

GATT 第20条必要性检验判断标准新发展之实证分析

曾 炜

(贵州民族大学法学院, 贵州 贵阳 550025)

摘 要: 自世界贸易组织成立之后, 传统必要性判断标准被新必要性判断标准所取代。在一系列案件中, 关于措施的“必要性”的判断标准, 争端解决机构会先确定保护水平, 再审查是否存在贸易限制较低的合理可用替代措施, 并引入权衡概念用以协助判断在合理情况下, 是否可期待世界贸易组织成员实行其他贸易限制程度更低的替代措施。而权衡时所考虑的因素主要包括该措施对目标的贡献度、该措施的贸易限制程度及希望保护价值的重要性。

关键词: 一般例外; 必要性检验; 必要性判断标准

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 04-0056-10

在世界贸易组织(WTO)法律体制下, 为了实现国际贸易自由化, 要求各成员方取消或限制各种贸易壁垒, 对其国家主权进行相应的限制。同时, 各国也有权根据其本国的实际情形采取措施对本国的事务进行自主管理, 各成员方为实现本国公共政策目标而采取的措施又在一定程度上会限制贸易自由化。这样就产生了促进贸易自由化与实现公共政策目标之间的价值冲突, 对此, WTO以必要性检验作为平衡成员的管制权与自由贸易的重要工具。

作为一般例外的《关税与贸易总协定》(GATT)第20条一共列举了10款例外情形, 其中涉及必要性检验的有第20条(a)款、(b)款和(d)款。在相当长的时期, WTO争端解决机构在争端解决中对第20条“必要性”的判断标准一直遵循美国337条款案所建立的“最低贸易限制”要求, 这一标准可谓传统必要性判断标准。但是, 在WTO成立之后, 传统必要性判断标准被新的必要性判断标准所取代。在韩国牛肉案中提出了新的必要性判断标准, 该新标准继承了传统标准中的“合理可用”的因素, 并在“合理可用”的判断上引入“权衡”的概念, 欧共体石棉案将权衡的标准进一步细化, 在最近的巴西翻新轮胎案中, 必要性检验得以进一步发展。

从新近发生的案件来看, 关于措施的“必要性”的判断标准, 争端解决机构

收稿日期: 2013-10-30。

基金项目: 国家社科基金青年项目“世界贸易组织与区域贸易协定间争端解决机制管辖权冲突与调和研究”(项目编号: 13CFX116)。

作者简介: 曾炜, 男, 博士, 贵州民族大学法学院副教授, 研究方向: 国际经济法、世贸组织法。

会考虑先确定保护水平后,才审查是否存在贸易限制较少的合理可用替代措施。而之所以必须先确认保护水平,是因为替代措施必须能和争议措施达到同样的保护水平,该替代措施才可以被认为是合理可用的。除相同有效性外,最重要的是争端解决机构引入权衡概念用以协助判断在合理情况下,是否可期待WTO成员实行其他贸易限制程度更低的替代措施;而权衡时所考虑的因素,主要包括该措施对目标的贡献度、该措施的贸易限制程度及希望保护价值的重要性。

一、保护水平的确定

关于保护水平的确定,上诉机构在韩国牛肉案中明确表示“WTO成员有权决定其符合WTO规定的法律及法规的执行水平”,^①欧共体石棉案上诉机构承认“WTO成员有权决定在某个具体情形中,其认为适当的保护水平”。^②巴西翻新轮胎案中上诉机构也再次肯定了国家自行选择环境保护所要达到何种程度的主权权利。^③

承认成员方有权自行决定其保护水平,在必要性审查上最大的意义在于作为其他选择的替代措施,其必须对目的的实现与争议措施能达到同样的程度,才可认为可合理期待成员方实行替代措施。因此,若成员方选择零风险的保护水平,而该实现目标的措施贸易限制程度极高,假使该成员方选择较低的保护水平,而该目标可通过贸易限制程度极低的措施实现,那么成员方仍然可选择该贸易限制程度极高的措施来实现零风险的保护水平。

尽管成员方有权决定其保护水平,但在保护水平的确定上,对于被诉方所提出的保护水平,争端解决机构仍会对被诉方所采取的措施进行审查,以确认由该措施所反映出来的保护水平是否和被诉方主张的一致。如在韩国牛肉案中,韩国主张其希望达到完全消除诈骗牛肉来源地的保护水平,但该保护水平的主张却不被上诉机构接受,因为上诉机构认为韩国所选择的措施无法达到零风险的保护水平。因此,仅在主张的保护水平与实行的措施间具备合理的关联时,该保护水平才会被上诉机构认可。

此外,在欧共体石棉案中,因该案中所希望实现的政策目标是人类的身体健康,而且有科学证据证明石棉具有相当大的风险,因此专家组及上诉机构承认法国希望将石棉对健康所产生的风险降至零的主张;但风险的有无及大小取决于科学证据,是否有足够的科学上的证据来证明属于专家组事实认定的权限范围,因此,如果一成员所希望追求的是人类的生命、健康以外的价值或科学证据并不是很充分时,该成员若选择过高的保护水平,专家组可能会以证据不足以证明有如此大的风

^① Korea-Beef, Appellate Body Report, para. 180.

^② EC-Asbestos, Appellate Body Report, para. 168.

^③ 梁丹妮. 自由贸易与环境保护: 欧盟与巴西的一场攻防战——WTO首例发达国家诉发展中国家环境贸易措施案研究[J]. 学术研究, 2009, (8).

险存在而质疑其所选择的保护水平，因此，“WTO成员方有权自行决定保护水平”似乎不应被过度高估。^①

但在上述两个案件中，上诉机构对管制目标的界定显得比较草率，对管制目标没有作详细的分析。如上诉机构在欧共体石棉案中仅指出“该措施所追求的目标是通过消除或减少由石棉所引起的众所周知的、威胁生命和健康的风险来保护人类生命和健康”。^②在没有展开任何分析之前，上诉机构就作出上述结论，根本就无视该案专家组所裁定的事实，即法国“保护工人和消费者的健康”的目标是“一般健康目标”。^③显而易见，界定一国的管制目标属于事实问题的范畴，这意味着上诉机构对事实问题作出不恰当的裁定。

在上述争端解决过程中，争端解决机构的结论缺乏详细分析容易让人产生两种印象，其一是对重要的起点问题任意作出裁决，其二是所期望得出的结论来源于扭曲的分析。由此可见，界定一成员的政策目标对必要性检验至关重要，因为目标的界定会影响该成员能否证明其措施依据GATT第20条的必要性。

在分析合理可用的替代措施时，巴西翻新轮胎案的专家组对争议措施的管制目标作了界定，即“最大限度地防止产生废弃轮胎”，^④而保护水平则为“不产生不必要的轮胎垃圾”。^⑤事实上，专家组还可以对巴西的管制目标作不同的界定，例如，“通过减少废弃轮胎的有害影响来保护健康”。若专家组采取这种界定，那么包括清理现有轮胎在内的许多措施都可能成为禁令的可行的替代措施。但是，专家组采取了狭义的管制目标，限制了那些防止实际产生废弃轮胎的可能的替代措施。

这表明争议措施的合法性往往取决于管制目标和保护水平的界定。在巴西翻新轮胎案中，专家组认为，为解决废弃轮胎造成的风险，WTO成员可以采取各种互补性措施。亦即，巴西既可以采取措施防止产生废弃轮胎，也可以采取措施改进废弃轮胎的处置方式，因为任何一个互补性措施的有效性并不会影响其他措施对于管制目标的必要性。

二、替代措施的确认

在确定替代措施是否合理可用之前，首先要确认何为替代措施，但在巴西翻新轮胎案之前，如何界定替代措施，专家组和上诉机构对这一问题都语焉不详，这可以说是巴西翻新轮胎案所作的独特贡献之一。巴西翻新轮胎案专家组认为，欲确定巴西禁止进口翻新轮胎禁令是否具有必要性，必须首先明确清理废弃垃圾的措施的性质。在涉及其他条约的情况下，必要性检验给WTO带来了重要的考验。首先，对

① Desmedt, Axel. Proportionality in WTO Law. *Journal of International Economic Law*, 2001, (4).

② EC-Asbestos. Appellate Body Report, para. 172.

③ EC-Asbestos. Panel Report, para. 8.173.

④ Brazil-Retreaded Tyres. Panel Report, para. 7.166.

⑤ Brazil-Retreaded Tyres. Panel Report, para. 7.175.

包括第20条在内的例外条款进行的扩张性解释有可能侵蚀WTO义务,从而危及多边贸易制度的完整性;其次,如果互补性措施被当作其他措施合理可用的替代措施,那么比争议措施更少贸易限制的可行替代措施就唾手可得。这种方法将缩小必要性检验的作用使之不能保护合法管制目标,从而侵犯国家管制主权。

鉴于此,必要性检验应考虑到互补性管制措施的维持。正如巴西翻新轮胎案上诉机构提出的那样,如果这一整体政策的一个组成部分取代任何其他部分,都将削弱其整体效果。^①如果不考虑互补性管制措施,将难以实现贸易制度与国内管制主权之间适当的平衡。

最后,巴西翻新轮胎案表明,为了保留那些构成互为补充的制度的一部分的措施的合法性,可以采用3种不同的方法,包括利用国家的管制目标和所追求的保护水平、界定互补性措施与替代措施的区别以及采用外部条约来解释必要性检验。

(一) 通过管制目标和所追求的保护水平排除替代措施

专家组对管制目标的界定可能对替代措施的可行性产生影响。巴西翻新轮胎案的专家组界定的管制目标是防止产生废弃轮胎。由于清理废弃轮胎的措施不可能实现该管制目标,因此不是争议措施的替代措施。

在某种程度上,这种结论具有积极意义,但若认为这种结论为解决互补性管制措施提供了最佳方法则言过其实。在过去的争端解决实践中,专家组往往没有对成员方管制目标进行详细分析,可以看出,在某些情况下,必要性检验以一种错误的方式被适用。因此,应寻找一个更有条理的分析方法来界定互补措施。

(二) 完善互补性措施概念

在巴西翻新轮胎案中,专家组指出,一系列旨在解决由废弃轮胎引起的危害的管制措施是累积的而不是互相替代的,上诉机构也认为互补性措施与替代性措施不同。这样,在面对假定的替代措施时,将特定措施界定为另一措施的补充措施,将是使某些管制措施取得合法性的手段。

但是在必要性检验中,为什么互补性措施和替代措施被不同对待?应该如何来定义互补性措施?专家组和上诉机构都语焉不详。

首先,在法律上互补性措施与替代措施之间存在差异。互补性措施意味着为实现特定管制目标,两个或两个以上措施是互为必要的,亦即缺一不可,表明某个特定的措施不能独自实现某个特别的管制目标。在这种意义上,一项措施的必要性不会因另一项有助于实现同样管制目标的可行的措施而消失。总之,互补性措施不同于替代措施。

其次,为了界定互补性措施的概念,应首先考虑那些可能不相关的问题或因

^① Brazil-Retreaded Tyres. Appellate Body Report, para. 172.

素。这一问题涉及所主张的替代措施是否已经实施。尽管其他措施已经在实施的事实表明一措施可能是一个范围广泛的管制制度的一部分,但该因素对于决定一措施是否是替代性措施并非举足轻重。相反,其他已经实施的措施可能排除争议措施存在的必要性。

最后,是在一系列措施的背景下还是单独考虑一项措施是否具有互补性?上诉机构在巴西翻新轮胎案中指出,“必须在巴西设计和实施处理废弃轮胎的整体策略的整体背景下来看待巴西的进口禁令”。^①据此,如果应在其他措施的背景下来审视一项措施,其他的措施应被视为互补性措施。但是这一结论存在两个方面的问题。其一,措施是否应该被整体考虑取决于为了评估一个措施应该考虑的事实。因此,为了合理地理解,某些措施必须在例外或具有相反目的的其他措施的背景下被审视。在这一意义上,一措施是否应在其他措施的背景下被审查具有不同概念基础。其次,在缺乏具体规则的情况下,何时应在广泛的背景下审查措施的问题通常是难以解决的。其结果是这种方法会使专家组的自由裁量权更为广泛,界定互补性措施时应该力求避免这种结果。^②这样,可以把这一问题与措施是否是互补性的问题分开。

这种排除过程表明,互补性措施必须是那些已经在实施或正准备实施的措施,并同时具备如下两个特征。第一,各种互补性措施对管制目标的作用不同。第二,一个措施对另外一个措施必须具有补充作用,从而在作用是累积的。因此,如果几个措施对实现管制目标具有不同的作用,那么它们就是互补性的措施。当然,这一方法意味着某些特殊的措施不能直接定性为互补性措施。措施对管制目标是否具有不同作用的问题取决于专家组对管制目标的界定。

(三) 利用外部条约解释第20条

由于写入条约的定义都有可能因时代变迁而不断发生演变,而争端解决机构(DSB)作为司法机构不得拒绝司法的天职与WTO协定的立法局限性,导致适用“被WTO条约目的和宗旨涵盖的WTO体系外的‘非WTO协定’来解释WTO条约的某一概念是不可避免的”。^③但是,利用WTO协定外的条约来解释第20条并不能为每一个必要性分析提供系统的方法,因为不是每个争议措施都可以依据外部条约来实施。但是,在解释中如果采用外部条约,就可能大大减少WTO协定与其他国际条约之间可能存在的冲突。

在巴西翻新轮胎案中,专家组两次提到《关于旧轮胎的确认与管理技术指南的巴塞尔公约》。该指南是《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》的补充,被专家组当作与储存废弃轮胎相关的事实证据。^④类似地,其他的条约,如《世

^① Brazil—Retreaded Tyres. Appellate Body Report, para. 154.

^② Waincymer, Jeffrey. Reformulated Gasoline under Reformulated WTO Dispute Settlement Procedures: Pulling Pandora Out of the Chapeau[J]. Michigan Journal of International Law, 1996.

^③ 陈儒丹。“非WTO协议”在WTO争端解决中的适用[J]. 法学, 2009, (2).

界卫生组织烟草控制框架公约》，强制要求成员实施一系列不同的措施，在必要性检验中，特别是在区分互补性措施与替代措施时可能会被使用。

确定条约之间法律关系的起点是首先假定它们之间不存在冲突。所以应一并来理解几个条约，除非后一条约表明与前一条约存在不同的立法意图。因此，在确定是否可以一并理解两个条约之前，条约的解释者应首先考虑是否存在由于条约之间的冲突而限制其中一个条约适用的情形。

三、相关因素的权衡

韩国牛肉案的上诉机构在审查措施是否“必要”时，将符合“必要”的措施分成两种情况：其一，该措施是唯一可行的措施；其二，虽仍有其他可行的措施，但该措施仍符合GATT第20条意义下的“必要”要求。就第二种情况，上诉机构认为此时的“必要”必须权衡各种不同要素后来决定。上诉机构虽没有限制可考虑的因素，但却特别提及3个因素应考虑，即就希望保护的价值而言，该措施对目标的贡献度、该措施的贸易限制程度以及希望保护价值的重要性。而此3个要素的权衡将决定在合理情况下，是否可期待WTO成员方采取其他贸易限制程度更低的替代措施。

当争议措施是不可或缺时，并不要求必须符合比例原则。因为如果该措施是实现成员方选择的保护水平所不可或缺的措施，必定符合“必要”的要求，不论争议措施的贸易限制程度有多高，也不论贸易限制程度较低的替代措施实际上可达到的保护水平是否非常接近成员方选择的保护水平。当争议措施并不是不可或缺时，则在判断争议措施是否符合“必要”的要求时，才将“必要”的内涵引入权衡概念，可使成员方为实现GATT第20条中的政策目标时，在管制工具的选择上将享有贸易限制效果以外的自由裁量权。

在欧共同体石棉案中，上诉机构援用韩国牛肉案中所建立的“权衡过程”来作判断，^②并将第20条中的“必要性”要求进一步细化。在“必要”的判断上，上诉机构特别提及要权衡3个方面的要素，如果措施对目标的贡献度愈高，或措施对贸易的限制程度愈低，或措施所希望保护的价值愈重要，那么争议措施越容易被认定为是必要的措施。这似乎意味着必要性分析可能会因为具体情况的不同而有不同的审查密度；但是这3个要素将如何互相影响，如何具体适用不同的审查密度，上诉机构则未清楚表明。以下详细分析3个要素，以便对必要性新判断标准的适用有进一步的了解。

（一）措施对目标的贡献

首先，从“措施对目标的贡献”来看，这和最低贸易限制的要求有很大差异，

① Brazil-Retreaded Tyres. Panel Report, para. 7.

② J. Neumann, E. Türk. Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines[J]. Journal of World Trade, 2003, (37).

因为最低贸易限制要求所考虑的重点仅有措施的成本（贸易限制程度最低），并不包括措施对目标的贡献度；而在韩国牛肉案中，上诉机构认为在“必要”的判断上，如果措施对目标的贡献度愈高，争议措施愈容易被认定为必要，这样，如果允许考虑对目标的贡献度，则似乎意味着，目标并非确定会达到，而是评估目标所能达到的程度；在欧共体石棉案中，上诉机构指出，权衡的其中一个方面是判断就希望追求的目标而言替代措施所能达到的程度是什么。

由于韩国牛肉案中上诉机构认为替代措施可以达到韩国不正当竞争法所希望达到的执行水平，因而认为争议措施不是必要的；而在欧共体石棉案中，上诉机构认为“使用管制”无法达到法国选择的保护水平，并不是达到目的的有效措施，因而认为法国进口禁令措施符合必要的要求；这两个案件都要求替代措施的相同有效性，而关于措施对目标的贡献度应如何适用却仍有待厘清。

在巴西翻新轮胎案中，在分析进口禁令对其目标的贡献度时，专家组认为，通过进口禁令，巴西追求降低废弃轮胎对人类、动物和植物生命健康的风险，这种政策目标属于第20条(b)款的范围，巴西选择的保护水平是“最大可能地减少废弃轮胎”。在分析措施是否有助于目标的实现时，专家组审查了两个问题。其一，专家组评估进口禁令措施能否降低巴西废弃轮胎的数量。专家组注意到巴西的解释，即进口禁令将有助于减少废弃轮胎的数量。其次，专家组审查废弃轮胎数量的减少是否有助于降低废弃轮胎对人类、动物和植物生命健康产生的风险。专家组认为，“在某种程度上，废弃轮胎的积累就证明其与争议风险的出现有关，减少废弃轮胎，即使不能消除这些风险，但可以合理期待会减少风险出现的可能。”

上诉机构强调第20条(b)款没有要求对生命健康的风险“定量”。^①因此，对风险的评估可以定性也可以定量。尽管上诉机构认为风险的量化不等同于措施对实现目标贡献的量化，在分析贡献度时采用定性或定量的方法都是合理的。

中国原材料出口措施案专家组的裁决即为这一问题的反例。在该案中，中国提出，对金属产品实施出口限制能对实现中长期健康目标起到作用，促进经济发展与环境保护的良性循环。而专家组认为，中国提交的证据未能表明出口限制是为了降低生产金属产品而产生的污染、保护环境和中国人的健康，因而未能对规定的目标起到作用，^②亦即该措施对目标的实现没有贡献。

（二）措施对贸易的限制程度

就“措施对贸易的限制程度”而言，比较韩国牛肉案及欧共体石棉案，欧共体石棉案中上诉机构并未考虑措施的贸易限制程度，因而产生是否在与健康相关的贸易措施上贸易限制程度并不相关的疑问。对于为什么欧共体石棉案上诉机构没有审查措施的贸易限制程度，学者间有不同看法。

^① EC-Asbestos. Appellate Body Report, para. 167.

^② 沈木珠. 中国原材料出口措施案：争论焦点与败诉因由剖析及反思[J]. 国际商务研究, 2013, (1).

有人认为,由于该案所保护的价值(人类生命健康)极端重要,因而只要该措施可以有效达到政策目标,根本不需要考虑贸易限制程度,即可认定其为必要的措施。^①有人主张,由于此案中上诉机构认为法国禁令并未违反GATT第3条第4款,其根本无义务处理GATT第20条的问题,而上诉机构却仍进一步审查GATT第20条,是因为上诉机构希望将韩国牛肉案在第20条(d)款“必要性”的新判断标准也适用在第20条(b)款的“必要性”中。也有人认为,由于在韩国牛肉案中所提出的权衡概念及权衡概念中所需考虑的3个要素仅适用于“非不可或缺”的措施,而就欧共体石棉案中法国所希望达到目标及保护水平而言,争议措施(禁止石棉进口的规定)可以说是达到该保护水平不可或缺的措施,基于争议措施为“不可或缺”的措施,因而上诉机构并未对其进行权衡判断,自然没有考虑贸易限制程度。^②

(三) 希望保护价值的重要性

在韩国牛肉案中,在审查第20条(d)款的“必要”时,上诉机构提及条约解释者在评估争议措施是否是为确保与WTO规定不相抵触的法律或法规得到遵守的必要措施时,可能必须将执行该法律和法规所要保护的公众利益或公众价值的重要性纳入考量,^③这是上诉机构首次明确表示其将评估国内政策目标的重要性。但有学者认为,上诉机构所提及的是“公众利益或公众价值”,是否要求目标必须具有某种程度的同质性?该公众利益是指所有人都承认的公共利益,或只要是采取措施的成员方认为该利益是公众利益即可?

对于“希望保护价值的重要性”,有批评者认为,GATT第20条本身就是为了解决贸易自由化及其他价值间潜在的紧张关系,但其规范方式是通过详细规定手段与目的之间的关联性要求,而非该目的、价值本身。而且,上诉机构是否可以去评断价值的重要性的合法性是有疑问的,^④比如,是否追求宗教虔诚相对于保护人类健康而言,必然是一个较不迫切的目标?人类的权利是否必然比动物的“权利”更有价值?在目前的情况下,在争议发生时,上诉机构需要对价值的重要性进行判断时,也许比较适当的方法是除遵循WTO各协定、WTO的次级法源、软法及拘束争端当事方的非WTO法^⑤外,应依照《维也纳条约法公约》第31条进行解释,遵从一般国际法明示或默示的价值顺序,使其价值判断有一定程度的法律基础。

有人认为,有无考虑“争议措施所希望达到目标的价值”所造成的差异,可比较泰国限制香烟进口案和欧共体石棉案。在泰国限制香烟进口案中,泰国希望以第20条(b)款的规定作为其限制进口的正当性基础,在该案中专家组认为存在其他符合

① Skyes, A. O. The Least Restrictive Means[J]. University of Chicago Law Review, 2003, (70): 416-417.

② Osiro, D.A. GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and Its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation[J]. Legal Issues of Economic Integration, 2002, (29).

③ Korea-Beef. Appellate Body Report, para. 162.

④ Trachtman, Joel P. Trade and Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiary[J]. European Journal of International Law, 1998, (9).

⑤ US-Shrimp. Appellate Body Report, para. 130.

GATT规定的措施，因而争议措施并不是必要的。但是，与欧共体石棉案相比较，法国禁止石棉进口的法令规定，上诉机构认为争议法令所希望保护的人类健康具有最高程度的重要性，因而虽然使用管制贸易限制程度较低，但无法达到法国要求的保护水平，因此法国的石棉禁令被认定是必要的措施。两案所希望保护的都是人类的生命和健康，然而由于争端解决机构对“必要”解释上的差异，即前者强调争议措施必须为贸易限制程度最低，后者则将保护目标的重要性纳入是否必要的考虑范畴（即赋予成员方一定的自由裁量权），因而在欧共体石棉案中，虽然争议措施的贸易限制效果极大，仍被裁定为符合“必要”的要求。

也有学者认为，欧共体石棉案所提出的“必要性”判断标准和泰国限制香烟进口案、美国金枪鱼海豚案(I)的必要性标准并无差别；因为必要性概念是为了寻找是否存在贸易限制较少的替代措施，而泰国限制香烟进口案中可以通过标示成分取代进口禁令的措施，美国金枪鱼海豚案(I)中美国可以通过与其他国家协商取代进口禁令；而在欧共体石棉案中所提出的替代措施为使用控制，然而有足够的科学证据证明使用控制无法达到保护人类免于暴露于石棉下所造成的风险；因此，石棉案与其他案件不同的是事实条件的不同，关于“必要性”的解释并无根本上的改变。但是这种认为“必要性”的判断标准并没有改变的说法，似乎忽略了在韩国牛肉案及欧共体石棉案中所特别强调的“相同有效性”的考虑以及在新的“必要”概念下，赋予成员方选择管制工具时可以有额外的自由裁量权。

四、结语

上述案件揭示出国际贸易与公共健康及环境之间存在紧张的关系。关于GATT第20条必要性的判断，最初是采取最低贸易限制要求，要求争议措施必须是“违反GATT程度最低”或“贸易限制程度最低”，直至韩国牛肉案、欧共体石棉案才有所改变。根据新的必要性判断标准，专家组或上诉机构审查措施是否“必要”时，将其分为两种情况：其一，该措施是“不可或缺”的措施；其二，虽然争议措施并不是不可或缺的措施，但仍符合GATT第20条意义下的“必要”要求。就第二种情况而言，必须权衡各种不同要素以决定是否存在贸易限制程度较低且合理可用的替代措施，其中必须考虑的3个因素为该措施对目标的贡献度、该措施的贸易限制程度以及拟保护价值的重要性。在贸易限制程度最低概念上强调“合理可用”，并以权衡（比例原则）概念协助进行判断，即“必要”的概念将随着争议措施是否不可或缺、目标价值的重要性、措施对目标的贡献度及措施的贸易限制程度而变动。在巴西翻新轮胎案中，上诉机构除了遵循上述必要性判断标准之外，更针对成员方所追求目标或利益重要性的影响程度，根据成员方发展的具体情形进行权衡。由该案裁决报告可见，争端解决机构采纳考虑巴西国内发展程度的观点，尊重巴西所追求的目标，甚至更严格认定替代措施的有效可得性。而且，成员的政策目的及其所追求

的程度构成认定措施必要性的基础,因此,成员所用政策的目的是必要性检验的核心,因为目标的特性会影响成员以必要性检验条款使其措施合理化的可能性。上诉机构在“中国出版物与音像制品案”中也强调,一项措施对所追求的目标起的作用越大,该措施对贸易限制越少,其被确认为必要的可能性就越大。^①总之,如果措施对目标的贡献度愈大,或措施的贸易限制程度愈低,或措施拟保护的价值愈重要,则该措施将愈容易被认定为必要。这样,在按个案决定解释“必要”的方式下,法律的不确定性似乎是不能避免的;^②而这种弹性方式,也有导致司法能动主义的可能。

An Empirical Analysis on the New Development of the Necessity Criterion of GATT Article 20

ZENG Wei

Abstract: After the WTO was established, the traditional criterion of the necessity test was replaced by a new one. In a series of cases, with regard to “necessity” criteria of measures, the dispute settlement body first determined the level of protection only after reviewing the existence of lower trade restrictions as reasonably available alternative measures, and introduced the concept of trade-offs to help determine whether WTO members could be expected to implement other alternative measures of lower restrictions. The factors to be considered include the contribution of measures on the target, the restriction degree of the measures and the importance of value desired to be protected.

Key words: general exceptions; necessity test; necessity criterion

(责任编辑: 金孝柏)

① China—Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/AB/R, paras. 251.

② Hilf, Meihard, Power. Rules and Principles: Which Orientation for WTO/GATT Law[J]. Journal of International Economic Law, 2001, (4).