

# 全球行政法的兴起:背景、成因与现状

姚金菊

**内容提要:**全球化需要全球治理,传统国际法在这方面具有一定的局限性,加之调整范围的有限性,不能完全满足全球治理法治化的要求。面对全球化对传统国家主权概念的突破和发展,行政法从自身功能出发,超越传统的国内公法范畴,通过公私合作治理、透明参与等程序机制在超国家层面加以运用,能够负责任地回应全球政治、经济和法律秩序的重构。行政法传统上是国内公共治理的法治化,全球行政法是全球化时代行政法发展的产物,是国内公共治理向全球公共治理层面的延伸,意味着全球公共治理的法治化。全球行政法能通过透明参与、分权问责、协商对话和审查等原则和机制解决全球治理的民主赤字等问题,为全球治理提供有效的治理机制。当今中国不仅需要通晓国际规则,还要积极参与国际规则制定。全球行政法是增强和检验国家国际竞争力、提高国家参与全球治理能力的有效途径。

**关键词:**全球化 全球治理 全球行政法

姚金菊,北京外国语大学法学院副教授。

## 引言

全球化影响是多方面而深远的,在法律领域也不例外。一方面,国内法要因应全球化,法律全球化研究兴起,国际法对国内法的影响日深;另一方面,全球化亟待全球治理来重构全球法律秩序,这一新出现的“全球行政空间”亟待法律介入,传统国内法对国际法发挥的作用日增。这在全球化与行政法的关系中体现尤为突出。

国外学者早在上个世纪就开始研究全球化与行政法的关系。以行政法学者阿曼教授为代表,自二十世纪八十年代末期即关注全球化对国内行政法的影响,指出“行政法的全球时代”需要“新行政法”,“全球化的国家”蕴涵的流动性和开放性意味着国家必须通过规制改革应对全球化进程,全球规制构成了对国内行政法的挑战,在全球化时代行政法整

体上都呈现出了“结构性变革”。<sup>〔1〕</sup> 这一阶段讨论重点仍在国内法层面,即“各国行政法如何因应全球化的挑战”,尚未开始关注行政法全球化或全球行政法研究。<sup>〔2〕</sup> 自 2000 年开始,以行政法学者斯图尔特教授等为代表的行政法学者开始关注国际层面研究,他们与金斯伯里教授等国际法学者一起,从全球法律秩序正当性和合法性出发,支持把行政法扩展至全球领域,提出了“全球行政法”<sup>〔3〕</sup>,这在当前仍是“一个新兴同时也正在形塑中的全新行政法领域。”<sup>〔4〕</sup>

与国外相比,我国行政法学者对全球化与行政法的研究仍然主要停留在国内层面,关注行政法对全球化回应,尤其是 WTO 对行政法的影响。近五年来,新行政法研究逐渐兴起,行政法的国际维度开始受到重视,<sup>〔5〕</sup> 国际行政法或全球行政法的研究已经成为部分年轻学者研究的课题。<sup>〔6〕</sup> 总体来看,我国对行政法的研究更多是一种全球意义的比较和借鉴,对行政法本身的全球维度研究还不足,因此,本文拟从国家治理与全球治理的角度提出行政法的国际维度问题——全球行政法,实现国际与国内多个维度的行政法研究。

文章分为四部分,第一部分讨论全球化、全球治理与法治的关系,指出法治是实现全球善治的最佳途径。这是全球行政法产生的背景。第二部分和第三部分分别从国际法的局限性和行政法的优越性角度讨论全球行政法的成因。第二部分讨论国际法在全球治理法治化方面的局限,指出全球治理的法治化任务并非传统国际法所能单独完成,诸多分散主体的利益关系调整以及对全球治理合法性基础的支持,需要新的法治模式来承担。第三部分介绍全球行政法的产生,从全球化行政法治的可能性与必要性角度讨论全球治理法治化与行政法的关系,指出行政法治能够承担全球治理法治化的任务。第四部分介绍全球行政法的内涵、作用及其面临的挑战。最后在总结全球行政法的基础上,指出中国应对全球行政法做出回应。

## 一 全球化、全球治理与法治

全球化需要全球治理,全球治理追求全球善治。实现全球善治最佳路径是法治化。

〔1〕 [美]阿尔弗莱德·阿曼:《由下而上的全球化——一个国内的观点》,林荣光译,载台湾政治大学法学院公法中心编:《全球化下之规制行政法》,元照出版公司 2011 年版,第 39 页;《全球化、民主与新行政法》,刘轶译,《北大法律评论》2006 年第 6 卷第 1 辑,法律出版社 2005 年版,第 207 页。

〔2〕 张文贞:《美国行政法发展的最新趋势》,载台湾行政法学会主编:《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版公司 2009 年版,第 284 页。

〔3〕 [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008 年第 5 期,第 117 页;第 6 期,第 115 页。

〔4〕 张文贞:《美国行政法发展的最新趋势》,载台湾行政法学会主编:《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版公司 2009 年版,第 284 页。

〔5〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法学》(第 5 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版,第 28 页。

〔6〕 如罗智敏:《论正当行政程序与行政法的全球化》,《比较法研究》2014 年第 1 期;江国华;李鹰:《行政法的全球视野——行政法研究的新方法》,《环球法律评论》2011 年第 6 期;李虹:《全球行政法的概念及其证成》,载张文显、杜宴林主编:《法理学论丛》(第 6 卷),法律出版社 2012 年版,第 24 页;林泰著:《行政法国际化研究——论全球治理语境下国际行政法的产生》,人民出版社 2013 年版;林泰:《国际行政法之论——全球化与全球治理视野中的国际法治》,《太平洋学报》2014 年第 10 期,第 126 页。

## (一) 全球治理的出现

全球化正在全面而深刻地影响着人类的现实与未来,催生了跨国性和全球性行为体的产生,开辟了跨国性和全球性活动空间与领域。面对无所不在的全球市场,日益活跃的跨国公司和逐步兴起的全球公民社会,以及与日俱增的规范、协调种种社会生活与关系的国际机制,正在形塑着社会生活的新制度、新规则、新观念,基于传统民族国家所构建的原有制度、原则和观念已不能完全适应全球变革的要求。与此同时,国家间相互依赖日益加深,全球性问题日渐凸显——“目前的全球化已经出了问题,如果不及时加以治理,那么,它只会造就一个两极分化的世界,一个缺乏公正的世界,一个动荡不安的世界,一个没有前景的世界,从而最终造成全球化进程的受阻。”〔7〕

正是在对全球化种种争论和未来出路的探索中,人们认识到了全球治理的必要性,“解决全球问题需要在全球框架内进行,需要全球视野、全球意识和全球治理”〔8〕。民族国家如果各行其是无法解决全球问题,全球性问题需要国家间以新形式的超国家、多层次的治理为基础通过多方面合作加以应对。

治理的权威定义来自全球治理委员会:“治理是各种各样的个人、团体——公共的或个人的——处理其共同事务的总和。这是一个持续的过程,通过这一过程,各种相互冲突和不同的利益可望得到调和,并采取合作行动。这个过程包括授予公认的团体或权力机关强制执行的权力,以及达成得到人民或团体同意或者认为符合他们的利益的协议。”“从全球角度来说,治理事务过去主要被视为处理政府之间的关系,而现在必须作如下理解:它还涉及非政府组织、公民的迁移、跨国公司以及全球性资本市场。”〔9〕善治作为“使公共利益最大化的社会管理过程”〔10〕,也是全球治理的目标。当把更多适用于国内层面的治理和善治理论扩展到全球层面,并用以考察和分析全球变革和国际关系时,治理便发展成为全球治理。

## (二) 全球治理的法治化

全球治理将导向何种性质的全球秩序?关键在于全球治理对待法律的态度,“对于非理性的政治和理性的法律来说,全球治理是极为重要的运作之中的进程,但是当前的工作是选择一种自由和正义的世界公共秩序”〔11〕。于是,法律作为一种理性制度和秩序,成为实现全球善治的路径选择之一。

全球治理与法治存在紧密联系,并不意味着“全球治理就一定选择法治,法治只不过是全球治理可能选择的诸多模式中的一种”,〔12〕但法治的确是最能有效实现全球善治的路径,是实现全球善治的最优模式:首先,法治要求的是法律至上而非权力至上,法治化的

〔7〕 刘金源:《从全球化后果看全球治理》,《探索与争鸣》2005年第2期,第21页。

〔8〕 李兴:《论全球治理与中国外交新思维》,《毛泽东邓小平理论研究》2006年第1期,第55页。

〔9〕 [瑞典]英瓦尔·卡尔松、[圭]什里达特·兰法尔主编:《天涯成比邻——全球治理委员会的报告》,中国对外翻译出版公司1995年版,第2页。

〔10〕 俞可平:《全球治理引论》,《马克思主义与现实》2002年第1期,第23页。

〔11〕 David Kennedy, *The Mystery of Global Governance*, 34 *Ohio Northern University Law Review* 827 (2008).

〔12〕 黄文艺、王奇才:《全球化语境下主权和法治的关系》,《江苏行政学院学报》2005年第2期,第103页。

全球治理“不依赖于一种集中的立法权的存在,有利于摆脱了主权的束缚”<sup>[13]</sup>,且全球治理本身就突破了传统的民主理论和民族国家界限。其次,法治概念本身处于变革发展之中,法律的调整范围不再囿于一国范围之内,可以突破国家界限走向全球。全球法治调整的社会关系不限于国家层面,可能是亚国家或超国家的,国家、国际组织和个人都可能成为全球治理法治化的行为主体。因此,法治化是实现全球善治的最佳途径。

## 二 国际法的局限性

面对全球治理法治化的挑战,人们首先将目光投向了调节国际社会行为主体(国家、国际组织间)关系的国际法。国际法的规范化尤其是一系列国际公约、条约、协定等国际法规范的产生有利于实现全球治理法治化,能在一定程度上通过影响国内法治化进程而促进全球治理的发展。<sup>[14]</sup>然而,国际法有着自身无法克服的局限性,并非实现全球治理法治化的最优选择。

### (一)合法性和权威性的缺失

国际法存在“民主赤字”和“参与性不足”,缺失必要的合法性和权威性。<sup>[15]</sup>当今越来越多、越来越重要的经济和社会问题的决策在国际层面做出,对国际社会日益依赖,但是国际法层面目前并未提供有效治理机制,普遍存在“民主赤字”,缺乏民主合法性,缺乏大多数国家的参与以及更广泛的民众参与。<sup>[16]</sup>作为调控国际主体间权利义务关系的法律机制,国际法主要发挥实体性法律规则的规范作用,即国内法治中“法制”的内容,但法律制度的完备仅能保证有法可依,并不能保证实现“良法之治”。良法之治涉及实体正义判断,在全球化时代的风险社会中不确定性日益增强,通过透明、参与等程序机制来保证国际规则的正当性和合法性成为国际法自身无力解决的问题。国际法学者不得不将目光投注于国内法。<sup>[17]</sup>在国际法范畴中,只有条约、公约或国际法主体间的协定是涉及主体最多、规范作用最强的规范方式,其约束范围也大多仅限于主权国家和少数政府间国际组织。这些规范的制定基本上是由各利益相关主体通过协商方式解决具体的实体问题,并未规定全球层面的治理方式、治理程序、利益分配等问题如何通过协商达成一致以及其他程序性问题。伴随全球化进程的实际问题层出不穷,亟待全球社会共同解决,但传统仅由国家或政府间组织通过协商解决的方式不能回应全球社会本身对程序正义的关注,国际法的局限性日益突出。

### (二)调整范围的有限性

国际法调整范围没有全球治理广泛,也不足以调整全球治理法治化所面对的“全球

[13] 黄文艺、王奇才:《全球化语境下主权和法治的关系》,《江苏行政学院学报》2005年第2期,第103页。

[14] 李洪峰:《试论全球治理下国际法发展的机遇与挑战》,《广西大学学报》2009年第2期,第62页。

[15] 吴娟:《全球治理与政府治理的互动及其分析》,中国政法大学2006年硕士论文,现收藏于中国政法大学图书馆。

[16] 陶文昭:《全球民主赤字的成因及治理》,《理论与改革》2005年第4期,第28页;刘志云:《论全球化进程中“民主赤字”的消除》,《社会科学》2006年第1期,第87页;孟昊:《行政法视野下国际非政府组织的合法性危机及其矫正》,《学海》2010年第2期,第191页。

[17] 关于国际法与国内法的关系,参见白桂梅著:《国际法》,北京大学出版社2006年版,第79-80页。

行政空间”。<sup>[18]</sup> 从调整对象来看,国际法是“调整国家为主导的国际关系的法”,<sup>[19]</sup> 国家之外的主体多为法律调控的对象而非规则的参与者。全球治理法治化要求全面调整全球治理各个层面的主体,包括世界性国际组织、区域性国际组织、国家、非政府组织甚至个体。全球治理或者通过国家权力的授予或延伸补充国家治理的不足;或者通过消解国家权力调节国家治理的不足<sup>[20]</sup>。从调整问题来看,全球治理涉及已经影响或者将要影响全人类的全球性问题,对此,国际法尚未全面涉及或者有效调整,消除全球贫困、南北问题、宗教极端主义、国际互联网合作、全球粮食危机和全球金融危机等已对现有国际法律秩序提出了新的重大挑战。<sup>[21]</sup> 主权国家、非政府组织和全球公民社会的利益已经分化,跨国公司、非政府组织甚至公民个体开始结盟,要求发出自己的声音,各方难以在一些全球重大问题的处理上达成共识,难以形成国际规则,也进一步突出了全球治理法治化进程中程序性机制的缺失问题。

因此,国际法不足以承担全球治理法治化的任务,全球治理下诸多分散主体的利益关系调整以及对全球治理合法性基础的支持,需要新的法治模式来承担,全球行政法应运而生。

### 三 全球行政法的产生

全球行政法意味着“全球治理的法治化”<sup>[22]</sup>,是行政法面对全球化作出的回应,是全球化时代的产物,它将行政法传统核心价值 and 机制运用于“全球行政空间”,弥补了国际法的不足,也丰富了全球化时代行政法的内涵。

#### (一) 全球行政法产生的基础

行政法是传统的国内公法,调整公共行政,较之于私法对全球治理更具现实意义。主权理论随着全球化进程衍生出新的内涵,行政法突破以主权和民族国家边界为基础的传统公共行政范畴,在超国家层面得以运用,开始具有国际化或者全球化的面相,引起行政法传统的变革。同时,伴随着全球化进程,私主体(私方当事人)承担公共职能,公私合作治理已成为“新行政法”的重要内容,<sup>[23]</sup> 构成了行政法向“全球行政空间”延伸适用的基础之一。

全球化必然带来行政法的深刻革命,行政法受到全球化和全球公共问题的挑战。在贸易、银行业和金融规制、环境健康和安、交通和通信等多个领域内,单个分散的国家管

[18] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第122页。

[19] 白桂梅著:《国际法》,北京大学出版社2006年版,第2页。

[20] 朱景文:《略论全球治理和法治》,《新视野》2008年第1期,第51页;朱景文:《全球化是去国家化吗?——兼论全球治理中的国际组织、非政府组织和国家》,《法制与社会发展》2010年第6期,第98页。

[21] 李洪峰:《试论全球治理下国际法发展的机遇与挑战》,《广西大学学报》2009年第2期,第63页。

[22] 姚金菊:《全球化的公法之维》,《浙江学刊》2010年第4期,第136页。

[23] 有关合作治理与新行政法的更多论述,参见[美]朱迪·弗里曼著:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版。

理体制的失败导致了国际经济与社会管理制度的爆发式发展。<sup>[24]</sup>公私界限的日益模糊导致行政法疆域的不断变化。行政法变革的三种型态,以市场完全替代规制、以市场为规制工具以及采取市场同国家合作的政府服务外包,刚好是对全球化的因应。国际条约和国际组织中出现的大量全球性规则,既应用于国家,同时也应用于私人活动,渗入了国内法律体系,影响着国内行政法。很多国际组织或机构开始直接面对私人主体行使公共权力,如联合国安理会及其委员会“通过次级立法,针对特定国家做出有拘束力的决定(主要是制裁的形式),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的名单而直接对个人采取行动”<sup>[25]</sup>,这引发了对国际法调整的担忧,从而转向调控公权的行政法。可见,全球化已经对行政法产生了重大影响,行政法本身也在不断适应全球化的发展。不论是行政法中全球性因素的发展,还是国际层面行政法因素的增多,都意味着行政法在全球层面的应用是可能的。

## (二)全球行政法产生的必然性

随着全球化进程的加深,分散的国内规制日益难以有效应对跨政府规制的范围和形式的急剧扩张。因此,各种跨国规制体系或规制合作通过国际条约和较为正式的政府间合作网络建立起来,许多规制决策从国内层面转移到全球层面。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)确定,在以条约为基础的机制中则由条约缔约国确定。这些规制决定可能由全球性机构直接针对私主体实施,或者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变得日益重要。<sup>[26]</sup>在跨国规制权力运用中已经产生了代表性不够、程序不透明、公众参与度不高等“民主赤字”问题。<sup>[27]</sup>

全球治理在决策程序、社团精神、功效、可问责性等方面都存在问题。<sup>[28]</sup>首先,行使权力的主体与公众之间的距离越来越遥远,代议制成本非常高,而且也难以实现。在全球层面,社团概念逐渐模糊,从而导致行使权力和制定决策的合法性减弱或者受到限制。在全球层面,权力行使主体与公众之间的距离不仅仅表现为地理上的距离,同时也表现在文化、观念、价值等方面。其次,国内环境下被选的代表或官员一般应为选民利益服务,否则选民可以取消其代表资格,这样至少在制度层面可以保证被选举的官员会将公众的利益

[24] 林泰:《论国际行政法概念之重构》,《兰州学刊》2010年第6期,第126页。

[25] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第120页。

[26] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第117页。

[27] 有关典型事例为联合国安理会通过决议设立的反恐委员会。该委员会有对恐怖分子或资助恐怖分子的个人或组织的列名权限,在美国向加拿大提出引渡要求时引起争议。有关论述可以参见张文贞:《美国行政法发展的最新趋势》,载台湾行政法学会主编:《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版公司2009年版,第289页。

[28] Daniel C. Esty: Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, *Yale Law Journal*, 115: 1490 (2006), 1503 - 1509.

置于个人利益之上,不会轻易为个人利益而牺牲公共利益,从而产生贪污、腐败、官僚主义等问题。而在全球范围内,被选代表很难在超国家层面保持中立性。国际层面上的问责机制比国内要薄弱很多,也没有相应的法律机制来考察被选举的官员的决策是否具有合法性和合理性。同时,一些非选举的国际官员所拥有的权力可能会不适当地减损国内通过合法程序民主选举出来的执行同等事务的官员的权力。再次,国家层面或地方层面对于全球性政策制定的控制力相对减小了很多,且全球层面的政策制定是否可靠、会否犯错或受到特殊利益的控制、投票表决制度本身能否反映实际的权力状况等诸多问题也很难得到保障和控制。此外,制度实施的成本也很重要。全球治理意味着国际层面的合作,但是理论上说,参与的主体数量越多或者需要协调的实体数量越多,交易的成本就越高,可能会出现成本高于效益的情况。加之很多决策权都已经下放给行政机构或非选举机构来行使,因此这种授权决策机制的实用性问题可能会更加复杂。这些都是行政法传统需要解决的问题。

### (三)全球行政法产生的现实性

全球治理本身作为公共治理机制在全球层面的延伸,应该受到全球层面行政法机制的调整。全球治理的“民主赤字”问题也亟待行政法机制解决。因此,行政法在全球层面的发展运用,不仅是可能的,而且也是必要的。

首先,全球治理是国内公共行政在全球层面的延伸,注重不同类型各层次主体的参与。在全球化时代,由于单独应对全球化能力的不足,各国政府意图藉全球公共治理提供全球性公共物品。全球治理作为超国家范畴的公共治理活动,是公共治理在全球层面的表现形式,是为了保障全球公共物品供给的超国家范畴的公共行政。不同的是,参与主体由国内政府与国内公民、组织转变为国家、国际组织与企业和个人。作为公共治理在全球层面的延伸,全球治理过程必然要受到法律调控,而作为国内调整公共治理活动以及公共权力的运动的行政法也就延伸至全球层面。因此,全球治理需要行政法的保障和调整。

其次,行政法有利于克服民主赤字问题,增强必要的合法性和权威性。“民主赤字”问题是当代一个普遍性问题,由于当代行政自身属性、功能及其外部环境的变迁,以代议制为基础的政治和行政法理论框架已经很难为行政活动提供充分的民主正当性解释。行政的民主正当性匮乏与对各种利益进行权衡选择的政治化过程相对照,更突出了“民主赤字”问题。<sup>[29]</sup> 面对超国家领域规则制定的民主赤字问题,行政法即使“不能完全弥补公众与政府选举组带的欠缺”,也可以通过其“政策制定体系”和“公众对话机制”弥补国际政策制定中缺失的民主及合法性,提供问责机制。<sup>[30]</sup> 民主的要义在于对权力来源合法性和权力行使合法性提供保证,保障行政过程的民主。实现全球良治,尤其是良好的全球法律之治同样需要民主。然而,全球治理下,代议制民主由于成本过高难以实现。“参与治理民主模式”提出了一种新的思路和理论基础。该模式将行政机关参与治理的过程视为

[29] 王锡铎:《当代行政的“民主赤字”及其克服》,《法商研究》2009年第1期,第51页。

[30] Daniel C. Esty: Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, *Yale Law Journal*, 115: 1490 (2006), 1503 - 1509.

一种政治过程,通过向这一过程中注入更多的民主化要素而使行政过程及其结果获得合法性的思路,<sup>[31]</sup>即通过利益代表、公众参与等制度设计使行政过程得到自我合法化的多元主义思路。<sup>[32]</sup>因此,全球治理中的“民主赤字”问题可以通过新的民主方式得以解决,而这种参与治理正是行政法的功能之一。<sup>[33]</sup>

正是为应对全球治理的诸多问题,全球行政法将国内行政法机制和理念应用于全球治理之中,成为实现全球善治的有效途径。

## 四 全球行政法的内涵与发展

### (一)全球行政法的内涵

全球行政法包括促进或以其它方式影响全球行政机构民主决策和可问责性的机制、原则、惯例和支持性的社会认同,特别是确保这些机构达到透明度、参与性、理性决策和合法性方面的适当标准以及对其形成的规则和决定进行有效审查。<sup>[34]</sup>全球行政法整合了那些与全球行政有关,但通常由于概念原因而被长期分散对待的不同领域。全球行政法的一个组成部分是业已存在的“国际行政法”领域,主要是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;也包括卡尔·诺义迈耶等人对“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。但是,全球行政法的概念较之于国际行政法更加广泛,国际行政法被视为“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>[35]</sup>全球行政法是实现全球善治的有效路径。善治的基本要素主要包括合法性、法治、透明性、责任性或可问责性、回应性、有效性、参与、稳定、廉洁、公正等。<sup>[36]</sup>而全球行政法作为善治的路径,也有效地囊括了有助于确保全球行政民主机制,包括并且尤其关注民主问责制、行政结构、透明度、公众参与程度、决策性合理的有关价值、原则和审查机制。<sup>[37]</sup>

相较于国际法,全球行政法着眼“全球”而限于“国际”。虽然国际法在全球化时代依然在调整国际关系方面发挥着重要作用,但并不能完全解释和有效解决全球规制机构迅速扩张中出现的权力制约问题。因此,全球行政法既重视国际法的思路与方法,又不局限于国际法的固有范围。第一,全球行政法关注各类全球规制机构,既包括作为传统国际

[31] 王锡铎:《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,《清华法学》2009年第2期,第109页。

[32] 孟昊:《行政法视野下国际非政府组织的合法性危机及其矫正》,《学海》2010年第2期,第193页。

[33] 王锡铎:《当代行政的“民主赤字”及其克服》,《法商研究》2009年第1期,第51页。

[34] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第118页。

[35] Paul S. Reinsch, *International Administrative Law and National Sovereignty*, 3 *AJIL* 1 (1909), at 593. 转引自[美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第124页。

[36] 俞可平:《全球治理引论》,《马克思主义理论与现实》2002年第1期,第23页。

[37] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第5期,第123页。



法主体的国家和国际组织,也包括较少受到传统国际法关注的国内规制机构组成的跨国网络、政府间和私人混合型机构以及私人机构。第二,全球行政法不仅研究全球规制机构间的横向关系,更强调全球规制机构对国家、个人和其他组织实施行政行为这种纵向关系中的民主问责性问题。第三,全球行政法的法律渊源不仅包括《国际法院规约》第38条列举的公认的国际法渊源,也包括其他形式的规范性基础。第四,全球行政法目前主要有两种发展路径,即在全球行政中适用国内行政法的“自下而上”的模式和“自上而下”构建国际机制的模式,也不排除潜在的其他形成机制。<sup>[38]</sup>

全球行政法借鉴国内行政法,但并不照搬国内行政法。第一,全球行政具有非正式性、决策分散性和私人要素参与等特征,与国内行政法产生与发展的环境存在较大差异。第二,各国国内行政法的发展状况不尽相同,不同法系之间、发达国家与发展中国家之间的差别尤为突出。因此,在借鉴国内行政法时,既要根据全球行政的自身特点选取和改造国内行政法机制,也要注意吸收和总结各类国内行政法制度中的普适原则和先进成果。当然,目前围绕民主问题提出的问责机制、透明度、参与性、理性决策、审查等原则都具有较强的国内行政法特征,国内行政法制度已经为全球行政法的发展奠定了坚实的基础。<sup>[39]</sup>

## (二)全球行政法的作用

在民主时代,全球治理机构只有被公众视为合法才能繁荣发展,全球治理的决策程序如果缺少民主机制,合法性基础就非常薄弱。全球行政法可以通过行政法价值理念和原则中的对话、参与、公开、分权等制度设计和程序安排来解决全球治理中的民主问题,通过强调和保障利益主体的充分表达、交涉、商谈,实现以最大限度的合意为基础的管理(统治)<sup>[40]</sup>。

国际法决策机制由于缺少选举而导致“民主赤字”。虽然基于多数投票的民主合法性是统治权力获得的基础,但是直接选举并不意味着善治的实现。一些国际政策制定通过制定强制超国家代表为超国家公众利益服务的机制也能实现代议制和一定程度的“准民主”。通过程序设计将公众与政策制定者联系起来,使公民参与到政治对话之中来,促使决策制定者更加关注自己的身份,也有利于实现一定程度的民主。民主问题和合法性的缺失可以通过良好结果、提高决策效用而获得公众认同。如果决策制定者和制度设计本身具有很强能力,可以谋求社会福利的增长,至少说明其治理程序能够产生理性的结果,这对公众也很重要。毕竟,国家愿意将一定主权让渡给超国家政策制定主体,也主要是因为该主体表现出产生善治结果的能力。从作用看,如果一个治理体系能够保障治理

[38] 纽约大学法学院国际法律与正义研究所:《全球行政法项目简介》,http://www.iijl.org/GAL/documents/Chinese\_Intro\_of\_GAL.pdf,最后访问时间:2015年7月24日;[美]阿尔弗莱德·阿曼:《由下而上的全球化——一个国内的观点》,林荣光译,载台湾政治大学法学院公法中心编:《全球化下之规制行政法》,元照出版公司2011年版,第39页;[英]卡罗尔·哈洛:《全球行政法:原则与价值的追问》,徐霄飞译,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第14辑),清华大学出版社2011年版,第80-84页。

[39] Richard B. Stewart, *U. S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* 68 LAW & CONTEMP. PROBS. (2005).

[40] 孟昊:《行政法视野下国际非政府组织的合法性危机及其矫正》,《学海》2010年第2期,第193页。

秩序、维护稳定,也可以说具有一定的合法性,从而获得公众认同。在制度设计上全球层面权力行使者之间实行分权与制衡,有利于防止决策制定者越权从而违背公众利益。而且,更多的对话、辩论和协商有助于提高决策的理性、改善最终结果。全球治理的民主性与合法性的关键在于如何通过透明的决策程序给各参与方提供辩论和政治对话的机会,保障参与方的代表性,从而弥补因缺乏选举导致的民主合法性的丧失。此外,程序设计也是民主及合法性的关键之一,规则制定的程序本身就是规则合法性的基础。如果规则制定程序本身经过了认真设计,充分运用了行政法上的各种机制和工具,则不仅可以直接获得合法性,而且还可以补充和加强其他合法性基础。不论是国内决策制定还是超国家范围的决策制定,程序设计对民主和合法性基础来说都是至关重要的。<sup>[41]</sup>

行政法的诸多原则和机制都可以用于全球治理,增强其民主性和合法性,如有关防止官员自我交易、腐败和受特殊利益影响的机制,用于制定体系化和理性有效的规则的安排,用于增强透明度和公共参与度的制度以及分权原则等。首先,可以运用行政法中常见的利益冲突规则、检查和审计制度以及对游说行为的披露等充分的信息公开来保证决策制定者的个人私利没有损害公众利益。其次,可以通过公布草案、广泛征求和听取公众意见、公布决策制定者的身份以及选择决策制定者的流程、决定存档等制度来实现有效的规则制定。再次,可以通过听证制度和其他公众参与机会、政策制定过程中可能存在多种选择的记录以及评估、信息公开、计量和测量等方式来实现透明度和公众参与的实现。最后,分权、审查机制等制度有助于有效制衡权力,防止公众利益受损。<sup>[42]</sup> 上述诸多行政法手段和方式在全球治理方面有着很大发挥空间。

### (三) 全球行政法的挑战

全球行政法在全球层面运用行政法机制,有助于实现全球治理,但要在全球层面发展和运用国内行政法上的机制和原则,还存在很多困难和挑战。首先,全球行政结构特殊,许多全球行政机构都是非正式的、多层级的,并且还有私人行为体在其中发挥力量。这一点同国内行政具有很大的差异。其次,现有民主模式也被认为是美国式、西方式、霸权式的民主制度,这种民主制度仅仅有利于加强发达国家的权力和地位,而对于发展中国家来说只会使其处于愈发弱势的地位。<sup>[43]</sup> 再次,由于全球层面没有全球性的公众来对滥用权力的主体进行问责,也没有全球层面的问责机制来制衡权力的滥用行为,因此相比国内行政,全球治理中权力滥用的风险更大。<sup>[44]</sup>

因此,将国内行政法的经验移植到全球层面存在相当的困难。最大的困难可能在于全球层面缺少类似国内的问责和救济机制。全球行政法必须保障个人和经济实体的权利不受到国内政府的侵害,这一角色在国内法律框架内是由司法机关来行使的,而在国际层

[41] Daniel C. Esty: Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, *Yale Law Journal*, 115: 1490 (2006), 1515 - 1522.

[42] Daniel C. Esty: Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, *Yale Law Journal*, 115: 1490 (2006), 1524 - 1537.

[43] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第6期,第124页。

[44] Grant & Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, 99 A M. POL. SCI. REV. 29, 30 (2005).

面上缺乏类似机构。除了问责机制不明确之外,全球治理本身蕴含着一个更加深刻的问题,即“公共利益”内涵不明确。如何确定超国家层面的“公共利益”以及“公众主体”的具体范围?如何保证各国选拔出来的国际官员在本国利益与所代表的更大范围的利益相冲突时明确自身的定位?这都需要相应机制的保障和监督。因此,虽然全球行政法可以运用国内行政法的方法、工具和经验来完善全球治理,实现全球善治这一理想,但仍然存在诸多现实障碍和问题,有待深入研究和完善。

## 结 语

全球化正在导致“全球性法律重构”,法律在对全球化回应的同时也影响着全球化。法治是全球治理的有效路径之一。传统国际法并不能完全解决全球治理的问题,需要更好的路径来实现全球治理。行政法正是这样一条路径。首先,通过行政法进行全球治理是可能的。行政法作为公法有保障私法的作用,全球经济活动的调整也需要公法的调整;并且,随着全球化不断变革和调整,行政法也在不断回应全球化的挑战,因此在全球层面的应用具有可能性。其次,新的主权理念的发展也使得行政法理念、原则在全球治理中的运用有了理论依据。再次,通过发展行政法进行全球治理是必要的,因为全球治理本身就是全球层面的公共行政,调整全球治理活动必须依赖行政法性质的机制;全球治理中的民主赤字问题需要由行政法机制来解决。全球治理中的民主问题和合法性基础薄弱的问题,可以由参与模式解决。行政过程作为利益衡量过程,是一种将潜规则的影响减至最小,促使决策过程更加民主化的过程,而法律在保障行政决策的科学化民主化过程中发挥着不可替代的作用。决策过程的公开透明体现在程序尤为明显,如何进入决策过程不仅是国内治理更是国家参与全球治理所要关注的问题。全球行政法的规范基础包括以问责制为基础的体制内控制机制、以个人或国家为基础的权利保护以及与全球规制有关的民主实现方式,这些规范基础同国际秩序的三个概念(多元主义、社会连带主义和世界主义)和南北冲突相关。<sup>[45]</sup>建构全球行政法的策略包括自下至上法和自上而下法,前者将国内行政法延伸至国际规制决定,后者在全球层面发展新的行政法机制。

不同于传统国际法和行政法,全球行政法是一个正在兴起的混合交叉领域。全球化和全球治理是一个长期的历史过程,新兴的全球行政法还面临类似“皇帝新衣”的质疑,<sup>[46]</sup>需要细致深入的持续研究。我国对全球化和全球治理的研究多强调吸收、借鉴和服从国际规则,对如何通过全球法治尤其是全球行政法实现全球善治的研究还比较稀缺。全球行政法直接关系到国际规则如何形成,是国际法和行政法乃至全球治理和法律聚合的产物,是对一国参与国际竞争能力的挑战。我国要实现国家治理能力及治理体系现代化,既要通晓国际法律规则,更要积极参与国际规则制定,应该加强以全球化和全球治理

[45] [美]本尼迪克特·金斯伯里、尼科·克里希、理查德·B·斯图尔特:《全球行政法的产生》,范云鹏译,《环球法律评论》2008年第6期,第118-122页。

[46] 周银玲:《环球行政法:皇帝的新衣?——理论与实践的反思》,《西安电子科技大学学报(社会科学版)》2014年第5期,第65页。

为视角的行政法研究,既关注全球化形势下的“新行政法”研究,更关注行政法在全球层面的延伸应用,研究全球行政法。毕竟,全球行政法作为全球治理法治化的最优路径,对中国融入全球化进程、参与甚至主导制定国际规则、增强全球治理能力、维护自身利益和建构全球秩序都具有十分重大的意义。

---

---

[ **Abstract** ] In the age of globalization, it is especially important for the international dimensions of administrative law to be studied and better understood. Traditional concept of sovereignty has been changed. Globalization needs global governance; traditional public international law can no longer fully satisfy the needs arising from globalization. As a result, administrative law should make a breakthrough on the stereotype of domestic public law. Globalization requires administrative law to move beyond what has been its historical domestic function so as to respond to the restructuring of global political, economic and legal orders and meet the challenges from the global public power of the global regulatory bodies and rules. As one typical domestic public law, administrative law should be applied broadly and expansively at the global level. Global administrative law is and has been the new path to global governance. As a result of globalization, administrative law has become the rule of law of domestic public governance while global administrative law the rule of law of global governance. Global administrative law could handle the problems of democratic deficit and illegality and related issues through the establishment and operation of principles and mechanisms of transparency, participation, separation of powers and accountability, consultation or dialogue and review, etc. Currently China, as a major economy and political power in the world, needs not only to be knowledgeable about international rules, but also be knowledgeable about and actively participate in international rule - making. It is important for greater emphasis to be placed on the study of global administrative law as it is best way to strengthen and test China's international competitiveness, and improve its participation capability. In this new field of global administrative law, there are many issues in question and much further research still needs to be carried out.

---

---

(责任编辑:田 夫)