

# 诉讼法理论与实践

民事行政诉讼卷

中国法学会诉讼法学研究会

**SUSONGFA LILUN YU SHIJIAN**

顾问 唐德华 刘家琛 沈德咏

主编 陈光中

人民法院出版社

PUBLISHING HOUSE OF PEOPLE'S COURT

# 诉讼法理论与实践

——民事行政诉讼卷

主 编 陈光中  
副主编 江 伟 胡兆满  
柯昌信 李汉昌

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法理论与实践. 2000. 民事行政诉讼卷/陈光中  
主编. —北京: 人民法院出版社, 2001.10

ISBN 7-80161-166-7

I. 诉… II. ①陈… III. ①诉讼法-研究-中国-  
2000-文集 ②民事诉讼法-研究-中国-2000-文集 ③行政  
诉讼法-研究-中国-2000-文集 IV. D925.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 019690 号

### 诉讼法理论与实践

——民事行政诉讼卷

陈光中 主编

人民法院出版社

北京东交民巷 27 号 100745

(电话 65136849 65299981 65134290)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 19.625 印张 470 千字

2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-166-7/D·166

---

定价: 35.00 元

# 《诉讼法理论与实践》

## 编辑委员会

顾 问 唐德华 刘家琛 沈德咏

主 任 陈光中

副主任 江 伟 胡兆满

委 员 (按姓氏笔画排列)

王国枢 王学林 江 伟 李汉昌

李忠诚 严 端 汪家乾 肖贤富

陈光中 陈桂明 武延平 姚 莉

柯昌信 胡兆满 徐静村 崔 敏

黄双全 彭卫东 蔡 虹 谭 兵

秘 书 魏 彤

## 前 言

2000年中国法学会诉讼法学年会由中国法学会诉讼法学研究会和湖北省宜昌市中级人民法院联合举办，收到论文近百篇。本年会中心议题为：1. 司法改革的理论与实践；2. 证据制度的理论与证据立法。具体议题如下：（1）司法独立与司法改革；（2）司法公正与程序公正的关系；（3）证明标准研究；（4）举证责任研究；（5）证据规则研究；（6）行政诉讼制度改革；（7）加入WTO与诉讼程序改革。从总体上看，年会的论文具有较高的学术水准和较强的应用性，对立法、司法以及法学教学、研究部门有重要的参考价值。因限于篇幅，我们对论文作了精选，请作者谅解。

由于时间仓促，书中疏漏之处在所难免，恳请读者指正。

2000年年会文集的出版与发行得到了人民法院出版社和湖北武汉市中级人民法院的大力支持，在此表示感谢！

《诉讼法理论与实践》

编辑委员会

2001年4月12日

## 目 录

## 民事司法制度

- WTO 协议与中国民事司法制度的完善 … 江 伟 王景琦 ( 3 )
- 民事司法中的几个观念问题 …………… 陈桂明 ( 42 )
- 英国民事司法改革及其借鉴意义 …………… 齐树洁 ( 52 )
- 从民事审判权谈民事审判方式改革 …………… 潘剑锋 ( 84 )
- 关于建立我国法律职业者一体化培养  
模式的思考 …………… 谭 兵 王志胜 (100)
- 论司法公正与程序公正的关系  
——从三个陷入“诉讼怪圈”的  
民、行案例谈起 …… 王红岩 张文香 李 欣 (114)
- 司法公正与法官素质 …………… 张开恩 (143)
- 法官职业素质与判决文书的改革 …………… 李汉昌 王海鸿 (150)
- 基层法院改革若干问题研究 …………… 章武生 (166)
- 论审判长选任制 …………… 韩象乾 任生林 (174)
- 人民司法制度改革若干问题刍议 …………… 白淑卿 (185)
- 规范审判流程 推进司法改革 …………… 廖永安 王立新 (203)
- 对审判流程管理的认识与实践 …………… 吕淑琴 (214)
- 论强化审判独立的对策 …………… 石先钰 (222)

论法官独立审判原则的确立 ..... 樊学勇 (232)

## 民事证据制度

### 论“依法心证”

——我国证据判断方法之确立 .....	杨荣新	肖建华	(251)
诉讼中证据收集调查问题探析 .....	常怡	唐力	(268)
论民事诉讼证据效力的构成要素 .....	黄双全		(284)
证据的客观性特征质疑 .....	张晋红		(291)
民事证据质证的思考 .....	林义全		(303)
民事证明责任法律性质新论 .....	王振河	奚玮	(317)
反复鉴定的弊端与法律规制 .....	叶峰	叶自强	(327)
论我国民事诉讼举证责任之分担 .....	谷晓峰		(365)
论民事举证责任的分配规则 .....	姜丽萍		(391)
自由心证主义的现代意义 .....	刘荣军		(404)

## 民事诉讼制度与民事诉讼程序

交叉询问制：魅力与异境的尴尬 .....	张卫平		(417)
法院主管若干问题研究 .....	蔡虹		(449)
民事起诉条件之辨证 .....	王福华		(464)
论既判力的界限 .....	吴明童	张力	(484)
浅谈基层法院解决超审限问题的方法 与途径 .....	王双喜	刘振林	(500)
“执行难”及其对策 .....	景汉朝		(509)
试论人民陪审员制度选择权问题 .....	符颖	宋世杰	(524)

## 行 政 诉 讼

- 关于我国行政审判改革的若干思考 ..... 李荣珍 (537)
- 行政诉讼障碍原因之探析 ..... 邵俊武 (555)
- 对行政诉讼撤诉的两点思考 ..... 肖峰昌 (568)
- 论行政诉讼简易程序设置 ..... 胡肖华 陈庭会 (576)
- 论行政抗诉案件审理程序的若干问题 ..... 魏学平 (587)
- 谈行政审判的规章适用 ..... 李 季 (595)
- 中国法学会诉讼法学研究会 2000 年年会**
- 学术观点综述 (节录)** ..... (609)



# 民事司法制度



# WTO 协议<sup>①</sup> 与中国民事 司法制度的完善

江 伟 王景琦

1999 年 11 月和 2000 年 5 月，中国政府分别与美国、欧盟

① WTO 协议是一个内容复杂的、庞大的法律体系，主要包括《建立世界贸易组织协议》及其各附件，集中体现在《收录乌拉圭回合多边贸易谈判的最后文件》中，是由一系列协议组成的法律文件体系，包括各国在乌拉圭回合多边贸易谈判结束时所达成的一揽子协议以及诸边贸易协议。其中，一揽子协议是 WTO 所有成员都必须遵守和执行的协议；诸边贸易协议则不属于一揽子协议的范围，只在接受并签字的成员之间生效，WTO 成员并无强制性加入这些协议的义务。具体而言，WTO 协议的基本内容包括：1. 《建立世界贸易组织协议》。2. 附件一之一：货物贸易多边协议以及其他与货物贸易有关的协议，包括：(1) 《关税与贸易总协定》；(2) 《农产品协议》；(3) 《实施动植物卫生检疫措施的协议》；(4) 《纺织品与服装协议》；(5) 《技术性贸易壁垒协议》；(6) 《与贸易有关的投资措施协议》；(7) 《关于履行 1994 年关税与贸易总协定第六条的协议》（即《反倾销协议》）；(8) 《关于履行 1994 年关税与贸易总协定第七条的协议》（即《海关估价协议》）；(9) 《装运前检验协议》；(10) 《原产地规则协议》；(11) 《进口许可程序协议》；(12) 《补贴与反补贴措施协议》；(13) 《保障措施协议》。3. 附件一之二：服务贸易总协定以及其他服务贸易的附件，包括：(1) 《服务贸易总协定》；(2) 《关于第 2 条豁免的协议》；(3) 《航空服务协议》；(4) 《金融服务协议》；(5) 《基础电信协议》；(6) 《自然人流动谈判的协议》；(7) 《海运服务谈判的协议》；(8) 《服务贸易与环境的协议》。4. 附件一之三：与贸易有关的知识产权协定，即《与贸易有关的知识产权协定》。5. 附件二：关于争端解决规则与程序的谅解，即《世界贸易组织争端解决规则和程序的谅解》。6. 附件三：贸易政策审议机制。7. 附件四：诸边贸易协议，包括：(1) 《民用航空器贸易协议》；(2) 《政府采购协议》；(3) 《国际奶制品协议》；(4) 《国际牛肉协议》。

达成了关于中国加入世界贸易组织（WTO）的双边协议，加快了我国加入 WTO 的进程。WTO 是在关贸总协定基础上建立起来的新型全球性经济贸易组织，其基本原则和宗旨是，通过实施市场开放、非歧视和公平贸易等原则，达到推动世界贸易自由化的目标。它的主要职能有三项：一是组织多边谈判，为协调各成员方不同的甚至对立的贸易政策提供一个正式的固定场所；二是制定和实施贸易规则；三是为成员方提供争端解决机制。对于中国加入 WTO 后在经济上的利弊得失，学者们讨论得较多，而对 WTO 协议在我国法律上可能产生的冲击以及我国的对策，尚未引起足够的重视。中国加入 WTO 后，在享有成员方权利的同时，负有成员方的法律义务。因此，有必要深入研究 WTO 协议对我国现行民事司法制度的要求和影响，进一步完善相关制度，充分保护国家及公民、法人和其他组织享有的合法权益，亦为其他成员方及其公民、法人在中国的合法权利提供司法保护。

## 一、WTO 协议在中国民事司法程序中的适用

WTO 协议在中国的适用包括司法机关和行政机关的适用，而且行政机关的适用更为普遍，但我们在此讨论的重点是司法机关在民事司法活动中对 WTO 协议的适用问题。正如学者所言，“因为 WTO 整套规则干预到各国国内经济、文化及社会生活的方方面面，因此如何将之变为国内法，供法院办案引用作为法律依据，就成为众所瞩目的焦点。”<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 赵维田：《WTO 与国际法》，《法律适用》，2000 年第 8 期。

## （一）WTO 协议的间接适用和直接适用

按照《国际法院规约》第 38 条关于国际法渊源的表述，WTO 协议是国际法的组成部分，WTO 协议所规定的国际法规则，各成员方应当遵守。《建立世界贸易组织协议》第 16 条第 4 款规定，“每个成员方应当保证其法律、规章与行政程序符合附件各协议规定的义务。”如何将国际条约转化为国内法，在理论上实践中一直存有争议，国际上对此亦无章可循，而是由各国宪法规定。各国的观点和做法大体分为三种：第一种做法称为“一元论”，即一国参加的国际条约一俟有关机构（一般为国会）批准和政府公布就自动成为该国国内法的一部分，对该国发生普遍的、直接的适用效力，无需另行制定专门的实施法律。大陆法系国家大多采取此种做法，尤以荷兰和奥地利更具代表性。第二种做法称为“二元论”，即国际条约不具有自动执行的效力，而是需要借助于国内的单行实施性法律，对该国适用和具有直接效力的是其单行国内立法，而非国际条约本身。普通法系国家大多采取这种做法。在英国，国际条约经英王批准后，仅表明该国际条约对国家的拘束力，并不当然使其具有在国内法院适用的效力，还必须经过在议会立法垄断权之下的补充立法程序，条约才能在国内法院中适用。第三种做法则兼采上述两种观点，认为某些国际条约具有自动执行的效力，而另一些国际条约则不能自动执行，是否能够自动执行视条约本身的内容与性质而定。如美国规定国际条约的地位等同于国内法，不需要国内立法的接纳程序，但并非所有条约都可以直接在国内法中适用和执行。美国在实践中将条约划分为“自动执行条约”和“非自动执行条约”两类，前者无需国内立法，可以自动在国内适用，如引渡协定、规定领

事权利的协定、规定最惠国待遇的协定等；后者则需要补充性立法，才可以在国内实施，如需要美国支付金钱的协定、规定关税的协定、需要改变美国现行国内法的协定、处分美国财产的协定等。

我国宪法对于国际条约在中国的适用问题未作明确规定，其他法律亦未规定条约是中国法律的一部分，因此，国际条约不是我国的法律渊源形式，对于条约转化为国内法的问题，我国法律未作任何规定。我国宪法和缔结条约程序法仅对缔结条约的程序作了具体规定，即国务院缔结条约、全国人大常委会决定缔结的条约的批准和废除、国家主席根据全国人大常委会的决定批准和废除条约。可见，条约的缔结程序与国内法的制定程序基本相同，有学者据此推定：条约和国内法在我国具有同等法律地位<sup>①</sup>。从我国的实际运作情况看，这种推定不无道理。笔者认为，WTO协议在我国民事司法中的适用以间接适用为主，直接适用为辅。主要理由如下：

第一，从WTO协议本身的要求来看，成员方可以自行决定在其国内实施WTO协议的适当方式，包括采取直接适用方式和其他适用方式，不直接适用国际条约，并不意味着不遵守“条约必须遵守”的条约法基本原则，也不意味着不履行所承担的条约义务。从实践来看，WTO成员方极少承认WTO协议对本国具有直接适用的效力。

第二，WTO协议的基本内容涉及成员方应当采取的贸易政策与措施以及贸易待遇方面的一系列原则和规则，各成员方主要通过制定或修改国内立法和贸易政策来履行所承担的义务，这些

---

<sup>①</sup> 孙南申：《从中国入世看WTO协议在中国法院的适用》，《法律适用》，2000年第9期。

增加或修改后的法律在民事司法活动中可以被直接适用，实际上是对 WTO 协议的间接适用。

第三，WTO 协议的原则性规定主要针对的是成员方，直接规定成员方的权利义务，而极少直接规定贸易关系当事人的权利义务。WTO 协议中的规则不是严格意义上的法律规则，有相当一部分只是表述了一种标准，提供了一项应遵循的一般指导原则或权衡尺度，这些原则性规定在民事司法实践中缺乏可操作性，一般不会对法院的裁判活动产生直接影响，而是需要法院通过司法活动予以解释或充实。

第四，受国际条约约束的不仅是国家，还应包括自然人和法人及其他组织。WTO 协议也并非全无规定自然人和法人权利义务的条款。法院在审理和裁决具体涉外纠纷时，可以直接适用 WTO 协议中的一些规则，特别是在国内法中没有相关规定时，更应直接适用 WTO 协议。此外，当事人可以在法院直接援引 WTO 协议的原则或规则主张权利，这也是对 WTO 协议的直接适用。

因此，我国民事司法程序中对 WTO 协议的适用原则应以间接适用为主，辅以直接适用方式。究竟采取何种适用方式，全国人大常委会或最高人民法院有必要作出相应的法律规定或司法解释。

## （二）WTO 协议的优先适用

在国内法上，关于国际条约与国内法的相互地位问题，各国的现行制度分为四种情况<sup>①</sup>：（1）国内法优越于国际条约，如阿

<sup>①</sup> 李浩培著：《条约法概论》，法律出版社，1987年版，第393页。

根廷第 48 号法律第 21 条规定,“阿根廷法院和法官执行职务时,应依本条所规定的优先顺序适用宪法作为本国的最高法律,然后适用国会所已通过或可能通过的法律、与外国缔结的条约、各省的个别法律、本国过去适用的一般法律和国际法原则。”(2) 国内法与国际条约地位相等,如美国宪法第 6 条第 2 款规定,“本宪法与依本宪法制定之合众国法律,以及在合众国权力之下已缔结及将缔结之条约,均为美国最高法律。”又如德国宪法第 25 条规定,“国际法的一般规则构成联邦法律的一部分,此等规则之效力在法律之上,并对联邦领土内居民直接发生权利义务。”(3) 国际条约优越于国内法,如法国宪法第 55 条规定,“经过合法批准或核准的条约或协定,在公布后,具有最高法律的权威,但以缔约他方实施该条约或协定为条件。”(4) 国际条约优越于宪法和一般国内法,即国际条约不仅优越于一般国内法,而且优越于一国宪法,如荷兰。

从我国有关法律的规定看,应当属于上述第三种情况。我国民法通则第 142 条第 2 款规定,“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外”。我国民事诉讼法第 238 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,但中华人民共和国声明保留的除外。”2000 年 4 月 7 日,最高人民法院《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》明确规定“对我国参加的国际条约,除我国声明保留的条款外,应予优先适用。”可见,中国正式加入 WTO 后,国内民事法律和民事诉讼法的有关规定与 WTO 协议冲突的,应当优先适用 WTO 协议。但应当注意的是,对于某些不符合 WTO 协议的国内法规定,由于我国是发展中国家,WTO 允许在过渡期内暂时



保留这些规定。

### （三）WTO 协议的对等适用

我国法院在民事司法过程中适用 WTO 协议时，应当考虑对等原则。WTO 的一些成员方不承认 WTO 协议的优先适用效力，例如美国乌拉圭回合协议法规定，除该法有明确规定外，乌拉圭回合协议的任何规定及其对人或事的任何适用，在与美国的任何法律冲突时，都不具有效力。对于这些国家，如果我国法院仍在诉讼中援引 WTO 协议作为裁判依据，据此保护外国人的权利；而我国政府或企业在外国法院诉讼时却不能引用 WTO 协议作为权利依据，只能任由外国法院适用其本国法，这必然导致我国在对外经济交往中受到不公正待遇，也不符合互惠原则。因此，对于不优先适用 WTO 协议的 WTO 成员方，我国法院在审理有关该成员方或其公民、法人利益的案件时，理应采取对等原则。这样做既不违背遵守国际条约的义务，又符合互惠原则的要求，在实践中也不无先例，如法国宪法就规定了对等条件，即法国优先适用条约以缔约他方实施条约为条件。因此，我国法院在适用条约时，需要查明其他缔约方是否优先实施该条约。

## 二、WTO 三个总协定对中国民事司法制度的影响

WTO 三个总协定是指《建立世界贸易组织协议》附件一的三个总协定，即《关税与贸易总协定》、《服务贸易总协定》以及《与贸易有关的知识产权协定》，它们对中国民事司法制度的影响