

TBT 协定中技术法规和标准 “强制性”区分要素 ——以美国—金枪鱼案 (II) 为例

李冬冬

(厦门大学法学院, 福建 厦门 360015)

摘要: 是否具有强制性是 TBT 协定中技术法规和标准的关键区别。“美国—金枪鱼案 (II)”中出现了判定“强制性”的两种方法: 形式主义解释路径和市场准入前提标准。本文认为, 二者均以政府权力的行使作为出发点, 但在政府权力行使到何种程度时争端措施便具有了强制性这一问题上产生了分歧。前者采取弹性标准, 认为应当根据案情个案审查; 后者采取刚性标准, 认为只有当政府行为禁止不符合相关要求的产品进入其国内市场时, 该措施才具有强制性。相比之下, 采取形式主义路径解释“强制性”, 区分技术法规和标准, 更有利于打击监管保护主义, 同时也不会必然侵蚀国家监管的自主权。

关键词: 美国—金枪鱼案 (II); 技术法规; 技术标准; 强制性

中图分类号: DF37 **文献标识码:** A

DOI:10.13580/j.cnki.fstc.2016.09.022

Distinguishing Element of “Mandatory” Between Technical Regulation and Standard in the TBT Agreement on the Basis of US-Tuna (II)

Li Dongdong

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 360015, China)

Abstract: The key distinction between technical regulation and standard in TBT Agreement is that the former is mandatory, while the latter is not. There are two different methods to the interpretation of “mandatory” in *US-Tuna (II)*: formalism approach and market access’s precondition standard. This paper shows that both of them take the exercise of government authority as their starting point, however, they hold divergent views on the issue that when the disputed measure become “mandatory” because of the exercise of government authority. The formalism approach applies an elastic criterion to this issue which means that the DSB should consider all the facts on the basis of case by case; the market access’s precondition standard applies a rigid criteria, *i. e.*, only when the governmental actions do not grant foreign products which do not meet the requirements of the disputed measure the access to its domestic market, the measure become “mandatory”. To distinguish the technical regulation and standard on the basis of formalism approach, which would not inevitably erode the state regulatory autonomy, to the “mandatory”, is more helpful to combat the regulatory protectionism.

收稿日期: 2015-11-09

作者简介: 李冬冬 (1989-), 男, 山东人, 厦门大学法学院博士研究生; 研究方向: 国际经济法。

Key words: *US-Tuna (II)*; Technical regulation; Technical standard; Mandatory

1 技术法规和标准“强制性”区分要素的意义

在贸易自由化历史上,关税和配额等边境措施曾是阻碍自由贸易的最大障碍。随着关税税率大幅下降以及各种数量限制措施原则上被禁止,大量边境措施对国际贸易的阻碍日益凸显,其中就包括技术性贸易壁垒。为此,乌拉圭回合谈判各方在《技术性贸易壁垒守则》的基础上制订了《技术性贸易壁垒协定》(TBT协定)。根据TBT协定的文本规定以及相关案件判决,适用该协定的前提是争端措施属于其规制范围,即技术法规、技术标准和合格评定程序。根据附件1的规定,所谓技术法规,是指规定强制执行的产品特性或其相关工艺或生产方法、包括适用的管理规定在内的文件。该文件还可以包括或专门关于适用于产品、工艺或生产方法的专门术语、符号、包装、标志或标签要求。所谓技术标准,则是指经公认机构批准的、规定非强制执行的、供通用或重复使用的产品或相关工艺和生产方法的规则、指南或特性的文件。该文件还可包括或专门关于适用于产品、工艺或生产方法的专门术语、符号、包装、标志或标签要求。由上可见,技术法规和标准之间存在极大的相似性,它们有共同的技术基础,有相同的作用对象,在一定的条件和程序下标准可以转化为技术法规^[1]。二者之间的关键区分之一就是技术法规具有适用上的强制性,标准的适用则具有非强制性。

“强制性”要素不仅是区分技术法规和标准的关键,对于TBT协定的适用也至关重要。虽然TBT协定在第2条和附件3中分别对技术法规和标准规定了很多相同或相似的义务,如二者都必须遵守最惠国待遇和国民待遇义务,都应最大限度地采用国际标准或以国际标准为基础制定国内技术法规和标准,都应遵守一定的透明度义务等,但实际上,TBT协定对二者课以不同层次的义务,技术法规承担的义务更为严格。详言之,二者存在以下几个方面的重大区别:①第2.2条规定了“必要性原则”,即技术法规对贸易的限制不得超过为实现合法目标所必需的限度;而附件3中没有类似规定。②第2.6条规定了技术法规的相互承认原则,即WTO成员方应积极考虑将其他成员方

的技术法规作为等效法规加以接受;附件3中没有类似规定。③二者所承担的透明度义务有所不同,总体而言,第2条对技术法规施加的透明度义务比附件3对标准施加的透明度义务更加严格。例如,第2.9.2条要求各成员方应通过秘书处通知其他成员方拟议的技术法规所涵盖的产品,并对其目的和理由做出简要说明;附件3中不存在类似规定。④除了技术法规和标准所承担的实体义务存在上述区别之外,二者之间的程序义务也有不同。特别是,附件3的Q项规定:标准化机构对已接受本《良好行为规范》的其他标准化机构就本规范的实施提出的交涉,应给予同情考虑并提供充分机会就此进行磋商;并应为解决任何争端做出客观努力。以上用语表明此项规定明显属于软性义务,据此,关于标准的争端应通过标准化机构之间的磋商来解决,无法适用DSU;而关于技术法规的争端则可以适用DSU^[2]。

虽然学界对技术法规和标准之间的联系与区别有所研究,但对“强制性”这一关键区分要素的含义却鲜有细致阐释。在已有的WTO案件中,唯有“美国一金枪鱼案(II)”对“强制性”区分要素做了较为详细的解释,同时却又引起较大争议。因此笔者拟以此案为基础,廓清“强制性”一词的意涵。

2 美国一金枪鱼案(II)中“强制性”区分要素的两种解释路径

2.1 争端措施简介

在东热带太平洋海域,金枪鱼和海豚之间往往存在某种共生关系,金枪鱼经常在海豚下方游泳。很多墨西哥渔民利用金枪鱼的这一特性,通过大型袋装围网装置定位海豚来捕捞金枪鱼,这往往会造成海豚伤亡。为保护海豚,美国政府设立了海豚安全标签制度,具体包括1990年《海豚保护消费者信息法》(DPCIA),相关的执行规章以及美巡回法院对地球岛研究所诉荷加斯案的裁决等。上述措施根据金枪鱼捕获地点(如东热带太平洋海域)、是否使用特定的捕捞工具(如大型袋装围网)、是否利用了特定的捕捞技术(如金枪鱼与海豚的共生关系)等不同情形对在美国销售的金枪鱼产品能否贴上海豚安全标签做出了不同的规定:在东热带太平洋海域通过使用大型袋装

围网装置捕获的金枪鱼（主要是墨西哥金枪鱼），原则上禁止使用海豚安全标签；在东热带太平洋之外的海域使用大型袋装围网装置捕获的金枪鱼，原则上可以获得海豚安全标签。此外，贴有海豚安全标签的金枪鱼产品不得再携带其他任何涉及海豚、鼠海豚或海洋哺乳动物的标签或标志；且除了海豚安全标签外，禁止贴有其他任何涉及海豚、鼠海豚或海洋哺乳动物的标签或标志。不过，上述措施并未禁止墨西哥金枪鱼在美国国内市场销售。实际上，仍有一些墨西哥金枪鱼在美国销售，只不过不能张贴海豚安全标签。

上述措施是否具有强制性是本案的焦点之一，专家组在该问题上也出现了分歧：多数意见认为美国的措施具有强制性，构成技术法规，这一观点最终为上诉机构所支持；而异议意见则认为争端措施不具有强制性，属于技术标准。

2.2 形式主义路径：专家组多数意见及上诉机构对“强制性”的解释

专家组首先指出，“强制的”一词通常含义是指“具有法律拘束力的”“非任意性的”。因此，只有当争议措施以一种具有法律拘束力或义务性的形式来规制产品特性——以肯定或否定的形式规定或限定某一产品必须或不得具有某些特定的特性时，其才具有强制性，从而构成技术法规；否则构成技术标准。专家组随后认为，根据TBT协定对技术法规和标准的定义，“标签要求”既可能构成技术法规也可能构成技术标准。因此，某一文件中规定满足某些条件或要求之后才能使用特定标签这一事实并不能将自愿性的标签要求变为强制性的技术法规。上述机构进一步明确指出，判定某一争议措施是否为技术法规，应当根据该措施的特征以及案件的具体情况来判定。

具体到该案，虽然争议措施详细规定了获得或使用海豚安全标签的具体条件和要求，但不能仅仅因此就判定相关措施构成技术法规。但是，美国的措施不仅仅规定了获得或使用该标签的具体条件和要求，更是以一种强制性的、具有法律约束力的形式规定了在金枪鱼产品上使用海豚安全标签的具体条件和要求。首先，争议措施包含由美国国会制定的法律（DPCIA）；获取和使用海豚安全标签的具体条件和要求规定在《美国联邦规章典》中。以上构成美国联邦政府的立法规制行为。其次，争议措施规定，如果金枪鱼没有

满足相关要求，那么相关金枪鱼产品不仅不能贴有海豚安全标签，而且也不准携带任何涉及鼠海豚或其他海洋哺乳动物等用语的标签。甚至，除了海豚安全标签外，争议措施禁止使用能够表明金枪鱼是以对海豚无害的方式捕获的其他标签，这区别于就某一事项存在若干相互竞争的不同标准的情形。因此，美国的海豚安全标签制度实际上成为证明金枪鱼是以对海豚无害的方式捕获这一事项的唯一法定途径，这对于判定其是否技术法规尤为重要。再次，争议措施还规定了具体的执行监督机制。任何虚假标示海豚安全标签以及使用该标签之外的其他标签或标志的行为均属违法行为，当局可以没收或销毁相关进口产品；对故意出具虚假文件以获取海豚安全标签的任何人，应处以不超过10万美元的罚款，等等。以上执行监督措施保证了海豚安全标签是证明美国国内销售的金枪鱼是以对海豚无害的方式捕获的唯一的、排他的途径。综上，专家组多数意见和上诉机构认定相关争议措施具有法律上的强制性，构成TBT协定附件第1.1条中的技术法规。

专家组多数意见和上诉机构对技术法规和标准的“强制性”区分要素的判定是从文本含义出发，通过全面考察争议措施的各项特征以及具体案情（如是否具有法定性、可执行性和排他性等）来分析措施是否以具有法律拘束力或义务性的形式来规制产品特性，故而可将此归结为形式主义解释路径。

2.3 市场准入前提：专家组异议意见对“强制性”的解释

专家组的异议意见认为，多数意见对“强制性”的解释混淆了技术法规和标准的区分，违反了条约解释的有效性原则。该异议意见认为，判定WTO成员方的某一标签要求是否具有强制性，应当考察相关产品使用该标签是否进入该成员方市场的前提条件。在本案中，争议措施并未强制要求在美销售的金枪鱼产品必须使用海豚安全标签，进口商、分销商等对于是否使用该标签享有选择权；事实上，仍有一些没有张贴该标签的墨西哥金枪鱼在美国销售。基于此，争议措施不具有法律上的强制性。

此外，墨西哥认为，美国国内金枪鱼产品的销售商已充分意识到海豚安全问题，如果其销售未贴有海豚安全标签的金枪鱼，那么会遭到环保

人士和团体的抵制,因此美国的大型连锁商店都拒绝销售未贴海豚安全标签的墨西哥金枪鱼。所以,争议措施实际上将墨西哥金枪鱼排除在主要销售渠道之外,对于墨西哥金枪鱼进入美国市场来说,争议措施具有事实上的强制性。

异议意见认为,自愿性标签可能会因为某些政府行为或可归因于政府的行为具有事实上的强制性。如果由于美国政府(或可归因于美国政府)的行为导致墨西哥金枪鱼根本无法进入美国市场,那么争议措施就具有了事实上的强制性。异议意见认为,本案中墨西哥金枪鱼无法在美国主要销售渠道内流通是由其销售商的私人选择行为造成的,并非美国政府实施海豚安全标签制度的结果。故此,争议措施也不具有事实上的强制性。

3 两种解释路径的“同途”与“殊归”

3.1 形式主义解释路径之正名,市场准入前提标准之缺陷

专家组和上诉机构对“强制性”的上述解释,引起了较大争议。几乎所有的评论都认为,专家组多数意见和上诉机构对“强制性”的阐释“极具争议性”^[3],甚至“不可能正确”^[4]。原因在于:形式主义解释路径对“强制性”的判定太过模糊,专家组和上诉机构的自由裁量权过大,许多原本应当属于标准的措施被定性为技术法规,混淆了技术法规和标准的界限;而适用市场准入前提标准对“强制性”予以阐释,进而区分技术法规和标准,则清晰准确地划定了二者之间的界限,较为可取。

笔者认为,形式主义解释路径诚然存在判定上的模糊性等缺点,但并未混淆技术法规和标准之间的界限。专家组多数意见和上诉机构已经明确指出,判定某一争议措施是否技术法规,应当全面考察该措施的特征以及案件的具体情况,不能仅因为相关措施规定了某些使用某一标签的若干条件和要求或者规定了执行监督机制就将其认定为技术法规。促使多数意见和上诉机构认定争议措施构成技术法规的最重要的原因是,该措施的整体结构和运作使得海豚安全标签成为美国国内证明金枪鱼是以对海豚无害之方式捕获的唯一、排他性途径。因此,对形式主义解释路径的上述批评并不准确,存在偏颇之处。

事实上,市场准入前提标准也并非无懈可击。首先,该标准缺乏文本支持。根据《维也纳条约法公约》第31条第1款的规定,条约解释的首要原则是文义解释,即在解释条约时,应探求条约用语的通常含义。专家组和上诉机构在解释条约时,也一直从文本的通常含义入手,形式主义路径正是文义解释的体现和结果。TBT协定附件第1.1条对技术法规的定义中根本没有出现“市场”一词,专家组异议意见所采用的市场准入前提标准其实是“无本之木”。其次,该标准同样存在不确定性。支持市场准入前提标准的主要理由就是该标准对于“强制性”的认定较为清晰,能够明确地区分技术法规与标准。这一观点并不准确。市场准入前提标准的关键在于对“市场”的界定。异议意见认定,未贴有海豚安全标签的墨西哥金枪鱼可以进入美国市场,因此争议措施不具有强制性。此处的“市场”应当是所有的金枪鱼(贴有海豚安全标签和未贴有该标签的金枪鱼)市场。但是如果把此处的“市场”界定为仅仅是贴有海豚安全标签的金枪鱼市场,那么争议措施就具有了强制性,因为墨西哥金枪鱼无法进入此种市场。事实上早有WTO成员方认为,如果一项标准具有“市场分割”的效果,那么该项标准就具有了强制性。

由上可知,形式主义解释路径并非像批评者声称的一无是处,市场准入前提标准也并非无懈可击。正如后文所阐述的,两种解释路径“同途”“殊归”。

3.2 政府权力的行使作为出发点:两种解释路径之“同途”

专家组多数意见和上诉机构采用的形式主义解释路径表面上是分析争议措施以一种具有法律拘束力或义务性的形式来规制产品特性,实质上则是着重考察争议措施背后政府权力的行使。在认定海豚安全这种政府支持的标签是否具有强制性时,专家组多数意见和上诉机构所借重的三个主要因素,即争议措施的来源、可执行性和排他性,所体现的都是政府权力在该标签制度中的运用和行使。而根据市场准入前提标准,只有当政府行使其权力(不论是立法行为或其他可归因于政府的行为)禁止未满足争议措施要求的产品在其市场内销售时,该措施才具有强制性。由此可见,形式主义解释路径与市场准入前提标准之间看似泾渭分明,实则出发点相

同——政府权力的行使。

以政府权力的行使作为解释“强制性”的起点，契合了TBT协定打击监管保护主义的重要目标。WTO整体上奉行自由贸易、市场经济的原则，但由外部性、信息不对称等因素导致的市场失灵为政府干预提供了正当性。政府干预市场的方式包括政府提供产品或服务、税收或补贴以及政府监管等。所谓政府监管，是指政府对产品的生产、分配、质量和市场结构等进行管制，其中重要的手段之一就是对相关产品规定一系列的技术法规和标准，对产品的特性等做出规定，消除导致市场失灵的因素、矫正市场失灵的不利后果^[5]。但由于监管者的内部性和监管者俘获等因素的存在，政府也会出现失灵的现象。在国际贸易领域，政府失灵的表现形式之一就是监管保护主义，即WTO成员方藉由行使国内监管权以保护人类健康或安全、保护环境等正当目标之各行保护国内生产之实。政府权力对市场的干预力度越大，就越有可能成为监管保护主义。政府选择采用技术法规还是技术标准来监管市场一般而言取决于两个主要因素：政策目标的重要性和政府与相关产业通过合作来实现该目标的难易程度。如果政府认为其政策目标并非极端重要，而且通过与相关产业合作来实现该目标的可能性较高，那么政府会倾向于选择具有自愿性的技术标准，这对市场的干预程度较小；反之，政府则会更多地介入市场，制定具有强制性的技术法规，以保证相关政策目标的顺利实现。正是虑及这一点，TBT协定对技术法规规定了更为严格的义务；也正因如此，上述两种解释方法均以政府权力的行使作为出发点。

3.3 政府权力行使的临界点不同：两种解释路径之“殊归”

形式主义解释路径和市场准入前提标准虽然都将政府权力的行使作为解释“强制性”的起点，但是二者对于政府权力行使到何种程度时，争议措施才具有了强制性这一问题存在分歧。换言之，二者对于政府权力行使的临界点存在不同的判断。前者认为在临界点的认定上，应当以个案为基础，根据争议措施的架构和运行以及具体案情逐案分析。也即，采取一种弹性标准。但是后者对此则采取了刚性的标准，即只有当政府权力的行使产生了禁止符合争议措施要求的商品进入该国市场的情形时，该措施才具有强制性，由上可见，形

式主义解释路径和市场准入前提标准之间出发点相同，落脚点却迥异，二者可谓“同途”“殊归”。总体来说，形式主义解释路径对强制性的认定范围要大于市场准入前提标准，但却具有一定的模糊性，不如后者明确。

既然两种解释方法“同途”“殊归”，那么何者更为可取？笔者认为形式主义解释路径更为可取。该方法虽然在认定强制性上具有一定的模糊性，有可能扩大技术法规的认定范围，但对于打击监管保护主义实际上较为有利。与关税、数量限制等传统贸易壁垒相比，由于政府监管市场的手段和途径日益增多且复杂，作为监管保护主义重要手段的技术性贸易壁垒具有极大的隐蔽性，难以约束。因此一定程度上放宽对“强制性”的解释，适当扩大技术法规的认定范围，有利于将更多的国内监管措施纳入TBT协定更为严格的约束之中，从而提高打击监管保护主义的力度。如果对强制性的认定采取单一的标准，那么无法有效应对各种复杂的监管手段，从而可能导致成WTO员方规避TBT协定对技术法规所规定的更为严格的义务。

有学者认为，采取形式主义解释路径，扩大对技术法规的认定范围，可能会侵蚀国内监管自主权，不利于保护环境等非经济目标的实现^[6]，这一论点似是而非。首先，采取形式主义解释路径判定强制性时要综合全面考量争议措施的各个方面，虽然会有一定的模糊性，但并不意味着争端解决机构可以恣意把技术标准认定为技术法规。其次，判定争议措施属于技术法规还是标准只是适用TBT协定的前提性问题。虽然TBT协定因此对技术法规课以更严格的义务，但是检验相关措施是否真正构成监管保护主义行为需要考察该措施是否符合TBT协定的其他规定，如非歧视待遇、最少贸易限制等。而且TBT协定的文本规定已经体现了打击监管保护主义和维护国内监管自主之间的平衡。例如，序言第5项规定“技术法规和标准……不得对国际贸易造成不必要的障碍”，第6项又规定“不应阻止成员方在其认为适当的程度内采取必要措施……保护人类、动植物的生命或健康，保护环境……”，这揭示出TBT协定的宗旨就是在减少贸易壁垒和承认成员方监管权之间做出平衡。另外，在具体条文的适用上，上诉机构也充分考虑到了打击监管保护主义和维护国内监

管自主之间的微妙平衡。例如在对第2.1条“不低于待遇”的认定上,上诉机构在GATT第III:4条的法理基础之上排除了完全源于合法监管区分的不利影响的违法性。因此,形式主义解释路径更有助于打击监管保护主义,同时也不会必然侵蚀WTO成员方的国内监管自主权。

4 结语

如何区分TBT协定附件第1.1条中的技术法规和标准是一个富有争议的问题,其中如何通过确定相关措施是否具有“强制性”来区分二者更为棘手。“美国—金枪鱼案(II)”对这一问题做了较为详细却又争议极大的回答,多数学者对该案专家组多数意见和上诉机构采用的形式主义解

释路径持严厉批评态度,更为倾向于专家组异议意见所提出的市场准入前提标准。但本文分析认为,学者对形式主义解释路径的批评有失偏颇,对市场准入前提标准的支持其实难副:前者虽有模糊之处,但并非一无是处;后者存在重大缺陷,并非无懈可击。实际上,两种解释方法都是从政府权力的行使入手,所不同者在于对于政府权力行使到何种程度时,争议措施才具有了强制性这一问题上存在分歧。二者“同途”“殊归”。专家组和上诉机构对“强制性”的解释正是TBT语境下平衡打击监管保护主义和维护国内监管自主这一宗旨在技术法规和标准区分问题上的投影。相比之下,形式主义解释路径更符合上述宗旨。

参考文献:

- [1]张云,陶丽琴. WTO机制下的技术法规基本理论问题研究[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2004(4): 79.
- [2]DAVIES Arwel. Technical regulations and standards under the WTO agreement on technical barriers to trade[J]. Legal issues of economic integration, 2014(1): 43.
- [3]HOWSE Robert, LEVY Phillip. The TBT panels: US-cloves, US-tuna, US-cool[J]. World trade review, 2013, 12(2): 333.
- [4]MAVROIDIS Petros C. Driftin'too far from shore—Why the test for compliance with the TBT agreement developed by the WTO appellate body is wrong, and what should the AB have done instead[J]. World trade review, 2013(3): 523.
- [5]GRAND Julian Le. The theory of government failure[J]. British journal of political science, 1991(4): 431.
- [6]SULLIVAN Lauren. The epic struggle for dolphin-safe tuna: to be continued—a case for accommodating non-protectionist Eco-labels in WTO[J]. Vanderbilt journal of transnational law, 2014(3): 885–886.

(责任编辑 沈蓉)