



〔譯稿〕

# 「與實務隔絕」這幽魂： 世界貿易組織規則與其他國際法 與原則之關係為何？\*

Sandrine Maljean-Dubois（著）\*\*

許耀明（譯）\*\*\*

## 目 錄

- |   |                                     |
|---|-------------------------------------|
| 壹、拒絕將生物安全議定書納入考量                              | 二、對於「其他有效國際法則」之考量（維也納條約法公約第三十一條第一項） |
| 一、對於「適用於當事國間有效之國際法規則」之考量（維也納條約法公約第三十一條第三項第C款） | 貳、拒絕考量外在的預方原則                       |
|   | 參、結論：兩種可能的解讀？                       |

\* 本文曾於2007年11月15日於中興大學「生物科技與法律」研討會發表，感謝主辦單位的熱情接待與許耀明教授的同步口譯。

\*\* 法國國家社會科學中心研究主任，法國保羅賽尚愛克斯馬賽第三大學歐體法與國際法中心副主任。

\*\*\* 中興大學科技法律研究所助理教授。

投稿日期：九十七年一月十二日；接受刊登日期：九十七年三月十四日

「與實務隔絕」(Isolation clinique)，此為出現在許多書籍與期刊中，引起相當多疑懼的用語，此一用語，就像徘徊於世界貿易組織走廊上之幽魂一般……。

此一用語，乃世界貿易組織上訴機構首先在一九九六年「汽油案」(Essence)中所創設。上訴機構基於世界貿易組織爭端解決諒解書第三條第二項，認為上訴機構不僅僅就系爭相關協定做審查，也需「澄清此類協定中既存條款與國際公法上習慣解釋規則是否相符」。上訴機構怎麼說呢？對其而言，「此一指示，在某種程度上是承認，上訴機構不能採取與國際公法實務相隔絕之方式來解讀世界貿易組織協定」。

此一拒絕與實務隔絕之態度，同樣地也適用於對外部規則之開放部分。上訴機構藉此拒絕將世界貿易組織法體系當成自我滿足或自我凍結之體系，縱使這樣的法體系真正存在。世界貿易組織法應當是存在於國際法之中（不可能在實務上與國際法相隔絕），而且此一法體系可以並應當藉由一般國際法之習慣規則來詮釋。

事實上，爭端解決諒解書第三條第二項，其規定並沒有直接指向一般國際法解釋規則。但是該規定容許以「掛鉤」之方式，或是「間接」之方式，將此類實體規則納入考量。我們稱掛鉤方式，乃因此些國際法一般解釋規則（尤其是維也納條約法公約第三十一條與第三十二條，世界貿易組織上訴機構認為屬於習慣規則），實屬國際法之實體規則。因此，世界貿易組織之爭端解決機制權限之行使，必須受到此等「實體規範之限制」<sup>1</sup>。

上訴機構此一推理思緒係慢慢形成的。事實上，從其歷年判決中，可以看出此等將世界貿易組織外部規則納入考量之革命性見解（相較於一九四七關稅貿易總協定完全隔絕於其他國際法實務之外），係一步一步地建立。甚者，今天上訴機構在審查爭端時，已經

---

<sup>1</sup> CDI, § 46.

確立世界貿易組織相關協定係屬「主要法源」，但並非唯一之法源<sup>2</sup>。

此一透過判例詮釋之方式，在相當程度上顯得大膽，因為在當初世界貿易組織之起草者心中，爭端解決諒解書並沒有賦予世界貿易組織之爭端解決者這樣大的權限，而係設下了重重的權利限制（特別是該諒解書第三條第二項、第三條第七項、第七條、第十一條與第十九條第二項）。在此些限制中，最重要的是爭端解決諒解書第十九條第二項，該條項規定，「……在其論述與其建議中，爭端解決小組與上訴機構不能『增加或減少』相關協定中所規範之權利與義務」<sup>3</sup>。然而，如要將外部法源，亦即其他國際法工具或國際法源納入考慮，其極限究竟到何處？前述汽油案並非此一爭論之終結，也無法提供明確的答案。相反地，在學說上，此一問題引起相當之爭辯。

前述爭論，恰為歐體生技產品案（*CE-Produits biotechnologiques*）的主要爭點之一。在具體進行此一爭點討論之前，由於本案相當錯綜複雜，因此先說明一些關於本案的基本事實背景，以便不瞭解此案的人可以容易進入狀況。

本案有三個原告國：美國、阿根廷與加拿大。

此三國家，皆為基因改造有機體之生產國。此案該三國會成為原告國，並非巧合：因為此三國家所生產之基因改造有機體，幾占全世界產量百分之百：美國69%，阿根廷23%，加拿大7%！這些生產國當然極力想要出口相關生技產品。此三原告國，主張歐洲共同體所採行之一系列措施以及其部分成員國之措施，影響了生技產品的國際貿易。此三國家，於二〇〇三年八月七日要求世界貿易組織成立爭端解決小組，該小組於二〇〇四年三月四號成立。原告國所控訴之被告國措施，主要分成三方面：

壹、歐洲共同體自一九九八年開始，針對生技產品進口申請案件

<sup>2</sup> E. Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2ème éd. Bruylant, 2004, p. 100.

<sup>3</sup> 亦參照第3條第2項、第3條第7項、第7條、第11條。

所採行的事實上普遍性暫止措施。

貳、歐洲共同體對於二十七種特定生技產品申請案件之不為審查。

參、歐體六個成員國（奧地利、德國、法國、希臘、義大利與盧森堡）對於已經在歐體層次核准進口之九種生技產品，仍然採取禁止進口之措施。

吾人需注意，有一點相當重要，在此些控訴中，作為此些措施之法律基礎的歐體立法（包括規則與指令<sup>4</sup>），並不是被控訴的對象；本案系爭之對象，係屬此等立法實施之結果，而非該等立法本身之立法目的（在特定條件下限制或禁止基因改造有機體之進口）是否正當。在歐體各國之限制進口措施方面，情況也是一樣，該等立法並非爭訟之對象，而是爭執相關措施。如同世界貿易組織爭端解決機制之前所處理關於動植物防疫檢疫協定之案件，本案之爭執焦點，不在於世界貿易組織成員國是否有權禁止其認為有危險之產品進口，各成員國當然有權禁止！然而本案爭執之焦點在於，「在何種情形下」，成員國有權禁止該等產品進口。也就是說，採取此等進止措施之限制與條件為何？世界貿易組織相關規定為何？

依據原告國之主張，前述措施違反了：

壹、動植物防疫檢疫協定部分條款：特別是第二條第二項、第五條第一項、第五條第七項與第八條，同時也違反系爭協定附錄B與附錄C相關條文。

關稅暨貿易總協定部分條款：禁止差別待遇、數量限制措施。

農業協定第四條第二項。

<sup>4</sup> Directive n° 90/220 du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement abrogée par la directive 2001/18 adoptée le 12 mars 2001. Règlement n258/97 du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments. 也可參照本案發生後之其他規範：Règlement du 22 septembre 2003, n° 1829/2003 concernant les denrées alimentaires et Règlement 1830/2003 visant l'étiquetage des OGM et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale à partir d'OGM.

技術性貿易障礙協定部分條文。

由於本案牽涉之議題與複雜性，本案之爭端解決小組審查程序長達三年。

爭端解決小組將討論重點，主要集中在動植物防疫檢疫協定上。由該協定之角度出發，審查歐體相關措施是否違反該協定。雖然從全案整體結論上看，爭端解決小組否定了歐體與其成員國相關措施之合法性，但其觀點，並非是「全然否定」日後此等措施之可能合法性。亦即，其認為「各成員國有權採取有差別的、符合比例性的措施」以保護人體健康或環境。吾人可以認為爭端解決小組承認了「差別對待之權」，承認了對於衛生與環境各國之自我決定權？爭端解決小組審查了歐體之暫止措施，但也認為此種激進的手段、暫止措施，亦可作為管理環境與衛生風險之措施。此等對於歐體措施之譴責，需從實質角度好好觀察。

在簡短回顧生技產品案之案情後（雖然很難在這樣短的時間，將一千七百多頁的爭端解決小組報告濃縮），我們回到本文主題。大家應該還記得一開始我們的問題是：如要將外部法源，亦即其他國際法工具或國際法源則納入世界貿易組織爭端解決考慮，其極限係到何處？而，為何生技產品案對於回答此一問題有相當重要性？此乃因為被告國在本案之答辯中，多次主張必須將外部法源納入考量，以維護其於世界貿易組織下之權益，亦即，必須要參考其他國際環境協定與國際衛生協定，來解釋世界貿易組織相關協定。然而，原告國當然拒絕此等抗辯，並要求爭端解決小組，僅能參考「系爭相關世界貿易組織下的協定」以及內部法源，以為本案之裁決。我們並不意外，最後歐體此一主張，沒有被爭端解決小組所採納。

此等生技產品的國際貿易問題，事實上有三個規範面：

壹、世界貿易組織相關協定。

貳、二〇〇〇年一月所通過之關於生技產品的卡塔赫那議定書（又稱生物安全議定書），該議定書目的即在於對於此等產品之國際貿易不同態度，立下停火協定。在此一議定書締結過程中，充分顯現

了大西洋兩岸對於此一議題之意見紛歧。美國與歐體，恰恰是生技產品案之對造，此並非偶然。

參、其他國際特別技術規範。

因此，生技產品之國際貿易問題，有不同法體系之適用問題。

然而，本案之法律議題，可能需從另一更廣泛的脈絡觀察，亦即，多邊環境協定與國際貿易協定之互動關係。此一議題之討論，從世界貿易組織下的貿易與環境委員會成立之始，即不斷被提出討論。此一議題，同時也是多哈回合談判中爭議頗多的課題。

吾人可以認為，此一生技產品案，美國與歐體間的生技戰爭，適可為澄清此一貿易與環境互動關係的最佳場合。可惜的是，歐體部分之法律論證，顯得有些薄弱；而爭端解決小組，也僅輕輕碰觸了此一問題，其建議並不清楚與一致；最後，本案之結論對於澄清此一議題，可說是毫無貢獻。更可惜的是，本案，歐體決定不上訴。

綜上，本案可提出之是否適用外部法源的法律疑義，可分為三：卡塔赫那議定書是否適用？預防原則是否適用？國際技術規範是否適用？而爭端解決小組，事實上並未運用任一外部法源，而僅僅在科學評估一項，討論了聯合國食品營養規則委員會之相關規範。

鑑於本案之複雜性，本文僅僅處理第一項問題，即生物安全議定書是否可以作為外部法源之問題(一)。由於爭端解決小組對於預防原則之說明，相較於一九九八年之荷爾蒙案，可說是了無新意，因此以下對於預防原則，僅簡單帶過(二)。對於技術性規範問題，本文不處理。

## 壹、拒絕將生物安全議定書納入考量

生物多樣性公約下的生物安全議定書，在本案歐體之抗辯中，占據相當重要之地位。歐體從二〇〇三年九月起，即為此一議定書之締約方。對歐體來說，此一議定書彰顯了國際社會對於基因改造有機體特別規則之承認，因為在此一議定書下，該等國際貿易，必須受到特別之檢視。在科學證據不確定時，締約國可以基於預防原則採取一定

措施。同樣地，此一議定書之通過，表示基改產品與非基改產品，非屬國際貿易組織相關協定所稱之同類產品。歐體認為，爭端解決小組，如同於美國小蝦案（*États-Unis – Crevettes*）中之作法，在本案除考量現行有效之國際貿易組織相關協定外，亦需考量現行有效的其他國際法規則。歐體認為，一九九二年生物多樣性公約與二〇〇〇年生物安全議定書，「在本案係屬相關」。而生物安全議定書中關於預防之相關條款，以及風險評估之相關條款，在本案中恰可作為解釋世界貿易組織協定相關條款之輔助。

然而，生物安全議定書雖拘束歐體，但本案之原告國，加拿大與阿根廷，僅簽署而未批准該議定書，而美國則未簽署。因此，本案原告國，皆非前述議定書之締約國。針對此一現象，歐體主張，美國已參與依生物安全議定書第十一條與第二十條所設立之交換機制，因此，歐體主張美國不能拒絕此一議定書所允許的相關措施。歐體進一步主張，基於維也納條約法公約第十八條，已簽署某一條約之國家，「必須避免採取與該公約之主旨與目的相牴觸之行爲」。

而對原告國而言，本案唯一有拘束力之相關法律，只有世界貿易組織協定。原告國認為，歐體所採取之措施，並不能以生物安全議定書作為正當化之事由，而亦不能以國際法一般原則作為正當化事由。縱使世界貿易組織爭端解決機制可以援引外部法源以為詮釋，在本案裡原告國亦認為生物安全議定書並非適當之外部法源（因為該議定書前言明確宣稱：「本議定書不能被詮釋為對於締約國所締結其他現行國際協定之修正」，然而該前言亦稱「本前言亦不欲將本議定書置於屈從於其他國際協定之下之地位」）。事實上，生物安全議定書僅能作為爭端解決小組解釋相關世界貿易組織協定之參考，但歐體亦沒有明確指出，在哪些條款需要借助生物安全議定書以為詮釋。

以下則為爭端解決小組之看法。爭端解決小組首先進行一般論述。爭端解決小組指出，依據爭端解決諒解書第三條第二項，對世界貿易組織相關協定之詮釋，必須「符合國際法上之習慣解釋規則」。上訴機構在許多場合業已指出，此等習慣規則，部分係指維也納條約

法公約第三十一條。簡言之，爭端解決小組認為維也納條約法公約第三十一條第三項第C款，於本案直接相關，因為該款「直接討論條約解釋時，其他國際法規則之關聯性問題」。

### 一、對於「適用於當事國間有效之國際法規則」之考量 (維也納條約法公約第三十一條第三項第C款)

爭端解決小組之論述，分為三步驟：首先，依維也納條約法公約第三十一條第三項第C款規定，該小組必須考慮「當事國間相關可適用之國際法規則」；其次，生物安全議定書並非本條款所稱之相關國際法規則；第三，因此該小組不需要考慮生物安全議定書之規定。

爭端解決小組對此論證做出許多解釋。首先，維也納條約法公約第三十一條第三項第C款所規定的「國際法規則」，係指所有得作為國際法法源者（國際條約、國際習慣法與一般國際法原理原則）。毫無疑問地，前述生物多樣性公約與生物安全議定書，當為此處所稱之國際法規則。然而，並非所有的國際法規則，均為維也納條約法公約第三十一條第三項第C款所稱「當事國間相關可適用」之國際法規則。此處所稱「當事國間」，究竟為何所指？

爭端解決小組認為，所謂「當事國間」，可能係指具體爭端中之當事國，在本案則為歐體、美國、加拿大與阿根廷；也有可能指系爭條款之當事國，亦即世界貿易組織協定的所有當事國，在本案中，如採此種解釋，則必須所有世界貿易組織成員國，均為生物安全議定書之締約國，該議定書方得作為輔助解釋之工具。後者，為本案爭端解決小組所採取之立場，基於對於維也納條約法公約第三十一條之詮釋<sup>5</sup>。

此種詮釋，是否跟之前上訴機構之裁判相牴觸？很難說，因為上訴機構之立場，也從來沒有很清楚過。個人認為，首先，不管採取何

<sup>5</sup> 相同意見，請參見 J. Pauwelyn, «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *AJIL*, 2001, p. 577；此等解釋必須基於所有世界貿易組織成員國之共同意願，而非僅僅是爭端當事國之意願。



種詮釋方式，對於本案並沒有影響，因為本案僅有歐體為生物安全議定書之締約國，不管採取第一種詮釋方式，或第二種詮釋方式，該議定書皆無適用之餘地。然而，如果此種詮釋方式繼續被維持，將來可能會產生一些問題，詳見下述。其次，爭端解決小組在本案中所採取之論證，亦不清楚，因為其在提出前述看法後，接著說「我們不應該，也不會，對下述問題表示立場：『當有效的國際法規則係適用於具體爭端當事國間，但並非適用於所有世界貿易組織成員國時，而具體爭端當事國皆認為此時必須適用其他國際法規則以詮釋世界貿易組織相關協定，我們是否會考慮其他國際法規則』」但是事實上，這段話，就是在表示立場！最後，理論上言之，維也納條約法公約第三十一條第三項第C款並不允許將不適用於具體爭端當事國之國際法規則納入考量。爭端解決小組這樣告訴我們：「我們不能瞭解，為何一個主權國家將接受一個強制性的條約解釋規則，在此規則中，該主權國家必須接受，可以用其並非締約國之條約，來解釋其為締約國之條約」，例如在本案美國並非生物安全議定書之締約國。如果我們這樣承認，將會嚴重違反法律安定性，將會顧此失彼。我們難道可以認為歐體在締結生物安全議定書時，可以全然不顧世界貿易組織相關協定？爭端解決小組告訴我們，這種推理當然不合理。然而，此一看法，與小蝦案之看法完全不同，而歐體正是基於小蝦案提出其論證。在小蝦案中，上訴機構考量了諸多不同的國際條約，以詮釋關稅暨貿易總協定第二十條，其中包括生物多樣性公約，而該公約美國亦非締約國（第7.71段，註釋246）。

爭端解決小組當然可以堅持其立場，因為生物安全議定書也好，生物多樣性公約也好，皆不符合前述要件。但是，基於訴訟經濟之考量，爭端解決小組認為，考量相關國際法規則，是「其必須考量的」一種義務，而非一種權利，縱使其為一種方法上而非結果上的義務（「並沒有規定特定之結果」）。但是，「條約必須遵守『善意』解釋之方法」。特別是，「當運用所有維也納條約法公約第三十一條之解釋方法，有各種解釋可能時，對該條第三項第C款之善意解釋，將

驅使我們採取一種和其他國際法規則較能調和之解釋」。此恰為爭端解決小組自己（在註釋裡）所強調：「在解釋之過程中，我們不能不顧慮到其他可適用之國際法規則扮演了不變的或絕對性的定奪功能」。當有多種解釋可能時，該條款也可當作決定性之角色。

然而，個人認為，這種踢皮球的論證，一點也不清楚。除非我們將其他國際法規則解釋成一般性的定奪功能，而非不變的或絕對性的。然而，在何時以及為何此等國際法規則不會發揮定奪性功能？這一樣是個謎！

此一義務的性質，對爭端解決小組來說，恰好符合了其對於當事國一詞之解釋。其認為，此等對當事國一詞之詮釋，「保證或強化了此等國家間可適用之國際法規則之相容性，也避免了此等有效規則間之衝突」。此處我們可以清楚看出，爭端解決小組，強調的是內部，而非外部之協調性。

事實上，此等對於維也納條約法公約第三十一條第三項第C款之解釋，「可能在實際上造成永遠不可能找到某一多邊協定可作為其他國際條約解釋參考之情形。爭端解決小組此一聲稱保障世界貿易組織相關協定之協調性的作法，事實上犧牲了整體國際法體系之協調性」（如同二〇〇六年Martti Koskenniemi在國際法院對於國際法之割裂情形所做之報告所言）。此一詮釋方式，事實上更造成在世界貿易組織相關協定之詮釋中，不可能考量其他多邊環境協定。最後，隨著世界貿易組織之成員國越來越多，納入其他條約之考慮將越來越不可能，而造成「與實務相隔絕」此種情形機械式地增長。

此種詮釋，將不允許「所有國際義務的非整全性規則，或是國際義務之規範內容需倚賴其他國際法規範所決定」之情形，也不會允許所謂系統性解釋（Jean Combacau）的全面適用。

本案之結論：不論是生物多樣性公約，或是生物安全議定書，都不能作為詮釋國際貿易組織相關協定之輔助。不能運用生物多樣性公約，因為美國不是締約國，不能運用生物安全議定書，因為三個原告國都不是締約國。

對於維也納條約法公約第三十一條第三項第C款之結論：學說主要關心此點；上訴機構沒有清楚表示過見解；有兩種可能的詮釋。相互支撐或是協調性之絕對性要求，不能作為定奪性角色？由於本案爭端解決小組採取限縮之看法，也不採取與國際法較成系統之角度，此相當有爭議。我們可以說，對於本案，沒有結論。在本案之外，也是沒有結論。本案爭端解決小組之看法，並不拘束日後其他爭端解決小組，也沒有強制拘束力，僅僅對於「本案系爭當事國有拘束力」<sup>6</sup>。

## 二、對於「其他有效國際法規則」之考量（維也納條約法公約第三十一條第一項）

在拒絕維也納條約法公約第三十一條第三項第C款之適用後，爭端解決小組開始尋找在此條款之外，是否有「其他國際法規則可作為解釋系爭國際貿易組織相關協定之輔助，縱使此等規則並非適用於所有國際貿易組織成員國間，而且也非屬第三十一條第三項第C款之範疇」（第7.90段）。

藉此，爭端解決小組採取了上訴機構在小蝦案中之方式，以回應歐體之主張。歐體主張，上訴機構曾以非拘束所有當事國之國際條約以為解釋世界貿易組織協定之輔助，包括了生物多樣性公約。而美國曾援引此一生物多樣性公約，其並非該公約締約國。

對爭端解決小組而言，上訴機構此一作法，係屬適用維也納條約法公約第三十一條第一項。亦即，解釋條約，必須依條約文字之通常意義，以上下文、條約宗旨與目的解釋之。此一「通常意義」，可藉助字典之幫助獲得。但是「其他有效的國際法規則（在不適用於世界貿易組織成員國間之意義下）在某些情形，可以用來幫助即將締結之條約之詮釋，或用於確認條約特定文本中所使用之用語之通常意義」。爭端解決小組復論及，上訴機構曾確認「在界定相關協定或法律文件之用語定義時，字典可給予重要的指示，但並非決定性之意

<sup>6</sup> Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, p. 19.

見<sup>7</sup>。」對上訴機構而言，在小蝦案中，並非適用維也納條約法公約第三十一條第三項第C款，「誠然，如同我們所理解的，上訴機構係訴諸其他國際法規則，因為上訴機構認為這些規則可以澄清並幫助建立『可耗盡之自然資源』之意義與範圍」。

此一方法論上之選擇，容許對於法律工具與規則選擇之彈性化，也可適用宣言或爭端當事國間尚未生效之條約。此一彈性化是必要的，因為所謂外在法源「被納入考量之原因，並非因為其為法律規則，而是因為其可幫助建立法律用語之在字典以外的通常意義」<sup>8</sup>。事實上，為了發現「可耗盡之自然資源」之「真正」意義，上訴機構訴諸一九九二年里約宣言與二十一世紀議程（此為國際法上之軟法），訴諸生物多樣性公約與聯合國海洋法公約。我們可以注意到，上訴機構訴諸這些國際文件，並非主張其合意價值（因為不僅訴諸條約，也訴諸尚未生效之條約），或是其習慣法地位，而是主張其反映了某一共同且為大多數所接受之概念。於此，此等規則並不需是「適用於所有爭端當事國」者，而縱使所有爭端當事國皆為該規則之締約國，也不會增加其參考價值。關鍵性因素僅為，該規則是否具有「澄清」價值。而此一價值，對於爭端解決小組而言，並非植基在當事國之參與。

但此種論證方式，並非義務。對於爭端解決小組而言，將國際法納入考量，在適用維也納條約法公約第三十一條第三項第C款時，係

<sup>7</sup> Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Loi sur la compensation (*Amendement Byrd*), paragraphe 248. 亦參見États-Unis — Bois de construction résineux IV, paragraphes 58-59, WT/DS257/AB/R, 《對於條約中某一用語之適當詮釋，係屬其通常使用之意義。（……）我們認為，（……）字典中的意義對於用語通常意義之建立，有其限制。尤其在詮釋世界貿易組織相關不同文本之用語時，對於其範圍之認定時，更是如此。》。也可再參見États-Unis — Jeux, § 164 et la note de bas de page 191, WT/DS285/AB/R.

<sup>8</sup> 對於條約之詮釋，必須注意其精神在現下之體現。其他國際法規則中之用語，可能是協商之結果，因此可能有與通常意義不同之情形。我們必須注意到，此一詮釋可能性係適用維也納條約法公約第31條第4項「條約用語可能具有特殊意義，如果締約國有意如此」。

屬一種義務。然而在適用同公約第三十一條第一項時，僅為一種權利。僅僅在爭端解決小組認為某一國際法規則具有澄清價值時，其方會主張適用該規則。如果爭端解決小組認為該規則沒有澄清作用，則並不需要適用該規則。爭端解決小組有完全之判斷餘地。

爭端解決小組也認為，此一論證方式，全然是輔助性質的。爭端解決小組甚至認為，當其確認「爭端解決小組並不一定要訴諸其他國際法規則時，尤其時當其認為世界貿易組織協定之用語可以參考其他要素得出其通常意義時」，此等參考其他國際法規則之論證方式，僅僅是輔助的（我們認為，此是否意味參考內部因素具有優先價值？）。

其次，此種詮釋方式，是否較能彰顯上訴機構於小蝦案中所偏好多邊解決方式？在兩個小蝦案中，上訴機構清楚地彰顯了其偏好多邊主義方式解決跨國界或全球之環境問題的偏好<sup>9</sup>。在經過長久之協商過程，在一百三十個國家間達成共識，而今有一百四十三個締約國，生物安全議定書當屬此一多邊協商模式。而爭端解決小組所持之詮釋，認為此一考量其他國際法規則並非義務，而為權利，是否將與此等在多哈回合談判中又再度提出之「相互支持」<sup>10</sup>目的相牴觸？最後，假設爭端解決小組瞭解上訴機構在小蝦案中之見解，本案中爭端

<sup>9</sup> 參見小蝦案I第168段與小蝦案II第124段。

<sup>10</sup> 《我們堅信，維持與保存一個開放的、不歧視的多邊貿易體系，與環境保護和永續發展之提倡間，可以，也必須相互支持。》（第六段）。亦參見第31段。在多哈回合之談判中，也提到「既有世界貿易組織規則與多邊環境協定中所提到的貿易措施間之關係。協商之範圍，應該僅包括在此些多邊環境協定之締約國間如何去適用世界貿易組織規則。協商之結果，應該不能妨礙到並非此類多邊環境協定締約國之世界貿易組織成員國之權益。」此些目標，目前尚未達成。參見歐體之提議：la proposition des CE ont du 29 juin 2006 de projet de décision de la Conférence ministérielle sur le commerce et l'environnement, posant certains principes pour régir les relations AEM-droit de l'OMC (soutien mutuel, absence de subordination, déférence et transparence), OMC, TN/TE/W/68, 30 juin 2006, Comité du commerce et de l'environnement. 參見澳洲與阿根廷之不同提議（TN/TE/W/72/Rev.1, 07 mai 2007）。

解決小組之立場似乎顯得比較膽怯，如何解釋此等落差？

上訴機構參照瑪拉喀什協定前言，在此點上已經走的夠遠，而主張必須對可耗盡之自然資源，採取演化性詮釋觀點。上訴機構基於許多外部之法源，審查該案中爭端解決小組所認為「可耗盡之自然資源僅包括可用盡之資源，例如礦藏，但不包括生物資源或可更新之資源」之觀點。對上訴機構而言，可耗盡之自然資源應當包括生物資源。因此，其採取了演化性之詮釋，一種「時際性」之詮釋（國際法規則之一），而造成本案最終有不同之結果。「我們亦應注意，世界貿易組織協定之締約者已經承認，對於全球資源之最適化利用，必須符合永續發展之目標。由於在世界貿易組織協定之前言中已展現締約者此一意志，吾人應當以此意志進行本案相關協定以及一九九四關稅暨貿易總協定。依前述，我們已經證明如何以此前言闡述一九九四關稅暨貿易總協定第二十條第G款。」（美國小蝦案，第153段，WT/DS58/AB/R）

然而，為何在生技產品案中，爭端解決小組會如此膽怯？為何其如此簡單地拒絕了歐體之主張，而認為歐體並沒有說明所援引之生物安全議定書在何處與系爭之世界貿易組織相關協定相關？而為何其又輕率地認為，並不需要，也不適合去參照該議定書？（第7.95段）

如果吾人迅速地瀏覽一下爭端解決小組之報告，我們將可發現此一報告，並不認為各國國內措施勝過於多邊的措施，甚至認為比多邊措施差。然而，此也許僅為由於本案之論爭與答辯過程所造成之幻象。難道我們不能認為，在生物安全議定書之詮釋之外，該議定書可以被當成是採取特定措施之事實基礎？如此，此一議定書之納入將可見容於許多協定中所規定之例外（例如，當成是關稅暨貿易總協定第二十條必要性檢驗之緩和要件）。

我們最後也可以質疑是否歐體真的沒有好好提出論證？歐體事實上，真的沒有好好就生物安全議定書提出有用的論證。嚴格來說，歐體並沒有就規範衝突問題提出證據，僅提出了令爭端解決小組不置可否的邏輯衝突問題。因此，生物安全議定書之適用問題，變成純然理

論性的議題。此一論證方式，在法律原則上重要，但在本案中變得無足輕重。如果將該議定書納入考量，本案結果是否會不同？很難說，因為本文中，僅針對歐體立法之實行措施提出爭議，而沒有對歐體立法之用語或是目的提出爭辯<sup>11</sup>。如果歐體之措施，在援引該議定書之後，依舊是無法被證成？或是不符合該議定書之宗旨？爭端解決小組之上訴機構，難道不是認為該議定書之相關機制，與世界貿易組織之動植物防疫檢疫協定相類似？甚至在本文中爭端解決小組也是這樣認為？而，甚至生物安全議定書實際上也影響了動植物防疫檢疫協定之詮釋（例如允許普遍性之預防措施，以及特別地允准暫止措施）<sup>12</sup>？

## 貳、拒絕考量外在的預防原則

在本文中，歐體也主張預防原則，認為其為「國際法上之一般原則」。雖然爭端解決機制之上訴機構已在荷爾蒙案中認為，當時要判斷預防原則（之習慣法地位）顯得「輕浮而可能不夠謹慎」，因此「無法在本案上訴中決定對於此一重要但抽象之問題選定立場」，但在生技產品案中，歐體提出許多自荷爾蒙案之後的新佐證資料（包括許多國內法上之承認、生物安全議定書之承認等等）。需注意的是，「本案爭端解決小組本身亦無法明確定出預防原則之國際法地位，而預防原則，在國際環境法之外，也未形成一權威主體」。個人認為，前述論述依舊是相當模糊的，甚至是對於國際法之誤解。如果預防原則存在於國際環境法上，則其應為一般國際法之一部：國際法上可以有區域性習慣、區域性協定，然而應該沒有所謂部門性的習慣法，難道不是這樣嗎？

爭端解決小組也承認，如果考慮的對象是國際習慣規則，則此將可以透過維也納條約法公約第三十一條第三項第C款被納入考量。但是對爭端解決小組而言，從一九九八年迄今，關於預防原則之國際法

<sup>11</sup> Habib, p. 655.

<sup>12</sup> Rapport CDI p. 17.

地位，一直處於爭論狀態。尤其是，「迄今尚未有任何法院或國際裁判機構之對預防原則是否具有國際習慣法地位，做出權威性決定」，（第7.88段）於此，爭端解決小組在註釋中，引用了國際海洋法庭藍鰭金槍魚案中Treves法官與Laing法官之個人意見書。我們可以說，目前預防原則有如「燙手山芋」，在不同的國際裁判機構間被丟來丟去，而以其他機構尚未做出決定性裁判為由，認為此時自己不適合做出裁決：在荷爾蒙案中，世界貿易組織上訴機構沒有做出認定；國際海洋法庭也沒有做出認定，認為「邇來處裡此一問題之其他法院或裁判機構，也避免做出認定」；本文所討論之生技產品案之爭端解決小組，也加入了此一相互推卸之行列……此一作法，有點複雜（並非唯一原因），但卻顯得有趣：我們甚至無法知道，預防原則是否可能使得國際法上之裁判者勇敢一點？

然而最後，此一問題難道不是理論性問題？如果預防原則不是所謂外部法源，是否可能以內部法源去看待：此一想法，恰恰解釋了為何世界貿易組織之裁判者為何很少投注心力在討論此一問題，以及其為何含糊其詞。事實上，預防原則已經可以在動植物防疫檢疫協定中找到其立足點，縱使某一檢疫措施並不能違反此一協定。事實上，相當確定地，所謂自我決定之法，或是「世界貿易組織各成員國在決定採取適當之衛生或環境保護措施之定義上，所享有之自決權，已經使得訴諸外部法源之預防原則，顯得沒有用處」<sup>13</sup>。「世界貿易組織成員國可以採取預防措施之權，並不需要建立在國際法已經全面承認預防原則之上」<sup>14</sup>。」

### 參、結論：兩種可能的解讀？

第一種可能解讀：此一生技產品案爭端解決小組報告，與先前指

<sup>13</sup> H. Ruiz-Fabri, «Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des 'OGM'», Recueil Dalloz, 2007, n°22, p. 20.

<sup>14</sup> *Id.* p. 22.



向許多正面訊息以參照外部法源之小蝦案之報告有所不同。本案之爭端解決小組報告，反倒是採取負面之態度。

**第二種可能解讀：**事實上，本案與先前之案例之間沒有斷裂式之差異。生技產品案僅僅更清楚地闡釋了小蝦案。如果生技產品案沒有傳遞正面之訊息，是因為本案之事實不同。

「規範衝突為內在於國際法之問題」Martti Koskenniemi這樣告訴我們<sup>15</sup>。本案關於生技產品之衝突，正是規範衝突之例證。此類國際法內之規範衝突問題，將會愈來愈多。說實在地，在生物安全議定書與世界貿易組織協定間或在預防原則與世界貿易組織協定間之真正規範衝突可能發展上，結果可能會相當複雜，甚至糾結。我們如何能在國際法之既有工具箱中找出解決此類層出不窮之衝突的工具？目前既有的舊工具，用起來不好用，因為其並非專門為此情形設計，然而我們將逐漸改善這些工具（例如透過維也納條約法公約第三十一條第三項第C款）。而這些未來可用的工具，並不一定要專門針對規範性條約，例如生物安全議定書而設，也可以是「整合性」或「獨立性」之工具。然而，到底要如何做，目前仍無法清楚定義。各種可能的工具都是可以想像的！

最後，我引用法蘭西學院院士Mireille Delmas-Marty女士的話以為總結：「法對多元化一向有恐懼。法之傳統職志，為完成統一且層級化之秩序。而法在法學家心中之圖像，則為永恆之規範金字塔，而非可能出現之漫天烏雲。然而，此種抗拒……恰為現在所必須改正，而法須接受當下之多元誠命<sup>16</sup>。」

<sup>15</sup> Martti Koskenniemi, «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, § 486.

<sup>16</sup> Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.