

摘要:非政府组织在国际生活中发挥着重要的作用,是一支不可忽视的力量。我国改革开放以后,国际非政府组织进入国内开展活动,在我国经济建设、扶贫、救灾、环保、教育和医疗卫生领域发挥了积极作用;另一方面,也有一些国际非政府组织试图在涉及政治、宗教、人权和意识形态指手画脚,对我国国家安全和社会主义带来负面影响。如何有效促进国际非政府组织的健康发展,规范国际非政府组织在华活动等课题,很有研究的必要。本刊刊发三篇相关论文,希望推动这一方面的课题研究。

非政府组织与国际法的合法性

王彦志*

内容摘要:国际法的合法性是个政治哲学意义上的规范性概念,是指国际法的决策程序和实体结果应该符合一定的正当性标准。随着国际法的人本化,国际法越来越需要突破传统以国家同意和国际利益为基础的合法性,而走向以公众参与和人类利益为基础的合法性。非政府组织在决策过程中的参与和在实体结果上的诉求正是国际法的深层次合法性的象征。从历史来看,国际法人本化最重要的发展,都有非政府组织的重大贡献。从现实来看,国际法在输入(程序)和输出(结果)层面都仍然存在着不同程度的合法性赤字,而非政府组织的人本化利益和价值诉求仍然没有得到充分的体现或有效实现。从国际法的未来发展来看,在决策过程和实体结果两个方面,都需要在兼顾效率与公平的基础上,更广泛地开放非政府组织的适当参与,内化非政府组织的人本诉求,进一步推动国际法的合法化,增强国际法的合法性。

关键词:非政府组织 国际法 合法性 合法性赤字

冷战结束以来,国际法的合法性成为学界关注和讨论的一个热点问题。这一问题的提出,一方面与国际法上的主权和人权之争这一重大理论和现实问题密切相关,另一方面也与非政府组织在现代国际关系和国际法上的地位、作用有着不可忽视的联系。本文意图在澄清国际法的合法性这一概念的内涵基础上,探讨非政府组织与国际法的合法性问题之间的内在关联,包括通过非政府组织的参与进一步推动国际法合法化的应有路径。

*吉林大学法学院副教授,法学博士。

本文系国家社会科学基金项目“全球化进程中非政府组织与新世界秩序的变迁”(项目编号:070FX075)的中间研究成果。

二、国际法的合法性：一个规范性概念

好的国际法规则或者体制应该是合法性(legality)、有效性(effectiveness)和合法性(legitimacy)的有机结合。合法性、有效性和合法性是三个相互关联但彼此不同的概念。其中,国际法的合法性是个规范性的概念,合法性是对国际法规则或者体制予以应然的价值评判。^[1]

首先,国际法的合法性不同于国际法的合法性。合法性是个实证法上的逻辑性概念,是法律体系内部的实证法判断标准。国际法的合法性意味着,国际法就是指实证法,一条规则只要符合国际法上的次级规则,那么,它在实证法上就是国际法,而国际法在实证法逻辑上具有法律上的效力(validity)。因此,国际法的合法性是指国际法在实证法意义上的效力渊源、等级乃至体系的逻辑性判断。不过,一旦对国际法效力渊源作进一步的反思和追问,就触及到国际法的有效性和合法性,就必须从法律体系的外部视角来观察、判断和评价。

其次,国际法的合法性不同于国际法的有效性。国际法的有效性是个事实性的概念,是指具有实证法效力的国际法得到实施、服从和遵守,国际法上的权利得以享有、义务得以履行、责任得以追究,国际法产生社会实效的事实性状态。国际法具有实证法上的法律效力并不必然就具有社会事实上的有效性。国际法有效与否以及在什么程度上得到遵守,这既取决于遵守国际法的主观意愿,也取决于遵守国际法的客观条件。从社会科学角度来看,国际法之所以得到遵守,可能是自愿的交易、权力的强制或者规范的认同等不同影响变量综合作用的结果。其中,规范的认同即是合法性的力量。合法性对于国际法的调整对象规范性地施加了服从压力,因此相信国际法是依据普遍接受的正当程序原则而形成和运作的。^[2]在此,合法性就成了一种不同于制度和权力的服从国际法的影响变量。不过,合法性的规范性效果与合法性作为规范性的概念本身是不同的,前者是经验性的事实,后者则是规范性的评价。

最后,国际法的合法性包含了多重规范性内涵。作为规范性的概念,国际法的合法性是指国际法规则或者体制是否符合一定的价值标准或者价值标准体系,这就需要对国际法作出道德、社会、法律和政治哲学上的价值评价。这意味着,国际法之所以具有权威,是因为它本身具有正当性,国际法符合善的要求。^[3]在规范意义上,说一个制度具有合法性,就是声称它有权正当统治,在此,统治包括制定规则,并且通过对于不服从施以成本和对于服从赋予收益的方式努力确保规则得到服从。^[4]

现代国际法的合法性价值评判包含了有所交集或冲突的四重标准。来源意义上的价值标准是指法律或者制度的权威最终应该来自于哪里,这种合法性的理想型可能包括神意(天意)、传统(习俗)、超凡魅力、民主(人民主权)和专家(科学知识)等类型。在现代世俗社会,民主已经成为合法性最重要的来源。形式意义上的价值标准是指法律规则所应具有的形式上的良好品格。例如,法律应该具有确定性、普遍性、一般性(抽象性)、稳定性(连续性)和一致性(融贯性)等品格。国际法规则应该具有确定性、符号有效性、一致性和合体系性等正当程序品格。^[5]即属此列。过程意义上的合法性是指法律应该符合程序和过程正义,也就是立法、行政和司法等决策程序和过程应该具有公正性、公开性、参与性和回应性等,应该允许所涉调整对象知情(通知)、评论(磋商)、申诉和获得救济乃至参与决策过程、国际法的决策和过程应该符合国际法治、国际民主、国际宪政等,即属此列。实质和实体意义上的

[1]当然,真实世界中的大门实践上是个以及在什么程度上认为国际法具有合法性,对属于社会和法律意义上的事实,这与合法性概念的理想性规范标准关联。参见有见及同。See Daniel Bodansky, *The Concept of Legitimacy in International Law*, in Rudger Wolfrum and Volker Dohler (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlin: New York: Springer, 2008, pp. 211-215.

[2]Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, New York: Oxford University Press, 1990, p. 24.

[3]Allen Buchanan and Robert O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 20 Edition & for 13 pp. 405 (2006), p. 405.

[4]See Thomas M. Franck, *Legitimacy in the International System*, 82 *Am. J. Int'l L.*, 765 (1988).

合法性是指所立、所执、所司之法律具体内容本身应该符合正当和善的标准,如自由、安全、平等、人权和正义(结果正义和再分配正义)等。国际法应该追求基本人权、经济福利、公共健康、公共道德、环境保护(可持续发展)乃至全球正义等,即属于此列。

就非政府组织与国际法关系而言,主要涉及两个方面的国际法合法性,一个是程序和过程意义上的国际法合法性,一个是实质和实体意义上的国际法合法性。前者强调在国际法的立法、执法和司法决策过程方面应该允许非政府组织知情、协商和参与,因此,可称之为“决策输入的合法性”;后者强调国际法的立法、执法和司法决策结果方面应该符合自由、民主、人权、正义、可持续发展等实质价值标准,因此,可称之为“决策输出的合法性”。

二、非政府组织与国际法合法性的双层次意涵

如果把国际法的合法性与国内法的合法性作简单类比,那么,基于国际社会契约的逻辑,国际法的合法性主要体现为国家主权和国家同意。然而,国际法合法性概念恰恰就是对以国家主权和国家同意为基础的国际法合法性进行反思的产物。就此而言,国际法的合法性包含了双层次的意涵,一个是以国家同意为基础的国际法合法性,一个是以公众参与为基础的国际法合法性。

首先,国家同意与国家利益是传统实证主义国际法的合法性基础。自从边沁提出国家间国际法的概念以来,近代实证主义国际法就成了国家间的、国家中心主义的国际法。根据传统实证主义观点,除了极少数直接赋予私人权利或者施加私人义务(责任)的情形外,国际法主要就是国家间法,国家才是国际法的当事人,国家在国际法上直接享有权利、承担义务乃至责任。不同国家和地区的个人、群体只是国际法上间接的利益或者不利益的受影响者,他们只有通过国家才能间接参与国际法律过程。这意味着,在国际法上,人民必须通过国家来代表,或者说,国家代表了其人民。因此,国家同意就成了国际法传统上最重要的和排他性的合法性基础。从政治哲学的法理来看,国家主权和国家同意构成了近代以来实证国际法最重要的合法性基础。国际条约、国际习惯、文明各国所公认的一般法律原则、国际会议和国际组织的决议都以不同方式体现了以国家同意为基础的合法性。总之,国际法的立法、执行和司法等国际法规则和体制背后深层的规范性基础主要就是国家同意。迄今为止,占支配地位的简单的传统实证主义观点认为,以当其是通过国家同意的制度所产生时,国际法规则才具有合法性。也就是说,这些国际法规则是根据国家同意的国际立法程序所创立的。这意味着,国际法要想具有合法性,就必须要有国家同意。^[5]在此,国家同意构成了国际法的超级规范,国家同意是国际法合法性的首要条件。以国家同意作为基础的,国际法合法性,在程序和过程上体现为:国际法立法、执法和司法等规则、体制和决策过程应该对涉国家具有公开性、民主性、参与性和回应性。或者说,不同国家都应享有公平的知情权、参与权、决策权和监督权;在实质和实体上体现为:国际立法、执法和司法的法律内容本身应该尊重、保护和促进国家主权、国家利益,还有其他一些价值和目的,例如保障人权、保护环境、促进可持续发展、国际和平、国际安全等,都只能是国家主权和国家利益的附带产物。

其次,公众参与和基本人权不断成为国际法深层次合法性基础。随着人类事务的复杂化和人们偏好的多样化,传统代议制民主的人民主权逻辑即使在国内社会也已经越来越不足以成为统治和治理的排他性的合法性基础。于是,审议民主(deliberative democracy)被认为是人类共同体作出公共决策的最优民主状态。^[6]

在国际层面,审议民主具有更加重要的意义。之所以需要将审议民主扩展到国际法决策过程之

[5] Allen Buchanan, *The Legitimacy of International Law*, in Samantha Pesson and John Eekelaar (eds.), *The Philosophy of Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 90.

[6] 见约翰·罗尔斯:《论公共理性的历史》,王毅译,载《美国政治评论》1993年5月,第100页。

中,这是因为,并非所有国家都是民主国家,且民主国家在国际上往往并不真正代表其国民的利益和价值,有时甚至是反民主、反人权乃至反人类的;有些民主国家由于主观或客观的能力限制无法在国际上有效代表其本国人民的利益和价值;即使发达成熟的民主国家,其对外事务和国际关系的民主化程度也要低得多;即使参与国际事务的国家都是民主国家甚至民主化程度很高的国家,在全球化人类命运紧密共同体的语境下,一国内部的民主也无法真正认真对待和有效考量受其决策影响的其他国家和人民乃至全球共同体的利益和价值,甚至也无法真正有效代表其本国人民的利益和价值;进而,在国际会议和国际组织层面,一国往往无法及时、充分、有效地代表其本国人民。尤其是,许多国际组织本身越来越具有独立的立法、执法和司法决策能力。更何况,近代国际法自其诞生以后,已经越来越不再限于各国领土边界以外的国际关系,而逐渐渗透到各国领土边界以内的国内事务,国内法越来越国际化,国际法越来越国内化。尽管在形式上国际法仍然是国家间国际法,但在实质上,国际法已经越来越广泛地、深刻地影响着私人、国内私人之间、私人与国家之间、跨国私人之间的事务和关系。可以说,几乎没有什么国际法是单纯调整所谓国家自身行为和单纯国家间关系。在这种情况下,如果没有国内和国际两个层面自由、民主、人权、法治和宪政等作为基础、制约和保障,单纯国家间层面的国际关系民主化,尤其是国际层面的国家间多数票决民主,非但不一定增强国际法的合法性,甚至反而可能损害国际法的合法性。^[17]凡此种种,以国家为中介的非政府组织合法性越来越不足够,越来越需要给予受到国际法决策过程的利害关系者以知情权、参与权和监督权。

因此,就“输入合法性”而言,从全球宪政视角来看,一个充分民主化的世界秩序要求的是双层次(dual democracy)。首先应该立足于民主国家及其国家内部的民主。在国家之上和国家之间,不仅需要以国家为中介的对外事务和国际关系民主,而且公民必须能够绕开主权国家的中介,在跨国和超国层面直接采取民主行动。^[18]与此类似的是,国际法也越来越被理解为全球行政法,并被要求必须确保满足透明性、协商性、参与性、合理性、合法性、可评审性等充分标准,^[19]以及其他各种善治标准构成的程序合法性。^[20]最能够体现公众参与和审议民主意义上的国际法合法性的是非政府组织咨询和参与意义上的国际法的输入合法性。

就“输出合法性”而言,在实质和实体层面,国家间意义上的国际法合法性已有所限度。严格以国家同意作为合法性基础的国际法在实质和实体层面主要追求的是国家价值和国家利益,这种国家价值和国家利益有时与个人价值和利益、人民价值和利益乃至人类价值和利益是一致的,有时则并不一致甚至是冲突的。无论在实证法上,还是在观念上,人们已经越来越接受这样的主张,国家主权和国家利益必须以基本人权和人类利益作为基础。否则,国家主权和国家利益本身就失去了合法性。在实质和实体意义上,国际法的合法性显然不能停留在国家主权和国家利益上,必须确立在基本人权和人类利益之上。这意味着,国际法的合法性首先必须建立在尊重和保护基本人权的基礎之上。尽管对于这种基本人权的范围及其是否被尊重或者侵犯的认定标准仍然存有争议,但是,国际法最低限度的道德可接受性意味着,国际法应该尊重和保护最低限度的基本人权,这起码应该包括人身安全的权利、自由权(至少包括免于奴役和免于强制劳动的自由)、生存的权利乃至反对宗教迫害的权利。^[21]然

[17] See Allen Buchanan, *Agency, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Perspectives for International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 280–323.

[18] See Jan Kuhlmann, *Voices, Powers, and Fair Play: The Globalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 263–321.

[19] See Van Kester, and Benedict Kingsbury, *Impacts of Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 *Lea. J.* 160 (2006), pp.4–6.

[20] See David C. Foray, *Good Governance at the Supranational Scale*, *Administrative Law*, 113 *Calif. L.J.* 1090 (2008).

[21] 也有学者从基本人权道德视角来界定国际法上合法性,如最早将基本人权合法性原则提出,但是当时只是作为不具有宪法地位且内容简约、宽泛,可以任意扩大其适用范围不具有合法性的国际人权规范而不予考虑。人权基本公正的结果乃是践踏基本人权的结果。Harold Rudin, *The Concept of Legitimacy in International Law*, in Rudiger Wolfrum and Volker Heiser, *Legal Governance in International Law*, Berlin: New York: Springer, 2008, p. 315.

而,这种对于最低限度基本人权的理解未必是够,而且,仅仅包括这些最低限度基本人权而不包括其他基本人权显然也是不够的,进而,仅仅是消极地尊重和保护这些基本人权而不包括最低限度促进基本人权也可能并不是够。因此,应该不断发展关于更强标准、更广范围基本人权的有意义的共识。^[12]此外,还应该将人权、经济自由、可持续发展、全球正义等整合成为更加融贯的国际法合法性的实体价值标准体系。就基本人权和人类利益而言,非政府组织所倡导和推动的利益和价值正体现了超越国家间意义上的国际法的输出合法性。

二、非政府组织与国际法合法性赤字问题的提出

在20世纪80年代末以前,合法性极少被用于国际法层面,合法性对于国际法而言似乎不成问题,国际法规则和体制权威的正当性似乎无需证明,国际法似乎得到了较好的遵从。^[13]但是,20世纪90年代末以来,国际法的合法性以及以国际法为基础的国际机制和全球治理的合法性越来越备受关注,国际法的合法性开始成为问题,乃至受到质疑。

这是因为,国际法权威的治理范围越来越广,非共识、非自愿的强制性越来越多,越来越深刻地影响到不同国家和地区人们的日常生活,国际法的合法性也因此成为受到关注的问题;^[14]各国和国际非政府组织的兴起,方便了人们对于国际法决策过程的了解和参与,扩张了个人、公众和非政府组织的权力和权威,提升了人们对于世界事务和国际法的关注度。如今,从低政治到高政治,从日常生活到人权暴行,几乎国际法所有领域的问题,都越来越无法逃遁于公众和非政府组织的视野。

更重要的是,人们越来越质疑国际法的合法性,认为国际法的合法性是成问题的,甚至认为国际法存在着民主赤字、问责性赤字、合法性赤字乃至合法性危机。^[15]其中,“合法性危机”目前主要体现在对于国际经济法的合法性质疑上,尤其体现在对贸易协定、投资协定等国际经济条约及其裁判以及世界贸易组织(WTO)、国际货币基金组织(IMF)、世界银行集团(WBG)等国际经济组织及其全球经济治理的合法性质疑上。^[16]在其他国际公法领域,“合法性危机”则主要是在欧盟区域一体化和联合国(尤其安理会)的合法性质疑上,而在一般国际公法领域和意义上较少使用“合法性危机”的提法。这可能是因为,主要领域国际经济法更多体现为具有强制性的硬法,国际经济法广泛密切地直接触及到人们日常生活的利益和价值,以及国际经济法更明显地体现为增长至上、发展至上的经济中心主义,严重影响但却不够关注甚至有时严重忽视劳工、环境、健康、道德、文化、传统和社会等关联性议题领域的利益和价值,加之新自由主义经济全球化及其华盛顿共识意识形态引起的强烈反弹,使得人们对于作为国际经济法基础的极端片面的自由市场原旨主义提出了结构性的、总体性的乃至根本性的反思、质疑甚至否定。^[17]

从人本主义的视角反思其他领域国际法,目前国际法在应对严重恐怖主义、种族冲突、国家暴力

[12] See Allen Buchanan and Robert O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 20 Ethics & Int'l Aff. 405 (2004), pp. 419—421; Allen Buchanan, *The Legitimacy of International Law*, in Allen Buchanan, Daniel Sajo, *Legitimacy and the Use of Force* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 148—149.

[13] 但也可能是因为人们认为国际法根本就不存在,国际法被认定为不会被承认,其治理理论被认为不合道德规范,国际法只是国家主义的不现实的空想曲谱曲。See Thomas M. Franck, *Why a Question Legitimacy?*, 21 *Y.J. Int'l L. Rev.* 555 (1983), p. 556.

[14] See Daniel Bodansky, *The Case for Legitimacy in International Law*, in Buchanan, Weidman and Wolke (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlin: New York: Springer, 2010, p. 200.

[15] See e.g., Joseph S. Nye Jr., *The “Democracy Deficit” in the Global Economy: Enhancing the Legitimacy and Accountability of Global Institutions*, Washington, D.C.: Bipartisan Commission, 2005; Robert Hoxby and Kalyan Bishwas, *Enhancing WTO Legitimacy: Counterbalancing or Global Subordination?*, 16 *Governance* 73 (2003); Joseph E. Stiglitz, *Democratizing the International Monetary Fund and the World Bank: Governance and Accountability*, 16 *Governance* 111 (2003).

[16] See e.g., Daniel A. Kelly, *The World Trade Organization’s Legitimacy Crisis*, 1 *World Trade Rev.* 7 (2002); Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in International Trade: A Challenge to Prioritizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 74 *Georgetown L. Rev.* 1521 (2005).

[17] 参见[美]约瑟夫·E·斯蒂格利茨:《自由市场的败落》,李俊青、陈玲等译,机械工业出版社2011年版。英·约翰·格雷:《内参》,《全球资本主义的败落》,刘敬忠译,中信出版社2011年版。

和国际冲突方面有时明显不力,存在着明显而且严重的缺陷,称之为“合法性危机”并不为过。随着全球复合相互依赖的不断加深,人类的命运交融共同体意识逐渐提升,如果国际法对于侵犯区内人权和威胁国际安全的重大国内、国际事件不能够积极、审慎和有效地应对,如果重大国际法决策过程不能够让所涉个人、群体比较有效地知情、参与和监督,那么,就可以认为国际法存在着“合法性危机”。如果不是碎片化地把国际法看作是一个个孤立自足的领域和机制,而是将其作为一个整体结构和秩序来评价,那么,国际经济法的合法性危机恰恰表征了国际法整体结构上存在着重大失衡和深层危机。因为就法律化程度而言,国际经济法和其他领域国际公法存在明显不平衡,国际市场自由法硬而国际市场规制法软,经济越来越全球化,而政治却仍然主要是地方性的,随着区域和全球一体化程度的不断深化,国际一体化法与国内民主主权之间的紧张关系已经并将越来越突出。^[10]就第二次世界大战以后世界秩序的总体法律构造而言,不但传统国际自由与国内干预相互结合的内嵌自由主义妥协的国际经济秩序越来越受到严重挑战,^[11]而且基于全球经济与生态的风险、不确定性乃至危机,与国内政治不稳定性等的结合,以国家主权为本位、以国际和平与安全为核心的国际安全与国内政治主权相互结合的国际政治秩序也将越来越受到严重挑战,这些都构成了对于国际法整体结构的严重挑战和深层反思。对此,可以恰当地称之为国际法的“合法性危机”。^[12]其实,在晚近国际法和全球治理领域,跨边界、国际、跨国、世界、全球、世界主义、民主、正义和宪政等规范性意识和话语的广泛兴起,^[13]尤不表征了国际法的结构性、深层次乃至总体上的“合法性危机”。尽管如此,总体上,对于国际法的合法性问题,采用“合法性赤字”的提法会更好一些,因为“合法性赤字”意味着“合法性不足”,这种“合法性不足”既包括了国际法结构上和深层次的合法性“危机”,也包括更加广泛的具体性和一般性的合法性“问题”。^[14]

四、非政府组织与国际法合法性赤字的表现

首先,在国际法的立法、执法和司法决策过程中,非政府组织的参与仍然不够充分和有效。自从

[10] 参见(英)戴维·米勒、(美)詹姆斯·曼纳斯著:《全球化陷阱——从民主和福利的悖论》,张祖桦译,商务印书馆,2000年版。See also: David M. Miller, *International Democracy: The Endgame of Search for a Political Philosophy*, The Hague and Boston: Kluwer Law International, 1997; Eric Stein, *International Integration and Democracy*, 35 *Am. J. Int'l L.* 489 (2001); Robert House and Katsuo Murakami, *Democracy without Sovereignty: The Global Legacies of Political Reform*, in: Tamer Buzad and Yusef Sham (eds.), *The Changing Dimensions of Authority in International Law: Consolidating Sovereignty, Supremacy and Subordination*, Oxford: Hart Publishing, 2008; Tami Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York: W.W. Norton & Company, 2011.

[11] 参见前引[1]约翰·罗尔斯书,第206—220页。

[12] 晚近国际经济法变革,包括国际经济组织改革、融合与改革、其新发展、人权与安全并列宪章条款、大同平等权的引入乃至推动国家主权从“统治权”向“福利的责任”以及兼带国际刑事法院的建立、运行等等,都可以说属于这种合法性危机的范畴。

[13] 参见(英)戴维·米勒、詹姆斯·曼纳斯著:《民主与全球宪政——从国际国家到世界主义治理》,引张祖桦译,上海人民出版社2003年版。See e.g., Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Second Edition, Cambridge: Polity Press, 2008.

[14] 但也有学者从社会科学的经验实证研究得出结论认为,欧盟层面的决策与治理并不存在“民主赤字”,即宪政成熟发达的民主体国家民主绩效前优,欧盟层面的民主绩效也并不逊色。而且,欧盟层面许多成员国本身并没有足够国内民主,所以,它们能够增强国内民主治理的质量,扩张国内民主的范围,国家提供所有关键的事务保障给予国内民主。不过,欧盟以外其他多边制度本身是否也如欧盟制度那样具有较好的民主绩效,则是可疑的。See Andrew Moravcsik, *In Defense of the Democratic Deficit: Assessing Legitimacy in the European Union*, 40 *J. Common Market Stud.* 603 (2002); Andrew Moravcsik, *Is there a Democratic Deficit in World Politics? A Framework for Analysis*, 35 *Int'l & Opposition* 136 (2002); Andrew Moravcsik, *The Myth of Europe's Democratic Deficit*, 43 *International* 350 (2008); Robert O. Keohane, Stephen Macedo and Andrew Moravcsik, *Democracy-Enhancing Multilateralism*, 63 *Int'l. Org.* 1 (2009).

近代国际法诞生以来,国际法很早就受到了非政府组织的影响,国际法的合法性从来就没有停留在绝对的国家间合法性上。非政府组织可以正式地参与联合国经社理事会会议和活动,也可以非正式地参与一些联大特别会议,联合国安理会也与非政府组织形成了非正式磋商关系。^[23]许多其他国际组织条约也都规定了非政府组织的咨商地位,有些甚至规定了非政府组织更加积极的参与地位。此外,非政府组织以不同形式参与了许多国际条约的实质和监督过程。但是,非政府组织对于国际立法、执法和司法等决策过程的参与仍存在许多不足。在国际法决策的信息准入、制度生成、规划实施以及权利救济和争端解决过程的各个环节与各种程序,对于非政府组织,国际法的国家间体制仍然缺乏充分的开放性,仍然存在着诸多信息封闭性、决策内部化、实施垄断性和救济有限性等问题。

在国际法决策过程中,公众和非政府组织往往仍然不能及时、充分、有效地了解、参与和监督本国参与国际谈判、国际会议和国际组织的信息和活动。例如,1995年经济合作与发展组织(OECD)发起的多边投资协定谈判就排除了非政府组织的知情和参与。各种国际法议题领域的谈判,都涉及广泛的利害相关者的利益和价值。传统封闭式谈判方式剥夺了这些利害相关者的知情、参与和有效监督的权利,也无法充分权衡考量不同议题领域和不同受众群体的利益和价值。因此,其合法性越来越受到质疑。非政府组织的知情、参与和监督虽然可能拖延谈判的进程,增加谈判的难度,提高谈判的成本,甚至导致谈判的失败。但是,非政府组织提供的信息、提出的要求却可能兼顾更大范围的成本与收益之间的效率和效益权衡,而且可能增加国际条约的合法性、执行力和有效性。再如,在非政府组织与联合国经社理事会的咨商关系上,负责受理、审查、监督、暂停和终止等认证非政府组织咨商地位的专门咨商委员会本身是一个缺乏独立性和中立性的政府间机构,非政府组织咨商地位的认证实践过于政治化,往往基于不正常的政治理由拒绝或拖延特定非政府组织的申请以及暂停或终止特定非政府组织的咨商地位,政府控制的非政府组织(GONGOS)就更明显不符合建立与非政府组织咨商关系的宗旨。^[24]这种政治化操作损害了非政府组织本应具有的相对中立、独立的声誉、信息、利益和价值。

在许多国际法决策过程中,非政府组织仍然局限于传统被动消极的咨商地位,而没有被赋予更加积极主动的参与地位和伙伴关系。例如,在多数人权决定监督、申诉乃至诉讼等实施体制下,非政府组织仍然缺乏更加积极的监督、申诉和诉讼地位。然而,人权条约的成员国往往出于各种原因而不能或者不愿调查他国侵犯人权的信息,不愿提出他国违反人权条约义务的指控。相反,非政府组织却具有更大的独立性,更多的灵活性和更强的责任感,可以比较容易地获取有关侵犯人权的信息,提出有关侵犯人权的指控。在一些重要的国际组织中,非政府组织的参与仍然非常有限。例如,世界贸易组织(WTO)迄今为止仍然缺乏一般性的允许非政府组织经过认证参与其会议和机构活动的有效制度安排。^[25]非政府组织在联合国或者在联合国大会的一般观察员或者参与地位迄今仍然没有得以实现,非政府组织对于联合国大会和安理会会议等活动的参与仍然是个案临时性质的而非一般普遍性质的。^[26]此外,国际货币基金组织(IMF)等国际金融组织对于非政府组织参与的开放度非常低。但是,随着IMF的职能及其行使方式越来越直接涉及到减贫贷款等领域,它越来越需要增强其与非政府组织之间的咨商和合作伙伴关系,增强倡议性非政府组织在政策设定过程中的参与度,增强专家性非政府组织在标准设定过程中的参与度。^[27]

国际争端解决过程一般不对非政府组织乃至一般公众开放,非政府组织提交法庭之友书面意见

[23] See Anna-Karin Lindblom, *Non-state-actors and Organisations in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 367—374.

[24] *Ibid.*, pp. 382—386.

[25] See Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 56—57; Jan Klattew, Anne Peters and Gert Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 220.

[26] See Jan Klattew, Anne Peters and Gert Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 230.

[27] See Claire B. Kelly, *Financial Crises and Civil Society*, 11 *UCL J. of Law & Soc. Sci.* 50 (2010): 81.

也缺少普遍性。迄今为止,国际法裁判过程在很大程度上仍然是国家中心主义。除了欧洲等一些区域性国际人权诉讼过程之外,各种国际裁判机构和国际裁判过程对于非政府组织的参与总体上态度仍然是比较消极的,非政府组织的参与仍然非常有限。除了少数人权条约诉讼机制,非政府组织总体上并不具有代表公众利益直接提起国际公法诉讼的诉讼当事人主体资格。非政府组织在间接参与国际公法裁判过程方面也非常有限。例如,在WTO争端解决过程中,WTO上诉机构虽然曾经制定了非政府组织等提交法庭之友书面意见的程序指南。但是,在实际案件裁判中,WTO专家组和上诉机构很少真正允许非政府组织提交法庭之友书面意见,更从来没有在其实际裁判过程中真正考虑过非政府组织提交的书面意见。在投资条约仲裁实践中,只有极少数投资条约仲裁庭允许非政府组织提交法庭之友书面意见。联合国国际法院迄今为止并不允许非政府组织提交法庭之友书面意见,只是在其咨询管辖权案件中曾经允许非政府组织以非正式的方式提交书面意见。

其次,在国际法的实质和实体内容方面,作为输入合法性赤字的结果,非政府组织所倡导的政治、经济、社会与文化等人道、人权和可持续发展的价值和规范仍然没有能够得到充分的体现或者落实。从国际法发展历史来看,几乎所有领域的国际法,尤其是最能体现人本因素的国际法,其实都是在非政府组织的倡导、参与乃至推动下发展起来的。^[29]从战争与人道法的确立和发展、《联合国宪章》、人权条款的订入^[30]、禁止酷刑公约^[31]及其议定书的通过^[32]到《渥太华禁雷公约》^[33]的缔结、国际刑事法院规约^[34]的缔结^[35]乃至国际刑事法院规约^[36]的缔结^[37]等,非政府组织都作出了重大贡献。

但是,在实质和实体内容方面,目前,国际法的合法性仍然存在严重不足。一方面,国际法内容及其实施在很大程度上仍然是国家中心主义,国际法强调的是国家主权、国家权力、国家利益和国际安全。比较而言,人道、人权和可持续发展领域国际法的确立和实施,往往因为现实主义的利益因素等障碍,无法及时达成国际共识、展开国际合作、确立国际条约,即使达成了国际条约,其内容和实施机制也往往存在严重缺陷。例如,面对人道主义灾难,因为大国或者大国之间经常难以达成一致,导致国际社会往往不能积极、审慎和有效地应对;有些条约和机制虽然堪称国际法人本化的重要成果,例如国际刑事法院,但是,一些重要大国却并未签署或者批准;大量人权条约往往缺乏有效的实施机制,尤其是缺乏及时、充分、有效的个人和非政府组织申诉或者诉讼机制,而主要依靠国家间机制实施。因此,在人道、人权和可持续发展领域,在应对人道灾难、人权暴行和重大生态风险方面,国际法往往应对不力。

另一方面,目前的国际法在内容及其实施上又是经济中心主义的,这突出表现在国际经济法与国际环境法、国际人权法等之间的结构失衡上。目前,推动和保障新自由主义及其自由市场全球化的“自由之法”更多体现为政法,而对于市场全球化进行经济性规制和社会性规制的“规制之法”(“社会之法”)则明显疲软。当今全球经济议程中,主导方向是极力促进贸易、投资、贸易、金融、高科技人才的流动自由化以及私人产权的高标准保护,促进全球经济增长,但是对于人权保护、环境与资源保护、社会转型中的失业问题与贫富分化加剧等社会保障问题则极少认真考量。即使偶有涉及,也只是采取“与经济相关的”或者“与贸易有关的”等方式予以考虑,主导的仍是自由贸易等经济自由的诉求。除了极少数特例外,人权、环境等领域的国际条约或国际机制虽然数量庞大,但是,总体上缺乏类似国际经济法上那种私人、国家间或者国家相互之间的有效实施手段和强制实施机制。因此,总体上,与政治主权和经济发展领域的国际法相比,非政府组织所倡导和追求的人道、人权和可持续发展

[29] See Steve Charnitz, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, 18 Mich. J. Int'l L. 1383 (1997).

[30] See Steve Charnitz, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, 18 Mich. J. Int'l L. 1357 (1997).

[31] See Kenneth Anderson, *The United Nations Human Rights Committee, the Role of International Non-governmental Organizations, and the Idea of International Civil Society*, 11 Law. & Ethics L. 81, 103-109 (2000).

[32] See Maria Glasco, *How Activists Shaped the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2003.

[33] 参见黄志雄:《非政府组织与2008年《禁止酷刑公约》之参与、影响及启示》,载《武汉大学法律评论》(第三卷)武汉大学出版社2010年版,第348—370页。

领域的国际法的内容和实施都存在严重的局限

五、非政府组织与国际法的合法化路径

非政府组织代表了其自身成员乃至更广泛的个人和群体的利益和价值诉求。非政府组织往往具有许多重要的地方性知识和专门性知识,因此,增强非政府组织的参与,有助于提升国际法决策过程的包容性和回应性,有助于提高国际法决策过程的效率和质量,^[33]从而有助于增强国际法的合法性。目前,在程序、过程和实质、实体上,都需要在非域效率与公平的基础上更广泛地开放非政府组织的参与,进一步推动国际法的合法化。

首先,应该在国际法的民主宪政过程中继续增强非政府组织的参与。在国内层面,需要健全民主代议制,使得不同国家和地区内部不同的个人、群体都能够在其国内事务和对外事务决策过程中充分得到代表;还需要增强审议性民主,使得不同国家和地区内部不同的个人、群体都能够在其国内事务和对外事务决策过程中充分获得参与。这都要求在国内层面改变传统上对外事务决策过程中的对于私人、公众和非政府组织的封闭和排斥,建立健全民主宪政体制,更好地协调自身政治、经济和社会的发展,从而在国家间体制的国际法决策过程中才能更好地代表本国人民的利益,并减少非政府组织对国际法合法性的质疑。

其次,应该在国际法的决策过程中继续拓展非政府组织的参与程度。在开放非政府组织参与国际法的立法、实施和裁判过程问题上,应该不断积累和借鉴各种成功的经验和做法,不断探索创新的实践和做法。

在这方面,欧洲理事会的实践和做法颇具借鉴价值。欧洲理事会于2002年11月通过了《非政府组织在欧洲参与地位的基本原则及解释备忘录》,欧洲理事会部长委员会于2003年12月通过了《国际非政府组织对欧洲理事会的参与地位决议》,欧洲理事会部长委员会于2007年10月通过了《部长委员会就非政府组织法律地位致成员国的建议》,欧洲理事会国际非政府组织大会于2010年1月通过了《关于非政府组织内部治理的建议》,欧洲理事会国际非政府组织大会于2011年1月通过了《关于非政府组织的制裁和责任的建议》。欧洲理事会的立法和措施总体上最大程度地尊重 and 保障非政府组织的自由建立和独立运作,最低限度地酌情尊重和保障成员国政府对非政府组织的必要监督,同时要求非政府组织具有透明性和问责性,广泛地促进和保障非政府组织在欧洲理事会的参与地位。

在非政府组织的咨商地位认证方面,在欧盟法体制中,非政府咨商认证委员会本身就是一个独立、中立、民间和去政治化的机构,这种做法值得推广至联合国以及其他国际组织,尤其应该改革联合国经社理事会的政府间机构的咨商认证机制,实行非政府的民间咨商认证机制。在具体的非政府组织咨商地位认证标准上,任何认证标准都不得损害非政府组织的独立性;这些标准本身必须是国际性的;这些标准必须是透明性的;这些标准的适用必须具有公正性;可以要求非政府组织在相关领域具有最低程度的专业性或者参与该领域的活动;为了减少过多非政府组织参与的负担,也可以要求非政府组织具有一定的代表性;可以适当要求非政府组织具有一定的问责性,但是,此种要求必须审慎,不得产生禁止非政府组织参与的后果;应该要求非政府组织必须遵守一定的基本宪政原则,例如不得侵犯人权。但是,不应该要求非政府组织必须支持和遵守欲参与其活动的国际组织的具体政策,因为民主原则恰恰要求非政府组织的反对声音必须被听到。总之,非政府组织咨商地位的认证程序本身必须符合正当程序要求,而且,实体认证标准本身也必须正当合理。^[34]非政府组织虽然应该

[33] See Steve Charalambos, *The Accountability of Promoting NGO Participation*, 36 *Trans. L. Int'l J.*, 891 (2011).

[34] See Ian Mabbett, *Acad. Ethics and Gov. Update: The Generalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 223—224.

被允许申请参与国际立法过程。但是,非政府组织只能享有发言权,而不应享有投票权,因为最终能够协调非政府组织不同利益和价值主张的仍然是国家。在多国国际立法过程方面,一旦经过认证获得咨商地位,非政府组织就应该可以合法地期待享有一些基本的参与地位,主要包括:获得有关会议和议程安排的中前通知;自动和持续地获准参与各种会议;有权散发与会议有关的各种文件;经过明示同意可以在会上发言。^[35]

在国际条约的实施和监督机制中,无论是政治性条约的实施,还是经济、社会和文化领域条约的实施,应该更加普遍地增强非政府组织的参与,允许非政府组织提交监督评审报告等。在各种国际争端解决机制中,在合理权衡争端解决程序效率和争端当事方的程序公平的基础上,应该更加普遍地通过明确的程序规则和条件限制,承认非政府组织提交法庭之友书面意见的申请资格。同时,应向国际裁判机构本身制定具体规则,决定是否接受非政府组织提交的法庭之友书面意见。在此,应该考虑的因素主要包括:书面意见的提交是否有助于促进司法正义;是否有助于维护公共利益;有关非政府组织是否具有相关领域的专门知识。进而,对于非政府组织提交的法庭之友书面意见,国际裁判机构都应该予以认真对待,即使拒绝接受非政府组织提交的书面意见,也应该给予合理的解释和说明。

目前,在学说上,对于非政府组织参与国际法律过程仍然存在许多争议。有学者认为,非政府组织不应该而且至少在法上也不享有广泛国际法律过程的参与权;有学者认为,非政府组织应该而且至少在法上已经享有广泛国际法律过程的参与权,认为非政府组织在国际法律过程中的一般性的参与权来自于习惯法或者一般法律原则;^[36]也有学者认为,非政府组织不应该享有不受限制的参与国际立法和国际法实施的权利,非政府组织不应该而且在实在法上应不享有一般性的、不经资格认证的和不受限制的国际法律过程参与权,但主张非政府组织应该享有一般性的参与国际法律过程的申请准入的认证权和被适当考虑的权利,而且认为,这种申请准入的认证权和被适当考虑的权利属于正在形成中的习惯法或者一般法律原则。其中,第三种主张更为适当,也更符合目前实证法的发展趋势。基于第三种主张,对于非政府组织在国际法上的参与,可能存在两种发展思路。一种是继续经由不同国际组织灵活地广泛扩展非政府组织的参与方式。一种是拟定非政府组织正式国际人格地位的公约或者其他正式国际法文件。从有利于非政府组织更好地参与国际法决策过程来看,后一种思路虽然有助于确立非政府组织的正式法律地位,但是,却也可能增加对于非政府组织的形式化的法律限制。而第一种思路,更有利于灵活地扩展非政府组织的参与,但是,也需要限制有关国家和国际组织在认证和决定授予非政府组织参与资格方面的自由裁量权。

最后,应该在国际法的实质和实体内容方面积极解决目前国际法结构不平衡的问题。非政府组织的参与不仅仅是形式上的和程序上的利益和价值诉求,更重要的是在实质和实体层面的利益和价值诉求。为此,应该从更深层次上正视目前国际法结构不平衡的问题,解决国际法诸领域的不成体系/碎片化问题,加强人道、人权和可持续发展领域国际法的实体内容及其实施机制,改变目前偏向政治领域和经济领域国际法的失衡发展状态,推动政治、经济和社会领域国际法之间健康、和谐、持续的发展和演进。这就要求国际法的发展应该更加重视个人和人类利益和价值,这正是国际法的人本化所在,也正是当代国际法的重大发展趋势。从国家间消极共存国际法,到积极合作国际法,再到以人道、人权和可持续发展为核心的人本国际法,表明了国际法合法性基础的变迁,也印证了国际法自身合法化的演进过程。对此,2005年联合国秘书长安南提交的《人自由:实现人人共享的发展、安全与人权》报告在实质和实体内容上均对联合国改革和国际法合法化的要素、发展、安全与人权三大支柱同等重要且相互增强,这正是国际法合法化的实质所在,也正是非政府组织合法性诉求的实质所在。

当然,非政府组织自身也有在和面临着合法性问题,非政府组织必须不断正视和提升自身的合法性,才能更好地推动国际法的合法化。

[35] Ibid. pp. 226.

[36] Ibid. pp. 221-222.