

競爭政策之違法審查？以柯達富士案論 WTO 爭端解決機制*

林廷機**

目 次

- 壹、緒 論
- 貳、WTO 爭端解決機制之運用
 - 一、GATT 之爭端解決條款—實用主義協商原則
 - 二、東京回合瞭解書
 - 三、烏拉圭回合談判之爭端解決
 - (一) 1989 年改進
 - (二) 世貿組織瞭解書
 - (三) 小結
- 參、柯達案在 WTO 爭端解決機制之重要層面
 - 一、系列 (Keiretsu) 與文化性競爭市場關係
 - 二、經營與操縱策略之行銷體系
- 肆、GATT 非違反條款之創造性模糊
 - 一、合理期待之利益要件
 - 二、政府措施定義之理論根據
- 伍、行銷通路利益之取銷或損害：兼論因果關係
- 陸、全球競爭政策規範之調和理論：代結論

壹、緒 論

隨著近一、二十年來國際貿易之急遽發展，貿易大國諸如美國者，已逐步思考積極引用公平交易法藉以去除貿易障礙，消弭卡特爾 (cartels)，開拓對手國之貿

* 本文初稿發表於 1999 年 12 月 30 日輔仁大學慶祝創校七〇週年「國際貿易法暨智慧財產權法學術研究會」，並於會中承柯澤東與羅昌發教授提出多項提問與評論，特此致謝。

** 逢甲大學國際貿易學系副教授兼系主任。

易市場（註一）。各國在思考自身經濟問題之時，無不同時結合行銷通路與法律之問題同步進行全面分析，以謀求最佳商業利益。然而隨著貿易逆差的加速擴大，如歐盟、美國等經濟大國同時也將此種現象歸因於對手國從事不公平之貿易行為。在認知裡，他們認為日本或台灣等亞洲政府在一定的程度上，放任私人企業從事各種不公平貿易的活動，對其經濟造成難以估計的損害，此種認知也同時損傷了他們經濟顏面的自尊（註二）。

在 1995 年世貿組織（WTO）成立之前，美國經常以經濟制裁作為威脅對手國進行貿易談判的手段，以遂其國際貿易與商務之衡平目標。蓋因在烏拉圭回合談判時代以前，當國際貿易出現爭端議題之時，當事國提諸爭端解決程序，關稅暨貿易總協定（GATT）對於系爭問題作出的裁判，常產生訴訟結果對其有利之當事國無法執行的困境（註三）。WTO 成立之重要成就之一便是將過去 GATT 外交化色彩為主之爭端解決機制，質變為司法色彩，使判決能夠對對手國有既判力的效果（註四）。而其中重要的法律問題也隨即出現：WTO 之會員國可否藉由爭端解決之機制審查對手國市場結構問題，甚或公平交易之係屬？如果答案是肯定的，是否也意味著國際公平交易法之建立可以藉由國際經貿組織之功能結構作為法理基礎。

1995 年 5 月 18 日柯達公司（Eastman Kodak Co.）根據美國 1974 貿易法之三〇一條款控訴日本富士公司（Fuji Colors Co.）從事違反公平交易之活動（anticompetitive practices），使得柯達公司進入日本市場之機會受挫（註五）。事值 WTO 成立之初，在兩國政府談判失敗後，1996 年 6 月 13 日美國根據爭端解決規則與程序瞭解書（Understanding on Rules and Procedures Governing The Settlement of Disputes）第 4.4 條以及 GATT 第二十三條第一項要求日本政府進行諮商。柯達公司主張日本政府不合理的放任富士公司在軟片及沖印市場有系統的建

（註 一） See LAW AND TRADE ISSUES OF THE JAPANESE ECONOMY: AMERICAN AND JAPANESE PERSPECTIVES (Gary R. Saxonhouse & Kozo Yamamura eds., 1986).

（註 二） UNITED STATES DEPT. OF COMMERCE, STATISTICAL ABSTRACT OF THE UNITED STATES 1995:18-29, tbls. 1340, 1341 (1995).

（註 三） See generally Petros C. Mavroidis & Sally J. Van Siclen, *The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues*, 31 J. W. T., No.5, 5 (1997).

（註 四） See generally Kofi Oteng Kufuor, *From the GATT to the WTO- The Developing Countries and the Reform of the Procedures for the Settlement of International Trade Disputes*, 31 J. W. T., No.5, 117 (1997).

（註 五） Privatizing Protection: Japanese Market Barriers in Consumer Photographic Film and Consumer Photographic Paper, prepared by Mr. Dewey Ballantine for Eastman Kodak Co., May 1995, at 75-148.控訴日本政府集合富士公司以制定法律之方式，取銷美國軟片相紙業者進入日本市場之機會，構成 301 條款之違反。

立貿易障礙（註六）。在某種程度而言，柯達案件是一個法律上的里程碑，WTO 是否有權審查主權國家對於公平交易相關法律之規範嚴謹或寬鬆，甚或評斷其執行成效，學說之見解不一而定。無可置疑的是貿易政策與競爭政策原理原則之調和已經成為下一世紀新回合談判之重要議題，本文逐步討論 WTO 國際貿易爭端解決機制之特性、功能與意涵，藉以檢視建立國際貿易競爭規範之可能性。換句話說，本文著墨的重點在於研究既存的 WTO 爭端解決程序，在運作上可否適當的提供貿易與競爭一個衡平的交點。

貳、WTO 爭端解決機制之運用

當 1987 年關稅暨貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade，簡稱 GATT）的締約國展開烏拉圭回合談判時，他們都懷著一個鮮為一致的共識，那就是在會議談判過程中致力完成 GATT 條文中的爭端解決（dispute settlement）進行的規則及程序。儘管當時的締約國，對經多國貿易上的爭端解決內容與架構，有著嚴重基礎理念上的差異（註七），但他們仍然共同做出以下宣言：「為確保迅速而有效的爭端解決以利於所有締約國，本談判將著眼於增進及加強爭端解決過程之規定與秩序，同時藉由更有效及可執行之關貿總協規定和懲處得以見其貢獻（註八）。」正如同部長宣言本身所言，眾多國家所關心的問題，不單在於爭端解決法規的完善擬定而已，他們更相信除非關貿總協本身能夠確切執行懲處規定，否則爭端解決機制只會徒落華而不實的譏諷（註九）。而當時由於各國對於多邊貿易協定之內容各持己見，且執著不同的基礎理念，更加重了爭端解決機制整建的工程負擔。

觀諸歷史，歐洲聯盟的會員國，對於關貿總協條文中有關爭端解決的態度傾向

（註 六） See generally Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R (adopted 31 March 1998).

（註 七） 例如：美國認為爭端解決是訴訟的前置法律必要行為，而歐盟則普遍認為爭端解決為貿易外交的禮儀及倫理。法律定奪是非及認定行為之適法性，但外交友誼原則則著重於政治手段之靈活發揮。

（註 八） 有關烏拉圭回合談判，在爭端解決機制上之歷史背景，見 T. P. Stewart and C. J. Callahan, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)- Dispute Settlement Mechanisms*, (1992).

（註 九） See Tracy M. Abels, *The World Trade Organization's First Test: The United States-Japan Auto Dispute*, 44 U. C. L. A. L. REV. 467, 472 (1996).

於較具外交、有彈性、以及衡平正義的方式來解決貿易問題。歐盟國家會有此種態度，蓋因深受大陸法系國家的法理學思想影響，其認為 GATT 之條文規定有其模糊性，是類問題涉及不確定法律概念之解釋與認定。此外，貿易爭端之政治敏感性以及競爭利益上多重複雜之交換條件，皆使得歐盟多數會員國辯稱關貿總協之爭端解決方式不應過度正式、法律化或具裁判色彩。換言之，歐盟國家認為關貿總協中爭端解決之內容不應創建明確或約束性的條款，亦不適合嚴格適用法律主義加以解決問題；反而應設計一種過程（process）促使違反協定的國家儘快停止涉案行為，以便杜止爭端。基於爭端國主權國家的原則，外交協商是解決貿易爭端的上策（註一〇）。

另一方面，以美國為首的其他國家，則傾向設計沿用一套較具司法裁判性質與法律原則性之法制系列解決貿易爭端，其所持據的理論是：法制化的結果，不論從裁判主義的角度抑或法理解釋之層面都可以對於未來的案件與新議題，提供一個明確清晰可行的方向，並且各國於從事貿易措施與政策之時，亦可以獲致法律裁定示範意義之導航效果（註一一）。是則，每一個貿易爭端案件的解決（resolution）皆有其法律的根據，將可以使貿易行為有例可循及易於規範。更且，對於未來貿易行為措施之適法性基礎，方有預見之可能性（predictability）。其次，藉由一套可資信賴的 GATT 爭端解決法理學建築工程，藉其所累積的貿易法律秩序的安定，亟有助於各國咸心遵守關貿總協的規定。最後，以法律規定取向之方法論將可消弭各國獨自解釋 GATT 條文適用上之嚴重差異。實則，差異解釋情況之發生泰半經由不同經濟力量的國家，各自適用法律原則之故，因此對釋義上之客觀性大打折扣（註一二）。

適用司法裁判方法（adjudicatory approach）解決貿易爭端問題的倡導者，亦認為對於關貿總協規定愈嚴格而有效的執行，將有助於避免各貿易國處於特別情況，被迫採用保護措施，否則保護主義一旦再度抬頭，全球經濟將因之付出更嚴重的代價來解決此貿易障礙。Petersmann 教授解釋認為以一套司法裁判型的流程確保

（註一〇） See generally Terence P. Stewart, *Dispute Settlement Mechanisms*, in 2 THE GATT URUGUAY ROUND: A NEGOTIATING HISTORY 2663 (Terence P. Stewart ed., 1993).

（註一一） 美國國會在其 1988 年綜合貿易暨競爭法案中，確立此一目標為其烏拉圭回合談判爭端解決之主要目標。See 19 U.S.C. §2901 (1994). 相關法條如下：(b) Dispute Settlement-The principal negotiating objectives of the United States with respect to dispute settlement are (1) to provide for more effective and expeditious dispute settlement mechanisms and procedures; and (2) to ensure that such mechanisms within the GATT and GATT agreements provide for more effective and expeditious resolution of disputes and enable better enforcement of the United States, right. Id. §2901 (b).

「互惠」(reciprocity)及「公平交易」(fair trade)及避免引發貿易大戰，實為美國國內貿易管理之必要。當1974年貿易法案(Trade Act of 1974)制定三〇一條款時，就是美國對於貿易問題適用司法裁判原則之方法解決國家經貿權力之最佳證明。因此，關貿總協對於爭端解決之方法，應該適用司法裁判主義，而非外交磋商主義(註一三)。在相同見解上，亦有學者認為純粹法律主義(legalistic)方法，更有助於減緩歐盟採用更具保護型式貿易措施之壓力，因歐盟的會員國可以單獨引用關貿總協條文於歐盟法庭中進行爭訟(註一四)。

在法律主義之裁判方法對抗實用主義(pragmatic)之外交磋商方法理念的最後選拔比賽中，烏拉圭回合談判的結果明顯的表示關貿總協朝法律主義一司法裁判之大道邁進解決貿易爭端(註一五)。然而，GATT原條文中直接對爭端解決程序規定的第二十二條及第二十三條本身定義上亦有其模糊性(ambiguity)。因此，一套絕對清晰可循的法律條文之擬定勢不可能。法律主義的理想境界不可究竟，留下諸多的問題，有待二十一世紀的世貿組織(World Trade Organization, 簡稱WTO)爭端解決機構(Dispute Settlement Body, 簡稱DSB)完成使命。本文認為正確的問題及分析GATT條文與歷史背景實有助於瞭解爭端解決機構之運用和效益。

一、GATT之爭端解決條款—實用主義協商原則

當1948年1月1日關貿總協(GATT)正式生效之時(註一六)，第二十二條(註一七)與第二十三條(註一八)對於爭端解決之規範大抵落入外交友誼

(註一二) See Stewart, *supra* note 10, at 1669-70.

(註一三) See, E. Petersmann, Strengthening GATT Procedures for settling Disputes, 11 WORLD ECON. 55-77 (1988).

(註一四) See Miquel Montañá; Mora, *A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes*, 31 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 103, 128-36 (1993).

(註一五) See Richard O. Cunningham & Clint N. Smith, Section 301 and Dispute Settlement in the *World Trade Organization*, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION: MULTILATERAL TRADE FRAMEWORK FOR THE 21st CENTURY AND U.S. IMPLEMENTING LEGISLATION 581, 580-90 (1996)

(註一六) 61 Stat. A 5, 55 U. N. T. S. 187.

(註一七) 原文為：Article XXII:

1. Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement.

2. The CONTRACTING PARTIES may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible

(comity) 協商主義的彼端。而天平上另一端所著重的法律裁判主義，則被輕描著色。實體法上，第二十二條僅賦予締約國諮商機會權，規定「諮商」是對手貿易受害國家解決控訴案件的途徑，而且應給予對手國就有關影響協定運作之任何事項所提出的意見，予以合情之考量 (sympathetic consideration)。如果經過雙方諮商後，爭端仍然無法解決，則控訴國家可以將問題提昇階層，尋求與任何締約國進行多邊諮商 (註一九)。

第二十二條就爭端解決程序上規定，受害國除有前述之諮商權 (right to consultations) 及受合情考量之權 (right to sympathetic consideration) 外，如果爭端解決之企圖失敗，則哀愁的受害國可以將案件帶至其它締約國面前，而締約國全體應就所提案件「迅速調查」 (promptly investigate)，並且應向其認為有關的締約國「作出適當建議」 (make appropriate recommendation) 或「在適當之情況下予以裁決」 (give a ruling on the matter as appropriate) (註二〇)。

to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1.

(註一八) 原文為：Article XXIII:

- 1.If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.
- 2.If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph I (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary.

If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken to give written notice to the Executive Secretary to the CONTRACTING PARTIES of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received.

(註一九) See Michael K. Young, *Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats*, 29 INT'L LAW. 389, 391-93 (1995).

(註二〇) *Id.*

關貿總協第二十三條第二項進一步規定：倘若「情況夠嚴重」(circumstances are serious enough)，受害國家可以採用撤回減讓承諾或停止履行協定上的義務，作為因應侵害國家不違反協定行為之反制。然而，綜觀關貿總協的歷史演繹，以撤回減讓或暫停向對手國履行協定義務之事件寥寥可數。因為要動用此一條款之法律實質要件前題為：締約國全體 (CONTRIBUTING PARTIES) 一致同意授權受害國進行停止關貿總協義務之報復。經締約國全體授權後才能報復之要件，產生了下列法律實質運作上的困難與障礙，或者亦可稱之為窘境吧 (註二一)！第一：所謂全體締約國授權之實質要件有其表決權數難以為之的障礙。假設其中有一締約國反對不同意授權，則即使其餘絕對多數之締約國皆表贊同，該受害國亦無法根據第二十三條第二項停止履行協定上之義務。此種問題亦造成素來表決制度上所謂少數權利否決多數意見權之矛盾現象。第二：締約國全體為其各自貿易利益有不同之盤算，授權受害國家停止協定義務之決定，經常同時影響到締約國各自與受害國之間貿易利害的糾葛，在衝突利益 (conflict of interest) 的隱憂下，甚難令「締約國全體」客觀單純以衡平正義原理審酌違法控訴案件 (violation complaints)。第三：在程序層級提昇到由締約國全體之共識決 (consensus) 上，由於主體國家之原理無法擬定一套司法裁判或仲裁之程序，使各締約國臣服遵守 (註二二)。

毫無疑問地，支持司法裁判方式進行主義之國家，也曾經一度意欲籌組一個「多邊貿易組織」 (Multilateral Trade Organization) 用以執行 (implement)、解釋 (interpret)、修訂關貿總協實質基本規定。雖然後來並未能如願組織 MTO，但其中許多國家非正式會議的討論及意見交換，再加上學術研究的彩繪，也使得爭端解決邁向法律制度化的理想，凝聚了更多的哲思與法理。而在烏拉圭回合談判完成前的歲月中，GATT 第二十三條也與日增進成為較為正式的貿易爭端解決過程之基礎。只不過其始終皆未能令司法裁定方法的倡導國家滿意其執行力與法律約束力 (註二三)。

最初時，GATT 藉由一個締約國所組成的運作團體 (working parties) 執行達成第二十三條之法律責任。運作團體由不同政府代表組成，依照 GATT 條文原則，負責調查及建議一項適當解決方案。爾後，締約國一同審酌考量是否採行其建

(註二一) *Id.* at 394.

(註二二) See generally, William J. Davey, *Dispute Settlement in GATT*, *FORDHAM INTL. L. J.* 51 (1987).

(註二三) PIERRE PESCATORE, WILLIAM J. DAVEY & ANDREAS F. LOWENFELD, *HANDBOOK OF GATT DISPUTE SETTLEMENT* (1994).

議。在大多數的案件中，締約國全體的確會採納運作團體的建議。此外，在運作團體的角色扮演中，這些國家有時也成為仲裁法庭（arbitral tribunals）的成員，故運作團體經常也從事調停（conciliation）式調解（mediation）的工作；相對的，爭端對手當事國則必然捲入所有的程序（proceedings）中。其中，運作團體從事調解及引導爭端國家接受爭端解決的方案，而非強行迫使任何當事國之一方接受其對 GATT 條文之法律解釋（註二四）。從許多的案件中顯示，當運作團體提出建議時，大部分爭端國家皆會同意接受；而締約國全體也因而採行是項建議。這種做法，可以得知以外交磋商優勢取代之法庭解釋裁判的方法，間接亦奠定 GATT 條文正式化的基礎（註二五）。

直到 1952 年，運作團體改製成為爭端解決小組（panels），其所代表的含意是爭端解決更趨近於司法裁判性質。GATT 的秘書長強勢地扮演選擇小組成員，成員係以個人專家身分參與，而非政府代表。貿易爭端對手國也被逐步要求提具正式法律訴狀意見陳述立場，而不再以磋商者（negotiators）之角色出現。職是之故，爭端解決小組之報告亦成為類似仲裁性質的判決，而非磋商或妥協的備忘錄。美國喬治城大學 John h. Jackson 教授認為爭端解決小組已具國際法庭的味道（international court “flavor” of the panels）（註二六）。爭端解決小組之報告性質可以“類似”仲裁判決性質，蓋因小組在程序流程中之目的為認定事實及解釋法律；但是，其最後作出的報告仍需經由締約國全體通過。有疑問的是既然在程序上需由締約國全體通過採行（adoption），其司法既判力便受到權力機關的限制，在此而言，小組報告仍不是純粹的仲裁性質。締約國全體有權決定是否採行報告意見，而無義務接受報告的效力約束（註二七）。

從 1960 年以後到 1979 年東京回合談判之前，締約國全體逐漸對某些小組報告難以採行（通過），尤其一些報告意見主張授權受害國補償性的撤回減讓（compensatory withdrawal of concessions），令違反國家不願接受。而且，隨著締約國的增加，「共識決」的規定亦加速腐蝕了 GATT 條文之基本原則。GATT 條文在法理意義上是原則宣示性質，而非針對特別貿易類型做規範和定奪是非。因

（註二四） *Id.*

（註二五） Jeffrey M. Waincymer, *GATT Dispute Settlement: An Agenda for Evaluation and Reform*, 14 N. C. J. INT'L COM. REG. 81 (1989).

（註二六） See John H. Jackson, *GATT as an Instrument for the settlement of Trade Disputes*, 61 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 144 at 148 (1967).

（註二七） 儘管如此，這段期間，許多學者仍稱之爭端解決小組之設立與運行為 GATT 的「黃金歲月」。See ROBERTE HODEC, *THE GATT LEGAL SYSTEM AND WORLD TRADE DIPLOMACY* 95-165 (1990).

此，許多新時代貿易爭端問題的爆發，是 GATT 最初起草時絲毫所不能預見的。例如：美國對於日本玩弄非關稅性之貿易障礙之心結，久久不能釋懷，防衛條款之適用成為處理許多貿易爭端之源（註二八）；適法性或是市場開放問題之三〇一條款，抑或動用三三七條款之不公平貿易問題處理智慧財產權上之貿易爭端也引出了諸多問題。此時，GATT 第二十三條成為受害國家用以面對美國強制報復法律條款解套之途徑，也使得爭端解決小組纏裹於政治、經濟與法律的三重壓力中。而世界主要貿易集團國—歐洲共同市場（European Economic Community）亦同時開始以集中意見的方式共同決定貿易問題，這種轉變與策略亦是 GATT 當初簽約時所始料未及的。因為在貿易議題上預設立場進行諮商談判、解決法律並非 GATT 條文之原則，使 GATT 的立法精神為之受挫（註二九）。前述之轉變，足使 GATT 爭端解決程序之功能及效力大打折扣，例如案件的數量增多、爭端解決過程的時間拉長，因而對於結果不滿意的程度更是提高。

二、東京回合瞭解書

針對上述所討論的問題，東京回合談判時，在大會內部納入一件瞭解書（Understanding），用以增補爭端解決之程序效力（註三〇）。瞭解書之法律效力如何？它是否與條文本身屬於平行地位？再者，案件當事國可以引據（authorities）瞭解書之內容要求爭論解決小組依「法」解釋；抑或瞭解書之性質僅為法律條文上的附註（footnotes）一樣，當不違反本條文之意義時，才具備法律效力？再者如有疑義時，適用上則可否加以排除另外依照 GATT 條文解釋規定？這些法律問題直到 1994 年烏拉圭回合談判完成之際，皆未能獲得解決。但是，東京回合瞭解書重申根據第二十三條第二項：一方當事國有權將爭端案件帶至締約國全體面前要求公斷（在爭論當事國共同同意之條件下，對手國亦可以在諮商失敗後，另行選擇調停的方式解決問題）。在時間上，瞭解書也規定在一定期限內，爭端解決小組必須組成。在人事上，其確立正式原則規範爭端小組之人員組合；同

（註二八） SEE Thomas A. Behney, Jr., *Escape clause Relief in the EEC and the United States: Different approaches to the Dilemma of Adjustment to a New World Trading Environment*. 15 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 1 (1990).

（註二九） Montaña; Mora, *supra* note 14, at 130-36.

（註三〇） 1979 年之瞭解書正式名稱為：“Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance.” 其中包括一項附件為：Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of dispute Settlement. 265 GATT/BISD 210, 215 (1980).

時，1979 年瞭解書也特別強調如果爭端解決小組接受了案件，則必須發佈報告，並在合理期間內（reasonable time）以共識決議是否採行是份報告。由此可知，採行決議的程序規定便是使 GATT 關於爭端解決的設計為朝往司法裁判方法之方向前進的（註三一）。

令人混淆的是東京回合瞭解書夾帶了幾個條款，強烈要求支持應以外交務實之方法解決貿易爭端。例如：1.該瞭解書建議以打預防針的方式鼓勵當事國相互通知（notify）對方其可能採取影響 GATT 運作效力之任何步驟。2.重申瞭解書意欲藉由諮商方式化解雙方歧見之堅定立場。3.瞭解書雖然要求諮商過程應以「迅速」（expeditiously）為原則，但其並未對諮商過程規定有任何時間表。4.瞭解書針對爭端解決小組的功能和組成之優先考量是政府專家（government experts），並且也賦予小組主要扮演調解（mediatory）而非裁判（adjudicatory）的角色。5.此外，瞭解書並未提供任何機制可以有權逕行採行一份譴責（criticize）違反協定特定行為國家之小組報告。因為在共識決之原則下，被報告非難的國家可以一夫當關地阻礙該報告採行的通過。6.本回合瞭解書亦僅少許地修訂對於爭端解決小組建議執行之監督，使「建議」難以發揮其執行效力。7.最後，瞭解書顯然未能給予受害國，甚或締約國全體任何實質權力以執行小組建議，即使最終理事會採行該份建議報告，對違反國之拒絕遵守亦莫可奈何。在外交掛帥的風行期間，法律執行是爭端解決議題之一大窘境（註三二）。儘管如此，東京回合過後的歲月裡，瞭解書之訂定使得更多國家樂於運用爭端解決的設計解決問題，其中有許多案件也在快速有效的情况下圓滿解決，但整體歸納案件可以得知：政治利害關係（political stakes）為案件解決之背景指導因素，當政治利害關係指數低時，諸多案件或能以公平合理的方式收場；反之，政治利害關係指數高時，則案件進行之議程方式結果都未能儘如 GATT 法律專家學者之期望（註三三）。誠如 Petersmann 教授所言：「主要法律問題在於諮商方面已然耗盡而爭端仍存，爭端小組形成之遲緩，對於小組成員組成之不同意見，小組功能角色的辯論，小組報告達成的阻礙，還有不遵守小組報告建議等（註三四）。」這些問題在另一方面也形成了烏拉圭回合關於爭端解決機制法律

（註三一） See John H. Jackson, *The Birth of the GATT-MTN System: A Constitutional Appraisal*, 12 *Law & POL'Y INT'L BUS.* 21 (1980).

（註三二） *Id.*

（註三三） See Montañá; Mora, *supra* note 14, at 125.

（註三四） See generally, E. Petersmann, *Proposals for Improvements in the GATT dispute Settlement System: A Survey and Comparative Analysis*, in *FOREIGN TRADE IN THE PRESENT AND A NEW INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER* 340 (D. Dicke & Petersmann eds., 1988).

化談判上之舞台背景。

三、烏拉圭回合談判之爭端解決

烏拉圭回合談判在爭端解決議題上的終極目標是：爭端解決應該是以判決型態—法律制度裁判過程等方式加以解決。

依照 1982 年之部長會議宣告 (Ministerial Declaration) 烏拉圭回合談判期望：「締約國咸承認有效的爭端解決規則與規範對貿易規範之貢獻，並為確保爭端之迅速且有效之解決，以裨益所有締約國，談判之目標應在於改進且強化爭端解決過程之規則與程序。談判之內容應包括發展出適當的安排，以監督締約國遵守理事會所通過之建議案 (註三五)。」烏拉圭回合談判對爭端解決程序所為之改變分別以二個階段進行。第一階段是採行「調停 GATT 爭端解決規則暨程序改進辦法」(Conciliation, Improvements to the GATT Dispute settlement Rules and Procedures (註三六)，簡稱「1989 改進」)。該改進辦法肇始於採行 1988 年之期中檢討過程中所得之談判結論。而第二階段便是 1994 年烏拉圭回合談判完成時所制訂之「爭端解決規則與程序瞭解解書」(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 簡稱「爭端解決瞭解解書」)。該瞭解解書對原始 GATT 爭端解決之規則與程序做了通盤詳細的說明，但其法律效力，仍不能視為係對第二十二及第二十三條之正式執行 (註三七)。

(一) 1989 年改進

1989 年之改進 (辦法) 可以歸納成七個重要層面加以認識，其導航方向是朝一個較為正式法律裁定解決之方向修正。

1. 依照第 C.1. 條，被鎖定的違反協定國家在一定嚴格且短暫之期限內，必須對於諮商請求作出回應 (註三八)。依照第 C.2. 條款規定受害國家亦有權中止 (halt) 諮商，逕行請求組成爭端解決小組審理案件 (註三九)。

(註三五) 1982 Ministerial declaration on Dispute Settlement Procedures, 29th supp. BISD 13 (1983).

(註三六) GATT/BISD 36/61 (1990).

(註三七) Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes, in the results of the Uruguay round of multilateral trade negotiations 404, annex 2 (GATT secretariat ed., 1994).

(註三八) 依照第 C.1. 條之規定，必須在 10 天內回應，而在 30 天之內必須開始和對手國談判。

(註三九) 控訴的國家可以在第一次諮商請求生效 60 天之內要求成立爭端解決小組。

2. 該改進(辦法)亦論及事務程序調停和調解，並且於程序規定上設計一些技術性的改變。舉例來說，在第 D 條中就規定增列幾項時間性規範，要求特定活動應在一定期限內展開，並且規定必須遵守一定的基本程序。其實，改進(辦法)並未改變程序規定上的基本性質，但是以精簡之方式將程序規定得更正式，並且也納入實際步驟過程解決爭端。如果問題仍無法解決，則在修正後的小組程序中亦可獲得結論。
3. 對於實質審查案件之意見提出報告意見的爭端小組組成過程，1989 年改進(辦法)第 F 條(b)項制度更正式的程序例示參考條款，並且在第 F 條(c)項中刪除政府專家優先選用條款。這一項改進(辦法)的步驟特別被學者認為是邁進爭端解決法制化過程中意義重大的一步棋(註四〇)。因為它意味著一個創造獨立審查功能專家小組的意圖，使該爭端解決小組能免於偏見與預設立場作出決定。如果其組成成員是由「政府」專家所代表，這種爭端解決小組的獨立職能勢必無法落實。
4. 改進(辦法)明白將權利賦予第三利害關係國為其貿易利益參加爭端解決過程。第 F 條(e)項第(2)款規定「任何具有重大利害關係之第三國『應』有機會接受聽證…並且作書面陳述。」在實務上，參加(interventions)爭端解決過程乙事，在本條款尚未誕生之前也經常被允許，只不過本次的改進(辦法)之增訂令人毫無疑義承認第三利害關係國之參與資格。
5. 非常重要地，改進(辦法)也顧及爭端解決小組作出所需要的時間及可能的拖延。第 F 條(f)項利用一種方法以資決定爭端解決小組在完成一項案件過程可能所需要的時間。該條以負面時間規範的方式要求，任何案件自爭端解決小組成立起到提出意見的期間不得超過九個月。
6. 一項勇敢的理想在此次改進(辦法)中亦有限地被納入規定中。第 I 條以一種概括授權規定之方法處理，最見爭議色彩的是執行問題。如何執行爭端解決小組的「建議」？該條文有限地增強「監視執行」(monitor implementation)權，但其並未指明或授與任何特定機構更大的權力以執行小組建議，也沒能授權勝訴受害國家以自助方式執行。其中最大的問題，仍在於傳統的政治敏感性上，諸多締約國已有了共識，爭端解決程序的修訂應朝法律解決的方向而非外交的途徑。否則，小組報告恐將永遠只能具有警世的效力。

(註四〇) See Erwin P. Eichmann, *Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement: Moving Towards Legalism*, 8 INT'L TAX & BUS. LAW. 38 (1990).

7.最具法制化意義的條款，則是規範在第 E 條中。其授權貿易爭端問題的對手國可以訴諸仲裁解決問題，仲裁本身在法理上具有約束力和法庭判決一樣。此種過渡期暫用的基調對司法裁判方法的適用上是一著強棋。但亦有學者批評這項條文本身只不過是舊調重彈，並無新的建樹。原因在於依照傳統國際公法（public international law）理論：對手國或當事人選擇國際仲裁方式解決爭端，本屬當然權利，並不需要法律特別另外授權（註四一）。然而，本文仍認為在 GATT 規定中正式地承認具約束力之仲裁是一項有用的工具，對於後來 1994 年規則修訂有著重大而深遠的意義。因為這種條文預警決定，已向茫茫無際的爭端問題大海鳴笛，告知正式法律解決的程序規則即將揚帆。

1989 年仍遺留諸多法律問題，改進（辦法）並未討論闡明採行及執行小組報告所引發之附隨問題。一個爭端締約國固然可以享受明確通用的程序規則，並且也可以滿足於獨立而快速的專家報告，但是，欠缺強制執行的辦法輔助，恐怕永遠無法品嚐勝利的果實；而所謂爭端案件的勝利者，這種說法也成為有理由締約國便能獲得 GATT 貿易地位合理保障的假象。最後因為小組報告書的採行，往往為爭端失利當事國所阻撓，而使報告書的製作徒勞無功。因此，法律裁決傾向的方法理論成為後來 1994 年瞭解書之基礎。

（二）世貿組織瞭解書

經由 1989 年改進（辦法）的基本共識後，烏拉圭回合本於其所揭示的目標，為訂立一個確保爭端迅速有效解決之規則，以符合全體締約國的利益，於是通過制定「爭端解決程序暨規則瞭解書」（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Disputes，簡稱「瞭解書」）。雖然它仍帶有少許外交磋商的味道，但是大體上對整體 GATT 締約國而言，它已是爭端解決法制化的一大勝利，其代表之意義為 GATT 首度對於爭端解決程序有了完整的規定，「並且也是首次讓瞭解書之條文內容和程序規定「構成」條款義務（treaty obligations）（註四二）。」

後來，世界貿易組織協定（簡稱 WTO 協定）之第三條第三項規定，正式將瞭解書納入協定之附件二。WTO 協定主要功能之一便是管理執行 1994 年瞭解書之規

（註四一） See Erice Canal-Forgues & Rudolf Ostrihansky, *New Developments in the GATT Dispute Settlement Procedures*, 24 J. W. T. 67 (1990).

（註四二） 條約義務是正式法律義務，締約國必須遵守，而相對於條約義務之法律概為認知或實行瞭解，其間之區別在於強制力之效力問題上。

定。而正如同瞭解書本身所言，爭端解決是整個 GATT/WTO 的中心點，蓋貿易問題的發生為爭端解決之開始，若 GATT 僅是規定權利義務而不能解決國際貿易之爭端，則 GATT/WTO 變成了政治協商的論壇（forum），而非為維護競爭利益、解決不公平貿易、處理不可預期事件之法律體制。對烏拉圭回合瞭解書的結論，值得仔細研討以了解其運作方式。

1. 爭端解決體

瞭解書規定 WTO 應建立爭端解決體（Dispute Settlement Body，簡稱 DSB），其主要工作在於管理瞭解書之程序及規定，並且在特定情形下承接總理事會（general council）所指定的任務或由總理事會自行扮演 DSB 之角色（註四三）。且 DSB 負責建立爭端解決小組，採行或通過小組報告和上訴爭端解決體之報告，維持規則及建議之監督與執行，並在特殊情況下授權會員國暫停減讓或停止義務。1995 年以後，DSB 已然是 WTO 的正式內部機構，並且不限制任何一個會員國的加入，因此，技術上所有 WTO 的會員國皆可以成為 DSB 的成員。

2. 擴充 GATT 基本爭端解決過程

與東京回合談判時有所不同的是：東京回合根據不同法規條文創立不同的爭端解決機制，用以分類解決貿易爭端（註四四）；而烏拉圭回合瞭解書單一趨勢擴充增加一般 GATT 爭端解決過程之範圍，其明白規定，瞭解書關係爭端解決的規則與程序適用所有附件一所列舉之協定。其中包括：建立世貿組織、多邊貿易協定（Multilateral Trade Agreements）、服務業貿易、貿易相關之智慧財產權（TRIPS），以及有條件的參加國同意下，雙邊貿易協定（包括民用航空器、政府採購、酪農業和牛肉）。

此外，瞭解書第一條也要求當事國亦應遵守附件二所提的一些特殊「其它」爭端規則及程序（註四五）。儘管附件二有一些特殊規定，但基於上述理論，無疑地，瞭解書是為整合統一 GATT 散見的爭端解決過程哲思，其在法律傾向的腳步上堅定地跨出了一大步。

（註四三） See Understanding of 1994 Article 2.

（註四四） See John H. Jackson, *The birth of the GATT-MTN System: A Constitutional Appraisal*, 12 LAW & POL'Y INT'L BUS. 21 (1980).

（註四五） 例如紡織品及成衣中所提之貿易爭端，或補貼暨平衡稅之爭端，Appendix 2.

3. 排他性之爭端解決義務規範屬性

瞭解書既然強調加強多邊貿易制度為其重要理想目標，因此要求會員國應尋求瞭解書所定之方式解決貿易爭端，以求違反協定利益之法律救濟。第二十三條第一項規定：「會員國對於有違反本瞭解書所涵蓋協定之義務或有其他剝奪或減損利益之情形，或對於本瞭解書所涵蓋協定目的之達成有所妨礙之情形，而尋求救濟者，應依循本瞭解書所規定之規則與程序，並應受其拘束（註四六）。」總之，瞭解書對於 WTO 會員國明確要求不得採用自由、單方或是未經授權之雙邊貿易爭端解決方式。在此規定下，假設台灣將來入會後，則美國不能夠再動輒祭出三〇一條款威脅報復台灣。而是在其認為有不公平貿易之虞時，訴諸 WTO 爭端解決體解決。

再者，瞭解書並未禁止當事國以較為和平的方式解決爭端。申言之，除爭端解決小組裁定之方式外，協商和諮商之傳統方式亦受支持。此外，瞭解書引用了 1989 年改進（辦法）中之選擇性解決方式，包括斡旋（good offices）、調停（conciliation）和調解（mediation）。選擇性爭端解決方式之優點在於其有祕密進行之隱私可保護，不須在陽光下透明公開，對於一些不願引起國際視聽之當事國，不失為一好方式（註四七）。

另外，在雙方當事國同意的條件下，亦可將爭端案件訴諸仲裁（註四八）。如前所述，法律並未規定仲裁之進行須先經授權，但法理上而言，似乎應先經過 WTO 授權才可以取得具約束效力之仲裁判決；否則，矛盾的 GATT 法理學問題將會產生。因為瞭解書並未規定仲裁效力之地位，只言及：「就雙方當事國已經明確界定爭點所在之爭端，在 WTO 之下進行快速的仲裁，以作為爭端解決之替代方式，對於此類爭端之加速解決有其助益（註四九）。」從而，當事國如果不服仲裁決定是應該尋求上訴途徑，向常設上訴機構（見下文）遞案，或是可以再開初級爭端解決程序，要求小組重新認定事實作出決定報告？此一法理學問題實有待進一步

（註四六） Article 23, para. 1 of the Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of disputes: "When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding."

（註四七） Article 3-5.

（註四八） *Id.* Article 25.

（註四九） Article 25, para. 1 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: "Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties."

的研究。

4. 便利成立爭端解決小組

瞭解書對於爭端解決小組成立之設計程序是迅速而有效率的。第六條規定 DSB 在受害國要求下應成立爭端解決小組，理論上，如果在全體會員國一致通過的條件下，DSB 是可以拒絕成立爭端解決小組的。但是實際運作上，應可假設請求成立專家小組的國家，不會投反對票才是。故此，在常態下，DSB「應」在一方當事國請求下有義務成立爭端解決小組。

此種反對假設運作模式的共識決原則，已然促使 DSB 有義務在一方當事國請求下自動形成爭端解決小組。在過去的歷史中，極少有拒絕的情形發生，共識決原則看似嚴格，但在「政治疑雲」(political cloud)的陰霾下，各國既不願放棄表達意見機會突顯自己的反對權，結果使得小組的形成，在時間上便成為無意義的拖延。

WTO 所採行的新規則下，要求必須「一致」(unanimity)同意，方可停止一項特定行為。因此，爭端解決小組之成立在法典化基礎中，是一張實際而且全然擔保付款的票據。

5. 自動採行報告書

瞭解書所訂的程序中，最具改革意義的便是自動採行「通過」(adoption)小組報告書規則第十六條第四項規定：「自報告書送達各國之日起六十日內，除一方爭端當事國正式通知 DSB 決定上訴或 DSB 共識決定不採行(通過)該報告書外，該報告書應於 DSB 會議中被通過。」從前對於 GATT 的主要批評，便是如何確保小組報告的採行(通過)問題。過去曾有在小組報告書完成後，經過多年時間仍無法採行該報告書之情形發生。其中大多數是由於幾個締約國不滿報告書的內容所致，甚至有些國家會以拒絕同意採行報告書之方式，報復其他國家過去未曾支持通過對其原先有利的報告書。總之，在過去報告書的意義變成國家顯示權力地位的爭議點，而非法律裁定的正義表徵。新的規定足以確保勝訴的當事國可以暫時滿足於具法律約束力之判決的滋味。雖然不在本文的討論範圍，但有趣的問題是：爭端解決小組和上訴機構所解釋的當事國國內的法律效力如何(註五〇)？要言之，國際

(註五〇) See Judith H. Bello & Alan F. Holmer, U. S. Trade Law and Policy Series No. 21: *GATT Dispute Settlement Agreement: Internationalization or Elimination of Section 301?*, 26 INT'L LAW. 795 (1992).

組織是否有權解釋其會員國個體內國經濟法規範之文義，在國際法學上，尚無通說定論。主權國家之基本原則是否也挾帶著司法解釋權之完整與不可外釋，則有待國際法學者更進一步的研究。

6. 建立常設上訴機構

建立一個常設上訴機構 (Standing Appellate Body) 的規定，是烏拉圭回合瞭解書邁向法制化過程中最為明確的一項步驟。第十七條第一項規定 DSB 任命七位非政府性質個人組成上訴機構，其必須視「在國際貿易法或相關領域上公認的權威」，任何一個爭端當事國皆有權對小組決定提出上訴，但是第三國即使有利害關係亦無權提出上訴。原則上，由當事國正式通知其上訴決定之日起六十天內上訴機構必須作出決定報告書 (註五一)。上訴機構有權維持 (uphold)、更改 (modify) 或廢棄改判 (reverse) (註五二)。這種上訴程序模式與美國法律制度非常相似，因其只准為法律審，不得為事實審理。同時也不可以再重開初審之時未言及之系爭法律問題 (註五三)。

最後上訴報告書之採行 (通過) 亦與爭端解決小組發生之通過相同，皆採用「反制共識權」之方式進行。如前段 (5) 所述之自動採行原則主義仍然適用於此，當事國亦不會喪失其對上訴機構報告表示意見的權利 (註五四)。

7. 監督與執行

幾十年來，GATT 最大的困難之一在於許多國家 (美國佔最多案例) 怠於遵守小組報告的建議 (註五五)；甚至即使通過的報告建議，當事國有時亦置之不理。而其他國家則相對觀望 GATT 能否作出回應處分，結果自然是希望落空。

烏拉圭回合瞭解書針對此一問題作出重要的修訂。首先，瞭解書第二十一條要求涉案當事國必須在通過報告 (包括上訴報告) 後三十日內向 DSB 報告，陳述其

(註五一) Article 17.5.

(註五二) Article 17.13.

(註五三) Article 17.6.

(註五四) ARTICLE 17.14 States, in part: "An Appellate Body report shall be adopted by the DDB and unconditionally accepted by the parties to the dispute unless the DSIS decides by consensus not to adopt the Appellate Body report..."

(註五五) See DISC-United States Tax Legislation, GATT Doc. No. L/4422; GATT, 23d. Supp. BISD 98.(1977).本案背景為歐洲市場控告美國之聯邦稅法對國際銷售公司之出口以折扣稅之方式獎勵出口，構成補貼。美國不服小組決定，最後雙方在不遵守報告書之後迫使和解收場，再採行通過報告書。而此時已是五年之後 (1981)。後來美國在 1984 年修改法律，學者譏為換湯不換藥。

願「尊重 DSB 對建議與裁決之執行」，並且在時間上，瞭解進一步規定，如果當事國表示不能「立即」遵守，則一定的合理期間應予決定以便當事國遵守。

再者，瞭解書第二十一條第五項，制定一項特別條款評估和監視報告執行的成效。例如，如果爭端當事國彼此對違反協定之一方的遵守情形有不同意見，可以訴諸追索（recourse）程序，再開同案辯論庭，並且儘可能由原審小組成員審理。

最後，第二十二條第二項更進一步規定，倘若受害國不認為違反國已即時適當遵守報告書，可以要求違反國與其進一步諮商，決定雙方彼此同意之賠償方式。如果在二十天內未能達成協議，則受害國得請求 DSB 授權暫停其對違反國之減讓或履行其他協定義務。在有違反國反對接受 DSB 授權暫停受害國義務之情況時，則整案移付仲裁解決。雙方皆應接受仲裁的結果，DSB 也必須加以批准。最後，瞭解書亦規定 DSB 必須定期檢討（review）執行情況。

（三）小 結

從前面之論述可以證明：WTO 之爭端解決程序在設計上，將有助於會員國「願意」遵守爭端解決小組或上訴機構之裁判。並且由於自動採行（通過）報告書，如果違反國不即時遵守報告建議，受害國可以在程序時間上迫使整案訴諸仲裁，同樣仲裁結果也是自動採行（通過）。但仲裁決定後，當事國不得再尋求第二次仲裁。果爾，違反國家是否如同得到通知，告訴其無僥倖之機會或條文中包括不確定法律概念可以供其彈性保留，接受爭端解決小組之裁定與判決？本此，使得日本在柯達案中堅持進行訴訟，以求其內國競爭法規符合 WTO/GATT 義務之裁判肯定。

參、柯達案在 WTO 爭端解決機制 之重要層面

如前所述，遠在 1947 年之時，GATT 的誕生紀念著國際貿易組織（International Trade Organization）提案的失敗。原始的設計是當 ITO 正式成立之時，可以採納 GATT 的條文實現各國關稅減讓的承諾。但由於政治問題與經濟差異，使各國間無法達成共識，ITO 終究無法實質成立，以致於 GATT 在往後近五

十年的歲月裡成為各國之間規範貿易之主要“協定”。儘管它在關稅減讓的議題上對於各國貿易自由化有一定的貢獻，但這個協定卻欠缺一個能夠有效執行其法律精神內容之組織架構（註五六）。

WTO 成立在組織上賦予法律人格就是為了改進 GATT 多邊貿易體制在行政與執行上的缺失。1994 年，115 個國家在烏拉圭回合談判終結後簽署協議之時，GATT 的理事長 Peter Sutherland 就描述新生的 WTO 是為新世紀設計的多邊體制，可以藉以提昇人類生活水準、確保充份就業、使實質所得成長、擴大生產範圍以及有效地利用現有的世界資源（註五七）。因此，藉著法律規範的設計以實現經濟理想模型之狀態是現代經濟法之主要理念，再加上 GATT 前言裡貿易自由化之信念：在實體上藉由最惠國待遇原則、國民待遇原則、關稅減讓表、數量限制等相關條文提供貿易通路之競爭條件；所以，當會員國利益為對手國所取銷或損害之時，在程序上主張法律權利則有賴於利用爭端解決機制進行訴訟以維護自身的貿易利益，如此才不致於使建立全球無障礙貿易環境淪落為精神口號。

1996 年 9 月 20 日美國根據 DSU 第四條與第六條，要求成立爭端解決小組審查日本政府進行反競爭行為：柯達案中美國控告日本執行與維持若干法律規章與措施影響進口消費軟片與相紙之物流行銷與買賣（註五八）。美國主張日本怠於履行 GATT 第三條國民待遇原則與第十條法令透明化之義務，導致是類措施取銷或損害其國家在 GATT 第二十三條第一項（a）款之利益。系爭法律問題如下：1. 日本政府之競爭法令措施是對國內消費軟片相紙生產者提供保護構成 GATT 第三條第一項要件該當；2. 以低於國產貨品優惠待遇之方式影響進口軟片相紙之行銷與競爭條件；3. 以及法令措施之制定並未予以迅速公布，亦未以統一公正無私和合理的方式施行，此種政策措施欠缺透明化之結果係屬違反 GATT 第十條第一與第三項（註五九）。

美國對日本主張違反 GATT 條文之事實指控，首要認為日本所建立的軟片與照相用紙之行銷體系本身即具有鼓勵與便利日本國內廠商的通路，而將進口產品藉由體系之便排除於傳統的通路之外。這段期間美國舉證自六〇年代甘迺迪回合談判之後，外商從未順利地穿透這些封閉的行銷通路。根據美國的意見，國際貿易的條

（註五六） See KENNETH W. DAM, *THE GATT: LAW AN INTERNATIONAL ECONOMIC ORGANIZATION* 10-35 (1970).

（註五七） *The GATT Lady Sings: What the New WTO Will Mean for the U. S. and World Trade*, 11 Int'l Trade Rep. (BNA) No. 15, at 597 (Apr. 13, 1994).

（註五八） *Japan- Consumer Photographic Film and Paper*, *supra* note 6, at 1-3.

（註五九） *Id.*

件中自由化本是一切的基石，日本應善盡國際義務主動為外商打開傳統的封閉通路（註六〇）。此項論點涉及國際貿易法中平等互惠原則之解釋下，是否也隱含著 WTO 會員國在其本國公平交易法中應賦予政府一項積極審查不利進口貨品市場經營以及解決行銷系統困境的問題。其中政府的政策、立法的嚴謹度以及行政作為，如果不是在表面上歧視進口貨品而是運用於對國內生產者提供保護，雖然在法律上並不違反國民待遇原則之不歧視基本要件，但其總體之結合也可能產生不利於進口貨品競爭之特有文化性行銷體系。對於此種學說如果不經細索便容易流於美國在烏拉圭回合談判之初所通行的國民理念，大眾認為日本以及亞洲四小龍之台灣、南韓在政策上並未允許美國公司自由進入市場競爭，而相反地來自前述國家的貨品卻逐日侵蝕著美國工業以及勞工的幸福與生存。畢竟法律審查貿易爭端案件時，學者咸認為貿易現象與市場結構之呈現仍需要具體的事實證據加以佐證，並不能直接引以為論法之依據。因此，自 GATT 到 WTO 之爭端解決小組在案件審查上一向強調政府間之結構關係與差異、商務環境之變革以及法律體系之落差以求審查貿易措施適法性之客觀標準。

一、系列（Keiretsu）（註六一）與文化性競爭市場關係

日本在戰後利用關稅以及其他保護措施進行國內市場保護，在近代貿易史上是眾所周知的事情。為了透過系列這個系統重拾起其強大工業力量，日本創立一種市場行銷體系，用以在自我的公司家族體系中維持其商業流通以及獲取利潤。

時至今日，系列（Keiretsu）在實踐日本政府計劃貿易政策以及產業策略上，仍然持續扮演著重要的角色（註六二）。每一個系列（Keiretsu）維持著一家銀行或財務機構為其核心，將彼此唇齒相依的許多公司銜扣在一起，成為日本經濟的重心。勢力龐大的系列（Keiretsu）可以利用他們的集合力量阻撓進口貨物進入日本

（註六〇） *Id.* at 5-28.

（註六一） 系列（Keiretsu）在日語的用語法上可以是水平或是垂直的。一個水平的系列是由一群大公司所組成，其與一家主要銀行有著共同的連結，這種連結往往建立在交叉持股的基礎上、貿易關係上、債信桿槓上，甚至體制內的員工互換與流通；三井集團即是典型的代表。而垂直系列（Keiretsu）則是由一個主要的製造商帶領著數以百計的行銷商與配銷商在供需關係上互相依靠，整合其銷售系統。豐田汽車工業便是著名的代表。Hearing Before the International Trade Subcommittee of the Senate Finance Committee, 101st Cong. 21 (1990); Robert P. O'Quinn, *Averting an Automotive Trade Wreck with Japan*, ASIAN STUD, CENTER BACKGROUND, May 26, 1995, at 2.

（註六二） Hearing Before the Subcommittee on East Asian and Pacific Affairs of the Senate Foreign Relations Committee 108th Cong. (1998).

市場，因為 WTO 並無法律規範私人企業對於會員組織公司進行差別待遇之交易行為。而組織形態內生性的優惠條件又非一般公平交易法所涉及，如果在國際競爭政策上並未賦予一國政府一項客觀標準作為公平交易法之制定與執行的參考，則會員國之間面對貿易逆差的龐大數據則容易產生認知上的差距。這也造成了近年來不論我國或日本在或多或少的程度上致力於消弭貿易障礙，仍然未盡如美國滿意。基於前述的事實背景與法理基礎，可以明瞭美國國會在制定三〇一條款之時，以概括原則指示立法方法賦予美國貿易代表極大之廣泛行政裁量權，當發現對手國貿易政策上有任何“不合理”或“不正當”之行為違反美國商業利益時，即應強制進行報復（註六三）。在理論上，只有貿易力量與市場力量都非常強盛而可以影響世界經濟環境之國家，在立法方法上適合採取極大廣泛行政裁量權處理貿易市場通路問題，並委以貿易報復為後盾。此種理論的實證在貿易爭端談判中一覽無遺，各國常以其貿易之優勢取得對手國的退讓與妥協。烏拉圭回合談判為解決談判地位平等之問題，在 DSU 第二十二條第 2 項規定當事國僅得在 DSB 授權時方可暫停內括協定有關減讓或其他義務對相關會員之適用（註六四）。

二、經營與操縱策略之行銷體系

柯達主張富士公司刻意“形成”一種獨特行銷體系，包括水平式的價格整合、零售及轉售價格之維持、工廠回扣、價格監視系統以及懲罰措施。柯達同時也控訴富士與四家主要的批發商互相勾結以特約店（tokuyakuten）的方式獨家經銷富士產品，成為銷售鍊體系（註六五）。

另一方面日本採取數據指認之策略，回應美國之廣泛性指控。富士公司指出其與柯達公司就出口商而言各自在對方市場擁有百分之十至十一的市場佔有率，日本更強調以柯達公司在日本的市場佔有率而言，已經是日本消費者心目中的國家級製

（註六三） Jean Heilman Grier, *The Use of Section 301 to Open Japanese Markets to foreign firms*, 17 N. C. J. INT'L L. & COM.REG, 1, 2 (1992).

（註六四） Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, 54-76 (1997).

（註六五） 特約店（tokuyakuten）在法律上是一種代理契約，其意味著大盤批發商與製造商在經銷上有獨家的安排，在本案之四家相關批發商公司為朝沼、木尾村、三鈴以及御宮。Privatizing Protection: Japanese Market Barriers in Consumer Photographic Film and consumer Photographic Paper, prepared by Dewey Ballantine for Eastman Kodak Co., May 1995, at 16-75 (arguing in support of Kodak's petition filed pursuant to Section 301 of the Trade Act of 1974, as amended).

造商了，同樣地兩家公司在其本國的市場佔有率約百分之七十。富士公司辯稱特約店的行銷模式自其公司成立之初即已進行，藉以拉攏客戶間之關係與信任，並非以之排擠對手競爭或為建立高度排他性之行銷系統而設計（註六六）；柯達則將焦點集中在日本以通產省（MITI）為代表的政府，力行前述政府與產業共同合作之市場架構政策，因此，美國軟片進入市場之阻礙不在於市場競爭力量之自然結果，而是日本政府刻意操縱下的產物。關於此項論點，日本則強調其本國已設有公平交易委員會，為一獨立之行政機關，兼具準立法及準司法之權能，可以獨立執行其內國之反獨占法，根據該法日本之公平會每年必須向國會報告其執行反獨占法之成效，以符合該法之立法目的（註六七）。

綜觀本案的論點，柯達的重點在於強調其無法成功地在日本市場建立行銷通路系統，是日本政府消極放任以及政策指導富士公司反競爭活動的結果。而富士則在在地主張其日本市場之主導地位，係由於“正常市場”經營力量驅使之使然，並非操縱獨家經銷權或強迫單一品牌銷售之手段所產生。富士更指出：柯達在策略上也以併購批發商之方式建立自己的行銷體系，故而私人事業競爭策略之應用應屬於國內公平交易法審查之範圍，而非國際貿易法爭端解決訴求之對象。

肆、GATT 非違反條款之創造性模糊

雖然 GATT 或 WTO 條款本身並未闡述反競爭政策或措施的問題，但是 GATT 第二十三條第一項（b）的規定：當締約國因特殊的條件原因發生使其依協定中“直接或間接可得之利益已被取消或受損，或本協定任何目標之達成”，則該締約國為謀問題之圓滿解決，得向其他締約國或其認為有關之各締約國提出書面意見及建議，其相對締約國應對之予以合情慎重之考慮（註六八）。

（註六六） 富士在答辯書中亦指責柯達在早先美日政府之結構障礙會議（Structural Impediments Initiative）談判時，並未事先與其政府提起行銷結構之議題探討，實有違貿易談判之誠信原則。*Japan-Measures Affecting consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, at 48-64.

（註六七） See HIROSHI IYORI & AKINORI UESUGI, *THE ANTIMONOPOLY LAWS OF JAPAN* 121 (1983).

（註六八） See Agreement Establishing the World Trade Organization, Final Act embodying the Results of the Uruguay Rounds of Multilateral Trade Negotiations, I. L. M. 1140, 1144, 1183 (Apr. 15, 1994) [hereinafter GATT 1994].
GATT 1994 Article XX III provides: 1.If any contracting party should consider that any

GATT 爭端解決案件大部分是處理違反條文之政策與措施。在柯達案發生之前，WTO 爭端解決小組根據非違反條款 GATT 第二十三條第一項 (b) 判決所採行之案件僅有六件 (註六九)，但是要求處理非違反性爭端的議題仍然不時有呼聲出現。就 WTO 及 GATT 的法律屬性而言，既非傳統國際公法基本原則範疇涉及之範圍，又加上烏拉圭回合之談判亦未針對脫離此一原則之結果有一套詳整的法律解釋，因此 WTO 法律的困境是必須在法律體系之預測價值以及其合理期待的保護當中找出一平衡點，以做為論法之依據。WTO 爭端解決機制所採取之政策是延續 GATT 條文之基本原則，馬爾喀什設立世界貿易組織協定第 XVI 條規定：“除非協定中另有規定，WTO 應遵循 GATT 1947 締約全體會員大會及其架構下所設各機構之決議、程序及慣例”。本條文之規範，實係為確保過去 GATT 時代小組報告以及建議通過之法律重要意義，並且提昇法律明確界線之預測可能性。故此在引用非違反條款審理各國競爭政策及實施之案件時，應特別從過去的小組報告之解釋來定義 GATT 二十三條中“取銷”和“損害”以及“利益”，方能確保會員國簽署協定的合理期待與保護原則之落實。

一、合理期待之利益要件

構成非違反條款之表面證據 (prima facie) 案件和其他違反性的案件之間最大的差異，在於非違反條款的訴訟在內質上是例外性，故而控訴國無須指認任何一條 WTO 或 GATT 之特定條文已被違反，僅需在 GATT 二十三條之構成要件中“取銷”和“損害”以及“利益”所能夠被滿足的客觀解釋。誠如專家小組在 *EEC-*

benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this agreement, or

(b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or

(c) the existence of any other situation,

the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

(註六九) 這六個案件分別是 the Australian Ammonium Sulphate 案(1950)、the German Imports of Sardines 案(1952)、Uruguayan Recourse 案(1962)、Japan-Semi-conductors 案(1988)、Oilseeds 案(1990)以及 US-Agriculture Waiver 案(1990), See John H. Jackson et al., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 362 (3rd ed. 1995).

Oilseeds 案件中所解釋：“第二十三條 1 (b) 之中心觀念是「相信」藉由關稅減讓以合理地期待 (legitimate expectation) 競爭機會之改善的理念，非但可能由於協定所禁止的措施加以破壞，符合協定之措施亦有可能破壞該理念。為鼓勵締約國作出關稅減讓，因此當互惠性之關稅減讓之利益被另外一個締約國執行一項合法或非法措施所破壞時，協定應賦予當事國一項救濟之權利 (註七〇)。”就利益要件而言，只要它是合理正當的，在引用第二十三條 1 (b) 之時，並不需要直接性存在。在解釋上，非直接利益亦受到本條款之保護，其背後的法理乃在於英美法中信賴利益之本身價值，因而具備利益補償代替性 (*quid pro quo*)，也就是說當事國與對手國之間在 GATT 之體制下，彼此之間有著期待利益以及給予利益之交換價值。因此，在過去 GATT 時代，爭端解決小組對於利益要件之解釋常採取限縮方法。如此一來，GATT 專家小組所能認可之利益，學說上認係應屬於以期待關稅減讓之協商交換市場進入之相關利益 (註七一)，此一學說在 *Oilseeds* 案件中與專家小組之意見相呼應。他們認為締約國進行關稅減讓協商主要是為獲得進入市場的利益，而關稅減讓之主要價值便在於藉由改善價格競爭之優勢，以便提供一項有利市場進入之保證，是故法律必須建立在假設各國進行關稅協商逕為期待關稅減讓後的市場價格效率將不會被系統性地抵銷之基礎上。如果不在此種情況下給予締約國一項補償 (redress) 權，他們將不願作出關稅減讓的承諾，則 GATT/WTO 也將失去多邊貿易協商之集合法律架構的意義了 (註七二)。

在 GATT 的法理學中，大部份非違反條款案件都是處理符合 GATT 規定之對國內生產者補貼的問題，此類問題多係由於對某項產品給予關稅減讓之後，政府又以合法補貼措施改變生產競爭之結構所產生 (註七三)。而柯達案之特色乃在於討論會員國可否適當引用第二十三條 1 (b) 之救濟在其他政府行為上；尤其政府雖未藉由財務上的幫助，但有計劃地加強某種產業或特定的行銷系統，以改進產業競爭力時，第二十三條 1 (b) 是否有權審查該項政府競爭政策或措施，是法律上的

(註七〇) *EEC-Oilseeds*, BISD 37S/86, 128-129, para.144. (adopted on 25 January 1990).

(註七一) See E. U. Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948*, 31 *Common Market L. Rev.* 1230 (1994).

(註七二) *EEC-Oilseeds*, *supra* note 70, para.148.

(註七三) See *Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, BISD II/188; Working Party Report on Other Barriers to Trade, (adopted on 3 March 1955), BISD 3S/222, 224, para.13; Report on Operation of the Provisions of Article XVI, (adopted on 21 November 1961, BISD 10S/201,209, para. 28; *EEC-Canned Fruit*, GATT Doc. L/5778 (unadopted).

新議題（註七四）。本案專家小組採肯定說，其理由在於關稅協商結果之市場效率原是各國締約之期待，而援助是否為財務性地或非財務性的、直接或非直接的，其結果皆有可能抵銷原本協商期待之效益；因此，一個會員國的產業政策為達成某一部門增加效率之目標，在某些情況下，雖未違反其協定之義務，但足以破壞國產與進口產品之競爭關係，則第二十三條 1 (b) 可以給予進口國一項正當的訴訟事由。根據此理由，在行銷系統的案件上，政府措施之本身在沒有違反 GATT 規定時，也有可能在執行的方式上導致進口產品之市場條件失衡，而因是項行為利益被取銷或損害之國家便得以主張第二十三條 1 (b) 之救濟以維護其權益（註七五）。

二、政府措施定義之理論根據

除此之外，GATT 第二十三條 1 (b) 在柯達案也面對一項問題，構成要件中，所謂“任何措施之施行”該如何認定？在解釋上只有可歸因於政府之措施（measures）與施行（application），在因果關係上造成其他締約國協定中之利益被取銷或損害方與本條文之構成該當。日本政府之相關立法以及執行是否可解為符合構成要件之措施，美國所引述與定義之措施，在認定上有歷史時間性的困難。換言之，日本軟片市場之競爭結構的形成究係文化組織之使然，抑或日本政府政策維持執行之成效？必須在討論中加以釐清。

GATT 第二十三條 1 (b) 關於措施之當然解釋包括政府所制定之法律或規章（註七六），但在柯達案中專家小組採廣義說，認為措施之字面意義應包含其他法律上可執行之條例以及政府作為（註七七），因此，審酌措施之定義時，應擴及相關具立法性政策之制定以及達成某種施政目標之特定作為。然而有趣的是：在此定義下，諸如政府官方的言論與說明，是否落入立法性政策制定的意義便值得思考；甚或政府機關所委託之民間學術研究執告成果可否解釋成屬於達成某種施政目標之特定作為，亦值得學者玩味。本文認為應就個案之政府參與的程度來加以認定，亦即以政府之約束力是否在民間事業活動上產生一定之效果而定，若單純地以官方之

（註七四） See *Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, 382.

（註七五） *Id.* 專家小組同時也強調關稅減讓之協商不可視為創造貿易量之保證，而只能解釋為創造正常貿易競爭關係之期待。

（註七六） See C. O'Neal Taylor, *The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System*, 30 VAND. J. TRANSNAT'L L. 209, 220 (1997)

（註七七） *Japan-Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, 383 (citing Concise Oxford Dictionary (Ninth Edition 1995)).

說明或委託研究計劃之事實，實難概以論定為政府措施（註七八）。在 *Japan-Semiconductors*（註七九）案件中，就曾經論及試圖將行政指導之特定例子列入一般政府措施範疇是不具實證價值的，反而當行政指導設立獎勵或阻礙大部份必須依賴政府作為以為民間依循方式時，此種行政指導可以被認為是一項政府措施，且此措施亦不以強制性為必要。因此行政指導之施行方式便在措施之介定上扮演一個重要的角色（註八〇）。在 *Japan Agricultural Products*（註八一）案件，專家小組認為有鑑於行政指導一直是傳統日本政府貫徹政策之重要工具，並且此種政策常建立在民間共識與同業壓力之基礎上，因此，缺乏透明性之行政指導是否屬於政府措施亦可從其所產生之效力來加以判斷（註八二）。總之，第二十三條 1（b）中之措施應著重分析在政府所採用的作為以及其對私人團體所產生的效果，加以詳細討論強制性之約束力是否在實質上已經形成，如果結論是肯定的，則該項行政指導應可解釋為本條文中之措施意義。

伍、行銷通路利益之取銷或損害： 兼論因果關係

儘管在柯達案中，專家小組認為採廣義解釋，可以將美國所主張的各項相關日本競爭法律與規章涵蓋在 GATT 第二十三條 1（b）之措施意義裡，但是引用該條文之國家，仍須對措施之施行與利益的取銷或損害間之因果關係負舉證責任。換言之，主張受害之國家必須能夠證明其產品在關稅減讓後之相對市場進入利益，已為某項措施實施的結果所阻礙，進而影響其競爭之地位，且該項措施並不在受害國合理的預期下施行（註八三）。就取銷或損害之法律定義而言，GATT 專家小組在許多的案件當中，都以擾亂國內與進口產品之競爭關係作為等量齊觀之解釋。例如前

（註七八） 此種為國際法實證分析主義學者所採，See CHRISTOPHER R. ROSSI, *EQUITY AND INTERNATIONAL LAW* (1993).

（註七九） *Japan-Trade in Semi-Conductors*, BISD 35S/116 (1989),

（註八〇） *Id.* at 155.

（註八一） *Japan-Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products*, BISD 35S/163, 242 (adopted on 22 March 1998).

（註八二） *Id.*

（註八三） See E.-U. Petermann *supra* note 64, at 162-63.

述之 *EEC-Oilseeds* 案件，專家小組在裁判書中就認定系爭之政府補貼已然損害關稅減讓之利益，蓋由於國內與進口產品之競爭關係為是項政府措施所擾亂，而並非由於任何貿易流動之效果（註八四）。同樣的法律用語亦分別在 *Australian Subsidy*（註八五）案件與 *Germany-Sardines*（註八六）案件出現過，因此由於第二十三條 1（b）之引用是在特殊情況下之主張，其所關注的取銷或損害之情況應解為由於不可預期的競爭狀況之改變，導致一項關稅減讓之利益在實際上（*de facto*）已被撤銷（註八七）。

同時，在政府措施之實施與締約利益或損害之因果關係建立上，就第二十三條 1（b）之過去案例歷史中欲尋求一項一致性的理論實屬不易，同時在認定事實與事實之間的貿易因果亦有其一定的複雜度。從而，就曾經涉及非違反條款之案件中，可以發現有幾個控訴國均在因果關係的認定上無法提供一套完整正當的理由支持其主張。而是類問題之關鍵便在於因果關係證據的欠缺（註八八）。在柯達案中，美國所控訴的事實是日本軟片傳統行銷通路之結構，所造成其進口產品利益之違反或取銷，在其事實的舉證上，是由零零總總的措施、政策、法律、令函以及公平競爭法規等所複合集結的效果所產生之利益損害（註八九）。因此，對於事業公平競爭活動及相關法律制定問題上有關因果關係之探討，便更須格外謹慎以求客觀適切。柯達案的專家小組首次對因果關係認定之學說表達見解：第一、在眾多因果關係的學說上，因果關係關連的程度問題採取“*but for*”法則，意即若非該項貿易政策措

（註八四） BIDS 39S/91, 114-15, para. 77.

（註八五） BIDS II/188 (adopted 3 March 1955). 當時的工作團報告書中，言及如果智利政府無法合理地預期澳洲撤銷戰時對 sodium nitrate 的補貼，同時又維持著對於 ammonium sulphate 之補貼造成兩產品之競爭關係被對手國的措施所擾亂，則其可引用非違反條款。

（註八六） *Treatment by Germany of Import of Sardines*, BIDS 1S/53,59 (1953).

（註八七） Commission of the European Communities, Note for the File on “The Conception of Non-Violation Nullification or Impairment of Benefits under Article XXIII:1b” 5 (1989).

（註八八） *Uruguayan Recourse*, BIDS 11s/95, 100, para. 15; *Japan-Semi-conductors*, BIDS 35S/116, para. 131; *US-Agricultural Waiver*, BIDS 37S/228, 261-62, paras. 5.20-5.23.

（註八九） 在行銷通路部分，美國所舉證的措施包括：(1)1967 Cabinet Decision; (2)1967 JFTC Notification 17 on premiums to business; (3)1968 Sixth Interim Report on Distribution Modernization Outlook and Issues; (4)1969 seventh Interim Report on Systemization of Distribution Activities; (5)1969 Survey Report regarding Transaction Terms; (6)1970 Guidelines for Rationalizing Terms of Trade for Photographic Film; (7)1971 Basic Plan for the Systemization of Distribution; and (8)1975 Manual for Systemization of Distribution by Industry: Camera and Film.; 美國亦辯稱日本藉由獎勵金法（Premiums Law）及反獨佔法（Antimonopoly Law）之規定實施反制進口之措施；此外，美國亦主張日本制定之大型零售商店法（Large Scale Retail Stores Law of 1 March 1974）限制了進口軟片其他行銷通路之成長從而取銷或損害美國的利益。See *Japan-Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, p. 396-462.

施，則受害國亦不會遭受到利益上之損害。“but for”法則源自於英美法中之侵權行為理論，用以認定加害人之過失行為是否為造成受害人損害之事實原因，如果不是由於加害人之過失行為則損害必不會發生。但是大部分英美法之現代學者及法院已經不採取此種理論，因為在單一原因之損害認定上，此一法則尚不致於產生問題，但在多數獨立原因加害所造成的損害結果則有些困難（註九〇）。因此，美國建議爭端解決小組應該採原因主義，認為凡足以引起損害之結果者即為責任發生的原因，其概念是採用公平責任者依原因主義以解釋責任發生的依據（註九一）。而爭端解決小組則是認為其所採取的理論可以建立在“but for or less”的基礎上，經修正後的理論適用之結果，在解釋上日本仍應就政府措施所造成的結果負責。相反地，私人經濟活動者所造成的限制競爭行為則不應由政府所負責，而因果關係的建立必須在此兩點之間找尋其平衡點。第二、檢視因果關係必須衡酌一項措施的原始中立性，以及取銷或損害之關連度。就此問題，爭端解決小組認為 GATT/WTO 的關注焦點是在於確保各國間進口產品競爭機會之效率均等，而非競爭條件之平等（註九二）。因此在因果關係的認定上，第二十三條 1 (b) 應確定是否國內與外國產品既存之相對競爭條件，已由關稅減讓的結果所攪亂。第三、因果關係之要件應該討論主觀意圖之關連性 (relevance of intent)，由於各國所施行的措施其背後的目的或動機不一定是為進出口問題或國際貿易事務，因此，第二十三條 1 (b) 在法理上並不要求控訴國舉證證明採用系爭措施的政府有取銷或損害對手國利益之意圖（註九三）。但是另一方面而言，爭端解決規則與程序瞭解書第三條第二項，規定爭端解決機制之目的是在“維護其於內括協定下之權利義務，並依國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定”。而國際公法之解釋慣例要求客觀誠信之解釋原則（註九四），所以實難謂政府之意圖與因果關係之建立毫不相干。此一見解在柯達案中爭端解決小組也在報告書中特別說明：“如果一項措施在表面上對於國內及進口產品之影響具有原始中立性，但是若可以證明其有意限制進口”，則小組可能傾

（註九〇） See MARC A. FRANKLIN & ROBERT L. RABIN, *TORT LAW AND ALTERNATIVES*, 219-222 (1997).

（註九一） 見岡松參太郎，「無過失損害賠償責任論」，（1969）。

（註九二） 從 WTO/GATT 之案例發展並可得知最惠國待遇原則與國民待遇原則所要求的不歧視原則是質的平等問題，而非量的平等問題。See Panel reports on United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930 (“US-Section 337”), BISD 36S/345, paras. 5.11, (adopted on 7 November 1989).

（註九三） See Bernard M. Hoekmann and Petros C. Mavroidis, “Competition, Competition Policy and the GATT,” 141-50 (*World Economy*, 1994).

（註九四） BISD 35S/153-155.

向於認定因果關係的存在（註九五）。可見此一法律法問題的重點仍應在於特定的措施是否在事實上已經取銷或損害符合第二十三條 1 (b) 之利益。最後，無可避免的在貿易與競爭政策法律問題分析上，仍面臨一項困難問題即一國被列舉的多項措施在本條文因果關係之認定上，予以同時討論時可以到達何種界限？美國在柯達案訴之聲明中主張因果關係之建立可以採合併效果（Combination effects），多項法律形成整組效果造成反制作用影響行銷結構競爭之事實，也在二十三條 1 (b) 之意義內（註九六）。日本則堅持認為二十三條所言之因果關係是不包含集合式措施之合併效果，應該是要採取各別措施之審查方式，加以認定其餘利益損害兼因果關係（註九七）。細論此兩種學說，以當今全球貿易環境與市場競爭關係之複雜程度觀之，似乎美國所提之合併效果理論較具法學上之時代意義。蓋因將政府措施獨立隔絕分析時，在邏輯上是有可能對於一個市場的競爭條件，僅造成若干有限的影響而已。而當是項措施與其他套組措施合併配搭之結果，其所形成之影響力以及對市場的衝擊，將可能有顯著的不同（註九八）。從而爭端解決小組認為理論辯證的邏輯固然不可忽視，但是評估合併措施中所造成的市場技術問題，亦是非常敏感。如果接受合併效果理論的話，本文認為在因果關係認定的方法上必須非常小心謹慎，不但需要專家知識的證明，也必須同時從市場環境中抽絲剝繭，以免日後有被濫用的危險。

陸、全球競爭政策規範之調和理論： 代結論

從純粹的競爭環境問題到政府政策措施之影響加以狹隘的區分，以爭端解決機

（註九五） See *Japan- Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, at 396.

（註九六） See generally *Japanese Barriers on Imported Photographic Film and Paper: An Overview and Summary of the United States Submission to the WTO Dispute Settlement Panel*, (Feb. 21, 1997).

（註九七） *International Trade: Japan Fair Trade Commission to Probe Japanese Photo Film Markets Soon*, Daily Executive Rep. (BNA), (Feb. 22, 1996).

（註九八） Eleanor M. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, 91 Am. J. Int'l L. 1, 13 (1997). 渠認為在國際競爭法上，四種基本市場進入的方法，法律集合的措施所造成的競爭困境最難突破。

制審查 WTO 會員國之國內競爭規範，原不是一件容易的工作，WTO/GATT 的相關法律之間並未明文規範全球公平交易法的問題，儘管學者有眾多的呼聲，認為國際間應該要建立一套國際公平交易法，以規範國際貿易活動和市場進入問題（註九九），但是在下一世紀開始之際，這會不會是一場不可能的夢，仍有待國際協商繼續實踐它（註一〇〇）。以 WTO 爭端解決機制審查各國競爭政策和措施，維護會員國協定中之利益，固然有其法律的根據與意義，但就國際公平交易法之需求而言，爭端解決機制並不能解決國際間因內地法規、政治問題以及文化差異所形成的歷史性市場結構問題，柯達案在美國控訴失敗之後，並未提起上訴審查，也只好推斷其寄望日後在 WTO 體制內可以建立發展另一套有效的國際競爭規範，以解決前述問題（註一〇一）。但是在理論上，或有學者提出一套國際公平交易法可以有效的解決諸如壟斷以限制競爭等問題（註一〇二），但無可諱言的，在執行上，產生許多的缺點造成整部法典的失效。首先，即便許多國家可能同意國際公平交易法之目的，但是在建構法律條文以協定的方式加以完成，在文字用語上恐怕難有共識（註一〇三）；再者，即便各國克服了技術性問題與法律意識形態的差異，而發展出一套國際公平交易法，但是在解釋法律時，難保審查機構會根據維也納公約第三十一條第一項之誠信解釋原則以符合條約原意及目的（註一〇四）。國際公平交易之問題是建立在全球單一市場之競爭條件下，其背後有著強大的國家利益與經濟利益之存在，會員國彼此間的利益與私有企業之利益亦不盡相同，職是之故，以地球村之理想觀

（註九九） See Spencer Weber Waller, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, 77 B. U. L. Rev. 343, 346 (1997).

（註一〇〇） Diane P. Wood, *The Impossible Dream: Real International Antitrust*, 1992 U. Chi. Legal F. 277, 290 (1992).

（註一〇一） 美國聯邦貿易委員會與日本公正取引委員會於 1999 年 10 月 7 日簽署反托拉斯合作協定。該合作協定計 13 條條文，涵蓋反托拉斯實際執行面上之各項問題，包括：合作之重要性（Agreement on the Importance of Cooperation）、執法之通知（Notification of Enforcement Activities）、執法合作及協調（Enforcement Cooperation and Coordination）等等。See Internet Address: <http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/3740.htm>.

（註一〇二） See Waller, *supra* note 99, at 347; International Antitrust Code Working Group, Draft International Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement, July 10, 1993, reprinted in 65 *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1628*, at S-1 (Aug. 19, 1993).

（註一〇三） See *Toward World Antitrust and Market Access*, *supra* note 98, at 16.

（註一〇四） Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (entered into force 27 January 1980). The Convention also allows for taking into account: “(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty...; (c) any relevant rules of international law application in the relations between the parties”. Id. Art.31 (1).

制定之國際公平交易法，將難以服務會員國之個別利益。

對於公平競爭問題，除了以國際立法之方式進行規範管理外，實則在學者中亦有提倡以調和方法論（Harmonization Approach）來解決競爭上之行銷通路問題（註一〇五）。根據此種方法，在現代資訊的快速流通、對話頻繁以及各種有組織的工作會議中，皆可用以調和各國內地的公平交易法使其趨於一致（註一〇六）。而各國在共識中依據國家主權，修訂自己的公平交易相關法律及規定，也使得各國在從事貿易活動時，對於實體程序以及執行之各項原則有遵循之方向。質言之，此種調和方法之理論目的亦是要解決國際企業活動之競爭問題，如果國際間未能提供一個有效的機制來解決爭端問題，則法律的約束力亦將流於形式，就如同回到 GATT 時代，大會無法執行專家小組所作出來之裁判一樣。因此，調和各國競爭法之目標雖然令人讚許，但是就解決國際行銷通路之競爭關係而言，此一理論仍無法完全解決問題。

當我們回到現行國際貿易之競爭問題時，很明顯的，獨立主權國家的競爭法律雖然各自存在，如其執行上無法落實現代自由競爭精神時，則國際間實有必要提供一個有效的機制來解決此類爭端（註一〇七）。世界各國都已投入難以估計的金錢、人力與精神在 GATT/WTO 的談判桌與會議議程中，若獨立於 WTO 架構外單獨建立一套國際公平交易規範，恐將曠日費時、緩不濟急。本文建議將 WTO 爭端解決機制之功能改進，可解決前述國際競爭規範的問題。雖然現今 WTO 仍有許多未竟之事，諸如環保、勞工及農業等問題，但畢竟 WTO 爭端解決機制實行以來，也應許了會員國貿易協商之利益（註一〇八）。歐盟和日本相關之公平交易法學者對於 WTO 爭端解決機制如能更深入涉略國際貿易之各項競爭問題，皆持肯定態度（註一〇九）。因此，加強爭端解決機制的功能，可實現調和國際競爭政策及規範，而有效的防範未來國際公平交易爭端，則 WTO 在下一世紀將是人類經濟活動的福祉、全球事業經營的祝福。

（註一〇五） Kathleen Luz, *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System*, 32 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ., 155, 174 (1999).

（註一〇六） *Toward World Antitrust and Market Access*, supra note 98, at 13, 17.

（註一〇七） *Editorial, Dream of Global Free Trade May Be Possible After All*, FIN. POST, at 20 (Dec. 17, 1996).

（註一〇八） See generally Terence P. Stewart & Mara M. Burr, *The WTO's First Two and a Half Years of Dispute Resolution*, 23 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 481 (1998).

（註一〇九） Dominic Bencivenga, *International Antitrust: Nations Respond to 'Greater Need for Cooperation*, N.Y.L.J., at 5 (Oct. 23, 1997).