

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



JiNan
University

暨南大学
法学文库

刘文静 等著

WTO透明度原则与 我国行政公开制度



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



JiNan
University

暨南大学
法学文库

WTO透明度原则与 我国行政公开制度

刘文静 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

WTO 透明度原则与我国行政公开制度 / 刘文静等著.
—北京:法律出版社,2008.1
(暨南大学法学文库)
ISBN 978-7-5036-8007-6

I. W… II. 刘… III. ①世界贸易组织—法规—研究
②行政管理:民主体制—研究—中国 IV. D996.1 D630

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 188335 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/6.625 字数/180 千

版本/2008 年 1 月第 1 版

印次/2008 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8007-6

定价:16.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

WTO透明度原则与
我国行政公开制度



这是一本以 WTO 透明度原则为平台，通过分析这一原则在我国的影响，旨在为行政公开制度建设提供参考的法学著作。

全书采用多角度和多层次的分析方法，从国际法与国内法的关系、法理分析和制度经济分析等不同角度，探讨在我国建立行政公开制度的必要性和可行性，并分析了行政公开制度涉及的国际法与国内法主体以及国内法利益主体之间的多层次利益冲突，同时还分析了我国行政公开制度立法模式中地方立法与中央立法、权力机关立法与行政机关立法的利弊以及现实的立法模式选择。其中，对行政公开中的利益冲突分析与制度经济分析，在国内同类研究中尚属首次。

本书为刘文静副教授主持的司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”《WTO 透明度原则与我国行政公开制度》(02SFB2005)的最终成果。该项目已通过司法部验收,并于2006年5月28日经司法部司研科字【2006】058号通知获准出版。

目 录

导论	1
第一章 WTO 透明度原则以及中国政府的相关义务	5
第一节 透明度原则的含义及其在 WTO 规则中的体现	5
第二节 透明度原则在中国的适用	24
第二章 我国行政公开的现状与缺陷	32
第一节 行政公开的国家立法现状	32
第二节 行政公开的地方立法现状分析	40
第三节 我国现行行政公开制度的特点	50
第三章 行政公开的理论基础与宪法依据	62
第一节 行政公开的理论基础	62
第二节 行政公开的宪法依据	64
第三节 我国行政公开制度的理论基础与宪法依据	69
第四章 行政公开中的利益冲突	74
第一节 行政公开中利益冲突的层次	74
第二节 行政公开中的权力利益与权利利益的冲突	80
第三节 行政公开中公共利益与私人利益的冲突	87
第五章 行政公开与商业秘密之保护:美国经验的借鉴	92
第一节 作为免除公开规定中的“商业秘密”的界定	94
第二节 信息公开中“商业秘密”保护的限度	103
第三节 行政公开中“商业秘密”的保护途径	112
第四节 我国商业秘密保护立法应注意解决的问题	123

2 目 录

第六章 行政公开的制度经济分析	135
第一节 作为公共物品的信息供给	135
第二节 行政公开的成本与效益	143
第三节 行政公开制度的供求分析	151
第七章 我国行政公开的立法模式与制度体系	160
第一节 行政公开立法主体的选择	160
第二节 我国行政公开立法的层级选择	167
第三节 我国行政公开制度体系的设计	173
研究结论	193
参考文献	194
后记	205

导 论

一、概念阐述

(一) WTO 透明度原则

透明度原则是贯穿 WTO 规则的一项基本原则,它要求 WTO 各成员方与贸易有关的法律、法规、司法裁判、行政决定等措施公开(透明),通过公开而为一切企业和个人提供参与的机会,并且上述需要公开的内容及其变更还应当及时通知 WTO 相关机构。^{〔1〕} 透明度原则是 WTO 非歧视的基本原则得以贯彻的程序性保障原则,它在中国“入世”法律文件中同样有明确的体现。^{〔2〕} 透明度原则所包含的公开、参与和通知义务,以及公开内容的广泛性,将首先对我国外贸行政的公开产生重要影响。由于行政公开已经是当代行政法的一项统一的基本原则,而不仅仅是外贸行政法中的特有原则,又由于一国法制的统一性,因此,透明度原则在我国的影响将扩大到整个行政法领域。

(二) 行政公开

本书中的“行政公开”指以“透明”为原则的行政机关权力行使的方式,因此既包括行政活动结果的公开,也包括行政活动过程的公开。

〔1〕 关于 WTO 透明度原则含义的详细阐述,参见本书第一章“WTO 透明度原则以及中国政府的相关义务”。

〔2〕 *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, art. 2. C, 6. 1, 6. 2, 8. 1. a, 9. 3, 13; *Report of the Working Party on the Accession of China*, art. 324 - 845.

2 WTO 透明度原则与我国行政公开制度

前一方面即目前国内学术界关注较多的政府信息公开问题;^{〔3〕}后一方面则指政府信息的收集和运用以及决策的过程,包括个人隐私、商业秘密和国家机密的保护,行政会议的公开等,它们目前在国内受到的关注则相对较少。或者可以概括地说,行政公开的主要内容就是公众的知情权(了解权)和对知情权的限制,^{〔4〕}即行政公开的“积极内容”和“消极内容”。

(三)行政公开制度

作为未来一种制度设计的行政公开,并不只是上述内容简单相加,而更重要的是,将这些内容置于一个有机的系统之中,合理安排好每一个具体的方面。也就是说,对行政公开的制度设计从一开始就应当是立足于一个制度体系的设计,而不仅仅是关注单个的法典。单个的法典不必然促进法治进程的进步,是因为它不能发挥“制度”的作用。制度作为人制定出来的规则,以增进秩序为己任;由于它所规范的是复杂的社会关系网,因此“它是一套关于行为和事件的模式,它具有系统性、非随机性”。^{〔5〕}行政公开制度不是某一部或者某几部法典,而是指包括政府信息公开(包括电子信息公开)、会议公开、国家秘密保护、商业秘密保护和隐私权保护等一整套相互关联配套的法典及其实施在内的一个有机体系。^{〔6〕}行政公开制度建设就是建设这样一个有机体系

〔3〕 在政府信息公开的研究方面,周汉华教授主持的国家级课题已经取得了引人注目的成果,特别是课题组起草的《政府信息公开条例》专家建议稿,为政府信息公开立法提供了重要的参考。参见周汉华主编的《政府信息公开条例专家建议稿——草案、说明、理由、立法例》、《我国政务公开的实践与探索》和《外国政府信息公开制度比较》三部著作,均为中国法制出版社2003年版。

〔4〕 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1997年版,第953页。

〔5〕 [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第33页、第25页。

〔6〕 关于行政公开制度的系统性问题,参见David H. Rosenbloom: *Administrative Law for Public Managers*, Westview Press, 2003, pp. 116-137。

的系统法律工程。^[7]

二、研究方法

(一)多角度的分析方法

本书采取多角度分析的方法,从国际法与国内法的关系(第一章)、法理分析(第三章)和制度经济分析(第六章)等不同角度,探讨在我国建立行政公开制度的必要性和可行性。

(二)多层次的分析方法

制定法从来都是利益冲突的妥协结果。在转型时期的中国,法制建设中的利益冲突尤其值得关注。本书第四章“行政公开中的利益冲突”分析行政公开制度涉及的国际法与国内法主体以及国内法利益主体之间等多层次的利益冲突;第七章探讨我国行政公开制度立法模式中地方立法与中央立法、权力机关立法与行政机关立法的利弊以及现实的立法模式选择。

三、本书的贡献与未尽事宜

本书的最终目标是为行政公开制度建设提供参考,但方法是从理论基础入手,试图打通理论与制度建设,使制度建设建立在更高度的合理性论证的基础上。研究方法上的多角度、多层次的深入分析,是本书的主要特色。其中,对于行政公开中的利益冲突分析与制度经济分析,在国内同类研究中尚属首次。

与行政公开有关的法律问题千头万绪。由于主题所限,本书主要探讨加入 WTO 后为履行国际法义务以及满足国内法治建设自身发展需要而建设行政公开制度的必要性、合理性和主要制度框架。还有许

[7] 杨建顺教授认为,“所谓政务公开,是指国家机关和法律法规以及规章授权和委托的组织,在行使国家行政管理权的过程中,通过一定的形式,依法将有关行政事务的事项向社会公众或特定的私人公开,使其参与讨论和决定国家事务、社会公共事物和公益事业,对行政权实行监督的原则或制度”。这个表述,体现了行政公开(政务公开)作为一个制度体系的特点。参见杨建顺:“政务公开和参与型行政”,载杨解君编:《行政契约与政府信息公开——2001 年海峡两岸行政法学术研讨会实录》,东南大学出版社 2002 年版,第 214 页。

4 WTO 透明度原则与我国行政公开制度

多其他相关的问题未及深入探讨,例如行政公开与新闻采访权的问题,行政公开与举报制度、行政监察制度的关系问题,等等。这些将留待作者今后继续研究。

第一章 WTO 透明度原则以及中国 政府的相关义务

“透明度”是中国加入 WTO 法律文件中的一项重要原则。“透明度”并非 WTO 对中国单独提出的要求。实际上,它本来就是 WTO 规则所具有的一项基本原则,并且在 WTO 自身的机构运作中也得到贯彻。透明度原则的设立,主要是为了方便了解成员方政府与实施 WTO 规则有关的法律、法规、规章及其他行政措施,以保障 WTO 规则在成员方境内的顺利实施。如果上述内容不能通过公开的渠道直接和及时地获得,则 WTO 规则在成员方境内的实施就无法得到充分的保障。正如 WTO 规则中的其他法律原则在国内所发生的影响一样,透明度原则虽然直接针对的是与实施 WTO 规则有关的(外贸)法律、法规、规章及其他行政措施的公开问题,但实际上这一原则的影响不可能仅仅局限在外贸领域,而必然扩散到整个国家的政府信息公开方面。

如果将这里的“政府”定义为广义的政府,即指整个国家机构,那么政府信息公开的所涉及的内容相当宽泛,它将包括立法部门、司法部门和行政部门的信息公开问题。基于本书主题的考虑,这里主要讨论行政部门的信息公开(行政公开)问题。

第一节 透明度原则的含义及其 在 WTO 规则中的体现

成员方政府贸易制度的可预见性和稳定性是维护自由、平等的多

边贸易所需要的主要原则之一。贸易制度的可预见性和稳定性的提高可以从两个方面入手:第一种方法是不鼓励使用配额和其他设置进口数量限制的措施;第二种方法就是使各国的贸易规则尽可能明确和公开,即要有“透明度”(transparency)。^[1]第一种方法从贸易政策的实际内容上进行限制,可以称之为实体性限制;第二种方法虽然不改变贸易政策本身的内容,却可以通过要求公开贸易政策而对其实质内容进行监控,属于程序性限制。因此可以说,透明度原则是 WTO 规则中对贸易政策稳定性和可预见性的程序保障。

透明度原则在 WTO 的各个协定中都有具体的表现,现分述如下:

一、《GATT1994》中的透明度原则

透明度原则最早体现在《GATT1994》第 10 条中,它要求所有缔约方实施的涉及影响贸易的普遍适用的法律(laws)、法规(regulations)、司法裁决(judicial decisions)^[2]和行政命令(administrative rulings)^[3]应迅速公布,使各国政府和贸易商能够知晓。应当公布的内容包括了

[1] 世界贸易组织秘书处编:《贸易走向未来——世界贸易组织(WTO)概要》,张江波、索必成译,法律出版社 1999 年版,第 3 页、第 6 页。

[2] 在对外经济贸易合作部国际经贸关系司翻译的《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(法律出版社 2000 年版)中,此处的 judicial decisions 被译为“司法判决”,而同一版本的《与贸易有关的知识产权协定》中又将 final judicial decisions 译为“司法终局裁决”,这应当是由于译者不同所造成的差异。在我国,“司法判决”仅指人民法院在审判活动中就案件的实体问题所作的结论。显然,这里的 judicial decisions 的含义并不止于此。因此,笔者认为将其通译为“司法裁决”较为贴切,因为“裁决”基本可以涵盖法院所作的判决、裁定和决定,并且不至于引起误解。

[3] 在对外经济贸易合作部国际经贸关系司翻译的《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(法律出版社 2000 年版)中,此处的 administrative rulings 被译为“行政裁定”。考虑到在我国法律术语中,“裁定”特指人民法院在审理案件的过程中就程序问题作出的决定,笔者认为将 administrative rulings 译为“行政命令”较为贴切。而《WTO 协定》中经常出现的另一相关术语 administrative decisions 不妨译为“行政决定”。从概念的位阶上看,“命令”(ruling)的内涵大于“决定”(decision);“决定”一般是就具体问题所作的结论,而“命令”应当包括了国内法律界所说的“具体行政行为”和“抽象行政行为”。相关问题请参见本书第五章第三节中关于 administrative action, administrative decision 和 administrative ruling 的讨论。

海关估价、税率和费用、支付或转账以及影响贸易的其他内容方面的政府规制,并且任何措施在公布之前均不得被实施。作为例外,可能妨碍执法或违背公共利益或损害特定公私企业合法商业利益的机密信息不在被要求公布的范围之列。〔4〕

乌拉圭回合以后,由于多边贸易统一规则的保护范围由货物贸易扩大到服务贸易以及与贸易有关的知识产权和投资措施,《GATT1994》中的透明度原则也被《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协定》和《与贸易有关的投资措施协定》所采纳,实际上成了贯穿《WTO 协定》的一个基本原则。

二、GATS 中的透明度原则

《服务贸易总协定》第3条“透明度”规定,除紧急情况外,每一成员应迅速公布有关或影响 GATS 运用的所有普遍适用的措施(relevant measures of general application),最迟应在此类措施生效之时;一成员为签署方的有关或影响服务贸易的国际协定也应予以公布;〔5〕成员应迅速并至少每年向服务贸易理事会通知对 GATS 项下具体承诺所涵盖的服务贸易有重大影响的任何新的法律、法规、行政准则(administrative guidelines)或现有的法律、法规、行政准则的任何变更;〔6〕成员还有义务答复其他成员关于上述内容的咨询,并应设立咨询点提供相关信息;〔7〕对于成员所采取的任何可能影响 GATS 运用的措施,任何成员都有权通知服务贸易理事会。〔8〕

三、《TRIPs 协定》中的透明度原则

《与贸易有关的知识产权协定》第63条“透明度”规定,成员方与

〔4〕 参见 GATT 1994, Article X.1, X.2。该条第3款实际上是对行政行为的司法审查原则的规定,与“贸易法规的公布和实施”并无直接关系。

〔5〕 GATS 3.1.

〔6〕 GATS 3.3.

〔7〕 GATS 3.4.

〔8〕 GATS 3.5.

知识产权有关的法律、法规及普遍适用的司法终局裁决 (final judicial decisions) 和行政命令^[9] 以及成员方政府之间的有关实施《TRIPs 协定》的协定都应当公布;^[10] 成员方有义务就上述内容通知 TRIPs 理事会;^[11] 成员方有义务就有关上述问题提供信息和作出详细答复。^[12] 该条同时还注意到了信息公开与保护公共利益和合法商业利益之间的关系, 规定上述规定均不得要求各成员披露会妨碍执法或者违背公共利益或损害特定公私企业合法商业利益的机密信息。^[13]

四、《关于通知、磋商、争端解决和监督的谅解》中的透明度原则

在《关于通知、磋商、争端解决和监督的谅解》(*Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 1979 年 11 月 28 日) 中, WTO 各成员方承诺在最大限度内通知各自采取的影响《GATT1994》运用的贸易措施。后来的《关于通知程序的决定》(*Decision on Notification Procedures*, 1994 年 4 月 15 日) 重申了上述承诺, 并确认成员方在多边贸易协定项下和适用诸边贸易协定项下承诺的关于公布和通知的义务; 同时还规定了设立一个由 WTO 秘书处负责的通知登记中心, 具体监督成员方对通知义务的履行情况。

五、《与贸易有关的投资措施协定》中的透明度原则

《与贸易有关的投资措施协定》第 6 条“透明度”重申了《GATT1994》第 10 条和《关于通知、磋商、争端解决和监督的谅解》以及《关于通知程序的决定》中关于透明度和通知的承诺。^[14] 《TRIMs 协定》注意到贸易措施在成员方领土内各地方可能的不一致, 规定每一成员均应通知 WTO 秘书处刊载 TRIMs 的出版物, 包括其领土内地

[9] 参见第 6 页注 3 关于 administrative ruling 的讨论。

[10] TRIPs 63. 1.

[11] TRIPs 63. 2.

[12] TRIPs 63. 3.

[13] TRIPs 63. 4.

[14] TRIMs 6. 1.

区及地方政府和主管机关实施的TRIMs。^[15] TRIMs 的透明度还强调了参与,除要求每一成员应对另一成员就与 TRIMs 有关的任何事项提出的提供信息的请求给予积极考虑外,还要求“提供充分的磋商会”。与《TRIPs 协定》一样,《TRIMs 协定》也注意到了对公共利益和合法商业利益的保护,不要求任何成员披露会妨碍执法或违背公共利益或损害特定公私企业合法商业利益的信息。^[16] 实施临时措施的公告也应当列出或通过单独报告提供关于倾销和损害的初步裁定的详细说明,并应提及导致有关论据被接受或被拒绝的事实问题和法律问题;在适当考虑保护机密信息要求的同时,该公告或报告应包含下列内容:供应商或供应国的名称,产品描述,倾销幅度和理由说明,与损害确定有关的考虑以及作出裁决(determination)的主要理由。^[17]

六、《反倾销协定》中的透明度原则

《关于实施 1994 年关税与贸易总协定第 6 条的协定》(Implementation of Article VI of GATT1994,即《反倾销协定》)第 12 条“公告和裁定的说明”中也规定,如主管机关确信有充分证据证明按照该协定第 5 条发起的反倾销调查是正当的,则应通知其产品接受该调查的一个或多个成员和调查主管机关已知与该调查有利害关系的其他利害关系方,并应发布公告;^[18]公告必须提供有关成员及其产品、发起调查的日期、申请中有关被指控倾销的依据、关于损害的指控所依据因素的摘要、利害关系方送交交涉的地址和允许利害关系方公布其意见的时限等内容。^[19]

七、《海关估价协定》中的透明度原则

海关估价是指一国海关行政当局为征收关税而对进出口货物确定

[15] TRIMs 6.2.

[16] TRIMs 6.3.

[17] *Implementation of Article VI of GATT 1994*, art. 12.2.1.

[18] *Implementation of Article VI of GATT 1994*, art. 12.1.

[19] *Implementation of Article VI of GATT 1994*, art. 12.1.1.