

全球行政法的产生(下)*

[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

(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后备选项,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场合,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做出回应的正式机会”,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,也享有做出评论的机会。^[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来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将被冻结财产人员名单的特别情形中设置了有限形式的事后质疑和审查,但是在某个国家居住或从事经营活动的个人和团体受到联合国安理会针对这个国家的经济制裁影响的情况下,并没有为这些可能受到影响的群体建立起在制裁决定做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。在标准设定和规则制定领域,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,规则制定中的参与权仅在有限的情形和领域中才能获得。

* 本文是作者发表于 *Law & Contemp. Probs.* (2005) 杂志上的文章。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.

[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>.

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关秘密决策的批评。将像 Codex 那样的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权利的规定。^[65] WTO、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做出回应的要求,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做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。然而在规则制定领域,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为公认的特征之一,并且也在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做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建立有效的审查机制,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区域中,国际组织也仍然不愿意接受个人享有要求法院或其他拥有比监察员权力更大的独立机构对政府间机构的行为进行审查的权利。

[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].

[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, 213 U. N. T. S. 221 (1955).

4. 实体标准:相称性、手段与目标合理性、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,如德国法院的一项判决对国际体育联盟在一件兴奋剂案件中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范围,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)^[72]中,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(Fogarty v. United Kingdom)^[76]中,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措施加了一些限制,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

[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。

[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)。

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做出重大努力,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,倒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

[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 Boundaries*, 275, 278 - 87 (Allen Buchanan and Margaret Moore eds., 2003); Benedict Kingsbury, *Peoples and Boundaries: An "Internationalized Public Law" Approach*, in *States, Nations, And Borders* 298, 299 - 302。

[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,从实践的角度按照全球行政的需要排序。

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的职责。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 争端解决机制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了某些国内机制,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利,即国家、个人、企业和一些情形中的非政府组织。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。

[84] 见 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)。

对全球行政法的需要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,这种价值可能需要建立在以个人为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社会主义国际社会中,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,这个问题就更尖锐。而在社会主义秩序中,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玻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。按照这种方式,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需要的基础之上。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,这种审查更多的是保护国家权利不受侵犯,而较少地侧重于对授权的监督,尽管这两种目的通常同时

[86] 见 Dyzenhaus, 上注[41]。

[87] 同上。

[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]。

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力,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在执行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做出的回应。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应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

[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)。

[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)。

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(Anne-Marie Slaughter)提出,如果全球行政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。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,即通过对外围加以控制来确保机制的整体功效、保护权利,并通过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,较好的临时做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]这种做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。

贯穿本文以及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

[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]。

[103] 见 Grant & Keohane, 上注[96]。

起和这些国家的规制和行政活动的扩张紧密相连。^[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,这些模式面临的主要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。这种做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,双方的观点都是正确的。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”

[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类别,但是这并不表明我们忽视了它们之间的重要差异。

[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)。

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,但它面临着重要的限制因素,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做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、具有约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责任。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中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得到了承认。

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。

[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)。

[110] 见 Eberhard Schmidt-A?mann, *Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht, in der Europ? ischen 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]。

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)来确保后者的合法性、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,但是却并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,

[112] 关于欧洲法院在欧盟多层级背景下审查“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* 155 (英文译文见 33 I. L. M. 395 (1994))。

[113] 更详细的论述见 Stewart, 上注[5]。

[114] 同上。

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做出,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靠。^[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具有吸引力的,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

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

[116] 同上, at 14。

[117] 同上, at 18。

[118] 见 Sabel and Zeitlin, 上注[98]。

参与和审查将维持一种并不清晰的关系,从而使每个实体都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做出规制决定、由与选举产生的政府领导人相关联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出巨大分歧时,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为体之间权力关系的职

[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]。

[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。

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。

关于规范性问题的研究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。规范性研究也会从操作层面增进对多样性、平等和公平在全球行政法中的地位的理解。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,但对这个问题的解决只是刚刚起步。

(责任编辑:毕小青)

[127] Benvenuti, 上注[122], at 329 - 30.

[128] 同上, at 334 - 35.