

WTO与国内司法审查 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022_WTO_E4_B8_8E_E5_9B_BD_E5_c122_483103.htm 对国内司法审查提出明确的要求，是WTO高度法律化的重要标志之一。加入WTO之后，我国必须确立与WTO相适应的司法审查制度，与此相关的主要是四个递进层次的问题：WTO对国内司法审查的要求，这是成员作出承诺和确立相关国内司法审查制度的基础；我国加入WTO议定书对司法审查的承诺，这是我国履行WTO义务的具体化和国内确立相关司法审查范围的直接依据；WTO的要求和加入议定书的承诺在国内立法中如何对接和转化；国内法院如何落实司法审查要求以及如何确立相配套的司法制度。

一、WTO对司法审查的基本要求

(一)复审或者审查制度是透明度原则的重要内容

司法审查(乃至行政复议、仲裁裁决)是WTO所规定的透明度原则中的重要内容，如GATT第10条关于“贸易法规的公布和实施”的规定就体现了透明度原则。WTO秘书处将透明度原则分为：公布所有影响贸易的措施；以恰当的方式执行这些措施；对下级机关作出的决定由上级机关或者其他组织进行复审(审查)；履行通知义务，为其他成员对这些措施提供评论的机会。其中，对下级机关作出的决定由上级机关或者其他组织进行复审(审查)，就包括了行政复议(由行政机关复审其他行政机关的行政行为)、仲裁裁决(仲裁的复审)和司法审查。WTO有关法律文件规定的行政复议、仲裁裁决和司法审查都属于“review”之列，都是对此前已作出的行政行为进行的复审或者审查(所谓复审就是对已有决定或者行为的再审查)。总的来看

，WTO有关法律文件对复审或者审查的规定虽然明确，但都非常原则而不具体，具体的审查制度由各国根据自身的情况自行决定。WTO有关复审的规定散见于不同的法律文件，不同领域的行政复审、仲裁裁决或者司法审查有着不尽相同的规定。

(二)货物贸易和服务贸易的复审或者审查制度的灵活多样性从WTO有关法律规定来看，有关货物贸易和服务贸易的复审和审查方式是多元的，成员可以根据其宪政要求和国内法律制度灵活确定适合本国情况的复审方式。货物贸易多边协定项下的诸协定既有明确规定复审要求的，又有未作规定的。例如，GATT对复审未作一般性要求，但针对具体情况作出了具体规定，如第10条第3项第(2)目规定：“各缔约方应当维持或者尽快设立司法的、仲裁的或者行政的裁决机构或者程序，以特别用于迅速审查和纠正与海关有关的行政行为。”《关于实施1994年关税与贸易总协定第6条的协定》(即1994年反倾销规则)第13条规定：“国内立法包含反倾销措施规定的各成员，应当维持司法的、仲裁的或者行政的裁决机构或者程序，以特别用于迅速审查属于第11条范围的与最终决定和决定的复审相关的行政行为。此类裁决机构或者程序应当独立于作出该决定或者复审的主管机关。”《补贴与反补贴措施协定》23条规定：“国内立法包含反补贴税措施规定的各成员，应当维持司法的、仲裁的或者行政的裁决机构或者程序，以特别用于迅速审查属于第21条范围的与最终决定和决定的复审相关的行政行为。此类裁决机构或者程序应当独立于作出该决定或者复审的主管机关，并应当向参与行政程序并直接和各自受行政行为影响的所有利害关系人提供进入审查的机会。”GATS(《服务贸易总协定》)第6条第2

项规定：“(1)各成员应当维持或者尽快设立司法的、仲裁的或者行政的裁决机构或者程序，以应受影响的服务提供者的请求，对影响服务贸易的行政决定迅速审查，并在请求被证明合理的情况下，给予适当的救济。如果此类程序不能独立于作出行政决定的机关，成员应当确保此类程序事实上能够提供客观和公正的审查。(2)第(1)目的规定不得解释为要求一个成员设立与其宪政结构或者法律制度的性质相抵触的裁决机构或者程序。”从这些规定可以归纳出以下几点：1. 裁决机构(复审机构)的多样性。复审或者审查的机构可以是司法的、仲裁的或者行政的裁决机构，其英文文本的措辞为“judicial, arbitral or administrative tribunals”，国内有些译本将其译为“司法、仲裁或行政庭”，似不准确，从其逻辑结构来看，至少“administrative tribunals”是指司法机关和仲裁机关以外的履行行政复审职责的行政复审机构，而不是我国法院行政审判庭意义上的行政法庭，也不同于法、德等国属于司法序列的行政法院。“tribunal”译为裁决机构更好一些，以便包括三类裁决机构，而不限于严格意义上的法庭。成员可以根据其宪政要求和国内法律制度，选择适合自身的审查方式或者裁决机构，而不是必须选择司法复审途径，更没有要求必须以司法审查作为最终的审查程序。换言之，即使成员规定行政裁决机构(或者说行政复审机构)可以行使终局裁决权，也与WTO的要求不相抵触。但是，必须指出，成员对复审机构的选择决不是任意的，应当以自身的政治法律制度背景为基础。例如，成员国内本身不存在独立的行政和仲裁复审机构或者复审制度的，自然不必一定要重建这些制度来满足WTO规则的要求，否则既不符合国情，又增加无谓的成本

。但是，在现代法治社会，司法审查发达的程度和审查范围的大小，往往是其法治水平的重要标志，而法治较为发达的国家莫不将司法审查作为法律救济的终局手段，且司法审查的范围几乎无所不及。可以说，在现代法治社会，司法审查已经和应当作为对行政行为进行终局审查的基本形态，其他审查形态要么是中间的或者过渡的形态，要么是例外形态。设计我国的复审机构或者复审程序必须从这种现代法治的大背景进行考虑。

2．独立性是设置裁决结构的实体标准。无论选择哪一种裁决机构，该裁决机构必须独立于作出被审查行为的机关，因而裁决机构的独立性是WTO对成员维持或者设立行使审查或者复审职能的裁决机构的实体要求，或者说是成员维持或者设立裁决机构的实体标准。衡量成员设置的复审裁决机构是否符合WTO的要求，就是要看其是否达到了独立性要求。

3．体现了对成员的宪政结构或者法律制度的尊重。WTO之所以没有强求一律适用司法审查，乃是因为各国宪政结构和法律制度不尽相同，其复审机构制度存在着差异，对此需加尊重，因而服务贸易总协定特别提示，复审或者审查不得“要求一个成员设立与其宪政结构或者法律制度的性质相抵触的裁决机构或者程序”。

4．履行WTO复审或者审查义务的必要性 with 扩大范围的自由性。就履行WTO的义务而言，成员仅限于对其明确要求的事项有建立或者维持复审或者审查制度的义务，而对此外的事项没有此类义务。从这种意义上说，WTO司法审查的范围是有限的，不是对所有的贸易决定都提供复审或者审查的机会。但成员愿意扩大复审或者审查的范围的，属于其自己的事情，不属于WTO干预的范围。

(三)知识产权等领域的司法审查的单一性 TRIPs协议

第41条第4项规定：“参与程序的当事人应当有机会对行政终局决定获得司法机关的审查，并在遵守一个成员关于案件重要性的司法管辖权的法律规定的前提下，至少对案件是非的初步司法判决的法律内容进行审查。但是，对刑事案件的无罪判决无义务提供审查机会。”TRIPs协议的该规定及其他有关规定明确要求，对有关知识产权的行政终局决定 (final administrative decisions) 应当提供由司法机关 (judicial authorities) 进行司法审查的机会。与货物贸易和服务贸易有关复审和审查的规定相比，TRIPs协议明确限定了审查方式即司法审查和审查机关即司法机关，此前的程序中是否存在行政复审在所不问。而且，还应当根据案件的重要程度，允许对司法初审判决提出上诉。因此，在知识产权领域，WTO没有允许司法审查的例外。此外，海关估价协议也规定了司法机关的最终审查。

二、我国与WTO有关的司法审查的范围、形式和属性

有关法律文件对与贸易、投资和知识产权有关的行政行为的司法审查所提出的要求，代表了WTO对成员的国内司法救济的重视，也是WTO规则的显著特色。由于我国司法审查制度的相对薄弱，对司法审查作出明确的承诺，既成为我国加入WTO议定书的重要内容，又受到了其他成员和国外有关人士的关注。例如，2001年7月10日《中国加入议定书草案(修改本)》(DRAFT PROTOCOL ON THE ACCESSION OF CHINA, Revised Draft 10 / 07 / 2001)第一部分“总则”中对“司法审查”(Judicial Review)作出了下列两项承诺(以下内容系由本文作者译自该议定书草案的英文文本)：“1. 中国应当设立、指定和维持裁决机构(tribunals)、联系点和程序，以迅速审查1994年GATT第10条第1项、GATS第6条和TRIPs协议有关条

款所规定的与普遍适用的法律、法规、司法判决和行政决定相关的所有行政行为。此种裁决机构应当是公正的，并独立于作出行政行为的机关，而且，在该事项的结果上不得具有任何实质性的利益。2. 审查程序应当包含受被审查的任何行政行为影响的个人或者企业提起上诉的机会，且并不因此加重处罚。如果初次上诉权是向一个行政机关行使，那么无论如何应当给予其对该决定选择向司法机关提起上诉的机会。有关上诉的判决应当通知上诉人，且应当提供书面的判决理由。上诉人还应当被告知继续上诉的任何权利。”我国究竟如何承担司法审查义务，当然取决于中国加入议定书的最后承诺。该议定书草案既不是最新的草案(只是比较新的草案)，更不是最终的文本，但其对司法审查的承诺内容基本上反映了我国在这方面履行WTO义务的态度，可以借此分析与WTO相关的司法审查问题。从该草案反映的内容，至少可以对与WTO相关的司法审查作如下认识：(一)司法审查范围的有限性与广泛性 WTO对司法审查的要求既是有限的，又是广泛的。所谓有限性，乃是指司法审查的范围受WTO规则的明文规定和我国加入WTO议定书的承诺的限制；所谓广泛性，是指即便在这种限定的范围内，其内容也足以达到广泛的程度。从上列中国加入议定书草案对司法审查的规定来看，如果将来的正式文本采纳与此相同或者类似的规定，那么我国承诺的复审和审查义务无论在范围上还是严格性上显然都高于WTO的要求。如果将复审或者审查的范围确定为“1994年GATT第10条第1项、GATS第6条和TRIPs协议有关条款所规定的与普遍适用的法律、法规、司法判决和行政决定相关的所有行政行为”，那么复审或者审查的范围就远远大于WTO

有关协定所明确规定的范围，几乎将货物贸易、服务贸易和知识产权有关的行政行为，不论具体行政行为还是抽象行政行为，都纳入到复审或者审查的范围。例如，仅就GATF第10条第1项所涉及的“普遍适用的法律、法规、司法判决和行政决定”而言，就包括下列内容，即“产品的海关归类或者海关估价；关税税率、国内税税率和其他费用；有关进出口产品或其支付转帐、或影响其销售、分销、运输、保险、仓储检验、展览、加工、混合或其他用途的要求、限制或禁止”。有关这些事项的行政行为的范围显然很广泛。我国对复审或者审查范围的广泛承诺，或许是因为国际社会对中国贸易政策的透明度和法治程度关注程度很高，希望其国民在中国的贸易、投资或者知识产权能够得到可靠的法律保障。有些外国专家甚至直言不讳地认为，对中国加入议定书对司法审查范围的规定关注，反映了外国投资者和贸易者对在中国投资的法律环境、透明度等的担心，而对司法审查的保障作用寄予厚望。但是，不能因此认为这是我国加入WTO所付出的代价或者牺牲，因为这种规定反映了我国促进法治进步和彻底摒弃保护落后的庄严态度和决心，与我国依法治国的方略完全合拍，必定会实质性地推动我国法治建设的进程，最终受益的还是我国。

(二)适用行政复议和司法审查两种方式

从上列力口人议定书草案对司法审查的规定来看，我国选择了行政复议和司法审查两种审查途径。在我国现行法律制度中，尚无通过仲裁机构审查行政行为的空间(而在有些英美法国家是存在由专门的仲裁机构复审行政行为的情况的)，我国只能承认两种复审或者审查途径，即行政复议或者司法审查。行政复议机关必须是独立于作出行政行为的机关、与被审

查事项没有实质性的利害关系而能够公正行使复审权的机关。例如，国家工商行政管理总局下设的商标评审委员会不是独立于国家工商行政管理总局的独立行政机关，其对不服商标局的决定作出的复审决定就不属于独立机关作出的复审决定。这里所谓的行政复审相当于我国法律制度中由作出行政行为的机关以外的行政机关进行的行政复议。

(三)司法审查具有普遍性和终局性 从议定书草案规定来看，我国选择了普遍的司法最终审查制度，即所有行政复审都不是终局的，都要赋予当事人提请司法审查的机会，让法院作最后一道防线。

三、法院只能以国内法作为司法审查的依据

(一)与WTO有关的司法审查只能通过国内立法具体实施 在我国加入WTO以后，与WTO相关的司法审查的范围应当按照中国加入WTO议定书的承诺进行确定，但该承诺只是中国对WTO承担的国际义务，其内容如何在国内具体实施，将取决于如何与国内现行法律规定对接和转化(包括修改现行法律)。换言之，加入WTO之后我国司法审查的范围是否扩大以及如何扩大，将取决于国内立法，就法院而言，对与WTO相关的哪些事项需要进行司法审查和如何进行司法审查，要完全依据国内法的规定，而不能依据WTO有关法律文件的规定直接扩展司法审查的范围和进行司法审查。当事人亦不能依据WTO法律文件的规定要求法院审查行政行为。

(二)国内法不能放松全面提升司法审查水平的要求 有人认为，WTO对司法审查范围的要求有限，我们只要满足这些要求就可以了，无须对司法审查制度进行全面改革和完善。就机械地履行WTO义务而言，这种说法并没有错误。但从提升整体的法治水平来看，这种观点是片面的和消极的。二十世纪以来，随着社会关系的日益

复杂，国家干预越来越多，公法尤其是行政法日趋发达，公法与私法相互渗透，呈现出“私法公法化”与“公法私法化”的趋势。从某种意义上说，公法和司法审查的发达程度又成为衡量一个国家民主法治和文明进步程度的基本标志之一。肖杨院长在《全国法院行政审判工作会议上的讲话》(1999年12月3日)中曾指出，“在人民法院所有审判工作中，行政审判工作与民主政治和法治的联系最为紧密。行政审判工作搞得好不好，直接影响我国民主法治建设的进程，直接影响法治国家实现的程度。可以说，行政审判工作是社会主义法治国家的一个晴雨表，直接反映人们的法治意识，直接体现依法行政的水平，直接衡量公民权利的保障程度。”这种说法显然把握住了现代民主法治建设的时代精髓，是非常有洞察力和高瞻远瞩的。WTO对司法审查制度的明确要求，显然是司法审查在现代法治中的重要性的直接折射，反映了以司法审查控制行政、救济私权和维护公正的时代法治精神。我们不能将司法审查范围的扩张和强化作为负担，而应该作为推动法治进步的重要动力，作为我国法治自然进程的必要组成部分，以此培植司法审查的深厚法治土壤。因此，我们既要看到WTO并不要求全面实行司法审查制度，但又要从现代法治大背景之下看待WTO对司法审查的要求，不能放松对司法审查水平的整体提高和全面完善。当然，即使从操作层面来看，履行WTO的司法审查义务必定同时要求在国内推而广之地适用同样的司法审查规则，如不但对外国投资者或者经营者提供司法审查机会，对国内经营者遇到的同类情形也应当提供相同的司法审查机会，这也是对国内经营者提供“国民”(平等)待遇的重要方面，而不能简单地对国外的“国民

”提供超国民待遇。这种平等待遇的要求必然带动司法审查制度的全面改革，而不能仅仅局限于WTO要求的和我国承诺的司法审查范围。

四、建立与WTO相适应的司法审查制度和司法制度

加入WTO将对我国司法审查制度甚至整个司法制度产生重大的冲击，在此讨论一些需要迫切解决的方面。

(一) 法律、法规需要明确对抽象行政行为的司法审查。仅就履行WTO义务而言，若将“1994年GATT第10条第1项、GATS第6条和TRIPs协议有关条款所规定的与普遍适用的法律、法规、司法判决和行政决定相关的所有行政行为”纳入司法审查范围，其中的抽象行政行为必然属于司法审查的对象。日前普遍认为现行《行政诉讼法》排斥了抽象行政行为的司法审查，那么加入WTO之后相应的规定需作修改，至少需要加以明确。笔者更倾向于认为这是对现行《行政诉讼法》受案范围规定如何理解问题。因为，虽然该法第11条第1款仅限于对具体行政行为的行政诉讼，但其第2款关于“除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”的规定，完全可以包括对抽象行政行为的诉讼，只是需要法律法规作出规定而已。加入WTO之后，只要法律、法规对允许司法审查的抽象行政行为予以规定即可，《行政诉讼法》的规定不是障碍，因而在这方面需要修改或制订的是其他法律法规。

(二) 《行政复议法》有关规定需作调整。例如，《行政复议法》第14条规定：“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规

定作出最终裁决。”对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府具体行政行为不服的，如果该行为属于我国承诺给予司法审查的与WTO有关的行政行为，那么即使国务院作出行政复议决定(裁决)，也应当给予当事人提起司法审查的机会。因此，至少对有关WTO的行政行为作出的行政复议，不能排除司法审查，即国务院也不能享受最终裁决权。而且，像TRIPs协议第41条第4项那样的最低标准是必须要承诺的，无法通过规定国务院享有最终裁决权绕过该规定，因为国务院虽然是中央政府和最高行政机关，但毕竟仍然是行政机关，其作出的行政行为不应当享有特权。

(三)转化WTO规则的国内法律规定必须落到实处。修改法律不易，将法律规定落到实处更难。我国当前法治进程中的通病是，法律规定并不落后甚至很先进，但实施效果不理想，法律的明文规定难以得到有效的贯彻。加入WTO之后，能否履行承诺关乎中国国家的国际声誉，中央必定要求不折不扣地履行WTO义务，采取一切措施确保WTO规则的国内实施。而且，倘若WTO规则不能得到国内的有效实施，还可能被启动WTO争端解决机制，引起国际争端和产生国际责任，因而WTO对国内法律的实施效果有了强烈的直接的外部硬约束，必须切实树立严肃执法的意识，对法律的有效实施提出严格要求。既然WTO法律主要是约束政府行为的行政法，司法审查对于WTO规则的国内实施具有非常重要的监督和推进作用。

(四)法院的地位必须提升。倘若我国议定书最终将与WTO有关的最终司法审查权交给法院，这既说明了我国对不折不扣和不偏不倚地落实WTO司法审查义务的决心，又对法院的权威性提出了新的要求和挑战。为确保法院公平和独立地履行司法审查职责，

法院的宪法地位必将逐步落实，司法权威必须增强。例如，一旦法院能够审查国务院的行政行为，如果法院没有权威的地位，是不可能独立公正地履行司法审查职责的。目前法律之所以规定国务院的裁决都是终局的，本身就体现了行政机关或者行政地位的优越性，也是人治色彩的反映和对行政权力崇拜的体现，并没有现代法治上的法理基础。法院的实际地位如何是决定其能否独立行使司法审查权的至关重要的基础条件。国家应当在确保法院的权威地位上具有高远的胸怀。

(五)强化司法判决的终局性和公信力。司法判决具有终局性，是现代法治的重要标志，是实现司法职能的必要保证，也是履行WTO义务的必然要求。一些外国专家指出，WTO要求司法救济应当具有终极性，中国的人大对法院个案的监督、抗诉和再审制度等都与司法终局裁决的原则相悖，可能动摇人们对司法的信心，也与WTO规则相抵触。“实事求是、有错必究”无论作为哲学观念还是作为一般工作方法，都是没有错误的，但将其简单地移置到法院的审判程序中来，作为无视程序正义而绝对地无休止地追求实体正义的凭据，就与现代法治要求南辕北辙。其结果不但无法实现实体正义，还可能牺牲诉讼的价值和效率。现行启动再审的制度和再审制度都受到这种观念的影响，这种制度设计使得终审判决不是终局判决(终审不“终”)，终审判决没有稳定性和公信力，随时都可以被多种多样的原因所动摇甚至推翻，即使最高人民法院的判决也不例外。为适应加入WTO的要求，我们必须真正确立法院判决的终局制度。当然，完善终审判决制度不能简单地建立在否定现行制度的基础上，而必须构造一种以确立司法判决的终局性为指向的系统有效的替代制度，且不

排除确立过程的渐进性，但在确立时间上也不能拉得太长。例如，可以先行确立最高法院判决的终局性，排除对最高法院判决的抗诉和再审；确立三审终身制，以第三审为法律审，以确保法院判决的质量；不失时机地落实独立审判权，维护审判的独立性和终局性。加入WTO以后，开展与现代法治相适应的全面司法改革和体制创新已经是刻不容缓了。（六）加强与WTO有关的司法审查案件的审判专业化。法院虽然无需援引WTO规则判案，但由于国内转化法律与WTO的渊源关系以及履行WTO义务的特殊需要，审理与WTO有关的司法审查案件难免要以WTO规则作为重要的法律解释依据，需要了解相应的WTO规则及其制定背景和相关判例，还要追踪WTO规则的发展变化(包括争端解决机构的新解释)。因此，与WTO相关的司法审查案件专业性很强，要求法官必须具有较高的专业素养。在加入初期法官对此类案件的审理也有一个从不熟悉到熟悉的过程，需要动用相对优良的法官资源。为确保WTO案件的审理质量，似可根据WTO司法审查案件的特殊性，在级别管辖、(研究、指导或者审理案件的)专门机构和其他司法政策方面未雨绸缪，尽快确定对策。特别是在加入初期，最高法院可通过提高级别管辖、直接审理与WTO有关的二审案件，直接积累和总结经验。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com