

## 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

沈伟 苏可楨

(上海交通大学 法学院,上海 200030)

**[摘要]**《对外关系法》第三十八条规定了我国对外国组织进行管理的权力和外国实体遵守法律、不得危害中国国家安全的义务。外国代理人管理制度是这一规定的实现规则,有待落地实施。美国《外国代理人登记法》要求代理人就代理的相关信息登记,对代理关系中的关键内容做出界定,并就信息披露的内容和持续性提出要求。相关制度的执行总体具有较明确的法律指引,并设置了相应的违法惩处机制,该制度的执行在近年更趋主动化、严格化。该制度曾因对日本实体游说的执法效果不佳而有所加强,目前对于涉华实体的监管也日趋强硬,相关案例具有借鉴意义。我国可参考域外立法经验建立外国代理人管理制度。

**[关键词]**《对外关系法》 外国代理人 国家安全 非政府组织 涉外法治

习近平总书记强调:“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。”<sup>①</sup>2023年6月28日,第十四届全国人大常委会通过了《中华人民共和国对外关系法》(以下简称《对外关系法》)。《对外关系法》是我国推进涉外法治体系建设的里程碑,就对外关系各领域工作作出根本性、原则性规定,同时为其他涉外法律提供授权、指引和衔接<sup>②</sup>。《对外关系法》第三十八条规定,国家既依法保护在中国境内的外国人和外国组织的合法权利和利益,也有权依法对外国组织在境内的活动进行管理,同时在中国境内的上述实体应当遵守中国法律,不得危害中国国家安全、损害社会公共利益、破坏社会公共秩序。

关于“国家安全”概念的内涵,《中华人民共和国国家安全法》第二条规定:“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。”由此可知,国家安全是国家安全问题被预防和化解的结果<sup>③</sup>。根据外交部发布的《关于美国国家民主基金会的一些事实清单》,自冷战时代始,美国国家民主基金会(National Endowment for Democracy,以下简称NED)以“对别国民主提供支援”的“非政府组织”(non-governmental organization,以下简称NGO)之名,行依赖官方资金、遵照政府命令、借资助操纵NGO实施颠覆渗透破坏之实,我国因而受到“疆独”“港独”“藏独”等危害稳定活动的威胁<sup>④</sup>。由此可见,作为外国代理人(foreign agent)的实体对我国内政这一核心利益造成危险和威胁,是现实的国家安全问题<sup>⑤</sup>。《对外关系法》第三十八条基于国家安全和公共利益考虑,规定了国家对外国组织境内活动的规制权(police power),以及外国实体相应的守法义务。

**[基金项目]** 国家社科基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”(21&ZD208)阶段性成果。

**[作者简介]** 沈伟(1972—),男,江苏启东人,博士,上海交通大学法学院特聘教授,博士生导师,研究方向:国际法、金融法。

① 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《求是》2021年第5期。

② 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》,(2023-06-29)[2023-07-15],<http://politics.people.com.cn/n1/2023/0629/c1001-40023485.html>。

③ 李文良:《国家安全学基础理论框架构建研究》,《国际安全研究》2022年第5期。

④ 《关于美国国家民主基金会的一些事实清单》[2022-05-08],[https://www.mfa.gov.cn/zyxw/202205/t20220507\\_10683088.shtml](https://www.mfa.gov.cn/zyxw/202205/t20220507_10683088.shtml)。

⑤ 李文良:《国家安全:问题、逻辑及其学科建设》,《国际安全研究》2020年第4期。

在地缘竞争博弈的国际背景下,NGO 等外国代理人通常涉足的科技、文化等领域,既属于国家安全的范畴<sup>①</sup>,也是一国对外输出“软权力”的重要场域<sup>②</sup>。尽管《对外关系法》第三十八条规定了我国对外国组织的规制权以及相关实体的守法义务,但我国目前对于境外资助本土 NGO 的管理仍处于较为零散的状态<sup>③</sup>,需要在法律层面对外国代理人管理制度有所设计和构建,以落实制度的管理过程,预防和化解相关威胁,实现这一领域的国家安全。本文梳理世界第一个外国代理人管理制度的源流、设计和实施,并对我国在立法与执法层面落实《对外关系法》第三十八条的方案提出相关建议。

## 一、美国外国代理人管理的规则建构

### (一) 制度起源、适用情景与规制作用

国际法无从禁止外国势力对一国政治进程实施影响,但即便一国不能直接阻拦外国势力在其境内活动,也可以将这些活动纳入监管框架中,并采取必要、合法且合乎比例的监管措施<sup>④</sup>。美国国家安全的法律制度体系构造复杂,强调制度设计、法律规范和机制建设,并在非主权范围内运用复杂的国内立法达到自身目的。美国认为国家安全需要兼顾不同安全利益,因此政治体制、经济模式、民族认同等方面都可能存在国家安全需求<sup>⑤</sup>。美国建立了世界第一个外国代理人管理制度<sup>⑥</sup>,与之相关的主要法律为《外国代理人登记法》(Foreign Agents Registration Act of 1938,以下简称 FARA)。

FARA 于 1938 年通过,要求从事“政治活动”(political activities)等非商业活动的外国委托人(foreign principal)之特定代理人披露其代理、活动财务等信息。该法案通过确保美国的政府和公众了解旨在影响美国公众舆论、政策和法律的外国代理人,提高美国境内外国影响的透明度<sup>⑦</sup>。FARA 所指涉的外国代理人系在美国境内从事“政治活动”的主体,而“政治活动”泛指意图在政策方面对美国官员或公众产生影响,或者对外国政府或政党的利益产生影响的活动<sup>⑧</sup>。FARA 的主体规则由两部分美国法规组成:一为《美国法典》(U.S. Code)第 22 编第 611 条及以下(22 U.S.C. § 611 et seq.),一为《联邦规则汇编》(Code of Federal Regulations)第 28 编第 5 部分及以下(Title 28 C.F.R. Part 5)<sup>⑨</sup>。

以德国法西斯为主的政治力量所主导的政治宣传(propaganda),是 FARA 出台时针对的对象<sup>⑩</sup>。FARA 自生效以来历经数次修改,贯穿其中的是美国对国家安全的“隐含绝对目标”——不允许国家安全为任何外国势力所破坏<sup>⑪</sup>。与此相应,FARA 登记数据涵盖了许多重要的世界性事件,包括冷战、日本发展、苏联解体、亚洲和拉美民主化、恐怖主义盛行,以及中国的复兴<sup>⑫</sup>。其中最为重要的一次修订于 1966 年完成,本次修订将代表商业利益的游说活动纳入 FARA 规制范围。

FARA 登记记录的最近数据显示,中国是在对美国进行所谓游说和政治宣传运营方面投入最多

① 周光权:《刑法各论》,北京:中国人民大学出版社 2021 年,第 606 页。

② “软权力”指与文化、意识形态和制度等抽象资源相关,决定他人偏好的非物质性权力。参见苏可桢、沈伟《美国“价值观同盟”视角下的经贸规则全球化与中国因应》,《亚太经济》2023 年第 3 期,第 15 页;Joseph S. Nye, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power* (New York: Basic Books, 2016), p.2.

③ 毛欣娟、陈映锦、刘小焯:《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 年第 5 期。

④ Jacqueline Van De Velde, *The Foreign Agent Problem: An International Legal Solution to Domestic Restrictions on Non-Governmental Organizations*, 40 *Cardozo L. Rev.* 687 (2018), pp.709-710.

⑤ 石斌:《思想·制度·工具——美国国家安全体系的一种分析框架》,《国际安全研究》2021 年第 2 期。

⑥ Jacqueline Van De Velde, *The Foreign Agent Problem: An International Legal Solution to Domestic Restrictions on Non-Governmental Organizations*, (2018) 40 *Cardozo L. Rev.* 698.

⑦ *FARA Home*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-08], <https://www.justice.gov/nsd-fara>.

⑧ FARA, 22 U. S. C. § 611 (c); *FARA Frequently Asked Questions*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-08], <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-frequently-asked-questions>.

⑨ *FARA Legal Authority*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-08], <https://www.justice.gov/nsd-fara/legal-authority>.

⑩ Samantha Laufer, *A Difference in Approach: Comparing the US Foreign Agents Registration Act with Other Laws Targeting Internationally Funded Civil Society*, 19 *INT'L J. NOT-FOR-PROFIT L.* 5 (2017).

⑪ Shirley V. Scott, *International Law, US Power: The United States' Quest for Legal Security*, New York: Cambridge University Press, 2012, p.17.

⑫ Hye Young You, *Foreign Agents Registration Act: A User's Guide*, 9 *Int Groups Adv.* 302 (2020).

的国家之一<sup>①</sup>。FARA的监管重点聚焦中国实体并成为管控中国在美政治影响的法律工具,是中美地缘竞争日趋白热化下的必然。FARA的广泛打击范围与有限执法能力之间存在天然矛盾,必然出现的选择性执法加之宽泛条文留下的操作空间,让双重标准和政治化执法成为可能<sup>②</sup>。重启和强化FARA所折射出的是中美关系所面临的现实困难<sup>③</sup>,尽管FARA针对中国实体的监管案例寥寥,但日美贸易战时期便有学者呼吁实施针对来自美国盟友日本的实体之监管<sup>④</sup>,举轻以明重,来自“战略竞争”对手中国的实体面临的挑战亦可见一斑<sup>⑤</sup>。

## (二)代理关系界定与披露义务设置

保障国家安全需要兼顾国家免受威胁颠覆的状态和拒止国家安全威胁的能力,而FARA以信息登记为维护国家安全的主要手段。FARA设置的登记规则既赋权执法机关掌握外国代理人情况,也对外国代理人的信息公开义务内容予以说明。

### 1. 关键概念的定义与判断

首先,外国委托人是代理关系开展的起点。任何在美国境内委托代理人进行游说活动的外国及各种公私主体,都可以被界定为“外国委托人”<sup>⑥</sup>。其中公法主体即与公权力相关的主体,既包括外国政府及其代表等典型公法主体,也涵盖政党等准公法主体<sup>⑦</sup>。私法主体也分为两个类型,一为指向非美国个体或非个体的“美国境外之人”(person outside of the United States),一为“个体组合”(combination of persons),即根据外国法律组织的或主要营业地在外国的协会、公司等社团<sup>⑧</sup>。

其次,外国代理人是监管制度聚焦的重点。FARA在认定外国代理人时不问形式要件,而是关注其与委托人之间关系的实质,即二者间的指示与委托关系。该规定旨在封堵通过多层架构规避监管的漏洞,但有学者指出该标准因模糊性而具有覆盖广、门槛低、空间大的特点<sup>⑨</sup>。通常FARA下的外国代理人包括根据前述委托人要求行事者,但不问后者的身份,受托者既可以是委托人的代理人或代表,亦可以是其他为委托人利益或受委托人资助从事政治活动者。受托人还可以自认为外国代理人。但是,FARA也通过例外限制外国代理人的范围,例如从事新闻业、出版业的组织若满足特定条件,并不会因符合前述界定而被认定为外国代理人<sup>⑩</sup>。其他可获豁免的对象还包括外国官方人员、法律从业人员、已根据《游说披露法》(Lobbying Disclosure Act of 1995,以下简称LDA)登记人员等<sup>⑪</sup>。

最后,代理活动是威胁国家安全的手段。FARA追踪代理人政治活动,相关登记可说明外国委托人影响政策制定的尝试<sup>⑫</sup>。但是,FARA对政治活动定义简短且宽泛<sup>⑬</sup>,而美国境内公众活动大多有影响民意的倾向,因此它们极易被认定为政治活动,这也导致了FARA的宽广打击面。FARA将政治活动定义为意图影响美国政府机构、官员或公众的活动,此处的“影响”的对象包括美国的政策以

① Anna Massoglia & Maggie Hicks, *DOJ-ordered Foreign Agent Registrations Boost China and Russia's 2020 FARA Spending* [2022-05-08], <https://www.opensecrets.org/news/2021/06/doj-foreign-agent-registrations-boost-china-and-russias-fara-spending5/>.

② 齐鑫:《美国〈外国代理人登记法〉及其影响》,《美国研究》2020年第1期。

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年第2期。

④ Mark B. Baker, *Updating the Foreign Agents Registration Act to Meet the Current Economic Threat to National Security*, 25 TEX. INT'L L. J. 23 (1990), p.41.

⑤ The White House, *Interim National Security Strategic Guidance*, March 2021, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>, p.20.

⑥ Generally see, *The Foreign Agents Registration Act (FARA): A Legal Overview* [2022-05-11], [https://www.everycrsreport.com/reports/R45037.html#\\_Toc500493380](https://www.everycrsreport.com/reports/R45037.html#_Toc500493380).

⑦ FARA, 22 U. S. C. § 611 (b) (1), (e)-(f).

⑧ FARA, 22 U. S. C. § 611 (b) (2)-(3).

⑨ 齐鑫:《美国〈外国代理人登记法〉及其影响》,《美国研究》2020年第1期。

⑩ FARA, 22 U. S. C. § 611 (c)-(d).

⑪ FARA, 22 U. S. C. § 613; 28 C.F.R. § § 5.300-5.307; *FARA Frequently Asked Questions*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-12], <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-frequently-asked-questions>.

⑫ Hye Young You, *Foreign Agents Registration Act: A User's Guide*, 9 Int Groups Adv, 302 (2020).

⑬ See Mark B. Baker, *Updating the Foreign Agents Registration Act to Meet the Current Economic Threat to National Security*, 25 TEX. INT'L L. J. 23 (1990); Francis R. O'Hara, *The Foreign Agents Registration Act - The Spotlight of Pitiless Publicity*, 10 VILL. L. REV. 435 (1965); 齐鑫:《美国〈外国代理人登记法〉及其影响》,《美国研究》2020年第1期;江辉:《外国代理人法的域外经验与启示》,《国际法研究》2022年第1期。



及外国政府、政党的利益等利害关系<sup>①</sup>。

## 2. 披露义务的内容与审查

外国代理人在登记时需要提供的信息覆盖了代理关系的各方面。首先,代理人需要提供委托人与自身的基本信息。其次,代理人需要全方位地完整说明其与委托人间法律关系之实质和代理活动之细节,以及两者间的财产往来。再次,外国代理人为委托人之外的人进行需登记活动的细节和花费情况等,也属于 FARA 授权司法部收集的信息。最后,美国司法部长还可基于国家安全和公共利益考虑额外要求外国代理人提供其他信息<sup>②</sup>。

外国代理人登记后,执法部门会对相关信息材料进行归档、标记和公开。外国代理人向不特定人传播的信息材料,需要向美国司法部长报送副本并备案。在向政府机构及其官员进行政治宣传或要求其提供政治信息时,外国代理人也需要表明其身份<sup>③</sup>。这些规则通过对代理人身份的强制披露为其贴上相应标签,且要求代理人的几乎所有行为在备案后方可进行,这会对相关行为及其效果造成公信力下降等影响。

此外,FARA 还就外国代理人活动中账簿和记录的保存提出了要求。外国代理人在任职期间应保留有关其活动的财务记录至代理终止后三年<sup>④</sup>。该要求有助于认定代理人与委托人之间的实质联系,一方面资金流向能够体现代理人与委托人之间的财务往来和关联,另一方面这些信息也能用以确定代理人所从事的活动,以确认其是否根据委托人指示行事。

## (三) FARA 的立法借鉴意义

在《对外关系法》第三十八条的内容中,国家机关的规制权力、外国实体的合规义务与国家安全的公益取向并重。我国立法机关可吸取美国立法例中的经验和教训,平衡权力设置与合规成本,以维护国家安全与社会公益为准绳,在立法中对以下四个方面予以考量。

1. 制度监管范围应覆盖外国代理人活动的全过程。FARA 涵盖了对代理关系主体、政治活动、披露义务等要素,对外国代理人活动的认定和管理提供了标准,有利于实现立法目的。但相关立法在涵盖范围宽广的同时需注意定义的实质化,过于宽泛的界定在监管者责任范围被扩大的同时,也影响民间主体表达自身诉求,这将提高监管者的执法成本和被监管者的合规成本,导致被监管者对法律遵守情况不佳进而影响立法目的实现<sup>⑤</sup>。

2. 条文措辞方面,FARA 的借鉴意义体现在相关规则不应具有攻击性。尽管 FARA 的监管内容具有较强的敏感性,但其规则措辞理性程度较高,法案内容详略得当,在不攻击或限制监管对象的同时,通过申报、标记、账簿保存等手段实现了披露外国代理人政治活动、防止国家主权为外国代理人活动所损害的目的。

3. 豁免规则设计需合理,避免监管和合规成本差异促使市场主体跨境监管套利<sup>⑥</sup>。FARA 在要求外国代理人进行完整登记的同时也豁免了特定代理人<sup>⑦</sup>,这种例外制度设计能够为律师等特定群体提供便利。部分监管要求降低具有必要性和可行性,能在一定程度上避免跨境监管套利<sup>⑧</sup>,但有可能引发滥用豁免规则的监管套利行为,例如外国代理人在以营利组织身份登记后从事本应受监管的

① FARA, 22 U. S. C. § 611 (o).

② FARA, 22 U. S. C. § 612 (a) (1)-(6), (8), (10)-(11).

③ FARA, 22 U. S. C. § 614 (a)-(b), (e).

④ FARA, 22 U. S. C. § 615.

⑤ Charles Lawson, *Shining the Spotlight of Pitiless Publicity on Foreign Lobbyists Evaluating the Impact of the Lobbying Disclosure Act of 1995 on the Foreign Agents Registration Act*, 29 VAND. J. Transnat'l L. 1151 (1996).

⑥ 沈伟:《互联网金融监管规则的内生逻辑及外部进路:以互联网金融仲裁为切入点》,《当代法学》2017年第1期。

⑦ FARA, 22 U. S. C. § 611 (d) - § 613; 28 C.F.R. § 5.300-5.307; *FARA Frequently Asked Questions*, U.S. DEP'T OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-12], <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-frequently-asked-questions>.

⑧ “跨境监管套利”是利用国家、地区间法律制度差异,主动选择监管环境以降低监管成本的市场行为,在此可能表现为代理法律关系的缔结向境外转移等情况。参见刘凤元、邱妮:《论跨境监管套利的风险规制》,《中南大学学报(社会科学版)》2022年第4期。

NGO 活动以逃脱监管<sup>①</sup>,进而威胁国家安全。

4. 相关监管框架设计还应考虑整体性,防止规则之间的冲突或脱节。FARA 就具有内在和外在两方面的整体性。内在方面,FARA 规则前后呼应,例如在规规定认定代理关系之实质性规则的同时,对国外委托人与代理人间往来的申报提出要求,使 FARA 的相关规定内部自治<sup>②</sup>。外部方面,FARA 作为监管外国代理人的规则,与包括 LDA 在内的其他法律共同组成了美国外国代理人规范体系,共同为保障国家安全发挥效用。

## 二、美国外国代理人管理的执法机制

在一国国家安全体系的构成中,由相互连接之信息流构成的决策信息闭环属于保障工具,对国家安全具有贯穿始终的重要作用<sup>③</sup>。因此,良好执行相关制度以确保外国代理人信息真实有效,是保障信息闭环、维护国家安全以落实《对外关系法》第三十八条的重要途径。

### (一) 执法管理和威慑方式

#### 1. 负责管理及审查事项的机构

FARA 的国家安全属性还体现在执法机关的设置方面。负责 FARA 法案下外国代理人登记工作的机构,为美国国家安全局(National Security Division,以下简称 NSD)内反情报和出口管制科下设的 FARA 小组。FARA 小组向登记者提供帮助,并处理和公布登记文件和信息资料。FARA 小组还负责调查违反 FARA 的情况,审查档案缺陷,并检查登记者的账簿和记录<sup>④</sup>。

#### 2. FARA 的管理和执行

(1) 审查手段与流程。外国代理人应及时向美国司法部长提交登记声明并宣誓,该义务具有延续性,且身份的终止不解除义务<sup>⑤</sup>。外国代理人应在登记后周期性提供补充文件,列出必要信息并说明自身情况。外国代理人还负有持续性披露义务,应就所提供信息的变化及时通知司法部长。如果司法部长认为有必要,还可要求登记人更频繁地提交补充文件<sup>⑥</sup>。

(2) 处罚措施。FARA 规定了罚金、徒刑等处罚,且赋予执法部门裁量权以实施制裁,其适用存在宽泛且专断之嫌。例如由于 FARA 监管主要着眼于登记人与外国实体的实质关联,而党委、党支部等党组织的设置在中国实体中又具有普遍性<sup>⑦</sup>,相关登记人被认定为外国代理人轻而易举。同时,美国司法部可认定登记人在 FARA 下的违法情况,且有权向法院申请禁止登记人以代理人身份进行活动。而一旦被禁止,登记人的任何活动都可能因招致更多诉累而难以进行。故意违反 FARA 者可能被单处或并处罚款及监禁,违反相关规定的外国人还可能被驱逐出境。相关违法行为可构成持续性犯罪,美国司法部还可据此向法院申请作出相应禁止令或要求违反者遵守相应规定的命令<sup>⑧</sup>。

### (二) FARA 执法近况

如今国际经济关系回归到权力时代,国际法治主义式微,各国都尝试通过制裁等安全手段的方式回应本国利益需求<sup>⑨</sup>。美国政府认为自己可援引法院对案件的管辖权以维护国家安全<sup>⑩</sup>,美国司

① 王存奎、彭爱丽:《境外非政府组织在华运行现状及对策——以维护国家政治安全为视角》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

② FARA, 22 U. S. C. § 611 (c), § 612 (a) (5)-(6).

③ 石斌:《思想·制度·工具——美国国家安全体系的一种分析框架》,《国际安全研究》2021年第2期。

④ FARA Frequently Asked Questions, U.S. DEPT OF JUSTICE, NAT. SEC. DIV. [2022-05-11], <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-frequently-asked-questions>.

⑤ FARA, 22 U. S. C. § 612 (a).

⑥ FARA, 22 U. S. C. § 612 (b).

⑦ 张弛:《国有企业党组织与现代企业制度冲突吗?》,《当代经济研究》2019年第12期;郑登津:《非公有制企业党组织与企业捐赠》,《金融研究》2019年第9期。

⑧ FARA, 22 U. S. C. § 618 (a), (c), (e).

⑨ 沈伟:《国际经济法的安全困境——基于博弈论的视角》,《当代法学》2023年第1期。

⑩ Geoffrey S. Corn, Jimmy Gurulé & Jeffrey D. Kahn, *National Security Law and the Constitution*, New York: Wolters Kluwer 2017, pp. 1057-1063.

法部对于执行 FARA 的态度也据此于近年转变。2019 年,时任 NSD 局长表示,美国司法部原来只将 FARA 的执行视为义务,但其会日益成为优先执法事项<sup>①</sup>。与此相应,2016—2019 年间成功起诉的 FARA 案件数量已经达到之前 50 年数量总和的 75%<sup>②</sup>。造成这种转变的原因众多,其中包括来自美国立法、行政和司法等不同部门的现实压力<sup>③</sup>。在中美竞争加剧的背景下,中国全球电视网(CGTN)自 2019 年起被认定为“试图影响美国政策的媒体”并登记为外国代理人,新华社也于 2021 年进行了相关登记<sup>④</sup>。由此,两家中国媒体的所有行为都将与“外国代理人”的标签产生关联,在美活动将受到事实上的限制。

作为媒体的新华社与 CGTN 本应享有的新闻自由,是美国所标榜的言论自由之重要组成,而这一基本权利却被 FARA 实质性限制。任何依 FARA 登记为外国代理人的个体所从事的活动都可能被标签化污名化,进而掣肘相关实体在美活动。美国泛化“国家安全”的概念并将制裁、执法等行政手段作为服务美国国家利益的手段,严重干扰了全球治理体系<sup>⑤</sup>,但仍有学者认为,除非能提高违法成本并形成威慑,否则相关实体从事的政治活动不会停止<sup>⑥</sup>,可见对 FARA 执行情况的不满同样存在于学界。监管尺度的收紧是 FARA 执行的发展趋势和必然结果,但美国法院也有判决批评此类行为,认为政府不经审查地将特定案件指定为国家安全案件,该行为的实质是以闭门裁决剥夺私主体的基本自由利益<sup>⑦</sup>。

### (三)FARA 实践对外国代理人管理的执法借鉴意义

1. 程序层面的合理设计是落实外国代理人管理的基础。执法应满足合法性原则和合理性原则等基本原则,合法性原则下的法律保留原则、合理性原则下的正当裁量原则和效率原则都要求行政法规对执法的主体、权限、职责、考量因素进行规定。FARA 对执法者的授权为执法活动的开展打下基础,但有关机构的执法权力有限,以至于“对法律的任何其他修正都将是徒劳的”<sup>⑧</sup>。《对外关系法》第三十八条授权国家机关对外国实体的境内活动进行管理,可作为上位法为外国代理人管理的执法机关提供合法性,也以此确保《对外关系法》该条文立法目的的实现。

2. 执法重点的适时转移,是有效管理外国代理人的必由之路。FARA 的执法重点围绕着“应对国家安全威胁”几经变化,規制对象包括各种外国代理人复杂成熟的游说活动<sup>⑨</sup>。外国代理人可以作为隐藏在社会内部的连接通道,外部资金可以由此进入并干扰破坏国家安全,外国代理人可以 NGO、媒体、个人等不同身份制造、激化社会矛盾,为一国内的“颜色革命”推波助澜,威胁国家安全<sup>⑩</sup>。我国社会公共秩序与国家安全联系紧密且可能受到外国实体活动影响,这同样在《对外关系法》第三十八条中明确体现,因此,在管理外国代理人活动时应立足社会变迁,使执法重点与时俱进。

① Erica Orden, *DOJ Appoints Ex-Mueller Prosecutor to Run Foreign Influence Unit* [2022-05-09], <https://edition.cnn.com/2019/03/06/politics/doj-foreign-agents-registration-act-mueller-prosecutor/index.html>.

② 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 年第 2 期。

③ *DOJ National Security Division Announces Significant Appointment and Shift on FARA Enforcement* [2022-05-09], <https://fara.us/2019/03/foreign-agents-registration-act-2/>.

④ 法里瓦尔:《〈外国代理人登记法〉文件显示:电视占北京在美宣传影响活动开支大头》[2022-05-12], <https://www.voachinese.com/a/china-tv-network-accounts-for-bulk-of-beijing-influence-spending-in-us-20210511/5887417.html>.

⑤ 沈伟、李况然:《全球治理赤字的当代分析和中国路径》,《江淮论坛》2022 年第 6 期。

⑥ Arie J. Lipinski, *The Foreign Agents Registration Act Comes to Light amidst Probe into Russian Election Meddling: An Effort to Crack Down on Foreign Lobbyists or a Sign of Corruption* (2017-12-20) [2022-05-11], <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3132611>.

⑦ Geoffrey S. Corn, Jimmy Gurulé & Jeffrey D. Kahn, *National Security Law and the Constitution*, New York: Wolters Kluwer 2017, p.1083.

⑧ William P. Fuller, *Congressional Lobbying Disclosure Laws: Much Needed Reforms on the Horizon*, 17 Seton HALL Legis. J. 419 (1993).

⑨ Charles Lawson, *Shining the Spotlight of Pitiless Publicity on Foreign Lobbyists Evaluating the Impact of the Lobbying Disclosure Act of 1995 on the Foreign Agents Registration Act*, 29 VAND. J. Transnat'l L. 1151 (1996).

⑩ 毛欣娟、陈映锦、刘小焯:《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 年第 5 期。



### 三、美国外国代理人管理的实践分析

#### (一) 代理人管控的扩大化发展——以日本为参照

在20世纪90年代,许多外国势力对美国立法和行政机构进行游说以期提升其经济利益,修改FARA的动力就主要来自对日本实体游说的监管需求,其中主要存在以下三个原因。

首先,日本引领了雇佣大量前美国政府高官游说的趋势,因而聘请前政府高官游说的做法自20世纪70年代后期起迅速流行,导致了“美国待价而沽”(America for sale)现象,使外国利益挤占了本国利益在政府决策过程中的生存空间,“显著危害联邦政策与立法的完整性”<sup>①</sup>。其次,日本实体游说在规模与投入方面十分强势。日本在华盛顿拥有最强大的游说机构,且自1982年起日本实体在美国的游说支出比任何其他国家都多。最后作为导火索的是,在美国国会意图对东芝公司实施禁止进口制裁时,东芝美国(Toshiba America)作为美国实体所雇佣的律师和游说者无需登记为外国代理人,且一众与东芝存在业务往来的美国公司亦因供应原因而支持游说<sup>②</sup>,最终落地的制裁仅限于限制美国政府采购东芝产品。尽管20世纪60年代的FARA修订已经是美国规制“外国游说者”代理人活动、保护本国政策不受影响的措施,但日本实体的游说体现了FARA执法上仍有不足之处。

1995年,美国制定了LDA,专门加强了对于外国代理人游说的监管。LDA对于FARA的强化既包括对游说活动监管的加强,也涵盖对FARA管辖权限(jurisdiction)的削弱。加强监管方面,LDA取缔了FARA对于代表外国公司进行游说的律师的豁免,强化了对外国代理人的披露要求。LDA还修正了FARA的措辞,例如修改“政治活动”的定义以挣脱“宣传”这样的定义桎梏。同时,LDA对于FARA也有所削弱,例如限制了FARA在要求外国公司登记方面的管辖权限,不过这一改变因日本实体的积极游说而饱受质疑。LDA还注重简化FARA的登记要求,以期通过“让步”改善外国代理人对FARA的遵守状况,例如其免除了对已登记为说客的外国代理人的披露要求<sup>③</sup>。

美国对外国实体乃至盟友国家实体实施监管由来已久,而中美关系正经历着两国建交以来罕见的严重困难<sup>④</sup>,在美国频繁动用行政手段制裁我国的当下<sup>⑤</sup>,中国极有可能成为FARA监管的头号目标。对FARA规则及其实施进行分析,一方面能探索我国落实《对外关系法》第三十八条的路径,另一方面也可为我国实体的“出海”提供参考。

#### (二) 涉华案例分析

##### 1. 两家中国媒体被命令登记为外国代理人<sup>⑥</sup>

2018年,美国司法部命令新华社和中国全球电视网(CGTN)登记为外国代理人,理由是它们代表中国在美传播有利于中国的信息,以及它们的美国分支机构因架构不符而不能获得媒体豁免。有学者提出这些指控和要求“反映出美国在媒体豁免政策的落实上采取了双重标准”<sup>⑦</sup>,也有观点认为这是正常管理行为,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<sup>⑧</sup>。

“响应式政治中心”(Center for Responsive Politics)整理了2020年的FARA申报文件,认为CGTN

① Michael I. Spak, *America for Sale: When Well-Connected Former Federal Officials Peddle Their Influence to the Highest Foreign Bidder—A Statutory Analysis and Proposals for Reform of the Foreign Agents Registration Act and the Ethics in Government Act*, 78 KY. L.J. 237 (1989).

② *Toshiba Corp. Paid Lobbyists Millions to Soften Sanctions*, L.A. Times, Oct. 13, 1988, § IV, at 1, col. 5 [2022-05-12], <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1988-10-13-fi-4949-story.html>.

③ Charles Lawson, *Shining the Spotlight of Pitiless Publicity on Foreign Lobbyists Evaluating the Impact of the Lobbying Disclosure Act of 1995 on the Foreign Agents Registration Act*, 29 VAND. J. Transnat'l L. 1151 (1996).

④ 沈伟:《“脱钩论”背景下的中美金融断裂——以〈外国公司问责法案〉为切入》,《浙江工商大学学报》2021年第2期。

⑤ 沈伟、陈睿毅:《论我国外资国家安全审查的正当程序及其优化进路》,《国际商务研究》2023年第2期。

⑥ Kate O'Keeffe & Aruna Viswanatha, *Justice Department Has Ordered Key Chinese State Media Firms to Register as Foreign Agents* [2022-05-12], <https://www.wsj.com/articles/justice-department-has-ordered-key-chinese-state-media-firms-to-register-as-foreign-agents-1537296756>.

⑦ 齐鑫:《美国〈外国代理人登记法〉及其影响》,《美国研究》2020年第1期。

⑧ Joshua R. Fattal, *FARA on Facebook: Modernizing the Foreign Agents Registration Act to Address Propagandists on Social Media*, 21 N.Y. U. J. Legis. & PUB. POL'y 903 (2019); Mike Eckel, *U.S. Justice Department Says Intelligence Report Spurred FARA Requirement For RT* [2022-05-12], <https://www.rferl.org/a/russia-rt-fara-intelligence-report-us-justice-department/28931638.html>.

作为“外国代理人”在 2020 年为美国业务的投入金额约占中国官方为影响美国公共舆论和政策之投入的 80%<sup>①</sup>。在这样的舆论环境下,进入美国的中国媒体被认定为“外国代理人”无可避免,因为中国媒体在美的任何投入都可能被认定为“为影响美国公共舆论和政策”的投入。这一实质关联将使“外国代理人”的标签难以去除,而标签化又将污名化相关实体,这正是 FARA 的攻击性所在<sup>②</sup>。而这一现象可能有损相关制度的遵守情况<sup>③</sup>,我国在立法中应对此予以考虑。

## 2. 美国司法部起诉涉嫌参与“猎狐行动”人员

2014 年 7 月 22 日,中国公安部正式启动“猎狐”专项行动,旨在追捕外逃经济犯罪、贪腐犯罪嫌疑人。2020 年 10 月 28 日,有八人在美被指控为中国工作并合谋担任非法外国代理人。有美国检察官认为“这个案例直接涉及外国势力在美国土地上执行单方面行动”,而这一行为是违法的<sup>④</sup>。美国司法部助理部长约翰·德莫斯(John Demers)更直言这一指控是对“猎狐行动”的颠覆及警告,美国是在“中方拒绝通过传统法律渠道解决这些案件”时对所谓受到影响者提供保护<sup>⑤</sup>。

然而,美方在指责中国行动不合法时,却选择通过 FARA 对相关行动进行监管并指控行为人作为外国代理人未登记,而未指控行动本身的所谓实质违法性,相关执法行动因而蒙上了“结果倒推原因”的色彩。同时,这也印证了违反 FARA 登记要求可作为“口袋”指控,影响任何与中国存在实质关联的主体。尽管兜底条款能够确保法律的相对稳定性、赋予执法者裁量空间,但是灵活适用与界定模糊往往一体两面。兜底条款或许能使外国代理人管理与时俱进,但是清晰的概念与标准仍需在我国相关立法中体现,防止规则适用的混淆、限缩或扩大化。

## 3. 美国众议院自然资源委员会要求 NGO 登记为中国代理人

2018 年,美国众议院自然资源委员会(House Committee on Natural Resources)针对 NGO“自然资源保护协会”(Natural Resources Defense Council,以下统称为 NRDC)发起了基于 FARA 的调查,而 NRDC 此前曾公开批评众议院该委员会主席的环境记录。

在 2018 年 6 月自然资源委员会致 NRDC 主席的一封信中,该委员会表示其认为 NRDC 正在与环境问题有关的方面协助中国进行观念管理,且该活动以可能不利于美国的方式进行,因此该委员会要求 NRDC 自证已据 FARA 进行登记,若尚未登记的话则应进行登记<sup>⑥</sup>。委员会的信中没有提供任何证据证明中国政府指示 NRDC 采取行动或后者遵从了要求,只是为了强调代理关系的存在而称“NRDC 的领导层经常与中国及中共的高级官员会面”,这一指控呼应了 FARA“有被美国政府和政客作为武器以攻击国内政敌的历史”<sup>⑦</sup>。笔者认为,在没有直接证据的情况下美国众议院的委员会即可认定 NRDC 应据 FARA 进行登记,该制度在美国的工具本质已暴露无遗。而工具使用者调转枪口“一致对外”的情形可能会在中美对抗中频繁出现,相关实体的合规成本或因此增加。

## 4. 林英因担任中国代理人且未登记被判有罪<sup>⑧</sup>

林英(音,Ying Lin,以下统称林英)曾长期在航空公司任职。2019 年,林英被指控根据中国常驻联合国代表团军官的指示行动,且未向美国司法部登记为外国代理人。美国检察官理查德·多诺休(Richard Donoghue)认为林英“帮助了中国军官逃避美国执法部门对他们从纽约寄往北京的包裹的

① <https://www.opensecrets.org/fara/countries/223?cycle=2020>, 2022 年 5 月 12 日。

② Nick Robinson, *Foreign Agents in an Interconnected World: FARA and the Weaponization of Transparency*, (2020) 69 Duke LJ 1075.

③ Michael I. Spak, *America for Sale: When Well-Connected Former Federal Officials Peddle Their Influence to the Highest Foreign Bidder - A Statutory Analysis and Proposals for Reform of the Foreign Agents Registration Act and the Ethics in Government Act*, 78 KY. L.J. 237 (1989).

④ 《美国起诉八名参与中国“猎狐行动”人员 逮捕其中五人》[2022-05-12], <https://www.reuters.com/article/us-china-legal-action-1029-idCNKBS27E0ED>.

⑤ Michael S. Schmidt, *U.S. Charges 8 in Plot to Harass Chinese Dissidents* [2022-05-12], <https://www.nytimes.com/2020/10/28/us/politics/china-harassment-fugitives.html>.

⑥ Monica Romero, *How Far Will FARA Go? The Foreign Agents Registration Act and the Criminalization of Global Human Rights Advocacy* (2021) 96 Wash L Rev 695.

⑦ Nick Robinson, *Foreign Agents in an Interconnected World: FARA and the Weaponization of Transparency*, 69 DUKE L.J. 1075 (2020).

⑧ *United States v. Ying Lin*, 15-cr-601 (S-2) (DLI), (2018-10-19) [2022-05-12], <https://casetext.com/case/united-states-v-lin-4849>.



审查”,德莫斯将此案称作“中国政府利用在美经商的中国公司员工从事非法活动的一个鲜明例子”<sup>①</sup>。

本案体现了美国针对外国代理人活动进行的起诉正在增加。美国检察官穆勒(Robert S. Mueller III)就此类事项基于对美国大选舞弊的调查,前后共提起了七项起诉<sup>②</sup>,这个数字相当于在1966年至2017年间提起的FARA指控的总和。与此同时,对林英的起诉活动也说明了美国针对中国在FARA执法方面关注度的提高<sup>③</sup>。中国实体已成FARA监管的重点对象,这在提醒相关实体及时校正合规水准的同时,也提示我国在构建相关制度时考虑对于特定外国代理人的政治化执法影响。

#### 四、中国外国代理人管理的法律因应

NGO是外国委托人及其代理人在我国活动的主要载体,结合FARA启示分析我国相关制度并提出建议,具有实际性和代表性。许多在华活动的境外NGO具有政治渗透背景,其中不乏曾在东欧剧变中发挥重要作用者,它们的在华渗透正日趋活跃<sup>④</sup>,外国代理人对我国的国家安全威胁切实存在。《对外关系法》第三十八条相应指出外国实体对我国国家安全与公共秩序的潜在威胁并明确规制权力,也对相关外国实体课以合规义务。

《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》(以下简称《活动管理法》)是目前我国与外国代理人管理衔接最为紧密的立法,主要管理对象包括境外基金会、社会团体、智库机构等非政府社会组织。相较FARA,该法着眼于境外NGO与其境内活动的直接关联和形式关联,以及针对相关活动的程序性管理,却忽视了独立于该组织的境内代理人,以及代理人与境外实体的间接关联和实质关联。若境外组织通过多层架构等形式避免与境内主体产生形式联系、避免实施该法所规制的活动以绕开规制,《对外关系法》第三十八条所述规制权力、国家安全与社会秩序都将受到挑战。此外,该法总体上沿袭了我国社会组织管理的基本特征,即境外NGO及其活动难以获得合法性,相关制度以威慑性内容为主并期待NGO的“呼应性自律”<sup>⑤</sup>,使《对外关系法》第三十八条所称的外国实体合规义务难以履行,这又将影响立法目的实现<sup>⑥</sup>。基于《对外关系法》第三十八条的相关内容以及对《活动管理法》的分析,下文尝试就NGO管理的制度设计与执行机制提出建议。

##### (一)以规则精确性提升NGO活动合法性

《对外关系法》第三十八条第三款规定了外国人与外国组织在我国境内活动时的守法义务。针对典型在华外国组织NGO,我国可借鉴FARA的立法与执法经验,制定精确、可预期的相关规则,为NGO活动提供法律指引,降低其遵守《对外关系法》第三十八条的合规成本,切实维护我国的国家安全与社会利益。

首先,规则模糊性会造成外国代理人活动合法性成疑。FARA过于宽泛的措辞为学界所诟病,例如其对于“政治顾问”的宽泛定义导致了有超过立法者设想数量的当事方登记,适用范围认知上的混淆又加剧了登记不合规情况。我国立法也存在类似问题,《活动管理法》中的部分概念采取了宽定义,其界定留待实施过程明确<sup>⑦</sup>。如该法通过列举条件对可申请在我国境内登记设立代表机构的境

① Former Manager for International Airline Pleads Guilty to Acting as an Agent of the Chinese Government, Defendant Placed Packages on Flights from JFK Airport to Beijing at the Direction of Military Officers Assigned to the Chinese Mission to the United Nations [2022-05-12], <https://www.justice.gov/opa/pr/former-manager-international-airline-pleads-guilty-acting-agent-chinese-government>.

② Zephyr Teachout, *How Mueller Revived a Law that Protects Us All against Foreign Money*, WASH. POST, Apr. 21, 2019。基于穆勒的调查活动被起诉的人员包括特朗普竞选团队负责人 Paul Manafort、前者的商业合作伙伴 Rick Gates、前美国国家安全顾问 Michael Flynn、前奥巴马政府顾问 Gregory Craig 等。

③ Bruce Zagaris, *Transparency and Foreign Agency Registration*, 35 IELR 175 (2019)。

④ 王存奎、彭爱丽:《境外非政府组织在华运行现状及管理对策——以维护国家政治安全为视角》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

⑤ 贾西津:《法观念差异下的境外NGO立法效应》,《中国非营利评论》2017年第1期。

⑥ Charles Lawson, *Shining the Spotlight of Pitiless Publicity on Foreign Lobbyists Evaluating the Impact of the Lobbying Disclosure Act of 1995 on the Foreign Agents Registration Act*, 29 VAND. J. Transnat'l L. 1151 (1996)。

⑦ 贾西津:《境外非政府组织境内活动管理法实施视察》,《中国非营利评论》2018年第1期。

外 NGO 进行限制,条件包括母国合法性、可担责性、公益性、实质存续性、东道国合法性等,<sup>①</sup>然而这些要求存在模糊之处。譬如,由于缺少对 NGO 的有效分类管理,公益性在不同 NGO 宗旨和业务范围中的体现无从考察。东道国合法性方面,即便引入了其他规范作为界定标准,相关的其他规范也无非《外国商会管理暂行条例》《基金会管理条例》,其他 NGO 于《活动管理法》框架下的登记仍处于标准模糊乃至缺失的境地。即便 NGO 有意遵循《对外关系法》要求进行合法活动,也可能陷于无法可依的境地。鉴于此,我国可在未来立法中对外国委托人、代理人的身份类型以及二者间的实质联系以列举方式具体化,避免监管范围盲目扩大造成执法资源浪费,同时确保精确有效的监管。

其次,FARA 及其登记制度天生带有“反颠覆”色彩,导致了外国代理人的污名化,相关概念在其他立法例中也具有“间谍”等污名意义<sup>②</sup>。现有的潜在登记者或因此抗拒外国代理人登记<sup>③</sup>。因此,虽然对外国代理人进行管控是外国代理人管理法的主要立法目的,但是如何在权利保护与监管之间找到恰当的平衡点,既是《对外关系法》第三十八条要求,也是立法的难点所在。立法者在不造成执法困难的前提下,应尽量避免使用“境外势力”等词语导致外国代理人污名化,避免建立该法律与“颠覆”等内涵的直接关联,考虑以“代表”等中性词来指称外国代理人。同时根据外国代理人与境外联系、所从事活动等实质性登记内容,监管外国代理人威胁国家安全的活动,这也可能有助于相关法律遵守率的提升。

#### (二)以合规便利性促进 NGO 依法自律性

合规成本降低可提高法律遵守率,使执法机关对于外国代理人活动“应知尽知”,这对于促进外国实体履行《对外关系法》第三十八条规定的守法义务具有重要意义,更有利于执法机关化解相应的国家安全威胁。

例如,登记豁免规则的设置能够为外国代理人提供合规上的便利性,这既是考察 FARA 得到的经验,又能回应《对外关系法》的相关规定,但立法者需要避免合规便利性为外国代理人提供监管套利空间。FARA 中规定了可豁免登记的代理人及代理事项,但该制度在实践中被滥用,例如,尽管 FARA 的初衷仅为那些代表外国客户参与诉讼活动的律师提供豁免,豁免范围不包括那些旨在影响政府机构人员或官员的行为<sup>④</sup>,然而许多律师却利用这一规定来规避 FARA 登记要求,只在少数情况下就涉及的相关事项进行报告<sup>⑤</sup>,对豁免规则进行监管套利。美国参议院议员约翰·海恩兹(John Heinz)于 20 世纪 80 年代末两次提出改革豁免事项的提案,但最终都未能成功<sup>⑥</sup>。因此,立法者应在立法之初就详细规定外国代理人登记的豁免制度,在豁免与非豁免之间划清界限,在提供合规便利性的同时防止相关制度被滥用。《活动管理法》的管理实践中同样揭示了这一问题,外国代理人的登记就在更能获得合法性的经济类商协会领域“聚集”<sup>⑦</sup>,此外亦存在境外 NGO 以营利机构名义登记获得申报豁免后再改头换面开展活动的情形<sup>⑧</sup>。在将来设计外国代理人豁免制度时,需注意避免滥用豁免规则的监管套利行为。

合规便利性的改善还可通过相关法律的体系化来实现。外国代理人管理兹事体大,其中所涉及的国家安全等议题在其他法律中也有所强调,故相关立法需要与一揽子规范进行对接。例如,俄罗

① 《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》第十条。

② 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 年第 1 期。

③ Michael I. Spak, *America for Sale: When Well-Connected Former Federal Officials Peddle Their Influence to the Highest Foreign Bidder--A Statutory Analysis and Proposals for Reform of the Foreign Agents Registration Act and the Ethics in Government Act*, 78 KY. L.J. 237 (1989).

④ Mark B. Baker, *Updating the Foreign Agents Registration Act to Meet the Current Economic Threat to National Security*, 25 TEX. INT'L L. J. 23 (1990).

⑤ 134 Cong. Rec. S14,933 (daily ed. Oct. 6, 1988).

⑥ Philip J. Perry, *Recently Proposed Reforms to the Foreign Agents Registration Act*, 23 CORNELL INT'L L.J. 133 (1990); Mark B. Baker, *Updating the Foreign Agents Registration Act to Meet the Current Economic Threat to National Security*, 25 TEX. INT'L L. J. 23 (1990).

⑦ 贾西津:《境外非政府组织境内活动管理法实施视察》,载《中国非营利评论》2018 年第 1 期。

⑧ 王存奎、彭爱丽:《境外非政府组织在华运行现状及对策——以维护国家政治安全为视角》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014 年第 1 期。

斯的《外国代理人法》就对《社会联合组织法》《非营利组织法》《刑法》等原有法律进行了修订<sup>①</sup>, FARA 也需与 LDA 等规范配合使用。在我国,外国代理人管理立法需要与其他同样涉及国家安全、NGO 等主题的法律进行衔接,例如作为一般法的《刑法》《对外关系法》《国家安全法》和作为特别法的《活动管理法》,不同规则间的标准统一化和适用体系化也将降低外国代理人合规成本,促使其依法自律。例如《对外关系法》第三十八条作为原则性规定,既申明我国对外国委托人及代理人合法权利的保护,又保留我国对其行为的规制权,还设置了相关实体的守法义务,这些内容都必将在外国代理人管理立法中有所展开。而《国家安全法》对需要保护的十一个领域的国家安全进行规定<sup>②</sup>,未来的外国代理人管理立法就需要考虑外国代理人活动对于具体国家安全领域的影响。再如《刑法》第一百零二条关于“背叛国家罪”的条文欠缺对勾结外国或与境外机构、组织、个人相勾结的说明,勾结外国的范围可以包括同外国政府、政党、政治集团、社会势力、外国在我国境内设立的分支机构、组织等<sup>③</sup>,该范围可以在外国代理人管理立法中精准化。关于勾结具体方式的认定,也可以在前文提及的“实质性关联”原则下,由外国代理人管理法规定外国委托人与代理人的关系构建方式。特别法方面,《活动管理法》规定了 NGO 在华活动应当履行的程序性义务,外国代理人管理立法可以设置相应的“空白法条”<sup>④</sup>,援引前述规则作为认定外国代理人活动合法性的部分标准,避免监管范围扩大化和资源浪费,保障实现特别法之间的衔接,并降低监管对象的合规成本。

### (三) 以执法统一性确保对 NGO 的规制有效性

FARA 的执行情况对我国管理外国代理人具有启发性,这首先体现在对执法机关的执法权限之授予方面,相关授权也是落实《对外关系法》第三十八条下规制权行使的必然要求。合理程序设计是实现外国代理人有效管理的基础,同时良好执法活动需要具备的合法性、合理性和高效性都有赖于规则的合理设置,行政机关只能在法律明确授权的情况下执法。以在华境外 NGO 的登记为例,根据《活动管理法》规定<sup>⑤</sup>,一方面它们的登记管理权限分散在民政、工商等部门,另一方面业务对口的部门又通常是教育、文化、卫生等,在“双重管理”制度下,我国政府在 NGO 活动方面的信息掌握、社会管理和资源分配难度陡增,大量在华境外 NGO 以各种途径绕过正常的登记,当前任何单一部门都难以实现对有关外国代理人的有效管理。我国可参照 FARA 小组的设置,简化双重管理体制,统一对外国代理人进行登记和管理的执法机关,构建在分类管理基础上的直接登记制度,减少信息不对称,提高管理效率<sup>⑥</sup>。打通监管框架和环节的重点还在于赋予执法机关充足的权限,以更合理的执法规则保障执法活动合法性,以期实现对境外实体及其代理人的充分管制,例如向执法机关开放查询符合特定条件之银行账户的权限等,通过执法渠道的增加,使执法机关得以及时掌握外国代理人的政治背景、现实活动等情况。

其次,在执法机关与执法程序统一的同时,也需要注意外国代理人管理执法重点的与时俱进。外国代理人如今完全可以通过互联网与自媒体途径制造、激化社会矛盾,在我国台湾地区的“反服贸运动”和香港地区的“占中”事件中,外国代理人的活动日渐活跃,常炒作社会敏感话题,捆绑弱势边缘群体<sup>⑦</sup>,挑动社会对立甚至撕裂。《对外关系法》第三十八条要求外国实体活动除了不得危害国家安全外,也不得对社会秩序造成破坏,因此执法者的关注重点除了境外组织直接威胁国家安全的境内活动外,还应当包括可能对社会秩序造成破坏的情形,例如群体性事件和煽动仇恨与社会对立的

① 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年第1期。

② 《中华人民共和国国家安全法》第二章(维护国家安全的任务);周光权:《刑法各论》,北京:中国人民大学出版社,2021年,第606页。

③ 周光权:《刑法各论》,北京:中国人民大学出版社,2021年,第607页。

④ 此概念化用刑法之“空白罪状”概念,具体指仅规定了法律效果但未规定具体构成要件,须援引外在标准进行判断是否导致法条之法律效果产生的条文。例如《民法典》第一百五十三条第二款规定违背公序良俗的民事法律行为无效,但是民事法律行为违背公序良俗与否之判断标准并不在法条中。

⑤ 《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》第十一条、第十二条。

⑥ 施卓宏、陈晓春:《在华境外非政府组织的注册制度探析》,《湖南大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

⑦ 毛欣娟、陈映锦、刘小焯:《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年第5期。



行为,同时注意识别非法营利性活动、政治活动、宗教活动中可能危害国家安全和国家利益的犯罪行为<sup>①</sup>。

## 五、结语

中国国内事务与对外事务的关系日趋密切,公众对于提高对外关系法治的需求日益增强<sup>②</sup>,《对外关系法》的诞生正是基于这一背景。国家安全是国家的基本核心利益,其实现也是涉外法律体系建设的目标,这在《对外关系法》第三十八条得到了直接体现,对外国代理人进行规制的重要意义也由此明晰。

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。俄罗斯的《外国代理人法》及其实施与阻碍外国势力干涉俄罗斯政治事务密切相关,英国参照 FARA 起草的新法案更是被称作“间谍法案”(Espionage Act)<sup>③</sup>。在大国竞争成为时代底色之一的当下,制定外国代理人管理制度具有必要性。这样的涉外法治规范将是国际规则体系的重要组成部分,而后者使得各个国家能够在既定的规则框架下进行竞争与合作,减少了使用经济制裁、武装干涉等手段的可能性,可以降低国内乃至国际社会的治理成本。

在面对美国重塑全球规则带来的制度性挑战时,中国需要扬弃美国的部分做法,创设符合本国利益的规则<sup>④</sup>。依据《活动管理法》等既有规范,我国已开展针对部分外国代理人活动的监管,但制度及其落实都仍存在改进空间,与《对外关系法》就外国实体活动提出的要求仍有差距。决策者还需要从立法与执法两个方面对相关制度予以考量。在立法中于监管需求和权利保障之间取得平衡,合理设置登记豁免等例外制度,并基于《对外关系法》与其他涉外法治相关规则形成体系性。于执法方面的考量,应赋予执法者更大范围、多元化的执法权限以保障制度高效运作,同时兼顾政府游说、媒体舆论等传统领域和社交平台、群体性事件等新兴范畴,并与其他部门联动开展监管。

(责任编辑 刘 英)

① 孙发锋:《大合作、小冲突:在华境外非政府组织与中国政府关系的基本态势》,《河南社会科学》2017年第3期。

② 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。

③ Jodi L. Avergun, Kevin Roberts, *Secrets and Spies: The UK's Proposal for Foreign Agent Registration* [2022-05-13], <https://www.nat-lawreview.com/article/secrets-and-spies-uk-s-proposal-foreign-agent-registration>。

④ 沈伟、胡耀辉:《美式小多边主义与美国重塑全球经贸体系》,《国际论坛》2022年第1期。