

全球行政法的产生(上)*

本尼迪克特·金斯伯里** 尼科·克里希*** 理查德·B·斯图尔德****

范云鹏***** 译 毕小青校

一、引言：被忽视的全球行政法的兴起

尽管很少得到关注，但是重要并处于发展中的全球行政法正在塑造着全球治理的新模式。的确，这个法律体系目前尚不统一，也还不是一个有序的学术或实践领域。纽约大学法学院的全球行政法研究项目¹就是将各种国内、跨国和国际框架中与全球治理中的行政法相关的研究系统化的一项努力。借助该项目第一阶段形成的理念，在本文中我们首先从这些多样化的实践中确定一些充分深刻和影响深远，从而构成全球行政法雏形的共性和关联模式。我们指出一些促进共同路径发展的因素和增进该领域一体化程度的学习、借鉴和参照机制。我们也注意到一些造成该领域不融合的主要约束和长期存在原因。我们开始评估那些支持和反对促成统一的全球行政法领域的规范性理由，以及某些支持和反对其中包含的立场的理由。本文参考了本项目参与者和该领域其他人员发表的文章，²期望将这一共同的事业推向前进。当然，其成果仍然是初步的。

在全球行政法出现的背后是应对以下领域全球化相互依存所产生后果的跨政府规制管理的范围和形式的急剧扩张：安全、对发展中国家发展和金融援助的条件、环境保护、银行业和金融规制、法律实施、电信、货物与服务贸易、知识产权、劳工标准以及包括难民在内的跨境人口流动。分散的国内规制和管理措施越来越难以有效应对这些后果。因此，各种跨国规制体系或规制合作通过国际条

* 本文是作者发表于Law & Contemp. Probs., 2005 的文章。感谢作者为译者提供此文，并允许将其翻译成中文。

** Benedict Kingsbury, Murry and Ida Becker法学教授，纽约大学法学院国际法律与正义研究所所长。

*** Nico Krisch, 牛津大学莫顿学院初级研究员。

**** Richard B. Stewart, 纽约大学教授，John E. Sexton法学教授，纽约大学法学院环境与土地利用法律中心主任。

***** 纽约大学法学院 2007 级法学硕士研究生(LL.M.)。

¹ 纽约大学法学院国际法律与正义研究所和环境与土地利用法律中心全球行政法研究项目。相关工作论文、参考书目和项目文件见项目网站：http://www.iilj.org/global_adlaw。该网站还包括项目伙伴和相关领域世界范围内其它研究项目的链接。我们对参与该项目的众多教师、访问人员和学生，以及日本国际法学会广岛会议、纽约大学法学院教师研讨会以及在牛津大学莫顿学院举办的纽约大学—牛津大学全球法律研究所项目研讨会的参与者所发表的意见和具体评论表示感谢。我们对Filomen D'Agostino和Max Greenberg教师研究基金、Hauser全球法学院项目和纽约卡内基公司给予国际法律与正义研究所的资助表示由衷的感谢。

² 详尽的参考书目见A Global Administrative Law Bibliography, 68 L. & Contemp. Probs. 365 (Summer/Autumn 2005)。

约和较为非正式的政府间合作网络建立起来,使得许多规制决策从国内层面转移到全球层面。而且,此类规制的具体内容和实施多是由那些实施管理职能但不直接受国内政府或国内法律体系控制的跨国行政机构(包括国际组织和非正式的官员集团)或者在以条约为基础的机制中由条约的缔约国所确定。这些规制决定可能由全球机制直接针对私主体实施,或者更常见的是,通过国内层面的执行措施实施。同时,由私人性质的国际标准制定机构以及那些可能由各类企业、非政府组织、国内政府和国际组织的代表参与的公私混合型机构实施的规制也变得越来越大。

这种情形已经在跨国规制权力的逐渐运用中产生了问责缺失,从而开始引发两种不同的回应:一是试图将国内行政法延伸到对国家产生影响的政府间规制决策中;二是在全球层面发展新的行政法机制以应对政府间机制形成的决策和规则。

在国内当局的规制决定对其它国家、特定类别的个人或组织产生不利影响,并被质疑是违反其作为国际机制缔约国所负政府义务之时,一个略有不同但与其相关的问题产生了。一种对策是政府间体系所发展的那些国内行政机关必须遵从以确保它们对国际机制的遵守和问责性的行政法标准和机制。为增强其合法性和有效性,许多并非完全由国家组成的规制机构——公私混合和纯粹私人性质的机构——也已经采用行政法中的决策和规则制定程序。

这些发展使得我们将全球行政法定义为包括那些促进或以其他方式影响全球行政机构问责性,特别是确保其达到透明度、参与性、合理决策和合法性方面的充分标准以及对其形成的规则和决定提供有效审查的机制、原则、惯例和支持性的社会认同。全球行政机构包括正式的政府间规制机构、非正式的政府间规制网络和协调安排、与某个国际政府间机制合作的国内规制机构、公私混合型规制机构和一些行使特别重要的公共性跨国治理职能的私人性质规制机构。

在提出这个定义的同时,我们也指出,全球治理的大部分内容可以作为行政行为来加以理解和分析:规则制定、冲突利益间的行政裁决以及其它形式规制性和行政性的决定和管理。尽管行政行为主要是以否定形式进行定义的——即不是立法或司法行为的国家行为——并且这些类型之间的界线存在模糊,³国内法依

³ 关于德国的例子,参见Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (14th ed., 2002)。

然认为存在一种关于什么构成行政行为共同认识。在国家的范畴之外，还没有形成这样达成共识的职能性差异，其中的机构形态也比国内的架构更加多样化。但是，在多数国内公法学者看来，许多参与全球治理的国际机构和机制正在履行确实具有行政性质的职能。它们在受到广泛宣传的外交会议和条约制定的层面下运行，但作为一个总体，它们通过具体的决策和规则制定规制和管理着广泛的经济和社会生活领域。我们认为，从概念上看，行政行为与条约为形式的立法和以国家或其它争端当事方之间偶尔的争端解决为形式的裁判行为是能够区别开的。与国内的情况一样，全球层面的行政行为也同时具有立法和裁判的因素。它包括规制制定，但并不是国家之间谈判形成条约的形式，而是由辅助机构通过的具有普遍适用性的标准和其它规则。⁴它还包括在监管和运行国际规制机制过程中作出的非正式决定。作为一项初步的界定，全球行政行为是那些既不是条约制定、也不是当事方之间简单的争端解决的规则制定、裁判和其它决策。⁵

在本文中，我们寻求通过界定和描述我们所认为的全球行政法领域的雏形来形成研究全球行政行为的路径。我们考察了这个新兴领域的主要问题和挑战，并开始为其将来的发展规划研究进程的要素。本文通过逐一探讨对当前实践和将来工作至关重要的五个问题来有序展开：（1）关于全球行政基本结构模式的问题以及不同模式之间的差异如何构建出现中的问责制；（2）与全球行政法的范围和渊源、问责制以及实践中正在运用或出现的学理原则有关的方法论和经验性问题；（3）如何捍卫和证明这些机制正当性的规范性问题；（4）关于应当如何构建此类机制从而在不过分减损功效的同时确保问责性的机构设计问题；（5）关于此类机制产生和设计以及哪些因素促使其成功的实证政治理论问题。

二、全球行政空间的结构

构建全球行政法的概念就假定了全球或跨国行政的存在。我们认为目前已经存在充分的全球或跨国行政从而能够确定一个多侧面的“全球行政空间”（我们稍后将探讨这一概念）。该领域中有许多不同类型的规制性行政机构以及各种形态的作为规制主体的实体，其中既包括国家，也包括个人、企业 and 非政府组织。

⁴ 某些形式的全球行政决策与争端解决紧密相联，尤其是例如WTO争端解决机构这样的准司法性机构同时履行着重要的监管监督职能。

⁵ 见Richard B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, 68 L. & Contemp. Probs. 63 (Summer/Autumn 2005)。

但是,这种观点肯定是有争议的。许多国际法学者依然认为,行政很大程度上是国家或例如欧盟这样高度一体化的特殊国家间实体中的范畴。按照这种那些主要关注国内或欧盟领域的行政法学者也赞同的观点,国际行动可以协调和协助国内行政,但由于缺乏国际执行权力和能力,它本身不构成行政行为。然而,这种观点与具有行政要素和职能的国际和跨国规制机制的迅速扩张是相矛盾的。一些最密集的规制机制出现在经济规制领域:经济合作与发展组织(OECD)的网络和委员会、WTO的行政管理和委员会、七国集团或八国集团的委员会、反垄断合作框架、⁶国际货币基金组织(IMF)、巴塞尔委员会⁷和金融行动特别工作组(Financial Action Task Force)。环境规制成为诸如世界银行、OECD和WTO等非环境行政机构的工作的一部分,但影响日益深远的规制结构正形成于专门性机制中,如京都议定书中的预期排放交易机制和清洁发展机制。行政行为已经是包括联合国安理会及其委员会在内的许多国际安全机制以及核能规制(国际原子能机构)或化学武器公约的监督机制等相关领域的重要组成部分。基于这些例证的考察直接表明,形态各异的全球行政的图景并非简单地源于高度差异化的规制主体领域和这些机构之间相关的职能差异,也是全球治理行政的多层次特征造成的结果。在本部分中,我们通过确定全球行政的不同结构和主体以及明确全球行政空间的内涵来为组织对这些不同的现象的研究提供一些概念工具。

这项工作在一定程度上建立在产生于19世纪中叶、盛行于20世纪二三十年代的国际行政和国际行政法概念之上。例如,将跨国治理视为一类受制于不同行政法原则的行政的理念出现在19世纪晚期社会改革者和机构缔造者的著述中,如洛仑兹·冯·斯坦(Lorenz von Stein)用行政术语表述的国际公共健康工作的概念。⁸国际规制机构的兴起加快了这种行政方法的发展。这些“国际联盟”型的机构处理诸如邮政服务、航运、电信等事务,有些时候它们具有不需要国家批准而产生法律效力的重要的次级规则制定的权力。⁹这些联盟框架中存在的国内

⁶ 关于反垄断,见Eleanor Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, 43 Va. J. Int'l L. 911, 925-32 (2003).

⁷ 关于对巴塞尔委员会的研究,见David Zaring, *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*, 33 Tex. Int'l L.J. 281, 287-91(1998);另见 David Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration*, 5 Chi. J. Int'l L. 547 (2005)。

⁸ Lorenz von Stein, *Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht*, 6 Jahrbuch Für Gesetzgebung, Verwaltung Und Volkswirtschaft Im Deutschen Reich 395 (1882). 关于该领域早期历史的讨论,见José Gascón y Marin, *Les transformations du droit administratif international*, 34 Recueil Des Cours 4, 7-15 (1930); 以及较近的 Christian Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln* (2001). On Lorenz von Stein, 见 Frank Schulz-Nieswandt, *Die Lehre Vom Öffentlichen Gesundheitswesen Bei Lorenz Von Stein* (1989)。

⁹ 见Paul S. Reinsch, *International Administrative Law and National Sovereignty*, 3 AJIL 1 (1909);另见, Paul Né

行政行为体的合作和国内行为体对此类机制成功的至关重要性使得一些学者采用“国际行政”的宽泛含义,认为其既包括国际机构,也包括采取具有跨界重要性的行动的国内行政行为体。¹⁰这些综合的方法与整个关于国际事务中行政要素的理念在1945年以后多数标准的国际法著作中消逝,¹¹仅能在维尔弗雷德·因克斯(Wilfred Jenks)、山本宗二(Soji Yamamoto)和少数其他人的著述中发现一些重要的例外。¹²我们对于全球行政的概念重构就是试图复兴这些早期方法背后的广阔视角。

(一) 全球行政的五种形态

全球行政规制可以被划分为五种主要形态:(1)正式的国际组织的行政;(2)基于国内官员之间合作安排的跨国网络所实施的共同行动的行政;(3)由国内规制者在条约、网络和其它合作机制下实施的分散行政;(4)政府间和私人混合型安排的行政;(5)具有规制职能的私人机构的行政。在实践中,许多层次是相互重合或结合的,但是为了方便进一步的研究,我们提出这一系列理想化的形态。

13

在国际行政中,通过条约或执行协定建立的正式的政府间组织是主要的行政

gulesco, *Principes du droit international administratif*, 51 Recueil Des Cours 579 (1935). 关于在行政法中采用冲突法方法解决跨界问题的重要研究,见Karl Neumeyer, 4 *Internationales Verwaltungsrecht* (1936)。

¹⁰ 见Pierre Kazansky, *Théorie de l'administration internationale*, 9 *Revue Generale De Droit International Public* 353, 360 (1902);另见 Négulesco, 上注9, at 589-593. George Scelle在其两卷本的*Précis de droit des gens* (1932 and 1934)中勾勒了该方法的若干方面,关注了国内政府机构同时作为国内行为体和国际行动行政体的双重角色。Scelle曾打算在关于国际行政法的第三卷中发展这种方法。见Scelle, 1 *Précis de Droit des Gens* 69 (1932)。

¹¹ 诸如“国际行政联盟”这样的概念仍然获得认可,例如见 Rüdiger Wolfrum, *International Administrative Unions*, in 2 *Encyclopedia Of Public International Law* 1041 (Rudolf Bernhardt ed., 1995). 国际组织的“行政法庭”以及相关审查机制长期以来被视为与这些组织工作人员权利和国际公务员的一般问题相关的国际行政的局部但重要的方面。国际劳工组织行政法庭关于Bustani v. Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons一案的判决反映了这些法庭在特定案件中可以发挥的重要作用, Judgment No. 2232, July 16, 2003, 见以下网址<http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2232.htm>. 该法庭支持了 José Bustani关于他在与美国就OPCW机制下化学设施核查发生冲突后被免去OPCW秘书长一职的控诉中的某些要求;另见 Ana Stani, *Removal of the Head of a Multilateral Organization—Independence of International Organization and Their Secretariat—Political Interference by Member State in the Operation of International Organization*, 98 *AJIL* 810 (2004)。

¹² C. Wilfred Jenks, *The Proper Law Of International Organisations* (1963); Soji Yamamoto, *Kokusai gyoseiho no sonritsu kiban* (“The Positive Basis of International Administrative Law”), 载 76:5 *Kokusaiho Gaiko Zasshi* (“The Journal Of International Law And Diplomacy”) 1 (1967);另见 *International Administration: Its Evolution And Contemporary Applications* (Robert S. Jordan ed., 1971); and Hugo J. Hahn, *Control Under the Euratom Compact* 7 *A. J. Comp. L.* 23 (1958)。

¹³ 关于欧盟行政中不同层级的联合,见Sabino Cassese, *European Administrative Proceedings*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 21 (Winter 2004);另见 Giacinto della Cananea, *The European Union's Mixed Administrative Proceedings*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 197 (Winter 2004); Edoardo Chiti, *Administrative Proceedings Involving European Agencies*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 219 (Winter 2004)。

行为体。一个主要的例证就是联合国安理会和其委员会。它们通过次级立法,针对特定国家作出有拘束力的决定(主要是以制裁的形式),甚至通过定向制裁和列出被认为对威胁国际和平的行为负有责任的人员名单而直接对个人采取行动。与之类似,联合国难民高专已经担负大量规制和其它行政职能,如在许多国家确定难民地位和管理难民营。其它的例证包括世界卫生组织对全球健康风险的评估和发布预警,金融工作行动特别工作组对反洗钱政策的评估和对违反其制定的标准的特定国家的制裁,具有行政属性的辅助机构对议定书当事方违约行为进行处理的蒙特利尔议定书遵守机制,以及世界银行对特定发展中国家设定“良治”标准以作为援助条件。

与前者不同的是,跨国网络和协调安排的特点在于有拘束力的正式决策结构的缺失和国家规制者的非正式合作的主导地位。这种平等的行政形式可以、但不一定在条约架构内存在。例如,巴塞尔委员会在条约结构之外将各个中央银行的首脑聚集在一起,从而就银行资本充足要求之类的政策事项进行协调。这种协议并不具有法律约束力,但是可以具有极高的效力。一个不同的例子是,WTO法律对成员国施加压力,使它们相互承认对方的规制规则和决定,由此建立起一种强大的水平合作形式,使得一国的规制行为在另一国自动获得合法性。¹⁴国家规制者也在双边的基础上发展相互承认国家规制标准或遵守程序的安排和其它形式的规制协调,如同等规制的确定。¹⁵

在分散行政中,国内规制机构作为全球行政空间的一部分行动:它们就涉及外国或全球的事项作出决定。域外规制管辖权的行使就是一个例子,即一国寻求对主要发生在境外的行为进行规制。在一些情形下,此类规制要受到许多实体限制甚至要满足国际性的程序要求。这一点在WTO上诉机构1998年就美国禁止某些虾和虾类产品进口案(虾龟案)作出的裁决中已经表现出来。¹⁶但是,即使是那些并不直接具有域外效力的国内行政也可能成为全球行政空间的一部分,尤其是在其担负实施国际机制职能的时候。与生物多样性保护或温室气体排放相关的

¹⁴ 见Sidney Shapiro, *International Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability*, 54 Admin. L. Rev. 435, 453-57 (2002)。

¹⁵ 见Kalypso Nicolaidis and Gregory Shaffer, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, 68 L. & Contemp. Probs. 251 (Summer/Autumn 2005)。

¹⁶ WTO Appellate Body, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R Doc. No. 98-3899 (Oct. 12, 1998) [hereinafter *Shrimp-Turtle*]; 见discussion infra Part III.C.3; 另见 *United States—Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248/AB/R (2003)。

国家环境规制者在今天既是全球行政的一部分，也是纯粹国内行政的一部分：它们为了实现共同的目标负责实施国际环境法，因而它们的决定对其它国家的政府（和公众）以及它们实施的国际环境机制产生影响。特定的国内规制者之间有互承认标准和证书的安排可能也具有一些分散行政的性质，但是对于如何正确理解这些相互承认协约以及类似的合作方式这一问题，人们的意见分歧很大。

全球行政的第四种类型是政府间和私人混合型行政。那些将私人和政府行为体结合在一起的机构采取很多不同形式并且日益重要。食品法规委员会(Codex Alimentarius Commission)就是一个例子。该委员会通过非政府行为体和政府代表有效参与的决策程序制定关于食品安全的标准，并使这些标准通过WTO法中的SPS协议获得准强制效力。另一个例证是网络地址协议规制机构——互联网域名与数字地址分配机构(ICANN)。该机构作为非政府组织设立，但自2002年的改革后，政府代表开始参与其工作，并且通过参加ICANN的政府咨询委员会而获得了相当大的权力。我们很难确定如何才能塑造适合于这些机构来的行政法并使之具有可操作性。受到国内和国际公法限制的国家行为体和不受此限但却负具有诸如商业保密等冲突义务的私人行为体的共同参与预示着一种非常不均衡并且具有潜在分裂性的控制模式。然而，这项挑战是非常重要的并且具有足够的独立特征，因此我们将这些混合型机构作为单独的一类。

第五类也是最后一类，许多规制职能由私人机构实施。¹⁷例如，私人性质国际标准化组织(ISO)已经通过超过13000项在世界范围内整合产品和服务的标准。在较小的规模上，非政府组织已经为国际贸易产品开发了标准和认证机制，如公平贸易的咖啡和可持续采伐的木材。商业组织已经在众多行业建立规则和规制机制，从信用证领域的环球银行金融电信协会(SWIFT)体系到体育器械制造领域的公平劳工协会标准。在国内法上，这些私人机构通常被作为俱乐部而不是行政管理者对待，除非它们行使通过明示授权而获得的公共权力。但在全球范围内，由于缺乏国际公共机构，它们通常具有更大的权力和重要性。它们的行为在性质上与很多不具有拘束力的政府间公共规范没有多大差别，通常还可能更有效。我们谨慎地提出，全球行政的领域的边界应当拓展至此类非政府机构的活动。ISO就提供了一个很好的例证。该组织作出的决定不但具有重大的经济影响，

¹⁷一般见The Emergence Of Private Authority In Global Governance (Rodney Bruce Hall & Thomas J. Biersteker eds., 2002)。

也在WTO这样以条约为基础的机构的规制决定中得到适用。世界反兴奋剂机构是一个与国家或国家间行为不具有密切联系的私人规制机构的例子。该机构与国际奥委会相关联,采用细致的正当程序标准处理涉嫌使用违禁药品的运动员,而这些标准集中体现在私人性质的国际体育仲裁院的审查机制中。在将行政法方法拓展至这些机构的提议中出现了重大的规范性和实践性问题,尽管这些问题只与特定背景相关而不具有一致性。我们认为有必要将这些机构作为全球行政的一部分加以研究,并找出公共和私人机构在问责制中的共性与差异。

(二) 全球行政的主体: 国家、个人、公司、非政府组织和其它组织

打破国际和国内的二分法也许会对我们考察全球行政主体的方式产生进一步的影响。按照传统的理解,国际法的主体是国家。与此相联系的是,全球治理是关于一些国家针对其它国家所实施的行为的治理。但是,国家在国际层面形成的规制安排越来越多地通过国内层面的政府规制措施来产生规制私人行为的效力。对于私人行为的协调规制正是控制污染或金融事务等领域的国际机制的目标。按照传统理论,国内的规制措施是国家对其国际义务的履行。私人主体仅在实施阶段被正式地涉及,而且这完全是一个国内问题。但是,这些全球规制机制真正的对象现在更多地与国内法趋于一致:即个人(既是精神的代理人也是社会经济行为体)¹⁸和团体实体,例如公司和某些情形中的非政府组织。¹⁹

在国际机构作出的决定对个人或企业具有直接法律后果而其中没有任何国内政府行为的介入的情形下,上述总结是非常有力的。相关的例子包括京都议定书清洁发展机制中相应项目的认证、联合国难民高专对个人难民地位的确定、联合国机构对经特别批准参与其程序的非政府组织的认定。私人行为者是全球规制主体的理念在很多通过网络实现的规制治理中也表现得很明显。在这些场合中,国内规制官员既在国际层面上与其它国家的官员一同确定适用于私人企业(如商业银行)的规制要求,又在国内层面上对其管辖权范围内受规制企业实施和执行同样的规范。这一点在例如 ISO 之类的私人治理安排中表现得更加明显。即使该组织制定的标准也可能通过国内法得以实施,但其中多数是为私人企业实施而

¹⁸见Stewart, 上注 5。自由主义派国际法学学者在很早以前就提出了个人是法律规制的最终对象的主张,见,例如, J.L. Brierly, *Règles générales du droit de la paix*, 58 Recueil Des Cours 5, 47-52 (1936)。

¹⁹ 关于这种方式的早期方法,见Négulesco, 上注 9, at 604-05。关于在欧盟(包括欧洲法院)中形成类似概念的趋势,见della Cananea, 上注 1。.

设计的。

在其它情形中，国际机制的目标是通过对国家施加规制义务和监督国家在其管辖权范围内规制私人行为体的方式来使私人行为发生其所期望的变化。这些安排与那些为了理解欧盟和“欧洲行政空间”²⁰而形成的多层次治理模型是类似的。相关的例子包括《濒危野生动植物物种国际贸易公约》(CITES)、关于臭氧层损耗的《蒙特利尔议定书》、关于危险废物的《巴塞尔公约》和国际劳工组织(ILO)的公约。负责促进和监督实施的国际行政机构通常扮演着传统理论范围之外甚至与其冲突的重要的规制角色。在许多场合中，相关的行政机构采取由企业、非政府组织和国家代表共同参与的公私混合型治理结构。这是建立在ILO长期以来的三方治理结构之上的，该机构中的国家代表团由政府、雇主和劳工代表组成。

但其它领域中，国家是全球治理的主要主体。它们致力于保护和造福不同的个人、私人市场行为体或社会利益群体。相关的例证包括世界银行等机构施加的作为其对发展中国家进行经济援助条件的“良治”和法治标准或环境标准，包括对发展项目的环境影响评价要求。

最后，在某些规制行政领域，如国际安全，关于全球治理指向的是政府针对其它政府而不是针对私人行为体的行为的传统观点依然具有强大实力。但是，即使是在这个领域，国际安全活动的逐渐私人化正在开始削弱这种传统观点，²¹例如在对伊拉克的军事占领中更多地由私人承包方履行传统的国家职能。

上述各种例证都表明全球行政机制主体之间的差异——有些场合是个人或企业，有些场合是国家和市场行为体，有些场合是国家和作为受益者的不同的个人、市场行为体、非政府组织或社会利益群体，有些场合下依然是国家自身——可能取决于主体领域、规制目标和所规制的问题的职能特点的差异。这是今后研究中的一项重要议题。

(三) 一个全球行政空间？

²⁰见Martin Shapiro, *The Institutionalization of European Administrative Space*, 载 *The Institutionalization Of Europe 94* (Alec Stone Sweet et al. eds., 2001); *Der Europäische Verwaltungsraum* (Heinrich Siedentopf ed., 2004)。

²¹见Anna Leander, *Conditional Legitimacy, Reinterpreted Monopolies: Globalisation and the Evolving State Monopoly on Legitimate Violence*, COPRI Working Paper 2002/10, 18, at <http://www.ciaonet.org/wps/lea04.pdf>; Elke Krahnemann, *Private Firms and the New Security Governance*, 5 *conflict, security and development* (2005); Peter W. Singer, *War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, 42 *Colum. J. Of Transnat'l L.* 521 (2004)。

对这些结构和例证的初步考察表明,重要的规制职能不再完全是国内性质的,而是已经在很大程度上成为跨国和全球性的。在规则制定方面尤其如此。真正的国际行为和全球协调网络中国家规制者的行为一起补充并通常决定着国内行为,从而深入渗透到国内规制项目和决定中。而且,在越来越多的情形中,全球决定直接影响个人或企业,例如联合国安理会关于制裁和反恐措施的决定、联合国难民高专的活动、《京都议定书》中的清洁发展机制和金融行动特别工作组的决定在国内法中准自动的纳入。

但是这并没有完全回答一个问题,即一个独特的全球行政法领域是否应该获得认可,或者是否仍然有可能并确实更倾向于在国内政治的行政空间和全球治理的国家间协调之间维持传统的二分法。的确,基于很多目的,全球的治理和国内的治理在政治上和运作上保持着分离。但是,在许多规制和行政事项中两个领域已经紧密地交织在一起。全球层面规制项目的兴起和它们对国内规制的渗透意味着国内行政管理者的决定更多地受到全球层面设立的实体和程序规范的限制。因此,对国内实施的形式上的需要再也不能不确保国内领域实质性地独立于国际领域。与此同时,作出那些决定的全球行政机构在有些场合享有大量事实上的独立性和裁量权,以致无法单纯被称为国家的代理机构。衡量此种相互联系的重要性和发展轨迹是一个评价问题,对于这个问题存在着不同的观点。在我们看来,国际法学者不再能有说服力地主张全球行政治理中没有真实的民主或合法性缺陷,因为全球规制机构要对国家负责,而这些国家的政府要对它们的选民和法院负责。国内行政法学者也不能再坚持这样的观点,即可以通过适用那些针对国内规制决定的国内行政法要求而实现全球规制管理的充分问责性。我们主张,目前的情形需要我们承认一个全球行政空间。这个空间区别于国际法调整的国家间关系的空间和国内行政法调整的国内规制空间,但包含着两者的要素。²²

这个多侧面的行政空间包括上述描述的五种不同形态的国际或跨国行政机构。在这个空间中,受到全球规制治理影响或在其中具有利益关切的个人、企业、非政府组织和其它国内和全球社会经济利益群体或代表以复杂的方式相互作用。这是一个具有其独特特征和能动力力的空间,它需要独立的实证和规范性研究和理论构建。这些努力有必要以传统的国际法和国内行政法为基础,但同时

²² 关于欧盟法中的类似方法,见Cassese, 上注 13, at 34-36。

又要超越它们——这是一个在20世纪初期的国际行政法论著中就已预示但自那以后就被忽视的观点。²³鉴于全球行政空间的相对自治性和独特特征及其日益有力的决策机构，得我们主张，应该通过全球行政法来承认和进一步发展新的、独特的问责原则和机制。这些发展的实际结果是，那些关注不断增加的规制决定并代表政府、国际组织、企业、个人和非政府组织的法律人士将必须熟悉全球行政空间中的机构和活动，并通过参与全球行政法的构建来帮助治理该领域。

我们对全球行政空间这个概念的提倡是基于观察的结果，但也不可避免地具有潜在的政治和其它规范性的意味。一方面，在行政的语境中实施全球治理或许会通过给与目前的权力享有者更多特权和强化北方和西方关于法律和有效治理的概念的主导地位的方式促进其稳定性与合法性。另一方面，它也可能构建一个批评的平台。随着全球行政政府的程度变得越来越明显（而在传统的行政规制的语境中构建全球规制使得其特征和程度较使用诸如治理之类的模糊概念更加清晰），²⁴人们会发现越来越多的抵制和改革的聚焦点。因此，从较小的发展中国家的视角来看，包括WTO、IMF、世界银行和联合国安理会在内的全球规制机构可能已经按照那些明显较少受到外来干预性规制的工业化国家的要求来对其进行“管理”。这些行政语境下的问题使得我们更加有必要设计一些策略来弥补与这些不平等相联系的不公平。

三、出现中的全球行政法

（一）全球行政法的范围

将全球治理作为行政来理解使得我们以一种更加特定和集中的方式来重构许多关于国际机构合法性的典型担忧。它为有关这些机构中缺乏民主这类一般性而且通常是过度宽泛的主张²⁵提供了有用的批评的距离。它同时将全球治理领域的学者的注意力转移到包括行政法在内的关于行政决策的许多问责机制。这些机制在国内法中尽管不是独立于但也是与选举和议会与总统控制等传统的民主程

²³ 关于强调国际行政法在公法和国际法中的基础，见，例如，Négulesco，上注9，at 592-99。另见Kazansky，上注10，at 365。

²⁴ 见Michel Foucault, *Governmentality*, 载The Foucault Effect: Studies in Governmentality 87 (Graham Burchell et al. eds., 1991);另见 Christian Joerges, *The Turn to Transnational Governance and its Legitimacy Problems: The Examples of Standardization and Food Safety*, at <http://www.law.nyu.edu/kingsburyb/spring04/globalization/Joerges%20Draft4%20%20g%20Feb%2004.doc>.

²⁵ 见Andrew Moravcsik, *Is there a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis*, 39 *Government And Opposition* 336 (2004)。

序同时运行的。这项研究突显了那些在国内行政行为中理所当然的程序性参与和审查机制在全球层面的匮乏程度。同时,该研究促使我们发展机构的程序、原则和救济措施,但并不是旨在构建羽翼丰满(而且目前还是在幻影中)的全球民主。

按照这种理解,全球行政法将那些与全球行政有关但通常是基于概念原因而被长期分散对待的不同领域法律整合起来。²⁶全球行政法的一个组成部分是存在已久的“国际行政法”领域,该术语主要指国际组织在处理劳动争议和其它内部事项中形成的规则、程序和机构。它也包括卡尔·诺义迈耶(Karl Neumeyer)等人对“国际行政法”的特定解释,即调整外国国家行政行为在本国国内法律秩序中效力的国内规则。²⁷但是,我们关于全球行政法的概念更加广泛,与保尔·内古莱斯科(Paul Négulesco)在1935年的看法更为接近,即将国际行政法视为“公法的一个分支,通过考察共同构成国际行政的法律现象来发现和确定那些调整和整合这种行政的规范”。²⁸在我们的方法中,全球行政法有效地囊括了有助于确保全球行政问责性的所有规则和程序,并且尤其关注行政结构、透明度、行政程序中的参与要素、合理决策的原则和审查机制。

我们必须特别谨慎地看待国内行政法和跨国行政法之间的直接类比。然而,由国内法律训练主导的法律职业构成的社会学意味着,从构成要素上看,全球行政法项目在实际上可能包括确定、设计和帮助构建担负至少有些类似于国内法在国内层面所履行的职能的跨国和全球结构,并改革国内行政法从而使其应对日益具有全球特征的规制。欧洲大陆关于行政法的概念通常是分类性的而不是规范性的,认为该领域包括约束除具有宪法性质以外的其它行政行为体的所有规则。²⁹如果也从这种分类性的方式来理解,全球行政法领域包括调整前文提及的五类行政机构实施的行政行为的全球规则的整体。这其中既包括像人权条约这样规定规

²⁶ 复杂的概念区分见Karl Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht: Völkerrechtliche Grundlagen*, 载 1 Wörterbuch Des Völkerrechts Und Der Diplomatie 577, 577-81 (Karl Strupp ed., 1924);另见 Gascón y Marin, 上注 8, at 9-24。

²⁷ 见 Neumeyer, 上注 26;另见 Gerhard Hoffmann, *Internationales Verwaltungsrecht*, in *Besonderes Verwaltungsrecht* 781 (Ingo von Münch, ed., 6th ed. 1982)。

²⁸ 见Négulesco, 上注 9, at 593。

²⁹ 一般性论述见Maurer, 上注 3。国内行政法的研究既阐明主体的规范性含义也说明其政治职能。从历史上看,政治职能在不同的政治体系中绝不是相同的:在19世纪,行政法在像英国和美国这样民主体系中与其在欧洲大陆大部分地区的君主体系中出现的方式和原因都是不同的。这些差异在行政部门的起源和对行政部门的态度方面都有持续性的影响。因此,对不同传统的行政法的研究与全球行政法是极度相关的。See Peter L. Lindseth, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s*, 113 Yale L.J. 1341 (2004)。

制者权力和权限的实体法,也包括界定国家机构干预个人自由条件的案例法。³⁰前文引述的内古莱斯克的定义与许多早期关于国际行政法的方法一样,其范围的确是如此广泛的。³¹但是,如此宽泛地界定这个领域会在研究发展的初期形成一个难以管理的研究议程,并使得全球行政法工作中承担的规范性事项模糊不清,而这些事项又必须是明确界定以接受检验和质疑的。因此,全球行政法领域的聚焦点不在于实体规则的具体内容,而是与透明度、参与性、合理决策和确保全球治理合法性有关的既有或潜在的原则、程序规则、审查机制和其它机制。

(二)全球行政法的渊源

全球行政法的形式渊源包括国际公法的传统渊源——条约、习惯和一般原则,但是这些渊源还不足以说明该领域已经存在的规范性实践的源头和权威。条约很少直接针对行政法问题。那些规定了行政程序原则条约,其针对和约束的通常只是国家而并非国际机构或国内官员构成的政府间网络。一般认为习惯国际法仍然是由国家行为形成的,因此目前没有充分地纳入如全球行政机构之类的非国家行为的相关实践。最后,“一般法律原则”作为国际法渊源的运用一直是主要限于国际机构的内部需要或在世界范围内具有高度一致性领域的规范。在正式的国际法实践中对一般原则的接受程度始终较低,也不可能很快将其拓展到多样化和分散性的全球行政背景中。

对于全球行政目前的规范性实践的法律渊源较好的说明或许应该建立在经过修正的、能够包括在大量不同行为体和存在巨大差异的背景之中形成的规范的万民法(*ius gentium*),而不是在以国家之间合意为基础的国际法(*ius inter gentes*)的基础之上。³²这种方法能够在一定程度上反映一些法律领域的国家之外的造法程序,例如以世界范围内商事行为体的实践为基础的商人法。³³但是,全球行政的万民法的未来发展基础依然不确定。如果这种万民法不是要反映自然法的方法,而是以实践为基础,那么确定这些规范的基础和它们的法律地位仍然是不确定的。一般法律原则对不同法律体系一致性的高度要求反映出对包容性和防止一些国家强迫其它国家接受其法律制度的坚定承诺。尽管万民法对全球行政法而言是一个具有吸引力的类别,它也必须面对这种挑战。

³⁰ 有关类似的方法,见TIETJE,上注8。

³¹ 见Kazansky,上注10,at 361;另见Gascón y Marin,上注8,at 20 and passim。

³² Benedict Kingsbury, *The Administrative Law Frontier in Global Governance*, 99 Proc. Am. Soc. Int'l L. (2005).

³³ 见,例如, *Global Law Without A State* (Gunther Teubner ed., 1997)。

然而,即使在国际公法的传统渊源中,也依然存在着与全球行政法相关的规范发展的空间。以条约法为例,或许可以借鉴欧洲人权法院在解决《欧洲人权公约》对政府间组织或欧洲联盟无正式约束力这一问题时所形成的方法。该法院要求公约成员国确保接受其权力转移的机构提供与《欧洲人权公约》规定的人权保护具有同等程度的保护。在更广的范围内适用该方法至少可以为全球行政机构提供一套基本的标准,但这并不能解决如何将大量国内规范体系移植到或适应于跨国和国家间机构的问题,更不用说如何将移植到或适应于公私混合型或纯粹私人机构的问题了。

关于渊源的最后一个问题是国内法的地位。对于国内行政以及实施全球法或作为全球行政结构一部分或两者兼而有之的国内行政机构而言,国内法都是一个具有支配地位的法律渊源。当全球行政机构的行为直接对私人当事方产生效力时,国内法院也可以提供救济的平台。通过这些手段,国内法能够有助于确保全球行政的问责性。一个以国内机制为中心的微妙的问责结构可能是反映各个国内社会不同规范性承诺,因此也是适应多样性的方式。³⁴但是,根据当地偏好建立和运行的国内机制可能无法满足在原则和机制中一定程度的全球共同性和应对特定全球行政机制的特征的职能需要。除务实性的临时安排外,国内法,特别是宪法,与这些全球需要之间的冲突可能难以解决。目前还无法确定的是,经常和积极地对跨国或全球行政机构的国内参与或直接对这些机构的决定适用国内法将如何影响这些机构履行职能。³⁵如果这些机构的所有参与者都要遵守不同的程序性和实体性国内要求,那么这些机构将难以实现有效规制和管理所必需的共同性。不同的国内控制也可能阻碍国内规制官员有效参与全球规制决策的能力。由于传统的国内与国际相分离的二元论在一体化的全球行政空间内已无立足之地,因此我们需要对国际与国内的关系进行不断的务实调整和更加深入的理论重构。

即使根据传统的国际法或复兴的万民法方式就全球行政法的形式渊源的确认达成一致,目前也不大可能形成调整全球行政的确定和详尽的规则和原则——

³⁴见Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004)。

³⁵见Stewart, 上注 5。关于美国环境影响评价程序在美国对NAFTA和WTO乌拉圭回合协议的批准中的适用,见Matthew Porterfield, *Public Citizen v. United States Trade Representative: The (Con)Fusion of APA Standing and the Merits Under NEPA*, 19 Harv. Envtl. L. Rev. 157 (1995); James Salzman, *Seattle's Legacy and Environmental Reviews of Trade Agreements*, 31 ENVTL. L. 501 (2001)。关于在美国政府机构违反WTO裁决的情况下,美国法院在行政诉讼中如何在维护国际法律规则和尊重美国政府机构之间取得平衡的问题。见Jane A. Restani & Ira Bloom, Essay, *Interpreting International Trade Statutes: Is the Charming Betsy Sinking?*, 24 Fordham Int'l L.J. 1533 (2001), 此文提出,如果美国政府机构遵循了通知和评论程序或其它正当程序要求,法院应当更加尊重该机构。同上at 1543-45。

即使在与正式的政府间安排相关的领域中也是如此。与此类规范相关的书面性的政府间文件是分散的和相对较少的,全球行政机构的实践也是零碎的,而正式的国内规范也是存在许多差异的,尽管有些融合正在发生。混合型和私人全球规制安排没有直接受到大部分此类规则和原则的调整,而且与它们相关的正在出现的行政法律原则和实践的地位在很大程度上是不确定的。而且,在万民法的方法中,在规则的形成中谁的实践可以作准而谁的实践不能作准,以及多少一致性的实践对于产生强大的整合力量是必要的,这些问题都会不可避免地引起意见分歧。就支持(或反对)一项新规范而言,在国际机构中采取(或不采取)问责制比在非正式政府间网络中或有私人参与的混合型机构中采取(或不采取)更为重要吗?这些方法论问题需要在今后通过做大量的工作来解决。

(三) 适用和发展全球行政法的机构性机制: 一种分类方法

1. 制约全球行政的国内机构

鉴于在多数全球行政机制中缺乏真正的国际问责制,国内机构通常率先尝试对全球行政进行制约。这一点在国内法院对国际机构的行为行使管辖权的尝试上表现得尤其明显。因而,在2000年的一个具有里程碑意义的案件中,波斯尼亚宪法法院裁定其有权对驻波斯尼亚高级代表办事处作出的某些决定进行审查。³⁶尽管高级代表从1995年代顿协议(波斯尼亚战争后签署并由安理会认可的和平条约)和该协议一个附件中取得了作为最终仲裁者的权力,³⁷宪法法院依然认定高级代表在作为事实上的国内官员而非国际官员行动时,其行为不应超越宪法并接受相应的审查。³⁸此种模式的另一种形式是,欧洲的许多个人在其国内法院中提起诉讼,质疑执行联合国安理会制裁的欧盟条例。在其中的一起案件中,三名具有索马里血统的瑞典公民向欧洲初审法院提出,他们被安理会错误地且未经过正当程序认定为制裁对象,并且实施这些制裁的欧盟指令从而也是违法的。³⁹欧洲初审法院以狭隘的理由驳回了他们的临时救济申请,但保留了就实体问题做

³⁶ 见Case U9/00 (Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina) (Nov. 3, 2000) (evaluating the Law on State Border Service) [下称Case U9/00], at para. 9。

³⁷ 见Dayton Agreement, 上注2, Annex 10, art. II;另见 S.C. Res. U.N SCOR, 50th Sess. U.N. Doc./RES/1031, pp 26-27 (1995)。

³⁸ Case U9/00, at Para. 9. 见Carsten Stahn, International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead, 61 Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht 107, 158-59, 167-71 (2001)。

³⁹ Case T-306/01 R. Aden v. Council of the Eur. Union, 2002 E.C.R. II-02387 (application for interim measures)。

出判决的权利。⁴⁰此后不久,安理会制裁委员会将两名投诉者从制裁名单上去掉并建立一项一般程序,使得个人能够通过其本国政府提出要求将其从制裁名单上去掉的要求和理由。⁴¹

这两个关于法院在诉讼当事人主张其个人程序和实体权利被侵犯时参与制约国际机构的例子,与20世纪70年代以来许多欧洲国家国内法院对欧共体活动进行控制的情形相似。⁴²这也与欧洲人权法院为了保护个人权利而作出的关于强调向国际机构授予权力的有限性的判决相似。在不同的判决中,该法院承认《欧洲人权公约》的许多缔约国在加入国际组织时并不能确保《欧洲人权公约》保护程度的充分实现,但依然坚持它们应当确保大致相当的标准。例如,该法院在此基础上限制成员国对欧盟的参与,⁴³并指出国家在其国内法院给予欧洲空间机构豁免权时的限制因素。⁴⁴

在更为传统的基础上,国内法院已经适用包括反映国内公共政策的规则在内的国际私法规范对私人性质的全球行政机构的决定进行了审查,而且国内法院也理应愿意实施此种管辖权。例如,国际奥委会的国际体育机制及其相关的国际体育仲裁院要想它们的反兴奋剂决定在国内法中获得承认,就必须让国内法院确信这些决定满足了正当程序标准。

法院绝不是让全球行政更具问责性的唯一国内机构。例如,在美国,一些联邦规制官员会在参与某些议题的国际标准制定时发表通告与评论。⁴⁵在些情形中,有利害关系人员在行政过程中的参与进入到通常意义的预备阶段。这样一来,

⁴⁰ Order of the President of the Court of First Instance of May 7, 2002, at http://europa.eu.int/eur-lex/pri/end/oj/dat/2002/c_191/c_19120020810en00250026.pdf (last visited March 25, 2005) (rejecting application for interim measures because there was no urgency).

⁴¹ 关于安理会的一般程序,见Guidelines of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 (1999) for the Conduct of its Work, Nov. 7, 2002 as amended April 10, 2003, at http://www.un.org/Docs/sc/committees/1267/1267_guidelines.pdf. 关于对从名单中删除决定的评论,见Per Cramér, *Recent Swedish Experiences with Targeted UN Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council*, 载 *Review Of The Security Council By Member States* 85, 94-95 (Erika de Wet & André Nollkaemper eds., 2003);另见 David Dyzenhaus, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 129 (Summer/Autumn 2005)。

⁴² 见Mattias Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, 36 *Common Market L. Rev.* 351 (1999)。

⁴³ 见Mathews v. United Kingdom, App. No. 24833/94, 28 Eur. H.R. Rep. 361, para 32 (1999) (指出《欧洲人权公约》缔约国在其向欧洲共同体这样并不直接受《公约》约束的国际组织转让权限后依然承担该公约下的义务)。

⁴⁴ Waite and Kennedy v. Germany, App. No. 26083/94, 30 Eur. H.R. Rep. 261, para. 68 (1999) (指出决定公约是否允许德国赋予欧洲空间机构在德国法院的豁免权的一项“实质因素”是,申请人是否拥有合理的替代性方法来保护其根据公约享有的权利)。在该案中,法院发现申请人具有其它可以获得的法律程序上的替代性方法,从而支持赋予豁免权。同上 at para. 73。

⁴⁵ Stewart, 上注 5。

及时的参与能够影响某些国际谈判,后者所形成的决定日后会通过国内规制性法律实施或对其产生巨大作用。⁴⁶与此类似,议会已经在一些场合中开始将其监督延伸至国内官员参与全球行政网络中的行政行为。因而,美国国会要求美国的规制机构在同意巴塞尔委员会之类的金融规制团体的建议之前向其作出汇报。⁴⁷然而,直到目前为止,这些形式的努力都是少见和分散的。它们通常是由特定的争议所推动,因此一些问题被忽视,而另一些则受到广泛的关注。在某些情形中,立法委员会、司法机构和国际调查委员会等多类机构可能都对同一事项进行处理,并通常伴随着媒体的关注。这种情况在2003年开始的对联合国在伊拉克石油换食品项目的调查及其由形成的关于联合国治理过程改革的建议中就出现了。影响此类监督的众多法律问题尚未得到充分处理,其中包括有关在一项程序中获得的证据在另一项程序中的可采性的规则、关于豁免的复杂且有时不令人满意的规则和关于国内程序与国际程序分配及优先性的原则。国内程序通常具有(有时是故意的)阻碍对全球治理有效监督的效果。尽管国内控制扮演着日益重要的正面角色,采用国内机构制约跨国和国际机构行政的一致性模式尚未形成。

2. 全球机构为实现参与和问责而设置的内部机制

面对来自公众和政府的批评、国内机构的挑战以及全球行政机构参与国和管理者为加强其对机构运行的控制而作出的努力,全球行政机构已经建立了自身的问责机制。安理会为联合国制裁对象个人名录的添加和删除而设置的有限行政程序就反映了这种趋势。这项程序在一定程度上是为了回应国内法院对制裁名单的国内执行进行审查而设立的。同时该程序也是存在许多问题的,因为它没有为列入名单的人员提供任何程序权利,而必须依靠其居住国或国籍国来实现诉求。但是,它至少在那些一向自认为是纯粹政治机构而完全不同于行政机关的安理会的委员会的工作中引入了一些关于合理决策和审查的要求。⁴⁸

世界银行监察小组代表了一种更为活跃的行政机制的创新形态。最初,该小组的程序部分是出于增进世界银行员工遵守内部指令的目的而设立的,例如确保世行投资项目环境合理性的世界银行行指南。因此,该程序使得董事会能够对银

⁴⁶见Stewart, 上注5。

⁴⁷见Zaring, *Informal Procedure*, 上注7, at 598。

⁴⁸见Peter Gutherie, *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, 60 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 491, 512-14 (2004)。

行管理层的日常行政实施额外的控制。但是,小组同时也为利益受影响的个人和团体发挥重要作用,为它们提供了质疑世界银行是否遵守其项目相关政策的场所。该小组只享有发表报告和提出建议的权力,而不能停止或修正不符合政策的项目。而且,这些质疑的基础局限在针对世界银行自身政策的违反上,而不能拓展至一般的国际法。但是,这项限制在某些时候也不适用,而且可能也不具有可持续性。许多区域性开发银行已经采用监察小组的模式并且作出了相应的变革,包括赋予小组更大的权力来促进友好解决争端。⁴⁹

一些政府间网络也开始设定更高的程序透明度和参与性,这对于通常将非正式性作为其主要优势的规制网络来说是一项引入瞩目的发展。例如,处理中央银行事务的巴塞尔委员会在起草新巴塞尔资本充足标准(Basle II)的过程中更加开放,并邀请利益相关方发表评论。⁵⁰在多边投资协议的失败强化了对OECD工作更高的程序合法性的需求后,类似的进展也在OECD内部出现。在某些工作领域中,OECD目前已经建立起通告和评论程序,并鼓励公众直接或通过每个成员国内部机制进行参与。⁵¹另一个设有通告和评论程序的组织是国际兽医组织(OIE),其形成的关于动物健康的标准适用于SPS协议。金融行动特别工作组在其规则制定过程中也欢迎外部的参与,并允许该工作组正考虑将其纳入不合作国家和地区名单并因而面临某些形式制裁的政府发表评论。⁵²

尽管产生的结果受到争议,但通过将非政府组织直接纳入决策过程来加强全球行政的参与性的目标越来越受到重视,例如在食品法典委员会的内部就是如此。⁵³非政府组织也已经或多或少地与公司形成合作规制治理伙伴。例如,在一些劳工和环境标准方面,公司试图让非政府组织融入那些曾经完全是自我规制的结构中,从而增强这种结构所形成的标准和认证机制的合法性。⁵⁴在有些情形中,这类在诸如联合国机构等国际行政机构支持下实施的安排具有混合属性。⁵⁵

⁴⁹见Demanding Accountability: Civil-Society Claims And The World Bank Inspection Panel (Dana Clark et al. eds., 2003);另见 The Inspection Panel Of The World Bank: A Different Complaints Procedure (Gudmundur Alfredsson & Rolf Ring eds., 2001).

⁵⁰见Zaring, *Informal Procedure*, 上注 7, at 557.

⁵¹ 见James Salzman, *Accountability and Participation in OECD Regulation: Environment, Business and Laboratory Standards*, 68 L. & Contemp. Probs. 175 (Summer/Autumn 2005).

⁵² Information about the Financial Action Task Force's methods is available at http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2966,en_32250379_32237277_1_1_1_1_1,00.html.

⁵³ 见Codex Alimentarius Commission, Alinorm 03/25/3: Report Of The Evaluation Of The Codex Alimentarius And Other Fao And Who Food Standards Work (2002).

⁵⁴ 见Harm Schepel, *The Constitution Of Private Governance. Product Standards In The Regulation Of Integrating Markets* (2004).

⁵⁵ 见John Ruggie, *Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection*, in *taming globalization:*

3. 对于分散行政的全球约束

出现中的全球行政法的第三种机制是对协调性的国内行政,或者用这里介绍的术语来说,对全球行政中的分散因素进行制约。为了确保国内规制者是作为全球机制的参与者而非单纯的国内行为者采取行动,政府间机构促使全球规范不仅调整国内规制的实体,也调整国内规制机构在适用全球规范或受到全球规范的责难时所遵循的决策程序。实际上,这些程序性要求使国内规制机构和官员另外扮演了相关全球机制代理人的角色,并试图让它们在一定程度上对遵守该机制负责。⁵⁶这些要求的目的在于,通过提供确保国内规制者忠实于那些旨在捍卫受保护对象权利或利益的全球行政规范的程序性方法,来保护受到规制的其它国家、个人和企业的利益,以及受到该机制影响的更广泛的社会经济利益。

WTO上诉机构在“虾龟案”中的第一项裁决就是为受影响的外国利益提供保护而作出的一个令人瞩目的努力。⁵⁷上诉机构指出,要使基于过程的进口限制与GATT第20条中的例外相符,一国必须证明受到影响的国家和外国生产者获得了某种形式的正当程序。⁵⁸因此,国际规范要求国内行政程序重新关注其对问责性的追求,从而确保国内规制者将相关外部群体纳入考虑范围。

包括GATS在内的WTO法律的其它部分,同样要求国内行政程序作出改变。例如,在电信领域,引入了独立规制机构模式,主要以此程序更好地实施全球电信规制中的实体目标。⁵⁹这同样也是通过ICSID体系和NAFTA在投资条约中设立影响深远的仲裁审查的理由。在这些机制中,如果投资者认为其根据相关投资条约享有的权利被侵犯,他们可以在国际仲裁庭质疑东道国的行政行为。这些仲裁庭的裁决日益对国内规制者施加了程序和实体上的限制。这给予了投资者一项非常有利的工具,可能通常不会有足够公共和其它利益的充分代表能与之平衡。区域性和全球性机构对国内行政的集中审查也存在于人权条约中。欧洲人权法院采用以权利为基础的标准对国内行政是否遵守《欧洲人权公约》进行审查,同时在

frontiers of governance 93, 105-06 (David Held & Mathias Koenig-Archibugi eds., 2003).

⁵⁶ Slaughter在A New World Order中讨论了国内公共官员的国内、全球双重角色,上注 34.

⁵⁷ 见Shrimp-Turtle.

⁵⁸ 同上,有关评论见Giacinto Della Cananea, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, 9 European Public Law 563 (2003);另见 Sabino Cassese, *Global Standards for National Administrative Procedure*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 111 (Summer/Autumn 2005).

⁵⁹ Markus Krajewski, *National Regulation And Trade Liberalization In Services* 164-78 (2003).

国内行政程序尤其是国内审查机制方面形成了丰富的判例。⁶⁰

对许多发展中国家而言，本领域最有影响的例子可能是布雷顿森林体系建立的机构。无论是作为向发展中国家提供财政援助的“建议”还是条件，世界银行关于良治的政策已经形成了大量关于国内行政在组织和程序方面的原则和规则，涉及的领域囊括治理腐败的措施和给予市场行为体更大透明度和程序性保证的实践。⁶¹基于许多国家对于援助和外部融资的依赖，世界银行的规范已经改变或正在改变世界上许多地区的国内行政。IMF对发展中国家给予财政援助所施加的类似条件也具有相同的效果。

(未完待续)

[责任编辑：毕小青]

⁶⁰ 一般论述见 Henri Labayle et al., *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, 11 *Revue Française De Droit Administratif* 1172 (1995).

⁶¹ 见 Ngair Woods & Amrita Narlikar, *Governance and the Limits of Accountability: The WTO, the IMF and the World Bank*, 53 *International Social Science Journal* 569 (2001).

全球行政法的产生* (下)

本尼迪克特·金斯伯里** 尼科·克里希*** 理查德·B·斯图尔德****

范云鹏***** 译 毕小青校

(四) 全球行政法的原则性特征：正在出现的原则和要求

除了不同类型的机构性机制外，全球行政法还包括一些基本的程序和实体方面的法律原则和要求。由于全球行政实践的分散性和对于这一领域中总体知识了解的有限性，我们在这里无法提出适用于整个领域的原则要素。但是可以初步确定一些备选选项，尽管它们目前所调整的范围是有限的。今后研究的一个重要目标就是揭示这里提出的那些要素和其他一些要素在多大程度上被实际体现在全球行政实践之中，以及它们在行政法目前还未完全发展甚至根本不存在的国际或跨国规制领域得以适用或转化的程度。

1. 程序性参与和透明度

在国内法架构中，受影响的个人使自己的意见和相关信息在决策前获得考虑的权利是行政法的传统要素之一。正如一些例子所显示的，该原则的多种表现形式越来越多地适用于全球行政治理中。在一国行政行为对其他国家产生影响的情况下，WTO上诉机构在虾龟案中指出，美国没有给予出口到该国的虾产品受到美国国内行政规制限制的国家“听证或者就对自身不利的任何意见作出回应的正式机会”，并要求美国提供程序性参与的机制。⁶²在政府间机构的行政行为影响特定国家的情形中，即使是非成员国在其被金融行动特别工作组列入不遵守国家名单之前也享有作出评论的机会。⁶³就个人而言，国际奥委会新颁布的《世界反兴奋剂守则》强调了听证的机会，并适用行政法中的规范性原则以制约私人机构性架构中的行政决策。与此形成对比的是，尽管在反恐决议列举冻结财产人员名单

* 本文是作者发表于Law & Contemp. Probs., 2005 的文章。感谢作者为译者提供此文，并允许将其翻译成中文。

** Benedict Kingsbury, Murry and Ida Becker法学教授，纽约大学法学院国际法律与正义研究所所长。

*** Nico Krisch, 牛津大学莫顿学院初级研究员。

**** Richard B. Stewart, 纽约大学教授，John E. Sexton法学教授，纽约大学法学院环境与土地利用法律中心主任。

***** 纽约大学法学院研究生。

⁶² Shrimp-Turtle, at para. 180 et seq.

⁶³ 见 Report of the Financial Action Task Force on Non-Cooperative Countries or Territories, at <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/57/22/33921735.pdf>, at para. 41。

的特别情形中设置了有限形式的事后质疑和审查,但是在在某个国居住或从事经营活动的个人和团体的受到联合国安理会针对这个国家的经济制裁将影响的情况下,并没有为这些可能受到影响的群体建立起在制裁决定作出前进行参与的机制。

对全球行政进程的参与并不局限于那些决策所针对的个人或国家。在标准设定和规制制定领域,食品法规委员会等许多机构已经让代表相关经济社会利益的非政府组织参与到它们的工作中。⁶⁴国内规制者也已经开始就它们参与的全球谈判所审议的规则草案进行通告。但是,规制制定中的参与权仅在有限的情形和领域中才能获得。

决策透明和获得信息是有效行使参与权和审查权的重要基础。它们也通过让行政决定和相关文件接受公众和同类机构审查而直接促进问责的实现。像世界银行、IMF和WTO这样的国际机构通过向公众提供越来越广泛的获取国际文件的途径来回应有秘密决策的批评。像Codex那样将非政府组织纳入决策过程则是另一种促进透明度的方法。巴塞尔委员会和IOSCO等规制网络制作了包括关于内部决策和决策所依据的信息与考虑因素的大量材料的网站。一系列公私混合型全球规制网络,如处理可持续林业证书的机构,也采取了类似的措施。这些进展对于相关的机制而言一般是自愿的。在全球机制和国内行政两个层面还存在一些规定透明度的国际协议,特别是在环境领域。其中一个显著的例子就是《奥胡斯公约》中适用于国际组织和缔约国的有关公众获得环境信息的规定。⁶⁵WTO、世界银行和IMF则是制定了有关国内行政透明度方面要求的国际机构的例证。

2. 阐明决策理由

关于就行政决策阐明理由,包括针对当事方或评论人的主要观点作出回应的要求,已经由国内法延伸到一些全球和区域性机构。在法庭之外的相关国际实践相对较少,这部分是因为全球行政机构作出的直接影响特定人群的决定的数量尽管在增加,但仍然是有限的。虾龟案的裁决和随后的WTO判例法对于在全球行政规制中形成阐明决策理由的原则是至关重要的。另一个具有同样作用的例子是,安理会至少在其内部要求在将某个人列入财产冻结名单之前提案国应当提供

⁶⁴ Steve Suppan, *Consumers International's Decision-Making in the Global Market*, Codex Briefing Paper (2004), at <http://www.tradeobservatory.org/library.cfm?RefID=36988>.

⁶⁵ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters, June 25, 1998, 38 I.L.M. 517 (entered in force Oct. 30, 2001) [下称Aarhus Convention].

某种形式的理由。与之类似，在全球反兴奋剂机制中，在针对特定运动员采取措施时必须要有书面的、阐明理由的决定。然而在规制制定领域，尽管一些组织为了增强利益相关群体对其行为的认可程度而提供了决策依据说明理由，但是这种做法还没有成为全球行政机构的实践。例如，巴塞尔委员会在制定新的银行资本充足要求时建立了网络对话交流平台，刊登草案、征求评论并就更新和修订的草案说明理由。世界银行的国际金融公司在修订其保障政策时也采用了类似的程序。

3. 审查

要求法院或其他独立法庭对影响某人权利的国内行政机构的决定进行审查的权利是国内行政法最广为认可的特征之一，并且也一定程度上反映在全球行政中。⁶⁶ 虾龟案的裁决中就提及了要求国内当局进行审查的权利。⁶⁷ 对于审查的重要性的认可也反映在世界银行监察小组的建立和就有关兴奋剂的决定向体育仲裁法庭提起上诉的权利之中。一些国际人权文书将个人就对其不利的行政决定向法院提起诉讼的权利规定为一项人权，如《公民权利和政治权利国际公约》第14条和《欧洲人权公约》第6条和第13条（尽管这些条款都通过各种方法对这一权利的行使做出了限制）。⁶⁸ 在一些案件中，欧洲人权机构确认了此项权利相对于政府间机构作出的行政决定的重要性。根据《欧洲人权公约》第6条和第13条，缔约国必须确保它们所参与的国际组织的程序标准与其国内标准相同。就员工聘用事项而言，多数国际组织已经建立起通常涉及独立仲裁法庭的审查机制。

在不同的治理领域中要求审查的权利能在多大程度上获得认可？该权利应该受到何种限制？它在特定领域包括何种机构性机制？这些都是尚未解决的问题。尽管人们强烈呼吁在一些重要的领域中有效的审查机制，但是这些机制至今尚未建立。例如，安理会没有建立独立的机构来审查其制裁决定。类似的情形是，联合国难民高级专员办事处目前只接受了内部监督机制。即使在波斯尼亚、科索沃或东帝汶等领土的过渡政府中，国际组织也仍然不愿意接受个人享有向法院或其他拥有比监察员权力更大的独立机构提出对政府间机构的行为进行审查的要

⁶⁶ 关于一项较早而简短的讨论，见Négulesco，上注9，at 684-86。

⁶⁷ 见Shrimp-Turtle，at para. 180；and U.S. Steel，上注16。

⁶⁸ International Convention on Civil and Political Rights，Art. 14，999 U.N.T.S. 171 (1966) [下称ICCPR]；Convention，Arts. 6, 13，opened for signature 4 Nov. 1950，213 U.N.T.S. 221 (1955)。

求的权利。

4. 实体标准：相称性、手段目标合理性、避免不必要的限制性措施和合理期待

尤其是面对个人权利的时候，全球行政法需要为其行政行为设定一些在国内背景中也适用的实体标准，如相称性、手段与目标之间的合理关系、使用限制性较小的措施或合理期待。在一些国际人权机制的案例法中，相称性是一个重要问题。例如，在《欧洲人权公约》中，对个人权利的限制只能在其与所追求的合法公共目标相称时才具有正当性（当然这些限制还必须满足其他条件）。⁶⁹相称性原则也反映在一些国内法院关于全球治理的决定中，如一项德国法院的判决对国际体育联盟在一件兴奋剂案件中所施加不相称的制裁提出质疑。⁷⁰与之类似，只有在满足某些旨在确保手段与目标相适应的标准、并且所采用的方法对贸易所造成的限制不超过为达到相关规制目标所合理需要时，与GATT中关于自由贸易的一般规则相冲突的限制才能被认可。然而，在全球行政的很多其他领域，这些要求目前还极少适用。⁷¹

5. 例外：豁免

在外国豁免方面，国内法院长期以来都对相互冲突的私主体利益予以考虑，特别是将纯粹商业活动排除在豁免范围之外，从而使合同得以履行。这一系列彼此冲突的价值尚未被纳入有关国际组织在国内法院豁免的法律还，尽管已经出现了一些开始朝这个方向转变的局部的迹象。在维特和肯尼迪诉德国案（*Waite and Kennedy v. Germany*）中，⁷²德国法院以欧洲空间机构（ESA）是一个在德国法下享有豁免的政府间组织为由拒绝就其对ESA提出的劳动法指控进行实体审理。⁷³原告因此向欧洲人权法院提起申诉。欧洲人权法院认为，德国法院的判决并未违反《欧洲人权公约》第6条第1款（诉诸法院的权利）。⁷⁴但是，欧洲人权法

⁶⁹ ECHR, Art. 8 (1);另见 John Joseph Cremona, *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 载RECHT ZWISCHEN UMBRUCH UND BEWAHRUNG 323 (Ulrich Beyerlin et al. eds., 1995).

⁷⁰ *Krabbe v. IAAF et al.*, Oberlandesgericht Munich, 17 May 1995, cited in Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Ragozzi & Giorgio Malinverni, *Legal Opinion On The Conformity Of Certain Provisions Of The Draft World Anti-Doping Code With Commonly Accepted Principles Of International Law* 32, 121 (2003), available at <http://www.wada-ama.org/rtecontent/document/kaufmann-kohler-full.pdf>.

⁷¹ 有关这方面的回顾，见 Enzo Cannizzaro, *Il Principio Della Proporzionalità Nell'Ordinamento Internazionale* (2000).

⁷² *Waite and Kennedy v. Germany*, 30 Eur. H.R. Rep. 261 (1999)

⁷³ 同上at para. 73.

⁷⁴ 同上。

院适用了相称性标准，权衡了原告在ESA获得内部救济的可能性和从与之签约、将其劳动提供给ESA的私人企业获得救济的可能性。⁷⁵这种将人权诉求与豁免诉求进行权衡的方法对这些机构施加了压力，促使其提供充分的保障人权的替代性程序。在随后的福加提诉联合王国案（*Forgarty v. United Kingdom*）中，⁷⁶欧洲人权法院指出：

缔约国所采取的反映国际公法上关于国家豁免的普遍认可的规则的措施在原则上不能被看作是对第6条第1款规定的诉诸法院的权利的不成比例的的限制。诉诸法院的权利是该条规定的公平审判保障的固有部分，因此对这种权利的限制相应地也应是这一保障固有组成部分。在这方面的一个例子就是作为普遍认可的国家豁免原则一部分的那些限制。⁷⁷

这项判决承认，国际公法对人权的救济性保护施加了一些限制，但是通过对相称性概念的提及，法院声称：传统的豁免权已不再具有绝对性了。⁷⁸

6. 例外：为某些领域的事项设立特别机制吗？

在国内行政法中，并非所有的问责机制都适用于一切国内行政行为者。例如，在涉及国家安全的事项和中央银行的决定中，通常适用例外或者至少是较低的标准。我们需要认真考虑这类例外应当在何种程度上被复制到全球行政之中。在安全事项中，安理会为其制裁机制建立了在参与性、说明理由和审查的方面的最低限度标准，但它并没有完全忽视有关建立更强的问责机制的要求。就中央银行而言，欧洲中央银行鼓励关于问责与独立性之间的平衡的跨国辩论。在与之相关的银行监管领域，巴塞尔委员会已经在更广泛参与方面作出重大努力，而国内立法机构已经开始要求各类政府间规制机制的国内参与者在其对任何新建议表示同意前提交报告。目前在这方面的实践相当多样化，这反映了不同的全球治理安排之间的巨大差异。即使是在像经济合作与发展组织这样一个具有多种领域职能的组织中，涉及不同事项的领域会适用不尽相同的关于程序公开的标准，从而反映

⁷⁵ 同上at paras. 59, 64, 66, and 70.

⁷⁶ *Fogarty v. United Kingdom*, App. No. 37112/97 34, Eur. H.R. Rep. 302 (2001).

⁷⁷ 同上at 314, para. 36.

⁷⁸ 见Iain Cameron, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights*, 72 *Nordic J. Of Int'l L.* 159 (2003).

出国内行政在不同领域的事项中占主导地位的相应的文化。⁷⁹

四、全球行政法的规范基础

从事全球行政法研究和构建的人员都意识到：其所要做的是参与是一种规范性制定项目，而不是简单地开展分类工作或者公布一种用于解决全球规制行政所提出的、已准确界定并得到公认的问题的的实际的技术性方案。然而，这些规范基础与相应的实际的行政事项一样富有差异性。

（一）国际秩序的不同模式和全球行政法不同规范观念

不同的国际秩序模式支撑着不同（有时相互不兼容）的全球行政法以及一般性的传统国际法和国际机构化的规范框架。⁸⁰可以运用国际关系研究中英国学派的术语来界定这些不同的模式，即将不同的国际秩序模式分为三类：多元主义、社会连带主义和世界主义。国家间的多元主义是传统国际法的典型模式，它包括条约、国际机构和限于国家间协议所涉及领域的国际行政。因此，主要的价值冲突没有解决，而执行的权力通常由每个国家个体保留而不是集中化的。根据国家间的社会连带主义的设想，国际机构和全球行政基于共同价值的权力将会日益增大，国际合作仍然将基于国家间的妥协，但参与这种合作的国家承诺维护全球行政系统及其各种决定，即使是这些体系与决定同其短期利益考虑相冲突时依旧如此。世界主义所设想的全球治理本质上并非完全是国家间博弈的结果，而且也来源于市民社会行为者、私人规制性和传媒机构以及市场组成的跨境网络。这三种模式是经简化的理想形态。⁸¹在有关多数事项上的国际实践中都可以找到以上各种模式的要素。但是一般来说，某一特定事项领域中的参与者会认为其中的一种模式是主导性并构建着这一领域的主要动力。因此，武器控制和裁军传统上是高度多元主义的领域，国际刑事法院是一个社会连带主义的机构，而全球体育事项的治理则主要是世界主义的。这些国际秩序条件与其说是客观的描述，到不如说是参与者对这些模式的理解的陈述，而这些参与者理解这些模式的路径和关系又

⁷⁹见Salzman, 上注 35。另见 Dyzenhaus, 上注 41。

⁸⁰见Benedict Kingsbury, *Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law*, 104 *Kokusaiho Gaiko Zasshi* ("The Journal Of International Law And Diplomacy") 1 (2005)。

⁸¹关于这些理想形态，见Andrew Hurrell, *International Law and the Making and Unmaking of Boundaries, in States, Nations, And Borders: The Ethics Of Making Boundaires*, 275, 278-87 (Allen Buchanan and Margaret Moore eds., 2003); Benedict Kingsbury, *People and Boundaries: An "Internationalized Public Law" Approach*, in *States, Nations, And Borders* 298, 299-302。

是由他们所认为的主导动力所决定的。

这些不同的国际秩序模型可以和关于全球行政法角色的三种不同的规范性观念相对应：内部行政问责、对私人权利或国家权利的保护和推动民主。⁸²作为全球行政法的第一项规范性观念，⁸³内部行政问责重在确保行政机制下级和外围组成部分对具有合法性的中心（不管是立法还是行政中心）的问责，特别是通过确保行政行为的合法性来达到这一目的。这个观念注重的是组织和政治职能以及机制的完整性，而不是任何特定的实体规范，从而成为国际秩序一种潜在的模型，特别是适用于缺乏关于实体规范普遍共识的多元主义形态。第二种规范性观念是自由主义的和以权利为导向的：行政法主要通过个人和其他市民社会行为者参与行政程序和提供审查确保决定的合法性来保护他们的权利。它也可以扩展至对国家权利的保护。第三种观念将全球行政法的角色确定为推动民主。在很多国家国内行政法具有民主的成分：它通过确保行政主体遵守法规来实现其对议会的问责，通过公众参与行政决策程序来实现行政主体对更广泛的经济社会群体的问责。我们在这里勾勒出这三种观念，其目的只是为了简单地描述这场辩论中的一些一般倾向。对规范性事项的全面考察需要对大量更为复杂和具有细微差异的观点进行更加深入的研究，其中的许多观点都并不能完全对应于这三种简单的原型。

（二）体制内部的问责制

全球行政法的第一个观念是三者中在规范性上最不苛求的：它将现存的秩序作为理所当然的，只希望该秩序中的不同组成部分和代理人能够履行所担负的职责并遵循机制的内部法律。在此基础上，行政法的正当性仅仅是职能性的：它是支持和确保一种被单独认定具有正当性的机构性秩序的凝聚力和有效运转的工具。

就其职能履行而言，任何全球行政机制都依赖于国际或跨国的和国内的两类不同构成要素和行为者的协调行动，因而它需要一些机制来确保各构成要素和行为者根据体制的规范履行所担负职责。这些机制通常意味着通过某种方式来监督授权的界限和对中央制定规则的遵循。世界银行监察小组就可以按这种方式被认定为是董事会控制管理层的手段和核心管理层控制执行管理者的手段。WTO争

⁸² 关于国内行政法背后类似的规范性概念，见Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee* (2d ed. 2004).

⁸³ 这些理念首先是根据国内行政法的演进发展的时间排序，从实践的角度是按照全球行政的需要排序。

端解决机构在一定程度上也是一项针对分散的国内行政来确立和帮助实施全球机制规则的机制。与之类似,那些允许对成员国行政决定进行参与和司法审查的、关于成员国行政程序的欧洲规则的出现,使欧洲法律针对那些拒不服从的国内规制者能够更好地得到捍卫和执行。⁸⁴全球行政中的这个要素在一定程度上反映在某些国内机制,如美国管理与预算办公室(OMB)对联邦机构的监督,但它同时也反映了19世纪许多欧洲国家在行政法上一系列重大发展。

在全球秩序中,特别是按照多元主义观念构建的全球秩序中,国家可以被视为中心,从而在监管对全球行政的任何授权的界限方面具有重大的利益。对于包括控制跨国或政府间组织的行政法机制在内的国内机制来说,只要采用授权条款作为合法性审查的基础,就可以履行此种监管职能。审查国际组织的行为的国际机构也可以扮演类似的角色。这类审查机构很少在全球层面发挥作用:主要的一般性审查只限于国际法院关于国际组织行为合法性的偶尔的判例,并且留下许多没有解决的问题,包括法院依据联合国宪章或其他国际法规则对安理会的行为进行审查的能力。⁸⁵在欧盟中,这种审查是欧洲法院的一项职能,尽管该法院是在不情愿的情况下履行这一职能的。

将强调合法性和注重将审查作为中央行为者控制下级或外部代理人和行为者的手段的全球行政法的方法,可以适用于不同的国际秩序观,因而也适合多种不同形式的全球行政。它既适应于以世界主义为基础的非常密集的国际行政的机构形式,也适合于社会连带主义秩序中的紧密合作形式,即具有强大共同价值体系的国家群体。但它在共同行政机构只是用来解决合作或协调问题的多元体系中也有重要作用。在所有这些体系中,关于中央、下级或外部以及代理和监督的概念是有所不同的。但是,它们都必须面对体制内部的问责与控制问题,而行政法能够为这些问题提供有效的方法。

(三) 保护权利

作为全球行政法的第二项规范性目标,保护权利具有更强的规范性假设,但是只要宽泛地理解权利的内涵,它依然可以同众多不同的国际秩序观念相适应。在所有的行政法观念中,所讨论的权利通常是指直接接受规制的主体所享有的权

⁸⁴ 见例如Johannes Masing, *Die Mobilisierung Des Bürgers Für Die Durchsetzung Des Rechts* (1997)。

⁸⁵ 一般论述见Jose E. Alvarez, *Judging the Security Council*, 90 A.J.I.L. 1 (1996); 另见 B. Martenczuk, *The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?*, 10 E.J.I.L. 517 (1999)。

利，即国家、个人、企业和一些情形中的 NGO。正如在国内行政法中一样，也有可能存在属于较为间接受到规制决定影响的作为第三方的个人或团体的权利。

对全球行政法需要的最常见的以权利为基础的正当性理由是建立在个人权利的概念和相关的法治理念的基础之上的。在无论是通过施加制裁、问责、确定不利地位、拒绝颁发许可，还是通过其他形式所造成对个人权利的行政侵害的情况下，一般都要求事先听取受影响人员的意见，指出合理原因，并给予由独立机构进行审查的可能性。在这种方式下，可以认为干涉权利的究竟是谁这个问题并不重要：无论它是国内规制者还是国际行政机构都不存在差别。⁸⁶这种理由成为全球行政法中许多机构的实践基础，特别是在全球行政直接针对个人采取行动情形中。因此，要求安理会向被列为制裁对象的人员提供某种形式的正当程序，以及国内法院在评价跨国反兴奋剂机制时坚持正当程序都反映了权利保护的观念。国内宪法法院在与欧洲法院就欧共体内基本权利保护的交涉中也同样坚持个人权利保护的重要性。

在个人保护的基础上提倡全球行政法就假定了自由主义价值的优先性，这种价值可能需要在建立在以个人为本的基础之上的世界主义全球社会中加以实现。但是，即使在一个并非世界主义而是高度重视人权的国际社会中，这种观念也是可行的。并且一些人指出，伴随着人权在普遍国际法中的出现，国际社会目前已经达到这样的阶段。如果全球社会真的已经达到这个阶段，那么在上述假设的基础上构建全球行政法就不会有什么争议，只是对个人权利和法治的解释可能会受到挑战。⁸⁷但是在一个人权不被保护或仅被最低限度保护的多元国际社会中，以个人权利为依托的全球行政法的社会基础在很大程度上是缺失的。在这样的秩序中个人权利问题是特别突出的，因为那些具有强大自由主义根基的国家难以对不尊重基本法治原则的全球行政感到满意，而其他国家也会对保护个人权利的行政法措施、尤其那些适用于国内行政的措施表示反对。一旦对重要的政府职能的规制、甚至这些功能的提供成为跨国性或国际性的，不同国家和地区中社会秩序多样化的问题就变得十分突出。由于任何参与的国家都不能要求完全用自己的理念支配全球机构，这些机构将会对每个国家自己的国家和社会组织方式构成威胁。在多元秩序中，由于社会秩序之间的差异相当大，这个问题就更尖

⁸⁶见Dyzenhaus, 上注 41。

⁸⁷ 同上。

锐。而在社会连带主义秩序中,该问题的突出程度取决于对于共同价值的解释的分歧程度。

类似的冲突与困难已经在保护全球市场经济中企业和其他经济行为体的经济权利和利益的行政法措施方面出现。这些措施代表了自由价值的一个不同的侧面。相关的例子包括投资条约中的投资者保护措施和仲裁救济。一名投资者根据NAFTA协议地对墨西哥的环境规定的征收提出的成功指控以及一家跨国供水公司对波利维亚取消特许的仲裁请求都引发了广泛争议。⁸⁸跨国企业在WTO成员国内根据TRIPS协议实施知识产权也产生了类似的争议。⁸⁹

然而,以权利为基础的全球行政法也可以采取另一种不同的路径:它可以建立在国家权利的基础之上。按这种方式,行政法的工具可以保护国家的权利,而且可以用来确保行政主体不会超出其权限对第三国采取措施,也不会逾越它们针对成员国的职能范围。这种路径可以建立在监督行政主体权限的需要的的基础之上。该路径可以在旨在实施管辖权规则的程序中表现出来:在一定程度上,只要是针对国内规制者的过度管辖进行保护,传统的国际争端解决机制和WTO中的争端解决都履行这项职能。虾龟案的裁决就属于这一类,它给予国家参与外国行政程序的权利。⁹⁰同时也出现了其他专门机制,例如金融行动特别工作组在针对非成员国采取措施前会尝试与其进行磋商。⁹¹在运用垂直而非水平方式监督权限方面,关于对安理会和欧盟行为进行审查的争论反映出可能的解决方式。从权利的方面看,这种审查更多地是保护国家权利不受侵犯,而较少地侧重对授权的监督,尽管这两种目的通常同时存在。

全球行政法的国家权利路径可以建立在多元主义国际秩序的观念上,通过向国家赋予权利这种手段来适应多样化,并对集体行动进行限制,以吸引更多国家的参与。从一些国家的角度出发,这些权利是以集体主义理由为基础的;而对其他国家来说,它们最终是源于个人权利的。按照这样的方式构建,以国家权利为基础的全球行政法的观念是相当有限的,但很好地适应了多元主义秩序。即使在具有强烈共同价值和人权追求的世界主义或社会连带主义秩序中,国家的权利对

⁸⁸ 见Metalclad Corp. v. Mexico, 40 I.L.M. 55, para 33. (NAFTA/ICSID (AF), 2001); 另见Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Case No. ARB/02/3, pending before the ICSID Tribunal.

⁸⁹ Graeme B. Dinwoodie and Rochelle Cooper Dreyfuss, *International Intellectual Property Law and the Public Domain of Science*, 7 J. Int'l Econ. L. 431 (2004).

⁹⁰ 见Cassese, 上注 13.

⁹¹ 见Financial Action Task Force website, 上注 52.

于在全球层面组织个人或社会经济群体利益的代表方面也是有用的。这样一来，它们就类似于联邦制中地方实体或州的权利，从而在更大的实体中反映行政效用和文化多样性。在一个社会连带主义或世界主义的社会中，这种架构很容易与以个人权利为基础的正当性共存，正如它通常在联邦制或欧盟中的情形。

（四）实行民主

第三种观念在规范性上要求最高，它运用民主的理念来评定全球行政法的需要、表现和可能性。这项关于全球行政法规范功能的观念可以通过多种方式解释。

一些人强调了国内行政法通过确保行政机构遵守议会制定的法律和行政决策中提供透明度和公众参与来实现民主的方式。这些方式可能根据所涉及的法律体系而有所不同。例如，在公众参与要求方面，美国行政法强调如下可以通过司法执行的机构义务：充分考虑受其决定影响的不同社会经济利益并对其政策选择的合理性做出说明。这样的说明应当包括对上述利益的代表通过公众参与机制提交的意见和评论作出的回应。但是，公众参与司法化的观念在其他很多国内体系很少有所表现。⁹²国内民主体系在实现民主控制的手段上存在差别，因而在对有效行政所需要的裁量权的管理方式也并不相同。有些采用议会控制或行政控制，如运用损益分析的集中体系；另一些依靠专家、行政法程序和司法审查。然而，尽管存在这些差异，在所有这些法域中行政法主要关注的都是确保民主。

有些人认为应由全球行政法为跨国性或国际性行政履行相同的职能。关于全球行政法民主角色的理念很容易表达，但它在定义和执行方面的面临很多重要问题。第一，对于国际社会目前是否就民主标准达成充分的一致还存在疑问，因此不能将其作为共同全球行政的基础。第二，行政法的国内模式是建立在特定的机构性结构上的，是以中央民主立法机构及其制定的法律为基础的。目前有些人提出与之类似的代议制全球民主，⁹³但这一制度一般被认为是虚幻甚至是危险的。对于国内行政法来说至关重要的独立审查法院在全球层面也并不存在。因此，全球行政法必须建立在非常不同的基础之上：它要么使国际立法民主化，以确保行政行为的合法性能够促进民主问责，要么构建一个能够独自挑起民主重担的行政

⁹² 关于欧盟中参与权利及其发展的不同概念和传统，见Francesca Bignami, *Three Generations of Participation Rights before the European Commission*, 68 L. & Contemp. Probs. 61 (Winter 2004)。关于参与行政规则制定的不同路径，见Theodora Th. Ziamou, *Rulemaking, Participation And The Limits Of Public Law In The Usa And Europe* (2001)。

⁹³ 见Richard Falk & Andrew Strauss, *Toward Global Parliament*, 80 FOREIGN AFF. 212 (2001)。

程序。⁹⁴但是,到目前为止,两种选择都面临着目前依然缺少令人信服的适应于全球领域的民主理论的根本问题。如果选举或其他直接代表的形式失败,剩下的主要就是关于不同形式的参与民主或协商民主的建议,⁹⁵而这些无法解决如何定义被认为因该在全球范围内进行治理或被代表的“公众”这一概念的问题,⁹⁶或者如何设计真正能够实现全球参与或协商的机制的问题。⁹⁷可能适用于欧盟的民主经验主义的形式⁹⁸通常至少在一定程度上需要根植于一个稳定和充分发展的民主机构的环境中。尽管规制机构中的协商可能产生好的效果,⁹⁹但它并不能提供获得民主授权所必要的公众参与。¹⁰⁰如果全球规制行政不涉及重大的分配选择和冲突,这类协商性专家政治的形式也许是足够的。¹⁰¹但是,随着全球规制行政的加强,重要的分配问题在很多领域变得越来越明显、并受到越来越广泛的争议。那么,全球行政的民主理论问题也就自然就最迫切地需要令人信服的答案,但这种答案很可能无法在短期内获得。

然而,一个加强民主的全球行政法观念可能不取决于一套在全球层面发展成熟的民主理论。在这方面,安娜-玛莉·斯劳特(Ane-Marie Slaughter)提出,如果全球行政如果主要是以政府网络的形式运行,参与其中的国内官员可以通过让国内机构对各自所代表的公众承担民主责任,那么许多关于民主问责的问题就得到解决。¹⁰²她推理说,在网络的情形下确保这种对国内公众的负责要比在正式的以条约为基础的国际组织中容易,因为后者享有更多的有效自治性。追求这样的问责将会强化国内机制,包括扩展和发展国内行政法机制以使其能够规制国内官员参与全球行政决策的行为。这种策略可能确实会增强特定类型的民主合法性,但是其有效性将会在重要的方面受到政府间网络决策实际能动关系的限制。

⁹⁴ 关于欧盟背景中的类似问题,见Renaud Dehousse, *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in *European Constitutionalism Beyond The State* 135 (Joseph H.H. Weiler & Marlene Wind eds., 2003).

⁹⁵ 见Robert L. Howse, *Transatlantic Regulatory Co-operation and the Problem of Democracy*,载*Transatlantic Regulatory Co-Operation* 469, 478-80 (George A. Bermann et al. eds., 2000)。

⁹⁶ 见以下批评意见: Ruth Grant & Robert Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, IILJ Working Paper 2004/7, 14, at <http://iilj.org/papers/2004/2004.7%20Grant%20Keohane.pdf>。

⁹⁷ 见例如Jürgen Habermas, *The Postnational Constellation* (Max Pensky trans. & ed., 2001)。

⁹⁸ 见Charles Sabel and Jonathan Zeitlin, *Networked Governance and Pragmatic Constitutionalism: The New Transformation of Europe* (未发表的手稿)。

⁹⁹ 见Joerges, 上注 24。

¹⁰⁰ 见以下相关批评意见: Martin Shapiro, “Deliberative,” “Independent” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Global Echo the EU?, 68 L. & Contemp. Probs. 347 (Summer/Autumn 2005)。

¹⁰¹ 关于在此背景下许多领域中欧盟规制的缺失,见Andrew Moravcsik, 上注 25, at 25-26;另见 Fritz Scharpf, *Governing Europe: Effective And Democratic?* (1999)。

¹⁰² 见Slaughter, 上注 34。

而且, 鉴于全球行政除了政府间网络外还通过许多其他重要类型的机构来运行, 这种策略只能提供部分解决方案。最后也是最根本的一点是, 由于这种策略将全球决策的问责与每个参与国分散的法律和政治机构联系在一起, 它对于多元主义模式的国际秩序是相当适合的, 但出于同样的原因, 它也会阻碍社会连带主义或世界主义全球行政观念的实现。

对于全球行政法来说, 采取一种不那么雄心勃勃而是更注重实效的方式也许是可取的。例如, 它可以承认在目前的情形下全球行政缺少令人满意的民主基础, 但是必须建立起全球行政架构, 以处理那些国内民主自身无法解决的问题。在这样非理想化的情形中, 全球行政法将采取有效步骤, 通过向非政府组织、商业企业、其他市民社会行为体以及国家和国际组织开放的参与和审查机制来将受影响的社会经济利益更全面地纳入其中。但是, 这些措施缺乏与国内选举机制相当的公众代表性, 因此也不能在充分民主的基础上证明行使行政权威的正当性。在每一步骤中, 构建具有民主目标的全球行政法必须对广泛参与的损益进行重新评估, 从而为逐渐发展公共问责积累实际经验。

根据一种更为有限的方法, 全球行政法可以将实现全球行政民主化的目标放在一边, 将精力集中于前面讨论的其他正当性角色, 即对外围加以控制来确保机制的整体功效、保护权利有建立有意义和有效的问责机制来控制权力滥用和确保法治价值。因此, 较好的临时作法是将民主问题搁置起来(在可行的地方培育民主品质和趋势), 而专注于较为有限而重要的目标。¹⁰³这种作法是否可行或者可取是一个需要在全球行政法的未来发展中回答的一个重要的问题。

(五) 谁在构建全球行政法?

正在出现的许多全球行政法的机制是源于北欧和西欧的提议, 因而任何证明需要此类法律体系合理性的努力都要面对知识和政治偏见方面的挑战。这种挑战可以有两种形式, 其中一类是关于潜在的规范理想。

本文以及贯穿整个项目的行政法模式源于欧洲和美洲, 并与 19 世纪末 20 世纪初自由国家的兴起和这些国家的规制和行政活动的扩张紧密相联。¹⁰⁴因此, 将这些模式移植到全球行政空间暗示着该领域的自由主义秩序, 从而牺牲了特别是

¹⁰³见Grant & Keohane, 上注 96。

¹⁰⁴ 我们在这里将欧洲和美洲行政法传统和衍生品视为同一种类, 但是这并不表明我们忽视了它们之间的重要差异。

在亚洲和非洲存在的其他有些不同的社会秩序。但是，并非所有的全球行政法的规范基础都与自由主义社会模式相联系。注重于体制内控制和保护国家权利的方法可能同样适用于非自由主义的秩序。然而，为了证明一个更苛求的（也是与民主观点更相适应的）全球行政法观念的正当性，完全依赖于上面两种方式是不够的。其正当性必须通过某种形式以个人公民权利、经济权利和民主为基础，在某种程度上反映出社会连带主义或世界主义的国际秩序观。但是，即使是有限形式的这种观念重构也会面临政治挑战：以私人或经济权利为基础的国际秩序可能过于接近西方自由的观念，因而也难以被普遍接受。强调国家主权的组织角色也许是应对多样性的较好选择。¹⁰⁵

因此，一项主要的挑战在于了解并确定关于个人或经济权利和民主的共同观念在多大程度上能够作为全球行政法的基础。也许超国家行政法这样一种更具有挑战的观念只能限于在那些具有充分共同价值认同的地区或部门内运行的行政机构。¹⁰⁶另一方面，有必要对其他社会模式中的替代性行政法观念进行研究。这些观念尽管具有不同的规范基础，但是它们也可能在与西方行政法机构类似的组织运作。在这种情况下，全球行政法也许并不是建立在一个一致的规范体系上，而是以某种形式的“重合共识”为基础的。这种作法在多大程度上具有可行性是需要进一步的研究和讨论的问题。

第二项挑战也许集中在全球行政法寻求将其作为其基础并予以改善的现行的国际机构性秩序。一种激进的批评认为，目前的全球治理机构可以被视为“帝国主义”机构，是以牺牲南方的利益为代价来实现北方工业化国家的目标和巩固其主导地位，以牺牲下层人民的利益为代价来巩固资本家阶级的主导地位。¹⁰⁷假设这项指责是正确的（它听起来肯定是有道理的），那么这对全球行政法意味着什么呢？拥护者可能会提出，全球行政法试图改善目前的机构，并通过增强问责来为当前未被充分代表和被排除的群体在日后获得力量而埋下种子。然而，批评者会指出，全球行政法的策略过于有限，而且即使它取得成功，也只是触及当前国际机构不公的表面现象。另外，尽管实际需要的是根本性的变革，全球行政法却会有助于使当前秩序合法化并进一步巩固其地位。这使我们回想起关于改革

¹⁰⁵ 见Benedict Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, 9 E.J.I.L. 599 (1998)。

¹⁰⁶ 关于这样的提议，见JÜRGEN HABERMAS, *DER GESPALTENE WESTEN* (2004)。

¹⁰⁷ 见Bhupinder Singh Chimni, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, 15 E.J.I.L. 1 (2004)。

者与革命者之间经典而棘手的争论,从某个角度来看,双方的观点都正确的。但这同时也指出,有必要考虑关于分配的问题以及增进全球行政对那些目前最受排斥群体的问责性的方式。当前提出的多数倡议会增进对北方国家人民、市场行为体、社会利益和国家的问责性。增强这些行为体让全球行政负责的能力会加剧当今世界存在的分裂,并且可能会削弱那些最可能为弱势群体带来希望的机构。为了解决重要的问责问题,全球行政法需要设计一些向南方国家的人民赋权并将他们及其代表纳入框架之中的途径。从这个角度看,发展中世界在全球行政结构中更有效的参与可能比为世界富裕地区开辟另一条发挥其影响力的道路更为紧迫。

五、机构设计的策略和理论

本文前面各部分中所描述的现存的机构和原则以及国际秩序的变动模式和规范基础都不可避免地一定程度上塑造和制约着全球行政法的构建。这些制约因素使许多机构设计的策略成为可能。

(一) 全球行政法发展的策略和道路

在目前的实践中存在着两种明显的构建全球行政法的一般路径。一种是将重点放在“自下而上”地将国内行政法适用于全球行政;另一种是“自上而下”地构建国际机制的方法。¹⁰⁸一个先决问题是,在国内背景下发展出来的对行政的法律控制方法是否以及在多大程度上可以作为全球行政法发展的基础。

1. 移植国内行政法工具的限制因素

将国内行政法中的工具和方法移植至全球治理事项上可能会产生很好的效果的,但它面临着重要限制因素,这些因素主要来自全球行政不同结构——来自许多全球行政机构的非正式性、多层次特征和私人行为体在其中的力量。

(1) 全球行政的非正式性。尽管最近几十年在规制技术上发生很多变化,¹⁰⁹国内行政法仍然是围绕着命令和控制型行政——即确定的行政主体所制定的、对私人行为体有约束力的规则与决定——这个核心展开的。全球行政中一般不存在这样的核心。除去一些例外情形,全球行政机构主要包括有权作出建议而不是有约束力规则的行政机构,或者具有非正式决策程序的规制网络或其他政府间合作

¹⁰⁸ 见Stewart, 上注5。关于类似争论的例子,见Reuven Avi-Yonah's proposal for a World Investment Organization to regulate multinational enterprises and Merritt Fox's skeptical response, Reuven Avi-Yonah, *National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization*, 42 Colum. J. Transnat'l L. 5 (2003); Merritt Fox, *What's So Special About Multinational Enterprises?: A Comment on Avi-Yonah*, 42 Colum. J. Of Transnat'l L. 551 (2004).

¹⁰⁹ 一般论述见 Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U.L. REV. 437 (2003)。

安排。在国内层面，只要多数重要的规制计划通过传统的有法律约束力的文件得以执行，这些类似安排对行政法带来的挑战即使得不到解决也不会带来太大的危害。但是，在全球背景下这一点并不成立。我们往往不清楚，当缺少有拘束力的文件和决定时，在哪种全球决策安排中可以或者应当设立参与权利，或哪些行为应当接受审查。这些问题无法通过在全球层面上设立一个具有广泛基础、具有拘束力的命令和控制型行政而得以避免，因为这样做就意味着要对全球机构授予更大的权力，而这一点在近期是不现实的。在分散型行政中，由于全球行政法的要求可以被施加于现存的国内规制行政，因此这一挑战没有那么严峻。

(2) 将决策分散于多层次体系之中。关于决策责任的明确归属对国内行政法是非常重要的，因为它可以使具体的政府实体承担负责。但是，在全球层面，由于多层次治理体系中通常采用的是合作结构，这种具体的责任往往难以确立。决策的责任通常由国内、国外和国际行为体共同承担。这种体制有其充分的理由——这些行为体通常必须共同行动。在有些方面，这个问题反映了欧盟中可能也尚未得到解决的类似困难。¹¹⁰

(3) 全球行政中的私人要素。在国内，私人行为体通常具有规制职能，但它们多数处于公共机构授权的结构中，而且全部处于这样一种秩序之中：行政和立法等公共机构拥有相对有效的干预手段来控制或纠正私人治理。在全球层面，这样一种公共秩序很大程度上是缺乏的，但是由于缺乏公共规制，私人机构履行着有影响力的职能。在这些情形中，我们不清楚应当如何构建私人治理的问责制。一些私人性质的全球治理组织，如ISO和国际体育联盟，已经采用了某些有关问责制和审查的程序，以增强其有效性和合法性。我们可能会在国内行政法和私法找到尚未充分发掘的类似的机制。¹¹¹

所有这些因素都对移植国内行政法提出了问题。它们都表明，如果要在全球层面使用国内工具，就需要更多地从对国内行政法的边缘或其不规则形式的研究中吸取经验。但是，对行政法学者最具启发的可能是：全球行政法将来的创新会催生国内行政法的新理念，因为全球行政法的很多核心问题越来越多地在国内法中也得到了承认。

¹¹⁰ 见例如 Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht, in der Europäischen Gemeinschaft*, 31 *EUROPARECHT* 270 (1996); 另见 Cassese, 上注 13; della Cananea, 上注 13; Chiti, 上注 13。

¹¹¹ 尤格斯 (Joerges) 是当前该领域研究的发起人之一。见上注 24。

在这些制约因素形成的界限中，当前的实践中存在两种可以区别的发展全球行政法的基本取向：自下而上的方法和自上而下的方法。

2. 自下而上的方法。

自下而上的方法试图通过将国内行政法的工具延伸到全球行政中（或使之适应于全球行政）来保后者的合法性、问责和参与。当跨国或全球治理机构取得了那些原来受制于透明度、参与性和审查等国内行政法机制的国内行政职能，但是却没有受到国内机构所受到的那些约束时，这种延伸的压力就显现出来了。当参与跨国治理的国内监管者以此使其行为逃避国内层面的有效审查时，这种压力就更大了。为解决这种对国内行政法防控的规避，自下而上的方法不仅对国内行政决定的国际成分，也对全球规制决策的国内管理者参与适用有关透明度、通告与评论程序和审查等方面的标准，并且它还要求决策透明度来支持这种参与。自下而上的方法通过对那些旨在执行国际决定的国内行政行为的司法审查使对国际规制程序受到详细审查，并且可能也对国内官员参与全球决策之前，甚至在这个过程中形成的立场进行审查。它还将国内法院的审查权力延伸到直接影响个人的国际决定，并且允许撤销那些侵犯个人权利或存在程序瑕疵的决定。¹¹²在这里可以考虑与在国内层面不同的程序和审查标准。出于国际谈判保密性、灵活性和速度的需要，相对于纯粹的国内行政决定而言，审查机构在全球决策背景下对国内官员的决定会适用不那么严格的程序要求和表现更高程度的尊重。而另一方面，基于全球行政决策在本质上比类似的国内决策更不透明，也不太接受非正式参与和审查机制，并且并不处于议会可以实施控制的框架中这样一个前提，应当适用更严格的要求和更少的尊重。¹¹³

由于全球行政大部分是由国内监管者的合作组成的，而且其有效性通常取决于国内执行，这种自下而上的方法可能对于确保问责性实际上是有效的，并且是将全球行政与民主程序联系在一起的有力工具。但是，它也面临着重要的限制和问题如前文所指出的，这种方法在政府间网络的全球决策过程中很容易实施，但是将其适用于正式的国际组织或混合型或私人性质的治理安排则要困难得多。而

¹¹² 关于欧洲法院在欧盟多层次背景下审查“预备”行为的尝试，见Cassese，上注13。另见 della Cananea，上注13。但是对相关问题的论述，见Mario P. Chiti, *Forms of European Administrative Action*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 37-57 (Winter 2004)。有关撤销超国家机构所做出的决定的权利，见 Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) [hereinafter BVerfG], Judgment of October 12, 1993 (Maastricht), 89 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [hereinafter BVerfGE] 155 (英文译文见 33 I.L.M. 395 (1994))。

¹¹³ 更详细的论述见Stewart，上注5。

在其他国家主导的分散行政中，很难想象这种方法如何可以实行。进一步看，当不同国家建立自己的程序并试图通过不同方式对全球行政机构施加影响时，实施自下而上的方法就需要对由此而产生的多样化的技术进行有序化处理。实施自下而上的方法还要面临这样的强烈反对，即强势国家要比弱势国家在全球行政中具有更大的影响。而且那些打算实施这种方法的人必须解决有关支持者的问题，即全球行政应该对哪些公众负责？如果相关的公众具有全球或跨界属性而不仅仅是各个国内公众简单相加的总和，那么国内程序，至少传统的形式的国内程序，是不充分的。这一点在将国内行政法适用于分散型全球行政时也是如此：此时，也必须设计出将比国内公共利益更广阔的利益体纳入其中的方式。

尽管国内行政法提供了有价值的理念，但由于它们在全球行政空间所呈现的相当不同的条件下无法直接作为理解和解决问题的模式，因而自下而上的方法在根本上受到限制。多数国内行政法体系是处理根据议会法律授权行使职能的行政部门官员或行政机构（无论在政治上是否独立）的问题。在行使这种权力时，这些机构必须遵循使受影响的当事方或者更多的公众能够参与的特定的程序。如果权利人决定对某项决定提出异议，该决定必须接受独立的、通常是司法机构按照程序和实体合法性进行审查。¹¹⁴基于上文中所提到的以下原因，这种模式不容易适合于国际法和全球治理的结构：缺乏由全体性中央立法机构或国内民主机构授权构成的民主支柱；广泛缺乏特定参与和审查机制以及大多数全球规制不具有拘束力的属性；以及造成个体参与和诉讼困难的、以国家为中心的国际法结构。因此，尽管从国内行政法中借鉴了一些概念，全球行政法必须从不同的结构性假设出发，从而建立真正的全球问责机制。这也许意味着一个不同的规范性出发点——可能不太依靠通过个人权利和民主而实现正当性，而是依照多元主义观念，依靠全球规制者对国际机制和参与的国家更确定的问责，或者按社会连带主义或世界主义观念，依靠的是确保对正在出现的国际社会本身的问责性。这可能涉及不同的机构性机制，即在一些场合中完全与民主基础分离而代表着更务实的制约行政主体权力的手段的机制。¹¹⁵

3. 自上而下的方法

作为构建全球行政法的第二种策略，自上而下的方法更加类似于现代国际法

¹¹⁴ 同上。

¹¹⁵ 见Grant & Keohane, 上注 96, at 14-16。

模式，从而避免了将国际行政法适用于全球机构和行为体所引发的问题。它将在全球层面建立问责机制：个人、团体和国家将参与全球行政程序；对决定的审查将由独立的国际机构作出，并且也包括对作为分散型全球行政一部分的国内决定进行审查。但这也会产生新的难题：它要求将目前非正式的行政机制合法化和机构化，而这在不丧失非正式合作模式的优势的情形下是难以实现的；同时强势国家和经济行为体一般会对高度法制化的机制产生怀疑，因为这削弱了其自由裁量的影响。而且，相对于一个至少部分基于国内问责机制的方法来说，自上而下的方法可能产生更大的民主问题。自上而下地构建全球行政法的策略也必须面对自下而上的方法所面对的那些棘手的挑战，包括在多层次体系中决策的分散性、全球行政决定往往是间接的效果、难以在很多以国家为中心的全球行政机制中给予非国家行为体参与和审查的权利以及全球行政中重要的私人要素。

构建全球行政法的自下而上的方法和自上而下的方法都面临重大的问题。因此，有必要考虑其他可行的模式。

（二）在国内类比之外？替代性问责机制

鲁斯·格兰特（Ruth Grant）和罗伯特·科哈恩（Robert Keohane）提到了全球治理中普遍缺乏制约与平衡机制，多数重要行为体的权力不具有授权性质，以及不存在明确的全球公众等问题。¹¹⁶这项分析也提出一个问题，即能否建立一种替代性的问责机制。这种机制将会超出一般的国内行政法机制的范畴：它们将包括等级、监督和法律问责等形式，并以市场及同类机构施加的压力、金融控制和公共声誉为依托。¹¹⁷如此转变的另外一个好处是能够容纳更大范围的行为体。行政法观念通常主要关注于公共行为体，特别是那些被授予权力的实体，而上述机制可以适用于私人行为体，如非政府组织或企业，以及作为国际事务中主要权力掌控者的国家。

格兰特和科哈恩所提出的这种方法是有吸引力的，特别是它指出（并试图克服）以国内模式为基础的全球问责机制的行政法观念的重大局限。不过，格兰特和科哈恩也承认，任何以问责为基础的体系都有严重的局限性，特别是较问责机制而言，强势国家一般更容易受到谈判限制因素的制约。继续在行政法方法的特定限制中开展这项工作仍然是具有一些价值的。这样的工作建立在国内领域的经

¹¹⁶ 同上at 14。

¹¹⁷ 同上at 18。

验之上,并可以揭示在全球范围适用所面临的困难。所有的理论构建都需要针对某种背景,而行政法的背景又尤其丰富,尽管目前国际事务方面的理论者还没有对此给予足够重视。另外,所提议的替代性机制也可以被视为行政法工具中的变异,毕竟行政法学者对等级、监督和法律问责更为熟悉。其他机制可以成为补充机制,以弥补行政法工具的某些不足。这项工作的目标是形成一套使行政法发挥重要作用的全球行政问责机制,而行政法和其他机制之间的结构联系也需认真地加以考虑。

另一种可行的模式是有关基准、借鉴、创新、监督和相互学习的能动实验主义模式。在某种程度上可以将欧盟的开放性协作机制作为这种模式的例子。¹¹⁸在这种模式中,相同或不同层级中的不同机构和行为体不具有明确的等级关系或者对彼此进行审查,而是相互独立运行。在寻找(临时性)最佳解决方案的过程中,他们努力获得最多的信息和主意,并且相互合作或竞争。这种方法不必局限于公共机构,也包括参与全球行政的大量私人机构。另一种替代性模式是相互挑战和加强的模式:不同层级的参与和审查将维持一种并不清晰的关系,从而使每个实体度可以以自身的规范原则和标准为基础来挑战其他实体。相关的例子包括国内法院对联合国安理会等国际机构的质疑,或WTO上诉机构对国内行政程序的质疑。¹¹⁹经过一段时间,这种方式可以使在全球行政的不同层面的问责机制得到强化的和相互适应。在这个意义上,它可以被视为一种临时的方式,但也可能是全球行政空间一项相对持久的特征,因为在这一空间中关于合法性与公正的概念将会长期存在争议和分歧。

这些方法的优势和劣势还未得到充分探讨,其他国内行政法的非传统工具作为全球机制理念渊源的潜力也尚待开发。¹²⁰例如,公私结合的网络和经济激励机制在国内行政中十分显著,在一个缺乏传统执行能力的全球架构中,它们也许比行政法中传统的命令和控制工具更加容易被接受。然而,这些国内体系中的创新,特别是通过盛行的行政法机制建立对更广泛公众负责的机制在移植到全球行政时会遇到严重的挑战。一些其他经过检验可以用来增进官员问责性的国内工具,如要求机构以损益分析为基础作出规制决定、由与选举产生的政府领导人相关联

¹¹⁸见Sabel and Zeitlin, 上注 98。

¹¹⁹ 关于欧盟相关发展的类似解释,见Miguel Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets?*, 载European Constitutionalism Beyond The State 74。

¹²⁰见Stewart, 上注 5。

的独立机构实施行政审查或者侵权法,可能在全球行政中适用时不怎么会遇到这些挑战,但将面临严重的有效性问题的。

六、全球行政法的实证政治理论

尽管对于理解正在出现的机制和构建并适用有效的机构策略至关重要,关于全球行政法的实证政治理论目前仍然相当不发达。鉴于国际机构的分散性和通过这些机构追求利益的行为体的高度多样性,在该领域中确定机构和发展的规律是特别困难的。因此,我们很难形成任何像学者们在国内层面所提出的那种一般性结论。

121

埃亚尔·本弗尼斯提(Eyal Benvenisti)强调有必要与各种机制的特殊性相协调,并指出对于全球行政法发展有重要影响的4个要素:国家间竞争、国内竞争、各个机构的内部竞争和不同行为体之间相冲突的价值。¹²²考虑到在不同的架构中这些因素是以不同的方式相互影响,我们很难从中找到任何关于机构发展的具体规律甚至是预期。但是,本弗尼斯提谨慎地提出了一些值得进一步检验的假设。其中之一是,除非看到全球行政法机构能够有利于其自身的观点和利益,强势国家不大会同意参与其中。¹²³另一项假设则是民主国家内部会有强烈反对在国际机构中推动更强的问责机制的趋势。第三种假设是,当机构中的行为体表现巨大分歧时,审查机构倾向于创设更有力的行政规则,以为独立的行为开辟空间。

124

本弗尼斯提同时设想,在授权的情形下通常会生成强大的问责机制。¹²⁵这同格兰特和科哈恩关于问责机制在授权结构中最有效的观点完全相符,因而授权与问责之间的关系肯定需要更详尽的研究。¹²⁶不过,由于受到行政机构自身对于合法性(或公共名誉)需求的推动,全球行政法同时也在授权结构之外出现。例如,在经济合作与发展组织中,关于更高透明度和参与性的努力是在发生危机和争议时(围绕《多边投资协议》)出现的。这与本弗尼斯提关于行政法机制是不同行

¹²¹ 关于国内层面的情况,见Matthew D. McCubbins, Roger Noll, & Barry R. Weingast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, 68 S. CAL. L. REV. 1631 (1995);另见 Matthew D. McCubbins, Roger Noll, & Barry R. Weingast, *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*, 15 J.L. ECON. & ORG. 180 (1999)。

¹²² 见Eyal Benvenisti, *Public Choice and Global Administrative Law: Who's Afraid of Executive Discretion?*, 68 L. & Contemp. Probs. 323 (Summer/Autumn 2005)。

¹²³ 同上at 329-30。

¹²⁴ 同上at 333-34。

¹²⁵ 同上at 334-35。

¹²⁶ 见Grant and Keohane, 上注 96, at 8-9。

为体之间权力关系的职能的假设相吻合。不过要指出的是,往往正是在出现合法性危机的时刻,像非政府组织这样的新行为体才获得了要求纳入新程序的权力和动力。¹²⁷在非政府组织广泛参与的领域,特别是在环境事项上,参与机制特别发达。在这些不属于授权结构的情形中,格兰特和科哈恩的另一种主张发挥作用:为了实现问责,必须尽可能明确地拟定关于问责的标准。¹²⁸这就指明了实体法的重要角色:通过界定全球行政行为体的权力和界限,审查机构将能够实施更有效的控制,参与程序也变得更加重要。

七、结论

本文旨在考察正在形成的全球行政法中的重大发展与关键问题。由于这个领域仍然刚刚起步,我们在这里概述的所有问题都需要更多的研究和讨论。不管是结构性和经验性问题,还是学理性或规范性事项,抑或是关于机构设计和实证政治理论的问题都还没有获得令人满意的答案。从更本质的问题上说,依然存在就是否有必要提出“全球行政”和“全球行政空间”或将“全球行政法”作为独立学科这种问题进行争论的余地。

为了回答这些问题,纽约大学全球行政法研究项目和其他类似项目中的合作者正在研究各种类型的案例。在这些案例中,行政法或者类似于行政法的机制、规则和程序在非正式的合作性和混合型结构中和在共担决策责任的多层级体系中增进了透明度、参与性和问责性。对全球行政法领域的界定有助于增进理论和实践中专业领域的联系,从而揭示以前未曾注意的共性与冲突。伴随着对特定领域实践的广泛的案例研究以及发展比较性和综合性理论框架和规范理论的努力,关于全球行政中透明度、参与性、审查和合法性机制的设计和 demand 的问题将会更充分地得到解决。而且,对学理特征和差异性的深入分析也是可行的,并可以发展和检验关于实证政治理论的假设。

关于规范性问题的工作既会深化跨国和全球民主理论,也会就该理论在特定行政架构和整个全球行政法项目中的适用提出有挑战性的问题。规范性研究也会增进对多样性、平等和公平在全球行政法中的地位的操作层面的理解。对目前占主导地位的全球治理和行政法模式的替代性方法的需求是非常迫切的,但对这个

¹²⁷ Benvenisti, 上注 122, at 329-30.

¹²⁸ 同上 at 334-35.

问题的解决只是刚刚起步。