涉外法治的法律渊源以维护国家主权、安全和核心利益为出发点，以不抵触主权国家的宪法规定、原则和精神为合法底线，以构建有效的涉外法治秩序为核心目标——

明晰法律渊源推动涉外法治建设

最高检涉外法治人才研修班 公开课

□莫纪宏

涉外法治，顾名思义，就是由涉外法的实施形成的法律治理状态。从法理上看，先有涉外法，然后有涉外法的实施，再形成“涉外法治”。一个主权国家“涉外法治”的法律渊源形式更加丰富和多样，除了包括主权国家立法机关制定的涉外法律法规，为主权国家立法机关或有关机关批准和参加的双边或多边国际条约和协定、对主权国家具有法律拘束力的国际性组织制定的国际法文件、在处理国际民商事案件中由当事人自愿选择的外国法、国际习惯法以及国际司法、仲裁和调解机构作出的裁决或决定等等，都可以成为涉外法治的法律渊源。能否成为涉外法治的法律渊源的根本标准在于，是否与主权国家的宪法规定、原则和精神不相抵触，以及这些法律渊源能否对主权国家形成具有拘束力的法律效力。

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》强调，加强涉外法治建设。涉外法治建设的核心要素就是在制度上明确涉外法治的法律渊源，唯有如此，涉外法治体系才能清晰地构建起来，涉外法治中“法”的治理功能和治理状态才能有效呈现出来。结合目前涉外法治建设的具体制度和实践要求，我国涉外法治的法律渊源主要有以下几类。

国内法中的涉外法律规定

一个主权国家涉外法治建设的法律依据首先来源于主权国家的国内法，包括宪法和具有涉外因素的法律法规中的各项具体规定。作为涉外法治的国内法渊源，我国宪法文本中有大量涉外的法律规定。此外，一些重要的法律法规中规定了涉外事务，还有一些专门针对涉外事务的法律法规。

宪法作为我国的根本法，对涉外事务作了不同角度的规定，既涉及对外国组织和公民在中国合法权益的保护，也涉及中国组织和公民在国外和境外合法权益的保护。例如，宪法第18条规定：“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资，同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业，都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。”宪法的上述规定为外国企业和公民在华投资和经营活动提供了宪法依据。根据宪法第50条的规定，“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益”，为工作和生活在国外的中国公民提供了宪法上的有效保护。

作为涉外法治的国内法渊源，刑法、民法典、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等我国大量现行基本法律和重要法规中都有关于涉外事务的相关法律规定。例如，刑法第7条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”上述是基于“属人主义”原则对“中华人民共和国领域外”的刑事犯罪行使刑事管辖权的规定。又如，民事诉讼法第5条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。”这是关于外国组织和个人在中国境内从事民事诉讼事务的相关规定。再如，刑事诉讼法第17条规定：“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”上述法律规定都可视为涉外法治的国内法渊源。

此外，我国还有很多专门规定涉外事务的法律，这些法律构成了涉外法治重要的国内法渊源，是涉外法律法规体系建设的重点和中心。截至目前，我国已先后制定、出台了缔结条约程序法、涉外民事关系法律适用法、对外关系法、外国国家豁免法等。涉外民事关系法律适用法第4条规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。”第5条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”第6条进一步规定：“涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”上述规定明确了涉外民事法律的渊源如何确立，对于识别和发现涉外法治的法律渊源具有重要指引作用。

我国立法机关制定的专门性涉外法律法规中，对外关系法是涉外法治领域最基础的法律渊源，该法集中阐述了中国对外大政方针、原则立场和制度体系，是对中国发展对外关系作出总体规定的基础性法律。对外关系法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、原则性规定，在我国涉外法律法规体系中具有基础地位，发挥指导作用。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。”该条款明确了涉外法治的法律渊源的确立标准，即不论作为涉外法治的法律渊源以何种形式存在和来源于什么途径，都必须纳入以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，才能合法地成为涉外法治的法律渊源。

双边或多边条约或协定

双边或多边条约或协定是法律效力较强的约束主权国家的非“主权国家国内立法机关制定法”性质的涉外法治的法律渊源。由于双边或多边条约在条约有效期内对签约的主权国家有明确的法律效力，不得由主权国家的国内立法机关随意变更、修改和废止，因此，双边或多边条约是涉外法治非常重要的法律渊源，是主权国家处理涉外法律事务的重要法律依据。例如，根据《中华人民共和国政府与意大利共和国政府关于打击犯罪的合作协议》《中华人民共和国公安部和意大利共和国内政部关于开展警务联合巡逻的谅解备忘录》，2016年5月，中意两国警方开始联巡，来自中国的4名警员在罗马和米兰开展巡逻，有效保护了中国游客和侨民的安全；2017年4月，中意警员在北京天坛进行警务联合巡逻。基于双边条约或协定，把本国的执法力量投射到国外或境外，体现了涉外法治的法律渊源本身形式的多样性，以及涉外法治中可以形成“治”的状态的法律形式的灵活性和丰富性。

国际性组织的重要国际法文件

主权国家批准和参加的重要国际法文件也是主权国家处理涉外事务的重要法律依据。例如，1997年10月对中国生效的《维也纳条约法公约》第26条明确规定了“条约必须信守”原则：凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行；第27条明确规定：一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。根据上述规定，只要是《维也纳条约法公约》的缔约国，除了按该公约规定作出的保留事项，该公约其他事务都对缔约国具有法律拘束力，是缔约国处理涉外事务必须遵循的法律渊源。

国际习惯法

国际习惯法是国际法的渊源之一，其构成要素包括国家的一致行为及法律确信，主要规则概括为7个基本原则，即主权、承认、同意、信实、公海自由、国际责任和自卫。主权国家在处理涉外事务中，必须严格遵循国际习惯法的各项要求。

由我国政府倡导的和平共处五项原则是处理各种涉外政治、经济和文化事务的国际法准则，也是涉外法治最重要的法律渊源之一。习近平总书记在和平共处五项原则发表70周年纪念大会上的讲话中强调，“和平共处五项原则为国际关系和国际法治树立了历史标杆”“五项原则涵盖国与国在政治、安全、经济、外交等方面和平共处的基本规范，为各国践行国际法治精神、建立正确相处方式提供了准确清晰、行之有效的行为准则”。1955年，万隆会议在五项原则的基础上提出处理国家间关系的十项原则，倡导团结、友谊、合作的万隆精神。20世纪60年代兴起的不结盟运动将五项原则作为指导原则。随后，五项原则被相继载入一系列重要国际文件，得到国际社会广泛认同和遵循。可见，和平共处五项原则自提出之后迅速走向世界，事实上已经取得了国际习惯法的地位。

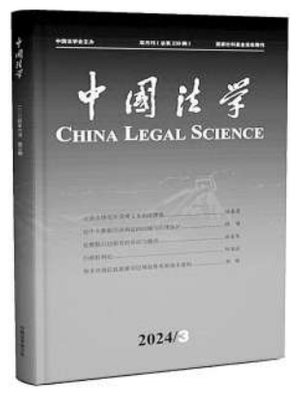
国际民商事案件中适用的准据法

在传统法学理论框架下，国际私法通常被划分至“国际法”领域；而在涉外法治建设理论框架内，国际私法可被视为典型的涉外法治的法律渊源。除了规定一般国际私法规则的国际法之外，国际私法突出强调的是在处理国际民商事事务中的当事人意思自治原则。根据当事人意愿选择的本国法或外国法，成为处理具体国际民商事纠纷的准据法，构成了对具体案件有效的法律依据。根据当事人意思自治原则，在相互冲突的特定国家的法律中由当事人选择的准据法，只对具体案件中的当事人具有法律拘束力。依托主权国家批准和参加的相关国际法文件，在具体国际民商事案件中作为处理法律争议和纠纷的准据法的，具有司法上的执行力，构成了实质性的涉外法治的法律渊源。目前，《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》《选择法院协议公约》都为国际民商事案件中确定适用的准据法提供了多元化的执行机制。

涉外法治的法律渊源以维护国家主权、安全和核心利益为出发点，以不抵触主权国家的宪法规定、原则和精神为合法底线，以构建有效的涉外法治秩序为核心目标。当前，除了要进一步加强涉外领域立法工作，不断构建和完善国家立法机关制定的涉外法律法规体系之外，还需转变涉外法律实施观念，把涉外法治实践中证明是有效和管用的构成涉外法治的法律基础的各种形式的涉外法汇聚在一起，形成科学、有效的涉外法治的法律渊源，以此推动涉外法治体系建设，提升涉外法治工作水平。

[作者为中国社会科学院法学研究所所长、研究员，本文获中国社会科学院学科建设“登峰战略”资助计划资助（编号DF2023YS33），系中国社会科学院2023年重大创新项目“全面依法治国总体格局基本形成研究”（项目编号：2023YZD021）阶段性成果]

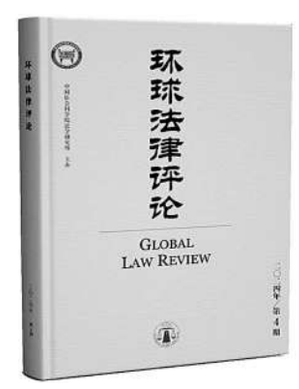
纵览 OVERVIEW



中国政法大学国际法学院教授朱利江：将国际裁判中司法政策的运用纳入法治化轨道

无论是规则定向的国际法思维还是政策定向的国际法思维，均承认国际裁判中存在体现国际裁判主体特定价值追求、哲学理念、道德倾向或利益偏好的司法政策，即“法官自己在适用法律时信奉的政策”。依据对象的不同，国际裁判中的司法政策可分为宏观、中观与微观三类，宏观司法政策体现在裁判主体层面，中观司法政策体现在类案层面，微观司法政策则体现在个案层面。根据使命的不同，国际裁判主体有临时和常设之分，通常情况下，常设国际裁判主体更易形成司法政策，且包括宏观、中观和微观司法政策，临时国际裁判主体（如仲裁庭、独任仲裁员）往往只能形成微观司法政策。国际裁判主体凭借“国际法渊源”“国际法规范”“条约解释”“附带意见”“司法建议”五种司法技巧将司法政策巧妙地“溶解”在其裁判中。这种司法现象的产生与国际法的模糊性、国际争端的政治性、国际裁判权的独立性密切相关。

目前，国际裁判主体在运用司法政策时存在“法治真空”的问题。国际裁判中司法政策的法治化应守住基于国际法的“底线”、符合国际法宗旨和目的的“中线”以及顺应国际法发展规律和趋势的“高线”。应从三个层面着手推动和构建国际裁判中司法政策的法治化：价值层面，国际裁判主体应坚守法治化标准；规范层面，国际裁判主体服务的国际社会可制定规制国际裁判的司法政策文件；机制层面，国际社会可考虑对有些国际裁判主体的裁判程序增设监督机制。我国已对国际裁判主体表达正当期待，未来还可在国际裁判人员的选举、国际组织决议草案及条约修改草案的提交等方面发挥更积极的作用。



山东大学法学院教授黄世席：源代码规制应立足国家安全和数字主权

从一般意义上理解，源代码是一组以人类能够理解的文本形式编写的计算机程序、指令或规则，是程序员在使用编程语言创建软件时编写的可读指令，用于指示机器执行特定任务，包括对大量个人和非个人数据进行算法处理。获取源代码可以了解软件的工作原理，以及对软件成功至关重要的信息。随着人工智能和数字经济快速发展，源代码及其算法系统正在被越来越多地纳入数字贸易协定，主要内容就是禁止缔约方把要求访问或转移源代码作为进入本国市场的条件，但允许某些例外情况存在。

源代码条款旨在确保软件开发者能够信任其运营的市场，鼓励创新并确保公司使用的源代码受到保护，而缔约方不会以转让或访问源代码以及其算法作为市场准入的条件，其目的是反对强制技术转让，但同时也影响了技术的可得性。源代码禁令规定的范式差异不大，但是鉴于科技发达与发展中经济体存在的数字鸿沟，同时技术发达国家需要为本国的数字治理提供一些空间，源代码禁令的规定也存在一些主要争议和例外，且此类问题带来的分歧正在挑战全球数字治理的一般原则。尤其是，为了满足缔约方监管和司法需求，贸易协定中的源代码例外规定允许缔约方为了国家利益而获取其他缔约方工商业的源代码，以确保数字技术符合个人权益和社会价值观。

作为发展中国家，中国针对源代码的规制问题应有如下考虑：首先，尊重数据主权，尊重各国根据自身国情自主选择数字发展道路的权利；其次，在维护国家安全的前提下对源代码的跨境转移和获取问题进行规制；再次，可逐步接受当前贸易协定中发达国家起草的源代码禁令的规制方法，但应在中国国情的基础上规定有条件的例外情况；最后，在坚持维护以国际法为基础的国际秩序的基础上，积极参与全球数字经济治理，建立健全数字贸易治理体系，推动数字贸易改革创新发展，提出促进数字贸易健康和包容性发展的中国方案。

（以上摘自《中国法学》《环球法律评论》，高梅整理）

反制“长臂管辖”的模式选择及检察参与

观察 OBSERVATION

□施鹏鹏 陈薇因

习近平总书记强调，“要运用法治手段开展国际斗争。坚持统筹推进国内法治和涉外法治，加强涉外领域立法，进一步完善反制裁、反干涉、反制‘长臂管辖’法律法规，推动我国法域外适用的法律体系建设”。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》明确提出，健全反制裁、反干涉、反“长臂管辖”机制。“长臂管辖”是指依托国内法规的触角延伸到境外，管辖境外实体的做法。以反腐败、数据主权、人权保护等为借口，以正当目的掩盖实际内核施行的域外管辖权一直是“长臂管辖”的重要手段。为应对美国不断变化和拓展的“长臂管辖”政策，以及手段多样、形式丰富的用于伪装“长臂管辖”目的而经常更新调整的相关法律法规和政策，必须强化法治思维，运用法治方式，基于我国国际合作的价值目的选择合适的反制模式，积极应对“长臂管辖”的挑战。

反制“长臂管辖”的两种模式

运用法治思维、法治方式反制“长臂管辖”，保护本国实体和个人免受侵扰，主要有“防御型”和“反击型”两种模式。

“防御型”反制模式通过较为有限、被动的方式维护自身利益，避免本国或本共同体国家自然人或法人无端遭受他国“长臂管辖”的攻击，以英国、南非、墨西哥、欧盟等为代表性国家和共同体。为限制“长臂管辖”相关法律政策的适用范围，减轻其影响，“防御型”反制模式以制定“阻断法令”（Blocking Statute）为主要应对方式。其中，最具代表性的是欧盟2018年更新的《阻断法案》。法案赋予欧盟成员国向欧盟委员会提出阻断“长臂管辖”不利影响的申请的权利，欧盟成员国的申请人（自然人或法人）随附申请提供相关立法中域外管辖权的确切规定及其后续行动，说明其可能造成的损害和相应证据。经欧盟委员会依《阻断法案》所确立的标准进行评估，如发现有充分证据表明域外第三国立法中域外管辖权的实施将对受其保护的利益造成严重损害，委员会应迅速采取适当措施进行阻断。欧盟阻断评估标准包括但不限于以下三点：（1）第三国是否对申请人采用行政或司法调查手段；（2）申请事项及申请人是否与第三国之间存在实质性联系，即第三国立法的域外适用是否具有足够的依据；（3）是否对经济活动产生不利影响，例如是否会导致申请人遭受重大损失。

“反击型”反制模式，以俄罗斯为代表。该模式并不单独设立如欧盟般严格意义上的阻断法案，也不设置相应的信息披露制度。俄罗斯2018年出台《关于影响（反制）美国和其他国家不友好行为措施法》，以反报方式直接反击美国长期以来的对俄制裁措施，以立法形式保护俄罗斯联邦、法人及自然人免受对其实施的政治和经济制裁，以及其他威胁领域完整、破坏经济和政治稳定的行为的影响。此外，俄罗斯对美国等西方国家的新一轮制裁针对性出台系列对等制裁反制措施，例如2022年3月出台不友好国家和地区名单，制定相关清单限制部分产品和原料出口，以卢布结算方式支付外债、出口天然气等。

反制“长臂管辖”的模式选择

我国国际合作广泛凝聚国际共识，以公平正义、尊重主权、平等互鉴、合作共赢、共商共建、遵循法治、信守承诺为目的。基于我国国际合作的价值目的追求，反制“长臂管辖”应兼采“防御型”反制模式和“反击型”反制模式。通过借鉴欧盟的预防和制约措施，以及俄罗斯的对等报复和惩罚措施，我国可以更加有效地应对“长臂管辖”的不利影响，在保护我国法人和自然人合法权益免受美国域外管辖权不当干预的同时，积极把握管辖主动权：首先，加强国内立法和行政措施，对美国“长臂管辖”进行限制和制约，保护本国公民和法人的合法权益；其次，采取对等报复和惩罚措施，对美国“长臂管辖”进行反制，维护本国的国家利益和尊严；再次，加强与其他国家的合作与协调，共同应对美国“长臂管辖”的挑战。

检察机关参与反制“长臂管辖”的具体措施

随着国际合作的日益加深，在兼采“防御型”和“反击型”反制模式下，检察机关可采取一系列具体措施应对美国“长臂管辖”，以更好维护我国主权和尊严，保护我国公民、法人的合法权益。

积极参与国际司法协助，自觉肩负对外联系机关、主管机关及办案机关的责任。国际司法协助是不同国家的司法机关在收集信息、情报或证据调查时寻求和提出相互援助的国际合作形式。检察机关在对外执法司法合作过程中应积极承担相应对外联系机关、主管机关及办案机关责任，主动与国家监察委员会、最高人民法院、公安部、国家安全部等部门配合，予以协助。检察机关应与其他主管机关加强交流、明确分工、互相配合、提高协作的流畅性和默契度，积极促成对外执法司法合作机制有效运转。

严格对待请求国提出的证据申请，谨慎对外提供证据材料。我国国际刑事司法协助法第4条规定，没有经过中国主管机关的同意，外国机构、组织和个人不得在中国境内进行该法规定的刑事诉讼活动，中国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料。检察机关作为法律监督机关，把握着众多证据材料，应在国际刑事司法协助中审慎提供证据材料，经过充分研判后答复请求国证据申请。

积极参与办理移管被判刑人案件，保障“长臂管辖”受害主体基本权益。根据我国国际刑事司法协助法，中国可以向外国请求移管中国籍被判刑人，被判刑人移管回国后由主管机关指定刑罚执行机关先行关押。面对被“长臂管辖”追诉的被判刑人，移管程序启动后，检察机关应制作刑罚转换申请书并附相关材料，提请刑罚执行机关所在地的中级法院作出刑罚转换裁定，保障受害主体基本权益。

积极推进国际执法合作，利用临时措施保全“长臂管辖”下的资金安全。国际执法合作通常发生在案件调查初期，合作形式较为灵活，一般涉及资产追踪与调查措施、紧急临时措施和信息披露等合作措施。我国检察机关应积极配合公安机关向合作国提出合作申请，通过临时措施保全“长臂管辖”影响下法人或自然人的资产，为我国管辖权获得主动性奠定现实基础。例如，荷兰、瑞士、秘鲁等国家会直接将请求国控制或扣押资金的请求转交至检察官处，由检察官向请求国提供与本国国内相同的控制或扣押资金的临时措施。如在该国有可能被“长臂管辖”约束的受害主体，临时措施的紧急保全能够很大程度避免美国“长臂管辖”对相关资金的控制。

积极探索检察国际非正式执法司法合作程序。除国际刑警组织外，为了满足国际合作迅速、快捷的现实需求，各国开始探寻更为直接、高效和密切的非正式合作渠道。非正式合作的程序较为简单，主要通过合作主体之间点对点的联络展开，其中，与外国同行之间的联系是非正式合作程序的主要渠道之一。与外国检察机关加强沟通联络，能够更迅捷地获取重要信息，有效增加国际执法司法合作的可行途径。

扩展检察民事公益诉讼范围，保护社会公共利益。公益诉讼检察是检察机关法律监督职能的重要组成部分，扩展检察民事公益诉讼范围能够助推社会公共秩序的稳定和社会公序良俗的维护。当社会公共利益因“长臂管辖”而遭受侵害时，检察机关作为公共利益的代表，可探索提起公益诉讼或支持“长臂管辖”受害主体起诉。

延伸运用民事支持起诉制度，扶助特殊情形下的跨国商事诉讼主体。民事支持起诉制度设置的初衷是保护诉讼能力较弱的群体。反外国制裁法第12条规定：“任何组织和个人均不得执行或者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。”检察机关可以在遵守民事诉讼原则和尊重我国公民、组织意愿的基础上，探索延伸运用民事支持起诉职能，将该类民事案件纳入支持起诉范围。

（作者单位：中国政法大学纪检监察学院）