

論我國菸害防制法草案針對電子煙管制於技術性貿易障礙

協定下之適法性

蘇郁淳

摘要

近年來電子煙市場成長迅速，為傳統菸草市場帶來一波新型態的潮流，世界衛生組織 (World Health Organization, WHO) 也分別在 2014、2016 年的締約方會議中提出有關電子煙的報告，歐美各國也紛紛增設對於電子煙的規範。今 (2017) 年 1 月，我國衛生福利部公告「菸害防制法修正草案」，起因係時代變化過鉅，距離上次修法時間已屆 10 年之久，原法案內容早已不敷現實需求。草案內容針對目前之法案增補甚多，最大之修正之一為將電子煙納入菸品管制中，此一修正成為大眾討論之焦點。由於我國亦將此草案通知 TBT 委員會，因此本文擬分析修正草案與 TBT 協定之適法性。關於我國電子煙管制與 TBT 第 2.1 條不歧視原則之適法性，本文認為電子煙與一般菸品應可認定是同類產品。雖然就目前情況觀察，修正草案看似不會影響兩者間市場競爭關係，但未來仍可能有其他變數，故無法排除修正草案有違反第 2.1 條之虞。關於其與 TBT 第 2.2 條必要性原則之適法性，本文認為應存在其他替代措施，故修正草案可能有違 TBT 第 2.2 條。另外，關於其與 TBT 第 2.4 條調和性原則之適法性，由於並非所有 WTO 會員均是 WHO 之成員國，因此 WHO 之標準應不至於構成 TBT 協定下之國際標準，故本文認為我國草案並未違反 TBT 協定第 2.4 條。

今 (2017) 年 1 月，我國衛生福利部公告「菸害防制法修正草案」，起因係時代變化過鉅，距離上次修法時間已屆 10 年之久，原法案內容早已不敷現實需求，因此歷經與各界之溝通後，提出修正草案，草案內容針對目前之法案增補甚多，最大之修正之一為將電子煙 (e-cigarettes) 納入菸品管制，而非如同現行將之規範於藥事法中，此一修正成為大眾討論之焦點。國民健康署於溝通各界意見後，已於 5 月底將修正草案送入行政院審查。電子煙是電子尼古丁遞送系統 (Electronic Nicotine Delivery Systems, ENDS) 中最常見的類型¹，自 2004 年開始商業化販售，新穎的電子煙對於全球菸害控制帶來了新的挑戰。菸商宣稱電子煙有戒菸的療效，但實際上其戒菸功用仍待科學家檢驗，且隨著使用電子煙所造成

¹ World Health Organization, *Backgrounder on WHO report on regulation of e-cigarettes and similar products*, Aug. 26, 2014, <http://www.who.int/nmh/events/2014/backgrounder-e-cigarettes/en/> (last visited July 2, 2017).

之意外頻傳，世界衛生組織 (World Health Organization, WHO) 已將電子煙加入討論議程中，各國亦逐漸重視對於電子煙的監管政策。

我國已於 2017 年 2 月 17 日向世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 的技術性貿易障礙委員會 (Committee on Technical Barriers to Trade) 通報此一修正草案²，通報內容表示我國為保護並促進公共健康，與因應嚴格控制菸草產品之國際規範，特於本次預告之菸害防制法修正草案中，增訂電子煙之定義與相關規範，將過往被認為是藥品之電子煙正式納管於菸害防制法之下³，故本文將以 TBT 協定為中心來分析我國修正草案之內容於 WTO 下的適法性⁴。本文第一部分將會介紹電子煙以及目前國際上與各國對於電子煙的管制；第二部分會簡述我國針對電子煙之規範現況，與菸害防制法修法草案預計採取之規範；第三部分則分析我國修正草案於 TBT 協定之下的適法性，最後做一結論。

壹、目前國際上對於電子煙的管制

電子煙商業化歷程不過十餘年，但市場成長迅速，全球現今使用電子煙人數眾多，也引起各國政府與國際組織對電子煙的重視，紛紛制訂管制標準以保護公共健康。本段將先介紹電子煙之歷史與構造，而後概述 WHO 對電子煙之關切，以及主要國家目前對於電子煙管制措施之分類及概況。

一、電子煙簡介

最早有關電子煙之紀錄可追溯至 1963 年，來自美國的 Herbert A. Gilbert 發明一個「無煙且不含煙草之香菸 (smokeless non-tobacco cigarette)」，該裝置聲稱不含尼古丁，而使用者可以享受因加熱、濕潤、含風味劑成分而產生的蒸氣吸入肺部的感覺⁵。由於當時社會風氣對於菸害防制概念尚不盛行，使 Gilbert 欲將裝置商業化的意圖以失敗告終，故此類產品之發展因此窒礙難行。但值得一提的是，該裝置仍為最早的電子煙專利⁶。

在 2003 年，中國藥劑師韓力 (Hon Lik) 取得了第一隻非可燃性電子霧化香

² World Trade Organization, Committee on Technical Barriers to Trade, Notification 臺灣通知－菸和菸葉代用品, G/TBT/N/TPKM/264, Feb. 13, 2017, available at <http://www.bsmi.gov.tw/wSite/public/Data/f1487225351059.pdf> (last visited July 2, 2017).

³ WTO, Committee on Technical Barriers to Trade, NOTIFICATION 臺灣通知－菸和菸葉代用品, G/TBT/N/TPKM/2 (Feb. 13, 2017).

⁴ 本文以 TBT 協定為討論重點，但該修正草案亦會涉及其他協定如 GATT 等，惟因篇幅限制而僅討論 TBT 協定，並非認為修正草案僅涉及 TBT 協定。

⁵ Steve Kryworuka, *An Electronic Cigarette Timeline: A History of the Electronic Cigarette Year by Year*, ASHTRAY BLOG, <https://www.ecigarette-direct.co.uk/ashtray-blog/2013/03/electronic-cigarette-timeline.html> (last visited July 4, 2017).

⁶ 陳佳琦，「論預防原則於風險管制措施之適用及法律上界線－以電子菸之管制措施為例」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 17 (2016)。

菸之專利，係第一個製造電子煙的人，並被北京公司「如煙」投資以銷售電子煙⁷，韓力將原裝置改以電壓驅動霧化器，使加熱後的氣體可直接被使用者吸入，使其口感更似一般菸品⁸。另一方面，由於此時菸害防制之觀念逐漸提升，世界各國政府開始對於菸品管制趨嚴，菸商逐漸將目標轉向新穎的電子煙，電子煙從中國迅速發展至歐美市場⁹，並於 2004 年正式進入歐美與日本各地¹⁰，

不同於一般菸品，電子煙的電力來源為可替換的鋰電池，其泛指能透過霧化器加熱含尼古丁、丙二醇(propylene glycol)、甘油或化學香料之電子煙油(E-liquid)¹¹，將該液體蒸發轉化為氣懸膠霧(aerosol mist)讓使用者吸入¹²。電子煙可因電子煙油成分之不同分為含有尼古丁與不含尼古丁的電子煙，近年來，市面上的電子煙發展出各種不同變化，除了外型更時尚精美外，也出現了多樣化的味道成分，如薄荷、肉桂、巧克力等，另亦有無須反覆更換電子煙油的一次性電子煙。然而，儘管出現上述之各式變化，電子煙最大的共同之處仍在於透過釋放氣霧模仿抽菸，以維持與吸菸相似的感覺¹³。

傳統菸品在全球消費額於 1980 至 2013 年間為數兆美元¹⁴，雖然傳統菸品的市占率多過電子煙，但自 2004 年電子煙正式問世以來，於十幾年間已成為蓬勃發展的行業。跨國菸草公司龍頭於 2014 年開始透過收購小型公司之方式跨足電子煙市場¹⁵，全球電子煙市場預估在 2022 年將會達到 276.7 億美元之銷售額¹⁶。

二、WHO 對於電子煙之關切

⁷ Steve Kryworuka, *supra* note 5.

⁸ 陳佳琦，同前註 6，頁 17。

⁹ 陳佳琦，同前註 6，頁 18。

¹⁰ Steve Kryworuka, *supra* note 5.

¹¹ WHO Framework Convention on Tobacco Control, Control and prevention of smokeless tobacco products: Report by WHO, Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Sixth session, FCTC/COP/6/10, ¶¶ 3-7 (Sept 1, 2014).

¹² Mary Bellis, *Who Invented Electronic Cigarettes?*, THOUGHTCO, Apr. 5, 2017, available at <https://www.thoughtco.com/who-invented-electronic-cigarettes-1991598> (last visited June 13, 2017).

¹³ 李權芳，電子菸的危害就比較小嗎？未必！，康健雜誌，2015 年 1 月 30 日，網址：<http://www.commonhealth.com.tw/blog/blogTopic.action?nid=899>（最後瀏覽日 2017 年 7 月 4 日）

¹⁴ The Tobacco Atlas, *Our Largest Objective is to Dramatically Reduce the Consumption of Combustible Cigarettes*, <http://www.tobaccoatlas.org/topic/cigarette-use-globally/> (last visited July 10, 2017).

¹⁵ The Tobacco Atlas, *E-cigarettes should be Regulated in such a Way as to Reduce Smoking of Combusted Tobacco Products to the Greatest Extent Possible*, <http://www.tobaccoatlas.org/topic/e-cigarettes/> (last visited July 10, 2017); Courtney Goldsmith, *The Global E-cigarette Market is Set to be Worth \$32bn by 2021, and the UK Market will Grow to \$5.67bn*, CITY A.M., Dec. 14, 2016, <http://www.cityam.com/255646/global-e-cigarette-market-set-worth-32bn-2021-and-uk-market> (last visited July 2, 2017).

¹⁶ CISION PR Newswire, *Global E-Cigarette Market 2017-2022: Growing Health Awareness, Advancement in Electronic Device Technology, Smoke & Ash Less Vaping - Research and Markets*, May 6, 2017, <http://www.prnewswire.com/news-releases/global-e-cigarette-market-2017-2022-growing-health-awareness-advancement-in-electronic-device-technology-smoke--ash-less-vaping---research-and-markets-300418460.html> (last visited July 2, 2017).

菸草控制框架公約 (The Framework Convention on Tobacco Control, FCTC) 係於 1995 年 5 月由 WHO 會員國決議制定，並於 2003 年 5 月於 WHO 會議中通過，公約旨在透過國際共同規範來管制全球菸害之擴散，減少菸草使用，保護大眾免受菸草消費與二手菸的危害¹⁷。FCTC 於 2005 年 2 月 27 日正式實施，該公約為解決菸草問題提供了全面性的準則 (guideline)，明確排除了業界對於政策制定的干預。FCTC 亦提倡菸草稅、禁止向未成年人販售香菸、提倡無菸環境與無菸廣告、菸品包裝上不得誤導消費者且須有健康警示之標語，致力於建立無菸環境¹⁸，而 FCTC 為 WHO 目前對電子煙之管制的主要公約。

自 2005 年生效以來，FCTC 已獲 168 個國家之批准，近年來電子煙的普及率卻為該公約帶來了新問題。蓋 FCTC 對於菸草製品之定義係指全部或部分由菸葉作為原材料生產的供抽吸、吸吮、咀嚼或鼻吸之製品¹⁹，但相對新穎的電子煙僅含有尼古丁而不含有菸草，與傳統菸品之定義並不相符。隨著電子煙發展普及，FCTC 締約國發現電子煙與一般菸品之間可能含有關聯，於 2010 年第 5 屆締約國大會 (Fifth session of the Conference of the Parties, COP5) 中，承認了 FCTC 對於電子煙並無相應的法規來管制，會員國開始向 WHO 尋求電子煙之最佳監管方法²⁰。於 2014 年的 COP6，WHO 首次提出對 ENDS 與 ENNDS (Electronic Non-Nicotine Delivery Systems，電子非尼古丁傳送系統) 的具體報告，報告指出電子煙對於菸草控制充滿了威脅，須禁止向青少年與非吸菸者進行促銷，並禁止未經證實的電子煙療效聲明，將使用者的潛在健康風險降至最低，最後則提及需保護現有菸草控制工作不受到菸商等既得利益者的影響²¹；報告同時指出，由於電子煙油的口味眾多，須禁止糖果或水果風味等煙油使用，直到可以證明特殊口味的電子煙油對於未成年者並無吸引力，該建議係因青少年使用電子煙的比例於 2008 年至 2012 年間大幅提升。2016 年的 COP7 提出對於 ENDS 進一步更新的報告，該份報告回應了前次報告所提及的問題，更進一步解釋電子煙的使用構造²²，並新增了電子煙對於菸草控管的潛在影響、市場規模、健康風險、戒菸能力、行銷策略。

¹⁷ John R. Goffin, Janette K. Merrill & Graham W. Warren, *Tobacco Control: A Long War With a New Front*, AMERICAN SOCIETY OF CLINICAL ONCOLOGY, May 25, 2017, available at <https://am.asco.org/tobacco-control-long-war-new-front> (last visited July 1, 2017).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ WHO, FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL, art.1 (f), (providing that: “tobacco products” means products entirely or partly made of the leaf tobacco as raw material which are manufactured to be used for smoking, sucking, chewing or snuffing.”).

²⁰ Kevin Oliver, *Regulations Are a Drag: The WHO Framework Convention on Tobacco Control and Its Potential Application to Electronic Cigarettes*, CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 16, No. 1, 184 (2016).

²¹ WHO Framework Convention on Tobacco Control, Control and prevention of smokeless tobacco products: Report by WHO, Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Sixth session, FCTC/COP/6/10 (Sept 1, 2014).

²² WHO Framework Convention on Tobacco Control, Electronic Nicotine Delivery Systems and Electronic Non-Nicotine Delivery Systems (ENDS/ENNDS), Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control Seventh session, FCTC/COP/7/11, ¶ 3 (Aug. 2016).

COP7 報告指出，如果多數原本不願戒菸的菸草吸菸者，可以立即將吸菸方式替換成具較低健康風險的替代尼古丁來源，最後也完全戒菸，電子煙將會成為公共衛生的重大成就，惟依據現行的科學基礎與電子煙產品的多樣性，電子煙是否能成為尼古丁的替代來源仍待證實²³。另一方面，報告亦指出電子煙可能會對人體造成的健康風險，由於噴出之煙霧通常包含揮發性有機化合物 (volatile organic compounds)、碳氫化合物 (polycyclic aromatic hydrocarbon) 及其他金屬元素之成分，這些有毒物質會導致人體器官病變²⁴，且不同品牌間的電子煙之有毒物質含量差異甚大，有時可能會因電子煙油成分不同而使毒物含量較一般菸品的含量更多，且透過科學實驗證實，某些電子煙中的重金屬含量，包括鉛、鎳、甲醛的濃度等同或大於傳統香煙²⁵。再者，電子煙的煙霧 (aerosol) 可能含有尼古丁與成癮成份，除了會產生依賴性以外，尼古丁亦可能造成胎兒畸形，並引起心血管疾病，雖然尼古丁本身並非致癌物質 (carcinogen)，但卻可能會成為腫瘤誘發物 (tumour promoter)，胎兒或是青少年過早接觸尼古丁會對大腦發育產生不利影響，使學習注意力下降與引發焦慮症²⁶，這些證據可以顯示孕婦與青少年應對於電子煙保持警戒。甜味的電子煙油則可能造成氣管發炎，長期使用電子煙亦可能增加肺部疾病、心血管疾病的風險²⁷。如果要使電子煙完全替代傳統菸品，應該要有足夠的科學證據來證明相較於傳統菸品，其所造成的健康風險更少，惟現今並無明確的實驗可以證實此一問題²⁸。電子煙所產生之煙霧或二手煙霧 (second-hand aerosol, SHA) 亦可能對於健康產生危害，根據 WHO 所委託的審查報告，二手煙霧包含超微粒子、重金屬、尼古丁與揮發性化合物，其健康風險之程度仍是未知²⁹。

從 2012 年以來，業者於電子煙的廣告支出不斷增加，業者使用不同管道來進行行銷，如透過銷售據點、多媒體與線上方式。惟其目標客群多為青少年，廣告卻宣稱了錯誤的健康聲明，並刺激青少年反抗無菸政策，甚至有些公司運用電子煙廣告來勸誘吸菸³⁰。在價格方面，部分調查顯示電子煙之銷售與價格呈現強烈的反比；電子煙與香菸為替代品，香菸價格上漲與電子煙之銷售額增加有相關聯，因此基於產品類別而不同的課稅政策，可能導致電子煙與香菸之間的替代性；此外，電子煙之價格通常也高於香菸³¹。產品特色方面，不同風味 (flavour) 的電子煙油是影響人們嘗試的重要吸引力之一，例如水果或是糖果等特定口味會吸引孩童、年輕的非吸菸者與電子煙的新手，而對於成人和電子煙老手來說，風味可能成為其戒菸的助力，由此觀之，有味道的電子煙可能會成為吸引使用者嘗試

²³ *Id.* ¶ 2.

²⁴ *Id.* ¶ 7.

²⁵ *Id.* ¶ 8.

²⁶ *Id.* ¶ 9.

²⁷ *Id.* ¶ 10.

²⁸ *Id.* ¶ 11.

²⁹ *Id.* ¶ 14.

³⁰ *Id.* ¶ 21.

³¹ *Id.* ¶ 22.

之特色³²。

COP7 在規範方面大致與 COP6 目標一致，報告建議：應防止非吸菸者與青少年受到電子煙之引誘，且應特別注意弱勢族群 (vulnerable groups)，因為雖然電子煙是否會成為入門吸菸的方式仍有爭議，但也應盡可能預防會開始與繼續抽菸的可能性³³；盡可能縮減電子煙使用者，與吸入電子煙氣霧的非使用者的潛在健康影響³⁴；防止未經實驗證實有關電子煙的健康聲明³⁵；維護菸草管制工作的進行不受菸商或其他既得利益者的干涉³⁶。

三、管制措施分類

由於各國國情不同，對於電子煙之認知亦不一致，故各國對於電子煙之規範差異甚大³⁷，以下將就對於電子煙管制之不同分類敘述之。

(一) 無管制

有些國家將電子煙視為一般貨物，故可合法銷售，此一管制出發點除了認為可促進商品自由貿易之外，也係因有些科學家與學者將電子煙作為傳統菸草之替代品³⁸，故認為電子煙可以縮減菸草製品之使用，例如中國現今對於電子煙未進行管控³⁹。

(二) 將電子煙視為菸草製品

若電子煙受 FCTC 管制，將其分類為菸草產品會是最直接適用 FCTC 的方式。歐盟執委會於 2014 年 2 月批准菸草製品指令 (EU Tobacco Products Directive, TPD)⁴⁰，指令範圍擴大至電子煙，新指令將含有尼古丁之電子煙納入傳統菸草製品之管制範疇中，統一了歐盟會員國對於菸草與電子煙之展示、銷售的管制措施標準，歐盟菸草產品指令正式於 2016 年 5 月 20 日生效，對於會員國具有法律拘束力⁴¹。

美國食品藥品監督管理局 (U.S. Food and Drug Administration, FDA) 於 2014

³² *Id.* ¶ 23.

³³ *Id.* ¶ 29.

³⁴ *Id.* ¶ 30.

³⁵ *Id.* ¶ 31.

³⁶ *Id.* ¶ 32.

³⁷ Kevin Oliver, *supra*. note 20, 203.

³⁸ *Id.* at 200.

³⁹ 埃里克費爾德曼、柴月，「芻議中國電子煙監管」，中國煙草學報，6 期，頁 76，77 (2015 年)。

⁴⁰ Directive 2014/40/EU of the European Parliament & of the Council of 3 April 2014 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning the Manufacture, Presentation and Sale of Tobacco and Related Products and Repealing Directive 2001/37/EC, 2014 O.J. (L 127/1).

⁴¹ Press Release, European Commission, 10 Key Changes for Tobacco Products Sold in the EU, May 20, 2016.

年提出將電子煙視為菸草製品之 Deeming Regulation⁴²。2016 年，FDA 的 Deeming Regulations 正式生效，意味美國電子煙市場將進入冷凍期，亦即是未獲得 FDA 之允許，市面上不會再出現任何新產品。電子煙業者有 2 年時間向 FDA 提交煙草販售申請，惟該申請之提交過程可能需要花費超過 100 萬美元，且無法確保申請會被 FDA 通過⁴³。

(三) 將電子煙做為藥品管制

英國在 2013 年 6 月明確將電子煙列管為藥品，目的是為了改善其安全性與有效降低危害，英國政府似乎不否認電子煙能有效促進戒菸，但是要確保使用者可以有正常的工作品質。於 2017 年 5 月，英國菸草及相關產品條例 (Tobacco and Related Products Regulations) 規定，所有電子香菸和電子煙油在出售前，必須在藥品和醫療保健品管理署註冊，對於電子煙進行了更進一步詳盡的規範⁴⁴。

(四) 徹底禁止

徹底禁止電子煙，相較於上述各管制模式，係為較極端之方式，雖然沒有任何規範阻止國家或地方管理機構對於電子煙採取徹底禁止的方式，但此方式已超過 WHO 所呼籲的進行室內禁令，故未來全面禁止電子煙之可能性似乎不大。較常見的作法應為禁止在特定地點、使用特定類型之電子煙或是禁止向未成年人銷售。徹底禁止的管制方式在全球可說少數，除巴西與新加坡對於電子煙採取禁止之嚴格政策，多數國家係將電子煙視為藥品或煙草管制⁴⁵。

由上述可知，各國現行對於電子煙之政策明顯不同，各國制定電子煙之規範可能不需遵循 FCTC 之指示，有論者建議各國可能需要更具體拘束力之國際標準規範來促進各國間的一致性⁴⁶。

貳、我國針對電子煙之規範現況與菸害防制法草案預計採取之規範

我國對於菸草製品之管制係規範於菸害防制法，該法自 1997 年公布以來陸續進行三次之修正，而最近一次修正距今已將近十年之久。菸害問題造成我國每

⁴² David B. Clissold, *FDA's Final Deeming Regulations Covers All "Tobacco Products"*, FEDERAL FOOD & DRUG ADMINISTRATION LAW BLOG, May 10, 2016, http://www.fdalawblog.net/fda_law_blog_hyman_phelps/2016/05/fdas-final-deeming-regulations-covers-all-tobacco-products.html (last visited July 10, 2017).

⁴³ FDA's New Regulations for E-Cigarettes, Cigars, and All Other Tobacco Product, *available at* <https://www.fda.gov/tobaccoproducts/labeling/rulesregulationsguidance/ucm394909.htm> (last visited July 1, 2017).

⁴⁴ *TPD Vaping Laws UK – 2017 Regulations*, CIGELECTRIC, <http://cigelectric.co.uk/tpd-vaping-laws-uk-2017-regulations/> (last visited July 10, 2017).

⁴⁵ HSA, *Prohibition of Imitation Tobacco Products*, *available at* http://www.hsa.gov.sg/content/hsa/en/Health_Products_Regulation/Tobacco_Control/Overview/Tobacco_Legislation/Prohibition_on_Certain_Products.html (last visited June 14, 2017).

⁴⁶ John R. Goffin et al., *supra* note 17.

年約有 20000 人死亡，吸菸率雖未大幅增長，但也未有下降之趨勢，青少年吸菸問題也成社會隱憂，影響社會甚鉅；此外，為了因應型態新穎之電子煙興起，衛生福利部一方面參考世界衛生組織對於電子煙之建議，同時為修補我國法規密度之不足，遂於 2017 年 1 月公告菸害防制法修正草案。

一、現行針對電子煙之規範

目前政府對於電子煙之管制措施似乎為將之視為藥品進行管制，蓋根據現行菸害防制法對於菸品之定義，電子煙並不在菸害防制法之管制範圍中⁴⁷。相較於一般菸品的製造或輸入方式⁴⁸，由於電子煙並不落入現行之菸害防制法，故我國係將含有尼古丁之電子煙列為藥品管制。依據藥事法，藥品之製造與輸入應向衛生福利部申請查驗登記，經發給藥品許可後始得為之⁴⁹。根據上述規定，電子煙如欲製造與輸入，應先取得藥品許可證，倘未依藥事法相關規定取得藥品許可證，即為藥事法所稱之禁藥，但截至目前，仍未有任何一種電子煙在我國有合法的藥品登記許可，意即目前於我國，沒有任何一種電子煙有獲得政府許可與保障其品質與使用上之安全⁵⁰。

二、修法草案

我國雖將電子煙列為藥品，然現今市面上並無任一款電子煙獲得政府許可，因此並無正式購買管道，但實際上仍可透過網路取得電子煙，惟所購入之電子煙與電子煙油並無合法性可言。我國菸害防制法修法草案修正理由明確指出，根據研究報告，電子煙對於健康之傷害並不少於一般菸品，且若是含有尼古丁之電子煙，上癮程度等同於傳統菸品，即使是宣稱不含有尼古丁之電子煙，其內容物亦可能含有甲醛、乙醛等多種可能有致癌風險之化學物質，也會傷害呼吸系統⁵¹⁵²，且近年來國外發生多起因加熱裝置爆炸而造成顛面受損的意外⁵³，國內電子煙之

⁴⁷ 菸害防制法，第 2 條第 1 項：「菸品係指全部或部分以菸草或其代用品作為原料，製成可供吸食、嚼用、含用、聞用或以其他方式使用之紙菸、菸絲、雪茄及其他菸品。」

⁴⁸ 菸害防制法第 8 條，「菸品製造及輸入業者應申報下列資料：一、菸品成分、添加物及其相關毒性資料。二、菸品排放物及其相關毒性資料。前項申報資料，中央主管機關應定期主動公開；必要時，並得派員取樣檢查（驗）。前二項應申報資料之內容、時間、程序、檢查（驗）及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

⁴⁹ 藥事法，第 39 條，「製造、輸入藥品，應將其成分、原料藥來源、規格、性能、製法之要旨，檢驗規格與方法及有關資料或證件，連同原文和中文標籤、原文和中文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管機關查驗登記，經核准發給藥品許可證後，始得製造或輸入。」

⁵⁰ 衛生福利部國民健康署，「電子煙可以幫助戒菸嗎？」，2016 年 5 月 16 日，網址：
<http://www.hpa.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=127&pid=3766>（最後瀏覽日：2017 年 6 月 13 日）。

⁵¹ 菸害防制法修正草案，第 14 條第 2 項修正理由。

⁵² WHO, *A Systematic Review of Health Effects of Electronic Cigarettes*, Dec. 2015, available at http://www.who.int/tobacco/industry/product_regulation/BackgroundPapersENDS3_4November-.pdf (last visited July 1, 2017).

⁵³ Lain Thomson, *Exploding E-Cig Cost Me 7 Teeth, Burned My Face – and Broke My Sink*, THE REGISTER, (Jan. 18, 2017, 8:41PM), https://www.theregister.co.uk/2017/01/18/explosive_ecig_broke_seven_teeth_and_sink/ (last visited

使用者不可不慎，故我國參酌 WHO 與先進國家之立法例，並考量我國菸害管制目的略顯不足之現況，特於菸害防制法修正草案中增訂電子煙相關條文。此外，根據衛生福利部國民健康署於 2016 年 7 月舉辦電子煙防制政策民意調查，9 成民眾贊成電子煙應加強管理，7 成贊成全面禁止電子煙輸入的管理方式，爰將電子煙列為吸菸行為，並將電子煙作為菸品納管⁵⁴。

我國衛生福利部國民健康署於今 (2017) 年 1 月 4 日預告菸害防制法修正草案，本次修正草案明確將電子煙作為菸品納入管制，於修正草案第 2 條第 2 項增訂電子煙之定義：「為內含尼古丁、甲醛、乙醛或其他有害人體健康之物質，釋放煙霧供人類吸食菸品之霧化器、煙液器及加熱器之電子裝置；且禁止電子煙之廣告與贊助。」第 13 條增訂：「任何人不得供應電子煙予未滿十八歲者。」第 14 條第 2 項謂：「任何人不得製造、輸入、販賣或展示電子煙或其零組件及供其使用之物質或液體。但經依藥事法查驗登記程序審查通過，並取得藥品許可證或醫療器材許可證者，不在此限。」由修正條文觀之，除對電子煙有清楚定義外，亦有適用其他有關一般菸品之管制，如吸菸行為包含指吸食電子煙或攜帶電子煙之行為⁵⁵、菸品廣告與贊助係指宣傳與推銷電子煙之商業活動⁵⁶、不得引誘青少年吸食電子煙⁵⁷、得勸阻於禁菸場所使用電子煙者並給予因被迫吸食電子煙受侵害者醫療扶助⁵⁸。依據修正草案第 14 條第 2 項，除非依藥事法查驗登記程序審查通過、並取得藥品許可證或醫療器材許可證者，原則上禁止任何人製造、輸入、販賣或展示電子煙或其零組件及供其使用之物質或液體。相較於一般菸品之製造及輸入僅需向主管機關申報，與不得以無法辨識消費者年齡之方式販賣，應可認為修正草案對於電子煙之管制較一般菸品更嚴格。

參、在 TBT 協定下之適法性

我國在今年初所公告的菸害防制法草案，將電子煙納入菸品管制範疇之中，同時亦通知 TBT 委員會我國法規之變更，本段擬分析修正草案與 TBT 協定之合致性。

一、是否為技術性法規

判斷系爭措施是否符合 TBT 協定之規定前，必須要先檢視該措施是否為落入 TBT 協定之技術性法規。TBT 協定附件 1 第 1 項將技術性法規定義為：規定產品特性或其相關製程及產製方法，包括適用具強制性之管理規定之文件。該文

July 10, 2017).

⁵⁴ 菸害防制法修正草案，第 14 條第 2 項修法理由。

⁵⁵ 菸害防制法修正草案，第 2 條第 3 項。

⁵⁶ 菸害防制法修正草案，第 2 條第 5 項、第 6 項。

⁵⁷ 菸害防制法修正草案，第 13 條。

⁵⁸ 菸害防制法修正草案，第 18 條。

件亦得包括或僅規定適用於產品、製程或產製方法之專門術語、符號、包裝、標記或標示之規定⁵⁹。對於前揭定義，歐體石棉案上訴機構指出，判斷有關產品之措施是否為技術性法規，應透過三項要件加以檢視：(一) 措施是否適用於一項或一群可資辨識之產品或產品類別；(二) 措施是否規定一項或多項產品特性 (product characteristics)；(三) 措施是否具強制性⁶⁰。以下將對我國菸害防制法修正草案是否符合前述三項標準，分析如下：

(一) 可資辨識之產品

首先，技術性法規必須適用於一項或一群可資辨識之產品或產品類別，惟此並非要求技術性法規需明文提及產品名稱，產品可被辨識出來即足矣。我國修正草案適用對象為一般菸品、電子煙與加味菸，其適用之產品均可資辨識，故修正草案滿足本要件。

(二) 產品特性

系爭措施需規範一項或數項產品特性，產品特性包括 2 種產品特徵，一為產品固有之特徵，如大小、形狀、顏色、質地、硬度等；二為與產品相關之特性，例如包裝、標示、標籤等⁶¹。在此要件中可分為兩種情況討論措施是否具產品特性。首先，根據石棉案上訴機構之報告，系爭措施禁止使用石綿纖維，但對於禁止纖維本身並沒有規定對於石綿纖維的任何特性，而僅僅是禁止其自然狀態，禁止石綿的規範本身並不會構成技術性法規，應該是禁止「含有石棉」的產品才構成技術性法規⁶²。若依此一見解，我國修正草案中禁止電子煙的製造、輸入、販售或展示之規定，可能不會構成技術性法規，因為依照石綿案上訴機構的見解，單純的產品進口禁令並不構成技術性法規。然而，我國修正草案對於電子煙的定義為「內含尼古丁、甲醛、乙醛或其他有害人體健康之物質，釋放煙霧供人類似吸食菸品之霧化器、煙液器及加熱器之電子裝置」，由定義來看，似可將「含有尼古丁及其他物質」視為被禁止產品之特性，或有可能符合產品特性之要件。

(三) 強制性

針對強制性此一要件，歐體石棉案之上訴機構認為技術性法規須以拘束或強

⁵⁹ Agreement on Technical Barriers to Trade, Annex 1.1, [hereinafter TBT Agreement] (providing that: "Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.").

⁶⁰ Appellate Body Report, *European Communities – Measures Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶ 66-68, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (adopted Mar. 12, 2001) [hereinafter *EC-Asbestos*].

⁶¹ 林彩瑜，WTO 制度與實務 (三)，頁 165 (2013 年)。

⁶² Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, ¶ 71.

制之方式規範產品特性⁶³，且以拘束或強制之方式明訂產品應具備某些特徵，或產品不可使用某種製造或生產方法。我國菸害防制法修正草案規定電子煙除非經藥事法查驗許可，否則不得輸入與製造，若擅自製造或輸入電子煙者，將處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰，並令限期回收；屆期未回收者，按次處罰，此外，菸品之標示、展示方式與範圍及其他應遵行事項應由主管機關認定。由此可知，上述規定係相關業者應遵守之強制規定，故修正草案規定之內容符合本項要件。

綜上所述，系爭法規有可能符合前述三項要件，為 TBT 協定所定義之技術性法規，故落入 TBT 協定所規範之範圍。TBT 協定之目的係為確保技術性法規與標準不構成貿易上之不必要障礙，因此本文將接續分析我國修正草案之措施是否違反 TBT 協定第 2.1 條之不歧視原則、第 2.2 條之必要性原則與第 2.4 條之調和原則。

二、TBT 第 2.1 條之不歧視原則

TBT 協定第 2.1 條係規定技術性法規不得違反最惠國待遇 (MFN) 及國民待遇原則 (NT)，條文內容為「會員應確保在技術性法規方面，對於人和會員境內所輸入之進口產品，給予不低於對待本國同類產品及來自任何其他國家同類產品之待遇 (treatment no less favourable, 非較低待遇)」由修正草案內容觀之，並不區分電子煙係由何國進口至台灣，故法律上似無違反最惠國原則之疑慮，但是否將有事實上之違反，則需視修正草案通過實施後，實際上得輸入我國之電子煙出口國為何，方得加以認定，故以下僅分析草案內容是否違反國民待遇原則。

TBT 協定第 2.1 條下國民待遇之要件為：(一)系爭措施為技術性法規；(二)進口產品與國內產品為同類產品；(三)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。由於前述已分析我國修正草案是否為技術性法規，以下就(二)(三)要件檢視之。

(一) 同類產品

對於 GATT 第 3.4 條所建立的「同類」概念是否可被同樣適用於 TBT 第 2.1 條「同類」之問題，美國丁香菸案之上訴機構認為 TBT 協定之下的「同類產品」，應遵循與 GATT 第 3.4 條中同類產品相同之判斷標準⁶⁴，據此，用於判斷是否 TBT 協定第 2.1 條下之同類產品有四項要件，分別為物理特性、最終用途、消費者偏好與習慣、關稅分類。本文係將電子煙與一般菸品作為同類產品相比較，以下將

⁶³ Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, ¶ 68.

⁶⁴ Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, ¶¶ 117-119, WTO Doc. WT/DS406/AB/R (adopted Apr. 4, 2012), [hereinafter *US — Clove Cigarettes*].

就各要件逐項討論：

1. 物理特性 (Physical Properties)

本文於第壹部分已提到電子煙的主要特點就是使用上不需要燃燒煙草，而是透過加熱電子煙油的方式來產生含尼古丁的煙霧供使用者吸入，透過這種方式，來為電子煙的使用者提供模仿吸菸的感覺。雖然電子煙模仿傳統香菸的許多設計特徵，也提供了與香菸類似的感官體驗，但卻不包含所有與香菸相關的化學物質，且兩者製造的材料與材質均不同，因此，電子煙與一般菸品有可能被認定並不享有相同的物理特性。有論者認為，依據歐體石棉案的上訴機構，與健康相關的風險也是檢驗 GATT 第 3.4 條「同類」的證據，而考慮到電子煙與一般煙品都具有類似的健康風險，故似乎可認定兩者的物理特性相同，但如前所述，電子煙與一般菸品對於人體健康的風險是否一樣，目前的科學證據並無法提出絕對性的結論，故，此一分析要素在目前針對電子煙之危害的科學研究上，可能尚也不致於影響前所提及、電子煙與一般煙品在物理特性上並非同類的認定。如上所述，電子煙與一般菸品並不具有相同的物理特性。

2. 最終用途 (End-uses)

產品之最終用途係指產品能執行相同或類似功能之程度⁶⁵。美國丁香菸案之上訴機構認為，進口丁香菸與本國薄荷菸之最終用途皆為抽菸者基於嘗試心態與社交需求，以滿足抽菸者對尼古丁成癮之需求並創造與香菸口感及享受煙霧風味的愉悅體驗⁶⁶。由此觀之，電子煙與一般菸品皆能獲得尼古丁與創造吸菸感覺之最終用途，蓋兩者皆係傳送尼古丁且透過吸菸 (smoking) 之行為發生。

3. 消費者喜好與習慣 (Consumer's tastes and habits)

歐體石棉案之上訴機構認為消費者偏好與習慣係指，可讓消費者選擇特定產品而非其他具同類最終用途產品之因素，換句話說，此一要件是要觀察消費者在特定市場中是否將兩產品視為可相互替代之產品⁶⁷。美國丁香菸的上訴機構推翻了部分小組判決，認為小組除考慮主要客群—青少年市場以外，亦應考慮成年菸民，但這並不影響上訴機構認為丁香菸與薄荷菸兩者市場上具有可替代性⁶⁸。

根據研究顯示，電子煙可能是戒菸手段之一，可以提供欲戒菸者更為安全的替代方式，且根據 WHO 對於 ENDS 之調查，指出電子煙使用者多數是欲戒除尼古丁傳送系統與想減少健康風險的吸菸者⁶⁹。實際上，幾乎多數的電子煙使用者

⁶⁵ Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, *supra* note 60, ¶ 117.

⁶⁶ Appellate Body Report, *US — Clove Cigarettes*, ¶ 158.

⁶⁷ Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, ¶ 102.

⁶⁸ Appellate Body Report, *US — Clove Cigarettes*, ¶ 153.

⁶⁹ WHO Framework Convention on Tobacco Control, *supra* note 22, at 9.

多是以往曾接觸過一般香菸之用戶⁷⁰，電子煙可能被消費者認為是滿足其吸菸習慣更為健康之替代品，這展現了兩產品間之高度替代性，兩者皆能滿足消費者同樣的需求，此一情況符合消費者喜好與習慣對於同類產品之標準。

4. 關稅分類 (Tariff classification)

根據我國財政部之網站並參據 HS 註解⁷¹，電子煙應歸於專屬貨物分類號列第 85 章，貨名為戒煙輔助用之電子口腔吸入器，香菸則被歸類於第 24 章，貨名為菸（包括菸葉及菸類）及菸葉代用品⁷²，兩者的稅則分類並不相同，故此要件並不符合。

其他考量產品是否同類之因素：競爭關係

競爭關係並不屬於傳統判斷同類產品的要件之一，但競爭關係對於產品間擁有相似物理特性，但卻又不相同之產品判斷同類性來說是非常重要的⁷³。競爭關係之本質為兩產品間具有商業上可替代性 (Commercial interchangeability)，或是否可滿足相同消費者之需求。丁香菸案的上訴機構認為，為確保產品是否符合第 2.1 條底下所規定的同類，沒有必要證明產品對於所有消費者來說皆是替代品或是在整個市場上具有直接競爭⁷⁴。若是該產品對於一些消費者來說是具有高度可替代性，這也會支持產品是同類的結論。小組對於消費者偏好之考量太過於限縮，上訴機構認為雖然薄荷煙較丁香菸更受歡迎，但這並不會影響到丁香菸與薄荷煙之間的替代關係。故上訴機構表示，小組不應限縮消費者偏好與習慣之分析，而排除成年煙民，因為小組在年輕市場中所競爭與替代程度足夠高到支持 TBT 第 2.1 條下的同類。如上所述，雖然電子煙與一般菸品之物理特性與關稅分類來說並不相似，但就最終用途與消費者認知方面，甚至更廣義而言，從競爭關係來看，電子煙與一般菸品仍是有機會被認為是同類產品。

因此，即使兩者還是有些差異，但綜上所述，應可認為電子煙與一般菸品係為同類產品，下段將接續判斷進口產品之待遇是否低於本國同類產品。

(二)進口產品之待遇是否低於本國同類產品

⁷⁰ WHO Framework Convention on Tobacco Control, Report on Electronic Nicotine Delivery Systems, FCTC/COP/6/10, July 21, 2014, available at http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop6/FCTC_COP6_10-en.pdf (last visited July 2, 2017).

⁷¹ 關港貿單一窗口，稅則稅率綜合查詢作業，網址：

<http://portal.sw.nat.gov.tw/PPL/RedirectorNonLoginAction?appId=APGQ&privilegeId=GC411> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 2 日)。

⁷² 同上註。

⁷³ Marina Foltea and Anna Markitanova, *The 'likeness' of e-vapor products and cigarettes in the WTO*, at 14, Jan. 15, 2017.

⁷⁴ Appellate Body Report, *US — Clove Cigarettes*, ¶¶ 139-140.

美國丁香菸案之上訴機構認為，檢視系爭措施是否有違反 TBT 協定下較低待遇時，應考慮 (1) 差別待遇是否改變系爭同類產品之競爭條件，使進口產品遭受不利影響 (2) 該不利影響系源於正當管制差異⁷⁵。根據我國目前的現況，電子煙的進出口亦受到禁止，理論上，在現行的法制架構下並未核發電子煙的合法許可證，市場上應無合法販售的電子煙。若修正草案通過，對於現狀似乎不會有太大的影響，因為市面上本來即無合法的電子煙，不會有由外國進口產品負擔所有負面情況之問題，等於對於進口產品不會有任何影響。不過，以 GATT 第 3.4 條國民待遇原則的案例法觀察，實際上的貿易利益是否受損，並非分析 GATT 第 3.4 條國民待遇原則之要件⁷⁶，依照美國丁香案上訴機構之裁決，上訴機構認為 TBT 第 2.1 條和 GATT 第 3.4 條的條款適用範圍相似，在解釋 TBT 協定第 2.1 條時，除考慮 TBT 前言外，也應考慮 GATT 第 3.4 條，故上述關於 GATT 第 3.4 條的認定要件，或許也可套用在 TBT 協定第 2.1 條之國民待遇原則中，若依此要件觀察，即便目前我國並未有電子煙的合法輸入，此一實際上的貿易利益不會受到損害，並不必然表示我國的修正草案符合 TBT 協定中的國民待遇原則，故本要件還是有分析之必要。依據修正草案，業者可以透過向主管機關來製造或輸入一般菸品，然而電子煙卻須經藥事法查驗登記才得以製造或輸入，若假設我國的一般菸品多為本國製造，而電子煙大多為進口的前提之下，則我國的修正法案確實可能造成同類產品的競爭條件改變之情形，使進口電子煙遭受不利影響。但以我國目前香菸的市佔率來看，國產香菸大約僅佔市面上的三成，菸品來源係以外國進口為主⁷⁷，在電子煙與一般香菸皆是由國外進口的情形下，則修正草案的規定可能不會改變進口與本國同類產品之競爭條件，因本要件是考慮進口產品是否受到較本國同類產品低之待遇，故，我國的修正草案，在目前國內菸品之市場現況中，有可能不會構成第一項要件之違反。即便可能不會構成第一項要件之違反，為求分析周延起見，以下續就第二項要件進行分析：我國之修正草案若是會造成貿易上的不利影響，則該不利影響是否源於正當管制差異？此仍有討論空間，雖然目前無法確認電子煙對於戒菸的療效之有無，但也無明確且具公信力的科學研究顯示電子煙的危害大過於一般菸品，換言之，電子煙相較於一般香菸的實際危害有多大，仍待科學證實，所以，若我國的修正草案使得競爭上的不利益均由進口之電子煙負擔，此是否係源自於正當的管制區分、而非基於歧視，在目前科學證據對於電子煙的危害是否必然大於一般煙尚無定論的狀況下，恐難成立。

綜上所述，以我國修法草案完全禁止電子煙之作法，在目前的煙品市場結構上，有可能不會構成改變市場競爭關係、進而使競爭上的不利益均由進口產品負擔此一要件，但因為未來菸品市場可能會有變化，所以要件一是否一定不會構成尚無法肯定；若假設構成要件一之情形，繼續分析第二項要件，則造成之不利影

⁷⁵ Appellate Body Report, *US — Clove Cigarettes*, ¶¶ 142-144.

⁷⁶ 林彩瑜，頁 130。

⁷⁷ 曾韋禎，國產菸不敵洋菸 6 年市占率降 1 成，自由時報，2016 年 8 月 3 日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1783289> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 10 日)。

響是否是源於正當管制，考量到現在尚無科學研究可證明電子煙之危害大於一般菸品，此要件的成立還有相當大的討論空間，故，無法排除我國的修正草案有可能被認定違反 TBT 協定第 2.1 條的國民待遇原則。

三、TBT 第 2.2 條之必要性原則

TBT 協定第 2.2 條規定：「各會員應確保其技術性法規之擬訂、採行或適用，不得以對國際貿易造成不必要之障礙為目的或產生該等效果。為此，技術性法規對貿易之限制，不應較諸達成合法目的所必須者嚴格，同時應顧及未達成該合法目的所可能產生之風險。該合法目的包括國家安全需求、防止欺騙行為、保護人類健康或安全、動物或植物生命或健康及環境之保護等。評估該等風險時，所考量之相關事項應包括現有之科學性及技術性資料、相關之加工技術或對產品所預定之最終用途⁷⁸。」故技術性法規所造成之貿易限制效果，不應超過實現合法目的所必要 (not be more trade-restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective)，且應將無法實現合法目的所可能產生之風險納入考慮⁷⁹。

TBT 條文並未明定不得超過為實現合法目的所必要之限制、同時考慮合法目的未能實現可能造成之風險兩要件之適用順序與具體適用方式。美國 COOL 案小組認為本條之判斷基準有三：首先，系爭措施是否造成貿易限制；其二，措施所追求之目的合法；最後，倘若目的合法，則系爭措施所造成之貿易限制是否逾越必要程度⁸⁰。

(一) 系爭規定是否造成貿易限制

美國 COOL 案中，小組著重探討進口產品相較於本國同類產品間之競爭機會是否有減損⁸¹。我國系爭措施禁止所有無論是在我國製造、或是自國外輸入之電子煙，此規定從文義來看可能不會造成貿易上限制，但條文但書中有規定若經藥事法查驗登記程序也可輸入、製造、販賣或展示，若修正草案通過後，藥事法僅通過特定國家、或僅通過我國所生產的電子煙，才有可能造成競爭機會的減損。

(二) 系爭規定所追求之目的是否合法

TBT 協定第 2.2 條明列之合法目的包括國家安全之需求、防止詐欺行為、保護人類之健康安全、保護動植物之生命與健康、保護環境。此外，依據會員向 WTO 通知之技術性法規中提及之合法目的，尚包括採行新國內法、消費者資訊

⁷⁸ TBT Agreement, art. 2.2.

⁷⁹ 林彩瑜，前揭註 61，頁 171。

⁸⁰ Panel Report, *US — COOL*, ¶¶ 7.550-7.553.

⁸¹ Panel Report, *US — COOL*, ¶ 7.571.

與標示、品質要件、調和、降低或消除貿易障礙與貿易便捷化等⁸²。

衛福部於修正草案之第 1 條中提及，為維護國民健康，特制定本法，而本次增補之電子煙規定，係因電子煙以電子方式釋放含甲醛等重金屬之氣霧，除可能使未成年者產品吸食菸品之錯誤認知外，其吸食與煙霧對於第三人之健康可能會造成危害。故根據 TBT 協定第 2.2 條所例示之合法目的，修正草案第 14 條有關限制電子煙之製造與進口應屬保護人類健康之目的，系爭措施所追求之目的應屬合法。

(三) 系爭規定造成之貿易限制是否逾越必要程度

美國 COOL 案之上訴機構指出，檢視系爭措施是否可以實現合法目的，僅需有貢獻即可，不須完全達成合法目的，並應權衡下列要件，系爭措施對於達成合法目的之貢獻度；措施之貿易限制程度；若措施無法達成目的所可能產生之風險，且應考量可能之替代措施⁸³。

我國修正條文原則上要求任何人均不得製造、輸入、販售、展示電子煙與其零組件與其使用之液體，對於一般菸品的管制則是在製造或輸入前應先向中央主管機關申報。一般菸品亦會對於人體健康造成危害，且其造成的健康風險相較於電子煙更加明確，雖然對於電子煙之規範更加嚴厲，但根據鮪魚案上訴機構報告，對系爭措施所造成的貿易限制之必要性進行評估時，其重點在於措施對於達成目標之貢獻度⁸⁴，因此上訴機構推翻小組認為美國系爭措施僅能部分達成其目的之裁決，裁定美國的措施在一定程度上仍有符合美國所欲達成的目的⁸⁵。因此，根據上述鮪魚案之上訴機構，我國修正草案對於電子煙之增設條文，對於維護國民健康仍有其貢獻度。然而，雖然系爭措施有對於達成目的有一定貢獻度，仍應考慮是否有貿易限制更小的替代措施來達成管制目的，將電子煙之管制程度降低至與一般菸品相同，或許為可行之替代措施。在鮪魚案中，上訴機構認為比較系爭措施與可行之替代措施時，須以權衡之角度，考量到若未達成目的則可能產生的風險⁸⁶，認為小組檢視系爭措施是否超過合法目的之必要程度時，需檢視系爭措施對達成目的之貢獻度、貿易限制性、考慮未達成目的而可能產生風險之情況下，來比較系爭措施與替代措施之貿易限制性⁸⁷。因此，依照此一分析方式，將電子煙之管制降至與一般菸品相同之替代措施，對於維護國民健康之目的仍具有貢獻度，但貢獻度相較於修正草案中的完全禁止電子煙之措施可能較低，在貿易限制性方面，由於替代措施之管制程度較低，因此對於貿易限制性會較修正草案中的

⁸² 林彩瑜，前揭註 61，頁 171。

⁸³ Appellate Body Report, *US — COOL*, ¶ 373.

⁸⁴ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 340-341.

⁸⁵ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶ 342.

⁸⁶ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶ 321.

⁸⁷ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 325-326.

措施還小，最後，對於該替代措施是否合理可得之問題，因電子煙適用於現行菸品管制規範，故應為一合理可得的替代措施。綜上，雖我國修正草案對於電子煙之規範有其貢獻度，但仍有其他更可行之替代措施，故似可認為系爭措施有違反 TBT 協定第 2.2 條必要性原則。

四、TBT 第 2.4 條之調和性原則

TBT 協定第 2.4 條規定：「若須制定技術性法規，且已有相關之國際標準或該等國際標準即將完成時，各會員應以該等國際標準或其相關部分作為其技術性法規之依據。但該等國際標準或相關部分非屬達成合法目的有效或適當方法時，不在此限。例如由於基本氣候、地理因素或基本技術問題⁸⁸。」根據第 2.4 條，會員應以國際標準為技術性法規的依據，除非該國際標準對於追求合法目的並非有效或適當的方法。惟 TBT 協定中並未規定何為國際標準，僅於附件第 1.2 條對於標準有所定義：「經公認機構認可並供共同且重複使用，但不具強制性之產品或相關製程及生產方法之規定、準則或特性之文件。該文件亦得包括或僅規定適用於產品、製程或產製方法之專門術語、符號、標示或標章之規定。」以及附件第 1.4 條對於國際組織之定義：「至少開放本協定所有會員之相關機構入會之機構或體系。」由於 TBT 協定中並沒有對於國際標準有明確定義，故本文以 WTO 案例出發，檢視 WHO 所定之規範是否為 TBT 協定下國際標準的一部分。

美國鮪魚案 II 對於國際標準進行相當多的討論，美國與墨西哥皆對小組關於國際標準的裁決提出上訴，本案的小組認為國際養護海豚方案公約 (Agreement on the International Dolphin Conservation Program, AIDCP) 係第 2.4 條意義下之相關國際標準，而美國並未基於該標準制定其法規，但墨西哥並未證明 AIDCP 可否成為美國達成目標之有效且適當方式⁸⁹。上訴機構檢視小組之裁決，推翻了小組認為 AIDCP 為國際標準之結論，上訴機構指出，TBT 附件第 1.1 條並沒有定義「國際標準」，儘管第 1.2 條與第 1.4 條分別提及「標準」與「國際機構與體系 (system)」，但根據附件 1.2 條的註釋：「國際化標準團體之標準係基於共識制定」⁹⁰。認為應將國際標準一詞理解為跟 ISO/IEC 準則 II 中相同的含意，ISO/IEC 準則 II 將其定義為國際標準化/標準組織所採用的公共標準，因此，國際標準係包含三要素：標準、由國際標準化組織通過、向公眾提供。再者，上訴機構亦檢驗

⁸⁸ TBT Agreement, art.2.4, (providing that: “Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent, Members shall use them, or the relevant parts of them, as a basis for their technical regulations except when such international standards or relevant parts would be an ineffective or inappropriate means for the fulfilment of the legitimate objectives pursued, for instance because of fundamental climatic or geographical factors or fundamental technological problems.”).

⁸⁹ Panel Report, United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, WTO Doc. WT/DS381/R, ¶¶ 7.693, 7.707 (adopted May 16, 2012). [hereinafter *US — Tuna II (Mexico)*].

⁹⁰ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 183-187

了爭端當事國雙方皆有指出 TBT 委員會決議對於國際標準之制定準則、建議之原則，對於條文之影響，上訴機構認定該決議闡明了國際標準化機構至少應該對所有 WTO 成員國開放，且機構需在不歧視的基礎下開放，同時亦解釋了國際標準組織應遵守 WTO 成員所設立的原則與程序，且決議也有助於確認國際組織的標準化活動是否得到 WTO 會員的承認⁹¹。

因此，根據美國鮪魚案 II 之上訴機構對於 AIDCP 是否為國際標準之分析，其認定國際標準機構應被定義為「被公認之主要從事於標準化活動之機構，其資格至少向所有 WTO 會員之相關機構開放」，而 AIDCP 為美國與墨西哥之間相互簽訂之標準，不屬於向所有會員國開放之國際標準，故本案上訴機構推翻小組裁決，認定 AIDCP 不屬於 TBT 協定之下之相關國際標準⁹²。

另一方面，世界衛生組織是由世界衛生大會、秘書處與區域委員會及辦公室所組成的，其會員身分可分為三種，分別為正式會員、副會員與觀察員。可以透過本身為聯合國會員國家⁹³、1946 年世界衛生會議已是觀察員之國家⁹⁴、又或是國家可以透過直接申請加入成為會員⁹⁵。根據 WHO 憲章來看，WHO 會員資格開放給所有國家，若國家非為聯合國會員或是未在 1946 年會議之觀察員，在其申請書經 WHA 普通多數決通過後，申請之國家即可成為正式 WHO 會員。至於 WTO 之入會資格，規定於 WTO 成立協定第 12 條，根據條文之規範：「任一國家或就對外商務關係及本協定與各項多邊貿易協定所規定之其他事務擁有充分自主權之個別關稅領域，得依其與 WTO 同意之條件，加入本協定。」⁹⁶。但由上述 WHO 的入會規定觀之，其入會資格似乎並不包含「關稅領域」此一類型的 WTO 會員，除非世界衛生大會經多數決表決允許 WTO 設立協定所規範之關稅領域加入，WHO 才可算是開放所有 WTO 會員加入之組織，否則，WHO 即不算是讓所有國家加入之國際組織，因此前文所述之 WHO 之規範，應不在 TBT 第 2.4 條之討論範疇內。

肆、小結

電子煙改變了全球的吸菸形式，電子煙使用人數日益增多，惟其帶來之事

⁹¹ Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶¶ 366-372.

⁹² Appellate Body Report, *US — Tuna II (Mexico)*, ¶ 131.

⁹³ 聯合國世界衛生組織憲章，第 3 條：「會員資格應開放給所有國家。」

⁹⁴ 聯合國世界衛生組織憲章，第 4 條：「聯合國會員國，依第十九章規定，並依其本國憲法程序，簽訂或以其他方法接受本組織法者，得為本組織會員國。」

⁹⁵ 聯合國世界衛生組織憲章，第 6 條：「未依第四條與第五條規定加入為會員國之國家，得申請加入，其申請經由衛生大會過半數票批准後，即得加入為會員國；但以不違背根據第十六章業經通過之聯合國與本組織所訂之協定為限。」

⁹⁶ Agreement Establishing the World Trade Organization, art. 12, (providing that “Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto.”).

故與未知的健康風險也引起注意，台灣為了因應國際趨勢與保護人體健康特於修正草案中嚴格管制電子煙，系爭條文對於我國電子煙市場影響應該不大，因雖目前藥事法列於藥品管制，但主管機關並未依藥事法發出任何許可，本來就等同禁止進口，沒有既有的貿易利益存在，故，就目前之規範現況而言，未來發生貿易爭端的可能性或許不高。但實際情況仍需視修正草案通過之後的狀況，方得確認是否於 WTO 下有涉訟的可能。無論如何，身為 WTO 會員，我國原本即負有遵守 WTO 相關規範的義務，故，主管機關以及立法院於審議我國之修正草案時，應更審慎檢視此一修正草案於 WTO 下之適法性問題，方得盡到我國身為 WTO 會員之國際義務。

