

中国《反外国制裁法》中“歧视性限制措施”的识别

周艳云

内容提要:歧视性限制措施是反制措施触发和阻断机制启动的先决条件,中国《反外国制裁法》却并未明晰这一术语的内涵外延和识别基准,如何对其进行准确的识别成为法学界亟待解决的问题。歧视性限制措施属于不确定法律概念,具有高度概括性和抽象性,其实质内涵和外延具象具有模糊性,需由中国反制法适用者通过识别明确其概念后方能具体适用。这一概念的具体化系通过廓清其理念依准、实质内涵、外延具象、法定基准和辨识序次来精准界定歧视性限制措施。在识别中,应当契合《中国反外国制裁法》的立法目的宗旨、基本原则和立法价值诉求,并在其概念含义本身的内涵和外延所框定之畛域内识别。为保障中国反制在国际法层面的合法性和正当性,应当依循其法定基准和合理的识别操作序次以保证具体识别结论的准确性。

关键词:不确定法律概念 反外国制裁法 歧视性限制措施 识别基准

周艳云,常州大学法学院副教授。

歧视性限制措施是中国2021年6月10日颁布实施的《中华人民共和国反外国制裁法》(下称“《反外国制裁法》”)中的关键术语,系我国反制措施和机制启动的先决条件,决定着反制清单的触发情形以及各实体需要遵守的阻断义务。^[1]然而,在这部法律中,“歧视性限制措施”这一概念却并未被清晰界定,也并未明确具体范围和认定方式。而且,这一术语从未在国际法的权威法律文本中出现过,并非国际公法和国际经济法学界所公认和常用的法学术语,故国际法领域尚无相关明确的解释和界定。因此,我国也无法直接援用国际法上的概念来明确界定本国法律文本中的相关概念。歧视性限制措施的清晰界定对于《反外国制裁法》的适用而言极其重要,是决定我国是否能够依据该法采取反制措施的前提条件。若此措施界定不清,中国反制措施的正当性就会缺失,合法性也将受到质疑,反制的对象和范围就难以精准,中国受害者提起的诉讼就缺乏其合法依据和正当性基础。因此,《反外国制裁法》中歧视性限制措施的概念及其具体范围和认定方式的精准

[1] 参见霍政欣:《〈反外国制裁法〉的国际法意涵》,《比较法研究》2021年第4期,第147页。

厘定是目前中国法学界亟待研究和解决的现实和理论问题。

一 不确定性法律概念维度下歧视性限制措施概念的识别

(一) 定位:歧视性限制措施的定性

法律概念依其内涵和外延之清晰程度可分为确定性概念和不确定性概念。确定性法律概念的内涵与外延相对明确,适法者必须严格依循法律规定解释和适用,无自由裁量权。而不确定性法律概念的外延与内涵相对模糊,适法者在解释和适用时拥有自由裁量的权利。^[2] 作为《反外国制裁法》核心概念的歧视性限制措施具有不确定性。所谓概念的“不确定性”有两种可能,一种是不确定概念,另一种是概念的不确定性现象。当概念的内涵和外延明确完整,但不同的适法者对概念展开法律解释时存在多种释义与相异解释时,属于概念的不确定性现象,仍属于确定性概念。^[3] 而不确定法律概念则完全不同,所以需要进一步分析歧视性限制措施概念不确定性的来源。

第一,这一概念是对国际经济和政治交往实践中国家的不友好行为的高度概括和抽象,是《反外国制裁法》的立法者面对外国对华制裁和中国反制博弈的复杂现实为保障反制立法目的的实现于权衡之下所使用的概念。正由于概念的高度概括性和抽象性,致使歧视性限制措施术语具有极大的包容性,可涵括更多且更不明确的措施类型,该概念与具体现实类型的距离亦被极力拉大。^[4] 歧视性限制措施的概念距离国家间制裁与反制的具体实践较远,概念中只剩下价值性因素,而不存在明确的国际实践影像,法律适用者难以仅基于歧视性限制措施概念的字面含义准确获得清晰认识,也难以仅据此明晰其内涵和外延的完整范围。

第二,这一概念的实质内涵和外延具象具有模糊性。哈特(H. L. A. Hart)认为,任何法律概念均由概念的“核心地带”与“边缘地带”所叠加构成。^[5] 概念的“核心地带”通指概念的实质内涵,系概念所概括的思维对象的本质特有的属性的总和,内涵相对稳定且明确可知。^[6] 概念的“边缘地带”通指概念的外延具象,指概念所概括的思维对象的外在具体表现形式,是与概念对应的客体的总和,外延相对动态且多边界模糊充满歧义。^[7]

理想型的法律概念是内涵和外延均极为明确的法律概念,涵括其所涵摄事物的全部特征,使法律适用者能极易识别此法律概念所涵摄之事物,能无疑义地适用此法律概念解决实践问题。^[8] 然而,歧视性限制措施法律概念的适用者却难以仅凭借其语义进行准确的识别。不同的法律适用主体和解释主体会基于自身的知识偏好形成各异的认知和判断,而此种现象的产生归因于这一概念的实质内涵和外延具象不够明确。在实质内涵的

[2] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2020年版,第214页。

[3] 参见于立深:《行政事实认定中不确定法律概念的解释》,《法制与社会发展》2016年第6期,第89页。

[4] 参见刘叶深:《为新兴权利辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第93页。

[5] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第三版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第166-169页。

[6] 参见史云贵、薛喆:《简约治理:概念内涵、生成逻辑与影响因素》,《中国人民大学学报》2022年第1期,第152页。

[7] 参见童之伟:《中文法学中的“权利”概念起源、传播和外延》,《中外法学》2021年第5期,第1259页。

[8] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》(修订版),郑永流译,法律出版社2014年版,第127-133页。

判定层面,何种外国对华措施在数量和程度上构成限制措施,基于何种标准判定此种限制措施具有歧视性,仅从法律术语的表层上分析均难以明确。^[9] 在外延具象的厘定层面,外国对华何种类型的具体措施具有歧视性,仅根据法律概念的字面意思也难以精准判定。^[10] 因此,这一法律概念的实质内涵和外延具象均不够明确。这一概念难以精准厘定的内涵核心和模糊不清的外延边界导致诸法律适用主体在识别上的差异和冲突。

第三,这一概念必须由国家行政执法者或法官进行判断后才能适用。歧视性限制措施概念在内涵和外延上的模糊特性预留给国家行政执法者对其予以行政裁量的契机和权力,在具体个案的适用中给法官创造出司法裁量之空间。^[11] 外国对华所施行的措施是否是限制措施,是否存在歧视性,有赖于我国行政执法机关在采取反制措施和阻断措施之前,根据外国对华措施的具体特征予以分析判断。审理外国对华制裁措施的受害者索赔案件的法官亦需根据个案事实对外国措施是否构成对华歧视性限制措施这一先决问题作出具体的判断。但此种自由裁量并非无序和恣意的,应具有其相对确定的裁量基准,这种识别基准与裁量基准越明确具体,国家行政执法者和法官的判断越准确,中国依法对外国的反制越精准,中国对外反制法的可预测性亦越强。当立法者、执法者或司法者通过具体化模式对歧视性限制措施法律概念设定了较为固定的内涵和外延后,这一法律概念可转变为确定的法律概念,有利于明晰内涵、廓清边界,能够保障《反外国制裁法》的明确性和可预测性,保证中国反制法律适用的合理性和科学性。

综上所述,歧视性限制措施概念属于中国反外国制裁法的核心概念,因其内涵和外延具有相对不确定性和模糊性,难以从概念本身获知其全部涵义,也不存在明确的法律规定和法定标准来廓清其含义、特征和范畴,需要执法者或法官运用自由裁量权予以具体化和价值补充。这一概念契合不确定法律概念的全部特征,应当属于《反外国制裁法》中不确定法律概念的范畴。

(二) 识别:歧视性限制措施的明确

作为中国对外反制的高位阶规范,为保障法律执行者和法律适用者能够准确理解和实施《反外国制裁法》,实现该法准确指引的价值,增强适用的可信服性,减少适用的恣意性,有必要对核心术语歧视性限制措施概念通过识别方式加以明确化,这样既有助于实现法的精确性,又有利于妥善维护法的明确性和自由裁量的灵活性之间的平衡。鉴于《反外国制裁法》及关联立法目前缺失认定这一概念的具体法定标准,致使执法者和法官在识别时无法定客观依据可循,完全依仗其主观偏好进行辨识。反制法适用者因其自身知识和前见的差异,必然会导致结果的截然不同。识别标准的缺位背离法准确性的根本诉求,违反法的形式正义的价值诉请。此种法的确定性不足而灵活性过度的现象亦会造成实质正义的诉求与其实际效果的背离。对相关措施的过度裁量和错误识别可能会导致国家凭此而采取的反制措施违反对中国有约束力的国际法,致使国家反制措施衍变为国际不法行为,导致国家反而需承担违反国际法的国家责任,给国家利益造成更大的损失。

[9] 参见史云贵、薛喆:《简约治理:概念内涵、生成逻辑与影响因素》,《中国人民大学学报》2022 年第 1 期,第 152 页。

[10] 参见童之伟:《中文法学中的“权利”概念起源、传播和外延》,《中外法学》2021 年第 5 期,第 1259 页。

[11] 参见梁慧星著:《裁判的方法》(第三版),法律出版社 2017 年版,第 239-245 页。

歧视性限制措施的科学和具体识别基准的明晰,一方面,能够提供给适法者基本的裁量路向,有助于避免自由裁量权的滥用,能够实现反制法的形式正义;另一方面,有助于防范因对这一概念的错误识别而肇致国家误用反制措施的可能,避免我国承担不必要承担的国家责任,切实维护中国的国家利益。反制法适用者在具体识别时需在将这一概念识别基准与复杂多类的具体个案相结合的基础上进行自由裁量,真正实现中国反外国制裁法的确定性和灵活性的有机统一,获取形式正义和实质正义的双赢,使执法者和法官在具体个案适用中能更切实与有效保障中国的国家、组织和个人的合法利益。

(三) 具体化:歧视性限制措施的识别路径

歧视性限制措施法律概念的具体化是指,遵照中国《反外国制裁法》的立法目的、原则和宗旨,通过法律解释等多重路径明确适用诉求,廓清实质内涵和外延具象,明晰适用基准,并将之衍化成细化的裁量与裁判的标准,且此标准能直接在政府裁量和法院审判的具体实践中适用。这有助于减少适用的随意性,确保法律价值和个案正义的实现。

歧视性限制措施法律概念既涵括经验性不确定法律因素,亦包涵规范性不确定因素,系由两种类型结构共同构成的混合型法律概念。“限制措施”是这一法律概念中的经验性不确定因素。“限制措施”中的“不确定”源于相异情势下的具体措施中限制的对象和基准的不同,故而在中国反制法中使用了高度概括的法律概念来统摄此类措施。“限制措施”的识别较少需要价值性评价,主要依仗经验性知识。“歧视性”是这一法律概念中的价值性不确定因素,亦可称为规范性不确定因素。“歧视性”所涵括的对象极其抽象,主观价值评价为主要识别标准,难以通过数量或程度等客观标准予以认知和描述。^[12]在具体个案的适用中,法律适用者需结合实践之具体情况并融入“歧视”的价值评判偏好方能对是否构成“歧视性”作出决断。^[13]为保障判断结论的合理性和正当性,防范法律适用者基于个体主观偏好对“歧视”的恣意评判,“歧视”的价值补充应援用多数人公认的对“歧视”的权威评价来作出裁断。在不确定法律概念具体化的实现进程中,法律适用者可凭借类型化方法逐步探明经验性的构成因素,可运用价值补充和价值评判的路径明晰规范性的构成因素。通常情况下,类型化方法主要是通过对不确定法律概念的相涉案例进行比对分析,依据比对分析的结论将案例群类型化来具体化经验性构成因素中的确定性基准。价值补充方法主要是通过法律适用者在个案裁判中通过价值补充和价值判断将不确定法律概念的规范性的构成因素具体化。

歧视性限制措施现主要由国家行政执法者予以识别,鉴于《反外国制裁法》为新出台的法律,国家行政机关识别的个案较少,司法领域也尚未出现涉及中国反制法的案例,无法通过案例的相似性比较形成案例群的类型化,难以据此分析推导出精确的概念和范围。法律适用者依主观偏好进行价值判断,在个案裁量中存在扩张解释的现象。

虽然这一概念并未被国际法和 WTO 法设定为专门性法律术语,世贸组织争端解决机构和国际法院也并未就其内涵和外延予以明确界定和解释。但在国际经贸争端解决领

[12] 参见杨铜铜:《论不确定法律概念的体系解释——以“北雁云依案”为素材》,《法学》2018年第6期,第128页。

[13] 参见郑智航:《行政法上不确定性法律概念具体化的司法审查》,《政治与法律》2018年第5期,第117页。

域,世贸组织争端解决机构已经处理了大量的成员国违反 WTO 关税减让或其他优惠给与义务对他国设置歧视性关税壁垒和非关税壁垒方面的争端。^[14] 国际法院亦在国家间政治和国际人权争端领域存在少数关涉歧视性限制措施的案例。^[15] 事实上,可以通过对世贸组织争端解决机构和国际法院的关涉“歧视性”和“限制措施”的案例的类型化和具体化来间接抽取对我国反制法中相关概念的界定有借鉴价值的标准。

二 歧视性限制措施识别之理念依准

任何法律概念均置身于特定的场域,必须在特定场域的语境中解析法律概念,才能准确界定此法律概念。^[16] 歧视性限制措施概念亦有其存续的特定场域。作为《反外国制裁法》中的独特概念,该法的立法目的、宗旨、价值、基本原则系歧视性限制措施概念解释和识别必须恪守之基准,唯有如此才能保障概念识别的准确性。

(一)《反外国制裁法》的立法宗旨指引歧视性限制措施的识别

《反外国制裁法》的立法宗旨系指导中国反制立法、释法与适法的根本性和全局性的指导性准则,对《反外国制裁法》中歧视性限制措施概念的理解和界定必须在立法宗旨所允许的范围内进行。

《反外国制裁法》第 1 条指明了本法在宏观面向和微观面向的立法目的和宗旨。就宏观维度而言,该法的立法目的是维护国家主权、国家安全、国家发展和国家利益;就微观维度而言,该法的立法目的是保障中国公司企业组织和公民等私主体的合法权益。^[17] 歧视性限制措施即可理解为外国所实施的侵犯中国国家主权、国家安全、国家发展、国家利益和私主体合法权益的限制措施。

(二)《反外国制裁法》的基本原则导引歧视性限制措施的识别

依照法律体系的逻辑谱系,法律原则位于上位阶,法律制度、法律规则、法律概念位于其下位阶。^[18] 同理,《反外国制裁法》中位于上位阶的基本原则统领本法中位于其下位阶的法律制度、法律规则、法律概念。歧视性限制措施为该法所特有的法律概念,因而,必须在满足基本原则的诉求下理解和识别这一概念。

《反外国制裁法》第 2 条指明了中国施行此法所秉持的基本原则。中国坚持和平共处五项原则,恪守独立自主原则,坚决维护国际法法定国际秩序,守护联合国主导的国际体系,努力促成中国与世界各国的友好合作,推进人类命运共同体的建构。^[19] 基于对该

[14] 参见朱榄叶著:《世界贸易组织法经典案例选编》,北京大学出版社 2018 年版,第 211-213 页。

[15] 参见郑斌著:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,法律出版社 2012 年版,第 173-176 页。

[16] 参见邱成梁:《法律场域中知识观的两种层次及其价值——基于维特根斯坦哲学观的启示及其展开》,《甘肃政法学院学报》2016 年第 6 期,第 26 页。

[17] 参见马忠法:《〈反外国制裁法〉:出台背景、内容构成及时代价值》,《贵州省党校学报》2021 年第 4 期,第 9 页。

[18] 参见[英]约瑟夫·拉兹著:《法律体系的概念》,商务印书馆 2017 年版,第 91-95 页。

[19] 参见《反外国制裁法》第 2 条:“中华人民共和国坚持独立自主的和平外交政策,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,维护以联合国为核心的国际体系和以国际法为基础的国际秩序,发展同世界各国的友好合作,推动构建人类命运共同体。”

法第2条的逆向理解,外国对华所采取的,客观上达致破坏中国独立自主的和平外交政策、违背中国和平共处五项原则、破坏国际法法定国际秩序和联合国主导的国际体系,阻滞人类命运共同体构建等不利后果的限制措施,均可归类为歧视性限制措施。

(三)《反外国制裁法》的价值诉求引导歧视性限制措施识别

追求公正和平等的价值诉求是《反外国制裁法》精神和意旨的最集中展现,唯有以此为基础,解释者才能正确识别歧视性限制措施概念的内涵和外延,若其与本法的追求公正和平等的价值诉求相悖,便不具正当性。

《反外国制裁法》第3条第1款指出,中国在国际政治和经济交往中秉持独立、公正、平等的价值诉求。公正、平等的价值诉求强调每个国家对于所有其他国家所拥有的最广泛平等的基本自由都应享有公平机会和平等权利。保障每个国家的自由平等权才能实现国际社会的公平和正义。^[20] 因此,中国反对外国对华任何形式的霸凌主义与强权政治,反对任何国家以任何借口、任何方式干涉中国内政。^[21] 换言之,外国对中国采取的霸权主义、强权政治和干涉中国内政的措施均属歧视性限制措施。

《反外国制裁法》第3条第2款更细致地列举了外国相关措施违反公正、平等的价值诉求的具体样态。此条款明确歧视性限制措施的实质是违法措施,即外国国家背离国际法与国际关系中的基础性准则。^[22] 此条亦明示其外在形式是依据外国国内法或人权借口以干预中国内政形式对中国公民和中国公司企业等进行限制。该款将“违反国际法和国际关系基本准则”设定为歧视性限制措施的识别前提之一。学界对国际关系基本准则的准确内容和具体范围并未形成统一和公认的观点。有的学者认为国际关系基本准则指国际社会所公认的各国在国际交往中应遵循的基本行为标准或规范,^[23] 有的学者认为指国际法基本原则,^[24] 有的学者认为仅指和平共处五项原则。^[25] 笔者认为,为保障《反外国制裁法》涵摄范围的广泛性和反制法执法者裁量依据的涵括性,最大程度维护中国合法利益的目标,国际关系基本准则的内容和范围的界定应在参考相对多数国家所认可的观点的基础上进行广义上的宽泛界定,应为超越国际法范畴且被国际社会所认可的各国在国际交往中应遵循的基本行为标准或规范,其范围大于和平共处五项原则的涵盖范围。

经上述分析可知,外国国家为实现对我国发展进行压制和阻挠的目的,通过干预中国内政的形式,凭借其本国法律或人权等借口对我国公民、组织实施的背离国际法和国际关系中公正和平等的价值诉求与国际交往基本行为标准或规范的限制措施均可视为歧视性限制措施。

[20] 参见[英]鲍勃·赫普尔著:《平等法》(第二版),李满奎译,法律出版社2020年版,第157-158页。

[21] 参见沈伟:《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》,《比较法研究》2021年第1期,第190页。

[22] 参见郭晶玮、李金佶:《制裁与反制裁》,《中国外汇》2021年第18期,第15页。

[23] 参见倪世雄著:《当代西方国际关系理论》(第二版),复旦大学出版社2018年版,第207-213页。

[24] 参见公方彬:《中国复兴期待新国际关系准则》,《人民论坛》2014年第21期,第56页。

[25] 参见李爱华:《最具有强大生命力的国际关系准则——纪念和平共处五项原则提出50周年》,《山东师范大学学报(人文社会科学版)》2004年第3期,第95页。

三 歧视性限制措施识别的学理界定

歧视性限制措施的识别不仅在理念维度需契合《反外国制裁法》的立法宗旨、基本原则和立法价值诉求,而且,在具体概念识别层面亦应在其概念含义本身的内涵和外延所框定之畛域内识别。

(一) 歧视性限制措施之外延具象

歧视性限制措施概念的外延具象是从外在轮廓的视角呈展概念,为其外在呈现样态和具体表象,^[26]实际上源于对国际交往实践中歧视性限制现象的抽象概括,其更细致的外在具象的界定也需要以对国际交往实践中歧视性限制现象的各因素全面地解析与总结为基础,这是廓清其概念的必由之路。

1. 实施主体

歧视性限制措施的实施主体通常被简单限定为外国国家。^[27]此种界定并不能反映其客观的实施情况,未能完整涵括各类具体实施主体。为与《反外国制裁法》中的反制清单制度相衔接,为保障中国依法反制的打击对象的全面性和精准性,《反外国制裁法》中歧视性限制措施实施主体的范围应尽量穷尽。^[28]近期以来,外国私主体已数次对我国国家、公司企业和公民施行限制措施,这些措施多具有如下特征:(1)基于外国国家指示、指挥和控制;(2)主要源于政治动机或公权力目的;(3)以外国国内法律为依据或以中国内政为借口;(4)违反平等互利的私主体交往规律;(5)可归因于外国国家的行为。因此,歧视性限制措施的实施主体既应包括外国国家及其国家机关,也应涵括在外国国家指挥下施行或经外国法律授权行使政府权力要素对我国国家或私主体采取相关措施的外国个人和实体。

2. 限制对象

虽然外国所采取的歧视性限制措施最终损害的是我国的国家利益,但其主要是通过限制中国公民和中国组织的合法权益来实现的。因此,中国《反外国制裁法》中歧视性限制措施的限制对象应作广义理解,应既包括作为国家的中国,也涵括中国公民和中国公司企业等组织,这有助于全面保护受到影响的各类主体的利益。当我国相关主体的利益遭受外国歧视性限制措施的侵害或侵害威胁时,中国可依据该法对外国的实施主体采取反制措施。一方面能够在最广范围和最大程度上避免、减轻和弥补国家和私主体的损失,^[29]另一方面通过反制措施向外国施加压力,可迫使外国相关实施主体彻底终止相关措施,去除这类措施对国家和私主体合法利益的侵害或侵害的威胁,以全面和持续保护国家和私主体合法利益。

[26] 参见李旭东:《论规范逻辑进程中的法律概念》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第55页。

[27] 参见郭雳:《新时代国际法律风险应对与全球治理推进》,《中外法学》2021年第4期,第878页。

[28] 参见赵德铭、周文桐、金挺峰:《〈反外国制裁法〉述评》,《国际经济法论刊》2022年第1期,第7页。

[29] 参见任清、程爽:《〈反外国制裁法〉要点解读与建议》,《中国远洋海运》2021年第7期,第72页。

3. 外延形式

中国《反外国制裁法》并未对歧视性限制措施中的具体措施形式进行限定,其形式应作广义理解:包括外国对华的任何歧视性的作为或不作为,^[30]具体应涵括如下形式:

(1)外国所制定的对华进行歧视性限制的立法及外国对此立法的具体适用行为。对华歧视性限制的立法指外国的中央立法机关或地方立法机关所实施的违反国际法义务并造成国家、企业组织和公民正当利益丧失或减损且正在对中国发生不利影响的歧视性法律。

(2)外国对华歧视性限制措施的具体执行规则及外国对此规则的实际执行行为。执行规则指外国政府、政府下属的执行机构及其指挥控制下的组织和公司为了执行上述对华歧视性法律而颁布的,能在一定范围内普遍适用的正式的规则、规范或执行文件。

(3)行政习惯性做法。主要指外国政府执行机关或机构或其授权的组织和个人为施行对华歧视性限制事项而采用的在对华限制实践中逐渐形成和反复适用的手段。行政习惯性做法为对华限制实践操作中的不成文做法,虽无直接的书面证据证明其存在,但行政习惯性做法的内容与效力能被相关行政机构的书面决定所确定和证明。

(4)外国政府、政府下属的执行机构及其指挥控制下的组织和公司所规定的对华实施歧视性限制的不具有强制约束力的建议性标准、指示性内容的文件,以及据此文件实施的具体行为。

(5)外国政府机关及其下属的执行机构就某一特定的事实情况所作出的对华进行歧视性限制的行政决定和外国行政机构对此行政决定的具体执行行为,以及外国政府指挥控制下的组织和企业所作出的对华进行歧视性限制的决定,以及据此实施决定的具体行为。总之,对歧视性限制措施的实施主体、限制对象、具象形式作比较宽泛的界定有利于国家根据措施的具体情形和基于对国家利益和国际关系的综合考量来最终决定是否采取反制措施。若界定过于狭窄,当国家需要采取反制措施时,会出现因此措施不归属于《反外国制裁法》中歧视性限制措施的范围而不具备合法性的情形,广义的界定则能够避免此困局。

(二)歧视性限制措施之实质内涵

歧视性限制措施概念的内涵是从质的维度诠释概念,昭示其核心和本质特征。^[31]国际法允许各国为本国政治稳定和经济发展的需要对外国产品、服务或公司组织和人员采取必要的限制措施,但禁止各国在歧视的基础上采取上述措施。^[32]“歧视性”是歧视性限制措施区别于其他合法的外国限制性措施的重要特征,系此类措施的特有属性。故此,“歧视性”为歧视性限制措施的实质内涵。

以《联合国宪章》(Charter of the United Nations)为中心的联合国体系建立之后,非歧视原则成为国际法的根本原则,亦为国际法诸多重要公约的基本原则。^[33]在国际法范畴

[30] 参见郑伟、管健:《WTO改革的形势、焦点与对策》,《武大国际法评论》2019年第1期,第87页。

[31] 参见刘叶深著:《法律的概念分析:如何理解当代英美法理学》,法律出版社2017年版,第211-216页。

[32] 参见霍达:《国际反制裁制度体系的构建与启示》,《人民论坛》2021年第31期,第90页。

[33] 参见张爱宁著:《平等和不歧视——弱势群体人权保护国际标准研究》,世界知识出版社2021年版,第36-39页。

内,“歧视”多指对处于“相同或相似条件”下的实体给予差别待遇。^[34] 具体而言,是指一方基于不正当法律依据或不合理的其他理由对处于“相同或相似条件”的另一方的个人或群体强加不公正和不平等待遇。“歧视”的内涵既包括一方在相同或相似条件下的区别对待另一方,也包括一方以相同的方式对待不同的其他各方的情形。

歧视性限制措施中的“歧视”既包括直接歧视,也包括间接歧视。直接歧视指外国无正当理由或其他充分合理理由主观上直接故意对国家、组织和个人强加不公正和不平等待遇。直接歧视随着国际法中非歧视原则的普遍适用会逐渐转化为间接歧视。间接歧视系外国设置标准或制定法律法规,使除中国之外其他国家均能符合此标准或法律法规的要求,事实上对中国形成不平等和不公正的对待,具有隐蔽性和迷惑性。^[35]

歧视性限制措施中的“歧视”既涵括法律歧视,也涵括事实歧视。法律歧视为外国通过其国内立法明确规定对国家、组织、个人实施歧视性待遇。事实歧视是指外国虽未在其国内法中明确规定对中国采取歧视性待遇,但外国在实践中的做法客观上造成对中国歧视性对待的效果。^[36] 这种歧视主要发生在外国与中国的国际经贸竞争领域,主要是指外国通过其本国的内部措施对来自中国的货物、服务、投资、知识产权等实行低于国民待遇或最惠国待遇的不公正和不平等的待遇。^[37] 此外,此种歧视亦涵括外国基于对中国内政的干涉为借口或其他外国与中国的政治、经济、军事争端而引发的对中国公民的人身、财产和对公司企业组织的财产或活动所采取的不平等的限制措施的情形。^[38]

四 歧视性限制措施识别之法定基准

歧视性限制措施的识别不仅需要明晰这一概念的实质内涵与外延具象等学理基准,更需明确在识别中所应依循的法定基准。此法定基准源于国家制裁和反制裁领域的国际法原则与规则。《反外国制裁法》虽然在性质上是国内法,但实质上是我国对外国进行反制裁的法律依据,最终效果在于反制和终结外国对华的不正当制裁。因而,为保障中国依法反制在国际层面的合规性和正当性,^[39] 该法的解释和适用必须契合对国际社会具有普遍约束力的国际法规则,且不得背离对中国有直接约束力的国际条约。歧视性限制措施概念作为《反外国制裁法》的核心术语,其解释和界定亦必须符合对中国具有强制力和约束力的国际法规则,包括国际法基本原则、国际条约规则、国际强行法和国际习惯法的要求。

虽然国际法权威法律文件中并未出现完整意义上的相关术语,但从国际公法和国际经济法的强制性和禁止性规则的碎片化规制对象中可剥离和整合出这一概念的轮廓。国

[34] 参见[英]埃里克·海因策著:《平等的逻辑——非歧视法律的形式分析》,徐梦醒译,中国政法大学出版社2017年版,第153-160页。

[35] 参见[南非]桑德拉·弗里德曼著:《反歧视法》(第二版),杨雅云译,中国法制出版社2019年版,第79页。

[36] 参见潘坤、杨成铭:《〈反外国制裁法〉背景下反美国金融制裁措施研究》,《国际贸易》2021年第9期,第92页。

[37] 参见崔庆波:《新一轮贸易保护主义与中国区域贸易自由化策略》,《上海对外经贸大学学报》2021年第4期,第78页。

[38] 参见刘露馨:《制裁“新疆棉”或是美欧构建“供应链联盟”的开端》,《世界知识》2021年第8期,第58页。

[39] 参见马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,《法治研究》2022年第1期,第156页。

际公法规则主要指《联合国宪章》和《国家对国际不法行为的责任条款草案》(*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) (下称“《国家责任条款草案》”)中的强制性和禁止性规则,国际经济法规则主要指 WTO 法中的强制性和禁止性规则。此类国际法中的强制性和禁止性规则则衍化为识别这一概念的法定基准。

首先,《反外国制裁法》中歧视性限制措施概念的解释与适用需符合国际社会基本法——《联合国宪章》。其次,《反外国制裁法》是调整国家反外国单边制裁行为和关系的法律,国家反制行为属于国家单边的自助和自救行为,在性质上属于反措施的范畴。反措施规则为《国家责任条款草案》的重要内容,该草案已被国际社会公认为国际习惯法,对国际社会具有普遍约束力。因此,《反外国制裁法》中对相关概念的解释和适用不得背离《国家责任条款草案》的要求,尤其须契合其中的反措施规则和危急情况规则。再次,中国作为世界贸易组织成员,其国内法不得与 WTO 规则相冲突。中国在国际贸易领域的反制必须符合 WTO 法中的中止减让规则和报复规则,如 WTO《1994 年关税与贸易总协定》(*General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, GATT 1994)第 21 条的国家安全例外规则、《关于争端解决规则和程序的谅解》(*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*)第 22 条的中止减让规则、WTO《补贴与反补贴措施协议》(*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*)第 4 条和第 7 条的反措施规则、WTO《保障措施协议》(*Safeguards Agreement*)第 8 条的中止减让水平规则等。所以,《反外国制裁法》中歧视性限制措施概念的解释和适用不得背离 WTO 规则,尤其需契合 WTO 规则中的中止减让规则和报复规则。

唯有恪守歧视性限制措施识别的法定基准和学理基准,才能正确辨别外国措施的性质,从而保障识别的准确性。外国所采取的措施是否构成歧视性限制措施,需依循下述法定基准进行识别。

第一,是否可归责于外国国家的作为或不作为。外国国家及其指挥控制下的组织和个人所实施的行为必须同时满足以下条件才能被视为是歧视性限制措施。首先,措施可归因于外国国家。其次,外国国家所实施的行为,主要是外国国家政府的行为,既包括外国国家中央政府的行为,也包括外国国家地方政府的行为,特殊情况下也包括由外国国家政府承担责任在外国国家控制下的外国私主体所实施的行为。^[40] 最后,这类行为既包括积极作为行为,也包括消极不作为行为。^[41] 如外国根据国际法和国际经济法应该平等给予国民待遇、最惠国待遇或其他优惠待遇,但实践中却未平等给予的“不作为”。^[42]

第二,是否为正在造成国家及其私主体合法权益的减损或减损威胁的措施。首先,中国相关主体根据国际法和国际经济法所直接或间接获得的合法利益正在因外国国家及其指挥控制下的私主体采取的歧视性措施而面临减损或减损威胁。^[43] 其次,歧视性限制措

[40] 参见刘启航:《全球治理与国家责任——“全球治理·东湖论坛(2015)”国际学术研讨会综述》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2016年第2期,第139页。

[41] 参见薛源、程雁群:《“单边”制裁的法治破局》,《人民论坛》2021年第22期,第104页。

[42] See Appellate Body Report, *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, para. 97.

[43] 参见马弘、秦若冰:《贸易平衡与关税对等:中美经贸之辨》,《国际商务研究》2021年第4期,第39页。

施应指外国对中国采取的正在生效和正在对中国产生歧视性限制影响与效果的措施。在特殊情况下也可包括虽然已失去效力但实际上仍在对中国实施,或虽停止对中国使用但其对中国所造成的歧视性限制的影响一直持续至今的措施。^[44] 外国已结束对中国实施的,其所发生的歧视性限制影响已经消失,不再对中国产生歧视性限制影响与效果的措施,中国原则上不再据此启动反制措施。

第三,是否违反其根据国际法和国际经济法所应承担的非歧视义务。“歧视性”的认定系判别歧视性限制措施的核心标准。^[45] 当某一外国对我国国家或私主体的产品、服务、投资、知识产权等实施不具有国际合法性的限制措施,而对具有同样情况的第三国相关主体的产品、服务、投资、知识产权未施行同样的限制措施时,可判定外国针对中国的限制措施具有歧视性。判断某一项国内措施是否构成歧视需采取如下识别步骤:首先,判断受到差别待遇的不同国家及其私主体或其货物、服务、投资、知识产权是否处于相似情形或具有相似性,这是判断外国限制措施是否构成歧视性限制措施的先决条件。措施识别者必须科学和客观地比较中国与该国或第三国在相关方面是否处于相似情形或具有“相似性”,才能得出为国际社会所认可的比较结论。^[46] 中国与该国或第三国在相关方面的“比较点”是识别外国措施是否具有歧视性的关键。这一判断标准需要被比较之事物的事实信息,也要求规范的评价,以及评判者评估充分相似之处的标准。^[47] 其次,在第一步判定存在相似性或相似情形的前提下,需要判断这些相似国家及其私主体的产品、服务、投资、知识产权是否受到了差别待遇,如是否低于外国本国国内待遇或相似国民待遇、最惠国待遇或其他优惠待遇。

第四,歧视性限制措施不符合解除行为不法性的国际法标准。外国国家的中央、地方政府及其授权、委托或指挥、控制下的外国私主体实施的相关措施因其为可归因为外国国家的违背国际法中非歧视义务的行为,不具有国际合法性,实质上属于国际不法行为。外国为遮掩其对华限制措施的国际不法性,多援引《国家责任法草案》中的“同意”“自卫”“反措施”“不可抗力”“危难”或“危急情况”等条款,企图解除其对华政治和军事限制措施违背非歧视义务的不法性;或援引 WTO 的“一般例外”条款和“安全例外”条款,妄图消解其在国际经济和国际贸易领域对华限制措施背离非歧视义务的国际不法性。^[48] 在国际争端解决实践中,国际法院和 WTO 争端解决机构已审决多起外国假借解除行为不法性的国际法规则和 WTO 例外规则对中国实施歧视性限制措施等国际不法行为的争端。例如,在“美国对来自中国的某些货物关税措施案”(DS543)中,美国假借维护公共道德的 WTO“一般例外”规则对中国实质上实行非法的歧视性关税措施。^[49] 在“美国对中国钢

[44] See Appellate Body Report, *US-Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, para. 261.

[45] 参见刘新宇、郭欢:《解析〈反外国制裁法〉要点》,《中国外汇》2021 年第 14 期,第 33 页。

[46] 参见肖挺:《政府规制的歧视性与服务贸易:基于中国上市企业数据的检验》,《世界经济研究》2020 年第 10 期,第 21 页。

[47] 参见谭观福:《论数字贸易的自由化义务》,《国际经济法学刊》2021 年第 2 期,第 37 页。

[48] 参见吕方园:《中美贸易摩擦“政治失信行为”国家责任研究》,《政法论丛》2020 年第 2 期,第 85 页。

[49] 参见张军旗:《301 条款、301 调查及关税措施在 WTO 下的合法性问题探析——以中美贸易战中的“美国——关税措施案”为视角》,《国际法研究》2021 年第 4 期,第 53 页。

产品和铝产品措施案”(DS544)中,美国假借维护国家安全的WTO“安全例外”规则对中国实质上实行非法的限制措施。^[50] 歧视性限制措施实质为外国对中国所实施的不符合解除行为不法性的国际法标准的国际不法行为。无论外国的理由和借口为何,外国在政治和军事领域对中国实施的限制措施不符合“同意”“自卫”“反措施”“不可抗力”“危难”或“危急情况”等解除措施不法性的国际法规则的构成要件和实质标准;外国在经济领域对中国实施的限制措施不契合WTO的“一般例外”和“安全例外”等违法性阻却规则的内设标准和要求。

五 歧视性限制措施识别的操作序次

对歧视性限制措施的识别不仅需要恪守其所应依循的判别基准,亦需明晰在识别中应采取的识别技术。唯有按照规范的判识操作序次,才有助于正确辨别外国措施是否为歧视性限制措施,进而保障识别的准确性。故此,应当依循如下序次推进识别。

(一) 歧视性限制措施识别的前提条件

对歧视性限制措施的识别是将外国的具体措施与《反外国制裁法》中的抽象概念进行比对,判别外国的具体措施是否属于该范畴。对歧视性限制措施的判识必须满足以下两个前提条件:一是抽象的概念与具体的外国措施之间形成包含与被包含的关系,而非平行并列或部分相交关系。具体的外国措施可完全归属于抽象范畴之内。二是外国的具体措施具有相对的封闭性,而抽象概念的范畴具有相对的开放性,其范围会随着时代发展和情势变迁而延展扩张。而外国的具体措施一旦实施即为固化。如在美国继301措施、337措施之后新实施的232措施,该措施一经实施其特征即彰显和固定化。^[51] 歧视性限制措施具有扩张识别的必要性,外国新实施的具体措施具有可归入此抽象概念的可能性。

(二) 歧视性限制措施识别之操作路径

歧视性限制措施的识别应遵循相应的技术路径,从识别的学理标准到法定基准的识别进路展开识别操作。首先应当判断外国对华措施是否契合这一措施识别的学理标准,应依循从措施的外延具象至其实质内涵的识别序次展开辨识。若外国措施同时符合歧视性限制措施的形式外延和实质内涵,则可以识别,若只符合形式外延但不符合实质内涵,则不属于该措施的范畴。当外国措施符合这一措施识别的学理标准时,再分析判断外国对华措施是否背离这一措施识别的法定基准。适法者需首先比照国际法判断外国对华措施是否违反其所应承担的非歧视义务,再根据中国的实际情况估量外国对华措施是否已经造成或正在造成国家、公司企业组织和个人合法权益的减损或减损的威胁,然后依照《国家责任法草案》分析外国政府、外国公司企业组织和外国人行为是否是可归责于外国国家的作为或不作为,最后依《国家责任法草案》判别外国对华措施是否符合解除行为不法性的国际法标准。上述识别序次适用于通常情形。对特殊情状的外国对华措施,难

[50] 参见周艳云:《中美贸易摩擦中美国“232措施”法律性质之辨析——以DS544案切入》,《国际经济法学刊》2020年第2期,第36页。

[51] 参见刘瑛、张璐:《论GATT安全例外对美国232钢铝措施的适用》,《国际经贸探索》2019年第12期,第107页。

以判定其是否是歧视性限制措施时,则需视具体情况进行细致甄别。

(三)歧视性限制措施识别结论的商谈检视

法律商谈系证成单个判断正确与否的有效途径,在具体个案中,为保障对外国措施识别结论的准确性与公正性,在外国措施具备歧视性限制措施的特征的前提下,中国执法者可再经由法律商谈对依循识别基准经涵摄分析所得之初步识别结论是否正确予以检验和确证,^[52]以期达致商谈的合理性和客观性。^[53]

中国在识别某一外国具体措施是否为歧视性限制措施的过程中,可召开听证会,给予中国受此措施影响的利益关系方以充分地发表意见和辩驳商谈的机会。中国受外国某措施影响的利益关系方或其他关注方可基于各自所掌握的证据和具有信服力的理由遵循规定程序对此外国措施是否构成歧视性限制措施展开商谈或论辩。肯定方就外国措施符合相关概念的学理基准和法定基准提出主张,并进行举证和论证,反对方可就外国措施不属于这一措施的主张进行举证和论证,双方可就此开展论辩。第三方亦可基于其所掌握的证据和理由提出第三方的识别观点。通过赞成方与反对方及第三方的证据和理由的完全展示,在充分的商谈与论辩的基础上,中国反制法执法机关对双方所争议的外国具体措施及其实质将形成更全面和更深刻的认知,对外国具体措施是否构成歧视性限制措施作出更准确的判断,有助于保证识别的最终结论的正确性与公正性,中国能更精准地采取有效的对等反制措施。^[54]

六 结语

作为《反外国制裁法》中的核心术语和我国反制措施触发和阻断机制启动的先决条件,对歧视性限制措施的认定应具有相对明确的裁量基准,以避免出现识别上的无序和恣意,这也有助于《反外国制裁法》发挥更大的实效和威力,切实保障中国国家、组织和公民的合法利益。但该法却并未明确规定歧视性限制措施的识别基准,目前亦尚无论著阐明过相关的识别标准。而且,“由于国际法领域缺失对这一术语的整体界定和解释,我国也难以直接援用国际法上的识别标准来明确界定《反外国制裁法》中的相关概念。应当通过法律概念的具体化路径来探寻这一概念如何进行准确的识别,唯有如此,国家行政执法者和法官对歧视性限制措施的判断才能更准确,中国针对外国对华制裁所采取的反制措施和阻断措施方能更精准和更有效。”

[本文为作者参与的 2020 年度司法部法治建设与法学理论研究项目“美国基于国家安全的贸易限制措施的违法性析证及中国因应策略研究”(20SFB4067)的研究成果。]

[52] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》(修订译本),童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 231-235 页。

[53] 参见孙国东著:《合法性与合道德性之间:哈贝马斯商谈合法化理论研究》,复旦大学出版社 2020 年版,第 159-162 页。

[54] 参见尹云霞、赵何璇、康英杰:《从合规实务角度解读〈反外国制裁法〉》,《中国外汇》2021 年第 18 期,第 19 页。

[**Abstract**] “Discriminatory restrictive measures” are the prerequisite for the initiation of countermeasures and blocking mechanism. However, China’s Anti-Foreign Sanctions Law does not clarify the connotation, extension and identification criteria of “discriminatory restrictive measures”. How to accurately identify “discriminatory restrictive measures” has become a problem urgently to be solved by legal scholars. “Discriminatory restrictive measures” is an uncertain legal concept which is highly general and abstract, and vague in substantive connotation and extension. The specific approach to the identification of this concept is concretization, namely accurately defining the concept through the clarification of its conceptual basis, connotation, extension, legal criteria and identification order. First of all, the legislative aim, purpose, value and basic principles of the Chinese Anti-Foreign Sanctions Law are the conceptual benchmarks for identifying the concept of the “discriminatory restrictive measures”, which are helpful to defining the macro boundary of the concept. Secondly, “discriminatory restrictive measures” should be identified in compliance with theoretical standards and within the scope defined by the connotation and extension of the concept itself. The broad definition of the extension of “discriminatory restrictive measures” is the natural requirement for scientific identification of this concept. “Discrimination” is the substantive connotation of “discriminatory restrictive measures”, which includes various forms of unfair and unequal treatment of China by foreign countries. Thirdly, the identification of “discriminatory restrictive measures” should follow the legal benchmark. In order to ensure the legitimacy of China’s countermeasures at the international law level, the identification of “discriminatory restrictive measures” should not conflict with the basic principles of international law, international jus cogens, international customary law and international treaty rules that are binding on China. Finally, the identification of “discriminatory restrictive measures” should follow a reasonable sequence of identification operation to ensure the accuracy of the identification conclusion. First of all, applicators of law should analyze whether the identified object meets the precondition for identification. Then, they should analyze whether the identified object belongs to “discriminatory restrictive measures” according to the theoretical standards and legal benchmark, and form a preliminary identification conclusion. And finally, the correctness of the preliminary identification conclusion should be checked through legal negotiation.

(责任编辑: 贾元)