

中国崛起、对外关系法与法院的功能再造

蔡从燕

摘 要 中国法院尤其是最高法院新近实施了一系列可以被认为是蕴含着新的重大司法政策的措施,即中国法院试图通过强化参与对外关系助力中国的和平崛起,从而实现中国法院的功能再造。对外关系法框架不仅为中国的这些最新司法实践提供了整体性的解释,更重要的是为推动中国法院进一步参与对外关系提供了理论指导与比较法借鉴。中国特殊的对外关系法角色结构可以有效降低法院参与对外关系时可能存在的风险,同时使中国的法院发挥许多其他国家的法院所不具备的功能。不过,强化中国法院参与对外关系还需要观念、制度与机制等方面的支持。

关键词 中国崛起;对外关系法;中国法院;司法实践;国际法

中图分类号 D990;D993.7 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2018)05-0130-14

基金项目 国家社会科学基金重点项目(15AZD081)

一、引言

众所周知,在英美等许多国家,司法实践是国际法研究的一个重要进路。然而,长期以来,法院鲜有成为中国国际法学者的研究议题。不过,这种状况正在发生变化。比如,何其生教授提出“大国司法”概念,结合中国国际民事诉讼制度的若干问题,阐述了“大国司法”在中国成为大国的情况下应该具有的竞争性、服务性、合作性等司法理念^[1](P133);刘敬东教授认为,中国的国际民事诉讼制度与其大国地位不匹配,应当以大国司法的理念重构中国民事诉讼制度^[2](P3);笔者也曾经通过考察中国法院运用国际条约的结构讨论中国法院对于中国和平崛起的作用^[3](P272)。在实践层面上,近年来中国法院尤其最高法院采取了一系列司法措施或行动,这些举措很难用一般意义上的国内法和国际法框架加以理解。

这些新的理论动向与实践发展表明,中国国际法学术界与实务界已经开始自觉地探索中国法院在中国崛起中的新作用,这可能预示着中国国际法研究与司法实践的一个重要趋势。尽管如此,从国际经验与中国实际情况来看,既有努力还是初步的、零碎的。就理论研究而言,国际民事诉讼制度显然只是司法实践的一个组成部分,而法院适用国际法也不足以完全揭示法院在助力中国崛起中可以发挥的作用;就司法实践而言,根据中国崛起为法院提供的机会以及对法院提出的要求,有必要进一步更新观念,采取更深入的应对措施。

在日益深化的全球化背景下,一国的对外事务与内部事务犬牙交错,这导致国际法律秩序与国内法律秩序的传统界限趋于模糊。因此,囿于国际法与国内法的传统两分法思维难以准确界定特定的法律问题以及确定可能的解决方案,有必要确立一个能够体现“对外—内部事务”治理变迁的新框架,即对外关

系法。其根本原因是,对外关系法回应了对外与对内事务治理的变迁,摆脱了传统的国际法与国内法两分法思维,它对于作为新兴大国的中国尤其具有重要价值。

二、法院在一国对外关系法中的作用

在全球化背景下,一国的国内事务与国际事务日益犬牙交错,有别于传统的国内法或国际法的对外关系法由此成为一个日益重要的规范体系。在这个规范体系中,法院长期以来被认为是无关紧要的,但这种状况随着国内事务与国际事务的相互交融而发生了重要的变化。

(一)对外关系法及其新趋势

迄今为止,几乎只有美国学者普遍地使用“对外关系法”这一概念,并把它作为独立的研究领域。然而,对外关系法并非只是一个学理概念,它还代表着在各国法律秩序中客观存在的一个特殊规范体系,其重要性随着国内与国际事务治理的变迁以及国内与国际事务互动的深化与日俱增。从美国、英国、加拿大、澳大利亚与新西兰等国家的实践来看,对外关系法大致是指有关一国在国内层面上与其他国家或国际组织间进行互动的法律制度,比如一国开展对外关系时的权力分配与行使、国际法的国内实施以及国内法的域外适用等。对外关系法与人们通常所说的国内法与国际法都有所不同。一方面,对外关系法在国内场域运行,因而本质上属于国内法或国内法律过程。然而,一般意义上的国内法——即使包含了涉外因素——并不涉及与其他国际公共权威的互动,而对外关系法涉及与其他国际公共权威的互动,尤其可能影响其他国家行使主权。因此,对外关系法与一般意义上的国内法在法律基础与价值等方面均有所不同。比如,在一国法院对政府提起指控时,如果私人对本国政府提起求偿,则法院适用国内行政法,据此确定私人与政府间的公私关系;如果私人对外国政府提起求偿,则适用该国的外国主权豁免法与关于国家豁免的国际法,法院同时确定私人与外国政府间的公私关系和所在国政府与外国政府间的主权关系。另一方面,对外关系法与一般意义上的国际法也有所不同。国际法(如1969年《维也纳条约法公约》第26条)原则上只规定主权国家在国际层面上的权利义务关系,但不规定它们如何在国内层面实施,而后者对于国际法的有效性无疑至关重要。

对外关系法存在的一般理据是一国的内部事务有别于对外事务治理,这一理据主要是由洛克阐发的。洛克主张针对国内事务采取法律治理模式,即立法机关制定法律并由行政机关执行。由于一国不需要总是制定法律,因而不需日常性地行使立法权,立法部门也就不需持续性地存在。但是,法律必须持续地执行,因而行政权必须日常性地行使,行政部门也就必须持续性地存在。洛克认为,经常性发生的国家间的关系处于自然状态,缺乏有效的实证法加以约束,它们应该由常设行政部门的工作人员凭其深谋远虑,为举国谋取公共福利。行政部门的这一权力就是“对外权”^[4](P91-93)。总之,洛克认为国家作为一个整体开展对外关系,议会不应当介入对外关系领域;国家间关系处于自然状态,因而不存在国际法在国内的适用,包括司法适用。洛克的主张在实践中产生了广泛影响^[5](P39)。

然而,随着时间的推移,国际关系治理的基础、观念与工具逐渐发生变化。从整体来看,一国内部事务与对外事务治理的差异趋于减少,国际法日益成为重要的国际关系治理手段。2005年通过的《世界首脑会议成果文件》更是提出实现“国际法治”的目标^①^[6]。就对外关系法的发展而言,当代国际法出现的三大发展趋势尤其重要。第一,随着议题日益增加、内容日益复杂以及约束日益强化,国际法对于各国的主权权威都构成了强大的制约,以至于近年来出现了“国家的回归”^[7]和逆全球化现象。比如,一些国家启动或考虑启动国内法律程序,退出之前接受的条约,从而成为当前国际社会面临的一个重大挑战。突出的例子是,最近英国决定“脱欧”以及美国退出《跨太平洋伙伴关系协定》和《巴黎气候协定》等事件。这些事件引发了广泛争议,但客观上有助于促使人们从国内层面上反思对外关系法中的某些制

① 当然,各国对于国际法治的含义、实现方式以及实现程度都存在不同的认识。有关中国的立场,参见中国代表郭晓梅在第63届联大六委关于“国内和国际的法治”议题的发言(2008年10月3日)。

度——比如条约谈判、履行及退出制度——的妥当性或有效性。第二,国际法日益影响私人的利益,其结果是,国际法日益从作为公法人的主权国家间的“公—公关系过程”发展到私人与包括主权国家在内的国际公共实体间的“公—私关系过程”^[8](P187-188,197-198)。私人因素的介入或增加对国家在对外关系中的整体性价值与功能带来了挑战。第三,国际法的国内实施日益受到重视。不断深化介入国内治理是冷战结束以来国际法发展的主要特征之一,有效的国内实施机制对于维护国际法的有效性越来越重要。

国际法发生的上述变化促使晚近的对外关系法呈现出以下重要的发展趋势:

第一,代议机构更多地参与,尤其先期性地参与对外关系过程。国际法日益介入国内事务使得立法权更加受到制约。如果代议机构不能更有力地参与对外关系过程,其结果或是代议机构只能接受行政部门的谈判成果从而对国内法做出可能超出其预料的修改,由此在国内引发纷争;或是拒绝或推迟接受这些结果,由此损害国家声誉。以作为对外关系法核心内容的缔约为例,晚近越来越多的国家改革缔结条约程序法,基本方向之一就是让代议机构更早地参与缔约过程。比如,即使在实行“二元论”的英国,1997年起,议会要求行政部门必须就每个拟加入或接受的条约提交解释备忘录,解释英国在特定条约中的主要利益。2002年美国通过的《两国贸易促进授权法》第2102条明确规定了美国在WTO及其他多边贸易协定等17个领域的谈判目标,并要求行政部门与国会进行密切磋商。2014年,欧盟理事会发布《<跨大西洋伙伴关系协定>(TTIP)谈判指令》,规定了欧盟在服务贸易等诸领域的谈判目标。

第二,私人更多地参与对外关系过程。国际法日益影响私人利益,私人行动能力不断增强促使私人更多地介入对外关系过程。同样以缔约为例,越来越多的国家逐渐愿意向公众提供缔约信息以获取公众支持,并直接吸纳私人参与缔约谈判,其中的代表性国家是美国。20世纪70年代以来,美国国务院制定的相关条例规定,在国务卿或其指定人认为情势允许的情况下,应当允许公众评论所缔结的条约。美国同时公布相关条约范本供公众评论,产业界人士或其他公众经常作为美国代表团成员参加谈判^[9](P778-779)。近年来,虽然欧盟委员会认为确保TTIP谈判方之间的信任需要一定程度的保密性,因此某些谈判文件只能提供给欧盟成员国,但它仍然向公众公布了与谈判有关的许多文件,以回应私人对于诸如食品安全、数据保护之类的关切^[10]。在频频采取包括街头运动在内的政治性方式的同时,私人也更多地采取诉诸法院的方式参与对外关系。

第三,法院更多地参与对外关系过程。近年来,国际法与国内法的发展总体上都出现了有利于法院参与对外关系过程的趋势。从国际法方面看,虽然一国根据一般国际法——比如习惯国际法——并没有义务允许个人在法院援引国际法规范,但越来越多的条约或明示或默示个人可以这么做^[11](P118)。从国内法方面看,国家为实施国际法创设新的制度,或者利用既有制度促使法院参与对外关系过程的意愿逐渐增强。比如,更多的国家制定国际罪行法典^[12](P147),这为法院行使普遍管辖提供了便利,这一趋势在美国表现得最明显。在20世纪80年代前的美国,个人基于违反国际法在美国法院提起诉讼或被诉尚未获得广泛认可。1980年的Filártiga案判决激活了休眠两个世纪的《外国人侵权求偿法》(ATCA),该案判决认定法院可以根据ATCA对违反国际法的外国政府官员行使管辖权。1995年的Kadic案判决进一步认定法院可以以外国私人违反国际法为由根据ATCA行使管辖权。尤其是,2004年联邦最高法院做出的Sosa案判决给法院根据ATCA行使管辖权吃了颗“定心丸”,即私人可以径行根据ATCA对违反国际法的行为提起诉讼,不需要国会另行制定法律规定诉由^[13]。这加速了美国法院经由诉讼路径介入对外关系的进程。Filártiga案,尤其Sosa案后,美国法院受理的ATCA案件数量大幅上升,截至2008年,法院据此受理的案件达185起^[14]。在欧洲,一些国家的法院也频频以惩治国际犯罪为由行使普遍管辖权^[15](P117-124)。

不过,不同国家的对外关系法之间存在着许多差别,这表明一国的对外关系法往往取决于该国的特

殊性。这一特殊性至少体现在三个方面:第一,一国的宪法架构。毋庸置疑,美国的对外关系法之所以备受关注,其中一个重要原因就是美国的特殊宪法架构,包括三权分立与联邦主义^[16](P31-62, 151-170)。第二,一国的整体法治状况。一国开展对外关系既是为了参与国际关系治理,也是为了实施国内治理。因此,一国的整体法治状况必然影响对外关系法实践。比如,如果一国不重视私权保护,则很难想象它会接受相对豁免原则从而允许私人对外国政府提出求偿。当然,在国际关系与国内关系之间的差别仍将长期存在——即便趋于减少——的情况下,对外关系法很难“正常化”,即实行与国内关系相同的治理。针对对外事务的“例外主义”将在一定的程度上长期存在^[17](P1901)^[18](P298)。第三,一国的国际地位。如前所述,对外关系法涉及与其他国际公共权威之间的互动,因此,一国的国际地位势必会影响其对外关系法的实践。一般来说,与中小国家相比,大国开展对外关系的利益更大,因而大国的对外关系法更有影响力。以美国为例,美国在20世纪里不断主张域外管辖权,甚至存在着以对外关系法取代国际法以规范美国与其他国家间关系的可能性^[5](P13-14)。一个突出的例子是美国通过的《赫尔姆斯—伯顿法》,该法旨在制裁在古巴从事商务活动或涉及此前被古巴征收的美国人财产的任何个人与实体。该法从美国宪法的角度来看不存在明显的问题,但国际法学者普遍认为它违反了国际法。尽管如此,不可否认美国在对外关系法实践中总结出来的诸如“自执行条约”“非自执行条约”“政治问题原则”等概念在不同程度上被许多国家所接受^[9](P27),这体现了美国作为大国的法律话语权。

(二)法院在对外关系法中的作用

美国法院在参与对外关系方面拥有极为丰富的经验^[19](Pviii),因此,本文以美国为个案评估法院在对外关系中的作用。《美国对外关系法诠释》(第三次)的首席报告员路易斯·亨金的主张代表了多数美国学者在此问题上的观点^①。在1990年出版的《宪政主义、民主与对外事务》中,亨金对于法院未能在美国对外关系中发挥应有作用提出了批评,他不认同法院遵从行政部门的两个传统理由,即行政部门是专家以及一国在对外关系中必须用“一个声音说话”^[20](P70-71)。亨金既不低估对外事务的重要性与行政部门的专业知识或诚信,也不高估法院的能力,但不接受那种认为从宪法目的看对外事务总是“特殊”的观点。他认为,法院“有理由对行政部门给予适度的遵从,但不是过度的遵从,即适度的司法谦让,但不是过度的谦让”^[20](P71-72)。他明确主张“为确保我们的立宪民主,至少与在其他领域内一样,在对外关系领域内有必要进行司法审查”^[20](P78)。不过,亨金后来的态度似乎趋于谨慎,在1996年出版的篇幅数倍于前书的《对外事务与美国宪法》中,亨金只用了很少的篇幅讨论司法审查问题,也没有重申此前的主张^[16](P131-148)。并且,他似乎接受基于法院实践总结出来的结论,即法院的作用是支持性的^[16](P148)。

当然,关键的问题是美国法院在对外关系实践中到底做了什么。亨金注意到,一方面,在20世纪90年代中期,美国法院已经增强了保护对外关系行动中私人权益的意愿,但由于法院往往高度重视国家利益的权衡,因而私人诉求获得法院支持的并不多;另一方面,法院在监督对外关系权力的分配——包括联邦与州之间的关系以及国会与行政部门之间关系——等方面基本没有发挥作用。在涉及对外关系的案件中,法院往往利用诸如宪法问题原则以及政治问题原则对司法权进行自我设限^[16](P134, 142-147)。如前所述,Kadic案后美国受理的ATCA案件大幅上升,但统计数据显示,在绝大多数案件中原告诉求最终被驳回^[21](P810-811)。

的确,解决争端是法院在对外关系中发挥作用的一个重要方面。在原告看来,法院似乎没有发挥应有的作用,因为他们的诉求大多被驳回。尽管如此,对上述185起案件的统计表明,原告仍然至少在19起案件中获得胜诉,在5起案件中与被告达成和解^[21](P811),这表明法院提供的救济仍然不可低估。

更重要的,解决争端不能被认为是法院唯一能够发挥的作用。法院的作用至少还体现在三个方面。

① 波斯纳和桑斯坦是两位罕见的认为美国法院应该在现有基础上进一步强化对行政部门的遵从或谦让的美国学者。

第一,法院在解决争端过程中解释了法律,这有助于提高一国的国际法律话语权。因为与一般意义上的国内法相比,对外关系法律过程从技术上看更加复杂,这导致多数国家的法院缺乏经验;从内容上看大量涉及国际法律规则的适用,这些司法适用可能影响国际法律规则的变迁,因而一国法院在对外关系过程中的法律解释有利于提高一国的国际法律话语权。美国通过对外关系领域的司法实践获得了极大的法律话语权。F. A. Mann 认为,美国法院关于对外关系中可裁判性的实践“既丰富又具有启发性”^[22](P63),麦克拉兰也认为美国对外关系法对其他国家具有启发性^[5](P13),而《美国对外关系法诠释》(第三次)更是被诸如国际投资仲裁庭之类的国际争端解决机构频频引用。第二,虽然法院参与对外关系过程可能干扰行政部门的对外关系决策,但实践表明,法院在绝大多数情况下还是“遵从”行政部门的决定。不仅如此,这种参与反而可能有利于一国的整体对外关系决策。其原因是,行政部门可以以无法阻止法院行使司法权为由缓解其面临的相关外国政府或私人施加的压力^[23](P20),甚至可以以向法院阐述国家利益的方式向相关国家表示“善意”^①^[24](P1090-1092),从而获取该国在其他方面做出让步的可能。换言之,在对外关系领域,司法部门与行政部门有分工合作的可能。第三,法院参与对外关系过程有助于保障一国的整体法治。如所周知,在全球化时代,各国的行政部门扩张权力是一个普遍的现象,这对于有效应对日益复杂的国家治理挑战是必要的,但可能带来的因国家治理权力结构失衡而损害法治的风险也不容低估。虽然对外事务中采取有别于国内事务中的法治标准在很多情况下是正当的,但这并不意味着不需要在对外关系领域实现法治。以美国为例,在“9·11”事件后,美国行政部门大幅扩张其在对外事务中的权力,导致出现诸如使用酷刑的行政方式,在一系列重要案件中行政部门被法院判决败诉^[25](P117-124),这表明法院在对外关系领域已成为维护法治、遏制行政部门权力的重要力量。

20世纪90年代以来,法院参与对外关系出现了一种新形式,即跨国司法对话^[26](P65-100)。跨国司法对话既表现为人员交往,如不同国家法官之间的对话,也表现为一国法院在司法实践中对他国司法实践的态度,如一国法院在审理特定案件时赞成或反对他国法院的相关司法意见。跨国司法对话不仅强化了国内法院的国际法实施功能,而且使其有可能具有国际法造法功能。

二、中国对外关系法角色结构中的法院

中国崛起将是21世纪中影响最为重大且深远的历史进程之一。影响这一进程的行为体是多样的,考察这一进程的视角也是多元的。法院就是其中的一种行为体和研究视角。

(一)和平崛起与中国对外关系法

与绝大多数国家一样,对外关系法在中国也尚未成为一个独立的研究领域。然而,一国对外关系法的受重视程度与该国的国际地位密切相关。一方面,随着中国作为新兴大国的崛起,中国的对外关系法实践必然对国际法律秩序产生重要影响;另一方面,在晚近国际关系的治理模式发生前述重大变化的时代背景下,对外关系法对于中国实现和平崛起具有特殊的意义。事实上,中共十八届四中全会提出的“增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力,运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益”^[27]之新法治战略,已表明中国政府意识到法律对于中国崛起的重要性。

对外关系法对于中国实现和平崛起具有特殊的重要性,其主要原因有三。第一,对外关系法有助于中国参与甚至引领制定新的国际法律规则。随着科技进步、经济发展、国际交往等因素的变化,当前国际社会在诸如网络安全、空间活动等众多领域正在制定新的国际规则。对外关系法实践表明一国在国内层面上与其他国际公共权威的互动,能为一国有效参与制定新的国际规则奠定坚实的基础。第二,对外关系法有助于中国重塑既有的国际法律规则。当前,大量的既有国际法规则正在重塑。比如,在晚近国际投资仲裁实践中,20世纪20年代初形成的被确认构成习惯国际法规则的“最低待遇标准”引发了激

① 在法院审查的对外关系案件,美国行政部门经常通过提交“利益声明”或“法庭之友陈述”的方式表达其立场,美国在这些文件中往往在一定程度上表达支持外国政府立场的态度。

烈争论。因此,对外关系法实践有助于中国参与重塑既有国际规则,弥补以往国际造法参与不足的缺憾。第三,对外关系法有助于树立中国作为法治友好型国家的形象。中国的崛起引起了个别国家的担忧,这些担忧部分涉及中国是否在对外关系中奉行法治原则,尤其在遵守国际法律义务等方面。对外关系法的实践有助于展示中国作为国际法治的“坚定维护者和建设者”的形象^[28],从而减少国际社会对中国崛起的顾虑。不仅如此,在十八届四中全会确立的全面推进依法治国的法治战略中,“依法治国”所指的法应当包括对外关系法^[29](P131-142)。

事实上,随着中国和平崛起进程的不断推进,近年来中国的对外关系法已经有了重要发展。首先是强化程序性的对外关系法建设。以对外经贸领域为例,2015年5月5日,中共中央与国务院联合发布《关于构建开放型经济新体制的若干意见》,该“意见”提出要“建立国际经贸谈判新机制。抓紧建立依法有序、科学高效、协调有力、执行有效的谈判机制。统筹谈判资源和筹码,科学决策谈判方案,优化谈判进程。加强谈判方案执行、监督和谈判绩效评价,提高对外谈判力度和有效性。充分发挥有关议事协调机制的积极作用,完善国际经贸谈判授权和批准制度”^[30],相关立法工作也正在进行中。尤其是2017年3月16日,国务院法制办发布《中华人民共和国缔结条约程序法实施条例(征求意见稿)》,从条约谈判、评估、批准、履行以及适用等方面对1990年《缔结条约程序法》做了重要补充,这有望系统性地提高我国条约实践的法治化水平。其次是强化实体性的对外关系法建设。近年来,我国制定了多部对于对外关系具有重大意义的国内法,这些法律有助于我国以法律化的方式主张、维护与实现国家利益。比如,当前海洋大国日益重视海底资源的开发利用,我国2016年2月通过《深海海底区域资源勘探开发法》,为我国私人在中华人民共和国和其他国家管辖范围以外的海床、洋底及其底土从事资源开发或相关活动提供了法律依据,也为我国未来参与海底资源的国际立法积累了国家实践。再次是强化履行国际法律义务的国内法建设。商务部在这方面采取了开创性的实践。2013年7月,商务部发布《执行世界贸易组织贸易救济争端裁决暂行规则》,根据该规则,在WTO争端解决机构裁决要求我国反倾销、反补贴或者保障措施与WTO规则相一致时,商务部可以在对有关案件进行再调查的基础上,依法建议或者决定修改、取消反倾销、反补贴或保障措施。这表明,商务部既重视履行国际义务,也重视维护私人的利益。

(二)中国对外关系法的角色结构与法院的作用

对外关系法的角色结构主要是指在对外关系领域中立法部门、行政部门、司法部门以及国家元首之间的关系。对外关系权力首先并且主要是规定于各国的宪法中。

在我国,根据宪法第52、62条,全国人大是最高权力机关,因此可以认为,全国人大有权针对任何对外关系事项行使权力。但至少从法律规范上说,宪法似乎不太重视最高权力机关的对外关系职能。宪法明确规定全国人大有权决定战争与和平的问题,但没有规定和平时期其在对外关系领域中的法律职能,尤其是作为和平时期最重要的对外关系活动的条约。诚然,作为“兜底条款”的第62条第15项为全国人大在和平时期行使条约权限提供了法律依据,但《缔结条约程序法》对于全国人大的条约权限未置一词,使得全国人大无法据此行使条约权力。就全国人大常委会而言,宪法明确规定其有权针对三类对外关系事项行使权力,即“决定驻外全权代表的任免”“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”,以及在全国人大闭会期间并且在遭遇武装侵犯或者必须履行共同防止侵略之条约的情况下“决定战争状态的宣布”^①。就国家主席而言,宪法没有为其规定实质性的权限。《宪法》第81条规定,国家主席只能根据全国人大常委会的决定从事批准和废除条约和重要协定等活动,换言之,国家主席没有缔约权。我国学者普遍认为,至少在条约法方面,宪法没有赋予全国人大应有的权限,没有赋予国家主席以缔约权,这不符合国际惯例。实践中也出现了一系列问题,比如:由于宪法和《缔结条约程序法》均未明确界定重要协定的含义,全国人大常委会未能充分行使缔约决定权;由于发现相关条约涉及全国人大的专

^① 参见《宪法》第67条第13、14、18项。

属权力,比如1984年《中英香港问题联合声明》涉及特别行政区的设置就是一例^①,全国人大不得以行使立法权的方式间接介入缔约过程,国家主席也多次行使了缔约权。针对国务院的对外关系权限,《宪法》第89条第9项以“概括+列举”的方式规定国务院管理对外事务,同外国缔结条约和协定。这一规定,即对外事务由行政部门概括负责,是符合国际惯例的。就法院而言,宪法没有明确规定法院在对外关系中的作用,当然这也符合各国宪法的惯例^②。

不可否认,法院参与对外关系过程确实可能会损害一国的对外关系决策,其主要原因是,一国的对外关系总的来说是以整体国家利益为导向并且往往同时涉及法律与非法律的利益形态,因而其实施的是一种公共政策选择过程,而根本上作为法律争端解决者的法院显然更多地着眼于裁判涉及特定当事人的法律权益,这决定了法院至少不适合处理涉及对外关系的部分案件。换言之,法院可能影响的并不当然是行政部门基于狭隘部门利益所声称的国家利益,而是真实的国家利益。因而,在司法独立性越强——比如在实行典型的三权分立制衡模式的美国——的情况下,法院参与对外关系过程导致的风险可能越大。

对我国而言,中国共产党领导的人民民主专政和人民代表大会制度有助于降低法院参与对外关系过程中的风险。第一,根据《宪法》第2、3条,与美国等西方国家实行的三权分立制度不同,中国的行政部门与司法部门在人民代表大会领导下进行分工合作,承担不同的治国理政职能。从法律上说,全国人大及其常委会可以协调行政部门与司法部门在对外关系领域的任何行动。第二,就司法部门与立法部门的关系而言,《宪法》第128条规定最高人民法院对全国人大及其常委会负责,《宪法》第67条第6项明确规定全国人大常委会依法监督最高人民法院的工作。第三,就司法部门与行政部门的关系——这无疑是法院参与对外关系过程诱发疑虑或风险的主要来源——而言,《宪法》第126条规定人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉,但我国法院有着支持行政部门施政的传统与经验,支持行政部门的施政是影响最高人民法院制定司法政策和处理个案的重要因素^[31](P34)。比如,1990年《行政诉讼法》第1条规定该法的重要目的之一是“维护”行政机关依法行使职权^③。因而,相对于美国等国家的法院,我国法院参与对外关系过程产生的风险更低。第四,作为执政党,中国共产党可以对包括法院在内的所有国家机关在对外关系领域的行动进行政治上的领导,这可以确保法院的行动符合执政党的对外关系政策。

当然,由于对外关系的复杂性,包括宪法在内的制定法很难详尽地规定法院在对外关系中的作用,既有规定在实践中往往被灵活地适用,因而司法实践在体现法院在对外关系方面的作用至关重要。事实上,即便在美国,宪法条款对于美国法院也只提供了有限的指导,法院在对外关系中的作用仍然是由美国法院自身确立的。比如,美国法院在一系列案件中确立了政治问题原则,并在特定个案中通过权衡具体情势来决定如何适用该原则,据此对行政部门的对外关系政策与行动给予其认为适当的尊重、遵从或配合^[16](P143-145)。

结合最高法院与行政部门联合发布的处理涉及对外关系案件的多份重要法律文件以及中国法院的争端解决实践,可以认为行政部门有力地影响着中国法院在对外关系中的作用,二者之间可以有效协调,从而大幅减少甚至避免法院参与对外关系进程对我国对外关系政策带来的干扰。就前者而言,1995年6月最高法院与外交部、公安部、国家安全部、司法部以及最高人民检察院等六机构联合发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》尤其值得重视。该“规定”规定其所指的涉外案件是指在我国境

① 参见《宪法》(1982)第62条第13项。

② 在这方面,美国可能是唯一的例外。美国《宪法》第3条第2款规定:“司法权力应适用于下列所有案件:基于本宪法、合众国所有法律以及根据合众国职权已经缔结或将缔结的条约而发生的普通法和衡平法上的案件;涉及大使、其他官方使节和领事的所有案件;有关海事和海商司法管辖权的所有案件;合众国为一当事人的诉讼法……”。

③ 25年后,即2015年修订后生效的《行政诉讼法》第1条才删除了1990年该法第1条中的“维护”二字。

内发生的涉及外国和外国人的刑事、民事、经济、行政等案件与死亡事件。这表明,该“规定”注意到现实中可能出现涉及以外国政府为当事人的争端,比如中国公民对外国政府提起诉讼。该“规定”规定了在处理涉外案件时必须遵循密切配合、互相协调的基本原则,必须严格执行“请求报告、征求意见和通报情况等制度”。尤其是,法院在审理重大涉外案件时应当征求外交部及地方外事部门的意见。

从争端解决的角度看,根据笔者对数百份涉及条约适用的法院判决书的研读,我国法院对于涉及对外关系的案件是极为谨慎的。迄今为止,法院以不同方式适用的条约几乎都是规定跨国私人间的商事条约,比如《联合国国际货物销售合同公约》《关于承认和执行仲裁裁决的纽约公约》《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约》和《保护工业产权的巴黎公约》。如所周知,虽然诸如《联合国国际货物销售合同公约》之类的条约从性质上说确属条约,但它们旨在规范跨国私人间的民商事关系,其适用原则上不涉及一国主权权威,因而西方对外关系法学者或国际公法学者鲜有讨论此类条约。与此不同,中国法院基本上没有适用处理涉及其他国家主权的国际法规则,比如国家豁免规则,甚至鲜有适用涉及本国行政权威的条约。比如,日本侵华战争的部分中国受害者及其家属曾经尝试在中国法院对日本政府提起索赔,但均未获法院受理^[32],部分原因可能就是上述行政与司法部门间的联系机制发挥了作用。可能正是由于中国法院在适用条约方面呈现出的上述结构性特征,有外国学者批评中国法院在协调国际法与国内法律体系以及确保中国遵守国际法方面几乎没有发挥作用^[33](P13,55)。

尽管如此,最高法院在参与对外关系方面仍然取得了一些重要进展。尤其是,最高法院于2002年8月27日发布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》。该“规定”之所以重要,一是因为它是中国最高司法机关首次以司法解释的方式明确规定国际条约的适用方式,二是因为它所针对的实施WTO规则是过去数十年间中国对外关系法最重大的实践之一。详言之,一方面,该“规定”第7、8条以正面规定的方式体现了行政部门在谈判加入WTO时表达的履约精神,即我国不直接适用世贸组织规则,而是通过修改和制定国内法律的方式实施世贸组织规则^[34](P13)。直言之,最高法院从司法上确认了行政部门的谈判立场。根据该“规定”第7条的规定,个人和企业向法院起诉和抗辩时不能直接援用WTO规则,而法院在裁判文件中也不能直接援用WTO规则作为裁判依据。在多起案件——比如重庆正通药业案、浪琴表案——中,相关法院均根据该司法解释驳回了当事人要求适用WTO规则的主张。另一方面,该“规定”第9条规定人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规和具体条文存在两种以上的合理解释,其中有一种解释与中华人民共和国缔结或参加的国际条约的有关规定相一致的,应当选择与国际条约的有关规定相一致的解釋,但中华人民共和国声明保留的除外。这是我国首次在规范性法律文件中引入条约解释中的一致解释规则^[33](P139-140),是最高法院为发展中国对外关系法做出的重要贡献之一。

综上可知,在进入21世纪第2个10年之前,中国法院对参与对外关系的态度并不积极,相关司法实践也缺乏系统性。

三、中国法院参与对外关系的新发展

在中国崛起的进程不断推进的时代背景下,近年来中国司法实践出现了一系列新进展,其本质是法院寻求参与中国对外关系的进程,从而成为推动中国崛起的除立法、行政部门之外的一支新力量。

(一)中国法院参与对外关系的新措施

近年来,中国法院尤其是最高法院实施了一系列备受国际法学者关注的措施。比如,2014年厦门海事法院受理发生在钓鱼岛海域的“闽霞渔01971轮”船舶碰撞案。最高法院周强院长指出,中国法院审理该案彰显了我国对钓鱼岛海域的司法管辖权。对此,日本政府通过外交渠道表示抗议^[35]。2015年,最高法院发布《全面推进涉外商事海事审判精品战略为构建开放型经济体制和建设海洋强国提供有力司法保障的意见》,指出法院要恪守条约义务,正确理解、准确适用国际条约、国际惯例,同时要积极参

与国际规则制定,高度重视协助相关部门进行条约谈判工作,在国际投资、贸易、航运规则的形成中充分发出中国司法的声音。此外,还要勇于登上国际司法舞台,充分利用各种机会,了解国外同行的成功经验,掌握国际司法的发展趋势,宣传、展示我国司法的立场和成就。同年,最高法院发布了《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》,指出法院应该依法准确适用国际条约和惯例,准确查明适用的外国法律,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。要深入研究沿线各国与我国缔结或共同参加的贸易、投资、金融、海运等国际条约,严格依照《维也纳条约法公约》的规定,根据条约用语通常所具有的含义按其上下文并参照条约的目的及宗旨进行善意解释,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。2016年,最高法院相继制定《关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(一)》(2016)以及《关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(二)》(2016)等司法解释,这两份司法解释被普遍认为是中国法院维护海洋权益的重要举措^[36],有助于我国法院更好地实施《联合国海洋法公约》以及《深海海底区域资源勘探开发法》等国内法。2016年,在向第十二届全国人大四次会议做法院工作报告时,周强院长指出,人民法院要服务和保障“一带一路”、海洋强国等战略实施,坚决维护国家主权、海洋权益和其他核心利益。加强海事审判工作,建设国际海事司法中心。其中,建设国际海事司法中心的计划对于维护中国的海洋权益具有重要意义。

显然,上述发展的深刻含义与影响在纯粹的国内法、国际公法或国际私法框架内均无法获得充分的理解,这些框架也无法为法院实践提供充分的支持。比如,“闽霞渔 01971 轮”船舶碰撞案直接涉及的是私人间权利义务关系,但诚如周强院长指出的,厦门海事法院审理在中日争议之钓鱼岛海域发生的该案彰显了我国的司法管辖权,因而不能以一般的涉外民事案件来评估该案的受理以及审理工作。相反,它们只有在对外关系法框架内才能获得有效解释。

笔者认为,上述一系列进展表明,中国法院正在根据中国和平崛起的发展进程、新的法治战略以及特殊的对外关系法角色结构,积极地、系统性地强化参与对外关系进程,据此助力中国的和平崛起。

(二)中国法院强化参与对外关系的背景

中国法院近年来明显强化参与对外关系有三个深刻的背景。第一,中国和平崛起的新态势使得中国法院更有可能且有必要强化参与对外关系。近年来,中国和平崛起的步伐明显加快,中国与其他国际公共权威的互动更加频繁和有力。这一新态势固然要求行政部门更有效地开展对外关系工作,客观上也要求以往较少参与对外关系的立法与司法部门强化参与,从而产生协同效应,避免行政部门“单打独斗”。事实上,近年来立法部门也加强了具有重要对外关系意蕴的立法工作,以配合行政部门,比如2016年全国人大常委会通过的《深海海底区域资源勘探开发法》。这表明,司法部门强化参与对外关系并不是孤立的现象。第二,法治化的对外关系实践新思路使得中国法院更有可能与必要参与对外关系。如前所述,中共十八届四中全会提出了运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益的对外关系实践新思路,即在继续运用政治等手段的同时,更多地强调运用法律手段开展对外关系,以适应国际关系以及一国对外关系趋于法治化的客观趋势。由于司法素来被认为是正义的最后一道防线,运用司法手段解决对外关系出现的争端较容易被认为具有正当性,它不仅有助于提高我国对外关系领域的法治化水平,维护我国的主权权益以及其他当事人的正当权益,也有助于缓解行政部门面临的外交压力^①^[19](P20)。第三,“增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力”之法治新战略使得中国法院更有可能与必要强化参与对外关系。原因是,法院在这方面拥有立法与行政部门所没有的优势。以对我国已经生效的条约为例,行政部门增强我国在这些条约方面的法律话语权和影响力的主要手段是推动通过谈判修改条约,而这需要获得其他缔约方的同意,因而往往并非易事;与此不同,法院可以自行通过裁判案件对特定条约

① 作为美国处理对外关系事务经验极为丰富的联邦法官,Royce 法官甚至抱怨美国行政部门不应该逃避责任,把许多涉及对外关系的案件推给法院。

持续地做出法律解释,据此阐述中国的法律主张。这些司法实践既可以改善既有的国际规则,也可以促进新的国际规则的形成。正如时任最高法院副院长贺荣所指出的,一国法院不仅可以通过案件审理对国际条约的解释和适用产生重要影响,而且还可以推动国际习惯以及国际法基本原则的形成和发展,甚至填补国际法领域的法律空白^[37](P9)。

一般来说,裁判活动是一国法院参与对外关系的基本方式,当然法院也可能经由裁判活动影响国际法规则的形成与发展。在西方国家,至少在美国,可能是基于利益冲突的考虑——因为法院未来裁判案件中会适用条约,法官并不会参与条约谈判^①。在中国,裁判活动显然也是中国法院参与对外关系的重要内容。贺荣就曾指出,中国司法机关应该更加注重具有国际影响的案件的审理,积极在重大法律问题上做出有国际影响力的判决。其中,法官应当运用国际通用的条约解释规则、公认的法律推理方式开展相关条约的解释和适用工作,为案件审理提供更为科学的论证基础,推动相关国际条约的完善。与此同时,参与制定国际规则也被确认为中国法院参与对外关系的重要内容。中国司法机关已应相关部门的要求,积极参与有关国际谈判,比如参与联合国《国际商事仲裁示范法》的拟订,参与《关于外国船舶司法出售及其承认的国际公约草案》的拟定,参与《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》的制定,并且参加中美、中欧投资协定谈判^[37](P11-13)。如前所述,晚近国际法越来越多地被国内法院所适用,这使得法院参与缔约过程的重要性上升。其原因是,以往的条约大多主要是为了在国际层面上规定缔约国之间的权利义务关系,并不重视条约的国内司法适用,因此条约的形式理性往往不高。相较于行政部门,法院拥有的一个特殊优势是,它们可以基于丰富的司法实践,从法律适用的角度为起草条约文本提供具有针对性的意见,这不仅有助于提高缔约质量,也有助于提高法院所属国在条约谈判中的话语权。以《关于外国船舶司法出售及其承认的国际公约草案》的拟定为例,我国是司法拍卖船舶的大国,法院积累了丰富的司法实践,对于外国船舶司法拍卖所涉复杂法律问题的理解很可能优于行政部门,因此,法院积极参与该公约的起草工作无论对提高我国的法律话语权还是对确保拟定高质量的条约文本都是必要的。如前所述,由于法官在诸如美国等西方国家不能参与缔约谈判,我国法院参与缔约过程体现了我国法院参与对外关系的优势。

四、推动中国法院参与对外关系的若干建议

迄今为止,中国学界仍然缺乏对外关系法的独立概念。这一事实足以表明,中国法院参与对外关系仍然处于初步阶段,有必要进一步更新观念,加强制度与机制建设,推动法院更高效地参与对外关系。

(一)观念更新

贺荣曾经指出,在中国,“传统观念认为国内司法体系主要是承担国内的民商事、刑事和行政案件的审判工作,对司法参与国际规则制定的作用未能给予足够重视,司法能够发挥的功能未能充分体现。这就造成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”^[37](P8)。这一精辟的见解不仅揭示了中国法院在对待国际法——包括参与制定国际法规则——问题上的传统观念,而且揭示了在中国法院参与对外关系问题上的传统观念,即对外关系是行政部门,尤其是外事部门的专属领域;法院被认为,并且其自身也认为,应该尽可能避免参与对外关系。

然而,在整体的国际关系与一国的对外关系治理趋于法治化的时代背景下,中国法院以及政府的其他部门有必要更新上述传统观念,认识到法院适当参与对外关系非但不会干扰国家的整体外交利益,反而能开辟主张与实现国家利益的新途径,维护对外关系过程中不同行为体的正当权益。

^① 这是“比较对外关系法”项目负责人、杜克大学法学院 Curtis A. Bradley 教授于 2017 年 10 月 22 日针对笔者提出的咨询的回复。

观念更新会促进涉及法院参与对外关系的制度与机制建设。事实上,即便在现有制度与机制条件下,观念更新仍然可以增强法院参与对外关系,这是因为对外关系法的性质决定了法院的行动具有较大灵活性。以前述 2002 年由最高法院发布的《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第 9 条确立的一致解释规则为例,该规则是“二元论”国家中法院适用国际法的重要方式。如所周知,在国际法与国内法关系的问题上,中国整体上属于“二元论”国家,这不仅使法院往往无法直接援引国际法作为裁判依据,也使我国很大程度上无法通过法院的裁判行动重塑国际法。一致解释规则的本义固然是解释特定国内法与国际法的相符性,但国内法院也可以藉此解释乃至重塑国际法,从而累积国家实践。就该“规定”而言,最高法院把该规则引入国际贸易行政案件裁判值得赞赏,但在 10 多年后该规则仍未被进一步确立为中国法院适用国际法的一般指引,这似乎表明,最高法院尚未充分认识到该规则对于法院解释、重塑国际法以及更广泛地参与对外关系的价值。可以预见,若最高法院把一致解释规则确立为中国法院适用国际法的一般指引,则可扩大法院适用、重塑国际法的空间,进而增强法院在对外关系中的参与。

(二)制度支持

如所周知,适用国际法是一国法院参与对外关系的主要方式之一。国际法的一般原则是,在国际层面上规定国家间的权利义务,而在国内层面上如何实施国际法则交由各国在善意履行国际法义务的前提下自行决定(比如 1969 年《维也纳条约法公约》第 26、27 条)。为了实施国际法,各国通常首先在宪法中规定国际法在一国法律体系中的地位,在此基础上在特定法律中做出进一步规定。与世界上多数国家已经在宪法中规定国际法的地位所不同,基于社会主义国家的法律传统等原因,我国宪法迄今尚未对此做出规定。

这一缺失对法院参与对外关系会产生了两个重要后果。第一,从立法的角度看,它导致立法机关在是否以及在特定法律中纳入国际法条款的问题上总体持谨慎甚至保守态度,从而制约了法院适用国际法。值得注意的是,近年来,全国人大常委会在修订多部法律时删除了其中业已存在的条约适用条款但没有说明原因,比如 2014 年在修改《行政诉讼法》时删除了原法第 72 条,在修改《环境保护法》时删除了原法第 46 条。诚然,删除条约适用条款本身并不当然表明我国立法机关不重视国际法,相反,它可能恰恰表明立法机关意识到特定条约的重要性,因此在缺乏宪法性规范支持情况下不敢贸然纳入条约适用条款。但无论如何,特定法律没有包含条约适用条款限制了法院适用条约的依据与意愿,而删除原有的条约适用条款尤其可能被法院理解为立法机关反对通过司法途径适用条约。第二,从法律适用的角度看,即便特定法律包含了条约适用条款,司法机关在援引国际法作为裁判依据的意愿也受到了抑制。在司法过程中,法院不仅考虑直接规定案件当事人权利义务的法律,而且要考虑其他相关法律。根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(2009),可以在各类裁判文件援引作为裁判依据的规范性文件中没有包括国际法。根据该司法解释第 6 条,国际法律文件应属于其他性质的规范性文件,此类文件在根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的情况下可以作为裁判说理的依据。换言之,即便直接规定案件当事人权利义务的特定制法律包含了条约适用条款,各级法院根据该司法解释也不得援引该条约适用条款所指向的条约,最高法院的这一规定应该是考虑到我国《宪法》与《立法法》都没有规定国际法的地位这一因素。在司法实践中,虽然不乏有法院直接援引特定国际条约作为裁判依据,但绝大多数只在法律说理时予以援引,而不作为具体的裁判依据,至少不明确援引特定的条款款项^[38](P140)。在这种情况下,要求法院细致地解释特定条约条款,从而在重塑国际法律规则以及提高我国在国际法律事务中的话语权方面发挥显著的作用是很困难的。

有关国际法“入宪”的问题无疑超越了本文的研究范围。从对外关系法的角度看,在此只需要强调,宪法只需也只能为国际法在国内法律体系中的地位确立基本指南,而不可能解决国际法在国内适用时遇到的所有问题,这些问题可以甚至只能在个案中通过一国的行政、司法乃至立法机构,以及与私人或

外国主权者之间的互动中逐步解决。

然而,从对外关系法的角度看,法院参与对外关系既可以通过适用国际法,也可以通过适用国内法。国际法的历史也表明,国内法,尤其大国的国内法深刻影响了国际法规则的形成与发展。近年来,我国制定了诸如《深海海底区域资源勘探开发法》这样具有显著对外关系法意蕴的国内立法。法院通过适用这些国内法律不仅直接维护了当事人权益,同时积累了国家实践,为我国影响特定国际法规则的形成与发展奠定了重要的基础。从这个意义上说,随着诸如国家豁免法等更多国内法的制定,国内法对于中国法院参与对外关系将会提供更大的制度支持。

(三)机制保障

由于对外关系的特殊性,对外关系法具有强烈的行动性色彩,特定法律规范的具体适用往往要根据一国的不同政府部门间或者政府部门与私人间,乃至与外国主权者间的互动而定,因而,较之其他法律领域,机制保障对于对外关系法具有特殊的重要性。

从中国法院参与对外关系的角度看,1995年最高法院与外交部等6个部门联合发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》具有重要意义,它确立了密切配合、互相协调的基本原则,在此基础上要求请示报告、征求意见和通报情况等做法,有力地减少了法院参与对外关系可能诱发的风险。尤其是,该“规定”针对通报——包括内部通报与外部通报(比如向外国驻华使馆通报)、部门间(比如最高法院与外交部间)通报和部门内(比如上下级法院间)——做了详细的规定。不过,笔者认为,最高法院等部门20年前在制定该“规定”时可能主要是基于外事工作的政治考虑,尤其是旨在避免由于法院审理涉外案件引发外交纠纷,尚缺乏自觉、系统性的对外关系法考虑。其结果是,该“规定”未能为法院参与对外关系提供更多、更有力的机制保障。比如,在提及不同部门间征求意见外,该“规定”没有做出任何进一步的规定。实践中,法院并不乏就特定涉外案件向外交部征求意见的案例,后者也会出具体意见,但它们都没有被公开。虽然这种做法同样可以起到帮助法院处理特定争端的作用,并且外交部的征求意见也并非都适合公开,但没有被公开的意见不容易被认为构成国家实践。因此,我国有必要考虑借鉴美国行政部门在对外关系法诉讼中向法院提交利益声明的做法。

近年来,最高法院权威人士在此问题上的思考明显趋于深入。比如,贺荣指出,为充分发挥司法职能作用积极参与国际规则制定,必须建立一种运转顺畅的长效传播机制。这一机制至少应当包括:信息沟通机制,例如定期发布专门的涉及国际法的典型案例,并考虑将其中一些编撰为指导性案例;资源支持机制,例如向有关主管部门推荐合适的法官人选委派到相关国际司法机构及国际组织;需求响应机制,例如法院在司法审判中根据国际法的最新发展形势,基于外交、海洋、国防等国家大局需求,利用相关案件的审理和判决宣示中国的立场,影响相关国际习惯、国际法基本原则和规则的形成^[37]P(10)。这些机制的确立与有效运作可以推动中国法院更有效地参与对外关系,同时降低此过程中的风险。

五、结语

随着全球化进程的不断推进,国际关系或对外事务与纯粹的国内事务不再泾渭分明,并且趋向于像国内事务那样实行法治化的治理模式。在这种情况下,国内法与国际法的传统两分法思维已经不足以充分解释与设计一国的法律政策与实践;相反,对外关系法成为在全球化背景下考察一国法律政策与实践的新框架。对外关系法尤其有助于作为新兴大国的中国主张与实现国家利益,提高在国际法律事务中的话语权与影响力。

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。传统上,一国对于法院参与对外关系的主要顾虑是,在对外事务与纯粹的国内事务间存在差别的情况下,法院参与会干扰一国的外交利益。然而,在全球化背景下,基于这些差别反对法院参与对外关系的理由已经不像以往那么充分了。并且实践表明,即使在大力鼓吹司法

独立的美国,法院在参与对外关系过程中往往也会支持其外交政策。

近年来,中国法院尤其是最高法院实施了一系列司法措施,这些进展在传统的国内法或国际法框架内均难以获得整体性的解读。相反,在对外关系法的框架内可以有效地揭示这些措施或行动蕴含的重大司法导向,即法院试图通过更积极的参与对外关系助力中国的和平崛起。当然,借助对外关系法框架不仅有效地解释了中国法院尤其最高法院的最新司法实践,更重要的是,它可以为进一步推动中国法院参与对外关系提供理论指导与比较法借鉴。由于中国特殊的对外关系法角色结构,中国法院参与对外关系不仅可以采取与诸如美国等国家的法院相同的方式,比如裁判争端,也可以另辟蹊径,比如直接参与制定国际规则。进而,与诸如美国等国家相比,中国不仅可以有效控制法院参与对外关系中的潜在风险,而且可以发挥法院在西方国家中难以发挥的作用。由此,中国法院以及政府其他部门有必要更新传统观念,鼓励法院适当参与对外关系,扩大法治化治理的新领域,维护对外关系过程中不同行为体的正当权益。

参考文献

- [1] 何其生. 大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展. 中国社会科学, 2017, (5).
- [2] 刘敬东. 大国司法: 中国国际民事诉讼制度之重构. 法学, 2016, (7).
- [3] Congyan Cai. International Law in Chinese Courts During the Rise of China. American Journal of International Law, 2016, 110(2).
- [4] 洛克. 政府论: 下篇. 叶启芳, 瞿菊农译. 北京: 商务印书馆, 1964.
- [5] Campbell McLachlan. Foreign Relations Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- [6] World Summit Outcome Document, 16 September 2005, U.N. Doc. A/RES/60/1.
- [7] Jose E. Alvarez. The Return of the State. Minnesota Journal of International Law, 2011, (20).
- [8] 蔡从燕. 公私关系的认识论重建与国际法发展. 中国法学, 2015, (1).
- [9] Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee, L. Benjamin Ederington. National Treaty Law and Practice. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2005.
- [10] European Union Commission. The Best Deal Through Transparency. European Union Commission, 2017-02-09. [2017-09-01] http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/process/#_transparency.
- [11] David Sloss. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- [12] 朱利江. 普遍管辖国内立法近期发展态势. 环球法律评论, 2010, (1).
- [13] "[J]udicial [I]mperialism": The South African Litigation, the Political Question Doctrine, and Whether the Courts should Refuse to Yield to Executive Deference in Alien Tort Claims Act Cases. Southern California Law Review, 2009, 82(5).
- [14] Beth Stephens. Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration. Brooklyn Journal of International Law, 2008, (33).
- [15] 俞佳, 宋杰. 普遍管辖权西欧实践的考察及其启示. 云南大学学报(法学版), 2014, (1).
- [16] Louis Henkin. Foreign Affairs and the United States Constitution. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- [17] Ganesh Sitaraman, Ingrid Wuerth. The Normalization of Foreign Relations Law. Harvard Law Review, 2015, 128(7).
- [18] Curtis A. Bradley. Foreign Relations Law and the Purported Shift Away from "Exceptionalism". Harvard Law Review Forum, 2015, 128.
- [19] John Norton Moore. Foreign Affairs Litigation in United States Courts. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- [20] Louis Henkin. Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs. New York: Columbia University Press, 1990.
- [21] Beth Stephens. Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration. Brooklyn Journal of International Law, 2008, 33.
- [22] F. A. Mann. Foreign Affairs in English Courts. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- [23] Royce C. Lamberth. The Role of Courts in Foreign Affairs. John Norton Moore. Foreign Affairs Litigation in United States Courts. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

- [24] Catherine Henson Curlet. Should Statement of Interest Matter? Judging Executive Branch Foreign Policy Concerns. *Georgia Law Review*, 2009, 44.
- [25] 龚刃韧. “9·11 事件”后美国政府的酷刑政策及其影响. *中国社会科学*, 2012, (8).
- [26] Anne-Marie Slaughter. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- [27] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定. 西部网, 2014-10-23. [2018-06-16] http://news.cnwest.com/content/2014-10/28/content_11767768.htm.
- [28] 王毅. 中国是国际法治的坚定维护者和建设者. *光明日报*, 2014-10-24.
- [29] 刘仁山. 论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法. *法商研究*, 2016, (3).
- [30] 中共中央与国务院关于构建开放型经济新体制的若干意见. 国家发改委网站, 2015-05-05. [2018-06-16] http://www.ndrc.gov.cn/fzgggz/wzly/zcfg/201509/t20150921_751689.html.
- [31] 侯猛. *中国最高人民法院研究*. 北京: 法律出版社, 2007.
- [32] 郭丝露. 在中国对日诉讼有多难. 参考网, 2014-05-21. [2017-10-25] <http://www.fx361.com/page/2014/0327/201608.shtml>.
- [33] André Nollkaemper. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- [34] Report of the Working Party on the Accession of China, 1 October 2001, WT/ACC/CHN/49.
- [35] 王欢. 日本就中方主张拥有钓鱼岛海域司法管辖权提“抗议”. 环球网, 2016-03-14. [2017-08-10] <http://world.huanqiu.com/exclusive/2016-03/8703942.html>.
- [36] 张文广. 完善海洋法治维护国家利益. *人民法院报*, 2016-08-03.
- [37] 贺荣. 论中国司法参与国际经济规则的制定. *国际法研究*, 2016, (1).
- [38] 虞子瑾, 李健. 论我国条约司法适用制度的困境与出路. *政法与法律*, 2016, (8).

Rise of China, Foreign Relations Law and the Re-construction of Functions of Courts

Cai Congyan (Xiamen University)

Abstract A series of measures that have recently been taken by Chinese courts, especially by the Supreme People's Court should be understood to betoken a new fundamental judicial policy. That is, Chinese courts seek to enhance the rise of China by increasing their participation into foreign relations, which leads to the re-construction of function of Chinese courts. The framework of foreign relations law provides a systematic explanation of these latest judicial activities. More importantly, it provides theoretical guidance and comparative law support for Chinese courts' more participation into foreign relations. The special structure of Chinese foreign relations law can effectively reduce the potential risks arising from participation of courts into foreign relations and makes it possible for Chinese courts do many things that courts in many other countries cannot do. More supports in ideology, regimes and mechanisms, however, are needed to enhance the participation of Chinese courts in foreign relations.

Key words rise of China; foreign relations law; Chinese courts; juridical practice; International Law

■ 收稿日期 2018-06-19

■ 作者简介 蔡从燕, 法学博士, 厦门大学法学院教授; 福建 厦门 361005。

■ 责任编辑 李 媛