

## 全球行政法的产生\*(上)

[美]本尼迪克特·金斯伯里\*\*、尼科·克里希\*\*\*、理查德·B. 斯图尔德\*\*\*\*著  
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<sup>[1]</sup>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的原因。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,<sup>[2]</sup>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重要。

\* 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。

[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](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他研究项目的链接。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)。

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现象,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他国家、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他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,<sup>[3]</sup>国内法依然认为存在一种关于什么构成行政行为的共同认识。在国家范畴之外,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上运行,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他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。它包括规则制定,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他规则。<sup>[4]</sup> 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、裁判和其他决策。<sup>[5]</sup>

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与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

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

[4] 某些形式的全球行政决策与争端解决紧密相连,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)。

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。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。按照这种观点——那些主要关注国内或欧盟领域的行政法学者也赞同,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、<sup>[6]</sup>国际货币基金组织(IMF)、巴塞尔委员会<sup>[7]</sup>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,它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,如洛伦兹·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。<sup>[8]</sup>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。<sup>[9]</sup>这些联盟框架中存在的国内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。<sup>[10]</sup>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,<sup>[11]</sup>仅能在维尔弗雷德·因克斯(Wilfred Jenks)、山本宗二

[6] 关于反垄断,见 Eleanor Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, 43 *Va. J. Int'l L.* 911, 925-932 (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, 287-291 (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 Négulesco, *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)。

(Soji Yamamoto) 和少数其他人的著述中发现一些重要的例外。<sup>[12]</sup> 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、网络和其他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。<sup>[13]</sup>

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行为体。一个主要的例证就是联合国安理会及其委员会。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他行政职能,如在许多国家确定难民地位和管理难民营。其他的例证包括世界卫生组织对全球健康风险的评估和预警发布,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的作为援助条件的“良治”标准。

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。<sup>[14]</sup> 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他形式的规制协调,如同等规制的确定。<sup>[15]</sup>

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。<sup>[16]</sup> 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他国家的政府(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相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议以及类

[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)。

[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); 另见 *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248/AB/R (2003)。

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 and 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。<sup>[17]</sup> 例如,私人性质的国际标准化组织(ISO)已经通过超过 13000 项在世界范围内整合产品和方法规则的标准。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组织的活动。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,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、非政府组织和其他组织

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他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)<sup>[18]</sup>和团体实体,例如公司和某些情形中的非政府组织。<sup>[19]</sup>

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他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

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

[18] 见 Stewart, 上注 5。自由主义派国际法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]。

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而设计的。

在其他情形中,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”<sup>[20]</sup>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。

但其他领域中,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他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,<sup>[21]</sup>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?

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

[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 Krahnmann, *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)。

法调整的国内规制空间,但包含着两者的要素。<sup>[22]</sup>

这个多侧面的行政空间包括上文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、非政府组织和其他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性的空间,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。<sup>[23]</sup> 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,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他规范性的意味。一方面,在行政语境中实施全球治理或许会通过给予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语境中构建全球规制使得其特征和程度较之使用诸如治理之类的模糊概念更加清晰),<sup>[24]</sup> 人们会发现越来越多的抵制和改革的聚集点。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 日益形成中的全球行政法

#### (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<sup>[25]</sup> 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序同时运行的。这项研究凸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。<sup>[26]</sup> 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他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

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

[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* (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)。

[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。



“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。<sup>[27]</sup>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”。<sup>[28]</sup>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他行政行为体的所有规则。<sup>[29]</sup>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。<sup>[30]</sup>前文引述的内古莱斯科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。<sup>[31]</sup>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集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、审查机制和其他机制。

## (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的条约,其针对和约束的通常只是国家而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地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。<sup>[32]</sup>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。<sup>[33]</sup>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他国家接受其法律制度的坚定承诺。尽管万民法对全球

[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。见 Peter L. Lindseth, The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s, 113 *Yale L. J.* 1341 (2004)。

[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)。



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。

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。<sup>[34]</sup> 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。<sup>[35]</sup> 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——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,且数量不多,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形成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。<sup>[36]</sup> 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

[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他正当程序要求,法院应当更加尊重该机构。同上 at 1543-1545。

[36] 见 Case U9/00 (*Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*) (Nov. 3, 2000), at para. 9。

约)和该协议一个附件中取得了作为最终仲裁者的权力,<sup>[37]</sup> 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,应接受相应的审查。<sup>[38]</sup> 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正当程序认定为制裁对象,而实施这些制裁的欧盟指令因此也是违法的。<sup>[39]</sup> 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出判决的权力。<sup>[40]</sup> 此后不久,安理会制裁委员会将两名投诉者从制裁名单上删除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删除的要求和理由。<sup>[41]</sup>

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。<sup>[42]</sup> 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,<sup>[43]</sup> 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。<sup>[44]</sup>

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使其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。<sup>[45]</sup> 在此情形中,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,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得到实施或对其产生巨大作用。<sup>[46]</sup> 与此类似,议会已经在一些场合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做出汇报。<sup>[47]</sup> 然而,直到目前为止,这些形式的努力都是少见

[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.

[40] Order of the President of the Court of First Instance of May 7, 2002, at [http://europa.eu.int/eurlex/pri/end/oj/dat/2002/c\\_191/c\\_19120020810en00250026.pdf](http://europa.eu.int/eurlex/pri/end/oj/dat/2002/c_191/c_19120020810en00250026.pdf) (last visited March 25, 2005)。

[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](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 Matthias 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他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. Stewart, 上注[5]。

[46] 见 Stewart, 上注[5]。

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

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令人难以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。同时该程序也存在许多问题,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。<sup>[48]</sup>

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指南。因此,该程序使得董事会能够对银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。<sup>[49]</sup>

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人注目的发展。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。<sup>[50]</sup> 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。<sup>[51]</sup> 另一个设有通告和评论程序的组织是国际兽疫组织(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,并允许那些被该工作组正在考虑的、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。<sup>[52]</sup>

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。<sup>[53]</sup> 非政府组织也已经或多或少地与公司

[48] 见 Peter Guthrie, *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, 60 *N. Y. U. ANN. SURV. AM. L.* 491, 512-514 (2004)。

[49] 见 Dana Clark et al. eds., *Demanding Accountability: Civil - Society Claims And The World Bank Inspection Panel* (2003); 另见 Gudmundur Alfredsson & Rolf Ring eds., *The Inspection Panel Of The World Bank: A Different Complaints Procedure* (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] 有关 Financial Action Task Force's Methods 的信息,请访问以下网址: [http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2966,en\\_32250379\\_32237277\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](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)。

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。<sup>[54]</sup> 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。<sup>[55]</sup>

### 3. 对于分散行政的全球约束

正在形成过程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,是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。<sup>[56]</sup> 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他国家、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。<sup>[57]</sup> 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。<sup>[58]</sup> 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 法律的其他部分,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。<sup>[59]</sup> 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受到侵犯,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力的工具,可能通常不会有足够公共和其他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。<sup>[60]</sup>

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。<sup>[61]</sup> 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)

[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 David Held & Mathias Koenig - Archibugi eds., *Taming Globalization: Frontiers of Governance* 93, 105 - 06 (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)。

[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 Ngaire Woods & Amrita Narlikar, *Governance and the Limits of Accountability: The WTO, the IMF and the World Bank*, 53 *International Social Science Journal* 569 (2001)。