

WTO 与司法审查

[作者] 甘文

[单位] 最高人民法院

[摘要] 司法审查是 WTO 法律框架中的重要内容,涉及法院的司法审查权、司法审查的标准和范围等一系列行政法学理论问题。鉴于目前学术界对这些问题尚存在较多误解,有必要通过研究和论证,准确把握 WTO 中司法审查的具体规则及其与我国司法审查制度之间的关系,以期推动我国司法审查制度的发展和完善。

[关键词] WTO, 司法审查权, 司法审查范围, 司法审查标准

司法审查是 WTO 法律框架中的重要内容。GATT(关税与贸易总协定)第 10 条、GATS(服务贸易总协定)第 6 条、TRIPs(与贸易有关的知识产权协定)第 32 条和 41 条、反倾销协议第 13 条、反补贴协议第 23 条、海关估价协议第 11 条、政府采购协议第 20 条规定了司法审查的内容。从严格意义上讲,WTO 规范的主要是成员国政府的行政行为,而司法审查对于监督行政行为具有不可替代的重要作用,因此,司法审查在 WTO 法律框架中具有举足轻重的地位。但由于这一问题涉及不同的法学专业即国际经济法学和宪法学、行政法学,目前学术界对 WTO 中司法审查的问题存在很多认识上的误区,如有的学者把司法审查视为民事司法程序的问题,[1]有的学者把司法审查与争端解决机制混为一谈,[2]等等。

WTO 与司法审查的问题涉及面广,内容非常庞杂。笔者认为,其中有三个最重要的问题需要研究,一是 WTO 与我国法院的司法审查权的关系;二是 WTO 与司法审查的范围的关系;三是 WTO 与司法审查的标准的关系。而在这三个问题上,目前学术界还存在很多误解。加入 WTO,将在观念上、法律上对我国司法审查制度产生十分深远的影响,并将推动我国民主宪政的发展。因此,准确把握 WTO 与司法审查之间的法律关系,十分重要。

WTO 与我国法院的司法审查权

WTO 有关司法审查主体的规定主要有三种。一种是规定了司法的、仲裁的、行政的法庭作为司法审查主体,如 GATT 第 10 条第 3 款(乙)项规定:“为了能够特别对于有关海关事项的行政行为迅速进行检查和纠正,缔约各国应维持或者尽快建立司法的、仲裁的或行政的法庭或程序。这种法庭或程序应独立于负责行政实施的机构之外,而它们的决定,除进口方于规定上诉期间向上级法院或法庭提出申诉之外,应由这些机构予以执行,并作为今后实施的准则。但是,如果这些机构的中央主管机关有充分理由认为它们的规定与法律的既定原则有抵触或与事实不符,它可以采取步骤使这个问题经由另一程序加以检查”。GATS 第 6 条、反倾销协议第 13 条、反补贴协议第 23 条作了类似的规定。[3]第二种是明确规定了司法审查主体是法院,如 TRIPs 第 41 条第 4 款规定,“诉讼当事方应有机会要求司法当局对行政终局决定进行审查,并在遵守一成员有关案件重要性的法律中有关司法管辖权规定的前提下,有机会要求至少对司法初审判决的法律方面进行审查。”第三种是规定了司法审查的程序,但没有规定司法审查的主体。如 TRIPs 第 32 条规定,“对任何有关撤销或取消一项专利的决定应提供机会进行司法审查”;海关估价协议第 11 条规定:“各成员在确定海关估价方面的立法,应规定进口商或其他缴纳关税的人有权起诉,而不受处罚。不受处罚的最初起诉可以是向海关系统内的某一部门或某一独立的机构提出的,但各成员的立法应规定可向司法部门起诉而不受处罚的权利。对起诉作出的决定应通知起诉人,并且此项决定的理由应以书面形式

式提供。同时应通知起诉人有提出进一步上诉的权利”。关于 TRIPs 和海关估价协议规定的司法审查主体问题,争议不大。因为根据这两个协议的前后文以及文本的含义可以判断司法审查的主体只能是法院。目前有争议的是其他几个规定了三个司法审查主体的协议。有的学者认为,在中国,对于某些与 WTO 有关的行政行为,特别是对于与 GATT 和 GATS 有关的行政行为,也可以由行政机关建立的独立的法庭行使最终的司法审查权。〔4〕由于 WTO 文本本身含义不明确,这种观点在立法机构和行政机关中有较大的影响力。笔者认为,在任何一个法治国家,法院都应当具有对行政行为的最终司法审查权,WTO 的要求同样如此。

著名的布莱克法律辞典是这样解释何谓司法审查的:“司法审查是指法院基于来自与行政机构有关的上诉,对行政行为的事实认定和法律依据进行审查。”“也指上诉法院审查初审法院或中级上诉法院的裁决。”〔5〕布莱克法律辞典的解释,代表了英美法的普遍认识。“在美国,司法审查是指法院审查国会制定的法律是否符合宪法,以及行政机关的行为是否符合宪法及法律而言”。〔6〕在英国,司法审查通常是指,公民的权利和利益受到行政机关侵害,可以请求高等法院根据其对下级法院和行政机关所具有的传统监督权,对后两者的行为的合法性进行审查。〔7〕当然,司法审查并不专门指英美法系国家普通法院对行政行为的审查,也包括行政法院对行政行为的审查。如法国等欧洲大陆法系国家便是如此。在法国,行政法院同样具有司法审查的权力。在欧洲大陆法系国家看来,“行政法院是严格意义上的司法机关的一个有机组成部分,他们与其它法院共同地行使国家的司法权,行政法院像普通法院那样,与行政机关是相互独立的。”〔8〕在我国,行使司法审查权的主体是法院,根据行政诉讼法的规定,法院有权依据法律、法规对具体行政行为是否合法进行审查。〔9〕

无论是英美法系国家还是欧洲大陆法系国家,法院对行政行为都拥有司法审查权。那么,为什么在西方发达国家主导下产生的 WTO 中规定了司法审查三个并列的主体,即法院、行政机构、仲裁机构呢?

有两个理由可以解释这个问题。第一,在有些 WTO 成员国的宪政体制中,法院对行政行为不具有司法审查权。对于这些国家的司法审查问题,GATT 第 10 条第 3 款(丙)项作了补充的规定,“如于本协议签订之日在缔约国领土内实施的事实上能够对行政行为提供客观公正的检查,即使这个程序不是全部或正式地独立于负责行政实施的机构之外,本款(乙)项的规定,并不要求取消它或替换它。实施这种程序的缔约国如被请求,应向缔约国全体提供有关这种程序的详尽资料,以便缔约国全体决定这种程序是否符合本项规定的要求”。根据该项规定,能够对行政行为进行客观公正的审查的机构,即使不是完全独立于作出行政行为的机构,或者在形式上不独立于作出行政行为的机构,也不必然是不合格的主体。这种审查主体和程序是否符合第 10 条第 3 款(乙)项的有关规定,由缔约国全体决定。这种规定主要是基于缔约国的司法、行政和仲裁体系的不统一。允许在法院对行政行为不具有司法审查权的国家,由独立的行政机构或者仲裁机构来过渡性的替代法院作出最终的裁决,有一定的必要性。但这并不意味着在法院拥有司法审查权的国家,可以排除法院的司法审查权。第二,基于 WTO 规范的行政行为涉及的行政专业性很强,WTO 规定了独立的行政机构的审查程序,实际上是体现了很多国家行政法上的行政救济穷尽的原则。WTO 中规定的独立的“行政的法庭”,可以理解为欧洲大陆法系国家的行政法院,还可以被理解为包括英国和美国的行政裁判所。普通法中的行政裁判所尽管被认为是政府行政部门的组成部分,但享有自己的法律地位。“美国行政机关依正式听证程序裁决行政争议时,实质上是一个行政法庭,但是设在行政机关内部,没有脱离行政机关。它们的裁决仍然受普通法院的监督。在这方面和英国相同,和欧洲大陆国家的行政法院不同”。〔10〕从形式上看,英美法系国家的行政裁判所只具有相对的独立性,但从法律关系上看,独立于作出行政决定的机构,并且要接受法院的司法审查。在英美法系国家,法律家们对于 WTO 有关司法审查规定的主体不作并列的理解,而是分层次的理解,即行政行为涉及的利害关系人可以寻求行政的法庭的救济,对行政救济不服,再寻

求法院的司法救济。两者的区别是行政机构可以审查行政决定的合理性问题，而法院只能审查合法性的问题；行政机构的审查是初步的，而法院的审查结论具有最终裁决性质。

WTO 与司法审查的范围

司法审查的范围是每一个国家司法审查制度中的重要问题。无论在英美国家，还是在欧洲大陆法系国家，司法审查的范围都决定着司法审查对于一国政治、行政等公共政策的影响程度。因此，研究司法审查，必须研究司法审查的范围，也就是研究哪些行为可以接受法院的司法审查。在这个问题上，最主要的决定因素是一个国家的宪政体制。在美国，除了成文法明文或者默示排除的行为、行政自由裁量行为、国防外交行为、军队内部管理行为外，法院基本上可以对国会和总统所属的行政机关的所有行为进行司法审查。而且法院对上述所列的行为是否应当排除司法审查，有充分的解释权。〔11〕在英国，由于受议会至上的宪法原则的制约，法院不能对议会的立法行为是否违宪进行司法审查。而我国行政诉讼法确立的是法院对具体行政行为进行合法性审查的原则。因此，从世界范围上看，司法审查的范围基本上是因人而异。

WTO 在确立司法审查原则的同时，对司法审查的范围作了相应的规范。笔者认为，其中有两个重要的问题需要分别研究，一是 WTO 法律框架确定的司法审查范围；二是 WTO 对我国司法审查的范围的影响。

WTO 中司法审查范围的局限性

在有些学者看来，在 WTO 中，司法审查是一个普遍适用的原则，也就是说，与 WTO 成员国政府行为有利害关系的当事人均可以请求成员国国内法院通过司法审查的方式寻求救济。这一观点最重要的理由是 GATT 规定了司法审查的原则，而 GATT 的规定适用于所有多边贸易协定。

笔者认为，这是对 WTO 法律框架的误解。在 WTO 成立之前，世界贸易的规则体系主要由 GATT 和一些适用不同原则的具体协议构成。GATT 的规则不一定完全适用于其他具体协议。在有些具体协议中，并没有司法审查的条款，如原来的反倾销守则中就没有司法审查的内容。WTO 反倾销协议第 13 条有关司法审查的规定，“是《协定》新增加的条款，对于保障当事人的利益，特别是对被征收反倾销税的当事人的利益，防止反倾销行政当局滥用权力是有利的，这是国际反倾销立法史上一次有意义的突破”。〔12〕如果 GATT 的规则可以适用所有的具体协议，WTO 反倾销协议规定司法审查的原则也便失去了现实意义。

因此，尽管确立司法审查原则是 WTO 法律化的一个重要标志，但 WTO 中规定的司法审查的范围仍有一定的局限性。我们在确定 WTO 中司法审查的范围时应作具体分析。

1 在 WTO 的各协议中，有的规定了司法审查的内容，如 GATT、GATS、TRIPs、反倾销协议、反补贴协议、海关估价协议、政府采购协议等。这些规定的内容大同小异，但由于受具体规则的影响，司法审查的范围各不相同。有的则没有规定司法审查的内容，如 TRIMs（与贸易有关的投资措施协定）、农产品协议、实施动植物卫生检疫措施的协议、纺织品与服装协议、技术性贸易壁垒协议、进口许可程序协议、保障措施协议等。因此，一般情况下，若 WTO 具体协议中没有规定司法审查的内容，当事人便无法依据 WTO 对相关行政行为在成员国国内法院提起诉讼，寻求司法审查的救济。因为，根据 WTO 的规定，这些行为不属于成员国国内司法审查的范围。但是，这不等于在成员国国内法规定这类行为可以接受司法审查的情况下，当事人不能依据成员国的国内法寻求司法审查。例如，技术性贸易壁垒协议第 2 条第

1 款规定：“各成员（中央政府机构）应确保在技术规章方面对于从任何成员的领土进口的产品给予不比其给予国内相同产品和其他任何国家相同产品较为不利的待遇”。这条规定实际上是 WTO 最惠国待遇原则和国民待遇原则在技术性贸易中的体现。如果一国中央政府机构的技术规章违反了该条的规定，出口的成员国当事人不能依据 WTO 请求进口国法院进行司法审查。但如果该进口国国内法规定，中央政府机构制定技术规章的行为属于司法审查的范围，则该出口成员国当事人的权利可以通过请求司法审查获得救济。

2 即使有的具体协议中规定了与司法审查有关的条款，但由于 WTO 中司法审查概念与法学上的司法审查概念存在差异，这些具体协议中规定的行政行为也可能不属于司法审查的范围。例如，有的学者将装运前检验协议第四条规定的独立审查程序，视为司法审查。〔13〕该条规定，在提出申诉后的两个工作日内，任何一方都可将争议提交一个独立的审查机构，由三名专家组成的独立专家组进行审查。事实上，该条只是规定了检验机关和出口商可以设立一个独立的实体，由专家对双方争议作出裁决。这实质上相当于一个仲裁程序。根据该条的规定，这种审查不是严格意义上的司法审查，而只是强调了审查的独立性。

3 在个别协议中，司法审查的范围受成员国承诺范围的影响。根据 WTO 有些具体协议的特殊性决定，并非这些协议所有的规则，成员国都必须遵守。例如，GATS 便是一个允许免除成员国部分义务的协定，因为，服务贸易与货物贸易不同，完全不保留地接受 GATS 的所有规则，意味着将服务贸易的关税降为零，这是任何一个国家都做不到的。这一点可以从 GATS 序言所表述的宗旨中得到体现：“希望为服务贸易设立一个原则和规则的多边框架，以便在透明与逐步自由化的条件下，扩大服务贸易，以此作为推动所有贸易伙伴的经济增长和发展中国家的发展”。GATS 允许成员国通过谈判将某些措施列入《免除最惠国义务清单》。在免除义务之列的行政行为，自然不在司法审查的范围之内，除非国内法另有规定。

WTO 对我国司法审查范围的影响

尽管 WTO 关于司法审查范围的规定，在其自身法律框架内还存在一定的局限性，但这不等于它对我国司法审查的范围没有影响。恰恰相反，WTO 关于司法审查范围的规定与我国有关法律存在较大的冲突。随着我国加入 WTO，我国相关的法律规范必将作一定的调整，进一步扩大司法审查的范围。这主要体现在两个方面。

部分抽象行政行为将纳入司法审查的范围

我国行政诉讼法确立了法院对行政机关具体行政行为的合法性进行审查的基本原则。行政诉讼法第 12 条规定，行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令，不属于司法审查的范围。在 WTO 与行政诉讼法是否存在冲突的问题上，有两种极端的观点。一种观点认为，行政诉讼法与 WTO 不存在冲突。理由是 WTO 规范成员国降低关税、消除非关税壁垒等政府行为，这些都是具体行政行为。由于 WTO 没有规范抽象行政行为，因此，将抽象行政行为纳入司法审查范围的问题，无从谈起。另一种观点认为，WTO 在规范政府具体行政行为的同时，也规范抽象行政行为，而 WTO 确立的司法审查原则是一个普遍适用的原则，因此，WTO 要求把所有的抽象行政行为都纳入司法审查的范围。〔14〕

笔者不同意上述两种观点。笔者认为，WTO 对成员国的宪政和法律框架将产生深远的影响，但我们必须认识到 WTO 本身不是一个“国际宪法”，WTO 仅对涉及成员各方经济利益的政府行为“感兴趣”，而且只规范 GATT 和其他协议中的政府行为。也就是说，WTO 只要求将其所规定的抽象行政行为纳入司法审查的范围。下面我们分析一下 GATS 的有关规定。GATS

第 1 条第 1 款规定：“本协定是用于各成员为影响服务贸易所采取的措施”。该条第 3 款(a) 项规定，“‘成员的措施’是指由以下机构采取的措施：(1) 中央、地区或地方政府和当局；和(2) 由中央、地区或地方政府或当局授权行使权力的非政府团体”。根据 GATS 的规定，作出影响服务贸易措施的主体有三类，中央政府、地方政府或行使行政权力的非政府团体。这三类主体采取的相关措施均应遵守 GATS 有关透明度和市场准入的规则。

GATS 第 3 条第 1 款规定，“除非在紧急情况下，各成员应迅速并最迟于其生效之前，公布所有普遍适用的有关或影响本协定实施的措施”。GATS 第 16 条第 1 款规定，“在第一条所确定的服务提供方式的市场准入方面，每个成员给予其他任何成员的服务和服务提供者的待遇，不得比按承诺表中所同意和明确的期限、限制和条件所规定的较为不利”。这两个条款表明，影响服务贸易的措施可能是抽象行政行为。关于司法审查的问题，GATS 第 6 条第 2 款(a) 项规定，“每个成员应维持或按照实际可能，尽快地建立司法的、仲裁的或行政的法庭或程序，在受影响的服务提供者的请求下，对影响服务贸易的行政决定作出迅速审查，并在请求被证明合理时给予适当的补救。”根据 GATS 的上述规定，中央、地方或者行使行政权力的非政府团体在作出影响服务贸易的抽象行政行为时，应当接受司法审查〔 15 〕。在中国，中央政府作出的抽象行政行为是可以值得信赖的，但地方政府实行地方保护主义，违反市场准入原则，制定地方政府规章或者发布具有普遍约束力的决定、命令设置服务贸易壁垒，则是不可避免的。因此，我们必须正确面对 WTO 在特定领域对抽象行政行为进行司法审查的要求。

部分终局裁决行为将纳入司法审查范围

我国行政诉讼法第 12 条第(4) 项规定，“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”不属于司法审查的范围。最高法院《关于执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》第 5 条专门对行政诉讼法的这一规定作了司法解释，“行政诉讼法第 12 条第(4) 项规定的‘法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为’中的‘法律’，是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件”。根据行政诉讼法和最高法院司法解释的规定，目前我国有关终局裁决的具体行政行为的规定主要有：商标法第 22 条、第 27 条、第 29 条、第 35 条的规定，公民出境入境管理法第 15 条的规定，外国人入境出境管理法第 29 条第 2 款的规定，行政复议法第 14 条、第 30 条第 2 款的规定等。需要指出的是，这些规定并不象有的学者所称的那样都与 WTO 相冲突。

商标法属于知识产权法的范畴，我国加入 WTO 后，与贸易有关的知识产权行政行为应当受 TRIPs 规则的调整。TRIPs 第 41 条第 4 款规定：“诉讼当事方应有机会要求司法当局对行政终局决定进行审查，并在遵守一成员有关案件重要性的法律中有关司法管辖权规定的前提下，有机会要求至少对司法初审判决的法律方面进行审查。”根据该款的规定，当事人对行政终局决定不服，可以寻求司法审查，并有权对初审判决提出上诉。而我国商标法第 22 条规定，“对初步审定、予以公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和申请人陈述事实和理由，经过调查核实后，作出裁定。当事人不服的，可以在收到通知 15 天内申请复审，由商标评审委员会作出终局裁定，并书面通知异议人和申请人”。商标法第 27 条、第 29 条、第 35 条也有相似的规定。这些规定与 TRIPs 的有关规定是相冲突的。因此，商标法应当在我国加入 WTO 之前作必要的修改。事实上，原专利法也存在类似的问题，原专利法第 43 条第 3 款规定：“专利复审委员会对申请人、专利权人或者撤销专利权的请求人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定”。原专利法第 49 条也有相似的规定。由于原专利法有关行政终局裁决的规定，与 TRIPs 第 32 条、第 41 条第 4 款的规定相冲突，这次新通过的专利法对这些内容作了修改。

在其他有关终局裁决的法律规定中,笔者认为,行政复议法第 14 条与 WTO 的规定存在冲突。该条规定,“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的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。”根据该条规定,当事人对国务院部门或者省级人民政府作出的具体行政行为不服,如果向国务院申请裁决,国务院的裁决不属于司法审查的范围。根据 WTO 和中国协议书的规定,应当接受司法审查的行为包括获得或者颁发进出口许可证、许可或配额有关的行为,为保障措施或国际收支目的或针对不公平贸易而采取的措施,以及 TRIPs 和 GATS 有关条款所指的行政行为等。当事人如果对这些行为不服申请国务院裁决后,应当可以申请司法审查,除非国务院放弃接受申请并作出裁决的权力。

关于行政复议法第 30 条第 2 款是否与 WTO 相冲突的问题。尚有不同认识。该条款规定,“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山林、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决”。从 WTO 有关规定中,我们看不出其与行政复议法有关自然资源行政复议终局裁决的规定相冲突。但这不等于这类终局裁决的行政复议决定对其他成员国依据 WTO 的规定所享有的权利如进口许可权、国民待遇的投资权、知识产权等不产生间接的影响。笔者认为,从理论上讲,成员国产业受到行政复议决定的影响,应当有权申请司法审查,但这不是 WTO 本身的要求。行政复议法的这一规定和出入境管理法的有关规定与 WTO 的关系是相同的,外国人因出入境受到公安机关的“最后的裁决”的处罚,不能直接援引 WTO 申请司法审查。除非外国人在受到处罚后直接向法院提起诉讼。〔16〕

从法律规范的角度考察 WTO 与司法审查范围的关系,主要有上述几个方面的问题。但从实证的角度看,这是一个相当复杂的问题。例如,有的法律变相限制了司法审查范围的规定,这在本质上也是与 WTO 司法审查的原则相冲突的。例如,根据税收征收管理法第 56 条的规定,纳税人、扣缴义务人、纳税担保人只有在缴纳相关款项后,才能申请行政复议。而行政复议是提起行政诉讼的必经程序。如果税务机关对当事人科以缴纳巨额税款的义务,则当事人可能由于无法缴纳相关款项而无法申请复议,从而被剥夺通过司法审查寻求救济的权利。需要说明的是,笔者考察 WTO 与司法审查的关系,并不反对全方位扩大我国司法审查范围的主张。特定领域司法审查范围的扩张,将带来司法审查制度本身的变革。这也是很多学者试图借我国加入 WTO 之机,极力主张扩大司法审查范围的重要原因。

WTO 与司法审查的标准

司法审查的标准,是一个非常复杂的问题。事实上,我们无法给司法审查设定一个固定、具体的标准。之所以这么说,是因为,无论我们给司法审查设定一个如何详尽、理性的标准,都可能被法官在具体判案中被推翻。这一点在西方发达国家体现的非常突出。美国 1946 年的联邦行政程序法、〔17〕1950 年的司法审查法等都没有给司法审查设定具体的详细的标准。欧洲大陆国家如法国,在其他法律领域属于成文法国家,在司法审查领域,行政法院则主要适用判例法,更没有成文的司法审查的标准。那么,司法审查是不是就没有标准了呢?当然不是。司法审查的标准与其他司法领域的标准一样,都是一些比较原则的标准。WTO 设定的便是一些很原则的标准。我们十分有必要研究这些原则性的标准与我国司法审查的标准是否存在冲突,以及如何解决这些冲突的问题。

WTO 对我国合法性审查原则内涵的影响

我国行政诉讼法第 5 条规定，“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查”。该条规定确立了我国司法审查的合法性审查原则。行政诉讼法还在第 54 条规定了合法性审查相对具体的标准，即主要证据是否充分、适用法律法规是否正确、是否违反法定程序、是否超越职权、是否滥用职权、是否履行法定职责、行政处罚是否显示公正等。在这些合法性标准中，除了是否“违反法定程序”的标准外，其他基本上属于实体性的标准或实质性的标准。

WTO 中对司法审查提出了很多实体性的标准，主要有以下几类：1 WTO 基本原则中的实体性标准。例如，最惠国待遇、国民待遇是 WTO 的基本原则，成员国在具体实施的过程中，可能会违反这些原则。例如，GATS 规定，“在本协议涉及的任何措施方面，各成员应立即和无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者以不比其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的较为不利的待遇”。这是 GATS 在服务贸易领域对最惠国待遇的要求，和所有的立法一样，GATS 不能对所有与服务贸易有关的行政行为设定穷尽的规则。那么，成员国在不违背具体规范的情况下，若被法院或者 DSB（争端解决机构）认为实质上违反了最惠国待遇的原则，则可能要承担相应的不利后果。这就是 WTO 原则对成员国行政行为提出的实体性标准。2 WTO 具体规范中的实体性标准。这种实体性标准在 WTO 中，比比皆是。例如，根据 WTO 反倾销协议的规定，出口国产业的倾销行为构成对国内产业的重大损害，是进口国采取反倾销措施的前提。是否构成重大损害，便是对反倾销行为进行司法审查的实体性标准之一。另外，根据 WTO 反倾销协议的规定，出口价格低于相同产品的国内正常价值的，构成倾销。这也是一个实体性标准。3 WTO 对成员行政行为的公正性要求。例如，GATS 第 6 条第 1 款规定，“在已作出具体承诺的部门，每个成员应确保所有普遍适用的影响服务贸易的措施，将以合理、客观和公正的方式予以实施”。在这款规定中，GATS 要求的是行政行为是否合理、客观、公正的问题。另外，GATS 在第 6 条第 4 款和第 5 款中规定，各成员应当基于客观和透明的标准，提供服务的资格和能力。4 GATT 对国际审查的标准。GATT 第 10 条第 3 款（甲）项规定，缔约各国应以统一、公正和合理的方式实施本条第 1 款所述的法令、条例、判决和决定。同时，GATT 第 10 条第 3 款（丙）项规定，“实施这种程序的缔约国如被请求，应向缔约国全体提供有关这种程序的详细资料，以便缔约国全体决定这种程序是否符合本项规定的要求”。〔18〕GATT 这一国际审查的标准同时也是对成员国国内法院司法审查的要求。

在 WTO 众多有关司法审查的标准中，我们发现了和我国行政诉讼法不同的规定，这些规定要求法院司法审查时适用客观、公正、理性的标准。那么，WTO 规则是否突破了我国合法性审查的司法审查标准呢。

有的学者认为，“我国的行政行为司法审查理论普遍认为，人民法院对具体行政行为进行审查时，以合法性审查为原则，合理性审查为例外。合法性审查具体包括：具体行政行为是否由法定主体作出，程序、权限和内容是否符合法律规定，但对于行政机关在自由裁量范围和幅度内作出的行为是否适当，人民法院不进行审查。作为合法性审查的例外，行政处罚显示公正的，人民法院可以审查它的合理性”。〔19〕而 WTO 有关规定表明：“凡符合 WTO 的规则和原则体系的要求，可以提起司法审查的行政行为，各成员国的司法审查机关在对其进行司法审查时，不能仅限于以合法性审查为标准，而需更侧重于客观与事实的公正，即要求是一种实质上公正与合理”。因此，WTO 突破了我国的合法性审查的标准。〔20〕有的学者认为，GATT 对国际审查的标准所作的规定表明，“司法审查不仅要符合合法的标准，还要符合客观和公正的实质性标准”。〔21〕

笔者认为，在讨论 WTO 规则与我国司法审查标准的关系的时候，首先应当研究三个重要

的范畴，即合法性、正当性和合理性之间的关系。在法学理论中，这三个概念难有一个笼统而明确的区分标准，但在不同的场合却有不同含义。因此，必须将其置于特定的法律框架或规范体系中理解和适用这三个不同概念。在我国行政诉讼的法律规范体系中，司法审查只有一个原则性标准，即合法性审查的标准。这是由行政诉讼法第5条确立的法院对具体行政行为的合法性进行审查的原则所决定的。上述学者认为，“以合法性审查为原则，以合理性审查为例外”的观点与我国的行政诉讼法的原则和规范体系是不一致的。在行政诉讼法中，行政处罚显失公正（严重不合理）即构成不合法。这一点与行政诉讼法关于滥用职权属于不合法范畴的规定是一致的。行政诉讼法第54条对行政处罚显失公正作特别的规定，目的在于赋予法院特殊条件下的司法变更权，而并非赋予法院对行政行为合理性的审查权。行政诉讼法确立了合法性审查的标准，并不排除法院对严重的合理性问题作为一个合法性问题进行审查。这与行政复议法规定复议机关对具体行政行为适当性的审查的重要区别是，复议机关可以对一般不合理（未构成不合法）的问题也可以进行审查，并有权作出变更的复议决定。

正当性与合法性同样是两个难以区分的范畴。符合依据人类理性创制的法律原则和规范的行为都应当是正当的。但这种标准本身并不具有衡量某种行政行为是否正当的功能。无论是原则性的或是规则性的行政行为标准，若WTO规定了当事人对这些行为可以申请成员国司法审查的，从理论上讲，都应当成为司法审查的标准。但这些标准，在法律上和技术上都是一个很难确定的标准。例如，在美国，倾销造成“重大损害”这个标准就被解释为“并非无关紧要的”“并非不重要或非实质性的”“并非不重要的”损伤等。〔22〕在我国，不同的WTO译本和论著对material injury一词也有不同译法，如翻译成实质损害、重要损害或重要损伤等。还有如何确定WTO反倾销协议中规定的国内正常价值、相同产品等，都是各国争论不休的问题。由于这种实体性标准具有相当大的解释余地，行政机关拥有较大的自由裁量权（discretionary power）。〔23〕鉴于合法性和正当性难以准确区分，笔者认为，正当性的问题，在司法审查中同样也应当纳入合法性的范畴中。从世界各国看，司法审查一般仅以合法性为标准，只是不同国家的立法和判例对何为“合法”有不同的理解而已。

当然，尽管WTO有关客观、公正、合理的审查标准，不要求改变我国法院合法性审查的原则性标准，但要求扩大其内涵，特别是对“滥用职权”的合法性审查标准提出了新的要求。在法院有充分理由认为与WTO有关的行政行为违反正当性和合理性标准的时候，法院应当援引行政诉讼法有关滥用职权（自由裁量权）的条款作出相应的判决。行政机关是否滥用自由裁量权，将成为WTO司法审查中更加突出的问题。

WTO对行政程序的审查标准的影响

行政诉讼法规定，具体行政行为违反法定程序的，人民法院应判决撤销或部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为。也就是说，法院对行政机关是否违反法定程序有权进行司法审查，并给予公民程序权利的救济。

行政诉讼法的这一规定，第一次将行政程序提高到和实体同样重要的地位，体现了程序与实体并重的原则，是中国行政法史上立法观念和立法技术的重大突破。但是，法定程序与正当法律程序是两个不同的概念。我们在司法实践中遇到这样的案件，即行政机关的行政行为违反了正当程序但没有违反法律规定的程序。例如，某行政机关作出对某个公民权利产生重大不利影响的一个行政决定，行政机关在作出这个决定之前，没有给予该公民陈述和申辩的机会，也没有举行听证会。而对于这个行为，相关的法律规范也没有程序方面的明确规定。那么，在中国，法院不能以该行政行为违反正当程序为由而撤销它。该公民的权利无法得到司法救济。

从目前的法律规范看，行政处罚法是最具代表性的行政处罚领域的行政程序法。该法规

定了行政机关作出行政处罚行为时,公民有陈述和申辩权,在特定的重大利益受到影响的情况下,还有要求举行听证会的权利。上述例子中的行政行为如果是一个行政处罚行为,则该公民的程序权利可能获得司法的救济。

这个例子说明,由于我国行政诉讼法仅赋予法院对法定程序的司法审查权,在没有行政程序法的情况下,公民程序权利是否能够获得司法救济取决于相关的法律规范对行政程序的具体规定。若立法上规定的不具体,则可能导致公民权利无法获得救济。

确立正当程序的司法审查标准,应当是中国司法审查制度改革的一个重要方向。WTO 在很多地方对行政行为的程序的正当性有原则性的规定。TRIPs 第 41 条第 2 款规定:“有关知识产权的执法程序应公平和公正。它们不应不必要地繁琐或费用高昂,也不应规定不合理的期限或导致无端的迟延。”GATS 第 6 条第 4 款(c)项规定,“程序本身不应成为提供服务的限制”。这些规定确立了行政行为公平、公正的程序原则以及程序规范不应当成为当事人义务规范的规则。另外,GATS 第 3 条第 1 款规定:“除非在紧急情况下,各成员应迅速并最迟于其生效之时,公布所有普遍适用的有关或影响本协定事实的措施。一成员为签字方的涉及或影响服务贸易的国际协定也应予公布”,该条第 2、3、4、5 款均对行政行为的透明度作了规定。透明度,实质上是正当法律程序要求行政行为公开的一个重要内容。因此,WTO 关于行政程序的规则,实际上体现正当法律程序的原则。这与西方发达国家正当程序的法律原则和法律理念是一致的。例如,在美国,宪法修正案第 5 条和第 14 条确立的正当法律程序原则,便是美国联邦行政程序法和《政府公开法》即《阳光下的政府法》的重要基础,同时也是美国司法审查的重要标准。

WTO 这些规定给目前中国法院对行政程序的司法审查的既有标准带来冲击。也就是说,WTO 给我们提出这样的问题,即,对于一个没有违反法定程序,但违反了 WTO 规定的公平、公正、公开原则的行政行为,法院是否应当撤销它。我认为,在目前的立法状况下,从法院的角度看,应当对行政诉讼法中法定程序作扩大的“非立法原意”的解释,即,法定程序不应是法律规定的具体的行政程序,而应当是指符合法律精神和原则的行政程序。对法定程序作这样的司法解释,对于公民程序权利的司法救济将产生巨大的积极作用。

WTO 对诉讼程序的审查标准的影响

根据布莱克法律辞典对司法审查概念的解释,我们在讨论司法审查的标准时,还应该讨论对初审程序的标准问题。根据我国行政诉讼法的规定,二审法院在审理案件时,应当审查一审法院的诉讼程序是否合法。也就是说,在程序的问题上,我们还需要研究司法审查本身的程序与 WTO 的关系问题。

TRIPs 在第二节“民事和行政程序及救济”中,专门规定了公平和公正的程序(第 42 条)、证据(第 43 条)、禁令等与司法审查程序有关的内容。笔者认为,在司法审查程序的问题上,有两个方面需要引起注意。第一,WTO 在当事人诉讼权利方面作了更加详细的规定。TRIPs 第 42 条规定,“被告应获得及时和充分详细的书面通知,包括诉讼主张的依据。应允许当事方由独立的法律顾问代表出庭,不应规定难于负担的强制本人出庭的程序。这种程序的所有当事人应有权证明其主张并出示所有相关证据。该程序应提供一种识别和保护机密信息的办法,除非这违反现行宪法的要求”。该条规定对司法审查的程序提出三个新的要求,一是当事人有及时被告知相关诉讼内容的权利;二是当事人可以委托独立的法律顾问,包括外国的律师出庭,这与我国诉讼法的相关规定不一致;三是司法审查的程序应当在不违反现行宪法的情况下,为当事人保护机密信息。第二,WTO 要求在特定的领域,赋予法院行使禁令的权力。TRIPs 第 44 条第 1 款规定,“司法当局应有权责令当事人停止侵权,除其他外,有权在清关后立即阻止那些涉及知识产权侵权的进口商品进入其管辖内的商业渠道”。禁令

(injunction) 的司法权源于英国法,美国法院司法审查中行使禁令是常有的事。〔24〕美国最高法院在一个案件中认为,“如果行政机关的命令产生不可弥补的损害,而且没有适当的补救时,可以适用衡平法上的制止状作为审查和救济的手段”。〔25〕至于 TRIPs 有关证据提供的程序、损害赔偿条件和程序等方面的规定,与我国既有的法律规定没有很大的区别。

参考文献

〔1〕如江伟、王景奇的《WTO 协议与中国民事司法制度的完善》一文,在论述 WTO 对中国民事司法制度的具体影响的时候,用大量篇幅论述司法审查程序。这显然错误理解了 WTO 中有关司法审查的规定的含义,把司法审查视为民事司法制度中的一部分,混淆了两种截然不同的司法程序之间的关系。参见《中国法学》2001 年第 1 期。

〔2〕如刘汉富在《中国加入 WTO 与司法审查》一文中,把争端解决机制作为司法审查的主要内容来论述。参见《法律适用》2001 年第 1 期。

〔3〕GATS 第 6 条第 2 款(a)项规定:“每个成员应维持或按照实际可能尽快地建立司法的、仲裁的或行政的法庭或程序,在受影响地服务提供者的请求下,对影响服务贸易的行政行为作出迅速审查,并在请求被证明合理时给予适当的补救”。反倾销协议第 13 条规定:“各成员,其国内立法包括有关反倾销措施的规定,根据本协议第 11 条的规定,对最终裁决和复审决定的行政行为可特别要求司法、仲裁或行政法庭或者通过诉讼程序,迅速进行审议,该法庭或诉讼程序应完全独立于负责作出该裁决或复审决定的当局”。反补贴协议第 23 条规定:“成员的国内立法中包括有反补贴措施规定的,应维持司法的、仲裁的或行政的法庭或程序,以便对与裁决有关的行政行为尽快实行审查和对第 21 条意义上的裁定复议进行迅速的审议。此类法庭和程序应独立于负责有关裁定和复议的调查当局,并向参与该行政程序并直接地和个别地受到该行政行为影响的所有利害有关方提供申请审查的机会”。

〔4〕如,江伟、王景奇的《WTO 协议与中国民事司法制度的完善》一文认为,关税与贸易总协定和服务贸易总协定,“对审查的效果提出了实质性标准,即事实上客观和公正,但对于审查程序的性质和机构没有特定的要求,司法的、仲裁的、行政的均可”。参见《中国法学》2001 年第 1 期。

〔5〕Black's Law Dictionary P726, P88.。

〔6〕王名扬:《美国行政法》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 565 页。

〔7〕王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社 1987 年版,第 149 页。

〔8〕[印]赛夫:《德国行政法》,周伟译,台北五南出版社,第 156 页。

〔9〕参见罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社 1993 年版,第 3 页。

〔10〕前引〔6〕,王名扬书,第 565 页。

〔11〕参见前引〔6〕,王名扬书,第 606 页以下。

〔12〕曹建明等:《世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版,第 197 页。

〔13〕如石佑启在《WTO 对中国行政法治建设的影响》(《中国法学》2001 年第 1 期)一文中便认为,《装运前检验协议》第 4 条规定了关于行政行为的司法审查的内容。类似的误解还可见于戚建刚的《WTO 与我国行政行为司法审查制度的新发展》一文(《法学》2001 年第 1 期)。

〔14〕参见前引〔4〕,江伟、王景奇文。参见江必新:《WTO 与我国的司法审查制度》,载曹建明主编:《WTO 与中国法律制度问题研究》,人民法院出版社 2001 年版。

〔15〕尽管 GATS 的规定相当明确,但仍有人认为我国行政诉讼法关于司法审查的规定基本上符合 GATS 的要求,这种观点明显缺乏根据,似乎不存在与之商榷的基础。

〔16〕外国人入境出境管理法第 29 条第 2 款规定:“受公安机关罚款或拘留处罚的外国人,

对处罚不服的，在接到通知之日起 15 天内，可以向上一级公安机关提出申诉，由上一级公安机关作出最后的裁决，也可以直接向当地人民法院提起行政诉讼”。

〔17〕 Administrative Procedure Act，简称 APA，通译为行政程序法，是美国有关行政程序的重要法典。有的学者将其误译为行政诉讼法（见刘汉富：《中国加入 WTO 与司法审查》，《法律适用》2001 年第 1 期）。之前，在法学界从未见此译法，因为在美国只有行政裁判（administrative adjudication）和司法审查，根本没有行政诉讼法一说。而我国的官方译本将我国的行政诉讼法译为 Administrative Procedure Act（Law），笔者认为这同样是误译。依笔者之见，将我国的行政诉讼法译为 Judicial Review Act 比较符合法律语境下的本义。

〔18〕 这种程序是指 GATT 第 10 条第 3 款（乙）规定的司法审查程序。

〔19〕〔20〕 前引〔13〕，戚建刚文。

〔21〕 前引〔13〕，石右启文。

〔22〕 参见赵维田：《世贸组织的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版，第 299 页。

〔23〕 赵维田的《世贸组织的法律制度》一书中将 discretionary power 译为酌情处理权，但法学上通译为自由裁量权，参见该书第 282 页。

〔24〕 参见前引〔6〕，王名扬书，第 575 页。

〔25〕 参见前引〔6〕，王名扬书，第 575 页。王名扬先生在《美国行政法》一书中将 injunction 译为制止状。在美国，行政法上的制止状主要有两种，一种是禁止性的制止状（prohibitory injunction），一种是命令性质的制止状（mandatory injunction），前者用于制止违法行为的实施，后者用于命令行政机关执行必须执行的行为。

<http://www.pssw.net/essays.asp?id=106>