

臺大WTO中心叢書04

WTO下 公共道德及公共秩序例外 ——共通標準之建立

翁乃方 著



元照

臺大 WTO 中心叢書系列 4

WTO下公共道德及 公共秩序例外 共通標準之建立

翁乃方 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

WTO下公共道德及公共秩序例外：共通標準之建立／
翁乃方著. -- 初版. -- 臺北市：元照, 2013.05
面：公分. -- (臺大 WTO 中心叢書系列；4)
ISBN 978-986-255-284-1 (平裝)

1.自由貿易 2.全球倫理

558.15

102001549

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

WTO下公共道德及 公共秩序例外 共通標準之建立

5D262RA

2013 年 5 月 初版第 1 刷

作 者	翁乃方
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 350 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-284-1

序 文

現今國際貿易活動頻繁，不論是一國的貿易政策走向或是經貿措施，都受到貿易夥伴國內措施影響。自由貿易氛圍甚濃的當下，一國如何在自由貿易的要求下，仍保有進口及出口措施的自主決定權，考驗著各國的智慧；相對地，不論國際貿易組織如何規制會員，一旦面臨各國涉及傳統、道德等議題限制時，各國採取主觀認定標準，傾向以維護公共道德或公共秩序之理由正當化其限制措施。此時，國際貿易組織之爭端解決機構應如何做出道德或秩序之範圍限制及認定？若放任各國在主張公共道德或公共例外時，可無所限制及範圍的加以主張，將導致無形的貿易壁壘再生，也將使全球貿易自由化成為空談。因此，是否應放寬公共道德及公共秩序的認定而利用該等貿易限制措施來達到保護目的即成為核心問題。

如何適度主張及檢驗公共道德及公共秩序例外即為本書所欲探討的主題。本書將由公共道德及公共秩序個別之解釋切入、經由WTO之解釋及案件適用、各國對於該例外主張之態度，最後探討公共道德及公共秩序例外主張時可能產生之問題，並提出可行主張之範圍及界限，期建立公共道德與公共秩序例外的共通原則及適用上之可主張範圍。

願將此書獻給我的母親及光偉。特別感謝台大法研所羅昌發教授指導，及彭心儀教授與林彩瑜教授之修正建議，及元照出版公司的同仁對於本書所給予的所有協助。本書的疏漏及錯誤，敬祈各界不吝指正。

翁乃方

誌于台北
2013年3月14日

目 錄

序 文

第一章 公共道德及公共秩序之概念及其相互關係

第一節	公共道德及公共秩序定義	2
第一項	文義解釋	3
第二項	公共道德的意義	6
第三項	公共秩序的意義	7
第二節	公共道德／公共秩序之界線	9
第三節	主張例外之目的及效果	13
第四節	兩者相互交錯部分	17
第五節	小 結	19

第二章 公共道德／公共秩序與他項因素之交互作用

第一節	與人權間交互作用	22
第二節	與宗教間交互作用	31
第三節	與文化間交互作用	33
第四節	小 結	37

第三章 WTO體系下公共道德及公共秩序之地位與解釋

第一節	例外條款之法律意義.....	44
第一項	WTO體系下所涉及條文.....	47
第二項	例外條款之解釋方法.....	63
第三項	舉證責任之分配.....	73
第二節	GATT之解釋及檢驗方式.....	75
第一項	GATT之解釋.....	75
第二項	GATT之檢驗方式.....	77
第三節	GATS之解釋及檢驗方法.....	92
第一項	GATS之解釋.....	93
第二項	GATS之檢驗方法.....	95
第四節	GPA之解釋及檢驗方法.....	98
第一項	GPA之解釋.....	98
第二項	GPA之檢驗方法.....	99
第五節	TRIPS協定之解釋及檢驗方法.....	100
第一項	TRIPS協定之解釋.....	101
第二項	TRIPS協定之檢驗方式.....	103
第六節	小結：TRIPS、GATT、GATS、GPA中 公共道德與公共秩序之比較.....	104

第四章 WTO爭端解決有關公共道德與公共秩序之案例

第一節	美國限制進口麥芽酒案.....	108
第一項	本案背景及一般例外條款之主張.....	108
第二項	爭端解決小組裁決.....	108

第二節	中國大陸影音商品銷售案	109
第一項	本案背景及一般例外條款之主張	110
第二項	爭端解決小組裁決	112
第三項	上訴機構裁決	118
第三節	美國禁止提供網路賭博案	123
第一項	本案背景及一般例外條款之主張	123
第二項	爭端解決小組裁決	124
第三項	上訴機構裁決	126
第四節	美國麻州禁止採購緬甸商品案	127
第一項	本案背景及一般例外條款之主張	128
第二項	結 論	129
第五節	小 結	129

第五章 其他區域與國際貿易組織及協定之實踐

第一節	1927年前之國際或區域條約與協定	132
第二節	區域貿易協定實踐及案例	136
第一項	WTO會員簽訂之區域貿易協定	137
第二項	其他大型區域貿易協定	165
第三節	歐洲聯盟之實踐	170
第四節	歐洲人權法院之討論	174
第五節	小 結	175

第六章 各國採取公共道德及公共秩序標準所面臨之問題

第一節	各國主張與WTO法體系之衝突	182
第二節	內國標準存在之原因及推導	184

第三節	以內國觀點及主權觀點為判斷之 缺點及問題.....	189
第一項	「道德或秩序管制」與「單純管制」之分別....	189
第二項	「對公共道德與公共秩序的限制之消除」.....	191
第四節	小 結.....	193

第七章 WTO下公共道德／公共秩序適用 標準之建議

第一節	若干可能的標準及其問題.....	195
第一項	原意主義標準（Originalism）.....	196
第二項	普世價值標準（Universalism）.....	197
第三項	道德多數或多樣化標準（Moral Majority or Multiplicity）.....	198
第四項	單方面標準（Unilateralism）.....	199
第二節	建立共通適用準則之必要性及考量之點.....	200
第一項	管制措施的分類.....	201
第二項	共通適用標準之必要性.....	202
第三項	建立國際共通適用標準考量之點.....	204
第三節	國際共通適用標準應有之內容及界線.....	207
第一項	「公共道德」之內容與界線.....	210
第二項	「公共秩序」之內容與界線.....	213
第四節	小 結.....	214

第八章	結 論.....	217
-----	----------	-----

參考文獻

中文部分.....	223
英文部分.....	225

第一章

公共道德及公共秩序之 概念及其相互關係

法律及政策制定，無論係由自然法衍生而來，或因應當下需要而生，多數法律均隱含維護公共道德及公共秩序等具高度公益性之社會價值。道德與秩序皆屬於不確定之概念，且會因時、因地而有所不同，故若欲以此二概念為立法理由時，該國之禁止或限制措施應力求明確並嚴守法律保留原則。由此可知，若將公共道德及公共秩序明文作為立法理由而為規範，須嚴格限縮道德及秩序管制措施之適用範圍，即以公共道德及公共秩序為管制措施應限縮於「為維護公共道德及公共秩序為必要」。

與內國法中「以公共道德或公共秩序為管制基礎之必要措施」相對者，擴大適用該例外於國際經貿組織中，可轉化為主張「以公共道德或公共秩序作為例外基礎之必要措施」。若以相類似的思維推論，勢將先界定何者屬於此類例外之範疇與主張例外之必要性。此時，公共道德與公共秩序之範疇界定將成為是否可成功主張該例外的第一道關卡，政策實行的政策目的及手段性將成為第二、第三道關卡。在主張以公共道德或公共秩序作為例外上，三者缺一不可。

若欲於國際經貿組織中主張公共道德或公共秩序例外時，考量各國法律、文化與宗教等背景各異。何時需使用公共道德及公共秩序例外條款作為排除國際條約義務或正當化內國法所設之限制時，各國皆採取不同的態度，也造成「一國的例外在他國眼中

成爲貿易障礙」。

因各國對於公共道德或公共秩序的認定標準不一，若未統一出檢驗及認定方法，而放任各國在制定政策使用時，可隨意以各自認定之公共道德與公共秩序作爲政策制定目的，將會大大降低條約履行的可能性，有礙國際間商業交往的穩定和安全，有悖於當今世界政治、經濟一體化的趨勢。因此，公共道德或公共秩序例外條款之適用是否恰當及必要，應受廣泛且足夠的重視。

欲適用此一例外條款的基本前提應對「公共道德」、「公共秩序」這二詞彙有相對且明確的認識和界定，進而避免濫用，達到防止各國任意排除條約適用，並堂而皇之冠以「維護公共道德及公共秩序」的名義。但難題隨即出現，也就是公共道德、公共秩序例外條款中最基本的概念——「公共道德」及「公共秩序」的定義爲何，也決定了該例外是一個彈性的、不斷變化的概念。從來沒有學者或國際爭端解決機構對此做過成功的界定。爲使公共道德及公共秩序例外條款在實踐中有效運行，首先應使公共道德及公共秩序例外條款有確實發揮其意義之必要。本章乃應此兩者之不同，先論述國際社會對於公共道德及公共秩序所作出的詮釋及定義。

第一節 公共道德及公共秩序定義

公共道德或公共秩序之定義，如同人權或文化等概念，本身即存在相當程度地不確定性，除了「公共」本身會造成範圍及數量上的疑慮，「道德」及「秩序」也會因空間及時間的不同而有相當程度的差異。

公共的範疇將決定道德與秩序的主張範圍，也就是多大地域範圍的道德及秩序之集合是我們所欲主張及用作抗辯的理由。換言之，應以多大的範圍方可構成「公共」之要求，範圍爲一國際

組織內部所有會員家所聚集而成的公共？抑或僅須一國領土上之公共？公共的定義範圍仍是未定的爭論。公共形成的意識集合與地方價值的公益範疇如何結合而成爲「公共道德」或「公共秩序」，也將成爲決定此二概念之範圍與界限。

本節先以簡單的字義解釋作爲出發，分別論述「公共」、「道德」、「秩序」三概念。在將其加以組合爲「公共道德」及「公共秩序」，並推演出各詞彙之意義。期藉由詞彙之解釋刻劃出二概念的基本意義。

第一項 文義解釋

將兩概念拆解而由一般解釋出發，擬將「公共」、「道德」、「秩序」三概念分開加以解釋。

依據牛津英語辭典（SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY）之解釋，「公共（public）」意指「屬於一群體或一國之人民或與其息息相關者（of or pertaining to the people as a whole; belonging to, affecting, or concerning the community or nation.）」，更進一步者，乃「可供全體共用、共享之」¹。由以上推導，含有「公共利益」或「公共意識」於眾者，方屬於公共之範疇。若僅少數或特定人所得共有、共享或形成之意識且不具備不特定多數人之共享利益時，將會因不具備不特定多數人之公共利益及公共意識，而排除在「公共」之意義中。

其次，公共道德中所使用的「道德」英文爲「morality」或「morals」。中文將「morality」及「morals」均翻譯爲「道德」，實無法表現兩者之間所存在之些許差異。分別觀之，「morality」一詞，根據牛津字典（OXFORD DICTIONARY）對該字作出之解釋：「關於區分是對錯的行為準則（principles concerning the

¹ SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY 1264 (5th ed. 2002).

distinction between right and wrong or good and bad behavior)」²。美國傳統英語字典（THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE）將之定義為「符合對的標準及好的行為的作為標準（The quality of being in accord with standards of right or good conduct.）」³。

「morals」於牛津字典中將其定義為「行為的準則；對或錯的準則（standards of behaviour; principles of right and wrong）」⁴。美國傳統英語字典定義為「關於行為對錯的準則或狀態（principles or habits with respect to right or wrong conduct.）」⁵。

比較各字典所賦予「道德」的定義，皆將道德定義為行為對錯的標準，而不論是哪一種定義，皆證明道德文義本身之不確定性。若是在爭執例外之排除條約義務的適用上，一般解釋將很難滿足爭執的雙方。若是用中性之標準，則可能等同於沒有邊際的道德主張；若選用正面之標準，則須先定義何謂「正面與反面」行為界限的困境。隨著時代推移，在現代，道德的觀念也不再拘泥於一國或一群體之中，更進一步觀察，道德的概念也受到國際間共識影響而與之結合。如與人之基本權利相結合。若道德或道德觀念排除基本權利的概念時，也可能同時違背了當代的道德意義。

「秩序（order）」一字，早期可追朔至拉丁文「ordene」或「ordin」而來⁶，用以表達「行為準則」的根本。牛津字典定義為

² Oxford Dictionary, available at http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0533780#m_en_gb0533780.

³ THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE (4th ed. 2006), available at <http://www.credoreference.com/entry/hmdictenglang/morality>.

⁴ Oxford Dictionary, available at http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0533710#m_en_gb0533710.

⁵ THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE (4th ed. 2006), available at <http://dictionary.reference.com/browse/morals>.

⁶ BLACK'S LAW DICTIONARY 2015 (8th ed. 2004).

「一國中規範公眾行為之法律或規章且為當局所遵從者 (a state in which the laws and rules regulating public behaviour are observed and authority is obeyed)」⁷。美國傳統英語字典 (THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE) 將「order」定義為「在一群體中的分別要素，以有邏輯或可理解的排列方式呈現的情況 (A condition of logical or comprehensible arrangement among the separate elements of a group)」⁸。現今則多準用為衍生使用「命令與指示」、「規章」、「法官書面指示」⁹等。

由以上可知，對於秩序之解釋均用以表彰一正確行為準則的成文化過程與實現。就廣義觀察，秩序乃與混亂、無序相對，用以表彰自然和社會現象及其發展變化中所產生的規則與條理。從靜態觀之，秩序是指人或物處於一定相對的位置，有條理、有規則、不紊亂，從而表現出整體結構的恆定性、一致性及穩定性，形成統一具條理的整體。就動態而言，秩序是指事物在發展的過程中所表現出來的連續性、反覆性和可預測性。若由法制面加以觀察，則為社會行為準則之成文化，或透過一國立法、司法與行政加以認定正確行為規範的成文化過程與實踐。

如將上述概念加以整合，即可窺見初步之公共道德及公共秩序字典一般解釋的輪廓。「公共道德」為「社會上一般道德通念及理想」；「公共秩序」則為「一社群或一國所制定有關於行為準則之規範」。以下將分別介紹兩概念之意義。

⁷ Oxford Dictionary, available at http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0584850#m_en_gb0584850.006.

⁸ THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE, *supra* note 3, available at <http://www.credoreference.com/entry/hmdictenglang/order>.

⁹ SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY, *supra* note 1, at 1129-30.

第二項 公共道德的意義

「公共道德」為「社會上一般道德通念及理想」¹⁰。公共道德在實踐中將涉及群體利益，也就是行為之準則及是非對錯的認定及標準。

「道德（morality）」乃是「一致公認為正確的行為規則」或是「正直的特徵及表徵」，若是由倫理（ethics）概念出發，則涉及「責任」機制¹¹，指衡量行為正當與否的觀念及標準。社會一般均存在已為社會所公認的道德規範，若細分之，只涉及個人與個人之間、家庭等的私人關係的道德，稱私德；涉及社會、公共部分的道德，則泛稱為公共道德。

除以公私領域而分，道德仍與他項因素相互作用，如道德和文化即有密切關係，在有些時代又打上意識型態的烙印。人類的道德有共通性，不過，不同的時代，不同的社會，有其相異的道德觀念；不同的文化，所重視的道德元素及其優先性、所持的道德標準也經常有所差異。古語云：「性相近，習相遠」，指出同樣一種道德，在不同文化社會背景中的外在表現形式、風俗習慣往往也相去甚遠。

總體而言，普遍認為道德仍凌駕法律之上，道德來源於人類社會發展過程中人文思想的自覺，且實踐中又不可迴避，是一種更高層次的要求。就人文層次而言，無法強要人們都以這種標準來反諸己身。各種地區和宗教中的道德要求又是不一樣的，這種不一致產生了交流上的不便捷。道德是法律最基本法理的來源，但不能完全替代及排除法律的規定適用。可想而知，當一禁止行為之法律經立法機關通過施行後，普遍及客觀地將會認為此舉乃是社會或國家對於對與錯的判斷，也會落入廣義的公共道德定義

¹⁰ *Id.*, at 1030.

¹¹ *Id.*

下。¹²而他國在初步檢視限制及禁令時，若是以道德維護作為理由所訂定之限制或禁令，將會輕易的由他國經該限制及禁令中推導出該國道德規範的雛形。

第三項 公共秩序的意義

「公共秩序」為「一社群或一國所制定有關於行為準則之規範」¹³。「公共秩序」有其特殊的歷史，而該歷史與字源將有助於我們了解該詞彙及適用。「公共秩序」的概念來自於「*ordre public*」，在法國法，被用於主張契約無效或作為判斷與國內法中的基本條款有衝突之交易是否成立的的理由，差別僅在於換了一種說法，即「與公共秩序有違」。「*ordre public*」的概念在民法領域與歐盟法中發展良好，在許多的國際條約中也可窺見其蹤跡。國際條約中，「公共秩序（*public order*）」乃是指內國法律體系之基本價值，而這些價值則包含了道德、經濟與政治。¹⁴

公共秩序的定義問題，在不同的法律領域有不同之意涵。公共秩序概念最早源自羅馬契約法。¹⁵行政法上，公共秩序指的是公共安全、衛生等問題；私法上，指國家公權力或是經濟公共秩

¹² 曾有學者對於利用一般解釋（Ordinary Meaning）作為公共道德定義之弊病。如Feddersen教授主張若依賴公共道德之一般解釋將產生範圍過大且無意義的概括條款產生；Charnovitz教授認為字典定義對於什麼道德會包括在內的問題上幫助並不大。可參閱Steve Charnovitz, *The Morality Exception in Trade Policy*, 38 VA. J. INT'L L. 689, 700 (1997), Christoph T. Feddersen, *Focusing on Substantive Law in International Economic Relation: The Public Morals of GATT Article XX(a) and Conventional Rules of Interpretation*, 7 MINN. J. GLOBAL TRADE 75, 106 (1998).

¹³ SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY, *supra* note 1, at 2016.

¹⁴ 許耀明（2008），〈歐盟國際私法上的公共秩序問題（上）〉，《政大法學評論》，第102期，頁226。

¹⁵ Jacob Dolinger, *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict Law*, 17 TEX. INT'L L. J. 167, 167-69 (1982).

序；而從比較法上觀察，公共秩序（*ordre public*; *d'ordre public*）一詞若以法國法來理解，其原始意義包含了三種概念：一為自然法的體現，「為法國法上基於國際絕對價值所認為的普遍正義原則」，而此為國際公共秩序之概念；二為「法國文明之政治與社會基礎」，此有國內公共秩序之內涵；三為「特定之立法政策」，此亦有國內公共秩序之內涵。但此定義，仍舊充滿了不確定性。¹⁶

雖然公共秩序（*ordre public*）一詞出現在許多的國際條約中，但其精確的內容與適用的界線並沒有在條約中顯現。羅馬條約¹⁷中也包含了「*ordre public*」，但在翻譯成英文時卻選用了「公共政策（*public policy*）」一詞，也顯示出較廣泛適用的野心。相同的詞彙也出現在歐盟指令中，該指令中允許在勞工自由移動、服務自由流通等方面使用該理由而減免該義務，然而，歐洲法院卻在國家提起作為減免義務的正當化事由時，在解釋上作出限制，公共秩序例外主張只可於「對社會基本權利有重大且實質威脅時」方可主張。對照GATS第XIV(a)條註腳五：「公共秩序例外規定之引用，僅得於確實嚴重威脅社會基本利益時為之」，兩者限縮之界線極為相似，似已成為公共秩序定義中之界線及主張要件。然而，「公共秩序」的意義是如此廣泛，何種程度會達到「嚴重威脅社會基本利益」，仍須靠個案認定或參考相似情形的國際實踐進行判斷。

¹⁶ 許耀明，前揭註14，頁231。

¹⁷ Treaty Establishing the European Community, art. 36, Mar. 25, 1957, [hereinafter Treaty of Rome].