

## 從美國鮪魚案 II 上訴機構判決 看 TBT 協定第 2.1 條及 2.2 條之解釋

張凱媛

基於保育理由，美國於 1990 年代立法設置鮪魚產品之「海豚安全標章」，即須符合特定標準且以不傷害海豚之方式所捕獲之鮪魚及其產品，才准許貼上此標章，；本案起源於美國針對大型圍網漁船在熱帶東太平洋 (Eastern Tropical Pacific Ocean, ETP) 所捕獲之鮪魚，拒絕發給該標章，墨西哥認為此舉嚴重影響墨西哥鮪魚業，指控美國的標準容許本國和大多數國家之產品貼上標章，卻排除墨西哥之產品，認為美國已對其造成歧視，遂於 2009 年 3 月向世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 提起成立爭端解決小組<sup>1</sup>；爭端解決小組判定美國的「海豚安全標示規範 (US dolphin-safe labeling provisions)」違反技術性貿易障礙協定 (Technical Barriers to Trade Agreement, TBT) 第 2.2 條對於「必要性測試 (necessity test)」要求之規定，亦即美國此一條款對貿易所造成之限制，已較達成合法目標之必要性更為嚴苛，然而 WTO 於今 (2012) 年 5 月 16 日發布本案之上訴機構判決<sup>2</sup>，判決結果罕見地幾乎全數推翻小組之各項認定結果，故本件上訴機構之判決和解釋方法相當值得深究，以下本文針對 TBT 協定第 2.1 條和第 2.2 條之上訴機構判決探討之，希望藉由論述本案上訴機構之解釋和適用方式，以了解上訴機構如何認定與分析該條文以供後續相關案件參酌。

本文首先概述系爭措施——美國「海豚安全標示規範」；第二部分，關於 TBT 協定第 2.1 條，首先概述上訴機構認為小組判斷「非較低待遇 (treatment no less favourable)」之論理方法不當，續論述系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.1 條之上訴機構判決；第三部分，關於 TBT 協定第 2.2 條，首先簡述小組認定結果和當事國上訴主張，續論述上訴機構於此部分之判決；最後作一結論。

### 系爭規範

美國欲透過「海豚安全標示規範」<sup>3</sup>，告知消費者其所購買的鮪魚產品是否係以造成海豚傷害的方式所捕捉，即以標示傳遞資訊並使消費者傾向購買無害於海豚的鮪魚產

<sup>1</sup> Panel Report, *United State – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R (Sept. 15, 2011).

<sup>2</sup> Appellate Body Report, *United State – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R (May 16, 2012).

<sup>3</sup> *United States Code*, Title 16, Section 1385 ("Dolphin Protection Consumer Information Act"); *Code of Federal Regulations*, Title 50, Section 216.91 ("Dolphin-safe labeling standards") and Section 216.92 ("Dolphin-safe requirements for tuna harvested in the ETP [Eastern Tropical Pacific Ocean] by large purse seine vessels"); The ruling in *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

品，以提昇對海豚的保護。由於美國認為捕捉鮪魚的地點<sup>4</sup>、捕捉設備、海豚與鮪魚間之共游現象、海豚死亡或受傷的程度等四項因素與海豚保護有很大關聯性<sup>5</sup>，因此規定鮪魚產品製造過程須無下列情形：(1) 船隻在公海從事流網捕魚、(2) 船隻在 ETP 海域外使用圍網捕魚、(3) 船隻在 ETP 海域內使用圍網捕魚、(4) 漁船非上述三點之情形，但是依照美國商務部的認定，其有造成海豚顯著死亡或受傷的常態情況。易言之，若鮪魚產品的製程無上述四項情形者即可貼上「海豚安全標示」後出口至美國並在市場上販售<sup>6</sup>。

### 上訴機構關於 TBT 協定第 2.1 條之分析

關於墨西哥之上訴，其主張小組錯誤解釋和適用 TBT 第 2.1 條「非較低待遇」，指摘小組未充分考量 TBT 協定第 2.1 條的上下文和 TBT 協定的目的<sup>7</sup>，於此，上訴機構首先引述美國丁香香菸案 (*US—Clove Cigarettes*)<sup>8</sup> 上訴機構之判決，揭示 TBT 第 2.1 條之解釋。本案上訴機構首先引述丁香香菸案上訴機構之判決揭示 TBT 協定第 2.1 條「非較低待遇」之解釋，指出判斷進口產品是否被賦予較低待遇時，可檢視系爭措施是否改變了相關市場的競爭關係，因而造成進口產品的損害<sup>9</sup>；然而，這樣的損害尚不足以證明構成第 2.1 條的「較低待遇」，小組需進一步分析對於進口產品之損害僅是源自於合法規範所造成的區別，而非於進口產品之歧視<sup>10</sup>。

接著，上訴機構逐一檢視墨西哥上訴主張中，關於小組判斷「非較低待遇」之論理不當部分，總結其分析，上訴機構認為小組適用錯誤的方法來判斷系爭措施是否違反 TBT 第 2.1 條。關於墨西哥指摘小組判斷「非較低待遇」論理方法不當的部分，上訴機構判決如下：一、關於小組判斷系爭措施並非「絕對禁止」墨西哥取得「海豚安全標章」，若墨西哥改變其漁撈實務之運作，仍可能取得該標章，故小組判定系爭措施不違反第 2.1 條，據此，墨西哥上訴主張小組錯誤解釋 TBT 協定第 2.1 條，並錯誤地去分析墨西哥鮪魚產品亦可能得到「海豚安全標章」，墨西哥強調問題不在於系爭措施是否有如此的禁止規定，而是第 2.1 條的「非較低待遇」應被解釋為進口產品與國內同類產品或進口產品與第三國同類產品間，皆被提供平等的競爭機會<sup>11</sup>；關於此點，上訴機構認同墨西哥主張，認為判定系爭措施是否符合 TBT 協定第 2.1 條「非較低待遇」的關鍵，並不在於進口產品是否能獲得利益（如產品得到「海豚安全標章」），而應分析系爭措施是否改變市場上的競爭情況，而使進口產品受損害<sup>12</sup>。二、關於小組認定系爭措施並未基

<sup>4</sup> 東熱帶太平洋海域 (Eastern Tropical Pacific, ETP) 內或外。

<sup>5</sup> Panel Report, *US—Tuna II (Mexico)*, ¶ 2.7.

<sup>6</sup> *Id.* ¶ 2.8.

<sup>7</sup> Appellate Body Report, *US—Tuna II (Mexico)*, ¶ 208.

<sup>8</sup> Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R (Apr. 2, 2012).

<sup>9</sup> Appellate Body Report, *US—Tuna II (Mexico)*, ¶ 214.

<sup>10</sup> *Id.* ¶ 215.

<sup>11</sup> *Id.* ¶ 220.

<sup>12</sup> *Id.* ¶ 221.

於產品來源 (the basis of the origin of the products) 而造成歧視，小組認為「美國海豚安全標示條款」之影響，主要是反映在一些和產品國籍無關之因素，如地理區域、經濟和市場選擇，故小組認為墨西哥鮪魚產品於美國市場所承受之任何不利效果，主要是來自和產品來源無關之其他因素的影響<sup>13</sup>，故認為墨西哥並未證明系爭措施符合「較低待遇 (less favorable treatment)」；於此，上訴機構推翻小組之認定，認為小組錯誤的假設，如果規範的區別待遇是基於和國籍無關之原因就可以因此認定符合 TBT 協定第 2.1 條的話，則此種認定方法將無法解決某些措施可能表面上看來中性 (origin-neutral on its face)，卻可能有事實上歧視進而違反第 2.1 條之情形<sup>14</sup>；承前述，上訴機構判定小組適用錯誤的方法來分析系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.1 條<sup>15</sup>。

以下關於系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.1 條，上訴機構分析如下兩點<sup>16</sup>：一、系爭措施是否改變市場中進口產品與國內同類產品或進口產品與第三國同類產品的競爭關係，而使墨西哥進口產品受損；二、系爭措施造成墨西哥鮪魚產品的損害，是否源自於合法規範的管制區別 (legitimate regulatory distinction)，還是反映對墨西哥鮪魚產品之歧視；分述如下：

#### 一、關於系爭措施是否改變市場競爭關係：

上訴機構引述小組的事實認定，即海豚安全標示具有重大商業價值和墨西哥現行捕撈實務以觀，判定墨西哥鮪魚產品在美國市場中的競爭機會，確實受有損害；再者，檢視系爭措施和進口產品競爭機會所受之負面影響間是否存有實質關係 (genuine relationship)，上訴機構認定縱有其它因素造成墨西哥鮪魚產品的損害，但系爭措施的確造成大部分墨西哥鮪魚產品無法獲得「海豚安全標示」，意即美國採行措施導致市場競爭關係改變，因而造成墨西哥鮪魚產品的損害。上訴機構首先指出數個小組認定之事實以作為後續分析之基礎：(一)「海豚安全標示」在美國鮪魚產品市場中具有重大的商業價值，得到「海豚安全標示」在美國市場即具有優勢的地位，且此點亦為兩造所不爭執<sup>17</sup>；(二)小組認定墨西哥鮪魚產品製造商和罐頭商之漁船，主要的捕撈範圍皆在 ETP 海域內，且三分之二的墨西哥鮪魚捕撈船隊皆係於 ETP 海域內使用圍網捕撈之方式，由於這樣的捕撈實務習慣，使得大部分墨西哥鮪魚產品難以得到「海豚安全標示」<sup>18</sup>；上訴機構認為基於前述小組的事實認定，清楚地呈現出無法取得該標示，對於墨西哥鮪魚產品在美國市場中的競爭機會，確實有損害<sup>19</sup>。再者，上訴機構檢視系爭措施和進口產品競爭機會所受之負面影響間是否存有實質關係 (genuine relationship)，指出小組認定政府採納或適用「美國海豚安全標示規範」之行為 (governmental action)，已改變市

<sup>13</sup> Panel Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 7.377, 7.378.

<sup>14</sup> Appellate Body Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶ 225.

<sup>15</sup> *Id.* ¶ 227.

<sup>16</sup> *Id.* ¶ 231.

<sup>17</sup> *Id.* ¶ 233.

<sup>18</sup> *Id.* ¶ 234.

<sup>19</sup> *Id.* ¶ 235.

場的競爭狀況以致對墨西哥鮪魚產品造成損害，且該損害係源於系爭措施，上訴機構基於此事實認定推論，縱然墨西哥鮪魚產品受損之原因可能涉及私人選擇之因素，但系爭措施的確造成大部分墨西哥鮪魚產品無法獲得「海豚安全標示」，縱有其它因素造成墨西哥鮪魚產品的損害，並不因此卸除了美國在 TBT 協定下的義務，意即採行措施導致市場競爭關係改變，因而造成墨西哥鮪魚產品的損害<sup>20</sup>。

二、系爭措施造成的損害，係源自合法規範的管制區別，抑或是對墨西哥鮪魚產品之歧視：

美國基於 ETP 內外海域可能使海豚傷亡之風險不同而制定不同的「海豚安全標示」要求，為探討系爭措施是否源自合法規範的管制區別，上訴機構進一步分析兩點：美國能否證明該要求差異是基於合法管制差異，再者，對墨西哥鮪魚產品造成之負面影響是否源於該合法管制差異，而非對墨西哥鮪魚產品之歧視。美國主張 ETP 內，鮪魚與海豚有規律的共游關係，然而在 ETP 外卻無此關係，故規定於 ETP 內以圍網捕撈方式所製成之墨西哥鮪魚產品無法取得「海豚安全標示」，然而在 ETP 外以圍網捕撈方式所製成之鮪魚產品，則可獲得該標示，基於 ETP 內外海域對於捕撈鮪魚活動中，可能使海豚受傷或死亡風險不同而制定不同的「海豚安全標示」要求<sup>21</sup>。據此，上訴機構再進一步檢視如下兩點：(一) 美國是否能證明其對取得「海豚安全標示」之要求差異，是基於合法的管制差異；(二) 系爭措施對墨西哥鮪魚產品造成損害之負面影響，是否係源於以上之合法管制差異，而非反映對墨西哥鮪魚產品的歧視<sup>22</sup>。

以下上訴機構首先引述數項小組認定和美國抗辯，再以此為基推論之。小組認定且美國亦不爭執的是，圍網捕撈法以外的其它捕撈方法也可能對海豚造成傷害，然而美國主張「圍網捕撈法以外的捕撈法」對海豚的傷害是微不足道的 (insignificant)，該傷害程度和圍網捕撈法對海豚的傷害相比是不成比例和本質上相異的，且 ETP 海域內有鮪魚與海豚有規律共游關係的特殊情況<sup>23</sup>，惟小組不同意美國主張，並指出 ETP 海域外捕撈的鮪魚也可能獲得美國的海豚安全標示，即便其捕撈過程對海豚造成嚴重損害，亦即美國現行的措施之下，在 ETP 海域外捕撈鮪魚時，並不要求提出未使海豚死亡或受傷的證明<sup>24</sup>；小組認定關於「圍網捕撈法以外之捕撈法」及「ETP 海域外」公海流網捕撈法，對於海豚死亡的負面影響，此部分是美國「海豚安全標示規範」所未解決的。美國抗辯主張其「海豚安全標示規範」反映出 ETP 海域外對於海豚死亡或受傷低度可能的現狀，意即 ETP 海域外的海豚死亡率或受傷率低，若因此實行要求如提出未使海豚死亡或受傷的證明，其所加諸的巨幅財務上或設備上的成本可能會難以平衡<sup>25</sup>，據此，小

<sup>20</sup> *Id.* ¶ 239.

<sup>21</sup> *Id.* ¶¶ 234, 282.

<sup>22</sup> *Id.* ¶ 284.

<sup>23</sup> Panel Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 7.520, 7.258, 7.512, 7.559.

<sup>24</sup> *Id.* ¶ 7.532.

<sup>25</sup> Appellate Body Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶ 293.

組不認同美國的主張，認為該抗辯和美國的主張矛盾，即其主張已採行措施來保護海豚不會受傷或致死，但關於 ETP 海域外卻又作前述抗辯，兩者矛盾不一致<sup>26</sup>。

根基於小組認定，上訴機構認為美國未證明取得「海豚安全標示」之要求差異，係針對不同捕撈方法所致的海豚傷亡風險而訂定之不同規範，且美國亦無法證明其取得標記要求程度不同，乃因應各海域特性不同的情況下，故美國亦無法證明系爭措施對墨西哥鮪魚產品造成之負面影響係源於合法管制的差異，綜上，上訴機構認定系爭措施的確給予墨西哥鮪魚產品較美國與其他國家鮪魚產品較低之待遇，故違反 TBT 協定第 2.1 條。根基於前述的小組認定，美國欲證明系爭措施關於「圍網捕撈法以外的捕撈法」所致之海豚傷亡風險亦有精準規範，然而上訴機構認為，要求提供獨立觀察者證明捕撈過程中無海豚受傷或致死的證明，該要求並非證明系爭措施亦有規範的唯一方法<sup>27</sup>；承前述，上訴機構認為美國並未證明其對取得「海豚安全標示」之要求差異，係針對不同捕撈方法所致的海豚傷亡風險而訂定之不同規範，故美國未證明系爭措施為一合法的管制差異，此外，美國無法證明其取得標記要求程度不同，乃因應各海域特性不同的情況下，故美國亦無法證明系爭措施對墨西哥鮪魚產品造成之負面影響係源於合法管制的差異，因為系爭措施僅考量 ETP 內以圍網捕撈法，而未針對 ETP 外關於「圍網捕撈法以外的捕撈法」規範，因此上訴機構不認為系爭措施是公平的<sup>28</sup>，綜上分析，上訴機構推翻小組關於 TBT 協定第 2.1 條下之認定，上訴機構認定系爭措施的確給予墨西哥鮪魚產品較美國與其他國家鮪魚產品較低之待遇，故美國「海豚安全標示規範」違反 TBT 協定第 2.1 條<sup>29</sup>。

### 上訴機構關於 TBT 協定第 2.2 條之分析

以下首先簡述關於 TBT 協定第 2.2 條之小組認定及美國上訴主張，再以此為基論述上訴機構之判決。本件小組首先判斷系爭措施之規範目的為 TBT 第 2.2 條之合法 (legitimate) 目的，系爭規範目的有二：一、確保消費者不會被對海豚有負面效果的鮪魚產品所欺騙或誤認 (以下簡稱產品資訊提供)；二、確保美國市場不使用對海豚有負面效果的鮪魚產品，以助於海豚之保護 (以下簡稱保護海豚)<sup>30</sup>；再者，小組判斷「美國海豚安全標示規範 (以下簡稱系爭規範)」是否為「more trade restrictive than necessary」，據此，墨西哥提出以國際養護海豚方案公約 (Agreement on the International Dolphin Conservation Program, AIDCP) 和美國「海豚安全標示規範」共存 (coexist) 之較少貿易限制的替代措施，因 AIDCP 僅適用於 ETP 海域內，且符合特定條件下，於 ETP 海域內使用圍網捕撈法所製成之鮪魚產品，亦可能獲得「海豚安全標示」，故小組亦針對該替代措施是否能達成系爭規範目的判斷之，以分析替代措施是否為一可行之較

<sup>26</sup> Panel Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶ 7.541.

<sup>27</sup> Appellate Body Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶ 296.

<sup>28</sup> *Id.* ¶ 297.

<sup>29</sup> *Id.* ¶ 299.

<sup>30</sup> Panel Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 7.401, 7.425.

小貿易限制措施。小組結論認為針對所欲達成之目的，系爭措施至多 (at best) 部分地達成 (partially fulfill) 其法規目的<sup>31</sup>，理由如下：一、小組認定若是使用「圍網捕撈法以外的捕撈法」或在「ETP 海域外」使用流網捕撈法，即便該方法可能會對海豚造成負面影響，但該產品仍能獲得「海豚安全標示」，系爭規範因此仍可能有誤導消費者資訊之虞，而未達成其產品資訊提供之規範目的；且系爭規範僅針對在 ETP 內使用圍網捕撈法之船隊，若該船隊是在 ETP 外使用其它捕撈方法而對海豚造成負面影響，系爭規範亦無法適用，故無法充分達到其所欲追求之保護海豚的法規目的<sup>32</sup>；小組衡量墨西哥提出之替代措施後，認為其係較小貿易限制之規範且亦能達成系爭規範所欲追求之目的，故裁決美國「海豚安全標示規範」對貿易造成了不必要的限制<sup>33</sup>。

美國上訴指摘小組錯誤適用 TBT 第 2.2 條，主張小組錯誤認定墨西哥提出之替代措施係較可行之較小貿易限制措施，因 AIDCP 規則之下將使用圍網捕撈法之鮪魚產品仍可獲得「海豚安全標示」，故美國主張該替代措施無法達到系爭規範所欲追求之保護海豚和產品資訊提供之目的；並主張替代措施中之 AIDCP 和美國系爭規範共存會混淆消費者，因為該兩規範之標示幾乎相同，會使消費者無法透過該標示正確獲知該鮪魚產品之正確資訊<sup>34</sup>。

本案上訴機構首先揭示 TBT 第 2.2 條之法律標準和舉證責任，以利後續檢視小組關於 TBT 第 2.2 條之適用是否適當。上訴機構揭示欲判斷技術性法規是否符合第 2.2 條「more trade restrictive than necessary」之法律要件有三，分別為：一、系爭措施達成合法目的之程度 (degree of contribution)；二、系爭措施的貿易限制性程度；三、未達成該合法目的所可能產生之風險和結果。舉證責任之分配上，原告須證明系爭措施對國際貿易造成不必要之貿易障礙，原告應提出充分的證據和論點以主張系爭措施係「more trade restrictive than necessary」；亦可提出能達到規範目的且為較小貿易限制之可行替代性措施，以使表面證據成立；被告則須提出反證以推翻原告之表面證據<sup>35</sup>。

根據上述原則，上訴機構指出墨西哥提出之替代措施係指 AIDCP 規則和美國措施共存，故小組應檢視遵循替代措施之鮪魚產品標示是否也能達到系爭措施之目的，且和系爭措施達到目的之程度相當。由於 AIDCP 標示將使得使用圍網捕撈法之鮪魚產品亦能獲得「海豚安全標示」，故上訴機構認為針對消費者資訊和保護海豚之目的達成上，替代措施係之規範效果小於 (to a lesser degree) 系爭措施，因此，上訴機構不同意小組之認定，認為小組認定系爭措施為「more trade restrictive than necessary」之比較和分析有瑕疵，而推翻小組關於 TBT 第 2.2 條之認定。

<sup>31</sup> *Id.* ¶¶ 7.563, 7.564.

<sup>32</sup> *Id.* ¶ 7.599.

<sup>33</sup> *Id.* ¶ 7.620.

<sup>34</sup> Appellate Body Report, *US – Tuna II (Mexico)*, ¶ 309.

<sup>35</sup> *Id.* ¶ 323.

## 結論

本件上訴機構罕見的幾乎推翻小組各項判決結果，惟探究上訴機構之判決，關於 TBT 協定第 2.1 條之「非較低待遇」的解釋標準，仍係依循過往之爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, DSB) 解釋方向，關於第 2.2 條「more trade restrictive than necessary」之分析亦同，雖批評小組認事用法之瑕疵，但並未提出有異於過去之解釋方法。不過，隨著技術性貿易障礙相關適用問題之重要性與日俱增，本案關於此部分之判決仍然具有重要之參考價值。

