

WTO “必要性测试” 规则探析

The Research on the Rule of “Necessity Test” in WTO

安佰生

AN Bai-sheng

【摘要】 “必要性测试” (necessity test) 是世界贸易组织 (WTO) 规则协调国家管制主权与自由贸易冲突的核心概念。WTO 专家组和上诉机构对该测试的解释是一个发展过程, 且与关于“必要性测试”规则谈判中一些成员的立场存在差异, 成员在关于“必要性测试”的规则谈判中也难以达成一致。由于 WTO 采纳裁决报告采取逆向协商一致的方式, 以及 WTO “立法”的低效, WTO 内处理“必要性测试”问题面临挑战。在国内规制为主的非关税壁垒日益突出的情况下, “必要性测试”解释问题将成为影响贸易的一个重要问题, 亟需学者深入研究并提供政策建议。我国一方面需要“补齐差距”, 在国内行政立法中遵循 WTO “必要性测试”要求。同时, 我国也应该基于我国国情和 WTO 内的现状, 对相关问题做必要性调整, 甚至建设性贡献。

【关键词】 世界贸易组织; “必要性测试”; 专家组; 上诉机构

【中图分类号】 DF96 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095 - 9206 (2015) 02 - 0095 - 19

Abstract: “Necessity test” is the core concept in the WTO rules addressing the conflict between regulatory sovereignty and free trade. The interpretation of “necessity test” by the WTO DSB has been an evolving process. It is neither all in line with the positions of the Members in rule negotiations in the WTO on “necessity test”. To make it worse, Members cannot reach consensus with regard to the rule for “necessity test”. Due to the negative consensus in adopting DSB reports and the low efficiency of the WTO legislation, it is a great challenge to deal with the “Necessity test” in the WTO. Currently, non-tariff barriers originated from domestic regulations are becoming the major challenge for multi-lateral trade system. The interpretation of “necessity test” is for certain a impressing issue to be further explored. China firstly needs to fill the gap with the WTO in “Necessity test” in its administrative legislations. At the same time, China should based on its domestic reality and the current situation within the WTO, to modify, and even contribute to concerned issues.

Key words: WTO; Necessity Test; DSB; Appellate Body

一、“必要性测试”作为WTO相关条款的核心概念及其争议

自由贸易是世界贸易组织(WTO)的基本原则。《1947年关税与贸易总协定》(GATT)第11条明确要求:“任何缔约方不得对任何其他缔约方产品的进口或向任何其他缔约方领域出口或销售供出口的产品设立或维持除关税、国内税或其他费用外的禁止或限制,无论此类禁止或限制通过配额、进出口许可证或其他措施实施。”^①同时,WTO承认成员对安全、健康、环保等国内事务的管理权。WTO协调自由贸易和成员国内管制主权的矛盾的主要规定是“必要性测试”,即允许成员进行管制,但这种管制不得超出为实现国内目标所必需的限度。

具体说,GATT第20条“一般例外”条款中规定,不得阻止成员采取“为保护公共道德所必需的措施”、“为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施”、“为保护与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施”。《服务贸易总协定》(GATS)第14条“一般例外”作了与GATT第20条类似的规定。^②就具体领域的国内管制规则而言,《技术性贸易壁垒协定》(TBT)第2.2条规定:“各成员应保证技术法规的制定、采用或实施在目的或效果上均不对国际贸易造成不必要的障碍。”TBT协定附件3“关于制定、采用和实施标准的良好行为规则”第F段规定:“标准化机构应保证不制定、不采

用或不实施在目的或效果上给国际贸易造成不必要障碍的标准。”《实施卫生与植物卫生措施协定》(SPS)第2.2条规定,“各成员应保证任何卫生与植物卫生措施尽在为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的限度内实施”;该协定第5.6条规定,“各成员应保证此类措施对贸易的限制不超过为达到适当的卫生与植物卫生保护水平所要求的限度”。GATS第6.4条规定服务贸易理事会应制定国内管制纪律,以“保证有关资格要求和程序、技术标准和许可要求的各项措施不致构成不必要的服务贸易壁垒”。

由于涉及管制主权与自由贸易的权衡问题,WTO“必要性测试”是一个“极富争议”(highly controversial)的概念。^③这一概念本身比较复杂,外交、政策、条约谈判、争端解决等不同场合相关人员的理解各不相同,学者的研究也经常受到国内法对该问题的理解以及WTO内相关争端的进展状况的影响。^④同时,“必要性测试”是WTO关于国内管制与自由贸易协调的相关条款中的“核心”概念和重大问题^⑤,对“必要性测试”的解释也是WTO专家组处理贸易争端的“关键”(crucial)步骤。^⑥自由贸易的顺利开展急需对“必要性”的含义进行澄清,这在关税壁垒持续下降、非关税壁垒日益成为国际贸易中的重大关注和“关键挑战”的情况下尤其如此。^⑦

澄清“必要性测试”需要解决的一个根本性问题是相关机构安排,即谁来作出决定、如何作出决定。^⑧就此,WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款明确指出,专家组和上诉机构可“依照解释国际公法的惯例澄清这些

① GATT, Art. XI, para. 1.

② 由于WTO内“安全例外”比较特殊,本文将不论及“安全例外”条款中的“必要性测试”问题——如果“安全例外”条款存在一般意义上的“必要性测试”的话。

③ See Panagiotis Delimatsis, “Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 2, 2008, p. 400.

④ See Mads Andenas, Stefan Zleptnig, “Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective”, *Texas International Law Journal*, Vol. 42, 2007, p. 372.

⑤ See Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 17 MAY 1999, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/1, 14 June 1999, S/WPDR/M/1, 14 June 1999, para. 7.

⑥ See Committee on Trade and Environment, GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT PRACTICE RELATING TO ARTICLE XX PARAGRAPHS (b), (d), AND (g) OF GATT, Note by the Secretariat, Revision, WT/CTE/W/53/Rev. 1, 26 October 1998, para. 42.

⑦ 参见世界贸易组织:《贸易与公共政策:21世纪的非关税措施探析》,中国商务出版社2013年版,第1页。

⑧ 同注④。

协定的现有规定”。因此，专家组和上诉机构负责“必要性”的澄清似乎无可非议。这是因为，“立法者不能也没必要包罗万象地将现在与将来的所有问题无重点地面面俱到地加以规范化，那么就需要采用较为原则的规范来解决由此种情形产生的问题”^①。从WTO争端解决的实践看，专家组和上诉机构自然也必然要借鉴美、欧国内法司法解释中“必要性测试”的解释。

然而，成员国内关于“必要性测试”的解释并不完全一致，不少成员并不完全认同专家组和上诉机构在争端解决中关于“必要性测试”的解释。成员并未直接对专家组和上诉机构的裁决提出质疑，但成员关于“必要性测试”的看法在关于《服务贸易总协定》(GATS)第6.4条谈判中有着较为明确的体现。作为“立法者”，成员在GATS第6.4条关于“必要性测试”的谈判中指出，专家组和上诉机构的解释有侵蚀其国家管制主权的嫌疑。^② WTO争端解决程序规定中的“逆向协商一致”(negative consensus)，使得成员不可能实质性地挑战专家组和上诉机构的报告，而GATS第6.4条的谈判又难以达成一致。在“立法者”和“司法者”就这一重大问题的分歧无法有效解决的情况下，WTO贸易纠纷将如何解决，成员将如何进一步推进贸易自由化，成为WTO面临的一个重大挑战。

本文第一部分将介绍WTO相关规则中含有“必要性”规定的相关条款。第二部分将介绍相关案例中专家组和上诉机构关于“必要性”的解释。该部分将通过代表性案例说明专家组和上诉机构在司法解释中先后使用了“最少贸易限制”(least trade restrictive)和“比例”原则来解释“必要性测试”。第三部分将介绍“必要性测试”的渊源和含义，介绍成员在谈判中关于“必要

性”的理解，并将成员的理解与专家组和上诉机构的解释进行对照，以了解二者之间的差异。第四部分就WTO“必要性测试”解释进行评价。最后一部分进行总结。

二、WTO“必要性测试” 司法发展过程

同各国立法一样，WTO规则本身对“必要性测试”并无明确、系统的解释。对“必要性测试”的理解主要见于争端解决过程中专家组和上诉机构的报告。专家组和上诉专家的报告中关于“必要性测试”的解释是一个司法发展的过程。起初，“必要性测试”主要通过“最少贸易限制”(least trade restrictive)进行解释。后来，“比例原则”被纳入对该测试的解释。

(一)“对贸易最少限制”

“最少贸易限制”一词最早出现于美国—337条款案中欧盟的辩论。^③ 对于美国援引GATT第20条(d)款为其337条款所作的抗辩中，欧盟认为，相关措施应“对进口造成最少歧视”(discriminated least against imported goods)。专家组裁决中认为，如合理存在不违反GATT，或违反GATT程度更小的替代措施，则争议措施不能被视为“必要的”^④。在随后的泰国—香烟案中，专家组在“必要性”问题上采用了与美国—337条款案类似的解释。泰国—香烟案中，泰国援引GATT第20条(b)款对其禁止香烟进口的措施进行抗辩，专家组则认为，“仅当没有符合或更小程度违反GATT的替代措施的情况下，泰国实施的进口限制才能被视为GATT第20条b款意义上的‘必要’”^⑤。在WTO争端解

① 范剑虹：《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2010年10月第30卷第5期。

② 详见下文介绍。

③ See Group on Environmental Measures and International Trade, Agenda Item 1: Trade Provisions Contained in Existing Multilateral Environmental Agreements Vis-À-Vis Principles and Provisions, Ter/W/16/Rev.1, Note by the Secretariat, Revision, 14 October 1993, para. 3.

④ United States—Section 337 of the Tariff Act of 1930, Report by the Panel, adopted on 7 November 1989, (L/6439-36S/345) 16 January 1989, para. 5. 26.

⑤ Thailand—Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, Report of the Panel adopted on 7 November 1990, (DS10/R-37S/200), 5 October 1990, para. 75.

决的实践中, 诸多此类相关案例大都按照这一思路进行裁决。^①

(二) “比例原则”(proportionality)

如果说在 2001 年前, 专家组和上诉机构 WTO 争端解决中在将“比例”原则引入 WTO 必要性解释作了自我克制的话^②, 在韩国—牛肉和欧盟—石棉案中, 专家组和上诉机构对“必要性”的解释出现了“重大和急剧”的变化: 他们较为明确地将“比例原则”引入对“必要性测试”的解释。^③

在韩国—牛肉案中, 韩国的双重零售体系以消费者保护为名, 要求在产品标识中区分国产和进口牛肉。这一措施被专家组裁定不符合 GATT 第 20 条。上诉后, 上诉机构 (AB) 支持了专家组 (Panel) 关于韩国该措施“并非为确保韩国防止欺诈行为所必需”、“不合比例的措施”的决定。^④ 在上诉机构报告中, 上诉机构首先考察了“必要”一词在词典中的含义, 以及在 GATT 第 20 条项下的理解, 认为“必要”应理解为“不同程度的必要”: 一方面是“不可或缺”(indispensable), 另一方面是“有助于”^⑤。接下来, 上诉机构认为, 如果争议措施并非“不可或缺”, 那么该措施是否“必要”则将进入“一个对系列因素进行权衡和平衡的过程…… [这些因素] 主要包括, 措施对实现法律或法规目标的贡献、法律或法规旨在保护的共同利益和价值的重要性, 以及法律或法规对进出口货物的影响”^⑥。

从上诉机构在韩国—牛肉案中的分析可以看

出, 无论从用语还是从内容上, 上诉机构都明确表达了“必要性测试”分析中的“比例原则”的内涵。如上诉机构在分析中指出: “对我们来说, 似乎条约的解释者在评估被宣称为保证与 WTO 规则相符的法律或法规得到遵守所必需的措施时, 在合适的情况下, 将考虑拟执行的法律或法律旨在保护共同利益或价值的相对重要性。这些共同利益或价值越重大或重要, 该措施就越容易被认为是作为执行工作的‘必要’措施。”^⑦ 而专家组则直接使用了“比例”的用语: 韩国的双重零售体系“是一项不合比例的、并不为实现韩国法律防止欺诈所必需”^⑧。

欧盟—石棉案中, 专家组和上诉机构则更为明确地适用了“必要性测试”中的“比例原则”。针对法国基于健康理由采取的禁止石棉产品进口的措施, 加拿大提出有力的 (forcefully) 证据, 证明如果石棉不暴露在空气中不会对人体造成伤害。^⑨ 为此, “控制条件下的使用” (controlled use) 可作为“禁止进口”的替代措施。尽管如此, 上诉机构仍支持了法国禁止石棉产品进口的措施。^⑩ 分析中, 上诉机构在援引了韩国—牛肉案中关于目标越重大, 措施越容易被认定“必要”的立场后指出, “本案中, 措施的目标是通过消除、减少广为人知的、对生命和健康有风险的石棉纤维来保护人类生命和健康。这一追求的目标均在最高程度上既重大又重要”^⑪。根据这一“比例原则”, 上诉机构支持了欧盟基于人类

① 如 1992 年美国酒类销售案中, 专家组认为美国未能证明争议措施是最少贸易限制, 并因此裁决美国措施不符合 GATT 第 20 条。United States—Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, Report of the Panel adopted on 19 June 1992, (DS23/R-39S/206), 16 March 1992, para. 5. 52。

② See Axel Desmedt, “Proportionality in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 3, p. 443. 2001.

③ See Deborah Akoth Osiro, “GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation”, *Legal Issues of European Integration*, Vol. 29, No. 2, 2002, p. 129.

④ See Korean—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, (Korean—Beef) AB-2000-8, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000, para. 152.

⑤ 同上, para. 161。

⑥ 同上, para. 164。

⑦ 同上, para. 162, 164。

⑧ Korean—Beef, Report of the Panel, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 July 2000, para. 675.

⑨ See Alan Sykes, “The Least Trade Restrictive Means”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, p. 417.

⑩ See European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, (EC—Asbestos) Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, para. 172.

⑪ 同上, para. 172。

生命保护和健康目标,禁止石棉制品进口的措施。此后,在美国—博彩案^①、多米尼加—烟草案^②、巴西—轮胎案^③中均适用了“比例原则”。

三、WTO 成员关于“必要性测试”的立场

对于专家组和上诉机构在贸易争端案例中关于“必要性测试”的解释,基于DSB“逆向协商一致”的规则安排,成员除接受外并无其他实质性选择。无论出于何种考虑,成员也鲜有对专家组和上诉机构关于“必要性测试”解释的立场表达。不过,成员在WTO规则授权下的相关谈判中,则对“必要性测试”的理解表达了其明确的立场。本部分将对分析这些立场与专家组和上诉机构的解释。

WTO成员关于“必要性测试”的立场,主要体现在GATS第6.4条的谈判上。成员根据GATS第6.4条本身就有的“内在”(imbedded)授权就国内管制纪律开展谈判。根据此授权,WTO于1995年成立之后旋即在服务贸易总理事会项下成立“职业服务工作组”(WPPS),开展GATS第6.4条项下的谈判;其中,会计被列为优先领域。^④1998年服务贸易理事会通过了《会计领域国内管制纪律》。^⑤该文件第二部分“一般规定”中就“必要性测试”作出了一般性规

定:“成员应确保与GATS第16、17条减让之外的措施相关的许可要求和程序、技术标准和资格要求 and 程序的准备、采纳和实施,在目的和效果上不会对会计服务造成不必要的壁垒。为此目的,成员应确保这些措施对贸易的限制不得超过为实现正当目标所必需的限度。正当目标包括但不限于保护消费者(其中包括会计服务的用户和普通公众),服务质量,职业能力和职业操守。”^⑥此后,自1999年起,“职业服务工作组”被“国内管制工作组”(WPDR)取代,开始就适用于更广泛领域的服务贸易国内管制横向纪律进行谈判。^⑦其中,“必要性测试”和透明度被作为国内管制纪律的主要问题。^⑧在这长达十多年的谈判中,成员就“必要性测试”问题表达了各自的立场。

在这些立场表达中,WTO争端解决机构关于“必要性测试”的裁决,与成员的立场之间的差异暴露无遗。为深入探究这些差异,本文将首先梳理成员国国内司法关于“必要性测试”的发展脉络,以便更好理解成员国和WTO争端解决机构在该问题上差异的根源、程度和影响。

(一)“必要性测试”的含义和成员国实践

除个别地方外,WTO与各国法律一样,规则本身并无关于“必要性测试”这一法律原则的详细规定。^⑨GATT规则文本也无“等比例”(proportionality)等类似用语。根据DSU第3.2

^① See United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, (US-Gambling) AB-2005-1, *Report of the Appellate Body*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, para. 306.

^② 同上, para. 70.

^③ See Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, AB-2007-4, *Report of the Appellate Body*, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, para. 182.

^④ See Decision on Professional Services, Adopted by the Council for Trade in Services on 1 March 1995, S/L/3, 4 April 1995.

^⑤ See Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, Adopted by the Council for Trade in Services on 14 December 1998, S/L/64, 17 December 1998.

^⑥ 同上, para. 2.

^⑦ See Trade in Services, Decision on Domestic Regulation, Adopted by the Council for Trade in Services on 26 April 1999, S/L/70, 28 April 1999.

^⑧ See Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 17 MAY 1999, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/1, 14 June 1999, S/WPDR/M/1, 14 June 1999, para. 7.

^⑨ SPS协定第5.6条脚注规定,“就第5条第6款而言,除非存在如下情况,否则一措施对贸易的限制不超过所要求的程度:存在从技术和经济可行性考虑可合理获得的另一措施,可实现适当的卫生与植物卫生保护水平,且对贸易的限制大大减少。”该规定是WTO规则唯一关于“必要性测试”相关的明确规定。该规定为成员在GATS第6条项下“必要性测试”谈判,以及WTO专家组和上诉机构对“必要性测试”的解释广泛援引。

条关于“依照解释国际公法的惯例”澄清 WTO 规则的要求,专家组和上诉机构自然也必然从各国以及国际法司法实践中借鉴关于“必要性测试”的解释。其中,欧盟和美国在处理内部自由贸易与成员国/各州管制主权的矛盾的司法实践,成为专家组和上诉机构的主要渊源。

1. “必要性测试”的含义^①

“必要性测试”肇始于德国的警察法,并逐步发展成为“欧盟行政法最为重要的法律原则”^②。而今,该原则甚至被视为“具有宪法性地位的规范性要求”^③。“必要性测试”的法哲学基础,通俗地说就是“别太过分了”;其目的在于防止权力滥用,属于正义范畴的“维护或重建平衡或均衡”^④。一般而言,“必要性测试”可分为有层进关系的三步:“适当性”(suitability)、“必要性”(necessity)和“狭义比例原则”(stricto sensu proportionality)。^⑤

“适当性”确定措施与目标之间的关系,即措施与目标之间存在因果关系,措施因有助于目标的实现而具有合适性。这是“必要性测试”的第一步。“必要性”一般被认为在可选方案中应选择负面影响最小的措施。如欧盟法院在 The

Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health 一案中裁决的,“如存在多个合适措施,则应选择最不繁重的措施”^⑥。该步分析构成 WTO“必要性测试”的实质性内容,前文述及的“最少贸易限制”依据主要在此。“比例”分析往往针对法阶无上下之分的冲突目标之间的权衡,其必然涉及价值判断问题。^⑦比如,出于维护公共秩序的目的限制公民自由,必然需要确定公民自由与公共秩序这两个目标各自的权重。“比例原则”由于涉及价值判断,是一个需在司法解释中个案处理的敏感问题。“比例原则”有时与“必要性测试”互换使用。当“比例原则”作为一个用语等同于“必要性测试”时,第三步应称为“严格比例原则”^⑧。

出于对“必要性测试”认识的必要,我们在这里将“必要性测试”的第四个步骤单列。“平衡分析”可指欧盟法意义上的“严格比例原则”中剔除措施与目标之间的比例关系之后的、单纯基于冲突利益权衡的考量。^⑨至于美国法意义上的“成本—收益分析”,由于该分析本身没有就权衡的因素做具体区分,因此该分析可视为总体

① 在美、欧国内法立法和司法实践中,“必要”这一用语有时与“比例”和“成本—收益分析”混用。有时,它们之间有明确的区分,有时则互换使用。WTO 内的必要性测试,与美、欧,特别是欧盟的司法实践相比并不发达,因此,在本文 WTO 语境下的分析中,“必要”将被视为一个一般意义上的概念,其测试将包括“适当性”、“必要性”、“严格比例原则”和“成本—收益分析”等更具明确法律含义的表述。

② 高秦伟:《论欧盟行政法上的比例原则》,载《政法论丛》2012年第2期。

③ 陈喜峰:《简论欧盟法中的相称性原则》,载《法学评论》2003年第5期,第82页。

④ 参见第97页注①,范剑虹文。

⑤ 国内该方面论述很多,参见前引9,范剑虹文。参见杨临宏:《行政法中的比例原则研究》,载《法制与社会发展》2001年第6期,第42至44页;陈喜峰:《简论欧盟法中的相称性原则》,载《法学评论》2003年第5期,第81页;韩秀丽:《寻找 WTO 法中的比例原则》,载《现代法学》2005年第27卷第4期,第180页;前引本页注②,高秦伟文。

⑥ Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 13 November 1990. The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others. Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice, Queen's Bench Division-United Kingdom. Substances having a hormonal action-Validity of Directive 88/146/EEC. Case C-331/88, para. 14.

⑦ 参见第97注①,范剑虹文。

⑧ 这里需要特别指出的是:“严格比例原则”有时指措施与目标之间的关系,有时则涉及更为宽泛的“权衡”(weighting)和“平衡”(balancing);此时,多种因素、特别措施带来的实现目标的积极因素,与措施实施带来的对其他目标的消极因素的影响要作全面的权衡分析。全面的权衡分析因涉及冲突的目标的平衡,而显得尤其复杂和敏感。基于此,Joel Trachtman 将“必要性测试”分为四个步骤:适当性、必要性、合比例和平衡分析(或美国法意义上的成本—收益分析)。参见 Joel Trachtman, “Trade and ... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity”, *European Journal of Economic Law*, Vol. 9, No. 1, 1998, pp. 35 - 36.

⑨ 参见本页注⑥。

上的、包含各方因素的总成本与总收益之间的权衡分析。当然,这只是一个一般性的区分,司法实践中由于裁决中并不总是明确其分析所依据的原则,法官到底按照什么步骤作的分析未必会在裁决文书中有清晰、明确的表述。^①

2. “必要性测试”各国司法实践

WTO内“必要性测试”自然也必然源于美、欧等的国内司法实践。在“必要性测试”问题上,欧盟一般使用“比例原则”的表述。《罗马条约》第5条则作出了“共同体的任何行动均不得超越为实现本条约所必需的限度”之规定。^②同时,欧盟相关法中直接使用了“比例”的用语,并将“必要性测试”与“比例原则”建立了直接的联系:“在行使其权力时,各机构应确保遵守比例原则,即共同体的任何行为不得超越为实现本协定之目标所必需的限度”^③。在具体的指令如2001年《电子通讯与服务管制框架指令》中,欧盟也使用了“比例原则”的直接表述。^④1972年Internationale Handelsgesellschaft案中,欧盟法院明确了“比例原则”的含义:“对个人行为自由的限制不能超出为一般利益所必需的范围。”1988年丹麦瓶装案中,欧盟法院裁定丹麦管制措施对贸易的消极作用不合理比例地大

于管制带来的收益。^⑤此后在多个案件中,欧盟法院重申“严格比例原则”是欧盟法的一般法律原则,并就该原则进行解释。如在1990年The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health一案中,欧盟法院指出,依据“比例原则”,“如存在多个合适措施,则应选择最不繁重的措施”^⑥。此后,在诸多案例中,欧盟法院均依此判决。^⑦

在美国,法院一方面通过适用宪法中的“商务条款”,发展了必要性测试解释。另一方面还通过法院对行政部门的审查,逐步明确了美国对必要性测试的理解,即成本—收益原则。美国宪法在明确了各州享有的权力的同时,规定立法权全属国会。其中,美国宪法第1条第8款规定,国会“管理与外国的、州与州间的,以及对印第安部落的贸易”。当美国各州基于当地管理目标采取的措施对州际贸易形成障碍时,美国最高法院适用“休眠商务条款”对各州的立法进行裁决。裁决的一般原则为:“当[州]立法以公平的方式实现正当的当地公共利益目标,其对州际贸易的影响只是意外性的,一般将被支持,除非其州际贸易负担明显超过其预想的当地利益”^⑧。即便有此基本原则,在涉及各州基于健康、安全管制的

① WTO在司法实践中更是如此。后文将论及,由于WTO并无明确关于“比例原则”的规则规定,更无“严格比例原则”的规则规定,专家组和上诉机构在争端解决中,往往只对案例进行分析,但并不提及其法律依据。因此,在做“必要性测试”的时候,如涉及“严格比例原则”或者“成本—收益分析”意义上的分析,专家组和上诉机构的一个处理办法是,将第二步的“必要”分析与后面的步骤整合在一起,综合分析后得出相应的结论。从Panagiotis Delimatsis似乎认为,上诉机构在韩国—牛肉案中就是如此处理的。参见第98页注③, Panagiotis Delimatsis文, pp. 388 - 389。

② See Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, at http://www.frontex.europa.eu/assets/Legal_basis/12002E_EN.pdf, accessed 2012-7-25.

③ Treaty establishing the European Community (consolidated version) -D. Protocols annexed to the Treaty establishing the European Community-Protocol (No 30) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (1997), Official Journal C 321 E, 29/12/2006, P. 0308 - 0311, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12006E/PRO/30;EN:HTML>, accessed 2012-7-25, para. 1.

④ See Directive 2002/21/Ec of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), 24.4.2002, Official Journal of the European Communities, L 108/33, para. 41.

⑤ 参见第100页注⑧, Joel Trachtman文, p. 74.

⑥ 参见第100页注⑥, para. 14.

⑦ See Judgment of the Court of 5 May 1998. -United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Commission of the European Communities. -Agriculture-Animal health-Emergency measures against bovine spongiform encephalopathy- ‘Mad cow disease’. -Case C-180/96, para. 96.

⑧ Loren J. PIKE, etc., Appellant, v. BRUCE CHURCH, INC. 397 U.S. 137 (90 S.Ct. 844, 25 L.Ed.2d 174), query at <http://www.law.cornell.edu/>, accessed 2012-08-10.

立法时,最高法院仍承认面临“发展一套既可维护全国市场又不对各州的管理——这些管理毫无疑问将对国家的贸易产生影响——进行干预的艰巨任务(struggle)”^①。实践中,最高法院对于此类案件还是对各州立法给予很大的遵从(deference)。如在 Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co. 案中,法院维持了该州禁止使用塑料不可回收奶容器、允许其他不可回收奶容器的法律。^②在 Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc. 案中,法院认为,“如果问题的解决存在几个替代方法,法院将不确定哪个方案对于实现有效的州目标最为合适。在联邦无干涉的领域,政策决定属于州立法。”^③此外,美国法院还对行政部门制定的各种行政规章和执法行为,依据必要性测试进行审查,并逐步发展和充实了美国式的必要性测试:成本—收益原则。尽管该原则在实施中仍面临一些操作上的困难^④,但总体上“成本—收益原则”不仅是法院司法审查的重要原则,也成为行政部门内部审查的主要依据。^⑤

在我国,西方行政法意义和 WTO 意义上的“必要性测试”,总体上尚停留在学术研究阶段。

尽管近年来行政法学者就此做了大量深入的研究,囿于我国司法审查仅限于对具体行政行为的审查,我国目前阶段更为现实的路径是通过在具体行政行为的审查逐步引入“必要性测试”^⑥。

总之, WTO 必要性测试源于各国司法实践。然而,各国实践并不相同。中国等很多发展中国家该方面实践较为缺乏。即便发达国家在必要性测试问题上也存在很多差异和冲突。美、欧之间的“比例原则”和“成本—收益原则”,无论从表述、实质性,还是其背后体现的法律传统和认识,都存在差异。此外,各国在适用“必要性测试”时,还面临一些与原有法律衔接的问题,如英国行政法中的“韦德内斯伯里不合理原则”与“比例原则”的衔接等。^⑦这些差异和冲突都为 WTO “必要性测试”的解释埋下了冲突的伏笔。

(二) 成员在是否将“必要性测试”纳入谈判问题上存在重大分歧

成员间的关于 GATS 第 6.4 条的立场自一开始就出现分歧,而且该分歧被认为是“巨大的”^⑧,其中,必要性测试被认为是其中最重要、最困难的问题。^⑨

^① Camps Newfound/Owatonna, INC., Petitioner, v. TOWN OF HARRISON, MAINE, et al. 520 U. S. 564117 S. Ct. 1590137 L. Ed. 2d 852 (520 U. S. 564117 S. Ct. 1590137 L. Ed. 2d 852, 520 U. S. 564117 S. Ct. 1590137 L. Ed. 2d 852), query at <http://www.law.cornell.edu/>, accessed 2012-08-10.

^② See Rennan, J., Opinion of the Court, Supreme Court of The United States, 449 U. S. 456, Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co. Certiorari to The Supreme Court of Minnesota, No. 79-1171, at http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0449_0456_ZO.html, accessed 2012-08-10.

^③ Douglas, J., Opinion of the Court, Supreme Court of the United States, 359 U. S. 520, Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc., at http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0359_0520_ZO.html#359_US_520n5ref, accessed 2012-08-10, p. 525.

^④ 参见蒋红珍:《论必要性原则适用的困境及其出路》,载《现代法学》2006年第11期。

^⑤ 参见 Executive Order # 12866 Regulatory Planning and Review, <http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/direct/orders/2646.html>, last visit 2015-01-15; 于立深:《成本效益分析方法在行政法上的运用——以〈行政许可法〉第20、21条为例》,载《公法研究》2005年第2期。

^⑥ 赵娟:《合理性原则与比例原则的比较研究——一个以判例为基础的思考》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2002年第1期。

^⑦ 参见第100页注②,高秦伟文。

^⑧ Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 25 MAY 2000, Note by the Secretariat, S/Wpdr/M/6, 29 June 2000, para. 5. Working Party on Domestic Regulation, Report of the Meeting Held on 26 June 2009, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/41, 24 September 2009, para. 3.

^⑨ 比如, WTO 秘书处文件认为,“必要”之规定是 GATS 第 6 条项下国内管制措施是否符合 WTO 规则的核心。参见 Council for Trade in Services, Article VI: 4 of the Gats; Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services, Note by the Secretariat, S/C/W/96, a March 1999, para. 17. 另见 Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 29 November 2001, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/14, 29 January 2002, para. 53.

谈判之初,成员还在讨论必要性测试涉及的具体内容,如正当目标界定、必要性测试之标准、必要性测试的“第三个方面”等^①,到后期成员立场则集中体现于是否将“必要性测试”纳入GATS第6.4条的谈判上。美国、加拿大、巴西联合提交提案,反对GATS第6.4条的谈判中纳入“必要性测试”。该提案“强调”了成员国内管制主权的重要性,并指出“必要性测试”可能“过度侵蚀”(unduly undermine)这一权力。该提案认为,“必要性测试是一个含糊和不可预测的标准。这将使得专家组可以就成员富有经验的管制者所作的最为敏感的政策选择进行臆断(second-guessing)。”^②

实际上,无论在正式提案还是在谈判会议上,美国明确而一贯地指出:“美国没有同意就横向必要性测试进行谈判”^③。加拿大与美国立场类似。在谈判早期,加拿大发言态度较为缓和,认为没有必要性测试的有效的国内管制纪律是有可能的。^④而随着谈判的深入和各方立场的明朗化、尖锐化,加拿大发言措辞日益强硬,明确指出,就必要性测试进行谈判是一个“不现实的选择”。加拿大认为,对此除少数成员外成员间已经达成一致,因此,对于少数成员在关键时刻仍主张就“必要性测试”进行谈判表示失望,

并明确指出必要性测试不是一个“可接受的结果”,加拿大“无法支持含有必要性测试的国内管制纪律规则”^⑤。巴西代表在谈判会议中指出,GATS第6.4条只是要求进行国内管制纪律的谈判,并没有要求一定将必要性测试纳入国内管制纪律规则规定。巴西代表发言强调了成员对国内管制的主权,并认为“必要性测试”势必影响这一权力。巴西代表还认为,WTO现有关于“必要性测试的”解释只是司法造法的结果,从保证贸易政策确定性的角度说是没有必要的。^⑥此外,诸多发展中国家也表达了类似的立场。如菲律宾曾同巴西联合提交非正式的(JOB)文件,明确表示反对关于将“必要性测试”的规定纳入GATS第6条谈判文本。^⑦印度尼西亚强调纪律谈判应保证成员的管制主权,并考虑发展中国家的实际困难。^⑧非洲、加勒比和太平洋(ACP)发展中国家也表示,国内管制纪律不应受制于“必要性测试”,以防管制主权受约束。^⑨坦桑尼亚代表最不发达国家(LDC)表示,GTAS规则如同其他WTO规则一样具有强制约束力,希望此次谈判中的GATS规则对LDC国家豁免,以便使其发展其国内管制机构能力。^⑩

而希望通过谈判加强GATS国内管制纪律,

① 早期谈判涉及的必要性测试内容可参见 Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 11 MAY 2001, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/11, 7 June 2001, Annex; Informal Summary of Discussions on the Checklist of Issues for Wpdr para. 5 - 7。成员对“必要性测试”涉及的内容的讨论可参见 Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 3 July 2001, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/12, 16 August 2001, para. 51 - 54。

② Working Party on Domestic Regulation, Communication from Brazil, Canada and the United States, Views on the Issue of the Necessity Test in the Disciplines on Domestic Regulation, S/WPDR/W/44, 22 March 2011, para. 1, 8。

③ Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 3 December 2003, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/24, 22 January 2004, para. 47。

④ See Working Party on Domestic Regulation, Report of the Meeting Held on 18 February 2011, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/48, 17 March 2011, para. 25。

⑤ Working Party on Domestic Regulation, Report of the Meeting Held on 23 March 2011, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/49, 11 April 2011, para. 13。

⑥ 参见上文, para. 12。

⑦ See Working Party on Domestic Regulation, Communication from Brazil and the Philippines, Job (06) /133, 2 May 2006, available at http://iatp.org/files/451_2_80782.pdf, accessed 2012-08-04。

⑧ 参见第102页注⑧, S/WPDR/M/41, para. 23。

⑨ See Working Party on Domestic Regulation, Communication from the ACP Group, Pro Development Principles for GATS Article VI: 4 Negotiations, Revision, JOB (06) /136/Rev. 1, 19 June 2006, para. 11, at <http://www.citizen.org/documents/ACP%20Group%20Proposal.pdf>, accessed 2012-08-02。

⑩ 参见第102页注⑧, S/WPDR/M/41, para. 12。

从而促进服务贸易出口的成员，则强调“必要性测试”为有效的、有雄心的谈判必不可少，主张加强包括“必要性测试”在内的国内管制纪律。如澳大利亚期望一个高水平的、富有雄心的必要性测试谈判，GATS第6.4条项下的“必要性测试”应该“更为严格”^①，即便对发展中国家的特殊和差别待遇也不能导致关于该测试的标准。^②中国香港明确表示支持必要性测试谈判，并认为必要性测试与GATS第6条谈判的雄心密切相关^③，而该测试与成员对国家管制主权关注的冲突并非不可逾越。^④新西兰除呼应澳大利亚关于高水平的、富有雄心的必要性测试谈判的建议外，还质疑一些成员将“必要性测试”政治化，要求那些认为有困难进行“必要性测试”谈判的成员说明该测试到底存在哪些困难。^⑤瑞士则表示支持任何形式的“必要性测试”，因为该测试必将是最终的国内管制纪律的组成部分。^⑥印度在表示应在成员管制主权与“必要性测试”之间平衡的同时表示支持该测试。^⑦印度和中国台北均表示，市场自由化必须配套国内管制纪律，否则市场准入将失去意义。^⑧在“必要性测试问题”上，哥伦比亚表示可以就具体用语讨论，但国内管制纪律应包括该测试。^⑨

显然，在“必要性测试”问题上，成员间立场分歧太大，不可能达成一致。到2011年，主席在会议开始的发言中已经开始使用“遗憾”、“风险增大”、“有希望但需政治意愿”等字眼。这显然是长期以来谈判进程导致的主席对未来前景判断的结果，可以料想主席已经从会议前夕惯

常的主席与成员私下关于未来立场交换中就未来谈判结果得到确认。在2011年10月份国内管制工作组谈判会议上，成员发言使用了“迷惑”、“沮丧”等字眼。^⑩在多哈回合总体进入“休眠”的大背景下，GATS第6.4条谈判前景渺茫，而“必要性测试”谈判基本是被打入冷宫了。

（三）成员对专家组和上诉机构“必要性测试”解释的看法

成员在GATS第6.4条项下谈判中关于该测试的总体立场，以及他们就具体问题的理解，尽管只是“就事论事”，没有直接针对专家组和上诉机构在争端中的解释，但实际上仍可看出一些成员对专家组和上诉机构解释并不完全认同。

总体而言，一些成员对WTO专家组和上诉机构关于“必要性测试”的解释持审慎立场。这首先体现于WTO秘书处准备的关于该测试司法解释的汇总文件上。当WTO秘书处应成员要求准备汇总专家组和上诉机构关于“必要性测试”的文件时，美国表示，出于防止滥用法律解释的关注，美国将对秘书处起草的报告表示关注并将认真研究。^⑪而当秘书处介绍该汇总文件将以正式文件、而非仅为WTO成员内部参考用的非正式文件公开发布，且秘书处解释争端解决案例实际上早就够公布于众时，美国表示，案例公布于众与案例汇总发布是两回事，“[WTO秘书处]文件关于[专家组和上诉机构‘必要性测试’解释]的归类方式本身可能就是一个问题。”^⑫而当秘书处最终以正式文件发布专家组和上诉机构

① Working Party on Domestic Regulation, communication from Australia, S/WPDR/W/1, 19 July 1999, para. 1.

② 参见第103页注④, para. 10。

③ See Working Party on Domestic Regulation, Report of the Meeting Held on 22 November 2010, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/47, 31 January 2011, para. 29.

④ 参见第103页注④, para. 9。

⑤ 参见上文, para. 16。

⑥ 参见上文, para. 12。

⑦ 参见上文, para. 22。

⑧ 参见第102页注⑧, S/WPDR/M/41, para. 18, 13。

⑨ 参见第103页注④, para. 19。

⑩ 参见 Working Party on Domestic Regulation, Report of the Meeting Held on 27 September 2011, S/WPDR/M/51, 27 October 2011。

⑪ 参见第103页注③, S/WPDR/M/24, para. 47。

⑫ 同上, para. 53。

关于“必要性测试”汇总文件 W/WPDR/W/27 时,美国呼应巴巴多斯的看法,即发布该文件可能导致成员认同上诉机构在未来案例中适用这些司法解释的印象。^① 欧盟也表达了与美国类似的关注并进一步指出应防止任何无意导致的、法律解释导致的偏见。比如,欧盟代表询问秘书处, W/WPDR/W/27 文件中有“[成员]措施与 WTO 一致性中确立的必要性测试,以措施为实现政策目标‘所必需’”这样一句话,这是否就是工作组正在谈判的 GATS 第 6.4 条所说的“措施不应超过对贸易限制不必要的限度”?^②

成员的上述立场,在一定程度上委婉地表达了他们总体上并不认同 WTO 争端解决机构对“必要性测试”裁决的倾向性看法。具体而言,不少成员在“必要性测试”涉及的具体问题的理解上,也表现出与专家组和上诉机构解释不完全相同的立场。

1. 关于“比例原则”

欧盟在 GATS 第 6.4 条谈判项下主张使用“比例原则”解释“必要性测试”^③。诸多成员对此表示关注并要求欧盟予以澄清。^④ 美国询问欧盟,欧盟内部最近司法解释的“比例原则”是否将代表 GATS 项下“必要性测试”解释。^⑤ 巴西、印尼等希望欧盟就此提供更多信息。^⑥ 加拿大对该原则表示关注,特别当措施被认为“不合比例”时。^⑦ 马来西亚认为“比例原则”可能是个“主观性”的概念。^⑧ 阿根廷则询问,欧盟提

案中的“比例原则”是否与该提案前段提及的尊重成员管制主权相冲突。^⑨ 对于成员的这些询问,欧盟表示,欧盟“比例原则”的适用受到内部统一市场建设的指引,与 WTO 背景不同^⑩,欧盟并非在 WTO 寻求欧盟意义上的“比例原则”^⑪。

即便有欧盟的肯定性澄清,欧盟在 GATS 第 6.4 条谈判中并非严格国内管制纪律的坚定支持者,且一直强调——尽管没有美国、巴西等那么明确和坚决——维护成员管制主权的重要性^⑫,但成员仍在谈判会议上对“比例原则”表示持续的关注。即便成员仅对“比例原则”表示关注并要求澄清——既然欧盟没有明确地推动将“比例原则”纳入 WTO “必要性测试”,成员也不必做其他的反应——这也说明了成员对这一概念的审慎态度。而美国的询问方式实际上只能迫使欧盟作出否定的回答,因为一般而言,WTO 成员对于将一具体成员内部的司法理念纳入 WTO 将持极为审慎,甚至排斥的态度。考虑到专家组和上诉机构在韩国—牛肉和欧盟—石棉案中实际上明确使用了“比例原则”,成员对欧盟“比例原则”建议的立场,在一定程度上也反映了他们对专家组和上诉机构对“必要性测试”基于“比例原则”理念之解释的立场。

2. 关于“正当目标”和“保护水平”的法定权

WTO 秘书处关于专家组和上诉机构司法解

① See Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 31 March 2004, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/25, 18 May 2004. Para. 73.

② 参见第 103 页注③, S/WPDR/M/24, para. 58.

③ 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/11, para. 10.

④ See Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 2 October 2001, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/13, 21 November 2001, Annex: Informal Summary of Discussions on the *Checklist of Issues for Wpdr*, para. 9.

⑤ 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/11, para. 18.

⑥ See Working Party on Domestic Regulation, Communication from the European Communities and Their Member States, Domestic Regulation: Necessity and Transparency, S/WPDR/W/14, 1 May 2001, para. 13, 28.

⑦ 同上, para. 15.

⑧ 同上, para. 24.

⑨ 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/11, para. 20.

⑩ 同上, para. 31.

⑪ 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/12, para. 52.

⑫ 参见本页注⑦, para. 16.

释的汇总文件中认为,诸多案例裁决已经明确,专家组和上诉机构不审查目标之“正当性”,只审查手段/措施是否为实现“目标”所必需。^①但成员对此并不认同。菲律宾明确指出,“不同意秘书处文件中关于专家组和上诉机构‘必要性测试’中不审查措施所涉目标之结论。”^②巴西在会议发言中表示,对秘书处该结论他们在大使非正式会晤时曾表示持保留态度。^③美国也明确指出,该文件并非一直是“事实性的”(factual),比如第25段(专家组和上诉机构未在争端解决中质疑成员国内措施保护水平自定的权力)。^④

成员之所以不认同秘书处关于专家组和上诉机构不审查成员确定的政策目标这一结论,应该与专家组和上诉机构的相关裁决有关。比如,在澳大利亚—三文鱼一案中,专家组和上诉机构认为,如果成员确定的保护水平不明确,上述机构可以通过采取的措施倒推成员的保护水平。^⑤这一倒推的结果甚至可以导致专家组和上诉机构根据倒退确定的保护水平,裁决成员的措施是否为实现这一经调整后的目标所必需,并导致措施不符合“必要性测试要求”的裁决结果。比如,在韩国—牛肉案中,上诉机构将韩国的保护水平从“根除欺诈”修改为“大量减少欺诈事件”,并认为双重标签体系不为实现“大量减少欺诈事件”所必需。^⑥因此,有评论认为,不能对成员保护水平自定这一说法

过分自信,试图通过界定高标准的保护水平,在“必要性测试”项下为自己措施的WTO一致性提供辩护是有风险的。^⑦

如果说成员一般无法、也不会对专家组和上诉机构的裁决进行质疑的话,他们可以对秘书处的结论进行评判,他们更可以在这一问题上在谈判中充分、明确地表达他们的立场。在GATS第6.4条谈判中,诸多成员主张以“国家政策目标”代替“正当目标”^⑧。如日本强调了成员对国内措施的管制主权,要求使用“国家政策目标”,而非“正当目标”^⑨。瑞士、巴西、哥伦比亚、多米尼加、印尼、秘鲁、菲律宾等发展中国家也主张使用“国家政策目标”的用语。^⑩日本等成员在用语上回避“正当”一词,在实践中有助于隔离专家组和上诉机构对“目标”符合WTO规则的审查,而如相关协定所言、专家组和上诉机构自己也明确的那样,只审查措施是否为实现“目标”所必需。

此外,在GATS第6.4条谈判中就“目标”界定问题,成员还就是否界定一个类似TBT协定第2.2条的开放性指示性目标列表进行了讨论。成员间意见分歧较大:很多成员主张建立明确的、非穷尽的、指示性目标列表;也有很多成员认为这样的列表“具有限制性”,是“不可取的”(undesirable);有的成员表示不反对界定列表,但认为实践中制定这样的列表存在现实困难:列表可能过长,而过短的列表成员又难以达

① 参见WTO秘书处文件Working Party on Domestic Regulation,“NECESSITY TESTS” In THE WTO, Note by the Secretariat, Addendum, S/WPDR/W/27/Add.1, 18 January 2011, para 84 (a)。另见WTO秘书处关于该文件的介绍。参见第103页注④, para. 6。相关案例中专家组和上诉机构的确作出了这样的裁决。如United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Panel, WT/DS2/R, 29 January 1996, para. 7.1; Report of Appellate Body, Australia—Measures Affecting Importation of Salmon, AB-1998-5, WT/DS18/AB/R, adopted on 6 November 1998, para. 199, 200-204。参见第96页注③, Panagiotis Delimatsis文, para. 5.13; 参见第97页注⑤, at para. 73; Appellate Body Report, US-Gasoline, WT/DS2/AB/R, DSR 1996: I, at 30-31。

② 参见第103页注⑤, para. 43。

③ 参见第103页注④, para. 11。

④ 参见第105页注②, para. 73。

⑤ 参见本页注①, WT/DS18/AB/R, para. 206-207。

⑥ 参见第98页注④, para. 178。

⑦ 参见第98页注②, Axel Desmedt文, p. 458。

⑧ GATS序言使用了“国家政策目标”(“national policy objectives”)的用语。

⑨ 参见第105页注②, para. 66。

⑩ 转引自第96页注③, Panagiotis Delimatsis文, pp. 394-395。

成一致等。^① 欧盟认为, 界定这样一个列表“并非不可少”^②、“没有必要”^③。

究其原因, 除技术性原因外^④, 成员主要担心该目标的界定潜在的“法律含义”可能对成员主权形成约束。尽管目标被认为仅具有指示性, 但欧盟认为, 目标列表本身具有法律含义 (legal implication)。^⑤ 从 TBT 协定第 2.2 条和第 2.5 条之间的关系看, 这一说法并非没有道理。TBT 协定第 2.2 条关于目标列表之前使用的“包括但不限于” (inter alia), 也许并未对所列目标之间及其与未列明之目标之间建立优先关系 (priority)。但 TBT 协定第 2.5 条规定, 基于 TBT 协定第 2.2 条“明确提及”的目标、又依照国际标准的措施, 可被视为符合 TBT 协定。这一规定又似乎意味着 TBT 协定第 2.2 条列明的目标似乎比未列明的目标更有可能得到 TBT 协定的支持。即便 TBT 协定第 2.2 条和 2.5 条的规定, 在目标之“优先性”问题上不构成明确的规则规定, 说其有一定的“含义” (implication), 应该并不过分。可能基于这一潜在“法律含义”及其对管制主权约束的考虑, 有成员对界定目标列表作了消极的表态。有些成员“表达了列表可能潜在地限制他们的管制主权的关注, 有些成员询问 GATS 第 6.4 条现有的表述是否已经足够。有的成员不希望该列表具有法律约束力, 仅为管制者提供一些参考。一成员表示, 就敏感问题而言, 成员不能再列举正当目标是过于具体。还有一成员表示, 国家政策目标早已被成员确定为正当的, 因此没有必要就此进一步澄清”^⑥。

① 参见第 105 页注⑤, para. 9。美国政策制定涉及的目标远远超过现有 WTO 协定中例示的内容。如美国在制定管制政策时应考虑的因素包括: “保护公共健康、福利、安全、环保, 以及促进经济增长、创新、提高竞争力、增加就业”; 在考虑替代措施时, 要考虑“潜在的经济、环保、公共健康和安全影响, 及其他优势、分配影响和公平”, 甚至“人的尊严” (human dignity)。参见 The White House, Office of the Press Secretary, For Immediate Release, January 18, 2011, Improving Regulation and Regulatory Review-Executive Order, at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/18/improving-regulation-and-regulatory-review-executive-order>, last access 2011-05-26。

② 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/11, para. 31。

③ 同上, para. 10。

④ 如巴西认为目标具有动态变迁性。Working Party on Domestic Regulation, Report on the Meeting Held on 20 March 2001, Note by the Secretariat, S/WPDR/M/10, 10 May 2001, para. 32。

⑤ 参见第 103 页注①, S/WPDR/M/11, para. 31。

⑥ 参见第 105 页注⑤, para. 9。

⑦ 参见第 98 页注③, Deborah Akoth Osiro 文, p. 139。

⑧ 参见第 106 页注①, WT/DS18/AB/R, para. 194。

3. 关于“合理存在”之界定

“合理存在”的界定对于“最少贸易限制”和“严格比例原则”项下的替代措施的裁定都十分重要。^⑦ 成员也曾在 GATS 第 6.4 条项下谈判等场合表达了各自的立场。这些立场与专家组和上诉机构的解释存在一定差异。

GATT 第 20 条和 TBT 协定本身并无“合理存在”的规定。专家组和上诉机构在裁决中, 如美国—337 案、泰国—香烟案等均采用了无附加条件的“最少贸易限制”来解释“必要性测试”。不过, SPS 协定第 5.6 条脚注增加了“必要性测试”的三个附加条件: 技术和经济上存在合理存在性、可实现适当的保护水平和对贸易限制大大减少。这三个条件提高了替代性措施的要求, 使得成员的措施更容易通过“必要性测试”。这是成员作为“立法者”在“必要性测试”问题上的唯一一次达成一致、写入规则的举动。

在争端解决中, 上述“合理存在”主要是从技术和经济的角度界定的。至于其他方面的考虑, 如“行政成本”、“国际谈判”等考虑, 则在争端解决中通过专家组和上诉机构的解释得到逐步发展。很遗憾, 这一发展并没有为“必要性测试”的理解提供一个清晰的路线。

如前文所述, 早期争端案例如美国—337 案、泰国—香烟案等采用了无附加条件的“最少贸易限制”来解释“必要性测试”。在后来的纠纷中, 专家组和上诉机构也在裁决中按照 SPS 协定要求使用“合理存在”来界定替代措施。^⑧ 而在其他的一些案例中, 专家组和上诉机构不仅指

出替代措施应该“合理存在”，而且就“合理存在”进行了与SPS协定不完全一致的界定。如在欧盟—石棉案中，专家组认为“合理存在”不应仅是“理论上的”，而应在涉案成员面临的经济和行政现实背景下予以考虑。^① 上诉机构在美国—博彩案和多米尼加—香烟案中，也均认为，“合理存在”不应仅是“理论上存在”，如成员在实施该替代措施中面临各种重大困难，则不能被视为“合理存在”的替代措施。^② 不过，在墨西哥—软饮案中，专家组报告援引美国—博彩案上诉机构的意见，裁定不具有确定性的措施因无法保证法律的符合性，而不能被视为替代措施^③，而该案中上诉机构则推翻专家组的裁决，认为确保国内法规的措施未必需要绝对的确定性。^④

专家组和上诉机构解释中的“合理存在”涉及的困难，不仅限于SPS协定中规定的“技术和经济”，也涉及了诸多关于“行政成本”等困难的解释。在韩国—牛肉案中，专家组和上诉机构没有接受韩国关于行政成本导致替代措施不存在、从而韩国措施符合必要性测试的解释。^⑤ 而在欧盟—石棉案中，专家组认为，“合理存在”应考虑行政成本等因素。^⑥ 如果说韩国—牛肉案和欧

盟—石棉案中的“必要性测试”因适用了“严格比例原则”而在裁决中有所区别的话，那么其前提是“严格比例原则”已经明确为WTO的基本法律原则。然而，这个前提目前并不明确存在。^⑦

四、WTO“宪政”争议下 “必要性测试”评价

美国相关司法解释建立在明确的宪法和三权分立制度安排基础上，欧盟司法不仅有宪政的基础，而且其中的“严格比例原则”“受到统一市场目标的指引，因此与GATS属不同的背景”^⑧。而WTO不过是其自身政治利益最大化的“自利政客之间的最优契约安排”^⑨。在WTO缺乏明确的宪政基础的情况下，适用宪政国家或有着宪政特征体系内关于“必要性测试”的司法解释，难免引发诸多争议。

（一）关于专家组和上诉机构“必要性测试”解释方面“越权”的质疑

专家基于维护国家管制主权的角度，对专家组和上诉机构在“必要性测试”解释问题上提出

① See European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, *Report of the Panel*, WT/DS135/R, 18 September 2000, para. 8. 207.

② 参见第99页注①, para. 70.

③ See Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, *Report of the Panel*, WT/DS308/R, 7 October 2005, para. 8. 188.

④ See Mexico-Soft Drink, AB Report, para. 74.

⑤ See Korean-Beef, AB Report, para. 180.

⑥ 参见本页注②, para. 8. 207.

⑦ 参见韩秀丽：《比例原则进入WTO法的必要性分析》，载《中共福建省委党校学报》2005年第8期。

⑧ 参见第103页注①, S/WPDR/M/11, para. 31. 尽管欧盟未必具有美国意义上的宪政特征——欧盟毕竟是一个主权国家间的安排——但欧盟在其发展过程中逐步具备了一些宪政特征。Christian Joerges认为，起初，如同WTO一样，欧盟不是明确的宪政体系，而是一个“治理”（governance）体系。但欧盟历时多年逐步形成一个“成熟的国家间治理安排”，其间，欧盟法院在1979年一个很小的案件——Cassis de Dijon中，“自己授予自己裁决成员立法合法性的权利——自己任命自己为宪法法院。这一举措具有重大的理论重要性并具有深远的实践影响。”参见Christian Joerges, “Free Trade with Hazardous Products? The Emergence of Transnational governance with Eroding State Governance”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, No. 4, 2005, pp. 553-574. Panagiotis Delimatsis也认为欧盟具有其独特性，即欧盟具有建立内部统一市场的政治意愿和超国家司法推进。参见第96页注③, Panagiotis Delimatsis文, p. 383. 我国学者认为，欧盟“已经进入超国家权力和成员主权势均力敌的均衡态势”，并具有适用“严格比例原则”之正当性。参见第101页注③, 陈喜峰文；王千华：《评欧洲法院司法能动性的贡献及其限度》，载《法学评论》2001年第5期，第59-67页。

⑨ Alan Sykes, “Regulatory Protectionism and the Law of International Trade”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 1, 1999, p. 6-7, 13, 30.

诸多批评,其中最主要的批评是专家组和上诉机构侵蚀成员国家管制主权之“越权”嫌疑。

加拿大学者 Robert Howse 等指出,“WTO 面临最主要的批评是所谓 WTO 阻碍成员政府对环境予以充分保护,或者解决消费者利益和国家健康和安全的权力行使。……WTO 规则也许已经对加强或制定类似国内管制体系产生了消极作用,从而限制或阻挠了民主选择。如果 WTO 意欲恢复公民对其的信任,就必须证明其平衡政府追求国内正当目标的自由和确保贸易自由化之间的平衡”^①。Tim Buthe 认为, GATT 具有不干预成员管制领域政策制定主权的传统,但 SPS 协定是一个“重大的偏离”(significant departure)^②。Michael Ming Du 也认为, TBT 协定“深深地嵌入了国内管制秩序,并以一种未被预料到的方式危及国内管制主权”^③。

具体到“必要性测试”,美国学者 John McGinnis, Mark Movsesian 指出, WTO 成员在 TBT、SPS 协定中“明智地限制了 WTO 司法机构创设它们自己的方式的权限”,但 DSB 对“必要性”的解释中,“‘最少限制测试’或许有用,但仅应在对成员的管制选择有实质性遵从的情况下使用……而目前该测试给予 WTO 太多自由裁量权。这一发展是不幸的: WTO 不能允许最少贸易限制成为猜测国家管制政策实体内容的借口”^④。Deborah Akoth Osiro 认为,如何比较争议措施与替代方案是一个棘手的司法技术问题。GATT 第 20 条相关争端裁决中最先提出了“最

少违反 GATT”的标准,后来又转化为以“对贸易的限制效应”(trade-restrictive effects)为标准,但 GATT 并无“贸易限制效应”的文本表述。因此,该标准难免导致司法困难和争议。^⑤事实上,早期谈判者曾在 GATT 文本中使用了“以对缔约方贸易可能伤害最少的方式”(in such a way as to cause the lest possible injury to the trade of the contracting parties)的用语^⑥,而 TBT、SPS 协定最终使用了“不对贸易造成为实现正当目标所必需的更多贸易限制”(not more than)的用语。这说明“最少贸易限制”并非没有被成员考虑过,但最终成员还是放弃了这一用语。

在批评者看来,以“最少贸易限制”为标准解释“必要性”,最终将导致“成员将因一替代的非有效性,而被迫调整自己的健康保护水平或执法机制。”当然还有一个问题就是成员因无法判断专家组和上诉机构关于该问题的裁决而陷入巨大的不确定性。^⑦此外,成员可能因机构和资源限制而无法通过实施专家组和上诉机构以“最少贸易限制”为标准的建议的替代措施实现其政策目标。这样一来,成员的国内管制目标显然被专家组和上诉机构置于自由贸易价值之下。^⑧另外,一个现实的问题是:穷尽并选择最少限制贸易的方式实际上耗时费力,这不是任何一个成员都能做到的。对此,Robert Howse 提出的问题是,“在穷尽所有管制替代措施,以便找到符合逻辑地与其拟应对的风险相关的、最少贸

① Robert Howse and Elisabeth Tuerk, “The WTO Impact on Internal Regulations-A Case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute”, in Grainne de Burca and Janne Scott. Eds., *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 283 - 284, 314.

② See Tim Buthe, “The Globalization of Health and Safety Standards; Delegation of Regulatory Authority in the SPS Agreement of the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71: 219, pp. 219 - 255.

③ Michael Ming Du, “Domestic Regulatory autonomy under the TBT Agreement: From Non-discrimination to Harmonization”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6, No. 2, 2007, pp. 269 - 306.

④ John McGinnis, Mark Movsesian, “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 2, Dec. 2000, pp. 519, 515, 604, pp. 579 - 580.

⑤ 参见第 98 页注^③, Deborah Akoth Osiro 文, p. 126, 127。

⑥ See Stephen Charnovitz, “Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX”, *Journal of World Trade*, October 1991.

⑦ 参见第 98 页注^③, Deborah Akoth Osiro 文, p. 127。

⑧ 同上, p. 128。

易限制的替代方面，应该期待成员花费多大精力呢？”^①

就“严格比例原则”而言，各方首先在 WTO 规则是否含有这一原则上存在较大分歧。Meinhard Hilf 认为，“严格比例原则”早已成为多边贸易体系的基本原则。^② Axel Desmedt 等认为，虽然 WTO 规则内没有如欧盟法那样认可“严格比例原则”的基础，但可从相关具体规则规定中找到类似义务。^③ Hudec 等学者基于 TBT 协定第 2.2 条中“同时考虑合法目标未能实现可能造成的风险”这一规定而认为，与其他协定相比，TBT 协定含有更多的“严格比例原则”要求。^④ WTO 秘书处文件也认为，TBT 和 SPS 协定可用于“平衡促进贸易扩大和保护政府的管制权利这两个潜在冲突的优先 [目标]”；这似乎意味着 WTO 秘书处文件认为“必要性测试”含有“严格比例原则”^⑤。Axel Desmedt 则对此表示异议，他认为秘书处的这些表述，“很明显将涉及利益之间的平衡，而这一平衡并不能从 SPS 协定文本

中寻找支持。至于 TBT 协定，也不清晰这一有深远影响的测试能否从 TBT 协定第 2.2 条宽泛的用语中提炼出来”^⑥。欧盟认为，“不对国际贸易造成不必要的障碍”这一用语本身就含有“比例原则”^⑦。此外，Axel Desmedt 认为是否含有“严格比例原则”要看不同协定之具体规定，比如 GATT 第 20 条似乎不含有“严格比例原则”；而协定之间的差异势必给本协定及其他协定的理解和执行带来困难。^⑧

各方之所以对“严格比例原则”问题给予关注，其根本原因在于“严格比例原则”体现的是价值判断问题。^⑨ 而 WTO 这样一个贸易机构是否适合就冲突的目标进行判断，是一个令人怀疑的问题。如 Robert Howse 等明确指出，“由 WTO 司法机构就国内政策目标的重要性作出价值判断是极为有问题的 (highly questionable)。他们进一步指出，很多人认为 WTO 不具备作出此类判断的能力，也不是合适的机构。这是因为

① 参见第 109 页注①，Robert Howse and Elisabeth Tuerk, p. 315。

② See Meinhard Hilf, “Power, Rules and Principles-Which Orientation for WTO/GATT Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1, 2001, pp. 111 - 130.

③ 参见第 98 页注②，Axel Desmedt 文，p. 469, 476, 478, 478 - 479；参见第 96 页注④，Mads Andenas, Stefan Zleptnig 文，pp. 371 - 427。WTO 文本存在“比例”原则的规定，如“与贸易相关的知识产权协定”第 46 条规定，知识产权救济措施裁定应考虑侵权的严重程度、给予的救济以及第三方利益之间的“比例”或“均衡” (proportionality)。但这样的规定与通用于 WTO 所有规则的“比例”作为一项基本原则应该是不同的。不过，Axel Desmedt 认为，WTO 之所以目前没有明确的“比例”原则，一方面是因为 WTO 比较年轻，另一方面是因为 WTO 成员认为 WTO 应该是一个成员主导的机构，而 DSB 只能是关于规则的喉舌 (mouthpieces)。他认为，WTO 内“比例”原则的重要性将日益增大。他还认为，WTO 规则中的“必要”、“合理存在”等规定可能成为“比例”原则的基础；他甚至指出，“‘必要’一词很明显暗含 (allude) 了比例的要求。”他还认为，由于 DSB 在 SPS 相关案例中曾裁定成员有权确定保护水平，而 TBT 协定则无类似规定和解释，因此，TBT 协定比 SPS 协定更适合适用“比例原则”。当然，他也指出，可使用 TBT 协定“序言”中的有关规定来为成员关于管制权的管理问题做辩护。参见第 100 页注②，Axel Desmedt 文，p. 443, 447, 460, 464。与 Axel Desmedt 观点类似，我国学者韩秀丽认为，“比例”原则“应该成为约束成员方政府行为及指导 WTO 法发展的基本原则”。前引 38，韩秀丽文。

④ 参见 Robert E. Hudec, GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem For an “Aim And Effects” Test, *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, Fall 1998, at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, accessed 2012-7-25。而 Joel Trachtman 甚至认为该规定导致 TBT 协定含有“成本—收益分析”的内容。参见第 100 页注⑧，Joel Trachtman 文，p. 69。Panagiotis Delimatsis 也认为，TBT 第 2.2 条注重考虑措施的贸易效果，以及目标未实现存在的风险。这实际上含有“成本—收益分析”的要素。

⑤ 参见第 106 页注①，S/WPDR/W/27, para. 4。诸多学者也引用 WTO 秘书处该表述说明 WTO 秘书处认为 WTO 内“必要性”含有“严格比例原则”，如前引 16，Deborah Akoth Osiro 文，p. 124。

⑥ 参见第 98 页注②，Axel Desmedt 文，p. 462。

⑦ 参见第 105 页注⑩，para. 52。

⑧ 参见第 98 页注②，Axel Desmedt 文，pp. 477 - 479。

⑨ 参见第 98 页注③，Deborah Akoth Osiro 文，p. 134。

[就冲突的价值]进行平衡将涉及关于基本社会价值权衡的判断。”^①即便基于利他主义的价值判断,替他人作出判断也是有问题的。对此,John McGinnis, Mark Movsesian 曾明确指出,“的确,有些人有着希望这个世界上的其他人生活得更好的真实期望,但利他主义一般仅在短距离内才存在。……而‘社区标准’(community standards)不适合国际贸易纠纷裁决,起码在劳工和环境问题上是这样。我们已经看到,各国在这些观点上的观点存在巨大的差异”^②。

在 Alan Sykes 看来,涉及价值判断的“严格比例原则”是为具有政治常识的贸易协定所不能接受和允许的:“非歧视和为实现正当的、非保护主义的管制目标所必需的管制不应被具有政治常识的贸易协定所禁止。即便这些[管制]措施对国际贸易的负担很大,而国内管制收益很小,它们仍应被允许(当然这可以作为未来贸易谈判的潜在议题)。这一主张的政治经济学解释源于经济效率与政治功效之间的析取;这一主张的理由还在于制定甄别对于贸易谈判者来说具有政治不可行性、而对国内管制目标而言至为重要的措施的法律规则的极端难度。因此,贸易协定中具有政治常识的参加方将选择直接就类似措施进行谈判,而非将对类似问题的处理授权给法院或类似的司法机构。同样,WTO法与这一主张是一致的,这是因为管制措施的合法性不能导致管制收益与商业负担的‘平衡’”^③。

此外,学者还指出,“必要性测试”甚至包括美国意义上的“成本—收益分析”,该测试是政治活动,不会是中立的。虑到该分析涉及的潜在帕累托最优安排/对分配的影响等问题,最好还是由立法机构承担。作为一个现实的选择,Joel Trachtman 认为,如果政治/立法交易成本可接受的话,最好还是由立法机构解决该问题;如果政治交易成本过高的话,可以考虑由法院解决该问题。而WTO之所以出现司法机构解决“必要性测试”的问题,或是由WTO“立法”效率导致的。^④与此相关,WTO司法机构也被认为缺乏对具有价值判断和政治内涵的事务进行判断的机构能力。^⑤应该说,这一批评是中肯的,因为法院的确不能像立法机构那样贴近选民,近距离地了解当地的偏好。实践中,欧盟法院也在类似裁决中自我约束,更多遵从成员立法机构和法院的选择。^⑥

在WTO规则解释之确定性和可预见性问题上,各方也多有微词。WTO“必要性测试”解释是一个演进的过程。最为明显的变化是从“最少限制原则”到“严格比例原则”。专家组和上诉机构从来没有明确解释他们作出的裁决的法理基础,以及基于此他们裁决的演进。他们这么做是明智和必要的,毕竟WTO规则中没有相关的规定,他们在法理上作出的解释难免引致诸多批评。但这样一来,却使成员及相关方陷入对专家组和上诉机构裁决的“臆断”(speculation)。^⑦对此,成员等各方对专家

^① 参见第109页注①, Robert Howse and Elisabeth Tuerk, p. 326; Robert Howse and Elisabeth Tuerk, “The WTO Negotiations on Services: The Regulatory State up for Grabs”, *Canada Watch*, Vol. 9, No. 1-2, September 2002, p. 4。我国学者也指出了“比例原则”丰富的价值判断内涵。参见第97页注①, 范剑虹文。

^② 参见第109页注④, John McGinnis, Mark Movsesian, pp. 585-587。

^③ 参见第108页注⑩, Alan Sykes 文, pp. 6-7。

^④ See Joel Trachtman, “Trade and ... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity”, *European Journal of Economic Law*, Vol. 9, No. 1, 1998, p. 55, 84, 46。

^⑤ 参见第108页注③, Deborah Akoth Osiro 文, p. 129。Robert Howse 等也认为专家组和上诉机构不适合“远距离”地超越当地政府管制制定程序和民主机构进行臆断。参见第109页注①, Robert Howse and Elisabeth Tuerk, p. 287。

^⑥ 如 Panagiotis Delimatsis 指出,在欧盟法院的实践中,“欧盟法院在考虑某措施是否符合比例时,经常不适用比例测试的第三个要求(严格比例)”。参见第96页注③, Panagiotis Delimatsis 文, p. 390。针对瑞典酒类广告禁令,欧盟法院曾认为,成员法院更适合作出相关判断,从而回避了欧盟法院直接就与当地庶民偏好密切联系的实务的司法裁决。参见 Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001. -Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP). Case C-405/98, para. 33。

^⑦ 参见第109页注①, Robert Howse and Elisabeth Tuerk, p. 328。

组和上诉机构“必要性测试”的司法解释缺乏确定性和可预见性的抱怨就是难免的了。

(二) WTO 内“司法能动”与“必要性测试”相关解释之必然性

既然 WTO 规则本身赋予专家组和上诉机构澄清规则之职能，他们就应该具有一定的自由裁量权，因为任何法律都不能也不可能杜绝司法机构的解释和澄清。^① 就“必要性测试”而言，尽管 WTO 成员作为立法者可以作出规则规定，但既然规则作出了关于必要性的规定，却没有关于“必要性测试”的明确要求，那么专家组和上诉机构就必然就这一关于国内管制与自由贸易平衡之“核心”概念进行澄清。因此，如果说专家组和上诉机构在解释“必要性测试”时存在“司法能动”，这未必是他们的主观诉求，而更可能是客观上“被要求”司法能动。

至于专家组和上诉机构对“必要性测试”的解释是否遵循了 DSU 第 3.2 条规定的“解释国际公法的惯例”，起码难以提出明确、有力的反证。即便 WTO 成员在 GATS 第 6.4 条谈判中在“必要性测试”规则谈判中表达的立场与 WTO 现有解释存在差异、从而表达了他们对这些解释的异议，但成员并未就 TBT、SPS 和 GATT 规则中的解释进行直接的批评和反对——无论出于何种原因。如果说，“必要性测试”解释并无明

确的国际惯例的话，那么美、欧内部关于“必要性测试”的解释本身也不是没有争议的。^② 至于专家组和上诉机构在涉及国内管制和自由贸易相关案件时，往往是“拍脑袋”（rule of thumb）^③，先判定谁输谁赢，再作分析的批评^④，恐怕是任何体系内都难以完全避免的。

至于“必要性测试”导致的管制主权“侵蚀”，则应该全面地看待。WTO 从根本上说，就是对国家管制主权的约束。^⑤ 即便关税措施也涉及国内问题，而非单纯的贸易问题，如关税问题对国内的分配影响。^⑥

如果成员允许在规则中规定 WTO 就贸易与非贸易关税进行管理，那么就必然导致主权的让渡。^⑦ 即便成员对此有清醒的认识，也会作出类似的安排。对于源自腐败和低效的立法、管制体系的管制壁垒^⑧，成员也许对通过倒逼机制缓解这些问题并不排斥。毕竟，权力让渡如果基于成员的认可，则实际上可增强国内民主程序，而非侵蚀管制主权。^⑨ 即便对于涉及价值判断的“严格比例原则”，既然已经作出让渡，那就要允许别人替自己做偏向自由贸易的价值判断了。^⑩ 因此，如果存在专家组和上诉机构“必要性测试”裁决侵蚀国家管制主权的话，在一定程度上和范围内，也许是可以为成员所接受的。这应该是 WTO 这一主权国家构成的“自利政客之间的最

① 参见第 109 页注④，John McGinnis, Mark Movsesian, p. 567; 参见第 98 页注②，Axel Desmedt 文，p. 442。

② 在 Joel Trachtman 看来，美、欧和 WTO 的相关条款都有因无明确文本基础而饱受争议的经历。参见第 100 页注⑧，Joel Trachtman 文，p. 59。参见第 108 页注⑩，Alan Sykes 文，p. 1; Jan H. Jans, “Proportionality Revisited”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 27, No. 3, 2000, pp. 239 - 265; Pal, Wenneras, “The *De Coster* Case: Reflections on Tax and Proportionality”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 29, No. 2, pp. 219 - 230。

③ 参见第 100 页注⑧，Joel Trachtman 文，p. 38。

④ 参见第 110 页注④，Robert E. Hudec 文。

⑤ See Sol Picciotto, *Private Rights vs Public Standards in the WTO*, *Review of International Political Economy*, Vol. 10, No. 3, Aug. 2003, pp. 377 - 405.

⑥ See Richard Baldwin, “Regulatory Protectionism, Developing Nations, and a Two-Tier World Trade System”, in S. Collins and D. Rodrik (eds.) *Brookings Trade Forum*, 2000. The Brookings Institute, Washington D. C. pp. 237 - 293.

⑦ 参见第 109 页注④，John McGinnis, Mark Movsesian, pp. 511 - 605; 参见第 109 页注①，Robert Howse and Elisabeth Tuerk, p. 284, footnote 11。

⑧ See Michael Trebilcock and Robert Howse, “Trade Liberalization and Regulatory Diversity: Reconciling Competitive Markets with Competitive Politics”, *European Journal of Law and Economics*, 1998, vol. 6, issue 1, pp. 5 - 37.

⑨ 参见第 109 页注④，John McGinnis, Mark Movsesian, p. 563, footnote 296。

⑩ 参见第 100 页注⑧，Joel Trachtman 文，p. 48。关于 WTO 自由贸易偏向的评论，参见 John McGinnis, Mark Movsesian, “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 2, Dec. 2000, p. 534。

优契约”总体上接受WTO裁决的深层次原因。^①如果不是这样的话,成员是有不接受WTO裁决的选择的。无论实践如何,起码在理论上,DSB的裁决并没有明确具有强制力:成员可以选择执行DSB裁决,而接受成员报复。这一规定起码在理论上给予了成员坚守其主权的空间和选择。^②而欧盟在荷尔蒙一案败诉后也的确是这么做的。^③

五、总结和建议

管制主权、自由贸易、与贸易相关的非经济目标(安全、健康、环保等)之间的关系,使自由市场与管制政府之间的复杂关系又添加了一个极富争议的维度,成为一个市场、政府与国际贸易协定的三维游戏。

既然市场与政府之间的关系本已极富争议^④,新增加的自由贸易协定维度所导致的边际难度也许无关紧要。因为无论我们如何理解这一三维游戏的内涵及其各方关于其解决方案的立场,问题总需要解决(或者不需要解决——当相关方认为搁置问题作为一种解决方案的话)。问题的解决往往是很现实的:明确的规则有助于降低交易成本、提高交易效率;包括逃逸条款的含糊的规则有助于达成一致;而司法机构的能动如

果契合绝大多数成员的意愿,也或可被默认。

无论“必要性测试”在国内司法中发展如何,WTO都有其独特性。一方面,WTO争端解决机构作为国际层面最为严格的争端解决机构,其裁决将产生实质性的约束。在WTO规则安排导致成员无法实质性挑战专家组和上诉机构裁决的情况下,成员对此只能面临务实的选择。而实际上,这种选择在很大程度上也是契合成员的内在需求的。另一方面,WTO“必要性测试”的理解和执行,必将是成员间基于现实需求的现实的解决(或不解决)方案的体现。这不仅是因为成员可以制定关于“必要性测试”的规则,也是因为专家组和上诉机构的裁决也不可能完全孤立于成员的整体性反应而进行。比如,Hudec就认为,专家组和上诉机构的裁决是对主流认识的一种反应。^⑤

因此,WTO内“必要性测试”裁决问题可以说是无解的,因为市场、政府和国际贸易这一三维游戏的复杂性;也可以说是解的,因为全球化的内在需求,以及成员政府在这一需求的推动下而在这一三维游戏中作出的现实权衡性选择。在我国积极参与国际贸易规则制定的大环境下,我国学者要做的是,了解“必要性测试”本身及其在WTO内的内涵和影响,并根据国际贸易发展的实际作出有利于我国贸易利益、契合全球贸易需求的政策建议。

(责任编辑:肖芳方明)

^① 国际层面相关安排的倒逼机制一般不会为政客或政策明言。关于倒逼机制在实践中的具体安排和做法,可参见Robert Putnam,“Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-level Games”, *International Organization*, Vol. 42, 1988, pp. 427 - 460。

^② 参见第109页注④, John McGinnis, Mark Movsesian, p. 534, footnote 135。

^③ 荷尔蒙禁令从立法目的来说,被认为主要是出于对国内选民对食品安全问题关注的反应,而未必是以贸易目的为初衷。这一禁令是欧盟议会基于选民意愿作出的政治决定,欧盟法院也认为“欧盟的禁令不必只是依靠科学数据,对欧洲议会所表示的政治关注以及消费者的‘焦虑和期望’作出反应是允许的”。在这种情况下,对于欧盟委员会来说,遵循欧盟的政治选择,应该比遵守WTO规则更为重要。因此,DSB裁决该措施违规和对制裁措施的认可,均未导致欧盟调整其限制措施。参见安佰生:《论WTO与标准化组织的委托—代理机制》,见《国际经济法学学刊》,2011年第18卷第3期,北京大学出版社2011年版,第182 - 185页。

^④ 参见第100页注⑧, Joel Trachtman文, p. 36。

^⑤ 参见第110页注④, Robert E. Hudec文。考虑到WTO应该是一个政治敏感性国际机构,在当前国际贸易形势趋紧,贸易保护主义甚至有抬头趋势的情况下,WTO争端解决机构面临着一个严峻的挑战:在成员在服务贸易国内管制谈判中对“必要性测试”并不友好的情况下,如何在今后的裁决中通过该测试的解释处理好成员管制主权和自由贸易的关系。考虑到当前主要成员对透明度和管制合作的相对友好立场,专家组和上诉机构也许应更多关注国内管制与自由贸易关系处理规则中的相关程序性规定,而将“必要性测试”的实体性内容留给成员通过“立法”解决。当然,这并不意味着专家组和上诉机构应该在未来争端解决中在该测试解释上过分自我克制。关于成员在透明度和管制合作问题上的立场的介绍,参见安佰生:《论WTO与标准化组织的委托—代理机制》,见《国际经济法学学刊》,2011年第18卷第3期,第182 - 185页。