

**FCTC**世界卫生组织
烟草控制框架公约

缔约方会议

烟草制品非法贸易议定书
政府间谈判机构

第三次会议

瑞士日内瓦，2009年6月28–7月5日
临时议程项目 4FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./4
2009年5月7日

烟草制品非法贸易议定书主席修订文本和一般性辩论

有关可能禁止因特网销售烟草制品的专家审查情况

秘书处的说明

1. 政府间谈判机构第二次会议（2008年10月20-25日，日内瓦）要求主席和公约秘书处做出安排，对主席文本中的多项内容组织专家进行审查。
2. 遵照这项要求，公约秘书处与主席磋商，考虑确定了起草技术性文件的相关领域专家。所有的专家文件都进行过广泛的同行评议，在一种情况下还召开了专家会议。
3. 在2009年2月5日举行的会议上，政府间谈判机构主席团审查了在筹备专家审查方面取得的进展。
4. 在可能禁止因特网销售烟草制品所带来的法律后果（根据政府间谈判机构第二次会议的讨论情况，特别将重点放在国际贸易法方面）方面，专家的审查情况以附件1形式附后。为提供补充情况，在公约秘书处的委托下，对可能涉及因特网销售烟草制品的实体进行了概述（附件2）。一并提交这两次审查的情况，供政府间谈判机构参阅。

附件 1

可能禁止通过因特网销售烟草制品所具有的法律后果

I. 引言

1. 禁止因特网销售烟草制品的目的是防止通过因特网上的开价和支付方式合法及非法销售烟草制品，这类销售不受任何领土的限制。据推测，该措施将包括禁止做广告、向消费者报价销售、由消费者进行订购以及支付购买各类烟草产品。据推测，这一措施将不包括通过常规渠道进行的销售。进一步推测认为，这一禁令将适用于所有销售活动，而无论是外国的还是本国的，并且同等对待世界贸易组织（世贸组织）的成员和非成员。这次审查的重点是零售供应商和消费者之间的电子商业问题。
2. 由世贸组织成员实施的在法律上禁止网上销售烟草产品属于一项特别的政府措施。由于目前尚不了解该措施具有的特征，本次评估活动必然属于一般性质。
3. 这项措施可能会影响到《关税及贸易总协定》(GATT, 1994 年)和《服务贸易总协定》(GATS)。《农业协议》(AoA)、《实施卫生和植物卫生措施协定》(SPS)、《技术性贸易壁垒协定》(TBT)和《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)将不受该措施的影响。世贸组织成员，特别是《世界卫生组织烟草控制框架公约》(FCTC)的非缔约方，可能会依照世贸组织《争端解决规则与程序的谅解》(DSU)对这一措施提出挑战，而无论其是否为《世界卫生组织烟草控制框架公约》和未来议定书的缔约方。
4. 本文不涉及区域和双边贸易协定或有关因联网和通信法律及信息自由和其他有关人权方面的潜在影响。本文也不涉及实施该项禁令所面临的技术性挑战。
5. 本文的重点是《1994 年关贸总协定》和《服务贸易总协定》的相关条款与在因联网上拟禁止销售烟草制品保持一致性的问题。本文使人进一步了解到根据世贸组织规则履行的透明度义务问题，并且设想到设立世界贸易组织的协定中第 IX: 3 和 4 条的豁免义务选项。

II. 《关税及贸易总协定》（GATT, 1994年）

6. 在禁止烟草制品的因特网商业化问题上，与《1994年关贸总协定》的关联之处在于烟草制品属于实物商品¹。这类农产品受到《商品名称及编码协调制度》²协议的约束。

7. 因此，规管与贸易有关的烟草制品时受制于《1994年关贸总协定》和相关文书的规定。禁止通过因特网销售烟草制品可能会对不歧视原则（第 I 条和第 III 条）带来影响，同时可能意味着采取了效果上与数量限制（第 XI 条）类似的措施。如果违反这些原则，这些措施可在一般例外（第 XX 条）项下找到正当理由。

不歧视（第 I 条及第 III 条）

8. 国际贸易体系的基础为两个宪法原则，属于平等待遇或不歧视的表达形式或变换形式：“最惠国待遇”确保成员方对从其它国家进口或出口的产品和来自于世贸组织其他成员的“同类产品”给予同等待遇³；“国民待遇”保证对进口产品给予的优惠待遇不逊于国内产品⁴。

9. 禁止在因特网上销售烟草制品，从其本身的性质上看，必然要适用于来自于任何会员领土的开价，包括会员国之内。允许一些发起者通过因特网面向消费者进行销售，而不允许其他方面这样做，这样一种制度是难以设想的。任何方面的区别对待将会破坏该项措施的目的。事实上，只有当世界上一个特定区域内的国内外发起者都囊括在内时，这项禁令才能产生效果。预计在会员国的因特网国内外销售业务中，不会在因特网运营商之间出现不平等待遇或不利待遇。因此，全面禁止因特网上的销售活动不会影响世贸组织成员所尽的“最惠国待遇”和“国民待遇”义务。对烟草制品的所有因特网销售活动实施禁令，会影响到国内外的产品和供应商，但不会违背《1994年关贸总协定》第 III 条⁵。

¹ 在下述情况下曾经利用《关贸总协定》和世贸组织争端解决机制审议过烟草制品问题：泰国——对卷烟实施进口限制和征收国内税问题，WT/DS10/R-37S/200；多米尼加共和国——影响卷烟进口的措施，WT/DS300 和 DS302；秘鲁——卷烟税（WT/DS227）。

² <http://www.foreign-trade.com/reference/hscodcfm>（2009年1月31日浏览）。

³ 《1994年关贸总协定》第 I.1 条规定了“最惠国”原则，要求对进口或出口贸易产生影响的措施要同样适用于所有成员方的“同类”产品。因此，在采取开放性或者限制性贸易措施方面，世贸组织成员不能对来自于一国的进口或出口商品和来自于另一世贸组织成员方的进口或出口“同类”产品给予区别对待。

⁴ “国民待遇”原则的要求是，特别在国内税和国内规管方面，世贸组织成员方对进口产品给予的优惠待遇不应逊于“同类”国内产品，以避免对国内产品带来保护。《1994年关贸总协定》第 III.4 条适用于除税收之外的规管事宜，并且规定成员方必须制定对国内销售具有影响的法律或规章，对所给予的优惠待遇不应低于源自本国的“同类”产品。

⁵ 正如在泰国卷烟立法问题上由针对泰国的《1990年关贸总协定》专家组做出的决定。参见：专家组报告，泰国——对卷烟实施进口限制和征收国内税问题，WT/DS10/R-37S/200，1990年11月7日通过。

10. 然而，当将因特网销售与常规的商业和销售渠道进行对比时看出，允许面向成人进行常规销售，而一般性禁止因特网销售，将会带来同类产品之间的潜在歧视问题。这种情况不会影响到“最惠国待遇”的原则，因为所有的外国产品将获得同样的待遇；但是，这可能会影响到“国民待遇”，因为可以争辩说，外国产品获得的待遇赶不上国内产品，这就违反了《1994年关贸总协定》第 III: 4 条。

11. 对因特网销售烟草制品实施禁令措施，可能会被视为影响到国内销售、销售开价和此类产品的购买，因为这会减少某国可以出售产品的渠道，也有可能导导致产品销售数量的降低。

12. 因此，问题的关键是，与同类产品的国内常规销售业务相比，这一禁令是否会将外国的因特网业务置于不利地位。《1994年关贸总协定》法律仅仅涉及到产品待遇，而不涉及制造商或销售代理商。作为一家本身专门售卖烟草制品的公司，并不享有《1994年关贸总协定》的平等待遇，但不能认为，传统意义上的公司和出售烟草的因特网公司享有不一样的待遇。《服务贸易总协定》中有关服务提供商的待遇问题，将在下文加以讨论。

13. 在一定程度上，外国的原产产品可以通过常规渠道（商店和其他销路）在不太有利的条件下加以出售，这时外国产品获得的待遇并不逊于通过相同的商业渠道出售的国内产品。如果外国产品的销售主要通过因特网进行，而不是利用常规渠道，那么可能会带来歧视问题。至于具有品牌的原创产品，这种情况不大可能出现。烟草公司通过各种销路出售其产品，而不是仅限于网上销售。这项禁令不会影响到不同产品之间的竞争，因为所有的产品都可以利用常规的商业渠道出售。

14. 如果烟草制品可以通过常规的销路进行销售，而不会因原产地而造成歧视，我们因此认为，对因特网销售实施禁令符合第 III: 4 条的要求。做出的评估取决于所采取措施的背景和个案情况。当禁令对特定的品牌带来很大的行动限制时，可能就违背了第 III: 4 条。但是，全面禁止非法假冒产品并不属于违法情况，这是由于该产品被禁止出售。

贸易方面的数量限制 (第 XI 条)

15. 《1994年关贸总协定》第 XI 条不仅禁止采取正式且明确的数量限制，而且还禁止采取具有类似影响的其他措施。至于禁止在网上销售是否等同于这样一种措施，可以认为，这将对出口和进口带来限制，因为这将防止人们有效地销售和订购产品，防止利用国外具有竞争力的开价和请求。由于《1994年关贸总协定》的第 III:4 条中还包包括销售方式问题，这一措施也可被视为一种限制，与第 XI 条不相符合。由于世贸组织专家组和世贸组织上诉机构并不分析定量贸易流动情况，也不接受轻微的论点，足够的情况表明这一禁令可能会抑制总协定所涵盖的产品的市场准入。

16. 由于第 XI 条和第 III 条的适用是相互排斥的¹，分析工作将侧重于第 XI 条。因此，可以有把握地假定，这一禁令与第 XI 条不相符合，因而将取决于根据第 XX 条的一般例外条款提出理由。

依赖一般例外 (第 XX 条)

17. 总协定和世贸组织法律的目的是提高生活水平和保证充分就业，后者应与可持续发展的目标相称²。世贸组织法律并没有阻止成员寻求实现其他合法性政策目标，第二十条规定的例外情况确定了标准和条件，据此不符合本协定其他规定的具体措施应有正当理由并加以管理。

18. 禁止网上销售似有双重目的。首先，这将使未成年人不可能利用因特网购买烟草，并有利于在常规销售渠道上对未成年人实施获取限制，例如禁止向低于某一年龄段的人员出售烟草和酒精饮料。这一目的与保护公众健康有关。其次，这项禁令将对烟草制品的贩运和假冒带来限制，如香烟，这是一种非法交易最为广泛的产品。该项措施将对知识产权带来保护，特别是商标的非法贸易和假冒。因此，禁令行动将保护人们的生命和健康，并使商标法更为有效。根据《1994 年关贸总协定》第 XX 条，两方面的理由都要得到必要性检验。

(a) 保护人们的生命和健康

19. 以《世界卫生组织烟草控制框架公约》为基础，对因特网上的销售活动予以禁止显然是出于保护人们的生命和健康目的。吸烟对生命和健康带来的影响已得到公认，并在世贸组织的判例³中得到认可。在通过因特网售卖烟草制品——无论是来自实行禁令的国家内部，还是外部——以及越来越多的吸烟者之间存有充分的关联性⁴，从而带来更多的健康问题和人员死亡。

(b) 海关执法和知识产权保护

20. 第 XX (d) 条允许会员国采取措施，其中除其他外，支持海关执法并保护知识产权，除非得到此类措施支持的法律本身与世贸组织的法律不相符合。边境执法措施和知识产权保护均要符合《与贸易有关的知识产权协定》的政策要求。此外，虽然第 XX(d)条没有做出明确规定，但成员方可提出财政方面的理由，这是因为该项措施也有助于打击逃税。有必要在禁止因特网销售与打击假冒、非法贸易或逃税之间充分体现出关联性，同时维持较高的价格，从而减少烟草消费和带来的健康问题。

¹ 专家组报告，*美国——对金枪鱼的进口限制*，GATT 1994, DS21/R-39S/155, 第 5.9 段。

² 国际贸易的逐步自由化和贸易管制是实现序言中所规定目标的主要手段。

³ 专家组报告，*泰国——对卷烟实施进口限制和征收国内税问题*，WT/DS10/R-37S/200。

⁴ 上诉机构报告，*美国——虾*，第 133 段。

(c) 必要性

21. 适用于特定情况而不是所有情况的销售方式禁令是否属于一个必要的、对贸易带来最少限制的手段，以防止未成年人染上烟瘾，这是与禁止网上销售烟草制品相关的主要问题。由于该措施并不排除通过其他方式获得产品，可能提出的反对意见为该项措施不能通过世贸组织法律的必要性检验。

22. 如果某项措施具有以下基本特点，就与第 XX(b)条的必要性检验相符合：(i)它奉行一项特定的目标，旨在提供所确定水准的健康保护；(ii)该措施可有效促进实现所追求的目标；(iii)它是对贸易限制最小的现有措施；(iv)要达到相同的目标，不存在限制性更小、其它方面的现有措施¹。此外，必须指出的是，世贸组织专家组在考虑其健康论点时可以要求世卫组织提供技术意见，特别是有关卷烟的使用和消费带来的影响问题²。

23. 正在审议的措施符合第一项要求，将提供确定水准的健康保护作为具体目标，因为其目的是尤其在青年人当中减少烟草消费及其由烟草引起的死亡和疾病，青年人经常使用因特网并易受到其影响（《1994年关贸总协定》第 XXb 条）。另一个目的是打击非法贸易和逃税，以及实施海关法并保护知识产权（第 XXd 条）。

24. 关键的一点在于，如果没有一种可行的替代办法，以实现带来较少干扰的同样目标，那么采取这项禁令是否属于对贸易限制最少的措施。可以认为，全面禁止因特网销售有些过分，并且应设法找到干扰程度较低的手段来防止未成年人通过因特网实施购买活动，如采用技术手段（访问码）或限制因特网付款（信用卡）。因此有必要表明，这种限制并不具有可行性，因为不可能对未成年人访问帐户的情况进行监测，也不可能对留由成年人使用的密码进行监测。还必须表明，仅限于对未成年人实施禁令不很合适，会对该措施的总体目标带来不利影响。同样，需要有证据表明，这一禁令可有效地打击烟草制品的假冒和非法贩运现象。

¹ 在巴西——翻新轮胎，上诉机构基于以下两项原则做出了必要性分析：世贸组织成员在认为适当的特定范围内有权确定保护水平，以确定(i)某项措施是否对保护健康具有重要性；(ii)该项措施对实现目标所发挥的作用(是否存在“所追求的目标和争论的措施之间的目的和手段方面的真正关系”)。上诉机构认为，“必须在该项措施所发挥的作用及其带来的贸易限制之间进行权衡，并考虑到利益的重要性或者所追求目标的潜在价值”。见：上诉机构报告，巴西——翻新轮胎，WT/DS332 第 210 段。欧共体上诉机构曾达成过类似结论——对石棉和含石棉产品具有影响的措施，WT/DS134/R/AB 第 168 段。

² 在 1990 年 11 月 7 日通过的专家组报告(泰国——对卷烟实施进口限制和征收国内税问题，(WT/DS10/R-37S/200))中，专家组发现，即使采取的这种措施不符合第 III:4 条，“这种不一致情况将被视为不可避免，因而属于第 XX(b)条含义中的必要内容，因为额外的广告经营权将会冒着刺激卷烟需求的风险”。在这种情况下，专家组要求世卫组织提供技术意见，并考虑到卷烟的使用和消费对健康带来的影响，表示：“专家组注意到世卫组织所表达的观点，也就是对卷烟的需求，尤其是年轻人最初存有的卷烟需求，受到卷烟广告带来的影响，因此对广告实施禁令可对这种需求带来限制”（同上，第 78 段）。

25. 有必要进一步表明，要保护未成年人不使用烟草并保护合法贸易，不存在干扰程度更低的任何措施。提出要求的人应说明干扰程度更低的选择方案情况，该方案可实现所确定措施要实现的目标¹。有必要表明，一方面禁止广告和提供信息及教育，另一方面开展边境检查，并检查邮政服务及海关和警察已知的其他方式，无法同样有效地实现这一目标。

26. 在世界贸易组织的有关法律范畴内，这一禁令的首要目标是防止未成年人吸烟，并防止他们绕过常规商业渠道的限制。不对因特网销售实施禁令，这些限制很容易受到损害。

(d) 文始段

27. 禁止因特网销售必须满足第 XX 条文始段的要求。由于从定义角度看，这项措施将会 *普遍适用*，因此它不会造成任意歧视或不合理歧视。这将同样适用于无论何种来源的所有烟草生产商，因此，这不会对外国产品或外国生产商带来歧视，该项措施同样适用于所有国家。措施的实施不会因卖方国家不同而有区别，这是由于执法——国际司法协助除外——仅限于国内销售商和消费者。

28. 可能会提出的问题是，符合第 XX 条所有其他条件的禁令是否会成为一项变相的贸易限制。这一评判标准意味着，该措施的主要目的是为了保护国内常规销路。这种观点必须从动机和效果两方面加以解决。不难证明，这项措施所要实现的是合法性政策目标。从效果的角度来看，就必须证明该禁令不会大幅增加常规渠道的营业额和销售。如果这样的话，禁令的效力将会受到质疑，因为这必须假定，未成年人具有获得烟草的替代途径。获取这一论点方面的证据将会具有裨益。

III. 《服务贸易总协定》(GATS)

29. 销售货物、服务或数码产品是通过因特网进行的“电子商业”的一个组成部分，其中包括通过电子手段²进行生产、分配、营销、销售或交付货物和服务。在世贸组织工作规划范畴内的电子服务交付方面，适用世贸组织规则并没有任何具有约束力的决定。人们普遍认为，这属于《服务贸易总协定》的范围，因为它适用于无论以何种方式交付的所有服务，同时适用于以电子方式进行的销售服务，包括货物的批发或零售。《服务贸易总协定》适用于所有服务，除了那些“通过政府授权提供”的服务³，以及某些明文规定排除在外的部门，特别是班轮运输和空中运输服务。

¹ 上诉机构报告 *巴西——翻新轮胎*，WT/DS332 第 156 段。

² 该术语仅仅在涉及世贸组织工作规划时使用。

³ 这类服务既非通过商业方式，也非通过与其它供应厂商进行竞争而提供，比如社会保障计划和诸如卫生或教育等利用非市场方式提供的其他公共服务。

30. 世贸组织法律体系确认,《服务贸易总协定》从技术上看具有中立性,也就是说,在可能通过技术手段提供某种服务时,该协定不包含任何对技术手段加以区分的规定¹。

《服务贸易总协定》的范围

31. 该协定适用于世贸组织成员采取的、对服务贸易(《服务贸易总协定》第 I:1 条)具有影响的所有措施²。因此,如果该项禁令由世贸组织成员的监管机构施加进来,就可以成为某成员方采取的一项措施。同条规定将“服务的提供”包括生产、分配、营销、销售和提供服务。

32. 根据《服务贸易总协定》第 XVIII 条,各成员采取的、对服务贸易具有影响的措施包括购买、支付或服务使用方面。尚不清楚《服务贸易总协定》适用于货物销售,还是限于严格意义上的服务。在电子商务中难以将两者加以区分,由于在因特网上的商品销售被视为一种具有本身权利的分配服务形式,这种分配服务的功能和模式特点凸显了商业模式和交易对象的独立销售行为。因此,我们得出这样的结论:对烟草制品的销售可能作出的禁令可成为影响服务贸易的一项措施。

33. 通过远距离通信(特别是因特网连接、电信或邮政或投递服务)来销售烟草制品,按照《服务贸易总协定》第 I:2(a) 条就构成了“模式 1”或“跨境”提供服务。因为特别难以区分供应模式 1(跨境)和模式 2(国外消费),但可以认为,因特网销售也构成了模式 2³。烟草的国际电子销售本身与模式 1 和模式 2 相对应,又不可排除模式 3(商业存在)和模式 4(自然人流动)。

34. 依据服务部门分类清单,因特网销售烟草归入分配服务部门之列,其中有 4 类部门分项⁴。如果议定书规定的禁令仅限于零售商在因特网上销售烟草制品(而不是批发商),该禁令将影响到零售服务的部门分项。因此,可能出现违背《服务贸易总协定》的情况主要涉及零售服务部门分项中对模式 1 做出承诺的成员,这些承诺无论是提供完全市场准入(在附表各栏上写“无”)或者施加某些限制,但不完全限制市场的准入。一些有明确承诺的成员对其承诺所涵盖的零售服务范围做出了界定,排除了敏感产品或受控产品,而另一些成员则没有做出任何界定。如果属于后者的成员禁止因特网销售烟草制品,他们可能会违反《服务贸易总协定》的具体承诺,特别是市场

¹ 《服务贸易总协定》义无反顾地适用于美国——赌博案件中的电子商务,证实了应用到跨境电子商务提供方面。参见:专家组报告,美国——对赌博和博彩服务的跨境提供具有影响的措施(以下简称美国——赌博,WT/DS285/R,截至 2004 年 11 月 10 日)。

² 《服务贸易总协定》将“措施”定义为成员方采取的、无论其形式为法律、法规、规则、程序、决定、行政行为或任何其他形式(第二十八条(b)项)的任何措施。

³ 参见服务贸易理事会于 1999 年 7 月 19 日通过的进展报告,内容涉及电子商务工作规划,可见于 <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/S/L/74.DOC> (最近一次浏览时间为 2009 年 1 月 24 日)。

⁴ 服务部门分类清单(MTN.GNS/W/120)在乌拉圭回合谈判时拟出,且大都与联合国临时中央产品分类为基础。该清单将分销部门界定为四类主要服务:佣金代理服务、批发销售服务、零售服务及特许经营服务。

准入的义务。根据《服务贸易总协定》第 XVI 条，在具有市场准入承诺的部门，成员不得保持所列的任何数量限制，除非在其附表中另有说明¹。

35. 此外，按照技术中立原则，每当有成员承诺实行完全市场准入，禁止任何一种交付方式都意味着对每类供应模式的市场准入造成限制。不论是否有可能通过其他方式提供服务，对于在相关服务部门做出了完全市场承诺的成员而言，禁止因特网销售就违反了第 XVI 条²。

36. 假如这一禁令适用于国内和国外供应商，即使违反了国民待遇的义务，似乎不会成为一个问题。然而，有可能存在事实上的侵犯情况，这取决于如何对待国内供应商，特别是通过常规手段进行销售而不需要与消费者从物理上接近的国内供应商（例如，电信或邮政或投递服务）。

依赖一般例外（第 XIV 条）

37. 如果某一世贸组织成员采取的禁令被证明违反了《服务贸易总协定》范畴内的市场准入（或国民待遇的义务），这一禁令则可在第 XIV 条规定的一般例外项下找到理由。

(a) 保护公众健康

38. 这一目的性与《1994 年关贸总协定》类似，并可借用此点对承诺作出的具体限制说明理由。

(b) 确保遵守国内法律

39. 第 XIV(c)条的理由与《1994 年关贸总协定》第 XX(d)条类似，但细节不同。这项规定没有明确提到保护知识产权问题，但确实涉及到防止欺骗和欺诈行为，并征收或收缴税款。这项规定不包含专门清单，从而可行使更多的动机。

(c) 必要性

40. 评估必要性的方法与《1994 年关贸总协定》基本相似。在服务方面，专家组和上诉机构特别要权衡并且平衡若干因素，以确定是否存在或合理使用某种符合世贸组织规则或者较少背离世贸组织规则的替代措施³。

¹ 虽然所讨论的措施不在本条款提及的范畴之内，无论是专家组还是美国-赌博问题上诉机构都认为，完全禁止通过因特网进行赌博服务可以被看作是一种数量限制，即这可能与“零配额”的效果等同。见专家组报告美国—赌博，第 6.332 段。

² 专家组报告美国—赌博，第 6.286 段及 6.287 段。

³ 在美国—赌博报告中，建立了与大多数情况有关的两个非排他性因素，以确定该项措施是否经受住必要性测试：（a）该措施对达到所追求的目的发挥的作用；（b）该措施对国际贸易带来的限制性影响。参见：上诉机构报告，美国—赌博，第 306-311 段。

(d) 文始段

41. 某一措施是否与第 XIV 条的文始段相符合，评估的方法与《1994 年关贸总协定》第 XX 条基本相同。文始段的目的是审查该项措施得以适用的方式，从而防止滥用第 XIV 条规定的例外情况。世贸组织在该问题上为数不多的判例中，适用了所谓“一致性”标准。因此，对提供服务的限制必须一致适用于国内和外国服务供应商，以满足第 XIV 条文始段的要求¹。

IV. 透明度

42. 禁止因特网销售也应与《1994 年关贸总协定》第 X 条、《服务贸易总协定》第 III 条和《与贸易有关的知识产权协定》第 63 条的透明度标准相对应。《1994 年关贸总协定》第 X: 1 条特别提到了及时发布限制措施的要求，这些限制措施会影响到产品销售。因此，在国内禁止因特网销售必须以适当方式公布。该协定没有规定法律的具体形式和方法，此事可按成员的宪法法律的要求进行处理。

V. 豁免选择

43. 根据设立世界贸易组织协定中第 IX: 3 和 4 条规定，各成员可决定豁免世贸组织协定所规定的某项义务。因此，这一替代办法是为了实现法律保障并解决可能存在的问题。

44. 实际做法是，豁免义务应以协商一致方式获得通过。部长级会议确定其最初期限。豁免一年以上都需经过审查，但可能会予以延长。豁免选项为例外选项打下了基础，后者可能会持续一段时间。一些实例包括，针对金伯利钻石以及实施公共健康多哈宣言的豁免情况。正如修订《与贸易有关的知识产权》第 31(b)条时那样，豁免可作为修改条约的基础。

45. 在多边贸易谈判正式议程以外，如果以谈判和协调为基础寻求解决方案，可以使用豁免选项。如果禁止烟草销售的合法性仍然存有争议，并且没有适时按照《争端解决规则与程序的谅解》寻求正式的争端解决方案，则该项选择是合适的。

¹ 专家组报告美国——赌博，第 6.583 段。

VI. 结论

46. 根据一项强制性议定书，世卫组织烟草控制框架公约的某缔约方执行一项具有法律约束力、利用因特网向消费者销售烟草制品的禁令，在满足了一些条件的情况下，可与世贸组织的义务相符合。尤其是，如果国内措施适用于国内和国外所有因特网销售业务，这符合《1994年关贸总协定》第 I 条，也可能符合第 III 条。这项措施可能会根据第 XI 条作为一个进出口数量限制而受到质疑，但它可以在第 XX(b)和(d)条的一般例外项下找到正当理由。除最惠国待遇和透明度外，当承担的义务取决于单个成员做出的承诺时，将受制于《服务贸易总协定》。至于《1994年关贸总协定》，可适用例外情况。实行禁令的一切措施必须满足世贸组织的透明度要求。

47. 议定书缔约方通过利用国内措施对因特网销售烟草实施一项具有法律约束力禁令，对其所产生的影响分析表明了适当目的的重要性。对特定的商业渠道采取禁令，而不禁止其他的渠道，会引起世界贸易组织法律方面的关切，但只要能够证明，为了保护未成年人不吸烟，也为了确保执行常规渠道向未成年人出售烟草施加的限制，采取这一禁令是必要的，那么这种关切就可以得以解决。另一个重要目的是打击假冒和逃税。

48. 世贸组织专家组和上诉机构在解决争端时，也应考虑公共健康的目的。对于不是议定书缔约方的世贸组织成员而言，这一禁令可能涉及世贸组织争端解决机制，这种可能性尚不能排除。但是，通过寻求利用世贸组织法律框架下的豁免义务，这种情况可以最终得到避免。

附件 2

可能涉及因网络 销售烟草制品的实体

1. 总体而言，在因特网上禁止销售烟草制品可遵循“世界卫生组织烟草控制框架公约第 13 条（烟草广告、促销和赞助）实施准则”所规定的方式，该方式由世界卫生组织烟草控制框架公约缔约方会议于 2008 年 11 月通过¹。尤其是，可构想某种禁令，使之适用于各类负责实体，这些实体以不同的形式参与因特网销售烟草制品，并可能受到不同形式的管制。
2. 关于在因特网上禁止销售烟草制品，可确定五类负责实体。四类实体与第 13 条准则的类别十分类似，但第五类属于另一种类型，即参与支付因特网销售烟草制品的人员。在实践中，重点关注的最有效类别可为第一、第二和第五类。
3. 第一类可包括“提供因特网销售烟草制品的所有实体”，可对这种销售活动予以禁止。这一类将包括烟草业和零售业的实体。正如第 13 条准则所及，主要责任在于烟草制品制造商、零售商和“他们的代理人和协会”²。还包括内容出版商，以及在提供给因特网用户前，对因特网销售相关内容进行挑选的实体。
4. 第二类是“内容东道主”，他们控制着与因特网相连并存储内容的计算机服务器。这包括从总体上整理其他方面制作出来的内容的实体，这些实体在将内容提供给因特网用户前不做任何选择。这一类别包括，诸如社交网络的因特网网址。一旦收到内容方面的通知，内容东道主可能被迫删除或限制获取那些提供因特网销售烟草制品的内容³。
5. 第三类是“内容导航者”，按通信服务的用户协助确定内容的位置，如因特网搜索引擎。一旦收到内容方面的通知，内容导航者可能被迫限制获取那些提供因特网销售烟草制品的内容。
6. 第四类是“接入服务提供商”，提供终端用户访问的通讯服务，如因特网服务供应商和移动电话公司。一旦收到内容方面的通知，接入服务提供商可能被迫限制获取那些提供因特网销售烟草制品的内容⁴。

¹ FCTC/COP3(12)号决定。

² 甲委员会第一份报告，pp.10–28，第 53 段。

³ 参见诸如澳大利亚 2001 年交互式赌博法案（Cth），设立了有关提供交互式赌博服务的罪行。它包括一个内容东道主应尽的义务，一旦收到通知，就要删除获取服务。

⁴ 美国的非法网络赌博执行法案（2006 年），31USC§5361-5367 要求因特网服务供应商遵守民间执法措施，禁止访问赌博网站或与这类网站有超级链接的网站（§5365）。澳大利亚 2001 年交互式赌博法案（Cth）也对接入服务提供商规定了发出通知和履行义务的计划。

7. 有些主题大体相似的法律不适用于内容导航者和接入服务提供商，如利用因特网进行赌博。这可能是因为法律所创立的是一种方案，获准负有主要责任的实体利用因特网进行赌博，而不是完全禁止¹。出台该政策是因为据认为内容导航者和接入服务提供商对活动的限制可能发挥不了什么作用。即使在过去这是真实的，与因特网通信手段有关的地理定位技术的不断发展意味着，这些实体很可能能够行使某种程度的管控²。因此，正如第 13 条准则那样，可能会让内容导航者和接入服务提供商承担各项义务，但仅限于“根据技术可行性做出合理的努力限制获取”³。

8. 第五类是“参与支付因特网销售烟草制品款项的金融实体”。可迫使这类实体不受理此种销售的支付款项，并进行检查，以确保收款人没有参与因特网销售烟草制品。已有这方面的例子，有些属于共同监管或自我监管。一个是支付清算服务协会，这是提供支付服务机构的英国贸易协会⁴。该协会与因特网观察基金会保持联络，防止在因特网上利用信用卡付款服务，获取非法虐待儿童的图片⁵。

9. 据设想，这一禁令同样适用于设在某缔约方领土之内和领土以外的实体。因此，拟定的这项禁令会适用于“国内”、“外向型”和“内向型”因特网销售。适用于设在某缔约方领土内并且其销售活动面向该领土内用户的实体（国内因特网销售），以及设在某领土内并且其销售活动面向该领土之外用户的实体（即外向型因特网销售）以及设在某领土外并且其销售活动面向该领土内用户的实体（内向型因特网销售）。

10. 诸如诽谤等其他一些领域的法律，仅仅在某领土内提供在线内容就足以设立管辖权，而无论内容的起源如何⁶。等效原则可适用于因特网销售烟草制品。但是，如果制定的立法意在涵盖这类源自外国的因特网销售，也许应该说明该项业务属于治外法权⁷。在一些赌博立法的因特网内容方面，已经做到了这一点。

11. 虽然可以这种方式设立管辖范围，但可能难以针对外国实体履行责任。因此，应采取多重管制战略，并应使各种负责实体接受管制，包括那些设在某缔约方领土内的实体。按照上述内容对一系列负责实体实施管制，带来的结果就是可更为有效地禁止因特网销售烟草制品。

= = =

¹ 参见诸如 2005 年赌博法案（联合王国）。

² 地理定位的例子包括数字化视听点播服务，如英国广播公司“iPlayer”和英国第四频道的“4oD”点播服务，都阻止来自国外的访问要求。参见 <http://www.bbc.co.uk/iplayer/tv>, <http://www.channel4.com/4od>。

³ 甲委员会第一份报告，pp.10–28，第 59 段。

⁴ 参见 <http://www.apacs.org.uk>。

⁵ 参见 <http://www.iwf.org.uk>。

⁶ 另一个例子是美国联邦非法因特网赌博法案（2006 年），31USC § 5361-5367。这项立法要求美国金融机构遵守对某些接受者的支付加以识别和拦截的规定（第 5364）。

⁷ 参见 *Dow Jones v Gutnick* (2002) 210 CLR 575（澳大利亚高等法院）。