

# 国际法的透明度转向

安妮·彼得斯\*

戴瑞君\*\*译 张月尧\*\*\*校

**摘要：**近年来在所有的国际法主要领域，例如环境法、经济法、人权法、国际人道法、健康法、和平与安全法，公民社会行为主体、国家以及国际机构内部都发出了需要更多透明的呼声。本文将对国际法中真正的“透明度转向”进行分析，剖析日益增长的透明在全球治理中特别是在谈判与磋商的良性运行中的作用和缺点。文章将论证是否正在形成一种适用于各领域的关于透明度的法律原则，并且这一原则的出现对于国际法整体而言有何意义。本文认为从治理的角度来讲，透明对于在全球层面实现参与、归责甚至民主是必要的但不充分的条件。

**关键词：**全球治理 归责 公开 参与 合法性

## 一 问题与概念

美国国家安全局在众多欧洲国家对私人及机构间的电话和网络通信进行秘密监视的棱镜计划（PRISM）及其他监视活动，反映了本文要讨论的问题：在一个自由的治理体系中，理想的状态是，治理者自身应当对他是否采取措施保持透明，同时公民的隐私领域应当得到尊重。与之相反，公民不承担表面的透明义务。而棱镜计划颠倒了这一秩序：所有互联网用户，其中绝大多数是私人，因为这个监视项目而被迫透明——但是这个事实却对外界绝对保密，监视措施本身并不透明。爱德华·斯诺登（Edward Joseph Snowden）这样的人让监视项目变得部分透明了。他这样做不仅违反了他的雇佣合同义务，而且构成了美国法上的犯罪。尽管根据一个国家的实在国内法，斯诺登的这种行为是非法的，但能否依据某种更高的原则，比如某种对其他国家和外国公民保持透明的国际法律义务，而使该行为变得合法化或得到原谅呢？问题的答案，取决于国际法上是否存在透明度原则（principle of transparency）或公开原则。

“公开”是政治理论（及政治实践）的一个传统术语。相反，“透明度”在国际法和国际治理领域最近才成为一个时髦的词。本文中，这两个术语可替换使用。我在使用“透明度”一词

---

\* 教授，法学博士，德国马克斯—普朗克比较公法与国际法研究所所长，巴塞尔大学客座教授，海德堡大学荣誉教授。

\*\* 中国社会科学院国际法研究所副研究员。

\*\*\* 德国马克斯—普朗克比较公法与国际法研究所博士生。

时，将其理解为一种包含相关（政治和法律）信息的文化或体系。

在国际法的所有主要领域，例如环境法、贸易和投资法、人权法、国际人道法、健康法、和平与安全法，公民社会、国家以及国际机构内部，最近都发出了要求更透明的机制和程序的呼声，并且这种呼声在很大程度上受到了尊重。我们把这种现象称为全球治理的透明度转向。<sup>①</sup>

这一转向首先关涉“为了治理的透明度”（transparency for governance），<sup>②</sup>即国际法施加给国家的要求。在《奥尔胡斯公约》（Aarhus Convention，全称为 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters）<sup>③</sup>和2009年《关于获得官方文件的欧洲理事会公约》（Council of Europe Convention on Access to Official Documents）中可以找到这方面的例证。<sup>④</sup>在国际安全法领域，最近的一个例子是2012年联合国人权理事会通过的《确保恐怖主义受害人的人权的框架原则》，其中规定的一项原则是必须在“公众监督”之下对致命事故开展有效的官方调查。<sup>⑤</sup>

透明度转向的第二个维度是（全球）治理的参与者不断增长的透明度需求。例如，2001年《欧盟透明度规则》（EU Transparency Regulation）给欧盟施加了透明度要求。<sup>⑥</sup>就世界贸易组织（WTO）而言，《萨瑟兰报告》（Sutherland Report）用整个一节的篇幅来讨论改进WTO的透明度以及公民社会参与的问题。<sup>⑦</sup>此外，2010年，世界银行发布了《世界银行关于获得信息的政策》。<sup>⑧</sup>另一个例子是2012年“小五国集团”（一个由小国组成的团体）发起，提议起草一部关于“增强安全理事会的问责制、透明度和有效性”的决议草案，<sup>⑨</sup>但是该建议最终未能在联合国大会获得通过。

① Anne Peters, “Towards Transparency as a Global Norm”, in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), *Transparency in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 607. 还可参见 “Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade”, in F. Pazartzis et al. (eds.), *International Law Association* (Oxford: Hart, 2015). 感谢该书编者允许我使用这些资料。

② “为了治理的透明”（transparency for governance）和“针对治理的透明”（transparency of governance）之间的区别，参见 Ronald B. Mitchell, “Transparency for Governance: the Mechanisms and Effectiveness of Disclosure-based and Education-based Transparency Policies”, (2011) 70 *Ecological Economics* 1882, p. 1882.

③ 联合国欧洲经济委员会，《关于在环境问题上获得信息、公众参与决策和获得司法救济的公约》，2161 UNTS 447, 1998年6月25日通过，2001年10月30日生效。

④ 该公约尚未生效（至少10个国家批准方可生效，目前已有6个国家批准，主要是东欧国家以及瑞典）。

⑤ 国家保护生命的义务要求国家在恐怖主义背景下，当个人因为致命的或潜在的致命暴力（恐怖分子的行为或政府打击恐怖分子的措施）而遭受严重的伤害时，尤其是在遭到定点清除及无人机袭击之后，开展有效的官方调查。2012年6月4日联合国人权理事会第12届会议通过的A/HRC/20/14号文件，即本·爱默生（Ben Emmerson）撰写的《特别报告员关于在打击恐怖主义的同时促进和保护人权和基本自由的报告：确保恐怖主义受害人的人权的框架原则》第36段指出，“最低限度的要求”之一，即“调查过程必须接受充分的公众监督，以确保调查结果向公众负责。这对于维护公众对当局遵守法治的信心，防止出现任何勾结或容忍非法行为或不作为的现象至关重要”。

⑥ European Parliament and European Council, “Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding Public Access to European Parliament”, Council and Commission Documents, *Official Journal of the European Communities* L 145, volume 43.

⑦ Peter Sutherland et al. (eds.), *The future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium* (WTO 2004) 45, paras. 183–205.

⑧ World Bank, *Policy on Access to Information* (1 July 2010), <http://documents.worldbank.org> (last visited February 3, 2014).

⑨ 联合国大会：哥斯达黎加、约旦、列支敦士登、新加坡和瑞士订正决议草案：《增强安全理事会的问责制、透明度和有效性》Doc. A/66 L. 42/Rev. 1 (3 May 2012).

## 二 透明度的规范性

目前,尚不存在一般性的国际透明度条约,而且编撰这样一个条约可能既不可行也不可求。问题在于,是否存在关于透明度的习惯国际法规则,或者一般法律原则。然而,一个概念如果想要被“法律化”到这两个原则之下,“必须满足两个基本的结构性前提条件:它必须足够准确,故可以产生义务并可以评估其执行状况;同时它必须有一个义务主体和一个权利主体”。<sup>①</sup>对于透明度这个时髦语来说,这两个条件都是不容易满足的。因此,似乎难以证明透明度是硬性国际法的一个规范——而且它可能永远也不能成为这样的规范。<sup>②</sup>依据《国际法院规约》第38条得出的对国际法“渊源”的经典表述,也许并未向我们透露太多国际法的状态,以及它对相关国际主体的行为产生影响的能力。

## 三 获得信息的人权可成为透明度的催化剂

获得信息的权利可以为巩固透明度原则发挥催化作用。所有的区域性以及普遍性人权条约中都包含了这项权利。如今,这项权利已不再单纯地被解释为政府不得阻碍传播已经存在于公共领域的信息的消极义务,而应被解释为一项积极权利。例如,欧洲人权法院从《欧洲人权公约》第10条(获得或传播信息和思想的自由)推导出了一项获得公共文件的独立权利。<sup>③</sup>法院的裁决对第10条的适用范围,即权利所涉及的物(*ratione materiae*)的范围作了一次新的重要扩展。但是,应当如何界定这项权利的人(*ratione personae*)的范围,以对应获得信息权的义务主体呢?人权条约的义务主体是国家。但是,为使获得信息的权利能有效充当提高全球透明度的催化剂,就有必要让其他主体也成为这项权利的相对人,而不仅限于国家。随着国际组织的能力和实际权力的相对提高,一些法律和政治领域的重要信息不再为国家独自掌握,也由国际组织掌握。信息权利若想成为一项有效的权利,就必须存在对应的相关信息实际持有者的义务。例如,对世界银行作出的有关金融项目发展的决定,如果具有生态敏感性,相关行为者应该可以向世界银行主张获得信息的权利。

联合国人权事务委员会(Human Rights Committee)2011年针对《公民权利和政治权利国际公约》第19条作出的第34号一般性意见采用了同样的思路。它对信息权作了重要的延展性解读,认为这项权利不仅指向国家所掌握的官方文件,也包含履行公共职能的其他行为者所掌握的

① Beate Rudolf, “Is ‘Good Governance’ a Norm of International Law?”, in Pierre-Marie Dupuy *et al.* (eds.), *Völkerrechts Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat* (Kehl: N. P. Engel, 2006), p. 1007, p. 1026.

② Jonas Ebbesson, “Global or European Only? International law on Transparency in Environmental Matters for Members of the Public”, in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), *Transparency in International Law*, p. 49, p. 73. 该文作者只看到一些“规范碎片”,只为国际法上对社会公众承担透明度义务提供了有限的支持。艾伦·博伊尔和凯西·麦考尔·史密斯发现,能够为国际组织和条约机构非常重要的透明度实践“提供支持的可以识别的国际法极其有限”。Alan Boyle and Kasey McCall-Smith, “Transparency in International Law-Making”, in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), *Transparency in International Law*, p. 419, p. 435.

③ *Gillberg v. Sweden*, European Court of Human Rights, Grand Chamber Judgment of 3 April 2012, Application No. 41723/06, para. 93.

文件。<sup>①</sup> 我认为，国际组织或许可以被视为履行公共职能的实体。它们因此可以成为获得信息权利的义务主体。

#### 四 透明度的价值与功能

在国际法和国际治理领域，透明度的价值与功能可以体现在以下三个方面：（1）促进善治与法治，包括可预见性、可获得性以及法律的清晰度；（2）提高可归责性、参与度以及民主性；（3）增强有效性和效力，特别是在金融领域。

这里我通过讨论第二组功能来进行阐述。民主需要透明。在这方面，詹姆斯·麦迪逊（James Madison）有一个经典表述：“[一个]民主政府，如果没有公众的信息，或获取公众信息的渠道，只能是一场闹剧或悲剧，或二者皆有的序幕。知识将永远统治无知——人民若想成为自己的统治者，就必须用知识赋予的力量武装自己。”<sup>②</sup>

透明度显然是获取被统治者知情同意的一个必不可少的条件（*conditio sine qua non*）。这对于揭露滥用职权和维护利益至关重要。可以说，透明度可以缓解全球治理的“民主赤字”。但是透明度本身并不能带来民主——它仅仅是民主程序的一个前提条件。

透明度能够为实施控制和监督提供便利，因此有助于改善责任制度。但问题是，国际法和国际政策的制定者，尤其是国际组织，到底该向谁负责——向特定组织的成员国，向所有国家，还是向全球的公民？谁是相关的适格主体，谁是责任的接受者？

对此，艾伦·布坎南（Allen Buchanan）和罗伯特·基奥恩（Robert O. Keohane）对责任所作的“狭义”和“广义”的区分很有启发性。<sup>③</sup> 广义责任的意思是，不仅要向那些目前接受汇报的人（国家，尤其是特定组织的成员国）负责，而且也向希望并争取能听到汇报的其他人（例如非政府组织和普通大众）负责。广义责任的核心在于“如果对可归责的条件作出重要修订，就需要广义的透明度”。<sup>④</sup> 这样看来，由于透明度可以解决归责不匹配问题，所以它对于责任制度来说就更加重要了。

但是，可能会出现这样的异议：透明度会不会只是更多复杂的实质性问题，如民主、善治、经济效率、社会正义、法治的替代品呢？<sup>⑤</sup> 的确，某些类型的透明度可能退化为“空有合法性虚名”。<sup>⑥</sup> 关于透明度的讨论掩盖了它背后的问题。但关键在于，即便透明度确实是一个替代品，

<sup>①</sup> 联合国人权事务委员会，《公民权利和政治权利国际公约》第34号一般性意见，CCPR/C/GC/34（2011年9月12日），第18段：“第19条，第2款包含一项获取公共机构所持有的信息的权利（……）[而且]当其他实体履行公共职能时也可以包括这些实体。”（着重号为作者所加）。

<sup>②</sup> James Madison, “James Madison to WT Barry”, in Philip B. Kurland and Ralph Lerner (eds), *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), pp. 103–109.

<sup>③</sup> Allen Buchanan and Robert O. Keohane, “The Legitimacy of Global Governance Institutions”, (2006) 20 *Ethics and International Affairs* 405, p. 427.

<sup>④</sup> Allen Buchanan and Robert O. Keohane, “The Legitimacy of Global Governance Institutions”, p. 428.

<sup>⑤</sup> Virginia Haufler, “Disclosure as Governance: The Extractive Industry Transparency Initiative and Resource Management in the Developing World”, (2010) 10 *Global Environmental Politics* 53, p. 70.

<sup>⑥</sup> Lucian Hölscher, *Öffentlichkeit und Geheimnis: Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit* (Stuttgart: Klett-Cotta, 1979), p. 170.

它也是一个必不可少的替代品,因为在全球多元的政治空间中,透明度通过允许每个人对全球治理问题形成自己观点的程序机制,取代了有些人心中那种难以实现的对所谓“正确的”国际法或国际政策的信条。

总之,尽管透明度政策在某种程度上只产生替代的合法性,甚至可能有时产生反效果,但更多情况下它们看起来是朝着改善国际法和国际治理的可归责性以及合法性的方向“迈出了合理的一步”。<sup>①</sup>当然,透明度有着自身的缺陷,接下来我将讨论这个问题。

## 五 透明度的缺陷

首先,透明度有其固有的负面效果,尤其是它给讨论质量带来的风险,<sup>②</sup>下文我还将讨论这一问题。其次,存在许多与透明度相对抗的合法利益,例如安全<sup>③</sup>、隐私、商业或贸易秘密<sup>④</sup>等,必须与透明度所带来的好处进行平衡。第三,与其他所有的政策一样,透明度措施也有财政成本,可能在实践中由于时间或空间的限制而不可行。第四,透明度可能会通过数据洪流(“湮没在大量的信息披露之中”)<sup>⑤</sup>、假情报以及宣传而被伪造。假装具有透明度这一情况,在国际关系中一直扮演着重要的角色。<sup>⑥</sup>

另外一项缺陷在于,透明度措施可以被规避:法律工作者和政客可以在公开会议的表象背后召开秘密会议,将秘密文件与公开文件分开,或者尽力缩减会议记录。如果这是透明度或者某一领域过于透明所可能带来的或是所不可避免的后果,那么最终整个政策将失效甚或产生反效果,结果造成了更为严重的不透明。

## 六 透明度和外交谈判

潜在的国际透明度规则可能引发的最大问题存在于国际立法领域,而传统上国际立法是外交谈判的结果。事实上,保密是外交领域最基本的特征。一位英国的外交官写道:“谈判的艺术取决于信赖,这是一项古老的原则;而保密则是一项永恒的原则。”<sup>⑦</sup>

① Virginia Haufler, “Disclosure as Governance: The Extractive Industry Transparency Initiative and Resource Management in the Developing World”, p. 70.

② Hans Morgenthau, *Politics among Nations* (New York: Alfred A. Knopf, 1950), pp. 431–433.

③ Anne Peters, “Transparency, Secrecy, and Security: Liaisons Dangereuses”, in Julia Iliopoulos-Strangas *et al.* (eds.), *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa/Rule of Law, Freedom and Security in Europe/Etat de droit, liberté et sécurité en Europe* (Societas Iuris Publici Europaei, vol. 6, Berlin: Nomos, 2010), p. 183. Eliav Liebllich, “Show us the Films: Transparency, National Security and Disclosure of Information collected by Advanced Weapon Systems under International Law”, (2012) 45 *Israel Law Review* 459, pp. 459–533.

④ 例如世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第39条和国际原子能机构《国家与国际原子能机构关于适用安全保障措施的模范补充议定书》第15条。

⑤ Aarti Gupta, “Transparency under Scrutiny: Information Disclosure in Global Environmental Governance”, (2008) 8 *Global Environmental Politics* 1, p. 4.

⑥ Burkart Holzner and Leslie Holzner, *Transparency in Global Change: The Vanguard of Open Society* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2006), p. 102.

⑦ Harold Nicolson, *Diplomacy* (Oxford: Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> edn, 1963), p. 255.

但是，保密性和由此产生的不透明在国际法的制定过程中是不是一项“永恒的”以及不可或缺的要害呢？从托马斯·里斯（Thomas Risse）所做的关于国际关系磋商范式的概念来看，似乎并非如此。据其分析，争论与谈判是相互对立的。“争论”被定义为基于可变的偏好和论点而进行的交流行为。争论的目的是为了达成正当的共识。相反，“谈判”是基于固定偏好的交流行为，为了满足各方的需求，可以相互威胁，交换承诺。里斯及其同伴已经证明，争论不仅是权力与自利者之间的偶发现象，它对于国际关系也具有建构作用。<sup>①</sup>

另一要点是，“争论”与“讨价还价”之间的区别在于前者的三方性质。<sup>②</sup>“争论”会援引来自外部的、普遍接受的权威，通过该权威使所主张的事实或规范具有效力。这一外部权威可以是承担着裁判最佳论点职能的公众。而这一公众也可以是观察国际谈判的一般的国际大众。在这种范式下，透明度似乎是全球治理一个不可或缺的因素。国际立法进程从谈判模式向争论模式转变越深入，谈判与公开性和透明度之间的关系也就越契合。

最近的气候变化谈判就是试图让外交变得更加透明的例证。2010年在坎昆举行的《联合国气候变化框架公约》缔约国大会暨《京都议定书》缔约方会议（COP16/CMP6），明确是在透明度和包容性的标题下进行的。<sup>③</sup>另一个关于条约谈判的司法裁决同样也强调了透明度。该案中，欧洲法院（European Court of Justice）反对欧洲理事会的意见，认为，个人有权获得关于欧洲联盟和美国为缔结一项国际条约而开始谈判的文件。考虑到“鉴于不得泄露谈判之战略要素的合法利益，有必要限制公众在国际协定的谈判和缔结程序中的参与”的事实，<sup>④</sup>《欧洲透明度指令》<sup>⑤</sup>第4条第1款规定，“如果披露一项文件可能损害对如下利益的保护，机构可以拒绝提供文件：（a）关于以下方面的公共利益：国际关系（……）；但为了更重要的公共利益而予以披露的情况除外”。在该案中，欧洲法院认为交出所要求的文件（关于开启条约谈判的一项法律意见）而产生的普遍利益应当优先。

然而，一旦外交程序变得更加透明，最大的风险是什么？一旦非外交程序的参加者也被允许旁听谈判和磋商，会产生怎样的负面影响？面对公众，谈判的参加者可能会尽力避免给人留下不确定、弱势和摇摆不定的印象。在众多观众面前，他们可能倾向于采取更加激进的立场并保持坚定不移。因此，透明度可能迫使谈判者维持一个更加僵化的讨论，进行伪装，并避免鲁莽的或不成熟的声明。结果可能会增加陷入僵局的风险（因为难以轻易达成妥协），或者相反，达成一个

① Thomas Risse, “Let’s Argue!”, (2000) 54 *International Organization* 1, pp. 1–39.

② Cornelia Ulbert and Thomas Risse, “Deliberately Changing the Discourse: What Does Make Arguing Effective?”, (2005) 40 *Acta Politica* 351, p. 352–353.

③ 墨西哥会议主席指出，“对透明度和包容性原则作出了全面承诺。将不会存在平行或重叠的讨论，并且我将继续确保所有的立场都得到考虑”。UNFCCC Informal Stocktaking Plenary: Statement by Her Excellency Mrs. Patricia Espinosa COP 16/CMP 6 President (8 December 2010)。同样的观点，可以参见2010年12月5日主席非正式会议上的声明：“墨西哥总统将继续奉行充分的透明度原则，并遵守既有的联合国程序”。[http://unfccc.int/press/news\\_archive/items/5273txt.php](http://unfccc.int/press/news_archive/items/5273txt.php) (last visited December 15, 2014)。另可参见 UNFCCC Subsidiary Body for Implementation, *Synthesis Report on Ways to Enhance the Engagement of Observer Organizations FCCC/SBI/2010/16 (19 October 2010) with a view to the 33<sup>rd</sup> session in Cancún*, 30 November to 4 December 2010, paras. 16–17, paras. 26–28.

④ *Council v. in 't Veld*, European Court of Justice, General Court (first chamber), 3 July 2014, C–350/12 P, para. 86.

⑤ European Parliament and European Council, “Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding Public Access to European Parliament”, Council and Commission Documents, *Official Journal of the European Communities* L 145, volume 43.

草率的协定。<sup>①</sup>

另一方面，透明度也可能对外谈判产生积极的影响。其中一个积极影响被乔恩·埃尔斯特（Jon Elster）称作“伪善的教化作用”。<sup>②</sup>透明度可以引导法律和政策的制定者将他们的立场建立在社会接受的规范之上。社会压力将引导他们用一般的公众利益而不是他们的一己之利来论证自己的立场。即便这些立场是虚伪的，它们也能产生更好的结果。既然“坏的”论点已经被正式禁止了，那它们对最终的决定的影响就微乎其微。<sup>③</sup>

考虑到透明度对磋商和谈判所产生的积极的和消极的影响，机制的设计者应当为国际法的制定程序设计既包括不透明或保密的要素或环节，也包括透明的要素或环节。为识别并限定磋商或谈判中透明度原则的例外，我们可以依赖关于国际谈判的公众审查效果的现存研究成果，特别是实证研究成果。例如，可以允许关起门来讨论，前提是通过授权某些特定行为主体参与非公开会议，使这个有限的圈子能够再现多元的公众代表性。<sup>④</sup>另一个方法是，允许公众参与非公开讨论的准备工作，条件是嗣后必须公开阐释采取特定措施或者达成特定协议的理由。<sup>⑤</sup>

## 七 政策建议

通过对透明度，或者在全球治理中如何更加透明的优劣之处的简短论述，可以得出一些政策建议。根据应然法（De lege ferenda），国际法和国际机制应当变得更加透明，即目前的趋势应当持续并得到加强。然而，考虑到透明度的混合影响，朝着这个方向的任何推进都必须经过合理性证明。

首先，国际法完全的透明既不合适也不现实。国际法和国际政策的制定者应当将透明度看作是机制和法律设计的一个变量。他们有必要平衡潜在的消极影响和积极影响。

其次，对透明度的（法律）推定应该得到承认。<sup>⑥</sup>对透明度的推定指的是不向公众发行文件

① Sissela Bok, *Secrets* (New York: Pantheon, 1982), p. 175 and p. 184.

② Jon Elster, "Deliberation and Constitution Making", in Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 97-122 and p. 111.

③ 乔恩·埃尔斯特（Jon Elster）并未关注公众与私人通信之间的对立关系，而是对比了“争论”（提出理由）与“讨价还价”（威胁与承诺）的争辩模式。他认为“保密通常引起讨价还价，而公开性通常引起争论”。Jon Elster, "Strategic Uses of Argument", in Kenneth J. Arrow et al. (eds.), *Barriers to Conflict Resolution* (New York: Norton, 1995), pp. 237-257, p. 250 and p. 252.

④ Simone Chambers, "Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation", (2004) 12 *The Journal of Political Philosophy* 389, p. 390.

⑤ Nicholas Johnson, "Open Meetings and Closed Minds: Another Road to the Mountaintop", (2004) 53 *Drake Law* 11, p. 53.

⑥ Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge, Massachusetts: Belknap, 1996), p. 96. 该文解释了“有利于公开性的推论、主张保密的权力来源以及其他可以反驳公开性推论的价值”的基础。Joseph Stiglitz, "On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life", in Matthew J. Gibney (ed.), *Globalizing Rights, The Oxford Amnesty Lectures 1999* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 152. 该文指出：“鉴于严格守法的局限性，必须把重点放在创建公开文化上，对此，推论认为公众应当知道并参与所有的集体决策。”Buchanan and Keohane, "The Legitimacy of Global Governance Institutions", p. 431. 该文认为，“必须有一个强有力的但又是可以被反驳的对透明的推定。”Orna Ben-Naftali and Roy Peled, "How Much Secrecy Does Warfare Need?", in Bianchi and Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", p. 321 and p. 323. 该文主张：“支持在战争期间保密的推论应当被颠倒过来，要求政府官员承担证明责任，证明在特定事项上进行保密是必要的。”

或者召开闭门会议的做法，必须根据事先已经明确界定，或者有明确范围的法律例外来证明其合法性。主张例外只有通过公开声明理由的方式才能被允许。由此，解释和证明保密必要性的责任由机构自己，而不是由要求获得信息的外人来承担。

再次，不透明性越是符合托雷·诺伊曼（Thore Neumann）和布鲁诺·西马（Bruno Simma）所说的“元透明”（meta-transparency），<sup>①</sup> 越容易被接受。“元透明”指的是不透明的理由（即不透明是否必要）以及它的实质范围和时间范围必须透明。换句话说，是否透明、在多大程度上不透明以及在多长时间内不透明（例如，进行闭门辩论的必要性、例外的限定范围、对政策可能进行的调整），这些问题必须交由公众讨论决定。<sup>②</sup> 由此便引入了“保密本身的公共责任要素”。<sup>③</sup> 最后，只有“元透明”提供了超越透明限制的必要途径。<sup>④</sup>

## 八 结 论

我的结论是，透明度需求的增强及其在国际领域的实现——我将它叫做为全球治理的透明度转向，展现了一个范式的转变。国际法的特征正从“不公开”法转变为“公开”法。长久以来，传统国际法（主要是国家间的法律）被认为是“扩大的私法”。<sup>⑤</sup> 我的主张是，国际法已经在三重意义上被公开化了。

关于第一层含义，我们需要回顾传统的公法与私法的区分。这一区分根本上源于分配正义（*iustitia distributiva*）（通过分配和公共政策来实现）和补偿正义（*iustitia compensativa*）（在私领域通过市场来实现）的不同逻辑。<sup>⑥</sup> 国际法领域正在出现的透明度规范，以实现可归责性、公众参与度和全球民主化为目标并且一定程度上是这些目标的载体，正在加强国际法领域的正义的全球分配。从第一层含义看，国际法已变得更像“公”法，一部全球公共利益的法（“为了”公众利益）。

第二，国际法在另外一种意义上正在成为“公”法：一种限制政治权威的法，一种在全球政治权威和个人自治之间进行调和的法。

第三，国际法正在第三种意义上成为国际公法：在具备透明度的情况下，即便不是完全由全球的公众制定的（公众并非最终的法制定者），也是在公众监督之下“通过”公众（公众作为媒介）制定的。

最后，治理的透明度仅仅是可归责性、可能也包括全球民主化的必要条件，但不是充分条件；从全球透明不会自动发展为全球治理的民主化。另外，对公平合理的全球治理机制、程序和机构从理论上进行概念化，并在实践中予以执行，还有赖于对更多的司法要素如参与、争论或团结等的进一步研究。

① Thore Neumann and Bruno Simma, “Transparency in International Adjudication”, in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds.), *Transparency in International Law*, p. 436 and p. 472.

② Joseph Stiglitz, “On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life”, p. 152.

③ Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, p. 104.

④ Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, p. 127.

⑤ Thomas Holland, *Studies in International Law* (Oxford: Clarendon, 1898), p. 152. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Geneva: Barrilot & Fils, 1748) livre vingt-sixième.

⑥ Nils Jansen and Ralf Michaels, “Private Law and the State”, (2007) 71 *RabelsZ* 345, reprinted in Nils Jansen and Ralf Michaels (eds.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), p. 62.



## The Transparency Turn of International Law

*Anne Peters*

(Translated by Dai Ruijun and Checked by Zhang Yueyao)

**Abstract:** In all major fields of international law, e. g. environmental law, economic law, human rights law, international humanitarian law, health law, peace-and-security law, demands for more transparency have recently been voiced by civil-society actors, by States, and within the international institutions themselves. This paper diagnoses a genuine “transparency turn” in international law; it analyses the functions and drawbacks of increased transparency in global governance especially for the well-functioning of negotiations and deliberations; it asks whether a cross-cutting legal principle of transparency is emerging, and what this might mean for international law as a whole. It concludes that from a governance perspective, transparency is only a necessary, and not a sufficient condition for bringing about participation, accountability, and possibly democracy in the global sphere.

**Keywords:** Global Governance, Accountability, Publicity, Participation, Legitimacy

(责任编辑: 曲相霏)