

從美國丁香菸案上訴機構報告 看 TBT 協定第 2.1 條「國民待遇」原則

莊雅涵

美國為減少國內青少年吸菸人口，於 2009 年立法禁止國內販售添加香料之香菸 (flavoured cigarette)，如草莓、葡萄、橘子、丁香、肉桂、波蘿、香草、椰子、甘草、可可、巧克力、櫻桃、咖啡等口味之菸品，但薄荷菸與菸草不在禁止販售之範圍¹，印尼認為此法案未禁止多於美國國內生產且同屬香料香菸之薄荷菸，卻禁止印尼生產之丁香菸在美國販售，對印尼進口之丁香菸有歧視性的效果，故去 (2011) 年印尼於世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 之爭端解決機構控訴美國立法不當。由今 (2012) 年 4 月 4 日出爐的美國丁香菸案 (US – Clove Cigarettes) 上訴機構報告可知²，上訴機構秉持小組之結論³，認為美國之立法對印尼具歧視性，對印尼生產之丁香菸造成不利的影響，違反 WTO 會員之基本義務——國民待遇原則，即美國以有差別的方式對待與國內產品同類的進口產品，造成貿易障礙，要求美國盡速修正其法案。上訴機構之最終裁決帶給美國極大的衝擊，美國認為，其立法係為公共健康之考量，具正當且合法之目的，上訴機構之分析有誤⁴，且美國許多民間團體如消費者保護團體 Public Citizen⁵、反菸組織 Campaign for Tobacco-Free Kid 等⁶，皆公開譴責 WTO 罔顧青少年健康，做出錯誤的判斷，由此可知美國國內對裁決結果反彈極大。本文欲藉上訴機構對美國此法案之分析，探討上訴機構之裁決是否過於制式地適用法律，未妥善拿捏

¹ Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, section 907(a)(1)(A): “...Beginning 3 months after the date of enactment of the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, a cigarette or any of its component parts (including the tobacco, filter, or paper) shall not contain, as a constituent (including a smoke constituent) or additive, an artificial or natural flavor (other than tobacco or menthol) or an herb or spice, including strawberry, grape, orange, clove, cinnamon, pineapple, vanilla, coconut, licorice, cocoa, chocolate, cherry, or coffee, that is a characterizing flavor of the tobacco product or tobacco smoke. Nothing in this subparagraph shall be construed to limit the Secretary's authority to take action under this section or other sections of this Act applicable to menthol or any artificial or natural flavor, herb, or spice not specified in this subparagraph.”

² Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012.

³ Panel Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, adopted 24 April 2012.

⁴ *USTR Examining Implications of Adverse Ruling on Teen Smoking Law*, INSIDE U.S. TRADE, April 10 2012.

⁵ *Public Citizen Condemns WTO Attack on U.S. Efforts to Reduce Teen Smoking*, PUBLIC CITIZEN, April 4 2012, available at <http://www.citizen.org/documents/release-on-wto-cigarette-ruling-4-4-12.pdf>.

⁶ *WTO Ruling on Clove Cigarettes Disregards Congress' Legitimate Authority to Protect America's Kids from Tobacco*, CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS, Apr. 4, 2012, available at http://global.tobaccofreekids.org/zh/media_center/detail/2012_04_04_who.

國際經貿與人民健康兩者間之衡量，抑或上訴機構之建議係屬正當，美國應可採更適當的方式，達到減少青少年吸菸人口的目的。

除本文探討之美國丁香菸案外，近期發生之美國鮪魚案 II (*US-Tuna II*)⁷、美國肉品原產地標示案 (*US-COOL*)⁸，以及近期進入諮商程序之澳洲素面包裝菸盒法案等⁹，皆與 WTO 規範——技術性貿易障礙協定 (*Agreement on Technical Barriers to Trade*，以下簡稱 TBT 協定) 相關，技術性貿易障礙指一國所設之技術規章或有關標準之規定，對貿易產生之限制或干擾¹⁰，此係因各國為了民眾之福祉及訴求，制定具有合法正當性的法規，但此可能限制貿易發展，一國法律在與貿易自由化之意旨有所抵觸下，是否非得採取之以達其目標，或有其他方式可避免違反於 WTO 下之義務，這些考量使 TBT 協定越趨重要。此外，美國對外貿易目前採雙軌制，即除多邊架構的 WTO 談判回合外，亦積極與他國簽署雙邊自由貿易協定 (*Free Trade Agreement, FTA*)，WTO 會員近期亦多部屬 FTA 談判，隨著關稅不斷調降，多不再爭執關稅所造成之貿易障礙，剩餘之非關稅障礙則逐漸成為國際經貿舞台之核心。繼本案後，近來必定仍有許多關於具合法目的之內國法規與國際經貿之利益產生衝突與紛爭¹¹，故本文亦欲探究美國丁香菸案之上訴機構對一國措施是否有違 TBT 協定之審查標準，以做為未來相關案件之參考。

本案之上訴機構裁判美國系爭法案有違 TBT 協定第 2.1 條與第 2.12 條，由於 TBT 協定第 2.12 條屬於程序性之規定¹²，故本文僅探討上訴機構對 TBT 協定第 2.1 條之判決。本文以下先簡介 TBT 協定第 2.1 條，再針對上訴機構探討本案有關國民待遇原則之部分，即同類產品與是否給予印尼丁香菸較低待遇的看法，歸納上訴機構之論理基礎，並簡評本案之裁決結果，最後作一結論。

TBT 協定第 2.1 條

TBT 協定第 2.1 條規定 WTO 會員實施一技術性法規時，不得違反最惠國待

⁷ Panel Report, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, circulated 15 September 2011.

⁸ Panel Report, *United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/R, circulated 18 November 2011.

⁹ Request for Consultations by Honduras, *Australia—Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS435/1, Apr. 4, 2012.

¹⁰ 羅昌發，國際貿易法，頁 161，2010 年。

¹¹ 如巴西於今年 3 月亦立法禁止「所有」香料口味之菸品於國內販售，詳細資訊可參考：*Brazil - Flavoured cigarettes banned*, WHO FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL, available at http://www.who.int/fctc/implementation/news/news_brazil/en/index.html.

¹² Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 2.12: “Except in those urgent circumstances referred to in paragraph 10, Members shall allow a reasonable interval between the publication of technical regulations and their entry into force in order to allow time for producers in exporting Members, and particularly in developing country Members, to adapt their products or methods of production to the requirements of the importing Member.”

遇與國民待遇，美國丁香菸案著重於後者之探討。國民待遇於 TBT 協定第 2.1 條下，需討論三個層面，分別為：一、美國禁止販售香料香菸之法案是否為技術性法規；二、印尼進口之丁香菸與美國生產之薄荷菸是否為同類產品；三、給予進口丁香菸之待遇是否有低於美國薄荷菸之待遇¹³。若三者皆成立，則系爭法案違反 TBT 協定第 2.1 條。第一層面判定是否為技術性法規，是美國法案得否適用 TBT 協定相當重要之關鍵，惟美國未對此上訴，本中心亦曾探討之¹⁴，故本文不再贅述，本文以下就上訴機構對上述第二與第三層面進行討論。

(一) 同類產品

美國丁香菸案受關注議題之一為印尼進口之丁香菸與美國生產之薄荷菸是否為同類產品。同類產品一直是 WTO 爭端解決下一個古老的問題，但其概念和判斷方式不斷演變，本案小組以傳統的判斷方式——物理特性、關稅分類、最終用途和消費者偏好四項標準，歸納出丁香菸與薄荷菸為同類產品之結論。上訴機構則認為，丁香菸與薄荷菸之最終用途皆是吸菸者基於試驗的心態與因應社交場合，以及滿足其對尼古丁上癮之情況¹⁵，且系爭菸品於青少年消費者市場係可替代的¹⁶，故丁香菸與薄荷煙菸最終用途與消費者偏好下為同類產品。除此傳統標準之外，由於 TBT 協定第 2.1 條與 1994 年關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1994) 第 3.4 條規定之國民待遇義務，皆指不得給予進口之「同類產品」低於本國生產之「同類產品」的待遇¹⁷，二條條文之文字與宗旨相近，上訴機構認為二者之解釋方式應為一致¹⁸。因此，本案引用近期發布之菲律賓酒稅案 (*Philippines—Distilled Spirits*) 上訴機構報告¹⁹，強調應以經濟模型定義市場，觀察系爭產品是否有直接競爭或替代關係，以判斷是否為同類產品，且明確表示系爭產品只要在部分市場發生競爭或替代關係，便可將進口產品

¹³ Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 2.1: “Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country.”

¹⁴ 一國措施是否為技術性法規之判斷可參閱戴心梅，「加拿大就歐盟限制海豹產品案向 WTO 請求成立小組」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，116 期，頁 10，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no116/1.pdf>；張永阜、陳家豪、戴心梅，「從美國鮭魚案 II 看 TBT 協定第 2.2 條之解釋」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，122 期，頁 11，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no122/3.pdf>。

¹⁵ Appellate Body Report, *US—Clove Cigarettes*, ¶ 158.

¹⁶ *Id.* ¶ 157.

¹⁷ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, art. 3.4: “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.”

¹⁸ Appellate Body Report, *US—Clove Cigarettes*, ¶ 120.

¹⁹ Appellate Body Report, *Philippines—Tax on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R, circulated 20 January 2012.

與本國產品視為同類產品²⁰。

事實上，爭端解決機構將「經濟上的競爭關係」拉進判斷 GATT 1994 第 3.4 條同類產品為不同於過往之判斷標準。在日本酒稅案 (*Japan – Alcoholic Beverages II*)²¹，上訴機構認為「同類產品」是較狹義之概念，「有直接競爭或替代關係之產品」則含義較廣，兩者並不同 GATT 1994 第 3.2 條後段適用範圍因增補條文明定包含「具有直接競爭或替代關係之產品」²²，相較下，第 3.2 條前段與第 3.4 條適用範圍則僅限於「同類產品」，並未含具直接競爭或替代關係產品之定義，故若案件涉及 GATT 1994 第 3.4 條之同類產品，本應不得擴張解釋。然而，本案緊接著菲律賓酒稅案，依直接競爭或替代關係判斷系爭產品是否為第 3.4 條之同類產品，為開拓此新標準承先啟後之案子，不難預測近來爭端解決機構對同類產品之判定，可能將以產品間之直接競爭關係為最高指導原則，也因標準之擴張，未來一國欲對他國提起同類產品相關之爭訟，若能舉證系爭產品在「部分」市場裡具有直接競爭或替代關係，則被認定為同類產品的可能性恐怕大增。

於同類產品之判斷標準中，另一爭議為是否可依系爭法規目的判斷丁香菸與薄荷菸之消費者範圍。小組認為因系爭菸品具有不同特色之香味，皆能吸引青少年抽菸²³，故本案消費者範圍為法案針對之標的——青少年。美國則認為此法案亦有規範美國人民之健康、風險之目的等²⁴，故表示消費者範圍含成人吸菸者，不能完全限縮於青少年²⁵。上訴機構不同意小組與美國以法規之目的解釋系爭產品是否為同類產品，其表示應以丁香菸與薄荷菸是否有「競爭關係」判斷二者是否為同類產品，並考慮所有相關消費者之偏好²⁶，但即使僅與某一部分市場的產品有競爭或替代關係，仍可認定為同類產品²⁷。因此，小組既表示此兩款菸品對青少年而言皆有開始學習抽菸的相同效用，上訴機構認為此已得顯示二款菸品於部分消費者市場有替代關係²⁸。事實上，爭端解決機構於日本酒稅案後，明文表

²⁰ Appellate Body Report, *US – Clove Cigarettes*, ¶ 142.

²¹ Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, circulated 4 October 1996.

²² General Agreement on Tariffs and Trade 1994, art. 3.2: “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.”; GATT 1947 Notes and Supplementary Provisions, art. 3.2: “A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed.”

²³ Appellate Body Report, *US – Clove Cigarettes*, ¶ 133.

²⁴ *Id.* ¶ 135.

²⁵ *Id.* ¶ 134.

²⁶ *Id.* ¶¶ 136-137.

²⁷ *Id.* ¶ 142.

²⁸ *Id.* ¶ 144.

示為防止扭曲同類產品之定義，法規目的不再是消費者偏好的判斷標準，因此，小組應將消費者偏好純粹作為一中性的標準，以做成為事實之判斷，不應考慮法規目的解釋。而美國應反駁小組之論述，訴請上訴機構裁判小組之認定錯誤，未能完整分析廣泛消費者的偏好，而非抗辯其法案之目的不僅為了減少青少年吸菸人口，亦規範成年吸菸者。儘管將此標準變為一種事實判斷，讓僅審查法律錯誤之上訴機構無法裁判，但上訴機構仍可以其他標準判斷系爭產品是否為同類產品。

(二) 給予進口產品之待遇不得低於本國生產之同類產品之待遇

在比較進口產品之待遇是否不得低於本國生產之同類產品之待遇時，上訴機構先訂立同類產品之比較範圍，以認定對競爭關係的影響。美國認為，比較進口與本國產品後，將發現並非所有進口菸品皆被禁止於美國販售，於美國生產之菸品亦非每一種皆可於國內販賣，因此，此法案並無歧視之意味，即使對丁香菸造成不利的影響，若此不利並非與其來源有關，如增加運費、通關之檢驗費用等，不該被認定其受有較差之待遇。小組報告中，小組以丁香菸和薄荷菸二種菸品相比，認為美國之所以歧視丁香菸，完全是因丁香菸為進口產品，即以產品之來源造成差別待遇，除此之外並無其他理由得以解釋美國法案之操作方式²⁹。上訴機構則認為，不能因丁香菸所受之待遇比薄荷菸差，便認此法案有違 TBT 協定第 2.1 條³⁰，若法案欲予丁香菸差別待遇，應可表示所有進口菸皆不能在美國販售。爭端解決機構應從技術性法規本身之設計、架構、運作，及公平執行時，觀察法規本身之性質等，判斷法案對丁香菸造成之不利影響，是否完全出自於不經意的後果³¹。依此，若美國法案之目的為減少青少年抽菸人口，則不論是薄荷菸或是丁香菸，任何香料香菸對青少年都應有吸引力³²。

上訴機構認為，美國未禁止販售薄荷菸並不具有合法之目的，系爭法案造成於印尼生產之丁香菸在美國菸品市場競爭地位受到不利影響。儘管美國表示，其無法禁止販售薄荷菸，係由於國內有四分之一人口抽薄荷菸，否則將增加美國醫療健保體系的成本，因美國國內有數以百萬計對薄荷菸上癮者，若因禁令無法買到薄荷菸，將面臨戒癮之痛苦症狀，另亦可能大幅增加黑市、走私交易等³³；上訴機構引用小組報告，表示近三年於美國販售的丁香菸絕大多數是從印尼進口至美國，若在法案生效當時，美國國內除了薄荷菸外，其餘香料香菸極少於市面上販售，則此措施似針對已在美國販售並占有一定市占率之丁香菸³⁴，且吸菸者應是對尼古丁上癮，而非對薄荷上癮，故為了減少上癮者於戒除薄荷菸時所面臨的

²⁹ *Id.* ¶ 219.

³⁰ *Id.* ¶ 182.

³¹ *Id.* ¶ 215.

³² *Id.* ¶ 225.

³³ *Id.* ¶ 216.

³⁴ *Id.* ¶ 222.

折磨，與禁止販售薄荷菸似無關聯³⁵。因此，儘管此法規並無明確區分進口香菸與本土同類產品有差別待遇，但實際執行時，讓進口之丁香菸在市場上之競爭地位受到影響，的確產生歧視之效果，致印尼進口的同類產品受有不利³⁶。

簡評

在 WTO 規範下，會員制定管制措施時，可能經過分析、通知等步驟，但會落入非關稅障礙之爭訟中，必定是因一國之管制措施被他國認為操作不當，本案即為一例。儘管美國國內對於本案判決的不平聲浪高漲，大力抨擊 WTO 僅在乎經貿發展，未顧及青少年之健康，但系爭法案的確有其不合理之處，若美國將薄荷菸亦列入禁止國內販售之範圍內，應能保有穩當的立論基礎而不致敗訴。惟美國政府秉持國內薄荷菸之消費人口占有多數，未將亦能掩蓋菸草刺鼻味之薄荷菸置入禁止販售名單上，且美國不斷強調全國有四分之一之吸薄荷菸之人口，但若比起其餘四分之三之吸菸人口所需花費之健保與掃蕩黑市之成本，事實上已低廉許多，因此美國該法案不禁令人懷疑，儘管美國高喊保護青少年健康，但其是否真正為青少年之健康考量，亦或仍帶有保護國內薄荷菸商之色彩。因此，本文以為，若依 TBT 協定前言第六款³⁷，美國為保護人民健康採取必要的措施，此措施的本質不應針對進口產品，否則必認定是歧視進口產品。因此，本案判決並非如美國所認毫無信服之處，而本案結果既已公布，美國究竟會不會服從爭端解決機構之判決，或不願履行上訴機構之裁決，面臨印尼要求 WTO 授權報復之情況，亦為令人持續關注之焦點。

結論

WTO 會員的爭訟中，有許多關於一國措施或法律是否遵照國民待遇原則的案件，國民待遇原則之要件之一——判斷系爭產品是否為同類產品具有相當之重要性，此定義之判斷標準將影響許多有關國民待遇原則訴訟之結果。美國丁香菸案之上訴機構於判斷同類產品時，承接菲律賓酒稅案「直接競爭或替代關係」之判斷標準，強調以此作為 TBT 協定第 2.1 條有關同類產品之判斷標準，且即使僅與某一部分市場的產品有競爭或替代關係，仍可認定為同類產品，可知爭端解決機構逐漸捨棄傳統，擴大同類產品之定義。上訴機構亦於本案再次確立不應以主觀之法規目的方法判斷同類產品，並於國民待遇原則之另一要件——丁香菸所

³⁵ *Id.* ¶ 225.

³⁶ *Id.* ¶ 224.

³⁷ The Preamble of the Agreement on Technical Barriers to Trade, the sixth recital: “*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.*”

受待遇是否低於薄荷菸所受待遇上，著重美國系爭法案是否對印尼丁香菸造成市場上之不利影響，其認為即使美國法案並未有歧視性文字，但因印尼丁香菸占美國香料香菸市場的絕大部分，事實上的確對丁香菸造成了不利影響，故綜合觀之，美國此禁止販售香料香菸之法案有違 TBT 協定第 2.1 條。由本案件可知，一國管制措施雖有正當之目的，但若與其他 WTO 會員之經貿發展相抵觸，便需權衡究竟法規目的之正當性或貿易自由化何者較為重要，然此爭議無絕對答案，恐需靜待日益增加之技術性貿易障礙案件，觀察爭端解決機構判斷之脈絡，使一國為人民福祉立定技術性法規時，應如何拿捏經貿利益與國內政策之權重，以避免該技術性法規對他國產品產生不公平之待遇。

