“台独”是“台独”分裂活动的宗旨。“台独”的核心理念在于解构一个中国原则，推动台湾完成“国家化建构”。[7]而干涉多指一个国家或组织通过强迫或专横的方式干预另一国家的事务，以便强迫或阻止该国从事某种行为。[8]**1）从国内法层面看，我国宪法和法律既坚决反对“台独”分裂也反制外来干涉。**宪法序言第九自然段以根本大法的形式确认了中华人民共和国享有对台湾的主权，对“包括台湾同胞在内的全中国人民”课予完成统一国家的义务。[9]第十二自然段规定中国坚持独立自主的对外政策，坚持和平共处五项原则，互不干涉内政。[10]第二十八条概括性地规定国家维护社会秩序、镇压叛国和其他危害国家安全犯罪活动的职责。[11]为了将这些原则性条款具体化，我国先后出台《反分裂国家法》《国家安全法》和《反外国制裁法》等基本法律，实现了反分裂与反干涉斗争方式方法的法治化和规范化（具体分析详见第三部分）。**2）从国际法层面看，维护国家领土主权完整、反对分裂主义及外部干涉已成为基本国际规范。**国家主权原则是国际法最基本的原则，尊重主权领土完整和不干涉内政是国家主权原则的自然延伸。领土完整原则的一个基本要素是为防止领土被肢解提供保障，这就必然涉及对领土主权的尊重及其完整性的承诺。[12]因此，干涉行为被《联合国宪章》第二条第七款明文禁止，即使联合国作为国际组织原则上也不得干涉“在本质上属于任何国家国内管辖之事件”。[13]在国家之间不干涉原则同样适用，这一点隐含于禁止使用武力原则，并在联合国大会主流宣言中被持续确立。[14]**3）为避开以上禁止性规范的强制约束，“台独”势力与外部势力转而投向“域内法”寻求正当**

---

7 段磊：《“法理台独”概念体系论》，《台湾研究》，2019 年第 3 期，第 27-28 页。

8 王铁崖：《国际法》，北京：法律出版社，1995 年版，第 113 页。

9 宪法序言第九自然段规定：“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。”

10 宪法序言第十二自然段规定：“……中国坚持独立自主的对外政策，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，坚持和平发展道路……”

11 宪法第二十八条规定：“国家维护社会秩序，镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动，制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动，惩办和改造犯罪分子。”

12 李捷、靳晓哲：《21 世纪以来中国的分裂主义研究——李捷教授访谈》，《国际政治研究》，2022 年第 6 期，第 141 页。

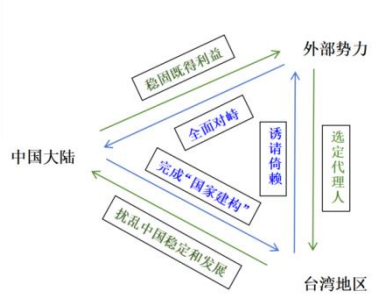
13 《联合国宪章》第二条规定：“为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：……七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。”

14 例如《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》（1965 年）、《国际法原则宣言》（1970 年）、《不容干涉和干预别国内政宣言》（1981 年）等均确认和沿用了这一原则。杨博超、赵紫钰：《禁止使用武力与不干涉原则——〈联合国宪章〉第二条第四、七款之解析》，《学术交流》，2016 年第 8 期，第 79 页。

性背书。一方面，“台独”势力将目光聚焦岛内，通过变迁台湾地区“宪制性”规定、法律体系和相关国际法规范，为台湾“国家化”建构提供法规范确认。[15]另一方面，外部势力开始退回本国法域，利用国内法上所谓“民主”“人权”“法治”等价值理据，完成对干涉行为的合法性包装。对此，中国国内法和国际法往往只能通过震慑、施压等间接形式发挥作用，这为两股势力逃避权威约束、形成紧密勾连之势提供了活动空间。

2、从行为表现看，“挟洋谋独”和“以台制华”的战略步骤呈现路径上的反向叠合。在民进党当局加紧勾连外部势力对抗大陆、图谋“台独”的同时，美国一些势力利用台湾问题制衡和削弱中国，阻挠中国发展进步。台、美基于自身利益分别炮制的“挟洋谋独”和“以台制华”战略呈现高度相似的逻辑链条。**1）为了应对两岸实力对比的严重失衡，**“台独”分裂势力“挟洋谋独”的第一步，是以金钱和利益等为许诺诱请外部势力的加入，通过倚赖外部势力提升所谓的对陆“议价”能力。“挟洋谋独”的第二步，是“台独”分子勾连外部势力与大陆进行全面对峙，包括但不限于政治对抗、舆论攻伐、国际对立等，以彰显台湾是区别于中国大陆的存在，冲击解构一个中国原则。“挟洋谋独”的第三步，是“台独”势力通过岛内法律变迁、认同改造、机构改组等全方位推行“去中国化”，推动完成台湾的“国家化建构”，由此形成了完整的“台湾地区→外部势力→中国大陆→台湾地区”的行为路径（详见下图）。**2）与此类似，为了遏制崛起的中国动摇西方主导的国际秩序，**外部势力“以台制华”的第一步，是选定“台独”势力作为代理人，获取介入中国内部事务的“白手套”。第二步，外部势力通过煽动乃至操纵“台独”分裂活动，破坏中国主权和领土完整，扰乱中国的稳定和发展。“以台制华”的最后一步，是外部势力在打压和遏制中国过程中保持自身实力优势，从而进一步固化既有利益和秩序格局，由此出现“外部势力→台湾地区→中国大陆→外部势力”的行为路径。**3）无论是否有意，“挟洋谋独”与“以台制华”行为路径的反向叠合呈现出极为相似的三角博弈形态。**以大陆为攻讦对象的“台独”分子和外部势力，都力避与大陆正面交锋，而是引入第三方政治行为主体，企图将本属中国内政的两岸关系演变为国际社会常见的分裂行为体、母国和外部干预力量的三角博弈模式。[16]三角博弈形态自带的相对稳定性不仅使大陆的破局难度骤增，也便于“台独”分子和外部势力在冲突演变中不断寻得动态平衡，为两股势力内外联动提供了现实基础。

[15] 段磊：《“法理台独”概念体系论》，《台湾研究》，2019 年第 3 期，第 26 页。
[16] 孙超：《国际干预、强力国家与分离冲突的升级：基于欧亚地区的考察》，《俄罗斯东欧中亚研究》，2018 年第 1 期，第 57 页。



3、从行为结果看，“台独”分裂活动与外部干涉行为对中国主权权益的侵害具有一致性。主权学说是国际法中基础而又源远流长的理论。传统主权理论自产生之初即认可主权是永恒的、不可分割的和不可转让的，具有对内最高性和对外独立性两重内涵。为了解释复杂的现代主权现象，政治学和国际法学者不断对传统主权进行理论重构。其中，黄嘉树和王英津两位教授曾将主权构成区分为表征归属状况的主权所有权和表征运作状况的主权行使权，并将其用于描述复杂的两岸关系。[17]我们不妨采取这一研究框架加以分析。**1）从直接危害看，分裂和干涉行为指向中国主权权益的不同构成。**“台独”势力企图把台湾脱离中国另立新的政治实体，挑战的是中国主权所有权，侵害了中国主权的唯一性、完整性和对内最高性。而外部干涉势力妄图通过干预台湾事务使之按照符合自身利益的方式发展，危害的是中国主权行使权，破坏了主权排他性和对外独立性。**2）从间接危害看，分裂和干涉行为所造成的后果无限趋向重叠。**“台独”势力割裂中国主权所有权后，必然要侵占对台部分的主权行使权。而外部势力干扰中国对台主权行使权，不过是希望保持两岸分治永久化，最终肢解中国主权所有权。此外在国际实践中，分裂和干涉的风险存在相互转化的可能性：一旦国家的主权和领土陷入分裂，外部势力往往趁虚而入扶植建立傀儡政权，从而进行长期干涉乃至政治操控；而受霸权主义干涉丧失自主性的国家，多半被迫走上分裂主义之路。**3）“台独”势力与外部势力在妨害中国主权权益的目标上实现交合，构筑起两股势力合流的利益契合点。**其中，“台独”分子以积极行动方式分裂中国主权和领土，谋求台湾“独立建国”；而外部势力则以消极方式模糊和否认中国的对台主权，阻碍两岸实现完全统一。最终，两股势力在削弱、侵害中国主权权益的目标和利益上殊途同归，这构成两股势力合流作乱的根本动力。

（二）反“台独”分裂与反外部干涉斗争逻辑界清

为因应岛内外局势变动，反分裂与反干涉斗争成为新时代党解决台湾问题总体方略的两大核心任务。自 2016 年以来，随着民进党在岛内开启全面执政，政党轮替常态化、民意结构“偏独化”和政党发展“本土化”给我国反分裂斗争

[17] 黄嘉树、王英津：《主权构成研究及其在台湾问题上的应用》，《台湾研究集刊》，2002 年第 2 期，第 35 页。

形势带来新的风险与挑战。[18]与此同时，国际上一些外部势力出于霸权心态和冷战思维，将中国视为最主要战略对手和最严峻的长期挑战，竭力进行围堵打压，伺机插手中国内政。[19]“台独”分裂隐患和外部干涉风险同步交织、相互激荡，在世界百年未有之大变局加速演进的刺激下，进一步发酵和扩散，这一点在外国政客频繁窜访台湾、美国军舰多次过航台湾海峡等一系列政治闹剧中暴露无遗。为此，党的二十大报告明确提出：“我们提出新时代解决台湾问题的总体方略，促进两岸交流合作，坚决反对‘台独’分裂行径，坚决反对外部势力干涉，牢牢把握两岸关系主导权和主动权”，并发出了“（保留采取一切必要措施的选项）针对的是外部势力干涉和极少数‘台独’分裂分子及其分裂活动”的警示。[20]可见，开展反分裂、反干涉重大斗争，不仅是党中央因应国家战略全局、岛内政治格局及国际秩序变局作出的重要决策，也已成为贯穿未来大陆对台工作大政方针的两条主线。

就台湾问题的特殊性质来看，反分裂与反干涉属于中国谋求完全统一进程中一体两面的斗争。《台湾问题与新时代中国统一事业》白皮书对台湾问题的产生进行了完整而清晰的描述：“1894 年 7 月，日本发动侵略中国的甲午战争，次年 4 月迫使战败的清朝政府割让台湾及澎湖列岛……1945 年 10 月 25 日……（中国）通过一系列具有国际法律效力的文件，中国从法律和事实上收复了台湾……由于中国内战延续和外部势力干涉，海峡两岸陷入长期政治对立的特殊状态，但中国的主权和领土从未分割也决不允许分割，台湾是中国领土的一部分的地位从未改变也决不允许改变。”可见，台湾问题是中国的内政，但自产生之初即萦绕着复杂的中美纠葛。这不仅是百年风云变幻下中华民族命运的缩影，也映照出半个多世纪以来国际格局动荡变革中的大国博弈。随着两岸实力鸿沟日益宽宏，外部势力干涉已成为推进中国完全统一进程的突出障碍。遏制外国势力以武力或非武力方式进行非法干涉，在一定意义上成为遏制“台独”分裂乃至最终结束两岸政治对立的关键。[21]换言之，反分裂与反干涉斗争并非毫无关联，而是国家谋求完全统一进程中不同的任务呈现：反分裂是遏制“台独”分裂势力、捍卫我国主权对内最高性的斗争，但同时可以有效挫败外部势力借机插手中国内政的图谋；反干涉是反制外部势力侵害我国主权对外独立性的斗争，但亦可以对“台独”分裂势力形成有力震慑。从这一角度而言，“两反”斗争从来都不是孤立和割裂的，而是有着互促互进、相辅相成的高度联结性，在维护中国主权、安全和发展利益

[18] 周叶中：《论反分裂国家法律机制的问题意识与完善方向》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 2 页。
[19] 国务院台湾事务办公室、国务院新闻办公室：《台湾问题与新时代中国统一事业》，《人民日报》，2022 年 8 月 11 日，第 5 版。
[20] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，《人民日报》，2022 年 10 月 26 日，第 1 版。
[21] 祝捷、段磊：《采取非和平方式及其他必要措施解决台湾问题时需考虑的九个法律问题》，《中国评论》（香港），2018 年 8 月号。

中获致了高度融合。

建立反分裂与反干涉法律衔接机制，体现的是系统观念在新时代大陆对台工作中的创新应用。党的二十大报告把“必须坚持系统观念”提升到“六个必须”高度，进一步揭示了万事万物是相互联系、相互依存的真理，“只有用普遍联系的、全面系统的、发展变化的观点观察事物，才能把握事物发展规律。”[22]坚持系统观念不仅是新时代中国特色社会主义思想的世界观和方法论，也是指导我们做好对台工作的重要立场、观点和方法。台湾问题系中国内战延续和外部势力干涉共同造就的历史遗留问题，其复杂性和特殊性决定了，解决台湾问题必须运用系统思维。为此，我们要通过历史看现实、透过现象看本质，把握好对台工作中全局和局部、当前和长远、主要和次要矛盾的关系。具体而言，一方面我们既要善于穿透时间维度，从历史上三次复台治理经验汲取两岸完全统一的方法和路径，并适当关照统一后“两制”台湾方案的制度设计。这一点已在另外两篇文章中详尽阐述。[23]另一方面，我们也要适当地跨越空间维度，把握好对台工作的总体目标和重点任务，特别是要辩证地处理好反分裂、反干涉两大主要战场斗争的关系。而这是下文着重解决的问题。

反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制的系统建构

立基于对分裂与干涉行为的同构性认知以及“两反”斗争的逻辑界定，我们认为，可以从规范和话语两个层面寻找突破口，推动反“台独”分裂与反外部干涉法律衔接机制的系统性建构。

（一）构建以《宪法》为根本的“两反”斗争规范体系

推动形成系统完备、衔接高效的反分裂与反干涉法律法规体系，充实应对“台独”分裂和外部干涉风险的法律“工具箱”，对于打赢“两反”斗争攻坚战具有固本培元的重要意义。当前，我国现行《宪法》《反分裂国家法》《反外国制裁法》已彰显出国家遏制分裂主义与反制外部干涉的根本立场，但具体实施仍依赖于法律规范的配套建设，呈现出具体条款实际适用难度较大、“两反”斗争法律衔接机制相对缺失等不足之处，难免使人产生“政治宣示效果强、法律实施效果弱”的印象。[24]因此，亟需做好相关规范的配套法律机制建构工作。

第一，宪法宜形成明确的反分裂和反干涉规范，为开展“两反”斗争提供充分的根本法依据。当前，反分裂和反干涉多以宪法序言中规范性陈述语句[25]和公民义务条款体现。除了前文所述的宪法序言第九自然段和第十二自然段外，类似

[22] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，《人民日报》，2022 年 10 月 26 日，第 1 版。

[23] 相关观点可参见祝捷、宋静：《历史上三次复台治理经验及对“两制”台湾方案的启示》，《台湾研究》，2019 年第 5 期，第 79-86 页。宋明漫：《融合发展视角下“两制台湾方案”的三个基本问题》，《台湾研究》，2020 年第 3 期，第 38-48 页。

[24] 周叶中：《论反分裂国家法律机制的问题意识与完善方向》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 2 页。

[25] 陈玉山：《中国宪法序言研究》，北京：清华大学出版社，2016 年版，第 37 页。

的还有第五十二条和第五十四条。后两个条款课以中华人民共和国公民维护国家统一的双重义务，一是维护国家统一和全国各民族团结的积极义务，二是不得危害祖国的安全、荣誉和利益的消极义务。而第二十八条作为条文部分鲜有的关联条款，只是将反分裂隐蕴于打击犯罪活动和维护社会秩序的国家任务中，最多算是隐形规范。这种规制方式原则性强而针对性不足，仍依赖于配套法律机制提供具体的法规范依据。考虑反分裂和反干涉斗争已经成为现实所趋和历史必然，宪法宜依托第二十八条形成明确的“两反”规范涵摄这一事实，将内部分裂和外部干涉行为明确为制裁和打击对象，以明晰“两反”斗争在根本法中的定位，为开展“两反”斗争提供法源及合法性证成。在必要时，亦可由全国人大常委会行使解释宪法的职权，对序言第九自然段、第十二自然段和第二十八条进行解释，再次重申中国反分裂的坚定决心和反干涉的根本立场。

第二，作为规制“台独”势力及其分裂活动的宪法性法律，《反分裂国家法》可进一步丰富反分裂与反干涉法律规范。《反分裂国家法》颁行已近二十年，目前仍仅有十个条款。其中，第二条以法律形式将一个中国原则的基本政策转化为法律规范，重申全中国人民维护国家主权和领土完整的共同义务，禁止“台独”分裂势力以任何名义、任何方式把台湾从中国分裂出去，属于典型的反分裂条款。第三条确认了台湾问题的内政属性和反对外国势力干涉的坚定立场，为开展反干涉斗争提供了充分的法理依据。第八条授权国家采取非和平方式及其他必要措施，并明确了启用条件和程序性事项，为国家开展多种形式的反分裂斗争提供了合法性证成。面对近年来愈发隐蔽的分裂策略，《反分裂国家法》除了就“台独”分裂活动的判定标准、行为模式及法律后果进行具体规定外，[26]可对当前突出的“台独”势力勾连外部势力的现实问题予以规制。例如，通过完善或解释第三条反干涉条款，补足强化《反分裂国家法》反制外部势力干预台湾问题的法律属性。再如，可将第九条采取非和平方式及其他必要措施的对象明确为外部势力干涉和极少数“台独”分裂分子及其分裂活动，借此将采取非和平方式及其他必要措施的合法性延伸至反干涉斗争，实现反分裂与反干涉斗争的法律衔接。

第三，挖掘《反外国制裁法》蕴含的反分裂功能，建立反制“台独”分裂与外部干涉的联动机制。作为一部重点规制反制裁、反干涉、反制长臂管辖的法律，《反外国制裁法》中还蕴含着丰富的反分裂法治资源。例如第十五条规定：“对于外国国家、组织或者个人实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益的行为，需要采取必要反制措施的，参照本法有关规定执行。”毫无疑问，“台独”分裂活动属于“危害我国主权、安全、发展利益的行为”的一种，因此，不管是外部势力直接实施危害我国主权和领土完整的行为，还是为“台独”分裂势力及其活动提供协助和支持，我国都可以依据《反外国制裁法》对其采取反制措施。

[26] 周叶中：《论反分裂国家法律机制的问题意识与完善方向》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 5 页。

这就为遏制“台独”势力与外部势力勾连、切断“台独”势力的外部援助提供了明确的规范依据。此外，《反外国制裁法》第四条规定：“国务院有关部门可以决定将直接或者间接参与制定、决定、实施本法第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织列入反制清单。”换言之，实施反制裁的机构是国务院外交部、商务部等其他政治主体。而《反分裂国家法》第八条同样授权国务院可以依法对“台独”势力采取非和平方式及其他必要措施。这也为探索建立“两反”斗争法律衔接机制提供了主体上便利性。

第四，作为国家强制力最严厉的部门法，刑法构建了基础的“两反”惩戒条款，但仍需明确在实践中的具体适用机制。刑法中涉及“两反”惩戒机制大致可以分为两类。一类是通过设置特定罪名，惩戒两股势力合流作乱的直接条款。比如第一百零二条规定的背叛国家罪需要同时具备两个要件：“勾结外国（或境外机构、组织、个人）”和“危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全”。这一条可以作为惩戒“台独”分子勾结外国势力分裂国家的规范基础。再如第一百零七条规定的资助危害国家安全犯罪活动罪，其犯罪主体包括“境内外机构、组织或者个人”，可以为打击外部势力资助“台独”分裂活动提供合法依据。另一类是将勾结外部势力作为从重处罚情节，以震慑两股势力勾连的间接条款。如第一百零六条规定，与境外机构、组织、个人相勾结，实施分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪等，从重处罚。这一条款在规范层面实现了反分裂与反干涉的统一。从法理上讲刑法的空间效力当然包括台湾地区，然而在特殊的两岸政治关系之下，这两类条款在台湾地区面临如何实际适用的困扰。对此，有学者提出可以依据刑法第八十八、八十九条规定，延长对“台独”分子的追诉期限，或启用《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百九十一条，经最高人民检察院核准，对犯罪事实已经查清、证据确实充分的“台独”分子依法适用缺席审判程序。[27]但是，即使在法律上完成定罪量刑，在实践中依然可能出现“台独”分子流窜海外继续作乱的情景。因此，要有效发挥刑法惩治分裂和干涉行为的效力，仍有待探索更多具体执行与适用机制。

此外，《国家安全法》《国家情报法》《反间谍法》《不可靠实体清单规定》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等也蕴含了可咨适用的“两反”斗争法治资源，因篇幅所限，此处不再赘述。

（二）贯通以一个中国原则为核心的“两反”斗争法治话语

为提升“两反”斗争实效，我们还需要创新以法治为主要表现形式的“两反”斗争话语体系。法律作为意识形态、国家机器的一种话语实践主要通过规则意识发挥作用，颁布法律本身就是话语秩序中的预先假设行为。[28]在构筑起相应的法

[27] 王英津：《大陆针对“台独”挑衅强化制裁措施》，《人民日报海外版》，2022 年 8 月 4 日，第 3 版。
[28] 潘丽萍：《法律话语策略与民族身份——〈反分裂国家法〉的中国话语建构》，《外语学刊》，2011 年第

律体系确立秩序与规则后，我们还需要推演一套在国内与国际两个场域行之有效的“两反”斗争法治话语逻辑，以弥补规范适用的局限性。实际上，经过长期的“两反”斗争实践，中国已经形成了形成相对成熟的反制“台独”分裂和外部干涉的法治话语，并取得了一定的实际效果。为增强反分裂与反干涉斗争的协同性，大陆可以进一步贯通反分裂与反干涉斗争话语体系，推动型塑中国主导的反“独”促统国际话语秩序。

依托一个中国原则贯通反分裂与反干涉斗争，是构建一套兼容国内法与国际法规则的“两反”斗争法治话语的关键。从当前反分裂与反干涉斗争实践看，国际法及两岸法制共同确认的一个中国原则，是较为可行的贯通“两反”斗争话语的法理接点。其逻辑在于：在国内领域，一个中国原则作为两岸关系和平发展的政治基础，不仅进入《宪法》《反分裂国家法》等获致法规范效力，还渗透于台湾地区现行“宪制体制”和规范体系，已经成为两岸法治间“最大公约数”[29]。即使台湾当局推行“法理台独”谋求台湾“国家化建构”，也不得不将解构一个中国原则作为法理标靶，这反向证明一个中国原则在两岸地区的法规范效力。在国际领域，一个中国原则业已成为国际社会的法理共识，遵守“一个中国”的国际秩序已成为国际社会参与主体理应恪守的义务。这不仅记载在《开罗宣言》《波茨坦公告》《日本无条件投降书》和联合国大会 2758 号决议，还体现于中华人民共和国与各国的建交公报等国际法律文件。因此，以一个中国原则为核心贯通“两反”斗争法治话语体系，不仅可以再度激活其蕴含的反分裂与反干涉两大功能，强化大陆行动的正当性与正义性，也有助于联动反分裂与反干涉斗争，最大限度地抢占国际舆论高地。为此，需要着力解决“讲什么”“谁来讲”和“怎么讲”三个问题。

第一，聚焦反分裂与反干涉宗旨，明确“两反”斗争法治话语体系的表达主题。开展反分裂与反干涉斗争的目的在于维护国家主权和领土完整，保护国家主权、安全和发展利益不受侵害。我们不妨以此构建“两反”斗争法治话语体系的内容表达。概言之，表达主题至少要包含以下三层意涵：一是“两岸同属一个中国”的政治事实和法理依据，这种法理依据不仅为大陆地区法律规范所支撑，也蕴含于台湾地区法制资源和国际法规则。二是中国遏制任何破坏一个中国原则的图谋，保留采取一切必要措施的选项，惩戒对象不仅包括“台独”分裂分子及其分裂活动，也包括与之勾连的境外机构、组织或者个人，这一点已为《反分裂国家法》《反外国制裁法》《刑法》等法律规范所确认。三是维护国家主权和领土完整、推动实现国家完全统一，不仅是宪法赋予包含台湾同胞在内的全体中国人民的神圣义务，也符合国际法基本原则。把法治资源引入“两反”斗争话语体系之

1 期，第 68 页。

[29] 周叶中、祝捷：《“一中宪法”与“宪法一中”——两岸根本法之“一中性”的比较研究》，《当代中国政治研究报告》2012 年，第 285 页。

后，不仅可以对抗外部势力对法治话语的滥用，还将极大地增强“两反”斗争话语的威慑力和影响力。

第二，甄别反分裂与反干涉性质，界清“两反”斗争法治话语体系的表达主体。从法理上讲，《宪法》《反分裂国家法》《刑法》的解释与适用权归属于法治主体。但在实践中，“两反”斗争话语往往由党和国家领导人、国家涉台主管部门、外交机关等政治主体表达，法治主体的声音十分微弱。[30]而根据《反外国制裁法》规定，政治主体是实施反干涉和反制裁的法定主体，法治主体保留立法权和解释权。因此，身兼反分裂与反干涉双重职权的政治主体应当统筹协调“两反”相关工作，加强协同配合和信息共享，指导有关部门按照各自职责分工发声表态和发布措施。同时，立法机关、审判机关等法治主体也要主动作为，例如全国人大常委会和最高人民法院可适时发布与反分裂、反干涉相关的法律解释和司法案例等，提升“两反”斗争话语的法理性和说服力。

第三，拓展反分裂与反干涉场域，创新“两反”斗争法治话语体系的表达方式。台湾问题是政治问题，也是法律问题，但归根到底是宪法问题。[31]这一共识赋予反分裂斗争政治色彩和法律属性。与之略有区别的是，反干涉斗争具备法律属性，但本质上仍属于政治、军事问题，极度依赖外交上的斡旋与促推，这也是为何《反外国制裁法》将采取反制措施的决定权授予外交部、商务部等国务院有关部门，法院秉承“政治问题不审查”原则一般不会参与到对外制裁的政府行为中。这就提醒我们，一方面，要根据反分裂与反干涉斗争的实际需求，灵活使用政治话语和法治话语，以政治话语强化和突出维护国家主权和领土完整的政治立场，以法治话语补强政治话语的法理性和论证力。另一方面，要统筹协调“两反”斗争国内与国外两个战场，既将反分裂斗争场域延伸至国际空间，也要在国内法律体系中部署严密的反干涉防线，从而提升反分裂与反干涉斗争实效。

建立“两反”斗争法律衔接机制≠认同台湾问题“国际化”

对此，也许有人会提出疑虑，建立“两反”斗争法律衔接机制是否存在刺激台湾问题“国际化”的风险？毕竟，遏制“台独”势力及其分裂活动属于中国内部事务，而反制外部势力干涉在本质上属于国际事务，建立“两反”斗争法律衔接机制，是否会让本属中国内部事务的台湾问题蒙上一层“国际化”迷雾，从而为“台独”势力扩展国际生存空间、谋求台湾的“国家化建构”提供便利？这种担心不无道理。

实际上，建立“两反”斗争法律衔接机制不仅不等于认同台湾问题“国际化”，相反，在一定程度上可以有效防范台湾问题走向“国际化”风险。分裂主义的国际化往往是由分裂势力和外部势力共同推动所致，它既是分裂势力主动推进以扩

[30] 周叶中：《论反分裂国家法律机制的问题意识与完善方向》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 5-6 页。
[31] 周叶中：《台湾问题的宪法学思考》，《法学》，2007 年第 6 期，第 38 页。

大影响及寻求支持的手段，也是外部势力干涉他国内政以谋取自身利益所导致的一种客观结果。[32]就台湾问题而言，一方面，“台独”分裂势力通过向外部寻求支持、承认和进行跨国动员的方式横向扩散，使得本属于中国内部事务的台湾问题向国际空间产生外溢效应，以推动台湾问题“国际化”获取对抗大陆的筹码；另一方面，外国势力通过介入台湾问题或直接干涉中国内政，或故意制造引发中国与介入国之间的国际冲突、危机甚至战争的事端，以获取引爆台海地区、垂直升级两岸冲突的导火索。建立反分裂与反干涉斗争法律衔接机制，相当于在战略层面预先设置好应对“台独”分裂势力和外部干涉势力合流的规范和策略，从而有效遏制“台独”分裂主义的国际化进程。

从战略角度而言，我们可以充分利用“两反”斗争法律衔接机制，筑起一道管控“台独”势力与外部势力合流风险的“防火墙”。“台独”分裂势力勾连外部干涉势力推动台湾问题“国际化”，反向为外部势力插手台湾问题提供了借口。虽然这并不足以改变台湾问题的性质，但这种与“主权”完全异质的“独立”话语和“民主”价值观仍值得高度警惕与防范。为此，我们可以借鉴《国家安全法》中较为规范的国家安全制度，探索建立一张遏制“台独”分子与外部势力合流作乱的安全防护网。具体而言：**1）情报信息共建共享：**建立反分裂与反干涉情报信息工作协调机制，由国家安全机关、公安机关和军事机关等相关部门依据法定职责分工，充分使用现代情报信息技术，侦探、搜集、鉴别、筛选和研判分析涉及台海地区情报信息，实现“两反”斗争情报信息的及时收集、准确研判、有效使用和共建共享。**2）安全风险监测预警：**有关部门应制定完善应对台海地区各类重大安全风险预案，对于“台独”分子和外部势力合流风险进行常态化的调查、监测和评估，并根据安全风险程度，及时向决策部门出具相应风险预警。**3）潜在隐患审查监管：**对于存在或者可能存在“台独”分子与外部势力合流隐患、危害国家主权和领土安全的本土政党和社团、外国社团活动、网络信息产品和服务、外来投资和关键技术等其他重大事项和活动，及时进行安全审查和监管，提前规避和有效防范两股势力勾连作乱。**4）危机管控协同联动：**建立统一领导、协同联动、有序高效的反分裂与反干涉危机管控制度，一旦发生危及国家安全的重大事件，有关部门根据统一部署，依法启动应急预案，采取管控处置措施。

结语

台湾问题的妥善解决，离不开国家强大综合实力的支撑，同时也依赖于灵活的斗争策略。面对新的国际格局和台海形势，大陆亟需正确处理好遏制“台独”分裂活动与反制外部势力干涉的关系。本文尝试贯通“两反”斗争，探索建立反

[32] 李捷、靳晓哲：《21 世纪以来中国的分裂主义研究——李捷教授访谈》，《国际政治研究》，2022 年第 6 期，第 150 页。

分裂与反干涉法律衔接机制，以期整合和提升大陆反“独”促统斗争能力，增强中国在维护主权、安全、发展利益问题上的系统性。当然，建立反分裂与反干涉法律衔接机制，本身就构成一个宏大的问题群，以至于在展开研究过程中，本文只能首先归拢和凝练这一话题的问题意识与实践路径，以待进一步展开更为精细化的研究。

2025年中国国际法学会年会

RCEP 背景下我国涉东盟商事仲裁机构的发展困境与对策研究

——以广西壮族自治区为例

侯跃伟，任子航[1]

内容摘要：RCEP 的建立和完善为我国涉外商事仲裁的发展带来重要的历史机遇，受制于仲裁机构行政化色彩严重、专业化水平不高和国际竞争力弱等多重困境，我国涉外仲裁难以在越发激烈的竞争中取得优势地位。广西壮族自治区毗邻东盟国家的地理位置赋予广西涉外商事仲裁独特的区位优势，以广西涉外仲裁机构为研究对象，探究去行政化改革、提高专业化水平并增强国际竞争力的路径，对 RCEP 背景下中国涉外商事仲裁的进一步发展具有重要意义。

关键词：中国—东盟　国际商事仲裁　仲裁机构　去行政化

引言

商贸活动的繁荣带来商业纠纷的增多，随之带来争端解决服务需求的增加，这是经济交往中结伴而生的常见现象。随着我国对外开放力度的不断加大，以仲裁为代表的国际商事解决机制也不断发展。2020 年，中国与东盟《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）正式签署，2021 年我国与东盟正式建立全面战略合作伙伴关系，中国-东盟区域经济一体化程度进一步加深。仲裁由于具有其灵活高效的特点和兼具专业性和保密性的优势而得到国际商事纠纷当事人的普遍接受，同时其自愿性和非官方性没有实质损害各国司法管辖权的国际分配，因而得到了各国司法管辖权的概括性支持，这些特点使仲裁成为国际商事争端中相关主体解决纠纷的主要选择。[2]2024 年，中国—东盟商事仲裁协作中心在广西南宁揭牌成立，为面向东盟的国际商事仲裁提供交流协作平台，更有东盟十国仲裁法翻译及汇编的发布，广西仲裁协会与海南仲裁委员会、越中国际商事仲裁中心等 10 家国内外单位签订中国—东盟商事仲裁协作中心合作共建协议的签署促进中国—东盟商事仲裁协作不断深化，在此背景下，我国尤其是广西涉外仲裁的优化乃是服务我国对外开放发展，促进涉东盟商事争端解决的应有之义。

一、RCEP商事仲裁协作机制下的广西涉外商事仲裁

RCEP 下的中国—东盟商事仲裁协作是指中国与东盟为促进区域之间经贸合作，高效解决跨国商事纠纷而建立的合作体系，其涵盖规则协调，承认与执行

[1] 侯跃伟，暨南大学法学院/知识产权学院讲师，中国政法大学法学博士，邮箱：1216218942@qq.com；任子航，暨南大学法学院/知识产权学院大三本科生，邮箱 2327008408@qq.com。

[2] 参见袁发强：《“一带一路”背景下国际民商事争议解决机制之建构》，载《求是学刊》2018 年第 5 期。

以及机构合作等多方面内容。在此背景下，推进的涉外商事仲裁的发展具有多方面的意义。从经济发展层面上讲，仲裁的便利性和高效性是其他国际争端解决手段都无法比拟的，推进中国与东盟之间的仲裁协作机制的建设与完善将为 RCEP 成员国区域全面经济伙伴关系的建设提供配套的法律措施支持，促进中国与东盟之间经济的深度融合。同时，中国—东盟国际商事仲裁的协作将进一步降低不同国家商事主体之间的争议解决成本，为营商环境的优化起到积极作用。[3]从更为深层次的意义上看，中国与东盟合作将重构国际商事仲裁的叙事话语体系，增强亚洲国家在争端解决中的话语权。现代意义上的国际商事仲裁机制也由西方国家主导，背后体现的西方的法律观念和法律传统，运行机制和规则理念都受制于西方话语体系，中国和东盟国家都是西方话语体系下国际商事仲裁机制的参与者而不是主导者，这带来的是这些国家商事主体在进行国际仲裁时的被动适应以及弱势地位。[4]而中国东盟国际商事仲裁机制的发展将中国和东盟国家价值理念注入国际商事仲裁之中，基于此，中国—东盟国际商事仲裁机制的完善将为国际商事纠纷的解决提供更具多元化法律理念的仲裁机制，不仅为中国与东盟之间的经济合作提供法律保障，更进一步为世界范围内的商事仲裁制度改革提供经验。

作为中国面向东盟开放合作的前沿窗口，广西壮族自治区在中国—东盟国际商事仲裁协作机制构建中具有显著的区位优势和制度禀赋。自 2004 年中国—东盟博览会永久落户南宁以来，广西已逐步发展成为连接中国与东盟国家法治合作的重要枢纽。随着 RCEP 的生效和中国与东盟国家战略合作伙伴关系的深化，广西涉外仲裁中接受的东盟国家案件数量不断攀升，构建区域性争端解决机制亟待进行。在此背景下，广西涉外仲裁事业既迎来重大发展机遇，也面临转型升级的严峻挑战。从制度供给层面观察，广西已构建起覆盖全区的仲裁服务网络，成为我国省级行政区中成功实现所有设区市仲裁委员会全覆盖的示范区域，广西仲裁发展出了以南宁国际仲裁院为龙头、各地仲裁委协同发展的分布格局。广西仲裁员队伍中国内外仲裁员遍及国内外重点城市并延伸至新加坡、吉隆坡和曼谷等东盟国家城市，形成了“全域覆盖+国际延伸”的仲裁资源配置模式，与广西作为西部陆海新通道枢纽的区位优势形成战略耦合，为中国—东盟商事法律合作示范区建设提供了重要支撑。

然而对标 RCEP 下争端解决机制的具体的高标准要求，[5]广西涉外仲裁制度仍存在亟待突破的瓶颈。顺应中国—东盟商事仲裁协作机制建设要求，为中国与东盟国家商事纠纷解决提供更坚实的法律保障，必须重视广西涉外商事仲裁正面临的困境。

---

[3] 参见丁丽柏，徐展鹏：《中国—东盟国际商事仲裁合作机制研究》，载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 5 期。

[4] 参见初北平：《“一带一路”国际商事仲裁合作联盟的构建》，载《现代法学》2019 年第 3 期。

[5] 参见孔庆江：《RCEP 争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制》，载《当代法学》2021 年第 2 期。

二、广西涉外商事仲裁面临的困境

在 RCEP 中争端解决机制的高标准要求下，广西涉外仲裁机构发展面临多重困境。这主要体现在机构管理行政化色彩严重，面向东盟专业化程度不足以及缺乏国际化竞争力三个方面。

（一）仲裁机构管理行政化色彩严重

广西涉外仲裁机构管理不合理最为突出问题表现在仲裁机构管理行政化严重。从应然层面上看，仲裁是建立在私法自治基础上的民间司法模式，[6]在该定义下，仲裁具有契约性、民间性和自治性的特征。契约性是指纠纷中的私法当事人通过意思自治合意选择仲裁并介入仲裁的安排来解决争端，民间性则要求官方应被排除在仲裁进行之外，无论是仲裁人员还是仲裁机构都应该严格恪守与行政关系的边界。自治性则强调仲裁与司法的不同，体现了在“国家权力—私权利”二元结构中私法自治对国家保障市民社会自由发展的要求。仲裁机构只有保证其独立性和非官方性才能实现上述应然层面的仲裁属性。

广西仲裁机构同我国其他仲裁机构一样，均未通过立法明确法律属性且受制于政府牵头组建的模式，整体行政化色彩鲜明，这导致了仲裁公信力不足的问题，[7]遏制了仲裁自我发展和完善的内生动力。仲裁机构的行政化色彩严重主要体现在以下方面，首先，广西大部分仲裁机构处于政府全额拨款、享受同级行政待遇、收支两条线的环境，缺乏改革的勇气与动力。仲裁机构在我国定位并不明晰，有法定机构、事业单位和非营利法人多种模糊性质。参照事业单位进行管理的仲裁机构，其财务支出极大程度上依赖于财政拨款。根据广西壮族自治区司法厅课题组调研整理，广西 14 个仲裁委员会中，南宁、玉林、贺州、河池、防城港、百色和来宾仲裁委是全额拨款事业单位，钦州仲裁委是差额拨款事业单位，[8]这些机构依赖于财政拨款进行运行，导致了仲裁机构对政府部门的严重依赖，很大程度上影响了广西涉外仲裁事务的拓展。在人事方面，仲裁人员的任命多通过行政机关主导确定而非通过行业或专业资质机制选拔，行政机关人员兼任仲裁机构负责人以及仲裁进行时的“层层上报、领导签字”流程行政化等现象是仲裁机构行政色彩鲜明的表现，[9]这不仅背离了仲裁的本质法律属性，更在实践中导致仲裁机构缺乏竞争意识，服务能力得不到有效提升，并损害仲裁的中立性，不利于仲裁的长期发展更有损中国—东盟国际商事仲裁协作机制下广西涉外仲裁事业的进一步提升。

---

[6] 参见张志：《仲裁立法的自由化、国际化和本土化》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 9 页。

[7] 参见谭启平：《论我国仲裁机构的法律地位及其改革之路》，载《东方法学》2021 年第 5 期。

[8] 参见广西壮族自治区司法厅课题组：《加强 RCEP 背景下广西涉外商事争端仲裁解决机制工作研究》，载《中国法治》2023 年第 12 期。

[9] 参见吴如巧，李震：《从国家到社会：中国商事仲裁制度的反思与完善》，载《社会科学战线》2020 年第 7 期。

（二）专业化水平不足

专业化是仲裁区别于调解、协商等其他争议解决方式的核心优势。仲裁的专业性体现在仲裁员的行业经验、法律素养、语言能力以及对特定领域争议的精准把握上，这使得仲裁能够高效、公正地解决复杂的商事纠纷。然而，广西涉外商事仲裁的专业化水平仍然不足，导致其缺乏发展和壮大的潜力，难以满足中国—东盟经贸合作日益增长的争议解决需求。广西作为中国—东盟合作的前沿，其内部产业多样，涵盖农业、制造业、数字经济、跨境金融等多个领域，同时东盟各国法律体系、语言文化及商事习惯差异显著，这使得涉东盟仲裁案件对仲裁员的专业素养、语言能力及行业经验提出了极高要求。然而，当前广西仲裁机构涉外仲裁员数量不足，行业覆盖有限，严重制约了其处理复杂涉外纠纷的能力和国际竞争力。首先，广西仲裁机构涉外仲裁员占比较低，在广西壮族自治区司法厅课题组 2023 年的研究之中，广西全部在册登记的涉外仲裁员只占总数的 17%，涉外仲裁人才的专业配比同样存在不合理，难以涵盖如金融、工程、新兴技术等多类行业的仲裁要求，限制了多类行业纠纷的仲裁解决空间。最后，东盟国家使用的语言涵盖英语、法语、越南语、印尼语、马来语等多种语言，虽然英语可以作为国际通用语言运用于仲裁过程中，但若仲裁机构缺少能够精通中文、英语和东盟国家相应语言的人才，也可能带来对相关主体意思表示的理解偏差并在与其他具备相应人才的仲裁机构的竞争中处于劣势。

（三）国际竞争力缺乏

广西作为中国面向东盟开放合作的前沿，已建立起覆盖全区 14 个设区市的仲裁服务网络，形成了较为完整的仲裁服务体系。然而，与庞大的机构规模形成鲜明对比的是，广西仲裁机构的国际化水平仍处于较低层次，难以匹配中国—东盟自由贸易区升级发展的战略需求。商事仲裁的国际化程度本应与自由贸易试验区建设的开放水平呈正相关，但广西的涉外仲裁服务能力显然未能跟上区域经济一体化进程，导致其在国内外仲裁市场竞争中面临严峻挑战。尽管广西仲裁机构数量众多，但各机构处理复杂涉外案件能力参差。作为全区仲裁龙头的南宁仲裁委员会，国际影响力远不及国内外知名仲裁机构，而北海仲裁委员会虽然凭借区位优势在涉东盟海事纠纷中占据一定份额，但其仲裁程序的专业性、透明度与新加坡国际仲裁中心等机构相比仍有较大差距。更为重要的是，广西多数地市级仲裁机构甚至不具备受理涉东盟案件的基本条件，其大多缺乏多语言仲裁规则、国际化仲裁员名册及跨境裁决执行协作机制，导致大量涉外纠纷外流至香港、新加坡等其他更具竞争力的仲裁地。[10]

[10] 广西壮族自治区司法厅课题组 2023 年的调研显示，在 2020 年—2022 年广西 14 个仲裁委处理的所有涉外仲裁案件中，北海仲裁委处理数量均在总量半数以上，在 2022 年更是达到总数的 82%。而柳州仲裁委员会、梧州仲裁委员会、钦州仲裁委员会、百色仲裁委员会、来宾仲裁委员会、防城港仲裁委员会、贺州仲裁委员会、河池仲裁委员会、崇左仲裁委员会、玉林仲裁委员会这三年均没有处理涉外仲裁案件。参见

全球化和经济一体化的进行推动了仲裁的跨域发展并促进国际仲裁全球竞争格局的形成。[11]在国内层面，广西仲裁机构不仅要面对本地同行竞争，还需与深圳国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会等一线仲裁机构直接争夺案源。这些机构凭借成熟的国际仲裁规则、高水平的仲裁员队伍以及广泛的国际认可度，吸引了大量跨境商事纠纷案件。国外方面，随着 RCEP 的深入实施，中国—东盟经贸合作进入新阶段，跨境投资与贸易纠纷也随之增加。这一趋势吸引了众多国际知名仲裁机构加速布局中国市场，尤其是东盟相关争议解决服务，如香港国际仲裁中心和新加坡国际仲裁中心等纷纷选在在自贸区设办公室。这些国际仲裁机构凭借其全球声誉、高效透明的仲裁程序以及成熟的跨境执行网络，对广西本土仲裁机构形成“虹吸效应”，使得本可能留在广西处理的涉东盟纠纷被分流至香港、新加坡等国际仲裁中心。涉东盟国家商事仲裁市场竞争加剧是可以预见的必然，而广西涉外商事机构国际化水平不足意味着在将来的市场竞争中，其品牌无法树立，案源扩展困难，最终可能在与国内外仲裁机构的竞争中落败，错失借助中国—东盟自由贸易区这一庞大市场腾飞的机会。[12]

三、广西涉外商事仲裁发展的对策

（一）优化管理模式，实现“去行政化”

行政化色彩严重导致仲裁机构公信力的丧失，严重掣肘了广西涉外仲裁的进一步发展，去行政化是保证仲裁机构独立性和非官方性的前提。在这一点上可以参照北海仲裁委的改革办法，[13]2017 年北海市政府印发《北海仲裁委员会体制改革工作实施办法》，推进仲裁机构人事、财务等方面改革，推动北海仲裁委由全额拨款事业单位改为不占行政编制，不依赖财政拨款的机构。在财务制度方面，可以对仲裁机构财政拨款实施逐步清产核算，清算后的资产作为仲裁机构的负债纳入资产债务表并在一定时间内逐步归还财政。而仲裁机构使用的办公场地也改为向政府租赁使用，在一定期限内向政府支付租赁费用。对于案件收费财务问题，应将仲裁机构积极推向市场，自主竞争获得案源，仲裁收费有机构纳税后自主管理，进而实现自收自支。在人事管理上，将仲裁机构现有编制人员案自主意愿进行分配，若欲继续保留事业编制的则通过连人带编一并划转的方式安排到其他相关单位，若留在仲裁委则放弃事业编制而改为劳动聘用合同，依照能力等进行考核享受相关薪酬等。通过上述措施改革，摆脱仲裁机构行政化色彩鲜明的现状，

广西壮族自治区司法厅课题组：《加强 RCEP 背景下广西涉外商事争端仲裁解决机制工作研究》，载《中国法治》2023 年第 12 期。

[11] 参见刘晓红，冯硕：《制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》，载《法学评论》2020 年第 3 期。

[12] 参见蒋慧：《RCEP 背景下中国—东盟商事仲裁协同机制研究》，载《江汉论坛》2021 年第 8 期。

[13] 参见苏莉婷：《仲裁机构去行政化改革路径研究》，广西大学 2024 年硕士学位论文。

激励仲裁机构提供更加优质高效的法律服务供给。

从近年来国际仲裁的发展看，包括 ICC 在内的相关机构也倡导通过行业自律提升仲裁公正并搭建合作平台，我国仲裁机制去行政化改革过程中，亦应该尊重仲裁行业协会的独立地位，发挥其自律和服务功能。[14]广西仲裁协会是我国首个仲裁行业的协会，在整合广西仲裁资源和推动广西仲裁机构业务向外拓展方面都具有不可低估的重要作用。仲裁协会在人事上为广西各地仲裁机构提供专业性的仲裁员培训，为仲裁机构输送相关法律人才；在财务关系上，双方也不存在领导关系，仲裁机构以自身收取的仲裁费作为自身收入来源，而仲裁协会则以各仲裁机构缴纳的会员费为主要来源。仲裁机构和仲裁协会在人事和财务上相互平行独立，在此前提下，仲裁协会通过统一管理规范的方式对仲裁机构展开监督和协调，以行业统一管理的方式减少政府单位对仲裁机构的过度影响，保障仲裁机构的非官方性和独立性，维护仲裁的民间性和自治性。[15]

（二）多种渠道并行，提高专业化水平

专业化水平的提高是提升仲裁机构服务质量，增强广西仲裁竞争力的基石，针对广西仲裁机构现状，专业化水平的提高可以从以下几方面进行。

1.涉外专业人才培养

涉外法治人才培养是统筹推进国内法治和涉外法治的全国系统性工程，[16]聚焦于广西仲裁机构的建设，广西涉外法治人才培养应该加强服务涉东盟法律服务的战略导向，在高校教育中加强与仲裁相关的涉外法治学科建设。党的二十届三中全会决定中指出要“超常布局学科专业”，广西政府可以支持广西大学法学院等开设关于针对东盟的涉外仲裁课程并纳入必修课程之中，或推动建设涉外法治人才培养班以期增加广西涉外仲裁人才的本土化供给，为广西涉外仲裁的发展培养具有了解东盟语言文化习惯，具备相应行业专门知识的人才队伍。此外也必须重视国际化人才的引进工作，制定更具吸引力的人才引进政策，对精通涉东盟国家商事纠纷的仲裁员予以专项补贴并设立“东盟国家法律人才库”，以柔性引进方式吸引东盟国家资深法律人才的加入闭幕本地涉外仲裁人才储备的不足。

2.建设集中服务区

当前广西仲裁机构分布分散，部分仲裁机构甚至不具备独立处理东盟案件的条件严重制约了广西仲裁事业的专业化发展，可以通过建设广西涉外法律服务集中区的路径破除此难题。参照广州市南沙区设立法律服务集聚区服务大湾区，汇集南沙国际仲裁中心、域外法查明中心、司法鉴定机构以及相关的法律服务机构

[14] 参见刘晓红，冯硕：《大变局背景下的国际商事仲裁：世界潮流与中国因应》，载《中国社会科学》2024 年第 12 期。

[15] 参见姜丽丽：《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》，载《比较法研究》2019 年第 3 期。

[16] 参见姜丽丽：《以仲裁为视角探索加快涉外法治人才培养的策略与路径》，载《中国法治》2024 年第 12 期。

的经验，[17]广西同样可以在优势地理区位内部划定一批涉东盟商事纠纷解决服务区，引入国内外仲裁机构入驻并配置以司法鉴定机关和外国法查明中心等相关法律服务机构，建设面向东盟的广西商事仲裁集中服务区。这样做，既可以促进商事纠纷解决机构之间的相互交流，促进整体服务水平的提升，同时为商事纠纷相关主体带来便利，提高争端解决效率，更可以发挥平台规模效益，扩大影响力，打造出 RCEP 框架下的国际商事仲裁高地。

3.差异化仲裁机构定位

仲裁机构数量多容易导致定位趋同和服务领域重叠，进而带来资源浪费和同质化竞争问题，不利于同一区域内部仲裁的协同发展，这样的现状应该得到改善。具体而言，可以按照专业领域划分职能和按照服务对象分层不具，建立分专业分级别的仲裁机制服务体系。按专业领域划分，应当依据与东盟国家的产业合作重点，引导有资质的仲裁机构根据自身禀赋着重聚焦特定领域，如南宁仲裁院可以依托省会优势，重点处理跨境金融，数字经济等高附加值纠纷；北海仲裁委员会可以发挥沿海地区优势，重视对海商海事和港口物流等上市纠纷的处理。按级别划分，如省级仲裁机构和具有资质的大型仲裁机构可以承接 RCEP 框架下的复杂争议如重大跨国投资产生的纠纷，市级仲裁机构则处理中小型跨境贸易和跨境电商等纠纷。据此实现不同仲裁机构之间的专业分层和规模分级，到达仲裁机构差异化定位的效果，进而避免区域内部同质化竞争严重的情况。

（三）树立品牌意识，增强国际竞争力

仲裁不仅是一项法律服务，更已被公认为一种服务商品而可成为市场竞争的对象。[18]在仲裁机构去行政化和提高专业化的基础上，唯有提升广西仲裁机构国际化水平，提高广西仲裁的国际知名度，才能保证广西仲裁机构在涉外案源的市场竞争中不输国际仲裁机构，进而在国际仲裁体系中谋求更高的地位。提升广西仲裁机构的国际化水平，首先要以增强广西仲裁机构公信力为根基，树立仲裁机构的品牌服务意识，在保证过硬的仲裁法律服务的基础上，强化服务监督，选取优秀案例等加强服务宣传，打造国际仲裁尤其是涉东盟仲裁的“广西品牌”。其次，要加强广西仲裁机构与国内外知名仲裁机构的交流与，西方文明和法律理念对国际商事仲裁的影响显著，西方商事主体和商事机构在国际经贸关系中天然具有强势地位，中国—东盟商事仲裁协作集中的重要现实价值在于为商事仲裁植入中国与东盟的本土理念以满足 RCEP 内部商事纠纷的多样化需求。但这并不意味着我们在仲裁制度建设中对西方理念的全面否定，必须承认西方仲裁经过长期实践发展和制度完善对于其他国家具有重要借鉴价值，推进广西仲裁机构国际化水

[17] 参见广州南沙新区（自贸片区）法律服务集聚区发展扶持办法实施细则（2024 年修订版），穗南开管办规〔2024〕7 号，2024 年 12 月 30 号发布。

[18] 参见张圣翠：《我国仲裁市场竞争法律制度的困境与突破》，载《政治与法律》2015 年第 7 期。

平的提高，应当加强和涉外法律业务开展较好的国内外仲裁机构、相关单位的业务交流和合作，组织人员到先进仲裁机构和单位学习调研、沟通和交流，解决涉外仲裁法律业务的热点、难点问题，学习借鉴先进单位在涉外仲裁服务建设方面的经验做法。[19]同时，在与国外仲裁机构交流的过程中也可以让西方仲裁机构理解我国国际商事仲裁机构判决的合理性，消除国际舆论中不利于我国的声调，增进西方对我国尤其是广西涉外商事仲裁的了解，推动广西国际商事仲裁机构的国际化，提高广西涉外商事仲裁机构的知名度。

结 语

在《区域全面经济伙伴关系协定》框架下，中国与东盟商事纠纷仲裁协作机制的构建与完善，为广西仲裁事业开辟了双重维度的发展空间：一方面，区域经济一体化加速催生了跨境商事纠纷的规模化增长，RCEP 对仲裁作为核心争端解决方式的明确支持，为广西提供了融入国际仲裁体系的制度性机遇；另一方面，国际仲裁市场竞争加剧、RCEP 高标准规则倒逼改革等挑战也不容忽视。但总体而言，正在形成和完善的中国—东盟商事纠纷仲裁协作机制对广西仲裁事业来说机遇大于挑战。[20]广西应当精准把握这一历史窗口，将广西建设为中国—东盟区域商事仲裁枢纽。

广西仲裁机制的优化，不仅是服务区域经贸合作的关键抓手，更是我国探索涉外商事仲裁改革的“试验田”。其成功经验可为中西部省份对接高标准国际规则提供参考，亦能为中国在国际仲裁话语权争夺中注入“东方实践”的鲜活样本。在中国与东盟区域经济一体化的时代浪潮之下，中国仲裁机构应当抓住时代机遇，通过去行政化改变原有管理方式，以新的姿态投入涉东盟商事争端解决机制的建设和完善之中，同时必须提高专业化水平并树立国际化竞争意识才能在未来越发激烈的市场竞争中取得优势以主动变革拥抱中国—东盟商事仲裁协作机制带来的新机遇，方能在中国仲裁事业发展和中国—东盟经济一体化建设中书写仲裁事业的崭新篇章。

[19] 参见曾思：《提升“一带一路”仲裁国际化水平——以中国—东盟为例》，载《现代商贸工业》2024 年第 14 期。

[20] 参见蔡伟，王鹏：《广西创新国际商事争端解决机制和机构建设路径研究》，载《东南亚纵横》2024 年第 1 期。

两岸仲裁裁决与民事判决的认可与执行程序中以公序良俗为由展开的实质审查

林敏睿[1]

摘要：在两岸仲裁裁决与民事判决的认可与执行程序中，其操作流程受到大陆地区与台湾地区法律规定及政策导向的影响，呈现出明显的差异化特征。随着两岸民间经贸交流日益频繁，争议解决需求不断攀升，认可与执行程序的重要性愈发凸显。无论是仲裁裁决还是民事判决，都需要更加严谨和明确的法律依据与程序保障，以确保两岸经贸往来的顺利进行。尽管认可与执行程序属于“非讼程序案件”，但由于两岸相关法规中均包含对是否违反“公序良俗”的审查要件，因此部分案件仍需对原案件进行实质审查。本文将从法律依据、法律程序、案例分析三个维度，对当前两岸认可与执行问题进行深入探讨，并对前沿案例进行详细分析。

关键字 认可与执行　商事仲裁　实质审查　非讼程序案件

一、历史沿革与法律依据

两岸之间的认可与执行程序经历了从单边承认到双边认可的逐步发展过程。最早的认可规定可以追溯到 1992 年 7 月，当时最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》。该意见明确规定，台湾地区法院的判决不能直接获得大陆法院的承认和执行，台湾当事人如需执行判决，必须向大陆法院重新起诉，由具有管辖权的人民法院重新作出判决并执行。随着两岸关系的进一步发展，1999 年，最高人民法院发布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。这一规定标志着大陆在一定条件下开始承认台湾地区法院的民事判决。根据该规定，当事人可以依据该条款向人民法院申请承认和执行台湾地区法院作出的民事判决，从而实现判决的跨境执行。

到了 2009 年 4 月 26 日，海峡两岸关系协会与台湾海峡交流基金会签署了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》。协议第 10 条明确规定，双方应基于互惠原则，在不违反公共秩序或善良风俗的情况下，相互认可并执行民事确定裁判与仲裁裁决。该条款的出台不仅为两岸的民事判决提供了更清晰的承认与执行机制，也为两岸商事仲裁裁决的互认与执行奠定了基础。此后，台湾地区与大陆地区相继颁布了一些补充性规定，进一步规范了双方在民事判决和商事仲裁裁决

[1] 北京海润天睿（深圳）律师事务所律师。

等领域的认可与执行。关于这些补充规定的细节，笔者将在后文进行详细阐述。总的来说，从单边承认到双边认可的过程，反映了两岸司法合作不断深化的历程。通过一系列司法文件和协议，两岸在民事和商事领域的判决互认逐步实现，为跨境司法协作打下了坚实基础。

1、台湾地区

“台湾地区与大陆地区人民关系条例”（以下简称“两岸条例”）及“台湾地区与大陆地区人民关系条例施行细则”（以下简称“施行细则”），其中“两岸条例”第 74 条规定：“在大陆地区作出之民事确定裁判、民事仲裁判断，不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者，得申请法院裁定认可。前项经法院裁定认可之裁判或判断，以给付为内容者，得为执行名义。前二项规定，以在台湾地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，得声请大陆地区法院裁定认可或执行名义者，始适用之。”而在“实施细则”第 68 条中又规定：“依本条例第七十四条规定声请法院裁定认可之民事确定裁判、民事仲裁判断，应经“行政院”设立或指定之机构或委托之民间团体验证。”截至当前，台湾地区尚未有专项立法出台，“两岸条例”与“实施细则”基本构成了台湾地区法院认可大陆法院裁判的指导性条目，而在台湾地区法院实际审理承认与执行案件时同时应结合台湾地区现行“仲裁法”“非讼事件法”“民事诉讼法”“强制执行法”以及相关的判例具体分析。

2、大陆地区

在仲裁部分最高人民法院于 2015 年 6 月 2 日通过了《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》（以下简称《规定》），并于 2015 年 7 月 1 日起施行。《规定》作为首部专项性立法文件，针对海峡两岸仲裁裁决的认可与执行进行了系统规范，明确界定了对台湾裁决的审查标准，并对申请时效和申请程序等方面作出了更为精确和详尽的阐述。

而在民事判决部分最高人民法院于 2015 年 6 月 29 日出台的《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》，并在 2024 年 10 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1928 次会议通过，对该规定进行了修改（以下简称《民事判决的规定》），在 2025 年 1 月 1 日起正式施行。

二、法律程序

两岸商事仲裁裁决的认可与执行，并非单纯的司法程序，而是涉及两岸法律制度协调与配合的复杂体系。该体系以台湾地区“两岸条例”及其“实施细则”、大陆地区《规定》、《民事判决的规定》以及其他相关法律法规为基础，构建起完整的认可与执行机制。台湾地区仲裁裁决在大陆地区的认可与执行，主要依据《规定》进行。该规定对申请认可的条件、程序、管辖法院、申请材料以及不予认可的情形等做出了明确规定，为当事人提供了明确的操作指引，而民事判决则一句《民事的规定》对申请人主体、程序、材料、救济手段以及不予认可的情形等进

行规范。相较于台湾地区裁决与民事判决在大陆地区的认可与执行，大陆地区裁决与民事判决在台湾地区的认可与执行则面临更为复杂的局面。台湾地区至今尚未制定专门针对大陆地区仲裁裁决和民事判决认可与执行的系统性法规，主要依据“两岸条例”及其“实施细则”以及台湾地区“仲裁法”“非讼事件法”和“强制执行法”等相关法律法规进行操作。

1、台湾地区仲裁裁决在大陆地区的认可与执行

一般而言，台湾地区仲裁判断、仲裁和解和仲裁调解在大陆地区可以申请认可与执行。[2]当事人应首先提出认可申请，否则法院将依法予以驳回。若当事人同时提出认可及执行申请，法院将优先审查认可申请，待认可申请获得裁定认可后，方可进入执行程序。[3]申请人应向申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院提出认可申请。申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的，由最先立案的人民法院管辖。[4]申请人需要提供申请书、仲裁协议、仲裁裁决文书、授权委托书（持有台湾居民居住证的台湾当事人委托大陆律师或者其他人代理诉讼，代理人向人民法院转交的授权委托书无需公证认证或者履行其他证明手续。）[5]以及应履行的公证、认证或其他法定证明手续。针对申请人应履行的公证、认证或其他法定证明手续，财团法人海峡交流基金会提供了完整的操作流程：

申请人需将裁决书正本，前往台湾地方法院公证处或指定的民间公证人事务所进行公证或认证，并注明该公（认）证书将在大陆某省（自治区、直辖市）使用。公证处或民间公证人事务所会将公（认）证书副本邮寄至海基会，再由海基会以公函形式将副本转寄至当事人指定的大陆使用地之省（自治区、直辖市）公证协会。若大陆相关部门要求对公（认）证书进行验证，当事人应在考虑适当时间（约一个月）后，将公（认）证书正本提交至使用地的省（自治区、直辖市）公证协会申请核验。完成核验后，当事人可持经公证协会核验的公（认）证书，结合其他法院必须提交的强制执行申请材料，向法院提请申请。[6]

对于台湾裁决在大陆地区不予认可以及后续可以采取的救济手段，《规定》中也进行了列举式的阐述，不予认可的情形如下：

（1）当事人订立协议时无行为能力、依准据法该协议无效、当事人间没有仲裁协议（但申请仲裁调解者除外）；

（2）当事人未能陈述意见（包括未接到仲裁程序的适当通知或其他不可归责于申请人的原因）；

（3）非仲裁争议或超出仲裁范围，但如超出部分与仲裁事项可分离，则仲

[2] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 2 条
[3] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 3 条
[4] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 4 条
[5] 《最高人民法院关于为深化两岸融合发展提供司法服务的若干措施》，第 17 条规定
[6] 参考“财团法人海峡交流基金会”网站，网址：http://www.sef.org.tw/gb/mp100.html

裁事项部分可认可；

（4）仲裁庭组成或程序违反当事人约定或台湾地区仲裁规定的；

（5）裁决对当事人无拘束力，或经台湾地区法院撤销或驳回执行者；

（6）认可仲裁裁决违反国家基本原则或公共利益。[7]

人民法院对不予认可的台湾地区仲裁裁决，不接受再次申请。但当事人可依据新仲裁协议申请仲裁或向法院起诉。[8]

2、台湾地区民事判决在大陆地区的认可与执行

《民事判决的规定》中规定了台湾地区法院民事判决的当事人以及当事人的继承人、权利承受人可以根据本规定，作为申请人向人民法院申请认可和执行该判决[9]，而民事判决的范围不仅包括的法院民事判决，还包括台湾地区法院作出的生效裁定、和解笔录、调解笔录以及支付命令等都可以向大陆地区的法院申请执行[10]，其中还包括了刑事判决中做出的民事生效判决[11]。申请认可台湾地区法院民事判决的案件，由申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院申请认可该判决[12]，提交申请的应当提交包括申请书、判决书正本以及身份证明材料等。申请书除了需要明确请求以及事由、申请人与被申请人的相关信息、申请认可的判决相关的信息以外还需要说明请求的事项、执行的情况[13]。对于不予认可的要求《民事判决的规定》规定在第十六条，除了送达合法当事人行使了抗辩权以及具有管辖权和无仲裁协议等规定外，2025 年《民事判决的规定》新增了两处，分别为：

（1）以欺诈方式通过判决；

（2）损害国家主权、安全。

首先，因两岸司法送达实践的困难性，台湾地区法院一般对在大陆地区的被申请人多以公告送达的形式进行送达，导致被申请人缺席审判而未行使抗辩权的情况较为常见。因此，新增上述规定是为了防止破坏司法程序的公正性和严肃性，避免判决结果不能真实反映案件的事实和当事人的合法权益。

同时新增了部分认可的制度，法院能够依据具体情形，对部分合理的请求果断做出认可裁定，而对于那些存在瑕疵或者符合第十六条所涉情形的申请则不予认可。提高承认与执行判决的可行性和精确性，防止因局部瑕疵而全盘否定判决，从而平衡各方当事人的合法权益，确保司法裁判的公正性和合理性得到充分体现，进而提升司法认可度和执行力。

---

[7] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 14 条

[8] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 18 条

[9] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 1 条

[10] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 2 条

[11] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 2 条

[12] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 4 条

[13] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 7 条

而对于未被认可的判决，《民事判决的规定》也规定了申请人对于人民法院进行的实体审查并作出的裁定，无论是部分认可或不予认可皆可以通过提起诉讼的方式寻求救济[14]。

3、大陆地区仲裁裁决与民事判决在台湾地区的认可与执行

大陆地区仲裁裁决与民事判决在台湾地区的认可与执行不同于台湾地区裁决或判决在大陆地区的认可与执行。台湾地区仲裁裁决与民事判决的认可与执行涉及两个独立的申请程序，但其依据的规则大致相同，故下文将分别对“认可程序”和“执行程序”进行阐述。

（1）“认可程序”

一般而言，在大陆地区所做出的仲裁裁决以及民事判决，若其不违反台湾地区的公共秩序或善良风俗，可申请法院进行裁定认可。[15]值得注意的是，两岸法院在“公序良俗”的诠释上存在显著的差异。台湾地区对于“公序良俗”的内涵尚未形成明确且统一的法律界定，导致法院在解释这一概念时存在多种不同的观点。因此，在司法实践中，这也成为台湾地区法院经常引用以拒绝承认大陆仲裁裁决或民事判决的论据之一。截至目前，台湾地区的司法实践中曾将管辖、应诉、送达等基本程序不符合法律规定纳入违反“公序良俗或善良风俗”，也就是说大陆地区的裁决或民事判决若存在以上违背台湾地区程序规定的情况，就很可能被台湾地区法院不予承认与执行。另外，就大陆地区法院所出具的调解书而言，目前台湾地区各法院之间在观念上也尚未形成统一的认识，存在不同的看法和解读。16法院在处理不认可大陆地区仲裁裁决或民事判决的情形时，应接受当事人及利益相关的第三方提出的抗告及再抗告。然而，需明确指出，再抗告的提出仅限于法院在裁决过程中存在明显的法规适用错误。但因非讼事件法未规定可以依据民事诉讼法提起再审程序，故司法实践中不得提起再审。[17]

大陆地区的裁决与民事判决在台湾地区的认可程序之管辖法院因台湾地区“仲裁法”以及“民事诉讼法”中都没有未明文规定，因此都参照台湾地区“非讼事件法”。其中条款已释明管辖法院应当依据当事人住所确定，若在台湾地区无住所或住所不明确的情况下，其在台湾地区的居所应被视为住所；若无居所或居所不明确，则其在台湾地区的最后住所应被视为住所。若当事人住所地法院无法行使职权，则应由居所地法院管辖。对于无最后住所的情况，应以财产所在地或“司法院”所在地的法院作为管辖法院。18

---

14 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 22 条

15 “台湾地区与大陆地区人民关系条例”第 74 条

16 《大陆法院民商事裁判在台湾地区的认可及执行--台湾地区“最高法院”2008 年台上字第 2376 号案述评》，载《东南司法评论》（2010 年卷）第 409 页，作者：陈延忠； 《论大陆法院调解书在台湾地区的认可》，载《台湾研究集刊》2014 年第 1 期（总第 131 期）第 41 页，作者：张自合

17 台湾地区“93 年台抗字第 633 号”

18 台湾地区“非讼事件法”第 1 条，第 2 条

申请认可仲裁的申请人需提交申请书、仲裁协议、仲裁裁决文书、授权委托书、所援引法律法规的全文，以及其他应办理的公证、认证或其他法定证明手续。而申请认可民事判决的申请人，则需将上述仲裁相关文件替换为判决文件。针对申请人应履行的公证、认证或其他法定证明手续，“财团法人海峡交流基金会”同样提供了完整的操作流程：

申请人需将裁决书或判决书正本提交至大陆当地具有处理涉台事务能力的县级（或市级）公证处，以办理公证书。待公证处将公证书副本寄送至所在省（自治区、直辖市）的公证协会，随后，各公证协会将以公函形式将公证书副本转送至海峡交流基金会（海基会）。当事人应将公证书正本提交至海基会进行验证。完成验证后，当事人需持海基会核发的验证证明，向法院提请办理后续相关事宜。[19]

（2）“执行程序”

在大陆地区作出的仲裁裁决书或民事判决书，经过前述的认可程序完成后，可向台湾地区的管辖法院提交强制执行的申请。前述关于请求许可执行的诉讼，由债务人住所地的法院管辖。若债务人在台湾地区无住所，则由执行标的物所在地或应执行行为地的法院管辖。[20]

另值得关注的是，涉及给付义务的强制执行主要程序为债权人，首先应需取得“执行名义”，即以“以给付为内容者，得为执行名义”[21]。上文提及之“执行名义”在台湾地区并非等同于终局判决，其仅具备执行力，可以作为申请强制执行的依据，但不具备既判力。即便大陆地区法院或仲裁机构已就该案件作出具有确定性的判决，当事人仍有权基于同一事实在台湾地区的法院提起诉讼。债权人凭“执行名义”调查债务人财产状况，后续递交强制执行申请状给法院启动强制执行程序。

三、案例分析

虽然在台湾地区的法律体系中对于《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（以下简称“两岸人民关系条例”）第 74 条所提及的“公序良俗”原则缺乏具体明确的界定，但台湾“法院”在处理大陆地区的仲裁裁决与判决时，通常依据该条款作出拒绝承认的决定。在两岸互相申请认可与执行的过程中，实践中许多被申请人也会以该条款作为抗辩的理由，特别是在商业投资以及金融领域。在台湾地区，通常会引用“两岸人民关系条例第 74 条”，而在大陆地区，则主要以“社会公共利益”为理由进行主张[22]。

[19] 参考“财团法人海峡交流基金会”网站，网址：http://www.sef.org.tw/gb/mp100.html

[20] 台湾地区“强制执行法”第 4-1 条

[21] 台湾地区“最高法院 96 年度台上字第 2531 号判决”

[22] 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 16 条、《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第 14 条

1、台湾法院在仲裁案件中涉及台湾地区未确立的商业契约的审查以及认可[23]

对赌协议作为一种无名合同，并未在《民事案件案由规定》中明确列示为案由类型。在大陆地区的司法审判实践中，针对此类协议，当出现争议或纠纷时，有众多案例显示，这些协议因违反了资本市场监管的既定规则，而被法律判定为无效合同。而因为商业模式的差异，在台湾地区，尽管并未确立与大陆地区对赌协议相类似的特定契约模式，但台湾地区有学者持观点认为大陆地区的对赌协议在实质上与美国投资人赎回权存在共通之处。具体而言，两者均涉及投资方与被投资方之间信息不对称、风险分担不均的问题，以及被投资方在面对作为投资方的特别股东与一般股东时，所应履行的忠实义务之考量，因此，当因对赌协议产生的争议而要求被投资企业或公司履行协议义务，并据此向台湾地区法院申请仲裁裁决的认可与执行时，台湾地区法院的认定显得尤为重要，以新北地方法院114 年度陆仲许字第 1 号民事裁定为例。

在该案中，申请人合伙企业 A、合伙企业 B 与案外人 F 某、L 某，于 2015 年 12 月签订了《增资协议》及《股东协议》，合计增资近亿元人民币，认购某 C 公司的股权。《股东协议》中明确 C 公司需要在约定时间内上市，否则 F 某、L 某即要回购合伙企业 A 以及合伙企业 B 的股份，本案被申请人台湾居民 G 某同时签署了《声明书》，承诺对该回购义务承担连带责任，后该声明书作为《股东协议》的附件一。然 2019 年 C 公司创始人 F 某被采取刑事强制措施，这使得某 C 公司已不具备上市的条件。合伙企业 A 以及合伙企业 B 即要求 F 某、L 某回购该股权，并由被申请人台湾居民 G 某承担连带责任。该案经上海国仲裁决，作出两份裁决书：L 某应向合伙企业 A 和合伙企业 B 支付回购价款，台湾居民 G 某则承担连带责任，且律师费、财产保险费、保全费及仲裁费由 L 某和 G 某共同承担。

由于台湾地区法院此前并未处理过有关此类商业模式的纠纷，加之对赌合同容易与赌博性质产生关联，如何有效进行风险管理与法律诠释，成为一个重大挑战。在审查过程中被申请人也主张：

案涉“对赌协议”属于高度射幸性质具有赌博性质而违反台湾地区公序良俗；

案涉“对赌协议”中的回购条款违反台湾地区“银行法”第 29 条之 1 的获利保证规定，根据台湾地区“民法”第 72 条应自始无效，且回购条款同时违反《中华人民共和国和公司法》第 53 条股东抽逃出资以及台湾地区“公司法”第 9 条第 1 项、第 167 项关于“股份回笼”之规定；

被声请人做为保证人，本案应当先行履行先诉抗辩或检索抗辩权；

被申请人为台湾地区居民对于中国大陆相关法令并不了解，因此对于该案中

[23] 台湾地区台北地方法院“113 年度陆仲许字第 2 号民事裁定”

要求其签署无限连带责任保证书有违暴利原则以及诚信原则故属于违反台湾地区公序良序之情况。

对此，申请人则主张参照大陆地区《全国法院民商事审判工作会议纪要》（即“九民纪要”）的相关规定，通常所说的 “对赌协议”，实际上指的是估值调整协议。估值调整协议是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为应对交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本等问题而设计的协议，其中包含股权回购、金钱补偿等对未来目标公司估值进行调整的条款。估值调整协议一般存在于投资方与目标公司股东之间，本质上属于 “股份自由转让”的范畴，与股东抽逃出资以及股份回笼禁止的情形毫无关联。并且，在英国、美国等国家和地区，这类协议长期以来基于契约自由原则受到法律保护，因而很难说其违背公序良俗。且被申请人 G 某曾担任某外资银行位于上海的副总裁，长期往来于两岸在中国大陆地区开展商业活动，同时作为某资产管理公司的实际控制人，对于此类协议绝非毫无经验、缺乏了解。此外，关于是否享有先诉抗辩权的问题，申请认可与执行属于非讼裁定程序，在此程序中，法院无权对当事人之间的法律关系进行裁判。

基于被申请人提出了“对赌协议”违反台湾地区公序良俗的抗辩，台湾地区法院对于对赌协议的内容以及性质进行了审查，台湾法院认为对赌协议属于投资契约，该契约约定了若公司未完成上市，公司创始人 F 某、L 某应回购申请人所持股权，在考虑公司创始人经营公司时，并不能完全依赖运气，而是根据公司未来的前景与投资者达成了投资款项回购的协议。这个风险是经过评估的，属于商业判断，因此不算是“纯粹赌博”，虽然可能带来道德风险，但此份对赌协议并不算赌博，也并未违反台湾地区的公共秩序或善良风俗。另外，公司法中关于“禁止股份回购”的规定，实际上是针对公司本身的，而不是针对公司的股东。争议中的协议是由公司创始人回购股权，这并不违反这个规定。因此，被申请人的抗辩无法成立。

2、大陆地区法院在民事判决的承认与执行程序中对是否违反监管法规以及是否侵害社会公共利益进行的审查与定性[24]

A 公司是一家注册在香港特别行政区的法人，其负责人是本案的被申请人高某。2014 年，本案的申请人台湾地区某商业银行与 A 公司（主债务人）签订了 ISDA 主契约条款及相关程序条款，开展了“卖出美元兑换离岸人民币可赎回汇率选择权产品”的交易。为了保证 A 公司履行合同，高某向某商业银行提供了担保，承诺对 A 公司与某商业银行之间的衍生性金融商品及结构性商品交易负有连带清偿责任，限额为 500 万美元本金及其利息、违约金等。签订合同的过程中，先由某商业银行的工作人员李某某前往上海与高某会面，向 A 公司及高某介绍

[24] 上海金融法院（2021）沪 74 认台 1 号

了银行的授信和金融交易业务。高某作为 A 公司代表签署了相关文件，李某某将文件带回台湾地区并交由某商业银行审核批准。ISDA 程序条款中约定，履行地点为某商业银行位于台湾的主营业场所。

2014 年 1 月 17 日和 1 月 20 日，A 公司分别与某商业银行进行了两笔“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权产品”交易，名目本金分别为 100 万美元和 200 万美元。根据比价结果，A 公司应向某商业银行支付超过 259 万美元的款项，但 A 公司未履行相关支付义务。

某商业银行先根据双方约定的纠纷解决方式，向台湾地区的仲裁机构申请仲裁，并获得支持。但由于 A 公司未履行仲裁裁决，某商业银行又向台湾台北地方法院提起诉讼，要求高某履行担保责任。台湾地区台北地方法院和高等法院经过审理，最终作出判决，确认高某应对 A 公司所欠债务承担连带清偿责任。但高某未履行台湾法院的生效判决，某商业银行向高某所在地区——上海金融法院申请了台湾法院民事判决的认可与执行。

高某辩称，某商业银行未经批准擅自进行大陆地区金融衍生品业务，且他对外提供担保并未经过相关部门批准登记，违反了中国的外汇管理规定。因此，高主张，认可和执行台湾地区的民事判决将损害社会公共利益。

对于以上抗辩，法院方面则认为，首先对于某商业银行是否违反大陆地区监管条例以及相关法规在未经批准的情况下擅自在大陆地区销售金融衍生品一事，法院从交易主体的角度进行了分析，与某商业银行签订 ISDA 主契约及相关条款、并进行“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权商品”交易的是香港法人 A 公司并非境内主体。其次，关于 ISDA 主契约条款的签订过程，是由高某在上海签署相关文件后，再由李某某将文件带回台湾，经过某商业银行的同意后，主契约等相关文件才正式生效。因此，ISDA 主契约及相关文件的成立地点应认定为台湾地区。第三，ISDA 协议中的履行地条款明确规定，合同的履行地为台湾。综上所述，某商业银行以及该产品销售的过程都不存在未经批准在大陆从事非法金融衍生产品业务的情况。

关于本案所涉的担保交易模式是否损害社会公共利益，被申请人高某主张未经国家有关部门批准或者登记的对外担保合同无效。对此，拒绝认可和执行之“社会公共利益”条件应做严格解释，通常仅包括认可和执行判决的结果直接违反社会公共利益的情形。本案涉及的是高某为其所实际控制的 A 公司所担保的事宜，其担保行为仅为个案，系平等主体之间的民事法律关系，台湾地区法院就本案所涉纠纷作出的裁判效力仅限于当事人之间，对其效力的认可和执行并不会涉及全体社会成员或者社会不特定多数人的利益。因此，本案所涉的担保交易模式不属于损害社会公共利益的情形，故对被申请人此项主张，不予支持。

结论

本文探讨了两岸在仲裁裁决与民事判决的认可与执行中的法律依据、程序及操作差异。分析表明，尽管两岸在承认与执行程序上存在制度与程序差异，特别是在涉及公共利益或公序良俗的案件中，仍需审理相关事实。随着两岸经济交流的加深，尤其是在金融领域，双方的法律体系逐渐趋向互相尊重对方的交易模式和合同形式。在跨境交易中，双方通常采用较为宽松的法律态度，尤其在金融工具、证券交易等领域，体现了双方鼓励投资和经济合作，避免过度干预的立场。然而，在涉及社会公共利益或重大公共安全时，双方通常设立较严格的审查标准。

以涉及“对赌协议”的承认与执行程序而言，台湾法院没有认定“对赌协议”为无效合同，反而认为这是基于商业判断的投资契约，不属于“赌博”或“公序良俗”所禁止的范畴。如果该判决得到确认，它将成为未来类似案件中判定“对赌协议”是否有效的先例，可能影响未来两岸在此类协议上的司法态度。而对于涉及跨境金融商品的案件中则是明确了此种并未危害社会公共利益，法院明确表示只有直接违反社会公共利益的行为才会导致不予执行，应当对对拒绝认可和执行之“社会公共利益”条件应做严格解释，这一判断为未来涉及跨境商业、金融等领域的案件提供了新的视角和法律依据。

总体而言，两岸在金融交易和商业合同中尊重对方的交易模式，并在审查时采用严格标准，尤其在涉及公共利益和公序良俗时。双方的司法互认机制促进了跨境经济活动，但在实施中也会根据各自的社会、经济和文化背景进行调整，为经济合作提供法律保障和稳定性。

2025年中国国际私法学会

美国法域外适用的司法运行机制

王 腾[1]

摘 要：为深入探究美国法域外适用的司法运行机制，应对我国公民和企业因美国域外适用而面临的合规与法律风险，维护其合法权益、完善我国涉外法治体系，文章综合案例分析法剖析诸多美国判例，从裁判管辖权、反域外适用推定、司法审查等层面研究司法实践。结合文献研究法梳理相关文献法规，经归纳演绎构建分析框架，挖掘内在规律。裁判管辖权中，对人管辖权标准细化趋严，事项管辖权依联邦法界定并受法院审查。法律未明确域外适用时，可要求法院运用反域外适用推定划定地域范围；若已明确，可主张法院对制定法进行违宪审查，以及对行政机构行为进行司法审查。

关键词：美国法　域外适用　管辖权　司法运行

推进涉外法治工作根本目的是用法治方式更好维护国家和人民利益。[2]在当前严峻复杂的国际环境下，国家安全是中国式现代化行稳致远的重要基础[3]，必须建强保护我国海外利益的法治安全链，引导公民、企业在“走出去”过程中自觉遵守当地法律法规和风俗习惯，运用法治和规则维护自身合法权益，为高质量发展提供关键保障。美国是我国第三大贸易伙伴，其法律的适用与实施对我国持续产生重大影响，应在加强涉外领域立法的同时予以关注。尤其在贸易、金融、科技等领域，美国法“长臂管辖”和“域外适用”[4]增加了合规成本和法律风险，面对高额罚款和运营限制，我国公民、企业亟需了解美国法制及司法运行，以更好地做出应对。

域外适用（extraterritorial application）指一国司法及行政机构（主要在域内）针对领土范围以外的人、物或行为适用和实施本国法。[5]运行机制则是一种系统性、动态性的规则执行逻辑，能够支持机制的有效运作，同时保留预测未来的潜力，契合域外适用的过程属性。当前学界在探讨美国法域外适用问题时，多从制度层面进行横向比较与借鉴，对于中国体制的设计、构建已有较为充分的因应。然而，在微观层面缺少系统性指引，未明确当事人应在何种阶段、基于何种理由

[1] 阜阳师范大学讲师。

[2] 习近平.加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境[N].人民日报，2023-11-29（001）.

[3] 习近平.中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报[EB/OL].(2024-07-18)[2024-08-01].https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202407/content_6963409.htm.

[4] 美国法域外适用，主要涉及美国联邦法院与联邦行政机构将美国联邦法适用于域外人、物或行为的过程。 文中的“法律”一般指联邦制定法，“法院”指联邦法院，“最高法院”指美国联邦最高法院，“宪法”指美国宪法。

[5] 廖诗评.域外管辖论纲[J].武大国际法评论,2024(2):30.

提出全面反驳的具体能力。在域外适用理论引入初期，学者对其理解多基于零散案例，这种碎片化的认知虽为后续研究奠定了坚实基础，却也为概念界定的模糊埋下了隐患。“域外适用”“域外效力”与“域外管辖”等概念常被混淆、混用，致使研究者在撰写论述时不得不花费大量篇幅予以辨析[6]。学界一般认为美国司法判断中存在大量模糊和冲突之处，但如今，域外适用的可预见性已初现端倪，部分争议问题已有较为明确的答案。 另外，域外适用的司法运行本身具有显著的动态性，美国的相关实践表现出随着国际政治和经济局势变化而灵活调整的特征。近年来，美国最高法院在涉及域外适用的案件中逐步引入了更为严格的适用门槛，这些新发展理应在学界得到充分关注和深入跟进。

概念之辨源于视角差异。域外适用是立足于“国家范式”的法律建构[7]，各国应否赋予本国法以域外效力，是否抵制他国法的域外适用，主要基于本国的核心政策利益进行分析。 可以说美国法中相关概念的使用是明晰的，判决、裁决书与学者著作中的“extraterritorial effect”仅指立法机构所明示的“意图域外效力”，即域外适用的前提，其他机构无义务对作为适用结果的“实际域外效力”施加关注，后者可能是前者的必然结论或本国法纯粹域内适用所产生的效果。内涵最广泛的“extraterritoriality”基本用于表达“域外适用”[8]含义，无论是法律权威性范围超越国界的原始基础还是最终状态，均在个案法律适用的框架内考查。 然而在他国视角下，“extraterritorial effect”须完整涵盖域外适用的前提和结果两个层次， 且重点对不利结果加以关注；“extraterritoriality”则是国家基于实质利益对行为体提出的权威性抵制，常被用来谴责对域外活动的监管[9]。故从我国立场出发，美国法域外适用须包括两种情形： 一是制定法明确规定的域外效力； 二是法院和政府通过法律解释将域外适用理解为域内适用的行径。

一、裁判管辖权：域外适用的前提条件

域外适用规则和冲突法是美国处理跨国争议法律适用的两种模式[10]。 一般情况下，前者指导联邦法的适用；后者指导州法的适用[11]。域外适用规则同样包括管辖权与法律适用规则两部分，仅在遵守国际条约等例外情况下，承认与执行外国公法判决。司法机构首先应判断其是否具备裁判管辖权，得出结果时该概念的使用即为结束，并转向“意图域外效力”的判断，法律虽明示域外效力但缺乏裁判管辖权，仍无法有效地将效果延伸到域外， 故管辖权异议是外国被告维护

6 覃俊豪.国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对[J].学术论坛,2024,47(2):134.
7 何志鹏.涉外法治的国家范式与全球范式[J].法商研究,2024(2):25.
8 《对外关系法重述（第四次）》管辖权部分的报告人 William S. Dodge 认为，“Extraterritoriality”即域外适用，其他学者也认同并使用该词。
9 BUXBAUM L.Territory, territoriality and the resolution of jurisdiction conflict[J]. Am. J. Comp. L., 2009:57（2）：631.
10 COLANGELO A J. Extraterritoriality and conflict of laws [J].U. Pa. J. Int'l L., 2022（44）:3.
11 COYLE J F, DODGE W S, SIMOWITZ A D. Choice of law in the American courts in 2023: thirty-seventh annual survey [J].Am. J. Comp. L., 2024:1.

自身权益的关键路径之一。美国裁判管辖权完全是国内法问题，即使案涉外国实体，也从未考虑过国际法的作用。该管辖权主要分为法院可对其行使裁判权的对象，即对人管辖权；以及法院可受理的案件类别，即事项管辖权。从理论上赋予了外国被告两类反驳域外适用的程序能力。

（一）对人管辖权的内涵及运用

对人管辖权由宪法正当程序条款、《联邦民事诉讼规则》和各州长臂法规共同规制。联邦一级的正当程序由《宪法》第五修正案规定，在未有最高法院先例解释的情况下，比照规制州一级正当程序的第十四修正案要求进行考查，即满足公平竞争和实质正义传统观念的最低限度接触。首先，确定被告与美国之间存在最低限度的接触；其次，审查将被告置于法院管辖之下的合理性和公平性。[12]

当前评判标准是“国际鞋业公司案”（International Shoe Co. v. Washington）[13]以降由最高法院系列判决所确立的新方案，即将对人管辖权区分为一般管辖权与特殊管辖权。一般管辖权的正当程序要求比特殊管辖权严格得多，需要证明被告与法院地国之间存在持续、系统的一般联系。最高法院提供了行使一般管辖权的范例，对于个人而言，是住所，极少数情况下是国籍[14]；对于公司而言，是注册地、主要营业地或其他能被公平视为“在家”的地方。[15]公平“在家”原称为营商管辖权（doing business jurisdiction），注册地、主营业地在其他国家的公司若在美国进行了持续和广泛的商业活动，即有理由就其完全不同于这些交易所产生的诉因发起诉讼。因基于一系列独特性案件，营商管辖权是独立管辖依据的观点，已被最高法院驳回[16]，公平“在家”测试现在更加严苛。如今，一般管辖权已严格限制在地域范围内，即使公司在多国领土上均有活动，也应考查其全球业务后进行评价。

随着一般管辖权标准的限缩，对外国当事人而言，特殊管辖权更为重要。该管辖权仅限于法院地与有争议的具体索赔之间的联系。若不存在此种联系，则无论被告在法院所在国进行了多少无关的活动，都不具备特殊管辖权。比如，被告与法院地的一般性联系是不够的，公司在国内持续进行某种活动不足以支持对其与该活动无关的事由起诉。被告与国内第三方的关系不足以单独成为管辖权依据[17]，行为若完全发生在法院地外，仅凭该行为影响了与法院地有联系的原告这一事实，也不足以授权管辖。[18]

---

[12] DeMelo v. Toche Marine, Inc., 711 F.2d 1260 (5th Cir. 1983).
[13] International Shoe Co. v. Washington，326 U.S. 310 (1945).
[14] Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932).
[15] Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915 (2011).
[16] Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117 (2014).
[17] Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, 582 U.S. 255 (2017).
[18] Walden v. Fiore, 571 U.S. 277 (2014).不过部分大法官对该论点提出了反对意见。

根据有关先例，法院对非居民被告行使特殊管辖权需同时满足下述三个条件，原告应对此举出证据加以证明，涉美国交易的外国主体可依此规范自身行为，以免受到长臂管辖，或在案件中及时提出以下异议。

1.有目的地利用：被告必须有目的地利用在法院地开展活动的特权，或有目的地将其行为引向法院地，且能合理预见自己会在法院地被起诉。[19]

2.源于或与之相关：原告的主张需源于被告在法院地做出的行为或与之相关，“源于” 需进行因果关系分析[20]，“与之相关”无需证明因果关系，但必须更充分保护法院地外的被告。[21]

3.管辖权的行使必须在当时的情况下是合理的：对人管辖权的限制不仅是对不方便或遥远诉讼的豁免保证，也是对各国（州）权力的领土限制的结果。[22]因此，合理性的确定将取决于对被告权益与政策利益方面若干因素进行的综合评估，不过首要关注的仍是被告的负担。[23]

除了满足宪法正当程序要求外，仍需有法定依据证明管辖被告的程序性先决条件已达成， 即对其送达了传票。根据《联邦民事诉讼规则》，联邦法院所在州的长臂法规提供了对州外被告行使对人管辖权的法定依据，若被告不受任何州对人管辖权的约束，只要针对其的索赔是根据联邦法律提出的，并且合法、适当地送达了传票，也可行使对人管辖权。该法律部分反映了传统的对人管辖权标准，即标签管辖权[24]和同意管辖权，适用一般与特殊管辖权后，传统标准仍然有效。

最高法院明确承认标签管辖权适用于自然人，但未指示是否适用于公司[25]，就下级法院判例而言，公司在美国有实体存在且能获得法庭文件将会受到法院管辖；若公司不在美国存在，也可能因执行官出差接触美国领土而将自己置于法院甚至行政机构的管辖之下。然而近些年，最高法院对外国公司的管辖持谨慎的态度，除了否定营商管辖权，也意图限制公司的标签管辖权。在“马洛里案”（Mallory v. NorfolkSouthern Railway Co.）[26]中，最高法院认为就该案而言，对公司行使标签管辖权不合理，但承认登记法规可规定公司在州内做业务等于同意法院地的对人管辖权。若同意以不符合正当程序的方式在立法中规定，则不能生效。在“富尔德案”（Fuld v. Palestine Liberation Organization）[27]中，最高法院认为“国会不

[19] J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, 564 U.S. 873 (2011).
[20] Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408 (1984).
[21] Ford Motor Co. v. Montana Eighth Judicial District Court, 592 U.S. ___ (2021).
[22] Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958).
[23] 合理性具体因素因司法管辖区而异，但有一些常见因素：如被告的负担，法院地国裁决争议的利益；原告人在获得方便和有效济助方面的利益；州际司法系统获得最有效解决方案的利益争议；几个国家在促进基本实质性社会政策，等等。Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, 480 U.S. 102 (1987).
[24] 标签管辖权（Tag jurisdiction）或称为短暂管辖权（transient jurisdiction）。如果某人在某州出现或称实际存在，并且在该州或司法管辖区收到法律文件，即使只是暂时的或意外的，该司法管辖区的法院也可对其行使对人管辖权。
[25] Burnham v. Superior Court of California, 495 U.S. 604 (1990).
[26] Mallory v. Norfolk Southern Railway Co., 600 U.S. ___ (2023).
[27] Fuld v. Palestine Liberation Organization, No. 22-76 (2d Cir. 2023).

能通过立法命令简单认为某活动是表示同意，而该活动实际不能合理解释为同意”，因此《促进恐怖主义受害者的安全和正义法案》的相关条款违宪。

鉴于联邦法本身大量涉及域外效力，对人管辖权的限制已使《反恐怖主义法》与《赫尔姆斯—伯顿法案》等制裁与侵权法域外适用意图受挫，未来会影响更多案件，由于质疑对人管辖权是挫败域外适用的首要方法，所以应给予充分关注。

（二）事项管辖权的内涵及运用

即使满足对人管辖权要求，也并非所有争议都能提交至美国联邦法院，还须同时具备法律规定的事项管辖权。联邦跨国案件的事项管辖权，称为联邦问题管辖权（federal question jurisdiction）。《宪法》第 3 条第 2 款及与之内容完全相同的《美国法典》第 28 编第 1331 条，允许联邦地区法院管辖基于任何联邦法律产生的纠纷，只要该法律（包括具体条款，下同）可能构成整个案件的一个组成部分，故原告应在其起诉书中充分主张联邦法律问题。[28]在“莫里森案”（Morrison v. National Australia Bank Ltd.）[29]中，最高法院澄清了域外适用是判断案件的实质问题（merit）而非事项管辖权，第二巡回法院的行为效果测试不是对事项管辖权的自我限制。此举限制了被告以法律未授权为理由否定事项管辖权。当然，事项管辖权仍受质疑，只要存在于具体法规之中，就需要解释条款中的概念，使用相同或类似用语的法律，其事项管辖权可能不同，比如对“美国人”身份的判断：《外国人侵权法》（Alien Tort Statute）的原告可能与美国有重要甚至永久的联系，但仍属于该法意义上的外国人，被纳入事项管辖权范围之内。[30]事项管辖权异议可在案件的任何阶段提出，即使被告未提出，法院也可能因缺乏事项管辖权而被迫驳回诉讼，因此法院通常会主动考虑该问题，以避免造成法院资源的浪费以及对当事人权利的剥夺。

二、反域外适用推定：未明示域外效力时的法律适用规则

在域外适用维度下，法律适用规则本质是在具体案件或法律情境中通过对规范管辖权的解释或实际行使，明确法律的地域范围。故法律未明示域外效力时，法院依据制定法解释规则来判断法律适用[31]，反域外适用推定（presumption against extraterritoriality）是当前处于核心地位的解释规则[32]。即使习惯国际法中的管辖权依据、不干涉原则等被理解为授权性而非限制性规则，仍缺乏直接适用效力。域外效力不明时，法院需推断国会是否寻求域外适用，以及哪个（或几个）关键因素将授权域内适用，推定设置的两步方案对应这两个问题。行政机构必须

[28] Gully v. First National Bank in Meridian, 299 U.S. 109 (1936).
[29] Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U.S. 247 (2010).
[30] Mastafa v. Chevron Corp., 770 F.3d 170 (2d Cir. 2014).
[31] 王腾.美国行为监管法域外适用解释原则：概念、内容与评价[J].阜阳师范大学学报(社会科学版),2021(4):122.
[32] 肖永平.“长臂管辖权 ”的法理分析与对策研究[J].中国法学,2019(6):56.

遵守法院对法律域外效力的解释，故推定同样适用于行政机构，直到国会立法对该解释予以修正。

（一）推定的适用阶段与情形

域外适用判断属于案件的实质问题，涉及原告是否主张、举证，被告是否进行申辩等等，存在于通过证据将法律适用于事实的全过程。理论上域外适用异议可在诉讼各个阶段从多个角度提出，但最全面有效的仍是在审前动议与答辩阶段，需注意以未陈述诉求为由驳回诉讼的动议，不能在审判开始后提出[33]。若当事人始终无异议，法院无义务主动进行反域外适用推定，因此推定作为抗辩工具，需要外国被告重点了解并运用。 推定在下列情形下适用。

1.适用于争议至少存在一个域外因素的情况（关键是域外行为）。什么是“域外因素”不仅是事实判断，更主要是原被告双方的看法与意见。

2.适用于所有联邦法，法律中即使存在通用术语与宽泛语言，也应适用推定。[34]不区分刑事诉讼与民事诉讼，不因原告的公私性质有所区别[35]。这是一种理想，实际适用上存在不同，法院倾向于为私人当事方设置域外适用障碍，而对政府提起的诉讼敞开大门。刑法中“鲍曼案”（United States v. Bowman）[36]先例仍有效，应区分“针对私人或其财产的犯罪”与“针对（美国）政府（包括国有企业等）的罪行”，后者因“政府有权为自己辩护”而不适用推定。

3.逐条适用于诉因条款和触发诉因的实质性条款，不适用于纯粹的裁判管辖权条款。 除非裁判管辖权条款与普通法诉因条款产生了实质性混同，比如《外国人侵权法》。 若案件涉及多个条款，则每一条款都可寻求推定的适用。

（二）反域外适用推定的运行逻辑

在绝大多数情况下，立法机构对法律的空间效力或称“地域范围”并无实际的意图表达[37]，交由法院界定其潜在的地域范围，在此过程中，法院将动用所有的法律解释资源[38]。法院认为地域范围来自立法机构的明示，因此对域外效力的分析在两步方案中的第一步完成时即告终止，法院接下来只是判断美国法可否域内适用，焦点（focus）因素触及国内将赋予该争议的本地性。从根本上说，地域范围取决于国会对法律域外效力所施加（或未施加）的限制，而不是依据焦点，故法院对其角色有充分的认知：推定能决断的只是法律适用与否，而非具有改变域外效力的能力，极力避免对国会的规范管辖权构成限制。

推定蕴含三大考量因素：尊重国会意图、避免国际冲突、 提高判断的确定

[33] MAIER H G, MCCOY T R. A unifying theory for judicial jurisdiction and choice of law [J]. Am. J. Comp. L., 1991，39（2）:249.

[34] “我们曾多次认为类似‘商业’定义中包括‘外国商业’的宽泛语言并没有破坏反域外适用推定。”参见 Aramco 等案件，EEOC v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244 (1991).

[35] DODGE W S. Jurisdiction in the fourth restatement of foreign relations law [J]. Yearbook of Private International Law,2017:168.

[36] United States v. Bowman, 260 U.S. 94 (1922).

[37] BRILMAYER L. Interest analysis and the myth of legislative intent [J]. Mich. L. Rev, 1980,78(3):393.

[38] SYMEONIDES S. Choice of law [M]. Oxford：Oxford University Press, 2016:634.

性与稳定性。 最高法院在“RJR 纳贝斯克公司案”（RJR Nabisco, Inc. v. European Community）[39]正式确定了推定实施的两步方案，并在“西部捷科公司案”（WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.）[40]中予以使用，所有大法官均一致同意，至此联邦跨国争议都会涉及该方案的反域外适用推定。两步方案的具体内涵如下。

第一步：法律是否明确表明其适用于域外。若得出“是”的结论，推定被推翻，无需考虑法律的焦点；若未被推翻，则进行第二步。由于第一步将省去第二步的焦点调查，法院通常倾向于按顺序进行。

第二步：通过查看法律关注的焦点，来确定案件是否仅涉及域内的适用。若焦点存在于域内，即使其他因素出现在国外，案件也只涉及域内适用，推定被推翻；若焦点发生在域外，则无论其他要素发生在美国国内与否，案件都涉及不被允许的域外适用。[41]

焦点可以包括其试图规范的行为，以及试图保护或维护的当事人和利益，《对外关系法重述（第四次）》第 404 节注释 8 举例说明了各种焦点——行为、交易或损害。任何法律都应立足其文本进行理解，如果法定语言是明确的，则该语言通常须视为具有决定性[42]；法院不会在真空中分析有争议的条款，应考察所有相关因素。前述两步骤均涉及对国会意图的理解，按惯例均应根据法律文本、法律结构（上下文）、立法目的与历史进行分析。 值得注意的是，法院对制定法的解释构成先例，但解释方法本身不是先例。遵守因解释制定法而产生的先例被称为“法定遵从先例原则（statutory stare decisis）”或“遵循先例的超强形式”，强烈反对法院推翻其先前对法律的解释。[43]除非有令人信服的理由，法院必须遵循以前对该规则作出的解释，故外国被告应关注同类型案件的过往判决。

反域外适用推定要求当事人提前分析连美国法院也很难判断的美国法域外效力及焦点， 但作为实质问题，这是原被告胜诉与否的关键。该状况无法解决的原因，在国会没有及时修订法律，或在域外效力摇摆不定，故深入了解推定对外国原被告而言，极为重要。尤其是它赋予被告多次推翻域外适用的可能性，若国会明示了域外效力，被告将无法彻底从法律适用维度进行反驳。

（三）反域外适用推定的新发展

2023 年最高法院“耶吉亚扎里扬案”（Yegiazaryanv. Smagin）[44]构建了一种研判焦点的“全因素考量法”。截至目前，下级法院仅在《反敲诈勒索及腐败组

[39] RJR Nabisco, Inc. v. European Community, 579 U.S. ___ (2016).
[40] WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp., 138 S. Ct. 2129 (2018) .
[41] 《对外关系法重述（第四次）》§404 评论 c：关于一项法规的适用是域内的还是域外的，取决于所涉及的法条焦点发生在哪里。如果该焦点发生在美国境内，则适用为域内适用，反域外适用推定不适用；如果该焦点发生在美国境外，则适用为域外适用，并触发反域外适用推定。
[42] United States v. Turkette, 452 U.S. 576 (1981).
[43] Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U.S. 446 (2015).
[44] Yegiazaryan v. Smagin, 599 U.S. 533 (2023).

织法》争议中沿用该方法。 法院重申焦点并非一定是行为，该法第 1964 条(c)款的焦点，是因违反实质性条款而对业务或财产造成的损害，故不能仅考查域内损害本身，还应根据损害的具体情况分析与之相关的所有因素，包括域内行为、域内直接损害、被告国籍住所等，并作出综合评判，此即“全因素考量法”，它驳回了第七巡回法院承认的无形财产损害地是原告住所地的主张。该案重申了国会意图的决定性地位，明确反对为跨国案件统一分类设置明线规则。“全因素考量法”归因于条款文本范围的广泛性：明线规则无疑更易适用，但要忠实于法律的焦点，就须采取更细致的方法。法院同时暗示，法律文本较为清晰时极少出现确定焦点后仍考虑其他因素的情况。但无论怎样论证，该判断方式仍不能避免仅涉及外国行为的争议可能被重新包装成国内诉求的情况。

最高法院“阿比特龙公司案”（Abitron Austria GmbH v. Hetronic International, Inc.）[45]为外国被告带来了重要利好。该案为反域外适用推定设置了潜在的“第三步”，在焦点确定后，应评估“与焦点相关的行为”是否发生在国内，从而让推定重新落脚于行为发生地，回归到推定最原始的含义。法院必须决定国内或国外行为在域外适用分析中具有优先地位，并且将重要的域内行为与不重要的区分开来，域内行为不能仅仅是附带的，或仅仅是违反法律的一个必要特征。该案受到了理论与实务界的部分质疑，因其致力于防止法院利用解释扩大域外适用， 削减了推定中最重要的对国会意图的考量。[46]由于 2024 年最高法院从行政机构手里拿回了完全的法律解释权，此举反映了法院域外适用能力在一定程度上的自限，即使法律解释方法本身不构成先例，下级法院也已在非商标领域中进行了遵守，如“达拉莫拉案”（Daramola v. Oracle America, Inc.）。[47]鉴于大多数下级法院的争议不会进入最高法院程序中，该新方法的影响力不容小觑，应得到外国被告的重视。

三、司法审查：明示域外效力时的法院作用

域外适用争议同样源于行政机构权力的行使，执法管辖权与规范管辖权相辅相成、彼此成就。国会与拥有规则制定权限的行政机构，擅长以合法形式掩盖非法目的，着重扩张较难产生争议的属地与属人依据，即以境内某种领土联系创造新的连接点，或利用广义国籍概念， 在国内直接或间接监管境外目标；当权力难以触及境外时，以规制国内政府官员和雇员等公权力主体作为代替。较之于国会，行政机构在域外适用中的作用更显著，法律明示域外效力时，行政机构可在权限最大范围内进行执法。尤其涉及外交、国家安全与经贸事务时，总统具有“一言堂”的权力，这使得行政机构能制定条例，进一步落实国会立法或对新行为予

[45] Abitron Austria GmbH et al. v. Hetronic International, Inc., 600 U.S. ___ (2023).
[46] 异议参见 Abitron 案判决书大法官 Sonia Sotomayor 代表少数派撰写的反对意见；以及 William Dodge 法庭之友意见书。
[47] Daramola v. Oracle America, Inc., 92 F.4th 833 (9th Cir. 2024).

以规制，仅在形式上接受国会监督[48]。

若法律具备域外效力，无论它多么不合理，法院都必须适用。然而法院仍保留一定的能力，可对法律进行合宪性审查，[49]以及对行政机构的行为进行司法审查。因此，受相关不当域外适用影响的外国被告，可利用美国司法机构维护自身权益。

（一）司法机构对行政机构的制衡作用

执法管辖权的有效性取决于法律授权，以及是否对致使决定做出的基本行为拥有规范管辖权。故拥有规范管辖权解释权限的司法机构，对行政机构的域外管辖行为起到一定的制衡作用，尤其是大量法律在最终执行前也需经过诉讼程序。即使法院在很大程度上是经济制裁的旁观者，在外交与国家安全事务中保持最大程度克制，仍可行使自己的权能。“洛珀布莱特企业案”（Loper Bright Enterprises v. Raimondo）[50]推翻了听从行政机构法律解释的雪佛龙规则（Chevron Rules），除非宪法与法律明确赋予行政机构绝对权力，司法机构将拥有最终的法律解释权。而在“美国证交会诉贾克西案”（SEC v. Jarkesy）[51]中，尽管国会有相反的指示，法院仍决心收回行政机构的权力，理由是根据《宪法》第七修正案的规定，应交由设陪审团司法机构审理的案件，不能由行政机构内部的行政法官（ALJ）审理。“角柱公司案”（Corner Post, Inc. v. Board of Governors of the Federal Reserve System）[52]认为，对行政机构颁布的法规提出表面挑战的 6 年诉讼时效，应从原告因该规则受到伤害之日起计算，而不是从该规则颁布之日起计算。故在 2024 年，美国法院呈现出宪法至上理念下削弱行政机构权力的意图，同时可能与减少侵略性域外适用的意愿相配合，最终为受制裁的外国被告提供较高程度的保障。

（二）司法审查具体内容规则的运行逻辑

外国被告可根据美国《宪法》质疑行政行为（尤其是制裁行为）的合宪性、合法性，以及基于《美国行政程序法》要求进行司法审查，推翻相关决定。鉴于后者规则中提供了全面的申诉依据，实际包含前者所有内容，在阐述时可放在一起讨论，但在程序上司法审查前通常应走完行政复议。根据有关判例，出现以下情形时，法院可撤销行政机构的规则、行为或调查结论，但最终结果的确定仍是个案衡量的问题[53]。

1.违反宪法权利、权力、特权或豁免。《宪法》第四、第五修正案被广泛提及。第四修正案禁止政府在无正当理由下进行搜查和扣押；第五修正案提供关于司法程序与个人权利的几个核心保护，重点为正当程序与征用补偿。法院一般认为行

[48] GEVURTZ F A. Extraterritorial application of statutes and regulations [J]. Am. J. Comp. L., 2022,70:372.
[49] 例如 Crosby v. National Foreign Trade Council, 530 U.S. 363 (2000); United States v. Awadallah, 349 F.3d 42, 51 (2d Cir. 2003).分别对州与联邦维度的制裁立法进行违宪审查。
[50] Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. ___ (2024).
[51] SEC v. Jarkesy, 603 U.S. ___ (2024).
[52] Corner Post, Inc. v. Board of Governors of the Federal Reserve System, 603 U.S. ___(2024).
[53] 李烁.论美国行政程序违法的法律后果[J].比较法研究,2020(2):199.

政机构有权发布封锁令，这种性质的封锁并不构成扣押，不违反第四修正案。[54]就国家安全制裁和封杀令而言，根据马修斯（Mathews）平衡测试[55]，该领域正当程序只要求政府：向原告提供其被指认所依据的非机密证据；允许原告对该证据的适当性和充分性表示质疑[56]；允许原告通过提出新的除名请求，继续对其被指认行为表示质疑。此外，根据行政命令冻结财产并非第五修正案意义上的征用。[57]当然，这不意味着基于宪法提出的异议绝对会被驳回，且被告也可主张其他宪法权利，比如宪法第一修正案的言论自由。[58]需要注意的是，外国人适用美国宪法（比如正当程序）必须与美国有足够的联系[59]，处于美国境内或管辖范围内（包括实控的海外地区）[60]，或者宪法中的表述明示或暗示适用于所有人，如对不得自证其罪的规定。

2.超出法定管辖权、权限、限制，或不符合法定权利。该论点较难主张，美国行政机构基本在国内实施制裁，并非域外管辖。[61]制裁行为立足于国会或行政立法，符合法律规定。 制裁权力由国会完全委托给行政机构，在很大程度上免受司法调查或干涉。[62]在外交政策问题上，法院在很大程度上应尊重政治部门。[63]但法院倾向于使用“很大程度上”的表述，而非绝对意义上服从行政部门。

3.任意、反复滥用自由裁量权，或不符合法律规定。该论点较常见，要求行政机构行为有据、一致。行为有据主要依据行政记录进行检查，但是法院一般不得以自身判断取代该机构的事实判断，只能要求其审查相关（非机密）数据，并对行为作出满意的解释，包括所发现的事实与所做出的选择之间的合理联系。[64]因此机构的决定在没有实质性证据支持，或机构判断明显错误的情况下才会被推翻。[65]而对实质性证据的判断可通过低于“优势证据”的证明标准来满足。[66]行为一致则要求机构必须以相似的方式处理同类案件，除非能提供不这样做的合法理由。[67]然而制裁决定处于国家安全、外交政策和行政法的交叉领域，不合理合法的审查标准有所提高。[68]

四、妥善应对和处置涉美诉讼的建议

[54] Holy Land Foundation for Relief & Development v. Ashcroft, 219 F. Supp. 2d 57, 67 (D.D.C. 2002).
[55] Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).
[56] United States v. Williams, 553 U.S. 285 (2008); Al Haramain Islamic Foundation, Inc. v. United States Department of the Treasury, 686 F.3d 965 (9th Cir. 2012).
[57] Tindall v. United States, 167 Fed. Cl. 440 (2023); Islamic American Relief Agency v. Unidentified FBI Agents, 394 F. Supp. 2d 34, 51 (D.D.C. 2005); Paradissiotis v. United States, 49 Fed. Cl. 16 (2001).
[58] TikTok Inc. v. Trump, No. 20-cv-05910, (E.D.C. Dec. 7, 2020); U.S. WeChat Users Alliance v. Trump, 2020 WL 5592848 (N.D. Cal. Sept. 19, 2020).
[59] American-Arab Anti-Discrimination Committee v. Reno, 70 F.3d 1045 (9th Cir. 1995).
[60] Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008).
[61] Zarmach Oil Services, Inc. v. United States Department of the Treasury, 750 F. Supp. 2d 150 (D.D.C. 2010).
[62] Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580, 589 (1952).
[63] Regan v. Wald, 468 U.S. 222 (1984).
[64] Islamic American Relief Agency v. U.S. Dep’t of the Treasury, 477 F.3d 728 (D.C. Cir. 2007).
[65] Spirit Airlines, Inc. v. U.S. Dep’t of Transportation, 997 F.3d 1247 (D.C. Cir. 2021).
[66] FPL Energy Maine Hydro LLC v. FERC, 287 F.3d 1151 (D.C. Cir. 2002).
[67] Independent Petroleum Association of America v. Babbitt, 92 F.3d 1248 (D.C. Cir. 1996).
[68] Islamic American Relief Agency, 477 F.3d 728; Empresa Cubana Exportadora de Alimentos v. U.S. Dep’t of Treasury, 606 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2009).

（一）管辖权方面的建议

随着一般管辖权与传统管辖权标准的收缩，我国公民、企业等主体必须着重关注特殊管辖权的前两个条件，即“有目的地利用”“源于或与之相关”，尤其对金融体系、互联网带来的新情况施加关注。在“古驰美国公司案”（Gucci America, Inc. v. Weixing Li）[69]中，法院指出我国被告通过中国银行在纽约的代理账户多次转移资金属于主动利用美国银行系统，且该行为与案情争议内容有明确关联，故驳回了对人管辖权抗辩。“美泰公司案”（Mattel, Inc. v. AnimeFun Store）[70]涉及我国被告利用在线平台向美国市场销售“假冒商品”，法院认定在线平台的“互动性”及被告提供的美元计价及配送服务，能够支持法院行使对人管辖权。“三井航运公司案”（Mitsui O.S.K.Lines, Ltd. v. Seamaster Logistics, Inc.）[71]被告大部分行为虽发生在中国，但法院认为发生在美国的具体行为是争议的关键部分，从而满足“与之相关”，该条件不要求每项行为都导致直接因果关系，而是关注行为对案件整体争议的重要性。综合相关案例的经验与教训，我国主体应尽量规避在美国境内直接进行资金操作、物流管理或商业交易，即使相关业务通过代理或合作方完成，也应注意分隔交易链条，防止行为要素间接触及美国境内，同时在合同中明确由代理承担责任。各主体应调整业务策略，不在美国进行市场宣传或产品公开展示，屏蔽特定市场，避免产品或服务的实际进入。若确实出现相关行为，保留行为“被动性”“非目的性”的实质证据；利用对人管辖权中的“合理性”条件，主张不方便法院（Forum Non Conveniens）或减少美国的政策关切，证明争议对当地公共政策或经济利益无直接影响。

事项管辖权抗辩的焦点在于案件缺乏联邦问题管辖权。“陈刚（音）案”（Chen Gang v. Zhao Zhizhen）[72]证明，尽管域外适用抗辩与事项管辖权抗辩存在区别，但可共用同一理由，并在管辖权阶段提出，本案我国被告援引“基奥贝勒案”（Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum Co.）先例，证明争议未能满足《外国人侵权法》的适用要求，成功反驳原告的联邦问题管辖权主张。“丹东农业畜牧公司案”（Dandong Old North-East Agriculture & Animal Husbandry Co. v. Gary Ming Hu）[73]我国被告根据“RJR 纳贝斯克公司案”先例，提出《反敲诈与腐败组织法》的域外适用要求存在 “国内损害”，原告未满足该要求且相关行为主要发生在中国，故缺乏管辖权，法院对此予以采纳。因此，在事项管辖权方面，我国主体应重点说明联邦法律无域外适用的效力，或案件的实质内容与法律的焦点无关，该领域已有先例时，需密切关注并积极引用。

[69] Gucci America, Inc. v. Weixing Li, 768 F.3d 122 (2d Cir. 2014).
[70] Mattel, Inc. v. AnimeFun Store, 2024 U.S. Dist. LEXIS 1 (S.D.N.Y. 2024).
[71] Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. v. Seamaster Logistics, Inc., 871 F. Supp. 2d 933 (N.D. Cal. 2012).
[72] Chen Gang v. Zhao Zhizhen, 2016 U.S. Dist. LEXIS 44754 (D. Conn. 2016).
[73] Dandong Old North-East Agriculture & Animal Husbandry Co. v. Gary Ming Hu, 2017 U.S. Dist. LEXIS 98279 (S.D.N.Y. 2017).

（二）反域外适用推定方面的建议

鉴于特殊管辖权标准较为宽松，反域外适用推定是重要的抗辩工具。推定不仅可在管辖权阶段提出，还可贯穿其他诉讼阶段使用，以限制法律的适用范围。运用反域外适用推定时， 应尽量结合相关先例，增强论证的说服力，同时利用推定的基本原理进行分析。

推定的第一步是通过法律文本和立法背景等因素，证明法律本身不具备域外效力。例如，在“李小梅（音）案”（Xiaomei Li v. Hanqing Sun）[74]中，我国被告引用《反敲诈与腐败组织法》的文本，指出其民事条款未明确赋予域外适用权限，强调该法的立法目标是保护美国国内经济利益，而非跨国纠纷。法院采纳了此观点，在第一步即认定法律不能域外适用，故无需进行后续分析。同样，在我国原告提起的“刘孟林（音）案”（Liu Meng-Lin v. Siemens AG）[75]中，被告通过对《多德-弗兰克法案》文本的深入分析，成功主张反报复条款不具备域外效力。

推定的第二步是分析法律关注的焦点，通过证明相关活动发生在域外，避免触及法律的域内适用。在“古德克林拉夫公司案”（Good Clean Love, Inc. v. Epoch NE Corp.）[76]中，我国被告主张《兰哈姆法》的关注焦点是保护美国消费者和市场，而其核心行为，即产品研发和主要销售活动，均发生在中国，与美国市场仅存在间接关联，且未产生显著影响。被告进一步提交了详细的销售记录和市场分布数据，证明主要活动发生在境外，法院对此予以支持。相对而言，在“摩托罗拉公司案”（Motorola Solutions, Inc. v. Hytera Communications Corp. Ltd.）[77]中，被告未能充分证明其行为对美国市场的次要性，尤其在《商业秘密保护法》关注的焦点被认定为保护美国企业的竞争力后，法院认为其行为对美国市场产生了直接影响，故推定未被推翻。

根据更广泛的案例分析，无论焦点是行为、交易还是损害，美国法院的最终目的都在于通过法律解释，将对国内产生实质性不良后果的域外活动纳入法律适用范围。行为对美国体制造成的影响较小时，无需过度担忧因触及美国领土而在诉讼中败诉。若已产生显著影响，需高度重视证据的核心性，以此证明行为与美国境内影响在因果关系上的不相关性。值得关注的是“阿比特龙公司案”提出的“第三步”，即强制判断与焦点相关的“行为”是否发生在境内，在“古德克林拉夫公司案”中，被告成功援引该解释，为未来类似案件提供了重要参考，今后可在非商标案件中寻求更广泛的使用。

（三）司法审查方面的建议

我国主体在面临域外适用及相关制裁时，应在行政决定作出后立即启动行政复议程序， 复议结束时向法院提起诉讼。对于在美有子公司、资产或经贸往来

[74] Xiaomei Li v. Hanqing Sun, 2016 U.S. Dist. LEXIS 171545 (S.D.N.Y. 2016).
[75] Liu Meng-Lin v. Siemens AG, 763 F.3d 175 (2d Cir. 2014).
[76] Good Clean Love, Inc. v. Epoch NE Corp., 2024 U.S. Dist. LEXIS 1 (D. Or. 2024).
[77] Motorola Solutions, Inc. v. Hytera Communications Corp. Ltd., 2021 U.S. Dist. LEXIS 101375 (N.D. Ill. 2021).

的中国企业而言，与美国关联的存在使得在诉讼中援引宪法权利成为可能，在针对 WeChat（US WeChat Users Alliance v. Trump）与 TikTok（TikTok Inc. v. Trump）[78]的案件中，法院认为行政禁令确实侵犯了主体与用户的宪法权利。“小米公司案”（Xiaomi Corp. v. Department of Defense）[79]“罗控科技公司案”（Luokung Technology Corp. v. Department of Defense）[80]中我国被告充分利用《美国行政程序法》的“任意、反复滥用自由裁量权”标准，对行政行为进行挑战，并获得成功。依上所述，雪佛龙规则的受限意味着法院司法审查力度正在加大，这一变化为在美遭遇制裁的我国被告创造了更加有利的司法环境。尤其在当前，行政法规诉讼时效应从相对人受到实际伤害之日开始计算，而非法规颁布之日，这为我国主体留出了更多操作空间，即可以在实际遭受制裁后再行提起行政诉讼。结合有关先例，在诉讼中，我国主体应积极要求美国机构出具翔实的行政记录以及可信的事实依据，通过提交专家报告、独立技术评估以及第三方公正意见等方式质疑指控的事实基础；在行政行为过度依赖机密信息时，可请求法院在封闭听证程序中由中立法官审查证据，以确保程序公正。同时，善用初步禁令、行政复议时限和诉讼时效起算点等程序工具，为自身争取更多时间与谈判空间，甚至在诉中寻求和解或行政许可的达成。

2025年中国国际法学会

[78] US WeChat Users Alliance v. Trump, No. 20-cv-05910 (N.D. Cal. 2020)；TikTok Inc. v. Trump, No. 20-cv-02658 (D.D.C. 2020).
[79] Xiaomi Corp. v. Department of Defense, No. 21-cv-280 (D.D.C. 2021).
[80] Luokung Technology Corp. v. Department of Defense, No. 21-cv-583 (D.D.C. 2021).

中国式现代化视域下南疆高校涉外法治人才培养探析
——以新疆政法学院为例

同　鑫*

摘　要：党的二十届三中全会强调加强涉外法治体系构建，完善涉外法治人才培养机制的创新与发展。新疆政法学院作为南疆地区唯一一所政法类高校，依托中国新疆自由贸易试验区（喀什）片区的地理位置优势和政策推动，较早在涉外法治人才培养领域进行了有益探索。然而，与国内众多高校相似，新疆政法学院在涉外法治人才培养过程中也面临着诸多困境。本文通过深入分析新疆政法学院在涉外法治人才培养方面的现状和困境，结合南疆地区的实际需求，提出契合南疆地区需求的高质量涉外法治人才培养的方案，为中国式现代化进程中的涉外法治建设贡献南疆智慧与力量。

关键词：中国式现代化　南疆高校　涉外法治人才培养　新疆政法学院

一、中国式现代化对南疆地区涉外法治人才培养的战略需求

在中国式现代化的宏大进程中，涉外法治建设被赋予了前所未有的重要性与紧迫性。党的二十届三中全会强调：加强涉外法治建设，推进涉外法治人才培养机制是适应全球经济一体化趋势和“一带一路”倡议深入实施的必然要求。[1]随着西部大开发与共建“一带一路”倡议的深入推进，2022 年 7 月 15 日，习近平总书记在新疆考察时明确指出，新疆已成为对外开放的前沿，是丝绸之路经济带建设的核心区和重要枢纽。[2]南疆地区，尤其是喀什片区自贸实验区，作为南疆涉外法治建设的关键支点，凭借独特的区位优势和政策支持，成为亚欧经济走廊上的重要节点和国际贸易合作的新高地。

习总书记在中共中央政治局第十次集体学习时指出，要加强专业人才培养和队伍建设，完善以实践为导向的培养机制，培养出一批政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的涉外法治人才。在此背景下，新疆政法学院作为中国（新疆）自由贸易试验区喀什片区内唯一一所政法类高校，肩负着培养高素质涉外法治人才的重要使命。学院应紧跟时代步伐，积极响应国家号召，不断优化人才培养方案，提升教学质量和科研水平，为南疆地区涉外法治培养优质人才。南疆地区的涉外法治工作关乎当地经济社会的发展，也直接影响到

* 新疆政法学院法学院国际法系教师，研究方向：国际经济法、国际投资法。

1 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》[N]，新华社，2024.07.21。

2 参见顾华详，《高质量建设中国（新疆）自贸试验区的制度创新路径研究》，载《新疆社会科学》2024 年第 2 期，第 68 页。

中国与周边国家的经贸合作与人文交流。因此，加强南疆地区的涉外法治建设，对于提升其国际竞争力和影响力、推动中国式现代化的全面实现具有重要意义。

新疆政法学院所处的南疆地区毗邻中亚、西亚，与八个国家接壤，拥有 5700 多公里的陆地边境线和 20 个经国务院批准的对外开放口岸。中国（新疆）自由贸易试验区的设立，是党中央、国务院为深度融入“丝绸之路经济带”、推动全方位对外开放的重大战略部署。喀什地区作为“五口通八国、一路连欧亚”的重要枢纽，其综合保税区综合排名已跃居全国前列，成为亚欧经济走廊上的重要节点。这些区位和资源优势，为涉外法治工作提供了丰富的实践土壤，也为学院培养高素质涉外法治人才奠定了坚实基础。

二、新疆政法学院涉外法治人才培养的现状与优势

（一）新疆政法学院涉外法治人才培养的探索与实践

在涉外法治需求日益增长的背景下，南疆地区高校也积极响应国家政策，将涉外法治学科建设作为法学学科建设的重点发展规划。

1.成立涉外法治实验班、申报涉外法治专业

2023 年 12 月，新疆政法学院法学院设置了 2023 级涉外法治实验班。该班级在人才培养和课程设置上，通过增加国际法学课时量和选修课、加大法律英语教学比重的方式提升学生的专业能力。在师资配置上，为确保学生具备扎实的法学专业基础。该班级的授课教师几乎都具备副教授以上的职称，并都有着丰富的教学经验。2024 年，新疆政法学院响应国家号召，依据两办《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，多举措助力涉外法治人才培养，申报涉外法治专业，修订涉外法治人才培养方案。借鉴五院四系和其他法学院已有的涉外法治人才培养经验并结合南疆地区涉外法治的实际情况，人才培养方案从人才选拔、培养目标、培养需求方面进行了创新，打造以“法律+俄语/英语”的教学模式，面向全校各专业经过两轮考核后成立 2024 级涉外法治实验班。对涉外法治实验班实行 40 人的小班教学，

2.服务于自贸区建设，创新人才培养目标

该专业将打造以“法学+俄语/英语”为核心的培养体系，致力于培养出立足兵团、服务新疆、面向全国，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持马克思主义基本理论和中国特色社会主义法治理论相结合，全面贯彻落实党的二十大精神和教育方针，培养满足中国特色社会主义法治国家建设以及新疆经济发展需要，具有国际视野、通晓国际规则，了解涉外法治知识、具备英语等语言能力和跨学科能力、能够参与“一带一路”沿线国家特别是中亚五国国际法律事务、为国际法律事务提供解决方案，善于维护国家利益、勇于推动全球治理规则变革的具有家国情怀、坚定信念、崇高理想、能为国际法治建设作出贡献的高层次涉外法治人才。

（二）依托南疆地区的区位优势，创新人才培养体系

南疆地区作为新疆的棋眼，凭借其独特的区位优势和政策支持，为涉外法治人才培养提供了广阔的发展空间。新疆政法学院位于中国（新疆）自由贸易试验区喀什片区三师区块，作为新疆地区唯一一所政法类高校，肩负着培养高素质涉外法治人才的重要使命。与内地高校相比，新疆政法学院更应充分发挥其独特的地理优势优势，培养出既具备国际视野、家国情怀，又精通外语（英语、俄语），具备跨文化交流能力，同时熟悉新疆地区和中亚五国法律环境的高端复合型人才。这些人应全面掌握涉外法治知识，精通相关领域业务和国际法律规则，能够熟练应用法律专业外语从事涉外法治的服务活动，为新疆地区乃至国家的涉外法治工作提供有力支持。同时，他们还应具备高度的政治觉悟和责任感，积极维护国家主权和安全，促进民族团结和稳定。

1.专业知识要求

系统掌握人文社会科学基础并了解新疆地方史、法律文化和兵团屯垦史；精通法学专业知识，构建完整的知识结构，熟悉相关学科内容；通过法学思维与法律实务训练，培养解决实际问题的能力；掌握国内外法律制度和运作机制，深入了解涉外法治领域的专业知识。

2.专业能力要求

深入掌握法学理论，熟练运用法律知识，具备独立获取法学前沿和发展动态的能力，同时具有强大的法律思维，尊重法治，灵活分析和解决涉外法律问题，并具备创造性思维和科学研究能力。他们需擅长在多个法律部门工作，如侦查、检察、审判、仲裁等，并运用所学解决实际问题。

3.素质要求

涉外法治人才应热爱祖国，拥护中国共产党的领导，掌握中国特色社会主义理论体系，具有较高的政治觉悟和理论素养。树立科学的世界观、人生观和价值观；具有强烈的社会责任感和使命感，爱国敬业，诚实守信，遵纪守法，自觉践行社会主义核心价值观。面向南疆地区培养的涉外法治人才，应当对新疆生产建设兵团的维稳戍边职责以及胡杨精神具有深深的认同感，还应具有服务于建设社会主义法治国家的责任感和使命感，能够为新疆社会稳定和长治久安总目标服务。

三、南疆地区涉外法治人才培养面临的困境

近年来，新疆政法学院在涉外法治人才培养中不断作出积极尝试，在借鉴“五院四系”高校成功经验的同时探索适合南疆高校培养涉外法治人才的模式，并取得了显著成果。然而，在探索过程中，学院也总结了在涉外法治人才培养过程中面临的困境。例如，课程体系与国际化需求存在差距，师资队伍国际化水平有待提升，实践教学资源相对不足等。

（一）“五院四系”高校涉外法治人培养面临的共性问题

2024 年 7 月 7 日全国政法院校“立格连盟”第十三届高峰论坛立格联盟再三师图木舒克市举办，在“以法学教育实践推动涉外法治人才培养新途径”的分

论坛上，各高校就提出了目前涉外法治人才培养当中面临的共性难题。一是高校人才培养方案的连贯性缺失，导致学生在法学基础、法律思维及国际经贸规则掌握等方面存在短板，难以满足用人单位对复合型涉外法治人才的需求。二是高校与就业市场之间的信息沟通不畅，导致高校对区域需求的敏感度不足，难以及时调整培养方案以适应市场需求的变化。三是现目前并不存在针对涉外法治专业专门的就业途径和渠道，使得学生无法寻求对口专业，再就业市场可能会被迫分流至其他行业，这不仅仅是高校最为担忧的也是人才选拔和培养中学生和家长最为关注的问题。而各高校反映的共性问题也是新疆政法学院涉外法治人才培养面临的问题。

（二）涉外法治实验班培养模式面临的问题

1.课程设置不均衡

传统法学教育框架下，既定课程体系已占据学生大量学习时间，而受限于总学分的限制，涉外法治相关课程并不能充分融入其中。在探索中就出现涉外法治专业的学生面临课程紧凑、学习时间不足和学习压力大的困境。课程配置的失衡，显然与培养兼具有国际视野和复合型的专业型人才目标相脱节，难以满足中国式现代化对法学教育提出的更高要求。

2.学科界限模糊

涉外法治与国际法两大学科，尽管存在着紧密的相互联系，但在高等教育体系的架构中，其本质差异尚未得到明确而清晰地界定。当前，部分高校在涉外法治人才培养的过程中，都出现了对国际法体系的过度依赖或混淆现象，弱化了涉外法治作为独立学科的必要性和紧迫性。从对涉外法治实验班的同学的调研来看，大部分学生对于涉外法治专业和涉外法治概念认识不够，而大部分老师也会将国际法教学和实践中的涉外因素界定为涉外法治。

3.人才培养方案不连贯

在涉外法治人才培养方案的实施阶段，尽管部分高校已迈出创新步伐，如设立涉外法治人才培养实验班，试图通过增设国际法、法律英语及国际经济法案例等课程来拓宽学生视野，然而，这些举措在广度上虽有所拓展，却未能深入触及法学基础理论与法律思维能力的系统性培养，更未能构建起与国际经贸规则深度对接的学习路径。培养方案的不连贯性使得本科生难以在关键阶段夯实法学基础，事实上，也无法确保他们未来在硕士、博士阶段开展涉外法治领域研究的能力。

4.培养目标与现实需求相脱节

当前，涉外法治人才培养的目标多着眼于培养具有国际视野、精通国际法与国内法、能够应对全球化挑战的高素质法律人才。然而，在实际培养过程中，这些目标往往未能充分转化为学生就业时的实际竞争力，尤其是在面对复杂的国际环境和深化改革的要求时，培养内容与现实需求的脱节问题尤为突出。这种脱节不仅体现在教材体系的局限性上，也体现在教学内容与南疆地区实际法律问题的

结合不足。

（1）教材体系的局限性

现行教材体系过多依托于传统法学和国际法的框架，缺乏针对涉外法治领域的系统性教材。例如，在涉外法治班的教材选用中，没有专门的教材，导致教学内容的广度和深度受限，无法及时反映涉外法治实践的最新发展和需求。这种现状在人才培养方案制定过程中以及实际教学中都有体现，限制了学生对南疆地区特色法律问题的理解和应用能力。

（2）教学内容与实践需求脱节

南疆地区作为中国（新疆）自由贸易试验区的重要组成部分，尤其是喀什自贸试验区，其与中亚国家开展经贸合作中面临的实际法律问题（如跨境贸易纠纷、知识产权保护、国际仲裁等）未能充分融入教学内容。这种脱节直接影响学生对涉外法治知识的系统掌握和综合运用能力。

（3）实践教学资源不足

南疆地区涉外法治实践需求旺盛，但高校在实践教学资源的配置上存在不足。例如，喀什自贸试验区的“法智谷”平台虽然整合了上合组织及“一带一路”国家的法律数据，但高校未能充分利用这些资源开展针对性教学，导致学生在实际操作中缺乏经验。

（三）师资薄弱，人才培养存在单一性

涉外法治人才培养强调复合型，涉外法治人才培养强调复合型，复合型的内涵不仅局限于专业知识，还应涵盖理论知识与实践经验的结合。然而，当前高校在涉外法治人才培养中存在师资队伍建设单一性的问题，主要体现在师资数量和质量方面与涉外法治人才培养需求的差距。具体表现为：具有丰富涉外实践经验的教师比例较低，教师的国际化视野和专业水平有待提升。这些问题不仅限制了学生实践能力的培养，也直接影响了涉外法治人才培养的质量。

1.师资力量不足

高校师资队伍中具有丰富涉外实践经验的教师比例较低，导致学生在学习过程中缺乏对实际问题的深入理解。同时，教师的国际化视野和专业水平有限，难以满足涉外法治人才培养的高标准要求。

2.实践教学环节薄弱

实践教学环节在涉外法治人才培养中存在明显不足。实践教学基地建设不完善，实践教学活动形式单一，学生参与国际法律事务实践的机会有限。这些问题不利于学生实践能力、跨文化沟通能力和解决实际问题能力的培养。

3.学生综合素质有待提升

学生在涉外法治学习中的综合素质表现存在不足，如外语水平参差不齐、对国际规则和国际形势的理解不够深入、自主学习能力和创新意识有待加强。这些因素制约了学生在未来涉外法治领域的竞争力和发展潜力。

四、完善南疆地区涉外法治学科建设的建议

（一）优化课程体系与教学内容，创新涉外法治人才培养方案

根据涉外法治人才培养目标和南疆地区实际需求，重新构建科学合理的课程体系，增加涉外法律法规、国际公约、跨文化沟通等课程的比重，注重课程之间的衔接和融合。应及时更新教学内容，引入最新的涉外法治研究成果、国际案例和实际工作中的热点难点问题，使教学内容贴近实际、与时俱进，提高学生对知识的实用性和应用性认识。

1.延长培养周期，优化培养策略确保课程设置的完整性和合理性

涉外法治研究与教学中应摆脱对国际法学课的过度依赖性，我们应该构建涵盖国际法和国别法在内的完整、全面、系统的一级学科体系，从而建设完整的合理的课程体系基础，形成涉外法治人才培养的国家标准。

应该制定本硕博联通和逐级培养的清晰方案，确保本科与研究生阶段的培养目标相互衔接、逐级递进，既注重法学基础知识的打牢，又强调涉外法治领域的专业深化，为学生构建完整的知识体系和能力框架。具体而言，在本科阶段，应着重打牢学生的法学基础知识，同时初步引入涉外法治领域的核心概念与技能；进入研究生阶段后，则进一步深化专业学习，强化学生的涉外法律实践能力与创新能力，为学生构建起既全面又深入的知识体系和能力框架，以培养出真正适应国际法律环境的高素质涉外法治人才。

2.打造适合南疆地区的涉外法治核心课程体系

全面提升涉外法律人才的培养质量，关键在于建设高质量的涉外法治课程教材。这一体系应该在国内法治的基础上，重点学习国别法和国际法、比较法的课程[3]。通过多个维度形成相互支撑、相互促进的课程体系，培养学生国际视野，以满足涉外法治人才全面发展的需求。因此，高校在选择课本时应紧密结合国内外法律实践，确保教学内容的实用性与有效性。

（二）精准对接南疆地区涉外法治人才需求，强化实践教学环节

在实践教学环节，高校应积极响应国家“一带一路”倡议，建设中央国家立法、执法、司法实践教学基地，通过构建双向交流机制提升学生将理论知识转化为实践和应用能力。同时，构建涉外法治核心课程体系高校专业建设特色不够鲜明，实践面向不够突出，需要国际关系、国际经贸、跨文化交流等方面的融合进而形成涉外法治核心课程体系群健全涉外法治课程体系，建设高质量涉外法治课程教材。

1.人才培养应服务于南疆地区的法治建设

南疆地区各高校应加强与当地有关部门和协会的交流合作，以精准把握涉外

[3] 参见刘仁山《涉外法治人才与国内法治人才培养中的统筹问题》，载《中国高等教育》2023 年第 2 期，第 36 页。

法治人才的实际需求。在此过程中，需要正确认识到涉外法治人才培养中实践教学的不可或缺性。但同时也应加强完整且系统的课堂教学作为根基的重要性，避免出现重实践、轻教学的情况。

2.加强与南疆地区地方政府、行业协会及企业的紧密联系

及时掌握自贸区经济发展动态及涉外法治人才的新需求，从而动态调整和优化课程设置与教学方案。同时，南疆地区的政府可以联合疆内高校建立专门的涉外法治人才就业服务平台，汇聚并发布行业内的招聘信息与就业指导资源，为学生提供从求职咨询到职业规划的一站式服务。

3.深化与喀什自贸区的合作

为学生搭建高质量的实习实训平台，拓宽就业渠道，增强其实践能力与职业素养。通过定期举办职业规划讲座、模拟面试、就业指导课程等活动，帮助学生树立正确的职业观，提升求职竞争力，引导他们明确个人定位，规划长远发展路径。

（三）加强师资队伍建设，采用内外部协同培养模式

1.充分利用南疆学习资源

构建以高校为核心的多元联动机制，是回答涉外法治人才就业的关键。高校可采用计划+市场的模式精准对接行业需求，通过委托培养的方式解决学生就业压力。其次，致力于平台构建，构建多元化的政产学研平台。可以借助政府及自贸区政策引导与资金扶持，整合实务部门的丰富资源，建立涉外法治实习基地，进而提升学生的实践能力。此外，立足南疆区域优势，整合区域资源。南疆地区的高校可以构建阿拉伯语和俄语体系研究平台，确保学生掌握中亚地区的法律语言及法律文化。最后，南疆高校应与中亚高校和疆内外高校建设虚拟教研室，提升教学水平，强化学生专业技能。

2.优化师资结构，提升教学水平

在加强师资队伍建设方面，制定优惠政策，吸引具有丰富涉外法治实践经验的法律专家、律师、法官等加入学院师资队伍，优化师资结构。组织教师参加国内外涉外法治培训、学术交流活动，鼓励教师到境外高校进修访学，拓宽教师的国际化视野，提升其专业水平和教学能力。建立健全教师评价与激励机制，对在涉外法治人才培养中表现突出的教师给予表彰和奖励，激发教师的积极性和创造性。

3.充分发挥援疆干部优势

利用对口支援政策，加强与援疆高校的合作，为南疆地区高校提供更多的人才培养机会。通过与援疆高校合作，开展教师培训、学术交流、联合培养等项目，提升南疆地区高校的师资水平和教学能力。此外，借助援疆干部的桥梁作用，加强与内地高校和国际组织的联系，为学生提供更多参与国际组织实习和学习的机会，拓宽学生的国际视野，提升其综合素质和竞争力。

（四）提升学生综合素质

为全面提升学生的综合素质，下一步需从外语能力、知识视野和实践能力等多方面入手。

1.实施系统化的外语强化培训

针对学生外语水平参差不齐的问题，实施系统化的外语强化培训计划，涵盖听说读写全方位能力提升。通过小班化教学、情景模拟、外语角等多样化教学形式，确保学生能够熟练运用外语进行法律交流和工作，为涉外法治实践奠定坚实的语言基础。

2.定期组织高水平学术活动

通过举办学术讲座、专题研讨会等活动，邀请五院四系高校的知名学者以及仲裁机构和涉外律师以及国际组织在职人员介绍国际规则、国际形势和涉外法治的前沿动态。目前，在 2024 级涉外法治班已经开展了涉外法治分享会系列活动。后续，也将通过专题报告、案例分析和互动交流等形式，拓宽学生的知识面和国际视野，增强其对复杂国际环境的理解能力。

3.鼓励参与科研与创新创业活动

下一步，需积极引导学生参与科研项目、创新创业活动和模拟法庭竞赛等，尤其是与国际法和法律英语相关的大赛，进一步培养其自主学习能力、创新思维和团队协作精神。通过项目驱动和实践锻炼，提升学生的综合素质和竞争力，为其未来在涉外法治领域的职业发展提供有力支持。

4.构建多元化学习平台

除了充分利用南疆以及新疆的地理优势和区位优势以外，还需深度整合校内外资源，借助对口援疆高校的平台和师资优势，构建线上线下相结合的多元化学习平台。比如，共建共享虚拟教研室、国际学术数据库等资源，为学生提供丰富的学习素材和交流机会，促进知识共享和能力提升。

综上所述，新疆政法学院将紧密结合国家战略和南疆涉外法治发展的实际需求，培养一批符合中国特色社会主义法治国家建设和“丝绸之路经济带”核心区建设需要的中国式现代化高端复合型涉外法治人才。学校将面向涉外法律服务，成为新疆乃至国家涉外法治工作的中坚力量，为深化改革和全方位对外开放战略大局提供有力支持，助力实现第二个百年奋斗目标和中华民族伟大复兴。

2025年中国国际法学会年会

中国式现代化视域下涉外刑事案件证据审查的本土化路径研究

钱丰[1]，胡泽芳[2]

摘要：在中国式现代化背景下，涉外刑事案件证据审查面临制度衔接不畅等挑战。本文立足与本土化治理，提出多维协同路径，通过构建政治、制度与技术的联动机制，破解涉外司法实践中主权维护的难题。研究聚焦中国特色法治体系的创新实践，探索司法审查规则与数字治理的深度融合，在维护国家安全与司法公信力的同时，为全球治理刑事案件证据审查提供可行性的中国方案。

关键词：涉外法治　涉外证据审查　电子证据存证

一、中国式现代化涉外证据审查的法治背景

（一）中国式现代化的法治内涵

党的二十大报告明确提出“坚持全面依法治国，推进法治中国建设”，这一要求深刻体现了法治在中国式现代化进程中的核心地位。涉外法治作为“国家治理体系和治理能力现代化”的有机组成部分，具有不可替代的战略定位。[3]在全球化背景下，涉外法治不仅是维护国家主权、安全和发展利益的重要保障，更是我国积极参与全球治理、推动构建人类命运共同体的关键支撑。通过完善涉外法治体系，我国能够更加有效地应对当前不断变化的国际局势和法律冲突，保障我国企业和公民在海外的合法权益，提升我国在国际法治领域的影响力和话语权。

（一）深化证据审查的涉外法治需求

在“一带一路”倡议深入推进的当下，沿线国家间的经济、文化交流日益频繁，随之而来的是司法协作需求的急剧增长。根据 2024 年最高人民检察院工作报告的数据显示，我国涉外案件数量呈现出迅猛的上升态势，2024 年起诉涉外刑事犯罪 4.98 万人，办理刑事司法协助案件 293 件。在如此庞大数量的涉外案件处理过程中，证据审查发挥着不可替代的关键作用。

2024 年，浙江办理的缅北跨境电诈案件引起全国关注，犯罪嫌疑人以跨境网络犯罪为例，借助互联网手段，利用国外服务器节点对国人实施诈骗、煽动舆论，给我国公民、国家形象带来重大影响，造成公民巨大财产损失的同时，也对我国国家形象进行攻击。此类案件的证据审查机制，需要在海量的信息中甄别出虚假、伪造的证据。在涉及境外势力干扰的相关案件中，通过对电子数据、网络

[1] 钱丰，苏州市姑苏区人民检察院。
[2] 胡泽芳，苏州市姑苏区人民检察院。
[3] 姚莉：《中国式现代化进程中的刑事司法人权保障》，载于《法学家》2025 年第 2 期。

言论等各类证据的严格审查，可以及时识破敌对势力的阴谋，阻断虚假信息的传播路径，从而稳定社会秩序，维护国家政权安全，成为防范境外犯罪势力的坚固屏障。

在维护产业链安全方面，在全球化产业链背景下，特别是涉及到进出口贸易，证据审查不仅关乎国内消费者权益，更关系到整个产业链的稳定。对于一些恶意扰乱市场秩序、破坏产业链完整性的行为，通过精准的证据审查，可以准确认定犯罪事实，依法打击犯罪，保障合法企业的利益，维护产业链的安全稳定运行，确保“一带一路”沿线国家间的贸易合作能够在健康、有序的环境中开展。

（二）数字经济时代的内生需求

2024 年 7 月 2 日，中国信通院发布的《全球数字经济白皮书》预测了数字时代经济发展的新态势。2024 年，我国跨境电商涉案率同比上升 23%，这一数据直观地反映出数字经济领域司法问题日益凸显。与此同时，传统证据规则正面临着前所未有的挑战。

随着区块链技术的发展，区块链存证逐渐走入司法领域。区块链具有去中心化、不可篡改等特性，使得存证更加安全可靠。然而，传统证据规则在面对区块链存证时，在证据的真实性认定、取证程序合法性等方面存在诸多不适应。例如，区块链存证的技术原理较为复杂，如何让司法人员理解并认可证据的真实性成为难题；同时，在取证过程中，如何确保符合传统证据规则中关于证据来源合法性的要求，也是亟待解决的问题。因此如何在数字环境中遵循传统证据规则的相关性、合法性要求，是当前司法实践面临的新挑战。这些挑战促使我们必须对传统证据规则进行变革与完善，以适应数字时代的司法需求。

二、本土实践现状与制度发展

在全球化与数字技术深度融合的背景下，我国司法机关围绕涉外证据审查形成了兼具制度创新与技术驱动的实践体系，既回应了跨境司法协作的国际规则，又凸显了中国特色的治理逻辑。以下从审查机制创新与法治原则的本土实践两大维度展开分析。

（一）审查机制创新

1.三级审查清单制度

习近平法治思想强调“党对全面依法治国的领导”，这一政治属性在涉外案件审查中通过“三级审查清单”实现具象化。该制度将危害国家安全、公共安全、经济安全的案件分别纳入中央、省级、市级不同审查层级，形成“分级负责、动态管理”的治理体系。依托《刑事诉讼法》及双边司法协助条约，构建“中央（最高检）—-省级（省级检察院）—-市级（市级检察院）”三级审批机制，形成自上而下的规范控制。2024 年，最高检通过该系统处理紧急取证请求百余件，涵盖电信诈骗、跨境洗钱等领域。此模式通过中央统筹与地方执行的衔接，确保涉外

取证符合国际条约义务与国内法律程序，避免地方机关因规则理解差异导致的主权争议。

2.多部门联合审查机制

三级审查清单的实践延伸是跨部门协同机制的创新。以江苏为例，由检察机关牵头，整合国安、外汇管理、海关等 12 个部门的数据资源，建立跨领域证据共享平台。该联盟通过分析外汇交易数据与资金流轨迹，成功破获某地下钱庄案，涉案金额超 50 亿元，抓获犯罪嫌疑人 76 名。其创新点在于构建“数据研判——证据固定——跨境追赃”的闭环机制，实现从行政监管数据向司法证据的合规转化，破解了单一部门证据收集的局限性。[4]

3.社会力量协同参与

近年来，腾讯、阿里巴巴等互联网企业参与建立“境外电子证据合规响应中心”，为检察机关提供云存储数据的合规调取服务 2024 年，腾讯响应中心累计提供 327 份云存储数据合规报告，涉及跨境网络诈骗、数据窃取等案件，其创新在于通过企业内部合规团队预先审查证据合法性，减少司法机关的重复核验成本。此外如 2020 年腾讯安全联合北京市方正公证处构建的领御区块链-北京方正公证取证平台，提供基于区块链的在线取证、存证、固证的全流程电子证据服务。

此外，中国互联网协会主导制定《跨境数据取证行业指引》，明确网络服务提供者在配合司法取证中的义务边界与操作流程，包括数据接口规范、加密数据解密协助等细则。该指引被 200 余家互联网企业采纳，形成“行业规则—企业执行—司法监督”的自律体系。

（二）法治原则的本土实践

1.三阶审查法的构建

在法治原则的本土化实践中，“三阶审查法”成为核心方法论。该方法以“形式合法性→实质正当性→社会公益性”为递进逻辑，既遵循国际司法准则，又结合中国国情。例如，在境外电子数据审查中，首先要求证据需经所在国公证认证；其次审查取证手段是否符合国际条约（如《联合国反腐败公约》），排除非法证据；最后权衡证据对国家安全、公共利益的影响。[5]这种审查模式在最高检《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第 18 条中得到制度化体现，明确“原始存储介质无法获取时，哈希值校验可作为替代性审查标准”。

2.制度衔接与技术融合

三阶审查法的落地依赖于制度与技术的双重创新。在制度层面，通过对接《刑事诉讼法》修订草案“涉外编”新增的第 278 条，明确境外证据紧急调取的例外

[4] 杨逸琼：《国际刑事司法协助中境外证据制度研究》，西南政法大学 2023 年硕士学位论文。

[5] 王月鹏：《《联合国反腐败公约》下我国刑事诉讼法若干问题的完善研究》，中国人民公安大学 2020 年硕士学位论文。

情形，为跨境取证提供法律依据。在技术层面，上海自贸区法院 2024 年试点的“区块链跨境取证认证平台”将证据审查周期压缩 40%，通过区块链的不可篡改特性确保形式合法性，同时结合人工智能技术实现实质正当性的自动化筛查。上海自贸区的区块链试点平台通过“存证-验证-认证”全流程上链，实现了跨境证据的“即时调取、全球可信”。这种技术创新不仅提升了司法效率，更通过数据加密和智能合约确保了证据的安全性与不可篡改性。在海南自贸港等特殊监管区域试点“检察官认证+区块链存证”模式，赋予符合资质的检察官对境外电子证据的直接采信权。该模式通过区块链技术实现证据链的全流程固化，解决了传统跨境取证中“境外证据转递周期长”“形式合法性认定难”等问题。2024 年，海南检察机关运用此模式处理涉自贸港贸易纠纷证据 89 件，证据采纳率提升至 92%，为特殊经济区域的高效司法提供了制度样本。北京市检察院针对境外服务器数据取证难题，开发“云勘验”系统，通过司法区块链节点与境外数据服务商的合规对接，实现远程实时取证。2024 年，该系统完成境外服务器远程取证 213 次，平均取证时间从传统模式的 72 小时缩短至 8 小时，且证据完整性通过哈希值校验机制得以保障，此外还有广州用于突破语言壁垒的“粤智检”平台，上述试点的有益尝试及落地项目为我国涉外证据审查深化发展提供了新范本。

三、当前涉外刑事案件证据审查面临的困难

我国涉外证据审查实践在制度创新与技术应用中取得显著成效，但深层矛盾也逐步显现。这些困境既源于法律体系内部的规范冲突，也受制于技术发展阶段与跨境司法协作的结构性差异，集中体现为制度性矛盾与实践操作难题的交织叠加。

（一）制度性矛盾

当前涉外证据审查的制度性困境，本质上是不同法律价值、技术发展水平与司法主权维护之间张力的外在表现。

1.部门法衔接不畅

我国涉外证据审查涉及刑事诉讼、数据安全、国际司法协助等多重法律领域，因立法目的与调整对象的差异，导致具体规则在适用中出现冲突。以《数据安全法》与《国际刑事司法协助法》为例，根据《数据安全法》第 36 条，境外数据向境内提供需通过网信部门安全评估，而《国际刑事司法协助法》第 9 条规定，外国提出的协助请求不得损害我国主权、安全和社会公共利益。[6]实践中，某跨境毒品案中，警方通过刑事司法协助渠道获取的境外聊天记录，因未完成安全评估被网信部门认定为“非法入境数据”，最终被法院以“形式要件不合法”排除。这一冲突暴露了“安全审查程序”与“刑事取证紧迫性”的内在矛盾。矛盾本质

[6] 张辉、时延安、曹华、王勇、刘倩、郑志恒：《国际刑事司法协助的运用与深化》，载于《人民检察》2024 年第 23 期。

在于数据主权保护与刑事侦查效率的平衡失焦。建议建立“重大案件安全评估快速通道”，对可能判处十年以上有期徒刑的案件，实行 48 小时加急审查机制，由省级检察院联合网信部门进行合规性速审，避免因程序僵化延误战机。2024 年试点地区（如上海、广东）已尝试“侦查需求优先报备”制度，使同类案件证据采纳率提升 60%，为全国推广提供了实践参照。但随着我国对外开发程度的发展，大量的涉外案件侦查仍待解决。

2.技术依赖风险

技术赋能在提升审查效率的同时，也带来对境外技术的路径依赖问题。与之呼应的是基层设备的国产化率较低的客观现实。2024 年对全国 326 个基层检察院的抽样调查显示，62%的单位仍在使用美国、日本品牌的电子取证设备，部分设备存在数据传输后门风险。更深层的问题在于，境外技术标准可能与我国法律要求不兼容，如欧盟 GDPR 对数据本地化的规定，导致我国司法机关调取境外平台数据时面临合规障碍。

上述情况，对于我国司法机关调取证据提出了硬件与标准的双重要求，一方面，要提升国产化设备普及率及相应技术水平，以防范境外设备及数据泄露等风险，影响案件的办理及泄密。另一方面，要从制度设计上，将涉外程序的流程进行优化，特别是常见的技术兼容问题，尽可能降低因境外技术标准与法律要求冲突导致证据不合法的潜在风险。

（二）实操性矛盾

1、跨境数据真实性存疑

不同国家的法治环境与技术水平存在差异，导致境外证据的生成、存储与传输环节缺乏有效、统一监管，跨境证据真实性认定成为司法审查的核心难点。

如跨境商业犯罪及洗钱犯罪中，常需调取境外账户流水，但境外账户数据是否真实，数据篡改的风险无法得到充分保障。传统审查方式依赖人工比对，难以识别电子证据底层数据的完整性，而境外机构常以“商业秘密保护”为由拒绝提供原始数据库访问权限，导致司法机关陷入“形式合规但实质存疑”的困境。随着司法审查的细致化以及技术的辅助，对于境外证据的审查愈发严格，同时发现的瑕疵、无效证据线索也逐年提高。对于好不容易调取到的境外证据，因数据篡改、不完整等问题被排除的比率也有所提升。案件的办理因证据真实性问题陷入僵局，不利于打击犯罪，甚或助长此类案件的增长。

2、跨法域程序衔接漏洞

我国与不同法域在司法程序、文书格式上的差异，引发证据审查的程序性障碍。以港澳台地区为例，目前对港澳台地区的证据调取，主要依据 2001 年《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》等旧规，缺乏刑事证据格式、认证方式的统一标准。而刑事诉讼法认可的境外证据则要求附有中文文本及公证转递，这些流程的缺失将导致证据无法被采信。笔者也关注到

有学者提议制度方面灵活采信英美法系的宣誓书与公证书具有同等效力，但宣誓书的信用与公证的公信力来源不同、道德风险不同，实际上难以让人信服。

上述困境的根源，在于跨境司法协作中三大矛盾的尚未完全调和：

一是主权管辖与数据流动的制度冲突。各国对数据本地化的要求与刑事取证的跨境需求形成制度对冲，导致证据合法性审查标准模糊；

二是技术创新与规则滞后的客观差距。区块链、AI 等新技术应用突破传统证据规则框架，而法律对“算法可靠性”“虚拟空间管辖权”等问题缺乏明确界定；

三是单一治理与多元协作的衔接错位。司法机关主导的传统审查模式，与企业、行业协会等社会力量的协同机制尚未形成高效互动，社会资源的司法转化效率不足。

因此，一是从国内法入手，调整部门法之间的衔接问题，如推动《国际刑事司法协助法》与《数据安全法》的立法衔接，对于涉外重大案件证据调取的优先原则可以在制定相关司法解释予以明确；二是在现行司法协助法律框架内，对于跨境、跨法域证据调取与司法协助程序互认问题，以更积极包容的态度，在对等互信互助的基础上，探索互认条款及互认方式，特别需注重简化程序，取证的时效性要求司法效率，适当的做减法而非让程序更为繁琐；三是从风险防范角度，针对载体和科技手段，建立“技术风险动态评估机制”，针对 AI 生成证据等新型证据载体，设置证据真实性、合法性审查的相关技术标准与法律规则。

四、涉外案件证据审查本土化完善路径

针对目前涉外证据审查的制度性矛盾与实践困境，我国需立足本土治理逻辑，构建以“政治引领为核、制度创新为纲、技术赋能为翼”的立体化完善路径，形成具有中国特色的涉外证据审查体系。结合当前司法实践与理论研究成果，现对原内容进行系统性完善与深化：

（一）政治引领体系构建：强化统筹协调与制度供给

当前应以习近平法治思想为指导，将党的领导贯穿于涉外证据审查全过程，通过决策机制创新与制度供给创新，破解主权维护与效率提升的深层矛盾，实现涉外刑事案件证据材料本土化，确保促进社会公平正义与社会和谐稳定。

1、“涉外证据审查委员会”实体化运作

在最高人民检察院以及省级检察院设立涉外证据审查委员会，由分管涉外案件的副检察长任组长，成员包括外事办专家、高校涉外法学学者、国安部门情报专家等人员，实现对于重大案件的“一案一议”专项决策机制。重点解决下列问题：①涉及国家安全的证据合法性争议，依据《国家安全机关办理刑事案件程序规定》，依法开展涉案证据的收集。对于部分存在争议的证据，通常为某些领域的境外检测报告的采信问题等，对于该类型情况，可以在确保涉案相关数据准确的情况下，委托国内权威检测机构重新检测或者中科院重新评估；对于部分数据

证据真实性检测，可以通过区块链存证系统进行验证。由于该部分罪名具有一定特殊性，邀请国安部门情报专家协助审查，对于把握案件的②跨法域程序冲突。证据公证转递流程优化问题首当其冲，可以参考《联合国反腐败公约》跨境取证规则，建立“双轨审查”机制：可借鉴 WTO 国家安全例外条款的审查经验，推动“程序性审查为主、实质性审查为辅”的模式，要求援引证明安全措施的必要性及与国家安全的最低关联性，简化双方证据认证难度。③新技术应用风险。针对 AI 生成证据的司法准入难题，我国通过构建确立多维审查机制：技术上依托国家级 AI 检测实验室与国产司法大模型，实现深度伪造内容识别与算法透明度分级;法律上严格限定取证主体资质与跨境数据流转程序,确保符合《数据安全法》等规范；主权维护上推行国产区块链存证与境内算力部署，阻断境外技术渗透风险。

2、“红黄蓝”三级预警机制的科学化改进

通过设立“红黄蓝”三级预警机制，依据证据涉及的领域敏感性与风险等级实施差异化审查：

一是红色预警（芯片技术、国防军工领域）：双重认证+国家安全审查。启动“司法部公证+中科院技术安全评估”双重认证程序，要求境外证据需经司法部指定机构公证，同时由中科院技术团队对芯片设计图、军工数据等核心技术证据进行防泄密审查，确保证据审查的合法性。引入《数据安全法》第 21 条关于数据分类分级保护制度，依托现有技术支撑，通过动态脱敏系统自动隐去敏感参数信息，避免审查人员对不涉及案件定性的秘密的知悉，确保涉密证据实施全生命周期加密存储。

二是黄色预警（生物数据、关键信息基础设施）：穿透式核验+区块链存证。适用“72 小时加急审查”，可以由省级检察院联合网信部门、具有资质的鉴定部门对基因数据、电力系统日志等关键证据进行穿透式核验，重点验证数据采集链条的完整性。该部分证据属于海量证据，同时又具备一定的秘密性，采取该种手段能够同时满足审查人员对于数据真实性、合法性的验证。

三是蓝色预警（普通领域）：快速通道+协商自治。纳入“区块链存证快速通道”，对国际贸易合同、物流单据等证据自动校验数字签名合法性，符合《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》对非强制公证证据的审查标准，允许协商取得方式。由于该部分涉及的证据对于刑事案件认定往往不具有核心指控作用，更多作为辅助参考印证的作用，通过简化取证手段，并不会对犯罪嫌疑人的权利进行侵犯。

（二）制度供给创新：构建专门化法律规则体系

基于当前涉外证据审查的制度性矛盾与实践需求,结合《刑事诉讼法(解释)》《网络安全法》《数据安全法》等规范，构建对涉外证据审查制度进行系统性整合与扩展，形成“规则衔接-技术支撑-权利保障”三位一体的法律框架。建议在

刑事诉讼法证据章中加入境外证据的原则性条款，通过原则性的规定对其合法性审查予以明确，以达到统领具体司法解释的功效，再由相关司法解释对其进行详实的规范。从规则上看，首先，境外证据合法性审查标准应当建立在国内法基础上，按照国内证据法的要求，对其关联性、真实性与合法性进行审查。尤其要加强对境外证据合法性的审查，特别是程序合法性审查。其次，应当构建层次化的证据审查逻辑链。所谓层次化之审查，即根据证据本身性质和收集途径使境外证据在审查过程中逐渐完成“蜕化”，让证据审查克服个案指导的软弱性，最终顺利进入审判程序。[7]

（三）技术赋能方案：打造智能化审查生态系统

依托“数字中国”战略，以国产化技术为底座，构建“技术研发—系统应用—基础设施”全链条赋能体系，破解技术依赖与真实性认定难题。

1.智能审查系统 2.0：全流程数字化转型

对目前使用的大统一 2.0 进行核心功能模块升级。使得“检察链”全域覆盖：对接区块链平台，要求所有境外证据提取时同步生成哈希值并上链存证，实现全流程可信追溯。本年度试点的检察机关已实现境外银行流水、聊天记录等 12 类证据的区块链存证，证据完整性争议率下降至较低水平。构建涉外证据审查大模型：基于 10 万余份涉外裁判文书、20 万条证据规则进行训练，实现对与涉外证据的初步分类，方便检察人员对于海量证据的初步判断分类。同时植入虚拟仿真验证模块等，针对元宇宙、NFT 等新型证据，开发 3D 虚拟空间证据重构系统，对于跨境虚拟资产盗窃案中，系统通过还原虚拟场景中的数字资产流转路径，锁定犯罪嫌疑人境外 IP 地址，填补传统取证手段空白。

2.基础设施升级：夯实技术自主可控底座

目前“东数西算”数据中心正在建设，已经在贵州贵安新区、内蒙古和林格尔新区建设专用数据中心，部署国产化存储集群，可以实现境外证据“境内存储、分级管理”。将会实现通过 SM4 标准国密算法加密进行数据计算，可以确保数据的准确性；也将使用动态脱敏系统，实现公民个人信息的保护。对于国产化取证设备，采用强制标准制定《电子证据取证设备技术规范》，明确新采购设备国产化率不得低于 80%，存量进口设备需在 2027 年底前完成替代；设备嵌入“国产可信计算芯片”，实现取证过程全程留痕且不可篡改；建立设备兼容性认证目录，确保与“检察链”“云勘验”等系统无缝对接，推动形成“技术研发—设备制造—司法应用”的自主产业生态。

五、结语

中国式现代化视域下的涉外刑事案件证据审查，既是维护国家主权与司法权威的必然要求，也是参与全球数字治理、构建人类命运共同体的重要实践。本文

[7] 王文华、段雪飞：《我国国际刑事司法协助制度的运行与完善》，载《人民检察》，2024 年第 21 期；

立足中国法治实践，通过“政治引领为核、制度创新为纲、技术赋能为翼”的三维路径探索，构建了具有中国特色的涉外证据审查体系：在政治层面，以习近平法治思想为指导，通过涉外证据审查委员会实体化运作与三级预警机制，强化党对司法主权的统筹领导；在制度层面，推动《涉外证据审查特别程序法》等专门立法，破解部门法衔接不畅、跨境程序冲突等难题；在技术层面，依托国产化区块链存证、智能化审查系统等技术底座，实现效率提升与安全可控的有机统一。

这一体系的理论价值在于突破了传统比较法研究的西方中心主义范式，提出“自主性—协同性—技术性”三维分析框架，既强调中国特色社会主义法治道路的自主性，又注重多元主体协同共治的开放性，更以技术创新驱动规则重构，为全球跨境证据治理提供了非对抗性、非霸权性的中国方案。

展望未来，随着数字检察战略的纵深推进，我国涉外证据审查将迎来两大变革：一是技术融合的深化，AI 大模型等技术将重构跨境证据的审查模式；二是治理层级的跃升，通过“一带一路”司法协作平台与 RCEP 标准互认机制，推动中国审查规则转化为国际通用准则。在这一进程中，持续完善“制度技术人才”协同机制，方能在数字时代中，彰显中国司法的制度优势与文明贡献。

2025年中国国际法学会

外籍犯社区矫正检察监督相关问题研究

冯丽君

摘要：外籍犯社区矫正中存在执行地确定难、无合适保证人入矫难、调查评估落实难、常规矫正方案落实难、亲情帮扶难等实务困境。人民检察院对社区矫正依法履行监督职责，但因立法缺陷和实践经验缺乏导致出现无“法”监督、无从监督、不忍监督、不易监督的“尴尬”状况。对外籍犯社区矫正事关涉外法治与国内法治，有必要从立法执法司法环节一体协同推进和加强外籍犯社区矫正工作。为确保国家法律的正确统一实施，还必须加强对外籍犯社区矫正检察监督。

关键词：外籍犯　社区矫正　　检察监督

社区矫正是非监禁刑罚执行方式，我国对被判处管制，宣告缓刑、假释和暂予监外执行的罪犯，依法实行社区矫正。自 2020 年《社区矫正法》实施以来，检察机关通过不定期检察、巡回检察、制发检察建议书等方式积极履行法律监督职责，有力促进社区矫正制度完善和推动社会治理能力高质量发展。同时也发现涉外籍犯[1]社区矫正的实务困境与盲区及其给检察监督带来的困惑与挑战。

一、外籍犯社区矫正现状

（一）外籍社区矫正对象有上升趋势

随着我国经济社会高速发展，综合国力日趋上升，入境来华旅游、务工、留学的外籍人士持续上升。2024 年全国移民管理机构签发外国人签证证件 259.7 万本次、同比上升 52.3%，免签入境外国人 2011.5 万人次，同比上升 112.3%。[2] 随之而来的是外籍人员违法犯罪现象也在上升， 给我国社会治安管理和刑罚执行带来新课题。有数据显示，在我国监狱服刑的外籍罪犯正在以每年 20%至 30%的数量急剧增长[3]。不仅上海、广东、浙江、福建、广西、云南等发达沿海或治边省份外籍犯持续上升，近年来内陆省份的外国人在华犯罪而被适用社区矫正案例也不时见诸新闻报道。

（二）实务面临困境多

因外籍社矫对象有文化宗教信仰差异，导致对其矫正教育难度极大，加之社区矫正作为监禁刑的替代措施最早萌牙英国，成熟并兴盛于美国。[4]我国虽于 2003

[1] 本文所称外籍犯是指人民法院生效裁判确定的非我国公民的外国籍或无国籍的社区矫正对象。

[2] 国家移民局微信公众号，国家移民管理局举行 2024 年移民管理主要数据和工作情况新闻发布会，2025 年 01 月 14 日 16：21，访问日期 2025 年 4 月 11 日。

[3] 余汶、陈于后，外籍犯社区矫正实证分析与对策研究，四川轻化工大学学报（社会科学版）第 36 卷第 5 期，2021 年 10 月。

[4] 付杰，域外社正矫正制度的比较及对我国的启示，今日南国，2010 年 11 月（总第 175 期）

年开始试点，2011 年写入刑法修正案（八），但正式实施在 2020 年，尚属新兴事物，因实践经验储备不足而引发诸多问题。主要表现在以下方面：一是执行地确定难。社区矫正执行地为社区矫正对象的居住地。实务中的外籍社矫对象都是犯罪情节轻微的缓刑犯，以来华务工、留学者居多，一般没有稳定居所，无法判断其居住地或经常居住地。导致决定机关根据《社会矫正法》第十七条规定确定社区矫正执行地难。二是无合适保证人入矫难。外籍被告人、罪犯大多无本土亲友，往往还因涉罪被供职单位或就学校辞退或除名，很难找到符合《社区矫正法》及两高两部《关于中华人民共和国社区矫正法的实施办法》（以下简称《实施办法》）所规定条件的保证人而被挡在“入口”之外，迟迟不能入矫。三是调查评估落实难。根据《社区矫正法》第十八条规定，社区矫正决定机构根据需要，可以委托社区矫正机构对拟适用社区矫正的被告人、罪犯的社会危险性和对其所居社区的影响，进行调查评估提出意见，供其参考。但实务中启动该项工作很难，一方面，负责调查的基层司法所较难找到可与外籍被告人、罪犯沟通的翻译或心理方面专业人员。另一方面，因外籍被告人、罪犯日常生活圈较窄，与周围当地人或社区居民很少联系或者没联系，导致很难找到合适知情人员全面客观公正收集相关资料。四是常规矫正方案落实难。因为语言交流障碍和文化差异，外籍犯很难融入中国社区，外籍犯一般不愿意参加集中教育、公益劳动等，有的社区矫正机构因沟通困难也嫌与其打交道麻烦，只要社矫对象能保证每天报到或打卡便“万事大吉”，导致常规矫正方案在外籍犯的社区矫正中很难凑效。比如法治道德教育对外籍社矫对象几乎无感。又如，思想汇报简直比登天还难，无论书写还是表达对外籍犯来说，都是极大障碍。再如，一些外籍犯手机无法安装我国“正行通”小程序，电子手环等电子监测设备易被人为破坏，由此带来脱管漏管监督难。五是亲情帮扶难。外籍犯大都是孤身来华。远离故土接受刑罚更渴望亲人帮扶，但客观现实导致其很难及时获得亲人帮助而易出现心理障碍，不利于对其矫正教育。

不容讳言，有些地方或单位在面对外籍犯社区矫正中困难和问题持消极被动态度草草应对，或乱作为、慢作为、不作为，导致部分外籍犯社区矫正达不到预期效果。

（三）各地探索举措多

当然，面对外籍犯的社区矫正中实务困境，大部分人民法院、司法行政机关在积极探索，并且还积累一些有益经验和作法。主要有：一是关于调查评估委托，北京地区在其社区矫正实施细明确，拟对外国籍或者国籍不明的被告人或者罪犯适用社区矫正的，社区矫正决定机关应当委托进行调查评估。湖南、福建在其制订的社区矫正法实施细则明确将检察机关也纳入委托机关其主要依据是《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》《关于规范量刑程序若干问题的意见》相关规定。二是关于社区矫正执行地居住认定，浙江省规定须满足两个条件：第一，其本人所有、承租或者他人、有关单位提供已经居住或者能够连续居住六个月以上

的固定居所；第二，有固定生活来源，或者他人、有关单位为其提供生活保障。三是关于公益劳动。一些社区矫正机构根据外籍犯的特长安排到社区从事力所能及的公益劳动，如免费辅导居民学外语。四是关于翻译等专业人员。有的地方通过招募熟悉外语志愿者来摆脱专业人才短缺窘境。

二、检察监督面临困惑及成因

外籍犯社区矫正中实务困境客观存在，根据《社区矫正法》《人民检察院诉讼规则》等法律司法解释的规定，人民检察院对社区矫正依法履行监督职责，但因立法缺陷和实践经验缺乏导致检察监督呈现“尴尬”状态，未能充分发挥应有的职能作用。

（一）程序上因上位法留白导致检察机关对外籍犯社区矫正行为“无法”监督

《刑法》《刑事诉诉法》等上位法均没有针对外籍犯的刑罚执行作专门规定，导致其下位法《监狱法》《社区矫正法》也没有就外籍犯的社区矫正工作出任何规定。《人民检察院刑事诉讼监督规则 》第六百四十条、第六百五十九条等法条虽详细规定了人民检察院对社区矫正决定机关、社区矫正机构以及有关社会组织不履行或者不正确履行职责的行为进行法律监督的具体情形，但也没有针对外籍犯社区矫正的检察监督作出特别规定。检察机关作为宪法规定的法律监督机关，基于精准监督、规范监督考量，在上位法、下位法留白的情况下，要对涉外籍犯的社区矫正进行法律监督目前处于“无法可依”状态。

（二）实体上外籍犯社区矫正中虽有“水土不服”但因“合法”而无从监督

社区矫正制度是世界各国普遍适用的非监禁刑罚方式，禁止歧视性对待。根据属地原则，社区矫正制度应当同样适用在我国境内犯罪并被判处管制、缓刑、假释和暂予监外执行的罪犯，既体现法律面前人人平等，又符合平等互惠的国际司法合作原同，也彰显我国刑罚文明化、国际化与人权保障理念。这也是日渐增多的外籍犯被决定社区矫正的原因所在，鉴于法律法规司法解释均没有针对外籍犯的社区矫正作出具体规定，实务中社区矫正机构只得自己“找法”-----直接套用《社区矫正法》《实施办法》等相关条文。而外籍犯与本国犯客观差异性的存在，导致实务中对外籍犯社区矫正陷入种种困境，出现“水土不服”现象。但其虽不合理，却是根据《社区矫正法》《实施办法》等法律法规和规范性文件作出的“合法”行为，不属于检察机关应当监督的不履职或不依法履职的范围。因此，检察机关对此无从监督。

（三）效果上对外籍犯社区矫正中不合法但“合理”行为不忍监督

一些单位在发现《社区矫正法》《实施办法》中相关规定对外籍犯社区矫正不适用而作变通处理，其中有些变通实属无奈。比如，因外籍犯难提供合适的保证人，社区矫正机构接受辩护律师担任保证人。社区矫正中保证人的职责是帮助

社区矫正机构监督管理被矫正对象，发现异常情况还有 24 小时报告义务，而辩护律师的职责是辩护与代理。根据《律师法》第 38 条规定，律师对在执业中知悉的委托人不愿泄露的情况和信息应予保密，法律另有规定的除外。即由辩护律师担任被社矫对象的保证人存在角色冲突,显然这种做法不仅违背《社区矫正法》设立保证人规定的初衷，也有悖于《刑事诉讼法》《律师法》相关规定，构成实际违法。但现实是除此办法外，社区矫正机构和社矫对象及其辩护律师确实无法提供保证人导致而不能及时入矫，而由辩护律师担任保证人事虽违法，至少能满足形式要件，让其顺利入矫。从这个意义讲又有一定的现实合理成分，检察机关在此情形下通常会考虑各方的不容易，不忍心监督。再如，因外籍犯社区矫正实务中遇到很多困难，不少地方尽量对其限制适用，特别是对符合假释或暂予监外执行的外籍犯都不愿意为其启动假释或暂予监外执行程序，目的就是为了限制社区矫正适用。检察机关对此依法应当监督，但囿于现实各种困境压力而不忍心监督。加之有前述“无法”监督的客观理由，一些检察官也乐得多一事不如少一事，心安理得不监督。

（四）线索来源上因交流障碍对外籍犯社区矫正失范发现难而不易监督

社区矫正检察监督中的个案线索来源主要有当事人申诉、控告、举报和巡回检察或大数据监督模型筛查发现等，但实践中几乎获取不得涉外籍犯社区矫正申请监督线索。一方面，因外籍犯社区矫正在当地均属凤毛麟角，差不多是个位数的存在量，在总量中占比极低极低，即便存在失范问题也属微量掩于大量而很难在巡回检察中被发现或被数据监督模型筛查出来。另一方面，外籍犯社区矫正对象因语言文化差异，导致其与外界互动普遍不足，因不知、不会控告申诉导致很难自我维权。虽然根据《社区矫正法》规定，社区矫正对象认为其合法权益受到侵害的，依法有权向人民检察院或者有关机关申诉、控告和检举。但现实是外籍社矫对象因语言障碍和不懂中国法律，对自己的合法权益缺乏认知，更不知道该如何维权或者救济。

三、外籍犯社区矫正工作完善路径建议

社区矫正以人道、有效、经济为显著特征，被世界上发达国家普遍采用，被认为是现代刑事政策轻缓化趋势标志之一。随着我国对外开放的不断深入和持续发展，在华的外国犯罪人数势可能会逐步增加，未来会有更多外籍社区矫正对象。对外籍犯社区矫正不仅事关涉外法治与国内法治，还牵连着国内治理与国际治理，必须从立法执法司法环节贯通发力，一体协同推进该项工作。同时为确保国家法律的正确统一实施，还必须加强对外籍犯社区矫正检察监督。

（一）坚持系统思维，推进外籍犯社区矫正立法

我国在外籍犯社区矫正方面的立法尚属空白，已严重滞后于现实需求，亟待立法层面作出明确规定，给开展外籍犯社区矫正工作提供明确的法律依据。前述外籍犯社区矫正实务中出现的执行地确定难、无合适保证人入矫难、调查评估落

实难、常规矫正方案落实难、亲情帮扶难等实务堵点，正是立法需要填补的空白点，建议在对实践探索的经验予以总结，对实务“五难”困境进行破题研究的基础上，对现行《社区矫正法》进行全面修订，针对外籍犯社区矫正的个性化特点作出专门规定（包括但不限于上述内容）。同时《刑事诉讼法》《人民检察院刑事诉讼监督规则》亦应随之增加有关涉外籍犯检察监督相关内容。

因外籍犯社区矫正是一项非常复杂的系统性工作，涉及方方面面，对其立法不能只盯住“社区矫正”这一节点，而要有系统思维，上下联动，协同推进。具体而言，要处理好三对关系:一是内与外的关系。虽是国内立法，但要与国际规则和多边、双边条约相衔接，避免国内立法与国际规则和多边、双边条约冲突。外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于 1995 年 6 月 20 日印发《关于处理涉外案件若干问题的规定》（外发【1995】17 号）明确处理涉外案件的原则是在对等互惠原则的基础上，严格履行我国所承担的国际条约义务。二是进与出关系。作为社区矫正对象的外籍犯大都未获非永久居留权，在社区矫正期间可能面临各种与出入境相关的异常情况，如原签证期限届满需要限制出境或延长其居留期间的；社区矫正期间违反相关规定被撤销缓刑被判实刑并附加驱逐出境的；解除社区矫正时违反外国人入境管理方面的规定而被遣返的等诸如此类情形如何转换与衔接，均应通过修正《社区矫正法》和在其他相关立法中作出具体明确的规定。三是宽与严关系。宽严相济是我国的刑事政策，对外籍犯同样适用。各地探索实践都体现对外籍犯在社区矫正中给予宽缓处遇，鲜有对违反社区矫正相关规定而给予相应处罚的。在对《社区矫正法》修订时要考虑明确规定违反相关规定的罚则内容。

（二）坚持法治思维，加大外籍犯社区矫正力度

目前我国社区矫正决定机关对外籍犯是否适用社区矫正时主要有不敢、不愿、不会三种现象，究其原因主要是对社区矫正制度的功能价值认识不足。社区矫正制度是刑罚人道主义的司法文明体现，有深厚的理论基础。一是恢复性司法理论，它的核心目标是修复犯罪对社会关系的破坏，通过外籍犯提供社区服务、赔偿被害人等方式弥补犯罪后果，重建与社区及其居民的信任关系。二是行刑社会化理论，它强调刑罚执行应依托社会力量而非依监狱的封闭环境，通过政府、社会组织、志愿者等多方协作联动，对外籍犯进行教育管理和帮扶。三是法律面前人人平等。外籍犯因违反中华人民共和国刑法的相关规定被我国司法机追究刑事责任的，根据属地原则，其与本国罪犯享有平等适用《社区矫正法》的权利。

对符合条件的外籍犯适用社区矫正制度是涉外法治工作需要。习近平总书记在主持中共中央政治局第十次集体学习时，提出法治同开放相伴而行，对外开放向前推进一步，涉外法治要跟进一步。《加强新时代涉外检察工作意见》也强调要平等保护外国籍被告人、罪犯的合法权益。对外籍犯适用社区矫正也是现实需要。我国近年来监狱超押严重问题持续存在，财政负荷压力大。而在押外籍犯在

语言障碍、饮食和医疗支出管理成本特别高，比如饮食，他们不习惯价格相对低廉的米饭，而要牛奶和面包。因此从现实层面考虑要犯罪情节轻微的外籍犯要尽量采取非羁押强制措施和适用非监禁刑，加大对外籍犯社区矫正工作力度。

（三）坚持精益思维，扎实抓好外籍犯社区矫正

对外籍犯的社区矫正需跨文化交流，本身难度极大，且属涉外法治工作，不可小觑。外事无小事，稍有不慎，可能引发大麻烦，必须慎之又慎，以精益思维抓好各好具体工作。比如，针对本国犯的常规社区矫正方案不适用外籍犯，需根据个体差异采取不同社区矫正方案，按身份可区分来华专家、合法务工人员、留学人员、“三非”人员等；按主观犯意，可区分故意犯与过失犯；按母语种类可分英语类、法语类、德语类、阿拉伯语类与小语种类等，社区矫正机构要综合各种因素制订科学合理的的个案化方案，进行分类监管。又如，为帮助外籍犯更好融入社会，可以组织多方力量参与帮扶。通过政府购买服务形式引进专业翻译团队解决小语种翻译人员难找和单次翻译费用过高问题等。再如，要加强部门联动，发挥好社会综合治理委员会办公室的职能。社区矫正决定机构和社区矫正机构要与公安局出入境管理局联动，打通外国人登记、流动管理和社区服务管理信息壁垒，形成社区矫正监管合力，加强对外籍犯的社区矫正日常监管。

（四）坚持一体化思维，强化对外籍犯社区矫正的检察监督

为了确保《社区矫正法》正确统一实施，必须加强对外籍犯社区矫正检察监督。同时对外籍犯社区矫正检察监督属于涉外检察业务范畴，各级检察机关要站在更好统筹国内国际两个大局、发展和安全两件大事的高度，一体化推进外籍犯社区矫正法律监督工作。单个基层院外籍犯社区矫正检察监督案件可能是极少数，但一市一省的案件量可能不是少数，基于检察机关上下级之间的领导与被领导关系，由上级检察院牵头抓总，一体化推进外籍犯社区矫正法律监督工作更符合实际需要。同时鉴于检察机关采取的监督手段通常只有口头建议、纠正违法检察建议书、纠正违法通知书等，缺乏强制力和救济措施作为后盾导致刚性不足。因此对外籍犯社区矫正检察监督必须创新工作思路，改变工作方式。一要开展合作式监督。目前由于法律规定空白，各地社区矫正决定机关和社区矫正机构因应客观需要探索开展的外籍犯社区矫正势必会遇到这样那样的问题。在此种情形下检察机关依法监督，不应是简单的找问题式监督，不应是执拗于“你错我对”的低层次监督，而应该是找出问题后同题共答，以解决问题为导向的合作式监督。比如，有的检察院发现外籍社矫对象在侦查阶段被收缴护照，导致出入特定场所未提供护照而多次“违规”，便与司法行政管理部门和公安局、市场管理局共同会商，以出具有关护照情况的说明的方式解决外籍社矫对象“屡错屡犯”问题。二要开展融入式监督。对外籍犯的社会矫正检察监督重点要把好入矫关口和执行关口的监督。强化对入矫关口监督，是要求将监督端口前移至对法院判决裁定审查环节，进行融入式监督。强化对执行关口监督则是要推动建立社区矫正小组，

并加强与小组成员的联系，及时掌握相关信息，及时解决问题或推动问题整改。三要开展数字式监督。智慧检务是新时代检察工作高质量发展的引擎，对外籍犯社区矫正法律监督必须实现数字化转型。为此，要加强一平台、一指引、一模型、一队伍的“四个一”工程建设。“一平台”是指省级以上检察院要高位推动政法跨部门平台建设，打通部门数据壁垒，实现涉外籍犯社区矫正信息数据共享。“一指引”是指省级检察院要整合辖区内业务骨干力量编制外籍犯社区矫正法律监督指引并实现数字化嵌入全国检察业务系统，以规范该类案件办理流程和提升办案质量。“一模型”是指建立外籍犯社区矫正法律监督模型，利用数据赋能实现精准监督。“一队伍”是指市级以上检察院要统筹资源打造一支涉外检察人才队伍，为面向未来的涉外社区矫正检察监督储备智力资源。

（作者冯丽君，单位：湖南省人民检察院，联系电话 15773162850）

2025年中国国际法学会年会

马克思主义视角下国内法治与涉外法治的统筹推进

刘正全 1,2

（1.湖南师范大学，湖南 长沙 410081；2.达州行政学院，四川 达州 635000）

[摘要]国内法治与涉外法治都是我国法治建设体系的组成部分，是习近平法治思想“十一个坚持”的核心要义之一，属于马克思主义法治中国化的最新理论成果。涉外法治是国内法治与国际法治的嫁接桥梁，亦是我国践行全球治理观、深度参与全球治理体系改革的法治途径。为国内人民安居乐业提供法治依托，为国际社会维持和谐有序贡献基本规则，为国际经济分工合作共赢铺垫进阶之路，引领创建多样化的人类文明新形态，正是当下统筹推进国内法治与涉外法治的时代使命。

[关键词]马克思主义 国内法治 涉外法治 国际法治 习近平法治思想

[作者简介]刘正全，湖南师范大学法学院博士研究生。

引言：统筹国内法治与涉外法治理念提出的重大意涵

近百年来，无论在领导民主主义革命还是社会主义建设的各个历史阶段，中国共产党都在致力于为中华民族谋幸福的同时，一直坚持民主与法治建设，把马克思主义法治理念与中国的具体法治实践相结合，创立了适合中国国情、具有中国特色的革命、建设思想与法治理论。

十八大以来，我党更是在立足于民主革命战争、社会主义革命与建设以及以经济建设为中心而全面施行的改革开放进程中所积累的生产、发展与法治建设等宝贵经验的基础上，开创了社会主义法治建设新征程。在面临国际与国内两个大局的复杂形势下，习近平总书记创建出了既高瞻远瞩又契合社会底层民众生活实际、既符合中国“人口多、底子薄弱”的现实发展困境而又心思缜密、胸怀天下，独创性的提出了以“十一个坚持”为其核心要义的习近平法治思想。

习近平总书记不断结合中国当下具体形势的发展实际，与时俱进又开拓创新，以“我将无我，不负人民”的高尚情怀全心全意致力于为人民谋福祉的过程当中。为保障改革开放以及全面推进社会主义现代化建设以来所取得的一系列来之不易的丰硕成果，并让这些基于政策红利而产生的成果能够普及于为全体社会国民所共享，避免仅仅由少数部分人士垄断或专属，通过改革创新法治理念与法律适用方式，以巩固改革开放的成果，就显得极为重要。

在此新时代形势下，习近平总书记丰富、发展了中国特色的社会主义法治理论，形成了符合中国国情发展实际、可操作性强、极具系统性与实践性的社会主义法治思想，为开创马克思主义法治理论建设新局面做出原创性贡献，[1]完成了马克思主义普遍原理同中国具体法治实践的深度结合，使中国化的马克思主义法

治理念更加契合中国社会的法治实践进程，能够更加有利于表达中国人民在法治建设中形成的正义理念和价值诉求。历史发展的脉络，见证了习近平同志作为马克思主义法治理论中国化卓越贡献者，研究和开创习近平新时代法治思想的整个过程。习近平法治思想是我党十八大以来在马克思主义理论建设中国化方面的最新理论成果，[2]成为党领导人民全面推进法治中国建设的先导。国内外理论界与实务部门的工作者都有目共睹，共同学习、研究，并在实践中推进和贯彻。

在全面建设中国特色社会主义法治体系的实践进程中，习近平法治思想凝结了我党依法治国乃至世界国际法治原理的集体智慧，符合当前阶段国内法治与国际法治建设的基本需求，巩固并发展了中国自民主革命以来党在民主与法制建设方面所取得的一系列法治成果。在全面建设社会主义法治国家成为基本治国理念的背景要求下，一系列法治工作在有条不紊的开展，民营经济合规化、市场经济法治化、进一步优化营商环境，高质量促进新质生产力发展，这些都离不开中国当前实际情况下的先进理念引领与法律制度保障，以及在统筹国际与国内两个大局形势下对于国内法治与涉外法治的协同推进。

习近平法治思想中关于统筹国内法治与涉外法治理念的提出，具有重大而深刻的法治意涵，符合中国国情与国际社会发展现状，为中国这艘东方世纪巨轮如何全面推进中国特色社会主义法治建设、保障国内长治久安和维护世界和平与发展的时代主题，不但锚定了前进的航向，而且确定了一系实际可行的不但可用于指导解决中国国内法治难题、还可用于引领国际社会走出所面临的国际法治困境的具体实施方案。不难看出，统筹国内法治与涉外法治的契合点国际社会本位的价值理念，而不再是以传统狭隘的一国国家主义本位的价值理念为出发点与着眼点。全面建设社会主义法治、推进提升国际社会法治及全球治理水平，放眼未来，胸怀天下，为中华民族乃至全人类的共同利益谋取福祉，乃是习近平法治思想创立的出发点与归宿点，亦是马克思主义法治中国化后将国内人民幸福与国际社会共同发展相契合的高度升华。

统筹推进国内法治与涉外法治，是习近平法治思想核心要义“十一个坚持”中蕴涵的重要内容和目标设定，为全面推进中国特色社会主义法治建设进程中如何处理国内法治与涉外法治的关系，提供了目标方位和根本遵循，是马克思主义中国化在我国涉外法治建设领域的最新理论成果，对于推动我国深度参入全球治理体系变革和加快人类命运共同体建设，推动我国国内法治与国际法治相衔接，具有重大的时代价值与国际意义。

一、国内法治：马克思主义法治理论中国化的实践进程

实践性是马克思主义理论区别于其他理论的显著特征。在现代法治理念下，国内法治是指一个国家基于其主权而在其管辖范围之内实施的的一系列依法治理的活动。国内法治建设，就是以宪法为统领，坚持全面依法治国，推进国内各项法治工程建设实践过程，是完成马克思主义法治从理论走向实践、实现社会主

义法治中国梦的根本路径。

（一）马克思主义法治引领法治中国建设

马克思主义理论是我党自开展民主革命时期就一直秉持的重要指导理论。而通过把马克思主义法治理论同中国当时恶劣的革命环境相结合，加强组织纪律建设，为我党最终在全国的革命胜利和社会主义革命与建设法治实践活动的展开，积聚了雄厚的理论基础与物质基财富。在近 100 年的革命与建设进程中，有关马克思主义的法治理论就一直没有中断过。

在新时代法治中国建设实践中，用从马克思主义理论中总结出的科学方法，指导解决中国法治实践中出现的新问题、新困惑与新阻碍，正是在全面推进法治中国建设进程中所面临和必须要妥善解决的现实挑战。

建设中国特色社会主义法治体系，是习近平总书记结合自建党建国以来，从民主主义革命、社会主义经济建设与法治国家建设再到全面依法治国实践进程中出现的一系列历史问题挑战进行科学研究与总结后，代表党中央在法治领域提出的具有高度概括性与浓缩性的智力成果。故而，从中国特色社会主义法律体系建成，为法治中国构筑了制度之基，到全面建设中国特色社会主义法治体系，成为全面依法治国追求的价值目标；再从《法治政府建设实施纲要（2021-2025 年）》到《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》法治建设目标的提出，为全面推进社会主义法治建设构建了满怀信心建设法治中国的擘画蓝图。

（二）马克思主义法治保障改革开放成果

人民性是马克思主义的本质属性。推进全面依法治国的根本目的是依法保障人民权益。[ ]在马克思主义视角下，法治的根基来自于人民的积极夯筑，社会主义法治建设以人民立场做为根本立场，故而社会主义法治建设的出发点和归宿点，全都是以实现和保障最广大人民利益为其价值层面的总追求。党的十一届三中全会开创了以经济建设为中心、以完善法制体系为保障的社会主义建设全新局面。在“解放思想、实是求是”的马克思主义指引下，形成了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法制理念，一系列规范性法律文件形成，用以指引社会主义法治实践，保障改革开放的成果，明确了社会主义市场经济是法治经济的根本属性，提出了“依法治国”理念，“国家尊重和保障人权”写入宪法。这些，都是马克思主义人民性的根本体现，亦通过法治巩固和保障了自改革开放以来我党领导人民取得的丰硕成果。

十八大以来，为适应国际、国内经济形势发展新局面以及全国各族人民对于法治中国建设的迫切需求，党中央对全面依法治国做出了的重大战略部署，依宪治国，依法执政，国内法治建设迈上了新的台阶，社会主义的国家治理进入了新的历史发展阶段。全面依法治国，是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障；[ ]推进法治中国建设，离不开国内法治建设的全面开展，具体就是推

进实施“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”实践过程，要保障全面依法治国的“全面性”，严格禁止选择性执法和“小圈子文化”，为中国式现代化建设夯实坚强有力的法治屏障。

在马克思主义视角下，国内法治和涉外法治的逻辑关系辩证统一的，二者统筹推进是马克思主义法治中国化的具体体现，符合中国当前应对国内与国际形势发展的需求。对内推进社会主义法治建设进程，为最广大人民谋福祉；对外提升国际法治建设水平，为彰显国际社会公平正义贡献力量。这些都是全面依法治国战略布局下，统筹国内法治和涉外法治的题中应有之义，是保障改革开放成果所必须坚持的原则和必须实施的行为。

（三）马克思主义法治推进社会全面进步

习近平法治思想立足新时代法治中国建设的现实基础和司法困境，深入洞察近现代以来传统中国法治发展的一般规律，鲜明提出了“良法”才能推进实现“善治”的根本法制理念，以及以“公平正义”做为法治价值观才能做到实现最广大人民的最根本利益。这是传统社会几千年来尚未解决并为民众满意的难题。究其原因，就是因为“公平正义”的价值尺度太难以实现，而且公平正义源于道德评判，缺乏法律规定上的客观标准，执法与司法都无给出统一确定的标准。而社会现实上，衡量是否公平正义的标准往取决于舆论呼声的强弱。

从法的逻辑证成上看，“良法”与“善治”的关系，不但辩证统一，而且一脉相承。“良法”是“善治”的理论前提和绝对性基础，“善治”是“良法”的实践结果和相对性归宿。这是因为，从“良法”到“善治”之间需要一个“严格执法”“公正司法”的全面推进法治实践的过程。这一点，习近平总书记高瞻远瞩，早已洞悉。于是，他提出了“加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的司法理念，[ ]让维护社会公平正义最后一道屏障的司法制度来完成从“良法”到“善治”的法治实践进程，让每一个司法案件都能经受得住时间的检验，提高司法人员审判质量，审判文书上网接受社会公众监督，司法审判人员的渎职犯罪行为，不受追诉时效限制，终生追责。总书记深刻认识到，一次犯罪案件，只是污染了河流，而一次不公正的审判，却是污染了水源，受损的最终还是广大人民对于国内法治建设的公信力，侵害的是党的执政根基，而法治理念的受损必然引发与全面依法治国理念相悖，这是党和人民绝不允许发生的底线。这从近几年来发生的一系列特别是司法领域发生的的贪污腐败的事件的处理，彰显了党和人民绝不姑息破社会主义法治建设的决心。不但对于国内法治如此，对于涉外法治员样如此。因为涉外法治的统筹推进，必然影响到国际社会对于我国法治建设成就的评价，进而涉及到国内营商环境对于境外资本吸引力的大小以及对于国内经济增长率的影响。

只要看看前几年沧州审计人员接受宴请猝死在酒桌上的违规案例，引发了民间甚至政府各部门“谁来审计审计者”的莫大质疑与讽刺。但是近几年来出现的办

案人员被依法处理，中央巡视组长张化为落马，一审被判 12 年的法律后果，让那些贪官再也笑不出声来。

对于系列贪腐性事件，固然中央依法依规追责手段绝不手软，但是近几月来甚至每天特别是周末都会出现“打虎拍绳”事件，这除了与中反腐败的力度在不断增强之外，还与长期以来特别是改革开放尤其是十八大以来，我国法治建设的紧密程度与反击腐败的力度往往不够强大，存在着莫大的关系。不少人士尤其是传统社会“皇权不下县”的文化氛围，让基层官员认为只要伺候好了就钦差大臣大差就万事大吉的想法，在习近平法治思想的贯彻落实下，都进入了绝境，近来不少从事中小学教育的领导主动投案就说明了在反腐败高压下，彻底突破了一些心存侥幸违法者的心理防线。前几日一名老干部举报县委书记存在违法事件，惊动了最高人民检察院，就在人们以来事情可能已经销声匿迹之后，处理结果却终于公示出来。

这说明，在不断完善中国特色社会主义法治体系建设进程中，纸面上的法要落到实处，依然需要过程甚至会由于种种原因而存在难度。“科学立法、普遍违法、选择性执法”的民间呼声，亦给党的法治工作带来了惊醒，古人们“纸上得来张觉浅，绝知此事要躬行”的谚语，同样亦说明了几千年形成的习惯亦难以在短时间内瞬间完成——相对而言，从二O一二年十一月份十八大召开到目前的二O二四年，亦只不过才近十年的法治奋斗。

无论如何，努力达到法治应然与实然相统一，中央和民间都有着以国内法治推进社会全面进步的决心。这已经成为中央全面推进依法治国、实现最广大人民利益的出发点和归宿。关于实现公平正义所需要的良法规则起点和善治归宿落脚点，做为马克思主义法治基本观点和根本遵循的要求，正在习近平总书记为代表的党中央领导下，一步一步地向着最广大人民做着兑现。如果说，党领导下的民心向背是社会主义国家最大的政治；那么，党要求的公平正义的实现，则是社会主义社会最大的法治。

习近平法治思想不但在逻辑上具有极强的理论性，而且体系上同样具有切实可行的实践性。仔细拜读习近平法治论著就会发现，语言经典且通俗易懂，字字珠玑又意涵深刻。习近平总书记的历次讲话，都对群众关切语重心长，对施政官员雷厉风行，一直强调高标准严要求是我党的优良作风，强调“党纪严于国法”——从这个角度上讲，社会主义法治体系，其实是包涵了党内法规对于九千多万党员的约束力的——这也是马克思主义法治中国化的一人突出特点，是习近平法治思想的又一开创点和独创性。这也是一直特别是十八大以来，党执政兴国不断为人民谋取到更多福祉的重要原因。包括城乡在内的全体国民都已纳入社会保障体系，且逐年依据政府财力和社保基金能力进行提升，让为生活劳碌了几千年的农民不但免除了农业税，而且还可以享受到种地补贴，从脱贫攻坚到新农村建设，加大基层执法力度，直通“最后一公里”。所有这些，不但在马克思主义原著中没

有现成的理论，而且在我党长期探寻从民主法治社会主义法治的百性征程中，亦是逐步通过将马克思主义普遍原理与中国具体革命、建设实践相结合创造出的理论成果；而且，只要有利于最广大人民的根本利益和共同利益，马克思主义中国化还将持续进行完善。加在查处医疗领域的反腐败力度，将有限的医疗资源用于救死扶伤，看护好群众的救命钱，正成为当下严格的医政要求。除了原先住院医疗可以享受报销政策之外，各地不少地区的医疗机构亦施行了门诊治疗共济政策，让患者有所医。

在习近平法治思想指引下，良法善治的种子在社会各地的土壤不断进行生根、发芽、开花，公平正义的法治胚胎在社会的各个角落日渐得以孕育、长成，并推动着实践中分配正义的实现。从中、小学校到村落、社区，再到企事业单位以及各级执法部门，不但社会商务人士和政府官员依法办事的思维模式日益提高，即便受教育水平不高的普通民众的法治意识与法律思维能力都得到了普遍增强，都意识到了法治社会依法办事的重要性。从媒体，到影视，再到网络上的民众舆论，无不在起着发挥宣传法治正义的作用，代表着公平正义的法治探讨正成为街头巷尾热议的主流话语。这不但不断为社会各界带来了广为有效的“普法课程”，而且对于公权力各部门尤其是基层执法人员形成了有力、有序的权力监督氛围，推动了当前时代社会的全面进步。

二、国际法治：维系国际局面相对长期稳定的基石

二战后逐渐建立和发展起来的以联合国架构为核心的现代国际法治规范体系，从总体上讲，为保持国际局面长期相对稳定发挥了不可替代的重要作用。这国各界各国所肯定的颂扬的方面，彰显着现代国际社会丛林法则舍弃以及现代法治理念的进步，这对于战后各国局势的和平与共处，国际经贸关系的合作与发展、各国人权的尊重和保障，国际秩序的安全与和谐，都起到了不可或缺的重大作用。这对于当今世界正经历着百年未有之大变局，地区矛盾冲突往往因面临前所未有的挑战，而不断冲击现行国际法治秩序的现状来说，国际法治所发挥的作用真的不但难能可贵，而且确实也彰显出了各国对于国际法治规范的尊重。虽然，国际安全特别是一些地区冲突在进入白热化时，如果通过世界各国的共同努力，通过各国共同认可的遵守国际法治规范来保障地区安全，恐怕间一个非常难以把控的国际安全危机。像近来的朝核危机、半岛无核化谈判、哈以战争、俄乌冲突、北约发力以及台湾问题、中国的南海领海争端问题，都严重影响国际社会以及地区安全，甚至随时可能擦枪走火而引发大规模战争，在当前诸多不可调和的民族或地区矛盾中，亦根本无法形成准确地预先判断。

（一）国际安全需要国际社会共同遵守国际法规范来保障

虽然现代国际法律规范与国际社会治理方式存在着很多不科学、不完善的地方，这导致着一些地方热点问题一直存在，基于领土乃至国际治理产生的地区矛盾纠纷甚至时而爆发局部冲突，但无论从国际法规则制度本身还是国际法治的运

行来看，国际法治对于维护现代国际社会的相对安全发挥着举足轻重的作用。对于国际社会存在的许多由来已久的深层次矛盾问题，以来一些不公正、不合理的国际规则与国际作法，只能慢慢完善和改进，通过基于国际法规范基础上的多边谈判，就符合国际社会公平正义的国际法治运行达成共识，促进世界各国共同遵守国际法治规范，来实现国际社会乃至全人类共同面临的安全目标。

（二）国际秩序需要以联合国为核心的国际法体系来维持

国际法是发生两次世界大战后秩序重建的历史产物。近代工业革命以来，生产力得到了史无前例的巨大提升。按照马克思主义的研究，资本主义工厂机器大生产取代传统手工生产的直接经济后果，就是工厂的生产速度远远超过市场产品的消费速度。以到处堆满产品为特征产能过剩，导致资本主义国家帝国主义阶段之后，先后两次发动了重新分配世界资源和市场份额却给人类带来巨大灾难的世界大战。特别是第二次世界大战中原子弹的投放，虽然成为成功终结了日本军帝国主义的殖民扩张，但也给人类的生存与安全问题带来了严重的核威慑和恐惧感。为了避免人类再次遭受世界大战的极大破坏力，甚至核武器的使用可能带来全人类的整体覆灭，第二次世界大战后成立了以联合国为核心的国际体系，构建了以联合国宪章为宗旨和基本原则国际秩序，国际法成为维持国际社会和平稳定用以维护国与国之间秩序的法定国际规范，国际条约法、国际法基本规则以及具有强制拘束力的国际习惯法，亦就成为第二次世界大战以来最具有普遍拘束力和强制实施力的国际法规范。

由于联合国这一国际组织代表的是国际社会大多数成员国的利益，协调国际秩序应当以大多数成员国甚至全人类的共同利益为其调解问题的出发点和归宿点，故而，以国际法为基础进行国际社会国家之间的利益维护，应当倾听多边主义的声音，以适用多边主义原则来化解联合国成员之间的矛盾冲突。真正多边主义是人类文明多样化在不同社会环境下自然发展的成果，以真正多边主义指引国际法治，捍卫国际法的权威性和统一性，才是真正多边主义的题中应有之义，才符合维护以联合国为核心的开放性多边体系的精神要义。

（三）国际治理需要国际社会在多边主义框架内推进实施

随着冷战思维和新殖民主义的最终瓦解，“二超多极”“一超多极”的格局逐渐被打破，多边主义兴起，维护是以联合国为核心的国际体系和国际秩序，以联合国宪章宗旨和原则指引国际事务的处理，以国际法规范做为化解国与国之间矛盾纠纷的法律依据，正成为多边主义架构下，国际社会反霸权主义、单边主义，以维护公平正义国际关系的新的价值准则。

当前全球治理面临着诸多问题，全球治理体系改革和建设需要世界各国共同参与。面对世界之变、时代之变、历史之变，作为负责任的大国，中国践行共商、共建、共享的全球治理理念和价值观，构建人类命运共同体，维护全人类共同利益，是我国外交工作的主线，这既体现了中国负责任的大国担当，亦符合人类社

会发展的一般规律，中国参与全球治理体系深度改革的系统思路，具有实践鲜明的价值取向和针对性规划。“发展、安全、文明”三大全球倡议的落地走实，为应对人类共同挑战开拓新思路，为推动客观公正和平等有序的多边主义经济全球化建设提供可行的步骤措施，为构建人类命运共同体奠定坚实基础，奉献积极能量。[6]

三、涉外法治：完善国内法治对接推进国际法治的战略纽带

做为世界重要一极的国际政治力量和负责任的大国，中国在国际社会的话语权早已举足轻重。为了实现和推进国际法治体系更加合理和完备，通过完善涉外法治体系以推进国际法治建设，就应当成为我国推进国际法治高质量发展的必要的路径选择。

（一）涉外法治是社会主义法治体系的有机组成部分

从本质上说，涉外法治是国内法治体系建设的有机组成部分。推进涉外法治工作、加快涉外法治体系和能力建设的根本目的，就是要学会用国际法治思维来更好地维护国家利益，营造人民福祉，使国内法律制度在不违反国家重大利益、不同社会公共秩序和善良风俗相抵触的前提下，与国际社会的基本法治原则与普遍行事要求保持衔接。同时，基于我国负责任大国的国际地位，还要在构建国际政治、经济、民商新秩序方面，肩负起推动国际法治进步和文化多样性认同的历史使命，结合国际形势的特点和要求，从国际社会本位的价值理念出发，以维护全人类共同利益的高度责任感来推动人类命运共同体的构建。[7]

然而，长期以来基于国内“主权优位”和“属地管辖”法制建设认识的局限性，一些执法部门和司法机关一直以国内法律关系的适用模式代替涉外法治法律适用规则的现象，亦屡见不鲜。这并不利于我国融入世界经济与贸易发展的进程中，不利于我国参与国际分工一协作，更不利于我国人民参与人类社会共同创造的优秀文明成果的共享。

习近平法治思想高屋建瓴，从理论与实践高度的指出，涉外法治建设是社会主义法治体系的有机部分，是国内法治建设必然的对外延伸和自然扩展，[8]是一国基于本国主权对于涉外事务活动进行法治处理的方式。涉外法治是国内法治体系不可或缺的重要组成部分。在全面依法治国进程中，国内法治体系自然会包括涉外法治建设。涉外法治既以国内法为基础，又与国际法密切相关，通过高水平运用国际法，统筹国内法治和涉外法治，加强涉外法治。当今世界正处于百年未有之大变局，中国处于自身政治地位和国家整体利益的维护，正以更加积极主动地态度参加到国际合作与分工中去。

这样以来，涉及到的国际法治问题当然就会变得复杂而繁琐，这就需要从被动适用他国的国际规则而调整为创设自己的与国际规范接轨的可以体现中国主权的涉外法律规范。既然涉外法律规范同样需要受到我国主权的制约，那么我国立法机关同样有权对于我国参与的国际条约条款进行合宪性审查，对于其中含有

的可能排除我国国家重大利益与社会公共秩序的条款要依法提出保留，这也是国际社会通行的作法。中国法要域外适用，同样也不能干预东道国的国家重大利益与社会公共良俗。所以，涉外法律适用的程序，其实是一个繁琐且往往存在着很多争议的话题。

当下，国际条约正在日益受到有关国家立法机关的合宪性审查，以用来控制国际条约以及第三国法律规范域外适用的效力，进而将第三国法律规范的涉外适用用作同外来国家处理关系的手段，这虽然很具有国际法治规范的特点属性，但其实却是关系人类公平正义的分配制度的倒退，因这，这种过于制约缔约权的行为，肯定最终的结果是各国组织分崩离析，只顾自身利益，而忽视国际社会本位以及全人类的共同利益，李双元等国际私法学术前辈所倡导的国际私法趋同化，亦会因为各国将法律问题政治化而限于停顿。《对外关系法》出台后，规定国际条约条款不得同现行宪法相抵触，亦为我国所加入国际条约的合宪性审查设定了法律依据。即，在我国缔结的国际条约生效前，首先要进行合宪性审查。这也是国际社会各国在加入国际条约前的普遍作法。

（二）涉外法治是国内法治与国际法治嫁接的桥梁

通过涉外法治建设，使之与国际法治规范或者东道国的法律规定接轨，可以赋予中国法域外适用的权力。这样一来，对发生于东道国本土的经济纠纷就可以施行实体救济，推进国际市场公平正义裁判方式的实现。这对于世界经济的公平竞争和健康有序发展，肯定有着积极维护市场正向发展的价值。[9]

涉外法治是融入国际法治与国际治理的有效方式，是完成国内法治与国际法治嫁接的桥梁。随着对内改革、对外开放政策的不断深化，中国日渐走向世界舞台中央，在参与和处理国际事务的过程中，即便对于一些受到美西方政治力量严重干预的国际事件，鉴于中国的重要国际社会地位，以及提出的一些合乎人类共同利益和国际公平正义的理念，愈来愈受到世界各国的赞同和响应，中国在一些影响国际格局的世界事务的处理上，愈来愈发挥着重要的作用。世界“一超多极”特别是“一超”高度突出的政治格局早已风光不再，并会逐渐被彻底打破；而人类命运共同体、人类文明新形态以及符合人类共同利益的发展理念，已经被世界各国所认同和接受。在这个过程中，必须善于运用法治特别是国际法治思维与模式，来解决各类纷繁复杂的国际现实问题。

（三）涉外法治是我国践行全球治理观的法治途径

涉外法治是践行共商共建共享全球治理观的在法治建设方面的选择，是推进全球治理体系深度变革以实现真正多边主义的法理依据，是反对零和博弈甚至负和博弈在战略上的必然选择。

习近平同志指出，加强全球治理、推进全球治理体制变革，已是当前时代的大势所趋。[10]然而，加强全球治理、推进全球治理体制变革，既不会在无序的状态下悄然发生，亦不能依然按照旧有的国际秩序进行，而应当基于在真正维护

国际公平与正义基础上以多边主义为原则的国际法治规则下完成，亦即，全球治理体系的深度变革，应以国际法治为依托，我国参与深度参与全球治理体系变革的一系列活动，亦需要同样如此。通过改革和完善全球治理体系，才是推动构建人类命运共同体的科学路径。[11]

由于国际法治主要是以国际强行法、国际习惯和国际法基本原则做为国际活动的依据和运行轨道，故而与国际强行法、国际习惯和国际法基本原则不一致的国际活动将无法得到国际社会的公认，进而无法成为我国涉外法治建设的有效成果。我国参与推进提升国际社会的法治建设、融入全球治理体系深度变革，使国际法治在真正“多边主义”法理范式下以更加公平正义的姿态满足各国人民对于国际法治的多方面需求，为世界各国在和平共处局面下快速发展本国经济奠定了现实可行的目标方位。这也是我国大力推动涉外法治工作部署的价值所在，而对于世界范围内大多数只要以把推进涉外工作作为法治建设任务的国家，其所追求的目标价值亦应如此。

法律的涉外适用是一种基于国际影响力的跨法域法律适用制度。一般情况下，国家影响跨国事务处理的实力越强，则愈有干预跨国事务处理的能力，进而使得域外事务的处理结果更加符合本国法律的价值观，这早已成为各国普遍认可的一个基本事实。故而，在处理域外法律事务时，各国都在竞相发挥自身的国际法律话语权，提升自身在国际社会发挥利用法律处理实体事务的能力，已经成为一个不可否认的事实。如果说境外实体愿意服从基于国际秩序上的程序安排，那要么是服从代表本国主权的程序安排，要么就是服从在国际社会具有较大影响力的程序安排，后者其实相当于在国际社会上行使了某种意义上的等价交换，只是一般情况下不易觉察而已。

四、目标向度：国内人民安居乐业，国际社会合作共赢

今天的中国之所以被国际社会普遍认为是世界上最安全的国家之一,社会治安状况处于历史最佳水平，离不开国内法治建设所发挥的巨大作用。

（一）国内法治为国内人民安居乐业提供保障依托

在现代法治体系下，国内法治一般都形成了以宪法为统领、以各部门法为主干的现代法律实施体系，用来处理发生于本国国内法律主体之间的法律事务，以及发生于国内法律主体同国外法律之间的涉外法律事务，甚至还可以依据“属地管辖权”处理发生于非本国法律主体但是发生于本国法域以内的法律问题。

在如此的时代形势下，变革原先过时的全球治理模式与结构已然成为各国的共同呼声，成为当下各国所面临的构建新型国际关系和推进全球治理体制变革的共同时代使命，这将需要责无旁贷地通过推进国际法治建设来完成，使之更加符合和体现国际社会对和平安全、繁荣发展、公平正义的追求。

（二）涉外法治为国际社会合作共赢铺垫进阶之路

其实，从逻辑学上来讲，所有国家的涉外法治的全部，则构成了国际法治体

系的整体。因为，对任何一下国家来说，几乎不可能会去签订一个对本国没有任何利益亦不存在任何制约的国际条约；而对于长期以来各国所达成的国际法一般法律准则或者国际习惯法来说，更是对于各国的利益息息相关，才会得到个别各国的独具认可或者大多数国家的普遍共识，成为国际社会共同行为的普遍行为准则，但不可否认的是，这些国际条约法或者国际法基本准则的形成，全都离不开各国涉外法律体系纳入、构建至少离不开各国对于影响其本国利益的涉外法律意识的接受或者认可。可以说，正是所在国家高度重视了涉外法治工作，才形成为当今可以用来规范和制约现代社会国家行为的国际法律规范，而不再是以古代丛林法则为利益获取方式进行掠夺的战争行为。

从上述角度来看，我国的涉外法治建设，同样是社会主义法治体系建设的有机组成部分。加快我国涉外法治体系和能力建设的根本目的，既是用法治方式来最大限度地维护国家和人民现实利益——这与国内非涉外法治领域的建设，本就存在着异曲同工之妙；同样，亦是为了通过构发国际社会法律规范来更好的维护国内大众的共同利益，避免再次出现以战争、抢夺等丛林法则来实现国际利益二次分配的野蛮行来。

当然，基于上述可以看出，涉外法治与国内法治二者为所不同的是，涉外法治建设是通过间接方式保护国内人民的幸福安定；而非涉外法治主要是以直接通过国内以国家为强制力的执法活动等方式来遏制非法活动的产生和发展；实在不行，还有公安、检察、法院等暴力机关以暴制暴，来彻底维护最广大人民的根本利益。国内司法实践是通过直接适用国内实体法律规范来定纷止争，用以解决国内人民的内部矛盾和冲突问题；而对于跨国法律纠纷的调整，则需要依据我国涉外法律规范的相关规定，直接适用我国法上的强制性规定条款来对相关行为进行规范；或者依据我国参加的（不存在公共秩序保留情形）国际条约的相关规定直接适用相关条款；或者依据国际私法上冲突规范选择准据法的准则，来确定应当援引适用的国际法规范。

（三）统筹推进为人类文明新形态创建法治引领

立足于唯物史观的人类文明新形态理论，彰显了对人类历史发展前途审视的前瞻性、科学性，超越了以往以西方文明为中心向世界强行灌输普世价值观的思维模式。人类文明新形态理论倡导全人类共同价值，从地域性联合转向创造和构建人类命运共同体理念，为全人类开创了一条不同于西方文明形态的新型发展道路，具有重大的世界意义。[12]

既然法律的域外适用可以对竞争对手产生法律上的威慑作用，那么关于涉外法治的建设工作就应当高质量高成效地提上日程。然后，无论以“国际礼让”方式还是通过“主权优位”原则，都可以用来发挥向第三国释放善意——比如援引适用其强制性法律规范以示尊重其国家主权，以塑造更有利于本国国际话语权地位的外交格局；或者以“主权优位”或属地原则来排斥第三国家在本国法域的法律适

用。这些都将构成一国法律规范在法域外的适用或不被适用。除了需要构建国与国之前的“国际礼让”原则之外，加快建设符合国际法基本规则的、能够为国际社会绝大多数国家接受并达成共识的高质量的涉外法治体系，接受人类社会现实存在的多种样式的文明形态，应当作为我国全面建设社会主义法治体系进程中的重要任务来抓。

国内法治与涉外法治的统筹推进，是推进构建人类命运共同体和以中国方案引领创建人类文明新形态的法治化路径。涉外法治既是我国国内法治的重点内容，亦是我国推进构建国际法治体系的特别组成部分，需要把国内法治的社会主义价值同遵循国际法治规则相结合，体现国际法治的基本价值与核心精神，为创建人类文明新形态提供法治基础。从而可以看出，我国推进涉外法治工作，构建先进科学的涉外法律规范的根本目的，最终同样也是为了促进国际间交往活动规范有序、合作共赢，推动真正多边主义规则下国际法治运作的共同进步，推动构建人类命运共同体，来共同担当人类所面临的忧患与安乐；创建人类文明新形态，来共同分享人类所共同创造的多样化文明成果。

当代中国已深度融入全球治理与国际法治体系，从最开始的学习者、受益者，已经逐步发展成为全球治理和国际法治的建设者与推进者。作为负责任并承担着国际道义的东方大国，我们坚决维护以联合国为核心的国际体系、以国际法为基础的国际秩序、以联合国宪章宗旨和原则为基础的国际关系基本准则，并在理念、原则、规范与制度方面对现代国际法治奉献中国智慧和中国方案。面对百年未有之大变局，中国不但要立足于国内与国际的复杂政治经济形势，胸怀天下、与时俱进地推进国际法治建设，还要加强国际法律规范研究，站在真正多边主义角度，运用国际法治思维有效应对挑战和防范风险，坚持统筹推进国内法治和涉外法治，完成国内法治与国际法治有效衔接。大力提高我国在国际社会的法治话语权，积极参与国际规则制定，推动全球治理体系深度变革，提升国际法多边主义的适用用水平，使之向着有利于真正多边主义的方向发展。这将不但有利于国内社会环境稳定，人民安居乐业；亦有利于国际政治和谐有序，经济分工合作共赢。

结语

统筹推进国内法治与涉外法治是全面推进依法治国、加强社会主义法治现代化建设的重要内容，是马克思主义法治中国化的具体实现路径。国内法治建设与涉外法治建设，都应当遵循中国特色社会主义法治道路，在中国特色社会主义法治体系的总体框架下进行。在统筹推进涉外法治建设进程中，必须准确认知国内法治与国际法治的共同契合部分，以马克思主义视角深刻理解当代国际法治的动态发展方向，以涉外法治建设做为引领，构建人类命运共同体，创建人类文明新形态。

参考文献

[1]陈一新.习近平法治思想是马克思主义中国化最新成果[J].学习月刊,2021(2):4-7.

[2]张文显.习近平法治思想的基本精神和核心要义[J].东方法学,2021(01):5-24.

[3]习近平.论坚持全面依法治国[M].北京:中央文献出版社,2020:2.

[4]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[J].武大国际法评论,2022(1):1-20.

[5]习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M].北京:人民出版社,2022:40-42.

[6]于江.三大倡议与全球治理体系改革和建设[J].亚太安全与海洋研究,2024(02):1-17.

[7]李双元.“一带一路”倡议下国际私法理念的新发展[J].陕西师范大学学报(哲学社会科学版),2019(2):69-72.

[8]黄进.论统筹推进国内法治和涉外法治[J].中国社会科学,2022(12): 84-95.

[9]陈靓.法律域外适用制度:生成与实施逻辑[J].中国法律评论,2024(02):114-127.

[10]习近平. 推动全球治理体制更加公正更加合理 为我国发展和世界和平创造有利条件[N],人民日报.2015-10-14(01).

[11]廖凡.多边主义与国际法治[J].中国社会科学,2023(08):60-79.

[12]李玲.人类文明新形态的世界历史叙事[J].甘肃社会科学,2024(1): 69-76.

2025年中国国际法学会年会

Co-ordination and Promotion of Domestic Rules and Foreign-related Rules from the perspective of Marxism

Liu Zhengquan1,2

(1.Hunan Normal University, Changsha 410081, China

2.Dachou Academy of Administration, Dachou 635000, China)

Abstract:The rule of law related to foreign affairs is the bridge between domestic and international rule of law, and it is also a legal approach for China to practice the global governance concept and deeply participate in the reform of the global governance system. Providing legal support for the peaceful living and work of domestic people, contributing basic rules to maintaining harmony and order in the international community, paving the way for international economic division of labor and win-win cooperation, and leading the creation of diverse new forms of human civilization are the current mission of coordinating the promotion of domestic and foreign-related rule of law.

Keywords:Marxism; Domestic rule of law; Foreign related rule of law; International rule of law; Xi Jinping's Thought on the Rule of Law

作者联系方式：刘正全，邮寄地址：四川省达州市通川区金龙大道北延线 496 号　电话：13176507326

2025年中国国际法学会年会

两岸融合发展背景下的区际法律关系：发展状况、阻滞因素、未来路径

龚 倬

摘要：随着“一国两制”方针的进一步推进，两岸法制融合发展越发成为新时期下同两岸经济社会融合发展并重之事项。虽然学界自 1988 年起就对两岸法律融合等区际法律争端问题进行了相应研究，但是在两岸尚未完全统一的现实背景下，两岸法律背景的巨大差异以及台独势力的存在使得两岸法律融合发展的面临严重阻滞。为贯彻落实总体国家安全观，实现祖国统一大业，两岸要继续坚持平等互利原则，参考涉外法律原则解决实际问题，同时注重民商事法律等的实质层面融合，利用新媒体和新青年力量，加强社会政治信任，深化祖国统一认同。

关键词：一国两制；两岸融合发展；两岸法律关系

引言

在一国两制、“九二共识”的背景下，在总体国家安全观的要求下，两岸统一大势所趋。而在此基础之上两岸各层次的融合接洽成为必然。两岸法律的融合发展是需重点关注的地方，因为两岸关系的和平发展离不开两岸法律关系的积极推动，融合发展是“应对两岸关系发展现实困境的挑战，践行‘两岸一家亲’、打造‘两岸命运共同体’、增进两岸同胞‘心灵契合’，从而厚植两岸关系和平发展的民意基础、推进国家统一进程的现实路径”。[1]现如今，两岸法律融合发展是促进两岸有效衔接、加快民族统一进程的重要手段。

一、两岸区际法律的发展状况

作为国家治理的核心部分，法律问题至关重要，在两岸关系融合发展的关键时期，两岸区际法律融合再次进入学界视野。随着两岸交流合作逐步迈入深水区，法治问题在处理两岸关系中的重要性日益突出。早在 1988 年韩德培教授就对两岸法律融合问题进行了相关研究，其明确“一国两制”不仅表现在社会经济方面，也表现于法律制度方面，并指出两岸关系法制包括大陆涉台法制、台湾涉陆法制和两岸协议法制三部分，它是在“一个中国”语境下海峡两岸运用法律法规处理两岸关系、促进两岸跨境交往的实践成果。[2]目前，我国大陆地区的民商事法律与港、澳地区的民商事法律实现了地位平等，而台湾地区的民商事法律却因两岸

[1] 石正方：《两岸经济融合发展：概念界说与路径选择》，《台湾研究集刊》2020 年第 3 期，第 41-49 页。
[2] 韩德培：《论我国的区际法律冲突问题——我国国际私法研究中的一个新课题》，《中国法学》1988 年第 6 期，第 3-10 页。（本文主要探讨大陆涉台方面法律）

关系的现实情况，至今未得到大陆立法机关的承认。总体来看两岸法律关系尚未步入正常化，这也为后续的统一进程增添了阻滞。向前追溯至我国的 1982 年《宪法》，序言中明确规定："台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分，完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。"这就从根本法的层面上明确了两岸同属于一个中国原则，为两岸法制体系的形成与发展指明了方向。

以中共中央台湾工作办公室（以下简称国台办）公开的涉台法律规范为研究基础，可以看出实际上两岸法制的形成与发展并不顺利，而是经历了比较复杂的几个阶段，由试探到发散再到逐渐拓展成型。[3]早期在两岸尚未完全统一的背景下，大陆地区仅针对两岸人员往来和台商投资等突出问题制定了相关法律，此时的涉台法律制定还较为青涩，属于探索阶段，但还是制定了不同层次和类型的涉台法律规范。在这一时期，大陆相继出台了一系列涉台立法和司法解释，如 1987 年 10 月国务院办公厅发布的《关于台湾同胞来祖国大陆探亲旅游接待办法的通知》和 1988 年 3 月民政部及司法部发布的《关于去台人员与其留在大陆的配偶之间婚姻关系问题处理意见的通知》，旨在解决两岸人员往来、婚姻和财产继承等问题。2005 年 3 月，全国人大通过《反分裂国家法》，这也标志着大陆涉台法律规范体系的基本形成。[4]在《反分裂国家法》和两岸和平发展政策的规范和指导下，大陆于 2008 年后相继制定了一系列旨在配合或落实两岸协商成果、深化两岸交流合作的涉台法律规范。例如，2015 年 6 月发布的《中国公民往来台湾地区管理办法》、2020 年 1 月颁布的《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》。经过数十年的实践和探索，大陆涉台立法逐渐丰富，涵盖宪法类、经济法类、行政法类、民法商法类、社会法类等不同层次和深度的法律规范，辐射行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章，以及其他具有法律约束力的规范性文件等，不同类别的法律法规组成了相对完整的涉台法律规范体系，推动了大陆涉台法制的发展和完善。

目前虽然已经形成了初步的涉台法律体系，但是两岸法律冲突仍然存在。2010 年 6 月 29 日签署《海峡两岸经济合作框架协议》（简称 ECFA）后，海峡两岸经贸交流、人员往来日益频繁，涉台婚姻、继承、经贸投资等民商事纠纷纷繁复杂，如海峡两岸婚姻所涉及的法律问题属于跨法域的民事问题，而在两个不同的法域中处理诸如结婚、离婚、收养、彩礼返还、继承、子女抚养问题等婚姻家庭类法律事务不仅涉及法律适用的问题，还涉及跨法域文书的送达、生效判决和裁决的承认与执行问题，审判和执行难度逐渐加大，又因大陆法院受理的所有涉及台湾同胞与大陆同胞之间、或台湾同胞相互之间的民商事纠纷，都全部适用大陆法律，两岸法律适用矛盾也愈加复杂，台湾地区法律在融合发展的进程中还

[3] 中共中央台湾工作办公室，http://www.gwytb.gov.cn/zt/zylszl/rules/.

[4] 陈向聪：《涉台法律规范体系若干问题研究》，载于《海峡法学》，2010 年第 4 期，第 33-39 页。

存在着诸多问题亟待解决。

二、两岸区际法律融合的阻滞因素

（一）法律背景和法律体系差异

探究两岸区际法律融合的阻滞因素首先要了解所谓区际法律冲突的具体构成及性质，国际私法学界一般认为我国的区际法律冲突具有以下特点：它是特殊的单一制国家内的区际法律冲突。因为我国现存的区际法律冲突比较复杂，其中既有同属一个社会制度的法域之间的法律冲突，如台湾和香港、澳门相互之间的法律冲突，即同属资本主义制度的法域之间的法律冲突；又有社会制度根本不同的法域之间的法律冲突，如台湾地区与大陆之间的法律冲突，即社会制度根本不同的法域之间的法律冲突；另外还有同属一个法系的法域之间的法律冲突，如台湾、澳门的法律制度都深受欧洲大陆法系的影响，这两个地区之间的法律冲突即属同一法系的法域之间的法律冲突；又有属于不同法系的法域之间的法律冲突，如属普通法系的香港法律与属大陆法系的台湾法律之间的法律冲突，即属不同法系的法域间的法律冲突。台湾地区的情况则比较特殊，一直以来，大陆地区都把涉台关系视为涉外关系处理，区际法律冲突参照适用解决国际法律冲突的原则和规则。由此可见，大陆与台湾地区不仅存在属于同一社会制度的法域之间的法律冲突，也存在社会制度根本不同的法域之间的法律冲突。归根结底两岸的法律背景和法律体系之间的矛盾还是存在着难以调和之处，和香港澳门不同，台湾地区对于大陆法律还是存在着抵触和不予接纳，因此在处理民商事案件甚至刑事案件时面临着如送达问题、惩戒程度问题等各类难题。基于此复杂差异的法律背景之下，台湾当局破坏两岸融合的法律手段也尤为恶劣。尤其蔡英文执政期间制定和推行了一系列“法律”“法规”，掌控行政机关和立法机关的权力，一方面修改台湾法律条款，通过“政党法”、“财团法人法”打击反“台独”团体，将民进党的台独理念固化成唯一的主流思想，另一方面制定“文化基本法”，意图消弭中华文化的存在痕迹，将“台湾文明”独立，强化所谓的“台湾共同体”，侵蚀两岸融合发展基石，为两岸法律融合发展筑起“柏林墙”。[5]

（二）台独分子和国际舆论压力

除了最基本的法律体系和背景的冲突外，台独分子和国际分裂势力的存在也让两岸法律融合发展道路举步维艰。岛内台独分子一直致力于宣扬台湾是主权国家，排斥祖国统一的历史现实，尤其是台湾地区青年一代自小成长环境便是被灌输“台湾是独立国家”、“与大陆地区划界”等思想，大陆地区想扩大渐进融合的范围十分艰难，加上台湾地区对于公务员制度等相关体系的限制，大陆地区无法在合适的机关以恰当方式宣扬社会主义核心价值观和总体国家安全观，因此岛内

[5] 严安林,肖杨：《台湾民进党当局破坏两岸融合发展批判——“法律”手段之视角》,《闽台关系研究》,2021 年第 2 期，第 66-74 页。

更加成为台独分子和分裂势力的舞台。另外当前台湾地区乃至一部分西方国家对于中国的统一事业多方阻挠，国外舆论环境恶劣，拜登政府继续向台湾出售先进和敏感的武器，以增强其防御甚至进攻能力，并通过倡导台湾以观察员身份参加世界卫生大会，努力扩大台湾的“国际空间”。[6]拜登政府还在七国集团、美日、美韩和四方峰会上表达了对台湾海峡和平与安全的“担忧”，表明它认为台湾是美国印太战略的“一个组成部分”。[7]尤其是在俄罗斯乌克兰冲突后，中国收复台湾问题再次被置于舆论中心，有国外学者指出，中国致力于实现与台湾的重新统一，其指导方针即通过政治收服而不是武力征服来实现。[8]因为现在西方学者仍然认为中国对台湾的军事入侵是充满困难，中国大陆缺乏占领和控制台湾的有效能力；另外国际社会的对于大陆地区统一台湾的负面反应也十分强烈，一旦大陆采取武统，会有将两岸冲突扩大和升级的可能性，同时也会造成海峡两岸经济技术合作的彻底结束。另外还有学者提到，大陆地区的主要目标是“操纵台湾的国内政治，防止其进一步走向独立”，其中主要提到了以下几个大陆地区的国家战略框架内的不同政策：胡萝卜政策（基于积极价值观的承诺利益或吸引力政策）、大棒政策（军事行动或威胁、封锁和胁迫政策等）、网络政策（关系网络和统一战线工作、发展地方合作伙伴）、针头政策（渗透、破坏和虚假信息战），大陆地区会根据其所面临的战略环境对台湾的政策在策略选择上表现出灵活性，但在战略目标上保持不变。[9]由此可以小见大，国际社会对于大陆统一台湾的态度是十分复杂的，观点纷繁。实际上，大陆地区一再让步，为统一事业发布了多项惠台政策，2000 年对外经济贸易部《对台湾地区贸易管理办法》第 4 条规定对外贸易经济合作部是对台贸易的主管机关，第 14 条也规定要参照国际贸易处理对台贸易事务。这些规定不仅没有歧视台湾地区人民，甚至给予台湾地区人民更多优惠，但是社会环境和岛内独立势力的冷漠和排斥让践行过程阻碍重重。另一方面，在台湾，民进党主导的泛绿阵营强调台湾的主权和独立。该党的大多数支持者认同“台湾人不同于中国人”的说法；然而，以国民党为首的泛蓝阵营强调了两岸经济合作的共同利益，认为台湾应该在“一个中国”的框架内发展两岸关系，他们的大多数支持者都认为自己是“台湾人和中国人”。近几年在民进党执政下，两岸民间交流整体情况不甚乐观，台湾执政党的严密监督与管控、新冠疫情的肆虐以及涉台

[6] Jennifer Hansler, “Biden Administration Proposes $750 Million Arms Sales to Taiwan in a Move Likely to Anger Beijing”, CNN, August 5, 2021, https://edition.cnn.com/2021/08/04/politics/biden-administration-taiwan-arms-sales/index.html; Office of the Spokes-person, “Restoring Taiwan’s Appropriate Place at the World Health Assembly”, Departmentof State, May 7, 2021, https://www.state.gov/restoring-taiwans-appropriate-place-at-the-world-health-assembly.

[7] Wei Zongyou and Zhang Yunhan, The Biden Administration’s Indo-Pacific Strategy and China-U.S.Strategic Competition, 2021 World Century Publishing Corporation and Shanghai Institutes for International Studies China Quarterly of International Strategic Studies,Vol. 7, No. 1, pp.1-22.

[8] Parton, Charles, Taiwan in the next decade: No war, but much tension’ in Explainer May 2021, Council on Geostrategy.

[9] From ‘Sticks’ to ‘Carrots’ and ‘Nets’, then to ‘Needles’: The Evolution of the CPC’s Policy towards Taiwan, Roger C. Liu, China Report 58, 1 (2022),pp.90-105.

民间组织作用的降低已经对两岸文化、教育、经济、人文等各领域的交流造成了极大的限制和影响，两岸人员往来的数量持续减少，参访交流活动严重受阻，两岸法律融合更加面临严峻考验。[10]

（三）两岸尚未统一的现实境况

在过去几十年里，台湾的地位一直是国际法和国际关系领域最复杂的问题之一。台湾问题本质上是“两个中国”问题的延伸，这使国际法在一个中国政策的模糊概念下，在容纳台湾事实上的存在方面面临两难境地。在 1971 年联合国大会通过第 2758 号决议之前，台湾政府（官方名称为中华民国）被广泛认为是唯一合法的中国政府。第 2758 号决议将中国席位移交给中华人民共和国，没有给中华民国留下任何空间。其后，尼克松政府在 1979 年决定与中华民国断绝关系，承认中华人民共和国，而大多数国家都遵循美国的决定，这一事实使台湾成为未被承认的国家或特殊实体中最著名的例子。此外，从国际关系的角度来看，作为亚太地区最有可能发生冲突的地区之一，台湾海峡被称为“东方的巴尔干半岛”，台湾的关键地缘战略位置进一步加剧了海峡两岸的局势，这使得台湾岛的主权仍然是中美关系中最敏感的问题。台湾问题和“一个中国”政策必须同时被讨论，因为它们在法律和政治上紧密交织在一起。截至 2022 年 5 月，台湾仅与世界上 15 个国家保持外交关系，其中大部分在非洲和拉丁美洲，没有一个是国际社会的主要国家，由此，台湾国际身份的缺乏承认也成为两岸法律融合的导火索，这进一步使两岸关系与国际社会的关系复杂化。

甚至欧洲也越来越意识到台湾的重要性，在最近几年的政治辩论中，台湾不再是隐形的话题。这一点通过 2021 年 9 月台湾在欧盟的印-太平洋合作战略中的加入和欧洲议会通过了大部分的关于台湾相关问题的决议可以证明。最近欧洲和美国对台湾的媒体报道也是前所未有的，通过分析近几年提到该岛的新闻文章，2020 年媒体报道的增长超过 2019 年的 50%，2017 年至 2020 年间，这一增幅甚至更甚，纽约时报超过 54%，CNN 超过 146%，法新社超过 149%，费加罗报超过 464%。由此可见国际社会对于台湾的关注度或者说对中国统一事业的关注度在不断提高，同时也在不断警醒这大陆地区两岸尚未完全统一的现实情况。[11]中国现在不仅内部面对台湾岛内压力，外部还面对国际分裂势力的压力，再加上俄乌冲突的外溢影响，两岸统一进程陷入暂时的停滞，立法和法律融合就更加滞后。

三、两岸区际法律融合发展的未来路径

（一）坚持平等互利原则，以涉外法律原则做参考

两岸区际法律融合必须坚持国家“一国两制”方针和“九二共识”，遵循总

[10] 赵金文,杨仁飞：《新形势下两岸民间组织交流研究》,《台湾研究集刊》2021 年第 6 期，第 38-46 页。

[11] HSIEH, Pasha L.. The Taiwan Question and the One-China Policy: Legal Challenges with Renewed Momentum. (2009). Die Friedens-Warte: Journal of International Peace and Organization. 84, (3), pp.59-81.

体国家安全观，在处理两岸法律冲突时坚持平等互利的原则，在此基础上可以按照韩德培教授提出的“使用冲突法的解决方法”，参考涉外法律原则，一如最密切联系原则。最密切联系原则主要指法院在审理某一涉外民商事案件时，权衡各种与该案当事人具有联系的因素，从中找出与该案具有最密切联系的因素，根据该因素的指引，适用解决该案件的与当事人有最密切联系国家或地区的法律原则。两岸法律适用发生冲突时可协商适用与案件具有最密切联系地的法律，可考虑当事人的出生地、惯常居所地、住所地、案件结果发生地、当事人行使政治权利或从事业务活动的场所以及个人的意愿等。最密切联系原则具有较大灵活性，可充分尊重台湾地区民众意见，缓和两岸矛盾，有利于促进“先民间后官方、先局部后整体”的法律融合推进路径。[12]二如公共秩序保留原则。公共秩序，主要指事关国家或社会的重大利益或法律和道德的基本原则。不同国家对公共秩序的称呼各不一致，大陆法系国家称之为公共秩序；英美法系国家称之为公共政策；我国多称社会公共利益。虽然不同国家和学者对公共秩序保留原则的适用范围和定义不尽相同，但其作为国际私法的传统原则，学界均普遍接受公共秩序保留原则是指一国法院依其冲突规范本应适用外国法律时，因其适用会与法院地的重大利益、基本政策、国家道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用的一种制度。[13]对于大陆和台湾地区使用公共秩序原则时应当注意两岸除了本身法律体系的不同之外，规则原则的适用过程中还存在政治色彩，两岸应加强协调机制，在规则与原则交互利用的情况下加强融合，在未来逐步过渡到建立统一法的程度。

（二）注重实质层面融合，以民商事法律为着力点

现如今，两岸法律问题总体来看还是民商事类偏多，主要涉及两岸的婚姻、继承、收养、民间借贷、技术开发与合作、知识产权、文化教育合作甚至慈善等不同层面，因此未来法律融合重心还是由民商事入手，要重实质融合，轻形式统一，在不断完善部门法融合的基础上迈向全面融合。基于国际关系和国内环境的现实情况，由民商法事务作为切入点加强两岸法律融合进程更为实际，在实际处理民商事案件的过程中可借鉴香港问题的处理方式，香港在 1997 年回归祖国之前，曾长期作为英国的海外属，其法制明显呈现出英美法系的特征，在冲突法领域也承继英国法律传统不对区际法律冲突与国际法律冲突做出区分，适用同一套冲突规则予以解决。根据《中英联合声明》和《香港基本法》的规定，香港原有法律基本保持不变。所以香港回归以后仍从旧制，并不把区际冲突与国际冲突区分开来，仍然适用相同的冲突规则予以处理，但是台湾地区在适用时要注意社会制度和法域等的差异，不能完全照搬；另外，还可

[12] 彭先琦：《我国大陆人民法院民商事判决在台湾地区认可与执行之障碍分析及对策研究》，《南开法律评论》, 2020 年，第 98-114 页。

[13] 赵相林主编：《国际私法》（第四版），中国政法大学出版社 2014 年版，第 117 页。

以加强法律援助的合作，不论大陆地区的《法律援助条例》还是我国台湾地区“法律扶助法”，均明确规定律法援助的种类为法律咨询、调解与和解、法律文件撰拟、诉讼或仲裁之代理或辩护。无论是民商事法律还是刑事法律，对于律师的需求和要求都较高，大陆地区向来重视两岸律师交流的合作。目前，部分取得法律执业资格的我国台湾居民已获准在大陆执业，但是我国台湾地区至今未向大陆居民开放律师服务市场准入。在此种背景下，两岸仍可通过合作举办培训班、研讨会、组织代表团互访，亲身体验诉讼程序差异等形式加强律师间联系，还可以善用新媒体方式进行交流与学习。可以设立两岸法律援助中心、建立法律信息资源与服务共享平台、建立律师资源库。必须明确的是，两岸法律援助是不附带任何政治条件的，务必遵循诚信、透明、公平、公正的原则。

（三）加强社会政治信任，借助媒体与新青年力量

注重建立好台湾民众对中央政府的政治信任，因为政治信任是民众对政府按照其规范性预期运作情况的评估，对政府绩效的评价越高，人们对政府的政治信任就越高。[14]台湾民众对台湾政府的政治信任受到政府两岸政策的影响，加强台湾民众对统一后政府政策和效果的信任是两岸法律融合的心理基础，政治信任加强，社会人文认同便会由此加强。[15]另外，符号政治理论认为，人们通过长期的社会化过程可以获得对特定符号的稳定的情感反应，而这些习得的“象征性倾向”包括政党认同、政治意识形态和国家认同。研究表明，当人们考虑是否支持特定的政策时，符号元素往往比计算的自我利益考虑更重要。例如，在公共舞台上突出的符号可能会唤起一套倾向——国家主义、民族中心主义、无私或社群主义精神——然后影响公共议程和人们的态度。从这个角度来看，在对祖国统一的态度上，台湾民众具有强烈的地方认同和民主价值观，在面对中国所谓“将其国家认同和反民主价值观强加于台湾”时，其对大陆的看法会更加消极。[16]更重要的是，上述的符号元素可以在社交媒体的即时互动交流中得到极大的增强。在现如今的国际环境下，信息流通星奔川骛，新一代台湾年轻人的思想受新媒体影响甚多。台湾和大陆的互联，展现了与社交媒体互动被社交媒体放大的各种象征性倾向，最终影响公众的态度。[17]在后疫情时代民进党阻碍两岸来往的现实情境下，两岸的线上交流增多，不同的新媒体平台成为台湾民众了解大陆的主要媒介，因此加强人文认同，塑造舆论优势也可堪为两岸法律融合的有效路径。尤其在通婚、娱乐圈偶像效应如此普遍的态势

[14] Miller, A. H., “Rejoinder to “Comment” by Jack Citrin:Political Discontent or Rit-ualism?”, The American political science review Vol. 68, No. 3, 1974, https://doi.org/10.2307/1959142,pp.989-1001.
[15] Macdonald, D., “Political Trust and Support for Immigration in the American Mass Public”, British journal of political science Vol. 51, No. 4, 2021,https://doi.org/10.1017/S0007123419000668, p.1402–20.
[16] Stefan Stieglitz and Linh Dang-Xuan, ‘Social media and political communication: a social media analytical framework’, Social Network Analysis and Mining 3, (2013), pp. 1277–1291.
[17] Chih-Jou Jay Chen&Victor Zheng, Changing Attitudes toward China in Taiwan and Hong Kong in the Xi Jinping Era, Journal of Contemporary China, Journal of Contemporary China, July 05 2021,pp.1-18.

下，借助媒体与新青年力量加强舆论话语权具有其可行性。可以鼓励青年到大陆地区进行旅游、学习、工作甚至成家，让新一代台湾青年人感受到祖国统一之利与两岸分离之弊，从而带动两岸的和平统一。另一层面，可以充分利用民间组织的作用，官方合作的路径受阻并不意味着民间合作的完全断绝，大陆城市与台湾的合作以及不同涉台民间机构的活动仍有运作余地，可以利用政治意识形态较弱的民间组织间接普及总体国家安全观和祖国统一的思想，加强宪法的普及力度，在避免直接的官方冲突的情况下提高人文认同。但是台湾执政党防备心理较重，对于新媒体和网络层面，台湾一直以来有相应部署，台湾行政院下属的国家信息与通信安全工作组（NICST）是政府打击网络威胁的重要力量，该机构的任务是保护政府的网络和关键基础设施。[18]不仅如此，台湾和美国已经开始在网络安全问题上进行合作，如 2019 年，台湾和美国举行了网络安全演习，模拟恶意行为者构成的威胁。此外，台湾和美国还举行了全球合作与培训框架（GCTF）倡议，并执行了两项任务，以加强网络安全和阻止所谓“大陆地区虚假信息”。[19]大陆在台湾建立政治信任的路径需要精准定位切入角度，同时利用多方媒介和平台进行发散，加大两岸法律与社会融合的深度和广度。

结语

“和平统一 ”是解决台湾问题的最佳方式，而构建两岸关系和平发展框架则是体现这一战略思想的重要举措，法律机制应该、也能够在构建两岸关系和平发展框架过程中发挥重要作用。[20]在追求两岸区际法律融合的过程中，虽然面临着两岸法律背景的较大差异以及岛内分裂势力和国内外政治环境的阻碍，但两岸融合发展是大势所趋，在两岸经济融合发展初具成效的背景下，区际法律融合可以在此基础上加强合作与规范进程。继续坚持平等互利的原则处理两岸法律事务，将法律融合落在实处，利用好新时代媒体和青年力量，为两岸和平统一贡献新鲜血液和智慧。综上，虽然两岸和平统一之路充满险阻，但在党中央的积极引导和务实的法律实践下，两岸法律融合发展仍具希望，或能为两岸的完全统一点亮法律层面之明灯。

[18] “National Cyber Security Program of Taiwan (2021 to 2024)”, National Information and Communication Security Taskforce, August,06,2021, https://nicst.ey.gov.tw/en/FD815304EBFFE6FC/639d32e8-2a07-40da-b033-bc6c95d015ce.

[19] “The Global Cooperation and Training Framework Programs”, A merican Institute in Taiwan, November 7, 2021, https://www.ait.org.tw/our-relationship/global-cooperation-and-training-framework-programs-gctf/.

[20] 周叶中：《论构建两岸关系和平发展框架的法律机制》,《法学评论》 2008 年第 3 期，第 3-12 页。

Inter-regional legal Relations under the Background of Cross-Straits Integrated Development: Development status, blocking factors, future paths

Abstract: With the further advancement of the policy of "one country, two systems", the integration and development of the Cross-Strait legal system has become more and more important in the new period and the integration and development of the cross-strait economic society. Although the academic circle has conducted corresponding research on cross-Straits legal integration and other inter-regional legal disputes since 1988, the development of cross-Straits legal integration has been seriously blocked by the huge differences in legal backgrounds and the existence of Taiwan independence forces under the realistic background that the two sides have not completely unified. In order to implement the overall concept of national security and realize the great cause of national reunification, the two sides should continue to adhere to the principle of equality and mutual benefit, refer to the principles of foreign laws to solve practical problems, and pay attention to the substantive integration of civil and commercial laws, use new media and new youth power, strengthen social and political trust, and deepen the identity of national reunification.

Key words: One country, two systems; Integrated development across the Straits; Cross-straits legal relations

2025年中国国际私法学会年会

论外国经济制裁法的可适用性与适用路径选择

敖 琪*

（浙江大学 光华法学院，浙江 杭州 310008）

摘要：近年来，经济制裁法的域外适用引发了大量的国际民商事纠纷，我国涉外司法实践中亟需回应外国经济制裁法的适用问题。传统国际私法理论否定了外国经济制裁法的可适用性，致使法院在处理其适用问题时缺乏法理支撑。学界对此形成了两类观点，一是承认其作为“事实”的可适用性，二是承认其作为“法律”的可适用性。受不同理论影响，司法实践中也主要采取“事实”与“法律”的两分路径来得出外国经济制裁法的适用结果，其中“法律”路径又细分为冲突法路径与直接适用的法路径。适用路径能直接影响适用结果，理想的适用路径一方面应为法院保留充分的自由裁量空间以干预适用结果，另一方面应增强适用结果的可预见性以帮助私主体规避交易风险。因此，有必要基于相关司法实践，从自由裁量空间与可预见性两个维度比较分析不同适用路径，并结合我国涉外法治实践，探讨合理的路径选择方案，以兼顾维护国家利益与国际民商事主体的私人利益。

关键词：国际民商事审判　外国经济制裁法　可适用性　适用路径

一、问题的提出

当前，将制裁作为外交政策或（更直白地说）经济战的工具的做法变得十分普遍。[1]许多国家通过施行具有域外效力的经济制裁法来实现所追求的政治目的，比如美国的经济制裁法通过两种方式建立了宽泛的域外立法管辖权，一是扩大初级制裁的对人管辖与对物管辖；二是通过次级制裁直接将制裁对象拓展至与目标国有贸易往来的第三国个人和实体。[2]具有域外效力的经济制裁法深刻影响了国际民商事法律关系，近年来我国司法实践中开始出现受外国经济制裁法影响的国际民商事纠纷。此类案件通常表现为两种形式，一是原被告双方中有一方被列为案涉外国经济制裁法的初级制裁对象，另一方当事人认为与其继续履行合同将会违反案涉经济制裁法，会面临被处罚或被列为次级制裁对象的风险，因此拒绝继续履行合同，而被列为初级制裁对象的一方当事人则要求继续履行，比如金泰公司与中国人保公司青岛市分公司保险合同纠纷案；[3]二是原被告双方均非案涉外国经济制裁法的初级制裁对象，但合同履行所关涉的第三方被列为初级制裁对象，

* 作者简介：敖琪，浙江大学光华法学院博士研究生，研究方向：国际法学。

[1] See Matthew Happold (eds.), *Economic Sanctions and International Law*, Hart Publishing, 2016, p. 1.

[2] 参见杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,载《法商研究》2019 年第 3 期,第 164-165 页。

[3] 山东省青岛海事法院(2018)鲁 72 民初 1860 号民事判决书。

一方当事人认为继续履行合同将会违反案涉经济制裁法，会面临被列为次级制裁对象的风险，因此拒绝履行合同，而另一方当事人则要求继续履行，比如广西易德公司与湖北耀星公司买卖合同纠纷案。[4]我国法院在审理此类案件时需回应案涉外国经济制裁法的适用问题。

外国经济制裁法具有可适用性是法院处理其适用问题的前提，但传统国际私法理论否定了外国经济制裁法的可适用性，致使法院在处理其适用问题时缺乏法理上的正当性。因此，有必要从理论上论证适用外国经济制裁法的合理性，这能化解我国法院在处理其适用问题时所面临的理论障碍。在讨论完外国经济制裁法的可适用性后，还应进一步探讨法院如何得出外国经济制裁法的适用结果。各国司法实践中主要有三种路径来得出适用结果，分别是事实路径、冲突法路径与直接适用的法路径。适用路径能直接影响适用结果，考虑到外国经济制裁法的适用结果同时关乎法院地国的重大公共利益与国际民商事主体的私人利益，理想的适用路径一方面应为法院保留充分的自由裁量空间以干预适用结果，另一方面应增强适用结果的可预见性以帮助私主体在事前规避交易风险。因此，有必要基于司法实践，从利于法院自由裁量与提高适用结果可预见性两个维度对上述三种适用路径作比较分析，这能帮助我国法院选择合理的适用路径以兼顾保护国家利益与国际民商事主体的私人利益。鉴于此，本文将首先在理论层面探讨外国经济制裁法的可适用性，继而基于司法实践阐述外国经济制裁法的三种适用路径，并从利于法院自由裁量与提高适用结果可预见性两个维度对不同适用路径作出合理评析，最后立足我国实际为我国法院提供适宜的路径选择建议。

二、外国经济制裁法的可适用性

经济制裁法属于公法，其可适用性问题本质上属于外国公法的可适用性问题。传统国际私法理论否认了公法的域外效力，认为一国法院也不应适用外国公法。然而，随着公私法二元划分理论的发展以及司法实践中不断出现的外国公法适用难题，法院不能适用外国公法的传统观点开始受到挑战。

（一）传统国际私法理论的否定立场及局限性

传统国际私法学者认为公法应遵循严格的属地原则，没有域外效力，也不能被法院适用。意大利学者巴托鲁斯于十四世纪提出的法则区别说便提出了公法因其属地性不得域外适用的观点，他将一国的法则区分为许可性法律、禁止性法律和惩罚性法律。惩罚性法律主要是今天的公法范畴中的刑法。[5]惩罚性法律是其所属国特有的，不适用于领土范围之外的人和行为。[6]受十六世纪兴起的国家主权原则的影响，公法应遵循严格属地原则的观点被进一步强化。德国学者萨维尼

[4] 湖北省随州市中级人民法院(2015)鄂随州中民二终字第 00072 号民事判决书。

[5] 参见宋晓:《域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分》,载《法学研究》2021 年第 3 期,第 175 页。

[6] See Joseph Henry Beale, *Bartolus on the Conflict of Laws* (Harvard University Press, 1914), p. 48.

创立的“法律关系本座说”仅适用于私法，并不考虑适用外国公法的问题。意大利学者孟西尼明确指出，法律体系与国家独立及主权之间的必然联系决定了公法的严格属地性，[7]公法必须绝对适用于领土上的一切人，不得域外适用。[8]美国学者劳恩菲尔德将传统理论中不适用外国公法的理念总结为“公法禁止（Public Law Tabu）”原则。[9]

然而，自二十世纪以来爆发的一系列经济危机促使国家加深了对市场经济的干预力度，公私法二分的传统日益动摇，二者间的界限趋于模糊。巴蒂福尔和拉加德指出：“曾多次提出的外国公法规则在其领土之外不能适用的断言是不确切的。”[10]特别是二战后美国大力施行具有域外效力的经济制裁法，欧洲司法实践中出现大量受美国经济制裁法干预的国际民商事案件，欧洲法院在审理时亟需回应其适用问题。经济制裁法作用于经贸领域，往往会对目标国造成商业上的牺牲，[11]尤其可能对合同法律关系带来极大挑战。将这视为“不寻常”或“紧急”的情况而不是国际民商事领域中的常见特点，是具有误导性的。[12]意图忽视、回避此类规范产生的实质影响，显然是与客观情况相背离的。传统理论难以有效指引司法实践的客观现实将解决外国公法的适用问题提上了日程，欧洲学者开始探索外国公法的可适用性问题，并形成了不同的理论观点。

（二）支持适用外国经济制裁法的理论

按照对传统国际私法理论的突破程度，可以将支持适用外国公法的理论划分为两类，一类认为外国公法并非绝对地不可适用，而是可以将其作为“事实”适用，这类理论没有直接否认传统国际私法理论所坚持的不适用外国公法的观点，很好地缓和了传统理论与司法实践之间的矛盾；另一类则直接认可外国公法可以作为“法律”得到适用，对传统理论的突破程度更强。

第一类的代表性理论是实体考量理论。实体考量理论认为应将外国公法置于合同准据法下来评判所发生的私法效果，其中包括善良风俗、免责以及有违诚信等情形。[13]比利时学者赫克同样指出，外国法不是合同的准据法，因此不作为法律适用，而只是在评估当事人行为的道德性时需要考量的一个事实。[14]第二类的代表性理论是准据法理论和特别联系理论。准据法理论认为经冲突规范指引的外国法，不仅包含准据法国的私法，还包含该国的公法，其适用结果受到法院地国

[7] 参见卜璐:《外国公法适用的理论变迁》,载《武大国际法评论》2008 年第 2 期,第 127 页。
[8] 参见程卫东:《历史视野中的国际私法趋同化》,载《南京社会科学》1997 年第 3 期,第 55 页。
[9] 参见卜璐:《外国公法适用的理论变迁》,载《武大国际法评论》2008 年第 2 期,第 124 页。
[10] 〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司 1989 年版,第 345-346 页。
[11] See Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2008), p. 850.
[12] See Michael P. Malloy, “Contracts and Economic Sanctions”, (2022) 53 *University of the Pacific Law Review* 617, p. 620.
[13] 参见董金鑫:《第三国强制规范在法院地国的适用研究》,中国人民大学出版社 2016 年版, 第 39 页。
[14] See Georges Van Hecke, “The Effect of Economic Coercion on Private Relationships”, (1984) 18 *Revue Belge de Droit International* 113, p. 116.

公共秩序保留制度的限制。[15]无论是在国际法还是在国内法层面，准据法理论都得到了关注与发展。国际法层面，1975 年国际法研究院在威斯巴登举行了第 57 届全体会议，[16]会议上通过了《外国公法的适用的决议》（Resolution on the Application of Foreign Public Law），该决议第 1 条第 1 款规定，由冲突规则指定的外国法条款所具有的公法性质不应妨碍该条款的适用，但须符合公共秩序保留的限制，承认了外国公法作为准据法的地位。国内法层面，瑞士于 1987 年 12 月 18 日通过的《瑞士联邦国际私法》第 13 条[17]和韩国于 2001 年 7 月 1 日施行的《韩国 2001 年修正国际私法》第 6 条[18]也作出了类似的规定。特别联系理论则认为经冲突规范指引的外国法应为纯粹的私法，并为外国公法的适用提供了一条全新的规则，即外国公法在与案件事实存在某些特殊联系可优先于准据法直接适用。这一理论最初由德国学者温格勒提出。[19]虽然温格勒在阐述特别联系理论时采用了“强制性规范”的表述，但在传统的公私法二分认识下，一国法律的强制性规范很多都会被认为是公法规范。[20]彼时的特别联系理论仅赋予了准据法国强制性规范与内国强制性规范的同等地位，并未提及第三国强制性规范的适用问题。茨威格特进一步发展了特别联系理论，认为在存在特别联系的条件下也可以适用第三国强制性规范。

面对传统国际私法理论难以回应外国公法适用问题的困境，欧洲学者开始探究外国公法的可适用性，并形成了不同的理论观点。在经济制裁领域，上述理论化解了外国经济制裁法不可适用的理论障碍。但接下来需进一步思考的是，法院应如何适用外国经济制裁法？即外国经济制裁法的适用路径问题。理论对实践具有指引作用，“将外国公法作为‘事实’还是‘法律’适用”的理论分歧同样影响了法院对外国经济制裁法适用路径的选择。欧洲法院在处理外国经济制裁法的适用问题时整体上也采取了两分路径，一是将外国经济制裁法作为“事实”的适用路径，二是将外国经济制裁法作为“法律”的适用路径。

三、外国经济制裁法作为“事实”的适用路径

欧洲法院在受实体考量理论的影响下，会将外国经济制裁法作为“事实”，纳入准据法中的实体性规范进行考量，通过实体性规范的适用结果间接决定是否

---

15 See Tamás Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law* (Hart Publishing, 1st edn, 2019), p.39.

16 国际法研究院是非官方的纯粹学术性团体，其作出的决议并不当然成为国际法渊源，但因其在世界范围内具备高水平的学术权威性，各国及其国际法学者都对国际法研究院通过的决议给予了很大关注，相关决议对国际法理论研究、国际条约制定、国际习惯形成均具备一定的推动功效。

17 《瑞士联邦国际私法》第 13 条规定，本法对外国法的指定，包括所有依该外国法适用于该案件的法律规定。不得仅以该外国法律规定被认为具有公法性质而排除其适用。

18 《韩国 2001 年修正国际私法》第 6 条规定，当外国法的规定被本法指定为应适用的准据法时，该外国法的规定不能仅仅因为具有公法性质而被排除适用。沈涓:《韩国 2001 年修正国际私法》,载《中国国际私法与比较法年刊》,2003 年第 6 期,第 637 页。

19 See Tamás Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law* (Hart Publishing, 1st edn, 2019), p.41.

20 参见肖永平、龙威狄:《论中国国际私法中的强制性规范》,载《中国社会科学》2012 年第 10 期,第 114 页。

适用制裁法（以下简称为“事实路径”）。许多学者同样指出。只要准据法以某种方式将后果归因于禁令的存在或因其造成的情况，制裁都可能影响当事人的权利和义务。[21]

（一）事实路径的适用步骤

欧洲法院在适用事实路径时有两个步骤：第一，根据本国冲突法找到调整案件争诉法律关系的准据法；第二，将案涉外国经济制裁法作为“事实”纳入准据法中的实体性规范考量，通过准据法实体性规范的适用结果间接决定制裁法的适用结果。德国联邦最高法院在 1960 年审理的硼砂案[22]中完整地展示了事实路径的适用步骤。

硼砂案发生于冷战时期，彼时美国对前东欧国家实施的贸易禁令，美国出口商要获取硼砂原材料的出口许可证，则需要向美国主管部门证明货物最终运达地不是前东欧国家。本案中，均是德国国籍的原被告双方就 100 吨硼砂的采购事宜签订了买卖合同，原告随即将这 100 吨硼砂转售给一家丹麦公司，该公司也在同一天将这批硼砂转售至前东德城市罗斯托克。美国主管部门依据贸易禁令要求被告及其客户为所有尚未出口的原材料提供书面禁运承诺，原告拒绝并要求被告向其按期交付硼砂，被告拒绝交货。原告就被告的违约行为向法院提起诉讼。面对美国贸易禁令的适用问题，德国法院首先确定了本案的准据法是德国法，然后将美国贸易禁令作为“事实”纳入了德国法中的善良风俗条款进行考量。德国法院认为美国的贸易禁令旨在阻止西方经济产品增加东方的战争潜力，这些措施不仅符合美国的利益，而且符合整个自由西方的利益，从而也符合德国的利益，个人不能因为自己的财务利益而无视社会利益，通过将货物交付给非东欧国家的方式来绕过贸易禁令将违反《德国民法典》第 138 条善良风俗条款的规定。因此，双方的合同无效，原告并未因被告不履行义务而遭受任何可以要求赔偿的损失。

（二）对事实路径的评价

事实路径有利于法院通过行使自由裁量权灵活得出外国经济制裁法的适用结果，但在一定程度上不利于提升制裁法适用结果的可预见性。

1.有利于法院灵活得出适用结果

法院可以立足不同价值立场解释外国经济制裁法这一“事实”对实体性规范的适用影响，从而灵活得出制裁法的适用结果。以德国汉堡地方法院在 2014 年审理的伊朗甘草案为例，法院通过事实路径同样考虑了美国经济制裁法对《德国民法典》第 138 条的适用影响，认为当事人之间的合同尽管落入美国经济制裁法的域外立法管辖权范围，但该合同义务的履行并没有违反欧共体的制裁法，不会违反德国法律和公共秩序的价值观和原则，因此，双方间的合同并没有违反第

[21] See Mercédeh Azeredo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales,* Kluwer Law International, 2014, p.36.
[22] BGH Urt.v.21.Dezember 1960 - VIII ZR 1/60.

138 条。[23]德国法院在硼砂案中认为当事人规避美国经济制裁法的行为损害了德国利益，于是通过第 138 条间接适用了美国经济制裁法，然而，德国法院在伊朗甘草案中改变了立场，不再将美国经济制裁法的适用结果与德国利益相关联，而是基于欧共体的外交政策立场通过第 138 条间接排除了美国经济制裁法的适用。

2.适用结果的可预见性较低

外国经济制裁法的适用结果取决于准据法实体性规范的适用结果，由于不同实体性规范的适用要件不同，对事实的评价标准和价值导向也存在差异，这导致了法院在不同个案中即便是面临同一外国经济制裁法的适用问题，也容易因所适用的实体性规范不同而得出不同的适用结果。例如，当法院依据不可抗力条款判断外国经济制裁法的存在或因其适用产生的情势是否构成免责事由时，通常侧重于评估制裁法的不可预见性和不可避免性；而在适用情势变更原则时，则更强调交易基础是否因制裁法而被根本动摇。因此，即便所涉外国经济制裁法相同，法院在不同实体性规范下的适用结果也可能出现实质分歧，导致外国经济制裁法的适用结果因准据法的不同而高度个案化，从而影响适用结果的一致性。适用结果的不一致会降低适用结果的可预见性。理论上，私主体如果能够对一国司法实践中受特定外国经济制裁法影响的类案判决加以系统梳理，归纳总结该制裁法的适用规律，便可在事前对该国经济制裁法可能对其带来的商业风险进行评估与规避。然而，正如上文所述，外国经济制裁法的适用结果在事实路径中具有很强的个案性，这极大增加了私主体对适用结果的预见难度，不利于私主体进行事前风险防范。

四、外国经济制裁法作为“法律”的适用路径

欧洲法院在司法实践中会将外国经济制裁法作为“法律”来直接调整争诉法律关系，但因受准据法理论与特别联系理论的影响，此种适用路径又可以细化为两种，一种是在冲突法方法下考虑仅准据法国经济制裁法的适用问题（以下简称为“冲突法路径”），另一种是在直接适用的法方法下广泛考虑与案件事实有特别联系的外国经济制裁法的适用问题（以下简称为“直接适用的法路径”）。

（一）冲突法路径

1.冲突法路径的适用步骤

欧洲法院在适用冲突法路径时有三个步骤：第一，根据本国的冲突法找到调整争诉法律关系的准据法；第二，判断准据法国经济制裁法是否能调整争诉法律关系，若能，则需依据该制裁法的规范内容，结合案件事实，考虑其适用效果；第三，通过公共秩序保留制度决定是否排除该制裁法的适用。英国上议院在 1949 年审理的卡勒尔案[24]中完整地展示了冲突法路径的适用步骤。

---

[23] See Tamás Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law* (Hart Publishing, 1st edn, 2019), pp. 117-118.

[24] Kahler v. Midland Bank Ltd. [1950] A.C. 24.

本案发生于第二次世界大战爆发前夕，彼时德国占领捷克斯洛伐克并实行外汇管制。捷克斯洛伐克籍原告委托当地银行 1 保管证券，银行 1 又将证券委托给英国银行保管。德国占领后，原告被迫将资产存入由德国控制的银行 2，并授权其处置资产。在与英国银行的委托关系中，银行 2 接替了银行 1 的委托人地位。当时捷克斯洛伐克法律规定，当地各银行未经国家银行同意，不得向外国人提供资金。原告后成为美国公民，要求英国银行向其交付证券，英国银行以未获银行 2 指示为由拒绝了原告的交付请求，原告遂向英国法院起诉。英国法院在审理本案时首先确定了准据法为捷克斯洛伐克法；其次，结合案件事实考虑了案涉外汇管制法的适用效果，认为只要案涉外汇管制法禁止被告在未获银行 2 指示的情况下向原告交付证券，被告就有权原告请求拒绝；最后，通过公共秩序保留制度对外汇管制法适用进行了审查，认为适用该法不会违反英国的公共秩序，据此驳回了原告的诉讼请求。

2.对冲突法路径的评价

冲突法路径不仅有利于法院通过行使自由裁量权灵活得出外国经济制裁法的适用结果，还能促进制裁法适用结果的可预见性。

（1）有利于法院灵活得出适用结果

公共秩序保留制度是法院在冲突法路径中行使自由裁量权的重要途径。公共秩序的内涵与外延并无明确、细致的界定标准，主要依赖于法院在个案中的阐释，这有助于法院在个案中立足不同的价值立场进行灵活裁判。以英国上议院在 2002 年审理的科威特航空公司诉伊拉克航空公司案[25]为例，法院就将国际法的基本原则纳入了英国公共秩序的考量范畴，认为伊拉克公法违反国际法基本原则与英国公共秩序，应排除其适用。本案的发生于海湾战争期间，伊拉克占领科威特后，伊拉克革命指挥委员会通过第 369 号决议来解散科威特航空公司并将其飞机移交给伊拉克航空公司。战后，科威特航空公司在英国对伊拉克航空公司提起诉讼，要求其归还飞机或予以赔偿。英国法院结合案件事实考虑了第 369 号决议的适用效果，认为虽然该决议已经有效地剥夺了科威特航空公司对案涉飞机的所有权，但是应该通过公共秩序保留制度排除了该决议的适用。英国法院认为随着各国相互依存程度的增加，在适当的情况下可以通过考虑国际法来决定是否适用外国法，第 369 号决议是为实现吞并科威特的目的而发布，明显违反了国际法基本原则，执行或承认该决议将明显违反英国法律的公共政策，应排除其适用。

（2）适用结果的可预见性较高

冲突法路径相较于事实路径更有利于提高适用结果的可预见性。在外国经济制裁法对争诉法律关系的直接调整结果方面，外国经济制裁法在冲突法路径中能够直接调整争诉法律关系，其适用结果取决于法院对制裁法规范内容与适用要件

[25] Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others [2002] UKHL 19.

的解释，法院在审理受同一外国经济制裁法影响的国际民商事案件时，会参照或遵循既有判例中对该制裁法的解释，因此，法院在司法实践中易于就特定外国经济制裁法形成稳定、统一的适用标准。适用标准的稳定与统一有利于私主体在事前预见外国经济制裁法对国际民商事法律关系的直接调整结果。在公共秩序保留制度干预外国经济制裁法适用结果方面，法院在冲突法路径中可以通过公共秩序保留制度来干预准据法国经济制裁法的适用结果，有学者总结了法院排除适用的几种情形：一是，制裁法内容或其适用结果受到联合国的谴责；二是，制裁法内容或其适用结果是将法院地国视为目标国；三是，制裁法内容或其适用结果违反法院地国的阻断法；四是，制裁法内容或其适用结果违反了跨国公共政策、国际公法。[26]上述情形通过考察准据法国经济制裁法对国际利益、法院地国国家利益的影响来决定是否排除其适用，这种基于法律规范价值的判断标准，有助于法院对特定外国经济制裁法的适用问题形成统一的司法立场，促进外国经济制裁法最终适用结果的一致性，进而提升其可预见性。私主体可以通过整理、归纳特定外国经济制裁法的适用规定，在交易安排、合同设计乃至争议解决预案中做出更合理的风险评估与防范决策。

（二）直接适用的法路径

与冲突法路径相同，直接适用的法路径不仅有利于法院通过行使自由裁量权灵活得出外国经济制裁法的适用结果，还能促进制裁法适用结果的可预见性。

1.直接适用的法路径的适用步骤

欧共体 1980 年《关于合同之债法律适用的公约》（以下简称为《罗马公约》）第 7 条第 1 款[27]和欧盟 2008 年《关于合同之债法律适用的第 593/2008 号条例》（以下简称为《罗马条例 I》）第 9 条第 1 款、[28]第 9 条第 3 款[29]在立法层面确立了外国公法的直接适用的法路径。欧洲法院在适用直接适用的法路径处理外国经济制裁法的适用问题时整体上遵循两个步骤：第一，确定与案件事实有密切联系的外国经济制裁法；第二，通过考虑制裁法的性质、目的以及适用或不适用的结果来决定是否应适用该制裁法。德国法兰克福高等法院在 2018 年审理的科威特航空公司案[30]中完整地展示了直接适用的法路径的适用步骤。

本案中，原告是居住在德国的以色列公民，在网上预定了科威特航空公司从

---

[26] See Mercédeh Azeredo da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation* (Kluwer Law International, 2014), pp.189-190.

[27] 《罗马公约》第 7 条第 1 款规定，当根据本公约适用一国法律时，与情况有密切联系的另一国法律的强制性规范可以生效，且无论合同准据法为何，均应适用另一国法律的强制性规范。在考虑是否实施这些强制性规范时，应考虑其性质和目的以及适用或不适用的后果。

[28] 《罗马条例 I》第 9 条第 1 款规定，优先性强制性规范是指一个国家认为对其公共利益（如其政治、社会或经济组织）至关重要的规范，这些规范适用于其范围内的任何情况，无论本法规下合同准据法为何。

[29] 《罗马条例 I》第 9 条第 3 款规定，合同产生的义务必须履行或已经履行的国家的法律中的优先性强制性规范可以生效，只要这些优先性强制性规范使合同的履行成为非法。在考虑是否实施这些规范时，应考虑其性质和目的以及适用或不适用的后果。

[30] OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.9.2018 -16 U 209/17.

法兰克福飞往曼谷并经停科威特城的往返航班。因该运输服务合同受科威特1964年第21号法律的约束，科威特航空公司被禁止向具有以色列国籍的原告提供合同规定的运输服务，因此通知原告“取消”航班。原告遂向法院提起诉讼，请求被告提供上述航班服务或支付适当的赔偿。德国法院首先根据《罗马条例I》第9条第3款确定了第21号法律与本案有密切联系，然后通过考虑第21号法律的性质、目的以及适用或不适用的结果来决定是否应适用该法律。德国法院认为第21号法律一是不符合欧盟针对其他国家采取的类似措施的标准，二是不符合国际法或德国法的原则，三是不以典型国际利益为基础，其所追求的政治经济目标与德国外交政策利益完全不相符，因此，排除了第21号法律的适用。

2.对直接适用的法路径的评价

（1）有利于法院灵活得出适用结果

《罗马公约》第7条第1款和《罗马条例I》第9条第3款中均规定了“在考虑是否实施这些规范时，应考虑其性质和目的以及适用或不适用的后果”，法院能够立足不同价值立场，通过行使自由裁量权来干预案涉外国经济制裁法的适用结果。以法国普瓦捷上诉法院在2011年审理的马士基案[31]为例，法国法院认为加纳禁运令具有合理的公共利益属性，承认了该禁运令的适用效果。本案中，原告委托被告将两个装有数吨冻牛肉的集装箱从法国运往加纳。由于加纳对法国原产牛肉实施禁运，两个集装箱均被运回法国，原告遂对货物进行了“报废销售”。原告向法院提起诉讼请求判令被告承担因销售价格降低而造成的损失。法院认为，加纳禁运令的目的是为了保护加纳人民免受疯牛病带来的风险，此种规定无论是从性质还是目的都是合理的，应根据《罗马公约》第7条第1款优先于合同准据法直接适用。适用加纳禁运令的结果是，海上运输合同因目的无法实现而无效，原告无法向被告追责。

（2）适用结果的可预见性较高

直接适用的法路径与冲突法路径一样有助于提升适用结果的可预见性。在外国经济制裁法对争诉法律关系的直接调整结果方面，与案件事实有特别联系的外国经济制裁法能直接调整争诉法律关系，决定法律适用结果，法院对于特定外国经济制裁法易形成稳定、统一的规范适用标准，这有助于提高私主体预见适用结果的准确性。在法院通过自由裁量权干预外国经济制裁法适用结果方面，茨威格特指出，法院在判断是否应排除外国强制性规范的直接适用时应审查其适用结果是否违反法院地国家利益和国际典型利益，[32]这种价值判断标准有助于法院对于特定外国经济制裁法的适用问题时形成统一的司法立场，促进适用结果的一致性与可预见性。

[31] Cour d'appel de Poitiers, 2ème chambre, 29 novembre 2011, n°10/03500.

[32] See Konrad Zweigert, “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, (1942) 14 (H. 1/2) *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 283, p. 291.

五、我国法院适用路径的选择建议

我国法院在选择外国经济制裁法的适用路径时应综合考虑三方面的因素，一是我国现行立法对适用路径的兼容度；二是我国在理论层面对适用路径的接受度；三是适用路径兼顾法院自由裁量与适用结果可预见性的效果。

一是在我国现行立法对适用路径的兼容度方面，事实路径最高，冲突法路径次之，直接适用的法路径最低。就事实路径而言，外国经济制裁法在事实路径中只是作为“事实”影响实体性规范的适用结果，并不直接调整争诉法律关系，因此，法院在适用事实路径时能回避外国经济制裁法与我国现行法律之间的立法管辖权冲突。就冲突法路径而言，我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称为“《法律适用法》”）没有明确所适用的外国准据法是否包含公法，立法上的模糊使得法院在适用冲突法路径时容易面临法律适用的正当性争议，但立法上的模糊同时也为冲突法路径留下了值得商榷的适用空间，有学者指出若《法律适用法》中多边冲突规范指引的准据法为外国法，该法所属国的强制性规范不得仅因其具有公法性质而被排除适用。[33]就直接适用的法路径而言，《法律适用法》第 4 条明确将直接适用的法的适用对象限定为我国的强制性规范，排除了外国强制性规范的适用，法院若适用直接适用的法路径会陷入于法无据的困境。

二是在我国对适用路径的理论接受度方面，同样是事实路径的接受度最高，冲突法路径次之，直接适用的法路径最低。事实路径的理论基础没有直接否认传统国际私法理论所坚持的不适用外国公法的观点，创新地提出了将外国公法作为“事实”考量其适用问题的主张，这有助于缓和传统理论与司法实践之间的矛盾，使得我国在理论层面也更容易接受事实路径。冲突法适用路径的理论基础认为冲突法所指引的准据法包含了公法，我国学界对这一主张尚未形成共识。有学者持否定观点，认为传统的冲突规则是一种多边主义的解决方法，这一方法一开始就没有将具有公法性质的规范包括在准据法之内，经冲突规范指引的准据法应为纯粹的私法；[34]有学者则持肯定观点，认为外国公法在满足一定条件的前提下，具有作为准据法的可行性。[35]我国理论层面的争议同样为冲突法路径留下了可能的适用空间。直接适用的法路径的理论基础认为与案件事实有特别联系的外国公法可以优先于准据法直接适用。该理论的形成深受欧洲一体化发展的影响，欧洲各国在政治、法律、社会、经济、文化、历史等各方面存在较高程度的共性和较为紧密的利益联系，这为该理论的发展提供了坚实的客观基础，但我国目前尚不具

---

[33] 参见肖永平、龙威狄:《论中国国际私法中的强制性规范》,载《中国社会科学》2012 年第 10 期,第 115 页。

[34] 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社 2004 年版,第 283 页；参见姜悠悠:《论美国单边制裁对国际商事合同法律适用的影响》,载《财经法学》2022 年第 2 期,第 182 页。

[35] 参见许军珂:《论公私法的划分对冲突法的影响——外国公法作为准据法的可行性分析》,载《当代法学》2007 年第 3 期；参见宋连斌、武振国:《制裁法对合同法律适用的影响及其应对——一个不同于传统的解释维度》,载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期。

备这种客观条件，使得我国在理论层面接受直接适用的法路径的难度较高。

三是在兼顾法院自由裁量与适用结果可预见性的效果方面，冲突法路径与直接适用的法路径均优于事实路径。从上文对三种适用路径的考察可知，三种适用路径均有利于法院行使自由裁量权以灵活处理外国经济制裁法的适用问题，但在提升适用结果可预见性方面，冲突法路径与直接适用的法路径的效果优于事实路径。这是因为前两种适用路径都有利于私主体预见外国经济制裁法对争诉讼法律关系的直接调整结果以及法院排除其适用的可能情形，但外国经济制裁法的适用结果在事实路径中具有很强的个案性，增加了私主体对特定外国经济制裁法适用结果的预见难度，不利于私主体进行事前风险防范。

综上，鉴于事实路径与我国现行立法及理论主张的契合度最高，我国法院在当前选择事实路径来处理外国经济制裁法的适用问题更具合理性。为尽力消解事实路径对适用结果可预见性的消极影响，最高人民法院可以通过发布指导案例来统一事实认定标准，提高相关实体性规范适用结果的一致性，降低私主体对制裁法适用结果的预见难度。此外，我国无论是在立法还是理论层面都为冲突法路径保留了一定适用空间，考虑到冲突法路径中外国经济制裁法适用结果的可预见性更高，这有利于保护国际民商事主体的私人利益，我国法院可以在未来的司法实践中逐步探索适用冲突法路径的可能性。

2025年中国国际私法学会

论外国网络侵权的管辖豁免例外

沈雨思

摘要：外国国家对我国目标主体实施的网络侵权，因持续发生在我国网络设备上，且会侵犯权利人的隐私权、设备动产或数据财产权、商业秘密或其他知识产权权益，所以构成国家豁免的侵权例外，在我国法院不享有管辖豁免。为减少诉累，适格原告可对外国国家被告，提起保护公众隐私权的公益诉讼或集体诉讼，或者保护多个数据财产权益的共同诉讼。虽然该类案件可由侵权行为地的中级人民法院管辖，但在互联网法院力量充裕的情形下，宜交由互联网法院进行专门管辖。另为规避政治风险，我国法院仍应秉持谨慎稳妥的立场，为外国网络侵权设定严格的豁免例外边界，将缺乏故意或因果关系要件的外国网络侵权，以及涉及军事活动、武装冲突或违反人权法的外国网络侵权，均排除在豁免例外情形之外，必要时也可适用不方便法院原则，拒绝行使管辖权。

关键词：网络侵权　国家豁免　管辖豁免　豁免例外

一、问题的提出

2013 年的“斯诺登事件”曝光了美国的全球监听丑闻及其蓄谋已久的“棱镜计划”，为其他各国敲响了网络安全警钟。但在该事件发生后，美国并无任何收敛迹象，反而利用其技术优势，在全球范围内变本加厉地开展网络监听和网络窃密活动。[1]2025 年 3 月 25 日，中国网络安全产业联盟发布《美情报机构针对全球移动智能终端实施的监听窃密活动》报告，披露美国情报机构对全球移动智能终端实施的大规模、长时间的监听窃密行动，并揭露美国“棱镜”计划背后的阴谋在于构建超级数据访问接口。[2]为搜集情报，美国除网络监听其他国家的政府官员外，还采取了多种不正当手段，包括但不限于利用 SIM 卡漏洞、广泛预置软件、植入恶意软件、使用伪基站、窥探运营商的技术参数等，肆意窃取普通互联网用户的信息和数据。另近年来，美国对我国的科研机构、大型科技公司或互联网公司的网络攻击频繁。我国国家互联网应急中心曾于 2024 年 12 月 18 日公布美国实施的两起恶意网络攻击事件：一为美国情报机构自 2024 年 8 月起对我国某先进材料设计研究单位进行网络攻击并窃取商业秘密，另一为美国情报机构自 2023 年 5 月起对我国某智慧能源和数字信息大型高科技企业进行网络攻击并窃

作者简介：沈雨思，中国政法大学国际法学院 2024 级博士研究生，研究方向为国际私法。

[1] 李明海，杨涵，李昊洋：《关于“斯诺登事件”对国际关系影响的思考》，载《中国信息安全》2023 年第 6 期，第 74 页。

[2] 中国网络安全产业联盟官网，重磅发布|中国网络安全产业联盟发布《美情报机构针对全球移动智能终端实施的监听窃密活动》（中英文版），https://www.china-cia.org.cn/home/WorkDetail?id=67e0f9530200340ad43d9ad7，2025 年 3 月 26 日访问。

取商业秘密。[3]向前追溯，在 2022 年 6 月 22 日，西北工业大学也曾发布《公开声明》称遭受境外网络攻击，后经国家计算机病毒应急处理中心和 360 公司联合组成的技术团队查证确认，相关攻击活动源自美国国家安全局（NSA）下属的“特定入侵行动办公室”（TAO），而且 TAO 已对中国国内的网络目标实施了上万次的恶意网络攻击，控制了数以万计的网络设备，窃取了超过 140GB 的高价值数据。[4]

我国公民的个人信息权益，以及我国公民、法人或者其他组织的网络设备、网络数据或其他网络空间权益，受我国《民法典》、《个人信息保护法》、《网络安全法》、《数据安全法》、《关键信息基础设施安全保护条例》等法律法规的保护。对于国内网络用户、网络服务提供者实施的网络侵权行为，我国被侵权人有权依据《民法典》第一千一百九十四条[5]和《民事诉讼法》第二十九条[6]，向侵权行为地或被告住所地的国内法院提起诉讼。从司法实践来看，当代网络服务的内容泛化和去中心化，不仅增加了网络侵权纠纷的受案数量，也推动了该类审判将保护的民事权益类型，由传统的人格权和知识产权，扩张至新型的个人信息权和网络虚拟财产权。[7]另对于在我国领域内没有住所的自然人、法人或其他组织实施的网络侵权行为，我国被侵权人也有权依据《民事诉讼法》第二百七十六条[8]，向我国的侵权行为地法院或其他适当联系法院提起侵权诉讼。只是在适用实体法规范方面，面对不同法域之间的法律冲突，我国法院需要依据我国《涉外民事关系法律适用法》第四十六条[9]或第四十四条[10]来确定准据法，如吴某 2 与胡某、WUDALYYIUCHI 网络侵权责任纠纷案[11]。然而，当网络侵权的发起者是外国国家时，被侵权人能否对外国国家提起侵权之诉？目前，我国的保护措施主要集中在公法框架内，以维护国家网络主权和网络安全为宗旨，重在加强网络空间的监

[3] 国家互联网应急中心官网，CNCERT 发现处置两起美对我大型科技企业机构网络攻击事件，https://www.cert.org.cn/publish/main/8/2024/20241218184234131217571/20241218184234131217571_.html，2025 年 3 月 1 日访问。

[4] 国家计算机病毒应急处理中心官网，西北工业大学遭美国 NSA 网络攻击事件调查报告（之一），https://www.cverc.org.cn/head/zhaiyao/news20220905-NPU.htm，2025 年 3 月 1 日访问。

[5] 《民法典》第一千一百九十四条　网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。

[6] 《民事诉讼法》第二十九条　因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

[7] 薛婳：《论我国网络侵权领域的新变化——以<民法典>中三个网络侵权术语为视角》，载《法律适用》2021 年第 11 期，第 66-69 页。

[8] 《民事诉讼法》第二百七十六条　因涉外民事纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起除身份关系以外的诉讼，如果合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地位于中华人民共和国领域内的，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地人民法院管辖。

除前款规定外，涉外民事纠纷与中华人民共和国存在其他适当联系的，可以由人民法院管辖。

[9] 《涉外民事关系法律适用法》第四十六条　通过网络或者其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的，适用被侵权人经常居所地法律。

[10] 《涉外民事关系法律适用法》第四十四条　侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。

[11] 吴某 2 与胡某、WUDALYYIUCHI 网络侵权责任纠纷一审民事判决书，（2019）粤 0192 民初 48420 号。

管措施和技术防御能力，例如《个人信息保护法》第四十二条[12]规定的限制或者禁止措施。对于被侵权人已经遭受的损害，过去的私法体系则难以提供有效的法律救济，因为在被侵权人与国内司法救济之间，始终横亘着国家豁免原则这一管辖障碍。

国家豁免原则，根植于国家主权原则和“平等者之间无管辖权”理念，最早于 13 世纪为古欧洲的教皇教令明确提出，并逐渐得到国际社会的普遍认可，发展成为一项重要的国际法原则。[13]依据国家豁免原则，外国国家及其财产享有绝对豁免权，即除非取得了外国国家的明示同意，否则一国法院既不得受理以该外国国家为被告或者以该外国国家财产为标的物的诉讼，也不得对该外国国家财产采取强制措施或予以强制执行。[14]但是，19 世纪以后，西方国家在工业革命的进程中，迈向垄断资本主义阶段，并以国家身份进入跨国市场，参与经济活动，若固守原有的国家豁免理论，将使平等交易中的一国私主体永远处于权益损害无从救济的不平等地位，所以在 19 世纪末，比利时和意大利法院率先行动，尝试区分国家的主权行为和商业行为，并将国家豁免原则限缩适用于外国国家的主权行为，即转向了限制豁免主义。[15]20 世纪尤其是第二次世界大战以后，各国之间的贸易往来日益频繁，经济全球化的浪潮袭来，诸多发达国家如美国、英国、德国、法国、瑞士、荷兰、希腊、西班牙、奥地利、加拿大、新加坡、以色列等，以及少数发展中国家如巴基斯坦、南非，也相继改弦易张，纷纷走上限制豁免道路。[16]

聚焦至我国，自改革开放以来，我国亦频频遭遇有关国家豁免的立场拷问。一方面，无论是改革开放初期的湖广铁路债券案，还是入世以后的刚果金案，抑或是新冠疫情期间的无端滥诉问题，我国均秉持公认的国家豁免原则，奉行绝对豁免主义。另一方面，自 20 世纪 80 年代开始，我国便派员屡屡参与《联合国国家及其财产管辖豁免公约草案》的磋商，并于 2005 年签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，尽管该公约尚未生效，未能扭转我国的绝对豁免立场，但本质上反映出了我国对限制豁免主义的缓和态度与接受需求。[17]在推进高水平对外开放的新时期，以统筹推进国内法治和涉外法治为中心思想，借鉴国际通行做法，我国已于 2023 年 9 月 1 日公布了《中华人民共和国外国国家豁免法》（简称“《外国国家豁免法》”），并自 2024 年 1 月 1 日起施行。该法以外国国家及其财产享有豁免为原则，不享有豁免为例外，于第四条至第十二条，对外国国家的明

[12] 《个人信息保护法》第四十二条　境外的组织、个人从事侵害中华人民共和国公民的个人信息权益，或者危害中华人民共和国国家安全、公共利益的个人信息处理活动的，国家网信部门可以将其列入限制或者禁止个人信息提供清单，予以公告，并采取限制或者禁止向其提供个人信息等措施。

[13] 黄进：《略论国家及其财产豁免法的若干问题》，载《法学研究》1986 年第 5 期，第 93 页。

[14] 韩德培主编：《国际私法（第三版）》高等教育出版社 2014 年版，第 70 页。

[15] 周子亚：《主权豁免及其最近发展》，载《法学研究》1986 年第 5 期，第 17 页。

[16] 黄进：《略论国家及其财产豁免法的若干问题》，载《法学研究》1986 年第 5 期，第 94-95 页。

[17] 曾涛：《中国在国家及其财产豁免问题上的实践及立场》，载《社会科学》2005 年第 5 期，第 55 页。

示或默示接受管辖、商业活动、劳动或劳务合同、人身伤害和财产损害（侵权行为）、特定财产关系、知识产权确权或侵权、商事仲裁或投资仲裁相关事项，采取了限制管辖豁免的做法，另于第十四条，对外国国家的明示放弃，明确划拨财产用于执行，以及在我国境内有用于商业活动且与诉讼有联系的财产等情形，作了限制执行豁免的规定。[18]因此，得益于限制豁免制度的实施，遭受外国网络侵权的被侵权人，在我国亦获得了权益救济希望。

针对美国实施的诸如网络攻击、网络监听、窃取网络数据以及窃取商业秘密等行为，或者其他外国国家实施的类似行径，因不存在外国国家参与商业交易的情形，故不适用《外国国家豁免法》的商业活动例外条款。另根据我国的法律制度和法律观念进行识别，被侵权人寻求国内司法救济的突破口，主要在于精准理解并合理运用《外国国家豁免法》第九条[19]所确立的侵权行为例外规则。诚然，将该侵权行为例外规则适用于外国国家通过网络实施的侵权行为并非易事。一则，我国法院目前暂无审理以外国国家为被告的实际案件，现有围绕限制豁免规定所展开的思辨，多为学术理论探讨，而且国内学者热衷于钻研《外国国家豁免法》的商业活动例外条款，对侵权行为例外规则的研究热情偏弱，[20]所以当前对《外国国家豁免法》第九条的理解，本就存在权威性与一致性不足的问题。二则，外国国家通过网络实施的侵权行为，亦区别于传统的侵权行为。不仅侵权场域即网络空间具有虚拟性，而且损害结果主要关乎被侵权人的信息权益或数据权益，这就在互联网时代或数字经济时代的背景下，给《外国国家豁免法》第九条的理解与适用又带去了全新挑战。

综上，对《外国国家豁免法》的侵权行为例外规则，做出合乎时代语境的理解与适用，并对外国国家实施的网络侵权行为，进行国家豁免的例外审查，均是新时期国际交往的新需要，有利于在尊重国家主权平等，维护我国网络主权、安全和利益的公法价值基础上，增补保护被侵权人合法权益的私法价值，从而为司法实践提供价值权衡的空间，实现个案的利益平衡。

二、外国网络侵权管辖豁免例外的证成

外国国家通过网络实施的侵权行为，一旦满足《外国国家豁免法》侵权行为

---

[18] 何志鹏：《<外国国家豁免法>的司法功能和话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 29 页。

[19] 《外国国家豁免法》第九条　对于外国国家在中华人民共和国领域内的相关行为造成人身伤害、死亡或者造成动产、不动产损失引起的赔偿诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。

[20] 注：在《外国国家豁免法》出台之后，仅有三篇文献专门研究了国家豁免的侵权行为例外：一是纪林繁发表于《国际法学刊》2024 年第 2 期的《论外国国家侵权行为的管辖豁免》一文；二是吴琪发表于《国际经济法学刊》2024 年第 4 期的《FSIA 下自由裁量权例外的规则解构与中国因应》一文；三是任虎、负昊江发表于《福建江夏学院学报》2024 年第 14 卷第 3 期的《外国单边经济制裁的国家豁免例外研究》一文。另在《外国国家豁免法》出台之前，曾有四篇文献着重研究了国家侵权豁免例外：一是孙心依、杜涛发表于《武大国际法评论》2022 年第 5 期的《美国 FSIA 侵权例外规则的司法适用与中国应对》一文；二是王一森发表于《法制与社会》2018 年第 8 期的《人身侵权领域国家豁免例外法律研究》一文；三是袁元、杨莎发表于《法制与社会》2016 年第 21 期的《对<联合国国家及其财产管辖豁免公约>侵权例外条款的分析》一文；四是张露藜发表于《四川理工学院学报（社会科学版）》2005 年第 4 期的《论国家豁免在国家从事侵权行为中的适用》一文。

例外规则规定的主体要件、行为要件和结果要件，即具有可诉性。其中，主体要件为“外国国家”，行为要件为“在中华人民共和国领域内的相关行为”，结果要件为“造成人身伤害、死亡或者造成动产、不动产损失”。

（一）外国网络侵权是外国国家实施的行为

在涉及国家豁免的案件中，既有依据法院地法来识别“外国国家”的国际司法实践，也有依据外国法来识别“外国国家”的国际司法实践，但当依据本国豁免法足以认定“外国国家”身份时，一国法院通常无需考虑外国法的适用。[21]

《外国国家豁免法》第二条[22]清晰界定了“外国国家”的概念，对各类国家豁免或豁免例外纠纷均具有约束力。置入外国网络侵权情境，以美国为例，其网络攻击或其他网络侵权行为主要通过以下两种途径实施：其一，以美国国家安全局（NSA）和美国中央情报局（CIA）为代表的美国情报机构直接策划、发起和执行；[23]其二，美国当局要求苹果、谷歌、Meta、微软等大型科技公司，向其提供用户数据，或为其获取用户数据提供便利。[24]就前者而言，行为人毫无疑问属于“外国主权国家的国家机关”，符合《外国国家豁免法》对“外国国家”的定义，无甚争议。但若欲将后者归因于美国国家，则具有较大难度。因为跨境收集和传输用户数据的实施主体是美国境内的企业，而且此类数据跨境操作通常与企业的经营活动密切相关，是企业的自主经营行为。若美国企业向美国境内传输数据，以及向美国政府披露用户数据的行为，是获得用户授权或者遵守用户所在国家或地区法律法规的，则对于被侵权人的权益损害，也会是基于用户自愿或者风险可控的。换言之，违规收集和传输数据行为，才是侵害权利人权益的实行行为。因此，尽管美国当局要求美国企业提供用户数据，也可能会引发权益损害，但该要求与违规收集和传输数据行为之间，只有时间上的先后关联，没有法律上的因果关系，所以无法被视为美国国家的网络侵权行为。至于该情形下被侵权人的损害赔偿需求，完全可以通过追究这些美国企业的侵权责任来实现。[25]

当然，倘若美国企业的违规跨境收集和传输用户数据行为，是应美国当局的指令或要求而实施的，则又另当别论。因为此时的美国企业无疑沦为了美国国家的情报工具，二者具有共同故意，符合我国《民法典》狭义共同侵权规则中的“共

---

[21] 袁发强，胡程航：《国家豁免中“国家”的识别：以法律适用为视角》，载《国际法研究》2024 年第 6 期，第 45-48 页。

[22] 《外国国家豁免法》第二条　本法所称的外国国家包括：
（一）外国主权国家；
（二）外国主权国家的国家机关或者组成部分；
（三）外国主权国家授权行使主权权力且基于该项授权从事活动的组织或者个人。

[23] 中国网络安全产业联盟：《美情报机构针对全球移动智能终端实施的监听窃密活动》，第 2 页。

[24] 王映：《微软法务力挺苹果拒绝为政府留后门》，载《法人》2016 年第 3 期，第 12 页。

[25] 澎湃新闻网，谷歌收集 400 万苹果手机用户数据，英国法院支持原告起诉，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4599140，2025 年 3 月 21 日访问。

同实施”行为，所以美国国家和美国企业对被侵权人构成共同网络侵权。[26] 只是在侵权行为人的实际追踪方面，美国企业依然是相对容易锁定的目标，可以通过数据泄露溯源相关技术手段来确定。但美国当局的指令或要求，由于只发生在其与美国企业之间，所以无论是我国的网络安全监管部门，还是我国的被侵权人，都难以获悉具体的行为内容，除非美国企业为减免自身责任而主动披露相关情节，并提供相应证据。

因此，外国网络侵权行为，首先是指可以归因于外国国家的网络侵权行为，主要包括外国的国家机关或组成部分，以及获得授权行使主权权力的组织或个人直接实施的网络攻击、网络监听窃密或其他网络侵权行为，在有确切证据证明外国企业系受外国国家指示或支持而实施违规跨境收集或传输用户数据行为的情形下，也包括外国国家与外国企业共同实施的网络侵权行为。

（二）外国网络侵权是发生在中国领域内的侵权行为

对外国国家通过网络实施的侵权行为行使管辖权，最直观的障碍莫过于《外国国家豁免法》第九条规定的“在中华人民共和国领域内”的领土联系要求。虽然在网络侵权案件中，以侵权结果发生地为标准，并辅之以行为与结果之间的因果关系要素，来理解该领土联系要求，将有利于更好地维护我国民事主体的诉权，[27]但是从立法措辞来看，《外国国家豁免法》的正式文本并未采纳草案第九条[28]的表述，不仅增加了外国国家的“相关行为”内容，还将“在中华人民共和国领域内”，置于外国国家的相关行为之前，表明了侵权行为发生地主义倾向。相应的，能否对正式文本中的领土联系要求，作侵权行为发生地和损害结果发生地的双重地域联系理解，也是值得进一步深思的问题。[29]不过，由于外国网络侵权行为的损害目标位于我国境内，所以较容易满足损害结果发生地的地域联系标准。相较之下，网络空间的虚拟特性却给侵权行为发生地的认定带来了挑战。

事实上，能够造成我国境内权利人权益损害的外国网络侵权行为，也是发生在我国境内的侵权行为。尽管外国国家是在外国境内策划和发起的网络攻击或其他侵权活动，但该侵权行为在进入我国网络空间主权领域后并未终止，而是持续作用于我国境内权利人的网络服务器或者其他网络设备，直至实现窃密或其他侵权目的。[30]以外国国家针对苹果手机用户的“零点击”攻击为例，攻击者通过 iMessage 设备向目标手机发送包含隐藏恶意附件的 iMessage 信息，目标手机收到信息后，无需用户执行任何操作，即可自动触发系统 4 个零日漏洞，并自动完

[26] 刘道远：《<民法典>狭义共同侵权规则中“共同实施”的解释》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 48 卷第 6 期，第 36-37 页。

[27] 何志鹏：《<外国国家豁免法>的司法功能和话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 32 页。

[28] 《外国国家豁免法（草案）》第九条　对于外国国家在中华人民共和国领域内造成人身损害或者死亡，或者动产、不动产的损失引起的赔偿诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。

[29] 李庆明：《论中国<外国国家豁免法>的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 49 页。

[30] Scott A. Gilmore, *Suing the Surveillance States: The (Cyber) Tort Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act*, 46 Columbia Human Rights Law Review 227, 254 (2015).

成后续恶意软件植入，进而在悄无声息间，将目标手机内的麦克风录音、即时通信照片、地理位置等等信息自动传输至设置好的远程服务器上。[31]在这一过程中，若 iMessage 信息被拦截，未能到达目标手机，或者到达目标手机后，攻击者放弃攻击，采取措施停止植入后续恶意软件和传输个人信息，则均不会发生手机用户个人信息权益受侵害的结果。因此，外国国家针对我国领域内目标的网络侵权行动，一定以入侵我国领域内的互联网网域、设备或程序为必经之路，所以在相当程度上，其侵权结果发生地和侵权行为发生地具有同一性，均作用于我国领域内的人或物，即均发生在我国领域内。

此外，《外国国家豁免法》第九条还对外国侵权行为的性质，作了“相关行为”之模糊规定，由此引发了“相关行为是主权行为？还是非主权行为？”的争论。有学者遵循限制豁免原则的发展历程和基本内涵，认为该侵权行为例外规则也应适用于外国国家的非主权行为。[32]然而，在国家豁免原则发展的国际潮流中，这是坚持限制豁免主义国家的早期实践，自 20 世纪 70 年代之后，很多国家改变了态度，对外国侵权行为的豁免例外不再区分主权行为和非主权行为。[33]鉴于“行使主权权力”和“非行使主权权力”的划分，主要存在于《外国国家豁免法》的商业活动例外条款中，而该条款与侵权行为例外规则属于并列关系，而非原则与规则，或者包含与被包含的关系，所以对外国的侵权行为，作非主权行为的限制解释，只会自缚手脚，反而辜负了立法特意预留的灵活适用空间。因此，对于外国国家实施的网络侵权行为，在满足领土联系限制的情形下，亦无需进一步考究其行为性质，即可认定其符合我国侵权行为例外规则所规定的行为要件。

综上，外国国家实施的网络侵权行为，不论是主权行为还是非主权行为，但凡能导致我国权利人权益受损的，皆为入侵我国网络主权空间，并在我国境内对被侵权目标持续实施的侵权行为，构成“外国国家在中华人民共和国领域内的相关行为”。

（三）外国网络侵权会造成人身伤害或动产损失

对外国网络侵权行为行使管辖权的另一挑战，在于《外国国家豁免法》第九条对侵权损害结果类型的严格限制。依据该条文规定，被侵权人只能就“人身伤害、死亡”或“动产、不动产损失”，向我国法院提起“赔偿诉讼”。如前所述，外国国家通过对移动智能终端实施监听窃密活动，可以获取我国众多互联网用户的个人信息或网络数据，另通过对我国大型互联网企业或科技企业实施网络攻击，也可以窃取目标对象的网络数据和商业秘密。乍看之下，外国网络侵权行径所造成的损害，均不属于传统意义上的人身损害或财产损失，但事实并非如此。

[31] 中国网络安全产业联盟：《美情报机构针对全球移动智能终端实施的监听窃密活动》，第 24 页。

[32] 纪林繁：《论外国国家侵权行为的管辖豁免》，载《国际法学刊》2024 年第 2 期，第 26 页。

[33] 唐亚：《<外国国家豁免法>理解与适用中需要关注的几个重要问题》，载《国际法研究》2024 年第 6 期，第 35 页。

首先，外国国家投放于我国用户移动智能终端或其他网络设备上的恶意软件、漏洞、程序，有可能造成网络瘫痪或硬件损伤，致使相关设备遭受实际价值损失。[34]更有甚者，如同“9·17 黎巴嫩通信设备爆炸事件”那样，也完全有可能引发设备的物理性毁损。因此，在这个意义上，外国国家实施的网络侵权行为，也会造成传统侵权视域中的“动产损失”。

其次，在网络侵权纠纷中，保护被侵权人的新型权益，主要是个人信息权与数据财产权，已成为数字时代法治发展的必然要求。虽然我国法院出于尊重国家主权平等原则，对管辖外国网络侵权案件需持谨慎稳妥态度，但在特定情形下，外国网络侵权行为所造成的新型权益损害，也可以被纳入“人身伤害”或“动产损失”的范畴。具体而言：

其一，若外国国家通过网络窃取的权利人信息或数据，涉及权利人的私密网络空间、私密网络活动或私密网络信息，如电子邮箱、视频通话或加密日志，则侵犯了权利人的隐私权，即对权利人造成了人身伤害。此外，虽然外国国家有时截取的是我国网络用户的非私密信息，但由于经组合分析后也能对目标人员进行精准画像，所以可被视为具有可识别性的组合式私密信息，换言之，外国国家在该情形下亦侵犯了用户的隐私权。[35]隐私权作为一项独立的人格权，是公民人身权益内在组成部分。在我国法律规定的侵害隐私权的民事责任中，赔偿损失，包括赔偿被侵权人的精神损害和为修复权利内容而产生的损失，也是最重要的一种责任承担方式。[36]因此，在法理层面，外国网络侵权可能会造成的隐私权损害，属于人身伤害。

其二，当外国网络侵权行为意在窃取权利人的网络数据时，由于可能侵犯到我国境内企业的衍生数据财产权益，所以可能会造成权利人的动产损失。尽管学界对数据的法律属性存在多种不同的认识，包括人格权说、财产权说、知识产权说、新型权利说、复合权利说等，但各方普遍认可数据具有重要财产价值。[37]因为数据的本质是信息，所以除非进入市场交易环节，否则承载个人信息的原始数据的自身财产价值有限，而原始数据的自由流通，使得数据处理者主要是企业可以通过记录、检索、整理、分析、挖掘等匿名化处理和利用行为，获得衍生数据，并实现数据增值。[38]又鉴于我国立法回避了有关数据法律属性的争议，暂未就数据设立新型权利，所以相关衍生数据的权益救济，只能在现有的民事权利框架内进行。意即，若外国国家针对我国境内企业实施的网络数据窃取行为，损害了目标企业对衍生数据所享有的财产权益，贬损了衍生数据的市场交易价值，则作为

[34] Samantha N. Sergent, *Extinguishing the Firewall: Addressing the Jurisdictional Challenges to Bringing the Cyber Tort Suits against Foreign Sovereigns*, 72 Vanderbilt Law Review 391, 403 (2019).
[35] 李姝卉：《数字时代隐私权保护的立法因应》，载《法学》2024 年第 3 期，第 22 页。
[36] 王珊珊：《论隐私权的法律保护》，载《云南社会科学》2000 年增刊，第 180 页。
[37] 戴龙主编：《数字贸易法通论》，中国政法大学出版社 2022 年版，第 9 页。
[38] 戴龙主编：《数字贸易法通论》，中国政法大学出版社 2022 年版，第 14 页。

数据处理者的境内企业，会遭受现实的经济损失。因此，该情形下，外国网络侵权行为会造成权利人的动产损失。

最后，针对外国国家实施网络攻击窃取我国境内企业商业秘密的情形，由于我国《民法典》已明确将商业秘密列为知识产权的客体，所以外国国家无疑侵害了我国企业的知识产权。考虑到《外国国家豁免法》第十一条[39]作了知识产权侵权例外的特别规定，故而无需纠结知识产权侵害是否属于动产损失。在主体要件和行为要件均无瑕疵的情况下，可以直接援引该知识产权侵权例外规定，来限制外国国家的管辖豁免权。

综上所述，当外国国家实施的网络攻击、监听窃密或其他侵权行为，损害了我国权利人的互联网设备、隐私权或衍生数据财产权益时，因既具备发生在我国领域内的侵权行为，也造成了人身伤害或动产损失，故被侵权人可援引《外国国家豁免法》的侵权行为例外规则，向我国法院提起侵权赔偿诉讼。若遭受损害的是商业秘密或其他知识产权权益，则被侵权人可引用《外国国家豁免法》的知识产权侵权例外特别条款。

三、外国网络侵权管辖豁免例外的应用

围绕《外国国家豁免法》侵权行为例外规则的适用，我国法院在处理外国网络侵权案件时，虽有必要向被侵权人敞开救济之门，但亦需尊重外国国家的主权，更需维护我国的主权、安全和利益。因此，外国网络侵权的管辖豁免例外，势必区别于普通网络侵权案件的管辖，在管辖权行使的起点、过程和边界等方面，均需给出特殊考量，以妥善平衡多重价值目标。

（一）应用场景

根据外国国家实施网络侵权的行为模式和损害结果差异，外国网络侵权管辖豁免例外的运用情境至少可划分为以下三种情形：

应用场景一：外国国家在境外直接策划、发起和执行针对我国境内目标主体的网络攻击，并造成了我国境内目标主体的设备损害，自然人的隐私权损害，或者法人、非法人组织的衍生数据权益损害；

应用场景二：外国国家指令或要求外国企业利用经营便利，在违背用户意愿或者违反我国法律的情形下，对我国互联网用户的网络数据进行跨境采集与传输，并造成了应用场景一中所述的各类权益损害；

应用场景三：外国国家在应用场景一中单独实施的网络侵权，或者在应用场景二中与外国企业共同实施的网络侵权，侵害了我国境内权利人的商业秘密或者其他知识产权权益。

---

[39] 《外国国家豁免法》第十一条　对于下列知识产权事项的诉讼，外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免：

（一）确定该外国国家受中华人民共和国法律保护的知识产权归属及相关权益；

（二）该外国国家在中华人民共和国领域内侵害受中华人民共和国法律保护的知识产权及相关权益。

（二）应用路径

首先，在上述应用场景中，遭受外国网络侵权损害的被侵权人，均有权依据《外国国家豁免法》的相关规定，在我国法院对外国国家提起赔偿诉讼。但鉴于外国网络侵权通常是针对我国境内不特定主体而为的大规模侵权行径，加之权利人个体对网络侵权的侦查能力有限，获取侵权事实或证据往往依赖于网络安全主管部门或大型科技公司的技术支持。因此，为避免给当事人和司法机关带来不必要的诉累，可借鉴现有民事诉讼制度，为外国网络侵权诉讼提供更为有效的实施路径。具体而言：

第一，提起公民隐私权保护公益诉讼或集体诉讼。我国《个人信息保护法》第七十条赋予人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织，就个人信息处理者侵害众多个人权益的行为提起诉讼的资格。公民私密信息为个人信息概念所含摄，故而外国国家通过网络侵害众多个人私密信息的行为，与个人信息处理者的前述侵权行为无异。因此，允许人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织，对实施网络侵权的外国国家提起公益诉讼，既有利于加强对被侵权人尤其是不知情被侵权人的隐私权益保护，[40]也有利于提升该类国家豁免管辖例外案件的审理质效。当然，众多被侵权人选择推选代表人，对外国国家提起集体诉讼，也是可行之举。

第二，提起数据权益保护共同诉讼。目前，我国的高精尖科研单位、大型互联网公司或科技公司是外国国家网络攻击的重点对象。在外国国家窃取的数据不构成商业秘密的情形下，被攻击者遭受数据权益损害是普遍现象。由于该类网络侵权可能源自同一外国国家的同一网络攻击计划，所以对于同一时期的数起或多起网络数据侵权，允许被侵权人提起共同诉讼，既有利于节约诉讼资源，也有利于整合证据，进而有助于查明案件事实。

第三，提起知识产权主要是商业秘密侵权专门诉讼。若外国国家通过网络窃取的我国境内企事业单位数据涉及商业秘密，鉴于商业秘密权利人对案件审理的非公开需要，所以被侵权人也可以选择独立对外国国家提起知识产权侵权诉讼。

其次，在外国国家与外国企业共同实施网络侵权的案件中，由于实行行为人是外国企业，所以被侵权人直接起诉外国国家并不现实。但理论而言，若外国企业为规避自身法律责任，出示证据证明侵权行为系应外国国家的指令或要求而实施，则可考虑追加外国国家为被告。

最后，在国内管辖权的最终确定方面，依据《民事诉讼法》第二百七十六条，被侵权人可以向侵权行为地的法院提起诉讼。结合《民事诉讼法》司法解释第二

[40] 高志宏：《隐私、个人信息、数据三元分治的法理逻辑与优化路径》，载《法制与社会发展（双月刊）》2022 年第 2 期，第 222 页。

十四条[41]和第二十五条[42]可知，被侵权人既可以向发生侵权行为的境内信息设备所在地法院起诉，也可以向被侵权人住所地法院起诉。但疑虑在于，应由侵权行为地的哪一级法院进行管辖？因为涉及外国国家被告，案件可能复杂又敏感，其审理过程和裁判结果均关乎我国的外交关系与国际影响，所以对受理外国网络侵权纠纷的国内法院而言，是个不小的挑战。[43]对此，有学者提议集中管辖，由最高人民法院指定北京或上海的中级人民法院来审理外国国家的侵权案件。[44]这在我国司法实践的初期或许是个不错的提议，但若该类审判实践转入日常化，集中受案的法院负累过重，而且大概率会给被侵权人造成异地诉讼的不必要负担。因此，聚焦我国《民事诉讼法》有关级别管辖的规定，将外国国家实施网络侵权行为所引发的赔偿诉讼，作为重大涉外案件，交由各侵权行为地的中级人民法院进行管辖即可，这与潜在的公益诉讼级别管辖要求也相吻合。不过，在我国互联网法院平台建设日趋完善，专业力量日益强大的情形下，未来的最佳选择，是将外国网络侵权案件交由互联网法院进行专门管辖。这不仅能回避因被侵权人人数众多而引发的侵权行为地法院管辖权冲突，还能发挥互联网法院便捷高效、经济环保的优势，并能保障对涉新技术、新形态的外国网络侵权纠纷审理的专业性。[45]

（三）应用边界

外国网络侵权的管辖豁免例外，是一个兼具司法因素和政治因素的复杂议题。为避免给我国外交关系造成不必要的负面影响，应在构成要件之外，对该领域侵权行为例外规则的适用，施以更严格的限制条件。

首先，除审查损害结果外，借鉴侵权责任法中的过错、损害和因果关系三要件，[46]我国法院在确定管辖权阶段，即可结合过错和因果关系要件，对外国国家被诉的网络侵权行为进行初步审查，并可将过错要件限定为外国国家的故意。意即，对于外国国家的过失网络侵权行为，如外国国家在我国网络社交平台转载或发布未经核实的消息，给我国私主体造成了名誉或其他权益损害，以及明显缺乏因果关系的网络侵权行为，如前文所述的外国国家依其本国法请求外国企业披露已采集的我国网络用户信息或数据的行为，不适用侵权行为豁免例外。

其次，我国《外国国家豁免法》虽然未就侵权行为例外规则设定适用例外，但参考国际条约和国家实践，外国国家因军事活动、武装冲突在我国领域内造成

---

41 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2022 修正）第二十四条　民事诉讼法第二十九条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

42 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2022 修正）第二十五条　信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

43 张晓君，马晓晴：《外国国家豁免法的理解与适用》，载《人民检察》2023 年第 23 期，第 49 页。

44 任虎，贠昊江：《外国单边经济制裁的国家豁免例外研究》，载《福建江夏学院学报》2024 年第 14 卷第 3 期，第 108 页。

45 刘洁，任惠颖，陈恒星：《互联网法院：网络法治的中国智慧与方案》，载《人民日报》2024 年 9 月 23 日，第 002 版。

46 王利明：《我国<侵权责任法>采纳了违法性要件吗》，载《中外法学》2012 年第 24 卷第 1 期，第 7 页。

的损害，以及外国国家违反国际人权法的行为，均不属于侵权行为豁免例外情形。[47]因此，对于外国国家在军事活动、武装冲突中实施的网络侵权行为和违反国际人权法的网络侵权行为，我国法院也不可以行使管辖权。

最后，在外国国家对其本国人实施的网络侵权案件中，即使我国法院依法确定自身具有管辖权，也可以进一步考虑不方便法院原则的适用。例如，外国国家在具有该外国国籍的自然人来中国旅游或执行公务期间，对外国自然人的网络通信内容进行网络实时监控。该情形下，由于该外国权利人与我国的联系有限，而且案件也不涉及我国的主权、安全和社会公共利益，所以我国法院可发扬不方便法院原则所蕴含的司法礼让精神，拒绝行使管辖权。

四、结论

外国国家针对我国互联网用户实施的网络攻击或监听窃密活动，不仅侵犯了我国的网络主权、安全和利益，也损害了我国互联网用户的私法权益。在私法权益救济领域，外国国家在我国享有的国家豁免权，成为了被侵权人寻求国内司法救济的莫大障碍。但是，《外国国家豁免法》的侵权行为例外规则和知识产权侵权例外规则，为被侵权人在我国法院向外国国家索赔提供了可能。

依据《外国国家豁免法》第九条的规定，外国国家就侵权行为不享有管辖豁免的前提是侵权行为发生在我国领域内，且造成了人身伤害、死亡或者动产、不动产损失。由于外国国家实施的网络侵权行为，需作用于我国领域内的网络系统或网络设备，在进入我国网络空间后并未停止，所以可被视为发生在我国领域内的侵权行为。但并非发生在我国网络空间的所有信息或数据权益损害，均属于人身伤害或动产损失。一般而言，对自然人私密信息的侵害，属于侵犯隐私权的人身伤害，对权利人网络设备的损坏或数据财产权益的损害，属于经济性的动产损失。另外，若权利人遭受的数据财产权益损坏，涉及商业秘密侵权或其他知识产权侵权的，则可对外国国家的网络侵权行为，适用《外国国家豁免法》的知识产权侵权例外特别条款。

外国网络侵权管辖豁免例外场景下，被侵权人往往是我国境内不特定的自然人，或者引起外国重点关注的高精尖法人或非法人组织。为减轻当事人和法院的负担，以外国国家为被告，我国可以探索建立互联网用户的隐私权保护公益诉讼或集体诉讼制度，以及数据权益保护共同诉讼机制，并继续落实商业秘密或其他知识产权权益保护专门诉讼。在外国国家和外国企业构成共同网络侵权的情形下，除非有确切证据证明外国国家实施了侵权行为，否则被侵权人的第一选择应是起诉外国企业，必要时通过外国企业的信息披露追加外国国家被告。至于我国国内的具体管辖法院，考虑到外国网络侵权案件的复杂性和专业性，在我国互联网法院平台建设成熟，审判力量充足的前提下，交由互联网法院进行专门管辖是最佳

[47] 李庆明：《论中国<外国国家豁免法>的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期，第 49 页。

方案。但在互联网法院的建设发展期，原则上也可交由境内信息设备所在地或被侵权人住所地的中级法院进行管辖。

最后，基于国家主权平等原则，我国法院在处理外国网络侵权案件的管辖权问题时，需充分考虑潜在的政治风险，为该类纠纷的管辖豁免例外设定严格的界限。一方面，可以借鉴实体法经验，将外国国家的轻微责任或无责情形，主要是过失网络侵权行为和明显缺乏因果关系的网络侵权行为，排除在侵权赔偿诉讼之外。另一方面，可以借鉴国际法经验，将外国国家违反国际人权法的网络侵权行为，或者在军事活动、武装冲突中实施的网络侵权行为，排除在侵权行为豁免例外之外。必要时，对于既不涉我国主权、安全和利益，也不涉我国被侵权人权益的外国网络侵权行为，即使符合侵权行为例外规则规定，也可参考不方便法院原则，拒绝行使管辖权，以彰显国际礼让精神。

参考文献：

[1]戴龙主编：《数字贸易法通论》，中国政法大学出版社 2022 年版。

[2]韩德培主编：《国际私法（第三版）》高等教育出版社 2014 年版。

[3]纪林繁：《论外国国家侵权行为的管辖豁免》，载《国际法学刊》2024 年第 2 期。

[4]唐亚：《<外国国家豁免法>理解与适用中需要关注的几个重要问题》，载《国际法研究》2024 年第 6 期。

[5]袁发强，胡程航：《国家豁免中“国家”的识别：以法律适用为视角》，载《国际法研究》2024 年第 6 期。

[6]任虎，员昊江：《外国单边经济制裁的国家豁免例外研究》，载《福建江夏学院学报》2024 年第 14 卷第 3 期。

[7]李姝卉：《数字时代隐私权保护的立法因应》，载《法学》2024 年第 3 期。

[8]何志鹏：《<外国国家豁免法>的司法功能和话语功能》，载《当代法学》2023 年第 6 期。

[9]李庆明：《论中国<外国国家豁免法>的限制豁免制度》，载《国际法研究》2023 年第 5 期。

[10]张晓君，马晓晴：《外国国家豁免法的理解与适用》，载《人民检察》2023 年第 23 期。

[11]李明海，杨涵，李昊洋：《关于“斯诺登事件”对国际关系影响的思考》，载《中国信息安全》2023 年第 6 期。

[12]高志宏：《隐私、个人信息、数据三元分治的法理逻辑与优化路径》，载《法制与社会发展（双月刊）》2022 年第 2 期。

2025年中国国际法学会年会

[13]薛媚：《论我国网络侵权领域的新变化——以<民法典>中三个网络侵权术语为视角》，载《法律适用》2021 年第 11 期。

[14]刘道远：《<民法典>狭义共同侵权规则中“共同实施”的解释》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 48 卷第 6 期。

[15]王映：《微软法务力挺苹果拒绝为政府留后门》，载《法人》2016 年第 3 期。

[16]王利明：《我国<侵权责任法>采纳了违法性要件吗》，载《中外法学》2012 年第 24 卷第 1 期。

[17]曾涛：《中国在国家及其财产豁免问题上的实践及立场》，载《社会科学》2005 年第 5 期。

[18]王珊珊：《论隐私权的法律保护》，载《云南社会科学》2000 年增刊。

[19]黄进：《略论国家及其财产豁免法的若干问题》，载《法学研究》1986 年第 5 期。

[20]周子亚：《主权豁免及其最近发展》，载《法学研究》1986 年第 5 期。

[21]刘洁，任惠颖，陈恒星：《互联网法院：网络法治的中国智慧与方案》，载《人民日报》2024 年 9 月 23 日，第 002 版。

[22]中国网络安全产业联盟官网，重磅发布|中国网络安全产业联盟发布《美情报机构针对全球移动智能终端实施的监听窃密活动》（中英文版），https://www.china-cia.org.cn/home/WorkDetail?id=67e0f9530200340ad43d9ad7，2025 年 3 月 26 日访问。

[23]国家互联网应急中心官网，CNCERT 发现处置两起美对我大型科技企业机构网络攻击事件，https://www.cert.org.cn/publish/main/8/2024/20241218184234131217571/20241218184234131217571_.html，2025 年 3 月 1 日访问。

[24]国家计算机病毒应急处理中心官网，西北工业大学遭美国 NSA 网络攻击事件调查报告（之一），https://www.cverc.org.cn/head/zhaiyao/news20220905-NPU.htm，2025 年 3 月 1 日访问。

[25]国家计算机病毒应急处理中心官网，西北工业大学遭美国 NSA 网络攻击事件调查报告（之二），https://www.cverc.org.cn/head/zhaiyao/news20220927-NPU2.htm，2025 年 3 月 1 日访问。

[26]Samantha N. Sergent, *Extinguishing the Firewall: Addressing the Jurisdictional Challenges to Bringing the Cyber Tort Suits against Foreign Sovereigns*, 72 Vanderbilt Law Review 391-423 (2019).

[27]Scott A. Gilmore, *Suing the Surveillance States: The (Cyber) Tort Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act*, 46 Columbia Human Rights Law Review 227-287 (2015).

国际商事条约的适用问题研究

——以中国司法审判中条约与国内法的关系为视角

崔凯伟

摘要：从规则设计的维度来看，适约模式的差异同商事条约自身的适约规则设计、国内法的履约规则设置、法院的适约解释处理等相关。条约于国内法院的适用由此衍生出两类逻辑，即“直接适用”与“比较适用”，形成了三种模式，即作为准据法与国内法同时调整某一法律关系、借助“分割法”与国内法分别调整不同的法律关系、依据国际私法规则选法适用。从中国涉外商事案件的适法情况来看，上述两类逻辑与三种模式反映了商事条约与国内法之间存在共存关系、替代关系、排斥关系、引致关系等，但逻辑与模式的多元性也可能导致复杂案件中的适法逻辑出现漏洞，条约法的适用方法与冲突法的适用方法出现混同。因此，有必要强调明确条约内部适法规则的优先性，并推进商事条约于国内适用逻辑趋向统一。

关键词：涉外商事审判　CISG　准据法　商事条约与国内法　比较适用

一、引言

国际商事条约之适用既是国际法问题也是国内法问题，主流的国内商事规范存在直接适用与优先适用两种类型，如 2001 年《立陶宛共和国民法典》第 1.13 条第 2 款规定其所“缔结或者参加的国际条约直接适用于民事关系”；2002 年《蒙古国民法典》第 539 条第 2 款规定“国际条约的规定可优先适用于民法典的规定”。显然，各国在处置商事条约与国内法的关系时存在不同的思路。我国《民法通则》（已失效）第 142 条第 2 款事实上解决了条约为国内法所接受、条约的直接适用、条约与国内法冲突时何者优先等三个问题。[1]仅从第 142 条的规范表述来看，国内法规定与国际条约规定不一致似乎是确定条约优先性的前提，这同直接适用归属于不同的适法路径。自《中华人民共和国民法典》生效以来，《民法通则》第 142 条所确立的“条约”优先适用规定似乎落空，最高人民法院的相关司法解释[2]似乎在调整商事条约与国内法的关系问题时仍未触及问题之根本。一方面，对于支持“一元论法律体系”的国家而言，条约一经批准即可自动成为国内法的一部分，对于“二元论法律体系”的国家而言，即使“两派三论”的分

【作者简介】崔凯伟，对外经济贸易大学法学院国际法学博士，联系方式：13663719268@163.com。

[1]左海聪：《直接适用条约问题研究》，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 94 页。

[2] 参见《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（法释〔2023〕15 号）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 7 条、2022 年《最高人民法院关于全国法院涉外海商事审判工作座谈会会议纪要》第 20 条。

野也不能说明条约的直接适用方法被完全排除。[3]直接适用商事条约，如果没有指引直接适用条约的法律依据，法院不会轻易地直接适用条约。[4]另一方面，未严格依照条约内部的解释方法进行法律续造。适用外部解释规则以不与条约内解释规则产生冲突为限，但法院误用冲突法的规则或原则而优先适用法院地法的“回家去”问题[5]时有发生。因此，有必要重新梳理影响商事条约与国内法适用关系的影响因子，并明确相关法律关系的基础模式，进而澄清商事条约于国内适用的基础逻辑。

二、影响商事条约于涉外商事审判中适用的要素

法官在选择解决争议的实体规范时，应考虑商事条约在国内的实际有效性。对于国际商事条约的适用，无论采取“转化”“纳入”或“并入”等何种方法，均需要回答法院能否将商事条约作为法律依据的问题。从规范性分析的要求来看，应同时考察条约法与国内法的适法要求。

（一）条约内部是否存在积极的适用要求

商事条约的适用要求一般被嵌入到条款内部，而具备可自执行特征的国际商事条约是国际商事统一法适用的最直接体现，其无须国内立法予以补充即可予以适用，对于商事主体的私人权利义务具有直接调整作用。[6]《蒙特利尔公约》第 1 条则规定其适用于所有以航空器运送人员、行李或者货物而收取报酬的国际运输或航空运输企业以航空器履行的免费运输，并明确了国际运输的定义及多个运输承运人连续运输的国际性质。《海牙规则》第 1 条直接对承运人、运输合同、货物、船舶、货物运输等的概念进行界定，第 5 条第 2 款与第 10 条则进一步明确了相关适用范围，在第 1 条（c）项、第 5 条与第 6 条规定了三种不适用的情形。[7]《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《销售公约》）第 1 条第 1 款明确了其适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同，确定了因缔约国身份引起的适用与国际私法规则导致的适用两种方法，这为条约的直接适用与作为准据法适用提供了依据，使得条约自身的可适用性大大提高。《销售公约》第 2 条至第 3 条进一步确定了《销售公约》适用和不适用的各种交易。考虑到公约具有自动适用性，各国法院必须确定双方当事人尚未排除本公约的适用或

---

[3] 贾少学：《国际法与国内法关系论争的时代危机——对一元论和二元论进路的反思》，载《法制与社会发展》2009 年第 2 期，第 60-69 页。

[4] 王勇：《如何完善我国法院直接适用条约机制——基于司法解释的分析》，载《检察风云》2023 年第 2 期，第 30-31 页。

[5] Th. M. De Boer, *Facultative Choice of Law:The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law*, 257 HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW 223, 391-392 (1996)；Franco Ferrari, *Homeward Trend and Lex Forism in International Sales Law*, 2009 INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL 333 (2009)；Franco Ferrari, *Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG Case Law*, 22 UNIFORM LAW REVIEW 244 (2017).

[6] 杨梦莎：《CISG 优先适用法律模式探析——兼评我国国际商事条约适用立法及司法实践》，载《东北大学学报（社会科学版）》2020 年第 4 期，第 97-103 页。

[7] 胡正良：《〈海牙规则〉之回顾与启示》，载《中国海商法研究》2024 年第 3 期，第 21 页。

者减损其条款，这对于提高不排除公约适用性的要求有积极意义。[8]可见，条约设置自身适用的场景和条件已成为加强其自身适用性的当然考虑。不同商事条约因其调整法律关系的不同而对其自身的适用作出了不同安排，在国际货物买卖领域，允许当事人减损适用条约符合条约自身的立法目标，但在国际货物运输领域，因特殊法益的保护存在优先性，强制适用条约的规定具有必要性。《蒙特利尔公约》第 49 条与《国际铁路货物联运协定》第 6 条规定当事人作出减损条约的约定均属无效，要求当事人不得规避适用条约。相关内嵌于条约自身的适用规定为相关适用问题提供了直接依据，同时也揭示了条约可自执行性的关键。当条约内部存在积极性或强制性适法要素时，若不存在法定或意定的减损法律适用的场景，裁判机构应积极依照相关实质性条款处置争议。

（二）国内对于适用商事条约的直接规定

各国在调整商事条约与国内法的关系时存在着较为明显的思路差异，具体表现在：**其一，在宪法、涉外民事关系法律适用法、诉讼法、民商法等不同位阶的规范中确定条约的适用效力。**如《美国宪法》第 6 条第 2 款规定了根据合众国所缔结或将缔结的一切条约为全国的最高法律，且各州宪法或法律中的内容不可与之抵触。2020 年修正的《俄罗斯联邦宪法》第 15 条第 4 款的规定，“普遍公认的国际法原则和准则及俄罗斯联邦国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。2005 年《乌克兰国际私法》第 3 条、1987 年《瑞士联邦国际私法》第 1 条第 2 款规定了条约优先适用的内容。[9]《德国民法典施行法》第 3（2）条则作出了“直接适用+优先适用”，即国际条约的规定只要已经成为可直接适用的国内法，则优先于其所设置的冲突规则。**其二，通过司法解释明确商事条约的适法地位。**从中国通说来看，除知识产权领域，我国对民商事条约采用直接适用的模式，[10]民商事以外的条约需经转化才能适用，[11]特殊领域的条约与国内法平行或并行适用[12]。中国最高人民法院民事审判第四庭于 2004 年发布的《涉外商事海事审判实务问题解答（一）》第 39 条答问阐明：“当事人选择的准据法，包括国际公约、国际惯例、外国或者有关地区的法律。”最高人民法院也正在尝试就相关适用采取更为积极的做法，如 2022 年《最高人民法院关于全国法院涉外海商事审判工作座谈会会议纪要》对法官询问适用《销售公约》提出要求。**其三，判例法或典**

[8] United Nations Commission on International Trade Law (2016), UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Available at https://uncitral.un.org/en/case_law/digests, last accessed on July 23, 2024.

[9] 2005 年《乌克兰国际私法》第 3 条规定，“如果乌克兰参加或缔结的国际条约规定了有别于本法的规则，则适用该国际条约的规则。”1987 年《瑞士联邦国际私法》第 1 条第 2 款规定，“国际条约有不同规定的，适用国际条约的规定。”

[10] 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 260 条，原《民法通则》第 142 条第 2 款，《涉外民事法律关系适用法》司法解释（一）第 4 条。

[11] 如《经济、社会、文化权利国际公约》《国际劳工公约》适用于香港特别行政区的有关规定。

[12] 如 1963 年《维也纳领事关系公约》与 1990 年《领事特权与豁免条例》。

型案例等对于商事条约国内适用地位的塑造仍起到重要作用。商事条约的缔约国中普通法系与大陆法系的国家并存，但既有判例在其各自国内的拘束力明显不同。以美国、英国、加拿大、澳大利亚和新西兰为代表的普通法系国家，基于制定法的推论与基于判例法的推论兼而有之，相关商事统一规则的适用应与既有判例保持积极一致。而对于中国，因中国最高人民法院拥有法律解释的制度性功能、法律规范的复合型确证授权以及试行立法的制度性实践，指导性案例已成为司法裁判中基于附属的制度性权威并具有弱规范拘束力的裁判依据，具备“准法源”的地位[13]。2010 年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第 7 条明确“各级人民法院审判类似案例时应当参照”，这意味着中国最高人民法院的指导案例具有事实性的约束效力。中国最高人民法院指导案例 107 号“中化国际（新加坡）有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案”[14]清晰阐明《销售公约》与准据法的关系，在促进国际商事统一法在中国的适用方面起到了积极的效果。自 2019 年 2 月该指导案例发布以来，中国裁判文书网所收录的适用《销售公约》的案件数量从之前的 4 件增长到 52 件。[15]除了指导案例，中国法院还发布了大量的典型案例，尽管其并未如指导案例一般要求法官应当参照适用，但其对于澄清相关统一商事实体规则的具体适用规则、鼓励法官积极适用国际商事统一法解决案涉争议有积极作用。

（三）国内法与商事条约的适用一致性要求

“直接适用”或“优先适用”商事条约显然已成为各国的主流选择。直接适用条约显然无需对国内法的规定作出考虑，但优先适用仍需要回归条约与国内法相关实质性条款的一致性考察层面。就调整同一法律关系而言，商事条约与国内法的相关规定可能存在实质一致的情况，如 2015 年中国撤回关于国际货物买卖合同书面形式的保留的内容后，国内法与《销售公约》的规定实质保持一致，也可能存在实质不一致的情况，如《销售公约》根本违约的规定仍旧和中国法的规定存在差异。当存在上述一致性的情况下，商事条约与国内法可能同时发挥规范调整功能，当存在上述不一致性要求时，则应优先适用商事条约。

条约存在直接适用、间接适用和混合适用三种模式，其中，直接适用模式是主流的立法方式，且又包括“条约直接适用模式”“条约优先适用模式”“条约与国内法选择适用模式”和“条约与国内法重叠适用模式”。[16]直接适用模式认

[13] 雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，《中国法学》2015 年第 1 期，第 272 页。

[14] 参见蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司（Thyssenkrupp Mentallurgical Products Gmbh）与中化国际（新加坡）有限公司（Sinochem International (Overseas) Pte Ltd）其他买卖合同纠纷案，最高人民法院（2013）民四终字第 35 号二审民事判决书。

[15] 以“联合国国际货物销售合同公约”为检索词，以“法律依据”为检索条件，检索时间为 2024 年 10 月 20 日。

[16] 何其生：《〈对外关系法〉中的国际条约规则评述——兼论国际条约在我国的适用方式》，载《中国法律评论》2024 年第 1 期，第 223 页。

为条约相异于国内法而存在，并主张条约与内国法尽管不在同一个法律体系之中，但却在同一个选法范畴，除非国内法明确将商事条约作为内国法律构造的一部分。如此产生的效果是，当事人选择适用某一国的国内法也可能导致条约适用。在 St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.中，[17]合同选择德国法作为准据法。美国纽约南区联邦地区法院认为，《销售公约》是德国法的一部分，选择德国法作为准据法，仍然应该适用公约。[18]同上述案例思路迥异，中国法院并未选择将《销售公约》内化于国内的法律体系，而是基于缔约国之义务阐释选择成员国之法律作为准据法亦包含履行公约之内容。《销售公约》能够得到广泛地适用，同其默示适用的规则设计密切相关，对于非默示适用的商事实体规则，其能否得到直接适用取决于相关国内法的特殊性安排。有学者认为，只要法官、仲裁员采用了《销售公约》优先适用的方法，统一法的宗旨及目的就可得到保障，即使个案的裁决结果存在微小的差异。[19]2021 年 12 月，最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 18 条并没有提及国际条约规定与国内法规定不一致的问题，即使两者一致，法院也将直接适用国际条约的规定审理案件，在涉外商事案件中，条约的直接适用将排除国内法的适用，一致解释原则的适用空间也随之受到压缩。[20]《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 20 条关于一致性解释的要求建立有国内法的相关规定“存在两种以上合理解释”前置条件，因此，不排除同时适用同相关条约存在一致解释的国内法和条约本身的情况。

三、商事条约于涉外商事审判中的典型适用模式

由法院依特定的制度或目的确定准据法，及依案件应得的结果决定准据法是商事冲突规范领域实体问题的法律适用方法。[21]商事条约与国内法的适用要求同时影响着相关规范的适用模型，显然，直接适用方法更偏向表现为一种实体方法的展现，但同时并不能排除相关冲突法规则对于条约适用的影响。

（一）作为准据法与国内法并行调整某一法律关系

伴随着国际商事统一条约立法实践的不断拓展，主动适用并给予相关条约作为准据法适用的法律地位，已在多国的涉外商事审判实践中得到确认，[22]因此，商事条约与国内法在规范调整维度均可发挥效果。国际商事统一法与国内法存在并行适用的场景，并行适用并不纠结于在调整某一法律关系时采取特定类型的一

[17] See United States 26 March 2002 Federal District Court [New York]. Available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html, last accessed on July 20, 2024.

[18] 左海聪：《从 Neuromed 案看风险转移问题中 CISG 和 Incoterms 的适用》，载《河南财经政法大学学报》2021 年第 1 期，第 54-59 页。

[19] 杨梦莎：《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》，法律出版社 2020 年版，第 188 页。

[20] 彭岳：《一致解释原则的功能及适用要件》，载《法学研究》2023 年第 2 期，第 222 页。

[21] 屈广清：《僭离商事海事文化之冲突规范研究（上）》，光明日报出版社 2021 年版，第 171-172 页。

[22] 参见《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016 年版），联合国出版物，第 29 页。

种法律，尤其当商事统一法与国内法不存在实质性法律冲突的情况下，法官可同时将相关规范作为法律依据。浙江中大技术进口有限公司、特殊纤维有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案中，[23]涉及中大技术公司与特殊纤维公司的买卖合同关系，对此，法院同时适用了《销售公约》和《中华人民共和国合同法》（已失效）第 94 条第 1 款第 4 项、第 97 条认定可以解除合同。在法律文书尾部同时将商事条约与国内法作为裁判依据似乎是一种更为谨慎的做法。

在并行适用的模式下，国际商事条约并未获得特殊法的优先适用性，至少在当事人选法的阶段，其被视为同国内法并行的存在。并行适用的模式在我国条约的适用实践中依旧客观存在，如我国分别于 1975 年和 1979 年加入的《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》，一方面允许直接适用另一方面又转化为国内法予以实施。[24]但对于国际商事条约而言，并行适用并不与条约义务履行产生冲突。在国际商事争议解决领域，并行适用不应以降低条约履行义务为前提。国际商事通则或准则同样存在并行适用的场景，如博内尔与兰德认为，关于一般合同法的章节严格遵循《欧洲合同法通则》的模式，关于买卖双方的权利和义务的规定基本符合《销售公约》，这绝对是值得欢迎的。[25]从结果层面来看，在国内商法对相关商事条约的内容有所覆盖的情况下，并行适用不会减损条约的适用义务，即使当事人选择适用国内法，也可视为对相关条约的间接履行，但该种法律适用模式可能否定了条约替代国家法的功能，忽视了条约的自治性特点，形成了适用多重实体规则的现象。

（二）借助“分割法”与国内法分别调整不同法律矛盾

分割法（Depecage）是国际商事裁判过程中解决潜在法律冲突的特别调整方法，从分割的对象来看，既可以对同一诉求的不同法律关系或不同诉求进行分割，以分别适用不同的实体法规则，[26]也可以对判决的内容进行分割，以部分承认与执行判决。[27]法律分割方法的表现有：第一，允许当事人以意思自治的方式减损公约的适用，如《销售公约》第 6 条与《国际货物买卖统一法》第 3 条均规定当事人可以排除部分条款，《关于信托的法律适用及其承认公约》第 9 条亦承认分割适用的原则。第二，允许将特殊的法律关系分割为几个部分，如将多式联运分割为不同区段，不同区段适用不同准据法。[28]第三，在当事人未明确对相关的法

[23] 参见浙江中大技术进口有限公司、特殊纤维有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案，浙江省高级人民法院（2017）浙民终 402 号二审民事判决书。

[24] 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 170 页。

[25] Michael Joachim Bonell & Ole Lando, *Future Prospects of the Unification of Contract Law in Europe and Worldwide; A Dialogue between Michael Joachim Bonell and Ole Lando on the Occasion of the Seminar in Honour of Ole Lando Held in Copenhagen on 29 August 2012*, 18 UNIFORM LAW REVIEW 17, 19 (2013).

[26] 王卿：《论国际私法中的“分割方法”》，载《法律方法》第 12 卷，第 358-364 页。

[27] 连俊雅：《可分割制度在承认和执行外国法院判决中的适用及其启示》，载《时代法学》2016 年第 6 期，第 103-111 页。

[28] 张珠围：《国际多式联运合同法律适用问题研究——以中国《海商法》第 105 条为中心》，载《国际经济法学刊》2021 年第 1 期，第 119-128 页。

律关系进行分割，或无法定分割规定时，相关案件的裁判法官可以依职权分割适用不同的法律规则，如 1980 年《罗马公约》第 4 条规定法官可根据个案的需要对合同中的某一部分适用与案件有更密切联系的另一国家的法律。

分割法允许对一个法律关系进行分割，对法律关系中的不同部分或不同环节规定不同的连接点，最终就不同方面适用不同法律规范，[29]可能导致的结果是同一案件同时适用不同的国家法和统一实体规则。国际货物运输领域的相关权利凭证借鉴分割方法进行工具设计，如“中远提单”背面条款第 24 条第 1 款和第 2 条分别规定，当事人同意在案件涉及承运人的义务、责任、权利及豁免方面应适用《海牙规则》，案件的其他方面适用中国法律。借助分割法，法官无疑获得了更为灵活、实用的组合性规范工具，不过，该种规范适用模式并不是商事条约与国内法近似或冲突情况下的矛盾解决方法，不过却也揭示了复杂案件中商事条约与国内法共存的可行性。

（三）条约依据国际私法所选择的某一国家法实现适用

当事人明确选择适用商事条约的情况下，法院适用相关规则并不存在实质性障碍，但依据冲突规则选择适用某一国法律是否同时意味着选择了该国所缔结的商事条约？从积极履约的角度考虑，应作肯定性回答。

从当事人选法的目的来看，选择某一特定类型的法律规范同时隐含着排除适用同类型其他法律规范的目标。如在一份涉及中美双方当事人的国际货物买卖合同中，双方一致选择适用中国法即意味着排除了美国法，且由于国家法与国际商事统一法具有各自的体系独立性，因此，法官应依当事人的意思自治仅适用中国法，但这并不意味着选择中国法即排除了商事统一法的适用。已经转化为一国国内法的国际商事统一法实际是一国为实施条约而独立采取的行动，即使条约失效，亦不影响相关规范继续作为国内法发挥效力。如德国法将《销售公约》视为国内法的一部分，[30]英国国王缔结的条约并不直接具有国内法效力，必须经过英国议会通过立法程序将条约转化为国内法。因此，当事人选择一国法律作为准据法并不意味着排除适用于此国默示有效的统一法律规则。2022 年《最高人民法院关于全国法院涉外海商事审判工作座谈会会议纪要》第 20 条关于“适用国内法律法规与条约相一致”的规定亦表明条约于国内默示有效，且国内法与之发生实质性冲突时应以条约之规定为准。在北京国际仲裁中心受理的采购合同纠纷仲裁一案与国内某公司与国外某公司建设工程设计合同纠纷仲裁案中，仲裁庭以当事人默示选择为依据认定该案应适用中国法，继而适用了《销售公约》。[31]因此，当

[29] Symeon C. Symeonides, CODIFYING CHOICE OF LAW AROUND THE WORLD:AN INTERNATIONAL COMPARATIVE ANALYSIS 221 (Oxford University Press, 2014).

[30] 左海聪：《从 Neuromed 案看风险转移问题中 CISG 和 Incoterms 的适用》，载《河南财经政法大学学报》2021 年第 1 期，第 54-59 页。

[31] 《案例解读国际商事仲裁中国际商事合同的法律适用》，载北京司法局官网，https://sfj.beijing.gov.cn/sfj/sfdt/ywdt82/flfw93/325923918/index.html。

事人选择适用一国法律规范与当事人排除适用于一国产生默示效力的商事条约是两类独立的意思表示。

此外，当事人选择适用商事条约的目的一般是排除国家法适用。一般而言，准据法的确认一般根据明示、默示与最密切联系的顺序确认，在当事人明确选择适用某一国际商事统一法时，国内法即使具有默示适用的效力，也将被置于当事人的选择之后，除非涉及强制性规范与公共秩序问题。

四、确立冲突法与实体法相结合的“自内而外”的适法方法

在调整商事条约与国内法的规范适用关系时，一方面，应尊重中国既有商事条约适用实践尊重商事条约于涉外商事审判中的不同适用方法和模型，推进相关商事条约适用案件的积累；另一方面，应尊重商事条约法律适用条款的体系性与自主性，

（一）多元性适法模式：冲突法方法与实体法方法相结合

统一冲突法可以和统一实体法相互配合，有益于共同规范跨国民商事关系中当事人的行为，避免由于各国的冲突规范各不相同而导致在跨国民商事法律秩序上的混乱。[32]“冲突法”通过概念扩张试图将不同体系的适用方法安排在同一个范畴，这对于推动准据法的功能发挥有积极意义，其概念包容性亲近“国际—普遍主义说（学派）”关于规则的普遍适用性、平等性，与实现冲突规则的统一目标。[33]一般认为，不同于国际私法的冲突法方法，国际商法的调整方法一般是直接调整的方法，[34]但在“广义冲突法”或“国际—普遍主义说（学派）”的观念影响下，国际商事统一程序法亦获得了明显的发展。从中国的法律实践来看，直接适用条约可分为四种类型：一是当条约与国内法规定不一致时或条约另有规定时，适用条约的规定，我国声明保留的除外；二是规定在相关事项上直接适用条约；三是在相关事项上国内法没有规定的才适用条约的规定；四是在相关事项上应遵守条约的规定。由此看来，中国的法律法规并未真正确立直接适用条约为主的立法模式，而是对其给予了诸多限制事项。[35]中国法院在适用《销售公约》时的典型做法是“涉外案件+《销售公约》缔约国+未排除适用”[36]，其一般不需要考虑同相关冲突法的关系问题。与直接适用相对应的是条约间接适用的概念，在

---

[32] 阎卫军：《试论国际私法体系的重构及跨国民商事关系的法律调整》，载《社会科学家》1994 年第 2 期，第 51 页。

[33] 邹瑜、顾明：《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 1572 页。

[34] 左海聪：《国际商法是独立的法律部门——兼谈国际商法学是独立的法学部门》，载《法商研究》2005 年第 2 期，第 36-39 页。

[35] 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 145-156 页。

[36] 陕西省西安市人民法院所审理的“Steel Trade S.R.L.、西安利通联钢管有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案，陕西省西安市中级人民法院（2020）陕 01 民初 662 号一审民事判决书”中阐释“本案系国际货物买卖合同纠纷，原告公司系在意大利注册成立的公司，因我国与意大利均加入了《联合国国际货物销售合同公约》，且本案货物的交易是以《形式发票》和《商业发票》的方式完成，双方并未在发票中以其他书面方式明确排除适用《销售公约》，故本案应当适用《销售公约》作为准据法。”

一国不能直接适用条约时该国有义务使国内的法律规范同条约的规定保持一致。有学者认为，因中国《民法典》未接受《民法通则》（已失效）第 142 条第 2 款的规定，一般性私法条约进入了灵活适用的时代，但灵活适用的规则尚付阙如；航空等私法条约的适用仍循《民法通则》模式，即国内法媒介条款引致的间接适用模式。[37]

从既有相关裁判实践来看，中国在适用国际商事统一法的过程中形成了自己的经验范式，如肯定商事条约的优先适用、自动适用地位。不过近年来的司法审判实践亦表明，部分法院仍过分依赖于国内的冲突法规则，在论证逻辑上回避直接的法律适用范式，对于商事惯例的适用包容性不足，未就相关规范竞合问题作出进一步规定等。不过，在当前商事条约适用模式尚未形成固定性做法的情况下，排除冲突规则在实现商事条约适用的功能并不明智，相反，尽可能地就条约不同的适法模式展现出包容性。

（二）自内而外逻辑：尊重条约内部的适法与一致性释法要求

当以整个法律体系作为解释客体时，可从该方法所依据或考量的因素是否超出此客体的范围将法律解释方法分为两大类：法内解释方法和法外解释方法。[38]从已设置解释规则的国际商事统一条约来看，《销售公约》第 7 条、《联合国国际合同使用电子通信公约》第 5 条、《国际融资租赁公约》第 6 条、《移动设备国际利益公约》第 5 条、《铁路客运和行李运输国际协定》第 10 条和《国际铁路货物运输公约》第 8 条均规定了在进行适用解释的过程中应当遵循的方法。费拉利将上述解释方法称为自主解释（Autonomous Interpretation）。[39]具体而言，一是要考虑公约自身所设立的宗旨、目标、目的和国际性质；二是要注意到适用上的统一性；三是要遵循诚信原则的要求；四是对未予明确规定的事项应按公约的一般原则进行填补；五是在一般原则缺失的情况下按照国际私法规则进行处理。

体系内的解释规则允许法官适用灵活的解释方法避免更大的解释负担。中国最高人民法院审理的“中化国际（新加坡）有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案”综合运用了文义解释和目的解释等方法对是否构成根本违约进行了认定，而未明确依照《销售公约》既有的法律原则进行解释，不过也肯定“对于审理案件中涉及的问题《销售公约》没有规定的，应当适用当事人选择的美国纽约州法律”。该种做法基本符合《销售公约》内部解释规则优先的要求，但相对于适用更为灵活的解释方法，运用条约内的法律原则进行体系内解释可能为法官带来更大的论证压力。客观解释、主观解释和目的解释等

[37] 王立志：《〈蒙特利尔公约〉的国内化与适用：问题与出路》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 96-119 页。

[38] 韩燕煦：《条约解释的要素与结构》，北京大学出版社 2015 年版，第 75 页。

[39] Franco Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law,* 2003 INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL 221, 221-222 (2003).

方法在国内法解释规则和国际法解释规则层面并无实质性的差异，条约体系内的解释规则与体系外的解释规则也不是完全割裂而存在的。商事争议解决机构仅适用条约内部的解释方法解决争议，是一个相对理想化的过程。相较于特定国际商事条约体系内更追求自治的解释方法，体系外的解释方法更加注重特定条约内的解释规则与一般的国际解释规则、通行的国际商事法律解释规则、国内法院解释规则之间的协调。

“自内而外”的逻辑要求不排斥法院按自身的解释寻求与条约一致的解决方法。[40]在对条约进行解释时，国内法院有国内与国际两条路径可供选择。由于规范私人间跨国民商事关系，该类国际私法规则授权程度最高，法律性最强。[41]国际私法条约解释更多关涉的是私人的权利和义务，且没有相应的管辖国际私法条约的国际争议解决机构，故存在当事国解释的多样性风险。[42]因此，适用国内解释规则开展法律解释活动时，应遵循解释一致的原则，保证国内法院的解释方法不与本国承担的国际义务相抵触。法院在依不同的法律解释规则填补特定条约法缺失规则的过程中，应积极维护国际法解释规则与国内法解释规则在类案适用过程中的一致性。

（三）统一说理规则：直接适用论证与作为准据法适用论证分离

商事条约可直接适用已成为国内理论界的共识，这也被相当数量的判决予以肯定。不过，部分法院亦存在适用商事条约逻辑混乱的情况，如在某些判决中，《蒙特利尔公约》同时存在“涉外因素判断→涉外民事关系法律适用法→当事人意思自治判断→当事人选择的法律（国家法）”与“涉外因素判断→涉外民事关系法律适用法→当事人同意适用中国法→适用中国法律；当事人所在国为《蒙特利尔公约》成员→《中华人民共和国民用航空法》第 184 条→优先适用《蒙特利尔公约》”等不同逻辑。[43]上述法律适用的推理逻辑并未反映直接适用的思路，而是选择在判决书中着重阐明“适用商事条约的国内法依据”。

国内 50 余部法律中规定了国际条约的适用条款，[44]基本确定了“条约优先适用（保留除外）+国际商事惯例补充适用，但允许当事人选择适用与法官主动适用（限定于涉外法律关系）”的模式。因此，法官选择对商事条约同国内法进行比较便不足为奇。对于坚持“二元论法律体系”的国家而言，直接适用商事条约本身可能即意味着对既有法律适用传统的突破。美国与欧洲的冲突法革命在某种层面代表了与国际商法统一化两种完全不同的法律规范样式，从法律塑造的主体来看，前者基本可以被认定是有权机关的自我法律塑造，后者作为第三类法律规

[40] 杜焕芳：《国际私法条约解释的路径依赖与方法展开》，载《中国法学》2014 年第 2 期，第 240 页。
[41] 吴卡：《国内法院解释条约的路径选择与优化生成》，载《法商研究》2021 年第 4 期，第 143-156 页。
[42] 杜焕芳：《国际私法条约解释的路径依赖与方法展开》，载《中国法学》2014 年第 2 期，第 235 页。
[43] 谢海霞：《蒙特利尔公约在我国法院适用的实证分析》，载《经贸法律评论》2020 年第 2 期，第 33-46 页。
[44] 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 117 页。

范，非经转化、并入等特定程序，其不具备天然的国内适用力。商事条约的直接适用同样至少在立法层面获得了认可，本质依旧是对国内适用程序的安排。“条约作为国内法”“条约替代国内法”与“条约独立于国内法适用的逻辑显然不同，因此，法官在论证商事条约于国内适用的功能时，应积极避免相关论证逻辑混乱，避免将当事人选法效力、商事条约直接或强制适用效力、商事条约的优先适用效力混为一谈。

五、结语

国际商事条约的适用不仅是国际法与国内法相互作用的体现，更是各国在经济全球化背景下实现法律协调与统一的重要途径。通过分析条约内部的适用要求、国内法对商事条约的直接规定以及国内法与商事条约的适用一致性要求，可发现，商事条约在国内法体系中适用的存在“两类逻辑”与“三种模式”。条约自身的可自执行性、国内法对条约的接纳方式以及两者在具体案件中的协调适用，共同构成了国际商事条约适用的基础框架。这一框架的构建，不仅有助于明确条约与国内法的适用边界，更为司法实践中如何平衡两者关系提供了清晰的指引。商事条约作为准据法与国内法并行调整某一法律关系、借助“分割法”分别调整不同法律关系以及依据国际私法选择某一国家法实现商事条约适用等三种模式丰富了国际商事条约适用的实践路径，为法官在处理涉外商事案件时提供了多元化的法律适用选择。法官在解释和适用国际商事条约时，应充分尊重条约自身的解释规则和体系性要求，同时兼顾国内法的解释传统和实践。在肯定争诉案件的涉外商事属性后，若遵从条约直接适用逻辑，应优先自条约内部识别管辖条件，而无须借助引入同国内法的比较，除非直接适用将与国内法的规定相冲突，并且法官在论证逻辑层面也无须必然依赖于冲突法规则；若遵从条约与国内法的比较适用逻辑，应阐释适用优先性或同时适用的依据，明确具体何种冲突规则发挥了连接商事条约与国内法的功能。

2025年中国国际私法学会年会

论国际责任法中的制裁与反制裁

崔昊宇*

摘要：制裁与反制裁作为国际法中的强制性措施，可能因规避非强制性争端解决机制、违反国际法基本原则而构成“国际不法行为”。制裁与反制裁的国际法合法性，取决于国际责任法中有关解除行为不法性之规定。首先，合法性的前提在于存在一项国际不法行为。对于归责，联合国安理会制裁须严格限于授权范围，合作实施以“独立责任”为原则，国家应对其管辖范围内工商企业采取必要措施。对于义务违反，国际法区别于国内法，且需适用时际国际法规则。其次，合法性的事由主要关涉反措施和紧急情况。对于反措施，须以存在国际不法行为为前提，以恢复履约为目的，并满足相称、通知、不损及强行法义务、及时终止等条件。对于紧急情况，需符合基本利益受威胁、危险紧迫、唯一手段、不损害他方利益等要件，且不得违反人权克减限制。再次，国际责任之内容包括两类，一是国际层面的事后补救，二是国内层面的程序公正与事先预防。最后，任何免责事由均不得抵触国际强行法，其中第三方反措施之合法性仍存争议，对不可克减人权规则的违反将否定“紧急情况”抗辩。当存在严重或系统违反国际强行法的情况时，所有国家均有权要求责任方担责，并负有合作与不参与义务。

关键词：国际责任　制裁　反制裁

引　言

“制裁”（sanction）[1]在一战前就进入了外交领域，最早可追溯至古希腊城邦时期。[2]随着19世纪资本主义的扩张，制裁在一战期间成为了西方国家在国际社会的新型惩戒工具，[3]并经由《国际联盟》第16条成为了保障国际联盟集体安全的措施。二战后，制裁逐渐被国际社会所广泛应运用，及至今日，一些国家在全球贸易及金融市场中掌握制裁杠杆的国家，则非常青睐于运用制裁手段，来达到本国的特定政治目的。

在国际法中，“制裁”属于一种执行措施，[4]主要涉及国际法中的“强制性措施”。制裁既可以由联合国安理会依据《宪章》第七章第41条及第42条通过多

* 崔昊宇，外交学院研究生部博士研究生，外交学院人权研究中心青年研究院。联系邮箱：17860507632@163.com。

[1]“制裁”包括积极制裁（激励）和消极制裁（惩罚），本文主要研究后者。参见刘建伟：《经济制裁——一项国际比较研究》，北京：经济科学出版社，2023年，第2页。

[2] [美]加利-克莱德等：《反思经济制裁》，杜涛译，上海：上海人民出版社，2019年，第11页。

[3] [美]尼古拉斯·穆德：《经济制裁：封锁、遏制与对抗的历史》，李旭译，北京：中国科学技术出版社，2024年，第10页。

4 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社，2015年，第19页。

边之方式实施，亦可以由其他国家或国际组织通过单边的方式实施。联合国安理会实施制裁的合法性来源于《宪章》，这并无疑问。但对于其他国家、国家集团或区域组织，在未获联合国安理会授权，或超出其授权的情况下，所采取的“单边制裁”[5]之合法性，则需要具体判断。

由于这些“单边制裁”绕过了和平解决国际争端方法中的那些非强制性方法，而直接采取了强制性的方法，极有可能破坏《宪章》第 2（1）条所载国家主权平等原则、第 2（7）条不干涉内政原则等国际法基本原则，进而构成“国际不法行为”。故要使某项“单边制裁”行为归于合法，则需要符合国际责任法中有关国际不法行为的免责事由，如反措施[6]和紧急情况。[7]否则，“非法”的“单边制裁”将构成一项“国际不法行为”，“制裁方”需因此而承担国际责任。

与制裁相伴而生的还有“反制裁”，“反制裁”亦非处于国际法之真空。通常情况下，一项“合法”的“反制裁”，必须满足国际责任法中“反措施”这一解除行为不法性事由的法律要件。否则，“反制裁”亦可能构成构成一项“国际不法行为”，其实施方亦将为此而承担国际责任。

除“制裁”与“反制裁”措施本身需要符合国际法外，在“制裁”与“反制裁”的实施过程中，亦要避免产生新的“国际不法行为”。否则，相关国家或国际组织的每一“国际不法行为”，均引起该国或该国际组织的国际责任。[8]

既有研究从国际公法、国际经济法等不同维度对制裁的合法性进行了讨论，并提及制裁必须符合国际责任法有关“反措施”之要求。[9]然而，却鲜少有学者在国际责任法的语境下，聚焦免除行为不法性之事由、国际不法行为之判定、国际责任之履行、国际强行法与国际责任等具体法律问题，进行过专门的探讨。基于此，本文拟以“国际责任法中的制裁与反制裁”为题展开讨论。

国际责任法总体区分了国家责任和国际组织责任：对于前者，国际法委员会于 2001 年 8 月通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任草案》）及其评注；对于后者，国际法委员会于 2011 年 6 月通过了《国际组织的责任条款草案》（以下简称《国际组织责任草案》）及其评注；后者基本参照适用了前者的有关内容。这两项草案并不具备法律约束力，故有关规则的运用应主要取决于，制裁与反制裁的当事方对各项条款的接受情况。[10]然而必须指出，

5 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Commentary of the Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/commentary-gpssbhr-2025.pdf), pp. 12-13.

6 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 22 条；《国际组织的责任条款草案》，第 22 条。

7 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 25 条；《国际组织的责任条款草案》，第 25 条。

8 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 1 条；《国际组织的责任条款草案》，第 3 条。

9 参见杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，北京：法律出版社，2015 年；杨永红：《经济制裁的法治研究》，北京：知识产权出版社，2022 年；Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Commentary of the Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/commentary-gpssbhr-2025.pdf)。

10 《国际组织的责任条款草案》评注，总评注第 5 段。

这两项草案系统总结梳理了有关国际条约、习惯国际法及一般法律原则等国际法渊源之内容，并得到了国际社会的反复援引，具有高度的学术参考价值。

一、“制裁与反制裁”之合法前提

国际责任法中的“反措施”是判断“制裁与反制裁”合法性的主要标准，而一项合法的“反措施”的实施前提在于，存在一项“国际不法行为”。[11]“国际不法行为”的要素有二，一是由行为或不行为构成的行为依国际法归于（attribution）一国或一国际组织，二是该行为构成对该国或该组织国际义务的违反。[12]

（一）行为可归于国际责任主体

通常以下情形可认定某一制裁或反制裁行为，可归于作为“国家”的制裁方或被制裁方：国家机关的行为；[13]行使政府权力要素的个人或实体的行为；[14]一国交另一国支配的机关的行为；[15]逾越权限或违背指示；[16]受到国家指挥或控制的行为；[17]正式当局不存在或缺席时实施的行为；[18]叛乱运动或其他运动的行为；[19]经一国确认并作为其本身行为予以采取的行为[20]。此外，在一国知道某一不法行为，且该行为若由其实施会构成国际不法行为的情况下，若对另一国或另一国际组织实施了援助或协助、[21]指挥或控制、[22]胁迫[23]，则应对另一国或另一国际组织实施的行为负责。

通常以下情形可认定某一制裁或反制裁行为，可归于作为“国际组织”的制裁方或被制裁方：依据该组织规则所确定的，国际组织的机关或代理人的行为；[24]交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机关或代理人的行为；[25]逾越权限或违背指示的行为；[26]被国际组织承认并当作自身行为的行为。[27]国际组织对某一国家或另一国际组织的行为也可能负责任，包括援助或协助、[28]指挥和控

11 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 49 条。
12 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 2 条；《国际组织的责任条款草案》，第 4 条。
13 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 4 条。
14 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 5 条 。
15 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 6 条
16 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 7 条
17 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 8 条
18 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 9 条
19 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 10 条
20 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 11 条
21 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 16 条；《国际组织的责任条款草案》，第 58 条。
22 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 17 条；《国际组织的责任条款草案》，第 59 条。
23 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 18 条；《国际组织的责任条款草案》，第 60 条。
24 《国际组织的责任条款草案》，第 6 条。
25 《国际组织的责任条款草案》，第 7 条。
26 《国际组织的责任条款草案》，第 8 条。
27 《国际组织的责任条款草案》，第 9 条。
28 《国际组织的责任条款草案》，第 14 条。

制、[29]胁迫、[30]通过向成员发出决定和授权而避免承担国际义务[31]等情形。

在制裁与反制裁的情形下，有几个特殊问题值得探讨：

1.联合国安理会的制裁

安理会既可以依据《宪章》第七章第 41 条和第 42 条进行制裁，[32]，亦可以依《宪章》第 53（1）条授权区域办法或由区域机关采取制裁。[33]对于安理会实施或授权实施制裁之执行，通常有赖于成员国或区域组织的配合，各国应将安理会决议通过国内立法、司法或执法措施予以执行。

然而，此时代行权力的国家或国际组织之制裁行为，必须严格限制于安理会所授权的范围内，不得任意扩张解释。若超越安理会授权而采取制裁措施，那么相关行为之国际责任，则应归因于该国家或国际组织，[34]不再归属于安理会。

判断是否超越安理会的授权，取决于安理会“有效控制的程度”。对此，联合国秘书长曾指出，联合国对于联合国部队与作战有关的活动负有国际责任的前提是，有关行动完全在联合国的“指挥和控制”下；在联合行动中，部队行为的国际责任应根据其与联合国之间的合作安排确定；在没有正式安排的情形下，则根据双方在行动中所行使的有效控制的程度个别确定。[35]联合国秘书长所指出的适用于维持和平部队的原则，也可延伸到交由联合国支配的其他机关。[36]例如，如果救灾单位本身由联合国设立，该单位就是联合国的附属机关，此类救灾单位的法律地位类似于联合国维持和平部队的法律地位。[37]这一规则亦可类推适用于联合国安理会。

还需考虑一种情况，即一国为规避国际义务，而利用联合国安理会所具有的制裁职权之情形。此种情况下，根据《国际组织责任草案》第 61 条，成员国若为规避国际义务，而利用安理会对于制裁事项所具有的职权，促使安理会实施若由该国实施即构成违反该义务的行为，即产生国际责任，无论该制裁行为是否构成安理会的国际不法行为。[38]

2.共同实施制裁或反制裁

---

29 《国际组织的责任条款草案》，第 15 条。

30 《国际组织的责任条款草案》，第 16 条。

31 《国际组织的责任条款草案》，第 17 条。

32 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), p. 12.

33 《宪章》，第 53（1）条。

34 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第二部分第二章评注第 5 段。

35 联合国秘书长：《联合国保护部队、联合国克罗地亚恢复信任行动、联合国预防性部署部队和联合国和平部队总部经费的筹措；联合国维持和平行动经费筹措的行政和预算问题：联合国维持和平行动经费的筹措》，1996 年 9 月 20 日，A/51/389，第 17-18 段。

36 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 7 条第 15 段。

37 《联合国法律年鉴》[英](1971 年，出售品编号：E.73.V.1)，第 187 页。

38 《国际组织责任条款草案》，第 61 条。

通常情况下，国际责任奉行“独立责任”原则，[39]即各国或各国际组织对自己所实施的国际不法行为分别负责，但在制裁与反制裁的国际实践中，可能会出现数个国家或国际组织共同实施独立行为的情况，且每一国家或国际组织在该国际不法行为中都起到它自己的作用，这涉及“衍生责任”问题。此时，国际不法行为责任的归属，要结合各国或各国际组织之间的关系具体判断。

①合作。在数国或数个国际组织合作实施制裁或反制裁的多数情况下，国际不法行为的责任应根据单独责任原则予以决定。[40]然而国际责任法规定了三种特殊情形，即协助、指挥和控制或胁迫实施国际不法行为。此时，实施协助，指挥和控制，或胁迫的国家或国际组织，应当亦对另一国家或国际组织实施的制裁或反制裁行为负责。

②援助或协助。如果甲国或国际组织，知道某一制裁或反制裁行为系国际不法行为，而且该行为若由甲国或国际组织实施会构成国际不法行为，当甲国或国际组织援助或协助，乙国或国际组织实施了该国际不法行为时，甲国或国际组织亦应该对此制裁或反制裁行为负国际责任。[41]此时，乙国或国际组织是主要责任方，甲国或国际组织仅仅起到支持性的作用。但甲国或国际组织仍需对乙国或国际组织的行为负责，因为各国或各国际组织具有不提供援助或协助以便利另一国或另一国际组织实行一国际不法行为的义务。[42]不过，甲国或国际组织无需对有关制裁或反制裁的国际不法行为负全部责任，只需在自己的行为造成或促成国际不法行为的程度上负责。[43]此时，若根据国际责任法不存在解除国际不法行为的事由，被援助或协助的乙国或国际组织亦需为自己的制裁或反制裁行为承担国家责任。

③指挥或控制。如果甲国或国际组织在知道某一制裁或反制裁行为行为系国际不法行为，而且该行为若由甲国或国际组织实施会构成国际不法行为，当甲国或国际组织指挥或控制，乙国或国际组织实施了该制裁或反制裁行为时，则甲国或国际组织应该对此种行为负国际责任。[44]“控制”指支配不法行为的实施的情况，而不仅仅实行监督，影响或关切；“指挥”并不仅仅是煽动或暗示，而是指实际指挥一项行动；[45]不能仅凭甲国或国际组织，有权干预乙国或国际组织内部行政事务，就推断甲国或国际组织应承担责任。[46]同援助或协助不同，指挥和控制乙国或国际组织实施一国际不法行为的甲国或国际组织，要为该行为本身承担

39 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第四章一国对另一国行为的责任评注第 1 段。
40 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第四章一国对另一国行为的责任评注第 5 段。
41 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 16 条。
42 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 16 条第 9 段。
43 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 16 条第 1 段。
44 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 17 条。
45 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 17 条第 7 段。
46 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 17 条第 6 段。

责任，因为它指挥和控制了全部行为。[47]同时，被指挥或控制的乙国或国际组织，亦要为自己的行为承担国家责任，因为在国际法中，“超级命令”的辩解是不存在的，被指挥或控制亦不是解除国际不法行为的事由。[48]

④胁迫。如果在没有胁迫的情况下，制裁或反制裁行为仍会是乙国或国际组织的国际不法行为，而且甲国或国际组织在知道该行为的情况下这样做，那么胁迫乙国或国际组织实施制裁或反制裁行为的甲国或国际组织，应该对该行为负国际责任。[49]胁迫与“不可抗力”具有同样的基本特性，需要迫使乙国或国际组织意志屈服，除了顺从甲国或国际组织的意愿之外别无选择。在胁迫情况下，甲国或国际组织在行为上是主要煽动者，乙国或国际组织只是它的工具而已。并且，甲国或国际组织必须胁迫真正“实施”了国际不法行为，仅仅使得被乙国或国际组织更加难于遵守义务，并不属于胁迫的范畴。[50]胁迫可能通过武力威胁、干涉内政等方式实施，也可能通过施加重大的经济压力实施。[51]在胁迫情形下，因为胁迫行为等同于不可抗力，且不可抗力又构成解除国际不法行为的事由，故乙国或国际组织可以不承担国家责任，[52]仅需由甲国或国际组织承担国家责任。

⑤煽动。如果煽动国或国际组织的制裁或反制裁行为不符合援助或协助、指挥或控制、胁迫等要件，通常不认为煽动不法行为足以引起煽动国或国际组织的责任。[53]

3.工商企业实施的制裁与反制裁

实施制裁或反制裁的国家通常禁止其管辖的企业同被制裁方开展贸易或金融往来，故有关制裁或反制裁法律和政策的制定主体虽然是某一国家或国际组织，但实施主体却通常最终指向国家管辖范围内的个人或企业，这就涉及国家对其主权范围内私人行为体的责任问题。

各国与其管辖范围内的工商企业有着关联关系，无论是“被制裁方”管辖的工商企业先行实施了违反国际法义务的行为，还是“制裁方”管辖的工商企业为实施制裁而行使了违反国际法义务的行为，都可能表明，相关工商企业所属的国家，违反了国际法义务。[54]

在制裁或反制裁的过程中，当一国未“采取必要措施”，以防止国际不法行

47 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 17 条第 2 段。
48 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 17 条第 9 段。
49 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 18 条。
50 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 18 条第 2 段。
51 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 18 条第 3 段。
52 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 18 条第 4 段。
53 美国－法国专员关于 1831 年法国赔款案的声明，载于穆尔，《历史与摘要》，第五卷，第 4447 页，详见第 4473-4476 页。另见 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA) (Merits), ICJ Reports 1986, p. 129, para. 255, p. 389, para. 259.
54 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), p. 7.

为发生时，则其管辖范围内工商企业实施该国际不法行为所产生的国际责任，应由该国负责。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院指出，“就此而论，接受国可以不为私人夺取大使馆负责，但如果它没有采取一切必要措施来保护该大使馆免遭夺取或重新恢复对该大使馆的控制，则须承担责任。”[55]国际法委员会在《国家责任草案》中指出，如果某一国家没有采取必要措施以防止国际不法行为的发生，就必须为私人当事方的行为后果负责。[56]有关《经济、社会、文化权利国际公约》规定的国家在商业活动中的义务的第 24 号一般性意见指出，不能确保商业行为不侵犯《经济、社会及文化权利国际公约》所载权利，以及未能建立机制防止这种侵权行为，包括域外侵权行为，构成对公约的违反。[57]联合国秘书长在《二级制裁、过度遵守与人权》这份文件中进一步表明，确保其管辖范围内的工商企业不侵犯人权，是国家尽职调查义务的一部分，无论其形式系作为或不作为。[58]联合国《工商企业与人权指导原则》指出，国家应采取步骤，确保国家拥有或控制的工商企业，或接受国家机构实质性支持和服务的企业，不侵犯人权，特别是要求“人权尽责”。[59]联合国《制裁、工商业与人权指导原则》亦指出，各国有义务采取一切必要的立法、组织或业务措施，确保在其管辖或控制下的企业的活动不侵犯人权，包括在域外侵犯人权。[60]

一方面，“被制裁方”应“采取必要措施”防止其管辖的企业不实施违反国际法的行为，否则相关企业所实施的国际不法行为之责任，将由其所属的国家负责；进而由于该“国际不法行为”的存在，“制裁方”就可以合法地对该国实施“制裁”。

另一方面，“制裁方”应“采取必要措施”防止其所管辖企业针对“被制裁方”之“国际不法行为”而采取的制裁行为，不会反过来进一步破坏国际法，如违反国家主权平等原则、不干涉内政原则等国际法基本原则。即使这些制裁措施本身是符合国际法的，也将因其后果之违法而构成新的“国际不法行为”。进而由于该“国际不法行为”的存在，“被制裁方”就可以合法的对该国实施“反制裁”。

特别的，一项制裁行为通常会造成潜在的人道和人权后果，进而违反国际人权法之有关规定。为防止侵犯人权后果的发生，实施制裁或反制裁的国家，应针对其管辖范围内工商企业采取的“必要措施”包括但不限于：①立法。确保制约

55 美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980 年国际法院汇编》，第 3 页，详见第 29 页，第 56 段。
56 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注,第一部分第二章总评注第 4 段。
57 General comment No. 24 (2017) on State obligations under the ICESCR in the Context of Business Activities, paras. 12, 14, 17, 27； Official Records of the Economic and Social Council, 1999, Supplement No. 3.
58 See A/78/196, para. 28
59 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), rule 4.
60 *ibid.*, rule 29.4.

工商企业创办和运作的法律和政策，例如公司法，不会限制而是促使企业尊重人权，[61]如明确规定工商企业在其全部业务中尊重人权的预期。[62]②司法。当对人权产生负面影响时，国家应当采取措施，确保其管辖下的任何私人或实体得以被追责，[63]如承担民事、行政或刑事责任。③行政。在行使行政权力的过程中，国家可促进与其有商业往来的工商企业尊重人权，[64]如将人权尽责条款纳入与企业订立的合同。[65]④国际合作。国家作为国际组织成员，应以合作方式，努力确保国际组织之行为，不妨碍且促进工商企业尊重人权。[66]

（二）行为违背国际义务

当“制裁方”或“被制裁方”的行为不符合国际义务对它的要求时，即为违背国际义务。[67]有两种情形值得注意：

1.区别国际法与国内法

国内法区别于国际法。虽然国家在实施制裁或反制裁的过程中，通常依据的是本国国内法；但定性国际不法行为时，须遵守的应当是国际法。[68]

1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条规定，一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约；[69]第 46（1）条指出，一国不得援引其同意承受条约拘束之表示，为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实，以撤销其同意。[70]联合国国际法委员会在 2001 年《国家责任条款草案》第 32 条中亦指出，国际不法行为的定性无关，任何国家的国内法，责任国不得以其国内法的规定，作为不能遵守其义务的理由，国际不法行为的定性须遵守国际法，这种定性不因国内法把同一行为定性合法行为而受到影响。[71]

在 1923 年“温布尔登号案”中，常设国际法院认为，一个国家颁布的国内法令，不能凌驾于和平条约的规定之上。[72]在 1930 年“上萨伏依自由区和热克斯区案”中表示，不能以本国的法律规章限制其国际义务的范围。[73]在 1932 年“希腊一保加利亚社群问题的咨询意见案”中亦得出结论认为，在条约当事国之间的关系中，国内法的规定不能优先于条约的规定，这是公认的国际法原则。[74]在 1932

61 *ibid.*, rule 3(b).
62 *ibid.,* rule 2.
63 *ibid.,* p. 103.
64 *ibid.*, p. 8.
65 *ibid.*.
66 *ibid.*, p. 10.
67 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 12 条；《国际组织的责任条款草案》，第 10 条。
68 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 3 条；编写组：国际公法学（第三版），北京：高等教育出版社，2022 年，第 74 页。
69 VCLT, art. 27.
70 VCLT, art. 46(1).
71 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 32 条。
72 S.S. Wimbledon Case (United Kingdom et al. v. Germany), Judgment, PCIJ Series A No. 1 (1923), 29-30, para.23.
73 Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 6 December 1930, PCIJ Series A No. 24 (1930), 12.
74 Greco-Bulgarian Communities (Advisory Opinion), PCIJ Series B, No. 17 (1930), 32, para. 21.

年“波兰国民待遇案”指出，一国不能对另一国引用本国宪法，以规避依国际法或生效的条约应该履行的义务。[75]

国际法院亦持相同观点。在 1949 年“伤害赔偿案”中指出，索赔主张根据的是被追究责任的会员国对一项国际义务的违背……该会员国不能争辩说这项义务是受国内法制约的。[76]在 1951 年“英国-挪威渔业案”指出，虽然领海的划界行为确实必然是一种单方面的行为，因为只有沿海国家有能力承担这种行为，但对其他国家的划界的有效性取决于国际法。[77]在 1955 年“诺特波姆案”也肯定了这一原则，认为虽然一个国家可以制定关于获得国籍的规则，但以国籍基础行使外交保护属于国际法的管辖范围，任何国家不得以其国内法律作为违反国际法义务的理由。[78]在 1988 年“《联合国总部协定》的解释和适用问题的咨询意见案”中指出，关于美国是否有义务尊重根据《联合国总部协定》第 21 条诉诸仲裁的义务的问题，回顾一下国际法优先于国内法的国际法基本原则就足够了。[79]在 1989 年“西西里电子公司案”中指出，遵守国内法与遵守条约规定是不同的问题。违反条约的行为在国内法中可能是合法行为，而在国内法中不合法的行为可能根本不是违反条约规定的行为。[80]

因此，尽管一些国家常声称其国内法是依据国际法所制定的，或声称其国际法是为了解释或执行国际法，但制裁或反制裁行为定性为“国际不法行为”的判断，应遵循的是“国际法”，且不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响，任何国家不得以其国内法的规定，作为不能遵守其义务的理由。[81]

2.时际国际法

根据时际国际法原则，一个法律事实必须依照其同一时期的法律来判断，而不是依照在与此法律事实有关的争端产生时的生效法律，或解决争端时的生效法律来判断。[82]因此，在确定制裁与反制裁的国家责任时，需要具体判断，在行为发生时，而非争端产生时或解决争端时，该项国际法是否对“制约方”或“被制裁方”具有法律约束力。[83]该要求对于国际条约尤为重要，实践中可结合下列因素具体判断：某一有关制裁或反制裁的国际不法行为所涉国际条约的生效时间，相关条约对“制约方”或“被制裁方”的生效时间，“制约方”或“被制裁方”是否对该条约提出了声明或保留等。

75 Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, PCIJ Series A/B No. 44 (1932), 24.
76 Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 174, see particularly 180 and 184.
77 Fisheries Case (United Kingdom v Norway), Judgment, ICJ Reports 1951, 132; 18 ILR 95 (1951).
78 Nottebohm Case (Liechtenstein v Guatemala), Second Phase, ICJ Reports 1955, Chapter 4, 114 ff.
79 Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, ICJ Reports 1988, para. 57
80 Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, ICJ Reports 1989, 15, see particularly 51, para. 73.
81 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 32 条。
82 Island of Palmas Case (Netherlands v. United States of America), Award, II UNRIAA 829 (1928), 845.
83 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 13 条；《国际组织的责任条款草案》，第 11 条。

二、“制裁与反制裁”之合法事由

“制裁与反制裁”要获得国际法之合法性，则必须满足国际责任法中解除行为不法性之法律要件。从目前的国际实践来看，这主要涉及反措施和紧急情况两个问题。

（一）反措施

“反措施”是使“制裁与反制裁”在国际法中具备合法性的最主要事由，不仅与“制裁”合法性的判断有着密切关联，亦与“反制裁”合法性的判断具有紧密联系。

1.前提：存在一项国际不法行为

若一国暂不履行对另一国的国际义务，受害国为促使一国际不法行为（而非不友好行为）的责任国履行其义务，可以采取反措施。[84]故实施反措施的前提在于，存在一项国际不法行为。

①对于“制裁”而言，一项合法的“制裁”的实施前提在于，“被制裁方”实施了一项“国际不法行为”。若“被制裁方”未实施“国际不法行为”，则“制裁方”通过“制裁”所直接采取的强制性措施，将不满足“反措施”之要求，并将因违反国家主权平等原则、和平解决国际争端等国际法基本原则，而构成“国际不法行为”与“非法”的“制裁”。

②对于“反制裁”而言，一项合法的“反制裁”的实施前提在于，“制裁方”实施了构成“国际不法行为”的“非法”的“制裁”。第一种情况，若“被制裁方”确实先行实施了一项“国际不法行为”，则“制裁方”所实施的“制裁”就系“合法”的，此时并不存在由“制裁方”实施的“国际不法行为”；进而“被制裁方”不能采取“反措施”，若采取，则为“非法”的“反制裁”。反之，第二种情况下，如果“被制裁方”能够证明自己根本未实施“国际不法行为”，那么“制裁方”所实施的“制裁”则系“非法的”，此时就存在一项由“制裁方”实施的“国际不法行为”；进而“被制裁方”能够对“制裁方”采取反措施，即实施“合法”的“反制裁”。

2.目的：促使恢复履行国际义务

“反措施”与“制裁”或“反制裁”的目的有所不同，一项合法的“制裁”或“反制裁”之目的，必须与“反措施”之目的相符合。

①“反措施”的目的在于，促使一国际不法行为的责任国履行其国际义务，限于采取措施的国家暂不履行对责任国的国际义务，且应尽可能允许恢复履行有关义务。[85]

84 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 49 条。
85 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 49 条；《国际组织的责任条款草案》，第 51 条。

②相较而言，“制裁”是对外政策手段的一种形式，[86]目的是寻求一定的对外政策的目标，[87]并发挥强制性改变，阻止或预防对方行为的功能。[88]

一项合法的“制裁”所寻求的对外政策目标，应当仅限于，促使另一国或国际组织，停止“国际不法行为”，并恢复履行其国际义务，且应尽可能允许其恢复履行有关义务。

如果一项制裁措施之目的仅是为了单方面实现“制裁方”之单方利益，明显超出了使“被制裁方”恢复履行国际义务之限度，或制裁措施已经严重超过了允许“被制裁方”恢复履行义务之比例，则将不满足“反措施”之目的要求，进而属于“非法”的制裁。

③“反制裁”所寻求的对外政策目标，通常系停止某项“制裁”行为对本国或本国际组织的影响。

一项符合“反措施”要件的“反制裁”措施之目的应当是，促使“制裁方”停止实施“非法”的“制裁”，履行对“被制裁方”所负的有关国家主权平等、不干涉内政等国际义务。

若“被制裁方”所实施的“反制裁”措施明显超出了这些目的所要求的限度，则亦属于“非法”的“反制裁”。

3.路径：符合严格的法律条件

反措施的本质在于赋予国家合法的自助权，很可能被各国滥用，且这一潜在可能性会随着国家之间实力的差距而加重，因此必须为反措施设置严格的条件和限制，以将其控制在普遍可接受的范围内。[89]

①相称。相称性在国际责任法、国际人权法、使用武力法与国际人道法的不同语境下，分别有着不同的要求。但通常认为，“狭义的相称原则”（proportionality in the strict sense）检验是各个法律部门的共同要求，即造成的任何损害，与预期获得的利益相比，不得超过必要的限度。[90]

无论是制裁还是反制裁，所采取的措施必须和所遭受的损害相称。此外，一项制裁或反制裁行为可能同时涉及多部法律，该行为实施时必须同时符合相称原则在可能涉及的一切国际法义务下之要求。

国际法委员会指出，国际责任法中，相称性的评估应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。[91]不仅考量损失方面的数量因素，[92]还需结合行为严重程度、对“被制裁方”及“制裁方”的影响、他国立场等质量因素，以及措施旨在

86 阮建平：《战后美国对外经济制裁》，武汉：武汉大学出版社，2009 年，第 16-18 页。
87 同前注，第 8-9 页。
88 [美]加利-克莱德等：《反思经济制裁》，杜涛译，上海：上海人民出版社，2019 年，第 4 页。
89 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第二章反措施评注第 2 段。
90 Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An Assault on Human Rights?, 7 ICON (2009), 468, 474.
91 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 51 条；《国际组织的责任条款草案》，第 54 条。
92 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 51 条第 6 段。

实现的目标。[93]

②通知。在采取制裁或反制裁以前，应首先要求对方依法履行国际义务，并将采取反措施的任何决定通知对方，并提议与对方进行谈判。必要时，也可不经以上步骤而采取紧急反措施，以维护其权利。[94]

③不受反措施影响的义务。不论是实施制裁还是反制裁，不得影响的义务包括：禁止使用武力及武力威胁、保护基本人权、禁止报复、依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

④采取反措施后仍应履行的义务。采取反措施的国家或国际组织仍应履行的义务包括，实行任何适用的解决争端程序，尊重外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性等。[95]

⑤终止反措施。一旦对方履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止制裁或反制裁行为。[96]当制裁或反制裁构成的“国际不法行为”已经停止，并且已将争端提交法院或法庭时，不得采取反措施，如已采取，务必停止，不得无理拖延，但对方不秉诚履行解决争端程序的除外。[97]

综上可见，一国或一国际组织所实施的制裁或反制裁，必须在符合国际责任法中有关“反措施”之法律要件后，才能获得国际法上的合法性。否则，相关制裁或反制裁行为，本身则构成一项国际不法行为。

（二）紧急情况

“紧急情况”是国际责任法中解除行为不法性的一项事由。当下绝大多数国家的宪法中都包含着紧急状态条款，依据这些条款，一些国家在实施制裁行为时，通常会事先宣布本国已经进入“紧急状态”。例如，美国实施制裁的一项重要国内法依据，即为《国家紧急状态法》。那么，是否当一国已经宣布进入“紧急状态”时，其所实施的国家行为就可以解除不法性呢？

1.法定限制

一国或一国际组织不得援引危急情况作为理由，解除不遵守某项国际义务的行为的不法性，除非该行为是保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国的基本利益或整个国际社会的基本利益。[98]可见，为防止“紧急情况”被滥用，援引紧急情况必须满足严格的条件。

①基本利益。基本利益既可能涉及一国或国际组织的特定利益，也可能涉及

93 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 51 条第 7 段。
94 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 52 条；《国际组织的责任条款草案》，第 55 条。
95 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 50 条；《国际组织的责任条款草案》，第 53 条。
96 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 53 条；《国际组织的责任条款草案》，第 56 条。
97 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 52 条；《国际组织的责任条款草案》，第 55 条。
98 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 25（1）条；《国际组织的责任条款草案》，第 25（1）条。

整个国际社会的利益，其判断要结合案件的具体情形，而不能提前作出判断。[99]

②严重迫切危险。“危险”既要在程度上满足“严重”的标准，又要在时间上满足“迫切”或曰近在眼前的标准。[100]“危险”的判断必须是客观和现实的，仅仅担心危险的发生是不够的。[101]

③唯一办法。“办法”并不限于单方面的行动，还可包括国际合作。如果可采用其他合法办法，即使是代价可能更高或较不方便的办法，亦不得使用紧急情况作为抗辩。[102]

④不损害他国利益及国际社会利益。不损害别国或国际社会利益的判断，不仅应通过行为国的视角来判断，还需考虑到对方国家的相反利益，以及集体性的竞合利益。[103]

当有关国际义务排除援引危急情况的可能性时，不得援引危急情况作为解除其行为不法性的理由。[104]从国际现实的角度考虑，能满足“紧急情况”之法律要件的制裁或反制裁，是非常罕见的。

2.人权克减

国际责任法中的“紧急情况”，还涉及国际人权法之克减（derogation）问题。国际人权法中的克减是指，国家在遇到紧急状态并危及到国家生存的情况下，暂时中止履行其所承担的某些保护人权的义务。[105]

在人权公约中规定克减条款不是为了强调国家的克减权，相反，是为了防止缔约国滥用这一权利。[106]克减条款主要见诸于《公民权利及政治权利国际公约》第 4 条，该条对对缔约国行使克减权规定了严格的限制。

①前提。只有当存在着紧急状态并威胁到“国家的生命”时，才可以对人权进行克减。[107]该情形的判断可参照上段国际责任法中有关“紧急情况”的法律要件。

②相称。克减的程度应以紧急状态的“严格需要”为限制。[108]“严格需要”的具体判断应不存在普适性的标准，应结合紧急状态的原因、特点、程度、时间、范围、方法等具体分析。[109]人权事务委员会（HRC）在第 29 号一般性意见中指出，进行比例性评估的这一义务必须聚焦于克减措施的“持续时间、地理覆盖范围和实质范围”。[110]此外，这要求独立的国家机关，包括立法、行政和司法部门，

99 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 25 条第 15 段。
100 同前注。
101 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 25 条第 16 段。
102 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 25 条第 15 段。
103 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 25 条第 17 段。
104 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 25（2）条；《国际组织的责任条款草案》，第 25（2）条。
105 张爱宁：《国际人权公约特点评述》，《比较法研究》2006 年第 6 期，第 128-136 页。
106 同前注。
107 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4（1）条
108 同前注。
109 徐显明：《国际人权法》，北京：法律出版社，2004 年，第 194-195 页。
110 Human Rights Committee, General Comment No. 29: Article 4 (Derogations during a State of Emergency),

对克减措施的必要性定期进行审查。[111]

③合法。克减不得违反依国际法所负的其他义务。[112]特别的，在一国在宣布进入紧急状态后，以制裁目的所实施的对本国或他国人民的人权进行克减的行为，不得违反《宪章》中有关国际法基本原则的规定，亦不得进一步侵犯国际人权法。

④禁止歧视。“平等和不歧视”是国际人权法的一项基本原则，克减行为不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。[113]

⑤禁止克减某些权利。《公民权利与政治权利国际公约》列举的不可克减的权利包括，生命权（第 6 条）、禁止酷刑或其他不人道待遇（第 7 条）、禁止奴隶（第 8（1）条和第 8（2）条，不包括第 8（3）条强迫劳动）、禁止监禁（第 11 条）、无罪推定（第 15 条）、法律面前人人平等（第 16 条）和思想、良心和宗教自由（第 18 条）。[114]

其他可以克减的人权，大多都是因为在紧急状态过后可以恢复。

值得注意的是，正如人权事务委员会指出的那样，在紧急状态下宣布某些权利不可克减，并不意味着“公约所规定权利的重要性存在等级之分”。[115]即使是允许被克减的权利，也包含着许多不可克减的方面。例如，不歧视权利的某些要素或方面在任何情况下都不允许克减。[116]

⑥通报。对于《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国，任何援用克减权的国家，应立即经由联合国秘书长，将它已克减的各项规定、实行克减的理由和终止这种克减的日期，通知本盟约的其他缔约国家。[117]对于人权克减的监督机制，主要经由人权委员会，通过审议缔约国报告和个人来文两种方式来行使。[118]

综上可见，“制裁方”在实施制裁行为时，即便因宣布本国进入“紧急状态”，也不必然就使得本国自动获得国际人权法中的“克减”权。其所实施的制裁行为，不得违反任何国际法中有关“克减”之规定。

三、“制裁与反制裁”之国际责任内容

（一）国际层次与事后补救

国际责任法在国际层次，为制裁与反制裁所涉的“国际不法行为”，提供了

UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001), para. 4..

111 曼弗雷德·诺瓦克：《民权公约评注：联合国<公民权利和政治权利国际公约>（上）》，毕小青，孙世彦泽，北京：生活·读书·新知．三联书店，2003 年，第 76、84 页。

112 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4（1）条。

113 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4（1）条。

114 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4（2）条。

115 Human Rights Committee, ‘General Comment No 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols Thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant’ (4 November 1994) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para 10.

116 Human Rights Committee, General Comment No. 29: Article 4 (Derogations during a State of Emergency), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001), para. 8.

117 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4（3）条。

118 滕宏庆：《论人权克减及其监督机制》，《甘肃政法学院学报》2008 年第 2 期，第 20-24、31 页。

事后补救的法律渠道。

一国或一国际组织一旦实施了国际不法行为即应承担法律后果，[119]对其所实施的国际不法行为承担国际责任。[120]在制裁与反制裁的语境下，可能涉及的情况主要包括：①“制裁方”实施了“非法”的“制裁”行为（“国际不法行为”），并引发“被制裁方”实施了“合法”的“反制裁”行为，此时“制裁方”要承担国际责任。②“被制裁方”实施了“国际不法行为”，并引发“制裁方”实施了“合法”的“制裁”，此时“被制裁方”要承担国际责任。③“制裁方”的“制裁”行为，以及“被制裁方”的“反制裁”行为，都构成“国际不法行为”，此时“制裁方”和“被制裁方”都要承担国际责任。

根据国际责任法，实施合法的“制裁”或“反制裁”的国家或国际组织，可以要求对方：①继续履行，但不妨碍或取代责任国继续履行所违背义务的责任。[121]②停止该行为，并在必要情况下提供不重复该行为的适当承诺和保证。[122]③对所造成的损害提供充分赔偿，损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。[123]

赔偿的具体方式包括恢复原状、补偿、抵偿，这些方式可以单独或合并采取：[124]①恢复原状。在并且只在恢复原状并非实际上办不到，且从恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例时，一国际不法行为的责任国有义务恢复原状，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况。[125]在各种赔偿方式中，恢复原状为首选。[126]②补偿。如果一国际不法行为造成的任何损害没有以恢复原状的方式得到赔偿，则受害国或受害国际组织有权利获得补偿，以弥补在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。[127]“在经济上可以评估的损害”，既包括国家本身遭受的损害，也包括本国自然人或公司遭受的损害。[128]③抵偿。如果一国际不法行为造成的损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿，那么责任国或责任国际组织有义务抵偿该行为。抵偿可以采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适的方式，不应与损失不成比例，而且不得采取羞辱责任国的方式。[129]④利息和促成损害。为确保充分赔偿，必要时，还应支付本金金额的利息。[130]此外，当受害国或受害国际组织因故意或疏忽，以行为或不

119 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第二部分一国国际责任的内容，第一章一般原则，第2段。
120 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第28条；《国际组织的责任条款草案》，第28条。
121 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第29条；《国际组织的责任条款草案》，第29条。
122 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第30条；《国际组织的责任条款草案》，第30条。
123 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第31条；《国际组织的责任条款草案》，第31条。
124 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第34条；《国际组织的责任条款草案》，第34条。
125 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第35条；《国际组织的责任条款草案》，第35条。
126 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第32条第3段。
127 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第36条；《国际组织的责任条款草案》，第36条。
128 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第36条第5段。
129 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第37条；《国际组织的责任条款草案》，第37条。
130 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第38条；《国际组织的责任条款草案》，第38条。

行为促成损害时，应按照其自身过错的比例自负一定责任。[131]

值得注意的是，制裁或反制裁措施中的直接受害者通常是个人或工商企业。此时，尽管国际责任是对某一受害国或受害组织承担的，但国际责任却不一定最终要使该国或该国际组织获益，个人或工商企业亦可能是最终的受益人。[132]

（二）国内层次与事先预防

1.国内法救济与程序公正

制裁与反制裁之有效性，通常取决于各国管辖范围内工商企业在金融或贸易领域的配合程度；相应的，构成“国际不法行为”的制裁与反制裁行为之最终受害者，则通常直接指向各国管辖范围内的工商企业或个人。

然而，传统的国际责任法仅仅聚焦国际层次，并无法涵盖国家内部层次的救济问题。因此在国际层次之外，还需聚焦在国内层次为工商企业和个人提供有效的法律救济。

国际法普遍认为，每项权利在受到侵犯时都必须有有效的补救办法。[133]《世界人权宣言》第 7 条，[134]《公民权利和政治权利国际公约》第 14（1）条和第 26 条，[135]人权事务委员会第 32 号一般性意见，[136]联合国秘书长 2004 年《冲突和冲突后社会中的法治和过渡司法》[137]报告等文件，都规定了“每个人平等受法律保护的权利”。为保障这一权利，需尊重以下程序公正方面之要求：

①法律确定性（legal certainty）。法律确定性是一项一般法律原则，[138]可见诸于《公民权利和政治权利国际公约》第 4（2）条及第 15（1）条。[139]根据《世界人权宣言》第 19 条、[140]《公民权利和政治权利国际公约》第 19 至 20 条、[141]人权事务委员会第 3 号一般性意见[142]和经济、社会及文化权利委员会第 3 号一般性意见，[143]法律确定性原则还与获得信息权密切相关。在实施制裁或反制裁时，应当具备明确且正式的国际法和国内法依据，列明具体的法律依据，使用明确而非

131 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 39 条；《国际组织的责任条款草案》，第 39 条。
132 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 33 条第 3 段。
133 International Commission of Jurists, Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level: Practitioners Guide No. 8 (Geneva, 2014), para. 24.
134 UDHR, art .7.
135 ICCPR, arts. 14(1) and 26.
136 Human Rights Committee, General Comment No 32: Article 14 (Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial), UN Doc CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), para. 30.
137 UN Security Council, The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies (2004) (www.ictj.org/sites/default/files/UNSC-Global-Justice-Post-conflict-2004-English.pdf); The United Nations Rule of Law Indicators: Implementation Guide and Project Tools (2011) (peacekeeping.un.org/sites/default/files/un_rule_of_law_indicators.pdf).
138 J. Maxeiner, Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law, 31 Houston JIL (2008), 27-46.
139 ICCPR, arts. 4(2) & 15(1).
140 UDHR, art. 19.
141 ICCPR, arts. 19-20.
142 Human Rights Committee, General Comment No 3: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (Art. 2, para. 1), UN Doc CCPR/C/GC/3 (20 Dec. 1976), paras. 1-2.
143 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1 of the ICESCR), UN Doc E/C.12/1990/8 (14 Dec. 1990), paras 1-3.

模棱两可的语言，[144]并告知有关干涉的证据、法律程序、法律救济等详细信息。[145]值得注意的是，一国国内不具备法律约束力的行政性文件、指南，不应作为法律依据被援引。

②诉诸司法（Access to justice）与公正审判（fair trial）。《世界人权宣言》第10条，[146]《公民权利和政治权利国际公约》第14（1）条，[147]以及有关国际人道法、国际刑法的诸多国际条约，[148]均规定了诉诸司法权。公正审判权与诉诸司法权相伴而生，根据《公民权利和政治权利国际公约》第14（3）条规定，实施制裁或反制裁过程中所应奉行的公正审判的要求包括：迅速以一种懂得的语言详细地告知指控的性质和原因；[149]获得法律援助；[150]免费获得译员的援助；[151]不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。[152]

③无罪推定与禁止举证责任转移。《世界人权宣言》第11（1）条[153]和《公民权利和政治权利国际公约》第14（2）条[154]规定明确规定了无罪推定原则，即凡受刑事控制者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。这项原则进一步涉及司法过程中的证明及反证的问题。在实施制裁或反制裁时，应当由“实施方”承担举证责任，禁止举证责任转移。在有关制裁或反制裁的刑事行为中，某项行动是否非法的举证责任在于检方；[155]在有关制裁与反制裁的行政行为中，国家亦是提供明确和充分的证据来自证清白的主体。[156]

2.预防原则

制裁通常伴随着潜在的人权和人道后果。制裁可能会对被制裁国的全体人民带来毁灭性的全面影响，[157]如导致死亡率成倍增加，预期寿命缩短。[158]制裁还会

144 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), pp. 53-54.
145 *ibid.*, p. 20.
146 UDHR, art. 10.
147 ICCPR, art. 14(1).
148 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, arts. 72-73; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, arts. 105-108; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, arts. 75-76.
149ICCPR, art. 14(3)(1).
150 ICCPR, art. 14(3)(4).
151 ICCPR, art. 14(3)(6).
152 ICCPR, art. 14(3)(7).
153 UDHR, art. 11(1).
154 ICCPR, art. 14(2).
155 Human Rights Committee, General Comment No 13, Art 14 (Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial) (21st Sess., 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 (29 Jul. 1994), 14, para 7; Human Rights Committee, General Comment No 32: Art 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, CCPR/C/GC/32 (23 Aug. 2007), para 30.
156 For example, 5 CFR § 2423.32-Burden of Proof before the Administrative Law Judge (2023) (www.law.cornell.edu/cfr/text/5/2423.32).
157 A/78/196; A/HRC/51/33; A/HRC/54/23. Add. 1; A/HRC/51/33 Add.1; A/HRC/51/33 Add.2; A/HRC/4859 Add. 2.
158 A/HRC/54/23.

给目标国的老年人、儿童和妇女等弱势群体，带来生活困境——使他们在获取食物、就业机会、医疗服务和教育资源等方面面临更为严重的困难。这些负面影响还可能波及与目标国相邻或存在经济联系的第三国。即便是联合国安理会实施的制裁，也不可避免地造成严重的人权和人道主义后果。例如，安理会对伊拉克实施制裁后，该国儿童死亡率翻倍，五岁以下婴儿死亡率增至六倍，医疗水平倒退五十年。[159]

然而，传统的国际责任法，仅仅在事后救济的角度提供了责任思路，却无法事先预防这些潜在人权和人道后果的发生，故必须强调实现预防的重要性。

根据预防原则（Precautionary principle），对于自身管辖范围内可能产生负面影响的活动，各国有义务保持高度谨慎，[160]应当采取监测、评估及其他一切必要措施，以防止或尽量减少任何可能的危害。[161]考虑到环境损害的不可逆性，预防原则主要在国际环境法领域被援引强调。根据 1992 年《里约宣言》原则 15，“当存在严重或不可逆转损害的威胁时，不得以缺乏充分的科学确定性为由而推迟采取具有成本效益的措施来防止环境恶化”。考虑到武装冲突的潜在人道后果，预防原则亦是国际人道法的一项重要原则。根据《第一附加议定书》第 57（1）条，以及红十字国际委员会《习惯国际人道法》规则 15，在进行军事行动时，须采取一切可能的预防措施，以期避免，并无论如何，减少平民生命附带受损失、平民受伤害和民用物体受损害。参考以上规定，正如联合国《制裁、工商业与人权指导原则》原则 13 所指出的那样，对于可能严重影响人权和人道的一切制裁措施和行为，都应当尽可能进行预先评估和实时监测，以使危害被控制在最小的范围内。[162]

四、“制裁与反制裁”及国际强行法

在国际责任法中，国际强行法关涉“解除行为不法性”“国际责任的内容”和“国际责任的履行”等情形。一方面，实施制裁之理由，通常同国际强行法有着密切的联系。例如，安理会所实施制裁通常涉及威胁国际和平与安全之情势；各国所实施之制裁，通常会援引防止种族灭绝、种族隔离等理由。另一方面，不得违反国际强行法，亦是判断一项制裁或反制裁行为合法与否的要求。

---

159 [美]加利-克莱德等：《反思经济制裁》，杜涛译，上海：上海人民出版社，2019 年,第 160 页；世界卫生组织：《海湾危机以来伊拉克人口健康状况》（1996 年 3 月），第 1-5 页。

160 Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011, para. 131

161 Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment (Separate Opinion of Judge CançadoTrindade), ICJ Reports 2010, para. 61. Available at: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf; M.Stevens,“The Precautionary Principle in the International Arena”, Sustainable Development Law and Policy2 (2)(2002), P.15.

162 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), p. 43.

（一）制裁与反制裁合法性之判断需遵守国际强行法

解除国家或国际组织行为不法性的任何事由，无论是同意、自卫、反措施、不可抗力、危难还是紧急情况，都需遵循国际强行法。[163]正如国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案裁决中所指出的那样，绝对不能以一项违约行为作为借口，而采取另一项违约行为，灭绝种族罪不能成为反种族灭绝罪的理由。[164]

1.第三方反措施

为了确保国际社会的普遍利益，是否任何国家或任何国际组织，都有权援引国际强行法，对某一国际不法行为采取反措施，进而实施合法的制裁或反制裁呢？

《国家责任法草案》第 48（1）条规定，当被违背的义务是对整个国际社会承担的义务时，受害国以外的国家有权援引国际责任。《国家责任法草案》第 54 条进一步规定，本章不妨碍依第 48（1）条有权援引另一国责任的任何国家，对该另一国采取合法措施，以确保停止该违背义务行为和使受害国和被违背之义务的受益人得到赔偿。《国际组织责任法草案》第 49 条及第 57 条也采取了类似的规定。

对于受害国以外国家采取反措施（第三方反措施）这一问题，国际法委员会法委员们意见不一。部分委员支持相关规定，认为其对处理严重违背义务行为必要且有用，是此类行为的基本后果，关乎草案平衡，是国际法合理发展形式且有国家实践支撑。另一些委员则表示反对，理由是该规定无法律及编纂基础，实践不一致且无法律确信，还可能给欺压小国提供合法性、威胁以《宪章》为基础的集体安全制度、扩大使用武力及武力威胁的法律渠道等。[165]

国际法委员会最终指出，对于第三方反措施这一问题，国际法的现状尚不确定，国家实践也很少见，这一问题的解决将留待国际法的进一步发展。[166]目前国际法似乎还没有明确承认，任何国家或任何国际组织都有权为集体利益采取反措施，但也没有证据表明，非受害国或国际组织采取反措施是不能接受的。[167]

联合国《制裁、工商业与人权指导原则评注》认为，除了直接受影响的国家之外，其他国家也可以针对诸如侵略、种族灭绝、种族隔离或严重侵犯基本人权且震撼人类良知等对普遍义务的违反行为采取反措施。国际法院在多个案件中得出结论，此类违法行为可包括侵略行为、种族灭绝、种族隔离、阻碍自决权的行使、奴隶制、奴隶贸易、种族歧视、酷刑以及“系统性、严重或恶劣性质的”严

163《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 26 条；《国际组织的责任条款草案》，第 26 条。
164 反诉案，1997 年 12 月 17 日的命令，《1997 年国际法院汇编》，第 243 页，详见第 258 页，第 35 段。
165 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，本届会议审议本专题的情况：主要未决问题辩论概况——(a) 严重违背对整个国际社会的义务（起草委员会在第五十二届会议提出的第二部分第三章）,第 27 页，第 54 段。
166 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 54 条第 6 段。
167 《国际组织的责任条款草案》，第 57（2）条。

重违反国际人道法的行为。[168]传统上，这些情况通常会被联合国安理会认定为对国际和平与安全构成威胁或破坏。[169]但值得注意的是，即使存在违反普遍义务的情况，反措施之履行也必须严格符合前述国际责任法之要件。

2.危急情况中不可克减的人权

危急情况作为解除国际行为不法性的理由，与国际人权法中的克减规则存在竞合，而不可克减的人权，又与国际强行法有着密切的联系。

1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条指出，“就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑（derogation）且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”虽然该公约将“derogation”一词翻译为“损抑”，但其与国际人权法语境下的“克减”（derogation），[170]却是使用了同一个英语单词。

二者的关系在于，国际强行法是国际法渊源语境下效力位阶最高的法律，其效力最高性的体现，即为不允许损益/克减（derogation）。而国际强行法与国际人权法所重叠的那部分内容，则可能被列入不可克减人权的清单。正如在第 29 号一般性意见中人权事务委员会所指出的那样，《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条中列举的不可克减条款，与国际法强制性规范，是“相关但不相同”的关系：[171]一方面，一些不可克减条款是对一些强制性规范的重申；[172]另一方面，二者的范围并非一致，与国家紧急状况没有关联等也可能成为不可克减的理由，强制性规范的范畴又超出了不可克减条款的清单范围。[173]

因此，必须注意国际强行法规则中与不可克减人权相竞合的那些内容，这些内容将否定“危急情况”的存在，使制裁或反制裁行为失去解除行为不法性的理由。

（二）严重或系统违背国际强行法之国际责任的内容和履行

当实施制裁或反制裁行为的过程中，严重或系统性地违背国际强行法之义务时，将产生特殊的法律后果。主要涉及的情形包括但不限于：①“被制裁方”先行实施了严重违背国际强行法的“国际不法行为”，后“制裁方”实施了“合法”的“制裁”。②“制裁方”实施的“制裁”行为构成严重违背国际强行法的“国

168 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), International Court of Justice, para. 33; Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), International Court of Justice, June 30, 1995, para. 29.

169 Mandate of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Guiding Principles on Sanctions, Business and Human Rights (2025) (www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf), p. 52.

170 《公民权利及政治权利国际公约》，第 4 条。

171 UNHRC, General Comment No 29: States of Emergency (article 4) (31 August 2001), UN Doc No CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 paras. 11–13.

172 Human Rights Committee, General Comment No. 29: Article 4 (Derogations during a State of Emergency), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001), para. 11.

173 *ibid.*, para. 11.

际不法行为”。③以上二者情况均有之情形。

根据《国家责任条款草案》第 40 条和《国际组织责任条款草案》第 41 条，在制裁和反制裁的过程中，首先必须存在严重或系统性不履行国际强行法义务的严重违约行为。①“严重”，指违反或其效果的强度，意味着违反情节必须达到一定程度，具有罪大恶极的性质，构成直接和公然侵犯有关规则所保护的价值观念。可确定严重性的因素包括：违反规范的意图、具体违反情况的范围和次数，以及违反情况对受害人后果的严重性。[174]②“系统”指有组织和蓄意进行。值得注意的是，一些侵犯人权的行为，如侵略和灭绝种族，本身就需要满足大规模的蓄意违反的要求。[175]③特别的，对于不是受害方的国际组织而言，该义务所基于的整个国际社会的利益，还应当属于职责范围内的事项。[176]

根据《国家责任条款草案》第 48 条和《国际组织责任条款草案》第 49 条，在满足以上先决条件后，任何国家或任何国际组织，可以非受害国或非受害国际组织的角色，要求国际不法行为的责任国需承担国际责任。包括①停止国际不法行为；②提供不重复的承诺和保证；③提供赔偿。[177]这是一份详尽无遗的清单，非受害国或非受害国际组织可以援引责任的类别仅限于以上三类。[178]

此外，严重违背严重违背国际强行法还将产生特定的后果，即合作与不参与。①合作。对于严重违反国际强行法的行为，需要所有国家同心协力，以抵消违约行为的影响。[179]正如国际法委员会所指出的那样，国际合作常常是为此种情形提供有效救济的唯一办法。[180]合作的义务对各国都适用，无论它们作为具体国家是否受到严重违约行为的影响。合作可以采取各种形式，包括可在主管国际组织、特别是联合国的框架内进行。[181]②不参与。各国负有不参与的义务，一是任何国家均不得承认严重违背国际强行法之行为合法，二是不得协助或援助保持该状况。[182]

结　语

制裁与反制裁作为国际法中的强制性措施，可能因规避非强制性争端解决机制，以及违反国家主权平等原则、不干涉内政原则等国际法基本原则，而构成“国际不法行为”。制裁与反制裁的国际法合法性，取决于国际责任法中有关解除行为不法性之规定。正如联合国单方面强制性措施与人权问题特别报告员埃琳

174 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 40 条第 7 段；《国际组织的责任条款草案》评注，第 40 条第 8 段。
175 同前注。
176 《国际组织的责任条款草案》，第 49（3）条。
177 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 48（2）条；《国际组织的责任条款草案》，第 49（4）条。
178 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 48 条第 11 段。
179 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 41 条第 3 段。
180 同前注。
181 《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注，第 41 条第 2 段。
182 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，第 41（2）条；《国际组织的责任条款草案》，第 42（2）条。

娜•窦涵（Alina Douhan）所指出的那样，国家、国家集团或区域组织，在未获联合国安理会授权，或超出其授权的情况下，所采取的绝大多数“单边制裁”，都属于“单方面强制性措施”，即“非法”的制裁。[183]国际实践中，绝大多数的“单边制裁”都因不符合国际责任法中有关“反措施”和“紧急情况”的法律要求，而不具备国际法的合法性。这些“非法”的“单边制裁”将构成国际法中的“国际不法行为”，进而被制裁方有权“合法”地采取“反制裁”。但采取反制裁的国家或国际组织亦需谨慎地保证，其所实施的“反制裁”行为符合国际责任法中的“反措施”之要求，且在实施过程总不产生新的“国际不法行为”。

2025年中国国际法学会年会

183 *ibid.*, p. 27.

经济制裁之理论源起与变迁：由史之脉络至当今之行实

吴尊杰

摘要：本文论经济制裁之源流、历史之变及其于今之国际关系之用也。经济制裁者，国际政治之器也，滥觞于第一次世界大战，时协约国以海上封锁、禁运之策，削同盟国之战力。战后，经济制裁遂为国际社会处理国际关系、保卫国家安全及地缘政治之利的重要手段。其动机纷纭，有地缘政治、国家安全、技术之争、知识产权保护、经济市场争夺、供应链的安全等。冷战之时，美国对苏联及其盟国之经济制裁尤著。于今之国际关系，经济制裁被广泛适用，然其效果受到诸多因素之制約，如被制裁国之经济规模、国际政治之境况、制裁之力量等。经济制裁非徒对被制裁国有直接效果，亦对全球经济及国际关系有潜在影响。被制裁国可行自主创新之强、市场之多元、法律之反制等策略以为回应。本文亦讨论经济制裁之法律框架，著重国际法与国内法之交织，并提出构建应对经济制裁之法律框架之建议。

关键词：经济制裁 地缘政治 供应链安全 国际法 反制措施。

一、经济制裁之起源：历史背景与动机

经济制裁，乃国际政治之重要工具，其历史可追溯至第一次世界大战。协约国为削弱同盟国之战争潜质，遂采取海上封锁、禁运品管制、金融制裁及没收敌方资产等经济手段。此等措施不仅影响战争进程，亦标志经济制裁作为外交与战略手段之正式登场。[1]

战后，经济制裁成为国际社会处理国际关系、维护国家安全及地缘政治利益之重要工具。其动机多样，包括地缘政治、国家安全、技术竞争、知识产权保护、经济与市场争夺、供应链安全及国际法律遵循等。

地缘政治与国家安全，乃实施经济制裁之常见动机。例如，美国对华为之技术制裁，部分源于对国家安全之忧虑，恐高性能技术被用于军事目的，威胁美国利益。全球科技竞争加剧，知识产权保护亦成为重要动机。美国对华为等中国企业之制裁中，知识产权争议成为重要理由。[2]

经济与市场争夺，亦为重要动机。国家通过经济制裁保护本国产业，或于

[1] 李旭. (2024). 经济制裁的诞生与国际法秩序的重塑——以第一次世界大战中的封锁与禁运品管制规则演变为切入. 开放时代杂志 2024 年第 5 期, 发布日期：2024 年 09 月 22 日. [https://mp.weixin.qq.com/s/NSBJcXX-q9HgNz18_Hwqrg].

[2] 苏杭，刘佳雯，王晨宇.技术封锁与中国高技术产业创新——来自美国对华科技打压的证据[J]. 工业技术经济,2025,44(2):129-138. [https://mp.weixin.qq.com/s/XScL8oQ_wgkZ_TRpoogVbg].

国际市场上抢占先机。例如，美国通过对华为之制裁，为本土企业创造更多市场机会，巩固其在全球科技领域之领先地位。

确保供应链之稳定性与安全性，亦为关键动机。通过对关键供应商之制裁，国家可确保国内产业安全，避免供应链受外部威胁，维护国家之经济安全与战略利益。

冷战期间，美国与苏联之经济对抗尤为引人注目。美国对苏联及其盟国实施了一系列经济限制与制裁措施，如出口限制、高新技术转让限制及金融制裁等。[3]此等措施旨在削弱苏联之影响力与战略地位，对冷战进程与结果产生了深远影响。冷战后，此等制裁措施逐渐放宽与取消，然经济制裁作为国际政治工具之地位并未动摇。

于现代国际关系中，经济制裁仍为许多国家实现外交政策目标之重要手段。美国对伊朗、朝鲜、叙利亚、古巴、委内瑞拉、俄罗斯及白俄罗斯等多个国家实施了严厉之经济制裁，旨在迫使此等国家改变政策行为，满足美国之利益要求。此等制裁措施通常包括资产冻结、贸易禁运等，对受制裁国家之经济造成了重大打击。[4]

然经济制裁并非总是单向。面对美国之经济制裁，俄罗斯与中国等国家采取了多项反制措施，以减少对美国市场之依赖，并努力加强与其他国家之经济合作。此等反制措施表明，经济制裁于国际关系中之运用并非绝对有效，而是受多种因素之影响与制约。故于实施经济制裁时，国家需综合考虑地缘政治、经济、法律等多方面之因素，以制定更加合理与有效之制裁策略。

综上所述，经济制裁之起源与发展历程充满了历史之沧桑与变迁。其动机复杂多样，涵盖了多个层面与领域。于未来之国际关系中，经济制裁仍将继续发挥其重要作用，然国家于实施制裁时需更加审慎与明智，以维护国际秩序与促进世界和平与发展。

二、经济制裁之形成：理论基础与现实需求

经济制裁之形成，乃一历史悠久且不断发展之过程，其理论基础与现实需求紧密相连，共同塑造此一国际政治工具之面貌。

（一）理论基础

经济制裁之理论根基，可追溯至十九世纪末期之思想变革。当时，西方左翼学者开始挑战古典自由主义之理念，重新评价国家对经济之干预作用，此为经济制裁之诞生提供了初步之思想基础。随着总体战理论之发展，意识形态领域逐渐接受国家对私域进行干涉之观念，此为经济制裁作为一种和平时期之经

[3] 陈锐, 邓峰. (2024). 冷战初期美国全球出口管制体系的建立和演变. 世界历史编辑部，发表日期：2024年 10 月 14 日. [https://mp.weixin.qq.com/s/o3PJ8GZfMpNQ2dLtDM4MQg].

[4] 任清，霍凝馨，程爽. (2022，02 月 24 日). 美国经济制裁年度回顾与展望. 出口管制和制裁微信公众号. [https://mp.weixin.qq.com/s/pZ5hEw5e20h5N4cJuKAG1Q].

济武器提供了理论支撑。[5]

进入二十世纪，经济制裁之理论基础进一步丰富与完善。威慑理论认为，其核心在于通过展示实施经济制裁等严厉措施的决心和能力，以吓阻潜在侵略者，维护国际和平与安全。此理论于国际法与国际关系领域得到了广泛之支持与应用。[6]自由主义国际论者以为，施经济之压可令邦国屈从于国际之秩序。然于施行之际，制裁每致被制裁之国兴起自给自足之潮，甚或激化矛盾，致纷争愈演愈烈，终或酿成更大之冲突。譬如两次世界大战之间，经济制裁未能阻战事之爆发，反于一定程度上增国际之紧张也。持历史论者咸谓，经济之制裁每能对冲突之对方施显著之压，然其久长之效与道德之影响则争议纷纭。于第一次世界大战之时，经济制裁虽助协约诸国克敌制胜，然亦招徕广泛之人道之厄难与经济之损失矣。[7]实用主义者论经济制裁，尤重其灵活多变与手段纷呈，以为制裁之效，端赖其如何佐助国家之实际政治与经济宏图。彼等视制裁为权宜之计，不拘一格，以达目的为要。于国际舞台之上，制裁常作为外交施压之重器，或迫使敌国就范，或彰显本国意志。然制裁之道，亦非万能。其长期效果与道德影响，历来备受争议。实用主义者虽重其灵活性与多样性，然亦需警惕其潜在之风险与副作用。故在实施制裁时，当深思熟虑，权衡得失，以免陷入盲目之困境，反为敌国所乘。是以，制裁之道，需谨慎从事，方能真正造福于国家与人民。[8]

（二）现实需求

经济制裁之现实需求，主要源于国家之外交政策、政治目标、经济利益冲突或国际法律义务。于实践中，经济制裁常被用来响应国际冲突、人权问题或政治不稳定。

于第一次世界大战期间，英国与法国凭借对经济运行规律之深刻理解，建立了高效之贸易与信贷封锁机制，有效地削弱了德国与其他敌对国家之经济能力。此一实践不仅验证了经济制裁之有效性，亦为其后续之发展奠定了基础。此后，国际联盟虽禁止于和平状态下封锁贸易航道，然经济制裁之实践却于国际法之框架外持续进行，此表明尽管存在合法性争议，经济制裁于维护国际秩序以及和平方面之作用仍被广泛认可。

进入二十世纪七十年代末，随着伊朗伊斯兰革命之爆发，美国对伊朗实施了一系列严厉之经济制裁，包括冻结资产、禁止出口与进口等。[9]此等措施标志

[5] 王子琛. (2025, 1 月 20 日). 和平的武器还是战争的帮凶：经济制裁的前世今生. *新京报书评周刊*微信公众号. [https://mp.weixin.qq.com/s/xvjpfnqMk__K9ZDcLufLPg].

[6] 伍山林, 盛晓宙. (2024). 美西方经济制裁何以低效——基于理论机制与现实案例的分析. *同济大学学报(社会科学版)*. 上海: 同济大学出版社. [https://mp.weixin.qq.com/s/QJ_tTt0icINfzk-zKAJmIw].

[7] 同前注 5.

[8] 张宇燕（2023 年 07 月 20 日）. 国际关系学 | 经济制裁的八种途径. 中国社会科学网. [https://mp.weixin.qq.com/s/7t9Tmuzh0L2ktpp78G90JQ].

[9] 薛凯桓（2024 年 04 月 27 日）. 以伊朗为例，论美国制裁之逐步实施. 观察者网.

着现代经济制裁形式之形成，亦进一步推动了经济制裁于全球范围内之应用与发展。

于全球化之背景下，经济制裁之应用范围与效果得到了极大之扩展。其不仅被用于解决国家间之冲突，亦被广泛应用于地区性之政治与经济问题。例如，美国对古巴、伊朗与朝鲜之经济制裁主要基于政治考察；而中美贸易战则为一典型之贸易争端升级导致经济制裁之例子，美国通过对中国之一些高科技产品加征关税，试图迫使中国改变政策。

（三）理论与实践之联结

经济制裁之理论基础与现实需求于实践中紧密相连。威慑理论、自由主义、国际主义、历史主义与实用主义等理论为经济制裁之实施提供了指导与依据。同时，现实需求如外交政策、政治目标、经济利益冲突或国际法律义务等，亦推动着经济制裁于实践中之不断发展与完善。

于实施经济制裁时，国家需综合考虑各种理论观点与现实因素，以制定更加合理与有效之制裁策略。例如，于实施对某国之经济制裁时，国家需评价制裁对目标国家经济之影响、国际社会之反应以及可能引发之连锁反应等，以确保制裁措施能够达到预期之政治与经济目标。

综上所述，经济制裁之形成乃一涉及理论发展、实践应用、国际组织推动以及全球化影响等多方面之复杂过程。作为一种国际政治工具，经济制裁具有复杂之政治与经济后果。故于实施前需仔细评价与规划，以确保其能够有效服务于国家之外交政策、政治目标与经济利益。

三、经济制裁作为法律工具：国际法与国内法之交织

经济制裁，为国际政治重要法度之具，于其间扮演至关紧要之角色，其繁复多歧，于国际法与国内法交错间尽显无遗。此非独国家或国际组织用以撼动他国或团体之行止、政略、裁断之重器，亦为国际法与国内法相渗相济、共施其效之具体表征也。

（一）国际法框架下之经济制裁

于国际法层面，经济制裁通常于联合国安理会之授权下进行。根据《联合国宪章》之相关规定，安理会可针对那些对国际和平与安全构成威胁之国家或个人实施经济制裁，以维护国际法律秩序。此等制裁措施，如贸易限制、资产冻结与资金禁止等，旨在迫使目标国家或个体停止其不当行为，恢复国际社会之稳定与和谐。

此外，区域一体化组织如欧洲联盟亦通过制定条例与决定来实施经济制裁，以促进其外交政策目标，保护人权或应对全球性挑战。双边与单边制裁同样作为国际法框架下之重要形式，国家可通过双边协议或单方面决定实施制

[https://mp.weixin.qq.com/s/J9uUvJVTEH9HOFZRxe4SCA].

裁，以应对特定情况，如人权侵犯、恐怖主义活动或核武器扩散等。

然国际法下之经济制裁并非毫无争议。一些国家之法律包含阻断法规，旨在防止其国民与受到外国经济制裁之实体进行交易，从而规避外国经济制裁之影响。此等阻断法规于国际法中之适用性与有效性乃一复杂之问题，需综合考虑国际法规则、国内法律规定以及外交政策目标等多方面因素。

（二）国内法体系中之经济制裁

于国内法层面，经济制裁作为法律工具，同样发挥着重要作用。各国根据自身国情与法律体系，建立了相应之经济制裁法律体系。此等法律体系不仅旨在应对国际经济制裁之挑战，亦为维护国家主权、安全与经济利益提供法律保障。

以美国为例，其经济制裁之法律体系主要由财政部海外资产控制办公室（OFAC）负责管理与执行。OFAC 依据《国际紧急经济权力法》与《反恐怖主义斗争法》等一系列法律，对特定国家或实体实施贸易限制、资产冻结与资金禁止等措施。此等制裁措施具有明确之法律效应，违反者将面临严厉之民事与刑事责任。美国之经济制裁体系不仅全面且细致，分为全面制裁与非全面制裁两类，前者针对整个国家，后者则针对特定个人、实体或行业，体现了其经济制裁之灵活性与针对性。[10]

于中国，经济制裁法律体系同样完善。包括《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国外商投资法》、《不可靠实体清单规定》、《中华人民共和国出口管制法》、《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》、《中华人民共和国数据安全法》以及《中华人民共和国反外国制裁法》等，此等法律共同构成中国于经济制裁方面之法律框架，旨在维护国家之主权、安全与发展利益。

（三）国内制定阻断经济制裁之法律

阻断法之制定与实施，旨在应对外国法律之不当域外适用，保护本国主权与经济利益。近年来，随着中美贸易摩擦不断升级，美国之司法“长臂”频繁伸入中国主权范围，中国学界对此进行了全面之理论分析与对策研究，多数认可制定阻断法为可行方案之一。在此背景下，中国商务部于 2021 年 1 月公布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（下称“《阻断办法》”），对外国法律与措施之不当域外适用进行全面规制，及时响应全球形势。2021 年 6 月通过之《反外国制裁法》将阻断外国歧视性限制措施在本国之效力作为重要反制手段之一，于更高立法层级构建中国之阻断法规则。[11]

---

[10] 魏婕、田宇（2024 年 12 月 30 日）. 邦盛研究丨美国经济制裁法律体系及合规应对（上）. 邦盛律师事务所. [https://mp.weixin.qq.com/s/9r-uzHg2pUTg-P9xtcFBfg]；邦盛研究丨美国经济制裁法律体系及合规应对（下）. 邦盛律师事务所. [https://mp.weixin.qq.com/s/N4qRvmy_OQd0jefmHuRSrg].

[11] 丁汉韬：《论阻断法的实施机制及其中国实践》，《环球法律评论》2022 年第 2 期，2022 年 4 月 22 日，

阻断法之实施机制主要包括公共执行机制与私法救济机制。公共执行机制通过国家公权利机关对本国私主体遵守外国法律之行为进行处罚，阻断外国法律在本国境内之效力。例如，法国《68-678 号法令》规定，法国公民不得向外国司法或行政机关提供有损法国主权、安全或经济利益之信息，违者将受刑事处罚。私法救济机制则通过授权私主体在国内法院向从外国法院判决中获益之当事人提起民事诉讼，追回损失。例如，英国《贸易利益保护法》允许当事人向获得多倍赔偿之对方主张损害赔偿。

阻断法之阻断效果可通过多种路径实现，包括否定外国法律在本国之效力、规制私主体之“遵守外国法”行为、影响美国法院之礼让分析以及提供外交协调中之法律立场。例如，美国法院在域外证据开示案件中，常基于国际礼让原则考虑外国阻断法之影响，从而放弃适用本国法。

中国之《阻断办法》与《反外国制裁法》虽已初步构建阻断法规则，然其实施效果仍有待观察。阻断法并非遏制域外管辖之灵丹妙药，且在当前国际秩序与国际法体系下，一国欲从国内法层面完全遏制他国法律域外管辖本不具现实可能性。通过国内立法降低外国法律域外适用对本国之负面影响、表明本国对不当域外管辖之法律立场并为公民与企业提供维护合法权益之“法律工具箱”，乃更为现实之立法追求。未来，中国仍需在《阻断办法》之基础上继续完善阻断立法，积极探索阻断法实施之中国方案。

例如，《中华人民共和国对外贸易法》规定中国可采取反制措施，以应对他国于贸易方面采取之歧视性、禁止性或限制性措施。《中华人民共和国反外国制裁法》则提供法律框架以反击外国对中国实施之制裁，包括限制性措施、被动触发之对等性反制措施与主动采取之制裁措施。此等法律之实施不仅维护了中国之国家利益，亦体现了中国于国际法框架下之积极作用与负责任态度。

（四）国际法与国内法之交织与复杂性

经济制裁作为法律工具，于国际法与国内法之间形成了紧密之交织关系。此种交织不仅体现于法律规则之制定与执行上，更体现于法律效果之相互影响与制约上。例如阻断法之实施机制与阻断效果，为各国应对外国法律之不当域外适用提供了重要参考。中国在完善经济制裁法律体系之同时，仍需进一步探索阻断法实施之中国方案，以维护国家主权与经济利益。

一方面，国际法下之经济制裁往往需通过国内法来具体实施与执行。各国于执行国际制裁时，需将其转化为国内法规定，以确保制裁措施之有效性与合法性。同时，国内法下之经济制裁亦可能受到国际法规则之限制与约束，如国际法中禁止或限制某些制裁措施之规定。

另一方面，国内法下之经济制裁亦可能对国际法产生影响。例如，一国之

[https://mp.weixin.qq.com/s/vHFuGs23atDsk8wV_zgmCw].

经济制裁措施可能引发其他国家之反制或报复措施，进而引发国际法律争端与冲突。此外，一些国家之阻断法规亦可能与国际法规则产生冲突与矛盾，需国际社会进行协商与调解。[12]

故于处理与经济制裁相关之法律问题时，需综合考虑国际法规则、国内法律规定以及外交政策目标等多方面因素。此不仅要求各国于法律制定与执行上保持谨慎与平衡，亦要求国际社会加强合作与协调，以共同应对经济制裁带来之挑战与机遇。

综上所述，经济制裁作为法律工具于国际法与国内法之间形成了紧密之交织关系，其复杂性与多面性需各国与国际社会共同应对与解决。通过加强国际合作与协调，完善法律体系与规则制定，吾等可更好地发挥经济制裁于维护国际和平与安全、推动国际法律秩序以及维护国家主权、安全与发展利益方面之重要作用。

四、经济制裁之政治目标：权力博弈与国际关系

经济制裁作为一种外交工具，不仅于经济领域产生深远影响，更于政治舞台上扮演着举足轻重之角色。其不仅为实现特定政治与经济目标之手段，更为国家间权力博弈与国际关系复杂互动之重要体现，深刻地揭示了权力博弈与国际关系之核心动态。

经济制裁常被用来迫使目标国家改变特定之政策或行为，此乃其最直接之政治目标之一。通过施加经济压力，制裁国能够干预目标国家之国内政策走向，迫使其于国际关系中采取符合制裁国期望之立场。此种手段于解决地区冲突、防止核武器扩散以及维护国际和平与安全等关键议题上发挥着不可替代之作用。通过精准之经济制裁，国家可实现对目标国家政策之微妙调整，从而于国际舞台上达成其政治与战略目的。

同时，经济制裁亦作为一种惩罚与威慑之工具，对被视为不道德或非法之行为进行严厉打击。无论是人权侵犯、恐怖主义支持还是其他国际罪行，经济制裁皆能对目标国家、个人或实体实施有效之惩罚，并产生强烈之警示作用，防止类似行为再次发生。此种惩罚与威慑之双重效果，不仅维护了国际秩序与规则，亦彰显了国际社会对不端行为之零容忍态度。

于权力博弈与国际关系中，经济制裁更被赋予了更多之政治色彩。通过实施经济制裁，国家可试图于国际舞台上扩展其影响力，特别是在地缘政治对手或目标国家之关键经济利益上施加压力。此种策略旨在通过经济手段实现政治与战略目标，从而于复杂之国际关系中占据更有利之地位。经济制裁成为了国家间权力博弈之重要手段，不仅关乎经济利益，更关乎政治地位与战略影响

[12] 马光、毛启扬：《单边制裁与阻断立法下中国企业的合规困境与应对策略》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，2023 年 05 月 18 日，授权珞珈国际法微信公众号转载，[https://mp.weixin.qq.com/s/5rd5hfA0xXKyZPIkpFLdbg].

力。

此外，经济制裁亦常被用作“胡萝卜加大棒”策略之一部分。一方面，其作为“大棒”，以惩罚不符合预期行为之国家；另一方面，其亦可作为“胡萝卜”，通过解除制裁来鼓励特定行为，如遵守国际法规或支持某国之政策。[13]此种灵活之策略使得经济制裁于维护国家利益、推动国际合作等方面具有更大之适应性与有效性。国家可根据国际形势之变化与目标国家之反应，适时调整制裁措施，以实现最佳之政治效果。

于某些情况下，经济制裁亦被用作展示力量与决心之手段。通过实施制裁，国家可向其他国家展示其有能力并且愿意使用一切必要手段来实现其目标。此种展示不仅有助于增强国家之国际地位，亦可对其他国家产生强大之威慑作用，防止其采取不利于制裁国之行为。经济制裁成为了国家于国际舞台上展示实力与决心之重要方式，有助于塑造国家之国际形象与影响力。

通过经济制裁，一国尚可试图将其他国家或实体从特定国际组织中孤立出来，或者促进国际社会于某些问题上之团结。此种国际合作与孤立之策略使得经济制裁于维护国际秩序、推动国际合作等方面具有重要作用。国家可通过经济制裁来引导国际社会之舆论与行动方向，推动国际社会于某些关键议题上达成共识与团结。同时，其亦反映于国际关系中通过合作与孤立来控制行为体之能力，体现了国家于国际舞台上之策略智慧与外交手腕。

最后，经济制裁亦被用作推动人权与民主进步之手段。针对那些被指责侵犯人权或压制民主之国家，经济制裁可有效地迫使其改善其民主制度与人权状况。此种推动人权与民主之目标不仅符合国际社会之普遍价值观，亦有助于促进全球治理体系之完善与发展。通过经济制裁，国家可向目标国家传递明确之信息：尊重人权与民主乃国际社会之基本要求，任何违反此等原则之行为皆将受到严厉之惩罚。

然经济制裁之复杂性与可能引发之报复措施亦需谨慎权衡与考虑。制裁之广度、深度与持续时间皆会对其效果与适用性产生影响。同时，国际社会、国际法与国际关系准则亦对经济制裁之实施与效果产生制约与挑战。故于实施经济制裁时，国家必须充分考虑各种因素，确保其于实现政治目标之同时，不会引发更大之国际冲突与不稳定。通过精心策划与执行经济制裁策略，国家可于权力博弈与国际关系中占据更有利之地位，实现其政治与战略目标。

五、经济制裁之效果评价：达成率与影响分析

经济制裁作为一种国际政治工具，其成功与否往往受多种因素之制约。通过对历史数据之分析与现实案例之考察，本文可对经济制裁之达成率及其广泛

[13] *See* Claas Mertens, "Carrots as Sticks: How Effective Are Foreign Aid Suspensions and Economic Sanctions?" International Studies Quarterly, Volume 68, Issue 2, June 2024. 作者授权吴绩编译，译文刊登在 PoIiticaI 理论志微信公众号，2024 年 06 月 06 日，[https://mp.weixin.qq.com/s/o36Y09U3Y-0ZTbeK8pN9SQ].

影响有一更为清晰之认识。

（一）经济制裁之达成率

经济制裁者，外交经贸之策也，其成效非恒定，乃受诸般繁杂之成因所羁束。首当其冲者，乃受制裁国之经济规模。常者，小国之经济体系薄弱，易受外患，故制裁之效更显。反之，大国以经济资源丰沛、市场调控力强，能稍解制裁之苦。[14]

又，国际政局亦左右制裁之成败。若制裁国与受制裁国间纠葛繁复，利益相悖，则制裁之行必多阻，或反致反制裁之虞，从而降低其效。反之，若国际社会同声相应，共谋制裁，则其成可期。

根据彼德森国际经济研究所之研究结果，美国经济制裁于所有案例中，经济制裁之成功率为 3 成 5（40 次成功，75 次失败）；当美国作为制裁者时，成功率为 3 成 3（26 次成功，52 次失败）。不同时期之达成率显示，1945 年至 1990 年间成功率为 5 成 3（16 次成功，14 次失败），1945 年至 1970 年间成功率为 2 成 1（10 次成功，38 次失败），1970 年至 1990 年间成功率为 2 成 9（16 次成功，39 次失败）。单边美国制裁之达成率于 1945 年至 1990 年间为 6 成 9（11 次成功，5 次失败），而于 1945 年至 1970 年间仅为 1 成 3（5 次成功，34 次失败）。由此数据可见，美国经济制裁之达成率于不同时期与情况下有所波动。总体而言，美国作为制裁者之成功率略低于所有案例之平均成功率。然于 1945 年至 1990 年间，美国之单边制裁成功率显著提高，达 6 成 9，此表明于某些特定时期与条件下，美国之经济制裁可能更为有效。[15]

制裁之力度与范畴，亦深深影响成效。据史载，自公元 1970 年至 2000 年，美国所施经济制裁，仅获 1 成 8 之成功率，此足见实施之难与变数之多。然于特定之时，如金融制裁与进出口制裁并施，构成多层之制裁网，则其成功率可跃升至 4 成 3。此示制裁之策略合理，且并用之，则能大增其效，加诸受制裁国之经济重压。

受制裁国之开放程度，亦决定制裁之要。凡高度依赖国际市场，经济命脉与国际贸易金融相系者，制裁易速见成效。彼国于外压之下，因经济自主性与韧性不足，难以御制裁之冲。反之，经济自给自足，或与制裁国经济关联疏远者，制裁或难达预期。彼国以经济自主权与内部调控力强，能稍解制裁之苦，以保经济之平稳。

（二）经济制裁之影响分析

---

[14] 同前注 6.

[15] Elliott, Kimberly Ann. "TESTIMONY: Evidence on the Costs and Benefits of Economic Sanctions." Peterson Institute for International Economics (PIIE), October 23, 1997. Available link at: https://www.piie.com/commentary/testimonies/evidence-costs-and-benefits-economic-sanctions.

经济制裁之影响乃多方面，既包括对被制裁国之直接影响，亦包括对全球经济与国际关系之潜在影响。

对被制裁国而言，经济制裁可能导致运营成本增加、市场不确定性加剧以及技术依赖受限。贸易壁垒之提高使得企业与消费者面临更高之成本，金融市场之不稳定增加经营风险，而关键技术与零部件之获取受阻则可能削弱国家之创新能力与产业发展。

对全球经济而言，经济制裁可能导致供应链调整、金融市场稳定性受损以及保护主义抬头。制裁措施可能引发全球供应链之重组，影响贸易流动与生产效率；金融制裁可能对全球金融市场之稳定性产生冲击，尤其是当被制裁国为重要之金融市场参与者时；此外，制裁尚可能引发其他国家之效仿，导致全球经济保护主义抬头，削弱多边贸易体系之稳定性与全球经济合作。

对国际关系而言，经济制裁可能加剧紧张局势并改变经济结构。制裁与反制裁行动可能破坏国家间之互信与合作，导致国际关系之紧张；同时，制裁可能迫使被制裁国调整经济结构与发展模式，以调节外部压力，此可能对其长期之经济发展与国际竞争力产生影响。

对美国主导之经济制裁而言，盟邦参与之情状，显现地域之殊异。大抵言之，有 19 邦制裁之机率逾 3 成，而位居前列者，几皆北约盟邦，亚太盟邦次之，南美洲盟邦为最下。若以辅美制裁之机率论，超 3 成 3 者，凡 30 邦，其中韩、澳、日及北约盟邦尤着。此现象昭示，美国诸盟邦于不同地域，对其经济制裁之参预机率，大有殊异也。[16]

（三）应对策略

面对经济制裁之挑战，被制裁国可采取多种应对策略来减轻其影响。加强自主创新乃关键之一，尤其是于高科技领域，减少对外部技术之依赖可增强国家之经济自主性。此外，多元化市场亦为有效之应对策略之一，通过加强与其他国家之经济合作，减少对特定市场之依赖，可降低制裁之经济冲击。于法律层面，被制裁国尚可利用法律手段反制制裁，如出台相关法规为应对外部制裁提供法律依据。

综上所述，经济制裁之效果评价乃一复杂而多维之过程。于实施经济制裁时，需充分考虑其可能带来之多方面影响，并谨慎权衡其利弊。同时，被制裁国亦应积极采取应对策略，以减轻制裁之负面影响并维护自身之经济利益与国家安全。

六、被制裁者之应对策略：反制措施与调节机制

于面对国际制裁时，被制裁者需采取一系列有效之应对策略以减少制裁之

[16] 凌胜利、李嘉钰（2024 年 6 月 6 日）.盟国参与美国经济制裁的动因分析（1992-2002）. 载于《当代亚太》期刊. 并经“PoIiticaI 理论志”微信公众转发. [https://mp.weixin.qq.com/s/KjI4zZruy_EQQm7EqeuZBg].

负面影响，并寻求经济与外交上之自给自足。此等策略不仅涵盖经济、金融、能源与交通等多个领域，尚包括法律合规、金融交易审查、内部合规机制、国际合作以及外交与政策应对等多方面。

（一）经济与金融领域之反制措施

于金融领域，被制裁者可采取多种措施以减少对国际支付系统之依赖。例如，俄罗斯开发 SPFS 金融信息传输系统与本土信用卡 Mir，以替代 Swift 系统，从而降低对外部金融体系之依赖。此外，俄罗斯尚与印度合作推出卢布卢比结算系统，并于金砖国家框架下提议扩大本币结算之使用，以进一步减少美元等国际货币于双边贸易中之使用。

于债务偿还方面，被制裁者可采取灵活之策略以应对。俄罗斯通过签署法令，允许企业与个人以卢布偿还债务，对不友好国家之债权人按市场汇率以卢布偿还，此既减少外汇风险，亦向国际社会传递明确之信号。

（二）能源与交通领域之调节机制

于能源领域，被制裁者可通过调整能源出口市场与支付方式以应对制裁。例如，俄罗斯与印度、中国等国家达成能源价格折扣协议，将能源市场转向非西方国家，此既增加能源出口之收入，亦降低对西方市场之依赖。同时，俄罗斯要求购买其天然气之国家必须以卢布支付，此进一步打乱 Swift 之支付系统，增强其金融自主性。

于交通与物流领域，被制裁者可采取对等关闭、物资采购与基础设施建设等措施以应对制裁。例如，俄罗斯对 36 个国家关闭领空，影响此等国家外交官员之出行，此乃一有效之反制措施。同时，俄罗斯尚向非西方国家购买汽车零部件，减少对西方供应链之依赖，并开通中俄同江铁路大桥等基础设施，提升物流能力。

（三）其他非能源领域之应对策略

除经济与金融领域外，被制裁者尚可于其他非能源领域采取应对策略。例如，为保护国内供应与稳定市场，俄罗斯限制某些谷物、糖、油脂等基础民生物资之出口，此既保障国内民众之基本生活需求，亦减少外部制裁对国内市场之冲击。

1.法律合规与金融交易审查

于法律合规方面，被制裁者需密切关注相关之制裁法规更新，评价现有业务之潜在风险，并采取相应之风险控制措施。企业应建立有效之制裁合规体系，强化尽职调查，增加与更新制裁免责条款，以确保业务活动之合法性与安全性。

对于金融交易，被制裁者需增加对交易对手之审查力度，特别是涉及制裁名单上之实体。企业应限制与此等实体之金融交易或投资服务，并实施国际支

付限制等措施，以降低制裁风险。

2.内部合规机制与国际合作

建立一独立之合规部门乃被制裁者应对制裁之重要措施之一。此部门应负责监控与报告制裁风险，确保企业于进行业务活动时遵守相关法律与规定。同时，企业尚应加强内部培训与宣传，提高员工之合规意识与能力。

于涉及跨国业务时，被制裁者可考虑与第三方国家合作，以规避或减少制裁带来之负面影响。一些国家有阻断法，可阻止外国制裁于本国之执行。通过与此等国家建立合作关系，被制裁者可于一定程度上绕过制裁限制，继续开展正常之国际贸易与投资活动。

3.外交与政策应对

对于国家而言，通过外交途径对抗外国制裁乃应对制裁之重要手段之一。国家可提出国际诉讼，或与其他受影响国家协调，采取共同应对措施。此外，国家尚可通过加强与其他国家之经济合作与外交关系来增强自身之国际地位与影响力，从而更有效地应对外部制裁之挑战。

综上所述，受制者须行多元之策略与机会，以御国际制裁之艰。凭借经济、金融、能源、交通诸域之反制，及法律循规、金融交易之审、内部合规之机、国际合作与外交之策，受制者可于某种程度上削制裁之弊，护己之经济利益，安国际交易之道。

七、结论与展望：构建响应经济制裁之法律框架

于面对经济制裁之挑战时，构建全面而有效之法律框架对于保护国家主权、经济安全及企业与公民之合法权益至关重要。中国、伊朗与俄罗斯作为不同国际政治经济环境下之国家，各自于构建响应经济制裁之法律框架方面展现出独特之策略与路径。

（一）中国：综合应对，强化合规

中国通过一系列法律制度之建立与完善，形成包括贸易救济措施、不可靠实体清单制度、加征关税及其他反制措施在内之多层次、全方位之应对机制。特别是不可靠实体清单制度与反外国制裁法之实施，不仅彰显中国于维护国际贸易公平性与国家安全方面之决心，亦为国内企业与公民提供有力之法律保障。未来，中国应继续强化合规管理，推动企业海外经营之规范化、法治化，同时加强国际合作，共同维护国际经济秩序之稳定与繁荣。

（二）伊朗：立法支持与行政监管并重

伊朗之法律框架于应对经济制裁方面注重立法支持与行政监管之结合。通过《国际紧急经济权力法案》等法律，伊朗政府获得对抗经济制裁之法律授权，并通过具体法规之实施，限制制裁之影响。此外，伊朗政府尚通过行政命令加强对被制裁实体与个人之监控，以及限制与特定国家之交易，从而减轻制

裁之经济压力。未来，伊朗可进一步探索与其他国家之经济合作模式，拓宽贸易渠道，减少对外部制裁之依赖。

（三）俄罗斯：强制措施与反制措施并行

俄罗斯于构建响应经济制裁之法律框架时，强调强制措施与反制措施之并行实施。通过《特别经济措施与强制措施法》与《关于影响（反制）美国与其他国家不友好行为措施法》等法律之制定，俄罗斯政府获得于特定情况下采取强制措施与反制措施之法律依据。此等措施不仅有效应对了外部制裁之挑战，亦维护国家之经济利益与安全。未来，俄罗斯可进一步加强与国际社会之沟通与合作，寻求于尊重国际法与国际准则基础上之共同解决方案。

（四）展望与建议

构建响应经济制裁之法律框架乃一长期而复杂之过程，需各国根据自身国情与国际环境进行不断调整与完善。以下几点建议可供参考：

1. 加强国际合作：各国应加强于国际法与国际准则框架下之沟通与合作，共同应对经济制裁带来之挑战。通过分享经验、协调立场与制定共同应对策略，减轻制裁对全球经济与贸易之影响。

2.完善法律体系：各国应根据自身情况，不断完善法律体系，提高法律制度之透明度与可预测性。通过制定更加明确、具体之法律条款与实施细则，为应对经济制裁提供有力之法律支持。

3.强化合规管理：企业应加强对国际规则之了解与遵守，提高合规意识与能力。政府应加强对企业海外经营之指导与监管，推动企业合规经营，降低因违反国际规则而遭受制裁之风险。

4.推动市场开放：各国应持续推动更广泛、更深入之市场开放，减少贸易壁垒与投资限制。通过加强国际贸易与投资合作，拓宽贸易渠道与投资来源，降低外部制裁对经济之影响。

综上所述，构建响应经济制裁之法律框架乃一复杂而艰巨之任务，需各国政府、企业与国际社会之共同努力。通过加强国际合作、完善法律体系、强化合规管理与推动市场开放等措施，吾等可共同应对经济制裁带来之挑战，维护国际经济秩序之稳定与繁荣。

2025中国国际法学会年会

整体世界史观下的百年未有之大变局

师丹阳[1]

摘要：整体世界史观是一种从全球视角理解历史的理论框架，主张将世界历史看作一个统一的整体，强调历史的普遍性与长时段性，注重不同文明、国家、地区之间的互动与联系。中国的“百年未有之大变局”，源于内外环境的深刻变化。百年变局带来了诸多机遇与挑战。中国应对这一变局，需保持自身战略定力，坚持走中国特色社会主义道路，实现中国式现代化，才能在复杂的国际形势下稳步前行。

关键词：整体世界史观；百年未有之大变局；中国式现代化

一、整体世界史观的基本观点

整体世界史观是一种全局性的历史观，它强调将世界历史视为一个整体来分析，重视不同地区、不同文明、不同社会之间的互动与相互影响，而非仅仅局限于某个国家或地区的独立发展。[2]从这一视角来看，全球化进程、世界力量对比、文化交流等因素都深刻地影响着世界历史的走向和各国的战略选择。

整体世界史观认为，历史并非孤立的地方性事件，而是全球范围内的相互作用与交织。历史的发展不仅仅是各国独立演化的结果，而是由于世界各地的交流、战争、贸易、文化传播等多种因素的交织而形成的全球性事件。[3]这一观点强调，历史的变迁并非一朝一夕的事情，而是一个漫长的、跨越多个世纪的过程。[4]在分析历史时，需要超越短期的现象和局部的事件，关注历史中的长期趋势和深层次的结构变化。整体世界史观认为，历史的演变是多种因素共同作用的结果，包括经济、政治、文化、科技等多个方面的因素。尤其是不同文明之间的交流与碰撞，往往会推动历史的重大变革。整体世界史观认为，世界历史的演进往往表现为不同文明和国家之间的互动与竞争。在这些互动中，强势文明或国家往往会对世界历史产生深远的影响，但同时，弱势文明和国家的崛起也能够改变历史的走向。整体世界史观强调历史发展的非线性特征，即历史的演变并不是简单的线性进步，而是波动性、非连续性、反复性和偶然性相结合的过程。因此，世界历史并非单

[1] 作者简介：师丹阳（2002—）， 女，河北邢台人，武汉大学中国边界与海洋研究院 2024 级研究生，从事 俄罗斯与北极研究。

联系方式：师丹阳，13903298600.邮箱：2275138342@qq.com 通讯地址：湖北省武汉市武昌区武汉大学工学部，师丹阳 收，邮编：430072.

[2] 刘景华.吴于廑:我国世界史学科的奠基者[J].民主与科学,2018(04):57-60.

[3] 陈志强.论吴于廑“整体世界史观”[J].世界历史,2013,(02):52-61+159-160.

[4] 张文伟.中国“整体世界史观”探索述评[J].安庆师范学院学报(社会科学版),2015,34(05):104-108.

纯的进步史，而是充满了曲折与复杂性的多样性历史。

二、整体世界史观下的“百年未有之大变局”

“百年未有之大变局”指的是当前世界正在经历的一场深刻的、跨越多个领域的变革。这场变局既涉及到全球政治、经济、科技、文化等各个层面的深刻变化，也体现了全球力量对比的剧烈调整。

世界正在经历一个长周期的变化过程，这一变局是长期历史趋势的延续与反映，而非突发性的短期事件，是政治、经济、文化的格局等多方面发生的深刻转型。当前国际格局的变化并非偶然，而是长期历史进程中的一部分。[5]从 19 世纪以来，全球历史发生了多次重要的转型，每一次转型都推动了世界的结构性变化。19、20 世纪之交，整个世界形成了资本主义世界经济政治体系。它以工业革命和现代科技为动力，使人类历史实现了空前的纵向与横向发展，然而它也面临着难以解救的矛盾。首先是资本主义制度内在矛盾即生产社会化和生产资料私人占有的矛盾，而且随着资本主义势力的国际化而国际化，形成了国际共产主义运动。其次是殖民地半殖民地与西方宗主国之间的矛盾，由这一矛盾发展而来的民族解放运动与国际共产主义运动相结合，冲击着资本主义的世界秩序。苏联、东欧和东亚人民民主国家的出现，尤其是中国革命的胜利，形成了与西方相对立的社会主义工业世界，从而改变着世界格局。

1. 经济全球化的转型

全球化作为 20 世纪以来全球经济、政治和文化的重要趋势，在推动世界经济迅速增长的同时，也带来了许多新的挑战。冷战结束后，全球经济进入了一个多极化的发展阶段，尤其是亚洲的崛起，推动了全球经济重心的东移。中国的崛起和东亚经济的快速发展使得全球经济出现了新的格局。

然而，近年来，全球化遭遇了前所未有的挑战。这些挑战既来自于经济领域的逆全球化趋势，也来源于政治和社会层面的复杂变动。特朗普政府推动的“美国优先”政策、英国脱欧以及全球供应链的重构，都是这一趋势的重要表现。全球化的转型不仅带来了经济领域的变化，也深刻影响了全球治理体系的结构。比如，国际贸易体系出现裂痕，全球供应链的重构加速，跨国企业的战略调整等，都使得全球经济格局变得更加复杂。[6]从整体世界史观来看，全球化并非是一成不变的，随着国际力量对比的变化，全球化的形式和内涵也在不断变化。今天我们看到的“百年未有之大变局”，正是全球化进程中的一次重要转型。在这一过程中，新兴经济体崛起、传统大国的影响力变化、全球产业链的重新分配，都推动着世界经济格局发生深刻变化。[7]

[5]刘延周,陈情娇.大历史观视域下世界百年未有之大变局的理论探究[J].新东方,2024,(04):83-88.

[6] 车汉宁.从整体世界史观视角解读新型经济全球化[J].秦智,2022,(10):134-136.

[7] 朱琳,牟晓伟.百年未有之大变局下全球能源供应链和贸易格局重塑及中国对策研究[J].价格月刊,2024,(09):88-94.

中国经济层面的“百年未有之大变局”表现为多个层面的深刻变化。首先，中国在经济发展过程中实现了产业结构的优化升级，经济增长模式逐渐从传统的低成本驱动转向创新驱动、高质量发展。其次，中国在全球化进程中逐渐从一个全球生产中心转变为全球经济的重要引领者，积极推动贸易自由化、金融国际化、跨国企业发展和全球供应链重构。

自改革开放以来，中国的经济发生了翻天覆地的变化，取得了举世瞩目的成就，成为世界第二大经济体。中国的经济结构正从传统的依赖制造业和低成本劳动力的模式，逐步转向更加注重科技创新、绿色发展和高质量发展的模式。首先，服务业在 GDP 中的占比不断提升，特别是金融、信息技术、教育、医疗等领域，成为中国经济增长的重要引擎科技创新和高端制造业逐渐成为中国经济增长的新动能，智能制造、人工智能、5G 通信、新能源汽车等产业发展迅猛。中国政府大力推动产业升级，实施创新驱动发展战略，强化自主研发能力，推动中国在全球高科技产业中占据重要地位。近年来，随着全球气候变化问题的日益严峻，中国积极推进绿色发展。中国政府提出“碳达峰、碳中和”的目标，推动经济发展与环境保护的协调，推动绿色技术和清洁能源的发展。

中国作为全球化的重要参与者，在这一过程中的角色也发生了重大变化。在“一带一路”倡议的引领下，中国的对外开放水平得以深化。中国不仅加强了与亚洲、非洲、欧洲的贸易联系，也通过增加对外投资、促进区域合作，进一步融入全球经济体系。中国加入 WTO 后的 20 多年里，不仅推动了贸易自由化，还通过多边和双边贸易协议，进一步减少贸易壁垒，吸引外资进入中国市场。同时，中国的资本输出逐渐增加，成为全球投资的重要来源国之一。

中国是世界上最大的一体化市场之一，持续深化的贸易自由化政策使其成为全球贸易体系中的重要参与者。中国通过加入 WTO，开放市场，逐步提高了与世界各国的贸易往来。特别是中国的对外贸易不仅局限于传统的出口产品，还向高技术产品和服务领域拓展，中国的出口模式正在从低成本、劳动密集型产品转向技术含量高、附加值高的产品，提升了在全球产业链中的地位。中国也逐步成为全球供应链的重要环节。中国不仅是全球制造业中心，也是全球供应链的重要组成部分。随着产业的逐步升级，更多国际企业将中国视为其生产、研发和市场的核心地带。跨国公司在中国的投资规模持续扩大，尤其是在高技术产业和新能源产业。中国通过建立自由贸易区、海外并购等方式，在全球经济版图中的地位愈加突出。中国还通过推动人民币国际化，扩大了人民币在全球贸易结算中的份额，逐步增强其金融影响力。中国在亚洲基础设施投资银行（AIIB）、新开发银行（NDB）等国际金融机构中的积极作用，也标志着中国在全球经济中的金融话语权日益增强。中国不仅是全球经济的重要一极，也在许多新兴市场中发挥着引领作用。随着中国对“一带一路”倡议的推进，更多发展中国家与中国加强了经

济合作和文化交流。[8]

2. 国际权力格局的变化

世界历史的发展并非一成不变，而是存在着周期性的变化。冷战结束后，世界形成了以美国为主导的单极化格局，西方国家在全球经济、政治、军事方面占据了主导地位。然而，进入 21 世纪后，随着中国、印度等新兴大国的崛起，全球多极化趋势愈加明显。中国的崛起是这一变化的最重要标志之一。中国不仅成为全球第二大经济体，其在国际政治中的影响力也逐渐增强。随着“一带一路”倡议等政策的实施，中国在全球经济和政治中的地位日益突出。此外，印度、俄罗斯等国也在不同领域逐渐崭露头角，全球政治舞台上不再只有美国的声音。

从整体世界史观来看，政治多极化并非是一种突发的现象，而是长期历史积累的结果。多极化趋势的出现，是全球化进程中权力重新分配的体现。各国之间的竞争与合作，塑造了一个更加复杂和动态的国际秩序。[9]这种变化预示着未来国际权力的分布将更加多元化，各大国之间的互动将更加复杂和微妙。

国际政治格局的深刻变化对于中国来说既是机遇也是挑战。随着美国的全球影响力出现一定的衰退，中国的崛起成为全球主要大国之一，这也引发了西方国家尤其是美国的战略反应。美国及其盟国在多个领域加强对中国的围堵与制衡，特别是在贸易、技术、安全等领域。一些地区性的冲突，也影响全球安全和稳定。中国在国际事务中需处理好与周边国家及大国的复杂关系，避免陷入地缘政治冲突。现有的国际治理体系中，西方国家在很多国际组织中占据主导地位，面对全球治理的需求，中国面临着如何在现有国际秩序中推动更为公平和民主的变革的压力。

但是，相比于一百年前“百年未有之大变局”首次被提出时我国面临的内忧外患，这次“大变局”对我国来说也是发展的重要机遇中国作为世界第二大经济体，已经成为全球经济增长的重要引擎。随着经济的持续增长和综合国力的提升，中国在国际事务中的话语权不断增强，特别是在全球治理、气候变化、世界卫生等全球性问题上，中国的影响力逐渐加大。中国可以在推动全球治理改革、完善多边主义方面发挥重要作用。尤其是在联合国、世界贸易组织等国际平台上，中国的声音逐步被重视，推动国际秩序向更加公平合理的方向发展。中国提出的“一带一路”倡议也为全球基础设施建设和区域经济合作带来了新机遇，推动了中国与多国之间的合作深化。这为中国在全球范围内增强经济和政治影响力提供了良好的平台。[10]

[8] 刘彩红.整体世界史观与“一带一路”[J].学理论,2017,(07):161-162+174.

[9] 李桂花,柳丽萍.百年未有之大变局下“全球风险社会”的治理观照与中国方案[J/OL].成都大学学报(社会科学版),1-13[2025-01-15].

[10] 兰日旭,宋英豪.“一带一路”倡议：全球治理的国际合作平台[J].深圳社会科学,2024,7(02):30-37+59.

3. 科学技术的革命

科技革命特别是信息技术、人工智能、量子计算等新技术的飞速发展，正在加速世界的变革。信息时代的到来，不仅改变了人们的生活方式，也深刻影响了全球的经济和政治结构。互联网、大数据、云计算等技术的发展，正在重塑全球产业链、知识体系、文化交流等多个层面。中国加大了科技自主创新的力度，推动从“制造大国”向“创新大国”转型。特别是在 5G、量子计算、人工智能等领域，中国正处于全球科技竞赛的前沿。从互联网+到人工智能，中国的数字产业在全球范围内拥有巨大的市场潜力。数字化技术的广泛应用将带动整个社会的创新和效率提升。在全球科技创新和应用的竞争中，中国有机会通过与其他国家的合作，尤其是在一带一路沿线国家，推动共同创新、共同发展，提升自身在全球科技领域的影响力。

然而，科技革命也带来了全球治理体系的挑战。随着数字技术和人工智能的迅猛发展，世界各国面临着如何监管技术发展的难题。例如，数据隐私保护、网络安全、人工智能伦理等问题，要求国际社会共同应对。然而，由于各国在技术发展的战略目标、政治利益、文化背景等方面存在差异，全球治理在应对这些问题时往往显得力不从心。

科技革命并非孤立的事件，而是全球历史进程中的一个重要环节。技术的变革推动了全球经济和社会的深刻转型，同时也带来了新的不确定性和风险。在这一背景下，全球治理体系亟需进行调整，以应对日益复杂的全球性挑战。科技创新的速度和技术的跨界融合带来了极大的竞争压力，如何在全球科技竞赛中占据领先地位，将决定中国在未来的经济和政治地位。

4. 文化冲突与价值观的碰撞

在全球化的进程中，不同文明、国家之间的文化交流愈加频繁，这也导致了不同价值观和意识形态的碰撞。

尤其是在后冷战时代，西方价值观主导的国际秩序逐渐受到了来自非西方文明的挑战。中国、俄罗斯等国在政治理念、社会发展道路、国际秩序等方面提出了与西方不同的观点，这引发了全球范围内的文化和价值观冲突。文明之间的冲突与对话是历史的常态。历史上，世界各大文明不断交锋、融合，推动了人类社会的进步与发展。在当前的“百年未有之大变局”中，世界各大文明之间的竞争与合作，成为全球历史进程中的重要主题。各国在文化认同、政治体制、社会制度等方面的差异，推动了国际政治格局的变化，同时也使得全球化面临着新的挑战。部分西方国家对中国的认知存在一定的误解，部分国家存在对中国崛起的焦虑与偏见。如何改变外界对中国的负面认知，树立更加积极的国际形象，是中国面临的重要任务。如何塑造中国文化的全球形象，提升中国的文化软实力，是一

个长期的挑战。[11]随着经济和科技的进步，中国有更大的资源和平台来推动文化的交流与输出。通过影视、艺术、教育等领域的合作，中国的文化影响力有望逐步提升。中国在国际事务中的积极参与和对全球问题的贡献，尤其是在疫情防控、气候变化等领域，将帮助中国塑造负责任大国的形象，提升国际声誉。

从整体世界史观来看，当前的“百年未有之大变局”正是全球多极化、经济全球化、文化多样化等长时段历史趋势的表现。这一变局表明世界历史的进程并非静止的，而是经历了不同的转型期，并将在未来继续演化。

三、整体世界史观的分析优势

从整体世界史的视角来看，中国“百年未有之大变局不仅是中国自身历史发展的转折，也是全球格局演变中的关键节点。这种视角有助于我们更加全面、深入地理解中国在全球历史中的位置、作用以及在世界历史进程中的独特性。通过这样一种纵深的视野，能够揭示中国百年变局的内在逻辑、历史规律，并对未来发展提供战略借鉴。[12]

1. 强调全球视野下的历史发展

传统的历史叙述往往侧重于国内的历史变迁，而整体世界史的视角则把中国历史置于全球历史的背景下进行分析。在过去的百年中，中国经历了从衰弱到复兴的过程，这一过程是与全球历史发展紧密相关的。从鸦片战争到辛亥革命，再到新中国成立后的改革开放，世界大变局中的各类历史事件和潮流对中国历史的推动作用不可忽视。通过这种宏观视角，我们可以更好地理解中国如何从全球中心的地位沦为半殖民地半封建化的状态，又如何在全球化浪潮中不断崛起，最终成为世界重要的经济体之一。

随着全球化的深入发展，世界各国经济、政治、文化的相互联系愈加紧密。中国百年未有之大变局，不仅是对中国内部问题的回应，也是全球化深刻变化中的必然结果。[13]世界大战、冷战、国际贸易、全球资本流动等因素，都对中国的现代化进程产生了重要影响。通过整体世界史视角，可以更清晰地看到中国如何在应对全球化过程中化危为机，从内外部压力中寻找发展的契机。例如，改革开放不仅是国内改革的需要，也是在全球经济一体化背景下，顺应世界发展潮流的必然选择。

从整体世界史的视角出发，能够帮助我们避免将中国百年未有之大变局简化为单一的国内因素。历史发展往往是辩证的，且具有非线性特征。在经历了民国时期的动荡与衰弱后，中国的崛起并非一蹴而就，而是通过一系列内外挑战中的反思与调整逐步实现的。世界史的角度让我们认识到，中国历史的进步并不是孤

[11] 傅守祥.互联网时代的国家文化安全[J].社会主义论坛,2024,(01):39-40.
[12] 王炳艳.中国式现代化的逻辑向度研究[D].大理大学,2024.
[13]胡德坤.合作共赢发展模式是世界历史整体发展的产物[J].世界历史,2018,(06):11-14.

立存在的，而是受到了世界历史演变、特别是西方列强兴衰的深刻影响。例如，世界大战中的力量对比变化、冷战期间的国际局势，以及全球经济体系的重构，都与中国的政治、经济转型密切相关。

2. 深化对中国独特发展路径的理解

在全球历史的框架下，中国的百年变局展现了独特的发展路径。中国选择了不同于西方的现代化道路，这条道路并非完全模仿西方的工业革命模式，而是通过结合本土文化、社会结构和全球发展的趋势，走出了一条适合自己的道路。整体世界史的视角有助于揭示中国独特的现代化路径如何在全球化潮流中取得成功。例如，中国的改革开放不仅是对国内经济体制的创新，更是在全球经济体系中寻求合作与发展契机的表现。中国在现代化进程中的成功，展示了全球化时代不同国家如何在国际环境中选择各自的道路。[14]

通过整体世界史的眼光观察中国百年未有之大变局，可以帮助决策者从全球视角考量国家的未来发展方向。中国的崛起并非偶然，而是全球经济、政治力量变化中的重要组成部分。了解全球历史背景，能够帮助中国更好地预见未来国际局势的变化，合理规划自身的战略目标与应对策略。[15]在面对未来全球竞争日益激烈的局面时，整体世界史的视角有助于中国从更宏观的层面进行战略布局，提升国家的综合竞争力。

中国百年未有之大变局不仅关乎中国，也与世界的稳定与发展密切相关。通过从全球历史的角度审视这一变局，能够帮助外界更好地理解中国发展的历史背景与未来走向。中国的发展并非孤立的，它是在全球历史的交织中寻找到的平衡点。[16]在当今复杂的国际关系中，提升各国对中国发展路径的理解和认识，促进国际社会的合作与共赢至关重要。整体世界史的视角能够帮助消除误解、促进沟通，为全球共同发展提供理论依据。

四、结语

总之，从整体世界史的视角来看，中国“百年未有之大变局”是历史发展的必然产物，展示了中国在全球化背景下的崛起及其中国式现代化的独特发展路径。这一过程中，中国通过不断调整战略应对外部挑战与内部变革，在历史的舞台上发挥了举足轻重的作用。回顾百年变局，我们不仅能够看到中国历史的非凡进程，也能够从中汲取历史的智慧，为中国在新的时代背景下继续稳步前行提供有益的启示。中国百年未有之大变局展现了中国历史发展的非凡进程，揭示了全球化背景下的历史交汇与互动。通过全球化与中国崛起的关系、历史发展的辩证性、独

[14]吴志成,刘培东.世界百年未有之大变局下参与引领全球治理体系变革的中国视角[J].马克思主义与现实,2024,(06):30-37+197.

[15]陈明琨.海外学者对世界百年未有之大变局下中国角色的认知[J/OL].马克思主义研究,2024,(11):2-15[2025-01-15].

[16]刘世强.世界百年未有之大变局的时代意蕴[J].贵州省党校学报,2024,(02):39-46.

特发展路径的分析，以及战略决策的深远影响，整体世界史的视角为我们提供了丰富的历史智慧。在新的时代背景下，回顾这百年变局，能够更好地推动中国在未来的全球竞争中稳步前行。当前，面对复杂多变的国际形势，中国的战略决策依然具有深远的影响力，如何在全球竞争中稳步前行，仍然是中国未来发展的关键课题。

【参考文献】

[2]车汉宁.从整体世界史观视角解读新型经济全球化[J].秦智,2022,(10):134-136.

[3]陈明琨.海外学者对世界百年未有之大变局下中国角色的认知[J/OL].马克思主义研究,2024,(11):2-15[2025-01-15].

[4]傅守祥.互联网时代的国家文化安全[J].社会主义论坛,2024,(01):39-40.

[5]胡德坤.合作共赢发展模式是世界历史整体发展的产物[J].世界历史,2018,(06):11-14.

[6]兰日旭,宋英豪.“一带一路”倡议：全球治理的国际合作平台[J].深圳社会科学,2024,7(02):30-37+59.

[7]李桂花,柳丽萍.百年未有之大变局下“全球风险社会”的治理观照与中国方案[J/OL].成都大学学报(社会科学版),1-13[2025-01-15].

[8]刘彩红.整体世界史观与“一带一路”[J].学理论,2017,(07):161-162+174.

[9]刘景华.吴于廑:我国世界史学科的奠基者[J].民主与科学,2018(04):57-60.

[10]刘世强.世界百年未有之大变局的时代意蕴[J].贵州省党校学报,2024,(02):39-46.

[11]刘延周,陈情娇.大历史观视域下世界百年未有之大变局的理论探究[J].新东方,2024,(04):83-88.

[12]王炳艳.中国式现代化的逻辑向度研究[D].大理大学,2024.

[13]吴志成,刘培东.世界百年未有之大变局下参与引领全球治理体系变革的中国视角[J].马克思主义与现实,2024,(06):30-37+197.

[14]张文伟.中国“整体世界史观”探索述评[J].安庆师范学院学报(社会科学版),2015,34(05):104-108.

[15]朱琳,牟晓伟.百年未有之大变局下全球能源供应链和贸易格局重塑及中国对策研究[J].价格月刊,2024,(09):88-94.

统筹推进国内法治与涉外法治的理论内涵和实践路径

陆雨彤

摘要：党的二十大报告系统提出“统筹推进国内法治和涉外法治”，是进一步深化改革、推进中国式现代化的重要内容。统筹推进国内法治和涉外法治既是中国自身法治建设的需要，构成中国式现代化进程中的法治保障，也是应对国际挑战、提升国际影响力的必然要求。统筹推进国内法治与涉外法治同步具有“国内”和“涉外”法治的双重属性，对内要求坚持全面依法治国，深入推进法治国家的中国式现代化建设重大方略，对外强调维护国家主权、安全、发展利益，同时积极推动构建人类命运共同体的全球治理国际法治建设。统筹意味着国内法治和涉外法治、国内法治和涉外法治内部环节、国内法治和涉外法治之间的统筹和协调。在实践路径上，可以从构建国内法治与涉外法治建设的协同布局、加快推进涉外法治工作的高质量发展、深化涉外法治的人才培养着力推进。

关键词：统筹推进 涉外法治 国内法治 国际法治 依法治国

作者信息：陆雨彤，武汉大学国际法专业硕士研究生。

在当前全球治理变革不断深入演进的百年变局之世，中国正屹立于新的历史坐标点，展现出前所未有的责任与担当。党的二十大报告深刻总结了法治国家建设的辉煌成就与宝贵经验，系统提出了“统筹推进国内法治和涉外法治”的重大命题。2024 年 7 月 18 日，党的二十届三中全会审议通过了《中共中央关于进一步全面深化改革，推进中国式现代化的决定》，进一步提出“加强涉外法治建设”，将“坚持全面依法治国”作为进一步全面深化改革的一项重大原则，对完善中国特色社会主义法治体系包括加强涉外法治建设，做出了系统性的战略部署。[1]统筹推进国内法治与涉外法治是“四个全面”战略布局下实现全面依法治国发展目标、实现中国式现代化的重要部署，具有深刻的内涵，为中国式现代化的法治国家建设指明了奋进方向。

随着世界多极化、经济全球化、区域一体化的深入发展，法治俨然成为国家治理和社会发展的必然趋势。这就对我国的法治水平提出了更高的要求，既要完善国内法治建设，又要加强与国际法的沟通。面对复杂多变的国际形势，统筹推进国内法治和涉外法治，正是新发展阶段下牢牢把握发展机遇、防范化解重大风险的法治中国建设的重要使命。为深入学习二十届三中全会关于统筹推进国内法治与涉外法治的重要论述，把握其理论内涵和实践路径，本文将结合全面深化改

[1] 新华社：《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》，中国政府网，2024 年 7 月 18 日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202407/content_6963409.htm

革、推进中国式现代化的时代方向，梳理统筹推进国内法治与涉外法治的理论背景，分析其理论内涵与重要意义，厘清涉外法治与中国式现代化的关系，最后在实践层面提出推进国内法治和涉外法治建设的路径。

一、 统筹推进国内法治与涉外法治的实施背景

党的十八大以来，中央就强调要统筹国内国际两个大局，统筹中华民族伟大复兴战略全局和世界百年未有之大变局。人类历史发展到世界历史是一个漫长的过程，包括纵向发展和横向发展两个方面。纵向发展即人类物质生产史上不同生产方式的演变和由此引起的不同社会形态的更迭，从低级社会形态走向高级社会形态。横向发展则是指历史由各地区间的相互闭塞到逐步开放、分散到联系密切，最终发展成为整体的世界历史的过程。随着生产力的不断发展，地区间的交往也会扩大，闭塞状态被打破，历史也逐步发展为世界历史。[2]全球化是世界整体发展的必然结果。中华民族伟大复兴带领着世界近五分之一的总人口走向现代化，构成了世界百年未有之大变局的积极因素和关键性变量，成为当今时代最有活力的推动力量和建设力量。[3]中国“共商、共建、共享”的全球治理观在法治层面促进了涉外法治的建设。

从国际角度看，统筹推进国内法治与涉外法治的实施背景，源于全球化背景下国家间交往的日益频繁与复杂。随着国际贸易、投资、文化交流等活动的不断增加，跨国法律问题和国际争端也随之增多。无论是全球化趋势还是逆全球化力量，都在影响国际法律秩序，冲击国际政治格局和法律运行。在这样的时代背景下，中国作为一个负责任的大国，必须积极参与全球治理，维护国际法治秩序。统筹国内法治与涉外法治，既是中国自身法治建设的需要，也是应对国际挑战、提升国际影响力的必然要求。此外，目前国际规则进入新一轮的重塑阶段，力量更迭、新兴领域的立法空白也要求中国必须统筹推进国内法治与涉外法治。在国际关系中，法律手段已成为维护国家利益、处理国际关系的重要工具。中国需要不断完善涉外法律法规体系，提升涉外法律服务能力，以更好地应对国际争端和摩擦，维护国家安全和国际秩序的稳定。

从国内角度来看，统筹推进国内法治与涉外法治的实施伴随全面依法治国工作的走向深入。全面依法治国是党的十八大以来围绕“四个全面”发展目标战略布局制定的重大决策。“四个全面”战略布局是以习近平同志为核心的党中央治国理政战略思想的重要内容，其基本内容是全面建设社会主义现代化国家、全面深化改革、全面依法治国和全面从严治党。“四个全面”战略布局是党中央立足于坚持和发展中国特色社会主义这一主题，为实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟

[2] 吴于廑：《吴于廑学术论著自选集》，首都师范大学出版社 1995 年版，第 63-66 页。

[3] 周丹,兰洋：《世界百年未有之大变局的理论阐释》，《中国社会科学院大学学报》，2022 年第 9 期，第 30 页。

大复兴中国梦而提出的治国理政顶层设计，是引领民族复兴的战略布局。[4]随着全面依法治国工作的走向深入，国内法治建设取得了显著成效，但同时也面临着新的挑战和问题。统筹推进国内法治与涉外法治，有助于形成内外联动、相互促进的法治格局，推动全面依法治国战略向更高水平迈进。

2020 年 11 月，首届中央全面依法治国工作会议正式确立习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位，习近平法治思想是统筹推进国内法治与涉外法治的理论内核。习近平总书记深刻指出："没有正确的法治理论引领，就不可能有正确的法治实践。"[5]统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的核心要义之一，[6]同时也是全面依法治国的重要组成部分。2023 年 11 月，习近平总书记在二十届中央政治局第十次集体学习时发表重要讲话，进一步深刻阐述了加强涉外法治建设的重大意义、重要原则、目标任务和重点举措，为新时代新征程统筹推进国内法治与涉外法治的具体工作提供了根本遵循和行动指南。2024 年 7 月 18 日，党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，强调法治是中国式现代化的重要保障，法治中国建设迎来了全面深入发展的新契机，有助于更加充分地回应来自新时代中国发展全球化的法治需求。在国内法治方面，统筹推进有助于完善中国特色社会主义法治体系，提升法治政府建设水平，保障公民合法权益，维护社会公平正义。同时，通过加强涉外法治建设，可以进一步提升中国法治的国际影响力，增强国际社会对中国法治建设的认可和信任。国内事务和对外事务高度互动，国内法治与涉外法治相互促进，共同构成中国式现代化进程中的法治保障。

二、 统筹推进国内法治与涉外法治的理论内涵

统筹推进国内法治与涉外法治，是一个系统性、全局性的战略部署，它要求我们在深刻理解国内法治、国际法治以及涉外法治之间内在联系的基础上，实现国内事务与对外事务在法治层面的全面覆盖与有机统一。统筹推进国内法治与涉外法治同步具有"国内"和"涉外"法治的双重属性，对内要求坚持全面依法治国，深入推进法治国家的中国式现代化建设重大方略，对外强调维护国家主权、安全、发展利益，同时积极推动构建人类命运共同体的全球治理国际法治建设。统筹推进国内法治和涉外法治的命题与当前的时代背景相呼应，与统筹国内国际两个大局相统一，这一战略布局强调国内法治和涉外法治的相互促进和协调发展，展现推动构建人类命运共同体的法治之道。

[4] 董振华：《"四个全面"：引领民族复兴的战略布局》，人民网，2017 年 6 月 12 日，http://theory.people.com.cn/n1/2017/0612/c40531-29332356.html

[5] 新华社：《习近平在中国政法大学考察时强调：立德树人德法兼修抓好法治人才培养，励志勤学刻苦磨炼促进青年成长进步》，新华网，2017 年 5 月 3 日，http://www.xinhuanet.com/politics/2017-05/03/c_1120913310.htm

[6] 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 84 页。

（一）统筹推进国内法治与涉外法治的双重属性

统筹推进国内法治与涉外法治的“国内”理论内核，其意义在于以习近平法治思想为指导，坚持全面依法治国，以法治思维不断推动国内法治的建设与完善。作为引领法治中国建设实现高质量发展的思想旗帜，习近平法治思想是从根本上为坚持和加强党的全面领导提供了科学的行动指南。习近平总书记指出“坚持党中央权威和集中统一领导，要有一套制度和规定。”[7]2023 年 2 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》中明确提出“深入学习贯彻习近平法治思想，坚持用习近平法治思想全方位占领法学教育和法学理论研究阵地，教育引导广大法学院校师生和法学理论工作者做习近平法治思想的坚定信仰者、积极传播者、模范实践者。”[8]国内法治是涉外法治的基础和支撑，只有国内法治体系完善，才能在此基础上延伸出涉外法治。国内法治在很长一段时间内都是中国法治建设的主要方面，也是涉外法治的出发点。涉外法治需要落实到我国相关法律规范在境外的应用和实施，归根结底还要先形成完善的国内法机制。

统筹推进国内法治与涉外法治的“涉外”理论内核，其意义在于以法治为引领，以卓越的国内法治与涉外法治的体系和能力建设，向外对接人类命运共同体理念的国际实践与“一带一路”合作倡议，善于运用国际国内两类规则，携手全球伙伴构建新型国际关系，为人类命运共同体事业的全球推进，贡献法治领域的中国智慧与力量。

在过往，国内法治与对外事务相分离，但在经济全球化背景下，国内治理的外部溢出效应增强，国内法治与对外事务高度互动。涉外法治作为一个较新的概念，近年来逐渐走入法学理论研究视野。为精准界定涉外法治的概念，学者们普遍将其置于国内法治与国际法治的交汇点上进行考量。诸多学者认为，涉外法治与国内法治同属国家法治体系的重要组成部分，但对涉外法治的概念、涉外法治与国内法治、国际法治的关系尚未达成一致意见。目前，学界普遍遵循的“二元论”观点，以德国学者特里派尔为代表，主张国际法与国内法分属不同的法律体系，虽紧密相连却各自独立。[9]在此基础上，若将二者视为完全平行的两个领域，则涉外法治与国内法治将作为并列的组成部分，共同支撑起国家法治的框架。然而，这一观点面临着国内法与国际法完全平行说法的质疑，因为无论是共同的国家意志还是单一的国家意志，都体现了国家意志的统一性，使得国内法与国际法在实际运行中相互关联、相互渗透。另一方面，若将涉外法治视为国内法与国际

[7] 中共中央文献研究院：《习近平关于“不忘初心、牢记使命”论述摘编》，党建读物出版社、中央文献出版社 2019 年版，第 114 页。

[8] 《中办国办印发<关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见>》，《人民日报》2023 年 2 月 27 日，第 1 版。

[9] 唐颖侠：《国际法与国内法的关系及国际条约在中国国内法中的适用》，《社会科学战线》2003 年第 1 期，第 176 页。

法交汇的部分，则又需进一步明晰这一交集区域中国内法与国际法的具体互动机制，以避免将涉外法律简单归结为既是国内法又是国际法的悖论，从而与“二元论”的基本立场相悖。涉外法律无疑是国内法律体系的一个分支，它由国家立法机关制定或认可，并依赖国家强制力来确保其执行，因而不属于国际法的直接范畴。然而，国内法与国际法之间的界限并非绝对分明，二者之间的关系也远非简单的平行或交叉所能概括。实际上，它们之间存在着复杂的相互作用，某些国内法规范能够跨越国界，产生国际层面的效力与影响。与狭义的国际法相比，国际法治是一个更为宽泛的概念，它不仅包含了国际法本身，还涵盖了国家、国际组织等国际法主体与国际规则之间的互动过程。而涉外法治，则是一个综合性的体系，它既包括涉外法律规则体系的构建，也涉及这些规则的实施机制，以及国家在国际规则制定过程中的积极参与。[10]从程序层面来看，国际法治的实现依赖于国际间的协商与合作程序，这一过程同样也是涉外法治不可或缺的一环。

国内法治和涉外法治共同构成中国法治。在国内国际双循环相互促进新发展的格局之下，需要统筹国内和国际两个大局和两个市场，但二者的机制存在较大差异，涉外法治成为弥合国内法治和国际法治的桥梁，涉外法治既是国内法治的延伸，也是对国际法治的对接。[11]同时，国际法治与国家法治同样相互作用，一方面，国际法治为全球治理提供了基本的框架和规则，国际法治的普遍性原则和标准，为国家法治的完善和发展提供了重要的参考和借鉴，推动国家法治不断向更高水平迈进。另一方面，国家法治的实践和成效也对国际法治产生着深远影响。每个国家法治的健全与否，直接关系到国际法治的整体效能和权威性。国家通过加强国内法治建设，提升法治水平和公信力，不仅能够更好地维护自身利益和国际秩序，还能为国际法治的完善和发展贡献智慧和力量。

（二）统筹推进的内涵和要求

“统筹”作为一种工作方法，意味着要围绕中心工作同时展开其他方面的工作，实现资源的高效配置，各个部分都能充分发挥作用并能有机结合。习近平总书记从立法、执法、司法、守法、涉外法律服务等多个方面做了总体部署：一是要加快形成系统完备的法律法规体系；二是提升涉外执法司法效能；三是要引导企业、公民在走出去过程中更加自觉地遵守当地法律法规和风俗习惯，运用法律和规则维护自身合法权益；四是要注重培育一批国际一流的仲裁机构、律师事务所，把涉外法治保障和服务工作做得更有成效。[12]

统筹推进国内法治和涉外法治体现在三个层面，一是国家和全球的统筹。“统筹推进”在根本上需要遵循中国特色社会主义法治道路，遵循全面依法治国的战

[10] 张龑：《涉外法治的概念与体系》，《中国法学》2022 年第 2 期，第 264-282 页。
[11] 何志鹏：《国内法治与涉外法治的统筹与互动》，《行政法学研究》2022 年第 5 期，第 3-17 页。
[12] 刘仁山：《坚持统筹推进国内法治和涉外法治》，《荆楚法学》2021 年第 1 期，第 19-34 页。

略布局，遵循习近平新时代中国特色社会主义思想，遵循构建人类命运共同体的全球治理观。[13]一方面，国内法治和涉外法治都以国家为本位，聚焦于国家在国际关系体系中的稳固立足、安全保障及持续发展。遵循此主线，国际法的首要任务在于捍卫国家的主体地位，确保其基本权益不受侵害，并为国家的对外交流与合作营造一个有利且有序的法律氛围。另一方面，涉外法治也采用了全球视野，着眼于全人类的共同福祉与持续发展。气候变化、环境保护、公共卫生等全球性议题与每一个国家、每一位个体均息息相关，国家命运和全人类的命运休戚与共。在这一层面，涉外法治不仅关注国家的个体利益，更致力于构建人类命运共同体，推动全球治理体系的完善。二者之间的统筹要平衡好国内和国际的关系，助力域内和域外的良性互动，实现全球范围内的和谐共生与持续发展。

二是国内法治和涉外法治内部的统筹，即国内法治立法、执法、司法、守法的统筹，涉外法治立法、执法、司法、守法的统筹。立法、执法、司法、守法是全面依法治国的四个环节。在国内法治层面，立法是法治的起点，需确保法律的科学性、合理性和可操作性；执法是法律实施的关键，要求严格、公正、文明执法；司法是维护公平正义的最后一道防线，必须保证公正独立行使审判权和检察权；守法则是法治建设的基础，全民守法意识的形成是法治社会的重要标志。在涉外法治层面，同样需要重视这四个环节的协同推进、紧密配合。立法上，要制定和完善符合国内法和国际规则、适应对外开放需要的涉外法律法规，形成对外法律规范体系；执法上，要加强国际合作，提升涉外执法能力和水平；司法上，要积极参与国际司法交流与合作，提高我国司法的国际影响力和公信力；守法上，则要培育国际法治观念，促进国际规则的普遍遵守和执行。此外，国内法律服务和涉外法律服务的重要性也日渐彰显，需要从人才培养、行业规范等环节加强法律服务体系建设，提升法律服务质量和水平，以满足国内外企业和个人对法律服务的多元化需求。

三是国内法治和涉外法治两者之间的统筹，涉外法治仍以国内法治为基础。如前文所述，涉外法律是国内法律的一部分，涉外法治的立法需要遵循国内立法机制，既符合国内法治的要求，又要与国际接轨，从而确保法律体系的内在统一性和协调性，强化国家法治建设的整体效能。在执法、司法中，需要提高我国执法、司法人员的国际法律素养，确保执法、司法活动的合法性和专业性，并加强国内外执法、司法机构的沟通与合作，共同打击跨国犯罪，推动国际司法协助的顺利开展。在守法方面，对于重要的涉外法律规范，同样要进行普及，强化企业“走出去”时的法治观念和合规意识，为“引进来”的企业提供全面、周到的合规指导服务。

[13] 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 84-95+200-201 页。

三、 统筹推进国内法治与涉外法治的实践路径

统筹推进国内法治与涉外法治的实践路径、持续推进统筹国内法治与涉外法治的体系与能力现代化，可以从构建国内法治与涉外法治建设的协同布局、加快推进涉外法治工作的高质量发展、深化涉外法治的人才培养这三大方面来进行具体解读。

（一）积极构建国内法治与涉外法治的协同布局

构建国内法治与涉外法治建设的协同布局，需要我们不断强化法治中国建设的国内法治内容与涉外法治内容的协调性，不断加强涉外法治的基础性或专门性立法，及时回应涉外法治建设过程中可能产生的国内法律供给问题。近年来，已有多个学者指出，我国的涉外法律法规体系存在空白，在条约、极地、海洋、海外利益保护等多个领域存在法律缺失。因此，在统筹推进国内法治与涉外法治的过程中必须充分推进涉外法治建设，通过健全涉外法律法规体系、优化涉外执法司法机制、提升涉外法律服务水平等一系列举措，协同构建国内法治与涉外法治的新布局，为新时代中国“一带一路”事业的稳健前行提供坚实的法治保障，助力我国在全球治理体系中发挥更加积极和建设性的作用。

构建国内法治与涉外法治建设的协同布局，还要求我们通过建立“攻防兼备”的理念。对内做到完善国内与涉外法律法规体系的一体化建设，加强涉外法治人才队伍的高质量培养；对外积极参与全球治理体系变革和国际规则制定，有效强化中国的涉外法治体系和能力建设。

在统筹推进国内法治与涉外法治的过程中，还应通过综合运用国内国际两类规则，强化中国法律法规的域外实践运用效力。具有域外效力的法律法规向来受到其他世界各国的密切关注，关乎一国能否建立良好的国际形象。通过国内法治与涉外法治的统筹推进与综合运用，重点强化中国法律的域外适用效力，不仅可以更加充分地维护中国自身在海外的权益利益，还将为全球治理的法治化发展作出应有的贡献。

（二）加快推进涉外法治工作的高质量发展

加快推进涉外法治工作的高质量发展，是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急，有利于提升我国的国际影响力、感召力、塑造力。[14]涉外法治是中国法治理念在涉外领域的具体映射，也是国家在新时代大背景下为应对复杂多变的国际环境而提出的重大法治战略。时代的潮流和形势的发展呼唤中国加强法治理念和法治手段的涉外运用能力，“涉外法治”在此背景下得以应运而生。作为负责任大国，中国在推动全球经济合作、促进环境保护和可持续发展、加强国际法治和多边合作、维护地区和平与稳定等四个方面承担着重要的大国责任。

[14] 外交部党委：《努力开创外交战线涉外法治工作新局面》，《求是》2024 年第 15 期。全文参见求是网，2024 年 8 月 1 日。网址：https://cn.theorychina.org.cn/c/2024-08-01/1507783.shtml

在全球经济方面，作为全球第二大经济体，中国在全球化进程中扮演着重要角色。中国一直倡导开放、包容的全球经济合作，并致力于构建一个公平、开放的国际经济体系。为了充分统筹中国全面参与全球事务的各类重要事项，必须促进各方力量凝聚共识、协同作战，以法治思维和法治方式妥善应对各类挑战，切实维护我国的主权、安全和发展利益。

自党的十八大以来，我国在涉外法治领已建立起较为完备的涉外法律法规体系，但面对当前复杂多变的国际局势，我国需要进一步制定科学立法规划，增强涉外法律体系的系统性与协调性；加强基础性或专门性立法，回应涉外法治的供给问题；细化现有法规条款，增强其实用性和可操作性。通过上述举措，全面健全涉外法律法规体系，为统筹国内法治与涉外法治的深入发展筑起坚不可摧的法治防线。

（三）深化涉外法治的人才培养

深化涉外法治的人才培养，需要从法治人才的培养体系处积极做文章。大力培养涉外法治的人才不仅有助于构筑我国海外利益安全的人力资源屏障，而且是彰显中国法治智慧、引领全球治理体系变革的基础性工作和战略性举措。正如《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》中指出，我国的法学教育还存在诸多问题，“学科结构不尽合理，法学学科体系、课程体系不够完善；社会亟需的新兴学科开设不足，法学学科同其他学科交叉融合还不够，知识容量需要扩充；有的学科理论建设滞后于实践，不能回答和解释现实问题；有的教材编写和教学实施偏重于西方法学理论、缺乏鉴别批判，对中国特色社会主义法治理论研究不够深入。”[15]涉外法治人才，无疑是加强涉外法治建设的核心要素与关键所在，是统筹推进国内法治与涉外法治的决定性环节。从涉外法治与国内法治、国际法治的紧密联系来看，涉外法治人才培养的是能够跨越单一法域的局限，兼具国内法与国际法广阔视野的中国法治人才。这类人才需辩证地处理国内法与国际法的互动关系，并能在实践中灵活运用法治思维和方式，妥善解决我国面临的各类涉外事务。党和国家高度重视涉外法治人才队伍建设，将其视为国家发展战略的关键一环，新时代法治国家中国式现代化所需的涉外法治人才，需要拥有精通国内外法律体系的知识储备，掌握扎实的法学理论基础，还要具备宽广的国际视野和强大的实践能力，以应对复杂多变的国际环境。

因此，为积极推动涉外法治的人才队伍建设，就要求我们坚持中国本位的基本原则，注重考察涉外法治人才的综合素养，同时完善涉外法治人才的选拔及管理机制，确保能够打造一支高素质、高质量的法治人才队伍，培养出更多具有国际竞争力、能够引领时代潮流、贡献卓越智慧的涉外法治精英。为此，我国高等

[15] 《中办国办印发<关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见>》，《人民日报》2023 年 2 月 27 日，第 1 版。

院校的法学教育肩负重大责任。

习近平总书记强调，“高校作为法治人才培养的第一阵地，要充分利用学科齐全、人才密集的优势，加强法治及其相关领域基础性问题的研究。”[16]因此，高校应通过跨学科合作、组建专业研究团队等措施，肩负起培养国际法人才、开展基础性研究的重任。在具体实践方面，教学是法学教育的本体与实质，教学体系是否先进是否科学直接关乎教育与人才培养的质量效果。[17]我国高校有必要增大国际法在法学专业本科教学中的比重，为学生提供更为系统、深入的国际法学习体验，激发他们的学习兴趣与职业理想。进入硕士、博士阶段，则需进一步优化教学安排，培养学生解决复杂国际法律纠纷的能力。同时，必须勇于突破西方国际法知识体系的禁锢，构建符合中国国情与国际发展趋势的国际法理论体系。在教学内容中，加大对案例研究、比较分析等方法的讲授与使用，鼓励学生在国际法案例学习的过程中提炼出对我国有利、或者是具有普遍意义的国际法规则解释与适用原则，促使学生系统思考应如何为我国在国际争议解决中争取主动提供有力支持。在学科建设上，需要在政策制度上制定鼓励跨学科合作的政策措施，为跨学科项目提供政策保障。与此同时，也应在上述跨学科项目的经费投入上给予倾斜或明确支持，设立专项基金支持跨学科研究、教学和人才培养，确保项目能够持续、稳定地推进。此外还需优化跨学科项目的人员配置，鼓励法学教师与其他学科教师开展合作研究、共同授课，形成跨学科的教学与研究团队，进而推动国际法与其他学科的对接。此举不仅能够帮助学生构建扎实的国际法基础，还能使他们掌握相关领域的邻近学科专业知识，形成解决复杂问题的综合能力。

四、 结语

法治是国家核心竞争力的重要内容。统筹中华民族伟大复兴战略全局和世界百年未有之大变局，必须坚持统筹推进国内法治和涉外法治。[18]习近平总书记明确指出，“从国际看，世界进入动荡变革期，国际竞争来体现为制度、规则、法律之争。我们必须加强涉外法律法规体系建设，提升涉外执法司法效能，坚决维护国家主权、安全、发展利益。”[19]这一论断不仅揭示了国际竞争的新态势，也强调了加强涉外法治建设的紧迫性与重要性。在当前国际局势发展的不确定性增加的时代背景下，统筹两个大局、统筹推进国内法治和涉外法治建设彰显了我国同舟共济、权责共担的命运共同体意识，显示了我国在中国式现代化法治建设中的

[16] 新华社：《习近平在中国政法大学考察时强调：立德树人德法兼修抓好法治人才培养，励志勤学刻苦磨炼促进青年成长进步》，新华网，2017 年 5 月 3 日。网址：http://www.xinhuanet.com/politics/2017-05/03/c_1120913310.htm

[17] 张文显：《加强新时代法学教育和法学理论研究的纲领性文献——对<关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见>的解读》，《中国大学教学》2023 年第 9 期，第 12 页。

[18] 中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室编：《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 95 页。

[19] 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。

全面布局和战略深远性。在习近平法治思想的指引下，我国呼吁世界各国遵守以《联合国宪章》为基础的国际法规则，构建更加公正合理的国际秩序，实现世界的持久和平与普遍安全。

2025年中国国际法学会年会

电子贸易单证的占有问题研究——以2023 ETDA及《海商法（修订草案）》为例

张晓涵[1]

摘要：在全球航运业中，电子单证作为传统纸质单证的替代方案，已成为提升贸易效率和降低操作成本的必然选择。电子单证的普及不仅能够显著简化货物交付流程，还能减少纸质单证易发生的丢失、伪造等风险，提升交易的安全性和透明度。然而，法律体系的不完善与国际规则的差异，仍对电子单证的广泛应用形成制约。英国2023电子贸易文件法案（ETDA）的颁布标志着英国普通法对无形财产法律地位问题的重要转变。该法案通过重新定义“控制”与“占有”二者之间的关系，为电子单证提供了与传统纸质单证相当的法律效力。本文从比较法的角度分析ETDA与其他三种国际法律框架（如美国《统一商法典》、鹿特丹规则和《电子可转让记录示范法》）的异同，并探讨其在实际应用中的优势与局限。此外，本文对《海商法（修订草案）》中的关于电子运输记录的规定也进行上述讨论，结合目前电子运输记录的相关实践，对相关修改条文进行了分析。

关键词：电子贸易文件法案（ETDA） 控制与占有 冲突法 电子单证 比较法

一、前言

在国际航运业中，纸质单证作为货物运输和交易的重要凭证，已有数百年的应用历史，并在实践中扮演着不可或缺的角色。提单作为核心文件，不仅是货物的所有权的凭证，也是货物交付的凭据和承运人与托运人之间的合同证明。然而，随着全球贸易量的高速增长，纸质单证在实际应用中也逐渐暴露出了一系列问题，对国际贸易的发展以及航运业效率的提升起到了负面作用。具体来说，纸质单证的处理过程通常涉及多个环节和广泛的利益相关方，包括托运人、承运人、银行、保险公司等。这一复杂性增加了操作过程中的时间成本和管理难度，特别是在跨境运输中，由于地域跨度和时差的影响，可能导致交付的延迟。此外，纸质单证还存在易丢失、损坏或被伪造的隐患，这不仅加大了交易的不确定性，也可能引发潜在的法律争议。

与此形成鲜明对比的是，电子单证凭借其高效、安全的特点，其应用正逐渐成为全球航运业的重要趋势。从法经济学的角度来看[2]，电子单证通过数字化的

[1] 大连海事大学法学海商法方向在读研究生

[2] 单红军,胡晓喆:《区块链赋能中国航运业的法律障碍及对策研究》，载《北京航空航天大学学报(社会科学版》https://doi.org/10.13766/j.bhsk.1008-2204.2023.1907.

方式实现实时传输和共享，显著缩短了处理时间并降低了成本。与此同时，区块链技术的引入进一步增强了电子单证的透明度和安全性，不仅确保了文件内容的不可篡改性，还降低了伪造风险，为航运业带来了更高的信任和可靠性。

在电子贸易文件法案（ETDA）颁布之前，英国普通法并不承认无形财产可以成为“占有”的对象。这一法律局限性通过两个标志性的判例得以体现：OBG v Allan[3]和 Your Response v Datateam[4]。在 OBG v Allan 案中，英国上议院作出明确裁决，合同权利等无形财产因其无法通过物理手段控制所以并不具备可以被“占有”的性质。这一判决确立了无形财产无法成为“占有”客体这一核心原则，并在此后的法律实践中产生了深远影响。随后，Your Response v Datateam 案进一步强化了这一立场。该判决认为，电子数据库作为一种无形财产，从本质上来说，它并不符合构成占有留置权标的物的条件。虽然在后者的裁决作出之前，前者的判决已在学界引起争议[5]，然而并未撼动当时既有法律框架的基础。在 Your Response 案中，Moore-Brick 法官对“物理控制”和“实际控制”的概念做出详细阐释，进一步突出了无形财产在占有这一问题上的法律局限性。他指出，“物理控制”特指对有形物的直接掌控，而“实际控制”则反映对无形资源的管理能力。比如数据管理员有权根据合同条款对构成数据库的信息进行实际控制，但不能对无形的信息进行物理控制。[6]。

针对这一制度缺陷，英国法律委员会在《电子贸易文件法案》中提出了开创性的解决方案，即通过扩展普通法中“占有”概念的适用范围，为无形财产提供明确的法律规范[7]。这一法案的推出，不仅填补了普通法在无形财产占有领域的空白，还通过赋予电子贸易文件与传统纸质文件等同的法律效力，为跨国商业实践提供了更加明确和统一的法律依据。

此外，需要指出的是，在 ETDA 出台之前，电子提单已经在商业实践中得到一定程度的应用，但其效力通常只局限于合同双方之间的约定，具有封闭性。ETDA 通过立法的形式，正式确立电子提单对于第三方的效力，使其在法律争议中得以合法涉及更多利益相关方。这一进步不仅巩固了电子提单的法律地位，还为现代商业活动的数字化转型提供了坚实的法律保障。

ETDA 的创新并不只局限于“占有”概念的扩展。它通过重新定义“控制”这一核心要素，为电子贸易文件的管理和流转建立了更为坚实的法律框架。框架的确立不仅提高了电子文件的法律稳定性，也为解决跨境贸易中可能产生的法律冲突提供了新的解决思路。

---

[3] OBG Ltd v Allan [2007] UKHL 21; [2008] AC 1; [2007] Bus LR 1600

[4] Your Response Ltd v Datateam Business Media Ltd [2014] EWCA Civ 281; [2015] QB 41

[5] Amy Goymour and Stephen Watterson, “Testing the Boundaries of Conversion: Account-holders, Intangible Property and Economic Harm,” [2012] LMCLQ 204

[6] Miriam Goldby and Weishi Yang, “Solving the Possession Problem: An Examination of the Law Commission's Proposal on Electronic Trade Documents,” [2021] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 605, 616

[7] Law Commission, “Electronic Trade Documents: Report and Bill” (Law Com No 405, 2022) 第 2.7 段

二、ETDA 的成效评估

ETDA 不仅旨在解决英国普通法中关于“占有”问题的局限性，还为尚未制定相关法律规范的其他司法管辖区提供了借鉴思路。然而，目前其他用于规范电子单证的国际法律框架在具体实施方法上存在差异。为了评估 ETDA 在实现电子单证占有目标方面的效果和影响，本节将对 ETDA 与其他三种主要国际法律框架的异同进行分析。

（一）美国《统一商法典》的实践

美国《统一商法典》（UCC）在 2003 年的修订中引入了对电子记录的规范，以适应时代发展对电子单证日益增长的使用需求。UCC 通过 1-201(b)(16)条的定义，将“控制”作为“占有”的替代概念，并在第 7-106 条要求电子记录所依托的系统必须满足“唯一性”（singularise）和“可靠性”（reliability）的标准。若不采用可靠方法，则该系统所提供的控制权无法获得法律承认[8]。

值得注意的是，在 UCC 体系下，电子记录的“控制”并不完全等同于对纸质单证的占有，而是作为一套独立的法律概念存在。例如，UCC 在 1-201(b)(15)中分别定义了“无形物”和“有形物”的交付为“自愿转让控制权”（voluntary transfer of control）与“自愿转让占有权”（voluntary transfer of possession）。这种双轨体系体现了 UCC 对电子单证法律地位的特殊设计，旨在通过法律创新弥合其与传统单证之间的差异。

（二）鹿特丹规则的框架设计

《鹿特丹规则》的制定旨在促进“电子运输单证”的使用[9]。然而，该规则并未直接将电子运输单证的法律效力等同于纸质单证，而是通过合同双方的同意赋予其等效功能[10]。

鹿特丹规则采用了“排他性控制”（conclusive control）的概念，与传统单证的“占有”功能相对应。然而，规则并未对“排他性控制”作出具体定义，其核心特性主要体现在实践和学术讨论中[11]。这一模糊性为规则在实际应用中留下了广阔的解释空间。

（三）MLETR 的功能性等价

《电子可转让记录示范法》（MLETR）作为现存最新的国际框架，明确将“控制”视为“占有”的功能性等价物[12]。与 UCC 和鹿特丹规则不同，MLETR 通过将‘控制’直接等同于事实占有，试图从根本上解决无形财产难以在现有法律框架下占有的核心问题，而非扩大普通的“占有”的范畴。这种设计不仅能降低法律适

[8] Caslav Pejovic & Unho Lee, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?” [2024] 59 Tex Int'l L J 101

[9] Anthony Diamond, “The Rotterdam Rules” [2009] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 445, 499

[10] 见鹿特丹规则第 8(a)条和第 35 条

[11] Anthony Diamond, “The Rotterdam Rules” [2009] LMCLQ 502; N Gaskell, “Bills of Lading in an Electronic Age” [2010] LMCLQ 233, 273 fn.239

[12] 见 MLETR, Section. 11

用的复杂性，也为国际各法律管辖区法律的统一提供了新思路[13]。

（四）ETDA 的创新与局限

鉴于此，与上述法律框架不同，ETDA 将“控制”定义为事实上的行为，而非独立的法律概念。该法案明确指出，“控制”是有形物“占有”概念的电子世界版本，其主要区别在于适用对象的不同[14]。通过 ETDA 第 2(2)条和第 3 条的规定，电子单证在法律效力上被明确赋予与纸质单证同等地位。这一设计不仅简化了法律适用，还避免了因“控制”与“占有”间的法律认知差异而产生的潜在争议。

尽管如此，ETDA 在降低实施成本的同时也引入了新的挑战。例如，“控制”这一概念的内涵在不同法律体系中存在显著差异。ETDA 虽然避免了直接将其置于法案的核心，但这种保守策略可能会导致未来适用中的不确定性[15]。此外，电子贸易单证因其依托于虚拟技术，即通过专用系统或网络进行存储和传输，所以其法律运作并不总能与现实世界中的操作相对应，随着越来越多的实际问题的出现也将挑战其法律框架的适用性，这就需要进一步完善现有的法律规范。

三、Control 与 Possession 的本质区分及其法律局限

与有形财产占有的规则相似，“控制”（control）仍然是构成“占有”（possession）的关键要素之一。然而，另一重要要素“意图”（intention）在电子贸易单证的法律框架中却未能得到足够重视。尽管 ETDA 通过广泛定义和描述控制的事实行为弥补了某些法律空白，但这并不意味着可以完全依赖控制作为占有的替代方案。

（一）“控制”与“意图”之间的张力

英国法律委员会认为，与控制相比，意图与客体的关系相对较弱，出现重大问题的概率相对较低[16]。因此，ETDA 在立法时选择了忽略对意图的规定[17]。例如，当系统操作员或管理员在实际控制电子提单（EBL）时，尽管他们拥有事实上的控制权，但由于缺乏与此相关的意图，他们仍然不能被视为法案中认定的“控制者”[18]。

虽然这一规定在实践中有一定合理性，但并不代表意图这一要素可以被轻视。事实上，意图的缺失可能导致 ETDA 在“占有”这一核心问题的设计上埋下潜在存在隐患。ETDA 的创新在于其选择了一条与传统法律截然不同的路径，将无形财产纳入占有范畴。然而，这一全新的法律模式由于缺乏对意图要素的充分考量，可能为未来的法律适用带来不确定性和潜在风险。

（二）“意图”缺失引发的法律风险

在实践中，明确意图这一要素可能并非易事。例如，在 The Sormovskiy 3068

---

[13] UNCITRAL, Explanatory Note to the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records, para.107
[14] UK Parliament, Debates, 23 Mar. 2023
[15] Caslav Pejovic & Unho Lee, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?” [2024] 59 Tex Int'l L J 101
[16] Law Commission, Electronic trade documents: Report and Bill (Law Com No 405, 2022) para 7.64
[17] Law Com No 405, para 7.32
[18] Law Com No 405, paras 7.33 and 7.66.

案中[19]，法庭认为意图是否存在是转让提单作为贷款担保的关键问题。倘若一个电子系统未能设计出明确表现受让人接受转让意图的功能，则即使单证已经交付给受让人，仍可能因意图的缺失而引发争议。这种控制与占有之间的“裂隙”，可能会导致 ETDA 在保护占有意图方面的失败[20]。

虽然 ETDA 要求电子单证系统满足“可转移性”（divestibility）和“排他性”（exclusivity）标准，从理论上讲，符合条件的单证应能够规避上述问题，然而，这些标准的适用范围仅限于控制层面，并未实质性解决占有的法律问题[21]。同时，法案在对系统的“可靠性”（reliable）要求中缺乏具体标准和穷尽性规定[22]，这意味着将意图的实现完全依托于系统设计并非稳妥之举。

（三）电子单证法律地位的模糊性

ETDA 虽然在 Section 3(2)中明确规定“电子贸易单证具有与等同纸质单证相同的效力”，但这一等效性更多是功能层面的，是一种法律拟制，而非法律地位的完全确认。换言之， 进一步解释。Section 3 的标题“Possession, indorsement and effect of electronic trade documents”（电子贸易单据的占有、背书和效力）主要聚焦于占有问题[23]。这一立法措辞的模糊性可能在实际应用中削弱法案的权威性，导致法律适用的不确定性和司法裁量的扩大。

举例而言，纸质提单的法律效力不仅依赖于其占有属性，还源于其在传统法律体系中固有的权利凭证地位。例如，通过占有纸质提单，权利人就可以行使与货物相关的权利，这一权利的实现依赖于单证本身的法律特性，而非占有行为本身。所以电子单证如果缺乏明确的法律地位，即使形式上实现了占有，其所依附的权利效力可能难以得到有效保护[24]。

四、中国海商法修订草案中对于电子运输单证的规定

由于国际航运格局的深刻变革、全球贸易数字化的快速发展以及对构建现代化海商法律体系的迫切需求，全国人民代表大会在《海商法》施行三十余年的 2024 年 11 月公布了其修订草案及其公开意见征集，其中就涉及到第四章“海上货物运输合同”中的“电子运输记录”。

随着电子运输记录（如电子提单）在国际贸易中的普及，现行《海商法》未能涵盖相关法律问题，导致电子单证在中国司法实践中缺乏明确的法律依据。同时，上文讨论的国际规则如《鹿特丹规则》和《电子可转让记录示范法》（MLETR）的发展，推动了全球范围内对电子单证法律地位的认可。为填补这一法律空白并

[19] The Sormovskiy 3068 [1994] 2 Lloyd's Rep. 266.
[20] Caslav Pejovic & Unho Lee, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?” [2024] 59 Tex Int'l L J 101.
[21] ETDA Section 2.
[22] ETDA Section 2(5).
[23] Law Com No 405, para 8.51.
[24] Jing Ren, “Stumbling Into the Digital Era: How Can Electronic Bills of Lading Achieve Functional and Legal Equivalence to Paper Bills of Lading?” PhD Thesis, University of Southampton, 2023.

与国际接轨，《海商法（修订草案）》增加了对电子运输记录的规定，从签发、流转到控制均作出了初步规范。这一修改不仅顺应了中国航运业和贸易数字化的趋势，也增强了电子单证在跨境贸易中的法律效力，为中国航运企业在国际竞争中提供了更有力的法律保障。

（一）海商法修定草案中对电子单证的认可

该修订草案在“运输单证”一节中将原来的多个条款中的“提单”以“运输单证”一词替代，该节中除了原海商法第 79 条对应的第 82 条之外，自第 74 条至 81 条中甚至都未出现“提单”二字，顺应了内河及沿海运输参照适用海商法第四章的呼声，同时也促进了电子单证的法律效力认可及促使符合法律规定的电子单证拥有与纸质单证同等的效力。这种“同等效力”与上文论述过的 ETDA 通过立法将电子贸易单证赋予与其纸质版本同等的地位这一核心概念不谋而合，而非单纯依靠合同相关方的合意。但由于海商法并非专门针对电子单证的法律，只是在原有的海商法法律框架上增加了使用电子单证的空间，所以传统纸质单证与电子单证的规定是并行的。

（二）海商法修订草案对电子运输记录规定的模糊之处及对策

海商法修订草案中对电子运输记录的规定体现出了对于此类记录的积极态度，但是与上文讨论过的 ETDA 相似，仍在某些方面或角度上未作出明确规定，可能会在实际操作或学术研究中引发争议。

海商法修订草案在涉及电子运输记录的条款中只肯定了电子单证的效力等同但是对于如何实现及界定电子单证的“持有”并未作出规定。电子单证作为依托于系统的数据，本质上无法像传统纸质单证一样被占有，综合以上对于其他国际公约或国内法的分析，“控制”这一概念明显更适合电子单证，并且修订草案第 86 条也明确使用了“控制”这一词汇[25]。但是这一概念究竟该如何具体展开，这一“控制”的排他性或可靠性该如何保障，是之后应当考虑的问题。

对于现有的大部分基于 EDI 技术的系统而言，特别是某些系统开始适用区块链技术之后，其可靠性已经较高，比如 edoxOnline。这一技术使电子提单等单证的应用不必再依靠原有的登记式系统而无需其他人介入，这一操作方式与民法下的物权理论存在契合，可以说其为物权法律的应用提供了有利的技术基础[26]。但是过分依赖系统自身的技术安全并不是万全之策，应当参考现有的相关国际公约或国内法进一步增加对系统可靠性的评估因素，并且基于对 ETDA 相关条款的分析，这些评估因素应尽可能具体，减少立法宽泛带来的信任缺失问题[27]。与此同时兼顾技术中立原则，作为一种典型的促进型立法[28]，不应将相关技术基础

[25] 《海商法（修订草案）》第 86 条：“.....可转让电子运输记录.....保障持有人对记录的排他性控制.....”

[26] 司晓:《区块链数字资产物权论》，载《探索与争鸣》2021 年第 12 期，第 82 页。

[27] 刘国庆:《比较法视角下提单立法数字化变革与中国回应》，载《国际经济法学刊》2024 年第 1 期，第 62 页。

[28] 郭俊:《如何做好“促进型立法”工作》，载《人大研究》2008 年第 2 期，第 56 页。

限于某种技术或平台。

海商法修订草案第五章第五节第一条专门即在“电子运输记录”之前增加了“符合法律、行政法规规定条件的”限定词，标志着只有符合这一条件才能与纸质运输单证具有同等效力，也就是说这一草案给评估系统的可靠性留出了空间。因而相关用以评估的配套法规政策应尽快出台，虽然目前国际上没有具体的此类专门法规，比如 MLTER 中对评估系统的可靠性作出了要求，但究竟谁是评估的主体并未确定。

在确立了“控制”的概念之后，单证流通的问题也就随之而来，转让电子运输记录的排他性控制并非最终目的，转让的实质还是如纸质单证一样，是其上所附着的权利的转让，比如《鹿特丹规则》第 57 条就体现了这一权利的转让[29]。如何在流转的过程中保持持有人的单一性，避免重复权利人的出现，是电子单证应用中必须要解决的问题。

参考 MLTER 对于“单一性”的定义，其与“控制”这一事实上的概念在维护电子可转让记录的占有权能方面属于相辅相成的两个方面，均为防止多方对同一义务人提出重复的履行请求。对于这一问题联合国官方文件给出了两个相反情景的设想：一是不能满足单一性的多对一控制，二是不能满足排他效果的一对一控制[30]。当然，海商法修改草案中也对这两个要求进行了规定[31]，但同样地，这些标准需要进一步另行制定。

五、结论

纸质单证在航运业中长期发挥着重要作用，但其固有劣势已难以满足现代国际贸易对效率与安全的高要求。电子单证凭借其即时性和安全性，正逐步成为纸质单证的有效替代。然而，由于依托虚拟技术，电子单证在应用法律时存在着与现实操作不同步的问题，对技术可靠性和法律框架的要求也更为严苛。

电子贸易文件法案（ETDA）通过重新定义“控制”与“占有”的关系，ETDA 弥补了传统法律在无形财产领域的空白。但法案在意图要素规则上的缺失，可能会削弱其国际适用性和法律稳定性。

我国海商法修订草案中也存在着对于控制及流转详细规则缺失的问题，建议进一步细化立法，明确相关概念及操作规范，以便更好地与国际航运业的新态势接轨。综合以上各公约及法律，不难发现尽管在一些问题上存在立法思路上的差异，但也存在求同存异之方面，对其的合理分析及借鉴有助于我国完善现有立法的同时与国际接轨。

---

[29] 《鹿特丹规则》第 57 条第 2 款：“签发可转让电子运输记录的.....其持有人均可以.....通过转让该电子运输记录，转让其中包含的各项权利。”

[30] https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/mletr_ebook_c.pdf，第 112 段

[31] 《海商法（修订草案）》第 86 条：“.....可转让电子运输记录应当.....确保记录的单一性，保障持有人对记录的排他性控制。可转让电子运输记录的转让和占有方式、记录形式的转换方式、可靠系统的认定标准等，由国家网信部门会同国务院交通运输主管部门另行制定。”

参考文献

1. 单红军,胡晓喆:《区块链赋能中国航运业的法律障碍及对策研究》，载《北京航空航天大学学报(社会科学版》https://doi.org/10.13766/j.bhsk.1008-2204.2023.1907

2. 司晓:《区块链数字资产物权论》,载《探索与争鸣》2021 年第 12 期，第 82 页。

3. 刘国庆:《比较法视角下提单立法数字化变革与中国回应》，载《国际经济法学刊》2024 年第 1 期，第 62 页。

4. 郭俊:《如何做好“促进型立法”工作》，载《人大研究》2008 年第 2 期，第 56 页。

5. Diamond A, ‘The Rotterdam Rules’ [2009] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly

6. Goldby M and Yang W, Solving the Possession Problem: An Examination of the Law Commission'sProposal on Electronic Trade Documents, [2021] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly

7. Goymour A and Watterson S, Testing the Boundaries of Conversion: Account-holders, Intangible Propertyand Economic Harm, [2012] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly

8. Pejovic C and Lee U, 'Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control orPossession?' (2024) 59 Tex Int'l L J

9. Nick G, ‘Bills of lading in an electronic age’ [2010] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly

10. Ren J, Stumbling Into the Digital Era: How Can Electronic Bills of Lading Achieve Functional and LegalEquivalence to Paper Bills of Lading? (PhD Thesis, University of Southampton 2023).

11. Vaudry W and Green S, ‘Electronic Trade Documents: The Law Commission's Provisional Proposals, theMLETR, and the Concept of Possession’, 2021(7) The Journal of Business Law

12. Law Commission, Electronic trade documents: Report and Bill (Law Com No 405, 2022)

13. UNCITRAL, Explanatory Note to the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records

14. UK Parliament (House of Commons) Deb (23 Mar. 2023) (12) col. 280.

15. OBG Ltd v Allan [2007] UKHL 21; [2008] AC 1; [2007] Bus LR 1600

16. Your Response Ltd v Datateam Business Media Ltd [2014] EWCA Civ 281; [2015] QB 41

17. The Sormovskiy 3068 [1994] 2 Lloyd's Rep. 266.

18. New York City Bar, 'Report on Revised Article 7 of the Uniform Commercial Code', December 2011,https://www.nycbar.org/reports/report-on-revised-article-7-of-the-uniform-commercial-code/

2025年中国国际法学会年会

《协调制度》中 HS 编码对 RCEP 原产地规则的影响研究[1]

扈涵

摘要：RCEP(《区域全面经济伙伴关系协定》)旨在降低或消除区域内成员国之间货物贸易以及服务贸易的关税和非关税壁垒，给予彼此优惠待遇。为了获得这种优惠待遇，交易的商品必须符合原产地规则。而商品归类决定了商品必须符合何种原产地规则。《协调制度》商品归类则是国际通用的六位数 HS 编码归类方法，这表明商品归类与 RCEP 具有相关性，对商品能否适用优惠关税具有重大影响。因此，本文以《协调制度》与 RCEP 为中心，通过案例分析商品归类与自贸协定有何关联，探讨《协调制度》商品归类对 RCEP 原产地规则的影响，分析《协调制度》商品归类在 RCEP 实践中存在的问题并提出相应建议。

关键词：协调制度 HS 编码 RCEP 原产地规则

一、《协调制度》与RCEP的关系

在全球化的浪潮中，社会和经济关系正在超越国界扩展到世界各地，为了促进中国产业的发展和促进区域经济一体化，截至 2025 年 1 月，中国已经与近三十个国家和地区签署了 22 个双边或多边自由贸易协定。[2]为取消贸易壁垒并建立区域全面经济伙伴关系，2022 年，中国、东盟十国以及澳新韩日，共 15 个国家签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称 RCEP）。[3]截止到 2020 年，RCEP 成员国占全世界 GDP 的 30.8%，进出口总额的 31.9%，是全世界规模最大的自贸协定。[4]HS 编码是“Harmonized System CODE”的简称，由世界海关组织根据《商品名称及编码协调制度的国际公约》（以下简称《协调制度》）制定，是国际通用的商品归类标准。HS 编码用用 6 位数字来归类商品，其中前 2 位编码对应“章”，4 位码对应“品目”，6 位码对应“子目”，且每个 HS 编码都有相应的商品描述。[5]目前全球贸易总量 98%以上的商品都以《协调制度》所规定的 HS 编码进行交易识别。[6]中国在 1992 年加入《协调制度》之后，便以其为基础制定了《中华人民共和国进出口税则》（以下简称《税则》）。目前，我国已经发展出了以《协调制

[1] 作者姓名：扈涵，郑州大学法学院国际法学专业，硕士研究生，电话 18302132509，邮箱:13103943925@163.com.

[2] 中国政府网.中国已与 29 个国家和地区签署 22 个自贸协定——以高水平开放促进互利共赢[EB/OL].(2024-04-11)[2024.9.20].https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202404/content_6944500.htm.

[3] 人民网.15 国签署 RCEP 全球规模最大自贸协定达成[EB/OL].(2020-11-15)[2024.9.20].http://world.people.com.cn/n1/2020/1115/c1002-31931470.html#:~:text=%E4%BA%BA%E6%B0%91%E7%BD%91%E6%B2%B3%E5%86%8511%E6%9C%8815.

[4] 袁波,王蕊,潘怡辰,等.RCEP 正式实施对中国经济的影响及对策研究[J].国际经济合作,2022,(01):3-13.

[5] 郑慧.基于本体的跨境贸易 HS 编码转换与共享机制研究[D].云南财经大学,2017.

[6] 张紫玄,王昊,朱立平,等.中国海关 HS 编码风险的识别研究[J].数据分析与知识发现,2019,3(01):72-84.

度》为基础的 10 位 HS 编码体系，其中前 6 位等效采用《协调制度》HS 编码，后四位为根据需要自行制定。

（一）RCEP 与《协调制度》的关联性

关于 RCEP 与《协调制度》的关联性，RCEP 协议规定：

第一，协调制度或者 HS 指《商品名称及编码协调制度》，包括 1983 年 6 月 14 日订于布鲁塞尔的由世界海关组织通过和管理的《商品名称及编码协调制度的国际公约》附件规定的归类总规则、章注释、品目注释和子目注释，以及缔约方在各自法律框架内修订、采用和实施的归类总规则、类注释、章注释和子目注释。[7]

第二，缔约方之间的货物贸易商品归类应符合协调制度。[8]

第三，每一缔约方应当保证为按照经定期修订的修订版协调制度的术语履行附件一（关税承诺表）而对其承诺表进行的转换，不损害附件一（关税承诺表）中所列关税承诺。[9]

第四，RCEP 协议第三章附件一（产品特定原产地规则）明确规定："本附件以 2012 年 1 月 1 日生效的 2012 版协调制度（对于本附件，以下简称"HS2012"）为基础制定。

因此，RCEP 是一个旨在降低关税并促进关税互惠的贸易自由化协议。该协议制定原产地标准以及决定是否适用产品特定原产地规则，并将《协调制度》作为附属文件，明确表明两个协议之间密切相关。同时，因 RCEP 原产地规则以《协调制度》6 位 HS 编码为依据，下文所述 HS 编码仅指前 6 位通用编码。

（二）HS 编码在 RCEP 的适用问题

1.归类方法过于复杂

一方面，HS 编码本身是一个复杂的归类体系。为保证每一商品以及不断出现的新商品都能被合理归类，《协调制度》规定了依次适用的六条归类总规则，且发布了《协调制度注释》作为商品归类的指导。因此，必须整体理解《协调制度》才能进行正确分类。

例如，根据 RCEP 第三章附件一，"巧克力及其他含可可的食品"的品目为 18.06。但若要把某一商品归入此类，必须首先排除其属于编码 19.05（面包、糕点、饼干及其他烘培糕饼，不论是否含可可）；编码 21.05（冰淇淋及其他冰制食品，不论是否含可可）等情况。即，不仅需考虑相应的第 18 类，还需考虑与其他类的关系，使得商品归类过程非常复杂。

另一方面，HS 编码的商品描述用语晦涩。如，HS 编码 29.17 品目的商品描

[7] RCEP 第 1.2 条.
[8] RCEP 第 2.7 条.
[9] RCEP 第 2.14 条.

述为：“多元羧酸及其酸酐、酰卤化物、过氧化物和过氧酸以及它们的卤化、磺化、硝化或亚硝化衍生物”。对于这些用语，即使是商品归类的专家有时也会难以理解。导致部分海关推出了 CAS（Chemical Abstracts Service）号辅助申报系统。其工作原理为通过名称或分子式将化学品分类，形成 CAS 编号，再将该化学品的 CAS 号与 HS 编码一一对应，以协助企业检索化学品的 HS 编码。[10]这也使得商品归类过程更加复杂。

2. 归类标准模糊

新商品的出现、技术的发展以及全球供应链的扩大等因素使仅仅依靠 HS 编码进行商品归类变得越来越困难。形成于上世纪八十年代的《协调制度》与《协调制度注释》渐渐难以对所有商品进行科学准确的定义或解释。如，根据我国《税则》，编码 03.02 商品的品目注释主要为“鲜或冷的鱼”，编码 03.03 商品的品目注释为“品目 03.02 的注释条文在必要的地方稍加修改后，适用于本品目的产品。”在此处，归类标准的模糊性影响了商品归类的进行。再如，与 03.02 商品相比，编码 03.05 商品包括“干、盐腌或盐渍的鱼”。但随着技术进步，出现了“真空冷冻干燥”这类以冷冻的方式干燥鱼类的方法，[11]这也导致商品归类变得困难。

3.归类结果存在争议

由于进出口国之间生活方式和文化的不同，可能对同一商品适用不同的归类。在进出口贸易中，商品归类与关税税率和能否适用 RCEP 有密切的联系，而各国不同的产业结构导致进出口国可能在商品归类上的立场不同。尤其关于新技术、新商品，《协调制度》的修改晚于时代变化，即便修改，往往也是针对交易较多的商品进行变更，因此对归类结果的争议难以避免。

二、HS编码与RCEP原产地确定

（一）HS 编码对 RCEP 原产地标准的影响

1.税则归类改变标准(CTC)适用产品的原产地确定

税则归类改变是指某一商品作为原材料经过加工制造后其所属税则编号发生了变化，最终以该成品发生税则归类改变的地区作为该产品的原产地。[12]税则归类改变包括章改变（2 位级税号改变），品目改变（4 位级税号改变）和子目改变（6 位级税号改变）。[13]

在 RCEP 中，当某商品与它的非原产材料被分类成不同的 HS 编码，该商品便可能被视为发生实质性改变，从而获得原产地地位。

即，税则归类改变标准要求：RCEP 各成员国在使用非原产材料进行生产加

[10] 曾剑仑.化学品进出口企业福音：“CAS 号辅助申报系统”上线运行[J].中国海关,2020,(03):48-49.
[11] 郑烟梅,刘智禹,路海霞,等.水产品干燥技术研究进展[J].食品安全质量检测学报,2017,8(01):27-32.
[12] 周青山.《美墨加协定》原产地规则研究[D].西南政法大学,2021.
[13] 聂绪聃.RCEP 背景下我国涉外税收争议协调机制研究[D].重庆工商大学,2023.

工时，其得到的最终产品必须发生了 HS 编码的相应改变，才能在进出口贸易中获得 RCEP 原产地地位。

表 1 适用税则归类改变标准确定原产地（案例）

货物：浓缩蛋白质及组织化蛋白质（第 2106.10 号） 价格：FOB 50 美元 BOM（物料清单）:

接上表

序号	原材料	HS 编码	价格（美元）	原产地
1	A	2201.90	1	中国
2	B	2106.10	7	中国
3	C	1701.14	2	韩国
4	D	2101.11	6	西班牙
5	零售用包装容器	3923.30	1	日本

如表 1 所示，该货物被归类为第 2106.10 号配方食品，使用 RCEP 出口，其出口价格为$50，根据 RCEP 第三章附件一，其适用的税则归类改变标准为章改变。首先，原材料 B 与该货物 HS 编码一致，未发生变化，且原产地为中国，属于原产材料，不要求发生税则归类变化，不影响原产地确定。其次，在本案例中，根据税则归类改变标准，零售用包装材料和容器不会影响原产地确定。[14]然后，原材料 A、C 分别属于第 22 章、第 17 章商品[15]，发生了章改变（2 位级税号改变），但其原产地分别为中国、韩国，由于韩国也是 RCEP 成员国，所以也不要求发生税则归类变化，不影响原产地确定[16]。最后，原材料 D 原产地为西班牙，属于非原产材料，且较该货物未发生章改变（2 位级税号改变）。接着分析该货物是否符合微小含量规定，若原材料 D 价格小于等于该货物 FOB 价格的 10%，则该货物依然可以获得原产资格[17]。原材料 D 价格为 6 美元，超过该货物 FOB 价格 50 美元的 10%。所以，因原材料 D 不能满足产品特定原产地规则，该货物不能适用 RCEP 协定税率。

[14] RCEP 第 3.8 条.
[15] RCEP 第三章附件一.
[16] RCEP 第 3.4 条.
[17] RCEP 第 3.7 条.

若该货物税则归类改变标准为品目改变。同样，零售用包装材料和容器不会影响原产地确定[18]。原材料 A、C 原产地分别为中国、韩国，同为 RCEP 成员国，不影响原产地确定。同理，原材料 B 也不影响原产地确定。此时，原材料 D 发生了品目改变，符合税则归类改变标准，不必考虑微小含量规定。故该货物可以适用 RCEP 协定税率。

若该货物税则归类改变标准为子目改变（6 位级税号改变）。则原材料 A、B、C、零售用包装容器同样不影响原产地确定。此时，原材料 D 发生了子目改变（6 位级税号改变），符合税则归类改变标准，不必考虑微小含量规定。故该货物也可以适用 RCEP 协定税率。

因此，在该案例中:

表 2

适用税则归类改变标准	章改变	品目改变	子目改变
是否为原产货物	否	是	是

如表 2 所示，这反应了 RCEP 成员国旨在促进区域内交易，进而放宽原产地标准，使获得原产地资格和适用 RCEP 协定税率更加容易的目标。

2.区域价值成分标准(RVC)适用产品的原产地确定

区域价值成分标准，是增值标准的一种，通过比较各种原材料、非原产材料、费用等构成货物的价值成分的占比，判断非原产材料是否发生实质性改变。[19]根据 RCEP 特定原产地规则以及第 3.5 条（区域价值成分计算）计算所得的货物的区域价值成分不少于百分之四十，即“区域价值成分 40（RVC40）”。满足这一要求的，即可视为 RCEP 原产货物。计算方式则有扣减法和累加法两种选择。

2025年国际法学会年会

[18] RCEP 第 3.8 条.

[19] 周炫.中国自由贸易协定货物原产地规则条款研究[D].山东大学.

表 3 适用区域价值成分标准确定原产地

货物：高尔夫球车（第 8703.10 号）

价格：FOB 1000 美元

直接人工成本+直接经营费用成本+利润+其他成本：300 美元

BOM（物料清单）

序号	原材料	HS 编码	价格（美元）	原产地
1	A	8708.10	50	中国
2	B	8708.30	150	澳大利亚
3	C	8708.40	50	新西兰
4	D	8708.70	100	韩国
5	E	8708.29	150	德国
6	F	4011.90	100	美国
7	G	7007.11	100	法国

该车辆属于高尔夫球车第 8703.10 号，使用 RCEP 出口，FOB 价格为 1000 美元。在 RCEP 中，该货物的原产地确定标准为“RVC40”。分别选择使用扣减法和累加法的计算方法如下：

表 4 区域价值成分标准计算过程

扣减法：

区域价值成分=（1000-350）/1000*100%=65%

累加法：

区域价值成分=（350+300）/1000*100%=65%

如表 4 所示，本案例中，这两个方法计算出的区域价值成分均为 65%，根据区域价值成分 40，[20]该高尔夫球车可以适用 RCEP 协定税率。

（二）HS 编码对 RCEP 商品交易的影响

关于 HS 编码对商品交易的影响，可将商品分为成品和原材料两部分。其中，对成品的商品归类直接关系到是否符合原产地标准，进而影响是否可以适用 RCEP 协定税率。此外，原材料的归类也会影响成品的原产地确定，包括确定原材料本身的原产地以及对生产成品所需的原材料进行归类。

1.对成品的影响

（1）影响原产地确定标准

在现代社会中，商品制造过程涉及多个国家之间的零部件和原材料调配，并常常在其他国家进行生产。特别对于汽车、电子产品等工业品，许多零部件和材料的生产地为两个以上，全球分工体系使得最终产品的原产地难以明确确定。为了降低关税并促进贸易自由化与实现区域经济发展目标，RCEP 协定以 2012 版 HS 公约为基础，对各种商品得到原产地地位的条件进行了规定，其中包括上述两个标准，并增加了化学反应标准。[21]

商品的 HS 编码决定了其被归类为何种原产地标准，而该标准的难度最终也影响了商品原产地的确定。如，一旦确定了以税则归类改变为标准，并确定商品和原材料的六位数 HS 编码后，RCEP 便以实现一定程度的 HS 编码变更确定原产地地位。该标准在确定原产地过程中较为简便，因为不必再提交购买原材料的价格和相关单据。且在该标准范围内，实现子目改变较品目改变、品目改变较章改变都更为容易。

区域价值成分标准看似简单，但实际上需要考虑商品出口价格、原材料购买单价及所需量等因素，而原产地证明发放过程中必须具备相关凭证等程序，也给该标准的适用带来了一定困难。此外，国际形势变化会导致汇率和原材料的供给发生变化，从而影响到商品出口价格和原材料采购价格，进而改变其区域价值成分。同时，在每次使用剩余原材料以及新购买的原材料时，其数量和单价都可能不同。对于中小企业来说这增加了管理成本，有可能造成放弃利用自由贸易协定的结果。

进口国和出口国对商品归类或解释方法的差异，可能导致对同一商品适用不同的商品归类。以“智能手表”为例，在 RCEP 中若作为无线通信设备，则归类为 8517.62 号，原产地标准为“子目改变或区域价值成分 40”。但若作为手表归类，则其 HS 编码为 9102.12，原产地标准为“品目改变或区域价值成分 40”，获得原

[20] RCEP 第 3.5 条.

[21] RCEP 第三章附件一.

产地地位的难度也发生了变化。[22]

因此，HS 编码可以影响成品的原产地确定标准，影响其获得原产地证明的难易程度，甚至可能影响企业是否使用 RCEP 协定。

（2）影响协定税率

RCEP 协定税率体现了签署协议的区域内国家之间对商品、服务等贸易关税及非关税壁垒进行放宽或取消，以促进各类经济要素，如人员、货物等的顺利有序流通，加强域内国家间的生产分工合作。[23]考虑到协定当事国的产业结构、经济环境和文化产业差异，签署协定时需要考虑国内市场干扰或影响因素，以减少减让并确定是否对特定商品降低关税。而减让与否、减让税率等则根据商品归类来确定，在 RCEP 中各当事国制定了针对其他当事国的关税减让表，并在 RCEP 附件一（关税承诺表）中按照 HS 编码确定了具体的减让税率。

以 HS 协议的商品归类为基础制定的税率包括基本税率、暂定税率、WTO 协定税率和 RCEP 协定税率等。企业为了适用较低的关税税率，有可能不利用自贸协定或者比较多种自贸协定加以利用。而且，进出口国之间对物品的归类存在差异，HS 归类的归类方法复杂且缺乏明确归类标准，这导致了对同一商品的不同归类，进而导致适用不同的关税税率。此外，关税税率的变化也可能对同时征收的增值税等征收金额产生影响。

（3）影响例外产品的决定

例外产品是指协定生效后，免除任何削减或取消关税承诺的产品。在公布的 RCEP 关税承诺表中，这类商品的协定税率都以字母“U”表示。[24]此类产品也在关税承诺表中以 HS 编码归类表示。

2.对原材料的影响

与古代封建社会不同，在现代工业社会里，全球供应链分工体系使得企业不能自己生产所需的全部原材料，其或者从国内其他企业购买，或者从国外进口。最终产品要想适用 RCEP 的优惠关税，必须满足各种原产地标准——税则归类改变标准或区域价值成分标准等。

税则归类改变标准是原材料发生一定程度以上的变化时，以生产最终产品的国家为原产地的标准。其中，原产材料不要求发生税则归类改变，而非原产材料需要发生税则归类改变。[25]因此，原材料本身属于原产材料还是非原产材料具有重要意义。材料本身的原产地并不当然是购买或进口的国家。在包括 RCEP 在内的自贸协定中，原材料的原产地位也是由原产地确定标准决定的，其原产地位的

---

[23] 中国政府网.RCEP 对地区及世界经济的积极意义[EB/OL].(2022-1-16)[2024.9.20].https://www.gov.cn/xinwen/2022-01/16/content_5668513.htm#:~:text=2012%E5%B9%B4%EF%BC%8C%E4%B8%9C%E7%9B%9F%E5%8D%81%E5%9B%BD.

[24] RCEP 附件一.

[25] RCEP 第三章附件一.

获得同样需满足税则归类改变等标准，才属于原产材料。

同样的，区域价值成分标准，不论选择扣减法或累加法，也都需判断用于生产的非原产材料或非原产材料的价值。[26]因此，以 HS 编码为基础，原材料本身是否满足各种原产地标准，对成品原产地地位的获得也具有重要意义。

三、准确归类商品的必要性及改进方案

（一）准确归类商品的必要性

上文分析了 RCEP 规定的原产地标准确定商品原产地的过程。对于商品的 HS 归类能够影响满足原产地标准的难易程度，可能适用的税率以及能否被归为例外产品。同时，对于成品所需多种原材料的归类也非常重要。因为成品的原产地是由其所使用材料按照相关归类确定其自身原产地而决定的。

从适用协定关税程序的角度看，包括 RCEP 在内的自由贸易协定要求当事国对进口和出口货物进行归类，并以此为前提颁发原产地证书。符合标准的商品将能够享受相应的关税优惠。然而，不同的归类方式将对原产地证书的签发产生阻碍。在进口国通关时，对商品归类存在的分歧可能导致协定关税无法适用的情况发生。根据 RCEP 第三章第二十三条，拥有原产资格的货物进口后，进口商可以在一定期限内，向海关提交相关证明，以申请退还因未享受优惠关税而多付的税款或保证金。因此，如果错误地判定了商品或其原材料的归类，就可能对进口商造成损失。

因此，在 RCEP 的商业贸易中，作为决定原产地地位的核心要素，商品归类具有重要意义。但是，如前所述 HS 归类具有局限性，有时很难对某一商品做出清晰明确的归类，以及进出口国之间可能对商品归类存在意见分歧。对此，将提出以下改进方案。

（二）改进方案

1. 完善归类预裁定制度

针对进出口商对交易商品归类理解不足或者对同一物品可能有两种以上归类的情况。根据《预裁定管理暂行办法》，企业可以在实际进出口前向海关申请归类预裁定。申请人在有效期内进出口相应货物，并按照预裁定决定申报的，海关以明确其海关编码的方式认可其归类。在这种情况下，虽然也必须符合提交申请、取得决定书等条件，但在进出口通关申报过程中，可以通过此制度预防可能出现的问题。如在利用 RCEP 过程中，可以提前判断商品是否属于关税承诺表或例外产品，从而避免未来可能发生的追加征收关税情况。但是，目前归类预裁定依然存在申请及便利检索系统不完善、海关职能部门与企业沟通途径不便捷、以

[26] RCEP 第 3.5 条.

及缺乏专业技术人才的问题。[27]进一步完善归类预裁定制度，能够大大增加企业参与外贸活动时的可预期性，进而有助于维护贸易安全与便利、降低交易成本并提高通关效率。

2. 进一步明确《税则》归类依据

海关应通过多种方式优化《税则》的税目设置，减少理解分歧。同时，对于类注等归类依据中可能存在的理解差异，海关可以通过颁布归类决定来进行规范。[28]目前，我国已于海关总署网站初步建成了商品归类决定和行政裁定的公布平台，截止到 2024 年 9 月，已经收录了自 2005 年至 2024 年共计 3059 条归类决定和归类裁定事项。这有利于进出口企业厘清对商品归类法律法规中的理解差异。即便如此，目前海关签发的归类裁定数量和质量仍与中国作为世界货物贸易第一大国的地位不符，还有较大提升空间。

3. 合理利用第三方专家机构

成立于 2002 年的中国报关协会是以贸易服务企业和进出口企业为主要会员的全国性、行业性非营利社会组织，其授权了数个归类专家工作室，如彭骏归类工作室[29]。对商品归类存在困难的企业可以合理利用此类归类工作室出具预归类意见书、提供商品归类建议，使得进出口企业对标海关认证标准，合规申报。归类专家工作室可以帮助企业在 RCEP 全过程科学报关，以享受优惠关税。然而，对于中小企业来说，使用第三方机构将产生额外的经济负担。为加强企业应用 RCEP 的意愿，促进区域贸易往来和经济一体化，应当继续探索第三方专家机构参与机制，积极提供商品归类咨询服务。

4，调整《协调制度》商品归类表

为应对国际贸易环境的变化，《协调制度》商品归类表自 1992 年第一次修改以来以 4 至 6 年为周期一直在修改。2022 年 1 月生效的第七次修改使根据《巴塞尔公约》等国际公约的要求，为某些废物和新技术、新产品新设了品目，并修订了相关类、章注释。[30]与此同时，RCEP 各成员国迅速就产品特定原产地规则中产品名称及编码由 2012 年版《协调制度》向 2022 年版转换以及原产地证书格式达成了一致。[31]但是，当今社会新技术、新产品不断出现，旧技术、旧产品也不断有新发展，商品归类表更新频率过慢会导致新产品的归类争议，而更新过快又可能导致归类不尽科学，产生适用上的问题。为了方便 HS 编码的使用，应当修正与完善各类、章、品目、子目注释，尽量避免使用意义不明确或难以理解的用语解释和归类商品。

[27] 王平,李娜.海关预裁定法律制度检视及其完善[J].海关法评论,2023,(00):236-250.
[28] 王华强.商品归类争端产生原因及其解决路径探讨[J].海关与经贸研究,2022,43(06):41-58.
[29] 金琳.打造海关商品编码的“金钥匙”——访“彭骏归类工作室”负责人彭骏[J].上海国资,2023,(06):99-101.
[30] 孙雅慧.新版《协调制度》包含哪些改变[J].中国海关,2021,(12):42.
[31] 中华人民共和国海关总署公告 2022 年第 129 号[J].中国对外经济贸易文告,2022,(79):5-196.

四、结论

在进出口贸易中，关税税率是根据商品归类决定。而商品归类的本质是按照一定标准对商品进行统计和分类管理，在世界海关组织（WCO）1988 年生效的《商品名称及编码协调制度国际公约》及其附件中采用了以 6 位数字表示的 HS 编码作为商品归类方式。在国际贸易过程中，HS 编码被用作进出口申报的归类依据，这使其能够影响 RCEP 原产地标准的确定及难易程度。此外，在一国将进口原材料加工为成品出口时，HS 编码能够直观反应原材料的商品归类是否变化以及发生了何种变化，进而成为判断实质性变化的依据。更重要的是，在 RCEP 中，一国关税承诺表中对具体商品采用何种基准税率及优惠税率也是以 HS 商品归类为基础。因此，正确进行商品归类比以往任何时候都更加必要。

然而，以 HS 编码作为 RCEP 商品归类的依据存在以下限制。第一，由于《协调制度》商品归类方式的复杂性和用语的模糊性，不同国家可能将同一商品进行不同的归类，从而导致纠纷。第二，中国《税则》税目虽以 HS 编码为基础，但在从英文原文进行翻译的过程增加了其用语的模糊性，使准确表达其含义变得更加困难。第三，由于新商品的出现，技术的发展以及进出口国之间存在的文化差异、解释方法差异及交易习惯等，也可能导致对同一商品适用不同的归类，导致归类纠纷持续不断发生。

因此，可以通过完善归类预裁定制度，增加企业参与外贸活动的可预期性，避免可能发生的追加征收关税甚至行政处罚。通过进一步明确《税则》归类依据，来减少理解上的分歧。通过合理利用第三方专家机构，提升企业进行商品归类的效率和准确度。最后，《协调制度》是目前 RCEP 乃至全世界各个国家对于商品归类的最大共识，应不断对其进行修改完善，使其能够适应新形势、新环境，以减少各国分歧，促进经贸往来。正如人类命运共同体的构建，需要各国加强协调、完善治理，推动建设开放、包容、普惠、平衡、共赢的经济全球化[32]。

[32] 习近平.共同构建人类命运共同体[N].人民日报,2017-01-20(002).

因应互联网 3.0 时期的域外管辖：历史演进与中国方案

刘燕莎*

摘要：在互联网发展的早期，美欧等国家行使网络域外管辖的主要依据是“交互式”标准和“有意利用”标准。规制国通过判断域外主体从事网络活动的交互性程度以及行为是否有意针对规制国，以此作为开展域外管辖的合法依据。然而，网络信息技术的迭代发展对以属地原则为主的传统域外管辖理念形成挑战。云计算技术推动的万物互联使得传统的“交互性”管辖标准难以适用，而“去中心化”现象则使得“有意利用”管辖方法的适用存在模糊性。结合网络信息技术发展的内在逻辑，美欧国家探索建立了目标导向、虚拟接触与实质联系的网络域外管辖标准。实践中，单一依赖目标、行为或结构难以有效判断域外管辖的合理性。作为网络大国，我国应在网络法域外适用中引入“适当联系”的标准，通过连接点的灵活选取和管辖原则的多样化运用，实现网络空间治理的有效性，以此维护我国的主权、安全和发展利益。

关键词：技术变迁 网络信息技术 域外管辖 适当联系

自互联网出现以来，网络信息技术迭代发展，对社会生产力和生产关系带来了前所未有的变化。技术变迁也对国家的法律规范和传统国际法的适用带来了前所未有的挑战。从历史上看，人类社会自 20 世纪 60 年代发明互联网，至 20 世纪 90 年代投入商业运用，再到新世纪以来，互联互通的世界逐步成形，网络逐渐成为人类生活密不可分的客观存在。2024 年是我国全功能接入互联网的第 30 年，也是我国网络法治建设与发展的第 30 年。中国网络法治建设与全球信息时代和数字技术变革同向而行。

由于互联网的无边界性，国家对网络空间的管辖自然而然地产生了域外管辖的问题。美欧作为全球领先的数字经济体，其对网络信息领域的域外管辖研究和实践探索起步较早。作为不同国家和地区的专家学者汇编的指南，《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》指出，一国行使管辖权的必要条件，不再是相关行为发生在本国境内，或与本国具有属地联系。[1]多数专家学者认为，地域性原则已不能体现当前相互依赖的世界的管辖需求，在地域性之外，以“联系”为焦点的路径来确定管辖权更具有实际意义。[2]

* 刘燕莎，中国社会科学院大学法学院硕士研究生。

[1] 参见[美]迈克尔·施密特总主编,黄志雄等译:《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，社会科学文献出版社，第 97 页。

[2] See Frederick Alexander Mann, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, (1964) 111 Recueil des Cours de I’ Académie de Droit International (RCADI), p. 49; 孙南翔：《法律域外适用体系建设中的管辖权：演化规则与关联结构》，载《法学》2024 年第 1 期，第 175 页。

在国外，学界对网络信息领域域外管辖的研究集中于网络信息领域属人管辖权的域外适用、网络法域外适用的正当程序以及跨境数据立法及域外适用；在国内，学者从早期研究美国法院网络信息领域的“长臂管辖”，到近年来重点研究网络法域外适用的合理性及个人信息保护和数据保护的域外管辖制度，对网络信息领域域外管辖的研究已取得了一些成果，但网络信息领域的管辖权与互联网发展的阶段密切相关，不同互联网发展时期的管辖机制不尽相同，但又可以相互借鉴。因此从互联网技术的迭代视角研究网络信息领域的域外管辖，对于当前和未来网络信息领域的域外管辖机制建设具有启发价值。

党的十八大以来，习近平总书记高度重视网络法治工作，明确了网络法治在网络强国建设全局中的重要地位，尤其强调加强重点领域、新兴领域和涉外领域的立法。在加强统筹国内法治和涉外法治工作的背景下，我国应当基于国家利益需要，通过研究网络信息领域域外管辖联系理论的发展轨迹，探索国家对网络信息领域域外管辖的有效规制路径。鉴于此，本文拟从网络信息领域的阶段性发展特点入手，通过分析互联网发展不同时期的网络域外管辖所依据的标准，为网络信息领域探索设定更为合理有效的域外管辖标准，从而回应当前网络治理的现实需求。

一、网络信息领域域外管辖标准的历史演进

互联网进入商业运营的早期发展阶段可分为两个时期：互联网 1.0 时期和互联网 2.0 时期。从技术层面，互联网 1.0 时期自 1990 年代中期起，2000 年代初期止。这段时期的互联网发展主要由普通计算机推动，典型事件包括 1995 年创建的便于访问的静态 HTML 网页。互联网 2.0 时期被称为社交网络时代，其从 2000 年代初期开始，至 2014 年左右结束。这是数据产品的工业化时代，信息技术的中心从为互联网提供动力的计算机，逐渐演变成支持这些平台所需的大型集中式数据单位。上述两个不同时期，均建立了相对固定的域外管辖标准。

（一）互联网 1.0 时期对“交互性”标准的应用

互联网 1.0 时期的网页主要是提供信息，给企业或个人有一个展示自己的被动式的网上平台。[3]实践中，处于该时期的互联网用户只能被动地出现在网络中，其能够通过搜索引擎寻找需要的内容，但无法添加或评论相应信息。换言之，用户只能使用网络媒体来获取信息。互联网 1.0 时期的网络形态主要由网络媒体塑造，用户缺乏互动的能力。[4]

依据如上的底层逻辑，美欧等网络强国通过判断网站经营者在本国对计算机网络的运用是交互式的、还是被动式的，从而确定是否具有域外执法或司法管辖

[3] Manishkumar R. Solanki and Abhijit Dongaonkar, “A Journey of Human Comfort: Web 1.0 to Web 4.0”, (2016) International Journal of Research and Scientific Innovation 75, p. 75.
[4] See Asaad Khaleel Ibrahim, “Evolution of the Web: from Web 1.0 to 4.0”, (2021) 1 Qubahan Academic Journal 20, p. 21.

权。简言之，执法或司法机构通过判断域外网络主体从事“交互式”还是“被动式”的活动，作为管辖依据。“交互式”(interactive)的活动，是指在两个计算机系统之间连续不断地以询问和应答形式，经过预定义和结构化的自动数据交换，达到对不同信息的自动实时反应，通常表现为网站允许用户在网络上，与该网站经营人进行双向即时信息交流，在线上与使用者达成交易或交换信息。存在“交互式”的活动，一般被认定为能够实施域外管辖。而所谓“被动式”（passive）的联系是指域外主体仅在网上公布有关信息供浏览者获取，而不进行实时信息交换。[5]仅存在“被动式”的联系，一般不被认为可施加域外管辖。

以美国 Zippo v. Zippo Dot Com 案为例，美国法院在该案中确立了“Zippo”标准。该标准是美国法院为了适应互联网案件而进行的创新尝试，一度成为确定互联网案件管辖权的经典做法。该标准根据其性质，将当事人的活动分为三个层次：（1）当事人通过商业型网站从事商事交易；（2）当事人通过交互型网站进行信息交流；（3）仅仅在网站上提供一些信息。[6]法院对网站上单纯的广告宣传、信息浏览等“被动式”的联系不会主张管辖权，但是如果加入了其他“交互式”的联系，如通过网络向法院地居民销售商品、与法院地居民签订合同从事交易等，法院可行使管辖权。[7]在上述案件中，被告在美国宾夕法尼亚州拥有 3000 名用户，同时与宾夕法尼亚州的网络服务商签订了 7 个合同，这些联系足以判明被告是有意在宾夕法尼亚州进行商业活动，并且与宾夕法尼亚州存在充分联系。

实践中，网站的商业性质越明显，互动程度越高，该网站经营者就越容易被认为达到了“最低限度联系”标准，以此行使域外管辖权。[8]同时，此类交互性标准也在欧盟国家得到了适用。欧盟国家在网络管辖权的认定上重视“充分联系标准”，通过审查网站与法院地之间的交互性质判断管辖是否违反“公平审理与实质正义”要求。[9]

（二）互联网 2.0 时期对“有意利用”标准的适用

随着时间推移，“交互性”标准已经变得过时。不同于互联网 1.0 时期通过静态网站呈现内容，互联网 2.0 时期的特征表现为以用户为中心，用户具有高参与度。通过信息流来提供服务与部分动态内容，为用户与内容提供商开展持续互动提供了可能性。[10]互联网 2.0 时期强调参与性和协作性交流，致力于创建一个“以人为本”的网络。用户在其中参与“双向”体验，对用户之间的互动和交流具有更

[5] 参见韦燕：《“最低限度联系”与网络管辖权--美国有关网络管辖权的判例及其发展》，载《河北法学》2001 年第 1 期，第 8 页。
[6] See Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119-1123 (W.D.Pa. 1997).
[7] See CompuServe, Inc. v. Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996).
[8] 苏方元：《论美国司法在网络案件中的扩张》，载《哈尔滨学院学报》2002 年第 7 期，第 44-45 页。
[9] 参见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，第 102 页。
[10] 中国移动研究院：《中国互联网三十年发展与变革》，2024 年，第 2-4 页。
http://221.179.172.81/images/20240422/45991713749080108.pdf.

大的需求。[11]特别是基于社交媒体网站的兴起，互联网 2.0 时期发布内容的互动性大大增强。

在实践中，美欧国家逐渐转向适用“有意利用”标准，作为判断域外管辖的方法。[12]“有意利用”（purposeful availment）在于强调域外主体，是否通过有意识地在本国开展活动或交易，而与本国建立实质性的联系，享受本国场所交易的权利并受到该地法律的保护。此类标准不仅仅关注被告设立的网站是主动型、被动型，抑或是交互型。[13]

在网络空间中，人与人虽然不存在实际接触，但他们可进行跨国联系，并将联系的效果及于境外，由此与外国建立起联系。[14]在早期 Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP 及 Hotel Maritime 等案中，尽管网站具有交互性，然而法院认为在衡量对被告是否拥有管辖权时，需要考察被告的活动，而不是被告所借助的媒介的性质。仅凭在法院地可以访问被告的网站不能赋予该法院地以管辖权，只有被告确实通过该网站与法院地的居民进行了交易，即实施了针对法院地的“有意活动”，才可行使管辖权。[15]因而，互联网 2.0 时期网络信息领域的域外管辖标准演变为，通过判断域外主体的行为是否有意针对本国，以此决定域外管辖的合法依据。

（三）小结

“交互性”标准和“有意利用”标准的适用存续了 20 多年，被美欧网络大国广泛使用，并拓展到更多的国家。需要说明的是，“交互性”标准和“有意利用”标准二者不是绝对互相排斥，而是相互共存的。近年来，法院在审理案件时，逐渐采取综合考量的方式。例如在 Umg Recordings, Inc. v. Kurbanov 案中，法院首先借助“交互性”标准判断网站是“半交互式”的，与用户的互动是非商业性的，再借助“有意利用”标准得出被告并未从事具有针对性的活动，由此法院认定不存在故意利用弗吉尼亚州或美国法律利益的情形，因此对该案件不具有管辖权。[16]

当然，“交互性”标准和“有意利用”标准在法律适用的后期也逐渐暴露出不足和缺陷。一方面，“交互性”标准本身认定上存在模糊性，例如大多数网站既不完全是被动的，也不完全是主动的。实践中，难以通过相关证据确定网站是“更被动”还是“更主动”。[17]有观点认为，虽然“交互性”标准在互联网商业诉讼中能够发

---

[11] Nupur Choudhury, “World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0”, (2014) 5 International Journal of Computer Science and Information Technology 8096, p. 8097.

[12] Michael A. Geist, “Is There a There There-Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction”, (2001) 16 Berkeley Technology Law Journal 1345, p. 1352.

[13] See B. D. Bullseye! Boone, “Why a ‘Targeting’ Approach to Personal Jurisdiction in the E-commerce Context Makes Sense Internationally”, (2006) 20 Emory International Law Review 241, pp. 241&260.

[14] 范锡琴：《美国涉外网络纠纷案件中的长臂管辖权》，载《域外法评》2001 年第 11 期，第 24 页。

[15] Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP, 1999 WL 27060 (D. Or. 1999); BGH 2005 GRUR 431—HOTEL MARITIME (13 October 2004).

[16] Umg Recordings, Inc. v. Kurbanov, 362 F. Supp. 3d 333 (E.D. Va. 2019).

[17] See Michael A. Geist. “Is There a There There--Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction,” (2001) 16 Berkeley Technology Law Journal 1345, p. 1379.

挥作用，但其实际应用于互联网诽谤案件之中却并不适当。因而，“交互性”标准在网络信息领域不具有普适性。[18]另一方面，“有意利用”标准的认定存在不确定性。网站因其全球可访问性，网站上的信息和内容经常涉及多国，并不一定具有明确针对任一地区受众的特点，这也使得有意利用的分析变得困难。[19]

二、网络信息技术迭代对域外管辖理念创新的需求

当前，互联网 3.0 时期尚处于发展初期[20]，全球互联网 3.0 时期已经初步形成以多元算力网络、分布式数据存储网络高速通信网络为底座，以区块链基础设施为核心的生态体系。[21] 互联网 3.0 时期可称为语义网时代，其表现为移动 APP 与移动互联网并存，可看做是基于区块链等分布式技术建立的去中心化互联网，被认为是互联网技术的第三次重大变革。相较于互联网 1.0 时期实现的信息“可读”、互联网 2.0 时期实现的信息“可读+可写”，互联网 3.0 时期可实现信息的“可读+可写+价值自我拥有”，更强调建设者与用户开放共建，强调用户拥有更多自主权。[22]

用户减少了对搜索引擎或 PC 互联网这两类中介的使用，而是借助各种 APP 或微信等工具进行互动共享。互联网 3.0 时期，云计算、物联网、区块链、大数据、人工智能等网络信息技术的迭代发展，推动网络交互方式的变革。实践中，不仅人与人可通信和联结，计算设备可以实现物与物之间、物与人之间的通信和连接，形成万物互联。与互联网 3.0 时期的网络信息技术发展实践相比，传统的网络域外管辖理念存在短板和不足。

（一）万物互联使“有意指向”标准的判断虚化

此前，网络应用程序无法理解人类语言及搜索的内容，因此在确定内容与用户的相关性上受到限制。然而，语义标记的发展使得应用程序能够为数据赋予相应的语境，应用程序之间的直接通信也将允许更广泛、更具个性化的信息搜索。[23]推荐算法对信息的选择与推送具有选择性、指向性、特定性与目的性等特征。广告商利用社交媒体数据、浏览器 cookie、购买历史记录以及包括人工智能在内的其他各种来源收集的数据，向消费者在线投放有针对性的广告。即使是看似“被动”的网站，实际上也与用户实时开展数据互动。[24]

---

[18] Schlichtmann, 123 F. App’x.

[19] See Zhen Chen, “Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test”? (2023) 32 Information & Communications Technology Law 23, p. 31.

[20] 工信部经商科技部、中国科学院、中国科协，对全国政协十四届一次会议第 02969 号提案的答复.https://wap.miit.gov.cn/zwgk/jytafwgk/art/2023/art_7eba1016ef5a4d98979b0167f38e4b35.html, 最后访问于 2024 年 12 月 9 日。

[21] 参见解放日报社与复旦大学经济学院：《2024 上海 Web3.0 创新生态建设调研报告》，2024 年。

[22] 北京市科学技术委员会、中关村科技园区管理委员会:《北京市互联网 3.0 创新发展白皮书》，2023 年。https://www.beijing.gov.cn/ywdt/gzdt/202305/P020230529616313576667.pdf

[23] FLAT WORLD BUS. Web 1.0 vs Web 2.0 vs Web 3.0 vs Web 4.0 vs Web 5.0—A Bird’ s Eye on the Evolution and Definition, http://blog.um-palembang.ac.id/sayfudin/web-1-0-vs-web-2-0-vs-web-3-0-vs-web-4-0-vs-web-5-0-a-birds-eye-on-the-evolution-and-definition/(last visited 2 December 2024).

[24] Revell v. Lidov, 317 F. 3d 467-472 (5th Cir. 2002); Hawbecker v. Hall, 88 F. Supp. 3d 723, 729 (W.D. Tex. 2015);

由于与网站互动的所有用户都有可能被个性化地“针对”，因此这种个性化和定制化程度的提高对传统域外管辖的合理性提出挑战。[25]典型表现为，行为主体将人工智能放置于互联网上，尽管行为主体并未有意指向某一地区，并且其同时无法知晓人工智能在何处运行。但由于人工智能“自判断”的运行属性，若行为主体运用人工智能的行为本身可被认定为构成管辖依据，这将极大地损害行为主体的可预见性。[26]因此，云计算等新兴技术使得传统分析框架变得更为复杂，更难以准确评估行为主体是否以及在多大程度上有意地将其活动引向境外。[27]总言之，伴随着互联网技术导致的万物互联，“有意指向”的判断逐渐变得模糊化。

（二）网络行动的虚拟性使地域关联性弱化

网络一定程度上消解了人类活动的“属地性”，使人的活动“虚拟化”，物理联系在双方当事人之间以及在国家之间的法律关系形成中的作用大大减弱乃至被消除。此时的管辖权模式关注的不再是物理联系，而是国家与规制对象之间的关系。[28]当网络中间商为非本国实体时，法院为了合理地创设管辖权，通过以行为界定管辖权，特别是运用“虚拟存在（virtual presence）”的方式来扩张域外管辖。与此类“虚拟存在”方式对应的是，“实际出现（physical presence）”的方式。在互联网发展之前，公民或实体的“实际出现”行为，如规制对象在本国有居所或住所、规制对象出现在本国等联结因素，被称为管辖的基本依据。[29]随着机器人、在线营销和在线采购的出现，企业的业务开展不再局限于某个国家。[24]如果被告在互联网中实施侵权行为，虽然其并未有形地出现于法院地，但只要其与法院地间存有某种联系，如使用了位于法院地的互联网设备，或与法院地居民有联系等，均可以构成在法院地的可管辖的侵权行为。[30]

此外，互联网技术的出现致使各国以传统疆域为界限明确管辖权，尤其是电子数据的特质对传统管辖权提出了挑战。基于电子数据具有流动性、分散性以及存储地与访问地、用户所在地之间的不相关性，电子证据的控制和跨境获取受到巨大阻力。[31]云计算意味着数据以及电子证据不再保存在特定的设备或封闭的网络中，而是分布在不同的服务器、提供商、地点，通常还包括位于不同国家境内。[32]

Kindig It Design, Inc. v. Creative Controls, Inc., 157 F. Supp. 3d 1167, 1174-75 (D. Utah 2016).

[25] See Zoe Niesel, “Personal Jurisdiction: A New Age of Internet Contacts”, (2019) 94 Indiana Law Journal, p. 138.

[26] See Denis T. Rice, “Jurisdiction in Cyberspace: Which Law and Forum Apply to Securities Transactions on the Internet?”, (2000) 21 University of Pennsylvania Journal of International Law, p. 646.

[27] See Alan M. Trammell and Derek E. Bambauer, Personal Jurisdiction and the Interwebs”, (2015) 100 Cornell Law Review, p. 1158.

[28] 郭玉军：《网络案件中美国法院的长臂管辖权》，载《中国法学》2002 年第 6 期，第 167 页。

[29] 郭明磊、刘朝晖：《美国法院长臂管辖权在 Internet 案件中的扩张》，载《河北法学》2001 年第 1 期，第 130 页。

[30] See Krantz v. Air Line Pilots Assoc., Int’l, 245 Va. 202, 427 S.E.2d 326 (1993).

[31] 吴琦：《网络空间中的司法管辖权冲突与解决方案》，载《西南政法大学学报》2021 年第 1 期，第 48 页。

[32] See Jennifer Daskal, “The Un-Territotiality of Data”, (2015) 125 The Yale Law Journal 326, p. 366; See Andrew Keane Woods, “Against Data Exceptionalism”, (2016) 4 Law Faculty Scholarly Articles 729, p. 755.

实践中，数据的位置独立性也意味着数据并不需要存储在与用户相同或相近的地点。数据使用者通常不知晓数据传输的路径，或者说在数据传输路径上不存在选择权，这也就导致了数据位置与用户位置之间的实际脱节。[33]即使数据存储于一国境内且该国可合法访问相关服务器，执法机构若在另一国领土内行使执法管辖权，仍将受到主权原则的限制。在执法域外管辖上，如若政府依照传统的域外执法管辖权模式，那么对于刑事犯罪侦查和预防尤其是各国境外取证，都会产生阻碍。即使被侵权的数据主体获得了支持性的司法判决，也可能会面临其他国家对该国司法判决的不予承认与执行。[34]因此，美国法律规定，执法机构在不能直接获取域外数据时，可通过寻求跨境云服务提供者的合作或对其发出指令的方式，获取其控制的数据。

（三）“去中心化”模式使属人联系泛化

以区块链技术为代表的互联网新兴技术，在互联网 3.0 时期推动了网络“去中心化”的进程。区块链技术的发展将原本属于中心的权力进行分散，实现上下游用户之间的点对点交流，即为横向的“去中心化”。基于此，用户无需依赖中心机构而获得了控制及使用自己数据的权利。加密技术的使用也使得信息难以被破坏，从而提高了隐蔽性。通过区块链技术，信息存储在整个计算机网络上，而不是单个服务器上，使得企业可以直接与用户共享数据。因而，在互联网 3.0 时期，用户之间直接的“互动”体验，将与互联网 1.0 与 2.0 时期的体验截然不同。

超大型互联网企业的出现，导致了纵向的“去中心化”。纵向层面的“去中心化”使得传统的管辖机制难以适用。例如，互联网平台对数据的控制权使得私人拥有可比拟于国家的权利。数据控制权经历了移转的过程，从数据最初由国家掌控到互联网平台掌握了大量的数据，即平台第三方享有对个人数据的完全控制。

以区块链为核心发展的智能合约也体现出“去中心化”的特征。智能合约是运用区块链技术的代码编制活动，一旦某个事件触发合约中的条款，代码即自动执行，不需要人为操控。智能合约本身是通过分布式网络执行，缔约主体可能是假名或匿名，区块链上加密技术的使用将增加识别智能合约缔约方、IP 地址和系统身份的难度。因此，基于区块链智能合约的自动执行、防篡改，以及可能的匿名性等特征，数据信息掌握在个人手里，如何定位合约双方及识别联系点都将成为未来面临的难题。“去中心化”现象无法通过传统的管辖标准解决，需要有新的域外管辖标准来实现互联网治理的目标。

三、因应新兴网络信息技术的域外管辖方法

互联网技术的发展使得传统网络域外管辖理念不再适用，但也推动了相关国家和地区有针对性地开展域外管辖方法创新。归纳而言，一些国家通过创新传统

---

[33] See Jennifer Daskal, “The Un-Territotiality of Data”, (2015) 125 The Yale Law Journal 326, p. 373.

[34] 参见王雪、石巍：《个人数据域外管辖权的扩张及中国进取型路径的构建》，载《河南社会科学》2022 年第 5 期，第 62 页。

的域外管辖方法或者新设综合权衡因素，实现有效管辖的目的。

（一）目标论：目标导向标准的引入

鉴于“有意利用”标准存在的缺陷，美欧国家逐渐转向适用目标导向标准。目标导向标准的核心观点是，以域外主体实施的网络活动是否将本国用户作为目标用户，提供给本国用户的信息或服务是否具有针对性，且对本国是否存在可预期的影响，作为确定本国是否具有管辖权的标准。在判断域外行为是否将目标导向本国时，应重点考察交易、涉案网站的技术特点是否为特定的用户所设计，用户与境外网站运营者是否明知或应知网站内容会服务于特定的用户等因素。[35]

例如，在比利时—雅虎案中，比利时最高法院认为，只要在比利时境外的网络运营商或服务提供商积极地将其经营活动瞄准比利时消费者，网络经营商或服务提供商便与比利时存在合理联系，故而应当向比利时披露相关的数据信息。[36]在 Pammer 案和 Co and Hotel Alpenhof 案中，法院运用了目标导向的方法来判定其是否可以主张域外管辖。法院判断对网络贸易交易商是否具有管辖权，应当从网站和贸易商的整体活动中判断，尤其是分析贸易商是否打算与居住在该国的消费者开展业务，或者有意与他们签订合同。[37]此外在 Tata Sons Private Limited 案中，印度法院对外国被告行使“域外管辖权”，不仅要求具有侵权内容的被告网站必须在法院管辖地域内可以访问，而且被告所开展的活动应当以实质性的方式有目的地指向法院管辖地域。[38]

欧盟也在《通用数据保护条例》中规定了“目标导向标准”，设立地方网站、投放广告、支持当地货币、市场或用户调查等行为，均被视为互联网中间商在欧盟境内“有效且真实开展活动”的证据。[39]《通用数据保护条例》第三条的指导原则规定，在判断所进行的个人数据处理活动是否构成对个人数据行为的监控时，需要考虑其是否在网上对自然人进行追踪，包括随后是否在网上对自然人进行画像，特别是作出与其有关的决策，以及分析或预测其个人偏好、行为和态度等。典型的监控活动包括用户行为广告、通过使用 cookies 或其他跟踪技术（如指纹识别）进行在线跟踪、基于用户画像的市场调查等。如若存在这些指向性的行为，则可以认定法院对此有管辖权。我国《个人信息保护法》第三条第二款也借鉴了“目标导向标准”，明确规定了法律的域外适用范围。

一国可根据行为人的客观行为表现合理推断行为人针对本国的主观意图。目标导向标准不仅可以减少重复管辖，提供更具有可预见性的标准，也能在国家与

---

35 李毅编著：《网络空间治理的国内法域外效力研究》，光明日报出版社，第 67 页。

36 See Johan Vandendriessche, “The Effect of ‘Virtual Presence’ in Belgium on the Duty to Cooperate with Criminal Investigations: Some prudence may be Required When Confronted with a Request from a Belgian Public Prosecutor”, (2011) 8 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 194, pp. 194-195.

37 See Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09).

38 See Tata Sons Private Limited vs Hakunamatata Tata Founders & Ors, 2022 DHC 4022.

39 See Case C-230/14 Weltimmo (CJEU 2015); See Case C-131/12 Google Spain (CJEU 2014); See Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 SCR 824.

规制对象之间建立门槛更高的真实或实质联系，使国家域外管辖的合理性得以增强。[40]在 Pammer 案和 Co and Hotel Alpenhof 案中确立的目标导向考量因素清单是开放式的，这使得目标导向的判断可以应对快速变化发展的网络信息技术。当然，这并不意味着所有因素都必须存在，相反各种证据相互结合，也能证明存在这样一种“定向”活动。此外，企业也可能采取积极措施不以特定国家的消费者为目标，防止与来自该国的非预期消费者签订合同。例如，利用地理定位和地理阻拦技术限制产品和服务的国界。[41]进一步而言，企业“未设定地域访问限制”并不等同于企业将目标导向了特定国家。

因此，当技术发展使得有意指向的判断变得模糊时，相比传统的“有意利用”标准而言，运用目标导向的考量因素清单评价域外主体的活动是否将目标导向了本国，在确定域外管辖上更具有客观性以及可操作性。

（二）行为论：虚拟接触标准的应用

基于网络空间的虚拟性特性，严格的属地标准使得国家的管辖权受限，国家可通过构建“虚拟存在”来建立对行为主体的管辖权。主要表现为若本国与域外主体存在长期的且多次的关联，本国便可确立管辖权。[42]在 Walden 案中，法院放弃严格适用“明确目的”的要求，采用两步测试的“最低限度虚拟接触”标准：即（1）被告从事复杂或持续的虚拟行为且该虚拟行为对法院地的原告造成损害；（2）对被告行使管辖权是合理的，以确定被告的虚拟存在，以及行为与特定国家存在有效的接触。[43]

在比利时—雅虎案中，比利时绕过《刑事司法协助条约》的规定，转而联系雅虎公司要求其提供该用户的相关信息。比利时最高法院认为，只要在比利时境内的网络运营商或服务提供商在当地开展了业务或者有任何形式的虚拟存在，便认定其为“事实上”位于比利时的服务提供者，与比利时存在合理联系，故而应当向比利时披露相关的数据信息。[44]

相似案件还包括美国微软案。美国政府虽然并不知晓该电子邮件帐户所属人的国籍，但美国政府依据微软在美国的“存在”来主张微软受到依据美国《储存通信保护法》签发的搜查令的约束。[45]为了合法获得美国公司控制的境外数据的权限，美国国会最终颁发了《澄清境外数据合法使用法》，同时美国执法机构可以

[40] See Thomas Schultz, “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, (2008) 19 European Journal of International Law 799, p. 799.
[41] Zhen Chen, “Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test”? (2023) 32 Information & Communications Technology Law 23, p. 44.
[42] See Adam R. Kleven, “Minimum Virtual Contacts: A Framework for Specific Jurisdiction in Cyberspace”, (2018) 116 Michigan Law Review 785, p. 791.
[43] See Walden v. Fiore, 134 S. Ct. 1115, 1125 n.9 (2014); See Advanced Tactical Ordnance Sys., LLC v. Real Action Paintball, Inc., 751 F.3d 796, 802 (7th Cir, 2014).
[44] See Johan Vandendriessche, “The Effect Of ‘Virtual Presence’ In Belgium on The Duty to Cooperate with Criminal Investigations: Some Prudence May Be Required When Confronted With A Request From A Belgian Public Prosecutor”, (2011) 8 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 194, pp. 194-195.
[45] See Microsoft Corp. v. United States, 829 F. 3d 222 (2d Cir. 2016).

在不考虑中间商所处位置的情况下，依此命令总部设在美国的互联网中间商披露其所掌握或控制的信息。此外，欧盟《数字服务法》要求所有互联网企业在欧盟境内设立联络人或法律代表，以及通过“虚拟存在”建立其对域外互联网企业的管辖权。

总体上，本地的虚拟存在被视为与国家管辖权发生关联的表现，境外行为通过“虚拟存在”的形式创设连接点，可作为国家行使域外管辖的合法理由，实现对网络信息领域域外管辖的规制目的。

（三）结构论：实质联系标准的介入

“去中心化”的发展使得原先的“交互性”标准在现有技术场景下的适用不再合理，实质联系标准的运用可以有效解决这一问题。加拿大最高法院目前在网络信息领域采用了实质联系标准，要求国家与管辖对象具有“真正的和实质的联系”。这个标准承认网络可以呈现各种联系关系，但为了避免不正确的管辖权主张，要衡量这些联系的程度，[46]联系不能是“随机的”、“偶然的”和“轻微的”接触。[47]《美国对外关系法（第四次）重述》也明确将真实联系作为合理性原则的应有之义。真实联系包含两项要件：第一，拟管辖事项与管辖国存在客观、直接的联系；第二，这种联系是实质性、长期持续的真实存在。[48]

对于关联程度的判断，需结合传统的管辖连接点，以及网络案件所特有的实质性活动要求。网站的可访问性不足以使一国法院对域外主体具有管辖权，只有在网络交易市场中，具有对连接点预见的可能性，或者真正进行实际关联时，才符合网络信息活动中的真实关联要求，法院才具有管辖权。在 Google v. CNIL 案中，法院指出互联网用户对特定链接的准入可能对处于欧盟内的个人产生立即、实质的效果，则搜索引擎运营者应当承担在所有版本的搜索引擎中删除内容的义务。[49]在谷歌西班牙诉西班牙数据保护局案中,欧盟法院通过考虑谷歌西班牙网站在欧盟内从事经济活动的稳定性、有效性以及所提供服务的程度，最终实现对境外美国谷歌总公司的数据处理行为的域外管辖。[50]

随着网络信息技术的革新与发展，实质联系标准的认定规则也不断完善与修正。一方面，对“实质性”的考察借助了“去中心化”的数据管辖经验。比如，在判断数据与国家之间具有实质性的联系时，可考虑数据来源、数据性质、数据控制者或数据主体的社会联系以及数据流动目的。此外，联系必须是长期的、持续的。另一方面，技术的迭代升级也对真实联系产生新的认知。以去中心化的区块链网

[46] 参见戚春华、赵心：《跨国网络活动效果管辖原则适用问题研究》，载《兰州交通大学学报》2021 年第 3 期，第 114 页。

[47] See Winfield Collection, Ltd. v. McCauley, 105 F. Supp. 2d 746 (E.D. Mich. 2000); American Information Corp. v. American Infometrics, Inc., 139 F. Supp. 2d 696 (D. Maryland 2001).

[48] 参见汤诤：《域外立法管辖权的第三条路径》，载《当代法学》2022 年第 3 期，第 148 页。

[49] See C-507/17, Google v. CNIL(EU:C:2019:772), paras. 57-58.

[50] See Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, C-131/12: 2014.

络环境为例，每一个区块链节点都将参与信息链的验证并存储相关区块数据。有观点认为，上传者所在的节点实质性地进行了网络活动，其他节点只是验证机制或共识机制的一环，因此后者并未实质性参与网络活动。[51]故而，应当通过考量不同节点是否实质进行了网络活动，作为开展域外管辖的依据。

四、构建我国在网络信息领域的“适当联系”管辖制度

域外管辖法律制度建立在国内管辖权制度的基础上，是国家管辖权在涉外领域的投射，因而天然地成为统筹推进国内法治和涉外法治的有力抓手。[52]作为网络大国，我国应综合考虑网络域外管辖制度的发展演变及域外国家经验，构建有效的、合理的网络域外管辖机制。具体而言，我国应在网络法域外适用中引入“适当联系”的标准，通过连接点的灵活选取和管辖原则的多样化运用实现网络空间治理的有效性，以此维护我国的主权、安全和发展利益。

（一）建立多层次、体系性的“适当联系”管辖理论

在诉讼正义理论的影响之下，基于“联系”因素而建立的管辖权制度成为当前主流的观点。[53]与美欧国家提出的“必要联系”“虚拟联系”等不同，我国在域外管辖上创造性地提出了“适当联系”管辖理论。新修订的我国《民事诉讼法》第 276 条在原有条文的基础上增加了第二款作为新的国际民事诉讼管辖规则，即规定：“涉外民事纠纷与中华人民共和国存在其他适当联系的，可以由人民法院管辖。”

某种程度上，我国在民事争议解决领域已从传统的“实质联系”转向“适当联系”要求。国际法中并未明确限制一国的民事管辖权规则，“适当联系”管辖权的设定未超出国际法允许的范围，故而“适当联系”国际民事管辖权具有正当性。[54]例如，在司法实践中，法院考虑的“适当联系”会兼顾考虑案件与我国有关的联系点，该联系点甚至是可合理预见的发生地。我国最高人民法院在个案中列举了“适当联系”在标准必要专利纠纷中的具体表现，即在此类纠纷中可以体现适当联系的连接点包括许可标的所在地、专利实施地、合同签订地、合同履行地。[55]这一标准不再局限于受管辖的人、物或事项与国家形式上的联系，而更注重内在的结构关联。[56]实践中，“适当联系”原则的适用并非仅限于标准必要专利纠纷之中，其他涉外纠纷同样可以参考适用该原则。有观点认为，在国际知识产权、国际反垄断、国际证券、反外国干涉和制裁等领域扩张解释“适当联系”标准，符合提升本国管辖权的跨国竞争性，发展本国法律规范和实现本国法域外效力的制度利益。

---

[51] 参见林洧：《跨境网络侵权诉讼的国际管辖权分配规则研究》，载《国际法学刊》2023 年第 3 期，第 130 页。

[52] 廖诗评：《域外管辖论纲》，载《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 41 页。

[53] 郭镇源：《涉外民事诉讼管辖权中的适当联系原则：理论阐释与适用路径》，载《国际法研究》2024 年第 2 期，第 132 页。

[54] 参见黄志慧：《涉外法治视域下“适当联系”国际民事管辖权研究》，载《法学》2023 年第 12 期，第 180 页。

[55] 参见最高法院民事裁定书（2022）最高法知民辖终 221 号；最高法院民事裁定书（2022）最高法知民辖终 459 号；最高法院民事裁定书（2020）最高法知民辖终 517 号。

[56] 参见汤净：《域外立法管辖权的第三条路径》，载《当代法学》2022 年第 3 期，第 147 页。

57

将“适当联系”管辖理论应用于网络信息领域，具有合理性和可行性。“适当联系”原则的立法目的在于，突破传统实质联系的疆界，通过合理的管辖权配置，维护我国国家安全、主权和发展利益。这也是网络信息领域涉外法治体系建设的核心要求。目前我国在网络安全、个人数据保护、个人信息保护上都有相应的域外管辖规定，主要表现为以属地主义为主。但若域外互联网平台的行为对我国产生重要影响时，如损害我国国际安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，可依据规制国和规制对象之间的联系进行域外管辖。

综合而言，以“适当联系”作为网络信息领域的域外管辖理论，符合“适当联系”原则的立法目的及我国域外管辖的需要，这符合国际法的相关要求，也是推进网络信息领域涉外法治体系建设的应有之义。

（二）“适当联系”管辖理论在网络信息领域的适用场景

“适当联系”管辖原则既不同于欧洲国家的必要管辖制度，亦区别于美国的“最低限度联系”原则。直观上看，“适当”的用语体现的是权衡各种因素并注重合理性的特征，与“最低限度联系”相比，对抗性更低。[50]同时，“适当”联系并非是管辖权的补充条件，而需要考察规制国与规制对象之间的关系，其中，“公平”是判断其合理管辖的考量因素。[58]

在网络信息领域，“适当联系”标准的适用除参考一般民事管辖权中的要求外，还具有自身的特点。基于互联网万物互联、虚拟性、“去中心化”等特性，“虚拟存在”、“客观因素”等也可构成连接点。基于网络信息新兴技术对传统域外管辖原理的挑战，仅凭单一的目标、行为和结构判断标准无法实现有效的域外管辖，因而必须综合分析、权衡考虑，[59]特别是关注域外主体的行动目标、接触行为以及与我国利益的关联因素。对目标、接触行为以及关联因素的考量，不应存在适用位阶，而是应具体问题具体分析。[60]

具体而言，一是，在判断是否满足目标时，通过考量域外主体的客观活动是否有目的地指向本国，具体可通过考察行为人的客观活动是否落入域外管辖的考量因素清单之中。随着新兴技术的发展，考量因素清单也会相应地得到扩充。二是，在判断是否满足接触标准时，域外主体的虚拟存在及行为可构成与国家的接触，该域外行为是长期多次的存在，则本国可对其进行管辖。三是，在判断是否存在实质联系时，关注的是域外主体与本国的连接是实质的、长期存在的。

---

[57] 黄志慧：《涉外法治视域下“适当联系”国际民事管辖权研究》，载《法学》2023 年第 12 期，第 182 页。
[58] 郭镇源：《涉外民事诉讼管辖权中的适当联系原则：理论阐释与适用路径》，载《国际法研究》2024 年第 2 期，第 134 页。
[59] See C. Douglas Floyd and Shima Baradaran-Robison, “Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: The Relevance of Purpose and Effects”, (2006) 81 Indiana Law Journal 601, pp. 626-628.
[60] See Walden v. Fiore, 134 S. Ct. 1115, 1125 n.9 (2014); See Adam R. Kleven, “Minimum Virtual Contacts: A Framework for Specific Jurisdiction in Cyberspace”, (2018) 116 Michigan Law Review 785, p. 788.

当然，实践中也存在特殊情形。例如在分析智能合约时，由于数据的私密性，算法推送的功能受阻，无法根据传统“个性化”针对方式判断交易方有无将目标导向本国的意图，同时交易方的行为也不构成“虚拟存在”，但是交易方的行为能对本国造成实质的影响，因此域外主体与本国存在的联系可被定性为实质联系，该国便可依据结构上的适当联系主张管辖权。若域外主体通过算法计算向本国的受众推销商品，本国就可直接依据目标导向标准对行为人行使管辖权。在网络信息领域，由于时常无法通过单一的目标、行为和结构标准赋予管辖权，因此更需要通过综合判断目标、接触行为以及关联因素，判断是否存在“适当管辖”的基础和条件。

（三）对“适当联系”管辖原则的合理限制

在网络空间，个别国家的“长臂管辖”实践构成网络霸权行为，威胁到其他国家的网络主权。为此，对网络信息领域的域外管辖不应违反国际法上的主权平等原则，也不应威胁安全稳定的网络空间秩序，破坏正常的国际商业贸易秩序和数字经济合作。

适当联系理论应符合合理性原则的要求。一国对于在其境外实施网络行为的人、网络基础设施以及网络活动行使立法管辖权时，必须合理且应当尊重他国利益。在进行网络信息领域涉外立法时，应合理考量他国的利益，避免管辖权的冲突及管辖权的无限扩大。只要这种管辖权的行使是合理的、不会不当地侵犯另一国主权或法律秩序，或者不会使外国国民因其不能合理预见构成的违法行为受到惩罚，这种管辖权的行使总体上是可被接受的。[61]网络空间管辖权的确立需要一定的标准，在网络空间中将国内法适用于领土之外需要有所限制，应当确保只有国家在对相关事件、标的物或诉讼当事人拥有合法利益时，才主张并推行其有关国内法的域外效力。

在涉外执法司法实践中，更要确保管辖的适度性，这体现为国家与管辖争议之间应存在“真实联系”，即国家有合理的利益需要保护。因此，适度性原则可以作为域外执法行为的限制性原则。[62] 通过真实联系与适度管辖之间的相互作用，国家间利益可达到平衡。[63] 针对网络服务提供者的管辖权确定问题，应结合特定事项，根据实际联系原则确定管辖权的归属或优先。倘若在特殊情形下仍发生了主权冲突，则应通过利益衡量对相互冲突的主权利益进行平衡。[64]简言之，只有在域外行为对我国产生显著影响的情况下，我国才享有行使域外管辖权的充分基础。因此，在实际行使域外执法管辖权前，需将我国管辖利益与他国管辖利益进

[61] [美]迈克尔·施密特总主编,黄志雄等译:《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，社会科学文献出版社，第 103 页。
[62] 参见汤诤：《域外立法管辖权的第三条路径》，载《当代法学》2022 年第 3 期，第 150 页。
[63] 参见汤诤：《域外立法管辖权的第三条路径》，载《当代法学》2022 年第 3 期，第 151 页。
[64] 吴琦：《网络空间中的司法管辖权冲突与解决方案》，载《西南政法大学学报》2021 年第 1 期，第 61-62 页。

行平衡，只有我国具有更强的利益时，我国执法机关才应主动行使域外管辖权。

五、结语

随着互联网时代的更迭，网络信息领域的域外管辖规则也发生了相应改变。域外管辖从互联网 1.0 时期的“交互性”标准，逐渐到互联网 2.0 时期的“有意利用”标准。然而，这两种标准在适用范围上存在一定的局限性，当前的执法和司法实践通常会综合考虑这两种标准。面对日渐增多的网络跨境执法的需求，严格的属地理念具有滞后性和不确定性。网络信息新兴技术的迭代发展使得传统的域外管辖方法难以适用。

为应对互联网 3.0 时期的国家规制的需求，美欧等网络大国在立法、执法和司法实践上发展出“最低联系”“必要管辖”等域外管辖标准。与美欧实践相比，我国在网络信息领域的域外管辖制度配置层面存在一些短板和弱项，如缺乏明确的域外管辖权判断标准。从根本上，我国在网络信息领域必须从实质联系管辖转向适当联系管辖理念。适当联系的管辖方法不仅能够因应网络信息新兴技术的发展，而且也体现出域外管辖的合理和公平理念。

网络信息法治建设与我国网络信息技术的发展密切相关。网络信息领域的涉外法治建设是一个庞大的系统性工程，当前亟需通过急用先行的方式对大数据、区块链、人工智能等领域的立法工作进行完善和修订。中国“十四五”规划中提出要加快数字化发展，培育壮大区块链等新型产业生态，将互联网 3.0 时期作为数字经济发展的重要目标。无疑，除管辖权配置外，未来还应加大对网络域外管辖的法律适用、运行效果等的研究，这也是在网络信息领域统筹推进国内法治和涉外法治的题中之义。

2025年中国国际法学会

In Response to Extraterritorial Jurisdiction in the era of Web 3.0: Historical Evolution and China' s Approach

Abstract: In the early stages of internet development, the main basis for countries such as the United States and European countries to exercise extraterritorial jurisdiction over the Internet were the "interactive" standard and the "purposefully availment" standard. Regulatory countries determined the legitimacy of extraterritorial jurisdiction by assessing the degree of interactivity of extraterritorial entities' online activities and whether their behaviors were purposefully directed at the regulatory countries. However, the iterative development of network information technology has posed challenges to the traditional concept of extraterritorial jurisdiction, which is mainly based on the territoriality principle. The Internet of Things promoted by cloud computing technology has made it difficult to apply the traditional "interactivity" jurisdiction standard, and the phenomenon of "decentralization" has led to ambiguity in the application of the "purposefully availment" jurisdiction standard. In light of the internal logic of the development of network information technology, the United States and European countries have explored and established the standards for extraterritorial jurisdiction over the Internet, namely, targeting criterion, virtual contact, and substantial connection. In practice, it is difficult to effectively judge the rationality of extraterritorial jurisdiction by relying solely on targets, behaviors, or structures. As a major power in the network field, China should introduce the standard of "appropriate connection" in the extraterritorial application of network laws. Through the flexible selection of connecting factors and the diversified application of jurisdiction principles, the effectiveness of governance in cyberspace can be achieved, thereby safeguarding China' s sovereignty, security, and development interests.

Keywords:technological change, information and communication technology, extraterritorial jurisdiction, appropriate connection

国际视野下的外国代理人法与中国探索

刘若男　周欣雨

摘要：本文深入探讨了域外“外国代理人法”的发展趋势、实践影响以及中国在此问题上的应对策略。详细分析了美国《外国代理人登记法》（FARA）、俄罗斯《外国代理人法》、澳大利亚《2018 年外国影响透明机制法》（FITS）、格鲁吉亚《外国影响透明度法案》等主要国家的相关法律，探讨其立法背景、核心内容、执法实践及影响。文中指出，随着全球化和信息技术的发展，外国势力的影响已超越传统政治活动，渗透到信息传播和网络空间等领域，促使各国不断强化相关立法。最后，本文强调，中国目前在这一领域的法律尚存空白，建议借鉴国际经验，结合国情制定《外国代理人法》，以维护国家主权和安全。

关键字：外国代理人法，国家安全，国际政治博弈，法律制定，中国应对

一、引言

在全球政治格局深刻调整、逆全球化主义抬头的背景下，国家安全与主权维护成为各国法治建设的重要议题。2024 年 5 月，格鲁吉亚议会通过《外国影响力透明度法案》，这一事件不仅引发了国内的激烈讨论与大规模抗议，也折射出在全球大国竞争日益激烈的形势下，各国对外国势力干预本国政治的警惕性显著提升。近年来，地区冲突频发、地缘政治紧张局势加剧，促使越来越多的国家开始引入或强化外国代理人相关法律。

美国于 1938 年制定《外国代理人登记法》（FARA），成为全球首个开展外国代理人监管立法的国家。此后，自上世纪九十年代起，俄罗斯、澳大利亚、以色列、埃塞俄比亚及新加坡等众多国家也陆续出台了类似法案。仅在 2024 年这一年，就有至少六个国家提出或采用了“外国代理人”类型的法律，这一趋势在欧洲及欧亚大陆表现得尤为显著。[1]然而，中国目前尚无此类专门法律，虽有《境外非政府组织境内活动管理法》，但其与外国代理人法在立法目的、调整范围等方面存在本质区别，难以发挥相同作用。因此，深入探讨域外“外国代理人法”的发展趋势、实践影响以及中国在此问题上的应对策略，具有重要的现实意义。

二、“外国代理人法”在主要国家中的发展完善

自美国于 1938 年率先制定 FARA 以来，全球范围内对外国代理人监管立法的趋势日益显著。1994 年至 2015 年，60 多个国家/地区采用了外国代理人式法

[1] The Spreading Impact of Restrictive ‘Foreign Agent’ Laws and How to Stop Them，by Jasmine D. Cameron and Fernanda G. Nicola，December 10, 2024，https://www.justsecurity.org/105593/foreign-agent-laws-impact/

律，至少 19 个国家/地区实施了其他类型的监管检查和税务登记。[2]此类法案，大多要求在本国进行宣传游说的非本土实体或个人进行注册登记，并向公众披露其背后资金来源，成为国家间影响力对抗的重要手段。

随着全球化的深入发展，非政府组织（Non-Governmental Organization，NGO）在国家间的活动日益频繁，尽管“外国代理人法”在一定程度上阻碍了 NGO 的活动，但 NGO 对此类法案的态度却相对平淡。许多国家制定这些法律的初衷是维护国家安全和防止他国干涉，但在一些国家，“外国代理人”这一称谓却带有污名化的色彩。被登记为“外国代理人”的实体或个人，往往被视为“间谍”角色，这使得在这些国家活动的 NGO 数量急剧减少，俄罗斯的情况尤为典型。

主要国家《外国代理人法》对比图

国家	法律特点	适用范围	执法力度
美国	早期集中在政治领域，后扩展到游说、公关、信息传播等	政治活动、游说、公关、信息传播	执法频率不高，但具有“兜底条款”的作用
俄罗斯	具有浓厚的反政治渗透颠覆与反内政干涉意味	非营利组织、媒体、网络空间	不断收紧，实践中加强对该法案的执法
澳大利亚	适用范围广泛，涵盖信息传播和与公众舆论有关的活动	政治活动、游说、信息传播、学术交流等	执行情况并不透明，相关处罚案例并非全部公开
格鲁吉亚	直接强调新闻媒体和网络空间领域，具有较大的针对性	非商业收入超过 20%来源于外国势力的互联网、印刷传媒及 NGO	执法频次不是很高，更多时候是“选择性执法”

[2] The Spreading Impact of Restrictive ‘Foreign Agent’ Laws and How to Stop Them，by Jasmine D. Cameron and Fernanda G. Nicola，December 10, 2024，https://www.justsecurity.org/105593/foreign-agent-laws-impact/

（一）美国《外国代理人登记法》（Foreign Agents Registration Act）

美国《外国代理人登记法》（FARA）的诞生与完善历程，深刻反映了其在不同历史时期国家安全战略与政治需求的演变。

1938 年，二战期间出于对德国法西斯影响力的担忧，美国制定了 FARA，旨在遏止法西斯纳粹的在美宣传，通过要求外国代理人进行注册登记，提高外国影响力的透明度，保障公众知情权。这一法案在二战期间及冷战时期得到了多次修订与广泛应用，成为美国对抗外来政治渗透的重要工具。

FARA 早期还集中在政治领域，在 1955 年，日本东芝公司的游说行为影响了美国贸易政策的制定，因此《游说信息披露法》(Lobbying Disclosure Act of 1995，以下简称 LDA)得到了通过。该法允许外国商业代理人根据 LDA 在国会注册而非根据 FARA 在司法部注册，LDA 的处罚类型主要为民事处罚，而违反 FARA 有刑事处罚的可能。值得注意的是，LDA 对信息披露的要求远远低于 FARA,这也是这两大法规之间最大的区别。[3]这标志着美国对利益集团在政府决策领域的干涉采取了反制措施。1966 年美苏冷战时期，国会对 FARA 进行了修订，正式将调查重点从最初的政治宣传人员扩大到涉及游说、公关、信息传播的个人或组织，对“外国代理人”认定、注册程序、信息披露及归档、豁免及惩罚制度等部分进行了详细定义。

FARA 中认定“人”（person）包括个人、合伙企业、协会、公司、组织或任何其他个体组合。

“外国委托人”（foreign principal）认定为：(1)外国政府和政党；(2)位于美国境外的个人，除非能够证明该个人是美国公民并在美国定居，或者该人不是个体且根据美国或各州法律成立或受美国或各州司法管辖，并且其主要营业地点在美国；(3)根据外国法律或主要营业地点在外国的合伙企业、协公司、组织或其他个体组合。

而“外国委托人的代理人”（agent of a foreign principal）是指：（1）任何以外国委托人或受外国委托人监督、指导、控制、资助或补贴的人的名义、代表或受其命令、请求或控制，直接或通过他人在美国从事以下活动的个人或组织——①为或代表外国委托人在美国从事政治活动；②作为公共关系顾问、宣传代理人、信息服务雇员或政治顾问，为或代表外国委托人在美国开展活动；③在美国为或代表外国委托人募集、收集、分配或分发捐款、贷款、金钱或其他有价值的东西；④在美国代表外国委托人向美国政府的任何机构或官员陈述其利益。（2）任何同意、声称或持有自己为上述定义的外国委托人的代理人的个人或组织，无论是否基于合同关系。

FARA 明确规定“外国委托人的代理人”一词不包括根据美国法律或美国各

[3] 罗辉，从《外国代理人登记法》的演变看美国如何管控外国影响力，国际关系研究，2021（02）

州及地方法律组织的新闻、新闻服务或协会，或根据有关规定与美国邮政服务信息一起存档的任何报纸、杂志、期刊或其他出版物；高级职员和董事（如有）是美国公民的善意新闻或新闻活动。[4]

1966 年 FARA 的关键修订在于对“政治活动”（political activities）一词的重新定义。根据新的定义，政治活动指的是任何旨在通过特定活动影响美国政府、公共机构、官员或公众的行为，这些活动可能涉及制定、批准或改变美国的国内外政策，或者涉及外国政府和政党的政治和利益关系。这一修订意在减少外部干预在美国国会立法和政府决策中的影响，同时增强对那些试图影响美国内政和外交政策的利益集团和国家的防御。简而言之，修订扩展了对外国影响的监管范围，以保护美国政策制定过程免受外部势力的不当影响。[5]因而，虽然 FARA 自修订后长期未在司法实践中得到充分应用，执法频率不高，但该法一直具有美国对外国势力实施制裁的“兜底条款”或“万能条款”的作用。

近年来，作为有效的影响力对抗手段，FARA 再次登上历史舞台，美国政府据此强势要求俄罗斯电视网（即今日俄罗斯，RT）、中国新华社等主体登记为外国代理人。[6]2018 年，美国司法部要求新华社和中国全球电视网（CGTN）根据 FARA 注册为外国代理人，理由是它们代表中国利益在美国进行信息宣传，并且因它们在美国的分支机构架构不符而不能获得媒体豁免权。有学者指出，这些指控和要求“反映出美国在媒体豁免政策的落实上采取了双重标准”。同时，也有观点认为这是正常的管理行为，因为来自韩国、日本的相关实体也都根据 FARA 登记为外国代理人。[7]在 2024 年，纽约州前官员 Linda Sun 在纽约东区联邦法院被起诉，指控其在未注册为外国代理人的情况下代表中国行事。然而在 2025 年 2 月，特朗普政府发布的一份备忘录对 FARA 的执行产生了重要影响。该备忘录降低了对传统 FARA 案件的执法优先级，同时取消了 FARA 调查必须由设在华盛顿特区的刑事司和欺诈科授权并执行的要求。这一变化在理论上可能使执法力度有所增加，因为更多的案件可以由其他地区的执法部门处理，而不必集中于华盛顿特区的特定部门。[8]

（二）俄罗斯《关于一些外国代理人非营利组织注册管理办法的修订》

格鲁吉亚此次通过《外国影响力透明度法案》引起大规模讨论和质疑的原因之一，就是其法案内核与俄罗斯《外国代理人法》的相似性。俄罗斯《外国代理

[4] FOREIGN AGENTS REGISTRATION ACT OF 1938[Chapter 327 of the 75th Congress; 52 Stat. 631; approved June 8, 1938]

[5] 毛欣娟，陈映锦，刘小煊，美俄外国代理人管理制度及启示，中国人民公安大学学报（社会科学版）2021（05）

[6] 谢宇，美国法律如何防控外国威胁　基于美国国家安全法律的考察，中外法学，2023（02）

[7] 沈伟，苏可桢，外国代理人管理的制度构建、实践路径与中国因应——从《对外关系法》第三十八条展开，东南大学学报（哲学社会科学版），2024，26（01）

[8] Adam Goldberg, William M. Sullivan, Jr., Carolina A. Fornos, Kimberly D. Jaimez, Christopher C. Caffarone. 执法重点重新定位：应对《美国反海外腐败法》和《外国代理人登记法》执法变化 [EB/OL]. Pillsbury Law, 03/04/2025. https://chinese.pillsburylaw.com/navigating-changes-fcpa-fara.

人法》使用的“外国代理人”概念，在苏联时期具有“间谍”或“叛徒”意义，此举对登记方是十分不利的。[9]就俄罗斯而言，《外国代理人法》的出台与完善，深深植根于其独特的历史背景与政治现实。

苏联时期，对西方国家意识形态和政治影响力的警惕便已存在，这种警惕在冷战期间进一步强化。20 世纪 80 年代中期至 90 年代，苏联解体后，俄罗斯在经历社会转型的过程中，遭受到西方价值观和生活方式的强烈冲击，使得苏联时期对西方的担忧和警惕深层次延续了下来。在深刻的政治和经济危机之际，众多非营利组织和社会组织应运而生，它们致力于维护人权、推广民主理念、倡导言论自由以及提供社会服务，力图在国家机器崩溃的情况下，为公众提供基本服务。这些 NGO 的存在和活动涉及科、教、文、卫等多个领域，对于俄罗斯社会的稳定和发展起到了积极作用，尤其是在政府管理能力不足的情况下，它们在一定程度上弥补了公共服务的缺口，提升了公共服务水平。俄罗斯采取了放任态度，但也颁布了如《社会联合组织法》《非营利组织法》等法律，试图用法律的手段规范 NGO 的活动。[10]

21 世纪初，后苏联空间相继发生“颜色革命”，其中 NGO 扮演了关键角色，它们不仅煽动情绪，还推动了革命的发展。特别是在乌克兰和格鲁吉亚，这些组织在政治动荡中起到了急先锋的作用。一系列事件对俄罗斯产生了深远的影响，引起了俄社会的警觉。俄罗斯的 NGO 在多年的放任式增长后，数量日益增多，其中一些组织被外部势力通过慈善组织和基金会暗中支持，这些外部势力尤其倾向于支持俄罗斯的反对派。[11]为降低爆发“颜色革命”的风险，俄罗斯在之前出台的相关法律中增加了限制 NGO 在俄活动的条款。2011 年至 2012 年俄罗斯选举期间声势浩大的反对派运动直接促成了《关于一些外国代理人非营利组织注册管理办法的修订》（即简称《外国代理人法》）的生效。俄罗斯《外国代理人法》并非单独立法，而是对之前出台的相关法案的修订。[12]

由此可知，《外国代理人法》在俄罗斯的发展一开始便具有浓厚的反政治渗透颠覆与反内政干涉的意味，维护国家主权与政权的目的显著。

2017 年，应对美国司法部将今日俄罗斯电视台（RT）和俄罗斯卫星通讯社认定为外国代理人，俄罗斯颁布了《大众传媒法》和《信息、信息技术和信息保护法》修正案，将外国代理人的范围覆盖外国媒体非营利组织。俄乌冲突以后，俄罗斯社会反战情绪激增，反战、反普京的抗议活动在俄方出兵前急剧发酵，这导致了俄罗斯针对网络空间的又一轮加强治理，同时将外国代理人范围进行再一次拓展，扩大应用到网络空间。2022 年的联邦法《关于管控受外国影响之人的活

[9] 马强，俄罗斯《外国代理人法》及其法律和政治实践，俄罗斯研究，2021（01）

[10] 马强，俄罗斯《外国代理人法》及其法律和政治实践，俄罗斯研究，2021（01）

[11] 魏芦华，张良，俄罗斯对非政府组织的管理:历史沿革、法律手段及评价，俄罗斯东欧中亚研究，2017（06）

[12] 马强，俄罗斯《外国代理人法》及其法律和政治实践，俄罗斯研究，2021（01）

动》将一系列原先散见在各联邦法中涉及外国代理人的法律条文统一整理与合并，是一部新的具有专一领域管理性质的联邦法。[13]可见俄罗斯在修订完善过程中不断收紧，实践中加强对该法案的执法。

（三）澳大利亚《2018年外国影响透明机制法》（Foreign Influence Transparency Scheme Act 2018）

澳大利亚《2018 年外国影响透明机制法》（FITS）的出台，反映了其在国际政治博弈中的战略选择。

2017 年，澳大利亚在对华关系紧张的背景下，通过了 FITS，该法案与《间谍和外国干涉法案》同时颁布。在之前，澳大利亚基于“战略三角”理论，在中美关系之间一直寻求平衡，试图构建一个安全合同的三角关系。但随着澳大利亚进一步服务于美国的战略需要，澳大利亚在大国关系上已经转变策略，选择“选边制衡”。[14]2017 年中澳关系紧张，澳大利亚此举无疑是冷战思维的延续，也是向美国的一种表态。2018 年澳大利亚 FITS 正式通过，更是被媒体直接称作“排华法案”“反华法案”。

根据法案，“外国委托人”（foreign principal）定义为：外国政府；与外国政府相关的实体；外国政治组织；与外国政府相关的个人。“人”（person）指以下任何一种实体：个人；法人团体；政治实体；合伙企业；协会（无论是否注册）；组织（无论是否注册）；共同构成一个实体的个人组合；规则所规定的任何类型的团体；无论是居住在澳大利亚的、在澳大利亚成立的、在澳大利亚开展业务的，还是根据澳大利亚法律或外国法律成立的，或者根本不是根据任何法律成立的实体。

根据 FITS，如果一个人或实体在以下情况下代表外国委托人开展活动，则被视为代表外国委托人行事：（1）接受外国委托人的安排；（2）在为外国委托人服务的过程中；（3）根据外国委托人的命令、请求或指导。具体而言，如果一个人或实体在进入安排或服务时，或在下达、请求或指导时，双方都知道或预期该人可能会开展该活动并在上述条件下进行，那么无论是否支付对价，该行为均被视为代表外国委托人开展活动。[15]

也就是说，FITS 将外国企业和外国媒体等也纳入“外国委托人”这一概念（由前文可知，美国 FARA 原则上不包括媒体）。其适用范围不仅包括政治活动及游说，还涵盖信息传播和与公众舆论有关的活动（学术交流也包含在内），这使 FITS 的注册门槛较美国 FARA 低得多。

有趣的是，虽然该法案一再强调是为维护国家安全，提高公众信息透明度，

[13] 庞大鹏，高文博，论俄罗斯的政权安全，俄罗斯研究，2023（04）

[14] 刁大明等：体系压力、决策者认知与澳大利亚作为中美第三方的战略选择 https://www.igcu.pku.edu.cn/info/1026/5965.htm

[15] Foreign Influence Transparency Scheme Act 2018

但其执行情况并不透明，相关的处罚案例并非全部公开。

（四）格鲁吉亚《外国影响透明度法案》（Georgian Law on Transparency of Foreign Influence）

格鲁吉亚的社会背景和历史沿革要更加复杂。1991 年从苏联独立后，格鲁吉亚是后苏联空间最早发生颜色革命的国家之一，“玫瑰革命”符合美国干涉欧亚国家政局的典型“套路”，通过灌输美式民主、培育亲西方群体和精英、扶持反对派、煽动暴力活动等方式，影响其他国家的政治经济社会道路，其社会内长期且大量存在的 NGO 充当了西方国家马前卒的角色。[16]

格鲁吉亚位于高加索地区，是东西方地缘交汇处，即使“玫瑰革命”后格鲁吉亚整体社会和政治倾向更偏向美西方国家，也谋求加入欧盟和北约，但其一直被俄罗斯视为自己传统的势力范围内。而美国和北约，为了牵制俄罗斯在该地区的影响力，近年来不断向格鲁吉亚提供军事支持。身处地缘政治的夹缝，国家内部又政党林立、民间抗议纷争不断，格鲁吉亚只得摇摆踌躇，期待第三条道路。

因此顶着接连爆发的示威游行，依旧坚持通过《外国影响透明度法案》，在格鲁吉亚内部和国家上引起了极大的反响。美西方留有将格鲁吉亚培养成“第二个乌克兰”的念头，想要在格鲁吉亚社会内继续制造分裂对立，NGO 的作用不可小觑，该法案实行在后续会给美西方在格鲁吉亚的行动造成极大阻碍。更遑论，格鲁吉亚现任总理科巴希泽所属的梦想党向来被打击为“亲俄”政党，该法案对美西方而言，无疑是一种“背叛”，从大国竞争的战略角度，也是美西方所不允许的。就俄罗斯而言，格鲁吉亚与其在 2008 年爆发冲突，这让格鲁吉亚社会内部反俄情绪强烈，民众对俄罗斯的抵触心理不能接受格鲁吉亚颁布此法案。更重要的原因是，格鲁吉亚在 2017 年将加入欧盟写入宪法，但科巴希泽却并未真正推动格鲁吉亚入欧，这与社会的意愿相悖。值得一提，《外国影响透明度法案》于今年 5 月通过，而在今年 12 月，格鲁吉亚政府正式宣布暂停推进加入欧盟的计划。这是否代表格鲁吉亚倒向俄罗斯利益，还不能定论，因为梦想党本质上并不亲俄或亲美。

法案中，格鲁吉亚认定非商业收入超过 20%来源于外国势力的互联网、印刷传媒及 NGO，需要向政府登记，并公开资金来源。这一法案对外国资金援助设定了门槛，相较俄罗斯《外国代理人法》范围要狭窄，但其在条款内直接强调了新闻媒体和网络空间领域，具有较大的针对性，这是国际媒体批判抱怨的原因，也导致被认为是效仿俄罗斯打压异己的手段。

（五）加拿大《游说法》（Lobbying Act）、英国有关游说行为规定

加拿大与美国位置相邻，且受到美国法律体系的影响，其《游说法》（Lobbying

[16] 杨进，格鲁吉亚“外国代理人”法引发国家发展方向之争，世界知识，2024（13）

Act，以下简称 LA）一定程度上借鉴了美国的经验，但与美国 LDA 并不相同。

加拿大 LA 出台是为了监管国内游说行为，也是迎合民众对政府决策透明度的需求。20 世纪 80 年代至 90 年代，加拿大社会一直担忧“旋转门”现象，即政府官员退休或离职之后受州和地方政府、大公司、行业协会等雇用，利用自己的人脉关系为特定利益集团服务，鉴于当时并无系统的法律对此进行规范，于是公众要求一部全面系统的法律来约束游说行为。

1989 年，加拿大联邦层面颁布了首部《游说者登记法》（Lobbyists Registration Act），并在后续不断修订完善。但该法存在较多局限性，不仅限于适用范围狭窄、漏洞明显。并且出台以后，仍然爆出与游说活动相关的丑闻，民众再次呼吁，要求国家成立单独的监督机构对游说活动进行监管。2006 年，加拿大议会通过了新的《游说法》（Lobbying Act），该法扩大了适用范围，将有偿者与无偿者都包括在游说活动内，同时制定了行为守则，规范游说者的行为。不同于美国 LDA，加拿大应民众要求也设立了独立的监督机构，即加拿大游说专员办公室（Office of the Commissioner of Lobbying of Canada），也将刑事处罚运用在该法案中。[17]

加拿大 LA 与美国 LDA 及美国 FARA 均有不同，LA 侧重于监管游说行为本身的透明度，而 FARA 和 LDA 相对侧重于“政治活动”和影响政府决策的活动。三者中，LA 的透明度和信息披露要求都是最高，但 LA 仍然无法起到“外国代理人法”的作用。

“旋转门”现象也是英国社会的困境，英国《游说（透明度）法案》（Transparency of Lobbying, non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014）于 2014 年通过并生效，是英国在游说活动监管方面的重大进步，但局限十分明显，在实践中作用微乎其微。

无论是加拿大还是英国，《游说法》都是主要为解决国内社会的困境，并不涉及国家间或 NGO，但有了法律基础，后续如需制定“外国代理人法”相关，推进将会容易许多。加拿大在今年 5 月宣布将实施外国代理人注册制度，英国也已经有计划制定外国代理人法，这顺应了该法在欧洲及欧亚大陆扩散蔓延的趋势。

三、“外国代理人法”呈现增多加强趋势

（一）美西方意图在新媒体行业制造冷战

总体而言，各国对游说活动、外国势力对本国的影响都采取了一定措施，越来越多的国家有需求或在考虑制定“外国代理人法”。对于已经出台有关法律的国家，此类法律大多不断强化，成为国家反他国干涉、排挤境外势力行之有效的手段。

如今传媒与通讯行业的发达，互联网媒体的作用日渐加强，外国势力的渗透

[17] Lobbying Act

已经不再局限于纸媒与传统公众宣传，控制网络空间话语权的必要性日益凸显。美俄借《外国代理人法》在传媒与网络空间领域进行的一系列制裁与反制裁，值得我们警惕，因为美国及其盟友已经将目光更多地放在中国身上，虎视眈眈。可以猜测，美西方国家接连通过法律在新闻传媒方面进行限制，是想在新媒体行业制造冷战。

虽然美西方国家向来声称维护言论自由，但暗中一直在排斥不同的声音，试图在美西方社会构建“信息茧房”，切断民众与其他意识形态国家的沟通渠道。此前美国已针对中国进行多次执法与指控，迫使中国媒体进行外国代理人登记，制造“寒蝉效应”。登记后的媒体可能被取消美国国会的媒体采访权。而澳大利亚出台 FITS 直指中国，对在澳华人和孔子学院产生了不利影响。加拿大一直是美国的盟友，也有过出台“排华法案”的前科，如果制定《外国代理人法》，对中国新闻传媒在国际的限制恐会加大。

在外活动的新闻媒体往往起国家的喉舌的作用，也是文化输出的重要窗口，如果美西方国家磨刀霍霍，掐断中国在他国的外宣途径，中国在国际的话语权会受到打压，全球信息自由流动和多元文化交流也将受到阻碍。

（二）我国需要更高效的反渗透措施

美西方依旧存有冷战对立思维，党同伐异的心思明显，在政治、经济与文化领域常常抱团对不受他们欢迎的国家进行制裁。这一点，俄罗斯的处境更加艰难，但普京后续签署的一系列法令，可以视作《外国代理人法》的补充，回击了外国势力并有效防止了他国势力的渗透。

在我国，因外国势力渗透而造成的骚乱也时有发生，有些由国外资助的组织和人员，不断输出西方价值观以此洗脑民众，同时暗中策划分裂活动，或者在我国假借各种名义从事间谍活动、窃取情报。随着法规的完善，近年来他们又开始炒作敏感话题，煽动对立情绪，想以此干扰国家机器的运行。[18]国际间交往，任何国家都不会是铁板一块，我国现行的《境外非政府组织境内活动管理法》，局限在 NGO 的管理，适用范围有待扩大。美西方对中国文化输出的防御姿态已经十分明显，部分境外势力在防御的同时不放弃对中国的渗透颠覆。在司法领域，不论是预防境外势力的渗透，还是杜绝境内外颠覆集团的勾结，我国都缺少更加高效的应对措施。

（三）国际法约束力进一步减小，非政府组织的活动更加艰难

NGO 是全球化下的产物，但随着各国法律对 NGO 约束的增加，逆全球化的趋势也有所显现。基于国际环境和维护社会稳定的考虑，大多数国家对 NGO 的态度趋于保守，同时受到意识形态的影响，诞生土壤不同的 NGO 也会受到不同

[18] 毛欣娟，陈映锦，刘小煊，美俄外国代理人管理制度及启示，中国人民公安大学学报（社会科学版）2021（05）

的影响。

现今国际上，国际法的约束力微弱，特别是对大国行为缺少有效的监管，以规劝其“自律”为主，但是国家对 NGO 的监管却带有强制力。这给活跃在经济、文化、卫生等领域的 NGO 带来更多挑战。不论如何，NGO 在国家间活动会更加艰难，哪怕其活动并不带有政治目的。因为各国的标准有出入，NGO 的活动成本会提高，相比之前要付出的精力更多。庆幸的是，虽然多国颁布《外国代理人法》，但执法频次并不是很高，更多时候是别有用心的“选择性执法”。

四、加快中国“外国人代理法”的制定

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。”加强涉外领域立法，完善涉外法治体系，才能更好应对复杂多变的国际形势，捍卫国家利益。2015 年我国出台的《国家安全法》具有重大意义，它不仅将整体国家安全观法律化，而且为我国国家安全法律体系的进一步完善提供了框架性、制度性的指引。[19]此外，《国家安全法》还为构建中国特色国家安全法律制度体系，推进国家安全各项工作法治化提供了基础支撑。因此，制定中国的“外国代理人法”是必要且可行的。

（一）精准合规，准确界定适用范围

规则模糊会难以判断外国代理人活动的合法性。立法应明确旨在维护国家安全和社会稳定，同时具体准确界定外国代理人的定义和范围，确保法律的针对性和有效性。在 FARA 和 FITS 中都存在对术语概念的模糊解释，这导致执法弹性过大，让法律失去了原有的公正和公信力。

尽管外国代理人管理法的核心目标是对外国代理人的活动进行监管，但关键挑战在于如何实现对其权利的保护与必要的监管之间的适度平衡。同时要避免“外国代理人”的污名化效应，更多使用中性词语，此举可能有助于法律遵守的提升。[20]

准确界定范围还有助于减少执法成本。《外国代理人法》的主要关注点在于政治性行为，信息披露义务增加了外国代理人的额外成本，因此在立法时需要在权利保护与监管需求之间找到合适的平衡点。由于外国代理人法的实施不可避免地会消耗执法资源，并可能引发私人政治权利与公共权力登记制度之间的矛盾，所以应当严格根据我国的政治环境和法律体系来界定需要登记的代理人范围。[21]

（二）标准统一，建立合理完善的体系

权力的授予与执法需要合理的程序设计。在程序设计过程中，应明确划分各

[19] 黄信瑜，孔秋石，国家安全视野下域外外国代理人法研究，克拉玛依学刊，2023（05）

[20] 沈伟，苏可桢，外国代理人管理的制度构建、实践路径与中国因应——从《对外关系法》第三十八条展开，东南大学学报（哲学社会科学版），2024，26（01）

[21] 黄信瑜，孔秋石，国家安全视野下域外外国代理人法研究，克拉玛依学刊，2023（05）

方权利及义务，统一执法标准，不搞“选择性执法”，让法律真正为国家安全服务。建立以保证知情权为目的的信息披露制度，要求外国代理人披露其身份和活动信息，同时确保信息的真实性和透明度。为提高对外国代理人的管理效率，还应当统一执法机关来负责外国代理人的登记和管理。通过建立基于分类管理的直接登记制度，可以减少信息不对称问题，从而提升整体的管理效能。[22]

确保《外国代理人法》与国内其他相关法律（如《境外非政府组织境内活动管理法》）相协调，避免法律冲突。在此基础上，还应当明确违反《外国代理人法》的法律责任和处罚措施，确保法律的威慑力。美国和俄罗斯都拥有司法强制力作为保障，刑法处罚作为手段，我国可以借鉴经验，制定时结合刑事法律，确保实践中的有力实施，并且建立有效的指导和监督机制，确保法律得到正确实施，防止滥用。

此外，立法时应具有前瞻性，充分考虑法律的灵活性和适应性，以适应不断变化的国际政治环境和国内安全需求。尽量避免在后续的反复修订，使得标准前后不一，影响法律的权威性。

（三）积极应对可能产生的舆论影响

我国如果颁布《外国代理人法》，无疑会在国家和社会层面产生深远影响。“一石激起千层浪“，在国内应积极引导社会舆论，敦促媒体发布客观、准确的信息，减少不实报道。公开立法的目的、程序和执行，减少民众的误解猜疑，提高法律透明度和公众参与度。受美西方”中国威胁论“的渲染，我国需预见并准备应对可能出现的负面国际舆论，制定相应的外交和公关策略。

我国在公布前后应持续监测国际舆论动态，及时回应外界关切，适时调整对外宣传策略。可通过外交渠道和国际平台，积极解释立法的意图和必要性，强调立法的目的在于维护国家安全和政治稳定，并非针对特定国家或组织。有必要指出许多国家已有类似立法，说明中国立法的行动是国际通行做法的一部分，旨在与国际规则接轨。同时国家应为外国代理人提供必要的法律援助和咨询服务，帮助他们理解和遵守法律规定，减少不必要的冲突。确保法律实施过程中的透明度，加强多边合作，表现出大国应有的责任担当。

五、结语

习近平总书记强调：“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。”当前国际局势深刻复杂，风险挑战层出不穷，一个行之有效的外国代理人管理制度可以超越法律本身，在许多方面与国家安全问题紧密联系。[23]

[22] 沈伟，苏可桢，外国代理人管理的制度构建、实践路径与中国因应——从《对外关系法》第三十八条展开，东南大学学报（哲学社会科学版），2024，26（01）

[23] 沈伟，苏可桢，外国代理人管理的制度构建、实践路径与中国因应——从《对外关系法》第三十

“外国代理人”在国际上受到越来越多的重视，我国需要更广泛地与国际联系起来。面对在这一方面法律的空缺，应当吸纳域外相关法律的经验，以捍卫国家主权、安全、发展利益为导向，尽快制定符合我国国情和利益的《外国代理人法》，对境内存在的各方势力进行有效约束和管理。

2025年中国国际法学会年会

八条展开，东南大学学报（哲学社会科学版），2024，26（01）

习近平法治思想视域下的涉外法治人才培养研究

刘永亮[1]

摘要：坚持统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的重要组成部分，培养高素质涉外法治人才是推进涉外法治发展的关键。高水平对外开放必然伴随着推进高水平涉外法治建设，而高水平涉外法治建设离不开高素质涉外法治人才。培养高素质涉外法治人才是进一步推动高水平对外开放、建设中国式现代化的应有之义。培养高素质涉外法治人才应坚持以习近平法治思想为指导，政府、高校、企业等多方主体协同发力，创新涉外法治人才培养模式，激发人才培养的积极性、主动性、创造性，在推进中国式现代化的进程中久久为功、坚持不懈做好涉外法治人才培养工作。

关键词：习近平法治思想　涉外法治人才　高水平对外开放　中国式现代化

Abstract：Adhering to the coordinated promotion of domestic rule of law and foreign-related rule of law is an important part of Xi Jinping Thought on the Rule of Law, and cultivating high-quality foreign-related legal talents is the key to promoting the development of foreign-related rule of law. High-standard opening up is inevitably accompanied by the promotion of high-level foreign-related rule of law construction, and high-level foreign-related rule of law construction is inseparable from high-quality foreign-related legal talents. Cultivating high-quality foreign-related legal talents is the due meaning of further promoting high-standard opening up and building Chinese path to modernization. Cultivating high-quality foreign-related rule of law talents should adhere to the guidance of Xi Jinping Thought on the Rule of Law, and the government, universities, enterprises and other multi-party subjects should work together to innovate the training model of foreign-related legal talents, stimulate the enthusiasm, initiative and creativity of talent training, and work hard for a long time and persevere in the process of promoting Chinese path to modernization.

Key words：Xi Jinping Thought on the Rule of Law；foreign-related legal talents；high-standard opening up；Chinese path to modernization

一、引言

党的二十届三中全会《决定》指出“加强涉外法治建设。建立一体推进涉外

[1] 刘永亮，华东理工大学法学院 2023 级硕士研究生。

立法、执法、司法、守法和法律服务、法治人才培养的工作机制。”[2]习近平总书记在中央政治局集体学习时强调，要培养一批政治立场坚定、通晓国际规则、精通涉外法律实务的涉外法治人才。在推进高水平对外开放和实现中国式现代化的过程中，法治现代化是必不可少的一环，涉外法治建设和涉外法治人才培养则是实现法治现代化的重要内容和关键途径。这就要求在培养涉外法治人才时，必须坚持正确的政治导向，即以习近平法治思想为指导，不断创新人才培养模式，探索培养适应时代发展、洞悉国际局势、具备综合能力的高素质涉外法治人才。

习近平法治思想是新时代全面依法治国的根本遵循，也是培养涉外法治人才的行动指南。在培养高素质涉外法治人才的过程中，应当将习近平法治思想贯穿于教育教学全过程，明确培养目标，坚定正确的政治方向，提升涉外法治人才的综合素养，确保涉外法治人才培养与中国式现代化相适应，从而保障我国涉外法治人才培养的政治正确性。培养涉外法治人才既要加强理论学习，又要注重实践引领，将所学理论应用于实践以指导实践，同时又要在实践中检验所学理论是否达标。人才的培养是一项系统工程，涉外法治人才尤其如此，不仅需要各方协同形成合力，凝聚共识以打造更高更宽广的人才培养平台，更要注重培养法律知识丰富、外语运用熟练、思辨能力强大的复合型人才。

二、习近平法治思想的指引作用

党中央在2020年11月召开的全面依法治国工作会议上，首次旗帜鲜明地提出了“习近平法治思想”这一重大理论。习近平总书记在这次会议之前以及会议结束至今所作的有关法治的重要论述，都是“习近平法治思想”的重要组成部分，习近平法治思想也是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分。坚持统筹推进国内法治和涉外法治，是“习近平法治思想”的重要内容，是建设法治国家的关键一环。这是我国法治建设史上，第一次把“涉外法治”与“国内法治”摆在同等重要的地位，在国家宏观法治体系内单独考虑涉外法治的地位和作用，凸显了加强涉外法治建设的重要性和紧迫性。[3]

在习近平法治思想的指引下，我国涉外法治人才培养成效显著提升，高素质涉外法治人才队伍已经初具规模。习近平法治思想立足我国当今社会发展实际，不仅为涉外法治人才培养工作提供明确的理论依据，更为涉外法治人才培养开辟新路径指明方向。习近平总书记强调，在涉外法治人才培养中，要提高涉外法治人才的政治站位，有机融合专业知识、理想信念、社会主义法治理念等教育内容，开展教育教学培训工作。[4]习近平法治思想明确了涉外法治人才的培养目标，要

[2] 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，中国政府网，https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm。

[3] 参见黄惠康，董华亮：《一体推进涉外法治体系和能力建设的实践路径》，载《法治现代化研究》2024年第6版，第1—17页。

[4] 参见哈书菊，乔杨：《加强涉外法治人才培养的时代意义与实践路径》，载《黑龙江教育(高教研究与评估)》2024年第12期，第16—19页。

求涉外法治人才不仅要具备扎实的法学理论基础和丰富的法律专业知识，还要具备良好的政治素质、国际视野和实践能力，能够胜任涉外法治工作的各项任务。

科学的思想为培养涉外法治人才指明了方向，但现实中层出不穷的复杂问题仍然非常棘手，人才培养依然面临诸多困境。无论是政府，还是高校和企业，以及其他各方主体，在涉外法治人才的培养过程中，难免会遭遇人才质量提升存在瓶颈、理论与实践脱节、国际视野不够开阔等等各种问题，这是人才培养的必经阶段，也是各方需要花大力气、下苦功夫去解决的问题，直接关系到我国涉外法治工作的水平和成效。

正视问题才能解决问题，习近平法治思想的重要指引作用也体现在要坚持问题导向，树立问题意识，善于发现问题，着力解决问题，逐步完成培养高素质涉外法治人才的任务。解决我国涉外法治人才培养模式存在的问题，需要以服务国家重大战略发展为契机，走出一条富有自身特色、对接时代需求的涉外法治人才培养之路。[5]政府、高校、企业各方主体加强协同，以习近平法治思想为指引，改革人才培养的传统模式，充分发挥主观能动性，推动涉外法治人才培养工作大发展、大迈进。

三、涉外法治人才培养的困境与问题

新时代背景下，涉外法治人才培养取得了不菲的成绩，与以往相比，不仅受到更多的重视与优待，培养的人才质量也有所提升。然而，在看到成绩的同时，我们也必须看清困境，正视问题，并采取积极的举措摆脱困境，解决问题，助力涉外法治人才培养迈上更高的台阶，取得更优异的成绩。

（一）从政府角度来看，涉外法治人才培养在取得不小成就的同时，也确实存在需要改进的地方，比如人才培养的跟踪管理不到位，高素质涉外法治人才流失严重，跨部门、多主体、全方位协同不足等问题，需要我们正视和改进。

1、人才培养的跟踪管理不到位。

近年来，我国政府部门陆续出台了一系列有关培养高素质涉外法治人才的政策，在法学学科实力较强的高校开展试点培养，积极开设涉外律师、国际仲裁等研究生专项，探索新型涉外法治人才培养机制。然而，在政策下达至高校后，人才的进一步跟踪培养不到位，政府部门仅是完成政策传达便对涉外法治人才的后续跟踪管理不再过问，对涉外法学专业学生的毕业及就业情况不熟悉，对他们未来是否真正从事了与涉外法治相关的工作没有关注。仅以涉外律师为例，截至 2020 年底，我国共有律师五十余万人，进入中华全国律师协会涉外律师人才库的仅有 2200 人，而国内能承担高端涉外法律业务的律师更是十分

[5] 参见马志强：《习近平法治思想指引下涉外法治人才培养研究》，载《河南教育学院学报(哲学社会科学版)》2022 年第 3 期，第 32—35 页。

稀少。[6]2014 年，党的十八届四中全会对建设涉外法治人才队伍进行了总体布局，此后政府部门和各大高校纷纷响应，对涉外法治人才队伍着手进行重点培养。然而，截至 2023 年底，我国能够熟练从事涉外业务的律师仅有 7000 余名，只占全体律师人数的 1%。[7]2024 年，教育部批准设立了五十余家涉外法治人才协同培养创新基地，最为理想的状态是每年合格的本科毕业生能达到 1500 人左右，如果这些本科毕业生能有 50%的人从事了涉外法治工作，也只需要用十年左右的时间便可达到现有熟练从事涉外业务的律师规模，更不必说还有比学习涉外法学专业的本科生数量更多的研究生队伍。那为何在校学习涉外法学的学生规模并不小，最后业务熟练的涉外法治人才反而成为稀缺人才呢？很大一部分原因是这些专业的学生对从事涉外法治工作的未来预期有担忧，他们对工作的稳定性、薪酬待遇的不确定性、未来的发展程度等多个方面产生焦虑。而这，归根结底是政策宣传力度小，政策兜底不到位，让学生产生了不必要的担心。

2、高素质涉外法治人才流失严重。

事实上，我国培养的优秀涉外法治人才不在少数，可统计的数据却显示涉外法治人才现阶段尚属于稀缺型人才，很重要的一个原因就是人才流失严重。这个问题不单单存在于涉外法治领域，但涉外法治领域属于培养人才与留住人才产生矛盾点的典型。因为在培养涉外法治人才尤其是高素质人才的过程中，我们必须要开阔其国际视野、培养其国际思维，出国学习与实践锻炼势在必行。在这个过程中，一些学生便会选择留在国外名校深造，追求更高的学术平台，从而导致国内人才的流失与减损。另一方面，培养的涉外法治人才在对外交流与工作的过程中，面对国外企业、律所或其他相关机构开出的优厚条件，基于自身对更高质量生活的追求而选择放弃国内的工作与生活，转而奔赴其他国家从事相关工作或者其他工作，都是当下我国涉外法治人才流失的重要原因。我国培养的高素质涉外法治人才在国内的薪资水平与发展空间相对有限，往往就会选择出国深造或进入跨国公司等更具吸引力的行业。

3、跨部门、多主体、全方位协同不足。

政府在涉外法治人才的培养过程中，应当确保人才培养工作的系统性和连续性，将培养高素质涉外法治人才纳入国家中长期人才发展规划，明确各大部门与不同主体的培养目标、任务、路径和举措，还可根据实际情况为高校、企业等不同主体制定涉外法治人才培养的专项规划，加强各主体人才培养的协同与互助。然而在现实情况中，政府各部门间的协同不足，比如教育部门与外交

[6] 参见余素青，骆伟兰：《服务于涉外法治建设的新外语人才培养规划：标准、方向与体系》，载《当代外语研究》2024 年第 5 版，第 69—79+209 页。

[7] 参见孙佑海：《面向涉外法治一体推进需要的创新人才培养机制研究》，载《天津大学学报（社会科学版）》2025 年第 1 版，第 19—30 页。

部门，政府、高校、企业等不同主体的协同作用也很弱，缺乏跨部门与多主体的沟通与合作，导致资源分散不集中，无法达到预期目标，培养效果大打折扣。涉外法学专业的学生，长期在学校学习，大部分缺乏实践锻炼与社会经验，与人才市场存在供需双方信息不对称、搜寻成本高、自发调节难等问题，更需要政府的统筹规划和相关部门的中介服务。[8]应当由政府牵头的人才交流不够充分，应当由政府建立的沟通平台尚未搭建，应当由政府落实的协同任务没有完成，这都是政府扮演的角色不到位，发挥的作用不完全，亟需改进完善。

（二）从高校角度来看，个别高校在涉外法治人才培养方面做得可圈可点，这与它们本身的办学特色和优势学科等因素有关，但并不意味着其他高校不能在涉外法治人才培养方面实现新的突破，大部分高校在课程体系设置、实务能力训练、师资队伍建设等基本面上就存在缺陷与不足，理应改进和完善。

1、课程体系设置存在问题，不够系统和全面。

经过多年的探索与试验，个别高校形成了特色的涉外法治人才培养方案，如西南政法大学、华东政法大学等政法类高校，这些学校在实践中逐渐完善了培养方案的设计，涌现出了一批优秀的涉外法治人才。但我们必须看到，更多的高校没有形成系统的培养方案，而是沿用传统的法学专业培养思路，学科建设相对滞后，对国际法等涉外法治教学课程的数量设置不足，对涉外法治人才课程体系的设置仍较为传统和保守。许多高校缺少跨学科的课程安排，培养方案仍以法学专业为主，外语、国际政治等方面的课程安排较少，既不利于学生语言能力的提升，也没有拓宽学生的全球视野和国际思维，不同学科的融合度低，培养的涉外法治人才质量就难以保证。跨学科联动力度加强，可以使一流高校的学科优势得到充分发挥，如理工类高校就可以发挥理工科优势，努力与法律专业结合，竭力培养涉外知识产权法治人才。此外，在研究生培养方面，许多高校的涉外法学研究生招生专业是法律（非法学）专业，这些学生的本科不是法学专业，基础知识可能存在漏洞，法律知识体系也可能存在缺陷，再加上学习外语，学生的学习负担和心理负担均有所加重，心理预期也会降低。高校对培养涉外法治人才的课程体系设置一旦出现问题，就相当于高楼大厦的地基不稳，“基础不牢，地动山摇”。他们在学校如果不能系统地学习专业理论知识，即使能顺利毕业，工作以后可能也难以承担相应的职责、完成相应的任务，是否能走得更远、站得更高值得深思。

2、缺乏实践训练，实务能力不足。

高校在培养涉外法治人才时，主要以教授理论为主，缺乏对学生的实践锻炼，学生的实务能力有待提高。涉外法治人才的培养，也需要充分参考和借鉴

[8] 参见黄文艺：《涉外法治范畴的结构论诠释》，载《比较法研究》2024 年第 6 期，第 1—13 页。

人民法院在涉外司法审判中的具体实践经验。[9]因搭建实践平台需要付出较多的人力成本、时间成本、金钱成本等等，许多高校干脆将对学生在社会上的实践锻炼改为在学校里上实务理论课，没有为涉外法治专业的学生建立与相关企业、律所、国际组织等的沟通合作平台，致使学生理论与实践脱节。涉外法治人才的培养需要专门的实践基地与锻炼平台，但受地理、资金、交通等多种因素的影响，很多地方几乎没有国际组织或涉外法治实务部门，高校也难以与相关部门、组织、机构等建立起行之有效、行之长效的实践平台，学生的实践能力也就无法得到锻炼。而且，国际实习机会十分难得，只有少数一流高校和地理位置优越的高校能与国际组织机构搭建起可持续的实践平台，大部分高校的学生难以接触到国际前沿的法治实践，这也就限制了涉外法治人才国际视野的拓展和跨文化实务处理能力的提升。另外，涉外法治人才需要具备对不同法系和文化的理解和适应能力，当前的培养模式过于依赖本国法律体系，缺乏对其他法系的深度了解，难以应对复杂多样的国际法律环境和瞬息万变的国际发展局势。缺乏实践锻炼，没有与不同法系和法律文化的接触，就难以保证涉外法治人才的培养质量。协同培养落实难，实践锻炼平台小，沟通交流机会少，就会导致高校培养的学生实务能力不足。

3、专业化教师队伍尚不健全，高水平师资力量存在缺口。

高校教师是培养涉外法治人才的主力军，教师队伍是否专业，师资力量是否优质，是决定能否培养出高素质涉外法治人才的重要因素。一支理想的专业化、高水平涉外教师队伍，应当具备良好的教育背景和扎实的知识基础，既对法律知识和涉外法治专业教学有系统的认知与总结，又有熟练的语言能力和丰富的跨学科知识，同时能对国际局势有深入的把握和独特的见解，拥有指导学生进行涉外法学实践的能力。但现实情况却不尽人意，大部分高校并没有为涉外法治专业的学生单独配备专业化的教师队伍，而是继续沿用原来法学专业的教师作为涉外法学专业的教师，老教师再用旧思路去授课，就会模糊普通法学专业与涉外法学专业的界限，降低了涉外法学的存在感和学生对涉外法学的认同感。时代的发展速度之猛和知识的迭代更新之快对涉外法治教师队伍提出了非常高的要求。此外，有些高校师资力量本就短缺，更无法为涉外法治专业的学生专门提供高水平的教师团队。因此，加强高校涉外法治教师队伍建设、提升涉外法治教师团队整体素质势在必行。

（三）从企业角度来看，涉外法治人才从高校毕业进入社会以后，企业、律所等实务部门就是检验涉外法治人才培养效果的地方。许多企业对涉外法治人才十分重视，不仅给予优厚的薪资和良好的福利待遇，更为他们提供锻炼高

[9] 参见刘仁山：《充分发挥人民法院在涉外法治人才培养中的重要作用》，载人民法院报，2020 年 10 月 13 日。

超本领的机会和平台，用实际行动做好人才培养的“售后服务”。但也有许多企业紧盯经济效益不放，罔顾涉外法治人才的培养与发展，致使人才的流失与浪费，与培养涉外法治人才的初心目标相差甚远。

1、企业对涉外法治人才的需求定位不清。

企业在选择涉外法治人才时，往往对所需人才的具体要求不够明确，可能只侧重于某一方面的能力，忽视了涉外法治人才所需的全局性思维和综合素质，导致人才培养方向出现偏差。企业过于注重某些方面的技能或经验，就会忽视涉外法治人才所拥有的其他同样重要的能力。例如，有的企业只看重人才的法律专业知识，而忽视了商业战略思维、跨文化沟通能力等综合能力，定位产生偏差就容易导致企业招聘到的人才无法全面胜任涉外法治工作。因此，企业在招聘和培养涉外法治人才时，应当具有针对性，善于挖掘人才的潜力和特点，增强人才的核心竞争力，在反复打磨中找到真正符合企业需求的人才。另外，企业的需求不能与市场脱节，更要与国家政策乃至国际平台接轨，否则企业需要和培养的人才可能无法适应市场的变化和发展，也难以应对国际竞争中的挑战和难题。

2、企业的国际合作资源少，国际交流平台小。

国际合作资源匮乏和国际交流平台有限，企业的国际谈判和合作能力较弱，意味着涉外法治人才缺少接触真实国际法律环境和跨国法律事务的机会。一些企业与国外优秀企业、律所、国际组织等合作较少，缺乏足够的或者是优秀的国际合作平台，就会导致涉外法治人才很难获得跨国实践经验和国际法律视野，也难以吸引海外优秀人才的加盟。缺乏足够的国际锻炼和跨国培训，涉外法治人才的综合能力就难以保障；不与来自不同法律文化背景的人进行充分的沟通和交流，就难以建立起与优秀人才的联系；不能借鉴和吸收国际上的先进理念和实践经验，企业的涉外法治人才发展就会停滞，从而失去创新的活力。长此以往，不仅会使企业丧失发展机遇和前进动力，也会导致优秀涉外法治人才流失殆尽。

四、涉外法治人才培养路径优化分析

涉外法治人才的培养困境和问题不是短期内形成的，解决这些问题也不可能一蹴而就，而是需要各方主体合力，加强对人才培养的重视程度，有针对性地采取措施加以应对。涉外法治人才培养路径的优化是一个系统工程，需要政府、高校、社会等多方面的共同努力，从而实现我国涉外法治人才培养质量的全面提升，为国家参与全球治理、维护国际法治提供坚实的人才支撑。

（一）政府在解决如人才培养的跟踪管理不到位，高素质涉外法治人才流失严重，跨部门、多主体、全方位协同不足等问题时，可以采取以下措施：

第一，优化顶层设计，系统整合国内外法治人才培养资源，做好人才培养的长远发展规划。政府可以与高校共建涉外法治人才跟踪培养管理档案，详细

记录其学习经历、实践经历、在校情况等信息，实现人才培养信息的动态管理。根据涉外法治人才的不同成长阶段，政府与高校协同为其制定个性化的跟踪管理计划，明确培养目标、培养措施、考核标准等，确保培养工作的系统性和针对性。此外，政府相关部门应当完善涉外法治人才的考核评价机制，制定科学合理的涉外法治人才考核评价体系，实施动态考核，全面客观地评价其表现。政府教育部门可对涉外法治人才进行定期考核和不定期抽查，及时发现和解决培养过程中存在的问题，确保人才培养质量。政府及相关部门要加强政策宣传力度和政策兜底力度，增强涉外法治人才对未来的预期，减少其后顾之忧。

第二，完善涉外法治人才评价体系，明确评价标准和奖惩措施，积极营造有利于涉外法治人才发展的社会环境。长期激励机制跟不上、评价机制不合理，就会导致人才流失或变相流失。[10]因此，健全涉外法治人才长期激励机制，增强涉外法治人才对未来的信心势在必行。政府相关部门应当加强政策支持，建立科学合理的薪酬体系，提高涉外法治人才的薪酬待遇，确保涉外法治人才的薪酬水平与其专业能力和贡献相匹配。政府应当加大开发涉外法治人才国际交流项目的力度，打造特色交流平台，可先在涉外法治教育示范高校进行试点，之后推广普及至全国高校，这不仅是留住人才的主要方式，也是吸引人才的重要举措。只有平台足够高、足够好，才能吸引和整合更多的优势资源，才能让人才愿意留、留得住、发展好。

第三，统筹多元联动与内外协同，由政府相关部门牵头，政府、高校、企业等多方主体加强合作交流，建立一体推进涉外法治人才培养协调机制。国家和各省级政府可以考虑成立专门的协调机构，负责统筹和实施涉外法治人才培养工作，通过整合教育、立法、司法、行政和外事等部门资源，实现跨部门协作，建立一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务、法治人才培养的工作机制。[11]政府可打造全国性的涉外法治产学研用交流平台，突破地域限制，减少条框束缚，以高效率助推人才高质量培育。协同培养不能相互推诿，政府要建立各培养主体之间的常态化沟通机制，划定不同主体的培养界限，明确各方在人才培养中的职责和分工。在习近平法治思想的指引下，探索出一条系统化、多样化、国际化的涉外法治人才特色培养道路。

（二）高校要充分发挥涉外法治人才培养的主阵地作用，但许多高校依然在课程体系设置、学生实践训练、师资队伍建设等方面存在不足，需要采取以下措施加以改进：

第一，课程体系设置是核心环节，直接关系到人才培养的质量与成效。高

[10] 参见王文华：《论涉外法治人才培养机制创新》，载《中国大学教学》2015 年第 11 期，第 23—26 页。
[11] 参见何俊毅：《加强涉外法治人才培养工作》，载中国社会科学网—中国社会科学报，https://www.cssn.cn/skgz/bwyc/202408/t20240820_5772708.shtml。

校不仅要设置包括法理学、民法学、刑法学在内的法学基础课程，夯实学生的法学基础理论，确保学生掌握扎实的法学理论知识，更要增加国际私法、国际投资法、国际经济法等国际法课程，使学生全面了解国际法律规则和国际交往惯例。高校必须完善跨学科联合培养机制，坚持“法律+外语”“法律+X”等跨域培养模式，既注重提高学生的外语能力，又要拓宽学生的国际视野，培养复合型涉外法治人才。高校要依托各自的优势专业和特色学科，为学生打造个性化培养方案和课程体系，培养一批特征鲜明、优势突出、出类拔萃的涉外法治人才。此外，开设法律硕士的高校也要重视人才的培养，补足其基础知识，提升其法律思维。

第二，努力搭建以涉外实务为导向的实践平台，多方主体合力共建高水平的优质涉外实践基地。高校应当加快建设长期稳定的涉外实践教学基地，与知名涉外企业、律所、法院和检察院等机构建立可持续的合作关系，做到资源共享和优势互补，从而共同建设实践教学基地。[12]高校也要鼓励学生积极参与联合国、世界贸易组织、国际海事组织等国际组织的实习项目，设立专项实习补助为学生提供资金支持，帮助学生了解国际法律实务运作机制，拓宽其国际视野；鼓励学生参与国际学术交流活动，了解国际法律最新研究动态，提升学术水平。通过亲身参与国际法律实践，学生也能提高法律实务能力和跨文化交流能力。此外，各高校也可与海外高水平大学或研究机构合作，开展海外研修项目，让学生赴海外学习国际法律知识和实务经验。

第三，建设一支专业化的涉外法治教师队伍，增强高水平师资力量。涉外法治教师首先应当具备扎实的法学理论功底，不仅能够对法学基础知识信手拈来，更要深谙国际法学理论和实务规则，同时具有宽广的国际视野和深厚的家国情怀。只有如此，才能教好学生，才能在潜移默化中影响学生。跨文化交际能力或全球胜任力要求也是涉外法治人才培养师资区别于一般法治人才培养师资的一个重要方面，是涉外法治人才培养师资应具备的基本素质。[13]高校应当加大引才力度，吸纳具有国际背景和丰富教学研究经验的专家学者加入，他们不仅能够带来前沿的学术理念和教学方法，还能为学院的科研和教学工作注入新的活力。高校也要注重培养青年骨干教师，合理配置高级职称教师的比例，发挥他们在教学和科研中的引领作用。

（三）企业对涉外法治人才的需求定位不清，企业的国际合作资源少、国际交流平台小等问题制约了企业对涉外法治人才的进一步培养与发展，亟需采取措施加以完善：

[12] 参见崔晓静：《“五位一体”涉外法治人才培养的实践育人路径探索》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2025 年第 1 期，第 43—53 页。

[13] 参见石佑启，韩永红：《论新时代我国涉外法治人才培养体系之优化》，载《中外法学》2024 年第 6 期，第 1427—1448 页。

第一，企业要紧跟国家战略，密切关注国家“一带一路”倡议、构建人类命运共同体等重大战略部署，了解国家在国际经贸、投资、法律服务等领域的政策导向和需求。企业应根据自身的长期发展战略，提前布局涉外法治人才的培养，确保人才储备与企业的国际化进程相匹配，并建立人才梯队，形成由初级涉外法务人员、中级涉外法律顾问到高级涉外法务专家的梯队结构，为企业的国际化发展提供持续的人才支持。企业要鼓励涉外法治人才参与国际项目、跨国诉讼、海外并购等实际业务，通过实践积累经验，提升解决实际问题的能力，并且定期对涉外法治人才的工作表现进行评估，收集反馈意见，帮助人才发现不足，制定针对性的提升计划，充分挖掘人才潜力。企业的战略性规划、国际化布局、可持续发展必须依靠高素质的复合型涉外法治人才。

第二，增加国际合作资源、拓宽国际交流平台是企业提升涉外法治人才国际化视野和实践能力的重要途径。企业应根据自身的战略需求和涉外法治人才的培养目标，制定国际合作与交流计划，明确合作对象、合作内容、合作方式等，确保国际合作与交流活动的有序进行。同时，企业要成立专门的国际交流与合作的机构或团队，负责国际合作交流活动的策划、组织和实施，确保活动顺利进行和取得实效。企业可定期举办国际法律研讨会，邀请国内外法学专家、学者和企业法务人员参加。通过研讨和交流，分享国际法律实践经验和研究成果，拓宽涉外法治人才的国际视野。企业还应与国外律师事务所、企业法务部门等建立合作关系，为涉外法治人才提供海外实习和就业机会，深入了解国际法律实践和文化背景，提升涉外法律服务能力。

五、结语

习近平总书记强调，要加快推进我国涉外法治体系和能力建设，为中国式现代化行稳致远营造有利法治条件和外部环境。[14]在推进高水平对外开放的过程中，高水平涉外法治建设绝不能落后，因此培养高素质涉外法治人才服务于高水平涉外法治建设是当前的首要任务。涉外法治人才不仅需要有坚定的政治立场、深厚的家国情怀、扎实的法律知识和高度的历史责任感、时代使命感，还应当具备宽广的国际视野、强大的实务能力、跨文化沟通技能和熟练的外语能力、全球化意识。各方主体要坚持以习近平法治思想为指引，积极探索具有中国特色的涉外法治人才培养道路，不断完善和创新涉外法治人才培养机制，全面提高涉外法治人才培养质量，培养一批又一批致力于实现中国式现代化的优秀涉外法治人才。

[14] 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调：加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，中国政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202311/content_6917473.htm?eqid=fa0fff760028b8040000000665767829&jump=true。

涉外安全法治的人权标尺

范曦予*

摘要：涉外安全法治在塑造国际安全环境以及应对恐怖主义、保护海外公民权利、回击基于人权理由的遏制等具体问题这两方面中体现保障人权的意义。但是，涉外安全法治需要关注人权考量下的自我克制，这一背景是国家安全与人权在制度上存在张力，面临挑战是国家安全有极化、泛化的风险和趋势，但以涉外安全法治防范国家安全的扩张具备现实可能。为此，应进一步完善国家安全法治的理论澄清和实践优化，探讨国家安全与人权的关系，并且在法治的各个运行环节中和国家与非政府组织的协调中增进涉外安全法治的人权价值。

关键词：涉外法治 国家安全 安全法治 人权

The Human Rights Yardstick of the Rule of Law in Foreign - related Security

【**Abstract**】The rule of law in foreign - related security demonstrates the significance of safeguarding human rights in two aspects: shaping the international security environment and addressing specific issues such as counter - terrorism, protecting the rights of overseas citizens, and responding to containment based on human - rights justifications. However, the rule of law in foreign - related security needs to pay attention to self - restraint under the consideration of human rights. This is against the backdrop of an institutional tension between national security and human rights. The challenges it faces include the risks and trends of the polarization and generalization of national security. Nevertheless, it is realistically possible to prevent the expansion of national security through the rule of law in foreign - related security. Therefore, it is necessary to further refine the theoretical clarification and practical optimization of the rule of law in national security, explore the relationship between national security and human rights, and enhance the human - rights value of the rule of law in foreign - related security in all operational aspects of the rule of law and in the coordination between states and non - governmental organizations.

* 范曦予，吉林大学法学院 2023 级硕士研究生，研究方向为人权、国际法。

【**keywords**】Foreign - related rule of law;National security;Rule of law for security;Human rights

一、问题的提出

习近平总书记指出，“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。要从更好统筹国内国际两个大局、更好统筹发展和安全的高度，深刻认识做好涉外法治工作的重要性和紧迫性，建设同高质量发展、高水平开放要求相适应的涉外法治体系和能力，为中国式现代化行稳致远营造有利法治条件和外部环境。”[1]从国家发展的角度看，涉外安全法治是维护国家主权、安全和发展利益的有力保障，是从统筹国内国际两个大局、统筹发展和安全的高度为中国式现代化行稳致远创造有利法治条件和外部环境的关键举措。从全球层面看，它是践行全球安全倡议、构建人类命运共同体的重要支撑，有利于统筹维护传统与非传统领域安全，促进世界和平与发展。

涉外安全法治是涉外法治在安全领域所采取的各种措施。即涉外安全法治是国家单边措施、双边协定、多边协定及其机制的立法、执法与司法合作、促动守法等环节。[2]其中涉外安全相关立法包括《外国国家豁免法》《对外关系法》等一些对于维护国家安全和利益起到了重要作用的专门性涉外立法，以及《国家安全法》《网络安全法》等以维护安全为主要目标的专门立法中的涉外条款。涉外安全执法包括针对暴力恐怖势力、民族分裂势力、宗教极端势力和贩毒走私、跨国有组织犯罪，积极参与执法安全国际合作。[3]此外，我国参与的双边协定、多边协定和全球机制也是涉外安全法治的一部分。

国家安全是中国式现代化行稳致远的重要基础，而以中国式现代化促进人的自由全面发展是中国人权保障的核心理念。但是，与此同时，出于公权力的扩张倾向、国际局势动荡使国家不安全感增强等原因，安全经常存在着超过其合理限度的风险，从而造成对人权的侵犯。所以，在安全与人权的张力之下，防止在推进涉外安全法治的进程中造成对人权的侵犯是必须考虑的问题。

国内外都对国家安全措施与人权的关系展开了较为充分的论述。国外许多学者就某一国的国家安全目标与人权目标之间的冲突与协调展开论述，但大部分视角都是基于国家安全的举措如何对人权造成侵犯。[4]国内大部分有关涉外法治的

[1] 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调：加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，载中国政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202311/content_6917473.htm#:~:text=%E3%80%82。

[2] 参见何志鹏：《论涉外法治的安全维度》，《法治研究》2023 年第 3 期，第 68 页。

[3] 参见《法治中国建设规划（2020-2025 年）》，《人民日报》2021 年 1 月 11 日第 1、2、4 版。

[4] 以国家安全为主要目的的举措在传统上以军事和外交为主，许多论及国家安全与人权之间价值排序、制度平衡、保护模式的论文并未以法律为分析蓝本。许多国外学者论述不同国家安全与人权在一定地区、时间内的价值取向冲突，其中美国在冷战时期的一系列举措是以国家安全为借口侵犯公民隐私权、人身自由

学术论文都会从“背景”的角度论及涉外法治与安全的关系，即涉外法治的背景是国际局势动荡，世界处于百年未有之大变局之中，各个国家的安全状况都面临挑战。以及在进行涉外法治斗争范式与合作范式的选择时需要考虑国家安全，以法治手段维护国家主权、安全和发展利益是中国涉外法治斗争的目标。[5]有学者探讨涉外安全法治对于维护国家安全的意义、[6]以及其中存在的问题和完善路径，[7]或更具体的涉外立法对于国家安全的意义，比如《网络安全法》[8]《反间谍法》《对外关系法》[9]。或者如何通过涉外法治维护整体意义上的国家安全，以及总体国家安全观对涉外法治布局提出的要求。[10]此外也有学者具体讨论了涉外法治的安全举措，涉外法治中的单边、双边、区域、全球安全举措以及未来规划，[11]以及从国家安全法治出发分析其域外体系。[12]

在更具体的领域中，有对涉外安全法治中某一环节与人权关系的讨论，比如有学者从立法环节分析了国家安全立法的人权意义，[13]或者涉外安全法治的某些具体措施与人权的关系，比如反恐措施与人权[14]以及海外投资安全与安全审查机

权、违反禁止酷刑等国际人权法的典型例证，参见 Andrew B. Speigel, “Human Rights Versus National Security,” Houston Journal of International Law, vol. 4, no. 1 (Autumn 1981), pp.148-156; Patricia Wald, “National Security versus Human Rights: An Uneven Playing Field,” American Society of International Law Proceedings, vol. 104 (2010), pp. 458-461；此外，还有印度国家安全法案对人权的侵害 Sherin Sneha R, “Violation of Human Rights in the Name of National Security - Justifiable or Not?,” Jus Corpus Law Journal, vol. 2, no.2 (December 2021-February 2022), pp. 759-766；还有立足恐怖主义防范与基本人权保障的一些讨论，参见 Robert P. Barnidge Jr, “Should National Security Trump Human Rights in the Fight against Terrorism,” Israel Yearbook on Human Rights, vol. 37, (2007), pp.85-114; Myriam Feinberg, “International Counterterrorism - National Security and Human Rights: Conflicts of Norms or Checks and Balances?,” International Journal of Human Rights, vol. 19, no. 4 (2015), pp.388-407; Itzhak Zamir, “Human Rights and National Security,” Israel Law Review, vol.23, no. Issues 2 and 3 (Spring-Summer 1989), pp.375-408；以及在恐怖主义问题中适用国际人权法还是刑法的讨论，详见 Robert P. Barnidge Jr, “Should National Security Trump Human Rights in the Fight against Terrorism,” Israel Yearbook on Human Rights, vol. 37 (2007), pp.85-114.

[5] 相关论述，详见何志鹏:《国内法治与涉外法治的统筹与互动》,《行政法学研究》2022 年第 5 期；何志鹏、崔鹏:《涉外法治斗争的战略勇气与战术设计——以应对海外投资法律风险为视角》,《法治现代化研究》2023 年第 6 期。

[6] 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；张龑：《涉外法治的概念与体系》,《中国法学》2022 年第 2 期；宋知原，李毅：《总体国家安全观视阈下的中国国家主权安全与国际法规则》,《中国政法大学学报》2024 年第 2 期；程华儿：《更好维护国家主权、安全、发展利益加快推进涉外法治建设》,《中国司法》2022 年第 11 期。

[7] 比如，有学者指出涉外安全法治存在立法不充分、实践经验比较少等问题，详见陈喆，陈佳贝：《国家安全视角下涉外法治建设的检视与完善》,《法治论坛》2022 年第 4 期。也有学者指出应当将国家安全立法作为涉外立法工作的重点，参见刘敬东：《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。也有学者提出涉外安全法治应当加强人才培养，详见郭永辉，李明：《“一带一路”倡议下涉外国家安全法治人才的培养》,《法学教育研究》2022 年第 3 期。

[8] 张龑：《网络空间安全立法的双重基础》,《中国社会科学》2021 年第 10 期；闫飞：《网络安全法律涉外管辖权问题研究》,《网络空间安全》2019 年第 3 期。

[9] 何志鹏，耿斯文：《国家总体安全观下对外关系法中的国家安全释义》,《法治现代化研究》2024 年第 6 期。

[10] 有学者指出全面布局涉外法治建设时应当纳入总体国家安全战略，详见赵永琛:《新时代涉外法治建设论纲》,《中国社会科学院大学学报》2023 年第 6 期。

[11] 何志鹏：《论涉外法治的安全维度》,《法治研究》2023 年第 3 期。

[12] 蔡艺生，翁春露：《国家安全法治“域外体系”的理论阐释与理性建构》,《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2022 年第 5 期。

[13] 周叶中，庞远福：《论国家安全法：模式、体系与原则》,《四川师范大学学报》（社会科学版）2016 年第 3 期。刘小妹：《〈国家安全法〉充分体现人权保障原则》,《人民法治》2016 年第 8 期。

[14] 许多学者在反恐与人权“相互促进”并“此消彼长”的关系中探讨反恐措施如何维护人权或不至侵犯人权，参见张宗亮：《反恐立法之价值取向——以人权保障为视角》,《东岳论丛》2006 年第 4 期。刘莹，杨名静：

制[15]和我国公民海外权益的维护。[16]

现有的研究成果为本文提供了丰富的参考与借鉴，然而，从人权视角看待涉外安全法治的研究仍属空白。本文意在说明，涉外安全法治具有深刻的人权意义，可以从人权视角出发衡量涉外安全法治的价值，同时也应当以人权确定涉外安全法治的具体措施，并以涉外安全法治对国家安全的扩张加以限制，从而在整体上更好地维护国家利益与人权。

二、涉外安全法治的人权价值

涉外安全法治对于维护人权的价值既体现在对国际和平环境的贡献，也体现在维护本国国家安全、推动国家发展以提高国家的人权保障能力中。从宏观的国际秩序构建来看，涉外安全法治有利于塑造和平稳定的国际环境。通过协调各国在安全领域的利益诉求，减少冲突爆发的可能性，为全世界人民营造能充分享有各项人权的大环境。在具体问题应对上，涉外安全法治为精准打击恐怖组织，切实保障民众生命与安全不受侵害提供了坚实的制度支撑。当西方势力以人权为借口对我国无端指责时，涉外安全法治助力我国作出有力回应。同时，在保障我国海外公民人权领域，依托现有的领事保护法规与应急响应机制维护海外公民的人身、财产、合法诉求等诸多权益，以保障我国公民在海外能得到有效庇护。

（一）塑造国际安全环境

和平与安全的环境是所有人生存发展的基础。在全球安全挑战层出不穷的背景之下，建设一个更加安全稳定的世界始终是民心所向、大势所趋，这需要国际社会同舟共济、合力应对。[17]党的二十大报告指出，“要统筹维护和塑造国家安全，

《国家安全视阈下西方国家防“回流”所涉人权问题评析》，《人权》2020 年第 6 期。张屹：《安全与自由的悖论———解析反恐行动中的人道主义与人权问题》，《凯里学院学报》第 34 卷第 4 期。王秀梅：《惩治恐怖主义犯罪中维护公共秩序与尊重人权的平衡》，《法学评论》2006 年第 2 期。张金铁：《国际反恐与人权保障的平衡》，《天水行政学院学报》2013 年第 3 期；也有学者认为反恐与人权分别属于政治实践和道义范畴，人权必须通过政治实践才能实现，所以不必价值层面争论反恐怖主义和保护人权谁更重要，参见钱雪梅：《反恐怖主义与人权保障的关系：基于国际政治视角的分析》，《人权》2015 年第 1 期；另有学者将反恐措施视为人权措施的一部分，即反恐与人权之间的制度衡量实则是人权措施中的反恐措施与其他人权措施中的先后、强弱关系。参见何志鹏：《内嵌于人权的反恐机制》，《人权》2019 年第 5 期。

[15] 海外投资安全是国家安全的重要方面，也是以国家发展保障人权的关键举措。有学者在人权意识对中国企业海外投资所具有双面影响的基础上探讨中国企业海外投资应当履行的人权义务和承担的人权责任，从而增强中国企业的海外投资安全。详见孙立军：《中国海外投资企业的人权义务与反对人权意识形态化》，《法学论坛》2015 年第 6 期。有许多学者探讨如何从海外投资安全的立法与制度上更好维护国家利益。见胡琴：《我国海外投资安全的立法思考》，《北京政法职业学院学报》2012 年第 1 期；梁咏：《石油暴利税与中国海外投资安全保障：实践与法律》，《云南大学学报》（法学版）2009 年第 6 期；姜美玲：《习近平生态文明思想下我国海外投资保险制度框架构建》，《东岳论丛》2023 年第 9 期；邓瑞平，董威颉：《中国海外投资安全风险国家层面法律防范研究》，《河北法学》2019 年第 2 期。林坤，林梅如：《我国外商投资安全审查制度的完善路径》，《福建警察学院学报》2022 年第 5 期。

[16] 王秀梅：《国际法人本化趋向下海外中国公民保护的性质演进及进路选择》，《现代法学》2010 年第 4 期。胡非非：《全球治理视野下我国海外利益的法律保护》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2022 年第 4 期。张丹丹，孙德刚：《新时代中国海外公民安全综合保障能力建设探析》，《国际关系研究》2024 年第 4 期。

[17] 新华社：《合作共赢打造全球公共安全共同体——中外嘉宾共话全球安全治理》，载中国政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202409/content_6973603.htm。

夯实国家安全和社会稳定基层基础，完善参与全球安全治理机制， 建设更高水平的平安中国，以新安全格局保障新发展格局。”[18]

第一，涉外安全法治为我国的国内安全和稳定提供了保障，而中国拥有全世界近五分之一的人口，也是稳定世界经济增长的重要力量和最大引擎。中国的安全和稳定本身就是世界和平的重要组成部分，中国在维护自身安全的同时也在为世界创造安全和平的环境。

第二，我国以加强涉外安全法治的建设本身促动国际秩序的形成。可以说，我国作为负责任大国所承担的时代重任，是通过加强涉外法治建设，推动形成安全稳定、公平正义、合作共赢的国际秩序。[19]而且法治本身对安全就有着重要的价值，观念层面法治话语的趋同为实体层面法律制度的趋同提供知识基础和观念共识，形塑了共同体的“软架构”。[20]此外尤其值得注意的是，《对外关系法》第四条在立法上明确表示我国在对外关系工作中坚持维护世界和平与安全，主张以和平方式解决国际争端。[21]为中国涉外法治对世界和平的贡献提供了法律确证。

第三，中国为全球安全治理机制贡献了中国智慧。中国所提出的全球安全倡议能够促进安全领域的共同法律制度和共同运行机制，对于国家和国际组织在国际事务和国际法治进程中所采取的立场和行动具有明确的指导意义。[22]

（二）以涉外安全法治应对具体人权挑战

涉外安全法治是以法治方式维护我国国家安全的关键举措，为我国人民生存和发展提供了有力保障。涉外安全法治对具体人权挑战的回应，一是防止直接对我国公民生存权、发展权的侵害，比如恐怖主义造成的无辜伤亡。二是维护我国海外公民的人身安全以及合法权益。三是抵抗与回击以人权为借口的制裁，不仅维护了我国保障人权的能力，此时涉外安全法治也是对西方基于人权理由的遏制的回击是我国人权理念与措施对西方污蔑的辩驳。

1.应对人权的外部挑战——以恐怖主义为对象的分析。恐怖主义[23]是对基本人权的最大漠视和侵害，不仅直接侵犯无辜群众的生存权、健康权，同时会危害

---

[18] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗：在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》 , 北京：人民出版社，2022 年, 第 52-53 页。

[19] 韩大元，马怀德，贺小荣，等：《“完善中国特色社会主义法治体系”笔谈》，《中国法学》2024 年第 5 期，第 34 页。

[20] 蔡艺生，翁春露：《国家安全法治“域外体系”的理论阐释与理性建构》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2022 年第 5 期，第 66 页。

[21] 《中华人民共和国对外关系法》第 4 条，“中华人民共和国遵守联合国宪章宗旨和原则，维护世界和平与安全，促进全球共同发展，推动构建新型国际关系；主张以和平方式解决国际争端，反对在国际关系中使用武力或者以武力相威胁，反对霸权主义和强权政治；坚持国家不分大小、强弱、贫富一律平等，尊重各国人民自主选择的发展道路和社会制度。”

[22] 何志鹏：《论涉外法治的安全维度》，《法治研究》2023 年第 3 期，第 80 页。

[23] 《中华人民共和国反恐怖主义法》第 3 条，“本法所称恐怖主义，是指通过暴力、破坏、恐吓等手段，制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产，或者胁迫国家机关、国际组织，以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。”

社会稳定、造成安全危机。[24]

从国内立法的视角来看，我国《反恐怖主义法》为恐怖主义的防范与处置，尤其是其中的涉外条款为抵御境外恐怖势力和跨境打击恐怖主义提供了遵循。《反恐怖主义法》在第七章国际合作中，既从整体上规定了我国与其他国家、地区、国际组织根据所缔结的国际条约开展国际合作，也规定了更具体的合作领域，包括政策对话、情报信息交流、执法合作和国际资金监管合作、刑事司法协助、引渡和被判刑人移管，以及对国际反恐合作中的证据使用和刑事管辖权作出了明确规定。但是，从国际整体情况来看，法治反恐面临国际标准不统一、某些国家对反恐问题持双重标准、越境反恐缺少合法性依据但存在现实需求、跨境取证难度大等问题，因而需要更广泛、更充分的国际合作。[25]我国的双边安全举措以及区域合作为国际反恐合作作出了卓越贡献。我国与巴基斯坦、蒙古国、印度尼西亚、沙特阿拉伯、土库曼斯坦等国签署联合声明，并在其中表示在打击恐怖主义的问题上展开合作。在打击恐怖主义的区域机制中，上合组织在其中（尤其是在中亚地区）起到了关键作用。上合组织对打击恐怖主义的贡献不仅包括为国家提供对话平台，进行反恐机制共建。具有开创性意义的是，《上海公约》是最先界定中亚地区恐怖势力结构、提出“三股势力”的法律文件。中国一贯积极参与上合组织的反恐机制建设，作为上合组织的重要成员国和轮值主席国，在 2024 年任主席国期间，中国积极开展“反恐协作-2024”联合反恐演习，[26]为共同打击恐怖主义积累实践经验，致力于完善安全合作机制，维护地区稳定。此外中国还设有上合组织成员国常驻反恐机构代表，通过这一机构与其他成员国保持反恐工作中的沟通与协调，并增进成员国之间的沟通与理解，促进形成反恐合力。中国在上合组织框架内参与建设中亚反恐机制，不仅丰富了国际安全合作的新型模式，还促进了双边和多边层面的反恐合作实践。历史与现实亦表明，上合组织已经成长为成员国打击恐怖主义、保障地区安全的合作平台与战略框架。[27]

2.域外人权的安全法治——以海外公民为对象的分析。海外公民的人身安全也是一国人权保障的重要内容。但是，对海外公民的管辖超出主权国属地管辖的范围，此时就涉及到我国法律的域外适用，因而属于涉外法治的范畴。海外公民可能遭受恐怖主义的袭击，也可能因别国的自然灾害和社会治安问题而遭受生命、财产安全和其他合法权益的损害。保护海外公民安全的责任主体和具体程序因公民的出国事由与受侵犯事由有所区别。比如根据《对外承包工程管理条例》规定

[24] 孙璐：《国际反恐与人权的协调发展》，《当代法学》2020 年第 2 期，第 155 页。

[25] 赵秉志：《法治反恐的国际视角:难点与对策》，《东南大学学报》（社会科学版）2020 年第 2 期，第 84-89 页。

[26] 《中国——中亚不断深化务实合作》，《经济日报》2024 年 11 月 13 日。

[27] 王发龙：《国际制度视角下的中国海外利益维护路径研究》，博士学位论文，山东大学，2016 年，第 143-144 页。

承包工程的外派人员由对外承包工程的单位负责，[28]其他非外派海外公民，如以旅游、留学等事由出国的公民，其人身安全保护主要为领事保护。《中华人民共和国领事保护与协助条例》为海外中国公民和法人在面临困难和危险时能够及时获得有效的领事保护与协助提供了法律保障，对政府部门和驻外机构在领事保护与协助工作中的职责、权限、工作程序和要求等作出了明确规定，确保领事保护与协助工作可以依法、有序、高效开展。此外，《国家情报法》为维护中国驻外机构、企业、海外侨民安全提供法律依据和支持，有利于加大海外安全情报信息收集力度，以便能及时获取相关信息、做出风险评估。[29]对于我国公民在海外受到伤害或袭击的情况，《刑法》《反恐怖主义法》都作出了域外适用规定。[30]

3.人权语言的辩驳——以“基于人权理由的遏制”为对象的分析。涉外安全法治在应对西方国家基于人权理由的遏制中具有两方面的作用。一方面是以法治的方式、用法律的语言对以人权为幌子实则为国家安全的制裁作出反击，也对境外势力勾结、资助之下的新疆、西藏地区的宗教极端势力和香港地区的国家分裂势力作出反击。另一方面，这不仅是对国家利益的维护，同时也是对中国人权措施和中国人权话语无端指责的有力回击。

对我国涉疆涉藏涉港问题大做文章是西方社会的一贯作风。美国以“拘留营”“强迫劳动”“种族灭绝”三大谎言歪曲我国真实的人权现状，以“侵犯人权”为由对我国实施制裁，并且以所谓“保护维吾尔族权益”为由，支持“东突”分裂势力。[31]2018—2020 年，美国以所谓人权与民主为由，颁布《对等进入西藏法》《2019 年香港人权与民主法案》《禁止向香港警方商业出口涵盖军用品法案》《香港自治法》《香港正常化总统行政法令》《2020 年维吾尔人权政策法案》《防止强迫维吾尔人劳动法案》等多部法律或法令，对我国实施人权制裁和制裁警告。[32]加拿大也曾以人权为借口实则出于对“国家安全受到威胁”的担忧，终止了中国五矿集团对诺兰达公司的收购。加拿大新民主党领袖林顿在国会上表示，因为中国的不良人权记录可能说明如果加拿大公司被并购，加拿大雇员的基本人权会受到伤害，并且如果收购成功中国将控制相当一部分加拿大的自然资源，严重威胁加拿大的国家安全。[33]即使是被视为“低政治领域”的残障人权利领域，国际组织也常常在其中穿插对我国安全措施的指责，比如残疾人权利委员会在对我国定

---

[28] 《对外承包工程管理条例》第 17 条，“对外承包工程的单位应当有专门的安全管理机构和人员，负责保护外派人员的人身和财产安全”。

[29] 张丹丹，孙德刚：《新时代中国海外公民安全综合保障能力建设探析》，《国际关系研究》2024 年第 4 期，第 140 页。

[30] 胡非非：《全球治理视野下我国海外利益的法律保护》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2022 年第 4 期，第 131-132 页。

[31] 姜禹维，戴继诚：《美国涉疆议题框架建构与中国应对》，《统一战线学研究》2022 年第 5 期，第 127、130 页。

[32] 霍政欣，鄢雨虹：《美国对华制裁的演化趋势、国际法检视及中国因应》，《浙江大学学报》（人文社会科学版）第 54 卷第 7 期，第 31 页。

[33] 古继宝，张英：《中国企业跨国并购交易成败的影响因素》，《经济管理》2006 年第 19 期，第 38 页。

期审议报告作出的结论性意见中，对新疆地区残障人被“关押”在教培中心无法得到释放的情况表示关切，[34]以及我国香港地区存在使用《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》将人权维护者称为“外国代理人”并指控他们犯有恐怖主义和煽动罪的情况，并敦促中国香港“立即撤销《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》并对该法进行独立审议，以确保其符合人权和国际法”。[35]

“在对外斗争中，我们要拿起法律武器，占领法治制高点，敢于向破坏者、搅局者说不。”[36]为应对美西方对中国的制裁与围堵，立法机关先后颁布《中华人民共和国反外国制裁法》《中华人民共和国外国国家豁免法》等法律，并对《中华人民共和国民事诉讼法》涉外编进行了全面的修订。相关立法与修法均为有效应对外国制裁与“长臂管辖”以及促进中国法的域外适用提供了制度支撑。[37]这种制度支撑维护了我国的海外利益，提高了一国对其公民提供保障的能力，但是另一方面，我们也应当看到的是，这些无端指控和不实报道实际上是以人权理由抹黑我国的国际形象，从这个意义上说，涉外安全法治所作出的抵抗与回击本身是一种对我国人权措施进行抹黑的辩驳。

三、人权考量下涉外安全法治的克制

（一）克制的现实背景：国家安全与人权在制度中存在张力

有学者认为“毫无疑问的一件事情是——国家安全是公民自由的坟墓。”[38]虽然国家安全与公民的自由权是否如此水火不容暂且不能得出一个肯定的答案，但是国家安全和人权在一些时候确实会产生拉锯，比如在预测、防范恐怖袭击时进行的监听就可能与隐私权发生冲突，又或者国家安全与人身自由或言论自由在一些情况下可能发生冲突。国家安全与人权的目标实现中存在难于协调的内容，而紧急情况下的允许人权克减已基本成为各国的共识和普遍做法。

国家安全与人权之间的关系已经有了不少讨论，但是争论不休、难有定论。而且在某一具体的背景之下，无论国家安全与人权的价值在理论中如何厘清，在具体情境中也未必依此确定当时的政策，在执法过程中国家安全的考量基本具有压倒性的优势，在司法实践中国家安全和人权根据不同情况会有不同的价值取向。即使不将国家安全与人权视为同一平面的两个部分，而是视为包含与被包含的关系，也仍然存在难以疏解的压力。如果将人权视为国家安全的一部分，则会掉入“民主和平论”和西方人权观的双重陷阱；如果将国家安全视为人权的一部分，

[34] CRPD/C/CHN/CO/2-3，第 32 段。
[35] CRPD/C/CHN/CO/2-3，第 74（a）段。
[36] 习近平：《在中央全面依法治国委员会第一次会议上的讲话》，《论坚持全面依法治国》，北京：中央文献出版社，2020 年，第 225 页。
[37] 刘晓红：《论中国涉外法治体系的构建》，《上海大学学报》（社会科学版）2024 年第 5 期，第 5 页。
[38] Norman Dorsen, “Civil Liberties, National Security and Human Rights Treaties:A Snapshot in Context,” U.C. Davis Journal of International Law & Policy, vol. 3, no.2 (Spring 1997), p.143.

则人权的克减限度将极难确定。所以，如何看待二者的关系在很大程度上只能说是视角问题，可以提供一种认知方式，却不能解决更具体的情境中的问题。欧洲人权法院在国家安全与人权的平衡中可以依类型化分析总结为两种模式，在国家安全优先模式中欧洲人权法院适用宽松标准审查缔约国维护国家安全措施的适当性。在人权保障优先模式中，一些具体案例中如果涉及到民主社会的根本要素则可能会被赋予高于国家安全的价值，即以更严格的标准审查国家安全措施。[39]似乎不同的选择自然会分流到不同的结果。但是，在具体的情境中，选择何种规范是一个个具体的司法判断，比如某一次入室搜查是否构成对人权的侵害？为获取危害国家安全的证据而超期羁押嫌疑人是否构成对人权的侵害？这都需要对国家安全的威胁是否现实紧迫进行考量，而非基于价值的位序直接了断。国家安全法治实践的人权问题，同样也涉及行政与司法的拉锯以及国内法和国际法的适用。关于关塔那摩监狱，美国国会和政府在一定程度上接受了国际人权法对囚犯的相关规定，最高法院也有一些保障关塔那摩囚犯权利的决定，但美国法院在面对政府以国家安全为由反对人权执行的案件时，因为美国的《战争罪行法》禁止国内法官在解释其禁令时依赖外国来源，加之法院的解释权和官员的豁免权，人权实际执行情况不容乐观。[40]

无可置疑的是，之所以有对二者价值位序的长期探讨和实践中具体案例存在的争议，正是因为国家安全与人权之间确实存在张力，基于不同的考虑可能作出不同的政策安排或者在司法实践中作出不同判决。即使并未达到水火不容的程度，国家安全的现实威胁（或国家认为可能存在的对国家安全的威胁）难免使公民的自由权和隐私权产生弹性收缩。

（二）克制的挑战：国家安全存在极化、泛化风险

如前文所述，国家安全与公民的人身自由权、表达自由权、财产自由权、个人信息自由权、隐私权等权利在一些条件下会产生冲突。人权并非不能克减，从限制的要求来说，依据比例原则和合法程序可以在国家安全的紧张状态下限制部分人权。从限制的合理性来说，一是安全应当属于人权的一部分，作为个体的人有安全需求，而社会权威有能力满足个体对于安全的需求。此外，安全也与生存权、健康权和发展权密切相关。[41]二是涉及人权的权利分支之排序时，我国提出生存权、发展权是首要的、基本的人权，[42]所以在特殊时期限制一定自由以保障安全是符合人权价值的。

---

[39] 荆超：《平衡国家安全与人权：欧洲人权法院适用适当性原则的分析模式及其运用实践》，《人权研究》2021 年第 3 期，第 114、121 页。

[40] Patricia Wald, “National Security versus Human Rights: An Uneven Playing Field,” American Society of International Law Proceedings, vol.104, (2010), p.458-460.

[41] 参见何志鹏：《安全权的理论逻辑》，《人权》2024 年第 4 期，第 15 页。

[42] 习近平：《习近平致“纪念〈发展权利宣言〉通过 30 周年国际研讨会”的贺信》，《人民日报》2016 年 12 月 5 日，第 1 版。

但是这种限制不仅需要以法律为依据，也要求国家安全的威胁现实存在。固然安全是实现人权与法治的基本环境，但是从历史上许多国家实践来看，国家安全这一目标存在极化、泛化的风险，有可能造成对人权与法治的破坏。因此，应该警惕的不仅是安全对人权的倾轧，也要警惕安全的法律举措跳脱法治的围栏。

在一些情况下，对国家安全的高度警惕而使执法过程违反了国内法规定或者使国内立法不符合法治的精神。一个典型例证是美国警察间谍案。[43]美国联邦调查局、中央情报局、芝加哥警察局“红队”被指控对个人和团体进行监视与骚扰，其目的并非进行刑事调查，而是收集所谓威胁国家安全者的情报。联邦调查局承认在 1948 年到 1966 年间在芝加哥至少进行 500 次非法入室行动，在 1966 年到 1976 年间收集大量文件、花费资金雇佣线人并建立众多个人和组织档案。[44]类似地，印度为应对东北部地区的分离主义运动等暴力活动而实施，在执行印度武装部队特别权力法案（Armed Forces Special Powers Act）过程中出现安全部队权力滥用现象，如克什米尔地区的斯胡皮延误杀事件，以及在新冠疫情期间，图蒂科林的 Jayaraj 和 Bennick 父子因违反封锁规定被警方拘留并虐致死事件。在印度《国家安全法》中，中央和地方政府被赋予拘留个人以保护国家安全和公民利益的权力，但因其所规定的逮捕理由不明确以及可以长时间基于怀疑逮捕等问题备受争议，如印多尔有 4 人因向卫生工作者扔石头而被政府基于该法案中的“国家安全理由”逮捕，而且该法案下的逮捕数据缺乏记录。[45]

在另一些情况下，国家安全的考量损害了人权的价值。比如恐怖主义有时会成为国家扩张公权力的借口。作为英国主要的人权和公民自由组织之一的 Liberty 曾表示“英国政府以我们对可能发生的恐怖主义的恐惧为借口，对英国每一个无辜民众的生活和自由实施了全面限制”。[46]在美国的国家实践中，美国曾与叙利亚、埃及等国签订协议，将恐怖主义犯罪的嫌疑人押送这些国家进行审讯，将嫌犯运送至海外审讯，美国的主要目的就是避开国内的政策，借这些国家之手来实施酷刑。关塔摩那监狱也出于类似的意图，为避免被抓捕的恐怖嫌疑人依美国法律，拥有司法权利，而将监狱建在古巴的关塔那摩湾，则可以不受美国国内法律的限制，可以使虐待和无限期囚禁的荫翳不至掩埋法治与人权的光辉。不可否认反恐过程中容易产生对人权以及国际法基本准则的忽视。国家安全法也面临着行政与司法的两难困境，其标准和尺度只有随着社会文明和法治的不断推进才能得以把握。[47]

---

[43] Alliance to End Repression v. City Of Chicago, 74 C 3268 (N.D. Ill., fled Nov. 13,1974); ACLU v. City Of Chicago, 91 F.R,D. 182 (N.D. Ill, E.D. 1981).

[44] Andrew B. Speigel, “Human Rights Versus National Securit,” Houston Journal of International Law, vol.4, no.1(Autumn 1981), pp.149-152.

[45] Sherin Sneha R, “Violation of Human Rights in the Name of National Security - Justifiable or Not?,” Jus Corpus Law Journal, vol.2, no.2 (December 2021-February 2022), p.763.

[46] Liberty, (National Council for Civil Liberties), Terrorism, http://www.liberty.human-rights.org.uk/issues/terrorism.shtml.

[47] 张屹：《安全与自由的悖论———解析反恐行动中的人道主义与人权问题》，《凯里学院学报》第 34 卷第

以上情况产生的一个原因就是扩大了国家安全威胁的现实性、紧迫性，甚至是真实性。美国国土安全部发布了 2025 年的国土威胁评估，预计未来一年国家安全受到的外部威胁将“保持高位”，并预计“中华人民共和国、俄罗斯和伊朗仍将对我们关键基础设施构成最紧迫的外国威胁（将继续通过预置、网络和物理攻击来针对我们的关键基础设施）。我们的对手——包括中华人民共和国——将继续实施非市场政策和做法、经济间谍活动和胁迫性经济工具，以及非法获取技术和知识产权，以削弱美国和合作伙伴的竞争力。”并且提出了一系列的应对措施，包括更严格的筛查和更大的资源投入等。[48]这显然严重扩大中国对美国造成的安全威胁，不仅诋毁中国的国际形象，提高国家安全成本也无谓地增加了美国公民的负担，即向国内施加一种毫无必要的压力。

（三）克制的现实可能：涉外安全法治对国家安全扩张的防范

涉外安全法治对防范国家安全扩张以及彰显人权价值存在现实可能，这种可能性基于涉外安全法治自身的性质以及涉外安全立法中的明确规定。

中国特色社会主义法治本身就维护了人权的价值。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央，从民族复兴强国建设的高度，作出了全面依法治国的重大战略部署，将尊重和保障人权置于法治建设更加突出的位置，开启了人权法治建设的新时代。[49]涉外安全法治显然并不意味着以国家安全为由、甚至将其作为借口的一切行动。法治本身已经有自己的价值要求，涉外安全法治是涉外法治的安全举措，而涉外法治是依法治国的一部分，这意味着涉外安全法治已经蕴含法治的价值，所以可以说涉外安全法治既是维护国家安全的举措，也是人权保障的一部分。

国家安全立法也在具体规定中防止国家安全的泛化和极化。《国家安全法》在国家安全的范围和领域作出了明确规定。首先，《国家安全法》第二条对国家安全的概念作出了明确规定，[50]明确了国家安全的具体范围和内涵，避免了对国家安全概念的随意解读和过度扩展，从而有效防范了国家安全的泛化。其次，《国家安全法》第三条规定，“国家安全工作应当坚持总体国家安全观，以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、文化、社会安全为保障，以促进国际安全为依托，维护各领域国家安全，构建国家安全体系，走中国特色国家安全道路”。这些基本原则为国家安全工作提供了明确的指导方针，强调了在维护国家安全过程中要坚持总体国家安全观，全面、系统地考虑国家安全

4 期，第 28-29 页。

48 The Department of Homeland Security, DHS’2025 Homeland Threat Assessment Indicates the Threat of Domestic and Foreign Terrorism in the Homeland Remains High.https://www.dhs.gov/news/2024/10/02/dhs-2025-homeland-threat-assessment-indicates-threat-domestic-and-foreign-terrorism.

49 马怀德：《法治是人权保障的最重要方式》，《人权》2024 年第 1 期，第 68 页。

50 《中华人民共和国国家安全法》第二条，“国家安全是指国家政权、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相对处于没有危险和不受内外威胁的状态，以及保障持续安全状态的能力。”

的各个方面，避免片面强调某一领域的安全而忽视其他领域的安全，从而有效防范了国家安全的极化。[51]此外，《国家安全法》第七条列明“维护国家安全，应当遵守宪法和法律，坚持社会主义法治原则，尊重和保障人权，依法保护公民的权利和自由”，[52]这为国家安全工作对人权的尊重提供了法律依据。在《反间谍法》中，不仅对间谍行为进行了明确地、科学的定义，而且明确表示“反间谍工作应当依法进行，尊重和保障人权，保障个人和组织的合法权益”，[53]并且“国家安全机关及其工作人员在工作中，应当严格依法办事，不得超越职权、滥用职权，不得侵犯个人和组织的合法权益。”[54]在《反恐怖主义法》中，明确规定了恐怖主义和恐怖活动的定义、范围及认定标准，为反恐工作提供了明确的法律依据。

但是，在更具体的层面，涉外安全法治与其他具体的人权举措之间的平衡仍然需要探索，同时也需要警惕国家安全偏离法治的轨道，为此应当继续探究涉外安全法治在维护国家安全并更好地保障人权等方面的具体思路。

四、涉外安全法治的理论澄清与实践优化

安全与发展相统筹是涉外法治的基本原则之一，涉外安全法治为安全与发展两大主体陷入困境提供了一种解决思路。在此需要安全、发展、人权的理论探讨，立足中国的法治实践，应当在加强各个环节的涉外安全法治，在规范的主体和重要领域，应当充分认识到涉外法治是高度主权性的，并且在安全与人权领域应当重点处理与非政府组织的关系。

（一）理论探讨：国家安全与人权关系的澄清

尽管国家安全与人权的关系并不一定要在理论上形成一个确定的、且为各国普遍接受的结论，事实上这也并不可能实现。但是，有一些问题仍然需要说明。

第一个问题是，无论国家安全与人权的关系在道德上的立场如何松弛，将人权视为国家安全的一部分都是既有悖于人权精神又盲目扩大国家敌人范围的观念。一方面是将人权纳入国家安全本身就是一个伪命题。尽管一些人权非政府组织认为人权与安全之间根本不存在冲突，并且人权自身就是促进安全的有力工具，他们坚信只有通过扩大人权和法治，才能为所有人实现一个更安全的世界。全球公民社会参与联盟曾在 911 事件后作出一份声明，并得到了大赦国际在内的许多国际人权非政府组织的支持，“如果政府要采取行动来预防以后的恐怖主义攻击，

---

[51] 《中华人民共和国国家安全法》第三条，“国家安全工作应当坚持总体国家安全观，以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、文化、社会安全为保障，以促进国际安全为依托，维护各领域国家安全，构建国家安全体系，走中国特色国家安全道路。”

[52] 《中华人民共和国国家安全法》第七条，“维护国家安全，应当遵守宪法和法律，坚持社会主义法治原则，尊重和保障人权，依法保护公民的权利和自由。”

[53] 《中华人民共和国反间谍法》第三条，“反间谍工作应当依法进行，尊重和保障人权，保障个人和组织的合法权益。”

[54] 《中华人民共和国反间谍法》第十一条，“国家安全机关及其工作人员在工作中，应当严格依法办事，不得超越职权、滥用职权，不得侵犯个人和组织的合法权益。”

我们敦促各国政府维护支撑民主参与的基本公民自由。”[55]但是根据现实来看，没有国家在面对紧迫安全危险时采取的手段是立刻加强对公民各种权利的保障，现实往往恰恰相反。另一方面是，这种构想还隐藏着一个歹毒的动机，如前文所述，有一些美国学者为美国的人权外交辩驳，以“民主和平论”为基础，提出在国内系统性侵犯人权的国家最有可能参与国际侵略，拥有一般或良好人权记录的国家不太可能参与国际侵略，尊重人权的国家对不尊重人权的国家可以基于国际法进行国际干预。[56]而人权记录则是依据大赦国际、人权观察所提供的报告来考察其他国家的人权状况。但是大赦国际和人权观察已经劣迹斑斑，这显然是为自己国家安全的意图作“伪证”。

第二个问题是，二者都不是绝对的，即使在具体情境中选择某一种倾向，也并不代表另一种价值最终被排除考虑。并且“零风险”与“绝对安全”无法实现，人权也并非包罗万象，这都是无可置疑的。在理论上的争论只能使二者之间形成一种微妙的协调，即在国家安全、在“国家安全的现实胁迫”之下不得不克减的人权、可以以安全措施加以强化的人权三者之间形成一种最大限度的平衡，使三者实现最大化。在公主体与私主体之间需要的一种平衡是：在给政府太少的权力以使其无法应对国家安全的紧迫威胁，以及赋予太多权力以致冒着无法容忍的侵犯人权的风险之间选择一种可接受途径。[57]这些平衡的状态被理解为确保集体的安全权和个人的人权都不能直接抵挡对方。

第三个问题是，在国家安全与人权的话题中无法越过“发展”。安全与发展是相互协调的关系，发展是解决包括人权在内的问题的根本路径。所以总体国家安全观为安全促进人权提供了一个关键的解释路径。换句话说，安全本身可以视为人权的一部分，安全措施是人权保障的一部分，同时安全对于国家发展意义重大，而发展是人权保障的根本路径，将安全因素嵌入发展规划则更能形成一种良性循环，综合发挥安全对人权直接的促进作用和发展对人权的促进作用。具体地说，在我国的实践中统筹发展和安全，应该在顶层设计层面强化总体国家安全观思想的全面指导，尽早、迭代、持续地将安全因素适应性地嵌入到发展的规划、设计和建设等全生命周期。[58]

（二）实践完善：以法治各环节为着力点的优化

从法治的不同环节出发，我国涉外安全法治还应当在立法、执法、司法层面取得更多进步。

---

[55] BERTIL DUNÉR, “Disregard for Security: The Human Rights Movement and 9/11,” Terrorism and Political Violence, vol.17, no.2, (2005), p.91.

[56] William W.Burke-White, “Human Rights and National Security: The Strategic, Correlation,” Harvard Human Rights Journal, vol.17, (2004), p.254-256.

[57] See Vijayakumar, V, “Legal and Institutional Responses to Terrorism in India.” Global Anti-Terrorism Law and Policy, Cambridge: Cambridge University Press, (2005), p.351.

[58] 张强：《统筹发展和安全：新形势、新思路与新举措》，《国家治理》2024 年第 3 期，第 16 页。

在立法环节，仍需继续加强涉外安全立法构建。虽然已经初具规模，能够在一定程度上有法可依，但是现有的国家安全立法还不够充分。一是部分法律之间连接不畅，例如，《国家安全法》并无关于实施反制措施的明确授权性规定，导致《不可靠实体清单规定》《阻断办法》《反外国制裁法》的限制措施条款存在上位法制度供给不足的问题。以及上位法和下位法之间立法目的和理念不协调。《不可靠实体清单规定》《货物进出口管理条例》《技术进出口管理条例》等立法中的与国家安全有关的贸易限制条款围绕《对外贸易法》建立的，而《对外贸易法》的立法目的及理念中却未加入与国家安全有关的表述，这导致难以充分发挥统领或指导作用。[59]二是部分领域立法缺失。例如，在我国境外公民应对各种安全风险方面还缺少一部专门的、系统的《领事保护法》。我国领事保护的依据主要是《领事保护与协助条例》，但是《领事保护与协助条例》作为行政法规立法层级不高，并且内容中也缺乏更具体的操作方法，比如外交部门、领事机构、公安部门、国家安全部门之间的协调。此外，太空、极地、深海等领域也缺少专门立法。三是部分立法的适用安排缺少规定。比如《反外国制裁法》《不可靠实体清单规定》的法条之间存在部分包容关系，即组织或个人参与制定、决定、实施歧视性限制措施时，既可能被列入反制清单，也可能被列入不可靠实体清单。

习近平总书记指出，“要把拓展执法司法合作纳入双边多边关系建设的重要议题，延伸保护我国海外利益的安全链。”[60]

在执法环节中，还应继续加强涉外安全执法合作。中国的涉外执法合作已经有了一些成功实践，比如上合组织中的反恐合作以及澜湄综合执法安全合作中心。但是总的来说，涉外安全执法还不够充分。我国与“一带一路”沿线国家执法安全合作的合作往往欠缺稳定性、普遍性与务实性，难以满足对跨国犯罪进行有效预防与打击的现实需要。在打击恐怖主义的执法合作中，有学者认为应当关注涉恐人员的跨国流动要素，同沿线各国开展制度化合作，在信息共享和难民识别等问题上进一步形成共识，并形成“防范——控制——惩罚”的防控闭环。[61]也有学者认为可以考虑在认知上促进集体认同建构，形成双边、多边的共同安全话语，调整国家之间的安全威胁认知，并按照“驻点——连线——结网”的推进策略扩大涉外安全执法的规模，形成总体国家安全观下的安全执法合作格局。[62]

在司法环节中，总体来看我国的涉外安全法治司法实践经验少，国家安全自身具有涉外属性，但是现有的域外实践还不多。一是作为国家安全最主要立法的

[59] 陈喆，陈佳贝：《国家安全视角下涉外法治建设的检视与完善》，《法治论坛》2022 年第 4 期，第 144 页。
[60] 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。
[61] 冯薇，陆晶：《“一带一路”沿线国家和地区开展国际执法安全合作问题研究》，《广西警察学院学报》2020 年第 5 期，第 30 页。
[62] 参见林海文：《澳大利亚与印度尼西亚执法安全合作的驱动逻辑分析及中国启示》，《北京警察学院学报》2021 年第 3 期，第 48-49 页。

《国家安全法》域外延伸不足。一份基于 83 份裁判文书的实证分析统计了《国家安全法》的适用情况，《国家安全法》司法适用的案件分布情况主要表现为：不属于国家安全领域而仅系生产生活具体 领域安全问题如道路交通安全、食品安全、工程安全等案例中，然而这并不符合宏观层面的公民安全、国家安全的法律规定与基本逻辑，属于不当适用《国家安全法》。可以为此出台司法解释加以明确，纠正对《国家安全法》的误用。[63]二是涉外的刑事司法程序还缺少域外管辖经验。一些如反恐怖主义等涉及国家安全的关键领域缺少统一的国际法规范，所以需要国内法的域外管辖。[64]但是在刑事案件中，检察机关的司法协助意识不够强。向境外提出司法协助请求，请求送达文书、调查取证、安排证人做证或协助调查等国际刑事司法协助手段本应在涉外案件的办理中发挥重要作用。但在实际办案中，检察机关运用司法协助意识不强，往往不愿意或不敢向外提出司法协助请求。[65]在民商事案件的涉外安全法治中，主要是国家安全投资审查的司法审查和针对反制裁的国际司法协助在实践中有一些问题需要明确。一是对外商投资国家安全审查中外商保护力度不足是否有切实的解决办法，因为国家安全审查具有明显的政治属性，因为其政治内核会难以避免的产生透明度弱、可预见性差以及对投资者保护的力度不足的情况，由此产生一些消极影响，这是各国存在的普遍问题。[66]二是国家安全审查决定是否应当进行司法审查，外国投资者是否可以诉诸司法救济。这些问题还需要更明确利益衡量和制度规划。反制裁的国际司法协助则需要把握几点问题，一是对涉制裁的外国法院判决、裁定坚决不予承认和执行，二是我国法院的阻断或反制裁索赔判决、裁定积极申请承认和执行，三是依据阻断禁令对外国法院要求提供证据申请豁免。[67]

（三）主体协调：在安全与人权之间的国家和非政府组织

在涉外安全法治中应当重点考虑国家与非政府组织的关系，尤其是与国际人权非政府组织和境外宗教组织的关系。着眼于国家安全议题的非政府组织比较少，而人权确是许多非政府组织的关键议题，许多国际人权非政府组织也长期活跃在各种平台。国家与非政府组织在国家安全和人权的问题上总是处在一种不太和谐的关系中。

首先，涉外法治是以国家为起点的，涉外法治的着力点和行动目标都是以中国的国家利益、国家发展、国家安全作为前提和基础，所以涉外法治的工作领域中具有高度的主权意味，体现了中国对于国家存续和发展的高度关注。[68]国家安

[63] 蔡艺生，翁春露：《非传统安全视域下〈国家安全法〉司法适用实证调查——以 2015 年至 2020 年 83 篇裁判文书为分析样本》，《北京警察学院学报》2021 年第 5 期，第 45 页。
[64] 廖诗评：《域外管辖论纲》，《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 33 页。
[65] 阮丹生，曹华，张宏峰：《检察职能与涉外安全法治》，《人民检察》2023 年第 9 期，第 30 页。
[66] 王东光：《国家安全审查：政治法律化与法律政治化》，《中外法学》2016 年第 5 期，第 1303 页。
[67] 沈励：《我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究》，《法律适用》2023 年第 8 期，第 131 页。
[68] 何志鹏：《世界法治文明中的中国涉外法治》，《法治研究》2025 年第 1 期，第 81 页。

全则更是国家的关注事项，在一些更具体的情况中，国家与非政府组织由于关注范围不同往往会产生不同观点。另外，涉外安全法治（或者更大范围上来说），涉外法治本身是一种自上而下的举措，非政府组织固然可以在一些规则制定中发挥很大作用，但是这些议题主要是人权和环境方面，在安全问题中参与比较少（除了《国际禁雷公约》），而且一般来说这种规则制定一般是国际标准。所以国家和非政府组织（尤其是国际人权组织）之间存在关注目标的冲突，以及影响路径的差异，这会导致人权无政府组织过于天真的人权目标无益于真正的、现实的人权保护，一些非政府组织在金主的资助之下有自身的政治意图，影响我国的安全与稳定。国际无政府组织的跨国行为超越了国家主权利益，固然它们是向全球推行民主、公平与正义的重要力量。但是对于某个国家有利可能损害别国的国家利益，因为全球正义并非一个个国家的价值观和利益的简单相加。[69]

其次，非政府组织本身存在双重影响。非政府组织在一些国家安全的关注事项中也能发挥一些作用，在反恐策略中的实施过程中，非政府组织的参与有利于公众提高培养理性判断力，避免因无知而被吸纳进入恐怖组织，从而使恐怖组织丧失群众基础，所以可以发展边疆地区和少数民族聚居区的非政府组织。[70]但是，需要警惕的是一些劣迹斑斑的人权非政府组织，这些组织发表反华言论、虚构事实、在各国之间游说抹黑，或者在我国境内开展一些活动以危害意识形态安全。大赦国际长期就中国人权问题大做文章，捏造新疆西藏的民族镇压以及为说明中国作为“威权国家”而虚构酷刑、虐待、任意拘留和监禁等事实。[71]人权观察也针对中国设置了单独版面，定期发布经由其组合、加工才得以形成的人权报告。其针对香港、西藏、新疆地区问题和女性职场、生育自由等具体议题发表不实评论，意图扭曲中国人权建设的现状和抹黑中国的国际形象，进而影响中国特色人权的传播。[72]此外，也有一些组织在我国开展非法宗教活动，或其他非法活动，但是对这些组织和活动的监管一直是难题。长期以来，党和政府对境外非政府组织的活动总体态度是容忍和默许，既不明确鼓励，也不明令禁止。虽然《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》提供了新的境外非政府组织监管制度，规定了境外非政府组织在中国境内开展活动的登记管理机关、登记备案程序、活动范围和方式等内容。但是境外非政府组织“监管难”的问题尚未完全解决。一个重要原因就是管理涉外事务的公主体级别较高，而境外无政府组织的在华活动

[69] 黎尔平：《多维视角下的国际非政府组织》，《公共管理学报》2006 年第 3 期，第 81 页。
[70] 张屹：《安全与自由的悖论———解析反恐行动中的人道主义与人权问题》，《凯里学院学报》第 34 卷第 4 期，第 30 页。
[71] Amnesty International, Amnesty International Report 2002 - China, 28 May 2002, https://www.refworld.org/reference/annualreport/amnesty/2002/en/92785 。以及污蔑新冠疫情期间的中国抗疫行动，https://www.amnistia.org/en/news/2024/09/27234/china-re-detention-of-activist-zhang-zhan-highlights-beijing-s-intolerance。
[72] 周江，罗迪：《非政府组织在华人权领域活动的依据、作用与反思》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2022 年第 5 期，第 23 页。

以基层为主[73]

为此，应当在涉外安全法治中构建二者的明确关系。针对不同类型的非政府组织采取不同态度，一是充分发挥一些国内无政府组织的积极作用，同时鼓励我国无政府组织在国际层面的积极参与，提高中国的话语权和影响力。二是对一些明显反华国际人权非政府组织提高警惕，比如大赦国际和人权观察。三是对于一些中立的境外非政府组织的国内活动加强关注和依法管理。

综上所述，为更充分地发挥涉外安全法治的人权价值，要在理论上明确人权不能成为国家安全的借口侵犯其他国家的工具，也要在我国的涉外安全法治实践中从各个环节出发提高涉外安全法治水平，应当加强国家安全涉外立法与国际执法司法合作，此外还应当加强重点关注并正确应对国家与一些非政府组织的关系。

结语

国家安全是国家发展的重要基础和人民幸福安康的根本保障。[74]国际形势的不断变化、国际交往的日益频繁，涉外安全法治面临许多新的挑战与机遇。为此应当持续完善涉外安全法治体系，以适应复杂多变的国际环境并更充分地参与到全球安全治理机制当中。从人权视角观测涉外安全法治，从理念构建到制度设计，再到实践操作，涉外安全法治在多维度提高了国内人权保障水平，也在国内法治与国际法治的良好互动中促动了良好的国际秩序。应继续校准涉外安全法治的人权考量，在实践中深化安全领域国际执法合作，维护我国公民、法人在海外合法权益，健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制，为协调国家安全与人权这一世界难题提供中国智慧、中国经验。

2025年中国国际法学会年会

[73] 孙发锋：《境外非政府组织为什么“能”影响中国意识形态安全》，《河南社会科学》2022 年第 1 期，第 33 页。

[74] 参见何毅亭：《深刻认识国家安全是中国式现代化行稳致远的重要基础（学习贯彻党的二十届三中全会精神）》，《人民日报》2024 年 11 月 26 日。

参考文献

中文文献

[1] 蔡艺生，翁春露：《非传统安全视域下〈国家安全法〉司法适用实证调查——以 2015 年至 2020 年 83 篇裁判文书为分析样本》，《北京警察学院学报》2021 年第 5 期。

[2] 蔡艺生，翁春露：《国家安全法治“域外体系”的理论阐释与理性建构》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2022 年第 5 期。

[3] 陈喆，陈佳贝：《国家安全视角下涉外法治建设的检视与完善》，《法治论坛》2022 年第 4 期。

[4] 冯薇，陆晶：《“一带一路”沿线国家和地区开展国际执法安全合作问题研究》，《广西警察学院学报》2020 年第 5 期。

[5] 古继宝，张英：《中国企业跨国并购交易成败的影响因素》，《经济管理》2006 年第 19 期。

[6] 韩大元，马怀德，贺小荣，等：《“完善中国特色社会主义法治体系”笔谈》，《中国法学》2024 年第 5 期。

[7] 何志鹏：《安全权的理论逻辑》，《人权》2024 年第 4 期。

[8] 何志鹏：《论涉外法治的安全维度》，《法治研究》2023 年第 3 期。

[9] 何志鹏：《世界法治文明中的中国涉外法治》，《法治研究》2025 年第 1 期。

[10] 胡非非：《全球治理视野下我国海外利益的法律保护》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2022 年第 4 期。

[11] 霍政欣，鄢雨虹：《美国对华制裁的演化趋势、国际法检视及中国因应》，《浙江大学学报》（人文社会科学版）第 54 卷第 7 期。

[12] 姜禹维，戴继诚：《美国涉疆议题框架建构与中国应对》，《统一战线学研究》2022 年第 5 期。

[13] 荆超：《平衡国家安全与人权：欧洲人权法院适用适当性原则的分析模式及其运用实践》，《人权研究》2021 年第 3 期，

[14] 黎尔平：《多维视角下的国际非政府组织》，《公共管理学报》2006 年第 3 期。

[15] 廖诗评：《域外管辖论纲》，《武大国际法评论》2024 年第 2 期。

[16] 林海文：《澳大利亚与印度尼西亚执法安全合作的驱动逻辑分析及中国启示》，《北京警察学院学报》2021 年第 3 期。

[17] 刘晓红：《论中国涉外法治体系的构建》，《上海大学学报》（社会科学版）2024 年第 5 期。

2025年中国国际法学会年会

[18] 马怀德：《法治是人权保障的最重要方式》，《人权》2024 年第 1 期，

[19] 阮丹生，曹华，张宏峰：《检察职能与涉外安全法治》，《人民检察》2023 年第 9 期。

[20] 沈励：《我国阻断和反制裁的立法完善及司法适用探究》，《法律适用》2023 年第 8 期。

[21] 孙发锋：《境外非政府组织为什么“能”影响中国意识形态安全》，《河南社会科学》2022 年第 1 期。

[22] 孙璐：《国际反恐与人权的协调发展》，《当代法学》2020 年第 2 期。

[23] 王东光：《国家安全审查：政治法律化与法律政治化》，《中外法学》2016 年第 5 期。

[24] 王发龙：《国际制度视角下的中国海外利益维护路径研究》，博士学位论文，山东大学，2016 年。

[25] 张丹丹，孙德刚：《新时代中国海外公民安全综合保障能力建设探析》，《国际关系研究》2024 年第 4 期。

[26] 张强：《统筹发展和安全：新形势、新思路与新举措》，《国家治理》2024 年第 3 期。

[27] 张屹：《安全与自由的悖论——解析反恐行动中的人道主义与人权问题》，《凯里学院学报》第 34 卷第 4 期。

[28] 赵秉志：《法治反恐的国际视角：难点与对策》，《东南大学学报》（社会科学版）2020 年第 2 期。

[29] 周江，罗迪：《非政府组织在华人权领域活动的依据、作用与反思》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2022 年第 5 期。

英文文献

[1] Andrew B. Speigel, “Human Rights Versus National Securit,” *Houston Journal of International Law*, vol.4, no.1(Autumn 1981).

[2] BERTIL DUNÉR, “Disregard for Security: The Human Rights Movement and 9/11,” *Terrorism and Political Violence*, vol.17, no.2, (2005).

[3] Sherin Sneha R, “Violation of Human Rights in the Name of National Security - Justifiable or Not?,” *Jus Corpus Law Journal*, vol.2, no.2 (December 2021-February 2022).

[4] Vijayakumar, V, “Legal and Institutional Responses to Terrorism in India.” *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, (2005).

[5] William W.Burke-White, “Human Rights and National Security: The Strategic, Correlation,” *Harvard Human Rights Journal*, vol.17, (2004).

外国人就业政策影响移民融入之研究

李金来

内容摘要：在全球化的浪潮中，跨国移民已成为一个不可忽视的社会现象，其规模和影响力持续扩大。随着不同文化背景的人们涌入新的国家，移民融入问题逐渐成为社会政策、经济发展和文化融合的重要议题。特别是在就业领域，移民的融入不仅关系到他们自身的生活质量和社会地位，也对东道国的劳动力市场、社会稳定和文化多样性产生深远影响。因此，从就业政策的角度研究移民融入问题，对于制定有效的移民政策、促进社会和谐具有重要意义。本研究旨在通过文献研究法，系统梳理和分析国内外关于移民就业政策的文献资料，探讨移民融入的就业政策框架和实践效果。文献研究法作为一种科学的研究方法，能够使我们跨越时间和空间的限制，广泛搜集和整合已有的研究成果，为移民融入问题提供理论支持和实践指导。通过深入分析不同国家和地区的移民就业政策，本研究将揭示政策设计和实施中的关键因素，评估其对移民就业和社会融入的实际影响，进而提出针对性的政策建议。

关键词：移民融入 外国人就业政策 法律漏洞 人权保障 法律价值

一、提出问题

随着全球化的不断深入和对外开放程度的持续扩大，越来越多的外国人选择来华工作、学习和生活。根据最新发布的第七次全国人口普查数据，居住在中国31个省份并接受普查登记的外国人数量已达到845,697人。相较于第六次人口普查时的593,832人，该数字净增长了251,865人，增长率达到42.41%。[1]这一趋势的出现，不仅体现了中国在全球事务中日益凸显的地位，也彰显了中国作为一个充满活力和机遇的国家所具有的魅力。此外，随着疫情限制措施的解除，来华外国人的数量呈现快速增长的趋势。根据我国国际移民管理机构2023年发布的最新数据，2023年查验的出入境人员中外国人（不含边民）数量达到3547.8万人，同比增长率高达693.1%。[2]这一数据的显著增长，进一步证实了随着中国国际地位和影响力的不断增强，中国正逐渐转变为一个新兴的移民目的地国家，在全球移民体系中扮演着越来越重要的角色。

然而，在“大出大进，快出快进”的移民背景下，如何有效解决他们在跨文化适应过程中遇到的挑战，促进他们与本地社会的融合，已成为当前亟需应对的主

1 第七次人口普查主要数据 https://www.stats.gov.cn/sj/pcsj/rkpc/d7c/202111/P020211126523667366751.pdf
2 国家移民管理局2023年移民管理工作主要数据
https://www.nia.gov.cn/n741440/n741567/c1625590/content.html

要问题。[3]移民融入问题这不仅关乎移民者个人的生活品质和幸福感，也关乎中国社会的和谐稳定以及国际形象的塑造。成功地融入移民目的国社会对于移民群体来说至关重要，因为它有助于减少移民者因不适应新环境或遭受社会排斥而产生的反社会行为。当移民能够顺利融入当地社会时，他们更有可能积极参与各种社会活动，从而为维护社会秩序做出贡献。这种积极参与不仅有助于移民自身的发展，还能促进社会的和谐与稳定。从国际视角来看，不断提升移民的融入程度具有深远的意义。这不仅展示了中国作为一个国际大国的人道主义精神，还体现了中国对多元文化的包容和尊重。通过积极接纳和融入移民，中国为世界各国之间的交流与合作奠定了坚实的基础。这种开放的态度不仅有助于促进经济的繁荣，还能加强各国之间的友谊和理解，从而为全球的和平与发展做出积极贡献。

同时根据我国 2022 年国民经济和社会发展统计公报的统计结果显示：2022 年年末全国人口比上年年末减少 85 万人，全年出生率为 6.77%，死亡率为 7.37%，自然增长率为 -0.60%。此外，据统计 2022 年全国就业总人数达 73351 万人，城镇就业人员 45931 万人，其中 2022 年新增的城镇就业人数为 1206 万人，比上年少增加 63 万人。[4]这些数据表明中国老龄化问题加剧，适龄劳动者也在随之减少，按照如此趋势，可预见在不久的未来中国会出现劳动力不足的问题。但随着中国地位的提高并成为新兴移民目的国，我国的劳动力问题会因大量移民流入而得以缓解。但活跃的人口迁徙给中国的移民政策带来了新的要求，既需要考虑留住本土人才，又需要吸引跨国人才。因此，完善移民者的就业政策势必是重中之重，必须在确保不影响国内劳动力市场的情况下，致力于保障合法在中国就业的外籍劳动者的权益。经济基础决定上层建筑。一个完善的在华国际移民就业政策能够确保外籍人士在物质上得到充分的保障，从而为他们提供更好的融入当地社会的机会和条件。通过提供稳定的工作和收入来源，外籍人士能够获得更多的安全感和归属感，这将有助于他们在新的环境中扎根和发展。此外，完善的就业政策不仅能够为外籍人士提供物质上的支持，还能在社交层面上发挥重要作用。当外籍工作者在就业市场上获得更多的机会时，他们能够与更多的本地居民和不同背景的人士接触和交流。这种广泛的社交网络的拓展，有助于减少他们对族裔经济和聚居区的依赖。族裔经济和聚居区虽然为外籍人士提供了一定的便利和安全感，但也容易使他们在某种程度上与本地社会隔离开来。通过在更广泛的就业环境中工作和生活，外籍人士能够更好地了解和适应本地的社会文化和习俗，从而减少文化差异带来的隔阂。最后，完善的就业政策还有助于加速外籍人士对当地文化和习俗的认同。当他们在工作中与本地同事和客户频繁互动时，他们会逐渐熟悉和理解本地的文化背景和行为规范。这种长期的、深入的接触和交流，能够使外

3刘国福.试论移民融合制度:以移民融入中国的法律问题为视角[J].太平洋学报,2011,19(07):63-75.10.14015/j.cnki.1004-8049.2011.07.010.

4 国家统计局 2022 年国民经济和社会发展统计公报

籍人士在不知不觉中吸收和内化这些文化元素，从而在心理和情感上更加认同和融入当地社会。这种文化认同的加速，不仅有助于外籍人士更好地适应和融入当地生活，也有助于促进不同文化背景的人们之间的相互理解和尊重，进而推动社会的和谐与稳定。

二、移民融入的基本内涵

（一）移民融入的概念

首先，我国目前没有采用“移民”这一概念，而是使用与本国人相对应的“外国人”这一概念。这个词汇与“外地人”相似，蕴含着文化和地理上的防御意味，它带有一种隔阂和区分，这并不利于外国人与本地社会的融入。所谓移民融入，指的是移民与接纳国的社会环境相互适应，并最终成为一个和谐整体的过程。在我国的移民法研究中，融入、融入与整合这三者的含义是相同的。它们均强调在尊重和保护移民的自身文化和特色的同时，鼓励移民深入理解并接纳所在国的主流价值观、制度体系以及文化传统，以防止移民在社会中被边缘化。但当移民者的居住国和移民目的国的社会形态有明显差异的时候，移民过程中就会给移民者带来强烈的不安全感，就会产生移民孤岛现象。“移民孤岛”现象是一种特殊的社会文化现象，是指移民在迁入地与主流的社会和文化相对隔离，难以融入当地社会的一种情况。移民孤岛现象的存在，不仅对移民群体自身的社会融入构成障碍，也对迁入国的社会治理和文化多样性带来挑战。

（二）移民融入的判断标准

在现代社会中，针对移民与移民目的国之间社会融入程度的评估，存在多种模型与理论。戈登（Gordon）提出的二维度模型，作为分析框架的经典之作，主要从两个维度对移民融入程度进行衡量：结构性维度与文化性维度。结构性维度着重考察移民在接纳国社会中的教育、劳动市场参与、收入水平以及居住条件等方面的融入情况。而文化性维度则侧重于移民在文化、语言及价值观念等方面的融入状况。此外，杨格-塔斯（Junger-tas）提出的三维度模型，亦是一个被广泛认可的评估工具。[5]该模型在戈登模型的基础上，增加了政治合法性融入这一维度。政治合法性融入主要关注移民在接纳国政治体系中的参与程度，涵盖政治权利、公民身份以及对政治过程的参与等方面。通过这三个维度的综合评估，可以更全面地掌握移民在接纳国的社会融入程度。无论是戈登的二维度模型还是杨格-塔斯的三维度模型，均强调了结构性维度与文化性维度在衡量移民融入程度中的核心作用。结构性维度不仅涉及移民在教育和劳动市场中的表现，还包括他们在收入水平和居住条件等方面的融入状况，这些因素直接关联到移民在接纳国社会中的经济地位和生活质量。文化性维度则关注移民在文化、语言及价值观念等方面的融入情况，包括他们是否能够适应接纳国的文化环境，掌握当地语言，以及接

5周皓.流动人口社会融合的测量及理论思考[J].人口研究,2012,36(03):27-37.

受和认同接纳国的核心价值观。此外还有学者通过对欧洲四个城市的移民融入状况进行研究后，提出劳动力市场、社会文化以及教育制度对移民者融入移民目的国有重要的影响。[6]在对欧盟移民融入进行多维度分析的过程中，学者指出，衡量外国移民社会融入程度的五个主要指标包括劳动力市场与就业、收入、住房、教育以及积极公民身份。[7]在这些指标中，外国移民的就业状况，即他们在劳动力市场的融入情况，被视为最为关键的因素。

（三）移民融入与移民就业政策

移民融入的过程通常以经济融入为起点，这表明新抵达国家或地区的移民能够获得经济收入并寻得稳定职业。经济融入构成了移民社会融入的关键维度，为其在新环境中的生存和发展提供了基础。此外，经济融入亦是移民顺利融入社会结构的重要先决条件。与此同时，移民就业政策在很大程度上决定了移民经济融入的深度。政策的包容性、就业机会的提供、职业培训及语言课程的供给等均为关键要素，这些要素决定了移民是否能成功地融入就业市场。例如，提供职业指导和认可移民的学历资格对于新移民融入劳动力市场至关重要。移民融入与移民就业政策之间存在着相互依存、相互促进的关系。移民就业政策为移民提供了融入新社会的机会和条件，而移民融入的水平和质量又反过来影响移民政策的制定和调整。两者之间的关系是动态的，需要政策制定者、社会服务机构以及移民本身共同协作，以实现移民的全面融入和社会的和谐发展。通过这种共同努力，可以确保移民在新社会中不仅能够获得经济上的稳定，还能够在社会、文化和心理层面上实现真正的融入。

三、我国移民现状

（一）我国移民融入现状

国际移民在中国主要倾向于选择北京、上海和广州等大城市作为其主要的迁入地，这些城市因此成为移民流入的主要集中地。在这些城市中，移民群体构建并发展了各自的族裔经济和聚居区。例如，北京的望京地区形成了知名的韩国城，上海的古北地区演变为日本人聚居区，而广州的小北路则吸引了大量非洲人士聚集。俗话说：“麻雀虽小，但五脏俱全”。在这些聚居区里配有充足的设施，如商店、俱乐部、教堂等设施，在某种程度上成为了一个专属于外国移民者的小社会，这些聚居区有很强的封闭性和排他性，虽然身在中国，但却自成一派[8]。这些族裔聚居区的形成在一定程度上减少了移民与本地居民之间的交流与沟通，使得移民更加依赖于族裔经济，从而增强了他们对自身族裔身份的认同感。这种现象在一定程度上固化了移民的身份认同，加深了他们与中国社会之间的隔阂，导致了在

6McLaren-AntiImmigrantPrejudiceEurope-2003[J],0.d7d9da70a8cfcf44047524554d8b278f.
7宋全成,甘月童.欧盟外国移民社会融合的多维度分析[J].世界民族,2023(05):35-51.
8 吕红艳,郭定平.全面构建外来移民治理体系——新时代中国国家治理的新课题[J].国家治理,2018(29):27-38.10.16619/j.cnki.cn10-1264/d.2018.29.005.

华移民的社会融入程度相对较低。[9]同时，我国与其他国家的移民迁徙模式存在显著差异。来华移民不仅包括来自发展中国家的外籍人士，也涵盖了来自发达国家的外国人。特别是来自发达国家的在华外国人，他们中的许多人将中国视为一个短期的就业平台。因此，面对中国的特色文化和独特的社会环境，他们更多地是以旅行者的心态去体验和参与社会活动。这些来自发达国家的外国人往往带有强烈的“强势”文化资本的心态，这使得他们在主观上融入中国社会的意愿相对较低。这种心态和态度在一定程度上影响了他们在华的生活体验和社会融入过程。[10]社会融入发展状况的显著后果就是影响国际移民的居留意愿，国际移民的居留意愿与其职业发展有很大的关系。留学生大多数来自发展中国家，对中国的社会、文化等方面的满意程度很高，他们大都期望在中国能寻找到有前途的发展机会，探索在中国居留的可能，但是受到我国有关外国人就业的限制，就业困难，创业辛苦，没有相应政策支持，其居留的可能性也充满了未知。[11]

（二）我国移民的就业政策问题

在中国，传统上并未形成“移民”这一概念，因此缺乏一部全面、统一的法律——即“移民法”，以规范和管理移民事务。相应地，中国亦缺少专门针对移民融入社会的相关政策。在任何国家、任何法律体系下都会存在法律漏洞。法律漏洞是指在法律体系中，由于立法者的认知局限、社会关系的复杂多变、语言表达的模糊性等原因，导致法律规范未能涵盖或明确规定的部分，使得某些法律问题无法直接依据现有法律条文得到明确解答或合理调整的情形。法律漏洞的存在是法律体系发展过程中的一种常态，它既反映了法律的滞后性，也为法律的进一步完善和发展提供了动力和方向。我国针对外国人在华就业关系的法律体系主要由《外国人在中国就业管理规定》（以下简称《就业管理规定》）、《中华人民共和国出境入境管理法》（以下简称《出境入境管理法》）、以及《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）等构成。[12]然而，我国的出入境管理法与劳动法在实际操作中彼此独立，缺乏理念和制度上的衔接，导致在规制外国人来华就业方面效果不佳，难以满足当前形势的需求。此外，这些文件中对移民就业的积极权利保障内容相对匮乏，大多数规定集中在对外国移民者在中国工作所需满足的申请条件和许可要求上。以《外国人在中国就业管理规定》为例，其内容涵盖了总则、就业许可、申请与审批、劳动管理、罚则与附则等方面。在这些规定中，仅有第二十一条和第二十二条涉及到移民者

9 黄旭,刘怀宽,薛德升,.全球化背景下国际移民社会融合研究综述与展望[J].世界地理研究,2020,29(02):397-405.

10 李树茁,薛琳,宋雨笑,.新时代在华国际移民的融合、发展与治理[J].北京工业大学学报(社会科学版),2022,22(04):16-28.

⑪吴晓曼,薛琳,方伟晶,等.中国国际移民的社会融合与发展：分析框架的构建与应用[J].西安交通大学学报(社会科学版),2022,42(05):115-122.10.15896/j.xjtuskxb.202205012.

⑫汪发洋,李坤刚,曹有康,.外国人在华就业法律规制的完善[J].上海财经大学学报,2023,25(06):136-152.10.16538/j.cnki.jsufe.2023.06.010.

就业权利的积极保障：第二十一条要求用人单位支付给所聘用外国人的工资不得低于当地的最低工资标准；第二十二条则规定在中国就业的外国人应享有与本国公民相同的工作时间、休息、休假、劳动安全卫生以及社会保险等权益。这种对移民就业权利保障政策的不足，削弱了留学生毕业后留在中国发展的愿望。对于寻求就业机会的移民者而言，中国往往被视为一个短期工作的平台，而非长期居留和发展的选择。对于有志于在中国创业的移民来说，缺乏政策上的支持、扶植和保障，使得他们不太可能选择在中国长期发展，也不会积极融入和了解当地的环境与文化。因此，移民就业政策的完善与否，直接关系到移民能否顺利融入当地社会，以及他们对中国的长期承诺和贡献。

缺乏对非法就业外国人的劳动保护。2020 年 12 月 25 日通过的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》 第 33 条第 1 款规定:“外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。”该规定可以说完全继承了已被废止的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干司法解释 (四)》第 14 条第 1 款的规定。然而，这样的规定引发了一个问题：用人单位非法雇佣外国人的初衷往往是为了减少生产成本。如果法律拒绝为非法就业者提供劳动保护，可能会导致用人单位更加肆无忌惮地违法。同时，非法就业的外国人，尽管知道自己的就业状态不合法，往往也会因为害怕而选择忍气吞声，不愿主张自己的权益。

四、解决问题

（一）发挥多元主体作用，推动移民就业与融入

为有效推动在华外籍人士的就业与社会融入，必须构建一个包含多个维度和层次的合作网络，充分调动政府部门、企业、基层社区及公众等多元主体的积极作用。政府部门应制定并执行包容性政策，向外籍人士提供就业指导、语言培训以及文化适应课程，并确保他们能够享有平等的工作机会和合法权益。企业应主动承担社会责任，为外籍人士提供实习和就业机会，协助他们积累工作经验，融入职场文化，并在招聘过程中避免歧视，倡导多元化的工作环境。基层社区作为外籍人士日常生活的主要场所，应通过举办各类文化交流活动和社区服务项目，促进外籍人士与本地居民之间的互动，增进彼此的理解和尊重。社区还应提供必要的生活支持和咨询服务，帮助外籍人士解决居住、教育和医疗等方面的问题，使他们更快地适应新环境。在群众层面，鼓励本地居民与外籍人士进行友好交流，消除文化隔阂，共同参与社区建设和志愿服务活动。通过这些互动，可以增强外籍人士的社会归属感，同时也使本地居民更加理解和接纳不同的文化背景。此外，非政府组织、教育机构和媒体亦可在这一网络中发挥关键作用。非政府组织可以提供专业服务和倡导外籍人士的权益，教育机构可以为外籍人士提供继续教育和

职业培训，而媒体则可以通过正面报道和教育节目，塑造公众对外籍人士的积极看法，促进社会的包容性和多元化。综上所述，通过政府部门的政策引导、企业的社会责任实践、基层社区的文化交流和公众的积极参与，可以形成一个强大的支持网络，帮助在华外籍人士更好地就业和融入社会，实现共同发展和繁荣。

（二）引入移民概念，建立健全移民法律法规

引入“移民”概念，并对相关问题进行明确定义。这不仅包括对移民的法律地位、权利义务、社会融入等方面的界定，还涉及到移民的分类、移民流动的原因和影响等。明确这些定义有助于我们更好地理解和管理移民现象，为政策制定和实施提供坚实的基础。在此基础上，建立健全相关的移民法律法规显得尤为重要。这要求我们从国家层面出发，制定一部全面、系统的移民法，涵盖移民的入境、居留、就业、教育、医疗、社会保障等多个方面。这部法律应当以平等原则和公平原则为基础，确保移民在法律面前享有与本国公民同等的权利和机会，同时保障他们在就业、教育、医疗等领域的公平待遇。这不仅有助于保护移民的合法权益，还能够促进社会的和谐与稳定。平等原则要求我们在制定移民政策时，不得基于种族、性别、宗教、国籍等歧视性因素对移民进行区别对待。这意味着移民应当享有与本国公民相同的基本权利和自由，包括言论自由、宗教信仰自由、集会自由等。公平原则则要求我们在资源分配、机会提供等方面，对所有移民一视同仁，不因他们的背景、身份等因素而有所偏颇。此外，移民法律法规的建立和完善还需要考虑到国际合作与交流。在全球化背景下，移民问题往往涉及多个国家，因此需要国际社会共同努力，通过多边或双边协议，协调各国的移民政策，共同应对移民带来的挑战。同时，我们还需要关注移民的源头治理，通过国际合作减少贫困、战争、环境恶化等导致人口流动的根本原因。总之，引入“移民”概念，对相关问题进行明确定义，建立健全相关移民法律法规，并以平等原则、公平原则为基础原则，是我们应对移民问题、促进社会融入的重要步骤。这不仅有助于保护移民的权益，还能够促进社会的多元发展，为构建和谐社会奠定坚实的基础。

（三）给予非法就业的外国人基础保护

用人单位与非法就业外国人之间的劳动关系应受我国劳动法的规范，但保护措施不得违反出入境管理法规。美国和日本均对非法就业外国人实施有限的劳动保护，仅涵盖已提供的劳动。美国联邦最高法院确立了判例法规则，即对非法就业外国人的劳动保护不得违反联邦移民法律政策。美国下级法院经过多年发展，达成共识：对已提供劳动的非法就业外国人，雇主需依法支付未付工资和赔偿；对未提供劳动的非法就业外国人，不支持其复职或支付不当解雇期间工资的请求。日本劳动法也采取类似立场，仅保护非法就业外国人已提供的劳动，以防止非法就业状态的持续。这样的立法设计基于两方面原因：首先，对已提供劳动的非法

就业外国人给予保护，增加了雇主的用工成本，从而降低了雇主非法雇佣的动机，有助于减少非法入境就业的外国人数量。其次，不保护未提供劳动的非法就业外国人，与出入境管理法禁止雇用非法就业外国人的规定相一致，避免了法律上对非法就业的默许。因此，我国应在劳动立法中明确规定，对非法就业外国人的劳动保护限于其已提供的劳动，以符合出入境管理法规，同时遏制非法就业现象。

为非法就业的外国人法律提供基础保护这一措施背后深深的体现了法律对人权价值的保障。因为移民者往往因生活所迫等原因非法就业，若完全忽视其就业事实而不给予任何法律保护，他们可能面临极度贫困、难以维持基本生活的困境。法律对其适度保护，是对他们生存权这一基本人权的尊重，让他们能通过合法劳动获取报酬，维持生计，从而维护作为人的基本尊严。例如，一些移民为了子女教育、家人医疗等原因，无奈选择非法就业，法律保护能保障他们有机会改善生活。此外人权强调平等对待每个人，不论其移民身份是否合法。若仅因移民者非法就业就对其劳动权益完全漠视，而对本国合法就业者给予全面保护，这是一种歧视性做法。为非法就业的移民者提供法律保护，意味着法律面前人人平等，不因其特殊身份而被排除在基本劳动权益保障之外，符合人权平等原则。比如，在劳动报酬、工作安全等方面给予同等法律关注。从长远看，为非法就业移民者提供法律保护，有利于他们更好融入当地社会。合法的劳动环境能促使他们提升技能、积极参与社会经济活动，实现个人发展。同时，当他们感受到法律保障时，会减少与当地社会的对立情绪，促进社会和谐稳定，这与促进人的全面发展、构建和谐社会的人权理念相契合。

五、小结

移民融入是一个复杂而漫长的过程，需要社会各界的共同努力和持续关注。未来，随着相关政策的不断完善和实施，以及社会对移民群体的包容与接纳，相信移民能够更好地融入东道国社会，为社会的繁荣与发展做出积极贡献。同时，这也将进一步提升我国在全球化背景下的国际形象与影响力，促进世界各国之间的交流与合作，共同推动构建人类命运共同体。

2025中国国际法学会

数字霸权突围:基于 TikTok 案的中国海外数字利益保护机制创新研究

孙 娜[1]

摘要：数字经济时代，以美国为代表的数字霸权国家通过结构性权力体系，将跨境数据流动规则与国家安全审查深度绑定，形成对中国海外数字利益的系统性压制。本文以 TikTok 案为切入点，揭示美国外资审查机制（CFIUS）的技术民族主义扩张、审查参数从“实际控制权”向“潜在影响力”的异化，以及司法体系下行政权力优先导致的救济困境，剖析数字霸权对中国海外利益的制度性压制逻辑。研究发现，中国海外数字利益保护面临法律域外适用陷阱、数据主权规则冲突及国际规则供给不足三重挑战，需要构建协同创新的突围路径：对内完善反制立法与司法主权实践，建立数据分级防控与智能合规体系；对外通过区域规则先行先试、参与全球标准制定，推动“网络空间命运共同体”理念嵌入国际规则。中国应依托“一带一路”等机制输出平衡安全与发展的治理范式，重塑国际数字治理格局，实现从规则接受者向秩序塑造者的角色转型。

关键词：海外数字利益　数据主权　跨境数据流动

引言：数字地缘政治下的利益博弈新图景

在 2024 全球数字经济大会主论坛上，中国信通院院长余晓晖发布《2024 全球数字经济白皮书》，余晓晖表示，主要国家数字经济持续快速发展，2023 年，美国、中国、德国、日本、韩国等 5 个国家数字经济总量超 33 万亿美元，同比增长超 8%；数字经济占 GDP 比重为 60%，较 2019 年提升约 8 个百分点，[2]中国数字企业海外投资存量超 4000 亿美元，[3]但是却严重遭遇了美国 “法律战”“规则战” 的系统性遏制。TikTok 案作为标志性事件，暴露传统海外利益保护机制在数字时代的适应性危机。自 2023 年哥伦比亚特区法院判决确认了美国政府对 TikTok 的强制剥离令，标志着美国将数字技术竞争纳入国家安全审查框架的战略升级，这一案件不仅涉及企业商业利益，更折射出中美在数据主权、规则制定权等深层制度领域的矛盾。美国通过构建 “安全-生产-金融-知识” 四维结构性权力体系，[4]将数字技术标准、数据流动规则与国家安全审查机制深度绑定，形成

[1] 西南政法大学 学生 15662700776

[2] 数据来源，https://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202501/t20250116_651709.htm https://www.cnr.cn/bj/oiue/20240703/t20240703_526775495.shtml

[3] 商务部《中国对外直接投资统计公报》2023 年版第 47 页明确载明："截至 2022 年末，我国数字经济领域对外直接投资存量达 4,287 亿美元，占对外直接投资总存量的 18.7%，较 2015 年提升 12.3 个百分点"

[4] 黄河, 刘彦彤. 地缘政治风险及其对中国企业海外利益的影响[J]. 太平洋学报, 2023, 31 (07): 45-58.

对中国数字企业的制度性压制。中国海外数字利益保护也面临三重转型压力：从传统实体利益保护转向数字空间治理，从单边外交应对转向制度性规则博弈，从被动防御转向主动塑造国际秩序。本文将通过分析 TikTok 案的审查逻辑，同时结合中美数字竞争的制度性特征，为构建适应数字时代的海外利益保护体系提供思路与建议。

一、 中国海外数字利益的发展脉络与时代特征

（一）中国海外利益的历史演进与数字化转型

“海外利益”实际上是“境外的国家利益”，属于国家利益的组成部分。中国“海外利益”即中国“领土之外的中国国家利益”，可分为海外政治利益、海外经济利益、海外文化利益以及海外安全利益。[5]中国海外利益的演进轨迹呈现显著的阶段性特征，其内涵与外延伴随国家发展战略和全球技术革命呈现动态调适。晚清时期，中国东南沿海地区开始出现“ 下南洋” 与赴美工作的热潮，中国海外利益初见雏形，主要表现为民工在异国的生命及财产安全。[6]但时值中国沦为半殖民半封建社会，内政外交一片混沌，海外利益保护根本无从谈起。[7]在1949-1978 年的奠基期，海外利益主要表现为侨民保护与主权维护，然受限于冷战格局与经济发展水平，海外利益保护形态呈现单一化特征，主要是由政府主导的领事保护机制构成保障体系。改革开放后，中国同世界交往日益密切，尤其是在入世之后，中国海外利益实现了第一次范式突破，海外利益从政治象征更多的转向中国公民的安全利益、通道安全利益以及经济安全利益，内容更加多元、保护需求也愈加深入。[8]

进入数字时代，对数字资源的开发利用以及对数字核心技术的获取与掌握触发了中国海外利益的第二次范式革命，衍生出了“海外数字利益”这一概念，推动国家海外利益的边界不断拓展。[9]2013 年"数字丝绸之路"倡议的提出标志着中国海外利益正式进入数字化重构阶段，形成"三维渗透"发展格局：在技术层构建起覆盖 152 个国家的 5G 通信网络，在数据层形成阿里云全球 28 个地域节点的云计算服务体系，在平台层培育 TikTok 等月活跃数超 15 亿用户的数字内容平台。这种数字化转型使得新时代海外利益呈现"虚实共生"的特征，2023 年跨境数据流动规模达 3.2ZB，占全球总量的 19.7%，这种演进催生了海外利益保护机制的双重适配需求——既要应对传统地缘政治风险，又需防范数字空间的新型威胁。以 2022 年印尼 G20 峰会期间启用的"数字领事"系统为例，其整合区块链身份认证、AI 风险预警和量子加密通信技术，实现了从物理空间防护向"数据-网络-认

[5] 傅梦孜，刀书林，冯仲平.中国的海外利益［J］. 时事报告，2004(6): 17-25.
[6] 戚凯：“数字时代的中国海外利益保护”，《拉丁美洲研究》，2024 年 8 月，第 46 卷 第 4 期。
[7] 章雅荻.海外中国劳工保护制度的演变与未来展望——基于历史制度主义视角的分析[J].华侨华人历史研究,2022,(01):45-53.
[8] 肖晞,宋国新.中国“一带一路”建设中海外利益的脆弱性分析与保护机制构建[J].学习与探索,2019,(05):36-45+2+176.
[9] 姚璐,梁添爱.美国对华数字竞争下的中国海外数字利益保护研究[J].中国信息安全,2022,(07):87-91.

知"三维防御的转变，这种转型本质上反映了国家利益形态从威斯特伐利亚体系下的领土延展，向数字时代"比特边疆"拓展的历史必然。

（二）中国海外数字利益的核心内涵

海外数字利益作为全球化进程中的新型国家利益形态，其核心内涵呈现多维复合特征。数字利益可解构为四个战略维度：其一，数据主权维度体现为跨境数据流动规则权，即国家通过立法管辖与数据本地化政策实现对关键数据资源的控制能力；其二，技术标准维度聚焦数字规则制定权，涵盖 5G 通信协议、人工智能伦理框架等核心技术的国际标准主导地位；其三，产业生态维度表现为数字经济主导权，涉及云计算、区块链等新型基础设施的全球部署能力；其四，安全治理维度承载网络空间话语权，包括网络攻击溯源、平台内容治理等规则的创设能力。这种复合利益具有显著的三重特征---载体呈现云端分布式存储的虚拟化特质，形态依托算法推荐系统实现跨域渗透，价值通过数据要素乘数效应实现指数级增长。区别于传统利益的物理属地性，海外数字利益借助数字孪生技术构建平行空间，在跨境云服务、智能合约等场景中实现利益再生产，形成"物理-数字"双重空间的利益增殖机制，为我国创造出实实在在的利润同时，对西方传统霸权造成了前所未有的冲击，使中国日益走近世界舞台的中央。

二、TikTok 案的法理透视：CFIUS 审查机制的数字霸权逻辑

TikTok 案始于 2017 年字节跳动收购 Musical.ly，这一商业收购行为在当时本是正常的市场运作，却触发了美国外资投资委员会（CFIUS）的追溯审查。[10]2020 年，特朗普政府以 “数据安全威胁国家安全” 为由签发行政令，要求字节跳动公司强制剥离 TikTok 美国业务，这一行政命令犹如一颗重磅炸弹，在全球数字经济领域引发了广泛关注。2023 年，哥伦比亚特区法院作出判决，虽部分的推翻原行政令，但确认了总统在紧急状态下的优先处置权。2025 年 1 月 17 日，美国联邦最高法院以 9:0 的绝对多数裁定《保护美国人免受外国敌对势力控制应用法》合宪，标志着 TikTok 禁令正式具备法律效力，但禁令生效仅 12 小时后，新任总统特朗普援引法案第 7 条签署行政令，将执行期限延长 75 天至 4 月 15 日，特朗普本人在记者会上暗示"中国是否批准交易协议将影响最终决策"，案件面临司法终局与行政延期的双重变数，凸显了美国外资安全审查在数字时代的三大特征：

1. 技术民族主义驱使下的审查边界扩张

传统的美国外资安全审查主要聚焦于军事技术领域，因为他们认为这是关系国家安全的核心部分，迈入数字经济时代后，技术的重要性愈发凸显，美国的外资安全审查便逐渐被技术民族主义所驱动。

[10]参见袁艺，杨森《数字经济企业海外并购中的财务风险识别与防范—基于投资者利益保护视角》，载《财汇通讯》第 135-147 页。

在 TikTok 案中，美国外资安全审查的范围发生了显著变化，美国将算法推荐机制纳入 “国家安全” 范畴，这是前所未有的。算法推荐机制是 TikTok 成功的关键因素之一，它能够根据用户的兴趣和行为习惯精准地推送用户可能感兴趣的内容，这种个性化的推荐服务不仅提升了用户体验，也使得 TikTok 在全球范围内迅速获得了大量用户。美国却将其视为一种潜在的安全威胁，他们认为算法推荐机制可能会被用于传播特定的信息、影响美国民众的思想和行为，从而对国家安全产生不利影响。用户数据量也成为了审查的重点。TikTok 在美国拥有高达 1.5 亿的用户，这些用户的个人数据包括年龄、性别、兴趣爱好、地理位置等，具有极高的商业价值和潜在的安全风险。美国以保护用户数据安全为由，将如此庞大的用户数据量纳入 “国家安全” 考量，他们担心这些数据可能会被中国获取，从而对美国的国家安全构成威胁。CFIUS 在 2022 年审查中要求 TikTok 提交算法源代码，这一要求开创了非控制性投资审查的先例。在以往的审查中，对于非控制性投资通常不会要求企业提交核心技术的源代码，而此次却要求 TikTok 提交算法源代码，意味着美国试图深入了解 TikTok 的核心技术，以评估其所谓的“安全风险”。这一举措不仅对 TikTok 的商业机密构成了威胁，也打破了传统的审查界限，为未来类似的审查提供了不良示范。

2. 审查参数从 “实际控制权” 到 “潜在影响力” 的转变

美国的外资安全审查参数在不断发生变化，从传统的 “实际控制权” 逐渐转向 “潜在影响力”。2018 年《外国投资风险评估现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018）的出台，是这一转变的重要标志，将原本仅针对“控制权交易”的审查延伸至非控股但涉及关键技术、敏感数据或基础设施的非被动投资，包括可能使外国投资者获取美国企业非公开技术信息或对重大业务决策施加实质性影响的交易。在传统的外资安全审查中，“实际控制权” 是一个重要的审查参数，通常只有当外国投资者对美国企业拥有实际控制权时，才可能对美国的国家安全产生影响，FIRRMA 的出台改变了这一观念，它更加关注外国投资者对美国企业的潜在影响力，即即使持股比例较低，只要能够获取美国企业的非公开技术信息或重大业务决策权，就可能被纳入审查范围。

在 TikTok 案中，尽管字节跳动并没有对 TikTok 美国业务拥有绝对的实际控制权，但 CFIUS 认为字节跳动对算法的研发和更新具有持续的影响力，这种影响力可能会影响 TikTok 在美国的运营和发展，进而对美国的国家安全产生潜在威胁，据此 CFIUS 认定字节跳动对 TikTok 美国业务构成 “实质性利益”，并决定将其纳入审查范围。这种审查参数的转变，使得美国的外资安全审查范围更加广泛，也更加模糊，外国投资者很难准确判断自己的投资行为是否会触发审查，这无疑增加了外国投资者的投资风险和不确定性。

3. 司法体系下行政权力优先导致的救济困境

在 TikTok 案中，司法救济面临着巨大的困境，而这一困境的根源在于法院判决强化了行政权力的优先性。当 TikTok 面临美国政府的强制剥离令时，它积极采取法律行动，提出了 “行政命令违反正当程序” 等抗辩理由。TikTok 认为，美国政府在作出行政命令时，没有遵循正当的法律程序，也没有充分考虑到 TikTok 的合法权益，法院在审理此案时，却以“国家安全审查具有高度裁量权”为由维持了政府的决定，这一判决结果凸显了美国司法对行政权力的制度性让渡。在美国的法律体系中，国家安全审查通常被认为是行政权力的范畴，法院在审查此类案件时，往往会给予行政部门较大的裁量权。法院认为，国家安全问题具有高度的专业性和敏感性，行政部门在处理此类问题时具有更丰富的经验和资源，因此应该给予行政部门更多的信任和尊重。这种司法对行政权力的制度性让渡，使得外国企业在面临美国外资安全审查时，很难通过司法途径获得有效的救济，即使企业认为行政命令违反了法律规定，也很难说服法院推翻行政部门的决定。这不仅损害了外国企业的合法权益，也破坏了公平、公正的市场竞争环境

三、中国海外数字利益保护的三重挑战

（一）法律域外适用陷阱：霸权扩张下的全球监管困局

当前，国际层面尚未形成统一有效的数据流通机制和规则体系，规制空白的现状为部分国家和地区将管辖触角延伸到域外提供了机会，数据长臂管辖愈演愈烈，对他国数据主权造成了严峻挑战。2018 年，基于自身的经济利益诉求以及对数据资源的控制需要，美国国会通过了《 澄清域外合法使用数据法案》简称《 云法案》 ），确立了域外数据管辖的“控制者模式” ，突破了数据管辖的领土界限，将美国的数据支配力延伸至全球，建立起了数据跨境流通的长臂管辖规则，设立了一套严密的数据防御体系，同时并未赋予“ 适格外国政府” 平等获取美国境内数据的权力，[11]这种单边法律域外适用机制导致双重困境：

1、 合规成本高筑：跨国经营下的多重监管负担

在全球化与数字主权博弈交织的背景下，中国企业正深陷一场“合规成本陷阱”。欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）的“数据权利至上”、美国《加州消费者隐私法案》（California Consumer Privacy Act, CCPA）的“消费者控制优先”与中国《个人信息保护法》（Personal Information Protection Law, PIPL）的“数据本地化强制”，构成了三套逻辑迥异、甚至相互冲突的监管体系。以华为为例，其 2022 年全球合规支出高达 47 亿美元，占营收比重超 15%，这一数字背后折射出企业为弥合法域鸿沟所付出的惊人代价。为应对 300 余项跨境数据传输审查，华为不得不在全球设立 12 个区域合规中心，雇佣超 2000 名法律与技术专家，仅欧盟单一市场的数据保护官（Data protection officer，DPO）团队年均成本便突破 1.2 亿美元。更深层的矛盾在于，合规成本已从单纯

[11]匡梅. 长臂管辖背景下的数据主权保护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2025, 43 (01): 132-145.

的“法律支出”演变为企业的系统性负担。GDPR 要求数据可携权与被遗忘权，迫使企业重建用户数据管理系统；CCPA 的“选择退出”机制倒逼算法逻辑改造以实时追踪用户授权状态；中国 PIPL 的数据出境安全评估则需企业预先部署境内数据湖并接受长达 120 天的审查周期。这种“三重合规”压力不仅直接蚕食利润——据波士顿咨询测算，头部科技企业平均需将营收的 12%-18%投入合规，更是催生出扭曲的技术应对策略，譬如阿里云因数据分级存储导致的跨区域分析延迟，使其国际客户流失率上升 5.3%。当合规成本超越技术研发成为企业最大开支项时，这不仅是商业模式的危机，更是全球数字治理失序的代价。

2、 数据主权侵蚀：司法胁迫与技术霸权的双重冲击

美国正通过“法律武器化”手段系统性瓦解他国数据主权屏障，构建“美国优先”的跨境数据控制体系。以《云法案》（CLOUD Act）为核心，美国以“数据控制者国籍”取代“数据存储地”作为司法管辖权依据，单方面赋予自身调取全球数据的权力。2023 年，FBI 援引该法案要求字节跳动提交 TikTok 欧洲用户行为数据，尽管相关数据物理存储于爱尔兰且受欧盟 GDPR 和《数字市场法》（Digital Markets Act, DMA）约束，美国仍以“国家安全例外”强行突破地域限制。这种“法域黑洞”效应不仅体现在个案中（美国司法部近年通过“301 条款”调查程序，多次要求阿里云、腾讯云等企业提供存储于新加坡、德国等第三国服务器的用户数据），甚至威胁将拒绝配合的中国企业列入“实体清单”。这实质上是以司法工具将数据主权降级为“可穿透的虚拟边界”，譬如在 2022 年微软爱尔兰数据中心数据调取案中，美国最高法院裁定“企业对数据的实际控制权高于数据存储地主权”，这本质上是将全球云服务商转化为美国执法力量的“数据提款机”。 美国还通过《芯片与科学法案》切断他国技术替代路径，迫使企业陷入“违抗美国法”或“违反属地法”的两难困境。全球数据治理秩序正因此加速分裂，形成以美国“长臂管辖”为顶点、其他主权国家被动防御的“数字权力金字塔”。

（二） 数据主权规则冲突：数字边疆的治理博弈

1. 管辖权真空：物理边界与数据主权的错位困境

云端服务器物理位置与数据控制主体国籍的适用冲突日益凸显，这集中体现在中美对跨境数据管辖权的规则博弈中。以 TikTok 为例，其美国用户数据虽存储于弗吉尼亚州甲骨文服务器，但算法控制权归属字节跳动新加坡实体，形成“数据属地”与“控制权属”双重主权主张的冲突。美国依据《国际紧急经济权力法》（International Emergency Economic Powers Act, IEEPA）主张对数据内容的“实质管辖权”，通过《云法案》（《澄清境外数据合法使用法案》Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, CLOUD Act）确立的“控制者模式”将数据控制者（如跨国科技企业）视为管辖权延伸的载体，即便数据存储于境外，只要与美国存在“最低限度联系”即可主张管辖。中国则基于《数据安全法》强调“数据控制者主权原则”，要求关键信息基础设施运营者在中国境内运营中产生的数据实施本

地化存储，并通过数据出境安全评估制度强化主权控制。双方对跨境数据调取、算法审计等核心问题的治理逻辑存在根本性分歧：美国以“虚拟存在”突破地理边界的限制，中国则以“数字领土”概念构建数据主权屏障，导致监管重叠与治理真空并存，形成“长臂管辖”与“主权防御”的制度性对抗。

2. 标准碎片化：分类体系与传输规则的制度对抗

数据分类标准与跨境传输规则的制度性差异加剧了全球数据治理标准的碎片化。美国将数据分为“敏感数据”（如生物识别、医疗健康信息）与“非敏感数据”，通过《云法案》构建以双边行政协议为核心的跨境调取机制，要求缔约方承诺数据自由流动并弱化本地化限制。中国《数据安全法》则建立“重要数据”分类目录，对包含超 100 万用户个人信息或涉及地理测绘、公共健康等 21 类数据实施强制本地化存储，并通过网信办、工信部等多部门联合安全评估程序严控数据出境。两套体系在关键领域形成结构性矛盾，譬如基因数据在美国属于需特殊保护的“敏感数据”，在中国则被纳入涉及生物安全的“重要数据”范畴；在审查流程上，美国依托总统行政令直接授权跨境调取，而中国要求企业通过网信办主导的三级评估体系（自评估→行业评审→国家审查）完成合规审查。这种制度性对抗不仅体现了在技术标准层面的矛盾，更深刻反映两国“数据自由流动”与“数据主权优先”的治理理念的冲突，导致跨国企业在双重合规压力下运营成本激增，数字经济的全球化效能被制度性损耗所消解。

（三）国际规则供给不足：数字治理的体系性缺陷

1、WTO 规则滞后：数字贸易时代的制度脱节

世界贸易组织现行的数字治理体系已严重滞后于技术迭代速度，它的核心依据仍停留在 1998 年通过的《电子商务工作计划》（Work Programme on Electronic Commerce）。这套诞生于互联网拨号时代的规则体系，是 WTO 为应对数字技术革命对全球贸易的影响而设立的核心机制，旨在探索如何将电子商务纳入多边贸易规则框架，是多边体系适应数字时代的试金石，但它既未涵盖算法治理、数据本地化存储、数字服务税等关键议题，也未建立适应平台经济特征的争端解决机制。2023 年 TikTok 美国业务被强制剥离案可以很好地印证这一缺陷，由于 WTO 缺乏数字平台治理规则，中国企业无法依据《服务贸易总协定》主张"商业存在"权利，也难以通过争端解决机制（DSB）挑战美国"长臂管辖"。[12]即便在 2022 年启动的电子商务联合声明倡议（JSI）谈判中，各方的根本分歧仍难以弥合——美欧坚持"数据自由流动"原则、主张开放市场，限制数据本地化、推动数字贸易自由化，中国主张"网络空间主权"下的分类分级管理、强调数据主权和国家安全例外、支持“有管理的跨境流动”，而发展中国家则集体呼吁建立"数字公共产品补偿机制"、担忧数字殖民化与税收流失。这种制度性脱节导致全球数字贸易规则"

[12]戴长征,戚凯.中国数字经济“走出去”的海外风险与利益保护[J].中国信息安全,2022,(07):71-74.

巴尔干化"（Balkanization）[13]，若 JSI 仍迟迟达不成协议，WTO 在数字贸易领域的影响力将进一步下降，2023 年 UNCTAD（联合国贸易和发展会议 United Nations Conference on Trade and Development）数据显示，[14]区域性数字贸易协定已覆盖全球 83%的数字交易，但规则标准相互抵牾。

2、多边机制缺位：全球数字治理的权力真空

当前国际社会尚未形成具有普遍约束力的数字治理框架，既存机制呈现"碎片化"特征。OECD 主导的《数字经济包容性框架》（Inclusive Framework on BEPS）虽涵盖 145 个国家和地区，但其第 12 节争议解决条款仅规定"协商义务"而无强制执行力。[15]APEC《跨境隐私规则》（Cross-Border Privacy Rules, CBPR）实施十年仅吸纳 9 个经济体，且认证程序复杂导致中企合规成本激增。中国 2020 年提出的《全球数据安全倡议》虽然有 67 国联署，但美欧以"缺乏第三方审查机制"为由拒绝加入，转而加速推进具有排他性的"印太经济框架"（IPEF）数字条款，IPEF 第 7 章“数字贸易”条款，尤其是“可信数据流通圈”的设计，意在构建排除中国的技术联盟，反映了全球数据治理规则制定权的激烈争夺，双方的对立不仅关乎技术标准，更是地缘政治、经济模式与意识形态竞争的综合体现。

大国间的制度性博弈造成世界范围内规则体系的"双轨并行"。美欧通过"技术民主联盟"输出价值观导向的规则体系，譬如德国为响应欧盟《外资审查框架条例》、配合美国对华技术遏制，于 2023 年进一步修订《对外贸易条例》（AWV），强化外资审查机制、降低审查门槛，对中国企业在德投资构成显著挑战。而中国主导的"数字丝绸之路"、"中国—东盟智慧城市网络"等尽管在部分国家取得进展，但其国际认可度仍然受限，譬如印度拒绝加入中国主导的“数字丝绸之路”，并禁止华为、中兴参与其 5G 建设；截至 2024 年，东盟十国中仅老挝、柬埔寨全面接纳中国智慧城市方案，其余国家选择美日韩技术混合方案。UNCTAD 2023 年报告显示，发展中国家数字基础设施项目融资累计缺口达 5.7 万亿美元，但现有多边开发银行（世界银行与亚洲开发银行、亚洲基础设施投资银行等）仍沿用传统基建评估标准。[16]全球治理的权力真空与矛盾不仅导致全球供应链成本攀升、技术标准割裂，更可能将世界拖入“数字铁幕”阴影下的零和博弈，若是缺乏包容性对话与底线共识，数字治理的“权力真空”或将成为新冷战的核心战场，而中小国家与跨国企业则被迫在“选边站队”中承受高昂代价。

---

[13] 巴尔干化（Balkanization） 是一个源自地缘政治的历史术语，最初指 20 世纪初巴尔干半岛因民族、宗教和领土冲突分裂为多个小国的现象。该词后被引申为“碎片化”或“割据化”的隐喻，用于描述某一整体（如政治体系、经济规则、技术标准等）因内部矛盾或外部干预，分裂为多个相互对立、难以协调的独立单元的状态。

[14] See UNCTAD International Policy Hub, https://investment policy.unctad.org

[15] 参见《数字经济包容性框架》下《双支柱方案》中关于 Amount A 的《实施框架》（2023 年细化文本）争议解决机制被纳入《实施框架》第 12 节（Section 12）,其核心内容为“缔约方应通过协商解决与金额 A 相关的争议，包括利润分配、市场国界定等分歧。若协商未果，可提交包容性框架指导小组（Inclusive Framework Steering Group）进行调解，但调解结果不具法律约束力。”

[16] 参见李健男. 论中国企业海外投资利益保护法治建设[J]. 法学评论, 2024, 42 (05): 146-160.

四、制度重构：构建数字时代的中国方案

（一）构建数据主权防御体系

1、完善反制立法体系

二战后，欧美日韩等国家在在海外投资利益保护的长期实践中积累了大量经验，逐步构建起兼顾激励与约束的海外利益法治保障体系。美国通过《经济合作法》《对外援助法》《海外反腐败法》等综合性立法，以税收优惠、信贷支持、投资保险等正向激励叠加反商业贿赂的刚性约束，依托经济霸权推动法律域外适用，将海外投资主体纳入美国司法管辖网络。日本采取"立法精准+管理协同"模式，以《输出保险法》《特别征税措施法》为核心构建法律框架，在行政管理上实施"一个窗口、分工管理"机制，配套财务省与经产省的双轨统计调查制度，实现政策制定与市场动态的数据闭环。韩国则实施渐进式立法策略，自 1960 年代相继出台《海外投资开发促进法》《对外经济合作基金法》及投资审查标准，通过开发援助基金引导、项目风险评估等工具，为本土企业全球化提供阶梯式法律护航。[17]此外，澳大利亚、英国、墨西哥、加拿大和欧盟均已通过了反制美国诉讼和调查的法律，[18]揭示了有效的域外投资保护需立法层面构建"激励-监管-救济"制度链，执法层面强化跨部门协同与数据治理能力，并通过法律域外效力拓展实现主权利益与市场规则的跨境投射。[19]

我国应以《数据安全法》、《个人信息保护法》为基础，[20]制定《反外国制裁法》、《阻断办法》的配套措施，构建"三重防御机制"应对日益严重的数字霸权。第一，设立"数据主权防火墙"，明确禁止企业执行任何未经中国政府认可的外国数据调取令，要求境内企业向国家数据安全委员会备案境外司法协助请求，此项立法可以参考欧盟《通用数据保护条例》的阻断条款，[21]更加注意程序正义，避免被国际社会批评为“数字威权主义”。第二，建立"合规救济制度"，允许企业申请"数据主权合规证明"，对符合我国法律的数据跨境行为提供行政背书。这一机制可参考美国《云法案》中"适格外国政府"的审查标准，[22]《云法案》赋予美国行政部门与“ 适格外国政府” 签订数据共享执行协议的权力，从而为符合条件的外国政府提供能够避开烦琐司法协助程序的数据移交渠道。[23]但需要注重建立双向对等原则，《云法案》对“适格外国政府”的认定设置的标准较高，实际中

---

[17] 参见亓长东、周燕:《日本对外直接投资法律及行政管理体系的经验启示》,载《中国经济时报》2013 年 1 月 9 日第 005 版

[18] 参见李庆明:《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。

[19] 参见谈萧:《韩国海外投资法制评析及启示》,载《国际贸易问题》2006 年第 9 期。

[20] 《数据安全法》第 36 条：“非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。” 《个人信息保护法》第 41 条：“个人信息处理者因业务等需要向境外提供个人信息的，应当通过国家网信部门组织的安全评估。”

[21] GDPR 第 48 条（Article 48）明确规定：“任何第三国法院或行政机关要求传输或披露个人数据的判决或决定，仅在国际协议（如司法互助条约）框架下，且不影响本条例其他数据跨境传输规则的前提下，方可被欧盟境内的控制者或处理者承认或执行。”

[22] Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act § 105.

[23] 匡梅. 长臂管辖背景下的数据主权保护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2025, 43 (01): 132-145.

符合标准的国家寥寥无几，[24]该法案为美国政府访问外国政府数据设置了宽松条件，但执行协议却严格限制外国政府向美国发出的数据请求，制定标准应着力避免出现适用和评估方面不对等的问题。第三，设立"反向惩罚条款"，借鉴我国《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》[25]的实践经验，细化相关规定，制定明确可预见的法律后果，[26]对违规提供数据的境外主体实施市场准入限制。2023 年，中国对美国芯片制造商美光（Micron）实施网络安全审查，禁止关键信息基础设施运营商采购其产品，[27]标志着中美技术博弈进入“精准打击”阶段，中国通过国内法工具实施非对称反制，既保障了关键领域安全，又为国产替代争取了窗口期，这一模式或成为未来中美科技战的常态。

2、强化司法主权实践

传统国家主权的本质是领土边界内的独立至高权威，如今超地域化、全球化的数据流通冲击了传统主权的地域性、国别性特征，从根本上挑战了领土边界的划定，模糊了主权国家的地理疆域和制度边界，“这里”和“那里” 的区分变得困难，仅仅依靠基于地域的传统主权无法对数据进行有效规制，[28]明确数据主权的治理要素，如“数字领土”、“数字人口”、“数字活动”等，确定其管辖对象，才能更好地发挥国家主权在数字时代的效应。将数据主权侵害视为新型数字侵略，运用"效果原则"审查外国司法行为对我国数据主权的实质影响，参照国际法院审理在"尼加拉瓜诉美国案"中对“禁止使用武力原则”的里程碑式解释，将数据主权侵害视为新型“数字武力”，证明其具备强制性和主权侵害后果。

采用"对等原则"建立司法反制清单，对恶意实施数据长臂管辖的国家，限制其司法机关在中国境内的判决承认与执行。基于“对等原则”构建数据主权司法反制体系，需通过立法与司法实践逐步确立主权边界，2023 年国家网信办对美光（Micron）公司启动网络安全审查，认定其产品存在“未经许可向境外传输关键数据风险”，并依据《网络安全法》第 37 条和《数据安全法》第 36 条禁止部分产品在华销售。该案首次在行政裁决文书中明确“中国境内数据管辖权的排他性”，成为数据主权原则的实践先例。[29] 在司法执行层面，中国法院已有通过财产冻结措施反制数据侵权行为的先例。2021 年“滴滴出行”因违规赴美上市引发数据安全风险，国家网信办依据《数据安全法》第 45 条对其处以 80.26 亿元罚款后，北京市第四中级人民法院依据《反外国制裁法》第 6 条，冻结滴滴部分境

[24] 梁坤：《美国〈澄清合法使用境外数据法〉背景阐释》，《国家检察官学院学报》2018 年第 5 期，第 154－155 页。

[25] 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第 5、7 条：中国公民、法人或其他组织可向国务院商务主主管部门申请“禁令”，拒绝遵守损害中国主权的外国法律与措施。第 12、13 条：对违反禁令的中国主体，可处以警告、责令改正、罚款；对境外主体，可采取“必要反制措施”。

[26] 参见丁汉韬:《论阻断法的实施机制及其中国实践》,载《环球法律评论》2022 年第 2 期。

[27] 参见外交部官方网站，2023 年 5 月 22 日外交部发言人毛宁主持例行记者会，https://www.mfa.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/202305/t20230522_11081384.shtml

[28]Jennifer Daskal, The Un-Territoriality of Data, The Yale Law Journal, 2015,125 (2), p.329, pp. 365-378.

[29] 参见《网信办 2023 年第 5 号审查决定》。

外股东在华关联企业资产，开创“以经济制裁对冲数据主权侵害”的司法先例。中国亦可借鉴国际经验强化制度创新，授权司法机关对违法获取中国数据的外国主体实施财产冻结等强制措施，效仿英国最高法院在 2021 年“谷歌诉 Lloyd 案”[30]确立“未经同意的数据商业化利用可构成损害”原则，允许消费者发起集体索赔。中国在此集体诉讼的基础上，于《个人信息保护法》第 70 条[31]引入“公益诉讼条款”，通过行政审查、司法制裁与集体诉讼三重路径，构建“立法阻断—对等反制—集体维权”的特色数据主权保护范式，与欧盟 GDPR 阻断条款一样形成国际法层面的规则制衡。

（二）构筑企业层面的风险防控及权益维护

1、实施数据分级防控

数据分级防控是依据《数据安全法》第二十一条要求，根据数据在经济社会发展中的重要程度及遭到篡改、破坏、泄露或非法获取后的危害程度，对数据实施分类分级标识、差异化管理及精准化防护的制度体系。[32]其核心价值在于构建“数据安全阀”，首先，通过科学分级实现安全资源优化配置，避免“一刀切”防护导致的成本虚耗或高危数据保护不足。[33]其次，分级防可以强化关键领域的数据安全韧性，降低大规模数据泄露引发的系统性风险，保障数字经济安全底座。分级制度为数据流通提供合规准绳，在确保国家安全前提下释放数据要素价值、构建数据分级防控体系既是履行《数据安全法》法定义务的核心路径，更是应对数据主权博弈、平衡安全与发展矛盾的必然选择。[34]

企业构建动态数据分类模型，结合业务场景的特点，形成数据安全防护治理路径，对信息系统中的数据进行分类分级操作，[35]参考《数据安全法》、《网络数据安全管理条例》等，将企业数据资产划分为核心、重要、一般三级，实施数据分级防护。企业需构建三级数据防护体系，依托国内头部科技企业已验证的技术方案实现合规落地。对于核心数据，应通过国密算法硬件加密、物理隔离存储及多因素动态审批机制实现“零信任”防护，同时引入第三方机构开展等保四级合规审计。对重要数据进行重点保护，完成对数据全生命周期的管理，并对管理结果定期检查、审计和评估，建立组织安全制度，注重管理和安全培训方面的加强，从而实现对数据的细粒度、全方位的数据安全防护治理体系，同时可依托隐私计算技术实现数据可用不可见，并通过区块链溯源记录操作轨迹，同步建立跨境传

[30] See Lloyd v Google [2021] UKSC 50.

[31] 《个人信息保护法》第 70 条“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。”

[32]阮宏毅,宋华礼,魏永,等.基于数据分类分级管理的共享中心数据安全防护研究[C]//中国建设会计学会.中国建设会计学会第十五次(2022 年度)论文集.

[33] 朱添福,曹海.大数据背景下的气象数据安全防护策略探究[J].网络安全技术与应用,2023,(03):104-105.

[34] 赵楠楠.我国数据安全标准及安全防护探究[J].网络安全技术与应用,2022,(03):65-66.

[35] 李萌,李健,徐平洋,等.重要信息系统数据分类分级的研究与思考[J].信息安全研究,2023,9(07):631-636.

输安全评估与境内镜像备份机制。[36]对于一般数据，譬如脱敏后的业务统计信息，则需在自动化分类工具支持下，结合 TLS 协议加密存储与低频访问监控完成基础防护。该体系既满足《数据安全法》第 21 条对分类分级义务的强制性要求，亦在司法实践中契合《网络安全审查办法》对数据处理者风险防范能力的实质性审查标准，最终实现法律合规性与技术可行性的动态平衡。

2、建设智能合规体系

全球化经营下，各出海企业面临多法域的监管叠加，传统人工合规难以应对如此高频规则变动，风险的隐蔽性也日益增强，导致跨国企业的合规成本激增，亟需技术降本增效，借助数据穿透式监测提前预警。企业智能合规体系是基于人工智能、大数据与区块链等技术构建的自动化合规管理系统，通过实时解析全球法律法规、动态识别业务风险、智能生成合规方案，实现从被动响应到主动防控的转型。通过自动化生成报告提高合规效率，运用 AI 模型预测可以使得风险可控性增强，通过可信合规认证获取客户与投资者信任，让企业的商业价值外溢，最终将企业合规任务实现从“成本中心”向“战略资产”的升级。

为应对全球化合规挑战，企业智能合规体系的构建需以技术融合、数据治理与算法迭代为核心，形成“风险识别-决策响应-动态优化”的全周期管理闭环。该体系依托人工智能技术整合自然语言处理、知识图谱与机器学习算法，通过法律文本智能解析与合规要求结构化，实现多法域监管规则的自动化适配，打通企业内外部数据壁垒，构建覆盖运营流程、法规库与行业案例的多维数据中枢，为风险建模提供底层支撑。华为云通过持续经营形成了一套涵盖业界主流云安全标准以及华为云安全管理要求的方法体系，并称之为“云服务网络安全与合规标准”（CLOUD SERVICE CYBERSECURITY & COMPLIANCE STANDARD，简称“3CS”），3CS 覆盖了在网络安全与隐私保护领域的监管及行业最佳实践的八大领域的控制要求，并形成了基于该控制要求的检查方法、度量体系以及成熟度模型，用于帮助华为云乃至更多的企业认知自身应覆盖的合规要求、识别企业当前的合规水平、追踪运营运维过程中的合规状态、规划自身的合规发展方向，使得合规工作体系化也更加落地化。[37]在算法层面，采用深度神经网络构建分层预警模型，从显性规则筛查延伸至隐性关联风险挖掘，显著提升风险识别的覆盖率和时效性。动态监测机制则通过强化学习持续优化风险权重，结合可视化工具与移动端协同平台，推动合规管理从被动应对转向主动防控。其核心价值在于通过技术赋能消解全球化合规的复杂性与滞后性，但同时需注重法律逻辑与算法可解释性的协同，并在区块链存证等技术深化中构建合规证据链的信任基础，最终实现合规成本优化与战略风险控制的平衡。

[36]王世晞,张亮,李娇娇.大数据时代下的数据安全防护——以数据安全治理为中心[J].信息安全与通信保密,2020,(02):82-88.

[37]参见赛迪智库-《华为云新加坡政府行业安全合规解决方案》

（三）重塑国际数字治理格局

1、区域规则先行先试，探索治理创新范式

当前，全球共识谈判难度高，联合国陷入数字治理僵局，区域合作在特定地理或经济联盟内，通过多边协定或统一立法建立的数字治理框架，涵盖数据跨境流动、隐私保护、数字贸易等核心议题，更易调和利益冲突，充当“试验田”，譬如 APEC《跨境隐私规则》（CBPR）通过认证机制验证数据流通可行性，[38]为 CPTPP 的数字贸易条款提供了实践基础。此外，区域集团还能凝聚谈判筹码，如非洲大陆自贸区（ACFTA）通过《数字贸易议定书》统一联盟国国规则，非洲大陆自贸区秘书长瓦姆凯莱·梅内透露，《原产地规则议定书》在非洲经济史上首次达到 88.3%的一致性，“在非洲贸易的近 5000 种产品中，已有 88.3%的产品拥有一套单一的贸易规则。这将推动非洲大陆成为更具吸引力的投资目的地，加速工业化进程”，[39]增强与非盟外主体的议价能力，对内可以降低企业合规成本、加速市场融合，对外形成规则输出能力，推动国际秩序向多极化演进。

以区域规则推进区域数字治理的核心逻辑在于通过规则协同构建“主权让渡”与“利益共生”的平衡机制。在标准协同层面，区域规则的本质是通过多边协议实现成员国间技术规范与治理框架的渐进统一，其关键在于建立“主权弹性空间”——既允许各国保留对关键领域的监管自主权，又通过联合声明、行动纲领等软性约束推动分类分级标准融合。中国-东盟《数字经济合作联合声明》正推动金融、物流领域数据分类规则统一，开展数字化发展战略、数字监管实践、政策和规则标准的交流沟通，[40]这种模式能够避免全球治理中“一刀切”规则的僵化性，转而以区域共同利益为导向，在数字化发展战略、监管实践、政策对话等维度形成动态协调机制，逐步消解制度摩擦。面对跨境安全挑战，区域规则的作用则体现为“风险共担”与“能力共建”，通过联合应急响应、威胁情报共享等制度化安排，将分散的主权防御体系升级为联防联控网络。为应对跨境安全挑战，中国可与东盟依托新加坡联合应急响应中心建立多语种情报共享机制，重点防御 APT 攻击与供应链漏洞，同步构建跨境威胁溯源能力。不仅能通过多语种协同、溯源技术标准化降低安全治理成本，更以规则约束强化成员国间的互信基础，使跨境数据流动与安全可控性从零和博弈转向共生演进。区域规则由此成为数字治理“规则实验”与“秩序重构”的核心载体，既为全球治理提供模块化方案，又通过区域内部利益整合增强集体话语权。

2、　全球标准协同共建，塑造战略互信格局

当前全球数据治理呈现技术霸权驱动下的规则割裂态势，以美国为代表的网

[38]乔平平.APEC 数字经济合作的进展、挑战及中国参与策略[J].对外经贸实务,2022,(02):51-54.
[39]参见人民日报，http://paper.people.com.cn/rmrb//html/2023-02/23/nw.D110000renmrb_20230223_1-17.htm
[40] 参见外交部发表《中国—东盟关于推动建立可持续和包容性的数字生态合作联合声明》，https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/202410/t20241010_11505046.shtml

络强国依托技术优势与法律长臂管辖，构建“宽流入、严流出”的双向数据管控模式——对外以“网络自由”之名扩张数据获取权，对内强化国家安全数据封锁，导致跨境数据流动规则碎片化，加剧发展中国家在数据资源分配、技术红利共享中的结构性失衡。这种单边主导的治理格局不仅阻碍全球数字技术创新协同，更衍生出数据保护主义与管辖权冲突风险。鉴于此，中国亟需通过参与全球数字标准制定打破规则垄断，一方面，主动输出“平衡安全与发展”的治理范式，将“网络空间命运共同体”“数据主权平等”等理念嵌入国际规则，破解西方“价值观霸权”；另一方面，推动建立兼容不同发展诉求的跨境数据流动框架，通过属地原则优先、执法协作机制等路径协调国家安全与数据自由流动的冲突，为重构包容性全球数据治理秩序提供制度性公共产品。

为了推动国际数据治理达成共识，我国应致力推动国际合作，更好参与国际数据流通规则制定，不断促进统一的国际数据跨境流通规范标准形成，使各国尊重彼此的数据主权，共同优化国际数据主权治理体系。[41]首先，依托“一带一路”倡议、金砖国家等多边合作机制，通过发布《全球数据安全倡议》等软法性文件确立数据主权平等、属地管辖优先等核心原则，[42]逐步推动其向国际习惯法演进，形成符合发展中国家诉求的规则范式。其次，构建分层协作体系——在技术层面强化与新兴经济体在数字基建领域的标准互认，通过科技企业海外合规实践输出数据分类管理、跨境安全评估等制度经验，在制度层面建立“南北双向对话”机制，既通过中欧数字对话协调安全与发展诉求差异，又借助南南合作框架推广平衡数据主权与流通效率的治理方案。最后，创新规则实施载体，通过亚投行数字基建项目、中国-东盟数字经济合作框架等实体平台，将数据治理规则嵌入技术标准、投融资协议与产业合作条款，形成“规则—实践—机制”的闭环传导系统，最终实现从国际规则被动适配者向治理秩序主动塑造者的角色转型。

五、结论与展望

数字霸权博弈本质是技术主权与制度话语权的双重竞争。TikTok 案暴露了传统国际法框架在数字时代的适应性危机，也揭示了中国海外利益保护机制亟待从“被动防御”转向“主动规则塑造”。面对美国的压制，中国需以制度创新为核心突围路径：通过数据主权防御体系构建“法律盾牌”，以企业智能合规体系打造“技术护城河”，并以区域规则实验与全球标准协同推动治理范式革新。这一进程既需坚守“数据主权平等”的底线原则，亦需通过南南合作与技术赋权提升发展中国家的集体议价能力。未来研究可进一步探索数字人权、算法伦理等新兴议题的规则衔接机制，为构建包容性全球数字治理秩序提供中国智慧。唯有将制度优势转化为规则领导力，方能在数字边疆的竞合中实现国家利益与人类共同

[41]冉从敬,何梦婷,刘先瑞.数据主权视野下我国跨境数据流动治理与对策研究[J].图书与情报,2021,(04):1-14.
[42]隽薪.数据主权规则博弈的中国进路[J].中国社会科学院大学学报,2024,44(06):58-78+145-146.

利益的动态平衡。

2025年中国国际法学会年会

论国际习惯的国内适用与中国因应

江子焕

摘要：国际习惯作为国际法的重要渊源，应当在国内层面得到有效实施，其必要性随着当代国际法的发展日益凸显。然而，由于国际习惯自身的不确定性和我国相关法律依据的阙漏，国际习惯在我国国内法层面的适用尚处于起步阶段，实践中存在质和量的双重不足，不仅未能明确区分国际习惯与商事惯例，而且鲜有真正适用国际习惯的案例。通过分析国际习惯在我国的司法适用现状并借鉴比较法上的相关启示，我国可以从立法和司法两个层面完善国际习惯的国内适用：一方面，可考虑在《对外关系法》的框架下明确国际习惯的可适用性；另一方面，应加强法院在具体案件中对国际习惯的识别、解释和适用能力，提升适用实践的成效。

关键词：国际习惯　国际惯例　国内适用　立法规定　司法实践

一、问题的提出

国际法的实施不仅停留在国际社会层面，亦包括国内层面。事实上，绝大多数的国际法判决都不是由国际法院（庭），而是由国内法院作出的。[1]此处所谓之“国际法”包括国际法的各项渊源自不待言。这其中，国际习惯作为最古老、最原始的渊源也应当被各国遵守并在国内得到实施。[2]然而，相较于国际条约，国际习惯在一国国内的适用问题不仅更加具有不确定性，而且学界对此问题的着墨也较少。一方面，习惯具有不成文性，其存在和内容需要经由通例和法律确信两大要件的证成；[3]加之法律确信本身就是从国家行为中推定的主观要件，存在较大的不确定性。另一方面，从适用的角度来看，我国现行的法律法规中几乎没有提及“国际习惯”，但许多单行性法律、司法解释、相关文件中却都提到了“国际惯例”的适用问题，故在国内法规范层面也存在不确定性。这也就引发了司法实践中的一系列问题——国际习惯和国际惯例二者之间的关系为何？国际习惯能否在国内层面得到实施？具体落脚到我国法院中，国际习惯是否具有可适用性？这些问题亟需相关立法和司法实践进一步完善、明确，故有必要首先开展学理研究，以期提供有益的启示与参考。

二、概念之析：国际习惯的内涵及其与国际惯例的界分

首先需要明确的是国际习惯这一概念的具体内涵及其与国际惯例的界分。由

[1] Leila Sadat et al., *International Law: Cases and Commentary*, 6th ed. (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021), p.17.
[2] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 69 页。
[3] ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, Conclusion 16.

于翻译不同和国际法部门间存在的差异，习惯（custom）、惯例（usage）、通例（general practice）三个汉语词汇之间存在一定的混淆。[4]《布莱克法律词典》中对于“custom”和“usage”两个词语定义的差别之处就在于前者具有法律拘束力而后者没有。[5]因此目前被广泛接受的汉语翻译均将“custom”译作习惯，将“usage”译作惯例，而“general practice”译作通例。进而根据对《国际法院规约》第 38 条的翻译，国际习惯是“作为通例之证明而经接受为法律者”。[6]虽然这一表述存在逻辑上颠倒之嫌，郑斌教授曾指出习惯实应为“经接受为法律的通例所证明者”，[7]但国际法院的一系列判决均明确了“通例”与“法律确信”是习惯的两大要件。[8]早期学术界曾存在对习惯与惯例的相反译法，导致了概念的混淆。例如，周鲠生教授将《国际法院规约》第 38 条表达为“国际惯例作为通例之证明而接受为法律者”，陈安教授认为“惯例”相较于“习惯”在语义和语气上表达的约束力更强。[9]此外，在惯例与通例二者之间，根据国际法委员会起草的《有关习惯国际法识别的结论草案》结论九，在没有被接受为法律时，通例（general practice）仅是惯例（usage）。[10]王铁崖教授亦指出“惯例也就是通例”。[11]故而，在国际公法的语境下，一般认为习惯是具有法律确信、进而具有法律约束力的惯例，而惯例和通例同义。

但在国际私法和国际经济法的语境下则有所不同，主要原因在于对“国际惯例”的定义存在分歧。广义说认为，国际惯例包括强制性规范和任意性规范，前者具有法律效力而无需当事人选择即可适用，后者则只有经过当事人的选择才有约束力。[12]此时的国际惯例实际上包含了国际习惯和一般法律原则。狭义说则认为，国际惯例只包括任意性规范，是不具备强制性和普遍法律约束力的“通例”，以国际商事惯例为主。[13]两种观点并无对错之分，有学者统计得出广义说是目前我国国际私法教材中更主流的观点，而后者更有利于避免概念的混淆。[14]

由此可见，正如劳特派特曾在《奥本海国际法》中所指出的，国际法中惯例和习惯的区别并非尽如其文本所说明。[15]故而，本文所指称的“国际习惯”均是

---

[4] 翟仲：《国际惯例与国际习惯的概念界分及现实考察》，载《国际法研究》2021 年第 4 期。
[5] Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (Thomson Reuters 2009, 9th ed.), p.442, pp.1680-1681.
[6] ICJ Statute, Art.38.
[7] Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, London: Oxford University Press (1997), pp.138-146.
[8] See *Colombian-Peruvian Asylum Case* (Columbia v. Peru) ，Judgment，ICJ Reports 1950，pp. 266，paras. 276-277. See also *North Sea Continental Shelf case* (Germany), ICJ Reports 1969, p.44, para.77.
[9] 周鲠生：《国际法（上册）》，武汉大学出版社 2007 年版，第 10 页。陈安：《论适用国际惯例与有法必依的统一》，载《中国社会科学》1994 年第 4 期，第 81 页。
[10] ILC, Draft Conclusions on the Identification of Customary Law, Conclusion 9.
[11] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 75 页。
[12] 此说参见黄进主编：《国际私法》，法律出版社 2005 年版，第 60 页；韩德培主编: 《国际私法》（第 3 版），高等教育出版社 2014 年版，第 30-31 页。
[13] 此说参见肖永平：《论国际商事惯例在我国的适用》，载《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 1 期。此外，亦有学者将“习惯和惯例”并称为国际商法的渊源，参见左海聪：《国际商事条约和国际商事惯例 的特点及相互关系》，载《法学》2007 年第 4 期。
[14] 翟仲：《国际惯例与国际习惯的概念界分及现实考察》，载《国际法研究》2021 年第 4 期。
[15] [英]劳特派特修订：《奥本海国际法（第 8 版上卷）》，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1971 年版，第 19

采其国际公法语境下的含义，即“作为通例之证明而经接受为法律者”；而“国际惯例”则采狭义说，只包括国际商事惯例等任意性规范，以避免重复。

三、理论之思：国际习惯在国内法院的可适用性问题

在澄清了概念后，需要进一步予以明确的“前置性问题”就是国际习惯能否且是否有必要在国内法院得到适用？有学者认为，国际习惯是国家之间的规则，而国家之间的争端通常不会提请一国的国内法院来加以解决，因此并不存在国际习惯的国内适用问题。[16]但笔者认为这一观点有待商榷，主要基于以下三方面的原因。首先，国际法规则需要在各国的国内层面得到实施。洛克曾认为一国的内部事务有别于对外事务治理，因而不存在国际法在国内的适用，包括司法适用，但随着当代国际法议题日益增加、内容日益复杂以及约束日益强化，国际法的国内实施机制日益受到重视。[17]国际法一般不规定其如何在国内层面得到实施，而这一问题对于国际法的有效性无疑至关重要。

其次，习惯相比于条约，其适用范围更广、约束效力更强。[18]不同于国际条约仅对其缔约方有效、对第三方“无损也无益”，一项国际习惯法规则一旦确立即对除“持续反对者外的所有国家皆具有拘束力。[19]其普遍性的法律约束力来自于经由“法律确信”体现的国家同意。而且，归根结底条约的效力所依据的法律也是属于习惯性质的。[20]国际法院在“灭种罪公约保留案”中曾指出，作为该公约之基础的原则是被文明国家认为约束所有国家——即使不存在任何协议义务——的原则。[21]即使一国并非某项条约的缔约国，但如果该项条约中的特定规范被证明具有习惯法的属性，那么非缔约国会受到这一规范的约束，而不能以“未缔结条约”为由拒绝履行。[22]有学者指出，在许多国家的法律体系中，习惯国际法规则享有比生效的条约更高的法律地位，因为条约并不一定能够直接适用。[23]

最后，随着国际社会的发展，国际法体现出了“人本化”的趋势。诸如人权、环境等领域的国际法规范越来越多地涉及到公民个人的权利义务问题。《奥本海国际法》曾指出：“国际法已经不再是——如果它曾经是的话——仅仅与国家有关”。[24]习惯亦是如此。一方面越来越多的国内议题具有了“国际化”属性，另一

页。

16 车丕照：《<民法典>颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期。

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

18 孙世彦：《论习惯国际人权法的重要性》，载《法制与社会发展》2000 年第 2 期。

19 李秀娟：《论国际习惯法在我国的适用及其立法应对》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2006 年第 4 期。

20 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 69 页。

21 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Report 1951, p.15, para.23.

22 李秀娟：《论国际习惯法在我国的适用及其立法应对》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2006 年第 4 期。

23 孙世彦：《论习惯国际人权法的重要性》，载《法制与社会发展》2000 年第 2 期。

24 [英]詹宁斯、瓦茨修订，王铁崖等译：《奥本海国际法》第一卷第二分册，中国大百科全书出版社 1995

方面越来越多的国际法规则开始关注个人权利。例如国际法院在“尼加拉瓜案”中就将禁止任意拘禁和处决、禁止羞辱性待遇、禁止区分种族、肤色、宗教、性别、出生、贫富或其它标准而给予人道待遇等规范确立为习惯国际法。[25]故与条约相类似，私人如果想要以国际习惯为依据主张其权利或追究责任，就需要诉诸国内的法律程序，继而产生了国际习惯如何在国内司法程序中适用的问题。[26]

综上，国际习惯在一国国内的适用可以分为程序和实体两个维度、直接和间接两种方式。程序维度主要指国际习惯的“国内化”问题，也即更加宏观的国际法与国内法关系问题的一部分；实体维度则是指特定国际习惯的证明与识别、解释与适用等具体问题。直接适用是指司法机关直接援引习惯法作为案件裁判的实体依据，或是对当事人援引国际习惯提出的诉讼请求进行回应的行为；而间接适用是指通过立法“转化”国际习惯的具体内容的适用方式。[27]

四、实践之探：国际习惯在我国的适用现状

如前所述，所谓“适用”是一个相对广义的概念，因此国际习惯在我国的适用现状既包括我国相关立法中是否规定了国际习惯的法律地位和效力等适用依据，也涉及到我国司法机关援引国际习惯并对其识别、解释和适用的过程。需要指出的是，由于我国的实践中并未明确区分国际习惯和国际惯例，存在一定程度的混用，故本文将遵照实践做法对习惯和惯例分别进行讨论，从而进一步分析二者的区别和当前实践中存在的问题。

（一）国际习惯的适用依据

国际法，包括习惯，在一国的效力问题并非是一个国际法问题，而是由各国的国内法予以规定。[28]《奥本海国际法》指出：“各国如何在它们的内部法律秩序的框架内适用国际法规则？以及国际法规则和国内法规则的冲突如何解决？——不是参照学说来回答，而是要看各种国内法律和国际法的规则是怎样规定的。”[29]在我国的法律制度中，国际习惯在国内的效力问题是不确定的，没有任何法律对于这个问题作出过明确的规定。[30]具言之，作为根本大法的《宪法》并未提及国际习惯和国际条约，这也从根本上导致了国际法在我国的适用缺乏明确的法律依据，国际习惯并未被纳入我国的法律体系之中。而且，当习惯与其他国内法规

年版，第 292 页。

[25] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits Judgment, ICJ Report 1986, paras. 98-108, 114-115.

[26] 有关条约国内适用的相关论述，参见车丕照：《论条约在我国的适用》，载《法学杂志》2005 年第 3 期。

[27] 艾小羽：《习惯国际法国内司法适用研究》，武汉大学 2021 年硕士学位论文。

[28] 张卫彬：《国际习惯法在我国适用探微》，载《安徽大学法律评论》2009 年第 2 辑。

[29] [英]詹宁斯，瓦茨，王铁崖等译：《奥本海国际法（第九版）第一卷第一分册》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 32 页。

[30] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 214 页。

范发生冲突时，何者优先适用的问题将会无章可循。[31]作为涉外法治领域基本法的《对外关系法》虽然规定了“国家采取适当措施实施和适用条约和协定”，但对于国际习惯却付诸阙如。对此问题的一种回应是，国际习惯一方面因其不确定且不够具体精确而在当下已逐步被国际条约所涵盖；另一方面各国的处理并无普遍且趋同的实践，我国已将大量的国际习惯融入国内立法之中，故国际习惯的适用问题在《对外关系法》中并不突出。[32]此外，我国其余的部门法、单行法中也未对国际习惯作出专门的规定。有学者认为，相关规范的缺失主要是我国基于历史和政治的原因对国际法存在不信任感，且多数社会主义国家的宪法均未明确规定国际法在国内的地位和效力。[33]国际习惯法内容的不确定性和效力的普遍性更是加重了此种不信任感。

但是这并不能得出国际习惯在我国不能适用的结论。王铁崖教授曾一针见血地指出：“一般说来, 中华人民共和国遵守国际法或按照国际法解决国际问题,而国际法包括国际习惯法,这是没有问题的……没有明文的规定，也是需要实践的发展予以解决的。”[34]周忠海教授基于我国的实践亦指出：“总的说来，一般国际习惯法规则大多在我国国内法上进行了‘转化’规定。”[35]结合我国在对外关系中一直以来都倡导并遵守“依据国际法处理国际关系”的原则，习惯国际法作为国际法的一部分自然也得到了我国的尊重与认可。[36]

（二）国际惯例的适用依据

与立法“避而不谈”国际习惯形成对比的是，我国的法律体系中多次提及了国际惯例，有学者称其为“国际惯例补缺原则”。[37]而如前文所述，我国立法中的“国际惯例”与国际公法语境下的“国际习惯”的意涵并不相同，主要是指实体性、任意性的国际商事惯例，亦有观点称之为“现代商人法”。[38]相关规定最早可以追溯到 1981 年的《中华人民共和国经济合同法》。[39]1986 年的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第 142 条规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”由于《民法通则》在被废止前是我国民事法律领域的基本法，因此涵盖了整个民商事法律领域，法院均可以之为

[31] 李秀娟：《论国际习惯法在我国的适用及其立法应对》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2006 年第 4 期。
[32] 黄惠康：《中国对外关系立法的里程碑——论中国首部<对外关系法>应运而生的时代背景、重大意义、系统集成和守正创新》，载《武大国际法评论》2023 年第 4 期。
[33] 张卫彬：《国际习惯法在我国适用探微》，载《安徽大学法律评论》2009 年第 2 辑。
[34] 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 214-215 页。
[35] 周忠海：《国际法学述评》，法律出版社 2001 年版，第 123 页。
[36] 艾小羽：《习惯国际法国内司法适用研究》，武汉大学 2021 年硕士学位论文。
[37] 刘仁山：《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》，载《法商研究》，2016 年第 3 期。
[38] 单文华：《中国有关国际惯例的立法评析——兼论国际惯例的适用》，载《中国法学》1997 年第 3 期。
[39] 董金鑫，王亓艳：《<民法典>时代国际惯例的适用》，载《国际法与比较法论丛》2022 年刊。

依据适用国际条约和惯例。而该条作为民商事领域立法的“模板条款”，《中华人民共和国海商法》第 268 条、《中华人民共和国民用航空法》第 184 条、《中华人民共和国票据法》第 95 条均作出了相似的规定。[40]

然而，随着《民法通则》此后被《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）和《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）所取代，第 142 条的规定亦被删去，在民事领域适用国际条约和国际惯例缺少了明确的法律依据。有学者认为，由于我国已于 2010 年制定了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》），故《民法总则》和《民法典》删去法律适用的专章规定属于情理之中；但问题在于《法律适用法》及其司法解释并没有规定条约和惯例的适用问题。[41]经过修正的《<法律适用法>解释（一）》第 3 条只是规定商事领域法律——也即前述三部保留了《民法通则》第 142 条规定的单行法——能够优于《法律适用法》的规定。尽管《民法典》第十条规定“法律没有规定的，可以适用习惯”，但此处的“习惯”显然难以被解释为包括国际习惯，最多也只能被解读为包括了狭义的国际惯例。[42]此外，最高人民法院也在一系列会议纪要和意见中提及了国际惯例的适用问题，笔者梳理后汇总如下表所示。这些文件虽然不属于司法解释，但在实务界的接受程度较高，大量被作为司法裁判的规范依据或者说理依据。[43]

时间	文件名称	相关内容摘要
2000 年	《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》	二、审理案件必须做到认定事实客观、全面，适用法律准确、适当，实体处理公正、合法，除《中华人民共和国合同法》第一百二十六条第二款规定的三类合同必须适用中国法律外，均应依照有关规定或者当事人约定，准确选用准据法；对我国参加的国际公约，除我国声明保留的条款外，应予优先适用，同时可以参照国际惯例。
2010 年	第三次全国涉外商事海事审判工作会议	最高人民法院常务副院长要求涉外商事海事审判人员“准确适用国际条约，尊重国际

[40] 《海商法》第 268 条和《民用航空法》第 184 条的表述完全一致：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”《票据法》第 95 条的表述为：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”笔者注。

[41] 车丕照：《<民法典>颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期。

[42] 同前注。

[43] 彭中礼：《最高人民法院会议纪要研究》，载《法律科学》2021 年第 5 期。

		惯例”。
2015 年	《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》	第七条 依法准确适用国际条约和惯例，准确查明和适用外国法律，增强裁判的国际公信力。要不断提高适用国际条约和惯例的司法能力，在依法应当适用国际条约和惯例的案件中，准确适用国际条约和惯例。要增强案件审判中国际条约和惯例适用的统一性、稳定性和可预见性…适用公正、自由、平等、诚信、理性、秩序以及合同严守、禁止反言等国际公认的法律价值理念和法律原则，通俗、简洁、全面、严谨地论证说理，增强裁判的说服力。
2019 年	《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》	第十八条 积极适用对我国生效的国际条约，尊重国际惯例和国际商事规则，推动形成和完善区域性及全球性商事法律规则。
2019 年	《全国法院民商事审判工作会议纪要》	第 98 节 涉外民商事案件的处理常常涉及国际条约、国际惯例的适用。
2023 年	《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》	第五条 涉外民商事合同当事人明示选择适用国际惯例，当事人主张根据国际惯例确定合同当事人之间的权利义务的，人民法院应予支持。 第六条 中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，人民法院可以适用国际惯例。当事人仅以未明示选择为由主张排除适用国际惯例的，人民法院不予支持。

（三）国际习惯与国际惯例的司法适用实践

立法的语焉不详也导致了我国的司法实践中存在“质”和“量”双重不足的问题：一方面是国际习惯与国际惯例之间概念混淆、适用混乱，另一方面真正适用国际习惯的案件寥寥无几。在“中国裁判文书网”以“国际习惯”为关键词进行检索，筛除无关案例后，可以将检索结果分为两类。一类是因判决书中援引了《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》的管辖案件，其表述为“参照国际习惯作法……现将海事法院的收案范围规定如下”，故属于间接适用国

2025年中国国际法学年会

际习惯，共有 4 起案例。[44]另一类则全部是基于信用证纠纷的案由，共有 4 组三十余件案例（存在同一原告提起数宗案由相似、被告不同的申请，法院作出相似判决的案件），各级、各地不同的法院在判决书中均表明“我国司法实践中一直认可信用证交易中的国际习惯做法”，但此处的“国际习惯做法”实际指的是国际惯例（例如 UCP600），故不属于本文所指的国际习惯之司法适用。[45]由此可见，目前我国裁判文书网上并没有直接识别并适用国际习惯的案例。

而若将检索关键词更改为“国际惯例”则检索可得 1928 份相关文书——这也符合我国立法中对于国际惯例适用问题的明文规定。有学者将这些案件分为三类：其一是表示字面含义，也即“国际惯常做法”，区别主要在于领域更广且缺乏私法主体间的“法律确信”，例如安保级别、海关标识等；其二是国际私法语境下的国际惯例，例如国际商事惯例、国际海事惯例等，这一类案件占据了多数且符合立法的原意；其三是以国际惯例为名但实则体现了国际习惯之意涵的，但数量极少且大多是与国际条约的适用相结合。[46]这种实际上适用了国际习惯的典型案例是“陶梦兰诉进贤县市容环境卫生管理所、南昌市人力资源和社会保障局”一案。南昌铁路运输中级法院在本案的判决文书中援引了全国人大批准的《职业安全和卫生及工作环境公约》以解释佐证《工伤保险条例》“进一步拓展的立法本意”，并认为一审法院的判决“符合国际惯例及工伤认定倾向性保护职工合法权益即劳动者利益优先保护原则的精神”。[47]此处的“国际惯例”既非惯常做法，也不属于商事惯例，而是蕴含着人权保护的习惯国际法规则。该案明确适用了国际公约以辅助佐证国内法律，但遗憾的是对于国际惯例的识别与说理仍较为模糊，存在将来进一步完善的空间。

五、比较之鉴：比较法上有关习惯适用的经验借鉴

纵观全球，世界各国对于国际法和国内法关系的规定不尽相同，但是仍可从中觅得一定的共性，以期为我国进一步完善立法规制和司法实践提供有益的借鉴。为此，笔者选取了有代表性的英国、美国和德国三国进行比较法上的考察。

（一）英国

国际法与国内法关系的相关学说最早起源于英国。与国际条约严格采取“二元论”立场、须经“转化”方能成为国内法一部分有所不同的是，[48]迄今英国法

---

44 这 4 起案件分别是：（2016）辽 02 民辖终 315 号，（2014）大民三终字第 714 号，（2016）粤 1702 民初 161 号，（2013）思民初字第 12640 号。

45 这 4 组案件分别是：（2012）浙温商外初字第 114 号，（2015）浙舟商外初字第 1 号和（2018）浙民终 321 号，（2015）皖民二终字第 737-739 号，（2013）民申字第 372、1227-1230、1232-1234、1289、1290、1292、1295、1387-1393、1395-1399 号。需要指出的是，最高人民法院在裁定书中提及“本案与本院受理的其他 29 宗澳新银行上海分行申请再审案件案情近似，性质相同”，但裁判文书网上公开的只有 24 宗案件。笔者注。

46 艾小羽：《习惯国际法国内司法适用研究》，武汉大学 2021 年硕士学位论文。

47 参见南昌铁路运输中级法院（2018）赣 71 行终 260 号案件。

48 贾兵兵：《国际公法：和平时期的解释与适用》，清华大学出版社 2022 年第二版，第 118 页。

院总体上采“并入说”，认为国际习惯在不与议会的制定法或先前具有效力的司法判例相冲突的情况下，能够自动成为英国法的一部分，被英国的法院所承认并且能够直接适用；其适用效力和范围由英国终审法院予以确定，一经确定而成为判例后即对所有的英国法院具有拘束力。[49]历史上，国际法的“并入说”曾被称为“布莱克斯通主义”（Blackstone Doctrine），这位 18 世纪的英国法学家曾指出“国际法的全部已被普通法所完全采纳，也就因此成为国内法的一部分”。[50]由于英国并无成文的宪法，故没有关于国际习惯之地位和效力的明确成文法依据；作为普通法国家，英国是通过司法判例逐步确立了国际习惯的适用路径。在 1764 年至 1861 年之间的大量案件中，“并入说”原则被多次重申和适用，典型案例包括 Buvot v. Babuit 案和 Triquet v. Bath 案。[51]被视为“分水岭”的 Regina v. keyn 案（女王诉凯恩案）发生在 1876 年，该案判决指出了英国法院适用国际法规则的两项条件：一是政府（立法机关）同意适用国际法规则的必要证据（如缔结的条约明示了习惯法的存在），二是法院不能取代立法机关的职权而适用实际上构成新法律的国际规则；进而认为这标志着“转化说”取代了“并入说”。[52]在 1977 年英国上诉法院审理的 Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria 一案中，丹宁法官在系统讨论了两种学说后选择采取“并入说”，认为“转化说”下英国法律不会随着习惯国际法内容的变化而变化，“并入说”则可以体现国际法规则的更替。[53]此外，从判例中还可以解读出国际习惯法只有在不与制定法或判例相冲突的情况下方可适用，故效力上议会制定的成文法优先于国际习惯适用。

（二）美国

在美国 1787 年《宪法》中，国际条约在第六条“至上条款”（Supreme Clause）中被明确赋予了“最高法律”的地位，但是对习惯法的定义和效力却语焉不详。整部《宪法》只有在第一条第八节第十款规定了“国会有权……定义和惩罚违反万国法（Law of Nation）的罪行。”[54]故历史上是通过判例法的发展逐步对此问题予以明确。早在《宪法》制定前的 1784 年，Respublica v. De Longchamps 一案中费城的首席法官麦凯恩就援引了布莱克斯通的表述，指出“万国法构成了国内法的一部分”。[55]此后，1900 年的 Paquete Habana 案明确了“国际法是吾国法（our law）”。[56]1980 年的 Filartiga v. Pena-Irala 案在重申万国法是普通法（common law）

[49] 金铮：《国际习惯法在英国的适用问题研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期。
[50] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the First Edition of 1765–1769) (1979 edn, University of Chicago Press, four vols), p.67.
[51] 金铮：《国际习惯法在英国的适用问题研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期。
[52] See *Regina v. Keyn*, (1876) 2 Ex D 63.
[53] See *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 QB 529 (CA).
[54] See US Constitution Art.1(8): “The Congress shall have Power […] to define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations;”
[55] *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. (1 Dall.) 111 (Pa. 1784).
[56] *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677.

的一部分之外，还强调了习惯应为现时的习惯，而非当时（过去）的习惯。[57]因此，国际习惯是美国法的一部分早已确立，并无争议。

但早期的司法判例实际上都忽略了一个前置性的问题，也即美国的联邦法院在没有宪法或联邦法律明示授权的情况下，就在司法层面直接适用了国际习惯法。由于美国法在程序方面的特性，这一司法适用的过程实际上包含了两方面的前置程序问题。其一是管辖权基础问题。根据美国宪法第三条第二款的“Arising under”条款，联邦法院对基于联邦法产生的案件享有管辖权。[58]然而，由于习惯并未在该条中被提及，故法院对直接基于习惯国际法提起的诉讼并无管辖权。此类诉求需要基于《外国人侵权法》（The Alien Tort Statute，以下简称 ATS）为违反万国法的侵权行为所提供的管辖权基础。[59]该法在制定后的很长一段时间内始终处于沉寂，直至 1980 年美国第二巡回上诉法庭的 Filartiga 案重新赋予了其“生机”，引发了此后一系列的基于 ATS 提起的违反国际习惯之诉。[60]

其二是诉因（cause of action）问题，也即相关法律能否为当事人在该案中所援引以主张特定诉求的“可援引性”（invocability）。[61]在 2008 年的 Sosa v. Alvarez-Machain 案中，最高法院明确指出 ATS 只提供了管辖权，而并未创制诉因，故国际习惯之诉的诉因还需单独在普通法中寻找依据。然而，在 1938 年的 Erie v. Tompkins 案明确废除了“一般普通法”后，联邦法院在实体问题上应当适用州法，包括州的普通法。[62]此处遗留的一个问题是，国际习惯的适用是否亦会受此判例的影响？杰赛普法官认为，Erie 案判决中并没有提及国际法，且使联邦法院受制于州法院对国际习惯法的解释是不明智的，亦是错误的。[63]进入八十年代后，随着 Filartiga 案的判决和《对外关系法重述（第三版）》的出版，国际习惯法是联邦普通法的观点逐步得到了确立。[64]学界将其称作“现代观点”（modern position），也即认为国际习惯法在美国具有自动执行的联邦普通法的地位，可以由美国法院直接适用而无须国会的立法或实施。[65]

但进入二十一世纪后，最高法院在其一系列判决中又为国际习惯之诉施加了不同的限定条件，有观点认为法院似乎更倾向于“修正主义”立场（revisionist position），认为习惯国际法只有在宪法或政治机构做出相关授权的情况下才能具备联邦普通法的地位。[66]在前述 Sosa 一案中，法院指出 ATS 并未创制诉因，且

---

[57] *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
[58] See US Constitution Art.3(2): “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority.”
[59] See 28 U.S.C. §1350 (2018).
[60] 李庆明：《美国<外国人侵权请求法>研究》，武汉大学 2009 年博士学位论文。
[61] 吕宏：《论国际条约在美国的司法执行》，外交学院 2003 年硕士学位论文。
[62] *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).
[63] Philip C. Jessup, “The Doctrine of Erie Railroad v. Tompkins Applied to International Law”, *American Journal of International Law*, Vol.33 (1939), pp.741-743.
[64] *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §111, 115.
[65] 陈卫东：《论国际习惯法在美国国内法中的地位》，载《东方法学》2009 年第 1 期。
[66] 同前注。

法院保留了创制诉因的权利；彼时 ATS 的立法者意图法院创制的三类诉因分别是危害通行安全、侵犯大使权利和海盗罪，故只有在违反习惯国际法的行为达到与这三者相似的程度时法院方可创制新的诉因。[67]但该案的反对意见认为法院应秉持司法审慎（judicial caution），创制诉因的权力不应由司法机关行使，而应交由立法机关。有观点认为，Sosa 案的核心是判段国会是否授权“合并”国际习惯法。[68]笔者认为该论述有待商榷，因为其判决中已明确指出了 ATS 是管辖条款，是否为国际习惯创制了诉因须由普通法予以确定；所谓“合并”并非其立法意旨，这一国际法与国内法关系的问题亦非 ATS 所能越俎代庖予以规定。2013 年的 Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.案遵循了 Sosa 案确立的法理，将其提出的标准概括为“具体的、普遍的、强制的”（specific, universal and obligatory）三项要件，并且从“反域外适用假定”的角度提出只有当诉求“触及或关系到”（touch and concern）美国领土时方可适用 ATS。[69]这无疑进一步提高了基于国际习惯提起诉讼的门槛，体现了一定程度的司法审慎。

（三）德国

德国作为大陆法系国家的代表，其《宪法》第 25 条对国际法的国内化问题作出了统一的规定：“国际法的一般规则构成联邦法律的一部分。它们在联邦法律之上产生权利和义务，直接约束联邦居民。”[70]此处的“国际法一般规则”与国际法渊源所指向的概念基本相同，但就习惯而言其须为一般习惯，而不能是区域性习惯。[71]与美国不同的是，德国《宪法》赋予了国际习惯，而非国际条约，优于一般国内法律的“至上性”。因为实践中受到第 59 条规定的影响，条约采纳入与转化相结合的方式国内化，只享有与一般法律同等的地位；而国际习惯的效力高于除宪法外的国内法。[72]

司法实践方面，德国联邦宪法法院在 2007 年审理的德国投资者诉阿根廷政府一案中就“危急情况作为国家责任的抗辩事由”是否构成国际习惯进行了识别，法院结合了联邦政府的致信、学者出具的专家意见、国际法委员会报告、国际法院判决等对这一习惯国际法规则的存在进行了确认，论证充分、说理清晰，并且对于习惯国际法的认定问题较为谨慎，以与国际法保持一致，是可供参考、值得学习的典例。[73]

（四）小结：比较法上的启示

综上所述，虽然普通法系国家和大陆法系国家在国际习惯的司法适用上各具

[67] *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).
[68] 参见陈卫东：《论国际习惯法在美国国内法中的地位》，载《东方法学》2009 年第 1 期。
[69] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013).
[70] N.Foster and S.Sule, *German Legal System and Laws*, 3rd ed., OUP, 2002, p.56.
[71] [德]沃尔夫刚·格拉夫·魏智通：《国际法》，吴越，毛晓飞译，法律出版社 2001 年版，第 172 页。
[72] 李秀娟：《论国际习惯法在我国的适用及其立法应对》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2006 年第 4 期。
[73] 艾小羽：《习惯国际法国内司法适用研究》，武汉大学 2021 年硕士学位论文。

特色，但其中也蕴含着共性的考量。普通法系国家即便没有在宪法中明确国际习惯的效力，但也通过判例逐步确立了“并入说”并赋予了个案实践的灵活性，可以根据案情需要对是否存在相关的习惯及其具体内容为何进行判定。美国法中还通过“诉因”这一前置条件为法官提供了裁量的余地，相当于为国际习惯的适用增加了一道“安全阀”。而大陆法系国家主要是通过宪法明文赋予国际习惯的可适用性以及不低于国内法的效力，但在司法实践中需要经过较为严格的认定程序。由此可见，国际习惯具有国内司法可适用性是各国的共识，在具体做法上则各具国情特色，往往保留了一定的裁量权以确保为习惯规范的演进和国家利益的考量留出应对空间。

六、因应之策：完善国际习惯在我国适用制度的建议

基于前述对国际习惯在我国的可适用性分析和对比较法上经验的参考借鉴，我国目前适用国际习惯的司法实践在“质”和“量”的层面均存在不足之处。依笔者之见，国际习惯的司法适用是一个系统性的命题，可以落脚于立法和司法两方主体，从国际习惯的可适用性和适用实践两个层面入手完善其司法适用制度。

（一）国际习惯的可适用性

在可适用性的层面，我国目前在司法实践中适用国际习惯时遇到的问题归根结底在于缺乏明确的成文法依据。国内曾有学者呼吁国际习惯法“入宪”，兼采并入与转化相结合的模式，并区分强行性习惯和任意性习惯的不同效力。[74]笔者首先并不赞成将国际习惯“入宪”，主要原因在于我国至今尚未将我国缔结的国际条约通过《宪法》或《立法法》等基本法纳入我国的法律体系。暂且抛开其他考量因素，单就习惯相较于条约的自身特点而言，一大显著的区别就在于国家同意的表现方式——条约是以签署并批准的方式明示同意，并可作出保留与声明；而当新习惯产生或既有习惯发生改变之时，国家同意是以“不持续反对”的形式作出的。因此，如果我国将国际习惯列入《宪法》，就需要直面习惯的不确定性对国家主权造成的潜在挑战。作为替代，笔者主张将国际习惯的适用纳入我国的《对外关系法》之中，在第三十条和第三十一条规定的“条约和协定”后增加“习惯”，并且明确二者具备冲突时不低于国内法的效力。对此，一方面的考量是《对外关系法》作为宪法相关法、对外关系领域基本法，[75]能够有效扮演统领习惯适用、明确适用依据的角色，充分展现我国积极履行国际习惯所赋予义务的积极形象。另一方面，现有的第三十一条内容中包括了“适当”一词，这就为我国具体的司法适用赋予了弹性，从而尽可能地弱化国际习惯对我国主权和利益的潜在影

[74] 参见张卫彬：《国际习惯法在我国适用探微》，载《安徽大学法律评论》2009 年第 2 辑；李秀娟：《论国际习惯法在我国的适用及其立法应对》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2006 年第 4 期。

[75] 黄惠康：《中国对外关系立法的里程碑——论中国首部<对外关系法>应运而生的时代背景、重大意义、系统集成和守正创新》，载《武大国际法评论》2023 年第 4 期。

响。[76]当然，另行制定条约和习惯的实施性法律也是备选项，其灵活性相对更高，但可能存在法律位阶层面的局限。

（二）国际习惯的适用实践

在具体适用的层面，可以充分发挥法院这一司法适用主体的能动性。法院是对外关系法角色结构中的一类行为体，它通过裁判争端、解释国际法或国内法以及进行跨国司法对话等多种形式参与对外关系。[77]尤其在适用国际习惯的过程中，法院更是扮演着不可替代的“双重角色”。一方面，法院是适用习惯最重要的主体，需要在具体案件中识别、解释、适用国际习惯；另一方面，法院也是习惯的创造主体之一，涉及或适用国际法规则的国内法判决构成了国家实践的组成部分，是国际习惯规则形成与发展的重要证据。[78]时任最高人民法院副院长的贺荣大法官一针见血地指出，受到传统观念的影响，中国国内的司法机关更多地关注国内的法治问题，而对国际法问题往往关注不够，参与国际规则制定的积极性、能动性不够，在对待国际规则方面，法院往往处于被动接受的地位；这一局面也对中国参与国际规则制定产生了不利影响。[79]

有鉴于此，笔者认为我国法院可以从以下三个方面完善对国际习惯的具体适用。一是继续发挥最高人民法院的指引作用，在完善立法甚至制定新法耗时长、难度大的情况下，由最高人民法院通过纪要和意见等形式指导下级法院的审判实践。例如，可将国际习惯的识别方法和说理要求、国际习惯和国际惯例的区别等内容通过意见或纪要的形式予以规定。此外，2023 年底时最高人民法院发布了 12 个涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例典型案例，但遗憾的是其中没有适用国际习惯的相关案例。[80]在此后发布此类“典型案例”时可以挑选一些具有代表性的适用国际习惯的案例，发挥指导和示范作用。二是协调机构间关系，求助于第三方的专业意见。国际习惯的诉讼案件事关对外交往，因此我国可以借鉴德国法院在审判中的做法，在难以确定国际习惯是否存在及其具体内涵时可以寻求外交部门出具相应的意见，扮演类似于“专家证人”的角色。也可委托国际法领域的专家学者对此问题出具相关的研究报告，或是在法院内部建立专家库，扮演类似于英美法中“法庭之友”的角色。三是加强具体判决中的论证说理，鼓励解释性适用。国际习惯的可适用性、效力等问题并非法院所能决定，但具体案件中国际习惯的识别和分析属于法院行使司法权的内容。我国法院应当根据目前国际上主流的习惯国际法“两要件说”对习惯国际法规则进行确认，并充分参考国

[76] 蔡从燕：《<对外关系法>：六点评论》，载《国际法研究》2024 年第 2 期。
[77] 蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期。
[78] 曾令良主编: 《国际法学》，人民法院出版社 2003 年版，第 19 页。
[79] 贺荣：《论中国司法参与国际经济规则的制定》，载《国际法研究》2016 年第 1 期。
[80] 临沭县人民法院官网：《最高法发布涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例典型案例》，资料来源：http://www.sdcourt.gov.cn/lylsfy/393876/tszs5176/20505410/index.html（访问时间为 2024 年 12 月 29 日）。

际法院判决、国际法委员会报告中有关习惯识别的结论，尽量保证与我国实践与国际的一致性。而在我国立法尚未完善、司法规则尚未明晰之时，法院也可以通过解释性适用的方式，运用习惯国际法对案件审理中涉及的法律条文、国际条约等进行解释，从而逐步提高对国际习惯的适用能力。[81]

2025年中国国际法学会年会

[81] 宋佳宁，张容：《国际人权公约国内司法适用的新路径——以解释性适用理论为视角》，载《苏州大学学报》2019 年第 4 期。

论国际条约合宪性审查的机理

王宇航[1]

摘要：推进涉外法治建设是我国在新时期的重要战略部署，对维护国家主权、安全和发展利益，推动高水平对外开放具有重要意义。《中华人民共和国对外关系法》第 30 条第 2 款明确规定："国家缔结或者参加的条约和协定不得同宪法相抵触"，这一规定首次以法律形式确立了宪法在我国对外关系中的最高法律效力，为涉外法治建设提供了根本遵循。开展条约合宪性审查是落实宪法至上原则的关键环节。这一制度既能确保我国缔结的国际条约符合宪法精神，防范潜在的违宪风险，又能推动我国涉外法律体系与国际规则更好衔接。当前，完善条约合宪性审查制度需要重点解决以下几个问题：首先，要明确全国人大常委会作为审查主体的法律地位，增强其审查主动性；其次，应推动制定专门的"条约审查程序法"，对审查标准、程序、方式等作出具体规定；最后，要建立健全违宪条约的处理机制，为相关争议提供解决路径。这些举措不仅有助于构建中国特色的涉外法治体系，也将为我国未来制定系统的"条约法"积累宝贵经验，最终服务于国家对外开放大局和法治建设需要。

关键词： 涉外法治　对外关系法　条约审查　合宪性审查

一、问题的提出

习近平总书记在党的二十大报告中强调要“加快推进涉外法治体系和能力建设，要坚持系统观念，统筹国内和国际，统筹发展和安全，坚持前瞻性思考、全局性谋划、战略性布局、整体性推进，加强顶层设计，一体推进涉外立法、执法、司法、守法和法律服务，形成涉外法治工作大协同格局。”[2]推进涉外法治建设作为新时代我国应对国际形势变化、确保社会主义现代化建设稳步前进，以及提升我国处理涉外事务能力与水平的重要战略举措。应以中国特色法律体系为基础，吸收借鉴外国先进法治观念与法治制度中的合理因素，丰富国内法治的内涵，为我国处理涉外事务提供理论基础与制度保障，最终实现扩展国内法治的目标。而完善针对条约的合宪性审查制度，可推动条约与我国法律制度的融合，为涉外法治建设提供“源头活水”，对促进国内法治与外国法治的良性互动具有重要意义。

事实上，我国已经建立了针对国内法律文件的合宪性审查机制，这一机制在现行宪法实施后获得了一定程度的推进，并在实践中积累了一定的经验。[3]2023

[1] 王宇航，男，硕士学历，大连海事大学法学院在读

[2] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜，为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》,载求是网，http://www.qstheory.cn/yaowen/2022-10/25/c_1129079926.htm ，2024 年 11 年 30 日访问。

[3] 胡锦光：《论推进合宪性审查工作的体系化》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018 年第 2 期，第 28-36

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的《中华人民共和国对外关系法》（以下简称“《对外关系法》”）[4]第 30 条第 2 款规定：“国家缔结或者参加的条约和协定不得同宪法相抵触。”这项规定首次通过法律文本的形式明确了条约与宪法之间的基本效力关系，确立了宪法在涉外法治建设中的最高权威地位，为我国的合宪性审查制度注入了新的活力。[5]此外，2023 年《缔结条约管理办法》[6]（以下简称《管理办法》）正式施行，明确了条约与我国法律文件的位阶关系，细化了条约缔结程序，推进条约缔结与适用的法治化。可见，推进涉外法治也应以宪法至上原则为统领。为实现这一目标，合宪性审查便成为重要的手段。本文首先从国际与国内两个角度探讨构建条约合宪性审查制度的必要性。在国际层面，随着国际法与宪法之间互动的日益频繁以及合宪性审查制度自身的发展，出现了强化合宪性审查的趋势；在国内，将围绕条约的缔结与适用两个关键阶段，分析其现状和发展趋势，表明有必要通过完善条约合宪性审查制度来进一步深化涉外法治。接着，从理论角度探讨构建条约合宪性审查机制的合理性，分别分析可作为审查依据的宪法渊源、审查的溯及力、合宪条约在国内法中的适用模式。最后，结合上述分析，对我国构建条约合宪性审查制度的方法路径进行简要论述。

二、条约合宪性审查的制度源流及与我国契合性分析

条约合宪性审查是以条约为审查对象、以合宪性为审查标准的审查机制。其概念的提出，从国际层面来看，是宪法学与国际法学科交融互动的产物；从自身发展来看，是合宪性审查制度经过萌芽、发展乃至扩散三个阶段后的结果。促进国际条约与我国法律体系的融合发展，是我国推动涉外法治建设的内在要求。我国合宪性审查制度理论构建与实践经验以及条约与我国法律体系的融合发展实践也为构建与完善我国的条约合宪性审查制度提供了土壤与机遇。本部分主要围绕条约合宪性审查制度发展的源流与我国的契合性进行论述，从概念本身出发，通过介绍其发展历程揭示其与我国发展的契合性。

（一） 条约合宪性审查的制度源流

尽管在后疫情时代，地方保护主义与民族主义抬头，以联合国及各类国际组织构建的全球治理出现困境，但其主要是全球经济低迷以及西方传统霸权衰落等因素造成的。[7]整体国际治理仍然朝着跨学科与跨领域的层面纵深发展，这种纵

页。

[4] 《中华人民共和国对外关系法》已由中华人民共和国第十四届全国人民代表大会常务委员会第三次会议于 2023 年 6 月 28 日通过，2023 年 6 月 28 日中华人民共和国第 7 号主席令公布，自 2023 年 7 月 1 日起施行。

[5] 莫纪宏：《〈对外关系法〉与合宪性审查制度的新发展》，《法学评论》2024 年第 3 期，第 1-10 页。

[6] 《缔结条约管理办法》已经国务院常务会议通过，2022 年 10 月 16 日中华人民共和国第 756 号国务院令公布，自 2023 年 1 月 1 日起施行。

[7] 何志鹏：《逆全球化潮流与国际软法的趋势》，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 4 期，第 54-69 页。

深发展促使国际法与国内法的合流，最终产生条约合宪性审查制度。宪法以其特有的制宪理论与合宪性审查理论，在论证组织集体正当性、防范权力扩张、保护人权等方面具有天然优势，正好回应了传统国际法在实用性方面的不足。正如 Woodward 教授所说："全球宪治依赖于联合国、欧盟和世贸组织等全球治理机构，而立宪主义、国际法与全球治理则为其发展和争论议题提供了跨学科的分析视角。"[8]条约合宪性审查的理论基础与制度构想也正是在宪法学与国际法学日益频繁的互动中诞生的：

1. 宪法理念融入国际法治，促进国际法完善

1648 年的《威斯特伐利亚合约》[9]被视为近代国际法的起点，其构建了以民族国家为基础的国际法理论。然而，沿用至今的威斯特伐利亚国际法体系更加侧重于国际法的有效性，而对正当性关注不足。[10]该体系将主权作为国际法的基础，强调主权的作用，而主权的有效性则依赖于其他民族国家的承认。实际上，这种主权理论类似于宪法中的"制宪权"。在国际治理逐渐向多元主体迈进的今天，国际治理体系已不再仅限于主权国家，各类国际组织与区域性行业组织也成为重要参与者。关于其治理的正当性，国际社会最初采用"章程授权论"，即认为国际组织的权力来自于组织章程的授权，[11]超出章程明确授权的行为应视为越权行为（ultra vires），应属无效。[12]然而，该理论无法证成国际组织在应对复杂国际实践时的适当越权行为。1949 年，常设国际法法院在"赔偿案"的咨询意见中借鉴国内宪法实践，提出了"暗含权力"（implied powers）理论，认为国际组织除了章程规定的明示权力外，仍享有实现国际组织职能所必需的重要权力，从而有效填补了国际法基础理论的空白。[13]此外，宪法与国际法的互动还表现在多个方面，例如国际人权法的蓬勃发展。自第二次世界大战以来，人权理念逐渐从宪法进入国际法视野，甚至一些人权被归纳为对世界的义务，[14]具有国际强行法的属性，用来约束国际法主体以防止其侵害人权。国际法通过逐渐确认民主权利及完善相关制度，促使国际法向民主与法治迈进，甚至有学者提出了"全球宪政"的概念，彰显了宪法理念融入国际法中，推动国际法的完善发展。[15]

2. 国际法为宪法发展提供新土壤，促进人权保障机制完善

二战后，人们对战争期间人权受到践踏的教训进行反思，意识到需要在国际

---

[8] See B. K. Woodward, *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues ,* INT'l COMM. L. REV. (2006), p.247.
[9] *Peace of Westphalia*, 1648.20.24, 10.1093/obo/9780199743292-0073.
[10] Thomas Schultz & Niccolo Ridi, *Comity in US Courts*, N.E. U. L.J. (Spring 2018), p.280.
[11] Jack Goldsmith, *The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law*, HARV. INT'l L.J. (Spring 2016), p.455.
[12] ICJ reports, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*，advisory opinion，(1949) p.174.
[13] ICJ Reports, *Certain Expenses of the United Nations*，advisory opinion，(1962) .p.151-168..
[14] Turkuler Isiksel, *The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights*, 38 HUM. RTS. (May 2016). P.294.
[15] Lior Zemer, *The Constitutional Fallacy of Intellectual Property Clauses*, BERKELEY TECH. L.J. (2020), p.589.

层面为人权设置防护机制，于是，国际人权法在战后飞速发展，在此期间《世界人权宣言》[16]《公民权利和政治权利国际公约》[17]《经济、社会和文化权利国际公约》[18]等国际人权公约相继通过，构成了国际人权保护的法律基石，其理念又推动了国内人权保护的机制创新。尽管公约并未强制各国依照其规定修改宪法，许多国家仍通过各种途径将人权公约的内容内国法化。[19]最为典型的是 20 世纪 80 年代后，各国宪法的制定、修改及内容框架越来越多地受到国际因素的影响。这一现象的典型代表是，20 世纪 80 年代后，国内宪治与国际互动越来越频繁，在宪法人权保护方面与国际人权法做法与制度设计更加趋同。一些不成文宪法的国家受到国际人权法的影响，逐渐制定权利法案，强调国家对人权的保障，并将对国家行为的审查权赋予司法机关，导致司法机关审查权限的扩张，从而在国内形成“合约性审查”与“合宪性审查”双框架的人权保障机制。[20]正是在这双重保障机制与国家行为的互动中，丰富了宪法的解释，进一步扩展了宪法内涵。例如，英国为弥补原有宪法结构中权利清单的缺失，于 1998 年制定《人权法》，[21]将人权公约规定的一些基本权利纳入本国宪法。许多英属殖民地也纷纷效仿，香港根据《公民权利和政治权利国际公约》修改其殖民地文件，使其具备宪法性法律文件的效力，并可作为违宪审查中审查立法及政府行为是否违宪的基准。[22]非洲与南美等人权保障情况不佳的国家也借此实现了国家宪法人权保障机制的更新。[23]国际法对国内人权保障机制的深远影响还体现在人权保障水平较为先进的欧盟，其通过了区域性人权保障文件《欧洲人权公约》，[24]该公约允许缔约国、非政府组织与个人直接向欧洲人权法院起诉，从而在国内宪法与国际条约两个层面对公民基本权利进行保护。这种双重保护框架在国际与国内两个层面影响着各国宪法法院或宪法委员会的职权行使。[25]欧洲人权法院可直接受理缔约国公民的诉讼请求或对国内法院（包括宪法法院）裁决进行复审，使欧洲人权法院似乎居于国内法

[16]United Nations, *Universal Declaration of Human Rights*., 10 Dec. 1948, at www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights. (last visited on December 3, 2024).
[17] United Nations, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 Dec. 1966, at www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/international-human-rights-instruments/international-covenant-civil-and-political-rights. (last visited on December 3, 2024).
[18] United Nations, *International Covenant on Economic- Social and Cultural Rights*, 16 Dec. 1966, at www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/international-human-rights-instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights (last visited on December 3, 2024).
[19] Margaret K. Lewis, *Why China Should Unsign the International Covenant on Civil and Political Rights*, 53 VAND. J. TRANSNAT'l L. (January 2020), p.131.
[20] Benjamin A. Barsky, *Dual Federalism, Constitutional Openings, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 24 U. PA. J. CONST. L. (April 2022), p. 345.
[21] *Human Rights Act 1998* , Received Royal Assent on 9 November 1998 and entered fully into force on 2 October 2000.
[22] Report of the Constitution Review Commission*, From a Political to a Developmental Constitution*, (2011), pp.147.
[23] Aria Sakona, *The Limitations on Economic Countermeasures: We Can Freeze, but When Can We Seize?* 32 TUL. J. INT'l & COMP. L. (Winter 2024), p.121.
[24] European *Convention on Human Rights,* The text of the Convention is presented as amended by the provisions of Protocol No. 15 (CETS No. 213) as from its entry into force on 1 August 2021 and of Protocol No. 14 (CETS No. 194) as from its entry into force on 1 June 2010.
[25] Virginia Morris, *African Union Declarations,* Resolutions and Decisions, (2023) p.167.

院之上。这种国际与国内的互动还表现在国内法院可直接引用《欧洲人权公约》对国家行为进行“合公约性审查”，并与本国宪法法院的“合宪性审查”共同构成了宪治与人权的保护路径。最后，国际法对国内法的影响还体现在许多国家的宪法法院在宪法判决中越来越多地引用国际法文件，这已成为合宪性审查与宪法解释发展的新特点。[26]

（二）条约合宪性审查制度与我国现有制度存在内在契合性。

正如上文所说，推进条约合宪性审查制度的完善已成为国际上合宪性审查制度发展的趋势与方向。但如果因此说我国就可以完全照搬西方经验做法，机械性的开展条约合宪性审查制度构建，难免理由不足。换句话说，尚需揭示条约合宪性审查制度与我国制度的内在契合性。从现有条约实践经验与制度基础上来看，具有中国特色的条约批准权限划分方式与职能对接更是为构建条约合宪性审查制度提供制度土壤。此外，在条约缔约程序方面，我国已经建立了一个较为完整的法律体系，主要以《宪法》[27]为根本依据，辅以《缔结条约程序法》[28]、《香港特别行政区基本法》[29]、《澳门特别行政区基本法》[30]和《对外关系法》等法律，并通过《缔结条约管理办法》等行政法规提供具体规则。可见，我国与条约合宪性审查制度存在内在契合性，具体如下：

1.我国条约批准权限划分与职能对接存在构建合宪性审查的制度土壤

条约作为国际层面的合同，通常需经谈判后送往主权国家批准，才能对该国发生效力。通常享有条约批准权的机关为国家权力机关或国家行政机关。例如，美国将条约分为狭义条约（treaty）与行政协定（executive agreement），条约须经联邦参议院三分之二的多数批准才能生效，而行政协定则无需参议院批准，仅需行政长官同意即可生效。[31]在我国，《宪法》规定全国人大常委会有权“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准与废除”。[32]与此对应，国务院负责“管理对外事务，同外国缔结条约和协定”。[33]国家主席有权根据全国人大常委会的决定“批准与废除同外国缔结的条约和重要协定”。[34]而在条约类型上，《缔结条约程序法》

---

[26] John Mukum Mbaku, *Making International Human Rights Treaties Relevant to the Protection of Human Rights in African Countries*, 33 MINN. J. INT'l L. (Spring 2024), p.89.

[27] 《中华人民共和国宪法修正案》修正）已由第十三届全国人民代表大会第一次会议于 2018 年 3 月 11 日正式通过。

[28] 《中华人民共和国缔结条约程序法》已由中华人民共和国第七届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于 1990 年 12 月 28 日通过，于 1990 年 12 月 28 日第 37 号主席令予以公布，自公布之日起施行。

[29] 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》已由中华人民共和国第七届全国人民代表大会第三次会议于 1990 年 4 月 4 日通过，于 1990 年 4 月 4 日第 26 号主席令予以公布，1997 年 7 月 1 日起实施。

[30] 《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》已由中华人民共和国第八届全国人民代表大会第一次全体会议于 1993 年 3 月 31 日通过，于 1993 年 3 月 31 日第 3 号主席令予以公布，自 1999 年 12 月 20 日起实施。

[31] Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 B.U. L. REV. (May 2014), p.1029.

[32]《中华人民共和国宪法》第 67 条第 14 款。

[33]《中华人民共和国宪法》第 89 条第 9 款。

[34]《中华人民共和国宪法》第 81 条。

作为较为系统规定我国条约缔结相关问题的法律，对《宪法》规定进行了细化，以明确列举的方式，列明了条约、重要协定和协定的特征与类型，以应对缔约的特殊情况。[35]可见，区别于西方将条约批准权赋予立法机关与行政机关的做法，我国以“全国人大常委会、行政机构、国家主席”三大主体作为缔结条约的批准机关，体现了我国政治格局中党、政府、人大三大领导主体的中国特色。其中全国人大常委会既是监督宪法实施的机关又是我国最高权力机关的常设机关以及条约和协定的重要批准机关，具有牵头完善条约合宪性审查制度的积极性与便利性。

我国与条约合宪性审查的契合性除了在程序设置上具有的制度基础外，条约批准程序衔接上存在的不足则为我国构建条约合宪性审查制度留下了制度空间。在具体权力运行中，我国现行条约批准程序在主体权限划分、程序对接等方面存在不足，无法充分发挥我国政治优势，提升治理效能。首先是职权划分的问题，虽然我国行政机关与立法机关不同于西方的分权模式，行政机关由立法机关产生并对其负责受其监督，因此我国条约批准程序中存在的不同缔约程序（如全国人大常委会对条约与重要协定的批准权，以及国务院对协定的核准权）似乎只是分工问题，但由于条约与重要协定的外延不明，致使我国行政机关与立法机关在处理条约批准时易造成行政权力侵占立法权的现象。例如，《缔结条约程序法》所列明的条约与重要协定的类型中，[36]第四类“同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定”和第六类“其他须经批准的条约、协定”以及第六类中的兜底条款致使“重要协定”内涵外延不清，存在细化的空间，无法满足实践中复杂的缔结条约情况。一些应由立法机关批准的条约可能被行政机关批准签署，致使出现行政机关侵夺立法机关权力的问题。

其次，批准程序缺乏具体的法律规定，导致立法机关在启动程序时显得被动。作为我国条约批准的依据，除了《缔结条约程序法》在条约分类上不够明确，易造成核准与批准程序的混淆外，全国人大常委会在条约批准方面缺乏审查主动性，无法主动提起条约审查批准程序。[37]具体来说，在立法机关与行政机关条约批准互动实践中，行政机关往往在条约批准中占据主导地位，包揽前期研讨、文本拟定、谈判和签署，只有当国务院提请时全国人大常委会才会启动审查。这种审查启动的被动性在一定程度上减损了全国人大常委会在条约审查上的批准权。而在全国人大常委会的条约内部审查程序上，外事委员会对条约批准议案的审议权限

[35] 谢新胜：《中国的条约缔结程序与缔约权——以〈缔结条约程序法〉立法规范为中心的考察》，《华东政法大学学报》2012(01)期，第 46-54 页。

[36] 《条约缔结法》第 7 条：“条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。前款规定的条约和重要协定是指：（一）友好合作条约、和平条约等政治性条约；（二）有关领土和划定边界的条约、协定；（三）有关司法协助、引渡的条约、协定；（四）同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；（五）缔约各方议定须经批准的条约、协定；（六）其他须经批准的条约、协定。”

[37] 沈子华：《我国条约批准的运作机制——以〈宪法〉和〈缔结条约程序法〉的规定为依据》，《国家行政学院学报》,2012 年第 3 期，第 69-73 页。

较大，与程序规定的简化之间存在不匹配。[38]外事委员会作为全国人大常委会的专委会与条约初审机关，负有对条约进行初步审查的权利，能够决定条约能否最终获批，然而其运行却缺乏明确的制度安排，条约审查标准不明。[39]因此，“在这样的程序下，全国人大常委会对谈判和签署的过程事先并不知情，审议程序也不够严谨，且与国务院的协商不足，因此难以确保所做出的批准或加入条约的决定是审慎、权威并能够经受历史考验的。”[40]而 2023 年修订的《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）[41]明确提出要对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例开展合宪性审查。[42]突出强调了宪法的地位与作用。对宪法地位的强调恰能与我国构建条约合宪性审查的程序主体便利性一道，以修法为契机，以全国人大常委会为推动主体，构建具有中国特色的条约合宪性审查制度。然而，条约毕竟不同于国内法，建构针对条约的合宪性审查制度，条约与本国法的位阶关系是无法回避的问题，只有理顺两者的位阶关系，才可使条约合宪性审查制度具有持续生命力。

2.明确条约与本国法位阶关系以推进条约合宪性审查制度的发展

条约适用是条约缔结程序后在实践中的运用，包括条约的国际适用与国内适用两种模式。[43]本部分仅针对条约缔结批准后在国内的适用进行讨论。条约的国内适用似乎与作为条约缔结程序环节的条约合宪性审查关联不大，然而，2023 年开始实施的《缔结条约管理办法》[44]强调缔约程序的“立法”属性，凸显了对条约文本草案进行合法性审核的程序，[45]针对条约的合宪性审查并非目的，而是明确条约的法律属性与地位的一种手段，并且最终实现条约与我国法律体系的融合，即条约的国内适用。因此仅仅强调对条约的合宪性审查是不够的，只有明确不同条约的位阶关系以及条约整体与我国国内法的位阶关系，才能为条约适用扫除障碍。

无论是国际法上存在的“条约必守”原则，还是我国立法机关在法律文件中明确规定的国际条约在我国适用的条件与原则，[46]都表明被签署批准的条约应被

---

[38] 易立：《论全国人大常委会的条约权力》，《法学评论》201 年第 4 期，第 70-77 页。

[39] 《全国人民代表大会常务委员会议事规则》（以下称《 议事规则》）第 25 条规定“提请批准或者加入条约和重要协定的议案，交外事委员会审议，可以同时交其他有关专门委员会审议”，由外事委员会向常委会会议提出审议结果的报告。

[40] 怀胜 ：《一件公约的批准所引发的思考浅析中美两国条约批准程序之异同》，《中国人大》2013 年 10 月 25 日，第 53 页。

[41] 《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》第二次修订已由第十四届全国人民代表大会第一次会议于 2023 年 3 月 13 日通过，2023 年 3 月 13 日中华人民共和国第三号主席令公布，自 2023 年 3 月 15 日起施行。

[42] 《立法法修改：为加强新时代立法工作提供制度保障》，载全国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202303/t20230320_428453.html，2024 年 12 月 18 日最后访问。

[43] Melissa J. Durkee, The Business of Treaties, 63 UCLA L. REV. (February 2016), pp264.

[44] 《缔结条约管理办法》已经国务院常务会议通过，于 2022 年 10 月 16 日第 756 号国务院令予以公布，自 2023 年 1 月 1 日起施行。

[45] 戴瑞君：《中国缔结条约程序法治化的进展与展望》，《国际法研究》2023 年第 06 期，第 86-102 页。

[46] 吴依桐：《后民法典时代国际条约在中国的适用》，《法学》2024 年第 5 期,第 2820-2824 页。

运用。然而，条约在我国的国内运用情况仍不容乐观，对条约的适用多停留在国际层面。推动涉外法治不仅要求在国际层面更有效地利用条约来解决争端，还需实现国际条约与我国法律体系的深度融合。实际上，2023 年生效的《缔结条约管理办法》旨在解决条约内部与条约整体与我国法律体系的位阶关系。《缔结条约管理办法》第 16 条第 4 项规定“与中华人民共和国法律有不同规定或者履行条约需要新制定法律的条约”，[47]以及第 6 项涉及《立法法》第 8 条[48]规定的只能制定法律的条约。[49]这些规定将全国人大常委会的“批准决定权”和“法律制定权”一体规定，似乎暗示这两者处于相同层级，可以等同对待。《缔结条约管理办法》第 17 条也体现了类似的设计，将国务院的“条约核准权”和“行政法规制定权”并列考虑。

结合《条约缔结程序法》对全国人大常委会与国务院签署条约的规定，由于全国人大常委会的法律制定权高于国务院的法规制定权，因此全国人大常委会批准的条约在法律效力上也高于国务院核准的条约。[50]这种位阶推论是从整体上根据批准主体进行的，而不是根据条约类型进行位阶确认，因此不够精确。同时这种位阶设置也仅仅是在条约批准程序中侧面进行规定，并没有直接以条文的形式明确规定条约或协定的位阶关系。但这种位阶确认可以视作一种进步，其明确了本国法与国际条约的关系，打破了以往粗略规定的做法。[51]其影响深远，为我国推进条约合宪性审查制度提供了必要前提，并从法律层面确定了条约在我国法律体系的地位但同时也带来了新的挑战。即如果低位阶条约因与高位阶条约或高位阶国内法发生冲突而无法履行，国家可能面临因未履行国际法律义务而承担国家责任的风险。[52]因此，对条约开展合宪性审查正是作为减轻条约履行风险的必要措施，这也是《缔结条约管理办法》要求有关部门重视对条约内容进行审查的原因，以确保其与中国的法律、法规以及其他条约所承担的国际义务保持一致。[53]

三、我国条约合宪性审查制度机理考量

所谓“机理”就是指为实现某一特定功能，一定的系统结构中各要素的内在工作方式以及诸要素在一定环境条件下相互联系、相互作用的运行规则和原理。反映到条约合宪性审查制度中，就是如何在现有制度基础与理论积累的基础上，

---

47 《缔结条约管理办法》，2022 年 11 月 16 日颁布，载中华人民共和国中央政府网，https://www.gov.cn/zhengce/content/2022-11/07/content_5725135.htm，2024 年 12 月 3 日最后访问。

48 2023 年 3 月 13 日，《中华人民共和国立法法》第二次修正后，原第 8 条已经变更为第 11 条。

49 结合《管理办法》 第 17 条的规定可以看出，第 16 条第 4 项、 第 6 项提到的法律均为狭义概念，特指由全国人大及其常委会制定的法律。

50 戴瑞君：《中国缔结条约程序法治化的进展与展望》，《国际法研究》2023 年(06)期，第 86-102 页。

51 如我国《民法典》在对待国际公约与本国规则时，第 142 条规定“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”规定较为粗略，国际条约在我国的适用出现了法律真空的现象。

52戴瑞君：《中国缔结条约程序法治化的进展与展望》，《国际法研究》2023 年(06)期，第 86-102 页。

53 《缔结条约管理办法》第 11 条、第 13 条、第 14 条。

借鉴国际条约合宪性审查制度经验，探究我国条约合宪性审查制度运行的相关要素与程序设置问题。当前各国所构建的不同形式的条约合宪性审查制度，实际上反映了各国在处理国际法与国内法关系时的不同态度并大体分为“国际法优于本国法”“国际法与本国法平等”以及“本国法优先于国际法”三种类型。我国要构建中国特色的条约合宪性审查制度也应以两者关系为主线，结合合宪性审查这一独特方式，最终以条约适用为最终落脚点。因此，本章将从检验标准，审查对象与检验结果这三个角度探究我国条约合宪性审查的制度机理，为探索符合中国特色的条约合宪性审查制度提供理论基础。

（一）检验标准渊源分析

只有对宪法的形式性给予足够的关注，才能为宪法审查奠定形式法治的基础。[54]《对外关系法》第 30 条第 2 款规定：“国家缔结或者参加的条约和协定不得同宪法相抵触。”然而，这仅是抽象地规定了“宪法至上”原则，并没有具体说明“宪法”所包含的形式范围。加之我国在 2023 年对《立法法》进行了修改，这就留下了解释的空间，需要结合最新《立法法》的相关规定进行合理解释，以确定进行条约合宪性审查的宪法依据。《立法法》第 5 条明确规定：“立法应当符合宪法的规定、原则和精神。”第 8 条对法律保留的相关规定，从正面和反面限制了合宪性审查的依据，描绘了宪法的具体规范特征，为研究条约合宪性审查中的宪法依据提供了理论基础。

所谓“宪法规定”“宪法原则”与“宪法精神”的概念内涵及其三者的关系，在全国人大常委会法制工作委员会备案审查室编写的《规范性文件备案审查：理论与实务》（以下简称《规范性文件备案审查》）中明确指出：“宪法规定和宪法原则是宪法文本中直接表述或可以直接解读的内容，而宪法精神不一定是条文中明确规定的，有时需要从宪法文本及其制定的历史背景、过程和主要任务等外部因素中推导和阐释。”[55]由此可见，宪法规定是指宪法文本中直接体现的各种语言符号的集合。由于我国采用成文宪法的立法模式，《宪法典》作为我国集中规定宪法规范的法律文本，当然符合《规范性文件备案审查》中所称的“宪法文本”和“宪法规定”。关于宪法原则，阿兰·卡里和约翰·德沃（Alan Carey and John Devoe）在其书《新宪法和行政法》中指出，宪法原则是“以最高法律效力的形式呈现的宪法法律背后的法律，并且能为法律之间的冲突提供解决方案。”[56]我国作为典型的成文宪法国家，宪法原则被系统地包含在《宪法典》中。其中难以把握的就是“宪法精神”。《规范性文件备案审查》中将其从宪法规定与宪法原则中

[54] 王建学：《宪法审查时代如何理解宪法渊源？——中国问题与法国教训》，《中国法律评论》2022 年第 3 期，第 162-175 页。

[55] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 110 页。

[56] Lain Currie And Johan De Waal, *The New Constitutional &. Administrative Law: Constitutional Law*, Juta. (2001), pp.31-32.

抽离出来，使其成为与宪法原则并列的合宪性审查的重要标准依据，赋予其工具属性，因此也应当从狭义方面理解其代指的内涵，而非泛指旨在宣传宪法重要性以及包含在宪法原则中的“宪法精神”。因此，下文将分别检视几种典型的宪法规范文本，以判断其是否适合作为条约合宪性审查的标准。

1. 宪法修正案

宪法修正案能否作为进行合宪性审查的依据，其核心问题在于修正案是否可以独立于宪法典被单独适用，也即探究宪法修正案与宪法典之间的关系。长久以来，学界将其视为仅次于宪法典的重要来源，原因在于“修宪权与制宪权同样源于政治决策的权力，制宪和修宪都是人民政治意志的体现。”[57]然而，关于宪法修正案与宪法典的关系，存在将前者视为后者一部分的观点，也有将两者并列的看法。[58]虽然在内部权利属性上，宪法修正案似乎仅次于宪法，但从形式等级的角度来看并非如此。宪法修正案虽然按条款设立，但其内容旨在修改宪法典正文，因此其实质意义需要与修正后的宪法典结合来评估。[59]从形式特征上讲，宪法修正案更像是德国的宪法性法律和法国的基本法修改法，[60]并不具备独立适用性。其内容已被宪法典文本吸收，故虽体现宪法精神，却不可作为条约合宪性审查的依据。为准确表达，或许应将宪法典与宪法修正案一并称为“宪法文本”。

2. 宪法性法律

对宪法性法律的理解在我国也经历了漫长的发展过程。在早期的宪法发展历程中，宪法性法律常常被不加区分地视为仅次于《宪法典》和宪法修正案的宪法渊源。在宪法实践中，立法机关的一些文件中也普遍使用类似于宪法性法律的表述，将宪法与宪法性法律并列作为国家法的一部分。然而，近年来学界对于宪法性法律的阐述转变为“宪法性法律在成文宪法国家与不成文宪法国家中的含义有所不同。在我国，作为一个成文且刚性宪法的国家，宪法性法律并不具备最高法律效力，因此不能视为我国宪法的来源。[61]全国人大常委会法工委也避免使用“宪法性法律”这一术语，而是采用“宪法相关法”这一表述。[62]诚然，“宪法性法律”这一概念在英国作为不成文宪法的重要组成部分发挥着作用。[63]在法国和德国等成文宪法国家中，它主要用于修订宪法典。[64]在我国，“宪法性法律”更多地被用作人大组织法等法律文件的统称，甚至可以被视为“涉及国家基本政治制度、基

[57] 雷磊：《“宪法渊源”意味着什么？——基于法理论的思考》，载《法学评论》2021 年第 4 期，第 36-46 页。
[58] 《宪法学》编写组：《宪法学》（第 2 版），高等教育出版社 2020 年版，第 26 页。
[59] 莫纪宏：《宪法学原理》，中国社会科学出版社 2008 年版，第 120 页。
[60] Peter E. Quint, *The Constitutional Law of German Unification*, 50 MD. L. REV. (1991), pp.475.
[61] 《宪法学》，《宪法学》高等教育出版社、人民出版社 2020 年第 2 版，第 26 页。
[62] 李飞:《立法法与全国人大常委会的立法工作》,十三届全国人大常委会,专门委员会组成人员履职学习讲稿，另外,宪法相关法的解读可参见许安标主编：《宪法及宪法相关法解读》中国法制出版社 2019 年版。
[63] Stephen E. Sachs, *The Unwritten Constitution and Unwritten Law*, 2013 U. ILL. L. REV. (2013), pp.1797.
[64] Yaniv Roznai, *Negotiating the Eternal: The Paradox of Entrenching Secularism in Constitutions*, 2017 MICH. ST. L. REV. (2017), pp.253.

本原则以及公民基本权利和义务等内容的法律”。[65]因此，尽管我国学术界对其具体含义仍有争议，但其在法律体系中的地位愈发清晰。有学者认为，只有在不成文宪法体制下，“宪法性法律”才能作为一个明确的术语使用，因此在研究我国宪法时不应采用“宪法性法律”这一概念。[66]此外，由于其内容涵盖广泛，使其更接近于宪法的部门法。然而，宪法性法律与宪法部门法并非等同关系，而是包含关系，因为宪法部门法除了“法律”层级的规范外，还包括宪法典中的规范以及低于“法律”层级的规范，只要它们涉及宪法性内容。[67]正如马岭教授所言：“宪法性法律是法律而非宪法，它们与其他法律一样，都是对宪法的‘规则化’。”[68]因此，宪法性法律作为涉及宪法内容的成文法来源，不应被视为宪法的来源,而应当作为合宪性审查的对象。然而，它对推动条约合宪性审查并非没有影响。实际上，宪法性法律可以帮助理解宪法，并指引宪法制度的目标与价值观。因此，应将其视为衡量条约是否合宪的辅助材料。不过，要实现这一点，我国还需要进一步完善立法，细化宪法相关法律的分类，明确宪法相关法律的层次，以改善目前宪法相关法律内容笼统且层级不清的状况。

3. 宪法解释

“宪法解释”实际上可以分为两种类型。第一种是指围绕宪法文本的含义进行的解释活动。在实际的宪法实践中，任何需要理解宪法文本的情况都会涉及这种解释活动，参与者和场合非常多样，包括有权机关依照法定程序对宪法文本的解释，也包括专家学者对宪法文本进行的学理解释。[69]第二种是由特定主体针对宪法文本含义所作出的决定或编制的文件，因此也可以称之为“宪法解释文件”。我国的宪法解释一般指的是第二种。[70]传统宪法学往往将宪法解释视为宪法的渊源，承认其作为合宪性审查依据的地位。然而，随着我国理论与实践的深入发展，宪法学者在理论研究中发现，宪法解释并不具备独立的效力来源，其效力在层级上也低于宪法修正案。[71]效力来源的缺失以及其在效力等级上的劣势，从理论上否定了宪法解释的独立性。此外，在宪法实践中，宪法解释语义的模糊、我国宪法解释独特的模式以及实践中的缺位等因素也在实践层面否定了其作为独立效力来源的可能性，因此，应将其视为宪法认知的渊源。[72]在宪法解释的理论层面上，宪法解释并没有独立的效力来源，与修宪权类似，释宪权也是源于制宪权。

---

[65] 肖蔚云等：《宪法学概论》，北京大学出版社 2002 年版，第 44 页。

[66] 徐秀义、韩大元：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学出版社,2001 年版，第 87 页。

[67] 姚岳绒：《关于中国宪法渊源的再认识》,《法学》2010 年第 9 期，第 130 页。

[68] 雷磊：《什么是“宪法渊源”？——基于一般理论与中国语境的分析》,《东南法学》,2021 年第 2 期,第 71-102 页。

[69] 朱学磊：《宪法解释与合宪性审查的关系辨析》,《中国法律评论》，2024 年第 05 期，第 95-108 页。

[70] Jack Goldsmith, *The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law*, HARV. INT'l L.J. (Spring 2016), p.455.

[72] 张翔：《宪法解释的中国实践》,《中国法律评论》2024 年第 05 期，第 79 页。

[73]如果没有制宪权和制宪行为，就没有释宪的可能。然而，释宪权与制宪权之间的关系与修宪权与制宪权之间的关系有所不同。制宪权的法理基础在于人民的意志，更多体现为一种非实定的政治权力；[74]而释宪权的法理基础则是为满足宪法适用的需要而产生的国家活动，释宪权来源于《宪法》第 67 条的授权，因此它表现为一种具体的法律权力。[75]此外，宪法修正案与宪法解释在优先适用的关系上也是不同的,一旦宪法修正案与宪法文本出现冲突，一般是以宪法修正案优先（修正案的目的就是取代原有宪法文本），而宪法解释与宪法文本出现冲突则应当以宪法文本为准。上文提及，宪法修正案实际上是与宪法文本一体适用的，因此根据法理“被授权者（衍生于他物者）不得违背授权者（衍生出他物者）自身。”可见，宪法解释应为宪法的认知渊源，而非独立的效力渊源。宪法解释的非独立性还表露在我国宪法解释语义模糊的问题中。具体来说，在实践中，全国人大法律委员会在审议法律草案过程中涉及宪法判断时，往往避免使用“违宪”的表述，而而是采用“与宪法表述不一致”、“与宪法规定不符”、“不确切”、“不衔接”等措辞，来对法律草案的合宪性提出质疑或进行否定性评估，[76]从而减少进行宪法解释的必要。而在进行必要的宪法解释时，所引用的判断依据也不局限于宪法文本本身。有些判断依据甚至包括“宪法序言的精神、人民英雄纪念碑的碑文”以及“人民法院组织法”等其他文件。[77]最后，区别于法国和德国两国，宪法解释具有司法渊源属性，而我国宪法解释权作为全国人大及其常委会民主权威的必然延伸由其专门行使，[78]因此使其具有立法性解释的特性。甚至可以说，我国合宪性审查与合法性审查的界限并未分明。从全国人大常委会法工委关于第十三届人大常委会合宪性审查的案例来看，尽管某些案例将宪法规定作为审查的依据，但并未公开解释的理由和依据。[79]在具体的审查实践中，即使引用了宪法规定，也没有参考相关的宪法解释渊源来对这些规定进行解释。[80]显然，无论是在学理上还是在实践中，宪法解释都不能被视为具有独立效力的宪法渊源。但在我国的条约合宪性审查中，宪法解释可以作为辅助材料，帮助理解宪法的原意。

（二）审查对象溯及力分析

条约合宪性审查是否具备溯及力的问题，实际上是在平衡法律秩序的稳定性

---

[73] 见上注 67.

[74] 韩大元、张翔：《试论宪法解释的界限》，载《法学评论》2001 年第 1 期，第 28 页。

[75] 西耶士认为，“唯有国民拥有制宪权”，参见［法］西耶士：《论特权：第三等级是什么》，商务印书馆 1991 年版，第 56 页。

[76] 邢斌文,任喜荣：《论法律草案审议过程中的合宪性控制》,《中国宪法年刊》2018 年 13 期，第 234-235 页。

[77] 翟国强：《合宪性审查中推进宪法解释的策略与方案》,《华东政法大学报》2024 年第 06 期，第 30-38 页。

[78] 王建学：《作为民主对话平台的宪法审查程序》,《中国法律评论》2020 年第 1 期，第 40 页。

[79] 《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十三届全国人大以来暨 2022 年备案审查工作情况的报告》,载“中国人大网”，最后访问日期 2024 年 7 月 8 日。

[80] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查理论与实务》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 113 页。

与宪法至高性的关系，这涉及宪法保护、法律秩序的稳定以及国际关系等多个方面的因素。各国根据自身的法律传统和实际需求作出了不同的选择。大体来说，主要有三种倾向：一种是以德国为代表的强审查、强溯及力；[81]一种是以美国为代表的弱审查、弱溯及力；[82]还有以印度和巴西为代表的折中主义，主张在特定情况下适用溯及力。[83]具体来说，针对第一种倾向，如德国宪法法院在处理 Görgülü[84]案件时主张“必须审查条约签订时的宪法状态，因为这是评判条约是否符合宪法的关键。”德国法院认为，如果忽视签订时的宪法状态，就无法全面把握当时的宪法要求和权利义务，难以做出准确的合宪性判断。[85]正如 Christoph Grabenwarter 所说，从德国宪法法院的以往实践中能够发现，德国宪法法院更看重维护宪法的地位，会溯及到条约签订时检验其是否合宪，即使这可能会造成法律秩序一定程度的不确定性。[86]与之相对应的第二种倾向，在 *Reid v. Covert*[87]案中，美国最高法院仅审查了条约生效时的宪法状态，而未关注签订时的情况。美国最高法院主张：“只要生效时符合宪法，即使当初的签订存在瑕疵，也应当尊重既有的国际承诺。”[88]Louis Henkin 分析指出，美国法院更注重法律秩序的稳定性和可预见性，避免过多溯及力导致的不确定性。[89]作为折中主义的第三种倾向，印度最高法院在 *Berubari Union* 案[90]中认为，仅在发现严重违宪情况下，才考虑溯及审查条约签订时的宪法状态。[91]巴西联邦最高法院在 ADPF 101 案中也持类似观点，认为仅在损害国家重大利益的情况下适用溯及力审查。[92]在上述比较法研究的基础上，可以探索我国条约合宪性审查的溯及力问题。我国事实上是在《对外关系法》中首次确立条约合宪性的要求，该法于 2023 年 7 月 1 日正式生效。可见，我国条约合宪性审查制度还欠缺理论与实践的积累，因而不适宜立即采取以德国为代表的强审查、强溯及力模式。因此，对于《对外关系法》生效前签订或生效的条约与协定，我国也应坚持克制主义，避免随意退出条约或协定造成对国家形象的损害。可以在法理上推定《对外关系法》生效前的条约与协定与宪法

[81] Leila Sadat Wexler, *Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back again, The* 32 COLUM. J. TRANSNAT'l L. (1994), pp.289.
[82] Morris D. Forkosch, *Freedom of Information in the United States*, 20 DEPAUL L. REV. 1 (1971), pp.175.
[83] Arpan Banerjee, *Copyright Piracy and the Indian Film Industry: A Realist Assessment*, 34 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. (2016), pp.609.
[84] ECHR, No. 74969/01, Judgement of 26 February 2004 – *Görgülü.*
[85] Ann Elizabeth Mayer, *Reflections on the Proposed United States Reservations to CEDAW: Should the Constitution Be an Obstacle to Human Rights*, 23 HASTINGS CONST. L.Q. (Spring 1996), pp.727.
[86] Grabenwarter, *Christoph. "National Constitutional Law Relating to the European Union."* (2006). p.332-357.
[87] *United States Supreme Court 354 U.S. 1 (1957)*
[88] G. Robert Blakey & Thomas A. Perry, *An Analysis of the Myths That Bolster Efforts to Rewrite RICO and the Various Proposals for Reform: Mother of God--Is This the End of RICO*, 43 VAND. L. REV. (April 1990), pp.851.
[89] Henkin, Louis. *"The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny."* (1988), pp.725-736.
[90] Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1956). Constitutional protections are not suspended for U.S. citizens in foreign countries, so they are not subject to military jurisdiction. Also, the Constitution supersedes international treaties.
[91] David J. Barron & Martin S. Lederman, *The Commander in Chief at the Lowest Ebb, Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*, 121 HARV. L. REV. (January 2008) , pp.689.
[92] 刘天来：《巴西有法律约束力判例制度研究》，《拉丁美洲研究》2017 年第 02 期，第 92-109 页。

并不相抵触，同时，及时将相关条约与协定报经合宪审查机构备案审查，为《对外关系法》生效后我国在处理条约与协定合宪审查积累经验。

（三）审查后果条约适用分析

尽管我国《宪法》明确将国际条约视为法律的主要渊源，但在实际司法实践中，直接援引和适用条约的情况并不常见。仅在海事法院等专门法院较为常见，但也应注意到，自最高法相继发布相关司法解释以来，[93]中高级法院在审判案件中援引条约与公约的事例在增多，这为我们研究条约适用问题以及完善条约合宪性审查制度提供了必要依据。[94]从国际实践的角度来看，各国在经过合宪性审查后，条约在国内法中的适用主要有四种基本形式：直接适用模式、转换适用模式、自动适用模式和折中模式。[95]条约的直接适用模式指的是条约在经过合宪性审查后，可以直接作为国内法渊源在国内生效，如德国《宪法》第 25 条规定，“一般规则的国际法”直接成为国内法的一部分。德国宪法法院认为，“一般规则的国际法”包括经德国批准的条约。[96]意大利《宪法》第 10 条也规定，意大利的法律秩序与国际法秩序相一致，这意味着条约具有直接适用的国内法效力。[97]条约的转换适用模式则是指国际条约需要经过国内立法程序，转变为国内法后才能在国内适用。英国传统上采取转换适用模式，这源于英国的习惯法传统。[98]与之类似，澳大利亚、加拿大等英联邦国家也采用了通过国内立法程序对条约进行转换的模式。[99]除了上述两种主流模式外，还有自动适用模式与折中模式。美国《宪法》第 6 条明确规定，条约是“最高法律”（supreme law of the land），这意味着经参议院批准的条约可以直接成为国内可适用的法律。[100]印度《宪法》第 51 条规定，国家应“尊重国际法和条约义务”。[101]然而，在适用条约时，印度法院往往会区分不同类型的条约，例如，人权条约通常更倾向于直接适用。[102]通过对这些国际

---

[93] 2023 年 12 月 28 日，《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（以下简称《解释》）正式发布，于 2024 年 1 月 1 日起施行。《解释》的发布终结了民法通则废止后人民法院审理涉外民事案件适用国际条约和国际惯例的不确定状态，有效实现了法院系统适用国际条约的制度衔接。

[94] 参见《徐高诉北京燕莎中心有限公司侵犯人格权案》，北京市朝阳区人民法院（2000）朝，民初字第 129 号民事判决书。

[95] John K. Seater, *Responses to Breach of a Treaty and Rationalist International Relations Theory: The Rules of Release and Remediation in the Law of Treaties and the Law of State Responsibility*, 83 VA. L. REV. (February 1997), pp.342.

[96] Basic Law for the Federal Republic of Germany，at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html (last visited on December 2, 2024）.

[97] *Costituzione della Repubblica Italiana* (articoli 1- 54), at https://www2.immigrazione.regione.toscana.it/sites/default/files/costituzione/Costituzioneitalianaversionecinese.pdf（last visited on December 2, 2024）.

[98] Peter G. Danchin, *U.S. Unilateralism and the International Protection of Religious Freedom: The Multilateral Alternative*, 41 COLUM. J. TRANSNAT'l L. (2002), p.33.

[99] Vincent-Joel Proulx, *To Boldly Go Where No Court Has Gone before: Canada Paves the Way for Transnational Litigation against Corporations for Human Rights Abuses?* 38 CONN. J. INT'l L. (Fall 2022) , pp.34.

[100] *Constitution of the United States,* at https://constitution.congress.gov/constitution/（last visited on December 2, 2024）.

[101] *The Constitution of India*，at https://www.wipo.int/wipolex/zh/legislation/details/15815（last visited on December 2, 2024）.

[102] Julien Chaisse, *The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to*

通行做法的比较分析，可以更深入地理解我国条约在国内适用的模式。《对外关系法》第 30 条第 2 款明确指出“国家缔结或参加的条约和协定不得与宪法相抵触”，从而确立了对外关系中的宪法至上原则。根据法不溯及既往的原则，对于在《对外关系法》正式生效之前已批准生效的条约和协定，由于在批准时未经过严格的合宪性审查，因此无法在制度上有效判断其合宪性，故不应直接适用。[103]而应在向合宪审查机构备案审查后，对于那些经审查认为是合宪的，可以对其进行直接适用，而对于那些经过审查可能存在与宪法不一致的，考虑到其已经签订，为保护信赖利益，不宜随意变动，可视具体情况，通过进行国内立法，将条约转化适用，若有修宪必要也可由全国人大常委会按照法定程序启动修宪程序。对于在《对外关系法》生效后缔结或批准加入的条约或协定，经过合宪性审查后，其自身的制度合宪性已获得认可。因此，除我国声明保留的条款外，这些条款应可作为法院审理案件的法律依据。当然，要做到这一点，对条约的解读与司法系统的培训机制也应跟上，但这是为了确立宪法权威，完善我国条约合宪性审查的必然要求。

四、结论

综上所述，《对外关系法》所确立的“宪法优于条约”原则是我国推进涉外法治建设在法律层面的重要体现。该原则与新修订的《条约法》以及《缔结条约管理办法》共同构成了我国条约相关制度的法律基石，也为我国推进合宪性审查制度带来了新的机遇。[104]为推进我国条约合宪性审查制度，不应局限于对相关问题的研究“隔靴搔痒”，最终还应落脚到制度设计上。对比国际相关做法，德国基于宪法法院构建的条约合宪审查模式，以纯粹法律理性进行司法审查，易造成合宪审查权与其他国家机关权力行使之间的紧张关系；而法国则基于宪法委员会，通过政治对话代替司法理性，其认定条约违宪更像是为总统提供启动宪法修改程序的契机，以便通过宪法修正案和全民公投为条约增加必要的民主正当性。[105]尽管各国审查模式不尽相同，但其审查制度的设计（如何处理审查权与其他权力的关系）、条约审查与条约适用的关系以及认定违宪的处理方式，为我国构建条约合宪性审查模式提供了宝贵的借鉴。

鉴于我国现行的条约审查机制过于依赖国务院及其部门，合宪性审查的力度较弱，因此应将制度建设的重点放在加强全国人大常委会对条约合宪性审查的工作，并逐步实现制度化和法律化，以最终覆盖所有条约。[106]为了实现这一目标，应从根本上修订《缔结条约程序法》和《立法法》，将对条约进行合宪性审查的

Investment Treaties and Arbitration, 11 HASTINGS BUS. L.J. (Summer 2015), pp.225.

[103] 杜涛：《对外关系法的中国范式及其理论展开》，《云南社会科学》2022 年第 4 期，第 131-141 页。

[104] 周琳：《对外关系法在中国法律体系中的地位探究》，《科技风》2022 年第 1 期，第 199 页。

[105] Voir Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel, Economica*, Paris, (1988), pp.30-35.

[106] 孙毅:《国际条约的合宪性审查》，《中国法律评论》2024 年第 02 期，第 100-113 页。

要求纳入法律文本，以确保条约与协定的合宪性审查得到有效落实，为我国条约审查积累理论与实践经验，为最终汇总编纂《条约》系统法奠定基础。其次，应仿照当前《管理办法》的程序设置，由全国人大常委会外事委员会会同党中央与国务院部门，出台《条约审查程序法》，聚焦条约谈判、条约签署、条约批准或核准、条约认定违宪的处理方式五大环节，内容包括常委会在国务院未报送审查时主动提起审查的条件、审查标准、条约违宪后的处理等内容，构建全国人大常委会条约合宪性审查模式机制。《缔结条约程序法》应尽可能以最新生效的《缔结条约管理办法》为参照，仅对条约合宪性和合法性审查相关细节及程序衔接进行具体规定，以减少立法成本。这种做法还可解决《缔结条约管理办法》作为行政部门出台的行政法规，对条约合宪性与合法性进行判断时带来的法律文本位阶错位问题。

推进涉外法治建设对我国维护国家利益、推进治理变革具有重大意义，而构建条约合宪性审查制度更是一个复杂的工程，涉及宪法学、国际法学等多学科的互动。完善我国条约合宪性审查制度也需要在充分积累条约合宪性审查实践经验的基础上进行。目前，新修订的《对外关系法》与《立法法》只是从侧面对条约和协定必须接受合宪性审查进行了规定，因此只是开启了我国条约合宪性审查的“半扇门”，[107]对条约的合宪性审查尚未实现全覆盖。但可以预见的是，强化合宪性审查将成为时代的发展趋势，也是构建具有中国特色的条约合宪性审查制度的重要一环。

2025年中国国际法学会年会

[107] 杜涛：《对外关系法的中国范式及其理论展开》，《云南社会科学》2022 年第 4 期，第 143 页。

我国海外利益保护制度现状以及问题探讨

孙 渔[1]

摘要：伴随我国综合实力的不断提高，我国的海外利益也逐渐增加。但当今正处于百年未有之大变局，世界局势紧张。我国现有的法律体系不能有效地对我越发重要的海外利益进行保护。但我国在域外管辖方面的规定过于狭窄，无论积极还是消极都不能有效保护海外利益。我国法律在立法时也并未注重聚焦其意外适用效力，在海外利益保护时缺乏具体依据。目前我国国际司法协助以及判决的承认与执行总体效果较差。在进行海外利益保护时成本较高。在本国进行域外法查明时难度也较大。多问题极大地制约了我国现有海外利益的保护。

关键词

海外司法利益保护涉及面广，难度高，内容复杂，是一项极为重要且困难的工作。习总书记也在报告中指出要维护我国法人、公民在海外的合法权益。而为达成这一目标，合理有效地利用司法系统对我国海外利益保护是十分重要的。司法系统相较于其他保护手段有认可度高等先天优势。相较于政治行为保护，司法保护也有更强的稳定性和明确性，利益涉及各方也可有一定的预期性。为进一步完善海外利益保护，发挥司法机制在保护的中作用，我们应寻找合适的方式方法，运用司法全链路对海外利益进行保护，构建并发挥好我国司法制度的作用。我国海外利益涵盖了经济资源，文化等多个领域，我国目前已深度融入到经济全球化的进程之中，随着一带一路的相关政策的开展开，海外利益的内容会更加复杂。

目前针对我国海外利益的侵犯行为仍屡见不鲜，而这些行为随着单边主义的盛行，更有愈演愈烈的趋势。我国虽然初步构建了海外利益司法保护体系，但在很多方面仍存在问题。实践中合理运用司法制度对海外利益保护仍是需要进一步探讨的课题。为构建合理的保护内容和手段，应当从司法全过程中去寻找问题，发现问题并最终解决问题，措施的落脚点具体可细分管辖、裁决、司法协助以及承认与执行四个维度。

案件的管辖是实现司法保护的重要前提，对于重点领域以及热点事件的管辖权争夺是极其激烈的，没有管辖权意味着失去了主动权，管辖权的构建还关系着后续其他措施能否实行。纠纷的裁决一方面代表我国在司法保护方面的公信力，另一方面也是有效合理保护我国海外利益的重要手段。对外司法协助最能明显体

1 孙渔 大连海事大学 海商法硕士研究生 15642559184 辽宁省大连市甘井子区凌海路 1 号。

现出大国司法的特点，展示我国构建国际新秩序的信心和决心。承认和执行是保护海外司法利益的重要保障，也更是海外利益司法保护的重要落脚点。

一、纠纷的域外管辖保守怠进

管辖是司法制度的重要组成部分，是否对案件拥有管辖权对于司法制度的维护有着极为重要的作用。管辖制度一般是有两重含义，第一层是目标对象是否应该受到管辖，第二层含义在确定对象应当受到管辖之后，该对象应该归谁进行管辖。在一国法域内，管辖的往往解决的是案件因自身性质或者特征而应该归谁管的问题，也就是第二层含义，用来处理不同级别和地方的人民法院的权限分工问题。同时，因为处在同一法域之下，对于案件的管辖往往可以依照法律规定，上级法院指定等多种方式来进行确立。

但是在涉外法治中，管辖的含义和侧重点却完全不同于国内管辖纷争。国际领域中的主体主要为各个主权国家，主权国家在在地位上处于平等关系，因而国际关系的构造和国内关系完全不同。国际社会上不存在一个统一且被各国全部认同的法律，也没有一个高于主权国家的组织为这种法律提供强制力的保障，在一些领域因为存在各国相互签署的条约或者公约，对于争议焦点的管辖可以按照明文进行解决，但是部分涉及到各国核心利益或者敏感问题的方面上，各国会积极开展管辖权的争夺，或利用对案件的管辖作为自己的武器进行攻击。而这些现状使得管线制度在涉外法治领域中变化极大。

首先，在国内法治中出现纷争较少的第一层含义在涉外法中便的愈发重要。管辖是涉外法治中海外利益司法保护中诸多手段的前提以及开始，有效保护海外利益的经常要以有管辖权作为前提条件，因此对于争议事件要不要管的含义完全不同与国内法治，涉外法治相较于国内法治在此方面考虑的因素更为复杂，通常要还需考虑国家利益，国家安全等诸多方面。

其次，因为国际社会的性质不同国内社会，除非有国际条约或者协议等约定，管辖的第二层含义在涉外法治中将更具有冲突性。国内法治中有多重解决办法，但是在涉外法治中行不通，而且涉外法治中海外利益的种类繁多，涉及面更加复杂，难以靠条约进行穷尽。各个主权国家作为平等主体，基于自身利益以及安全考量，更难以做出让步，尤其是在重点领域的话语权争夺方面冲突更是明显。

虽然涉外法治中的管辖极其复杂，困难极高，但通过管辖制度，我国可以对海外发生的涉及我国相关利益的案件进行审理和裁决，通过司法制度为海外利益进行背书。这些年侵犯我国国家利益和公民法人利益的热点事件都涉及到管辖制度。了解目前国际以及国内的管辖制度现状，结合国际潮流以及热点事件完善我国管辖制度是海外利益司法保护的应有之义以及必然手段，也是保护好海外利益的前提。只有构建有效的海外利益保护的管辖制度，才能发挥好司法机制在于海外利益保护上的优势。完善的管辖制度关系着我国司法对外输出能力，也是完善

我国涉外法治，推动涉外法治与国内法治共同发展的重要一环。

随着国际经济交流的愈加频繁，各国的海外利益也在逐渐变多，如何合理有效的保护本国海外利益成为每一个经济大国的重要课题。由于司法手段相较于其他手段有更高的国际接受度，管辖作为司法手段适用的前提之一，各国越来越意识到其重要性。相对于国内，管辖在海外利益保护方面需要考量积极和消极的两个方面，一个是如何将目标合理有效地纳入合理自己的管辖范围之内，另一个是如何对抗他国的管辖。进而产生的具体制度为域外管辖制度，禁诉令制度以及不方便法院制度。

域外管辖制度是针对海外利益保护而进行的积极管辖制度，每一个国家的都有一定程度的域外管辖制度，但是制度行使时会受到国家实力，国际法，国际习惯以及条约等因素的制约，而这些因素以及海外利益保护需求的强弱决定着域外管辖的强度。域外管辖也可具体细分为立法管辖，执法管辖和司法管辖三种类型。其中目前执法管辖除了国际合作，一般不会延伸到领土范围之外，但是立法管辖和司法管辖延伸的情形却是很多目前。

同时域外的立法管辖和司法管辖二者之间是相互联系的，不能进行割裂的分析，近些年美国针对我国海外利益所实行的种种“长臂管辖”制度的部分措施也包含了立法管辖和司法管辖两个方面。域外立法管辖和域外司法管辖都共同的对属地原则进行突破，同时其理论演进以及各国的普遍实践都已经初步表明了二者在国际法上都具有正当性。[2]

我国学界对于美国的长臂管辖制度的规范和实践已经有了较为深入的研究，其制度的具体构成，发展以及现状也有着清晰的把握。美国建国时间较短，初期国力较为薄弱，因此在法律上选择了相对保守态度，但随其国际地位不断上升，美国政府和其企业在国际经济交往中的利益以及影响力越来越大，想要更好地保护自身利益，美国便需要在一定程度上扩展自己的管辖范围。在此需求之下，最被人们所熟知的便是美国政府对于非居民被告的管辖权——也被称之为“长臂管辖”诞生了。美国独特的“长臂管辖权”是由其国内特殊国情发展而来，在联邦制度的框架下，不同的州之间的法律有所差别，因此美国在自己用以处理跨州案件的管辖方式进行发展，建立了国际上的长臂管辖。其核心特征是放弃了原先管辖以确定“存在”或者“出现”为管辖基础，转而建立起了最低联系的原则，后美国学术界对其进行扩展发展，成为了“长臂管辖”。[3]这种以利益作为连接点的管辖方式可使美国政府沿着“凡与我利害相关的便可以管”这一思路，拓展自己的管辖权。克服了原先连接点受到客观限制无法保护的难题。一旦成功建立主观连接点，自己管辖成功的概率将会极大提高。

[2] 宋晓：《域外管辖的体系构造：立法管辖与司法管辖之界分》，载《法学研究》2021 年第 3 期。
[3] 何志鹏：《涉外法治中的管辖攻防》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 6 期。

其中较为代表性的案件便是法国阿尔斯通案以及与我国密切的华为孟晚舟案，前者是美国利用长臂管辖权，对法国阿尔斯通的高管皮耶鲁齐进行了逮捕和起诉，理由是其涉嫌违反了美国的反海外腐败法。其全球负责人皮耶鲁齐在纽约机场被美国联邦调查局逮捕，理由是涉嫌在印尼项目中行贿当地政府。随后，美国司法部指控阿尔斯通违反了美国的反海外腐败法，并对该公司进行了长达五年的司法审查。最终，阿尔斯通被迫与美国司法部达成认罪协议，并支付了 7.7 亿美元的罚款。在此过程中，阿尔斯通公司也受到了重大影响，美国司法部的调查导致阿尔斯通不得不将其核心电力业务出售给了美国通用电气公司，也标志着这家曾经的世界工业巨头被美国企业“肢解”。后者华为孟晚舟案件始于 2018 年 12 月 1 日，当时华为首席财务官孟晚舟在加拿大温哥华转机时被加拿大警方逮捕。美国方面指控孟晚舟在华为的伊朗业务上涉嫌误导汇丰银行等金融机构，因违反美国制裁令而遭处罚的风险。在长达近三年的法律斗争中，孟晚舟的律师团队收集了大量证据，以证明孟晚舟并未对汇丰银行进行欺诈。

以上两个是较为代表性的美国行使长臂管辖的典型案例，从管辖的角度出发我们可以看到法国阿尔斯通的高管皮耶鲁齐虽然是在纽约机场被美国联邦调查局逮捕，但理由是涉嫌在印尼项目中行贿当地政府；华为案件则程度更甚，美国要求加拿大的警方在孟晚舟加拿大温哥华转机时进行逮捕，且使用的理由是在华为的伊朗业务上涉嫌误导汇丰银行等金融机构。阿尔斯通和华为都是各自领域的巨头，对于美国的相关企业都产生了不小的竞争压力，美国的“长臂管辖”制度在打击这二者企业上扮演了及其重要的角色。可以看到美国长臂管辖的方式极具扩张性和攻击性，原先的“长臂管辖”制度是用以解决美国国内引起特殊的体制而带来的司法管辖问题，在被推行到国际上之后造成了极大的负面影响，这种管辖方式也极大程度维护了美国本国以及相关企业的利益，使其主体在国际经济交往中享有更多的本国司法保护。“长臂管辖”制度提高了美国对于域外国家的司法投送能力。

同时，美国的“长臂管辖”制度也提现了司法制度在保护国家海外利益方面的重要性，美国对自己海外利益保护的办法是多种多样的，但是对外进行保护或发起制裁时，多会选择通过司法的方式，如各种“法案”，“条款”，并在司法上产生效果。在法律已经成为现代社会的共识的情况下，这种“司法”的形式可以使得其保护行为更加合理化，换一个角度来讲，法律相较于使用军事手段或者经济手段，可能是最为适当的单程目标的方法，在国际上产生的影响是最小的，也是现代文明国家的标志之一。

我国目前的专属管辖规定过于狭窄，虽然一定程度上体现了国际礼让，但是目前专属管辖的范围同其他管辖制度结合后却不能有效保护还目前的海外利益。我国在协议管辖上仍然坚持的是必须与争议有实际联系的法院，虽然在《民事诉

讼法》中有所扩展，但还是要求“客观上的实际联系”，相较于美国的“最低联系”的原则，现在的规定极大程度上限制了涉外案件当事人选择我国法院可能性。过于保守的规定降低了当事人之间主动寻求我国法院以及法律进行适用的主动性，不利于我国吸引具有涉外因素案件的当事人选择我国进行诉讼。我国还欠缺关于保护性管辖的规定，尤其在《民事诉讼法》第 265 条规定的六种对域外连结点都不在国内，案件也是民商事类型时。而以上这种窘境的结果便是促使我国的企业和公民有时倾向于寻求在海外进行诉讼和仲裁。

除“长臂管辖”问题外，平行诉讼的解决也是海外利益司法保护的重要内容。目前国际社会，尤其是欧美国家都在扩大了自己的管辖权，从而争夺在部分行业标准上的话语权，而这种趋势下必然的会导致平行诉讼的问题。一般来说，解决平行诉讼的方式为禁诉令和“不方便法院”制度。

禁诉令制度起源于英美法系，最早是用于解决英国国内平行诉讼的手段，后也被英国的衡平法院用于与普通法院争夺管辖权，如果法院认为由普通法院审理不甚合适，便可以向在普通法院中提起诉讼的原告发出禁诉令，要求原告停止在普通法院进行的诉讼。后来此项制度得到更进一步的发展，用以解决国际间的诉讼竞合的问题。

禁诉令在处理平行诉讼方面有一定的必要性，是解决平行诉讼的极为有效的机制。由与跨国诉讼的特殊性，双方当事人可能选择多个有管辖权的国家就同一案件提起重复诉讼，更为关键的是这种平行诉讼有时还会涉及到各个国家争夺特定领域管辖权和构建国际性的诉讼中心的问题。

从英美国家对于禁诉令的实践中来看，主要有四种场合才会颁布。首先是在对抗诉讼中颁布禁书令，也是最常见的颁布场合，一方在一国提起诉讼，而对方却在他国另行提起诉讼以此进行对抗，从而造成了原告和被告在身份地位上发生转变，而发生的原因是多种多样的，有可能是另一方认为在另一国提起的诉讼对自己更有利；其次是在重复诉讼中颁布禁诉令，一方在一国法院提起诉讼之后，又以相同被告和相同的请求在另一国的法院又再次进行诉讼，通过重复诉讼选择有利的法院进行，或者增加对方的压力；再者是在关联诉讼中颁布禁诉令，这种情况较为隐蔽，虽然是在不同国家的不同法院提出了不同的请求，但是这些请求构成了必要的共同诉讼，或者一个诉是另一个诉的必要反诉，从而构成国际关联诉讼；最后是基于既判力颁布禁诉令，这种情况下是一国法院已经审理的案件，并且作出了有关判决，而败诉方在此就同一问题，在其他法院又提起诉讼。[4]可以看出，禁诉令所颁布的场合是极其复杂的，当事人会为了谋求自身利益，利用信息的不对等性，通过多种手段试图在更有利的国家提起诉讼，一方面危害国家的司法权威，另一方面也会造成司法资源浪费。

[4] 张利民：《国际民诉中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》，载《法学》2007 年第 3 期。

签发的禁诉令种类主要分为三种，一种是防御性禁令，另一种是反禁令以及攻击性禁令。防御性禁令旨在保护颁布禁诉令国家法院的管辖权；反禁令，也又称为禁禁诉令，主要是外国法院颁布禁诉令之后，针对该禁诉令而设置的对抗禁诉令。而攻击性禁令是最被广泛签发的一种，它主要是禁止当事人在外国提起平行诉讼从而保护。[5]

禁诉令的缺乏会导致国家在管辖权的争夺中处于不利的地位，虽然禁诉令是由一国所发出的，但是有时在特定情况下会得到他国的执行，比如纠纷的当事方都是发出国的自然人或法人，并且都是有发出国的财产，在这种情况下，禁诉令的效果就会明显[6]。当国外拥有禁诉令这一制度，而这个国家没有。在双方都想拥有案件管辖权时便会处于不利地位，更不能指望对方会自觉基于“不方便法院”的规定将案子的管辖权拱手相让。

其中最为典型的案例便是华为公司与 IDC 的标准必要专利国际平行诉讼，本案件是一个涉及全球通信行业的重大案件。华为公司在中国的法院提起了诉讼，请求确认 IDC 的行为违反了 FRAND 原则，要求确定合理的许可费用。同时为了反制华为公司，IDC 在美国法院提起了诉讼，并请求美国国际贸易委员会（ITC）对华为公司的相关产品实施进口禁令。但是我国当时法院没有禁诉令制度，华为公司在面对 IDC 在英国法院的诉讼时显得较为被动，也影响了华为公司在国际上的业务发展。之后较为知名的是小米公司与交互数字公司的专利纠纷案，也是我国法院发出的首个跨国禁诉令的案件，用以阻止交互数字公司在其他国家对小米公司提起可能与中国案件相冲突的诉讼。

禁诉令制度较复杂，不当的使用会对案件双方当事人产生不当的负担。对于当事人来说，如果双方法院都签署了禁诉令，无论在哪个法院提起诉讼，都要面对严重的惩罚，因此对于禁诉令的设置和颁布应该慎之又慎，并附有明确的标准，从基于条约而产生的义务，涉及的利益种类以及同对方国家的关系等多个角度进行考量并平衡，最终再确定是否需要颁布禁诉令，还需要在此基础上明确违反禁诉令的后果以及责任，提高其强制性，才能构建出一国的禁诉令制度。

“不方便法院”制度作为另一方向的办法，对解决平行诉讼问题有着极大的重要性。“不方便法院”制度发源自苏格兰，后被英国、美国以及澳大利亚等普通法系国家所普遍承认，进入现代越来越多的大陆法系国家也进行了关注。在我国学术界中虽然具体含义的表达有所不同，但实质上都强调受诉法院虽然对案件有管辖权，但是因考虑到各种因素可能会影响裁判公正或造成当事人的困扰，进而决定拒绝行使管辖权。因此具体可以定义为法院对案件具有管辖权，但如审理此案将给当事人以及司法带来种种不便，此时，如果又存在一个对诉讼同样有管

[5] 张利民：《国际民诉中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》，载《法学》2007 年第 3 期。
[6] 张利民：《国际民诉中禁诉令的运用及我国禁诉令制度的构建》，载《法学》2007 年第 3 期。

辖权的可替代法院，则该法院可以自身为不方便法院作为根据，依职权或根据被告的请求作出自由裁量而决定是否中止或撤销诉讼的一项法律制度。[7]

一般认为不方便法院制度在 19 世纪中叶便在苏格兰法院中予以实施，后来到 19 世纪末美国的法院相继接受了苏格兰法院的做法，之后该原则才在英美法国家中被普遍承认并实行。 大陆法系中，德国虽然没有明确的关于“不方便法院”的规定，但是其法律中有类似的表述[8]，而日本也没有“不方便法院”原则的规定，但在司法实践中也运用了近似英美法中的“不方便法院”原则的办法对案件进行了处理。除此之外，新西兰、加拿大的魁北克、澳大利亚、等多个国家也都确立了本国的“不方便法院”原则，并且逐步形成了英国模式，美国模式以及澳大利亚模式三种。[9]

美国模式又称为“最适当法院”模式，其基本分析方法分为两个步骤，首先分析是否存在一个更为适当的替代法院，接着再从平衡相关私人利益和公共利益的因素进行考量是否要承认另一个法院的管辖权并放弃本法院的管辖。而在这个过程中，美国法院始终将公共利益因素放在一个极其重要的位置。在实践中，美国也会对外国原告和本国原告进行区别对待，美国也是最为灵活和运用最多的国家。

英国模式也称为“更适当法院”模式，其核心内容就是为了当时所有人的利益以及正义考量，如果外国替代法院的审理是更为适当的，那则可以本国以“不方便法院”这一原则而终止诉讼。体分析过程也分为两部分，第一部分是要求被告承担举证外国存在一个比本国更为适当的可替代法院，第二部分便是会涉及到实质正义的问题，需要由原告来证明正义因素要求在该国法院进行审理。

澳大利亚模式被称为“明显不适当法院”模式，该模式下更加注重本地法院进行的有利方面与不利方面，而不是将本地法院从外国法院进行比较。澳大利亚整体较为严格，但是在实践中也可以更好的判断是否要适用“不方便法院原则”，对于当事人来说也有更多的预见性。

目前我国也初步建立了本国的“不方便法院”制度，要求案件不涉及我国公民、法人或者其他组织的利益，同时考虑的角度是外国法院对案件享有管辖权且审理该案件更加方便。虽然这些规定体现了我国基于司法礼让而做出的表率。“不方便法院”可以减轻近几年因管辖权扩张而所带来的不良冲突后果，也可使得对管辖权相关规则的处理变得更加灵活且高效，避免司法资源的浪费。另外不方便法院原则在一定程度上也避免了当事人挑选法院的行为和造成矛盾判决的可能性。目前关于平行诉讼的协调制度的重要性在当今国际环境中被进一步的放大。

[7] 王祥修：《论不方便法院原则》，载《政法论丛》2013 年第 2 期。

[8] 《非诉讼程序法》第 47 条规定：“如果监护利益在国外法院的管辖之下能够更好地得到实现，德国监护法院可不必将监护权诉讼置于其管辖之下。”

[9] 徐伟功：《简析国际民事管辖权中的不方便法院原则》，载《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 4 期。

近几年欧美法院在标准必要专利纠纷中扩张管辖权，其行为更进一步加剧了冲突。这些国家多采用“不方便法院”原则进行处理，而不是依照受理顺序来决定，并且通过禁诉令机制制止当事人在外国法院进行诉。

总的来看，关于海外利益保护的管辖制度及其重要且复杂，其背后还存在对于管辖的态度问题。我国作为大国的责任担当，强调大国应有大国风范。大国司法应当有包容性，协作性以及能动性，管辖作为一个及其容易产生冲突的司法环节，更应注重在维护好我国海外利益时发挥好司法系统的能东西，包容他国并适当礼让，同其他国家协调。目前我国基于先前的“国际礼让”的理念，在管辖权上是采取谦抑态度。但我国的海外利益越发的增多的显示使得保护的需求也越发明显，如今这种歉抑态度同当下时局不相适应，也不能更好的保护我国海外利益。

二、法律的域外适用亟待统筹

涉外法治中保护海外利益中，管辖只是一系列手段的开始，在将有关利益纳入到我国的管辖范围后还需面临如何保护好我国的海外利益这一课题。同时我国注重大国责任，如何体现大国司法的特点也是需要继续探讨和深化。相较于管辖，涉外案件裁决不仅需要案件的裁决注重过程，还需要提过良好的法律适用，才能保障好案件的裁决。而这其中最需要我们重视的是建立我国法律的域外适用体系。

国内法域外适用指的是国家将具有域外效力的法律适用于其管辖领域之外的人、物和行为的过程，既包括国内行政机关适用和执行国内法的行为，也包括国内法院实施司法管辖的行为，但不包括国内法院适用双方当事人意思自治所选择的国内法律规则，或者适用冲突规范所指引的国内法来解决争端的行为。[10]法律的效力可以分为空间效力和时间效力，而其中的空间效力也可分为域内效力和域外效力。一般而言，一国的国内法，尤其是在公法方面，其空间效力范围主要集中在本国管辖领域之内，很少将法律的效率延伸到领域之外。一方面一国法律尤其是公法在域外产生效力容易同他国主权之间产生冲突，另一方面域外法律的效力也很难得到国家的强制力进行保障。法律的域外适用与域外管辖之间有着密切的相关性，域外管辖含义比国内法的域外适用更加宽泛，域外管辖也是国内法域外适用的前提，法的域外适用也是域外管辖权行驶时所产生的过程以及结果。

关于国内法域外适用的问题，习总书记在讲话中也指出要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。完善我国法律的域外适用具有极其重要的作用，事关我国在国际规则制定中的话语权，也是实现外政策目标和保护好海外利益的重要一环。法律可以为外交政策提供制度上的保障，同样也是外交工作的重要组成部分。通过法律为我国外交提供保障，也是国际社会更能被接受并认可的形式。同样，法律也是最有效的保护国家利益和私人利益的方式，也是国际中各个主权国家最多采取的的手段。法律在域外使用的重要性应得到重视并进行制度上的完善。在

[10] 廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019 年第 6 期。

此方面，我国法律在域外适用较为薄弱，且多集中在民商事领域，如劳动，垄断，公司等涉外性较强的方面。在规则和保证条件等多方面上都存在改进的余地。

他国实践中较为知名的是美国公法的域外适用。美国公法的域外使用的范围随着历史发展从严格的属地原则逐渐扩张到有域外效力，美国也从建国之初的弱小国家逐步发展为二战后的超级大国。[11]而美国将其国内公法而扩展到域外适用的行为造成的不良影响便是其他有重要海外利益的国家在与美国的斗争中必须要建立自己国家的域外适用体系，进而对冲美国的单边主义行为。我国因经济发展急需完善自己的法律域外适用内容。

美国法下的公法域外适用不同于本国的“长臂管辖”制度，二者之间有所联系，但域外适用并不是隶属于“长臂管辖”。域外适用主要是对法律适用范围的明确，“长臂管辖”主要集中在程序以及权利方面。公法的域外适用和国际私法直接有着明显不同的，其在调整对象的范围，司法目标的价值追求等方面有着巨大差异，而在私法领域适通过冲突规范适用他国私法的行为并不罕见。公法与往往与一国的强制性权利公共政策有着紧密关系，除非在条约约束之下，没有国家愿意在自己的领域内适用他国公法，而传统的公法禁忌原则虽然如今有所松动，但总体还是成立的，现在的国际情势是公法适用范围的扩张及其冲突的协调只能靠单边主义进行解决。[12]

制度层面，美国的宪法授权国会的立法权中还包含有管理与外国的贸易的内容，相当于国会有权制定具有域外效力的联邦法律。美国的公法域外适用现在已有了较多的法律实践，主要集中在国际贸易，反垄断法，劳动法等领域，较为典型的立法便是美国的《爱国者法》，此法律除赋予了美国执法机关更大的权限外，还设置对外国金融机构的反洗钱义务以及相应的制裁措施。此外奥巴马政府还曾经签署过《全面伊朗制裁、究责和撤资法》，以立法的方式禁止了外国银行与伊朗开展业务以及其他的一系列措施。[13]美国的公法适用可以说在制度层面上已经成了维护其自身利益以及制裁他国的重要手段。美国也在司法实践中通过裁判确立公法的对外适用效力，在 1993 年的“哈特福德火险公司诉加利福尼亚”案中，美国最高院在审理英国再保险公司在英国的行为的时候，认定美国的反垄断法在与外形为对美国产生影响的前提下，除非认定法律会使得行为人因遵循美国法而违反行为地法，否则不应该否定美国发垄断法的域外效力。在美国时间判例的累计之中我们可以看到，美国的联邦法院在市场方面的案件有明显的意愿扩展本国法的域外效力。[14]

我国因需要保护海外利益，有着极其迫切的完善法律在域外适用的需求。美

[11] 章晶：《美国公法域外适用的司法路径》，载《南大法学》2023 年第 3 期。
[12] 同前注。
[13] 霍政欣：《国内法的域外效力：美国机制、学理解构与中国路径》，载《政法论坛》2020 年第 2 期。
[14] 同前注。

国已将我国列为头号竞争对手，法域外适用作为极为有效的反制手段有着极高的必须性。我国虽然不像美国一样谋求全球霸权，并通过霸权体系来维护自己在全球的利益布局，但是法域外适用远远不止解决中美争端这一个方面，对于维护综合国力，提高我国在国际治理中的话语权有着重要的作用。但我国法域外适用问题上缺面临着如下的几个问题。[15]

首先，在确定法律具有域外效力的规则缺失。要使得法律有域外效力，必须有相应的成文法规作为基础，但我国一些可能涉外领域相应规则仍处于缺失状态，以证券行业为例，证券行业监管范围广，难度大，国际性强，但是《证券法》第2条却仅适用于中国境内的证券交易，却不能对于域外的证券交易产生法律效力，而如今随着经济发展，我国对于海外投资者的吸引力增强，但是监管等配套制度却没有跟进，尤其是对于域外发生的针对我国境内证券行业的侵害行为。同时在我国劳动和环境方面上，法律的域外效力也属于缺失状态，使得国家行使监管职责时有不小的阻碍。

其次，我国法律中的部分条款仅在理论上应具有域外效力，但是效力并不明确。我国法律在管辖条款上通常会设置属人和属地的连接点，但默认都是针对国内的相关行为进行管辖，是否对外国公民在境外的行为具有管辖权不明确，从而导致了部分实体规则，没有将境外的主体纳入需要承担法律责任的范围之中，造成的结果是对于域外的违法行为，法律只能惩戒域内的主体，对于域外的主体不进行惩戒，这极大地削弱了我国法律在域外适用的效果以及法律的权威性。

再者，目前保证域外使用效果的规则设置存在问题，法律责任过于单一。在我国现行的法律体系下，针对域外适用的法律责任主要以刑事责任为主，罚款没收等行政责任重视程度存在不足，这极大缩减了我国法律的域外适用面。而且我国同其他国家签订的引渡条约较少，也使得对域外主体的刑事责任的追究难度增加。如今我们面临的是实践中有许多不构成刑事责任，但是侵害国家以及公民利益，尤其是海外利益的行为，却无法进行法律上的规制；而构成刑事责任的相应行为却会因实践中缺乏引渡条约等因素而难以执行。对于行政责任较为保守的态度，使得我国在反国家分裂，反恐怖主义等方面不能有效的依据供国家进行制裁相关主体。

最后在域外适用的法律体系当中，并没有突出我国法院的作用。目前在国际法的发展趋势之中，各国都在强调自己法院在对外关系中的作用。虽然各国常常诟病美国“长臂管辖”，公法域外适用等诸多单边行径，但深究该项制度发现美国也是通过司法系统来有效保护自己的海外利益，而不是通过行政手段来直接进行。应更进一步注重法院在域外法律适用中的作用，同时加强法院的能动性。

以上这些因素在我国进行海外利益保护时会产生严重的掣肘，目前我国有关

[15] 廖诗评：《中国法域外适用法律体系：现状、问题与完善》，载《中国法学》2019年第6期。

案件的裁决的相关规定不足以满足现状的需要，更需要进一步的考察分析，填补此内容的空白。从而更好的保护我国的海外利益，维护好大国形象。

三、国际间的司法协助效率低下

一个良好的一般司法协助制度能有效体现出大国司法的特点。司法协助相较于管辖，仲裁和承认与执行，冲突性较小，而且同他国达成协作的难度较低，更具有国际性，合作性。管辖和裁决都是偏强硬，极其容易产生冲突。但是司法协助却不同，更多展现一个国家的责任与包容性。一般司法协助对于保护海外利益有着重要的作用，当今国际更强调合作，通过合作来互相保护好对方的海外利益或在利益冲突时进行协商解决更为世界潮流的发展趋势。

海外利益由于其非国内的特性，关于利益保护的一些手续和事项因在海外会变得极其困难且复杂。在这种情况下，对方国家能予以一定的一般司法协助将会有着巨大的正面积极作用。而这种在司法上的相互协作也成为了一种国际共识，各国也积极构建同他国的一般司法协助。通过国际公约双边条约等各种方式，建立多途径进行沟通交流。同样的，如果对方不愿在海外利益保护时提供一般的司法协助，那在实施利益保护的时候将会面临着巨大的困难，还有损害他国主权的潜在风险，这对于构建国际新秩序，促进各国平等交流，展示大国责任，体现大国司法方面都有着负面影响。通常的一般国际司法协助为文书送达和调查取证。

目前关于域外送达和取证，各国都持有较为开放的态度。我国也加入了多个国际条约，并同许多国家达成了相关协议，展现了我国作为负责任大国的开放积极态度。随着域外交往的逐渐深入，我国众多的海外利益并不能单独靠我国自己的努力便能进行保护，需要更多的同他国进行协调，相互合作，而这一点需求更加彰显了一般司法协助的重要性。一般司法协助具有相互性，一国为他国提供协助后，对方国家也有意愿提供对等性的协助来帮助进行海外利益保护。一般司法协助主要分为送达和取证两个内容，我国在这两个内容都取得了一定的成果。良好的司法协助对于我国开展“一带一路”政策，促进国际经济交流发展有着重要意义。如何更好地促进司法协助的展开并在协助过程中体现大国司法的特点，是我国司法协助体系进一步发展需要考虑的事情

送达方面，我国批准了《海牙送达公约》， 该公约于 1992 年 1 月 1 日开始生效，但对该公约部分条款作了保留，主要为第八条第一款、第十条、第十五条部分条款，并指定了司法部作为有权接受以及途径传递文书的中央机关。我国加入公约时明确表示希望创立适当的方法，从而保证送达到国外的司法文书和外交文书，在足够时间内为收件人所知悉，并希望通过简化并加快有关程序，从而改进司法协助体系。[16]目前，我国法院在送达文书方面也进行了一定程度的上的创新，比如通过外国公司在国内的设立的企业代为接收，也有通过在外华人华侨

[16] 澹台仁毅：《准确理解和适用“海牙送达公约”》，载《人民司法》2002 年第 5 期。

帮助送达。[17]

取证方面，我国批准了《海牙取证公约》，并于 1998 年 2 月 6 日开始生效，从此，该公约成为我国与公约的缔约国进行域外调查取证合作时的主要法律依据，再配合其他有关的双边合作条约，我国也构建了一套用于取证的司法机制。我国也对该公约进行了保留，其一是第 23 条审前证据开示方式，其二是对公约的第二章只认可第 15 条规定，即允许缔约国的外交代表或领事在我国境内针对其本国国民取证。送达由于其事后的性质，在实践中产生的争议较少，更多的关注点在于如何准确高效地快速送达，而取证则是在审判开始以及审判过程中进行的，不具有事后性。

我国除以上两个公约外，也在积极同其他国家，尤其是一带一路沿线国家签订双方司法协助文件，并取得了显著的成效。国内法方面，主要为《民事诉讼法》及其解释，以及 2015 年的《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》等，这些共同构成了我国目前的有关司法协助的规范性文件。

而且各国关于取证的方式存在不同，同时取证时可能需要一国的公民进行配合，有时外方取证时会要求相关证人进行宣誓等其他行为，更容易产生主权，宗教等纠纷问题。因此各国对于取证公约也是持谨慎态度。双方司法协助条约方面我国近些年已取得了显著的成效，签署了大量的双边协助条约。以上这些表现了我国在一般司法协助上积极开放的态度，对于我国海外利益保护提供了巨大的帮助，但目前我国的一般司法协助仍存在一定的问题。

首先，虽然我国许多其他国家也签订了司法协助协定，但是司法协助的效率并未因条约的签订而有效提高。域外送达通过中央机关而进行存在效率过低，周期过长的问题。取证方面更为情况更不理想，公约中规定的内容程序较为复杂，在实践中需要办理的手续更为繁多，周期过长，效率过低，可能会错过了案件的审理窗口期。

其次存在着外国当事人未经我国允许，便进行直接送达或者取证。该问题的核心原因是各国对于送达和取证的性质认识不同。而国内也缺乏相关的有效监督机制，外方当事人以其他名义办理签证之后，在国内进行相关司法活动，尤其是取证，往往是难以控制的。这种现象在深层次上也损害了我国司法主权，是一个急需解决的问题。部分国家的取证时，还需要当事人进行宣誓，而这种行为若无我国相关部门同意或调整便直接实行，从某种意义上来说会对社会产生一定的负面影响，并损害我国的国家主权。

此外，还需考虑外国法查明的问题。外国法查明是我国涉外审判工作的重要

[17] 乔雄兵：《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助:实践、问题及前景》，载《西北大学学报》2017 年第 47 期。

环节，直接关系到中国法院在审理涉外案件时的审判水准。涉外案件往往案情较为复杂，相关利益方较多。涉外案件的判决如果出现问题，对于我国的司法形象会造成较大的负面影响。正确的法律适用是准确裁判的前提，对于涉外利益案件的审判不能简单地直接适用我国法律，应当根据具体案情按照冲突规范寻找对应的准据法，为法院裁判提供依据。如果确定了准据法为外国相关法律，查明具体的相关外国法并进行适用则成为下一环节，这对查明渠道和法官审判水平都提出了较高的要求。目前我国“一带一路”倡议已经得到多国响应并支持，而伴随着“一带一路”倡议的不断拓展，涉外案件的审判数量也随之上升，案件涉及的领域更加广泛，复杂程度更高。这一实践变化进一步加大了完善我国外国法查明制度的需求。

2011 年施行的《涉外民事关系法律适用法》，是我国处理具有涉外因素案件的冲突规范。但在我国实践中对于有涉外因素案件的法律适用，尤其是“一带一路”沿线案件的法律适用，存在着“本地法化”的问题。有学者已经通过统计研究证明，我国在涉外民商事案件法律适用方面偏向于适用我国法律进行解决，从趋势上来说，适用的比例在近些年是有所降低，但是仍能反映出一定的问题。[18]“本地法化”虽然在一定程度上解决了如何裁判的问题，但在本质上是将复杂问题简单化处理的消极变通，一定程度上降低司法公信力。完备的外国法查明制度可以有效降低寻找具体外国法的难度，减轻法官审理涉外因素案件的压力，从而将更多的精力投入到理解法律和适用法律上。

目前我国外国法查明制度不甚完善，存在较多不足：首先，外国法查明相关平台的功能性较弱，而且同质化程度较高，缺乏科学的机构设置和运营管理；其次，存在外国法专家的角色定位和诉讼地位模糊的问题；再者，外国法查明报告的法律地位和审查标准不明；最后，外国法查明费用的法律性质和承担规则仍待进一步商讨和明确。在未来完善外国法查明制度时，需要充分参考域外相关实践经验，结合域外不同法系相关制度安排成果，构建更加有效的外国法查明制度。

四、裁判的承认与执行面临挑战

虽然各国在一般的司法协助方面都持有较为积极开放的态度，愿意同他国进行交流合作，但是仅仅依靠一般司法协助并不能涵盖好海外利益的保护。在许多时候，虽然相关利益在国内得到了判决，但是判决如果在海外无法得到承认并且执行的话，最终还无法保护好海外利益。可以说承认与执行对于海外利益在国外切实得到保护方面有着关键作用。生效裁判、仲裁裁决的承认与执行对于降低海外利益保护成本，促进各国友好交流，构建国际新秩序有着极其重要的作用。

承认与执行是一个较为复杂的问题，大体可以分为法院的裁决的承认与执行

[18] 刘婷：《“一带一路”战略下涉外民商事案件法律适用的审判实务研究--以“本地法化”现象为视角》，载《天津法学》2018 年第 3 期，第 11 页。

和仲裁裁决的责任与执行，其中仲裁裁决可以根据性质分为普通民商事仲裁裁决以及东道主和投资者之间的国际投资仲裁裁决，之外还有国际调解协议承认与执行的问题。不同的类型对应着不同的海外利益，法院裁判和仲裁裁决之间的性质差距较大，因而所产生的实际承认与执行的现状也不尽相同。但无论是生效裁判还是仲裁裁决，其承认与执行对于维护我国的海外利益，体现大国应有的司法形象有着重要价值。

生效裁判应是由法院作出的，与当时国的司法系统紧密相连，其裁判背后的国别性较强，也有可能会因司法政策，利益考量等多种因素所影响，而对于裁判的承认与执行也存在着极大的风险和不稳定性，可能对本国的公共秩序以及相关利益造成损害，同时一国发出的裁判却在内容上需要他国进行承认。与执行对于执行国的主权完整方面也有着一定侵犯的风险。但是这些风险和不确定性并不代表就完全拒绝他国的承认与执行，完全并盲目的拒绝他国的裁判与执行与大国司法相违背司法理念，无法体现出包容性，协作性以及能动性，而在一些情况下保护我国海外利益也需要依赖他国承认并执行我国的裁判。在不损害我国主权，社会公共秩序等重要利益的情况下，以开放包容的姿态承认他国的裁决并执行，对于体现大国司法特点，保护本国海外利益有十分高的价值，更能提高各个国家之间的司法互信，同单边主义做斗争。

习总书记多次强调要建立人类命运共同体，而为此达成此目标，必须要在协商和合作的基础上形成国际新秩序，而在大国司法方面生效裁判的承认和执行是其中的重要一环。一个切实有效的相互承认裁判并帮助执行的体系对于实现全球治理有着重要价值。通过国内司法程序便可以对海外利益提过保护背书，可以使得海外利益处于低风险的环境下，降低他人对我国海外利益侵犯的意图。运用我国的裁判程序以及法律规定进行保护，也可以使得保护更加有力且稳定。

关于承认和执行外国裁判，主要涉及规范依据和制度对象两方面：我国承认和执行的规范依据主要有民诉法法律规定、双边司法互助协定和互惠原则；在承认和执行外国裁判的范围问题上，目前存在争议，主要原因是我国对于外国判决的承认和执行，还是采取较为谨慎的态度。

承认并执行外国裁判主要是由我国《民事诉讼法》和有关司法解释进行规定。根据我国《民事诉讼法》第二百九十三条规定，根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。因而外国判决得到我国的承认与执行前提条件是国际公约，双边司法协助条约或者互惠，且不能对我国主权，法律原则还有社会公共利益等造成损害。

我国没有加入任何的承认与执行外国判决的专门性公约，但其他公约中会有

部分内容涉及裁判的承认与执行，如海事领域较为熟知的《国际油污损害民事责任公约》中，其第十条就规定了缔约国针对特定判决的相互承认和执行的内容。

根据我国法律规定，除公约之外，第二种途径便是依据我国同对方国家所签订的双边司法互助协定来进行裁判的承认与执行。但是我国现行的双边司法协助条约在一定程度上没有办法满足国际司法合作的要求。我国签订的这些双边司法互助条约虽然都会涉及判决的承认与执行，但是其中多为原则性的规定，在实践中操作起来较为困难，而且这些国家大多是同我国保持有良好的政治关系的国家，但是那些与我国有密切商事交往的国家或者是有重大影响力的国家，却没有能确定有效的双边司法协定。[19]因此现在我国所面临的现状没有加入的国际条约来共我国与他国互相承认并执行裁判。而签署的双边司法协定，无论是在解决裁判的操作性上还是覆盖面的普及上，都远远不足以满足我国保护海外利益的实现需要。

除规范性文件之外，目前还有一条途径便是依照互惠原则承认他国的判决并执行，其中较为典型的便为南京中院根据互惠原则承认新加坡高等法院的判决，具有重要的参考价值。但是互惠原则在目前阶段也存在一定的问题不足以完整地解决我国与他国之间的关裁判的承认与执行的问题。

虽然互惠原则目前已通过规范性文件予以明确，但是在具体实践中，我国法院对于互惠原则会采取严格的事实互惠标准，造成的结果是我国法院很少承认并执行他国的判决[20]。但是事实互惠原则的逻辑本身便存在一定的问题，我国没有加入任何一个关于承认并执行裁判的公约，假如一个未同我国签署有关方面双方司法协定的国家希望我国承认并帮助执行相关司法裁判，我国之前也没有请求他国司法系统承认并执行我国的相关裁判，且这个裁判不会对我国主权，社会公共利益等重要方面产生负面影响，但因我国与它之间之前不存在互惠的有关内容，而他国也没有因互惠而承认并执行我国的裁判，结果便是我国因没有互惠原则而拒绝承认并执行他国的裁判，而他国也会因这件事情不愿意基于互惠原则承认并执行我国裁判，从逻辑上两国便陷入了死循环。

发生在我国较为典型案例是在 1994 年的“五味晃案”中，我国大连市中级人民法院审查了日本公民五味晃的申请，其具体申请内容是要求我国法院承认从日本横滨地方法院小田原分院所作判决和日本国熊本地方法院玉名分院所作债权扣押命令及债权转让命令的法律效力，并予执行。但是大连中院认为我国与日本国之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约，亦未建立相应的互惠关系，最终对五味晃的申请决定不予承认与执行日本法院的判决。这一案件使得我国同日本之间互相对于承认与执行陷入紧张局势

[19] 宋锡祥、朱柏燃：《“一带一路”战略下我国开展国际民商事司法协助的法律思考》，载《上海大学学报（社会科学版）》2017 年第 3 期。

[20] 李贤森：《我国涉外商事纠纷多元化解决机制的实践困境与优化路径》，载《中国应用法学》2024 年第 1 期。

但所幸发生转变，在 2023 年上海三中院审理的上海国际株式会社申请承认日本法院破产程序案[21]中，上海三中院认为虽然我国与日本对彼此民商事判决均有不予承认的先例，但均无不予承认跨境破产案件的先例，从查明的日本《外国破产程序承认与协助法》和日本《民事再生法》等相关规定来看，我国法院破产裁定得到日本法院承认并不存在法律障碍，最终承认了其关于裁判的承认与执行的要求。

而关于互惠本身学界也有较多的讨论，是否要求互惠互惠，怎样设置才能更合理，都是需要明确的点。[22]如李浩培教授认为，互惠原则，其实从实质角度上来看，它是报复原则，但这种报复原则所带来的效果并并不能报复对方国家，只能使得诉讼中的双方当事人中的其中一方遭受失。我国注重大国责任担当，目前的互惠原则同我国的国家形象以及大国司法特点之间有许多不相契合的点急需进行改善。互惠原则虽然是各国广泛提供民事司法协助的一个重要条件，还存在法官对于互惠原则的任意解释，而这种解释在一定情况下，甚至可影响到我国和他国之间的司法关系。

目前在多个官方文件，如《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，《第二届中国—东盟大法官论坛南宁声明》，最高法院已不再要求事实互惠，我国法院在实践中也逐渐由事实互惠转向为推定互惠，这些都为后续的法律互惠做好了实践基础。[23]从国际大趋势来看，也是越来越多的国家放弃了互惠原则，或者设定为假设互惠即在对方不否决自己的判决时，假设对方与我国之间存在互惠。[24]

裁判的承认与执行对于海外利益保护至关重要，许多国家在此方面较多的持有谨慎态度，我国也是其中一员。但是近些年由于实践等各方面的需要，我国也在逐步进行转变，这种开放包容的态度同大国形象以及大国司法都想符合，也同我国传统文化的精神内核相一致，而这种态度对于我国海外利益保护有着重要作用也更进一步扩大了我国裁判的影响力。随着我国同世界经济的更进一步的融合，承认他国裁判并执行与请求他国承认与执行的需要会越来越多，裁判的承认与执行所扮演的角色也会越来越重要。

案件的裁判有着极高的国家象征性，可以说是国家意志的一种延伸，而这种延伸也容易同其他国家主权之间发生冲突，因此各国对于裁判都是持有谨慎态度，一方面保护好自己的主权，另一方面也避免了同他国产生冲突，而正是因为这种考量，关于裁判的承认与执行，在国际上很难达成共识，有关条约的缔约难度也

[21] （2021）沪 03 协外人第 1 号

[22] 乔雄兵：《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助:实践、问题及前景》，载《西北大学学报》2017 年第 47 期。

[23] 黄志慧：《全球治理视域下民商事判决的承认与执行》，载《现代法学》2023 年第 2 期。

[24] 乔雄兵：《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助:实践、问题及前景》，载《西北大学学报》2017 年第 47 期。

较大。但仲裁相较于审判自由度更高，争议当事方可以约定使用仲裁的方式解决问题，而仲裁地点以及仲裁员的组成也是由双方进行选择，这一特点使得居中裁决者有更多的中立性质，也很少会被国家意志干预。因仲裁的自由度性，在国际上当时双方也愿意选择仲裁的方式来解决纠纷。从某种意义上来说，我国部分海外利益也会通过仲裁的方式进行维护。因此吸引争议双方到我国进行仲裁，设置完整的机制对仲裁裁决进行承认与执行，对维护我国海外利益有着极高的重要性，体现大国担当，提高司法信任度有着重要作用。此外仲裁中心的建立往往伴随着相关行业随之而迁移，完善仲裁中心以及承认与执行制度对于我国争夺国际部分重点领域的话语权有着重要影响。

仲裁裁决虽然通国家主权等因素的关联性小，但是其类型负责，根据当事方的性质，可以将仲裁分为两大类，一类是平等主体之间的国际民商事仲裁，另一个是国家和投资者之间的国际投资仲裁。国际民商事仲裁因双方都为此主体，不涉及国家作为东道主这一问题，因此国际社会在该方面较为自由，各国更容易达成相关仲裁承认与执行的共识。我国在民商事仲裁方面，加入了《承认和执行外国仲裁裁决的公约》，即《纽约公约》，也在国内建立了有关外国仲裁裁决的司法审查的制度，并将承认拒绝与执行的权利是归于最高司法机关行使，自加入公约后，我国较好地践行了公约的相关理念，但有部分案件在最高院审查之后决定不予承认与执行，主要原因为仲裁的协议不成立或者无效当事人的仲裁员指定等问题。

我国在加入《纽约公约》时，对公约进行了一定保留，主要是在“互惠保留”和“商事保留”，因此公约本身仅适用于 “按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议”，根据司法解释具体来讲是 “根据中国法律属于契约性和非契约性商事关系” 因此在我国国际投资仲裁的承认与执行不能按照《纽约公约》，需要按照其他国际条约或双边协定进行处理，即使《纽约公约》当初设计时，便将国际投资仲裁也纳入其中并进行考量。同时，我国只基于“互惠原则”适用公约，“只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约”。

国际投资仲裁方面，因是国家和投资者之间的仲裁协议，一方当时体为国家，因此相较于普通民商事仲裁有特殊性。我国也加入了 《解决国家与他国国民间投资争端公约》 即《ICSID 公约》，同时也同其他国家签署了一定数量的双边投资保护协定，建立起了外国投资者针对东道的国际仲裁制度。随着近些年国际投资的数量逐渐增多，国际投资仲裁越来越收到重视。我国虽然通过公约以及双边协定建立了相关制度，但是在国内法方面仍存在需要完善的地方，尤其是国际投资仲裁裁决在国内的承认与执行问题。但是在很长一段时间以来，我国早期同他国签署的有关协定都具有“政治宣言”的性质，实际操作性较低，但近些年所签

订的双边协定中，几乎将其范围扩大到了与“投资有关的所有争议”[25]。国际投资仲裁会因为申请人和被申请人的不同产生多种类型，国际投资仲裁的承认与执行也会有所不同，也有许多问题需要注意。

目前承认与执行方面，除法院判决和仲裁裁决之外，还需考虑国际商事和解协议在我国的承认与执行，这类经调解产生的国际商事和解协议，当事人的履行意愿以及程度极高，相对于原先居中裁判式的解决方案有着更多的优势。而我国也加入了《关于调解所产生的国际和解协议公约》，即《新加坡公约》，但由于语义以及我国司法制度的特殊性等诸多原因公约在执行困难以及我国法律衔接存在问题等，急需完善相关制度，保证公约在国内的的顺利实施。[26]

从以上可以看出，包括我国在内，各国都是对仲裁采取积极开放的态度，讨论的主题也不是要不要承认与执行，而是如何更好的承认与执行。虽然仲裁双方可能是有国家或者个人，但是在仲裁程序中双方在程序上是平等的，进而促使了越来越多的纷争选择通过仲裁的方式进行解决。仲裁又因其自由性，各国若要保护好本国海外利益，则需要加强本国对于仲裁争议解决的吸引力，进而建立仲裁中心，最后建立在该领域的优势地位。承认与执行好仲裁的裁决是其中的关键一环，能顺利并有力的执行正确的仲裁裁决，对于提高国家在此方面的公信力有着巨大的作用。我国实践中有时需要面对虽然争议涉及我国海外利益，但是由于国内有关制度的缺失以及不被不信任，有关方选择在国外进行仲裁这一实践问题。提高该方面的信任度，最好的入手点便是承认与执行，随后再建立全链路的相关制度，最终吸引各方到我国进行仲裁，从而更加有效的保护好我国的海外利益。

五、结论

可以说目前我国海外利益保护在多维度上都存在亟待解决的问题。保守的域外管辖政策使得我国不能有效针对海外利益进行积极保护。法律的域外适用效力欠缺又使得进行保护时缺乏有效依据。国际间司法协助的效率低下以及判决和承认方面的保守态度，极大增加了我国海外利益保护的成本。伴随特朗普政府上台，我国海外利益将会面临更大的挑战。目前特朗普政府正挥舞着关税大棒制裁其他国家，主张美国优先肆意侵犯其他国家的海外利益，正在对全球经济造成不可估量的破坏。事到如今，我们已不能指望各国会自觉遵守国际法，维护以联合国为中心的国际秩序，应当主动出击，保护好我国的海外利益。

[25] 肖芳：《国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行》，载《法学家》2011 年第 6 期。
[26] 连俊雅：《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破--兼论《新加坡调解公约》与中国法律体系的衔接》，载《国际商务研究》2021 年第 1 期。

《对外关系法》与我国涉外法治建设

冯潇琦[1]

摘要：在全球化浪潮下，国际形势复杂，地缘政治博弈激烈，贸易保护主义盛行，涉外法治建设成为维护国家主权、安全和发展利益的关键，《对外关系法》正是在此背景下出台。本文围绕《对外关系法》与我国涉外法治建设展开研究。文章剖析立法基础，指出全球格局调整和国内发展需求是重要推动力，习近平外交思想和法治思想为其提供理论与政策支撑。并阐述立法意义，以单行立法完善涉外法律体系，衔接国内法与国际法，契合新时代对外交往特征。随后探讨其在涉外法治建设中的作用，通过授权、协调、衔接功能，明确国家机关职责，协调国内涉外法治关系，推动国际法国内实施。同时，该法坚守和平合作等价值，反对霸权强权，传递中国秩序方案。文章旨在深入研究《对外关系法》对于法治建设的意义，为我国涉外法治体系优化发展提供思考与建议，助力我国在国际舞台更好地维护国家利益，推动国际秩序朝着公正合理方向发展。

关键词：对外关系法　涉外法治　国际治理

引言

在当今全球化持续深入推进的时代，国际形势正经历着前所未有的复杂演变。地缘政治博弈不断加剧，贸易保护主义抬头，全球产业链供应链面临重塑，国际间的矛盾与冲突在多领域交织爆发。在这样的大环境下，涉外法治建设的重要性愈发凸显。涉外法治不仅是国家维护自身主权、安全和发展利益的有力武器，更是我国深度参与全球治理、推动构建更加公正合理国际秩序的关键依托。

在此背景下，《中华人民共和国对外关系法》的出台堪称我国涉外法治建设进程中的一座里程碑。这部法律以其系统性、全面性与前瞻性，为我国对外交往活动提供了坚实的法律基础与行动指南。它将长期以来我国在对外关系领域的实践经验与政策主张进行了法律化、制度化，从根本上完善了我国涉外法律体系架构。《对外关系法》的实施，对于统筹国内国际两个大局，更好地协调各类涉外法律关系，提升我国在国际舞台上运用法治思维和法治方式处理对外事务的能力，有着不可估量的关键意义。

[1] 冯潇琦,女,大连海事大学,硕士研究生,研究方向为海商法,联系电话:13704538048,电子邮箱:13704538048@163.com.

本文从多维度深入剖析《对外关系法》与我国涉外法治建设之间的内在关联，力求在揭示二者内在逻辑的同时，探寻该法在实践应用中的潜在价值，为我国涉外法治体系的优化与发展贡献有价值的思考与建议。

一、《对外关系法》的立法基础

《对外关系法》的出台是多重因素共同推动的结果，其立法进程有着深刻的时代背景与战略考量。对外交往是现代国家与生俱来的基因，[2]从宏观层面来看，全球政治经济格局的深刻调整是重要的外部驱动力。在国际舞台上，传统大国与新兴国家力量对比发生显著变化，地缘政治冲突频发，贸易保护主义、单边主义行径时有出现，严重冲击着国际秩序的稳定。在此情形下，我国急需一部专门法律，为在复杂国际环境中坚定维护自身主权、安全与发展利益提供有力支撑，以此在国际博弈中抢占法治制高点，增强话语权与规则制定权。

从国内发展需求角度而言，随着我国综合国力的稳步提升以及对外开放程度的不断深化，对外交往活动日益频繁且形式愈发多样。随着现实条件的变化，中国调整对外关系的法律、法规体系逐步健全，体系化程度不断提高。[3]无论是政府间的高层对话、经贸合作项目的推进，还是民间的文化交流、科技合作等，都迫切需要一套统一、系统的法律规范来引导和保障。过去分散在各领域的涉外法律规定，已难以满足当前全方位、多层次对外交往的需求，制定一部基础性、统领性的《对外关系法》成为完善我国涉外法治体系的必然选择。

在政策与理论层面，习近平外交思想和习近平法治思想为《对外关系法》的诞生提供了坚实的理论指引与政策依据。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央积极推进外交理论与实践创新，提出一系列具有深远影响的外交新理念新战略。将这些理念与战略以法律形式固定下来，既是贯彻落实党中央外交决策部署的重要体现，也有助于提升我国对外工作的法治化、规范化水平。同时，全面依法治国战略的深入推进，要求加快涉外领域立法步伐，补齐涉外法治短板，《对外关系法》的制定正是这一要求在对外关系领域的具体实践。

二、《对外关系法》的立法意义与价值体现

《对外关系法》以单行立法形式，打破了过往我国对外关系法律规制分散的局面。在国内法体系中，它犹如一块稳固基石，将各类对外交往活动纳入统一、规范的法律框架之下。以往，我国对外关系相关法律条文散见于众多不同领域的法律法规，缺乏系统性整合。而《对外关系法》的诞生，构建起一套完整且逻辑严密的规则体系，从国家主权、外交政策、国际合作等多方面明确了权利与义务，使对外关系各环节均有法可依。加强涉外领域立法，加快形成系统完备的涉外法

[2] 黄德明.外交法的概念、历史发展及现状[J].法学评论,1995,(06):27-32.

[3] 蔡从燕.中国对外关系法：一项新议程[J].中国法律评论,2022,(01):24-40.

律法规体系，是维护我国主权、安全、发展利益、推动构建人类命运共同体的重要前提。[4]

在国内法与国际法衔接方面，该法充当关键枢纽。[5]一方面，它将我国认可的国际条约、国际惯例等国际法渊源有机融入国内法体系，通过具体条款规定国内机关执行国际法的程序与责任，确保国际法在国内得以有效实施；另一方面，在对外交往中，《对外关系法》为我国遵循国际法原则开展活动提供国内法支撑，使我国在国际舞台上的行动既符合国际通行准则，又具备国内法律依据，增强了我国在国际法律事务中的话语权与影响力。

1.契合时代需要

新时代我国对外交往呈现出全方位、多层次、宽领域的特征，《对外关系法》精准契合这一时代脉搏。在经济领域，随着 “一带一路” 倡议的深入推进，我国与沿线国家的经贸往来日益密切，投资、贸易合作形式不断创新。该法通过明确投资保护、贸易规则等条款，为企业“走出去”营造稳定、可预期的法律环境，助力我国在全球经济合作中把握更多机遇。面对复杂多变的国际形势，如地缘政治冲突引发的贸易制裁、国际舆论场的恶意抹黑等风险，《对外关系法》赋予国家相应的应对权力与手段。例如，在反制外部非法制裁方面，法律明确规定了反制措施的启动程序、实施范围等，使我国能够有理有据地维护自身合法权益，在危机中站稳脚跟，保障国家发展利益不受侵害。

这部法律是我国长期涉外立法与法治实践的智慧结晶。回顾历史，从新中国成立初期的对外交往探索，到改革开放后日益频繁的国际经济、文化交流，再到如今深度融入全球经济体系，我国积累了海量丰富的涉外法治实践经验。《对外关系法》对这些经验进行系统梳理与提炼，将行之有效的政策、做法以法律形式固定下来。在过往涉外法治建设中，部分领域存在立法空白，如在新兴的数字经济跨境合作、应对国际非传统安全威胁等方面，缺乏明确的法律规范。《对外关系法》敏锐洞察时代发展需求，填补了这些空白，完善了我国涉外法律体系拼图。它不仅让我国在处理涉外事务时有完备的法律可资援引，还为未来涉外法律体系的持续拓展与更新提供了框架性指引，推动我国涉外法治建设不断与时俱进。

2. 宣示大国观念，彰显全球视野与人类关怀

在对外交往中，法治思维与能力是我国维护国家尊严、实现国家利益的必备素养。《对外关系法》从理念层面强化了法治思维在对外事务处理中的核心地位。它要求外交人员、涉外企业等各类主体，在国际交往中时刻以法律为准绳，分析问题、解决争端。这种法治思维的培养，不仅提升了我国对外交往的规范化水平，还对国内法治建设产生积极反哺效应。在国内，相关部门在制定政策、处理涉外

[4] 刘敬东.加强涉外领域立法的理论思考与建议[J].国际法研究,2023,(02):3-17.

[5] 刘仁山.论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法[J].法商研究,2016,33(03):131-142.

交涉时，更加注重与《对外关系法》的衔接与协调，促进国内法治体系的完善。从国际视角看，我国依据《对外关系法》积极参与国际法治规则制定，贡献中国智慧与方案，推动国际法治朝着更加公平、合理的方向发展。我国在国际人权领域、海洋权益保护等方面，以该法为基础阐明立场、开展合作，提升了我国在国际法治舞台上的引领作用。

《对外关系法》是我国对外交往基本立场的生动诠释。我国始终坚持独立自主的和平外交政策，这一立场在该法中得以充分体现。从尊重各国主权平等，到倡导和平解决国际争端，法律条文字里行间彰显着我国对国际关系基本准则的坚守。同时，该法展现出广阔的全球视野与对人类命运的深切关怀。在应对全球性挑战，如气候变化、公共卫生危机等方面，《对外关系法》明确我国积极参与国际合作、履行国际责任的态度。它将我国倡导的人类命运共同体理念融入法律规范，引导我国在国际事务中与各国携手共进，共同应对人类面临的共同难题，为构建更加美好的世界贡献中国力量，展现大国担当。

三、《对外关系法》对涉外法治建设的作用与创新

涉外法治有着鲜明的独特性。从调整对象来看，它主要聚焦于涉及外国主体、国际事务或跨国因素的法律关系。这与主要处理国内主体间关系的普通国内法治有着显著区别。例如在跨境贸易中，不仅涉及本国企业与外国企业的商业往来，还牵扯到不同国家法律制度、贸易规则的适用与协调，这种复杂性远超一般国内商业活动。涉外法治在法律渊源上更为多元。除了国内立法机关制定的法律法规，国际条约、国际惯例等国际法渊源在涉外法治实践中也占据重要地位。我国加入的众多国际经贸协定，如《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），会直接影响国内相关产业政策与企业经营活动，需要国内法律与之衔接配合。此外，涉外法治还面临特殊的管辖权问题。在跨国纠纷中，不同国家基于属地、属人等原则往往存在管辖权冲突，如何合理确定管辖规则，保障我国公民、企业在海外的合法权益，同时维护国家司法主权，是涉外法治必须解决的独特难题。

（一）对涉外法治建设的统领作用

1.涉外法治系统特性与需求

从系统性视角审视，涉外法治建设是一个庞大复杂的工程，涵盖政治、经济、文化、安全等多个领域，各领域间相互关联、相互影响。在过往，我国涉外法律规制呈现分散状态，不同部门针对各自业务范围制定法规，缺乏统一规划与协调。这导致在实践中，各类涉外法律规范之间容易出现冲突、重叠或空白，影响法律实施效果。例如在跨境投资领域，商务部门、外汇管理部门、税务部门等都有相关规定，但这些规定有时未能有效衔接，企业在办理投资手续时常常面临无所适从的困境。统一立法形式成为解决这一问题的关键。《对外关系法》以其统一立

法的形式，为涉外法治建设提供了顶层设计。它如同一个总纲，将散落于各领域的涉外法律规范整合起来，明确不同法律之间的效力层级与适用关系，消除冲突矛盾。同时，统一立法能够更好地适应国际形势变化。在全球化加速、国际规则快速演变的背景下，通过统一立法可以迅速调整我国涉外法治策略，集中资源应对新挑战，提升我国在国际法律竞争中的整体实力，为涉外法治系统的高效运转提供坚实保障。

2.《对外关系法》在涉外法治建设中功能的具体运作

（1）授权功能剖析

《对外关系法》以明确的法律条文为依据，对各国家机关在涉外领域的职责进行了细致划分。外交部作为对外交往的核心执行部门，被赋予了代表国家进行外交谈判、缔结国际条约、维护外交关系等重要职责，确保国家在国际舞台上的发声与行动协调一致。商务部则在涉外经济贸易事务中发挥关键作用，负责制定对外贸易政策、管理进出口秩序、处理国际经贸争端等工作，促进我国在全球经济体系中的稳健发展。此外，海关、税务等其他相关部门也在各自专业领域内承担着涉外监管、税收征管等特定职责，这些职责的明确规定，使得国家机关在涉外事务处理中各司其职，避免出现职责不清、推诿扯皮的现象。

在实际操作中，《对外关系法》的直接授权表现为法律直接赋予某些国家机关特定的涉外权力。例如，法律直接授权国家知识产权局在涉外知识产权保护方面，有权对涉及跨国知识产权侵权案件进行调查、处理，维护我国企业在国际市场上的创新成果。转授权则是通过法律规定，允许上级机关将部分涉外职权授予下级机关或其他特定机构。在地方层面，省级政府外事办公室在中央外事部门的授权下，可在一定范围内开展对外友好交流、参与国际合作项目等活动，提升地方在国际交往中的活跃度。这种直接授权与转授权相结合的方式，既能保证国家对涉外事务的宏观把控，又能充分调动各级机关及相关机构的积极性，提高涉外事务处理效率。

《对外关系法》在赋予国家机关涉外权限的同时，对这些权限进行了严格限定，这一举措对于保障党的领导权具有至关重要的意义。党始终在我国对外事务中发挥着总揽全局、协调各方的领导核心作用。通过明确国家机关的权力边界，防止权力滥用，确保各机关在涉外工作中严格贯彻党的外交政策和战略部署。例如，在重大国际事务决策过程中，国家机关必须遵循党的指导方针，在法定权限内开展工作，任何超越权限的行为都将受到法律约束。这种权限限定机制，从法律层面巩固了党的领导地位，保证我国对外关系发展始终沿着正确的政治方向前进。

（2）协调功能阐释

从国内法治与涉外法治协调路径来看，《对外关系法》搭建起了国内法治与涉外法治协调的桥梁。在立法层面，它引导国内立法机关在制定各类法律法规时，充分考虑与国际通行规则、我国签署的国际条约的兼容性。当制定新的外贸法规时，会参考世界贸易组织（WTO）规则，确保国内贸易政策符合国际规范，避免因国内法与国际法冲突而引发贸易争端。在执法和司法环节，《对外关系法》要求相关部门在处理涉外案件时，平衡国内法律适用与国际法律义务。对于涉及跨国合同纠纷的案件，法院在依据国内合同法审理时，会同时考量国际商事惯例以及我国参加的相关国际公约，实现国内法治与涉外法治的有机统一。

在涉外法治内部，不同领域的法律规范和执法部门之间需要高效协调。《对外关系法》通过确立统一的原则和协调机制来实现这一目标。在涉及跨境投资、贸易、知识产权保护等多个领域的综合性涉外事务中，该法明确了各部门的协作流程与职责分工，相互配合，形成执法合力，提升涉外法治的整体效能。

面对复杂多变的国际形势，《对外关系法》建立了动态观察与调整机制。相关部门持续关注国际政治经济形势变化、国际法发展动态以及我国对外关系的新情况新问题。当国际上出现新的贸易保护主义措施或国际条约修订时，及时依据《对外关系法》启动调整程序。通过对国内涉外政策法规的修订、执法重点的转移等方式，灵活应对外部变化。这种动态机制确保我国涉外法治始终能够适应国际环境的变迁，有效维护国家利益。

（3）衔接功能探究

《对外关系法》在国际法与国内法之间扮演着关键的衔接角色。一方面，它为国际法在国内的实施提供了具体路径。对于我国加入的国际条约，法律明确规定了转化为国内法的程序与方式。我国批准的《联合国国际货物销售合同公约》，通过《对外关系法》的指引，被合理融入国内相关商事法律体系，使国内企业在国际贸易中能够依据公约和国内配套法律规范自身行为、解决纠纷。另一方面，在国内法影响国际法发展方面，《对外关系法》助力我国将成熟的国内法治经验和理念推向国际。我国在数字经济治理领域的一些创新性国内立法举措，通过《对外关系法》的传导，在参与国际数字经济规则制定时得以体现，为塑造更符合我国利益和全球发展需求的国际法规则贡献力量。

我国高度重视国际条约的订立，《对外关系法》在这一过程中发挥着重要保障作用。在条约谈判阶段，依据该法组建专业谈判团队，充分考虑国家利益、国内法律现状以及国际形势，确保谈判立场既符合国际通行做法，又能维护我国主权与发展权益。实践中，《对外关系法》实施必须依据该法所确定的基本原则，结合我国适用国际法的普遍实践、法律传统和法律体系特点以及我国新时期对外

交往活动的现实需求等，对条约、协定的具体适用方式加以妥善确定，建立符合我国对外交往现实需求和时代发展方向的国际法适用规则。[6]

（二）《对外关系法》的价值坚守

在当今全球化深度融合又充满变数的时代，国际格局持续重塑，各国间的依存与竞争并存。在此背景下，涉外法治已成为国家维护主权、拓展利益、参与全球治理的关键依托。《对外关系法》的出台意义非凡，它是我国涉外法治建设的核心支柱，承载着多重使命。

《对外关系法》体现坚持中国特色社会主义制度和道路、维护国际公平正义、维护以国际法为基础的国际秩序的“守正固本”立场。[7]从历史维度看，我国对外交往历经风雨变迁，从新中国成立之初艰难破局，到改革开放后拥抱世界，再到如今深度参与全球事务，积累了丰富经验。《对外关系法》正是对这些过往实践的高度凝练与升华。从现实需求出发，国际社会霸权强权时有抬头，传统与非传统安全威胁交织，构建公平合理国际秩序迫在眉睫。而该法秉持和平合作、公平正义等理念，从理念宣示到具体制度构建，全方位回应时代之问，为我国在复杂国际环境中坚定前行筑牢法治根基，在推动国内国际法治协同发展等方面发挥着不可替代的作用 。

1. 强调和平合作发展，反对霸权强权

《对外关系法》多处条文深刻烙印着和平发展理念。其明确规定我国坚持独立自主的和平外交政策，从根本上否定了以武力干涉、霸权欺凌为特征的不正当国际关系模式。在国际合作项目推进条款中，强调合作基于平等自愿、互利共赢，杜绝任何形式的强迫与不平等对待，彰显我国对和平发展路径的坚定遵循。通过践行和平发展理念，我国借助《对外关系法》为国际秩序构建注入正能量。在区域合作中，我国依据该法积极推动 “一带一路” 建设，倡导共商、共建、共享原则，吸引众多国家参与基础设施建设、贸易畅通等项目。这不仅促进了沿线国家的经济发展，也为构建更加开放、包容、均衡、普惠的全球经济秩序提供了范例，有力地冲击了传统霸权主导下的不公平国际经济秩序，引导国际秩序朝着更加公正合理的方向发展。

《对外关系法》体现了我国对传统国际秩序中不合理因素的深刻反思。传统国际秩序在经济上存在南北发展失衡、贸易规则被少数发达国家主导等问题；在政治上，部分强国凭借军事、经济优势干涉他国内政。我国通过该法主张变革，强调各国不论大小、强弱、贫富一律平等，反对单边主义、保护主义，倡导构建多边合作机制，重塑更加公平公正的国际秩序。

---

[6] 刘爱文.国际法的适用与我国宪法的完善[J].政治与法律,1996,(06):24-25+35.

[7] 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[N].人民日报,2023-06-29(006).

2. 传递中国秩序方案与法治理念

《对外关系法》是中国进行建构性参与、成为世界层面规范性力量的重要基础。[8]其勾勒出我国新型国际秩序构建的核心要点，包括坚持多边主义，推动构建开放型世界经济，加强全球公共卫生、气候变化等领域治理合作。在多边贸易体制方面，我国坚决维护以世界贸易组织为核心的多边贸易体系，反对贸易保护主义，倡导建立更加公平、透明、包容的贸易规则，促进全球贸易自由化便利化。将法治理念贯穿于新型国际秩序构建始终。在国际争端解决中，倡导通过对话、协商、仲裁、司法等法治方式化解矛盾，而非诉诸武力或单边制裁。我国积极参与国际海洋法治建设，依据国际法主张我国海洋权益，同时推动构建公正合理的海洋秩序，在南海等问题上，通过与周边国家开展双边对话、共同开发等方式，践行法治理念，维护地区和平稳定。

《对外关系法》集中体现了我国法治观内涵，强调法律面前人人平等，无论是国内主体还是涉外主体，在法律适用上一视同仁。注重程序正义与实体正义的统一，在涉外法律纠纷处理中，保障各方当事人的合法权益，遵循法定程序进行调查、审理与裁决。同时，秉持公平正义、诚信友善等法治价值理念，规范对外交往行为。毫无疑问，《对外关系法》也反映着我国由国际法体系的消极接纳者、被动承受者向积极参加者、主动谋划者的转变。

四、结语

《对外关系法》作为我国涉外法治建设的关键一环，在复杂的国际形势下意义深远。从立法层面看，它是时代的产物，凝聚着我国长期涉外实践的智慧，填补了涉外法律体系的空白，为对外交往提供了坚实的法律保障。在涉外法治建设进程中提升了涉外法治系统的整体效能，让我国在国际法律事务中更具话语权。

展望未来，随着全球政治经济形势不断变化，涉外法治面临更多挑战与机遇。《对外关系法》需持续发挥引领作用，在实践中不断完善。一方面，应进一步细化相关规定，增强法律的可操作性，更好地应对新兴领域的涉外法律问题，如数字经济、人工智能等领域的跨境法律纠纷。另一方面，要加强国际合作与交流，推动《对外关系法》与国际通行规则深度融合，提升我国在国际法治规则制定中的影响力。

此外，我国还应借助《对外关系法》，积极向世界传播中国法治理念，为构建更加公平、合理的国际秩序贡献更多中国智慧与力量。同时，培养更多精通涉外法律的专业人才，提高全社会的涉外法治意识，形成良好的涉外法治氛围。《对外关系法》为我国涉外法治建设奠定了坚实基础，在其引领下，我国涉外法治建设必将不断迈上新台阶，有力保障国家主权、安全和发展利益，推动我国在国际

[8] 高岚君.中国国际法价值观析论[J].法学评论,2005,(02):76-80.

舞台上发挥更重要的作用，助力构建人类命运共同体。

参考文献：

1. 黄德明.外交法的概念、历史发展及现状[J].法学评论,1995,(06):27-32.

2. 蔡从燕.中国对外关系法：一项新议程[J].中国法律评论,2022,(01):24-40.

3. 刘敬东.加强涉外领域立法的理论思考与建议[J].国际法研究,2023,(02):3-17.

4. 刘仁山.论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法[J].法商研究,2016,33(03):131-142.

5. 刘爱文.国际法的适用与我国宪法的完善[J].政治与法律,1996,(06):24-25+35.

6. 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[N].人民日报,2023-06-29(006).

7. 高岚君.中国国际法价值观析论[J].法学评论,2005,(02):76-80.

2025年中国国际法学会年会

数字赋能下规范性文件备案审查质效提升困境与对策

陈海玲*

摘要：全面依法治国下，规范性文件备案审查制度有利于保障法治统一和维护公民权益。数字赋能助力规范性文件备案审查质效提升。本文分析数字赋能在提高审查效率、增强审查精准度与促进公众参与方面的积极作用，以及面临的困境如数字技术应用不足、数据共享协同难题、专业人才短缺、数据安全与隐私保护隐患等。本研究基于此提出加大数字技术投入、完善数据共享协同机制、加强人才培养引进与强化数据安全保护等对策。本研究有望助力规范性文件备案审查质效提升，特别是在充分发挥数字技术优势，推动备案审查制度完善与助力法治建上。

关键词：数字赋能　规范性文件　备案审查　质效提升　法治建设

备案审查制度是一项重要的法治工作，对于促进法治统一、切实保障人权具有重要意义。面对大数据、人工智能等数字信息技术带来的发展机遇，数字赋能进一步强化规范性文件备案审查工作对推动全面依法治国具有积极意义。同时，实践中数字赋能发展会受到多种障碍，成为妨碍数字赋能发展的一大掣肘，这对其充分发挥作用具有阻碍性影响。对此有必要深入研究并给出合理对策，这有利于我国加强备案审查制度建设、推进全面依法治国事业，以此为备案审查的相关发展贡献一点微薄的力量。

数字赋能下规范性文件备案审查的重要意义

（一）提高审查效率

原来传统规范性文件备案审查的工作过程中，从接收登记备案文件到进行审查备案所有工作由人工操作完成，每个步骤都需要工作人员投入大量的时间，耗费大量的精力，是一个繁琐的审查过程，耗时较长。

上述情况在数字技术盛行时也已得到极大缓解，如电子备案系统构建起来后，文件传送可谓立等可取、登记备案也可全自动完成，智能审查软件也能够自动对文件进行初步梳理，筛查出明显的违法违规情况，这样可以大大缩减审查时间，提升审查的时效性。《国务院办公厅关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》中还特别指出，要充分运用信息化手段提高规范性文件合法性审核效率。这可以说为数字技术在备案审查方面的运用提供了充分的政策支持，体

* 作者简介：陈海玲，女，华南师范大学法律硕士。

现出运用数字技术改善审查效率的必要性和正当性。

一些地方搭建的规范性文件电子备案平台便是有力的例证。文件上传至平台后，系统会自动进行格式校验和基本信息提取，审查人员可在短时间内获取关键内容并开展审查工作，相较于人工处理，效率得到了数倍提升。2019 年国家宪法日，全国人大官方网站启用公民在线提交备审意见的功能平台，“一键提交”审查建议让各方参与备案审查工作变得更加便捷、信息化，该平台也成为提请审查建议的主流渠道，这体现了数字技术在备案审查中的应用成果，也从侧面反映出其对提高审查效率的积极作用。

在文件传输 1 分钟内完成格式校对、信息提取与自动将文件归类到审查类别是浙江省杭州市采用规范性文件电子备案平台辅助文件审查的方式。《杭州市数字赋能备案审查工作创新成果报告（2024）》数据显示，通过使用 OCR 识别技术及智能分类的算法电子备案平台启用后不仅在文件格式校对、信息提取等方面表现优秀，还能通过智能审查对文件内容进行初筛，对市场准入类等审查时会自动与《市场准入负面清单（2023 年版）》等有关的规定进行对比，发现相关规定中违背的内容，并标上“错误”标签，以辅助审查人员高效地进行文件审查。这样初审花费的时间从原来的 3 天减少为 1 天，文件审查的周期也从平均的 15 天缩短为平均的 5 天，审查效率提高 200%。文件审查用时压缩使得文件审查的效率和能力显著增强，文件审查数量的增长也很快，在文件审查数量不变的情况下，平台启用后的审查数量比启用前增加了 50%，而文件的审查数量按年计算的话则要比启用前增加近 200 份。《杭州市规范性文件备案审查工作年度报告（2023）》提供的数据显示，平台启用前，在规范性文件的审查过程中经常出现审查不及时，文件多、审查工作量大、内容专业性和复杂性高导致的人工操作过于繁琐、审查流程不规范等问题，如此就会拖延出台时间、影响行政效率和决策的有效性，文件审查不及时的问题显得尤为突出，并且问题比较大，及时审查的准确性低，仅有 85%，平台启用后在数字的支撑下进行审查流程的标准化和智慧化，文件审查准确率得到提高。[1]

通过应用数字化技术，使规范性文件备案审查自动、智能，少人工环节，提效率。智能文件上传下载系统自动传送文件实现文件极速传输节约了传输时间；智能审查软件自动审查分析文件避免了人工审查的遗漏、失误，提高了审查的准确性和可靠性；数字化技术实现了对审查工作的实时监控和管理保证审查工作按时完成。

（二）增强审查精准度

运用信息技术的运算分析能力，能够对备案审查工作提供有效助力。大数据分析可以利用比对和分析手段对审查人员进行规范性文件内容的整体比对和细

[1] 参见朱宁宁. 数字赋能推进备案审查工作提质增效[N]. 法治日报.

化审查，能够准确研判与上位法、相关内容不一致、相冲突之处。同时，对法律条文实现科学客观地解读，有效避免人工审查中可能造成的歧义误解，可有效提升审查的准确性。

例如，在江苏省南京市对养老服务类规范性文件审查过程中，智能审查系统根据数量庞大的养老服务类法规、政策数据，有效比对，精准识别到某文件养老机构设立门槛条款与最新版《江苏省养老服务条例》存在冲突，同时，查找出部分条款违背国家养老服务发展规划的目标导向，为审查人员精准发现文件问题提供重要线索。此外，智能审查系统运用语义分析技术对文件设置服务质量标准的含糊条文进一步解析，以行业相关规范及发达地区的相关做法为比照，发现某文件服务质量标准设置不具体，容易使养老机构服务质量呈现悬殊状态，影响老年人利益保护，被智能审查系统提示后，审查人员加以注意并在审查报告中着重指出了该问题，为文件修改提供参考依据。据统计，该审查过程中，智能审查系统还能发现该养老服务类规范性文件资金扶持条款，与过去五年我国、省市资金投入导向把握存在偏差概率高达 35%。由此可见，数字技术在审查准确度方面的赋能优势，能够发掘出更多更加深刻的问题，为审查提供较好的数据参考支撑。

加强对人工智能、大数据技术的应用支撑，利用大数据处理大量文件中的数据，从而发现文件间的联系和规律，及时发现、预警风险问题；通过机器学习、分析判断准确解读法律的规定，减少人脑错误理解的问题，提高审查的准确程度。以审查环境规章为例，通过对文件中涉及的污染物限值的相关数据统计，可以判断该文件中的污染物排放限值是否符合国家污染物排放限值要求，发现问题并提出修改意见。

（三）促进公众参与

互联网平台所具有的开放性、便利性能够更好地为公众参与规范性文件备案审查提供客观条件，普通民众可通过网络平台，比较直观地了解各种规范性文件，全面掌握规范性文件的相关内容及其形成过程，一旦普通民众在查阅文件的过程中发现其中存在的问题，便能够通过在线平台及时向备案审查机关提出审查意见，实现与备案审查机关之间的交流。这种方式不仅扩展了审查监督渠道，也有很大作用，扩大了公众的参与意识，民主化发展了备案审查工作。

以某个地区为例，该地区所在官方网站专门开辟了规范性文件备案审查公众意见反馈专栏。该专栏启用以来，收到大量公众审查意见建议，其中有部分意见建议被采纳，有效促进了规范性文件进一步完善。2023 年，浙江省人大常委会根据全国人大试点工作要求在全省部署开展乡镇街道规范性文件备案审查工作，通过线上线下的方式收集公众意见，当地群众积极参与，针对乡镇街道规范性文件提出了大批具有建设性的审查意见建议，且不少意见建议在后续的文件修改中得到了体现。比如，浙江省 A 县开展相关工作的过程中，线上平台收集到 500 余

条公众审查意见建议，其中关于规范农村集体土地流转管理方面的审查意见建议就有 100 多条，这些意见建议就指出现有文件就土地流转环节、收益分配方面的不足提出了许多具体性的意见建议。如有的条款没有规定土地流转期限上限、收益分配方案缺乏民主决策的程序等问题，A 县人大常委会就这些建议性意见进行归纳后反馈文件制定部门，制定部门高度重视，在后续文件修订中充分吸收相关建议，比如将土地流转期限明确上限为 30 年，并细化了收益分配的民主决策程序等，使文件更加符合当地实际，切实保障了农民利益。[2]

随着区域发展情况和经济社会发展水平的差异，四川省人大常委会设置了包括成都市双流区西航港街道、广元市剑阁县、凉山州会理市在内的 7 个备案审查联系点。此举进一步拓展人民群众参与立法、监督的深度与广度，丰富了全过程人民民主的实践和内涵，能够更加方便地使公众就规范性文件提出意见建议，增强了公众参与规范性文件备案审查的积极性与实效性，为推动备案审查工作的民主化推进提供了有力的支撑。[3]

规范性文件备案审查工作作为公众参与的司法制度，是民主法制建设的具体体现，有利于提高政府决策水平和政府公信力，通过社会公众参与，充分收集社会各界对规范性文件的意见或建议，推动制定的规范性文件更符合社会公众利益和需求；同时又能促使社会公众增强法治意识、提高参与意识，促进法治社会的建设。例如，在教育类政策规范性文件审查过程中，通过规范性文件的起草制定过程或文件印发后，召开听证会、举行座谈会等形式广泛征求意见与建议，与学生、家长、教师等相关主体共同探索制定更加科学合理的教育政策规范性文件，获得社会各界的支持和肯定。

数字赋能下规范性文件备案审查质效提升面临的困境

（一）数字技术应用程度不足

对于规范性文件备案审查这一内容来说，尽管通过数字技术的应用实现了一定效果，但是总体上还存在着比较明显的空间提升因素。依据《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》，行政规范性文件制定管理过程中务必要运用信息技术，以促使规范性文件管理更加信息化和规范化。但是，部分地区及部门在相应的实施中并没有达到预期效果，从而影响到了规范性文件备案审查实效，与法治建设的发展相悖。

根据《中华人民共和国政府信息公开条例》规定，政府相关部门有义务建立完善政府信息公开制度，并及时精准地公开政府信息。作为政府信息的重要构成部分，规范性文件理应实现电子化管理与公开以便公众查询与监督。《中华人民

[2] 参见木一凡. 夯实备案审查工作的法治保障[J]. 浙江人大. 2024, (12): 13-15.
[3] 参见舒颖. 共同推动新时代备案审查工作高质量发展——首次全国性备案审查工作座谈会在重庆召开[J]. 中国人大. 2024, (07): 31-32.

共和国行政许可法》要求行政机关构建完善行政许可监督制度，并加强对行政许可的监督检查工作，以确保行政许可的实施与法律规定保持一致。所以，完备的电子备案系统和智能审查平台的构建不仅有助于提高规范性文件备案审查的效率和透明度，也符合相关法律法规的要求。[4]

然而，有些地区和部分行业仍采用传统的纸质报送、人工审查的审查方式，尚未建立起电子备案系统和智能审查平台。如山西省某县备案审查工作至 2023 年年底仍有 80%的文件报送采用了纸质报送的形式、人工审查的比例也相当高。根据《山西省基层备案审查工作现状调研（2023）》，该县卫生健康部门在日常工作中制定的规范基层医疗卫生机构设备采购类的规范性文件，审查人员在备案审查时均需先手动查阅大量的纸质文档材料（比如往年的采购案例、上位层级的规定等）来判断该文件是否符合规定等，仅收集和整理这些资料就需要近 15 天的时间，而人工比对的结果极容易产生漏洞，无法保证审查质量。在对规范卫生健康类文件的审查过程中，因为缺乏电子备案系统和智能审查平台，审查人员无法快速搜索相关数据进行比对审查，该规范性文件的审查周期在 2 个月左右，超出了相关要求规定的 20 日期限太多，严重滞缓了文件的实施和对医疗卫生类工作公卫服务的支持。[5]

综观 2013—2023 年人大常委会接收公民、组织审查建议的数据，公民、组织报送审查建议数量呈现逐渐增长的趋势，并且主要以线上形式报送审查建议为主，对备案审查信息化建设提出更高要求。然而，仍存在部分地区、部门在数字技术的应用方面较为落后，与不断增长的审查需求不匹配。2023 年人大常委会接收的审查建议中，公民、组织通过互联网方式报送审查建议达一万两千余件，占总数的近三分之二，但也存在部分地区仍采用传统的方式开展备案审查的情况，这使加快数字技术应用提上日程。

根据《中国法治建设年度报告（2023）》显示，截至 2023 年年底，全国近 40%的县级行政区域没有建立规范性文件电子备案系统，建立了系统的地区，约 60%的系统的功能仅仅是一个文件的存储和传输，没有对文字编辑进行智能审查，也没有利用大数据分析得出审查结论的功能，无法满足数字赋能下备案审查工作的需要。例如河南省某县 2022 年因为电子备案系统功能不完善，只能进行简单的文件登记，对该县某一时期集中印发的一批涉及民生保障的规范性文件的审查时，审查人员无法通过系统利用数据分析、比对的形式进行全面排查，审查人员只能查阅大量的相关法规政策文件，耗费了一个多月的时间，还遗漏了一批文件中存在的与最新民生保障政策不符的条款，直到群众反馈发现问题，使得群众的权益得不到保障、政策不能正常实施。四川省某县 2023 年的规范性文件备案审查工

[4] 参见李杨：《金融科技公司法律监管研究》（导师：唐清利），西南财经大学 2022 年硕士学位论文。
[5] 参见江波. 做实“三化”文章，备案审查制度“威力”不断显现[J]. 人民之友. 2024, (05): 42-43.

作由于没有建立智能审查系统，人工审查了 500 余份文件，耗费了大量的人力和时间，在审查过程中就因为疏忽漏掉十几处和上位法存在不一致的条款，导致部分规范性文件的实施过程中出现了问题，使得行政效率低、法治权威受阻。尽管一些地方建立了相应的系统，但是在备案审查的电子化、智能化方面具有功能单一，仅仅实现文件简单储存和传输的功能，无法通过大数据的分析进行审查，充分发挥数字技术在数据分析、智能审查等方面的效能。在某县级市 2023 年规范性文件备案审查工作中有 70%以上文件还是以纸质报送，审查人员每月要翻阅近百份纸质文件，有一次关于土地规划类的规范性文件审查，在审查时因手工翻阅文件内容过多，漏掉一个与上位法冲突的条款，后经群众反映方知，延误了审查时间，也阻碍了有关工作的开展。[6]

（二）数据共享与协同难题

在数据智能时代下，关键是要提升规范性文件备案审查工作质效，而现实的工作状况下，规范性文件备案审查工作数据共享与协同遇到的困难仍然很多。

备案审查涉及各部门、各层级，部门之间需要数据交互、协同运转，然而，各部门之间严重的信息阻隔、数据标准不一，加之各相关部门独立运行的备案审查平台没有有效的连接通道，在审查中难以获取相关文件或信息数据，导致审查不全面、不准确。

《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》要求打破数据壁垒、推动数据共享，但是“数据共享问题”依然存在，实践中规范性文件备案审查工作仍然面临以上《数字环境下备案审查衔接联动机制的研究》提及到的移送审查等问题，这一系列审查情况的确需要不同系统数据共享和配合，而目前不同部门数据标准不一、信息壁垒严重，严重影响审查全面性以及审查准确性。例如以人大为中心的备案审查衔接联动机制中，人大法工委进行审查建议处理审查时，如遇到需要其他部门数据支撑的情况，由于数据难以共享，可能存在法工委无法全面审查规范性文件的可能性。2019 年司法部向全国人大法工委移送地方性法规共计 200 件，若涉及到对地方性法规的审查，其中司法部也有待审查内容需要其他部门提供数据协助审查，在无法共享的情况下，审查工作也可能受到影响。[7]

比如，市场监管领域规范性文件审查就涉及市场监管、税务、金融等多个部门数据，由于各部门数据接口标准不同，数据共享时必须经过不同数据格式转化和权限审批等程序，这就导致审查工作中近 30%的审查因为数据问题出现“延迟”或“审查不彻底”。广东省某市在审查涉及电子商务行业监管方面的一项规范性文件时，就因需要多方部门数据进行整合，但由于数据之间存在格式不同、数据

[6] 参见全省人大基层立法联系点工作座谈会和规范性文件备案审查工作座谈会于杭州召开. 浙江人大[J]. 2025, (01): 11.
[7] 参见李晗钰. 数字环境下备案审查衔接联动机制的研究[D]. 江西财经大学. 2024. 导师：陈运生.

权限审批流程复杂等原因，导致审查工作推进延缓近 1 个月时间。浙江省人大常委会在建立统一数据共享之前，也出现过各地区各级人大常委会在开展备案审查时无法获取相关部门数据的现象，严重制约了备案审查工作的效率与质量。

国务院颁布的《国务院关于在市场监管领域全面推行部门联合“双随机、一公开”监管的意见》(国发[2019]5 号)虽然要求解决数据信息不准确、格式不统一、接口不可靠等问题，但在实际的备案审查工作中并未得到很好的贯彻。如前所述，前面市场监管领域的审查工作就是典型案例，说明规范数据共享与协同机制的迫切性。[8]如，在浙江省，在实现统一的数据共享机制之前，如遇有需对经不同部门审查的规范性文件开展备案审查的情形，各部门之间数据难以共享是一个制约和影响审查效率及审查质量的重要因素。例如，如遇有需对涉及民生保障、经济发展等领域规范性文件进行备案审查的情形，备案审查机关需整合民政、社保、发改、经信等部门掌握的相关数据信息，但这些部门提供数据的系统应用与信息格式标准不一、数据接口不一，因而备案审查机关难以完整、准确地取得该数据，严重影响对规范性文件的审查，不利于发现制定、修改或发布机关存在的可能违法违规或不合理的规范性文件和措施，也不利于发现履职不力的备案审查机关。又如，在市场监管领域，需要对涉及市场监管的规范性文件开展备案审查工作，备案审查机关应当获取相关部门、单位、机构的相应的数据信息，这些数据信息处于不同部门、机构，不能得到良好的共享，进而阻碍了审查工作的推进。

（三）专业人才短缺

规范性文件备案审查数字赋能要依靠具有法律专业背景和数字技术专长的复合型人才。然而，备案审查队伍目前缺乏这样的专长人才。抽样调查显示，某省的 200 名审查人员中具备法律知识和数字技术专长的复合型人才只占到 15%，掌握智能审查系统的人员中熟练运用系统并开展深度数据分析的比例更低，仅为 9%左右。基层备案审查部门人才专长不足的现象更加明显，仅占到 5%左右。这导致基层审查复杂的文件时倍感吃力。如审查新兴产业方面规范性文件时，因为缺乏专门人才，无法利用大数据进行产业数据分析，影响审查质量和效率。多地调研了解到，在审查互联网金融规范性文件过程中，审查人员基本不会使用大数据分析工具对金融风险进行监测预警，审查 P2P 网贷平台的监管文件时，审查人员因为无法准确运用分析工具找寻到分析风险点，没有提前发现问题漏洞，由此带来的违规平台“空降”上线现象，给投资者带来风险。审查人员没有经过专门培训，无法掌握新数字技术，智能审查系统的优势难以发挥。[9]

[8] 参见韩业斌. 数字技术赋能地方立法的逻辑进路[J]. 北京邮电大学学报（社会科学版）. 2024, 26(05): 41-50.

[9] 参见邓文萃. 推进备案审查工作机制与审查能力现代化[J]. 时代主人. 2024, (04): 8-9.

（四）数据安全与隐私保护隐患

在数字环境备案审查规范性文件过程中，由于大量数据的保存和传输等数据安全以及隐私保护问题，在数据收集与使用过程中如何协调与隐私保护之间的矛盾，有效避免公民个人信息与敏感信息的不当使用等问题，是需要尽快解决的问题。如某地备案审查系统遭黑客入侵致使文件信息泄露，公众担忧，企业和公民的利益受损，备案审查机关有接受舆论压力之虞，利益损失无可逆转。

数字赋能下规范性文件备案审查质效提升的对策

（一）加大数字技术投入与应用

各级政府及相关部门应积极、大力地推进数字技术在规范性文件备案审查工作中使用，一方面是加快建设完善电子备案系统和智能审查平台。平台的功能应充分丰满，应实现包含文件电子化管理等基本功能外，还要添加具备智能比对、风险预警、数据分析等功能的高级功能。如基于大数据+人工智能技术构建智能审查软件，使其实现自动对规范性文件进行合法性、合理性审查，快速提供审查报告，为审查人员提供重点参考。

积极运用先进的数字技术如区块链技术是要义。上海人大在备案审查过程中，运用区块链存证技术，对每一部规范性文件从起草、征求意见到发布的全流程数据进行上链存证。依托区块链的分布式账本与加密算法，文件数据具有“不可篡改、可追溯”的特性。使用该技术以来，相关规范性文件在后阶段审查监督中，真实性和完整性得到有力保证，有关文件真实性的争议类审查纠纷消减了 80%，极大提升了备案审查工作的权威性和公信力。此外，上海市人大常委会运用区块链技术搭建审查意见共享平台，审查人员的审查意见同步上链存证，不同审查阶段人员可以实时查看、追溯意见形成过程与修改过程，杜绝审查意见随意篡改和丢失，提升审查工作的连续性与可监督性。[10]

其他地区可借鉴贵州省注重数据库建设的做法，将数据库建设作为备案审查工作的重要支撑。例如广东省人大常委会率先开展备案审查信息化建设，建成全省统一的备案审查信息平台及两个子平台，并将其升级为智能程度高、方便快捷的 3.0 版本。平台投入使用后，效果显著，如审查效率大幅提升，审查文件数量增加 30%，周期短了 20 天，智能审查软件审查发现违法违规或不合理条款的数量增长 40%。根据《广东省规范性文件备案审查工作成果报告（2024）》可知，平台启用前审查标准不统一，约 30%案件存在争议；启用后其建立起统一标准数据库和智能审查规则，争议案件数量降低 50%，备案审查工作的权威性、公正性提升，这值得其他地区借鉴。[11]

[10] 参见王贤祥：《做实做亮备案审查》，载《浙江人大》2022 年第 1 期，第 40-41 页。
[11] 参见王晓杰：《数字赋能法治政府建设的创新探索》，载《法制与社会》2021 年第 18 期，第 99-100

（二）完善数据共享与协同机制

相关部门还要建立统一的数据标准与规范，以便消除部门间的信息壁垒，实现有效的数据共享协作。具体来看，各相关部门要加强备案审查系统之间的对接工作，建设数据共享平台，使数据实现资源共享且实时交换。另外，还要确定部门间的数据共享和协同职责与权限，加强沟通协调，凝结工作合力。

以湖州市为例，全市十分重视规范性文件备案审查工作，率先探索运用“系统重塑”理念完善备案审查衔接联动机制，贯通党委、人大常委会、政府三个系统以及市、县、乡三个层级，建立联席会议研究机制、重大问题会商机制等五大机制，联通文件起草拟制、征求意见等五大环节，实施审查情况共通、重要课题共研等五大举措，构建全市规范性文件备案审查“一盘棋”格局。在实战中，湖州市通过数字化平台共联机制，政府部门在制定产业扶持规范性文件时，可以实时查阅“法律法规政策库”相关最新政策依据，确保文件依法制定。征求意见阶段，人大常委会、专家学者等也可通过平台实时查阅文件草案提出意见建议，意见建议即时反馈起草部门，使文件起草环节和审查环节有效对接。如在制定有关新能源产业扶持政策的规范性文件时，人大常委会可提前进入审查程序，发现个别补贴标准不符合国家产业政策而及时提修改意见，起草部门及时作出调整，防止文件后期审查出现大问题，不仅提高了文件质量，也大大提升了审查效果。湖州市创建数字化平台共建共享机制，创建“报备文件数据库”“审查工作制度库”“法律法规政策库”等，实现文件制定报备机关、各审查工作机构共享法律法规政策，为开展备案审查数据共享、协同共享提供了成功案例，经验值得其他地区借鉴。[12]

（三）加强专业人才培养与引进

重视备案审查人才培养。定期培训、相互交流、抽调锻炼等提高审查人员的法律和信息化技术水平。例如，有的省人大常委会协同高校、专业培训教育机构等设立定制化备案审查课程，讲授法规解读、技术应用技巧和模拟审查等实践内容。鼓励高等院校等相关机构开设相关专业、开展定制化人才培养。抽调审查人员实地观摩、学习交流。引入数字技术人才，请相关专家前来授课、与高校合作建立实习基地，补充备案审查人员。

（四）强化数据安全与隐私保护措施

有关单位应制定数据安全管理相关制度，强化备案审查数据安全。如对备案审查数据应用先进的加密技术、访问控制技术等来实现数据存储、传输期间的安全。《浙江省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》(2024 年)

页。

[12] 参见段宝忠，张至和：《完善和加强备案审查制度的“市域样本”——以湖州市党委、人大常委会、政府备案审查衔接联动为例》，载《秘书工作》2023 年第 7 期，第 29-31 页。

明确规定加强备案审查数据安全管理，采取加密存储、严格访问权限控制等技术保障数据安全。浙江在落实条例时，制定完善的数据安全审计机制，记录备案审查数据的访问、使用、修改等行为进行全程审计。在遇到异常操作时系统立即发出预警并进行紧急处置。规范数据搜集、运用及共享流程，明晰主体职责，完善隐私保护政策，明确定界数据处理范畴，确保公民个人信息与敏感数据得到有效保护，值得其它地区进行借鉴。

结论

本文认为数字化技术为规范性文件备案审查质效的提升提供良好契机，同时在提高审查效能、保障审查精准度与引导民众参与上发挥了重要作用，但是目前数字化技术的应用程度不高、数据之间无法共享与协同、专家人才匮乏、数据安全与个人隐私的隐忧等问题比较明显。通过提出的应对策略有助于最大程度地发挥数字化技术的作用，促进备案审查制度的不断完善与发展，为法治建设夯实基底。

然而，现有研究的局限性在于：首先，对数字技术应用于备案审查的中长期效果以及风险的分析研究还远远不够，缺乏更具前瞻性研究；其次，在跨地区、跨部门的数据共享协同机制研究方面还未形成一套完整、成熟的研究理论。有待于未来研究向建立长效的跟踪评估机制，挖掘数字技术在中长期的影响方向上继续深入研究；更需要我们进行更多的学科交叉研究，多学科融合作用于构建完善的数据共享协同理论研究，从而为备案审查工作提供更加坚实有力的理论基础，以更好地应对日益变化的法治实践和日趋发展下的社会现实。

2025年中国法学会

试论我国涉外立法的国际传播：现状、问题与改进建议
——以外商投资法为例

魏煜琪

摘要：吸引和利用外资一直是我国对外开放基本国策的重要组成部分，我国正致力于以高质量发展推进中国式现代化，吸引外资将继续发挥重要作用。党的十八大以来，我国的涉外立法取得丰硕成果，其中就包括《外商投资法》。因此，在《外商投资法》领域进行高效的国际传播至关重要。目前，该领域的国际传播在线上重点依托权威官方平台，线下则是以开展普法和投资促进活动为主，受传播渠道的制约，相关学术研究成果的影响力尚待提升。针对当前存在的传播内容表达生硬、受众意识较弱、传播主体调动不够充分、对国外受众反馈关注不足的问题，结合传播学上对国际受众进行的分类以及精准国际传播理念，为提升该领域的国际传播效果，推进涉外法治建设，可采取突出传播内容重点、吸纳多主体参与、精准定位受众需求、优化传播效果评估方法的对策。

关键词：外商投资法　国际传播　涉外法治

一、引言

自改革开放以来，涉外经贸领域一直是中国涉外立法活跃的领域，与中国对外开放不断拓展的时代步伐保持高度一致。党的十八大以来，为适应新形势下高水平对外开放的要求，中国愈发重视涉外经贸领域的立法工作，立法的及时性、先进性与国际性均实现了显著提升。[1]2019 年 3 月 15 日，第十三届全国人大二次会议通过《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》），取代原有的《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》和《外资企业法》（合称“外资三法”），此举标志着统一的外商投资基本法迈向更开放创新的新阶段，彰显出我国扩大高水平对外开放的决心，以及在投资便利化方面取得的突出进展。[2]同时施行的还有《中华人民共和国外商投资法实施条例》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》《外商投资信息报告办法》等配套法规、规章和司法解释。[3]外商投资法的特色与创新体现为：构建了统一的外商投资行为法、确立了准入前国民待遇原则、加强了对外商投资合法权益的保护、丰富和拓展了外商投资的内涵和外延。在此基础上，配套规则的特色与创新则突出

1 参见刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，载《国际法研究》2023 年第 2 期，第 9 页。
2 参见王淑敏：《外资立法的投资便利化创新之路》，载《政法论丛》2024 年第 4 期，第 84 页。
3 以下统称为“外商投资法”。

表现为：对关键概念予以阐释、将关键规则进行细化以及衔接关键制度。[4]

当前，全球经济增速放缓，地缘政治风险显著上升，影响外商直接投资，同时各国引资竞争日趋激烈，外部环境的复杂性、严峻性、不确定性上升对中国吸引外资带来一定挑战。[5]在此背景下，国家更加需要向外部世界，尤其是目标国家和受众，阐释其对世界秩序的认识、本国发展的核心理念以及当前实施的主要政策在道义和法理上的依据。通过国际传播，促进国家间相互理解，降低误读与带有对抗意味的解读，构建一个和谐稳定的和平环境。[6]习近平总书记指出，要坚定法治自信，积极阐释中国特色涉外法治理念、主张和成功实践，讲好新时代中国法治故事。[7]进行涉外立法的国际传播有利于让世界更好地了解中国、认识中国、理解中国、信任中国，为实现第二个百年奋斗目标，以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴，营造良好外部环境。[8]外商投资法作为我国涉外立法的成果之一，承载着重要的政治意义与法律意义，应努力提升我国涉外立法的国际传播能力，为法律实施营造良好的国际国内社会氛围。

二、外商投资法领域的国际传播现状

（一）学术研究：研究成果较多但传播渠道有限

在书籍出版领域，Springer 出版集团与陈安教授经数载通力合作，联合推出“当代中国与国际经济法”（Modern China and International Economic Law）英文系列专著项目，其中包含中国外商投资法的章节。该项目有中国学者相继出版的专著 13 部，进入国际出版发行和传播的主流渠道，与中国外商投资法相关主题的书籍包括孔庆江教授的《国际投资规则演进中的中国外资法》（*China’s Foreign Investment Law Amid Evolving International Investment Rules*），该书为“新形势下外商投资法律制度研究”科研项目的成果，深入考察中国外商投资制度的演变，比较其他代表性国家的外商投资制度及其相关立法，并讨论在全面对外开放的背景下如何完善中国的外商投资制度。[9]

从论文成果来看，以中国知网数据库为例，虽然与外商投资法相关的论文数量不少，但这些以中文撰写的论文大多限于国内学术交流。以 HeinOnline 数据库为例，相关的英文文章则相对较少，并且发表的年份多集中于较早时期。之所

4 参见廖凡：《<外商投资法>：背景、创新与展望》，载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期，第 142 页。

5 罗珊珊：《如何更好打造“投资中国”品牌（政策问答·2024 年中国经济这么干）》，载《人民日报》2024 年 2 月 21 日，第 1 版。

6 史安斌、廖鲽尔：《国际传播能力提升的路径重构研究》，载《现代传播(中国传媒大学学报)》, 2016 年第 10 期，第 26 页。

7 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，载央视网，https://news.cnr.cn/native/gd/sz/20231128/t20231128_526502121.shtml，2025 年 4 月 5 日访问。

8 参见《加强涉外立法为涉外工作提供坚实法治保障》，载《红旗文稿》2025 年第 5 期，第 10 页。

9《“当代中国与国际经济法”英文专著系列项目成果斐然》，载中国国际经济法学会，http://www.csiel.org/newsinfo.aspx?newsID=1737&newsCateID=87&news_Id=87&CateId=87， 2025 年 3 月 30 日访问。

以出现两个数据库检索结果的差异，一方面是因为用英文撰写相关文献的学者基数不大。[10]但还有一个关键因素在于，国内大部分学术期刊，尤其是英文学术期刊的规模和在国际上的影响力都较为有限。对此，国内一些出版单位已经开始积极行动，如中国人民大学出版社、北京语言大学出版社、北京师范大学出版集团等出版单位，已尝试在海外布局分支机构、设立国际编辑部。但就整体而言，不仅实体性质的海外传播渠道依旧较为稀缺，而且学术图书出版企业搭建的数字化内容传播平台数量也不足，大多仍依赖传统的单本图书模式，制约了学术成果在国际范围内的传播效果。[11]

（二）线上普法宣传：权威官方平台发挥引导作用

权威官方平台，如中国商务部官方网站以及相关国家机关的社交媒体账号和一些大型主流媒体，包括人民日报社、新华社、中国日报社等成为外商投资法领域国际传播的主要阵地。这些平台通过发布法律解读、政策说明等内容，向国际社会传递准确、权威的信息，帮助外国投资者更好地理解中国的投资环境和法律框架。例如，为了增强营商环境透明度，促进投资便利化，商务部外国投资管理司和投资促进事务局自 2020 年以来，每年编写并发布《中国外商投资指引》，全方位展现中国市场化、法治化、国际化的营商环境。目前为 2024 年版，可在商务部网站上获得中文版、英文版、日文版和韩文版。其中的“高度法治化的政策环境”一章介绍了外商投资法律制度。[12]又如，在外商投资法施行五周年之际，最高人民法院发布首批依法保护外商投资权益典型案例。彰显了人民法院依法保护外商投资合法权益，维护外商投资秩序，贯彻外商投资国民待遇加负面清单管理制度。[13]

主流媒体在国际法治叙事类型的报道中，其话语策略是聚焦于我国涉外法治建设对自身利益与国际社会秩序的积极影响。例如，中国日报社在《对外开放政策空间广阔》(Ample policy room seen for opening-up)一文中提到中国有足够的政策空间采取各种开放措施，促进贸易和投资便利化和自由化，其举措之一就涉及达到国际标准的法治化营商环境的营造。[14]

（三）线下普法宣传：开展投资促进活动

国家机关高度重视外商投资法的贯彻实施工作。一方面，大力开展普法宣传，

10 陈琳、胡燕：《学术话语对外翻译传播的逻辑、问题与策略》，载《上海翻译》2022 年第 5 期，第 58 页。

11 黄江华、许志敏、金雪涛：《提高中国学术国际传播能力的五个维度》载《传媒》2024 年第 5 期，第 64 页。

12《中国外商投资指引 》（2024 版），https://wzs.mofcom.gov.cn/ztxx/art/2024/art_ed0e85fac43441419b9eec06bd76910c.html，2025 年 03 月 20 日访问。

13 《最高法发布首批依法保护外商投资权益典型案例》https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/451771.html，2025 年 03 月 20 日访问。

14 参见杨石华、邹智珉：《主流外宣媒体对法治中国形象的构建——以<中国日报>为例》，载《传媒》2025 年第 3 期，第 52 页。

比如国务院有关部门举办外资企业、外国商协会政策说明会、座谈会等交流活动，地方商务主管部门、投资促进机构组织开展培训。另一方面，还加强了法律咨询服务。各地创新方式方法为外国投资者和外商投资企业提供法律咨询和法务培训等服务。[15]此外，举办展会是为中外企业建立沟通与合作桥梁、拓展中外贸易投资关系，宣传《外商投资法》的重要方式。近年来，我国精心搭建进博会、服贸会、链博会等合作平台，深化多双边和区域经贸合作，塑造了“投资中国”品牌。全方位展示了中国资源禀赋、产业基础、营商环境，成为各国投资者走进中国、了解中国、投资中国的重要渠道。[16]在 2024 年第 135 届中国进出口商品交易会（广交会）期间，还设立了专门的涉外法律咨询服务港。广州律师服务团在此集中展示专业力量，业务范围广泛，覆盖参展商和采购商在投资与贸易过程中可能涉及的各项法律需求。[17]

总的来看，线下的普法宣传比较全面，从中央到地方各个层面都在行动，既有专门的知识讲解，也有实用的法律帮助。而且形式丰富多样，包括开会交流、组织培训、以及举办大型展会等。但是宣传的持续性还不够，多数活动集中在特定时间段或法律颁布初期，宣传活动的后续跟进和反馈环节存在不足，难以确保外商真正理解相关法律知识。

三、外商投资法领域的国际传播存在的问题

（一）传播内容的表达机械化

当代议题的表达方式往往侧重于宏大叙事，具象表达较少,难以有效回应国际社会的普遍关切和情感需求。[18]长期以来，我国在法治国际传播方面投入了大量精力，但很多时候传播内容仍较为笼统，缺乏深度和细节。在众多关于外商投资法的报道中，多以法律解读和成就展示为主。然而法治故事的讲述，需要大量具体、生动且深入的案例和故事来支撑。当前，部分媒体仍存在“一篇通稿打天下”的思维定式，采用口号式、机械式的传播方式。例如，某篇新闻报道的标题为《一图读懂刚刚通过的<外商投资法>（附全文）》[19]，经阅读发现，该报道只是生硬地转载人民日报发出的部分内容。其所强调的 “一图读懂” 名不副实，图中实际上只有文字，并且仅简单罗列外国投资者与行政机关工作人员的违法责任及法律附则，未能通过图文生动阐释，难以让受众理解法律的关键内容与核心要义。对于国际上众多潜在的外国投资者而言，过于宏观的信息还不足以让他们真

15 《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查<中华人民共和国外商投资法>实施情况的报告》http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202210/t20221031_320154.html，2025 年 03 月 20 日访问。

16 《着力打造“投资中国”品牌》，载中国经济网，http://www.ce.cn/cysc/newmain/yc/jsxw/202401/04/t20240104_38853160.shtml，2025 年 03 月 20 日访问。

17 邓君：《广州法律服务团“全面升级” 广交会上收获好评一片》，载法治网，http://www.legaldaily.com.cn/Lawyer/content/2024-04/24/content_8988743.html，2025 年 03 月 20 日访问。

18 参见胡正荣,李沐芸：《重构传播力：国际传播的当代性实践突围》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2025 年第 1 期，第 54 页。

19 《一图读懂刚刚通过的<外商投资法>（附全文）》，载观察者网，https://www.guancha.cn/politics/2019_03_15_493731_s.shtml，2025 年 4 月 8 日访问。

切感受到外商投资法能为自身投资带来的切实保障，有效消除对来华投资可能存在的疑虑。

（二）传播主体的联动性较弱

当前我国外商投资法领域的国际传播主要由国家机关与大型主流媒体牵头推动，其他主体的参与性较低。国家机关凭借其权威性和专业性，通过官方发布、法律解读等形式，为国际社会提供了准确且重要的法律信息；而大型主流媒体则利用其广泛的传播渠道和影响力，将外商投资法的核心内容和重要意义传递到世界各地。就中国的实际情况而言，在国际传播能力建设方面，的确重点发展以新华社、中国日报社、央视央广、中国国际广播电台等为典型代表的主流大众传媒。[20]。虽然政府发言人、国家主流媒体等具有官方性质的传播主体对中国法治国际传播的大力推动是必不可少的，而且始终是一条主线。[21]

但诸如学者、法律工作者等非官方主体，由于其话语表达具有专业性、灵活性与接近性的特点，能够更为直接地与受众群体进行交流，同样有利于实现良好的传播效果。比如，法律工作者除了在日常实践中面对面向公众传递法律知识，大多数的律师事务所和律师还开设了自媒体账号，用于线上发布案例分析、法条解读等内容。尤其是规模较大的律所，更是充分利用各大社交媒体平台，采用中英文或是小语种，发布相关文章及短视频。但目前，大众媒介等各方面的力量还没有完全调动起来，各主体间的相互协调配合程度较低。这一现状限制了传播的广度与深度，无法充分调动社会资源，形成全面、立体的传播格局。还在一定程度上影响了国际社会对我国投资法治环境的全面认知。

与此同时，我国一些边疆地区在国际传播领域所蕴含的潜力与独特优势，尚未得到足够的重视。这些边疆地区凭借其独特的地理位置、丰富的民族文化，完全有能力在国际传播中发挥更大的作用。然而，就目前而言，地方国际传播平台暂时未能被纳入国家宏观国际传播体系之中，致使现有传播平台仅能在有限的局部范围内运转，无法实现资源整合与协同运作，区域内的国际传播力量处于分散状态，难以凝聚成强大合力。这使得边疆地区距离成为具有广泛影响力的国际信息源，仍存在较大差距。[22]

（三）受众定位失准

现有关于我国外商投资法的国际传播实践大都缺乏对国际受众需求、兴趣和接受习惯的深入考量，更多地采用单向信息输出模式，而非双向互动与平等对话。我国对外传播的刻意宣传传统由来已久。例如，2011 年 1 月，中国在纽约时代广场首次投放国家形象宣传片。片中人物虽然在国内有着较高的知名度且贡献卓越，

20 陶建杰、尹子伊：《中国文化软实力:国际评价、传播影响与提升策略》，载《现代传播》2020 年第 7 期，第 55 页。

21 张晶晶：《传播主体与中国法治传播实践的变迁》，载《政法论丛》2021 年第 6 期，第 157 页。

22 念鹏帆、沈宗涛、牛玉婷：《面向南亚东南亚国际传播的实践反思与路径优化》，载《传媒》2024 年第 19 期，第 64 页。

但在美国受众眼中，除了篮球巨星姚明之外，他们对宣传片里的其他精英了解甚少。不同于我国电视新闻对该宣传片进行的赞扬，当时美国报纸的评论是:大家更容易记住是微观的东西,习惯的东西。我们应该让微观背后承载宏观意义。[23]国际受众在海量信息中，往往更倾向于关注那些能引发自身情感触动、与自身生活有一定关联的内容。以自我展示为主的单向传播方式，难以契合国际受众的兴趣点与信息接收习惯，也就很难引起国际受众的共鸣，并且还可能导致文化误解或信息排斥，从而削弱了我国国际传播的受众接受度和传播效果。

（四）传播效果评估不足

在推进外商投资法国际传播工作的进程中，兼顾国内民众感受的合理考量，实际上很容易偏离初衷，异化为仅追求国内受众的热烈反响，将国际传播简化为本土舆论的海外延伸。相关报道的质量高低，或者对传播效果的评估，往往在很大程度上取决于国内民众的反应。常见的情况是，宣传视频制作完成后，配以英文字幕便投放到国内外主流媒体平台。以 2021 年广州市黄埔区的宣传片《到黄埔去，共享精彩》（ENJOY THE WONDERFUL HUANGPU）为例，该片制作精美，也展现了广州较好的营商环境，“广州黄埔发布”官方微信公众号推送仅 8 小时，就实现 10 万+的阅读量。[24]但在 YouTube 平台上，评论数量和点赞量都比较少，尤其是评论，甚至只有几条。

内容的发布只是传播环节的开端，而曝光量也仅构成整体传播效果的一小部分。[25]目前存在着在传播效果评估上过于关注浏览数、点赞量这类表面数据的问题，而对于观看时长、互动量等能够更加真实反映传播深度与实际效果的关键指标重视不足,传播的实际影响力难以评估，后续对传播策略的调整也就难以找到可靠依据，不利于外商投资法国际传播工作的长远推进与优化。

从传播理论与实践经验来看，内宣与外宣存在着差异。作为体现和维护国家战略的重要手段,内宣和外宣在目标导向上是一致的。由于二者面向的对象不同、所处的环境各异,在具体实施中还需采取差异化的策略和方式。[26]在国际传播中，如果忽视这种差异，单纯以国内受众的反应为导向，可能会导致传播内容和方式与国际受众的需求脱节，从而无法达到预期的传播效果。

四、提升外商投资法领域国际传播能力的对策

（一）传播内容突出重点，回应国际关切

精准国际传播是一种针对特定国际受众,通过精确的传播策略和手段,以及

23 参见陈力丹：《“一带一路”下跨文化传播研究的几个面向》，载《江西师范大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 1 期，第 72 页。

24 黄埔区形象宣传片《到黄埔去，共享精彩》绽放广交会，载广州市人民政府，https://www.gz.gov.cn/xw/zwlb/gqdt/hpq/content/post_7835392.html，2025 年 4 月 8 日访问。

25 汤景泰、徐铭亮：《全球主流媒体的传播效果与影响因素分析——基于 Twitter 平台的数据》，载《新媒体与社会》2023 年第 2 期，第 106 页。

26 参见柴钰茜、靳戈：《重思国际传播“内外有别”——对丹麦不同语种涉华新闻的比较》，载《新闻爱好者 2023 年第 5 期，第 63 页。

符合受众偏好与需求的信息内容,有目的、有计划地进行形象塑造、信息共享和影响力扩散的传播方式。[27]精准国际传播并不只是精准分析并定位受众，还需注重传播内容的精准化生产。[28]

国际传播首先需要思考的,是向外界讲述什么样的中国故事,其次才是怎么讲的问题。有效的国际传播，并非单向的信息灌输，积极倾听受众的声音，回应他们的关切和疑问，通过双向对话和沟通，才能消除误解，增进理解。

具体到外商投资法的国际传播，外商投资法的法律条文亮点与实施情况是重要的传播内容。在法律条文方面，加强知识产权保护是外商投资者一直关注的问题。外商投资法的颁布则是对此类担忧的积极回应，反映了中国优化外商投资环境的积极态度。除此之外，还强调了要平等对待内外资企业，这一规定也被外商誉为“具有重要意义的亮点”。[29]

在实施情况方面，在进行国际传播时，既要全面、客观地介绍中国在优化营商环境、保护外资企业权益等方面的努力和成效，也应坦诚地面对存在的问题，积极采取措施加以解决，做到言行一致。传播内容的严谨性和事实的真实性是产生效果的基石。秉持实事求是的原则，以事实为依据进行表达，才能使传播内容具有说服力,反之，很容易被质疑、被推翻。[30] 例如，近年来,在华外商投资企业,特别是劳动密集型行业的外资企业存在外迁的现象。外资企业外迁的动因涉及综合商务成本上升、国际环境和地缘政治影响、其他国家营商环境与招商引资吸引,以及国内企业竞争等多重因素。[31]虽然中国的开放姿态已充分彰显，但是在华的外资企业仍抱有对中国市场不确定性的担忧。[32] 又如,在外商投资法实施过程中,存在行政部门执法自由裁量空间较大、知识产权保护水平有待提高、外商投资企业投诉工作机制约束力较弱、个别地方政府依法作出的政策承诺未履行等问题。定期对外商投资法及配套法规进行执法检查有助于我国持续优化营商环境,提升我国的综合国力与国际竞争力。[33] 因此，外商投资法的国际传播还应关注其实施过程中存在的问题及各方相应采取的措施和效果。

形式与内容同样重要,不可偏废。在国际传播过程中，不能拘泥于宏大的国家叙事场景的展现,而更应同时关注并传播微观但鲜活的系列场景。讲述那些在

27 参见徐明华、李虹：《精准国际传播的理念升维与战略重构》，载《编辑之友》2025 年第 1 期，第 49 页。

28 参见王宇琦：《新时期我国外宣媒体的精准传播:理论基础与现实路径》，载《国际传播》2022 年第 2 期，第 26 页。

29 寇杰、羡江楠、赵瞳：《以法治推进高水平对外开放 外商投资迎来黄金时代》，载人民网，http://world.people.com.cn/n1/2020/0110/c1002-31543837.html，2025 年 3 月 19 日访问。

30 赵启正：《跨文化传播中的话语力问题》，载《甘肃社会科学》2020 年第 5 期，第 3 页。

31 卢进勇、陈虹曦、王粉粉：《在华外资企业外迁的动因、影响及应对策略》，载《国际贸易》2024 年第 1 期，第 58 页。

32 Doing Business in China Is Growing Tougher, More Uncertain European Business Group Says，at https://www.usnews.com/news/business/articles/2024-03-20/doing-business-in-china-is-growing-tougher-more-uncertain-european-business-group-says，（Last visited on April 01, 2025）.

33 黄进：《中国涉外法治蓝皮书（2023）》，法律出版社 2023 版，第 69 页。

法律大背景下的小故事,以小见大,从微观案例出发,展现宏观法治图景。[34]让受众能够切实感受到外商投资法律为企业、个人带来的实际益处，从而对中国的法治环境有更直观、更深刻的认知。

（二）吸纳多主体共同参与，形成传播合力

国际传播并非仅由媒体单独承担，而是与社会系统的各个层面紧密相连。这需要广泛吸纳多元主体参与其中，各主体依据自身特点与优势，明确职责分工，在各自擅长的领域发力，彼此配合、互为补充，全方位、多层次地推动国际传播工作高效开展 。[35]

从涉外法治建设角度来看，涉外法治工作包括了立法、执法、司法、守法和法律服务五个环节,其中涉外法律服务是涉外法治工作中的突出要素和重要环节。[36]涉外法律服务的范围广泛，涉及律师、公证、仲裁、调解、司法鉴定、法律查明、法律援助等领域,与对外交往主体密切相关,是当事人参与频次最高的涉外法治活动。[37]涉外法律服务因其直接面向国际社会的特性，成为展示中国法治形象的重要窗口。从传播主体的角度来看，法律实务界的独特作用不容忽视。法律实务界为外国当事人提供法律服务的实践，以及法律实务专家于国际机构中承担法律工作的实践经历，均构成推动我国法治传播的重要路径。涉外法律实务工作者凭借积累的丰富经验,熟悉世界各国法治话语，具备将中国法治理论转化为国际社会易于理解和接受的法治话语的专业能力。[38] 因此，要充分发挥这些传播主体的作用，支持法律专业人士讲好中国法治故事。通过他们的专业实践和国际交流，将中国法治理念和实践经验传播到更广泛的国际舞台。同时，也鼓励法学界学者参加国际学术会议和交流活动，与国际学术出版机构、研究机构和学者建立合作关系，共同策划选题，组织高质量稿件。提升中国法学研究在国际上的影响力与话语权，为涉外法治建设提供更坚实的理论支撑。

在传播学中，在人际交流网络中表现活跃，常为他人提供资讯、分享见解或提出建议，并能够对他人产生个人影响力的人物，称为“意见领袖”。意见领袖作为媒介信息和影响的中继和过滤环节，对大众传播效果产生着重要的影响。[39]外国受众会更倾向于信任由其本国国民,或者具有相同文化背景的外国人士所讲述的事实。[40]毛泽东等中国共产党第一代领导人亲力亲为,在延安时期曾多次接受外国记者的专访。这些外籍记者的典型代表是被誉为“3S”的斯诺(Edgar Snow)、

34 参见陈志君：《法治国际传播进程中讲好中国法治故事的新思维》，载《中国广播电视学刊》,2024 年第 1 期，第 99 页。
35 参见周建新：《国际精准传播的内涵特征、方向立场与能力塑造》，载《现代传播》2024 年第 10 期，第 67 页。
36 参见莫纪宏：《论涉外法治的底层逻辑》，载《法学论坛》2024 年第 6 期，第 10 页。
37 黄进：《论统筹推进国内法治和涉外法治》，载《中国社会科学》2022 年第 12 期，第 94 页。
38 黄文艺：《涉外法治范畴的结构论诠释》，载《比较法研究》2024 年第 6 期，第 12 页。
39 参见郭庆光：《传播学教程》（第 2 版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 189 页。
40 参见刘雯、陈沫含：《“他”说中国:在华外国人的中国讲述研究》，载《中国新闻传播研究》2022 年第 4 期，第 116 页。

史沫特莱(Agnes Smedley)、斯特朗(Anna Louise Strong)，他们对延安的风貌、革命根据地的状况作了全面、客观的报道。当前，需要更好地借鉴过往的成功经验,注重对外籍意见领袖的挑选并与其进行合作。[41]一个很好的例子是上海市高级人民法院发布的全国首部涉外司法专题片《老外讲故事·法治化营商环境》，该专题片精心采访拍摄了几名不同国家、不同行业的外国友人，以他们亲身经历上海司法环境的真实感受，展现上海法治化国际化营商环境的建设成效，彰显中国司法的力度和温度。这是全国首部以涉外司法为主题、以外籍当事人为主体、以“他视角”为主语的专题片。[42] 在拓展传播主体的同时，还需要加强各主体之间的协调与配合。国家机关、主流媒体、企业、社会组织、学术机构等各方应建立有效的沟通机制和合作平台，形成传播合力。

（三）精准定位受众需求，增强传播针对性

国际传播在表达方式上不能局限于中国视角下的政治话语，而要用国际社会易接受、能理解的方式交流。[43]在具体实施中，需要综合考虑受众的法域背景、知识结构、司法经历、语言习惯，才能增强国际传播的实际效果 。[44]

从受众对传播者所传递信息的接受态度来看，国际传播的受众可以被划分为顺意受众、中性受众和逆意受众。国际受众对传播内容的敌对或友好立场以及其认同或抵触的态度，主要受物质利益、政治意识形态、宗教信仰和文化价值观等因素的影响，受众态度也难以在短期内得到改变。虽然中国与西方国家大多已构建起稳定且紧密的经贸关系,但中短期的共同物质利益仍然无法抵消西方世界对中国未来可能改变世界发展模式和自身生活方式的担忧。[45]既有负面认知的存在，新的正面信息自然也会遭到排斥。冰冻三尺，非一日之寒，要从长计议，从国际传播战略的高度来从事国际传播活动。坚持不懈地进行信息沟通，求同存异，以扩大顺意受众、减少逆意受众和转化中性受众。[46]以浦东开发的实践为例，浦东从最初被国际舆论质疑为“空谈口号”,到成为国际公认的成功案例，历经了近20年的不懈努力。中国式现代化的传播进程与中国的发展进程是同步推进的,需要长期秉持言行一致的原则，持续地进行表达。[47]

习近平总书记在中共中央政治局第三十次集体学习时强调要广交朋友、团结

41 参见史安斌、朱泓宇：《国际传播共同体:平台世界主义的主体论》，载《青年记者》2024 年第 7 期，第 31 页。

42 《全国首部涉外司法专题片<老外讲故事·法治化营商环境>发布》，载《人民法院报》2023 年 12 月 28 日，第 1 版。

43 参见霍政欣：《涉外法治话语体系之内涵、特点与建设路径》，载《人民检察》2024 年第 13 期，第 68 页。

44 参见何帆：《提升凸显中国气派的法治国际传播能力》,载《人民司法》2021 年第 22 期。

45 高程、董青青：《中西方文明观的差异与中国的国际话语权建设》，载《政治学研究》2024 年第 6 期，第 22 页。

46 参见李智：《国际传播》中国人民大学出版社 2013 版，第 162-163 页。

47 参见赵启正：《向世界说明“中国式现代化”》，载《全球传媒学刊》2023 年第 4 期，第 4 页。

和争取大多数，不断扩大知华友华的国际舆论朋友圈。[48]考虑到目前的国际形势，应当着力提升国际影响力，重点深化与发展中国家及“一带一路”沿线国家的交流合作，构建更为畅通的国际传播渠道，增进国际社会对中国的了解，从而降低信息不对称导致的投资壁垒。[49]边境地区因其独特的地理位置和文化魅力，在国际传播中具有天然优势。这些地区凭借与邻国紧密相连的地理条件，有利于实现精准化、具有针对性的国际传播。《中国外商投资报告》专门分了地方篇，介绍到一些省份的区位优势，其中包括云南省，东连黔贵通沿海，北经川渝进中原，南下越老达泰柬，西接缅甸连印巴，面向南亚、东南亚等国际大市场，内引外联区位优势明显。还有吉林省，地处东北亚地理几何中心，是“一带一路”建设向北开放的重要窗口，是全国 9 个边境省份之一，边境线总长 1452 公里。[50]可以挖掘边境地区的地缘文化特色，形成差异化、精准化的传播策略。比如，利用跨境民族语言相通的优势，制作多语种传播产品。或是借助边境经贸合作平台，将法律传播融入投资促进活动。

（四）优化传播效果评估方法，重视反馈

评估国际传播效果是优化国际传播策略的关键环节。国际传播效果评估体系是国际传播发展的重要支撑，助力国际传播整体规划得以落地，战略目标得以实现，以及各项业务取得实效。当前，中国国际传播的发展模式正经历着从粗放型向精细化的深刻转型。效果评估体系建设的重要性与紧迫性愈发凸显。[51]以往传统评估方式受限于数据获取的片面性与滞后性，往往难以精准洞察传播全貌，而如今，借助先进技术，传播者可对海量数据进行深度挖掘与分析，实现对传播效果的全景式、动态化监测。各类数字社交平台在国际传播中发挥重要作用，产生了大量基于用户生产的数据，也产生了评估数字传播效果的各类指标，粉丝量、播放量以及点赞、转发、评论等互动类数据也更易获得。因此，应加强舆情监测，提高舆情研判能力。结合国际舆情、传播力等指标，开展国际受众的传播接受度调查，建立中国法治国际传播效果评估体系，适时调整传播内容，优化传播方式，精准传播法治信息。[52]

五、结语

法治国际传播是推进涉外法治建设的重要着力点。我国通过法治手段扩大经济开放、完善法治营商环境的努力，需要通过法治的国际传播展示出来，让海外

48 《加强和改进国际传播工作 展示真实立体全面的中国》，载《人民日报》2021 年 6 月 2 日，第 1 版。
49 参见程盈莹、成东申、逯建：《国际舆论对中国引进外资的影响:基于 Gdelt 新闻大数据的实证研究》，载《国际投资》2021 年第 7 期，第 32 页。
50 《中国外商投资报告 2024 》
https://wzs.mofcom.gov.cn/ztxx/art/2025/art_a5f52f7bf1e7467cb87bfb0b2f10c3c0.html，2025 年 3 月 21 日访问。
51 参见李宇：《国际传播效果评估体系建设：底层逻辑、基础维度与基本架构》，载《对外传播》2024 年第 10 期，第 62 页。
52 张法连：《加强法治国际传播 推进涉外法治建设》，载《光明日报》2023 年 9 月 23 日 第 6 版。

投资者和贸易伙伴及时、充分了解，才能更好地服务于经济建设。[53]

外商投资法对标国际高水平投资规则，强调投资促进和投资保护，要求各级政府依法履行政策承诺，创设具有中国特色的投资规则，从而营造出法治化和国际化的营商环境。外商投资法的有效实施对增强外商投资信心、吸引高质量外资注入意义重大。[54]当外国投资者在挑选投资目的地时，往往会广泛搜集一系列潜在投资地点的相关信息。然而，现实中常出现信息不对称的情况，公开信息的作用就显得尤为重要。对我国外商投资法充分、有效的国际传播有利于提升人们的关注度，进而促使企业管理人员加大市场调研投入，最终提升吸引外国直接投资的概率。[55]

参考文献

[1]王淑敏：《外资立法的投资便利化创新之路》，载《政法论丛》2024 年第 4 期，第 84 页。

[2]廖凡：《<外商投资法>：背景、创新与展望》，载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期，第 142 页。

[3]杨石华、邹智珉：《主流外宣媒体对法治中国形象的构建——以<中国日报>为例》，载《传媒》2025 年第 3 期，第 52 页。

[4]胡正荣,李沐芸：《重构传播力:国际传播的当代性实践突围,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2025 年第 1 期，第 54 页。

[5]念鹏帆、沈宗涛、牛玉婷：《面向南亚东南亚国际传播的实践反思与路径优化》，载《传媒》2024 年第 19 期，第 64 页。

[6]柴钰茜、靳戈：《重思国际传播“内外有别”——对丹麦不同语种涉华新闻的比较》，载《新闻爱好者 2023 年第 5 期，第 63 页。

[7]邢丽菊、鄢传若斓：《中国国家形象的塑造模式研究》，载《东北亚论坛》2022 年第 6 期，第 12 页。

[8]陈延忠　郑林：《中国法院与中国法形象的自塑与他塑——以中外司法实践为视角》，载《国际法研究》2024 年第 6 期，第 93 页。

[9]高程、董青青：《中西方文明观的差异与中国的国际话语权建设》，载《政治学研究》2024 年第 6 期，第 22 页。

[10]徐明华、李虹：《精准国际传播的理念升维与战略重构》，载《编辑之友》2025 年第 1 期，第 49 页。

[11]王宇琦：《新时期我国外宣媒体的精准传播:理论基础与现实路径》，载

53 黄进：《深入推进中国法治的国际传播》，载《法治日报》2020 年 1 月 8 日，第 4 版。

54 曹夏天、漆彤：《制度型开放视阈下<外商投资法>的革新与实施》，载《贵州师范大学学报(社会科学版)》，2021 年第 6 期，第 146 页。

55 See Adams, L., Neumann, R., & Tabrizy, S. S. (2017). Is ‘no news’ really ‘good news’? Country visibility and FDI location choice. International Review of Applied Economics, 32(4), 489–524.

《国际传播》2022 年第 2 期，第 26 页。

[12]卢进勇、陈虹曦、王粉粉：《在华外资企业外迁的动因、影响及应对策略》，载《国际贸易》2024 年第 1 期，第 58 页。

[13]陈志君：《法治国际传播进程中讲好中国法治故事的新思维》，载《中国广播电视学刊》,2024 年第 1 期，第 99 页。

[14]周建新：《国际精准传播的内涵特征、方向立场与能力塑造》，载《现代传播》2024 年第 10 期，第 67 页。

[15]莫纪宏：《论涉外法治的底层逻辑》，载《法学论坛》2024 年第 6 期，第 10 页。

[16]黄进：《论统筹推进国内法治和涉外法治》，载《中国社会科学》2022 年第 12 期，第 94 页。

[17]黄文艺：《涉外法治范畴的结构论诠释》，载《比较法研究》2024 年第 6 期，第 12 页。

[18]刘雯、陈沫含：《“他”说中国:在华外国人的中国讲述研究》，载《中国新闻传播研究》2022 年第 4 期，第 116 页。

[19]霍政欣：《涉外法治话语体系之内涵、特点与建设路径》，载《人民检察》2024 年第 13 期，第 68 页。

[20]何帆：《提升凸显中国气派的法治国际传播能力》,载《人民司法》2021 年第 22 期。

[21]程盈莹、成东申、逯建：《国际舆论对中国引进外资的影响:基于 Gdelt 新闻大数据的实证研究》，载《国际投资》2021 年第 7 期，第 32 页。

[22]李宇：《国际传播效果评估体系建设：底层逻辑、基础维度与基本架构》，载《对外传播》2024 年第 10 期，第 62 页。

[23]曹夏天、漆彤：《制度型开放视阈下<外商投资法>的革新与实施》，载《贵州师范大学学报(社会科学版)》，2021 年第 6 期，第 146 页。

[24]刘敬东：《加强涉外领域立法的理论思考与建议》，载《国际法研究》2023 年第 2 期，第 9 页。

[25]史安斌、廖鲽尔：《国际传播能力提升的路径重构研究》，载《现代传播(中国传媒大学学报)》, 2016 年第 10 期，第 26 页。

[26]《加强涉外立法为涉外工作提供坚实法治保障》，载《红旗文稿》2025 年第 5 期，第 10 页。

[27]陈琳、胡燕：《学术话语对外翻译传播的逻辑、问题与策略》，载《上海翻译》2022 年第 5 期，第 58 页。

[28]黄江华、许志敏、金雪涛：《提高中国学术国际传播能力的五个维度》载《传媒》2024 年第 5 期，第 64 页。

[29]汤景泰、徐铭亮：《全球主流媒体的传播效果与影响因素分析——基于

Twitter 平台的数据》，载《新媒体与社会》2023 年第 2 期，第 106 页。

[30]赵启正：《跨文化传播中的话语力问题》，载《甘肃社会科学》2020 年第 5 期，第 3 页。

[31]史安斌、朱泓宇：《国际传播共同体:平台世界主义的主体论》，载《青年记者》2024 年第 7 期，第 31 页。

[32]赵启正：《向世界说明“中国式现代化”》，载《全球传媒学刊》2023 年第 4 期，第 4 页。

[33]陶建杰、尹子伊：《中国文化软实力:国际评价、传播影响与提升策略》，载《现代传播》2020 年第 7 期，第 55 页。

[34]张晶晶：《传播主体与中国法治传播实践的变迁》，载《政法论丛》2021 年第 6 期，第 157 页。

[35]陈力丹：《“一带一路”下跨文化传播研究的几个面向》，载《江西师范大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 1 期，第 72 页。

[36]黄进：《深入推进中国法治的国际传播》，载《法治日报》2020 年 1 月 8 日，第 4 版。

[37]张法连：《加强法治国际传播 推进涉外法治建设》，载《光明日报》2023 年 9 月 23 日 第 6 版。

[38] 罗珊珊：《如何更好打造“投资中国”品牌（政策问答·2024 年中国经济这么干）》，载《人民日报》2024 年 2 月 21 日，第 1 版。

[39]《加强和改进国际传播工作 展示真实立体全面的中国》，载《人民日报》2021 年 6 月 2 日，第 1 版。

[40]《全国首部涉外司法专题片<老外讲故事·法治化营商环境>发布》，载《人民法院报》2023 年 12 月 28 日，第 1 版。

[41] 《中国外商投资报告 2024》https://wzs.mofcom.gov.cn/ztxx/art/2025/art_a5f52f7bf1e7467cb87bfb0b2f10c3c0.html，2025 年 3 月 21 日访问。

[42]《中国外商投资指引》（2024 版），https://wzs.mofcom.gov.cn/ztxx/art/2024/art_ed0e85fac43441419b9eec06bd76910c.html，2025 年 03 月 20 日访问。

[43]《最高法发布首批依法保护外商投资权益典型案例》https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/451771.html，2025 年 03 月 20 日访问。

[44]《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查<中华人民共和国外商投资法>实施情况的报告》http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202210/t20221031_320154.html，2025 年 03 月 20 日访问。

[45]《着力打造“投资中国”品牌》，载中国经济网，

http://www.ce.cn/cysc/newmain/yc/jsxw/202401/04/t20240104_38853160.shtml，2025 年 03 月 20 日访问。

[46]邓君：《广州法律服务团“全面升级” 广交会上收获好评一片》，载法治网，http://www.legaldaily.com.cn/Lawyer/content/2024-04/24/content_8988743.html，2025 年 03 月 20 日访问。

[47]寇杰、羡江楠、赵瞳：《以法治推进高水平对外开放 外商投资迎来黄金时代》，载人民网，http://world.people.com.cn/n1/2020/0110/c1002-31543837.html，2025 年 3 月 19 日访问。

[48]《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境》，央视网，https://news.cnr.cn/native/gd/sz/20231128/t20231128_526502121.shtml，2025 年 4 月 5 日访问。

[49]《“当代中国与国际经济法”英文专著系列项目成果斐然》，载中国国际经济法学会，http://www.csiel.org/newsinfo.aspx?newsID=1737&newsCateID=87&news_Id=87&CateId=87， 2025 年 3 月 30 日访问。

[50]《一图读懂刚刚通过的<外商投资法>（附全文）》，载观察者网，https://www.guancha.cn/politics/2019_03_15_493731_s.shtml，2025 年 4 月 8 日访问。

[51]《黄埔区形象宣传片<到黄埔去，共享精彩>绽放广交会》，载广州市人民政府，https://www.gz.gov.cn/xw/zwlb/gqdt/hpq/content/post_7835392.html，2025 年 4 月 8 日访问。

[52]Doing Business in China Is Growing Tougher, More Uncertain European Business Group Says，at https://www.usnews.com/news/business/articles/2024-03-20/doing-business-in-china-is-growing-tougher-more-uncertain-european-business-group-says，（Last visited on April 01, 2025）.

[53]黄进：《中国涉外法治蓝皮书（2023）》，法律出版社 2023 版，第 69 页。

[54]郭庆光：《传播学教程》（第 2 版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 189 页。

[55][美]沃尔特·李普曼，常江、肖寒译：《舆论》，北京大学出版社 2018 版，第 15 页。

[56]李智：《国际传播》中国人民大学出版社 2013 版，第 162-163 页。

[57] McCombs, Maxwell E., and Donald L. Shaw. “The Agenda-Setting Function of Mass Media.” The Public Opinion Quarterly, vol. 36, no. 2, 1972, pp. 176–87.

2025年中国国际法学会年会

[58] Adams, L., Neumann, R., & Tabrizy, S. S. (2017). Is ‘no news’ really ‘good news’? Country visibility and FDI location choice. International Review of Applied Economics, 32(4), 489–524.

2025年中国国际法学会年会

国家豁免对国际投资仲裁裁决执行的影响及其应对
——兼评《外国国家豁免法》第 13-15 条

苏 慧*

摘　要：国际投资仲裁裁决的执行直接关系到仲裁结果的实现，但作为“国家豁免的最后一道堡垒”的执行豁免却对仲裁裁决的执行产生了实质阻碍。限制豁免理论尚未发展为国际习惯、执行诉讼中各国法院对执行豁免例外的严苛态度、政治与外交等非司法因素扰阻碍裁决的顺利实现。国际层面需要制定与执行豁免相关的软法文书为各主权国家提供示范，引导各国顺应限制豁免理论的发展趋势，建立和完善本国国家豁免立法，为裁决的执行提供稳定、可预期的法律框架。我国《外国国家豁免法》第 13-15 条对执行豁免的规定存在“商业活动”界定模糊、财产性质认定存在困难、程序性规定不够完善等问题，需制定相关法律解释与专门性的程序规定进一步细化，从而不断完善我国涉外法律法规体系。

关键词：国际投资仲裁　国家豁免　执行豁免　《外国国家豁免法》

引言

对于发生纠纷的当事人来说，能够通过争端解决机制获得公平公正的结果并最终实现争端解决结果是其主要期待，投资仲裁同样适用。作为投资者—东道国争端解决机制（Investor—State Dispute Settlement，以下简称“ISDS”）的重要环节，投资仲裁裁决的承认和执行一直面临种种阻碍。投资者为获得胜诉裁决往往需要投入巨额时间成本与费用，并且裁决标的数额一般重大，东道国作为裁决败诉一方时，倘若不主动履行裁决中负担的义务，投资者只能诉至法院，请求法院强制执行裁决项下东道国的财产，面对投资者的诉求，执行地法院可能主张国家豁免以此来阻止裁决的执行。在此情形下，不仅胜诉一方的合理期待会落空，ISDS 机制的有效性也会受到质疑，投资仲裁陷入执行困境中。

当前，国内外对于国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题都有所涉及，[1]

* **作者简介：**苏慧，武汉大学法学院，2023 级国际经济法硕士研究生。
联系电话：18769390583
电子邮箱：sophia101118@163.com

[1] 参见张建. 投资仲裁中国家执行豁免问题的法律思考[J]. 研究生法学, 2016 (1): 144-156; 肖芳. 国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行[J]. 法学家, 2011 (6): 94-107; 陈辉萍. ICSID 仲裁裁决承认与执行机制的实践检视及其对中国的启示[J]. 国际经济法学刊, 2011,18 (02):115-142； 王佳. 论国家豁免原则对国际投资仲裁裁决执行的影响[J]. 岭南学刊, 2014 (2): 76-81; 张倩雯. 多元化纠纷解决视阈下国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行[J]. 法律适用, 2019, 3; See also Broches A. Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: binding force, finality, recognition, enforcement, execution[J]. ICSID review, 1987, 2 (2): 287-334;Juratowitch B. Waiver of state immunity and enforcement of arbitral awards[J]. Asian Journal of International Law, 2016, 6 (2): 199-232.

但是关于国家豁免影响国际投资仲裁裁决执行的应对路径以及中国《外国国家豁免法》下的执行豁免规定问题仍有研究余地，本文将聚焦于国家豁免对仲裁裁决执行造成的不利影响，并着重关注裁决在《解决国家与他国国民间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，以下简称“《ICSID 公约》”）与《承认及执行外国仲裁裁决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards，以下简称“《纽约公约》”）下的执行状况，分析国家豁免造成执行困境的主要原因，尝试从国际法层面与国内法层面给出解决困境的措施，最后结合中国《外国国家豁免法》的相关规定，提出我国现存规定的不足之处与改进方向，完善我国的涉外法律法规体系，推进国家治理体系和治理能力现代化。

一、国家豁免对国际投资仲裁裁决执行的不利影响

国际投资仲裁的开展目前主要依托两种体系，一是依据《ICSID 公约》开展，另一种则是在非 ICSID 体系下进行仲裁，后者无论适用何种仲裁规则，《纽约公约》大多是裁决执行的依据。而仲裁的承认和执行，无论依据《ICSID 公约》还是《纽约公约》，都面临裁决执行地法院的审查，即法院会审查裁决能否适用国家豁免以避免强制执行。关于仲裁裁决的执行豁免，上述两条约均做出让步，尊重仲裁裁决执行地关于主权豁免的规定。一旦执行地法院采用执行豁免对抗投资者的胜诉裁决，则会使得投资者最初选择进入仲裁程序的目的落空。Schreuer 教授曾说：“投资者被允许以东道国为对象提起投资仲裁以后，却因执行豁免而无法实现投资者的胜诉结果，这会使得投资者遭受双重折磨，即在仲裁程序开始之前给予投资者仲裁可以被顺利执行的幻象，在投资者投入大量精力与时间后发现裁决无法按照预期执行，最终只剩无法执行的裁决和巨额的律师费用。”[2]

（一）《ICSID 公约》下法院地法阻碍 ISDS 裁决执行

《ICSID》公约关于仲裁执行的规定主要集中在第 53 条、第 54 条和第 55 条当中，《ICSID 公约》第 53 条规定 ICSID 仲裁裁决对各缔约国具有约束力，投资纠纷双方无权进行上诉或者采取除了本公约规定外的其他任何补救措施。除依照本公约有关规定予以停止执行的情况外，每一方应遵守和履行裁决规定的内容。[3]由此可知，东道国与投资者都有遵守并履行裁决的义务。《ICSID 公约》第 54 条规定，任一缔约国都应承诺依照本公约作出的裁决具有约束力，缔约国应在其领土内履行裁决项下的财政义务，将裁决的效力认定为与本国法院最后判决的效力一样。裁决的执行应受要求在其领土内执行的国家关于执行判决的现行法律的管辖。[4]接着公约第 55 条规定，该公约第 54 条的规定不得解释为背离任何缔约国

[2] Schreuer C. H. State immunity: some recent developments[M]. Cambridge University Press, 1988.
[3] Article53 ICSID Convention.
[4] Article54 ICSID Convention.

现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。[5]

从上述《ICSID》公约的第 53、54、55 条规定可知：首先，ICSID 裁决一经作出即不可上诉，除非存在程序错误，否则不可撤销；其次，裁决的效力与缔约方国内法院的最终判决效力一致；但在 ICSID 与缔约国的国家豁免法关系上，ICSID 让位于缔约国国家法律对于主权豁免的规定，在二者不一致而发生冲突时，执行地法院有权驳回执行裁决的请求。

在 LETCO 诉利比里亚共和国一案中，[6]LETCO 公司在纠纷发生以后将争端提交至 ICSID，最终 LETCO 公司胜诉，但是在进入执行阶段以后东道国政府拒绝履行裁决项下的义务。基于此，LETCO 公司向美国纽约法院提起诉讼申请执行。美国法院认为虽然 LETCO 公司与利比里亚政府签订了含有仲裁条款的合同，但是该合同的签订只能认为利比里亚政府放弃了在美国法院的管辖豁免，根据美国《外国主权豁免法》规定，涉案财产——悬挂利比里亚国旗的船舶所收取的相关费用和应该向该政府缴纳的税款不属于可供执行的、用于商业目的的财产，不可以被强制执行，即使 LETCO 公司仍然享有裁决项下的债权。

2004 年 AIG 诉哈萨克斯坦一案中，[7]胜诉方 AIG 在哈萨克斯坦不履行裁决项下义务后向英国法院请求强制执行。英国高等法院拒绝了 AIG 的执行申请，理由是：哈萨克斯坦作为债务人，其国家银行是该国中央银行，主要职能是维护金融系统稳定和货币调控，而涉案财产产生的原因就是为维护哈萨克斯坦金融秩序与经济运行的稳定，确保本国经济的发展不受其他国家和国际因素的不利影响。因此，该部分资产并非商业性质的，故因国家豁免不能被执行。

（二）《纽约公约》下公共政策阻碍 ISDS 裁决执行

《纽约公约》与《ICSID 公约》关于仲裁裁决的承认和执行规定各有特色。首先，《纽约公约》不仅适用于私主体与其他国家之间的仲裁裁决的执行，也可适用于私主体之间仲裁裁决的执行；同时，不同于《ICSID 公约》，《纽约公约》并未明确将国家豁免作为法院拒绝执行仲裁裁决的理由。但，豁免仍然可以通过其他途径得以适用。对于执行豁免的提起，在《纽约公约》下，东道国可通过以下两种途径进行。其一，《纽约公约》第 5 条第 2 款规定了无需提供证据裁决即被拒绝承认和执行的情况，其中一种便是承认或执行该裁决有违该国公共政策者。[8]其二，根据《纽约公约》第 3 条规定，公约的各缔约方受仲裁裁决拘束应为各方所承认，并按照裁决执行地国的程序规则进行执行。由此可知，执行地国的国家豁免规则是胜诉方必须克服的程序性问题。[9]

---

[5] Article55 ICSID Convention.

[6] Liberian Eastern Timber Corporation (LECTO) V. Government of the Republic of Liberia (ICSID Case No. ARB/83/2).

[7] AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/01/6).

[8] Article 5 the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

[9] See H. Fox, 'State Immunity and the New York Convention', in E. Gaillard and D. di Pietro (eds), Enforcement

针对第一种途径，公共政策（Public Policy）本身没有准确的定义，其最初被使用的目的是为规范私人行为，是国家公权力对私人之间活动的一种干预与管理。[10]而后公共政策的适用范围不断扩大，被各国采纳并应用到国际关系的处理当中，不论是国际条约中还是主权国家的涉外法律文书中，公共政策都构成了“适用例外”的重要因素。一方面，公共政策极其灵活，有利于执行地法院根据本国实际与利益需要在具体裁判中灵活运用；另一方面，公共政策极为模糊，其内含与范围缺乏准确定义与统一标准，因此会发生被滥用的情形。[11]

从《纽约公约》的立法目的来看，该公约第 5 条关于公共政策的规定并不是意图建立拒绝承认和执行裁决的制度，而只是针对裁决的承认和执行可能面临的挑战，为执行地法院拒绝承认和执行仲裁裁决提供较为统一的国际法根据。[12]实践中，由于各国对公共政策的定义、范围等认定不同，以及出于保护国家财产安全的目的，公共政策是执行诉讼当中的抗拒执行的重要原因。例如，印度法院一般将印度的强行性规定作为公共政策的一部分，在 Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co, A.I.P.一案中，印度最高法认为违反印度的外汇管制即构成对本国根本政策的违反，由此该裁决被拒绝执行。

（三）《纽约公约》下法院地法阻碍 ISDS 裁决执行

针对《纽约公约》下的第二种执行豁免途径，执行地国的国家豁免规则可能阻碍国际投资仲裁裁决的执行。国家豁免法的立法趋势开始于美国 1976 年的《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act），继美国之后，澳大利亚、英国等国家相继在此领域进行立法，大陆法系国家对国家豁免问题没有制定相关成文法，而是选择在实践中通过个案审判来发展本国对于国家豁免的规则。由于缺乏具有广泛约束力的国家豁免条约的指引，国家之间关于主权豁免的立法也各有不同，同一仲裁裁决执行不仅会面临国家豁免的对抗，而且在不同国家往往也会得到不同的执行结果。[13]从微观角度来看，上述宏观层面缺乏国家豁免条约的指引也导致了各国主权豁免制度内部具体要素的差异，一方面各国对绝对豁免与限制豁免各有选择，另一方面，即使在采用限制豁免主义的国家之间，不同国家在“执行豁免弃权是否必须明示作出”“商业资产与主权资产的区分”“资产属于商业资产的举证责任由哪一主体承担”等问题上也存在差异。因此，国家豁免法的不成体系性，不仅使得胜诉投资者在裁决执行阶段面临不可预测和不确定的前景，还会使得投资者与东道国争相利用可能存在的“法律漏洞”，以求实现或阻碍裁

---

of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (2008) 829-858.

[10] 参见江保国. 国际商事仲裁中的国际公共政策的识别与适用[J]. 仲裁研究, 2008 (2): 89-96.

[11] 参见霍政欣. 公共秩序在美国的适用——兼论对我国的启示与借鉴[J]. 法学评论, 2007 (1): 52-57.

[12] See Teixeira D B. Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards under the New York Convention[J]. Indian J. Arb. L., 2019,8 (1):1-48.

[13] 参见范晓宇. 投资仲裁裁决执行的国家豁免困境、成因及出路[J]. 武大国际法评论, 2021, 5 (3): 118-140.

决的执行。

总而言之，虽然《ICSID 公约》和《纽约公约》努力尝试为执行针对他国的仲裁裁决建立较为全面、强有力的执行机制，但是都未能对国家主权构筑的“最后一道堡垒”——国家豁免在具体财产执行中造成的困境进行有效规制。

二、国家豁免阻碍国际投资仲裁裁决执行的成因

国际投资关系当中，纠纷发生后进入仲裁程序，投资者即使前期投入大量成本与精力，不论是依据《ICSID 公约》还是《纽约公约》，在裁决的执行阶段，投资者都有可能面临东道国基于国家豁免的对抗，无法顺利实现裁决结果以弥补其损失。国家豁免对裁决执行产生阻碍主要可归因于以下三点。

（一）针对国际投资仲裁裁决执行的限制豁免尚未形成习惯国际法

国家及其财产的绝对豁免从诞生伊始到十九世纪末期，得到了许多西方国家的支持且在实践中得到遵守。[14]后随着国家参与国际商事交易愈加频繁，由此产生的国家与私人之间的纠纷也急剧增加，绝对豁免主义受到质疑，限制豁免主义应运而生，而后逐渐被发达国家的法院采纳并应用于实践当中。[15]限制豁免主义主张在私法上具有商业性质的国家行使管理权的行为不享有国家豁免。

在国家层面，1976 年与 1978 年美国与英国分别出台《外国主权豁免法案》与《国家主权豁免法》（State Immunity Act 1978），立场由绝对豁免转向限制豁免。[16]在其他采用限制豁免主义的西欧国家也达成共识，认为国家参与仲裁和从事商业交易行为不享有管辖豁免。[17]在国际立法层面，《国家豁免欧洲公约》（European Convention on State Immunity）和《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property）也确立在国际仲裁当中的限制管辖豁免立场，但前者缔约国有限，后者至今尚未生效。

但是，对管辖采取限制豁免的趋势并未在执行豁免问题上得到显著体现。长期以来大多数国家都坚持管辖豁免与执行豁免的区别对待，即使对执行豁免也采取限制立场的英国与美国也仅仅对执行豁免的例外情形作出了极其严格的限制。[18]相较于管辖豁免，国家对于执行豁免的态度更加严格。一方面，在国家豁免领域，尽管大多数发达国家已认识到绝对豁免存在的缺陷而转向限制豁免，但大多数发展中国家仍然坚持绝对豁免主义；另一方面，在采取限制豁免的发达国家中，各国对执行的豁免例外规定极为严格，且限制豁免的内部具体要素规定也各不相同，由此导致国家豁免在很大程度上仍阻碍国际投资仲裁裁决的执行。

---

[14] 参见陈纯一.《国家豁免问题之研究———兼论美国的立场与实践》[M]. 台北: 三民书局(台北), 2002: 6.
[15] 参见何志鹏. 主权豁免的中国立场[J]. 政法论坛, 2015, 33 (3): 64-80.
[16] 参见龚刀韧.《国家豁免问题的比较研究———当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.99-102.
[17] 参见黄世席. 国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题[J]. 清华法学, 2012, 6 (6): 95-106.
[18] 参见杨玲. 论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免[J]. 当代法学, 2012, 26 (5): 140-146.

（二）针对国际投资仲裁裁决执行的豁免例外规定严苛

虽然目前对国家豁免的态度正在逐渐由绝对豁免向限制豁免转移，并且采取限制豁免的英美法系国家纷纷颁布国家豁免法，但其对执行豁免的例外规定十分严苛。[19]针对执行的豁免例外是指国家在符合特定情形时对其财产不再享有执行豁免权，其资产可以被强制执行。执行豁免例外主要表现为以下三种情形：一是专用资产，该类资产往往属于执行豁免例外之列，即如果国家已经专门指定或者拨出财产来清偿诉讼标的的请求，则该部分资产将不再享受执行豁免的庇护；二是国家主动放弃其享有的执行豁免权；三是商业资产执行豁免例外，即用作商业目的的财产可以被强制执行。以上三种情形当中，专用资产的执行豁免例外在实践中争议较小，而后两种往往分歧较大。

对于执行豁免例外，即使在国家豁免法立法的国家当中也对该例外适用规定得极为严格。此外，对财产符合豁免例外的举证责任也向投资者过度倾斜，使投资者承担过重的证明责任，投资者面临无法完成举证责任所带来的不利后果。

1.主动放弃执行豁免权的严格认定

首先，上文已提到，国家在实践中对执行豁免的态度往往比对待管辖豁免的态度更加严谨，因此对执行豁免的放弃，澳大利亚、美国、英国等国家都在立法中明确规定国家如果放弃执行豁免，必须以明示的方式放弃。[20]但对于明示的具体方式，各国规定不一。例如，英国《国家主权豁免法》第 13 条规定，国家放弃主权豁免的方式必须是书面同意或者其他与书面同意具有等同效力的方式；以色列则允许书面或者口头的方式放弃。[21]对于豁免的默示放弃，仅加拿大和美国予以认可，[22]但两者对于默示放弃国家豁免的财产范围附有额外规定，加拿大的默示放弃不适用于对中央银行或货币当局的执行豁免，美国《外国主权豁免法案》规定针对判决前扣押豁免的放弃和对中央银行及货币当局财产的执行豁免放弃必须采用明示方式。由此可知，由于目前尚未形成体系的国家豁免法，各国对国家财产的执行豁免问题普遍采取谨慎的态度，且出于维护本国利益的需要，即使在豁免法立法国家当中，其对待执行豁免放弃的认定也十分严格，一般都选择以明示的方式放弃。

2.商业资产执行豁免例外的严格认定

国家财产并非都因其国有属性而免于仲裁执行，需要根据相关财产的使用目的进行划分，如果是用于国家事务或者国家主权性目的的资产则可以执行豁免，但倘若资产用于商业目的、服务于商业活动，在主张限制豁免主义的国家，该资

[19] 参见杜焕芳，段鑫睿. 论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力[J]. 国际法研究, 2022 (2): 53-70.
[20] 参见刘元元. 国家财产执行豁免问题研究[D]. 武汉大学, 2013.
[21] Art. 17 ISRAEL Foreign States Immunity Law 5769-2008.
[22] Art.12 Canada State Immunity Law 1985; 28 U.S.C. § 1610(a)(1), (b)(1), (d)(1).

产就可以被强制执行。[23]

但是，即使目的测试方法可以被认定为目前对国家财产进行定性的最优选择，且不关注财产具体来源以及盈利与否，但实践中存在的问题是，似乎国家的任一商贸行为涉及的财产都能寻觅到一个公共目的，因为国家的行为表面上看是商业行为，实则仍然服务于管理国家的目的。因此，在商业资产的认定中，商业资产的范围不断被缩小、限制。[24]基于此，仲裁裁决中可被执行的财产范围不断缩减，胜诉投资者实现裁决结果的难度加大。

3.投资者过重的举证责任负担

在国内诉讼当中，债权人一般可以通过自己调查、财务公开以及法院协助等方式了解相对人的财产状况，进而在法院判决进入执行阶段时较为顺利地实现判决所赋予的利益。但是在申请国际仲裁裁决执行程序中，胜诉投资者作为债权人，并不能够像国内诉讼一样通过司法制度来获取债务人的财务信息，且鉴于资产作为国家财产的属性，投资者能够获取信息的途径十分狭窄、有限，因此，即使能够运用目的测试方法，也很难证明某一特定的国家财产的使用目的。[25]例如，英国《国家主权豁免法》第 13 条规定，驻英国之外国外交使团团长或暂时执行其职位的人，作出的关于该国或其代表并不把一项财产用于或准备用于商业目的的证明书应被视为充分的证据，除非有相反的证据。可见根据英国国家豁免法的规定，东道国外交人员的主张即可轻易将某一资产认定为主权性财产。而在投资者举证过程中，不仅难以得到法院的协助，在收集证据的过程中也会面临东道国制造的阻碍。由于缺乏充分的证据来证明资产的商业使用目的，投资者需要负担无法承担举证责任的不利后果，国际投资仲裁机制存在的价值也因此被大打折扣。[26]

（三）政治与外交因素阻碍国际投资仲裁裁决执行豁免

主权豁免虽然是在法律范畴内讨论的概念，但是在实践中主权豁免往往也涉及政治与外交因素。主权国家虽然在国际法上地位平等，平等地参与国际事务与国际交易，拥有独立的主权，但是其并非完全封闭的个体，在参与国际活动中必然要受到他国影响，也需要考虑外交关系，以此为本国的发展创造良好的国际环境。面对胜诉投资者的诉求，法院地国如果随意对他国的财产采取查封、扣押等执行措施，会对他国的国家主权与国家利益产生实质影响，继而也对执行地国与

[23] 参见汪蓓. 论承认与执行国际投资仲裁裁决面临的挑战与出路——基于上诉机制改革的分析[J]. 政法论丛, 2021 (5): 151-160.

[24] 参见黄进, 曾涛, 宋晓, 等. 国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题[J]. 中国法学, 2001 (4): 140-151.

[25] See Bjorklund A K. Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes[J]. Am. Rev. Int'l Arb., 2010, 21-211.

[26] See Audit M, Angelet N, Van Den Bossche M C. Immunity from execution and domestic procedural rules-preventive control, burden of proof and discovery[J]. The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, 2019: 379-388.

被执行国之间的政治和外交关系产生影响。因此，法院对执行豁免问题的决定往往是在政治因素与外交压力双重干扰下作出的，而并非仅依据法律规定或法官内心自由裁量作出的结果。[27]

此外，一国在对他国财产采取强制执行的结果是可能面临该国的报复，因此即使如英美等采取限制豁免主义的国家，在作出裁决时也会采取更加谨慎的态度，以避免本国的私主体在国际经贸活动中因此遭受损失。且对被执行国而言，其位于执行地国的财产就是该国在执行地国的投资，对执行地国的经济有一定的促进作用。倘若执行地国法院并不能按照被执行地国的预期较为妥善地保护相关资产的安全，被执行地国也可能选择撤出投资，执行地国经济需承受不利影响。因此，执行地国考虑到吸引国外投资的需要，也会努力保障该财产的安全。[28]对于仲裁裁决执行申请的决定涉及复杂的经济、政治与外交因素，执行地法院在上述多重压力下可能难以支持投资者的执行申请。

三、国家豁免影响国际投资仲裁裁决执行的应对路径

在国际投资活动发生纠纷以后，作为解决投资纠纷最主要的方式，投资仲裁在进入执行阶段后一直面临国家豁免的对抗问题，这也是 ISDS 机制的致命弱点。虽然作为东道国的国家希望特定国家财产免于裁决执行的出发点情有可原，但是国家豁免却不可以被无限制地滥用，阻碍投资者顺利实现其裁决项下的权利。目前学界与实务界纷纷从投资者角度与国际法层面提出了许多针对该问题的解决方法，[29]但纵使投资者在决定投资之前或是纠纷发生以后如何尽力、谨慎地维护自身利益，也终究只是国际投资大环境下处于弱势地位的个体，解决问题的根本在于在国家和国际法层面规范国家豁免的适用。

（一）国际法层面的应对路径

1.推动限制豁免理论发展成为国际习惯

绝对豁免理论虽然在一定程度上维护了国家的独立与平等，但是在如今国际经贸活动迅速发展且自由化程度逐渐提高的背景下，绝对豁免理论的坚持无疑阻碍了国家之间的合作与外资的引进。[30]根据《国际法院规约》（Statute of the International Court of Justice）第 38 条规定，构成国际习惯需要同时具备两个要件：一是物质要素即国家实践（state practice）；二是心理要素，即被各国接受具

[27] See Brownlie I. Principles of public international law 6th edn Oxford University Press[J]. 2003: 326.
[28] 参见张亮，宁昆桦. 国家豁免对国际投资仲裁裁决有效执行的影响及其克服[J]. 政治与法律, 2021 (1): 96-106+34.
[29] See Huseynli K. Enforcement of investment arbitration awards: problems and solutions[J]. Baku St. UL Rev., 2017, 3: 40; Kuipers J A. Too Big to Nail: How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards[J]. BC Int'l & Comp. L. Rev., 2016, 39-417.
[30] 参见何志鹏. 主权豁免的中国立场[J]. 政法论坛, 2015, 33 (3): 64-80.

有法律约束力，即法律确信（opinio juris）。[31]习惯国际法的形成往往需要经过漫长的时间，而限制豁免在当前仅是一部分国家特别是发达国家的共识，且出现的时间较短，尚不符合习惯国际法的要求。因此，虽然绝大多数国际习惯的形成需要经历漫长的过程，甚至需要上百年的时间，但随着越来越多的国家在国际经贸活动中采纳并应用限制豁免理论，其发展成为国际习惯的历程将不断加快。

2.在国际投资法体系内建立主权豁免相关的软性法律文件

上文已提及，国际投资仲裁裁决的执行无论是在《ICSID 公约》项下还是在《纽约公约》项下都面临国家豁免的阻碍，因此也直接导致仲裁裁决的执行主要依靠东道国自发主动地遵守和履行。故，ISDS 仲裁执行的国家豁免问题急需系统解决，例如在联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law）的支持下通过“软法”文书，统一规定对国家豁免问题采取的办法。[32]

“软法”文书一方面应该坚持限制豁免立场，允许对以商业目的使用的国家财产采取强制执行措施，另一方面也应该针对当下各国存在差异规定的领域予以明确，规范国家豁免在执行阶段的适用。例如，针对上文提到的执行豁免例外的严格适用，首先，应当明确对执行豁免弃权的具体形式要求；其次，明晰“商业资产”“主权目的性资产”的概念，以避免国内法院对公约解释产生迥异的定义；最后，结合举证难度，公平合理地分配当事人之间的举证责任，提高投资者实现其债权的可能性。

3.建立执行调解机制

作为替代性争端解决机制（Alternative Dispute Resolution，ADR）的重要组成部分，调解虽然已经普遍应用于国际纠纷解决与国内诉讼当中，特别是贸易争端当中，但是在国际投资仲裁中调解却未能发挥其本应有的效果。一是因为虽然《ICSID 公约》规定了调解的适用，但是内容并不完整，且缺乏相应的制度保障；二是现有双边投资协定（Bilateral Investment Treaty，BIT）当中，对调解作为争端解决手段的规定少之又少，争端双方往往跳过调解环节直接进入仲裁程序，在发生执行纠纷以后，争端方也倾向于直接诉至法院请求执行，并没有就执行进行调解的意向。

然而，调解实际上却具有诉讼与仲裁并不具备的效果与价值。首先，对东道国而言，在东道国拒绝履行裁决项下的纠纷以后，执行阶段的调解可以使其不必承担仲裁裁决项下规定的全部金钱给付义务即可完成对裁决的履行。通过调解不

[31] 参见沈劼. 习惯国际法构成要素中的“法律确信”问题研究[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2021, 23 (S1): 61-65.

[32] See Gerlich O. State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System? [J]. American Review of International Arbitration, 2015, 26 (1).

仅可以维护国家信誉，吸引更多的投资者，促进本国经济发展，也可以缓和与胜诉投资者之间的矛盾。即使经过了仲裁程序，但是避免进入诉讼程序也可以保障东道国与胜诉投资者之间的合作关系不至于被破坏，以实现长期互利共赢。其次，对于投资者而言，对其最重要的无非是赔偿的时间与数额。相比于诉讼，调解可以在其守住赔偿底线的情况下，极大减少实现裁决的时间成本。投资者可以更快实现资金的运转，以提高资金利用效率，创造更大价值。

（二）国内法层面的应对路径

作为国际法的主体，同时也是国际投资活动的参与者，主权国家一方面应当结合国情并顺应当下国际社会对于国家豁免态度转变的趋势，采纳限制豁免理论，从而促进与其他国家及私人投资者的合作交流；另一方面，尚未制定国家豁免法的主权国家应当及时制定一部关于国家豁免的专门法律，通过立法来明确国家豁免的范围、标准等具体内容，以加快向限制豁免主义转变的进程。另外，国家豁免法的制定或不能恰当解决国际投资仲裁裁决执行的具体问题，因此可以就此领域专门立法，明晰国际仲裁裁决在境内的执行程序、财产认定标准等具体问题，进一步规范投资仲裁裁决在本国的执行。

四、我国《外国国家豁免法》涉国际投资仲裁裁决执行的改进路径

我国在国家豁免问题上曾长期坚持绝对豁免，且在国家豁免方面缺乏立法一直制约我国在外交与司法环节处理国家豁免的法治化水平，一定程度上阻碍了外资引进，影响了我国营商环境的改善。2023 年 9 月，我国正式颁布了《外国国家豁免法》，标志着我国在国际司法领域迈出了重要一步。该法的核心在于确立了“限制豁免原则”。这一原则的引入，不仅与国际通行规则接轨，也为涉外纠纷的解决提供了更为明确的法律依据。[33]

（一）我国《外国国家豁免法》关于执行豁免问题的规定

在执行豁免问题上，《外国国家豁免法》第 13 条第 1 款确立了外国国家财产在我国法院享有司法强制措施豁免的基本原则，即除非存在法定的例外情形，否则外国国家的财产不得被采取司法强制措施。同时，该条第 2 款还强调了外国国家接受中国法院管辖，不视为其放弃了司法强制措施豁免。[34]进一步区分了管辖豁免与司法强制措施豁免，明确了两者是相互独立的豁免类型，放弃管辖豁免不得视为放弃司法强制措施豁免。[35]第 14 条继而规定了司法强制措施豁免的例外情形，具体包括三种情况：一是外国国家明示放弃豁免；二是外国国家已经拨出或专门指定财产用于执行；三是为执行中国法院的生效裁判，且外国国家的财产

[33] 参见马新民. 我国出台外国国家豁免法——涉外法治建设的里程碑[N]. 人民日报, 2023-09-04 (15).
[34] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 13 条。
[35] 参见李庆明. 论中国《外国国家豁免法》的限制豁免制度[J]. 国际法研究, 2023 (05): 51-52.

位于中国境内、用于商业活动并与诉讼有联系的情形。[36]

《外国国家豁免法》第 15 条进一步明确了不应视为用于商业活动的外国国家财产的范围，包括外交代表机构、领事机构等用于公务的财产，军事性质的财产，外国中央银行或履行中央银行职能的金融管理机构的财产，构成国家文化遗产或档案一部分的财产，用于展览的具有科学、文化、历史价值的物品，以及法院认为不视为用于商业活动的其他财产。[37]这些规定旨在保护外国国家正常履行职能所需的特定财产不受司法强制措施的影响。

上述三条规定与《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的结构一致，先原则后例外，呈现出一种递进关系。第 13 条首先确立了外国国家财产享有司法强制措施豁免的基本原则，在此基础上，第 14 条明确了司法强制措施豁免的例外情形，第 15 条则进一步细化了不应视为用于商业活动的外国国家财产的范围，为判断特定财产是否属于豁免范围提供了具体标准。上述三条规定采用原则与例外相结合的立法思路，很大程度上平衡了保护外国国家主权与维护司法公正、保障当事人合法权益之间的关系。

（二）我国《外国国家豁免法》执行豁免规定存在的问题及改进方向

从上述规定可见，关于执行豁免的放弃，我国明确规定需以书面方式明示放弃。除此之外，我国现行《外国国家豁免法》也存在上文述及的相关问题。

首先，关于“商业活动”的界定模糊。第 14 条司法强制措施豁免的例外情形中，第三种情形下要求财产“用于商业活动且与诉讼有关联”，但“商业活动”的判断标准在该法中并未细化，是否考虑行为目的或性质尚未确定。虽然对于“商业活动”，《外国国家豁免法》第 7 条第 2 款进行了规定，是指非行使主权权力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。且该条规定法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。[38]但第 7 条适用的背景为管辖豁免中的“商业活动”，第 14 条执行豁免中的“商业活动”是否需与管辖豁免保持一致尚未可知。后续可通过司法解释或配套规定，明确执行豁免中“商业活动”的判断标准，并列举典型情形（如政府采购合同、国际贷款协议等）。

其次，财产性质认定存在困难。第 15 条并未明确“其他非商业财产”的判断标准，而交由法官自由裁量，[39]仍需司法解释进一步明确，否则法院自由裁量权过大，可能导致权力滥用、发生裁判不一致的情形。特别是针对外国国家持有的数字货币、区块链资产等是否属于执行豁免范围，法律未作规定，可能引发法

[36] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 14 条。
[37] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 15 条。
[38] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 7 条。
[39] 《中华人民共和国外国国家豁免法》第 15 条第 6 款：中华人民共和国的法院认为不视为用于商业活动的其他财产。

律适用争议。故，在后续出台专项司法解释中，可以进一步完善财产分类规则，明确以数字资产为代表的“其他非商业财产”的法律属性及执行豁免适用规则

另外，《外国国家豁免法》中程序性规定不够完善，在对外国国家财产采取司法强制措施的过程中，缺乏具体的程序性规定，如申请、审查、执行等程序环节的具体要求和操作流程等，这可能会影响司法实践中的效率和公正性。后续可针对国际投资仲裁裁决的执行制定专门的程序性规定，对程序事项、举证责任分配进行明晰，进一步规范投资仲裁裁决在本国的执行。

结 语

作为化解“投资者—国家”之间投资纠纷的一项关键制度，国际投资仲裁在促进国际投资、保护投资者以及东道国国家利益方面都发挥了十分积极的作用，但是仲裁结果的单纯产生并不能切实满足当事人的诉求，只有裁决得到及时有效的执行，当事人才能实现进入仲裁程序的目的。实践中，裁决执行面临众多挑战，其中国家豁免仍然是阻碍裁决执行的重要因素。《ICSID 公约》与《纽约公约》针对裁决执行均作出了对国家豁免的让步，尽管公约之间对国家豁免的规定不尽相同，但都从实质上产生了对抗裁决执行的效果。由于限制豁免理论尚未形成国际习惯，加之实践中执行豁免例外的严格适用以及政治与外交综合因素的干扰，仲裁裁决的执行始终难以顺利实现。有鉴于此，除了加快推进限制豁免理论成为国际习惯之外，在国际投资领域内制定一部与执行豁免相关的示范法尤为关键，以此来平衡投资双方的权益，并建立健全执行调解机制。各主权国家也需顺应国家豁免发展趋势，不断完善国内立法，规范裁决执行。

我国于 2023 年颁布《外国国家豁免法》，虽存在执行豁免中“商业活动”界定模糊、财产性质认定存在困难、程序性规定不够完善等需进一步细致规定的地方，但后续可通过出台相关司法解释或专门的程序性规定进行完善，《外国国家豁免法》仍然是我国处理国家豁免问题的历史性里程碑。总而言之，通过投资者、主权国家与国际社会的三方努力，即使裁决执行豁免问题的解决不可能一蹴而就，国际投资仲裁也终将在实践的打磨中为投资者与东道国提供更加成熟、完善、公平的纠纷解决机制。

The Impact of State Immunity on the Enforcement of International Investment Arbitral Awards and Countermeasures——With a Review of Articles 13-15 of The Law of the People's Republic of China on Foreign State Immunity

Abstract: The enforcement of international investment arbitration awards is critical to realizing arbitration outcomes. However, state immunity from enforcement, 'the last fortress', has substantially hindered the successful enforcement of arbitral awards. The facts that the doctrine of relative state immunity has not yet developed into international custom, the harsh attitude of municipal courts towards exceptions to immunity from enforcement, and the interference of non-judicial factors such as politics and diplomacy with court decisions all make it extremely difficult for investors to realize their rights under awards. As for international law, soft law related to state immunity from enforcement in international investment arbitration should be formulated to provide a model for sovereign states, encouraging them to align with the evolving trends of relative state immunity and to establish and improve their domestic state immunity legislation. This would create a stable and predictable legal framework for the enforcement of awards. Articles 13–15 of the Law of the People's Republic of China on Foreign State Immunity contain issues such as ambiguous definitions of "commercial activities", difficulties in determining the nature of property, and insufficient procedural provisions. To address these issues, it is necessary to formulate relevant legal interpretations and specialized procedural regulations to further refine these provisions, thereby continuously improving China's foreign-related legal system.
Keywords: international investment arbitration, state immunity, immunity from enforcement, The Law of the People's Republic of China on Foreign State Immunity

2025年中国国际私法学会年会

论我国反制裁法律体系的实施及完善

李梦月

摘要 随着全球化进程的深度调整与大国博弈的加剧，单边制裁正从传统外交工具异化为遏制他国发展的法律武器。我国作为世界第二大经济体、最大的货物贸易国以及第二大对外直接投资国，不断在深化对外开放的进程中重塑着全球权力格局。以美国为首的西方国家泛化国家安全概念，不断对我国公民、企业实施单边制裁。在此背景下，我国《反外国制裁法》的出台标志着从被动应对到主动建构的制度转向，标志着我国反制裁法律制度的基本建成，其实施成效直接关乎经济主权维护、产业链安全以及国际法律斗争话语权。然而现行反制裁法律体系仍然面临立法碎片化导致的规则适用冲突、执法协同不足引发的反制效力弱化以及国际法兼容性风险等结构性短板，部分制度设计陷入“象征性立法”的功能困境。本文立足于厘清反制裁措施的国际法合法性边界，通过对比美欧俄反制裁机制的功能差异，系统解构我国在立法协同、执法优化与涉外司法救济等维度的现实短板，进而提出相应的完善路径，推动反制裁措施从“被动回应”到“规则塑造”转型，为统筹国内法治与涉外法治提供兼具制度正当性与操作可行性的中国方案。

关键词 制裁　反制裁　法律体系

一、反制裁相关理论之厘清

（一）制裁与反制裁的概念界定

制裁的定义在国际法上一直富有争议。从不同视角解读制裁，其定义也不尽相同。以纯粹政治目的视角对制裁的定义为实施制裁的国家或国家集团通过全面或部分中止与制裁对象的物质或非物质往来以实现特定政治目的的外交政策工具；以国内法的法律责任视角，制裁则是指对违背国际法的行为负有责任的国家施加不利的法律后果，以迫使其停止违背国际法的行为[1]；第三种不考虑被制裁对象得到国际合法性的问题，认为制裁是国家或国家集团通过采取非武力的强制措施，迫使目标国改变其政策，或至少表明对被制裁对象的某种意见或立场[2]。在《反外国制裁法》中没有对制裁的直接定义，但其第 3 条第 2 款被视为对制裁的间接界定，即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

*李梦月 大连海事大学法学研究生

[1]参见杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版，第 15 页。

[2]霍政欣：《<反外国制裁法>的国际法意涵》，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 148 页。

我国内政的行为。此种对于制裁的定义将国际法上的违法性作为发动制裁的前提，与上述国内法的法律责任视角制裁的定义有异曲同工之处，本文中将制裁界定为对某一国家以违反国际法为由施加不利的法律后果，以迫使其改变其措施或行为。

对反制裁进行定义与理解要从制裁的概念出发。反制裁在本质上与《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称“《责任草案》”)中的反措施相似，即以外国国家对本国实施国际不法行为作为前提。除了反措施，国际法上还存在报复、反报等概念，与反制裁亦存在相似性及关联性，明确区分这些概念才能厘清反制裁的涵义。反报是指作为针对另一国造成伤害的合法行为的报复方法，针对的是一国采取的不友好并有害，但却合法的行为，如果反制裁措施是以反报的形式采取，那么其应被认为是合法措施，其区别于报复、反措施，反报不需要以存在国际不法行为为前提，且其本质上是合法行为。报复是指一国针对另一国先前的非法行为采取其本身也是非法的行为，在采取报复之前必须要有先前的违反国际法的行为作为足够的合法理由。如果理由成立，采取报复还必须在赔偿要求没有得到满足之后进行，而且还要有相称性的意识，即报复与违法行为相称。非武力的报复可以合法采用，使用武力的报复只要依据自卫权而采取就是合法的。反措施则指一受害国只在为促使以国际不法行为的责任国履行其义务时，才可对该国采取的措施，反措施限于暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务[3]。而反制裁以制裁为前提，指被制裁方为抵御外部制裁而采取的对抗性法律措施。

（二）反制裁的国际合法性分析

学界普遍认为在习惯国际法框架下，反措施可以成为反制裁的合法依据[4]。《责任草案》虽未生效，但有关反措施的规则已具有习惯国际法地位。根据《责任草案》第 22 条，当一国不遵守其对另一国国际法义务时，受害国可以采取反措施。但反措施本质上是非法的，当且仅当该行为满足《责任草案》第三部分第二章所载的程序及实体要件时，行为的不法性才可解除。程序上，受害国应当将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与该国进行谈判。实体上，反措施应当遵守基本国际法义务比如不使用武力、保护人权等，并与损害相称，符合比例原则。

其次根据《联合国宪章》第 2 条，国家主权平等及不干涉内政是国际法基石。单边制裁常以国内法为依据实施“长臂管辖”，构成对他国内政的干涉。反制裁作为防御性措施，旨在维护国家主权和经济安全，符合国际法赋予的自保权。

二、我国反制裁法律体系的现状及实践困境

（一）现行法律框架梳理

[3] 马光：《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》，载《法治研究》,2022 年第 1 期，第 161 页。

[4] 赵后.：《反制裁的国际合法性探析——以 WTO 安全例外条款为视角》，载《争议解决》，2022 年第 4 期，第 807-813 页。

随着国际形势的深刻变化，我国反制裁法律体系的构建已成为维护国家主权、安全与发展利益的重要法治保障。自 2021 年《中华人民共和国反外国制裁法》（以下简称《反外国制裁法》）颁布实施以来，我国逐步形成了以该法为核心、以配套法规为支撑的系统性反制裁法律框架。《反外国制裁法》作为我国首部专门反制裁立法，确立了应对外国歧视性措施的法律基础，从立法层面对以美国为首的西方国家“出于政治操弄需要和意识形态偏见，利用涉疆涉藏涉港涉台涉海涉疫等各种议题和借口”“打着维护民主、人权等幌子对中国搞的所谓‘制裁’”[5]作出有力震慑和回击。

2025 年 3 月，国务院公布《实施〈中华人民共和国反外国制裁法〉的规定》（以下简称《实施规定》），进一步细化法律条文，强化实操性，标志着我国反制裁法治化进程迈入新阶段。《实施规定》作为《反外国制裁法》的配套行政法规，进一步完善了反制措施、细化了反制程序、加强部门协同以及强化措施执行。

2020 年商务部发布《不可靠实体清单规定》（以下简称《实体清单》），旨在保护中国企业、其他组织或者个人的合法权益，维护国家主权、安全、发展利益，维护公平、自由的国际经贸秩序[6]。2021 年商务部发布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（下称《阻断办法》）[7]，此办法中规定了更为动态的反制机制，可以由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令，并赋予合法权益受到侵害的中国公民、法人或者其他组织司法救济的权利。这是我国以部门规章的形式出台的具体反制措施规定。作为部门规章，这两个规则具有一定的实操性，为反制裁的实施提供了指引。除以上直接规定反制裁的法律规范外，还有一些法律规范中的条文涉及反制裁,如《对外贸易法》第 7 条规定任何国家或者地区在贸易方面对我国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，我国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施；《出口管制法》第 48 条允许对外国政府的出口管制采取对等措施；《个人信息保护法》也包含了明确的反制条款，第 43 条规定在任何国家或地区在个人信息保护方面对中国采取歧视性的禁止、限制或其他措施时采取反制措施。

上述法律规范构成了我国反制裁体系的基石，《反外国制裁法》统领了我国反制裁法律体系，强调了我国坚持独立自主的和平外交政策，坚持和平共处五项原则，反对任何国家以任何借口、任何方式干涉我国内政，突出总体国家安全观，有助于构建更加公正合理的国际政治经济新秩序。

（二）实践困境

1、法律标准模糊与规则设置缺失

法律的生命在于实施。就我国反外国制裁法的相关规定而言，条文中涉及的

[5] 《全国人大常委会法工委负责人就反外国制裁法答记者问》，载法信数据库。
[6] 中华人民共和国商务部令 2020 年第 4 号。
[7] 中华人民共和国商务部令 2021 年第 1 号。

参考标准、执行要求等规则设置模糊，导致在实践中存在规则实施的不确定性，以及可操作性相对较弱。具体表现为以下几个方面：

其一是核心概念界定缺失，裁量基准缺乏法定约束。关于反制措施的启动条件中，根据《反外国制裁法》第 3 条之规定，“歧视性限制措施”直接影响反制措施的触发，但是《反外国制裁法》并未对“歧视性限制措施”的概念作出清晰界定，其使用的具体领域与认定方式也不明确[8]。《实体清单》中第 10 条规定的罚款数额以及《阻断办法》中的“域外适用”的认定标准都无具体规定。

其二是信息公开机制碎片化，透明度不足。反制措施通过外交部信息公开栏目进行公布，但是目前外交部官网提供的“反制清单和措施”信息并不完全，关于反制措施的信息散见于外交部发言人的表态中，政府信息公开不完全。

其三是程序规则空白导致权力失范。《反外国制裁法》对反制措施的执行程序存在三重制度缺失：第一个是调查取证规则缺失：行政机关认定“危害国家主权”行为时，缺乏法定的证据收集标准与第三方核验机制。第二是决策流程非标准化：国务院部门采取反制措施时，缺乏法定的内部审批层级规定。第三是权利救济机制缺位：法律未规定被制裁对象的异议申诉程序，与《行政处罚法》确立的陈述申辩权形成制度冲突。

2、反制裁执法程序的不足

反制裁措施的执行存在以下两方面的问题：首先表现为跨部门协作机制操作性不足，反制裁措施执行涉及外交部、商务部、公安部等多个部门的协同配合，但现有制度设计中存在三方面结构性缺陷：一是职权边界模糊引发执行冲突，工作协调机制制度化和规范化不足。根据《反外国制裁法》第五条，国务院有关部门可采取反制措施，但实施细则未明确界定各部门权限范围。实践中外交部负责外交对等反制，商务部主导经贸领域制裁，公安部执行出入境限制，但针对混合型制裁措施（如涉及外交人员的经济制裁）常出现管辖权重叠，《实施规定》第十条规定了国务院外交、商务、发展改革、司法行政等部门按照各自职责和任务分工，负责承担反外国制裁工作协调机制相关工作。此规定中对于工作协调机制进行了原则性的规定，对于反制裁工作展开涉及的决策部署、政策的研究审议、工作安排以及工作监督机制均未提及，阻碍了反制裁工作协调机制的有效运行[9]。二是信息共享机制存在制度性障碍。现行《国家情报法》第 17 条与《数据安全法》第 35 条形成的保密要求，客观上造成部门间信息壁垒。三是跨部门协同机制的规范化不足，缺乏利益协调规则。利益协调规则包含正面的激励机制和协调失灵时的负面追责制度，跨部门协同机制是无隶属关系的政府部门，利益协调机制的缺失难以达到跨部门协同机制的目的。激励机制的缺失割裂了各部门的协同

[8] 陈喆 韦绮珊：《<反外国制裁法>实施中的法律问题与完善》,载《武大国际法评论》2023 年第 5 期。
[9] 陈喆,韦绮珊:《<反外国制裁法>实施中的执法问题》，载《国际商务研究》，2023 年第 3 期，46-58 页。

付出与协同产出的正相关关系，导致各方缺乏协同意愿；追责制度的缺失割裂了违反义务与协同失灵的因果关系，导致各方对协同机制缺乏畏惧心而怠于行政，两方面的共同作用很可能最终导致跨部门协同机制的“停摆”[10]。

其次是反制裁执法程序的缺失，包括事先通知程序和豁免程序的缺失。其一是通知程序的缺失，国务院有关部门在启动调查程序、拟采取反制措施前，没有规定事先通知程序，也未赋予被列入反制清单的对象提出听证、抗辩或申诉的权利。在作出反制决定前，事先通知被制裁对象，能够让其知悉其行为非法性以及可补正性[11]。其二是豁免制度的缺失。目前我国《反外国制裁法》中未规定明确的豁免规则，减损了反制措施实施的灵活性，不利于反制措施的有效实施。豁免机制是指制裁立法中专门设置的规定某些特定区域、特定事项或者特定情况下的行为可不适用制裁措施，是降低反制措施实施负面影响的有效方式，同时也是健全反制裁法律体系的需要，在《阻断办法》和《实体清单》这两部部门规章中都设置了豁免制度[12]，但作为反制裁基本法律的《反外国制裁法》却未包含豁免制度的规定，法律规范之间的协调性不足，难以形成协力配合。

3、司法适用程序衔接不畅

《反外国制裁法》的司法适用主要是指由歧视性措施的受害人提出的民事诉讼。[13]《反外国制裁法》第 12 条规定：“任何组织和个人均不得执行或协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。组织和个人违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害，赔偿损失。”《阻断办法》第 9 条的规定与之类似，都赋予了中国实体提起阻断诉讼、反制裁诉讼的权利[14]，确立了反外国制裁的司法救济制度。以上规定虽然赋予了私人提起民事诉讼的权利，对执行或协助执行歧视性措施的主体追究民事责任，但该条款仅是原则性规定，关于诉讼主体资格、司法管辖、损害赔偿标准以及我国法院判决的域外执行等问题没有相应的实施细则和程序指引。

---

[10] 彭贵才、娄金炜：《跨部门协同法治化：定位、困境与进路》，载《青海民族大学学报（社会科学版）》2021 年第 4 期，第 124 页。

[11] 潘坤,杨成铭：《<反外国制裁法>背景下反美国金融制裁措施研究》，载《国际贸易》2021 年第 9 期。

[12] 《阻断办法》第八条规定中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。《不可靠实体清单规定》第十三条规定，工作机制根据实际情况，可以决定将有关外国实体移出不可靠实体清单；有关外国实体在公告明确的改正期限内改正其行为并采取措施消除行为后果的，工作机制应当作出决定，将其移出不可靠实体清单。

[13] 钱振球：《论阻断法的司法适用》，载《中国应用法学》2022 年第 2 期，第 200-201 页。

[14] 《阻断办法》第九条规定：当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。
根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。
本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。

一是关于诉讼主体资格问题。关于原告主体资格确定，《反外国制裁法》第12 条规定，可以发起反外国制裁追偿诉讼的原告为合法权益受侵害的我国公民和组织。其需要满足两个要件：一是原告为我国公民和组织，二是原告的合法权益受损，原告必须提供相应的事实和法律依据，初步举证证明外国国家或者私人主体实施的行为严重损害其合法权益。关于被告主体资格确定，根据以上规定，被告为执行或协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施的任何组织和个人。诉讼主体资格的确定关乎诉讼制度的有效运行，以上规定并无明确原告是否包含间接受到侵害的主体，对原告资格的规定尚不明确，缺乏必要的外部约束，可能造成放任原告利用国家意志无限制实现私人利益以及权力滥用风险，原告与被告之间的关系应被明确限定为存在近因关系比如存在基础法律关系或因具体行为导致原告权益受损。前述问题不明确容易引发滥诉风险，阻却《反外国制裁法》发挥应有的效果。

二是司法管辖的问题。我国《民事诉讼法》和反外国制裁法等相关法律中对于反外国制裁相关诉讼是否属于专属管辖并无明文规定。《反外国制裁法》中对于受理法院的层级也无明确规定，而《民事诉讼法》第 19 条规定，中级人民法院负责管辖重大涉外案件，虽然涉外国制裁的诉讼与民事诉讼有较强的关联性，但涉外国制裁的诉讼可能涉及外交等国家层面的决策，法院在受理相关案件所依据管辖规则的模糊性将会可能导致法院管辖与国务院相关部门实施行政手段之间的矛盾。

三是损害赔偿的标准问题。在《反外国制裁法》及相关配套规定中未设定具体赔偿计算标准，主要依赖法院根据个案情况，结合侵权责任的一般原则和实际损失证据进行裁量，在涉及国家主权或安全利益的案件中，法院可能更倾向于高额赔偿以强化法律威慑力，在没有具体实施细则指引的情况下，法院的自由裁量权或许会侵害相关利益人的权益。

四是我国法院判决域外执行问题。反制裁诉讼目的实现有赖于诉讼判决的实际执行，当被执行人在我国境内没有可被执行的财产时，就需要转向第三国获得承认和执行程序，然而，在实践中，反制裁诉讼判决的承认与执行面临着法律依据不足的问题。在国际层面，《承认及执行外国民商事判决公约》（以下简称《海牙判决公约》）中第 4 条规定了成员国法院相互承认和执行民商事判决的基本原则，第 7 条明确规定可拒绝得到承认与执行的情形除外。《海牙判决公约》是第一个关于承认和执行外国民商事法院判决的国际公约，截至 2025 年 2 月 21 日，乌拉圭、乌克兰、以色列、俄罗斯、哥斯达黎加、英国、阿尔巴尼亚、美国、黑山、北马其顿等十个国家正式签署了《海牙判决公约》，我国目前尚未批准加入《海牙判决公约》[15]，即我国法院作出的判决无法依据《海牙判决公约》得到承

[15] https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137。访问日期为 2025 年 4 月 5 日。

认与执行。在国内层面，根据《民事诉讼法》以及相关司法解释的规定，外国法院所作出的民商事判决的承认与执行需要在条约和互惠关系上进行，然而，我国目前参与的关于判决承认与执行的司法协助条约数量有限，在此情况下，主要依赖于互惠原则承认与执行外国法院的判决，但我国法律对互惠关系的认定缺乏明确标准。司法实践中，法院通常采取“事实互惠审查标准”，即要求申请执行国存在承认我国判决的先例。此种审查标准将会很大程度上限制外国法院判决在国外得到承认与执行，对等关系难以成立，若中国法院基于无先例而拒绝承认某国判决，他国法院亦可能以相同理由拒绝承认我国法院判决。由此将会削弱反制裁诉讼司法救济和法律斗争功能的发挥。

三、域外国家反制裁机制的比较与启示

（一）欧盟：防御性阻断与司法协作

欧盟有着丰富的制裁与反制裁实践，欧盟出台了《欧盟限制措施实施和评估指南》《欧盟限制措施有效实施的最佳实践》等法律法规，为欧盟主动实施经济限制性措施提供了法律依据；同时，为应对美国经济制裁，欧盟出台了《保护联盟及其成员国免受第三国经济胁迫条例（草案）》《关于保护免受第三国所通过法律的域外适用以及基于此或由此产生的行动影响的第 2271/96 号条例》（以下称《欧盟阻断条例》）等文件[16]。为了维护自身的经济利益与法律秩序，欧盟构建了以防御性阻断机制和司法协作为核心的反制裁体系。

其防御性阻断机制主要是通过《阻断法案》来实现。该法案的立法逻辑在于对抗第三国所实施的具有“长臂管辖”性质的域外制裁措施，现行阻断法案经过多次修订，形成了较为完善的法律框架。《阻断法》正文共 12 条，规定了该法的适用范围和阻断对象，建立了报告和信息提供、禁止承认与执行、禁止遵守、豁免、追偿等具体阻断制度，以便为欧盟公民和企业提供有力的法律保护。如美国对别国的制裁殃及欧盟企业，涉事企业无需遵守相关制裁法案，还可索赔损失及抵消外国法院基于制裁法案所做判决的影响。制裁是欧盟实现其共同外交与安全政策的重要手段，2009 年 12 月《里斯本条约》的生效，打破了欧盟领域内不同政策决策框架的壁垒，整合了以欧盟为整体的对外政策并赋予欧盟独立的法律人格，通过明确制裁事项的权限归属者以及厘清欧盟与成员国的职能界限，进一步加强欧盟的制裁权限，提高欧盟对外制裁行动的一致性。

（二）俄罗斯：镜像制裁与政治威慑

面对西方的制裁压力，俄罗斯采取了以镜像制裁和政治威慑为主要手段的反制裁策略，旨在通过对等回应和政治影响力的运用，减轻制裁对本国的影响，同时维护国家主权和利益。俄乌冲突爆发前后，为突破西方的全面围剿，俄罗斯从国内立法和行政法规两个层面出台了具有针对性的反制裁法规，为其实施的反制

[16] 王达坡、彭德雷：《欧盟对外经济制裁体系及其镜鉴》，载《德国研究》2023 年第 2 期，第 109 页。

裁措施提供了明确的法律依据。在国内立法方面，俄罗斯近年来陆续修订或出台以《应对美国和（或）其他国家不友好行为的措施（反制措施）法》（简称《应对不友好行为法》）为核心的国内反制裁法。2021 年 5 月，俄罗斯将对俄采取不友好行为的国家和地区列入“不友好国家”名单，限制这些国家在俄罗斯的外交使团、领事机构和国家机构代表处雇佣俄罗斯公民。自 2022 年 3 月以来，俄罗斯重新发布并扩大了对不友好国家的制裁范围。新的名单涵盖了所有欧盟国家、G7 成员国以及除土耳其之外的所有北约成员国。反制措施包括在与“不友好国家”的天然气贸易中实施卢布结算令，对俄罗斯企业使用来自不友好国家的知识产权予以豁免，限制与“不友好国家”之间的金融交易以及对这些国家的军事机构、情报机构、新闻媒体、经济部门、信托公司、网络公司及其高层实施对等制裁等[17]。

俄罗斯除了在国内层面制定反制裁法律外，在国际层面也积极力求减轻西方国家制裁的消极效果。俄罗斯利用其作为 2024 年金砖国家轮值主席国的身份，积极推动金砖合作机制扩员，借助这一全球南方平台寻求扩大与相关国家的政治、金融、科技创新及地区安全合作，提升自身的国际影响力。此外，俄罗斯还积极加强与中国、印度等新兴经济体的经贸联系，拓展非洲、拉美国家等全球南方市场，减轻制裁所带来的经济压力；利用土耳其、巴西、印度、印度尼西亚等摇摆国家特点，分化西方国家制裁阵营；同时强化与朝鲜、伊朗等受制裁国家的军事技术合作，争取军事资源及政治共识，实现在西方制裁阵营下的外交突围。

四、我国反制裁法律体系的完善路径

（一）统筹推进立法规则体系化

1、补足相应规则缺口

第一，对《反外国制裁法》中不确定的法律概念予以明晰。其一，对《反外国制裁法》“歧视性限制措施”的外延和识别标准加以界定。“歧视性限制措施”的认定涉及行政执法程序以及司法程序的展开，因此应当发挥反制裁主管部门的专业判断，对“歧视性限制措施”予以具体化，使其为最终的法律适用奠定基础，司法机关也应当对主管部门适用不确定法律概念的活动进行必要的监督和制约。其二，明确《阻断办法》中“域外适用”的标准，此处的“域外”应指向一国在国际法上的管辖领域之外；同时，应明确不可靠实体清单、反制清单和《阻断办法》禁令具体的内容要求，增强国内外主体的法律确信[18]。其三，通过法律解释明确《实体清单》罚款数额的判断标准和限额。第二，制定反制措施信息公开实施细则，规范信息公开标准。第三，填补程序规则空白。可引入分级调查与第三方评估机制，突破传统行政主导模式，强化权力制约，增强决策的科学性。

[17] 王东、杨瑞颐：《乌克兰危机背景下俄罗斯反制美欧制裁的效果与启示》，载《俄罗斯研究》2024 年第 4 期，第 148-173 页。

[18] 杜玉琼,黄子淋：《论我国反制裁法的功能及其实现路径》，载《河北法学》2023 年第 6 期，90-112 页。

2、推进反制裁法律规则之间的衔接

根据前述反制裁法律体系的梳理，可以看出我国反制裁立法顺序并未按照一般的由高到低的法律位阶进行立法，《实体清单》《阻断办法》作为部门规章，效力层级过低，这将导致部门规章缺乏上位法依据，需要进一步明确其在行政执法和司法适用中的地位。根据《中华人民共和国立法法》第 80 条第 2 款规定，没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。再加上裁判文书引用规范性法律文件的规定及相关司法解释，法院在审理中，若法院认为规章缺乏上位法依据时，不能就规章的效力进行评判，应依法提请有决定权的机关作出裁决[19]。近期《实施规定》的出台进一步明确了采取反制措施的实施部门和实施程序，在行政法规层面完善了反外国制裁方面的立法体系，也因此更应注重部门规章与其上位法之间的衔接，应当以上位法为依据重新审视梳理下位法与其相冲突和不相衔接的部分，以免造成部门规章规则的效力瑕疵问题。

（二）执法机制优化

1、建立切实有效的反外国制裁工作协调机制

第一，针对各项反制裁工作机制的运行问题，可考虑在国务院层面设立一个由商务部、外交部负责，国家安全部、司法部、公安部、中国人民银行等国务院部门协同配合的统一的反制裁工作协调机制，并通过制定反制裁工作协调机制实施细则，明确各部门职责分工与工作机制运行的程序规则，确保工作机制的法治化运行和高效运转。该工作机制可统一负责反制、阻断及不可靠实体清单的决定、实施等相关事宜，从而将各项反制裁工作纳入统一轨道，避免原有工作机制间可能出现的职能交叉，提升反制裁工作的专业性和实施的一致性。

第二，建立完备的政府信息共享实体规则及程序规则，破除信息孤岛，对此，一方面，应构建统一的反制裁资源信息共享平台，提升政府行政的透明度；另一方面，应当明确具体类型的政务信息资源的范围以及拒绝共享的理由，减少政府间信息共享不对称性[20]。

第三，建立专门性的反制裁执法机构。从跨部门执法实施过程出现的情况来看，需要建立专门的反制裁执法机构，可以从以下三方面着手：首先，反制裁执法机构需确保其独立地位，指的是与既有行政部门相独立。赋予其独立地位一方面可以确保其机制设计以及决策不会受到其他行政部门的影响，另一方面也可以确保政策实施的可持续性；其次，选任兼具制裁理论知识及处理能力的专业人员；最后，构建统一的议事规则。载专门机构内构建统一的议事规则可以有效对抗专门机构易于滥权的缺陷。

[19] 陈胜：《<对外关系法>与我国反外国不当措施的衔接》，载《中国外汇》2023 年第 16 期，19 页。
[20] 蒋敏娟：《法治视野下的政府跨部门协同机制探析》，载《中国行政管理》2015 年第 8 期，第 38 页。

2、完善执法程序

首先，反制裁执法程序需增加通知程序。通知程序的缺失使得被制裁对象丧失了主动改正的机会。针对此程序的缺失可增加反制措施实施的通知程序。建议未来我国完善执法程序时建立通知程序，执法机构在启动调查程序、拟采取反制措施前应及时通知被制裁对象，让利益相关者有表达自己意愿的机会；同时，给予相关实体改正其行为的期限，如果被制裁对象及时调整了损害我国国家利益的行为，则可以考虑不对该主体采取反制措施。这样的制度设计给予了相对人一定的程序性保障和救济渠道，能够有效增强我国反制措施的合法性。

其次，反制裁执法程序中应当增设豁免程序。在《反外国制裁法》中引入豁免机制，有助于提高制度的灵活性，使反制措施在充分发挥威慑力的同时减轻消极后果，是平衡国家安全利益和经济产业利益冲突的有效方案[21]。在反外国制裁法中规定我国企业、其他组织和个人向国务院有关部门申请豁免的权利，如果反制措施的实施对我国经济利益造成严重损失，那么国务院有关部门可以对本国实体实行豁免。同时应使用严格的限制条件，将豁免作为一种例外制度审慎使用，在申请主体方面，行为人只有在可能因实行我国反制措施或不实行外国制裁措施遭受严重损失，并需要提供充分证据证明其可能遭受的巨大经济或利益损失，才可向国务院有关部门申请豁免。

（三）司法适用的完善

针对以上反外国制裁法的司法实践中出现的问题，应当结合相关法律出台相关司法解释，为私人诉讼提供充分的法律依据，促使反外国制裁法真正发挥实效。其相关司法解释的内容应当包括且不限于以下内容：

一是关于诉讼主体资格问题。《反外国制裁法》未对原告主体资格做出细化规定，在理论上，直接或间接受到外国歧视性措施侵害的人都有权提起诉讼，应当明确间接受到侵害的人具有原告资格。关于被告资格的确定，在反制措施的实施中，利益受损主体可能为我国主体，也可能为外国主体，但《反外国制裁法》中阻断遵守义务只规定“我国境内的主体和个人”[22]，但是在追偿条款中追偿主体范围为“任何组织和个人”[23]。若被告范围限制为前者，则容易导致被告中国企业陷入遵守外国制裁法和中国反制措施的两难境地。被告范围应解释为后者，涵盖境外外国主体。

二是反外国制裁案件的司法管辖问题。首先是管辖层级问题，反外国制裁案件的一审应由中级人民法院管辖，这既符合《民事诉讼法》法院管辖的要求，同时也兼顾了相关利益的涉及广度、覆盖群体、外交政策和案件审理难度等多重因素。其次可以采取集中管辖模式，由最高人民法院制定相应区域中心城市的中级

[21] 陈喆：《<反外国制裁法>豁免机制的体系构建》，载《学海》2023 年第 4 期，179-191 页。
[22]《中华人民共和国反外国制裁法》第十一条
[23]《中华人民共和国反外国制裁法》第十二条

人民法院作为涉制裁案件的管辖法院，并划定管辖的区域范围。集中管辖能够形成规模效应，提高审理质效，有利于积累类案审判经验，提高法官审判水平、统一裁量标准，也有利于最高人民法院指导协调。最后建议参考知识产权领域的飞跃上诉机制。即涉制裁案件的上诉案件直接由最高人民法院的涉外审判庭或相关巡回法庭集中受理，通过提高制裁案件的二审法院审级，有利于协调对外事务的处理，统一裁判标准，并且便于最高人民法院与国务院有关部门在中央层面的交流与协商。

三是损害赔偿的标准问题。司法解释应进一步明确民事赔偿责任的标准，以保证追偿诉讼能够在民事程序中被顺利实施。损失赔偿机制一方面可以对执行或协助执行外国歧视性措施的主体进行经济追责，并弥补受损害的主体损失，另一方面可以在平衡相应主体利益时留有司法裁量的余地，维持可预期的良好的营商环境。域外国家的相关规定可提供一定的参考，例如欧盟的《阻断条例》规定欧盟企业可就因附件所列法律的域外适用所遭受的“任何损失”寻求赔偿；加拿大《外国域外措施法》中规定作为被告的加拿大主体可以追偿诉讼过程中的所有费用以及因外国判决遭受的任何损失和损害。立足于我国现状，借鉴相关域外国家的立法、司法实践，本文认为损害赔偿的范围可包括因歧视性限制措施造成的“任何损失”，以对违反行为实施者形成威慑。

四是在域外执行层面，我国应加快推进参与国际条约并充分发挥互惠原则的作用。《海牙判决公约》是首部协调全球外国法院判决承认与执行的国际条约，中国代表团全程参与了公约的起草、谈判，是公约的重要参与者和规则制定者。我国政府应当在全面研究《海牙判决公约》声明机制的基础上，在符合国际法原则的前提下重申我国的立场，积极主动谋求加入《海牙判决公约》，从国际条约层面上推动我国法院作出的反制裁诉讼判决在缔约国内获得承认与执行[24]。另一方面，应当明确互惠标准，推动互惠原则的认定从“事实互惠”向“法律互惠”转变[25]。法律互惠主要是要求两国关于判决承认与执行外国法院判决条件的立法规定基本相等，其判断是依据比较法的方法进行，比较两国在该问题的立法规定。但是由于各国的立法政策、法律传统以及司法体制的差异，几乎不可能存在完全对等的立法规定。因此，可借鉴采取部分国家的变通做法，即只要外国的立法规定与国内立法上的规定同等，或者所规定的条件不必国内的规定更严格，就认定两国之间存在法律互惠关系[26]。对于互惠关系的认定从“事实互惠”到“法律互惠”的转变，将会有利于我国法院的判决在域外得到承认与执行，有利于保护我国受损害主体的利益。

[24] 郝梓林：《<海牙判决公约>声明法律问题与中国因应》，载《武大国际法评论》2024 年第 5 期，38-55 页。

[25] 陈喆 韦绮珊：《<反外国制裁法>实施中的法律问题与完善》,载《武大国际法评论》2023 年第 5 期。

[26] 徐伟功：《我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变》，载《法商研究》2018 年第 2 期:171-182 页。

结语

我国反外国制裁法律体系的构建与完善，是新时代统筹国内法治与涉外法治、捍卫国家主权与发展利益的重要实践。《反外国制裁法》及其配套法规为维护我国主权、安全及发展利益提供了有力的反制工具，是加强涉外法治建设的重要成果。但是我国反外国制裁法律的实施机制仍存在进一步完善的空间，需要克服部分法律规则模糊、可操作性较弱的缺陷，执法过程与司法适用也存在较多的问题。因此，在完善反外国制裁法律体系的过程中，应当着重从以下三个方面进行：一是立法层面填补规则空白，明确模糊的法律概念，以便法律适用；二是建立更加完备的实施程序，构建跨部门工作协调机制，完善执法程序，保障反制措施更好发挥实效；三是在司法适用层面，完善反外国制裁司法救济机制，在遵循中央事权原则和比例原则的基础上，构建审理涉制裁案件的特别程序，以进一步巩固和维护反外国制裁法的实效，进而维护我国相关主体的合法权益和国家利益。通过完善反外国制裁法律制度保障，充实我国对外斗争法律“工具箱”和涉外法治体系，提升涉外法治化水平，为构建更加公平合理的国际秩序贡献中国智慧和中国方案。

2025年中国国际法学会

涉外法治人才培养的困境及应对路径

肖瑶林*

摘要：当前，我国全面推进高水平对外开放、推进全面依法治国，在党的二十大报告中，习总书记进一步强调教育、科技、人才是全面建设社会主义现代化国家的基础性、战略性支撑，要把握教育、科技和人才三位一体，实施科教兴国战略，强化现代化建设人才支撑。在这样的背景下，国家对涉外法治人才的培养提出了更高的要求。当前我国涉外法治人才培养已经初见成效，然而仍存在涉外法治人才培养模式创新不足与语言障碍严重的问题。为此，本文提出创新培养方式与采取“法学+”培养模式克服语言问题的完善路径，以满足国家在国际治理和涉外工作中的需求。

关键词：涉外法治人才　人才培养　“法治+其他”模式　教学改革

一、问题的提出

“法者，治之端也。”法治是国家核心竞争力的重要内容，也是未来国际秩序的努力方向。党的十八大以来，党中央作出“人才是实现民族振兴、赢得国际竞争主动的战略资源”的重要判断，作出全方位培养、引进、使用人才的重大部署。2020 年在党的首次中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记提出“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”[1]“坚持建设德才兼备的高素质法治工作队伍”的重要主张，进一步提高涉外法治人才培养在人才强国战略实施中的重要地位。在党的二十大报告中，习总书记进一步强调教育、科技、人才是全面建设社会主义现代化国家的基础性、战略性支撑，要把握教育、科技和人才三位一体，实施科教兴国战略，强化现代化建设人才支撑。中国要在全球治理中发挥引领地位，一方面需要培养能够代表中国形象、发出中国声音的国际治理人才，另一方面也需要做好面 向国际组织的人才输送，实现全球治理各个领域的人才储备和智力支撑。现在中国已进入了全面建设社会主义现代化国家、向第二个百年奋斗目标进军的新征程，站在两个一百年的历史交汇点，我们比历史上任何时期都更加接近实现中华民族伟大复兴的宏伟目标，也比历史上任何时期都更加渴望、珍惜人才，特别是能够在国际竞争上代表和争取国家利益的涉外法治人才。[2]因此，完善我国涉外法治人才培养模式，借鉴国内外先进、有益经验，培养一批高水平、高标准、能够塑造国际规则、从容处理涉外法律事

* 作者简介：肖瑶林，河南大学法学院 2023 级国际法硕士研究生。联系电话：16639809719 联系邮箱：xyl16639809719@163.com

1 黄惠康：《习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期。

2 刘宏松：《中国参与全球治理 70 年：迈向新形势下的再引领》，载《国际观察》2019 年第 6 期。

务、自如参与国际合作与竞争的涉外法治人才，对于提高我国涉外法治人才的数量和质量以及加快涉外法治工作战略布局均具有重要意义。[3]国际法学人才队伍建设是“走出去”极为关键的一环，而涉外法治人才培养更是重中之重。当前，我国涉外法治人才培养总体上处于“输出学生赴外学习”以及引入外国先进教材与师资的现状，截至目前，中国的法治人才队伍建设尚无法与经济全球化、国际关系法治化的发展趋势全面接轨，更难以达到建设法治专业人才队伍的供给侧要求。随着中国国际地位的不断提高，国家在全球治理工作中对涉外法治人才的要求也在逐步提高，但直到 2019 年以来，国内高校才开始在高等教育层面着重推动涉外法治人才培养工作。近年来逐步恢复和开展的国际法本科教育等涉外法治人才培养工作，还未能形成能够满足新时代发展需要的培养。[4]

二、涉外法治人才培养的基本理论

（一）涉外法治人才的内涵

作为一个由教育部提出并基于专业技能界分的概括性表达，“涉外法治人才” 在理论研究与高校实践中存在着诸多表述方式， 目前尚未形成统一的学理界定。在实践中存在多个与“涉外法治人才”类似的表述，包括但不限于“涉外法律人才”、“卓越涉外法律人才”、“国际型法律人才”、“国际化法律人才”等。[5]对于“涉外法律人才”与“卓越涉外法律人才”此种表述来源于教育部 2011 年制定的《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》（以下简称为《意见》），有学者在研究中便沿用了该表述方式。[6]“涉外法治人才”的概念是在“一带一路”倡议提出之后，中共中央在 2014 年 10 月审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）中提出的。《决定》要求“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”。至于“国际型法律人才”、“国际化法律人才”的表述，“国际型法律人才”来源于 《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010-2020 年）》，有的学者也使用国际化法律人才等类似表述。对于涉外法治人才作内涵界定，至少应从“涉外”、“法治”、“人才”3 个方面出发。

首先，何为 “涉外”？一般而言，涉外是指某一社会关系的诸要素中有一项及以上是“外国的”，[7]换言之，主体、 客体、事实三者至少其一不在本国境内。基于本文的分析对象则是指，无论是国际政治关系或经济关系，人才的工

3 郭雳：《创新涉外卓越法治人才培养方式》，2020－10－10，http: / /www ．jyb ．cn /rmtzcg /xwy/wzxw/202010/t20201010-364096.html。

4 崔晓静：《闭环式涉外法治人才培养模式的探索与创新》，载《武大国际法评论》2022 年第 2 期。

5 韩永红、覃伟英：《面相“一带一路”需求的涉外法治人才培养——现状与展望》，载《中国法学教育研究》2019 年第 1 期。

6 胡晓霞：《“一带一路” 建设中争端解决机制研究——兼及涉外法律人才的培养》， 载《法学论坛》2018 年第 4 期。

7 车丕照：《涉外非民事关系的管辖与法律适用》，《吉林大学社会科学学报》2022 年第 2 期。

作活动主要发生在外国空间。其次，何为 “法治”？如对此概念作结构化分析，法治则是指包含立法、执法、司法、守法的体系。同时，任何体系的背后都必然包含技术与思维两方面，“一个技艺娴熟的法律工作者几乎可以为所有司法判决披上专业的外衣”，[8]在法律职业领域，一方面要求法律工作者具备扎实的法律专业技能，另一方面要求法律工作者应会运用法学思维思考技能背后指向的原因。最后，“人才”不仅包括从事国际业务的律师、法务、政府部门与公检法机关的公务人员等实务人员，也包括在高校和研究院从事国际法教学与研究的理论人才。当然，有学者认为必须区分作为国际性工作人员， 从事与国际法事务相关的“国际法律人才”和作为国内工作人员，从事与涉外事务相关的“涉外法治人才”，认为使用统一的概念笼统地涵盖两个内涵，对任何一方来说，都属于逻辑上的张冠李戴。但本文认为这种区分并无太大意义，使用一般意义上的“涉外法治人才” 即可与法学教育者的常识性认知相契合。[9]“涉外法治人才”可以构成国家对于培养此类专门人才的完整理解。[10]

（二）涉外法治人才的顶层设计

涉外法治人才培养既要遵循人才培养的一般规律，更要注重提高其政治素质，确保涉外法治人才始终心怀“国之大者”，站在服务国家战略、维护国家利益的高度，主动参与国际规则制定，维护国家主权、安全和发展利益，助力构建人类命运共同体。要夯实政治素质基础，强化业务实践能力，提升运用法治手段开展国际斗争的能力。涉外法治人才培养要深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想特别是习近平法治思想、习近平外交思想和习近平总书记关于教育的重要论述，深入研究阐释习近平法治思想关于坚持统筹国内法治与涉外法治的重大原创性 贡献，全面推进习近平法治思想进教材、进课堂、 进头脑 ，用党的创新理论引领涉外法治人才培养。习近平总书记强调，法治人才培养要“坚持立德树人、德法兼修”。涉外法治人才培养，要牢牢把握培养什么人、怎样培养人、为谁培养人这个根本问题，坚持立德树人，把思政教育与法学教育相贯通，育人与育才相结合。

涉外法治人才既要有良好的职业道德素养，也要有卓越的涉外法治业务能力。法学院校要始终坚持立德树人、德法兼修的涉外法治人才培养目标。习近平总书记指出：“法学教育要坚持立德树人，不仅要提高学生的法学知识水平，而且要培养学生的思想道德素养。”首先要把人做好，然后才可能成为合格的法治人才。立德树人、德法兼修是社会主义法学教育和法治人才培养的根本底

8 布赖恩·Z·塔玛纳哈：《法律工具主义》，陈虎、杨洁译，北京：北京大学出版社，2016 年，第 338 页。

9 韩秀丽：《涉外法治：属性解读与完善进路》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2023 年第 3 期。

10 魏健馨、蒋露：《高校涉外法治人才培养体系的完善对策》，载《河北法律职业教育》2013 年第 1 期。

色。要引导广大涉外法治人才时刻注重自身思想品德修养，恪守法律职业伦理底线，既讲大德，也讲公德、讲私德，努力塑造德才兼备 、德法兼修 、明法笃行的高素质涉外法治人才。

2023 年 2 月，中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，提出完善涉外法学相关学科专业设置。为此，要做好涉外法学的学科建设和涉外法治实践的紧密结合，深入推进涉外法治人才培养供给侧结构性改革，促成供给端（教育链、人才链）和需求端（产业链、创新链）的深入嵌合，开展涉外法治课程设置、培养机制和实践教学的一揽子改革。要把涉外法治人才纳入国家中长期人才发展规划，有计划、有步骤地培养不同领域不同专业的涉外法治人才。重视涉外法治人才的继续教育，对涉外法治人才进行有针对性的业务培训。对派往国际组织任职的后备人才，制定具体的人才建设计划和支持方案。加强对涉外法治人才的国际化训练，坚持引进外国专家和输出优秀学生并举，使其具有熟悉外国文化环境的经历，培养跨文化交流能力，更有效地开展涉外法治工作。[11]

（三）涉外法治人才的实践需求

近年来，随着对外商贸合作的日益推进，我国各大高校逐渐重视与加强对法治人才的培养，法治人才在数量和质量上都有了很大程度上的提高。高校法学专业教育中也将“国际法”纳 人核心教育课程内容，当前我国有 20 多所科研机构和高校具有授予国际法博士学位的资格，从这个层面上看，我国为法治人才的培养创造了良好的条件。据司法部统计，我国目前从事涉外法律事务的人员约为 12000 名，约占律师总体数量的 2 ‰。我国律师在国际商会、国际保护知识产权协会等国际经济、贸易组织的专家机构、评审机构、争端解决机构任职的人数还比较少，话语权和影响力还比较弱，发挥的作用还比较有限。随着我国开放程度扩大，我国外国国家的贸易往来更加频繁，合作愈加深入，摩擦与争端亦不可避免，需要更多涉外法治人才维护国家和企业的合法权益。就实际情况而言，大部分法学专业的毕业生在离校后 都会选择就职于国内律师事务所，涉及的工作内容多为国内法律事务，而专注于国际法业务研究的毕业生少之又少。[12]

培养涉外法治人才是基于打破贸易壁垒的需要。当今世界处于百年未有之大变局，尤其是“一带一路”倡议的提出，我国经济发展速度加快，国际争端频现，迫切需要在国际组织中提高我国法治人才的供给。经济全球化意味着世界各国经济紧密相连，形成了经济命运共同体。2008 年金融危机之后，世界经济处于缓慢复苏状态，2019 年 12 月新冠肺炎疫情爆发更是为全球经济发展蒙

11 马怀德:《加强涉外法治人才培养》，载《政治》2023 年第 24 期。

12 杨军:《一带一路”法治人才需求与我国法治教育的冲突与调适对策》，载《法学教育研究》2023 年第 21 期。

上了一层阴影。 尽管我国不断推进“一带一路”建设，但跨国贸易仍旧存在一定障碍，西方国家为维护自身利益而设立各种标准，贸易壁垒仍旧存在。世界各个国家的生产水平不同，技术水准也存在差异，这都对我国贸易输出有着不利影响。“一带一路” 各国发展阶段、地理位置不同，导致劳动者的生存环境、生活成本均有不同，进而造成生产成本差异性较大的后果，也同样不利于出口。我国积极加入相关国际贸易组织，打造与亚洲各国良好贸易往来的基础，同时缔结 RCEP，深化“一带一路”倡议，期待在世界范围内建设对“一带一路”沿线国家更加友好的贸易环境。我国目前已是全球第二大经济体，更是进出口总额世界第一的大国，不可避免将遭遇各种贸易壁垒，亟须相关涉外法治人才运用国际法维护我国经贸利益。

据调查，我国在各类国际组织中任职人员占比远低于平均水准，从联合国秘书处的任职情况看，我国位于“40 个任职人数不足” 的国家之列。[13] 目前在国际组织任职的中国法治人才过少，不利于在多边合作中有效维护我国的合法权益，也不利于我国在世界范围内积极履行大国责任。尤其在已与周边国家缔结全球最大的自由贸易协定《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），并积极准备加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）的情况下，急需培养相关涉外法治人才，最大限度地保障国家与国民利益。[14]

三、涉外法治人才培养面临的困境

（一）涉外法治人才培养模式创新不足

目前我国高校在许多领域借乘“一带一路” 这股东风，致力于培养服务“一带一路”建设所需的人才，涉外法治人才的培养亦如此。但尽管以“五院四系”为首的政法类院校因其充足的师资力量和较强的专业性走在了创新的前沿，采用综合培养模式、特色试验班模式、专业复合模式以及中外合作办学等模式，[15]在人才培养上进行了一些改革与创新，但从全国法学学科整体教育来看，人才培养模式创新性仍显不足。大多数院校仍循规蹈矩，按照传统模式进行法学教育，忽视国别法的教学，甚至对国际法这一基础课程没有给予应有的重视，培养机制单一。这些院校可能存在一个根本的认知偏差，即涉外法治人才的培养是少数综合性重点大学与政法类专业院校的任务，与我无关。在此情况下，谈何涉外法治人才培养模式的创新？殊不知，“一带一路”倡议之下，全国没有一个省市不受其影响，也没有任何一个省市不能为此贡献力量，高校也

13 United Nations．Composition of the Secretariat: Staff De·mographics（Report of the Secretary-General）[EB/OL].（2017-07-11）[2012-12-13]．https：//digitalli·brary．un．Org/record/1300996 / files / A-72-123-EN．

14 黄素梅、孙昕文:《“一带一路”涉外法治人才培养需求及对策研究》，载《当代教育理论与实践》2023 年第 2 期。

15 韩永红、覃伟英:《面相“一带一路”需求的涉外法治人才培养——现状与展望》，载《中国法学教育研究》2019 年第 1 期。

是如此，即使是地方性高校法学院系，都应有意识地培养至少能满足本地需求的涉外法治人才。 此外，国内的大多数院校培养的法治人才仍然具有较强的趋同性。 很多高校涉外人才培养也具有同质化趋势，而同质化法治人才的培养与供给无法适应“一带一路”倡议对专门性法治人才的需求。因此，整体上看，我国高等院校法学院系涉外法治人才培养模式的创新性仍存在不足。

（二）涉外法治人才培养语言障碍严重

沟通在涉外法律事务处理中尤为重要，但目前国内法学院在校生大多不具备扎实的法律外语能力，无法在具体实务操作中与他人形成良好沟通。众所周知，语言习得的本质是，通过多年的持续学习来提高流利程度。虽然法学院课程设置和学生攻读学位的年限，给提高语言流利度带来了一定的限制，但由此也可以看出，在培养体系中尽早为学生安排法律外语课程非常必要。考察现实状况，国内法学院的外语教学存在三种模式。一是交由学校外语学院的教师来完成，但基础语言课程教师不具备法律背景，法律翻译者需要熟悉比较法、法律语言来源的问题，通识类外语教学模式不能满足涉外人才培养需要；二是交由学院国际法专业的教师来完成，但是全国建立国际法研究所的院校寥寥无几， 绝大多数院校受到师资力量的限制；三是交由前述两方教师配合完成，截至目前，能长期实施该模式的高校屈指可数，是否能经得起时间检验，还有待考察。以广东外语外贸大学为首的外语专业类院校，因其充足的资源和较强的专业性走在了“外语＋法学”创新型培养模式的前沿，采用双学位模式，鼓励外语专业学生在本科期间同时接受法学专业教育，毕业前通过外语考级和国家法律职业资格考试。[16]

尽管此类专业复合模式在培养体系上确实有一些创新，但从全国高校法学学科的整体教育来看，无法成为其他院校的学习样板。大多数院校采取的依旧是传统的单一学位培养模式，甚至对外语学习这一重要环节没有给予足够的重视。法学院由于师资有限，没有自主为法科学生提供英语教学的能力，甚至部分高校的法学院都没有国际法研究所和硕士学位点，更遑论在本科教学中全面开设全英教学的国际法课程，严重不利于涉外法治人才的培养。除了沟通能力以外，对于涉外法律从业者来说，正确理解和翻译法律文本也具有重要意义。法律翻译有一个相当简单的目标，即翻译形成的文本要与原法律体系所阐释的文本具有同等含义。其实并非易事，许多文本虽然在表述上保持不变，但它的法律意义已经产生了新的变化，例如美国宪法理论界的原旨主义思维。原旨主义学者认为，宪法应该根据其制定者的意图来解释，应该通过考察开国元勋如何理解其措辞的含义来确定。申言之，法院应该从制宪会议、联邦党人文件、

16 石佑启、韩永红:《论涉外法治人才的培养——基于广东外语外贸大学办学实践的考察》,《广东外语外贸大学学报》2015 年第 3 期。

1789 年宪法批准后不久的历史实践或同等的修订来确定具体条款的含义。因而，正确理解和翻译法律文本需要译者结合文本产生的社会背景，既要求学生在学习外国法基础知识的同时，也要了解国外的法律文化及其演进过程。从整体上看，我国法学教育因种种原因，培养学生准确把握外国法律文本能力的平台有限，仍偏重于国内法教学。

四、涉外法治人才培养的完善路径

（一）创新培养方式

涉外法治人才培养是系统性、长期性的工程，需要着眼全局、统筹规划，加强顶层设计，做好贯彻落实，完善政策配套，鼓励创新发展，积极探索创新培养模式。要加强国内高校联合培养，探索联合授予学位等培养模式。鼓励更多高校内不同专业和高校之间的横向合作，加强专业复合建设的力度。推动涉外法治人才培养创新改革，与国外高水平大学合作交流，鼓励学生赴海外攻读硕士、博士学位，拓宽学生的国际视野，提高学生参与国际法律事务的能力。积极与国际组织和境外机构合作，设立实习实践基地。派员到国际组织学习交流。开展好涉外法学教育、培养涉外法治人才，关键在法学教师。亟需打造一支政治立场坚定、法学根底深厚、熟悉中国国情、通晓国际规则的高水平专兼职教师队伍。继续加强对教师团队的培训、选拔和管理，增加教师团队在涉外部门挂职实训的机会、试行高校教师和外事工作机构工作人员的双向流动机制、提升教师的国际视野和能力水平。要把涉外法治人才纳入国家中长期人才发展规划，有计划、有步骤地培养不同领域不同专业的涉外法治人才。重视涉外法治人才的继续教育，对涉外法治人才进行有针对性的业务培训。对派往国际组织任职的后备人才，制定具体的人才建设计划和支持方案。加强对涉外法治人才的国际化训练，坚持引进外国专家和输出优秀学生并举，使其具有熟悉外国文化环境的经历，培养跨文化交流能力，更有效地开展涉外法治工作。

总之，涉外法治人才培养工作要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想特别是习近平法治思想、习近平外交思想和习近平总书记关于教育的重要论述精神为统领，坚持和加强党的全面领导，坚持立德树人、德法兼修，完善以实践为导向的培养机制，做好高端涉外法治人才培养储备，创新培养模式，努力造就一支高素质涉外法治人才队伍，为中国式现代化行稳致远夯实人才支撑。17

（二）采取“法学+其他”培养模式

在我国不断强调“引进来”、“走出去”的情况下，贸易摩擦和经济冲突必会愈演愈烈。涉外经贸纠纷往往非常复杂，对涉外法治人才的知识储备要求高。 复合型、综合性涉外法治人才需求旺盛，因此，应重视非法学法律硕士的

17 马怀德:《加强涉外法治人才培养》，载《政治》2023 年第 24 期。

培养。非法学法律硕士可以在其本科所学专业如医学、工学、理学的基础上，进一步学习法学专业知识，经过系统培养，成为复合型法治人才，与此同时，加强外语的学习与运用，最终成为复合型涉外法治人才。使之不仅能解决涉外法律纠纷，更能在世界范围内参与规则制定，以维护我国利益。[18]

一是“法学+英语”模式。英语作为国际通用语言，在国际组织、国际交往中具有不可动摇的主流语言工具地位，因此，“法学+英语”应该是语言学校法学院系的主要人才培养模式。

二是“法学+小语种”模式。从世界格局、地缘政治的未来发展看，我国都需要加强与不同国家的交往，法学在其中的地位举足轻重，21 世纪的国际交往也应当朝向法治化的方向努力，然而没有语言就无法交流。例如，土耳其语等语言与法学知识的融合，将对“走出去”战略长期稳定发展提供必要的人才储备。其他如非洲、拉丁美洲一些小国家的“语言+法学”人才的培养一样要给予足够的重视，未来北外将开齐与我国建交的所有国家的语种，这是我国对人才储备的战略需求，藉此契机，培养“法学+小语种”复合型人才很有必要。

三是“法学+经济+外语”模式。要在国际组织中工作、增强中国的话语权、提升国家形象， 就需要一批“懂法律、懂经济、懂外语”的“三懂人才”。

四是“法学+复语”模式。“法学+复语”指的是既懂法学又能熟练运用两门以上外语的“复语”、“复合”法治人才。“两门以上外语”可以是英语+“德法日西俄”语种其中的一种或几种，也可以是英语+“小小语种”——即较小的国家、世界上较少的人说的语种。从广义上讲，“法学+小语种”复合型人才中不乏也可以讲英文的学生，只是“法学+复语”更强调能够运用两门以上外语的能力。[19]

五、结语

涉外法治人才培养是一项系统工程,需要中央及相关部委着眼全局,科学规划,在新文科建设要求下进行制度设计,加强资源协同。在提升我国国际话语权的时代背景下，完善高校培养体系对涉外法治人才培养有着举足轻重的作用。经过多年的创新与改革，国内法学院结合自身实际情况已取得了相应进步，但其有效性仍不明显。我们要充分认识到，高校涉外法治人才培养体系的完善，应该优先满足国家对外开放的战略需求，尝试打破国内外藩篱，训练学生扎实的实践能力，夯实学生的法律外语基础。培养优秀的涉外法治人才是提升我国国际地位之根本，也是我国深度融入全球化经济的关键所在，各大高校应真正在涉外法治人才培养体系上尝试创新，系统、有效地培养涉外法治人才。

18 黄素梅、孙昕文:《“一带一路”涉外法治人才培养需求及对策研究》, 载《当代教育理论与实践》2023 年第 2 期

19 王文华:《论涉外法治人才培养机制创新》, 载《中国大学教学》2015 年第 11 期。

参考文献：

1.黄惠康：《习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期。

2.刘宏松：《中国参与全球治理 70 年：迈向新形势下的再引领》，载《国际观察》2019 年第 6 期。

3.崔晓静：《闭环式涉外法治人才培养模式的探索与创新》，载《武大国际法评论》2022 年第 2 期。

4.韩永红、覃伟英：《面相“一带一路”需求的涉外法治人才培养——现状与展望》，载《中国法学教育研究》2019 年第 1 期。

5.胡晓霞：《“一带一路” 建设中争端解决机制研究——兼及涉外法律人才的培养》， 载《法学论坛》2018 年第 4 期。

6.车丕照：《涉外非民事关系的管辖与法律适用》，《吉林大学社会科学学报》2022 年第 2 期。

7.布赖恩·Z·塔玛纳哈：《法律工具主义》，陈虎、杨洁译，北京：北京大学出版社，2016 年，第 338 页。

8.韩秀丽：《涉外法治：属性解读与完善进路》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2023 年第 3 期。

9.魏健馨、蒋露：《高校涉外法治人才培养体系的完善对策》，载《河北法律职业教育》2013 年第 1 期。

10.马怀德：《加强涉外法治人才培养》，载《政治》2023 年第 24 期。

11.杨军：《一带一路”法治人才需求与我国法治教育的冲突与调适对策》，载《法学教育研究》2023 年第 21 期。

12.黄素梅、孙昕文：《“一带一路”涉外法治人才培养需求及对策研究》，载《当代教育理论与实践》2023 年第 2 期。

13.石佑启、韩永红：《论涉外法治人才的培养——基于广东外语外贸大学办学实践的考察》，《广东外语外贸大学学报》2015 年第 3 期。

14.王文华：《论涉外法治人才培养机制创新》，载《中国大学教学》2015 年第 11 期。

2025年中国国际法学会年会

中国卫生法域外适用路径研究

薄遵宇　金成华*

摘要：新冠肺炎对人们的影响还未远去，猴痘等新型传染病又在世界各地爆发，近期特朗普政府再次宣布美国将退出 WTO，使全球卫生治理形势更加复杂。世界需要听到中国声音，在《大流行协定》谈判背景下推进我国法律的域外适用将是解决这一问题的有效路径。域外管辖权是我国法律域外适用的前提，而保护管辖权以维护我国国家利益为行使管辖的基础，在我国有充足证据证明管辖领域外的人、物或行为侵犯我国国家利益时，基于保护管辖权推进相关卫生法的域外适用将具有国际法合法性。应该注意到，不是所有的法律都具有域外适用性。卫生立法建立在各国发展基础之上，与各国国情紧密相关，在我国社会发展的背景下制定的现行卫生法律大部分不具有域外适用性。但疾病预防，特别是传染病预防方面的法律，则需要全球应共同应对，我国可以在疾病预防方面发挥法律影响力，推进相关法律的域外适用。同时，在推进法律域外适用的过程中，处罚的确定性以及司法机关、执法机关积极适用法律的行为将有利于我国法律域外适用发挥域外效力。

关键词：卫生法　域外适用　域外效力　大流行协定

一、　卫生法域外适用之必要性与正当性分析

近年来，世界百年变局加速演进，国际环境错综复杂。全球经济保护主义加剧以及地缘政治紧张等因素造成了复杂的全球政治经济格局，并使我国面临的外部环境更加严峻。[1]随着“全球竞争越来越体现为制度、规则、法律之争”[2]，如何利用法律保护我国国家、公民和企业利益，并运用法律推动全球治理秩序的重构成为我国法治建设的重点。涉外法治概念的提出及其中蕴含的法律域外适用原理将有利于解决以上问题，推动全球治理朝着“良法善治”的方向演进，使全球发展的成果惠及全球人民。

我国现阶段对于发挥法律域外效力的研究主要在宏观层面，并整体呈现了从对美国如何进行法律域外适用的研究、面对美国法律域外适用违背国际法时中国

* 薄遵宇：上海大学法学院研究生；金成华：上海大学法学院副教授、硕士生导师，上海大学国际卫生法治研究中心主任，研究方向：国际法，国际卫生法。

[1] 李强：《2025 政府工作报告》，中国政府网 2025 年 3 月 5 日，https://www.gov.cn/zhengce/202503/content_7010567.htm。

[2] 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 6 页。

的应对之策[3]，到如何构建中国自身法律域外体系的研究转向与趋势[4]，体现了国际法学界对我国国内法域外适用研究的不断深入，以及构建中国自主法律体系的要求。但是，宏观的研究虽然能整体上推进我国法律域外适用的进程，却不能使具体领域法律的域外适用效力达到最大化，因此，立足于某一领域进行法律域外研究是必要的。从全球卫生治理视角来看，健康对于人们的重要性不言而喻，而新冠疫情等全球传染病的爆发、各种地区性传染病的接连出现、大流行协定达成时间一再推迟以及美国宣布退出 WHO 的种种事实表明，现阶段的全球卫生治理还不能满足全世界人民，特别是广大发展中国家和最不发达国家人民对于健康的要求。对于中国的卫生治理而言，党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央把维护人民健康摆在更加突出的位置，[5]出台多份文件在多个方面促进人民健康。[6]从新冠疫情期间，中国自主研发新冠疫苗的成功以及将中国抗疫的经验分享给其它国家的做法来看，中国在公共卫生治理的基础设施建设等方面取得了较大的成就，对于如何迅速控制和遏制疫情等社会管理层面也积累了较多有益的经验，针对新冠肺炎疫情中暴露的公共卫生治理体系缺陷，我国也在进行卫生治理体系的改革[7]。与公共卫生治理的实践飞速发展不同的是，我国卫生领域的法律相对滞后，与相关国际法衔接不足，可能落后于实践需要。从国际竞争视角来看，美国违背国际法行使域外管辖权，以“威胁美国国家安全”为由对我国正常的科技生物研发实施管制。[8]美国此举的目的虽不直接针对我国医药或者卫生治理领域的发展，但生物科技与医药研发息息相关，势必会在一定程度上阻碍我国卫生治理的进程，也会加重全球卫生治理领域的政治色彩，令以保障人类生命健康为宗旨的全球公共卫生治理成为国家间竞争的谈判场所，将人类健康的砝码放在政治的天平之上。加之特朗普政府宣布美国有退出 WHO 的可能，美国或许会以一己之力扰乱全球卫生治理的秩序。综上所述，从全球卫生治理、我国卫生治理、

[3] 参见杜涛：《欧盟对待域外经济制裁的政策转变及其背景分析》，《德国研究》2012 年第 3 期；肖永平：《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》，《中国法学》2019 年第 6 期；廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019 年第 3 期；霍政欣：《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期。

[4] 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；廖诗评：《中国法域外适用法律体系视野下的行政执法》，《行政法学研究》，2023 年第 2 期；陈靓：《法律域外适用制度：生成与实施逻辑》，《中国法律评论》2024 年第 2 期；姜悠悠：《论中国反制裁法的域外效力》，《上海对外经贸大学学报》2025 年第 1 期。

[5] 姚建红：《构建大健康大卫生格局，全方位护佑人民健康》，求是网 2024 年 5 月 14 日，http://www.qstheory.cn/dukan/hqwg/2024-05/14/c_1130144656.htm。

[6] 例如国务院出台了《“健康中国 2030”规划纲要》。在除总体规划之外，我国也在具体领域颁布文件以促进维护人民健康目标的落实，如《中国制造 2025》将生物医疗产业提升到了“国家优先产业”战略高度，使生物医药产业具有与信息技术、航空航天等核心产业同样的优先发展地位，这将促使我国广大人民群众有机会享受性价比更高的医疗设施等服务。

[7] 例如国务院办公厅在 2024 年 6 月 3 日颁发的《深化医药卫生体制改革 2024 年重点工作任务》第 7 条中提到，我国要提高公共卫生服务能力，具体而言要推进传染病监测预警与应急指挥能力建设等重点项目建设，提高基本公共卫生服务经费人均财政补助等。

[8] 李寿平，时倩：《美国对华生物科技出口管制新趋向及中国应对》，《中北大学学报(社会科学版)》, 2025 年第 1 期第 7 页。

国家竞争三个层面，以及在人类对卫生健康的迫切需要与全球卫生治理现状产生较大差距的现实状况下，世界需要听到中国的声音。中国作为负责任的大国，一贯坚定维护 WHO 等国际组织发挥其应有的作用，以“人类命运共同体”为宗旨，促进全球卫生健康的有效治理。在全球卫生治理形势较为复杂的背景下，鉴于中国最大发展中国家的全球地位，如果在符合国际法的前提下提出自己的倡议，中国主张或许能起到独树一帜的效果。

鉴于国际关系、涉外关系的法律治理相对于战争和外交这两种方式，具有自己独特的价值和作用，是国际社会普遍接受的国家治理方式，能够在各个层面提高全球人民的参与感和获得感，[9]通过法治方式推进全球卫生治理是较为理想的方式。在促进全球卫生治理更好发展的语境下，法治方式既包括完善现有国际法体系框架的路径，又包括推进涉外法治之路径。但基于各国国际地位的变化、人类社会的飞速进步以及国际法体系发展相对滞后等原因，[10]通过涉外法治促进全球卫生治理的“良法善治”或许是一条合理的路径选择。同时，各国对《大流行协定草案》（以下简称《大流行协定》）的谈判、《大流行协定》本身的相关规定以及该协定达成后的实施，或许会为促进我国卫生法律域外适用、促进全球卫生治理水平的提高提供良好契机。

二、 卫生法及其域外适用可能性

（一）卫生法相关概念及其争议

相对于民法、刑法等法律，卫生法作为较为新兴的法律领域，其概念比较模糊。西方学者普遍认为，“为卫生法下一学术定义就好比从不同的角度观赏埃奇伍德”，[11]在我国，尽管大多数学者认同将“卫生法”作为卫生健康领域的一门法律学科的名称，但“卫生法”定义仍存在界定不清的情况，学者们对卫生法定义的研究范畴也有明显的领域扩张特色。[12]即使从公共卫生法这个研究范围相较于卫生法小得多的概念来说，其也呈现出了从关注疾病预防控制、应急救治、采供血等传统公共卫生法，到愈发强调影响健康的社会决定因素和健康的公平性的现代公共卫生法的趋势（例如有学者认为可以将环境法纳入卫生法的范畴之中，因为环境会影响人的身体健康），这种转变使公共卫生法的定义与内涵同样难以确

[9] 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 40 页。

[10] 霍政欣：《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》，《政法论坛》2020 年第 2 期，第 173 页。

[11] 译者注：埃奇伍德是美国华盛顿州皮尔斯县下属的一座城市，这个城市的房屋建筑比较有特色，许多屋子彼此交错勾连，仿佛笼罩在神秘莫测的魔法之中，越往里走，就变的越大。Paula Lobato De Faria, Wendy K. Mariner, George J. Annas. Defining Health Law or the Edgewood Syndrome. Direito da saude.2009,25 p117—126. 转引自李筱永 ：《卫生法学的概念及其基本范畴辨析》，《医学与社会》2011 年第 8 期，第 78 页。

[12] 参见金成华：《医疗卫生法的本位论：后疫情时代的法理与导向》，《中国卫生法制》2021 年第 6 期。

定。[13]有鉴于卫生法或公共卫生法的内涵与外延尚不清晰，单纯谈论卫生法的域外适用或公共卫生法的域外适用将使得对域外适用的研究同样变得模糊而缺乏实践意义。本文无意在卫生法概念中多添一笔，因此将直接界分、明晰哪些法律具有域外适用的可能并产生实际的域外适用效力。

（二）国内法域外适用之概念及构成要件

现阶段学界一般认为，所谓国内法域外适用，是指本国针对位于或发生在本国管辖领域之外的人、物或行为适用本国法律规则的过程，既包括国内法院实施司法管辖的行为，又包括国内行政机关适用和执行国内法的行为，但不包括国内法院适用双方当事人意思自治所选择的国内法律规则，或者冲突规范所指引的国内法来解决争端的行为。[14]除上述国内法域外适用的情况外，现实国际社会还存在第二种国内法域外适用的情况，即针对基于对他国的武装占领或者在其它情势下，由其国家机关在域外行使权利而适用国内法的国内法域外适用的情况。比如英帝国曾在殖民地基础上构建了贯穿多个辖域、程度不一的单极全球法律秩序，以看似混乱的秩序动态维系着英国全球法律帝国体系，其本质是单方、殖民的统治，而绝非以法统治，[15]这种情况因为侵犯了他国的国家主权而被国际法所禁止。

国内法要进行域外适用，就需要国家具有域外管辖权，并要求法律的域外适用能够实际产生域外效力。对于域外管辖，一般而言，主权国家在国际法上的管辖权一般分为属人管辖权、属地管辖权、保护管辖权和普遍管辖权。[16]虽然对什么是域外效力尚存争议，但学界一般认为域外效力是法律域外适用的实施结果。[17]所以，域外管辖是法律进行域外适用的前提，而域外效力是法律域外适用的结果，能够使国内法在本国管辖领域外具有法律适用效果。只有域外管辖、域外适用与域外效力三者同时存在，才能使国内法产生域外适用的意义，缺少任何一个要件都会使国内法的域外适用违背国际法甚至不构成真正的法律域外适用。

（三）从管辖权基础论卫生法域外适用可能性

属地管辖权指的是国家对于位于其领土范围内的人、物、行为所享有的管辖权，其可以进一步细分为主观属地管辖权和客观属地管辖权，前者指的是国家基于行为发生在本国领土范围之内而行使管辖权，后者指的是国家基于行为要件或部分行为发生在本国领土范围之内而行使管辖权。[18]客观属地管辖权已被国际法

[13] 参见杨彤丹：《公共卫生法之现代阐释》，《学习与探索》2012 年第 12 期。
[14] 廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 168 页。
[15] 万立，屈文生：《近代英国对话域外法体系研究》，《中外法学》2021 年第 5 期，第 1399 页。
[16] 参见邵沙平主编：《国际法》第三版，高等教育出版社 2017 年版，第 71-73 页。
[17] 覃俊豪：《国内法域外适用：研究路径、美国实践与中国应对》，《学术论坛》2024 年第 2 期，第 136 页。
[18] See Bernard H. Oxman, Jurisdiction of States, Max Planck Encyclopedia of Public International Law,https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436, last visited on

所承认，而主观属地管辖权却有被扩大化适用的趋势，例如美国以其他国家交易使用美元结算归为美国可以对他国实行管辖的连接点，将极小的因素纳入管辖的做法将阻碍全球自由贸易，显然侵犯了他国的主权，是违背国际法的行为。在不违背国际法，不对属地管辖做出扩张性解释的情况下，属地管辖是领土主权的本质属性，是国内法属地效力的基石，但属地管辖可能难以成为我国卫生法域外适用的法律基础。另外，虽然在我国领土范围内的人、物和行为，除外交豁免等事项外，一般都需要基于属地原则遵守我国的法律，但不是所有卫生健康领域的法律都能够进行域外适用。事实上，笔者认为我国现阶段大多数卫生健康领域的法律都不具有域外适用的可行性。我国现在卫生健康领域的法律除《中医药法》、《基本医疗卫生与健康促进法》、《中华人民共和国红十字会法》等等综合性法律外，大抵可以分为医疗机构与医师、医疗与护理、医疗安全与血液管理、医疗纠纷处理、人口与健康（妇幼保健、老龄健康、职业健康）以及疾病预防六个方面。但笔者认为，除疾病预防方面的法律法规，其它方面的“卫生法”难以在域外适用，因为他们具有较强的属地性质或属人性质。以《医疗机构基本标准》为例，各国一般会制定适合本国国家状况的医疗标准，因此，中国的医疗标准并不适用于其它国家，难以发挥其域外效力。同理，其它方面的“卫生法”同样面临着不能域外适用的窠臼。对于这些领域的“卫生法”，我国可以对外传输相关方面的经验，但此种以国家发展现状为实施基础的法律制度并不有利于我国法律的域外适用。疾病预防相较于以上方面的法律法规不同的是，疾病预防，特别是传染病预防与地球上的每一个人都息息相关，全球需要共同合作以预防各类疾病。世界各国应在疾病预防方面制定相对统一的标准，这为我国疾病预防方面的法律域外适用提供了可能。在新冠肺炎疫情中，美国指责我国在疫情防控方面存在不及时通报行为，并对我国进行索赔，虽然美国的索赔是毫无根据的以抹黑我国声誉为目的的政治行为，违背了国际法，损害了我国的国家利益与名誉，但美国的行为至少说明，在全球性传染病面前，如果某国家或我国管辖领域外的自然人、法人或其他组织的行为导致了全球传染病的加重并严重损害了我国的利益，我国或许可以适用我国的国内法对该国家、自然人、法人或组织进行追责。

属人管辖权指的是国家基于自然人、法人或其他主体与自身的联系所确立的管辖权。[19]属人管辖权概念非常明确，在不进行扩张解释的时候同样无助于卫生法律的域外适用，只能对我国的公民、法人或其它组织适用。例如《中华人民共和国老年人权益保障法》针对的是我国六十岁以上的公民，[20]该法难以进行域外适用。至于普遍管辖权，亦称“普遍管辖原则”或“普遍原则”，是一个有关刑

8 March 2025.

[19] 廖诗评：《域外管辖论纲》，《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 37 页。

[20] 参见《中华人民共和国老年人权益保障法》第 2 条。

法空间效力的问题也就是说，普遍管辖权是一种刑事管辖权。[21]真正或纯粹的普遍管辖权是一种仅以所涉罪行的受普遍关注性质为根据的管辖权。[22]显然，普遍管辖权也不适用于卫生法的域外适用。

运用保护管辖权是我国卫生领域法律进行域外适用与发挥域外效力的理想途径。保护管辖权是国家针对外国人在本国领土范围之外危害本国安全和重要利益的行为所确立的管辖权，本质上主要属于立法管辖权和刑事管辖权。[23]属地管辖权与属人管辖权将我国卫生法的适用进行了一定的限制，保护管辖权则可以以符合国际法的方式拓展我国卫生法的域外适用。因为如果我国适用国内法对国家领域外的人、物或者行为进行管辖，其必须与我国产生一定的联系，并对国家利益产生了消极影响，否则国家没有适用国内法进行规制的必要。例如，针对新冠肺炎疫情期间外国媒体或政客故意抹黑我国防疫政策和无端指责我国防疫不力的行为，[24]我国可基于保护管辖原则，通过禁止该媒体在中国的运营等方式使其承担一定的责任。因为他们的行为显然影响了我国的国家声誉。不过在适用保护管辖权时，我国应当说明承担责任的人、物或者行为如何损害了我国的国家利益，以及对我国的损害达到了什么样的程度，避免对保护管辖的滥用。同上文所述，运用保护管辖的实质是某行为对我国的国家利益产生了消极影响，其不必违反了我国的法律，相比属地管辖权、属人管辖权与普遍管辖权，行使保护管辖权的理由与界限可能是模糊的。与保护管辖权可以确实地从各个方面维护一国利益的巨大实用性成正比的是，利用保护管辖权令一国法律进行域外适用的可能性也是无限大的。它更像是国家正当行使管辖权的“兜底条款”。事实上，保护管辖权近年来也有被滥用的趋势。例如美国宣称其《赫尔姆斯-伯顿法》的立法目的是“鉴于古巴政府持续对美国国家安全造成威胁”。[25]但实质上，这部法律是美国对保护管辖的滥用，是以保护国家利益为由对古巴实行的制裁。

综上所述，我国应该以保护管辖权为管辖基础，对疾病预防，特别是传染病预防方面的公共卫生法律进行域外适用的尝试。

三、 卫生法律域外适用之路径

多数学者从立法、司法、执法三个方面对我国国内法如何进行域外适用并产生域外效力进行了深入探讨，本文将从法律效力构成的角度，结合《大流行协定》正在谈判的背景，分析如何使我国相关法律发挥域外效力。

（一）遵循法律发挥效力之原理

[21] 马呈元：《论普遍管辖权的意义》，《中国政法大学学报》2013 年第 3 期，第 26 页。
[22] 参见易显河，易显书：《普遍管辖权的概念、逻辑和现状》，《国际法学刊》2019 年第 1 期。
[23]廖诗评：《域外管辖论纲》，《武大国际法评论》2024 年第 2 期，第 39 页。
[24] 参见《2020 年 4 月 2 日外交部发言人华春莹主持例行记者会》，外交部官网 2020 年 4 月 2 日，https://www.mfa.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/202004/t20200402_7816010.shtml。
[25] See Helms-Burton Act, Section 3(3)。

一般而言，法律效力是法律规范所具有的以国家强制力为后盾保证实施的普遍约束力，法律效力的取得必须具备国家强制性、取得合法性、实施可行性三个要素，[26]但这是一部国内法在一国域内产生效力的要素。笔者认为，国内法进行域外适用并产生域外效力主要在于具备处罚确定性，以及司法执法机关切实做出司法、执法行为以保证法律实施两个层面。

所谓处罚确定性，即采取各类方式要求境外实体服从国内法的实现可能性，具体而言，其与国家影响跨国事务的能力和意愿两个方面息息相关。[27]首先，随着中国国家实力的增长，中国影响跨国事务的能力不断增强。以 BOOKING 案为例，2018 年，上海市工商行政管理局对 BOOKING 公司涉嫌不正当竞争的行为进行调查，并于同年 12 月做出行政处罚决定并送达当事人。[28]这是我国竞争法的域外适用，其成功实施可能源于我国在经济领域的国家实力不断增强，国家在经济领域影响跨国事务的能力提升。相对于反不正当竞争等经济领域法律的域外适用，我国卫生法仍然没有域外适用的实践。美国早在 1944 年颁布的《公共卫生服务法》（PHSA）中就明确授权联邦政府采取行动防止传染病从境外流入，使美国的卫生法有域外适用的可能。[29]随着我国在医疗卫生领域国家实力的增强以及应对新冠疫情的成功，我国在宏观层面上已经同样具备实施卫生法域外适用的能力。其次，我国影响跨国事务的意愿大大增强，这从“涉外法治”的提出以及中国在国际舞台上发挥着越来越重要的积极作用中可见一斑。从国内法域外适用的处罚确定性来说，中国具备对国内卫生法进行域外适用的前提。

处罚的确定性还要求我国卫生领域的立法具有确定性，不仅要确定何种行为有损我国的国家利益、对我国利益的损害达到了什么程度，还需要确定实施损害我国国家利益的行为应承担何种责任。比如美国对于损害其国家利益的相关主体实施经济贸易制裁，当然，这是违背国际法的行为。在符合国际法的情况下，我国为推进相关法律的域外适用，可学习借鉴欧盟做法。欧盟的整体实力低于美国，但欧盟却凭借其先进的立法引导国际规则的制定与修改，发挥欧盟立法的“布鲁塞尔”效应。欧盟在 2024 年通过的《人工智能法案》是世界上首部具有约束力的综合性人工智能法律，旨在为人工智能监管制定全球标准，助力欧盟成为全球监管领域的领导者。[30]在《大流行协议》谈判的背景下，针对大流行协议中的新兴法律问题，例如“病原体分享与惠益系统”这个较新的议题，我国同样可以率先立法，制定合理标准，积极进行域外适用。

国内法能够产生域外效力还需要司法机关和执法机关的密切配合，重视用法

---

[26] 刘小文：《法律效力构成简析》，《法律科学》1994 年第 2 期，第 15 页。

[27] 陈靓：《法律域外适用制度：生成与实施逻辑》，《中国法律评论》2024 年第 2 期，第 116 页。

[28] 参见 Booking, com B. V. 公司涉嫌虚假宣传案，上海市工商行政管理局机场分局沪工商机案处字[2018]第 200201810030 号行政处罚决定书。

[29] Wen W Shen: Scope of CDC Authority Under Section 361 of the Public Health Service Act (PHSA), https://sgp.fas.org/crs/misc/R46758.pdf,last visited on 11 March 2025.

[30] 刘蕊，熊炜，《国际竞争、标准化战略与欧盟的技术权利》，《太平洋学报》，2024 年第 9 期，第 15 页。

律手段解决国际争端。一直以来，我国在国际实践中重视用外交方式解决问题，或许导致了法律手段的缺位。例如 2022 年中国与立陶宛因台湾问题出现争端，虽然中国依据《维也纳外交关系公约》提出抗议，但最终通过降级外交关系而非诉讼解决问题。与之相反的是，美国等国家非常注重用法律手段解决问题，美国国务院声称其有“全世界最好的国际法律所”——法律顾问办公室。[31]近年来，我国在国际问题中对于法律的运用呈现积极态势，比如 2023 年《外国国家豁免法》改采限制豁免原则，允许在华起诉外国商业行为，这给我国司法机关通过法律域外适用维护我国利益提供了可行的基础。同时，我国司法机关和执法机关也应在符合国际法的情况下，基于保护管辖原则积极大胆地对我国法律进行域外适用，维护我国的国家安全与利益。

（二）利用《大流行协定》为我国卫生法域外适用提供机遇

《大流行协定》的谈判从 2021 年 12 月开始，曾预计在 2024 年的世界卫生大会上通过，但由于各国没能如期达成一致意见，该协议的通过被延迟一年。《大流行协定》的目的是为了促进各国政府在共享重要信息、医疗设备和药品方面的合作，以预防、防范和应对大流行病。[32]虽然《大流行协定》将促进全球共同抗击传染病的行动，但仍存在一定的缺陷，中国或可就存在争议及不足之处推广我国法律的域外适用。

1、 大流行相关卫生产品知识产权保护与可及性之间的冲突仍然存在

WHO 曾指出：“最脆弱的人没有疫苗，卫生工作者没有必要装备来开展救生工作；以我为先的做法阻碍了应对全球威胁所需的全球团结”。[33]尽管《大流行协议》中规定了技术转让的相关内容，比如明确了许可证制度、许可证协议条款及专利费用收取等问题，相比《烟草控制框架公约》、《大流行性流感防范框架》规定更为细致，有了明显的进步，但是《大流行协议》措辞仍不明确。比如《大流行协定》11.1（d）条规定：“[鼓励/敦促/要求]大流行相关卫生产品的有关生产专利或许可证持有者在突发大流行期间[放弃或以其他方式仅]收取合理的使用费，特别是向发展中国家制造商[放弃或以其他方式仅]收取合理的使用费，以便提高此类产品对有需要人群的供应和可负担性” [34]，该条最终措辞为鼓励、敦促，还是要求仍不确定。如果采用“要求”一词，显然缔约方要承担更高的义务。除

[31] 魏磊杰：《我国国际法研究的主体性缺失问题：反思与去魅》，《学术月刊》，2020 年第 8 期，第 152 页。

[32] Tedros Adhanom：Countries forging pandemic agreement, breathing life into a polarized world，WHO（22 May 2024）,https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/countries-forging-pandemic-agreement--breathing-life-into-a-polarized-world.

[33] World Health Assembly agrees to launch process to develop historic global accord on pandemic prevention, preparedness and response, WHO（1 December 2021）, https://www.who.int/news/item/01-12-2021-world-health-assembly-agrees-to-launch-process-to-develop-historic-global-accord-on-pandemic-prevention-preparedness-and-response.

[34] 《世卫组织大流行协定草案》第 11.1（d）条。

此之外，对于疫苗等大流行相关卫生产品，《大流行协定》规定在专利转让时可以收取合理使用费，但“合理”的标准并没有给出明确的解释。总之，《大流行协定》相应规定可能仍然缺乏法律约束力，难以适用，不能彻底解决知识产权保护与卫生产品可及性之间的冲突。

对此，我国应该合理处理知识产权保护与卫生产品可及性的关系，并使相关法律标准产生全球影响力。例如，基于大流行协定的规定，我国可以鼓励通过技术、专利转让等方式促进药品可及性，同时对转让专利如何收取合理费用制定一系列标准。另外，我国还可以利用 TRIPs 协议等方式处理这一问题。随着创新和科研能力不断提升，知识产权法治建设不断健全，近些年我国在全球知识产权申请数量中位列前几位，完全有能力争取全球知识产权治理话语权，提出自己的主张。在 TRIPs 协定豁免谈判过程中，是中国首先提出将知识产权豁免范围限制于疫苗，而不扩及其他相关产品。这种具有创新性的提法不仅促进豁免协定的达成，中国中庸、务实的态度以及为促进文本达成而作出的一系列努力也非常值得称赞，中国有实力也有能力在处理该问题上做出自己的贡献。

2、 发展中国家在大流行协定谈判中处于不利地位

根据 WHO 披露的《大流行协定》最新文本，最有利于发展中国家和最不发达国家的条文并没有达成一致意见，如上文所提到的疫苗知识产权问题是谈判过程中最难以达成一致意见的法律条文。对此，中国可以团结相关发展中国家，基于相似的国内发展状况，向广大发展中国家推广中国的相关标准。例如 2012 年中国和东盟曾成功签订《中华人民共和国政府和东南亚国家联盟成员政府关于关于卫生合作的谅解备忘录》，[35]这从侧面说明，中国此后对于传染病防治等方面的法律标准也可以通过与东盟国家签订协议等方式扩大影响力。

3、 中国应坚定维护《大流行协定》的通过及实施

从《大流行协定》的具体条文来看，《大流行协定》的实施将非常有利于我国法律及相关标准发挥域外影响力。例如，《大流行协定》附录第 2 条要求有可持续和充足的财政、人力、后勤、工艺、技术和数字卫生保健资源，[36]但事实是，WHO 的资金常年匮乏，如果美国宣布退出 WHO，WHO 的可用资金将更加不足。[37]中国可以加大对 WHO 的投资，以增加在 WHO 的影响力，发挥中国作为最大发展中国家的作用，引导世界卫生秩序更加公平。另外，《大流行协定》附录第 8 条提到，“认识到在加强大流行预防、防范和应对以及卫生系统恢复方面，在国家级和社区级采用全政府和全社会参与方法促进社会广泛参与的关键作用，还认

[35] 《2012 中国-东盟合作》，外交部官网 2012 年 11 月 19 日，https://www.mfa.gov.cn/web/gjhdq_676201/gjhdqzz_681964/lhg_682518/zywj_682530/201211/t20121119_9386073.shtml。

[36] 《世卫组织大流行协定草案》附录第 2 条。

[37] 据报道，美国提供了世卫组织预算的约五分之一。《时隔五年，美国再次宣布退出 WHO》，凤凰网，https://health.ifeng.com/c/8gJvYbRA5G3，最后访问时间：2025 年 3 月 10 日。

识到土著人民和当地社区的文化及传统知识的价值和重要性”，[38]这将有利于我国中医药及中医药文化在全世界范围内推广并得到认可与尊重。最后，《大流行协定》附录第 13 条规定，“认识到建立信任和确保及时分享信息以防错误信息、虚假信息和污名化的重要性”，[39]这将有利于我国的防疫政策被污名化，防止关乎人类生命健康的卫生健康领域染上过重的政治色彩，最终也将不利于人类的生存与发展。

4、 根据《大流行协定》完善我国相关法律

国内卫生法治与国际卫生法治间的相互协调和高度融合是涉外卫生法治发展的基础，但现今我国国内外卫生法治之间的协调仍难以令人满意。[40]从《大流行协定》的角度来说，我国相关法律存在内容仍有欠缺、缺乏可操作性的问题。例如《大流行协定》第 4 条规定了国家应当制定有关生物耐药性的内容，但我国现行法律法规中缺乏有关生物耐药性方面的内容。又如，大流行协定强调大流行病的预防和监测，我国《传染病防治法》第 30 条规定的 “或者发现其他传染病暴发、流行以及突发原因不明的传染病”，可通过传染病直报系统下的子系统“突发公共卫生事件报告系统”报告，但法律仅规定报告义务，报告如何履行、公共卫生事件构成要件的内涵不明等，都导致了实践中难以有效监测新发不明原因的传染病、法律可操作性较差的问题。我国可以在《大流行协定》谈判并即将通过的背景下，借助于《中华人民共和国传染病防治法》正在修订这一事实，进一步完善并解决上述问题。

结语

在全球化深入发展的今天，卫生问题已成为全人类共同面临的挑战。我国作为全球最大的发展中国家，在全球卫生治理中肩负着重要责任。通过深入研究我国卫生法的域外适用路径，我们不仅能够更好地维护国家利益，还能为全球卫生治理贡献中国智慧和力量。在我国卫生法进行域外适用的过程当中，以保护管辖权为管辖基础，积极推进疾病预防等方面的公共卫生法律域外适用将是我国卫生法域外适用的理想途径，而处罚确定性以及司法、执法机关积极适用法律将有助于法律域外适用发挥应有效果。另外，《大流行协定》的签署为我国卫生法域外适用提供了新的机遇。我国应积极参与协定的谈判与实施，借助这一平台推广我国在疾病预防、知识产权处理等方面的法律标准和实践经验。同时，我国还需不断完善国内卫生法治，使其与国际卫生法治相协调，为我国卫生法的域外适用奠定坚实基础。

[38] 《世卫组织大流行协定草案》附录第 8 条。
[39] 《世卫组织大流行协定草案》附录第 13 条。
[40] 金成华：《涉外卫生法治的意涵与建构》，《中国政法大学学报》2023 年第 1 期，第 61 页。

未来，我国可以进一步细化我国卫生法域外适用的具体法律条文和操作细则，加强与其他国家和国际组织的合作与交流，共同推动全球卫生治理的“良法善治”。卫生法域外适用的研究与实践，将有助于提升我国在全球卫生治理中的话语权和影响力，为构建人类卫生健康共同体贡献力量。

ABSTRACT

The impact of COVID-19 is not yet far away, new infectious diseases such as monkeypox have broken out all over the world, and recently the Trump administration has once again announced that the United States will withdraw from the WTO, which makes the situation of global health governance even more complicated, so the world needs to hear China's voice, and advancing the extraterritorial application of China's laws in the context of the negotiation of the Pandemic Agreement will be an effective path to solving this problem. Extraterritorial jurisdiction is the prerequisite for the extraterritorial application of our laws, and the protection jurisdiction is based on the maintenance of our national interests as the basis for the exercise of jurisdiction, and the promotion of the extraterritorial application of the relevant health laws based on the protection jurisdiction will have the legitimacy of international law in the event that our country has sufficient evidence to prove that the persons, objects or behaviors outside the jurisdiction area infringe upon the national interests of our country. It should be noted that not all laws have extraterritorial application. Health legislation is based on the development of each country and is closely related to the national conditions of each country, and most of the existing health laws enacted in the context of our social development do not have extraterritorial application. However, disease prevention, especially laws on infectious disease prevention, requires a common global response, and China can exert legal influence in disease prevention and promote the extraterritorial application of relevant laws. At the same time, in the process of promoting the extraterritorial application of laws, the certainty of penalties and the active application of laws by judicial and law enforcement authorities will be conducive to the extraterritorial effect of the extraterritorial application of our laws.

Key words: Health Law; Extraterritorial application; Extraterritorial effects; WHO Pandemic Agreement

经济制裁下 CISG 第 79 条免责条款的适用

刘 怡[1]

摘要：随着我国对外贸易愈发发达，单边经济制裁给中国企业带来了巨大风险，影响其国际商事合同尤其是国际货物买卖合同的履行。在面对《联合国国际货物销售合同公约》（下文简称“CISG”）调整下的国际货物买卖合同时，为减少单边经济制裁对合同当事人带来的损失，通过援引 CISG 第 79 条免除合同损害赔偿责任成为一种可能性。对此，可从厘清单边经济制裁的概念及相关案例着手，探究单边经济制裁能否构成 CISG 第 79 条规定的“障碍”。并对中国企业如何避免单边经济制裁影响合同履行、以及如何在遭受单边经济制裁后最大限度地进行免责抗辩等问题提出建议，为从事海外投资交易的中国企业和从业者提供切实的帮助。

关键词：经济制裁　CISG　免责条款　不可抗力　艰难情势

引言

2024 年 5 月，美国以“涉嫌支持俄罗斯军事、能源发展”为由，对全球近 300 家实体和个人实施制裁，其中包括巨航航空科技（深圳）有限公司、成都市卫莱科技有限公司等 20 多家中国企业。2024 年 12 月 2 日，美国商务部工业和安全局发布文件，将 136 家中国实体纳入所谓“实体清单”，对 24 种半导体制造设备、3 种软件工具和高带宽存储器（HBM）增加了出口限制，涵盖中国半导体生产设备制造商、晶圆厂和投资机构。美国公布多项措施，加强对中国芯片和制造设备的出口管制，再次升级对中国高科技产业的打压。相比此前列入实体清单的企业主要是龙头半导体设计及设备公司不同，此次的清单对国内产业链覆盖的深度和广度，都远较前几轮制裁严厉。美国等西方国家为实现制裁效果的最大化，将与目标国进行贸易或提供协助的第三方划入制裁的范围，旨在阻止其与目标国金融、贸易往来，保证制裁效果。中国企业无论是作为目标方还是第三方被制裁，都有可能影响国际商事合同履行。如何让单边经济制裁实施前中国企业已经签订或正在履行的国际货物买卖合同，亦或是将来中国企业可能会签订的国际货物买卖合同所面临的的影响降低是具有现实意义的重要议题。

CISG 作为一部国际条约，是各个缔约国艰难妥协的结果，但也极大地弥合了两大法系的差异，在国际贸易纠纷领域发挥着十分重要的作用。CISG 第 79 条免责条款也采用了不同于大陆法系的不可抗力、艰难情势和英美法系合同落空等

1 中南财经政法大学学生，Liuyi0527lois163.com，18227016919

概念，而是创造了“不能控制的障碍”这一法律术语，规定了履行不能而免责的要件：①非他所能控制；②没有理由预期考虑；③不能避免或克服。三个要件需同时满足，并且需证明障碍与履行不能之间存在因果关系进行证明，缺一不可。这使得国际上货物买卖合同的免责问题，有了更加的灵活和统一的解决依据。不失为中国企业面临国际商事合同履行困境，降低企业损失的有效途径。

预设国际货物买卖合同当事人约定适用 CISG，本文将讨论 CISG 中的第 79 条规定的免责条款能否被因单边经济制裁而未履行国际货物买卖合同义务的一方当事人援引，作为其免责抗辩理由。

通过梳理文献发现，国内外对于经济制裁的研究著作较为丰富，国内文献中杜涛（2015）《国际经济制裁法律问题》是目前国内对经济制裁的概念、具体措施、合法性、效力来源研究最为详细的书籍；外文文献中最为重要的是美国人加利·克莱德·霍夫（2011）所著的《反思经济制裁》，通过对 20 世纪以来美国对外上百个经济制裁案例进行系统研究，重点分析了美国及目标国由于经济制裁对各自造成的影响，得出了经济制裁的经验教训。但国内外直接研究单边经济制裁文献较少；对于单边经济制裁与国际私法领域相结合，分析单边经济制裁对国际商事合同带来的影响，还没有太多细致的研究。

此外，在学界中，对于单边经济制裁能否适用 CISG 第 79 条的免责条款的问题，国内外学者观点不一。瑞士学者 Mercedeh Azeredo da Silveira 认为，CISG 第 79 条关于合同履行障碍的问题仅以不可抗力这一概念作为公约的免责条款加以规定，经济制裁难以预见、难以克服且难以避免，因而构成不可抗力。[2] 韩国学者 Kyujin Kim 认为，因经济制裁而不能按约定履行的一方当事人来说证明单边经济制裁是“不可控制”的事件可能并不困难，但证明其他两个要件可能更具挑战性。但在一方当事人因经济制裁而无法履行时，或是在履行变得极其繁重时，都可以触发该障碍，援引该条款。[3]国内学者杜涛认为，近些年来，经济制裁成为经济强国打击剥削或为迫使其他国家或企业妥协决策的工具，其在实施措施时通过多种渠道大为宣传，敏锐的商事交易主体不可能无法预见到风险，因而不构成不可抗力，无法援引 CISG 免责条款。[4]同时也有学者认为，不能将经济制裁作为事实问题对待，将泛化对不可抗力的解释，“直接适用的法”更适合作为分析经济制裁的理论工具。[5]

一、单边经济制裁的概念及对履约的影响

单边经济制裁是依据实施国不同情况，相对于多边经济制裁而言的法律概念。

[2] Mercedeh Azeredo da Silveira, “The Effects of Trade Sanctions on International Sales Contracts in lntemational Arbitration and Swiss and Eurpean Litigation,” *Kluwer Law International* 7, no. 1 (2014): 54-62.

[3] Kyujin Kim, “Can Economic Sanctions be Grounds for Exemption under the CISG? ,” *Journal of Korea Trade* 26, no. 5 (2022): 88-105.

[4] 杜涛.国际经济制裁法律问题研究[M].北京:法律出版社,2015:282-283.

[5] 姜悠悠.论美国单边制裁对国际商事合同法律适用的影响[J].财经法学,2022(02):176-192.

单边经济制裁是指单独的一国或地区联盟，为实现一定的政治目的，在没有多边国际条约机制的授权下（如联合国安全理事会），对其他国家或个人实施的经济制裁。单边经济制裁可依据制裁内容不同分为单边贸易制裁和单边金融制裁两类。

随着单边经济制裁的发展，美国等西方国家为实现制裁效果的最大化，确保制裁目标精准化。从对国家、政府无差别攻击到瞄准目标国关键对象、关键领域，如特定企业或个人，其经济制裁打击精度逐步提升。同时扩大制裁的对象范围，将与目标国进行贸易或提供协助的第三方划入制裁的范围，旨在阻止其与目标国金融、贸易往来，保证制裁效果。此时单边经济制裁开始呈现广泛的域外效力，也称次级制裁。域外效力的国际合法性，国内外学界尚存争议。但单边经济制裁的国际合法性与其影响履约没有必然的逻辑关系。经济制裁的确具有公法属性，但因为制裁方式多样，对象广泛，且实施国通常具有强大的国际影响力，客观上不可避免地会影响私人之间的国际商事合同的履行。[6]

国际商事货物买卖合同在履行中任何环节如供货、交付、结算、仓储等都可能因为单边经济制裁影响履行。在贸易制裁领域，若国际商事合同中约定运输货物的飞机、船舶、承运人等被列入制裁范围或禁止或限制其运输航线。这可能导致卖方履行合同义务的期限延长或无法履行其主要合同义务。例如，美国对伊朗实施制裁，导致销售方无法向伊朗出口产生合同纠纷[7]；伊朗货物无法靠岸因此无法向买方交货[8]；伊朗银行无法进行国际结算，卖方无法将货物运送至伊朗港口[9]等等。在金融制裁领域，以美元结算的交易中，买方将货款支付给卖方，必须经过美国的中转行才能到达卖方的银行账户。若其中一方被美国列入制裁范围，美国中转行在处理该单业务时就会拒绝受理，甚至扣留款项。这可能导致买方履行合同义务成本过高或无法履行其主要合同义务。例如，山东齐旺达石油化工公司（简称齐旺达公司）因与伊朗签订国际货物买卖合同，并履行收购石化产品的合同义务，其公司及法人都被美国财政部海外资产管理办公室（Office of Foreign Assets Control 下文简称 OFAC）列入特别指定国民清单（SDN list），遭到美国的制裁。[10]包括冻结该公司及法人在美国境内的所有资产、禁止任何金融机构与该公司及法人进行融资交易、限制该公司及法人进出口商品、技术等。[11]这一系列的制裁举措导致了齐旺达公司被排除在美元体系以及受美国管辖的金融活动之外，企业及自然人的经济活动出现巨大的困难，产生一系列的付款纠纷[12]。

中国企业在面临如上合同履行困境时，如何降低影响减小损失将是一个具有

---

6 张建.单边经济制裁在国际商事仲裁中的性质界定及适用路径[J].中国海商法研究,2023,34(03):70-81.

7 参见（2020）浙 01 民终 5246 号

8 参见（2020）粤 0114 民初 13505 号

9 参见（2019）京 0108 民初 49557 号

10 刘佳宸,刘瑛.论经济制裁影响国际商事合同履行时不可抗力的适用[J].国际法研究,2023(04):84-104.

11 See US Presidential Documents, Reimposing Certain Sanctions With Respect to lran, Seetion 5 (a) (i) (ii) (iv) (v) (vi) Executive Order 13846 (6 August 2018).

12参见（2020）鲁 0305 民初 3986 号、（2020）沪 0115 民初 58009 号、（2020）鲁 0305 民初 4609 号

现实意义的重要议题。下文将逐一研究单边经济制裁能否满足 CISG 第 79 条障碍的三大要件，探究中国企业援引 CISG 第 79 条免除合同损害赔偿责任的可能性。

二、要件1：非他所能控制

非他所能控制即障碍是不以未履行义务一方当事人的意志转移，主观上无法控制的客观事实。未履行义务一方当事人采取适合的预防措施都无法阻止障碍事由发生或阻止障碍事由产生效果。也就是说，未履行义务一方当事人以外的客观事实是导致义务未履行的唯一原因，如既有不可控制的障碍又有未履行义务一方当事人的因素，也不能免去其责任。国际贸易中不能控制的障碍主要有三大类：一是地震、火灾、洪水等无法控制的自然灾害，二是进出口限制、外汇限制等人为的不可控制的政府措施；三是传染性疾病、战争、罢工等其他事故。实践中，对于自然灾害构成不可控制的障碍各国普遍认可，但后两类理论与学界均有不同意见。

对于单边经济制裁而言，能否构成“非他所能控制”主要取决于当事人的控制范围。合同双方当事人作为私营企业者，能够控制自己的业务与财务状况。但经济制裁最主要的控制人是实施国政府，政府行为有着无法消除的强制性。经济制裁已经超出了当事人的控制范围，当事人无法在合同履行中左右经济制裁的客观发展情形，对单边经济制裁的发生是无法控制的。即未履行义务一方当事人采取适合的预防措施都无法避免经济制裁的发生。在 Macromex Srl.诉 Globex International Inc.案（下文简称罗马尼亚鸡腿案）[13]中，美国卖方和罗马尼亚买方签订了一份鸡腿合同。货物原定于某日运抵罗马尼亚港口。但在合同签订后，禽流感爆发，罗马尼亚政府突然全面禁止进口鸡。独任仲裁员认为，这种政府行为超出了卖方的控制范围。在 Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp.案中[14]，美国海关扣留了瑞典哈里斯康向纽约哈里斯订购的无线电备件，故哈里斯公司无法完成哈里斯康公司发往伊朗客户的订单。法院认为美国禁止哈里斯公司向哈里斯康提供运往伊朗的无线电设备，这是一个客观存在的、超出哈里斯公司控制范围的政府行为。故而，进口或出口限制、封锁、外汇管制、关闭交通路线和禁止资金转移等国家干预措施，原则上被认为超出了私人经营者的控制范围。

三、要件2：没有理由预期考虑

没有理由预期考虑即障碍的出现是在当事人签订合同之初没有预见或没有预见可能性。是否具有预见可能性是一个相对主观的问题，因为在现代商业环境中，几乎所有的履约障碍（过去发生过或潜在的能够影响合同履行的障碍）一定

[13]See Macromex Srl. v. Globex International Inc, American Arbitration Association, 50181T 0036406, 12-12-2007.
[14]See. Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp., 3 F.3d 576.

程度上都是可预见的。甚至包括战争、火灾、禁运和恐怖主义，都可以预见。[15]因此，这一要件可能难以满足。然而，这并不意味着这个条件是无法满足的。在实践中，既不能将可预见的范围广泛化，也不能完全依赖于当事人主观判断，可引入行业从业的一般理性人进行合理准确的判断。比如双方签订商事合同，约定卖方 6-9 月从泰国途径马六甲海峡运输货物至买方，而后卖方称因台风送货受阻未履行合同义务，援引 CISG 第 79 条免责。台风固然属于不可控制的障碍中的自然灾害，但以一个行业从业的一般理性人角度看待，卖方有理由预见夏季的东南亚可能因为海啸、台风等极端天气影响船舶运输，故卖方有能力预见，不能免责。同时合同履行期限也是考虑是否有能力合理预见的因素之一。通常来讲，在一个长达数年的国际商事合同中，很难预见这数年来可能发生的无法履行合同的障碍。故判断能否合理预见仍是一个相对灵活没有绝对统一的标准。

单边经济制裁能否构成 CISG 第 79 条免责事由，该条标准争议最大。主要看当事人在订立合同时能否预见到该笔交易的国际贸易环境的变化，尽到合理的审查与注意义务。在 Russian Company A 诉 Croatian Company B 案中[16]，由于欧盟制裁，银行拒绝提供银行担保，因此被申请人无法提供银行担保。仲裁庭指出该合同于 2018 年签订，而欧盟经济制裁的主要部分已在 2014-2015 年通过，后来才更新。根据 CISG 第 79 条，这并非障碍，因为在签订合同时它是“可预见的”。在保加利亚工商会第 66 号裁决中[17]，一名乌克兰卖方因未能交付合同货物(煤炭)而试图援引第 79 条，声称其政府对煤炭的禁令相当于该条规定的不可预见的“障碍”，仲裁庭认为，由于该禁令在合同订立时已经生效，因此是可预见的障碍，第 79 条不能适用。按照同样的逻辑，在订立合同时并不存在的政府法规或法律很可能被认为是“不可预见的”。在上文提到的罗马尼亚鸡腿案中，罗马尼亚政府在合同签订后因禽流感爆发而禁止所有鸡肉进口，在合同签订时是不存在合理可预见性，因此满足“没有理由预期考虑”这一要件。但也不能如此机械的去判定不可预见性。一般来讲，经济制裁具有突发性，常随着国际关系的变化而变化。近些年来，国际局势瞬息万变，即便是行业从业的一般理性人也较难预测经济制裁发生的时间、对于合同履行的影响、范围以及时长。

笔者认为，不能对“没有理由预期考虑”这一标准设置过高门槛。从经济制裁的特性来讲，单边经济制裁具有实施的突发性和执法的选择性。加之国际关系变幻莫测，如今的单边经济制裁也往往针对特定领域、行业、企业或个人，很难通过以往制裁措施进行科学的预测。例如，和发经贸公司以与俄罗斯阿波罗公司

[15] 李涵.突发公共卫生事件下 CISG 第 79 条适用问题研究[D].大连海事大学,2023.
[16] Russian Company A v. Croatian Company B, Arbitration Centre at the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs (RSPP), Case number:75/2020-681.
[17] See Bulgarska turgosko-promishlena palata (Bulgarian Chamber of Commerce and Industry), 56/1995, Arbitral Award, 24-04-1996.

签订国际海产品买卖合同，约定委托珲春农商行以美元结算货款。[18]然而款项被OFAC 确定为“有关的冻结资金转移资金涉及一个被美国财政部确定为朝鲜人拥有或控制的被冻结的外国银行账户，或被用于转移任何朝鲜人根据 2017 年 9 月 20 日第 13810 号行政命令第 3 节拥有权益的资金”而核查冻结。实际上该款项与朝鲜人无关，但由于 OFAC 执法活动的不确定性，故在这种情况下难以预测经济制裁会对合同履行造成影响。从商业交易的角度来讲，美国等西方国家制定的制裁政策繁杂且不稳定，若标准设置过高门槛，中国企业与任何可能会被纳入经济制裁的企业、个人交易，都会被视为订立合同之初就能合理预见，故不能援引免责条款。企业会为避免造成巨大的损失的可能性，投鼠忌器，更加倾向于避免与美国等西方国家制裁的国家、企业或个人进行任何国际贸易活动。这一倾向不免阻碍了企业对外贸易发展，更是落入美国等西方国家实施经济制裁的目的之下。从国际商事合同的特性来讲，国际货物买卖合同双方当事人处于不同的国家，货物运输周期较长，通常合同履行期间较长。国际局势瞬息万变，签订合同以后的交易环境变化往往难以预料。故经济制裁并非一定不能满足“没有理由预期考虑”这一标准。

四、要件3：不能克服或避免

不能克服或避免即未履行义务一方当事人采取一切合理的措施都无法避免障碍事由发生或阻止障碍事由产生效果。通过引入行业从业的一般理性人进行合理准确的判断，既不能要求当事人不计成本地去履行合同义务，也不能放任障碍的发生或后果的出现。在 UAB Ivabalt é 诉 Nederlandse Schapen-en Geitenfokkersorganisatie 一案中[19]，原告与被告签合同为白俄罗斯买家购绵羊,其中白俄罗斯兽医查出部分羊患传染病 orf（臁疮），上报白俄后，政府禁止进口上述绵羊。原告拒收货并索退款，卖方以不可抗力抗辩。法院认为 orf 爆发后禁止进口虽然不可控制，但后续卖方应继续提供健康羊，此不构成 CSIG 中的障碍。同样地，在上文提到的罗马尼亚鸡腿案中，尽管在合同签订时是不存在合理预见性，但买方提出卖方运往其他替代港口交付货物收货，卖方本可以通过向格鲁吉亚港口交付货物来合理地避开政府的规定，故不满足“不能克服或避免”这一要件。即当无法避免非他所能控制的障碍的发生，也要尽最大可能克服障碍所带来的后果，尽可能地寻找履行合同的替代解决方案。但若障碍的发生导致履行寻找的替代解决方案异常艰难，能否构成不能克服或避免？即 CISG 第 79 条的障碍是否包含艰难情势？2020 年随着疫情的爆发，国际商事合同履行也遭受重大影响，产生大量合同纠纷。为此，CISG-AC 发布了《第 20 号意见》，明确表示 CISG 第 79 条可适用于艰难情势的案件。尽管 CISG-AC 并不是解释 CISG 的官方机

[18] 参见(2020)吉 2404 民初 2322 号

[19] UAB Ivabalté v. Nederlandse Schapen- en Geitenfokkersorganisatie, Vaessen, van der Pol, Wagemakers, Case number: 200.230.164

构，但 CISG 第 79 条的障碍包含艰难情势的观点逐渐成为学界主流。

对于单边经济制裁而言，并非指是否能够避免单边经济制裁本身，而是能否克服单边经济制裁事由造成的后果。比如，在贸易制裁领域，若国际商事合同中约定运输货物的飞机、船舶、承运人等被列入制裁范围，禁止或限制其运输航线。在金融制裁领域，以美元结算的交易中，买方将货款支付给卖方，其中一方被美国列入制裁范围，无法支付货款或款项被冻结。在以上情况中，若未履行义务一方能通过替代解决方案，如更换运输路线、更改支付结算方式等措施能够解决障碍所造成的后果，就不构成“不能避免或克服”。即使替代措施导致履行合同成本增加，也属于正常的商业风险。但在实践中，单边经济制裁往往都是具有针对性的，替代措施履行合同义务往往成本高昂，义务繁重。例如，实施国对当事人一方实施冻结在外国资产、限制商业融资等一系列举措后，当事人也并非完全不能履行，他可能持有在本国或未受到该实施国制裁的控制范围外的资产。但国际货物买卖通常金额较大，完全履行义务较为艰难。故单边经济制裁的发生导致直接履行义务或寻找的替代解决方案异常艰难时，可构成“不能克服或避免”，可迟延履行。此外，对一项合同义务的描述越具体，就越有可能构成“不能克服或避免”。例如，如果卖方有义务交付“100 吨 LNG”，那么当其位于俄罗斯的主要供应商被俄罗斯政府禁止出口 LNG 时，卖方可能面临的困难可能是可以避免的，因为卖方可以使用其他供应来源来履行其交付义务。但是，如果同一卖方有义务交付“1000 吨来自俄罗斯的 LNG”，而俄罗斯政府在合同签订后禁止 LNG 出口，那么卖方遇到的障碍很可能是“不能克服或避免”的。

五、CISG免责条款对中国企业应对单边经济制裁的启示

尽管单边经济制裁并不必然属于第 79 条被免责的“障碍’，单边经济制裁在国际条约的框架下仍有适用免责条款的空间。这对当事人未履行合同义务免除责任，提供了更多的理论支撑。由此，在当前单边主义盛行的背景下，CISG 第 79 条确立的免责制度具有优越性。下文从防范制裁风险、化解经济纠纷的角度为中国企业建言献策，让企业更好地“走出去”

（1）约定适用 CISG 公约

在签订合同之初，就约定将 CISG 作为合同的准据法。在国际贸易中，双方当事人均来自不同的国家，不同的国家有着不同的法系国家。法系的不同导致法律制度各不相同，免责事由各有差异。尤其是英美法系国际对经济制裁构成免责事由的标准更为严格。CISG 为各国提供了统一法律适用文本，在国际贸易纠纷领域发挥着十分重要的作用。CISG 第 79 条免责条款创造了“不能控制的障碍”这一法律术语，既包含不可抗力，也包含了艰难情势。最大程度地消弭了不同法系之间经济制裁构成免责事由标准的差异，使得国际货物买卖合同的免责问题，有了更加的灵活的解决依据。

（2）合理约定制裁条款

订立合同时，可考虑在合同中约定制裁免责条款。因为当事人在遭遇单边经济制裁造成合同履行纠纷时，仍需结合事实要素综合判断是否满足 CISG 第 79 条的免责条件，不一定能够得到支持。再者，单边经济制裁影响国际商事合同履行致使当事人产生合同纠纷的案件数量较少，实践中仲裁庭或法院对于经济制裁构成免责事由较为保守。在这种情况下，在合同中约定制裁免责条款将合同当事人的责任加以明确，能够起到防范风险的作用。避免在遭遇经济制裁的情况下，将全部希望寄托在仲裁庭或法院的宽松认定。约定经济制裁条款是合同当事人之间意思自治的体现，原则上对当事人之间应当具有约束力。[20]在约定制裁免责条款时，应尽量将可能遇到的制裁措施尽可能全面详尽地列举，准确描述可能遭遇经济制裁的具体情形以及如何影响合同的履行。同时，也应注意条款措辞问题，增强该条款的实际效力，减少不必要的纠纷。

（3）审慎订立国际商事合同

中国企业在订立国际商事合同前，谨慎选择贸易合作对象。结合当前的国际局势，认真评估制裁风险。认真选择交易的合作对象,对交易当事人包括其第三方主体做好尽职调查，重点关注美国等西方国家的制裁名单与政策变化。尽量减少与单边经济制裁的目标国进行交易，规避制裁风险。

六、结语

尽管饱受合法性争议，单边经济制裁的频繁使用，仍使各国的贸易往来都受到重大的影响。中国企业深度参与国际分工合作，国际商事合同的履行不可避免地陷入困境。根据对 CISG 免责条款的内涵厘清，单边经济制裁满足非他所能控制，没有理由预期考虑，不能避免或克服三个条件下，可构成 CISG 免责条款的“障碍”。因此，中国企业既然无法避免遭受单边制裁，就应主动出击，在合同中积极约定适用更加灵活的 CISG 公约，减轻经济制裁对中国企业的冲击与影响；此外，在合同条款中约定经济制裁条款，明确合同当事人的责任，有效发挥合同条款的作用来减少损失。同时，企业要审慎订立国际商事合同，认真选择交易的合作对象，规避制裁风险。当今局势风雨动荡，中国企业需要为更多的冲突、制裁等做好准备，直到更好的日子到来。

[20] 杜涛.国际商事合同中的经济制裁条款效力研究[J].上海对外经贸大学学报, 2020, 27(05): 5-21.

国家豁免下投资仲裁裁决执行的可预期性与中国因应

胡 轶

摘要:在投资仲裁裁决执行程序中，败诉东道国提出执行豁免抗辩后执行结果的可预期受到损害。在现有国际投资法框架下，相关公约将豁免问题的审查权留予执行地法院的国内豁免立法，而各国豁免立场和具体立法基于其自身国家主权与经贸发展的权衡而各异，加之发挥国际多边作用的《国家及其财产豁免公约》并未生效，使得执行豁免规则难以形成国际法层面上的体系规则。实践中各国法院对豁免例外的认定标准不一，导致投资仲裁裁决执行结果的可预期性尤为不足。对此，国际组织应当推动建立相对豁免的一般国际法，推进公约的生效进程；双边和多边机制下国际投资法范围内建立豁免特别法也不失为有效的应对之措；国际法委员会还应当明确公约解释下认定豁免例外时的判断标准，以避免现今各国实践中的混乱认定现状。中国及中国对外投资者在未来面临投资仲裁裁决的执行困境时，应从更新双边投资协定缔结条款、加强《外国国家豁免法》的解释与适用和考虑强制执行外其他手段这三个方向出发，对投资仲裁裁决执行难题作积极应对举措。

关键词：投资仲裁　裁决的执行　执行豁免　《外国国家豁免法》　法律的可预期性

2025年中国国际法学会年会

一、4问题的提出

仲裁裁决的承认与执行是投资者与东道国争端解决机制（Investor-State Dispute Solution，ISDS）的最后一环。而豁免权作为一项国际法上的重要原则，赋予了一国及其财产在未经该国同意之下免受他国管辖与执行的权利[1]。仲裁庭作出生效裁判以后，败诉东道国常以其享有国家及其财产豁免权为由拒绝履行裁决义务。由于目前在国家豁免问题上国际法与各国并未形成统一的体系，裁决结果的不可预期性在执行地法院的执行程序中显现。

目前，世界范围内各国在国家豁免问题上持有两种立场：绝对豁免立场与相对豁免立场[2]。采取相对豁免立场国家的执行地法院在是否采纳东道国主张国家

[1] 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 1 页。

[2] 投资仲裁与国家豁免问题的纽结在于执行豁免，持相对豁免立场的国家认为，可作为提交仲裁依据的双边投资协定或多边投资协定，表明国家已经通过其中的仲裁条款放弃了国家作为当事人一方的管辖豁免权，裁决执行程序中所涉及的豁免权仅包括执行豁免，应当依据国家的行为性质和国家财产的性质判断其是否属于执行豁免的范围；持绝对豁免立场的国家认为，国家作为一个主权主体，除非该国自愿放弃，任何国家不得对其他国家的主权行为及其财产行使司法管辖权，包括管辖豁免与执行豁免，不接受任何以国家为被申请人的裁决执行程序。因此，现有审查豁免问题的相关案例基本被持有相对豁免立场的西方发达

豁免抗辩这一点上存在较大差异。一方面，部分执行地法院对国家豁免的抗辩主张不予采纳，例如 Yukos v. Russian 案[3]和 Sedelmayer v. Russian 案[4]。另一方面，部分执行地法院采纳了东道国国家豁免的抗辩主张，认为其位于执行国的国家财产享有执行豁免权而无法执行，例如 AIG v. Kazakhstan 案[5]和 Noga v. Russian 案[6]。投资仲裁裁决执行的国家豁免问题我国也有涉及，FG v. Congo 案[7]涉及到我国当时采取的绝对豁免立场与香港普通法采用的相对豁免立场之间的争议。

执行豁免问题在执行地法院的审查结果各异，东道国以国家豁免为抗辩理由致使裁决的可执行性和可预期性受损，ISDS 机制解决投资纠纷的功能发挥受到局限。法律的可预期性（predictability of law）是人们以法的确定性和安定性为基础对法律作用结果的期待和预期[8]，对 ISDS 机制的预期设定就是保证投资争端解决的过程与结果公正，同时还包括保障裁决结果的有效实现。而人们对该投资争端解决机制的预期与期待在执行地法院若采纳败诉东道国提出的豁免抗辩时可能遭到破坏：投资者耗费巨大成本获得的胜诉裁决便落为“一纸空文”；东道国以此直接回避了投资裁决的强制执行，豁免特权可能成为其逃避巨额债务的借口。豁免问题挑战了投资仲裁裁决的执行力，并被视为裁决执行的“致命弱点”[9]。裁决执行执行结果的可预期性缺失的困境表现在实践和规范两个方面，既有的案例实践和国际法律规范上均呈现出一定的不确定性。

随着《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（简称《联合国豁免公约》）开放签署和生效推进，近年来各国在豁免立场上也有了新发展，相继呈现由绝对豁免向相对豁免转变的趋势[10]。2024 年 1 月 1 日《中华人民共和国外国国家豁免法》（简称《外国国家豁免法》）的生效标志着我国已完成绝对豁免立场向相对豁免立场的转变[11]，这意味着我国法院在未来将会被申请人选择成为执行地法院，进

国家包揽。

[3] Yukos v. Russian 案涉及到 Yukos 公司与其股东的三个临时仲裁案件(包括 Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation,Yukos Capital SARL v. The Russian Federation,Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation)，投资者以《能源宪章条约》第 26 条为依据提起了针对俄罗斯的国际投资仲裁程序，主张俄罗斯的行为构成征收。2014 年 7 月 18 日，设在荷兰的仲裁庭做出了三个基本类似的裁决，裁令俄罗斯向股东支付 500 多亿美元的赔偿，目前案件正在执行阶段。Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, PCA Case No. 2005-03/AA226, Order of the United States District Court for the District of Columbia ;Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, PCA Case No. 2005-03/AA226, Judgment of the High Court of Justice of England.

[4] Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, SCC, Decision of the Swedish Supreme Court;Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, SCC, Order of the German Federal Supreme Court.

[5] AIG Capital Partners v. Kazakhstan, ICSID Case No.ARB/01/6, Judgment of the English High Court on Enforcement.

[6] Compagnie Noga v. The Russian Federation, SCC, Judgment of the French Court of Cassation.

[7] 在该案中，我国香港终审法院认为其不具有管辖权而拒绝执行裁决，后经我国全国人大常委会的释法，法院最终认定刚果作为主权国家在我国享有司法豁免权。FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, ICC Case No. 11442/KGA , Judgment of the Court of Appeal of Hong Kong.

[8] 有学者认为，法律规范的功能而言，其在于建立和保持一种可以大致确定的预期，一定程度上协调人们的预期，以排除偶然性以便利人们的相互交往和行为。参见苏力：《法治及其本土资源》，北京大学出版社会 2015 年版，第 7 页；Luhmann, Niklas. *A sociological theory of law.* Routledge, 2013.

[9] Sedlak, D. R., *ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold*, 23 Penn State Int'l L. Rev. 165, 166 (2004).

[10] 赵建文：《国家豁免的本质、适用标准和发展趋势》，《法学家》2005 年第 6 期，第 19 页。

[11] 《中华人民共和国外国国家豁免法》，2023 年 9 月 1 日第十四届全国人民代表大会常务委员会第五次会

而审理更多的投资仲裁执行案件。

因此，本文以执行地法院对投资仲裁裁决执行中的国家豁免权的认定及其依据的实践和相关执行豁免国际法文本出发，探索如何破解 ISDS 机制中执行豁免抗辩导致的裁决执行结果可预期性缺失这一难题。在未来我国若面对投资仲裁执行中国家豁免问题，在承担投资者、东道国和执行地法院的不同角色下，如何应对的中国方案。

二、国家豁免下投资仲裁裁决执行可预期性不足的特殊性

国家豁免一直是投资仲裁执行程序中反复探讨却又无法绕开的难题，被有的学者称为阿喀琉斯之踵（Achilles' Heel）[12]。管辖豁免与执行豁免相互独立却紧密关联的特殊关系在投资仲裁裁决执行中尤为凸显，而现有投资仲裁执行依据并未对国家豁免问题明确化处理。致使豁免问题在表现层面的上扭曲投资者与东道国之间不对等性的同时，其背后深层次上又反映了各国在国际大舞台中各自自身利益权衡和外交话语表达。可见，其背后的特殊性对执行现实和执行可预期性的影响之重大。

（一）管辖豁免与执行豁免的特殊关系在投资仲裁执行程序中凸显

国际投资仲裁条约中的仲裁条款（协议）是投资者向仲裁机构提起仲裁的依据，而正是仲裁条款使得条约仲裁在裁决执行方面独树一帜。投资仲裁条款特有的自足性排除了主权国家可能主张的管辖豁免[13]，使得管辖豁免独立于执行豁免。

一般认为，放弃豁免的条款包括三种类型：管辖豁免的放弃、执行豁免的放弃、管辖豁免与执行豁免一体放弃与临时措施豁免的放弃，仲裁条款即为其中的管辖豁免的放弃[14]。BIT 中的仲裁条款（协议）表明签订双方已经就纠纷提交仲裁达成了合意，国家作为条约一方以明确真实的意思表示放弃了管辖豁免，同意将与本国有关的投资争议提交国际投资争端解决中心（Intrenational Center for Settlement of Investment Dispute，ICSID）或其它仲裁机构。仲裁条款可以被视为国家明示放弃管辖豁免的条款，国家不得违反国家同意原则、条约必守原则以及条约义务，在仲裁程序中提出管辖豁免的主张。

这一点在 Yukos v. Russian 案中有所体现，在该案的执行裁决程序中俄罗斯提出管辖异议，辩称其具有管辖豁免权。美国哥伦比亚地区法院审理认为，虽然外国可推定享有美国法院的管辖豁免权，但应当认定本案俄罗斯已经达成的仲裁

议通过。

[12] Gerlich, O. *State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System?*, 26 Am. Rev. Int'l Arb. 47 (2015).

[13] 杨玲：《论条约仲裁裁决执行中的国家豁免———以 ICSID 裁决执行为中心》，《法学评论》2012 年第 6 期，第 73 页。

[14] Alhashemi, Azab Alaziz, *State Immunity in International Investment Disputes: Role of State Immunity in Resolving Investment Disputes and Adjudication Implications*, 16 J. Politics & L. 46 (2023).

协议属于《美国豁免法》中放弃管辖豁免的例外。[15]

管辖豁免与执行豁免是国家及其财产豁免权两个独立内容的展开，尽管国家签订了仲裁协议就意味着放弃管辖豁免，但并不意味着同时一并放弃了执行豁免[16]。但两者之间也存在一定的联系，管辖豁免是执行豁免的前提条件和先决问题，在法院未作出是否采纳管辖豁免决定之前，执行豁免问题不会产生[17]。一个国家只有在他国享有管辖豁免，才当然在该国享有执行豁免；只有一个国家在他国法院放弃了管辖豁免，才可能提出执行豁免的问题[18]。因此，在坚持绝对豁免立场的国家，投资者想要提起以主权国家为被申请人的裁决执行程序是几乎不可能的，执行地国法院基于管辖豁免不会受理案件，更别论想要执行败诉东道国的国家财产了。

（二）现有 ISDS 机制下多边公约对豁免问题尚未作明确处理

ISDS 仲裁根据案件审理主体和国际法依据的不同，可分为 ICSID 与 Non-ICSID 仲裁[19]，两者在裁决承认与执行所依据的公约上存在较大的不同。前者依据 1965 年《解决国家和他国国民间投资争端公约》（简称《ICSID 公约》），而后者通常参照国际商事仲裁框架适用 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称《纽约公约》），两公约对于裁决执行的豁免问题规定存在差异。另外，国际法层面还有一部 2004 年《联合国豁免公约》的国家豁免法律文件，故以下分而述之。

1. 《ICSID 公约》下 ICSID 仲裁裁决的执行

《ICSID 公约》在裁决执行的审查上作出了明确规定，排除了执行地国法院对于裁决的实质性审查和部分程序审查的权限，仅在执行程序上适用执行地国的法律。根据公约第 53 条和 54 条的规定，“裁决对双方具有约束力”，裁决无需经过内国法院的司法审查，对于裁决负加的“财政义务”应当如同“该国法院的最后判决一样”[20]。可以认为，ICSID 仲裁具有自成一体的简单化承认与执行机制，

---

[15] Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation, PCA Case No. 2005-03/AA226, Order of the United States District Court for the District of Columbia.

[16] 黄世席：《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》，《清华法学》2012 年第 6 期，第 98 页。

[17] 国际法委员会报告：《第四十三届会议工作报告》（Report of the International Law Commission Forty-third Session），A/46/10（1991），第 135 页。参见 https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210452571.（2024-11-7）

[18] 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 3 页。

[19] Chen, Meng, *Embracing Non-ICSID Investment Arbitration? The Chinese Perspective*, 39 Nw. J. Int'l L. & Bus. 250 (2019).

[20] 《ICSID 公约》第 53 条：

一、裁决对双方具有约束力。不得进行任何上诉或采取除本公约规定外的任何其他补救办法。除依照本公约有关规定予以停止执行的情况外，每方应遵守和履行裁决的规定。……

《ICSID 公约》第 54 条：

一、每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内履行该裁决年加的财政义务，正如该裁决是该国法院的最后判决一样。具有联邦宪法的缔约国可以在联邦法院或通过该法院执行裁决，并可规定联邦法院应把该裁决视为组成联邦的某一邦的法院作出的最后判决。

……

三、裁决的执行应受要求在其领土内执行的国家关于执行判决的现行法律的管辖。

ICSID 裁决具有终局性，各缔约国都有条约项下执行 ICSID 裁决的条约义务。

然而，尽管《ICSID 公约》排除了执行地国绝大部分审查权限，但在豁免问题上仍退让于各国国内的豁免立法。根据公约第 55 条规定，裁决的执行规则“不得解释为背离外国执行豁免的法律”[21]，该条公约给执行地国法院留下了根据本国法律自由裁量的空间，即执行地国法院可以根据其本国法来确定主权国家的特定财产能否被执行。《ICSID 公约》为何要对豁免问题作留白处理？究其原因，在公约条款制定之初，起草者考虑到直接放弃执行豁免会直接与广大持有绝对豁免立场的发展中国家相冲突，从而阻碍公约的批准生效，在豁免问题上作出了一定的妥协让步[22]。

2. 《纽约公约》下 Non-ICISD 仲裁裁决的执行

相较于《ICSID 公约》，《纽约公约》对裁决承认与执行的国家豁免问题稍显空白。在国际商事仲裁当中，国家通常不是争议的一方当事人，因而《纽约公约》第 5 条未将国家豁免作为拒绝执行的理由[23]。当投资者依据仲裁协议选择向除 ICSID 中心以外的仲裁机构提起仲裁，若东道国不自觉履仲裁庭裁决，投资者只能够依据《纽约公约》向执行地国申请强制执行。

国家豁免是否构成执行地国法院审查裁决后作否定评价的理由？目前尚存不同观点：一种观点认为，豁免问题属于裁决执行中的“程序规则”[24]。根据公约第 3 条规定，各缔约国在执行裁决的程序中“依照裁决需其承认或执行的地方程序规则予以执行”[25]，即依据执行地国的国内法程序规则进行裁决的执行程序。主权豁免被视为投资者寻求执行地法院执行裁决所要面临的出初步程序事项，属于条约中的“程序规则”。还有另一种观点认为，国家豁免属于公约中第 5 条第 2 款中关于国家公共秩序保留的事项[26]，执行地法院拒绝执行豁免会违反一国公共政策[27]，构成拒绝承认与执行的理由之一。

3. 《国家及其财产豁免公约》中的执行豁免规定

目前，涉及国家豁免内容的国际公约和条约数量有限，在实践中发挥的作用也有局限。2004 年《联合国豁免公约》是第一部有关国家豁免的国际性法律文

---

[21] 《ICSID 公约》第 55 条：
第五十四条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。

[22] 黄世席：《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》，《清华法学》2012 年第 6 期，第 100 页。

[23] 参见《纽约公约》第 5 条。

[24] Juratowitch, Ben, *Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards*, 6 Asian J. Int’l L. 218-19 (2016).

[25] 《纽约公约》第 3 条：在以下各条所规定的条件下，每一个缔约国应该承认仲裁裁决有约束力，并且依照裁决需其承认或执行的地方程序规则予以执行。……

[26] 《纽约公约》第 5 条第 2 款：
被请求承认和执行仲裁裁决的国家的管辖当局如果查明有下列情况，也可以拒绝承认和执行：
（一）争执的事项，依照这个国家的法律，不可以用仲裁方式解决；或者
（二）承认或执行该项裁决将和这个国家的公共秩序相抵触。

[27] Sedlak, D. R., *ICSID’s Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold*, 23 Penn State Int’l L. Rev. 168 (2004).

件，但根据该公约第 30 条的规定[28]，距离公约生效条件还有些许距离[29]。

公约 17 条不仅表达了鲜明的相对豁免立场[30]，国际法委员会的会议工作报告中也指出："仲裁协议对双方具有约束力，尽管其执行中某种程度上可能必须依赖于司法参与。"[3132]公约附件中对公约的 17 条理解明确指出，"商业交易"一词包括投资事项[33]，即国际投资事项被列为国家非主权行为，不享有完全绝对的豁免。此外，公约第 19 条、第 20 条和第 21 条具体规定了强制措施的国家豁免、国家财产的执行豁免例外以及应当享有执行豁免的特定种类财产类型[34]。

《联合国豁免公约》对于国际范围内相对豁免理论的发展发挥了极大影响。近年来，日本、俄罗斯、中国等国家的新豁免立法都部分借鉴了公约的条款设置。《联合国豁免公约》在很大程度上也是习惯国际法的汇编，反映了多数国家在国家豁免问题上的立场，在具体的条款设置也是不同国家折中妥协的最终成果。

（一）豁免的特权本质加剧了投资者与东道国的不对等性

当事人双方地位之不平等性是 ISDS 机制区别于一般商事仲裁最主要的特征之一，而豁免权作为一项代表国家主权的特权，在裁决的执行中加剧了这一主体上的不对等性。

首先，ISDS 机制和 ICSID 设立的伊始便是寻求中立第三方"非政治化"解决投资者-东道国这一主体特殊的争议，避免国家作为投资争端的当事人受到他国管辖。然而，当国家豁免规则的适用成为执行裁决的阻碍后，投资仲裁不得不"回归政治化"（re-politization）外交解决的路径上，只有更具话语权国家的投资者能够依靠外交保护获得裁决结果的顺利执行[35]。各国签署达成《ICSID 公约》，在解决 ISDS 机制构建方面取得了两个巨大的突破[36]，而公约将豁免问题让位于各国国内法，裁决执行程序最终回归到了内国法院的司法审查当中，ISDS 机制的优越性无法凸显。豁免问题的审查权限交由内国法院，但裁决的执行程序仍旧

---

[28] 《联合国豁免公约》第 30 条：
1. 本公约应自第三十份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日后第三十天生效。
2. 对于在第三十份批准书、接受书、核准书或加入书交存以后批准、接受、核准或加入本公约的每一国家，本公约应在该国将批准书、接受书、核准书或加入书交存之后第三十天生效。

[29] 截止 2024 年 11 月，共计 28 个签署国，24 个缔约国，公约尚未生效，参见 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en（2024-11-7）

[30] 《联合国豁免公约》第 17 条 仲裁协定的效果：
一国如与外国一自然人或法人订立书面协议，将有关商业交易的争议提交仲裁，则该国不得在另一国原应管辖的法院有关下列事项的诉讼中援引管辖豁免。……

[31] 也即，BIT 中仲裁条款构成排除管辖豁免的仲裁协议，投资者向执行地法院提起仲裁执行程序是延伸出的不可避免他国的司法参与，管辖豁免的放弃同时在裁决执行程序中有效。

[32] 国家法委员会报告：《第四十三届会议工作报告》（Report of the International Law Commission Forty-third Session），A/46/10（1991），第 130 页。参见 https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210452571.（2024-11-7）

[33] 参见《联合国豁免公约》公约附件第 17 条的解释。

[34] 参见《联合国豁免公约》第 19 条、第 20 条、第 21 条。

[35] Begalishvili, Nino, *State Immunity in the Process of Recognition and Enforcement of ICSID Arbitral Awards*, 2020 J. L. (TSU) 121.

[36] 赵建文：《国家豁免的本质、适用标准和发展趋势》，《法学家》2005 年第 6 期，第 23 页。

是 ISDS 机制中的一个部分，若东道国继续以主权国家的身份主张执行豁免，无疑违背了 ISDS 机制设立的初心，使得当事人双方的地位不平等性凸显。

其次，从本质上来说，豁免权是主权国家的特权，其主要功能是解决国家之间的主权冲突，并非与投资者这一私主体相抗衡。东道国在裁决执行程序中提出执行豁免抗辩，可能被诟病为国家利用强势地位逃避败诉裁决债务的借口。投资者虽获形式胜诉，但东道国不用实际承担败诉的结果。豁免这一种国家特权在双方当事人之间构成了一种不平衡的权利义务结构，不利于形成平等、可预期的投资秩序，也不利于投资者权利的顺畅实现[37]。豁免理论基础是建立在国家与国家“平等者”之间的关系之上，而 ISDS 机制中公权力主体以主权对抗私人投资者并非豁免的应有之义。

最后，国家豁免具有法律和政治外交的对立统一性[38]，投资仲裁裁决执行中的豁免问题会延展出一定的政治影响与外交压力，进而使得投资者处于更加劣势的地位。例如，在 Sedelmayer v. Russian 案中瑞典与俄罗斯之间由投资仲裁的解决引起了政治外交风波[39]。从执行地国的角度来看，出于互惠、国家礼让、相互尊重国家主权的考量，会对东道国财产是否享有执行豁免表现出明显的审慎和克制。投资争端的仲裁解决 ISDS 机制的建立就是为了排除政治因素的干扰，但执行地国与东道国之间的外交亲疏关系势必会影响豁免问题的认定。基于此种考量，执行地国在处理执行豁免时更容易在自由裁量空间内给予东道国一定程度上的偏袒[40]。

（二）豁免问题背后暗含国家主权与经贸发展的利益权衡

支持仲裁有助于东道国塑造吸引投资的友好形象，持有相对豁免主张是其中一种方式，投资者更倾向于选择持有相对豁免立场的国家进行投资。国家主权尊严的维护和国家经贸发展的权衡之间，豁免立场的选择起到了重大的作用。

一方面，一旦产生投资争议，绝对豁免立场的国家几乎不会参与到内国法院审理的裁决执行程序中去，秉持国家及其财产一律享有豁免特权的立场，这在很大程度上损害了对外国投资者的利益保护。绝对豁免立场是保护国家主权强有力的武器，在外交和国家发展中维护国家主权独立和平等，是一种“内向保守型的”豁免立场，而正是由于这种保守性，为国际投资中国家之间的交流设置了明显阻

---

37 何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，《当代法学》2023 年第 6 期，第 38 页。

38 叶研：《论当代中国的国家豁免政策选择》，《国际法研究》2022 年第 1 期，第 39 页。

39 在 Sedelmayer v. Russian 案中瑞典最高法院对俄罗斯提出的主权豁免抗辩不予采纳后，俄罗斯将瑞典驻俄罗斯代办传唤至外交部，并表示瑞典法院违反了《维也纳外交关系公约》，向其表达了对瑞典法院“非法”执行俄罗斯财产的不满。俄罗斯外交代表明确表示，拒绝遵守瑞典法院的裁决，这使得投资仲裁的解决引起了政治外交风波 Шведский суд отменил иммунитет российского госучреждения（瑞典法院驳回了俄罗斯提出的国家豁免请求）, https://www.vedomosti.ru/finance/articles/2011/07/08/rossiya_ne_otdaet_proigrannoe. (2024-11-7)

40 范晓宇：《投资仲裁裁决执行的国家豁免困境、成因及出路》，《武大国际法评论》2021 年第 3 期，第 134 页。

碍；另一方面，持有相对豁免立场的国家在提高外国投资者保护水平以吸引外资的同时，也增大了参与国际投资的债务风险，一旦败诉并被申请执行裁决，可能需要承担巨额的财产义务负担，直接冲击和损害国家及其财产主权利益。相对于绝对豁免立场，限制豁免立场是一种“外向开放型”豁免立场。近年来，越来越多的国家基于各国其经贸政策，取舍之间选择转向限制豁免立场。

三、国家豁免下投资仲裁裁决执行的可预期性缺失的困境

在相对豁免并未构成一项国际习惯的背景下，各国适用执行地国豁免法来决定是否执行投资仲裁裁决，而各国衡量其国情制定的国内豁免立法瑕瑜互见，在豁免立法体例上的差异和对执行豁免相关条文的或宽松或严苛的解释适用，使得相似案件因选择不同国家的执行地法院而得到截然不同甚至是矛盾对立的结果，致使裁决执行力与可预期性受损。

（一）相对豁免还并未构成一项国际习惯

尽管越来越多的国家相继针对国家豁免问题专门立法，但从习惯国际法的形成过程以及构成要素来看，还不能认定相对豁免已经成为习惯国际法[41]。《国际法院规约》第 38 条规定，国际习惯的构成要素包括两个，一是需要各国反复多次实践形成通例；二是须“经接受为法律”的法律确信[42]。相对豁免立场的《联合国豁免法》就是实践通例的总结，能够证明在一定程度上符合其实践的要素要求，但公约目前却尚未生效，在法律确信上存在欠失。

Sedelmayer v. Russian 案和 FG v. Congo 案讨论了执行地法院对相对豁免是否构成一项国际习惯的内容。在 Sedelmayer v. Russian 案中，瑞士最高法院认为“国家豁免原则已经从以前要求绝对豁免的权利，演变为目前更具现限制性的做法”[43]，即国家豁免原则已经从绝对豁免变为了相对豁免的发展趋势。在 FG v. Congo 案中，香港终审法院认为相对豁免尚未取得习惯国际法的地位，由于国际社会仍长期存在分歧的做法[44]。因此，尽管目前已经有相当大一批国家尤其是西方国家达成了共识，公约还缺乏习惯国际法所要求的一般性，难以形成各国认为受相对豁免约束的国际共识。

在相对豁免并未形成国际习惯法的情况下，各国以国内立法的形式约束外国在其本国的豁免权利具有明显的正当性缺陷。豁免是国家之间正常交往的一种法定例外[45]，所谓“法定”不仅要求其内国法上有明确的法律依据，也应当有明确

---

41 黄世席：《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》，《清华法学》2012 年第 6 期，第 101 页。

42 《国际法院规约》第 38 条第 1 款：国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

43 Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, SCC, Decision of the Swedish Supreme Court.

44 香港终审法院认为就国际习惯法而言，公约是重要依据。然而，《联合国豁免公约》本身尚未生效，且中国仅签署但并未批准该公约，公约对中国没有约束力，因此不能够成为确定中国豁免立场的依据。国际社会在豁免问题仍然存在长期的分歧和矛盾的做法，目前的国际共识不足以使相对豁免构成一项国际习惯约束各国 FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, ICC Case No. 11442/KGA, Judgment of the Court of Appeal of Hong Kong.

45 何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，《当代法学》2023 年第 6 期，第 39 页。

的国际法依据来约束各国在豁免事项上的权利行使。国际法与内国法相比，缺乏某种程度上的“强制性”，即使存在国际法意义上的强行法，其最终的实施也要落脚到各国承认受其约束的行为或承诺，否则就违背了国家主权平等的基本原则。而投资仲裁裁决的执行程序中，强制执行他国国家财产本身就带有一定的强制性，仅仅凭借一国内国立法来承认与执行他国财产在正当性上便存在瑕疵。

（二）各国的执行豁免规则无法形成体系

无论是《ICSID 公约》还是《纽约公约》，两者虽然在制度设计和裁决审查机制设置上大相径庭，在裁决执行中的国家豁免问题都让步于执行地国国内豁免立法。迄今已有 14 个国家制定了规定相对豁免制度的专门法律[46]，还有一些国家在一般法中对豁免问题作出专门规定。迄今为止的案例中，投资仲裁裁决执行案件的审查几乎被西方国家所包揽，且仅有持相对豁免立场的国家才制定有专门豁免立法[47]。即便在豁免立场上各国均已达成了相对豁免的共识，在执行豁免及其例外方面的具体规则上仍存在迥异和分歧，可见豁免规则在裁决执行程序的适用和解释无法形成体系。

有的国家立法中涉及到执行豁免的条款笼统规定到国家豁免及其例外当中，并没有作单独的规定，例如《1978 年英国国家豁免法》（简称《英国国家豁免法》）中笼统表述为“主张豁免”“享有豁免”；有部分国家区分了管辖豁免与执行豁免，对执行豁免的例外情形作出列举，主要包括 3 个方面：国家放弃执行豁免、国家商业性质财产的豁免例外和国家特定用途财产豁免例外。

其一，列举国家放弃执行豁免的情形。部分国家对明示和默示两种放弃形式兼采，例如《1976 年美国外国主权豁免法》（简称《美国豁免法》）规定，国家明示或默示放弃执行豁免的不享有执行豁免[48]。又如，《1985 年加拿大国家豁免法》（简称《加拿大豁免法》）规定，国家“明示或默示放弃”者不享有执行豁免[49]。另一部分国家仅采纳明示书面形式执行豁免的放弃，《1981 年南非外国国家豁免法》（简称《南非豁免法》）规定，如果国家“书面同意执行”则不适用执行豁免，同时强调“国家放弃管辖豁免不得视为本款所作同意”的放弃执行豁免[50]。《2009 年日本对外国国家民事管辖法》（简称《日本豁免法》）对外国国家同意放弃执行豁免的方式限定在“条约或其它国际协议”、“关于仲裁的协议”、“书面合同”和向法院作出的“书面通知、声明”几种类型之中[51]。我国《外国国家豁免法》规

[46] 截止 2024 年，专门豁免立法的国家包括：中国、美国、英国、新加坡、巴基斯坦、南非、马拉维、加拿大、澳大利亚、阿根廷、以色列、日本、西班牙、俄罗斯。

[47] 本文引用各国豁免法中文译文参见徐宏、马新民编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社 2019 年版。

[48] See Foreign Sovereign Immunities Act,1976(United State), 28 U.S.C. § 1610(a)(1).

[49] See State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, § 12 (Can.).

[50] See Foreign States Immunities Act 1981 § 14(2) (S. Afr.).

[51] See Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State § 17 (Japan).

定，执行豁免的放弃也采纳“书面文件等明示放弃”执行豁免的形式[52]。

其二，明确将商业性质的国家财产排除在国家执行豁免的范围之外，主要的差异集中在“商业性质”的判断标准和认定上。部分国家豁免立法还以注意条款的形式，将几类特定的国际财产排除在执行豁免商业例外的范围之外。例如，我国《外国国家豁免法》规定，外交财产、军事性质财产、中央银行等金融管理机构财产、文物等均不视为商业例外财产[53]；《2015 年俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》（简称《俄罗斯豁免法》）第 16 条、《日本豁免法》第 18 条也有相类似的规定，这一点在很大程度上借鉴了《联合国豁免公约》第 21 条的规定。

其三，部分国家还明确国家专门划拨财产豁免例外。例如，我国《外国国家豁免法》提到“外国国家已经拨出或者专门指定财产用于司法强制措施执行”的财产不享有豁免[54]；《俄罗斯豁免法》中“外国国家已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的请求”的例外规定[55]，也同样指出国家已经划拨用于清偿诉讼的财产不享有执行豁免权。

（三）豁免例外认定实践尚未无统一标准

通常而言，基于国际主权原则一国在他国应当享有豁免权，在豁免例外情形下，国家不得主张自己的豁免权利。基于前述各国立法和实践分析，在仲裁裁决执行程序中主要包含三个方面的豁免例外情形：（一）一国主动放弃其国家豁免权；（二）国家商业活动及财产为豁免例外；（三）国家事前专门划拨财产例外。各国在实践当中对于前两种例外的认定标准也有较大差异。

1. 放弃管辖豁免和执行豁免的效力认定

国家豁免存在管辖豁免与执行豁免之分，一般认为，根据国家放弃豁免的范围和内容，主权国家放弃豁免的类型包括三种：放弃管辖豁免、放弃执行豁免、管辖与执行豁免一并放弃[56]。

放弃管辖豁免基本各国均认可“国家明示同意行使管辖权”和“参加诉讼的默示同意行使管辖权”两种形式。执行豁免放弃的认定相较管辖豁免更为严苛，各国法院在认定执行豁免放弃时，采用明确且具体的限制性解释，态度更为审慎。然而，美国、加拿大等国家的立法当中，默认的放弃豁免形式也被认可，条件是仅限于“财产本身用于商业目的”[57]。尽管如此，在执行豁免较管辖豁免审查标准更严的一般实践之下，国家对管辖豁免的放弃也不可扩推解释为一并放弃执行

[52] 参见《外国国家豁免法》第 14 条。
[53] 参见《外国国家豁免法》第 15 条。
[54] 参见《外国国家豁免法》第 14 条第 2 款。
[55] See Federal Law on Jurisdictional Immunities of Foreign States and International Organizations, No. 297-FZ, § 15 (Russ.).
[56] 杜焕芳，段鑫睿：《论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力》，《国际法研究》2022 年第 2 期，第 58 页。
[57] See State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, § 12 (Can.), 28 U.S.C. § 1610(a)(1)

豁免，除非该国在放弃时明示。在 Crystallex v. Venez 案[58]中，法官便明确指出，管辖豁免条款和执行豁免条款各自独立[59]。这一点在《联合国豁免公约》起草委员会的规范性决议中有所体现[60]，即不能将公约第 17 条关于管辖豁免的放弃效力延伸至仲裁的执行阶段之中。

那么，在国家概括性一并放弃管辖豁免与执行豁免时，是否可以认定国家在放弃了管辖豁免的同时也放弃了执行豁免？Noga v. Russian 案[61]中认可的观点为：国家在仲裁协议中已作的概括性豁免权的放弃不能够视为管辖豁免和执行豁免的一并放弃，执行豁免仍需要另行明示。而 FG v. Congo 案持有另一种观点：若国家同意放弃豁免权，则可以认定同时放弃了管辖豁免与执行豁免[62]。Bec Frères v. Office Tunisie 案中法国法院在实践当中也称采取了同样的观点[63]。

2. 国家财产的商业性质判断标准

执行程序中被申请执行的国家财产性质是法院认定是否享有执行豁免的主要考虑因素，在不同法域，对“商业性质”的释义存在不同的解释。对商业财产的判定存在三种标准，“目的标准”、“性质标准”和“目的性质混合标准”。财产不同于行为，是不具有意志性的“为我之物”，一般不按照性质进行分类，而依据其目的和用途来作区分，因此执行豁免的判断使用于目的导向的标准[64]。“目的标准”是目前最为主要和常用的判断方法，指依据国家财产用于主权性目的还是商业性的目的为标准，来判断区分“商业财产”和“主权财产”。具体而言，各国从时间、相关行为、混合性三个角度考虑商业目的。

其一，从国家财产用于商业目的的时间角度，美国立法中要求认定国家财产用于商业用途需要满足“正在用于或曾用于相关诉讼依据的事实”的条件[65]；而英国立法中规定，“正在被用于或意图被用于”商业目的的财产不享有执行豁免[66]。《加拿大豁免法》和《联合国豁免公约》也有类似于《英国豁免法》的规定[67]。

---

58 Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2.

59 Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Memorandum Opinion of the US District Court for the District of Delaware.

60 《1991 年国际法研究院关于国家豁免和执行方面的一些现实问题的决议》第 5 条第 2 款：同意接受管辖不意味着接受强制执行措施，后者要求有单独和清楚的同意。

61 Noga v. Russian 案中，瑞士公司 Nago 与当时的苏联签订了原油供应合同，约定仲裁协议放弃豁免权利的表述为“放弃就执行本协议有关的任何仲裁裁决的豁免权”。Nago 公司向瑞典法院申请执行俄罗斯位于瑞典的部分外交财产。法院认为，俄罗斯确实放弃了管辖豁免权，但依据《维也纳公约》并不能认为俄罗斯一并放弃了外交豁免权与外交财产豁免权，因此能认定俄罗斯通过明示一并同意的方式同时放弃了管辖豁免与执行豁免。See Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, 23 U.S.T. 3227, § 22.

62 在该案中终审法院的少数法官认为，无论香港实行限制豁免原则还是绝对豁免原则，都应当认定刚果已经通过仲裁协议一并放弃了管辖豁免与执行豁免。FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, ICC Case No. 11442/KGA , Judgment of the Court of Appeal of Hong Kong.

63 鲁昂上诉法院裁定突尼斯政府部门通过提交临时仲裁接受了国际贸易的共同规则，并因此一并放弃其管辖豁免和执行豁免。参见杜焕芳，段鑫睿：《论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力》，《国际法研究》2022 年第 2 期，第 60 页。

64 纪繁林：《不得援引国家豁免的商业交易诉讼研究》，法律出版社 2016 年版，第 209 页。

65 See Foreign Sovereign Immunities Act,1976(United State), 28 U.S.C. § 1610(a)(1).

66 See State Immunity Act 1978, c. 33, § 13(4) (UK).

67 See See State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, § 12 (Can.).

在实践中对“意图用于”的规定相较于“曾用于”更难界定，也很难举证证明，相关财产的属性很容易处于一个不确定的状态[68]。

其二，从国家财产与国家有关系行为关系角度，《美国豁免法》和《联合国豁免公约》要求被申请执行的财产除了要满足时间上的目的条件还应当同时满足实际联系的要求[69]，而需要同时满足两项条件极为严苛。还有国家的立法当中还要求被申请执行的国家财产与执行地国应当具有地域性联系[70]。

其三，同时用于主权目的和商业目的的混合型财产是否能够享有执行豁免权？各国实践中呈现出不同做法：在 LETCO v. Liberia 案[71]中法院认定混合型财产仍享有国家豁免权；而在 Sedelmayer v. Russia 案[72]中兼具多重使用目的的不动产被认定为整体不享有执行豁免权。

3. 投资者对豁免例外的举证责任负担过重

一方面，投资者寻找东道国可被执行的财产阻力极大。在东道国败诉不主动执行裁决结果，也并未放弃国家执行豁免权时，投资者只能寻求该东道国在他国的商业性质财产，并且还需要结合不同执行地国对商业性质财产的法定要求，在一定范围条件内寻找执行标的。例如 Yukos v. Russian 案执行标的金额巨大，投资者很难轻易放弃寻求强制执行，在寻找可供执行财产的过程中时间金钱的耗费也巨大。[73]

另一方面，即使投资者寻找到符合执行地国法定条件财产，面对举证证明财产符合商业目的要求时也举步维艰。多数国家的立法中规定，财产属于“商业财产”的证明责任由申请人承担，否则推定该被申请执行财产属于“国家主权财产”。如前文所述，部分国家“意图用于”的规定在技术上实在难以证明，“意图”掺杂了主权国家的主观支配性，若想要逃避债务，东道国直接利用国家强权改变该财产用途即可。其次，投资者以私主体的身份与主权国家抗衡，取得证明国家财产性质的证据材料也极为困难。国家财产的具体信息由东道国控制和掌握，投资者很难被授权调查取证。例如《英国豁免法》就规定较低的非商业财产证明程度，除非申请人有相反证据推翻这一依据[74]。

---

[68] 陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社 2016 年版，第 100 页。

[69] See 28 U.S.C. § 1610(a)(1).

[70] 我国《外国国家豁免法》就明确规定，仅就位于我国境内的财产采取强制执行措施，并且该财产应当与该诉讼存在联系。参见《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款。

[71] 美国哥伦比亚地区法院虽然承认被申请的使馆账户财产中部分用于商业目的，从狭义的解释角度出发，用于“非主要的”、“附带的”不能表明财产用途根本性质的那部分国家财产，不能够使得整个银行帐户失去国家豁免的保护。See Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, US District Court for District of Columbia Decision.

[72] 瑞典法院认为，被申请执行的不动产兼具多重使用目的，该财产仅在有限的范围内用于国家主权用途，其它相当大一部的常财产用作非官方用途，整体上认为该财产不享有执行豁免权。See Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, SCC, Decision of the Swedish Supreme Court.

[73] Yukos v. Russian 案涉案金额高达 500 亿，Yukos 前后尝试向印度、德国、比利时、法国、英国、美国申请强制执行，投资仲裁裁决在 2014 年便由荷兰的仲裁庭作出，目前经历 10 年后执行程序还未完全结束，投资者反复陷入诉累之中又因为涉案金额巨大，却不敢轻言放弃。

[74] 《英国豁免法》规定只要被执行国外交人员对资产性质出具简要声明，就可以作为被申请财产不属于

四、国家豁免下破除投资仲裁裁决执行的可预期性缺失困境的路径

为解决投资仲裁裁决执行中国家豁免的现实困境，各国与国际组织应当从建立相对豁免的国际一般法为宏观导向目标，竭力在多边或双边的投资法视阈之下进快建立统一的执行豁免规则体系，进一步引导各国执行地法院裁判执行裁决的统一性和可预期性。

（一）推动构建相对豁免共识的一般国际法

一般国际法，也就是习惯国际法。国际习惯法确认需要各国大量的“意思表示”，以国家实践和法律确信为证据，以证明此规则实际受到各国承认与执行并具备作为国际习惯法的必要条件。从国际投资仲裁裁决执行案例来看多数国家的相对豁免立场实践已经具备，在法律确信方面还有欠缺。国际法视阈内，横向的法律体系中，各国主权国家既是国际法主体也是立法者，国家建立法律确信是将相对豁免规范接受为法律是其自愿遵守的自证过程[75]。

1. 建立习惯国际法中相对豁免的法律确信

首先，相对豁免理论具备与现今国际法发展程度匹配适当性，也是目前国际经济发展阶段的现实需要[76]。单从国际投资领域的角度来看，第一，相对豁免更加符合国家主权平等原则，国家虽然是国家主权的代表，但在国际投资中东道国的行为并不是在行使主权职能，已经超出了主权范畴；第二，相对豁免更妥善地处理了主权国家与私人投资者之间的关系，东道国应当在商事领域国际投资事项中与投资者具有平等的法律地位；第三，相对豁免能够秉持 ISDS 机制非“政治化”解决的初心，避免国际投资争端的解决上升到国家之间的政治和外交的层面。

其次，坚持绝对豁免立场的一些社会主义国家和发展中国家基于自身国情的考量，为了达到在对外交往中保护自己、反对强权和维护国家主权独立和平等的目的，仍然在实践中坚持国家及其财产绝对的豁免权，而基于目前的国际实践来看，这种做法显得过于短视。第一，绝对豁免立场国家认为，坚持绝对豁免能够直接避免国家被诉，也不需要承担已经享有豁免的财产义务。利用博弈论来分析该国在实践可能面临的四种情况[77]（如下表 1），选择相对豁免更有利于维护国家权益[78]。第二，国际投资能够带动该国的经贸发展，而被诉风险是对外来往交流所应当负担的必要风险，从某种程度来说，还能够倒逼该国完善加强管理外资法治水平。

商业性质财产的充分依据。See State Immunity Act 1978, c. 33, § 13(5) (UK).

[75] 郑斌，李斐南：《国际法的渊源：国际习惯法和条约》，《环球法律评论》1986 年第 1 期，第 64 页。

[76] 陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社 2016 年版，第 9 页。

[77] 叶研：《论当代中国的国家豁免政策选择》，《国际法研究》2022 年第 1 期，第 48-49 页。

[78] 如果该国采取绝对豁免，在外国采取相对豁免的情况下，该国将处于不利的地位；在外国采取绝对豁免的情况下，双方处于平等的地位。如果该国采取相对制豁免，在外国采取绝对豁免的情况下，该国将处于有利的地位；在外国也采取相对豁免的情况下，双方处于平等的地位。很明显，采取相对豁免对该国、乃至对任何国家而言都是最有利的选择。

	外国持相对豁免	外国持绝对豁免
本国持相对豁免	双方平等	对外国不利
本国持绝对豁免	对本国不利	双方平等

表 1

最后，从手段上来看，建议坚持相对豁免的各国通过反复实践，以行为的“意思表示”加强习惯国际法中相对豁免的法律确信。一般来说，国际社会的习惯法经由国家间的“模仿”而缓慢生成习惯法，开始仅局限于特定国家的特别规则，随后被其他国家模仿，特别是对这些国家有利的规则，继续在更多国家间传播，久而久之便在国际社会形成习惯法[79]。从宽泛的豁免立场判断标准看，转变为相对豁免立场的行为并不局限于各国制定专门的豁免立法或加入《联合国豁免公约》[80]，各国还可以依照本国的立法体例建立判例法，宣示国家豁免立场、加入包含相对豁免制度的其它公约的行为，加强整个国际社会普遍的相对豁免法律确信。

2. 推进《联合国国家及其财产豁免公约》尽快生效

公约是一般国家法“成文化”的归纳与总结的成果，能够为法律使用者提供更为清晰和明确的法律依据和指引。然而，目前《联合国豁免公约》尚未生效，所以无法在多边层面发挥作用。就目前的条约生效进程来看，公约规定 30 个签署国的条约生效条件并不遥远。因此，国际法委员会应当在实践案例的分析总结工作基础上，开展《联合国豁免公约》的解释说明工作。可以考虑在《联合国豁免公约》之下通过一项软性的国际规则，对国家豁免规则的适用予以指导和解释，以同步各国在国内豁免立法上的更新与发展[81]。国际法委员会应当积极发挥工作报告的软法作用，解释、澄清条约文本原则性和模糊性的内容[82]，明确《联合国豁免公约》在适用豁免规则例外判断标准上的解释规则，补充、填补既有豁免规则的法律间隙与空白；加强《联合国豁免公约》在各国司法实践当中的指导和依据作用；同时，发挥对私人主体投资者在豁免问题上的指引作用，规避东道国提出国家豁免而求诉无门的风险。

对于加入签署《联合国豁免公约》的缔约国，已有豁免立法的国家应当及时修改国内的豁免立法，积极履行公约项下的国际法义务；未有豁免专门立法的缔约国应当加快推进豁免专门立法工作，以公约为蓝本，制定不违反公约项下义务且符合本国国情的豁免法。以此构建国际法上较为统一的豁免规则体系，协调各国国内具有差异的豁免制度。

[79] 汤岩：《习惯国际法存在吗？——一个国际法史上的追问》，《人大法律评论》2021 年第 1 期，第 38 页。

[80] 韩秀丽，张启扉：《非洲国家豁免立场的转向及中国因应》，《西亚非洲》2024 年第 5 期，第 6 页。

[81] Fox, Hazel, *State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law for Execution Against State Property?*, 12 Arb. Int'l 93 (1996).

[82] 石亚莹：《论软法的优势和作用——以国际法为视角》，《法学杂志》2015 年第 6 期，第 94-95 页。

（二）建立国际投资法范围内的豁免特别法

除从多边角度建立统一成体系的豁免制度以破解投资仲裁裁决的执行困境以外，还可以在国际投资法范围内寻求豁免规则的特殊立法，以破除主权豁免困境。在豁免国际规则难以在国际范围内达成一致的情况下，该种方案更加切实可行。

1. 投资法范围内建立执行职能的国际组织

投资法范围内，各国发挥国际组织的国际法职能，建立一个能够有效运作的集中执行投资仲裁裁决的专门机构，以破除“国家中心主义”[83]。同时，由于国家豁免的法律与政治外交之间对立统一性，还应在该专门机构运行中避免投资裁决转化为政治和外交问题，以避免投资仲裁裁决执行程序在政治外交等复杂因素下产生不可预期结果，将投资仲裁的 ISDS 争端解决回归到“非政治化”解决的初心之上。国际组织基于各国的授权，即国际法上的集中的共同体权力，各国遵守国际组织的执行裁决是基于对共同体权力的尊重和国际义务的遵循，因此其有完整的决策自主权和集中执行权，其合法性和正当性也强于执行地国单依据其国内豁免立法来执行他国国家财产。

然而，从现有机制中直接建立新的国际组织具有较大的难度，在现有的国际投资国际组织框架下，ICSID 中心可能是承担执行职能最佳选择[84]，即使未能涵盖 Non-ICSID 仲裁，也已包含了多数的投资仲裁。[85]ICSID 中心背后的世界银行也能够发挥裁决国际多边化解决的促进作用，以国际复兴开发银行为例，可以利用国际金融手段（包括暂停提供融资资金、降低贷款额和提高贷款利率等）对拒绝执行的败诉东道国施压，配合完成 ICSID 中心的执行职能。因此，建议《ICSID 公约》在修改时考虑纳入集中执法机构的条款，弥补公约在投资裁决执行国家豁免问题上的重大缺陷。

2. 双边投资协定中设置放弃豁免条款

一国明确表示放弃豁免的情形下，该国不享有国家豁免权。两国之间可以考虑在 BIT 中达成一致，以书面条款的形式，在仲裁条款部分明确放弃部分国家财产的执行豁免权，或划拨部分财产专门用于强制执行。该种方式可以结合签订 BIT 对方国的实际情况，在一定可控范围内决定位于本国可供执行财产的金额数量，避免本国以被申请人的身份在第三方执行地法院被诉，陷入较为被动的境地。

---

[83] 现有的裁决执行机制秉持着“国家中心主义”，将“作出具有拘束力的裁决”与“具有强制性的裁决的执行”两个具有紧密联系的程序分离开。这种模式将最终的执行审查权赋予各国国内法院，而各国在豁免立法技术和规则上难以避免分歧，在国际立法上目前也尚未形成完整的体系，在裁决执行程序中的同案不同判问题凸显。

[84] Meng, Zixin, *Alternative Approach to Address the Dilemma of State Immunity: Functional Model of International Enforcement*, 29 Tul. J. Int’l & Comp. L. 67 (2021).

[85] 据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）发布的《2023 年投资报告》显示，截止 2022 年的 1257 起案件中，过半数提交 ICSID 中心仲裁解决。参见 UNCTAD，World Investment Report 2023 : INVESTING IN SUSTAINABLE ENERGY FOR ALL,2023.pp.78-79.https://investmentpolicy.unctad.org.(2024-11-7).

ICSID、ICC 等国际仲裁机构都曾建议将放弃豁免条款纳入到仲裁条款（协议）之中，并提供了相应的示范条款，可予以参考和借鉴[86][87]。在制定仲裁条款时，应当注意两点：第一，要根据签订国对方国家具体情况的不同，制定具有针对性的放弃豁免条款；第二，放弃豁免条款的表述应当明确、清晰，最好局限于一定的财产范围或事项之内。

放弃豁免条款还可以以双边豁免法律文件形式签订。此外，考虑到目前 BIT 数量庞大，内容繁多，各国全面审查并修改已存在的上千个生效的 BIT 工作量繁重可操作性不高，各国之间可以考虑以议定书或备忘录的形式，对于两国之间产生的投资争端执行事项和豁免例外范围等进行协商和约定，在议定书或备忘录中，双方提供一定数量的不享有国家豁免权的财产信息或清单。一旦投资者提起仲裁胜诉并申请执行裁决结果，不会陷入无法寻求到可供执行财产的初步困境之中。

（三）明确执行法院认定豁免例外判断标准

在投资仲裁裁决的执行实践中，各国对于豁免例外的判断标准存在较大的分歧。国际法委员会可以从明确放弃执行豁免的形式要求、财产性质的判断标准和申请执行程序中证明财产性质的举证责任分配三个角度，进行解释与说明，以求在国际社会中建立统一且明确的豁免例外认定规则。

1. 须以单独且明示方式放弃执行豁免

其一，从严解释“明示”放弃执行豁免的范围，就其本质来说，管辖豁免针对的是国家的法律人格，其效力作用的范围仅限于程序性事项或间接性的实质影响；而执行豁免针对的是国家的财产，执行豁免的放弃可能会对国家产生直接实质性的负面影响，例如支付巨额债务等[88]。因此，对于“明示”放弃执行豁免的范围应当限定在国家作出的正式书面文书中，且对其解释和要求应当严于管辖豁免的放弃。

其二，国家概括性一并放弃管辖豁免与执行豁免不能视为国家“明示”放弃了执行豁免权，国家须单独书面作出放弃执行豁免的意思表示。管辖豁免与执行豁免是相互独立的，且对一国来说放弃管辖豁免与执行豁免涉及到的国家利益让渡程度和范围也是差异巨大的，在放弃执行豁免时不可一概囊括进“放弃国家豁免权”的概括放弃中。

2. 多因素判断被申请执行财产的商业性质

其一，对于国家财产的商业性质判断不应当局限于财产本身的“目的”，还应当结合国家行为的性质，采用“目的性质混合标准”。财产虽然不同于国家行

[86] 常设仲裁法院：《仲裁当事一方为国家的争端之任择性规则》第 6 条：本仲裁协议构成放弃一方当事人在执行根据本协议组成的仲裁庭作出的任何裁决时可能享有的任何主权豁免权，即放弃执行主权豁免权。

[87] 《ICSID 示范条款第》15 条：东道国在执行和实施根据本协议组成的仲裁庭作出的任何裁决时，特此放弃对该国及其财产的任何主权豁免权。

[88] 杨玲：《论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免》，《当代法学》2012 年第 5 期，第 141 页。

为具有国家意志性，但往往国家财产与国家行为相关联。投资者只要能够提供证据证明该财产所涉及的行为包含部分商业因素，就可以证明这部分财产不享有国家执行豁免权。因此，在判断财产的商业性质时，不应局限于财产的目的和用途，应当综合考虑多因素。其二，明确同时用于主权目的和商业目的的混合型财产不享有执行豁免权。在判断财产混合性质时，即使该财产只有小部分被用于商业用途，也应当认定该财产在整体上被国家主观意图上改变过财产使用目的和用途的事实，不应当依据商业用途财产所占比例大小来判定整个财产的目的和用途。面对混合性质财产时，应当戳破其面纱，执行真正用于商业目的那部分的财产[89]。其三，财产性质认定中，对时间层面的要求应当删除“意图用于”的规定，意图用于的未来状态难以在司法实践中界定，也很难实际举证证明。

3. 举证责任应当由被诉东道国承担

结合目前各国实践的分析，可以发现裁决执行程序中投资者所面临的巨大阻碍不仅体现在实体上问题上，在程序问题中也存在巨大的困难。依照各国国内诉讼法的一般规定，举证责任往往由申请人承担，若被申请财产系外交性质的财产，投资者个人更是受《维也纳公约》第 22、23、31 条[90]的限制，收集证据的手段和途径被完全切断。最终按照举证不能承担败诉风险的规则，法院只能认定不执行裁决结果。因此，应当调整举证责任的分配，采取举证责任倒置的方式，由东道国举证证明该财产“非商业性质”，不属于执行豁免的例外范围，投资者只要能够提供相反证据证明即可推翻。

五、国家豁免下应对投资仲裁裁决执行的可预期性缺失困境的中国方案

2023 年 9 月 1 日，我国通过《外国国家豁免法》，标志着我国国家豁免立场和态度的转型，依据《外国国家豁免法》第 12 条、第 14 条[91]的规定，外国主权国家在投资仲裁裁决的执行程序和部分位于我国领域内的商业财产不受到国家豁免的保护。近几年来，我国在高质量共建“一带一路”之下，企业对外投资增量呈现逐年上升趋势[92]，一方面我国企业对外投资的法律风险防范当数重中之重，而实践中投资者在面临东道国执行豁免抗辩下不乏执行不能或久拖不绝的失败例子；另一方面我国作为执行地国，可能会面临外国投资者向我国法院申请执行东道国的财产的情况。

（一）我国可能面临的执行情形及其依据

实践中，中国可能面临三种执行裁决的情况：一是我国投资者对外投资，将

[89] 王佳：《论国家豁免原则对国际投资仲裁裁决执行的影响》，《岭南学刊》2014 年第 2 期，第 79 页。

[90] 《维也纳公约》第 22、23、31 条规定：使馆馆舍不得侵犯；使馆馆舍及设备、馆内财产、使馆交通工具免受搜查；使馆档案及文件不得侵犯；外交人员无作证义务，不得被强制质证。

[91] 参见《外国国家豁免法》第 12 条第 2 款、第 14 条第 3 款。

[92] 2022 年中国对外直接投资流量 1631.2 亿美元，2022 年对外投资流量是 2002 年的 60 倍，年均增长速度高达 22.8%，参见中华人民共和国商务部：《中国对外投资合作发展报告 2023》，第 14 页。

东道国作为被执行人向我国或第三国法院申请执行东道国财产；二是我国作为被诉东道国，他国投资者向第三国执行地法院申请执行我国的财产；三是我国作为执行地法院，受理他国投资者向我国申请执行第三国国家财产的案件。

序号	执行申请人	执行被申请人	执行地法院	ICSID 裁决执行依据	非 ICSID 裁决执行依据
1	我国投资者	他国作东道国	我国法院	《ICSID 公约》第 53、54、55 条；《外国国家豁免法》第 12 条、第 14 条	《纽约公约》第 3 条或第 5 条；我国与他国东道国之间的 BIT；《外国国家豁免法》第 12 条、第 14 条
			第三国法院	《ICSID 公约》第 53、54、55 条；第三国国内豁免立法	《纽约公约》第 3 条或第 5 条；我国与他国东道国之间的 BIT；第三国国内豁免立法
2	他国投资者	我国作东道国	第三国法院或投资者母国	《ICSID 公约》第 53、54、55 条；第三国或投资者母国国内豁免立法	《纽约公约》第 3 条或第 5 条；我国与他国东道国之间的 BIT；第三国或投资者母国国内豁免立法
3	他国投资者	第三国作东道国	我国法院	《ICSID 公约》第 53、54、55 条；《外国国家豁免法》第 12 条、第 14 条	《纽约公约》第 3 条或第 5 条；投资者母国与第三国东道国之间的 BIT；《外国国家豁免法》第 12 条、第 14 条

表 2

因此，以下对上表 2 提出的几种我国可能面临的执行裁决情形，结合投资者、我国作为东道国和作为执行地法院的三个视角，从法律层面和其它市场手段提出中国应对投资仲裁裁决执行中国家豁免困境的解决方案。

2025年中国国际法学会

（二）立法机关缔结 BIT 时设置关于放弃豁免的条款

第一，我国立法者可以考虑在缔结新 BIT 的谈判过程中，将仲裁条款中增添一项放弃执行豁免条款纳入谈判议程。结合不同国家的豁免立场和豁免立法，设置放弃执行豁免条款的财产的范围和性质。对于持有绝对豁免立场的国家，应当极力在仲裁条款中达成放弃管辖与执行豁免的一致，避免我国投资者在已经获得胜诉裁决后，因东道国坚持绝对豁免且并未事先明示放弃任何豁免权而执行不能；对于持有相对豁免立场的国家，可以考虑缔结双方附一定的商业性质财产目录清单。对于我国而言，一方面能够显示缔结 BIT 时我国最大的保护外国投资者“诚意”和财产“担保”，另一方面我国所列清单财产相较于他国四处寻找执行的财产更加有预期性和可控性；对我国投资者而言，在将东道国提起仲裁胜诉后，一方面不用再大费周章在世界范围内寻找可供执行的财产，另一方面在提交证据时也能够很容易证明东道国对该财产的主观用途和目的是商业性质的。对于已经签署 BIT 的国家，可以考虑以备忘录或议定书的形式作出。

第二，我国投资者在与东道国签订投资合同时，其一，应当确认司法管辖区域内的主权豁免法，包括争端解决地、可能寻求执行程序的财产所在地等，尽量避免东道国提出管辖豁免或执行豁免抗辩有效的情况，应当在合同中选择坚持相对豁免立场、执行和仲裁友好的国家，例如美国、英国、法国、瑞士等对执行豁免的认定相对宽松，我国投资者有效执行裁决的可能性更大；其二，尽可能在合同中纳入放弃执行豁免条款，依据仲裁协议选择的仲裁庭借鉴其提供的示范条款，可以最大程度保证豁免弃权条款的有效性[93]。

（三）司法机关明确《外国国家豁免法》的解释与适用

就现有的《外国国家豁免法》立法条文来看，其虽然鲜明表达了我国的豁免立场和态度，但仍比较抽象和简短，后续可能需要立法机关与国家外交主管部门以条文解释实施细则，形成更加明确的行为规范和程序准则。特别是在上述提到的豁免例外认定规则的适用、投资者举证责任的分配认定上，应当作出更加明确的解释规定，以发挥我国《外国国家豁免法》在国际法治中的话语表达功能和司法功能[94]，塑造我国仲裁友好的国际形象。

首先，Non-ICSID 裁决在我国的承认与执行面临一个先决性的“商事保留”问题。《外国国家豁免法》第 12 条对“商事”与“投资”的概念加以区分[95]，以

---

[93] Juratowitch, Ben, *Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards*, 6 Asian J. Int'l L. 232 (2016).

[94] 何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，《当代法学》2023 年第 6 期，第 26 页。

[95] 《外国国家豁免法》第 12 条：

外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人之间的商业活动产生的争议，根据书面协议被提交仲裁的，或者外国国家通过国际投资条约等书面形式同意将其与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人产生的投资争端提交仲裁的，对于需要法院审查的下列事项，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免：

（一）仲裁协议的效力；（二）仲裁裁决的承认和执行；（三）仲裁裁决的撤销；（四）法律规定的其他由中华人民共和国的法院对仲裁进行审查的事项。

商事仲裁的《纽约公约》为执行依据的 Non-ICSID 在我国国内司法体系内将缺乏明确的执行依据。加之我国 1986 年正式加入《纽约公约》之伊始[96]提出了“商事保留”，将商事关系限定在平等主体之间。最高人民法院又与 1987 年在《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》[97]第 2 条中对“契约性和非契约性商事法律关系”作了具体的列举，其中明确将“外国投资者与东道国政府之间的争端”排除在商事法律关系的范畴之外。《外国国家豁免法》第 12 条沿袭了我国立法者对商事保留一贯的态度，使得 Non-ICSID 在性质上被认为是“投资”而非广义上的“商事”。因此，在我国申请执行程序的投资仲裁仅能以《外国国家豁免法》规定的“外国国家通过国际投资条约等书面形式同意”为依据（包括依据 BIT 纳入《纽约公约》提交仲裁的 Non-ICSID 裁决和 ICSID 裁决）。然而，就 BIT 条款的现状来看，BIT 中纳入《纽约公约》的仲裁条款的当数少数[98]。因此《外国国家豁免法》第 12 条的条款设置直接导致其它未纳入《纽约公约》的 BIT 为依据作出的 Non-ICSID 裁决向我国法院申请执行缺乏先决性的法律依据。

其次，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款将裁决执行标的的地域要求限定在我国领域内，并且对被执行财产也提出了与该诉讼关联性的要求[99]。不论是对于 Non-ICSID 裁决还是 ICSID 裁决该条款提出的双重联系要求都能使得大部分国家财产无法满足执行要求。如前文所述，该立法很大程度上来源于《联合国国家豁免公约》第 19 条（c）对被诉实体与被执行财产有实际联系的要求，又被称为“被诉实体联系要求”。联系要求是建立在对国家实体之下的国家机构的明确区分基础上的，也即被执行财产属于国家的某一国家机构，而并不是扩张至国家本身或者国家实体之下的其它国家机构。我国《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款直接将其定为更高要求的“与诉讼有联系”的限定要求，即要求诉讼标的与执行财产有实际联系，有别于公约对联系对象的国家实体的要求。而对比其它多数国家的豁免立法，我国立法对被执行财产的要求明显过于紧缩[100]，败诉东道国所有的用于“商业目的”且又与诉讼具有实际联系的财产仅在极少数，最终有效执行难度极大。

最后，执行程序中欲证明被申请执行财产符合我国《外国国家豁免法》第 14 条的双重条件，由申请人投资者承担证明责任。根据我国《民事诉讼法》第 67 条

[96]参见全国人民代表大会常务委员会通过的《关于我国加入〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉的决定》。
[97](法(经)发〔1987〕5 号)
[98] 目前为止纳入《纽约公约》的 BIT 包括中国-捷克和斯洛伐克 BIT（1991）、中国-瑞典议定书（2004）、中国-墨西哥 BIT（2008）三部。
[99] 《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款：为执行中华人民共和国的法院的生效判决、裁定，对外国国家位于中华人民共和国领域内、用于商业活动且与诉讼有联系的财产采取司法强制措施。
[100] 例如《美国豁免法》、《加拿大豁免法》、《新加坡豁免法》、《英国豁免法》等仅对被执行财产有商业性质的限定要求，《西班牙豁免法》第 17 条第 2 款直接明确提出“无须其与诉讼所基于的事实依据有关联性”。

的规定，提出主张的投资者应当承担证明被申请执行财产符合用于商业目的和与诉讼有实际联系的双重条件，这对于与公主体对抗的私人投资者来说明显加重了其处于劣势地位的诉讼负担，证明责任应当倒置，由被诉东道国证明该财产不符合被执行财产的条件，否则承担败诉的风险。

综上，从我国《外国国家豁免法》的解释角度入手，建议我国立法者考虑以下三点建议：第一，《外国国家豁免法》第 12 条应当广泛囊括进依据《纽约公约》向我国申请执行的投资仲裁裁决的情形，不必然要求其依据的 BIT 中仲裁条款对《纽约公约》有前提性的纳入，此外，我国在缔结新 BIT 时也可考虑将《纽约公约》纳入仲裁条款的设置中；第二，《外国国家豁免法》第 14 条第 3 款的“与诉讼有联系”的要求应当作扩大解释，在联系的紧密程度上和联系的对象上放宽条件，对“商业性质”的认定标准上作明确解释和规定，排除混合性质财产作整体享有豁免的认定的解释；第三，具体解释投资仲裁裁决执行程序中，财产性质的证明责任倒置，由被申请执行方承担。

（四）我国投资者考虑强制执行以外路径挽回损失

我国投资者在外国法院执行东道国财产受阻较大情况下，在目前制度更新未完成前，可以考虑其他手段尽量快速且最大程度挽回投资损失。《新加坡调解公约》的多边机制之下，投资和解协议的执行具有一定保障。我国投资者可以考虑与东道国达成和解协议，让渡一部分财产赔偿金额，以获得及时的补偿。虽然调解程序是双方达成合意的非强制性行为，但最终达成的调解协议对双方仍然具有约束力，至少在合同上能够形成双方权利义务的约束力[101]。例如，《UNCITRAL 国际商事调解示范法》起草委员会指出“和解协议具有拘束力和可执行性”。其中，“拘束力”一词反映了和解协议对当事双方产生了合同上的权利义务，“可执行性”一词反映了和解协议的义务可通过法院强制执行[102]。

投资仲裁裁决执行标的所涉金额往往巨大，裁决的经济价值较高，但投资者往往缺乏精力、专业能力和耐心四处寻在可供执行的东道国财产，并且最终有效执行的财产金额具有不确定性。我国投资者可以依据申请执行地国的豁免立法规定，在其承认裁决债权合法性的前提之下将裁决执行债权转让或出售，及时挽回部分损失。例如 CMS v. Argentina 案[103]中，美国法院就支持了投资者债权转让行为，认为《ICSID 公约》并无明文规定禁止此类债权转让，ICISD 裁决也并未将提起者限定在争端当事方之中。如此通过转让债权的方式，将裁决执行中东道国提出豁免抗辩的风险转移，我国投资者能够最大程度地及时挽回损失。

---

[101] 文淑：《论国际投资和解协议的执行困局与中国应对》，《国际法研究》2023 年第 4 期，第 108 页。
[102] UNCITRAL 报告：《第二工作组第六十五届会议工作报告》，A/CN. 9/896，第 12-13 页。
[103] CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision by the US Court of Appeals.

六、结语

为避免投资仲裁裁决成为无法有效执行的空文，胜诉投资者向执行地法院申请强制执行东道国财产便成为了有效获偿唯一出路，而败诉东道国相继提出豁免抗辩以拒绝执行。国家豁免问题下的裁决执行结果显现出缺乏可预期性的困境：仲裁实践上，各国执行案例呈现出明显的不一致性，违背了国际投资仲裁机制建立的非政治性解决的初衷和有效解决纠纷的目的；规范统一性和确定性上，各国豁免立法存在较大差异，且国际法层面上体系规则缺失。对此，应当从建立相对豁免的一般国际法和双多边机制下国际投资法范围内建立豁免特别法两个纬度入手，提高裁决执行的可预期性和一致性。中国及中国对外投资者面临投资仲裁裁决的执行困境时，应从中国自身的国际投资仲裁立法与国内豁免立法出发，权衡投资者与东道国双重角色的利益关系。在全球经济一体化、国际法日益复杂化以及区域性投资协议增多的背景下，国家豁免问题在投资仲裁裁决的执行中还将面临着持续的国际化与统一化的压力。

2025年中国国际法学会年会

统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋环境保护法律的域外适用问题研究

刘诗琦[1]

摘要：2023 年修订的《中华人民共和国海洋环境保护法》既是对海洋命运共同体理念的贯彻落实，也是对《联合国海洋法公约》海洋环境保护相关条款的国内转化，是中国主动承担国际义务的具体体现。海洋环境保护法律的域外适用既是保障本国海洋权益的有效途径，也是弥补国际海洋法规制不足的重要方式。但中国海洋环境保护法律的域外适用还存在着域外适用效力不明、域内执法机关的执法权限不清晰的问题，面临着国家管辖权的冲突以及国际海洋法与我国海洋环境保护法律衔接问题的挑战。为此，应在《海洋环境保护法》的基础上借鉴欧盟以及美国法律域外适用的经验，增加管辖权连接点，明确划分执法机关的执法权限，进而明确域外适用的效力，并在海洋命运共同体理念的指引下，在互惠原则的基础上建立国际合作机制。同时，结合我国海洋环境保护的实际情况以及现有的法律规范体系，对于一些不宜直接通过法律明确规定的国际法规则，通过国家政策以及战略规划的引导，为国际海洋法的国内法转化预留空间，推进我国海洋环境保护法律与国际海洋法的有效衔接。

关键词：涉外法治　海洋环境保护　法律域外适用

2025 年联合国海洋大会（第三届联合国海洋大会）将在法国尼斯举行，2024 年 7 月 2 日在纽约召开的 2025 年联合国海洋大会筹备会议中的主题之一是“通过执行《联合国海洋法公约》及其执行协定所体现的国际法，加强海洋及其资源的保护和可持续利用”，[2]中国生物多样性保护与绿色发展基金会海洋湿地工作组提名代表参加了此次会议。中国作为国际法治坚定的维护者和建设者，于 1996 年 5 月批准了《联合国海洋法公约》，并忠实履行公约义务，积极参与建设国际海洋环境保护方面的国际合作机制。《海洋环境保护法》的修订与完善通过对《联合国海洋法公约》“海洋环境的保护与保全”中第 192 条“各国有保护和保全海洋环境的义务”的转化，保证公约在国内的适用，是中国积极履行公约义务的体现。虽然《联合国海洋法公约》有着相对完善的法律框架，也以其普遍性和“硬法”的特征对成员国有一定的拘束力，但正因为其凝聚了大多数国家的共识，所以该公约无法明确规定各国海洋环境保护的具体义务，更不宜对该公约的执行作

1 刘诗琦（1997——），女，满族，吉林辽源，长春工业大学人文信息学院，助教，硕士研究生，研究方向为国际法学。联系方式：17605525779，邮箱：liushiqitam@126.com

2 https://sdgs.un.org/conferences/ocean2025/about-unoc-2025

出细致规定，属于典型的“非自身可执行条款，”其受制于国际法任意性规范的特征也难以对违反《联合国海洋法公约》的国家以及行为进行有效的规制。在当前全球海洋治理日趋复杂和多样化的背景下，《联合国海洋法公约》对海洋环境保护的某些问题不可避免地出现了规定不足的情况。为了防止在国际层面上出现海洋环境保护的规制真空，国内法层面的海洋环境保护法律的域外适用有一定的必要性与紧迫性。

在实现中华民族伟大复兴和百年未有之大变局的交织影响下，中国逐渐成为世界格局演变中的重要推动力量。中国日益提高的国际地位，以及在全球治理中的重要角色，都要求中国在进行现代化建设的过程中必须有全球意识。当前，全球海洋治理体系正发生深刻的变革，国家主权、安全、发展、海洋环境保护等利益都需要法治得以维护。2020 年 11 月 16 日，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上强调：“要统筹推进国内法治和涉外法治”。为此，在涉外法治方面中国要积极参与全球海洋治理体系变革，推进国际海洋法新秩序的构建及完善，在海洋命运共同体理念的指引下占据话语权高地，维护广大发展中国家的利益，推动国际海洋法治新秩序的形成。加强并完善中国海洋环境保护法律的域外适用及完善既是实现“国际法国内法”的具体形式，也是强化“国内法国际化”，提高中国在国际海洋法治建设中的话语权及影响力的重要途径。[3]

一、海洋环境保护法律域外适用的必要性

（一）构建海洋命运共同体的法律依据

海洋命运共同体理念既是中国应对全球海洋治理体系发生深刻变革提出的中国方案，也是深化海洋强国建设，增进“陆海统筹”安排的根本遵循。基于海水的流动性，海洋命运共同体理念指导下的海洋环境保护法律也具有公益性的特点。虽然《联合国海洋法公约》通过对领海和毗连区、专属经济区等海域的规定明确了海域的划分，但海水的流动性不会因为物理划分而失去连接。海洋环境保护法律的域外适用既可以保护本国海洋权益，也会根据域外适用的效力进一步实现对其他国家以及全人类海洋权益的保护。作为国内公法领域的海洋环境保护法律的域外适用要处理好本国法律与其他国家法律以及国际海洋法之间的关系，海洋命运共同体理念的共商、共建、共享指导法律适用冲突的解决。法律域外适用的过程也是国际合作的过程，虽然公法禁忌原则为海洋环境保护法律的域外适用设置了障碍，但从 1927 年“荷花号案”确立的“国际法不禁止即为允许”的管辖权消极治理原则，以及近些年在反垄断领域各国法律域外适用案件的增加都为海洋环境保护法律的域外适用提供了依据。[4]不可否认的是，海洋环境保护法律

[3] 秦天宝：《统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋自然保护的规范建构》，《政法论丛》2023 年第 10 期，第 43 页。

[4] 龚宇：《国家域外管辖的法律逻辑评析——对“荷花号”案的再思考》，《国际法学刊》2021 年第 3 期，第 45 页。

突破属地管辖的限制必然会带来与其他国家以及国际法的冲突。由此，法律的域外适用首先是在尊重国家主权平等的基础上，为了海洋环境保护的整体利益，通过国家之间的互惠机制，建立有效的对话协商机制，共同建设海洋命运共同体，最终实现海洋治理成果的共享，进而为海洋命运共同体理念的贯彻及落实提供法律依据。

（二）把握国际海洋法治话语权

海洋命运共同体理念奠定了中国在国际海洋法治建设中的价值基础。海洋命运共同体理念与联合国《2030 年可持续发展议程》相契合，当前以美国和欧盟为代表的国家和地区一直在加强和完善海洋环境法律的域外适用，以实现规则输出的目的。随着中国在全球海洋环境治理中承担的国际义务的增加，在统筹推进国内法治与涉外法治的背景下，进一步加强中国海洋环境保护法律的域外适用是把握国际海洋法治话语权的有效途径。从国内层面看，“保护和保全本国海洋环境”和“规则输出或规则竞争”是国内海洋环境保护法律域外适用的原因或动机；[5]从国际层面看，国内海洋环境保护法律的域外适用有助于弥补国际海洋法的真空规制，推动国际海洋法治建设进程。通过在立法、执法以及司法层面保障海洋环境法律的域外适用，一方面有助于实现保护本国海洋环境的目的，另一方面也为开展海洋环境保护的国际合作，进而通过规则输出实现“国内法国际化”预留了空间。中国作为发展中的大国，代表着广大发展中国家的海洋保护利益以及海洋治理能力，也应加强本国海洋环境保护法律的域外适用，牢牢把握国际海洋法治建设中的话语权，通过规则输出表达发展中国家海洋环境保护的利益诉求，推动国际海洋法治建设朝着公正、合理的方向发展。

（三）统筹推进国内法治与涉外法治的现实需求

统筹推进国内法治与涉外法治是在百年未有之大变局的国际背景下，应对全球治理体系变革的应有之义，是把握国际海洋法治建设话语权的必然要求。中国在海洋命运共同体理念的指引下，立足于广大发展中国家的利益诉求，努力为全球海洋治理体系变革贡献中国智慧和中国方案，积极推动国际海洋法治规则体系的完善。国内法治为涉外法治奠定基础，涉外法治为国内法治的发展提供经验与方向。[6]既符合国际海洋法规则体系，又符合国家利益的国内法治体系可以向世界展现出中国海洋环境保护法律域外适用的合理性，是中国掌握国际海洋法规则体系话语权的前提。当前，我国正积极通过涉外法治建设，促进国内法治与国际法治的有效接轨。2023 年新修订的《海洋环境保护法》引入已被国际海洋环境保护领域公认的风险预防原则，既是对国际立法及司法的肯定与继承，也实现了国

[5] 高之国，刘子珩：《中国海洋环境保护法律的域外适用：国际实践、主要问题与完善建议》，《中国海商法研究》2024 年第 2 期，第 45 页。

[6] 曲亚囡，白冰：《习近平法治思想指导下国内法治与涉外法治的统筹推进——基于中国式现代化法治国家的构建视角》，《北京科技大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 107 页。

内海洋环境保护法与国际环境保护法的有效衔接。同时，通过对《海洋环境保护法》域外适用制度的完善为国内法与国际海洋法规则的衔接搭建了桥梁。统筹推进国内法治与涉外法治，是衔接国内法治与国际法治的有效途径，也是在推进全球海洋治理体系变革过程中阐明中国海洋法治立场的主要方式。为此，要以维护中国及广大发展中国家利益为出发点，站在总体国家安全观的高度上，建立系统完备的涉外海洋法治体系，以国际法治观构建和谐稳定的国内外法治环境，充分发挥海洋命运共同体理念指导下中国海洋法治建设的优越性，掌握中国在推动构建国际海洋法治新秩序中的话语权与主动权。

二、海洋环境保护法律域外适用的国际实践及比较

海水的流动性以及海洋环境保护的公益性使得海洋环境保护法律无法严格地限制在属地管辖的范围内。为了保护本国以及全人类共同的海洋权益，解决未达成国际共识的海洋环境治理问题，海洋环境保护法律的域外适用对于国际海洋法规则体系的完善和发展具有重要意义。当前，美国和欧盟的海洋环境保护法律的域外适用实践经验相对丰富，通过分析以及比较其域外适用经验有助于知晓法律域外适用过程中存在的问题及应对的措施，为中国海洋环境保护法律域外适用可能面临的挑战提供借鉴经验。

（一）美国海洋环境保护法律域外适用的现状

美国海洋环境保护法律的域外适用兼具保护本国海洋环境保护与规则输出的目的。在立法层面上，美国《国家环境政策法》《清洁空气法》《清洁水法》等法律均表明了其具有域外适用的意图，进而肯定了相关法律域外适用的效力。执法层面上，海洋环境的保护与保全由海岸警卫队履行职责，《公海干预法》《海洋哺乳动物保护法》《清洁空气法》等法律均规定了在发生破坏海洋环境情况下，海岸警卫队可在美国管辖海域范围外进行执法活动。司法层面上，美国通过在《综合环境反应、赔偿和责任法》等法律中明确外国主体在遭受美国主体环境侵害可以提起行政诉讼，进一步拓宽了相关法律域外适用的范围。除此之外，美国司法路径下公法域外适用解释也为美国海洋环境保护法律的域外适用提供依据。莫里森案发生之前，美国公法的域外适用要先判断公法有无域外适用的意图，然后权衡美国与外国规制利益，进而权衡适用美国公法是否合理。莫里森案发生之后，形成了反域外适用推定模式，即只有立法明确规定了域外适用，法院才需继续权衡美国法律的域外适用是否合理，如果没有明确规定，只有立法规制焦点落在美国才可以进行域外适用。[7]美国在司法路径下对公法域外适用实现了从司法能动主义到克制主义的转换限制了美国法律的域外适用，体现其对公法领域的域外适用持谨慎的态度。

（二）欧盟海洋环境保护法律域外适用的现状

[7] 刘志：《美国法律域外适用的司法实践及启示》，《人民检察》2024 年第 9 期，68--70 页。

欧盟内部通过的规则既包括内部不可以直接执行的框架性指令，如《海洋战略框架指令》；也包括其内部通过的统一实体法，直接约束欧盟成员国，如《海运二氧化碳排放监测、报告和认证条例》。欧盟法的域外适用不只体现在海洋环境保护法律的域外适用，从整体上考察欧盟法的域外适用可以进而判断其海洋环境保护法律域外适用的目的，进而对海洋环境保护法律域外适用的实践进行分析。《欧洲联盟条约》第 21 条第 2 款中“维护和改善环境；推动全球良治”等表述指出了欧盟法域外适用的目标，第 3 条第 5 款指出“欧盟要坚持和促进其价值观和利益，致力于保护其公民”。由此可以看出，欧盟法的域外使用仍然是基于保护其本国利益以及规则输出的价值目标。欧盟在环境保护领域法律的域外适用更体现出其意欲通过规则输出引领国际海洋法规则体系变革，最具代表性的条例便是《海运二氧化碳排放监测、报告和认证条例》。该条例规定只要是 5000 吨以上的船舶，该船舶到达欧盟成员国港口前的最后一段航程以及从欧盟成员国港口出发的下一段航程，均要接受该条例的调整。[8]2023 年 5 月该条例进一步修改，将甲烷和一氧化氮也纳入条例的监控范围之中。[9]除此之外，海洋环境保护与环境保护密不可分，欧盟内部通过的环境保护方面的规则也需要重视。2023 年 5 月 17 日，备受关注的欧盟碳边境调节机制正式生效成为欧盟的法律，根据该机制，想要出口到欧盟的产品，不论在哪里产生污染，都要按照欧盟的价格付费。[10]虽然欧盟法对环境保护方面的立法一定程度上促进了国际法规则体系的完善，弥补了现有规则体系的空白，但其域外适用效力、范围以及合法性等问题仍需进一步的探讨。

（三）域外实践的分析比较

美国作为判例法国家的典型代表，其通过司法路径实现本国法律域外适用是其突出特点，分析美国法律的域外适用方式既有助于从司法层面强化中国法律的域外适用，也有助于了解其域外适用的实施路径，对应对中国海洋环境保护法律域外适用过程中的管辖权冲突具有借鉴意义。美国法律域外适用的指导原则是无域外效力推定原则，但在分析具体案件时，要首先看国会对该法案的立法意图中是否明确了域外适用的效力，若没有规定，则要分析该案件与美国的联系程度，具体联系程度的判断依据客观属地、国籍、保护性管辖以及普遍管辖原则。在审理案件时，为保障被告的合法权利，要经过最低限度联系调查以及合理性调查即满足美国法律适用的正当程序要求[11]。由此可见，美国法律的域外适用是由立法以及司法系统共同建立的，其以保障本国利益为基础提出无域外效力推定原则，

[8] https://www.ccs.org.cn/ccswz/columnDetail?columnid=201900002000000543

[9] 高之国，刘子珩：《中国海洋环境保护法律的域外适用：国际实践、主要问题与完善建议》，《中国海商法研究》2024 年第 2 期，第 44 页。

[10] 魏圣香：《气候治理与国际贸易协调视角下欧盟碳边境调节机制的应对》，《上海大学学报（社会科学版）》2024 年第 5 期，第 99 页。

[11] 刘志：《美国法律域外适用的司法实践及启示》，《人民检察》2024 年第 9 期，70--72 页。

通过明确立法意图肯定法律域外适用的效力，通过列举连结点提供域外适用的法律依据，最后通过正当性程序，满足程序正义的要求，从整体上形成相对完善的域外适用法律体系。

国内法域外适用本质是国家管辖权的域外扩张。习惯国际法确立了属地属人、保护性和一般性管辖权，保护性管辖权和一般性管辖权适用范围较窄，国家管辖权的域外扩张主要是指属地以及属人管辖权的技术性扩张，欧盟法的域外适用均体现了对两者的扩张，但对海洋环境保护法律的域外适用则主要体现在属地管辖权的技术性扩张。例如《海运二氧化碳排放监测、报告和认证条例》在其属地范围内将该条例的适用范围扩展到成员国以外的船舶便是属地管辖权技术性扩张最明显的体现。除此之外，欧盟还通过在法律域外适用的过程中纳入“等效性原则”鼓励成员国以外的其他国家适用欧盟标准。[12]最具代表性的是欧盟在气候变化领域第 2008/101 号指令第 25（a）条规定如果航班始发国已经制定了与欧盟同样的措施应对气候变化，那么该航班可以不适用该指令的域外适用规定。“等效性原则”在欧盟法域外适用的引入也会影响欧盟海洋环境保护方面的相关立法，最终实现欧盟海洋环境保护法律域外适用的目的。欧盟法域外适用的路径及方法为我国法律的域外适用提供了经验借鉴，其对属地管辖权的技术性扩张为其海洋环境保护法律的域外适用提供了国内法依据，为了进一步输出欧盟标准而引入的“等效性原则”则有助于其实现域外适用的目的，进而推动其欧盟标准上升为国际标准，实现规则输出的目的。

三、我国海洋环境保护法律域外适用面临的挑战

通过对美国和欧盟海洋环境保护法律域外适用的分析与比较，可以看出海洋环境保护法律域外适用的两个主要目标在于“保护本国海洋环境”和“规则输出”。无论出于哪种适用目的，海洋环境保护法律作为公法范畴的域外适用不可避免会面临着法律域外适用效力及范围的认定、管辖权之间的冲突以及国际海洋法与我国海洋环境保护法律的衔接问题。

（一）海洋环境保护法律域外适用效力不明

海洋环境保护法律域外适用的特征在具有单边性以及国际性的同时又具备公益性。单边性是指法律的域外适用是国家的单边行为，属于本国国内法治的一部分，但因其适用的依据在于对属地管辖权和属人管辖权的技术性扩张，从而其调整的对象涉及其他国家乃至国际社会的利益进而具备国际性的特征。同时，结合海洋环境保护本身的特点，相关法律的域外适用因而也具备了海洋“公共产品”以及海洋环境治理成果由全人类共享的“公益性”的特点。在此基础之上，海洋环境保护法律域外适用的依据有二，一是立法机关的意图，也即法律条文中明确

[12] 蒋小红：《欧盟法的域外适用：价值目标、生成路径和自我限制》，《国际法研究》2022 年第 6 期，第 100 页。

规定本法可以调整突破属地管辖以及属人管辖限制的与海洋环境保护有关的行为；二是国际社会的认可及承认，即为了防止违反干涉他国内政的国际法基本原则，属地以及属人管辖权的技术性扩张应为国际社会或相关国家所承认与认可。所以，中国海洋环境保护法律的域外适用的效力必然会面临着需要本国法律明确域外适用的立法意图以从国内立法层面赋予法律域外适用的效力，以及在国际层面上处理好管辖权冲突之间问题，进而通过获得国际社会以及其他国家对本国海洋环境保护法律域外适用的支持而从国际法的角度承认并认可中国海洋环境保护法律域外适用的效力。

2023 年最新修订的《海洋环境保护法》在两项条款中对该法律的域外适用进行了修改。《海洋环境保护法》第 2 条第 3 款中在适用本法的条件中加入“生态破坏”这一情形，进而相较于原来扩大了适用本法的范围。同时，分则中第 31 条中的“有关部门和机构有权采取必要的措施”的表述扩大了可以行使执法权的主体，而不再是原来的仅有国家海事管理机构有权行使执法的权力。虽然最新一次的修订在从国内法的角度肯定《海洋环境保护法》域外适用的效力的同时通过加入“生态破坏”扩大适用的范围，但该款只是在总则部分进行了规定，并没有增加及明确新的管辖权连结点，也即没有对属人管辖、属地管辖进行进一步的技术型扩张，也没有新引入船旗国管辖权以及效果原则等逐渐发展的域外管辖权原则进行积极的回应。除此之外，总则第 2 条第 3 款规定在管辖海域范围内发生海洋污染或生态破坏，而分则第 31 条规定可能造成海域环境污染、生态破坏，两处规定存在不一致的情况，分则的规制范围大于总则的规制范围，这也为《海洋环境保护法》域外适用的效力及范围带来了模糊性。

（二）域内、域外管辖权冲突

不同国家基于不同的连接点行使本国的域外管辖权必然会带来管辖权冲突。从美国以及欧盟法域外适用的实践可以看出本国法律的域外适用趋势日趋明显，随着传统“属地原则”的突破，国际法开始承认国家基于“合理联系”原则行使域外管辖权，“合理联系”下的效果原则日益在海洋环境保护领域得到运用。当前，以美国和欧盟为代表的国家和地区也在积极加强和完善本国（地区）法律的域外适用体系建设，基于连接点形成的管辖权本身不具有排他性，这就会导致同一案件中多个国家会根据相同或不同的连接点行使域外管辖权，进而引发管辖权的冲突。虽然当前我国最新修订的《海洋环境保护法》还未具体引入新的连接点扩展海洋环境保护法律的域外管辖权，但随着我国统筹推进国内法治与涉外法治进程的加快，以及通过规则输出把握国际海洋法规则体系变革中话语权的推动，未来我国海洋环境保护法律的域外管辖权势必实现技术性扩张，也必然会带来域外管辖权冲突问题。

国内层面上的域内管辖权冲突主要涉及执法机制内部的行政执法主体职责权限的冲突问题，由此造成重复管辖或无人管辖的情况。新修订的《海洋环境保

护法》第 31 条规定“有关部门和机构有权采取必要的措施”，虽然扩大了法律实施及开展执法活动的主体，但是“有关部门和机构”并没有相对明确地指出是哪些部门和机构，这些机构和部门的执法权限没有进行说明。除此之外，该法生效以前的国家海事管理机构与“有关部门和机构”之间的执法权限如何进行划分也是需要考虑的问题。为了发挥本国法律域外适用的效力，明确以及划分执法部门和机构权限才能发挥海洋环境保护法律域外适用的效力。

（三）国际海洋法与我国海洋环境保护法律的衔接问题

《维也纳条约法公约》第 27 条规定：“一当事国不得因援引其国内法规定为由而不履行条约”，所以海洋环境保护法律的域外适用必然要处理好其与国际法之间的协调问题。虽然美国和欧盟法律的域外适用有一定的实践经验，但其在域外适用的过程中也与国际法规则产生过冲突，美国海龟海虾案中涉及的《濒危物种法》以及欧盟的《欧盟航空减排指令》均遭受过不同国家的挑战与反对。1989 年美国《濒危物种法》第 609 条规定：“凡未能在捕虾同时放活海龟者，禁止该国的海虾向美进口。”该项限制进口的条款与《关税与贸易总协定》主张的贸易自由理念相冲突，进而遭到印度、巴基斯坦等国家的反对，向 WTO 争端解决机制提起诉讼，尽管美国以《关税与贸易总协定》第 20 条（g）款进行抗辩，但最终仍然败诉。《欧盟航空减排指令》将欧盟碳排放交易体系从欧洲经济区境内扩展到全球各国航空器均需要受其排放额的约束，中国和美国均禁止航空公司以及民航运营商参与此项碳排放交易体系。虽然直接与海洋环境保护相关的《海运二氧化碳排放监测、报告和认证条例》还没有出现此种情况，但是不排除欧盟在推进欧盟法域外适用的过程中，将欧盟内部的规则不加区别地适用于其他国家，进而违反《联合国海洋法公约》等相关国际条约尊重各国国内法的规定，而这也是未来我国海洋环境保护法律域外适用过程中需要注意的我国海洋环境保护法律与国际海洋法规则的衔接问题。

新修订的《海洋环境保护法》没有加入船旗国管辖这一连接点，有违《联合国海洋法公约》中对公海上因海难或者航行事故造成海洋环境严重污染时，船旗国有义务加以管辖的规定。除此之外，环境影响评价义务《联合国海洋法公约》以及《<联合国海洋法公约>下国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用协定》均有所规定，而新修订的《海洋环境保护法》仍然只有在工程建设项目以及废弃物倾倒这两方面有所规定，而没有拓展环境影响评价义务的适用范围。[13]搭建好涉外海洋法治建设的桥梁要处理好我国海洋环境保护法律与国际海洋法的衔接问题，进而通过获得国际社会的认可与承认强化我国海洋环境保护法律域外适用的效力。

[13] 高寒：《<海洋环境保护法>的修订、完善和适用展望》，《亚太安全与海洋研究》2024 年第 3 期，第 84 页。

四、我国海洋环境保护法律域外适用的完善建议

海洋环境保护法律的域外适用既与我国海洋环境的保护与保全直接相关，也是我国涉外海洋法治体系建设的具体表现，对于中国通过规则输出掌握全球海洋治理中话语权具有重要意义。我国应在海洋命运共同体理念的指引下，进一步扩大海洋环境保护法律域外适用的范围、明确其效力，协调好海洋环境保护法律适用过程中域内、域外的管辖权冲突问题，积极履行中国加入的条约义务，通过对条约进行合理、有效的转化，实现我国海洋环境保护法律与国际海洋法的有效衔接。

（一）扩大《海洋环境保护法》域外适用的范围

早在 1982 年《海洋环境保护法》的最初版本中便对该法域外适用的效力予以明确，但适用的范围较窄，只规定了“排放有害物质或者倾倒废弃物”这两种情形，并强调“造成我国管辖海域污染损害”。1999 年将适用的范围进一步扩大，即不再仅限于在 1982 年版本中规定的两种情形，而规定只要“造成中华人民共和国管辖海域污染的”，都适用该法。直到 2023 年该法的修订增加了“生态破坏”，再次扩大了该法的适用范围。虽然《海洋环境保护法》的适用范围是逐渐扩大的，但其以“污染治理”为适用条件，也即只有发生了海域污染以及生态破坏的后果时，该法才能进行域外适用。《联合国海洋法公约》第 194 条规定：“各国应适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行方法，并应在这方面尽力协调它们的政策。”[14]《公约》规定了各国有防止海洋环境污染的义务，中国作为《公约》的缔约国，应承担该国际义务，通过在海洋环境保护法律中引入及细化“风险预防原则”实现对《公约》的有效转化。当前，海洋环境保护实践已经逐渐从“污染治理”转向“风险预防”，在《海洋环境保护法》第 3 条规定的“海洋环境保护应当坚持保护优先、预防为主、源头防控”的基本原则的指引下，进一步细化“风险预防原则”扩大该法适用范围的同时，也为该法的域外适用提供法律依据。除此之外，在坚持及细化“风险预防原则”的基础上，应增加新的管辖权连接点，积极回应美国和欧盟对属人管辖权和属地管辖权的技术性扩张。以美国和欧盟为代表的国家或地区已经积极进行法律的域外适用，如美国的海龟海虾案中适用的《濒危物种法》以及欧盟《海运二氧化碳排放监测、报告和认证条例》对其他国家及地区的适用便是最明显的体现。海洋环境保护公益性的特征也会造成国际社会对海洋污染及破坏结果的共担，适当引入效果原则可以实现对属地和属人管辖权的进一步扩张，进而通过扩大《海洋环境保护法》域外适用范围以进一步强化该法域外适用效力。

（二）协调域内、域外管辖权冲突

[14] https://www.un.org/zh/documents/treaty/UNCLOS-1982#12

海洋环境保护法律的域外适用不仅仅体现在立法管辖权的扩张，随之还涉及到司法管辖权以及执法管辖权的域外效力问题。实践中更多会面临国内司法管辖权以及执法管辖权与外国管辖权的冲突，如何在尊重国家主权平等原则以及不干涉内政原则的基础上，协调域外管辖权的冲突是管辖权发挥域外效力的关键。首先，从立法层面上要进一步增加及完善我国海洋环境保护法律域外适用的连接点，为我国行使域外管辖权提供法律依据，实现域外管辖权的适当扩张，为我国域外管辖权的行使提供保障。其次，司法层面上通过引入互惠原则，在确认多个国家对某一案件的管辖权归属的过程中，基于案件所涉利益的关联程度，在保障我国国家利益的基础上，适当“收缩”我国法律的域外管辖权，基于该原则承认其他国家的管辖权，进而承认该国海洋环境保护法律域外适用的效力。最后，执法层面上应在海洋命运共同体理念的指引下建立国际合作机制，在严格本国执法主体的域外执法标准，坚持国际礼让以及互惠原则的基础上，通过签订国际条约以及国际合作协定，构建区域内外的国际合作机制，实现执法活动与国际合作的深度绑定，实现域内外海洋环境保护利益的有效衔接。

国内层面域内管辖权冲突解决的关键在于明确行政主体的职责权限。首先，应对《海洋环境保护法》第 31 条规定的“有关部门和机构”进行界定，进而明确其职权划分，并要进一步明确“有关部门和机构”是如何对国家海事管理机构的原有权限进行划分的，从而避免出现执法权限重叠或者无管辖权的情况。其次，明确与《海洋环境保护法》相关的法律、法规和规章规定的行政机关的执法权限。《防治船舶污染海洋环境管理条例》《中华人民共和国防治陆源污染物污染损害海洋环境管理条例》等均与海洋环境保护相关，这些条例对行政机关职权的具体划分涉及到《海洋环境保护法》的具体实施，这些配套法律、法规和规章直接决定着《海洋环境保护法》域外适用的效力。因此，行政主体职责权限的明确应在界定“有关部门和机构”的基础上，借助与《海洋环境保护法》相关的法律、法规和规章的规定明确行政机关的执法权限。

（三）推进国际海洋法与我国海洋环境保护法律的有效衔接

以海洋命运共同体理念化解海洋环境保护法律的域外适用与国际海洋法的冲突问题。海洋命运共同体理念强调各国在处理海洋问题时应共同参与、共同协商、共享成果。虽然海洋环境保护法律属于国内法，但该法律的域外适用也会涉及其他国家的海洋利益以及他国的管辖权。所以对于海洋环境保护法律的制定及实施在以海洋环境保护为目标的基础上，在法律的制定及实施过程中兼顾其他国家的合理关切，在谋求我国海洋环境保护的基础上，推进全球海洋环境保护。无论是美国海龟海虾案中涉及的《濒危物种法》，还是欧盟的《欧盟航空减排指令》均没有考虑其他国家合理诉求，甚至违背了国际法规则。海洋环境保护法律的域外适用不可避免地会给其他国家带来影响，因此我国在制定及完善相关法律、法规、规章的过程中也要考虑他国的利益诉求，在实施法律的过程中通过国际条约、

协定的方式，坚持互惠原则，在国家层面达成共识，进而保证海洋环境保护法律域外适用的效力。

推进对国际海洋环境保护相关条款的国内法转化，为国内的海洋环境保护法律与国际海洋法的衔接预留空间。在进行国内海洋环境保护法律转化的过程中，可以先将原则性、倡导性条款引入到国内法律体系中，一则履行了中国对国际条约的遵守义务，二则可以通过对国内法的解释对该条款进行进一步的阐释。中国海洋环境保护法律体系涉及多位阶、多方面的法律、法规与规章，为了克服高位阶法律无法对国际海洋环境保护规则进行详细转化的问题，可以通过授权低位阶的地方立法主体结合地方的实际海洋环境治理情况进行初步探究。[15]同时，在进行国际海洋法转化的过程中要强化“软法”的发展与细化。国际法层面上的“软法”主要指国际组织的决议、决定、宣言等。国内法层面上的“软法”主要指国家政策以及战略规划。[16]结合我国海洋环境保护的实际情况以及现有的法律规范体系，对于一些不宜直接通过法律明确规定的国际法规则，通过国家政策以及战略规划的引导，既实现了对全球海洋治理热点问题的回应，也不违背条约必须遵守义务的国际法原则，进而在国家政策以及战略规划实施的过程中，为国际海洋法的国内转化预留了空间，并积累了实践经验。

结语

新修订的《海洋环境保护法》已于 2024 年 1 月 1 日正式施行。新修订的《海洋环境保护法》进一步发展了海洋环境保护法律的域外适用制度，是统筹推进国内法治与涉外法治的具体体现。我国对海洋环境保护法律域外适用制度的完善与发展既是中国维护海洋权益，建设海洋强国的必然要求，也是为世界贡献中国智慧、中国方案的具体体现。虽然当前的《海洋环境保护法》仍有进一步完善的空间，但在当前世界范围内以美欧为代表对海洋环境保护法律的域外适用逐渐扩展的背景下，我国代表广大发展中国家的利益，表达本国海洋环境保护法律域外适用的诉求，对于未来国际海洋法的完善兼顾发展中国家的利益诉求具有重要意义。海洋环境保护法律域外适用的完善及发展既是我国主动承担国际责任，保护海洋环境的体现，也是我国实现规则输出，弥补国际海洋法规则空白，把握话语权的重要方式。加快推进我国海洋环境保护法律的域外适用，从立法、司法以及执法三个层面统筹推进，确立法律域外适用的效力，既实现规则输出的目的，也推动中国海洋环境法治建设，为海洋命运共同体的构建提供法治保障。

[15] 秦天宝：《统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋自然保护的规范建构》，《政法论丛》2023 年第 5 期，第 50 页。

[16] 秦天宝：《统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋自然保护的规范建构》，《政法论丛》2023 年第 5 期，第 51 页。

参考文献

[1]秦天宝:《统筹推进国内法治与涉外法治视角下我国海洋自然保护的规范建构》,《政法论丛》2023 年第 10 期。

[2]龚宇:《国家域外管辖的法律逻辑评析——对“荷花号”案的再思考》,《国际法学刊》2021 年第 3 期。

[3]高之国,刘子珩:《中国海洋环境保护法律的域外适用:国际实践、主要问题与完善建议》,《中国海商法研究》2024 年第 2 期。

[4]曲亚囡,白冰:《习近平法治思想指导下国内法治与涉外法治的统筹推进——基于中国式现代化法治国家的构建视角》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期。

[5]刘志:《美国法律域外适用的司法实践及启示》,《人民检察》2024 年第 9 期,68--70 页。

[6]魏圣香:《气候治理与国际贸易协调视角下欧盟碳边境调节机制的应对》,《上海大学学报(社会科学版)》2024 年第 5 期。

[7]蒋小红:《欧盟法的域外适用:价值目标、生成路径和自我限制》,《国际法研究》2022 年第 6 期。

[8]高寒:《<海洋环境保护法>的修订、完善和适用展望》,《亚太安全与海洋研究》2024 年第 3 期。

[9]章晶:《美国公法域外适用的司法路径》,《南大法学》2023 年第 3 期。

[10]于文轩:《风险预防原则的生态环境法治意蕴及其展开》,《吉林大学社会科学学报》2023 年第 3 期。

[11]霍政欣:《域外管辖、“长臂管辖”与我国法域外适用:概念厘定与体系构建》,《新疆师范大学学报(社会科学版)》2023 年第 2 期。

[12]苗振华,刘洪岩:《新修订<中华人民共和国海洋环境保护法>述评》,《海洋开发与管理》2023 年第 12 期。

[13]孙佑海:《2023 年<海洋环境保护法>的主要修改和内容解读》,《环境保护》2023 年第 21 期。

[14]何田田:《<联合国海洋法公约>40 年:历程、挑战和中国角色》,《太平洋学报》2022 年第 9 期。

[15]蔡从燕:《论“以国际法为基础的国际秩序”》,《中国社会科学》2023 年第 1 期。

2023年中国国际法学会年会

反制裁框架下单边制裁与反措施的边界及转化——兼论中国反制裁机制的完善

张宏玉[1]

摘要：在中央健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制的战略背景下，外国实施的单边制裁构成国际不法行为时，如何以正当、合法的单边制裁进行反制裁显得尤为重要。本文系统解构反制裁机制建立过程中的三类核心矛盾：反制裁框架下制裁的泛化导致对单边制裁的现状把握不准确；单边制裁与反措施的边界和转化过程模糊引发反制裁实施的合法性困境；制裁在领域、手段、模式方面产生的新变化和新趋势引发新型应对危机。在此基础上本文对目前反制裁框架下单边制裁的现状进行分析，明确单边制裁和反措施的冲突和边界，深入探究运用单边制裁进行反制时向反措施转化所需的必备要件，最后针对制裁的新变化提出我国反制裁机制的完善建议。

关键词：反制裁　单边制裁　反措施　反制裁机制

一、引言

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革，推进中国式现代化的决定》指出要健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制以增强对外部威胁的应对能力。理论源于实践，当前国际社会中单边制裁所呈现出的蔓延态势催生了对反制裁机制的深入研究。首先，在外国对我国实施单边制裁愈发频繁的情况下，我国要运用单边制裁进行反制，就必须对单边制裁的现状有全面地掌握。其次，实施单边制裁进行反制裁必须具备合法性，而向反措施转化是使单边制裁合法化的重要途径，必须对单边制裁和反措施的冲突、边界以及转化要件进行深入研究。最后，随着社会的不断发展，制裁的手段、领域、模式不断更新迭代，要健全反制裁机制就必须关注制裁的新变化和新趋势。

目前反制机制建构的三重困境主要体现为：（一）缺乏对单边制裁现状的全面掌握；（二）单边制裁和反措施的冲突、边界和转化要件不明；（三）针对制裁的新变化和新趋势缺乏系统的反制裁策略。具体来说，首先，学界存在将国内法制裁理论搬运至国际法体系的现象，致使对反制裁框架下单边制裁的现实情况不能被准确把握。其次，由于单边制裁和反措施在理论层面和实施层面上存在不同程度的冲突，如果不明确两者之间的边界以及单边制裁向反措施的转化要件，则

[1] 作者简介：张宏玉，女，甘肃张掖人，石河子大学法学院法律专业2023级硕士研究生，主要从事国际法研究。

我国以单边制裁进行反制裁的回应行为可能会面临合法性争议。最后，随着社会的发展和科技的进步，制裁在手段、领域、模式三方面产生的新变化缺乏完善的反制裁策略可能会带来巨大的风险，我们必须对目前制裁的趋势和变化进行分析，并有针对性地建立反制裁体系。

因此，本文基于健全反制裁机制的迫切需要，深入分析单边制裁的现实状况，探明单边制裁与反措施之间的冲突、边界及转化关系，并针对制裁的新变化和新趋势提出反制裁机制的完善建议，为我国反制裁机制的研究提供理论支持。

二、反制裁框架下单边制裁的现状分析

明确反制裁框架下单边制裁的现状是健全反制裁机制的前提。单边制裁在理论特征、发展变化和实施效果等方面呈现出复杂多样性。

（一）单边制裁的理论特征：国际法与国内法的分野

对于单边制裁的理论特征，本文主要从国际法和国内法两种体系的对比出发，得出单边制裁是联合国体系之外，主权国家为达成特定目的所采取的措施或手段，并且是具有不确定性的“私力”手段。

1.单边制裁是达成特定目的所采取的措施

实证主义法学家凯尔森认为制裁是法律对不法行为的回应，并强调法律规范的强制力以有组织的制裁作为后盾。[2]这一理论在国内法体系的运行中体现得尤为明显，而在国际法体系中则不然，因此在过去有学者以此来质疑国际法的法律属性。对于这一问题早有不少学者作出过深刻的分析，如王铁崖教授认为尽管国际法缺乏国家内部那样的行政和司法机构来强制执行，但它在某种程度上具备强制机制，确保国际社会的成员——即国家——遵循国际法的原则、规则和体系。[3]例如，联合国实施的多边制裁以及成员国按照联合国多边制裁实施的执行性制裁就是对一些国际不法行为的回应。因此，国际法同样能够对国际不法行为作出回应，只不过在实施效果方面，国际法与国内法相比属于较弱的一个[4]。

然而目前，联合国体系外主权国家自主实施的单边制裁已出现频发和滥用的态势，且这种制裁大多是发起国为迫使某些国家改变其行为或政策而采取的措施，并非都是对不法行为的回应，而将国内法体系中的制裁理论移植到对单边制裁的研究中，是一种显失合理性和科学性的做法。有学者认为，单边制裁的法律性质并非在任何情况下都相同，而主要取决于制裁国所采取的具体措施的性质[5]，不能以传统的制裁理论来理解单边制裁，而必须将单边制裁视为一种具体的措施，其性质要结合特定的情境和国际法规则进行判断。我们必须明确单边制裁是国家或国家集团通过采取非武力的强制措施，迫使目标国改变其政策，或至少表明对

[2] [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 20 页。
[3] 王铁崖：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 7 页。
[4] 温树斌：《论国际法的强制性》，载《广西政法管理干部学院学报》2006 年第 6 期，第 20-24 页。
[5] 张悦：《单边制裁的非法性解析及法律应对》，载《政治与法律》2023 年第 5 期，第 103-116 页。

被制裁对象的某种意见或立场。[6]也即单边制裁作为一种具体的手段和措施存在于国际法体系中，而非广义地对不法行为的回应，否则无法将单边制裁与反措施、自卫等行为进行明确区分。

2.单边制裁是具有不确定性的“私力”手段

在国际法的体系中，单边制裁是各国采取的“私力”手段，且与国内法中的制裁相比具有长期性和不可预估性。

一方面，单边制裁是“私力”的。如果一个共同体的秩序主要由共同体常设机关来统一执行，特别是由这种常设机关通过制裁的方式来统一执行，这样的制裁就称为“公力制裁”。大部分的国家共同体机关都是通过强制方式建立的，具有很高的权威性。国家所颁布的法律对国家共同体的所有成员均具有法律拘束力，必须严格遵照执行。[7]因此，在国内法体系中，制裁是绝对的法律制裁和“公力制裁”。而在国际法体系中，国际组织是通过协议的方式建立的，权威性相对较低，缺乏集中组织起来的制裁机关，因而各国通常是单独采取强制行动来保障国际法的强制执行。换言之，各国所采取的制裁措施属于“私力”制裁，其合法性是待定的，需要结合特定的情况以及具体的国际法规则来加以确定，比如是否构成自卫或反措施来使其获得合法性。

另一方面，单边制裁的措施内容具有长期性、不可预估性。在国内法体系中，制裁的内容和措施是可以预见的。例如《刑法》第二百三十二条规定：故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑。这里的制裁措施就是明确法定且可预期的。联合国多边制裁一般也是临时的、短期的，在实现特定目标后会迅速解除。例如，由于厄立特里亚违反国际和平义务，联合国安理会决定对厄立特里亚实施制裁，2018 年因厄立特里亚与埃塞俄比亚、吉布提关系缓和，安理会第 2444 号决议决定解除对厄立特里亚实施的军火禁运、旅行禁令、资产冻结和定向制裁[8]。而单边制裁涉及的手段和领域有时是无法预估的，且这种制裁在实施的周期和造成的后果上往往具有长期性。例如，自 1979 年以来，从人质危机到伊朗核问题，美国对伊朗展开了持续 43 年的制裁，涵盖金融、贸易、能源和人员等多个领域。这些制裁手段与网络攻击、军事威胁以及意识形态的传播相结合，形成了对伊朗政府的全面而多角度的压力[9]。

（二）单边制裁的发展变化：技术化、新兴化、常态化

随着时代的发展，单边制裁在手段、领域、模式三个方面的变化主要体现为制裁手段更加具有数字化和技术性，制裁领域转向更精密高端的行业，制裁模式更加常态化。

---

[6] 霍政欣：《《反外国制裁法》的国际法意涵》，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 143-157 页。

[7] 简基松：《联合国经济制裁》，湖北人民出版社 2019 年版，第 26 页。

[8] 联合国安理会第 2444(2018)号决议，载 https://docs.un.org/zh/S/RES/2444(2018)，访问日期：2025 年 2 月 20 日。

[9] 王锦：《试析美国对伊朗制裁的有效性》，载《现代国际关系》2014 年第 4 期，第 10-15 页。

其一，制裁手段从传统经济封锁转向技术精准打击。一方面，制裁手段不再局限于简单的贸易禁运、资金冻结等，而是将更加先进的技术融入制裁中。以加密货币为例，加密货币是数字货币的一种，被特定虚拟社区的成员所接受和使用具有去中心化、匿名性等特征。面对美国的金融制裁，委内瑞拉利用加密货币实施了有效的反制裁，委内瑞拉锚定石油、天然气、黄金和钻石等原材料，发行“石油币”，通过稳定币值来筹集资本和吸引投资。[10]另一方面，制裁发起国以原本的“点”式打击为基础建立起更加系统和全方位的“面”式打击。比如，在芯片领域，芯片技术作为科技发展的核心已成为美国制裁我国的重点领域，从最初的制裁实体清单，美方已对我国开启了全链条式的芯片制裁，与芯片技术有关的高性能设备、技术服务、半导体产品、专业人才等无一不成为美国遏制我国芯片产业发展的对象。

其二，制裁领域从贸易军事扩展到新兴战略领域。2025 年 3 月 24 日国务院发布《实施〈中华人民共和国反外国制裁法〉的规定》（以下简称《规定》）第八条将《中华人民共和国反外国制裁法》（以下简称《反制裁法》）第六条中的交易领域进行了细化，即包括但不限于教育、科技、法律服务、环保、经贸、文化、旅游、卫生、体育领域的活动[11]，说明制裁已不再局限于传统的经贸领域。具体来说，在物质层面，传统贸易制裁的有效性随着世界经济一体化的深入而不断降低，转向芯片、人工智能等新型和高精尖领域来阻碍他国发展并提高制裁的有效性。从 2023 年至今，美国国家人工智能安全委员会等部门多次开展了对人工智能风险及监管干预的讨论，表现出美国政府对人工智能风险的高度关注。[12]从美国对华为的芯片制裁到对 TikTok 的限制，再到 2025 年中国人工智能深度求索公司（DeepSeek）的异军突起引起美方的强烈关注，人工智能领域已成为未来他国可能发起制裁的重点领域。在非物质层面，以美欧为代表的制裁发起国并不满足于对前述领域的制裁，需警惕发起国对人权、文化、气候政策等价值观和意识形态领域的制裁。例如，欧盟以单边主义方式强制推行“碳边境调节机制”，对发展中国家的工业发展和贸易出口产生持久的负面影响[13]，我国便是欧盟气候单边主义的打压对象。欧盟对高碳排进口产品征税，实质是迫使他国接受欧盟气候政策。

其三，制裁模式从单一低频转向常态化和复合化。一方面，次级制裁和长臂管辖已成常态。次级制裁是限制第三国的公司或个人与被制裁方进行贸易经济往

[10] 沈伟、苏可桢：《数字货币的制裁维度：非对称性金融反制裁的路径与因应》，载《世界社会科学》2024 年第 3 期，第 93-121 页。

[11] 国务院发布的第 803 号国务院令，载 https://www.gov.cn/zhengce/content/202503/content_7015400.htm，访问日期：2025 年 3 月 25 日。

[12] 李颖、李骄阳：《美国联邦政府内部部署人工智能的风险治理体系解析及其启示》，载《现代情报》，第 1-20 页。（2025 年 4 月 11 日网络首发）

[13] 关孔文、李倩慧：《欧美对全球气候治理体系的重塑——从“气候俱乐部”到“碳边境调节”》，载《国际展望》2023 年第 5 期，第 99-117 页。

来，并对违反规定的第三国公司或个人施加处罚的制裁行为。在国际事务中，美国经常要求其他国家的实体或个人遵守其国内法律，否则将遭受美国的制裁。[14]长臂管辖则是依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体的做法。近年来，美国不断扩展其长臂管辖的范围，涵盖民事侵权、金融投资、反垄断、出口管制、网络安全等多个领域。另一方面，公私合作的执行模式初现。以美国利用 SWIFT（环球同业银行金融电讯协会）系统对伊朗实施的金融制裁为例，由于美国的霸权地位和金融实力，SWIFT 由最初的中立的金融服务平台成为由美国主导的金融制裁工具。2018 年，美国利用 CHIPS（纽约清算所银行同业支付系统）在 SWIFT 系统中的优势地位，将伊朗的金融机构排除在该系统外，导致伊朗石油出口遭受重创，国内出现燃料短缺、生活物资匮乏、货币大幅贬值等混乱局面。[15]此外，美国还利用该系统对朝鲜、俄罗斯等实施了制裁，逐渐形成了政府决策与企业执行的制裁模式。

（三）单边制裁的实践效果：多方原因减弱制裁效能

随着国际社会成员联系的不断强化，单边制裁在实践中的有效性正在弱化，究其原因主要有三个方面，一是制裁发起国内部的原因，二是制裁目标国方面的原因，三是其他第三方国家对制裁双方产生的影响。

首先，制裁发起国自身原因。其一，制裁需要相关的职能部门密切配合执行。以欧洲联盟为例，一旦欧洲联盟启动的制裁措施进入实施阶段，欧洲联盟理事会、欧洲联盟委员会等机构的咨询职能受到限制，对于制裁执行过程中成员国之间的推诿和争议等问题常常难以作出裁决。例如，在欧盟针对俄罗斯实施的能源制裁措施中，匈牙利和斯洛伐克等国家表现出相对谨慎的立场，在谈判过程中，这些国家争取到了对俄罗斯能源制裁的部分豁免权。[16]其二，发起国国内利益集团的利益诉求影响制裁的效果。制裁措施的一个核心特性导致了发起国国内财富的重新分配。这意味着制裁的效果并非均等地影响所有经济实体，某些社会群体因制裁而遭受损失，而其他群体则可能因制裁而得到利益。[17]例如，美国的科技企业在中国市场占据着它们不愿意失去的巨大份额，因此它们一方面通过游说等手段试图影响联邦政府的制裁政策，另一方面则采取各种规避策略以保持在中国的业务运营，从而降低美国对中国实施经济制裁所带来的负面影响[18]。

其次，制裁目标国原因。其一，制裁对目标国政治核心利益的影响程度。若

[14] 《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书，载 https://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm，访问日期：2025 年 3 月 11 日。

[15] 陈尧、杨枝煌：《SWIFT 系统、美国金融霸权与中国应对》，载《国际经济合作》2021 年第 2 期，第 82-96 页。

[16] 宋黎磊、常晨：《差异性一体化：俄乌冲突背景下欧盟新老成员国的利益博弈》，载《俄罗斯东欧中亚研究》2024 年第 5 期，第 92-117 页。

[17] 伍山林、盛晓宙：《美西方经济制裁何以低效——基于理论机制与现实案例的分析》，载《同济大学学报（社会科学版）》，2024 年第 5 期，第 105-115 页。

[18] 蔡翠红、尹佳晖：《美国对华经济制裁：趋势与影响》，载《国际问题研究》2024 年第 6 期，第 32-52 页。

经济制裁触及制裁目标国的核心政治利益，该国在政治上的妥协将伴随巨大的国内政治代价，导致经济压力难以促成政治上的让步，进而降低经济制裁的效力。[19]以美国对伊朗实施制裁为例，在奥巴马执政期间，美国对伊朗的制裁主要目标是遏制伊朗核武器计划的发展，且该制裁策略在一定程度上取得了预期效果。然而，在特朗普政府时期，制裁目标转变为颠覆伊朗政权。两相对比，后者直接触及伊朗的核心国家利益，导致伊朗加速推进其核武器项目。其二，制裁目标国全方位反制裁机制的运行。例如，针对美欧国家对俄罗斯的出口管制，俄罗斯在进出口贸易方面采取了比较系统、全面的反制措施，如构建替代政策以降低对美欧国家的进口依赖、颁布对不友好国家和地区的反制法律、加速美元脱钩进程等等。

最后，第三方的原因。其一，“全球南方”国家反对单边制裁并加强合作。自 2022 年乌克兰危机爆发后，“全球南方”国家对西方在国际多边机制中孤立俄罗斯的举措持消极态度，甚至表现出积极的反对立场，对于西方向俄罗斯实施的各种制裁，他们不仅不配合，反而积极地进行抵制。在双边关系上，这些国家继续维持甚至加深了与俄罗斯的友好往来。[20]例如，印度在俄乌冲突中拒绝加入西方对俄制裁，并大幅增加与俄罗斯的能源和武器贸易。其二，部分国家面对制裁更倾向经济合作。例如，印尼、菲律宾等国在俄乌冲突中采取中立态度，一方面在表面上作出支持美国的表态，另一方面并未实际制裁俄罗斯，且与美国、俄罗斯均保持着贸易往来。再如美国对华制裁中，即便是欧盟、日韩等美国重点盟友在对华制裁中也会考虑在华的经济利益。

通过对单边制裁的现状进行分析，我们得出在理论特征上，单边制裁是一种“私力”的、具有不确定性的措施；在发展变化上，单边制裁在领域、手段、模式三个方面呈现出技术化、新兴化、常态化的趋势；在实践效果上，制裁发起国内部原因、目标国应对策略、第三方国家的态度都影响着制裁效能的发挥。

三、反制裁语境下单边制裁与反措施的冲突和界分

如前所述，广义的制裁是指对不法行为的回应。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《草案》）规定，反措施的实施以存在国际不法行为为前提，也是对国际不法行为的回应，因此反措施是制裁的一种形式。而依据国际法性质的不同，制裁可以分为多边制裁和单边制裁。[21]因此，单边制裁和反措施都属制裁之列。但由于制裁在国际法体系中的特殊性，两者在理论层面和实践层面存在诸多的冲突，厘清二者的冲突并进行明确界分是将单边制裁向反措施转化前的重要环节。

（一）单边制裁与反措施在理论层面的冲突和界分

[19] 朱杰进、胡馨予：《经济成本视角下经济制裁的有效性》，载《国际政治科学》2023 年第 3 期，第 59-86 页。

[20] 黄忠：《全球南方国家的“新不结盟”运动》，载《现代国际关系》2023 年第 5 期，第 111-130 页。

[21] 霍政欣：《《反外国制裁法》的国际法意涵》，载《比较法研究》2021 年第 4 期，第 143-157 页。

在性质上，部分单边制裁和反措施能够共同体现的是救济性。不同的是，还有部分单边制裁可能具有惩罚性、政治性、针对性、攻击性等，而反措施则是完全聚焦于救济性。如在 LG&E v.Argentina 案中，美国能源公司 LG&E 因阿根廷政府 2002 年实施的经济政策，即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[22]，损害其投资利益，向 ICSID 提起仲裁。这些措施虽然在形式上符合了单边制裁的特征，但阿根廷遭遇的经济危机所采取的措施构成《草案》第二十五条规定的紧急情况，并且仲裁庭支持了阿根廷抗辩。阿根廷所采取的措施即具有一定的救济性。再如由于地缘政治、历史遗留问题等诸多原因，美国对朝鲜采取了全方位的制裁政策，一方面通过摧毁朝鲜的贸易体系和金融体系以阻断其资金来源，另一方面通过军演等给朝鲜制造安全压力。[23]这类单边制裁就具有强烈的政治性和攻击性。因此，界分单边制裁和反措施的关键是判断是否具有救济性。

在合法性上，单边制裁和反措施在满足特定条件时都具有合法性。不同的是，部分单边制裁在符合反措施、安全例外条款等的条件时可以进行转化而具备合法性，而非法的单边制裁则会以反措施等为借口而披上“合法性”的外衣，因此这部分单边制裁就具有伪装性和隐蔽性。相反，反措施的合法性边界则相对明确清晰。如在中国将美国诉至 WTO 贸易争端解决机构的 DS544 案件中，被诉方美国认为其过度依赖进口的钢铁和铝导致其国内产能疲软，并已严重影响国家安全，因此决定对原产于中国的钢铁和铝产品加征关税。[24]案件的最终结果是美方败诉，WTO 争端解决机构认为美国所采取的措施与国家安全并无直接关联。美方的这种行为实际是打着国家安全的“幌子”以实行单边主义和贸易保护主义。由此可见，伪装性的单边制裁是在法律基础上是以国内法优先，通过虚构或扩大解释反措施、安全例外条款等而实施非法的单边制裁。

（二）单边制裁与反措施在实施层面的冲突和界分

单边制裁和反措施的实施层面的冲突主要体现在形式和手段的相似性、目的和动机的交叉性、实施主体的混同。

其一，单边制裁与反措施的形式与手段具有相似性。在形式上，单边制裁和反措施都具有单方面性。单边制裁和反措施的内涵都包括单个国家为了特定目的而采取措施。不同的是，在《草案》中规定，反措施要求采取措施的国家要首先履行通知、谈判等程序性义务。而单边制裁因缺乏国际法依据而具有一定的随意性。在手段上，单边制裁和反措施都包括采用经济、外交等手段。反措施需满足

[22] 范晓宇、漆彤：《经济制裁对国际投资仲裁的影响——基于 ISDS 实践的分析》，载《国际法研究》2022 年第 5 期。第 69-86 页。

[23] 沈文辉、江佳唯：《美国对朝“极限施压”政策的内涵、逻辑与困境》，载《美国研究》2019 年第 1 期，第 26-48 页。

[24] 马忠法、徐子淳：《论 WTO 安全例外条款的解释路径及其对中国的启示》，载《国际商务研究》2024 年第 6 期，第 38-51 页。

相称性条件，即采取的措施与遭受的损害应具有相称性，即符合比例原则。而部分单边制裁发起国在实施制裁的过程中并不关注手段的相称性，甚至根本不存在先前的国际不法行为，而是根据实现其政治目的之需要决定制裁的程度。

其二，单边制裁与反措施的目的与动机具有交叉性。在目的上，单边制裁和反措施都是为了迫使目标国改变其行为。不同的是，单边制裁的目的是多种多样的且多数目的的正当性存疑，而反措施的目的具有合理性和正当性。单边制裁的目的主要包括政治目的、经济目的、安全目的等，政治目的如迫使目标国改变其国内政策；经济目的如限制进口以扶持发起国国内企业；安全目的如阻止目标国发展关键技术等。而反措施的主要目的则是迫使目标国停止其违反国际法的行为。在动机上，部分单边制裁，即各个国家执行联合国的多边制裁而单独采取的行动，和反措施的动机具有重叠性，即都是为了制止国际不法行为以维护国际法的权威，恢复国际秩序。而其他大部分单边制裁的动机则是基于发起国的国内利益、支持盟友行动等。

其三，单边制裁与反措施的实施主体具有混同性。单边制裁因缺乏法律依据，因此其实施主体并没有限制，其实施主体可能包括无端发起制裁的国家、制裁发起国的盟友国、国际不法行为的受害国等。而《草案》中第 48 条对可以采取反措施的国家作了明确规定，主要包括国际不法行为的受害国以及第三方国家，这里的第三方国家主要是根据责任国所违背的义务确定的，这种义务是责任国对包括受害国以及其他国家在内的国家集团承担的，或者这种义务是对整个国际社会承担的。因此，两者在实施主体上的区别主要在于目标国家是否对发起单边制裁或反措施的国家承担特定义务。

通过分析单边制裁的冲突和边界，我们发现在理论层面，区分单边制裁和反措施的关键在于是否具备救济性以及明确的国际法依据；而在实施层面，则主要考虑手段的合理性、目的动机的正当性以及实施主体受到损害的国际义务来源是否明确等。

四、反制裁语境下单边制裁向反措施转化的要件

正是因为单边制裁和反措施存在的冲突致使单边制裁的合法性往往受到质疑。因此，在外国首先实施单边制裁并构成国际不法行为的情况下（以下称为“责任国”），我国运用单边制裁进行反制的行为必须要具备合法性依据。而合法性依据的来源之一即反措施，因而本部分重点讨论单边制裁向反措施转化所需要的条件。

（一）前提要件：国际不法行为的构成要素

国际不法行为是反措施得以实施的前提。国际不法行为是违背国际义务并且可归因于国家的行为。构成国际不法行为包含两个核心要素，分别是主观要素和客观要素。主观要素涉及特定不当行为可归因于国家，从而被视为国家行为；客

观要素则指国家行为违反了其承担的国际义务。[25]

1.主观要素

要使单边制裁进行反制时向反措施转化，首先要对外国单边制裁的行为进行主观判断，即其行为是否为国家行为，判断由构成国家共同体的各社会成员、机构、组织中，哪些人员或机关的行为代表国家行为。对此，不能对国家施加过重的责任，要求其对境内所有个体的一切活动均承担国际责任。有学者将国家行为总结为三类：一是国家机关实施的行为，根据《草案》的规定，这里的国家机关包括行使任何职能的任何国家机关；二是个人、团体或实体的行为与国家产生了特定联系，具体包括获得政府授权的个人或实体的行为和受国家指挥的个人或实体的行为；三是其他可归咎于国家的行为，如叛乱运动、国家当局不存在时的行为等。[26]

2.客观要素

判断外国单边制裁属于国家行为后，接下来要判断该行为是否违背了该国所承担的国际义务。国际义务的来源主要包括根据习惯国际法、国际条约或一般法律原则进行确定的义务。有学者从义务和行为的角度对客观要素进行了分析。从义务角度出发，国际义务应当具备同效性和有效性。[27]这里的同效性指的是任何国际义务不论其起源或者特性，都具有同等的效力。例如，某一国家行为违背行为义务或者结果义务所造成的法律后果没有什么不同之处。有效性则是指国家行为违背国际义务的时间必须处在国际义务的有效时期之内。从行为的角度出发，即刻性行为与持续性行为对时效的起算点是不同的。前者的时效起算点为行为发生时，后者则是行为结束时。

（二）目的限制：义务履行的恢复性导向

以单边制裁进行反制并向反措施转化过程中必须要履行程序性义务，且在他国停止不法行为后需立即终止反措施的实施。这些限制条件都是以反措施的目的展开的，即以责任国恢复履行其国际义务为目的，而不能有挟私报复、过分关注本国利益等嫌疑。

其一，采取反措施的国家应当以责任国继续履行其国际义务为目的。如前所述，目的的正当性和合理性是反措施区别于单边制裁的重要特征。单边制裁往往具有不正当的目的。以美国对中国实施的芯片制裁为例，美国企业在全球芯片软件市场中占据了超过 70%的份额，而中国在芯片设计领域的软件国产化率仅约为 10%。美国对我国施加高强度的芯片制裁措施就是为了抑制我国芯片产业的发展。

---

[25] 林灿铃：《国际法的“国家责任”之我见》，载《中国政法大学学报》2015 年第 5 期，第 145-151 页。
[26] 白桂梅：《国际法（第三版）》，北京大学出版社 2015 年版，第 224 页。
[27] 张磊：《从义务和行为的角度分析国家责任的客观要件——以联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》为线索》，载《天津行政学院学报》2013 年第 3 期，第 20-24 页。

其二，采取反措施的国家应当履行程序性义务。根据《草案》第五十二条的规定，采取反措施的国家应当首先通知责任国要求其承担责任，并要求其继续履行所违背的义务。在此之后，还应当将采取反措施的决定通知于责任国，并提议与责任国进行谈判。这是单边制裁转化为反措施所必备的程序性条件，也反映出反措施的目的是使责任国继续履行义务，恢复和维护国际法的制裁，而非直接采取措施。

其三，如果责任国开始履行国际义务应当立即停止反措施。这表明反措施具备临时性和短期性，同时也是反措施以恢复履行义务为目的的体现。而单边制裁则往往是长期性的，如前所述，美国对伊朗、古巴、朝鲜实施的单边制裁都长达数十年之久，也表明部分单边制裁的目的具有政治性等。

（三）比例原则：措施相称性的双重维度

依照《草案》所定，单边制裁向反措施转化必须遵守相称性原则。对于相称性《草案》指出应考虑下列因素：（1）所遭受损害的程度；（2）不法行为的严重程度；（3）受害国和责任国受影响的权利（和其他国家的利益）；（4）促使责任国履行义务的必要性。[28]然而这些因素仍缺乏明确性，因此，笔者对涉及反措施的判例进行深入分析以归纳出判断相称性时可考虑的原则。

其一，所采取的措施应平衡双方利益，避免激化矛盾。以捷克斯洛伐克（斯洛伐克）和匈牙利间的加布奇科沃-大毛罗什项目案为例，捷方的“变通方案 C”是否满足反措施的相称性条件引起了争议。在该案中，国际法院认为双方的行为都属于国际不法行为，即捷方的方案不符合反措施的构成条件，要求双方恢复谈判以履行原条约义务。该方案将导致条约地区约 80%至 90%的多瑙河河水供捷方自身使用。尽管匈牙利违约在先，但由于多瑙河流经多国，捷方的变通方案单方面控制了该地区的共享资源，剥夺了匈牙利公平合理地分享多瑙河自然资源的权利，并对多瑙河沿岸的生态造成了持续性影响。也即捷方的方案虽然是为了挽回因匈牙利的违约行为而造成的经济损失，但该方案也背离了双方条约的初衷，即双方广泛利用多瑙河及沿岸自然资源，并在建设过程中保护生态环境。

其二，不得损害第三国的利益，避免反措施构成新的国际不法行为。中银航空租赁于 2021 年起将三架波音 747-8 货机租赁给俄罗斯空桥货运航空（AirBridgeCargo），用于执行国际货运任务。俄乌冲突爆发后，西方对俄制裁要求租赁公司终止与俄的合同并收回飞机。俄罗斯采取反制措施，扣押了包括中银租赁三架货机在内的多架海外注册飞机。直至 2024 年，中银租赁才收回三架货机，但 AirBridgeCargo 仍拖欠中银租赁 4.062 亿美元租金及违约金。在该例中俄罗斯采取反制裁措施针对的并不是责任国，而是损害了第三方的利益，因此并不

[28] [美]迈克尔·施密特总主编：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，黄志雄等译，社会科学文献出版社 2017 年版，第 159 页。

能构成反措施。反制裁措施采取不当，不仅可能损害无辜第三方的利益，更可能引发人权问题，违反国际义务从而构成新的国际不法行为。

此外，在加布奇科沃-大毛罗什项目案判决书中，韦列谢京法官并不赞同捷方的方案违反了相称性原则，即便最终判决和其观点并不一致，但他对该案中如何评估相称性的观点仍值得考虑：（1）违约对经济的影响与反措施对经济的影响对比；（2）违约对环境的影响与反措施对环境的影响对比；（3）违约对行使利用共享水资源的权利的影响与反措施对行使这一权利的影响对比。[29]也即责任国的不法行为与受害国采取的措施的严重程度和有关权利在双方争议的焦点问题上的对比，其中有关权利是“质”的对比，严重程度则是“量”的对比。[30]

通过分析《草案》中反措施的构成条件，我们已然明确单边制裁向反措施转化的过程中，必须具备前提要件、目的限制以及相称性限制。具体来说，前提要件即他国单边制裁已构成国际不法行为；目的限制即实施单边制裁进行反制裁的目的应以他国停止不法行为为限；相称性限制即运用单边制裁进行反制裁的程度要与我国所受到的损害相称，符合比例原则。

五、中国反制裁机制的完善建议

针对制裁在手段、领域及模式三个方面的新变化和新趋势，我国应当建立以规则重构为突破口、以技术创新为引擎、以文化认同为纽带的攻防兼备的反制裁体系，在当前阶段应当以防御为主辅以反制，并为未来可能面临的单边制裁作预备工作。

（一）制度防御体系的立体建构

2025 年《规定》的发布是对自 2021 年实施的《反制裁法》的细化，主要包括完善反制措施、细化反制程序、加强部门协同及强化措施执行，对我国反制裁机制的建立具有阶段性的意义，表明了我国维护国际秩序及应对国际挑战的决心。从本文应对制裁新变化的角度出发，笔者认为我国的制度防御体系有两个方面仍需完善：一是专门机构的设立；二是细化工作机制。

其一，应当设置专门的反外国制裁机构。一方面，专门的反制裁机构能够针对外国单边制裁的特点制定更加体系化和有针对性的反制裁策略。当前，《规定》第十条明确由国务院外交、商务、发展改革、司法行政等部门承担反外国制裁工作协调机制相关工作。由多部门共同负责协调工作可能会导致部门之间的冲突，而目前制裁的手段更加技术化、领域更加新兴化、模式更加精细化，如果没有专门机构对他国实施的单边制裁进行识别和决策，则反制裁措施的有效性将大打折扣。在另一方面，专门的反制裁机构对反制裁措施能够进行全面的审查以确保反

[29] 国际法院判决书、咨询意见和命令摘要（1997-2002 年），载 https://www.icj-cij.org/sites/default/files/summaries/summaries-1997-2002-ch.pdf，访问日期：2025 年 3 月 6 日。

[30] 冯慧敏：《我国对外制裁法的国际法合法性构建》，载《武大国际法评论》2023 年第 5 期，第 82-95 页。

制裁措施的合法性。例如《规定》第四条指出国务院有关部门有权开展相应调查和对外磋商。如果没有专门机构，各部门对调查工作的方向及重点可能会存在冲突和重复。如前所述，反制裁的正当性和合法性至关重要，设置专门机构能够对反制裁措施的程序性、措施相称性、目的性等进行全方位的审查。

其二，应当完善各部门的工作制度及信息共享。一方面，应建立定期的全体会议制度，由专门机构主导，确保部门间的协同配合。由制裁手段、领域、模式向高科技、高精尖、高频率方向的转变可知，反制裁策略的制定和执行需要法律、金融、网络、芯片等各个领域的专家和工作人员。例如外国单边制裁在传统贸易领域的实施已长达多年，我国商务部对于中外贸易冲突已积累了许多反制措施的经验，通过全体会议制度实现各部门间方法的共享，能够制定出更加全面细致的反制裁策略。另一方面，应建立反制裁数据库及资源信息共享平台。《规定》第十条明确国务院有关部门加强对反制措施确定和实施的协同配合和信息共享。对于外国单边制裁的相关信息录入数据库，反制裁机构的工作人员可通过数据库和共享平台及时了解制裁的动态变化，减少部门间信息共享的不对称性。

（二）技术突围的生态化布局

其一，加大力度尽早实现关键领域的自主化。从国家的角度出发，我国政府应当坚持和鼓励科技创新的政策，加强对相关的企业的补贴力度。例如在数字货币领域，应鼓励和引导科技企业、商业银行、非银行金融机构、第三方支付机构等积极参与数字人民币的使用推广，鼓励、强化非国家行为体参与数字人民币的底层算法和关键技术研究，即以金融科技创新反制美国打压举措。[31]在半导体行业，我国需要主动推进半导体产业的投资、扩展半导体市场，增进人才的互动，构建互惠互利的半导体产业链供应链。从企业角度出发，核心领域企业应当重构技术创新网络，积极寻求合作途径以尽早突破现存的技术障碍。例如在芯片领域，可以争取在比利时等中间国家布局研发中心，嵌入全球最前沿的芯片产业研究及产学研服务，突破美国对中国芯片行业的技术封锁。[32]

其二，加强新兴技术在反制裁机制中的运用能力。一方面，扩大数字技术与量子技术在金融和通信领域的应用。如央行数字货币交易有利于阻止涉及制裁国家的非法支付行为，我国应增加数字人民币在区域经贸合作中的使用频次，建立区域性持续连接结算机制，推进“去美元化”进程。[33]再如量子技术与其他加密技术的应用可以实现数字信息传输的绝对安全，将其运用于关键数据的保护能为国家安全提供更严密的保障。另一方面，实现智能预警与决策系统的技术赋能。例如在俄乌冲突中，俄罗斯运用人工智能技术进行武器研发、远程火力控制、收

[31] 沈伟、苏可桢：《数字货币的制裁维度：非对称性金融反制裁的路径与因应》，载《世界社会科学》2024 年第 3 期，第 93-121 页。
[32] 张勇、路娟：《美国芯片霸权的内在逻辑与演进机制》，载《宏观经济管理》2023 年第 1 期，第 83-90 页。
[33] 汪伟：《美国数字货币“长臂管辖”及阻断应对》，载《国际经济合作》2024 年第 6 期，第 39-52 页。

集战场信息等，此外俄方称还要继续加强人工智能在电子战、卫星系统中的应用。而中国人工智能行业的迅猛发展已引起了西方国家的关注，我国应强化人工智能与重点领域的结合并不断优化智能模型，以应对西方在人工智能行业的霸权。

（三）国际规则博弈的主动性策略

其一，推动国际法律合作与规则重塑。一方面，应加强国际合作，特别是与“全球南方”国家的合作，共同抵制单边制裁，构建更加公平、公正的国际秩序。例如在气候领域，广大发展中国家是全球气候治理和温室气体减排的决定性力量，我国应当推动以发展中国家为中心的全球气候治理平台的建立。另一方面，应当积极寻求 WTO 争端解决机制来解决制裁问题，特别是他国针对企业进行的单边制裁。例如 2021 年，美国国防部依《1999 财年国防授权法》第一千二百三十七条将中国小米公司列入“涉军企业”名单，哥伦比亚特区联邦地区裁定美国政府存在程序不正当与事实认定的错误，正式撤销了对小米的全部限制。[34]我国有针对性地积极地运用世界贸易争端解决机制，不仅能够挑战以美国为代表的国家发起的金融制裁，更有利于维护和巩固多边贸易体制。

其二，加强国际话语权并筑牢舆论阵地。一方面，要积极利用舆情监测工具，建立预警机制。对于蓄意抹黑我国政府、企业的不当言论应迅速通过数据溯源澄清谣言，避免错误言论的持续发酵。另一方面，我国作为大国应当主动承担大国责任，积极履行国际义务，依赖媒体和智库渠道传递我国的文化、技术等，抵消西方的媒体偏见。例如 2024 年在全球爆火的游戏“黑神话悟空”以及 2025 年冲击全球票房榜的电影《哪吒 2》不仅将中国古建筑、陕北说书、中国叙事等中国元素呈现给世界，而且有力地证明我国同样具备设计高水平游戏、电影的技术和实力。通过中国文化的不断输出，以对冲西方叙事，减小西方文化和价值观制裁带来的冲击。

面对单边制裁的新变化，我国反制裁机制的完善路径需围绕制度、技术与国际规则三方面协同推进。制度层面应设立专门机构及细化工作机制；技术层面需加速关键领域自主化进程并推动新兴技术赋能反制裁体系；国际规则层面应主动参与全球治理、寻求合作及加强国际话语权。通过立体防御、技术突围与规则博弈相结合，我国可构建攻防兼备的反制裁体系，有效应对单边制裁挑战，维护国家利益与国际公平秩序。

六、结语

当前，单边制裁是国际博弈中的重要工具，在单边制裁尚未被国际法实现有效规制的情形下，如何运用单边制裁进行合法有效的反制裁显得至关重要。本文通过分析单边制裁的现状发现单边制裁是具有不确定性的“私力”手段，并且单

[34] 霍政欣：《美国宪法上的褫夺公权法案研究——从“华为诉美国案”展开》，载《行政法学研究》2021 年第 6 期，第 39-55 页。

边制裁的有效性正在弱化。通过分析单边制裁与反措施在理论和实施层面的冲突与边界，得出使我国运用单边制裁进行反制裁具备合法性的重要途径便是将单边制裁向反措施转化，转化条件则包括前提要件、特定目的、相称性原则等。在解决单边制裁的合法性问题后，面对制裁技术化、新兴化、常态化的趋势，提高反制裁的有效性也不可忽视。因此，本文提出要通过国内制度防御、技术突围、国际规则博弈三个方面系统地完善我国的反制裁体系，以加强我国运用单边制裁进行反制的合法性和有效性。这样不仅有利于维护国家和人民的利益，而且能增强我国在国际治理中的话语权，进而维护以联合国为核心的国际秩序。

2025年中国国际法学会年会

国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制完善路径研究

张伊*[1]

摘要：《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》指出国际商事法庭须与符合条件的国际商事调解、仲裁机构共同构建诉讼、仲裁、调解相衔接的多元化纠纷解决平台，“一站式”解决国际商事纠纷。国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制的构建旨在提升国际商事纠纷解决的效率与公正性，但当前机制在运行中面临衔接灵活性不足、衔接主体选择有限以及监督体系不完善等困境。这些问题源于法律规定不明晰、司法资源有限和平台建设不完善等问题。“一站式”纠纷解决机制尚需通过细化相关法规政策、扩充司法资源、完善平台建设以及加强国际交流合作等路径进行优化，以有效提升衔接机制的运行效率，为国际商事纠纷的高效解决提供制度保障。

关键词：国际商事法庭　“一站式”多元化纠纷解决机制　诉仲调衔接机制

当前经济全球化不断深入，国际商事交往愈发频繁，在商事交往中发生的国际商事纠纷的数量也在持续攀升。我国为有效应对这一局面，满足国际商事主体对高效、公正纠纷解决的需求，最高人民法院国际商事法庭（China International Commercial Court，简称 CICC）应运而生。2018 年，最高人民法院设立国际商事法庭，它标志着我国在国际商事纠纷解决平台建设领域迈出了关键一步，“国际商事法庭”一站式“多元化纠纷解决机制同步建立，旨在为国际商事纠纷提供高效、便捷、公正的司法解决途径，推动形成与我国经济实力和国际地位相适应的国际商事多元化争端解决机制。

一、“一站式”纠纷解决机制的现状与特征

自国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制构建以来，其在线平台陆续接入权威国际商事纠纷解决机构，大大提高了“一站式”纠纷解决平台的权威性与国际认可度，同时其实践也打开了新局面。

（一）国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制现状与实践

1.国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制现状

国际商事法庭“一站式”纠纷解决制度是一种创新的多元化纠纷解决模式，其核心目标在于为国际商事纠纷的当事人提供全方位、一体化的纠纷解决方案。该制度通过整合调解、仲裁、诉讼等多种纠纷解决方式，选定符合条件的国际商

*张伊，女，硕士研究生，单位：湘潭大学法学学部，联系方式：3405666974@qq.com 13973514506

事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，构建起一个有机衔接的纠纷解决体系，当事人在这一体系内能够便捷地选择适合自身需求的纠纷解决途径，且不同解决方式之间能够实现有效转换和协同，从而高效解决纠纷。在这一制度框架下，最高人民法院组建了国际商事专家委员会，该委员会汇聚了来自世界各地具备丰富的专业知识和国际商事经验的 63 名专家委员，为中国涉外审判工作发展和国际商事法庭建设提供专业保障，为“一站式”纠纷解决机制的运行提供专业支持。

截至目前，“一站式”平台已有 10 家国际商事仲裁机构与 2 家国际商事调解机构入驻。在商事调解方面，经国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构主持调解，当事人达成调解协议的，国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书。在商事仲裁方面，当事人可以协议选择国际商事法庭认可的国际商事仲裁机构仲裁，在申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全。这一系列举措使得当事人在一个统一的平台上，就能享受到从调解、仲裁到诉讼以及相关保全措施等全流程的纠纷解决服务，极大地提高了纠纷解决的便利性和效率[2]，降低了当事人的维权成本，也增强了我国在国际商事纠纷解决领域的吸引力和竞争力。

2.国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制实践

2024 年 3 月 26 日，国际商事法庭审理的一起涉外仲裁裁决撤销案成为首个使用“一站式”纠纷解决机制与仲裁机构相衔接的案例。该案标的额超十亿人民币，涉及美国等多个国家当事人。受理后，法庭合议庭经审理裁定中止撤销程序，通知仲裁庭重审。仲裁庭接通知启动重审，法庭随即裁定终结撤销程序，通过“一站式”平台向仲裁委送交裁定书，实现法院仲裁司法审查与仲裁机构有机高效对接。

2024 年 7 月 2 日，广东两支基金作为申请人向某外籍自然人及 7 家公司提出股权回购纠纷的仲裁申请，当事人选择通过“一站式”平台申请立案，此案由上海国际经济贸易仲裁委员会立案处理，成为国际商事法庭“一站式”纠纷解决平台的宝贵实践，案件目前还在审理当中。

（二）国际商事法庭“一站式”纠纷解决制度的特征

1.高效与便捷性

国际商事法庭的“一站式”纠纷解决制度从根本上就以高度的效率和便捷性为设计宗旨。国际商事纠纷的涉案标的额通常巨大，国际商事法庭受理的国际商事纠纷标的额要求在 3 亿人民币以上，若为实体标的，因时间因素遭受标的物价值损失的风险较高，因此在国际商事纠纷中效率至关重要。国际商事法庭的“一

[2] 唐汉裔.中国国际商事法庭诉讼和仲裁、调解衔接机制的研究[J].韶关学院学报,2022,43(04):39-45.

站式”纠纷解决机制通过整合诉讼、仲裁、调解三种纠纷解决机制来简化流程。各方无需为诉讼、仲裁或调解分别应对不同的机构和程序，而是可以在单一平台上获取所有这些选择。这不仅节省了寻找和接触不同实体所需的时间和精力，还减少了多次提交文件所涉及的行政成本。如果当事人在国际商事纠纷的解决中最初选择调解，哪怕调解失败，当事人还可以无缝过渡到仲裁或诉讼，无需从头重新启动整个案件的立案程序。

“一站式”纠纷解决机制的现代信息技术的运用进一步提高了其效率。在线立案系统使各方当事人能够在世界任何地方、任何时间提交他们的诉求和相关文件，并选择想要的纠纷解决方式与相应的国际商事纠纷解决机构。电子通信渠道在送达程序、证据交换，甚至虚拟听证等方面都具备传统诉讼程序所没有的便利性与高效性，规避了传统邮政服务和地理距离造成的延误。在涉及不同时区各方的跨境案件中，可以安排虚拟听证与在线开庭以适应各方当事人的需求，从而使纠纷解决过程能够快速推进。

2.灵活性与自主性

“一站式”纠纷解决机制为参与国际商事纠纷的各方提供了高度的灵活性和自主性，体现在多个方面。在国际商事法庭“一站式”纠纷解决平台各方可以根据纠纷的性质和复杂程度自由选择最合适的纠纷解决方式。对于标的额较小、案情较为简单的商事纠纷，调解通常是当事人灵活解决纠纷的首选，因其允许更具协作性和创造性的解决方案。而在涉及重大法律和事实问题的更复杂案件中，各方当事人则可能会选择仲裁或诉讼[3]。且“一站式”纠纷解决系统还支持当事人在不同的纠纷解决方式之间灵活切换。各方可以从调解开始，如果某些问题仍未解决，可以将其提交“一站式”平台认可的国际商事仲裁机构以获得具有约束力的决定。

另一方面，“一站式”纠纷解决机制的自主性使各方能够在纠纷解决过程的各个方面发表意见。最高法发布的《“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台工作指引（试行）》中规定，在各方当事人同意由国际商事法庭专家委员对纠纷开展调解工作的，国际商事法庭应在规定时限内组织当事人在专家委员名录中共同选定一至三名专家委员担任调解员。这意味着当事人可以选择自己偏好的调解员，甚至在一定程度上影响程序规则。在仲裁中，各方通常有权选择仲裁机构以及仲裁将依据的规则体系。这种自主性确保了纠纷解决过程能够根据各方的具体需求和偏好量身定制，从而增加他们对结果的信心。

3.专业性与权威性

[3] 李振凡,张鸿浩,李世邦.国际商事纠纷一站式解纷与中立评估机制的展望[J].首都师范大学学报(社会科学版),2024,(S1):47-56.

国际商事法庭的“一站式”纠纷解决系统具有高度的专业性和权威性。在专业性方面，法庭组建了一支来自世界各地，对国际商法和跨境交易有深入了解的法官和法律专家组成的团队。这些专业人员精通国际条约、公约和习惯国际法，以及与国际商业相关的不同国家的国内法。在仲裁和调解方面，该系统引入了权威的国际仲裁机构和专门处理国际商事纠纷的经验丰富的调解员。他们的专业知识确保了纠纷是在对所涉及的法律和商业问题有充分理解的基础上得到解决。

该系统的权威性源于其法律地位和其决定的可执行性。国际商事法庭的判决得到法律的支持，可以通过相关国家的国内司法系统执行，依据《纽约公约》，在“一站式”系统框架内作出的仲裁裁决具有可执行性，无论是通过国内执行机制还是关于承认和执行外国判决的国际条约[4]。这种高度的权威性使各方确信通过该系统达成的决定将得到有效执行，从而维护当事人的权利和利益。

二、 “一站式”纠纷解决机制现状及存在问题

目前我国国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制虽已建立，初步完成了与国际商事仲裁与调节机构的对接，但在实际运用中少有被当事人选择为首要纠纷解决平台，彰显出“一站式”纠纷解决机制的具体运作还面临一些问题。

（一）规则缺失导致调解、仲裁、诉讼衔接机制僵硬

在现行国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制中，调解、仲裁与诉讼之间衔接规则的模糊与不完善，已成为制约该机制高效运行的重要原因。现有的关于“一站式”衔接机制的法规政策文件仅仅搭建了制度框架，简要地介绍了国际商事法庭处理商事纠纷时更换纠纷解决方式的功能，以及相应的证据提交要求，对当事人欲灵活切换纠纷解决方式时的具体操作规定还不够细致。从程序法理论基础来看，明晰的衔接规则是保障纠纷解决连贯性与高效性的内在要求，其缺失违背了程序正义中关于纠纷解决路径有序流转的基本原则。当当事人在这一框架内最初选择进行调解时，若调解过程破裂，试图转向仲裁或诉讼程序往往会陷入困境。且在调解过程中产生的证据和事实认定结果，在后续程序中能否被采纳仍存在不确定性。

相比之下，在一些成熟的国际商事纠纷解决模式中，有明确的规定来规范调解相关材料向后续程序的转移。这些规定通常要求当事人事先同意，并严格遵守保密和证据规则，从而简化了不同纠纷解决方式之间的转换流程。仲裁与诉讼的衔接要求清晰一致的规则，当前系统对于仲裁裁决司法审查的范围和标准的模糊性，产生了深远的影响。仲裁旨在为诉讼提供一种具有终局性的替代方案，但缺乏明确的审查参数破坏了这一基本原则。这种全面衔接规则的缺乏将调解、仲裁和诉讼孤立开来，阻碍了一个整合且协同的纠纷解决生态系统的形成，无缝且高

[4] 马琳琳.我国国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制研究[D].华侨大学,2021.

效解决程序的“一站式”机制未能充分发挥其潜力，阻碍了国际商事纠纷的及时公正解决。

（二）司法资源有限导致主体选择有限

国际商事纠纷本质上具有高度的复杂性和多样性。从国际商法中当事人意思自治原则的法律理论角度来看，一个全面的“一站式”纠纷解决机制应该提供广泛的纠纷解决主体，以满足当事人的不同需求和偏好。然而，当前的情况受到有限司法资源的制约，这严重限制了该机制内可用的调解和仲裁机构的数量。以仲裁领域为例，“一站式”纠纷解决平台目前仅纳入了少数在国际商业领域享有高知名度和影响力的仲裁机构。这种排他性的做法排除了许多在特定领域拥有专业知识的中小仲裁机构,当事人可能无法获得专门针对其纠纷特点量身定制的仲裁服务，从而限制了纠纷解决过程的有效性。调解领域的情况类似。资源限制使得无法纳入具有不同专业背景和调解风格的多样化调解机构。在国际商事纠纷中，当事人可能有不同的偏好，一些人倾向于强调沟通和达成共识的促进性调解方式，而另一些人可能更喜欢提供更具指导性的评估性调解风格[5]。当前机制内调解机构的选择范围有限，无法满足这种丰富多样的偏好，使当事人只能选择不太理想的方案。

此外，司法资源的稀缺直接影响了纠纷解决的质量和效率。在案件处理方面，负担过重的工作人员往往无法为每个案件分配必要的时间和精力。这影响了事实调查过程的全面性、法律分析的准确性以及纠纷解决策略的有效性。结果，纠纷解决的整体质量受到影响，当事人可能无法获得与他们纠纷的复杂性和重要性相称的服务水平。

（三）平台机制不完善

“一站式”纠纷解决平台的持续建设面临着某些调解和仲裁机构整合不完全的问题，这对平台的完整性和全面性构成了重大挑战。从结构上看，这些机构的缺失削弱了平台向当事人展示可用纠纷解决资源全貌的能力。相当数量的调解和仲裁机构，特别是那些具有强烈地方特色或新兴专业领域的机构，对与国际商事纠纷相关的本土商业惯例和文化规范有深入了解，却由于技术互操作性问题和沟通渠道不畅等多种因素，无法顺利融入平台。由于在与平台的数字基础设施对接方面存在技术障碍，缺乏明确的纳入沟通渠道，这些机构仍处于边缘地位，寻求纠纷解决服务的当事人也难以获取全面且适配的选择。

同时，平台缺乏统一的管理和监督机制。从制度设计的理论层面来看，统一的管理和监督机制是保障平台有序运行、维护各方权益的制度基石。然而，在现实中，对于已接入平台的调解、仲裁机构，在服务质量、收费标准、人员资质等

[5] 薛源,程雁群.以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设[J].政法论丛,2020,(01):149-160.

关键方面，缺乏行之有效的监督与规范体系。实证观察表明，不同机构的服务水平存在很大差异。一些机构可能采用过高的收费结构，收取的费用远远超过行业基准，同时提供的服务却不合格。另一些机构可能表现出不合规的服务行为，如案件处理延误、与当事人沟通不足或对敏感信息处理不当。平台无法执行一致的标准并及时解决这些问题，不仅破坏了当事人的信任，也损害了整个“一站式”纠纷解决机制的声誉。在一个纠纷解决机制的可信度对于吸引国际商事当事人至关重要的时代，平台管理中的这些失误可能对该机制在全球市场中的竞争力产生深远影响。

三、 “一站式”纠纷解决机制完善路径

在当前国际经济高度融合、跨境商事纠纷日益复杂化的背景下，完善中国国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制，不仅需要立足于中国自身法律体系和制度实践，也应积极借鉴国际先进法域在制度设计与运行管理方面的有益经验。迪拜国际金融法院（DIFC Courts）和新加坡国际商事法庭（SICC）在构建高效、多元、国际化的纠纷解决体系方面具有较强代表性，其制度实践对中国国际商事法庭的机制优化具有重要启示意义。

（一）推进法规体系建构

迪拜国际金融法院在调解、仲裁与诉讼之间衔接规则的制度化构建方面展现出高度的系统性与前瞻性，特别是在保障程序公正与信息流通之间实现了有效平衡。该法院明确规定，在调解过程中，经当事人同意，调解员可将部分调解环节中获取的信息提交给后续参与的仲裁员或法官，但需严格遵守保密义务和程序正当性要求。这一制度设计有效避免了“程序割裂”所带来的信息重复收集和资源浪费问题，同时也强化了纠纷解决机制之间的协同性[6]。在仲裁与司法审查衔接方面，DIFC 法院遵循尊重仲裁终局性原则，仅在特定条件下对仲裁裁决进行有限司法审查，如仲裁程序严重违反正当程序、仲裁员存在重大不当行为等。该做法兼顾了仲裁的效率与司法的监督功能，增强了制度的权威性与公信力。

中国国际商事法庭可在此基础上，进一步完善相关制度设计。一方面，应明确调解过程中形成的事实认定和证据材料在后续仲裁或诉讼程序中的采信规则，合理设定信息转移的条件与程序[7]。另一方面，应细化仲裁裁决司法审查的范围与标准，仅限于程序违法、裁决内容违反公共政策等重大事项，最大限度尊重当事人选择仲裁的自主意愿，提升“一站式”机制的运行效率与稳定性。

[6] 李佳琦.“一带一路”视域下中国国际商事法庭制度面临的挑战与中国因应[J].西安电子科技大学学报(社会科学版),2024,34(04):69-78.

[7] 单文华,冯韵雅.国际商事争端“融解决”体系的探索与完善[J/OL].西安交通大学学报(社会科学版),1-16[2025-04-11].

（二）推进司法资源供给

新加坡国际商事法庭在建设国际化、多元化的纠纷解决平台方面，表现出高度的战略眼光与执行力。其不仅依托新加坡自身国际法律服务中心的地位，还通过与国际知名仲裁与调解机构合作，搭建了资源丰富、结构合理的争议解决网络。值得注意的是，SICC 在引入传统国际仲裁机构（如 ICC、SIAC）的同时，也高度重视专业领域调解机制的培育与引入，在金融科技、数据保护、航运等新兴商业领域中，SICC 引导专业性强的机构加入纠纷解决体系，构建起与市场发展趋势高度契合的服务体系。而我国国际商事法庭在调解与仲裁资源配置上仍显集中化，专业性与灵活性尚有提升空间。建议我国在未来发展中，一方面应加大与国内外专业调解、仲裁机构的合作广度，通过优化接入标准、提供平台支持等方式，引入更多中小型、专业化的争议解决机构，增强服务的专业性与针对性。另一方面，应注重对平台内争议解决主体的持续培训和质量监管，构建统一的评估机制和标准化服务体系，不断提升服务质量，以应对当事人日益多元化和精细化的纠纷解决需求。

（三）推进现代化在线平台治理

平台化是“一站式”国际商事纠纷解决机制运行的核心依托。我国国际商事法庭的平台建设尚不完善，当事人在国际商事法庭平台寻求仲裁等解决方式时，平台不能完全介入其认可的第三方国际仲裁机构。而 DIFC 法院与 SICC 均已在平台管理方面形成了较为成熟的管理模式，尤其是在平台准入、运行监管与退出机制方面，具有高度的制度化和专业化水平。以 DIFC 为例，其设立了严格的机构准入评估制度，要求申请接入的仲裁、调解机构在信誉、专业能力、案件处理经验、收费标准等方面达到既定标准，并对机构在平台运行中的表现实施动态监管。如发现服务质量下滑或发生严重违规行为，相关机构将被及时限制使用权限，甚至清退出平台。SICC 则在平台治理中强调持续性监管与公共透明机制的结合。其设立专门机构负责平台日常运维，定期对平台内争议解决机构的案件处理能力、人员资质与客户反馈进行综合评估，同时向公众发布平台运行报告，增强系统透明度与公信力。

我国国际商事法庭可以结合本国国情与实际需求，建立起更加系统、透明、动态的管理机制。一方面，应完善平台准入标准与机构评估体系，确保调解与仲裁机构具备相应专业资质和道德水准，提升平台整体服务能力。另一方面，应建立高效的投诉处理与责任追究机制，对于存在违规操作、当事人投诉严重的机构，依法依规予以限制或清退出平台。通过加强对平台内机构的日常监督与质量控制，确保“一站式”机制在制度运行中持续保持高效、公正与专业，为国际商事纠纷提供可信赖的制度保障。

在经济全球化推动国际商事活动愈发频繁的背景下，国际商事纠纷数量不断攀升。为满足国际商事主体对高效、公正解决纠纷的需求，我国于 2018 年设立国际商事法庭，构建“一站式”纠纷解决制度，整合调解、仲裁、诉讼等方式，提供一体化解决方案。但当前该机制在运行中问题较为突出。在规则设置上，调解、仲裁、诉讼间衔接规则缺失，调解中形成的证据及事实认定在后续程序的采信不明，仲裁裁决司法审查范围和标准模糊，法院审查尺度不一，阻碍了三种纠纷解决方式的协同。司在法资源方面，资源有限使机制内调解和仲裁机构数量与类型受限，当事人选择范围窄。在平台机制上，部分调解、仲裁机构未完全接入，平台缺乏统一管理监督，对已接入机构在服务质量等方面监管不力，损害当事人利益和机制公信力。对此可借鉴迪拜国际金融法院与新加坡国际商事法庭经验完善机制。规则制定上，明确调解证据采信和仲裁司法审查标准；扩充司法资源，加强与国内外专业机构合作，引入中小及专业化机构并强化培训监管；平台管理上，完善准入标准与评估体系，建立投诉处理与责任追究机制，加强日常监督，以此增强我国在国际商事纠纷解决领域的影响力和竞争力。

参考文献

[1] 唐汉裔.中国国际商事法庭诉讼和仲裁、调解衔接机制的研究[J].韶关学院学报,2022,43(04):39-45.

[2] 马琳琳.我国国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制研究[D].华侨大学,2021.

[3] 冯汉桥,沈旦.国际商事法庭诉讼与仲裁、调解衔接机制的完善[J].怀化学院学报,2020,39(02):72-79.

[4] 刘庆.中国国际商事法庭诉讼、仲裁及调解衔接机制研究[D].天津商业大学,2023.

[5] 高晓力.我国国际商事争端解决机制和机构建设——以最高人民法院国际商事法庭为视角[J].中国法治,2024,(01):99-104.

[6] 丁冬.金融审判竞争视野下的司法供给——迪拜国际金融中心法院建设的启示[J].金融理论与实践,2019,(07):62-68.

[7] 李楠.“一站式”多元化国际商事纠纷解决机制研究[D].中央民族大学,2021.

[8] 李佳琦.“一带一路”视域下中国国际商事法庭制度面临的挑战与中国因应[J].西安电子科技大学学报(社会科学版),2024,34(04):69-78.

[9] 江保国.《新加坡调解公约》下国际商事调解协议的法律效力[J].国际法研究,2024,(03):81-95.

论冲突规范的性质

戴雅雯

内容提要 在国际私法理论中，冲突规范属于实体法还是程序法是一个尚有争议的问题。一部分学者认为冲突规范属于实体法，一部分学者认为冲突规范属于程序法，还有一部分学者认为冲突规范既不属于实体法，也不属于程序法，而是一种特殊的规范。在分析冲突规范的性质时应当注意到，首先，冲突规范不属于“法的技术性规定”。是否具备法律规则逻辑结构中的要素不是判断特定规范是否属于法律规则的标准。冲突规范符合法律规则的定义，因此是法律规则。其次，程序法与实体法之间的区分标准是：实体法规定了具有目标性的权利义务，而程序法规定了实现实体法内容的方法与步骤。冲突规范不直接调整当事人之间的实体权利义务关系，没有创设新的权利义务，不符合实体法的定义。冲突规范规定的内容是选择适用于涉外民商事案件的实体法的方法，属于程序法。

关键词 实体法　程序法　冲突规范　法的技术性规定

一、 问题的提出：有关冲突规范性质的争论

冲突规范是国际私法中的核心内 vz 容，也是调整涉外民事关系的重要方法。随着我国对外交往的不断加深，有关冲突规范的研究也越来越丰富。但是，对于冲突规范究竟属于实体法还是程序法这一问题，目前还没有一个令人信服的结论。对冲突规范的性质进行探讨，不仅可以深化对冲突规范的认识，发展有关国际私法的理论研究；也是对法理学中相关理论的重新审视，具有一定的理论意义。

对于这一问题，学者们主要有三种观点：第一，冲突规范属于程序法；第二，冲突规范属于实体法；第三，冲突规范既不属于实体法也不属于程序法，而是独立于实体法与程序法的一类特殊的规范。

（一）冲突规范属于实体法

主张冲突规范属于实体法的学者认为，首先，冲突规范调整的是国际民事关系而不是国际民事诉讼关系，所要确定的是有关当事人之间的实体权利义务内容，而不是诉讼权利义务内容。其次，冲突规范这种间接规范和法律规范体系中的“准用性规范”类似。决定某一类法律规范性质的是其所调整的社会关系，调整方式的间接性不会对法律规范的性质造成影响。就像实体法部门中的“准用性规范”被界定为实体法规范一样，处于“调整国际民事关系”这种法律环境下的冲突规范也应当被界定为实体法规范。[1]也有学者指出，认定冲突规范属于实体法的理

[1] 谢石松：《国际私法的调整对象、范围及性质问题新论》，载《法学评论》，2007 年第 4 期。

由可以是，虽然适用冲突规范的直接效果是“指示”，但是，冲突规范的最终作用在于确定应当适用于特定案件的法律进而对当事人之间的权利义务关系进行调整。所以，冲突规范实际上调整的是当事人的实体行为，因此冲突规范属于实体法。[2]

（二）冲突规范属于程序法

有学者指出，认为冲突规范属于程序法是学界的传统看法。冲突规范的作用在于指示法院或者仲裁机构寻找可以适用于案件的法律。冲突规范可以调整这种基于指示确定案件的法律适用的流程活动，因此可以将冲突规范纳入程序法的范畴。[3]也有学者指出，冲突规范规定的内容是实体法的适用方法，因此属于程序法。[4]同样，还有学者认为，作为适用规则的冲突规范在性质上更加偏向于程序法。[5]还有学者在讨论国际私法调整对象的过程中论证了冲突规范属于程序法的观点。冲突规范不具有确定涉外民商事法律关系中当事人实体权利义务的功能，冲突规范所规范的法律选择行为是一种寻找可以调整特定民事关系的实体法的活动，因此，冲突规范更接近于程序规则。[6]

（三）冲突规范是一种特殊的规范

认为冲突规范既不属于实体法，也不属于程序法，而是一种特殊的规范的观点是学界目前的通说。大多数有关国际私法的教材都采取了这一观点。例如，有教材认为，冲突规范没有直接规定当事人的权利义务，因而不属于实体法。同时，冲突规范也没有将诉讼、仲裁等程序关系作为自己的调整对象，因此也不属于程序法。[7]

认为冲突规范是一种特殊规范的观点可以进一步细分为两类。一类认为冲突规范是不属于法律规则的“法的技术性规定”；一类认为冲突规范属于法律规则，只不过是一种既不同于实体法也不同于冲突法的特殊法律规则。支持第一种观点的学者认为冲突规范所起的作用仅仅是“将一定的法律事实与特定的权利义务关系连接起来”。同时，冲突规范在适用上的弹性较大，法律规范的适用当中不可能有这样宽泛的“自由裁量”空间，而且，冲突规范的调控对象仅仅针对法官，也不具备法律规范逻辑结构的要素，因而不属于法律规则。[8]也有学者认为，冲突规范既不符合法律规则的定义，也不具备法律规则的逻辑结构，不是法律规则。

---

[2] 张仲伯：《国际私法学》（第 2 版），中国政法大学出版社 2007 年版，第 11 页。
[3] 张仲伯：《国际私法学》（第 2 版），中国政法大学出版社 2007 年版，第 11 页。
[4] 陆东亚：《国际私法》（第 6 版），正中书局 1979 版，第 16 页。转引自刘梦影：《国际私法性质问题研究》华中师范大学 2013 年硕士学位论文。
[5] 马汉宝：《国际私法总论》，吉丰印刷有限公司 1991 年版。转引自徐忆斌：《“法的技术规定”抑或“法律规范”——冲突规则的规范属性之辨析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2013 年第 6 期。
[6] 沈涓：《国际私法调整对象及相关问题再探讨》，载《环球法律评论》，2022 年第 5 期。
[7] 黄进等主编：《国际私法学》（第 1 版），高等教育出版社 2023 年版，第 131-132 页。
[8] 杨利雅：《冲突规范性质的法理学分析》，载《当代法学》，2005 年第 3 期。

[9]支持冲突规范属于法律规则，但是是一种特殊的法律规则的学者认为，冲突规范不符合“法的技术性规定”的定义。但是，冲突规范在逻辑结构要素、调整内容以及约束对象等方面都不同于一般的法律规则，在运用过程上也具有特殊性，因而是一种不同于实体法和程序法的特殊的法律规则。[10]

二、 分析问题：冲突规范不属于特殊的规范

（一）冲突规范是否属于“法的技术性规定”

程序性规则和实体性规则都是针对法律规则进行的分类，因此，在探究冲突规范是否属于程序性规则或实体性规则之前，必须先对冲突规范是否属于法律规则进行探讨。为了论证冲突规范属于一种既不同于程序法规范，也不同于实体法规范的特殊法律规范，有一部分学者提出，冲突规范不属于法律规则，而是一种“法的技术规定”。

1. 关于冲突规范是否属于“法的技术性规定”的不同观点

例如，有学者提出，因为冲突规范在内容上只提供了适用某一法律的条件；在适用弹性上给予了法官过大的“自由裁量”空间；在调控对象上更类似于针对法官的裁判准则；在逻辑结构上不具备法律规范所必备的“法律后果”的要素，因此，冲突规范不属于法律规则而是“法的技术性规范”。[11]也有学者提出，冲突规范不是行为规范，没有规定当事人的权利义务；同时也不符合法律规则的形式构成，不具备法律规则逻辑结构的“三要素”，特别是缺乏最不可缺少的“行为模式”。因此，冲突规范不是法律规范。[12]但是，还有学者认为，冲突规范和存在于其他部门法中的相似规范可以统称为“法律适用规范”。所谓“法律适用规范”是规定如何适用法律规范的规范，其存在的目的在于保障实体性规则和程序性规则的正确实施。这类“法律适用规范”虽然具有技术性的特征，但依旧属于法律规则。“法律适用规则”不是不符合法律规则的逻辑结构，其中的“法律后果”只是被省略了。事实上，包括冲突规范在内的“法律适用规范”还是包含有有效或者无效的法律后果。而冲突规范中的“行为模式”指的是依照规定适用法律的行为。[13]

2. “法的技术性规定”的定义

在讨论冲突规范是否属于“法的技术性规定”之前，首先要明确“法的技术

[9] 张晓东,董金鑫：《冲突法性质、归属的法理学分析——对国际私法的调整方法和范围的反思》，载《法治研究》，2010 年第 1 期。
[10] 徐忆斌：《“法的技术规定”抑或“法律规范”——冲突规则的规范属性之辨析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2013 年第 6 期。
[11] 杨利雅：《冲突规范性质的法理学分析》，载《当代法学》，2005 年第 3 期。
[12] 张晓东,董金鑫：《冲突法性质、归属的法理学分析——对国际私法的调整方法和范围的反思》，载《法治研究》，2010 年第 1 期。
[13] 郭忠：《法律规范体系中的适用法规范》，载《学术界》，2013 年第 8 期。

性规定”的定义。随着法学的发展，传统的“法律规则、法律原则和法律概念”三大法的要素已经不能满足理论和实践中的需要。为了更好地适用成文法，保障法律体系的顺利运行，学者们提出了“法的技术性规定”这一概念。

“法的技术性规定”是指为了使法律体系具有系统性和连贯性所运用的一些特殊形式的技术和手段。[14]虽然都在法律条文中得到表述，但是，“法的技术性规定”是一种不同于法律规则的条文，规定“法的技术性规定”的条文被称作非规范性法律条文。[15]法律规则是一种行为规则，其内容涉及当事人的权利义务；而“法的技术性规定”在适用上具有工具性，不能直接体现法律上的权利义务。

3. 法律规则的逻辑结构

从前文的论述可以看出，虽然认为冲突规范属于“法的技术性规范”的两名学者是分别从不同的角度出发对自己的观点进行论证的，但是他们的论证有一个共同点，那就是认为冲突规范因为不符合法律规则的逻辑结构而不属于法律规则。不过，也有学者提出了反对的意见，认为冲突规范实际上具备法律规则的逻辑结构中的所有要素，不应当将冲突规范排除在法律规则之外。

然而，将是否符合法律规则的逻辑结构作为判断某一规范是否属于法律规则的方式是否合理呢？换言之，法律规则的逻辑结构和法律规则的定义是同一个问题吗？被定义为“法律规则”的规范必须具备完整的逻辑结构吗？

答案是否定的。法律规则的逻辑结构属于“法认识论”的范畴而不是“法概念论”的范畴，研究法律规则逻辑结构的目的在于正确地帮助人们进行推理而不是帮助人们正确地认识法律。[16]传统的法律逻辑结构理论从“概念论”的角度出发，认为“假定”“行为模式”和“法律后果”是法律规则逻辑结构中的三个要素，这一错误的观点导致了大量的问题，也使得许多法律规则因不符合“三要素”的逻辑结构而被排除在了法律规则的范围之外，法律规则的存在不以其完整性为前提。对此，有学者提出，应当将法律规则的逻辑结构重构为“构成要件”与“法律后果”。[17]

4. 冲突规范属于法律规则

从上文的分析可以看出，对法律规则的定义是回答“冲突规范是否属于法的技术性规定”这一问题的关键所在。不能简单地因冲突规范在逻辑结构上不符合“三要素”就否认其法律规则的性质，对冲突规范归属的认定必须从法律规则的概念出发。法律规则的实质是“体现或代表一定集团的利益或者全体人民共同意

[14] 李龙：《法理学》（第 1 版.），武汉大学出版社 2011 年版，第 131 页。
[15] 徐忆斌：《“法的技术规定”抑或“法律规范”——冲突规则的规范属性之辨析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2013 年第 6 期。
[16] 雷磊：《法律规则的逻辑结构》，载《法学研究》，2013 年第 1 期。
[17] 雷磊：《法律规则的逻辑结构》，载《法学研究》，2013 年第 1 期。

志的行为规则”。[18]也就是说，法律规则是一种对人们的外部行为的规定。冲突规范虽然没有直接对当事人的行为进行规定，却规定了法官选择法律的行为。从这个意义上讲，冲突规范符合法律规则的定义。

虽然没有直接影响当事人的权利义务，但是，冲突规范不属于“法的技术性规定”。“法的技术性规定”包括法律生效时间的规定，对有法律意义的标志例如国旗、国徽等的规定以及法律运行环节中的方法的规定等。虽然法律适用规范和“法的技术性规定”都有关于“如何适用法律的内容”，但这两种规范调整法律适用的方式是不同的。法的技术性规定所针对的法律规范是明确的，其目的在于更好地适用这些法律规范；而包括冲突规范在内的法律选择规范所针对的法律规范是不明确的，或者说法律适用规范存在的目的就在于选择适当的法律以调整当事人之间的权利义务关系。

（二）程序法与实体法的区分

秉持“冲突规范既不属于程序法，也不属于实体法，而是一种特殊的法律规范”观点的学者往往通过将冲突规范分别与程序法与实体法进行对比的方式来论证自己的观点。在说明冲突规范既具有区别于程序法的特点，也具有区别于实体法的特点后，得出冲突规范是一种特殊的法律规范的结论。也有学者对这样的论证方式进行了批评，提出应当对冲突规范这一“特殊法律规范”本身进行分析，构建出不同于程序法和实体法所组成的“一般法律规范”的新类型，并将冲突规范纳入其中。[19]

这两种观点在逻辑上都存在问题。究其原因，在于这两种论述都忽略了对程序法与实体法的划分方式的研究，而这恰恰是探讨冲突规范归属的基础。只有在明确了程序法与实体法的划分标准以及程序法与实体法各自定义与特征的基础上才能将冲突规范与这两种规范进行对比。同样，只有在明确了有关程序法与实体法划分的理论的基础上才能对是否能将冲突规范纳入程序法或实体法的问题进行回答，得出是否还存在其他种类的法律规范的结论。

1. 程序法与实体法的概念

在划分程序法与实体法的过程中，我国学者往往将法律部门作为划分的对象，以法律部门规定的主要内容作为划分的标准。[20]例如，将实体法和程序法分别定义为“规定法律关系主体的实体性权利义务、职权、职责的法律规范的总称，如刑法、民法、行政法等”和“规定保障法律关系主体的实体性权利义务、职权、职责得以实现，以及规定诉讼过程中程序性权利义务的法律规范的总称，如刑事

[18] 李龙：《法理学》（第 1 版），武汉大学出版社 2011 年版，第 123 页。
[19] 徐忆斌：《“法的技术规定”抑或“法律规范”——冲突规则的规范属性之辨析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2013 年第 6 期。
[20] 肖永平：《法理学视野下的冲突法》（第 1 版），高等教育出版社 2008 年版，第 23 页。

诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等”。[21]

显然，将法律部门作为分类的对象会导致程序法与实体法之间的界限的相对性。属于程序法的法律部门中有实体性规则的存在，同样，实体法中也存在程序性规则。为了更好地明确程序性规则与实体性规则之间的界限，更加深入地理解法律规范的性质，有必要在现有的基础上对程序性规则和实体性规则的概念与区分标准进行进一步的探讨，而不是简单地将某一法律部门全部划归实体法或程序法。

“实体”是一个来源于哲学的概念，指的是事物的本质，也就是万事万物当中不变的部分。在哲学史上，亚里士多德最早提出了“实体”的概念。[22]亚里士多德以及承袭亚里士多德观点的哲学家们认为“实体”是事物的起源，具有两个特征：第一，实体是其他各种属性的基础；第二，实体可以不依附于其他事物而独立存在。[23]不同的哲学家对“实体”这一概念有着不同的看法，例如，德谟克里特从物本体论的角度出发，将“原子”作为本质；而柏拉图从心本体论的角度出发，将“理念”作为本质。[24]

当将“实体”这一概念运用于法律领域时，就产生了实体性规则，理解法律中实体性规则的概念离不开其哲学上的基础。有学者指出，实体性规则是指“法律体系内部用来调整主体交往过程中具有的以目的性或目标性权利和义务为内容的法律”。[25]这一论述准确地反映了实体性规则的特征，有助于理解实体性规则的含义。实体性规则与程序性规则都会涉及到法律关系主体的权利义务，它们之间的区别在于实体性规则具有基础性与目的性。实体性规则是对“应然”状态的规定，其内容是人类通过建立法律体系的方式所要追求的目标，这样的目标是与实体性规则相对应的程序性规则产生的基础。实体性规则体现的是人类在社会活动中的价值追求，在一定的社会条件下具有稳定性，可以独立存在。

程序性规则是与实体性规则对应的法律规则。程序大致与哲学上“形式”的概念相对应，如果说实体性规则是目标的话，那么程序性规则就是为了实现目标而存在的。在很长一段时间里，我国学者往往将程序法与诉讼法等同，这样的观点阻碍了程序法理论研究的进步。[26]对于程序法的定义，除前文所述外，关于《法理学》的著作中还有这样的表述：“程序法一般是保障法律关系主体的权利义务的实现或保证职权和职责得以履行所需程序，以追求程序正义为主要内容的法律规范”[27]以及“程序法主要规定法律关系主体实现权利、履行义务所需要采取的

[21] 陈柏峰：《法理学》（第 1 版），法律出版社 2021 版，第 78-79 页。
[22] 姜云：《事物论》（第 1 版），南方出版社 2002 版，第 100 页。
[23] 肖永平：《法理学视野下的冲突法》（第 1 版），高等教育出版社 2008 年版，第 16 页。
[24] 黄捷：《论程序法的三种类型》，载《湖南师范大学社会科学学报》，2018 年第 4 期。
[25] 谢晖：《论法律实体》，载《山东社会科学》，2004 年第 10 期。
[26] 黄捷：《程序法初论》，载《益阳师专学报》，2001 年第 5 期。
[27] 张文显：《法理学》（第 5 版），高等教育出版社 2018 年版，第 92 页。

步骤、手续和方法”。[28]从现有的对程序法的定义可以看出，程序法是规定实现实体权利义务的程序和方法的法。然而，实现实体权利义务的程序仅限于诉讼法中的程序吗？要回答这一问题，有必要首先对“程序”这一概念进行考察。

“程序”这一概念意指事物的状态，表示的是事物的动态及其序列。[29]在法学的领域，程序性规则指的是规定人们在进行特定活动时的方式和方法的规则。实现实体性规则确定的目标需要一定的步骤与方法，程序性规则就是实现目标的手段和技巧。人们在进行任何一种和法律相关的活动时，都需要一定的秩序，程序性规则的作用就在于为社会活动带来其所需要的“秩序”。[30]可以说，程序性规则就是预先制定的，调整特定社会活动的，为人们的行动提供方法与步骤以保障实体性规则所规定内容的实现的法律规则。

2. 实体法与程序法的区分标准

将法律规则区分为实体法与程序法的做法始于边沁。在哈特编辑的《一般法理论》中，边沁提出了主法和助法的区分，并认为此处的助法具有与程序法相同的含义。我国学者往往将法律规定的内容作为区分程序法与实体法的标准，例如“根据法律的内容和功能差异，可以将其分为实体法与程序法”[31]以及“以法规定的内容的不同和价值取向为标准，可将法分为实体法和程序法”[32]。同时，也有学者将“对权利义务的调整方式不同”[33]作为划分实体法与程序法的标准。前一种划分标准过于抽象，无法说明实体法与程序法之间的本质差别进行准确的说明，毕竟任何一种对法律规则进行的分类都可以说是以法律的内容为标准。相较而言，后一种划分方式是更加合理的。直接规定法律主体的实体性权利义务的法律规则是实体性规则，规定法律主体实现权利、履行义务的方法与步骤的法律规则是程序性规则。需要明确的是，权利义务分为实体性权利义务与程序性权利义务，这里的“权利义务”指的是作为基础和本源的实体性权利义务。

在调整权利义务的过程中，实体性规则重视的是“应然状态”，也就是法律调整所要达到的目标；而程序性规则重视的是达到目标的步骤和方法。实体性规则重视的是价值判断，而程序性规则重视的是形式问题。没有程序性规则，实体性规则所确立的目标便无法得到实现，法律主体调整权利义务的方式就失去了秩序；没有实体性规则，程序性规则就失去了存在的基础，法律主体便失去了调整权利义务的依据。实体性规则以直接的方式对权利义务施加影响，而程序性规则以间接的方式对权利义务施加影响。

[28] 李龙：《法理学》（第 1 版），武汉大学出版社 2011 年版，第 88 页。
[29] 黄捷：《程序法初论》，载《益阳师专学报》，2001 年第 5 期。
[30] 黄捷：《论程序法的三种类型》，载《湖南师范大学社会科学学报》，2018 年第 4 期。
[31] 陈柏峰：《法理学》（第 1 版），法律出版社 2021 年版，第 78 页。
[32] 张文显：《法理学》（第 5 版），高等教育出版社 2018 年版,第 92 页。
[33] 李龙：《法理学》（第 1 版），武汉大学出版社 2011 年版,第 88 页。

3. 是否存在其他类型的法律规则

首先，应当明确的是，按照不同的方式和标准对法律规则进行划分，可以得到不同类型的法律规则。但是，这里所要探讨的是，在已经将法律规则划分为实体法与程序法的基础之上，是否还存在既不同于实体法，也不同于程序法的法律规则。

有学者认为，在实体性规范与程序性规范之外还存在一种法律适用规范，包括法律中的原则性规定、定义性规定、规定法律适用范围的规范以及法律选择规范等。[34]还有学者提出，实体法与程序法的划分并不完备，在实体法和程序法所构成的“一般法律规范”以外，还存在着“特殊法律规范”。这种特殊法律规范区别于一般法律规范的特征在于其是一种“选法规范”，针对的对象是法律规范，所要解决的问题是法律规范之间的冲突。[35]

这两种划分方式都是不正确的。对于第一种观点，首先应当注意到的是，不是所有法律条文都是表述法律规则的条文。法律条文中存在一定的技术性规定，这些规定的内容是“创制或适用法律规范时必须应用的专门技术知识或方法”。[36]关于法律生效时间的规定、关于立法目的等的规定等都属于这里的“法的技术性规定”。将这些规定误认为法律规则并将其和作为法律规则的冲突规范一起归入法律规则中的一个类别显然是不符合逻辑的。既然是针对法律规则进行的分类，分类的对象必须全部是法律规则。其次，这样的分类方式还存在着分类标准不统一的问题。将法律规范划分为实体性规范和程序性规范的标准是“对权利义务的调整方式”，而将法律适用规范单分一类的原因却是调整对象上的差异。

第二种观点克服了上述两个弊端，不仅将法的技术性规定排除在分类的对象之外，还对法律规范进行了两个层面上的划分：首先依据调整对象，将法律规范分为“一般法律规范”和“特殊法律规范”，再将“一般法律规范”进一步细分为实体性法律规则和程序性法律规则。第二种观点存在的问题在于错误地对实体性规则和程序性规则做出了定义。实体性规则和程序性规则是对法律规则进行的划分，无论是实体性规则还是程序性规则，其定义都不包含“针对的对象不能是法律规则”这一点。因此，依据针对的对象将法律规则划分为“一般法律规范”和“特殊法律规范”是没有依据的，因为实体性规则和程序性规则不具备这样的特征。

三、 解决问题：冲突规范属于程序法

冲突规范符合法律规则的定义，不属于法的技术性规范。在实体性规则与程序性规则所构成的法律规则的范围内，冲突规范也不属于程序性规则和实体性规

---

[34] 肖永平：《法理学视野下的冲突法》（第 1 版），高等教育出版社 2008 年版，第 25 页。

[35] 徐忆斌：《“法的技术规定”抑或“法律规范”——冲突规则的规范属性之辨析》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》，2013 年第 6 期。

[36] 杨利雅：《冲突规范性质的法理学分析》，载《当代法学》，2005 年第 3 期。

则之外的特殊类型的法律规则。因此，认为冲突规范是一种特殊规范的观点是错误的，冲突规范属于实体性规则或程序性规则中的一种。应当说明的是，我国目前对实体法与程序法的区分是在法律部门的层面上进行的，划分的对象是不同的法律部门。但是，在同一个法律部门中可能同时存在实体性规则和程序性规则。实体法中会有程序性规则，同样，程序法中也会有实体性规则。为了更好地探讨程序性规则与实体性规则的含义并对冲突规范的性质做出更准确的界定，该部分将在法律规则的层面上，对实体性规则和程序性规则进行划分。

（一）冲突规范不属于实体性规则

实体性规则和程序性规则中都有涉及权利义务的规定，实体性规则的特征在于其规定的权利义务具有目的性，属于实体性权利和实体性义务。实体性权利和实体性义务具有基础性，是程序性规则所规定的程序性权利和程序性义务存在的基础，程序性权利和程序性义务是保障实体性权利和实体性义务实现的手段。

首先，虽然冲突规范适用的最终目的是确定当事人之间的实体性权利和实体性义务的内容，但这不能成为将冲突规范认定为实体性规则的依据。冲突规范适用的直接结果是确定应当适用于特定案件的实体性规则，单独适用冲突规范不能产生确定当事人之间的实体性权利和实体性义务的后果，冲突规范只能间接影响当事人的实体性权力义务。“法律的间接调整对象”这一概念在法理学的基础理论当中并不存在，从法理学的角度出发，对于一定的社会关系，法律只有“调整”和“不调整”之分，并无所谓的“间接调整”。法律的作用和功能是对一定的社会关系进行规范，适用法律得到的结果应该是法律直接作用于特定社会关系所得到的结果。法律的调整对象是法律在调整中直接针对的目标，对于特定的社会关系，法律不直接调整就是不调整。[37]“间接调整”当事人的实体权利义务即意味着冲突规范不属于规定当事人实体性权利义务的实体法。

其次，虽然冲突规范有例如“弱者保护原则”这样的具有目的性的价值选择内容，但是对程序运行结果的关注在程序性规则当中也并不鲜见。而这些“具有目的的规范”的最终作用，都是实现当事人之间实体权利义务的内容，实现当事人之间的公平与正义，而没有为当事人创设新的权利或义务。例如，“弱者保护原则”只是在众多法律之中选择一条最合适于保护弱者的法律，而没有赋予弱者新的“可以受到保护”的权利。

再次，与“准用性规范”的相似性不能成为将冲突规范归类为实体法的理由。在属于实体法的法律部门的法律条文中，的确有可以间接作用于实体权利义务的“准用性规范”的存在。但是，判断规范的性质应当从规范本身出发而不能拘泥于规范所处的位置。正如目前大多数学者所认同的那样，实体法当中存在程序性规则，程序法当中也存在实体性规则。例如，时效问题虽然规定在《民法典》当

[37] 沈涓：《国际私法调整对象及相关问题再探讨》，载《环球法律评论》2022 年第 5 期。

中，但是从理论上来看，这一规定与程序关联密切。因此，实体法中的“准用性规范”并不当然属于实体性规则，程序法中的“准用性规范”也不当然属于程序性规则，这一点不能作为支持将冲突规范划定为实体法的理由。

（二）冲突规范属于程序性规则

程序性规则规定的内容是法律关系主体实现实体性规则所确定的权利义务的步骤与方法，程序性规则是特定社会活动的程序的法制化。[38]在涉外民商事案件进行判决的过程中，适用冲突规范是寻找适用于案件的准据法的前置步骤。冲突规范在法官适用特定的实体性规则对涉外民商事案件进行判决的活动中起到了提供方法与秩序的作用。

冲突规范间接作用于当事人的实体权利义务，为法官选择并适用实体性规则提供方法，以保障实体性规则所确立的目标的实现，这样的作用属于程序性规则的作用。冲突规范并未为当事人创设权利或者设定义务，而只是为实体性权利义务的实现提供方式与路径，因此，冲突规范属于程序性规则。

2025年中国国际法学年会

[38] 黄捷：《论程序法的三种类型》，载《.湖南师范大学社会科学学报》，2018 年第 4 期。

涉外法治创新与完善路径——以自贸区（港）为例

付妍* 王雨婷*

摘要：本文以自贸区（港）为背景，探讨了涉外法治的创新与完善路径。通过分析自贸区（港）涉外因素的特殊性及其对传统涉外管辖与法律适用提出的挑战，文章提出了一系列理论与实践上的创新点。首先，文章剖析了涉外因素的理论基础及认定标准的拓展，指出在全球化背景下，涉外因素的认定应超越传统的主体、客体、事实三要素说，纳入更多与外国法有实质联系的情形。其次，文章分析了自贸区（港）涉外因素识别体系的构建与创新，通过实例说明了在自贸区（港）背景下，涉外因素的识别应更加注重“实质国际关联性”。最后，文章探讨了自贸区（港）涉外管辖制度的构建与创新，包括离岸管辖制度的引入及国际经验的本土化转化，旨在为自贸区（港）的涉外法治建设提供理论参考和实践指导。

关键词：自由贸易试验区　涉外因素　涉外管辖

一、引言

中国自贸区（港）建设以“境内关外”政策为核心，通过制度创新推动高水平对外开放。在此背景下，涉外民商事纠纷的激增对司法管辖与法律适用提出了新挑战。传统涉外因素认定标准与管辖规则难以完全适应自贸港的特殊性，亟需结合实践需求进行动态调整。本文以自贸区（港）为研究对象，通过实证分析其司法实践与立法创新，探讨涉外因素的拓展认定及涉外管辖的优化路径，为构建与自贸区（港）相匹配的涉外法治体系提供理论参考。

二、相关概念的剖析与演进

党的十九大报告指出：“世界正处于大发展大变革大调整时期，和平与发展仍然是时代主题。”在法治与改革双轮驱动、两翼并举的理念指导下，自 2013 年设立上海自贸区（港）以来，中国的自贸区（港）法治改革成为新时代法治中国建设中的重要成就。在经济全球化纵深发展和自贸区（港）制度型开放战略推进的背景下，涉外因素研究已成为构建新型国际经贸规则体系的核心命题。涉外因素识别是国际私法适用的逻辑起点，直接影响准据法选择与司法管辖的结果。

* 付妍，沈阳师范大学法学院，硕士研究生，研究方向为国际法学，联系方式 15142550428，电子邮箱 2235759683@qq.com。

* 王雨婷，沈阳师范大学法学院，硕士研究生，研究方向为国际法学，联系方式 13287460065，电子邮箱 wangyuting0508@163.com。

（一）涉外因素的理论基础

涉外因素的概念最早源于国际私法中的法律适用理论。苏联学者隆茨和鲍古斯拉夫斯基均主张要素标准理论，他们认为，涉外民商事关系的涉外因素系指法律关系的主体、客体和据以产生法律关系的法律事实涉外。[1]并且我国早期国际私法学者多是法律关系三要素的拥护者，比如《国际私法》的编写人韩德培教授。国际私法是调整含有涉外因素的民商事法律关系的法律部门，而所谓涉外民商事法律关系是指主体、客体或内容这三个要素至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事法律关系。从主体要素来看，作为民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人、法人（有时也可能是外国国家、国际组织或无国籍人）；从客体要素来看，作为民商事法律关系的标的物位于国外；而内容作为要素时，即产生、变更或消灭民商事权利与义务关系的法律事实发生在国外。[2]

英国著名法学家戴西主张联系标准理论，在其著作《冲突法》中认为涉外因素指与英格兰之外的法律体系存有涉外联系的因素。[3]他认为，涉外因素的确立首要目的是解决案件是否属于“国际私法案件”，并在此基础上确立管辖机构及裁判规则的适用。

我国学者周艳云则赞同采用真实冲突理论来厘定涉外因素的内涵，涉外因素的本质应是指一个民商事案件中的诉求争议使内法域的法律所欲认可保护的利益和外法域法律所欲认可保护的利益具有联系并存在利益冲突。[4]

在我国法律体系中，虽然立法层面未直接使用“涉外因素”的概念，但通过司法解释对涉外民事关系进行了明确界定，进而界定“涉外因素”的内涵和外延。

1992 年发布的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 304 条规定:“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织、或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。”可见我国多年前，对于“涉外因素”的定义，均是“法律关系的主体、客体和事实方面具有涉外联系”。

（二）涉外因素认定标准的拓展

德国法律社会学家约瑟夫-科勒所指出的，每种文明形态，都必须去发现最适合其目的和意图的法律，没有永恒的，绝对普遍适用的法律。随着跨国经贸合作的主流趋势，涉外民事关系日趋复杂化。法院在处理相关案件过程中，有时会出现“三要素”并未包含涉外因素，但具体法律关系的适用却涉及到外国法律的

[1] 隆茨. 苏联国际私法[M]. 汪毓源,徐步衡:上海三民图书公司，1953
[2] 韩德培．国际私法新论［M］．武汉：武汉大学出版社□2003．3
[3] Dicey, Morris. Conflict of law[M]. London Stevens & Sons,
[4] 周艳云.涉外因素识别条款扩张解释的技术操作基准——以“法释[2012]24 号”第 1 条为中心[J].法学,2018,(11):181-192.

问题。以世界银行贷款建设调整公路案为例，如果说该案法律关系的参加者是中国法人，公路位于中国，投标、招标和发生经济纠纷的法律事实发生在中国，却不能将该具有诸多“外国因素”的案件认定为涉外案件，显然是不合理的。因此□认定国际私法案件的“ 涉外因素”标准应当是一个广泛的概念，形式是多样的。不应拘泥于主体、标的物、事实三要素说，而包括所有与外国法有实质联系的“涉外”情况。[5]

司法实践中的问题带动学说的转变，进而推动了新的立法产生。最高院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）（2020年修正，以下简称《法律适用法解释》）第 1 条规定的是涉外民事案件的性质，该条前四项列举了具体明确的典型涉外情形，而最后一项兜底条款中的“其他涉外情形”则被学者称之为“非典型涉外因素”。《法律适用法解释》第一条总结了先前的司法实践和学术建议，并反映了《涉外法律适用法》的特点，即将经常居所作为重要的连结点。例如，就合同而言，当事人的民事权利能力适用经常居所地法；当事人未选择准据法时，经常居所地也被视为重要的连结因素。该司法解释将经常居所地列入涉外因素，以保持与冲突规范的一致性。此外，该条第五项的兜底条款也在最大程度缓解了三要素说判断标准僵硬的问题，赋予该规范以衡平性质，使得法院可以根据案情进行衡量，充分发挥法律适用的内在补充与调整功能。只要法院能够有效利用自己的自由裁量权，加以合理恰当的解释方法，该解释完全可以应对各种复杂的涉外民事纠纷。遗憾的是，由于最高人民法院尚未对该解释进行进一步说明，缺乏足够的指引，使得我国法院在是否适用该解释第一条第五项时仍保持审慎态度，难以发挥该条款所具有的平衡性质。

（三）涉外管辖的理论基础

由于国情的差距，不同主体对涉外管辖下的定义不尽相同。目前国际法学界主要对域外管辖、美国法的域外适用和我国法域外适用三个具有交叉性的概念进行了区分。

域外管辖权是主权国家对其管辖范围外的行为或事项进行规制的权限，包括立法规制权、行政规制权和司法规制权，与域外效力内涵一致。从语义看，域外管辖权由域外和管辖权两个术语组成。“国家主权首先意味着管辖权”，[6]国家据此能够对特定领土及领土之上的居民行使管辖权。随着互联网的普及以及，拥有跨国分支机构的商业组织或企业的结构日益复杂化，以国家领土为标准对管辖权予以定性面临挑战，域外管辖权（Extraterritorial Jurisdiction）应运而生。在国际法体系下，域外管辖权又被细分为规范管辖权、裁判管辖权和执行管辖权。

美国法的域外适用归属于法律适用问题，其中长臂管辖限于对人管辖权中的

[5] 张晓东,董金鑫.试论国际私法涉外标准之认定[J].时代法学,2010,8(01):91-98.
[6] 汪丁丁. 新政治经济学讲义：在中国思索正义、效率与公共选择[M].上海人民出版社,2013,537.

特别管辖权。在美国国内法体系中，将其划分为域外立法管辖权、域外司法管辖权和域外执法管辖权。[7]域外立法管辖权是指一个国家制定管辖本国境外的人、财产或者事件的规则，以“美国诉美国铝业公司案”为例，确立了效果原则。域外司法管辖权是指如果法院认为某个具体的人、物或事件与美国法院有关，那么美国法院就有权行使管辖权。在实践中，美国法院已经形成了短暂停留、实质影响、可预见性、商业流等一系列管辖权的判断机制。这也反映了美国法院域外司法管辖权的扩张性。“美国苏阿尔瓦雷兹案”案则呈现了域外执法管辖权的概念和特征，该案中美国特工将墨西哥公民从墨西哥绑架到美国境内接受审判，特工被认定为执法机关的代表，其行为被认定为域外执法行为。

现行中国法主要通过法律地域适用范围条款、属事适用范围条款和其他条款来体现调整对象和本国之间的联系，从而设定法律的域外效力。主要包括立法管辖和司法管辖两种模式。中国一方面通过《反外国制裁法》《出口管制法》等法律，强化对境外行为的规制。例如，《反外国制裁法》第 3 条规定，中国可对损害中国主权、安全、发展利益的外国实体实施反制。在海南自贸港，《海南自由贸易港进境环境安全准入管理若干规定》明确禁止进口固体废物，建立“无主”废物处置机制，防止境外污染转移。在司法管辖的域外适用方面，中国法院在涉外案件中积极行使管辖权。例如，上海海事法院在“宏达公司案”中，依据《纽约公约》承认并执行外国仲裁裁决，确立了离岸公司住所地的认定标准。海南自贸港通过国际商事纠纷集中审判机制，支持跨境数据流动与知识产权保护。然而，域外证据调取、外国判决承认等问题仍存挑战，需通过国际司法协助条约解决。

三、自贸区（港）涉外因素识别体系的构建

（一）自贸区（港）涉外因素的特殊性

中国自由贸易试验区作为制度型开放的前沿阵地，其涉外法治建设的核心在于突破传统涉外因素的识别框架。传统司法实践以主体国籍、标的物所在地或法律事实发生地为基准，但自贸区（港）案件呈现出“非典型涉外因素”特征。自贸区（港）制度的特殊性主要体现在海关监管上。根据《保税区海关监管办法》第 13 条的规定，货物在运输过程中跨越保税区与非保税区时，海关将依据进出口管理制度实施监管。由此可知，尽管从地理位置上看，自贸区（港）位于我国领土范围内，但从法律监管的角度来看，其法律地位与关外地区相同，属于海关特殊监管区域。

（二）自贸区（港）涉外因素识别体系的构建实例

以上海海事法院审理的船舶建造合同纠纷案为例，尽管当事人均为中国法人且合同履行地在境内，但因船舶入级马绍尔群岛、境外成立单船公司接收船舶等

[7] 龚宇.国家域外管辖的法律逻辑评析——对“荷花号”案的再思考[J].国际法学刊,2021(03), 33.

履约安排，法院依据《涉外民事关系法律适用法》第八条及司法解释的兜底条款，认定该案具有涉外因素。这种“合同履行关键节点与境外密切关联”的识别标准，既维护了当事人意思自治，又适应了自贸区（港）跨境经贸活动的复杂性。

在上海黄金置地有限公司与西门子国际贸易（上海）有限公司货物供应合同纠纷案中，尽管合同双方均系中国法人（注册地为上海自贸区的外商独资企业），且合同设备交付地、标的物所在地均属境内，但司法机关创新运用了实质认定标准。

该案突破传统形式涉外标准，从三个方面构建了涉外要素认定体系：从主体关联维度上看，裁判着重考察了外资企业的资本构成与治理结构，指出自贸区内注册的外商独资企业因其资本来源、利益归属及决策机制与境外投资者的实质性关联，区别于普通内资企业的涉外特质；从履约特征维度分析，通过分析标的物跨境流转轨迹（涉及境外起运港）及国际货物买卖特征，确认了交易行为具有跨国属性；从制度创新维度，该案强调了合同履行过程中对自贸区特殊海关监管制度的运用，凸显其与国内普通买卖合同的本质差异。

其实质是，在没有形式涉外标准的情形下，法官结合案件发挥自由裁量权认定属于第五项的涉外情形,这是补充实现涉外情形多样化的需求，也是案件涉外性判断标准多元化的重要体现。[8]

此案确立的裁判规则表明，在自贸区法治实践中，涉外要素认定已突破《涉外民事关系法律适用法》司法解释第一条前四项的刚性标准，更通过个案探索确立了“主体资本来源-履约流程特征-政策功能定位”三位一体的涉外识别体系，体现了司法对自贸区（港）制度创新的适应性调整。这种司法能动主义的适用，既符合自贸区“境内关外”的特殊法律地位，也为涉外民商事审判提供了可复制的类案裁判指引。

四、自贸区（港）涉外管辖制度的构建与创新

中国传统的涉外商事管辖权建立在地域管辖和属人管辖的法定基础上，强调与特定国家的固定、专属联系，具有较为明显的强制性和封闭性。随着我国自由贸易试验区的深化建设，涉外民商事案件数量明显上升，案件类型和分布区域发生较大变化，传统的涉外民商事案件集中管辖机制已经难以完全满足新形势新任务的需要。一些自贸区根据自身特点和发展需求，在管辖制度上进行了初步探索，如设立专门的自贸区法院或法庭，集中管辖涉自贸区内的涉外民商事案件，提高审判的专业化水平。此外，部分自贸区还积极推进与国际规则的对接，在协议管辖的范围和形式上进行了一定程度的拓展，以增强对国际商事纠纷的吸引力。

自贸区（港）依托《自由贸易试验区条例》等地方性法规，在不违背宪法和

[8] 张澜.我国民商事案件涉外性的认定研究[D].武汉工程大学,2022.

法律的前提下探索司法改革。例如，上海自贸区（港）通过《中国（上海）自由贸易试验区条例》明确“建立与国际商事规则相衔接的司法保障体系”，允许当事人协议选择境外仲裁机构。这种立法授权既维护了国家司法主权，又为国际商事纠纷解决预留了弹性空间。在集中管辖方面，全国 21 个自贸区（港）均设立专门涉外审判机构，如天津自贸区（港）国际商事审判庭、海南涉外民商事法庭等。这些机构通过“三专合一”模式（专业法官、专家陪审、专家咨询）提升审判质效，同时通过集中管辖实现裁判标准统一。

在全球经济竞争日益激烈的背景下，国际商事争端解决的话语权已成为各国争夺的重要领域。2019 年 12 月发布的《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》的第 4 条明确指出：“鼓励和吸引没有连接点的国际商事纠纷当事人共同选择国际商事法庭的管辖范围，以服务全球国际商事纠纷的解决”。2022 年，上海浦东新区人民法院连续处理了多宗涉及双方都是境外商业实体的国际货物买卖合同纠纷。这些案件中的买卖关系与浦东并没有传统上的连接点。自贸区（港）法院的司法实践探索为我国的涉外管辖权的进一步扩展和开放提供了实验性的基础。在之前提到的“上海黄金置地案”中，一中院裁定，不论该纠纷是否涉及外部因素，只要是自贸区（港）注册的外资企业之间的纠纷，都可以选择提交给域外仲裁。这体现了自贸区（港）对当事人意愿自治的尊重，并支持他们选择多种纠纷解决方式的开放态度。此外，通过引入域外仲裁规则和国际商事惯例，也进一步丰富了跨境纠纷解决途径。在 2023 年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民事诉讼法》）的第 277 条中，新增了兜底性条款，并对现有民诉法所规定的七类联系地法院进行了自由裁量权的扩展，从而确立了离岸管辖制度。[9]这意味着，对于没有实质联系的涉外商事案件，当事人可以通过协议选择自贸区（港）法院进行管辖。通过创新自贸区涉外管辖制度，打造具有国际竞争力的争端解决机制，有助于提升我国在国际商事领域的影响力和话语权，更好地维护我国企业的海外利益。

从国际视角出发，新加坡、迪拜、巴黎等较为成熟的自由贸易港国际商事法庭都已凭借离岸管辖制度创新逐渐抢占了案源高地。以新加坡国际商事法庭为例，通过在《新加坡法院规则》和《新加坡国际商事法庭实务指引》相关条款对离岸管辖作出的专门规定，[10]赋予当事人更大的程序自主权，由此进一步扩大了新加坡国际商事法庭的管辖范围。此外新加坡还通过对离岸案件申请主体、申请期限

[9] 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十七条规定：涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖。

[10] 《新加坡法院规则》第 110 号法令第 1（2）（f）条规定，离岸案件是诉讼与新加坡没有实质联系的案件。《新加坡国际商事法庭实务指引》第 29（3）条规定，单独存在下列任一项因素不构成争议与新加坡之间的实质联系：（a）本案的任何证人可在新加坡找到；（b）与争议有关的任何文件可能位于新加坡；（c）与争议有关的资金经过新加坡或存入新加坡的银行账户；（d）一方当事人在新加坡拥有的财产或资产不属于争议标的；（e）一方当事人是新加坡方，或一方不是新加坡方但有新加坡股东。

以及案件决定的终局性等管辖程序设定标准，进一步提升了离岸管辖的竞争力和影响力。

五、完善路径

（一）突破实质关联标准

自贸区（港）涉外因素识别已从形式主义转向功能主义，以“实质国际关联性”为核心标准。例如，《海南自由贸易港法》第 45 条明确将“涉及自由贸易港特殊政策功能”纳入涉外因素考量，突破了传统主体、客体、事实的机械划分。在“珠海横琴跨境供应链纠纷案”中，法院认定自贸区（港）企业的保税仓储、离岸贸易等特殊监管模式虽未改变标的物物理位置，但其交易流程嵌入国际供应链网络，构成“经济实质涉外性”。这种以政策功能定位为核心的判断标准，与 RCEP 框架下“数据流动安全例外条款”[11]中对经济实质的审查逻辑相呼应。

（二）构建动态连结点识别规则

自贸区（港）司法实践正发展出基于资本流动与政策功能的动态连结点体系：对外商投资企业（如自贸区（港）内外资控股子公司）的最终受益人进行穿透式审查。在“深圳前海融资租赁案”中，法院通过核查外资母公司的实际控制权归属，认定虽注册于境内但资本跨境循环构成涉外因素；根据《中国（上海）自由贸易试验区条例》第 32 条，自贸区（港）企业的跨境服务贸易、数字贸易等特殊业态直接推定具有涉外属性，除非当事人能举证排除国际关联。

（三）完善管辖规则体系

引入“最密切联系原则”的灵活适用。在确定自贸区涉外案件管辖权时，除了传统的连接点外，应赋予法官一定的自由裁量权，综合考虑合同签订地、履行地、当事人住所地、标的物所在地以及争议的性质和案件的具体情况等因素，根据最密切联系原则确定管辖权，以适应自贸区复杂多变的经济活动。明确新兴产业和交易模式的管辖规则。针对自贸区中的新兴产业，如数字经济、跨境电商、金融科技等，制定专门的管辖规则。

（四）转化国际协议管辖经验

对照新加坡国际商事法庭（SICC）离岸管辖制度经验，中国特色自由贸易港国际商事法庭实施离岸管辖制度仍面临缺少管辖法院与争议有无实质联系的判断标准以及缺少国际商事纠纷案件离岸管辖特别程序两方面的困境。[12]中国特色自由贸易港国际商事法庭可在我国《民事诉讼法》第 277 条规定的基础上，进一

[11] RCEP 在倡导“数据跨境自由流动”原则的同时（第 12 章电子商务条款），通过基本安全利益例外条款（第 17 章安全例外条款）和公共政策例外条款（第 12.15 条）赋予成员国限制数据流动的合法性。

[12] 陈宝军.国际商事纠纷案件离岸管辖制度的完善及相关保障机制研究——以中国特色自由贸易港司法制度创新为视角[J].南海学刊,2025,11(01):43-53.

步明确离岸管辖制度的判断标准是管辖法院与案件实质争议无实质联系，以及通过列举方式明确哪些案件情形单独不能与管辖法院构成实质联系。在特别程序方面，明确离岸案件申请与抗辩要求。原告应在立案登记时与起诉状、管辖权协议等诉讼资料一并提交，被告应在提交答辩状等诉讼资料时一并提交。如果一方当事人反对离岸案件申请，应在收到离岸案件申请之日起 10 日内提出抗辩，抗辩应以书面形式提出，抗辩书应解释为什么该案不属于离岸案件并提供相关证据材料。离岸案件应以决定形式作出，且离岸案件决定具有终局性，当事人不得提起上诉，以此提高国际商事纠纷的解决效率。

结语

自贸区涉外因素认定标准是我国重构开放型经济治理体系的体现，彰显了政策试验与法治保障的协同作用，以及司法实践对国际经贸规则的适应性。当前，自贸区涉外因素识别已从形式主义向功能主义转变，以“实质国际关联性”为核心。未来，随着自贸区制度型开放的深入，其认定标准可能会从“区域特征”进一步转向“实质关联”，这将为我国参与全球经济治理提供更为灵活的法律手段。在这一过程中，我国应持续完善涉外法治体系，借鉴国际经验并实现本土化转化，提升自贸区在国际商事纠纷解决中的影响力与竞争力，更好地融入全球经济发展格局。

参考文献

[1] Dicey, Morris. Conflict of law[M]. London Stevens & Sons,

[2] 隆茨. 苏联国际私法[M]. 汪毓源,徐步衡:上海三民图书公司，1953

[3] 韩德培. 国际私法新论［M］. 武汉：武汉大学出版社 2003. 3

[4] 张晓东,董金鑫.试论国际私法涉外标准之认定[J].时代法学,2010,8(01):91-98.

[5] 汪丁丁. 新政治经济学讲义：在中国思索正义、效率与公共选择[M].上海人民出版社,2013,537.

[6] 龚宇.国家域外管辖的法律逻辑评析——对“荷花号”案的再思考[J].国际法学刊,2021(03), 33.

[7] 张澜.我国民商事案件涉外性的认定研究[D].武汉工程大学,2022

[8] 王桂苑.仲裁协议中“非典型涉外因素”的认定[D].华东政法大

2025年中国国际私法学会

学,2022.

[9] 周艳云.涉外因素识别条款扩张解释的技术操作基准——以“法释[2012]24号”第1条为中心[J].法学,2018,(11):181-192.

[10] 陈宝军.国际商事纠纷案件离岸管辖制度的完善及相关保障机制研究——以中国特色自由贸易港司法制度创新为视角[J].南海学刊,2025,11(01):43-53.

2025年中国国际法学会年会

国际法在中国式现代化进程中的功能定位与实践路径

张家慧[1]

摘要：中国式现代化是人口规模巨大、全体人民共同富裕、物质文明与精神文明相协调、人与自然和谐共生、走和平发展道路的现代化模式。这一进程不仅需要国内法治的保障，更需要国际法的系统性支撑与双向赋能。本文从理论与实践双重维度，探讨国际法在中国式现代化中的功能定位与实践路径。理论层面，中国式现代化以人类命运共同体理念为指引，推动国际法价值体系的重构与创新；实践层面，国际法通过维护主权安全、促进高水平开放、参与全球治理改革等路径，与中国式现代化形成良性互动。当前，国际规则碎片化与大国博弈加剧构成主要挑战，需通过完善涉外法治体系、加强国际法能力建设等路径优化应对。研究表明，国际法既是全球治理的制度基石，也是中国式现代化参与国际秩序重构的战略工具，其功能定位与实践创新需立足国情、放眼全球，为全球治理贡献中国智慧。

关键词：国际法　中国式现代化　人类命运共同体　涉外法治　全球治理

引言

党的二十大报告明确指出，“以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴”，并强调“统筹推进国内法治和涉外法治”是全面建设社会主义现代化国家的重要任务。2023 年中央全面依法治国委员会第二次会议进一步提出“完善涉外法治体系，提升涉外执法司法效能”。中国式现代化与西方现代化的本质区别，在于其摒弃了“资本至上”“殖民扩张”的传统路径，转向“和平发展”“合作共赢”的新范式。这一转向要求中国在国际法框架下重构国家利益实现方式，既需以国际法维护主权安全与发展利益，又需通过法治化手段参与全球治理体系改革。当前，国际格局深刻演变，单边主义、保护主义抬头，国际法体系面临规则碎片化与权威性弱化的双重挑战。在此背景下，厘清国际法在中国式现代化中的功能定位，探索其实践路径，具有重要的理论与现实意义。

一、国际法与中国式现代化的理论契合

（一）中国式现代化的核心内涵与国际法关联性

1. 发展权本位的法理表达

中国式现代化以“全体人民共同富裕”为核心诉求，这与国际法中发展权的规范演进形成共振。自 1986 年《发展权利宣言》确立发展权为基本人权以来，

[1] 河北经贸大学法学院研究生

中国通过“一带一路”倡议推动的产能合作，实质上构建了发展权实现的新型国际法实践范式。这种实践突破了传统国际法对发展权“援助导向”的认知局限，形成了以共同发展权利为基础的新型国际合作关系。2023 年中非合作论坛峰会达成的《中非合作 2035 年愿景》，将数字经济、绿色发展等新领域纳入合作框架，体现了发展权保护的与时俱进。

2. 文明对话的规则载体

物质文明与精神文明协调发展的现代化路径，映射到国际法领域体现为法律文明的多样性融合。中国提出的“文明观”超越了“文明冲突论”的单一视角，通过《保护非物质文化遗产公约》等框架推动文化多样性保护。截至 2024 年，中国已有 43 个项目列入联合国教科文组织非遗名录，敦煌壁画修复技术标准成为文化遗产保护领域的国际参考标准[2]。这种文明对话机制正在重塑国际法的文化基础，2023 年 UNESCO 通过《人工智能伦理建议书》即吸收了中国“天人合一”的哲学理念。

3. 生态文明的规范重构

人与自然和谐共生的现代化理念，正在推动国际环境法发生范式革命[3]。中国将“天人合一”的传统智慧转化为《巴黎协定》履约的国家自主贡献，其提出的“共同但有区别的责任”细化方案，促使 COP27 首次建立损失与损害基金机制。截至 2024 年 6 月，中国可再生能源装机容量突破 14 亿千瓦，占全球总量的 40%，为《巴黎协定》目标实现提供重要支撑。

（二）国际法在全球化治理中的角色演变

从威斯特伐利亚体系到数字治理时代，国际法的功能演进呈现明显的代际特征：

1．从“共处法”到“合作法”的转型

传统国际法以威斯特伐利亚体系为基础，侧重主权国家的和平共处。冷战结束后，国际法逐步转向促进国际合作。以《联合国海洋法公约》附件七仲裁机制为例，1997-2023 年间受理案件从年均 2.3 起增至 14.6 起，反映出国际法从“维持现状”向“主动塑造”的功能转变。《联合国海洋法公约》（UNCLOS）争端解决机制的实践表明，现代国际法已发展出强制性的合作义务体系。中国在南海问题上的立场主张，正是这种转型期国际法规则适用的典型范例[4]。

2．从“硬法”到“软硬兼施”的演进

全球治理机制创新催生了“软法革命”。WTO《政府采购协定》改革中采用的“诸边谈判”模式，兼具条约拘束力与灵活性特征。中国在数字贸易领域提出

[2] 敦煌研究院.敦煌壁画修复技术标准[S].北京:中国标准出版社,2022:45-47.
[3] 生态环境部.中国应对气候变化的政策与行动[R].北京:中国环境出版集团,2023:102.
[4] 国际海洋法法庭年度报告[R].汉堡:ITLOS Press,2023:89.

的《全球数据安全倡议》，正是通过“软法”先行塑造规则秩序的创新实践。

3．从“西方中心”到“全球参与”的重构

新兴市场国家的群体性崛起正在改变国际法的生成逻辑。金砖国家新开发银行的投票权分配机制，突破了传统国际金融机构的“资本多数决”原则。中国推动的上海合作组织扩员进程，更是开创了区域性国际组织扩员的新型法律框架[5]。

（三）中国参与国际法治的立场与原则

中国以“共商共建共享”为原则，构建国际法话语体系：

1．人类命运共同体理念的法理升华

作为习近平外交思想的核心，该理念强调国际法的“共同体利益”导向，主张通过国际法实现“普遍安全”与“共同繁荣”。这一理念通过三重维度重构国际法价值体系：在安全领域倡导“普遍安全观”，超越传统安全困境；在经济领域主张“包容发展权”，矫正南北失衡；在生态领域提出“代际公平”原则，重塑环境正义。其规范性力量已在联合国决议中得到系统采纳[6]。

2．正确义利观的规范转化

正确义利观强调在维护国家核心利益的同时，通过国际援助、债务重组等实践履行国际义务，践行国际人道法精神。这一政策主张通过三个层面实现国际法转化：在实体法层面确立“主权平等+差别待遇”的复合标准；在程序法层面构建“协商一致”的决策机制；在争端解决领域发展“调解优先”的替代性机制。典型案例包括中菲南海仲裁案中援引公约例外条款的创造性实践[7]。

3．自主知识体系的学术建构

依托“两个结合”（马克思主义基本原理与中国实际相结合、中华优秀传统文化与现代化相结合），中国学者正在推动推动国际法理论理论创新：在方法论上发展“中西法理对话”研究范式[8]；在本体论上构建“人类命运共同体法理学”[9]；在实践论上提出“一带一路法治化”理论框架[10]。这些探索正在重塑国际法的知识生产格局。

二、国际法推进中国式现代化的具体作用

（一）保障国家主权与发展利益

1．维护领土完整与安全：

在南海仲裁案中，中国通过援引《联合国海洋法公约》（UNCLOS）第 298 条

[5] 上海合作组织秘书处.上海合作组织扩员法律框架研究[M].北京:法律出版社,2022:158.
[6] 联合国大会第 75/227 号决议
[7] 常设仲裁法院《南海仲裁案裁决评注》
[8] 张文显. 法理: 法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 4(7).
[9] 蔡从燕. 国际法的中国理论[M].北京:北京大学出版社,2021:203.
[10] 王贵国. “一带一路”战略争端解决机制[J]. 法律评论, 2016 (002): 33-38.

“任择性例外”条款，成功排除仲裁庭对领土主权争议的管辖权[11]。这一实践标志着中国创造性运用国际法维护核心利益的范式创新——既遵守公约框架，又坚守主权底线。2023 年《南海各方行为宣言》框架下的海上合作机制，进一步将国际法转化为维护地区稳定的制度保障。

2．应对外部制裁与长臂管辖：

针对美国对华芯片禁令，中国商务部依据《反外国制裁法》第 12 条发起“不可靠实体清单”制度，截至 2024 年 6 月已对 37 家实体采取限制措施，有效遏制了长臂管辖对我国产业链安全的冲击。相较 2022 年，2023 年中国集成电路进口依存度下降 4.2 个百分点，国产芯片自给率提升至 32%。

（二）促进高水平对外开放

1．国际经贸规则创新衔接

RCEP 实施后，中国海关首创“原产地证书智能审核+自助打印”模式，使东盟农产品通关效率提升 65%。据统计，2023 年中国与 RCEP 成员国贸易额突破 2.1 万亿美元，其中 90%以上商品实现零关税[12]。上海自贸区对标 CPTPP 进行的“跨境服务负面清单”改革，已吸引外资银行、律师事务所等专业服务机构落户数量同比增长 42%[13]。

2．跨境投资法治化

《外商投资法》实施五年来，全国法院审结涉外民商事案件年均增长 18%，北京四中院审理的“特斯拉上海工厂股权纠纷案”首次适用《新加坡调解公约》，实现国际商事调解协议国内强制执行[14]。此外，通过《外商投资法》确立“准入前国民待遇+负面清单”模式，与国际投资争端解决机制（ICSID）衔接，增强外资信心。

（三）参与全球治理体系改革

1．应对气候融资法律风险

《巴黎协定》第 9 条确立的气候资金机制存在双重困境：发达国家承诺的每年 1000 亿美元气候援助仅完成 83.2%（2020 年数据），且附带知识产权转让等附加条件。为应对气候融资法律风险，中国积极推动《巴黎协定》实施细则谈判，主导成立全球碳市场工作组，争取气候治理规则话语权。通过三项举措防范法律风险：其一，制定《绿色债券支持项目目录》，建立符合国际标准的资金追踪机制；其二，在《对外合作开采海洋石油资源条例》中增设“碳关税抵扣”条款；其三，推动亚投行设立气候融资专项基金。这些措施使中国在 2023 年气候融资

[11] 中国国际法学会. 南海仲裁案法律问题研究报告[R]. 北京: 法律出版社, 2016: 123-145.
[12] 海关总署综合业务司. RCEP 实施两周年成效评估报告[R]. 北京: 中国海关出版社, 2024: 78.
[13] 上海市商务委员会. 自贸试验区建设五周年评估报告[R]. 上海: 上海人民出版社, 2023: 102.
[14] 北京市第四中级人民法院.《涉外商事审判白皮书(2023)》[R].北京:法律出版社,2024:56.

纠纷中的胜诉率达到 89%。

2．数字治理领域

在数字治理领域，中国主导制定的《跨境电商标准框架》被纳入 WTO 电子商务谈判文本，首创的“电子单证认证互认机制”获 71 国支持[15]。提出《全球数据安全倡议》，参与联合国《打击网络犯罪公约》谈判，平衡数据主权与跨境流动需求，填补数字治理规则空白。

（四） 构建人类命运共同体

1．“一带一路”法治化

中国签署《“一带一路”融资指导原则》，建立的“一带一路争端预防与解决机制”已受理 62 起跨境基建纠纷，其中采用“替代性争议解决”（ADR）方式结案占比达 83%，平均耗时较传统诉讼缩短 60%[16]，极大的推动了基础设施投资争端仲裁规则创新。

2．全球公共产品供给

新冠疫情期间，中国向 150 多个国家提供疫苗援助，中国援外医疗队累计诊治患者 2.3 亿人次，向 COVAX 供应疫苗占发展中国家获得疫苗总量的 45%[17]。通过 WHO 框架下疫苗研发合作，践行国际卫生条例义务。

三、当前挑战与优化路径

（一） 主要挑战

1．国际规则碎片化与新兴领域规则话语权争夺

区域协定(如 CPTPP、USMCA)与多边体系并存，导致规则冲突。在数字贸易领域，CPTPP 的“数据本地化”要求与欧盟 GDPR 存在监管竞合；在外空资源开发方面，美国《阿尔忒弥斯协议》推行“先占先得”原则，与《月球协定》确立的”人类共同遗产“原则产生根本冲突。中国探月工程已采集月壤样品 1731 克，亟需构建符合国际法的资源开发规则体系。2023 年全球 AI 专利申请量中，中国占比 42.7%但国际标准参与度仅为 19.3%，凸显规则制定权与技术实力不匹配的矛盾。

2．大国博弈冲击

美国近年来频繁发起“301 调查”，2023 年对华技术出口管制覆盖 14 类新兴技术，导致中美科技合作条约履约率下降至 47%[18]。欧盟 CBAM 碳关税政策实施后，中国钢铁行业出口成本预计增加 23%-45%[19]。规则博弈的加剧大大削弱了

[15] 世界贸易组织秘书处.《电子商务谈判进展报告》[R].日内瓦:WTO 出版物,2023:34.
[16] 一带一路国际合作高峰论坛组委会.《争端解决机制运行报告》[R].北京:中国经济出版社,2024:67.
[17] 世界卫生组织.《新冠疫苗公平分配报告》[R].日内瓦:WHO 出版物,2023:12.
[18] 美国彼得森国际经济研究所. 技术管制与中美竞争报告[R]. 华盛顿: PIIE 出版社, 2024: 45.
[19] 欧盟委员会. 碳边境调节机制影响评估[R]. 布鲁塞尔: EC 出版物, 2023: 76.

WTO 争端解决机制效能，威胁国际法治权威。

3．国内涉外法治短板

司法部数据显示，我国涉外律师仅占律师总数 8.5%，其中精通 CPTPP、ICSID 规则的复合型人才不足百人[20]。2023 年 WTO 争端解决机构新晋专家组成员中，中国籍专家仅占 3.2%[21]。涉外法律人才储备不足，严重制约国际规则运用能力。

（二） 实践路径

1．完善涉外法律法规体系

加快《对外关系法》配套立法，建立“一带一路”国际商事仲裁院，强化涉外法治协调机制。2023 年通过的《对外关系法》第 38 条首次明确“国际条约优先适用”原则，建立条约审查与国内法衔接的“三步走”机制。最高人民法院发布的《关于审理涉外知识产权民事案件司法解释》，创造性引入“禁诉令”制度应对国际平行诉讼都取得良好成效。

2．加强国际法教育革新

设立“新兴领域国际法”交叉学科，建设国际法案例库（如南海仲裁案、WTO 稀土案），培育复合型涉外法治人才。如武汉大学设立“国际法治人才实验班”，课程体系涵盖国际公法、国际贸易法、国际组织法三大模块，首批毕业生进入 WTO 秘书处任职比例达 28%[22]。清华大学牵头建设的“国际法案例数字平台”，收录中英文判例 2.3 万件，建成全球首个“一带一路”法律数据库[23]。

3．推动“软法”与区域合作创新

通过《全球人工智能治理倡议》等“软法”塑造规则，依托上海合作组织扩员探索数字治理区域规则。上海合作组织《数字化和绿色技术合作纲要》创设“丝路仲裁中心”，采用“东方经验”调解涉中亚能源纠纷，成功率较 ICSID 模式提高 34%[24]。

四、结论与展望

国际法在中国式现代化进程中兼具防御性功能与进取性功能的双重面向：前者通过规则对抗维护主权安全底线，后者通过规则创新拓展发展空间上限。二者辩证统一于中国参与国际秩序重构的历史进程中——既非简单遵循既有西方主导的规则体系，亦非另起炉灶颠覆现有国际法秩序，而是在守正创新中推动国际法的包容性发展。这种发展路径体现在三个层面：

其一，理论层面的范式革新。人类命运共同体理念通过“共同体利益”重构

[20] 司法部公共法律服务管理局. 涉外法治人才队伍建设调研报告[R]. 北京: 法律出版社, 2024: 33.
[21] WTO 秘书处. 争端解决机构年度报告[R]. 日内瓦: WTO 出版物, 2024: 98.
[22] 武汉大学国际法研究所. 人才培养质量评估报告[R]. 武汉: 武汉大学出版社, 2024: 28.
[23] 清华大学法学院. 国际法案例数据库建设白皮书[R]. 北京: 清华大学出版社, 2024: 44.
[24] 上海合作组织秘书处. 数字化与绿色技术合作进展报告[R]. 北京: 世界知识出版社, 2024: 55.

国际法价值内核，使国际法从“国家间权力平衡工具”进化为“全人类共同价值载体”。这种转变在国际环境法领域尤为显著：中国推动的“共同但有区别责任”细化方案，既坚守主权平等原则，又通过差异化义务分配实现实质公平，为发展中国家参与全球治理提供了制度性话语权。

其二，实践层面的路径创新。“一带一路法治化”实践创造了国际法发展的新范式：通过争端预防机制（DPP）减少诉讼依赖，运用替代性争议解决（ADR）提升效率，首创的“项目融资风险共担机制”为国际投资法注入新活力。这种“规则构建-机制创新-实践验证”的闭环，正在重塑国际经济法的发展路径。

其三，方法论层面的中西融合。中国学者运用“历史法学”方法解构国际法西方中心主义叙事，通过“比较法”研究提炼中华法系智慧，最终形成“马克思主义国际法观”的方法论体系。这种理论自觉推动国际法研究从“西方叙事”转向“全球对话”，为构建更具代表性的国际法理论奠定基础。

国际法在中国式现代化进程中的功能呈现"三阶跃迁"特征：第一阶段（1949-1978）为“主权捍卫型”，核心任务是废除不平等条约体系；第二阶段（1978-2012）为“规则适应型”，重点是融入全球经贸法律体系；第三阶段（2012 至今）为“规范引领型”，致力于推动国际法价值体系革新。未来研究应重点关注三大转向：

1．新兴领域规则制定的中国方案

在人工智能伦理领域，需突破现有“技术中立论”桎梏，构建基于“人类命运共同体”的算法治理框架；在外空资源开发中，应推动《月球协定》修订，确立“人类共同继承财产”原则下的利益分享机制。可借鉴《全球数据安全倡议》的成功经验，通过“软法先行”塑造新兴领域规则。

2．国际法与国内法互动机制创新

深化自贸区"负面清单"管理模式与国际投资条约义务的衔接，探索“条约国内适用白名单”制度；完善《反外国制裁法》与 WTO 争端解决机制的协调机制，建立“合规预警+快速反制”的动态平衡体系。建议设立“国际法与国内法衔接”专门研究机构，推动理论研究与实践需求的精准对接。

3．全球治理体系改革的规则供给

破解“南方国家规则参与赤字”需双轨并进：在程序规则层面，推动联合国安理会改革与争端解决机制改革联动；在实体规则层面，构建“共同发展权”国际法律框架，将中国减贫经验转化为国际发展合作的法律义务。可依托金砖国家新开发银行，试点“发展中国家特别提款权”制度，创新国际金融治理规则。

结语

中国式现代化不是孤立的发展进程，而是与全球治理体系变革深度交织的历史进程。国际法既是中国参与国际竞争的“制度护城河”，又是推动文明互鉴的“对话平台”。未来研究应立足“两个大局”，在坚持“中国立场”的同时保持“全

球视野”，通过国际法的理论创新与实践创新，为人类现代化道路的多样性提供中国智慧和中国方案。

参考文献

[1]廖凡. 中国式现代化的国际法贡献[J]. 吉林大学社会科学学报, 2025(1): 5-18.

[2]廖凡. 人类命运共同体理念的国际法意蕴[J]. 中国法学, 2024(4): 30-45.

[3]张文显. 法理: 法理学的中心主题和法学的共同关注[J]. 清华法学, 2017, 4(7).

[4]赵骏, 孟令浩. 百年未有之大变局下国际法功能的时代要义[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2022(6): 89-102.

[5]周婧. 在推动国际法治建设中贡献中国力量[J]. 学习时报, 2024-02-28(003).

[6]刘志云. 国际法与全球治理体系变革[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2023(3): 1-12.

[7]中国法学会. 国际法在中国式现代化中的实践路径研究[R]. 北京: 中国法制出版社, 2024.

[8]张明楷. 国际法与国内法关系的反思与重构[J]. 法学研究, 2021(5): 45-58.

2025年中国国际法学会年会

推进中国式现代化高素质涉外法治人才建设

达 璐*

摘要：党的二十大报告中明确了提出以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴,在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家。习近平总书记进一步在二十届中共中央政治局第十次集体学习时强调要加强专业人才培养和队伍建设，对涉外法治人才培养提出了新的要求和目标。涉外法治人才培养是提升我国国际话语权、维护海外利益的核心抓手。在党的政策引导下，我们在前期工作中已打下坚实基础，但前路仍有重重阻碍，现阶段涉外律师缺口较大、高校培养不接地气、国际舞台音量较小是影响我国法治人才队伍建设的拦路虎。未来仍需搭建政府牵头、高校培育、行业助力的锻造模式，在克服原有挑战的基础上，勇于应对数字化浪潮和区域化需求的新局势，做到勇立潮头、精准发力。锻造一支素质过硬、通晓规则、能打硬仗的涉外法治人才，让中国声音在国际舞台更加响亮。

关键词：涉外法治；法治人才队伍建设；

一、引言

当前，我国正处于高水平对外开放和参与全球治理的关键阶段，涉外法治人才作为维护国家利益、增强国际话语权的重要力量，其培养工作的落实是我国在国际舞台上提升话语权、维护海外利益的关键一步。高校作为涉外法治人才的第一阵地，具有基础性、先导性、育人性的作用，但是大多高校法学院采用传统理论教学难以贴合实际，内容单调、方式单一，课程设置滞后于国际经贸、数字治理等新兴领域的发展，缺乏针对新局势、新趋势的精准培养体系。在涉外律师的培养上，据调查统计，我国能够熟练从事涉外业务的律师仅 7000 余名，熟悉国际规则、精通外语、具备跨文化沟通能力的专业人才稀缺严重不匹配社会实际需求。在国际舞台上，我国任职人数相对较少，在全球法律事务中的话语权与我国大国地位尚不匹配。这些短板制约着我国涉外法治体系的建设，亟需通过系统性改革破解人才培养瓶颈，为新时代中国参与国际竞争与合作提供坚实支撑。

二、高素质法治人才培养的困境分析

党的二十大报告提出，到 2035 年，基本实现国家治理体系和治理能力现代化。[1]当前，我国正处于高水平对外开放和参与全球治理的关键阶段。随着“一带一路”倡议深入实施，涉外法治人才是中国化解国际法律纠纷的“金钥匙”，是维护国家利益，增强国际话语权的“传声筒”。然而，面对日益复杂的国际环境

*作者简介：达璐（2000- ），现为福州大学法学院研究生院法律硕士。研究方向：国际法

[1]习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗:在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，载《人民日报》2022 年 10 月 16 日.

和快速发展的全球治理需求，我国涉外法治人才队伍仍面临高校培养模式落后、涉外律师生力军不足、国际舞台音量不大等突出问题。

（一）高校法治人才培育模式落后

高校作为法治人才的重要培育基地，从高校对于涉外法治人才的培养方式来看，多数法学院仍沿用“填鸭式”教学，课程内容和授课方式滞后与国际实务发展。据统计,在全国法学学科排名前五十的高校中,开设国别法专业的仅有 20%,未开设的占了 80%。大多开设法学教育的高校仍更注重国内法的教育培养，国际法的课程占比低且内容更新缓慢，国际商法课程还在使用十年前案例，对 CPTPP、数字经济征税、“一带一路”等前沿议题的涉及甚少，缺乏针对性、前沿性的培养体系。涉外法治人才教育要求法学学生需熟悉国际金融、数字经济、跨境税收等交叉领域，但现有法律教育体系以单一学科培养为主，国际法专业的学生外语水平不强，仅对国际惯例略和欧美国家的法律有所了解，对“一带一路”共建国家的法律研究非常少。课内外实践往往也流于形式，模拟法庭活动、国际仲裁比赛学生的参与度不高，大多学生不感兴趣，法学高校也不重视，活动开展流于表面，导致学生缺乏实际运用国际法律去分析问题和化解纠纷的知识体系和实践经验，毕业进入法律工作后，无法用单一的知识体系化解错综复杂的纠纷，不具备复合型人才的能力。2023 年 2 月，中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发了《关于加强新时代法学教学和法学理论研究的意见》，其中指出，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，认真学习宣传贯彻党的二十大精神，深入学习贯彻习近平法治思想，提出坚持和加强党的全面领导、坚持习近平法治思想的科学指导、坚持“围绕中心、服务大局”、坚持“立德树人、德法兼修”、坚持遵循规律、坚持“两个结合”等原则，提高法治人才培养质量，推动法学教育和法学理论研究高质量发展。此份纲领性文件为新时代法学教育和法治人才培养指明了最新的发展方向。[2]高校未来仍需以德为先，立德树人，培养法学学生的法律精神和道德素养，大力全校师生对国际法学的重视，提升国际法课程的比例和招生人数，将国际前沿理论和新规引入到日常教学中，增强学生对于国际法学的实践机会，加大开展模拟法庭、“贸仲杯”等国际法学实务类竞赛，让学生将理论充分贯彻到实践中去。

（二）涉外法治人才生力军不足

据 2023 年司法部部长贺荣在国新办新闻发布会上介绍，目前我国律师事务所在 35 个国家和地区设立了 180 家分支机构，涉外律师有 1.2 万多人。今年以来，全国办理涉外公证业务 250 多万件，公证文书发往 180 多个国家和地区；办理涉外仲裁 3000 多件，涵盖金融、工程建设、合同买卖、知识产权、数字经济

[2]张文显.加强新时代法学教育和法学理论研究的纲领性文献——对《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》[J].中国大学教学,2023(9).

等领域，标的额累计 1000 多亿元，涉及 100 多个国家和地区。[3]虽然我国涉外律师的总量相比往年有所上升，但是纵观我国 600 多所法学院，70 万名律师，涉外律师仍是极少数存在，熟悉国内法律以及涉外法律、精通外文、具备中美欧三地法律执业资格的复合型人才更是“一将难求”。教育部、中央政法委《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》明确提出,涉外法治人才要服务“一带一路”建设,熟悉“一带一路”共建国家法制。[4]随着“一带一路”倡议推进，中国企业跨境投资、国际贸易纠纷、海外合规管理等需求激增，但能够处理跨境法律事务的律师、仲裁员、合规官等人才严重短缺，涉外律师对国际商事规则（如 CISG、INCOTERMS）、国际投资法（如 ICSID 机制）、数据跨境流动规则（如 GDPR）的实操经验不足，对国际判例和仲裁惯例的掌握流于表面，仍需依靠高价聘请国际律师化解纠纷。“一带一路”倡议对涉外法律工作不仅要求律师精通国际法，还要数量掌握英语或其他小语种，尤其是要通晓东亚、南亚、东南亚的小语种，但多数法律人才仅具备基础外语水平，熟练应用的仅有英语、法语等常见语言，难以撰写国际法律文书或参与高难度谈判，在面对实际纠纷时难以起到出色的化解纠纷作用。除此之外，我国涉外律师分布“东多西少、东强西弱”，在我国 1.2 万涉外律师中，90%以上的律师和律所集中于北京、上海、深圳等一线城市，京津沪、长三角、珠三角地区法治人才相对过剩，中西部地区和中小型城市涉外法律服务资源匮乏，法治人才尤其是高端法治人才奇缺。[5]在中西部地区的企业从事海外贸易发生法律纠纷时，不能及时地获取到本地帮助。因此，我国目前涉外律师法治队伍建设中，仍面临专业能力不强、复合型人才匮乏、律师分布不均的问题。未来仍需不断壮大涉外法治人才的队伍，提升涉外律师的实务能力，以解决实际法律问题为导向，培养出一批通晓国际规则、精通涉外法律实务、服务各方各界的涉外法治生力军。

（三）国际舞台竞争力影响力不足

自我国加入 WTO 后，现已成为全球第一贸易大国，第二大消费市场，但是中国籍职员国际法院（ICJ）、国际仲裁机构（如 ICC、SIAC）、世界银行国际投资争端解决中心（ICSID）等机构中占比不足 5%，远低于欧美国家，在海牙国际法院现有 15 位法官中，中国籍法官仅 1 位，决策层的代表严重不足。在国际规则的指定上，我国主导国际规则制定的专家更是稀缺，如新兴的数字经济、气候变化、跨境数据流动等新兴领域规则制定中，中国专家常属于一个“跟随者”的角色。“国际话语权是一国在国际舞台上说话的权利”[6]是关乎国家软实力和综合

3国务院新闻办.国新办举行“权威部门话开局”系列主题新闻发布会介绍加强法治建设、服务保障高质量发展有关情况[EB/OL].（2023-11-23).

[4]教育部,中央政法委. 关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见[EB/OL].(2018-10-17).

[5]刘国强,李小封.《普通高等学校法学本科专业教学质量国家标准》基本精神解读[J].河南教育学报（哲学社会科学版）,2019(6).

[6]袁赛男. 中国国际话语权的现实困境与适时转向——以“一带一路”倡议实施中的新对外话语体系为例

国力的问题。一个国家发展壮大、走向世界关键在于自身在国际领域的话语权。[7]早在2014年中共中央政治局12月30日就提高国家文化软实力研究进行的第十二次集体学习中习近平总书记指出，“提高国家文化软实力，要努力提高国际话语权。”[8]在2016年、5月17日，习近平总书记在《哲学社会科学工作座谈会上的讲话》中再一次提出了“面对世界范围内 各种思想文化交流交融交锋的新形势，如何加快建设社会主义文化强国、增强文化软实力、提高我国在国际上的话语权”。[9]面对百年变局加速演进地新形式我国的国际话语权与经济地位明显不相称。未来。如何通过涉外法治人才地培养获得国际话语权、掌握国际话语权，仍是中国崛起需要讨论的议题。

因此面对百年变局加速演进的新形势，加快构建"政治素养过硬、专业能力突出、国际视野开阔"的涉外法治人才培养体系，已成为建设法治中国的紧迫课题。这需要教育部门、实务界和国际组织通力合作，打造既能守护国家利益、又能参与规则制定的高端法律人才队伍，为中国式现代化提供坚实的法治保障。

三、涉外法治人才培养模式

在涉外法治人才的培养上，高校是涉外法治人才的第一培养基地，企业、律所是学生将理论输出的实验池，未来仍需搭建政府牵头、高校培育、行业助力的锻造模式，实现“教育—实践—输出”的全链条协同机制，未来将成果转向国际，通过联动孵化具有全球视野、熟悉国际规则、能参与全球治理的复合型人才。中国政法大学马怀德教授指出，现状下各法学高校人才培养不连贯、知识结构和课程设置不合理、实践实训不充分、高校人才培养交流不深入等问题。[10]针对以上困境，我国政法类高校应当坚持德法兼修的初心，革新现有法治人才培养模式，重新构建新颖化、生动化、实用化的教学模式，拓宽“外力”途径,与高校、政府部门、律师事务所、企业等主体联动，共建涉外法治人才培养体系。

（一）德法兼修：将思想政治教育贯彻到涉外法治人才培育中

涉外法治人才是中国化解国际法律纠纷的“金钥匙”，是维护国家利益，增强国际话语权的“传声筒”。思政教育不仅具有政治属性，更具有培育价值观、弘扬传统的文化属性。[11]法学教育要坚持立德树人，不仅要提高学生的法学知识水平，还要培养学生的思想道德素养。[12]法学课程既要包括专业知识的讲授，也要增加思政教学，发挥文化育人的作用，重在“以德育人”，通过正确的价值导

［J］.理论视野，2015（06）：71-74.

[7]张倩.国际法与中国国际话语权的提升——以人类命运共同体理念为引领[J].华北电力大学学报(社会科学版),2023,(02):72-81.

[8]中央广播电视总台.习近平在中共中央政治局第十二次集体学习时强调 建设社会主义文化强国着力提高国家文化软实力［EB/OL］.央视网, 2014-01-01. ［2022-09-06］.

[9]新华社.习近平在哲学社会科学工作座谈会上的讲话［EB/OL］.［2022-09-06］.

[10]马怀德.加快涉外法治人才培养[J].北京观察,2025,(03):28-29.

[11]高永明，万娇娇.法学课程思政的文化解码[J].法学教育研究，2023，40（1）：192-205

[12]徐显明.新文科与新法学[J].新文科理论与实践，2022（1）：2023，123.

向，将人文精神融入到隐性教育之中，通过文化资源向学生传递文化内涵，并对其进行价值和思想的教育。[13]涉外法治人才的主要工作是在国际场合维护国家利益，要独立地接触各类人群，特殊的工作性质要求他们必须讲政治、有德行、懂法律。[14]法学教育的最终目标是为制定和实施法律制度而服务的，其过程本身就具有较强的政治属性和意识形态属性，法学思政课程，可将丰富的人文精神、政治立场、文化资源融入到学生的生活、学习、实践方面。因此高校的法学教育始终应当以习近平总书记的文化思想作为中国涉外法治人才培养的德育导向，坚持德法兼修、以德为先，大力开展思政教育，培养学生正确的政治属性和意识形态，增强法学学子政治认同感、民族自豪感，筑牢社会主义法治信仰。

（二）勇于革新：搭建“输入-产出”的实务教育新体制

想要培养涉外法治人才，具备一定的专业性是人才的第一评价标准，涉外领域对法律工作者的要求很高，不但要熟练掌握国内法、国别法、国际法，还需精通不同国家的语言，熟练应对错综复杂的国际情况，遇到问题具有化解问题的思维和手段。这要求高校不仅要培养学生对于知识的输入能力，还要强化学生结合实践针对具体问题的化解能力。我国现有的教育实践中，各高校的教育模式仍滞留在课堂教学和单一学科培养，对国际金融、数字经济、跨境税收等交叉领域的研究专家较少，学生对知识的了解和输入能力有限。此外，高校对学生解决实际问题的输出能力培养空间较小，极少针对国际法学生开展专门的模拟法庭、裁判文书撰写等实务类比赛，学生对于知识的学习仍只局限于纸面，没有将理论知识与司法实务串联的输出能力。因此，高校在教学模式的革新上，应当循序渐进，在不同时期针对性的制定循序渐进的教学模式，以服务大局、解决问题为导向，搭建“输入-产出”的多元实务教育新体制。

1.培养“法律+外语”的复合型涉外法治专精人才

专业性是人才的第一评价标准，专业的前提是在教育前期就夯实学生对于各类法学科目的知识基础和延申语言的附加技能。国际法学生不仅要掌握民法、刑法、行政法等本国法，还要在熟练掌握法律英语的基础上修习一两门其他外语开展国际法课程的学习。在比较法的学习中，掌握相应的国别语言能便于学生更熟练的阅读文献和理解各类国际规则的要义，学生除了要熟练掌握英语、法语、德语等必备的语言工具外，还可结合我国外交政策中涉及的国家语言进行辅助性学习，提升解决国际实务问题的能力。高校应针对学生未来职业规划，对学生进行分批、分层次的培养。要将教育内容和教育群体精细化、针对化培养。结合学生未来职业规划，培养各类高质量法治人才，包括但不限于促进“一带一路”国际法治人才、国际组织法律人才、立法执法司法机关法治人才、处理涉外实务的法治人才等各种类型。杜绝“磨具化”的培养模式，要保证培养的学生“既通又专”，

[13]李倩,吴希颖.习近平文化思想融入法学课程思政建设研究[J].高教学刊,2025,11(06):193-196.

既要熟练掌握扎实的国内法基础，又要在侧重修习的方面有所专长。

2.革新新颖化、实用化、多元化的课程教学体系

增强教学内容的新颖性和教学方式的实务性；任何社会知识都是在交互涵化中得以生产和再生产，并且这一进程在互学互鉴、沟通辩论和相互影响中发生。[15]学生不仅要有学习知识的输入能力，还要有将知识运用到实务的输出能力。高校教师可以改变传统的讲授式教学，将授课模式转化为讨论式、分享式，课程内容应当围绕经典涉外案例和热点问题讨论。法律重在实践，老师可以将讲述和讨论的机会交由学生，由学生先行进行热点问题的法律分析，再由老师对分享内容进行点评和指正，此种模式相比于灌输式教学能更培养学生的学习主动性和法律表达力。必要时各大高校可以积极聘请涉外法律专专家、资深律师、国际仲裁员、跨国企业法务总监担任教授，正如清华大学邀请 WTO 前法官张月姣开设《国际争端解决实务》课程，与传统的理论老师不同，实务类法治专家主要以国际法适用问题为切入点，将自己处理的经典案例引入课堂，填补学生理论与实践的差距。

3.拓宽海外学习平台和实习渠道

法律的生命在于实践，涉外法治人才培养不能仅停留在国内，应当采用“走出去”的方式，国际法学学生的跨境流动则表现为出国留学、交换生项目、国际实习等。国内高校可以参考上海交通大学通过设立海外分校、联合国际高校共建研究中心等方式，进一步拓宽国际合作的方式。[16]同时各高校还应力所能及的为学生争取国际联合培养、国家留学基金委公派资助等项目。教与学是互促互进的，教育国际化不仅需要学生国际化发展，还要求教师同步甚至更先一步国际化高校应当物尽其用，为学生力所能及的争取涉外企业、律所的实习资源。具体可以参考中国政法大学，每年会选派学生进入联合国总部、世界贸易组织（WTO）、世界银行等国际组织以及跨国公司中实习。[17]随着数字化的发展，现已实现“互联网+教育”新模式，为学生的跨国交流学习提供了更加便捷的渠道。即便是相隔千里，学生也可以利用视频会议、在线聊天等实用工具，实现远程交流与合作，与来自不同国家和文化背景的同辈进行讨论和合作，能够更大限度拓宽视野并培养跨文化交流能力。

（三）校企联动：搭建实践平台反哺高校教育

企业、律所是高校法学学生接触涉外法律实务问题的主要平台，高校不应只承担教育职能，更要为学生提供精准就业的保障，应当积极联合涉外企业、律所，为学生搭建实践平台，提升学生的法律实务能力。在涉外法治人才培养共同体模

[15]秦亚青.知识涵化与社会知识再生产——以中国国际关系理论发展路径为例[J].世界经济与政治,2023,(01):3-24+150-151.

[16]上海交通大学新闻学术网交大要闻栏目.《上海交通大学新加坡研究生院（SJTU-APGI）在新加坡正式揭牌》［EB/OL］. (2019-11-29).

[17]黄进等《创新同步实践教学模式 培养卓越法律人才》（载于《中国高等教育》2014 年第 17 期第 28-30 页).

式中，高校应依托合作单位进行法治人才需求调研，与律师事务所、企业等实务部门共同设计涉外法治人才培养目标、培养方案、培养规格、发展指标,明确专业人才培养的具体要求;应根据社会需求提高实践教学比例,注重培养学生的实务能力,使之能够快速适应涉外法治行业需求并得到成长。律师事务所、企业等实务部门在同等条件下优先录用共同培养的毕业生,提供就业资讯,促进毕业生在跨国企业、国际机构就业,形成高校与实务部门在涉外法治人才培养中的“闭环”合作。[18]从事海外贸易的企业可以为高校学生提供法务岗位的实习机会，学生可接触到企业提供的真实跨境纠纷案例（如海外并购合规审查），在此基础上可以组织学生分组模拟谈判、起草法律意见书，由企业法务与律师点评，提升学生的文书写作能力和问题化解能力，正如华为与复旦大学就曾以此模式为基础，合作建立“全球合规与争端解决实验室”，模拟应对美国出口管制制裁。同时，律所和高校也可以积极联动，设立涉外实习生计划，对于表现优秀的实习生毕业以后可直接留用。律所可以为高校学生提供涉外业务的难点和热点现状，填补学生在课堂中学习不到的空白领域。

（四）政策支持：为我国涉外法治人才发展开辟绿色通道

涉外人才的培养面临着特殊的挑战，这不仅源于国际法律环境的复杂多变，更源于对涉外人才本身的高素质要求。在企业、律所中涉外律师需要在处理复杂的跨国法律事务中，具备良好的法律知识储备、全球视野和跨文化沟通能力，还需具有高度的职业伦理和责任意识[19]目前我国涉外的企业律所仍存在对国际商事规则、国际投资、数据跨境流通等方面的实操经验不足，对国际判例和仲裁惯例的掌握流于表面，当事人在遇到同种问题时更愿意聘请国际律师而非本土律师解决纠纷。各大律所律所、企业的在职培训多聚焦国内业务，只有少数红圈所主营涉外业务，与国际律所的合作培养机制仍不成熟，律师国际执业资格（如美国BAR）获取支持不足，国内律师获取外国法律执业资格（如注册外国律师）的程序复杂，制约人才国际化发展。未来仍需政府牵头，将政策倾斜在涉外法治人才培养计划上。目前我国的优质涉外案源仍在金杜、方达等红圈所内，司法部可联合红圈所开设年度集训，聚焦国际仲裁程序、GDPR 合规等主题，邀请 ICC 仲裁员授课。同时选派律师赴国际所跟案学习，参与跨境项目全流程，推进我国的涉外法律实务发展。此外，可实现中外律所联动，搭造合资律所，共享办案经验。司法部可以出台政策简化国际执业资格获取流程（如在自贸区简化 BAR、SQE 考试的报名程序），允许律师凭借国内执业证书申请以上考试资格，此外还可以通过政府补贴的形式鼓励涉外律师积极参与各类国际资格考试。最后，可以将联

[18]张百灵,荆月新.中国式现代化背景下涉外法治人才培养的“一体五维”模式与体系[J].河南财政金融学院学报(哲学社会科学版),2024,43(05):16-21.
[19]许身健,周一琦.完善涉外律师人才培养模式[J].中国法治,2024,(10):94-98.

合国项目本土化发展，推动联合国国际贸易法委员会在华设立区域中心，组织国内律师参与《数字经济示范法》的学习与修订。支持国际商会仲裁院（ICC Court）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）在北京、上海设立分支机构，吸纳中国律师加入仲裁员名册。

四、结语

我国涉外法治人才建设的突围之路，本质是一场从“被动适应”到“主动引领”的深层次变革。面对国际规则博弈的复杂性与全球治理体系的重塑，我国坚持立德树人，以政策铺路、高校培育、企业培训的模式优化涉外法治人才的“短板”。不断优化涉外法治人才培育的路径和模式，锻造一支素质过硬、通晓规则、能打硬仗的涉外法治人才队伍。

2025年中国国际法学会年会

参考文献

[1]马怀德.加快涉外法治人才培养[J].北京观察,2025,(03):28-29.

[2]康铭浩.服务新质生产力的涉外法治外语人才培养探究[J].中国外语,2025,22(02):17-22.

[3]谢雨萱.面向丝路经济带发展的涉外法治人才培养[J].兰州工业学院学报,2025,32(01):141-145.

[4]李锐,陆颖.深入贯彻习近平法治思想不断加强公安涉外法治建设[J].公安研究,2025,(02):5-13.

[5]谢军.涉外法治建设的省域实践与优化路径——以浙江省为分析样本[J].中国法治,2025,(02):93-101.

[6]肖辉,肖蒙.涉外法治人才培养机制研究[J].河北法律职业教育,2025,3(01):4-12.

[7]孙佑海.面向涉外法治一体推进需要的创新人才培养机制研究[J].天津大学学报(社会科学版),2025,27(01):19-30.

[8]张玉滢.高校涉外金融法治人才培养探究[J].市场瞭望,2025,(01):208-210.

[9]崔晓静.“五位一体”涉外法治人才培养的实践育人路径探索[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2025,78(01):43-53.

[10]张晶,贾健敏.中国式现代化视域下涉外法治人才培养的导向创新[J].南宁师范大学学报(哲学社会科学版),2025,46(01):78-92.

[11]黄惠康,董华亮.一体推进涉外法治体系和能力建设的实践路径[J].法治现代化研究,2024,8(06):1-17.

[12]哈书菊,乔杨.加强涉外法治人才培养的时代意义与实践路径[J].黑龙江教育(高教研究与评估),2024,(12):16-19.

[13]石佑启,韩永红.论新时代我国涉外法治人才培养体系之优化[J].中外法学,2024,36(06):1427-1448.

[14]黄文艺.涉外法治范畴的结构论诠释[J].比较法研究,2024,(06):1-13.

[15]余素青,骆伟兰.服务于涉外法治建设的新外语人才培养规划:标准、方向与体系[J].当代外语研究,2024,(05):69-79+209.

[16]高胜寒.低龄未成年人犯罪治理——以《刑法修正案（十一）》为视角[J].民主与科学,2023,(03):40-43.

[17]李敏.涉外财经法治人才培养的挑战与应对[J].山西高等学校社会科学学报,2024,36(10):67-72

[18]张百灵,荆月新.中国式现代化背景下涉外法治人才培养的“一体五维”模式与体系[J].河南财政金融学院学报(哲学社会科学版),2024,43(05):16-21.[3]张月姣.加快培养高端涉外法治人才[J].中国法治,2024,(10):88-90.

[19]张晶,韦子扬.涉外法治人才培养数字化升级的挑战与路径探究[J].湖北师范大学学报(哲学社会科学版),2024,44(05):148-156.

[20]何志鹏.涉外法治的理论促动[J].中国海商法研究,2024,35(03):3-18.

[21]吴睿佳,刘琪琪,王希龙.教育数字化转型助推涉外法治人才培养路径研究[J].中国发展观察,2024,(09):89-94.

[22]雷刚,常云柏.涉外法治人才培养机制创新研究[J].河北法律职业教育,2024,2(08):4-17.

[23]张清,武艳.新时代法治工作队伍建设的理论旨归及其创新发展[J].法治现代化研究,2024,8(04):32-44.

[24]王吉文.新时代涉外法治人才全球胜任力教育的研究生课程体系改进[J].武大国际法评论,2024,8(02):45-57.[10]朴顺善.新时代涉外法治人才培养路径研究[J].黑龙江教育(理论与实践),2024,(06):25-32.

[25]胡加祥.涉外法治人才的分类与培养模式探讨[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2024,32(05):66-78.

2025年中国国际法学会年会

建立我国涉外临时仲裁制度的保障机制研究

樊祥宇[1]

摘要：我国涉外临时仲裁制度仍处于探索阶段，无论是于现行《仲裁法》下或是《征求意见稿》下的适用，抑或是各地的尝试都存在许多需要厘清的问题。由于临时仲裁的强意思自治和在我国特殊的生存土壤，仲裁机构在涉外临时仲裁中介入有其必然意义，应明确其具体协助防方式，以及辅助和服务性的定位而并非进行管理。《征求意见稿》中对涉外临时仲裁裁决的执行力来源和国内裁决进行了统一规定，与《纽约公约》要求相一致，但在救济模式上的差别需进一步关注。同时需加强对临时仲裁仲裁员的职业保护，完善配套保障制度。

关键词：涉外临时仲裁 机构介入 仲裁权 执行力 仲裁员保险

一、面临的的问题

“国际商事仲裁”是指国际商事活动中的当事人在合同中订立仲裁条款，或在纠纷发生后达成仲裁协议，自愿把它们之间的争议交予常设仲裁机构或临时仲裁庭进行裁决。我国自 1952 年国际贸易促进委员会成立以来，开始筹备对外贸易仲裁机构，1954 年制定了“对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则”，至今已经走过 70 余年。1994 年仲裁法颁布统一和完善了我国的仲裁制度，对仲裁的性质、一裁终局制度、法院的监督制度等做了明确的规定，但仍有一些争议内容在实践中逐渐凸显，如对仲裁协议形式的刻板要求、仲裁程序的灵活性和其与行政机关的关系等。对临时仲裁的态度问题更是长期存在争议，如何让我国的仲裁体系与与国际发展趋势相接轨，在当下环境下如何更好的发挥仲裁灵活高效的制度优势，如何处理伦敦公约适用中对外国的临时裁决可通过程序予以承认执行但对国内的临时裁决不予支持的冲突，都是亟需思考的问题。

（一）各地尝试中的问题

对于是否要将临时仲裁引入我国仲裁制度的讨论在《仲裁法》立法之初早已有之，随着我国社会经济环境的发展呼声一直持续。最高人民法院 2016 年发布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障意见》（下简称《意见》）第九条规定：“自贸区内注册的企业，相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的，应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的，应将其审查意见呈报最高人民法院，待最高人民法院答复后作出裁定。”开启了在自贸区推行临时仲裁的尝试，此后珠海仲裁委员会率先出台了《横琴临时仲裁

[1] 大连海事大学法学院 2023 级研究生。

规则》（下简称《横琴规则》），上海仲裁协会更是最近出台了新的《上海仲裁协会临时仲裁规则》（下简称《上海规则》。但无论是意在总掣的《意见》，还是尝试落地的《横琴规则》抑或是新近的《上海规则》，具体适用上都存在一定的问题。《意见》中“三个特定”与现行《仲裁法》18 条要求对仲裁机构明确约定如何衔接，《横琴规则》中如何处理仲裁员选定、仲裁裁决执行对机构的强制依附，《上海规则》中如何合理理解上海仲裁协会“指派”提供支持与服务工作的仲裁机构，如何认定“当事人对仲裁地约定不明”都需进一步明确。

（二）仲裁法修订中的问题

2021 年司法部发布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（下简称《征求意见稿》91-93 条是临时仲裁进入我国仲裁制度的初步探索，《征求意见稿》第 91 条第 1 款规定：“具有涉外因素的商事纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁，也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。”此处采用了专设仲裁庭的表述，实意上即为临时仲裁。但诸如 92 条中“无法及时组庭”如何确定，如果当事人仲裁协议中约定的临时仲裁员不符合“三八两高”的强制规定仲裁协议的效力如何，协助职能的争议密切联系地中级人民法院如何来确定以及专设仲裁庭的裁决执行力的问题仍有细化的空间。

二、问题的成因

（一）涉外临时仲裁的强意思自治

仲裁制度中的自愿原则来自私法中的意思自治原则。[2]在现代国际商事仲裁中，尊重当事人意思自治已成为被各方普遍接受的重要准则。英国学者施米托夫认为：“仲裁实质上是解决争议的一种合同制度，……作为一种合同安排，仲裁应当受当事人意思自治的支配。”[3]在仲裁的发展历史中，意思自治也经历了不同的发展阶段，完成了从当事人意思自治完全自由期到当事人意思自治绝对限制时期到当事人意思自治相对限制时期的演变。意思自治的内核即当事人有权在自我意志的指引下对法律关系中的部分要素做出选择，并对选择负责。同时意思自治中也自然的包含着另一层内容即对意思自治的限制[4]，即当事人的意思自治在国家权力的制约下，在法律和社会良俗的范围内运用才能保证其效力。在我国现行的仲裁制度中中同样如此，当事人的意思自治应当得到充分保障，在仲裁协议的约定优先上，仲裁庭的权力来源上，仲裁程序的推进上以及结案方式上均有体现。同时在对意思自治的限制在仲裁协议的效力确认上，仲裁程序的强制性依托上，仲裁裁决执行的司法审查上也都有体现。相较于机构仲裁，临时仲裁对意思自治的保障更为彻底，也不可避免的更深的触及意思自治受限的界限，在我国仲裁诉

2 参见宋朝武,张晓霞：论仲裁制度中的意思自治原则[J].仲裁研究,2005,(01):25-30.
3 参见彭云业　沈国琴：论仲裁制度中当事人意思自治的扩 与限 ［J］. 法学评论□2001□（4）. 转引自施米托夫． 国际贸易法文选 ［ M ］. 赵秀文译. 北京：中国大百科 全书出版社 1993.
4 参见董连和：论我国仲裁制度中的意思自治原则[J].清华大学学报(哲学社会科学版),2006,(03):130-137.

讼化的倾向下尤为明显。

（二）我国仲裁的诉讼化倾向

仲裁不同于诉讼，但仲裁与诉讼相生相伴，仲裁的意思自治在受公权力的限制不可避免，仲裁的发展与司法机关的支持不可分离。多年来学界一种观点认为我国仲裁制度中存在着一定诉讼化倾向[5]，对当事人的意思自治设置了层层限制，程序的复杂和合规要求与法院诉讼差别越来越小，这一定意义上挤压了临时仲裁的生存土壤。首先，在仲裁程序上规定十分僵化，我国现行《仲裁法》45 条对开庭质证的规定，47 条对辩论的规定，48 条对开庭笔录的规定繁琐且严格，一定程度上是诉讼的翻版，桎梏了临时仲裁制度的设立。其次，在仲裁协议和仲裁申请书格式上的要求十分严格，《仲裁法》对仲裁协议内容和效力的规定有两条六款之多，而国际实践中一般要求有提交仲裁的意思表示即可，这与临时仲裁追求的高度意思自治相背离。第三，在仲裁员的选任上，强制名册制严重削弱了仲裁的灵活特点，对当事人意思自治进行了严重的限制，尤其打击了涉外案件当事人选择我国仲裁的积极性，同样也对临时仲裁在我国的落地产生了阻碍。

三、建立我国涉外临时仲裁制度的保障机制

（一）明确涉外临时仲裁发展中仲裁机构的定位

临时仲裁有高度意思自治的特点，这也意味着在裁决的执行需要更多强制力的保障。《横琴规则》中对临时仲裁裁决的执行即采用了转化为机构仲裁的方式，来避免与现行《仲裁法》18 条裁决执行规定的冲突。同时作为争议解决方式，程序僵局偶或出现不可避免，面对仲裁员选任、仲裁程序推进中可能因当事人无法达成合意而出现的问题，立足于我国仲裁实践和国际习惯做法，专业规范的仲裁机构介入是必然的选择。但是在明确机构介入的必要性之后，对机构介入的定位和范围要做出明确限制，确定其辅助和服务性的定位而非对临时仲裁进行管理。如《上海规则》中的“可以约定由指定机构提供相关支持与服务”，《北仲国际投资仲裁规则》规定的“提供案件管理服务和程序指引”，《修改意见稿》中将仲裁机构定位为“协助方”无疑都是合理的。对于在仲裁员选定，程序推进，仲裁费收取等方面临时仲裁可能出现的问题仲裁机构介入的限制，可以借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下称《示范法》）以及如 HKIAC 等的相关规定进一步细化。

仲裁庭是仲裁权的主体[6]，权力自临时组成仲裁庭产生，权力的终点是当事人仲裁权力的终止或放弃。仲裁庭被视为仲裁程序的灵魂，而在临时仲裁中或由于当事人无法达成合意或由于约定中仲裁员本身的一些问题会产生组庭僵局。《征求意见稿》第 92 条第 1 款规定，“专设仲裁庭仲裁的案件，无法及时组成

5 参见王小莉：论仲裁制度的诉讼化[J].仲裁研究,2005,(03):28-33.
6 参见郭树理：民商事仲裁制度:政治国家对市民社会之妥协[J].学术界,2000,(06):190-195.

仲裁庭或者需要决定回避事项的，当事人可以协议委托仲裁机构协助组庭、决定回避事项。当事人达不成委托协议的，由仲裁地、当事人所在地或这与争议有密切联系地的中级人民法院指定仲裁机构协助确定。”但对什么情况可以被认定为无法及时组庭，如何具体的协助没有明确规定。如何认定无法及时组庭的问题，《示范法》第 11 条规定三人仲裁庭在 30 天内当事人未指定或两名仲裁员在被指定定后 30 天无法就第三名仲裁员达成协议的，经一方当事人请求，由机构（或法院）加以指定；一人庭未就仲裁员达成协议的.....由机构（或法院）加以指定。这里设置了 30 天的明确时间来进行判断。《香港国际仲裁中心仲裁规则》也类似的对 HKIAC 介入指定的情形分别做了 15、30 天不等的明确规定。具体到对《征求意见稿》92 条规定的细化上，机构对无法及时组庭的介入作为程序推进的兜底手段，也应当选择明确规定期限的方式来作为最后保障，但如何设置合理的期限才能兼顾仲裁程序的高效性和当事人充分协商的自主性，需要进一步考虑。首先，需要明确，合意是需双方共同努力方可达成的，任何一方当事人向机构协助的请求，即可认为当事人双方尽了达成一致的可能，机构有理由对临时仲裁的组庭进行合理协助。其二，在机构介入的方式上，无论是在当事人达成委托协议亦或是法院指定的情况，都应当以当事人约定的 i 指定程序为优先参照，机构本身的程序为兜底保障。

在回避事项的决定上也存在需要明确的问题，即在当事人约定的程序中没有明确体现的，组庭后出现当事人异议或仲裁员披露的，一方当事人提出回避申请的情况下，仲裁庭本身是否有如《示范法》13 条所表述的对是否回避作出初步决定的权力，如果驳回当事人是否可以再向机构请求决定，也就是回避的决定权问题。这个问题下，首先要明确仲裁庭行使仲裁权的公正性中立性是仲裁制度的根本保证，同时需要再次关注到，仲裁机构提供的是支持和协助，是辅助性的，也就是在程序僵局和当事人一致需求的情况下才有必要有可能进行介入。本文认为，出于对仲裁庭正常行使仲裁权的充分尊重，仲裁庭有回避的初步决定权。对于三人庭或多人庭，即存在与回避申请无关的仲裁员的情况下，仲裁庭作出的是否回避的决定可以为终局决定，无需仲裁机构的协助确定。而又出于对程序公正的保障，在独任庭的情况下，当事人提出回避申请，除批露外仲裁员本身不认为有合理原因要求放弃其职位时，也应先由仲裁庭作出决定，当事人可以向法院申请异议，最终由法院辅助确定。

在确定仲裁庭组成后，权力进行让渡，仲裁程序的推进掌握在仲裁庭的手中。但仲裁机构仍有提供支持服务之必要，与组庭中既可依据当事人的委托又可依中院的指定而介入相区别，此处大部分情况只能依照当事人的明确委托进行协助。如可协助提供庭审场地，配备翻译和记录人员，提供预算编制和财务管理，帮助联系鉴定机构出具意见等。

（二）明确涉外临时仲裁裁决的执行力与法院的职权范围

1.涉外临时仲裁裁决的执行力

在临时仲裁裁决的执行上，《横琴规则》第四十七条规定的“.....请求珠海仲裁委员会确认.....确认后该临时仲裁视为机构仲裁”，属实是受制现行《仲裁法》的无奈之举。但临时仲裁的裁决书或调解书是否具有当然的执行力，需要进一步明晰。在我国现行仲裁法下，国内仲裁裁决执行力的取得属于附带赋权模式[7]，即立法直接赋予作为执行依据的法律文书以执行力，仲裁机构的生效法律文书同时具有既判力和执行力，法院仅仅在执行过程中进行审查。国外仲裁裁决的执行力系独立赋权模式，即生效的法律文书本身不具备执行力，需通过独立程序申请相关机关赋予其执行力，即需要“承认”后方具备执行力。“专设仲裁庭”规定在《征求意见稿》中第七章涉外仲裁中，但第七章中并未对此问题明确规定，则应按照《征求意见稿》第八十八条规定适用第六章执行中的其他规定。这样看来，临时仲裁的执行力与机构仲裁并无二致，即在法院依照八十二条第二款进行审查前，都不具备当然的执行力。本文认为此种设计具备其合理性。第一，从仲裁制度本身来说，仲裁权的来源对于机构仲裁和临时仲裁是相同的，并不因为程序的规范统一与否，或是否依靠机构管理而产生差别，因此其既判力和执行力在同一国家的司法体系下应当保持一致。第二，我国作为《纽约公约》的缔约国，应当本着一致对待的宗旨，解决本土仲裁裁决（包括涉外）与国外仲裁裁决的执行力却来源上的矛盾，外国仲裁裁决需要进一步审查获得”承认“以确认执行力，本土仲裁裁决同样需要法院“经审查认定执行该裁决不违背社会公共利益”后确认执行。第三，将执行力审查前置，更符合审执分离原则的要求。但需要注意，《征求意见稿》原则上的单轨制救济可能在后续实践中造成国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决在司法救济机会上的较大差别。《纽约公约》在司法监督问题上均已确立申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决的双轨制救济措施，涉外仲裁裁决的当事人既可以向仲裁地中级人民法院申请撤销裁决，也可以根据《纽约公约》规定向有管辖权的执行法院申请不予执行;而国内仲裁裁决在不违背公共利益的情况下，案涉当事人仅能向仲裁地中级人民法院申请撤销裁决，这种司法救济上的差别值得进一步关注。

2. 法院对仲裁庭决定的介入

仲裁的独立性是仲裁制度的核心原则之一。仲裁庭作为一种独立的争议解决机构，在仲裁程序中享有高度的自治权。法院不应干预仲裁庭在推进仲裁程序过程中的决策，这可能会干扰仲裁庭根据案件具体情况作出的合适决定。尤其是在临时仲裁过程中，仲裁庭通常面临高度动态和复杂的情况，必须灵活地处理各种程序性问题，如临时保全、证据交换等，这些问题常常需要仲裁庭在没有外部干

7 参见黄忠顺：《执行力的正当性基础及其制度展开》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 4 期，第 37 页.

预的情况下作出快速决策。

在涉外临时仲裁过程中，临时仲裁庭的职责不仅限于作出最终裁决，还包括在仲裁程序进行中做出诸如推进程序、裁定临时措施等决定。这些决定对案件的最终裁决起着至关重要的作用。然而，当事人往往在程序中遇到不公或认为仲裁庭的推进程序决定不当时，是否可以请求法院介入调整临时仲裁庭的决定，仍然是一个法律争议点。在英国法的条件下，《1996 年英国仲裁法》第 1 部分第 9 条规定，法院不得干预仲裁庭对争议事项的裁定，包括仲裁程序的中间决定。法院对仲裁庭作出的裁定的唯一干预渠道，是在仲裁程序完成后，针对裁决书等终局性文件提出撤销申请。法院通常不会干预仲裁庭在程序进行中作出的决定，即使当事人认为仲裁庭的推进程序决定不符合预期，也无法直接通过法院请求调整。

法院介入推进程序的决定会妨碍仲裁庭的灵活性和效率，影响仲裁作为争议解决机制的优势。临时仲裁庭作出的推进程序决定通常具有很强的实用性和时效性，若法院随时介入调整，将会使仲裁程序变得缓慢且低效，甚至可能导致当事人不得不重新审视是否继续选择仲裁这一机制。

而法院之所以有权对仲裁裁决书等终局性文件进行撤销，主要是为了确保仲裁过程中的合法性和公正性。这些撤销权应仅限于对仲裁庭作出的最终裁决进行审查，而非对仲裁庭在程序中的中间决定进行调整。仲裁庭的终局裁决决定了争议的最终解决，而临时仲裁庭的程序性裁定仅是推进案件的过程，不应被视为决定案件最终结果的关键因素。因此，法院对推进程序的决定不应有干预权，以维护仲裁庭的决策独立性和程序的高效性。

（三)仲裁员的报酬与职业保险保障

在普通法系国家，临时仲裁员的报酬保障依赖“双重制衡机制”：一方面，当事人与仲裁员通过《仲裁员协议》明确报酬计算规则（如小时费率或争议标的比例），英国皇家特许仲裁员协会（CIArb）甚至发布标准化条款范本；另一方面，立法赋予仲裁员对裁决书的法定留置权，形成刚性约束。以英国《1996 年仲裁法》第 56 条为例，仲裁庭可以要求当事人支付所有仲裁费用，包括仲裁员的报酬、开支和其他程序性费用。如果当事人未按时支付这些费用，仲裁庭有权行使对裁决书的留置权，直到费用被支付完毕。换句话说，仲裁庭在一定程度上可以以未支付费用为由，拒绝将裁决书交予当事人，作为强制当事人履行支付义务的手段。留置权机制通过将仲裁费用与裁决书交付挂钩，通过法定留置权替代司法诉讼，避免仲裁员单独起诉追讨费用，符合仲裁“高效低成本”的价值取向促使当事人及时支付相关费用。同时这一做法确保了仲裁程序的经济性和效率，使得仲裁庭能够在不受财务拖欠干扰的情况下作出裁决，保障了仲裁制度的公正性和有效性。

我国《仲裁法》未规定《仲裁员协议》制度，仲裁员报酬通常由仲裁机构规则单方确定（如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 72 条），尤其在临

时仲裁的程序下，缺乏当事人与仲裁员的协商机制。

对于裁决书的留置这一尖锐问题，笔者认为在制度构建初期不宜步子过大，首先在涉外临时仲裁的制度构建中，应明确当事人对仲裁员报酬和费用的支付义务，在仲裁协议或仲裁规则中规定清楚支付的时间、方式以及未支付时的后果。在《仲裁法》修订或后续司法解释中，可以参考新加波等地的做法，增设“临时仲裁庭对裁决书的附条件交付权”，允许仲裁员在费用未清偿时暂缓提交裁决书，但需设置 30 日的争议解决期，避免过度拖延。最后，配套规定法院的审查权，防止权利滥用，如限定仲裁员仅能扣留裁决书原件，需同步向仲裁机构或法院提交副本等。

2.

随着涉外国际仲裁的发展，仲裁员面临着越来越多的法律和职业风险，包括可能的责任风险、工作中的意外伤害或健康问题、以及其他不确定因素。[8]尽管仲裁员拥有一定的法律地位和保障措施，但在实际操作中，仲裁员依然可能因其在仲裁程序中的决策或行为而面临潜在的法律责任风险。因此，建立仲裁员保险制度，对尤其加强对于临时仲裁仲裁员的职业风险保障，于保障仲裁员个人安全、促进仲裁制度的公正性和独立性、提升仲裁员工作积极性具有重要的意义。引入职业责任保险制度极有必要。

在英国，仲裁员通常会根据自身需求选择是否购买职业责任保险。英国仲裁法允许仲裁员在仲裁过程中由于过失或失职而面临责任风险，因此仲裁员通常会为自己的职业行为投保。此外，一些仲裁机构，如伦敦国际仲裁院（LCIA）等，也提供仲裁员责任保险，确保仲裁员在执行职务期间若出现问题可以得到一定的法律保护。美国的仲裁员保险制度较为成熟。在美国，仲裁员不仅可以购买个人职业责任保险，还可以通过仲裁机构获得集体责任保险。许多美国仲裁机构，如美国仲裁协会（AAA）和国际争议解决中心（ICDR），都为仲裁员提供了保险选项。这些保险不仅涵盖仲裁员因职业行为导致的法律责任，还包括仲裁员的健康和事故保险。

我国在构建涉外临时仲裁制度时，也应当在现有的仲裁法和仲裁规则中引入仲裁员职业责任保险制度，明确仲裁员在仲裁过程中可能面临的法律责任，并为仲裁员提供相应的保险保障。这可以通过仲裁机构为仲裁员提供集体责任保险，或者鼓励仲裁员自主购买保险的方式，来降低仲裁员因职务行为产生的风险。

四、结语

高度尊重当事人意思自治是临时仲裁最突出的特征，临时仲裁的发展需要依托机构仲裁和司法的支持，但“仲裁机构介入涉外临时仲裁”中的“介入”是“支持、辅助、救济”，而非“侵入”。《仲裁法》的修订应细化仲裁机构介入涉外临

8 参见彭丽明：比较法视野下的商事仲裁员职业责任保险制度[J].武大国际法评论,2016,19(02).

时仲裁的相关规定，对 92 条“协助组庭和回避”的后续具体处理进行明确说明。在裁决执行中，取消双轨制解决了执行环节多年来的理论自洽难题，与国际公约更好接轨，但仍有问题需要研究关注。在涉外临时仲裁仲裁员的权益保障上，应从保障报酬和完善保险制度两个角度入手，完善配套保障机制，使我国制度与国际趋势更好接轨。

参考文献

江平,张礼洪.市场经济和意思自治[J].法学研究,1993,(06):20-25.

万鄂湘,于喜富.再论司法与仲裁的关系——关于法院应否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考[J].法学评论,2004,(03):60-69.DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2004.03.008.

沈四宝,薛源.论我国商事仲裁制度的定位及其改革[J].法学,2006,(04):67-71.

李建忠.临时仲裁的中国尝试：制度困境与现实路径——以中国自贸试验区为视角[J].法治研究,2020,(02):31-43.DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.2020.02.015.

毋爱斌.《仲裁法》引入临时仲裁制度体系论[J].社会科学家,2022,(04):104-112.

陈磊.临时仲裁程序僵局及其机构介入[J].新疆大学学报(哲学·人文社会科学版),2020,48(04):42-50.DOI:10.13568/j.cnki.issn1000-2820.2020.04.005.

彭丽明.比较法视野下的商事仲裁员职业责任保险制度[J].武大国际法评论,2016,19(02):198-219.DOI:10.13871/b.cnki.whuilr.2016.02.009.

2025年中国



中国国际法学会
Chinese Society of International Law

大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会
2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law

暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会
and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用
Strengthening the Rule of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

主办单位：中国国际法学会 大连海事大学
Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University

承办单位：大连海事大学法学院
Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日，大连
April 25-27, 2025, Dalian