

探究美國丁香香菸案之小組如何檢視 TBT 協定

第 2.2 條「more trade-restrictive than necessary」要件

林子仙、戴心梅、莊雅涵、田起安

世界貿易組織 (World Trade Organization, 以下簡稱 WTO) 於今 (2011) 年 9 月 2 日發佈美國丁香香菸案 (*US—Clove Cigarettes*) 之小組報告 (Panel Report)¹。此案係爭端解決小組首度審理系爭措施是否違反技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade, 以下簡稱 TBT 協定) 第 2.2 條², 由於先前涉及違反 TBT 協定第 2.2 條之爭端解決案件除了雙方合意, 小組未裁決外³, 其他案件在系爭措施是否屬於 TBT 協定所定義之技術性法規 (technical regulation) 時, 即被小組認定為非技術性法規⁴; 即使某些案件的系爭措施被認定為技術性法規, 但小組因訴訟經濟而優先處理該系爭措施是否違反其他條文而從未就此條分析⁵。此案小組卻與先前的小組不同, 在審理此案時, 已認美國違反 TBT 協定第 2.1 條, 仍繼續審理系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.2 條的部分。本文認為小組似欲於此案首創先例, 試圖闡明應如何分析 TBT 協定第 2.2 條, 故本文欲檢視此案小組分析系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.2 條的論理, 了解小組如何認定與分析, 提供後續相關案件以為參考。

本文以下分為三部分, 首先簡要說明本文僅檢視小組審理第 2.2 條第二項要件之理由; 接著說明小組如何審理「more trade-restrictive than necessary」要件, 如 GATT 1994 第 20 條 b 款的檢驗方法得否作為解釋 TBT 協定第 2.2 條之上下文,

¹ Panel Report, *United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, circulated 2 September 2011.

² Agreement on Technical Barriers to Trade, Art.2.2: “Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be **more trade-restrictive than necessary** to fulfill a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfillment would create.”

³ 如 *European Communities—Trade Description of Scallops* (DS12, DS14)、*European Communities—Measures Affecting Butter Products* (DS72)、*Belgium—Administration of Measures Establishing Customs Duties for Rice* (DS210) 與 *European Communities—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (DS292)。

⁴ 如歐體地理標示案與歐體石棉案, 歐體石棉案的小組裁定系爭措施非技術性法規, 然上訴機構推翻此看法, 認為系爭措施屬技術性法規, 但因上訴時僅為法律審, 故上訴機構無法就事實認定重新檢視該措施是否違反 TBT 協定第 2.2 條; Panel Reports, *European Communities—Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R, circulated 15 March 2005, ¶ 7.515; Panel Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, adopted 5 April 2001, ¶¶ 3.1, 9.1; Appellate Body Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, ¶83.

⁵ Appellate Body Report, *European Communities—Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, ¶¶ 312-313. Panel Report, *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS293/R, adopted 21 November 2006.

判斷系爭措施是否超過其政策目標欲保護之程度，藉由權衡測試 (weighing and balancing) 以確認系爭措施之必要性等；最後作一結論。

小組認為符合 TBT 協定第 2.2 條須滿足兩個要件，首先，該技術性法規係為達到條文所列之「合法目的 (legitimate objective)」，其次，該技術性法規對貿易的限制不應較達成合法目的者嚴格 (not be more trade-restrictive than “necessary to fulfil that legitimate objective”) ⁶。由於本文對於小組如何審理第一項要件並無疑問，小組認定美國禁止特定香味如葡萄、丁香與咖啡等香菸進口法案其欲達成之目的為保護其國民健康，減少青少年抽菸，且該目的係為了保護人類之健康，為 TBT 協定第 2.2 條規定的合法目的之一，故以下僅說明小組如何審理第二項要件 ⁷。

由於當事國對於 GATT 1994 第 20 條 b 款 ⁸ 的法理是否與 TBT 協定第 2.2 條的「more trade-restrictive than necessary」相關，以及 GATT 1994 第 20 條 b 款的檢驗方式得否適用於此有所爭論，故小組先分析兩條文之關聯性，其認為兩條文的確相關，但不代表 GATT 1994 第 20 條 b 款的法理得在 TBT 協定第 2.2 條「完全」適用，其僅認為在解釋 TBT 第 2.2 條之上下文時可考量 GATT 1994 第 20 條 b 款「部分」之法理 ⁹。印尼主張 GATT 1994 第 20 條 b 款的檢驗方法應可適用於「more trade-restrictive than necessary」的檢驗；美國則認為 GATT 1994 第 20 條為會員違反義務時得援引之例外規定與 TBT 協定第 2.2 條為會員應符合 WTO 之規定並不相同，兩條文的舉證責任亦不同，故美國不同意印尼之主張 ¹⁰。小組檢視兩條文的用語 (wording)、上下文等後認為，TBT 協定第 2.2 條與 GATT 1994 第 20 條 b 款有其關聯性，如兩條文的措施欲達成的合法目的皆為「保護人類、動植物之生命或健康」，TBT 協定的前言第六段 ¹¹ 本質上即與 GATT 1994 第 20 條 b 款相同。且小組發現美國提出之前案皆是依 GATT 1994 第 20 條判斷「必要性」之案件，與其主張不適用 GATT 1994 第 20 條之主張矛盾 ¹²。故小組並不

⁶ Panel Report, *US–Clove Cigarettes*, ¶ 7.333.

⁷ *Id.* ¶¶ 7.343, 7.347.

⁸ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Art. 20(b): “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would **constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade**, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(b) **necessary to protect human, animal or plant life or health;**”

⁹ Panel Report, *US–Clove Cigarettes*, ¶¶ 7.353, 7.368-7.369.

¹⁰ *Id.* ¶¶ 7.363-7.364.

¹¹ Agreement on Technical Barriers to Trade, the sixth recital of the preamble: “Recognizing that no country should be prevented from taking measures **necessary** to ensure the quality of its exports, or for **the protection of human, animal or plant life or health, of the environment**, or for the prevention of deceptive practices, **at the levels it considers appropriate**, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of this Agreement;”

¹² *Id.* ¶ 7.366.

同意美國主張 GATT 1994 第 20 條 b 款之法理不適用於 TBT 協定第 2.2 條之分析，但小組也強調並非所有 GATT 1994 20 條 b 款之法理皆能當作 TBT 協定第 2.2 條之上下文¹³。

承上所述，繼小組認為可將 GATT 1994 第 20 條 b 款之「部分」法理作為解釋 TBT 第 2.2 條之上下文之一考量¹⁴，小組認為檢視系爭措施欲達成之保護程度 (level of protection) 為認定系爭措施必要性之前提，惟小組認為印尼並未證明系爭措施超過其措施目的欲保護之程度。小組認為 TBT 協定第 2.2 條雖無出現「level of protection」，但從 TBT 協定的前言第六段可找到「at the levels it considers appropriate」之文字，故此處小組以 TBT 協定之前言做為第 2.2 條之上下文，認為在檢視系爭措施之必要性，是否有其它替代措施時，應先檢視其欲達到之保護水準。小組並以過去巴西輪胎案 (*Brazil—Retreaded Tyres*) 與美國賭博案 (*US—Gambling*) 為佐證，兩案件的上訴機構皆曾指出原告國不能只提出對貿易限制較小之措施，該些措施必須同時能達到被告國原措施所欲達成之保護水準¹⁵。印尼於此並未提出直接證據指出美國欲追求之保護程度，小組無法直接認定丁香香菸之禁止法案係超過保護程度之措施，且小組就美國實施之禁令僅為了減少 (reduce) 青少年吸菸人口數，而非完全消除 (eliminate)，小組不認為該禁令有超過保護水準。

小組認同韓國牛肉案 (*Korea—Various Measures on Beef*) 巴西輪胎案 (*Brazil—Retreaded Tyres*) 與美國賭博案 (*US—Gambling*) 之上訴機構見解，認為在討論措施之必要性時，應先權衡 (weighing and balancing) 一連串的相關要素，如措施對目標達成之貢獻 (contribution) 等¹⁶。小組認為 TBT 協定第 2.2 條在檢視措施為達其目的是否對貿易造成不必要的限制時，其條文文字、上下文與目的皆未顯示此處必要性之判斷標準須與 GATT 1994 第 20 條 b 款不同，且小組認為此案與巴西輪胎案在系爭措施的目的與性質相似，故小組在此採相同的權衡標準，檢視系爭措施是否對減少青少年吸菸有實質貢獻 (material contribution)¹⁷。由於印尼的舉證無法證明美國的禁令對其目的無實質貢獻，故小組認為美國之系爭措施的確對其目標之達成有實質貢獻¹⁸。

最後，小組續引述巴西輪胎案 (*Brazil—Retreaded Tyres*) 上訴機構之見解，並認同其看法，並決定在此案也應檢視是否存在對貿易限制較小，同時可達到目

¹³ *Id.* ¶ 7.369.

¹⁴ *Id.* ¶¶ 7.353, 7.368-7.369.

¹⁵ *Id.* ¶ 7.370; Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, ¶ 308; Appellate Body Report, *Brazil—Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, ¶ 156.

¹⁶ *Id.* ¶ 7.379.

¹⁷ *Id.* ¶ 7.380.

¹⁸ *Id.* ¶ 7.417.

標之替代措施，小組認定印尼並未舉證其提出之替代措施可達系爭措施同樣之貢獻。巴西輪胎案 (*Brazil—Retreaded Tyres*) 的上訴機構認為檢視系爭措施確實對其欲達成的目標有實質貢獻後，接下來應檢視是否有其他對貿易限制較小之措施能達到相同之貢獻¹⁹。雖印尼提出許多對貿易限制較小之替代措施如提高法定抽菸年齡、新加坡與澳洲之非貿易限制措施、世界衛生組織菸草框架公約 (WHO Framework Convention on Tobacco) 下之多種措施等，惟小組認為印尼僅列出一長串之措施，但其未舉證此些措施可與美國之禁令達到相同之貢獻 (equivalent contribution)，以符合美國欲追求之保護程度，同時，小組觀察印尼提出的替代措施存在極大的風險不能達到減少青少年吸菸之目的，故認定印尼敗訴²⁰。

總結

美國丁香香菸案的小組首度分析 TBT 協定第 2.2 條，並嘗試建立一審查論理，本文藉由檢視小組的論理，瞭解小組對 TBT 協定第 2.2 條之判斷標準。小組首先認為 GATT 1994 第 20 條 b 款與 TBT 協定第 2.2 條的確相關，但小組並不同意 GATT 1994 第 20 條 b 款該處的法理能完全適用於 TBT 第 2.2 條。小組僅認為在解釋 TBT 第 2.2 條之上下文時得考量 GATT 1994 第 20 條 b 款部分之法理。其次，小組以 TBT 協定之前言做為第 2.2 條之上下文，將保護程度一詞引至第 2.2 條，在分析系爭措施之必要性前須認定系爭措施所欲達到的保護水準。又在確認系爭措施之保護水準後，小組同意過往案例之看法，採權衡測試以確認系爭措施是否對達成目標有實質貢獻，若有，則可繼續檢視是否存在其他對貿易限制較小的措施亦可達到相同貢獻，即 TBT 協定第 2.2 條所規定的「more trade-restrictive than necessary」。

本文認為，小組在討論「more trade-restrictive than necessary」時，帶入系爭措施是否逾越其欲保護程度的檢查，避免陷入一味追尋限制性較小 (less trade-restrictive) 措施，而未有一參考標準的謬誤，且小組肯定權衡測試在此案的適用。小組此次之分析確實促進該條之發展，其見解或許可供後續案件做為參考並增加協定解釋發展方向之可預測性，而日後此條之分析是否就依此案小組之看法仍不得而知，或許在觀察會員或爭端解決機構之後續發展，會有更佳之解答。

¹⁹ *Id.* ¶¶ 7.418-7.419.

²⁰ *Id.* ¶ 7.317, 7.423-7.424.