

 使用大字体察看本文

阅读次数: 113

论技术性贸易壁垒国内法规制的涵义、共性态势与难点

肖冰

内容摘要：技术性贸易壁垒是当今国际贸易与多边法律体制中的最大障碍，在不同的语境下具有不完全相同的涵义。目前，作为技术性贸易壁垒措施主要表现形式的各国国内法规制措施，虽然在规制目标、规制范围、规制内容、规制体制以及规制趋向方面呈现出一系列的共性发展态势，但就对国际贸易的限制而言，发达国家（特别是其中的贸易大国）的规制起着实质性的和最主要的阻碍作用。与此同时，与其他贸易保护手段相比，尽管此种规制手段具有便利性，但在经济、法律全球化的大背景下，它也同时受到来自于其他国家的国内规制和多边法律规制的多重约束，因而面临着对抗与协调、主权利益最大化与恪守国际法义务的两难选择，而发展中国家由于受到自身经济、技术和法制发展水平的限制，在构建自身规制体系时的处境更加困难。

关键词：技术性贸易壁垒 国内法规制 涵义 共性 难点

在经历了西雅图会议、坎昆会议的失败以及多哈议程一再推延的停滞期之后，回顾贸易自由主义与贸易保护主义两股势力在多边贸易体制建立后半半个多世纪里明争暗斗的较量，表面上前者似乎占了上风，并成为主流之势，但大潮之下暗流涌动：数量繁多、形态各异的非关税壁垒如影随形、此消彼长，成为减损、抵消，甚至回退自由化前行的巨大对抗力量。而在成百上千的此类措施和手段中，“技术性贸易壁垒”越来越显现出其特有的反作用力。研究资料显示，技术性贸易壁垒已经取代反倾销成为横亘于贸易自由化道路上的最大羁绊，[1]并由此可能成为多边贸易体制终难根除的痼疾。

有鉴于当今技术性贸易壁垒措施的主要表现形式--相关国内法规制措施--既是国家及地区之间进行贸易对抗的最有利武器，也是多边贸易法律制度规制的主要对象，就其共性态势及规制难点予以揭示和剖析，无论对于国内法规制本身，还是对于国际法规制的完善都是大有裨益的。

一、技术性贸易壁垒及其法律规制

（一）技术性贸易壁垒涵义纠误

近年来，“技术性贸易壁垒”（Technical Barriers to Trade，常被简称为TBT）这个概念被引用的频率很高，但人们似乎并不是在完全准确和相同的意义下运用它，因而带来理解、特别是与法律规制范围对应方面的偏差。

1、“技术性贸易壁垒”的一般涵义

作为一种贸易壁垒，TBT属于非关税贸易壁垒范畴，与其他非关税贸易壁垒形式相比，笔者认为，其特质仅在于它的“技术性”，因其技术性（既包括实体性的技术判断标准，也包括程序性的技术环节要求）而给贸易带来了阻碍作用。换言之，只要是对国际贸易产生阻碍作用的技术性措施即所谓TBT措施，而不论制定或采用它的主体是谁；不论它是给进口所造成的阻碍，还是给出口带来的限制；也不论所采用的名义、理由或目的是什么。

目前理论与实务中有关TBT界定的常见错误是：

（1）限定主体：将TBT限定为“进口国”所采取的措施。在当今国际市场普遍实行“限入奖出”外贸政策的大环境下，虽然TBT主要是由进口国所采取的措施，但并不排除出口国采取此类措施的可能，比如因国家安全的需要。

(2) 限定于WTO框架内。在现有的国际贸易法律制度框架下,虽然WTO是目前规制国际贸易关系最主要的法律制度,但一方面,不能因此而排除和否认其他多边或双边法律体制对国际贸易关系的影响作用;而另一方面,就WTO体制本身而言,其所规制的TBT措施,目前还局限于多边货物贸易领域,其他领域的此类措施尚未完全纳入其调整范围,所以,WTO规制范围内的TBT并不代表此类措施的全部。

(3) 限定目标:将TBT所追求的目标限定在某些特定的范围内。在多边贸易法制约束性不断增强的情况下,虽然各国所采取的TBT措施大多以正当、合理的面目出现,但也不能将没有堂皇理由的此类措施排除在外。因为,TBT概念的本义,是泛指各种技术性措施对贸易带来阻碍作用的客观状态,至于导致这种状态的主观理由或原因,只在判断或区分其合法性或正当性的时候才起作用。

综上所述,笔者认为,TBT是指客观上对国际贸易具有直接或间接阻碍作用的所有技术性措施。在这个意义上,它只是对此类措施的一种概括性称谓,而不是一个严格的法律概念,没有一个与之相对应并对此加以界定的法律条款,不论是国内法还是国际法。

2、WTO语境下“技术性贸易壁垒”的特殊涵义

如前所述,在理论与实践,人们在界定TBT时总是自觉或者不自觉地受到现行WTO体制的影响,甚至完全加以对应。

事实上,自WTO法律制度将一部分TBT措施纳入其调整范围时起,TBT概念具有了WTO语境下的特殊涵义。对此,根据不同的标准又可以作出不同种类的划分,为简便起见,以下仅对其中常被误用的两组概念予以说明。

(1) 广义的TBT与狭义的TBT

WTO语境下的TBT同时具有广义和狭义两种涵义。狭义上,是专指WTO《技术性贸易壁垒协定》(以下简称《TBT协定》)调整范围内的此类措施--对国际货物(包括工业品和农业品)贸易具有阻碍作用的技术性措施(包括技术法规、标准和合格评定程序,也是WTO语境下所称的“TBT措施”),但排除《实施卫生与植物卫生措施协定》(以下简称《SPS协定》)附件A定义的卫生与植物卫生措施(以下简称SPS措施);[2]广义上,则涵盖受WTO规则(包括各相关协定)调整的所有此类措施--对国际贸易(既包括货物贸易,也包括技术贸易和服务贸易)具有阻碍作用的技术性措施,既包括《TBT协定》调整范围内的TBT措施、《SPS协定》调整的SPS措施,也包括《关贸总协定》(GATT)、《国际服务贸易总协定》(GATS)、《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)、《政府采购协定》等调整范围内的各种技术性贸易措施。

(2) 合法的TBT与非合法的TBT

在WTO语境下,不论是广义TBT还是狭义TBT,又都同时包括合法和非法两种不同性质的TBT形式。顾名思义,凡是符合WTO各相关协定要求的,就是合法的TBT,反之即为非法。

根据WTO各相关协定的规定,对一项TBT措施合法性的判断,一般需要对其目标内容、实施方式及实施限度等各种因素加以考察,任一条件不符合,即构成非法。例如,就目标内容而言,《SPS协定》所规定的合法目标仅限于保护人类、动物或植物的生命或健康;《TBT协定》则规定了国家安全要求、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及保护环境为主要的合法目标;GATT第20条、第21条则在更大的范围内列举出可以作为合法目标的内容。就实施方式而言,以GATT第20条引言为蓝本,除一些具体的要求外,各相关协定在总体上均规定:此类措施的实施方式不得构成在情形相同或相似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。就限制程度而言,即使目标与方式都具有合法性,WTO各相关协定也要求此类措施对贸易的限制不得超过为实现合法目标所必需的限度。

需要强调说明的是,理论上,合法与非法容易区分,但在实践中,由于缺乏一些客观且显而易见的判断标准,在两者之间常常难以划出泾渭分明的界限,特别是在某些贸易保护手段被精心加以伪装的情况下。这就意味着,在WTO法律体制中,对于无法被判别为非法的TBT措施,不论它们对于贸易自由的阻碍有多大,都只能给予尊重和保护。笔者认为,正是基于这样的结论,并同时基于各国贸易保护的利益要求,此类措施才有了巨大的伸展空间,披着合法外衣的非法措施层出不穷,使天生具有多样性、差异性、易变性和复杂性的技术性措施又增添了一层隐蔽的神秘色彩,从而在给WTO法律体制的运转设置难题与障碍的同时,也为各国的贸易保护提供了玩弄于股掌之间的极大便利。可以说,在当今国际贸易市场中,“异化的”TBT措施要远比那些名实相符、表里如一的TBT措施更多,并更受各国贸易政策制定者与实

本文中，除专门说明者外，TBT均指一般意义上的概念。

（二）技术性贸易壁垒法律规制的内涵

1、纳入法律视野的规制

自上世纪七、八十年代以来，欧美有关“规制”的研究一直很盛行，法学、经济学、政治学、社会学以及历史学等学者对此都给予了极大的关注。[3]但是，一直到目前为止，大家仍然认为，给规制下定义是件相当困难的事情。[4]一是因为这一概念本身所涵盖的内容及所涉领域都极为广泛，而在不同性质范围和层面上使用时，其意义不尽相同；二是由于法律制度的背景差异，美国、英国以及欧洲其他国家在规制一词的用法上存在着差别；三是随着经济、社会等各种条件的变化，规制的内涵也在不断地扩大和演变。有鉴于“想给规制下一个包罗万象的定义的任何尝试都是无济于事的”，[5]因而学者们通常只根据自己所需要讨论的命题范围对规制进行描述和分类。[6]

规制进入法律视野最初是由国家干预市场活动开始的，是经济法的重要课题。所以，很多老的经济（法）学论著和流行用法，都是将规制与国家联系在一起，作为市场运行中一种无差别的、外部的干预形式。[7]但是，现代国家以及市场的发展及其复杂性使规制的性质发生了极大的改变：首先，无差别的干预逐渐减少，为越来越多的根据不同关系和文化背景在不同层面范围内运用并表现为不同形式的差别性规制所替代；单纯的市场规制也被拓展为社会生活的全方位规制；其次，公共权力和能力的行使业已呈现出主体的多元化状态，除国家外，还可以在内部具有特定领域或特定功能权力和能力的公共机构之间分布。与此同时，在超国家的层面上，由国际组织进行经济决策也是可行的；再次，新的手段或方法层出不穷。在传统单一的“命令-控制型”（command-control）规制之外，又不断衍生出激励、引导、建议等多种新型规制技术；最后，各种行为性质--国家行为与私人行为、经济行为与公共行为、国内行为与国际行为--之间的界限日益模糊，既因为行为的目的，也因为所涉主体的性质。这样一来，不仅与规制有关的法律问题越来越多，所涉法律部门越来越广，而且还往往与各种经济、政治问题以及经济学、政治学的研究交织在一起。

笔者认为，规制与法律相连接，主要是基于两种缘由或情形：（1）规制手段法律化：凭借法律形式作为实行规制的手段；（2）规制作为法律的调整对象。于前者，规制上升为法律规制；而于后者，包括法律规制的各种规制都可以成为法律调整的对象。换言之，法律规制能够同时扮演“规制”和“被规制”的角色，存在着“再规制”（“双/多层规制”）现象。

2、技术性贸易壁垒的法律规制

与其他国际贸易管制手段的法律规制一样，TBT的法律规制形式也同时包括国内法形式和国际法形式两种。但是，由于国内法和国际法在规制对象的范围上存在着较大差异--多数情况下，国内法本身就是国际法的规制对象，所以，其内涵与性质也不尽相同。

（1）技术性贸易壁垒的国内法规制

概括地说，TBT的国内法规制主要是指上升为法律形式的技术性贸易规制，即国家为了实现一定的政策目标，将技术性贸易规制措施制定为法律、法规，意于更有效地规范、调整或引导相关管理部门与市场主体的行为。因而大多属于上述“规制手段法律化”的范畴。需加说明的是，在TBT领域内，“国内法规制”也比严格意义上的“国内法”的含义和渊源更为宽泛，同时包含法律上和事实上对市场主体产生约束影响的各种规则。除国家法律、法规外，还包括名为“自愿”，实际上仍需予以遵守的诸多规则与标准要求。作出此种广义界定的理由在于：规制本身“是由可以制定规制和标准并致力于保证其所涵盖的领域遵守此类规制和标准的公、私机构的控制管监督的综合产物。”[8]

（2）技术性贸易壁垒的国际法规制

TBT的国际法规制大致可以分为两大类，一类仍属于“法律化的规制”范畴，是指出自对TBT国内法规制合法目的的认同（如维护安全、保护人类、动植物生命健康、保护环境等），利用国际法手段促进彼此间的合作与协调，以期形成国际间统一、协调的技术性贸易法律保护网络。《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《生物多样性公约》、《生物安全议定书》等都是其中最典型的例证。另一类即所谓“以规制为调整对象的规制”，是指为防止各国TBT措施（包括但不限于技术性贸易壁垒的国内法规制）背离其所声称的政策目标而异化成不正当的贸易壁垒手段，在双边或多边建立起的法律约束机制。WTO体制下的

《TBT协定》、《SPS协定》所担当的正是这样一种角色。

在TBT国际法规制领域中，法律规制的“再规制”特性十分明显。上世纪70年代以来，随着表现为各种技术性规制措施的国内法（如以为目的的贸易法律法规）数量和范围的不不断膨胀，贸易自由化受到了极大冲击。一方面，对各国而言，此种规制重要且必需：首先，它是实现诸多重要公共目标，如保护公共健康和改善环境质量的有效工具；其次，其实施具有重要的宏观经济后果，因为它们影响国家的生产增长率、价格与投资水平、工资等；再次，它们使经济竞争具有政治意义。由于一项保护性法规给不同竞争者所带来的影响往往是不等同的--或好或坏，从而涉及到不同的政治利益。[9]但另一方面，由于不断增长的诸多国内技术性规制法规客观上具有限制进口的作用，不论其实施的主观动机是有意的还是无意的，都不仅在事实上引致了大量的国际贸易争端，而且在法律上，形成一股巨大的破坏力量，不断地削弱甚至抵消了国际贸易法律制度在减少贸易壁垒方面的预期功效。这样，将TBT国内法规制本身纳入双边或多边贸易法律体制的规制对象范围之内就成为必然，国际法规制的“再规制”格局亦由此形成。以WTO《TBT协定》的规制对象为例，其规制对象（技术法规、标准及其合格评定程序）主要就是指表现为各成员方国内法的技术性贸易措施。

与此同时，与上述国内法规制的含义一样，在TBT领域所称的国际法及国际法规则，也广义地包括了在法律上或事实上对国际社会产生约束影响的各种规则，包括但不限于正统国际法理论所探讨的渊源范畴，特别是其中所涉及的各种国际组织的决议、规范性文件及标准、指南或建议等，它们在国际法理论中往往部分地、甚或完全地被排除出国际法渊源。

二、技术性贸易壁垒国内法规制的共性态势

概括起来，当今各国的TBT国内法规制主要具有以下几个方面的共同特征：

1、规制目标方面

就TBT法律规制研究而言，对于此类施制定与实施的目的进行研究至关重要，是衡量其正当性与合法性的关键因素之一。目前，各国在规制目标方面的主要特点是：

（1）多重性。众所周知，各国技术性贸易壁垒的国内法规制目标是多种多样的，体现了技术性贸易壁垒措施在实现多重政策目标方面所具有的广泛价值。就此，仅从GATT第20条和第21条例外条款所概括的十几项内容中即可得到充分的反应，几乎涵盖了政治、经济、文化、生态环境及其他社会各个领域中的公共政策目标。正因为如此，用来描述技术性贸易壁垒特征最常见的一个词就是“名目繁多”。可以想见，随着社会的发展，这种政策目标的范围和具体种类还会不断地扩增。所以，除由不同的技术性贸易壁垒国内法规制措施来体现一国所追求的各种不同政策目标外，同一规制措施也可能意图同时达到两种或多种政策目标，[10]即所谓一举两得、或一举多得。

（2）共通性。尽管名目繁多，但各国技术性贸易壁垒国内法规制的总体目标还是十分类同的。下图所显示的2004年各成员国就其新采TBT措施的目标向WTO之TBT委员会所作的通报也可证明这一点：

Percentage of Notifications by Stated Objective in 2004[11]

各国规制目标的共通性本质上是由主权国家政府职能的共通性和人类生活环境的共通性所决定的。正是基于现代社会的这些共同价值取向，《TBT协定》把它们概括为五个主要的合法目标：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和保护环境。[12]

（3）虚假性。按照各国国内法的形式惯例，法律文件之开篇即明确其立法目的。但就TBT国内法规制措施而言，公开标榜的目标与其真实目标是否一致，或是否完全一致是大可质疑的。特别是在多边贸易法律规则已经将歧视性的TBT措施规定为非法的情况下，以诸多堂皇名义来加以掩饰也就不足为奇了。事实上，在国际贸易中引发激烈争端的所有TBT措施，并无一项自认为出于限制贸易之目的。换言之，虚假且堂皇的公共政策目标往往只是掩盖其限制贸易之真实目的，或至于是部分真实目的的借口。而大家公认的TBT措施的所谓隐蔽性特征，正是从其目标的虚假性中衍生而来的。

2、规制范围方面

各国TBT国内法规制的产品范围基本可以用“包罗万象”来加以形容。从产品形态来看，不仅涉及初级产

品,而且牵涉到所有的中间产品和制成品;从产品生命周期来看,它涵盖了研究、开发、生产、加工、包装、运输、销售和消费以及处置等各个环节;从涉及领域来看,已从有形商品扩展到金融、信息等服务贸易以及投资、知识产权和环保等各个领域。[13]

3、规制内容方面

各国技术性贸易壁垒国内法规制的具体内容虽然千差万别,分类方法也不尽相同,但按照《TBT协定》的划分方法--以规范性质的标准,划分为技术法规、标准和合格评定程序三大类--各国的TBT措施基本都可以涵盖其中。

依笔者的理解,技术法规和标准均属于实体性规范,合格评定程序属于程序性规范;而在实体性规范中,技术法规是强制性规范;标准是任意性规范。作为WTO法律体制中调整TBT措施基本准则的《TBT协定》作如此划分,目的就是为了保证规制范围的周密,防止挂一漏万。至于《TBT协定》适用范围外的其他TBT措施,如SPS措施、政府采购的技术规格以及GATS领域中的此类措施等,仅仅是WTO为了法律适用上分工的需要和便利而采用了其他的划分方法,[14]但它并不影响我们同时按照《TBT协定》的划分方法进行基本归类。换言之,这些措施在本质上仍然是TBT措施,只不过被WTO诸协定分别加以"特定化"了。当然,在GATS领域中,所谓"产品"应当相应地转换为"服务"。

4、规制体制方面

这里所称的规制体制是指各国TBT措施的制定、管理及执行机制。在这一领域中,总体上,"官民结合"是主流模式。一般而言,在技术法规和标准的制定上,除由政府负责制定一些关乎国计民生或重要社会利益的强制性技术法规外;民间组织(如行业协会、私营标准机构或企业自身)也承担了相当多的编制、认可或采纳强制性技术法规和自愿执行标准的职能。[15]目前,世界上最著名的国内标准化机构大多是民间组织,如美国国家标准学会(American National Standards Institute, ANSI)、英国标准学会(British Standards Institution, BSI)、德国标准化学会(Deutsches Institut für Normung, DIN)及法国标准化协会(Association Française de Normalisation, AFNOR)等。它们独立于政府但同时受到政府的大力支持或接受政府的指导,有的还起着行政管理机关的作用。[16]即使是在"官方主导"型的日本,近年也在进一步推进由"民间主导"制定标准方案的体制。[17]在合格评定上,很多国家的政府部门、地方管理机构或民间组织、独立检验机构等都可以开展评定工作,但对于这些评定机构资格的认定和核准的职权则主要保留在政府部门手中。在规制的管理与执行上,除民间标准化机构、产业协会等承担了一定的管理职责外,政府各相关部门也是重要的执法主体。如著名的美国食品药品监督管理局(Food and Drug Administration, FDA),日本工业标准调查会(Japanese Industrial Standard committee, JISC)等。

5、规制趋向方面

基于各国共存的经济及法律全球化背景,基于主权利益在未来可预见的相当长时期内仍将是各个国家最高和最根本的利益,也基于国际贸易对各国主权利益的巨大影响,各国规制的共性趋向已经十分明显:

(1) 规制数量急剧增长。从WTO各成员方每年有关TBT措施和SPS措施通报数字中,可以看到强劲的增长势头。TBT通报量由1995年的365件增加到1997年的794件,以后每年通报量均保持在600件左右,到2004年底,累积通报量已经达到6098件。[18]SPS通报量则从1995年的198件增加到1999年的432件,2001年的772件。1995-2001年通报累计数为2757件,而至2004年底,其通报累计数已达4163件。[19]而各国实际实施的措施还远远不止这些。

(2) 限制程度不断加深。众所周知,规制量的增加本身就意味着限制程度的加深;不仅如此,与以往的措施相比,新近推出的TBT措施无论在规制广度还是在规制深度上都更胜一筹,从而大大地提高了贸易门槛。例如,美国《2002年公众健康安全和生物恐怖活动防备与应对法案》(Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002,以下简称《美国2002生物反恐法》)公布之后,美国法律实务界人士已经预见到,该法案给市场带来的将是大量的、严重的、甚至是能够引起实质性变化的后果。[20]

(3) 规避技巧日益娴熟。在双边及多边贸易法律体制,特别是WTO体制的约束效力越来越强化的同时,各国TBT措施非但不见销声匿迹或日薄西山,反而以更加强劲的态势层出不穷,一方面,从此类规制正常的防护功能来看,当今社会及贸易市场确实存在着较以往更为复杂的各种危险因素,需要多重角度的更多保护;但另一方面,无可否认,由其天生的隐蔽特性所决定,大量此类措施被贸易保护主义作为规避法律的重要手段而滥用了。不仅如此,为了实现国家贸易利益的最大化,在各国之间的经济、技术较量 and

政策博弈过程中,各国对于TBT措施的运用技巧也越来越娴熟,即实体和程序方面都明显有违国际法规则的国内法规制措施已有所收敛,而以WTO所要求的"目的正当性、证据的科学性以及程序的合法性"加以粉饰,再改头换面、粉墨登场者却是不胜枚举,并大行其道。

(4) 攀比仿效渐成风气。在激烈竞争的国际贸易市场环境中,任何能够有效地提升自己的竞争优势或减损对手竞争能力的手段和方法都会受到青睐,而TBT措施在事实上能够有效地提高外国产品的交易成本,在法律上能够巧妙地规避本国应当承担的国际法义务,更具有得天独厚的利用价值。更何况,某些国家反复利用并频频奏效的事实本身就是一种极好的示范,产生了整个国际贸易市场范围内的积极攀比、仿效或报复性回应等连锁反应,而且此风还大有愈演愈烈之势。

需加特别说明的是,目前,尽管在TBT领域中各国国内法规制呈现出共性的发展态势,其本质也具有相同或相似性,不同的只是规制数量的多寡、规制对象的疏密、规制门槛的高低、规制方法的巧拙等等程度上的差异。但是,对于国际贸易的限制作用来说,这些差异却是实质性的、决定性的差异。程度越高,限制就越大;而且,即使是一项相同的TBT措施,在由贸易地位不同的国家实施的时候,会产生出天壤之别的限制结果:贸易地位越高,则限制作用越大。所以,从总体上看,限制当今国际贸易的主要是发达国家的TBT措施,其中尤以欧盟、美国和日本为甚。仅以中国受到的TBT限制为例,出口企业中约有70%以上受到国外TBT限制,其中,40%来自于欧盟,27%受美国限制,25%受日本限制,而受其他国家和地区限制的总和只占8%左右;从受限所造成的损失来看,欧盟、美国、日本实施的此类措施给中国出口造成的损失占总损失的95%,其中,欧盟为41%,日本和美国分别占30%和24%。[21]

三、技术性贸易壁垒国内法规制的难点

如前所述,本国利益最大化是各国法律规制的基本动机和共性追求,TBT的国内法规制也不例外。如所周知,作为一种可被利用的贸易保护主义工具,TBT措施有着比其它方式更多的优势--隐蔽、多样、易变本身就是一种天生的壁垒,更何况,任何此种措施对进口、出口的影响都兼具双重性,或者说它所起到的作用往往正好相反:促进出口而限制进口!进而言之,它还同时集阻碍性与便利性于一身,充分体现一个事物的两个不同侧面:一方面,此类措施不同于一般贸易壁垒措施的复杂性构成了对自由贸易的极大障碍。毫无疑问,隐蔽且易变的措施让人难以识别、把握;巨大的差异则使之难于协调、统一;而其中的技术性含量更增加了驾驭它们的难度。但另一方面,对于贸易保护主义者来说,所有这些对竞争对手的难题都是自己可加利用的便利。

但是,上述这些分析是定位于一个特定国家的个体角度得出的,停留在这个角度上,TBT的国内法律规制自然更多的是便利而不是难题;但是,当我们跳出一国疆界将分析定位于整个世界版图的时候,就会发现,在经济、法律全球化大背景下,处于相互依赖、相互牵制的国际社会网络中的任何一个国家,其国内规制同时还会受到来自于其他国家国内法规制和多边法律规制的约束,恰是这两方面的制约因素给TBT的国内法规制带来了现实困难。

1、对抗、协调以及两者之间平衡的艰难取舍

如前所述,当今各国及各地区之间的贸易争斗主要表现为TBT措施之间的对抗,而此类措施大多数又是以国内法规制面目出现的,所以,国家及地区之间的贸易冲突、贸易保护与贸易自由之间的较量,自然而然地表现为该领域内国内法规制与规制之间、规制与反规制之间的对抗。

站在一个特定国家或地区的立场上,一方面,要想在激烈的贸易竞争中保持相对优势并实现主权利益的最大化,对贸易伙伴之间进行规制对抗是必需的,而且,只有"道高一尺,魔高一丈"才能保证立于不败之地;但另一方面,在事实层面上,国际贸易市场是建立在双向对流和相互依赖基础之上的,一味对抗只能招致报复性的回应--限制了别人也限制了自己。与此同时,事实已经证明,对抗格局一旦形成,即使只针对某一种产品展开,也将意味着是一场旷日持久的战争。历史上美国与欧盟之间长达数十年之久的牛肉荷尔蒙之战就是一个典型例证,而近十年来围绕转基因产品而引发的多方贸易争端,笔者认为在短期内是不会有平息的可能的。在法律层面上,包含TBT法律规制在内的所有法律规制都有成本支出问题,而且,与一般的法律规制相比,TBT法律规制的成本会更加高昂,除常规支出之外,还要有其法律规制从形成到执行所必需的、相配套的科学技术支持,以及应付由此引发的长期贸易争端及其协调过程中产生的不菲费用。由此,与贸易伙伴之间的规制协调也同样是必需的。

能够在理论上认识到协调与对抗同样必要和重要是一件容易的事情,而在实践中恰如其分地确定特定时期的规制重点,并在两者之间建立起平衡与统一机制却是相当困难的。其原因在于:首先,必须承认,对抗与协调天生就是一对矛盾,有着截然不同的规制取向;其次,存在着太多影响规制决策的复杂因素,比如瞬息万变的市场环境、千差万别的竞争对手和贸易伙伴、无比广泛的产业、产品范围以及无法取舍的

各种利益要求等等。其中任何一项内容及其变化都会影响决策者的判断和选择；再次，即使决策者能够做出正确的判断和选择，还必须取决于国内基础条件--相应的技术水平和法律制度--是否匹配以及是否能够达到预设的规制程度。这一点对于发展中国家的制约尤为明显，如果作为规制基础的技术和法律条件不具备的话，纵然有再美好的宏伟蓝图也是力不从心，只好望洋兴叹；最后，也是最重要的，无论是对抗还是协调，或者两者之间的平衡选择，都不是一国单方面能够完全控制与驾驭的。如前所述，建立于双向对流和相互依赖基础上的贸易规制，不论是宏观定位的偏向，还是微观分寸的把握，在很大程度上需要顾忌于竞争对手的动态。从这个意义上讲，TBT的国内法规制又具有很大的被动性。

2、主权利益最大化与恪守国际法义务难以两全

国家在现代国际社会中的角色是多重的，作为一个独立的利益主体，追求利益最大化几乎是一种本能的取向；与此同时，作为国际大家庭中的成员，遵守国际法义务亦责无旁贷。能够两全其美自然是最佳的选择，而且应当承认，在大多数情况下两全是可能的。因为，遵守国际法义务与实现本国利益最大化的目标之间具有统一性，这也是各国自愿接受其约束以及“国际法被遵守是一种常态”[22]的根本原因；但同样不能否认的是，在某些特定的情况下，两者之间也存在着对立与冲突，无法兼顾，这就需要在两者之间加以衡量并做出艰难的选择。

按照形式逻辑，可能的选择只有两种：牺牲个体利益以保证国际法义务的遵守或违背国际法规则以保全自身利益。在国际法实践中，作出这两种选择中的任何一种都是极为困难的。

前一种选择显然有损于主权国家基本的生存与发展需要，甚至使之逐渐丧失在国际社会立足的独立基础。所以，作为一时一事的选择是可能的，但绝不可能经常运用。

后一种选择在理论上是可行的，而且可以理直气壮。马基雅维利早就主张，国家利益是至高无上的，为此可无视任何道德义务或所谓的国际法律义务。他明确指出：“当遵守信义反而对自己不利的时候，或者原来使自己作出诺言的理由现在不复存在的时候，一位英明的统治者绝不能够，也不应当遵守信义”。[23]美国权威国际法学者的认识也是如此：“一旦美国认为问题十分重要，以致明知自己的某种行为可能不符合自己承担的国际义务，却仍然有意地违背有关的国际性规范准则（International Norms），那么，根据美国的宪法体制，美国政府仍然享有如此行事的权力。这种权力能够成为事态发生严重错误时的重要抑制力量。”[24]但是，在现代国际法制社会中，特别是各国在都大力标榜遵守国际法纪以及国际法规则的刚性约束越来越加强的情况下，明目张胆地宣称自己蓄意违法显然不是明智之举，极易由此遭到其他国家的报复或国际组织的制裁，并有损自己的国际形象。正因为如此，杰克逊教授在阐述上述美国权力的同时，也坦言：“这种权力不宜轻易动用”。[25]

于是，与逻辑思路不完全相同的第三种路径产生了：规避法律！准确地说，众多的TBT措施就是选择规避的一种产物。然而，虽然与其他贸易限制手段相比，TBT措施具有规避的便利，但也绝非轻而易举，特别是在所试图规避的对象是具有普遍约束效力的多边法律体制的时候，困难会更大。从通常的法律逻辑来讲，能够有效地进行规避，以下两个条件是必不可少的：法律制度有漏洞可钻；规避者具备钻空子的技艺和客观基础--技术的、法律的及经济条件。就前者而言，经过多方利益主体长期反复的博弈，多边贸易法律体制不断成熟、健全，规避所赖以利用的法律空间必定越来越小。GATT及WTO体制的建立和发展线索充分证明了这一点：GATT47第20条只规定了一般例外条款，却没有对例外条款的运用予以过多的约束，因而给各国利用技术性贸易壁垒措施来滥用例外条款留下了较大的可操作余地；东京回合“技术性贸易壁垒守则”直接规范技术性贸易壁垒措施，使对此种规避手段受到初步限制。但因为规范的角度比较单一，内容也较为笼统，特别是在农产品领域的疏漏明显；WTO体制引入更系统、具体的约束机制，在《TBT协定》之外，又专门针对限制农产品贸易的一些特定的技术性贸易壁垒措施--SPS措施制定了法纪，并与《农产品协定》相互衔接，有效地弥补了原有制度中的缺漏；与此同时，现行WTO体制还充分发挥争端解决机制的作用，对法律文本中可能存留的漏洞加以进一步地填补。就后者而言，不难想见，表现为国内法规制形式的规避技艺，其形成与实施所可以仰仗的都只是单一国家或地区的技术、法律和经济资源，与多边法律制度下来自多方面的群体共同资源相比处于劣势的是大多数。换言之，世界上只有极少数集技术、法律及经济资源优势于一身的国家和地区才具备在这方面一展身手条件。

3、发展中国家更加困难的处境

相对于发达国家而言，发展中国家在建构自身TBT体制时现实处境更加困难。说到底，TBT的国内法规制程度及其效果都不完全取决于各国规制的主观意愿，而是由其经济实力、技术水平及整体法律制度的综合发展状况所决定。发达国家在经济、技术及法律体制上的绝对优势也决定了它们在现实及未来技术性贸易壁垒领域中的绝对优势：既占据了现实的壁垒阵地并处于高端，也把握着未来壁垒战场的主动权和支配权；而发展中国家不仅绝大多数国家的绝大多数产品的生产能力和技术水平远比发达国家低，而且绝大多

数国家的法律制度建设也远比发达国家落后。可以想见，在本国生产能力不足需要依赖进口的国家和地区，或者在本国产品的技术水平比其他国家还要低的情况下，或者在国内法律制度尚处于零散、混乱阶段的时候，如何可能有效地利用技术性贸易壁垒措施呢？所以，广大发展中国家理应对在该领域内与发达国家之间进行对抗的长期性和艰难性有充分的认识和准备。

当然，上述结论首先并不排除少数例外存在的可能--少数发展中国家或少数产品领域；其次，也不能由此推论“发展中国家不会或不能实施此种规制”。事实上，如前所述，国际贸易现实中，目前发展中国家所采取的此类规制措施，至少在数量上并不比发达国家为少，[26]但问题的关键在于：在付出高昂规制成本的同时，事实上，是否能够达到规制实效--切实地起到限制进口并保护国内市场的目的？限制的对象是谁--是真正的竞争对手，还是合作伙伴，甚或是自己？法律上，能否成功地通过国际法律体制的检验？

Abstract: The technical barriers to trade are the biggest obstacles to both international trade and multilateral legal trade system. The connotation of the technical barriers to trade varies completely in different text. Shown mainly as national rules and regulations, TBT measures of different countries share many characters in common, such as the legislative targets, jurisdiction, contents, system and the tendency. However, in terms of their restrains to the international trade, those rules and regulations of the developed countries, especially the main trade countries in the world, play the substantial and hold back role. At the same time, in compare with the other trade protection measures, this kind of measures is easier to be implemented. Nevertheless, under the background of globalization of economy and legal systems, this kind of trade barriers is also subjected to the restrictions of the other countries' rules and regulations as well as the multilateral legal rules. Therefore, to build up a national regulatory system in TBT areas, a country will be trapped into a dilemma on how to get the balance between antagonism and harmony, between achieving the maximization of the sovereign benefits and obeying its obligations of the international treaties. And a developing country will confront more difficulties in this regard for their lower levels in economy, technique and legal system.

Keywords: TBT, National rules and regulations, Connotation, Share many characters in common, Difficulties

作者：肖冰，南京大学法学院教授，法学博士。

地址：南京大学法学院，邮编210093

电话：025-83211875（H）；13901585686

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720