

# 藩篱的跨越：行政法的国际面向

姚金菊

---

**摘要：**行政法传统上属于国内公法，其与国际法处于一种疏离关系，这种国内公法与国际法的观念藩篱其来有自，自晚明至晚清乃至当代一直存在，但从现实及问题的发生与解决来看，国际法源于国内法，包括行政法在内的他国国内法影响并建构着国际法，国际法也在影响着国内行政法在内的国内法。行政法尤其是中国行政法从产生之初就具有国际面向，而今天的中国也需要通过行政法与国际法的深入持续对话，跨越观念的藩篱，发现并且重新认知行政法的国际面向，发挥行政法的功能，为中国走出去战略和参与全球治理、构建人类命运共同体贡献力量。

**关键词：**国际法；行政法；藩篱；国际面向

[中图分类号] D912.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)04-0094-16

---

## 引言：熟悉而被忽视的藩篱

观念藩篱的存在而不自知，甚至往往因为熟悉而以为理所当然。这一观念藩篱如果说在公法与私法的分界上已有所超越的话，当在国际法/国内法框架下谈及公法/私法时，国际公法与国内公法尤其是行政法所存在的藩篱尚未被充分认知。在经济全球化时代，行政法国际面向日益突出，与国际法的关系正是其国际面向的体现。

自古罗马乌尔比安提出公法私法划分，虽然分类标准见仁见智，甚至有私法公法化和公法私法化之谓或者社会法领域出现，但公私法这一分类仍被广泛接受。与公私法划分相映成趣的是国际法与国内法的划分，且在很大程度上公私法的划分都是在国内法的语境下存在的。但考诸历史，不难发现，伴随鸦片战争而为近代中国所熟知的不平等条约所带来的变化并未真正触动古老清帝国的观念；第二次鸦片战争后洋务派开始的自强运动从器物层面改革，直至八国联军入侵后晚清政府的关注点方由器物而制度乃至文化，开始真正探索法律改革。<sup>〔1〕</sup>国际法最初以坚船利炮为依托

---

〔作者简介〕姚金菊，法学博士，北京外国语大学副教授。

〔基金项目〕北京外国语大学一流学科建设项目“行政国际合作法律机制研究——兼论公法的全球面向”（项目批准号为YY19ZZA004）。

感谢对外经济贸易大学法学院举行的国际法与行政法对话工作坊，使我有机会整理所思。本文写作中与李帅博士、杨科雄博士的交流激发了写作灵感，何海波教授提示的问题意识使我警醒，在此一并感谢。当然，文责自负。

〔1〕陈新宇、陈煜、江照信：《中国近代法律史讲义》，九州出版社2016年版，作者谨识及第1页。

打开中国国门，但谈及近代法律改革，却仍多是从以立宪为基础的国内法视角出发。从历史源头找寻，在某种程度上恰恰是当时明清政府管理这一现代行政法调整的范畴，影响乃至决定了近代中国的走向。如果以百年为界，在自16世纪开始的晚明大变局、晚清大变局以及当今世界大变局的情势下进行以国际法与行政法为核心的宏观法治考察，比较二者的相互影响与作用，体悟二者之间的关联，同时对美国行政法与国际合作作初步研究，则相信对我国能有所助益。

## 一、国际法与行政法无形的藩篱：晚明与晚清的历史考察

当今世界正处于百年未有之大变局。影响近代中国的历史大变局其实早在晚明时期就已经初见端倪，因为晚明的大变局“不是中国内部悄悄发生，而是有着世界背景的，或者是说在世界潮流的激荡下逐渐显现的”。<sup>(2)</sup> 将国际法与行政法的对话延伸至这一历史时空，是站在中国乃至世界、站在当前全球化单边与多边主义大变局之中的理性思考。

### （一）晚明中国：尚未意识到法治文明

明朝建立之初即实行严厉的海禁政策，禁止人们私自出海，与海外各国交往，只留下官方通道保持国家之间的贸易往来，且被严格限制在朝贡体系内，对贸易往来的时间、地点和物品均有限制，但严厉的海禁政策不仅未能杜绝反而加剧了走私贸易。1514年（明武宗正德九年），葡萄牙人出现在东南沿海附近的海面，中国人首次开始同西方直接交往。嘉靖年间的浙江地方政府严格执行该海禁政策，虽有一时收效，但反弹激烈，“由于对大航海时代的全球化贸易形势一无所知，以为凭借高压就可以堵塞海外贸易的潮流”，未能反思“海禁政策本身的合理性”，以致地方长官自杀身死，虽令人叹息，但却是历史局限性的必然。<sup>(3)</sup> 甚至臭名昭著的“倭寇”的出现也是该政策施行的结果，政府决策偏狭，推行政策偏颇，不能详察民情，海禁损害民益，使民失其所依而沦为盗患。以当代法治话语而言，政府决策不科学，执行愈严苛愈容易激发矛盾，明朝早期制度的实施不考虑世界形势，已经为未来失败埋下伏笔。

1567年明朝批准开放海禁，允许商民开展对外贸易，走私贸易转化为合法贸易，“封闭的‘天朝’卷进了全球化贸易浪潮之中”。<sup>(4)</sup> 葡萄牙以澳门为中心的转口贸易已经把中国卷入全球贸易网络，初步显露了西方概括的“丝—银对流”。<sup>(5)</sup> 面对与中国在马尼拉出现的贸易冲突，西班牙政府为维护自身利益在马尼拉划定华人集中居住地以便强化管制，并对华商颁布了诸多禁令。<sup>(6)</sup> 1589年西班牙政府批准了针对中国的在贸易季节来临前商讨统一所有中国商品价格程序的潘卡达制度<sup>(7)</sup>，

---

(2) 樊树志：《晚明大变局》，中华书局2015年版，第1页。

(3) 尽管樊树志教授还谈及朱纨低估了海上走私贸易集团盘根错节的强大势力的影响，但这其实更多是未能从根本上认识海禁政策的弊端所衍生的后果而非原因。有关此可以参见樊树志：《晚明大变局》，中华书局2015年版，第10-38页。

(4) 樊树志：《晚明大变局》，中华书局2015年版，第94-102页。

(5) 樊树志：《晚明大变局》，中华书局2015年版，第96页。

(6) 樊树志：《晚明大变局》，中华书局2015年版，第118-119页。

(7) [英] 崔瑞德、[美] 牟复礼：《剑桥中国明代史 1368-1644年（下卷）》，中国社会科学出版社2006年版，第332页。

此时虽然中国贸易占据优势，但明政府并未对从事海上贸易的商人予以保护，甚至一度请求与西班牙合作剿灭袭击马尼拉的中国海商。<sup>(8)</sup> 尽管地理大发现以来的海上贸易“促使中国更深卷入世界经济事务”，但民间对外贸易并未得到明朝的保护，此时中国政府并未能够从全球的角度注重本国公民及贸易的海外利益保护，有关制度也付诸阙如。

从国内来看，约在 1578 年对外贸易中心开始逐渐由澳门转到广州。广州在 16 世纪间断地禁止和开放对外贸易，地方政府拟定了控制对外贸易的详细办法，规定外国人必须在指定的地区内居住，对不遵守强制办法的外国人不提供服务和生活用品。对于全球化带来的外国人管理问题，明朝政府的做法为后来的清政府所承袭。

在明朝尤其是晚明以来中国虽然进入“全球因素增加的过程”<sup>(9)</sup> 即“全球化”，而且德裔美国学者弗兰克还专门提出要“重视经济全球化中的东方”，但从政府应对的现实来看，无论对内还是对外，都还缺乏一种基于对世界局势把握的有意识的理性制度建构。尽管已经有“西学东渐与放眼看世界的先进中国人”<sup>(10)</sup>，但伴随着天主教在中国境内传播的，多是科技知识，与晚清改革之初重视“师夷长技以制夷”的学习科技异曲同工，只不过前者是传教士以科学技术有意识地吸引民间，正如利玛窦所言“在中国，通过我们的科学，就能收获累累硕果”<sup>(11)</sup>，以至于要求耶稣总会“派数学家并随身带科学书来北京”<sup>(12)</sup>，但政府方面的回应始终有限，即使允许汤若望等传教士参与政府的设局修历，但并未涉及制度层面变革；后者则是被西方坚船利炮打开国门之后政府一种有意识的自我改造。二者面对西方科技都作出了反应，但由于历史局限，都未能也不可能关注到科技背后的政治革命及隐藏其后的法治因素。<sup>(13)</sup>

而与此同时，16 世纪近代国际法已在欧洲出现，并于 17 至 18 世纪形成体系。伴随着地理大发现，国际法开始关注海洋自由、殖民地争夺及无主地取得等新课题。欧洲三十年战争在 1618 年（明万历四十六年）开始，最终形成了国际法历史重要里程碑的 1648 年（清顺治五年）《威斯特伐利亚合约》。<sup>(14)</sup>

## （二）晚清中国：法治文明意识的萌发

清朝较之明朝开始实行更为严厉的海禁政策。1793 年马嘎尔尼来华，1816 年阿美士德使团旨在推动和平谈判的努力失败，加之私人贸易的增长，广州贸易体系逐渐崩溃。外国与清政府的冲突可谓其来有自。1831 年（道光十一年）的《外夷防范章程》规定外商不得携带妻子居住。以广

(8) 有关中国海商林凤袭击马尼拉事件，参见樊树志：《晚明大变局》，中华书局 2015 年版，第 116-118 页。

(9) [美] 罗伯特·基欧汉、约瑟夫·奈：《全球化：来龙去脉》，陈昌译，载《国外社会科学文摘》2000 年第 10 期，第 26 页。

(10) 樊树志：《晚明大变局》，中华书局 2015 年版，第 349 页。

(11) 利玛窦语，引自樊树志：《晚明大变局》，中华书局 2015 年版，第 175 页。

(12) 有关传教士在晚明中国的活动，可以参见樊树志：《晚明大变局》，中华书局 2015 年版，第五章。

(13) [美] 斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：从史前史到 21 世纪》（第 7 版修订版），吴象婴、梁赤民、董书慧、王昶译，梁赤民审校，北京大学出版社 2006 年第 2 版，第 399 页。

(14) 杨泽伟：《宏观国际法史》，武汉大学出版社 2001 年版，第 66-67 页。

州体制为代表的外国人管理体制背后，“对洋人活动所实施的诸多限制”和“法律实施的问题”早就构成冲突的根源，西方“正当法律程序”和独立于政府的司法机关的缺乏以及所谓“负责原则”等都成为中西贸易交流中的礁石暗流。<sup>[15]</sup> 尽管不能否认清朝与外国的冲突实际上与对中国境内外国人的管理相关<sup>[16]</sup>，但随着西方势力的增强与清朝闭关锁国的自大，中西冲突势不可免。

第一次鸦片战争时林则徐广东禁烟面临境内涉外执法问题，中国政府是否有权没收外商鸦片？面对全球时代来临的茫然无措，在林则徐以国际法据理力争之后，最终仍然以《南京条约》签订而告终。作为第二次鸦片战争导火索的亚罗号事件也涉及政府的执法权问题。亚罗号是注册在英国的由中国香港商人所有的商船，在中国境内航行时中国行政官员进行检查，但被英国官员借口中方损毁悬挂在船头的英国国旗为予以介入。虽然到目前为止，是否悬挂英国国旗这一事实尚有争议，但当时在英国注册的船只刚刚过保护期却是不争的事实。实则，清朝当局根本没有查验船只注册证，未能提出该船已经不是英国船只，清朝享有执法权。<sup>[17]</sup> 这都再次反映了中国政府在境内行使行政执法管辖权存在问题。

两次鸦片战争的失败使得清政府意识到必须学会与西方共处，甚至乐观地以为从前视为“耻辱的条约现在变成一张用来确定最大让步底线的有用工具，超过底线，中国不能同意，洋人在法律上也不能逾越”，美英驻华公使也提倡对中国的“合作政策”，这种外交的改良在1861年“统筹全局酌拟善后章程”中得到了体现，作为中国近代外交机构滥觞的总理各国事务衙门就此设立，并存在了40年。赫德担任海关总税务司期间发展了国际性的中国海关机构。组织机构意义上的行政法已经开始出现，而且是在国际影响下发生的。期间，总理衙门利用国际法知识解决了普鲁士公使捕捉与其正在交战的丹麦商船的无理要求。可以说，清朝行政机关在外来压力之下开始了近代化进程，并且逐渐有意识地运用国际法知识维护国家利益。<sup>[18]</sup> 此后，以使臣为代表的外国政府在中国近代化过程中一直发挥着重要影响，如丁韪良、李提摩太等；在外力的影响下清末行政法开始发展，政府机构和选官制度开始变化，现代意义上的行政机构开始建立，传统六部只剩下吏部和礼部，并在原有行政法律规范的基础上进行了系列修订和制定行政法规的活动<sup>[19]</sup>，包括比较系统地规定了新设或调整后中央和地方行政机关的建制、职掌及一般办事规则，废除科举考试，规定选拔任用官吏的办法，虽然带有过渡性特征，但无疑已经开始了法律近代化的转型。

---

[15] “负责原则”意思主要是指总督对辖区内发生的所有事端负有责任，包括水灾或者洋人扰乱等。为求自保，总督无情地通过最严格的规程来约束外国人。该原则推而广之，行商有责任“担保”洋商行为得体，外国社会领袖有责任管束其同胞，并将应中国官宪之请交出案犯，无论在具体案件中洋人自己的判断如何。对此，徐中约指出，“中国政府坚持在中国犯罪的洋人应按中国的法律受审，但另一方面外国人则要求不受中国法律的管辖，并不是因为外国人否认属地管辖的普遍原则，而是由于中国法庭处置案件的奇怪方式和判决的严峻”。参见徐中约：《中国近代史：1600-2000 中国的奋斗》，世界图书出版公司2013年版，第109页。

[16] 徐中约：《中国近代史：1600-2000 中国的奋斗》，世界图书出版公司2013年版，第99-119页。

[17] 有关亚罗号事件，可以参见徐中约：《中国近代史：1600-2000 中国的奋斗》，世界图书出版公司2013年版，第146页；[日]陈舜臣：《中国的历史》（第七卷），郑民钦译，海峡出版发行集团、福建人民出版社2013年版，第118-119页。

[18] 徐中约：《中国近代史：1600-2000 中国的奋斗》，世界图书出版公司2013年版，第192-198页。

[19] 曾宪义：《新编中国法制史》，山东人民出版社1987年版，第371页。

晚清尤其是甲午战争之后，法治文明开始进入中国视野，中国开始反省自身现代化进程中的狭隘性，清楚意识到“中国必须拓宽对西方的认识 and 了解，不能仅仅局限于军事和工业技术，而应包括政治体制、经济体系、社会结构、科学和哲学思想等方面的研究”。<sup>(20)</sup> 具体体现在法学教育方面，依据《奏定进士馆章程》（1904年1月13日），进士馆设定之初即开设法学学科，第一学年所授科目为“法学通论、各国宪法、各国民法”，第二年为“商法、各国刑法、各国诉讼法、警察学、监狱学”，第三年为“各国行政法、中国法制考大要”，虽然未开设国际法相关科目，但在学科上则在第二年开设交涉学科，科目有国事交涉、民事交涉，实际为国际法学。

不过，无论国际法还是宪法行政法，在近代引入开始都不可能脱离工具主义价值，受制于中国追求独立富强的首要目标。“国际法输入中国并非一个单向的过程，而是中国传统的对外秩序与西方的对外秩序碰撞和消长的过程”<sup>(21)</sup>，对来华外国人的管理与审判构成近代中外冲突有代表性的争议点之一，反映出中国境内涉外执法主权与西方国际秩序的冲击。

### （三）小结

总体来说，近代以来中国一直处于对国际法律的适应与学习过程之中，西方一直占据对包括“国际法”和“行政法”建构知识的垄断地位，中国较少能够在国际立法中享有话语权<sup>(22)</sup>，尽管在战后中国人在国际法制定及适用中并非没有发挥作用，尤其在民国时期旧金山会议代表团对联合国宪章部分条文作出了重要贡献<sup>(23)</sup>，但对这种作用的关注不足，同时受制于整体国家独立富强繁荣的程度。这种情况可以说基本持续到新中国成立乃至改革开放之后。

## 二、国际法与行政法藩篱的形在与神在：当代中国的实证考察

新中国成立后尤其是改革开放以来，伴随着中国的发展，中国法治建设也进入了一个新阶段，但国际法与国内法疏而不亲。“通过国际法的引进，中国放弃了一种（或一套）对其在世界上所扮演角色和地位的想法模式，转而进入了另一种视自己为‘国际大家庭’一员的新模式”<sup>(24)</sup>，这依然符合当今中国的现实。但是，中国在注重适应国际规则的同时，逐渐开始注重参与国际法律秩序的建构，这在中国改革开放后尤其是加入世界贸易组织（简称“入世”）以来体现得尤为明显，以至于从实践层面来看，行政法与国际法尽管在执法工作中已具备同气相连的特征，但体现在研究上仍然是墙里墙外各表一枝。

(20) 徐中约：《中国近代史：1600-2000 中国的奋斗》，世界图书出版公司 2013 年版，第 315 页。

(21) 曾涛：《近代中国与国际法的遭遇》，《中国政法大学学报》2008 年第 5 期，第 111 页。

(22) 该文提出，“开展古代中国主导的‘国际法’研究，也能为中国参与国际治理提供有理有力的历史借鉴，有助于打破西方对‘国际法’建构知识的垄断，提高国际立法中的话语权”，实际上承认了西方法治文明的话语权主导现实。汤岩：《古代中国主导的国际法：理念与制度》，《中南大学学报（社会科学版）》2015 年第 5 期，第 104 页。

(23) 杨泽伟：《宏观国际法史》，武汉大学出版社 2001 年版，第 434-436 页；化国宇：《国际人权事业的中国贡献：张彭春与〈世界人权宣言〉》，中国政法大学出版社 2015 年版，序言。

(24) [挪威]鲁纳、施清婧：《改变中国的国际定位观：晚清时期国际法引进的意义》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2009 年 4 期。

中国履行“入世”承诺的过程其实就是一个不断加大开放、接受国际法律秩序的过程，同时也是一个不断改革国内市场、建设法治政府并努力参与国际法律秩序建构的过程。从我国法治实践来看，行政法的国际面向体现在中国共产党历次代表大会报告中的有关论述以及行政法律制度建构之中。

### （一）历次中国共产党代表大会报告的国内国际考量

改革开放以来，中国共产党历次全国代表大会报告中都会对国内国际局势作出判断并明确相应的原则。其中，扩大对外开放、改善投资环境是一以贯之的主题，伴随完善涉外经济立法要求的背后是对外经济贸易体制改革的深化。<sup>〔25〕</sup>对外开放的体制对国内改革提出了更多的要求，如法规和政策的透明度要求虽然首先在外商投资领域提出，但最终推行至整个涉外经济管理体制<sup>〔26〕</sup>，党的十六大报告明确了入世对中国国内法治建设尤其是涉外经济管理体制。<sup>〔27〕</sup>在党的十六届三中全会报告中已经注意到内外法律制度的统一，强调“按照市场经济和世贸组织规则的要求，加快内外贸一体化进程”，同时提出“健全对境外投资企业的监管机制”，对我国政府的境外监管能力提出了要求。此后党的十七大、十八大和十九大都继续强调深化改革和对外开放，统一内外资法律制度。<sup>〔28〕</sup>党代会报告中对外交等国际事务的立场从强调利用和平环境发展本国、遵守国际规则的态度逐渐转变为有意识的推动者、参与者乃至倡导者<sup>〔29〕</sup>，“推动国际关系民主化”“推动国际秩序和国际体系朝着公正合理的方向发展”“积极参与国际规则制定”等更为积极主动的态度。中国对国际规则运用日益娴熟，从被动遵守到主动“坚持”甚至“支持”<sup>〔30〕</sup>，强调“中国将继续发挥负责任大国作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国智慧和力量”，中国在外部压力下对国际法的被动遵守、对外资的单独对待到国内法（主要是政治和行政体制改革）的主动适应，内外资法律制度的统一，已经有意无意地开始了国际法和行政法的对话，并且逐渐开始注意通过法治方式对中国公民及企业的海外利益予以保护。

### （二）我国国内立法注重国际法和比较法考量

包括行政法在内的我国国内立法一向非常注重国际法和比较法的考量。例如，《中华人民共和

〔25〕 1987年党的十三大报告提出：“要进一步健全涉外经济立法，落实优惠政策，改善投资环境……。”1992年党的十四大报告提出：“深化外贸体制改革，尽快建立适应社会主义市场经济发展的、符合国际贸易规范的新型外贸体制。”1997年党的十五大报告提出：“深化对外经济贸易体制改革……完善和实施涉外经济贸易的法律法规。”

〔26〕 2002年党的十六大报告提出：“坚持‘引进来’和‘走出去’相结合，全面提高对外开放水平。……改善投资环境，对外商投资实行国民待遇，提高法规和政策透明度。”党的十六届三中全会提出，“形成稳定、透明的涉外经济管理体制……”。

〔27〕 2002年党的十六大报告指出：“五、政治建设和政治体制改革：加强社会主义法制建设。……适应社会主义市场经济发展、社会全面进步和加入世贸组织的新形势，加强立法工作，提高立法质量，到2010年形成中国特色社会主义法律体系。”

〔28〕 党的十八届三中全会报告指出：“放宽投资准入。统一内外资法律法规，保持外资政策稳定、透明、可预期。”

〔29〕 党的十九大报告指出：“中国秉持共商共建共享的全球治理观，倡导国际关系民主化，坚持国家不分大小、强弱、贫富一律平等，支持联合国发挥积极作用，支持扩大发展中国家在国际事务中的代表性和发言权。中国将继续发挥负责任大国作用，积极参与全球治理体系改革和建设，不断贡献中国智慧和力量。”

〔30〕 党的十八届三中全会报告指出：“加快自由贸易区建设。坚持世界贸易体制规则，坚持双边、多边、区域次区域开放合作……。”

国商标法》<sup>(31)</sup> 的制定及几次修改背后的商标行政管理体制及商标行政诉讼的改革,充分体现了国际法和比较法的考量,特别强调了国内管理体制及行政法制要符合适应国际法。“我们从有利于发展社会主义商品经济和健全社会主义法制出发,本着立足于国内同时兼顾国际惯例的精神。”<sup>(32)</sup>“为了更好地贯彻深化改革和扩大开放的方针,进一步完善我国的商标制度,并与国际上通行做法相衔接,以适应我国发展社会主义市场经济的需要,有必要对《商标法》作适当修改。”<sup>(33)</sup> 2000 年修改《商标法》,“从完善现行商标保护制度考虑,主要是按照我国对外承诺,对现行商标法与世界贸易组织有关知识产权保护规则存在差距的条款作修改”<sup>(34)</sup>,将原来规定的商标终局裁决改为可以提起知识产权行政诉讼。<sup>(35)</sup>

环境法律法规更是落实国际法的体现。1992 年 6 月,我国政府签署了《联合国气候变化框架公约》,同年全国人大常委会正式批准。此后全国人大常委会先后制定和修订了节约能源法、可再生能源法、循环经济促进法、清洁生产促进法、森林法、草原法等一系列与应对气候变化相关的法律,并且专门通过决议指出,应对气候变化是我国经济社会发展面临的重要机遇和挑战,加强应对气候变化的法治建设,积极参与应对气候变化领域的国际合作。<sup>(36)</sup> 同时伴随国内经济发展,环保日益受到重视,中央层面环保机构设置由环保局到环保总局、环保部直至生态环境部,地位由从属到独立并日益重要,环境执法力度不断加强,环境公益诉讼已经确立。为履行《烟草控制框架公约》,卫计委重修《公共场所卫生管理条例实施细则》,《全国无烟广告城市认定实施办法》由卫计委和国家工商行政管理总局联合印发;多地出台地方性法规和地方政府规章规定公共场所禁烟事宜。

### (三) 行政法律制度建构变革直接与国际法相关

从具体制度来看,行政法律制度的构建既有国内宪法引领的社会主义法律体系建立完善因素,也有国际法律制度的影响,但这种影响往往囿于宏观背景之中或者被比较法因素所遮掩。

第一,我国行政法律制度变革不仅有比较法的考量,很多甚至是履行国际法义务的直接产物。2001 年“入世”以来,中国制定新法,修改旧法,完善司法解释,这一系列行为在很大程度上根源于履行中国签订的“入世”承诺议定。理论上而言,国际法往往构成修改国内法制定修改的重要理由,尽管这种国际法的深层原因不像比较法那样受到足够重视,往往被国内行政法律制度建构者和研

---

(31) 商标当然是知识产权问题,但《中华人民共和国商标法》涉及的不仅是知识产权问题,还有知识产权行政执法及行政诉讼问题。

(32) 1982 年 8 月 19 日在第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上工商行政管理总局局长任中林关于《中华人民共和国商标法》(草案)的说明。

(33) 国务院关于提请审议《中华人民共和国商标法修正案(草案)》的议案(国函〔1992〕191号)。

(34) 2000 年 12 月 22 日在第九届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上国家工商管理总局局长王众孚关于《中华人民共和国商标法修正案(草案)》的说明。

(35) 有意思的是,在立法说明中并未采用已经为《中华人民共和国行政诉讼法》及学界所认可的行政诉讼法,而是采用了“司法审查”的说法,这反映了部门立法中的协同不够。

(36) 全国人民代表大会常务委员会关于积极应对气候变化的决议(2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过)。

究者忽视，但在立法中仍能够找到踪影。如前述《中华人民共和国商标法》修改直接关系到行政诉讼法受案范围的变化。2003年《中华人民共和国行政许可法》的制定，在“立法期间，几次召开国内外专家参加的论证会，研究了美国、德国、日本等国的行政许可制度”，更是国际法直接影响行政法的典型事例之一。“按照世贸组织协定和我国对外承诺，行政许可应当以透明和规范的方式实施，行政许可条件和程序对贸易的限制不能超过必要的限度，中国工作组报告书对服务贸易的行政许可程序提出了九条明确要求。因此，制定行政许可法，对于巩固行政审批制度改革成果，履行我国对外承诺，进一步推进行政管理体制变革，从源头上预防和治理腐败，都有重要意义。”<sup>(37)</sup>

第二，行政组织制度对经济全球化和国际法“挑战”的回应。我国行政组织的设置及职权也在随着全球化进程和国际法的调整而变革。典型的如商务部的设立，随着内外贸易统一或分开体制的变革，从1948年的华北人民政府工商部到2003年机构改革前的国家经济贸易委员会（为国务院组成部门，负责调节近期国民经济运行的宏观调控部门）和对外贸易经济合作部（主管对外贸易与经济合作的国务院组成部门），最终2003年商务部组建，内贸和外贸从分管模式走向统一管理模式，符合我国贸易发展需要和世界趋势。前身为总理衙门、《辛丑条约》签订后设立的外交部，在新中国成立前后的机构改革中地位都没有变化，时至今日也依然在国务院组成部门中居于首位。此外，现行国务院组成部门几乎都有国际交流合作司（局）内设机构。这种行政机关内部机构设置上的内外有别，有利于对外事务的集中应对，减轻国际国内协调沟通的成本。

第三，行政执法对国际法和经济全球化的回应，全球化对国内行政执法的挑战及所作的回应。随着全球化进程的不断加深，人员、资本流动的加强，一国政府行政管辖的范围也在变化，出现了属人管辖、属地管辖、普遍管辖和保护管辖的内容。从中国境内来说，随着“走出去”战略的实施，中国公民和企业海外利益的保护问题日益突出，执法安全国际合作不断探索；“引进来”战略的实施，涉外事务和外商投资的平等保护问题也同样突出。对此，一方面，中国行政机关和国外行政机关通过包括协议合作执法等方式应对可能风险、加大对海外公民利益保护。例如，2009年中国工商总局提出行政机关开展国际合作应对国际金融危机、防控甲型H1N1流感，与多国部门签署了合作谅解备忘录，重点开展与外国有关机构建立制度性合作关系的工作，采取多种形式建立和规范对外合作框架，明确了开展市场监管执法合作的对象、领域及相应的方式、内容<sup>(38)</sup>；2016年，公安部与意大利警方合作在罗马米兰两地开展联合巡逻。另一方面，中国不断完善本国行政法治，尽力消除内外之别，如将最早外贸领域的清单制度成功引入国内行政法治，规定政府权力清单、责任清单和负面清单，效果显著。同时，通过加强立法等方式确定行政机关的管辖权。例如，2015年以来先后通过修改《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国境外非政府组织境

---

(37) 2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上，国务院法制办公室主任杨景宇关于《中华人民共和国行政许可法（草案）》的说明。

(38) 周伯华：《认真履行职责 全力抓好落实为促进经济平稳较快发展不断作出新贡献——在全国工商行政管理局长座谈会上的讲话》，2009年7月10日；付双建：《在全国工商行政管理局长座谈会上的讲话》，2009年7月10日。

内活动管理法》《中华人民共和国国家情报法》，对境外主体在中国境内活动乃至境外主体在境外活动对中国安全造成威胁的也可以采取措施。当前已经有行政机关在执法过程中也探索性地行使管辖权在执法过程中实现中国法域外适用的目标。<sup>(39)</sup>

第四，行政程序对国际法和经济全球化的回应。《中华人民共和国政府信息公开条例》2007年制定并于2008年实施，2019年首次修订，政府信息公开成为常态，最初由国际法上要求的外资管理透明度深切地落实在国内行政法律制度之中，并增强了中国行政主体运用国际规则的能力。我国在行政管理过程中对于涉外问题都极为慎重，体现了行政法与国际法的微妙关系，在行政内部程序方面体现尤为明显。如《国务院办公厅关于进一步规范部门涉外规章和规范性文件制定工作的通知》（国办发〔2006〕92号）指出：“国务院有关部门制定或者联合制定规章、规范性文件，有下列情形之一的，在正式发布前应当向国务院请示报告：（一）涉及对外开放的方针性、政策性、原则性的制度设定或者调整的；（二）专门规范外国人和外国企业、组织及其活动的制度设定或者调整的；……国务院各部门制定涉外规章和规范性文件，应当按照国务院《全面推进依法行政实施纲要》的要求，提高制度建设质量，广泛听取意见。”

第五，行政救济制度对国际法和经济全球化的回应。2001年我国入世后对行政诉讼立法明显，最高人民法院2002年先后出台《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）、《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〕35号），“第一次明确我国人民法院承担对国务院主管部门反倾销、反补贴行政行为进行司法审查的重要职责，对人民法院适应加入世贸组织后的新形势，完善我国司法审查制度”<sup>(40)</sup>发挥了重要意义。2014年《中华人民共和国行政诉讼法》修改，千呼万唤的行政规范性文件的附带审查终于落地，但在某种程度上这不仅是国内行政法治的必然选择，也是我国声明要遵守世界贸易组织（WTO）规则的实际体现，WTO中的贸易政策审查实际上源于司法审查的行政规范性文件审查。近期，我国商务部表示我国将建立不可靠实体清单制度<sup>(41)</sup>，这也对行政诉讼提出了现实的挑战，是行政法需要回应的问题。

---

(39) 如上海市工商局机场分局处罚缤客（BOOKING）公司案。2018年12月24日，上海市工商局机场分局对注册地在荷兰的Booking.com B.V.公司作出罚款20万元的行政处罚决定。经机场分局查明，该公司在自有网站www.booking.com上发布上海建浦江皇冠假日酒店、西安唐隆国际酒店、新天地朗廷酒店等酒店信息，宣称上述酒店为“五星级”，但上述酒店事实上并未取得“五星级旅游饭店”资质。该公司在“春秋航空”App和“中国东方航空”微信上设置了链接，中国用户可以通过链接登录该公司网站完成酒店预定，酒店预定业务的咨询及销售事宜也由该公司负责。机场分局认定，此行为构成对当事人提供的商品（服务）性能或质量的虚假宣传行为，违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第8条第1款的规定。上海市工商局机场分局在本案执法过程中对《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条作出了较为灵活的理解，较为大胆地将《中华人民共和国反不正当竞争法》中所指的“经营者”扩大到中国境内的法人组织。这一做法不仅保护了中国境内消费者的利益，也并未引起相对人的异议，从而有效实现了中国法域外适用的目标和功能。参见廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019年第3期，第177页。

(40) 最高人民法院公布反倾销反补贴司法解释，<http://www.china.com.cn/chinese/2002/Dec/241382.htm>，最后访问时间：2019年6月10日。

(41) 根据《中华人民共和国对外贸易法》《中华人民共和国反垄断法》《中华人民共和国国家安全法》等有关法律法规，中国政府决定建立不可靠实体清单制度，将那些基于非商业目的对中国实体实施封锁断供或其他实行措施对中国企业或相关产业造成实质损害，对中国国家安全构成威胁或潜在威胁的外国法人组织，或个人将列入其中。对于列入不可靠实体清单的外国法人、其他组织或个人将采取必要措施，具体措施将于近期公布。<http://www.mofcom.gov.cn/article/j/yjyl/e/201905/20190502868927.shtml>，最后访问时间：2019年6月19日。

#### （四）小结

行政法受到国际法和经济全球化的诸多影响，体现为行政法对他国行政法原则以及国际法规则的适应、接受和吸收。中国对国际法回应后的行政法治建设又为中国参与国际法律秩序建设提供了充足的营养，增强了中国参与国际事务的法治能力。履行国际法义务对国内法治完善起到了推动与促进作用。但是，对行政法受到国际法的影响以及行政法对国际法和经济全球化的回应，目前学术研究和规则建构方面仍然处于一种滞后状态，尤其体现为行政主体国际合作日益增多，行政组织国际合作研究和制度规范不足，仍然停留在关注传统的行政机关的国内行政。国务院及其组成部门作为行政机关的对外行政行为是宪法明确规定的权力<sup>〔42〕</sup>，国际公约的谈判有诸多行政机关的共同努力，但行政法学者较少研究《中华人民共和国缔结条约程序法》，《中华人民共和国缔结条约程序法实施条例（征求意见稿）》<sup>〔43〕</sup>也一直未能引起足够重视，很少从行政法的角度对外交行政及涉外行政执法开展研究。对行政机关的境外事务行政管辖权及国际合作关注严重不足，有关情报信息交换共享、海外公民利益保护等有尝试有经验而少制度少研究。行政法的国际面向关注严重缺失。此外，相对于国际法学界关注行政法国际化研究来说，对行政法作为治理方式在国际层面运用的研究也是寥寥。事实上，在国外有关行政法的国际研究以及行政法在区域（如欧盟）、国际乃至全球层面的运用都已经开始，如全球行政法、国际行政法和欧盟行政法，有些国家如美国非常关注行政法的域外适用问题。

### 三、他山之石：他国行政法与国际法的融通

关注国外有关国际法和行政法的对话情况有助于加深对行政法国际面向的理解。国外层面是从比较法层面开展的，国际层面则从国际法角度开展。

#### （一）概述

有关行政法与国际法的对话国外国际两个层面的研究，一是国际法学者开始关注行政法在全球层面的影响，二是行政法学者从国内法角度关注经济全球化和公法的关系。国际层面研究从全球法律秩序正当性和合法性出发，支持把行政法拓展至全球领域，面对超国家领域规则制定的“民主赤字”问题，认为行政法即使“不能完全弥补公众与政府选举纽带的欠缺”，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，主要表现为全球行政法概念及项目的推进。针对全球规制机构行使公共权力过程中的可问责性缺失问题，提出全球行政法体系，正在形成中的全球行政法规则包括程序参与和透明度、合理决策、

---

〔42〕 现行《中华人民共和国宪法》第89条第9项、第12项明确规定国务院的职权包括“管理对外事务，同外国缔结条约和协定”“保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益”。《中华人民共和国缔结条约程序法》第4条规定以政府和政府部门名义可以缔结条约、协定。

〔43〕 国务院法制办公室：《关于〈中华人民共和国缔结条约程序法实施条例（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，[http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/16/content\\_5177941.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/16/content_5177941.htm)，最后访问时间：2019年6月19日。

审查和实体标准。与此同时，欧盟也正在开展与此相似的欧盟行政法研究。国内层面研究以美国阿曼教授为代表，关注经济全球化对作为传统国内法的行政法的影响，强调“全球化的国家”（globalizing state）蕴涵的流动性和开放性意味着国家必须通过管制改革应对经济全球化进程，全球管制构成了对国内行政法的挑战，由此引发了国内管制改革。在全球化时代行政法整体上都呈现出了“结构性变革”。

## （二）国际法层面行政法的作用

美国纽约大学于 2005 年国际法与行政法学的对话促成了有关全球行政法项目的产生。全球行政法关注行政法机制尤其是以透明、参与、负责任和审查相关的机制在全球治理层面的运用。该项目的提出得益于纽约大学法学院两位各自领域著名学者的合作，一是我国行政法学界所熟悉的《美国行政法的重构》<sup>(44)</sup>一书的作者理查德·斯图尔特（Richard B. Stewart），一是国际法学界本尼迪克特·金斯伯里（Benedict Kingsbury）<sup>(45)</sup>教授。两位教授与尼科·克里希合作于 2005 年发表的《全球行政法的产生》<sup>(46)</sup>是全球行政法的经典之作。2006 年另一位著名的英国行政法教授卡罗尔·哈洛的《全球行政法——原则与价值的追问》<sup>(47)</sup>一文，“以理论深掘、论点矫正甚至质疑挑战地把全球行政法这一重大命题的讨论引向深入”。<sup>(48)</sup>行政法在国际法律秩序形成乃至整个全球治理层面的价值开始得到国际法和行政法学的共同承认，尽管全球行政法的概念、机制仍有争议，但对行政法机制尤其是行政程序机制可能在全球层面的作用一致认可。而这种以行政程序为代表的行政法机制早已实际体现在国际规则之中，并且国际规则也创造性地发展了这些可能源自行政法的程序性规则。

首先以联合国大会的表决为例。联合国大会 193 个会员国每个都享有一票表决权。对有关和平与安全的建议、选举安全理事会成员和经济及社会理事会成员以及预算问题等特定重大议题的表决，要获得会员国三分之二的多数票，但其他问题则由简单多数来决定。近年来，通过特别努力，争取就各种问题达成共识而不是通过正式表决作出决定，加强了对大会决定的支持。大会主席在与各国代表团协商并达成一致后，可提议不经表决通过决议。这实际上体现了行政程序中非正式程序的运用，避免了简单的选举投票式表决可能带来的弊端。

其次，联合国安全理事会的议事规则也非常灵活地运用了行政程序的公开原则。《联合国安全理事会暂行议事规则》第九章专门规定了关于会议的公开和记录问题，第 48 条“除非安全理事会另有决定，理事会会议应公开举行。关于向大会推荐秘书长人选的问题，应在非公开会议中讨论并决

(44) 有关介绍可以参见 <https://www.iilj.org/people/richard-b-stewart/>，最后访问日期：2019 年 6 月 19 日。

(45) 有关介绍可以参见 <https://www.iilj.org/people/benedict-kingsbury/>，最后访问日期：2019 年 6 月 19 日。

(46) Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 15, 62(2005). 经范云鹏翻译后发表于《环球法律评论》2008 年第 5 期。

(47) Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 187-214(2006). 中文版经徐霄飞翻译后发表于《清华法治论衡》（京）2011 年第 14 期，第 58-93 页。

(48) 于安：《全球行政法的进路——基于两篇经典文献的诠释》，《行政法学研究》2015 年第 6 期，第 3 页。

定”，以及第 57 条“秘书长应每年向安全理事会提交一份当时仍认为机密的记录和文件清单。安全理事会应决定其中哪些可向联合国其他会员国提供，哪些可以公布，哪些仍应保持机密”，都充分体现了行政法上公开的原则及例外。

最后，联合国安理会的“阿里亚办法会议”更是典型的实例。“阿里亚办法会议”是高度非正式的秘密会议，如果（同时担任调解人或召集人的）一个或几个安理会成员认为，听取某些人的意见有好处，而且还（或）要向他们传递一个信息，即可邀请他们与会，这种会议使安全理事会成员能够在灵活的程序框架内，与这些人进行坦诚、闭门的意见交流。这种会议还为感兴趣的安理会成员提供了一个机会，使他们能够就其关心的且属于安全理事会职权范围的事项，与政府和国际组织的高级代表——往往应其请求——进行直接对话。该做法由委内瑞拉安理会代表（1992—1993 年）迭戈·阿里亚大使提出，尽管该“会议没有在《联合国宪章》或《联合国安全理事会暂行议事规则》的设想之中”，不过，“根据《联合国宪章》第三十条，安理会可自主制定自身程序，也有权确定自身做法”<sup>(49)</sup>，这些充分体现了联合国运用行政程序的娴熟。

### （三）他国行政法的国际面向

日本行政法学研究已经注意到“行政法学的跨学科发展与国际化——探讨协作的方向性。……过去行政法学是以国家主权为前提来构建的，在国家与社会这一二元论观点看来，高科技问题就等同于国际贸易问题，这只不过属于社会一方的问题，行政法学无须特别关注。但是，环境问题、国际税收问题、自治体系国际交流的不断发 展都已经改变了对国家主权的认识，并已经超出了国 境范围，这要求行政领域也能在 多国关系中对上述问题加以解决。而且，人员往来、物质流通的发展也已经超出了国家的界限”，例如，日本行政法学界意识到了“过去行政法学以国家主权为其前提来构建”的不足，开始强调“行政法学的跨学科发展与国际化问题”，认为日本“行政法总论也就必须进行转型，以接纳多国间的规则”<sup>(50)</sup>，并将在多个国家之间或者在由多个国家组成的国际组织中所形成的规则纳入国内公法并予以实施。又如，德国和法国行政法学都日益注重欧盟对整个国内行政法的影响。英国虽然处于脱欧进程之中，但仍不可避免会受到欧盟行政法的影响。可以说，在欧盟层面，国内行政法都受到欧盟法的影响，与此同时各国行政法也在密切地影响着欧盟行政法，并且通过欧盟行政法扩大其本国行政法的影响，如德国行政法的比例原则也在欧盟行政法层面发挥着重要作用。

在此，有必要着重提出的是美国行政法与国际法的问题。“法律全球化”本身就经常被理解为法律的美国化，所谓“法律全球化”也就是美国法模式在全球的适用。如果说美国国内法经由国际法过程而逐步为各国所接受，虽然不无道理，但多少忽视了国际法律秩序的“协商和妥协”过程。但如果从美国国内行政法角度来看美国行政法的国际面向，可以看到，美国从孤立政策到提出“门户开放、利益均沾”，再到提出“国际联盟”，进而至二战后联合国的建立，

(49) 以上参见联合国官方网站，<https://www.un.org/zh/sc/about/methods/bgarriformula.shtml>，最后访问时间：2019 年 6 月 19 日。

(50) [日] 大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 4 页。

其实也是美国国内行政法律制度日益发展、国际法运用日益娴熟的体现。1991年6月1日，美国行政会议作出了91-1号建议——“美国联邦机构与外国政府规制机构的合作”<sup>(51)</sup>，指出“不考虑外国行政机构的政策和做法，如果美国行政机构能够负担参与规制活动的费用，世界发展的特征和步伐显示这个时代即将终结”，建议提出加强信息交换、建立普遍的规制议程以协助规制合作等做法。停摆20年之后刚刚恢复的2011年，美国行政会议就提出了国际规制合作的建议，大意是面对美国企业在其他国家遭遇的壁垒，强调美国行政机关要走出去，要加强跟其他国家对应的行政机关的对话，让其他国家的行政机关认识、理解甚至接受美国行政程序的透明、公开理念和制度，以便外国制定国内法时加强合作。<sup>(52)</sup>其后行政会议的建议被美国政府接受，其中2011年6号建议高度强调了政府机构与外国当局进行合作时可获取的巨大利益。可以说，美国非常重视行政的国际合作，立法层面很难解决争端，且立法规则建构需要很长时间，到司法层面更需要一个过程，很多行政规制机关先进行合作，这是由行政权的主动性、广泛性所决定的。一如当前中美两国的贸易争端，如果从行政法治的视角来看，美国面对来自中国可能的未来威胁，依然最大化地遵循了美国的法治传统：为达到目的，特朗普另辟蹊径，绕过国会而援引《紧急经济状态法》，以“科技网络安全”为由，宣布美国进入紧急状态，并向美国商务部赋权，允许后者禁止美国公司购买“外国敌人”生产的电信设备、技术，以便为禁止美企与华为的业务往来铺平道路。随后，美国商务部还表示计划将华为及其70个分支机构列入“实体清单”，即2016年3月中兴遭受的那份所谓“贸易黑名单”。<sup>(53)</sup>美国再一次体现了为保护自身所谓国家利益运用法治的娴熟和高超能力。

#### (四) 小结

如果说，全球行政法概念的提出是一种国外尤其是美国在全球空间内如何用行政法治来实现全球正义的话，这对中国来说更应该跟进，因为中国不再仅仅是国际规则的跟随者，我们也有意愿参与国际规则的制定，而国际上行政法与国际法的融通恰恰是我国参与国际规则制定所需要培养的能力。美国国内法规则被娴熟地运用到国外，美国行政机关往往出于国家利益考虑主动出击，通过各种形式的国际合作，如美国食品药品监督管理局在中国设立办事处，<sup>(54)</sup>“御敌于国门之外。”这都提醒我们，必须跨越行政法与国际法的藩篱，只有如此，才可能摆脱亦步亦趋的状态，才可能实现超越。没有跨越部门法藩篱就不可能对实践作出有效的回应。毕竟，包括国际法和行政法

(51) Recommendation 91-1: Federal Agency Cooperation with Foreign Government Regulators, Adopted June 13, 1991.

(52) 相关资料可以参见有关该行政会议四个建议的详细内容: Administrative Conference Recommendation 2011-5 Incorporation by reference, 2011-6 International Regulatory cooperation, 2011-7 The Federal Advisory Committee Act—Issues and Proposed Reforms, 2011-8 Agency Innovations in E-Rulemaking. See Federal Register / Vol. 77, No. 10 / Tuesday, January 17, 2012 / Notices (联邦登记2012年第77卷第10期)。

(53) 徐乾昂:《特朗普用“紧急状态”打压外企，华为回应》，[https://www.guancha.cn/international/2019\\_05\\_16\\_501812.shtml](https://www.guancha.cn/international/2019_05_16_501812.shtml)，最后访问时间：2019年6月2日。

(54) 美国食品药品监督管理局在北京设立办事处，2008年11月19日，<http://news.sohu.com/20081119/n260731945.shtml>，最后访问时间：2019年6月19日。

在内的法学二级学科划分是出于逻辑而非问题。从问题出发，以问题为导向，解决问题需要跨越学科界限，更不仅仅是法学内部的学科界限。

#### 四、并非结论的结语：跨越国际法与行政法的藩篱

从我国晚明以来到现代的历史来看，中国对行政法对经济全球化的回应及其国际面向认识不足，对国际法与国内法的关系尤其是国际法的形成机制即所谓“‘谁’的公法在影响国际法”<sup>(55)</sup>缺乏深度关注，与此同时，对行政法可能具有的国际面向认识不足。对此，尽管国际法学界和行政法学界并非全无关注，但对话交流相比实践需要依然寂寥。国际法与行政法的研究藩篱无法回应现实对二者对话融合的重大关切。即使我们承认晚明以来我们对二者藩篱的无感与无视已经在历史深处，但不吸取历史的教训，无视实践中二者的形神交融，学术研究不能有更深入的对话，那么无论是国际法还是行政法都不能回应如下问题：中国如何有效地参与国际和全球治理，行政机关如何有效地回应全球化时代中国走出去战略和中国国家核心利益和公民利益的保护。对此，行政法学与国际法学必须对话，在中国走向国际舞台的时候二者都不可缺席，二者同根而生，密切相关，对此要注意以下几个问题。

##### （一）形式意义上的行政包括行政机关的对内对外行为

从主权概念来看，国际法与行政法之间存在着内在有机联系。国际法关注作为主权国家的对外行为，行政法关注的是主权国家行政分支的对内行为，但实际上从规范意义的行政法及行政法学来看，行政分支在国内依然可能对外国人进行执法，依然可以依照法律规定行使对外职权；国际法意义上的国家行为依然要在国内法寻找依据，同样受到国内公法的约束。从国内法来看，同样作为国内公法的典型，在与国际法的关系上宪法较之于行政法受到的关注更多。宪法规定了国家机关在对外事务特别是战争与和平问题上的权力，尤其体现在条约缔约权方面。国际法原则上要通过基于宪法规定的国内法认可，实际上使得行政法和国际法都成为宪法这一根茎生发出来的两只鲜花，但“花开两朵各表一枝”的结果却往往使人忘却这样一个现实，在法治意义上无论对内还是对外权力都需要受到法律的约束，尽管对外权力多因其高度政治性判断而被赋予更多的自主性，但毕竟，行政机关行使对外权力依然属于行政法学的研究范畴。行政法研究要重视国内公法受到的国际法影响，避免单纯研究国内公法制度而忽视国内公法的国际研究，尤其是国内行政法在比较法影响之外的国际法影响。

##### （二）重视行政法学的向导功能

传统行政法体制下法治主义在行政领域中的主要功能是“行政抑制的功能”，即把行政活动完全置于议会的控制之下，最大限度地限制行政权的活动。这种观念是传统行政思想的必然产物，使行政与法的关系成为单向的制约关系。但到了现代社会随着行政功能的扩大及其与国家关系的变化，行政与法的单向制约关系变为双向的制约与合作关系，行政的能动性得到尊重与发展。为了适应行

(55) 蔡从燕：《国内公法对国际法的影响》，《法学研究》2009年第1期，第191页。

政社会的需求，法律从限制功能逐步进入国家政策，除行政的抑制功能外，“行政的向导功能”得到了发展。<sup>(56)</sup>我国行政法学也应当反思对行政权规范的同时赋予其足够与必要的裁量权，即构建功能主义进路的行政法。在经济全球化、网络化、大数据时代，行政机关必然要面对执法管辖权的问题，行政机关要从法目的出发，充分准确全面而不能机械地理解“法无授权不可为”。“行政法之功能定位必须加以调整。主要之方向，在于机动、灵活、效率效能、事前参与、善用社会力、强调不同团体间之沟通整合、国际化、自由化，而且包括立法面、执行面或甚至司法面。”<sup>(57)</sup>

### （三）行政法应当反哺国际法

行政法学者即使在某种程度上意识到了全球化、国际法对行政法的影响，但并未更进一步关注行政法在国际秩序重构和全球秩序构建中可能发挥的作用，或者说行政法制度和行政法研究更忙于从国际法汲取“营养”，却未能为国际法提供足够的反馈。行政法学相对于国际法学更多是一种回应法，或者是应对法，并未能够针对新的国际政治经济秩序作出自己的贡献，缺乏一种对国际法治的审慎式批评。这一方面固然有中国行政法作为后法治国家不够发达的诸多原因，但从学术研究的主观方面也并未毫无指摘之处。这在很大程度上仍然是观念的藩篱作用。要重视国内公法对国际法的影响，避免单纯重视国际公法对国内公法的影响；深刻认识作为制度设计型的行政法学，发挥行政法在国际法律秩序乃至全球法律秩序重构中的作用。

### （四）推动国际法与行政法对话的开展及深入持续进行

国内学界早已认识到行政法的发展趋势之一就是国际化，“随着法律文化的相互交流与发展，特别是随着国际关系以及区域集团化趋势的发展，传统行政法的调整范围得到扩大，行政法的内容及其调整方式出现了国际化趋势，行政法规的内容更多涉及涉外方面的因素。自 20 世纪 30 年代以后开始出现了国际行政法的概念，国际法等因素以不同的形式影响各国的行政事务与行政作用。国际行政法是有对外行政的行政法，包括但不限于国际公务员制度，涉及一系列国际行政管理体制。随着经济全球化进程的发展，涉外行政法将在行政法体系中居于重要地位，并直接影响一国行政法的发展。行政法国际化趋势的发展，一方面推动各国行政法与国际社会普遍公认的民主与法治价值之间的相互联系，同时于更广泛的范围内推动了在不同背景下产生的行政法文化之间的交流和融合”<sup>(58)</sup>，但是这种 20 年前的认识并未体现在更多的对话上，仍然停留在教材中而较少见诸行动。<sup>(59)</sup>伴随中国“入世”10 年、改革开放 40 年和新中国成立 70 周年，即将“入世”满 20 年的一个时间节点，考察的是国际法治，更是国内法治，尤其是行政法治，不仅是政府是否依法行政的问题，更涉及行政法治如何为政府提供足够的措施和手段，使得政府能够在法治框架

---

(56) 张正钊、韩大元：《比较行政法》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 58 页。

(57) 黄锦堂：《行政法的概念、起源与体系》，翁岳生：《行政法》，中国法制出版社 2002 年版，第 69 页。

(58) 张正钊、韩大元：《比较行政法》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 37-38 页。

(59) 这一判断是指国际法与行政法的对话并未成为主流或者说一种自觉行动，并不意味着完全没有对话，如罗豪才教授提出的软法研究就是行政法与国际法对话的体现，对外经济贸易大学法学院于 2019 年初专门开展了国际法与行政法的对话。但目前这种对话远远不够。

内从容应对国际国内问题。

1978年，邓小平谈到法治时有一句话“要加强国际法的研究”。<sup>(60)</sup>今天的中国在加强国际法研究的同时，尤其要开展行政法与国际法的对话，不能再走历史的老路，而是应逐步消除行政法与国际法之间内外分列、人为割裂的现象，充分认识到行政法既包括国内行政法，也涵盖区域行政法，如亚洲行政法、欧盟行政法，还涉及全球行政法的问题。在中国走向世界舞台的过程中，中国法学研究和法治建设不可缺席，具有国际面向的行政法治更不可缺席。

## Crossing over the Idea Fence: Reflection on the International Character of Administrative Law

YAO Jinju

**Abstract:** Administrative law has long been deemed as traditional domestic public law, which makes itself separate from international law. This separation in mind between domestic public law and public international law has existed even since late Ming Dynasty and Qing Dynasty. When the origin and settlement of realistic problems are considered, International law did actually originate from domestic law. Domestic laws of other states, including administrative law, have influenced and helped to create international law, while international law has been influencing domestic laws including administrative law. Administrative law, especially administrative law in China, has international characteristics since it emerged. It was the international law which opened the door of ancient China for legal civilization and rule of law. And current China needs crossing over the idea fence between international law and administrative law through continuous and profound dialogue, finding and re-recognizing the international characteristics of administrative law, performing the function of administrative law to contribute to the “Going-global” Strategies, participating in global governance and building a community with a shared future for mankind.

**Keywords:** International law; Administrative law; Idea Fence; International Characteristics

(责任编辑：石静霞)

---

(60) 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，[http://news.ifeng.com/mainland/special/zgsqjzqh/others/200810/1006\\_4778\\_818636.shtml](http://news.ifeng.com/mainland/special/zgsqjzqh/others/200810/1006_4778_818636.shtml)，最后访问时间：2019年6月10日。