

WTO服務貿易總協定適用範圍 及相關定義之探討*

張 新 平**

要 目

壹、前 言	九、有關社會福利之措施
貳、適用GATS之措施	參、適用GATS之服務貿易
一、措施之定義	一、服務貿易涉及之定義
二、措施之內容	(一)服務之提供
三、採行措施者之範圍	(二)商業據點
四、影響服務貿易措施之意義	(三)服務之供給者
五、影響服務貿易措施之調查事項 及方式	(四)服務消費者
六、併予適用GATS及GATT之措施	二、提供服務之模式
七、司法及行政協助之措施	(一)由境外提供服務
八、影響某些自然人入境提供服務 之措施	(二)境外消費
	(三)設立商業據點
	(四)自然人入境

* 本文曾於2008年6月27日於政治大學頂尖大學之法學院特色發展計畫暨財經法研究中心2008年財經法新趨勢研討會發表。

** 世新大學法學院專任教授，政治大學法學院兼任教授，英國南安普頓大學法學博士。

投稿日期：九十七年十月七日；接受刊登日期：九十八年三月十一日

責任校對：吳恩恩

三、電子服務之適用範圍	二、不適用GATS之服務
四、提供服務之自然人的範圍	(一)執行政府公權力而提供之服務
(一)「提供服務之自然人」之意義	(二)空運附件 (Annex on Air Transport Services) 第二項規定之與航權行使直接相關的空運服務
(二)「被一服務供給者所僱用之自然人」之意義	(三)執行政府公權力而提供之金融服務
(三)外國人受僱於地主國所擁有之公司行號者，適用GATS之疑義	伍、非政府組織及個人在GATS上之地位
(四)藍領服務供給者適用GATS之疑義	一、非政府組織
肆、適用GATS之服務	二、私人企業與個人
一、服務之項目	(一)爭端解決之發動
(一)服務項目分類標準之變遷	(二)為爭端解決小組提供資訊
(二)服務項目分類標準之定位	陸、結 論

摘 要

由於世界貿易組織（World Trade Organization，以下簡稱WTO）涉及服務貿易之用詞常具有專門性與技術性，為使立法之本旨及其真義充分表現，服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services，以下簡稱GATS）遂分別於第一條及第二十八條規定釋義條文及用詞定義。本文以第一條及第二十八條規定為中心，探討有關GATS適用範圍與相關定義。

繼前言之後，本文第二章分析適用GATS之措施，包括措施之定義、措施之內容、採行措施者之範圍、影響服務貿易措施之意義、影響服務貿易措施之調查事項及方式、併予適用GATS及GATT之措施、司法及行政協助之措施、影響某些自然人入境提供服務之措施、有關社會福利之措施等。第三章討論適用GATS之服務貿易，包括服務貿易涉及之定義、提供服務之模式、電子服務之適用範圍、提供服務之自然人的範圍。第四章探究適用GATS之服務，包括服務之項目、不適用GATS之服務。第五章論述非政府組織及個人在GATS上之地位。最後並提出結論。

關鍵詞：世界貿易組織、服務貿易總協定、措施、服務貿易、影響

壹、前言

由於世界貿易組織（World Trade Organization，以下簡稱WTO）涉及服務貿易之用詞常具有專門性與技術性，為使立法之本旨及其真義充分表現，服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services，以下簡稱GATS）遂分別於第一條及第二十八條規定釋義條文及用詞定義。

本文以GATS第一條及第二十八條規定為中心，參酌專家學者見解、會員建議及相關爭端解決案件，探討適用GATS之措施、適用GATS之服務貿易、適用GATS之服務、非政府組織及個人在GATS上之地位。惟第二十八條涉及之定義甚多，本文限於篇幅，僅就與第一條規定有關之定義進行分析與評述，合先敘明。

貳、適用 GATS 之措施

GATS第一條第一項明文規定：「GATS適用於影響服務貿易之會員措施。」此項規定值得論述者，包括措施之定義、措施之內容、採行措施者之範圍、影響服務貿易措施之意義、影響服務貿易措施之調查事項及方式、併予適用GATS與GATT之措施、司法及行政協助之措施，以及影響某些自然人入境提供服務之措施等問題，分述如下：

一、措施之定義

措施之定義，依第二十八條第一款規定，係指會員採行之措施，包括法律、規則命令、處理程序、決議、行政處分或其他形式之措施。由此項積極的完全例示規定，可知立法者對於措施採取廣義之定義，在逐一例示措施之名稱後，為免疏漏並期立法周延完

備，另於該款之末作一概括性規定，至於措施之名稱則在所不拘。就我國而言，不但指法、律、條例、通則、規程、規則、細則、辦法、綱要、標準及準則，也包括行政處分、行政計畫、行政指導以及陳情處理等。

二、措施之內容

措施之內容，依第二十八條第三款之規定，包括下列有關事項之措施：(一)規範服務之購買、付費或使用，例如，委任外國會計師辦理簽證事宜；(二)與某一服務之供給有關之其他服務之獲得與使用，且該服務為其他會員要求普遍提供給大眾者，例如，電力提供之服務；(三)為了在其他會員境內提供服務之一會員其人民之入境，包括設立商業據點，例如，甲國公司在乙國設立分公司，並由甲國之A君擔任該公司之總經理。

三、採行措施者之範圍

由於GATS性質屬於公法，第一條第三項第一款第一目規定，「會員措施」係指中央、區域或地方政府與機關所採取之措施。然而若干非政府機構於政府授權行使政府公權力之範圍內，亦應受GATS之規範，以免產生規避適用之弊端，因此同款第二目規定，經中央、區域或地方政府或機關授權行使政府公權力之非政府機構所採行之措施亦屬於本條之「會員措施」。

為確保會員履行本協定之義務與承諾，第一條第三項後段要求會員採取可行之合理措施，以確保其區域及地方政府與機關及非政府機構在其境內確實遵循之。惟所稱「合理措施」，法無明文規定亦無GATS先例可循，允宜參考GATT相關實務。在一九八五年加拿大金幣銷售案（Canada – Measures Affecting the Sale of Gold

Coins)¹中，爭端解決小組認為合理措施並非由國家自行決定，並謂在GATT中僅有關於第三條第一項之註釋提及「合理措施」，依該註釋之規定，一國地方性法規授權地方政府收取內地稅，在合理措施下，該國是否有義務將是項法律廢止，仍須將該地方性之內地稅法規之精神，以及該法規廢止可能造成行政上及財務上之困難，加以綜合評估後始能判斷²。在一九九二年加拿大省級行銷機構酒類進口配銷販售案（Canada – Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies）中³，爭端解決小組認為加拿大必須就「合理措施」乙點，證明已盡了認真、持續且具有說服力之努力，以確保省級之酒類委員會遵守協定之規定⁴。綜上所述，措施是否合理必須由主張已採合理措施者負舉證之責任，舉證之內容包括綜合評估相關積極作為及消極不作為後，在「確實遵循GATS之規定」乙點，已盡了認真、持續且具有說服力之努力。

四、影響服務貿易措施之意義

第一條第一項規定GATS適用於「影響服務貿易之措施」，所稱「影響」，其意義為何，不容輕忽。在EC香蕉進口、販售及行銷案（European Communities - Regime for the Importation, Sale and distribution of Bananas III⁵，以下簡稱EC香蕉案）中，爭端解決小

¹ Panel Report, Canada – Measures Affecting the Sale of Gold Coins, 17 September 1985, unadopted, L/5863.

² 羅昌發，國際貿易法，頁523，2000年。

³ Panel Report, Canada – Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies, adopted 18 February 1992, BISD 39S/27.

⁴ 羅昌發，同註2，頁523-524。

⁵ Panel Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and distri-

組依下列諸點認為只要係「改變競爭條件」之措施，不論是直接或間接，均屬「影響」服務貿易之措施：(一)依據維也納條約法公約第三十一條及第三十二條有關國際條約解釋之原則及補充之規定；(二)「影響」用詞之通常意義係指造成影響；(三)GATS立法者既然在第一條第一項採用「影響」用詞，復於第二十八條第二款將「服務之提供」定義為包括服務之生產、分配、行銷、販售及交付等行為，顯見立法者認為GATS應適用於「對服務提供之競爭條件產生影響」之任何措施，包括直接管制與間接影響服務提供之措施⁶。

同案之上訴機構也肯認立法者對於「影響」用詞採取廣義解釋，亦即只要對於服務之提供造成影響者即屬之。在引述GATT第三條對「影響」採取廣義解釋後⁷，上訴機構進一步闡述GATS第一條第三項第二款對服務範圍亦採取廣義界定，亦即除行使政府公權力所提供之服務外，服務係包括各項之服務，此外第二十八條第二款之規定⁸亦意味立法者無意對GATS適用範圍作限制性之解釋。因此「影響」一詞不得限縮解釋為管制或規範，亦不得限縮解釋為第二十八條第三款之「有關」。

在加拿大汽車進口免稅措施案（Canada – Certain Automotive Industry Measures⁹，以下簡稱加拿大汽車案）中，對於措施是否影

bution of Bananas III (hereinafter EC – Bananas III), WT/DS27.

⁶ *Id.* para. 7.285.

⁷ 上訴機構認為GATT第3條所稱「影響」，範圍遠較「管制（regulating）或規範（governing）」為寬廣。Appellate Body Report, EC – Bananas III, WT/DS27/AB/R, *supra* note 5, para. 220.

⁸ 第28條第2款規定：「服務之提供，包括服務之生產、分配、行銷、販售及交付等行為。」

⁹ Appellate Body Report, Canada – Certain Automotive Industry Measures, WT/DS 139/1.

響服務貿易乙點¹⁰，仍援引前述EC香蕉案上訴機構之見解，認為「影響」用詞應從廣義解釋，不得狹義解釋為管制或規範，亦不得限縮解釋為第二十八條第三款之「有關」。

由上述二個案件可得知，第一條第一項之「影響」用詞係採廣義之定義，只要屬於「改變競爭條件」之措施，不論是直接或間接，均有GATS之適用。此種趨勢恐與多數會員認知有極大出入，宜予特別注意。

五、影響服務貿易措施之調查事項及方式

措施是否影響服務貿易，必須就個案相關事實進行調查。以前述加拿大汽車案為例，該案涉及服務貿易之爭點為加國實施的汽車進口免稅等措施是否影響到汽車批發服務貿易之提供。上訴機構闡明調查之事項應包括：(一)哪些業者在加國設立商業據點提供汽車批發服務；(二)上述之服務係如何提供，以及(三)加國前開措施如何對上述事實造成影響¹¹。因此空言無據的調查，無法產生令人信服之結果。

就影響之調查程序而言，亦需遵守正確之順序。在邏輯上必須先確定有服務貿易之行為，始能其次審查是否適用GATS，最後再進一步檢討該措施是否違反GATS規定。亦即，應先行檢視是否有第一條第二項所稱之服務貿易的存在，其次為審酌涉案之措施是否屬於第一條第一項之「影響服務貿易之措施」，最後才調查該項措

¹⁰ 但是上訴機構不贊同爭端解決小組解決問題之順序，上訴機構認為在邏輯上，應先行認定加拿大之措施是否影響服務貿易，其次始能探討該項措施是否違反第2條及／或第17條之規定。惟爭端解決小組捨此不為，逕先審酌是否違反第2條及／或第17條之規定，再以是項決定為基礎檢驗該措施是否影響服務貿易。

Id. paras. 151-152.

¹¹ Appellate Body Report, *supra* note 9, para. 165.

施是否違反GATS最惠國待遇或國民待遇等規定¹²。設若在調查影響服務貿易措施之程序上前後倒置，其法律適用邏輯即有重大瑕疵，殊不足取。

六、併予適用GATS及GATT之措施

就規範之標的物而言，GATT規範貨品貿易，GATS規範服務貿易，二者涇渭分明，在WTO協定中係分屬不同之領域，然而對某些措施而言，GATT及GATS仍有併予適用之可能。上訴機構在EC香蕉案中即指出GATT與GATS並非彼此排斥之規範，故有併予適用之可能，亦即某一措施若涉及貨品或與貨品之提供有關之服務，則有同時適用GATT與GATS規定之可能，然而此仍須視個案而定。上訴機構並進一步主張當依GATT分析系爭措施時，應專注於該項措施如何影響所涉之貨物；相對地，依GATS分析系爭措施時，則應注意該措施如何影響所涉之服務及服務之提供¹³。此外在加拿大期刊案（Canada – Certain Measures Concerning Periodicals¹⁴）中，爭端解決小組主張GATT與GATS之規範得同時適用於同一措施。理由如下¹⁵：（一）維也納條約法公約第三十一條第一項規定：「條約應依其用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之。」依照此項解釋通則之規定，條約之解釋，必須對條約之條款產生具有意義及效果之結果，而非造成意義不明、難解或淪為具文；（二）綜觀GATT、GATS以及WTO協定第二條第二項¹⁶之規定，顯見GATT與GATS並無牴觸可言，二者在某些

¹² Appellate Body Report, *supra* note 9, paras. 151-152.

¹³ EC – Bananas III, *supra* note 5, para. 220.

¹⁴ Panel Report, Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, DS31.

¹⁵ *Id.* paras. 5.17-5.19.

¹⁶ WTO協定第2條第2項規定：「附件1、2、3中所列之各協定與附屬法律文件

情況下得併予適用於同一措施；(三)設若GATT與GATS不得併予適用，應擇一適用者，在WTO協定中勢必就GATT及GATS之競合關係，早已訂定類似第十六條第三項¹⁷或附件1A之一般性註釋所規定「二者牴觸時，孰者優先適用」之規定。然而綜觀WTO協定並無前開類似條文規範，足見GATT與GATS並無牴觸可言，二者在某些情況下自得併予適用於同一措施；(四)某些服務貿易，例如，運輸、配銷，亦規範於GATT第三條第四項中，此外，廣告服務也與GATT第三條有關；(五)GATT案件中亦不乏涉及服務貿易者，例如，前述加拿大省級行銷機構酒類進口配銷販售案¹⁸以及美國酒類與啤酒案（United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages）¹⁹二者均涉及配銷服務，泰國限制香菸進口與內地稅案（Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes）²⁰則涉及廣告服務。

在EC香蕉案中，上訴機構亦持相同見解，認為GATT及GATS並非互相排斥之協定，在不同個案中，固然有些措施僅能分別適用GATT或GATS，但有些措施涉及與特定貨物有關之服務或與特定貨物一起提供之服務，仍得為GATT及GATS所共同規範²¹。

上述見解殊值贊同，按同一行為得同時構成民事責任、刑事責任及行政責任，此為當然之理，同樣地，一行為亦得同時構成

（以下簡稱「多邊貿易協定」）係本協定之一部分，對所有會員均具拘束力。」

¹⁷ WTO協定第16條第3項規定：「本協定之規定與任一多邊貿易協定之規定有所牴觸時，本協定之規定就牴觸之部分應優先適用。」

¹⁸ GATT, BISD, 39S/27.

¹⁹ GATT, BISD, 39S/206.

²⁰ GATT, BISD, 39S/200.

²¹ EC – Banana III, *supra* note 5, paras. 221-222.

GATT與GATS之責任，依GATT及GATS之不同規範功能，共同保障會員權益，維持立法者所希冀達到自由公平貿易之目的。其次，除加拿大期刊案所提及GATT第三條與運輸、配銷、廣告服務有關外，GATT第三條第四項亦涉及貨物之販售、兜售、購買、運送、配銷，第四條涉及電影放映，第五條涉及運輸等，均與服務有關。最後，GATS之服務項目中，例如，CPC881為「附帶於農、獵及林業之服務」²²、CPC882為「附帶於漁業之服務」²³、CPC884及885為「附帶於製造業之服務」²⁴等，均顯示GATT與GATS有併予適用之空間。

七、司法及行政協助之措施

司法及行政協助之措施，如係屬執行政府公權力而提供之服務²⁵，依第一條第三項第二款之規定²⁶，自無GATS之適用；若非屬執行政府公權力而提供之服務，仍不宜受GATS之規範，其理由為：

(一)對於司法協助及行政協助，各國素來採取雙邊諮商方式進行協議，故不宜適用最惠國待遇原則。且

(二)此類措施影響服務貿易甚小，依法律不干細事原則（*de minimis non curat lex*），當無受GATS規範之必要²⁷。

²² Services incidental to agriculture, hunting and forestry.

²³ Services incidental to fishing.

²⁴ Services incidental to manufacturing.

²⁵ 依GATS第1條第3項第3款之規定：「稱執行政府功能而提供之服務者，為非基於商業基礎，亦非與一或多個服務提供者競爭所提供之服務。」

²⁶ GATS第1條第3項第2款規定：「稱服務者，包括各項之服務，但執行政府功能而提供之服務，不在此限。」

²⁷ WTO, WTO Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice 1095 (2003).

八、影響某些自然人入境提供服務之措施

影響下列自然人入境提供服務之措施，是否有GATS之適用，有待釐清：

- (一)教授及學校教師學術交換訪問。
- (二)大學及專科學生利用假期至他國工作。
- (三)大學教授、研究人員、藝術工作者及文化工作者之客座訪問。

上述三種自然人雖均提供服務，然而是否應受GATS規範仍應細究其本質。首先第一項之教授及老師學術交換訪問，純屬文化活動而不具商業意義，故不宜適用GATS之規定²⁸。

至於後二項措施，亦即學生假期工作以及學術文化客座訪問，雖難謂非服務貿易之供給，但對服務貿易之影響均微不足道，當不至於對服務之供給造成歧視性之影響，又因其係短期進行之活動，依法律不干細事原則，此類措施亦不宜受GATS規範²⁹。

九、有關社會福利之措施

有關社會福利之措施，是否受GATS規範，允宜由下列兩種面向觀察：

(一)有關「提供」社會福利之措施，不受GATS規範。蓋社會福利係由政府提供，屬於第一條第三項第二款所稱之「為執行政府公權力而提供之服務」。

有關社會福利之金融服務，依金融附件（annex on Financial

²⁸ WTO, MTN.GNS/W/177/Rev.1/Add.1.

²⁹ 張新平，服務貿易總協定總說，載：世界貿易組織下之服務貿易，頁27，1996年。

Serivces) 第一項第二款第二目之規定³⁰，亦屬於執行政府公權力而提供之服務，因此不受GATS規範。

(二)有關「享受」社會福利之措施，是否有GATS之適用，有不同意見。部分會員認為禁止外國服務供給者享有社會福利，致使其在競爭上處於不利地位，該等措施自屬於第二十八條第三款第二目所稱之「影響服務貿易措施」³¹，故應受GATS規範，是以凡禁止或限制外國服務供給者享受社會福利措施者，即為違反第十七條國民待遇規定，應將該項措施填載於承諾表國民待遇限制欄中；凡依雙邊或互惠規定僅准許某些國家服務供給者享受社會福利措施者，即為違反第二條最惠國待遇規定，應將該項措施填寫於最惠國待遇免除適用表中。然而多數會員認為社會福利之內容主要包括1. 醫療；2. 職業傷害救濟；3. 失業救濟，及4. 養老金等，此類措施對服務貿易之影響過於細微，依「法律不干細事原則」，應不受GATS規範。此項通說較為可採，會員迄今亦未曾將社會福利措施填載於承諾表國民待遇限制欄內³²。

參、適用 GATS 之服務貿易

GATS之服務貿易依第一條第二項規定，為：「一、自一會員境內向其他會員境內提供服務者；二、在一會員境內對其他會員之消費者提供服務者；三、由一會員之服務供給者以設立商業據點方

³⁰ 金融附件第1項第2款第2目規定：「協定第1條第3項第3款所稱之『執行政府功能而提供之服務』，係指：……(ii)構成部分社會福利制度或社會退休計畫之活動。」

³¹ 第28條第3款第2目規定：「『影響服務貿易之會員措施』係指包括有關下列事項之措施：……(ii)與某一服務之供給有關之其他服務之獲得與使用，且該服務為其他會員要求普遍提供給大眾者。」

³² *supra* note 20, at 28.

式在其他會員境內提供服務者；四、由一會員之服務供給者，以自然人身分，在其他會員境內提供服務者。」

關於適用GATS之服務貿易，有下列數點宜進一步申論：服務貿易涉及之定義、提供服務之模式、電子服務之適用範圍、提供服務之自然人的範圍。

一、服務貿易涉及之定義

在論及服務貿易時，必須先行釐清涉及之以下專有名詞。

(一)服務之提供

服務之提供係指服務之生產、配銷、行銷、販售及交付³³。服務之配銷、行銷及販售屬於服務之提供，固不待言，由於服務之生產與消費同步之特性，所以服務之生產及交付亦屬服務之提供。

(二)商業據點

商業據點係指包括經由下列方式，在會員境內提供服務之所有型態的商業或專業營業所：1. 設立、收購或經營法人，或2. 新設立或經營之分公司或代表處³⁴。

至於法人，係指依據相關法律規定所成立或組織之法律實體，不論使否以營利為目的及是否為私有或政府所有。法人包括公司、基金、合夥、合資事業、獨資或協會等³⁵。此項法人定義具有二點特色，其一，為包括範圍極廣，涵括公法人與私法人，且包括合夥、合資事業、獨資等；其二，雖然法人範疇甚廣，但仍以依據相關法律規定所成立或組織者為限。

³³ 第28條第2款。

³⁴ 第28條第4款。

³⁵ 第28條第12款。

(三)服務之供給者

服務之供給者係指提供服務之人³⁶，包括自然人及法人。服務供給者若為法人，但服務卻非由法人直接提供，而係藉由分公司或辦事處等其他方式之商業據點提供者，該服務供給者仍享有GATS所給予服務供給者之待遇。不過此等待遇僅適用於在地主國境內提供服務之據點，無須擴張至該服務供給者設立於地主境外地區之其他部門³⁷。

(四)服務消費者

服務消費者係指接受或使用服務之人³⁸，包括自然人及法人³⁹。

二、提供服務之模式

依第一條第二項規定，提供服務之模式為下列四種：

(一)由境外提供服務

或稱跨境提供服務，係指自一會員境內向其他會員境內提供服務。此項模式之特色為僅有服務入境，服務供給者不論是公司行號或個人均不入境。提供服務係藉著國際海運、電話、郵件、電報、電子郵件等方式提供服務，例如，甲國境內之律師將法律諮詢意見寄達乙國境內之消費者。

³⁶ 第28條第7款。

³⁷ GATS註釋12。

³⁸ 第28條第9款。

³⁹ 第28條第10款。

(二) 境外消費

或稱海外消費，係指在一會員境內對其他會員之消費者提供服務。此種模式下，不論服務或服務供給者均不移動，僅由消費者或其所擁之物出境享受服務之提供。例如，甲國人民至乙國觀光，或甲國船舶至乙國進行修繕。

(三) 設立商業據點

設立商業據點，係指由一會員之服務供給者以設立商業據點方式在其他會員境內提供服務。例如，甲國之公司在乙國設立分行。商業據點之範圍甚廣，包括經由下列方式在會員境內提供服務之所有型態的商業或專業營業所：設立、收購或經營法人或新設立或經營之分公司或代表處⁴⁰。

(四) 自然人入境

或稱自然人呈現，係指由一會員之服務供給者，透過自然人身分，在其他會員境內提供服務者。例如，甲國醫生入境乙國為病患施行手術。

GATS對服務貿易之定義，係指藉由上述四種模式提供服務的服務貿易。此項規定有五層特別意義：

1. 上述規定闡明了GATS之範圍，唯有符合第一條第二項規定之服務貿易，始有GATS適用之可能。

2. 此項規定擴大了傳統收支平衡（balance of payment）所採取之「居民與非居民間交易」概念，進而將服務及服務供給者與消費者同在一國之情形，亦即模式二、三與四之服務提供，亦列為服務貿易。

⁴⁰ 第28條第4款。

3. 除模式三之規定外，第十六條註解八復規定：「若一會員已針對某一服務之供給，依第一條第二項第一款規定之供給方式，作出市場開放之承諾，且跨國性之資本移動為該項服務本身之重要部分者，應視為該會員已允許該項跨國性之資本移動。若一會員已針對某一服務之供給，依第一條第二項第三款規定之供給方式，做出市場開放之承諾者，應視為該會員已允許相關資本匯入該會員境內。」因此GATS是WTO協定中最明確規範投資之協定⁴¹。

4. 由於模式四之規定，以及GATS提供服務之自然人的移動附件（Annex on Movement of Natural Persons Supplying Service under Agreement，以下簡稱自然人附件）之規定，使GATS打破國際傳統禁忌，將勞動亦規範於GATS中。

5. GATS不但適用於服務亦適用於服務供給者，且在模式二規範服務消費者之移動，與GATT主要僅規範商品者大不相同。

6. 提供服務之四種模式，不但界定服務貿易之範圍，會員也依此四種模式提出承諾表。

三、電子服務之適用範圍

由於網際網路興起，經由模式一提供服務之電子商務（E-services）方興未艾⁴²。就涉及定義及適用之範圍而言⁴³，電子服務

⁴¹ WTO, Working Party of Trade Committee, The Investment Architecture of the WTO, Trade Committee, TD/TC/WP(2002)41/FINAL OECD p. 7 (2003). 關於投資方面之障礙，參見黃立、李貴英、林彩瑜合著，WTO國際貿易法論，頁213，2002年。

⁴² 藉由模式一提供之服務中，目前最受矚目者為新興的離岸服務（offshoring services），WTO Annual Report, 125 (2005).

⁴³ 電子服務涉及之爭議尚包括：電子服務與最惠國待遇、公開化、國內管制、相互認許、競爭、保護隱私及公序良俗、市場開放、國民待遇等之關係，以及WTO, S/L/74。如何提高開發中國家在電子服務之參與、電信服務附件與基礎

相關之法律爭議包括：電子服務是否適用GATS？以及電子服務究屬於服務提供之模式一或模式二？

服務貿易理事會於1999年提交WTO總理事會的期中報告內⁴⁴，彙集參與電子服務討論之會員所獲致的結論有三：

首先，藉電子方式提供服務者，仍有GATS之適用，因為GATS適用於以各種方式提供之服務，在服務提供的四種模式中，均有藉電子方式提供之可能。因此「影響電子方式提供服務貿易之措施」即為GATS第一條第一項之「影響服務貿易之措施」。

其次，GATS具技術中立之性質，除承諾表另有規定外，原則上會員承諾之範圍包括「藉電子方式提供服務」。

最後，GATS之規範，適用於藉電子方式提供之服務，亦即不論是架構協定之條文規定，或附件中之會員承諾，均可適用於電子服務⁴⁵。

然而上述三項結論僅係參與討論會員之多數意見，並非所有會員之共識，懸而未決之問題，在涉及美國線上賭博案（United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services，以下簡稱美國賭博案）⁴⁶中提供了部分答案⁴⁷。首先，美國賭博案肯定「WTO規則可適用於電子商務及／或以電子方式提供之服務」之見解。不論爭端解決小組或上訴機構，均主

電信服務參考文件在電子服務之應用、電子服務分類等。

⁴⁴ WTO, S/C/8，此份報告並經WTO總理事會採納，參見S/L/74。

⁴⁵ 有關電子服務模式之相關問題，詳參楊光華，電子商務時代之服務貿易，載：商事法暨財經法論文集，頁945以下，1999年。

⁴⁶ WTO, WT/DS285。

⁴⁷ 美國賭博案涉及之爭議尚包括市場開放、國民待遇、國內管制及收支平衡等問題，詳參彭心儀，由美國禁網路賭博爭端案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解釋與體系建構，載：WTO服務貿易與通訊科技法律，頁271，2005年。

張GATS架構協定適用於電子服務，並認為美國的承諾已包含線上賭博服務。其次，就「電子服務究屬模式一或模式二之服務提供」乙點，由於提出爭端解決的安提阿未就「線上賭博係屬模式一或模式二」乙點提出質疑，因此，爭端解決小組未就此點加以闡述，直接認為該案爭議涉及模式一之提供賭博服務，上訴機構亦僅就美國承諾表中模式一之內容加以剖析。換言之，雖然美國賭博案似乎認為電子服務係屬模式一之服務提供，但無論爭端解決小組或上訴機構均未明確表示電子服務係屬模式一之服務提供。

「電子服務究屬模式一或模式二之服務提供」的疑點，既然迄今仍未完全釐清，遂有下列兩種主要解決方案之提出：

(一)由承諾之效果來權衡：鑑於模式一之承諾遠較模式二保守，設若將會員模式一與模式二提升至同等程度之承諾，則電子服務不論屬模式一或模式二，其承諾之效果均相同，「電子服務究屬模式一或模式二之服務提供」之爭議自然迎刃而解。此種方案雖普獲提供離岸服務之國家之支持⁴⁸，但是否能在會員中產生共識，有待觀察，尤其香港部長宣言中僅建議「會員在模式一提出承諾者，宜就模式二亦提出承諾」，並未進一步要求會員將模式一與模式二提昇至同等程度之承諾，且綜觀新提出之修正承諾內容，亦甚少發現會員就模式一與模式二提出相同程度之承諾。

(二)以決議、附件或參考文件方式，宣示「電子服務屬於模式一之服務提供」，這也是本文贊同之見解。理由之一為，模式一服務提供之特色為服務供給者與服務消費者均未移動，僅有服務移動，模式二服務提供之特色為消費者之移動，在二〇〇一年GATS特定

⁴⁸ 參見智利、印度及墨西哥28 June 2004對於WTO服務貿易理事會所提建議CTS-SS on 28 June 2004 (JOB 04/87)。在香港部長會議前亦被提出，CTS, Special Session, TN/S/23 (28 Nov. 2005), para. 20.

承諾表填寫準則（Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services⁴⁹，以下簡稱二〇〇一年填表準則）中第二十八段言明由境外提供服務的例子包括……透過電信提供之服務。第二十九段亦強調「境外消費……常被視同『消費者之移動』，這種方式的基本特徵是提供服務的地點在許下承諾之會員領土之外。通常需要消費者實際的移動，如旅遊服務。但是亦包括只有消費者的『財產』移動，或其財產已位於國外之服務活動，例如在國外修繕船舶。」電子服務的消費者與供給者既均未移動，顯見其宜屬模式一而非模式二之服務提供。理由之二為，模式二之承諾程度一般均較模式一為高，此係緣於多數會員當初承諾時，認為既然對於模式二無法有效管制，不如採取較為開放之態度。如果遽然認定電子服務屬於模式二，毋寧使法的安定性及可預期性受到嚴重的挑戰，有欠妥適。理由之三為，縱使對模式一或二之適用有舉棋難定之困惑，基於「有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對當事人權益損害最少者」之法理，亦應認為採用模式一為較妥適之選擇，蓋因模式一承諾之程度較低，認定電子服務為模式一者，所造成會員之損害因而相對較少。

四、提供服務之自然人的範圍

GATS將模式四定義為：「由一會員之服務供給者⁵⁰，透過自然人身分，在其他會員境內供給服務。」⁵¹GATS供給服務之自然

⁴⁹ WTO, S/L/92.

⁵⁰ 「服務供給者」依GATS第28條第7款及第8款之規定，係指供給服務之自然人或法人。

⁵¹ GATS第1條第2項第4款規定：「本協定所稱服務貿易，謂：……(4)由一會員之服務供給者，透過自然人身分，在其他會員境內供給服務者。」

人附件第一項⁵²則進一步闡釋其範疇為：(一)供給服務之自然人，及(二)被一服務供給者所僱用之自然人。然而該項抽象規定究何所指以及相關疑義，仍有待釐清：

(一)「提供服務之自然人」之意義

係指未受他人僱用，僅由自己獨立供給服務，並直接自客戶取得報酬者。許多具有專業知識或技術之服務供給者，即屬於此類，例如，甲國畫家基於契約，赴乙國教堂提供壁畫服務。

(二)「被一服務供給者所僱用之自然人」之意義

係指受服務供給者僱用為他人提供服務，在其提供服務過程中，並接受僱用人之指揮。包括下列二種：

1. 外國人受僱於母國公司，並被派駐地主國之分公司等機構，提供服務。
2. 外國人受僱於地主國之外國公司。

(三)外國人受僱於地主國所擁有之公司行號者，適用GATS之疑義

外國人受僱於地主國所擁有之公司行號，譬如美國人Mr. Anderson受僱於台灣大同公司，是否受GATS之規範，則仍有爭議⁵³。雖然自然人移動附件並未明文排除，但基於下列三點，仍以認為不受GATS規範為當：

1. 自然人附件第二項規定：「本協定不適用於影響自然人尋求進入會員就業市場之措施。」已明示排除外國人受僱於地主國所擁

⁵² 自然人移動附件第1項規定：「本附件適用於影響會員供給服務之自然人，及被一會員服務供給者所僱用之自然人之措施。」

⁵³ Julian Ark ell, *What Are the Prospects for Liberalization in Services?*, in THE WORLD TRADE NEGOTIATIONS AND PROSPECTS FOR THE CANCUN MINISTERIAL 23 (International Trade and Services Policy, Wilton Park Conference No. 712, 2003).

有公司行號者在GATS上之適用。

2. GATS第一條第二項第四款之規定為：由一會員之服務供給者，透過自然人身分，在其他會員境內供給服務（the supply of a service by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member）由「一會員（one Member）」及「其他會員（any other Member）」之用字，應可推定外國人入境受僱於地主國公司者，不在此列⁵⁴。

3. 設若GATS有意適用於外國人受僱於地主國公司之措施，大可沿用一九九〇年十二月及一九九一年十二月GATT之Dunkel秘書長所擬草案⁵⁵之用語：「一會員之自然人在其他會員領域內供給服務（the supply of a service by natural persons of one Party in the territory of any other Party）」，惟捨此不為，GATS最後採用截然不同用語，顯係立法者有意迴避「外國人受僱於地主國所擁有之公司」之適用。

雖然「GATS不適用於外國人受僱於地主國所擁有之公司行號」的法律規範，與國際勞動市場之實務運作有甚大落差，然而設非如此，本已無甚可觀之模式四的承諾內容，恐將更乏善可陳。

（四）藍領服務供給者適用GATS之疑義

不論GATS本文或自然人附件，均未排除藍領服務供給者之適用⁵⁶，尤有甚者，於自然人附件第三項規定：「依本協定第三篇及第四篇之規定，會員間可談判適用於依據本協定提供服務之所有類別自然人移動之特定承諾。」足見藍領服務供給者仍受GATS之規

⁵⁴ WTO Secretariat, Guide to GATS, 639 (2000).

⁵⁵ Jimmie V. Reyna, *Services*, in THE GATT URUGUAY ROUND: A NEGOTIATING HISTORY (1986-1992) 89 (Terence P. Stewart ed., 1993).

⁵⁶ 反對意見者，參見羅昌發，同註2，頁609。

範。惟因藍領服務供給者在地主國較易產生文化、社會及不法移民之負面影響，因此目前會員大都在承諾表「自然人呈現」欄中，填寫「除水平承諾所列者外，不予承諾」，並於「水平承諾」中僅對若干白領服務供給者之入境作有條件之承諾，至於藍領服務供給者之入境及居留問題，會員目前暫不作承諾，各依其國內之相關規定辦理。

肆、適用 GATS 之服務

探究適用GATS之服務時，有下列二點宜予闡明：服務之項目及不適用GATS之服務。

一、服務之項目

第二十八條第五款規定，就特定承諾而言，「項目」係指一會員承諾表所列載之一或數個或全部服務次項目，就其他情形而言，「項目」係指包括所有次項目之該服務項目。

為期明確GATS所規範之服務項目，GATT秘書處參考一九九一年聯合國重要產物暫行分類標準（UN Provisional Central Product Classification, 1991⁵⁷，以下簡稱CPC）之分類內容，於一九九一年七月提出概括式服務項目分類表（Services Sectoral Classification List，以下簡稱W/120⁵⁸）例示十一項大類服務，為求周延並將「其他服務」列為第十二項大類服務，亦即服務之大類項目為：(一)商業服務；(二)電訊服務；(三)營建服務；(四)配銷服務；(五)教育服務；(六)環境服務；(七)金融服務；(八)健康及社會服務；(九)觀光及旅遊服務；(十)娛樂、文化及運動服務；(十一)運輸服務；(十二)其他服務。

⁵⁷ UN Statistical Papers Series M, No. p77.

⁵⁸ MTN.GNS/W/120.

上述服務項目分類，有三點值得注意，首先，第十二項之「其他服務」為概括式規定，期使服務項目分類更形周延完備，日後因社會、經濟轉型而產生之新種服務，原則上仍受GATS之規範。其次，上述之服務項目係以服務之「行為」做為分類標準，而非以服務之「行業」作為分類標準，此由「Sector」用字及CPC內容觀之自明。最後，上述十二項大類服務項目，又參照CPC細分為約一百六十種次項目服務。會員承諾表所填寫之服務項目均附有CPC對應之號碼，用以表示其內容係參照CPC所規定。

此外，就服務項目分類之標準而言，仍有下列二點應予申論。

(一)服務項目分類標準之變遷

由於經濟活動日趨繁複，前述一九九一年CPC已呈現不敷使用之窘境⁵⁹，聯合國統計局遂於一九九七年提出CPC 1.0，對於商業性服務訂定更詳盡之分類。復於二〇〇二年提出CPC 1.1，以因應科技與經濟之變遷，更於二〇〇七年提出CPC 2.0，以期符合資訊技術服務之發展。

會員也針對服務項目提出許多新的分類，例如，EC對環境服務⁶⁰、紐西蘭對諮詢服務⁶¹、印度對能源服務⁶²、EC、香港、日本、紐西蘭、瑞士及美國共同對郵政快遞服務⁶³，均曾提出新的分類建議，甚至若干開發中國家認為觀光產業應採群組（cluster）分

⁵⁹ A. Mattoo & S. Wunsch-Vincent, *Pre-empting Protectionism in Services: The GATS and Outsourcing*, 7(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC L. 776, 2004.

⁶⁰ WTO, S/CSS/W/38.

⁶¹ WTO, S/CSS/W/116.

⁶² WTO, S/CSS/W/42.

⁶³ WTO, JOB(05)/13, 2005.

類法⁶⁴。此外，WTO特定承諾委員會亦通過訂定服務項目分類討論之準則⁶⁵，期能對服務項目分類之談判做提綱挈領之準備。

雖然有前開CPC新版本、會員建議案及服務項目分類準則之提出，但由於CPC新版本尚未為WTO採納，會員建議又多以各自比較利益為考量，人言言殊不易取得共識。此外，服務項目分類準則之內容亦僅作大方向之提示，如要落實仍感千緒萬端，致使服務項目之分類標準，迄今仍無具體進展。

(二)服務項目分類標準之定位

WTO大部分會員係以W/120作為承諾表服務項目分類標準，少數則採用自定之標準，因此產生了「應依何種服務分類標準填寫承諾表？」及「服務分類標準是否屬於GATS上下文或慣例？」之爭議。美國賭博案就此點提出見解，殆可參酌。首先關於服務項目分類常採用之W/120、一九九三年GATS承諾表填寫準則（Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services – Explanatory Note⁶⁶，以下簡稱一九九三年填表準則）以及二〇〇一年填表準則之性質，美國賭博案上訴機構認為並非屬於維也納條約法公約第三十一條規定之「條約之上下文」，亦非同條第三項第二款規定之「嗣後慣例」⁶⁷。因為「上下文」係指包括條約全文⁶⁸、當事國間因締約所訂與條約有關之協定、以及當事國因締約所訂並經其他當事國接受為條約之有關文書。至於「慣例」用詞，參酌日本酒類案II⁶⁹及智

⁶⁴ WTO, S/CSS/W/107.

⁶⁵ WTO, S/CSS/W/89.

⁶⁶ MTN.GNS/W/164, MTN.GNS/W/164/Add.1.

⁶⁷ WT/DS285/AB/R, paras. 162-195.

⁶⁸ 包括前言及附件。

⁶⁹ Panel Reports, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages II, DS8, 10, 11.

利價格制度案⁷⁰之解釋，應符合下列二要件：1. 具和諧、共通及一致性之行為或聲明；2. 上述行為或聲明，應屬於一種可辨識之模式，足以表示會員對條約解釋之合意⁷¹。

上訴機構主張，W/120在每一服務項目分類之末均附上CPC之對應號碼，僅係期許會員填寫承諾表時參照CPC之分類內容，並非強制會員受CPC或特定標準之拘束。至於一九九三年之填表準則內文也明確表示，其僅為協助會員填寫承諾表之工具。上訴機構進一步認為W/120及一九九三年填表準則僅屬於維也納條約法公約第三十二條所稱之「對於條約解釋之補充資料」⁷²。

本文認為，前開上訴機構之見解殊值贊同。理由有三，其一為，因為二〇〇一年填表準則第一段業已言明「其目的係在協助特定承諾表之準備工作以期簡明說明如何精確清楚地將特定承諾填入承諾表內……，並無法回答負責製作特定承諾表者可能遭遇的所有問題，僅嘗試回答最可能出現之問題。此外，這些回答並非GATS的官方法律解釋。」其二為，W/120並非會員談判之共識結論，而僅為GATT時代秘書處所提供之參考文件。其三為，如果遽將W/120及二〇〇一年填表準則認定為維也納條約法公約第三十一條之「條約上下文」或「嗣後慣例」，則會產生下列二種不當結果：1. 非正式且僅為參考性質之文件，其地位被提升為與GATS架構條文、承諾表以及附件具同等地位。此種演繹結果有欠周延，因為就

⁷⁰ Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, DS207.

⁷¹ *Supra* note 66, para. 191.

⁷² 維也納條約法公約第32條規定：「為證實由適用第31條所得之意義起見，或遇依第31條作解釋而意義仍屬不明或難解、或所獲結果顯屬荒謬或不合理時，為確定其意義起見，得使用解釋之補充資料，包括條約之準備工作及締約之情況在內。」

GATS而言，GATS架構條文及其註釋、附件、承諾表及其註釋，始為具有法律效力之內容；2.設若W/120、一九九三年填表準則或二〇〇一年填表準則與GATS規定牴觸時，如果前後二者有高下位階之別，則具有法律效力者當然優先適用。設若上述二者之間並無高下位階之別，則彼此牴觸時，可能產生「無法律效力」之文件效力優先於「有法律效力」文件之矛盾結果，有失妥適。因此，將W/120、一九九三年填表準則及二〇〇一年填表準則僅認定為維也納條約法公約第三十二條之藉以「證實」或「確定」條文解釋之意義，應屬較合理之舉。

美國賭博案並認為採用CPC以外之標準填寫承諾者，必須以足夠明確之方式填寫，填寫方式不明者，除另有約定者外，推定依照W/120或相關CPC填寫⁷³。

綜上所論，可得知：

1. W/120、CPC、一九九三年填表準則及二〇〇一年填表準則均非GATS之本文、上下文或嗣後慣例，僅為解釋GATS之補充資料，在法律位階上無法與GATS相提並論。

2. 會員填寫承諾表時允宜採用W/120或國際承認之服務項目分類標準，例如，金融服務附件，期能杜絕解釋上可能產生之歧異結果。

3. 會員填寫承諾表時，依CPC之標準固可列舉「適用之服務項目」，亦可同時列舉「排除適用之服務項目」，例如，針對CPC93110醫院服務（hospital services）提出承諾時，得明示排除其中之放射治療服務⁷⁴。

⁷³ *Supra* note 66, paras. 202-205.

⁷⁴ S. Wunsch-Vincent, *The Internet, Cross-border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-Gambling*, 5(3) WORLD TRADE REV. 329 (2006).

二、不適用GATS之服務

不適用GATS之服務，包括執行政府公權力而提供之服務、與航權行使直接相關的空運服務，以及執行政府公權力而提供之金融服務，分述如下：

(一)執行政府公權力而提供之服務

此款規定滋生極大爭議。按GATS第一條第三項第二款規定：「稱服務者，包括各項之服務，但執行政府公權力而提供之服務，不在此限。」同項第三款復將「執行政府公權力而提供之服務」用詞，定義為：「稱執行政府公權力而提供之服務者，謂非基於商業基礎亦非與一或多個服務提供者競爭所提供之服務。」換言之，只要符合「商業基礎」或「涉及競爭之服務」二項要件之一，均非屬政府服務，遂有GATS之適用。惟對於「商業」及「競爭」之定義，GATS並未置一詞。以致若干事涉敏感且由政府提供之服務，譬如教育、供水、鐵路運送等服務，是否須面對開放之談判，即產生不確定之壓力。因此首先需辨明者為「商業」及「競爭」之意義，其次就有關因應試提建議。

1. 商業之意義

「商業」之意義眾說紛紜，有認為係指追求利潤（profit-seeking）者，但追求利潤是否需具備主觀上之意圖及／或客觀上之行為？是否不計盈虧，只要有追求利潤行為即屬之？抑或必須獲有純益始稱之為追求利潤？計算純益時點為何？設若起初不追求利潤，但卻產生利潤之結果者，是否亦屬之？均為尚待進一步釐清之疑問⁷⁵。

⁷⁵ Markus Krajewski, *Public Service and Trade Liberization*, 6(2) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC L. 349.

此外，亦有主張「收取費用」即屬於「商業」行為者。但僅收取工本費或象徵性費用者，是否為「商業」行為？為政策目的收取費用者，例如，在尖峰時段或地點收取行車費用以達控管交通流量者，是否認定為「商業」行為？公立大學為社會人士開設收費之語言訓練等推廣社會教育課程者，是否屬於「商業」行為？均仍在未定之天⁷⁶。

2. 競爭之意義

競爭之意涵在不同學者間各有所指，有謂在「同類服務」（like services）之間即存在競爭⁷⁷。但是立法者只在第二條及第十七條規定中使用「同類服務」之用詞，卻在第一條第三項第三款「執行政府公權力而提供之服務」規定中刻意迴避使用該詞，則本項「在同類服務之間即存在競爭」之見解應如何自圓其說，頗值推敲。且並非「同類服務」之間始存在競爭性，例如，手術與服藥雖非同類服務，卻因某些情況下產生同樣治癒效果，而被認定為具有競爭性。

或謂「競爭」係指在相關產品及市場上具有直接競爭或替代性者⁷⁸；或認為係指具有某種程度之替代彈性（elasticity）者⁷⁹。但是上述標準主要係參照GATT個案⁸⁰而來，是否可天衣無縫地適用於涉及十二種不同服務之GATS，值得進一步斟酌。此外供給彈性

⁷⁶ Rolf Adlung, *Public Service and the GATS*, GATS WORKING PAPER 9 (2005).

⁷⁷ J. Anthony VanDuzer, *Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS*, 76, available at <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-comm-erciaux/pdfs/health-edu-ss-gats-en.pdf>. (last visited May 2008).

⁷⁸ Juan Marchetti & Petros Mavroidis, *What are the Main Challenges for the GATS Framework?*, EUROPEAN BUSINESS ORGANIZATION L. REV. 534 (2004). Vol.5, No. 3, pp. 511-562, 2004.

⁷⁹ Adlung, *supra* note 75, at 353.

⁸⁰ 例如，日本酒類案以及韓國酒類案，Adlung, *supra* note 75, at 10.

係肇因於價格變動引起的供給量改變，「執行政府公權力而提供之服務」其供給既然是接近零價格，如何適用彈性理論，也存有疑義。

此外，尚有主張依「提供者與提供相同服務產品者之間，是否為爭取客戶而有一爭高下之行為」，來決定競爭之存在者⁸¹。此種見解只依提供服務者之單方行為決定，至於其他提供此種服務者之行為及心態則非所問。例如，提供國家醫療服務者，對於所有符合資格人士均以幾近零價格一體提供，並不在乎爭取較多使用者以增加其收入之情形，即屬於「非競爭」之範疇，至於是否存在由私人提供服務且其目的為爭取較多使用者以增加費用收入者，並不在考慮之列。此項見解雖然符合第一條第三項第三款之文義，亦即「非與一或多個服務提供者競爭所提供之服務」，但是囿於單向之思考方式恐失之狹隘，因為其罔顧仍有許多競爭者存在之事實，致使多數「執行政府公權力而提供之服務」，無須適用GATS之規定。從GATS前言與所有條文規定觀之，對「執行政府公權力而提供之服務」之用詞從寬解釋，當非GATS追求自由化之本意。

3. 因應之建議

有關「執行政府公權力而提供之服務」之範疇，眾說喧騰莫衷一是，業如前述。此項爭議之重要性在於一旦被認定為「執行政府公權力而提供之服務」，即無須適用GATS之規範，反之，會員必須面對開放之壓力。

上述爭議之可能解決方式包括：

(1) 在未來可能產生之爭端案件中，以爭端解決方式決定何謂「執行政府公權力而提供之服務」。惟爭端解決小組及上訴機構之成員均為對國際貿易有專長及經驗者，是否能以不偏頗之態度肯定

⁸¹ Marchettid & Mavroidis, *supra* note 77, at 77.

諸如公立圖書館所扮演之公益角色，公民社會（civil society）抱持懷疑態度⁸²。

(2)由長遠角度而言，宜於GATS第一條加入「商業」及「競爭」之定義，或以附件、會員共同宣言方式對「商業」及「競爭」提出明確之定義。此種方式固然一勞永逸，但要取得會員對於「商業」及「競爭」定義之共識，恐曠日廢時緩不濟急。

(3)當前之計，會員宜避免對疑似「執行政府公權力而提供之服務」提出承諾。由於服務項目繁多，會員如恐怕掛一漏萬，萬全之計為在承諾的項目中明白排除「執行政府公權力而提供之服務」。

(二)空運附件（Annex on Air Transport Services）第二項規定之與航權行使直接相關的空運服務

空運附件第二項規定：「本協定，包括其爭端解決程序，不適用於影響下述是項之措施：1.無論以何種方式授與之航權；或2.與航權之行使直接相關之服務，但第三項之規定，不在此限。」此項規定有五個面向宜予進一步剖析：

- 1.空運服務之提供主要依據芝加哥公約⁸³之相關規定。
- 2.航權之談判及取得，因具高度政治性，依慣例多以雙邊方式進行與規範，與多邊性質的GATS扞格不入。
- 3.GATS只適用於航空器之修理及維護、空運服務之銷售及市場行銷、電腦定位系統服務⁸⁴。
- 4.由於空運服務適用範圍狹隘，所以服務貿易理事會每五年至

⁸² Fiona Hunt, The GATS' Article, para. 3, available at <http://libr.org/gats/GATS-Article-1-3.pdf>. (last visited May 2008).

⁸³ International Air Services Transit Agreement, done at Chicago, 7 Dec. 1944.

⁸⁴ 空運附件第3項。

少應定期檢討空運服務項目之發展及空運附件之運作⁸⁵。

5. 空運服務之爭端解決程序，僅於相關會員具有義務或已作特定承諾，且雙邊或其他多邊協定中之爭端解決程序業已不敷使用時，方得援用之⁸⁶。

(三) 執行政府公權力而提供之金融服務

金融服務附件第一項第二款規定，協定第一條第三項第三款所稱之「執行政府功能而提供之服務」係指：1. 中央銀行或貨幣主管機關或其他執行貨幣或匯率政策之政府機關為執行貨幣或匯兌率政策所從事之活動；2. 構成部分社會福利制度或社會退休計畫之活動；及3. 公共團體為政府之利益或由政府保證或使用政府財力而從事之其他活動。但就後二者而言，若會員允許本國其他金融服務供給者與公共機關或金融服務供給者以競爭之方式提供服務時，則其應有GATS之適用⁸⁷。此外，GATS第一條第三項第三款「執行政府公權力而提供之服務，謂非基於商業基礎亦非與一或多個服務提供者競爭所提供之服務。」之定義，不適用於金融附件所規範之服務⁸⁸。

上述規定有三點值得分析。首先，本款對於「執行政府公權力而提供之服務」所作之定義僅適用於金融服務，無法解決GATS第一條第三項第二款與第三款規定之疑義。其次，只有當會員允許本國其他金融服務供給者與公共機關競爭時，始有GATS之適用，此點與GATS第一條第三項第三款規定不同，後者在有商業行為時亦需適用GATS。第三、上述規定是從其他金融服務供給者從事競爭

85 空運附件第5項。

86 空運附件第4項。

87 金融服務附件第1項第3款。

88 金融服務附件第1項第4款。

之角度來規範，GATS第一條第三項第三款則是由政府機關從事競爭或商業行為之角度來規範，兩者切入角度有別。

伍、非政府組織及個人在GATS上之地位

WTO下之協定具有公法性質，GATS規範之主體為「政府機關」及「經其授權行使政府公權力之非政府機構」。依第一條第三項之規定，未經授權行使政府公權力之非政府組織（non-governmental organization，簡稱NGO）、私人企業及個人並不受GATS之規範⁸⁹。然而此等組織、企業或個人在GATS上是否仍有一席之地，值得探究。

一、非政府組織

NGO雖非WTO規範之主體，但其對多邊貿易事務之關注，自GATT時代開始即與日俱增。WTO認知此種情形，遂於WTO協定第五條第二項規定，WTO總理事會得進行適當之安排，以與WTO事務有關之NGO進行諮商與合作。GATS第七條第五項要求會員應於適當個案中，致力與相關之政府間組織（intergovernmental organization）及NGO的合作，俾建立及採行共同之國際認許標準及要件，以及相關服務貿易及專業實務之共同國際標準。此外，GATS有關專業服務決議之末項亦要求專業服務工作小組應考量職司專業服務之政府組織與NGO之見解。

綜言之，自一九九五年WTO設立迄今，NGO所參與之WTO事務包括：

⁸⁹ United Nations, Course on Dispute Settlement- Module 3.13.WTO: GATS, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.31, 11 Mar. 2003, p.7, available at http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add31_en.pdf. (last visited :May 2008).

(一)參與部長會議、特別議題之座談會及簡報：WTO依WT/L/162所發布之準則⁹⁰，邀請NGO參與之部長會議，始自一九九六年十二月舉行之新加坡部長會議。此外，WTO秘書處並為NGO舉辦五次以上之非正式座談會，針對「貿易與環境」、「貿易與發展」（計一次）及「貿易便捷化」（計一次）等議題與WTO會員進行討論與交換意見⁹¹。

(二)向WTO秘書處提出詢問：NGO得向WTO秘書處提出詢問及蒐集資訊之要求。秘書處除定期提出WTO活動之簡報，並為NGO在WTO網站中特別開闢專欄提供資訊⁹²。

(三)逐月向WTO秘書處提出意見：NGO得每月向WTO秘書處提出其立場說明（position paper），並由WTO秘書處彙整後送交所有會員參考⁹³。

惟NGO參與上述WTO事務前，必須先行向WTO註冊登記，並證明其所從事之活動確實與WTO所掌管之事務有關。

(四)提供爭端解決時之所需之資訊及技術上建議⁹⁴。

(五)出任仲裁人⁹⁵。

二、私人企業與個人

就私人企業與個人而言，其可參與之WTO事務包括：

⁹⁰ WTO, WT/L/162.

⁹¹ http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/intro_e.htm.

⁹² 同前註。

⁹³ 同註⁹⁰。

⁹⁴ DSU第13條。

⁹⁵ DSU第22條。

(一) 爭端解決之發動

WTO下之協定具有公法性質，因此在爭端解決中，必須由會員出任當事人，然而私人企業與個人卻是爭端解決之發動者、受益人或受害者。私人企業與個人須先對GATS之貿易爭端提出經濟分析、貿易評估及社會影響之相關論述，會員始可能在WTO之下提出爭端解決之訴求，因此私人企業與個人在WTO爭端解決中雖無正式地位，卻是主要發動者。

(二) 為爭端解決小組提供資訊

依WTO爭端解決規則與程序瞭解書相關規定，私人企業與個人具有下列權限：

1. 以一般身分提供資訊及技術上之建議

爭端解決小組有權向其認為適當之人或機構蒐集資訊及尋求技術上之建議⁹⁶。

2. 以專家身分提出專家意見

爭端解決小組得就案件之某一部分徵求專家之意見⁹⁷。

3. 以專家審查群身分提出書面建議報告

某一爭端當事國所提出涉及科學或技術層面之事實問題時，小組得要求具有專業素養及經驗之專家審查群提出書面建議報告⁹⁸。

4. 以官方或非官方身分參與爭端解決小組

個人得以曾於DSB服務或主辦案件者、曾任WTO會員或GATT1947之締約成員或任一內括協定或其前身之理事會或委員會

⁹⁶ DSU第13條第1項。

⁹⁷ DSU第13條第2項。

⁹⁸ 同上，專家審查群係以個人資格提供服務，原則上不包括爭端當事國之國民，且政府官員不得擔任專家審查群。

之代表、或曾於秘書處服務、曾教授或發表國際貿易法或政策之著者、或會員負責貿易政策之資深官員等身分，參與爭端解決之小組，但當事國之一方或對案件有實質利益並通知DSB之第三國，其公民不得出任小組成員⁹⁹。

5. 擔任仲裁人

仲裁應盡可能由原爭端解決小組負責處理，或由秘書長指定一名仲裁人處理¹⁰⁰。

陸、結 論

本文以GATS第一條及第二十八條為中心，討論適用GATS之措施、適用GATS之服務貿易、適用GATS之服務、以及非政府組織與個人在GATS上之地位等問題。

由前開各項論述及剖析可得知，GATS對於措施之定義、措施之內容、影響服務貿易之意義，GATT與GATS之併予適用、影響某些自然人入境提供服務之措施、服務提供之定義、法人之定義、商業據點之定義、服務提供之模式、服務之項目等規範，原則上均採廣義立法或解釋方式，務使GATS得以適用於最多之服務措施、最廣之服務貿易以及最眾之服務項目，這項結果可能與會員之預期有相當程度之落差。雖然迄今完全涉及GATS爭議之案件仍屈指可數，但如對GATS之適用範圍及定義有錯誤認知或不夠嫻熟者，日後即有面對爭端解決之可能危機，會員在面對目前新回合談判或檢視國內規章時，均不可不慎。

⁹⁹ DSU第8條。

¹⁰⁰ DUS第25條。

參考文獻

一、中 文

- 1.張新平，服務貿易總協定總說，載：世界貿易組織下之服務貿易，頁27，1996。
- 2.彭心儀，由美國禁網路賭博爭端案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解釋與體系建構，載：WTO服務貿易與通訊科技法律，頁271，2005。
- 3.黃立、李貴英、林彩瑜合著，WTO國際貿易法論，2002。
- 4.楊光華，電子商務時代之服務貿易，載：商事法暨財經法論文集，頁945以下，1999。
- 5.羅昌發，國際貿易法，2000。

二、外 文

1. Adlung, Rolf, *Public Service and the GATS*, GATS WORKING PAPER (2005).
2. Ell, Julian Ark, *What Are the Prospects for Liberalization in Services?*, in THE WORLD TRADE NEGOTIATIONS AND PROSPECTS FOR THE CANCUN MINISTERIAL 23 (International Trade and Services Policy, Wilton Park Conference No. 712, 2003).
3. Krajewski, Markus, *Public Service and Trade Liberalization*, 6(2) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC L.
4. Marchetti, Juan & Mavroidis, Petros, *What Are the Main Challenges for the GATS Framework?*, EUROPEAN BUSINESS ORGANIZATION L. REV., (2004).
5. Mattoo, A. & Wunsch-Vincent, S., *Pre-empting Protectionism in Services: The GATS and Outsourcing*, 7(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC L, (2004).
6. Reyna, Jimmie V., *Services*, in THE GATT URUGUAY ROUND: A NEGOTIATING HISTORY (1986-1992) (Terence P. Stewart ed.,1993).
7. UNCTAD, WTO Dispute Settlement, 3.13 GATS, UN (2003).

8. WTO Secretariat, Guide to GATS (2000).
9. WTO, WTO Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice (2003).
10. WTO, WTO Annual Report (2005).
11. Wunsch-Vincent, S., *The Internet, Cross-border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-Gambling*, 5(3) WORLD TRADE REV. (2006).

Scope and Definition of the General Agreement on Trade in Services of WTO

Shin-Pyng Chang^{*}

Abstract

In order to clarify various complex and complicated terminologies used in the General Agreement on Trade in Services (GATS), Article 1 of GATS regulates “scope and definition,” whereas Article 28 contains detailed “definitions.”

This paper discusses and analyses the legal dimension of scope and definition of GATS. After the introduction, the second section deals with the measures of GATS, including, *inter alia*, the definition of measures, scope of measures, measures by members, and the meaning of measures affecting trade in services. This section also tries to answer controversial questions, such as how to determine whether or not a measure affects trade in services, whether measures can co-exist in both GATT and GATS? Section 3 goes through definitions of trade in services, including the supply of a service through four different modes, and the application of GATS to electronic commerce. Section 4 discusses the service sectors applicable in GATS stipulated in both W/120

^{*} Professor of Law School in Shih Hsin University and Chengchi University. Ph.D. Southampton University, U.K.

Received: October 07, 2008; accepted: March 11, 2009

and UN CPC. Service supplied in the exercise of governmental authority is also analyzed. Section 5 discusses what non-governmental organizations (NGOs) and individual persons could contribute in the operation of GATS.

Keywords: World Trade Organization (WTO), General Agreement on Trade in Services (GATS), Measures, Measures Affecting Services, Service Sectors

