

论国际行政法的产生

——以全球治理为视角*

彭涛

【摘要】全球治理推动新公共管理及与之相应的行政法律制度国际化,因此国际行政法的出现成为必然。国际行政法在实体法上体现为各国行政法律制度不断趋同与各国接受国际行政法律制度在国内直接适用,在程序上表现为以转致的方式适用外国行政法。针对国际行政法的产生我国应当积极应对,消极应对可能会使我国行政法在全球化过程中失去参与制定规则的好时机。应对国际行政法潮流的制度基础我国已经基本具备,但实践应用尚处于“冬眠期”,需要我们以更加积极态度来应对。

【关键词】全球治理 行政法律制度 公共管理 国际行政法

(中图分类号) DF3 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2012)02-0077-05

行政法为“国内法”是国内学术界的主流观点,主要的行政法教材在论述行政法效力范围的时候一般都限于国内效力,不认为行政法具有国际效力。而“全球治理”已经对全球法律制度产生重大影响,对行政法而言,全球治理导致行政法必然国际化,即行政法由传统单纯国内法角色转变为具有国际性的法律制度。

对我国而言国际行政法的产生是全新课题,实际上在2004年10月英国学者也在讨论国际行政法是否可以成为一个独立的研究领域。国际行政法的产生对中外行政法学界来说都是一个全新的课题。

一、国际行政法产生的动力： 全球治理

“全球治理”是指一种没有主权的治理(governance without sovereignty),即治理没有国界限制的,也就是“在国际范围内作政府应当在国内作的事情”。^①全球治理实质上是随着全球化出现而出现应对全球问题的共同治理手段。

各国趋同的治理实践推动行政法律制度国际化。虽然不同学者对全球治理与国际行政法的“共同点”有不同看法,但具备“共同点”无疑是行政法全球化的基本表现。因而判断一部法律是否全球化的法律,共同点是必不可少

的。全球化法律指那些超越一国界限而对不同个体、公共或者私人组织、政府以及其它的参与者发生作用的法律。

可以看到全球治理所产生一些共同的制度与理念能够应用于不同的国家,且这些相同或者相类似应用在全球范围内形成了一定的规模。全球治理推动了行政法律制度与公共管理在全球范围内的“共同点”的形成,而正是大量的“共同点”在国际范围内出现成为了国际行政法产生的大背景。国际行政法概念源于全球治理可以被理解为新公共管理全球化以及全球化的新公共管理由行政法进行法律规制。因为,从理论上来说,行政法本身就是法律的一种重要形式,而新公共管理主要是行政机关实施的,对该管理的法制化体现就是行政法。行政法与法律以及公共管理有着不可分割的联系。全球治理就因此成为国际行政法产生的主要推手。

* 基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目“管制性征收研究”(立项编号:11YJC820090);中国法学会重点规划项目“全面推进依法行政的法律问题研究”(立项编号:CLS10-5)。

① See Lawrence S. Finkelstein, *What Is Global Governance?*, *Global Governance*, 11 (1995), p. 869. <http://www.cnki.net>

二、国际行政法产生的组织因素：全球治理的组织实践

全球治理中的国际行政法制度需要一定的国际组织来推动实现，这些国际组织在全球治理实现的过程中成就了国际行政法产生的组织实践以及相关制度基础。在这些国际组织中最为重要的应当是联合国、WTO以及一些区域性国际组织，他们在国际活动中产生的有关国际行政制度对国际行政法的产生起到了制度铺垫作用。

(一) 联合国

在联合国推动之下，全球不同国家的新公共管理在目标与管理的方式、方法上有许多相似的地方。如联合国为了应对全球社会、经济发展中各国所共同面对的社会危机管理以及社会弱势群体保护等等问题——而召开了“千年发展目标（the Millennium Development Goals (MDG)）”会议，以联合国为主导而制定了全球性社会、经济发展的方针政策。会后各国纷纷制定相应法律与政策来实现在 MDG 会议上的承诺，各国的做法实际上在 MDG 目标实现上达成了全球一致。如俄罗斯就专门出版了政府白皮书来阐明在哪些生活条件与生活质量方面向 MDG 会议目标靠近，在哪些方面政府制定相应政策以实现 MDG 会议目标。在联合国的推动之下，参加 MDG 会议的联合国各成员国基本上都采取相应的新公共管理措施来实现 MDG 目标。俄罗斯更是因此而对联邦政府教育计划进行修改以便能够达到 MDG 目标。

(二) WTO

WTO 的建立使公共管理全球化和行政法全球化有了日新月异的进展。经济全球化使各国经济间相互联系比历史上任何一个时期都要紧密，它不仅正在改变着私部门从事商业经营的方式，而且对国家的功能、国家与私部门的关系范式等基本理念提出了挑战，各国公共管理正在发生明显的全球化倾向。WTO 规则约束一国政府的贸易政策或公共管理活动的法律规则，在性质上主要属于行政法的范畴，构成各国行政法律体系的一部分，是各国行政机关的行政活动以及法院审判活动的依据之一。各成员国政府，不论国内制度是何种类型，都有义务采取一切可能的措施对 WTO 规则进行统一实施，都要保留或建立对行政行为的审查和纠正机制并使其达到事实上的客观和公正。全球统一对 WTO 规则实施的结果就在相当大的程度上加速了各国公共管理的一致性。加入 WTO 对一国公共管理的影响是全面的，不仅表现在公共管理的法律规范制定和适用方面，而且表现在公共管理的基本原则、管理方式等方面。如

WTO 为各成员国制定了一个普遍适用、不得例外、一体遵守、不得保留的进口许可的程序规定。这规定体现在《进口许可程序协议》之中，该协议目的是保证各成员国进口许可管理中相关程序规范基本一致。该协议除对各国进口许可实质要件与形式要件作了详尽规定之外，还在第 8 条明确规定：“未经其它成员方同意，不得对本协议任何条款保留；”同时，明确要求“每一成员方应当确保在不迟于世界贸易组织协议对其生效之日，使其法律、规章和管理程序符合本协议的条款。”因此，各成员方在制定进口许可管理程序相关的法律、法规之时不得与 WTO《进口许可程序协议》保持一致，进而各成员方进口管理程序也就趋于一致。

(三) 区域性国际组织

区域性国际组织中，行政法国际化最明显的是欧盟。如《欧洲共同体条约》第 189 条：“条例具有完全的约束力，在所有的成员国中普遍直接适用”，规定了该条约的优先适用效力。这一点被称作“直接适用”，即欧盟条约不必经过国内立法机关通过立法来使条约与其国内法相适应即可直接适用在欧盟的成员国内。^① 欧洲学术界认为欧共体法可以与成员国法重叠，修正或者限制成员国法。基于欧共体条约强制力，欧共体成员国积极改革，尽力达到欧共体要求。德国《宪法》甚至规定欧盟法律优先于德国国内法在德国实施。^② 甚至有些国家借助于私营公司实施改革以图达到要求。如私营公司 Statskonsult 就给挪威、塞尔维亚、马其顿以及克罗地亚政府提供帮助来加快其公共管理改革以符合欧盟要求。^③ 欧盟对成员国公共管理的影响在欧盟已经不是学术研究而是一种社会现实。

这些国际组织的实践活动说明全球治理的权力来源于两个主要方向，其一是传统的民族国家统治权力的转移；其二是国内外民间或社会等部门的参与。^④ 国家将其权力向上（国际）、向下（民间组织）转移，开辟一个处理协调国际性事务的空间，从而形成全球治理。全球治理的组织实践带来了行政法国际化，行政法不再被认为是涉及到各国主权独立性绝对不可受到外界影响的事项。大家承认由于全球化治理带来了行政法的国际化，行政法制度在一定程度上可以相互交流，并制定共同的制度。

就我们上面所讨论的国际行政法产生的背景分析来看，

① See Richard Owen, *Essential European Community Law*, third edition, p 26.

② See Josephine Steiner and Lorna Woods, *EU Law Tenth Edition*, Oxford University Press, 2009, p 87.

③ See *Statskonsult*, <http://www.statskonsult.no/english/> (last visited Dec 17, 2005).

④ 除了传统的 NGO 之外，社会组织中最重要的就是大型跨国公司。公司对全球治理的推动。

我们认为国际行政法的产生是不可避免的，并且这一趋势是随着全球化以及全球化的分支法律与公共管理的全球化加强而不断加强。既然行政法的国际化是不可避免的，那么国际行政法的产生也就成为了历史的必然。^①

三、国际行政法的实现进路

从理论与实践操作上来说，国际行政法首先应当考虑的是在实践中所形成的实体法上的国际行政法，当在实体法上无法解决之时应当考虑如何以冲突规范来调整。因而，国际行政法实际上存在着三条实现的进路：其一，是实体法上的进路，也就是说在各国的行政法律制度中规定相同的或者类似的实体法规定；其二，是程序法上的进路，这是国际行政法与国际私法不同的一点，行政法的程序性规定远比私法的程序复杂，因而程序规定的统一也是国际行政法的一个重要方面；其三，是冲突法的进路，也就是说建立一定的冲突法规范，以冲突法的制度来实现国际行政法。

（一）实体法进路：各国行政实体法制度的统一^②

最为显眼的例子就是欧盟法超越各成员国的国内法，而成员国的法庭有义务将欧盟法在其国内实施。^③ 这样在欧盟范围内各成员国行政法在实体法上趋向制度的相对统一。其它一些例子，如世界银行要求各国申请世行金融资助的前提是申请国的公众应当参与到对所资助工程的环境影响评估中。行政参与是现代民主化与法制化的重要表现，世界银行的要求必然推动着全球范围内行政参与的实现。在世界银行与IMF等国际性的组织以及Basel Committee、IOSCO和IAIS等等政府间组织的努力之下，在过去的十年里全球金融法律行政法规标准大量产生。尽管行政法学者对这一现象存在许多争议，但它毕竟说明了全球范围内的行政法在实体规定上的统一趋势。

（二）程序法进路：各国在行政程序具体制度与程序精神上追求上一致

1989年“虾—海龟”案美国败诉后，各国行政法在程序方面的统一又前进了一步。该案体现了GATT1994第11条正当程序精神“（各国）在采取措施之时不得对在国际贸易中有着相同或相类似的情况的各成员国进行武断或者不合理的区分”。^④ 美国败诉实际上是美国进口壁垒被国际条约或者国际组织的法律原则所击败，即美国所设置的进口壁垒法律规定必须服从其所加入国际组织的法律原则。一般来说进口程序中的正当程序规定应当是一国国内立法范围内事项，与其它国家无关。然而在全球化环境之中这一情况可能就会演变为：先是国际范围内确立进口程序的正当程序要求，进而由国际而影响某一国国内进口程序立法。“虾—海龟”案说明在

全球化之中，国际行政法所要求的行政程序法律原则或制度会在相当程度上渗透到一国国内法中。^⑤ 实际上在国际行政法的趋势中各国行政程序都受到了国际条约限制。如要求各国行政程序应当遵守的原则有“对国内产品与进口产品的评估与控制程序应当一视同仁；在行政程序的设计上便利于当事人，并且不得在当事人提出申请之时在程序上有不合理的迟延；在程序上不得对当事人提出额外的要求；保密；合理并且合比例；对行政程序决定提供复议救济。”^⑥ 行政程序法上的统一反过来又会对行政法国际化产生推动作用，因为一些共同的行政程序法律原则如正当程序、法治程序等等可以适当促进超越国家范围的治理，从而推动各国将一部分权力转移到国际层面上来。

（三）冲突法进路：建立与完善冲突规则

传统的国际私法理论认为外国公法具有严格的属地性而不具有域外效力，因而在适用外国法时将公法规则一律予以排除。但这一主张后来受到一些学者的猛烈抨击。瑞士国际私法学家皮埃尔·拉利夫（Pierre Lalive）曾在上世纪70年代撰文论述这一问题，提出外国公法在一定条件下应予以适用的论断，该论断为1975年国际法研究院（institute de droit international 旧称“国际法学会”）威斯巴登会议通过的决议所采纳。^⑦ 该主张也在瑞士的国内法中得到了体现，如在瑞士国际私法典

^① 虽然目前还没有一个全球范围内统一的国际行政法理论，但国际行政法是最近几年全球范围内的行政法的研究热点，许多学者对此发表了看法。See *Bibliography of articles on Global Administrative Law topics*, http://www.iilj.org/global%5Fadlaw/gal__bibliography.htm (last visited Nov. 26, 2005) .

^② 当然该“统一”指的是一种趋势性的统一，基于各国独特法治状况，行政实体法完全一致统一是不可能的，但在一些基本制度层面的统一能够实现。

^③ See Josephine Steiner and Lorna Woods, *EU Law Tenth Edition*, Oxford University Press, 2009, p. 105.

^④ General Agreement on Tariffs and Trade, Art. XX, Oct. 30, 1947, 55 U.N.T.S. 194, 262, available at http://www.wta.org/english/docs__e/legal__e/gatt47__e.pdf (last visited Nov. 26, 2005) .

^⑤ 如中国虽然没有在法律文本中规定正当法律程序，但是在实践中法官会自觉运用正当法律程序来判案。参见何海波《司法判决中的正当程序原则》，《法学研究》2009年第1期。

^⑥ See Sabino Cassese, *GLOBAL STANDARDS FOR NATIONAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE*, Summer/Autumn 2005 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS Vol. 68: 109 .

^⑦ 陈卫佐：《瑞士国际私法典研究》，法律出版社1998年版，第42页。

《关于国际私法的联邦法》第13条规定：“本法对外国法的指定、包括依照该外国法应适用于案件的全部规定。外国法的适用不得仅以其规定被认为具有公法性质而予以排除。”外国行政法可以适用于在外国发生的事实（所谓的替代），也可以借用外国法规定的后果，当然基于主权的独立性，外国的行政活动可能具有事实要件的效果，但其公法上的请求权不能通过本国法院主张。^①

四、我国行政法的应对：行政法学发展方向性意义

我国在国际行政法理论方面研究比较薄弱，但国际行政法的产生是不可阻挡的趋势，回避国际行政法问题将导致我国在此问题上话语权缺失。实际上在国际范围内主要是各个发达国家对国际行政法进行研究，并且积极制定相关行为准则，因而在国际行政法领域可能呈现一种“富国制定规则，全世界遵守”现象。

要想改变被动局面，我国就必须积极参与到国际行政法规则制定中来。国际行政法产生如同国际私法产生一样，并不是几个国家在一起协商如何制定国际行政法，而是在国际交往之中依据国家影响来决定国际行政法规则如何制定。但是不同的国家在国际事务中有着不同的影响，对国际事务影响大的国家如果在国际行政法的形成过程中积极地对其施加影响，其当然结果就是该国的法律模式将对国际行政法有重大影响。所以，基于美国强大的影响力，美国学者认为可以从美国行政法入手来探讨国际行政法的法律模式，有“自下而上”以及“自上而下”两种方式来实现美国行政法对国际行政法的影响。^② 美国学者的这两条进路对我国行政法积极地参与到国际行政法的形成中有着重要的借鉴意义。实际上“在自由主义国际经济法律秩序内，输赢是轮流转的。”^③ 随着中国国家实力的增加，我国国际法律体系的影响是与日俱增的，我们也可以通过这两种进路来影响国际行政法的形成。

“自下而上”的进路指的是通过评估来筛选出国内行政法的更有效的控制手段以及其中超越国家的因素来扩展国内行政法效力范围。这样使得国内行政法中具有国际行政法因素部分能够在一定程度上实现国际行政法作用，即超越国家界限而对别国发生效力。美国法院通过依国际行政法的标准对国内行政机关决定进行审查来“净化”行政机关在美国国内的行为以使其能够符合美国所参加的国际条约所要求的行为标准。例如，美国行政机关可能会被要求在提出一项新国际行政法条款之前应当提供一份对该条款的讨论总结并且应当将该讨论的最终结论公布于众。进而这一行政机关还得提供该行政机

关在讨论以及作出最终结论中所处地位或者扮演了什么角色。反之，美国国内的法院可能会在司法审查中拒绝承认行政机关通过的国际行政法条款，因为其在作出决定之时没有达到上述正当程序要求。这样在各国都要求该国行政机关遵守正当程序要求的时候，国际行政法中正当程序要求可能会形成并且不断被别的国家所遵守。

“自上而下”的进路指的是各类国际行政法的实施主体在作出行为决定之时，应当选择那些能够促进各国行政程序透明化并且选择那些促进各国司法审查或者其它类似制度建立的行为决定，进而促使各国的政府义务得到实现。这一进路实际上是由具有一定国际行政法实施权力的主体对美国国内法施加影响。事实上国际组织在实施相应的行政活动之时往往会对参与该组织的国家国内行政法产生相应影响，UN、WTO、EU、IMF、WB等等类似例子不胜枚举。

“自下而上”与“自上而下”是相互关联的两条进路，一个是以国内法来影响国际行政法；另一个则是以国际行政法来影响国内法。目前，我国行政法表现得比较消极，我国行政诉讼法只规定了“自上而下”进路而没有规定“自下而上”进路，如我国《行政诉讼法》规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”^④ 从其规定来看我国是承认“自上而下”进路来对我国行政法产生影响，这与我国《行政诉讼法》制定的当时1989年国家实力是相适应的。^⑤ 国家实力不足就不能在世界上发挥重要影响，而不能发挥影响就自然无法对国际行政法的形成产生一定作用。

而我国在2002年通过司法解释间接地认可了“自下而上”的进路，如规定“人民法院审理国际贸易行政

① 参见[德]沃尔夫等著《行政法》，高家伟译，商务印书馆2002年版，第292页。

② Richard B. Stewart, U. S. ADMINISTRATIVE LAW: A MODEL FOR GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW? Summer/Autumn 2005 A MODEL FOR GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW? Vol. 68: 63, pp. 71-73.

③ See G. J. Ikenberry, *After Victory: Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order After Major War*, Princeton University Press, 2002, p. 268.

④ 《中华人民共和国行政诉讼法》第72条，1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过。

⑤ 1990年我国经济总量在世界上排名第10位。2001年我国经济总量已跃居世界第6位，进入世界“重量级”阵容。参见《国家统计局副局长邱晓华评点中国发展十大跨越》，<http://www.china.org.cn/chinese/2002/Sep/204376.htm> (2005-11-27最后访问)。

案件，应当依据中华人民共和国法律、行政法规以及地方立法机关在法定立法权限范围内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规。地方性法规适用于本行政区域内发生的国际贸易行政案件。”^①这一规定与我国2001年加入WTO以及中国的国家实力大大加强有直接的关系。中国此时的规定体现了其渴望加入国际社会并对国际社会产生自己独特影响的愿望。

其后，在关于反倾销与反补贴的司法解释中又作出了“人民法院审理反倾销、反补贴行政案件，可以参照有关涉外民事诉讼程序的规定。”^②该规定在实质上规定了国际行政法的冲突规范，尽管该规定只处于不是十分积极的“参照”地位。我国《民事诉讼法》规定中没有对反致问题作明确规定，但最高人民法院1987年发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第2条第5款规定：“当事人协议选择的或者人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行的实体法，而不包括冲突法规范和程序法。”一般认为，这一规定表明，中国在合同领域不接受反致。此外，最高人民法院1988年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第178条第2款规定：“人民法院在审理涉外民事关系的案件时，应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。”对这一规定是否意味着排除反致制度在理论界尚有不同看法。这一规定隐含着不采用反致，因为该规定明确确定，中国法院在处理涉外民事案件时，只应按照《民法通则》第八章中的冲突规范确定应适用的外国实体法，而不包括外国的冲突规范。^③

虽然我国行政法律制度中可以“发现”一定的与国际行政法产生趋势相适应的制度，但我国行政法学界并没有意识到这一问题。如同美国司法审查制度产生初期一样，虽然在1803年Marbury v. Madison案之后美国在

理论与制度上确立了司法机关对立法机关的审查制度，但是在相当长一段时间内美国并没有产生相应案例，司法机关对立法机关的审查制度处于暂时“冬眠期”，我国行政法对国际行政法的影响目前也基本处于“冬眠期”。

五、结语

国际行政法方兴未艾，在加入WTO后这一全新领域对我国来说尤为重要。传统国际私法的形成之中我国并未参与到国际活动中来，故国际私法所形成的规则我国只能去被动遵守。而国际行政法却是一个新兴方向，我国积极参与必然推动着全球范围内国际行政法的形成，并且我国的行政法会对国际行政法产生应有的影响。

从学术研究领域来看，我国目前尚无独立的国际行政法学科，新兴的国际行政法必然会催生我国独立的国际行政法学科产生，至少首先会在行政法学领域产生相对独立的研究领域。

本文作者：西北政法大学讲师，中国政法大学2009级博士研究生
责任编辑：赵俊

① 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》（法释〔2002〕27号）第7条。

② 参见《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》（法释〔2002〕35号），第11条；《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》（法释〔2002〕36号），第11条。

③ 黄进：《中国国际私法》，三联书店（香港）有限公司1998年版，第120页。

On the Emergence of International Administrative Law

—From the Perspective of Global Governance

Peng Tao

Abstract: Global governance propels the internalization of public administration and administrative legal system; therefore it is inevitable that international administrative law emerges. In substantive law international administrative law tends to converge between countries that agree to apply international administrative law domestically, while in the procedure it appears to apply foreign administrative law based on Transmission. In the face of the emergence of international administrative law, we should do something positively; otherwise we will lose a good opportunity to participate in making rules in the process of globalization. We have some fundamentals to handle this trend, but we are lack of practice in this field

Key words: global governance; Administrative legal system; public administration; international administrative law