

澳洲菸品素樸包裝法案上訴機構報告摘要

109.07. 多邊組摘要

目錄

一、前言.....	3
二、本案背景事實及被控訴措施.....	3
(一) 澳洲加強反菸政策.....	3
(二) 被控訴措施對菸品包裝的規範.....	4
三、原告於 2012 年起向 WTO 提起爭端解決程序.....	4
四、本案上訴機構報告摘要：.....	5
(一) TBT 協定第 2.2 條.....	6
1. 第 2.2 條條文規定.....	6
2. 爭點：被控訴措施對澳洲合法目的的貢獻程度為何？.....	6
3. 爭點：小組是否錯誤分析被控訴措施對貿易的限制？.....	10
4. 爭點：本案是否有對貿易造成較小限制的替代措施？.....	13
5. 小結.....	15
6. 上訴機構成員不同意見書.....	15
(二) TRIPS 協定第 16.1 條.....	16
1. TRIPS 協定第 16.1 條條文規定.....	16

本摘要僅為相關討論之參考，若有疑義請見 WTO 爭端解決機構小組及上訴機構報告

2. 小組是否錯誤地解釋及適用 TRIPS 協定第 16.1 條？.....	16
(三) TRIPS 協定第 20 條有關「不合理之妨礙」的解釋.....	19
1. TRIPS 協定第 20 條規定.....	19
2. 小組階段的審理情形.....	19
3. 上訴機構不認同小組部分論點.....	20
五、總結.....	25
附件 我駐 WTO 代表團摘要小組報告.....	26

一、前言

澳洲菸品素樸包裝法案爭端歷時 8 年訴訟，WTO 會員終於在 2020 年 6 月 29 日採認小組及上訴機構報告。

本案主要爭議涉及技術性貿易障礙協定(TBT 協定)及與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS 協定)，無論小組或上訴機構，均認為澳洲嚴格限制菸品包裝的做法符合 WTO 協定規定，然而針對如何解釋協定條文，上訴機構修改部分小組意見。本文謹摘要本案上訴機構報告重點(小組報告重點請見附件我駐 WTO 代表團摘要)。

二、本案背景事實及被控訴措施

(一) 澳洲加強反菸政策

澳洲政府自 2008 年起開始研究菸害防制政策，2011 年 4 月提出立法草案，同年 12 月 7 日立法通過。¹這套法案即為本案的被控訴措施，其中包括 2011 年菸品素樸包裝法、2011 年菸品素樸包裝規則及 2012 年修法、2011 年商標法(菸品素樸包裝)修法及相關函釋²。被控訴措施的立法目的除為確保國人健康，另包括為落實 2003 年世界衛生組織菸草管制架構公約(WHO Framework Convention on Tobacco Control，下稱 FCTC 公約)，該公約第 11 條涉及菸品包裝及標示，第 13 條則涉及菸品廣告、促銷及贊助。³

1 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 2.6-2.9.

2 法案名稱： the Tobacco Plain Package Act 2011, the Tobacco Plain Packaging Regulations 2011, as amended by the Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No.1), the Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011，以及 Explanatory Memorandum.

3 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 2.15.

(二) 被控訴措施對菸品包裝的規範

1. 包裝：菸品⁴包裝⁵應符合法定形式，譬如盒內外不得有裝飾，使用的膠水須無色透明，菸盒的材料只能用紙板，開口朝上，蓋上蓋子呈現四方形，盒子的內蓋及邊角必須為直線，只能用鋁箔印刷(foil print)...等。⁶盒子顏色必須為暗棕色，內部為白色或包裝材質的原色。⁷
2. 商標：菸品不得放置任何非文字商標，文字相關資訊如菸商、品牌、變體名稱(variant name)等，各有不同字型及大小規定，譬如菸商及品牌只能以 14 號以下、Lucida Sans 字體印刷。法案也限制不同資訊的排列順序，譬如品牌名稱必須放在健康警語之後。⁸此外，菸商也不得為菸品創作音效或香氣來吸引消費者。⁹
3. 違反的效果：刑事處罰及罰金。¹⁰

三、原告於 2012 年起向 WTO 提起爭端解決程序

宏都拉斯(DS435)、多明尼加(DS441)、古巴(DS458)、印尼(DS467)及烏克蘭(DS434)等會員於 2012 年至 2014

4 指所有含有菸草的產品，無論是以吸食、咀嚼或以其他方式使用的產品都包括在內(如雪茄也算在內)，只有醫療用途的產品不在此限(醫療用產品有其它專門的法律規範)。Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 2.11-2.12.

5 「零售包裝」包括放置菸品的主要容器、分裝容器，包裹菸品的塑膠或包裝物，以及置入或附著在菸品之外的包裝物。Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 2.17.

6 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 2.20-22.

7 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 2.23.

8 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 2.24-28.

9 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 2.31.

10 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 2.41-42.

年間分別指控澳洲措施違反 WTO 協定規定，除烏克蘭在 2016 年與澳洲達成和解之外，其餘 4 案進入小組審議程序。2018 年 6 月 28 日小組公布審理結果，澳洲大獲全勝，宏都拉斯及多明尼加決定上訴，2020 年 6 月 9 日上訴機構報告出爐，大致上維持小組見解及審理結果，同月 29 日 WTO 會員採認小組及上訴機構報告。¹¹

表 本案小組及上訴機構階段涉及之協定條文

WTO 協定條文	小組階段	上訴機構階段
TBT 協定	第 2.2 條	第 2.2 條
TRIPS 協定	第 2.1 條、第 16.1 條、第 16.3 條、第 20 條、第 22.2(b) 及 24.3 條	第 16.1 條 第 20 條
GATT 1994	第 9.4 條	無

四、本案上訴機構報告摘要：

宏都拉斯及多明尼加請上訴機構推翻小組報告中的幾項見解，包括：

- 小組錯誤分析及適用 TBT 協定第 2.2 條「被控訴措施對合法目的的貢獻程度」、「被控訴措施對貿易造成限制」及「被控訴措施的替代方案」等 3 項要件
- 小組錯誤分析及適用 TRIPS 協定第 16.1 條商標專用

¹¹ WT/DS435/28, WT/DS441/29.

權的保護範圍

- 小組錯誤分析及適用 TRIPS 協定第 20 條「對商標的使用造成不合理(unjustifiably)的妨礙」要件
- 上訴方在各爭議事項中一併抱怨小組未盡爭端解決規則與程序瞭解書(DSU)第 11 條必須客觀評估事實的義務¹²

(一) TBT 協定第 2.2 條

1. 第 2.2 條條文規定

「...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，同時並顧及未達成該合法目的所可能產生之風險。該合法目的其中包括...人類健康或安全...。」

2. 爭點：被控訴措施對澳洲合法目的的貢獻程度為何？

2.1. 小組階段的答辯及審理情形

2.2.1. 原告及澳洲主張

原告有兩點主張：第一、不容易透過被控訴措施達成澳洲欲達到的合法目的(保護人體健康及減少菸害)；第二、若小組駁回第一項論點，則改主張即便被控訴措施有助澳洲達到合法目的，但會對貿易造成額外的限制，原因在於澳洲可實施其他對貿易限制較小的替代措施。無論第一或第二項主張，澳洲都違反 TBT 協定第 2.2 條規定。¹³

澳洲先抗辯被控訴措施根本不是「技術性法規」，不

¹² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 4.1.

¹³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.4.

適用 TBT 協定的規定。¹⁴退步言之，若被控訴措施適用 TBT 協定，澳洲是依據 FCTC 公約的建議制定法案，符合國際標準，依據 TBT 協定第 2.5 條規定，被控訴措施應被推定為不會造成不必要的貿易限制。¹⁵

2.2.2. 小組審理結果

小組審理發現本案被控訴措施的規範對象是菸品的包裝，符合 TBT 協定附件 1 定義的「技術性法規」，因此適用 TBT 協定。¹⁶至於能不能因為符合國際標準而推定沒有對貿易造成限制，小組表示 FCTC 公約屬建議性文件，沒有強制性，也未建立各國得普遍及重複使用的共通規範，故非 TBT 協定所稱之國際標準。¹⁷澳洲主張均不可採。

由於澳洲的抗辯沒有成功阻止原告主張，小組展開分析原告的主張，最後裁決被控訴措施並未違反 TBT 協定第 2.2 條規定，¹⁸並認定下列事實：

¹⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.4.

¹⁵ TBT 協定第 2.5 條：「一會員擬訂、採行或適用一對其他會員之貿易有重大影響之技術性法規時，應於其他會員請求時，依第 2.2 項至 2.4 項規定，解釋該技術性法規之正當性。為第 2.2 項所明訂之任一合法目的，並依相關國際標準而擬訂、採行及適用之技術性法規，應推定不會造成國際貿易之不必要障礙。」另澳洲於小組階段之論點請參考 Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 7.187..

¹⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.6. 小組表示澳洲被控訴措施主要針對菸品包裝作規定，落入 TBT 協定附件 1 「技術性法規：...包括或僅規定適用於產品、製程或產製方法之...包裝、標記或標示之規定」且以強制手段確保廠商遵循，故屬於適用 TBT 協定的「技術性法規」。Panel Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 7.171.-7.183.

¹⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.6.

¹⁸ 小組必須確認的事項包括「菸品素面包裝措施對保護人民健康有多大影響」、「被控訴措施造成多少貿易限制」、「未達成該合法目的所可能產生之風險所

- (1) 原告並未證明被控訴措施對澳洲合法目的的貢獻度；
- (2) 依據本案可得證據，澳洲同時採行被控訴措施與其他反菸措施，有助達成合法目的；
- (3) 有關被控訴措施對貿易造成的影響，在該措施造成菸品消費量下降，因此影響菸品進口量的論述下，被控訴措施的確對貿易造成一定之影響；
- (4) 雖然被控訴措施將來可能影響整體外國菸的總進口金額，但現階段還看不出措施對菸品進口總金額造成甚麼影響。此外，小組也不採信被控訴措施帶來額外包裝要求或遵法成本，會導致貿易受限制的說法；
- (5) 澳洲的合法目的若未達成，後果是公眾的健康風險，程度上較為嚴重；
- (6) 原告未充分證明替代方案能對合法目的達到相同程度的貢獻。¹⁹

2.2. 上訴機構維持小組的見解

- (1) 宏都拉斯及多明尼加指控小組錯誤地解釋及適用 TBT 協定第 2.2 條，另一方面未盡 DSU 第 11 條客觀評估之責。²⁰上訴機構認定宏都拉斯及多明尼加針對這兩點主張所提的事證高度重複，不外乎批評小組認定事證方式及重視程度不一，曲解原告方的證據，

指為何」、「對貿易限制較少的替代措施是否能達到相同效果？」。AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.8.

¹⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.9.

²⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.11&6.27.

或僅參考部分證據即逕下定論，爭議事項的性質較偏向請求上訴機構認定小組是否依據 DSU 第 11 條盡客觀評估之責，因此僅審理小組是否違反 DSU 第 11 條的部分。²¹

- (2) 依據 DSU 第 11 條，哪些情況下才能認定小組未盡客觀評估之責？上訴機構表示小組審理過程中出錯，不盡然等於小組未盡客觀評估義務，只有在小組的認定有損「客觀(objective)」，才會牴觸 DSU 第 11 條。²²另上訴機構審理時不會干涉或質疑小組的認定結果(包括判斷各項證據的證據力)，也不會僅因對事實的認定與小組有差異，就裁決小組未盡 DSU 第 11 條的客觀評估義務。²³
- (3) 上訴機構循過去爭端案的審理方式，放棄逐項檢討上訴方的主張，而是考量兩造當事國關切的舉證責任及程序正義(due process)議題，跨主題性決定審理 5 個主題。²⁴檢視小組報告及上訴方的說法後，上訴機構裁決上訴方沒有成功證明小組未盡 DSU 第 11 條客觀評估之責，本項爭議維持小組的認定結果。²⁵

²¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.24-25 ; 6.41 ; 6.43.

²² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.48.

²³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 50.

²⁴ 包括小組分析措施實施前的假設性情境(處理政策影響評估時遇到的假設性問題)，措施實施後相關評估，措施對未來的影響，小組認為與本案無關而未採納的證據，以及小組就整體的認定結果。AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.53-54.

²⁵ 上訴機構報告花許多篇幅檢視及說明小組報告內容，在此舉一例：

多明尼加主張小組認定「包裝屬一種廣告行為，能為產品帶給消費者正面印象。」與多明尼加主張菸品包裝對消費者帶來負面印象的論點相反。

3. 爭點：小組是否錯誤分析被控訴措施對貿易的限制？

3.1. 「措施具歧視性」是判斷對貿易造成限制的參考事項之一？

小組表示判斷被控訴措施是否對貿易造成限制時，必須確認(a)措施是否具歧視性；(b)是否實質上造成消費量及進口量減少。²⁶

小組注意到其他爭端案的小組及上訴機構曾以措施是否降低產品的競爭力，以及是否給予進口產品較低的待遇(低於本國產品)，作為認定是否對貿易造成限制的判斷方式，²⁷但本案的被控訴措施一體適用於本國及外國菸品，沒有歧視性的問題，因此仍必須回歸個案情況及相關證據，以質化及量化的方式確認措施對貿易的影響效果。²⁸

針對上述，宏都拉斯認為小組錯誤地將「(a)措施是否具歧視性」作為判斷要件，真正該檢討的是被控訴措施是否將產品相關的標準調高，導致無論是本國貨進口產品的

上訴機構發現小組的結論來自幾份菸商研究文件，說明菸品包裝主要目的之一是吸引消費者，包括開發新消費者，小組另參考 FCTC 綱領針對素面包裝的意見，認為素樸包裝可使消費者更容易注意到菸盒的健康警語標示，增加警語的有效性，因此得出結論：強制加註健康警語及要求特定格式的菸盒包裝，兩者能對消費者產生消費的拉力及推力並相互抵銷。相反地，多明尼加提作證據的 5 份報告，均將「菸品牌、包裝」與「健康警語」混為一談，參考價值較有限。有鑒於此，上訴機構不認為小組的判斷違反 DSU 第 11 條客觀評估，駁回多明尼加的主張。AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 79-6.95&6.97.

²⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 375.

²⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 375-6.376.

²⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.376.

競爭力下降，影響到實際的貿易情形。²⁹ 多明尼加持相似論點，並表示本條的正確分析方式應是一旦措施導致產品喪失競爭力，即可推得措施符合 TBT 協定第 2.2 條所謂的「對貿易造成限制」的結論。³⁰

上訴機構維持小組的見解，³¹ 認為宏都拉斯跟多明尼加試圖以有別於先前爭端案的認定方式解釋條文，依據這兩國的看法，無論措施有沒有歧視進口產品，只要有降低產品競爭力的事實，就是對貿易造成限制，另提醒先前其他爭端案幾乎都有措施歧視進口產品的情況。³² 上訴機構另表示，產品競爭力只是評估措施對貿易造成限制的方法之一。

上訴機構亦無法認同宏都拉斯主張 TBT 協定第 2.2 條僅要求原告提出菸品包裝資料，不須要提貿易資料作證明，相反地，上訴機構認為措施若不具歧視性，小組應有權進一步探討措施對貿易的影響為何，並要求原告證明這點事項。³³ (註：換言之，宏都拉斯敗在只提供菸品包裝資料，沒有貿易資料，因此沒有成功證明措施對貿易的影響。)

3.2. 產品品牌力下降=產品差異性下降=對貿易造成限制？

小組同意宏都拉斯等主張素樸包裝會降低品牌差異性，但無法據以確定對菸品市場有何影響，因此仍舊須另外提

²⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 377.

³⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 378 & 6.387.

³¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 394.

³² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 387.

³³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 392&6.393.

出資料證明被控訴措施對市場競爭的影響效果。³⁴ 小組最後裁決原告並未證明被控訴措施對貿易造成限制效果。³⁵

在上訴階段，宏都拉斯及多明尼加表示小組(1)認為被控訴措施沒有歧視進口產品，因此推論產品的品牌識別度降低不足以證明措施造成貿易限制，及(2)小組要求原告提出具體貿易數據，證明有貿易限制情形，作法有誤。³⁶

經檢視小組報告，上訴機構裁決小組已充分檢視兩造所有論述及證據，並無如同宏都拉斯及多明尼加於上開(1)所述，亦即僅因措施無歧視性就妄加論斷原告沒證明措施對貿易造成限制的情事。小組也沒有要求原告提交額外證據。因此，宏都拉斯及多明尼加無法證明小組哪裡有缺失，上訴機構維持小組認定。³⁷

宏都拉斯及多明尼加又主張小組未採信原告的論述

³⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 395.

³⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 402.

此外，小組就原告所提 4 項主張分析及認定如下：

措施如何阻礙產品進入澳洲市場：小組裁決原告方未充分證明被控訴措施對產品進入澳洲市場產生不利影響。(AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 397.)

措施如何影響產品的貿易量及貿易金額：小組認為除看產品進口數據(供給面)，也須看消費市場的變化。澳洲的措施確實造成菸品消費量下降，這些菸品又幾乎都來自進口，因此可認定被控訴措施對貿易量有相當之影響。至於貿易金額，原告的論點為無法靠品牌行銷後，產品只好削價競爭，但小組發現菸品價格並未調降，不存在削價競爭的情形。(AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 398-6.399.)

遵法成本：小組裁決原告並未證明遵法成本如何對貿易造成限制效果。(AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 400.)

違規時的裁罰：小組裁決在本案中，裁罰並未對貿易造成限制效果。(AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 401.)

³⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 404.

³⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 406-6.409.

(即措施影響菸品價格，因此對貿易造成限制的說法)。³⁸上訴機構裁決上訴方無法證明在措施實施前後，菸品的平均價格跟進口量如何變動，只憑「措施將導致菸民消費價格較低的菸，高價菸無人購買，導致總體貿易金額下降」的假設情境，且與實際證據顯示菸品價格上漲不符，主張並不合理。上訴機構維持小組認定。³⁹

綜上所述，上訴機構維持小組的裁決。⁴⁰

4. 爭點：本案是否有對貿易造成較小限制的替代措施？

宏都拉斯跟多明尼加提出替代措施包括提高法定購菸年齡及調高菸稅。雖然澳洲已實施這兩項政策，但小組認為原告仍能舉例這些政策作為替代措施。

小組駁回原告主張，理由是原告無法證明(1)這些替代措施對貿易造成較小限制⁴¹；(2)能與被控訴措施達成相同程度的合法目的。宏都拉斯與多明尼加主張小組適用 TBT 協定第 2.2 條有誤。⁴²

針對第(1)點，上訴機構維持小組見解。上訴機構認定澳洲的菸品幾乎都來自進口，因此無論是被控訴措施或是替代措施，均會對貿易造成影響，也都影響菸品的競爭力。

³⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 420.

³⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 422-6.424.

⁴⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 459.

⁴¹ 小組認為提高法定購菸年齡也會影響菸品進口數量，原告國卻無法證明提高法定購菸年齡跟被控訴措施，對菸品進口數量之影響孰高。針對調高菸稅，小組認為若要與被控訴措施達到相同效果，調高菸稅也會造成同等程度的貿易障礙。AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 473-6.474.

⁴² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 460-6.464.

有鑒於此，無法看出替代措施會對貿易造成較小限制。⁴³

針對第(2)點，上訴機構認同宏都拉斯及多明尼加的主張，認為小組要求原告證明每個替代措施個別對合法目的的貢獻度，沒有考慮到替代措施與被控訴措施共同產生的效果(synergies)，是錯誤適用 TBT 協定第 2.2 條。⁴⁴

◇ 小組及上訴機構見解的差異

假設措施帶入 $f(x)$ ，會得出對合法目標有貢獻的效果

小組 $f(\text{替代措施 A})=??? \% \text{合法目標}$

$f(\text{替代措施 B})=??? \% \text{合法目標}$

上訴機構 $f(\text{替代措施 A})=??? \% \text{合法目標}$

$f(\text{替代措施 B})=??? \% \text{合法目標}$

$f(\text{替代措施 A}+\text{替代措施 B})=??? \% \text{合法目標}$

小組的論點為被控訴措施會「影響部分消費者行為」，再搭配菸盒上標示健康警語等措施，共同形成「減少菸品消費」的效果，而這個效果是對合法目標「具意義的貢獻(a meaningful contribution)」，⁴⁵倘若被控訴措施缺席，替代措施會減損澳洲針對此一多面向問題的特定考量，因此無法對合法目標造成「具意義的貢獻」。⁴⁶

上訴機構表示小組上述論點有誤。小組應該要考量被

⁴³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 474-6.479.

⁴⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.504.

⁴⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 493.

⁴⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 496.

控訴措施與其他措施並行的綜效，倘若缺少被控訴措施，其餘措施是否因此達不到對合法目標具意義的貢獻？此外上訴機構認為小組錯誤採用巴西輪胎案上訴機構的分析方法，因為兩案的事實情況不同。在巴西輪胎案中，巴西現行規定並未包括原告所提出的替代措施。⁴⁷

鑒於上述，上訴機構維持小組對 TBT 協定第 2.2 條大部分的解釋及認定結果，惟有關小組認為應就每項替代措施分別分析其對合法目的貢獻一節，上訴機構修正小組見解。⁴⁸即便如此，這點修正並未動搖小組對本案認定的最終結論，上訴機構維持小組裁決被控訴措施並未違反 TBT 協定第 2.2 條。⁴⁹

5. 小結

針對 TBT 協定第 2.2 條相關爭議，上訴機構維持小組所有裁決結果。⁵⁰

6. 上訴機構成員不同意見書

其中一位上訴機構成員提出兩點不同意見：

- (1) 不認同上訴機構鉅細靡遺地檢討小組報告，以確認是否違反 DSU 第 11 條客觀評估⁵¹：該成員認為只有在小組發生嚴重的事實判斷錯誤，才有可能被認定

⁴⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 501-6.502.

⁴⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 513-6.515.

⁴⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 516.

⁵⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 522.

⁵¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 524. 本上訴機構報告中針對被控訴措施對合法目的的貢獻程度一節，從第 38 頁到第 134 頁都在分析小組報告中的實質內容，以判斷小組是否違反 DSU 第 11 條。

為沒有客觀評估事實，否則案件到上訴機構，原則上應僅檢討小組適用法律是否有誤。⁵²

- (2) 不認同上訴機構認定小組在期中報告提出計量經濟分析，該分析是當事國從未討論過，違反程序正義⁵³：渠表示期中報告之後，當事國仍有時間表示意見，但本案原告在最終報告公布前均無異議，因此無法證明小組未確保原告的程序正義。⁵⁴

(二) TRIPS 協定第 16.1 條

1. TRIPS 協定第 16.1 條條文規定

「註冊商標權人應享有排他專屬權，以阻止他人未獲其同意，於交易過程中使用相同或近似之標識於同一或類似之商品或服務，而有致混淆之虞。凡使用相同標識於相同商品或服務者，推定有混淆之虞。上述權利不得侵害任何既存之權利，亦不得影響會員基於使用而賦予權利之可能性。」

2. 小組是否錯誤地解釋及適用 TRIPS 協定第 16.1 條？

2.1. 小組階段的答辯及審理情形

2.1.1. 原告主張

原告主張澳洲禁止菸商在商品上放置商標，侵蝕商品的顯著性，導致「限制商標權人行使 TRIPS 協定第 16.1 條

⁵² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 536.

⁵³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 524.

⁵⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 537-6.543.

下的權利。」⁵⁵既然商標權人無法運用商標來強調其識別度，當未經授權的第三人以同一或類似的標識時，會使商標權人更難以說明此情形導致混淆。⁵⁶

2.1.2. 小組審理結果

小組認為 TRIPS 協定第 16.1 條的文義本身僅提到會員應保障商標權人的商標排他權，該商標不會因他人未經授權地使用而導致有混淆之虞，除此之外並無規範會員應確保商標權人對商標的其他權利。⁵⁷本案原告僅主張被控訴措施導致商標有混淆之虞，相關事證並未構成 TRIPS 協定第 16.1 條的所有要件。⁵⁸小組表示原告無法證明針對第三人未經授權而使用商標，以及澳洲國內法沒有提供商標權人救濟管道，因此無法確認被控訴措施違反 TRIPS 協定第 16.1 條規定。⁵⁹

2.2. 上訴機構維持小組見解

宏都拉斯請求上訴機構推翻小組認定。⁶⁰宏都拉斯與小組見解最大不同點在於，小組認為被控訴措施必須同時成立「致有混淆之虞」與「因第三人未經授權地使用」要件，才會抵觸 TRIPS 協定第 16.1 條。反之，宏都拉斯認為只須證明措施會造成商標有混淆之虞，即違反協定規定。

上訴機構參考 TRIPS 協定的其他條文做整體分析，認

⁵⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 550.

⁵⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 553.

⁵⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 551.

⁵⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 557-6.559.

⁵⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 570.

⁶⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 571.

定：(1)第 1.1 條規定會員應該有效地保護智慧財產權，其中商標權保障規定在第 15 到 21 條。(2)第 15.1 條定義何謂商標，並規定若商標的標示本身不足以區別相關的商品或服務時，會員得基於使用該標示的顯著性(distinctiveness)准其註冊。接著，協定第 16.1 條規定會員應確保商標權人透過註冊商標取得的排他權，使第三人不能未經授權地使用。第 15 到 16 條的脈絡顯示討論商標「顯著性」的時點是在商標註冊時，而非使用時。⁶¹(3)第 2.1 條規定就商標相關規定，會員應遵守巴黎公約規定，無論是 TRIPS 協定或巴黎公約，均未規範會員必須積極地保護商標權人使用商標，以免減損商標顯著性。⁶²歸納上述考量，上訴機構認定小組的判斷無誤，維持小組見解。⁶³

最後宏都拉斯表示小組分析 TRIPS 第 16.1 條時未參考第 20 條等規定做整體性解釋。依據 TRIPS 協定第 20 條規定，商標於交易過程中使用，會員不得不合理妨礙，若會員妨礙商標之使用，亦可能影響商標權人依據第 16.1 條取得與商標相關的私法權利。宏都拉斯也提到小組認定澳洲沒有違反第 16.1 條，因此未進一步檢視被控訴措施是否適用第 17 條例外規定一節有誤。⁶⁴上訴機構基於上述對 TRIPS 第 16.1 條的分析結果，包括第 16.1 條只提到會員

⁶¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 578-6.585. 本案解釋參考 *EC-Trademarks and Geographical Indications (Australia)* 小組報告意見，第 16.1 條保障的是商標權人被動地鞏固商標不因第三人未經授权使用導致混淆之虞，而非積極使用來確保商標的顯著性。AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 582.

⁶² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 586.

⁶³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 588.

⁶⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 603-6.612.

保障商標註冊及商標權人的排他權等，裁決宏都拉斯的主張無理由。⁶⁵

(三) TRIPS 協定第 20 條有關「不合理之妨礙」的解釋

1. TRIPS 協定第 20 條規定

「於交易過程中，不得對商標之使用為特殊要求而造成不合理 (unjustifiably) 之妨礙，例如須與其他商標一起使用、須以特別的形式使用，或使用方式有害於識別商品或服務之能力。此規定並不禁止要求將用以表彰生產事業之商標與用於區別該事業指定使用於特定商品或服務之商標一起使用，但不得要求將此二者聯結使用。」

2. 小組階段的審理情形

為檢視被控訴措施有無違反 TRIPS 協定第 20 條規定，小組須確認(1)措施涉及特殊要求；(2)該特殊要求在交易過程中對使用商標一事造成妨礙；(3)是不合理的妨礙。針對小組對(1)跟(2)的分析，宏都拉斯及多明尼加無意見。⁶⁶

至於要件(3)，小組裁決所謂「不合理之妨礙」，指實施特殊措施時欠缺充分理由，對商標使用造成妨礙。要判斷造成妨礙的理由是否充分，須綜合考量(a)商標權人在交易過程中可使用商標的前提之下，某個特殊要求對商標使用造成妨礙，該妨礙的特性及程度；(b)制定該特殊要求的目的；(c)該目的是否足以正當化妨礙商標之使用。⁶⁷

⁶⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 613-6.614.

⁶⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 623.

⁶⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 624-6.628.

小組表示審理(a)到(c)必須考量對商標的不同權利及限制做個案判斷，本案被控訴措施禁止在菸品包裝放置商標圖示，但仍允許放置商標的文字部分(但是必須依照法律要求)，對商標使用造成一定程度的妨礙。這項規定是為降低菸害，保護公共健康，故理由充分。另小組認為原告還是能使用商標文字，不至於造成商品混淆，原告也沒有證明禁止商標圖示會導致消費者無法識別其商品。⁶⁸

原告另主張對商標使用造成較小妨礙的替代措施。小組表示若替代措施對合法目的的貢獻度等同於被控訴措施，得進一步分析替代措施是否對商標使用造成較小妨礙。然而，本案於討論 TBT 協定第 2.2 條時已確認原告無法證明替代措施對合法目的的貢獻度與被控訴措施相當，此節無須再分析。⁶⁹

綜上，被控訴措施並未對商標使用造成不合理之妨礙。小組認為原告未證明被控訴措施違反 TRIPS 協定第 20 條規定。⁷⁰

3. 上訴機構不認同小組部分論點

3.1. 小組是否錯誤解釋法條？

宏都拉斯主張小組在認定措施是否造成不合理的妨礙時，認定何謂「合理」的理由時過於寬鬆，也與商標的特性脫節。在正確的解釋之下，原則上會員不應該實施特殊措施來阻礙商標使用，只有在為了避免商標混淆等符合商

⁶⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 631-6.632.

⁶⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 633.

⁷⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 634.

標屬性的情況下，才能正當化會員的特殊措施。⁷¹此外，宏都拉斯主張確認特殊措施的目的與對商標使用的妨礙間的關聯性合不合理，應參考 GATT 1994 第 20 條(一般例外)及 TBT 協定第 2 條針對「必要性」的認定方式。⁷²

上訴機構裁決：

- (1) TRIPS 第 20 條有關「不合理的妨礙」，不能直接以 GATT 1994 第 20 條或 TBT 協定第 2 條針對措施「必要性」的認定方式審理；⁷³
- (2) 不認同宏都拉斯主張合理的妨礙必須與商標的特性有關。⁷⁴
- (3) 因 TRIPS 第 20 條出現「不合理」等語描述「對商標使用造成妨礙」，賦予會員決定何謂必要的空間。⁷⁵
- (4) 綜上，上訴機構認定小組的解釋沒有錯誤，維持小組見解。⁷⁶

3.2. 小組錯誤適用法條？

3.2.1. 錯誤認定「妨礙」的性質及程度？

宏都拉斯主張針對「(a)商標權人在交易過程中可使用商標的前提之下，某個特殊要求對商標使用造成妨礙，該妨礙的特性及程度」，小組過度強調該妨礙造成的經濟限

⁷¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 637.

⁷² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 652.

⁷³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 647.

⁷⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6. 6.649.

⁷⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6. 651 & 6.659.

⁷⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.660.

制效果，因此錯誤地認定權利人可在包裝上放置商標文字，對經濟效果造成限制。宏都拉斯認為應強調被控訴措施是否影響商標的顯著性，而不是是否對經濟造成限制。⁷⁷

上訴機構並未否定宏都拉斯上述主張，但表示小組曾經想確認被控訴措施是否會造成消費者無法透過商標辨識商品，原告卻沒有證明這點，因此小組才轉而檢視被控訴措施所造成的妨礙，是否對商標造成經濟上的限制。上訴機構裁定小組就此節並無錯誤適用法律。⁷⁸

3.2.2. 錯誤認定實施本案被控訴措施具充分的理由？

宏都拉斯表示小組適用法條時犯了下列錯誤：(1)審理過程中沒有進行權衡法則(*weighing and balancing test*⁷⁹)；(2)針對替代措施，小組一開始表示替代措施對合法目的的貢獻須至少與被控訴措施相同，但實際適用法條時則要求替代措施對合法目的帶來顯著的貢獻，與一開始的說法有出入；(3)錯誤地仰賴在 TBT 協定第 2.2 條的審理結果，亦即替代措施並未對澳洲合法目的帶來明顯的貢獻，故不進一步分析替代措施是否對商標使用造成較小的妨礙，針對此節，小組也沒有履行 DSU 第 11 條客觀評估義務。⁸⁰

對此，上訴機構認定如下：

⁷⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.664.

⁷⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.672 & 6.675.

⁷⁹ 權衡法則(*weighing and balancing test*)是 WTO 爭端解決機構建立起的一套解釋方法，用以分析協定中例外規定(如 GATT 1994 第 20 條)及 TBT 協定第 2 條的「必要性(*necessity*)」要件，透過考量所追求合法目標的重要性、措施之貿易限制程度、措施是否有助於達成合法目的，以及是否有其他替代措施等一連串權衡過程，以確定被控訴措施是否具備必要性。

⁸⁰ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.676, 6.682, 6.690 & 6.698.

- (1) 小組已進行簡要的權衡法則分析，包括確認被控訴措施能幫助澳洲達到其所追求的目的及檢視替代措施。小組正確地認定 TRIPS 協定第 20 條的「不合理」與 TBT 協定第 2.2 條「不必要」屬不同概念，前者不涉及權衡法則，也沒有強制要求必須分析替代措施對商標使用的妨礙比被控訴措施還小。⁸¹
- (2) 小組錯誤地認定可直接將 TBT 協定第 2.2 條認定結果移植到 TRIPS 協定第 20 條。兩個條文乍看相似，譬如檢視措施的必要性(TBT 協定第 2.2 條)或不合理性(TRIPS 協定第 20 條)，同一替代措施可能同時對貿易造成較小的障礙(TBT 協定第 2.2 條)及對商標的使用造成較小妨礙(TRIPS 協定第 20 條)，但兩者的規範目的及法律要件畢竟不同，故不應將針對 TBT 協定的認定結果整段挪用做 TRIPS 協定第 20 條的分析。⁸²
- (3) 然而，即便上訴機構不認同小組見解，但因 TRIPS 協定第 20 條並未要求採行權衡法則，小組在檢視被控訴措施對商標使用的妨礙是否對澳洲目的造成貢獻時，就已完成法條相關分析及認定，因此上訴機構就整體結論上仍維持小組見解。⁸³
- (4) 雖然小組錯誤地解釋可以 TBT 協定第 2.2 條認定事實結果取代 TRIPS 協定第 20 條的相關分析，也錯誤地解釋 TBT 協定第 2.2 條應個別確認每個替代措施

⁸¹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.681 & 6.684.

⁸² AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.686-6.687.

⁸³ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.689.

本摘要僅為相關討論之參考，若有疑義請見 WTO 爭端解決機構小組及上訴機構報告

對合法目的的貢獻，但分析 TRIPS 協定第 20 條時不用進行權衡法則，小組沒有仰賴與 TBT 協定第 2.2 條相關的認定結果，故小組針對 TRIPS 協定第 20 條的認定並無錯誤。⁸⁴

(5) 承上，小組已正確分析 TRIPS 協定第 20 條相關事證，宏都拉斯有關 DSU 第 11 條的主張不可採。⁸⁵

3.3. FCTC 公約對本案的參考價值

宏都拉斯爭執 FCTC 公約僅是一個沒有拘束性的公約，小組卻賦予其過高的參考價值。對此上訴機構認定小組將該公約作為相關參考事證，並未將其視為有拘束力的法條，故宏都拉斯的主張不可採。⁸⁶

3.4. 小組違反 DSU 第 7.1 條(授權審理範圍)跟第 11 條(客觀評估事實)?

多明尼加主張小組審理過程只提到「菸草(tobacco)」，卻沒針對「香菸(cigarettes)」做分析，違反 DSU 第 7.1 條及第 11 條。⁸⁷上訴機構以多明尼加在小組階段並未特別針對香菸提出主張或請求，另一方面小組曾表示審理的對象包括被控訴措施所有相關法規，也沒有特別區分各種菸品，故駁回多明尼加的請求。⁸⁸

總結上述，上訴機構維持小組對 TRIPS 協定第 20 條

⁸⁴ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.691-6.697.

⁸⁵ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.698.

⁸⁶ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.700-6.707.

⁸⁷ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.708.

⁸⁸ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, paras 6.710, 6.715-6.718.

的見解。⁸⁹

五、總結

上訴機構雖然修正小組部分分析方式，包括針對 TBT 協定第 2.2 條可評估替代措施累積適用對合法目的的貢獻度，以及 TBT 協定第 2.2 條下確認的相關事實不能直接挪用做 TRIPS 協定第 20 條的結論，但因這兩個修正論點不影響對本案的最終認定結果，上訴機構維持小組裁決結果，澳洲對菸品包裝的管制措施並未違反 TBT 協定及 TRIPS 協定規範。

⁸⁹ AB Report, *Australia- Tobacco Plain Packaging*, para 6.719.

附件 我駐 WTO 代表團摘要小組報告

澳洲菸品素樸包裝法案

(Australia - Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging)

(DS 435/441/458/467)小組報告摘要

一、本案事實

本案系爭措施為澳洲之 2011 年「菸品素樸包裝法」(TPP Act)、「菸品素樸包裝規則」(TPP Regulations)及「商標法 (菸品素樸包裝) 修法」(TMA Act)等相關措施，審議小組將上述措施統稱為 TPP 措施，該措施內容主要規範菸品之銷售、廣告及促銷等流程，包含應有強制用語及健康警告圖示(Graphic health Warnings)、廣告及促銷限制、課稅措施、銷售限制、銷售地點及管制非法交易等。

根據「菸品素樸包裝法」規定，該法目的之一為落實 2003 年「世界衛生組織菸草管制架構公約」(WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)，該公約第 11 條涉及菸品包裝及標示、第 13 條涉及菸品廣告、促銷及贊助。此外，FCTC 會員大會續於 2008 年採認第 11 條及第 13 條之準則(FCTC Guideline)，其中並涉及素樸包裝等規範。

二、程序事項

(一) 鑒於澳洲系爭措施原由烏克蘭、宏都拉斯、多明尼加、印尼及古巴等 5 個會員進行控告，後因烏克蘭(DS434)依據「爭端解決瞭解書」(DSU)第 12.12 條要求暫停審理程序，故本案最終僅有宏都拉斯、多明尼加、印尼及古巴等 4 會員完成小組程序(DS 435/441/458/467)。(1.51-1.53)*

(二) 法律分析順序: (7.1-7.9)

1. 本案件涉及「技術性貿易障礙協定」(TBT)及「1994 年關稅暨貿易總協定」(GATT 1994)法律爭點，小組援引 WTO 先前案例稱，TBT 協定屬特別法應優先於普通法進行解釋，故小組亦將延續此做法。
2. 澳洲主張本案許多法律爭點涉及「與貿易有關智慧財產權協定」(TRIPS)及「技術性貿易障礙協定」(TBT)，小組應優先適用 TRIPS 條文，並就不適用部分再檢視 TBT 條文之合法性。審議小組認為，TRIPS 及 TBT 二者間無明顯位階關係，亦無強制之法律解釋優先順序，故小組得自行決定法律分析順序。鑒於原告指控事證涉及違反 TRIPS 第 20 條及 TBT 第 2.2 條，惟分析第 20 條時會涉及與商標形式有關之法律分析，此等與 TBT 第 2.2 之法律解釋有關，故小組決定採用較務實之做法，即先處理 TBT 第 2.2 條，續討論 TRIPS 條文，最後則為 GATT 1994。

三、實體論點

* 此表示本段係出自審議小組報告(WT/ DS 435/441/458/467/R)之相關段落。

(一) TBT 第 2.2 條及第 2.5 條：

原告表示澳洲 TPP 措施「較諸達成合法目的所必須者嚴格」(more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective)，違反 TBT 第 2.2 條規定。澳洲抗辯認為，系爭措施乃依據 TBT 第 2.5 條採用國際標準，應推定不會造成國際貿易之不必要障礙。小組依序分析如下：

1. **與商標相關措施是否得適用 TBT 協定：**小組引用「*EC — Trademarks and Geographical Indications*」(DS290)報告表示，TBT 協定及 TRIPS 協定原則上可同時及累積適用，並於相關條文涵蓋範圍下檢視，且本案相關條文並無衝突情形，故小組認為應推定渠等為累積及調和適用。(7.88-7.106)
2. **TPP 措施是否符合 TBT 協定附件第 1.1 項就技術性法規之定義：**TBT 所稱之技術性法規具有 3 個要件，包含該文件適用於可特定產品、涉及特定產品特性及屬強制性規範等。小組認為 TPP 措施是針對菸品強制性規定，並就零售菸品包裝進行諸多要求，故屬 TBT 協定所稱之技術性法規措施。(7.129-7.182)
3. **系爭措施是否「較諸達成合法目的所必須者嚴格」：**
 - (1) **法律分析方法：**小組首先擬定法律分析順序稱，此處應依序討論 TPP 措施對於所追求之合法目的貢獻度、對貿易限制程度及不採行該措施風險等，並權衡各要素之輕重。此外，亦應考量相關措施是否得因 TBT 第 2.5 條推定合法。(7.184-7.191)
 - (2) **追求之合法目的：**小組表示，TPP 措施有兩項主要目的，即促進公共健康(public health)並落實「菸草管制公約」(Convention on Tobacco Control)，屬 TBT 第 2.2 條保護人

類健康之合法目的。

- (3) **與 TBT 第 2.5 條關連:**有關澳洲抗辯 TPP 措施符合 TBT 第 2.5 條規定，屬採用國際標準應推定不會造成國際貿易之不必要障礙一節，小組認為該當本條國際標準之要件包含：須為標準(standard)、須經國際組織採認、且係一份文件(document)(7.276-7.287)。小組續稱，「菸草管制架構公約」(FCTC)採認之第 11 條及第 13 條準則(FCTC Guideline)係一系列供應面及消費面之管制措施，該等要素似不足以於 FCTC 準則構成管制菸草之獨立標準，故非屬第 2.5 條所稱之文件(7.289-7.331)。其次，FCTC 準則雖列出產品特徵，但其本質為建議性質而非強制性，且就不同產品有不同之規範模式，會員得依國內特殊情形選用不同管制義務，爰未建置一致規範以利各國普遍及重復引用，故小組認為 FCTC 準則非屬 TBT 協定附件 1.2 所稱之標準，亦不適用第 2.5 條。(7.402-7.412)
- (4) **對於所追求之合法目的貢獻度:**TPP 措施係依據有信譽機構之嚴謹研究方法，目的在減少菸品包裝吸引力、強化健康警示對吸菸者影響及避免產生誤導效果等，小組認為該措施確有助於該合法目的。(7.1042-7.1043)
- (5) **對貿易限制程度:**TPP 措施對於菸品進入澳洲市場會有影響，且導致菸品消費量下降，雖對於進口或本國產品並未造成顯著之市場進入障礙，但確有限制貿易之效果。(7.1169-7.1255)
- (6) **不採行該措施風險:**小組認為 TPP 措施係為促進公共健康，倘未採行將使得菸品使用量無法下降，故不採行對於公共衛生將造成重大風險。(7.1297-7.1322)
- (7) **是否有其他合理可得之替代措施:**小組逐一評估原告所提

之 4 項替代措施，包含提高菸品最低購買年齡至 21 歲、提高菸品課稅額度、提高公眾宣導、以個案審查包裝機制取代通案限制等主張，及 4 項措施混合適用等主張；小組總結稱，原告並未能有效證明上述各項替代措施能以較不限制貿易方式，取代 TPP 措施達成相同政策目的。綜上所述，小組認為原告未證明 TPP 措施該當 TBT 第 2.2 條「較諸達成合法目的所必須者嚴格」要件。

(二) TRIPS 第 2.1 條及巴黎公約第 6quinquies 條 (Paris Convention Article 6quinquies)

1. 有關巴黎公約第 6quinquies 條保護之標的部分，小組爰引「*U.S. - Section 211 Appropriations Act*」(DS176)案表示，本條所保護之標的為商標之形式得於當地國接受並註冊。
2. 有關原告主張形式保護應有最低標準之權利保障，即以註冊形式使用該商標。小組認為，從巴黎公約第 6quinquies 條之條文文字無法獲得原告主張之法律基礎，且該條目的在規範商標註冊，故無法衍伸出最低標準之權利保障等概念，故原告並未充分舉證 TPP 違反 TRIPS 第 2.1 條及巴黎公約第 6quinquies 條規定。

(三) TRIPS 第 15.4 條

1. 第 15.4 條所稱商標，係指符合第 15.1 條識別性要件之標識，且第 15.4 條規範重點在於，倘一標識合乎商標註冊要件者，不得以其所指定使用之商品或服務之性質，構成不准商標註冊之事由(7.1821-7.1857)，爰倘商標本身不具備識別性或尚未因使用產生事別性者，則非屬第 15.4 條之涵蓋範圍。其次，第 15.4 條僅涉及商標註冊，而未涉及商標之使用方式，爰倘 TPP 措施涉及商標使用方式之相關議

題，亦與第 15.4 條無涉。(7.1859-7.1897)

2. 有關原告主張 TPP 限制相關商標之文字及標識致違反第 15.4 條事，小組認為 TPP 措施或許有限制菸品商標之使用，惟第 15.4 條係處理商標註冊及保護商標之規定，因澳洲另設有菸品商標之配套規定，故未違反本條規定。(7.1913)

(四) TRIPS 第 16.1 條

1. 小組認為，第 16.1 條除給予商標所有人排除未經授權使用之權利外，並未載明其他權利，亦未涉及使用商標之權利，故本條實係給予權利人得對抗侵權行為之規定(7.1970-7.1980)。此外，本條並未限制會員採行可能影響商標識別性之措施，亦未要求會員必須賦予商標使用之最低保障程度(7.2019-7.2031)。
2. 原告主張 TPP 措施違反第 16.1 條，因其限制菸品商標導致商標之識別性降低，提高商標間混淆之可能性，並衝擊商標所有人遏止未授權使用之權利(7.1915-7.1916)。小組分析後稱，TPP 措施固然導致所有包裝格式類似，惟此不必然導致混淆，故未違反第 16.1 條。(7.2041-7.2050)

(五) TRIPS 第 16.3 條及巴黎公約第 6bis 條(Article 6bis)

1. 小組認為第 16.3 條為一負面權利，即防止某些行為或情形，且會員僅負有義務拒絕或取消非法之商標註冊；其次，TRIPS 第 16.3 條及巴黎公約第 6bis 條均未要求會員應保護或維持商標使用時之形式，故即便若干措施可能導致著名商標外觀之認知降低，惟此非屬第 16.3 條所涵蓋之範圍。(7.2093-7.2099)
2. 原告主張 TPP 措施違反第 16.3 條，因其使權利人無法維

護其既有之著名商標，且使其他商標無法藉由使用取得知名商標。小組認為，前揭條文未包含課予會員允許或維持商標外觀之敘述，故不可僅以著名商標存有認知減損之可能性，即主張違反第 16.3 條。(7.2101-7.2123)

(六) TRIPS 第 20 條

1. 小組認為該當第 20 條措施之要件包含：屬特殊要求、於交易過程中對商標之使用造成妨礙及不合理等 3 個要件。有關不合理之判斷，應考量特殊要求產生妨礙之屬性、程度、採行特殊要求之理由或保護之利益、該等理由或利益是否足以充分支持特殊要求所造成之妨礙。(7.2154-7.2169 及 7.2430)
2. 原告指控 TPP 措施對菸品交易之商標造成不合理之妨礙違反第 20 條。小組認為，TPP 措施確屬菸品交易中對商標使用造成影響之特殊要求，惟立法限制商標一節並非無法予以合理化，爰仍須進一步檢視如下：
 - (1) TPP 措施影響會員藉由菸品商標獲取經濟利益。
 - (2) TPP 措施追求目標為公共健康。
 - (3) 小組參酌本案就 TBT 第 2.2 條之相關法律分析總結稱，原告並未充分證明 TPP 措施逾越合理程度，故澳洲並未違反第 20 條。(7.2590-7.2604)

(七) TRIPS 第 2.1 條及巴黎公約第 10bis 條 (Article 10bis)

1. 小組表示，巴黎公約第 10bis 條係規範市場中之行為人，且明確禁止 3 種不公平競爭行為樣態，並要求會員應提供有效保護以對抗違反誠信之行為。(7.2662-7.2680)
2. 原告主張，TPP 措施規定菸品採用相同形式，將使商標無法獲得充分保障且導致混淆及不公平競爭並誤導消費者。

小組認為，鑒於 TPP 係法規而非市場行為人，故非屬本條不公平競爭概念所涵蓋；其次，小組無法僅由業者均採用相同格式即認定有混淆情形，因消費者仍可依據 TPP 要求揭露之相關資訊選擇菸品(7.2693-7.2724)。小組總結稱，原告並未證明 TPP 措施違反本條。(7.2796)

(八) TRIPS 第 22.2(b)及 24.3 條

1. 有關第 22.2(b)條部分，本條規定「會員應提供地理標示之利害關係人法律途徑，以防止巴黎公約第 10bis 條(Article 10bis)規定之不公平競爭之任何使用行為」。小組援引本報告中相關段落就第 10bis 條之認定稱，TPP 法規措施並未造成地理標示於市場間之不公平競爭，且亦未造成大眾混淆(7.2857-7.2870)，故未違反本條規定(7.2872)。
2. 有關第 24.3 條部分，原告主張 TPP 措施「減損世界貿易組織協定生效前已於該國存在之地理標示之保護」。小組認為，原告並未具體指出，澳洲於 WTO 生效前即保障渠使用「Habanos」此地理標示之具體法規，及其保障之程度，故小組認為原告並未證明 TPP 措施違反本條文。(7.2959)

(九) 1994 年關稅暨貿易總協定(GATT 1994)第 9.4 條

1. 小組認為本條要件包含「輸入產品標示」之法令及「應避免對產品嚴重損害價值」等，且規範目的在避免標示法規對業者造成嚴重負擔，故本條文僅涉及標示法規，而非所有法規；其次，本條文僅涉及標示法規本身，而非如何使用標示。(7.3015-7.3028)
2. 小組分析發現，TPP 措施僅涉及標示方式，故非屬第 9.4 條範疇；小組另表示，即便 TPP 措施可適用第 9.4 條，其亦未對產品造成嚴重損害，故原告未證明澳洲違反本條。

(7.3030-7.3069)

四、評析

- (一) 本案已進入上訴程序，審議小組報告尚未經爭端解決機構(DSB)採認，故僅供參考。
- (二) 鑒於 WTO 會員對對菸草管制之比例逐漸增加，澳洲菸品素樸包裝法案一直受到高度關注，並有 30 餘個會員加入第三國，故本報告之相關法律見解頗值我國相關主管機關參酌。
- (三) 本案重要法律見解如下：
 1. TBT 協定及 TRIPS 協定並無強制之適用順序，且相關措施應除有衝突外，相關條文間應同時及累積適用，爰倘未來我國相關法規同時涉及兩項協定義務時，應注意該措施於不同協定下之合法性。
 2. 有關 TBT 第 2.2 條及 TRIPS 第 20 條均涉及會員採取措施追求合法目的之政策空間，小組對於涉及公共衛生或人體健康之政策賦予高度評價，且因澳洲業準備充分之研究報告支持 TPP 措施，故澳洲於小組階段大獲全勝。此外，於 TBT 第 2.2 條及 TRIPS 第 20 條下，原告負有表面證據(*prima facie*)之舉證責任，導致渠等因佐證資訊不足及 4 項合理替代措施未能取信審議小組，故被判敗訴。據本團觀察，小組報告就政策空間之法律分析方法，似可做為我國未來擬定相關政策之參考。
 3. 本案僅有宏都拉斯及多明尼加進入上訴程序，印尼及古巴之小組報告業獲 DSB 採認，爰倘上訴機構報告駁回小組報告見解，則前者與後者間將產生衝突，如何因應，似待

本摘要僅為相關討論之參考，若有疑義請見 WTO 爭端解決機構小組及上訴機構報告

觀察。