

# WHO 菸草控制框架公約關於菸草控制與貿易及投資議題之 進展與爭議

謝欣晏

世界衛生組織菸草控制框架公約 (WHO Framework Convention on Tobacco Control, 下稱 FCTC) 係關於菸草控制的第一份多邊國際公約, 於 2005 年 2 月 27 日生效, 直至今日, 締約國總數已達 180 國<sup>1</sup>, 成為聯合國歷史上迅速獲得最廣泛接受的條約之一, 公約之第六屆締約方會議 (WHO FCTC COP6) 甫於今 (2014) 年 10 月 13 日至 18 日在俄羅斯世界貿易中心舉行, 一直以來, WTO 與 WHO 一直致力對於公共衛生健康與貿易之間之關係找出平衡之合作模式, 菸品控制為其中重要議題之一。

本文於下將分為四個部分, 首先介紹 WTO 與 FCTC 與實施菸草控制公約有關之貿易與投資間之關係與發展歷程, 闡明各國於菸品管制與對外經貿與投資上, 面臨怎樣的困難; 接著說明本議題下最重要之兩項爭議, 包括菸品於 FTA 中之定位, 以及是否應就菸品設立獨立之爭端解決機制; 再者分別就 COP6 針對此二議題所做出之決議是否能解決現存問題提出分析; 並於最後作一結論。

## 與實施菸草控制公約有關之貿易與投資相關發展歷程與爭議

### (一) WHO FCTC 與 WTO 兩組織間針對菸草控制與貿易相關議題之發展歷程

WHO 早就針對衛生所涉及貿易問題開展相關工作, 1996 年第四十九屆世界衛生大會通過了關於修訂藥品戰略的 WHA49.14 號決議, 於該決議中, 要求總幹事報告世貿組織開展的工作對國家藥品政策和基本藥物的影響, 並建議如何與 WTO 合作<sup>2</sup>。此後, WHO 作為觀察員參加了 WTO 各有關理事機構的會議, 針對 WTO 一些成員擔心菸草控制措施可能影響貿易的問題, 在公約秘書處協調下, WHO 在 WTO 有關附屬機構的會議上介紹了公約及其實施準則, 並闡述了

<sup>1</sup> WHO FCTC, *Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, available at [http://www.who.int/fctc/signatories\\_parties/en/](http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/) (last visited Jan. 07, 2015).

<sup>2</sup> WTO FCTC, *Cooperation with the World Trade Organization on trade-related tobacco-control issues*, para.3-7, FCTC/COP/5/18, Sept.20, 2012, available at [http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC\\_COP5\\_18-en.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5_18-en.pdf).

擬議中的各項菸草控制措施可能會在公共衛生領域產生的積極影響<sup>3</sup>。

另一方面，WTO 也作為觀察員參加了《世界衛生組織菸草控制框架公約》的各次會議，包括參加 2010 年第四屆締約方會議以及最近完成的消除菸草製品非法貿易議定書草案的談判工作。為進一步鼓勵公約締約方的貿易官員與衛生官員之間交流信息和意見，公約秘書處於 2012 年 3 月召集一次會議，邀請各締約方日內瓦常駐團和來自本國首都的貿易和衛生聯絡官員參加會議，討論與實施公約有關的貿易方面問題<sup>4</sup>。

WHO 秘書處於 2001 年在 WTO 秘書處協助下，編寫了題為“應對貿易自由化時代的菸草流行問題”的文件，WHO 於 2012 年更新了這份文件，經更新的文件題為“應對貿易和投資自由化新時代中的菸草流行問題”。2012 年，締約方會議在 FCTC/COP4(18)號決定中要求公約秘書處與 WTO 秘書處合作，但合作內容僅包括「能力建設和培訓」以及「監測和信息交流」<sup>5</sup>。

## (二) 貿易自由化與落實菸草控制所面臨之爭議

在 FCTC 第五屆締約方大會會議 (COP5) 中，全體締約方體認到，近年來不斷增加之自由貿易協定，其目的在於促進國際貿易之發展，當然也提升了菸品之全球性之市場進入。菸草業利用國家需遵守 WTO 相關法規或自由貿易協定、投資協定等為由，弱化政府對於菸草控制之努力。然，COP5 之決議僅限於鼓勵、敦促、提醒、加強信息共享與合作等過於建議性質之字眼<sup>6</sup>，實際上無法發揮真正之效用。

關乎投資、貿易與菸草控制所衍生之議題，有兩項為 FCTC 締約方特別關注者：其一為，對於自由貿易協定中，菸品與菸草業之定位應如何處理？係應將其

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> 世界衛生組織菸草控制框架公約締約方會議決定：「注意到菸草業通過利用國際貿易或投資規則挑戰政府控菸努力所導致的時間和資源方面的負擔；意識到保護公眾健康的措施，包括實施世衛組織框架公約及其準則的措施，處於主權國家的權力範圍內，1. 鼓勵締約方合作探索可能的法律方案，盡量減少菸草業針對於草控制措施不當利用國際貿易和投資文書的風險；2. 敦促締約方在貿易和投資領域內促進多部門合作，在貿易談判過程中根據世衛組織框架公約及其他國際義務，考慮到菸草消費在公共衛生方面的問題；3. 在世衛組織框架公約的背景下，提醒締約方注意在其今後的貿易和投資協定中考慮公共衛生目標的可能性；4. 要求公約秘書處繼續加強努力與相關國際組織合作，並鼓勵在貿易和投資相關問題方面進行溝通和信息共享；5. 要求公約秘書處繼續加強努力與相關國際組織合作，並鼓勵在貿易和投資相關問題方面進行溝通和信息共享。」；參見世界衛生組織菸草控制框架公約締約方會議決定，網址：[http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop6/FCTC\\_COP6\(19\)-ch.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop6/FCTC_COP6(19)-ch.pdf)。

完全排除於自由貿易協定？亦或是將菸品與一般商品視為同等？就此，於本次大會 (COP6) 時，馬來西亞就 FCTC 第 5.3 條之落實提出修正草案，試圖解決同時具有 FCTC 締約方與 WTO 會員資格者，就自由貿易協定談判中關於菸品定位設定，同時欲達貿易自由化與落實菸草控制所產生之衝突<sup>7</sup>。例如近年來值得關注之泛太平洋戰略經濟夥伴協議 (下稱 TPP) 之談判，其談判 12 國中，唯有美國並非 FCTC 締約方，而 TPP 又係首例將菸品直接放上談判桌之區域貿易協定，是故 FCTC 就菸品於自由貿易協定中定位之決議，可能影響美國以外之 TPP 談判方就其談判與落實 FCTC 義務之衝突；另一爭議則為，是否因考量菸品之特殊性而將菸品從國際貿易爭端解決或國際投資爭端解決機制獨立出來？對此，烏拉圭於本屆大會提出提案。

體認到前述兩項爭議解決之必要，FCTC 締約國認為必須就貿易、投資與菸草控制之間相關爭議達成進一步共識，遂於今年締約方大會決議時，就馬來西亞與烏拉圭對 FCTC 第 5.3 條之落實提出相關修正案，討論出新的進展，分別就馬來西亞與烏拉圭對此議題所提出的草案修正後，批准通過。

### 系爭兩項爭議於本屆大會之最新決議

#### (一) 是否要將菸草產業排除於貿易或投資協定的保護中

截至 TPP 談判前為止，菸草係被視為同其他農產品而享有在貿易協定在規則上或關稅上之優惠<sup>8</sup>。然而，到 TPP 談判時，美國才正式試圖把菸草控制議題從各國國內規範直接拉入 FTA 談判場域進行干涉<sup>9</sup>。就 TPP 談判中，關於菸品是否應落入自由貿易協定之範疇之討論，有三種模式：

#### 1. 傳統模式 (Traditional approach)

此模式將菸品視為與其他一般商品相同，認為應完全落入 FTA 範疇中，享受貿易自由化帶來之好處。

<sup>7</sup> FCTC 第 5.3 條規定：「In setting and implementing their public health policies with respect to tobacco control, Parties shall act to protect these policies from commercial and other vested interests of the tobacco industry in accordance with national law.」依據本條，若 FCTC 締約方於簽訂貿易自由貿易協定促進貿易發展、同時菸品又被視為一般性商品時而藉貿易自由化提升流通與貿易量時，是否可能使得該國無法保障其與菸品控制有關之公共衛生政策受到菸品產業之商業與既得利益的影響，正是馬來西亞欲針對本條提案以對此議題加以釐清的目的。

<sup>8</sup> Pei-kan Yang, *Controversy over U.S. Tobacco Proposal in Trans-Pacific Partnership Negotiation and Ways Forward*, 2013 CONFERENCE ON PUBLIC HEALTH AND INTERNATIONAL TRADE, Oct. 1-2, 2013.

<sup>9</sup> *Id.*

## 2. 例外模式 (Exception approach)

此模式雖不一定將菸品視為一般商品或是特殊商品,認為其應完全落入 FTA 範疇中,享受市場進入與關稅減免之優惠,僅在基於原產地分類考量或是根據科學證據欲維護公共健康安全時,可以援引健康例外 (health exceptions) 作為強加菸品相關規範之正當性抗辯<sup>10</sup>。美國後來於 TPP 談判策略中採此模式<sup>11</sup>。

然而此種模式之缺點在於使菸品列入關稅減免下之項目將會導致外國市場之菸品消費與使用上升<sup>12</sup>,與菸草控制之本質大相違背。

## 3. 排除模式 (Carve-out approach)

此模式係基於菸草業與菸品之特殊性,認為應將其於 FTA 範疇中完全排除。馬來西亞即採此模式<sup>13</sup>。惟對於其他亦具爭議性之產品,例如酒類,此模式並非公平合理之待遇<sup>14</sup>。

對於此三種模式應採取何種較為妥適,目前 TPP 談判並未取得共識,於本次 FCTC 締約方大會,馬來西亞將此議題於第 5.3 條相關項目討論時提出提案,盼能於 FCTC 上取得各締約方之共識,而有鑒於 TPP 談判 12 國中,除了美國之外,其他 11 國皆為 FCTC 締約國<sup>15</sup>,故關於 FCTC、貿易與投資之間之最新大會決議,可能影響菸草控制公約之落實,其最終結論亦可能成為未來其他貿易協定就此部分談判的一個重要先例。於下詳述 COP6 中對菸品、菸草業於 FTA 中定位之決議<sup>16</sup>。

馬來西亞之提案為:「將菸草產業排除於貿易或投資協定之保護範圍,為避免菸商藉此干預締約方菸害防制政策之形成。」馬來西亞於本次委員會中提出此

<sup>10</sup> *Id.*; Michael R. Bloomberg, *Why Is Obama Caving on Tobacco?*, NEW YORK TIMES, available at [http://www.nytimes.com/2013/08/23/opinion/why-is-obama-caving-on-tobacco.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/08/23/opinion/why-is-obama-caving-on-tobacco.html?_r=0) (last visited Dec. 24, 2014).

<sup>11</sup> USTR, *Fact sheet: New U.S. Proposal on Tobacco Regulations in the Trans-Pacific Partnership*, Aug. 21, 2013, available at <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2013/august/fact-sheet-tobacco-and-tpa> (last visited Dec. 24, 2014).

<sup>12</sup> Pei-kan Yang, *supra* note 8.

<sup>13</sup> *Malaysia Poised To Table Complete Carveout From TPP For Tobacco Measures*, ACTION ON SMOKING & HEALTH, Aug. 25, 2013, available at <http://ash.org/malaysia-poised-to-table-complete-carveout-from-tpa-for-tobacco-measures/>.

<sup>14</sup> Pei-kan Yang, *supra* note 8.

<sup>15</sup> WHO FCTC, *supra* note 1.

<sup>16</sup> WHO FCTC, *Trade and investment issues relevant to implementation of the WHO FCTC*, FCTC COP6 item 5.4, FCTC/COP/6/20, June, 23, 2014, available at [http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop6/FCTC\\_COP6\\_20-en.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop6/FCTC_COP6_20-en.pdf).

一草案的目的為期待各國能團結一致，以調和貿易及投資協定與 FCTC 之關係。該草案共分為四部分，包括鼓勵締約方間一同探討避免菸商濫用貿易或投資協定之方式、要求締約方國內政府部門協同合作以處理菸品此一特殊產品、要求締約方支持其他締約方基於其主權權利而排除經貿協定及投資協定對於菸品之保護措施，以及於未來要求公約秘書處應準備一影響評估報告<sup>17</sup>。馬來西亞於所提出之草案第 3 點「關於是否要將菸草產業排除於貿易或投資協定的保護中」的規定提供了三個選項<sup>18</sup>：1. 將菸草產品完全排除於貿易或投資保障協定的適用；2. 要求締約方在未來協商貿易或投資協定時能放入特定條款以平衡公共衛生之利益；3. 完全刪除本段。惟，有國家考量到是否要將菸草業排除於貿易或投資協定係為各國主權之所及，故建議刪除此部分之討論；也有國家認為菸草產品並非如此獨特而須有不同規範；惟亦有國家，例如澳洲，主張刪除第三個選項，認為此為值得注意之發展，蓋因其長期以來即明白排斥菸商使用貿易或投資協定挑戰政府之公共衛生政策<sup>19</sup>。

於馬來西亞第二版之修正草案中<sup>20</sup>，可發現馬來西亞事實上已做了相當程度的妥協，其不再強調須把菸品排除，而是折衷式的於最後加上「締約方不應鼓勵設立或經營公司（“Parties should not grant incentives.....to establish or run their business”）」之文句。針對此一讓步，歐盟仍不滿意，要求刪除。主席要求馬來西亞與歐盟召開非正式工作小組為協商，協商後馬來西亞再一次妥協，同意將該段要求「締約方不得賦予菸商利益」等文字刪除，但該段最前面放入“*In the context of WHO FCTC...*”以限定締約方未來協商時考量之範圍；其意義在於縱使未來有新的貿易或投資協定，也因為有限定考量之範圍而不會有「後法優於前法」原則適用的情況，本議案通過。

然而，觀察本次締約方大會所做出之決議，可以看出本次會議結論並沒有徹底解決此爭議並提供一個方向基準供公約的締約方來遵循，就算最後折衷出“*In the context of WHO FCTC...*”以限定締約方未來協商時考量之範圍，藉此限縮於決議之後生成新 FTA 有後法優於前法之可能性，各 FTA 仍有極大裁量空間去解釋甚至規避這類空泛之規定。是故此次決議並未清楚闡明未來在談判 TPP 或是其他自由貿易協定以及區域貿易協定時能依循之基準，甚至無法使現存之 TPP 談

<sup>17</sup> *Id.* ; WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.3.

<sup>18</sup> See FCTC/COP/6/20; WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B Rev. 1*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.3 Rev.1; WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.5 Rev.1.

<sup>19</sup> 參見「103 年世界衛生組織菸草控制框架公約參與計畫報告」，衛生福利部國民健康署，103 年度。

<sup>20</sup> WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.3 Rev.2.

判中三種模式有一明確解套之解釋，因此未來各 FCTC 締約方在自由貿易協議或投資協議談判上，仍然會碰到一樣的問題。

## (二) 是否就菸品相關爭議另行設立獨立之爭端解決機制

有鑒於菸品之特殊性，是故其相關爭議是否應獨立另起爭端解決機制亦係另一需要被考量之議題。直至今日，締約方就 FCTC 下有關爭端解決之第 27 條之使用，根據其通過談判、外交或特別仲裁以解決涉及公約之解釋或應用並不徹底，是故於本次締約方大會中，烏拉圭就此議題提出相關提案如下<sup>21</sup>：草案第 1(d) 及第 2 點均花相當篇幅強調運用 FCTC 第 27 條臨時仲裁機制以作為當貿易與投資協定與 FCTC 適用上發生爭議時的解決機制，而考量到此等仲裁機制目前仍未為締約方所使用，故其同時建議應成立一專家小組專門提供關於 FCTC 第 27 條之研究，以增加該條適用上的可行性。針對烏拉圭所提出的決定草案，多數國家均採取保留態度；理由不外乎既然 WTO 或 BIT 均有完善的爭端解決機制，且 WTO、BIT 及 FCTC 於國際法上係平行並存而無相互隸屬，故實無須再加入 FCTC 之爭端解決機制以使問題複雜化<sup>22</sup>，亦有認為若相同爭端有多套爭端解決方式，屆時若有不一致時應如何處理<sup>23</sup>？相反地，支持烏拉圭之締約方則認為，由於菸品係一特殊產品，故將其置於 FCTC 下處理係有必要。另有國家認為，FCTC 第 27 條之爭端解決係為處理「國家與國家間」的爭議；菸草商與國家間的紛爭似無法落入 27 條的適用範圍<sup>24</sup>。

最終結論乃係烏拉圭對此讓步，因多數國家認為「菸品並沒有特別到需要另立爭端解決機制」，WTO 與 BIT 仍應有介入空間，因此結論雖通過烏拉圭草案，然僅係要求秘書處研究關於公約第 27 條之適用情形，而非專門用以處理投資與貿易議題<sup>25</sup>。

## 結論

綜上所述，與菸草控制相關之貿易與投資重要的兩項爭議，根據 COP6 締約方大會決議，針對菸品、菸業是否應在貿易與投資協定中被排除，未有一明確方向與結論，無法提供會員國制定法律與經貿談判的基準，有待下一次兩年後之締

<sup>21</sup> WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.5.

<sup>22</sup> 宏都拉斯之發言；103 年世界衛生組織菸草控制框架公約參與計畫報告，前揭註 19。

<sup>23</sup> 日本之發言；103 年世界衛生組織菸草控制框架公約參與計畫報告，前揭註 19。

<sup>24</sup> 中國之發言；103 年世界衛生組織菸草控制框架公約參與計畫報告，前揭註 19。

<sup>25</sup> WHO FCTC, *Conference Paper of Committee B*, FCTC/COP/6/B/Conf. Paper No.5 Rev.3, para.1(a).

約方會議進一步提出解決方法。然而待下次會議決議結論出來的同時，TPP 的談判說不定已經結束，無法及時提供除美國之外之其他 11 談判國有可依循之談判方向，究竟是否與其落實 FCTC 底下之義務衝突？又應如何解決？將不得而知，只能待未來不論 TPP 談判或是 FCTC 做出進一步決議時，方能知曉接下來應如何因應；而針對第二個部分爭議，締約方大會做出相關的決議說明了無須另外獨立設立關於菸草相關的爭端解決機制，意即，如果係關於 WTO 相關爭議的就在 WTO 底下解決，若係落入各個區域貿易協定範圍之內者，就使用各該區域貿易協定的爭端解決機制。雖就第二部分爭議有初步結論，然針對第一部分爭議結論未明，不但影響菸草控制公約之落實，其最終結論亦可能成為未來貿易協定的一個重要先例，因此值得我們持續關注。

