

# TBT 协定规制目标正当性审查之研究

李冬冬

**摘要:** WTO 争端解决机构通常倾向于严格审查成员方的规制工具是否符合各涵盖协定之义务,对于审查成员方选择的规制目标则持谦抑审慎的态度;但 TBT 协定第 2.2 条明确要求成员方的规制目标具有正当性。相关 TBT 争端专家组对规制目标的正当性采取经验事实审查标准,这意味着规制目标是否正当由成员方自身判断,有违 TBT 协定之规定。上诉机构确立了“中心—外围”审查路径,在保留争端解决机构对规制目标正当性最终判定权的同时也对成员方对规制目标的选择权予以一定程度的尊重。但是,上诉机构应当扩大自动获得正当性的“中心”规制目标的范围至 WTO 法律体系内的所有目标,而非限于 TBT 协定第 2.2 条规定的目标,以便进一步扩大成员方的规制目标选择权。

**关键词:** TBT 协定; 规制目标; 正当性审查; 经验事实标准 “中心—外围”审查路径

**中图分类号:** F721      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-0594 (2018) 07-0094-13

**DOI:**10.13687/j.cnki.gjjmts.2018.07.007

## 一、引言

“规制自主权”(regulatory autonomy)是世界贸易组织(以下简称 WTO)法的一个重要概念。上诉机构在“美国——汽油标准案”中指出,WTO 成员方在确定其关于环境方面的政策(包括环境与贸易之间的关系)、环境目标和制定实施的环境立法等方面享有大量自主权利;成员方行使此种权利时只需尊重各涵盖协定的要求即可;<sup>①</sup>随后在“日本——酒税案(II)”中又指出,WTO 成员方享有通过制定实施境内税费或法律法规等措施来实现其规制目标的自由,只要此种措施不违反其根据 WTO 各涵盖协定所承担之义务。<sup>②</sup>由此可见,“规制自主权”是相对于成员方所承担的 WTO 义务而言的,是指成员方在不违反 WTO 各涵盖协定之规则的前提下所享有的利用境内规制措施干预市场经济活动的自由;其主要内容包括成员方设定的规制目标和为实现该目标而选择的规制工具(Gaetan Verhoosel, 2002; Michael Ming Du, 2011)。

如何平衡规制自主权与贸易自由化之间的冲突一直是 WTO 争端解决实践中的棘手难题:一方面,WTO 成员方政府对市场经济活动进行干预和规制是矫正市场失灵、保障公共利益所必需;另一方面,根据公共选择理论,此种规制行为容易被成员方境内的特殊利益团体所“俘获”,以保障公共利益之名行贸易保护之实。上诉

收稿日期: 2018-03-26

作者简介: 李冬冬(1989-),山东德州人,厦门大学法学院博士研究生,研究方向为国际经济法。

作者感谢匿名审稿人意见,当然,文责自负。

机构在平衡上述冲突的过程中通常倾向于严格审查成员方制定实施的规制工具本身是否符合涵盖协定之规则,对于审查成员方选择的规制目标则持谦抑审慎的态度。例如,上诉机构在分析境内规制措施是否符合《1994年关税与贸易总协定》(以下简称GATT1994)第III:4条的国民待遇规则时,拒绝将规制目标作为“同类产品”的判断标准,而是坚持采用竞争导向型判定方法。<sup>③</sup>原因之一就是,境内规制措施往往追求多种规制目标,如果将规制目标作为判断“同类产品”的标准,就需要从境内规制措施的文本规定、设计结构和实际运作等方面确定该措施所欲实现的全部目标,以及何种目标与“同类产品”的判定相关或在其中起主导作用。这必然要求专家组或上诉机构评判成员方的诸多规制目标中何者更为重要;在多个规制目标存在相互冲突的情况下,还需要判断何种目标应予优先考虑。<sup>④</sup>这与上述谦抑审慎立场相悖。

但是,如果WTO涵盖协定有明文规定,那么争端解决机构不得不对成员方所选择的规制目标进行审查。专门约束技术性措施的《技术性贸易壁垒协定》(以下简称TBT协定)第2.2条规定“各成员方应当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。为此目的,技术法规对贸易的限制不得超过为实现正当目标(*legitimate objective*)所必需的限度,同时考虑正当目标未能实现可能造成的风险。此类正当目标特别(*inter alia*)包括:国家安全要求;防止欺诈行为;保护人类健康或安全、保护动物或植物的生命或健康以及保护环境……”据此,争端解决机构对争议技术法规进行必要性审查之前,应当首先分析其追求的规制目标是否第2.2条所规定的“正当目标”。“欧共同体——沙丁鱼案”专家组和上诉机构指出,鉴于第2.2条规定有“特别”一词,该条所列国家安全等五项正当目标并不具有排他性,未明确提及的其他目标也有可能构成正当目标。在该案中,争端各方就均同意市场透明度、消费者保护和公平竞争属于第2.2条中的正当目标。<sup>⑤</sup>

如果争端各方对于未被第2.2条明确规定的规制目标是否正当存在争论,应如何裁决?学界对此持有不同观点。有学者认为,如果赋予争端解决机构审查规制目标正当性的权力,那么就意味着专家组和上诉机构有权以规制目标缺乏正当性为由,裁决争议技术法规违反TBT协定,这会对成员方的规制自主权造成过度干涉;此外,TBT协定序言第6项的规定表明,<sup>⑥</sup>成员方有权设定其认为适当的保护水平,既然保护水平的设定属于成员方的保留领域,那么规制目标也应如此,规制目标正当与否应由成员方自己决定,不应将审查判定权集中于WTO层面(Jan Neumann, Elisabeth Turk, 2003; Petros C. Mavroidis, Kamal Saggi, 2014)。但更多的学者认为,既然TBT协定第2.2条规定了正当目标,那么就意味着存在“不正当目标”(illegitimate objective);如果完全由成员方自身来判断规制目标的正当性,不加任何监督和制约,就意味着所有规制目标都具有正当性,从而使“正当的”一词失去原有的限制意义。因此,正当规制目标的审查权应由专家组和上诉机构行使(Alex Demedt, 2001; Mads Andenas, Stefan Zleptnig, 2007; Stefan Zleptnig, 2010)。

TBT 争端解决实践采纳了后一种观点。“欧共体——沙丁鱼案”的专家组和上诉机构指出,技术法规所追求的规制目标并非天然地具有正当性,而是应当由争端解决机构审查予以确定。<sup>⑦</sup>但是 TBT 争端的专家组和上诉机构对于应当采用何种标准裁判规制目标的正当性存在分歧。笔者以下通过解读相关争端解决实践,分析专家组和上诉机构采纳的不同判定方法,并对上诉机构提出的正当性审查路径提出修正建议。

## 二、专家组确立的经验事实标准

### (一) 经验事实标准之内容

2002 年的“欧共体——沙丁鱼案”专家组援引了“加拿大——药品专利保护案”专家组对《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称 TRIPS 协定)第 30 条中“正当利益”<sup>⑧</sup>的判定来界定何为 TBT 协定第 2.2 条的正当目标。“加拿大——药品专利保护案”专家组认为,所谓“正当”利益是指那些“由相关公共政策或其他社会规范所支撑的”(supported by relevant public policies or other social norms)利益。<sup>⑨</sup>“欧共体——沙丁鱼案”专家组藉此裁定,TBT 协定第 2.2 条的“正当”目标是指那些由相关公共政策或其他社会规范所支撑的目标。<sup>⑩</sup>由于本案争端各方对于规制目标的正当性并无异议,因此专家组并未具体阐述如何通过考察相关公共政策和社会规范来审查规制目标的正当性。

十年之后的“美国——原产地标签案”专家组沿用了上述裁判标准。在该案中,美国政府以向消费者提供肉类的原产地信息为由制定实施了强制性原产地标签制度。该制度根据猪肉和牛肉生产加工过程(包括牲畜出生、饲养和屠宰)发生地点的不同规定了 A、B、C、D 四类标签,其中 A 类标签要求肉类所有生产加工步骤必须都在美国境内完成,D 类标签要求所有生产加工步骤必须在美国境外完成,B 类和 C 类标签则要求生产加工步骤在多个国家分别完成。申诉方加拿大认为,只有当“为消费者提供原产地信息”与 TBT 协定第 2.2 条明确规定的五项目标存在密切联系时,才能被认定为第 2.2 条中的正当目标。<sup>⑪</sup>专家组不同意加拿大的这一主张,而是通过援引“欧共体——沙丁鱼案”和“加拿大——药品专利案”裁决,认为规制目标的正当性应当通过考察由相关公共政策或其他社会规范所支撑的规制目标的“真实本质”(genuine nature)来确定。<sup>⑫</sup>专家组指出,包括申诉方加拿大在内的近 70 名 WTO 成员方都制定有某种形式的强制性食品原产地标签措施,其中多数成员方都将为消费者提供信息界定为此类措施的规制目标;这表明“相当一部分”(a considerable proportion)WTO 成员方认为“为消费者提供原产地信息”属于 TBT 协定下的正当目标,否认其具有正当性就意味着,这些成员方所采取的所有上述措施无一是为了实现正当规制目标。<sup>⑬</sup>也就是说,在本案专家组看来,为消费者提供原产地信息这一规制目标的正当性由相当一部分 WTO 成员方的现行国内法规范所支撑,因此属于 TBT 协定第 2.2 条中的正当目标。

加拿大则认为,即便强制性原产地标签制度在 WTO 成员方中较为普遍,但除非美国能够证明消费者需要此类原产地信息,否则争议技术法规的规制目标仍然不能被认定为具有正当性。<sup>⑭</sup>“欧共体——石棉案”专家组曾指出:如果我们同意 WTO 成员方可以“创设”(create)消费者预期,并且据此为创设这些消费者预期的贸易限制措施寻找正当化理由,那么就意味着我们允许“自我证成的”(self-justifying)规制壁垒;此举危险之处在于,成员方通过对市场进行规制干预,塑造消费者预期,能够基于政府创设的消费者预期来证明该项规制措施的正当性。<sup>⑮</sup>据此,加拿大实际是主张,美国通过制定实施争议标签措施,塑造了原本并不存在对于原产地信息的消费者需求,并基于建立在此种需求之上的国内法规来证明争议措施规制目标的正当性。“美国——原产地标签案”专家组指出,美国提交的立法过程中各类消费者团体提交的评论等证据并不必然能够证明存在对于肉类产品原产地信息的消费者需求或者相关公共政策;但是缺少此类消费者需求并不必然意味着为消费者提供原产地信息的目标就不属于 TBT 协定第 2.2 条下的正当目标。原因在于:第一,出于各种原因,某些消费者可能确实偏好原产于某一特定成员方的肉类产品,如果消费者知晓肉类产品的原产地信息,那么他们就能够做出明智的消费选择;第二, WTO 成员方在选择其规制目标时享有一定的政策空间,在公众缺少某种特定需求的情形下,成员方政府仍然可以制定实施某种技术法规,对市场进行干预。<sup>⑯</sup>

专家组最后指出,规制目标的正当性审查不能脱离现实,而是应当基于真实的生活情境,必须给予社会规范足够的重视;在本案中,不仅美国境内的消费者普遍对产品的原产地信息感兴趣,而且为消费者提供原产地信息符合相当一部分 WTO 成员方当今社会规范的要求。<sup>⑰</sup>在专家组看来,审查规制目标正当性的公共政策或社会规范等同于消费者意见和实证法规定等“经验事实”(empirical fact)(Alexia Herwig, 2016),正是因为有此类经验事实的支撑,争议技术法规“为消费者提供原产地信息”的目标才被判定为具有正当性。故而,可以将专家组的这一裁判法理归结为“经验事实标准”。

## (二) 经验事实标准之评价

学界对专家组确立的上述经验事实审查标准主要存在两点批评。

首先,罗伯特·豪斯指出,专家组应当根据 TBT 协定本身的目的和宗旨,而非援引其他涵盖协定(TRIPS 协定)中相似概念(正当利益)的判定方法来审查何为“正当目标”,因为同一用语在不同涵盖协定,甚至同一涵盖协定不同条款中的含义都不尽相同。该学者认为,根据 TBT 协定序言第 6 项之规定,只要规制目标不具有明显的贸易歧视性或保护性,就应当被认定为第 2.2 条意义上的正当目标(Robert Howse, 2002)。

这一主张明显混淆了规制目标和规制工具之间的区别: TBT 协定序言第 6 项所禁止的是技术法规的“实施方式”不得具有歧视性或变相限制性,而非规制目标的性质。规制目标的正当性审查应当与规制工具是否符合 TBT 协定之规定区别开来。

例如,在另一 TBT 争端——“美国——金枪鱼案 (II)”——中,申诉方墨西哥认为,美国保护海豚的规制目标具有“胁迫性”(coercive),争议技术法规迫使其他 WTO 成员方改变原有的金枪鱼捕捞方法,以符合美国单方面制定的政策,因此规制目标构成任意或不合理的歧视或对国际贸易的变相阻碍。上诉机构指出,不得构成任意或不合理歧视或对国际贸易变相限制的是规制工具本身,而非其追求的目标。<sup>⑧</sup>因此,规制工具本身是否违反 TBT 协定与其所追求的规制目标是否具有正当性是两个相互独立的问题。

其次,对经验事实标准最主要的批评来自阿列克西·赫维格。该学者认为,专家组将实证法或公众舆论等经验事实作为规制目标正当性的评判标准是错误的:“正当的”一词含义超出了“合法的”(lawful)和“法定的”(legal)含义,蕴含着正义和道德的理念;规制目标的“正当性”不能等同于实证法的规定或公众舆论的要求,而是应当超脱于经验事实之外,在正义和道德的理念中寻找理论基础(Alexia Herwig, 2016)。以 2014 年“欧盟——海豹案”涉及的因纽特人传统权益为例。争议措施保护的因纽特人传统权益之所以具有正当性,根本原因并非存在保护土著权利的相关国际法律文件,抑或是国际社会认识到保护土著群体权利的必要性 and 重要性,而是因为该目标的实现有助于保障人权,保障人权具有正当性是因为其能够促进对自由的保护,保护自由的正当性则在于自由是实现人类自主的关键(Alexia Herwig, 2016)。

客观而言,这一批评不无道理。既然 TBT 协定第 2.2 条规定的是“正当”目标,那么专家组似乎确实应当超脱于经验事实之外,从正义和道德维度居高临下地裁判成员方意图实现的规制目标是否具有正当性。但是此种判断路径是否可行则大有疑问:其一,在道德相对主义者看来,“道德规范的权威总是相对于一定时空的”,“道德判断应当以一种相对的方式被理解与表达。只有在将一个‘相对化的语句’应用于道德原则时,人们才可能恰当地表达它”;也就是说,“有关对错的判断并不是无条件与绝对的,而是相对于我们的社会、文化或某个特定群体的,这些文化、社会、群体才是我们道德体系的源泉”(史蒂文·卢克斯, 2013)。即道德相对主义者否认在所有领域都存在普遍的、全球性的正义或道德标准,也无法根据正义或道德标准对成员方选择的规制目标作出统一的正当性裁判。其二,即便存在广泛接受的正义和道德标准,其也并非必然高于区域性标准,因为正义或道德等价值观念只有在宣示意义上具有普遍性,其具体内容都是直接或间接依赖于社会实践的(Joseph Raz, 2003)。例如,在涉及公共道德的相关 WTO 争端中,专家组就多次指出:所谓公共道德是指某一群体或民族国家所代表或维持的行为对错之标准,其内容所根植的社会、文化、道德和宗教价值等因素因时因地而不同,因此成员方根据其自身制度和价值观念在界定公共道德的内容时享有一定的自由权限。<sup>⑨</sup>上诉机构也并未反对专家组的这一立场。这意味着, WTO 成员方享有几乎是单方面界定公共道德之内容的权力(Ming Du, 2016)。一项获得国际社会所广泛支持和认可的道德标

准只能用来进一步证实争议措施所保护的公共道德具有正当性; 如果争议措施所要保护的公共道德并未获得国际社会的广泛认同, 并不能因此就否定其正当性。<sup>②</sup> 例如, 在“欧盟——海豹案”中, 被诉方欧盟曾主张还有其他 WTO 成员方制定实施了关于动物福利的相关措施, 国际社会也制定有关于动物福利的法律文件, 由此可证明争议措施保护海豹福利的目标具有正当性。专家组认为其无需考察这些证据是否表明存在关于保护动物福利的“普遍性价值”(universal value); 但这些国际和国家层面的举措表明, 动物福利的保护是一项全球性议题, 可“进一步支持”(further support) 其已经做出的保护海豹福利之目标具有正当性的结论。由此可知, 虽然阿列克西·赫维格对经验事实标准的批评契合“正当目标”的文本含义, 但是从正义或道德的高度来审查规制目标是否具有正当性在实践中窒碍难行。

### 三、上诉机构确立的“中心——外围”审查路径

#### (一) 上诉机构面临的两难境地

对于规制目标的正当性审查, 上诉机构实际上处于两难境地: 如果对“正当的”一词予以严格的文本主义解释, 那么势必要采纳阿列克西·赫维格的观点, 从正义和道德的维度对规制目标是否具有正当性进行实质审查。但是如上所述, 此举并不具有实际可行性。因此, 虽然上诉机构在“美国——金枪鱼案(II)”中指出, “正当的”一词的字典含义包括“合法的; 合理的; 适当的”(lawful; justifiable; proper),<sup>③</sup> 分号的使用表明“正当的”一词完整含义必须同时具备上述三项要素。但是上诉机构接下来却指出, 第 2.2 条中的“正当目标”是指“合法的, 合理的或者适当的目标”。<sup>④</sup> 上诉机构将“合法的”“合理的”和“适当的”三者之间的并列关系修改为选择关系, 意味着只要规制目标具备其中一项含义(如“合法的”), 该目标就具有正当性。由此可见, 上诉机构并不愿意从正义或道德的维度居高临下地审查规制目标是否正当。

但是如果上诉机构沿用专家组提出经验事实标准, 那么只要是 WTO 成员方的法律法规对规制目标有所规定, 或者公众舆论支持该目标, 那么该目标就必然具有正当性。经验事实标准实际上意味着规制目标正当性的审查判定权由 WTO 争端解决机构转移给成员方, 规制目标是否正当由成员方单方面确定。这不符合 TBT 协定第 2.2 条的文本规定。因此, 上诉机构在“美国——原产地标签案”中对于上述经验事实标准予以批评, 认为专家组关于“社会规范”的论述模糊不清, 而且并未阐明“社会规范”与“相当一部分 WTO 成员方的做法”之间的关系, 以及二者在规制目标正当性审查中扮演何种角色; 此外, 专家组一方面认定美国提交的相关证据并不必然能够证明消费者存在对肉类产品原产地信息的需求, 另一方面又裁定消费者对原产地标签信息普遍感兴趣, 二者之间存在矛盾。因此, 专家组适用经验事实标准实际上并不能得出“为消费者提供原产地信息”的规制目标具有正当性的明确结论。<sup>⑤</sup> 故此, 上诉机构也没有采纳经验事实审查标准。

## (二) “中心——外围” 审查路径之内容

在排除上述两种方法之后, 上诉机构并未正面明确“正当的”一词的界定标准, 而是另辟蹊径地提出审查规制目标是否具有正当性需要考虑以下几点因素: 第一, 如果规制目标属于 TBT 协定第 2.2 条所列举的五项目标(国家安全要求、防止欺诈行为、保护人类健康或安全、保护动物或植物的生命或健康以及保护环境), 那么该目标就自动获得正当性, 无需专家组或上诉机构另加审查。第二, 如果规制目标在 TBT 协定第 2.2 条的列举范围之外, 那么其是否正当就需要加以审查。此时, TBT 协定的其他条款和 TBT 协定之外其他 WTO 涵盖协定相关条款所规定或体现的目标对于判断争议目标是否具有正当性可以提供指引或产生影响。<sup>24</sup> 有学者认为, 这两点考虑因素似乎意味着第 2.2 条正当目标的范围仅限于 WTO 法体系内的目标, 并不延展于其他国际法所承认或规定的目标(Henrik Andersen, 2015)。事实并非如此。除了上述两点因素之外, 上诉机构还罗列了第三点考虑因素, 即 TBT 协定第 2.2 条所明确规定的、自动获得正当性的诸项目标可以为判定其他规制目标是否具有正当性提供“参照点”(reference point)。<sup>25</sup> 换言之, 如果争议规制目标与第 2.2 条所明确列举的正当目标“存在联系”(linked or related to), 那么即使该目标不在 WTO 法体系之内, 也可被认定为 TBT 协定第 2.2 条中的正当目标。<sup>26</sup>

由上可见, 上诉机构未正面界定“正当的”一词的具体含义, 因而没有提出审查“正当目标”的具体标准, 而是采取了类似差序格局的“中心——外围”式审查路径: 第 2.2 条所规定的五项目标自动具有正当性, 处于所有规制目标的“中心”; 在“中心”之外则是 WTO 法律体系内的其他目标, 其正当性的判定则需要相关规定“指引”; 处于差序格局最外面的则是 WTO 法律体系之外的其他目标, 只有当这些目标与处于中心位置的五项目标“存在联系”时, 才能被认定为具有正当性。根据这一审查路径, 上诉机构在“美国——原产地标签案”中指出, “为消费者提供原产地信息”这一目标与 TBT 协定第 2.2 条本身和 GATT1994 第 XX 条(d)项所规定的防止欺诈行为的目标“存在某种联系”(bears some relation), 因为消费者很有可能因为产品原产地标签不够准确或存在误导性而受到欺骗, 为消费者提供原产地信息有助于实现防止欺诈行为之目标。<sup>27</sup>

除了罗列上述几点因素之外, 上诉机构还特别指出, 规制目标正当性问题的举证责任在于申诉方。如果申诉方未能成功证明规制目标不具有正当性, 那么该目标就属于第 2.2 条中的正当目标。<sup>28</sup> 加拿大在“美国——原产地标签案”上诉程序中指出, 为消费者提供原产地信息在一般意义上属于正当目标, 但是为消费者提供本案争议措施所定义的原产地信息则不能被认定为正当目标。因为美国在关税领域所适用的原产地标准是实质性改变规则; 本案争议措施则是根据肉类产品的所有生产步骤(即牲畜的出生、饲养和屠宰地点), 而非其发生实质性改变的地点(即牲畜的屠宰地点)来确定原产地。上诉机构认为, 加拿大只是提出了其主张, 并未提供任何相关证据来证明为何向消费者提供基于进口产品的所有生产加工发生地点所界定

的原产地信息不属于 TBT 协定第 2.2 条意义上的正当目标。<sup>②</sup>总之, 上诉机构最后裁定“为消费者提供原产地信息”具有正当性。

上诉机构摒弃经验事实标准, 没有将规制目标的正当性留由成员方单方面审查断定, 意味着成员方在规制目标的设定和选择方面并不享有完全彻底的自主权; 与此同时, 上诉机构也没有从所谓正义或道德的维度对规制目标居高临下地予以实质性审查, 避免对成员方的规制自主权造成过分侵蚀和损害。虽然上诉机构的“中心——外围”审查路径仍将规制目标正当性的最终判定权掌握在自身手中, 但是从争端解决实践来看, 鉴于 TBT 协定第 2.2 条正当目标范围的非排他性、未被第 2.2 条明确列举之规制目标获得正当性的低门槛要求 (只要属于 TBT 协定其他条款或者其他 WTO 涵盖协定条款所规定或体现的目标即可获得正当性; 对于 WTO 法律体系之外的规制目标, 只要其与第 2.2 条列举之目标存在“某种联系”即可获得正当性) (Chirs Downes, 2015) 和举证责任由申诉方承担等因素, 上诉机构对于成员方的规制目标还是表现出极大尊重, 迄今为止并未裁决任何 TBT 争端争议措施的规制目标不具有正当性, 这在一定程度上顺应了 WTO 成员方要求保障其规制目标设定自主权的期望。这一期望表现在成员方根据 GATS 第 VI: 4 条关于服务贸易领域境内法规的必要性规则的谈判过程中。<sup>③</sup>虽然 WTO 成员方根据 GATS 第 VI: 4 条于 1998 年达成的《关于会计服务业境内规章的纪律》中采取了类似 TBT 协定第 2.2 条的做法, 列举了若干“正当目标”,<sup>④</sup>但是在后续更为广泛的服务贸易境内法规的谈判中, 成员方对于是否应当采纳“正当目标”这一表述产生了疑虑。日本、瑞士、巴西和澳大利亚等国均主张以“境内政策目标” (national policy objective) 取代“正当目标”的表述, 目的就是保证成员方设定的所有政策目标均具有事实上的正当性, 而不应由专家组或上诉机构审查确定, 以此保障成员方在规制目标设定上享有完全的自主权, WTO 仅需对成员方为实现规制目标而采取的工具进行必要性审查 (Panagiotis Delimatsis, 2008; 安佰生, 2015)。

#### 四、“中心——外围”审查路径之修正建议

虽然“中心——外围”审查路径一定程度上有助于保障成员方在规制目标选择方面的自主权, 但是仍有可以商榷和改进之处。

首先, 上诉机构指出, TBT 协定第 2.2 条所列五项目标均可自动获得正当性, 无需另外予以审查。此举自有其合理性: 上诉机构将第 2.2 条明确列举的规制目标作为审查 WTO 法律体系之外的其他目标是否具有正当性的“参照点”, 因此从逻辑上讲其必须自动具有正当性, 否则在审查其他目标是否与其具有某种联系时, 还必须提前确定作为参照点的规制目标是否具有正当性。但是, 上诉机构将自动获得正当性的规制目标局限于第 2.2 条规定的五项目标也存在明显的逻辑缺陷: 其一, 第 2.2 条正当目标范围的非排他性表明, 构成该条意义上的正当目标彼此之间并不存在等级上的优先关系; 该条规定的国家安全等五项目标只是对正当目标的列举, 并

未在正当性的认定上赋予其高于其他目标的优先地位。其二,与学者们批评上诉机构在审查争议措施是否符合 GATT1994 第 XX 条必要性规制时考虑争议措施规制目标的“相对重要性”(relative significance)缺乏合理性一样,<sup>②</sup>上诉机构将 TBT 协定第 2.2 条列举的规制目标赋予相对于 WTO 法律体系内其他目标的正当性优先地位同样缺乏合理性。例如,为何 TBT 协定第 2.2 条规定的防止欺诈行为的目标能够自动获得正当性,而该协定序言第 6 项规定的保障出口产品质量的目标就必须由专家组或上诉机构审查,通过该目标所属条款的“指引”(guidance)来获得正当性?是否在所有成员方看来 TBT 协定第 2.2 条规定的保护人类健康或安全的正当性地位一定优先于 GATT 第 XX 条(a)项规定的保护公共道德?<sup>③</sup>

为了避免这种合理性指责,上诉机构应当停止赋予第 2.2 条规定的五项目标优先地位,<sup>④</sup>只要争议技术法规所追求的目标在 WTO 法律体系内有所规定或体现,那么该目标就应当自动获得正当性,无需另外加以审查。笔者之所以将自动获得 TBT 协定第 2.2 条之正当性的“中心”规制目标范围扩展至 WTO 法律体系内所有目标是因为:上诉机构在多项争端中对于具有自洽(self-consistent)(Juscelino F. Colares, 2011)性质的 WTO 法律体系反复指出,TBT 协定和其他涵盖协定作为《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》不可分割的组成部分,所有涵盖协定的条款应当以一种连贯且一致(coherent and consistent)的方式予以解释和适用。<sup>⑤</sup>因此,WTO 法律体系内不同涵盖协定之间的规定或体现的不同规制目标在正当性的判定上应当具有相同的法律地位,不能将 TBT 协定第 2.2 条规定的五项目标与该协定其他条款和其他涵盖协定规定或体现的其他目标区别对待——前者自动具有正当性,后者需经相关条款“指引”才能被认定为第 2.2 条中的正当目标;WTO 法律体系内的所有规制目标均应当自动获得第 2.2 条规定的正当性。

其次,上诉机构指出,TBT 协定第 2.2 条所列目标可以作为审查 WTO 法律体系之外的规制目标是否具有正当性的“参照点”。但是,第 2.2 条规定的目标十分有限,如果将“参照点”仅限于这几项目标,那么很有可能将成员方选择的规制目标排除在第 2.2 条正当目标范围之外。笔者认为,既然 TBT 协定第 2.2 条所列目标作为“参照点”的原因是其可以自动获得正当性,那么在上诉机构承认 WTO 法律体系内的规制目标均可自动获得正当性之后,可以将“参照点”的范围扩大到 WTO 法律体系内的所有目标。此举不但可以扩大正当目标的范围,保障成员方的规制目标设定自主权;而且可以保证争端解决机构对于 WTO 法律体系之外的目标是否具有正当性仍享有最终判断权,避免成员方设定的所有目标均自动获得正当性。

当然,有学者可能会批评,为何 WTO 法律体系内的目标能够自动获得正当性,而其他目标则不能?换言之,为何 WTO 法律体系内的目标优先于其他规制目标?应当承认,这一问题确实存在。但需要指出的是,专家组和上诉机构对于援引 WTO 法律体系之外的其他国际法规范来解释和适用 WTO 规则长期以来持十分审慎保守的立场。虽然上诉机构在 1996 年的“美国——标准汽油案”中声称“不应把 WTO

各涵盖协定与国际公法隔离开来”,并在随后 1998 年的“美国——虾案”中援引一系列国际条约(如《联合国海洋法公约》、《生物多样性公约》和《国际濒危物种贸易公约》)和不具有拘束力的其他国际法资料(包括两项国际法院裁决和《奥本海国际法》等)来解释 GATT1994 第 XX 条(g)项“可用竭的自然资源”,将其含义扩展至包括活的生物在内,似乎凸显出其对援引其他国际法规范来解释 WTO 规则持有开放包容的立场,但是随后的争端解决实践表明,专家组和上诉机构的立场渐趋审慎保守。在 1998 年的“欧共体——荷尔蒙案”中,上诉机构拒绝就预防原则是否构成一般或习惯国际法做出裁判,认为其即便构成一般或习惯国际法规则也不能凌驾于《实施卫生与植物卫生措施协议》规则之上;在 2006 年的“欧共体——生物技术产品案”中,专家组裁定《维也纳条约法公约》第 31 条第(3)款(c)项规定的“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”是指所有 WTO 成员方均为当事方的国际法规则,而非仅仅特定争端各方为当事方的国际法规则;<sup>⑥</sup>在最近的“欧盟——海豹案”中,有学者事前曾建议上诉机构援引相关国际法规范来确定和阐释保护动物福利这一规制目标的内容(Katie Sykes, 2014; Christian Haberli, 2014),但是上诉机构并未采纳这一观点,从而没有改变其审慎保守的立场。因此,将自动获得正当性的目标范围从 TBT 协定第 2.2 条扩大到 WTO 法律体系内的所有目标,同时将其作为“参照点”来审查 WTO 法律体系之外的其他规制目标的正当性,是在尊重专家组和上诉机构对 WTO 法律体系之外的其他国际法规范所持审慎保守立场的基础上,平衡成员方规制目标设定自主权和争端解决机构最终裁判权的合理妥协之举。

(李冬冬电子邮箱: lidongsmiling@163.com)

注释:

- ① Appellate Body Report ,United States –Standards for Reformulated and Conventional Gasoline ,WT/DS2/AB/R 29 April 1996 p. 30.
- ② Appellate Body Report ,Japan –Taxes on Alcoholic Beverages ,WT/DS8/AB/R WT/DS10/AB/R WT/DS11/AB/R 4 October 1996 p. 16.
- ③ See Appellate Body Report ,European Communities –Measures Affecting Asbestos and Asbestos –Containing Products , WT/DS135/AB/R 12 March 2001 ,para. 99; Appellate Body Report ,European Communities –Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products ,WT/DS400/AB/R WT/DS401/AB/R 22 May 2014 ,paras. 5. 117 5. 122.
- ④ Appellate Body Report ,United States –Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes ,WT/DS406/AB/R 4 April 2012 ,paras. 113 ,115.
- ⑤ Appellate Body Report ,European Communities – Trade Description of Sardines ,WT/DS231/AB/R ,26 September 2002 ,paras. 286–287.
- ⑥ TBT 协定序言第 6 项规定 “认识到不应阻止任何国家在其认为适当的程度内采取必要措施 ,保证其出口产品的质量 ,或保护人类、动物或植物的生命或健康以及保护环境 ,或防止欺诈行为 ,但是这些措施的实施方式不得构成在情形相同的国家之间进行任意或不合理歧视的手段 ,或构成对国际贸易的变相限制 ,并应在其他方面与本协定的规定相一致。”
- ⑦ See Panel Report ,European Communities –Trade Description of Sardines ,WT/DS231/R 29 May 2002 ,para. 7. 121;

- Appellate Body Report ,European Communities – Trade Description of Sardines ,WT/DS231/AB/R ,26 September 2002 ,para. 286.
- ⑧ TRIPS 协定第 30 条规定 “各成员方可对专利授予的专有权规定有限的例外 ,只要这种例外不会对专利的正常利用发生无理抵触 ,也不会无理损害专利所有人的正当利益( legitimate interests) ,同时考虑第三方的正当权益。”
- ⑨ Panel Report ,Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products ,WT/DS114/R ,17 March 2000 ,para. 7. 69.
- ⑩ Panel Report ,European Communities – Trade Description of Sardines ,WT/DS231/R ,29 May 2002 ,para. 7. 121.
- ⑪ Panel Report ,United States – Certain Country of Origin Labelling( COOL) Requirements ,WT/DS384/R WT/DS386/R ,18 November 2011 ,para. 7. 633.
- ⑫ Ibid ,paras. 7. 631–7. 632.
- ⑬ Ibid ,paras. 7. 637–7. 638.
- ⑭ Ibid ,para. 7. 641.
- ⑮ Panel Report ,European Communities – Trade Description of Sardines ,WT/DS231/R ,29 May 2002 ,para. 7. 127.
- ⑯ Panel Report ,United States – Certain Country of Origin Labelling( COOL) Requirements ,WT/DS384/R WT/DS386/R ,18 November 2011 ,paras. 7. 647–7. 648.
- ⑰ Ibid ,para. 7. 650.
- ⑱ Appellate Body Report ,United States – Measures Concerning the Importation ,Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ,WT/DS381/AB/R ,16 May 2012 ,paras. 335 ,339.
- ⑲ See Panel Report ,United States – Measures Affecting the Cross – Border Supply of Gambling and Betting Services ,WT/DS285/R ,10 November 2004 ,paras. 6. 461 ,6. 465; Panel Report ,China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products ,WT/DS363/R ,12 August 2009 ,para. 7. 759; Panel Report ,European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products ,WT/DS400/R WT/DS401/R ,25 November 2013 ,para. 7. 382.
- ⑳ See Panel Report ,European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products ,WT/DS400/R WT/DS401/R ,25 November 2013 ,para. 7. 420; Ming Du. 2016. Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization [J]. *Journal of World Trade*( 4) ,p. 688; Robert Howse ,Joanna Langille ,Kaite Sykes. 2015. Pluralism in Practice: Moral legislation and the law of the WTO after Seal Products [J]. *The George Washington International Law Review*( 1) ,pp. 114 ,118.
- ㉑ Appellate Body Report ,United States – Measures Concerning the Importation ,Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ,WT/DS381/AB/R ,16 May 2012 ,para. 313.
- ㉒ Ibid.
- ㉓ Appellate Body Report ,United States – Certain Country of Origin Labelling( COOL) Requirements ,WT/DS384/AB/R WT/DS386/AB/R ,29 June 2012 ,paras. 448 ,450 ,452–453.
- ㉔ See Appellate Body Report ,United States – Measures Concerning the Importation ,Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ,WT/DS381/AB/R ,16 May 2012 ,para. 313; Appellate Body Report ,United States – Certain Country of Origin Labelling( COOL) Requirements ,WT/DS384/AB/R WT/DS386/AB/R ,29 June 2012 ,paras. 370 ,372 ,445.
- ㉕ Appellate Body Report ,United States – Measures Concerning the Importation ,Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products ,WT/DS381/AB/R ,16 May 2012 ,para. 313.
- ㉖ Appellate Body Report ,United States – Certain Country of Origin Labelling( COOL) Requirements ,WT/DS384/AB/R WT/DS386/AB/R ,29 June 2012 ,para. 444.
- ㉗ Ibid ,para. 445.
- ㉘ Ibid ,para. 447.
- ㉙ Ibid ,paras. 446–447.
- ㉚ GATS 第 VI: 4 条规定 “为保证有关资格要求和程序、技术标准 and 许可条件的各项措施不致构成不必要的服务贸易壁垒 ,服务贸易理事会应通过其他可能设立的适当机构 ,制定任何必要的纪律。此类纪律应旨在特别保证下述要求: ( a) 依据客观和透明的标准 ,例如提供服务的能力和资格; ( b) 不得比为保证服务质量所必须的限度更难以负担; ( c) 如为许可程序 ,则这些程序本身不得构成对服务提供的限制。”

- ③ Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, Section II, Paragraph 2.
- ② 在分析争议措施是否符合 GATT1994 第 XX 条的必要性规则时, 上诉机构要求对争议措施之目标的相对重要性、该措施为实现该目标所做贡献之程度及其贸易限制性等因素进行权衡。学界对于上诉机构将规制目标的相对重要性纳入考虑提出了强烈批评, 认为第 XX 条本身并未规定审查各项目标的相对重要性, 而且该条所规定的规制目标对于成员方来说都十分重要, 上诉机构无权对其“相对”重要性脱离具体情境在抽象意义上进行评价。See Jan Neumann, Elisabeth Turk, 2003. Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines [J]. *Journal of World Trade* (1) , p. 214; Donald H. Regan, 2007. The Meaning of “Necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: The Myth of Cost – Benefit Balancing [J]. *World Trade Review* (3) , pp. 349, 352–353; Gisele Kapterial, 2010. A Critique of the WTO Jurisprudence on “Necessity” [J]. *International and Comparative Law Quarterly* (1) , p. 119; 曾炜, 2014. 论 GATT 第 20 条必要性检验中的管制目标与替代性措施——以巴西翻新轮胎案为例. [J]. *南昌大学学报(人文社会科学版)* (1) : 87.
- ③ 有学者就指出, 并非所有 WTO 成员方都认为保障公众生命健康和安全一定比维护宗教信仰的纯洁更加重要。See Robert Howse, Elisabeth Turk, 2001. The WTO Impact on Internal Regulations – A Case Study of the Canada – EC Asbestos Dispute [C] // Grainne Burca, Joanne Scott. *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, London: Hart Publishing, 326.
- ④ 例如, 与 GATT1994 第 XX 条不同, 上诉机构在解释 TBT 协定的 2.2 条的必要性要求时就拒绝考虑规制目标的相对重要性。Appellate Body Report, United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada and Mexico) , WT/DS384/AB/RW, WT/DS386/AB/RW, 18 May 2015, paras. 5. 277–5. 279.
- ⑤ See Appellate Body Report, European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, paras. 5. 123; Appellate Body Report, United States – Definitive Anti – dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, 11 March 2011, para. 570; Appellate Body Report, United States – Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, 3 March 2005, paras. 549–550.
- ⑥ 关于争端解决机构上述立场之演变, 可参见 Andrew Lang, 2011. *World Trade Law after Neoliberalism: Re – Imagining the Global Economic Order* [M]. Oxford: Oxford University Press, pp. 148–153; Katie Sykes, 2014. Sealing Animal Welfare into the GATT Exceptions: The International Dimension of Animal Welfare in WTO Disputes [J]. *World Trade Review* (3) , pp. 485–487.

## 参考文献:

- 安佰生, 2015. WTO “必要性测试”规则探析 [J]. *财经法学* (2) : 106.
- 史蒂文·卢克斯, 2013. 道德相对主义 [M]. 陈锐, 译. 北京: 中国法制出版社: 19–26.
- Alex Demedt, 2001. Proportionality in WTO Law [J]. *Journal of International Economic Law* (3) , p. 459.
- Alexia Herwig, 2016. Too much Zeal on Seals? Animal Welfare, Public Morals, and Consumer Ethics at the Bar of the WTO [J]. *World Trade Review* (1) , p. 121.
- Chirs Downes, 2015. Worth Shopping Around? Defending Regulatory Autonomy under the SPS and TBT Agreements [J]. *World Trade Review* (4) , p. 561.
- Christian Haberli, 2014. Seals and the Need for More Deference to Vienna by WTO Adjudicators [EB/OL]. <http://ssrn.com/link/SIEL-2014-BernConference.html> , p. 14.
- Gaetan Verhoosel, 2002. *National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy* [M]. London: Hart Publishing: 51.
- Henrik Andersen, 2015. Protection of Non – Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions [J]. *Journal of International Economic Law* (2) , p. 396.
- Jan Neumann, Elisabeth Turk, 2003. Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines [J]. *Journal of World Trade* (1) , pp. 218–219.
- Joseph Raz, 2003. *The Practice of Value* [M]. Oxford: Oxford University Press: 19.

- Juscélino F. Colares. 2011. The Limits of WTO Adjudication: Is Compliance the Problem[J]. *Journal of International Economic Law*( 2) p.405.
- Katie Sykes. 2014. Sealing Animal Welfare into the GATT Exceptions: the International Dimension of Animal Welfare in WTO Disputes[J]. *World Trade Review*( 3) p.493.
- Mads Andenas ,Stefan Zleptnig. 2007. Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective[J]. *Texas International Law Journal*( 3) p. 418.
- Michael Ming Du. 2011. The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime[J]. *Journal of International Economic Law*( 3) p. 644.
- Ming Du. 2016. Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization[J]. *Journal of World Trade*( 4) p. 687.
- Panagiotis Delimitis. 2008. Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is yet to Come[J]. *The European Journal of International Law*( 2) pp. 393-396.
- Petros C. Mavroidis ,Kamal Saggi. 2014. What Is Not So Cool about Us –COOL Regulations? A Critical Analysis of the Appellate Body’s Ruling on Us –COOL[J]. *World Trade Review*( 13) p. 307.
- Robert Howse. 2002. The Sardines Panel and AB Rulings –Some Preliminary Reactions[J]. *Legal Issues of Economic Integration*( 3) p. 253.
- Stefan Zleptnig. 2010. Non –Economic Objectives in WTO law: Justification Provisions of GATT ,GATS ,SPS and TBT Agreements[M]. Hague: Martinus Nijhoff Publishers: 347.

## Study on the Legitimacy Review of Regulatory Purpose of TBT Agreement

LI Dong –dong

**Abstract:** The Dispute Settlement Body ( hereafter DSB) of WTO prefers to strictly review whether the regulatory tools adopted by the Members are consistent with the Covered Agreements , while accords great deference and prudence to review the Members ’ regulatory purpose. However , Article 2. 2 of TBT Agreement stipulates explicitly that the regulatory purpose chosen by the Members shall be legitimate. The empirical fact test adopted by Panels of relevant TBT disputes to assess the legitimacy of regulatory purpose gives the Members the final say about legitimacy , which contravenes the text of Article 2. 2. The central –peripheral approach established by Appellate Body conserves the final say to the DSB on one hand and accords some deference to the Members ’ regulatory purpose on the other. The “central” regulatory purpose , which could be deemed as legitimate automatically , should be enlarged to all regulatory purposes in WTO legal system , so as to expand the Members ’ regulatory autonomy to set regulatory purpose.

**Key words:** TBT Agreement; regulatory purpose; legitimacy review; empirical fact test; central –peripheral approach

( 责任编辑 罗远航)