

試析 WTO 爭端解決機構對於公共道德例外之審查基準——

以巴西稅捐案小組報告為核心

江庭瑀

摘要

在巴西稅捐案中，巴西主張「支持數位電視設備產業之技術發展計畫 (Programme of Support to the Technological Development of the Industry of Digital TV Equipment)」係透過普及數位電視之手段，達到「彌補數位落差，促進社會融合」之政策目標，並認為該措施可透過 GATT 1994 第 20 條 (a) 款公共道德例外取得正當性。雖然該計畫最終因未能通過 GATT 1994 第 20 條 (a) 款下之必要性測試而無法取得正當性，本案小組報告在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款審查時，仍存有三項問題：一、對「公共道德」之解釋過於模糊；二、未確實說明「公眾關注與公共道德之關聯性」如何存在；三、「措施是否為達成目標而設」要件之審查基準過低。本文認為，從這三項問題可看出過往爭端解決機構在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查時，審查基準過於寬鬆，又該款每一要件之設計都有其重要意義，爭端解決機構應該妥善執行審查，如此方能增加裁決之正當性，進而針對上述問題提出改善建議。

世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 於 2017 年 8 月 30 日公布第 472 及 497 號小組報告 (DS472/DS497)¹。本案緣起於巴西在其境內實施了七個涉及聯邦稅之豁免、減免或暫停課徵之計畫，遭到歐盟及日本主張有違「1994 年關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade 1994, GATT 1994)」、「與貿易有關之投資措施協定 (Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs 協定)」，及「補貼暨平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM 協定)」之一系列規定。小組認定「支持數位電視設備產業之技術發展計畫 (Programme of Support to the Technological Development of the Industry of Digital TV Equipment, 以下簡稱 PATVD 計畫)」違反 GATT 1994 第 3 條第 2 項、第 3 條第 4 項、TRIMs 協定第 2 條第 1 項，與 SCM 協定第 3 條第 1 項 (b) 款及第 3 條第 2 項²，且認定巴西不得依據 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化其在 PATVD 計畫下採行的措施³。巴西已於 2017 年 9 月

¹ Panel Report, *Brazil—Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WTO Doc. WT/DS472/R, WT/DS497/R (appealed Aug. 30, 2017) [hereinafter *Brazil—Taxation*].

² *Id.* ¶¶ 8.5-8.7, 8.16-8.18.

³ *Id.* ¶¶ 8.5, 8.16.

28 日向爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, DSB) 提起上訴，歐盟及日本亦於同年 10 月 3 日提出交叉上訴之請求⁴。

本案小組報告引發外界討論⁵，理由在於巴西試圖以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化 PATVD 計畫時，所主張的政策目標係「彌補數位落差 (digital divide)，促進社會融合」，小組經檢視相關證據後，認定巴西國內確實對此議題存有關切，並同意此項目標可落入公共道德之範疇⁶。雖說按 DSB 過去對於 GATT 1994 第 20 條 (a) 款相對寬鬆的解釋基準⁷，得出此種結果似乎不足為奇，且 PATVD 計畫最終未通過「必要性測試」，使巴西無法成功援引此例外條款，但本案小組為公共道德所設立之極低門檻，似乎有所不當⁸。有論者謂 DSB 應對公共道德例外進行規制，釐清當前不甚明確之審查基準，避免會員意圖大肆濫用此款正當化貿易限制措施之可能性⁹。

本文首先將介紹巴西稅捐案中，與 GATT 1994 第 20 條 (a) 款審理相關之內容。接著由巴西稅捐案出發，點出該案在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查時——即對應於巴西稅捐案之小組報告內容中，對於「措施之目標是否符合公共道德」、「措施是否為達成目標而設」此二要件進行之審查——所產生之問題，並論述本文認為可行之改善方案。最後作一結論。

壹、巴西稅捐案小組報告內容

由於巴西稅捐案涉及之措施過於廣泛，本文又僅欲探討與 GATT 1994 第 20 條 (a) 款審理相關之內容，故以下與案件相關之事實、爭點及小組裁決部分，將以 PATVD 計畫中與 GATT 1994 相關之內容為主。

⁴ Notification of an Appeal by Brazil, *Brazil—Taxation*, WTO Doc. WT/DS472/8, WT/DS497/6 (Oct. 6, 2017); Notification of an Appeal by European Union, *Brazil—Taxation*, WTO Doc. WT/DS472/9 (Oct. 6, 2017); Notification of an Appeal by Japan, *Brazil—Taxation*, WTO Doc. WT/DS497/7 (Oct. 6, 2017).

⁵ Ming Du, *How to Define 'Public Morals' in WTO Law? A Critique of the Brazil - Taxation and Charges Panel Report*, 13(2) GLOBAL TRADE AND CUSTOMS JOURNAL 69,69 (2018); See also Simon Lester, *The Scope of Public Morals in GATT Article XX(a)*, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND POLICY BLOG (Aug. 31, 2017), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/08/the-scope-of-public-morals-in-gatt-article-xxa.html>.

⁶ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 7.567, 7.568, WTO Doc. WT/DS472/R; WT/DS497/R (appealed Sept. 28, 2017).

⁷ 本文所觀察的案例包含：美國線上賭博案 (*United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*)、中國視聽產品案 (*China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*)、歐體海豹產品案 (*European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*)、哥倫比亞紡織品關稅案 (*Colombia — Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*)。參考：PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS* 578-581 (4th ed. 2017).

⁸ Du, *supra* note 5.

⁹ *Id.* at 74.

一、PATVD 計畫之介紹

PATVD 計畫係為支持數位電視 (digital television) 設備產業之發展而生¹⁰，此計畫下的免稅措施自 2007 年起生效，並持續施行至 2017 年 1 月 22 日¹¹。透過該計畫之運作，受到巴西聯邦稅務局 (Receita Federal do Brasil) 認證之企業，對於數位電視所使用之射頻信號 (radio frequency signal) 傳輸設備，可不必支付若干類型之聯邦稅¹²，同樣地，為生產上述傳輸設備，企業所投入之機械、儀器、工具、裝置、材料及軟體亦可免稅¹³。

在 PATVD 計畫中，認證係針對執行下述兩項業務之企業所核發¹⁴：(一) 進口或販售新型機械、儀器、工具、裝置、材料及軟體至巴西國內市場，且上述商品須用於數位電視傳輸設備之生產；(二) 在巴西國內市場販售數位電視傳輸設備。為獲得認證，企業每年至少須將其在巴西國內市場銷售總額之 2.5%，在扣除稅捐費用後，投入於研發數位電視傳輸設備之業務活動，且投資總額中之 1% 須直接分撥至受科技與資訊委員會 (Committee of Technology and Information)，或亞馬遜州研究與發展委員會 (Committee of Research and Development Activities of Amazonia) 認證之研究機構或巴西教育機構¹⁵；除此之外，企業亦須從事數位電視傳輸設備之開發與製造活動，並在開發與製造過程中，遵守與數位電視設備相關的「基本生產程序 (Basic Productive Process, PPB)¹⁶」要求，亦或是符合其他使產品被認定為「在巴西境內開發 (developed in Brazil)」之法規要求¹⁷。

¹⁰ Diego Bezerra, *Brazilian Incentives for Foreigners on Technological Field*, ESTABLISH BRAZIL (Sept. 1, 2017), <https://establishbrazil.com/articles/brazilian-incentives-foreigners-technological-field>.

¹¹ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 2.83.

¹² 與本計畫相關之聯邦稅收包含：對進口及國內產品皆有課徵之工業產品稅 (IPI)、對巴西境內所有法人之毛利率課徵之員工分紅計畫存金 (PIS/PASEP) 及社會保險捐助金 (COFINS)、與進口行為相關之員工分紅計畫存金 (PIS/PASEP-Importation)、與進口行為相關之社會保險捐助金 (COFINS-Importation) 及經濟管轄權稅 (CIDE，主要針對燃油、外國權利金等課徵)。參考：Id. ¶ 2.84。

¹³ Id. ¶ 2.82.

¹⁴ Id. ¶ 2.86.

¹⁵ Id. ¶ 2.87.

¹⁶ 巴西於 1991 年 12 月 30 日頒布的第 8387 號法令中，定義了何謂「基本生產程序 (Basic Productive Process, PPB)」，簡而言之，此係將產品認定為「巴西製造」的一種標準，聯邦政府在授與稅收減免時，亦常以產品是否符合 PPB 作為核定資格之一。PATVD 計畫所涉及的 PPB 法源為由巴西工業、貿易暨服務部 (Ministry of Development, Industry and Trade) 及科學技術與創新部 (Ministry of Science, Technology and Innovation) 共同發布的 2014 年第 62 號施行細則。參考：Brazil: October 1996, WORLD TRADE ORGANIZATION, https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp045_e.htm (last visited May 21, 2018); *Basic Productive Process (BPP)*, SUFRAMA INVEST, <http://www.suframa.gov.br/invest/en-zona-franca-de-manaua-ppb.cfm> (last visited May 21, 2018); Id.

¹⁷ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 2.87.

PPB 為產品在巴西進行工業化過程時，工廠應遵循的最低度生產準則，換句話說，其規定了產品在生產過程中，應於巴西境內實施的必要製造流程¹⁸。某些 PPB 亦要求產品使用特定比例的零組件，而該些零組件之生產亦須遵守相關之 PPB；尚有部分 PPB 則要求特定比例的零組件須在當地進行組裝¹⁹。而若欲使產品被認定為「在巴西境內開發 (developed in Brazil)」，須符合以下兩要件，並向巴西科學與技術部 (Ministry of Science, Technology and Innovation) 提出申請²⁰：(一) 產品應遵守巴西法規所制定的規格、規定及標準要求；(二) 與上述要求相關的規格製程、計畫及產品開發應在巴西境內，由具備合格技術之巴西居民執行。

二、小組對於 PATVD 計畫與 GATT 1994 合致性之審理結果

歐盟在提出控訴時曾表示，綜觀 PATVD 計畫、「獎勵半導體產業計畫 (Programme of Incentives for the Semiconductors Sector)」、「數位融合計畫 (Digital Inclusion Programme)」與「資訊科學計畫 (Informatics Programme)」，儘管免除稅賦的客體有所不同，實際上四項計畫在免稅制度的整體架構及設計上是非常相似的²¹。因此其在訴狀中，將上述計畫視為一個整體，統稱為「資通訊科技計畫 (Information and Communication Technology Programme, 以下簡稱 ICT 計畫)」並統一提出主張²²，小組亦遵循此模式將此四項計畫合併審理。

(一) GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句

歐盟及日本認為，巴西對於進口之「資通訊科技產品 (Information and Communication Technology product, 以下簡稱 ICT 產品)」所課徵的稅收額度顯然高於國內同類產品，因此主張巴西之措施違反 GATT 1994 第 3 條第 2 項²³。小組指出，在進行 GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句的審理時，須確立以下二要件²⁴：(1) 系爭進口產品與國內產品是否為同類產品；(2) 進口產品之課稅額度是否超過國內同類產品。

遵循 DSB 過去數案之論理模式，小組指出，只要系爭措施係以產品之原產地作為區分標準，在該措施下受有不同待遇之產品即可被推定為同類產品²⁵。小組發現，雖然在 ICT 計畫內容中，無法看出免稅措施係以產品之原產地作為區分標準，然而企業為取得系爭計畫之租稅待遇，必須符合下列資格²⁶：(1) 對

¹⁸ *Id.* ¶¶ 2.61, 2.62.

¹⁹ *Id.* ¶ 2.63.

²⁰ *Id.* ¶¶ 2.68, 2.69.

²¹ Panel Report, Annex B-1, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 39, 44.

²² *Id.* ¶ 70.

²³ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.89.

²⁴ *Id.* ¶¶ 7.98-7.100.

²⁵ *Id.* ¶ 7.124.

²⁶ *Id.* ¶ 7.134.

巴西境內之研發活動進行投資；(2) 在巴西境內以符合 PPB 標準之生產程序製造產品，或在巴西境內執行特定生產步驟；(3) 在巴西境內開發產品。關於第二項資格，小組指出，有鑑於只有在巴西境內製造的產品，始可能滿足 PPB 標準，故在巴西境外生產的同類產品，將永遠無法享有系爭計畫下的租稅待遇²⁷。關於第三項資格，小組指出，有鑑於只有在巴西境內進行規格化、計畫與開發之產品，始得滿足該要件，換句話說，僅有「巴西製造」的產品才可享有免稅資格，在境外開發的同類產品，將永遠無法滿足該要件，故無法享有相同的租稅待遇²⁸。依此邏輯，小組認定 ICT 計畫下對進口產品與國內產品賦予之租稅差別待遇，係以產品之原產地作為區分標準，故國內與進口 ICT 產品 GATT 1994 可被推定為同類²⁹。

小組接著審理進口產品之課稅額度是否超過國內同類產品。由於巴西主張 ICT 計畫下的產品應分為「成品 (finished products)」與「中間產品 (intermediate ICT products)」，且此項主張為兩造所不爭執，因此小組在進行稅收負擔的檢驗時，亦依此種分類方式進行區隔³⁰。在 ICT 成品的部分，小組觀察上述免稅資格的認定，認為進口之 ICT 成品無法從 ICT 計畫中的稅賦減免措施中受益，因此其稅收負擔將遠超過國內同類產品³¹。在 ICT 中間產品的部分，不同於購買國內公司之產品可直接免稅或退稅的作法，企業如購買外國公司之產品，仍須事先支付稅額，並在支付款項後獲取「稅收扣抵資格 (tax credit)」，用以抵銷未來相同稅賦的支出，或作為不同種類稅賦之補貼款項³²；小組認為依照阿根廷皮革案 (*Argentina—Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*) 之小組論理，巴西對國內公司與外國公司之產品免除稅額的差別作法，導致企業在現金流的使用、貨幣的「時間價值 (time-value)」及信貸價值上產生差異，此亦構成進口產品在稅收上較重之負擔³³。

綜上所述，小組認為巴西在 ICT 計畫下之措施確實違反 GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句³⁴。此外，日本亦提出巴西違反 GATT 1994 第 3 條第 2 項第二句之主張，但小組以訴訟經濟為由駁回第二句之審理請求³⁵。

(二) GATT 1994 第 3 條第 4 項

歐盟及日本亦表示 ICT 計畫下之認證資格要件、企業在購買受到 ICT 計畫涵蓋之國內中間產品時，由於退稅方式的差異而享有較低行政負擔之結果，及

²⁷ *Id.* ¶ 7.135.

²⁸ *Id.* ¶ 7.136.

²⁹ *Id.* ¶¶ 7.140, 7.141.

³⁰ *Id.* ¶ 7.94.

³¹ *Id.* ¶¶ 7.151, 7.154.

³² *Id.* ¶¶ 7.161, 7.162.

³³ *Id.* ¶¶ 7.166, 7.170-7.172.

³⁴ *Id.* ¶ 7.174.

³⁵ *Id.* ¶¶ 7.175, 7.179, 7.180.

PPB 相關規定強制使用國內生產投入的要求，有違 GATT 1994 第 3 條第 4 項³⁶。小組認為在進行 GATT 1994 第 3 條第 4 項的檢驗時，須確立以下三要件³⁷：(1) 系爭措施係影響產品之國內銷售、銷售之提供、購買、運送、分銷或使用之法律、行政規則或規定；(2) 進口產品與國內產品係同類產品；(3) 與國內產品相較，進口產品受有較不利之待遇。

針對第一個要件之檢驗，小組指出，ICT 計畫明顯地利用法律與行政規則作為依據，使企業獲取稅賦免除或暫停課徵的資格，此外計畫中亦包涵一系列以獲得認證為前提，要求企業自願遵守之條件或規則，上述內容皆落入 GATT 1994 第 3 條第 4 項之「法律、行政規則或規定」³⁸。小組提到，在過往上訴機構的認定中，「影響」一詞係作廣義解釋，其認為由於企業遵守前述法律、行政規則或規定，係為獲得與產品之銷售、銷售之提供或購買相關之稅賦免除之資格，且相關稅賦之免除將可促進消費者購買該等產品之意願，因此系爭措施的確對於 GATT 1994 第 3 條第 4 項所提及之內容有所影響³⁹。

針對第二個要件之檢驗，小組指出，GATT 1994 第 3 條第 4 項的同類產品，意義應廣於 GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句之同類產品定義。由於在前述 GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句之審理中，系爭進口產品及國內產品的同類性已被確立，因此在 GATT 1994 第 3 條第 4 項的審理中，進口產品及國內產品應亦為同類產品⁴⁰。

針對第三個要件之檢驗，小組援引過往上訴機構之看法，認為審理該要件時，應針對系爭措施是否造成進口產品在相關市場中之競爭條件受有不利影響進行分析⁴¹。在認證資格的部分，小組重申其在 GATT 1994 第 3 條第 2 項第一句審理中之內容，認為由於進口產品不可能滿足 PPB 之製造標準，在巴西境外開發之產品也無法被認定為「在巴西開發」，因而無法獲得稅賦減免或暫停課徵之優惠待遇，這些優惠待遇顯然將改變進口產品在市場中的競爭條件，並對其造成損害，故小組認定認證資格之要求使進口產品受有較國內產品不利之待遇⁴²。在退稅方式差異的部分，小組同意歐盟之主張，認為此種差異促使消費者規避購買國外企業產品時因退稅而產生之行政負擔，並轉向購買具認證之免稅國內企業產品，此舉改變了進口產品與國內產品之競爭條件，並使進口產品受有較不利之待遇⁴³。

³⁶ *Id.* ¶¶ 7.181, 7.256.

³⁷ *Id.* ¶ 7.188.

³⁸ *Id.* ¶¶ 7.193, 7.264.

³⁹ *Id.* ¶¶ 7.196-7.198, 7.264.

⁴⁰ *Id.* ¶¶ 7.208, 7.265, 7.268, 7.270.

⁴¹ *Id.* ¶ 7.210.

⁴² *Id.* ¶¶ 7.223-7.225.

⁴³ *Id.* ¶¶ 7.253, 7.255.

在 PPB 的部分，小組對其所涉及之法律文件進行觀察，發現其不但要求相關的作業流程必須在巴西境內進行，且大多數牽涉了將原物料轉換為中間零組件的製造過程⁴⁴。PPB 之種類可分為一般 PPB 及「嵌入型 PPB (nested PPB)」⁴⁵，兩者之主要差別在於，一般 PPB 必須由受認證公司自行完成，嵌入型 PPB 則允許受認證公司將部分生產過程外包給巴西境內的第三方製造商，然兩種 PPB 對於產品生產之要求相差無幾，如製造商皆被要求使用一定比例的零組件，而該些零組件之生產亦須遵守相關之 PPB⁴⁶。在 PATVD 計畫下，業者應遵守之 PPB 為嵌入型 PPB，小組認為此種要求製造商使用巴西國內產品之規定，落入了 GATT 1994 第 3 條第 4 項「國內產品之使用」的範圍，在此種情況下，進口產品受有較不利之待遇⁴⁷。

綜上所述，小組認為巴西在 ICT 計畫中認證資格之要件、退稅方式差異所導致之及相關 PPB 準則確實違反 GATT 1994 第 3 條第 4 項之規定⁴⁸。此外，在本案中，雖然控訴方主張巴西在 ICT 計畫中，使用了與製程或產品使用相關之內地數量規範措施 (internal quantitative regulation)，因而違反 GATT 1994 第 3 條第 5 項第一句，並以第二句為備位主張⁴⁹，但小組認為此部分已在 GATT 1994 第 3 條第 4 項與 PPB 準則相關之內容進行審理，基於訴訟經濟，便不再審視此項主張⁵⁰。

(三) TRIMs 協定第 2 條第 1 項

控訴方主張由於 ICT 計畫為與貿易相關 (trade-related) 之投資措施，且違反 GATT 1994 第 3 條之規定，因此其亦以直接及落入 TRIMs 第 2 條第 2 項所指之例示清單第 1 項 (a) 款內容之方式，違反 TRIMs 協定第 2 條第 1 項⁵¹。小組認為，依據印尼汽車案 (*Indonesia—Certain Measures Affecting the Automobile Industry*) 及加拿大再生能源案 (*Canada—Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*) 之審理內容，欲作成一措施違反 TRIMs 協定第 2 條第 1 項之認定，該措施須為 TRIMs 協定所涵蓋，且須確實違反 GATT 1994 第 3 條之規定⁵²，據此，小組針對此二要件進行審理。

⁴⁴ *Id.* ¶¶ 7.285, 7.290.

⁴⁵ 「嵌入型 PPB (nested PPB)」要求產品使用符合其他 PPB 要求之生產投入，例如在一觸控式平板電腦 (Tablet PCs with a Touch Screen) 的 PPB 中，要求主機板使用 90% 以上符合印刷電路板 PPB (PPB for printed circuit boards) 之元件，此種觸控式平板電腦 (Tablet PCs with a Touch Screen) 的 PPB 即為嵌入型 PPB。參考：Third Party Executive Summary of the United States of America, *Brazil—Taxation*, ¶ 21 (Apr. 1, 2016).

⁴⁶ *Id.* ¶¶ 7.291, 7.295.

⁴⁷ *Id.* ¶ 7.308.

⁴⁸ *Id.* ¶ 7.318, 7.319.

⁴⁹ Panel Report, Annex B-1, *Brazil—Taxation*, ¶ 70.

⁵⁰ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.347.

⁵¹ *Id.* ¶¶ 7.348, 7.349.

⁵² *Id.* ¶¶ 7.354, 7.355.

在進行 ICT 計畫是否為 TRIMs 所涵蓋之審理時，小組首先歸納該等計畫之特質：(1) 旨在促進投資，因此確實對投資行為有所影響；(2) 對於進口產品，且包括用於最終產品與中間產品之生產投入，該等計畫對其銷售及購買皆造成影響，導致對貿易有所衝擊；(3) 一措施若包含「國內自製率規定 (local content requirements)」，由於此種要求傾向使用國內產品而非進口產品，其必然對貿易造成影響，而構成與貿易相關之投資措施⁵³。總結以上內容，小組認定 ICT 計畫確實落入 TRIMs 協定中，「與貿易相關之投資措施」之意涵⁵⁴。

小組認為，由於 ICT 計畫已被認定違反 GATT 1994 第 3 條第 2 項及第 3 條第 4 項，且該等計畫為與貿易相關之投資措施，因此當然違反 TRIMs 第 2 條第 1 項⁵⁵。小組進一步指出，該等計畫中的國內自製率規定，要求國內企業購買或使用任何國內來源的產品，因此落入例示清單第 1 項 (a) 款之內容，而由於在 TRIMs 第 2 條第 2 項規定中，落入例示清單之措施本身即違反 GATT 1994 第 3 條第 4 項，故亦違反了 TRIMs 第 2 條第 1 項⁵⁶。

三、巴西欲以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化 PATVD 計畫

在本案中，巴西欲以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化 PATVD 計畫⁵⁷。巴西聲稱其國內存在數位落差現象，因此政府選擇以普及化數位電視作為手段，期待數位電視所提供的視訊會議及遠距教學服務，能夠彌補此一落差，並促進社會融合⁵⁸。其更進一步指出，妥善且即時地使巴西人民接受資訊與教育，與巴西之公共利益息息相關⁵⁹。巴西認為，在普及化數位電視的手段中，確保數位電視傳輸設備的供應，及維持生產與研發該種設備的能力，是至關重要的一環，為達到上述目的，巴西政府於 2007 年開始提倡 PATVD 計畫，希望能促進新科技的整合與適用，該項計畫可依 GATT 1994 第 20 條 (a) 款取得正當性⁶⁰。

小組依據過往上訴機構之論理方式，採取「兩階段測試」分析⁶¹：(一) 先判斷系爭措施是否可依 GATT 1994 第 20 條下之各款取得正當性；(二) 再判斷系爭措施是否以符合 GATT 1994 第 20 條前言之方式實施。在 GATT 1994 第

⁵³ *Id.* ¶ 7.360.

⁵⁴ *Id.* ¶ 7.361.

⁵⁵ *Id.* ¶ 7.363.

⁵⁶ *Id.* ¶ 7.364.

⁵⁷ *Id.* ¶ 7.508; 巴西曾主張如果小組係以違反 GATT 1994 第 3 條規定，認定其措施亦違反 TRIMs 協定第 2 條第 1 項時，如 PATVD 計畫最終可依 GATT 1994 第 20 條 (a) 款取得正當性，違反 TRIMs 協定第 2 條第 1 項之部分應亦可取得正當性。小組認為，任何有違 GATT 1994 協定內容的措施，皆可落入 GATT 1994 第 20 條之審理，因此，以 PATVD 計畫而言，任何被認為違反 GATT 1994 第 3 條的措施，皆可進入 GATT 1994 第 20 條之審理。參考：*Id.* ¶¶ 7.509-7.511.

⁵⁸ *Id.* ¶¶ 7.544, 7.545.

⁵⁹ *Id.* ¶ 7.545.

⁶⁰ *Id.* ¶ 7.546.

⁶¹ *Id.* ¶ 7.515.

20 條 (a) 款第一階段的測試中，小組又分為兩步驟進行檢驗⁶²：(一) 措施係為保護公共道德而設，此包含確認措施之目標是否符合公共道德，及檢驗措施是否為達成目標而設；(二) 措施對於保護公共道德目標有所必要，即「必要性測試」。

在「措施之目標是否符合公共道德」之要件上，巴西主張，開發中國家時常面臨境內部分人口及區域無法近用，或被限制近用現代資通訊科技的困境；並強調數位電視系統係保障人民獲取資訊及教育的關鍵元素，且由於適當且即時的獲取資訊是促進社會融合的良好手段，此舉關乎至高無上的公眾利益⁶³。此外，巴西提及降低數位落差將可提升識字率、民主意識、社會流動、經濟平等及成長與一般人民的生活水準，並提出相關數據佐證其國內存在數位落差⁶⁴。其亦指出聯合國於千禧年發展目標最終報告 (United Nations Millennium Development Goals Report 2015) 中，強調資通訊技術的近用在各國內部及不同發展程度的國家間，皆呈現分配不均的趨勢，因此解決數位落差的問題是至關重要的⁶⁵。小組認為，由於數位落差已被國際公認為開發中國家所面臨的困境之一，而巴西於此項抗辯中，亦充份展現了數位落差對其國內人民的生活水準影響甚鉅，顯見巴西國內確實對此議題確實存有關注⁶⁶。小組更表示，由於 WTO 設立協定的前言已明確表示「會員對於貿易及經濟領域之努力，係為提升生活水準……⁶⁷」，加上歐體海豹產品案之小組認為⁶⁸：「WTO 會員皆被賦予了相當程度的裁量權，得以在數種價值中選擇何者為他們的『公共道德』。」雖然此種裁量權雖非漫無邊際，但在本案中，小組傾向賦予巴西此種權利⁶⁹，據此，本案小組認為巴西選擇以「彌補數位落差，促進社會融合」作為其公共道德之目標，是相當合理的⁷⁰。

小組進一步檢驗「措施是否為達成目標而設」之要件。巴西認為 PATVD 計畫將可確保「數位電視系統運作的適當條件」，並保障數位電視傳輸設備之供應，與強化巴西境內對研發及生產此種設備的能力，以遵守國內對類比 (analogue) 電視過渡至數位電視系統的時間安排⁷¹。儘管小組對於 PATVD 計畫是否真有助於彌補資訊落差持保留態度⁷²，但其仍決定依循哥倫比亞紡織品關稅案之上訴機構所採取的判斷標準，亦即「只要一措施並非無法保護公共道德，該措施即可被

⁶² *Id.* ¶¶ 7.517, 7.519.

⁶³ *Id.* ¶ 7.561.

⁶⁴ *Id.* ¶¶ 7.561, 7.562.

⁶⁵ *Id.* ¶ 7.563.

⁶⁶ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.565.

⁶⁷ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, pmbl. para. 1.

⁶⁸ Panel Report, *European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶ 7.381, WTO Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R (adopted Apr. 4, 2013) [hereinafter *EC—Seal Products*].

⁶⁹ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.565.

⁷⁰ *Id.* ¶ 7.568.

⁷¹ *Id.* ¶ 7.572.

⁷² *Id.* ¶ 7.571.

認定為保護公共道德而設」⁷³。小組認為，當國內相關產品製造商，無法在缺乏政府保護之情況下與外國產品競爭時，似可認為相關的歧視性措施保護了國內產業，使之得以發展，並提升其競爭力，消費者因此得以低價購買電視，進而增進資訊取得與社會融合之福祉⁷⁴。上述推論已足夠說明「PATVD 計畫並非無法達成措施之目標」，故小組認為巴西已證明 PATVD 計畫係為達成目標而設⁷⁵。

小組繼續對於「系爭措施之必要性」進行檢驗。巴西主張，PATVD 計畫係為彌補數位落差及促進社會融合所設，且僅有非常少數的公共利益會比保護公共道德重要，因此具備最高程度的保護利益⁷⁶。巴西亦表示，PATVD 計畫對國內數位發射器之製造及產業發展是不可或缺的，由於國內已在數位電視的製造過程中，採用一種「獨特且量身定制的標準 (unique and tailor-made standard)」，而政府不確定外國供應商是否能提供符合上述標準的數位發射器 (transmitters)，因此規劃了相當措施確保合格之數位發射器之供應，保障巴西人民獲取文化和資訊的機會⁷⁷。PATVD 計畫即是為此而生，其在巴西境內製造和研發的作業中扮演了不可或缺的角色，從而對於保護公共道德有所貢獻⁷⁸。小組雖認可巴西所欲追求的政策目標之重要性⁷⁹，在措施對目標的貢獻程度方面，小組卻發現巴西從未發布相關統計數據，以證實 PATVD 計畫能夠促進數位電視之普及化與資訊之取得；換句話說，雖然在理論上，PATVD 計畫似乎可以對巴西之政策目標做出貢獻，但巴西在事實上並未提出任何證明，而小組認為 PATVD 計畫非常有可能對於政策目標僅有低度貢獻⁸⁰。

接著，在措施所造成的貿易限制程度部分，小組認定 PATVD 計畫的歧視性特質，確實降低巴西國人購買進口產品之誘因，因此其所造成的貿易限制是實質存在的⁸¹。最後，小組審視了控訴方提出的替代措施，即：(一) 針對所有符合巴西數位電視標準的設備，無論產地為何，一律適用稅賦免除或暫停課徵之措施；(二) 取消數位電視傳輸設備之關稅；(三) 直接向生產數位電視傳輸設備之廠商，以不歧視之方式提供補貼⁸²。小組指出該等替代措施均為合理可得，既合乎 WTO 規範，又較原措施的貿易限制程度為低，且亦能夠達成彌補數位落差的目標⁸³。在進行上述四點的評估後，小組總結，巴西在 PATVD 計畫下所採行

⁷³ Appellate Body Report, *Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, ¶ 5.68, WTO Doc. WT/DS461/AB/R (adopted June 22, 2016) [hereinafter *Colombia—Textiles*].

⁷⁴ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.582.

⁷⁵ *Id.* ¶¶ 7.582, 7.583.

⁷⁶ *Id.* ¶ 7.587.

⁷⁷ *Id.* ¶ 7.594.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.* ¶ 7.592.

⁸⁰ *Id.* ¶¶ 7.595, 7.602.

⁸¹ *Id.* ¶ 7.607.

⁸² *Id.* ¶ 7.609.

⁸³ *Id.* ¶ 7.621.

之措施，不符合 GATT 1994 第 20 條 (a) 款中的「必要性」要件，故巴西無法以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化其措施⁸⁴。

貳、巴西稅捐案中 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查基準之疑慮

巴西稅捐案之小組報告最受批評之處，便是小組在進行審查及分析時，認為「彌補數位落差，促進社會融合」此種一般性政策目標之主張，亦可落入公共之道德範疇⁸⁵，並引發了如同歐盟曾在本案提及的憂慮⁸⁶：「各國政府之政策目標，皆有一部分係為促進國家的社會、經濟狀況……如果此種一般性的政策目標，可以符合 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之定義，無異於使得該款在操作上，可以使任何政府為公共利益所採行的措施取得正當性。」可見本案在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款審查時，似有不當之處，除此之外亦有論者指出本案在 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查的其他問題，本文以下將列舉巴西稅捐案在進行公共道德例外條款前階段審查時之問題。

一、對「公共道德」之解釋過於模糊

在巴西稅捐案中，小組雖明確表示，為杜絕一般性的社會經濟政策目標皆可類比為公共道德目標之疑慮，其反對巴西所提出之「任何政府為公共利益所採行之措施，均得以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款正當化」之主張⁸⁷。但小組並未進一步解釋何種目標始可落入公共道德之範疇，因此在審理結果出爐後，仍遭受此舉無異使得任何合法政策目標均可以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款取得正當性之批評⁸⁸。

在過往曾經主張公共道德的案例中，僅有美國線上賭博案之小組模糊地指出⁸⁹：「公共道德之涵義可能因為會員所處的時空產生差異，取決於其所盛行的社會、文化、道德和宗教價值。」此段論述雖未對公共道德進行積極定義，卻成為後案中，考量受控訴方之政策目標是否公共道德範疇之重要基準，並賦予了會員自行認定何謂公共道德之極大裁量權，導致在爭執措施目標是否可依公共道德例外正當化時，很容易出現歧見。

有論者認為應賦予「公共道德」彈性解釋空間，尤其因 GATT 1994 第 20 條在過去數十年間，曾多次被批評區區十款例外過於狹隘，不足以涵蓋所有會員之

⁸⁴ *Id.* ¶ 7.622.

⁸⁵ Du, *supra* note 5; Lester, *supra* note 5.

⁸⁶ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.566.

⁸⁷ ¶¶ 7.566, 7.567.

⁸⁸ Du, *supra* note 5, at 72.

⁸⁹ Panel Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶ 6.461, WTO Doc. WT/DS285/R (adopted Apr. 20, 2005) [hereinafter *US—Gambling*].

合理規制目標⁹⁰，因此，對「公共道德」為賦予較為寬鬆的解釋，將可補足原始條文設計的不足之處。然考量立法者係以列舉規定設計 GATT 1994 第 20 條之內容，而非運用例示規定之方式，應屬有意將例外事由加以限縮，又模糊解釋的結果，可能導致會員將公共利益事由擴張成公共道德，畢竟公共利益或多或少反映會員國「所盛行的社會、文化、道德和宗教價值」。若一切具備公益目標的措施，事實上均得透過例外條款正當化，則無異架空「公共道德例外條款」。據此，本文認為 DSB 有必要確立公共道德之界線。

二、未確實說明「公眾關注與公共道德之關聯性」如何存在

在巴西稅捐案中，小組於進行「措施之目標是否符合公共道德」之要件審查時，引用了歐體海豹產品案在 TBT 協定 2 條第 2 項下的審查基準⁹¹，卻有未如實按該基準進行審理之嫌。除了 GATT 1994 及 GATS 所設的一般例外條款，「技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT 協定)」第 2 條第 2 項亦承認會員得因追求合法目的，採行「不至逾越必要程度的」貿易限制措施。不同於 GATT 1994 第 20 條及 GATS 第 14 條以列舉方式限縮正當化事由，TBT 協定第 2 條第 2 項係例示規定，所謂的合法目的並不限於條文所明示者，又一般認為 TBT 協定前言中第六⁹²、第七段⁹³的內容，及 WTO 涵蓋協定下所認可其他目的，亦有包含在內⁹⁴，因此「維護公共道德」應亦為合法目的之一。

歐體海豹產品案之小組曾討論對海豹產品的管制，是否可依 TBT 協定第 2 條第 2 項取得正當性。在該案中，歐盟主張第 1007/2009 號法令係為維護境內的公共道德所設⁹⁵，小組為檢視此主張之合理性，首先對法規之立法目的進行檢視，並以：(一) 歐盟境內對海豹福利議題是否存有公眾關注，及；(二) 該公眾關注與公共道德具備關聯性作為審查基準⁹⁶。從此二項審查基準可知，在進行 TBT 協定第 2 條第 2 項下立法目的審查時，除了確立會員的政策目標在其關稅領域內受有一定的關注，亦特別重視此種關注與公共道德間的關聯性。

⁹⁰ Du, *supra* note 5, at 73; See also Ming Du & Qingjiang Kong, *EC-Seal Products: A New Baseline for Global Economic Governance and National Regulatory Autonomy Debate in the Multilateral Trading System*, 13(1) MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 2, 16-17 (2016).

⁹¹ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 7.556, 7.557.

⁹² Agreement on Technical Barriers to Trade, pmbl. para. 6, (providing that: “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...”).

⁹³ Agreement on Technical Barriers to Trade, pmbl. para. 7, (providing that: “Recognizing that no country should be prevented from taking measures necessary for the protection of its essential security interest.”).

⁹⁴ VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 7, at 915.

⁹⁵ Panel Report Addendum, *EC—Seal Products*, ¶¶ 59-63, WTO Doc. WT/DS400/Add.1, WT/DS401/Add.1 (Nov. 25, 2013).

⁹⁶ 李宜芳、劉盈君，「『公共道德』作為動物保育措施合法目的之探討——以海豹案於 TBT 協定第 2.2 條之詮釋為核心」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，157 期，頁 17，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no157/3.pdf> (最後瀏覽日：2018 年 5 月 24 日)。

歐體海豹產品一案亦對措施是否可依 GATT 1994 第 20 條 (a) 款進行審理。在小組報告中，針對「措施之目標是否符合公共道德」此一要件，小組認為因相關內容已在 TBT 協定第 2 條第 2 項的審查中獲得驗證，因此不必重複檢驗⁹⁷，似有將 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之審查比照 TBT 協定第 2 條第 2 項之作法之意。此種審查基準亦被巴西稅捐案之小組所採納，惟小組僅以巴西之立法文件及聯合國相關報告為證⁹⁸，說明彌補數位落差在巴西境內存有公眾關注，緊接著即以會員對何種價值構成公共道德具有裁量權限為由⁹⁹，迅速帶過公眾關注與公共道德之關聯性之審查。此種論證方式顯非妥適，因此有論者認為小組應要求巴西提出更充分之證據，以說明此種政策目標如何落入公共道德之範疇¹⁰⁰。

三、「措施是否為達成目標而設」要件之審查基準過低

巴西稅捐案之小組在審查「措施是否為達成目標而設」要件時，使用的是哥倫比亞紡織品關稅案上訴機構所設立的審查基準。在哥倫比亞紡織品關稅案中¹⁰¹，上訴機構認為此一要件係為確認措施與公共道德間存在關聯性，並應針對措施之設計進行檢驗，考量之事項包括措施內容、架構及預期操作結果¹⁰²。但是上訴機構強調，檢驗措施之設計時不須進行特別嚴苛之分析，僅有在「必要性測試」時，才須對於措施本身進行一系列的衡量與權衡 (weighing and balancing)¹⁰³。因此，在後續的法律分析中，上訴機構認為此要件之審查基準應為「系爭措施並非無法達到政策目標」¹⁰⁴，只要被控訴國能夠證明因洗錢導致的市場價格扭曲情形確實存在，而複合關稅之目的係在導正此種價格扭曲情形，仍應採納被控訴國的說詞，使其通過檢驗¹⁰⁵。

本文認為，巴西稅捐案之小組對「措施是否為達成目標而設」要件之審查方式是非常矛盾的，小組雖仔細檢視了措施之設計、內容、架構及預期操作結果，卻在發現立法文件表明措施之設計目的明顯偏向單純保護國內產業，而非巴西聲稱的以建立和推動國內產業及促進數位融合，且措施之預期操作結果亦與巴西聲稱之目標有所偏差後¹⁰⁶，對此分析結果毫不重視，並以「系爭措施並非無法達到

⁹⁷ Panel Report, *EC—Seal Products*, ¶ 7.631.

⁹⁸ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 7.557, 7.562-7.564.

⁹⁹ *Id.* ¶ 7.565.

¹⁰⁰ Du, *supra* note 5, at 72.

¹⁰¹ 關於哥倫比亞紡織品關稅案之背景及小組審查內容，可參考：黃意涵，「試以哥倫比亞紡織品關稅案分析 GATT 公共道德一般例外之標準」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，190 期，頁 19-29，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no190/4.pdf> (最後瀏覽日：2018 年 4 月 10 日)。

¹⁰² Appellate Body Report, *Colombia—Textiles*, ¶ 5.69.

¹⁰³ *Id.* ¶ 5.70.

¹⁰⁴ *Id.* ¶¶ 5.68, 5.77.

¹⁰⁵ *Id.* ¶ 5.99.

¹⁰⁶ Du, *supra* note 5, at 72.

政策目標」作為審查基準，認定巴西所採行的措施可能在相當情形下保護國內產業，使此一要件通過檢驗¹⁰⁷。有論者將此審查基準批評為極低度的門檻¹⁰⁸。

四、小結

巴西稅捐案所使用的審查基準皆參照前案，該等審查基準雖未在前案導出特別引人注目之結果，運用至本案後卻出現問題，並引發 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查基準太過寬鬆之憂慮¹⁰⁹。在 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查基準給予會員的裁量權限過高的情況下，將導致被控訴方可強加其對於公共道德的一己之見於小組或上訴機構，控訴方卻難以不同立場辯駁並動搖裁決者；又當該款之前階段審查幾乎無法發揮效用時，被控訴方便容易使系爭措施暫時取得正當性，接著輕而易舉地進入「必要性測試」及「前言測試」階段。

有論者認為，針對現行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之操作，DSB 在「必要性測試」及「前言測試」所採取的基準，已足夠防範會員濫用公共道德例外而使貿易限制措施正當化之可能¹¹⁰，因此似無必要針對前階段審查基準進行嚴格規制。本文認為此種說法並不妥適，由於 GATT 1994 第 20 條 (a) 款為「公共道德例外」條款，因此會員在透過此款取得正當性時，必定得先證明其所追求的政策目標為公共道德目標，始有進入後階段要件審理之必要。再者，「必要性測試」及「前言測試」主要係以措施之合比例性為審查對象，與前階段審查基準所針對的客體有所不同，既然此二階段審查之內容不具相互關聯性，顯見 GATT 1994 第 20 條 (a) 款下每一要件之設計都有其重要意義，爭端解決機構應妥善執行個別審查。此外，亦有論者對過去十年間的案例法發展進行觀察，認為在必要性測試的部分，由於 DSB 對替代措施之審查基準，已從原先強烈要求「不存在對貿易限制程度較小之措施」，轉變為較溫和的衡量與權衡 (weighing and balancing) 基準¹¹¹，暗示著再嚴格的審查基準，都有鬆動之可能。

綜上所述，本文認為 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之前階段審查基準應有改革之必要，並以巴西稅捐案為例，提出本案中 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查基準下的三項問題：(一) 對「公共道德」之解釋過於模糊；(二) 未確實說明「公眾關注與公共道德之關聯性」如何存在；(三) 「措施是否為達成目標而設」要件之審查基準過低。本文以下將試提出解決方案。

¹⁰⁷ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 7.582, 7.583.

¹⁰⁸ Du, *supra* note 5, at 71.

¹⁰⁹ *Id.* at 69.

¹¹⁰ Jeremy Marwell, *Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After Gambling*, 81(2) N.Y.U.L. REV. 802, 827 (2006); 張南薰，從 WTO 之「歐體海豹產品案」看 TBT 協定第 2.1 條及第 2.2 條與 GATT1994 第 XX 之關係，貿易政策論叢，第 24 期，頁 53，101 (2015 年)。

¹¹¹ Ming Du, *The Necessity Test in World Trade Law: What Now?*, 15(4) CHINESE J. INT'L L. 817, 847 (2016).

參、試針對巴西稅捐案小組報告之前階段審查提出改善方案

接續前一部分之內容，本文欲以巴西稅捐案為核心，試針對該案在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款前階段審查時所發生之問題，提出改革方案。本文認為可行之方案有三，分別為：確立公共道德之界線、加重公眾關注與公共道德之關聯性之證明程度，及加強「措施是否為達成目標而設」之審查基準，以下分述之。

一、確立公共道德之界線

如何對 GATT 1994 第 20 條 (a) 款進行明確釋義一直是個難題。較早期之文獻曾嘗試利用「維也納條約法公約 (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)」之解釋方法，試圖為公共道德賦予明確定義。由於 GATT 1994 第 20 條 (a) 款內文並未直接解釋公共道德之確切定義及適用範圍，又考量例外條款之設計本為使違反協定的內容取得正當性，因此若以 GATT 1994 之目的及宗旨對該款進行解釋將無法獲得明確結果，再加上 GATT 1994 第 20 條 (a) 款並未留有可用於 VCLT 第 31 條¹¹²上下文解釋之素材¹¹³，學者僅能透過 VCLT 第 32 條¹¹⁴下之補充解釋方式探詢立法者之真意。公共道德例外條款最早由美國提出，然條文的起草者並未表明公共道德之定義¹¹⁵，與 GATT 1994 第 20 條 (a) 款談判相關之準備文件也僅僅表明了該款可能涵蓋酒類進口問題¹¹⁶，不過學者亦提及，從相同時代背景的其他條約內容以觀，與毒品、色情製品、賭博、奴隸買賣、槍枝販賣及動物保護相關之議題，似亦可為公共道德所涵蓋¹¹⁷。有鑑於與 GATT 1994 第 20 條 (a) 款相關之立法資料非常有限，若要單純從條約本身對公共道德畫出界線，恐怕有所不足，因此本文將透過其他解釋工具加以釐清其意涵。

有論者認為，可透過貿易行為是否在會員境內構成錯誤行為，來判斷會員援引 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之正當性¹¹⁸。由於「服務貿易總協定 (General

¹¹² Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31(2), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, (providing that: “The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.”).

¹¹³ Steve Charnovitz, *The Moral Exception in Trade Policy*, 38 VA. J. INT'L L. 689, 710 (1998).

¹¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties art. 32, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, (providing that: “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning...”).

¹¹⁵ Nargis Yeasmeen, *Interpretation of “Public Morals” under Article XX of the GATT*, 20(9) IOSR JOURNAL OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCE 33, 35-36 (2015).

¹¹⁶ Charnovitz, *supra* note 113.

¹¹⁷ *Id.* at 708-710.

¹¹⁸ Katarina Jakobsson, *THE Dilemma of the Moral Exception in the WTO*, THESIS OF THE FACULTY OF LAW AT STOCKHOLM UNIVERSITY 1, 34 (2013).

Agreement on Trade in Services, GATS) 第 14 條 (a) 款中, 包含了「保護公共道德」與「維持公共秩序」兩種例外, 為有效區分兩者之適用範圍, 美國線上賭博案之小組曾援引《簡編版牛津英語大辭典》(Shorter Oxford English Dictionary) 中的解釋, 為上述兩個詞彙進行定義¹¹⁹。該案小組表示, 公共道德應指「用以判定一行為係正確或錯誤的標準, 而該標準由社群或國家所維持」¹²⁰, 而公共秩序則為「對社會基本利益之維護, 通常以政策或法律為實現手段」¹²¹。公共道德與公共秩序雖為兩個不同的概念, 惟在兩者試圖保護的價值極為相近時, 可能產生重疊、落入一體之現象¹²²。可惜的是, 無論在該案或是其他案件中, 均未進一步解釋公共道德與公共秩序可能在何種部份重疊, 或如何區隔¹²³。依循此一文義解釋, 公共道德顯然重於「行為時產生的是非對錯之感」。在歐體海豹產品案的小組報告中, 亦提到在判定會員之政策目標是否符合公共道德時, 此種「對或錯的基準」是重要依據¹²⁴。

而在另一種看法中, 會員僅須證明其所聲稱公共道德在其境內具有重要性, 即得以 GATT 1994 第 20 條 (a) 款作為抗辯之手段¹²⁵。學者認為, 由於公共道德例外係為維護會員的主觀價值, 因此小組或上訴機構不應對此條款加諸過於嚴格的解釋, 否則將可能使此條款的存在失去意義¹²⁶。只要會員國能證明其所追求者為「重大政策目標」, 且該目標旨在保護一社群或國家全體人民之利益, 一旦經過誠信原則¹²⁷之檢驗, 即應接受被控訴方之主張¹²⁸。此說雖賦予了會員相當寬廣的自主裁量權, 惟仍利用重要性、社群或國家之概念將公共道德之界線加以限縮, 然此觀點目前並未被實務採納。

無論採取上述任一說的觀點, 皆可看出並非所有政策目標皆可落入公共道德之範疇。總體來說, 公共道德及公共政策之關係正如學者所提出之評論¹²⁹: 「雖然每個公共政策皆有追求正當目標之可能, 但並非每個正當目標皆可落入公共道德之範疇。」本文並不反對 DSB 賦予會員對公共道德定義之裁量權, 但仍認為必須透過統一的標準或審查步驟, 使會員明瞭此一條款的界線並進行適當限縮。若小組及上訴機構在往後的裁決中, 能夠對於公共道德的審查基準作出進一步的

¹¹⁹ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.463.

¹²⁰ *Id.* ¶ 6.465.

¹²¹ *Id.* ¶ 6.467.

¹²² *Id.* ¶ 6.468.

¹²³ 翁乃方, *WTO 下公共道德及公共秩序例外——共通標準之建立*, 1 版, 頁 11 (2013 年)。

¹²⁴ Panel Report, *EC—Seal Products*, ¶¶ 7.403.

¹²⁵ Nicolas Diebold, *The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole*, 11(1) *J. INT'L ECON. L.* 43, 60 (2007).

¹²⁶ *Id.* at 54.

¹²⁷ 此處的「誠信原則檢驗」係指只要 DSB 未發現被控訴方具有不良意圖, 即應接受被控訴方之公共道德例外主張。參考: *Id.* at 61.

¹²⁸ *Id.* at 60, 61.

¹²⁹ Du, *supra* note 5, at 72.

積極闡釋，將可降低會員對政策目標是否落入公共道德產生爭議之機會，並可增加裁決之說服力。

二、加重公眾關注與公共道德之關聯性之證明程度

在巴西稅捐案中，小組引用歐體海豹產品案在 TBT 第 2 條第 2 項下的審查基準，認為在審理受有關注之政策目標是否落入公共道德之範疇時，除應確認會員國境內對該議題確實存有關注，亦應進一步檢驗公眾關注與公共道德之關聯性，始能該當此一要件¹³⁰。然而，觀其後續論理，小組雖表明開發中國家數位落差之困境是國際間關注的議題，卻未對第二個審查基準，即此種關注與公共道德之關聯性進行明確論述，亦未要求巴西提出相關證據加以佐證¹³¹，便表示巴西境內對數位落差議題之關注可落入公共道德之範疇¹³²，據此，本文認為該案小組的論理內容恐有跳躍論證之嫌，應有改善之必要。

在歐體海豹產品一案中，被控訴方係以歐盟對於動物保育所簽署的條約、採行的相關措施，及歐盟各會員國的國內法規為例，強調此政策目標在歐盟境內受有關注，並說明動物保育與動物福利和道德思想之關聯¹³³。過去亦有論者提出相似看法，認為當一會員所主張的公共道德目標無法受到其他會員之認可時，該會員應就措施目的與公共道德之關聯性負擔舉證責任，提出諸如歷史、當代民意調查、公投結果或受到認可之宗教領袖之聲明作為證據¹³⁴。

歐體海豹產品案與巴西稅捐案的相似之處，便在於此二者所揭示政策目標的確有其重要性¹³⁵，並受有公眾關注，惟其是否能與公共道德掛鉤，應有進一步證明之必要，因此相關證據對於「措施之目標是否符合公共道德」此一要件具有極其重要之地位。本文認為，巴西稅捐案之小組雖將公眾關注與公共道德之關聯性納入審查基準，卻顯未按照此一基準如實審查，應予改善，如此方可加強裁決之正當性。

三、加強「措施是否為達成目標而設」之審查基準

有論者以中國原物料案上訴機構對於 GATT 1994 第 20 條 (g) 款之審查結果，批評巴西稅捐案之小組在「系爭措施是否為達成目標而設」的要件審查上，具備相當疏漏¹³⁶：儘管在中國原物料案中，上訴機構肯認中國之措施確實係以抑

¹³⁰ Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶¶ 7.556, 7.557.

¹³¹ Du, *supra* note 5, at 72.

¹³² Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.568.

¹³³ Panel Report, *EC—Seal Products*, ¶¶ 7.405-7.409.

¹³⁴ Ming Du, *Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization*, 50(4) J. WORLD TRADE 675, 697 (2016).

¹³⁵ 巴西稅捐案小組認為，彌補數位落差係「聯合國千禧年發展目標 (Millennium Development Goals)」之一，因此具有重要性。參考：Panel Report, *Brazil—Taxation*, ¶ 7.563.

¹³⁶ Du, *supra* note 5, at 72-73.

制稀土出口，達到保存自然資源之目的¹³⁷。經檢視相關證據後，卻認為措施之設計無法產生中國聲稱之「反常信號 (perverse signals)」作用，使消費者意識到稀土資源之衰竭，相對地，此一措施甚至可能導致國內增加稀土消費量之結果，進而指出保存自然資源並非中國相關措施之實質目的¹³⁸，因此無法符合「系爭措施係為達成目標而設」之要件。對照至本案，小組雖要求巴西提供與措施之設計、內容、架構及預期之操作結果相關之證據，卻在該些結果呈現出與中國原物料案類似的結果時，有意忽視，並以哥倫比亞紡織品關稅案上訴機構所設之「系爭措施並非無法達到政策目標」基準搪塞，此種判斷上的落差顯非妥適。

事實上，在哥倫比亞紡織品關稅案的小組審查階段，小組對於此要件之審查並非如此寬鬆¹³⁹。於該案中，哥倫比亞的確提出了一系列關於其措施設計之說明，但小組並未完全採信其說詞，並稱哥倫比亞的主張中包含一系列有待驗證的內部連結假設¹⁴⁰，針對該等假設，要求哥倫比亞提出相應的客觀證據與事實¹⁴¹。然而，該案上訴機構卻認為在進行 GATT 1994 第 20 條 (a) 款的分析時，不須對於措施之設計嚴格審查，相反的，在「必要性測試」時才須對於措施本身進行一系列的衡量與權衡 (weighing and balancing)¹⁴²，輕輕帶過「措施是否為達成目標而設」的審查。

本文並不認同哥倫比亞紡織品關稅案上訴機構之見解，因為該見解傾向認同因「必要性測試」及「前言測試」已非常嚴格，足以擋下欲以投機方式主張 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之措施之看法類似。撇開後階段審查基準已遭到學者懷疑有逐漸寬鬆化現象，而可能無法達成防止濫用現象的辯駁不談¹⁴³，法律要件之分析本就是獨立審查，每個要件皆有其功能，不應受到前階段或後階段審查之干擾。且證明過程應基於客觀證據，達到相當之證明程度，若非如此，審查之獨立性及客觀性應有質疑之必要。因此，本文認為應加強「措施是否為達成目標而設」此一要件之審查基準，以實質且客觀之方式審查系爭措施的設計目的。

肆、結論

¹³⁷ Eric W. Bond & Joel Trachtman, *China—Rare Earths: Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation*, 15(2) WORLD TRADE REVIEW 189, 203 (2016).

¹³⁸ Appellate Body Report, *China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, ¶¶ 5.156-5.160, WTO Doc. WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (adopted Aug. 29, 2014).

¹³⁹ 關於哥倫比亞紡織品關稅案之小組審查內容，可參考：黃意涵，「試以哥倫比亞紡織品關稅案分析 GATT 公共道德一般例外之標準」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，190 期，頁 19-29，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no190/4.pdf>（最後瀏覽日：2018 年 5 月 24 日）。

¹⁴⁰ Panel Report, *Colombia—Textiles*, ¶ 7.353.

¹⁴¹ *Id.* ¶¶ 7.355, 7.358, 7.359, 7.362, 7.365, 7.374, 7.376, 7.377, 7.397, 7.400.

¹⁴² Appellate Body Report, *Colombia—Textiles*, ¶ 5.70.

¹⁴³ Du, *supra* note 111.

巴西稅捐案的小組報告雖飽受各界批評，但從另一角度而言，其亦敲響了一記警鐘，警示公共道德例外之審查基準顯過於寬鬆，需要努力改善。與他款相較，目前援引 GATT 1994 第 20 條 (a) 款之案例數量明顯較少，審查基準亦尚在變動中，此種「後天不良」，加上難以對公共道德做出明確定義之「先天不利」，使得公共道德例外成為 GATT 1994 第 20 條下最具爭議的款次，改革之路亦十分漫長。巴西已於 2017 年 9 月 28 日提起上訴，歐盟及日本亦於同年 10 月 3 日提出交叉上訴之請求，在本案上訴機構之審理中，相關審查基準是否會產生變動，值得持續關注。

