

中国入世的司法审查承诺及其行政诉讼法律制度
改革

Reform of China's Judicial Review System under the
WTO Regime

侯舒梅
Shumei HOU

博士
PhD

悉尼科技大学
University of Technology, Sydney
2008

CERTIFICATE OF AUTHORSHIP/ORIGINALITY

I certify that the work in this thesis has not previously been submitted for a degree nor has it been submitted as part of requirements for a degree except as fully acknowledged within the text.

I also certify that the thesis has been written by me. Any help that I have received in my research work and the preparation of the thesis itself has been acknowledged. In addition, I certify that all information sources and literature used are indicated in the thesis.

Signature of Student

Production Note:
Signature removed prior to publication.

Shumei HOU

致谢辞

Acknowledgements

本研究成果是 2005 至 2008 年在澳大利亚悉尼科技大学国际研究学院完成的博士学位论文。在此由衷地感谢曾经帮助我学习和研究的导师和朋友们，首先感谢我的导师郭英杰博士，四年的时间内，郭老师不惜精力和时间帮助我构建论文结构、理论框架、树立理论思考理念，没有郭老师的精心指导和鼓励，本论文是不可能按时完成的。感谢 David Goodman 教授介绍我进入了悉尼科技大学国际研究学院，使我有机会在该学院完成研究和写作。感谢 Colin Hawes 博士在法律和社会科学综合研究方面给予极大的帮助和指导。本人有幸在澳大利亚布里斯班市认识 Ronald Keith 教授，Keith 教授推荐和提供了多部中外法律书籍和杂志，在此表示感谢。

感谢澳大利亚研究生奖学金基金会（Australian Postgraduate Awards）提供的奖学金，感谢悉尼科技大学国际研究学院提供的研究设备和采访基金。正是这些奖学金和基金的支持，使我得以多次回到中国采访和搜集资料，使本研究能够顺利完成。

在学习和研究过程中，得到了悉尼大学法律系、Asian Currents 编辑部、悉尼科技大学法律系和悉尼科技大学中国研究中心等学术机构的老师和朋友的大力支持。2006 年在悉尼举行的亚洲妇女第 8 次学术研讨会和 2007 年在布里斯班举行的澳大利亚第 10 次中国学术研讨会上，本人将本研究的一部分作了大会演讲，得到了与会教授和学者对本研究的评论和建议，在此一并致谢。

最后感谢我家的所有成员，正是有他们的倾心支持和无私奉献，才画上一个圆满的句号。

目录

声明	i
致谢辞	ii
目录	iii
中文摘要	vi
英文摘要	vii
绪论	1
一、研究的问题	1
二、问题的由来	2
三、本论文研究的意义	9
四、文献综述	11
五、研究方法	17
六、论文结构	19
第一章 中国行政诉讼法的历史发展	22
第一节 中国古代行政法律制度的发展	22
第二节 中国近代行政诉讼法律制度的发展	24
第三节 中国现代行政诉讼法律制度	27
一、新中国行政诉讼法律制度发展史	27
二、《中华人民共和国行政诉讼法》的产生	30
三、中国司法审查存在的主要问题	33
第二章 司法审查范围法律制度	40
第一节 行政诉讼法对司法审查范围的规定	40
一、现行《行政诉讼法》司法审查范围的规定	40
二、最高人民法院对司法审查范围的调整	42
第二节 中国司法审查范围存在的问题和改革方向	46
一、WTO 要求中国实行的司法审查制度	46
二、WTO 要求的司法审查范围	46
三、司法审查范围存在的问题	48

四、法学家、人大代表建议修改行政诉讼法	52
五、司法审查制度改革方向	54
第三章 司法审查诉权法律制度	56
第一节 行政诉讼的原告	56
一、WTO 要求的诉权制度	56
二、中国诉权法律制度文献综述	57
三、诉权标准的变迁	58
四、诉权标准存在的问题	62
五、目前的改革以及进一步改革的方向	64
第二节 行政诉讼的被告	65
一、行政诉讼被告概述	65
二、确认行政诉讼被告的标准	66
三、被告法律制度中存在的问题	70
第四章 行政审判和管辖法律制度	73
第一节 行政审判法律制度	73
一、司法审查体制	73
二、WTO 要求中国实行的司法审查体制	74
三、最高人民法院行政审判制度改革	75
四、存在的问题	78
第二节 司法审查管辖法律制度	80
一、行政诉讼法规定的管辖制度	80
二、存在的问题	81
三、管辖制度改革	82
四、改革后仍然存在的问题	83
五、继续改革的方向	84
第五章 司法审查证据法律制度	86
第一节 司法审查证据规则	86
一、中国司法审查证据规则的历史发展	86

二、中国采用的司法审查证据规则	88
三、WTO 争端解决机构 (DSU) 采用的证据规则	93
第二节 证据规则中存在的问题和改革方向	94
一、WTO 司法审查制度的要求	94
二、存在的问题	94
三、改革的方向	97
第六章 司法审查标准和法律适用	99
第一节 司法审查标准	99
一、WTO 采用的司法审查标准	99
二、WTO 要求中国实行的司法审查标准	102
三、中国采用的司法审查标准	103
四、中国采用的司法审查标准存在的问题	104
第二节 司法审查的法律适用	105
一、司法审查法律适用概述	105
二、行政诉讼法律制度规定的法律适用	106
三、法律冲突以及法律适用选择	108
四、WTO 法律文件在中国的适用	110
五、法律适用中存在的问题	111
结论	116
一、中国入世的司法审查承诺	116
二、司法体制和行政诉讼法律制度改革	117
三、改革后的司法审查制度仍然存在的问题	119
四、改革中的阻力和改革方向	121
参考文献	124
英文参考文献	124
中文参考文献	128
政府文件	136

文献摘要

本论文研究的中心问题是中国如何实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。中国的 WTO 司法审查承诺，是一个有争论的话题。多数学者认为：“司法审查”就是“独立的司法审查，”其理论基础是分权理论，中国没有实现 WTO 司法审查承诺的理论基础。实际上 WTO 要求中国需要在以下几个方面遵守司法审查承诺，司法审查独立于被授权执法的行政机关；司法审查程序客观和公正；扩大司法审查范围，充分保护公民的诉权。中国从行政诉讼法律制度中的七个方面—受案范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用等方面，全面履行 WTO 的司法审查承诺。最高人民法院对这七项法律制度前后进行了多次改革，在诉权保护方面，正在逐步扩大司法审查范围；在管辖制度方面，采用提级管辖制度，试图避免地方政府对司法审查的干预；在证据制度方面，建立了法官的心证公开的证据规则，确保调查取证、质证、认证等程序公正；在法律适用方面，中国公布了《立法法》，最高人民法院公布了《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，以避免和解决法律冲突问题。本论文通过对这七项法律制度的分析，指出中国政府不可能按照美国式的三权分立理论改变中国，它必须根据其政治和法律体制的现状落实 WTO 的原则。因此，其改革方向在政治体制方面，深化司法体制改革，实现司法权与行政权的真正分离，缩小体制摩擦，保障司法审查客观和公正，增加司法审查的违宪审查功能；在行政诉讼法律制度方面，尽快修改《中华人民共和国行政诉讼法》，扩大司法审查的范围，充分保护当事人的诉权。

Abstract

This thesis examines the legal reforms that the Chinese government has been undertaking in order to fulfil its commitment to the WTO's requirement of judicial review. Essentially this commitment requires China to comply with the WTO norms of 'judicial review' on three counts. Any agency involved in dispute settlement must be one other than entrusted with administrative enforcement. China is also required to improve its procedural process so as to insure effective response to WTO standard of objectivity in impartial court proceedings. Additionally, China must allow the review of all administrative actions that concern trade with WTO members as well as trade regulations and policies.

As a new member of the WTO, China has moved quickly to comply with the WTO's requirement, particularly in seven areas relating to the scope of judicial review, right of appeal, administrative trial proceeding, jurisdiction, evidence, the standard of review and the application of law. The Supreme People's Court, for example, sponsored reforms that extended the scope of the judicial review system so as to protect citizens' right of appeal, introduced a new transfer system so as to control for 'local protectionism', and enhanced the judge's independent ability to authenticate 'evidence.' The thesis details progress in all of these areas while also identifying a number of outstanding areas of convergence that need to be addressed with greater emphasis, especially with respect to the operational separation of the judicial and administrative systems.

An examination of all these aspects of reform when taken together suggests that China is not trying to change its national structures to align with the US separation of powers in order to realize the WTO judicial review commitment. The latter is progressively being met through reform within the existing political and legal system. Reform of judicial review is working towards independence from interested administrative agency. It has supported the introduction of a new standard of objective and impartial treatment of trial proceedings. There is a firm prospect for a deepening of this process through further revision to the Administrative Litigation Law.

绪 论

一、研究的问题

本论文研究的中心问题是中国如何实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。为了回答这一问题，本论文将对中国采用的司法审查制度与 WTO 要求的司法审查制度进行比较研究，指出中国在行政诉讼法律制度改革当中存在的问题。这一比较是从司法审查的七项法律制度——受案范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用进行的。本文通过对这七项法律制度的研究，结合中国的“依法治国”和“司法体制改革”方针以及最高人民法院在这七项法律制度中的改革措施，试图得出结论，中国正在向 WTO 要求的司法审查制度努力。

自从中国实施《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）以来，特别是中国开始申请加入 WTO 后，最高人民法院对《行政诉讼法》的受案范围、诉权、审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用等法律制度进行了多次司法解释，前后发布了《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》、《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、《关于审理反补贴行政案件适用法律若干问题的规定》、《关于审理反倾销行政案件适用法律若干问题的规定》、《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》、《关于行政案件管辖若干问题的规定》、《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》、《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》、《关于充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障的通知》等司法解释。最高人民法院通过这些司法解释，在一定程度上扩大了法院受理行政案件的范围；设计了异地管辖、提级管辖制度，试图避免当地行政机关的干预，保障审判公正；实行被告举证责任制度，弥补原告在行政管理阶段的权利不足，赋予法官一定程度的自由心证权；在诉讼程序制度中，对法官在诉讼中的作用作了调整，明确法官的裁判中立性、适用法律时的选择权和调解撤诉制度等。最高人民法院的这些司法解释，对完善行政诉讼法律制度起到非常大的作用。

二、问题的由来

中国在申请加入 WTO 时，向 WTO 作出了非常多的承诺，仅在法律制度方面就有统一实施、透明度、司法审查和非歧视等承诺。本文的研究限制在中国向 WTO 作出的司法审查承诺的范围之内。

（一）中国的司法审查承诺

《中国加入工作组报告书》第 76 条到 79 条，向 WTO 作出了司法审查的承诺。即：一些工作组成员表示，中国应指定独立审查庭、联络点和程序，以便迅速审查所有与 GATT1994 第 10 条第 1 款所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的执行有关的行政行为，包括与进出口许可证、非关税措施和关税配额管理、合理评定程序及其他措施有关的行政行为。这些成员作出明确确认，即某些类型的措施，例如与标准和化学品登记有关的决定，应接受司法审查。一些工作组成员还表示，接受审查的行政行为还应包括根据《TRIPS 协定》和 GATS 有关规定要求进行审查的任何行为。这些成员表示，此类审查庭应独立于被授权对该事项进行行政执行的机关，且不对该事项的结果有任何利害关系。

这些工作组成员表示，此类审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则应有选择向司法机关进行进一步上诉的机会。任何上诉机关做出的任何决定及其理由均需以书面形式告知上诉人，并附关于进一步上诉的任何权利的通知。

中国代表确认，将修改其有关法律和法规，以便其有关的国内法律和法规与《WTO 协定》和议定书(草案)中关于行政行为的司法审查程序要求相一致。他进一步表示，负责此类审查的审查庭将是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且将不对审理事项的结果有任何实质利害关系。

（二）WTO 要求中国实行的司法审查制度

WTO 在《中国加入议定书》第 2 条 (D) 对中国的司法审查制度提出了要求：“1. 中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序，以便迅速审查所有与《1994 年关税与贸易总协定》(GATT 1994) 第 10 条第 1 款、GATS 第 6 条和《TRIPS 协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。此类审查庭应是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且不对审查事项的结果有任何实质利害关系；2. 审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则在所有情况下应有选择向司法机关对决定提出上诉的机会。关于上诉的决定应通知上诉人，作出该决定的理由应以书面形式提供。上诉人还应被告知可进一步上诉的任何权利。”¹

根据以上两个法律文件的规定，WTO 要求中国的司法审查，或者说是中国向 WTO 作出的司法审查承诺，包括了两方面的内容。

首先，审查机构承诺。第一，建立一个公正的审判机构，该审查庭应独立于被授权执法的行政机关；第二，该审判机构需要审查在实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为；第三，司法审查的程序要客观和公正。

其次，诉权承诺。第一，当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼；”第二，不因寻求救济而受到处罚；第三，当事人进行行政复议后，有起诉权；第四，当事人有上诉权，即司法终局裁决权。²

(三) WTO 和美国对中国履行承诺的监督

《中国加入协议书》第 18 条规定了在中国过渡期之内的审查机制，即：WTO 总理事会应在中国加入 WTO 后 1 年内，审议中国实施《WTO 协定》和《中国加入议定

¹ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条 (D)，2001 年 11 月 10 日，多哈。

² 同上书，第 2 条，(D) 的规定。

书》条款的情况。该审议应当在中国加入后 8 年内每年进行。此后，将在第 10 年或总理事会决定的较早日期进行最终审议。³

美国根据中美双方的协议，每年要对中国履行 WTO 承诺的情况进行审查，目前美国有三个机构审查中国履行 WTO 承诺情况，它们是：第一，美国贸易代表办公室（United State Trade Representative Office，简称 USTR），它对中国履行 WTO 承诺的情况进行全面调查，并于每年的 11 月向美国国会提交《中国履行 WTO 承诺情况报告》。第二，美国国会监督机构（Government Accountability Office 简称 GAO），这是美国著名的监督调查机构，该机构对中国履行 WTO 承诺的情况进行高度调查和监督。第三，美国和中国安全审查委员会（The U.S-China Security Review Commission）和美国国会中国行政委员会（Congressional-Executive Commission on China）。这两个机构是美国国会于 2000 年成立的，专门对中国的人权、安全和其他方面的问题进行调查。⁴

（四）WTO 对其他成员国司法审查的要求

司法审查是 WTO 法律框架的重要内容，⁵WTO 的重要法律文件，如：《关税与贸易总协定》（GATT）、《服务贸易总协定》（GATS）和《与贸易有关的知识产权》（TRIPS）都有关于司法审查的规定。GATT 第 10 条规定：成员各国应以统一、公正和合理的方式实施所有的法律、法规、司法判决和行政规定，缔约国应当建立独立的审判机构。如于本协议签订之日，在成员国领土内实施的事实上能够对行政行为提供客观公正的审查，即使这个程序不是全部或者正式的独立于负责行政实施的机构以外（即使成员国没有建立独立的审判机构），并不要求取消它或者替换它。⁶GATS 和 TRIPS 也作出了类似的规定，如：它们要求各成员国要保证对行政行为进行客观和公正的审理，为了保证客观和公正，审判机构要独立于作出行政行为的机

³ 同上书，第 18 条的规定。

⁴ Kent H Hughes, "Keeping an Eye on China," Research Paper, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Asia Program, 2002, p.22.

⁵ 甘文：“WTO 与司法审查，”《法学研究》，2001 年 4 期，第 132 页。

⁶ Sylvia Ostry, "China and the WTO: the Transparency Issue," *UCAL Journal of International Law & Foreign Affairs*, No. 1, 1998, p. 3.

构。但是，各成员国没有义务设立一个和其宪法结构和法律体系不一致的审判机构。⁷另外，GATT 在上诉权方面的要求是：“对一个独立审查庭的决定进行上诉是一种可能性”。⁸GATS 则没有关于审查结果上诉的条款。虽然 TRIPS 确认了对行政最终裁定的司法审查制度，但是，有关初步司法裁定的上诉权利必须符合成员国国内法律中有关案件重要性的司法管辖权的规定。⁹由此来看，WTO 仅要求成员国要有一个满意的（不是必需）（desirability rather than necessity）的审判机构和司法审查，¹⁰对上诉权的要求不是强制性的。

WTO 对中国提出了特殊的要求，在《中国加入议定书》中专门对中国的司法审查制度的独立性（independent tribunal）、公正性（impartial）、审查所有的行政行为（all administrative action）提出了特殊的要求。并且要求中国建立上诉制度，实行司法终审权。WTO 为什么对中国提出了特殊要求？本文有必要分析司法审查的历史渊源和 WTO 其他成员国的司法审查制度，以寻求这一特殊要求的理论依据和历史背景。

（五）司法审查制度的渊源以及 WTO 其他成员国采用的司法审查制度

司法审查制度最早由美国创立。¹¹1787 年美国宪法第三条规定：“联邦司法权属于最高法院以及国会随时制定与设立的下级法院。”¹²“司法权应当扩展适用到在本宪法之下发生的所有案件，包括普通法和衡平法中的所有案件…”¹³美国宪法的规定，为美国创立司法审查制度打下了基础。司法审查制度的正式确立始于 1803 年的

⁷ Julia Qin Ya, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System,” *Journal of World Trade*, Vol.37, No.3, 2003, p.495.

⁸ GATT 第 10 条第 3 款 (b) 项规定：“审查庭应独立于受委托负责行政实施的机构，它们的决定应由此类机构执行，并应适用于此类机构的做法，除非进口商在规定的上诉时间内向上级法院或法庭提出上诉；但是如有充分理由认为该决定与既定法律原则或事实不一致，则该机构的中央管理机构可采取步骤在第一诉讼程序中审查此事项。”转引自：Julia Qin Ya, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System.”

⁹ TRIPS 第 41 条第 4 款的规定。转引自：Julia Qin Ya, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System.”

¹⁰ GATT, art.X, 2(b) (c) in Appendix 1, quote from Sylvia Ostry, “China and the WTO: the Transparency Issue.”

¹¹ 王利明：《司法审查改革研究》，（北京：法律出版社，2000 年），第 282 页。

¹² 《美国联邦宪法》第 3 条第 1 款的规定。

¹³ 王利明：《司法审查改革研究》，第 283 页。

马伯尔诉麦迪逊案件 (Marbury V. Madison, 1803), 该案件由美国联邦最高法院首席法官马歇尔 (John Marshall) 审理。首席法官马歇尔在马伯尔案件中总结为:

“司法机关的管辖范围和职责就是阐明什么是法律” (it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is)。¹⁴首席法官马歇尔通过对该案件的审理, 创建了“违宪审查”的先河, 确立了最高法院有权对国会立法进行审查的法律地位。¹⁵自马伯里诉麦迪逊一案以后, 截止 1997 年 11 月, 美国法院已经宣告 151 件法律无效。¹⁶

尽管司法审查制度创立于美国,¹⁷但是, 并不是意味着世界上每个国家的司法审查制度都与美国相同, 因为每个国家都有自己独立的宪法制度和司法体系, 并且独立的对自己国家的法律进行解释和执行。¹⁸下面介绍 WTO 其他成员国的司法审查制度。

英国的司法审查是行政法中的程序制度, 是法院监督公共权力机关的一项司法权力。如果公民认为政府机关行使的权力不合法, 或者侵犯了公民的权利, 公民可以申请法院进行司法审查, 还可以寻求损害赔偿。法院有权判决该行政机关履行作为行为或者停止违法行为。¹⁹但是, 英国法院不可以审查国家议会制定的法律, 除非该法律与欧洲共同体法律和欧洲共同体的人权法相冲突。²⁰英国遵守议会至上原则, 法

¹⁴ 马伯尔诉麦迪逊案件是发生在 1803 年的美国, 当时美国的政治斗争激烈, 美国最高法院的首席大法官马歇尔受理了马伯尔诉美国国务卿麦迪逊案件, 马伯尔请求法院下发强制令, 强制国会交出前任总统在离职前对他以及其他几位人士作出的地方法官职务任命书。马伯尔诉称: 根据《1789 年司法法》第 13 条的规定: “美国最高法院具有受理针对美国官员的排他管辖权, 可以对美国官员下达强制令。”大法官马歇尔认为: 美国宪法第三条规定: “涉及大使、其他公使和领事的一切案件, 以一州为当事人的案件, 最高法院由初审管辖权, 对于其它案件, 最高法院有对案件事实和法律的上诉管辖权。”因此, 判决: 最高法院对此案件只有上诉管辖权, 没有初审管辖权。并且认定《1789 年司法法》是违宪的、无效的, 从而得出结论“违宪的法律不是法律。”该案件的来源于 Marbury v. Madison 案件, *2000 Street Law, Inc. and the Supreme Court Historical Society*, 2000, p. 1.

¹⁵ 孔祥俊: “法官在法律规范冲突中的选择适用权,” 《法律适用》, 2004 年第 4 期, 第 6 页。

¹⁶ 王利明: 《司法审查改革研究》, 第 284 页。

¹⁷ 同上书, 第 282 页。

¹⁸ David Robertson, *The Routledge Dictionary of Politics*, (London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2002), p. 258.

¹⁹ 王名扬: 《比较行政法》, (北京: 北京大学出版社, 2006 年), 第 142 页。

²⁰ Alex N. Dragnich & Jorgen Rasmussen, *Major European Governments* (Homewood, Illinois, The Dorsey Press, 1978), p. 156.

院可以对议会立法进行解释，但无权对议会立法本身进行审查。²¹由此可见，同属于英美法系的英国所采纳的司法审查与美国的司法审查制度有差异。

澳大利亚的司法审查理论在于，作为国家三大权力之一的司法权——法院，有权审查政府的行为是否超越法律规定的权限范围。²²澳大利亚宪法第 75 (V) 规定：“最高法院有权对国家官员的行为，发布履行职责令、阻止令或者禁止令。”澳大利亚法院有权宣布国会制定的法律无效，理由可以是：该法律与其他法律相冲突或者是国会制定的法律超出其权限范围等等。²³澳大利亚属于普通法系国家，作为普通法院的澳大利亚高级法院、澳大利亚联邦法院、联邦地方法院、各个州的最高法院有权对行政机关的权力范围行使最终审查权。1977 年制定的《澳大利亚行政决定法（司法审查法）》（Administrative Decision (Judicial Review) Act 1977）规定，司法审查的权限限制在对法律的审查，不能够延伸到对行政机关的合理性审查，明显不公正的除外。²⁴澳大利亚采用的司法审查制度，继承了英国法律的传统，但是，也受美国法律的影响，在司法审查标准方面与美国的司法审查相似。

法国的司法审查制度与美国的司法审查制度有很大的区别。法国 1791 年宪法第三条规定：“法院不得干涉立法权的行使或者停止对法律的执行。”因此，法院无权宣告国民大会制定的法律无效。法国设立宪法委员会，如果国民大会制定的法律违反宪法，由法国的宪法委员会审查。²⁵法国设立行政法院，针对行政机关的立法行为和其他行政行为进行司法审查。

通过对司法审查渊源和其他国家采用的司法审查制度的分析可以看出，WTO 向中国提出特殊要求基于以下原因：首先，司法审查功能的要求。司法审查的基本功能在于公正和独立，上面提到的这些国家，无论它们采用的是议会至上的司法审查制度，还是采用的是违宪审查的司法审查制度。这些国家的司法审查都独立于行政执

²¹ 向忠诚：《WTO 与中国行政诉讼制度改革》，（长沙：湖南人民出版社，2006 年），第 17 页。

²² Administrative Review Council, *The Scope of Judicial Review Discussion Paper*, 2003 (Barton, Robert Garran Offices, 2003), p. 9.

²³ R B Vermeesch & K E Lindgren, *Business Law of Australia*, Sydney, Butterworths, 1998. P.65.

²⁴ Peter Butt, ed., *Concise Australian Legal dictionary*: (Australia: LexisNexis Butterworths, 2004), p. 242.

²⁵ Alex Dragnich and Jorgen Rasmussen, *Major European Governments*, p. 259.

行机关，都有违宪审查功能。显然 WTO 希望中国建立一个与这些国家的司法审查功能相似的司法审查制度。²⁶其次，权力制约理论的要求。西方法学家、法官和 WTO 官员普遍认为，司法审查的最基本原则是“所有的权力都要有约束”（all power has its limits），²⁷当行政机关的行为超越这些约束时，将会受到司法权的制约。²⁸从这种意义上说，WTO 及其主要成员国更希望中国建立一个独立、公正的司法审查制度。再次，经济的要求。中国在世界贸易和投资中的经济地位越来越重要，²⁹WTO 特别是美国更希望中国的司法审查独立和公正，以保护他们在与中国经济交往中的利益。最后，历史背景。在 1947 年成员国签订 GATT 时，很多国家还没有建立司法审查制度，为了吸引多数国家加入世界关税和贸易组织，该组织必须对此让步。³⁰中国加入 WTO 是在 2001 年，WTO 的多数成员国在这个时期，已经建立了独立的司法审查制度，因此 WTO 有必要要求中国的司法审查也应当是独立和公正的。³¹

澳大利亚新南威尔士州的首席法官 Peter McClellan 认为：“很明显 WTO 的这些要求（对中国提出的司法审查制度要求），含有美国传统的三权分立理论。”³²加拿大学者 Sylvia Ostry 持相同观点，认为：WTO 建立的司法审查制度，特别是在透明度方面，是在美国行政法的基础上建立起来的。³³中国与上述成员国，特别是与美国的司法审查制度几乎完全不同，如：国家制度、宪法体制、经济体制、法律文化等等都不同。中国如何实现 WTO 的司法审查要求？与 WTO 的司法审查要求相比较，中国目前实行的司法审查制度存在哪些问题？需要哪些改革？这些问题目前在理论界还没有得到深入的研究。

²⁶ Peter McClellan, “Australian Administrative Law,” paper presented at International Symposium in Hangzhou, P.R. China, Oct 30—Nov 4, 2006.

²⁷ M. Aronson, B. Dyer and M Groves, *Judicial Review of Administrative Action* (Law Book Co, 2004), 3rd ed, p.85; quoted in: B. J. Preston, “Judicial review of illegality and irrationality of administrative decisions in Australia,” Paper presented to the Joint Seminar on Legality of Administrative Behaviors and Types of Adjudication, Xian, 11-13 April 2006.

²⁸ Peter McClellan, “Australian Administrative Law.”

²⁹ Julia Qin Ya, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System.”

³⁰ Sylvia Ostry, “China and the WTO: the Transparency Issue.”

³¹ Peter McClellan, “Australian Administrative Law.”

³² Ibid.

³³ Sylvia Ostry, “China and the WTO: the Transparency Issue.”

三、本文研究的意义

本文不同于其他学者研究的特色在于：首先，综合性学科研究。尽管本文注重对法学的研究，但是，涉及的范围不限于法学，还包括政治学、经济学、国际关系学等学科。本文将不仅站在法律学的角度，而且还站在政治学和经济学的角度，分析中国司法审查制度存在的问题、改革的方向，最终回答本文研究的中心问题。

其次，研究方法独特。本文通过对中国司法审查制度的范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用等七项法律制度进行分析，回答本文研究的中心问题。³⁴对这七项法律制度的分析是根据《行政诉讼法》的规定，以及最高人民法院发布的最新的司法解释进行的。本文认为，中国向 WTO 作出的司法审查承诺，从某种意义上说是中国向 WTO 作出了政治体制改革和行政诉讼法律制度改革的承诺。只有对中国行政诉讼法律制度中的这七项法律制度进行分析，并且将它们逐一与 WTO 要求的司法审查制度进行比较，才能够提出中国司法审查制度的问题所在，以及需要继续努力的方向。目前本文还没有发现任何学者或者机构，采用这一方法对中国履行司法审查承诺状况进行全面调查。如：美国贸易代表办公室(U. S. Representative Office)，每年制作中国履行 WTO 承诺情况报告，向美国国会报告包括司法审查承诺在内的中国履行 WTO 承诺状况 (Report to Congress on China's WTO Compliance)。³⁵该机构没有采用本文的方法，他们在 2007 年的年度报告书中的结论是：没有发现任何案例，没有更多资料支持，无法对中国履行司法审查承诺的情况作过多评价。³⁶最后，借用了在美国的中国公司的担心，作为对中国独立司法审查承诺的评论。³⁷中国一些学者，如：孙南中在其专著《WTO 体系下的司法审查》、向忠诚在其著作《WTO 与中国行政诉讼制度改革》中，论述了 WTO 与中国

³⁴ 本文研究的中心问题是中国政府是如何实现其向 WTO 作出的司法审查承诺以及中国行政诉讼法律制度改革当中存在的问题。见本章第一段。

³⁵ United State Trade Representative, *2007 Report to Congress on China's WTO Compliance*, Washington, DC: The office of the US Trade Representative, 2007, p.1.

³⁶ State Trade Representative, *2007 Report to Congress on China's WTO Compliance*, p.108.

³⁷ 2007 年美国贸易代表处在《中国履行 WTO 承诺情况报告》中说：“中国最高人民法院早在 1999 年就开始要求对法官的任命根据表现、教育背景和经验，不能够依靠政治影响或者关系。但是，还有一些法官没有法律背景，他们是一直在法官行业工作的老干部。因此，很多在美国的中国公司，仍然担心中国的司法独立问题。从他们的经历和观察来看，中国的法官仍然受政治、行政或者经济压力的影响，特别是大城市以外的城市。参考文献：United State Trade Representative, *2007 Report to Congress on China's WTO Compliance*, p.108.

司法审查制度改革。但是，他们或侧重于对 WTO 法律的研究，或侧重对《行政诉讼法》的研究，没有采用经济学或者政治学的观点分析中国对 WTO 的司法审查承诺。中外其他学者研究中国司法审查和行政诉讼改革的论文非常多。但是，本文没有发现任何文献，采用本文的研究方法，对中国的司法审查的七项法律制度进行法律、政治、经济等学科的综合分析。

再次，本文研究的另外一个独特的方法是将国际法和中国行政诉讼法结合起来进行比较研究。将国际法和国内法进行比较研究的学者非常多，但是，将国内行政诉讼法和国际法结合起来，进行比较研究的学者非常少。本文认为，通过对中国行政诉讼法和 WTO 法律体系的比较研究，可以促使中国行政诉讼法律体系更加接近 WTO 的法律框架，使中国法律体系特别是行政诉讼法律体系走向国际。中国的经济国际化的程度越来越高，特别是中国加入 WTO 后，外国大企业纷纷占领中国市场，他们带来商机、竞争的同时，也带来了西方的文化和法律思想。特别是《中国加入协议书》对中国关于司法审查、法律统一、透明度等的要求，更加促使中国的法律在保持中国的法律文化、法律传统的同时，考虑与国际法律体系靠拢。这在英美法系国家中，也是一项正在面对的问题，如：英美法系的法官已经开始注重采用国际成文法作为适用法律的依据，中国法官也开始尝试采用国际条约审理国内案件。³⁸

最后，文献综述独特。本文把中文和英文有关司法审查和中国行政诉讼法律制度改革的文章结合起来进行文献综述。目前研究中国履行 WTO 司法审查承诺的中外学者非常多。但是，把中文和英文司法审查文章结合起来文献综述的学者非常少。本文将借助英文资料，论述 WTO 的司法审查制度。如：WTO 司法审查标准、法律适用等法律制度；借助中文资料论述中国行政诉讼法律制度，分析中国司法审查制度存在的问题。另外，本文还将借助西方学者对中国司法审查研究的高度，来弥补中国学者研究司法审查可能存在的研究视野窄等缺点；借助中国学者研究的具体性、实用性，来弥补西方学者研究不具体等的不足。

³⁸ 皮艺军：“中国的少年法庭和司法体制，”于 2008 年 10 月 9 日在澳大利亚布里斯本市 Griffith 大学的讲座。

四、文献综述

在中国加入 WTO 前，研究司法审查制度的中国学者非常少，甚至在一些著名的中国法学字典中找不到司法审查这一词。如：孙国华主编，1997 年出版的《中华法学大辞典》没有将司法审查收入该辞典的解释范围。³⁹中国期刊全文数据库收集的从 1980 年到 2000 年有关司法审查的文章仅有 598 篇。⁴⁰2001 年 11 月中国加入 WTO 后，研究司法审查制度的中国学者增多，中国期刊全文数据库收集的从 2001 年到 2008 年在中国发表的有关司法审查的文章有 2834 篇。⁴¹针对如此之多的文献，本文将分为两部分进行文献综述。一是，中国是否已经建立了司法审查制度；二是，中国是否能够实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。

（一）中国是否建立了司法审查制度

中外学者对中国是否已经建立了司法审查制度，持不同的观点。第一种观点认为，中国已经建立了的司法审查制度。持这种观点的学者认为：司法审查制度在中国就是指行政诉讼。因为，司法审查是指司法机关对行政机关的行政行为进行审查的活动，它有别于违宪审查，违宪审查是专门的宪法委员会对立法机关的立法进行审查。如：孙南中在其专著《WTO 体系下的司法审查》中认为：“司法审查与行政诉讼实为同义语，只不过前者来源于英美法系国家行政法的概念，后者来自大陆法系国家行政法的用语。”⁴²法学家罗豪才将司法审查定义为行政诉讼，即：司法审查是“法院依法对具体行政行为的合法性进行审查的国家司法活动。”⁴³并且在其与湛中乐联合主编的《行政法学》教材第十二章中，将“司法审查”作为该教材的一章内容，按照行政诉讼法律制度体系进行了论述。持这一观点的学者之所以认为中国已经建立了司法审查制度，是因为，中国的《行政诉讼法》，首先，规定了司法审查

³⁹ 孙国华：《中华法学大辞典》，（北京：中国检察出版社，1997 年），目录。

⁴⁰ 搜索路径：在中国期刊全文数据库网站上，按照“政治军事法律”路径，输入“司法审查”关键词，输入时间段进行搜索。

⁴¹ 搜索路径同上。

⁴² 孙南中：《WTO 体系下的司法审查》，（北京：法律出版社，2005 年），第 2 页。

⁴³ 罗豪才主编：《中国司法审查制度》，（北京：北京大学出版社，1993 年），第 3 页。转引自孙南中：《WTO 体系下的司法审查》，（北京：法律出版社，2005 年），第 2 页。

的对象是行政机关的“具体行政行为；”⁴⁴其次，规定了司法审查的范围是公民的“人身权和财产权；”⁴⁵再次，规定了被司法审查的主体是“行政机关、法律、法规授权的组织和行政机关委托的组织。”⁴⁶

第二种观点认为：中国还没有建立真正的司法审查制度。持此观点的学者认为：“司法审查是司法机关独立行使司法权，对立法机关和行政机关的立法行为进行审查，如果发现这些立法违反上位级法律，而予以取消。”⁴⁷中国《法学大字典》对司法审查的解释是：“从宪法意义上讲，司法审查是指司法机关审查立法机关的行为及行政机关的行为的合法性并使违宪的立法机关行为、行政机关的行为归于无效的权力。”⁴⁸持这一观点的学者一部分人认为，中国没有建立司法审查制度，如：向忠诚在其著作《WTO 与中国行政诉讼制度改革》中认为：“在我国，由于目前尚未建立违宪审查的司法审查制度。”⁴⁹因此，向忠诚在其著作中建议对行政诉讼制度改革，建立真正的司法审查制度，即：违宪审查的司法审查制度。王利明认为：“严格地说，从西方国家关于违宪审查理论与实务来看，司法审查主要是指违宪审查。但这并不意味着我国行政诉讼制度中完全不具备司法审查的因素。”⁵⁰

本文认为，中国已经建立了司法审查制度。只不过中国建立的司法审查制度是根据中国的国情、法律体系等因素建立起来的一种特殊的司法审查制度，它与美国、英国、法国等国家的司法审查制度有很大的不同。如：它不具有违宪审查功能，它不独立于行政机关。但是，我们既不能够以中国的司法审查制度与美国等国家的司法审查制度不同，就否定中国存在司法审查；也不能够以中国的司法审查制度存在一定的问题，需要根据 WTO 的要求以及中国国内的需要进行改革，而否定司法审查制度在中国的存在。

（二）中国是否能够实现其向 WTO 作出的司法审查承诺

⁴⁴ 《行政诉讼法》第 2 条的规定。

⁴⁵ 《行政诉讼法》第 11 条受案范围的规定。

⁴⁶ 《行政诉讼法》第 25 条被告的规定。

⁴⁷ 王利明：《司法审查改革研究》，第 277 页。

⁴⁸ 邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，（北京：中国政法大学出版社，1991 年），第 434 页。

⁴⁹ 向忠诚：《WTO 与中国行政诉讼制度改革》，第 19 页。

⁵⁰ 王利明：《司法审查改革研究》，第 297 页。

中国能否实现其向 WTO 作出的司法审查承诺，在学术界存在争议。大致可以分为三种观点：第一种观点认为，中国基本上已经实现了司法审查承诺；第二种观点认为，中国不可能实现司法审查承诺；第三种观点认为，中国经过改革可以实现司法审查承诺。

持第一种观点的学者，以最高人民法院副院长江必新为代表。江副院长认为：“中国行政诉讼司法审查制度基本符合 WTO 的要求，没有必要做大的调整。”⁵¹江副院长还认为：“根据 WTO 的要求，首先要建立一个独立于行政机关的审查机制。在这个问题上，中国 1980 年前《中外合作企业税法》就已经规定，外国经济组织可就政府纳税提起行政诉讼，然后在全国普通法院中设立的行政审判庭行使对具体行政行为的司法审查权；二是要建立一个客观、公正的司法审查程序。中国 1989 年颁布了行政诉讼法，国外评论认为是世界最好的司法审查程序法；三是必须给予当事人司法请求的权利。中国在权利的保护方面从制度安排上是非常周密的，国外这方面的保护一般尚处于对“权”的保护上，我们对“利”的保护已经超出国外的水平，在审理“不作为”问题上更是比外国做得好，达到了 WTO 的要求。当然，加入 WTO，仍有必要完善我国相应的法律制度，这包括通过行政诉讼取消不适当的行政终局决定权。”⁵²武汉大学法律系的曾令良教授在其文章《中国加入 WTO 及其司法审查制度的完善》中认为，中国的司法审查制度基本上符合 WTO 的要求。因为，从司法审查体系上来看，中国建立了一系列的行政诉讼和行政复议法律体系；从司法审查主体来看，中国在各级普通法院设立了行政审判庭审理行政案件；从司法审查对象来看，中国的司法审查已经包括了《WTO 协议》规定的内容，如：反倾销、反补贴、知识产权保护等案件；从司法审查范围来看，中国的行政诉讼法包括了对具体行政行为的司法审查，而复议法包括了对抽象行政行为的审查。曾教授还认为，与 WTO 相比，中国的司法审查在其他方面，如：司法独立、立法透明度、法官素质等方面存在差距。但是，这要辩证的看待，要从中国的实际出发，不能够用西方国家的标准

⁵¹ 于明：“WTO 与中国司法审判新动向—WTO 与司法机构比较研究国际研讨会，”《法律适用》，2000 年第 8 期，第 10 页。

⁵² 同上，第 10 页。

来衡量中国，不能够认为中国的司法审查存在一些问题，就断定中国的司法审查不符合 WTO 的要求。⁵³

持第二种观点的学者分为两部分，一部分学者认为：中国的政治体制、宪法制度、法律体系、人权、公民意识、法官水平、政府官员的素质等都存在问题。除此之外，法院内部的地方保护主义、贪污受贿等现象非常严重。如果中国不改变这些状况，就不可能实现司法审查承诺。如：美国学者 Veron Mei-Ying Hung 认为：中国的法院受共产党和地方政府统治，法院没有司法独立权。中国要完全实现其对 WTO 作出的司法审查的承诺，有必要重新调整中国的政权机构体制，特别是要调整共产党领导、地方政府和法院之间的关系。⁵⁴美国法学教授 Stanley Lubman 认为，中国的法院存在地方保护主义、腐败等问题，这些现象导致中国很难实现其对 WTO 作出的最基本的司法审查承诺。为了提高中国法官的素质，他认为美国等国家应当帮助中国，对中国的法官、政府官员等进行行政诉讼等法律知识以及素质等的培训。⁵⁵中国有些学者认为，中国要想实现其对 WTO 作出的司法审查承诺，有必要修改宪法，建立分权体制，实行美国方式的司法审查，或者实行法国式的司法审查。

持第二种观点的另一部分学者认为，因为中国承担了超 WTO 义务，当然不能够实现 WTO 的司法审查承诺。如：加拿大教授 Sylvia Ostry 认为，WTO 对中国的司法审查作了特殊要求，它超过了 GATT 第 10 条的规定（...such requirements exceed GATT Article X specification），加上中国没有分权（separation of powers），只有分工制度（separation of function）以及中国的行政诉讼法存在诸多问题，中国不可能实现司法审查承诺。⁵⁶Ostry 教授还认为，如果中国不进行深度的行政法律制度基础性改革，中国的加入将会对 WTO 的长期发展有损害。⁵⁷美籍华人

⁵³ 曾令良：“中国加入 WTO 及其司法审查制度完善，”《武汉大学学报》，2001 年第 3 期，第 264 页。

⁵⁴ Veron Mei-Ying Hung, “China’s WTO commitment on Independent Judicial Review—An Opportunity for Political Reform,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol.52, No.1, pp.77-132.

⁵⁵ Stanley Lubman, “Statement submitted to the Congressional-Executive Commission on China,” paper submitted to The Congressional-Executive Commission on China, February 6, 2002.

⁵⁶ Sylvia Ostry, “China and the WTO: the Transparency Issue.”

⁵⁷ Ibid.

学者秦娅也认为：中国承担了超越 WTO 规定的义务，要求中国履行 WTO 承诺不现实也不公平。⁵⁸

大部分学者持第三种观点。外国法学家以美国的法学教授 Donald Clarke 和 Randall Peerenboom 为代表，Clarke 教授认为，尽管中国的司法审查存在缺陷，但是 WTO 并没有要求完美无缺的司法体系，WTO 的要求是非常有限的，如：在 TRIPS 中只要求公正和透明。WTO 更注重的是成员国是怎样做的，而不是怎样说的。⁵⁹Clarke 教授认为，那些主张只有彻底改变中国的法律和政治体系，不然就是违反中国政府向 WTO 作出的承诺的观点是错误的。⁶⁰Peerenboom 教授在其著作《中国的依法治国长征路》（China's Long March toward Rule of Law）中认为，中国的司法体系和行政诉讼法都存在诸多的问题，但是，中国加入 WTO 有利于促使中国实行司法体制改革。⁶¹Peerenboom 教授还认为，中国的司法制度改革过程是长久的。⁶²中国学者以罗豪才、张树义、应松年、马怀德等法学家为代表。⁶³他们对中国实现司法审查承诺持乐观态度，但是，这种乐观态度是建立在对行政诉讼法进行修改的基础上。他们认为代表中国司法审查的《行政诉讼法》与 WTO 司法审查承诺相比存在很多缺陷。如：范围太窄、管辖制度不科学、原告的权利不充分、被告的范围太窄、对证据的规定不科学、法官办案不独立等等。由这些法学家参与制定的《行政诉讼法修改法建议稿》已经提交全国人大常委会法制工作委员会审议。⁶⁴对行政诉讼法进行修改的目的，不仅仅是为了符合 WTO 的要求，更主要的是为了中国国内的需要。

⁵⁸ Julia Qin Ya, "WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System."

⁵⁹ Donald C. Clarke, "China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance," *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.2, No.1 (2003), p.111.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law* (West Nyack: Cambridge University Press, 2002), p. 495.

⁶² Ibid.

⁶³ 罗豪才，行政法学教授，曾任北京大学副校长，最高人民法院副院长，目前任中国人权研究会会长；张树义，行政法学教授，现任中国政法大学诉讼法学研究中心副主任，发表的与 WTO 和行政诉讼法方面的文章有：《WTO 与中国行政救济制度》等等；应松年，中国行政法学教授，现任国家行政法学院法学部主任；马怀德，行政法学教授，中国政法大学副校长《中国法学院研究》主编。

⁶⁴ 唐俊：“行政诉讼法修改建议稿出新亮点，”《法制日报》，2005 年 11 月 9 日，第 3 版。

持第一种观点的学者，对中国的司法审查过于乐观，没有认识到中国的司法审查制度存在的问题。持第二种观点的学者分为两部分，第一部分学者的观点过于悲观，他们没有真正理解中国向 WTO 作出的司法审查承诺的精神实质。WTO 对中国的要求是“建立一个公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且将不对审理事项的结果有任何实质利害关系。”⁶⁵这里的“独立”是指司法审查独立于行政执行机关，它并不要求司法审查脱离共产党领导或者人大监督。持第二部分观点的学者，没有认清中国对司法体制改革的决心。

尽管 WTO 在《中国加入议定书》中专门对中国的司法审查制度的独立性（independent tribunal）、公正性（impartial）、诉权（review all administrative actions）提出了特别的要求，并且要求中国承担超 WTO 的义务。只要中国继续坚持经济体制、政治体制改革，坚持十七大提出的“深化司法体制改革”的方针，就能够实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。原因有以下几个方面：首先，正确理解 WTO 对中国的司法审查要求。WTO 要求中国建立的独立的司法审查制度，是独立于被授权进行行政执行的机关。这一“独立”的要求与中国《宪法》和《行政诉讼法》的规定相一致。中国《宪法》第 126 条规定：“人民法院独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《行政诉讼法》第 3 条规定：“人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”所以中国的审判独立理论和美国以及其他国家审判独立理论不一样，中国的审判独立是在共产党领导和人大监督下的独立。中国实行的是共产党领导下的人民代表大会制度，全国人民代表大会是国家的立法机关，并且监督其他国家机关行使职权。美国采用的是三权分立理论，立法权、行政权和司法权分离。但是，美国的三权分立理论，并没有在世界各国采用。如：英国的国家权力分配并不明显。澳大利亚采用三权分立理论，实际执行的是两权分立，它的立法权和行政权是一体的，司法权独立于这两种权力。中国与这些国家一样，与美国的司法独立理论不同，所以，不能够以美国的司法独立理论和标准来衡量中国的司法独立制度。其次，中国正在“深化司法体制改革。”针对中国的司法权受行政权干涉，影响到司法审查独

⁶⁵ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

立和公正的现象，十七大提出“深化司法体制改革”的方针，这一方针是在十五大提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”和十六大提出“司法体制改革”的方针基础上提出的，可见中国政府对司法体制改革的决心。再次，最高人民法院正在进行司法审查的公正和效率的改革，对行政权和司法权关系处理也有明显改进。最后，最高人民法院已经和正在进行司法审查制度改革。这项改革的范围包括司法审查的各个方面。如：司法审查范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用等法律制度。中国正在按照 WTO 的要求，扩大司法审查范围，充分保护当事人的诉权，遵守司法审查程序，建立一个适合中国国情的公正、独立、能充分保护诉权的司法审查制度，这一司法审查的功能与 WTO 要求的司法审查功能日趋一致。

五、研究方法

（一）理论框架

本文采用制度主义理论框架 (institutional approach) 来研究行政诉讼法律制度改革。Randall Peerenboom 教授⁶⁶在他的著名著作《中国的依法治国长征路》(China's Long March toward the Rule of Law) 中提出：“理解法律的特定领域，需要理解该法律所存在的更大的组织结构环境，⁶⁷Peerenboom 教授还认为：“体制和组织机构是中国依法治国的障碍。”⁶⁸Murray Scot Tanner 在《毛泽东以后的中国法律制定政策》(The Politics of Lawmaking in Post-Mao China) 中认为，组织机构环境之间可以互相影响。⁶⁹

法律是由国家组织机构制定的规范性文件，它包括：立法机关制定的法、行政机关制定的法、法官制定的法等。在制定法律过程中，国家的政治、经济体制、社会

⁶⁶ 皮文睿(Randall Peerenboom)原是美国 University California Los Angeles 大学的法律教授，目前是澳大利亚 Monash 大学的法律教授，是研究中国法律的专家，其代表作是：《中国的依法治国长征路》(China's Long March toward the Rule of Law)。

⁶⁷ Randall Peerenboom, *China's Long March toward the Rule of Law*, (West Nyack: Cambridge University Press, 2002), p.10.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Murray Scot Tanner, *The Politics of Lawmaking in Post-Mao China*, (Oxford: Clarendon Press, 1999), p. 8.

制度、民主法治程度等对法律的制定起到非常大的作用。但是，国家组织机构的法律意识在法律制定过程中也起到非常重要的作用，它们既是法律的制定者，也是民主法治程度高低的决定者。本文所涉及的国家组织机构有全国人民代表大会、中国共产党中央委员会、国务院、最高人民法院和地方人民法院等。这些组织机构对中国的司法审查制度起到了非常大的作用。因此，采用制度主义理论对中国的政治、经济体制和国家组织机构的法律意识进行分析，有利于理解中国司法审查制度产生的渊源、存在的问题以及可以改革的空间。另外，采用制度主义理论框架可以将中国和 WTO 的经济体制、法律制度等结合起来进行研究，将 WTO 的司法审查制度和中国的行政诉讼法律制度结合起来分析，探索中国司法审查制度与 WTO 要求的司法审查制度的差距，提出改革的方向。另外，本文在以后的每一个章节中都会涉及到前面提到的组织机构，制度主义理论框架将是连贯每一个章节的桥梁。

（二）案例分析

在司法实践中，很多地方法院已经突破了行政诉讼法律的规定，受理了一些特殊案件。但是，中国法院在判决书中对事实、证据、法律适用等的阐述，不像英美法系国家的法院判决书那样详细具体。也不像英美国家的法院判决书那样，可以在网络上或者报刊上找到。本人需要到法院参加庭审，一是，了解法院判决的事实依据和法律依据；二是，收集具有代表性的特殊案例。本人已经前去中国多次，参加了多次庭审，收集了大量的案件。本文将把收集到的案件，在以后的章节中进行分析。

（三）资料采集

本文参考的资料一部分是在澳大利亚搜集的英文资料，主要是西方学者对 WTO 和中国司法审查制度的研究以及西方国家的司法审查法律制度。本文通过图书馆、数据库或其他途径获得了这些资料，并且对这些资料进行文献分类和综述。另外，本人一直关注中国政治、经济、法律等制度的改革新动向，聆听西方国家对中国政府关于政治、经济、法律等方面改革情况的分析与评论。

另一部分资料是在北京、郑州等地搜集的中文资料，主要是中国学者对 WTO 和中国司法审查制度的研究，以及行政法律、法规、规章和政府部门的规定。目前中国的法律、法规以及规章大都可以在互联网上查找到，给本文的研究带来很大的方便。但是，有一些地方政府部门发布的地方规定（红头文件），仍然作为保密文件不公布。针对这些红头文件，本人曾多次到有关行政机关查找，本文将在以后的章节中对这些红头文件进行分析。

（四）采访

本人对政府官员、律师、地方法官以及在中国的外国企业老板进行了数次采访。我于 2006 年初采访了河南省政府立法处的官员，还与河南省政府 WTO 办公室的官员一起对有关案件进行了分析。从而了解河南省政府关于执行 WTO 的情况。另外，对律师的采访也非常重要，因为他们掌握了大量的不同层次的行政案件，并且与法官、行政官员和当事人有直接接触，了解最真实的情况。我于 2006 年初与律师座谈时，发现河南省在执行 WTO 承诺中，存在大量的问题，并且有些是非常严重的问题。这些内容也会在以后的章节中论述。对法官的采访可以了解中国司法体制改革的进展和执行情况。对在中国开办企业的外国老板的采访，可以从他们那里得到中国执行 WTO 承诺的情况。本人在澳大利亚采访了两名在中国经营矿业的澳大利亚董事长。通过对这些人员的采访了解了中国加入 WTO 后的司法环境以及中国司法机关执行 WTO 的情况。

这里需要说明的是，中国行政诉讼法律制度一直处于改革之中，因此，有必要确定一个搜集资料的截止日期，此后的法律资料将不在本书的搜集和分析之列，本书搜集资料的截止日期是 2008 年 10 月 30 日。

六、论文结构

本文分成三部分，绪论、正文和结论。

本文在绪论部分阐述了研究的问题、问题的由来、研究本文的意义、文献综述、研究方法以及论文结构安排等内容。

正文分为六章。除了第一章中国司法审查历史发展以外，其它章节基本上是按照《行政诉讼法》的体系和内容安排的，这六章分别是：

第一章中国司法审查的历史发展。通过对中国行政诉讼法律制度的历史发展过程的分析，揭示中国现行的司法审查制度存在的问题。

第二章司法审查范围。本章将探讨中国司法审查范围法律制度以及最高人民法院为扩大司法审查范围所作的努力。与 WTO 要求的司法审查范围相比较，中国的司法审查制度在审查范围方面存在哪些问题以及继续改革的方向。

第三章诉权。根据《行政诉讼法》和最高人民法院司法解释关于诉权的规定，分析中国诉权法律制度与 WTO 要求的诉权有何区别，这种分析集中在司法审查的原告和被告法律制度方面。

第四章行政审判和管辖制度。本章通过对中国政府的司法体制改革和最高人民法院行政审判制度改革进程的分析，揭示中国正在向 WTO 要求的司法审查制度迈进。本章还对最高人民法院公布的《关于行政案件管辖若干问题的规定》分析，从而探讨这一新的行政管辖制度是否能够排除行政权对司法权的干涉，是否能够满足 WTO 的司法审查公正和独立的要求。

第五章司法审查证据。本章通过对最高人民法院 2007 年公布的《关于行政诉讼证据若干问题的规定》的分析，探讨 WTO 采用的证据规则与中国的司法审查证据规则的不同，提出改革的方向。

第六章司法审查标准和法律适用。本章将分析 WTO 采用的司法审查标准和法律适用情况，揭示中国的司法审查标准和法律适用存在的问题。

本文将在结论部分，综合论述以上各项法律制度，并且结合 WTO 要求中国实行的司法审查制度，回答本文研究的中心问题。中国的司法审查制度存在一定的问题，需要继续改革，但是，它正在向符合中国国情的社会主义法律体系的司法审查制度努力。

第一章 中国行政诉讼法的历史发展

绪论已经介绍，美国的大法官马歇尔创立了司法审查制度，¹但是，世界各国并没有完全仿效美国，建立一个与美国相同的司法审查制度。²每个国家都因为其宪政体制、历史和传统文化、社会经济情况等差异而导致了其采取的司法审查制度在形式、内容、审查对象及作用范围等方面不完全相同。³因此，司法审查制度与其他法律制度一样，都是历史的产物。它作为行政法律体系的一部分，又具有其特殊性，它随着社会和政治的发展而发展，并且随着社会和政治的需要而变化。从这一意义上来讲，司法审查的功能与社会政治功能有密切的联系。因此，要想真正理解中国目前采用的司法审查制度的精神实质，有必要探讨中国行政法的历史发展过程。

第一节 中国古代行政法律制度的发展

关于行政法的产生，有不同的观点，一种观点认为，行政法是随着国家的出现而产生的。由于国家的出现而有了国家的行政管理，既然行政法调整的是国家的行政活动，那么也就有了为调整行政活动而产生并发展的行政法。⁴另一种观点认为，行政法是民主、法治基础上产生的控制权力、监督官员的法。是在资产阶级启蒙思想家提出“三权分立”思想，在资产阶级革命胜利后逐步形成和发展起来的。⁵第三种观点认为，行政法学作为一个独立的法律部门的出现，是以民主政治制度的确立为背景的，因而行政法带有民主政治色彩，它要求官民平等。而中国古代政府对公民的统治显然不具有民主的特征，但是我们不能够说中国古代没有行政法。⁶本文认为，考察行政法的产生，要从考察行政法的功能入手。行政法是一个广泛的法律体系，它是由行政组织法、行政行为法、行政法制监督、司法审查等法律制度组成的。中国的古代可能没有行政法律监督功能、没有司法审查功能等现代意义上的行

¹ 王利明：《司法审查改革研究》，（北京：法律出版社，2000年），第282页。

² 绪论中列举了美国、英国、法国、澳大利亚等国家的司法审查制度，从各个国家采用的司法审查制度中可以看出，每个国家的司法审查制度都是不同的。

³ 王利明：《司法审查改革研究》，第282页。

⁴ 刘拴住主编：《行政法新论》，（北京：中国检察院出版社，1997年），第35页。

⁵ 同上书。

⁶ 彭顺勇、刘哲石：“论中国古代有无行政法，”《湖南人文科技学报》，2006年第4期，第23页。

政法律制度，但是任何朝代都有自己的组织管理规则或者惯例，这些属于行政法的内容，具有一般意义上的行政法功能。因此，中国古代行政法的功能多以规范统治阶级组织机构的组织法和行为法律制度为主。

中国古代最早的行政法律规范可以追溯到商周时期，相传由周公制定的《周礼》，⁷就有了关于周朝国家机构设置及其活动的规定。⁸秦朝的《秦律》⁹对行政管理法律规范已有初步划分，如以官员的任用和选拔为主要内容的置吏律、除吏律、除弟子律，以官吏的调配和监察为主要内容的效律，以京官政务为主要内容的内吏杂律，有关公文规定的行书律等。¹⁰汉代出现了御使台制度。¹¹据《汉书》¹²记载，中国使官职起源于汉代宣帝。西汉的御使并无独立的机构，直到东汉才发展为使台，开始成为一个独立的机构。御使台的设立是为了加强中央集权，其目的在于监督内外官吏的行为，巩固皇帝的统治权。通常情况下，使台巡察各地，弹官员，并无处理权，只能向皇帝汇报并提出建议，但有时也可根据授权便宜行事。使台制度是皇帝监督官员的重要手段之一。¹³

唐朝是我国封建社会的繁盛时期，在法律制度上也表现出发达和成熟的特征。在有关行政管理方面，《唐六典》¹⁴在历史上占有重要的地位，它是中国古代最早的一部比较完整的有关行政管理的法典。¹⁵《唐六典》比较系统的规定了当时国家机关的职责，分编介绍了唐代封建国家各级政权机关的机构设置，官员的编制与品级、职责权限以及官吏的选拔、任用、考核、奖惩、俸禄和退休制度。《唐六典》不仅对唐朝的行政管理有很大作用，对以后各朝代的法律制定也有深刻影响。¹⁶明、清两

⁷ 《周礼》是一部古代管制典籍，写作年代是春秋时期（公元前 770 年-公元前 476 年），而全书的补充定型则是在战国时期。全书分六篇，即天、地、春、秋、冬六官。每一官职都有他们的职责，如：天官的职责是管理朝政以及宫中事务。

⁸ 刘拴住主编：《行政法新论》，第 35 页。

⁹ 《秦律》是商鞅变法后秦国和秦朝的法律。

¹⁰ 刘拴住主编：《行政法新论》，第 35 页。

¹¹ 艾永明：“中国古代有无行政法之我见”，《华东政法学院学报》，2002 年第 4 期，第 23 页。

¹² 《汉书》班固著，是中国第一部断代史，共 100 篇。

¹³ 刘拴住主编：《行政法新论》，第 35 页。

¹⁴ 《唐六典》是中国唐代官修政书，记载唐前期的官职职责与职权。

¹⁵ 刘拴住主编：《行政法新论》，第 35 页。

¹⁶ 艾永明：“中国古代有无行政法之我见”，第 23 页。

代就以《唐六典》为样板，制定了《明会典》和《清会典》。会典的内容一般包括国家机关的设置、编制、职权和官吏的选拔、任用、考核、奖惩等。¹⁷

1840年鸦片战争以后，清政府的统治地位面临危机，光绪皇帝的思想受到刺激，他对清政府统治人民的“祖宗之法”产生了怀疑，开始探索新的统治妙方，学习外国，“发愤为雄。”光绪皇帝于1898年6月11日发动了历史著名的戊戌变法，该变法持续103天。在这103天中，光绪帝发布了一系列除旧布新变法诏令，¹⁸在这些诏令中，属于政治和行政法方面的主要有：广开言路，提倡官民上书，不许任何人阻挠；撤除闲散衙门和重叠机构，裁减冗员。¹⁹尽管光绪皇帝的变法没有挽回清政府走向灭亡的境地。但是，这一变法行政法上的意义在于赋予老百姓上书权利，对官府行为进行监督。

总而言之，君主专政下的行政法功能，在于规范统治阶级的国家机构，进行组织结构分配，加强统治阶级的统治地位。他们强调官吏执行这些法律制度的重要性，但是，不注意对官员执法行为的监督和约束。由此可以得出结论：中国古代有行政法律制度，但是没有行政诉讼法律制度，也就是说没有司法审查制度，司法审查法律制度的建立是发生在近代时期。

第二节 中国近代行政诉讼法律制度的发展

从法制史的角度而言，近代中国是从1901年清末变法修律，至1949年南京国民政府崩溃。²⁰

行政诉讼制度最早出现在近代的资本主义国家，市场经济要求政府不得干涉市场主体的经济活动，不得侵犯他们的人身权和财产权。政府必须对非法行为承担责任，资本主义的市场经济和民主政治推动了资本主义国家的行政诉讼制度的产生。

¹⁷ 陈泉生：“论我国行政法的产生和发展，”《上海大学学报（社科版）》，1995年第2期，第24页。

¹⁸ 罗福会、何卓恩：“戊戌变法新论，”《探讨与争鸣》，2008年第6期，第17页。

¹⁹ 同上，第18页。

²⁰ 张生：“中国近代行政法院之沿革，”《行政法学研究》，2002年第4期，第84页。

17 世纪英国就开始建立行政诉讼制度，²¹1789 年法国大革命后，也开始产生行政诉讼法律制度。²²1803 年美国创立了司法审查制度。²³日本在 1868 年明治维新运动后，建立行政诉讼制度，并且赋予最高法院违宪审查权。²⁴清朝末期，特别是光绪皇帝戊戌变法后，西方法律和日本法律思想拥进中国，在全国上下的呼吁下，清政府为了维护统治地位，组织力量，全面翻译、引进西方和日本法律，修订了《大清新刑律》等一系列的法律。在行政法律制度方面，清政府于 1911 年准备制定《行政审判院官制草案》，准备设立行政审判院受理行政诉讼。²⁵但是改革派在起草《行政审判院官制草案》时，遭到保守派的反对，改革派主张仿照日本《行政裁判法》而拟定《行政审判官制草案》，保守派不主张设立行政审判院。1911 年 10 月，由于辛亥革命的爆发，《行政审判院官制草案》未及颁布，行政审判院尚未设立，清政府已经灭亡。

1912 年，孙中山领导的辛亥革命推翻了帝制，建立了南京临时政府（1912 年 1 月—1912 年 4 月）。南京临时政府认为，行政诉讼是民主与法制的重要标志，是“三民主义”的一项重要内容，只有让国民行使诉愿权，才可以遏制官府的腐败，官民才可以团结起来，一致对外，从而挽救中国。因此，南京临时政府准备设立平政院专门受理行政诉讼案件。《中华民国临时约法》第 10 条规定：“人民对于官吏违法损害权利之行为，有陈诉于平政院之权。”第 49 条规定：“法院依法审判民事诉讼及刑事诉讼，但关于行政诉讼及其他特别诉讼，另以法律定之。”南京临时政府准备制定《平政院组织法》，明确行政诉讼案件的管辖机关。但是由于政局的变化，《平政院组织法》尚未制订，中央政府由南京迁往北京。

民国北京政府成立以后 1912 年 3 月—1928 年 6 月，中国发生了新文化运动和“五四”运动，随之马克思主义广泛传播，中国共产党逐渐壮大。这些运动迫使民国北京政府不得不动的采用资产阶级的民主制度，约束统治者的权力。于 1914 年

²¹ 刘拴住主编：《行政法新论》，第 37 页。

²² 同上书。

²³ 司法审查制度和行政诉讼法律制度相比较，司法审查制度注重“违宪审查”，行政诉讼注重“违法审查”。

²⁴ 罗福会、何卓恩：“戊戌变法新论”，第 18 页。

²⁵ 张生：“中国近代行政法院之沿革”，第 86 页。

3月31日，民国北京政府公布了《平政院组织令》，这是中国近代第一部正式公布实施的行政审判机关组织法。1914年6月平政院在北京正式成立。1914年5月18日，民国北京政府公布了《诉愿法》，被称为中国第一部行政救济法规。²⁶《诉愿法》规定，行政诉讼必须经过向行政机关的诉愿、再诉愿，最后不服才可以向行政法院提起诉讼，该诉讼采用一审终审制。平政院在全国只有一个，其审案形式是书面审理，并不开庭。²⁷由此看来，尽管民国北京政府建立了行政诉讼制度，但是，在实际操作中非常困难。行政案件发生后，诉愿人必须在行政机关中进行诉愿、再诉愿，然后才可以向平政院提起行政诉讼。平政院设在北京，不便诉讼，如：居住在边缘山区的老百姓，根本没有可能进行这些程序繁杂、地域管辖不便的诉讼活动。不过，《诉愿法》在行政诉讼受案范围上规定的比较广泛。当时平政院受理了一些重大而且有影响的案件。如：鲁迅因声援1926年3月的“三一八”惨案而被中华民国北京政府教育部免职，鲁迅向平政院控告获胜并恢复了职务。²⁸这说明，民国北京政府建立的行政诉讼制度，可以受理行政机关的内部行政行为。民国北京政府开展行政诉讼与当时国际环境、国内民主呼声分不开。民国北京政府仅仅存续7年的时间即被以蒋介石为代表的国民党推翻。行政诉讼在这一特殊时期的功能与中国古代和近代行政法律体系相比较，受案范围宽、赋予公民的权利比较大。但是，北京国民政府在司法审查制度的管辖上，设立了非常不方便的管辖制度，从而阻碍公民的诉权。

中华民国南京政府成立后（1927年4月—1949年9月），蒋介石带领民国政府依照孙中山“五权宪法理论”组织国家机关，在国家体制上实行五权分离。中央政府分为立法、行政、司法、监察、考试五院。司法院为最高司法机关，掌握司法审判、官吏惩戒、行政审判等职权。在法律体系上执行《六法全书》，将法律分为宪法、民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、商法等六学科，行政法没有被列为六法的范围。30年代初，国民党政府认为，中国数千年专制历史，造成官本位的社会意识，国家官署权力泛化、行为专横，只有建立行政诉讼制度，设立行政法院机

²⁶ 张生：“中国近代行政法院之沿革，”第86页。

²⁷ 陈泉生：“论我国行政法的产生和发展，”第24页。

²⁸ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003年），第317页。

关，才能救济民主权利。国民政府仿效法国、德国、日本等大陆法系成熟的经验，于1932年11月公布了《行政诉讼法》和《行政法院组织法》，1933年6月建立行政法院受理行政案件。但是，自从行政法院建立之后，受理的行政案件非常少，并且多以驳回起诉形式结案。如：1933年至1935年，行政法院受理案件404件，驳回179件，占起诉的44%，民告官胜诉比率在19%。²⁹这一行政诉讼制度与民国北京政府的《诉愿法》相比较，它仍然采用一审终审的诉讼制度，但是，缩小了行政诉讼受案范围，规定只有行政违法行为才可以成为行政诉讼的受案范围。由于当时内战、日本侵华等战争连续，加上国民党内部争斗、腐败等现象严重，法官判案以国民党党义为裁判准据，使得《行政诉讼法》带有司法党化。一些激进的法学家，对国民党不报希望，纷纷奔赴中国共产党领导的井冈山红区，寄希望于共产党进行民主立法，希望共产党能够领导中国，建立一个公平、公正的法律体系。

第三节 中国行政诉讼法律制度

一、新中国行政诉讼法律制度发展史

1949年2月中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确立解放区司法原则的指示》，³⁰该指示宣布：“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政的政权下，国民党的六法全书应该废除，人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据，而应该以人民的新的法律为依据”。³¹废除国民党六法全书后，中国共产党要确立自己的合法地位，必须制定自己的宪法和法律。为此，中国共产党在建国前夕和新中国建立之后，先后制定了起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》和中国历史上第一部社会主义类型的宪法——《1954年宪法》，奠定了新中国建国、治国的最根本的法律基础。

由于中华人民共和国建国初期的主要任务是建立和巩固各级政权，解决民主革命时期遗留的问题，从战争环境走向和平建设。在行政法律制度方面，以制定组织

²⁹ 张生：“中国近代行政法院之沿革，”第87页。

³⁰ 张晋藩：“综论百年法学与法治中国，”《中国法学》，2005年第5期，第189页。

³¹ 樊崇义、吴宏耀：“刑事诉讼法学五十年回顾与前瞻，”《人民检察》，1999年第12期，第7页。

法和监督法为重点，行政法的功能在这一时期是规范国家机构的组织形式，对行政官员进行全面监督。如：50年代初，中国共产党处置了一批贪污受贿分子。刘青山、张子善贪污案是其中一起比较重大的案件。³²这些人士原来都是先进的共产党员，随解放军进入城市后，经受不了诱惑。因此，中国政府在县市以上的各级政府内，设监察机关，以监督各级国家机关和各种公务人员是否履行其职责，并纠举其中违法失职的机关和人员。个人和群众团体有权向监察机关或司法机关控告任何国家机关和任何公务人员的违法失职行为。³³“法治”一词在一些场合和重要法律文件中加以使用，“法治”的重要性也为一些法律界人士所强调。”³⁴但是，这一时期的“法治”在行政法方面的意义在于国家采用内外部监督的方式，阻止行政违法，司法审查功能在这一时期还没有提到议事日程。但这些“法治”思想并没有成为主流，而是随即消失在各种政治运动之中。

1957年中国发动了反右派运动。《人民日报》的社论成为国家政策的导向，成为人们必须遵守的“法律。”党介入各级机关的各个环节，党的领导即是法的实现。³⁵1966年发动的文化大革命，使立法工作处于停滞状态，在“砸烂公检法”的号召下，中国建国后刚刚建立起来的司法体系被打乱，“人治”完全代替了“法治。”中国共产党在建国前后提倡的民主、法制在这一时期不复存在。

文革结束以后，中国开始进行政治、经济、法律体制改革，以市场经济和民主政治为根基的西方法律文化再一次涌入中国。1978年，邓小平强调“为了保障人民民主，必须加强法制……做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”邓小平的这段经典讲话，被公认为是中国法治崛起的奠基，由此也孕育了依法行政的观念。³⁶1982年，全国人大对1954年宪法进行了修改，修改后的宪法，进一步确定了国家机关之间的关系是分工和监督关系，全国人民代表大会是国家的立法机关，并

³² 刘青山、张子善贪污案件发生在50年代初的河北省，刘、张二人在治理河道工程中贪污数额巨大，毛泽东亲自批准该案件，判处刘、张二人死刑。该案件宣布后，在中国引起强烈的反响和震动，对官清廉、党风、党纪的教育起到不可估量的作用。

³³ 《共同纲领》，第19条的规定。

³⁴ 程燎原：《从法制到法治》，（北京：法律出版社，1999年），第4页。

³⁵ 张普藩：“综论百年法学与法治中国。”第190页。

³⁶ 李立：“依法行政，从政府法制到法治政府，”《法制日报》，2008年7月6日，第6版。

且监督其他国家机关行使职权；国务院为国家的最高行政机关管理国家事务；最高人民法院是国家的最高审判机关，独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。³⁷国家机关、组织、法人和个人都应当遵守宪法，公民有权利控告国家机关侵犯其合法权利的行为，国家机关有义务赔偿因侵权给公民造成的损失。³⁸1982年《宪法》为中国发展行政法律制度，包括行政诉讼法律制度奠定了立法基础。

在80年代初，全国人大前后制定了《民法通则》、《刑法》等重要法律，法院开始受理民事、经济纠纷以及刑事案件。在诉讼法律制度上，全国人大前后发布了《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》，当时还没有考虑制定一部《行政诉讼法》。多数领导认为，针对行政官员的违法行为，党政机关内部有严格的监督机制，人民之间的内部矛盾，没有必要诉诸法律。

随着中国对外开放政策的深入，为了适应快速发展的经济需要，规范市场行为，全国人大以及国务院前后发布了很多的行政法律和法规，其中难免涉及对行政纠纷解决办法的规定。据统计从1980年到1989年共有上百个行政法律、法规对行政诉讼做出了规定。³⁹如：全国人大于1980年公布的《中外合作企业税法》规定，外国经济组织可以就政府纳税提起行政诉讼。但是，中国当时并没有行政诉讼法律制度，直到1982年，全国人大制定《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》时，在第3条第2款规定：“法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法规定。”1986年11月3日湖北省武汉市中级人民法院成立了中国第一个行政审判庭，⁴⁰1988年最高人民法院设立行政审判庭，加强对全国行政审判工作的指导和监督。⁴¹中国在这个时期，还没有行政诉讼法，法院审理行政案件依然依照《民事诉讼法》。但是，随着行政案件的日益增多，诸多法律问题显露出来，如：证据规则问题，民事诉讼采用的是“谁主张、谁举证”的证据规则，在行政案件中，原告没有举证能力，提供不出行政机关依据什么证据和法律对他们作出的惩罚，使得法院办案陷入

³⁷ 《宪法》第126条的规定。

³⁸ 《宪法》第41条的规定。

³⁹ 刘拴住主编：《行政法新论》，第15页。

⁴⁰ 王斗斗：“法治中国30年：回望人民法院三大审判三十载前行足迹，”《法制日报》，2008年7月27日，第6版。

⁴¹ 同上。

僵局。《治安管理处罚条例》于 1987 年 1 月 1 日颁布后，法院每年受理治安处罚行政诉讼案件达 3 万多起。⁴²为此，最高人民法院专门出台了一个司法解释，规定审理治安行政诉讼案件与审理民事诉讼案件在程序上应有区别。行政案件的特殊性，要求法院不能够再继续依照《民事诉讼法》审理行政诉讼案件，法院急需有一部《行政诉讼法》解决堆积已久的行政案件。另外，在 1987 至 1989 年间，中国正在大力推进政治体制改革，《行政诉讼法》从某种意义上说，是民主制度的象征。中外学者呼吁中国制定《行政诉讼法》的激情越来越高。

二、《中华人民共和国行政诉讼法》的产生

全国人大法制工作委员会于 1986 年接受全国人大委员长的委托，组织有关法律专家研究和起草行政诉讼法。⁴³在起草行政诉讼法的过程中，行政官员与学者之间产生了意见分歧，学者们主张中国的行政诉讼法应当成为世界上最能体现民主和法治的法律，行政诉讼的范围应当扩大、赋予原告的权利应当充分。但是，行政官员对此持反对态度。全国人大法制工作委员会主任王汉斌在《关于中华人民共和国行政诉讼法（草案）的说明》中解释，制定行政诉讼法时遵守了以下三项原则：第一，根据宪法和党的十三大的精神，从保障公民、法人和其他组织合法权益出发，适当扩大人民法院现行受理行政诉讼的范围；第二，正确处理审判权和行政权的关系，人民法院对行政案件应当依法进行审理，但不要对行政机关在法律、法规规定范围内的行政行为进行干预，不要代替行政机关行使权力，以保障行政机关依法有效地进行行政管理；第三，考虑到我国目前的现实情况，行政法还不完备，人民法院的行政审判制度还不够健全，行政诉讼法规定“民可以告官，”有观念更新问题，有不习惯、不适应的问题，也有承受力的问题，因此对受案范围现在不宜规定太宽，而应逐渐扩大，以利于行政诉讼制度的推行。⁴⁴1989 年 4 月 4 日（天安门事件爆发的前 2 个月），七届全国人大二次会议审议通过了《中华人民共和国行政诉讼

⁴² 应松年：“为进一步发展和繁荣我国行政法学研究而奋斗——中国行政法研究会十年工作的回顾与展望，”《行政法学研究》，1996 年第 1 期，第 1 页。

⁴³ 王汉斌：“关于《中华人民共和国行政诉讼法》（草案）的说明，”1989 年 3 月 28 日在第七届全国人民代表大会第 2 次会议上的讲话。

⁴⁴ 同上。

法》（以下简称《行政诉讼法》），该法于 1990 年 10 月 1 日起施行。有学者认为，如果《行政诉讼法》不在“六四”前公布，中国的行政诉讼法律制度将会被推迟实行。⁴⁵《行政诉讼法》的诞生对于中国民主与法治发展的影响是不可估量的。从法制建设的实践来看，《行政诉讼法》第一次提出了行政机关必须依法办事，行政行为必须有事实依据、有法律根据和符合法定程序。在此以前，“以事实为根据，以法律为准绳”只是对司法机关的要求，而《行政诉讼法》第一次对行政机关也提出了这一要求，从本质上界定了行政机关与司法机关同样都是法律的执行机关。“行政执法”的概念也正是在《行政诉讼法》颁布后才产生的。正是因为法律上规定了要对行政行为进行审查、不合法的行政行为应当撤销，比较明智的行政机关领导人开始要求其工作人员依法行政。《行政诉讼法》正式建立了中国的司法审查制度，标志着中国司法审查制度的正式开始。⁴⁶因此，中国学者将行政诉讼制度称为司法审查制度。⁴⁷

但是，《行政诉讼法》在中国毕竟是新鲜事物，学者们试图通过《行政诉讼法》这一部“民告官”的法律，来消除中国长期以来形成的“大政府、”“父母官、”“官本位”等现象，推动中国达到象美国式的民主和法制是不可能的，这也不适合中国国情。因此，在这一时期内，中国掀起了适合中国国情的大讨论。

最高人民法院于 1991 年发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）（以下简称《意见》）的规定。《意见》对行政诉讼法作了比较保守的解释，如：对具体行政行为作了非常狭义的规定，限制了法院受理行政案件的范围。1992 年邓小平南巡讲话后，中国继续推进政治、经济、法律制度改革，1992 年中国召开党的第十四次代表大会，确立了建立社会主义市场经济的目标。但是，市场经济是法治经济，中国当时的法律制度远远没有达到经济发展的需求。1993 年国务院提出了“依法行政。”1997 年全国人大第十五次代表大会提出了“依法治国，建设社会主义法治国家。”1999 年，朱镕基总理召开了一次全

⁴⁵ 于安，清华大学法律系教授，《行政诉讼法》立法组成员。1990 年于安在西南政法大学讲座，题目是：“行政诉讼法的立法过程，”这些内容是根据本人听讲座的笔记整理而来。

⁴⁶ 罗豪才、洪中乐：《行政法学》，（北京：北京大学出版社，2006 年），第 483 页。

⁴⁷ 绪论中对此有论述。

面推进依法行政的工作会议。⁴⁸法制观念在人们心目中的地位越来越高,《行政诉讼法》以及《意见》中存在的缺陷日益暴露出来。最高人民法院于2000年公布了《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)的规定。《解释》取消了《意见》对《行政诉讼法》的限制性规定,如:删去了《意见》中对具体行政行为的解释,恢复了《行政诉讼法》的立法本意。

中国于2001年加入WTO后,国外的大中型企业以及服务机构涌入中国,中国的涉外行政案件越来越多,另外,WTO对中国的司法审查制度提出了特殊要求。⁴⁹为了适应国际、国内经济发展需要和满足WTO的要求,最高人民法院采用司法解释的形式,前后公布多部规定,以审理与国际贸易有关的行政诉讼案件。如:2002年8月27日最高人民法院公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、同年11月21日发布了《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》和《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、2004年1月14日发布了《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》、2007年4月24日发布了《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》、2007年12月17日发布了《关于行政案件管辖若干问题的规定》、《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》、《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》、2008年4月发布《关于充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障的通知》等等司法解释。

中国的行政诉讼法律制度发展到现在,形成了中国特色的司法审查制度。但是,代表司法审查制度的《行政诉讼法》是在“民告官”还是新闻、行政诉讼尚未为人们普遍了解,思想、组织、人员、经验、理论研究等等准备都十分薄弱的情况下制定的,行政诉讼制度不可避免地受到一定的限制。另外,自从《行政诉讼法》公布距今近20年的时间了,⁵⁰在这近20年内,中国进行了多次经济体制改革,实现了由计划经济向商品经济、再向社会主义市场经济的转变。尽管法律的特征在于稳定性,

⁴⁸ 应松年:“为进一步发展和繁荣我国行政法学研究而奋斗——中国行政法研究会十年工作的回顾与展望。”

⁴⁹ 绪论中已经提到WTO对中国关于司法审查的要求超出了其对其他成员国的要求。

⁵⁰ 《行政诉讼法》于1989年4月4日由第七届全国人大第二次会议通过,截止2008年11月4日,已经有19年零7个月的历史了。

不能够朝令夕改。但是，中国处于改革开放的特殊阶段，作为向经济制度提供服务的法律制度，也应当随着经济体制的变化而做适当的调整，以适应中国快速发展的经济、社会、人民生活水平等的需要，不然法律就会阻碍经济的发展。另外，中国在 2001 年加入 WTO 时，向 WTO 作出了司法审查等的承诺，这些承诺对中国的司法审查制度提出了许多新要求，为行政审判工作注入了许多新内容，目前的《行政诉讼法》在很多方面已经不能适应新形势的迫切要求。⁵¹因此，修改《行政诉讼法》，确立一个更具民主法治特色的司法审查制度，是中国迫切需要解决的问题。

三、 中国司法审查存在的主要问题

国内外学者对中国履行 WTO 司法审查承诺情况持关注态度。有些学者认为中国不可能实现它的承诺，有些学者持反对态度。本文对此持乐观态度，因为，中国正在进行政治和法律体制改革，其改革方向是在向 WTO 要求的司法审查制度努力。但是，本文承认，中国履行 WTO 司法审查承诺有非常大的障碍，存在以下问题需要解决。

（一）体制摩擦问题

体制摩擦问题体现在中国社会制度的各个方面，这里有中国与 WTO 之间的体制摩擦，主要表现在经济制度、法律制度方面；还有国内组织机构之间的体制摩擦，主要表现在司法权和行政权的摩擦和国内其他组织结构之间的体制摩擦。

中国与 WTO 之间的经济体制摩擦。WTO 实行市场经济，它不仅强调自由、自主、竞争、开放，更强调契约和法律。⁵²中国实行的是社会主义市场经济，强调在社会主义环境下实行市场经济，公有制、按劳分配、社会调控是社会主义市场经济的主要特点。这两种经济体制的不同点主要在于，在社会主义经济体制下，资本属于政府，政府对经济进行宏观调控，企业内的劳动雇佣关系是联合劳动关系，目标是共同富裕；市场经济的资本多属于私人所有，政府是资本家的服务者，不参与调控，

⁵¹ 沈荣：“人大代表张忠厚、吕忠梅建议：修改行政诉讼法，”《人民法院报》，2008年3月6日，第7版。

⁵² 时家贤、陈爱瑞：“加入WTO后体制摩擦大于经济摩擦，”《理论探讨》，2002年第6期，第47页。

企业的劳动关系多是资本和雇佣的对立关系。这些体制的不同必然会产生与 WTO 体制摩擦问题。另外，中国建立社会主义市场经济的时间不长，经验不足，在进入 WTO 的市场经济中，难免出现问题，这是产生体制摩擦的客观动因。⁵³

中国与 WTO 之间的法律制度摩擦。WTO 借鉴了美国的法律制度，特别是在司法审查制度的建立上，借鉴了美国行政法和三权分立的模式。⁵⁴中国与美国的政治制度、法律制度、文化传统等都有非常大的不同。从法律制度上说，首先，它们是两个完全不同的法律体系，一个是普通法、一个是社会主义法律体系；其次，这两个不同的法律体系的法律功能是不同的，从调整市场经济功能方面来分析，美国法律体系的功能以保护市场经济、规范市场经济行为为主。中国采用的是社会主义法律体系，其法律功能，不仅是为了维护和促进社会主义市场经济，而且具有建设社会主义精神文明、维护民主、保障对外交往等功能。这两种不同的法律功能，有重叠之处，如：规范市场经济的功能，更多的是冲突，必然导致体制摩擦。

中国国内组织机构之间的体制摩擦。这种摩擦主要体现在司法权和行政权的摩擦、中央政府与地方政府之间的体制摩擦、地方政府中的上下级政府之间的体制摩擦、同级别的行政机关之间的体制摩擦等等。司法权和行政权的摩擦表现在：司法权在一定的范围内具有监督行政权的权力，行政权具有对司法权的人财物等进行管理的权力。这种权力交叉，在司法实践中容易产生行政权拒绝监督，反过来干涉监督的现象。其他组织结构之间的体制摩擦，在实际工作中，容易造成机构之间的相互扯皮、推脱、办事效率低等现象。针对组织结构之间的体制摩擦，本人曾经采访过两家在中国经营矿业的澳大利亚公司，这两位企业主均抱怨，中国的上下级和同级行政机关之间的文件规定不一致，并且朝令夕改，刚搞清楚文件的内容和办事程

⁵³ 同上。

⁵⁴ 加拿大学者 Sylvia Ostry 在其发表的文章《中国和 WTO：透明度问题》（China and the WTO: the Transparency Issue）中认为，WTO 建立的司法审查制度，特别是在透明度方面，是在美国行政法的基础上建力的。澳大利亚法官 Peter McClellan 在 2006 年 10 月 30 日到 11 月 4 日在中国杭州召开的研讨会上，演讲的论文《澳大利亚行政法》中认为，WTO 对中国在司法审查方面的要求，体现了美国传统的三权分立理论。

序，他们就又改了。一件小事情可能会办一年的时间，这中间需要不停地请客送礼才能够办成事。最后他们感叹道：“中国没有法律，依靠的是关系。”⁵⁵

（二）司法审查功能存在问题

《行政诉讼法》第一条规定：“为了保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”这一规定说明，中国司法审查的功能，除了具有“保护公民、法人和其他组织的合法权益外，”还有“维护和监督行政机关依法行使职权”的功能。首先，“维护”行政机关的功能存在问题。第一，行政权具有超越公民权的明显优势。司法审查的功能应当是保护公民权，而不是“维护”行政权。这种“维护”行政权的功能，容易使公正的天平倾向于行政机关。第二，行政权本身具有维护自己权力的功能和法律手段。权力应当受到制约和监督，不然就会形成滥权，这是权力制约论的理论基础。所以，法治国家建立司法审查制度的目的在于监督行政机关的行政行为。如：澳大利亚的司法审查法的功能在于：“审查行政机关的行政行为是否违反法律规定和超越法律的授权。”⁵⁶WTO 司法审查的功能，是审查成员国制定的与贸易有关法律、法规等规范性文件和行政行为是否与 WTO 协议相违背。其次，《行政诉讼法》规定的“监督”功能不全面。第一，中国的政治体制决定了司法权对行政权的监督范围受限制。按照《宪法》第六十七条（六）的规定，人民代表大会常务委员会是监督机关，有权监督行政机关的工作。因此，司法机关对行政机关的监督仅限于《行政诉讼法》列举的具体行政行为的范围之内，行政机关的抽象行政行为不在司法审查的范围。第二，司法权监督不力。按照肖扬大法官的观点，中国的司法权力地方化，司法机关的人财物都受地方行政机关管理，地方法院

⁵⁵ 2008年8月8日在布里斯班市对澳大利亚某煤炭咨询公司董事长的采访记录。2008年9月29日在布里斯班市对澳大利亚某矿业公司一名董事的采访记录。

⁵⁶ Administrative Review Council, *The Scope of Judicial Review Discussion Paper*, 2003 (Barton, Robert Garran Offices, 2003), p.9.

成了当地政府的法院。⁵⁷司法机关在这种司法环境下，很难行使它的监督权。总之，司法审查的维护和监督行政机关的功能，不符合 WTO 要求的司法审查制度。

（三）诉权保护范围窄

《行政诉讼法》第二条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”⁵⁸这一诉权范围，首先，限制在行政机关的具体行政行为之内。行政机关制定行政规章、决定、命令等抽象行政行为，以及行政机关的内部行政行为等均不在司法审查的范围。其次，限制在“合法权益”的范围之内。这里的“合法权益”仅指人身权和财产权，并且是《行政诉讼法》第十一条中列举的人身权和财产权，公民的政治权等权利不在诉权范围。尽管最高人民法院多次公布司法解释，扩大了可诉的“合法权益”的范围。但是，扩大后的诉权与 WTO 要求的诉权范围仍然有很大的区别，因为，WTO 的诉权范围在于对行政机关的所有与贸易有关的行政行为均有权提起诉讼。

（四）司法审查原则存在问题

司法审查原则，是反映行政诉讼基本特点，贯穿行政诉讼全过程的，对行政诉讼具有普遍指导意义的行为准则。⁵⁹《行政诉讼法》在第 3 条到第 10 条中规定了司法审查的原则，这些原则存在以下问题：

第一，独立审判原则。《行政诉讼法》第三条规定：“人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院设行政审判庭，审理行政案件。法院审理行政案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”⁶⁰

《宪法》第 126 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”由于国家权力分配倾向于行政权，行政机关掌控着

⁵⁷ 肖扬：在中国人民大学大法官讲坛做首场演讲时的讲话内容，2002 年 12 月 9 日，北京。

⁵⁸ 《行政诉讼法》第二条的规定。

⁵⁹ 罗豪才、湛中乐：《行政法学》，（北京：北京大学出版社，2006 年），第 492 页。

⁶⁰ 《行政诉讼法》第三条的规定。

司法机关的人、财、物等权力。因此，在实际工作中，行政权干涉司法权的现象严重。如：有一个县政府颁发文件，要求县法院受理所有的行政案件都要经过县政府批准；还有一个县的县长接到法院出庭通知书后，对法院院长大发雷霆，并扬言撤销法院院长的职务。⁶¹

第二，审理制度。《行政诉讼法》第六条规定：“人民法院审理行政案件，依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。”这一条在司法实践中，成了审判庭庭长、院长、审判委员会等干涉审判的一个“法律依据。”如：2007年笔者到某法院采访，一法官向我出示了一个经济担保案件卷宗。在我们交换对该案件的法律意见时，得知该法院的副院长是经济担保法律知识专家，他发表了很多这方面的文章和专著。但是，就是这位经济担保法律专家院长，在审判委员会上对法律规定作了不同于立法精神的解释，并要求合议庭制作一个符合他意思的判决书。该法官抱怨地说：“如果我听从副院长的意见，一桩错案就会在我手里产生，我良心何在？如果我不听从，我可能会被降职，甚至被开除。另外，我在合议庭中仅占一票，我反对也没有用，你看我该怎么办？”最后，该法官感叹地说：“如果再过10年，等我提升到一定的职位，我谁的话都不听，只听法律和我的良心。”⁶²

第三、当事人法律地位平等。由于行政诉讼案件的特殊性，使得法院有一种错误的认识，被告是代表国家的行政机关，法院应当维护行政机关的权力。因此，在一些法院就出现了法院和行政机关一起审原告的现象。如：一公民状告县公安局行政拘留行为违法，在法庭审理过程中，被告提出了原告还有新的违法情形，要求法院一并审理。法官竟然接受了申请，并维持了公安局的处罚决定。庭审刚一结束，被告在法庭上将原告铐了起来。⁶³这一案例，说明《行政诉讼法》规定的“维护”行政机关的功能，使得法官保护的天平倾向于行政机关。

第四，行政诉讼不适用调解。《行政诉讼法》第50条规定：“人民法院审理行政案件不适用调解。”当初制定这一条的目的是担心行政机关拿权力作交易，损害

⁶¹ 袁定波：“行政诉讼案异地管辖制度破茧成蝶，”《法制日报》，2007年9月5日，第5版。

⁶² 2007年11月在某高级法院的采访笔录。

⁶³ 本案例是在河南省某县法院收集的案例。

社会公共利益。但是，司法实践中遇到的问题却是，原告的撤诉率一直高达 1/3 以上，有时竟高达 50%。这其中，不允许调解的规定实际上已名存实亡，被悄悄规避，损害了法律的尊严。⁶⁴尽管最高人民法院于 2007 年 12 月公布了《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》，允许一些案件可以调解撤诉，但是，涉及的案件非常有限，如：具有民事因素的案件可以调解。

第五，具体行政行为不停止执行。《行政诉讼法》第 44 条规定：“诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。”这一规定严重影响了原告的诉权，如：税收征收管理法第 56 条规定，纳税人只有在缴纳相关税款后，才能申请行政复议，而行政复议是行政诉讼的必经程序（复议前置）。如果该税务缴纳人不能够交纳该笔税款，该人即丧失了复议权也丧失了诉讼权，这与 WTO 关于“上诉权”⁶⁵的规定不一致。

第七，外国律师服务范围受限制。根据 WTO 的要求，中国将开放法律服务市场，逐步取消对外国律师在中国进行法律服务上的限制。国务院于 2001 年 12 月 19 日通过了《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》，该条例取消了“三个限制”即：取消外国律师在中国设立代表处数量的限制；取消外国律师设立代表处只能局限于北京、上海、广州等 19 个试点城市的限制；取消一个律师事务所只能在中国设立一个代表处的限制。⁶⁶但是该条例规定了一些限制条件，如：办事处不得聘用中国执业律师；不得办理中国法律事务；不得向当事人解释中国法律，必须聘用中国律师出庭等等。这些规定严格限制了外国律师在中国的服务范围，一位在中国开办律师代表处的美国律师这样说：“如果按照该规定执行，将什么都做不了，我们来中国干什么？”⁶⁷在实际操作中，很多外国律师代表处都超过了规定的服务范围。如：澳大利亚一家著名律师行在上海的代表处，雇佣了数名中国律师作为他们的辅助人员，这些“辅助人员”的待遇明显高于他们在中国律师行做律师时的待遇。⁶⁸中国律师协

⁶⁴ 任少华：“对我国行政诉讼法修改的几点建议，”中国法院网站；2008 年 10 月 21 日下载于：<http://www.chinacourt.org/html/article/200810/06/323958.shtml>。

⁶⁵ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》（多哈：2001 年 11 月 10 日），第 2 条（D）规定：“……应给予当事人上诉的机会，且不因当事人上诉而受到处罚。”

⁶⁶ 段文：“中国律师行一温情下的暴力，”万通法网站；2008 年 5 月 12 日下载于：<http://www.lawspirit.com/cn/h000/h00/1200441643d579.html>。

⁶⁷ 同上。

⁶⁸ 根据本人的调查笔录。

会以及司法部非常清楚这些情况，但是，考虑到涉外事物的复杂性，很少给予违法操作外国律师代表处罚。这些情况的出现，严重损坏了中国法律的威严。随着中国涉外法律事物的增多，中国不如全面开放其法律服务市场，允许外国律师行聘请中国律师，允许在外国律师行执业的中国律师，有资格参与国内法律诉讼。

总之，中国从古代意义上的行政法发展到现代意义上的行政诉讼法，使“民告官”在中国变成了现实，这是法制史的一大跳跃，是对中国民主法治的一大贡献。据统计，从 1987 年至 2007 年，中国各级人民法院共审结 250 多万件行政案件。⁶⁹但是，在制定《行政诉讼法》时，由于受当时的社会环境、经济制度、法律文化等的影响，《行政诉讼法》确定的功能和原则必然受到限制，从而导致司法审查在受案范围、行政审判、管辖、当事人、证据、司法审查标准和法律适用等法律制度方面都存在的问题。尽管最高人民法院对这些法律制度分别作了司法解释，以适应快速发展的社会和经济的需要。但是，这些司法解释，无权改变《行政诉讼法》的功能和原则。另外，这些司法解释明显滞后于快速发展的中国经济形式需求。特别是在中国加入 WTO 后，此问题显得更加突出。针对这些法律制度中存在的具体问题，本文将在以后的章节中详细论述。

⁶⁹ 王斗斗：“法治中国 30 年：回望人民法院三大审判三十载前行足迹。”

第二章 司法审查范围法律制度

司法审查范围在中国称之为行政诉讼的受案范围，它是法院审理行政案件的范围，是行政诉讼法首先要解决的重要问题。¹对法院来说它是审查行政权的范围；对行政机关来说它是行政权被审查的范围；对公民来说它是可以提起诉讼的范围。司法审查的范围越广，行政权受的约束就越大，公民的诉权就越宽，从这一意义上来说司法审查范围是国家民主法治程度高低的标志。但是，并不是司法审查范围越宽、国家民主程度越高，就意味着社会制度就越好。代表国家管理行政事务的行政机关，需要有一定的社会管理权限，不能事事都要受到司法审查，不然就会阻碍社会和经济的发展。反过来说，如果没有司法审查对行政权力的监督，就会形成滥权。因此，确定一个适当的司法审查范围对国家政权来说是非常重要的。

绪论中曾提到：“本文将对中国的司法审查制度与 WTO 要求的司法审查制度进行比较研究。这一比较是从司法审查的七项法律制度——受案范围、当事人、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用进行的。”从本章开始，本文将对这七项法律制度逐章进行探讨。首先探讨的是第一项制度——司法审查范围法律制度，即：探讨中国《行政诉讼法》对受案范围的规定，最高人民法院为扩大司法审查范围所作的努力，与 WTO 要求的司法审查范围相比较，中国的司法审查范围法律制度存在的问题，从而提出对中国司法审查范围进行下一步改革的方向。

第一节 行政诉讼法对司法审查范围的规定

一、现行《行政诉讼法》司法审查范围的规定

司法审查的范围集中体现在《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第二条和第二章中。《行政诉讼法》采取概括式、列举式、排除式和其他条款来规范司法审查的范围。

¹ 王汉斌：“关于《中华人民共和国行政诉讼法》（草案）的说明，” 1989年3月28日在第七届全国人民代表大会第2次会议上的讲话。

概括式。《行政诉讼法》第二条概括规定了司法审查的范围：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”因此，只有具体行政行为才可以成为行政诉讼的范围。抽象行政行为、内部行政行为、国家行为等等均不可以受到法院的司法审查。所谓具体行政行为，是指具有国家行政职权的机关、组织及其工作人员在实施行政管理活动、行使行政职权中就特定事项对特定的公民、法人和其他组织的权利、义务作出的单方的、直接引起行政法律关系产生、变更或者消灭的法律行为。²具体行政行为的对象特定或者说它是针对个体作出的，如：行政机关对某人颁发许可证行为、对某人行政处罚行为等等；所谓抽象行政行为，是指行政机关针对非特定的对象作出的具有普遍约束力的行政行为，如颁布法律、法规、规章以及其它规范性文件的行为；所谓内部行政行为，是指行政机关针对其内部公务员作出的行为，如：工资改革、房屋分配、处罚公务员等行为；所谓国家行为，是指国家进行的外交、安全行为等等。

列举式。《行政诉讼法》在第十一条采用列举式方式规定了具体行政行为的范围，即：只有公民、法人或者其他组织的人身权、财产权受到侵害时才可以受到司法审查，被列举的人身权和财产权的案件有：行政处罚案件、行政强制措施案件、行政许可案件、行政裁决案件、行政确认案件、行政强制执行案件以及其他侵害公民、法人或者其他组织人身权、财产权案件。³

排除式。《行政诉讼法》在第十二条中规定了“排除条款，”所谓排除条款是指：凡是被法律以及司法解释列举为法院不予受理的行为，将不受司法审查。这些行为有：国家行为、抽象行政行为、行政机关的内部行政行为和法定行政终局行为。

其他条款。《行政诉讼法》在第十一条第一款第（八）项规定人民法院受理“行政机关侵犯其他人身权、财产权的”，⁴第十一条第二款规定：“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”。⁵这在司法实

² 国务院法制办公室：《行政诉讼法新解读》，（北京：中国法制出版社，2007年10月），第4页。

³ 同上书，第10-13页。

⁴ 《行政诉讼法》第十一条第一款第（八）项的规定。

⁵ 《行政诉讼法》第十一条第二款的规定。

践中被称为“其他条款，”它是人民法院在受理行政案件中认为某一案件应当受理，但是在法律列举的条款中找不到依据，可以依据这些“其他条款”来受理案件。

总而言之，《行政诉讼法》规定的司法审查范围限制在具体行政行为之中，在权利的保护方面，局限在人身权和财产权的范围之内。

二、最高人民法院对司法审查范围的调整

1989年3月28日在第七届全国人民代表大会第二次会议上，全国人大常委会副委员长、法制工作委员会主任王汉斌在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉（草案）的说明》指出：“法院受理行政案件的范围，是行政诉讼法首先要解决的重要问题。对于这个问题，草案是根据以下原则规定的：第一，根据宪法和党的十三大的精神，从保障公民、法人和其他组织的合法权益出发，适当扩大人民法院现行受理行政案件的范围；第二，正确处理审判权和行政权的关系，人民法院对行政案件应当依法进行审理，但不要对行政机关在法律、法规规定范围内的行政行为进行干预，不要代替行政机关行使行政权力，以保障行政机关依法有效地进行行政管理；第三，考虑我国目前的实际情况，行政法还不完备，人民法院行政审判庭还不够健全，行政诉讼法规定‘民可以告官，’有观念更新问题，有不习惯、不适应的问题，也有承受力的问题，因此对受案范围现在还不宜规定太宽，而应逐步扩大，以利于行政诉讼制度的推行。”⁶

司法审查范围是在这些原则的指导下制定的，但是，自从1989年公布《行政诉讼法》至今，中国已经经过了将近20年的发展变化过程，无论是从经济方面还是法律方面都有很大的变化，作为调整政府行为的《行政诉讼法》当然随着这些情况的变化而发展。因此，最高人民法院对司法审查的范围，通过司法解释的方式，前后作了三个阶段的调整。

第一阶段的司法解释。1991年公布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）（以下简称《意见》）中，最高人民法院对

⁶ 王汉斌：“关于《中华人民共和国行政诉讼法》（草案）的说明。”

“具体行政行为”作了狭义的解释，并且把司法审查界定在一个非常小的范围之内。1989年到1991年中国处在治理整顿时期。⁷1987年中国在党的第十三大中提出了建设“社会主义有计划商品经济”的运行机制，它是国家运用经济手段、法律手段和必要的行政手段，调节市场供求关系，创造适宜的经济和社会环境，以此引导企业正确地进行经营决策。在这一时期，如何界定政府的职能和进行政府自身的改革，成为中国改革向何处去的重大经济和政治问题。⁸作为监督政府行为的《行政诉讼法》在这一特殊时期，也很难界定政府应当受到司法监督的范围。但是，《行政诉讼法》已经公布，行政诉讼案件急剧增多，最高人民法院在这一不确定时期，于1991以“试行”的方式公布了《意见》。

1992年党的第十四次确定了中国的“社会主义市场经济”的目标，1993年11月的全国人大第十四届三中全会作出了《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，制定了在经济体制的各个方面推进改革的具体方案。1993年中国进行了第二次宪法修改，⁹以宪法的形式确定了中国实行社会主义市场经济体制。1994年中国开始进行金融、财税、外汇管理改革，90年代后期进行了国有企业股份化改制；1999年中国第三次修改宪法，《中华人民共和国宪法》修正案规定，多种形式的公有制为主体、多种所有制共同发展是我国的“基本经济制度。”¹⁰在中国经济体制改革进程中，政治改革非常重要，正像邓小平指出的：“不搞政治改革，经济改革难于进展，”¹¹在中国改革进程中，也出现了一些滥用权力、徇私舞弊等问题。最高人民法院《意见》规定的司法审查的范围，已经不能够到达监督政府行为的作用。

第二阶段的司法解释。1997年召开的党的“十五大”和2002年召开的党的“十六大”都提出了建设社会主义法治国家的口号，而且还提出建设民主政治和提升政治文明的问题。1999年国务院公布了《关于全面推行依法行政的决定》，强调依法行政的重要性。作为监督政府行为的行政诉讼法律制度也必须行动起来

⁷ 1989年4月4日中国公布《行政诉讼法》，1991年最高人民法院公布《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）。

⁸ 同上。

⁹ 1982年中国宪法通过后，经过了四次修改，第一次宪法修改是在1988年4月12日，第二次修改是在1993年3月14日，第三次修改是在1999年3月15日，第四次修改是在2004年3月14日。

¹⁰ 吴敬琏：“中国经济改革三十年历程的制度思考”，《21世纪经济报道》，2008年9月23日，第J06版。

¹¹ 同上。

来，最高人民法院于 2000 年 3 月公布了《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下称《解释》），该解释抛弃了 1991 年最高人民法院在《意见》中对“具体行政行为”下定义的做法，用“行政行为”一词加以代替，在《解释》第一条第一款规定：“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围”。从这一款的规定来看，法院似乎可以受理所有的“行政行为”案件。但是，在本条第二款中将抽象行政行为、内部行政行为等排除在了司法审查的范围之外。¹²除此之外，《解释》还规定了不属于行政诉讼法受案范围的其他事项。这些事项是：公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法明确授权实施的行为；调解行为以及法律规定的仲裁行为；不具有强制力的行政指导行为；驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；对公民、法人或其他组织权利义务不产生实际影响的行为。最高人民法院的这一司法解释，在司法实践中，起到了非常大的作用，各级人民法院在《解释》的精神指导下，依照《行政诉讼法》第十一条第二款规定的排除条款¹³受理了很多行政诉讼案件，如：安徽省芜湖县人民法院受理了“乙肝歧视案件。”¹⁴学者认为：人民法院将人事部门的公务员录用行为纳入行政诉讼的受案范围，开了司法审查该类行为的先河。此案发生之后，全国诸多行政机关开始修改其《公务员体检标准》。

第三阶段的司法解释。中国在进行改革的同时，也带来了问题，如：资源短缺、环境破坏、腐败蔓延和贫富分化过大等问题。经济学家吴敬琏认为：“带来这些问题的根源在于经济改革没有完全到位，政治改革严重滞后，权力不但顽固地不肯退出市场，反而强化对市场自由交换的压制和控制，造成了普遍的腐败寻租活动的基础。由此可以得出结论，扩大成就和克服缺陷的道路，在于推进改

¹² 《解释》第一条第二款规定：《行政诉讼法》第 12 条规定的行为，不属于行政诉讼法的受案范围。《中华人民共和国行政诉讼法》第 12 条规定：“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：（一）国防、外交等国家行为；（二）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；（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；（四）法律规定由行政机关最终裁量的具体行政行为。”

¹³ 《行政诉讼法》第十一条第二款规定：“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。”该款的规定在理论界称之为“排除条款。”

¹⁴ 2003 年 6 月，安徽芜湖的张先著报名参加了安徽省国家公务员考试。经过笔试和面试，成绩均排在报考者中的第一名，并进入芜湖市人事局规定的体检程序。在体检中，张先著被医院诊断感染了乙肝病毒。9 月 25 日，芜湖人事局以口头方式宣布，张先著由于不符合公务员身体健康标准而不被录取。11 月 10 日，张先著向芜湖法院提起行政诉讼，状告人事部门“歧视乙肝患者。”此案，被媒体称为“中国乙肝歧视第一案。”

革，建设以民主法治为基础的市场经济。”¹⁵因此，健全法律制度是进行政治体制改革的一项重要内容。另外，2001年中国政府加入WTO后，WTO向中国提出了司法审查制度的要求。针对中国在贸易司法审查制度方面的法律还不健全问题，最高人民法院前后公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》、《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，等一系列司法解释。这些司法解释扩大了司法审查的权利保护范围，使司法审查不再局限在对人身权和财产权的保护范围之内，把相邻权、公平竞争权、¹⁶反倾销权、反补贴权、¹⁷商标评审委员会、专利复审委员会处理的案件、劳动监察案件等列入到司法审查的范围。

为了适应中国经济体制改革，规范中国政府行为，国务院多次强调行政机关要依法行政，2008年国务院发出了《国务院关于市县依法行政的决定》，从而规范地方政府的执法行为。最高人民法院于2008年4月公布了《充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障》的公告，最高法院要求各级人民法院要采取六项举措保障和改善民生，提供司法保障。这六项措施如下：一是要依法受理和审理好与民生密切相关的行政案件；二是要坚持公正司法，努力实现公平正义；三是要切实提高审判效率，及时化解纠纷；四是要妥善处理人民内部矛盾，促进“官”民和谐；五是要维护和支持行政机关旨在保障和改善民生的宏观调控措施和行政执法行为；六是要落实便民措施，方便群众诉讼。¹⁸最高人民法院的这一公告，将与“民生密切相关的行政案件”纳入了司法审查的范围。最高人民法院列举的这类案件的范围有：涉及居民收入分配的行政案件、涉及社会保障类的行政案件、涉及基本医疗卫生类行政案件、关乎人民群众切身利益的土地征收和房屋拆迁行政案件、涉及受教育权的行政案件和涉及劳动权益的行政案件。由此来看，最高人民法院再一次扩大了司法审查的范围，使宪法规定的公民的权利，如：教育权、劳动权等等与民生密切相关的权利纳入到了司法审查的范围。

¹⁵ 吴敬琏：“中国经济改革三十年历程的制度思考。”

¹⁶ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，（2000年3月8日），第十三条规定：被诉的具体行政行为涉及相邻权或者公平竞争权的可以提起行政诉讼。

¹⁷ 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002年11月21日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

¹⁸ 最高人民法院2008年3月15日公告，（法[2008]125号），《充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障》第二项规定的内容。

第二节 中国司法审查范围存在的问题和改革方向

一、WTO 要求中国实行的司法审查制度

WTO 在《中国加入议定书》对中国的司法审查提出了要求，该要求包括两段落，第一段关于司法审查独立性、公正性等的要求；第二段落是关于诉权的要求。《中国加入议定书》第 2 条（D）要求中国：1. “中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序，以便迅速审查所有与《1994 年关税与贸易总协定》（GATT1994）第 10 条第 1 款、GATS 第 6 条和《TRIPS 协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。此类审查庭应是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且不对审查事项的结果有任何实质利害关系。2. 审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则在所有情况下应有选择向司法机关对决定提出上诉的机会。关于上诉的决定应通知上诉人，作出该决定的理由应以书面形式提供。上诉人还应被告知可进一步上诉的任何权利。”¹⁹

根据 WTO 对中国的要求，中国在审判庭方面需要：第一，建立一个公正的审判机构，该审查庭应独立于被授权执法的行政机关；第二，该审判机构需要审查在实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为；第三，该审查的程序要客观和公正。在诉权方面需要：第一，当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼；”第二，不因寻求救济而受到处罚；第三，当事人进行行政复议后，有起诉权；第四，当事人有上诉权，即司法终局裁决权。²⁰

二、WTO 要求的司法审查范围

中外学者对 WTO 要求的司法审查范围是否包括所有的行政行为有争议。第一种观点认为，中国向 WTO 作出的司法审查承诺，仅包括对具体行政行为的审查的

¹⁹ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

²⁰ 同上书，第 2 条，（D）的规定。

承诺，如：中国政府在与 WTO 谈判中，专门将“实施”（implementation）这一词，加入到《中国加入议定书》第 2 条（D）中，这里的“实施”一词，是指行政机关在执行法律、法规中发生的行为，这实际上就是具体行政行为，这与中国《行政诉讼法》规定的具体行政行为是司法审查的范围相一致。²¹

第二种观点认为，所谓“实施”，是指对实体性权利义务规定的执行。²² WTO 要求的“实施”性行政行为不仅包括具体行政行为，而且包括抽象行政行为。²³ 因此，WTO 要求的司法审查制度，是对行政机关的所有行政行为进行审查，重点审查成员国国内的法律、法规等规范性文件是否与《WTO 协议》相一致。

第三种观点认为，WTO 的这一要求并不清楚，需要作进一步的解释。²⁴ 但是根据 WTO 的一般规则来看，WTO 作为一个国际组织是与成员国谈判，并且是相互妥协的结果，WTO 并不要求各成员国的司法审查必须最好，只要求各成员国的司法审查要公正和透明。²⁵

本文赞同第二种观点，WTO 争端解决机构不仅审查成员国国内的与贸易有关的所有的法律、法规和政策，而且审查国内的行政决定、行政解释等是否符合 WTO 的要求。本文认为，理解 WTO 对中国司法审查制度的要求，要从司法审查制度的功能来分析，司法审查的基本功能是对权力的控制，其坚持的基本原则是“所有的权力都应当有约束。”²⁶ 另外，WTO 采用了美国的司法审查制度，²⁷ 美国司法审查制度的主要内容是“违宪审查，”是法院对行政机关、立法机关做出的抽象行政行为、具体行政行为是否合宪和合法进行审查。因此，WTO 要求各成员

²¹ 孙南中：《WTO 体系下的司法审查》，（北京：法律出版社，2005 年），第 18 页。

²² 于安：“WTO 协定与我国的司法审查制度”，《人民检察》，2002 年第 10 期，第 25 页。

²³ 同上。

²⁴ Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance,” *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 2, No. 1 (2003), p. 110.

²⁵ Ibid.

²⁶ M. Aronson, B. Dyer and M Groves, *Judicial Review of Administrative Action* (Law Book Co, 2004), 3rd ed, p. 85; quoted in: B. J. Preston, “Judicial review of illegality and irrationality of administrative decisions in Australia,” Paper presented to the Joint Seminar on Legality of Administrative Behaviors and Types of Adjudication, Xian, 11-13 April 2006.

²⁷ 澳大利亚法官 Peter McClellan 于 2006 年 10 月 30 日至 11 月 4 日在中国杭州召开的研讨会上演讲的文章：《澳大利亚行政法》（Australian Administrative Law）中认为：“WTO 对中国在司法审查方面的要求，采用了美国传统的三权分立理论，司法审查是这一理论的体现，并且是国家依法治国的一个重要方面。”加拿大学者 Sylvia Ostry 在其发表的文章《中国和 WTO：透明度问题》（China and the WTO: the Transparency Issue）中认为，WTO 建立的司法审查制度，特别是在透明度方面，是在美国行政法的基础上建立的。

国制定的与世界贸易有关的法律、法规、政策等抽象行政行为，要与 WTO 协议相一致。对各成员国的抽象行政行为进行审查，是 WTO 争端解决机构进行司法审查的一项重要内容。澳大利亚法官 Peter McClellan 在谈论 WTO 对澳大利亚在司法审查方面的要求时认为：WTO 将审查澳大利亚政府作出的所有与国际贸易有关的政策。²⁸因此，本文认为，WTO 不可能给予中国的一个特殊的审查范围，只审查中国行政机关的具体行政行为。

三、司法审查范围存在的问题

与中国政府向 WTO 作出的司法审查承诺相比较，目前中国执行的司法审查范围，存在以下几个方面的问题：

（一）司法审查的范围窄

按照《行政诉讼法》和最高人民法院的司法解释，中国的司法审查范围仍然局限在具体行政行为之中，行政机关的抽象、内部等等行政行为都不能够受到司法审查。尽管最高人民法院对司法审查的范围前后作了多次调整，但是它们都是在保护权利范围方面进行的调整。调整后的行政诉讼法，扩大了司法审查的权利保护范围，没有扩大监督行政行为的范围，监督行政行为的范围，仍然局限在对行政机关的具体行政行为的审查方面。

中国的司法审查制度中不包括对抽象行政行为的审查。首先，这不符合 WTO 司法审查的要求。WTO 在《中国加入议定书》中要求中国，要建立独立的审判机构，审查行政机关在实施法律、法规等规范性文件中所进行的所有行为。²⁹其次，这不适合中国的实际情况。中国在实际生活中，很多行政机关通过颁发“红头文件”这一抽象行政行为的方式实施行政行为。如：湖北汉川市政府办公室 2006 年发出了一纸“红头文件”为地方酒促销，要求以后全市的公务招待都用小糊涂仙系列酒。该市一名乡镇干部算了笔账，要完成市政府办公室下达的两万多元“喝酒任务，”一年下来，除去法定休息日，镇政府平均每天要喝 3 瓶酒。这

²⁸ Peter McClellan, “Australian Administrative Law,” paper presented at International Symposium in Hangzhou, P. R. China. Oct 30—Nov 4, 2006.

²⁹ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

个“红头文件”还规定完成任务的单位按 10%奖励，未完成的则将遭通报批评。

³⁰针对这一“红头文件，”法院竟没有司法审查权。因为按照《行政诉讼法》第 12 条的规定，它属于抽象行政行为，不在法院受理的案件范围之内。

内部行政行为不能够成为行政诉讼的受案范围，如：行政机关开除公务员的行为、房屋分配行为、调整工资行为、大学对教师或者学生的开除行为等等都不能成为行政诉讼的受案范围。由于中国缺少保护这些权利的法律，当这些权利被侵犯后，当事人只能在行政机关或者在学校内部不停的申诉，他们进不了法院的大门。久而久之，形成了对此类权利的司法救济真空。³¹这不仅违反了“有权力就要有约束”的司法审查制度的基本原则，³²而且违反了“有权利必有救济”的现代法治精神。³³WTO 要求中国在司法审查中，要充分保护当事人的诉权。³⁴《行政诉讼法》将内部行政行为排除在司法审查的范围之外的规定，不符合 WTO 的要求。

（二）司法审查保护的权利范围窄

《行政诉讼法》在第十一条列举的案件中，都是关于人身权与财产权案件，最高人民法院的司法解释，增加了保护相邻权、公平竞争权、³⁵反倾销、反补贴³⁶、教育权、劳动权等权利。但是，法院不能够保护宪法规定的公民的其他权利，如：游行示威权、集会自由权、言论自由以及发表自由等等政治权利，公民的这些权利遭到侵害，将不能够受到司法审查的监督。³⁷

³⁰ 张先国：“湖北省汉川市怪事：政府红头文件下达喝酒任务，”新华网武汉市 2006 年 4 月 7 日电。

³¹ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003 年），第 185 页。

³² M. Aronson, B. Dyer and M Groves, *Judicial Review of Administrative Action* (Law Book Co, 2004), 3rd ed, pp. 85; quoted in: B. J. Preston, “Judicial review of illegality and irrationality of administrative decisions in Australia,” Paper presented to the Joint Seminar on Legality of Administrative Behaviors and Types of Adjudication, Xian, 11-13 April 2006.

³³ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003 年），第 185 页。

³⁴ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D）；2001 年 11 月 10 日；多哈。

³⁵ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，（2000 年 3 月 8 日），第十三条规定：被诉的具体行政行为涉及相邻权或者公平竞争权的可以提起行政诉讼。

³⁶ 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002 年 11 月 21 日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

³⁷ Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law* (West Nyack: Cambridge University Press, 2002), p. 420. “The listed acts all involve personal or property rights. Limiting the scope to infringement of personal or property rights excludes other important rights, most

（三）行政终局裁决的规定与 WTO 的要求相违背

WTO 在《中国加入议定书》中专门强调当事人的“上诉权，”即最终司法审查权。但是《行政诉讼法》在排除条款（第十二条第四项）中将“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”排除在法院不予受理行政案件的范围。中国加入 WTO 后，对成员国抱怨较多的法律进行了修改。如：修改了《专利法》和《商标法》，取消了专利委员会和商标委员会针对专利和商标等知识产权纠纷作出的行政终局裁决不能接受司法审查的规定，将他们处理的案件列为行政诉讼法的范围。但是，中国政府没有修改《行政诉讼法》，没有删除这一排除条款，使一些其他法律，如：《外国人出入境管理条例》、《劳动法》等法律仍然具有行政终局裁决权，这与司法审查所要求的司法享有最终裁决权不一致。

（四）最高人民法院的司法解释将公安机关的刑事侦查行为，排除在司法审查的范围之外

这一规定的缺陷在于：首先，公安机关可能会以行使刑事侦查行为而逃避司法审查。中国的公安机关具有双重功能，即行政职权功能和刑事侦查功能。公安机关在行政管理过程中实施的行为属于行使行政职权的功能，如：当公安机关根据《治安管理处罚法》等行政法律、法规实施的行为属于行政行为，该类案件属于行政案件，受司法审查。公安机关的刑事侦查功能，是根据《刑事诉讼法》的规定，在进行刑事侦查过程中采用的强制措施等行为。根据中国的司法体制，公安机关的刑事侦查行为被视为司法行为，在习惯上不作为一般行政行为对待。³⁸在实际工作中，很难辨别公安机关的行为，属于刑事侦查行为，还是属于行政职权行为。如：公安机关无论是行使行政职权行为，还是行使刑事侦查行为，都有查封、扣押、冻结、限制人身自由等权力。公安机关可能会以行使的是刑事侦查行为而逃避行政司法审查。其次，司法解释对公安机关的刑事侦查行为不接受司法审查的规定，是为公安机关规避司法审查提供法律依据。尽管在法律体系上，对公安机关的刑事侦查行为，由检察机关进行监督，最后由《国家赔偿法》给予

notably political rights such as the rights to march and to demonstrate, freedom of association and assembly, and rights of free speech and free publication.”

³⁸ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003年），第186页。

救济。这种法律体系在实际工作中，操作非常困难，程序非常复杂，如：当公民的人身自由受到刑事侦查行为的限制后，该公民没有权利请求法院停止公安机关的刑事侦查行为，该公民只能在看守所内耐心等待，直到公安机关把案件移送到检察机关后，或者移送到法院后，才能够行使他的诉权和独立的辩驳权。即使该公民的权利最终在法院得到了保护，甚至得到赔偿。但是，这一迟到的赔偿很难弥补公民的人身、心身等所受到的伤害。最后，最高人民法院的这一司法解释是违宪行为。因为《宪法》第 41 条规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关及国家机关工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利。”对诉权的保护是宪法赋予人民法院的职责，也是 WTO 对中国司法审查的一项要求。

（五）《行政诉讼法》采用概括和列举式规定司法审查的范围，存在法律不严谨的问题

《行政诉讼法》首先采用概括式的方式限制行政诉讼的受案范围，即：规定具体行政行为是司法审查的范围。然后采用列举式的方式将行政诉讼的范围固定下来，即：在《行政诉讼法》第 11 条中列举了 8 项可以受到司法审查的事项。这种做法不仅是对司法审查的极大限制，而且造成法律规定不严谨。在司法实践中，行政案件多种多样，法律不可能列举出所有的行政案件，如：《行政诉讼法》在第 11 条第 6 项中列举了，行政机关“不发放抚恤金”案件，属于法院受理案件的范围。但是《行政诉讼法》没有规定：法院可以受理行政机关不发“社会保险金”和“最低生活保障费”的案件。再如：《行政诉讼法》在第 11 条第 4 项列举了，拒绝颁发许可证的行为属于法院受理案件的范围。但是没有规定：拒绝注册登记或者发放毕业证、学位证的行为也属于法院受理案件的范围。针对这类案件法院如何对待？在司法实践中，有些法院受理了这些案件，有些法院为了少找麻烦裁决不予受理。因为，法院对此类案件，无论是受理还是不受理都有合法解释，这是对法律的不负责任。

以上诸多问题的存在，导致了司法权受限制、司法审查不全面、不独立等现象。中国加入 WTO 已经有 7 年的时间了，如果中国不及时解决这些问题，其他成

员国可能会因为中国欠缺有效的司法审查机制，而诉诸 WTO 的争端解决机制，这样将可能给中国司法制度带来不利的影响。

四、法学家、人大代表建议修改行政诉讼法

在 2008 年的两会（即全国人大和全国政协代表会议）期间，有 153 名人大代表，提交议案建议改善行政诉讼环境，修改《行政诉讼法》。他们认为：司法环境已经成为制约行政诉讼活动健康发展的障碍，建议行政诉讼法的修改应致力于消解或减少影响行政审判良性运作的机制性问题，为行政诉讼营造宽松的司法环境。³⁹

目前中国法学界正在修订《行政诉讼法》，称为《行政诉讼法修改建议稿》（以下简称修改建议稿）。修改建议稿于 2005 年 11 月 4 日首次在中国政法大学法学院举办的“中日行政诉讼法修改研讨会”亮相。⁴⁰该修改建议稿扩大了行政诉讼的受案范围。在第二条以概括式方式规定了行政诉讼法的受案范围：“公民、法人或者其他组织与行政机关发生行政争议，提起行政诉讼，适用本法规定。”这一条引进了“行政争议，”删除了现行的《行政诉讼法》规定的“具体行政行为。”并且修改建议稿在第二章受案范围中规定：“公民、法人或者其他组织就行政争议依法向人民法院提起诉讼的，属于行政诉讼的受案范围。本法规定不予受理的争议除外。”这一条是说明修改后的行政诉讼法将采用反面列举的方式，将不予受理的案件一一列举，没有被列举的案件均属于法院受理案件的范围。修改建议稿列举的人民法院不受理的行政案件有：（一）国防、外交等国家行为；（二）国务院根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令的行为；（三）人民政府根据宪法和法律的授权，规定行政机关职权的具体划分，决定行政区域的建置和区域划分，决定行政机构的编制，设立、增加、减少、合并工作部门的行为；（四）全国人民代表大会及其常委会制定的法律规定人民法院不予受理的行为。修改建议稿为司法审查范围新增了一个补充条款：“公民、法人或者其他组织对本法规定的属于法院受理范围内的争起诉讼，人民

³⁹ 谢文英：“153 名代表提交议案改善行政诉讼环境，”《检察日报》，2008 年 3 月 18 日，第 3 版。

⁴⁰ 唐俊：“行政诉讼法修改建议稿亮相 首次设定公益诉讼类型，”《法制日报》，2005 年 11 月 9 日，第 3 版。

法院认为不属于行政案件的，应当作为民事案件受理。”这是对公民权益保护的一个补充条款。

这一修改建议稿是行政法学家们在多年的研究基础上，针对中国目前行政诉讼法存在的诸多问题进行的大修改，它扩大了司法审查的范围，行政机关的内部行为、抽象行政行为都可以成为行政诉讼的受案范围，按照该修改建议稿的规定，行政机关的“红头文件、”行政机关的工资调整、房屋分配、对公务员的行政处罚、学校对教师、学生的处罚等都将成为司法审查的范围。

但是，该修改建议稿仍然存在一些问题：第一，可以受到司法审查的机关仍然是“行政机关。”该修改建议稿并没有将立法机关、党政机关组织以及其他具有行政职权的准政府组织列为司法审查的对象，这一点将在下一章中论述。第二，没有改变行政权优于司法权制度。修改建议稿采用反面列举的方式将国务院的抽象行政行为排除在司法审查的范围之外，这一规定说明了中国最高行政机关的行为可以凌驾于法律之上，这与司法审查的基本原则中的权力制约理论相违背。第三，将人民政府的一些行政行为排除在司法审查的范围。该修改建议稿将行政机关作出的机构编制、行政区划划分、行政机关职权划分等行政行为排除在司法审查范围之外，首先，该条没有明确人民政府的级别。目前人民政府有 5 个级别，即：国务院、省政府、地区市政府、县政府和乡政府。其次，将人民政府的这些行为排除在司法审查的范围之外，并不合理和科学。因为，有权利就要有监督，不然就会形成滥权，如果政府的这些行为超越法律，得不到法律的监督，就不符合司法审查基本原则。第五，可以接受司法审查的范围太宽。目前的司法审查范围应该扩大，但是要在一定的程度中进行，不能够将行政机关的所有行政行为都列为司法审查的范围，这不利于行政机关对社会的管理，也不利于经济发展。世界各国都在探讨一个合理有效的司法审查范围，如：澳大利亚学者正在呼吁立法议会应当缩小其司法审查的范围。

五、司法审查制度改革方向

司法体制改革。司法审查范围存在问题的根源在于司法权和行政权的权力分配不平衡。人大是国家的监督机构，对行政权和司法权进行监督，因此，法律赋

予司法权对行政权的监督是有限的监督，但是，行政权对司法权在人财物等方面管理确是多方面的管理。在这种体制下，很难保证司法权独立和公正，在修改行政诉讼法时，应当将这一因素考虑进去，扩大法院的司法权范围，只有扩大了司法权范围，才能够扩大司法审查的范围，使司法权有能力对行政权实行有效地监督。

扩大司法审查的范围。在扩大司法权的前提下，扩大司法审查的范围，将抽象行政行为、内部行政行为纳入司法审查的范围。将权益保护范围扩大到《宪法》赋予公民的所有权利。这也是 WTO 司法审查关于诉权的要求，即：当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼”。⁴¹

建立违宪审查和宪法司法化制度。把抽象行政行为列为司法审查范围后，应当考虑建立违宪审查和宪法司法化制度，这将要进行宪法制度改革。中国加入 WTO 后，不仅中国的经济进入国际市场，法律制度也在向国际靠近。为了完全实现 WTO 的要求，有必要建立一个和 WTO 相似的司法审查法律制度。

列举不受司法审查的所有法律文件。目前的修改建议稿采用的反面列举的方式值得借鉴，但是，修改建议稿所采用的列举方式是列举的国家行为、国防行为或者其他行为，并没有将法律文件列举进来，这样容易使法院在受理行政诉讼案件的自由裁量权过大，不利于司法公正。我们可以借鉴澳大利亚反面列举的方式，将不接受法律审查的法律条文一一列举出来。比如：以全国人民代表大会发布的《外国人出境入境管理条例》作出的行为不受司法审查、以全国人民代表大会发布的《个人所得税》作出的行为不受司法审查等等。这一列举工作将是一项大工程，这一工程要将中国的法律进行全面整理，列举出不受司法审查的所有法律文件，通过这一整理过程可以纠正行政法律之间相互冲突的现象，也使法院能够确实在法律规定的范围内受理行政诉讼案件。

扩大受司法审查的主体范围。目前能够接受司法审查的机关局限在行政机关、法律、法规授权的组织以及行政机关委托的组织的范围之内。但是，在实际

⁴¹ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条 (D)，2001 年 11 月 10 日，多哈。

工作中，有权行使行政职权的主体还有一些其他“准政府组织，”如：证监会、公立高等学校、村民委员会、行业管理组织、消费者协会等等。《行政诉讼法》在当事人一章中，将这些“准政府组织”作出的行政行为，排除在司法审查的对象之外。详细内容将在下一章行政诉讼当事人中论述。

综上所述，中国司法审查范围受经济制度、政治制度、法律制度等的影响，并且随着中国经济、政治、法律制度改革进展而在逐步扩大。但是，它的改革速度与中国经济改革的速度相比显然过慢，从而造成司法权监督行政权不力，给经济建设带来阻力。中国只有加快改革司法审查制度，扩大司法审查的范围、改善诉权等，才能够实现中国的司法审查承诺，也可以满足中国快速的经济发展的需要。下一章将分析司法审查的第二项法律制度——司法审查诉权法律制度。

第三章 司法审查诉权法律制度

上一章分析了司法审查七项制度中的第一项法律制度——行政诉讼法受案范围法律制度。本章将探讨司法审查制度中的第二项法律制度——诉权法律制度。行政诉讼法中的诉权制度是司法审查的核心问题之一，构成司法审查法律制度架构的基础，¹没有诉权就没有当事人参与诉讼，就不会有行政诉讼的发生，更不可能产生司法审查。《行政诉讼法》第二条和第四章（从二十四条到第二十五条）对行政诉讼当事人的诉权作了规定；最高人民法院公布了一些司法解释对当事人的诉权作了一定程度的改革；WTO 在《中国加入议定书》中要求中国要充分保护诉权。²本章将分析《行政诉讼法》对诉权的规定，最高人民法院在诉权改革方面所做的努力。从而比较 WTO 要求的诉权制度与中国实行的诉权制度的区别，提出中国诉权制度存在的问题和改革的方向。一般情况下，诉权问题与原告联系比较紧密。但是，如果没有被告参与诉讼，无从谈起原告的诉权的问题。另外，行政诉讼法律的特殊性，在论述诉权法律制度时，必须分析被告行政机关在诉权方面的作用。因此，本章对诉权法律制度的研究，集中在对原告和被告这两项法律制度方面。

第一节 行政诉讼的原告

一、WTO 要求的诉权制度

上一章已经论述，中国政府在《加入议定书》中作出了司法审查的承诺，该承诺包括两段落：第一段是关于司法审查独立性、公正性等的承诺，第二段落是关于诉权的承诺，本章将对诉权制度进行重点分析。中国向 WTO 作出的关于诉权的承诺内容如下：“审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则在所有情况下应有选择向司法机关对决定提出上诉的机会。关于上诉的决定应通知上诉人，作出该决定的理由应以书面形式提出。上诉人还应被告知可进

¹ 王彦：《行政诉讼当事人》，（北京：人民法院出版社，2005年），第1页。

² 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第2条（D），2001年11月10日，多哈。

一步上诉的任何权利。”³这一规定是说明：第一，当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼；”第二，不因寻求救济而受到处罚；第三，当事人进行行政复议后，有起诉权；第四，当事人有上诉权，即司法终局裁决权。

二、中国诉权法律制度文献综述

诉权问题在《行政诉讼法》中是指行政诉讼的原告资格问题。自《行政诉讼法》颁布实施后的将近 20 年内，多部有关行政诉讼原告资格问题的著作和文章相继出版。从这些文献中，可以将原告资格问题的研究分为以下几种观点，一种观点认为：行政诉讼的原告必须具备一定的资格。如：法学家罗豪才认为：原告资格是指个人或者组织请求法院保护自己的合法权益所应具备的条件。⁴张树义认为：原告资格是指某一公民或组织充当行政诉讼原告所应具备的条件。⁵姜明安认为：行政诉讼的原告资格是指提起行政诉讼的身份条件，在本质上是指起诉人与被诉行政行为或争议的行政法律关系的利害关系。⁶另一种观点认为：行政诉讼法不应该设立种种条件来限制行政诉讼参加人参与诉讼，应该给他们一个权利利用空间。该观点以王彦为代表，王彦在其专著《行政诉讼当事人》中引用了西方国家的程序当事人与实体当事人分离的理论，判断某人是否属诉讼当事人只看实际诉讼的当事人是谁，而无需从实体上考虑他与诉讼标的的关系。⁷因此，王彦认为：“行政诉讼当事人是指就特定诉讼，能够以自己的名义作为原告或被告参加诉讼，并受判决效力约束的人。”⁸持这种观点的学者将原告的诉权问题与人权问题相联系，限制行政诉讼法原告的诉权便是限制他们的人权。还有一种观点认为，中国的原告资格受到的限制太大，从而限制了原告的诉权，持这种观点的学者以马怀德教授为代表。马怀德在其主编的《行政诉讼原理》一书中认为：“行

³ 《中华人民共和国加入议定书》第 2 条，（D）的规定。

⁴ 罗豪才主编：《行政审判问题研究》，（北京：北京大学出版，1990 年，第 66 页。转引自姜明安《行政法与行政诉讼法》（北京：法律出版社，2005 年，第 398 页。

⁵ 张树义著：《冲突与选择——行政诉讼的理论与实践》（北京：事实出版社）1992 年，第 129 页。转引自同上书。

⁶ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，（北京：法律出版社，2005 年，第 398 页。

⁷ 王彦：《行政诉讼当事人》，（北京：人民法院出版社，2005 年），第 9 页。

⁸ 同上书。

政诉讼原告资格的取得，受行政诉讼受案范围的限制，”⁹中国的行政诉讼法所规定的受案范围非常低，因而限制了原告资格。马怀德教授以对比的方法分析了西方国家行政诉讼的原告资格问题，提出了尽管中国最高人民法院在其司法解释中对原告资格问题作出了补充规定，但是这是不完备的改革，马教授在该著作中提出了公益诉讼问题。

本文认为，研究原告资格问题，实际上是研究原告的诉权标准问题，每个法律体系，无论是英美法系，还是大陆法系，都不允许公民滥用诉权，它们都根据自己国家的民主法治等情况，制定一个诉权标准。因为，如果诉权标准过高，受到司法审查的行政行为就会越少，容易造成行政机构滥用职权；反之，如果诉权标准过低，受司法审查的行政行为就会太多，会阻碍社会的进步。因此，任何一个国家都不允许司法审查的范围过大或过小，也不允许原告资格标准过高或者过低。由此来看，一个适当的司法审查原告资格标准是非常重要的。

三、诉权标准的变迁

《行政诉讼法》第 2 条规定了行政诉讼原告资格的标准问题，即：“公民、法人或者其他组织认为行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”根据这一条的规定，能够成为行政诉讼的原告资格的人必须具备以下标准：第一，必须是具体行政行为指向的行政相对人；第二，必须是认为其合法权益受到具体行政行为侵犯的人；第三，必须是在人民法院的受案范围之内而起诉的人。¹⁰但是，行政诉讼标准随着经济体制和政治体制的改革发生了如下变迁过程。

（一）行政相对人标准的变迁

2000 年以前，在最高人民法院公布《解释》以前，在司法实践中，原告的诉权标准是“直接行政相对人的标准，”也就是说凡是与行政机关的具体行政行为有直接联系的当事人才可以成为原告。如：甲向城市规划局申请建筑 4 层楼房，

⁹ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003 年），第 206 页。

¹⁰ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，（北京：法律出版社，2005 年），第 398-399 页。

得到了城市规划局的批准。但是，邻居乙认为甲将要建筑的 4 层楼房会影响他的采光，侵犯了他的通风和采光权。由此认为，城市规划局的行政行为不合法，准备向法院起诉，要求法院依法撤销某城市规划局的批文。但是，按照《行政诉讼法》关于原告资格必须是直接行政相对人标准的规定，甲是城市规划局的行政相对人，而乙不是，乙不具有原告资格。所以，法院不能够受理乙的起诉。¹¹

2000 年以后，在最高人民法院颁布《解释》后，行政相对人的标准发生了变化。《解释》第 12 条规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。”由此可见，最高人民法院的司法解释，抛弃了传统的“原告必须是行政机关的直接相对人”¹²的标准，明确了只要是与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织均可以成为原告。也就是说：公民、法人或者其他组织即使不是行政行为的直接相对人，只要是权益受到具体行政行为实质影响的相关人，也可以成为原告。”¹³由此规定来看，前一案件中的乙就具备了原告资格，有权起诉某城市规划局。从立法的进展可以看出，对行政相对人的解释由“直接相对人”发展到“与行政行为有法律上的利害关系人，”是行政诉讼法律制度进步的表现。

（二）合法权益标准的变迁

《行政诉讼法》第 2 条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”这里的“合法权益”在 2000 年《解释》公布以前，是指公民、法人或者其他组织的人身权和财产权。它们包括：行政处罚、行政强制措施、经营自主权、行政许可、行政确认、行政不作为、不发放抚恤金、违法要求履行义务等。¹⁴公民的其他权益，如：反竞争权益、受教育权益等等不属于行政诉讼的保护范围，如果发生如此案件，法院无权受理。如：某省广播电影电视厅下发文件，要求本市的两

¹¹ 案例采用本人在 1998 年在河南省郑州市的办案记录。

¹² 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003 年）第 218 页。

¹³ 国务院法制办公室：《行政诉讼法新解读》，（北京：中国法制出版社，2007 年），该书封地。

¹⁴ 中国行政诉讼法在第十一条采用列举的方式，列举了侵犯公民、法人或者其他组织的人身权与财产权的范围。它们包括：行政处罚、行政强制措施、经营自主权、行政许可、行政确认、行政不作为、不发放抚恤金、违法要求履行义务等。

个广播电台合并成一家。但是，在本市的另一家广播电台认为省广播电影电视厅的行政行为严重影响了他们在市场上的竞争能力，决定向法院起诉。但是，按照《行政诉讼法》的规定：竞争权不属于人身权和财产权范围，不属于人民法院保护“合法权益”的范围，法院不能受理此类案件。所以，广播电视台不具备行政诉讼原告资格。

在 2000 年《解释》公布后，尤其是最高人民法院于 2002 年 8 月公布《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、2002 年 9 月公布《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》、《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》和 2008 年 3 月公布《充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障》等司法解释后，这些司法解释扩大了“合法权益”的范围，将相邻权、公平竞争权、¹⁵反倾销权、反补贴权、¹⁶商标评审委员会、专利复审委员会处理的案件、劳动监察案件、受教育权、劳动权等权利列为行政诉讼法受案范围。按照这些司法解释，本案例中的广播电视台可以以省广播电视厅侵犯其公平竞争权起诉。另外，根据以上司法解释，反倾销、反补贴¹⁷行政案件属于“合法权益”的范围。这些案件的原告是与反倾销、反补贴行政行为具有法律上利害关系的个人或者组织。这些利害关系人，是向国务院主管部门提出反倾销、反补贴调查书面申请的申请人，有关出口经营者和进口经营者及其他具有法律上利害关系的自然人、法人或者其他组织。

（三）司法审查范围标准的变迁

原告在起诉时，必须遵照《行政诉讼法》规定的司法审查范围，所诉行为必须是在《行政诉讼法》规定的受案范围之内。受案范围的宽窄直接影响了原告的诉权，司法审查范围在中国经过了一个法律发展过程，在《解释》公布后，删除

¹⁵ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，（2000 年 3 月 8 日），第十三条规定：被诉的具体行政行为涉及相邻权或者公平竞争权的可以提起行政诉讼。

¹⁶ 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002 年 11 月 21 日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

¹⁷ 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002 年 11 月 21 日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

了对具体行政行为下狭窄定义的作法，将法院受理案件的具体行政行为的范围进行了扩大，详细论述见第二章。

（四）诉权转移的变迁

行政诉讼法第 24 条第二款规定：“有权提起诉讼的公民死亡、其近亲属可以提起诉讼。”1991 年最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的意见（试行）（以下简称《意见》）第 12 条对近亲属的解释是：近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”2000 年最高人民法院公布的《解释》第 11 条第 1 款对近亲属的解释是：“近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其它具体抚养、赡养关系的亲属”。因此，2000 年以后的“近亲属”的范围扩大到：“具有抚养、赡养关系的亲属。”另外，《解释》第 11 条第 2 款规定：“公民因被限制人身自由而不能够提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。”这一条是对诉权范围的扩大。它意味着，如果有起诉权的原告被限制了人身自由，其近亲属可以以原告的名义提起行政诉讼。

总之，行政相对人标准的变迁、合法权益的变迁、司法审查范围的变迁和诉权转移的变迁都与中国经济、政治体制改革进程有非常大的关系。从 1989 年中国公布《行政诉讼法》至今，中国发生了很大的变化。首先，经济体制的变化。中国的经济体制经历了有计划的商品经济，发展到社会主义的市场经济的变化过程。其次，法律制度的变化。中国自 1982 年制定现行宪法以来，经过了四次修改，以适应中国快速发展的需要。这四次修改发生在：1988 年 4 月 12 日第一次修改，将“私有经济”写入宪法；第二次修改是在 1993 年 3 月 14 日，将“市场经济”写入宪法；第三次修改是在 1999 年 3 月 15 日，将“依法治国”写入宪法；2004 年 3 月 14 日第四次修改宪法，将“人权”写入宪法。另外，自从中国共产党于 1997 年 9 月召开的第十五大提出“依法治国”的基本方略后，十六大提出“推进司法体制改革，”十七大提出了“深化司法体制改革”的目标。¹⁸国

¹⁸ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识，”《中国党政干部论坛》，2008 年第 2 期，第 33 页。

务院于 2004 年发出了《国务院推进依法行政实施纲要》，作为监督政府行为的行政诉讼法，也必须根据经济体制和法律制度的发展而发展。因此，最高人民法院对原告的诉权标准作了以上论述的几次调整。对诉权标准的每一次调整，都扩大了当事人的诉讼范围，从而也推进了中国司法审查制度的发展和民主法治程度的提高。但是，这种变迁与快速发展的经济相比较仍然太慢。特别是在中国加入 WTO 后，WTO 对中国在诉权方面提出了严格要求，更显得中国的诉权法律制度滞后，存在的问题如下。

四、诉权标准存在的问题

（一）诉权不充分

诉权不充分的法律根源在于《行政诉讼法》规定的司法审查制度的功能和原则不健全，政治根源在于司法权监督行政权的范围受限制。因此，《行政诉讼法》和《解释》对诉权规定了三大标准（前面已论述），成为行政诉讼法的原告，需同时具备这三个标准。这三个标准中的任何一部分都限制了原告的诉权。

首先，“与具体行政行为有法律上利害关系的人”标准，尽管这一规定与 2000 年以前实施的标准“与具体行政行为有直接联系的人，”有很大的提高。但是，与 WTO 要求的司法审查制度相比较有很大的区别。WTO 要求中国法律充分保护当事人的诉权，允许当事人对行政机关在实施行政行为中的所有行政行为行使诉讼的权利。因此，“受行政行为影响的人，”应当成为原告的标准。“有法律上利害关系的人”与“受行政行为影响的人，”有很大的区别。首先，后者的范围要广泛的多；其次，在司法实践中，后者比较容易认定，前者难以认定，容易产生认定的分歧。如：某市政府下发文件将一块 1000 平方米的国有土地划归给某一家公司使用。但是银行对此提出异议，因为银行对该土地已经享有抵押权。银行认为：如果将该土地的使用权转移给某公司将会影响银行的利益。于是银行向法院起诉要求法院撤销政府的行政决定。但是，一审法院认为该案件中的起诉人（银行）与政府的行政决定是没有法律上利害关系的第三人，银行在该案件中不具有原告资格，因此法院作出了不予受理的判决。银行不服判决向中级法院起诉，中级法院认为：银行与该行政决定有法律上的利害关系，银行具备原告资

格，判决一审法院应该立案受理。¹⁹从这一案例中我们可以看出：对“与法律上有利害关系的人”的理解，”不同的法院，不同的法官可能会有不同的认识，在法律实践中很难掌握。如果采用“受行政行为影响的人”的标准，就比较容易掌握。如果执行这一标准，前面提到的银行成为行政诉讼原告是没有任何问题的。

其次，“合法权益”标准存在问题。尽管2000年以后，最高人民法院公布的司法解释扩大了司法审查的范围，将受司法审查的范围扩大到了不仅保护人身权和财产权，而且保护相邻权、公平竞争权、²⁰反倾销、反补贴、²¹反倾销权、反补贴权、²²商标评审委员会、专利复审委员会处理的案件、劳动监察案件、受教育权、劳动权等权利。但是，当宪法赋予公民的游行示威、言论自由等政治权利遭到具体行政行为的侵害时，公民仍然没有诉权。

再次，司法审查范围标准存在问题。上一章已经论述，行政诉讼法的受案范围非常窄，只有行政机关的“具体行政行为”侵犯了公民、法人或者其他组织的“合法权益，”才能够成为行政诉讼的原告，并且采用列举的方式列举了行政诉讼的受案范围。这种立法方式，限制了原告的诉权。

最后，《解释》对“近亲属”规定的范围太窄。按照《行政诉讼法》的规定，有权提起诉讼的公民死亡、其近亲属可以提起诉讼。尽管《解释》扩大了近亲属的范围。但是，这种扩大仍然不符合中国的人与人之间关系。现代社会，人与人之间的关系，已经突破了近亲属或者亲属之间的关系，有些是长期居住在一起的同居关系、有些是居住在一起的朋友关系。如果一方的权利遭到侵害，并且死亡，不应当剥夺与死者生前长期居住在一起的朋友或者伴侣的诉权。因此，《行政诉讼法》对近亲属范围的限制，实际上是限制了公民的诉权，因此《行政诉讼法》应当采用更广泛的概念来确定诉权转移问题。如：澳大利亚等英美法系

¹⁹ 姜明安、李洪雷主编：《行政法与行政诉讼法教学案例》，（北京：法律出版社，2004年），第44--45页。

²⁰ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，（2000年3月8日），第十三条规定：被诉的具体行政行为涉及相邻权或者公平竞争权的可以提起行政诉讼。

²¹ 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002年11月21日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

²² 最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002年11月21日），第一条规定：人民法院受理反倾销行政行为提起的行政诉讼。

国家采用“事实共同居住”或者“事实上具有抚养、赡养关系”为确定标准，对“事实”的确定，多采用时间期限标准。

（二）缺乏公益诉讼

公益诉讼是指公民，法人或是其他组织为了社会公共利益，可以以自己的名义，向国家司法机关提起诉讼。但是，该公益诉讼的原告并不一定与行政行为有法律上的利害关系，只要是受到行政行为的影响就可以提起公益诉讼，例如：纳税人对政府乱花经费的行为（比如：吃喝风）可以提起公益诉讼；消费者协会发现某商场在出售假冒伪劣商品，可以向法院提起公益诉讼；劳动协会发现行政机关有侵犯劳工权益的行为可以提起公益诉讼。无论是英美法系还是大陆法系都普遍认为行政法属于公法的范畴，公法的特征之一是保护公共利益，如果公共利益被侵害，应当允许公益诉讼。

五、目前的改革以及进一步改革的方向

中国法学界正在起草《中华人民共和国行政诉讼法(修改建议稿)》，该建议稿提议了一个新的原告资格标准，即：原告应该是与被诉的行政行为有“法律上的利益。”法律上的利益是指：相关法律要求行政机关作出行政行为时，应当考虑且通过诉讼值得保护的实质的利益。这一新标准与《解释》规定的“与具体行政行为有法律上利害关系的人”的标准相比较，在范围方面有了很大的扩充。但是，它与WTO要求的“受行政行为影响的人”的标准还有差距。因为，“受行政行为影响的人”标准，是指凡是受行政行为影响的人，都可以提起行政诉讼；而“法律上的利益”是必须与法律规定的权益有联系，不然公民不可以成为原告。如：公民的某项权益被侵害，如果该权益没有法律予以规定（法律不可能将社会上的所有事情都规范起来），该公民将无权诉讼。WTO对中国要求的原告资格标准是“受行政行为影响的人，”这一标准不考虑法律是否规定该权益，只要公民认为其权益受到行政行为的影响，就可以提起诉讼。

该修改稿对公益诉讼的问题作了新规定，即：人民检察院认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的，可以向作出行政行为的行政机关提出要求予以纠正

的法律意见或建议，行政机关应当在 1 个月内予以纠正或予以书面答复。逾期未按要求纠正、不纠正或不予答复的，人民检察院可以提起公益诉讼。公民、法人或其他组织认为行政行为侵害国家利益和社会公共利益的，可以申请人民检察院提起公益诉讼。人民检察院在接到申请之日起 2 个月内不提起诉讼的，公民、法人或其他组织可以以自己的名义提起公益诉讼。显然，公益诉讼的主体仅仅限于检察机关是不够的，应该将社会组织和公益组织列为公益诉讼的主体。比如：劳动保护协会、消费者协会以及其他社会公益组织。

总而言之，解决行政诉讼诉权法律制度存在的问题是非常重要的，这关系到公民的宪法权利是否能够得到保护的大问题，也是 WTO 及其成员国所关注的问题。另外，大部分学者认为诉权与人权是联系在一起的。美国政府也持如此态度，如：美国国会于 2000 年成立了两个机构，专门对中国的人权、安全和其他方面的问题进行调查。²³这两个机构是：美国和中国安全审查委员会（The U.S.-China Security Review Commission）和美国国会中国行政委员会（Congressional-Executive Commission on China）。从它们的调查范围来看，对中国司法审查诉权的调查，是他们调查的一个非常重要的方面。本文认为，中国需要实现对司法审查诉权法律制度的彻底改革，改善诉权标准，使原告能够真正享受到宪法赋予的所有权利包括政治权利。另外，无论是法官还是行政机关的公务员，都需要分清诉权与胜诉权是两个不同的法律概念，不能认为让原告享受充分的诉权，就意味着作为被告的行政机关一定会败诉，要承担法律责任。

第二节 行政诉讼的被告

一、行政诉讼被告概述

根据《行政诉讼法》第 25 条的规定，行政诉讼被告是指由原告指控其具体行政行为侵犯原告的合法权益，并经由人民法院通知应诉的行政机关或者法律、法

²³ Kent H Hughes, "Keeping an Eye on China," Research Paper, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Asia Program, 2002, p. 22.

规授权的组织。²⁴由此规定来看，行政诉讼被告必须具备一定的条件，法学界称之为行政诉讼被告的“适格。”²⁵行政诉讼被告的适格问题是法学界长期争论的问题，也是司法实践难以解决的问题。有一个案例可以证明该问题的复杂性。河南省驻马店市的养鱼专业户张公瑾承包了 100 亩水面的鱼池，鱼池连续受到周围的水的污染。张公瑾向当地的渔政监督管理站反映多次，要求渔政监督管理站查处并停止水污染源。但是，渔政监督管理部门不予答复，导致张公瑾的鱼全部死亡，造成 30 多万人民币的经济损失。张公瑾以当地渔政监督管理部门“不作为”为由向法院提起了行政诉讼。法院经审理认为：当地渔政监督管理站是“非法机构，”因而裁定：驳回原告的诉讼。法院的依据是：驻马店市水利局虽下文成立了渔政监督管理站，但未经地区政府批准、未到人大备案、未向社会公布、对外没有挂牌，由于没有依法设立，所以是“非法机构。”但是驻马店市水利局人事处处长介绍说：这个渔政监督管理站和水库管理局水产站实行两块牌子一班人马，并不需要到相关部门备案，局里的水产处和渔政处也是这样运行的。另外，该当地渔政监督管理站已经进行 4 年多时间的行政执法，在 4 年多时间里，对水造成污染的周围造纸厂，进行过总额多达 10 万元的罚款。²⁶就是这样一个机构，法院怎能认定为“非法机构”而裁定驳回原告的起诉？

这就是法学界所争论的被告的适格问题，即：驻马店市地方法院认为“非法机构”不具备被告的适格条件，不能够成为该行政诉讼的被告，按照《行政诉讼法》的规定当然应该驳回原告的行政诉讼。²⁷这一案例给司法界带来的问题是：怎样确认行政诉讼被告。

二、确认行政诉讼被告的标准

根据《行政诉讼法》第 25 条的规定，行政诉讼被告可以分为一般被告和特殊被告两种。

（一）确认一般被告的标准有以下几种：

²⁴ 王彦：《行政诉讼当事人》，（北京：人民法院出版社，2005 年），第 181 页。

²⁵ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，（北京：法律出版社，2005 年），第 414 页。

²⁶ 姜明安，李洪雷主编：《行政法与行政诉讼法教学案例》，（北京：法律出版社，2004 年），第 44-45 页

²⁷ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，（北京：法律出版社，2005 年），第 414 页。

第一，“谁行为、谁被告”标准。公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，做出具体行政行为的行政机关是被告。这是一项最直接和简单的被告适格标准，它是指谁作出了具体行政行为谁就是被告。

第二，“谁违法，谁被告”标准。中国的行政机构层次比较复杂，尽管经过多次行政机构改革，但是机构重叠和重复现象时有发生。行政机关为了执法的方便，纷纷成立了自己的内部机构或者组织，比如：卫生部门的食品卫生监督检查站、渔政部门的渔政监督检查站等等都是由法律或者法规授权的组织，行使着法律授予的行政执法权力。但是，当这些具有行政执法权的行政组织，侵犯了公民的合法权益，公民一旦提起行政诉讼，他们时常推脱责任，不愿意担当被告，导致法院找不到被告。为了避免行政机关在行政执法中推脱责任，《行政诉讼法》规定：“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。”这样可以避免那些具有行政执法权力的组织，逃避法律责任的发生。如：前面案例提到的渔业监督管理站，是由驻马店市水利局按照渔政法的规定成立的行政组织，并且该组织在成立后的四年的时间内，一直在进行行政处罚等执法活动，在这四年内，没有人提到该行政组织不具备行政执法资格。但是当张公谨提起诉讼后，该机构便声称自己是“非法机构，”而不应该承担责任。这是一起典型的逃避法律责任的案件。按照《行政诉讼法》关于法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告的规定。渔政监督管理站应该是被告，法院不应该判决渔政监督管理站是“非法组织”而撤销原告的起诉。

第三，“谁主体，谁被告”标准。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。委托与法律法规授权不同，首先，权力来源不同。前者是行政机关根据实际情况需要，而委托某一组织代为行政执法；后者是法律法规授权某一组织进行行政执法。其次，被告适格不同。前者不能够成为行政诉讼的被告，被告必须是委托的行政机关。后者可以成为行政诉讼的被告，被告是该被授权的组织。再次，所产生的法律后果不同。前者不能够独立承担法律责任，后者可以以自己的名义独立承担法律责任。因此，在司法实践中，分析行政组织属于何种性质的执法是非常重要的，因为这关系到谁是被告，谁将要承担责任的大问题。另外，分析行政组织的性质要根据法律的规定。如：《治安管理处

罚法》第 91 条规定：“治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。”由此可以看出：公安派出所在进行 500 元以下罚款或者警告处罚时是授权执法，由此所产生的法律后果由该派出所承担。但是，当公安派出所进行超出其执法范围的行政执法时，如：进行行政拘留行为，该行为的后果应该有该公安派出所来承担，

第四，“谁继续行使职权、谁被告”标准。行政机关撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告。上面已经提到，中国进行过多次行政改革，每次改革都撤销和建立的一些行政机关。如：中华人民共和国商务部的改革过程是：1949 年中国正式成立中央人民政府贸易部，1952 年将中央人民政府贸易部分为中央人民政府对外贸易部和中央人民政府商业部。1982 年对外贸易部、对外经济联络部。国家进出口管理委员会、国家外国投资管理委员会合并，成立对外经济贸易部，1993 年对外经济贸易部更名为对外贸易经济合作部，2003 年组建商务部。该行政机构的多次改革，必然带来行政权力的变化，如果发生行政纠纷，继续行使权力的行政机关是被告。如：光明日报于 2005 年 5 月 31 日发表一篇题为“一起行政诉讼的前前后后”的文章，该案件是发生在 2001 年，当时的行政执法机关是国家对外贸易经济合作部，2003 年该部被撤销，国家商务部继续行使对外贸易经济合作部的权利。因此，法院于 2003 年审理该案件时将被告的名字由“对外贸易经济合作部”变更为“国家商务部。”²⁸

（二）确定特殊被告的标准有以下几种

特殊被告的确认，是指经过行政复议的案件，对被告的确认具有特殊性。按照《行政诉讼法》的规定，有些行政案件必须经过复议前置程序。所谓“复议前置”是指：法律或者法规规定的，行政相对人在向法院起诉以前，必须先向复议机关申请复议，经过复议后，才可以向法院起诉。²⁹常见的复议前置案件有：自然资源所有权和使用权案件、纳税争议案件、社会保险费征缴中的处罚案件、工伤保险案件等技术性较强的行政案件，一般情况下，复议机关内部设有技术方面的专家，由复议机关处理这些行政争议案件可以有效地解决这些行政纠纷。经过

²⁸ 李天行：“一起行政诉讼的前前后后，”《光明日报》，2004 年 1 月 30 日。

²⁹ 《行政诉讼法》第 37 条第 2 款的规定。

行政复议机关解决的行政争议案件，如果当事人不服，可以起诉到法院。针对此类案件的被告确认，《行政诉讼法》规定如下：

第一，复议机关维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告。如：李某对公安派出所在法定范围内作出的 500 元人民币罚款不服的，向公安局申请复议，公安局维持了公安派出所的处罚决定，该公安派出所是被告。

第二，复议机关改变了原具体行政行为的，包括法律依据、事实根据和处理决定的任何实质性变更，复议机关是被告。以上述案例为例：如果公安局在复议时，改变罚款为 50 元，李某仍然不服而起诉到法院的，该公安局是被告。

第三，复议机关在法定期间内不作出复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告。如果公安局对李某的复议申请在法定期间内³⁰不作出答复的，李某起诉法院，该派出所是被告。

第四，当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。如：公安局对李某的行政复议申请，不作出任何行为的，李某起诉到法院的，该复议机关是被告。

第五，反补贴行政案件的被告，应当是作出相应被诉反补贴行政行为的国务院主管部门。³¹

第六，反倾销行政案件的被告，应当视作出相应被诉反倾销行政行为的国务院主管部门。³²

³⁰ 《中华人民共和国行政复议法》第 31 条规定：行政复议机关在受到行政复议申请之日起 60 日内作出复议决定，如果需要延长的，最多不得延长 30 日。

³¹ 《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002 年 11 月 21 日法释[2002]36 号），第 3 条。

³² 《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，（2002 年 11 月 21 日法释[2002]35 号），第 3 条。

第七，当事人对人民银行分支机构以法律授权做出的金融监管的具体行政行为不服提起行政诉讼的，应当以人民银行分支机构为被告。³³

三、被告法律制度中存在的问题

最高人民法院在改善中国的行政诉讼被告法律制度方面作了一些司法解释，如：反补贴、反倾销等方面。但是，它仍然不能够适应中国快速的经济发展的需要，与 WTO 要求的司法审查制度，特别是关于诉权法律制度的要求，有一定的差距。存在的主要问题如下：

被告范围狭窄。按照行政诉讼法以及最高法院的司法解释，能够成为行政诉讼被告的机构仅限于作出具体行政行为的行政机关；法律、法规授权的组织等。但是，行使职权的其他非政府机关，通常称为“准政府组织，”如：党委会、社会团体、证监会、公立高等学校、村民委员会、行业管理组织、消费者协会等等均不能够成为行政诉讼的被告。

被告难寻。这里包括两方面的内容：一是，《行政诉讼法》规定的被告确认标准过分复杂，司法实践中，很难找到真正的被告。二是，行政机关、授权组织、委托机构等部门之间互相推诿，造成被告难寻。中国的行政机构比较复杂，行政机关为了执法的方便，在不同的时期成立了不同的派出机构或者委托机构。这些派出机构或者委托机构在执法时，往往以行政机构的名义进行。但是，一旦发生行政诉讼，它们之间相互推诿。作为原告的公民很难辨别谁是真正的执法机关，谁是真正的被告。而法院却以被告不确定为理由驳回原告的起诉，导致原告的权利得不到保护。

特殊被告的确定标准复杂。按照《行政诉讼法》的规定，确定特殊被告，要根据复议机关的决定方式、行为情况而定，即：如果复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告，反之，原行政机关是被告；如果复议机关不作为，复议

³³ 《最高人民法院办公厅关于中国人民银行分支机构是否具有行政诉讼主体资格问题的复函》，（2002年5月31日，法办[2002]119号）。

机关是被告；如果复议机关不在法定的时间内，作出决定，原行政机关是被告。这些规定太复杂，没有体现便民原则。

准司法审查不独立。中国解决行政争议的机构有两个：一是普通人民法院，一是行政复议机关。人民法院受理行政诉讼案件在中国被称为司法审查，这是本文探讨的主要内容，从绪论一直到结论都有论述，在此不加累述。这里介绍一些行政复议机关审查行政争议的情况，本文称之为“准司法审查。”行政复议机关在中国担负解决行政纠纷、受理行政复议的职责，具有行政裁判庭的性质。首先，行政复议机关的功能是受理行政相对人的申请，审查行政机关作出的具体行政行为是否合法和合理。其次，复议审查的范围包括一般性质上的具体行政行为和一定范围的抽象行政行为。如：国务院部门的规定；县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；乡、镇人民政府的规定。再次，复议机关设置在行政机关的内部。因为，依照《行政复议法》第三条的规定：“履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项。”由此看来，复议机关作为“准司法机关，”其地位没有独立于行政机关，它不是独立的“审查庭。”尽管复议机关不是司法机关，其对行政争议的审查，属于行政审查的范畴。但是，它的决定带有强制执行等司法审查功能，为了保证公正，本文建议将行政复议机关这一准司法机关从行政机关中分离出来。就像澳大利亚的行政上诉裁判庭（The Administrative Appeals Tribunal）、版权裁判庭（The Copyright Tribunal）、移民审查裁判所（The Migration Review Tribunal）、社会保障上诉裁判庭（The Social Security Appeals Tribunal）等等，这些裁判所都独立的行使准司法权，它们与最初做出具体行政行为的执法机关没有任何隶属关系，是独立的机构。³¹当事人针对这些裁判所的决定不服，可以起诉到州高级法院。

综上所述，最高人民法院为了改善中国诉权法律制度，前后公布了多部司法解释，这些司法解释解决了法院在审理行政案件中的一些问题。但是，它们不可能解决根本问题。因为，司法解释仅仅是在法律规定范围内的解释，它不可能突破《行政诉讼法》的法律功能和原则。因此，最高人民法院的努力结果与中国快

³¹ 资料查找途径在澳大利亚政府网站中寻找：http://www.australia.gov.au/Courts_&_Tribunals。

速发展的经济相比较，与 WTO 要求的诉权相比较，存在诸多问题。要解决这些问题，最根本的任务是政治体制改革和修改《行政诉讼法》，扩大司法权监督行政权的范围，改变行政诉讼法第二条规定的诉权制度，扩大行政诉讼的受案范围，充分保护原告的诉权，扩大被告的范围，简易程序，建立一个具有高度民主法治水平的诉权法律制度。但是，这一法律制度的建立，离不开对行政审判和管辖法律制度的改革。下一章将分析行政审判制度和管辖法律制度。

第四章 行政审判和管辖法律制度

上一章论述了诉权法律制度，本章将探讨司法审查的第三、四项制度——行政审判和管辖法律制度。中国在加入 WTO 以前，WTO 的一些成员国对中国的司法审查制度的公正性和独立性提出了异议。认为：中国的司法审查既不公正又不独立，行政机关干预司法权、地方保护主义严重等等问题。WTO 在《中国加入协议书》中专门强调，中国要建立一个与行政执法机关相独立的和公正的审查机构，并且要充分保护当事人的诉权。自从中国共产党第十五次代表大会提出“依法治国”方针后，十六大和十七大都提出了司法体制改革的要求。最高人民法院为了贯彻执行党的方针，也为了履行 WTO 承诺，多次进行了行政审判制度改革，公布多部关于行政审判制度改革的司法解释，本章将分析最高人民法院推行的行政审判和管辖法律制度改革方案，探讨中国是否能够履行 WTO 司法审查承诺，实现司法权与行政权的分离。

第一节 行政审判法律制度

一、行政审判体制

（一）司法审查组织

中国有普通法院和专门法院，专门法院有军事法院、海事法院和铁路运输法院组成。普通法院分为四级，即：基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院。中国没有行政法院，行政诉讼案件由普通法院的行政审判庭审理。¹行政审判庭设立合议庭负责对行政案件的审理，合议庭人员有审判员组成，成员是三人以上的单数。²重大、疑难案件和其他有关审判工作的问题，应当交由审判委员会作出决定。³

（二）司法审查原则

¹ 《行政诉讼法》第 3 条第 2 款规定：“人民法院设行政审判庭，审理行政案件。”

² 《行政诉讼法》第 46 条规定：“人民法院审理行政案件，有审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是三人以上的单数。”

³ 罗豪才、湛中乐：《行政法学》，（北京：北京大学出版社，2006），第 506 页。

司法审查原则，是反映行政诉讼基本特点，贯穿行政诉讼全过程的，对行政诉讼具有普遍指导意义的行为准则。¹它分为一般性原则和特殊原则。《行政诉讼法》第 3 至 10 条规定了司法审查的一般原则，它们是：人民法院依法独立行使审判权原则（第 3 条）、以事实为依据，以法律为准绳原则（第 4 条）、对具体行政行为的合法性进行审查原则（第 5 条）、合议、回避、公开审判和两审终审原则（第 6 条）、当事人诉讼地位平等原则（第 7 条）、使用民族语言文字进行诉讼原则（第 8 条）、辩论原则（第 9 条）、检察监督原则（第 10 条）。特殊原则是：受案范围特定原则（第 11 条）、被告负举证责任原则（第 32 条）、人民法院审理行政案件不适用调解原则（第 50 条）、具体行政行为不停止执行原则（第 44 条）、司法变更权有限原则（第 54 条）。《行政诉讼法》规定的司法审查的一般原则和特殊共有 13 项。

二、WTO 要求中国实行的司法审查体制

WTO 在《中国加入协议书》第 2 条 (D) 中要求中国：“1. 中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序，以便迅速审查所有与《1994 年关税与贸易总协定》(GATT1994) 第 10 条第 1 款、GATS 第 6 条和《TRIPS 协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。此类审查庭应是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且不对审查事项的结果有任何实质利害关系。2. 审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则在所有情况下应有选择向司法机关对决定提出上诉的机会。关于上诉的决定应通知上诉人，作出该决定的理由应以书面形式提供。上诉人还应被告知可进一步上诉的任何权利。”⁵

这就是中国向 WTO 作出的司法审查承诺，它包括两部分的内容：首先，独立的审判庭要求。第一，建立一个公正的审判机构，该审查庭应独立于被授权执法的行政机关；第二，该审判机构需要审查在实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为；第三，该审查的程序要

¹ 同上书，第 492 页。

⁵ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条 (D)，2001 年 11 月 10 日，多哈。

客观和公正。其次，诉权的要求。WTO 要求中国：第一，当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼；”第二，不因寻求救济而受到处罚；第三，当事人进行行政复议后，有起诉权；第四，当事人有上诉权，即司法终局裁决权。⁶

三、最高人民法院行政审判制度改革

全国人大法制工作委员会于 1986 年接受全国人大委员长的委托，组织有关法律专家研究和起草行政诉讼法。⁷1989 年公布《行政诉讼法》，1990 年 10 月 1 日《行政诉讼法》施行。标志着中国的行政审判从民事审判中脱离出来，正式成立了一个单独的行政审判制度。最高人民法院对行政审判制度的改革过程如下：

1990 年最高人民法院组织召开的全国法院第一次行政审判工作会议上，会议召开之后于 1991 年公布《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）（以下简称《意见》）的规定。由于当时的政治风波和经济发展形式不稳定，是保持有计划的商品经济，还是向社会主义市场经济不明确。

《意见》对行政诉讼法在诸多方面都作了比较保守的解释，如：规定的范围、诉权、管辖等法律制度都比较保守。

1992 年中国共产党第十四次代表大会召开后，明确了中国经济的发展方向是发展社会主义的市场经济。1996 年 7 月，最高人民法院在全国法院审判方式改革会议上，专门提出了行政审判改革，针对行政诉讼在中国刚刚起步的特点，强调调整整个行政审判活动，应当紧紧围绕审查被诉具体行政行为的合法性这个中心进行，从强化被告的举证责任和进一步健全行政审判的裁判形式入手。

1997 年召开的中国共产党第十五次代表大会上，提出了“依法治国”的基本方略。2000 年最高人民法院公布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）的规定。《解释》取消了《意见》对《行

⁶ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

⁷ 王汉斌：“关于《中华人民共和国行政诉讼法》（草案）的说明，”在第七届全国人民代表大会第 2 次会议上的讲话。1989 年 3 月 28 日，北京。

政诉讼法》的限制性规定。2001 年中国加入 WTO，向 WTO 作出了司法审查承诺。2002 年 6 月最高人民法院副院长李国光发表了《论深化行政审判制度改革》的文章，强调进行行政审判改革，是保护公民合法权益的需要、是公正效率的需要、是履行 WTO 司法审查承诺的需要。⁸

2002 年 8 月十六大召开，提出了“推进司法体制改革”的方针，即：社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求，完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度，进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。⁹最高人民法院在这一时期，加大对司法独立、公正和效力的改革，最高人民法院从以下几个方面，实现对司法独立性、公正性和效率性改革：首先，对证据制度的改革。《行政诉讼法》对证据规定不完善，对法院独立认证、质证等证据规则没有规定。最高人民法院于 2002 年 7 月公布《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，初步弥补了《行政诉讼法》规定的证据规则的不足。其次，对国际贸易行政法律制度进行改革，履行 WTO 司法审查的承诺。最高人民法院于 2002 年 8 月 27 日公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，2002 年 11 月 21 日公布了《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》和《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，2004 年 1 月 14 日发布了《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》等等。再次，管辖法律制度和保护当事人合法权益改革。2006 年最高人民法院原院长肖扬强调，行政审判要在以下 3 个方面进行改革创新：一是改革和完善行政案件管辖制度，要通过加大指定管辖、异地审理的力度，防止和减弱非法干预，为人民法院和法官依法独立公正地审理行政案件创造更加有利的条件。二是积极探索和建立行政诉讼和解制度，要在查明事实、分清是非，不损害国家利益、公共利益和他人合法权益的前提下，在双方当事人自愿的基础上，尽可能促使当事人和解。三是积极参与行政诉讼法和国家赔偿法的修改工作。¹⁰最高人民法院于 2007

⁸ 李国光：“论深化行政审判制度改革”，《人民法院报》，2002 年 6 月 26 日。

⁹ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识”，《中国党政干部论坛》，2008 年第 2 期，第 34 页。

¹⁰ 肖扬：“改革创新行政审判制度依法行使审判权”，在全国法院加强行政审判工作妥善处理行政争议电视电话会议上的讲话，2006 年 10 月 25 日，北京。

年 3 月组织召开了全国第五次行政审判工作会议，全国政法委书记罗干到会发表了进一步改进和加强行政审判工作的讲话。罗干强调：“党和国家对行政审判工作一直高度重视。行政诉讼制度在实现依法治国、建设社会主义法治国家和构建社会主义和谐社会中，具有不可或缺的重要地位和作用。行政审判的核心功能是保护公民、法人和其他组织合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权。重视加强行政审判工作，是加强党的执政能力建设的需要，是实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益的需要，是维护社会和谐稳定、促进民主法治建设、保障社会公平正义的需要。”¹¹最高人民法院原院长肖扬在会议上强调，法院要切实保护公民的权益，化解因中国改革过程中，带来的行政权利和公民权利矛盾的案件，继续提高法官的审判水平。副院长曹建明在该会议上强调，法院需要作八项工作，一是积极推进管辖制度改革；二是妥善处理群体性行政争议；三是探索和完善行政案件协调处理新机制；四是准确使用法律规范，维护法制统一；五是建立司法与行政的良性互动机制；六是肯定和支持行政领导出庭应诉制度；七是重视加强对行政审判工作的领导；八是进一步加强行政审判队伍建设。¹²大会结束后，最高人民法院于 2007 年 4 月公布了《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》，该《意见》强调，为了满足人民群众日益增长的司法需求、充分保护公民的权益、推进依法行政、履行 WTO 司法审查承诺，法院必须进行行政审判制度改革。在改革过程中，要遵守“公正和效率”的行政审判原则，创造良好的司法环境，克服行政审判中的地方和部门保护主义。对于干预、阻碍人民法院受理、审判和执行行政案件的行为，要及时向各级纪检监察机关通报情况，取得支持。针对中国入世后，涉及国际贸易的行政诉讼案件开始出现的情况，特别是涉外知识产权案件增多，最高人民法院要求各级人民法院提高司法观念和司法水平。¹³

2007 年 10 月召开的党的十七大提出了“深化司法体制改革，优化司法职权配置，规范司法行为，建设公正高效权威的社会主义司法制度，保证审判机关、

¹¹ 全国政法委书记罗干在全国第五次行政审判工作会议上的讲话，《按照构建社会主义和谐社会要求，进一步改进和加强行政审判工作》，2007 年 3 月 27 日，在北京召开。

¹² 最高人民法院副院长曹建明在全国第五次行政审判工作会议上的讲话，2007 年 3 月 27 日，在北京召开。

¹³ 2007 年 4 月 24 日，最高人民法院公布《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》，第 5 项中的论述。

检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权。”¹⁴针对中共中央的司法体制改革的要求，最高人民法院在 2008 年的工作报告中，要求各级法院要坚持“公正司法，一心为民”指导方针，切实解决一些案件裁判不公问题。改进和完善便于当事人行使诉权的工作机制，确保当事人依法行使诉权。继续坚持依法公开、及时公开、全面公开原则，落实公开审判制度，增强审判工作透明度，增强裁判说理性。¹⁵2008 年 4 月，最高人民法院已向各地法院发出《关于充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障的通知》，要求各级法院把保障和改善民生贯彻到行政审判和非诉行政案件执行的每个环节，切实维护好、实现好、发展好人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题。由此看来，目前最高人民法院正在进行司法独立、公正和效率等行政审判制度的改革。

综上所述，最高人民法院为了落实党的“依法治国、”“深化司法制度改革”的精神，也为了履行 WTO 的司法审查承诺，前后进行多次行政审判制度改革。但是，这种改革多是在法律制度技术方面的改革，没有涉及司法审查的基本原则和基本功能。对基本原则和功能的改革需要进行政治体制改革，将司法权真正的从行政权中分离出来。希望党的第十七大的“深化司法体制改革”方针，能够促使各国家组织机构协力完成对司法审查独立、公正和效率的改革。

四、存在的问题

司法公正是法院追求的根本目的，它始终是司法的本质要求，¹⁶也是 WTO 的司法审查标准。司法公正包括实体公正和程序公正，实体公正是指在认定事实和适用法律方面都是正确的，对诉讼当事人的合法权益提供充分的保障。程序公正是司法程序符合公正、公开、效率、民主等程序规则。¹⁷司法公正是世界范围内的一个永久的话题，每个国家都在议论本国的司法是否公正，如：澳大利亚 ABC 广播电台，曾组织听众参与谈论澳大利亚的司法是否公正的话题。有的听众认为，

¹⁴ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识。”

¹⁵ 2008 年 3 月 10 日原最高人民法院院长肖扬在第十一届全国人民代表大会第一次会议上作的《最高人民法院 2008 年工作报告》中，在 2008 年工作安排部分第三段中的论述。

¹⁶ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003），第 310 页。

¹⁷ 同上书。

澳大利亚的法官比较公正，有的听众认为不是的，法官判案不公正。¹⁸一些学者通过分析中国地方法院的个别案例，就认定中国的司法是不公正的。¹⁹这一观点带有片面性。本文站在比较客观的立场，分析中国的行政审判制度存在的问题。

（一）司法权没有从行政权中独立出来

中国政府向 WTO 承诺：“中国要设立审查庭，此类审查庭应是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且不应就审查事项的结果有任何实质利害关系。”从理论上讲，中国已经满足了 WTO 的要求，因为《宪法》规定，人民法院独立行使审判权，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉。²⁰但是，在司法实践中，司法权并不独立，它受到各种行政权力的干涉。法学教授贺卫方认为：“从外部体制上看，我国现行的审判体制基本上可以概括为党委领导、人大和上级法院监督指导、政府管理人财物的法院体制。”²¹最高人民法院原院长肖扬认为，中国的司法审查存在三大问题：一，司法权力地方化。由于人民法院的产生、法官任免、司法经费等都在同级地方政府控制之下，导致了司法权力的地方化；二，审判活动行政化。长期以来，法院在一些重要环节上没有按照司法工作方式从事审判活动，反而借用了行政工作方式处理案件。鼓励审判工作，审判职能的作用受到影响。有的地方把法官当作行政官员管理，加剧了审判活动的行政化；三，法官职业大众化。相当一部分法官职业化程度不够。²²中国的司法权受行政机关的约束，是有其历史渊源的。早在中华人民共和国成立时，1951 年制定的《中华人民共和国人民法院暂行组织法》第 10 条规定：“各级人民法院为同级人民政府的组成部分，受同级人民政府委员会领导和监督。”²³1954 年宪法虽

¹⁸ 2008 年 9 月 6 日澳大利亚布里斯本 ABC 广播电台的节日主持人 Madonna King 组织听众谈论澳大利亚的司法是否公正的话题，参与谈论的听众非常多。ABC Radio Brisbane, *Inside Queensland's Justice System*. hosted by Ms. Madonna King, Brisbane, 8 October 2008.

¹⁹ Veron Mei-Ying Hung, “China's WTO commitment on Independent Judicial Review-An Opportunity for Political Reform,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 1, p. 78.

²⁰ 《宪法》第 126 条的规定。

²¹ 贺卫方：《司法的制度与理念》，（北京：中国政法大学出版社，1998），第 51-52 页。转引自向忠诚：《WTO 与中国行政诉讼制度改革》，（长沙：湖南人民出版社，2006），第 108 页。

²² 肖扬：“现行司法制度存在的问题，”在中国人民大学大法官讲坛做首场演讲时的讲话内容，2002 年 12 月 9 日召开，北京。

²³ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003），第 310 页。

然将法院从人民政府中分离出来了，但是人财物仍由同级政府管理。并且此种体制一直延续至今。²⁴

（二）司法审查功能存在问题

《行政诉讼法》规定的司法审查功能除了具有保护公民合法权益的功能外，还有维护行政机关依法行使职权的功能，这一功能不仅降低了对公民权益的保护力度，而且助长了行政权力的扩张。

（三）司法审查原则存在问题

具体行政行为合法性审查原则，影响公民充分行使诉权；合议制原则，导致法官审理案件不独立；行政审判不适用调解原则影响了司法审查的效率。

第二节 司法审查管辖制度

管辖是司法审查的一项程序内容，它指的是不同地区、不同级别的法院之间受理第一审案件的分工与权限。管辖问题是有关公民诉讼权利的基本问题，也是法院有效行使审判权的关键问题，管辖问题的有效行使，可以避免来自行政机关、党政机关以及其他组织的干涉，有效实现司法独立。

一、行政诉讼法规定的管辖制度

《行政诉讼法》第三条第二款规定：“人民法院设行政审判庭，审理行政案件。”《行政诉讼法》在第三章对行政诉讼管辖问题作了具体规定，它将法院的管辖分为：级别管辖、地域管辖、移送管辖、指定管辖、管辖权转移和选择管辖。

级别管辖。级别管辖是确定上下级法院审理行政案件的分工和权限。这种划分标准是根据被告行政机关的级别、案件的社会影响以及复杂程度等标准确定的。如：被告是县政府的案件、本辖区有重大影响的案件、设外案件以及设港澳台案件等等属于中级人民法院管辖。

²⁴ 同上书，第310页。

地域管辖。地域管辖是基层法院之间受理行政案件的分工和权限。这种划分标准采用了《民事诉讼法》“原告就被告”的原则标准。因此，在一般情况下，作出具体行政行为的行政机关所在地的法院具有管辖权；如果是经过复议的案件，复议机关维持原具体行政行为的，仍然由原行政机关所在地的法院管辖，如果复议机关改变原具体行政行为的，该案件可以由复议机关所在地的法院管辖，也可以由原行政机关所在地的法院管辖。但是，在特殊情况下，如：限制人身自由案件、不动产案件，《行政诉讼法》对这类案件的管辖权的确定是：原告对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地法院管辖；如果是因为不动产而提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

移送管辖。移送管辖是指受诉人民法院在决定受理案件之后，发现案件不属于自己管辖，将案件移送给有管辖权的法院。移送管辖的条件是：第一，移送法院已经受理了该行政案件；第二，受理后发现该案件确实不属于自己的管辖范围；第三，必须移送给有管辖权的法院。

指定管辖。指定管辖是指上级法院以指定的方式，将某一案件交由下级法院管辖。指定管辖有两种情况：一是，由于特殊原因，有管辖权的法院无法行使管辖权；二是，因管辖权发生争议引起的指定管辖。

管辖权转移。管辖权转移是指由上级法院决定或者同意，将行政案件由下级法院转移给上级法院；或者由上级法院移交给下级法院。它与移送管辖不同，移送管辖是法院将没有管辖权的案件交给有管辖权的法院管辖，它一般发生在同级法院之间；而管辖权转移是法院将有管辖权的案件交由没有管辖权的法院管辖，它发生在上下级法院之间。

选择管辖。选择管辖是指两个以上法院对同一个案件都有管辖权，原告可以选择其中一个法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的法院管辖。

二、存在的问题

根据上一节叙述的 WTO 对中国关于司法审查制度的要求，中国的行政诉讼管辖制度存在以下问题：

（一）“原告就被告”原则既不能够保证公正、又不能保证独立

根据现行《行政诉讼法》的规定，行政诉讼实行“原告就被告，”即以被告所在地法院管辖为原则。这使得法院特别是基层法院很难公正、独立地行使司法审查权。因为，作为行政诉讼被告的行政机关或者政府部门掌管着基层法院的人、财、物等权力，法院在审理当地政府为被告的行政案件时，就像审判自己的老板。在这样的状态下，要求司法机关保持独立和公正审判是不可能的。正如最高人民法院副院长奚晓明所说：“一些地方相关行政机关的不当干预时有发生，使人民法院特别是基层法院难以独立公正行使审判职能，影响了司法的权威性和公信力。”²⁵这与 WTO 要求的中国需要建立一个独立与行政执法机关的审判机构，进行公正的审查相差甚远。

（二）行政诉讼地域管辖制度过于单一，原告缺少选择余地

在民事诉讼中，特殊地域管辖制度赋予了大多数民事纠纷的当事人两种或两种以上的法院管辖选择权，如合同纠纷的当事人可以选择被告住所地或合同履行地法院起诉，侵权纠纷的当事人可以选择被告住所地或侵权行为地法院起诉。但在行政诉讼中，大多数原告只能向被告所在地法院起诉，许多当事人为今后生活或工作考虑，亦出于对被告所在地法院司法公正之怀疑，还存在不愿告或不敢告的心理。比如：某公民感叹道：“哪敢告官啊，以后还得受他们管呢。”²⁶这种现象与 WTO 要求的要充分保护当事人的诉权的宗旨相差甚远。

三、管辖制度改革

90 年代最高人民法院公布了《人民法院第一个五年改革纲要》，把对行政管辖制度的改革提到议事日程。最高人民法院于 2005 年公布的《人民法院第二个

²⁵ 奚小明：最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》和《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》新闻发布会上的讲话，2008 年 1 月 16 日，北京。

²⁶ 沈荣：“人大代表张忠厚、吕忠梅建议：修改行政法，”《人民法院报》，2008 年 3 月 6 日，第 7 版。

五年改革纲要》中提出：“改革和完善行政案件管辖制度，从制度上排除干预行政审判的各种因素。”原最高人民法院院长肖扬说：“要积极推进行政案件管辖制度的改革和完善，通过加大指定管辖、异地审理的力度，防止和排除地方非法干预，为人民法院依法独立公正审理行政案件提供制度保障。”²⁷另外，最高人民法院副院长奚晓明在公布《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》（以下简称管辖规定）的新闻发布会上说：“在一些地方由于司法环境不理想，相关行政审判工作的开展举步维艰。改革和完善行政诉讼管辖制度，是在现行司法体制和制度下，建立和完善公正、高效、权威行政审判制度的必然选择。”²⁸

最高人民法院于 2007 年 12 月公布了《管辖规定》，该司法解释全文共十条，主要包括：中级人民法院管辖的第一审行政案件、其他行政案件的提级管辖和指定管辖、指定管辖的效力、管辖规定的适用范围等。根据《管辖规定》县级以上人民政府为被告的案件，将由中级人民法院管辖。行政案件管辖制度的改革，可以使法院和法官在没有直接干预和压力的条件下依法审理行政案件，可以起到以较小的代价，解决长期困扰行政审判中突出问题的作用，对于保证人民法院依法独立公正审判，并以此推进中国司法体制改革，具有重要的意义。

《管辖规定》采用“提级管辖”的方式，扩大了中级法院受理一审案件的范围，将县级政府的案件交由中级法院审理，这可以避免县法院的“小法官”审理“大县长”的尴尬；另外，规范了指定管辖，将可能会受地方保护主义影响的案件，通过提级管辖的方式加以避免。

四、改革后仍然存在的问题

采用提级管辖以及新的指定管辖制度可以在一定程度上避免当地政府的干预。但是，它不能够从根本上改变司法不独立的弊端。因为，产生司法权不独立的主要根源在于国家权力分配制度不完善，行政机关掌握法官的物质生活条件和

²⁷ 李广宇：“《关于行政案件管辖若干问题的规定》的理解与适用”，《人民法院报》，2008 年 1 月 25 日，第 6 版。

²⁸ 奚小明：最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》和《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》新闻发布会上的讲话，2008 年 1 月 16 日，北京。

社会政治地位。这种体制无法保证法官独立和公正的进行行政裁决。²⁹据最近一份调查显示,对行政诉讼充满信心的仅占 26.08%,没有信心的占 32.82%,比较有信心的占 26.98%。可见,将近一半的人不相信司法具有足够的能力和权威处理行政诉讼案件。³⁰

五、继续改革的方向

最高人民法院原院长肖扬早在 2002 年就提出,中国的司法体制存在三大问题,³¹需要进行 8 个方面的司法体制改革,即:改革法院体制、改革法院人财物管理体制、建立健全审判保障制度、改革和完善法院的司法行政管理制度和审判制度,提高公正和效率、程序制度改革、执行制度改革、监督制度改革、提高法官素质。³²最高人民法院对这八大改革方案,截止到目前为止,并没有全部完成。如:对法院体制和人财物管理体制的改革还没有完成。如果中国能够将法院的人财物管理权从行政机关中分离出来,中国的司法审查制度就会很容易达到司法独立的要求。但是,这种改革是通过政治体制改革来完成的,需要进行国家权力分工的适当调整等,这需要一定的时间和过程。正像肖扬在第 22 届世界法律大会³³上发言中说:“经过 20 多年的努力,目前中国已经形成法律体系的基本框架。法律体系是否健全是衡量一个国家法治状况的重要标准,而法治的实现需要全社会的共同努力。”³⁴肖扬还指出:“中国当前在法律体系建设方面的目标在于,到 2010 年,基本形成较为完善的法律体系。”³⁵

²⁹ 王亚琴:“入世与完善我国行政权利救济制度若干问题的思考,”《世界贸易组织动态与研究》2002 年第 11 期。转引自向忠诚:《WTO 与中国行政诉讼制度改革》,(长沙:湖南人民出版社,2006 年),第 110 页。

³⁰ 夏勇著:《走向权利的时代》,(北京:中国政法大学出版社,1995 年),第 6 页。转引自向忠诚:《WTO 与中国行政诉讼制度改革》,(长沙:湖南人民出版社,2006 年),第 110 页。

³¹ 上一节已经分析了肖扬提出的三大问题。

³² 肖扬:“改革创新行政审判制度依法行使审判权,”在全国法院加强行政审判工作妥善处理行政争议电视电话会议上的讲话,2006 年 10 月 25 日,北京。

³³ 第 22 届世界法律大会是于 2005 年 9 月 4 日到 10 日在北京和上海召开的会议。该会议是由最高人民法院组织的,中央政法委员会、全国人民代表大会、中国人民政治协商会议、最高人民检察院、国务院相关部门、社会团体及北京和上海市政府等参与组织的一次大会。中国首席大法官、最高人民法院院长、世界法学家协会名誉主席肖扬担任第二十二届世界法律大会中国组委会主席。

³⁴ 肖扬:我国将在 2010 年基本形成较完善法律体系,”在第 22 届世界法律大会上海会议上的主题发言,2007 年 9 月 8 日,上海。

³⁵ 同上。

总之，最高人民法院在行政审判和管辖制度改革方面，作了不懈的努力，取得了很大的成绩。但是，与中国快速的经济水平发展的要求相比较，仍然有距离，与 WTO 要求的司法审查制度也有差距。这些差距，在司法实践中，带来了行政权和司法权的冲突、行政权和公民权的冲突。中国只有继续推进经济、政治、司法体制和行政审判制度改革，才能够解决这些问题。在这些改革中，除了包括管辖制度改革外，证据制度改革也是其中的一项重要非常重要的内容。下一章将分析，最高人民法院的证据制度改革。

第五章 司法审查证据法律制度

上一章探讨了行政审判和管辖法律制度，本章将分析司法审查的第五项制度——证据法律制度。人们常说：“打官司就是打证据，”“证据是诉讼的灵魂。”WTO 作为一个世界组织非常注重对证据制度的研究，在《关于争端解决规则与程序的谅解》（简称 DSU）第 11 条、第 13 条和附件 3 中分别规定了证据规则、获取资料（证据）的权利以及证据程序规则。可见证据在司法审查制度中的地位之重要。但是，作为司法审查核心的证据在中国的《行政诉讼法》中只有 6 条，仅规定了行政诉讼证据的种类、被告的举证责任、证据保全、证据排斥规则等。针对中国证据制度不完备的现象，最高人民法院于 2002 年 7 月颁布了《关于行政诉讼证据若干问题的规定》（以下简称《证据若干问题的规定》），该司法解释规定了行政诉讼中的举证、调取证据、质证和认证等诉讼证据制度，强调证据的公正、公开和透明度。本章将把 WTO 的证据制度与中国的证据制度进行比较研究，提出中国证据制度存在的问题以及继续改革的方向。

第一节 行政诉讼证据规则

一、中国行政诉讼证据规则的历史发展

中华人民共和国成立以来，证据规则的历史发展进程，经历了事实求是、客观真实与法律真实以及心证公开等证据规则。

实事求是的证据规则。中华人民共和国成立后，在司法实践中，长期以来采用“实事求是”的证据制度。这一证据制度要求：用以证明案件事实的证据必须确实充分，符合以下四项标准：第一，据以定案的证据均须查证属实；第二，案件事实均有必要的证据予以证明；第三，证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除；第四，得出的结论是唯一的，排除了其他可能性。而只有同时具备这四项标准，方能被确定为认定事实清楚，才能作为法官裁判的依据。¹在这种证据制度的指导下，为保证证据的真实性，无论案件事实有没有查清的可能，也不管需要花费多少时间、人力、物力，法官都要不惜一切代价调查取证。这一证

¹ 戴赢：“证据裁判原则的法理分析”，《贵州学报（社科版）》，2007 年第 3 期，第 38 页。

据制度有利于法官掌握第一手证据资料、辨别证据的真伪。但是，容易引起审判效率的低下，浪费了有限的审判资源。例如：由于时过境迁，证据已经灭失，法官对案件的审理会陷入僵局。因此，采用此证据规则只能给国家带来难以承受的司法负担，而且也易造成法官办案效率的低下，实质上是非正义的。正所谓“待到草儿青青，马儿已经饿死，”“迟来的正义是一种非正义，”它事实上是牺牲了作为司法终极目标的司法公正的。²

客观真实与法律真实的证据规则。1979年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》第31条第2款规定：“证据要经过法庭审查属实，才能作为定案的根据，”这一规定突破了“实事求是”的证据规则，要求法官在认定证据时要对证据进行查证属实，经过法律加以认定（即客观真实与法律真实）。在此之后颁布的《民事诉讼法》和《行政诉讼法》均仿效该规定。所谓“客观真实”是指：对已经发生的事实用证据加以恢复，恢复到可以认为是完全真实的事实。“法律真实”是指：法律认为证据可以证明当时的事实。如果单独使用客观事实来认定证据，是达不到司法审判的要求的。因为案件是发生在过去，要想用证据来证明所有的真实情况是不可能的。不然就是在浪费时间，有失司法公正。法官必须结合法律真实来认定证据，不然司法审判将陷入停滞不前的僵局。采用法律真实弥补客观真实的不足，是根据中国国情制定的一种证据规则。中国在改革开放初期，法官的审判能力以及对证据的判断能力都还不能够达到可以使用“自由心证”的证据制度的程度，而采用“实事求是”的证据制度不能够适应经济和司法的快速发展水平。所以，确立“客观真实和法律真实”的证据规则是符合中国在改革开放初期国情的。但是随着司法实践的进展，该证据规则存在着明显的不足。因为客观真实规则不利于提高法庭审理的效率。而法律真实带有大陆法系的“法定证据规则”的内容，即证据的效力有法律明文规定，法官只能予以机械的适用。实行这一证据规则可能会导致两种结果：一是案件停滞不前，二是法官利用职权自由判案。

² 高飞：“论我国的证据制度，”论文下载中心网站；2008年3月19日下载于：
<http://www.studa.net/sifazhidu/070129/1711027.html>。

心证公正证据规则。心证公正是指法官依据法律规定，通过认证、内心的良知对证据的取舍和证明力进行公正的判断，并最终形成确信的制度。最高人民法院于 2002 年发布的《证据若干问题》第五十四条规定：“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据，进行逐一审查和对全部证据综合审查，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和生活经验，进行全面、客观和公正地分析判断，确定证据材料与案件事实之间的证明关系，排除不具有关联性的证据材料，准确认定案件事实。”这一规定强调：第一，审判人员在法庭上要组织当事人对证据进行质证，并且要对证据进行逐一和全部综合审查（即认证，这是现代法治的要求和正当程序观念）；第二，遵循法官职业道德（即良知）；第三，运用逻辑推理和生活经验进行全面、客观和公正的分析判断（即心证公正）。由此来看，《证据若干问题》倾向于法官专家化基础上的自由心证。³但是，《证据若干问题》规定的“心证公正”的证据规则强调法官要把心证的过程和结果公开，以保障法律的公正性。另外，心证公开与自由心证不同，自由心证是指法官依据法律规定，通过内心的良知、理性等对证据的取舍和证明力进行判断，并最终形成确信的制度。⁴自由心证与自由裁量权是联系在一起的，中国目前的法官素质以及法律环境还不允许法官实行完全的自由裁量权。这可能是最高人民法院仅授予法官具有“心证公正”的原因之一。

二、中国采用的司法审查证据规则

根据《行政诉讼法》、最高人民法院的《解释》和《证据若干问题》的规定，中国司法审查的证据规则，包括举证责任、调取和保全证据、证据的质证和认证等主要内容。

（一）举证责任

举证责任是提供证据的责任，是指法律规定的具有提供证据责任的当事人，在其提不出证据时，将承担败诉的后果。因此，举证责任与败诉后果是有紧密联系的。从理论上说采用举证责任理论，有利于法官及时解决纠纷。因为，在诉讼

³ 同上书。

⁴ 赖红伟：“论自由心证在我国法律制度的表现”，《人民法院报》，2006年8月3日。

过程中，当事人为了证明自己的诉讼请求、反驳对方的主张，从而赢得诉讼，都会尽力的提出对自己有利的证据来说服法官，法官在审查当事人提供的证据时，如果认为案件事实已查清，证据已审查属实，即可做出判决。但是，在司法实践中，并非每一个案件都可以做到“案件事实清楚、”“证据确凿充分”的理想地步，⁵有些案件中的证据可能是永远也查不到了，而法律要求法官在一定的时期内要对案件作出判决。在此情况下，法官不能够以案件无法查证属实而拒绝判决，需要对案件的判决由“不可能”转化为“可能。”因此，举证责任在此就起到非常重要的作用，因为，法官可以对负有举证责任的一方当事人在法定时期内不能够提出可以证明案件事实的证据为由，做出不利于其的判决。因此，当案件事实，特别是判断法律效果所必要的主要事实存在与否无法认定时，只能假定该事实存在或者不存在，并在此基础上作出产生或不产生法律效果的判断，从而产生了举证责任问题。⁶所以，举证责任实际上是诉讼上无法确定和判断一定的法律事实，当事人有假定被确定为不利于己的风险。如：在诉讼中，对于负有举证责任的当事人来说，如果他不能够对自己所主张的事实提出有力的证据的话，将承担“主张不能”的风险（证据学中称为：证据不能）。对于没有举证责任的一方当事人来说，可以在对方当事人“证据不能”的情况下胜诉。

举证责任和举证是两个不同的概念，举证是当事人为了赢得官司而向法院提供的并可以支持自己主张的证据，它不是一种责任，而是一种权利或者是义务。而举证责任是一种责任，并且是与败诉后果相联系的责任。对法官来说，在案件事实不明确、证据不充分的情况下，实施举证责任制度，可以及时地终结案件。

1989年颁发《行政诉讼法》以前，中国采用的行政诉讼证据原则是“谁主张、谁举证，”即：主张人提供证据，不然就要承担败诉的后果，这是民事诉讼法的证据原则。1989年《行政诉讼法》颁布后，将行政诉讼的证据原则从民事诉讼法中分离了出来，并且在《行政诉讼法》第32条中规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范

⁵ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003年），第260页。

⁶ 同上书。

性文件。”这一条款明确：首先，行政诉讼的举证责任是被告；其次，证明对象有两种，一是，具体行政行为的事实证据，一是，具体行政行为的法律证据。

《行政诉讼法》第 33 条规定：“在诉讼中，被告不得自行向原告和证人收集证据。”因为，行政机关在作出行政决定时，要遵守“先取证、后裁决”的证据原则。一项公正、合法的具体行政行为应该是在行政机关收集证据完成后作出的，行政机关如果在诉讼阶段仍向原告收集证据，只能够说明行政机关所作的行政决定不合法。

最高人民法院在 2000 年的司法解释以及 2002 年发布的《证据若干问题》中对原告的举证责任问题作出了补充规定，即：原告对下列事项承担举证责任：

（一）证明起诉符合法定条件；（二）在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但是下列情形除外：被告应当依职权主动履行法定职责的；原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的；（三）在行政赔偿诉讼中，原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据；（四）原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据。这里需要注意的是，原告提供的证据不成立的，不免除被告的举证责任。法律对原告负有举证责任的规定，是为了原告在起诉时能够有充分的证据说明其合法权益已经遭到了行政机关的侵害，如此规定可以有效的防止滥诉的发生。另外，也有利于保护原告在法庭上充分利用其证据反驳被告，从而达到保护其合法权益的目的。

（二）调取和保全证据

《行政诉讼法》规定人民法院有权依照职权主动和经当事人申请调取证据。依职权调取证据的前提在于，涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。⁷ 法院依当事人的申请调取证据的条件是：原告或者第三人不能自行收集，但能够提供确切线索的，可以申请人民法院调取下列证据材料：（一）由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐

⁷ 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 22 条的规定。

私的证据材料；（三）确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。⁸这里需要明确，法院不得为证明被诉具体行政行为的合法性，调取被告在作出具体行政行为时未收集的证据。

保全证据是在证据可能灭失或者难以取得的紧急情况下，由法院将其固定或者保护下来。《行政诉讼法》第 36 条规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。”《证据若干问题》第 27 条规定：“当事人应当在举证期限届满前以书面形式提出证据保全。”证据保全采用的方法有：查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作询问笔录等保全措施。⁹

（三）证据的质证和认证

质证是指对证据的对质辨认和核实，它是确定证据效力的必经程序，未经质证的证据不能作为定案依据。¹⁰

质证的对象是当事人提交和申请人民法院调取的证据；质证的主体是当事人及其代理人；质证的范围包括两方面：一是，证据有无证明效力；二是，证据的证明效力大小。前者是指证明资格，如果证据没有证明资格，它将不能作为证据使用，更不能成为定案的依据；后者是证据的证明力度，一个行政案件一般情况下都有多种证据，证明力度强的证据，被作为定案依据的概率就会增加。在质证时，当事人首先需要对证据的证明资格进行质证，然后对证据的证明力进行质证。质证的标准是：当事人应当围绕证据的关联性、合法性和真实性，针对证据有无证明效力以及证明效力大小，进行质证。质证的形式：经法庭准许，当事人及其代理人可以就证据问题相互发问，也可以向证人、鉴定人或者勘验人发问。当事人及其代理人在相互发问，或者在向证人、鉴定人、勘验人发问时，发问的

⁸ 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 22 条的规定。

⁹ 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 28 条的规定。

¹⁰ 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三十一条规定：“未经法庭质证的证据，不能作为人民法院裁判的根据。”最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第三十五条规定：“证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。”

内容应当与案件事实有关联，不得采用引诱、威胁、侮辱等语言或者方式。¹¹质证的结果是：庭审中经过质证的证据能够当庭认定的，应当当庭认定；不能当庭认定的，应当在合议庭会议时认定。

认证是法官对证据的审核认定，法官在质证程序完成后，应当对证据是否可以作为定案的根据进行衡量，¹²这是证据法律制度中一项重要的环节。认证的规则包括对证据资格和证明力的认定。

证据资格的认证规则，遵守“关联性、合法性和真实性”标准。所谓关联性，根据《证据若干问题》第 54 条的规定：“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一和综合性审查，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和生活经验，进行全面、客观和公正地分析判断，确定证据材料与案件事实之间的证明关系，排除不具有关联性的证据材料，准确认定案件事实。”¹³但是，第 54 条没有对关联性的内涵作出解释。学者认为，关联性是指案件待证事实之间有一定的联系，证据应当能够证明案件事实是否存在。¹⁴所谓合法性，是指证据必须是依照法律的要求和法定程序所取得的事实材料。¹⁵《证据若干问题》第 55 条规定了证据合法性的标准，证据是否符合法定形式；证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求；是否有影响证据效力的其他违法情形。所谓真实性，是指证据是客观存在的事实，不是伪造的。《证据若干问题》第 56 条规定了审查证据真实性的标准是：证据形成的原因；发现证据时的客观环境；证据是否为原件、原物，复制件、复制品与原件、原物是否相符；提供证据的人或者证人与当事人是否有利害关系等影响证据真实性的其他因素。

证据证明力的认证规则。根据《证据若干问题》第 63 条规定：“证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：（一）国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证；（二）鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料

¹¹ 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 39 条的规定。

¹² 孔祥俊：“行政诉讼证据规则通释。”

¹³ 2002 年《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 54 条的规定。

¹⁴ 马怀德主编：《行政诉讼原理》，（北京：法律出版社，2003 年），第 290 页。

¹⁵ 同上书，第 288 页。

和证人证言；（三）原件、原物优于复制件、复制品；（四）法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论；（五）法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；（六）原始证据优于传来证据；（七）其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；（八）出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言；（九）数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

三、WTO 争端解决机构（DSU）采用的证据规则

DSU 第十一条规定了专家组的职能：“专家组应就其所面对的事项作出客观的评价，包括对该案件的各项事实，以及与各有关协议的适用范围一致性作出客观的评价。”这一条体现在证据方面，是要求法官对证据的“各项事实”进行“客观评价。”DSU 第十三条规定了专家组获得资料的程序：第一，每个专家组应有权从其认为合适的任何个人或机构获得资料和征求技术性意见。然而专家组在其从某个成员管辖范围内的任何个人或机构寻找此类资料或征求意见以前，应通知该成员的主管当局。如果该专家组认为必要和合适，各成员应就专家组为此类资料提出的任何请求作出迅速而全面的答复。未经提供资料的该成员个人、机构或主管当局的正式授权，不应向外泄露由此提供的保密资料。第二，各专家组可以从任何相关的机构寻取资料，也可以和专家们就事件的某些方面磋商以求得他们的意见。关于由争端一方提出的涉及科学或其他技术性事件之确实的论点，专家组可以请求专家评审小组提供书面的咨询报告。设立此类评审小组的规则及其程序已在附件 4 中作出规定。”另外，DSU 在附件 3 中规定了 WTO 专家组和上诉法官对证据的提交、质证、认证等的程序内容。

WTO 在 DSU 第十三条中授予专家组和上诉机构很大的权力，如：有权获得证据、有权向当事人提出问题等等。但是，没有规定最基本的证据规则，如：没有举证责任的规定，也没有证据资格和最佳证据的规定。¹⁶因此，WTO 法官在处理具体案件中享有大量的自由裁量权。这也可以说明，WTO 采用自由心证证据规则，

¹⁶ Anjan Kalita, “Fact Finding and Right to Information Under Article 13 of the WTO Dispute Settlement Understanding.” 2008 年下载于：<http://www.indlaw.com/Display.aspx?2767>。

并强调证据的告知、质证、认证、以证据为根本和直接言辞等现代法治和正当程序观念。¹⁷

第二节 证据规则中存在的问题和改革的方向

一、WTO 司法审查制度的要求

WTO 在《中国加入协议书》第 2 条 (D) 中要求中国：“1. 中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序，以便迅速审查所有与《1994 年关税与贸易总协定》(GATT1994) 第 10 条第 1 款、GATS 第 6 条和《TRIPS 协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。此类审查庭应是公正的，并独立于被授权进行行政执行的机关，且不对审查事项的结果有任何实质利害关系。2. 审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚。如初始上诉权需向行政机关提出，则在所有情况下应有选择向司法机关对决定提出上诉的机会。关于上诉的决定应通知上诉人，作出该决定的理由应以书面形式提供。上诉人还应被告知可进一步上诉的任何权利。”¹⁸

WTO 的要求体现在证据规则方面是要求中国法官应当独立的认证，即：建立一个公正的审判机构，该审查庭应独立于被授权执法的行政机关，这是法官独立认证的基本条件；证明对象应当包括：实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为；调查取证、质证和认证等证据程序规则要客观和公正。

二、存在的问题

(一) 证明对象不完备

WTO 规定的证明对象包括事实证据和法律证据。¹⁹事实证据是成员国赖以作出决定的事实，它包括事实的内容和程序。WTO 争端解决机构并不对每一个案件中

¹⁷ 孔祥俊：“行政诉讼证据规则通释”，《工商行政管理》，2002 年第 19 期，第 33 页。

¹⁸ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条 (D)，2001 年 11 月 10 日，多哈。

¹⁹ WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(简称 DSU)，第 11 条的规定。

的事实证据进行审查，只是根据案件需要，由 WTO 法官自由裁定。²⁰法律证据是成员国赖以作出决定的法律、法规等规范性文件是否符合 WTO 协议。对成员国的法律证据进行审查，是 WTO 争端解决机构认定证据的主要方面。

中国对法律证据的审查，只审查行政机关在执行法律时是否违反法律规定。法院无权审查法律本身是否违法或者违宪，即：法院在审查行政机关所依据的地方性规章时，发现该规章与国务院部委规章有冲突，只能提交最高人民法院，由最高人民法院送请国务院做出解释或者裁决。²¹这与 WTO 执行的“法律审查，”即：法官有权撤销违宪或者违法的法律、法规等规范性文件，有很大区别。

（二）法官认证不独立

由于司法审查权不能够独立于被授权执法的行政机关，使得法官不能够独立的认证。而独立认证是法官正确判案的关键，如果法官在受干扰的情况下的认证，其判决结果是很难保证公正的。

（三）缺乏行政程序法

法院在审查行政机关提交的证据时，要对证据的收集程序、收集方式等等进行审查。还要对行政机关赖以作出行政决定的规范性文件进行审查，审查该文件在被执行前，是否履行了告知义务、是否进行了听证程序、是否进行了质辩程序。如果法院在审查这些程序时，发现行政机关没有履行以上程序，就可以认定该行政执法违法。由此来看，行政机关的执法程序合法是非常重要的，是决定案件输赢的关键。但是，中国目前没有一部统一的行政程序法。有些行政机关采用自己制定的执法程序规范来执法，如：公安机关制定了《治安处罚管理法》以及《公安机关办理行政案件程序规定》。但是很多行政机关并没有制定任何关于其执法程序的规范性文件，从而导致行政机关执法程序任意化。这种法律空缺的现象，不符合 WTO 要求。因为，WTO 要求的司法审查制度，注重程序规则，法官在

²⁰ Canadian International Development Agency and Legal Reform Assistance Project, *Workshop on Advanced Procedures in WTO Dispute Settlement*, 2007 (Hanoi, World Trade Organization).

²¹ 《行政诉讼法》第 53 条的规定。

司法审查时，要求审查行政机关是否履行了告知、质辩、听证等等法定程序规则。法官在法律空缺的情况下，难以判断行政机关是否遵守了法定程序。

（四）《证据若干问题》存在的问题

《证据若干问题》第 37 条规定：“涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。”如何对待行政机关标有“机密”字样的文件？是否视其为“涉密文件”而不予质证呢？行政机关的有些“机密文件，”实际上是对行政相对人的一种约束。但是被告可能会依照《证据若干问题》的规定，以该文件是机密文件为由，而逃避质证。这是违背法律公正原则的，也与 WTO 要求的司法审查和透明度相违背。

《证据若干问题》在第 24 条中规定：法院接受当事人的申请进行调取证据。这里的当事人既包括原告也包括作为行政机关的被告，这一规定容易引起执法程序的混乱，因为，行政机关可以利用该条款的规定，申请法院调取证据，法官可以利用该条帮助行政机关在庭审中弥补证据，从而违背“先取证、后裁决”的程序规则。另外，如果被告在庭审过程中，申请法官代为取证，只能说明该行政执法不合法。

《证据若干问题》存在的另外一个问题是把法院以职权调取的证据排除在质证的范围之外。法律要求所有的证据都应当质证，没有经过质证的证据不能够作为定案的依据。但是，《证据若干问题》将法院调取的证据排除在质证的范围之外的规定一法律基本原则不相符，也不利于司法公正。

《证据若干问题》的内容带有“法定证据规则”的色彩，法定证据规则是西方国家在 19 世纪采用的证据规则。实践证明它不利于法律公正，因而被自由心证证据规则所代替。因为，证据千姿百态，法律规定地再详细，也不可能对证据的方方面面都规定到。因此，法律赋予法官自由裁量权，法官在审理案件时，利用自己的知识与能力对证据进行正确的判断。但是，《证据若干问题》对证据方面的所有内容几乎都作了详细规定，法官在审查证据时只能够机械的照抄照搬，

缺少自由裁量权。适用该规则，可以降低法官的主动判断和自由心证的积极性，并且会降低对案件的审理效率，从而损害法律公正。

三、改革的方向

尽管《证据若干问题》改善了中国的证据制度，但是，它不能够完全达到中国对 WTO 的承诺，需要进一步改革。

第一、采用自由心证的证据规则。自由心证之“自由”即法官独立；“心”即良心、良知和理性。其核心即是法官对案件证据的审查、判断、认可程度以及对案件事实的最终评定，完全按照内心信念形成“心证。”当这种“心证”达到深信不疑或者排除任何合理怀疑的程度，便成为法官内心确信，法官进而据此对案件作出裁判。自由心证反映了一个问题的两个方面：一是证据证明力的大小强弱及其真伪判断、取舍，均由法官凭借自我理性的启迪和良心的感受，独立地形成自己的意见；二是法官对案件事实的评定，必须建立在内心深处对自己的主观判断确信无疑的基础之上。²² 因此，自由心证是建立在法官专家化基础上的，中国要采用这一证据规则，需要提高法官的法律知识水平和文化素养，培养法律专家式法官。

第二、扩大证明对象的范围。行政诉讼的证明对象应当包括抽象行政行为，法官应当有违宪审查权，即：当法官在审查证据时，发现行政机关赖以做出决定的法律文件违法或者违宪，有权判决撤销或者宣布废除该文件。目前，宣布撤销或者废止的权力在行政机关或者立法机关。如：洛阳一名法官在审理案件中发现《河南省农作物种子管理条例》和《中华人民共和国种子法》有冲突，判决《河南省农作物种子管理条例》无效，该法官遭到停职处罚。²³ 但是，在 WTO 司法审查制度中，重点在于审查成员国的法律文件，如果 WTO 专家组发现成员国的法律文件与 WTO 不一致，有权宣布废除该法律，这就是法官的违宪审查权利。因此，扩大证据的证明对象，实行违宪审查制度是中国急需进行的一项工作。

²² 张子刚：“试论法官之自由心证”，《中国法院报》，2003年9月28日，第3版。

²³ 王颖：“种子案二审将定李慧娟‘正名’悬念”，《21世纪经济报道》，2004年5月13日。

第三、赋予法官独立认证的权利。中国应当建立一个独立的司法审查机构，该司法审查机构必须从行政机关中分离出来，使司法权能够真正的监督行政权，只有这样法官才可以独立的认证，不受行政机关的干涉。这既是中国法律制度发展的需要，也是 WTO 的要求。

综上所述，最高人民法院公布的《证据若干问题》，弥补了《行政诉讼法》对证据规定的不足。这种改革是最高人民法院执行“依法治国”、“司法体制改革”、履行 WTO 司法审查承诺的重大一步。下一章将分析司法审查的另外两项法律制度——司法审查标准和法律适用法律制度。

第六章 司法审查标准和法律适用

上一章论述了司法审查的证据法律制度，本章将分析司法审查标准和法律适用制度。在中国加入 WTO 以前，WTO 的一些成员国提出，中国法院采用的司法审查标准不一致，法律冲突现象严重等问题。中国政府在《中国加入工作组报告书》中，专门向 WTO 介绍了中国的立法情况和法律等级。并且在《中国加入协议书》中，除了作出了司法审查承诺外，还在法律的统一性和透明度等方面作出了承诺。全国人大于 2000 年 3 月发布了《立法法》以规范立法活动，避免法律冲突，规范法律适用行为。最高人民法院针对司法审查标准和法律适用中存在的问题，作了一定程度的改革。这种改革不仅是为了适应国家的“依法治国”和“深化司法体制改革”方针，而且有利于履行中国政府向 WTO 作出的司法审查承诺。本章将通过这两项法律制度的分析，以及最高人民法院在这两项法律制度中进行的改革，揭示中国的司法审查程序规则与 WTO 要求的司法审查制度的区别。

第一节 司法审查标准

一、WTO 采用的司法审查标准

（一）WTO 司法审查标准文献综述

WTO 司法审查标准是 WTO 争端解决机构（DSB）在解决成员国之间的贸易纠纷时所采用的审查标准。同一事实采用不同的标准，可能会得出不同的结果。因此，对 WTO 司法审查标准的正确确定非常重要。美国法学教授 Croley 和 Jackson 说：“司法审查标准问题是 GATT/WTO 法律体系的试金石。”¹但是，GATT 没有规定司法审查标准。²在 WTO 上诉机构任职主席的 Ehlermann 法官说：在 WTO 上诉机

¹ Steven P. Croley and John H. Jackson, “WTO Dispute Settlement Panel Deference to National Government Decisions: The Misplaced Analogy to the U.S. Chevron Standard-of-Review Doctrine,” in Ernst-Ulrich Petersmann(ed), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*(London, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1997), 187, quote from Matthias Oesch, “Standards of Review in WTO Dispute Resolution,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No.3, 2003, pp.635-659.

² Stefan Zleptnig, “The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority,” *Journal of European Integration online Papers*, Vol.6, No.10, 2002, p.3.

构法律体系中，司法审查标准问题是争论最激烈的问题之一。³在 WTO 从事法律研究的瑞士学者 Matthias Oesch 认为：在确定司法审查标准以前，首先应当确定什么是 WTO 司法审查标准。⁴Oesch 认为，WTO 司法审查标准，是在 WTO 争端解决机构接受成员国的申请，审查成员国的法律和政策是否与 WTO 协议相一致时，所采用的标准。⁵正是因为 GATT 没有规定司法审查标准，在学术界，对 WTO 司法审查应当采用一个什么样的标准问题，存在以下不同的观点：第一种观点认为：WTO 的司法审查标准是法律解释和事实认定标准；美国研究 WTO 法学的教授 M. J. Trebilcock 和 R. Howse 持这一观点。他们认为：“WTO 争端解决专家组，审查 WTO 成员国的国家机关和裁决机关对国内法的规定和解释是否与 WTO 协议相一致，或者审查这些国家机关和裁决机关的行为（包括事实认定）是否与 WTO 协议相一致。”⁶第二种观点认为 WTO 的司法审查标准应当是法律解释标准，美国学者 Thomas Merrill 持这一观点。他认为：“法庭应当审查行政机关对法律的解释是否合理，在符合法律原则下，法庭应当知道法律是可以有多种解释的。”⁷第三种观点是中国最高人民法院法官甘文的观点。甘文认为：“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。这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。”⁸第四种观点是中国学者孙南申。孙教授认为，WTO 没有一个统一的司法审查标准，有关司法审查标准的规定散见于各协议规则中，其基本

³ Claus-Dieter Ehlermann, “Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO,” Policy Paper RSC No. 02/9(2002), p.64, quote from Matthias Oesch, “Standards of Review in WTO Dispute Resolution,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No. 3, 2003, pp. 635-659.

⁴ Matthias Oesch, “Standards of review in WTO panel proceedings,” in Rufus Yerxa and Bruce Wilson, eds, *Key issues in WTO Dispute Settlement, The first ten years*. New York: Cambridge University Press, 2005, p.161.

⁵ Ibid.

⁶ M. J. Trebilcock and R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 2nd ed. London-New York: Routledge, 1999, p69. quote from Stefan Zleptnig, “The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority,” *Journal of European Integration online Papers*, Vol.6, No.10, 2002, p.2.

⁷ Stefan Zleptnig, “The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority,” *Journal of European Integration online Papers*, Vol.6, No.10, 2002, p.3.

⁸ 甘文：“WTO 与司法审查，”《法学研究》2001 年 4 期，第 139 页。

内容大致包括五项基本标准，即：行政程序正当标准、权利正当行使标准、事实认定合理标准、法律合理适用标准和实体规则不得违反标准。⁹

（二）WTO 司法审查标准的确定

1996 年荷尔蒙牛肉案件的发生，¹⁰给 WTO 上诉机构提供了一个确定司法审查标准的机会。因为，《卫生与植物卫生措施实施协议》（《SPS 协议》）没有规定司法审查标准，美国、加拿大和欧盟之间开展了激烈的司法审查标准问题的争执。¹¹美国和加拿大律师认为：WTO 争端解决机构的专家组和上诉机构在审查该案件中应当采用独自重新审查（de novo）的司法审查标准。欧盟律师认为：尊重（deference）法律，才是 WTO 的司法审查标准，特别要尊重欧盟有关人身健康的法律。WTO 上诉机构法官既没有采纳美国和加拿大律师的观点，也没有采纳欧盟的观点，而是将《关于争端解决规则与程序的谅解》（简称 DSU）第 11 条的规定的“客观评价”（objective assessment）作为司法审查的标准。¹²并且认为：“专家组应就其所面对的事项作出客观的评价，包括对该案件的各项事实，以及与各有关协议的适用范围一致性作出客观的评价。”¹³这是 WTO 争端解决机构第一次适用 DSU 第 11 条作为 WTO 的司法审查的标准。¹⁴之后发生的案件，如：鞋类案件、麦麸案件等采用了客观评价标准。并且 WTO 上诉机构在鞋类案件中进一步确认：DSU 第十一条是整个 WTO 协议的司法审查标准，除了《反倾销协定》（ADA）第十一条第六款规定的标准以外。ADA 第十七条第六款第一项中规定：“只要成员国主管机关的结论合理即可，而不要求具有唯一的合理性，审查机构不能以自己的判断取代主管机关的判断，即使审查机构自己作判断会得到不同的

⁹ 孙南申：《WTO 体系下的司法审查》，（北京：法律出版社，2005 年），第 69 页。

¹⁰ 从 80 年代起，欧盟就制定法律，禁止用含有荷尔蒙的食物喂养牛，因为他们认为用荷尔蒙喂养的牛，牛肉会危害人体健康。欧盟为此拒绝美国和加拿大等国家含有荷尔蒙的牛肉进口到欧盟。1997 年美国 and 加拿大向 WTO 争端解决机构提出申请，认为欧盟的作法违反了《卫生与植物卫生措施实施协议》（《SPS 协议》），应当被撤销。

¹¹ Stefan Zleptnig, “The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority,” p. 4.

¹² Ibid.

¹³ 《关于争端解决规则与程序的谅解》第 11 条的规定。

¹⁴ Stefan Zleptnig, “The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority,” p. 5.

结论，也应当对成员国主管机关的判断和结论予以尊重。”因此，ADA 规定的标准与 WTO 一般的司法审查标准不同，它采用事实认定和法律解释标准。这一认定标准包括三项内容：第一，必须是倾销行为；第二，该倾销行为对进口国家的国内产品有实质上的伤害，并且该实质伤害与倾销之间有因果关系；第三，进口国不得不保留与 WTO 协议一致的程序和临时的补救措施。¹⁵

总之，尽管 GATT 没有规定司法审查标准，但是，自从 1996 年牛肉荷尔蒙案件发生后，WTO 采用 DSU 规定的“客观评价”作为司法审查标准。这一标准适用于除了反倾销案件以外的案件。这里需要明确的是，WTO 法律文件不像国内法律规定的那样详细具体，WTO 法律文件多是原则性的规定，¹⁶其采用的司法审查标准也非常宽松，给成员国一定程度的自由裁量的空间。¹⁷但是，这种自由裁量是在客观公正的基础上的，因为，GATT、GATS 和 TRIPS 都要求各成员国要保证对行政行为进行客观和公正的审理。¹⁸

二、WTO 要求中国实行的司法审查标准

根据《中国加入协议》第 2 条 (D) 的规定，中国向 WTO 作出了两方面的承诺：一是，在审查机构方面的承诺。它包括三部分的内容：第一，建立一个公正审判机构，该审查庭应独立于被授权执法的行政机关；第二，该审判机构需要审查在实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为；第三，该审查的程序要客观和公正。一是在诉权方面的承诺，它包括四部分的内容，第一，当事人有寻求救济的权利，凡是“受须经审查的任何行政行为影响的个人或者企业”都有权对行政机关作出的“所有行政行为提起诉讼；”第二，不因寻求救济而受到处罚；第三，当事人进行行政复议后，有起

¹⁵ Lei Yu, “Rule of Law or Rule of Protectionism: Anti-Dumping Practice toward China and the WTO Dispute Settlement System”, *Columbia Journal of Asian Law*, Vol.15, No. 2, 2002, p.330.

¹⁶ 徐宏源、王蓓雪、姚蕾、田志宏：“WTO 争端解决机制研究——以美欧牛肉争端为例，”WTO 与法治论坛网站；2008 年 9 月 26 日下载于 <http://news.wtolaw.gov.cn/gb/info/wtoyfz/lwxc/2007-06/15/1038403785.html>。

¹⁷ 杨嵩、陈良刚：“WTO 与我国司法审查标准，”《比较法学》，2002 年第 2 期，第 87 页。

¹⁸ Julia Qin Ya, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System,” *Journal of World Trade*, Vol.37, No.3, 2003, p.495.

诉权；第四，当事人有上诉权，即司法终局裁决权。¹⁹ 另外，WTO 将对中国加入后 8 年内，每年执行《WTO 协议》及《中国加入协议》的情况进行审议，在第 10 年或者较早的时间内将进行最终的审议。

中国向 WTO 作出的这些承诺，体现在司法审查标准方面，是 WTO 要求中国采用客观公正的司法审查标准。为了保证公正，WTO 要求中国需要建立与行政机关相分离的独立的司法审查机构。

三、中国采用的司法审查标准

中国采用的司法审查标准体现在《行政诉讼法》第 5 条和第 54 条中。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。”这一规定确立了中国的司法审查标准是对具体行政行为的合法性进行审查，学术界称之为：合法性司法审查标准。《行政诉讼法》第 54 条对合法性审查标准包括的内容作了具体规定，即：“人民法院经过审理，根据不同情况分别作出如下判决：

（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。”²⁰（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1. 主要证据不足的；2. 适用法律、法规错误的；3. 违反法定程序的；4. 超越职权的；5. 滥用职权的；²¹（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行；²²（四）行政处罚显示公正的，可以判决变更。²³

中国加入 WTO 后，最高人民法院公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，本规定第六条确定了一个特殊的司法审查标准，专门适用于国际贸易案件，即：对被诉具体行政行为的合法性进行审查，确认合法性的标准是：

（一）主要证据是否确实、充分；（二）适用法律、法规是否正确；（三）是否违反法定程序；（四）是否超越职权；（五）是否滥用职权；（六）行政处罚是

¹⁹ 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

²⁰ 《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 1 项的规定。

²¹ 同上书，第 54 条第 2 项的规定。

²² 《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 3 项的规定。

²³ 同上书，第 4 项的规定。

否显失公正；（七）是否不履行或者拖延履行法定职责。²⁴另外，最高人民法院在《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》和《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》中借鉴了 WTO 的反倾销和反补贴司法审查的标准，²⁵采用了与一般行政诉讼不同的司法审查标准，即：事实问题和法律问题的合法性审查标准。²⁶

总之，中国采用的司法审查的标准是合法性标准，合理性审查是一个例外。另外，最高人民法院将国际贸易案件、反倾销、反补贴等与 WTO 联系密切的行政诉讼案件的司法审查标准，作了专门规定，以适合 WTO 的要求。这些标准是否能够满足 WTO 的要求？中国学者戚建刚认为，中国采用的司法审查标准与 WTO 采用的客观评价标准相比较，缺少客观和公正的内容。²⁷因为，WTO 的客观公正的司法审查标准，不仅包括合法性审查，而且具有合理性审查内容。与 WTO 的要求相比较，中国的司法审查标准存在以下问题。

四、中国采用的司法审查标准存在的问题

合法性审查中的“法”包括的范围过窄。作为司法审查标准的合法性审查的范围，局限在具体行政行为的范围之内。这与 WTO 要求的对行政机关有关的所有行政行为进行审查，特别是要审查成员国法律、法规、政策以及有权机构对法律、法规、政策的解释的要求相差甚远。

合理性审查的规定不具体。有的学者认为，将合理性审查作为司法审查的例外是不妥的。²⁸本文认为这种规定没有什么不妥，世界上许多国家都有如此规定。²⁹但是，中国的行政诉讼法应当对合理性审查的内容进行扩大，并且需要确定标准，明确规定行政权的合理行为受司法权监督的范围。因为，《中国加入议

²⁴ 最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第 6 条。

²⁵ 本章已经论述，WTO 采用事实认定和法律解释的司法审查标准，审查反倾销和反补贴案件。

²⁶ 最高人民法院《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》第 6 条的规定和最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》第 6 条的规定。

²⁷ 戚建刚：“WTO 与我国行政行为司法审查制度的新发展，”《法学》2001 年第 1 期。转引自甘文：“WTO 与司法审查，”《法学研究》，2001 年 4 期，第 132。

²⁸ 孙南申：《WTO 体系下的司法审查》，（北京：法律出版社，2005 年），第 64 页。

²⁹ 澳大利亚的司法审查制度将“明显的不合理”作为司法审查的对象。

定书》要求中国在进行司法审查时要客观公正，这实际上是要求法院不仅要对具体行政行为的合法性进行审查，而且还要对一定范围的合理性进行审查。如：《中华人民共和国反倾销条例》第 25 条规定：商务部应当对倾销及倾销幅度、损害及损害程度继续进行调查，并根据调查结果作出终裁决定，予以公告。如果商务部经过调查认为一项进口产品没有造成对国内同样产品的实质性损害或损害威胁，因而它不属于倾销。如果当事人对该裁决不服，起诉到法院。按照《中国加入议定书》的要求，法院对此案件的审查除了审查合法性外，对商务部确认的“没有造成实质性损害或损害威胁”的合理性也应当进行审查。

滥用职权的司法审查标准不明确。澳大利亚法官 Peter McClellan 认为，中国《行政诉讼法》第 54 条规定的“滥用职权”和“显示公正”与第 5 条规定的合法性审查标准不一致。它们应当属于合理性审查，而不是合法性审查标准。³⁰Peter McClellan 还认为，中国的“显示公正”与澳大利亚行政诉讼法中的“明显的不合理”相同，它应当属于司法审查的范围。但是，中国需要对“滥用职权”作进一步的解释，并将它纳入合理性审查的范围之内。

中国缺少行政程序法。行政程序包括行政执行的步骤、方式、时间顺序等程序过程，它是行政机关执法时，应当遵守的程序规则。应松年教授认为，“没有公正的程序，就没有公正的执法。”³¹学者章剑生认为，现代行政权的核心是自由裁量权，控制自由裁量权的方法之一是程序机制，而程序机制法律化的产物是行政程序法。³²合法性审查标准的“法”不仅包括实体法而且包括程序法。因此，行政机关执法的法定程序，属于法院审查的对象。但是，中国目前没有《行政程序法》，法院怎样判定行政机关的执法程序是否“符合法定程序？”³³

第二节 司法审查的法律适用

一、司法审查法律适用概述

³⁰ Peter McClellan, “Australian Administrative Law,” paper presented at International Symposium in Hangzhou, P. R. China. Oct 30—Nov 4, 2006.

³¹ 陈杰人：“时报：湖南《行政程序规定》的先驱意义，”《南方日报》，2008年4月24日，第A02版。

³² 章剑生：《行政程序比较研究》，（杭州：杭州大学出版社，1997年），第1-8页。

³³ 《行政诉讼法》第54条第2款第3项的规定。

司法审查的法律适用，也称行政诉讼法律适用，它是人民法院在审理行政案件、审查具体行政行为合法性的过程中，具体运用法律规范作出裁判的活动。³⁴法律适用是决定案件能否得到公正审理的关键，针对同一事实，采用不同的法律规范，将会产生不同的结果。《行政诉讼法》第 53、54 条对行政诉讼法律适用问题作了规定。最高人民法院于 2004 年 5 月公布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，对人民法院应当遵循的法律适用问题，作了进一步解释。

中国在申请加入 WTO 时，有些成员国提出中国法院的法律适用不严谨、立法层级混乱、立法过程不透明、法律冲突严重等问题。中国在《中国加入工作组报告书》第 66 条中，专门向 WTO 介绍了中国的法律层级以及立法体系。³⁵中国的法律层级和立法体系如下：全国人民代表大会及其常务委员会行使国家的立法权，有权制定《宪法》和法律。国务院，即中国中央人民政府，为国家最高执法机关。依照《宪法》和相关法律，国务院制定行政法规。国务院各部、各委员会和其他有关部门(统称“各部门”)可在其各自部门的职责范围内并依照法律和行政法规发布部门规章。省级人民代表大会及其常委会可通过地方性法规。省级政府有权制定地方性政府规章。全国人民代表大会及其常务委员会有权废止与《宪法》和法律相抵触的行政法规，以及与《宪法》、法律和行政法规相抵触的地方性法规。国务院有权废止与《宪法》、法律或行政法规不一致的部门规章和地方政府规章。³⁶

二、行政诉讼法律制度规定的法律适用

人民法院面对如此之多的规范性文件，在承办行政诉讼案件中如何适用法律？《行政诉讼法》在第 52 条和 53 条规定了法律适用的一般原则：人民法院审理行政案件依据法律和法规，参照规章。

³⁴ 刘秀华、黎丁嘉：“关于行政诉讼法律适用问题思考，”《法制与社会》2008 年第 3 期，第 109 页。

³⁵ 《中国加入工作组报告书》第 66 条的规定。

³⁶ 《中国加入工作组报告书》第 66 条的规定。

依据法律和法规。《行政诉讼法》第 52 条规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”这里的“依据”是指：法院在审理行政诉讼案件时，对法律、法规等规范性文件必须加以适用。

参照规章。《行政诉讼法》第 53 条规定：“人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部委制定、发布的规章不一致的，以及部委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”这里的“参照”是指：法院审理行政案件时，对规章等规范性文件是参照适用。也就是说：法院认为行政机关依照规章作出的具体行政行为合法，应当确认其效力，判决维持；但是，如果该规章与法律或者行政法规不一致的，应当适用法律和行政法规。

司法解释的法律适用。《行政诉讼法》公布之后，最高人民法院公布了《关于执行〈行政诉讼法〉若干法律问题的解释》，将如何适用司法解释的问题作了规定，即：“人民法院审理行政案件，适用最高人民法院司法解释的，应当在裁决文书中援引。”³⁷

反倾销、反补贴行政案件的法律适用。最高人民法院 2002 年 11 月 21 日发布的《关于反补贴行政案件适用法律若干问题的规定》和《关于反倾销行政案件适用法律若干问题的规定》规定：法院审理反倾销、反补贴行政案件时，依照法律、行政法规，参照国务院部门规章。³⁸反倾销和反补贴的法律适用问题与一般案件和法律适用有区别。法院审理如此案件，只能依照国务院行政法规，参照国务院部门规章，对地方法规和地方规章既不予依据也不予参照。

³⁷ 最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干法律问题的解释》第 62 条的规定。

³⁸ 最高人民法院《关于审理反补贴行政案件适用法律若干问题的规定》第 6 条，《关于审理反倾销行政案件适用法律若干问题的规定》第 6 条。

国际条约在中国的适用。《行政诉讼法》第 72 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”因此，法院在审理涉外行政案件时，首先应当适用国内行政法律，当国内行政法律与国际条约有冲突时，适用国际条约。

三、法律冲突以及法律适用选择

（一）法律冲突概况

由于中国有中央立法、地方立法、人大立法、行政机关立法以及司法解释，因此，法律冲突在所难免。罗豪才和湛中乐主编的《行政法学》教材将法律冲突的现象总结为以下五类：第一，不同层级法律规范之间的冲突。如：行政法规与法律、地方规章与行政法规、地方性法规与法律，部门规章与法律、行政法规等相冲突；第二，同一等级之间的法律规范冲突。如：各部、委规章之间的冲突，各地方人民政府规章之间的冲突，各地方权力机关地方性法规之间的冲突，各民族自治地方自治条例、单行条例之间的冲突等；第三，部门行政法律规范与地方行政法律规范之间的冲突。主要表现为部门规章与地方法规的冲突，部门规章和地方政府规章之间的冲突；第四，不同时期发布的法律文件中的行政法律规范的冲突。主要表现为新法和旧法的不衔接与矛盾，特别法与普通法之间的冲突以及单行法与法典之间的冲突等；第五，条约与法律、法规的冲突，最高人民法院司法解释与法律、法规的冲突等。³⁹

（二）法律冲突及其法律适用选择

针对中国法律冲突严重、适用法律困难等状况，最高人民法院于 2004 年公布了《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，规定了法院在法律冲突的情况下如何适用法律的问题。即：“调整同一对象的一个或者两个以上的法律规范因规定不同的法律后果而产生冲突的，一般情况下应当按照立法法规定的上位法优于下位法、后法优于前法以及特别法优于一般法等法律适用规则，判断和选择所应适用的法律规范。冲突规范所涉及的事项比较重大、有关机关对是否

³⁹ 罗豪才、湛中乐：《行政法学》，（北京：北京大学出版社，2006 年），第 525-526 页。

存在冲突有不同意见、应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问或者按照法律适用规则不能确定如何适用时，依据立法法规定的程序逐级送请有权机关裁决。”⁴⁰《纪要》还规定了法律冲突的适用规则，第一，下位法与上位法冲突的，法院应当适用上位法；第二，特别法与普通法冲突的，特别法优于普通法。第三，地方法规与部门规章冲突的，人民法院按照下列情形适用：法律或者行政法规授权部门规章作出实施性规定的，其规定优先适用；尚未制定法律、行政法规的，部门规章对于国务院决定、命令授权的事项，或者对于中央宏观调控的事项、需要全国统一的市场活动规则及对外贸易和外商投资等需要全国统一规定的事项作出的规定，应当优先适用；地方性法规根据法律或者行政法规的授权，根据本行政区域的实际情况作出的具体规定，应当优先适用；地方性法规对属于地方性事务的事项作出的规定，应当优先适用；尚未制定法律、行政法规的，地方性法规根据本行政区域的具体情况，对需要全国统一规定以外的事项作出的规定，应当优先适用；能够直接适用的其他情形。不能确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院按照立法法第八十六条第一款第(二)项的规定送请有权机关处理。第四，规章冲突的选择适用。部门规章与地方政府规章之间有冲突的，人民法院按照下列情形适用：法律或者行政法规授权部门规章作出实施性规定的，其规定优先适用；尚未制定法律、行政法规的，部门规章对于国务院决定、命令授权的事项，或者对属于中央宏观调控的事项、需要全国统一的市场活动规则及对外贸易和外商投资等事项作出的规定，应当优先适用；地方政府规章根据法律或者行政法规的授权，根据本行政区域的实际情况作出的具体规定，应当优先适用；地方政府规章对属于本行政区域的具体行政管理事项作出的规定，应当优先适用；能够直接适用的其他情形。不能确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决。第五，国务院部门之间的部门规章有冲突的，人民法院按照下列情形选择适用法律：适用与上位法不相抵触的部门规章规定；与上位法均不抵触的，优先适用根据专属职权制定的规章规定；两个以上的国务院部门就涉及其职权范围的事项联合制定的规章规定，优先于其中一个部门单独作出的规定；能够选择适用的其他情形。不能

⁴⁰ 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，2004年5月18日公布。

确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决。第六，国务院部门或者省、市、自治区人民政府制定的其他规范性文件对相同事项的规定不一致的，参照上述精神处理。第六，新法与旧法的冲突，一般情况下选择适用新法。

（三）法官的解释法律权

在裁判案件中解释法律规范，是人民法院适用法律的重要组成部分。根据《纪要》的规定，人民法院一般按照法律规范的通常语义进行解释；有专业上的特殊涵义的，该含义优先；语义不清楚或者有歧义的，可以根据上文和立法宗旨、目的和原则等确定其涵义。

四、WTO 法律文件在中国的适用

中国代表在《中国加入工作组报告书》第 67 条表明：“中国一贯忠实履行其国际条约义务。根据《宪法》和《缔结条约程序法》，《WTO 协定》属于“重要国际协定，”需经全国人民代表大会常务委员会批准。中国将保证其有关或影响贸易的法律法规符合《WTO 协定》及其承诺，以便全面履行其国际义务。为此，中国已开始实施系统修改其有关国内法的计划。因此，中国将通过修改其现行国内法和制定完全符合《WTO 协定》的新法的途径，以有效和统一的方式实施《WTO 协定》。”

中国代表《中国加入工作组报告书》第 68 条确认：“行政法规、部门规章及中央政府的其他措施将及时颁布，以便中国的承诺在有关时限内得以全面实施。如行政法规、部门规章或其他措施未能在此类时限内到位，则主管机关仍将信守中国在《WTO 协定》和议定书(草案)项下的承诺。中国代表进一步确认，中央政府将及时修改或废止与中国在《WTO 协定》和议定书(草案)项下的承诺不一致的行政法规或部门规章。”

由此看来，中国不对《WTO 协定》直接适用，而是采取修改国内法律文件的方式加以转化适用。如果行政法规、部门规章或其他措施未能及时到位，应当适用《WTO 协议》。为了履行承诺，也为了规范中国立法活动，中国从 90 年代起，就对其法律体系进行了大量的整理工作，据《人民日报》2006 年 12 月 18 日的报

道称：中国自 1999 年以来，中央和地方政府在调整与贸易有关的法律制度与制度运行方面作了大量工作。从 1999 年底到 2006 年 10 月，全国人大及其常务委员会制定、修改与贸易有关的法律 21 件；国务院制定、修改、停止执行有关行政法规约 100 件；国务院有关部门制定、修改、废止部门规章和其他政策措施 1000 多件。⁴¹截至 2003 年 7 月底，全国 31 个省、自治区、直辖市和 49 个较大的市修改、废止地方性法规、地方政府规章和其他政策措施约 20 万件。⁴²

五、法律适用中存在的问题

美国教授 Donald Clarke 对中国法律整理工作的评价是：“尽管中国作出了上述努力，但是，这样大批的审查现行法律法规是否符合 WTO 协议的工作，必定会有很多的漏洞。因为，有些法律文件比较容易审查，有些法律文件具有高度的专业性，这些文件应当由专家组成审查小组，针对事实进行全面听证。”⁴³Clarke 教授还说：“如果中国的法律文件与 WTO 协议有不一致的地方，不足为奇。中国政府在解决与 WTO 相关问题和国内法不一致的问题方面作了大量的工作，是值得肯定的。”本文认为，中国政府的作法值得赞扬，在此不能不指出法律适用中存在的问题仍然非常严重。这里注重论述以下三个问题，法律冲突、宪法司法化、违宪审查和法律解释。

（一）法律冲突问题

这里的法律冲突可以概括两部分，一是国内法律规范之间的冲突；二是国际法律规范与国内法律规范之间的冲突。

首先，国内法律规范之间的冲突。尽管最高人民法院规定了在法律冲突的情况下，人民法院如何适用法律。但是，这不能够从根本上解决问题，因为，产生法律冲突的根源在于立法机制不健全、立法机关众多等原因。全国人大试图通过《立法法》、国务院通过《行政法规制度程序条例》和《行政规章制定程序条

⁴¹ 石国盛：“中国入世 5 年贸易法律大调整”，《人民日报》，2006 年 12 月 18 日，第 10 版。

⁴² 同上书。

⁴³ Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance,” *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 2, No. 1 (2003), pp. 104-105.

例》等形式，解决法律冲突的问题。但是，这些法律文件涉及的范围在于法律、法规、自治条例和单行条例以及规章，对行政决定、命令、通告、批准、行政指导等等“红头文件”没有规定。对这些文件的合法性审查成为法院审理案件的障碍。因为，《行政诉讼法》将对这些“红头文件”审查排除在司法审查的范围之外，《立法法》没有将这类文件纳入备案的范围。这些“红头文件”成为法律监督的真空。最高人民法院公布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，要求法官在适用规章时，要对规章的合法性进行审查，也没有涉及“红头文件”的问题。人民法院特别是地方人民法院迫于当地政府的压力，明知当地政府的这些“红头文件”有的是违反法律或者法规的文件，也不得不适用。

其次，国际与国内法律规范之间的法律冲突。《中国加入协议》规定，中国不对《WTO 协定》直接适用，而是采取修改国内法律文件的方式加以转化适用。如果法律文件不能及时到位，可以直接适用《WTO 协议》。⁴⁴美国法学教授 Donald Clarke 对中国直接适用《WTO 协议》的承诺，持怀疑态度。他认为：“中国的 WTO 义务将不会成为中国国内法律的一部分，并对法院和政府产生约束，除非中国正式制定相应的国内法律和法规，把 WTO 义务纳入进去。”⁴⁵Clarke 教授认为，法官在适用法律时，按照法律规定，上位阶法优于下位阶法，当它们之间存在冲突时，法官应当适用上位阶法。但是，实际情况却相反。本文赞同 Clarke 教授的观点。因为，中国法官特别是地方法官迫于地方政府压力，往往适用地方政府公布的地方文件。甚至当法律与宪法相违背时，法官适用法律而不是宪法。如：宪法规定公民有游行示威、言论自由等的权利，并且规定，如果公民的这些权利遭到行政机关的侵害，公民有控告的权利，行政机关有赔偿的义务。但是，《行政诉讼法》没有将这些权利列为司法审查的范围，法院不会受理此类案件。另外，原最高人民法院原院长肖扬在法院审判工作座谈会上指出：“人民法院在审判中，既要熟悉国内法律，又要熟悉 WTO 规则；既要把握国际条约转化为国内法的“转化适用”的艺术，又要根据国内法律的规定做好司法解释；既要确保国际条约在我国得以正确实施，又要注意维护国家司法主权和

⁴⁴ 《中国加入工作报告书》第 67 条的规定。

⁴⁵ Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance,” *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 2, No. 1, 2003, p. 99.

法律尊严。”⁴⁶这一讲话表明了最高人们法院反对直接溶入的立场。⁴⁷最高法院法官孔祥俊和曹守华认为，除非国内法对有关国际条约规则的适用作出明确具体的规定，国际条约规则不适用于国内法。⁴⁸最高人民法院的观点证明了，即使中国法律文件不到位，中国也不会轻易的直接适用《WTO 协议》，而是主张制定或者修改中国法律文件，适用中国法律。

（二）宪法不具有司法化

宪法司法化，是指宪法可以像其他法律法规一样进入司法程序，直接作为法官裁判案件的法律依据。⁴⁹中国的宪法不具有司法化，法官不可以将宪法作为法律依据。这种法律体制，导致宪法规定的公民的一些权利得不到保护。如：游行示威、集会自由、言论自由等等权利不在行政诉讼法保护的范畴。另外，公民的姓名等权利也不受行政诉讼法的保护。使得宪法规定的公民的这些权利成为了一纸空文。如：齐玉苓姓名权和受教育权被侵犯案件。⁵⁰受理案件的山东省枣庄市中级人民法院，除了宪法外，没有找到任何可以作为对本案进行判决的法律依据。在国际环境下，WTO 要求中国的司法审查制度要公正，充分保护诉权，在中国宪法不具有司法化的前提下，很难实现 WTO 的这一要求。

（三）司法审查不具有违宪审查功能

⁴⁶ 徐来：“肖扬在人民法院”入世”后审判工作座谈会上提出转变司法观念提供司法保障，”《法制日报》2001年11月21日第1版（引用最高人民法院院长肖扬的话），转引自 Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance,” *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 2, No. 1, 2003, p. 102.

⁴⁷ Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance,” *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 2, No. 1, 2003, p. 99.

⁴⁸ Donald C. Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance.” p. 99.

⁴⁹ 瞿小波：“代议机关至上，还是司法化？”《中外法学》2006年第4期，第427页。

⁵⁰ 齐玉苓案件简介：1990年原告齐玉苓参加中考，被济宁市商业学校录取为委培生。但是，原告就读的滕州市第八中学在收到录取通知书后，将它送给了和齐玉苓同班的陈某。陈某以齐玉苓的名义在该校就读，陈某毕业后被分配在银行工作。直至1999年初，原告才得知自己被陈某冒名10年的事情。原告以侵犯姓名权和受教育权为由，将陈某、陈父以及山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东滕州市教育委员会告上法庭，要求上述被告赔偿经济损失和精神损失。山东省枣庄市中级人民法院受理此案后，认为齐玉苓的姓名权和受教育权是宪法赋予她的权利，不容侵害。但是，法院不可以依照宪法来判决本案。枣庄市中级人民法院只有请示最高法院。最高法院于2001年6月28日作出批复，即：《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》。至此，齐玉苓得到了10万元的赔偿。这一案件在中国引起法律界的思考：宪法应该司法化。

中国的司法审查不具有违宪审查功能，导致法官没有违宪审查权，尽管法官在审理案件中发现下位阶法律与上位阶法律发生冲突，在判决书中无权判决下位阶法律无效。按照《立法法》的规定，对法律进行评价或者进行违宪审查的权力属于立法机关和行政机关。法官的权力仅在于选择适用法律权，并且要避免对冲法律的评价，不然会招致麻烦。如：洛阳中级人民法院法官李慧娟于 2003 年在审理一起种子案件中认为：“……《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效……。”李法官认为，她是根据《立法法》规定的作出的判决。李法官为此遭到了河南省和洛阳市人大的“严肃处理。”⁵¹另外，这种司法审查制度不具有违宪审查功能的缺陷，是对人权的极大损害。如：2003 年 3 月 17 日，27 岁的孙志刚在去网吧的路上，因没有带任何证件，被广州市天河区黄树村派出所依照《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》中规定的“三无”人员，送到收容遣送中转站收容审查。第二天被送到医院，两天后死亡，死因是被殴打致死。⁵²为此，在中国引起了三位法学博士⁵³联名上书全国人大，要求取消这部与《宪法》和《立法法》相冲突的行政法规。这三位博士是根据《立法法》第 90 条第 2 款规定，公民认为行政法规同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人大常委会书面提出进行审查的申请。⁵⁴如果中国有违宪审查制度，《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》可能会因为违宪而被取消，孙志刚就不会被殴打致死。⁵⁵从国际环境来看，中国作为 WTO 的一个成员国，WTO 司法审查的功能之一是违宪审查，即：WTO 有权宣告成员国实施的有关贸易的法律文件不符合 WTO 协议而无效。国内、国际环境都要求中国尽快健全司法审查制度，建立违宪审查功能。

⁵¹ 郭国松：“法官判地方性法规无效：违法还是护法，”《南方日报》，2003 年 11 月 20 日。

⁵² 桂宏诚：“中国大陆的宪政焦点：宪法司法化和违宪审查的建立，”《国政研究报告》，内政（研）095-009 号，2006 年 11 月 22 日。

⁵³ 三位博士是：华中科技大学法学院的俞江，中国政法大学法学院的藤彪，北京邮电大学文法学院的许志刚，他们都毕业于北京大学法学院。

⁵⁴ 桂宏诚：“中国大陆的宪政焦点：宪法司法化和违宪审查的建立。”

⁵⁵ 2003 年 6 月 20 日，国务院总理温家宝签署国务院令，公布《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》，标志者《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》被废止，最后一些城市的收容遣送相关条例和制度亦陆续废止。

（四）法官没有法律解释权

《行政诉讼法》规定，人民法院认为地方规章与国务院部委的规章不一致的，以及国务院部委之间的规章不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。⁵⁶《立法法》规定其他国家机关（这里包括人民法院）、企事业单位以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究。必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。⁵⁷因此，对法律的解释权在人民代表大会和行政机关，法院没有法律解释权。《纪要》对法官法律解释的规定，仅限制在对法律语义和涵义之内的解释，并且要根据法律的立法宗旨、目的和原则确定法律的涵义。

（五）法院判决书不透明

这里包括两方面的内容：一是，法院的行政诉讼判决书不公开。它不像英美法系国家那样，向社会公布每一份法院判决书，非常容易在互联网上搜索到法院判决书；二是，判决书的内容不透明。法院在制作判决书中，对事实、证据、法律适用等的阐述，不像英美法系国家的法院判决书那样详细具体。为了规范行政诉讼判决书，最高人民法院与 2004 年 12 月公布了《一审行政判决书样式（试行）的通知》，并且鼓励法官适用法律时叙述详尽。但是，由于中国法官没有违宪审查权、没有法律解释权，使得法官在制作判决书中不能够将适应法律的过程和法官对法律的理解等写进判决书中。这与英美法系和大陆法系的法院判决书的制作方式有很大的不同。在英美法系国家，由于其执行的是判例法。法官在制作判决书时，要将双方或者多方争执的事实、证据、对判例的适用等叙述详尽，并且要将法官的观点以及对判例的理解等叙述清楚。因为，法官的这一判决将公布出来，成为下一个案件的判例来适用。

⁵⁶ 《中华人民共和国行政诉讼法》第 53 条和规定。

⁵⁷ 《中华人民共和国立法法》第 90 条第 2 款的规定。

结 论

本论文研究的中心问题是中国如何实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。为了回答这一问题，本论文对中国行政诉讼法律制度的受案范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用等七项法律制度进行了全面分析，指出了中国司法审查制度存在的问题。分析了最高人民法院对司法审查制度改革当中存在的问题、受到的阻力、继续改革的动力和方向。

一、中国入世的司法审查承诺

中国如何实现 WTO 司法审查承诺，是一个有争论的话题。多数学者认为，WTO 借鉴了美国的司法审查标准，¹中国政府只有采用三权分立理论，仿效美国的独立司法审查制度，才能够实现其向 WTO 作出的司法审查承诺。本论文对中国向 WTO 作出的司法审查承诺内容概括为：独立、公正和诉权。“独立”是中国的司法审查应独立于被授权执法的行政机关；“公正”是中国的司法审查程序要客观和公正；“诉权”是中国的司法审查范围应当包括在实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为，并且实行司法终局裁决。²中国宪法在中国加入 WTO 以前对司法审查的独立性、公正性和诉权制度就有规定。首先，司法审查的独立性。《宪法》第 126 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”宪法的这一规定与 WTO 要求的独立司法审查制度相同。其次，司法审查的公正性。《宪法》第 125 条规定：“人民法院审理案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。”公开审理案件是保证司法审查程序客观和公正的一个重要方面。最后，保护诉权。《宪法》第 41 条规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是，不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理，任何人不得压制

¹ Sylvia Ostry, “China and the WTO: the Transparency Issue,” *UCAL Journal of International Law & Foreign Affairs*, No. 1, 1998, p. 3.

² 世界贸易组织：《中华人民共和国加入议定书》第 2 条（D），2001 年 11 月 10 日，多哈。

和打击报复。由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”宪法规定的公民诉权范围比较广泛，这一范围超越了 WTO 要求的诉权范围。因为，WTO 仅要求司法审查的范围包括：“实施与 WTO 协议有关的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定中发生的所有行政行为。”另外，中国政府将“依法治国，建设社会主义法治国家”写入了《宪法》。³

由此来看，中国的入世司法审查承诺与中国宪法规定是一致的。但是，在司法实践中，司法审查的独立性、公正性和诉权没有得到很好的执行，原因是多方面的，主要原因在于司法体制不健全，而不应当归咎于中国的国家制度、宪法体系不具备实现司法审查独立、公正和保护诉权的条件。因此，本论文认为改变中国、实行三权分立理论、建立美国式的司法审查制度，并不能解决中国法律制度面临的难题。本论文采用制度主义理论框架，根据中国《宪法》的规定，结合中国的政治、经济、法律制度、最高人民法院进行的行政诉讼法律制度改革、考察中国履行司法审查承诺的状况，指出了尽管中国的司法审查制度存在诸多问题，并且中国的入世增加了体制摩擦。但是，由于近年来的法律体制改革，中国的司法体制和行政诉讼法律制度正在日益接近 WTO 要求的司法审查制度。

二、司法体制和行政诉讼法律制度改革

（一）司法体制改革

随着中国的社会主义市场经济的进展，人治已经不能够适应市场经济的要求，中国必须进行政治和法律制度改革，用法律手段调整市场经济。正像本论文第四章所述，中国政府进行了多次司法改革，1997 年十五大提出了“依法治国”的方针，同时还提出了“推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立、公正地行使审判权和检察权。”⁴2001 年中国加入 WTO，作出了司法审查承诺，中国政府承诺中国的司法权应当独立于行政权，保障司法审查的客观和公正性，并且要充分保护当事人的

³ 《中华人民共和国宪法》第 5 条的规定。

⁴ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识，”《中国党政干部论坛》，2008 年第 2 期，第 34 页。

诉权。2002年，十六大提出“推进司法体制改革，”使改革方向由“制度改革”推向了“体制改革。”提倡社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求，完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度，进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。2007年，十七大在十五大和十六大提出的“推进司法改革”“推进司法体制改革”的基础上，提出了“深化司法体制改革”。⁵表明中国的司法体制改革已经由浅入深，正在向纵深发展。

（二）行政诉讼法律制度改革

在中国政府进行司法体制改革的同时，最高人民法院通过公布司法解释的方式对行政诉讼法律制度作过多次改革。

司法审查范围和诉权制度的改革。《行政诉讼法》采用列举的方式规定了司法审查的范围，并且规定公民的诉权要在受案范围之内行使。因为，该范围仅限于行政机关作出的具体行政行为中，并且对合法权益的保护范围有限制，很多涉及公民民生的行政案件得不到行政诉讼法律的保护。最高人民法院对司法审查的范围作过几次调整，扩大解释了具体行政行为和合法性权益保护的范畴。特别是2008年4月公布《关于充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障的通知》，将教育权、劳动权、收入分配、医疗卫生等有关民生的行政案件，纳入了司法审查的范围。

管辖法律制度改革。为了解决司法权受行政权干预的问题，最高人民法院在管辖法律制度方面作了不少的努力。最高人民法院原院长肖扬，在多次重要场合呼吁进行行政审判管辖法律制度改革，于2007年12月最高人民法院公布了《关于行政案件管辖若干问题的规定》，该规定建立了提级管辖制度，将县级以上人民政府为被告的案件，交由中级法院管辖。最高人民法院试图依靠对管辖制度的改革，解决司法权受干预、司法权地方化、地方保护主义等问题。

⁵ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识。”

行政审判制度改革。WTO 要求中国法律要统一、透明、不歧视。最高人民法院在中国加入 WTO 的前后时间内，对司法解释进行了清理。废除和修改了与 WTO 不相一致的司法解释，公布了与 WTO 有关的新的司法解释。如：2002 年 8 月 27 日公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，2002 年 11 月 21 日公布了《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》和《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》。

证据制度改革。《行政诉讼法》在证据方面的规定仅有 6 条，不能够满足法院审理行政案件的需要。最高人民法院于 2002 年 7 月颁布了《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，明确了心证公正的证据规则，确立了质证、认证、调查取证等程序规则。

法律适用制度改革。《行政诉讼法》规定：法院审理行政案件依据法律、法规，参照规章。在司法实践中，法院适用的法律规范，时常出现法律冲突问题，加上中国的司法审查制度不具有违宪审查功能，使得法官在审理行政案件中，无权判决下位阶法律无效。2004 年 5 月公布了《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，对法院在审理行政案件中发现法律冲突问题，法官有权按照《立法法》选择适用法律，这一改革赋予了法官具有选择法律适用的权力。

三、司法审查制度存在的问题

中国进行的司法体制改革，由于对司法权在政治体制中的地位界定未予明确，司法权的权力地位不清楚，使得司法体制改革多停留在研讨论证过程之中，具体的改革则由司法机关自我探索。⁶另外，最高人民法院既要履行 WTO 司法审查承诺，又要遵守中国政治、经济、法律制度。因此，对行政诉讼法律制度的改革，并没有涉及

⁶ 同上。

到司法权、司法审查功能和原则，它改革的范围限于对司法审查制度的技术方面。⁷ 因此，这些改革与 WTO 要求的司法审查制度仍然有差距。

（一）司法权没有从行政权中分离出来

尽管中国从 1997 年以来一直在进行司法体制改革，但是，这些改革没有具体的改革措施，司法权在整个国家权力机构中的法律地位没有改变，司法机关的人财物仍然隶属于行政机关，法院不能够摆脱政府机关的“领导。”正是由于司法权的“隶属”于行政权，使得行政诉讼法律制度的功能和原则都存在一定的问題。

（二）司法审查的功能存在问題

《行政诉讼法》第一条规定：“为了保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”这一规定说明，中国司法审查的功能除了具有“保护公民、法人和其他组织的合法权益外，”还有“维护和监督行政机关依法行使职权”的功能。行政权本身就有维护自己权力的功能，它的威力有时会超越司法权。权力制约理论的理论基础是凡有权力就要受到监督，而不是对其进行维护。

（三）司法审查原则存在问題

正是因为司法审查的“维护”和“监督”行政机关的功能存在问題，导致司法审查的原则出现问題。首先，表现的是诉权范围窄。在司法审查的“维护行政机关”功能的前提下，《行政诉讼法》只能够将行政机关的一部分行为，即具体行政行为，交给司法权进行监督；其次，独立审判原则得不到落实。尽管《宪法》和《行政诉讼法》都规定人民法院独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。但是，《行政诉讼法》规定的“监督”能力非常有限，不仅司法权难以监督行政权，反过来行政权时常干涉司法权；再次，合议制原则导致法官审理案件不独

⁷ Benjamin L. Liebman, “China’s Courts: Restricted Reform,” *The China Quarterly*, No. 191, 2007, p. 620.

立。司法权除了有来自外界的干扰外，也有来自本身的干涉，合议制原则是一个例子。合议制是三人以上单数的审判员组成合议庭，审判结果采用少数服从多数的方针。⁸这一原则使得法官无权独立承办案件，而法官独立行使审判权是实现司法独立的前提，法官独立也是 WTO 要求的司法审查制度的内容之一。再次，行政审判不适用调解原则不符合司法审查效率的要求。最高人民法院于 2007 年 12 月公布了《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》，人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当，可以建议被告改变其所作的具体行政行为，原告同意后可以申请撤诉。但是，这种调解不适用于所有的行政案件，只能是在行政机关有权进行调解的范围之内，如：民事行为。这与 WTO 要求中国司法机关“迅速审查”所有的行政行为相违背。最后，具体行政行为不停止执行原则严重影响了公民对诉权的行使。

综上所述，正是因为司法审查的独立性、功能和原则存在一定的问题，使得本文研究的司法审查的七项制度——司法审查的范围、诉权、行政审判、管辖、证据、司法审查标准和法律适用都存在问题。如：司法审查范围窄、诉权不能够得到充分保护、管辖制度没有解决司法不独立和地方保护主义等问题、法官在证据中的认证不独立、证明对象窄、司法审查不具有违宪审查功能等缺陷。这些缺陷严重影响了中国履行 WTO 司法审查承诺，也不符合中国政府提出的建设社会主义法治国家的要求。

四、改革中的阻力和改革方向

如前所述，WTO 要求的司法审查制度包括三方面：独立、公正、诉权。这里最关键的是司法独立，只有在司法独立的基础上，才可以充分的保护公民的诉权，实现司法公正。中国要到达司法独立，必须进行司法体制和行政诉讼法律制度的改革。这些改革在中国有一定的阻力，也有动力。

自从中国改革开放以来，没有停止过对其政治制度、法律制度改革，并且中国领导人清楚的认识到了，搞经济建设必须有政治和法律制度作保障。因此，依法治国理

⁸ 罗豪才、湛中乐：《行政法学》，（北京：北京大学出版社，2006 年），第 494 页。

论已经成为宪法的一项基本原则，依法行政也已经成为行政机关必须遵守的执法原则。但是，这些理论原则要深入到实际，尤其深入到基层是非常困难的。首先，中国长期形成的人治观念，很难根本铲除；其次，自建国以来《宪法》就赋予行政机关有权管理司法机关的人财物，至今没有改变；再次，中国的人事任免制度，赋予行政官员具有超越法官的权力。如：县长是本县人事任免组的决策人之一，有权决定本县法院院长的任免。这些制度不予改变，很难实现司法独立。如果对这些制度进行改革，将会缩小行政权，减少行政官员的威力。在实际生活中，这些行政官员是体制改革的决定者。让他们主动的让位或者是让他们主动的让出权力和地位，并非容易之事。从2004年中央司法改革领导小组提出的35项改革措施，⁹到近年来司法改革的实践，真正触及人财物管理等体制方面的改革还较少触及。¹⁰

中国已经制定了目标，到2010年将建立具有中国特色的社会主义法律体系。¹¹司法独立、公正、效率、权威是到达这一目标的关键。但是，中国目前的司法体系还没有实现司法独立，其改革的道路还非常漫长。如果中国要建立一个以司法独立为前提的完整的政治体制，需要中国领导人下大决心，重新划定司法权和行政权的权力体制结构，修改宪法，把行政机关管理司法机关人财物的权力划分出来。实际上，十七大已经提出了“深化司法体制改革”的目标，并且提出了“优化职权配置。”¹²关键是如何使这些理论落实到现实，仅仅依靠最高人民法院在法律制度方面的改革是不行的，必须有党、人大等国家机关的支持和行政机关的配合，才能够到达权力机构的优化配置，实现司法独立。另外，把党的“深化司法体制改革”的决策，通过法律形式规定下来，规定司法体制的模式、不受干涉的原则、干涉行为的后果以及处罚方式等内容。将司法体制用法律形式固定下来，符合法治国家的要求，它可以有效的避免不同的领导人有不同的观点，产生不同理论的“人治”弊端。另外，司法独立性改革，对缩小国内体制摩擦也会起到非常大的作用，它可以

⁹ 2004年中央政法委司法体制改革领导小组，提出了司法体制改革的10个方面，35项任务，这35项改革任务中没有将司法机关的人财物管理制度列入司法体制改革的范围。

¹⁰ 姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识。”

¹¹ “吴邦国：“2010年形成中国特色社会主义法律体系，”人民网前方报道组，北京，2008年3月8日电。

¹² 十七大报告提出：“深化司法体制改革，优化司法职权配置，规范司法行为，建设公正高效权威的社会主义司法制度。”

从体制方面减少行政权对司法权的干涉。同时司法独立改革还可以缩小中国与 WTO 之间产生的体制摩擦，因为司法独立是民主法治的象征，而民主和法治是 WTO 司法审查标准之一。

在进行司法体制改革的同时，需要进行行政诉讼法律制度改革。首先，在保护诉权方面，需要扩大司法审查范围，把抽象行政行为、内部行政行为、政治权利等纳入司法审查的范围，建立违宪审查制度。其次，在程序方面，质证、认证、判决书的制作等程序要公开和透明，保证司法审查程序的客观和公正性。

就在完成本论文写作当天的 2008 年 10 月 29 日，全国人民代表大会常务委员会公布了未来五年立法计划，64 部法律将被制定或者修改，《行政诉讼法》被列入了修改的计划之内。¹³专家预计这次修改将会扩大受案范围，并且将在管辖权、行政诉讼调解等方面进行修改。¹⁴这说明中国的司法体制改革和行政诉讼法律制度改革的进程在加快，中国政府建立具有中国特色的社会主义法律体系的目标和实现入世的司法审查承诺指日可待。

¹³ 郭晓宇：“十一届全国人大立法规划出台，”《法制日报》，2008 年 10 月 30 日，第 1 版。

¹⁴ 杨华云：“民事、刑事、行政三大诉讼法入人大立法规划，”安徽电视台，新闻和报纸摘要节目，2008 年 10 月 30 日。

参考文献

英文参考文献

ABC Radio Brisbane. *Inside Queensland's Justice System*. Madonna King 女士主持, Brisbane, 8 October 2008.

Allars, M. *Introduction to Australian Administrative Law*. Sydney: Butterworths, 1990.

Administrative Review Council. *The Scope of Judicial Review Discussion Paper* 2003. Barton, Robert Garran Offices, 2003.

Aronson, M. Dyer B. and Groves, M. *Judicial Review of Administrative Action*. Sydney: Law Book Company, 2004.

Butt, Peter, ed. *Concise Australian Legal Dictionary*. Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2004.

Canadian International Development Agency and Legal Reform Assistance Project. *Workshop on Advanced Procedures in WTO Dispute Settlement*, Hanoi, World Trade Organization, 2007.

Cass, D.Z., Williams, B. G. & Barker, G, eds. *China and the World Trading System--Entering the New Millennium*. Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2003.

Clarke, Donald C. "China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance," *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 2, No.1, 2003, pp.97-118.

Croley, Steven P, and Jackson, John H. "WTO Dispute Settlement Panel Deference to National Government Decisions: The Misplaced Analogy to the U.S Chevron Standard-of-Review Doctrine," in Ernst-Ulrich Petersmann, ed. *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*. London, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1997.

- Douglas, Roger. *Administrative Law*, Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2004.
- Dragnich, Alex, and Rasmussen, Jorgen. *Major European Governments*. Homewood, Illinois: The Dorsey Press, 1978.
- Ehlermann, Claus-Dieter. "Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO." *Policy Paper RSC*, Vol. 9, No. 2, 2002.
- GATT, art. X, 2(b) (c) in Appendix 1, quote from Sylvia Ostry, "China and the WTO: the Transparency Issue," *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, No.1, 1998.
- Hughes, Kent H. "Keeping an Eye on China." Research Paper, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Asia Program, 2002.
- Hung, Veron Mei-Ying. "China's WTO Commitment on Independent Judicial Review-An Opportunity for Political Reform." *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No.1, pp.77-132.
- Kalita, Anjan, "Fact Finding and Right to Information under Article 13 of the WTO Dispute Settlement Understanding."2008 年下载于:
<http://www.indlaw.com/Display.aspx?2767>。
- Keith, Ronald C, *China's Struggle for the Rule of Law*. New York: St. Martin's Press, 1994.
- Liebman, Benjamin L. "China's Courts: Restricted Reform," *The China Quarterly*, No.191, 2007, pp.620-638.
- Lubman, Stanley. "Statement Submitted to the Congressional-Executive Commission China," submitted to the US Congressional Executive Commission on China, February 6, 2002.
- Marbury v. Madison, available at *2000 Street Law, Inc. and the Supreme Court Historical Society*, 2000.

- Matthias, Oesch. "Standards of Review in WTO Panel Proceedings." in Rufus Yerxa and Bruce Wilson, eds., *Key issues in WTO Dispute Settlement, The First Ten Years*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp.161-176.
- Matthias, Oesch. "Standards of Review in WTO Dispute Resolution." *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No. 3, 2003, pp.635-659.
- McClellan, Peter. "Australian Administrative Law." paper presented at the International Symposium in Hangzhou, P.R. China, Oct. 30-Nov 4, 2006.
- Ostry, Sylvia. "China and the WTO: the Transparency Issue." *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, No. 1, 1998, pp.1-22.
- Preston, B. J. "Judicial Review of Illegality and Irrationality of Administrative Decisions in Australia," paper presented to the Joint Seminar on Legality of Administrative Behaviors and Types of Adjudication, Xian, 11-13 April 2006.
- Peerenboom, Randall, *China's Long March toward Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Qin, Julia Ya, "WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System." *Journal of World Trade*, Vol. 37, No. 3, 2003, pp.483-522.
- Robertson, David, *The Routledge Dictionary of Politics*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2002.
- Tanner, Murray Scot, *The Politics of Lawmaking in Post-Mao China*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- Trebilcock, M. J. and Howse, R. eds. *The Regulation of International Trade*, London & New York: Routledge, 1999.

-----*The Constitution Law of 1791*, 2008 年 6 月 27 日下载于:

<http://sourcebook.fsc.edu/history/constitutionof1791.html>。

United States Trade Representative, *2007 Report to Congress on China's WTO Compliance*.
Washington, DC: The Office of the US Trade Representative, 2007, pp.1-108.

Vermeesch, R. B. & Lindgren, K. E. *Business Law of Australia*. Sydney: Butterworths,
1998.

Yu, Lei. "Rule of Law or Rule of Protectionism: Anti-Dumping Practice toward China and
the WTO Dispute Settlement System." *Columbia Journal of Asian Law*. Vol. 15,
No. 2, 2002, pp.295-330.

Zleptnig, Stefan. "The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy
and the Distribution of Legal and Political Authority." *Journal of European
Integration Online Papers*, Vol. 6, No.10, 2002, pp.1-33.

中文参考书目

- 艾永明：“中国古代有无行政法之我见”。《华东政法学院学报》，2002年第4期，第23-28页。
- 陈杰人：“时报：湖南《行政程序规定》的先驱意义”。《南方日报》，2008年4月24日，第A02版。
- 陈泉生：“论我国行政法的产生和发展”。《上海大学学报（社科版）》，1995年第2期，第23-26页。
- 程燎原：《从法制到法治》。北京：法律出版社，1999。
- 戴赢：“证据裁判原则的法理分析”。《贵州学报（社科版）》，2007年第3期，第37-40页。
- 段文：“中国律师行—温情下的暴力”。万通法网站。2008年5月12日下载于：
<http://www.lawspirit.com/cn/h000/h00/1200441643d579.html>。
- 樊崇义、吴宏耀：“刑事诉讼法学五十年回顾与前瞻”。《人民检察》，1999年第12期，第7-11页。
- 甘文：“WTO与司法审查”。《法学研究》，2001年4期，第132-143页。
- 高飞：“论我国的证据制度”。论文下载中心网站。2008年3月19日下载于：
<http://www.studa.net/sifazhidu/070129/1711027.html>。
- 郭国松：“法官判地方性法规无效：违法还是护法”。《南方日报》，2003年11月20日。
- 郭晓宇：“十一届全国人大立法规划出台”。《法制日报》，2008年10月30日，第1版。

桂宏诚：“中国大陆的宪政焦点：宪法司法化和违宪审查的建立”。《国政研究报告》，内政（研）095-009号，2006年11月22日。

国务院法制办公室：《行政诉讼法新解读》。北京：中国法制出版社，2007年。

贺卫方：《司法的制度与理念》。北京：中国政法大学出版社，1998。

姜明安：《行政法与行政诉讼法》。北京：法律出版社，2005年。

姜明安、李洪雷主编：《行政法与行政诉讼法教学案例》。北京：法律出版社，2004年。

姜小川：“对‘深化司法体制改革’意蕴的认识”。《中国党政干部论坛》，2008年第2期，第33-34页。

孔祥俊：“行政诉讼证据规则通释”。《工商行政管理》，2002年第19期，第26-37页。

孔祥俊：“法官在法律规范冲突中的选择适用权”。《法律适用》，2004年第4期，第1-8页。

赖红伟：“论自由心证在我国法律制度的表现”。《人民法院报》，2006年8月3日。

李广宇：“《关于行政案件管辖若干问题的规定》的理解与适用”。《人民法院报》，2008年1月25日，第6版。

李国光：“论深化行政审判制度改革”。《人民法院报》，2002年6月26日。

李立：“依法行政，从政府法制到法治政府”。《法制日报》，2008年7月6日，第6版。

- 李天行：“一起行政诉讼的前前后后”。《光明日报》，2004年1月30日。
- 李广宇：“《关于行政案件管辖若干问题的规定》的理解与适用”。《人民法院报》，2008年1月25日，第6版。
- 李金红：“第五次全国行政审判工作会议圆满结束”。广东省惠东县人民法院网站。2008年10月7日下载于：
<http://www.gdhdcourt.gov.cn/read.php?id=145>。
- “论我国行政诉讼法的修改和完善”。河北省法院网站。2008年10月2日下载于：<http://news.hexun.com/2008-07-25/107683488.html>。
- 罗福会、何卓恩：“戊戌变法新论”。《探讨与争鸣》，2008年第6期，第17-21页。
- 罗干在全国第五次行政审判工作会议上的讲话：“按照构建社会主义和谐社会要求进一步改进和加强行政审判工作”。2007年3月27日，北京。
- 罗豪才：《美国行政法（下）》。北京：中国法制出版社，2005年。
- 罗豪才主编：《中国司法审查制度》。北京：北京大学出版社，1993年。
- 罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》。北京：北京大学出版社，2006年。
- 刘松山：“人民法院审判依据”。好律师网站。2008年5月20日下载于：
http://www.haolawyer.com/article/view_21529.html。
- 刘拴住主编：《行政法新论》。北京：中国检察院出版社，1997年。
- 刘秀华、黎丁嘉：“关于行政诉讼法律适用问题思考”。《法制与社会》2008年第3期，第109-109页。

马怀德主编：《行政诉讼原理》。北京：法律出版社，2003年。

彭顺勇、刘哲石：“论中国古代有无行政法”。《湖南人文科技学报》2006年第4期，第41-43页。

皮艺军：“中国的少年法庭和司法体制”。2008年10月9日在澳大利亚布里斯本市的讲座。

戚建刚：“WTO 与我国行政行为司法审查制度的新发展”。《法学》2001年第1期，第54-57页。

瞿小波：“代议机关至上，还是司法化”。《中外法学》2006年第4期，第426-447页。

任少华：“对我国行政诉讼法修改的几点建议”。法律教育网站；2008年10月21日下载于：
<http://www.chinalawedu.com/news/21601/21712/148/2008/10/ji274534411970180027348-0.htm>。

沈荣：“人大代表张忠厚、吕忠梅建议：修改行政法”。《人民法院报》，2008年3月6日，第7版。

石国盛：“中国入世5年贸易法律大调整”。《人民日报》，2006年12月18日，第10版。

时家贤、陈爱瑞：“加入WTO后体制摩擦大于经济摩擦”。《理论探讨》，2002年第6期，第47-48页。

孙国华主编：《中华法学大辞典》。北京：中国检察出版社，1997年。

孙南中：《WTO体系下的司法审查》。北京：法律出版社，2005年。

孙双秀、王金贵：“面对 WTO 中国司法必须走向司法独立”。何瑞律师网站。2008 年 5 月 20 日下载于：

<http://www.heruilawyer.com/manage/doc%5C20059591348845.doc>。

唐俊：“行政诉讼法修改建议稿出新亮点”。《法制日报》，2005 年 11 月 9 日，第 3 版。

“吴邦国：2010 年形成中国特色社会主义法律体系”。人民网前方报道组，北京，2008 年 3 月 8 日电。

吴敬琏：“中国经济改革三十年历程的制度思考”。《21 世纪经济报道》，2008 年 9 月 23 日，第 J06 版。

王斗斗：“法治中国 30 年：回望人民法院三大审判三十载前行足迹”。《法制日报》，2008 年 7 月 27 日，第 6 版。

王汉斌：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》讲话。在第七届全国人民代表大会第 2 次会议上的讲话。1989 年 3 月 28 日，北京。

王利明：《司法审查改革研究》。北京：法律出版社，2000 年。

王名扬：《比较行政法》。北京：北京大学出版社，2006 年。

王彦：《行政诉讼当事人》。北京：人民法院出版社，2005 年。

王亚琴：“入世与完善我国行政权利救济制度若干问题的思考”。《世界贸易组织动态与研究》2002 年第 11 期。

王颖：“种子案二审将定李慧娟‘正名’悬念”。《21 世纪经济报道》，2004 年 5 月 13 日。

奚小明：最高人民法院副院长，在《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》和《最高人民法院关于撤诉若干问题的规定》，新闻发布会上的讲话，2008年1月16日，北京。

夏勇：《走向权利的时代》。北京：中国政法大学出版社，1995年。

肖天存、杨玖霖：“论我国行政诉讼的证明标准”。常州中级人民法院网站。2008年4月3日下载于：
<http://www.jsczfy.gov.cn/plus/view.php?aid=15813>。

肖扬：“现行司法制度存在的问题”。在中国人民大学大法官讲坛做首场演讲时的讲话内容，2002年12月9日召开，北京。

肖扬：“改革创新行政审判制度依法行使审判权”。在全国法院加强行政审判工作妥善处理行政争议电视电话会议上的讲话，2006年10月25日，北京。

肖扬：“最高人民法院2008年工作报告”。第十一届全国人民代表大会第一次会议上作的工作报告，2008年3月10日，北京。

肖扬：“我国将在2010年基本形成较完善法律体系”。在第22届世界法律大会，上海会议上的主题发言，2007年9月8日，上海。

谢文英：“153名代表提交议案改善行政诉讼环境”。《检察日报》2008年3月18日，第3版。

薛勇秀：“高法公布两个行政诉讼司法解释 体现保护弱者追究平等精神”。中国法院网站。2008年6月13日下载于：
<http://www.chinacourt.org/html/article/200801/16/283229.html>。

徐宏源、王蓓雪、姚蕾、田志宏：“WTO争端解决机制研究——以美欧牛肉争端为例”。WTO与法治论坛网站。2008年9月26日下载于：

<http://news.wtolaw.gov.cn/gb/info/wtoyfz/lwxc/2007-06/15/1038403785.html>。

徐来：“肖扬在人民法院入世后审判工作座谈会上，提出转变司法观念提供司法保障”。《法制日报》2001年11月21日第1版。

向忠诚：《WTO与中国行政诉讼制度改革》。长沙：湖南人民出版社，2006。

于安：“WTO协定与我国的司法审查制度”。《人民检察》2002年第10期，第25—28页。

杨藹、陈良刚：“WTO与我国司法审查标准”。《比较法学》，2002年第2期，第84-90页。

杨华云：“民事、刑事、行政三大诉讼法入人大立法规划”。安徽电视台，新闻和报纸摘要节目，2008年10月30日。

-----“中国乙肝歧视第一案”。北方网站。2008年10月2日下载于：
<http://health.enorth.com.cn/system/2003/11/26/000674746.shtml>。

于安：“WTO协定与我国的司法审查制度”。《人民检察》，2002年第10期，第25-28页。

于明：“WTO与中国司法审判新动向—WTO与司法机构比较研究国际研讨会”。《法律适用》，2000年第8期，第8-11页。

应松年：“为进一步发展和繁荣我国行政法学研究而奋斗—中国行政会行政法研究会十年工作的回顾与展望”。《行政法学研究》，1996年第1期，第1-2页。

袁定波：“行政诉讼案异地管辖制度破茧成蝶”。《法制日报》2007年9月5日，第5版。

----- “最高人民法院公布 2 行政诉讼司法解释 2 月 1 日实施”。中华人民共和国中央人民政府网站。2008 年 10 月 21 日下载于：

http://www.gov.cn/jrzg/2008-01/17/content_860784.htm。

章剑生：《行政程序比较研究》。杭州：杭州大学出版社，1997 年。

曹建明：最高人民法院副院长，全国第五次行政审判工作会议上的讲话。2007 年 3 月 27 日，在北京召开。

张晋藩：“综论百年法学与法治中国”。《中国法学》，2005 年第 5 期，第 185-192 页。

张生：“中国近代行政法院之沿革”。《行政法学研究》，2002 年第 4 期，第 84-89 页。

张树义：《冲突与选择——行政诉讼的理论与实践》。北京：事实出版社，1992 年。

张先国：“湖北省汉川市怪事：政府红头文件下达喝酒任务”。新华网武汉市 2006 年 4 月 7 日电。

张子刚：“试论法官之自由心证”。《中国法院报》，2003 年 9 月 28 日，第三版。

曾令良：“中国加入 WTO 及其司法审查制度完善”。《武汉大学学报》，2001 年第 3 期，第 261-267 页。

邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》。北京：中国政法大学出版社，1991 年。

政府文件

世界贸易组织文件：

《马拉喀什建立世界贸易组织协议》（WTO 协议）。马拉喀什，1994 年。

《1994 年关税与贸易总协定》（GATT）。马拉喀什，1994 年。

《服务贸易总协定》（GATS）。马拉喀什，1994 年。

《与贸易有关的知识产权》（TRIPS）。马拉喀什，1994 年。

《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）。马拉喀什，1994 年。

《卫生与植物卫生措施实施协议》（SPS）。马拉喀什，1994 年。

《反倾销协定》（ADA）。马拉喀什，1994 年。

《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》。多哈，2001 年。

《中国加入工作组报告书》。多哈，2001 年。

全国人民代表大会法律文件：

《中华人民共和国刑事诉讼法》。北京，1979 年 7 月 1 日通过，1996 年 3 月 17 日修正。

《中华人民共和国宪法》。北京，1982 年 12 月 4 日通过。

《中华人民共和国婚姻法》。北京，1980 年 9 月 10 日通过，2001 年 4 月 28 日修正。

《中华人民共和国外国人出入境管理法》。北京，1985 年 11 月 22 日通过。

《中华人民共和国民事诉讼法通则》。北京，1986年4月12日通过。

《中华人民共和国行政诉讼法》。北京，1989年4月4日通过。

《中华人民共和国民事诉讼法》。北京，1991年4月9日通过，2007年10月28日修正。

《中华人民共和国国家赔偿法》。北京，1994年5月12日通过。

《中华人民共和国劳动法》。北京，1994年7月5日通过。

《中华人民共和国法官法》。北京，1995年2月28日通过，2001年6月30日修正。

《中华人民共和国行政处罚法》。北京，1996年3月17日通过。

《中华人民共和国行政复议法》。北京，1999年4月19日通过。

《中华人民共和国立法法》。北京，2000年3月15日通过。

《中华人民共和国治安管理处罚法》。北京，2005年8月28日通过。

《中华人民共和国个人所得税》。北京，2005年10月27日修正。

最高人民法院文件：

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）。北京，1991年5月29日公布。

《最高人民法院第一个五年改革纲要》。北京，1999年10月20日公布。

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》。北京，2000年3月8日公布。

《最高人民法院办公厅关于中国人民银行分支机构是否具有行政诉讼主体资格问题的复函》。北京，2002年5月31日公布。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》。北京，2002年7月24日公布。

《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》。北京，2002年8月27日公布。

《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》。北京，2002年11月21日公布。

《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》。北京，2002年11月21日公布。

《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》。北京，2004年1月14日公布。

《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》。北京，2004年5月18日公布。

《最高人民法院第二个五年改革纲要》。北京，2005年10月27日公布。

《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》。北京，2007年4月24日公布。

《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》。北京，2007年12月17日公布。

《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》。北京，2007年12月17日公布。

《最高人民法院2008年工作报告》。北京，2008年3月10日公布。

《最高人民法院关于充分发挥行政审判职能作用为保障和改善民生提供有力司法保障的通知》。北京，2008年4月3日公布。

中共中央、国务院和其他政府部门文件

中国人民政治协商会议：《中国人民政治协商会议共同纲领》。北京，1949年9月29日通过。

中共中央《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。北京，1993年11月14日通过。

国务院：《关于全面推行依法行政的决定》。北京，1999年8月10日通过。

国务院：《行政规章制定程序条例》。北京，2001年11月16日通过。

国务院：《行政法规制定程序条例》。北京，2001年11月16日通过。

国务院：《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。北京，2003年6月20日通过。

国务院：《关于市县依法行政的决定》。北京，2008年6月18日通过。

国务院：《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》，（已废除）。北京，1982年5月12日公布。

公安部：《公安机关办理行政案件程序规定》。北京，2006年9月7日公布。

其他国家政府文件

澳大利亚国会：《行政决定法（司法审查法）》（Administrative Decision (Judicial Review) Act1977）。堪培拉，1977年6月16日通过。

法国国民议会：《法国1791年宪法》。1791年7月通过。

美国贸易代表办公室：《2007 年中国履行 WTO 承诺状况报告》（2007 Report to Congress on China' s WTO Compliance）。华盛顿，2007 年 11 月 10 日。

美国制宪会议：《美国联邦宪法》（The Constitution of the United State of America）。费城，1787 年 3 月 4 日通过。