

裁量余地原则在国际争端解决中的适用及其拓展

孙南翔*

摘要：裁量余地原则要求国际裁决机构在争端解决中，赋予国家一定程度的事实和法律认定权。理论上，裁量余地原则具有正当性功能、价值性功能和效率性功能。在人权领域，裁量余地原则的适用已形成相对统一的方法。一方面，在确保等值保护的前提下，裁量余地原则将对公共道德、国家紧急情况、措施必要性等情形的认定权留给缔约国。另一方面，人权裁决机构也否认在具有区域性共识、持续国际趋势的情形中适用裁量余地原则。在实践中，善意审查与程序性审查贯穿于裁量余地适用的案件。近期，裁量余地原则不仅在世界贸易组织、国际投资者与东道国争端裁决中得到适用，也在国际法院裁决实践中得到重视。由此可见，在寻求全球共识时，通过裁量余地原则，国际裁决机构开始更尊重各国发展的方向、程度与速度。

关键词：裁量余地原则 欧洲人权法院 国际裁决 条约适用

引言

著名的“荷花号案”裁决指出：在国际规则外，国家享有广泛的裁量权。^① 国际规则的制定与适用无不体现着国际法规范与国家裁量权之间的冲突与协调。虽然国家拥有至高无上的主权，然而国际法在国家同意让渡范围内有力约束着国家主权的行使。特别是，以国际法官、仲裁员、专家组和上诉机构成员构成的国际裁决机构通过条约解释与适用的方式，不断发展并壮大着国际规范，进而约束国家权力。^② 丹尼尔·阿比比曾指出，在美国传统的三权分立之外，当前由国际法所确定的外部限制本质上构成立法权、行政权和司法权之外的新权源。^③ 本质上，国际法构成了国家外部权力的来源途径。当外部权力过大时，国际组织或裁决机构的决议或裁决将时常威胁主权国家的安全与秩序。因此，唯有合理平衡国际组织与主权国家的权力分配，国际机制才能维

* 中国社会科学院国际法研究所助理研究员，法学博士。

① S. S. Lotus (*France v. Turkey*), Judgment, P. C. I. J. (ser. A) No. 10, 1927, p. 19.

② 相比于较为成熟的国内法律修订程序和机制，国际多边体制的条约修订颇有难度。本质上，保持国际法的发展更多依赖于条约解释的路径。例如，虽然《联合国宪章》自1971年起，其文本不曾进行修订，但通过条约解释，其是一部实际上不断发展的“有生命力的法律文件”（living documents）。See Jessica Liang, “Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter’s Revitalization”, (2012) 81 *Nordic Journal of International Law* 1, pp. 4–5.

③ See Daniel Abebe, “Cyberwar, International Politics, and Institutional Design”, (2016) 83 *The University of Chicago Law Review* 1, pp. 4–5.

持稳定。裁量余地原则最初正是为达致此目标，避免国际政策侵害国内主权和安全而存在。^①

传统上，裁量余地原则广泛地存在于欧洲人权争端裁决实践中。当前，作为一种审查标准，裁量余地原则近乎被所有的国际裁决机构所关注。虽然曾有文献专门阐述裁量余地原则，然而该原则在国际投资仲裁、国际法院等其他领域才刚得到关注。^② 正如威廉·伯克怀特等所主张的，由于国际裁决机构的独特机制属性，国际社会为解决公法争端的方法应更多使用基于裁量余地原则建立的审查标准。^③ 系统的、全面的与深入的对裁量余地原则展开研究能有助于我们重新认识国内机构与国际组织的关系，并厘定国际裁决机构的应有权限等问题。由此，本文展示了裁量余地原则从欧洲人权法院逐渐拓展至世界贸易组织（以下简称 WTO）、国际投资仲裁等领域的全景图。目前，该原则也开始影响国际法院的裁决。同时，本文认为裁量余地原则在国际裁决机构中应得到普遍地认可与适用，国际社会应尊重不同国家的文化、制度与国情。唯有如此，我们才能真正实现人类命运共同体的美好愿景。

一 裁量余地原则概念界定及其功能

（一）裁量余地原则概念界定

虽然裁量余地原则的出现已经有 50 多年时间，但至今学界对该原则的含义并未形成共识。^④ 不同学者对裁量余地原则进行过不同的界定。在著名的《布朗利国际公法原理》中，裁量余地被视为是由于被诉方对必要性等事项认定具备最佳的评估地位，国际裁决机构应赋予被诉方法律裁量权的情形。^⑤ 也有专家认为裁量余地原则表明国家对诸如威胁国家生存等例外事项具有排他性的认定权。^⑥ 还有学者认为裁量余地是国际性法院或仲裁庭评价国家遵守国际法的司法审查的标准。^⑦ 与此定义相似的，有学者指出裁量余地原则是国际性法院对国内机构作出的决定进行审查的方法。^⑧

辨别裁量余地概念应回归到其在国际性裁决中的运用。在 1958 年“希腊诉英国案”中，争议方对公约规定缔约国可在紧急情况下减损本公约的特定义务的规定产生分歧，包括缔约国是否在认定紧急情况问题上具有裁量权。欧洲人权委员会指出，虽然受到一定的限制，但是政府在评

① Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 843, p. 845.

② 参见孙世彦：《欧洲人权制度中的“自由判断余地原则”述评》，载《环球法律评论》2005 年第 3 期；金隽艺：《裁量余地原则在国际投资仲裁中的适用问题》，载《武大国际法评论》2015 年第 2 期。

③ William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283, p. 286.

④ 毛俊响：《自由判断余地原则：欧洲经验及其域外适用》，载《中国社会科学院研究生院学报》2012 年第 4 期，第 65 页。

⑤ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th edn, 2012), p. 666.

⑥ See Dean Spielmann, “Whither the Margin of Appreciation?”, (2014) 67 *Current Legal Problems* 49, p. 51.

⑦ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Belgium: Intersettia, 2001), pp. 2-3.

⑧ Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?” (2006) 16 *European Journal of International Law* 907, p. 909.

估威胁本国生存情况时具有特定的“裁量权”（discretion）。需要注明的是，该委员会在法语版本的决定中使用了特定的“裁量余地”（*marge d'appréciation*）术语。^① 这是国际性裁决首次适用了裁量余地，其明显与裁量权相关。在随后的案件中，裁量余地（margin of appreciation）概念逐渐代替了较为模糊的裁量权用语。^②

裁量余地并非传统意义上的国家自由裁量权，其具有特殊性。其一，裁量余地与国际裁决机构对国内机构作出的事实认定与法律认定密切相关。在国际法适用下，国际法院和仲裁庭经常面临评价国家和其他国际组织的行为和决定的情形。裁量余地原则的适用表明国际裁决机构对国内机构的事实与法律认定的承认。换言之，如果国际裁决机构全部或部分地遵循（deference）国内机构——国内政府、内国法院与其他国家行为体所作出的认定，^③ 那么遵循国家机构事实和法律认定的行为就是对裁量余地原则的适用。

其二，裁量余地原则是平衡国际裁决机构与缔约方在特定领域权限的一种方式。裁量余地原则赋予缔约国对事实与法律认定的权力，国际组织及其裁决机构实质上实施克制与礼让的政策。其背后逻辑在于任何国家都具有采取平衡国家利益和个人权利的措施，以及解决多元道德信仰冲突的权限。^④ 然而，结合当前的争端解决实践，裁量余地原则具有特定的适用领域，其主要集中在国家权力的行使与私人权利的保护发生冲突的情形下予以适用，特别是对国家安全、公共道德与国家规制措施的必要性等事项的认定上。

第三，裁量余地原则是审查标准（standard of review）的一种形式。历史上，审查标准的法律原则来源于普通法，裁量余地概念则扎根于欧洲大陆法律传统。^⑤ 然而，二者具有相关性。^⑥ 审查标准是指法院或仲裁庭对其他政府机构、法院或仲裁庭决定的审查要求和程度。^⑦ 简言之，审查标准反映了国际裁决机构对国内事实和法律认定的审查要求。虽然裁量余地原则要求国际裁决机构对国内机构的认定给予充分的尊重，但其并非意味着裁量余地的适用不受审查，其也受到善意和合理性标准的约束。^⑧

由此，笔者认为裁量余地原则是国际裁决机构在特定领域赋予国内机构对事实和法律的认定权，同时，该原则的适用受到国际裁决机构的善意审查的约束。当然，除对国内机构认定的

① See *Greece v. the United Kingdom*, App no. 176/56, Report of the European Commission of Human Rights of 26 September 1958, pp. 116 – 119.

② See *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, para. 22.

③ 遵循（deference）意味着某主体无法承担评价的角色，而将该任务留给其他个人或机构。See Howard Richards, “Deference”, (1964) 74 *Ethics* 135, p. 138.

④ Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 843, p. 843.

⑤ 裁量余地原则最初来源于德国和法国的公法学说。Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Belgium: Intersettia, 2001), pp. 2 – 3.

⑥ Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner, “Introduction”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 4.

⑦ Jan Bohanes and Nicolas Lockhart, “Standard of Review in WTO Law”, in Daniel Bethlehem et al., (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 379.

⑧ See Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, (2006) 16 *European Journal of International Law* 907, p. 910.

认可外，广义的裁量余地原则还适用于国际裁决机构将认定事实的权限留给其他国际组织或机构。^①

（二）裁量余地原则的功能与价值

多米尼克认为欧洲人权法院适用裁量余地的合法性理由包括辅助性（subsidiarity）、^② 民主社会与立法的需求、国际机制的适格性与礼让性、以及建立最低的而非一致的人权标准。^③ 当然，广义的合法性来自于裁量余地原则的独特功能。具体而言，适用裁量余地原则的正当性理据包括正当性功能、价值性功能和效率性功能。

第一，裁量余地原则具有正当性功能。正当性功能体现为：针对国际裁决机构而言，国内机构处于能够更好评估案件情形的位置，特别是在不存在缔约方的共识的情况下。^④ 主要理由在于，其一，国内机构能更好地展开事实和法律认定相关的调查。特别是其更容易收集信息、分析数据，并且建立与专家的及时沟通；其二，如若国际裁决机构承认裁量余地，其将增强国内机构对国际裁决程序的参与性，并最终促使国内机构更好地执行该裁决。^⑤

第二，裁量余地原则具有价值性功能。司法尊重（judicial deference）是解决文化多样性与规制多样性的重要工具。在国际裁决过程中，对国内决定的司法尊重能够确保国际法院或仲裁庭在国际法律秩序下解决多元主义的难题，进而确保尊重各国的宪法传统和国内立法或政策的决策。^⑥ 司法尊重具体表现为：在国际性法院或仲裁庭中，国家可作出与争议相关的事实决定。当然，对国家的司法尊重的程度必须与特定的语境相联系，其根据案件情形与特定法律条款的规定而有所不同。^⑦

毫无疑问，国际社会存在多元主义和多样性，虽然解决问题的方法并不完全相同，然而其对于实现相同的公约权利而言，多种方法都是有效的。如本韦尼斯蒂所述，裁量余地原则的基础在于任何社会都有特定的权限解决个人权利和国家利益之间的内在矛盾，以及解决在不同道德信仰之间的冲突。^⑧

第三，裁量余地原则具有效率性功能。其体现为司法经济（judicial economy）的理念。司法

① See Chiara Ragni, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 319.

② 辅助性原则规定，任何社会和政治团体应帮助更小的或本地的团体实现其目标，而非减损当地团体的目标。在欧盟法体系中，辅助性原则构成解决国际组织、国际司法机构与国家之间权力分配的指导性准则。其规定，只有在两种情况下，欧盟委员会才具有排他性的权力：其一，在与辅助性原则相一致的情况下，缔约国本身无法实现潜在的目标；其二，由于潜在行为的规模及其效果，欧盟委员会采取措施将更为有利。除此之外，欧盟委员会不应侵入缔约国职权范围内的事项。See Alastair Mowbray, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights”, (2015) 15 *Human Rights Law Review* 313, pp. 313 – 316.

③ Dominic McGoldrick, “A Deference of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, (2016) 65 *International and Comparative Law Quarterly* 21, p. 59.

④ George Latsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 705, p. 795.

⑤ Steven P. Croley and John H. Jackson, “WTO Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments”, (1996) 90 *American Journal of International Law* 193, p. 212.

⑥ Stephen R. Tully, “‘Objective Reasonableness’ as a Standard for International Judicial Review”, (2015) 6 *Journal of International Dispute Settlement* 546, p. 549.

⑦ Stephen R. Tully, “‘Objective Reasonableness’ as a Standard for International Judicial Review”, (2015) 6 *Journal of International Dispute Settlement* 546, p. 549.

⑧ Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 843, pp. 843 – 844.

经济反映出国际礼让的特征。本质上,国际裁决机构并非是国内执法机构的上层机构或国内司法机构的上级。国际裁决机构反复强调其本身的功能并非是为取代相关国家机构进行审查。^① 国际裁决机构与国内机构更倾向于形成相互尊重、互相合作的关系。若国内机构完成对事项的合法性与合理性认定之后,国际裁决机构无需多此一举,进行再次认定。在宏观层面上,裁量余地原则的适用能够激励国际机构与国内组织进行互惠的沟通与合作;在微观层面上,国内机构与国际裁决机构之间的人员的信息互动,可避免资源的浪费。裁量余地原则反映为国际裁决机构对国内决定的认可,其仅关注裁决的合理性。若国内认定并不符合合理性标准,那么国际组织与机构将突破司法经济机制,对事实与法律认定做进一步分析。

当然,也有学者对裁量余地的适用进行批评。例如,有学者认为国家不应具有认定紧急情况(emergency situations)的裁量余地。因为在紧急情况下,国家从和平状态转变为战时状态,在此过程中,其宪法结构被忽略,而更多地关注政府的效率和适当性,由此,基本宪法结构将在紧急情况下被置于次要作用的地位。^② 还有学者认为过度模糊和不明确的原则不利于保障裁决结果的一致性与可预见性。^③ 归纳而言,对裁量余地原则的批评主要如下:阻碍国际法规范的明确性;助长国家偏见的可能性;无法适用于强行法规范等。^④ 然而,必须指出的是,上述种种批评并非针对裁量余地原则本身,而是国际法体系使然。现有的国际法体系并不存在统一的“中央政府”,也并不明确地存在等级规范。^⑤ 相反的,裁量余地原则在寻求全球共识与维护规制自主性之间形成平衡,更进一步说,其增强了裁决的有效性,并且增加国家对国际法的认同,甚至变相助力统一解释与适用的国际法律实践。

二 裁量余地原则在国际人权裁决实践中的适用

裁量余地原则频繁地适用于人权条约的解释与适用中。在实践中,欧洲人权法院率先系统地、全面地论证裁量余地原则。虽然裁量余地原则并没有反映在条约文本中,但2012年《关于欧洲人权法院未来的布莱顿宣言》(以下简称《布莱顿宣言》)以及2013年由欧洲理事会通过的《欧洲人权公约第15号议定书》(以下简称《第15号议定书》)均明确提及裁量余地原则。^⑥

-
- ① Oddny Mjoll Arnardottir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, European Society of International Law Conference Paper Series No. 4/2015, pp. 4 – 5.
- ② See Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 625, pp. 639 – 643.
- ③ See Julian Arato, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, (2014) 54 *Virginia Journal of International Law* 545, p. 548.
- ④ See Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, (2006) 16 *European Journal of International Law* 907, pp. 922 – 926.
- ⑤ See George Latsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 705, p. 707.
- ⑥ 在《布莱顿宣言》“法院与国内机构互动”部分,针对案件情形以及所涉及的权利和自由,法院明确缔约方具有如何适用和执行公约的裁量余地。See ECHR, “Brighton Declaration on the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights”, http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (last visited June 20, 2016);《第15号议定书》目前开放签署,至今尚未生效。See Council of Europe, “Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf (last visited June 20, 2016)。

（一）裁量余地原则适用的机理：等值保护原则（equivalent protection）

等值保护原则表明欧洲人权法院认同缔约方对《欧洲人权公约》权利保护的方式和方法，并将不同的保护方法视为是同一保护水平。“博斯普鲁斯海峡航空公司案”理清了等值保护的原理。为执行联合国针对南斯拉夫联邦共和国的制裁措施，时称欧共体委员会发布第 993/93 号法规。该法规具有可适用性与有效性。博斯普鲁斯海峡航空公司认为爱尔兰违反该法规。在该案中，欧洲人权法院并没有直接确定爱尔兰的违法性，而是创造出“遵守条约假定”（presumption of Convention compliance）。该案法院指出，如果被诉方遵守国际组织成员方义务，只要相关组织认为被诉国保护基本权利，并且该权利得到实质性保障，同时具有监管措施机制，那么被诉方的措施被视为是至少与宪章规定的相等价的方式实施，由此，该行为可被正当化。^①

换言之，只要缔约国并没有超出国际组织所允许的范围，那么其就被视为对权利施加等值保护。当然，在特定案件中，若对公约权利的保护明显不足的情况下，该假定可被反驳。^② 随后的“M. S. S. 诉比利时和希腊案”也明确提及该等值保护原则。^③

根据等值保护原则，法院事实上并不具体考察被诉方的实质事项；取而代之，审查的关注点是对国家人权保护水平的抽象评估。^④ 如果案件中不存在明显的程序性或其他不足，法院将信任其他国际组织或国家已经提供足够的人权保护，并认为其能够全面地履行义务。在国内机构以符合欧洲人权法院的判例法确定的标准对权利进行平衡时，除非存在有力的理由（strong reasons），否则欧洲人权法院不应取代国内法院的作用。^⑤

由此，等值保护原则确定了裁量余地原则适用的机理。只要缔约国并不违反公约设置的最低保护水平，国际裁决机构将尊重国家对其自身行为的认定。即使国际裁决机构可能推导出不同的结论，然而其也并不会重新就该问题进行认定。^⑥

（二）裁量余地原则适用的具体情形

在现有实践中，裁量余地原则具有相对狭窄的适用范围。在限制权利的国际性争议中，国际裁决机构通过适用裁量余地原则，实质上将对公共道德等合法性目标的认定权归于缔约国，更有甚至，将对措施的必要性认定的权利赋予缔约国。目前，对裁量余地原则的认可，主要表现在人权、基本权利等领域。

1. 对公共道德等情形的认定

欧洲人权法院在案件裁决中确认了动态的、以国家为中心的公共道德情形认定方式。在“汉迪赛德诉英国案”中，欧洲人权法院裁定：“《欧洲人权公约》缔约国之间不可能找到对道德的欧洲统一概念。规定道德要求的法律也是随着时间和空间的变化而变化，特别是在我们所处的

① *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, ECtHR Judgment of 20 June 2005, para. 155.

② *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, ECtHR Judgment of 20 June 2005, para. 156.

③ *M. S. S. v. Belgium and Greece*, ECtHR Judgment of 21 January 2011, para. 338.

④ Oddny Mjoll Arnardottir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, European Society of International Law Conference Paper Series No. 4/2015, p. 11.

⑤ *Axel Springer AG v. Germany*, ECtHR Judgment of 7 February 2012, para. 88.

⑥ See James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th edn, 2012), p. 666.

时代中,该概念是快速变化的,并且可能将长期处于发展阶段。由于公共道德与国家机构具有直接和持续关联,与国际法官相比,原则上,国家当局能够更好地赋予该概念以准确的内容,并且做出符合限制或惩罚的必要性认定。”^①由此,对公共道德的认定权归于缔约国。

2. 对国家紧急情况的认定

在“爱尔兰诉英国案”中,法院将裁量余地原则适用于对国家紧急情况(national emergency)的认定上。在该案中,法院认为,由于对国家生存负有责任,在决定国家生存是否受到公共紧急情况威胁、以及采取何种必要措施克服该威胁的问题上,缔约国处于首要认定责任。因为与该时刻的强烈需要具有直接的和持续的联络,原则上,在决定紧急情况的存在和克服紧急情况所必要的背离的本质和范围上,国家机关处于比国际性法官更好的位置。^②在该案中,法院认定英国的自我认定构成国家紧急情况。“布莱尼根和迈克布莱德诉英国案”也采取相似的认定方式。^③

3. 对措施的必要性认定

欧洲人权法院曾指出,原则上,国家在出具诸如必要性的实质内容、关于“限制”或“惩罚”是否“必要的”等问题的意见上,处于比国际性法官更好的位置。^④1976年,针对措施必要性认定上,欧洲人权法院在“汉迪赛德诉英国案”中明确裁量余地原则。^⑤该案涉及《小红学社》(Little Red Schoolhouse)的出版,该书鼓励青少年体验性行为 and 毒品,并挑战成年人的“权威”。该书一面世立即被英国政府查扣。汉迪赛德主张英国政府的行为侵害了其表达自由权利。虽然该案法院明确英国没收该书的决定违反《欧洲人权公约》第10(1)条,然而该行为可被第10(2)条关于表达自由的限制情形所正当化。更进一步的,该案法官认为英国在决定何种行为构成民主社会保护道德所必要的问题上,享有裁量余地。^⑥

在“汉迪赛德诉英国案”中,法院认为第10.2条形容词“必要的”并非是“不可或缺的(indispensable)”“可取的(admissible)”等含义。因而,国家可对必要性概念体现的社会现状进行评估。由此,第10.2条为缔约国预留出裁量余地。该范围不仅给予国内立法者以裁量余地,而且同样给予要求对现行法进行解释和适用的国内司法机构。^⑦

其后,在“爱尔兰诉英国案”中,欧洲人权法院将裁量余地原则拓展至紧急情况下国家义务减损(derogations)的情况。该案法官认为,在辅助性原则下,由于与当前时刻的强烈需求有直接与持续的接触,原则上,国内机构能更好地裁决紧急情况是否存在,以及认定何种性质和范围的减损对避免紧急情况是必要的。^⑧

(三) 裁量余地适用的排除性条件

除上述积极条件外,有关裁量余地原则的实践还包括不适用该原则的消极要件。

① *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, para. 48.

② *Ireland v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 18 January 1978, para. 207.

③ *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 26 May 1993, para. 43.

④ *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, para. 22.

⑤ See Onder Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, (2007) 8 *German Law Journal* 711, pp. 713 – 714.

⑥ *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, paras. 21 – 22.

⑦ *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, para. 48.

⑧ *Ireland v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 18 January 1978, para. 207.

1. 是否具有“欧洲共识”

在“拉斯马森诉丹麦案”中，欧洲人权法院指出，评估在相似情形下何种程度的差异可以将不同的法律适用正当化时，缔约方享有特定的裁量余地。裁量余地的范围随客观情况、主题事项（subject-matter）和其背景的不同而不同；基于此，一个重要的因素是在缔约国法律中是否存在共同的基础。^①

欧洲人权法院频繁地使用比较方法（comparative method）表明在特定议题上是否存在欧洲共识。比较方法应建立在机制的程序设置、与争议国的社会交往程度、以及基于特定情境下的个案分析上。^② 在实践中，若不存在“欧洲共识”，欧洲人权法院将增大裁量余地的幅度；若存在“欧洲共识”，则裁量余地的范围将进一步地限缩。

由于共识的形成需要一段时间得以建立，在此期间，各国将能够回顾本身社会、经济和科学发展的需求。寻求“欧洲共识”的方法保证公约权利免受快速地和恣意地发展，并确保法律发展与欧洲社会变化同步，而非超越欧洲社会变化的步伐。^③ 在“沙尔克与科普夫诉奥地利案”中，欧洲人权法院认为由于不存在共识，以及基于裁量余地的概念，其拒绝认可《欧洲人权公约》保护同性婚姻权利的观点。^④ 换言之，即使存在普遍性的、相类似的国家实践，然而独特的历史价值或政治形态也能被视为扩大裁量余地的合理理由。^⑤

当然，在实践中，也有学者和实务人员认为法院不应仅考察国家立法者的行为而确定欧洲共识的存在，其他包括欧洲理事会等实践也能够被视为是共识的反映。^⑥

2. 是否具有“持续的国际趋势”

在“克里斯汀·古德温诉英国案”中，欧洲人权法院认为，虽然欧洲对变性者相关的法律与实践并不存在共识，然而，相比于明确的、无争议的、持续的对变性者的社会接受度，以及对变性后的新性别身份的法律认知的国际趋势而言，欧洲缺乏共识的证据不足为虑。^⑦ 为确定国际趋势，该案援引了新加坡、加拿大、南非、以色列、澳大利亚、新西兰、美国国内的一些州等证据。

2015年，在“欧蒂雅莉与其他人诉意大利案”中，虽然只有将近一半的欧洲理事会成员国制定法律对同性伴侣关系进行认定，然而欧洲人权法院援引美洲、大洋洲及环太平洋国家的实践，认为对同性伴侣的认同构成国际趋势。^⑧

由此，乔治认为，通过对“持续的国际趋势”的认可，欧洲人权法院实质性认同了人们应享有的权利，而非国际机构或国家认为的人权概念。^⑨ 针对如何选择可供参照的域外国家实践而

① *Rasmussen v. Denmark*, ECtHR Judgment of 28 November 1984, para. 40.

② See Rex D. Glensy, “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, (2004) 45 *Virginia Journal of International Law* 357, p. 361.

③ Nicolas Bratza, “Living Instrument or Dead Letter—the Future of the ECHR”, (2014) 2 *European Human Rights Law Review* 116, p. 124.

④ *Schalk & Kopf v. Austria*, ECtHR Judgment of 24 June 2010, paras. 61–62.

⑤ *Republican Party of Russia v. Russia*, ECtHR Judgment of 15 September 2011, para. 126.

⑥ *Cossey v. United Kingdom*, ECtHR, S. K. Martens Dissenting Judgment of 27 September 1990, para. 35.

⑦ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, ECtHR Judgment of 11 July 2002, para. 85.

⑧ *Oliari and Others v. Italy*, ECtHR Judgment of 21 July 2015, para. 179.

⑨ See Georg Letsas, “The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy”, in Andreas Follesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 231.

言,雷克斯等指出其选择不应是恣意的,而是应因循一定的方式,例如,如果域外国家具有相类似的体制、以及相似的社会形态与文化,那么该国家可进行比较分析的合理性就愈强。^①

(四) 小结

当然,对于欧盟的公共政策认定而言,缔约国也具有相应的认定权限。欧盟法院在审理案件中认为,欧洲共同体的公共政策概念应该被狭义地解释,尤其是基于追求公共利益而背离市场自由的情形。^②由此,公共政策概念不能在未诉诸共同体机构的前提下,由缔约国单边地决定其范围。然而,特定的正当化公共政策概念的情形可能会随国家的不同而不同,随时空的不同而不同,因此,有必要允许适格的国家机构行使符合条约的自由裁量权。^③由此可见,欧盟法院实际上也认可国家对公共政策的认定权。归纳而言,欧盟裁决机构通过裁量余地原则的适用,最大程度地发挥缔约国对合法性目标的认定,并在一定程度上给予缔约国采取其认为必要的措施的权利。

美洲人权法院明确适用裁量余地原则。该法院认为并非所有法律待遇上的差异都是歧视性的,也并非所有的差异都违背人的尊严。^④通过援引欧洲人权法院的裁决,美洲人权法院认为,通过遵循一系列民主国家的法律实践,只有在缺乏客观的和合理的理由时,差别待遇才是歧视性的。^⑤进一步的,该案法官指出,若待遇上的差异具有合法目的,并且不会导致与正义、理性和事实的本质相背离的情形,那么就不存在歧视。而在差别待遇的认定上,缔约国享有特定的裁量余地。^⑥由此,裁量余地原则成为了人权裁决实践中的共识成果之一。

三 裁量余地适用的灵活性及其善意审查

(一) 发展中的裁量余地原则:一种灵活的裁决方法

由于多元文化的存在,依据国家的特殊情况和案件的具体语境,对裁量余地原则的适用经常面临相似案件得出不同的但合理的裁决结果。同时,裁量余地原则的适用也处在不断完善的过程中。

1. 相似案件演化出迥异的结论

根据裁量余地原则,公共道德情形的认定归于缔约国。在实践中,欧洲人权法院不乏相似的案件,但由于涉案国家不同,导致出现了不同的结论。换言之,欧洲国家间的文化、历史和道德

① See Rex D. Glensy, "Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority", (2004) 45 *Virginia Journal of International Law* 357, pp. 411 - 440.

② *Case 36/75 Roland Rutili v. Minister for the Interior* [1975] ECR 1219, paras. 26 - 27.

③ *Van Duyn v. Home Office*, ECJ Judgment of 4 December 1974, para. 18.

④ *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC - 4/84, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4, Jan. 19 1984, para. 56.

⑤ *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC - 4/84, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4, Jan. 19 1984, para. 56.

⑥ *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC - 4/84, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4, Jan. 19 1984, paras. 57 - 58.

差异被接受。^① 例如,“S. A. S. 诉法国案”涉及法国禁止公共领域使用面纱遮住全脸的穿着。起诉者认为该禁令违反了《欧洲人权公约》第9条宗教自由的权利。然而,欧洲人权委员会认为法国作为一个“社会(society)”,其可以选择保护人与人之间交往的原则,进而法国可以合法地对使用面纱遮住全脸的公共社交方式进行限制。^② 而在其他国家中,禁止使用面纱的措施被认为是不正确的,例如,“雷拉·沙欣诉土耳其案”。该案主张基于国家传统(national traditions),国家与国家之间的规定是不同的。^③ 不仅在欧洲大陆,中国与美国在人权和社会正义的观点上也存在合理的差异。^④

欧洲人权法院裁量余地的幅度也可能依据国家的不同而不同。一般而言,在具备成熟机制的国家中,只有严重的理由,欧洲人权法院才会将自身的评估取代国内或当地机构的分析。^⑤

2. 宽严相济的适用方式

一般而言,法院赋予遵循的范围是特定的,例如在《欧洲人权公约》言论自由等事项的认定中,缔约国具有严格的裁量余地范围;而在涉及国家安全或公共道德保护、紧急情况认定、干预私人财产等事项上,国家享有宽泛的裁量余地。

在存在宽泛的裁量余地情况时,欧洲人权法院将认同国家的实践,除非国内机构错误地解释或适用《欧洲人权公约》及其法理,或者形成“明显不合理”或“无效的理由”的结论;当存在受限的裁量余地时,国家应举证具有强有力的、以及非常重要的理由,方可将其对权利的干涉正当化。换言之,在这种情况下,理论上,欧洲人权法院存在国家违反公约的推定。^⑥

除外,对特定弱势群体基本权利的限制时,国家的裁量余地的范围也将被实质性缩减。该类型的案件包括以性别、种族、性取向或心智健康水平作为依据而实施差别待遇的行为。^⑦

3. 随时间推移变化的适用

裁量余地原则并非是静止的原则,而是跟随客观情势不断动态发展的方法。欧洲人权法院采用“发展的路径”(evolutive approach)解释公约的权利,其认为客观事实的发展和改变将形成更好的保护水平。^⑧ 如果欧洲人权法院作出的解释能够在欧洲委员会成员国之间获得广泛的支持,那么,其国内机构将更可能接受并执行关于《欧洲人权公约》的发展解释。^⑨

这在与变性人出生证明相关的系列案件中可见一斑。该类案件经过16年才发生法律认定上

① See Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford: Oxford University Press, 2012); Henrik Andersen, “Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions”, (2015) 18 *Journal of International Economic Law* 383, p. 390; 王玉葉:《歐洲人權法院審理原則——國家裁量餘地原則》,載《歐美研究》2007年第3期,第485—511頁。

② See *S. A. S. v. France*, ECtHR Judgment of 1 July 2014, p. 59.

③ See *Leyla Sahin v. Turkey*, ECtHR Judgment of 10 November 2005, para. 109.

④ See Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 2006).

⑤ See *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, ECtHR Judgment of 13 July 2012, paras. 64–65.

⑥ Dominic McGoldrick, “A Deference of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, (2016) 65 *International and Comparative Law Quarterly* 21, pp. 26–27.

⑦ See Dominic McGoldrick, “A Deference of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, (2016) 65 *International and Comparative Law Quarterly* 21, p. 25.

⑧ Jeffrey A. Brauch, “The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court should Learn from the European Court of Human Rights”, (2009) 52 *Howard Law Journal* 49, p. 49.

⑨ Dominic McGoldrick, “A Deference of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, (2016) 65 *International and Comparative Law Quarterly* 21, p. 30.

的变化。具体而言，由于英国禁止出生证明变更，起诉者认为该拒绝行为违反公约第8条“尊重个人与家庭生活的权利”。1986年，在“里斯诉英国案”中，欧洲人权法院以12:3的裁决结果认定英国禁止出生证明变更的行为并不违反公约第8条，其指出，当前对出生证明变更禁止并不存在共识，所以在该领域，缔约国享有广泛的裁量余地。^①同时，该案法官指出，公约应在当前情境下被解释与适用，对此类合法性的问题需要在特定的科学与社会发展的语境下进行审查。^②随后，2002年，在“古德温诉英国案”中，基于持续的国际趋势下，法院最终裁定类似的行为违反了第8条的规定。^③

（二）对灵活性的监督：以善意审查为方法

由于裁量余地原则赋予国家对事实与法律认定的权限，同时，现有的弹性的适用方法也可能导致国家以欺骗或恶意的的方式利用裁量余地原则的漏洞，进而作出与真正事实与法律不相一致的决定。为消除该道德风险，欧洲人权法院对缔约国的认定具有监督的权力。裁量余地与欧洲监管相伴而生。这些监管包括受质疑的措施的目标及其“必要性”。欧洲人权法院不仅监管基本的法律文件，而且还包括对该法律文件的适用。^④欧洲人权法院也强调该裁量余地将会受到欧洲人权法院的审查，该审查将考察争议措施的必要性及适用，同时也包括国内法院作出的相关裁决。^⑤

本质上，欧洲人权法院的审查为善意审查。安德列指出虽然现有的可适用的法律规则并不存在对国家的“心理的”要素的认定，然而国际裁决机构频繁地使用善意审查（good faith review）。具体而言，善意审查考察三种包含国家恶意意图的行为，包括歧视性的、恣意的和不合理的决定。^⑥裁量余地原则与合理性（reasonableness）密切相关。实际而言，合理性本身体现的是善意的国际义务。善意不仅是一项解释的原则，而且还是一项国际法原则。其规定在《维也纳条约法公约》第26条中，即“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行”。虽然对“善意履行”并没有明确的定义，但是若以充分利用条约起草过程中的漏洞或模糊处进行解释的行为就不应该被视为是善意的。^⑦

善意审查更侧重于对裁量余地的程序性审查，其构成对适用方式的监督。有学者研究表明，为履行《欧洲人权公约》第32条项下的义务，晚近的欧洲人权法院判例更多反映出对国内决策制定的质量的关注。^⑧其被称为对裁量余地原则的“程序性转向”（procedural turn）。在承认缔约国的自由裁量权下，国际机构并不否认自身的审查监督权。需要注明的是，国际机构的审查监督多是针对缔约国认定的程序性内容，而非实体性事项。

大体上，欧洲人权法院确定国家认定是否维持在“可接受的”裁量余地范围内，其包括确定国家

① *Rees v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 17 October 1986, para. 15.

② See *Rees v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 17 October 1986, paras. 18 - 19.

③ See *Goodwin v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of July 11, 2002, para. 93.

④ *Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 7 December 1976, para. 48.

⑤ See *Leander v. Sweden*, ECtHR Judgment of 26 March 1987, para. 59.

⑥ Andrei Mamolea, “Good Faith Review”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 74.

⑦ Jeff Waincymer, *WTO Litigation: Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement* (London: Cameron May, 2002), p. 499.

⑧ Oddny Mjöll Arnardóttir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, European Society of International Law Conference Paper Series No. 4/2015, p. 5.

的裁量权是否是合理的、谨慎的、以及善意的。例如，在实践中，如果法官认定由于权利平衡不存在比例性，那么缔约国的权限将超越被赋予的裁量余地。^① 例如，在“国际动物保护者协会诉英国案”中，欧洲人权法院对国家议会和司法机构作出英国关于调整政治性播报的复杂的监管体系的明确且中肯的审查，并认定英国所采用的措施对避免扭曲关键性公共利益辩论具有必要性。^② 相反的，在“奥洛约什·漆斯诉匈牙利案”中，欧洲人权法院认为没有理由证明匈牙利的立法试图平衡相竞争的利益，或者评估限制受部分监护的人的投票权是否符合比例性。^③ 随后的案件也有相似的监督。^④

四 裁量余地原则在其他国际性裁决中的转化与拓展

虽然有学者认为裁量余地原则已经成为了一般国际法。^⑤ 甚至有学者认为裁量余地原则成为所有国际裁决的典型特征，甚至可适用于所有的案件类型。^⑥ 然而，在实践中，在国际性裁决机构中，目前只有欧洲人权法院、欧盟法院等明确适用了裁量余地原则，而 WTO、国际法院等尚未明确承认该原则，然而，其都通过间接的方式认可裁量余地的适用。

（一）裁量余地原则适用于国际司法实践的可能性

国际性裁决具有相同的目的与宗旨、相同的裁决思路，并且面临相同的机制难题。由此，裁量余地原则能够在国际司法实践中得到更广范围的认可与适用。主要理由如下：

第一，国际性裁决的目的与宗旨的共同性。裁量余地原则的实践更多涉及人权制度，该原则存在人权领域的核心宗旨是尊重各国文化、制度和传统的多样性。必须指明的是，各国文化、制度和传统多样性的需求不仅反映在人权的相对性上，也反映在保障国家安全、公共道德等核心利益的国家权力与个人权利平衡上。例如，法国法院认为雅虎售卖的纳粹纪念品违反法国公共道德，进而认同贸易限制措施的合法性。^⑦ 而在其他国家对该物品售卖的限制不能援引公共道德例外加以正当化。由此，尊重各国文化、制度和传统的多样性是所有国际性司法机构的目的与宗旨之一。裁量余地原则正是用以平衡国际裁决机构与缔约国在某些领域中的权限的一种方式。^⑧ 毫无疑问，裁量余地原则在人权领域之外的国际争端解决中具有可适用性。

第二，国际争端解决司法裁决思路的相通性。本质上，国际性裁决均是借由《维也纳条约法公约》的解释方法处理国家与国家之间的分歧与矛盾。其中，在裁量余地原则的适用范围内，

① See *A. and Others v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 19 February 2009.

② See *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 22 April 2013.

③ *Alajos Kiss v. Hungary*, ECtHR Judgment of 27 March 2008, para. 42.

④ *Dickson v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 4 December 2007, para. 83.

⑤ Ignacio de la Rasilla del Moral, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, (2006) 6 *German Law Journal* 611, p. 622.

⑥ See Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?” (2006) 16 *European Journal of International Law* 907; William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283.

⑦ See Lawrence B. Solum and Minn Chung, “The Layers Principle: Internet Architecture and the Law”, (2004) 79 *Notre Dame Law Review* 815, pp. 913–914.

⑧ 孙世彦：《欧洲人权制度中的“自由判断余地原则”述评》，载《环球法律评论》2005年第3期，第372页。

国际性人权裁决机构与其他国际性裁决机构所面对的条约解释和条约适用的任务是相同的。如基娅拉·拉尼所述,裁量余地原则主要适用于需要进一步阐述的国际规则,以及国家享有弹性执行空间的国际规则上。例如,对公共政策、安全等概念解释与适用,以及比例性、必要性等事实性认定中。^①以“必要性”为例,其不仅规定在国际性或区域性的人权协定中,也广泛存在于《关税与贸易总协定》第20条、国际投资协定中的公共利益保护条款中等。更进一步的,国际性裁决思路甚至从处理国家与国家的争端,拓展到处理私人与国家之间的争端中。特别是,在现有的投资仲裁中,投资者频繁地质疑东道国的规制政策的合法性。^②此涉及更多的是国家权力与个人权利之间的公法问题,而非纯粹的契约型义务。

第三,国际争端解决所面对的事实和法律认定难题是共通的。国际性裁决机构受到诸多限制,它们只能通过争议方所提交的材料寻求事实。即,国际性裁决机构无法直接获取相关的证据,更罕见具备实地调查取证的条件与机会。虽然国际法院致力于改进获得事实的方式,然而至今仍收效甚微。^③更进一步的,国际性裁决机构还面临未能熟知特定国家文化、当地情况等缺陷。由此,不管是人权裁决机构,还是WTO、国际法院的裁决,均面临认定事实这一难题,由此,上述裁决机构所面对的共同难题也使得适用裁量余地原则的实践得以拓展。

最后,更为重要的是,现有实践已经反映出不同的国际性裁决报告相互借鉴、交叉援引的情形。虽然不同的国际性裁决机构解决不同领域的争议,然而裁决报告所反映出的说理与论证的方式却是可通约的。例如,投资仲裁庭报告借用了欧洲人权法院报告的推理方式。^④不仅如此,在国际争端实践中,争议方频繁地在国际法院等场合以裁量余地原则为由进行抗辩。^⑤由此,作为审查标准,裁量余地原则已然从人权领域拓展到其他国际性裁决中。

(二) 国际贸易法中的裁量余地原则: 变相认可的事实性认定

国际贸易法中主要使用司法审查标准(judicial standards of review)概念表明裁决机构对国内机构提及的相关事实、可适用法等进行审查。^⑥彼得斯曼教授区分了两类司法审查标准,其一,以公民为导向的司法审查标准推动裁决机构解释“法律的正当程序”、公共与私人利益的“平衡”,或者经济的和非经济型原则(例如,“公共道德”);其二,以国家为中心的司法审查标准则要求对国家主权的司法遵循。^⑦

① Chiara Ragni, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 322.

② William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283, p. 283.

③ See Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2009).

④ *Cont'l Cas. Co. v. Argentine Republic*, ICSID Award of 5 September 2008, Case No. ARB/03/9, para. 181.

⑤ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2014, para. 59.

⑥ Ernst-Ulrich Petersmann, “Judicial Standards of Review and Administration of Justice in Trade and Investment Law and Adjudication”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 19–20.

⑦ Ernst-Ulrich Petersmann, “Judicial Standards of Review and Administration of Justice in Trade and Investment Law and Adjudication”, in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 21.

虽然 WTO 专家组和上诉机构并没有直接指明对裁量余地原则的适用,但是实践表明,其通过审查标准等机制实现了裁量余地原则的功能。^① 在 WTO 协定中,《反倾销协定》第 17.6 条是为数不多地间接规定裁量余地原则的条款。^② 该条款规定,“在审查相关事项时,专家组应确定国内主管机关对事实的确定是否适当,以及他们对事实的评估是否无偏见和客观;同时,第 2 款规定专家组认为本协定的有关规定可以作出一种以上允许的解释时,如主管机关的措施符合其中一种允许的解释,则专家组认定该措施符合本协定。”

在 WTO 争端解决机制上,《关于争端解决规则与程序的谅解》第 11 条与裁量余地原则最为相关。其规定专家组应对其审议的事项作出客观评估 (objective assessment)。由此产生一个疑问,客观评估与裁量余地原则是否相矛盾?这在“欧共体—荷尔蒙案”的裁决报告中有所启示。该案上诉机构首次间接地解决了 WTO 机构的管辖权适格性与成员方自身的管辖权适格性的平衡问题。具体而言,其阐明何为“客观评估测试”(objective assessment test),其认为专家组的事实认定既不是重新审查 (de novo review),也不是“全面遵循”,而是对事实的客观性评估。^③ 同时,上诉机构反复强调客观评估测试的适用必须符合条约解释的惯常国际法规则。^④ 由此,WTO 中的遵循是通过条约条款的解释而达致的。

在“美国—软木第六执行案”中,WTO 上诉机构指出,虽然专家组并非是事实的首位发掘者,也并非消极地接受适格权力当局的结论。^⑤ 更进一步的,在 2002 年“美国税收待遇执行案”中,上诉机构提及裁量余地原则,其认为,成员方有权采取补偿原先不法行为及其实现权利与义务新平衡的所需的适当措施,但在评估此类反措施的“适当性”上,成员方应被赋予裁量余地。^⑥ 更进一步的,上诉机构还指出“保护公共健康的风险评估和技术法规、国内保障措施、反倾销和反补贴决定中,专家组应该作为机构行为的审查者,而非事实的首位发掘者,并且必须尊重国内机构基于证据作出的国内认定的合法性”。^⑦

如马丁内斯所言,争端解决机构的决策遵循的方法与裁量余地原则相协调。^⑧ 本质上,WTO 争端解决机构尊重和认可了成员方享有认定特定事实与法律的权限,但是争端解决机构也承担起监管与审查的责任。简言之,WTO 争端解决机构变相地认可了裁量余地原则。

① See Pieter Jan Kuijper, “John Jackson and the Standard of Review”, (2016) 15 *World Trade Review* 398, p. 399; Steven P. Croley and John H. Jackson, “WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments”, (1996) 90 *American Journal of International Law* 193, pp. 193 – 213.

② Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Belgium: Intersettia, 2001), p. 231.

③ *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (hereinafter EC—Hormones)*, Appellate Body Report of 13 February 1998, WT/DS26/AB/R, para. 117.

④ *EC—Hormones*, Appellate Body Report, paras. 117 – 118.

⑤ *United States—Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada (US—Softwood Lumber VI (Article 21.5—Canada))*, Appellate Body Report of 9 May 2006, WT/DS277/AB/RW, paras. 93, 113.

⑥ *US—Tax Treatment of “Foreign Sales Corp” (Art. 22.6 arbitration)*, Appellate Body Report of 14 January 2002, WT/DS108/ABR, para. 5.

⑦ *United States—Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) from Korea*, Appellate Body Report of 27 June 2005, WT/DS296/ABR, para. 188.

⑧ Jenny S. Martinez, “Towards an International Judicial System”, (2003) 56 *Stanford Law Review* 429, p. 519.

(三) 国际投资法中的裁量余地原则：时兴的认定方法

国际投资仲裁与上述国际争端解决机制具有差异性。具体而言，其差别在于如下方面：其一，投资仲裁庭多为非常设性机制；其二，投资仲裁庭所管辖的协定呈现碎片化，不同的争议方之间适用不同的协定；其三，部分投资仲裁处理的是纯粹私人属性的争议。正如斯蒂芬·希尔所言，在国际投资中，遵循概念违背了国际仲裁的最根本原则：争议方的权利平等性。^①然而，需要指出的是，现有的投资仲裁争议更多的从私权视角转化为公法诉讼，投资者频繁地质疑东道国的规制政策的合法性。^②

国际投资仲裁实践长期受到国家及其学界的批评。其主要的质疑在于现有国际投资仲裁裁决过多地保护投资者，而忽视了东道国规制的需要，甚至引发拉美国家退出《华盛顿公约》的举动。为应对此危机，在实践中，愈来愈多的仲裁庭间接适用裁量余地的方式，赋予东道国更多的自由裁量权。例如，《北美自由贸易协定》相关的仲裁实践在风险的存在及其严重性、评估风险的公共程序等事项上赋予国家更大的权力。^③

具体而言，在投资争端解决中，作为被诉方的国家时常援引欧洲人权法院的判例，主张在具体事项认定上适用裁量余地。例如，在“百沃特高复（坦桑尼亚）有限公司诉坦桑尼亚案”中，通过援引欧洲人权法院的“爱尔兰诉英国案”等，坦桑尼亚认为作为主权国家，其在国际法下可善意地行使裁量余地。^④在实践中，至少五个以上的仲裁庭曾赋予缔约国一定的裁量余地。^⑤例如，在起诉阿根廷的案件中，仲裁庭援引欧洲人权法院的“雅恩与其他人诉德国案”的分析思路，其指出将一般性标准适用于争议中的特定事实时，例如对合理、必要、公正与衡平等的认定上，遵循国家具有特定的裁量权是当前国际法的一般特征，同时也是在双边投资条约下更好的保护外国投资的方式。由此，该案中，仲裁庭给予国家在认定最低限制性措施上的裁量余地。具体包括：认定扣押的措施是否为实现目的所必要的，以及相关措施是否为实现目的的合理的最小限制性措施。^⑥进一步的，“边疆石油公司诉捷克共和国案”涉及对公共政策的认定赋予国家裁量余地；“依列崔贝尔公司诉匈牙利案”涉及公平与公正待遇标准的认定赋予国家裁量余地；“米库拉公司诉罗马尼亚案”则在授予国籍所必要考察的事项上赋予国家裁量余地。

更进一步的，在《欧盟与越南自由贸易协定》中，其关于投资者与东道国争端解决的“准

① Stephan W. Schill, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review”, (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 577, p. 587.

② William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283, p. 283.

③ See Todd Weiler, “Methanex Corp. v. USA Turning the Page on NAFTA Chapter Eleven?”, (2005) 6 *Journal of World Investment & Trade* 918, pp. 918 – 919; Ursula Kriebaum, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”, (2007) 8 *Journal of World Investment & Trade* 717, p. 726.

④ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Award of July 24 2008, Case No. ARB/05/22, pp. 434 – 436.

⑤ 这五个案件分别为2008年的“大陆灾害公司诉阿根廷案”的裁决，2010年“边疆石油公司诉捷克共和国案”的裁决，2012年的“依列崔贝尔公司诉匈牙利案”的关于责任的决定，2006年“萨鲁卡公司诉捷克共和国案”的部分裁决，以及2008年的“米库拉公司诉罗马尼亚案”的管辖权决定。当然，也有一些仲裁庭不承认国家享有裁量余地。例如，在“西门子公司诉阿根廷案”中，仲裁庭认为《欧洲人权公约》许可的裁量余地并没有反映为习惯国际法或本案涉及的双边投资条约文本中。

⑥ *Cont'l Cas. Co. v. Argentine Republic*, ICSID Award of 5 September 2008, Case No. ARB/03/9, para. 181.

据法和解释的规则”第16条第2款规定，仲裁庭必须遵守由国内有权解释相关国内法的法院或机构对国内法的解释，并且任何由仲裁庭作出的相关国内法的含义并不对任何缔约方的法院和机构具有拘束力。换言之，该协定以文本的方式确定在国内事实和法律解释的事项上，赋予了国内机构完全裁量权。由此，在国际投资仲裁中，裁量余地原则逐渐得到重视和承认。

(四) 国际法院中的裁量余地原则：逐步接受的趋势

裁量余地原则也被国际法院法官所考察。截止目前，针对国内机构的事实和法律认定权限上，国际法院并没有明确承认国内机构的裁量余地。^① 例如，在“石油平台案”中，美国主张成员方具有善意地采取措施保护其必要安全利益的自由裁量权。然而，国际法院裁定，根据国际法，采取公然自卫措施需要对其目的是必要的，该要求是严格的和客观的，并未留下任何“裁量余地”的空间。^② 然而，近期国际法院实践却有所松动。

以新近的“日本捕鲸案”为例。该案涉及的争议点之一为国家对科学研究目的的认定权上。日本主张国家对科学研究目的的认定权力落入国家“裁量余地”的范围。^③ 然而，澳大利亚和新西兰则认为争议条款为客观性要求，并未留下任何裁量空间。^④ 在该案中，法官并没有明确承认国家的裁量余地，而是转而考察对该争议事项的审查标准问题。虽然澳大利亚指出本案法官应全面考察争议的许可证是否是基于科研的目的，然而最终多数法官认为其评估的事项为该争议项目是否涉及科学研究，并且考察使用致命方法的项目设计和执行对于实现该既定目标是否是合理的。^⑤ 换言之，该案法官并不全面考察许可事项以及该许可的真实目的等，而仅审查缔约方的决定是否与科研具有最低关联性，以及该决定是否善意的、合理的。由此，实际上，国际法院所采纳的即是适用裁量余地原则的审查标准，其不实质性地审查国家的事实性认定。

国际法院法官曾明确指出，虽然国际社会成员存在不同的观点，但是国际法院的任务并非是消除这些差异。^⑥ 在实践中，国际法院尊重各国的文化、制度和传统的差异，进而为裁量余地原则的适用提供条件。正如拉尼所总结的，国际法院所反复强调的是，留给国家的裁量余地受到一般国际法的调整。^⑦ 此处的一般国际法包括国家善意履行条约的义务。换言之，本质上，国际法院的裁决并没有否认裁量余地，而是对国家的裁量余地施加了严格的审查标准。

五 结语：回归国内社会的国际裁决机制

裁量余地原则最初适用于影响人权的政府行为，欧洲人权法院赋予成员国一定的自由裁量

① 至少包括“石油平台案”“以色列在被占领巴勒斯坦领土构筑隔离墙案”“日本捕鲸案”。

② Case Concerning Oil Platforms (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), Judgment, I. C. J. Reports 2003, para. 73.

③ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2014, para. 59.

④ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2014, para. 60.

⑤ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2014, para. 67.

⑥ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2014, para. 69.

⑦ Chiara Ragni, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice,” in Lukasz Gruszczynski and Wouter Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 326.

权,因为成员国对决定特定事项具有相对的有利条件。^①随后,裁量余地原则被运用于国家资源的分配和监督领域。^②总体而言,裁量余地原则近乎适用于权利限制与权力制约的所有场合,^③包括基于环境保护的科学认定,以及对国家紧急情况的认定。^④当然,裁量余地原则也并非是不受约束的。条约解释中的善意原则对国家的裁量权行使施加了严格的条件。《维也纳条约法公约》规定条约解释应以一个合理的方式使用,并且以实现其目的的方式适用。善意审查实际避免恣意的、不合理的与不正义的解释。换言之,纵然国家具有对公共道德、安全等事项的认定权,但是其也不应以超越实现上述目标的方式进行解释与适用。因此,国际裁决机构对国内认定的审查主要体现为善意审查。

裁量余地原则不仅成为人权法的重要基石之一,更曾被几乎所有国际裁决机构所讨论并适用。在国际性裁决机构中,虽然目前只有欧洲人权法院等明确裁量余地原则的适用方式,然而WTO争端解决机构、国际投资仲裁庭、国际法院等开始逐步认识到该原则适用的重要性和可行性。正如彼得斯曼教授所言,国际法治除要求不同裁决机构对国际条约解释的一体化原则(integration principles)外,具有重叠管辖权的裁决机构应推崇司法礼让(judicial comity)原则。^⑤裁量余地原则便是实现一体化解释与司法礼让的有效方法,其尊重个人观念、民主制度和法律体系的多样性。当然,在实践中,WTO争端解决机构、国际投资仲裁庭、国际法院等应借鉴人权领域的先进经验,特别是如何达致在赋予成员国更大的自主权与打造国际社会共同体间的精巧平衡。

中国具有独特的文化传统与社会制度。在融入国际社会过程中,中国应追求公正、合理的国际秩序,其核心在于适当平衡国家间的关系,其也包括国际组织与国家之间的关系。一般而言,国内规制措施反映国内的文化偏好,并且回应国内需求。不同社会公民的文化和经验自然地导致对特定类型规制的不同见解和偏好。正如有学者所言,即使一般的观念或不同的见解可能将影响到国际贸易,强制国家更改偏好的认定也是不合适的。^⑥基于此,在国际争端解决机制变革的过程中,我国可建议在条约文本中明确规定裁量余地原则。如此,在争端解决上,各国将保有对国内事实与法律认定的权限。当然,该权限的行使受到善意解释与适用的约束。唯有如此,每个国家才能平等地在国际社会表达自身的立场,捍卫自身的应有权力,进而克服西方国家主导下的不合理的国际秩序,真正实现人类命运共同体。同时,我们每个人才能真正享有属于我们自身的权利。由此,在寻求全球共识过程中,我们或许也应该放慢脚步,尊重每个国家的发展方向、程度与速度。

① See *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, ECtHR Judgment of 25 May 1993, para. 539.

② See Stephen R. Tully, “‘Objective Reasonableness’ as a Standard for International Judicial Review”, (2015) 6 *Journal of International Dispute Settlement* 546, p. 550.

③ Dominic McGoldrick, “A Deference of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, (2016) 65 *International and Comparative Law Quarterly* 21, p. 23.

④ Julian Arato, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, (2014) 54 *Virginia Journal of International Law* 545, p. 549.

⑤ See Ernst-Ulrich Petersmann, “How to Evaluate the European Union as a Normative Power in Multilevel Governance of Public Goods? Methodological Pluralism and its Constitutional Limits in European Governance”, in Christine Kaddous (ed.), *The European Union in International Organisations and Global Governance: Recent Developments* (Oxford: Hart Publishing, 2015), pp. 246 – 247.

⑥ Michael Ming Du, “Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From Non-discrimination to Harmonization”, (2007) 6 *Chinese Journal of International Law* 269, p. 274.

The Application of the “Margin of Appreciation” in International Adjudication and Its Further Implications

Sun Nanxiang

Abstract: The Doctrine of Margin of Appreciation embraces the national discretion on the factual and legal determinations in international adjudication. This doctrine has its legality and particular values, as well as reflects the notion of judicial economy. In the field of human rights, the Margin of Appreciation has become a relatively uniform approach. The Margin of Appreciation admits the domestic authorities', as well as the courts', capacity to determination of public morals, national emergencies, and the situations of the necessity. However, the Judges also deny the Margin of Appreciation in situations where there is a regional consensus or an urging international trend. In practice, good faith review and procedural review are beneficial to avoiding the arbitrary interpretation and application in domestic level. Recently, the Margin of Appreciation has been clarified not only in disputes in WTO and ICSID, but also in the International Court of Justice. Thus, doubtlessly, during the establishment of the global consensus, the national identities shall be respected by the international through the application of the Margin of Appreciation.

Keywords: the Margin of Appreciation, European Court of Human Rights, International Adjudication, Treaty Application

(责任编辑: 李西霞)