

從美國鮪魚案 II 看 TBT 協定第 2.2 條之解釋

張永阜、戴心梅、陳家豪

美國鮪魚案 II (*US—Tuna II*)¹於今(2011)年9月15日傳遞小組報告,此為美國丁香香菸案(*US—Clove Cigarettes*)²後,緊接著出爐的第二件涉及技術性貿易障礙協定(Agreement on Technical Barrier to Trade, 以下稱 TBT 協定)第 2.2 條爭議之案件,由於爭端解決機構(Dispute Settlement Body, DSB)在過去案件依據 TBT 協定第 2.2 條審理並下裁決之案件甚少,且此部分之裁決亦為美國該案敗訴之關鍵³,故小組如何解釋該條文即值得關注。另外,本案小組於判斷標示規範是否屬於 TBT 協定所稱之技術性法規(Technical Regulation)時,罕見地提出不同意見書(Separate Opinion)於裁決中,可見該部分判斷爭議性之大,故亦值得探究。

由於 TBT 協定第 2.2 條之判斷標準目前似乎尚無定見,故本文欲藉由觀察小組之解釋方式,勾勒出 DSB 對該條要件之解釋將來可能之方向。以下即先就標示規範介紹並說明小組何以判定其屬於技術性法規;在認定其為技術性法規前提下,接著介紹小組如何分析 TBT 協定第 2.2 條,以及小組如何判斷美國措施違反該條規範,最後則作一結論。

本案標示規範與技術性法規之判斷

以下先概述本案標示規範,接著說明小組如何認定該措施屬於 TBT 協定附件 1.1 所指稱之技術性法規,因而本案屬於 TBT 協定之範疇:

(一) 標示規範

美國欲透過「無害於海豚」的標示規範⁴,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

¹ Panel report, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, circulated 15 September 2011.

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

³ 小組首先判斷系爭措施為「技術性法規」,接著小組針對 TBT 協定第 2.1、2.2、2.4 條依序審查,最後判定美國僅違反了第 2.2 條之規定。

⁴ *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).

害於海豚的鮪魚產品，以提昇對海豚的保護。由於美國認為捕捉鮪魚的地點⁵、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⁶，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和 (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「無害於海豚」標示後進口至美國並在市場上販售⁷。

(二) 技術性法規之判斷

小組在判斷標示規範是否屬於 TBT 協定之技術性法規時，援引歐體石棉案 (*EC—Asbestos*) 所建立之三要件以茲判斷，包括：第一、相關文件適用於一項或一群可被辨識的產品；第二，其規定一項或數項產品之特性；第三，符合該產品特性具有強制性 (mandatory)⁸。其中最具爭議者乃在第三要件，即標示規範是否具有強制性之判斷，倘不具強制性，該措施則不屬於 TBT 協定之技術係法規，自無適用該協定之餘地。

小組首先解釋，TBT 協定附件 1.1 之「強制性」係涉及措施之拘束性 (binding) 特徵，或產品必須 (或不得) 具備某些特徵或特色之規定⁹，接著論述此強制性是區分「技術性法規」與「標準」之重要差異¹⁰，而後則總結出強制性之意涵為：倘一文件所產生的效果是以法律拘束性 (legally binding) 或強制性之態樣 (compulsory fashion) 去規範某些特徵；且造成產品必須 (或不得) 具備某些特徵、術語、符號、包裝、標記或標示，或該產品必須 (或不得) 採取某些製程或生產方法¹¹。

最後，小組於檢視美國標示規範時認為，如在美國市場販售或出口自美國之鮪魚產品，如欲有「無害於海豚」之相關標示，則必須符合相關之要求，因此標示規範在使用相關標示之管理上採拘束性且嚴格限制 (binding and exclusive) 之態度。此外，儘管該標示並非鮪魚產品在美國市場販售之強制性要求，但此措施確實限制了鮪魚產品可以使用「無害於海豚」相關標示之條件，故消極地禁止不符合該措施要求之產品使用該標示，因此認為標示規範具有強制性¹²。

值得注意的是，有小組成員提出不同意見書¹³，認為標示規範並未規範該標

⁵ 東熱帶太平洋海域 (Eastern Tropical Pacific, ETP) 內或外。

⁶ Panel report, *US—Tuna II*, ¶ 2.7.

⁷ *Id.* ¶ 2.8.

⁸ *Id.* ¶ 7.53.

⁹ *Id.* ¶ 7.106.

¹⁰ *Id.* ¶ 7.109.

¹¹ *Id.* ¶ 7.111.

¹² *Id.* ¶¶ 7.125-132.

¹³ 惟該小組成員認為其不同意見不影響本案其他部分裁決。 *Id.* ¶ 7.188.

示為鮪魚產品上市之要件，故標示規範在標示的要求上不構成法律上 (*de jure*) 之強制性¹⁴；此外，墨西哥未具有「無害於海豚」相關標示之鮪魚產品事實上亦在美國市場販售，且若單純因為缺乏該標示而造成產品銷售效果發生阻礙，並無法改變該措施屬於自願性或非強制性 (*voluntary or not mandatory*) 的本質，而主要零售商不願意購置無該標示之鮪魚產品亦屬於私人行為，與標示規範無關，因此標示規範在事實上 (*de facto*) 並未限制不具標示之產品在美國市場販售¹⁵。

TBT 協定第 2.2 條之分析

小組認為 TBT 協定第 2.2 條為 TBT 協定核心義務之一，TBT 協定第 2.2 條第 1 段係積極要求會員負擔一般性義務 (*general objective*)，即不得對國際貿易造成不必要的障礙¹⁶，第 2 段則包括較細節性的義務¹⁷，並以「為此目的 (*for this purpose*)」連接此兩段¹⁸，且此目的亦為不得對國際貿易造成不必要的障礙。因此，小組肯認 TBT 協定第 2.2 條第 2 段是在解釋同條第 1 段，故 TBT 協定第 2.2 條有兩個要件 (*requirements*)，分別為「技術性法規須追求合法目的」與「技術性法規對於貿易之限制，不應較諸達成合法目的所必須者嚴格與是否顧及為達成該合法目的所造成之風險」¹⁹。從而，本案小組以兩階段分析 TBT 協定第 2.2 條，以檢驗標示規範是否符合 TBT 協定第 2.2 條所規範之上述兩要求。

一、標示規範須追求合法目的

TBT 協定第 2.2 條與第 2.4 條均涉及「合法目的」此要件，而歐體沙丁魚案 (*EC—Sardines*) 曾就第 2.4 條「合法目的」闡釋意見，故小組就本案之舉證責任分配爰參酌該案：該案小組報告認應由被告 (*respondent*) 就技術性法規之目的負舉證責任，上訴機構猜測小組報告上述看法可能係基於原告 (*complainant*) 無法說明 (*spell out*) 技術性法規之合法目的，然上訴機構認此尚不足以將舉證責任倒置予原告一事正當化²⁰。小組同意歐體沙丁魚案上訴機構之見解，肯定舉證責任之分配原則上仍應由被告即墨西哥負擔，且參考美國對於標示規範所追求目的之描述，由小組依爭端解決規則與程序瞭解書 (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU*) 第 11 條之規定就本案作客觀性評估 (*objective assessment*)²¹。

(一) 標示規範之目的

¹⁴ *Id.* ¶¶ 7.152-154.

¹⁵ *Id.* ¶¶ 7.176-7.178.

¹⁶ *Id.* ¶ 7.385.

¹⁷ *Id.* ¶ 7.386.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.* ¶ 7.387.

²⁰ *Id.* ¶ 7.391.

²¹ *Id.* ¶ 7.393.

小組肯認美國線上賭博案 (*US—Gambling*) 上訴機構就服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Service, GATS) 第 14 條之看法，即小組對措施目的之分析無須受會員拘束，僅需獨立且客觀地基於證據判斷²²，亦得適用於 TBT 協定第 2.2 條標示規範目的之探求，再者，爭端雙方均咸認應考量標示規範之設計、架構與特性²³，綜上，小組將以爭端雙方對於「合法目的」之描述與標示規範之架構及設計 (structure and design) 作為分析合法目的之準則²⁴。

小組同意美國對於標示規範目的之主張，認定標示規範之目的有二：一、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，有助於海豚之保護 (以下簡稱保護海豚)²⁵。關於美國所主張的第一個目的，雖經墨西哥駁斥，然小組透過標示規範所屬之法案名稱²⁶，即保護海豚消費者資訊法 (Dolphin Protection Consumer Information Act)、美國國會之調查報告 (findings)²⁷，以及標示規範之架構與設計肯認之²⁸。又，墨西哥亦認為標示規範之真實目的範圍亦較美國所主張之第二個目的為窄²⁹，僅在維護於 ETP 捕撈鮪魚情形下之海豚數量³⁰，惟小組否定墨西主張³¹，而認美國就最終手段 (end-and-means) 之描述，為確保美國市場不鼓勵某些捕撈鮪魚之技術，以有助於海豚之保護，係有保護海豚之「隱含目標 (ulterior objective)」³²。再者，小組注意到標示規範是規定於海洋哺乳類動物保育法 (Conservation and Protection of Marine Mammals)，此亦提供美國主張標示規範係關於保護哺乳類動物且包括海豚此一論點的支持。

另觀察 DSB 日前公布之美國丁香香菸案，該案小組亦認為探求標示規範之目的無須限於標示規範本身³³，其他諸如國會之報告³⁴、標示規範實施會員國內之政府機關如美國食品及藥品委員會之指南 (Guidance for Industry and FDA Staff, General Questions and Answers on the Ban of Cigarettes that Contain Characterizing Flavors, FDA Guidance) 均得作為認定標示規範目的的證據³⁵，此看法與本案小組見解並無不合。然而，決定技術性法規之目的究竟為何，美國丁香香菸案小組參考歐體石綿案 (*EC—Asbestos*) 上訴機構之見解，認為應就技術性法規作全盤

²² *Id.* ¶ 7.405.

²³ *Id.* ¶ 7.405.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* ¶ 7.425.

²⁶ *Id.* ¶ 7.409.

²⁷ *Id.* ¶ 7.410.

²⁸ *Id.* ¶ 7.412.

²⁹ *Id.* ¶ 7.415.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.* ¶ 7.419.

³² *Id.* ¶ 7.416.

³³ Panel Report, *US—Clove Cigarettes*, ¶ 7.336.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

考量，亦即須考量技術性法規之所有禁止與例外之部分³⁶，本案小組則未就此作著墨。

(二) 目的是否具有合法性

關於 TBT 協定第 2.2 條「合法性 (legitimacy)」之意義為何，歐體沙丁魚案小組及上訴機構曾就此做出闡釋，即目的之建構 (elaboration) 係由建立該措施的會員為之，而合法性則由爭端解決機構確認³⁷，另第 2.2 條雖列舉數合法目的，然該列舉並非一「窮盡清單 (a non-exhaustive list)」³⁸。小組參考上述見解認為，美國主張之兩目的恰落於第 2.2 條所規定之清單內³⁹，第一個目的「產品資訊提供」，屬於欺騙目的之預防 (prevention of deceptive practice)；第二個目的「保護海豚」則為動物生命或健康或環境之保護 (protection of animal life or health or environment)，且第 2.2 條之動物係以一般用語 (general terms) 描述，故此處所謂之動物無須為瀕危物種 (endangered or depleted species)⁴⁰。再者，墨西哥主張美國保護海豚此種特定物種的目的，與第 2.2 條之規定有所不符，而認應係普遍地保護哺乳類或海洋動物⁴¹，但小組不認同墨西哥此主張而認對於特定物種之保護並無不法⁴²。綜上分析，小組認定標示規範所追求之兩個目的均具有合法性⁴³。

二、是否造成不必要的貿易限制

小組認為當標示規範對於貿易之限制，較諸達成合法目的所必須者嚴格時，即造成了不必要的貿易限制，因此，小組先就 TBT 協定第 2.2 條必要性先行解釋，接著判斷美國標示規範是否造成不必要的貿易限制⁴⁴。

(一) 必要性之判斷

首先小組認同墨西哥對於貿易限制形式的看法，認為美國措施的確造成了貿易限制⁴⁵，接著針對墨西哥提出關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade 1994，以下簡稱 GATT 1994) 第 20 條 (b) 與 (g) 款、GATS 第 14 條對於「必要性」的解釋方式，小組從中國視聽案 (*China—Publications and Audiovisual Products*)、巴西輪胎案 (*Brazil—Retreaded Tyres*) 找到了墨西哥主張

³⁶ *Id.* ¶ 7.342.

³⁷ Panel report, *US—Tuna II*, ¶ 7.436.

³⁸ *Id.* ¶ 7.437.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* ¶ 7.441.

⁴² *Id.* ¶ 7.442.

⁴³ *Id.* ¶ 7.443.

⁴⁴ *Id.* ¶ 7.454.

⁴⁵ *Id.* ¶ 7.455.

之依據⁴⁶：針對標示規範欲保護利益的重要程度做權衡，判斷是否有其他造成較小貿易限制的措施也有助於此一目的的達成，但是小組分析後認為，本質上，TBT 協定第 2.2 條和 GATT 1994 第 20 條、GATS 第 14 條有所不同⁴⁷：(1) 前者是 TBT 協定下的積極義務，而後者是排除 GATT 協定適用的例外規定(2) GATT 1994 第 20 條乃針對「措施的必要性」做權衡，而 TBT 協定第 2.2 則針對「貿易限制的必要性」做判斷；小組認為本案要判斷的是「是否造成不必要的貿易限制」，而非針對措施而言，而貿易限制是否必要，是依照各國設定的保護程度而有所不同⁴⁸，TBT 協定在前言中便提到：「不宜阻止任何國家於該國認為適當之程度內，採取必要措施以確保該國輸出品之品質，或保護人類、動物、植物之生命或健康或環境或防止欺騙行為」，因此小組認為要判斷否為必要的貿易限制，必須先確定會員國所採取的保護程度⁴⁹。

小組另外在動植物防疫檢疫措施協定 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 以下簡稱 SPS 協定) 第 5.6 條的規定中找到對於「必要性」相類似的解釋⁵⁰，同意美國以 SPS 第 5.6 條註腳的方法判斷「必要性」⁵¹，認為在「會員已經設定好的措施目的水準下」，若可以找到其他同樣可以達成措施目的的替代措施，且此些替代措施造成的貿易限制，比起原標示規範造成之限制明顯較小時，則原標示規範就造成了不必要的貿易限制。然而，小組認為 SPS 協定第 5.6 條和 TBT 協定第 2.2 條的條文內容雖然非常類似，但是仍有不同⁵²，在 SPS 協定第 5.6 條註腳對於不必要的貿易限制有其審查依據⁵³，故其在判斷是否造成不必要的貿易限制時，有一個清楚的底線可供判斷，但是 TBT 協定沒有類似的規定，因此其本質上仍有所不同，惟此不影響仍應判斷是否有其他可達成相同目的之替代措施。

(二) 替代措施之判斷

墨西哥主張以國際養護海豚方案公約 (Agreement on the International Dolphin Conservation Program, AIDCP) 之規定作為替代措施，得達到保護海豚之目的⁵⁴，如個別捕鯊魚船的海豚死亡率限制 (dolphin mortality limits, DMLs)、建立國際審查小組 (International Review Panel, IRP)⁵⁵。美國雖不否認 AIDCP 有助於海豚之保護，但是海豚數量仍然持續減少且難以回復，故認為 AIDCP 難以達到與

⁴⁶ *Id.* ¶¶ 7.446, 7.457.

⁴⁷ *Id.* ¶ 7.458.

⁴⁸ *Id.* ¶ 7.459.

⁴⁹ *Id.* ¶ 7.460.

⁵⁰ *Id.* ¶¶ 7.461, 7.462.

⁵¹ *Id.* ¶ 7.465.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* ¶ 7.464.

⁵⁴ Panel report, *US – Tuna II*, ¶ 7.602.

⁵⁵ *Id.* ¶ 7.611.

標示規範相同之保護水準⁵⁶。小組則認為墨西哥之替代措施得達到標示規範同一之保護水準⁵⁷，並且對於國際貿易之限制較小，因此認同墨西哥所主張之替代措施⁵⁸，蓋替代措施與標示規範均能同樣達到減少海豚傷亡之數量⁵⁹。

(三) 小結

小組在衡量墨西哥提出之替代措施後認為，其亦能達成相同目的且對貿易之限制較小，因此裁決美國標示規範對貿易造成了不必要之限制。由前述的討論可知，小組在「必要性」的認定上，採取較類似 SPS 協定第 5.6 條註腳的認定方法，但是卻在討論的最後對 TBT 協定第 2.2 條和 SPS 協定第 5.6 條本質上作出了區分，本文認為小組此舉的原因在於，TBT 協定的前言同意會員國得在適當範圍內訂立欲施行措施的目的水準，但是對於造成不必要貿易限制的監督上，缺乏類似 SPS 第 5.6 條註腳的判斷標準，若小組認定 TBT 第 2.2 條判斷方法和 SPS 協定第 5.6 條相同時，恐使各國恣意認定其措施欲保護的利益程度，因此，小組在討論 GATT 1994 第 20 條 (b) 與 (g) 款、GATS 第 14 條的適用上，並未明言摒棄其對於「必要性」的權衡方式，由此，小組似乎欲以權衡的方式對 TBT 協定第 2.2 條中的措施目的作一定的監督及限縮，使會員國措施的目的不會恣意的擴張。

本文參照先前本中心對於美國丁香香菸案小組對 TBT 第 2.2 條必要性的解釋及觀點⁶⁰，可以發現，與本案的小組立意並無衝突，二者皆欲將 GATT 1994 第 20 條 (b) 款的法理應用到「必要性」的解釋，惟從本案較可推知其欲應用 GATT 1994 第 20 條 (b) 款的原因。

結論

在本案技術性法規之判斷上，小組罕見地在標示規範是否具強制性此點提出不同意見書，從不同意見書亦可觀察出小組裁決於此部分之疏漏，小組在強制性之判斷上顯然著重於衡量在鮪魚產品上使用「無害於海豚」相關標示是否因該措施受到限制；儘管小組亦注意到鮪魚產品是否有相關標示並非在美國市場販售之要件，但卻未將此事實納入強制性之判斷，此為爭議性較高之處。

至於在 TBT 協定第 2.2 條有關必要性之分析，小組雖未明示採用權衡分析 (weighing and balancing test)，甚至特別指出 TBT 協定第 2.2 條與 SPS 協定第 5.6 條、GATT 1994 第 20 條、GATS 第 14 條等不同，然而從其在替代措施之判

⁵⁶ *Id.* ¶ 7.603.

⁵⁷ *Id.* ¶ 7.618.

⁵⁸ *Id.* ¶ 7.619.

⁵⁹ *Id.* ¶ 7.609.

⁶⁰ 參林于仙等，「探究美國丁香香菸案之小組如何審理系爭措施是否違反 TBT 協定第 2.2 條『more trade-restrictive than necessary』要件」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，121 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no121/3.pdf>。

斷上亦考慮措施是否能達成相同保護水準看來，小組在判斷 TBT 協定第 2.2 條必要性要件時，仍免不了將權衡作為判斷工具。

