

# 浅谈TBT与GATT国民待遇原则的 选择适用问题

杨淑君

(北京大学, 北京 100871)

**摘要:** 作为WTO协议附件1A的协议, TBT和GATT都规定了成员方的国民待遇义务, 两者在适用范围上有一定的交叉, 如果申诉方同时提起这两项协议项下有关国民待遇义务的申诉请求, 争端解决机构就可能面临累积适用两项规则或者适用其中一项规则的选择。根据广义的冲突定义, 这两项规则之间存在潜在的冲突, 虽然争端解决机构可以依据司法经济原则避免冲突的产生, 但是更好地避免冲突的路径是依据相关的冲突规则选择其中一项规则排除另一项规则的适用。

**关键词:** 国民待遇; 同类产品; 不低于待遇; 潜在冲突

**中图分类号:** F741 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)01-0028-12

《技术性贸易壁垒协议》(“TBT”)第2.1条和GATT1994(“GATT”)第III:4条都规定了国民待遇义务, 其适用范围有一定的重叠。这种现象在WTO协议中并不少见, WTO协议附件1A主要是关于货物贸易领域的多边协议, 包括了GATT、TBT协议、SPS协议等, 这些协议的适用范围有一定的交叉。例如TBT和GATT都规定了成员方在国内法规规章方面的国民待遇义务, 但是两者的内容并不尽然相同,<sup>①</sup>这种不同是否构成冲突是回答适用问题的一个重要前提。如果两者之间是补充的关系, 则都应当得到适用, 如果两者之间存在冲突, 则应当根据WTO协议《附件1A的一般解释性说明》选择适用。<sup>②</sup>

美国金枪鱼案中, 墨西哥认为美国在金枪鱼产品标签方面的规定使来自墨西哥的金枪鱼产品受到歧视性待遇, 因而向WTO争端解决机构提出申诉。墨西哥针对上述措施提出了TBT第2.1条和GATT第III:4条项下的申诉请求。针对这两项规则应当如何适用的问题, 专家组认为TBT比GATT规定得更为具体, 更具特殊性。同时, 根据《马拉喀什建立世界贸易组织协议》(“WTO协议”)《附件1A的一般解释性说明》, GATT的条款与附件1A中其他协议的条款发生冲突时应当以后者为准, 专家组据此认为应当先审查TBT项下的申诉请求。<sup>③</sup>由于TBT第2.1条和GATT第III:4条之间存在很

<sup>①</sup> *United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, para.405.

<sup>②</sup> *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU, para.7.161.

<sup>③</sup> *United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, para.7.43.

大的共性,因此专家组根据司法经济原则(judicial economy)不再审查GATT项下的申诉请求。<sup>①</sup>但是上诉机构认为这两项规则的范围和内容都是不同的,如果涉案措施不违反TBT第2.1条,那么应当继续对GATT项下的申诉请求进行审查。<sup>②</sup>

本文认为TBT第2.1条和GATT第III:4条之间存在潜在冲突,在成员方同时提起这两项规则项下的请求时,应当依据相关冲突规则只适用前者。TBT中没有类似SPS第2.4条的规定,即一项措施如果被认为不违反SPS,则推定其不违反GATT中有关食品检验或者动植物防疫方面的义务,包括GATT第XX条(b)款。也就是说一项措施符合TBT并不能当然推定其符合GATT的相关规定,这种情况下认定两者之间是否存在冲突这个问题尤为重要。本文第一部分首先简单介绍并比较TBT第2.1条和GATT第III:4条关于国民待遇的规定,考察两者之间存在哪些区别。第二部分将分析理论上以及WTO实践中如何界定冲突。在比较的基础上,第三部分将分析这两项规则之间是如何存在潜在的冲突,以及如何避免和解决这种冲突。

## 一、GATT与TBT关于国民待遇原则的规定

GATT第III:4条和TBT第2.1条都规定了成员方的国民待遇义务,两者在形式和内容上都有一定的区别,尤其是针对国民待遇义务的抗辩上,TBT允许的抗辩范围似乎比GATT第XX条更大,冲突的可能性亦产生于此。

### (一) GATT与TBT的关系

GATT与TBT都是WTO协议附件1A中的协议,TBT旨在通过规范特定的措施促进GATT目标的进一步实现,针对这些措施成员方在TBT项下承担的义务不同于其在GATT项下的义务。<sup>③</sup>美国丁香烟案上诉机构指出TBT是GATT的进一步发展(step forward),两者在适用范围上有一定的交叉,同时TBT序言部分所体现的利益平衡,即避免对国际贸易造成不必要限制与承认成员方监管自由之间的平衡,原则上与GATT的利益平衡相同,在后者项下体现为第III条规定的国民待遇义务和第XX条规定的例外。<sup>④</sup>也就是说TBT是对GATT的进一步发展,并且两者在适用范围上有一定交叉,但是具体两者的法律位阶如何,是否属于一般法和特别法的关系?如同美国原产地标签案中加拿大在上诉时所提到的,<sup>⑤</sup>两者之间关系尚不明确。

### (二) 国民待遇原则的相关规定

TBT的国民待遇原则体现在第2.1条:“各成员应保证在技术法规方面,给予源自任

① *United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, para.7.748.

② *United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, paras.405-406.

③ *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para.80.

④ *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS401/AB/R, para.96.

⑤ *United States-Certain Country of Origin Labeling Requirements*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, para.141.

何成员领土上进口的产品不低于其给予本国同类产品或来自任何其他国家同类产品的待遇。”GATT第III:4条适用于成员方的国内管理措施：“一成员方领土的产品输入到另一缔约国领土时，在影响产品国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的全部法令、条例和规定方面，所享受的待遇应不低于本国同类产品享有的待遇。”

从形式上来讲，GATT第III:4条和TBT第2.1条针对国民待遇的规定有相似之处：第一，两者都规定了成员方的国民待遇义务，但是GATT第III:4条的适用范围较TBT协定第2.1条更广。第二，两协定对国民待遇原则的规定中都有类似“同类产品”（like product）、“不低于待遇”（no less favorable treatment）的核心字眼。同时，两者也有一定区别，主要体现在国民待遇的一般原则和例外情形方面：第一，GATT第III:4条项下的国民待遇义务受到GATT第III:1条规定的一般性原则的指导。<sup>①</sup>第二，GATT允许成员方在第XX条规定的10项例外情况下背离国民待遇义务，如果某项措施违反了GATT第III:4条的国民待遇原则，被申诉方可以通过证明争议措施符合GATT第XX条列出的例外情形来进行抗辩。TBT第2.1条则没有像上述原则和一般例外的规定。

从内容来讲，WTO争端实践表明成员方在相关规则项下承担的义务取决于个案分析（case-by-case analysis），其实很难去界定这两项有关国民待遇的规定的范围和界限，本文试图从以往争端实践中发展出的法律原则（jurisprudence）进行比较，主要包括“同类产品”（like product）和“不低于待遇”（no less favorable treatment）。

### （1）“同类产品”

自1949年至1987年间，大多数违反GATT国民待遇义务的措施与“法律上的歧视”（de jure discrimination）有关，即涉案措施仅仅依据产地因素对进口产品给予低于国内同类产品的待遇，但是从1987年之后更多是关于“事实上的歧视”（de facto discrimination）的认定。<sup>②</sup>对于可能存在事实上的歧视的情形，争端解决机构首先认定涉案产品是否构成GATT第III:4条项下的“同类产品”，最普遍适用的是“BTA标准”，<sup>③</sup>该标准自日本酒精饮料案<sup>④</sup>和美国汽油案<sup>⑤</sup>以来一直被采纳。<sup>⑥</sup>欧盟石棉案中上诉机构提出的“竞争导向型分析方法”（competition-oriented approach）也在后来的争端解决案件中得到支持，即GATT第III:4条的法律原则从本质上来讲是关于涉案进口产品和国内产品之间的竞争关系的实质和程度。<sup>⑦</sup>此外，还有备受争议的“目标-效果分析方法”（aim-and-effect），自美国麦芽糖饮料案<sup>⑧</sup>和美国汽车案<sup>⑨</sup>中提出后就遭到各方的批评，

① *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para.100.

② Weihua Zhou, “US-CLOVE Cigarettes and US-TUNA II (MEXICO): Implications for the Role of Regulatory Purpose under Article III:4 of the GATT”, *Journal of International Economic Law*, 2012,15(4):1075-1122.

③ *The Report of Working Party on Border Tax Adjustments*, BISD 18S/97, para. 18.

④ *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 19.

⑤ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para.6.8.

⑥ *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS401/R, para.7.121.

⑦ *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para.99.

⑧ *United States-Measures affecting Alcoholic and Malt Beverages*, BISD 39S/206, paras.5.25 and 5.71.

⑨ *United States-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, BISD 39S/206, 270-271(1992), paras.5.25-5.71.

欧盟香蕉案和日本酒精饮料案中对此方法进行了否定。<sup>①</sup>

美国丁香烟案中专家组首次对TBT第2.1条的法律原则进行了详细分析和阐述,此前只有欧盟地理标志保护案中简单涉及过。<sup>②</sup>除了毫无争议地采用“BTA标准”外,专家组倾向于强调监管目的(regulatory concerns)的重要性,但是上诉机构对此予以否定,认为TBT第2.1条对“同类产品”认定的实质是关于涉案进口产品和同类产品之间的竞争关系,也就是遵循了GATT第III:4条项下的法律原则,但是也指出如果前述“监管目的”影响前述竞争关系,也应当将其考虑在内。<sup>③</sup>

## (2) “不低于待遇”

争端解决机构认定GATT第III:4条“不低于待遇”时主要是考虑有关进口产品是否实质上获得了平等的竞争机会。<sup>④</sup>如果成员方采取的监管措施使进口产品和国内产品之间的平等竞争条件发生了改变,使进口产品相比国内产品处于竞争上的不利地位,从而给进口产品造成了损害,则该进口产品所享受的待遇可能就会被认定低于国内同类产品的待遇。<sup>⑤</sup>

但是GATT案件中对于“不低于待遇”的认定是否应当考虑“监管目的”这一问题不太明确。多米尼加香烟案中,上诉机构认为“不低于待遇”应当考虑进口产品遭受的损害或不利地位是否由“与产品原产地无关的因素”(factors unrelated to origin)造成。<sup>⑥</sup>有学者认为这样的做法实际上是采用了“目的-效果分析方法”,也就是“不低于待遇”的认定不但考虑监管措施对相关产品的竞争条件造成的影响,还考虑了成员方采取监管措施的目的。<sup>⑦</sup>欧盟生物产品案中,专家组也肯定了上述方法。<sup>⑧</sup>泰国香烟案中,专家组否认了考虑监管措施目的的必要性,<sup>⑨</sup>但是该案中的争议措施是针对特定产品原产地的(origin specific),而不是像前两个案件中的涉案措施一样不针对特定产品原产地无关(origin neutral)。<sup>⑩</sup>

对于“不低于待遇”的认定,TBT案件在沿袭GATT案件中有关竞争关系的法律原则基础上有所发展。上诉机构认为,考虑涉案措施是否违反TBT第2.1条时,应当考虑相关市场上的竞争关系是否发生了改变,进而导致进口产品与国内同类产品相比受到了损

① *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, para. 215; *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 18.

② *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, para.7.71.

③ *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, para.156.

④ *Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, 16 January 1989, para.5.10.

⑤ *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p16; *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para.137.

⑥ *Dominican Republic-Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para.96.

⑦ Mireille Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the Circle*, WTO Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2006-08, p 28.

⑧ *EC-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, para.7.2514.

⑨ *Thailand-Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, para.7.746.

⑩ Weihua Zhou, “US-CLOVE Cigarettes and US-TUNA II (MEXICO): Implications for the Role of Regulatory Purpose under Article III:4 of the GATT”, *Journal of International Economic Law*, 2012, 15(4): 1075-1122.

害。<sup>①</sup>但是,如果涉案措施不是从法律上歧视(*de jure discriminate*)而是从事实上歧视(*de facto discriminate*)进口产品,那么即使涉案措施改变了进口产品与国内同类产品的竞争条件从而使进口产品遭受不利影响,也不足以证明涉案措施给予进口产品的待遇低于其给予国内产品的待遇,专家组还应考察上述不利影响是否“仅由合理正当的监管区别所造成”(stems exclusively from legitimate regulatory distinction),以及是否反映了对进口产品的歧视。<sup>②</sup>

TBT案件中上诉机构在“不低于待遇”阶段引入对“正当监管区别”的审查,GATT案件中与此相对应的是GATT第XX条。违反了GATT第III:4条的成员方可以援引GATT第XX条所列的例外情形进行抗辩,例如“为了维护人类及动植物生命或健康所必需”或者“为保护可用竭的自然资源的有关措施,并且此措施同限制国内生产与消费的措施一同实施”,但是需要满足该条序言中规定的条件,即“此类措施的实施不在情形相同的国家之间构成任意或者武断的歧视,或者构成对国际贸易的变相限制”。<sup>③</sup>

综上所述,1)针对“同类产品”的认定,GATT第III:4条和TBT第2.1条基本上遵循了同样的法律原则,即考虑进口产品和国内产品之间的竞争关系;2)针对“不低于待遇”的认定,GATT第III:4条和TBT第2.1条也遵循了相似的法律原则,即从竞争关系的角度考虑进口产品是否相比国内同类产品处于不利地位;3)针对事实上可能造成歧视待遇的抗辩,GATT第XX条只规定了10种例外情形,TBT第2.1条审查的“正当监管区别”涵盖的范围并不局限于GATT第XX条所列情形。假设成员方有权以某项正当的监管区别抗辩TBT项下的国民待遇义务,但是该项正当的监管区别没有包括在GATT第XX条中,这种可能性从理论上来讲是存在的。相比之下,TBT第2.1条项下成员方可以援引的例外情形的范围似乎比GATT第XX条穷尽的10项例外情形更广,至少理论上来讲是可能的。

## 二、冲突的界定

GATT与TBT有关国民待遇原则的规定在措辞上有相似之处,但是其体现的法律原则有所不同,TBT允许的抗辩范围似乎比GATT第XX条更大,这种不同是否构成冲突取决于冲突的定义。目前学界对冲突的界定主要有狭义说和广义说,狭义说将冲突限定在义务之间的冲突,而广义说认为冲突不仅包括义务之间的冲突,还包括权利和义务的冲突,WTO实践中对此也没有一致的结论。本文认为广义的冲突定义更为合理。

### (一) 什么是冲突

#### 1. 狭义的冲突定义

詹克斯(Wilfred Jenks)认为法律规定之间的不同并不一定就是冲突,“只有当两

<sup>①</sup> *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, paras.180-182.

<sup>②</sup> *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, paras.180-182. Also see *US-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, para. 215.

<sup>③</sup> 《关税与贸易总协定》第XX条。

个条约的同一缔约国无法同时遵守这两个条约规定的义务时才会产生狭义意义上来讲的直接的不相容 (direct incompatibility), 即冲突”,<sup>①</sup>实质就是将冲突局限为义务与义务之间的冲突。卡尔 (Wolfram Karl) 等学者也采取类似的狭义的冲突定义方式。

玛索 (Marceau) 支持詹克斯对冲突进行狭义定义的做法, 她指出对冲突进行狭义或者宽泛的界定取决于对国际法律秩序的界定, 对冲突进行宽泛定义可能使当事方达成的协议失去效力, 而采取狭义定义能使最狭义的义务得到履行。<sup>②</sup>例如, 当多边环境条约授权或者允许成员方使用GATT所禁止的贸易限制措施来保护环境时, 实际上不存在狭义意义上的冲突 (即义务冲突), 因为成员方可以通过放弃多边环境条约中的授权来履行GATT项下的义务。<sup>③</sup>

## 2. 广义的冲突定义

也有学者不赞同对冲突进行严格定义。鲍威林 (Joost Pauwelyn) 对冲突提出了更宽泛的解释, 他将冲突分为4种类型: 命令性规则与命令性规则的冲突、命令性规则与禁止性规则的冲突、命令性规则与免责性规则的冲突、命令性规则与授权性规则的冲突, 前两种冲突属于义务之间的冲突, 后者属于义务和权利之间的冲突。<sup>④</sup>根据鲍威林的定义, 法律规则的冲突是指对某一法律规则的遵守导致或者可能导致对另一法律规则的违反, 这不仅包括义务与义务之间的冲突, 也包括了义务和明示的权利之间的冲突。<sup>⑤</sup>

国际法委员会也采取了较宽泛的冲突定义, 根据国际法委员会研究组的报告, 冲突产生于两项规则对同一个问题有不同处理方式时,<sup>⑥</sup>或者“两个都有效和适用的规则会产生不一致的决定, 因此必须在两者之间作一抉择的情况”。<sup>⑦</sup>

### (二) WTO争端解决实践中对冲突的解释

WTO协议中不乏冲突规则的存在, 例如WTO协议《附件1A的一般解释性说明》规定GATT1994的规定与附件1A中其他协议中的规定发生冲突时应当以后者为准, 但是这里的冲突如何定义并不明确。美国原产地标签案中专家组直接援引了欧盟香蕉案来说明TBT第2.1条和GATT第III:4条之间不存在相互排斥的义务, 但是WTO实践中对冲突并没有一致的解释。欧盟香蕉案似乎是采纳了广义的冲突定义, 但是专家组依据两项规则之

① Wilfred Jenks, “Conflict of Law-Making Treaties”, *The British Yearbook of International Law*, 1953, 30:426.

② Gabrielle Marceau, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, 2001, 35(6): 1081-1131.

③ Gabrielle Marceau, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, 2001, 35 (6):1086.

④ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003.

⑤ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003.

⑥ Report of the Study Group of the ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N.Doc. A/CN.4/L.682,13 April 2006.

⑦ Report of the Study Group of the ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N.Doc. A/CN.4/L.702,18 July 2006.

间不存在相互排斥的义务得出冲突不存在的结论,而没有再进一步分析另外一种冲突存在的可能性。印度尼西亚汽车案中则明确采取了狭义的冲突定义,专家组认为可以通过限制行使一项规则授予的权利来履行另一项规则规定的义务,排除了权利与义务之间产生冲突的可能。土耳其纺织品案中虽然采取了狭义的冲突定义,但是专家组随后分析了相关规则是否存在权利和义务的冲突。

### (1) 欧盟香蕉案

专家组认为下列情况下会产生法律规则的冲突:1) 两项规定项下的义务是相互排斥的(mutually exclusive),使得成员方不可能同时履行这两项义务;2) 某一项条约禁止另一项条约中明示允许的行为,例如成员方依据《纺织品与服装协定》第2条在特定条件下有实行数量限制的权利,而这种行为是GATT第XI条禁止的,这种情况也属于冲突。<sup>①</sup>但是专家组也指出两项规则规定不同,但是相互补充的义务不构成冲突,这种情况下成员方应当同时遵守这两项规则。<sup>②</sup>最终专家组认定该《许可协议》、TRIMs和GATT的相关规定之间不存在相互排斥的义务,即不存在冲突。<sup>③</sup>该案似乎是采纳了广义的冲突定义,将权利和义务之间的冲突也包括在内,但是专家组依据两项规则之间不存在相互排斥的义务得出冲突不存在的结论,而没有再进一步阐述另外一种冲突存在的可能性。

### (2) 土耳其纺织品案

印度认为土耳其对印度纺织品采取的数量限制措施违反了GATT第XI条和第XIII条以及《纺织品和服装协议》第2.4条,土耳其则认为GATT第XXIV条有关区域贸易协定的规定构成“特别法”(lex specialis),因而可以抗辩GATT规定的数量限制义务。<sup>④</sup>与前述案件中一样,专家组援引了詹克斯对冲突的定义,认为“如果某一项法律文件的义务比另一项法律文件的义务更为狭义,而不是互不相容,则这两个法律文件不存在冲突;或者如果通过限制一项法律文件赋予的优惠或者权利能使履行另一项法律文件的义务成为可能,则这两个法律文件不存在冲突。”<sup>⑤</sup>虽然这种狭义的冲突定义方式否定了上述两项规则之间存在冲突,但是专家组随后又分析了GATT第XXIV条是否允许《纺织品和服装协议》所禁止的行为,认为前者不允许成员方背离GATT其他相关条款以及《纺织品和服装协议》的要求,进而驳回了土耳其的抗辩依据。<sup>⑥</sup>这样的分析似乎有些矛盾,如果依据狭义的冲突定义,专家组根本无需再审查GATT第XXIV条是否赋予了成员方可以背离其义务的权利。<sup>⑦</sup>

### (3) 印度尼西亚汽车案

① EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/ECU, para.7.159.

② EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/ECU, para.7.160.

③ EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/ECU, para.7.162.

④ Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WTT/DS34/R, 31 May 1999, para.9.88-9.95.

⑤ Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WTT/DS34/R, 31 May 1999, para.9.88-9.95.

⑥ Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WTT/DS34/R, 31 May 1999, para.9.88-9.95.

⑦ Erich Vranes, "The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory", *The European Journal of International Law*, 2006, 17 (2):395-418.

专家组认为国际法上的冲突是指两个条约针对同一事项规定了相互排斥的义务，也就是说两个条约中包含着不能同时遵守的义务时就会产生冲突。<sup>①</sup>正是因为采取了这种狭义的冲突定义方式，专家组没有采纳印度尼西亚援引《补贴与反补贴协议》<sup>②</sup>的抗辩。<sup>③</sup>TRIMs中禁止当地成分规则与《补贴与反补贴协定》有关当地成分规则的过渡期之间也不构成冲突，因为印尼可以通过不提供以满足当地成分为条件的补贴来遵守其义务。<sup>④</sup>专家组还将冲突分为“一般冲突”（general conflicts）和“特定冲突”（specific conflicts），前者是指协议整体之间的冲突，例如GATT与《补贴与反补贴协议》之间的冲突，后者是指协议的特定条款之间的冲突，例如GATT第III条与《补贴与反补贴协议》某一特定条款的冲突。WTO协议附件1A的解释性说明中提及的冲突解决方式适用于特定冲突，而不适用于一般冲突。<sup>⑤</sup>

综上所述，狭义的冲突定义方式将冲突限定在义务与义务之间的冲突，而广义的冲突包括了义务与义务之间的冲突，也包括义务与权利之间的冲突。相比之下，本文认为广义的冲突定义更合理，因为狭义的冲突定义是通过限制或者放弃权利来遵守义务，这使得权利的存在失去意义，与条约的解释原则相违背。如果一项规则允许另一项规则所禁止的行为，按照狭义的冲突定义，这两者是不存在冲突的，因为可以通过限制行使一项规则授予的权利来履行另一项规则规定的义务。但是这样的解释也会使其中一项规则归于无效，这与应当以避免使条约归于无效的方式对其进行解释的原则不相符。<sup>⑥</sup>同样，假设一项规则规定著作权保护的最低年限是40年，另一项规则规定了50年，按照狭义的冲突定义，这两项规则之间不存在冲突，直接适用较狭义的义务，即50年的最低保护期限，但是在40年保护期过后，第一项规则实际上默许了成员方可以不用再给予著作权保护，但是第二项规则要求成员方应当再给予10年的保护，这实际上是权利与义务之间的冲突。<sup>⑦</sup>有鉴于此，本文倾向于支持广义的冲突定义，如果遵守或适用一项规则（包括授权性规则，无论是明示或者默示的）会导致或者可能导致另一项规则的违反，那么这两项规则之间存在冲突。与此同时，本文也意识到虽然狭义的冲突定义有违背成员方意志之嫌，但是广义的冲突也可能使虚假冲突升级成为真实的冲突，在WTO实践中对冲突的界定有必要采取谨慎态度。

### 三、TBT与GATT国民待遇原则的适用分析

① *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, note 649.

② *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, paras.14.36, 14.56.

③ See Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003.

④ *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, paras.14.50-14.51..

⑤ *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, note 647-650.

⑥ *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU, para. 7.159, note 401.

⑦ Erich Vranes, "The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory", *The European Journal of International Law*, 2006, 17 (2):395-418.

WTO实践中出现过同时涉及TBT第2.1条和GATT第III:4条项下请求的案件,虽然争端解决机构所依据的理由不同,但是最终都止步于其中一项规定的审查,从而避免了冲突的产生。本文认为这两项规则之间存在潜在冲突,在申诉方同时提起两项规则项下的申诉请求时应当依据WTO协议《附件1A的解释性说明》只审查TBT项下的请求。

### (一) 相关的WTO实践

下列案件与美国金枪鱼案一样都同时涉及GATT第III:4条和TBT第2.1条项下申诉请求,在这些案件中争端解决机构对于应当选择适用还是累积适用这两者的问题没有明确和一致的答案,这个问题对于争端解决机构来说甚至都不能称之为问题,因为争端解决机构在这些案件中大多依据司法经济原则止步于审查这两项规则中的一项,直到美国丁香烟案、美国金枪鱼案和美国原产地标签案中接连出现这个问题时才凸显冲突界定的必要性。虽然美国原产地标签案中专家组指出这两项规范之间不存在相互排斥的义务,也就是不存在冲突,但是专家组没有进行太多的论证,争议方也没有就此问题提出上诉。

(1) **美国汽油案** 申诉方委内瑞拉和巴西认为美国制定的汽油规则给进口汽油的待遇低于其给予国内汽油的待遇,违反了GATT第III:4条以及TBT第2.1条,专家组首先对GATT第III:4条项下的请求进行审查,在裁定涉案措施违反了该条项下的国民待遇义务后,认为没有必要再审查TBT第2.1条。<sup>①</sup>

(2) **欧盟地理标志保护案** 申诉方澳大利亚认为涉案措施有关标签的要求违反TBT第2.1条,但是如果专家组裁定涉案措施不是TBT意义上的技术法规,则应当审查该措施是否违反GATT第III:4条。专家组裁定涉案措施是技术法规,虽然最终认定该措施有关标签的要求不违反TBT第2.1条,但也没有再对GATT第III:4条进行分析。<sup>②</sup>

(3) **美国丁香烟案** 申诉方印度尼西亚认为美国的香烟销售规定违反了TBT第2.1条和GATT第III:4条,但是将GATT第III:4条作为TBT第2.1条的替代性(alternative)请求。因此专家组在裁定涉案措施违反TBT第2.1条后以“司法经济原则”(judicial economy)为由不再对GATT第III:4条项下的请求进行审查。<sup>③</sup>

(4) **美国原产地标签案** 申诉方加拿大和墨西哥认为美国有关原产地标签的相关规定违反了TBT第2.1条和GATT第III:4条,专家组认为这两项规则之间没有相互排斥的义务,也就是说两者之间不存在WTO协议《附件1A的一般解释性说明》意义上的冲突。<sup>④</sup>同时,TBT第2.1条和GATT第III:4条在义务性质上类似,专家组裁定涉案措施违反了前

<sup>①</sup> *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, paras.6.4, 6.48.

<sup>②</sup> *European Communities-Protection of Trademarks and Geographic Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R, para.7.68.

<sup>③</sup> *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS401/R, para.7.294.

<sup>④</sup> *United States-Certain Country of Origin Labeling Requirements*, WT/DS384/R, para.7.233.

者,并根据司法经济原则没有再对后者项下的申诉请求进行审查。<sup>①</sup>加拿大对此提出上诉,认为TBT第2.1条和GATT第III:4条之间的关系尚不明确,上诉机构应当完成对GATT第III:4条项下请求的审查,但是加拿大的这项上诉请求的前提是上诉机构推翻专家组针对TBT第2.1条项下请求的裁决。<sup>②</sup>上诉机构最终维持了专家组对于TBT第2.1条项下的裁决,加拿大的上诉请求前提不成立,因此上诉机构也就没有再审查GATT第III:4条。<sup>③</sup>

综上所述,专家组和上诉机构结合审查顺序和司法经济原则避免了TBT第2.1条与GATT第III:4条之间冲突。成员方提出多项申诉请求时,裁决机构会先确定审查这些申诉请求的顺序,特别法优于一般法的冲突解决原则在这里被用来确定审查的顺序。上诉机构认为在面对GATT的特定条款和WTO附件1A其他协议的特定条款有相同范围并且同样适用的情况下,应当先审查规定更为具体和详细的条款项下的请求。<sup>④</sup>TBT协议为进一步促进GATT目标的实现,对特定类别的措施作出了更加具体详细的规定,因此TBT应当先于GATT得到审查。<sup>⑤</sup>

认定争议措施是否符合TBT第2.1条后,裁决机构需要考虑是否继续审查GATT第III:4条项下的申诉请求。从司法经济的角度来讲,裁决机构不需要审查申诉方提出的所有主张,如果裁定涉案措施违反了某项协议规定就足以使争议得到解决,那么裁决机构就没有必要裁定该措施违反了多项协议规定,<sup>⑥</sup>所以裁决机构只需要审查那些为解决涉案争议所必要的申诉请求。<sup>⑦</sup>也就是说,司法经济原则允许裁决机构放弃审查成员方提出的部分申诉请求,前提是这不会导致争议只得到部分解决。<sup>⑧</sup>在上述WTO案件中,裁决机构先依据特别法优先原则审查TBT第2.1条,然后依据司法经济原则不再审查GATT第III:4条。但是如果涉案措施符合TBT第2.1条,是否需要继续审查GATT的适用?美国金枪鱼中上诉机构认为应当继续审查,但是本文认为这种情况下应当依据冲突规则排除GATT第III:4条的适用。

## (二) TBT第2.1条与GATT第III:4条之间的选择适用

### 1. TBT第2.1条与GATT第III:4条规范的事项有一定重叠

构成国际法上的法律冲突有一个重要前提,即相关条约针对“同一事项”做出了不同规定,这一点在《维也纳条约法公约》第30条中有所体现。印度尼西亚汽车案专家组援引的国际公法学说中也认为冲突的构成要件之一是相关条约规定了相同事项(the same

<sup>①</sup> *United States-Certain Country of Origin Labeling Requirements*, WT/DS384/R, para. 7.807.

<sup>②</sup> *United States-Certain Country of Origin Labeling Requirements*, WT/DS384/AB/R, para. 141.

<sup>③</sup> *United States-Certain Country of Origin Labeling Requirements*, WT/DS384/AB/R, para. 493.

<sup>④</sup> *US-Final Countervailing Duty Determination with respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, para. 134.

<sup>⑤</sup> *European Communities-Regime for the Importing Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, para. 204.

<sup>⑥</sup> *Canada -Measures relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/AB/R, para. 133.

<sup>⑦</sup> *US - Measures Affecting Imports of Women Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, p. 17-20.

<sup>⑧</sup> *US-Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, para. 732.

substantive subject matter)<sup>①</sup>。TBT第2.1条规范的事项是成员方在技术规章方面的国民待遇义务，GATT第III:4条规范的事项是成员方在国内规章方面的国民待遇义务，后者规范的“国内规章”与前者规范的“技术规章”不一定是包含与被包含的关系，但至少存在一定的重叠。也就是说成员方制定的技术法规可能同时是影响产品国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的法规。

## 2. TBT第2.1条与GATT第III:4条的规定存在潜在冲突

如前文所述，TBT第2.1条允许的抗辩范围似乎比GATT第XX条更大，按照狭义的冲突定义，如果一项规则比另一项规则规定的义务更加狭义，但并非不相容，则不存在冲突，也就是说可以通过不行使或者限制行使TBT项下针对“正当的监管区别”的自由裁量权来遵守GATT项下的国民待遇义务，两者之间不存在冲突。但是按照广义的冲突定义，权利（成员方有权利将某项正当的监管区别作为国民待遇义务的抗辩依据，因而无需对涉案措施作出修正）与义务（由于GATT第XX条不包括该项正当监管区别，成员方有义务使相关措施符合国民待遇义务的有关规定）之间会发生冲突，据此TBT第2.1条和GATT第III:4条之间是存在冲突的。

## 3. 选择适用TBT第2.1条

如同WTO协议中存在的其他冲突<sup>②</sup>一样，TBT第2.1条和GATT第III:4条之间的冲突只是潜在冲突或者虚假冲突，因为只有成员方同时提出TBT第2.1条和GATT第III:4条项下的主张时才可能发生遵守一项协定可能导致对另外一项协定的违反的状态，这种冲突只在个案中出现，而不是一种普遍的当然的状态。并且这种“权利”和“义务”之间的冲突不是基于两协议中的明文规定，而是基于争端解决机构的造法活动发展出的法律原则，未来的实践中将如何阐述该法理有很大的不确定性，争端解决机构有很大的自由裁量空间，因此这种冲突是潜在的。例如有学者认为对于GATT第III:4条项下的申诉请求也应当引入监管目标的考察，这个监管目标不应当局限于GATT第XX条列出的10项内容，<sup>③</sup>这样的话，TBT与GATT之间的冲突就可能得到避免。虽然以往的WTO实践中专家组和上诉机构通过结合审查顺序和司法经济原则同样能够避免对GATT的审查，但是美国金枪鱼案中上诉机构指出在涉案措施符合TBT第2.1条的情况下应当继续审查GATT第III:4条，也就是说成员方就同一项涉案措施可能会被认定为符合TBT的国民待遇义务，但是违反了GATT的国民待遇义务。本文认为更好的避免冲突的方法就是依据WTO协议《附件1A的一般解释性说明》只审查TBT第2.1条项下的请求，无论涉案措施是否符合该

<sup>①</sup> *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, note 649.

<sup>②</sup> Claude Chase, "Norm Conflict between WTO Covered Agreement-Real, Apparent or Avoided?" *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, 61(4): 791-821.

<sup>③</sup> James Flett, "WTO Space for National Regulation: Requiem for Diagonal Vector Test", *Journal of International Economic Law*, 2013, 16(1): 37-90.

项规定，都不再对GATT项下的请求进行审查。

## 总结

TBT第2.1条和GATT第III:4条都规定了成员方的国民待遇义务，实践中也出现了成员方同时提起两条规则项下的申诉请求的情况。本文通过分析认为这两条规则之间存在潜在的冲突，之所以说其是冲突，是因为这一项规则规定的义务可能比另一项规定的义务更严格，是广义上的冲突；之所以说其是潜在的，是因为冲突的产生取决于申诉方的主张，并且这种冲突不是源于文本的明确规定，而是源于争端解决机构自由裁量权的行使。虽然以往的实践表明争端解决机构通过审查顺序和司法经济原则的结合避免了两者之间的冲突，但是更好的避免冲突的路径是在成员方同时提起TBT和GATT项下的国民待遇主张时，依据相关的冲突规则只审查TBT项下的申诉请求，无论涉案措施是否符合TBT第2.1条，都不再审查GATT第III:4条。

**【作者简介】** 杨淑君：北京大学法学院博士研究生。研究方向：国际经济法。

## Exploring the Choice of Application between the TBT and the GATT Regarding National Treatment

YANG Shu-jun

(Peking University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** As the agreements under the WTO Agreement Annex 1, both the TBT and the GATT have provisions about national treatment obligations of the Members. The two agreements have overlaps in application scope, so it is possible that when Members file claims under both agreements regarding national treatment clauses, the disputing tribunal might face the choice of applying the two provisions accumulatively or applying one of them exclusively. There is potential conflict between the two provisions in terms of the broad definition of conflict. The tribunal could avoid such conflict by judicial economy, but the better way is to apply one provision while excluding the other in accordance with relevant conflict rule in the WTO Agreement.

**Keywords:** national treatment; like product; no less favorable treatment; potential conflict

(责任编辑：黄志瑾)