

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：許耀明 博士

論《文化創意產業發展法》與服務貿易總協定之互動關係  
——以獎補助與租稅優惠措施為主



研究生：黃玉如

中華民國一〇〇年一月

# 論《文化創意產業發展法》與服務貿易總協定之互動關係

## — 以獎補助與租稅優惠措施為主

### 中文摘要

文化是一種民族精神、社會價值、生命哲學與生活方式的體現，而創意是人類文化定位的重要成份，而以各式各樣的形式表現，兩者皆能透過產業流程與全球分銷去複製、推廣。文創產業是「那些以無形、文化為本質的內容，經過創造、生產與商品化結合的產業」，因此文創產業不僅涉及文化與創意，也包含由創意衍生之「文化商品及服務」(cultural goods and services)的經濟價值與商業運作。

我國為使發展文創產業之政策制度在施行上於法有據，經濟部乃多次召集會議邀請各部會及學者專家討論研擬《文化創意產業發展法》(以下簡稱《文創法》)，並於 92 年 9 月 24 日函報行政院審核修訂，經過多年的推動與研議，該法終於 2010 年 1 月 7 日三讀通過，完成立法程序，並於 2 月 3 日以華總一義字第 09900022451 號總統令制定公布，相關子法亦陸續公布施行。

然而《文創法》內立意甚佳的產業措施，因台灣加入世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)而不得受到 WTO 相關協定的規範。作為掃除關稅與非關稅貿易障礙、確保自由貿易之 WTO，經由多回合的貿易談判逐步開放市場，並藉由對關稅與補貼之約束以及服務業市場准入、國民待遇之承諾等建立市場開放之可預測性。文化商品與服務在其規範下並無例外，同樣必須接受 WTO 上述原則，即最惠國待遇、國民待遇與市場准入等義務的檢驗。鑑於《文化創意產業發展法》所具備產業扶植之本質，及其涵蓋之 16 種文化創意產業多屬服務部門，本文遂將檢驗重點聚焦在該法之獎補助及租稅優惠措施與 GATS 的互動關係上，尤其是《文創法》在服務業補貼暫行定義、第 17 條國民待遇、國內規章第 6.1 條與第 23.3 條非違反協定控訴之適

法性分析，以作為日後執法或修正之參考。

但值得注意的是，相對於 WTO 以降低貿易壁壘，促進貿易自由化為職志，文化商品與服務之雙重特質在 WTO 無法獲得特殊之待遇或保障，2005 年 10 月 UNESCO 通過之《保障及促進文化表現多樣性公約》(以下簡稱《文化多樣性公約》)卻主張國家有促進與保護文化表現多樣性之權利，並具有採行其認為適當之政策與措施達成該目的之主權。若《文創法》有其適用《文化多樣性公約》之可能，則我國在採行諸多文創產業推展措施卻有違 WTO 內括協定所涉及之貿易原則或義務時，是否得根據《文化多樣性公約》正當化該等爭議措施？當《文化多樣性公約》與 WTO 內括協定產生規範衝突時，兩者之適用與解釋是否有互補或調和之可能？在文化產業與貿易活動上，《文化多樣性公約》若能正當化違反 WTO 規範之政策措施，則我國《文創法》所擬定之政策措施在 GATS 框架下之解釋與義務即有所不同。因此在檢驗《文創法》與 GATS 之互動關係前，本文將先簡單介紹《文化多樣性公約》之優劣特性，及公約與 WTO 規範競合之解決與適用結果。

關鍵字：文化創意產業發展法、世界貿易組織、文化多樣性公約、國民待遇、非違反協定控訴

Analysis on the Legal Interaction between the Cultural and Creative  
Industries Development Act and General Agreement on Trade in Services  
(GATS) – Based on The Measures of Subsidies and Tax Preferences

ABSTRACT

Culture is the embodiment of a national spirit, social values, people's worldview and life style, while creativity in all its manifestations presents an essential constitution of human culture. By way of industrialization and global distribution, the two are allowed to copy repeatedly and promote worldwide. Cultural and creative industries are "those industries that combine the creation, production and commercialization of contents that are intangible and cultural in nature", which involve not only abstract culture and creativities but also material economic value and commercial operations of cultural goods and services derived from human ingenuity and originality.

To make sure the policy and measures implemented in Taiwan to promote and flourish cultural and creative industries are legally based, the Ministry of Economic Affairs had invited the relevant ministries, scholars and experts in the field to deliberate and prepare the Cultural and Creative Industry Development Act (hereinafter referred to as "the Act") since mid-'90s, and finally submitted the draft Act to the Executive Yuan for review and approval on September 24, 2003. After years of promotion and negotiations, the Act was passed its third reading in the Legislative Yuan on January 7, 2010 and promulgated on February 3 by Presidential Decree Hwa Zong Yi Zi No. 09900022451. The related rules and regulations were also proclaimed in effect one after another ever since.

However, as a WTO (World Trade Organization) member, it is our duty to keep the deliberately constructed measures set in the Act in line with the WTO-related disciplines. WTO, acting as an international forum calling for free trade, vows to eliminate tariff and non-tariff trade barriers, facilitate further market opening by multiple rounds of trade negotiations, and increase the predictability of market dynamics through the establishment of binding tariff rates, subsidy disciplines, specific commitments and various requirements such as most-favored-nation treatment, market access and national treatment. The same principles and obligations mentioned above apply to goods and services with culture in nature equally with no exception. In this

regard, the paper will examine how the Cultural and Creative Industry Development Act, especially its subsidy and tax preference measures legally interact with the articles related including Article 15 Subsidy, Article 17 National Treatment, Article 6.1 Domestic Regulation and Article 23.3 Non-violation complaints (in view of the measures adopted in the Act are industry-supportive oriented and most industries categorized in the same act are belonging to service sector) in General Agreement on Trade in Services (GATS) for reference of law enforcement and further amendments in the future.

But it is worth noting that, while WTO (the organization and covered agreements) are dedicated to exterminate trade barriers, promote trade liberalization and ignore cultural goods and services have both an economic and a cultural nature, the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Cultural Expressions (hereinafter referred to “the UNESCO Convention”) adopted by the General Conference of the United Nations Education, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) on October 20, 2005 recognizes member countries have their sovereign right to formulate and implement their cultural policies and to adopt measures to protect and promote the diversity of cultural expressions when necessary. If the rules and principles of the UNESCO Convention apply to the Cultural and Creative Industry Development Act, then is it possible for the Convention to justify the measures we adopt to nourish the cultural industries, but somehow in violation of WTO principles and obligations? And if the answer is “Yes”, all the interpretation and obligations derived from the Act will not be the same as those covered by GATS only. Therefore, the potential conflicts and the harmonization between the UNESCO Convention and WTO covered agreements (GATS in particular) will be explored before the legal relationship between the Act and GATS is examined.

Keywords: Cultural and Creative Industry Development Act, World Trade Organization, UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Cultural Expressions, National Treatment, Domestic Regulation, Non-violation complaints

## 致謝辭

以中年之齡、中等之資再入校園學習，視茫髮蒼尚不足以壞事，記憶流失才是自我挑戰的開始。雖入法律系所就讀乃一時興起，但窺堂奧之後方覺學海無涯，日日伏案猶未能盡識。教授們腹笥便便更顯自己胸無點墨，虛心受教三年，卻常感不識之無。感念的是堂上明師春風教誨，讓頑石也稍能點頭，雖仍不求強記，故不諳法條，但在法理與案例研析上還算稍有精進，三年的學習或多或少累積些許成果可堪聊慰！

從廣袤的法學領域中選擇自己較為熟悉的國際貿易法作為論文題材，除了外(英)文資料較能掌握，也是自己興趣所在外，指導教授之學識淵博與認真負責也是考量重點。感謝教授許耀明博士的悉心指導，指點迷津，在架構成型階段協助概念整理與思考邏輯的連貫；在章節鋪陳時幫忙釐清思緒，找出重點。老師悉心的教導使學生得以一窺國際貿易法領域的深奧，不時的討論並指點正確的方向，使我在論文寫作中獲益匪淺。

本論文的完成亦得感謝同學珊妮的從旁協助，除了論文格式的指正說明，更重要的是心情的慰撫與疏解。因為有你的熱心幫忙，才使得本論文在時間上能夠及時完成，在內容上更完整而嚴謹。

在論文寫作的日子裡，先生與孩子的包容與支持更是我前進的動力，有時是沒日沒夜的資料搜尋，有時是晨昏顛倒的振筆疾書，更有時是腸枯思竭下的暴躁易怒，無論是無暇顧及家務或是情緒緊繃，再再都需要先生與孩子的體諒、包容，感謝這段時間他們的陪伴支持。

最後，謹以此文獻給我摯愛的雙親。



# 目 錄

中文摘要.....	i
英文摘要.....	iii
致謝辭.....	v
目錄.....	vi
<b>第壹章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究背景與動機.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	6
第三節 研究目的.....	9
第四節 研究架構.....	10
<b>第貳章 文化多樣性公約作為 WTO 例外事由之正當性與服務貿易總協定之     補貼規範.....</b>	<b>12</b>
第一節 從文化例外到《文化多樣性公約》.....	12
第二節 《文化多樣性公約》之權利義務與缺失.....	19
第三節 《文化多樣性公約》與 WTO 相關協定之衝突與適用關係.....	25
第四節 服務貿易總協定涉及補貼之相關規範.....	36
<b>第參章 從服務業補貼暫行定義看《文創法》之獎補助與租稅優惠措施.....</b>	<b>39</b>
第一節 GATS 服務業補貼規範之談判.....	40
第二節 SCM 協定之補貼定義.....	44
第一項 政府之財務補助(Financial contribution).....	45
第二項 企業受有利益.....	52
第三項 補貼須具特定性(specificity).....	54

第一款	法律上之特定性 (de jure specificity) :	57
第二款	事實上之特定性 (de facto specificity) :	60
第三節	以 SCM 協定補貼定義檢視《文創法》之獎補助與租稅優惠措施	62
第一項	財務補助	62
第一款	投入股本	63
第二款	補助金	64
第三款	信用保證機制	64
第四款	稅捐減免	66
第二項	企業受有利益	66
第三項	補貼須具特定性	71
<b>第肆章</b>	<b>GATS 其他涉及補貼之現行規範—以國民待遇、國內規章與非違反協定</b>	
	<b>控訴為例</b>	<b>74</b>
第一節	從國民待遇看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性	74
第一項	特定承諾表(Schedules of Specific Commitments)	77
第一款	服務部門分類清單(W/120)與聯合國「重要產品暫行分類表」(CPC)之適用	77
第二款	服務項目之歸類	80
第二項	「同類服務」與「同類服務供給者」的認定	80
第一款	以「同類產品」之認定方法類推適用「同類服務」之認定	81
第二款	服務提供模式 (Mode of Supply)是否影響同類服務之認定	83
第三款	「目的與效果」論在「同類性」認定之適用爭議	91
第四款	「同類服務」與「同類服務供給者」之個別認定問題與適用關係	94
第三項	影響服務供給之所有措施	98



第四項	不利待遇 (less favorable treatment).....	101
第五項	《文創法》獎補助與租稅優惠措施於 GATS 國民待遇之適法性 .....	102
第一款	我國承諾屬於文創產業之服務部門.....	102
第二款	《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性.....	105
第二節	從國內規章看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性.....	110
第一項	GATS 第 6.1 條意涵解析.....	117
第一款	適用範圍.....	118
第二款	適用對象.....	119
第三款	規範目的.....	120
第二項	《文創法》獎補助與租稅優惠措施於國內規章第 6.1 條之適法性 .....	122
第三節	從非違反協定控訴看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性 .....	125
第一項	GATS 第 23.3 條意涵解析.....	128
第一款	須為其他會員國施行之措施.....	130
第二款	須於相關協定下具備可合理期待之利益.....	130
第三款	前述利益因爭議措施而受到剝奪或減損.....	132
第二項	《文創法》獎補助與租稅優惠措施於非違反協定控訴之適法性 .....	134
第一款	須為其他會員國施行之措施.....	134
第二款	須於相關協定下具備可合理期待之利益.....	135
第三款	前述利益因爭議措施而受到剝奪或減損.....	136
<b>第五章</b>	<b>結論與建議.....</b>	<b>138</b>
<b>參考文獻</b>	<b>.....</b>	<b>142</b>

# 第壹章 緒論

## 第一節 研究背景與動機

近日張大春關於〈狗屁的文化創意產業〉的言論，<sup>1</sup>引起文創界一陣嘩然。其以「詐騙集團」、「惡性腫瘤」比喻他根本不承認存在的「文創產業」，並指出「文創產業的來歷是一群寄生蟲般的人物，在既沒有創作能力、也沒有研究能力的前提之下，逞其虛矯夸飾的浮詞，闖入原本的出版、表演、戲劇、影視、廣告、藝術展覽和交易等等傳統領域」，該說法引起其所謂「看起來充其量不過就是一種兼領經紀人和營銷者身份的幫閒份子」之一的遠流出版社董事長，同時也是負責經營華山園區的台灣文創公司董事長王榮文回批：「做一個作家的特權就是可以亂講話」。<sup>2</sup> 究竟什麼是「文創產業」？文化作為一種民族精神、社會價值、生命哲學與生活方式的體現，是否只能是一種非商品的公共服務，滿足人民的「文化基本權」，而無法市場化與產業化，展現其市場的交換價值？「文創產業」究竟是以「文創」（文化），還是以「產業」（經濟）為核心？這是各國發展「文化創意產業」時必先釐清的問題。<sup>3</sup> David Thorsby (2001:4) 從學理上認為文創產業具有產業活動過程須運用某種形式的創意、其活動與象徵意義的產生及溝通有關、而製成產品是，至少可能是，某種形式的智慧

<sup>1</sup> 張大春部落格〈答大學生——關於狗屁的文化創意產業〉

(<http://blog.chinatimes.com/storyteller/archive/2010/11/16/564264.html>)，〈自己想一想——文創產業是建立在咒語上的嗎？〉(<http://blog.chinatimes.com/storyteller/archive/2010/11/17/565157.html>)，〈揭發淡大文化創意產業中心的狡辯〉

(<http://blog.chinatimes.com/storyteller/archive/2010/11/18/566169.html>)，最後瀏覽日：2010/11/22

<sup>2</sup> 中國時報 2010-11-17【林欣誼／台北報導】available at: <http://blog.udn.com/giveman/4607284>，最後瀏覽日：2010/11/22。當然也不乏張大春之支持者，見李敏勇(詩人)，〈文化創「利」產業〉，自由時報 A17 版，2010/11/26。

<sup>3</sup> 「文化」一詞的定義廣泛，而「文化產業」、「創意產業」與「文創產業」的定義與範疇也不盡相同，在哲學上也存在辯證衝突的可能，本文不擬處理此等概念問題。本文所謂「文化創意產業」(簡稱文創產業)之定義皆採文建會所定義「源自創意與文化積累，透過智慧財產的形成與運用，具有創造財富與就業機會潛力，並促進整體生活環境提昇的行業」。根據文建會 2004 年《文化白皮書》所載，該定義乃參考了英國與聯合國對於文化創意產業的定義，英國政府將「創業產業」定義為「創意產業起源於個人的潛力、技能和才華，透過產生與開發為智慧財產權後，具有開創財富和就業機會的潛力。」而聯合國教科文組織關於文化產業的定義是：「結合創作、生產與商業的內容，同時這內容在本質上具有無形資產與文化概念的特性，並獲得智慧財產權的保護，而以產品或服務的形式來呈現。」

財產權等三大特色。<sup>4</sup>根據聯合國教育、科學、及文化組織（United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO）對於「文化、貿易及全球化」的問題與解答，其認為創意是人類文化定位的一個重要部分，可以不同形式表現，透過產業流程與全球分銷去複製、推廣其創意。文創產業是「那些以無形、文化為本質的內容，經過創造、生產與商品化結合的產業」。是以文創產業不僅涉及創意，也包含由創意衍生之「文化商品及服務」（cultural goods and services）的經濟價值與商業運作，<sup>5</sup>目標在於開拓創意領域，結合文化因子，發展產業經濟。是以「創意」與「商品」、「文化」與「產業」兩者在文化創意產業係相輔相成，缺一不可。同時，由於「文化商品及服務」所具備的商業交換性與比較利益，使其不可避免的成為國際貿易的對象，然文化商品與服務的自由流通所帶來文化的趨同性與弱勢文化的勢微，卻又引起諸多國家文化侵略的疑慮，是以文創產業與文化貿易兼具「文化」與「經濟」雙重本質的獨特性，使其不僅成為國內相關人士之爭議所在，也是國際論壇的重要議題。

且不論藝文人士如何看待「文創產業」，至少各國政府皆視該產業為第三波「資訊產業」經濟後的「第四波」經濟動力，對於該產業的推動不遺餘力，其中包括經濟與文化成熟發展的先進文化大國，如英國、美國、日本；或者亟欲突破傳統代工定位、從製造代工（OEM）轉型為設計代工（ODM）的新興亞洲國家，如中國、韓國、泰國，都已意識到文化創意產業帶動國家經濟成長、產業升級的能量。<sup>6</sup>英國是最早提出創意產業概念政策的國家，其文化政策也是國際間產業別架構最完整的政策。其於1997年成立「文化、媒體暨體育部」（Department for Culture, Media and Sport, DMCS），<sup>7</sup>並於次年

---

<sup>4</sup> 洪德生，〈推動文化創意產業之系統服務規劃研究報告〉，委託單位：文化建設委員會，執行單位：台灣經濟研究院，頁11，2003年。Available at:

<http://www.cci.org.tw/cci/upload/market/20100505200629-0fb583eb14b757d6bb2a6a7f13d68644.pdf>, 最後瀏覽日：2010/11/24。

<sup>5</sup> UNESCO, *Culture, Trade and Globalisation : Questions and Answers*, at 12-14, available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001213/121360e.pdf>, last visited: 2010/11/24.

<sup>6</sup> 行政院文化建設委員會（以下簡稱文建會），〈創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫 98—102年（核定本）〉頁1、4，2009年，available at

<http://www.cci.org.tw/cci/upload/law/20100604104150-8dd3d038610f19c0bd08739c496f4052.pdf>, 最後瀏覽日：2010/11/24。

<sup>7</sup> DMCS 網站 <http://www.culture.gov.uk>

正式提出第一份的「創意產業」報告，擘畫英國創意產業發展的遠景。2001年與2008年英國政府分別提出「Culture and creativity: In the next ten years」計劃與「Creative Britain」文件，藉由教育與補助相關人才，讓每個公民皆能擁有創意，將創意應用到各種生產活動；並以支持研發與創新、協助創意型企業成長、促進及保護智慧財產權與支持創意社群等四大方向推動創意產業，將創意產業視為英國經濟的核心。<sup>8</sup>香港、澳洲與紐西蘭亦循同樣的「創意產業」概念推動各自的創意經濟，而芬蘭則強調「文化產業」的概念，藉由SiSu研究計劃，整合教育、通訊與環保等部門，更積極、更有系統的保護傳統文化，並結合電腦網路與數位科技，同時進行文化保存與文化傳播。亞洲國家中較早意識到文化產業概念重要性的國家包括新加坡、中國與韓國。其中，新加坡提出「文藝復興城市」的概念，旨在打造新加坡成為亞洲重要的藝文城市；中國提出「文化產業」的概念，企圖以國家力量，推動具中國特色的文化產業發展，並學習歐美先進國家在文化藝術事業上的經營管理。<sup>9</sup>南韓政府自1990年代後期以文化立國的政策方針確立後，即擬定中長期發展計劃，視文化產業為振興經濟之契機。1999年制定「文化產業振興法」明定文化產業範圍與相關措施的規劃與執行。2008年政府組織再造，成立中央主管機關「文化體育觀光部」負責文化、藝術、影視、數位內容、觀光、體育等業務的推動，主導國家整體文化政策之大方向，再藉由設置性質為財團法人的振興院（如文化產業、遊戲產業與電影產業等振興院）具體執行「文化體育觀光部」所擬定之推動措施。<sup>10</sup>我國則於1995年由行政院文化建設委員會（以下簡稱文建會）在「文化產業研討會」中首先提出「文化產業化、產業文化化」之構想，並於社區總體營造計畫下輔導地方文化產業發展。在全球化與科技化兩股力量的推進下，「文化創意產業」的多樣性、小型性、分散性，成為促進就業人口和產值能量的新動能。2002年行政院正式將「文化創意產業」列為「挑戰2008：國家發展重點計畫」其中一項，由4個部會共同推動——經濟部統籌並負責設計產業，教育部負責跨領域的人才培訓，新聞局負責媒體產業，文建會則負責藝術產業扶植，結合政府政策的推動與民間創

<sup>8</sup> 顏上詠，〈文化創意產業法制政策淺論—暨文化創業產業發展法草案評析〉，月旦法學雜誌第173期，頁202-203，2009年。

<sup>9</sup> 薛保瑕，〈文化創意產業概況分析調查〉，委託單位：行政院經濟建設委員會，研究單位：財團法人國家文化藝術基金會，2002年。

<sup>10</sup> 王怡惠，〈從推動體系及法制架構思考我國文化創意產業發展之整合—以南韓推動組織與法制架構為例〉，科技法律透析第21卷第7期，頁18-19, 25，2009年。



意能量的發揮，提升我國軟實力及產業競爭力。該計畫於 2007 年底執行完畢，2008 年起有關文化創意產業之後續推動事宜，即暫由各產業主管機關納入專案計畫辦理。2008 年 10 月文建會制定「創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫 98—102 年」，針對當前文化創意產業發展困境及產業需求，如推動文化創意產業之法規與發展機制未臻完備、文創業者多屬微型經濟規模，現有融通及評價制度不足、業者不易取得產業發展資金、文化創意產業分由不同部會主政、資源分散，缺乏整合機制、內需市場及國際市場都仍待開拓、產業基礎研究不足、藝文資源產業化程度低、產業鏈未能建立等，並思考台灣之發展優勢及潛力，提出各項檢討、提振方案及推動策略，期能達到「攻占大華文市場，打造台灣成為亞太文化創意產業匯流中心」之願景。<sup>11</sup> 為使各項政策制度的推行有法源依據，經濟部多次召集會議邀請各部會及學者專家討論研擬《文化創意產業發展法》(以下簡稱《文創法》)，並於 92 年 9 月 24 日函報行政院審核修訂，經過多年的推動與研議，以及立法院教育文化委員會於 98 年底到 99 年初密集召開近 8 次會議及黨團協商，該法終於 2010 年 1 月 7 日三讀通過，完成立法程序，並於 2 月 3 日以華總一義字第 09900022451 號總統令制定公布，相關子法亦陸續公布施行。

該法共計 30 條，分為總則、協助及獎補助機制、租稅優惠與附則 4 章，內容除揭示產業發展的基本原則(第 1、2 條)、文創事業範疇(第 3 條)、明定中央主管機關文建會負責整合現行各部會之發展資源(第 5 條)、保障發展所需經費外(第 8 條)，法案中並賦予政府應採行或得採行之獎勵或輔導措施，包括由政府設置文化創意產業發展基金(第 9 條)，並應成立財團法人文化創意產業發展基金會(第 7 條)，作為協助文創產業推動政策之業務基礎。再者，文創產業之核心價值就在於智慧財產權的取得與運用，為突顯文化創意有價之觀念，政府應鼓勵或協助公民營企業及文化創意事業，將創意成果及文化創意資產，轉化為實際之生產或運用(第 10 條)、授權著作權法主管機關依本法第 23 條規定，建立以智慧財產權為設質融資標的之交易機制、並根據第 24 條規定也授權著作權法主管機關建立不明著作的法定授權制度以

---

<sup>11</sup> 文建會，〈創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫 98—102 年(核定本)〉，頁 5、11，2009 年，available at: <http://www.cci.org.tw/cci/upload/law/20100604104150-8dd3d038610f19c0bd08739c496f4052.pdf>, last visited: 2010/11/24.

促進創作內容的合法流通與利用。

而在扶植文創產業之具體獎勵補助措施方面，首先政府對於文創事業之法人化及相關稅籍登記、產品或服務之創作或研究發展、創業育成、無形資產流通運用、提升經營管理能力、運用資訊科技、培訓專業人才及招攬國際人才、促進投資招商、事業互助合作、市場拓展、國際合作及交流、產業群聚、運用公有不動產、蒐集產業及市場資訊與智慧財產權保護等事項，得給予適當之協助或鼓勵（第 12 條）。《文創法》也規定文建會得依品牌發展及社會需求給與獎勵或補助（第 14 條發放藝文體驗券、第 15 條補助原創產品與服務、第 20 條鼓勵文化創意事業建立自有品牌）、協助文化創意事業的投資、融資與信用保證（第 19 條）。同時，為鼓勵其他事業資助文化創意產業，其相關捐贈得列為當年度費用或損失（第 26 條），而為促進文化創意產業創新，公司投資於文化創意研究與發展及人才培訓支出金額，依據文創法，得依有關稅法或其他法律規定減免稅捐，享有租稅優惠（第 27 條）。

然而這些立意甚佳的產業措施，在台灣加入世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)後，即不得不得受到 WTO 相關協定的規範。WTO 設立之目的在確保自由貿易，透過多邊諮商建立國際貿易規範，降低會員間之關稅與非關稅貿易障礙，提供一個公平及可預期之國際貿易環境。為確保各國的產業政策與貿易措施不致造成貿易扭曲，阻礙商品與服務的自由流動，WTO 透過不歧視原則使各國無論在國際間或國內外，皆能在平等基礎上，分享降低貿易障礙之好處，享受貿易減讓之成果；並經由多回合的談判逐步開放市場，繼以對關稅與補貼之約束以及服務業市場開放之承諾等建立市場開放之可預測性。文化商品與服務其規範下並無例外，同樣必須接受 WTO 上述原則，即最惠國待遇、國民待遇與市場進入等的檢驗。《文化創意產業發展法》之支持措施是否能禁得起這些檢驗，確保日後施行不致引起貿易爭端乃筆者疑問所在，遂欲藉本文一探究竟。

值得注意的是，2005 年 10 月由 UNESCO 大會通過的《保障及促進文化表現多樣性公約》(Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression，以下簡稱《文化多樣性公約》)，是以法國及加拿大為首，主張文化貨品與服務應基於保障文化考量而給予不同於其他商



品待遇之 WTO 會員國，在 WTO 多邊貿易架構內推動制訂文化例外條款與文化貿易附件未竟其功下，藉國際文教專責機構推動保障及促進文化事務之國際條約。該公約認同文化多樣性是人類共同的遺產，承認文化活動、商品與服務具有傳遞文化特徵、價值與意義的特殊性質，因此應以互利的方式創造文化繁榮及自由的條件，促進地方、國家與國際層面對文化表現多樣性之尊重，並重申各國在其領域內保有維持、採行與實施其認為適當之保護與促進文化表現多樣性之政策與措施的主權，<sup>12</sup>公約第 6、7、8 條並明訂締約國對於促進與保護文化表現多樣性所擁有之權利及可採取之具體措施。目前所有 WTO 會員中，僅新加坡、列支敦斯登、香港及我國非 UNESCO 會員（澳門為副會員）；而在 2005 年 10 月 20 日《文化多樣性公約》的表決大會上，156 位參與表決的會員有 148 票表示贊成，美國與以色列二國反對，澳洲、宏都拉斯、利比亞與尼加拉瓜等四國棄權，顯示該公約凝具會員相當之共識。

在文化產業與貿易活動上，《文化多樣性公約》若能取代、調和 WTO 協定，或優先適用、正當化違反 WTO 規範之政策措施，則會員國的文化產業與貿易政策在 WTO 協定下的規範義務即得重新檢視。在這樣的前提下，《文創法》若適用《文化多樣性公約》之規範，則其所制訂的相關措施是否符合 WTO 之協定義務便不那麼重要。因此在本文檢視《文化創意產業發展法》之產業措施與 WTO 協定之關係前，擬先探討我國《文創法》與《文化多樣性公約》之關係，及《文化多樣性公約》之通過對於 WTO 協定之衝擊與其取代或調和 WTO 協定、優先適用或正當化文化產業與貿易措施之可能性。

## 第二節 研究方法與範圍

本文之研究方法，主要採用文獻分析法。首先著手文獻資料之收集、分類，資料不分第一手或次級資料，類別包括我國政府之文創產業政策白皮書、WTO 官方文件與爭端解決機構之裁定報告、學者就相關議題所發表之專書或論文。資料來源分別為，國內期刊與學位論文係取自國家圖書館之典

---

<sup>12</sup> 文化多樣性公約第 1.2, 1.5, 1.7 與 1.8 條。而對於「文化多樣性」、「文化表現」、「文化活動、商品與服務」等名詞定義皆載於公約第 4 條。

藏，及其建立之期刊論文與碩博論文索引系統，WTO 爭端解小組報告與官方文件取自於 WTO 網頁；國外學者期刊部分則多使用 Westlaw 資料庫作為資料檢索之依據，中國大陸之資料則以學者出版之專書為主。接著進行閱讀、檢驗與分析，去除「不相關」、「不重要」或「不正確」的資料，以批判式閱讀從中瞭解、重建過去所獲致的結論或遺留的爭議，尋找研究議題與使用資料之關聯性，及資料對於現況解釋的可能。而在法學研究中，法釋義學為資料閱讀與分析之基本方法，筆者將以該法解析相關國際條約之原理原則，與《文化創意產業發展法》之立法架構，進而以比較法與歸納法混合運用，藉以評析我國《文化創意產業發展法》政策措施與相關規約之關係，最後提出筆者之看法與建議。

本文研究範圍，在探討《文化多樣性公約》與 WTO 相關協定，特別是服務貿易總協定(GATS)，之法律衝突與調和部份，將以公約所賦予會員之權利義務是否能與 WTO 協定相抗衡，當貿易爭端產生時，公約之原則規範是否能優先適用或正當化爭議措施為主，因此本文將不細究公約簽訂的背景與個別條款的解釋與適用，重點在於公約與 WTO 多邊貿易規範衝突的可能與影響及其在文化貿易爭端解決所扮演的角色。

而在進一步檢視產業政策與 WTO 協定之關係上，學者指出目前世界各國對於文創產業之扶植與保護所施行之政府措施，且為 WTO 內括協定所涵蓋者大致有：補貼與獎勵措施、本地製造率、配額及其他市場進入限制、內國法規與核照程序、租稅措施、智慧財產權的保護措施、外人投資與所有權限制及邊境措施等，<sup>13</sup>《文化創意產業發展法》所規定的獎補助機制與租稅優惠即牽涉及其中（例如補貼與獎勵措施、租稅措施與智慧財產權的保護措施），涉及的內括協定包括貨品貿易總協定(GATT 1994)、服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services)、<sup>14</sup>補貼及平衡措施協定 (Agreement

<sup>13</sup> 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 198-202，2007 年；Peter Van den Bossche, *Free Trade and Culture – A Study of Relevant WTO Rules and Constraints on National Cultural Policy Measures* 1, 11-16, available at: <http://ssrn.com/abstract=979530>, last visited: 2010/12/1; Mary E. Footer & Christoph Beat Graber, *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 115, 122-126 (2000), available at: <http://www.people.fas.harvard.edu/~hiscox/Footer.pdf>, last visited: 2010/11/24.

<sup>14</sup> 本協定是第一也是唯一控管國際服務貿易的多邊規則。基於過去三十年服務貿易體系的快速成長以及通訊革命創造的潛在服務貿易，促使各國在烏拉圭回合談判中制定出此協定。包含除了雙邊航

on Subsidies and Countervailing Measures, SCM)、<sup>15</sup>與貿易有關之智慧財產權協定(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)、<sup>16</sup>等。因牽涉範圍廣泛，且鑑於《文化創意產業發展法》所涵蓋之16種文化創意產業多屬服務部門，本文擬將分析重點集中在該法之獎補助措施及租稅優惠與GATS的互動關係上，僅探討諸措施是否符合服務貿易總協定對於補貼之相關規範，作為日後因應之參考。至於文化貨品與服務之定義與區別、<sup>17</sup>《文創法》與GATT、TRIPS以及GATS補貼以外之關係(例如傾

---

權及政府採購外的所有服務之貿易。會員國之權利及義務分為兩個層次：第一係對所有服務貿易均適用之義務及原則，例如最惠國待遇、透明化、國內規章之公平性、資格之承認、經濟整合協議、獨占、商業行為、支付及移轉、一般例外及安全例外等；第二係在該協定下所承諾之特定義務，包括市場開放及國民待遇，至於制定有關服務貿易之政府採購、緊急防衛措施及補貼規範則仍在進行。本協定亦規定新回合的服務貿易談判應於2000年1月1日前展開，各會員必須提出減讓表，根據該減讓表各會員有義務於三年內不得採取更嚴格的市場開放及國民待遇條件。參照工業總會貿易發展委員會國際經貿服務網WTO詞語小站，available at: [http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=38&module\\_class=4&&t\\_type=0](http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=38&module_class=4&&t_type=0)，最後瀏覽日：2010/11/25。

<sup>15</sup> SCM為烏拉圭回合談判成果之一，協定的重點在於：1)形成多邊架構的貨品補貼規範，2)平衡措施的程序相關規範。多邊架構的貨品補貼規範在於釐清貨品補貼定義等相關議題，WTO會員得以依此規範將貨品補貼相關之貿易爭端提送WTO爭端解決機制。平衡措施目的，在規範一國為抵銷補貼的影響而可以採取的行動措施。在本協定之下，一國可以使用WTO的爭端解決程序尋求補貼的撤回或是削除補貼所致的負面影響。否則該國也可以自行展開調查，並對於造成國內生產者損害的受補貼之進口商品課徵額外稅負(平衡稅，countervailing duty)。參照WTO中心網站，available at: [http://www.wto.org.tw/SmartKMS/do/www/readDoc?document\\_id=1209&action=content](http://www.wto.org.tw/SmartKMS/do/www/readDoc?document_id=1209&action=content)，工業總會貿易發展委員會國際經貿服務網WTO詞語小站，available at: [http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=46&module\\_class=4&&t\\_type=0](http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=46&module_class=4&&t_type=0)，最後瀏覽日：2010/11/25。

<sup>16</sup> TRIPS協定係1994年烏拉圭回合的主要成就之一，為WTO一項多邊貿易協定，內容規範之效力及於WTO全體會員，其代表著WTO之規範範圍，將從傳統的關稅貿易障礙，擴及至有關智慧財產權之貿易障礙。TRIPS協定與其他多邊貿易協定最大不同之處，在於要求WTO會員應使其內國智慧財產相關法規符合本協定明定之智慧財產權保障之最低標準。該協定在著作權、專利、商標、地理標示、工業設計、積體電路佈局及營業秘密上設有最低標準，並補充了巴黎、伯恩、羅馬及華盛頓公約個別領域之義務。TRIPS協定內容共計73條，包括總則及基本原則、智慧財產權之提供、範圍及使用之標準、智慧財產權之執行、智慧財產權之取得、維護及爭議程序、爭端之防止及解決、過渡條款、機構設置與最終條款等七篇。TRIPS協定重要之處，在於將國際現行相關智慧財產權的條約中的基本原則納入單一的國際協定之中，提供了充分保護與有效執行智慧財產權的基本規範與義務。參照工業總會貿易發展委員會國際經貿服務網WTO詞語小站，available at: [http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=40&module\\_class=4&&t\\_type=0](http://www.cnfi.org.tw/wto/all-module24.php?id=40&module_class=4&&t_type=0)，最後瀏覽日：2010/11/25。

<sup>17</sup> 文化商品與服務定義之區別可參考馬冉，〈WTO體制下自由貿易與文化多樣性的衝突與協調—兼論中國和平發展中的貿易與文化問題〉，國際經濟法學刊第15卷第4期，頁155-156(2009年2月)；洪德生，〈推動文化創意產業之系統服務規劃研究報告〉，委託單位：文化建設委員會，執行單位：



銷與反傾銷及防衛協定等)，本文將不予討論。

### 第三節 研究目的

本文研究之目的乃希望：

一、釐清《文化多樣性公約》與 WTO 規範之法律關係：WTO 以降低貿易壁壘，促進貿易自由化為職志，文化多樣性乃制度外之價值與理念，文化商品與服務之雙重特質在 WTO 並無法獲得特殊之待遇或保障。然《文化多樣性公約》卻主張國家有促進與保護文化表現多樣性之權利，並具有採行其認為適當之政策與措施達成該目的之主權。在 WTO 會員陸續簽署並批准該公約後，會員採取諸多文化保障與促進之措施若有違 WTO 內括協定所涉及之貿易事務或義務時，是否得根據《文化多樣性公約》正當化該等爭議措施？當《文化多樣性公約》與 WTO 內括協定產生規範衝突時，兩者之適用與解釋是否有先後、主從之別？或互補、調和之可能？兩者關係的釐清將關係各國文化政策的擬定與貫徹。

二、若《文化多樣性公約》無法給予 WTO 會員充份的正當性以實施各種促進與保護文化活動、商品與服務之政策措施，則 WTO 內括協定仍是會員處理文化貿易事務的法律依據。在該情形下，本文將透過 GATS 第十五條補貼條款與暫行定義之研究，檢視學者與 WTO 會員對服務補貼暫行定義與談判進度之看法與建議，從中瞭解我國《文化創意產業發展法》產業支持措施在相關觀點下之適法性。

三、然 GATS 補貼規範畢竟尚未制訂完善，因此有必要檢視 GATS 其他條款對於文化產業與服務措施是否具類似的規範作用。透過 GATS 其他與補貼相關之現行條款，例如國民待遇、國內規章與非違反協定控訴之研究，剖析條文文義，汲取學者與 WTO 爭端解決機構之法律見解與批判；並以之

---

台灣經濟研究院，頁 12-15，2003 年。Available at:

<http://www.cci.org.tw/cci/upload/market/20100505200629-0fb583eb14b757d6bb2a6a7f13d68644.pdf>, 最後瀏覽日：2010/11/24; TANIA VOON, CULTURAL PRODUCTS AND THE WORLD TRADE ORGANIZATION 18-19 (2007)

為基礎，對我國《文化創意產業發展法》之獎補助措施與租稅優惠進行檢視，找出諸措施在 GATS 相關規範下之適法性，進而參酌社會現況與國際現實，提出中肯之執法建議。

## 第四節 研究架構

**第壹章緒論：**涵蓋研究背景與動機、研究方法與範圍、研究目的及研究架構。

**第貳章《文化多樣性公約》與《服務貿易總協定》：**國際貨品與服務貿易之自由化與各會員國本國文化之保存可能存在著對立的關係，然而作為全球經濟治理之主要實踐機構之一的 WTO，對於一般商品與文化產品之分際，經濟效率與多元文化之平衡上卻少有作為，《文化多樣性公約》的簽訂代表若干重視文化保護與保存的國家在 WTO 多邊貿易機制內要求文化例外或豁免而不可得後，<sup>18</sup>另闢一成功的戰場。然《文化多樣性公約》締約國權利義務的規定，爭端解決機制的設定，及其與其他國際公約之法律關係，是否真能履行其前言與宗旨所確認之目標？取代 WTO 相關協定，特別是 GATS，作為國際間管轄文化事務之主要依據？或在 WTO 爭端中，提供因實施文化促進與保護措施而遭控訴之會員正當化其作為的理由？本章將簡單介紹《文化多樣性公約》之特性與優劣，進而將重點放在《文化多樣性公約》與 WTO 規範之衝突與解決。

---

<sup>18</sup> 文化例外只是一個統稱，其涵蓋的概念不只有文化例外(cultural exceptions)，還包含了 cultural exemptions, cultural reservations and cultural waivers. Cultural exemptions 是單純的將文化產品排除在協定之外；cultural exceptions 則是在滿足一定條件下，文化產品才能排除於協定義務與規範之外；cultural reservations 則允許成員在加入 WTO 時維持已經生效，且內容明確的措施，無論其是否符合協定之義務與規範；而 cultural waiver 則是在例外情形與一定期限內，將特定行為排除在成員所承諾之義務之外。參閱 Ivan Bernier, *Trade and Culture*, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS VOLUME II, Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton and Michael G. Plummer ed.785 (2005).

**第叁章從服務業補貼規範看《文創法》之獎補助與租稅優惠措施：**基於第二章之分析，《文化多樣性公約》可能無法在 WTO 爭端解決中起太大的作用，因此國內制定之產業措施若欲避免產生貿易爭端，遵循 WTO 相關協定之規範仍是較安全的作法。本章將從 GATS 與《文創法》獎補助與租稅優惠措施關係最為密切之條款—第 15 條補貼條款開始，檢視《文創法》相關措施是否符合目前 WTO 會員所提議之服務補貼暫行定義及判斷其適法性。

**第肆章 GATS 其他涉及補貼之現行規範—以國民待遇、國內規章與非違反協定控訴為例：**由於 GATS 第 15 條條文除賦予會員談判義務外，WTO 並沒有進一步對服務業補貼做出較精確之定義或完善的規範，是以目前對服務業補貼之規範仍有賴 GATS 其他條款之約束。本章將從第 17 條國民待遇、第 6 條國內規章與第 23.3 條非違反協定控訴的角度，探討各條款之重要概念、WTO 會員、學者與爭端解決機構對相關概念之法律見解與批判，並據以檢視《文創法》產業支持措施在該規範下之適法性。

**第伍章結論與建議：**總結前面章節之分析結果，並據以提出相關建議。



## 第貳章 文化多樣性公約作為 WTO 例外事由之正當性與服務貿易總協定之補貼規範

2005 年 10 月 20 日聯合國教育、科學與文化組織(United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 以下簡稱 UNESCO)第 33 次會員國大會通過了《保障及促進文化表現多樣性公約》的簽訂，並根據公約第 29 條第 1 項規定—在第 30 個締約國批准後 3 個月該公約始生效，於 2007 年 3 月 18 日正式生效。2007 年 9 月即有 62 個會員國批准該公約，截至目前(2010 年 11 月)，批准之會員已超過 100 個。《文化多樣性公約》是以法國與加拿大為首，主張文化貨品與服務應以文化考量給予不同於其他商品待遇之締約國，在 WTO 多邊貿易架構內推動制訂較完整之文化貿易條款而不可得的情況下，尋求貿易架構下國際專責機構推動保障及促進文化事務而制定之國際條約。以多數 WTO 會員皆為 UNESCO 會員之情況下，公約通過所獲得贊成票數之高、其生效與批准速度之迅速、及 UNESCO 本身國際組織之地位，《文化多樣性公約》之正當性及對 WTO 之影響頗值得探究。

### 第一節 從文化例外到《文化多樣性公約》

早在 GATT 時期即出現文化政策與措施與多邊貿易規範有所競合與衝突的情形。在 1920 年代，電影因具吸引跨國觀眾的潛力而成為可貿易的產業，美國在二次大戰前，即感受到歐洲國家對電影產業實施保護性措施帶來的壓力，因而在 GATT 草擬時力主將放映配額制度納入 GATT 內容中，<sup>19</sup>而形成 GATT 第 4 條關於電影片之特殊規定。<sup>20</sup>以 GATT 而論，除了第 4 條電

<sup>19</sup> Mary E. Footer & Christoph Beat Graber. *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 115, 117 (2000), available at: <http://www.people.fas.harvard.edu/~hiscox/Footer.pdf>, last visited: 2010/12/6.

<sup>20</sup> GATT 第 4 條關於電影片之特殊規定：任一締約國，如對已沖洗電影片制定或維持內地數量之管制法規，該項管制應以放映配額之方式為之，且須符合下述要件：

(一) 放映配額得就一年以上之特定期間內，在各種不同來源之所有影片實際利用營業放映時間總額內，劃出專供國產影片實際利用之營業放映最低比例，本項放映配額，應以每一電影院每年或其等量之放映時間為計算基礎。(二) 除放映配額為國產影片保留之放映時間外，所有放映時間，包括原為國產影片保留之放映時間以行政行為開放在內，不得在形式上或實質上依供應來源分派。

影放映配額制度外，第 3 條第 10 項內地數量規章關於電影片放映之國民待遇例外，第 20 條(a)款「維護公共道德之必要措施」例外、第 20 條(f)款「為各項具有藝術、歷史或考古價值之國家寶物(national treasures)所施行之保護措施」例外等條款，均與文化貨品有一定程度之關連，然這些條文或因缺乏明確之定義與認定標準（例如何謂「寶物」(treasures)），亦無相關實務可資參考；或因各項例外條款尚須滿足前言「是否構成相同狀況下，就各項措施之實施構成專斷及不正當之歧視」及「是否構成國際貿易之隱藏性貿易限制」之檢驗，其在保障文化主權與認同上能發揮之作用不大。此外，就 GATT/WTO 貨品爭端案來看，1984 年的 *Japan – Leather* 一案，爭端解決小組即認定日本所提出文化保護屬於法律支配以外(extra legal)之主張，超出小組之授權範圍(terms of reference)，而無法被小組納入考量；<sup>21</sup>1999 年的 *Canada – Periodicals* 案，<sup>22</sup>控訴國美國強調，除了 GATT 第 4 條電影片特殊規定外，「文化」在 GATT 架構下不具特殊地位，而小組與上訴機構也完全否定了「文化產品」在貨品同類性認定上之特殊考量，明白宣示文化產品在 WTO 架構下不具獨立於一般產品之地位。是以，在缺乏明文規定與實務案例下，上述條款除第 4 條直接涉及文化商品之保護外，皆無法解讀為 WTO 貨品貿易之文化例外條款。<sup>23</sup>然隨著資訊通信技術之發展，「文化」商品服務業化，使得文化議題逐漸轉移至服務貿易範疇，文化與貿易的緊張關係及「文化保護政策」之談判皆一併成了 GATS 制訂上之重要議題。

文化與貿易在 GATS 談判上之爭議主要源於視聽服務部門(audiovisual services)的貿易自由化。由於二次戰後美國強大的影視產業讓許多國家之影視產業備感壓力，因此各國政府紛紛採取諸多制度上的保障與財務獎勵措施。為此美國曾在東京回合談判中就 25 個締約國對電影產業施行之生產補貼及限制外國影片進口措施表達不滿與抗議。<sup>24</sup>1991 年，美國甚至對歐體限制

---

(三) 除前項規定外，任一締約國仍得依本條第一項所定放映配額要件，另行保留最低比例之放映時間，以供國產影片以外特定來源影片放映，但此最低比例之放映時間，不得超過一九四七年四月十日規定之限度。(四) 放映配額之限制，放寬或取消，應該談判為之。

<sup>21</sup> GATT panel report on *Japan-Measures on Imports of Leather*, GATT BISD 31S (15 May 1984) at 94.

<sup>22</sup> Panel Report on *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WTO Doc. WT/DS31/R and Corr.1 (30 July 1997), as modified by Appellate Body Report WT/DS31/AB/R. (以下簡稱 *Canada – Periodicals*)

<sup>23</sup> 彭心儀，〈視聽服務貿易自由化下文化政策爭議〉，台大法學論叢第 33 卷第 4 期，頁 49，2003 年。

<sup>24</sup> 這 25 個締約國包括法國、加拿大、英國、比利時、印度、日本、丹麥、瑞典等。詳見 GATT, MTN/3B/1

非歐洲電影於電視放映之措施擬提起歐體違反 GATT 第 4 條之訴，但因歐體主張電視放映屬於服務，不在 GATT 貨品協定之涵蓋範圍，該案故而不成立。<sup>25</sup>烏拉圭回合協商中，服務貿易談判視聽部門之爭議主要來自歐盟與美國兩大立場之不同。歐盟主張「文化」並非可貿易之商品，視聽產業為「國家文化表達」方式之一，為確保文化認同與視聽來源多元化，應將視聽部門完全排除於 GATS 貿易規範架構。反之，美國則強調文化認同無法被定義，影視產業無異於其他產品，皆是可交易之對象，亦該接受同等之規範；同時認為歐盟所謂「文化認同」或「國家文化表達」實際上是國家繼續對電影電視與媒體產業施行保護主義的藉口。在各自堅持立場下，視聽產業儼然成為「文化」的代名詞；爭執重點由視聽產業之性質逐漸演變為文化與貿易之爭。除了完全將視聽產業排除在 GATS 多邊規範架構外，歐盟還提出了二個選項：一是在 GATS 下訂立文化一般例外條款：仿照 1998 年美加訂立之北美自由貿易協定(NAFTA)所制訂之文化產業義務免除條款，<sup>26</sup>在 GATS 第 14 條中增修「文化條款」，<sup>27</sup>規定凡文化事物均屬 GATS 之例外；二是訂定視聽服務附件，將視聽服務自其他部門獨立出來，加以特殊處理。但三項提案在會員間皆無法達成共識並擬定具體協議。談判結束後，GATS 第 14 條並未增加任何文化例外條款，以附件方式處理視聽產業之提議亦未被接受，視聽產業仍被納入 GATS 服務貿易自由化之框架中，雖然僅有 12 個 WTO 會員國在該部門提出特定承諾，且以不同程度之市場進入與國民待遇限制，限縮其承諾範圍，但歐盟所考慮之三個方案均不被採納而無實踐之可能。雖然歐盟並未提出視聽承諾，但未提出承諾僅代表無立即自由化之壓力，畢竟視聽服務部門一旦納入 GATS 架構，會員即應遵守第 19.2 條漸進式自由化之原則。<sup>28</sup>因此有論者認為，美國在整個文化與貿易之對抗中雖失去烏拉圭回合這場戰役（因提出

---

(8 February 1974)。

<sup>25</sup> Mary E. Footer & Christoph Beat Graber. *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 115, 118-119 (2000), available at:

<http://www.people.fas.harvard.edu/~hiscox/Footer.pdf>, last visited: 2010/12/7.

<sup>26</sup> NAFTA 第 2005 條及 2012 條，明文將書籍、雜誌等印刷物，電影、錄影帶，音樂錄音或錄影帶之製作、發行、銷售或放映等「文化工業」，不分貨品或服務貿易，一律排除在該自由貿易協定之範圍外。

<sup>27</sup> GATS 第 14 條之一般例外條款包括：(a)為保護公共道德或維持公共秩序 所需者；(b)為保護人類、動物或植物之生命或健康所需者；(c)為保護與個人資料之處理及散佈有關之個人隱私及保護個人紀錄或帳目之隱密性等項目。

<sup>28</sup> 楊光華，〈服務貿易總協定與我國入會承諾〉，月旦法學雜誌第 79 期，頁 32，2001 年。



視聽承諾之會員國極少)，但歐盟才是整場戰爭之輸家。<sup>29</sup>

繼文化例外之主張在烏拉圭回合失敗後，主張文化保護之國家體認到需在國際貿易中運用一個新的概念來保護文化價值。隨著 1998 年 11 月 12 日法國與墨西哥簽署文化多樣性之聲明，同年 12 月 17 日法國與加拿大共同發表「文化多樣性在世界經濟中之重要性」聯合公報(Canada-France joint communique on the importance of cultural diversity in a world economy)，<sup>30</sup>「文化多樣性」之概念便應運而生。<sup>31</sup>2002 年加拿大的「國際貿易文化產業部門諮詢小組」(Cultural Industries Sectoral Advisory Group in International Trade)建議以文化多樣性為主要概念簽訂一項新的國際法公約，作為各國在全球化浪潮下保存與促進文化表達與文化多樣性之行為規範。<sup>32</sup>2003 年 2 月加拿大文化組織「國際文化多樣性網路」(International Network for Cultural Diversity)向 UNESCO 提出了《文化多樣性公約提案》(Proposed Convention on Cultural Diversity)，<sup>33</sup>期藉此抵抗全球化所帶來的文化趨同化。2003 年 10 月 17 日 UNESCO 會員大會決議「文化內容與藝術表現應以國際公約之型態」加以保護，<sup>34</sup>並建請 UNESCO 之總幹事就相關議題準備一份初步報告與公約草稿以便在 UNESCO 第 33 屆會員大會上加以討論。<sup>35</sup>經過多次的獨立與跨政府間專家會議並成立公約起草委員會擬定初步草稿，接著參酌 15 個非政府組織、聯合國貿易發展會議(United National Conference on Trade and Development,

---

<sup>29</sup> Mary E. Footer & Christoph Beat Graber. *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 115, 120-121 (2000), available at: <http://www.people.fas.harvard.edu/~hiscox/Footer.pdf>, last visited: 2010/12/7; 彭心儀，〈視聽服務貿易自由化下文化政策爭議〉，台大法學論叢第 33 卷第 4 期，頁 53-56，2003 年。

<sup>30</sup> 參考加拿大政府官方網站 [http://www.canadainternational.gc.ca/france/bilateral\\_relations\\_bilaterales/culture.aspx?lang=eng](http://www.canadainternational.gc.ca/france/bilateral_relations_bilaterales/culture.aspx?lang=eng), last visited 2010/12/7.

<sup>31</sup> 馬冉，〈WTO 體制下自由貿易與文化多樣性的衝突與協調—兼論中國和平發展中的貿易與文化問題〉，國際經濟法學刊第 15 卷第 4 期，頁 145，2009 年。

<sup>32</sup> Cultural Industries Sectoral Advisory Group on International Trade, Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade, *An International Agreement on Cultural Diversity: A Model for Discussion* (September 2002).

<sup>33</sup> International Network for Cultural Diversity, *Proposed Convention on Cultural Diversity* (15 January 2003)

<sup>34</sup> UNESCO, General Conference, *Resolution 34 adopted at the 32<sup>nd</sup> Session* (29 September 2003-17 October 2003) at 1.

<sup>35</sup> UNESCO, *Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expression: Preliminary Report of the Director-General*, CLT/CPD/2004/CONF.201/1 (July 2004)

UNCTAD)、世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)與世界貿易組織(WTO)之建言對草稿進行修正後,<sup>36</sup>《保障及促進文化表現多樣性公約》(Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression)終於2005年10月UNESCO第33屆會員大會表決通過。<sup>37</sup>

《文化多樣性公約》旨在「保護和促進文化表現的多樣性」,<sup>38</sup>鼓勵不同文化間的對話,<sup>39</sup>並加強各民族間的文化間際性(文化互動)。<sup>40</sup>其「承認文化活動、商品與服務具有傳遞文化特徵、價值與意義的特殊性」,<sup>41</sup>因此各國在其領域內有採取適當政策與措施以保護及促進文化多樣性之主權。<sup>42</sup>為了實現上述目標,公約定義了非常廣泛的適用範圍,只要是締約國「採取有關保護與促進文化表現多樣性的政策和措施」皆須遵守本公約之規範。<sup>43</sup>而所謂「文化政策與措施」,依第4.6條規定係指,與文化有關之政策及措施,不論是地方、國家、區域或國際層次,並針對文化本身或用來對個人、群體或社會之文化表現有直接效果者,包括創造、生產、流通、散播及接近文化

<sup>36</sup> UNESCO, *Preliminary Draft Convention on the Protection of The Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions: Text Revised by the Drafting Committee, 14 December 2004*, CLT/CPD/2004/CONF.607/6 (23 December 2004).

<sup>37</sup> Tania Voon. *UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures*. 55(3) INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY 635 (2006) available at: <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf> 1, 3-4, last visited 2010/12/7.

<sup>38</sup> 《文化多樣性公約》第1.1條。文化多樣性是公約最重要的概念,依據第4.1條之規定,文化多樣性係指「文化社會或群體用來表達的多種方式,這些表達在該群體及社會中傳遞。文化多樣性不僅以各種不同之文化表現,透過各種人類文明資產被表達、擴充及傳遞之不同方式所呈現,並透過多樣性的藝術創作、製造、傳播、分配及享有的模式,不論其方法及被使用之科技為何。」公約中文翻譯主要參考徐揮彥〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉,政大法學評論第99期,頁155-240,2007年,及《文化多樣性公約》官網中文翻譯 at <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919c.pdf>.

<sup>39</sup> 《文化多樣性公約》第1.3條。公約第4.8條說明「文化間際性」(interculturality)係指多樣文化之存在及平等互動,以及透過對話及相互尊重而產生共享文化表現之可能性。

<sup>40</sup> 《文化多樣性公約》第1.4條。

<sup>41</sup> 《文化多樣性公約》第1.7條。所謂「文化活動、商品與服務」,根據第4.4條之規定係指,考量其特殊屬性、用途與目的,能夠體現或傳達文化表現的活動、貨品與服務,無論其是否具商業價值。文化活動本身可作為其目的,或得對文化貨品及服務之生產有助益。

<sup>42</sup> 《文化多樣性公約》第1.8條。

<sup>43</sup> 《文化多樣性公約》第3條。根據公約第4.3條規定,文化表現係指產生自個人、群體及社會之創意,且具文化內容之表現。而所謂「文化內容」依第2.2條定義係指源自於或表現文化認同(cultural identity)之象徵意義、藝術面向與文化價值。

活動、貨品及服務之政策及措施。這些政策連結的對象為「文化活動、貨品與服務」，而因為「有關」一詞的使用，規範的活動包括但不限於文化活動、貨品與服務的「創造、生產、流通、散播與接近」。由於公約對於「文化活動、貨品與服務」定義之抽象，及「有關」一詞導致活動範圍之廣泛，幾乎所有的政策措施都有可能被解釋為與文化多樣性之促進與保護有關，進而為《文化多樣性公約》所允許。但這樣的解釋卻相對提高了公約與其它國際法規範衝突的可能，<sup>44</sup>特別是政府所採行的措施若產生貿易限制之效果，例如電影放映配額、獎勵投資國產電影而採取的租稅優惠措施或投資抵減辦法，即可能與 WTO 內括協定產生競合或衝突。

相對於《文化多樣性公約》側重於貨品與服務「文化」表徵與多樣性的保存與保護，我國《文化創意產業發展法》係以「產業發展」之經濟性為規範主軸。乍看之下，《文創法》之產業支持措施似乎不為《文化多樣性公約》所涵蓋，實則不然，因為：

- 一、 在文化保存與保護方面，《文創法》規範宗旨明白指出該法雖在「促進文化創意產業之發展」，亦在「建構具有豐富文化及創意內涵之社會環境」，政府在推動文化創意產業的同時，亦應「加強藝術創作及文化保存」、「提升國民文化素養及促進文化藝術普及」，「重視地方特色」，<sup>45</sup>其不僅在維護公約所謂的「文化特徵與文化多樣性的獨特性與多元性」，<sup>46</sup>也在促進「地方、國家與國際間對文化多樣性的尊重」。<sup>47</sup>而在產業發展上，縱使《文化多樣性公約》重視的是文化貨品與服務的文化表徵、價值觀與意義的傳遞，然公約亦鼓勵締約國強化產業政策與財政規劃以支持國內文化產業的發展，肯定文化產業對國家經濟與社會發展的卓越貢獻，尤其是開發中國家，文化產業更是經濟成長、消除貧窮與永續發展的重要支柱，是以公約呼籲締約國制訂相關政策措施，藉由文化活動、貨品與服務的創作、生產、散佈、展示、傳播、銷售、消

---

<sup>44</sup>徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 170，2007 年。

<sup>45</sup> 《文化創意發展法》第 1 及 2 條。

<sup>46</sup> 《文化多樣性公約》前言第 8 段。

<sup>47</sup> 《文化多樣性公約》第 1.5 條。



費與參與來促進文化產業的繁榮，<sup>48</sup>其對於文化產業發展的經濟性抱持著肯定與支持的態度，與我國《文創法》肯認文化創意產業具有創造財富與就業機會之潛力而加以扶植的作法理念一致。

二、既然公約肯認傳遞文化特徵、價值觀與意義的文化活動、貨品與服務兼具經濟與文化的雙重性質，<sup>49</sup>且其適用範圍遍及締約國採取「有關」保護與促進文化多樣性的政策與措施，則無論該政策與措施是執行「文化服務」的公共性質，或用於「文化產業」的經濟行為，<sup>50</sup>只要有利於文化的傳承與推廣，皆為《文化多樣性公約》所規範，具體可行的措施可見於公約第 6 條締約國之內國權利，其中包括「管制性措施」與「公共財政資助」等。我國《文創法》中屬於「公共財政資助」的獎補助與租稅優惠措施雖著重於產業的經濟性發展，但其產業內涵乃「源自創意或文化積累」，<sup>51</sup>透過政府對文創產業的扶植，國家文化與創意得同時流傳與散播，尤其若干主管機關具裁量權之規範(例如第 15 及第 18 條等)，更能在施行時對本國文化的保護與促進為有利的考量，因此將《文創法》所制訂的種種措施歸屬於《文化多樣性公約》之規範範圍應屬合理。

三、再者，《文化多樣性公約》規定締約國應通過制定文化產業方面的教育、培訓與交流計劃，藉以鼓勵創作與提高產能，<sup>52</sup>此與《文創法》為培育文創人才，強調政府應整合各種教學研究資源，鼓勵文創產業進行產官學合作研究及人才培訓，並得協助地方政府、大專院校及文創產業充實文化創意人才等措施亦不謀而合。<sup>53</sup>

<sup>48</sup> UNESCO 網站，

<http://www.unesco.org/new/en/unesco/themes/2005-convention/highlights/themes/cultural-industries/>, last visited 2011/1/25.

<sup>49</sup> 《文化多樣性公約》前言第 19 段。

<sup>50</sup> 此處的「文化服務」與「文化產業」概念乃是相對的，前者代表文化作為一種公共服務與非商品的領域，而後者指的是具有文化內涵的產業，其足以在市場與商品運作的領域邏輯中持續運作。見台灣經濟研究院，委託單位：行政院文化建設委員會，〈推動文化創意產業之系統服務規劃〉，頁 7-8, 2003 年。

<sup>51</sup> 《文創法》第 3 條。

<sup>52</sup> 《文化多樣性公約》第 10.3 條。

<sup>53</sup> 《文創法》第 11 條。

綜觀上述，《文創法》既為《文化多樣性公約》所涵攝，那麼公約與WTO內括協定對會員國文化產業政策與措施之解釋適用關係將對《文創法》之施行具一定程度的影響。

## 第二節 《文化多樣性公約》之權利義務與缺失

締約國在《文化多樣性公約》下之權利義務主要規範在第四章的第5至第19條。其中第5條為一般原則，重申締約國根據聯合國憲章、國際法之規則及普遍接受之人權文件，有主權權利制定及實施文化政策、採取保障及促進文化表現多樣性之措施，以及加強國際合作；而其採取之政策與措施應與該公約之規定相符。<sup>54</sup>在上述原則下，公約第6條締約國之權利說明了在符合公約涵蓋之文化政策及措施範圍內，締約國在其領域內依自身之特殊狀況與需求可採取的八項文化措施，這些措施涵蓋了學者所述，目前各國政府採行、卻為WTO內括協定所規範之文化保護措施，包括「為保護及促進文化表現多樣性之管制性措施」、「為本國境內文化活動、貨品與服務提供適當機會之措施，以使其被創造、生產、散布、傳播與享有」、「在非正式部門提供內國獨立文化產業及活動創造、生產、散布及傳播機會之措施」、「提供公共財政資助之措施」、「鼓勵非營利組織及團體發展及促進文化表現、創作、理念、活動、貨品及服務交流之措施」、「適當建立及支持公共機構之措施」、「培育並支持藝術家及其他文化表現創作者之措施」及「強化媒體多樣性之措施，包括運用公共廣播服務」。<sup>55</sup>其中，「為保護及促進文化表現多樣性之管制性措施」可能涉及配額、市場開放與國內規章，「為本國境內文化活動、貨品與服務提供適當機會之措施，以使其被創造、生產、散布、傳播與享有」可能違反國民待遇原則（因要求締約國提供國內業者較有利之待遇），而「提供公共財政資助之措施」則可能因允許政府採取補貼措施而違反最惠國待遇、國民待遇原則與《補貼暨平衡措施協定》等規範。從本條第一項與第二項之結構與條文分析，締約國得採取之措施屬例示規定，締約國實際可採行之措施應不限於第6.2條所規定者為限。另一款值得注意之公約權利為第8

<sup>54</sup> 《文化多樣性公約》第5條。

<sup>55</sup> 《文化多樣性公約》第6.2(a)~(h)條。

條保障文化表現之措施，<sup>56</sup>其讓締約國得自行認定其境內之文化表現已處於滅絕危險、嚴重威脅或其他需要緊急保障之狀況，並據以採取所有適當之措施以保障及保存文化表現。該款相當於文化產業之防衛條款，在執行上可能因「滅絕之危險、嚴重威脅或其他需要緊急保障之狀況」認定之恣意專斷與權利濫用而有違反國民待遇原則之虞。

公約第四章之其他條款則屬締約國之義務規定，包括創造多元文化環境並肯認藝術工作者之貢獻（第 7 條）、加強資訊共享與透明化（第 9 條）、透過教育與提升公眾認知之計劃，促進大眾對於文化多樣性之理解與意識（第 10 條）、加強國際合作與對話（第 12 條）、特別是給予開發中國家之文化產業較優惠之待遇（第 16 條），並在其文化面臨滅絕危險、嚴重威脅與其他緊急狀況下，提供特別援助（第 17 條）。

雖然《文化多樣性公約》常被標榜為推動「文化例外」條款之國家在文化與貿易議題上之一大勝利，其擘畫著宏偉的目標，凝具會員相當之共識，並儘可能納入所有文化與貿易之議題。但仔細檢視後卻可發現公約作為未來保護與促進文化多樣性之國際條約，其建構基礎並不穩固，執行前景亦不樂觀。其缺失大致有四：1) 適用範圍廣泛，關鍵名詞缺乏明確的定義，2) 欠缺具體義務且無執行標準，3) 缺乏智慧財產權之規定，4) 爭端解決機制不彰。<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> 有論者認為本條雖被認為締約國於其文化多樣性面臨特定情況時得採取之措施，因而可被視為一種權利，然而在本公約草案討論過程中，本條文係被列入締約國之「義務」(obligations) 規範中予以討論，在稍早公約草案中，並直接將本條文標題訂為「締約國在國家層級之義務」，後雖在最終版本將其標題改為「保護文化表達之措施」(Measures to protect cultural expressions)，但並未更改其被視為「義務」的性質。參閱徐遵慈，《研析 WTO 規範與其他國際協定之關聯性及相關之衝擊因應分析成果報告書》，外交部經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：外交部/經濟部國際貿易局，計劃名稱：95 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」子計劃一：前瞻性研究(1)，頁 312，2006 年，available at:

[http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=dfd7eed08fc61d0cc16d582ec5d4aed8&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f](http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=dfd7eed08fc61d0cc16d582ec5d4aed8&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f), 最後瀏覽日：2010/12/3。

<sup>57</sup> 參考 Mira Burri-Nenova, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, DIVERSITY VOL. 2 1059, 1064-1071 (2010), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1585139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585139), last visited: 2010/12/3; Michael Hahn, *The Convention on Cultural Diversity and International Economic Law*, 2 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 229, 245-246 (2007); Christoph Beat Graber, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?* 9 JOURNAL OF



- 一、 適用範圍廣泛，關鍵名詞缺乏明確的定義：雖然在保障文化多樣性的宗旨下，所有與文化有關的措施皆應儘量納入規範範圍，但本公約涵蓋之適用範圍過廣，反而有權利被濫用的疑慮。而「文化表現」、「文化活動、貨品與服務」、與文化「有關」之政策與措施之定義不明，或文化瀕臨「滅絕之危險、嚴重威脅」等不確定之法律概念用語，難以建立一套客觀的標準，反而讓締約國因規定太過模糊而不知如何援用及實施。
- 二、 欠缺強制性義務且無執行標準：公約第四章大多數條款皆為「善意」(good faith)或「儘力」(best effort)條款，僅要求締約國「致力於」(shall endeavour to)目標的達成而無法律強制力。事實上，公約之所以「公約」為名，即意在成為一具有法律效力之國際規範，<sup>58</sup>然其除了少數條款是以「應」(shall)<sup>59</sup>作為助動詞賦予法律拘束力外，<sup>60</sup>其餘條款則僅具鼓勵性質。例如第7條、第12條、第13條及第14條皆以「應致力於」(shall endeavour to)表達締約國肯認文化表現創作者之價值與加強國際合作等「努力」的方向；另一個較常用的動詞則是「應鼓勵」(should encourage) (第10.1條、10.3條、第15條)，而「鼓勵」的對象則是「瞭解」文化表現多樣性的重要、鼓勵「創意」、鼓勵「積極參與」市民社會、鼓勵「夥伴關係的開展」等抽象目標，欠缺實質

---

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 553, 573-574 (2006); 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第99期，頁179-181，2007年。

<sup>58</sup> 維也納條約法公約雖未以名稱區別協議是否具拘束力，但據國家實踐結果，締約國對不具法律拘束力之協議通常稱為「君子協議」(gentlemen's agreements)、「意願聲明」(declaration of intent)、「共同目的聲明」(declaration of common purpose)、「政策聲明」(declaration of policy)或「原則聲明」(declaration of principle)。參閱徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第99期，頁194，2007年。

<sup>59</sup> 國際條約助動詞使用「應」(shall)與「得」(should)(或「宜」(may))之助動詞，對締約國之法律效力不同，前者具法律效力，後者則無。參閱羅昌發，國際貿易法，頁109，2002年2月。

<sup>60</sup> 如第16條給予開發中國家較優惠之待遇與第17條對文化表現陷於嚴重威脅之國家，特別是開發中國家，應給予協助。但這二條款皆非《文化多樣性公約》之核心規定，也不太可能在文化與貿易的議題上起顯著的作用。Mira Burri-Nenova, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, DIVERSITY VOL. 2 1059, 1065-1066 (2010), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1585139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585139), last visited: 2010/12/3。

作為的規定。這些「應致力於」特定事項之規定，有論者主張，由於締約國可自行決定何時履行及履行的程度，這些特定事項之規定不應被視為義務，而僅是締約國對特定政策的聲明(declaration)，或是對特定協議表示善意(good will)。<sup>61</sup>也有論者認為這些規定基本上還是屬於義務，惟締約國對於該等義務履行的程度與方式保留裁量權，亦即「義務存在與否」與「義務履行程度」應作區別。<sup>62</sup>然而，無論採用哪一種說法，都將削弱公約履行的完整性。

公約賦予締約國的義務有限，卻授予相當的權利。例如第 5.1 條表示各國為實現該公約之宗旨，擁有制定與實施文化政策，採取相關措施以保護並促進文化表現多樣性及加強國際合作之主權。這樣的文字表現形式，與其說該條款是締約國的一項義務，不如說是一種權利。第 6.2 條例示了許多締約國可採取用以保護與促進文化表現多樣性的措施，基本上都是各國政府目前已採用的措施，這些在公約初稿時屬於義務的條款，因無法取得各國共識，在正式文件上卻成了權利；第 8 條緊急防衛條款也是同樣的情況。既是權利，即代表締約國有選擇行使與否的自由，締約國若缺乏足夠的資源，就可能選擇不行使這樣費時、費事的權利。尤有甚者，公約欠缺客觀的標準作為權利行使的條件，也未建立任何準則以鑑別措施的適當性與合法性，因此難保權利被濫用，而蒙上保護主義之名。<sup>63</sup>總而言之，如學者所言，空有權利

<sup>61</sup> J. E. S. Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 381, 390-392 (1953), 引自賴志倫，文化多樣性公約對於 GATS 視聽服務之影響，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，頁 15-16，2006 年 10 月。

<sup>62</sup> Marc McC. Denhez, *Pacta Sunt Servanda: Reinterpreting the World Heritage Convention* in OLD CULTURES IN NEW WORLDS (8<sup>th</sup> General Assembly and International Symposium, International Council on Monuments and Sites, SYMPOSIUM PAPERS VOL. II) 869, 869-870 (Oct. 10-15, 1987) available at <http://www.international.icomos.org/publications/wash115.pdf>, last visited: 2010/12/3.

<sup>63</sup> Christoph Beat Graber, *Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity*. NCCR TRADE REGULATION WORKING PAPER NO 2008/8 (2008) 1, 7-11, available at [http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber\\_maastricht\\_18.9.07.pdf](http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber_maastricht_18.9.07.pdf), last visited: 2010/12/3. 持同樣看法的學者還有 Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 515, 515 (2006); Mira Burri-Nenova, *Trade versus Culture in the Digital Environment: A Old Conflict in Need of a New Definition*, 12 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 1, 17 (2009). 但學者徐揮彥持不同看法，認為「應」與「應致力」之文字在條約中的意義皆要求締約國對條約產生之法律內容有特定作為或不作為之義務。但二者的差別在於，「應」條款所生之義務的性質屬立即履行之義務，其內容只要消極不作為就屬履行義務，而「應致力」條款所生義務之性質屬非立即履行之義務，其內容要求締約

而缺乏相對的義務使得公約僅具政治上的意義，而無法律上的效用。

64

- 三、 缺乏保障智慧財產權之規定：智慧財產權一向是與文化最有關的議題，而《文化多樣性公約》僅在前言宣示「認識到智慧財產權對支持文化創造參與者具重要的意義」，卻未在公約正文建構適當的智慧財產權條款或架構。智財權的保護已是國際間的共識，而經過這麼多年的發展，其保護機制亦有長足的進步，而公約在這樣的時空下竟會出現如此的疏漏反倒顯得不尋常。在文化多樣性的保護與促進上，智財權的保護機制之所以重要的理由有二：其一是鼓勵創意，這也是文化環境之所以能夠保持多樣性最重要的前提；其二是智財權的保護允許創作者擁有一段時間的作品專屬權，以保障其經濟利益，但也限制大眾接近其作品/創意的機會，如何在創作者（有時是中介者）私人利益與公眾享受文化多樣性之權益間保持平衡，智財權機制之設計扮演著舉足輕重的地位。
- 四、 爭端解決機制不彰：公約第 25 條為爭端解決 (Settlement of disputes) 之規定，締約會員如就公約解釋或適用產生爭端時，應進行談判以尋求解決 (第 25.2 條)。如談判無法達成共識，當事國雙方得聯合要求第三方進行斡旋或調解。如斡旋或調解未能進行或解決爭議，當事國得依本公約附件所訂之調解程序 (ANNEX: Conciliation Procedure)，訴諸調解。經由調解委員會 (Conciliation Commission) 提出之方案，當事國雙方應以善意考慮之 (The Parties shall consider in good faith the proposal...) (第 25.3 條)。本公約在草案討論過程中，

---

國須採取積極之作為才算履行義務。因此《文化多樣性公約》使用「應致力」條款不僅消極禁止締約國採取與公約宗旨不一致之行為，更須積極地使締約國有義務盡其最大努力採對公約所設定之宗旨與計劃，依其所面臨之狀況採取特定積極措施，是以公約既賦予締約國權利，亦課以義務，縱使其義務性質非立即履行，其內容卻須締約國積極作為。徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 195-197，2007 年。

<sup>64</sup> Christoph Beat Graber. *Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity*. NCCR TRADE REGULATION WORKING PAPER NO 2008/8 1, 9 (2008), available at [http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber\\_maastricht\\_18.9.07.pdf](http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber_maastricht_18.9.07.pdf), last visited: 2010/12/3.



包括獨立專家小組等皆力陳公約爭端解決機制的目標，在於從文化角度處理締約國間爭端，而無意涉及貿易或商業目的。是以公約並未訂定「制裁」(sanctions)條款，以處罰違反公約義務之締約國。因此，該公約雖有助締約國提出「預警性」(precautionary)之行動，但因不具制裁效果，遂可能無法有效協助締約國解決爭端。<sup>65</sup>

同時，公約允許締約國在批准或加入公約時可聲明不受爭端解決調解機制所拘束，並可隨時撤回該聲明（第 25.4 條）。之所以列入締約國「選擇退出」(opt-out)調解程序之機制，係因公約制訂過程中，UNESCO 會員國對於啟動調解程序該由一方或雙方當事國提出無法取得共識，最後由印度與歐盟提出折衷方案，即爭端由一方當事國提出要求即可進行調解程序，但允許締約國在加入或批准公約時，有權選擇是否受公約之調解程序所拘束。<sup>66</sup>此折衷方案雖化解了各方歧見，卻也因便宜行事而削弱了調解程序之效力。

整體而言，調解乃建築在爭端當事國一定程度的妥協上，解決效力即不如法院裁決之勝負立判，再加上締約國有選擇不受調解束縛的權利，縱使其接受調解之約束力，締約國如未履行委員會建議，公約亦無權力對其採取制裁，是以調解程序不像訴訟所費不貲，亦不須負較高的風險，惟調解委員會之建議沒有太大的拘束力，也欠缺制裁機制，爭端解決效力堪慮。學者曾對於《文化多樣性公約》作成這樣的結論：這只是紙怯於處理爭議的國際文件，雖設有總體目標，卻擬以勸誡性的條款來達成。以這樣一份政治聲明大過法律效力的文件，其在爭取文化多樣性之國際認同上很難說具有長足的進步。<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> UNESCO, *Preliminary Report of The Director-General Containing Two Preliminary Drafts of A Convention on The Protection of The Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, CLT/CPD/2005/CONF.203/6 (3 March 2005), para. 13.

<sup>66</sup> UNESCO, *Preliminary Report By the Director-General Setting Out the Situation to be Regulated and the Possible Scope of the Regulation Action Proposed, Accompanied by the Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, Doc. 33 C/23 (4 August 2005). para. 65.

<sup>67</sup> Rachael Craufurd Smith, *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions: Building A New World Information and Communication Order?*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMMUNICATION 24, 53 (2007), available at <http://ijoc.org/ojs/index.php/ijoc/article/download/25/17>, last visited: 2010/12/11.

### 第三節 《文化多樣性公約》與 WTO 相關協定之衝突與適用關係

進入條約衝突分析前，本文擬先釐清國際條約司法管轄權之問題。國際條約實踐遇有規範衝突或競合、而條約既無位階之分又未明定爭端裁決機構的情況下，締約國面臨爭端解決將產生選擇有利法庭(forum shopping)的問題。當事國進行條約適用與有利法庭之選擇所企求的不外乎該條約與裁判機關能形成對己有利的裁決。<sup>68</sup>學者認為，除了國家政策迥異(diverging actor preferences)、國力強弱(power and capability)與政府機關之專業性(government agency specialisation)的考量外，當事國在選擇法庭時還會審酌規約在執行機制上的司法化程度(differing degree of judicialization)。<sup>69</sup>所謂「司法化」(judicialization)程度，依學者之見，包含裁決機關之管轄範圍、成員之獨立性、其裁定與內國法體系之契合度(embeddedness)及補救或制裁措施之有無。若一規約之裁決機關能透過制裁措施使其裁決具備法律強制性，則可視該規約具有一定的司法化程度。高度司法化之規約體系在規範之解釋與適用引發爭端時，應確保不以政治-外交手段(因其中權力的不對稱性扮演著重要的角色)作為解決機制，解決程序與結果皆以「規範」(rule-based)為本，而非「權力」(power-based)使然<sup>70</sup>。《文化多樣性公約》與 WTO 規範二項條約皆設有爭端解決機制，但《文化多樣性公約》設計之解決機制偏向外交導向性質。如上節所述，公約與公約附件之調解程序規定並不具強制性，且允許公約締約國聲明不承認該調解程序，這樣的規定不僅讓公約之爭端解決制度不如具制裁效力之 WTO 爭端解決程序實用有效，且使得公約唯一的爭端解決機制形同虛設。誠然，只要聯合國會員國之間產生爭端皆得根據國際法院規約第 36.1

<sup>68</sup> 有學者認為選擇有利法庭的理由除了希望裁決對己有利之外，更希望該裁定能形成先例以對抗日後類似的爭端。參閱 Marc L Busch, *Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade*, 61 INTERNATIONAL ORGANIZATION 735, 736 (2007).

<sup>69</sup> Dirk De Bievre and Lars Thomann, *Forum Shopping in the Global Intellectual Property Rights Regime*, Arbeitspapiere - Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung / No 132., 1, 3 (2010), available at <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-132.pdf>, last visited: 2011/1/5.

<sup>70</sup> *Ibid.* at 9-10.

條規定尋求國際法院解決。<sup>71</sup>但國際法院審理效率不彰，且當事國之任何一造不承認法院之管轄權，國際法院即無法取得管轄權而進行審理。是以，公約與 WTO 規範產生爭端衝突時，因公約無法提供有效並具強制力之解決機制，對締約國之法庭選擇較為不利，以致 WTO 爭端解決機構得以根據《爭端解決規則與程序瞭解書》(Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, 簡稱 DSU)第 23 條對涉及內括協定之爭端取得當然管轄權，在此情況下，多數涉及此二條約之爭端衝突將在 WTO 機制下審理。本章以下分析，即以衝突在 WTO 爭端解決制度審理的前提下，探討《文化多樣性公約》與 WTO 規範的適用與解釋問題。

簽訂《文化多樣性公約》並不立即違反 WTO 義務，文化表現多樣性之保護與促進措施也不必然與 WTO 機制產生衝突。但文化措施若涉及文化貨品與服務之跨國流通，則為 WTO 多邊貿易協定所涵蓋，在此情況下，《文化多樣性公約》與 WTO 貿易規範即有產生衝突或競合之可能。國際法中條約產生衝突或競合除了檢視當時受檢視之條約是否皆為有效規約外，還必須滿足以下條件：<sup>72</sup>

- 一、 兩條約必須就同一特定事務之規範有所重疊：如前所述，《文化多樣性公約》將文化產業定義為從事文化貨品與服務之生產及銷售活動的產業，而所謂「文化活動、貨品與服務」之概念係具特定性質、使用或目的、體現或傳達文化表現之活動、貨品及服務，而不論有無商業價值。在這樣廣泛而概括之定義下，幾乎沒有貨品或服務無法傳達特定的文化表現。若以 UNESCO 對文化貨品及服務之認定，文化貨品係指傳達理念、象徵及生活方式之消費商品，例如書籍、報刊、影音製品、電子產品等。文化服務係指滿足文化利益與需求之活動，為文化實踐之一套措施及支持工具，具體而言，包含視聽、資訊服務、新聞代理服務、廣告與建築服務、其他個人、文化與娛樂服務等。<sup>73</sup>以目前《文

<sup>71</sup> Statute of International Court of Justice, Article 36.1 indicating "The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force."

<sup>72</sup> JOOST PAWELYN, CONFLICT OF NORMS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW: HOW WTO LAW RELATES TO OTHER RULES OF INTERNATIONAL LAW 165-166 (2003).

<sup>73</sup> UNESCO, *Culture, Trade and Globalization: Questions and Answers*, available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001213/121360e.pdf>, 13-14, last visited: 2010/12/8

化多樣性公約》對文化貨品與服務廣泛之定義下，只要政府之政策措施涉及以上貨品與服務之流通、投資與智慧財產權規範，皆可能與WTO多邊協定產生衝突。<sup>74</sup>

二、兩條約對締約國課予之義務(或權利)互相衝突/排斥，無法同時履行：雖然WTO協定與相關附件對於WTO內括協定與附件之規範發生衝突時之適用法規訂有準則規定，<sup>75</sup>然WTO卻未就「衝突」之概念加以定義說明。以狹義之「衝突」而言，學者主張兩合約課予締約國之「義務」若無法同時履行即條約產生衝突，<sup>76</sup>WTO爭端案件 *Indonesia-Autos* 之爭端解決小組即持相同的看法，認定二條約間之「義務」為互斥時即為衝突。<sup>77</sup>但在其他案件中，如 *EC-Banana III*，<sup>78</sup>*US-FSC*<sup>79</sup>與

<sup>74</sup> 但國際法委員會研究小組曾就本議題提出報告指出，鑑於國際法之斷裂性，只要現時有效的兩項規約產生不相容之決議，迫使締約國僅能擇其一實踐，則兩規約即產生規範之衝突。Conclusions of the Work of the Study Group of the International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. A/CN.4/L.702, 8 (18 July 2006)，引自 Jan Wouters and Bart De Meester, *UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory?*, INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW WORKING PAPER 73, 1, 33 (2007), available at <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP73ed2e.pdf>, last visited: 2010/12/13.

<sup>75</sup> 例如WTO協定第16.3條規定，當WTO內括協定與WTO協定發生衝突時，應優先適用WTO協定。WTO協定附件一A之附註說明也規定當GATT條款與WTO協定附件一A所列之協定條款有所衝突時，以附件一A協定之條款優先適用。詳見徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第99期，頁193，2007年。

<sup>76</sup> Wilfred Jenks, *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 401, 426 (1953).

<sup>77</sup> Panel Report on *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R (23 July 1998), at note 649 indicating “In international Law for a conflict to exist between two treaties...[their] provisions must conflict, in the sense that the provisions must impose mutually exclusive obligations.. Technically speaking, there is conflict when two (or more) treaty instruments contain obligations which cannot be complied with simultaneously.”

<sup>78</sup> Panel Report on *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Complaint by Ecuador*, WT/DS27/R/ECU (25 September 1997), para. 7.159 indicating “As a preliminary issue, it is necessary to define the notion of “conflict” laid down in the General Interpretative Note. In light of the wording, the context, the object and the purpose of this Note, we consider that it is designed to deal with (i) clashes between obligations contained in GATT 1994 and obligations contained in agreements listed in Annex 1A, where those obligations are mutually exclusive in the sense that a Member cannot comply with both obligations at the same time, and (ii) the situation where a rule in one agreement prohibits what a rule in another agreement explicitly permits.”

<sup>79</sup> Appellate Body Report on *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WTO Doc. WT/DS108/AB/R (20 March 2000), para. 117.



*Brazil-Aircraft* 案，<sup>80</sup>小組與上訴機構則對採較廣義之觀點，認為衝突不僅發生在二條約之「義務」間，也發生在「權利」與「義務」間，<sup>81</sup>亦即一條約所禁止之事項(義務)若為他條約所允許(權利)，則該條約間亦存在規範之衝突。這也是筆者以下行文所採觀點，並據以檢視《文化多樣性公約》與 WTO 內括協定間規範措施之衝突。對此，已不乏論者提出公約與 WTO 可能產生衝突之條文，<sup>82</sup>但所有衝突之中，最重要的當屬公約第 6 條締約國在內國之權利措施及第 8 條實施保障文化表現之措施等權利與 WTO 國民待遇原則、最惠國待遇、關稅拘束義務與防衛協定等規範之競合。<sup>83</sup>公約第 6.2(a)之管制性措施有極大的制訂空間，可能是關稅或非關稅措施，要求本地製造率或證照核准等事宜，因此可能違反 WTO 內括協定所賦予會員之國民待遇、最惠國待遇、關稅拘束等義務；第 6.2(b)條提供本國文化活動、產品與服務得在本國境內創造、生產、傳播與享有之機會，第 6.2(c)條提供本國文化產業及活動獲得生產、散佈與傳播之有效工具的措施與第 6.2(d)條提供財務協助之措施皆可能違反國民待遇原則，第 6.3(d)條亦可能牽涉補貼協定關於禁止性補貼之義務；第 6.2(g)條培育與支持藝術家及其他相關人員之措施可能涉及國民待遇義務與補貼協定之違反。此外，就公約第 8 條而言，該款授予締約國在認定其領域內文化表現面臨滅絕之危險、受到嚴重威脅或需要緊急保障之情況下，得採取任何適當之保障措施的權利。然該款既欠缺滅絕危險、嚴重威脅、緊急狀

<sup>80</sup> Appellate Body Report on *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/AB/R (20 August 1999), para. 191.

<sup>81</sup> 亦有學者認為條約衝突應採廣義之定義，詳見 Erich Vranes, *The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory*, 17(2) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 395, 406-415 (2006); Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* 95 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 535, 551 (2001), also available at <http://www.asil.org/ajil/pauwelyn.pdf>, last visited: 2011/1/5.

<sup>82</sup> Tania Voon, *UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures*, 55(3) INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY 635 (2006), available at: <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf> 1, 5-7, last visited: 2010/12/9; Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 515, 534-546 (2006); 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 202-206，2007 年。

<sup>83</sup> 公約條款與國民待遇、最惠國待遇等 WTO 相關義務衝突的先決條件是締約國須受該義務之拘束。該等義務在 GATT 拘束了所有貨品與所有會員國；但在 GATS 下，最惠國待遇原則不及於 GATS 第 2 條附件之豁免清單，而會員未做出特定承諾的服務部門則不受國民待遇所拘束，是以這些項目應不致於構成 GATS 最惠國待遇或國民待遇與《文化多樣性公約》之權利或義務的衝突。

況之認定要件及程序，也未規定緊急保障措施之內容，締約國依本款採取適當措施之時機與權利可說毫無限制，若其採取之措施涵蓋補貼與獎勵措施、本地製造率、配額及其他市場進入限制、內國法規與核照程序、內國租稅措施與邊境措施等，則可能違反之 WTO 義務將包括最惠國待遇、國民待遇、關稅拘束、禁止數量限制與防衛協定等。<sup>84</sup>

綜觀上述，《文化多樣性公約》與 WTO 相關協定確有規範衝突之可能；然法理衝突若未落實在具體爭議中，其實並無規範適用或衝突調和之問題。在具體案件上，爭議當事國必須在兩項條約中皆為締約國，才有法規範取捨與適用之必要。依國際法原則「條約不使第三者負擔義務，亦不給予權利」(pacta Tertiis Nec Nocent Nec Prosunt)，及維也納條約法公約(Vienna Convention on the Law of Treaties, 簡稱 Vienna Convention 即維也納公約)第 34 條規定，條約對於未表示同意受拘束之第三國，不創設權利與義務。<sup>85</sup> 本原則與規定主要源自於「國家主權的概念」(concept of sovereignty)，國際間普遍主張不得在主權國家無意願或違反其意願下施行任何作為 (nothing can be done without or against the will of a sovereign State)，國際條約法既是國家主權實踐與保護的場域，國家主權永遠是國際法的核心，而條約法自然不存在妨害國家主權的條款。<sup>86</sup> 同時，維也納條約法公約第 30.4(b)條也規定兩當事國中，若一當事國同為二條約之締約國，但一當事國僅為其中之一項條約之締約國，則二當事國之權利義務僅能依據雙方皆為締約國之條約行使與履行。<sup>87</sup> 是以爭端當事國若有一方並未締結可能衝突之兩條約中之一項條約，則其所產生之爭議，僅能依雙方共同締結之條約或應共同遵守之國際習慣法與一般法律原則加以解決，而無法依據該國未締結之條約主張其違反任何義務或授予任何權利。依此邏輯，縱使《文化多樣性公約》與 WTO 相關協定有法規範衝突之可能，但我國因特殊之國際處境未加入《文化多樣性公約》，

<sup>84</sup> 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 203-204，2007 年

<sup>85</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Article 34 indicating “A treaty does not create either obligation or rights for a third State without its consent.”

<sup>86</sup> Yubaraj Sangroula, *International Treaties: Features and Importance* 1, 2, available at [http://www.ksl.edu.np/cpanel/pdf/International\\_Treaties.pdf](http://www.ksl.edu.np/cpanel/pdf/International_Treaties.pdf), last visited 2011/1/5.

<sup>87</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Article 30.4(b) stating “as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.”

其實並沒有行使《文化多樣性公約》之權利或履行其義務之正當性。因此當我國的文化保護或促進措施，與文化貨品或服務之流通與貿易有關，且涉嫌違反 WTO 內括協定時，並無法援引《文化多樣性公約》作為政策措施正當化之依據。

然而，除少數國家外，許多國家既是 WTO 之會員國，也是公約之締約國，若發生文化貿易爭端，當事國極可能同為《文化多樣性公約》與 WTO 多邊架構之締約國。在此情況下，被控訴之當事國是否能在 WTO 爭端解決機制下，以《文化多樣性公約》做為辯護之依據？此即涉及國際法規範衝突法則之調和問題。

國際法規範之間的法律體系不如國內有明確之法律位階可資遵循，其「呈現出一種位階的無分化關係(indifférenciation hiérarchique)」，且「基於條約自治性(l'autonomie des traités)原則」，每個條約皆獨立於其他條約。然為了國際法秩序，這些獨立的條約仍應分享一個共同的國際法原則(principles communs du droit international)，以便相互協調與合作。而條約衝突時可運用的國際法原則與處理方式包括法規範衝突法則與法律解釋。<sup>88</sup>前述議題即涉及法規範衝突法則之調和問題。

WTO 相關協定與附件均未規範與其他國際法律文件或條約之關係，而《文化多樣性公約》對此則規定在第 20 條—與其他條約之關係：互相支持、互相補充與互不隸屬。公約在不隸屬於其他條約之情況下，第 20.1(a)條規定締約國應(shall)促進本公約與其簽署之其他公約間的相互支持；第 20.1(b)條指出締約國在解釋或適用締約國所簽署之其他條約，或締結其它國際義務時，應將公約之相關規定納入考量。雖然上述規範表明本公約與其他公約之關係為互相支持與補充，而非隸屬於其他條約，但第 20.2 條卻又規定本公約不得解釋為修改締約國在其他所締結條約中之權利與義務，如此「吊詭」(paradoxical)的規定使公約相對於其他條約無優位性、<sup>89</sup>無位階高低之分，也

<sup>88</sup> 許耀明，〈從 WTO 生技產品案爭端解決小組報告看 GMO 國際貿易中國際貿易法與國際環境法之衝突與解決可能〉，科技法學評論第 4 卷第 1 期，頁 244-245，2007 年。

<sup>89</sup> 「吊詭」一詞引自 Mira Burri-Nenova, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, DIVERSITY VOL. 2 1059, 1068 (2010), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1585139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585139) last visited: 2010/12/11; 公約第 20 條條文



未能對本公約與其他國際文件之關係與協調提供明確的指示。WTO 相關協定與《文化多樣性公約》既未明文規定其屬於其他國際機構之標準或高於其他條約之效力優先，也亦未設計「保留條款」(saving clauses)，容許後法原則(*lex posterior*)之例外，故於衝突發生時僅能訴諸一般國際法規衝突法則：「後法原則」(*lex posterior*)與「特別法原則」(*lex specialis*)。<sup>90</sup>

後法原則之適用可見諸維也納條約法公約第 30 條之規定，其規範同一事物之先後條約之適用，「遇先訂條約全體當事國亦為後訂條約當事國但不依第五十九條終止或停止施行先訂條約時，先訂條約僅於其規定與後訂條約規定相合之範圍內適用之」(第 30.3 條)，於此可知後法優於前法原則之適用。然 WTO 相關協定與《文化多樣性公約》究竟何者為先？何者為後？誠然《文化多樣性公約》於 2005 年方完成簽訂，原比 WTO 成立時間晚了 10 年，但以 GATS 而言，補貼、內國規章與防衛條款皆未完成協商，而特定承諾表作為 GATS 不可分割之一部份，在漸進自由化之目標下，也需要在未來的回合談判中進一步修正，因此無法肯定《文化多樣性公約》為後法而得優先適用。<sup>91</sup>再以特別法原則而論，關鍵就在於決定二條約中，孰為特別法，得相對於

---

亦是各國角力妥協的結果，其最終簽訂條文與政府間草擬會議所提出之二草案皆不相同，最終版定案過程可參考賴志倫，文化多樣性公約對於 GATS 視聽服務之影響，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文 (2006 年 10 月)。此外學者對於第 20 條之功能多持負面看法，如 Gary Neil, *The Convention Respond to the Cultural Challenges of Economic Globalization?*, in UNESCO'S CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS: MAKING IT WORK, CULTURELINK JOINT PUBLICATIONS SERIES NO 9, Nina Obuljen and Joost Smiers ed. 39-70 (2006); Hélène Ruiz Fabri, *Reflections on possible future legal implications of the Convention*, in UNESCO'S CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS: MAKING IT WORK, CULTURELINK JOINT PUBLICATIONS SERIES NO 9, Nina Obuljen and Joost Smiers ed. 71-88 (2006); Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 515-552 (2006); Christoph Beat Graber, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?* 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 553-574 (2006).

<sup>90</sup> 兩國際法規發生規範衝突有四種可能的調和方式：禮讓說(*comity*)、優先適用說(*preemption*)、臣服說(*deference*)與法庭選擇與衝突法則說(*choice of forum and choice of law*)。詳見許耀明，〈從 WTO 生技產品案爭端解決小組報告看 GMO 國際貿易中國際貿易法與國際環境法之衝突與解決可能〉，科技法學評論第 4 卷第 1 期，頁 250-251，2007 年。

<sup>91</sup> 究以哪個標準來認定條約之先後，如簽訂日期或締約國批准日期等，也還有爭議。此外，WTO 協定前言揭示永續發展宗旨後，更表明 WTO 多邊貿易法律制度並非一僵化體系，其採用之法律闡釋方法學者稱之為「進化性方法」(*evolutionary approach*)，由於 WTO 「活法」(*living law*)之特質，也使得後法原則難以適用。參考許耀明，〈從 WTO 生技產品案爭端解決小組報告看 GMO 國際貿易中國際貿易法與國際環境法之衝突與解決可能〉，科技法學評論第 4 卷第 1 期，頁 252，2007 年；徐



普通法而言優先適用。GATT 與 GATS 所規範的是所有貨品與服務，而公約所規範的僅限於文化活動、產品與服務，乍看之下，似乎可將公約視為特別法；然以 GATS 為例，各國承諾表採正面表列方式，每個會員國所承擔之義務皆因其承諾程度不同而有異，相對而言 GATS 才是特別法，因此特別法原則亦無法適用。由上可知，《文化多樣性公約》並無法在 WTO 爭端解決機制中，援引任何國際法規範衝突法則優先於 WTO 相關協定加以適用。

既然如此，是否可以另一種處理方法，即法律解釋，調和 WTO 規範與《文化多樣性公約》？WTO 爭端解決規則與程序瞭解書第 3.2 條第 2 句規定「會員咸認此制度旨在維護其於內括協定下之權利義務，並依國際公法之解釋習慣規則，釐清內括協定之規定。」該規定提供 WTO 會員發生涉及其他條約之貿易爭端，而 WTO 內括協定之用語文字抽象、模糊或不確定時，<sup>92</sup>可依國際公法之解釋習慣規則釐清 WTO 內括協定之正當性。一般所謂「國際公法之解釋習慣規則」意指 1969 年維也納條約法公約中關於條約解釋及適用之規則，第 31 條<sup>93</sup>與第 32 條規範。<sup>94</sup>兩條款之各項規定可分為條約解釋之一般規則與補充規則，其中對 WTO 規範解釋最具參考作用的當屬維也納條約法公約第 31.3(c)條「適用於當事國間關係之任何有關國際法規則」。2006 年 9 月 *EC – Approval and Marketing of Biotech Products* 一案，被控訴會員歐體即主張，在解釋該案所涉及之 WTO 內括協定(GATT, SPS 協定與 TBT 協定)時應依據維也納條約法公約第 31.3(c)條規定參考「適用於當事國間關係之

---

揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 209，2007 年。

<sup>92</sup> 法律解釋目的僅在解釋條約之條款與文字，其射程以僅止於被解釋文字之語意範圍，而不能賦予該文字新的語意。詳見許耀明，〈從 WTO 生技產品案爭端解決小組報告看 GMO 國際貿易中國際貿易法與國際環境法之衝突與解決可能〉，科技法學評論第 4 卷第 1 期，頁 246，2007 年。

<sup>93</sup> 第 31 條解釋之通則：1. 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。2. 就解釋條約而言，上下文除指連同弁言及附件在內之約文外，並應包括：(a) 全體當事國間因締結條約所訂與條約有關之任何協定；(b) 一個以上當事國因締結條約所訂並經其他當事國接受為條約有關文書之任何文書。3. 應與上下文一併考慮者尚有：(a) 當事國嗣後所訂關於條約之解釋或其規定之適用之任何協定；(b) 嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例；(c) 適用於當事國間關係之任何有關國際法規則。4. 倘經確定當事國有此原意，條約用語應使其具有特殊意義。

<sup>94</sup> 第 32 條解釋之補充資料：為確認適用第 31 條所得解釋協定之意義，或依第 31 條解釋而：(a) 意義仍屬不明或難解；或 (b) 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。

任何有關國際法規則」，例如《生物多樣性公約》(Convention on Biological Diversity)及 2000 年《卡塔赫那生物安全議定書》(2000 Cartagena Protocol on Bio-safety to the Biological Diversity)。<sup>95</sup>對此，該案爭端解決小組首先必須釐清的是「相關國際法規則」為何？小組根據過去上訴機構之報告認為該「國際法規則」在概念上應包括國際公約、習慣國際法以及法律解釋之一般原則，<sup>96</sup>且必須是「適用於當事國間關係」之國際法規則。小組在此注意到第 31.3(c) 條所採用「當事國間」一詞並不同於公約第 31.2(b) 條所使用之「單一或多個當事國」(one or more parties)，亦不如公約第 66 條將對象指向「爭端所繫之當事國」(the parties to a dispute)，可見第 31.3(c) 條所稱之「當事國」必有不同於第 31.2(b) 條與第 66 條之解釋，小組遂轉而以維也納條約法公約第 2.1 條所載「當事國」之定義作為解釋依據，該定義下之「當事國」係「同意承受條約拘束及條約對其有效之國家」。是以，以小組之觀點，解釋 WTO 相關協定之國際法規則，在邏輯上係指 WTO 所有會員國表示同意承受條約拘束及條約對其有效而為締約國之國際法規則；<sup>97</sup>但歐體所主張適用之國際法規則卻是指所有國際法規則，不論 WTO 會員國是否有締結該國際公約或協定。就此爭端解決小組裁定歐體所主張適用之《生物多樣性公約》未獲爭端當事國美國之批准，而《卡塔赫那生物安全議定書》甚至未獲美國簽署，兩

---

<sup>95</sup> Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006), para.7.49, 7.50, 7.53. 以下簡稱 *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*.

<sup>96</sup> Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006), para.7.67. 法律解釋之一般原則包括無衝突推定原則 (presumption against conflicts) 及條約有效解釋原則 (principle of effectiveness; *ut res magis valeat quam pereat*) 等，亦曾被爭端解決小組及上訴機構所援用，前者如 *Indonesia-Autos* (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R and WT/DS64/R, adopted 2 July 1998), *Turkey-Textiles* (WT/DS34/R, adopted 19 November 1999), 後者如 *Canada-Periodicals* (WT/DS31/R, adopted 14 March 1997), *Korea-Dairy* (WT/DS98/AB/R, adopted 4 December 1999).

<sup>97</sup> Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006), para.7.68-7.70. 此觀點引起很大的爭議。許多學者主張，只要在爭端當事國間有適用者，即屬之，見 Gabrielle Marceau, *Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, 35(6) JOURNAL OF WORLD TRADE 1081, 1087(2001); Duncan French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY 281, 305-307 (2006)。有學者認為，小組要求其他國際公約得否適用應視其是否包含全部 WTO 會員此點，將使得單一會員即可排除其他國際公約之適用，給予少數甚至一個會員過大的權限，見 Mark Wu, *Small States, Big Veto: Customary International Law in the WTO after EC-Biotech*, 32 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 261, 265 (2007)。

者皆不適用於美國與其他 WTO 會員間之關係，因此將其排除在維也納條約法公約第 31.3(c)條之「相關國際法規則」之外，不得據以解釋 WTO 於系爭案件中之相關協定。<sup>98</sup>該案並未進入上訴機構進行審理，無法得知上訴機構對於該解釋方法之態度。若以爭端解決小組報告而論，《文化多樣性公約》對於未簽訂該約的美國、以色列與我國等，將無法以法律解釋方法，適用於 WTO 相關規範的解釋。然有學者認為上訴機構在 1998 年 *US-Shrimp* 一案中，<sup>99</sup>就 GATT 第 20 條(g)款「可枯竭之自然資源」概念釐清時，並未採取 *EC – Approval and Marketing of Biotech Products* 小組之解釋方法，而逕以聯合國海洋公約法、生物多樣性公約、二十一世紀議程與瀕臨滅絕野生植物物種國際貿易公約等，來釐清「可枯竭自然資源」之內涵，這些國際公約並非全由 WTO 爭端當事國所簽訂，二十一世紀議程甚至僅是宣言性質。在 WTO 爭端解決機制下，上訴機構負責法律審工作，亦有其位階上的權威性，在 *EC – Approval and Marketing of Biotech Products* 一案中，上訴機構沒有機會表達其看法，但以 *US-Shrimp* 前例來看，上訴機構之解釋方法似與小組不同，因此 WTO 相關協定是否可援引《文化多樣性公約》加以解釋，或仍有轉圜之餘地。<sup>100</sup>但另一方面，也有學者主張，無論爭端解決程序中，是否引用《文化多樣性公約》加以解釋 WTO 相關規範，依據 DSU 第 3.2 條條文最後一句規定「DSB 之建議及裁決，不得增減會員內括協定所規定之權利義務。」且《文化多樣性公約》第 20.2 條也明白指出「本公約不得解釋為修改締約國在其他所締結條約中之權利與義務」，因此縱使《文化多樣性公約》得適用於 WTO 內括協定之解釋，亦只能做為條文通常意義(ordinary meaning)解釋之參考，而不得對 WTO 會員之權利義務有所增減，《文化多樣性公約》最終還是得向

---

<sup>98</sup> Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006), para.7.71-7.72. 小組雖認定非所有 WTO 會員所締結之國際規範不得據以解釋 WTO 於系爭案件中之相關協定，但仍得將其視為文義解釋時所得參考的資訊。小組在該案中表示，對於不具有拘束力之其他國際規範，依據維也納條約法公約第 31(1)條之規定，就條文之文字為通常意義(ordinary meaning)之解釋時，得(相對於第 31(3)(c)條要求解釋者「應」考量國際規範不同，不具有強制性)做為參考性(informative)的工具。見 Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WTO Doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006), para.7.92.

<sup>99</sup> Appellate Body Report on *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 November 1998), 以下簡稱 *US-Shrimp*.

<sup>100</sup> 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 218-219，2007 年。



WTO 妥協 (the Diversity Convention bows to the WTO)。<sup>101</sup>

綜合以上觀點，《文化多樣性公約》在 WTO 爭端機制中似乎無法起太大的作用，而 2007 年 *China – Publications and Audiovisual Products* 一案正好印證了這樣的看法。<sup>102</sup>2007 年美國就中國戲院放映用之進口電影片、家用視聽娛樂產品、錄音產品與出版品之配銷服務的市場進入限制、歧視待遇與貿易權違反 GATT 與 GATS 國民待遇及中國入會議定書若干義務向 WTO 提出爭端解決，2008 年 3 月 17 日 WTO 成立爭端解決小組對該案進行審理。中國在該案中曾試圖以《文化多樣性公約》及 UNESCO 於 2001 年 11 月通過之《教科文組織世界文化多樣性宣言》(UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity) 詮釋 GATT 第 20 條「維護公共道德之必要措施」，以正當化其對貿易權之限制，然小組卻不以為然，表示《文化多樣性公約》第 20.2 條明白規定「本公約不得解釋為修改締約國在其他所締結條約中之權利與義務」，而且「WTO 協定條文對於「文化產品」並未提供任何例外規定，中國入會議定書亦無類似的例外條款」，以否定中國援引《文化多樣性公約》與宣言之正當性，<sup>103</sup>該裁定隨後亦獲上訴機構之肯認，縱使中國特別要求上訴機構須謹慎考量(mindful)文化商品與服務的雙重特質。<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 515, 546 (2006).; 持類似看法者 Jan Wouters and Bart De Meester, *UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory?*, INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW WORKING PAPER 73 (2007), available at <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP73ed2e.pdf> last visited: 2010/12/13.

<sup>102</sup> 在《文化多樣性公約》通過前 WTO 有關文化與貿易之爭端案件較為重要的有 *Japan-Leather* (BISD, 31S) 與 *Canada-Periodicals* 二案。「文化」在 WTO 規範的解釋適用上，前者爭端解決小組認為日本所提出文化保護主張為非法律支配(extra legal)觀點，超出小組之授權範圍(terms of reference)；而後者小組與上訴機構皆主張「文化」在國際貿易法體系中不具任何特殊地位，否定「文化產品」(該案指的是分版雜誌)在同類產品認定上具特殊考量因素，「文化」在兩案中皆不具獨立於一般產品之待遇。見 Report on *Japan-Measures on Imports of Leather*, BISD, 31S (15 May 1984), at 94 and Panel Report on *Canada-Certain Measures Concerning Periodicals*, WTO Doc. WT/DS31/R (15 March 1997).

<sup>103</sup> Panel Report on *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/R (12 August 2009), para. 4.207. 同案日本、韓國等第三方意見皆表示審查貨品貿易措施是否符合國民待遇與 GATT 例外條款時，不應將《文化多樣性公約》納為考量之依據或參考。見小組報告 para. 5.49 & 5.61. 澳洲雖認同文化價值對會員國之公共道德有影響，但並非所有具文化價值的產品皆為「公共道德」例外條款所涵蓋，實施系爭管制措施之國家仍須證明該產品的文化價值與該國維持對錯行為標準具備一定的關係。見小組報告 para. 5.12-13.

<sup>104</sup> Appellate Body Report on *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/AB/R (19 January



由於《文化多樣性公約》目前仍未能提供強有力的支持作為國家實施文化產業與服務措施因而違反 WTO 義務時之正當性依據，涉及貿易活動之措施，縱使具「文化」之性質，仍得回歸 WTO 多邊貿易架構。是以本文探討重點亦將就此拉回服務貿易總協定，就 GATS 之補貼規範檢視我國《文化創意產業發展法》獎補助與租稅優惠措施之適法性。

#### 第四節 服務貿易總協定涉及補貼之相關規範

服務貿易總協定是第一個針對服務貿易所建構的多邊貿易協定，該協定之制訂可說是 1986 年至 1993 年烏拉圭回合談判的一大成就，其係以解除管制，在透明化與漸進式自由化的條件下拓展服務貿易，原則上凡影響服務貿易的「措施」皆受 GATS 之規範，且對所有 WTO 會員均具強制拘束力。自法律技術層面觀之，GATS 之規定與原則多以 GATT 模式為基礎，包括最惠國待遇與國民待遇等。<sup>105</sup> 但因反應服務貿易之特性，諸如不可見性 (invisible)、不可觸摸性 (intangible)、短暫性 (transient)、不具儲存性 (non-storability)、生產與消費同步性，且使用者與服務供給者相互間之緊密互動 (user-producer interactive) 等，GATS 與 GATT 在範圍與內容上還是有些差異。例如 a) GATS 規範的措施不僅及於服務，也及於服務供給者；b) 服務的定義不僅包含跨境交易，也涵蓋其他供給模式；<sup>106</sup> c) 市場准入與國民待遇

---

2010), para. 25.

<sup>105</sup> 本文關於 WTO 各項協定相關內容之中文翻譯，主要引用國際貿易局 WTO 入口網站之翻譯版本，詳細翻譯內容請參照該網站 <http://cwto.trade.gov.tw> 各協定網頁。於此合先述明。

GATT 的最惠國待遇與國民待遇條款分別規定在 GATT 第 1 條與第 3 條，而 GATS 則分別規定在第 2 條及第 17 條。

<sup>106</sup> 根據 GATS 第 1.2 條服務貿易涵蓋四種模式：(a) 自一會員境內向其他會員境內提供服務 (即跨境提供服務)：此類供給模式僅有服務本身跨越國界，服務供給者或消費者並不移動。例如國際運送、透過電信或郵件之服務等。此類服務類型與傳統國際商品跨國界銷售之型態一致，僅是將交易的客體由有形之商品轉變為無形之服務；(b) 在一會員境內對其他會員之消費者提供服務 (即境外消費)：此類服務通常需要消費者向服務供給者的來源為跨國界之移動以接受服務，但亦包括消費者不移動，而其財產移動或位於國外以接受服務的情形，例如出國旅遊、留學，或船舶在國外進行維修；(c) 由一會員之服務提供者以設立商業據點方式在其他會員境內提供服務 (即商業據點呈現)：此類供給由服務供給者跨國界移動而消費者不移動。服務供給者透過商業據點呈現對地主國消費者提供服務，其涵蓋範疇不限於嚴格法律意義下之法人呈現或直接投資，亦包含合資企業、合夥、辦公室或分部之代表等具若干相同特徵之法律實體。例如外國銀行在地主國設立分行提供服務。；(d) 由一會

原則在 GATT 屬於一般義務，適用所有貨品貿易，但在 GATS 中則依各國、各部門承諾開放程度不同而有異。GATS 是一項相當複雜但尚不完整之協定，稱其尚不完整係由於各國在協定下尚未對所有貿易部門做出承諾，而其所以複雜係由於協定在整體架構上不僅止於協定本身，而是由三大部份所構成，缺一不可：

- 一、 一般多邊架構協定：適用於所有 WTO 會員及在其領域內所提供的服務類型，協定內容除前言外計有六編，分別規範定義（第 1.1 & 1.2 條）、適用範圍（第 1.3 條）、一般義務與規範（第 2 條~第 15 條，包含最惠國待遇、透明化、經濟整合、國內規章、認許、緊急防衛措施、一般與國家安全例外規定與補貼等）、特定承諾（第 16 條市場開放、第 17 條國民待遇與第 18 條額外承諾）、漸進式自由化（第 19~21 條主要規定市場開放之持續談判）、組織條款（第 22~26 條規定爭端解決及義務之執行）及最終條款（第 27~28 條係規定適用 GATS 所生之各種定性問題）。
- 二、 附件、部長決議與瞭解書：GATS 附件共計八則，包含最惠國待遇免除適用附件、自然人移動附件、金融服務（二則）、電信服務、空運服務、基本電信與海運服務附件。此外，由於部份程序規定具技術性及暫時性，故另以八則部長決議規定之，包括服務與環境之決議、自然人移動決議、海運服務談判決議、基本電信談判之決議等。
- 三、 各國之承諾表，其中涵蓋各國在 12 個服務部門，四種服務提供模式中市場進入、國民待遇及額外承諾之特別承諾。<sup>107</sup>

GATS 現行實質性補貼條款規定在第 15.1 條，然該條文字並未對服務補貼做出嚴謹的定義，而僅賦予會員進一步談判制定多邊規範之義務，以避免貿易扭曲效果。其他與補貼相關之條款尚有第 2 條（最惠國待遇）、第 3.3 條（透明化）、第 6 條（國內規章）、第 8 條（獨占及排他性服務提供者）、第 15.2 條（補貼）、第 17 條（國民待遇）與第 23.3 條（非違反協定控訴）等。其中，第 2

---

員之服務提供者以自然人呈現方式在其他會員境內提供服務（即自然人呈現）：此類供給與上述「商業據點呈現」相同，皆屬消費者不移動，僅服務供給者移動，惟此型態之服務供給者係透過「自然人呈現」方式在地主國提供服務，例如外國醫師、律師、建築師或外籍勞工等。見黃立，李貴英，林彩瑜，國際貿易法論，三版，頁 219-220，2005 年。

<sup>107</sup> 詳閱 WTO Secretariat, A HANDBOOK ON THE GATS AGREEMENT (2005); 黃立，李貴英，林彩瑜，國際貿易法論，三版，頁 210~249，2005 年。

條最惠國待遇是為了防止會員對國外會員採取歧視性的補貼措施，第 3.3 條為重大法制規範之年度通知，旨在確保會員間服務貿易透明化。第 8 條則在避免會員國內之獨占及排他性服務提供者濫用其獨占地位，在不同活動或部門間交叉補貼。第 17 條國民待遇乃在防止會員對國內、外服務提供者施行差別待遇或歧視性補貼行為。第 15.2 條與第 23.3 條係授予會員有權請求諮商或訴請爭端解決之程序性規定。

諸多條款中，筆者認為與《文創法》補助與優惠措施最密切相關的莫過於第 15 條與第 17 條，其次為第 6.1 條與第 23.3 條。而任何規範之探討不以規範對象之定義談起，則難以界定範圍與掌握規範之性質與特性。因此本文將由服務補貼之定義開始，隨後論及補貼之國民待遇問題，並對國內規章與非違反協定控訴與補貼相關要點進行概括性說明，以便在服務業補貼，尤其是我國《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適用上，做一初步探討。



## 第叁章 從服務業補貼暫行定義看《文創法》之獎補助與租

### 稅優惠措施

補貼的主要功能為發展與調整國內經濟體系與產業結構，一般而言，任何運用於嘉惠國內產業或工業以增進該事業獲益之政府計劃或行為皆可被視為廣義的補貼。<sup>108</sup>就國家對產業之發展與扶植，以及國際競爭力的創造，補貼可被視為策略性貿易政策。但隨著國際貿易的活絡與自由貿易政策強調公平競爭與比較利益，<sup>109</sup>補貼以政府介入的方式，對於新興產業或較不具競爭能力的產業提供援助，不但扭曲了補貼國內資源的有效分配，降低其國內之整體福祉與利益，同時亦可能干擾其他國家在國際貿易與投資之公平競爭，為保護主義者所運用作為非關稅貿易障礙，而阻礙貿易自由化，並引發不公平之貿易競爭關係。故有關補貼之議題在國際貿易關係爭議日增，制定多邊規範限制政府補貼措施之施行聲浪日起，而成為 WTO 談判的重要議題之一。<sup>110</sup>

不同於貨品貿易方面在補貼上已有相當完整的規範，<sup>111</sup>服務業補貼規

<sup>108</sup>牛惠之，〈論由 WTO 之「補貼暨平衡稅措施協定」規範漁業補貼之法理〉，經社法制論叢，第 32 期，頁 72，2003 年。

<sup>109</sup>「比較利益」學說，簡言之，係在比較不同貨物生產所能得到之利益後，一個國家應將其資源集中在最大利益之產業，即選擇利益相對較高或劣勢相對較小之產品生產與出口。此一理論之主張，在自由貿易之環境下，每一個國家如能主導其產業之發展，賺取最大利得，則全球之資源亦將因而得到最有效之分配，並增進全球之福祉。此一理論稍後由 Heckscher 與 Ohlin 所修正，將一國之生產要素之稟賦或稟賦要素(endowments of productive factors, or, factor endowment)，通常為其擁有土地、勞工、自然資源與資金之相對充裕程度，列入與他國從事貿易以獲取比較利益之考量。是以，當一個國家具有一項較充裕之稟賦要素時，其相關產業就能有較好之發展。然而，此種最大福祉需在自由貿易競爭之狀態下才可能達成，換言之，一旦競爭者透過補貼之方式干擾競爭之公平性，則他國之比較利益將因而減損，全球性之最大福祉亦難形成。RAMBOD BEHBOODI, INDUSTRIAL SUBSIDIES AND FRICTION IN WORLD TRADE: TRADE POLICY OR TRADE POLITICS? 8-9 (1994).

<sup>110</sup> WOLTERS KLUWER, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICE OF THE WTO: PROBLEM AND PROSPECTS 29-30 (2009).

<sup>111</sup> 貨品貿易補貼規定在 GATT 第十六條與烏拉圭回合所制定的「補貼暨平衡措施協定」(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM 協定)。詳見羅昌發，國際貿易法，二版，頁 337，2010



範截至目前仍尚未完成談判(詳下文)。因各會員國目前談判之工作定義、補貼類型(禁止性補貼、可控訴補貼、不可控訴補貼)與平衡措施皆參考貨品貿易之「補貼暨平衡措施協定」(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 簡稱 SCM 協定),是以本文接下來對《文創法》補助與獎勵措施之分析所運用之補貼概念將以目前會員所提案之暫時性補貼定義及 SCM 協定之規範為依據。

## 第一節 GATS 服務業補貼規範之談判

在烏拉圭回合(Uruguay Round)談判代表簽訂 GATS 之初,當時參與會員對於服務業貿易發展經驗,與商品貿易相較,仍嫌生澀。其不但無法於回合結束前完成所有服務部門(sectors)之市場開放的談判,<sup>112</sup>且規範之制定亦未竟其功。與服務有關的「國內規章」(Domestic Regulation)、「緊急防衛措施」(Safeguard measures)、政府採購(government procurement)及補貼(subsidy)等措施,根據 GATS 第 6.4 條、第 10.1 條、第 13.2 條及第 15.1 條之規定,成為服務貿易理事會之「內建議題」(Built-in agenda),<sup>113</sup>有待烏拉圭回合後之談判建立詳細的規範內容。<sup>114</sup>

GATS 有關服務業補貼談判的規定列在第 15.1 條,其可說是 GATS 目前

---

年。

<sup>112</sup> 依 WTO 「服務部門分類表」(Services sectoral classification list), GATS 將服務共分為 12 大類,其分別為:(1) 商業服務、(2) 通訊服務、(3) 營造和相關工程服務、(4) 經銷服務、(5) 教育服務、(6) 環境服務、(7) 金融服務、(8) 健康相關及社會服務、(9) 觀光及旅遊相關服務、(10) 娛樂、文化及運動服務、(11) 運輸服務及(12) 其他等。此 12 大類服務部門各涵蓋多項次部門。例如商業服務即包含專業服務(如法律、會計及稅務服務等)、電腦及相關服務、研究發展服務、不動產服務、不含操作員之租賃服務及其它商業服務(如廣告服務、市場研究及公眾意見調查服務、管理諮詢服務等)等,詳細分類請參考「服務部門分類表」,MTN.GNS/W/120, 10 July 1991, available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/mtn\\_gns\\_w\\_120\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc)。

<sup>113</sup> Pierre Sauvé, *Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftover*, AUSSENWIRTSCHAFT, 57. JAHRGANG, HEFT III, ZÜRICH: RÜEGGER, S. 301, 302-303 (2002), available at <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf>, last visited: 2010/9/2.

<sup>114</sup> WTO 於 1995 年元月一日成立後,同年三月三十日「GATS 規範工作小組」(Working Party on GATS Rules, 以下簡稱 WPGR)在服務貿易理事會下成立,專責上述除了「國內規章」外的三項議題的研究。GATS 各項內建議題均頗複雜與困難,對 GATS 整體架構都有一定程度的影響,惟「國內規章」所涉問題更為龐雜,因此 WTO 另外成立了「國內規章工作小組」(Working Party on Domestic Regulation)以處理相關事宜。楊光華,〈服務補貼規範發展必要性之初探〉,政大法學評論第 80 期,頁 233, 2004 年。

服務業補貼最重要的一項規範，該條文規定：「

第15.1條 會員咸認為在某些情況下，補貼可對服務貿易產生扭曲效果。會員應參與談判俾制定多邊規範，以避免此類貿易扭曲效果。談判中亦應討論平衡程序之適當性。此類談判應認知補貼在開發中國家發展計畫中所扮演之角色，並考量各會員，特別是開發中國家會員對此領域之彈性需要。為此項談判之目的，各會員應交換其提供給其國內服務提供者所有與服務貿易有關之補貼的資訊。」<sup>115</sup>

第 15.1 條之談判規定，一方面要求會員參與談判共同制定服務補貼之多邊規範，以避免補貼對服務貿易產生扭曲效果，<sup>116</sup> 另一方面也要求會員應談判之所需，各會員應交換其提供給國內服務提供者所有與服務貿易有關之補貼資訊。然第 15.1 條條文除了賦予會員談判義務外，WTO 並沒有進一步

---

<sup>115</sup> 原條文如下：「Members recognize that, in certain circumstances, subsidies may have distortive effects on trade in services. Members shall enter into negotiations with a view to developing the necessary multilateral disciplines to avoid such trade-distortive effects.7 The negotiations shall also address the propriateness of countervailing procedures. Such negotiations shall recognize the role of subsidies in relation to the development programmes of developing countries and take into account the needs of Members, particularly developing country Members, for flexibility in this area. For the purpose of such negotiations, Members shall exchange information concerning all subsidies related to trade in services that they provide to their domestic service suppliers.」另第 15.2 條條文：「因其他會員之補貼而認為受到不利影響之會員，得要求與該會員就此事項進行諮商，該項請求應受到正面的考量。」原文為「Any Member which considers that it is adversely affected by a subsidy of another Member may request consultations with that Member on such matters. Such requests shall be accorded sympathetic consideration.」

<sup>116</sup> 究竟哪些補貼對服務貿易具有扭曲效果目前尚未有定論，根據秘書處對補貼議題所提出之摘要文件(note by the secretariat, *Subsidies and Trade in services*, WTO Doc. S/WPGR/W/9 (6 March 1996), at 10-11 顯示，該類補貼包含「出口補貼」(export subsidies)、「生產性補貼」(production)、「投資補貼」(investment subsidies)與「消費補貼」(consumption subsidies)。學者的分類則有：(1) 出口補貼、進口替代補貼、生產性補貼與對貨品貿易補貼卻連帶影響服務產出之間接或下游效果的補貼 (參閱 Pierre Sauvé, *Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftover*, 57-3 AUSSENWIRTSCHAFT 301, 326 (2002), available at: <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf>, last visited: 2010/12/22 (2) 加強出口的補貼(export-enhancing subsidies)、進口替代補貼(import-displacement subsidies)、投資轉向補貼(investment-diverting subsidies) (see Luis Abugattas Majluf, *Towards Disciplines on Subsidies on Agreements to Liberalise Trade in Service*, 17 CARIBBEAN REGIONAL NEGOTIATING MACHINERY, TECHNICAL PAPERS (2002) available at: [http://www.crnmm.org/tech\\_papers.htm](http://www.crnmm.org/tech_papers.htm)); 以及(3) 出口補貼、進口替代補貼與具不利影響之補貼(見楊光華,〈服務補貼發展必要性之初探〉,政大法學評論第 80 期,頁 245-249, 2004 年。各補貼與服務貿易四種服務提供模式間的適用效果各有差異,詳閱陳仁傑, GATS 內建議題之研究—以緊急防衛、政府採購、補貼談判為中心,國立政治大學法律研究所碩士論文,頁 4-11~4-19, 2005 年 10 月。

對服務業補貼做出較精確的定義。GATS 規範工作小組 (Working Party on GATS Rules, 以下簡稱 WPGR) 為了滿足 GATS 第 15.1 條所規定之談判目的與需求, 俾便會員提供國內服務業相關資訊, 自 1997 年起即參考「馬爾喀什設立世界貿易組織協定」(Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization) 中的「補貼暨平衡措施協定」(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM 協定) 第 1 條所規定之補貼定義(詳下文), <sup>117</sup> 作為服務業補貼工作定義(working definition), 並公佈「有關服務業補貼談判需求之資訊交換問卷」(Questions relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiation Mandate), <sup>118</sup> 供會員參照以便提報其國內服務業補貼相關措施。然 WPGR 特別強調說明前述之工作定義並非強制, 會員得以附註說明之方式, 變更或補充前揭工作定義<sup>119</sup>。截至目前, 僅有挪威<sup>120</sup>、紐西蘭<sup>121</sup>、香港<sup>122</sup>、波蘭<sup>123</sup>及瑞士<sup>124</sup>等五個會員國填覆問卷, 提供該國服務

---

<sup>117</sup> SCM 協定是 WTO 框架下規範貨品貿易補貼與反補貼措施及爭端解決程序之多邊協定, 經常與傾銷及反傾銷協定一併被提及, 兩者皆為 WTO 架構下所允許處理不正當競爭的手段。SCM 協定共有 11 個部份, 含 32 個條文和 7 份附件。前 5 部份規定實體法規則, 包括: (1) 總則 (General Provision), (2) 禁止性補貼 (Prohibited Subsidies), (3) 可(控)訴性補貼 (Actional Subsidies), (4) 不可(控)訴性補貼 (Non-actional Subsidies), (5) 反補貼措施 (Countervailing Measure)。第 6、7 部份包括反補貼調查、反補貼機構、反補貼程序, 並規定相關機構及監督措施。第 8、9 部份是對開發中國家的特別規定及過渡安排等。第 10、11 部份是爭端解決機制及最終協議。引自方立維, 〈以美國、歐盟與日本農業補貼立法提出對台灣農業基本立法之建議〉, 中原財經法學第 23 期, 頁 215-6 註 3, 2009 年。

<sup>118</sup> Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiation Mandate, Note by the Secretariat, S/WPGR/W/16, 5 February 1997. 問項包括(1)補貼計劃、(2) 政策目標、(3) 國內是否有區分服務補貼和貨品補貼所必須之資訊、(4) 補貼之形式、(5) 有資格接受補貼之部門及接受補貼之企業家數、(6) 補貼受領資格、(7) 補貼計算方式、(8) 補貼期限、(9)區域協定中既存之補貼規範、(10) 補貼之單位數和總額及對服務貿易影響等十大類問題。

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Working Party on GATS Rules - *Communication from Norway - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate - Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.1 (23 June 1997).

<sup>121</sup> Working Party on GATS Rules - *Communication from New Zealand - Response to the Questions to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate - Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.2 (23 July 1997)

<sup>122</sup> Communication from Hong Kong, China - *Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate - Addendum*, W/WPGR/W/16/Add.3 (23 July 1997)

<sup>123</sup> Working Party on GATS Rules - *Communication from the Republic of Poland - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate - Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.4 (2 March 2000) and Working Party on GATS Rules - *Communication from the Republic of Poland - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required*



補貼狀況。<sup>125</sup>

各國雖參考貨品貿易 SCM 協定補貼概念以進行服務補貼定義上的討論，但服務與貨品在貿易特性上存在相當的差異，例如服務貿易沒有單位產量或單位成本以供計算差異價格，亦難以依此計算補貼差額；倘若服務係由多數人執行不同工作結合而成，亦不易判斷補貼的存在。<sup>126</sup>此外 GATS 之規範基礎奠定在各會員間之「特定承諾表」(Schedules of specific commitments)，會員僅對於承諾開放市場與國民待遇之服務部門負有遵循協定規範之義務，對於非屬承諾開放之部門，及該部門所投入之政府補貼則不負 GATS 義務。有鑑於此，會員給予特定服務之承諾與否，連帶影響到其是否得任意補貼該服務與服務業，增添了服務補貼問題的複雜性。<sup>127</sup>而許多國內規章雖不涉及財務措施，也可能影響服務貿易之競爭條件，是否應視為補貼？再加上不同於貨品單純的跨境貿易，服務貿易有四種供應模式，SCM 協定以貨品跨境貿易為基礎之補貼分類勢必無法完全適用到服務貿易。<sup>128</sup>因此會員以 SCM 協定為借鏡，再考慮貨品與服務貿易之異同而提出服務補貼規範之建議，截至目前共有七件建議案，包含台灣在 2004 年從補貼類型、受益者、效果和扭曲三個角度檢視智利 2003 年提出出口計劃、有關促進科技服務產業、旅遊補助、科學研發與技術移轉補助和基礎設施計畫四種案例，討論補貼之認定要素、供應模式、受益人和扭曲效果之文件。最近的建議文件則是由香港和墨

---

*under the Subsidies Negotiating Mandate – Supplement*, S/WPGR/W/16/Add.4/Suppl.1 (20 September 2000).

<sup>124</sup> Working Party on GATS Rules - *Communication from Switzerland - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum* S/SPGR/W/16/add.5 (22 December 2005).

<sup>125</sup> 各國填覆內容摘要，可參考靖心慈，〈服務業出口補貼之最新探討〉，2008 年 8 月 31 日，available at CSI 台灣服務業聯網 <http://www.twcsi.org.tw/columnpage/expert/e022.aspx>，最後瀏覽日：2010 年 9 月 3 日。

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> 楊一晴，〈談服務貿易總協定我國服務業研發補貼措施之國民待遇問題〉，科技法律透析第 21 卷第 10 期，頁 28-9，2009 年。

<sup>128</sup> 在貨品貿易領域，貨品在母國獲得補貼，生產完成後由母國的消費者，或出口至國外，由外國消費者在各自國境內進行消費，補貼的對象為母國境內之貨品製造商或出口商。但在服務貿易領域，服務提供與消費的模式有四，補貼的對象可能是本國服務供給者在國外的商業據點(模式三)，或至國外提供服務的自然人(模式四)，補貼對象並不全然座落於母國，因此貨品以跨境貿易為基礎所定義之補貼難以完全涵蓋服務補貼之複雜性。Marc Benitah. *Subsidies, Services and Sustainable Development*, ICTSD ISSUE PAPER NO. 1, 1, 17 (2004), available at <http://ictsd.org/i/publications/11480/> last visited: 2010/9/4。



西哥 2007 年針對政府所採取不可控訴的服務貿易補貼措施提出 12 項問題。<sup>129</sup> 各國提案踴躍正足以說明會員不論是在定義或措施都無具體共識，服務貿易補貼的談判進展仍有限。

因為各國在服務補貼議題所關注的焦點各異，對於補貼定義應考量之因素看法亦不相同，而且以服務貿易提供模式之多元，服務產業種類之繁多，性質之南轅北轍，各會員國對服務部門承諾開放之程度不一，以及各國補貼政策之不透明，以致欠缺服務補貼統計資料，增添補貼認定與計算之困難，想無中生有，制定一個專為服務補貼訂製的補貼規範談何容易，因此提案會員仍多依賴並建議採用 SCM 協定作為服務補貼架構談判及討論之基礎。以 2005 年由智利、香港、墨西哥、秘魯與瑞士共同提出的「服務業補貼暫時定義之提案」為例，其服務業補貼之暫時定義，係指中央、區域及地方政府和獲得政府授權行使權力之非政府組織所提供之特定財務貢獻，或是任何所得或價格形式支持之措施，而授與潛在接受利益者或受益者獲得比由市場中所能取得更為優惠之利益或好處，特定財務貢獻包括資金直接移轉(如獎助金、貸款與股權參與)、資金或負債可能的直接移轉(如貸款或保證)、政府稅收之免除(如租稅抵減)、政府提供一般基本設施及公共服務以外之商品或服務、政府收購服務。<sup>130</sup> 該定義與 SCM 協定第一條之補貼定義幾無二致，因此，以下《文創法》補助與獎勵措施於 GATS 補貼規範之適法性分析，將以 SCM 協定為參照標準，遇有該規定因服務業特性而未能適用或有其他解釋須另作考量或有所修正時，再另行補充說明。

## 第二節 SCM 協定之補貼定義

根據 SCM 協定第 1 條補貼之定義，其構成補貼之要件有三，即政府之財務補助、企業因而受有利益與補貼須具備特定性。分別詳述如下：

---

<sup>129</sup> 七項提案之摘要說明詳見靖心慈，〈服務業出口補貼之最新探討〉，2008 年 8 月 31 日，available at CSI 台灣服務業聯網 <http://www.twcsi.org.tw/columnpage/expert/e022.aspx>，最後瀏覽日：2010 年 9 月 3 日。

<sup>130</sup> Chile, Hong Kong, China, MEXICO, PERU and Switzerland, *Proposal for a Provisional Definition of Subsidies in Services*, WTO Doc. JOB(05)/96 (9 June 2005).

## 第一項 政府之財務補助(Financial contribution)

SCM 協定第 1.1 條規定：「就本協定之目的而言，如有下列情況應視為有補貼之存在：

(a) (1) 會員（本協定簡稱為「政府」）境內有由政府或任何公立機構提供之財務補助者，

(a) (2) 存有 GATT1994 第十六條所指任何形式之所得補貼或價格維持者。<sup>131</sup>

而所謂「財務補助」，即：

- (i) 政府措施涉及資金（例如補助金、貸款及投入股本）之直接轉移，資金或債務可能之直接轉移（例如貸款保證）；
- (ii) 政府拋棄或未催繳原已屆期應繳納之稅收（例如租稅抵減之財務獎勵）<sup>註一</sup>；

註一：根據 GATT1994 第十六條之規定（第十六條之附註）及本協定附件一至三之規定，豁免出口產品負擔同類產品於供國內消費時負擔之關稅或稅捐，或該等關稅或稅捐之免除總額不超過其應繳者，不應視為補貼。

- (iii) 政府提供一般基本設施以外之商品或勞務，或收購商品；
- (iv) 政府提供給付予募集基金之機構，或委託或指示一民營機構執行通常歸屬政府之前述第(i)點至第(iii)點所列之一種或多種功能，且其做法與政府通常做法實際上並無差異者。<sup>132</sup>

第(i)與第(ii)項補貼方式可說是最容易轉化為服務補貼定義的條款。不管是條文內的法律要件及用語，或 WTO 爭端解決機構所累積之裁決結果及解釋，<sup>133</sup>皆顯示其與服務及服務補貼特性不生衝突，無論補助金之接受者或租稅抵減之受益廠商為鋼鐵製造商(貨品貿易)或視聽服務供給者(服務貿易)

<sup>131</sup> ASCM Art. 1.1 (a)(1) & (a)(2)

<sup>132</sup> ASCM Art. 1.1(a)(1)(i)~(iv)

<sup>133</sup> WTO 爭端案件涉及財務補助第 1.1(a)(1)(i)(政府資金之直接轉移)的有：*EC-Countervailing Measures on DRAMS Chips (Panel)*, *Korea-Commercial Vessels (Panel)*, *U.S.-Upland Cotton (Panel)*, *Canada-Aircraft Credits and Guarantees (Panel)*, *Canada-Aircraft (21.5-Brazil) (Panel)*, *Brazil-aircraft (Panel)*, *Brazil-Aircraft (Article 21.5-Canada) (Panel)*等；而涉及第 1.1(a)(1)(ii)(ii)政府拋棄或未催繳原已屆期應繳納(otherwise due)之稅收)者有：*Canada-Automotive Industry (Panel)*, *Canada-Automotive Industry (AB)*, *U.S.-FSC (Panel)*, *U.S.-FSC (AB)*, *Indonesia-Auto (Panel)*等。

皆不影響補貼存在之判斷。<sup>134</sup>根據 WTO 貿易政策檢討(TPR)報告指出資金直接移轉與租稅抵減是會員國間最常使用的補貼方式，<sup>135</sup>而後者更是各國最常運用的補貼措施。<sup>136</sup>

第 1.1(a)(1)(i)條論及「政府措施涉及資金（例如補助金、貸款及投入股本）之直接轉移，資金或債務可能之直接轉移（例如貸款保證）」，爭端解決小組曾在 *Brazil-Aircraft* 一案中，針對「財務補助」此一要件做出解釋，認為補貼之存在並不需要政府已確實完成資金之直接移轉或可能之直接移轉，只要實務上存在此一資金移轉之作法（practice）即可，<sup>137</sup>是否已確實移轉資金與補貼之判定兩者關聯性不大。該小組報告亦提及政府資金之可能直接移轉，只要政府措施產生利益（benefit）即可，不問給付是否隨後實際發生。<sup>138</sup>惟此一主張遭該案上訴機構裁決所批評，認為小組報告將「財務補助」與「授予利益」混為一談，兩者應為補貼獨立分開之要件。<sup>139</sup>

第 1.1(a)(1)(ii)條文「政府拋棄或未催繳原已屆期應繳納(otherwise due)之稅收」，*US-FSC* 案上訴機構曾在其報告中就「原已屆期應繳納」(otherwise due)一詞詳加說明：「政府『拋棄』『原已屆期應繳納』之收入意指政府所徵得的收入比其他或『相對』情況下應徵得的收入來得少。…據此，我們同意爭端解決小組之見解『原已屆期應繳納』一詞隱含著爭議措施施行下所取得的收入與其他情況下應取得的收入間有某種比較的關係。」<sup>140</sup>比較基礎乃以會員涉案部份所應用的稅務法規為依據，比較在稅賦法規之稽徵措施下應繳納的稅收與係爭措施下(contested measures)徵

<sup>134</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 94 (2009).

<sup>135</sup> See WTO (2006a), xxxvi and Table A in the Annex.

<sup>136</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 94 (2009).

<sup>137</sup> Panel Report on *Brazil – Export Financing Program for Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/R (20 August 1999) modified by Appellate Body Report, WT/DS46/AB/R, para. 7.13 (以下簡稱 *Brazil-Aircraft*)

<sup>138</sup> Panel Report on *Brazil-Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/R, para. 7.68-70.

<sup>139</sup> Appellate Body Report on *Brazil – Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/AB/R (2 August 1999). para. 157

<sup>140</sup> Appellate Body Report on *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”* WTO Doc. WT/DS108/AB/R (24 February 2000) para. 90. (以下簡稱 *US-FSC*)，原文：”[t]he ‘foregoing’ of revenue ‘otherwise due’ implies that less revenue has been raised by the government than would have been raised in a different situation, or, that is, ‘otherwise’... We, therefore, agree with the Panel that the term ‘otherwise due’ implies some kind of comparison between the revenues due under the contested measure and revenues that would be due in some other situation.”

得的稅收，而”otherwise due”即是在若無(but for)該措施的情況下，當事國原可徵得的稅收。<sup>141</sup>

而如何判斷提供財務補助之主體屬於協定所謂的「政府」或「其他公立機構」也引起諸多爭議。問題在於，以 *Korea-Commercial Vessels* 案為例，提供財務補助之單位雖屬公營之金融機構，但其是否構成所謂的「其他公立機構」？本案小組表示一實體(entity)若為政府（或其他公立機構）所控制，即構成所謂「公立機構」。也就是說不管在財務上或決策權上，只要一實體實際上為政府（或其他公立機構）所控制，其所採行之措施即歸屬於政府的措施，因此應為 SCM 協定第 1.1(a)(1)所規範<sup>142</sup>。

第 1.1(a)(1)(iii)前半段「政府提供一般基本設施以外之商品或勞務」，學者表示此一條文應可完全保留在服務業補貼規範中，因此類交易提供潛在人為降低生產或服務成本的誘因，補助企業獲得具有財務價值的投入，不管應用於貨品或服務貿易，皆可能產生貿易扭曲效果，因此條文在兩種貿易皆可適用。<sup>143</sup>然條文用語雖可完全移植於服務貿易，惟有論者主張須先界定「商品」與「勞(服)務」的範疇；且由於數位科技之發達，政府於一般基本設施以外所能提供者已不再限於商品或勞務，更可能擴及無形的智慧財產，因此

<sup>141</sup> Panel Report on *US-FSC*, WTO Doc. WT/DS108/R, para. 7.45. 上訴機構指出 but for 分析法並非協定用語，僅應於個案中就爭議事實加以分析而非通則。在 *US-FSC* 案中雖然小組得使用 but for 分析法檢視事實，但未來爭端案件解決機構是否採行該法則仍以待觀察。此外，上訴機構也強調會員國原則上擁有課徵任何種類稅收的主權，也具備「不」課徵特定稅收之自由，即補貼之自由（若免除特定種類之稅收造成補貼效果的話），只要其不違反 SCM 協定第 3 至 5 條所規範之義務。上訴機構在此秉持的判斷基準是「合法的比較性收入」(Legitimately comparable income)，亦即政府免除的若是特定稅捐全部的稅收，則沒有所謂的「屆期應繳納」之收入，因此也不會形成財務補助和所謂的補貼；但政府若僅免除若干廠商之特定稅收，或在特定條件下「屆期應繳納」之收入才得免除則另當別論。參閱 PETROS C. MAVROIDIS, PATRICK A. MESSERLIN AND JASPER M. WAUTERS, *THE LAW AND ECONOMICS OF CONTINGENT PROTECTION IN THE WTO* 306 (2008).

<sup>142</sup> Panel Report on *Korea-Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WTO Doc. WT/DS273/R (11 April 2005). para. 7.50. (以下簡稱 *Korea-Commercial Vessels*). 本案小組並未說明何謂「控制」，亦未引用 SCM 第 16 條之註腳 48「國內產業之定義」中「一方依法或在業務經營方面，居於限制或指示他方之地位時，即應視之為『控制』他方」來解釋其所謂的控制，但以其強調政府必須掌握若干重要的職務任命，並能充份控制該實體之運作環節，顯見小組心中對「控制」一詞預設之定義應類似於註腳 48。見 PETROS C. MAVROIDIS, PATRICK A. MESSERLIN AND JASPER M. WAUTERS, *THE LAW AND ECONOMICS OF CONTINGENT PROTECTION IN THE WTO* 315 (2008).

<sup>143</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 95 (2009).



也應該把智慧財產納入規範考量的範圍。<sup>144</sup>目前雖然無法全面界定「商品」的範疇，但 *US-Softwood lumber IV* 一案中對「商品」的定義有精闢的說明可資參考。<sup>145</sup>該案爭端小組與上訴機構皆認定「商品」之意義為「除了金錢以外之有形或可移動之個人財產」，因此不應排除該案中加拿大政府在「立木計劃」(stumpage programmes)提供業者之實體財產權(tangible items of property)，即收成木材的權利。<sup>146</sup>小組強調協定第 1.1(a)(1)(iii)條在「商品或勞務」前既已明白排除「一般基礎建設」，則在解釋上即應擴張解釋，涵蓋各種貨物或勞務。倘協定之起草者有意將自然資源或非貿易貨物予以排除，自應訂明排除之規定，但條文本無此規定，顯然起草者未將「自然資源或不可交易之貨物」自「商品或勞務」中排除。<sup>147</sup>由此可知商品定義之廣泛，不可交易之貨物、自然資源或授與利用自然資源之權利亦屬之。

第 1.1(a)(1)(iii)後半段「或(政府)收購商品」，政府收購商品(或在服務範疇中的「服務」)以人為方式使企業從交易中提高潛在收益，同樣不利於資源之有效分配與市場機制之運行。本條款改為「或(政府)收購服務」保留列入服務補貼要件雖然能使整個規範具備某種程度的完整性，然政府收購的對象或許不該限於單一範疇，須同時考量「商品」與「服務」，方能避免涉及商品交易之服務供給者因政府收購商品而獲利。<sup>148</sup>如上所述，目前「服務」與

<sup>144</sup> Clarke Peggy A., Bourgeois Jacques H. J. & Horlick Gary N., *WTO Dispute Settlement Practice Relating to Subsidies and Countervailing Measures*, THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 1995-2003, Federico Ontino & Ernst-Ulrich Petersmann ed. 353 & 357 (2004).

<sup>145</sup> 本案一般簡稱為「軟木材 IV 案」(Lumber IV investigation)，蓋因先前美國曾先後針對加國出口之軟木材作成平衡稅初步認定(WT/DS236/R)、課徵臨時反傾銷稅(WT/DS247)，以及傾銷最終認定(WT/DS264)，均遭加國提起控訴。本案之調查起因於美國 67%之軟木生產業者請求或連署支持而成立，而其背景實源於美國「2000 年傾銷及補貼沖銷法」(Dumping and Subsidy Offset Act of 2000)，亦即一般所稱之勃德修正案(Byrd Amendment)。引自李貴英、楊志凱，〈WTO「美國對加拿大進口軟木材課徵確定平衡稅」一案之評析〉，經社法制論叢第 36 期，頁 5，2005 年。

<sup>146</sup> *US-Softwood Lumber III* 小組針對 SCM 協定第 1.1(a)(1)(iii)條「商品」爭點之討論，請參閱 WT/DS236/R, id., paras. 7.19-7.30；彭心儀、張孫福，〈世界貿易組織「美國對加拿大進口若干軟木材之初步平衡稅決定案」之研究〉，貿易調查專刊第十二期，頁 109-142，2004 年。

<sup>147</sup> Panel Report on *United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*. WTO Doc. WT/DS257/R (29 August 2003), para. 7.20-7.25. (以下簡稱 *US-Softwood Lumber IV*)

<sup>148</sup> 烏拉圭回合討論 SCM 協定時亦曾針對政府收購對象是否包含服務加以討論，See Uruguay Round, Group of Negotiations on Goods, Negotiation Group on Subsidies and Countervailing Duties, Draft Text by the Chairman, MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2, 2 (Nov. 1990)。As noted by Adamantopoulos, “[t]he elimination of the word “services” from the text of the final draft provision implies a confirmation on the

「商品」的範疇未定，仍有待各國討論加以定奪。

財務補助最後一種形式規定在第 1.1(a)(1)(iv)條，「政府提供給付予募集基金之機構，或委託或指示一民營機構執行通常歸屬政府之前述第(i)點至第(iii)點所列之一種或多種功能，且其做法與政府通常做法實際上並無差異者。」該條文旨在防範會員藉由基金組織或民營機構規避補貼規範，將補貼主體與補貼資源擴及政府資助之基金機構與民營機構確實使政府施行補貼措施的限制大為提高。惟條文後半段將民營機構(private body)納入規範，有違一般人印象中補貼措施概由政府機關施行，個人或私人業務似不應受到原本用來限制公營機構財務補助行為規範的干擾，且與 SCM 協定第 1.1(a)(1)前言所指受規範之補貼主體限於「由政府或任何公立機構提供之財務補助者」亦有所矛盾，<sup>149</sup>是 SCM 協定第 1 條規定中頗受爭議的一項條文。<sup>150</sup>然本款使用於服務貿易反而有其相容性(compatibility)，因為 GATS 第 1(3)(a)(ii)條規定 GATS 協定「適用於會員影響服務貿易之措施」，而「會員」所指的機關或團體即包含「經中央、區域或地方政府或機關授權行使政府權力之非政府機構(non-governmental bodies)」。<sup>151</sup>雖然 GATS 所謂的「非政府機構」在實務上未有明確的定義，但根據 GATS 第 1(3)(a)(ii)之文義，只要非屬於「中央、區域或地方政府或機關」，無論其法律組成爲協會(association)、機構(institution)或任何主體(entity)，經前述機關授權行使政府權力即所謂「非政府機構」。<sup>151</sup>而本款所稱「民營機構」(private body)，依 *US-Export Restraints* 爭端解決小組之解釋，「民營機構」乃「政府」或「公營機構」(public body)的相對詞，只要非「政府」也非「公營機構」即是「民營機構」；兩名詞所指涉之主體，即協

---

part of the SCM Agreement's drafters that subsidization of service providers remains outside of the scope of the SCM Agreement". Adamantopoulos Konstantinos, *Article 1 SCMA*, WTO TRADE REMEDIES (2008) Wolfrum Reudiger, Stoll Peter-Tobias & Koebele Michael ed. 423 & 440 (2008).

<sup>149</sup> SCM 協定第 1.1(a)1 條：「會員（本協定簡稱為「政府」）境內有由政府或任何公立機構提供之財務補助者。」此外 SCM 協定附件一「出口補貼例示表」(Illustrative List of Export Subsidies)的第(d)項規定也指出「政府或其所屬機關」(governments or their agencies)方為補貼提供者。

<sup>150</sup> 相關討論參閱 Clarke Peggy A., Bourgeois Jacques H. J. & Horlick Gary N., *WTO Dispute Settlement Practice Relating to Subsidies and Countervailing Measures*, THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 1995-2003, Federico Ontino & Ernst-Ulrich Petersmann ed. 357 (2004).

<sup>151</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICE (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 63 (2003).

定規範對象，反而有重合之處。<sup>152</sup>此外 SCM 協定所稱政府或任何公立機構「委託或指示」「民營機構」執行的服務補貼措施雖與 GATS 條文「經中央、區域或地方政府或機關『授權行使政府權力』(in exercise of powers delegated by)」之用字有所不同，亦有學者認為解釋上後者似無法全面涵蓋前者的範圍，但非政府機構在服務貿易脈絡下受 GATS 規範其來有自，在補貼規範上引用 SCM 協定文字，將實施補貼之主體擴及受政府或公立機構「委託或指示」之民營機構似為合理之考量。<sup>153</sup>

此外，民營機構(private body)要能執行「通常歸屬政府之前述第(i)點至第(iii)點所列之一種或多種功能，且其做法與政府通常做法實際上並無差異者」，主要關鍵在於民營機構所受政府之「委託」(entrustment)與「指示」(direction)的性質與定義。*US-Export Restraints* 案爭端解決小組曾表示「委託」或「指示」通常意義係指政府的行為，其必須同時具備：(1) 明確而肯定的授權(delegation) (在「委託」個案中)，或命令(command) (在「指示」的個案中)；(2) 針對特定的單位(a particular party)；(3) 委託或指示的內容為一特定的任務或責任(a particular task or duty)三項要件才能構成所謂的「委託」或「指示」。<sup>154</sup>*Korea-Commercial Vessels* 一案的爭端解決小組再次肯認 *US-Export Restraints* 小組的主張，<sup>155</sup>謂政府的委託或指示，前者須有授權的概念(notion of delegation)，後者須具備命令的意義，惟與 *US-Export Restraints* 小組不同是，*Korea-Commercial Vessels* 小組認為第 1.1(a)(1)(iv)並未陳明授權或命令行為必須明確，因此該行為可能是明確、正式的，也可能是隱晦、不正式的，彰顯授權與命令的證明只要具備證據力與說服力(probative and compelling)，不須明確(explicit)，也不須鉅細靡遺(specified in great detail)。

協定第 1.1(a)(1)雖已提供財務補助類型之列示清單，但爭端解決機構

---

<sup>152</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 99-100 (2009).

<sup>153</sup> 林彩瑜，〈「有關新加坡及瑞士所提服務補貼文件」之法律意見〉，台大法律學院 WTO 研究中心，頁 3 & 9，2005 年；引自陳仁傑，GATS 內建議題之研究—以緊急防衛、政府採購、補貼談判為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 4-34，2005 年 10 月。

<sup>154</sup> Panel Report on *United States-Measures Treating Exports Restraints as Subsidies*, WTO Doc. WT/DS194/R and Corr. 2 (23 August 2001) para. 8.25 (以下簡稱 *US-Export Restraints*)

<sup>155</sup> Panel Report on *Korea-Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WTO Doc. WT/DS273/R (11 April 2005). para. 7.369-7.372 (以下簡稱 *Korea-Commercial Vessels* 案)



在裁決各式案件時額外認定幾款補貼形式亦符合第 1.1(a)(1)之要件：例如 *Korea-Commercial Vessels*<sup>156</sup> 與 *Japan-DRAMs (Korea)* 小組認為利息扣抵 (reductions) 與遞延 (deferrals)，<sup>157</sup> 利息或債務之免除與債權轉股權 (debt-equity swaps)；*EC-Countervailing Measures on DRAM Chips* 小組主張輸出保險保證 (export insurance guarantee) 與購買公司債皆符合 SCM 協定第 1.1(a)(1) 規定之財務補助要件。<sup>158</sup> *US-Upland Cotton* 小組則認為使用者行銷給付、行銷貸款計劃給付、收成保險給付與棉籽給付皆構成財務補助中之「補助金」形式。<sup>159</sup> 由此觀之，「財務補助」類型雖已在協定第 1.1(a)(1) 條中一一列舉，但其概念卻相當廣泛。

補貼的存在除了第 1.1(a)(1) 條「會員（本協定簡稱為「政府」）境內有由政府或任何公立機構提供之財務補助者」外，有第 1.1(a)(2) 條規定「存有 GATT1994 第十六條所指任何形式之所得補貼或價格維持者」之情形亦存在補貼行為。這類補貼之內容不一，皆旨在穩定國內價格（例如透過最低價格或固定價格機制）或維持所得水準（透過直接，補償或收益給付等），此等干預會直接或間接增加補貼國相關商品的出口或減少進口。這類補貼概念源於農業部門，1995 年農業協定 (Agreement on Agriculture, 簡稱 AoA) 生效後，運用在農業部門的許多所得與價格支持措施皆受到國內支持與出口補貼的規範。然這類補貼在貨品補貼協定 SCM 下的運用則明顯受限，目前還未出現任何與所得及價格支持有關的爭端案件，因此也無法得知爭端解決機構如何定義這類補貼；服務貿易部門對這類補貼的討論就更加無所適從了。WPGR 的與會成員對於所得與價格支持如何套用在服務補貼上意見分歧。有些會員表示對這類補貼的涵義缺乏確切的認識，有些則認為政府以任何管制措施干預市場都會造成某種程度的價格支持，並賦予特定供給者較優勢的地位，因此這類「隱涵式的補貼」 (implicit subsidies) 或許交由國內規章工作小組 (Working

---

<sup>156</sup> Panel Report on *Korea-Commercial Vessels*, para.7.31

<sup>157</sup> Panel Report on *Japan — Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea* WTO Doc. WT/DS336/R (13 July 2007), para. 7.446 (以下簡稱 *Japan-DRAMs (Korea)*)。

<sup>158</sup> Panel Report on *European Communities-Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*, WTO Doc. WT/DS299/R (3 August 2005), para.7.87 and 7.92.(以下簡稱 *EC-Countervailing Measures on DRAM Chips*)。

<sup>159</sup> Panel Report on *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WTO Doc. WT/DS267/R and Corr. 1, (21 March 2005), modified by Appellate Body Report, WT/DS/267/AB/R, para. 7.1153-7.1155 (以下簡稱 *US-Upland Cotton*)。



Party on Domestic Regulation, WPDR)處理會更加合適。在缺乏所得與價格支持引發貿易扭曲具體案例的情況下，與會成員對貿易服務補貼定義進行相關討論時其實可先擱置本議題，暫不考量。<sup>160</sup>

## 第二項 企業受有利益

SCM 協定第 1.1 條 (b) 款規定：「因而授與利益者。」政府提供財務補助，必須企業因此獲得利益，始得構成補貼。若政府給予企業一筆資金，很明顯得可以看出企業因而受有利益；但若政府貸款予該企業、或自企業收購商品或服務，或投入股本，則該企業是否因此獲有利益則不明確。何謂「利益」？SCM 協定並未定義，一般來說，係指政府提供資金，使企業在財務上，相較於未受政府協助，立於較優勢之地位。<sup>161</sup> *Canada-Aircraft* 案上訴機構認為「利益」一詞隱含著某種比較關係，在「市場」所提供的適當基礎下，財務補助賦予接受者較大的優勢是未受補助者所無法達到的，亦即接受者接受財務補助的條件若優於其他接受者在市場上所能取得的條件，則該接受者即受有利益。換言之，政府貸款予企業唯有在該貸款條件比市場上可供比較之商業條件來得好時才可認定其為授與利益的財務補助，亦即「補貼」<sup>162</sup>。若政府的財務補助為股本投入，則判斷基礎在於政府股本挹注的對象是否屬於「信用不佳」(uncreditworthy)的企業，資金挹注行為是否不符合正常投資原則或一般商業條件。<sup>163</sup> 若政府資金投入的對象「信用不佳」，其資金係為業者

<sup>160</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 105 (2009).

<sup>161</sup> GARY N. HORLICK & PEGGY A. CLARKE. WTO AND NAFTA RULES AND DISPUTE RESOLUTION: SELECTED ESSAYS ON ANTIDUMPING, SUBSIDIES AND OTHER MEASURES 21-28 (2003).

<sup>162</sup> Appellate Body Report on *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WTO Doc. WT/DS70/AB/R (2 August 1999) para. 157 (以下簡稱 *Canada-Aircraft*)。

<sup>163</sup> 「不符合正常投資原則」(inconsistent with the usual investment practice (including for the provision of risk capital) of private investors in the territory of that Member)之判斷因素，美國在 2007 年 10 月擴大禁止性補貼範圍之提案 TN/RL/GEN/146 中曾說明如下：「In examining whether a government's provision of equity capital meets these conditions, the following factors, among others, shall be considered: (1) the price paid by private investors for the same (or similar form of) newly issued shares in the recipient enterprise where such private investor share purchases are significant and concurrent with those of the government; (2) objective analyses of the future financial prospects of the recipient enterprise or project as indicated by, *inter alia*, market studies, economic forecasts, and project or loan appraisals prepared prior to the government-provided equity infusion; (3) current and past indicators of the recipient enterprise's financial health calculated from the enterprise's financial statements and accounts adjusted, as appropriate, to conform to generally accepted accounting principles (GAAP), preferably the GAAP in the territory of the Member; (4) the enterprise's rates of return on equity in the three years prior to the government equity

加強獲利或彌補虧損，<sup>164</sup>一般投資人基於市場條件與該企業信用評等不可能產生如此的決策，或該企業享有政府資金投入的條件比市場所能提供的條件更為優渥，即可認為企業因此受有利益。此外 *US-Upland Cotton* 小組則認為授與利益之考量在於接受者之市場地位相較於未受利益時享有更大的優勢，<sup>165</sup>比較基準(benchmark)為未受利益下之市場地位，判斷收受利益前、後之獲利差異，從市場地位的角度將其所受利益具體化。

此外，通常利益之授與與政府資金之付出一致，但兩者亦可能有差異。*Canada-Aircraft* 案上訴機構認為，當企業所受利益與政府之財務補助兩者價值不一時，補助額度之計算應以「企業所受利益」為準，而非「政府所支出的成本」，此點與 SCM 協定第 14 條「以接受者所受利益計算之補貼金額」之規定不謀而合。<sup>166</sup>上訴機構認為利益之所以產生必須有人(不管是自然

---

infusion; and (5) equity investment in the enterprise by private investors. - Proposal from United States, *Expanding the Prohibited "Red Light" Subsidy Category, Draft Text*, WTO Doc. TN/RL/GEN/146 (5 June 2007), at 3.

<sup>164</sup> 「信用不佳」(uncreditworthiness)之判斷因素，美國在 2007 年 10 月擴大禁止性補貼範圍之提案 TN/RL/GEN/146 中曾臚列如下：：In examining whether an enterprise or project is uncreditworthy, the following factors, among others, shall be considered: (1) the receipt by the enterprise of comparable, commercial, long-term (i.e., longer than one year) loans; (2) the present and past financial health of the enterprise, as reflected in financial indicators calculated from the enterprise's financial statements and accounts; (3) the enterprise's recent past and present ability to meet its costs and fixed financial obligations with its cash flow; (4) evidence of the enterprise's future financial position, such as market studies, country and industry economic forecasts, and project and loan appraisals prepared prior to the agreement between the lender and the enterprise on the terms of the loan; and (5) the value of any collateral or guarantee provided on commercial terms to secure the loan. - Proposal from United States, *Expanding the Prohibited "Red Light" Subsidy Category, Draft Text*, WTO Doc. TN/RL/GEN/146 (5 June 2007), at 3.

<sup>165</sup> Panel Report on *US-Upland Cotton*, WT/DS267/R, para. 7.1116

<sup>166</sup>上訴機構於 *Canada - Aircraft* 案與 *U.S. - CVDs on EC Products* 案指出，SCM 協定第 1.1(b) 條的釋義與第 14 條的規範，係屬於前後條文的關聯解釋。SCM 協定第 1.1(b) 條與第 14 條所規範的「利益」均以「接受者」所受利益為基準，上訴機構支持以市場條件作為適當比較基礎的觀點。相關的股權投資、貸款、貸款保證、政府提供商品與勞務，以及政府收購商品等準則規範於 SCM 協定第 14 條。若接受者所受的財務補助享有優於市場的條件，則依前述準則規範計算接受者所受的利益。爭端解決小組於 *EC - Countervailing Measures on DRAM Chips* 案，依據 SCM 協定第 14.(b) 判定當補助為貸款形式，認定 SCM 協定第 1.1(b) 條利益存在與否，調查機關應考慮於相同的條件下，接受政府貸款企業所獲得的可比較商業貸款數量。依據 SCM 協定第 14.(c) 條比較於政府保證下與無該保證下的借貸成本，當補助為借貸保證的形式，判定 SCM 協定第 1.1(b) 條補貼利益是否存在。見溫麗琪，《WTO 補貼及平衡措施協定規範適用與策略運用之研究成果報告書》，外交部經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：外交部/經濟部國際貿易局，計劃名稱：95 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」子計劃二：專題研究(1)，2006 年 12 月，available at: [http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=6977b5adaa25bffd3c19bb26b08e9446&context](http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=6977b5adaa25bffd3c19bb26b08e9446&context)

人或法人，或是一群人)實際上收受了某些東西，而這表示「利益」一詞本身即隱含著(利益)接受者的存在，因此條文第 1.1(b)分析的對象不在授與財務補助的權責機關，而在接受補助的收受企業。<sup>167</sup> *Canada-Aircraft* 一案為「財務補助」與「授予利益」定了一項明確的區分標準：前者著重政府所採之「具體措施」，而該具體措施為提供財務補助；後者則站在受益者的角度，衡量其未接受政府補貼措施前、後之利益差異。兩者為判定標準之個別要件，不可混為一談<sup>168</sup>。

### 第三項 補貼須具特定性(specificity)

在 SCM 協定中，特定性(specificity)可說是最重要且相當具有爭議性的之觀念。在重要性方面，特定性是決定補貼措施是否適用於 SCM 協定必需考慮之因素。依據 SCM 協定第 1.2 條規定：「前項定義之補貼應受第二篇規定之規範，或若其構成第二條規定之特定性要件者，應受第三篇或第五篇規定之規範。」參酌本協定第 2 篇係規範「禁止性補貼」，<sup>169</sup> 第 3 篇係規範「可控訴補貼」，<sup>170</sup> 第 4 篇係規範「平衡稅之課徵」，故除「不可控訴補貼」

---

=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f 最後瀏覽日：2010 年 9 月 9 日。但原則上，第 14 條係採取所謂負面表列 (negative list) 之原則，即是在若干情形下，不應將該等措施視為授與利益，在表列情形下補貼並不存在。值得注意的是，在第 14 條計算補貼金額只適用於課徵平衡稅之情況，在認定不可控訴補貼所產生之嚴重損害 (serious prejudice) 時，第 14 條並不適用，詳細請參閱 SCM 協定第 14 條相關條文。見劉大年，〈因應國際經貿環境變遷，我國產業政策調適之諮詢與研究—我國補貼措施與 WTO 補貼協定契合性之探討〉，經濟部工業局委託，頁 12，1998 年

<sup>167</sup> Appellate Body Report on *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WTO Doc. WT/DS70/AB/R (2 August 1999), para. 153-154

<sup>168</sup> Appellate Body Report on *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WTO Doc. WT/DS70/AB/R (2 August 1999), para. 156.

<sup>169</sup> 禁止性補貼規定於 SCM 協定第 3 條第 1 項，包含「以使用國內貨品而非進口貨品為單一條件或數條件之一而提供更佳之補貼」以及「法律上或事實上以出口實績為單一條件或數條件之一而提供之補貼。」前者稱之為進口替代性補貼，後者為出口補貼，並以附件一為該類補貼之例示清單。禁止性補貼不論實施補貼之國家其措施是否影響到其他國家之利益，均予禁止(紅燈條款)。其救濟方式規定在協定第 4 條。措施若被爭端解決機構(DSB)認定為禁止性補貼被控訴國即應取消該措施，否則控訴國即可依 DSB 之授權對之實施報復(亦即反制)措施(countermeasures)。

<sup>170</sup> 可控訴性補貼記載於 SCM 協定第 5 條，是除了禁止性補貼以外，會對其他會員造成負面影響(adverse effect)之其他補貼。這類補貼因具社經貿易政策工具之特殊意義無法全面放棄，但為避免對其它國家造成損害故須加以限制。所謂負面影響包含下列三種情形：a) 對另一會員國內產業之損害；b) 剝奪或減損其他會員依 GATT 1994 直接或間接享有之利益，特別是依 GATT 1994 第二條得享有之關稅減讓利益；c) 對另一會員利益之嚴重損害。協定第 6 條說明嚴重損害之定義與存在要件，第 7 條規定本類補貼之救濟程序，與禁止性補貼之救濟方式不同的是本類補貼之諮商期間較長，且被



以外之補貼，<sup>171</sup>均須符合特定性之要件。若補貼措施非屬於特定性補貼，則並不受 SCM 協定之約束，也就是政府所提供之利益若係一般大眾或企業均可使用，例如道路、橋樑、政府維持治安等等所帶來之利益，其較不涉及國際貿易競爭，其他國家自然不得就其有任何異議。SCM 協定之所以僅適用於特定性補貼，主要是著眼於特定性補貼會對擾亂市場機制，扭曲國內資源分配，並進而影響國際貿易，對他國產業造成不公平競爭，因此須加以規範。若一政府之補貼措施不具特定性，國內各企業或產業均可獲得，則受到利益之產業或企業，並未因此補貼措施得到競爭之優勢，便不易對貿易產生扭曲，自然不應受到國際規範之約束。<sup>172</sup>

而具爭議的部份則在於，SCM 規定中，除了第 3 條出口補貼與進口替代補貼屬於擬制之特定性補貼外，在認定補貼是否具有特定性，須根據第 2.1 條之規定。第 2.1 條第 1 段規定，所謂特定性係指對單一事業或產業或一群事業或產業(an enterprise or industry or group of enterprise or industries) (該協定簡稱為「若干事業」) 所提供之特定補貼措施。<sup>173</sup>但究竟何謂特定企業或產業？何謂一群企業或產業？SCM 協定並沒有進一步說明或規定，因而在認定上很容易產生灰色地帶而引發爭議。依照前述第 2.1 條第 1 段之原則，若政府之補貼措施僅限於單一企業，當然屬於特定性措施；而另一極端則是政府之措施適用於所有產業(包括農業、工業與服務業)，亦很明顯的不屬於特定性補貼，兩者皆不應在 SCM 協定之範圍內。不過若介於此兩極端的情形，一補貼措施是否具有特定性，則須視實際情況而定了。以我國為例，若對三級產業(農業、工業、服務業)中的一項產業，例如服務業提供補貼，在概念上過於廣泛，不至於被視為特定性的補貼。不過若是對服務業下的某個特定

---

控訴國家未必需要取消其補貼，只要消除對其他國家造成之負面影響即可(黃燈條款)。詳見 SCM 協定第 5、6、7 條。

<sup>171</sup> 不可控訴之補貼規定於 SCM 協定第 8 條，其包含了第 8 條第 1 項的「不具特定性的補貼」與第 2 項具特定性但不可控訴之三種補貼：「研發補貼」、「對貧乏地區之補貼」與「環保補貼」(綠燈條款)。雖然為不可控訴之補貼，但會員如認為其他會員所實施的該項補貼確實造成其國內產業之負面影響，可依第 9 條之救濟程序請求諮商或進而提交「補貼與平衡措施委員會」審查(不受 DSB 之審查)。若委員會認定此負面影響確實存在，可請實施國修正，若於六個月內未獲修正，則可授權要求諮商國採取與負面效果性及程度相當之反制措施。詳見 SCM 協定第 8、9 條。

<sup>172</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 121 (2009).

<sup>173</sup> SCM 協定第 2.1 條：「為確定第一條第一項定義之補貼是否係對提供補貼機關轄區內單一事業或產業或一群事業或產業(本協定簡稱為「若干事業」)之特定補貼，應適用下列各項原則。」



產業（例如電影放映產業）施行補貼措施，即會被視為特定性補貼。

然而除了上述特殊案例具有明確的認定標準外，其他情形下的特定性認定就不是那麼簡單了。在 *US-Upland Cotton* 一案中，若干政府補貼計劃的涵蓋範圍因僅限於部份基本農作物而被認定補貼具特定性；*US-Softwood Lumber IV* 小組認為所謂的「木製品產業」(wood products industries)最多也僅包含有限的一群產業，即 SCM 協定所謂的「若干事業」而主張措施具特定性。*EC-Countervailing Measures on DRAM Chips* 更因補貼計劃雖可供 200 多家合格企業使用，但實際運用的企業僅有 6 家而被裁定該計劃有事實上的特定性。<sup>174</sup>但對於「產業」的確切定義，*US-Upland Cotton* 小組也明白表示「對我們而言，『產業』的概念指的是若干商品的製造商，該概念的範圍則須視個案的相關因素而定，協定條文並未清楚規範，因此得依個案情況有所調整。... 第 2.1 條文字顯示特定性是一個廣泛的概念，其範圍的寬窄不適合以僵硬的數字加以定義，補貼是否特定只能依個案評定。」<sup>175</sup>

為進一步釐清本議題，加拿大曾提案說明「特定性」的概念為 SCM 協定中建立可控訴性以及可進行平衡措施的重要基礎，因而對於上述有關單一事業或產業以及一群事業或產業的釐清有其必要性。<sup>176</sup>加拿大建議採取聯合國國際行業標準分類 (International Standard Industrial Classification of All Economic Activities, ISIC 標準)，對於企業、產業的定義加以明確化。就此，巴西則認為聯合國 ISIC 標準不應強制成為決定企業、產業的範圍定義的唯一標準，以免調查機關對於企業、產業的範圍的認定過於限縮。<sup>177</sup>

<sup>174</sup> WTO, WORLD TRADE REPORT 2006-EXPLORING THE LINKS BETWEEN SUBSIDIES, TRADE AND THE WTO 1, 198 (2006).

<sup>175</sup> Panel report, *US-Upland Cotton*, WT/DS267/R para.7.1142, "To us, the concept of an "industry" relates to producers of certain products. The breadth of this concept of "industry" may depend on several factors in a given case. At some point that is not made precise in the text of the agreement, and which may modulate according to the particular circumstances of a given case, ... The plain words of Article 2.1 indicate that specificity is a general concept, and the breadth or narrowness of specificity is not susceptible to rigid quantitative definition. Whether a subsidy is specific can only be assessed on a case-by-case basis."

<sup>176</sup> TN/RL/W/112 (6 June 2003).

<sup>177</sup> TN/RL/W/191 (16 November 2005)., 引自溫麗琪,《WTO 補貼及平衡措施協定規範適用與策略運用之研究成果報告書》,外交部經濟研究院(台灣 WTO 中心),委託單位:外交部/經濟部國際貿易局,計劃名稱:95 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」子計劃二:專題研究(1),2006 年 12 月, available at:

SCM 協定將「特定性」劃分為四大類型：<sup>178</sup>

1. 企業特定性(enterprise specificity), 即政府僅針對特定企業(enterprise)或企業群(enterprises)提供補貼。<sup>179</sup>
2. 產業特定性(industry specificity), 即政府僅針對特定產業(industry)或產業群(industries)提供補貼。<sup>180</sup>
3. 地理特定性(regional specificity), 即提供補貼之政府機關或該機關的運作所遵循的立法, 明確限定某補貼僅適用於特定地理區域之企業或產業<sup>181</sup>, 即屬之。
4. 擬制上之特定性(deemed specificity), <sup>182</sup>凡是屬 SCM 協定之禁止性補貼, 皆擬制為具備特定性質的補貼, <sup>183</sup>無需控訴國舉證。

除了以上之劃分外, 另可依據補貼條件是否由權責機關或該機關運作所遵循之立法規範明確判斷該補貼是否限於特定部門或地區, 而將「特定性」劃分為「法律上之特定性」(de jure specificity)及「事實上之特定性」(de facto specificity) :

#### 第一款 法律上之特定性 (de jure specificity) :

法律上之特定性是指從法律規章之條文文義, 或從實施補貼計畫之適格條件規定, 來判斷補貼措施適用對象之限制。當提供補貼之政府機關或機關運作所遵循之立法, 明確限定該補貼僅適用於某些廠商或產業者, 該補貼應

---

[http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=6977b5adaa25bffd3c19bb26b08e9446&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f](http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=6977b5adaa25bffd3c19bb26b08e9446&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f) 最後瀏覽日：2010年9月8日。

<sup>178</sup> PETER VAN DEN BOSSCHE, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION, TEXT, CASES AND MATERIALS 2nd edition 568 (2009).

<sup>179</sup> SCM 協定第 2.1 條。

<sup>180</sup> SCM 協定第 2.1 條。

<sup>181</sup> SCM 協定第 2.2 條:「限定於特定地理區域內之若干事業始可獲得之補貼, 應屬具有特定性。就本協定之目的而言, 應認有權之各級政府決定或變更一般適用之稅率, 不應視為具有特定性之補貼。」

<sup>182</sup> 顏慶章、蔡英文主編, 國際經濟法規彙編(下冊), 初版, 頁 1441, 1991 年。

<sup>183</sup> SCM 協定第 2.3 條:「凡屬第三條規定之補貼應視之為具有特定性補貼。」

屬特定之補貼；<sup>184</sup>相反地，若提供補貼之政府機關或該機關的運作所遵循的立法，訂有接受補貼之適格性、補貼金額之客觀標準及條件時，<sup>185</sup>則該補貼無特定性。惟該適格性須係自動給予，且補貼金額之標準及條件須嚴格受遵守者為限。該等標準或條件，應以法律、行政規章或其他官方文件明定之，以資查證<sup>186</sup>。

此處值得深思的問題在於，「特定性」之實際認定可否歸納出一個具體之標準，以便政府採取補貼措施時參考。本文認為 SCM 協定之註 2 應可視為重要之參考準則，SCM 協定第 2.1 條 (b) 款規定非特定性之補貼，需在立法上有客觀之標準或條件，而其註 2 補充解釋，所謂「客觀標準或條件」，係指中性、不偏向特定廠商而不利於其他廠商，具有經濟之性質且可一體適用者，例如以員工人數或廠商規模為準。以我國為例，若政府之補貼措施規定僅限於中小企業，而我國之中小企業定義係指雇用人數在 300 以下或是資本額在某一金額以下。是以若補貼對象限以金額或人數在某一水準以下的中小企業為授予標準，原則上並不屬於特定性補貼，因其具有經濟之性質且可一體適用。<sup>187</sup>

法律上的特定性相對來說是較容易判斷的類型。*Canada-Autos* 上訴機構即表示「法律上」補貼的存在明白顯示在相關法律、法規與涵蓋該措施之規範的字裡行間。如美國 2000 年持續傾銷與補貼抵償法案 (the Continued Dumping and Subsidy Offset Act, 又稱為 Byrd 修正案)，規定美國政府將上一年度徵收的反傾銷稅與反補貼之平衡稅，按比例分配給受影響之國內相關廠商，即所有提起反傾銷或補貼控訴之廠商，其法律上(in law)即明確指示反傾

---

<sup>184</sup> SCM 協定第 2.1(a)條：「提供補貼機關，或該機關之運作所遵循之立法，明確限定一補貼僅適用於若干事業者，該補貼應屬特定補貼。」

<sup>185</sup> 依 SCM 協定註 2 解釋，所謂客觀標準或條件，係指中性(neutral)，不偏向特定廠商，具經濟之性質(economic in nature)及一致之適用性(horizontal in application)。劉大年，〈因應國際經貿環境變遷，我國產業政策調適之諮詢與研究—我國補貼措施與 WTO 補貼協定契合性之探討〉，經濟部工業局委託，頁 8，1998 年。

<sup>186</sup> SCM 協定第 2.1(b)條：「提供補貼機關，或該機關之運作所遵循之立法定有接受補貼之適格性及補貼金額之客觀標準及條件時，則無特定性。但以該適格性係自動給予，且該等標準及條件係嚴格受遵守者為限。該等標準或條件，應以法律、行政規章或其他官方文件明定之，以資查證。」

<sup>187</sup> 劉大年，〈因應國際經貿環境變遷，我國產業政策調適之諮詢與研究—我國補貼措施與 WTO 補貼協定契合性之探討〉，經濟部工業局委託，頁 8，1998 年。

銷稅與平衡稅嘉惠的對象非限定特定產業或企業，故不具法律上之特定性<sup>188</sup>。在美國商務部國際貿易局（International Trade Administration，以下簡稱ITA）調查美加生豬肉案(Live Swine from Canada)時發現加拿大英屬哥倫比亞區所實施之豬肉業者所得維持計畫(British Columbia Farm Income Insurance Plan-Swine Producer's Farm Income Stabilization Program)，在其實施所依據之法律規定的指導原則中，本身即限定可接受補貼之農家為生產其計畫表上所列舉之產品的農家，故該計畫本身具法律上之特定性；相反的，在美墨平板玻璃案（Unprocessed Float Glass From Mexico）中，墨西哥政府與墨西哥銀行設立一項由其境內信用機構執行之風險承擔信託基金(Trust Fund for Coverage of Risks)，該基金規定，所有墨西哥公司負有登記過之外債者，皆可向該基金貸款，以一定價格購買足夠數量之美元償還其所負之外債。此貸款之適格對象，明訂為所有墨西哥境內有外債問題之企業，並未限制產業別，因此ITA認為其適用範圍廣泛而不具特定性。<sup>189</sup>

將特定補貼措施以文字記載在各法條中可說是最簡單，但也可能是最不常見的案例，為此上訴機構也認為就算法規沒有一字一句明白記載補貼的依據，但仍可清楚地判斷其適格條件的(非)特定性，也可認定該措施(不)具法律上的特定性，(不)屬於法律上的補貼。<sup>190</sup>但補貼措施有可能表面上不具特定性，實際運作卻具特定性。政府可能為規避特定性要件之要求，特意於立法時隱藏其欲補貼特定廠商或產業之意圖，以不設資格條件或改以中立客觀標準加以規範。一項補貼計畫之立法或執行標準若不構成法律上特定性，但實際施行後，事實上僅有特定產業或廠商可享有該補貼計畫之利益，則仍應被認定為特定之補貼。

---

<sup>188</sup> Appellate Body Report on *United States-Countervailing Duty Act of 2000*, WTO Doc. WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R (16 January 2003) para. 7.112 (以下簡稱 *US-Byrd Amendment*)

<sup>189</sup> 鐘佩宇，環保補貼相關問題之研究，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，頁62，2006年1月。

<sup>190</sup> Appellate Body Report on *Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WTO Doc. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (19 June 2000), para. 100. (以下簡稱 *Canada-Autos*)



## 第二款 事實上之特定性 (*de facto specificity*):<sup>191</sup>

SCM 協定第 2.1(c)條規定：「若適用前述(a)、(b)兩款規定之原則，認為不似具備特定性，但有理由認為該補貼實際上可能為特定補貼時，則可考慮其他因素，諸如：僅少數若干事業利用一補貼計畫，或以若干事業為主要利用者；或以不成比例之大筆金額補貼若干事業，或提供補貼機關於決定授與補貼時有以行使裁量權之方式為之者。(註3 就此而言，應特別考慮申請補貼案件被核駁或核准之頻率及其理由之資料。) 適用本款規定時，應考慮提供補貼機關轄區內經濟活動多元化之程度及所已施行補貼計畫時間之長短。」由此觀之，SCM 協定主要規範之對象，係可能造成貿易及經濟效果扭曲之所有補貼，立法上如何規範僅是判定標準之一而已。在 *EC-Countervailing Measures on DRAM Chips* 案，歐體基於協定第 2.1(C)條事實上之特定性 (*de facto specificity*) 的相關規定，指陳南韓系爭補貼措施 (KDB Debenture Programme structuring Programs) 因為(1)僅少數若干事業利一補貼計畫，(2) 利用該計畫之主要對象為現代集團(Hyundai group)，而 Hynix 為其中一員，以及(3) 補貼若干事業之金額鉅大，不成比例，因而構成事實上特定性。歐體主張南韓的 KDB 債務計畫在符合資格規定的 200 多家廠商中，包括 Hynix 僅有 6 家廠商使用此一計畫，而 Hynix 受到此計畫 41%，共 2.9 兆韓圓(KRW 2.9 trillion)的財務補助，顯然該計畫乃特別針對 Hynix 而設，其補貼金額之大，與計畫資金之運用顯不成比例。爭端解決小組在考量 2.1(c)條的四個因素 (considered all four of these factors) 之後，亦認定南韓的 KDB 債務計畫對於 Hynix 具有事實上特定性。<sup>192</sup>

SCM 協定第 2.1 (c) 條提供了四項事實上特定性之判斷標準，即(1)

---

<sup>191</sup> 「事實上之特定性」的概念乃於 1980 年代由美國之國際貿易法庭(United States Court of International Trade, CIT)發展出來。在 *Cabot* 案中，CIT 表示：“The determination of whether a bounty or a grant has been bestowed must therefore be made upon the facts of each case... [C]ourts have recognized that they must examine the actual results or effects of assistance provided by foreign governments and not the purpose or interventions. The question is what aid or advantage has actually been received ‘regardless of [in] whatever name or in whatever manner or form or [for] whatever purpose’ the aid was provided.” - *Cabo Corporation v. United States*, 620 F. Supp. 722 (CIT 1985), cited by PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 123 (2009)

<sup>192</sup> Panel Report, *EC-Countervailing Measures on DRAM Chips*, paras. 7.226-7.227.

有限定數目之特定廠商或產業得利用該補貼；(2) 特定廠商或產業為該補貼主要使用者；(3) 以不成比例的大筆資金補貼特定廠商或產業；(4) 授予補貼與否係由政府以行使裁量權的方式為之。但認定時應考慮政府轄區內經濟活動多元化的程度及已施行補貼計畫時間的長短。然審查是否具事實上之特定性時是否四種標準皆須判斷且有肯定之結果，才能決定補貼是否具有特定性？爭端解決小組於 *US- Softwood Lumber IV* 案指出第 2.1(c) 條用語為「得」(may) 而非「應」(shall)，意指調查機關在認定補貼實際上可能具有特定性時，「得」(may) 採用四個標準或指標來決定，而不需要四個標準同時檢驗並得出肯定結果才可認定事實上之特定性存在與否。<sup>193</sup>

另有論者表示「特定性」運用在服務範疇，除了「產業之特定性」(sectoral specificity) 以外，是否須考量提供模式的問題，亦即所謂的「模式的特定性」(modal specificity)，<sup>194</sup> 也就是特定性的規範是針對四種服務提供模式而定。如果產業特定性的基本原理乃在避免政府將稀少的經濟或自然資源引至特定產業而導致資源配置無效率及經濟或貿易的扭曲，那麼理論上來說，就算補貼僅適用於農業，也會排擠其他產業(例如工業與服務業)使用國家資源的機會。但協定不會將整個農業認定具有「產業特定性」，因為農業涵蓋層面太廣，無法將其理解為「特定產業」，以此觀之，產業特定性的關鍵就在於產業範圍寬窄的認定。那麼以提供模式來說，現實世界裡，補貼措施不可能針對單一模式的所有產業實施，也就是將補貼授與國內所有以模式 X 提供的服務產業(例如金融、電信、運輸等)，但果真這麼做的話(純粹以理論上來說)，依據特定性原理，補貼施予單一模式的所有業者也必然會排擠其他模式提供者使用經濟資源的機會，但我們之所以認為這樣的補貼不具特定性是因為「單一模式內的所有產業」範圍太廣，難以將其理解為「特定模式」，是以模式特定性的關鍵是否也就在於模式範圍寬窄的認定，只要單一模式內的補貼產業有限，也需針對服務提供模式進行「特定性」的規範？目前 WPGR 並未針對「模式特定性」與「產業特定性」進行任何深入的討論，<sup>195</sup> 但現有的意見仍偏向

<sup>193</sup> Panel Report on *United States-Final Countervailing Duty Determining with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WTO Doc. WT/DS257/R and Corr. 1 (17 February 2004), modified by Appellate Body Report, WT/DS257/AB/R, para. 7.123 (以下簡稱 *US- Softwood Lumber IV*)

<sup>194</sup> Marc Benitah. *Subsidies, Services and Sustainable Development*, ICTSD ISSUE PAPER NO. 1, 1, 19-20 (2004), also available at <http://ictsd.org/i/publications/11480/>, last visited: 2010/9/10.

<sup>195</sup> WTO Secretariat, *Report of the meeting of 24 March 2004*, WTO Doc. S/WPGR/M/47 (22 April 2004), para. 54-59, 66-78.

以「產業特定性」為主，而不論該產業是以何種模式提供。況且政府的補貼措施通常不會以服務提供模式做為規範基礎，因此，「模式特定性」目前似乎仍不成氣候而勿須加以理會。<sup>196</sup>

### 第三節 以 SCM 協定補貼定義檢視《文創法》之獎補助與租稅優惠

#### 措施

根據以上構成補貼之三要件，即政府之財務補助、企業因而受有利益與補貼須具備特定性，下文將檢視《文創法》之獎助措施是否構成 SCM 所定義之補貼：

#### 第一項 財務補助

從《文創法》內容不難發現，政府對文創產業之扶植與獎勵措施，包含投入股本，例如由國發基金提撥一定比例投資文化創意產業(第 9 條)；直接資金補助，例如對文創事業之協助、獎勵與補助(第 12 條)，政府以價差補助的方式鼓勵文創事業以優惠價格提供原創產品與服務(第 15 條)；或建立信用保證機制(第 19 條)，及稅捐減免方式，例如文創公司投資於文化創意研究與發展及人才培訓之支出金額(第 27 條)。這些措施皆涉及 SCM 協定第 1.1(a)1 條之資金直接移轉、資金可能之直接移轉與租稅抵減。而政府補助國中小學生觀賞藝文活動(第 14 條)，或鼓勵營利事業捐贈，其於一定數額或比例內可列入當年度費用或損失以抵減營所稅(第 26 條第 1 項)等措施，雖非直接補貼文創產業，但對文創產業市場競爭地位之強化有所影響，文創產業屬於間接受益，該措施是否屬於 SCM 協定定義下的補貼，WTO 爭端解決實務或可提供檢視的參考；抑若以 GATS 的角度觀之，該措施對產業競爭產生間接的影響，屬於對服務貿易有所影響之措施，也可放在國內規章或非違反協定控訴下加以討論。

<sup>196</sup> WTO Secretariat, *Report of the Meeting of 20 September 2004*, WTO Doc. S/WPGR/M/49 (27 October 2004), para. 72.



## 第一款 投入股本

目前政府扶植與投資數位內容、軟體及文創產業之計劃主要有(1) 民國 94 年 7 月 12 日通過之「行政院開發基金投資數位內容、軟體及文化創意產業計畫」；由行政院開發基金管理委員會規劃 5 年 200 億元「投資數位內容、軟體及文化創意產業計畫」，審議金額超過新臺幣一億元之相關投資案件，凡審核通過者，在官股投資金額不超過 49% 為原則下進行投資補助。(2) 民國 95 年 7 月 17 日訂定（96 年 7 月 3 日修正）的國發基金「加強投資數位內容及文化創意產業實施方案」，該方案由「行政院國家發展基金」（以下簡稱國發基金）提供總額度為新台幣 20 億元之基金款項，專供各執行機關（包括經濟部、行政院新聞局及行政院文化建設委員會）投資於各類文化創意產業計畫總金額不足 1 億元之案件，各執行機關之執行金額以 5 億元為上限，餘額 5 億元則由各執行機關視未來實際辦理情形申請分配使用。<sup>197</sup>

《文創法》施行後，文創產業之投資財源仍來自該基金，惟審議流程或有調修。文創法第 9 條規定：「國家發展基金應提撥一定比例投資文化創意產業。前項投資之審核、撥款機制與績效指標等相關事項之辦法，由中央主管機關會同相關目的事業主管機關定之。」據此，文建會於民國 99 年 6 月 7 日公告「推動投資文化創意產業辦法」草案，內容規定文化創意產業申請投資金額超過一億元者，由文建會轉介至國發基金申請投資，而一億元以下者，由文建會受理審議通過後，由信託專戶撥款投資(草案第 3 條)。由國發基金受理之文化創意產業投資申請案，文建會及中央目的事業主管機關得參與申請案審議作業之初步接洽階段(第 4 條第 1 項)。對此新臺幣一億元以下之投資，即屬於前述補貼定義中「投入股本」方式之財務補助。故國發基金屬於協定第 1.1(a)(1)前言「由政府或任何公立機構提供之財務補助」之一，若使

---

<sup>197</sup> 以上資料參見台北縣政府法制局網站 <http://www.law.tpc.gov.tw/file/1962/SG/37369/D.html> 最後瀏覽日：2010 年 9 月 10 日。經濟部、行政院新聞局與行政院文化建設委員會三執行機關依據上述「加強投資數位內容及文化創意產業實施方案」各自訂立了「經濟部工業局協助行政院國家發展基金管理會辦理加強投資數位內容與文化創意產業申請作業要點」、「行政院新聞局辦理加強投資數位內容及文化創意產業方案實施要點」與「行政院文化建設委員會文化創意產業投資申請作業要點」等執行措施以審議相關投資案件與進行實際投資事宜。



得接受之廠商獲得較其由市場中所能取之條件更為優惠之利益或協助其取得較佳之市場地位，即當屬於補貼措施。

## 第二款 補助金

文創法第 12 條規定主管機關及中央目的事業主管機關得就文創事業法人化及相關稅籍登記、市場拓展與培訓專業人才及招攬國際人才等二十項業務給予適當協助、獎勵與補助。民國 99 年 8 月 30 日公佈施行之「行政院文化建設委員會協助獎勵與補助文化創意事業辦法」即是文建會根據本條文所擬具之具體措施。該辦法提供協助、獎勵與補助的範圍包括創作工作者之育成、自有品牌之建立與開拓，創作人才的培育、資源整合與國際行銷等，雖然辦法未說明哪些活動給予協助，哪些活動給予獎勵或補助，但只要施行結果涉及主管機關直接移轉資金，即補助金予適格廠商，如第 3 條第 7 項補貼中小型文化創意產業貸款利息等，即應屬於 SCM 協定第 1.1(a)(1)(i)前半段之財務補助。此外該辦法第 4 條規定主管機關「提供協助」之方式包括取得信用保證與融資貸款，目前尚難得知主管機關如何「協助」廠商取得信用保證與融資貸款，方式若符合上述定義之「委託」或「指示」，則恐另涉及第 1.1(a)(1)(iv)條規定之財務補助之嫌。

此外，文創法第 15 條規定政府應鼓勵文化創意事業以優惠價格提供原創產品或服務，其價差由中央主管機關補助之。子法「文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助」第五條顯示中央主管機關應考量價差補助申請案所擬定之價差優惠方案、主管機關年度經費、總申請案件與金額數以審定價差補助額度。因此凡由中央主管機關審定合格之案件，價差將由主管機關以補助金方式直接移轉適格之文創事業，此亦符合上述第 1.1(a)(1)(i)前半段之財務補助定義。

## 第三款 信用保證機制

文創法第 19 條第 1 項規定：「中央主管機關應協調相關政府機關（構）、金融機構、信用保證機構，建立文化創意事業投資、融資與信用保證

機制，並提供優惠措施引導民間資金投入，以協助各經營階段之文化創意事業取得所需資金。」該融資與信用保證機制若由公立機構提供，則屬第 1.1(a)(1)(i)後半段之政府「資金或債務可能之直接轉移（例如貸款保證）」，若政府協調民營金融機構或信用保證機構提供，而協調之方式符合「指示或委託」之定義，則該信用保證機制則屬第 1.1(a)(1)(iv)後半段由政府「委託或指示一民營機構執行通常歸屬政府之前述第(i)點至第(iii)點所列之一種或多種功能」的財務補助方式。因條文並未針對「協調」加以定義，本款究竟屬於哪一種財務補助或是否屬於財務補助，需視實際執行狀況而定。此外，*Brazil-Aircraft* 一案對「資金可能之直接移轉」所作之解釋認為補貼之存在不需要政府已確實完成資金之直接移轉或可能之直接移轉，只要實務上存在此一資金移轉之作法（practice）即可。我國信用保證機制之運作，無論是針對中小企業之信用保證機制（無特定產業）或農業信用保證機制（針對特定產業），皆是以政府為後盾（透過信保機構）增強企業或農漁業者之受信能力，協助其取得資金，並分擔金融機構放款風險，鼓勵其承作擔保能力不足事業之低利貸款業務。<sup>198</sup> 整個信用保證業務之運作包括企業申請、主管機關信用調查與評估、審核通過、簽約並發給保證書、金融機構撥貸、保證逾期、調查債務人（即信用保證之企業）資產、代位清償、催收與收回代償款等，然存在直接資金可能移轉之作法的時點究竟為何？依筆者淺見應在於主管機關簽發信用保證書時，惟選擇該時點的理由頗值得探討。根據 SCM 協定第 1.1(a)(2) 條，財務補助須授與接受者利益，使其取得較大之優勢或較佳之市場地位方可認定為補貼。信用保證賦予被保證企業之優勢乃在於提高其受信能力，前述運作流程中，能提高業者受信能力之時點，無疑在於主管機關授予業者保證書時，但筆者認為此點並不能作為立論依據。上文曾經探討「財務補助」與「授與利益」認定要件之區別，前者著重政府所採之「具體措施」，後者則站在受益者的角度，衡量其未接受政府補貼措施前、後之利益差異，上述理由即錯誤的站在受益者的角度認定財務補助存在之時點。正確應以主管機關之立場出發，在該機關簽發信用保證書後，無論日後是否發生保證逾期、代位清償之情況，其保證責任自此生效，故可據以認定政府資金可能移轉之作法的存在。上述論證結果雖相同，但立論依據互異，應有所區別。

---

<sup>198</sup> 行政院經濟建設委員會，強化中小企業融資信用保證之研究，2006 年 1 月，available at: <http://www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=3941>，最後瀏覽日：2010 年 9 月 12 日。

#### 第四款 稅捐減免

SCM 協定第 1.1(a)(1)(ii)條規定之財務補助為「政府拋棄或未催繳原已屆期應繳納之稅收（例如租稅抵減之財務獎勵）」。文創法第 27 條「為促進文化創意產業創新，公司投資於文化創意研究與發展及人才培訓支出金額，得依有關稅法或其他法律規定減免稅捐」似應屬於此類補助。現行國發基金「加強投資數位內容及文化創意產業實施方案」係依據我國「產業創新條例」第 30 條為其母法依據，<sup>199</sup>並根據該法第 10 條「為促進產業創新，公司得在投資於研究發展支出金額百分之十五限度內，抵減當年度應納營利事業所得稅額，並以不超過該公司當年度應納營利事業所得稅額百分之三十為限。」依 US-FSC 上訴機構所認定政府「拋棄」「原已屆期應繳納」之收入意指政府在係爭措施下(contested measures)徵得的稅收少於稅賦法規原來稽徵措施下所應徵得的收入。國家依現有所得稅法之稽徵措施對於文創事業應徵之稅收顯然因本款給予該事業在研發與人才培訓上之稅捐優惠而相對減少。此外，與非文創之一般事業相較，文創事業也因本款之緣故，其應繳交國家之稅負亦較非文創事業依正常程序繳納之所得稅要來得少，因此可謂之為政府之財務補助之一。

#### 第二項 企業受有利益

按前揭企業受有利益之說明，*Canada-Aircraft* 上訴機構認為利益之所以產生必須有人(不管是自然人或法人，或是一群人)實際上收受了某些好處，「利益」本身即隱含著(利益)接受者的存在。上述補助措施的接受者無疑是文創法所稱之文創事業，即從事文化創意產業之法人、合夥、獨資或個人。然利益的授與重點在於收受利益之企業而非支出成本之政府，利益認定的時機必須是在接受者取得財務補助後，比較其市場優勢或地位是否因財務補助而提高，或比較其取得財務補助之條件是否比市場一般適用之條件優厚，才能判定企業是否受有利益。因此在前述各種措施未實際施行前，利益的認定顯屬概念上的臆測，難以具體。

<sup>199</sup> 該實施方案在民國 99 年 5 月 21 日前乃依據「促進產業升級條例」第 21 條而成立，然該法在當日已因實施期限屆滿而廢止，而另訂「產業創新條例」於同日施行之。



但值得注意的是，文創法第 14 條主管機關發放藝文體驗券，補助學生觀賞藝文展演、<sup>200</sup>第 26 條營利事業相關捐贈得認列當年度費用或損失，享受租稅減免之優惠，<sup>201</sup>前者涉及政府資金（補助金）之直接轉移，後者則為政府拋棄或未催繳原已屆期應繳納之稅收（例如租稅抵減之財務獎勵），故兩者均為「政府提供特定財務補助」之補貼措施。然而，在這些措施下政府提供財務而「授與利益」的對象，係為學子或企業等「消費者」、「使用者」或「購買者」，並非真正生產或提供文創服務之業者，則「消費者」或「購買者」受有政府財務補助而獲致利益時，是否為 WTO 補貼規定所規範之對象？固然這些措施並非直接對文創事業進行補助，但其所產生之誘因仍可能造成文創活動供給與需求的改變，以及影響本國與外國文創業者間的競爭關係，若業者因此受有利益是否構成補貼？<sup>202</sup>

在 WTO 貨品爭端實務中涉及政府授與購買者或使用者補貼的案例可見於 *Brazil-Aircraft*, *Canada-Aircraft* 與 *US-Upland Cotton* 等案。*Canada-Aircraft* 與 *Brazil-Aircraft* 爭端係起源於加拿大與巴西兩家區域航空器產業公司(加拿大 Bombardier 公司與巴西 Embraer 公司)間之競爭。由於兩公司均懷疑對方接受該國政府不當補貼，因而訴請兩國政府向 WTO 爭端解決機構提出控訴(是為爭端案件 *Brazil-Export Financing Programme for Aircraft* 案號 DS46 與 *Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft* 案號

---

<sup>200</sup> 文創法第 14 條：「為培養藝文消費習慣，並振興文化創意產業，中央主管機關得編列預算補助學生觀賞藝文展演，並得發放藝文體驗券。前項補助、發放對象與實施辦法，由中央主管機關定之。」子法「學生觀賞藝文展演補助及藝文體驗券發放辦法」已於民國 99 年 8 月 30 日連同母法一併公佈施行。

<sup>201</sup> 文創法第 26 條：「營利事業之下列捐贈，其捐贈總額在新臺幣一千萬元或所得額百分之十之額度內，得列為當年度費用或損失，不受所得稅法第三十六條第二款限制：

- 一、購買由國內文化創意事業原創之產品或服務，並經由學校、機關、團體捐贈學生或弱勢團體。
- 二、偏遠地區舉辦之文化創意活動。
- 三、捐贈文化創意事業成立育成中心。
- 四、其他經中央主管機關認定之事項。

前項實施辦法，由中央主管機關會同中央目的事業主管機關定之。」相關辦法「營利事業捐贈文化創意相關支出認列費用或損失實施辦法」已於民國 99 年 9 月 7 日公佈施行。

<sup>202</sup> 顏慧欣、李淳，〈論「文化創意產業發展法草案」與 WTO 規範的互動關係〉(2009 年 7 月 13 日)，載於工業總會貿易發展組國際經貿服務網

[http://http://www.cnfi.org.tw/wto/all-news.php?id=8957&t\\_type=s](http://http://www.cnfi.org.tw/wto/all-news.php?id=8957&t_type=s), 最後瀏覽日：2010 年 9 月 13 日



DS70)，兩案均涉及提供補貼航空器購買者出口融資。在 *Brazil-Aircraft* 一案中，巴西政府利用其「出口融資計劃」(Programa de Financiamento as Exportacoes，以下稱「PROTEX 計劃」)提供直接融資或利率平衡支付機制(interest rate equalization payment)予巴西 EMBRAER 航空器的購買者，即該航空器的出口商，以改善巴西區域航空器購買者可得的出口條件。<sup>203</sup>該融資計劃所授與利益的對象為航空器之購買者而非製造商，但因其具備出口商身份，故適用 SCM 協定第 1 條「政府或任何公立機構提供之財務補助」而授與「利益」之補貼，補貼對象為「特定」之單一事業(即出口商)，並以「以出口實績為單一條件或數條件之一而提供之補貼」而被認定屬於第 3.1(a)之禁止性補貼。<sup>204</sup>理論上來說，PROTEX 計劃因嘉惠 EMBRAER 航空器的購買者，在某一程度上會對製造商帶來間接利益，使其享有相較於其他同類飛機的比較優勢，但在此案中爭端解決小組並未進一步針對購買者接受政府財務補助後是否改變購買行為、間接使生產者獲益加以探討，更未以此判斷該類財務補助是否屬於 SCM 協定下之補貼。*Canada-Aircraft* 案的情況亦同，加拿大根據「出口發展法」(Export Development Act)設立出口發展公司(Export Development Corporation，以下簡稱「EDC」)提供融資與貸款擔保優惠，其對象除了航空器產業外，也包含航空器之購買人或出租人。其融資或擔保優惠條件的設計乃以提供加拿大出口業者及其客戶為基礎，因此爭端解決小組在認定其屬第 3.1(a)之禁止性補貼後亦未檢討航空器事業/產業是否因此獲得「間接利益」而構成 SCM 所認定之補貼。

而 *US-Upland Cotton* 案肇始於美國 2002 年頒布了生效日期至 2007 年止，為期 6 年之「2002 年農場安全與農村投資法」(The Farm Security and Rural Investment Act of 2002，以下簡稱「FSRI 法案」)。FSRI 法案決定在 1996 年農業法的基礎上，增加對農業部門的援助及補貼，受補貼之產品包括了玉

---

<sup>203</sup> 本案兩造皆不否認出口融資計劃構成 SCM 協定第 3.1(a)之出口補貼，爭議在於該補貼是否屬禁止性補貼，關鍵在於 SCM 協定附件一出口補貼例示表第(k).1 項之解釋。巴西藉反向解釋第(k)項規定，主張雖 PROTEX 計劃為「由政府給付出口商或金融機構為取得信貸所發之全部或部分費用」，但未使該出口商與金融機構「彼等能就外銷融資條件方面獲取實益」因而並不構成禁止性補貼，該主張遭爭端解決小組與上訴機構否決。因該爭點並非本文重點，故不深入探討。Panel Report on *Brazil-Aircraft*, para. WT/DS46/R, para. 7.12~7.37.

<sup>204</sup> SCM 協定第 3.1 條：「除「農業協定」另有規定外，下列屬於第一條規定範圍內之補貼，應予禁止：(a) 法律上或事實上以出口實績為單一條件或數條件之一而提供之補貼，包括附件一所例示者；(b) 以使用國內貨品而非進口貨品為單一條件或數條件之一而提供更佳之補貼。」

米、油籽、棉花、水稻、乳製品、花生、糖、羊毛等多項農產品；採行的措施則包含了直接收入補貼、差額補貼及保證收購等多種手段。巴西因該法案於 2002 年 9 月 27 日向美國提出諮商之請求，並於 2003 年 2 月 6 日請求成立爭端解決小組審查上述相關措施及規定是否違反若干農業協定及補貼暨平衡稅措施協定。其控訴範圍涵蓋了美國對其境內高地棉 (upland cotton) 之生產者、出口商及使用者所提供之各項補貼與給付，其中使用者行銷給付 (user marketing payments, 又稱「Step 2 給付」) 即是提供給國內使用者之補貼。依據 2002 年 FSRI 法案第 1207 (a) 條中，國內使用者為取得補貼，必須是「能將成捆之高地棉製成棉產品之目的而經常性從事拆解成網適格高地棉之人」，其欲獲得補貼必須將成網高地棉加以拆解，並依據其與初級產品信用合作社 (Commodity Credit Corporation, 簡稱 CCC, 為提供農業部實施上述支持措施之金融機構) 所締結的協議，提出「適格高地棉」之購買及消費證明。所謂「適格高地棉」則係指美國境內生產之高地棉，不包括進口之高地棉。因此該規定明文規定以購買及使用國內產品為取得補貼之先決條件，符合進口替代補貼之要件。爭端解決小組因此認定，系爭措施係以使用國內產品取代進口產品為條件之補貼，構成 SCM 協定第 3.1 (b) 條之禁止性補貼。<sup>205</sup>

由 *US-Upland Cotton* 與上述 *Brazil-Aircraft* 及 *Canada-Aircraft* 之裁定可知爭端解決小組就購買者所認定的補貼皆以實際接受財務補助之「直接」對象為判斷重點，並未考量生產者「間接」受益的問題。以 SCM 補貼定義來看，「由政府或任何公立機構提供之財務補助」及「因而授與利益」的對象顯然應該一致，若以與「利益」衡量密切相關的第 14 條計算條款來看，其利益計算基礎亦在於「接受者」所受的利益，直接受益對象以外的外部受益人則不在考量範圍。購買者與生產者的產業類型或許相同(如兩件航空器補貼案，生產者與出口商皆為航空器銷售業者)，或有不同(如 *US-Upland Cotton* 一案，高地棉的生產者為種植高地棉的農家(農業)，購買者為加工業者(加工製造業)，但就補貼商品而言皆具上下游的關係。*US-Upland Cotton* 小組明白表示 SCM 協定並未就產業或一群產業提供細緻的認定標準，所謂產業 (Industry) 係一通常概念，特定性之寬窄並非數量上的定義，而須視個案而定

---

<sup>205</sup> Panel Report on *US-Upland Cotton*, WT/DS267/R, para. 7.1075-7.1088

(on a case-by-case basis)，但在認定上可以參考「產品類型」。簡言之，以貨品貿易而言，補貼認定的對象為財務補助的直接接受者，利益以接受者所收利益來衡量，產業範圍則可參考產品類型而定。值得注意的是貨品補貼的對象不論是生產者/製造商，或是購買者/使用者，該對象都必須是受補貼產品產業鏈的一環，最終消費者的補貼並未構成 SCM 協定認定具貿易扭曲效果的補貼。

其實上述問題與 SCM 協定第 2 條產業特定性的規定有關。雖然協定第 1 條並未載明補助接受者的身份，但協定第 2 條卻指出特定性「係對提供補貼機關轄區內單一事業或產業或一群事業或產業（本協定簡稱為「若干事業」）」進行規範，顯然消費者補貼並未涵蓋其中。有論者認為一般的消費補貼並不會導致貿易扭曲或國內市場保護的效果，因此在貨品貿易中，消費者補貼不算補貼，因而 GATS 亦不須考慮消費者這個問題。<sup>206</sup>然亦有學者不以為然，主張給予本國國民之消費補貼若指定購買國內商品或服務，其補貼效果不論在國內淨產出、淨進口量及買方所享有的淨購價方面，皆與補貼授與國內生產者相當。<sup>207</sup>而且只要補貼條件限定購買特定國家的商品或服務，就算接受補貼之國民旅居國外，其貿易扭曲效果同樣存在。<sup>208</sup>此外在服務領域中，消費者與供給者的關係要比貨品消費者與供給者的關係來得直接而密切，對消費者提供的補貼對服務產出的影響自然比貨品產出相對來的大，因此對消費補貼加以監控以避免會員濫用該措施似乎有其必要。

就《文創法》之相關規定來看，補助學子看展，或鼓勵企業參與文創產業發展之租稅優惠等措施，雖均可能產生本國文創產業所舉辦之藝文活動增加，消費提高，進而提升文創業業者之收益，致業者「間接的」被「授與利益」的情況。但服務補貼若未將「消費者」或非相關產業之「購買者」納入補貼規範對象，縱使補貼產生間接利益的效果，亦無限制之根據。更進一步來說，認定補貼的用意在於補貼具貿易扭曲效果，對其他會員之國內產業或

<sup>206</sup> Marc Benitah, *Subsidies, Services and Sustainable Development*, ICTSD ISSUE PAPER NO. 1, 1, 14-15 (2004), available at <http://ictsd.org/i/publications/11480/> last visited: 2010/9/10

<sup>207</sup> Alan O. Sykes. *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*, CHICAGO JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 186, 1, 19 (2003), available at [http://ssrn.com/abstract\\_id=415780](http://ssrn.com/abstract_id=415780), last visited: 2010/9/10

<sup>208</sup> Rajeev Ahuja. *Towards Developing Subsidy Disciplines under GATS*, WORKING PAPER NO. 174, 1, 14 (2005), available at: <http://www.icrier.org/pdf/WP174.pdf>, last visited: 2010/9/10.



國外市場競爭力有不利影響時能據以認定並實施反制措施或提起救濟程序，否則補貼的認定並沒有實質的意義。但以現實來看，服務業補貼規範談判進度緩慢，各國目前尚在補貼定義的討論階段，更遑論何時才能對其他相關條款進行具體的協商。而間接利益問題只會使得談判更加複雜，補貼規範之制定更遙遙無期，是以該議題之解決或許不必急於一時。然由於 GATS 規定適用於「影響服務供給之所有措施」，引起「間接利益」之措施若成為服務貿易不必要之障礙，或致其他會員原可合理預期獲得之利益因而喪失或遭受損害者，則仍屬 GATS 之適用範圍，或可先就 GATS 現有的補貼規範，如「國內規章」或「非違反協定控訴」加以處理，本文第五章將再就本議題加以討論。

### 第三項 補貼須具特定性

SCM 協定第 2.1 條規定補貼須針對補貼機關轄區內單一事業或產業或一群事業或產業提供方能確定其為協定第 1.1 條定義之補貼。就法律上之特定性而言，《文創法》所提供的獎助措施是否符合該「特定性」判定的關鍵在於「文化創意產業」是否為該條文所謂的「單一產業」或「一群產業」。正如 *US-Upland Cotton* 小組所言，產業(Industry)係一通常概念，特定性之寬窄並非數量上的定義，而須視個案而定。文化創意產業與電信、金融、教育、運輸等都是服務業內重要的次部門，而《文創法》定義之文化創意產業為「源自創意或文化積累，透過智慧財產之形成及運用，具有創造財富與就業機會之潛力，並促進全民美學素養，使國民生活環境提升之產業」，定義內容廣泛抽象，產業範圍難以界定，因此特於定義外羅列十五項產業做為具體規範對象(第十六項為其他經中央主管機關指定之產業)，<sup>209</sup>民國 99 年 8 月 30 日公告之「文化創意產業內容及範圍」更就母法所載之十五項產業臚列中央目的事業主管機關與各產業經營內容與範圍。以該子法公告之內容來看，整個文化創意產業涵蓋的經營業務高達上百種，相關的上下游產業以千百計，產出

<sup>209</sup> 《文創法》第三條：「本法所稱文化創意產業，指源自創意或文化積累，透過智慧財產之形成及運用，具有創造財富與就業機會之潛力，並促進全民美學素養，使國民生活環境提升之下列產業：一、視覺藝術產業。二、音樂及表演藝術產業。三、文化資產應用及展演設施產業。四、工藝產業。五、電影產業。六、廣播電視產業。七、出版產業。八、廣告產業。九、產品設計產業。十、視覺傳達設計產業。十一、設計品牌時尚產業。十二、建築設計產業。十三、數位內容產業。十四、創意生活產業。十五、流行音樂及文化內容產業。十六、其他經中央主管機關指定之產業。前項各款產業內容及範圍，由中央主管機關會商中央目的事業主管機關定之。」



的商品與服務不計其數，每個次級產業的核心業務亦不相同。若以 GATS 的服務部門分類表來看，其產業類別則橫跨了電影與錄影帶產業 (9611, 9613)、廣播電視產業(9613, 7524)、娛樂服務業(9619)、建築設計業(8671)、設計包裝服務業(876)、出版服務業(88442)等。其範圍之廣似乎很難認其為具「特定性」。但文創產業畢竟只是服務業項下的一個部門，產業數再多但仍畢竟有限，且其商品或服務皆係智力的產物，囿於特定範疇，具創意與文化積累，辨識度高，富美學特質，稱其具特定性亦不為過。是以如何認定，「概念」上的問題通常是見仁見智了。

但縱使《文創法》所規範之產業在法律上不具特定性，仍須考慮其是否產生事實上的特定性。依前所述，一補貼或許不具法律上之特定性，但若(1) 僅少數若干事業利用一補貼計畫，或(2) 以若干事業為主要利用者；或(3) 以不成比例之大筆金額補貼若干事業，或(4) 提供補貼機關於決定授與補貼時有以行使裁量權之方式為之，則須考慮其是否具事實上之特定性。《文創法》內各產業經濟規模不一，音樂戲劇表演團體的資金、人力與資源遠比不上電視、電影或數位內容產業，其要求補助的性質與計劃金額的大小自不相同；且補助申請不分事業類型，公司與個人立於相同的基礎，日後是否會產生僅少數事業利用此一補貼計畫，或若干事業取得不成比例之補貼金，值得觀察。此外，就文建會截至目前為止(2010年9月)公佈的「文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法」、「行政院文化建設委員會協助獎勵或補助文化創意事業辦法」以及「營利事業捐贈文化創意相關支出認列費用或損失實施辦法」等子法，對其獎助優惠措施皆訂定授與標準並施以審查，<sup>210</sup>補貼之提供與否主管機關具有一定程度之裁量權，這也是事實上之特定性的認定要件，因此主管機關在施行上也須謹慎行事。

以上分析所根據的係參考「補貼暨平衡措施協定」而來的服務補貼暫行定義，但真正論及服務補貼規範之制定，則如前所述進度有限，目前連補貼定義的討論都有相當的歧見，整個規範協商完成更是遙遙無期。究其原因，除了貨品補貼領域原有的問題，如補貼行為的認定、補貼措施的量化、國內

---

<sup>210</sup> 「文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法」第3條，「行政院文化建設委員會協助獎勵或補助文化創意事業辦法」第九條，「營利事業捐贈文化創意相關支出認列費用或損失實施辦法」第3條。

產業受外國補貼影響的程度、救濟措施的適當性等以外，服務與服務補貼特有的性質，如(1) 無法得知生產者針對個別消費者所提供之客製化(customized)服務的單價、成本或數量；(2) 若干服務活動的「不可見性」使交易監測變得困難；(3) 缺乏服務貿易之詳細資料使服務補貼的施行亦相對不透明；(4) 補貼措施不透明則難以認定補貼之存在，或計算補貼利益；<sup>211</sup>(5) 服務提供模式多元，貿易流向複雜，貿易扭曲與競爭扭曲之間的連結也變得不明確；(6) 「特定承諾表」內「市場准入」與「國民待遇」的彈性承諾使各國的協約義務錯綜複雜，難以統一規範；<sup>212</sup>(7) GATS 第十五條補貼條款規定在第二篇的一般義務及規定，而補貼措施之說明卻規定在「特定承諾表」之「國民待遇」一欄，是以補貼規範究竟須一體(水平)適用所有的服務部門，或僅適用於特定承諾表所列載之承諾範圍各國未有定見等，也使得規範的產生困難重重。再加上補貼原具有社會經濟策略之政策性質，此種工具利益如何與貿易扭曲的負面效果保持微妙的平衡，更是各國政府需要考量的目標。種種因素使得補貼規範之誕生難以期待。既然現實如此，我們只能另闢蹊徑，從 GATS 現有的補貼規範著手，檢視《文創法》在現行規範下的適法性。

---

<sup>211</sup> 陳仁傑，GATS 內建議題之研究—以緊急防衛、政府採購、補貼談判為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 4-41，2005 年 10 月。

<sup>212</sup> Rajeev Ahuja. *Towards Developing Subsidy Disciplines under GATS*, WORKING PAPER NO. 174 , 1, 6 & 11 (2005), available at: <http://www.icrier.org/pdf/WP174.pdf>, last visited: 2010/9/17.

## 第肆章 GATS 其他涉及補貼之現行規範—以國民待遇、國內規

### 章與非違反協定控訴為例

除了第 15.1 條，GATS 對引起貿易扭曲之服務補貼有所規範或補救的條款計有第 2 條(最惠國待遇)、第 3.3 條(透明化)、第 6 條(國內規章)、第 8 條(獨占及排他性服務提供者)、第 15.2 條(補貼)、第 17 條(國民待遇)與第 23.3 條(非違反協定控訴)等。參酌《文創法》補助與租稅優惠措施之性質與規範目的，筆者認為第 17 條國民待遇，國內規章第 6.1 條與第 23.3 條非違反協定控訴較為相關。其中國民待遇義務要求會員提供國內廠商補貼優惠，在同樣的狀況下也必須提供給外國業者，如此一來，會員除因資源考量而減少整體補貼的使用外，也能間接控制補貼授與的產業與比例。第 6 條國內規章共分三部份，6 項規定，其中最重要的當屬第 6.4 條資格要件、程序、技術標準及核照條件等規範之制定，然《文創法》並沒有資格、核照要件與程序及技術標準之相關規定，故與 GATS 第 6.4 條較不相關。惟《文創法》獎助與租稅優惠措施之授予涉及主管機關裁量權之使用，故適用 GATS 第 6.1 條檢視該等措施是否以合理、客觀且公平之方式實施。而第 23.3 條雖有學者認為是外交導向解決爭端之遺跡，但許多涉及服務補貼的措施皆得以在不違反 GATS 任何現行規範下施行，會員縱使因此受有損害亦無法訴諸違反協定之控訴以確保其利益，是以非違反協定控訴在服務補貼上反而較具運用與探討的空間。以下將就此三條款分別解析《文創法》補助與優惠措施之適法性。

#### 第一節 從國民待遇看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性

補貼措施在本質上屬於 GATS 第 1.1 條「會員影響服務貿易之措施」，因此措施的施行仍須遵守 GATS 的相關規範，包括最惠國待遇、國民待遇、資訊透明化與其他相關規定。國內支持措施最常遇到的多為差別待遇或歧視性問題，屬 GATS 第 17 條國民待遇之規範範圍。GATS 的國民待遇條款在一般原則下指的是服務供給者無論來自國內或海外皆須受到同等的對待，一國政府對國內服務供給者提供任何優惠措施，那麼在類似的情況下，該國政府亦須提供所有的外國供給者同樣的優惠，如此才不致於在國內市場產生競爭

扭曲的狀況。在貨品貿易方面，GATT 第 3.8(2)規定：「針對本國生產者之補貼，包括符合本條規定之內地稅或各項規費收入，以及經政府以購買本國產品方式所實施之補貼，不適用本條之規定。」<sup>213</sup>明白將補貼排除在 GATT 的國民待遇規範外，但 GATS 並沒有類似的排除條款。在特定承諾表 1993 年「解釋說明」文件(詳下文)的第九段，關於補貼措施其表示，GATS 第 17 條適用於補貼措施，如同其適用於其他措施一般。任何構成 GATS 第 17 條規定之歧視待遇的補貼行為，除非註明於特定承諾表之相關欄位內，否則就必須符合該條款的規定。<sup>214</sup>符合國民待遇規範之補貼行為較不容易引起貿易扭曲，因為本國與外國的服務與服務供給者立於平等的基礎上。而政府提供國內廠商補貼優惠，在同樣的狀況下也必須提供給外國供給者，補貼必須考量的層面，例如資源的多寡、分配與效率等便複雜的多，是以國民待遇條款雖未直接限制補貼的使用，卻能間接控制補貼使用的頻率與強度。

然而，在 GATS 規範下的國民待遇義務僅適用於做出特定承諾的會員，其適用範圍也僅限於會員特定承諾表內特定記載的服務部門；而且會員必須同時做出 GATS 第 16 條市場准入(開放)的承諾，其國民待遇義務方能履行，因為若特定部門未經列入特定承諾表，表示該會員尚未開放該部門之國內市場，國民待遇原則自然無法適用。特定承諾表上的國民待遇義務允許會員加上條件與限制，例如美國、歐盟與加拿大皆在其初始承諾時即對國內研發領域保留施行補貼的權利。<sup>215</sup>常見的國民待遇限制包括：<sup>216</sup>

- 限制服務供給業者管理階層的國籍或住居地。
- 要求投入國內相當於本國貨幣若干金額的資金。
- 限制外國服務供給者從事國內土地買賣交易。

<sup>213</sup> 本條款不管在 GATT 時期或 WTO 時期的爭端案件上都曾引起相當的討論，例如 GATT 時期的 *EEC-Oilseeds I*, BISD 37S/86, para. 137, 與 *Italy-Agricultural Machinery*, WTO 時期的 *EC-Commercial Vessels (Panel)*, *Indonesia-Autos (Panel)*, *Canada-Periodicals (Panel)* 及 *Canada-Periodicals (AB)*。引自 PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 139 註 571 (2009)。

<sup>214</sup> 同樣的文字用語也出現在 *2001 Scheduling Guidelines* 的第 16 段。這二份文件下文將有較詳細的介紹。

<sup>215</sup> Pierre Sauvé, *Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers*, AUSSENWIRTSCHAFT, 57. JAHRGANG (2002), HEFT III, ZÜRICH: RÜEGGER, S. 301, 326 fn.35 (2002). Available at <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf>, last visited: 2010/12/20.

<sup>216</sup> PETER VAN DEN BOSSCHE, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION, TEXT, CASES AND MATERIALS*, 2ND EDITION 391 (2009).



- 特定補貼與租稅優惠僅限定提供給國內廠商。
- 對外國服務供給者投入資本或營業限制之要求與國內業者有所差異。

這種在部門承諾、市場准入與國民待遇允許有所保留的彈性也反應在補貼架構上。<sup>217</sup> 會員可針對以某類模式(如商業據點方式)提供服務的部門授與補貼，也可在國民待遇欄位記載各種條件、資格與限制。<sup>218</sup> 任何具有歧視外國業者(亦即不符合國民待遇原則)之補貼，均應具體記載於承諾表中。理論上，未列入承諾表的歧視性補貼便屬於違反義務的補貼。

GATS 第 17 條國民待遇條款規定：「

第 17.1 條 對承諾表上所列之行業，及依照表上所陳述之條件及資格，就有關**影響服務供給之所有措施**，會員給予其他會員之服務或服務提供者之待遇，不得低於其給予本國類似服務或服務提供者之待遇。

第 17.2 條 會員可以對所有其他會員之服務及服務提供者提供與其給予自己服務及服務提供者，或者形式上相同待遇，或者形式上有差別待遇之方式，以符合第 1 項之要求。如該待遇改變競爭條件，致使會員自己之服務或服務提供者較其他會員之服務或服務提供者有利，則該項**形式上相同或形式上有所不同**之待遇都應被視為**不利之待遇**。」(highlight added)

如協定架構與條文第 17.1 條所示，GATS 國民待遇原則屬特定義務，會員僅對於承諾表中載明之開放部門才須遵守國民待遇，因此，解讀與界定特定承諾範圍乃決定國民待遇義務的先決條件。決定承諾範圍後，再接著檢視其他會員之服務與服務供給者與會員國內之服務與服務供給者是否具同類性，而會員所實施之相關措施是否對其他會員之同類服務或服務供給者為不利之待遇，方能認定會員在該相關措施上是否符合(或違反)國民待遇義務。本章即將根據上述次序逐一檢視國民待遇之相關要件後，再以該等要件分析《文創法》之獎助與優惠措施是否符合 GATS 國民待遇義務之要求。

<sup>217</sup> Pierre Sauvé, *Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers*, AUSSENWIRTSCHAFT, 57. JAHRGANG (2002), HEFT III, ZÜRICH: RÜEGGER, S. 301, 326 (2002), available at <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf>, last visited: 2010/12/20.

<sup>218</sup> PETER VAN DEN BOSSCHE, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION, TEXT, CASES AND MATERIALS*, 2ND EDITION 391 (2009).

## 第一項 特定承諾表(Schedules of Specific Commitments)

特定承諾即各會員國於各業別之承諾，其分成市場准入限制欄、國民待遇限制欄以及額外承諾欄。依照服務業 12 大類，155 項次業別來記載各國對各業別的模式 1 至模式 4，分別在「市場准入」(market access, MA)、「國民待遇」(national treatment, NA)及「額外承諾」(additional commitments)<sup>3</sup> 大欄位的開放承諾與限制。

部門別之開放係以正面表列方式記載，亦即有填寫之部門才承諾開放。至於承諾開放之程度，則需看「市場准入」及「國民待遇」欄位分 4 個模式所填寫之內容，該 2 欄係以負面表列方式將相關限制條件予以記載。如完全開放的模式填寫「無限制」(none)，未開放的模式則填寫「不予承諾」(unbound)，有限制的開放則須明白列出限制措施。<sup>219</sup>GATS 第 20.3 條規定特定承諾表應為協定之附件，並構成 GATS 協定之一部分。

### 第一款 服務部門分類清單(W/120)與聯合國「重要產品暫行分類表」(CPC)

#### 之適用

相較於 WTO 會員國在填寫關稅減讓表之產品項目時已形成共識，採用調和式關稅體系(Harmonized System，以下簡稱 HS)為產品分類標準，<sup>220</sup>GATS 因服務貿易特性不若貨物具有識別性與可儲存性，國家大多不採關稅之限制貿易措施，因此無法採取相同的關稅體系作為服務分類標準，而且服務貿易在談判當時尚屬新興的領域，會員對於服務部門如何分類亦沒有相

<sup>219</sup> 詳細請參考國際貿易局網站「解讀服務業承諾表」[http://http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=dea20e3ba0244342d44fa8e1fa7722ca&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f](http://http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=dea20e3ba0244342d44fa8e1fa7722ca&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f) last visited: 2010/9/22.

<sup>220</sup> GATT 早期以布魯塞爾關稅分類系統 (Brussels Tariff Nomenclature) 及關稅合作委員會分類系統 (Customs Cooperation Council Nomenclature) 為標準；近幾年許多國家則改採調和式關稅體系 (Harmonized System)，該體系全名為「Harmonized Commodity Description and Coding System」簡稱為 HS，其為關稅分類提供了法律架構與產品類別之區分，其中涵蓋了 1,241 個關稅稅號族群，而 5,000 個次關稅稅號，以 6 碼數字以示區別，每個關稅稅號皆仔細地加以定義及描述，以確保適用之一致性。BERNARD M. HOEKMAN & MICHEL M. KOSTECKI, THE POLITICAL ECONOMY OF THE WORLD TRADING SYSTEM-THE WTO AND BEYOND 157 (2002).

當的共識。秘書處當時為了因應 GATS 承諾表談判需求所提出之「服務部門分類清單(簡稱 W/120)」、<sup>221</sup>承諾表指導手冊，因為未經全體會員表決同意接受，對會員並無強制力，會員可選擇分別或同時參照 W/120 與聯合國制訂之 CPC <sup>222</sup>分類標準填寫，<sup>223</sup> 也可依據自己國內政府機構之分類標準填寫，造成承諾表服務項目種類琳瑯滿目，增加解讀之複雜度，會員是否承諾開放某特定服務項目亦容易產生爭議，<sup>224</sup>甚至填寫方式與 W/120 或 CPC 相異，亦不違反 GATS。部份會員認為 CPC 分類標準不全，不適宜成為 GATS 服務項目之國際分類標準，因此，GATS 目前尚未存在獲得會員共識之統一服務項目分類標準。雖然 GATT 秘書處曾於 1993 年提出「服務貿易初始承諾之承諾表解釋說明」，<sup>225</sup>WTO 秘書處於 2001 年亦針對 1993 年「解釋說明」提出修正版本—「填寫 GATS 特定承諾指導手冊」，<sup>226</sup>，但此二份文件並非 GATS 之權威性解釋，對會員同樣不具強制力，因此，會員承諾表填寫不一之情形目前仍存在。<sup>227</sup>

此外，特定承諾表之法律地位也須釐清。GATS 第 20.3 條指出特定承諾表為協定之附件，並構成 GATS 協定之一部分，這意味著 GATS 其他條款

<sup>221</sup> GATT 秘書處於 1991 年，比較當時國際組織發展出之統計分類標準，決定參照 CPC pro.分類架構提出供會員承諾表填寫參考之「服務部門分類清單」。Note by Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120 (10 July 1991)。

<sup>222</sup> CPC 為「暫行重要產物分類(Provisional Central Production Classification)」，係由聯合國發展出來的國際產品分類標準，包含貨品與服務產品之分類標準，自 1998 年至今(2010 年)歷經兩次修正，分別係 1998 年之 CPC v. 1.0 和 2002 年之 CPC v. 1.1 版本。林伊君，NAFTA「同類情形」案件對 GATS「同類服務與同類服務供給者」認定之影響，法令月刊第 60 卷第 5 期，頁 32 註 8，2009 年。第三次修正之 CPC 草案已於 2007 年定稿，其中做了許多改進，納入與資訊科技相關之服務，目前已上網公告等待正式採認。參見 Rolf H. Weber, *Digital Trade in WTO-Law - Taking Stock and Looking Ahead*, 5 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 1, 9 (2010)。

<sup>223</sup> CSC, *Developments in International Services Classification Systems and Implications for Negotiations under the General Agreement on Trade in Services*, S/CSC/W/6 (4 June 1997), para. 4.

<sup>224</sup> 如 *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* (以下簡稱 *US-Gambling*)即涉及美國填寫之承諾表是否涵蓋賭博服務之開放的問題。

<sup>225</sup> Special Distribution, *Schedules of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note 1*, MTN.GNS/W/164 (3 September 1993) (簡稱 *1993 Scheduling Guidelines*)。

<sup>226</sup> *Trade in Services, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, S/L/92 (28 March 2001) (簡稱 *2001 Scheduling Guidelines*)。該兩份文件對承諾表之架構、應填寫進承諾表之措施、用語、參考之服務部門分類標準等事項均詳細並舉例說明之。

<sup>227</sup> 未有統一分類標準的缺點在於缺乏收集與分析服務貿易及與貿易相關活動資料之標準，各國服務業也沒有比較的基礎，爭端解決機構也缺乏同類服務認定之根據。



的解釋規則也同樣適用於特定承諾表之解釋，理論上即可依據維也納條約法公約(Vienna Convention on the Law of Treaties, 簡稱 Vienna Convention 即維也納公約)第 31、32 條加以解釋。<sup>228</sup>但特定承諾表之法律地位究竟屬於第 31 條之「協定上下文」或第 32 條之「補充文件」？*US-Gambling* 案對上述二問題皆有所裁定。該爭端解決小組認為 1993 年的解釋說明與 W/120 在會員特定承諾表談判時未加以修正，因此可視為會員具有共識之文件，屬維也納條約法第 31 條之「協定上下文」；而美國雖然在該案中強調並未按照 W/120 與相對應之 CPC 填寫特定承諾表，但小組仍以美國特定承諾表之填寫架構、用語與 W/120 相似為由，認定美國承諾表可以 W/120 及相對應之 CPC 作為認定標準。<sup>229</sup>上訴機構認可爭端解決小組以 W/120 及相對應之 CPC 作為認定標準之裁定，惟主張 1993 年解釋說明與 W/120 的定位並非「協定之上下文」，亦非會員日後對於 GATS 協定之實踐或具法效性之解釋，此二文件僅能依維也納條約法公約第 32 條所稱之「補充資料」，<sup>230</sup>不宜直接以 W/120 解讀美國承諾表，唯有在檢視會員承諾內容無法確定其承諾範圍時，方可以 W/120 與 CPC 作為解讀之輔助工具。<sup>231</sup>

<sup>228</sup> 維也納條約法公約第 31 條：「

1. 條約應依其用語，按其上下文並參照條約目的及宗旨具有之通常意義，善意解釋之。
2. 本條上下文係指除前言與附件之條約內容外，並包含：(a)全體締約國因締結條約而簽定與條約有關的協定；(b)一個以上締約國因締結條約而訂定且經其他締約國接受為條約之相關文書。
3. 另有應與上下文一併考量者：(a)締約國嗣後簽定關於解釋條約或適用條約之協定；(b)嗣後在條約適用方面，確定各締約國對解釋條約之相關慣例；(c)適用於締約國關係之相關國際法規。
4. 經確定締約國對條約內容之原意，應賦予條約用語該特殊意義。」

第 32 條規定：「為確認適用第 31 條所得解釋協定之意義，或依第 31 條解釋而：(a)意義仍屬不明或難以理解；(b)解釋結果顯屬荒謬或不合理時，為確定協定內容之意義，得使用協定之補充資料，包含協定之準備工作及締約情形。」

<sup>229</sup> Panel Report on *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R (10 November 2004), para. 6.41-45, 6.78-82.

<sup>230</sup> 學者對此持不同見解，認為 W/120 與 CPC 烏拉圭合談判人員共同認定填寫特定承諾表之標準與預設模式，其對於 GATS 的作用等於 HS 相對於 GATT 之角色，而 HS 在 *EC-Chicken cuts* 一案中經上訴機構認定為「全體締約國因締結條約而簽定與條約有關的協定」，符合維也納條約法公約第 31.2(a)之「上下文」關係，因此 W/120 與相對應之 CPC 也應屬 GATS 之「上下文」。見 Federico Ortino, *Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 117, 128-129 (2006).

<sup>231</sup> Appellate Body Report on *US-Gambling*, WT/DS285/AB/R (7 April 2005), para. 192-194.



## 第二款 服務項目之歸類

但不管特定承諾表的法律定位如何，爭端解決機構否定美國主張，認為承諾表雖未依 W/120 及相對應之 CPC 填寫卻仍可依其架構、用語而以此二標準作為部門承諾之認定依據，其裁定固可宣示會員不得任意解釋特定承諾範圍，但會員當初做出承諾時必有其國內產業結構與經濟發展的考量，如今爭端解決機構不顧會員對本國承諾表之說明而逕自以 W/120 與 CPC 強行解釋會員之承諾範圍，除了有侵害會員權利，違反爭端解決規則與程序瞭解書<sup>232</sup>第 19.2 條規定爭端解決機構之報告不得增刪會員權利義務之虞，<sup>233</sup>亦與 1993 年之解釋說明與 2001 年的指導手冊所標榜的只要會員能明確描述特定服務項目內容，不強制會員依 W/120 或 CPC 填寫承諾表有所違背。<sup>234</sup>此外有學者認為 W/120 分類標準與 CPC 並非完全相同，若分類不一時究竟該以哪一個標準為準？且服務部門分類項目過少，各部門涵蓋範疇寬窄不定，縱使服務記載在同一編號下，亦難以認定該服務是否具「同類性」。<sup>235</sup>對此，另有學者以反面思考，主張就算無法認定 W/120 同一編號的服務是否屬於同類服務，至少能以排除法推定分屬不同編號之服務即不具「同類性」<sup>236</sup>。

## 第二項 「同類服務」與「同類服務供給者」的認定

履行國民待遇須先判斷進口服務或服務供給者與該會員本國之服務或服務供給者是否屬「同類服務」或「同類服務供給者」，其次方能認定會員

<sup>232</sup> DSU 第 19.2 條規定：「依照第三條第 2 項規定，小組及上訴機構之認定及建議，不得增減內括協定所規定之權利及義務。」

<sup>233</sup> 林伊君，NAFTA「同類情形」案件對 GATS「同類服務與同類服務供給者」認定之影響，法令月刊第 60 卷第 5 期，頁 34，2009 年。

<sup>234</sup> See 1993 *Scheduling Guideliens*, “If a Member wishes to use its own sub-sectoral classification or definitions, it should provide concordance with the CPC in the manner indicated in the above example. If this is not possible, it should give a sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment.” 同樣的原則記載於 2001 *Scheduling Guidelines*, Part II, Section A, para. 23.

<sup>235</sup> Mireille Cossy, *Determining “likeness” under the GATS: Squaring the Circle?* WORLD TRADE ORGANIZATION ECONOMIC RESEARCH AND STATISTICS DIVISION STAFF WORKING PAPER ERSD-2006-08 1, 17-18 (2006).

<sup>236</sup> MARKUS KRAJEWSKI. NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVCIES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVCIES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 102 (2003).

系爭措施實施歧視待遇，以及歧視待遇之適法性。雖然「同類服務與服務供給者」要件於適用國民待遇具關鍵性地位，惟 GATS 第 1 條或第 28 條定義部份皆未明定何謂「同類服務」與「同類服務供給者」，以及如何認定「同類服務」或「同類服務供給者」。由於服務貿易與貨品貿易特性之差異，加上 GATS 採用特殊承諾架構，導致 GATS「同類服務與服務供給者」要件產生許多適用爭議，例如不同供給模式對同類性之認定、同類貨品之認定標準是否可類推適用服務貿易，「同類服務」與「同類服務供給者」是否須個別認定，其適用時是否擇一適用即符合「同類性」之要求，或得累積適用？在在突顯出 GATS「同類服務與服務供給者」要件適用上困難。再加上電子商務盛行，服務提供者在境外以電子傳輸方式提供之本國消費者之服務究竟如何認定服務提供模式亦成近年來之熱門議題。若不解決以上爭議，勢必會妨礙 GATS 國民待遇之落實。

#### 第一款 以「同類產品」之認定方法類推適用「同類服務」之認定

服務貿易總協定之架構大多來自貨品貿易總協定(General Agreement on Trade in Goods, 以下簡稱 GATT)，是以 GATT 內之三大原則，即不歧視待遇(包含第 1 條最惠國待遇與第 3 條國民待遇)、市場准入(market access)與國內規章(domestic regulations)，同樣移植到 GATS 條款中，<sup>237</sup>分別成為 GATS 第二、十七、十六與六條。貨品貿易總協定自 GATT 時代過渡至目前的 WTO 時期，已施行數十年，累積大量的案例與裁決，除可供日後貨品爭端案件解決之依據，亦可作為 GATS 案件之參考。以國民待遇同類貨品之認定而言，貨品同類性認定通常會參考四個要件：貨品之物理性質與特性、國際貨品分類稅則表之分類項目、貨品於特定市場之最終用途與消費者之喜好與興趣。<sup>238</sup>

<sup>237</sup> 將 GATT 的規範架構移植到 GATS 有概念上的困難，因為貨品貿易的交易型態為跨境貿易，貿易障礙主要在於市場進入(即關稅與配額)，排除貿易障礙的方法依賴各國關稅減讓談判。而服務貿易有四種提供模式，貿易障礙主要起因於國內法規(即國民待遇與國內規章)，排除貿易障礙的反制措施也不在邊境管制，因此服務談判小組當初要引用 GATT 的概念也有一番掙扎。參見 GAËTAN VERHOOSSEL, NATIONAL TREATMENT AND WTO DISPUTE SETTLEMENT: ADJUDICATING THE BOUNDARIES OF REGULATORY AUTONOMY 14-15 (2002)。

<sup>238</sup> 貨品同類性之認定標準原由 GATT 時代 Working Group on Border Tax Adjustments 一案之工作小組發展而成(Report of the Working Party on Border Tax Adjustment (2 December 1970), (BISD 18<sup>th</sup> supp.) at 97.)，當時的認定標準是 1)商品在特定市場之最終用途，2)消費者之喜好與興趣，3)商品物理性質、

此四要件是否可類推適用於「同類服務與服務供給者」認定? *EC-Bananas III* 小組報告表示 GATS 第 17 條之架構來自於 GATT 第 3 條之原則，以歷年來爭端解決機構之解釋來看，該原則旨在確保內國市場中國內與外國同類貨品之競爭條件。<sup>239</sup> 而上訴機構亦確認 GATS 第 17 條同樣是在維護外國與國內同類「商品」(在此而言即服務)競爭之公平性。因此考量服務及服務供給者之同類性時參酌貨品同類性之認定標準應無不可。<sup>240</sup>

就上述第一項要件而言，因服務之不可見與不可辨識性，與實體貨品之基本性質完全不同，不可能移植到服務同類性的判斷上；<sup>241</sup> 第二項要件的國際貨品關稅分類表則或可以特定承諾表替代，惟貨品分類標準分類架構精確，會員自 1983 年將關稅減讓表之產品分類統一轉換為 HS 使用名稱後，會員幾乎無例外地依循 HS 分類項目，不若特定承諾表之屬性，除上述分類標準過於粗糙外，<sup>242</sup> 各國對於特定承諾表內容之填寫方式，承諾開放之部門與模式、及市場准入與國民待遇之約束與限制皆各不相同，在解讀上自然不若

---

特性與品質。進入 WTO 時代後該標準可見於 Panel Report on *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages* WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, (11 July 1996) para. 6.21 與 Appellate Body Report on *European Communities – Measures Affecting the Prohibition of Asbestos and Asbestos Products*, WTO Doc. WT/DS/135/AB/R (5 April 2001), para. 101) 等爭端案件，但增加了第四項標準，即國際貨品分類稅則表。見 MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 98 (2003); Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test* 1, 11-12, available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, last visited: 2010/9/24.

<sup>239</sup> Panel Report on *European Communities – Regime of the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WTO Doc. WT/DS27/R (22 May 1997), para. 7.302 (以下簡稱 *EC-Bananas III*)。

<sup>240</sup> GATS 第 17 條與 GATT 第 3 條畢竟還是有差異的地方，例如 GATT 只限須認定同類貨品，GATS 除須認定同類服務外，還有 likeservice suppliers 之認定問題；GATS 沒有所謂的直接競爭或可替代之商品(directly competitive or substitutable commodities)；GATT 所規範的措施分為內地稅與內國法規，但 GATS 適用範圍不做如此區分，僅概括性就「有關影響服務供給之所有措施」加以規範等。

<sup>241</sup> Mireille Cossy, *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the Circle?* WORLD TRADE ORGANIZATION ECONOMIC RESEARCH AND STATISTICS DIVISION STAFF WORKING PAPER ERSD-2006-08 1, 18 (2006) ; MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 99 (2003)。

<sup>242</sup> W/120 一個服務項目常包含數個 CPC 項目，不僅分類過於集中，也導致會員難以決定採用哪一個標準填列特定承諾表；且 W/120 各類別範圍寬窄不一，例如金融部門與電信部門底下皆細分成好幾個次部門或項目，但社會服務類則無任何細目。參見 MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 101 (2003)。



貨品分類標準明確。<sup>243</sup>而第三與第四要件則較適合運用於服務同類性之認定。有學者認為最終用途是 GATS 同類性最實用的認定標準，因為國民待遇規範的終究是服務在市場的競爭與替代關係，其關鍵就在於最終用途。<sup>244</sup>另一方面，消費者的喜好與興趣應用在 GATS 同類性的認定上遠比貨品貿易來得重要，畢竟服務供給者與消費者的關係先天上就比貨品交易來得密切。<sup>245</sup>

## 第二款 服務提供模式 (Mode of Supply) 是否影響同類服務之認定

### 第一目 跨模式認定問題

GATS 第 1 條與第 28 條規定將「服務」區分為四種提供模式，無論係 GATS 第 2 條附屬之「最惠國待遇豁免表」，或是 GATS 第 16、17 及 18 條特定承下的「承諾表」，會員均須依四種不同供給模式填寫相關事項。然因承諾表之架構允許會員就特定模式分別填寫，卻未明示同一服務項目在不同供給模式下是否屬於同類服務，導致會員無法確定若承諾完全開放某特定服務，國民待遇義務可否在不同模式下割裂適用？亦即，會員對兩種不同模式之服務，或不同模式之服務供給者為差別待遇，可否以不同模式供給之服務即不屬同類服務做為差別待遇之正當事由？<sup>246</sup>

本問題最先出現在 WTO 秘書處的一份說明文件上，詢問國民待遇義務是否應延伸「跨模式」適用。<sup>247</sup>此外，在 *Canada-Autos* 的小組報告中，爭

<sup>243</sup> Mira Burri-Nenova, *Trade versus Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in Need of a New Definition*, 12 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 17, 51 (2009).

<sup>244</sup> Aaditya Mattoo, *MFN and the GATS*, in REGULATORY BARRIERS AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW, Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis ed. 74 (2000).

<sup>245</sup> GATT 同類貨品認定標準如何套用在「同類服務與服務供給者」上，詳見彭心儀，〈由美國禁止網路賭博爭議案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解讀與體系建構〉，WTO 服務貿易與通訊科技法律，頁 308-312，2005 年。

<sup>246</sup> Aaditya Mattoo, *National Treatment in the GATS: Cornerstone or Pandora's Box?* 1, 14 (1997), available at: [http://wtosh.ok586.cn/english/res\\_e/reser\\_e/tisd-96-02.doc](http://wtosh.ok586.cn/english/res_e/reser_e/tisd-96-02.doc), last visited: 2010/9/29; GAËTAN VERHOUSEL, NATIONAL TREATMENT AND WTO DISPUTE SETTLEMENT: ADJUDICATING THE BOUNDARIES OF REGULATORY AUTONOMY 59-60 (2002). 巴西也曾對此提出疑問，CTS, *Communication from Brazil - MFN, National Treatment and like circumstances*, JOB(01)/165 (30 November 2001)。

<sup>247</sup> “There remain a crucial question: does the national treatment obligation extend across modes of supply, or do Members retain the freedom to discriminate between identical services supplied in their territory through different modes?”, WTO Secretariat, *Subsidies and Trade in Services*, WTO Doc. S/WPGR/W/9



端解決小組表示針對該案其有理由認定加拿大境內以第三與第四模式提供的服務與境外，由其他會員國以模式一與模式二提供的服務為「同類」服務。加拿大的進口稅豁免優惠僅提供給使用境內服務的消費者而未提供給使用境外「同類」服務(以模式一與模式二提供)的消費者，因此就算該優惠措施對於境內服務供給者並未有本國與外國之分，但對於其他會員國境內以模式一與模式二提供服務的供給者確會帶來歧視的效果。<sup>248</sup>此後跨模式同類性的問題便成為 WTO 討論的熱門議題，不斷出現在服務貿易理事會、GATS 規則工作小組，甚至 *US-Gambling* 一案中。學者對此各有不同見解，有認為服務之同類性認定問題不應跨越模式，因為四種服務供給模式本身造成服務內容的巨大差異，服務經由跨境提供或以商業據點的方式提供並不具備相同或類似的性質，不同模式下的服務不應被視為同類服務，<sup>249</sup>且不同提供模式的服務與服務供給者甚少具備完全的競爭關係，因提供模式不同，所吸引之最終用戶或許亦不相同，因此各模式難有實質的替代關係<sup>250</sup>。況且，GATS 允許會員在不同模式間為不同之特定承諾，協定本身即暗示四種提供模式有所差異。<sup>251</sup>相反地，有認為服務之同類認定應打破模式界限，因為第 17 條規定並不強調提供服務模式的差異，供給模式的差異對判斷服務同類性的重要性，不應超過服務本身特質<sup>252</sup>，不可因服務供給模式逕認定為不同類服務。

以補貼為例或許可為上述論點提供具體的說明。如前所述，服務補貼並未如生產補貼般經 GATT 第 3.8(b)條的規定排除在 GATT 國民待遇原則之外，因此除非補貼措施明確填寫於特定承諾表之國民待遇欄，否則仍受 GATS 的規範。由此產生的第一個問題是，若同類性不受服務供給模式的影響，當會員實施補貼時，GATS 的四種供給模式因國民待遇原則之保護亦應享有該

---

(6 March 1996), *para.* 28.

<sup>248</sup> Panel Report on *Canada-Autos*, *para.* 10.307. 爭端解決小組僅確認境內透過模式 3&4 提供的服務與透過模式 1&2 提供的服務同類，但並未提供具體論證。

<sup>249</sup> 例如金融服務透過網路銀行(模式一)與實體分行(模式三)提供的特性並不相同。同樣的，親赴國外接受教育(模式二)與在國內由外國人士授課(模式四)的服務性質亦有相當大的差異。

<sup>250</sup> CTS, *Communication from Brazil - MFN, National Treatment and like circumstances*, JOB(01)/165, (30 November 2001), *para.* 11; MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 102 (2003).

<sup>251</sup> Sacha Wunch-Vincent. *The Internet, Cross-border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-gambling*, 5(3) WORLD TRADE REVIEW 319, 333 (2006).

<sup>252</sup> 彭心儀，WTO 服務貿易與通訊科技法律，頁 307，2005 年。

會員國提供同等補貼之利益，否則即可主張該會員因提供本國服務與服務供給者補貼而改變本國與外國服務及服務供給者之競爭條件。相反的，若同類性因不同供給模式而有異，則外國服務供給者透過特定模式提供相同的服務即可能因模式問題被認定不具同類性而不受 GATS 國民待遇之保護，但如此一來，目前的規範即顯得不夠周全，宜再加以檢討。第二種情況是縱使會員所有供給模式皆負國民待遇義務，爭議並不就此打住，問題在於承諾表上相同的承諾在實踐上是否具備同等的效果？試想會員提供本國服務供給者補貼，勢必也得提供外國供給者同等的補貼，但並非四種模式的外國供給者皆可享有相同的權利。原因在於 1993 *Scheduling Guidelines* 規定 GATS 會員並無義務於境外採取任何措施，因此第 17 條國民待遇義務之行使亦不要求會員提供其他會員國境內之服務供給者該等待遇。<sup>253</sup>有鑑於此，上述情形僅模式三與模式四之服務供給者可獲得同等的待遇，模式一與模式二之外國服務供給者依規定無法要求該會員給予相同的補貼。但僅針對模式三與模式四之供給者提供補貼對於模式一與模式二供給者的競爭條件若產生不利影響(因模式一、二之供給者的競爭對手皆已接受補貼而降低服務產出成本)，該受影響之供給者是否有權要求同等的補貼或補償？答案端視同類性是否得跨模式認定而定。

## 第二目 電子交易之興起

網路與資訊科技的發展使得電子跨境交易的服務提供模式如雨後春筍般興起。但以國際貿易法規來看，這類交易相對來說尚屬新興模式，缺乏國際規範的管制與保護。有鑑於此，WTO 服務貿易理事會對電子商務之相關議題自 1998 年即展開討論，<sup>254</sup>然對於電子商務(E-commerce)是否適用

---

<sup>253</sup> 1993 *Scheduling Guidelines*, para. 10: “There is no obligation in the GATS which requires a Member to take measures outside its territorial jurisdiction. It therefore follows that the national treatment obligation in Article XVII does not require a Member to extend such treatment to a service supplier located in the territory of another Member.”

<sup>254</sup> WTO 會員自 1998 年成立電子商務工作計劃(WTO Work Programme on Electronic Commerce)，以非談判、無約束力的方式討論國際貿易體系，尤其是 GATS 如何適用於跨境電子交易。參見 WTO, *Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce*, WT/MIN(98)/DEC/2 (20 May 1998) and WT/L/274 (30 September 1998); Sacha Wunsch-Vincent. *The Internet, Cross-border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-gambling*, 5(3) WORLD TRADE REVIEW 319, 319-320 (2006).

GATS 協定、<sup>255</sup>對 GATS 造成不同模式間同類服務之認定、電子化服務究屬何種供給模式等議題卻仍未達成共識。<sup>256</sup>而同一服務貿易若同時採用電子與非電子(傳統)，或 GATS 規範的多種服務供給模式，此種混合型的服務提供型態應屬於何種服務供給模式亦無定論。<sup>257</sup>

2005 年的 *US-Gambling* 案適巧涉及電子傳送方式之爭議，<sup>258</sup>爭端解決小組與上訴機構利用本案在某個程度上給予上述問題一些指導與解答。<sup>259</sup>在電子商務工作計劃期間，若干會員即就會員國於 1994 年提出特定承諾時並未預見網路傳輸服務，GATS 相關義務對其是否具有約束力提出質疑，基本上當時會員對於 WTO 規則是否適用跨境電子服務這項議題並沒有肯定的答案。<sup>260</sup>嗣後有些會員主張或許應該針對跨境電子服務作出新的承諾；<sup>261</sup>另有

---

<sup>255</sup> WTO 所謂之「電子商務」(E-Commerce)為商品或服務的產出、配銷、推廣、銷售或提交皆以電子化方式完成。服務的電子提供模式指的是 GATS 項下之服務以數位資訊的方式提供給消費者。參見 General Council, *Work Programme on Electronic Commerce*, WT/L/274 (30 September 1998) and Council for Trade in Services (CTS), *Work Programme on Electronic Commerce – Note by the Secretariat*, S/C/W/68 (16 November 1998), para. 29.

<sup>256</sup> Hong Kong Ministerial Declaration of December 2005, para. 46 指出：「We take note that the examination of issues under the [Work Programme on E-Commerce] is not yet complete. We agree to reinvigorate that work [...]. [...] We declare that Members will maintain their current practice of not imposing customs duties on electronic transmissions until our next Session.」見 Sacha Wunsch-Vincent, *Trade Rules for the Digital Age*, (2008), available at <http://www.iie.com/publications/papers/wunsch1106.pdf>, at 3, last visited: 2010/9/27.

<sup>257</sup> 因模式一與模式二於實際貿易環境有相互重疊之可能，會員曾質疑模式一與模式二提供之金融服務是否屬同類服務。參見 Patrick Low & Aadiya Mattoo, *Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization under GATS*, in *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION*, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds., at 452 (2000)

<sup>258</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WTO Doc, WT/DS285/R (10 November 2004) and Appellate Body Report, AB-2005-1, WT/DS285/AB/R (7 April 2005)

<sup>259</sup> *US-Gambling* 一案在零配額的概念、國內規章與市場進入的區分及藉由訴訟經濟免去國民待遇義務的審查等方面遭致眾多批評，見 Julia Ya Qin, *Defining Nondiscrimination Under the Law of The World Trade Organization*, 23 Boston University International Law Journal 215, 272 (2005); Eric H. Leroux, *Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?* 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 749, 769-770 (2007); Sacha Wunsch-Vincent, *The Internet, cross-border trade in services, and the GATS: lessons from US-Gambling*, 5(3) WORLD TRADE REVIEW 319, 335 (2006)；彭心儀，〈彭心儀，〈由美國禁止網路賭博爭議案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解讀與體系建構〉，WTO 服務貿易與通訊科技法律，初版，頁 271-338，2005 年，但不能否認其對電子商務/電子化服務在 WTO 的適用上有某種程度的釐清。

<sup>260</sup> CTS, *Progress Report to the General Council, Work Programme on Electronic Commerce*, S/L/74 (27 July 1999)(簡稱 *E-Commercial Report*), para. 4-6 regarding Scope of the GATS with respect to the electronic delivery of services.

<sup>261</sup> 印度提出由於特定承諾表採「正面表列」方式，因此對於新技術所提供的服務需要做出新的承



會員卻認為會員國對於網路傳輸這種服務提供模式受 GATS 協定之規範已具有共識。<sup>262</sup>

*US-Gambling* 的判決結果基本上確認電子化服務與電子商務涵蓋於會員承諾表特定承諾範圍之內，受 GATS 規範，因此需要遵守 GATS 相關義務。<sup>263</sup> 這意謂著現行的特定承諾表完全適用於跨境電子網路傳輸服務，日後任何透過網路傳輸的新興服務，只要涵蓋於現行特定承諾範圍內，即適用本裁定。不僅如此，日後會員若有意做出新承諾，亦須事先考量模式一擴及電子服務之後果，因為不論在博奕，或是教育、醫學與其他受國內管制之服務，一旦做出模式一之承諾即不得再以禁止網路交易的方式維持管制狀態。

電子化服務究竟應屬於 GATS 第 1 條第 2 項定義模式一之跨境服務，或是模式二之境外消費，會員見解同樣分歧<sup>264</sup>，問題在於究竟該服務應以供給者的角度認定服務由海外跨境提供至國內，還是以消費者的立場判定國內消費者「遠赴」境外消費。答案之所以關鍵在於，依會員目前所作的特定承諾，模式二的開放程度遠較模式一為高，<sup>265</sup> 電子化服務若歸類於模式二，

---

諾。Committee on Trade in Financial Services, *Report of the Meeting Held on 9 May 2001*, S/FIN/M/31 (1 June 2001)

<sup>262</sup> CTS, *Report of the Meeting Held on 28 June and 28 July 004*, TN/S/M/11 (8 September 2004). 這也是台灣的主張。

<sup>263</sup> Sacha Wunsch-Vincent, *The Internet, Cross-Border Trade in Service, and the GATS: Lesson from US-Gambling*, 5(3) WORLD TRADE LAW 319, 323 (2006).

<sup>264</sup> CTS, *Work Programme on Electronic Commerce*, Note by the Secretariat, S/C/W/68 (16 November 1998), para. 6, 日本認為以往的電話、傳真傳輸服務皆以模式一認定，其他類型的電子傳輸服務也應該以相同的模式認定，見 CTS, *Work Programme on Electronic Commerce -Communication from Japan*, S/C/W/104(25 March 1999), para. 4, 美國強調消費者確實「造訪」外國服務供給者之網站，因此宜以模式二認定，見 COMTD, *Work Programme on Electronic Commerce-Communication from the U.S.*, WT/COMTD/17(12 February 1999); 瑞士因對跨境金融服務有濃厚興趣，因而附和美國的主張，更建議進一步調和二模式或將二模式加以合併，見 CTS, *GATS 2000: Financial Services -Communication from Switzerland*, S/CSS/W/71(4 May 2001); 澳洲則主張根據服務的最後消費地認定提供模式，見 CTS, *Working Programme on Electronic Commerce-Communication from Australia*, S/C/W/108(May 18, 1999), para. 3.

<sup>265</sup> Emad Tinawi & Judson O. Berkey, *E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework*, in the background documentation for the October 1999 OECD Forum on Electronic Commerce, available at [http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/act/paris\\_ec/paris-ec\\_docs\\_2.htm](http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/act/paris_ec/paris-ec_docs_2.htm), 1, 5-6 (1999) cited from Judson O. Berkey, *A Framework Agreement for Electronic Commerce Regulation under the GATS 1, 2* (2002), available at [http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/eserv\\_frame.pdf](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/eserv_frame.pdf), last visited 2011/1/6; CSS, *Communication from Australia, Chile, Hong Kong China, India, Mexico and the Separate*



受制於特定承諾表會員所訂立的限制措施較少，貿易自由化程度較高。而整體開放程度最高的美國自然希望此等交易歸於模式二。<sup>266</sup>

在 *US-Gambling* 一案中，相關團體，包含控訴國安提瓜巴布達(Antigua and Barbuda, 以下簡稱安提瓜)、爭端解決小組、上訴機構與被訴國美國(美國在本案為實施限制措施的國家，主張管制的正當性，是以立場似與上述理念似有所矛盾)皆同意跨境電子服務適用 GATS 模式一。<sup>267</sup> 爭端解決小組報告指出服務提供模式中的「跨境」(cross-border)模式應與「遠端」(remote)模式有所不同，<sup>268</sup>所謂「遠端」模式指的是「服務供給者不論身處國內外，博奕服務的消費者與供給者，實體上不在同一地點」即為遠端服務，而 GATS 規範的四種供給模式並沒有區分「遠端」(remote)或「現場」(on-site)服務供給模式，但四種模式中，只有模式一才能提供「遠端」服務，其他模式皆無此功能，從而認定該爭端涉及的是「GATS 四種提供模式之一」的「跨境」模式(即模式一)。<sup>269</sup>自此小組便將焦點完全集中在模式一的市場進入問題，並針對 GATS 模式一發展出定義較狹窄的「技術中立」原則。<sup>270</sup>小組報告指出模式一之特定承諾，對跨境或遠端模式下提供服務之可能技術形式(包括信

---

*Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu-Joint Statement on the Cross-Border Symposium held by WTO in April, 2005, JOB(05)/90, para. 4,6.*

<sup>266</sup> COMTD, *Work Programme on Electronic Commerce-Communication from the U.S.*, WT/COMTD/17(12 February 1999), para. 4.

<sup>267</sup> Panel Report on *US-Gambling*, para. 3.29, 安提瓜提出 1993 *Scheduling Guidelines* 對於「境外消費」做出的解釋：「該模式通常涉及『消費者的移動』，模式主要特性在於服務由作出承諾的國家在境外提供，消費者在此模式下移動是必要的，觀光服務即是一例。」因而主張該國提供的線上博奕服務屬於模式一。見 1993 *Scheduling Guidelines*, MTN.GNS/W/164 (3 September 1993), para. 29. 2001 *Scheduling Guidelines* 仍保留該定義 (in para. 29)。

<sup>268</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 6.32

<sup>269</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 6.29

<sup>270</sup> 國際電信聯合會(ITU)指出技術中立原則係非歧視原則之內涵，意指在新科技快速發展下，為提高全球網路的交互運用及鼓勵創新，避免偏袒特定技術條件或不利於特定技術之發展，管制措施必須採取中立原則。技術中立原則之建構，重點在於提供替代性或競爭性之服務，加諸相同權利義務之法律規範。在不同法領域，技術中立有不同的意涵。例如著作權領域，技術中立意味著科技在任何情境的中立性，不因某項科技被利用於不法用途即加以立法限制。我國電子簽章法中所說的技術中立則指任何可確保資料在傳輸或儲存過程中之完整性及辨識使用者身分之技術皆可用來製作電子簽章，不以「非對稱型」加密技術為唯一技術。以上參考彭心儀、陳俊榮，對於通訊產業「技術中立」管制原則之反省與批判—以網路電話為核心，月旦法學雜誌第 151 期，頁 93-94，2007 年。*US-Gambling* 此處所謂的「技術中立」原則定義較窄，指的是特定模式下之承諾涵蓋了以該模式提供服務的所有方法。

函、網際網路等)並未加以限制，因此在該模式下做出市場進入之承諾即意謂著供給者有權以任何方式提供服務，除非會員在其特定承諾表內另有規定。<sup>271</sup>小組強調若對服務提供方式加以限制將有損會員在模式一之下的特定承諾，因為無論禁止一種、若干或所有的服務提供方式都會構成整體服務經營或服務產出的限制。<sup>272</sup>這樣的論證也適用於模式二、三及四，亦即在這些模式下做出特定承諾即表示允許外國服務供給者以電子傳輸方式提供服務。上訴機構之看法基本上遵循爭端解決小組之脈絡，同意小組之見解，論證範圍也侷限於模式一之評估，並未對模式二稍加著墨。<sup>273</sup>是以儘管 *US-Gambling* 似乎在電子化服務究屬模式一或模式二之爭議有了結論，然無論是爭端解決小組或上訴機構皆未對就電子傳輸服務在模式一與模式二之差異表達明確的看法，是以爭議並未就此平息。<sup>274</sup>目前 WTO 杜哈發展議程(*Doha Development Agenda*)，<sup>275</sup>會員仍針對該問題進行協商，希望與會各國能減低不同模式間的承諾差異與不確定，要求會員在模式一與模式二的承諾儘量一致，甚至做到完全承諾，如此一來，電子化傳輸服務的模式歸屬自然不那麼重要。然而，特定服務部門、模式、市場准入與國民待遇的承諾，不僅涉及經濟的考量，更關係各國政治的角力與國內相關團體的利益權衡，要達成這樣的目標談何容易。是以香港部長宣言(*Hong Kong Ministerial Declaration*)最後也僅建議各國，若對模式一做出承諾，也應對模式二做出承諾(commitments on mode 2 where commitments on mode 1 exist)(目前已是如此)。<sup>276</sup>截至目前為止，依各

<sup>271</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 6.281, 6.285

<sup>272</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 6.286

<sup>273</sup> Appellate Body Report on *US-Gambling*, WT/DS285/AB/R, para. 215.

<sup>274</sup> 本案因美國對於模式一與模式二的承諾完全相同，皆為「無限制」(none)，因此線上博奕歸屬於哪個模式在本案並不那麼重要。

<sup>275</sup> WTO 於 2001 年 11 月 9 日至 13 日在卡達首府杜哈(Doha)舉行第四屆部長會議，會後發表部長宣言(Ministerial Declaration)，宣示針對若干議題展開多邊回合之談判，並訂定談判時程，其談判內容即杜哈發展議程。杜哈發展議程共分為八大議題，包括農業、非農產品市場進入(NAMA)、服務貿易、貿易規則、貿易與發展、貿易與環境、新加坡議題、爭端解決等，惟當時針對新加坡議題，尚未明確指示是否立刻進行談判，後經 2004 年 7 月套案通過後，始確定將貿易便捷化議題納入談判議程，其餘之貿易與投資、競爭政策、政府採購透明化三項議題，則最後並未納入談判議程。杜哈發展議程之精神，係為矯正以往 GATT 回合談判主要由已開發國家主導，且獲取較多貿易利益之印象，因此特別強調新回合談判應照顧低度開發及開發中國家之經濟發展需求，給予開發中國家特殊考量與協助。因 WTO 成員意見分歧嚴重，談判屢屢陷入僵局，進程一再延宕，甚至整個談判曾在 2006 年 7 月時暫停，2008 年 7 月則因中美「特別防衛機制」之歧見而破局，惟目前(2010 年 9 月)已恢復談判。

<sup>276</sup> Hong Kong Ministerial Declaration, Annex C, 1(b)(ii).

國做出的承諾來看，模式一與模式二要達到相同的水準仍不可能。

關於電子化服務是否與傳統服務方式為同類服務之疑義，服務貿易理事會之「電子商務期中報告」僅聲明會員在若干議題上「似將」達成共識 (a common understanding “appeared to be emerging”)，其中包括所謂之「技術中立」 (technological neutrality)，也就是特定承諾下之服務項目允許以電子傳輸方式提供。<sup>277</sup> WTO 秘書處曾於一說明文件(無法律約束力)中表示國民待遇原則下同類性之認定主要視商品或供給者「本身」之屬性而定，而非提供該商品的方式，<sup>278</sup>其意味著不同的提供模式不會造成服務同類性的喪失。然此觀點並未取得會員共識，僅若干會員非正式地表達支持秘書處的立場，認為同類性的認定與服務是否以電子傳輸方式提供無關。<sup>279</sup> *US-Gambling* 一案涉及之爭議也包含此議題，爭議焦點在於安提瓜以跨境電子傳輸方式由遠端所提供的博奕服務與美國國內業者在服務據點「現場」定點提供的博奕服務是否為同類服務? 美國禁止安提瓜的跨境電子服務是否違反其國民待遇義務?<sup>280</sup> 安提瓜認為其與美國國內博奕業者雖採用不同的供給模式提供服務(跨境電子化服務 v.s. 現場定點服務)，卻同樣提供賭盤下注等博奕活動，在模式一之完全承諾下，既然允許外國服務供給者跨境提供服務，即不該以該國與本國業者服務供給模式不同而認定其服務與服務供給者不具同類性，<sup>281</sup>因此主張該國與美國國內業者為同類服務供給者，而其所提供之服務則屬同類服務，美國法令禁止安提瓜提供該服務卻允許國內業者繼續營業即對安提瓜業者施予較為不利之待遇，違反國民待遇原則。安提瓜之立論基礎乃來自於上述秘書處所發表之說明文件。<sup>282</sup> 美國則強調現場定點/非電子化之服務與電子化服務存在重大差異，不管客戶對象，消費經驗、法制環境或業務風險再再皆不相同。<sup>283</sup> 縱使兩者在其他方面可視為同類，在法令規範上也該有所區別，這樣的區別並非基於國別不同而施以差別待遇，因此沒有違反國民待遇之

---

<sup>277</sup> CTS, *Working Programme on Electronic Commerce-Interim Report to the General Council*, S/C/8 (31 March 1999), para. 4.

<sup>278</sup> CTS, *The Work Program on Electronic Commerce*, S/C/W/68 (16 November 1998), para.33

<sup>279</sup> CTS, *Work Programme on Electronic Commerce – Progress Report to the General Council*, S/L/74 (27 July 1999), para. 8.

<sup>280</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 3.221-3.238 and 6.422-6.426

<sup>281</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 3.148, 3.161

<sup>282</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 150, Fn. 268

<sup>283</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 3.161 and 3.210



嫌。爭端解決機構對於該爭議並未加以裁決，雖然爭端解決小組在 GATS 個別模式內，電子化服務與非電子化服務的同類性認定有所貢獻，但小組與上訴機構皆以訴訟經濟為由，未對上述之國民待遇議題做出裁決，是以未發展出電子與傳統供給模式間同類性認定之分析模型。

### 第三款 「目的與效果」論在「同類性」認定之適用爭議

論及同類性認定就不得不提到備受爭議的「目的與效果」論，毫無意外的，該檢驗方法在 GATS 也同樣引起相當的討論。「目的與效果」首次被引用在爭端案件之同類性檢驗為貨品貿易 1992 *Malt Beverages* 案。<sup>284</sup>該小組認為 GATT 第 3.1 條表示國民待遇之規範宗旨在於內國稅制或法規「不得為保護本國生產而適用於輸入或國內之產品」(should not be applied... so as to afford portection to domestic production)，因此判斷一國之租稅或非租稅措施是否符合國民待遇原則即在評估該措施之施行目的(Aim)與實施後之市場效果(Effect)，檢視該措施是否具備善意正當之規範目的(bona find regulatory purpose)及其是否為國內貨品創造保護性或較優勢之競爭關係。接著 1994 年的 *United States – Taxes on Automobiles* 案工作小組也採取同樣的方法認定美國汽車稅率之差別待遇在目的上有其正當性，且在市場效果上也未對歐洲進口車產生不利的競爭效果而為有利於美國之裁定。<sup>285</sup>直至 *Japan – Achoholic Beverage II* 案，爭端解決小組與上訴機構均否定該方法之參考價值，表示恪守文義解釋的結果，GATT 第 3.2 條第 1 段同類貨品認定並未連結第 3.1 條之規範宗旨，<sup>286</sup>因此措施之規範目的不在其考量範圍，<sup>287</sup>且係爭措施若具多重

<sup>284</sup> *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages* (19 June 1992), GATT BISD (39<sup>th</sup> Supp.)(以下簡稱 1992 *Malt Beverage*)

<sup>285</sup> DS31/R (11 October 1994), 此裁決引起歐洲強烈抗議而未受採認。

<sup>286</sup> Panel Report on *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R (11 July 1996) para. 6.33 and Appellate Body Report on *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1 November 1996) at 18 (以下簡稱 *Japan – Alcoholic Beverages II*)

<sup>287</sup> 上訴機構雖拒絕使用「規範目的」(aim analysis)做為同類性認定之分析工具，卻額外引進 Protective application 概念，將焦點放在 GATT 第 3.1 條“should not be applied...so as to afford protection to domestic production”的“applied”上，並認定：Although it is true that the aim of a measure may not be easily ascertained, nevertheless its protective application can most often be discerned from the design, the architecture, and the revealing structures, of a measure.”(見 Appellate Report on *Japan – Alcoholic Beverages II*, at 18)學者認為若將“application”以“purpose”替代，則其意義與目的性分析所差無幾。見



規範目的，爭端解決機構該如何分辨其真正的目的？同時，也有學者認為若在同類性問題上考量措施之規範目的，則 GATT 第 20 條之例外條款則等同多餘而有違條約有效解釋原則(the principle of effective interpretation)，<sup>288</sup>即條約之解釋者有責任使條約內之所有得適用之規定均有其意義。<sup>289</sup>1997 年的 *EC-Bananas III* 案小組再度使用「目的與效果」檢驗同類貨品，卻遭上訴機構否決。<sup>290</sup>同案 GATS 國民待遇的審查，上訴機構以 GATS 第 17 條並未具備 GATT 第 3.1 條所記載「不得為保護本國生產而適用於輸入或國內之產品」之類似條文拒絕採用該概念。上訴機構表示「目的與效果」在認定國內措施是否符合 GATS 第 2 條(最惠國待遇)與第 17 條(國民待遇)規範上未具備任何適用性，在 GATT 體系內，「目的與效果」論源自於 GATT 第 3.1 條規定內地租稅與法規「不得為保護本國生產而適用於輸入或國內之產品」之用語，採用該概念其來有自，但 GATS 協定中並未涵蓋類似的條文，<sup>291</sup>且 *Japan-Alcoholic Beverages II* 的上訴機構也已明白拒絕「目的與效果」論，<sup>292</sup>因此無論就 GATS 文義或 GATT 之先例，上訴機構在判斷內國措施是否違反

---

Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test* 1, 19 (1999), available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, last visited: 2010/9/28

<sup>288</sup> 對目的與效果論提出否定意見的學者有 Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test* 1, 15 (1999), available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, last visited: 2010/9/27; 彭心儀，〈由美國禁止網路賭博爭議案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解讀與體系建構〉，WTO 服務貿易與通訊科技法律，初版，頁 313-314，2005 年；William J. Davey and Joost Pauwelyn, *MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO Jurisprudence with Particular Reference to the Issue of "Like Product"*, in *REGULATORY BARRIERS AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW* (2000), Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis eds. 38 (2000).

<sup>289</sup> 此一論點係依據維也納條約法公約第 31.1 條推論而來。張南薰，WTO 協定間法律適用關係之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文 (2007)，159。

<sup>290</sup> Appellate Report on *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (7 September 1997), para. 241. (以下簡稱 *EC-Bananas III*)

<sup>291</sup> 亦有學者認為其實可在 GATS 內找到支持「目的與效果」論之條文，一為 GATS 前言第 4 段：「各會員有權為達成國家政策目標而對其境內服務之供給，予以管制並採用新法規」，二為第 17.1 條之附註 10：「依本條規定所為之特定承諾，不得解釋為要求會員對服務提供者本身或其提供相關服務之特殊性質，所引發之內在競爭劣勢予以補償。」競爭劣勢若本於內在先天，自然「非為保護本國服務與服務供給者」(so as to afford protection to domestic services and service suppliers)之規範措施所引起，學者認為本條文提供歧視待遇究竟源自於保護性之規範或外國服務與服務供給者之內在競爭劣勢之區別，是以可做為採用「目的與效果」論之協定依據。見 Mireille Cossy, *Determining "Likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, WTO ECONOMIC RESEARCH & STATISTICS DIVISION-STAFF WORKING PAPER 1, 39-40 (2006).

<sup>292</sup> Appellate Report on *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (7 September 1997), para.241.

國民待遇時皆不須考量措施的性質與目的。<sup>293</sup>當然亦有學者持不同的見解，主張政府對某一商品或服務實施不同的法規措施會影響消費者的認知，而消費者與供給者在服務領域的密切關係，以及國內規章對服務貿易之重大影響，在在使人無法否認法規之目的與效果在服務領域的重要性，因此規範目的的審查在服務貿易或許有其必要性，而上訴機構悍然拒絕「目的與效果」的適用不僅失之武斷，也喪失對此問題深入探討的機會。<sup>294</sup>惟目前「目的與效果」方法在 GATT 爭端案件似有死灰復燃之勢，<sup>295</sup>再加上爭端解決機構審議 GATS「同類服務與服務供給者」之案件數量猶寡，資歷尚淺，對先前判例之採用仍非絕對的情況下，「目的與效果」方法論是否從此不為 GATS 同類性認定所採用尚屬未定之天，日後仍值得觀察。<sup>296</sup>

<sup>293</sup> 這樣的裁定也招致了一些批評，謂上訴機構的解釋如此倚重協定的條文用字似乎暗示著 WTO 的起草代表們個個具備了相當的遠見與非凡的表達能力。事實上這樣的解釋方法只能說是應付新興議題較安全的選擇。引自 Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test* 1, 35 (1999), available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, last visited: 2010/9/28. 也有學者認為縱使在判定同類服務與服務供給者時不考慮係爭措施的目的與效果，在認定「不利待遇」時也會斟酌。例如爭議措施明顯改變國內外服務與服務供給者的競爭關係，該措施的規範目的就顯得舉足輕重。以審查國民待遇之案件為例，從 WTO 爭端解決過往的實踐得知，足以顯示措施具保護主義意圖(protectorist intent)(例如立法準備文件)之事實證據必須涵蓋在審理項目內。參考 Bart De Meester, *The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?*, 13 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, at 47-48 及註 69 (2010); Sherzod Shadikhodjaev, *National Treatment on Internal Taxation: Revisiting GATT Article III:2*, KOREA INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMIC POLICY WORKING PAPER 08-01, at 34 (2008).

<sup>294</sup> Aaditya Mattoo, *National Treatment in the GATS: Cornor-stone or Pandora's Box?* 1,25 (1997), available at: [http://wtosh.ok586.cn/english/res\\_e/reser\\_e/tisd-96-02.doc](http://wtosh.ok586.cn/english/res_e/reser_e/tisd-96-02.doc); Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test* 1, 22 (1999), available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>, last visited: 2010/9/28.

<sup>295</sup> 學者根據上訴機構在 *EC-Asbestos* (Appellate Body Report on *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, para. 100, 113), *Korea-Various Measures on Beef* 及 *Dominican Republic- Import and sale of Cigarettes*(Appellate Body Report on *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, adopted 19 May 2005, para. 96)所做的判斷，見 Eric H. Leroux, *Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?*, 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 749, 781-782 (2007). 彭心儀認為上訴機構在 *EC-Asbestos* 案偷渡該要素，所謂「偷渡」意指上訴機構表面上持否定該要素之見解，但卻承認「管制」可能影響消費者認知，因此得間接成為判斷標準。見彭心儀，*WTO 服務貿易與通訊科技法律*，頁 313 註 97，2005 年。

<sup>296</sup> 學者也建議改進「目的與效果」之應用以確保惟具有正當目的之規範措施方能通過檢驗，且措施之規範效果不致於對外國服務與服務供給者造成不成比例之負擔。致於如何加強「目的與效果」檢驗法，有兩個議題須考量，一是如何找出規範真正的目的：針對這點，*EC-Bananas III* 上訴機構曾指出規範目的”can most often be discerned from the design, the architecture and the revealing structure of a measure”. *Chile-Taxes on Alcoholic Beverages* 上訴機構也表示衡量一規範之目的可考量”the statutory purposes or objectives – that is, the purpose or objectives of a Member’s legislature and

#### 第四款 「同類服務」與「同類服務供給者」之個別認定問題與適用關係

第 17 條國民待遇義務不僅適用於「同類服務」，更將範圍擴及「同類服務供給者」，是以適用國民待遇義務時，除了檢視服務的同類性之外，服務供給者是否具備同類性也應列入考量。以適用要件來看，同類服務「與」服務供給者的用詞似乎意謂著兩要件必須同時符合方有適用國民待遇原則之可能，然若依此解釋，只要受爭議之會員能證明「同類服務」與「同類服務供給者」任一要件不符合，即可免除國民待遇義務，如此將導致國民待遇原則規範功能受限，此恐非 GATS 談判代表之意旨。因此，如何解釋 GATS「同類服務與服務供給者」要件中「同類服務」與「同類服務供給者」之適用關係，亦為 GATS 國民待遇義務中必須釐清的重點。

##### 第一目 「同類服務供給者」之認定問題

考量服務供給者在國民待遇適用的問題反映出服務供給者本身即是「服務性質的一部份」<sup>297</sup>。許多法令規範的對象係針對服務供給者而非服務，因此將不歧視待遇原則擴及服務供給者實有其必要性。<sup>298</sup>

如何定義服務供給者與服務供給者的同類性在 *EC-Bananas III* 一案中扮演著重要的角色。首先要問的是，是否只有目前確實從事服務供給之實體

---

government as a whole – to the extent that they are given objective expression in the statute itself' (Appellate Report on *Chile-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, para. 62)。第二是規範目的與措施間須找到合理的連結，換句話說，就是必須想辦法確保具正當性的法令規範不會對外國服務與供給者造成不成比例的負擔，此即牽涉到某些學者(如 Mattoo and Verhoosel)所建議的必要性原則或比例原則的檢驗，詳見 Mireille Cossy, *Determining "Likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, WTO ECONOMIC RESEARCH & STATISTICS DIVISION-STAFF WORKING PAPER 1, 39-42 (2006), GAËTAN VERHOOSSEL, NATIONAL TREATMENT AND WTO DISPUTE SETTLEMENT: ADJUDICATING THE BOUDARIES OF REGULATORY AUTONOMY 90 (2002).

<sup>297</sup> K. Nicolaidis and J. Trachtman, *From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS*, in *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION*, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds. 253 (2000).

<sup>298</sup> 例如同樣提供貸款服務的金融機構，政府要求銀行業者與保險公司必須保留的存款準備金並不相同。參見 K. Nicolaidis and J. Trachtman, *From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS*, in *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION*, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds., 254 (2000).



才可視為服務供給者？抑或所有有能力或有機會提供服務者皆可認定為服務供給者？小組認為由於 GATS 第 17 條的重點在於競爭狀態，因此無論目前從事該服務之業者，還是日後有機會提供服務的「潛在」(potential)供給者都可視為服務供給者，<sup>299</sup>上訴機構對此見解也表示贊同。<sup>300</sup>學者認為以 GATS 所定義的「服務供給者」條文看來，這樣的概念似嫌過於廣泛。GATS 定義之服務提供者「係指提供服務之任何人」(any person that *supplies* a service)，<sup>301</sup>而所謂的「人」係指自然人或法人。<sup>302</sup>「提供」一詞使用現在式通常表示「提供服務之任何人」目前正在提供該服務，而不包含未來有能力或有機會提供服務之人。爭端解決小組立論之基礎顯然考量到 GATS 第 17 條維持競爭條件之目的，然條文之目的不應改變文本之意義，不將潛在有能力提供服務之人涵蓋在「服務供給者」之內或許能更符合文義。<sup>303</sup>

至於服務供給者之同類性認定，小組表示「提供同類服務之實體，即為同類服務供給者」(to the extent that entities provide like services, they are like service suppliers)。<sup>304</sup>小組這部份裁定未經上訴，因此無法得知上訴機構之見解。該報告是目前關於同類服務供給者之唯一裁定，本身具重大意義，然該見解卻備受批評。有學者認為小組的論證根本站不住腳，因為若只根據服務的同類性來認定同類服務供給者，效果將超越不歧視待遇，國內法令只能針對服務而無法針對服務供給者作規範，會員得因此撤除國內所有針對服務供給者所施行之規範措施，在眾多措施皆以服務供給者為規範對象的狀況下，這將是無比沉重的負擔。<sup>305</sup>另有學者表示小組看起來嚴謹，事實上卻不然，因為無論是目前正在從事或未來有可能提供同類服務的國內外自然人或法人，只要提供同類性服務，不管其法律組成實體、規模或資格，全都可能因此不歧視待遇的裁定而獲利。<sup>306</sup>更有學者主張小組的論證與 GATS 第 17 條的

---

<sup>299</sup> Panel Report on *EC-Bananas III*, WT/DS27/R/USA, para. 7.320

<sup>300</sup> Appellate Body Report on *EC-Bananas III*, WT/DS27/AB/R, para. 227-228.

<sup>301</sup> GATS 第 28(g)條。

<sup>302</sup> GATS 第 28(j)條

<sup>303</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 103-104 (2003).

<sup>304</sup> Panel Report on *EC-Bananas III*. Para. 7.322.

<sup>305</sup> GAËTAN VERHOUSEL, NATIONAL TREATMENT AND WTO DISPUTE SETTLEMENT : ADJUDICATING THE BOUNDARIES OF REGULATORY AUTONOMY 60-61 (2002).

<sup>306</sup> Werner Zdouc, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, 2(2) JOURNAL OF

文義不符，GATS 文義顯示判斷比較的基礎在於服務供給者本身，第 17 條條文規定影響服務供給之所有措施給予其他會員之待遇不得低於其給予本國「同類服務與服務提供者」(like services and service suppliers)之待遇，若衡量要件僅及於同類服務，則法條用語應有所不同，或許會是「同類服務與其供給者」(like services and their suppliers)。<sup>307</sup>

那麼，如果供給者的屬性才是同類服務供給者認定的標準，則該考量供給者的哪些屬性呢？學者建議可考量業者之公司規模、法律組成性質與資金來源等。法令規範則是另一項重要的考量，例如本國銀行所設立的網路銀行必須遵守銀行證券法規，外國銀行所提供的網路服務則無此需要，兩者適用之法令規範不同，應可認定不具有同類性。此外專業資格也是一個考量要件。<sup>308</sup>取得國家考試資格的會計師與一般公司的會計人員似乎也不應該認定為同類服務供給者。但最終同類服務供給者仍須是個案狀況加以認定，以上建議僅供認定之參考。

## 第二目 「同類服務」與「同類服務供給者」之適用關係

上述同類服務與服務供給者分別認定的結果，引起兩者在 GATS 第 17 條個別適用還是累積適用的問題。會員在 *US-Gambling* 一案審查時，曾針對此問題表達立場。安提瓜認為若採取累積適用將大大限制會員對 GATS 第 17 條之運用，因只有在同類服務供給者提供同類服務，而該服務與服務供給者同時遭地主國不利之對待時，才有違反國民待遇義務認定之可能；歐盟認為僅針對服務考量差別待遇是否存在即可；美國則引申 *Canada-Autos* 小組報告，主張同類性必須同時存在服務與服務供給者；墨西哥則表示該依個案狀況與案件訴求而定。<sup>309</sup>學者對此也各有不同見解：有人主張同時考量服務與

---

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 295, 332-333 (1999), available at <http://jiel.oxfordjournals.org/content/2/2/295.full.pdf+html>, last visited 2011/1/6.

<sup>307</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 104 (2003).

<sup>308</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 105 (2003).

<sup>309</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. C-44 and C-45.

服務供給者的同類性沒有實質意義，因為措施對於服務的效果等於對服務供給者的效果，反之亦然；<sup>310</sup>也有人認為若將 GATS 第 17 條文義解釋為累積適用，則一國的規範措施要符合國民待遇原則首先須確認該措施對於「同類服務」沒有給予較不利(差別)之待遇，接著得檢驗該措施對「同類服務供給者」亦無造成差別待遇。但如此適用國民待遇條款將導致矛盾的結果，原因在於若一國內措施規範之「供給者」不同類，即無法律基礎判定該措施在「供給者」身上形成差別待遇。但這不同類的二個供給者卻可能提供「同類服務」，導致措施對「服務」造成不利之影響，而遭其他會員提起違反國民待遇之訴。舉例來說，銀行與保險公司並不屬於同類供給者，政府對這兩類機構保留存款準備金的規定不同應有其正當性，並不會造成歧視待遇。但銀行與保險公司卻可能提供同類的貸款服務，該存款準備金的規定會影響兩者貸款服務的質與量而形成差別待遇，在累積適用下(也就是措施同時對「同類服務」與「同類服務供給者」皆不造成差別待遇才算符合國民待遇原則)，係爭具有規範正當性之規定雖然在「供給者」間並沒有造成歧視待遇，但在「服務」間的不利影響卻仍使其違反國民待遇原則。為避免如此矛盾的狀況產生，該學者建議「同類服務」與「同類服務供給者」應個別適用。先檢驗規範措施是否對「同類服務」造成差別待遇，若屬實，再評估以「服務供給者」為規範對象之措施是否對「同類(而且僅對同類)服務供給者」施予同類之對待。依此方法，就不會產生上述管制「服務供給者」之規範被拿來當做同類「服務」被施予差別待遇控訴的對象。總之，規範「服務」的措施即以「同類服務」之待遇做為歧視待遇檢驗的對象，規範對象為「服務供給者」，即以「服務供給者」的同類性與規範效果為檢驗對象。<sup>311</sup>該論點雖獲得部份學者的認同<sup>312</sup>，惟仍有其他學者不以為然，認為上述「服務」的歸「服務」，「供給者」的歸「供給者」的作法實際施行並不容易。前述作法固然有其道理，但因應同類性與歧視待遇之檢驗而劃分屬於「服務」

<sup>310</sup> Abu-Akeel A.K., *The MNF as it Applies to Service Trade – New Problem for an Old Concept*, JOURNAL OF WORLD TRADE 33(4), 109-110 (1999), 引自 Mireille Cossy. *Determining "Likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, WTO ECONOMIC RESEARCH & STATISTICS DIVISION-STAFF WORKING PAPER1, 8 (2006).

<sup>311</sup> Kalypso Nicolaïdis & Joel P. Trachtman, *From Policed Regulation To Managed Recognition in the GATS*, in GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds. 253-254 (2000).

<sup>312</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 106-107 (2003).



或屬於「供給者」的規範牽涉到人為的判斷，而將服務與服務供給者獨立出來個別適用的作法也與一般服務與服務供給者「不可分」的概念大相逕庭。<sup>313</sup> 目前適用關係仍是各說各話，未有定論。

以國民待遇原則評估補貼措施本是相當艱鉅複雜的任務，以上「同類服務」與「同類服務供給者」的認定僅在於釐清其適用的基礎，然許多關鍵問題卻仍未有確切的答案，有待日後爭端解決機構進一步的闡釋與說明。

### 第三項 影響服務供給之所有措施

GATS第17條國民待遇所規範之「有關影響服務供給之所有措施」具備下列特性：

一、涵蓋所有影響「服務提供」之措施(all measures affecting the supply of services)：所謂「服務提供」，GATS第1.2條指出，「服務貿易」乃透過其所定義之四種模式來「提供服務」，因此影響「服務提供」之措施，即是GATS第1.1條所規定影響「服務貿易」之措施。GATS第28(c)條指出「會員所採影響服務貿易之措施」包括三種情形：(i)關於服務之購買、付費或使用(例如會員國以法令規定國內消費者唯購買國內保險公司之險種，其繳納之保險費始得享受所得稅扣抵之優惠)；(ii)關於與某一服務之供給有關之其他服務之獲得與使用，且該等服務為會員所要求普遍提供給大眾者(例如服務供應者提供電信增值服務必須利用進口會員國國內之大眾基本網路，若會員國對於該大眾電信基本網路給予國內電信增值服務供給者較優於外國服務供給者之待遇，即屬於這類措施)；(iii)關於一會員之人在另一會員境內為提供服務之自然人呈現及商業據點呈現(例如會員國規定國外之服務供給者在國內設立商業據點

<sup>313</sup> Mireille Cossy, *Determining "Likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, WTO ECONOMIC RESEARCH & STATISTICS DIVISION-STAFF WORKING PAPER 1, 9-10 (2006). 該學者另行提出以服務供給模式決定單獨審查服務或服務供給者或同時審查兩者。例如模式 1&2，服務供給者不在本國境內，自然不予考慮，模式 3&4，則須衡量規範針對服務或服務供給者或兩者來決定個別或累積適用，亦有其他學者持如此看法，但這種作法一樣會面臨區分規範對象的明確性問題，因此仍有其缺陷。參見頁 10-12。

僅限於某些劃定區域，而國內企業之設立則不受此限)。<sup>314</sup>而針對「影響」一詞，*EC-Bananas III*上訴機構表示GATS起草者使用「影響」一詞即表示其擬擴大該規定之適用範圍，因「影響」意即「產生效果」(has an effect on)，適用範圍比所謂的「規範」(regulating)或「管理」(governing)更廣泛。此外，依GATS第28(b)條所言，「服務之供給」包括服務之生產、分配、行銷、銷售及交付等，其涵概活動之多樣亦暗示該詞適用範圍之廣泛不受侷限。<sup>315</sup>

二、爭端解決機制審查的是措施，而非措施造成的整體效果：美國在*US-Gambling*一案所涉及博奕服務的遠端管制措施五花八門，安提瓜難以完全掌握或明確找出所有相關的規範措施(包含各種法律、規則、命令、程序、行政決定等)，因此針對諸多措施所造成「完全禁止」之效果提出控訴。爭端解決小組與上訴機構皆否定了安提瓜的主張，強調「措施本身」與其所造成之「效果」有所區別。根據WTO協定，唯有「措施」本身，即造成禁止或損害之源頭，才能成為控訴的對象，DSU第6(2)條也規定控訴國必須明確指出造成損害之特定措施，<sup>316</sup>否則被訴國無法根據控訴國之指控充份為自己辯護；況且，裁定若對被訴國不利，也必須在確切知道爭議措施為何的狀況下，才能撤銷或修正該措施以符合WTO協定之會員義務。<sup>317</sup>

三、服務補貼適用國民待遇之範圍僅限於會員國境內：*2001 Scheduling Guidelines*第15段明白揭示GATS不要求會員在其司法管轄範圍外採取任何措施，而GATS第17條國民待遇義務亦不要求會員將此等待遇延伸至其他會員境內之服務供給者。<sup>318</sup>WTO秘書處接著在第16段說明，GATS國民待遇同樣適用於補貼措施，因此若一補貼具歧視性，則須列入特定承諾表之國民待遇欄內。但如前所示，補貼措施在國民待遇適用上有其領土限制，GATS

<sup>314</sup> 羅昌發，國際貿易法，二版，頁472，2010年。

<sup>315</sup> Appellate Report on *EC-Bananas III*, WT/DS27/AB/R, para.220

<sup>316</sup> DSU第6(2)條規定：「成立小組之要求應以書面為之，並述明是否曾進行諮商、引起爭端之措施、並提供指控事項之法律依據摘要...。」

<sup>317</sup> Eric H. Leroux, *Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?*, 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 749, 756 (2007).

<sup>318</sup> 原文：「There is no obligation in the GATS which requires a Member to take measures outside its territorial jurisdiction. It therefore follows that the national treatment obligation in Article XVII does not require a Member to extend such treatment to a service supplier located in the territory of another Member.」本條文完全延用*1993 Scheduling Guidelines*, para. 10之規定。

第 17 條不要求會員給予其他會員境內之服務供給者相同的補貼。<sup>319</sup> 依承諾表填寫準則所為之解釋與 GATS 四種供給模式相對照，即得知模式一與模式二之服務供給者皆不在地主國境內，因此地主國若採取服務補貼，其並無義務給予模式一及模式二之外國服務供給者該項補貼，但對於位於其境內之模式三與模式四之供給者則有依照國民待遇原則給予其與國內服務供給者相同補貼之必要。由於模式四對於本文以下分析關聯性較小，筆者將略而不談，僅就模式三之商業據點呈現為進一步之探討。

所謂「商業據點呈現」根據 GATS 第 28(d)條規定「係指任何型態之商業或專業性據點，包括為提供服務而在會員境內 (i)法人之設立、收購或續存，或(ii)分支機構或代表處之創立或續存。」而第 28(l)條規定「法人」「係指依據相關法律規定所成立或組織之法律實體，不論其為營利、非營利、私有或政府所有，包括任何公司、信託、合夥、合資、獨資或協會。」依此二定義，適用 GATS 規範之商業據點不僅限於存續中之「法人」，也包含其他存續中之「分支機構」與「代表處」。同時，GATS 定義下之「法人」乃依「相關法律規定」所成立或組織之法律實體，至於適用何處之「相關法律」協定並未說明，是以不僅依服務提供地會員(地主國)境內之內國法規所成立或組織之法律實體適用 GATS 所謂之「法人」，依服務來源地會員(母國)內國法規所成立或組織之法律實體亦符合 GATS「法人」之規範。綜上所述，外國公司在地主國境內，只要根據相關法律規定合法成立，屬於合法存續之法人或分支機構，無論其存續型態係以「子公司」、「分公司」或「辦事處」呈現，皆屬 GATS 所稱之商業據點呈現，受 GATS 國民待遇原則之保障。<sup>320</sup> 此處導出得享有國民待遇之外國「子公司」「分公司」與「辦事處」等存續型態攸關《文創法》政府採行補助措施之適用對象問題，後文針對《文創法》條文進行國民待遇剖析時將更一步說明。

---

<sup>319</sup> 原文：「Article XVII applies to subsidies in the same way that it applies to all other measures. ... Therefore, any subsidy which is a discriminatory measure within the meaning of Article XVII would have to be either scheduled as a limitation on national treatment or brought into conformity with that Article. ... In line with the paragraph above, a binding under Article XVII with respect to the granting of a subsidy does not require a Member to offer such a subsidy to a services supplier located in the territory of another Member.」

<sup>320</sup> 楊一晴，〈談服務貿易總協定我國服務業研發補貼措施之國民待遇問題〉，科技法律透析第 21 卷第 10 期，頁 35-36，2009 年。



#### 第四項 不利待遇 (less favorable treatment)

會員施行之規範措施唯帶給外國同類服務或服務供給者較不利之待遇時方違反 GATS 國民待遇原則。依據 GATS 第 17.2 條規定，會員可以對其他所有會員之服務與服務供給者賦予其提供給本國同類服務與服務供給者「形式上相同」或「形式上不同」之待遇，以符合第 1 項之要求。而第 17.3 條繼之規定若「形式上相同」或「形式上不同」之待遇改變了競爭條件，使會員本國之服務或服務供給者較其他會員同類服務或服務供給者為有利，則該待遇即被視為較不利之待遇。是以，GATS 國民待遇之判別標準係以會員提供之「待遇」是否改變競爭條件為訴求，而不要求會員所採措施屬於「形式上相同」(指法律規定相同待遇)或是「形式上不同」(指法律規定不同待遇)之待遇。法令或措施在形式上雖對國內外業者給予相同待遇，但實際上對外國業者較為不利，仍屬違反國民待遇規定，反之，法令或措施若未改變競爭條件，縱使在形式上對國內外業者給予不同之待遇，則仍未違反國民待遇義務。其設計乃針對會員國採取各類待遇所造成之「效果」為規範事項，不僅禁止法律上之歧視(*de jure* discrimination)，即法令措施之施行依國別不同而有差異；也限制了事實上之歧視(*de facto* discrimination)，意指規範措施並不因服務或服務供給者之國別不同而給予差別待遇，但卻會對外國服務或服務供給者造成不利效果。<sup>321</sup>以此類推，在 GATS 協定下，會員所採取之補貼措施

<sup>321</sup> 就事實上之歧視，學者認為有兩種區分方式。較狹義之區分方式可比照歐盟法「間接歧視」(indirect discrimination)的概念，即兩個不同的團體被賦予差別待遇，其差別待遇之產生並非基於「禁止要素」(prohibited factor)，例如性別或國籍，但因為兩團體間鮮明的特質，例如團體成員多為單一性別或單一國籍人士，以致上述的差別待遇產生直接歧視的效果。運用在 GATS 國民待遇的認定上，例如對外國特定專業人士發予服務證照時要求其需在本國有一定期間的執業經驗，或要求只有國立大學之畢業生才能擔任律師等即屬事實上之歧視。另一種區分方式所理解之事實上的歧視較廣義，方法上(1) 有些學者建議連同附註 10 一起考量，在「貿易限制最小」之檢驗基準上採用“counterfactual analysis”找出真正的歧視性措施，也就是如果改採較貿易限制最小之措施(如可找到的話)，對外國服務與服務供給者之不利效果並沒有消失，則該不利效果為外國服務或服務供者本質上之競爭劣勢，與會員國所為之措施無關，反之亦然。(2) 另有學者建議採用必要性檢驗(necessity test)，分析措施對政策目標之達成是否會對外國服務與服務供給者造成不成比例的負擔，若對外國業者造成不成比例的負擔，則該措施即屬事實上之歧視性措施。然這兩種分析方法皆各有其邏輯上，及與 GATS 其他條款(第 6 條)重疊的缺陷，運用上有其困難。詳見 MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 108-112 (2003).

並不會單純因該補貼屬「形式上相同」或「形式上不同」之待遇而判定是否違反國民待遇原則，而是得以該補貼是否「影響服務貿易之提供」，並對外國同類服務或服務供給者帶來不利效果為認定基準。

惟「外國服務與服務供給者在本質上即會面臨不利之競爭地位」，此並非國民待遇欲排除的對象，會員國對之亦無義務。例如外國律師不諳中文以致在案件受理有所限制，<sup>322</sup>或外國業者利用長途電話提供資訊服務，其在成本上原本即會較國內供應者處於較不利之地位，此類情形皆為國際競爭之正常情形，故非國際規範所欲處理者。<sup>323</sup>是故，GATS 第 17 條附屬之附註 10 規定：「依本條規定所為之特定承諾，不得解釋為要求會員對服務提供者本身或其提供相關服務之特殊性質，所引發之內在競爭劣勢予以補償。」

## 第五項 《文創法》獎補助與租稅優惠措施於 GATS 國民待遇之適法

性

參照上述國民待遇之認定要素與步驟，以下僅就《文創法》獎助與優惠措施於國民待遇之適法性加以分析。

### 第一款 我國承諾屬於文創產業之服務部門

我國早在進行 WTO 入會談判之初，即於水平承諾部份作成開放所有行業之國民待遇承諾。其中，僅在模式三商業據點呈現之承諾限制外國人取得土地權利與利益，模式四自然人呈現則比照市場開放之限制外，不予承諾。而在特定行業承諾上，參照我國已承諾開放之服務部門，《文創法》所定義之文化創意產業分屬 W/120 及相對應 CPC 之第一類商業服務業之建築(8671)、電腦及相關服務業(航空電腦訂位系統除外)(841,842,843,844,845,849)、廣告

<sup>322</sup> 黃立，李貴英，林彩瑜，國際貿易法論，三版，頁 242-243，2005 年。

<sup>323</sup> 羅昌發，國際貿易法，二版，頁 472，2010 年。

服務業(871)、攝影服務業(875)、出版服務業(88442)、特製品設計服務業(87907)，第二類通訊服務業之電信增值業務(7523)、視聽服務業(9611, 96121, 96131, 96132, 與錄音服務業，但不包括錄影帶放映服務 96122 與綜合節目製播服務 96133)，第十類娛樂、文化及運動服務業(視聽服務業除外)之運動及其他娛樂服務業(限於 96411, 96412, 96419, 不含其他休閒服務類之博奕與投注服務 96492)等。這些特定承諾部門的國民待遇欄內，模式一、二、三多為「無限制」，模式四則為「除水平承諾所列者外，不予承諾」。這樣門戶洞開的承諾方式，固是為了成為 WTO 會員不得不做之妥協，但以同類服務之認定來看，則免除了前述某些不確定性因素的困擾。<sup>324</sup> 例如：

#### 一、W/120 項目類別過少，分類不夠明確的問題

以我國《文創法》定義之文化創意產業之一，數位內容產業的線上影音服務為例，目前 W/120 之視聽服務僅針對傳統影片與電影的製播分類，對於新的內容格式(例如動畫與網路互動式內容服務)或傳輸形式(如網路)並未加以規範。具體來說，新型態的內容與多媒體服務，例如以網路直接傳輸至家庭用戶或個人消費者的娛樂性影片、錄音作品或其他形式之內容產物等，並未納入 W/120 視聽服務之分類範圍，也未針對「網路傳送服務」(Internet Delivery classification)(包含娛樂軟體、線上視聽服務、遊戲、教育或其他休閒軟體)設立新的項目類別，或對特定視聽作品經「線上傳播、銷售或傳送」(on-line distribution, sale, and delivery)至一般大眾做分類說明。WTO 會員，例如歐盟主張軟體/遊戲類型產物具有視聽內容與文化意涵等性質，因此應歸類在 GATS 承諾表之「視聽服務」部門，<sup>325</sup> 然此說法卻引起主張該類產物應歸屬「電腦與相關服務」部門(或屬貨品貿易，歸 GATT 管轄)的美國及其他內容產業的反彈。<sup>326</sup> 美國之所以反對，且部門歸屬之所以如此重要的原因在於會

<sup>324</sup> 「免除困擾」僅為行文之便，筆者並無肯定之意。

<sup>325</sup> “[...] services in the recreational software sector do not have a specific classification or definition within the GATS [...] Because of the nature of the multimedia material in question [...] services involving the publication, production and transmission of recreational software to the public can be considered to be included in audiovisual services.” (quoted from European Commission (2000e)). 參見 SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCT: EC-US PERSPECTIVES 74 (2006), 引自 ELSPA (2003), *Interactive Leisure Software: Global market assessment and forecast to 2006*, at 8 on the cultural impacts of games and the increasing similarity of movie and games.

<sup>326</sup> 參見 SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCT: EC-US PERSPECTIVES 74 (2006), 引自 WTO Council Reveals Members Split of E-Commerce Classification, in *inside US Trade* (22 June 2001).



員國對各服務部門管制程度之高低不同。以上述線上休閒軟體、影音作品、電腦娛樂遊戲等數位內容產物而言，與其性質相關的服務部門大致有四：第一類商業服務業的電腦及其相關服務(1-B)，第二類通訊服務業的電信增值服務(2-C)，第二類通訊服務業的視聽服務(2-D)及第十類休閒、文化與運動服務業的娛樂服務(10-A)，但每個部門卻都無法完整涵蓋數位內容產業的特質。在這四類服務產業中，各國市場承諾開放程度由高至低分別為電腦及其相關服務(1-B)，電信增值服務(2-C)，娛樂服務(10-A)及視聽服務(2-D)，<sup>327</sup>因此部門歸屬關係著相關業者與會員國的市場規模與經濟利益。歐盟自始至終對於視聽服務皆採嚴格管制的立場，自然主張以「內容」分類，將該類服務劃歸市場相對封閉的視聽服務，而市場最自由開放的美國在這類服務的市場佔有率甚高，自然希望以「傳輸方式」分類，將其歸為市場進入障礙較低，開放程度相對較高的電腦相關服務。然而這樣爭議在我國的特定承諾方式看來並無差別，因為無論是視聽服務或電腦及其相關服務，我國的承諾範圍與限制皆大致相同如下表：

提供服務的型態：(1)跨國提供服務 (2)國外消費 (3)商業據點呈現(4)自然人呈現			
行業或次行業別	市場開放之限制	國民待遇之限制	附加承諾
1-B 電腦及其相關服務業(航空電腦訂位系統除外)(841, 842, 843, 844, 845, 849)	(1)無限制 (2)無限制 (3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	(1)無限制 (2)無限制 (3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	
2-D 視聽服務 (a)錄影帶及電影之製作與行銷服務業(9611)	(1)無限制 (2)無限制 (3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	(1)無限制 (2)無限制 (3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	
(b)電影放映服務業(96121)	(1)無限制 (2)無限制	(1)無限制 (2)無限制	

<sup>327</sup> SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCT: EC-US PERSPECTIVES, 71 & 75 (2006).

	(3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	(3)無限制 (4)除水平承諾所列者外，不予承諾	
--	-----------------------------	-----------------------------	--

(資料來源：臺灣、澎湖、金門及馬祖個別關稅領域服務業特定承諾表及最惠國待遇豁免表, WTO, GATS/SC/136/Rev.1, 2 July 2002)

因此不管服務部門或次部門之認定如何，在我國市場高度開放與國民待遇極小限制的承諾下，皆無太大影響。<sup>328</sup>

二、在電子化服務與電子商務究屬模式一或模式二之爭議上，前文曾指出若各國能減低模式間的承諾差異與不確定性，模式一與模式二的承諾儘量一致，甚至能做到完全承諾，那麼電子化服務的模式歸屬即不致有太大爭議。見諸我國的特定承諾表即屬模式一與模式二承諾一致，且多為完全承諾的狀態，電子化服務的分類認定問題對我國的影響程度相對來說也不致於太大。

以上僅就我國特定承諾表在同類服務認定上所展現的特性為一中性陳述，然同類服務的認定工程浩大，除服務本身的內在性質、消費者的喜好興趣與服務最終用途的比較分析外，尚有規範目的、同類服務跨模式認定、及同類服務供給者認定與適用關係等問題需要釐清與考量，是以，縱使承諾表特殊的承諾方式與狀態有利於服務分類與模式的認定，亦不意謂「同類服務與服務供給者」之認定難度或有稍減。

## 第二款 《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法性

既然我國已對上述各部門承諾開放，即應遵守 GATS 市場進入與國民待遇之約束。如前所述，我國承諾部門的國民待遇欄內記載的多為「無限制」，並未做成「不予承諾」或特別對服務業補貼提出任何限制。<sup>329</sup>在此一特定承

<sup>328</sup> 我國並沒有開放第十類休閒、文化與運動服務業中的娛樂服務業(10-A)，但因線上休閒影音與遊戲軟體等服務爭議的二十大部門分別為視聽服務與電腦及其相服務業，10-A 部門不開放對於上述分析雖有影響，但終究不是重點。

<sup>329</sup> 事實上，許多國家皆對所有服務部門的外國業者，在補貼措施實施水平禁止，亦即政府對所有承諾市場開放之服務部門進行補貼時，皆可免除外國業者的國民待遇義務。例如在瑞士的特定承諾表上即對所有服務供給模式保留「補貼、租稅獎勵與扣抵」之水平國民待遇限制。見 Schedule of

諾表下，我國形同給予承諾部門所有模式三之外國業者服務補貼之國民待遇，因此所有出自我國政府機關給予文創事業之獎助補貼措施與租稅優惠均應適用於外國業者在我國的商業據點，形式不分「分公司」、「子公司」與「辦事處」，《文創法》所規範之獎助措施自無例外。以下僅就《文創法》相關措施之規範標的與適用對象一一檢視，探討其是否符合國民待遇原則。

一、《文創法》第9條規定「國發發展基金應提撥一定比例投資文化創意產業。前項投資之審核、撥款機制與績效指標等相關事項之辦法，由中央主管機關會同相關目的事業主管機關定之。」由前一章之分析可知本款屬於補貼定義中「投入股本」方式之財務補助。行政院國家發展基金係依據《產業創新條例》第29條規定設置，並依同條例第31條第2項及預算法第21條規定訂定「行政院國家發展基金收支保管及運用辦法」，是以其適用對象或可藉《產業創新條例》之規定作為分析基礎。<sup>330</sup>

依據《產業創新條例》第3條條例用詞定義規定，該法所稱公司係「指依公司法設立登記之公司」，並未明文規定外國公司是否適用。對此，查我國《公司法》第4條規定，「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。」同法第371條規定，「外國公司非在其本國設立登記營業者，不得申請認許。非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業。」《公司之登記及認許辦法》第13條載明：「外國公司擬在中華民國境內營業者應先經認許，並於認許後十五日內向主管機關申請分公司設立登記。」《公司法》第375條同時指出：「外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同。」<sup>331</sup>以此觀之，外國公司欲在我國境內營

---

Specific Commitments of Switzerland, WTO Doc. GATS/SC/83 (April 15, 1994). 各國對服務業補貼所做之國民待遇限制之整理可參考 *Limitations in Members' Schedules Relating to Subsidies*, noted by the the Secretariat, S/WPGR/W/13 (22 May 1996), S/WPGR/W/13/Add. 1 (14 June 2000) and S/WPGR/W/13/Add. 2 (30 August 2004)

<sup>330</sup> 以下分析參考楊一晴，〈談服務貿易總協定我國服務業研發補貼措施之國民待遇問題〉，科技法律透析第21卷第10期，頁38-39，2009年。

<sup>331</sup> 法律另有規定者如土地法第17條規定特定土地不得移轉、設定或租賃於外國人、第19條規定外國人為供自用、投資與公益之目的使用取得之土地，其面積及所在地點，應受該管直轄市或縣(市)政府依法所定限制、民用航空法第7條限定外國人除依同法第七章規定外，不得在我國境內自備航空器等。



業並不需要再設立，僅須辦理認許手續。然經認許之外國公司雖其法律之權利義務及主管機關之管轄與本國公司相同，但其性質仍屬外國法人，不因認許而成為內國公司，其國籍並不因此變更或取得本國國籍，<sup>332</sup>僅由主管機關承認其實際存在而已；<sup>333</sup>而《公司法》亦將公司之設立登記，依登記對象不同而細分為設立登記與認許登記兩種，<sup>334</sup>因此外國公司之認許與本國公司之依法設立確有區別。此外，財政部亦曾對《產業創新條例》的前身《促進產業升級條例》同一條款之適用對象做成函釋，說明該法僅適用於「『依公司法設立登記之公司』，不包含外國公司在台分公司在內。」<sup>335</sup>然按前揭規定脈絡，外國公司經認許設立之分公司，除法律另有規定外，應在法律上享有本國公司同等之權利義務，而《產業創新條例》第3條之規定即屬對「外國經認許設立之分公司」為差別待遇之「法律另有規定」例外狀況，除無法享有同法所提供之相關租稅減免等優惠外，亦無權取得依該設立之國發基金的資金運用。

惟前文已說明 GATS 所稱商業據點呈現應包含所有依適用法律合法組成或組織之法律實體(any legal entity duly constituted or otherwise organized under applicable law)，無論其型態屬於「子公司」、「分公司」或「辦事處」。

<sup>332</sup> 外國公司多具法人資格，因此，欲確定外國公司國籍之標準，自當依確定外國法人國籍之標準而定。外國法人國籍取得向有三種學說：1) 準據法說，即法人取得其所據以設立之法律所屬國家之國籍；2) 法人真實住所所在地說，即法人以其真實所在地定其國籍；3) 控制說，即法人之國籍決定於控制該法人之自然人之國籍。我國公司法第4條規定：「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。」外國人投資條例第3條第2項亦規定：「外國法人依其所據以成立之法律，定其國籍。」兩者均採準據法說。換言之，外國公司之國籍應視外國公司準據何國法律組織登記成立而定。見柯芳枝，公司法論(下)，修訂七版，2008年8月，頁666-667。此處僅涉及「服務供給者國籍」之認定問題，另有學者主張「服務貿易原產地」認定須考量「服務本身來源國」與「服務供給者國籍」問題，詳細分析請參閱彭心儀，〈論服務貿易之「原產地規則」〉，政大法學評論第113期，頁347-416，2010年。

<sup>333</sup> 王泰銓，王志誠，公司法新論，增訂四版，頁733，2006年；柯芳枝，公司法論，修訂七版一刷，頁668，2008年。

<sup>334</sup> 李福隆，〈論我國公司登記及認許制度的修正〉，國立中正大學法學集刊第10期，頁236，2003年。學者表示此處的「認許登記」並非外國公司單獨申請認許，無庸設立在台分公司，而係合併原《公司之登記及認許辦法》第13條及第14條規定後之認許外國公司設立分公司。胡峰寶，〈公司登記法律制度之探討〉，月旦法學雜誌第119期，頁116，2005年。

<sup>335</sup> 參照財政部中華民國88年2月24日台財稅第881901544號函。另經濟部工業局亦持同一見解謂外商在台設立的分公司並非促產條例第三條所稱「依公司法設立之公司」，見經濟部工業局「業者常見問答」<http://www.moeaidb.gov.tw/external/> 更新日期：2008/11/15，最近瀏覽日：2010/10/10。

由於《產業創新條例》確實在依公司法設立之本國公司及依公司法認許之外國分公司間建立了差別待遇，使得外國分公司無法享有《文創法》第 9 條國家發展基金提撥一定比例投資其事業，是以涉及與 GATS 國民待遇原則不一致之問題。

二、《文創法》第 27 條規定「為促進文化創意產業創新，公司投資於文化創意研究與發展及人才培訓支出金額，得依有關稅法或其他法律規定減免稅捐。」其所根據之相關法律為《產業創新條例》第 10 條「為促進產業創新，公司得在投資於研究發展支出金額百分之十五限度內，抵減當年度應納營利事業所得稅額，並以不超過該公司當年度應納營利事業所得稅額百分之三十為限」，及依該法前身《促進產業創新條例》第 6 條第 4 項規定訂定之《公司研究與發展及人才培訓支出適用投資抵減辦法》，因此亦有上述外國經認許設立之分公司無法享有租稅減免優惠，涉及違反國民待遇義務之問題。

三、《文創法》第 20 條規定「中央目的事業主管機關為鼓勵文化創意事業建立自有品牌，並積極開拓國際市場，得協調各駐外機構，協助文化創意事業塑造國際品牌形象，參加知名國際展演、競賽、博覽會、文化藝術節慶等活動，並提供相關國際市場拓展及推廣銷售之協助。」行政院文化建設委員會於民國 99 年 10 月 6 日公告之《文化創意產業發展施行細則》第 9 條補充說明中央目的事業主管機關以該條款得積極就若干事項協助文化創意事業塑造品牌形象，協助方式得以獎勵或補助方式為之。以廣告產業、產品設計產業與視覺傳達設計產業之中央目的事業主管機關經濟部為例，《經濟部鼓勵產業發展國際品牌獎勵補助及輔導辦法》（民國 99 年 8 月 12 日經貿字第 09904604670 號令）第三條明白指出「本辦法獎勵、補助及輔導之對象，以臺灣品牌企業為限」其必須是「依我國法律設立登記」，「非外國公司之子公司」。這兩項要件除了排除經認許之外國公司之分公司外，亦排除外國公司依我國《公司法》設立、具我國國籍之子公司的資格，使其無法享有品牌補助或獎勵之優惠，是以對其他會員之服務及服務提供者造成形式上之差別待遇而有違國民待遇原則之虞。

四、第 12 條規定主管機關及中央事業目的主管機關得就產品或服務創作或研究發展、培訓專業人才或招攬國際人才、市場拓展等 20 項業務，對文化事業

給予適當之協助、獎勵或補助，據此，《行政院文化建設委員會協助獎勵或補助文化創意事業辦法》規定該措施之優惠對象包含「依法設立或登記之公司、財團法人或社團法人」。筆者以為該款是否有違國民待遇原則之關鍵在於「登記」一詞之繫屬對象。就文義判斷，條文特別將「設立」與「登記」分別列出，顯見「登記」一詞並非公司「設立登記」或「認許登記」之「登記」，否則即無須將「設立」一詞獨立出來，特別載明，因此該款「登記」一詞所指應非「公司」，而是其後的「財團法人或社團法人」。依民法第 25 條規定「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」同法第 30 條指出：「法人非經向主管機關登記，不得成立。」對此，最高法院 64 年臺上字第 1558 號判例表示一經登記，「即行成立而取得法人資格，得為權利義務主體」。概法人之成立乃以登記為要件，由此可知上述規定所謂之「登記」，其指涉的應是公司之後的「財團法人」與「社團法人」，《文創法》第 12 條規定適用對象應解釋為「依法設立之公司」或「依法登記之財團法人或社團法人」。若依此解釋，本條款與上述各款一樣有獨厚本國服務與服務供給者（文創事業）之虞，而對外國業者施予較不利之待遇。

上述各款帶給外國服務與服務供給者之差別待遇皆屬法律明文規定之法律上的歧視(*de jure discrimination*)，致於《文創法》是否隱藏著事實上的歧視(*de facto discrimination*)，目前筆者並無所獲，但若干優惠補助條款之審查標準過於廣泛抽象，例如《文創法》第 15 條規定「為發展本國文化創意產業，政府應鼓勵文化創意事業以優惠之價格提供原創產品或服務，其價差由中央主管機關補助之。前項原創產品或服務範圍之認定與補助相關辦法，由中央主管機關定之。」該款適用對象並不限定本國文創業者，但根據文建會所訂定之「文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法」，中央主管機關審查申請案之考量事項包含「產品或服務之原創程度」、「刺激消費之效益程度」與「曾經獲獎或評鑑入選之情事」，前兩者並未進一步定義「原創程度」與「刺激消費之效益程度」，而「曾經獲獎或評鑑入選之情事」若偏重國內或華人(文)獎項與評鑑，則本國產品或服務自然取得相對優勢而涉及事實上之歧視。相關法條與辦法對此皆未詳加說明，留下模糊/彈性空間，難以僅憑法條妄自揣測。

此外，《文創法》第 14 條藝文體驗券的發放，及第 26 條營利事業採購並捐贈文創事業原創產品或服務者得列為當年度費用或損失以減免所得稅



等，皆屬政府對服務使用者(消費者)的補貼，而非政府給予服務或服務供給者的優惠待遇，雖不受 GATS 第 17.1 條之規範，惟該等優惠措施若影響國人文創產品或服務消費之選擇，間接影響其他會員在我國提供服務之競爭條件，則依 GATS 第 17.3 條規定：「如該待遇改變競爭條件，致使會員自己之服務或服務提供者較其他會員之服務或服務提供者有利」，亦不排除違反國民待遇之虞。

然而，國民待遇原則對獎助措施之規範卻仍存在力有未逮之處，例如《文創法》第 15 條在條文上並未對外國業者造成差別待遇，或無法判斷是否存在差別待遇，但規範本身卻留給主管機關相當之裁量權，而裁量權的行使即可能導致其他會員服務供給者處於較不利之地位，或蒙受利益之剝奪或減損，國民待遇原則對此卻無適用之餘地；又如前述國民待遇地域上之限制，惟有在本國設立商業據點之外國業者及自然人移動方可主張無差別待遇，以模式一與模式二提供同類服務之外國業者縱使面臨競爭條件改變等低於本國服務供給者之待遇亦無權主張國民待遇原則；再加上特定承諾部門之限制，未予承諾部門，或在特定承諾表國民待遇欄保留不受約束之措施，會員皆無須接受國民待遇義務之規範，是以國民待遇條款仍有其不完備之處。<sup>336</sup>惟不受國民待遇約束並不表示無違反 GATS 其他條款之可能，《文創法》之獎助與優惠措施不受國民待遇規範之部份若影響服務貿易，則仍屬於 GATS 之適用範圍，GATS 第 6 條國內規章與第 23.3 條非違反協定控訴即屬可能涉及之條款。

## 第二節 從國內規章看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之適法

### 性

GATS 有關國內規章之規定主要記載於第二部份第 6 條，屬於一般義務及規定，共分三部份，6 項規定，第一部份包含第 1, 2, 3, 6 項規定，包括

---

<sup>336</sup> 其實這也是 GATS 整個協定的特性。會員在市場開放與國民待遇方面的特定承諾還藉著定期舉辦的回合談判來提高自由化的程度，而國內規章、緊急防衛措施與前章所討論之補貼等也還在談判討論中，GATS 本身就是個還在持續發展的協定。

確保影響服務貿易之所有一般性適用措施是以合理、客觀且公平之方式實施、<sup>337</sup>提供救濟與覆審管道、<sup>338</sup>在合理期間內通知申請結果、<sup>339</sup>及提供適當程序驗證專業人員之能力，<sup>340</sup>主要是規範國內措施實施狀況之程序性規定；第二部份為第4項，為確保資格要件、程序、技術標準及核照條件等措施不應成為服務貿易不必要之障礙，服務貿易理事會應經由其設立之適當機構制訂必要規範；<sup>341</sup>第三部份為第5項，在第4項所擬規範生效前，訂立臨時規範以使會員有所遵循。<sup>342</sup>然一般所謂的「國內規章」依定義之廣狹可能指社會控制的所有機制、經濟干預的所有形式，或是一種透過特定的授權機制授與若干主管機關監督與執行之責的特定管理形式。<sup>343</sup>GATS 在此所稱之「國內規章」定義究竟為何？WTO 與 GATS 對於「國內規章」一詞並未加以界定，GATS 29 條條文中大部分之規定皆可視為廣義的國內規章，其中第2條（最惠國待遇）、第3條（公開化）、第6條（國內規章）、第7條（認許）、第8條（獨占及排他性服務供給者）、第9條（商業行為）、第16條（市場開

<sup>337</sup> GATS 第 6.1 條：「對已提出特定承諾之行業，各會員應確保其影響服務貿易之所有一般性適用所有措施是以合理、客觀且公平之方式實施。」

<sup>338</sup> GATS 第 6.2 條：「(a)會員應維持或儘速制定司法、仲裁或行政裁判或程序，俾在受影響之服務提供者要求時，對影響服務貿易之行政處分即時提供審查及適當之救濟。對該等程序未能獨立於作成有關行政處分之機關者，會員應確保該等程序確實提供客觀且公正之審查。(b)第(a)款之規定不得解釋為要求會員制定與其憲政結構或法律制度不一致之裁判或程序。」

<sup>339</sup> GATS 第 6.6 條：「與專業性服務有關之行業已被提出特定承諾時，會員應提供適當程序，以驗證其他會員專業人員之能力。」

<sup>340</sup> GATS 第 6.3 條：「特定承諾中之服務應先申請許可始得提供者，會員之該管機關，應於依據其國內法令規定，申請案完備後之合理期限內，通知申請人有關該申請案之結果。申請人有所請求者，會員該管機關應提供申請人有關該申請案情況之資訊，不得有任何不當之延誤。」

<sup>341</sup> GATS 第 6.4 條：「為確保有關資格要件、程序、技術標準及核照條件等措施，不致成為服務貿易不必要之障礙，服務貿易理事會應經由其設立之適當機構制訂必要規範。該規範尤其應確保上述措施係：

- (a)基於客觀及透明之標準，例如提供服務之資格及能力；
- (b)不得比確保服務品質所必要之要求更苛刻；
- (c)就核照程序本身而言，不得成為服務供給之限制。」

<sup>342</sup> GATS 第 6.5 條：「(a)在會員已提出特定承諾之行業部門，於依照第4項所制訂之規範未生效前，該會員之核照、資格條件及技術標準之適用，不得以下列方式使該特定承諾失效或減損：

- (i)不符合第4項第(a)款、第(b)款或第(c)款規定之標準；且
  - (ii)於該會員為該等行業提出特定承諾時，所無法合理預期者。
- (b)評估會員是否履行第5項第(a)款義務者，應考量該會員所適用相關國際組織之國際標準。」

<sup>343</sup> Suparna Karmakar, *GATS: Domestic Regulation versus Market Access*, ICRIER WTO RESEARCH SERIES No. 7, 1, 5 (2007) available at Available at

<http://www.esocialsciences.com/data/articles/Document12492010480.7847101.pdf>. last visited 2011/1/6.

放)及第 17 條(國民待遇)是與國內規章關係較為密切的條款。<sup>344</sup>然 GATS 第 6 條所稱之「國內規章」並非泛指會員國內法之所有規定，而係指會員對於影響服務貿易之管制措施，並排除上述各款規定之適用者方為第 6 條「國內規章」所欲規範之事項，因此「GATS 的『國內規章』比上述狹義之國內規章還要狹隘」，<sup>345</sup>本文所論述者即是此定義下之「國內規章」。

GATS 前言明文承認「會員有權為達成國家政策目標而對其境內服務之供給，予以管制並採用新法規」，這項原則對會員根據其社會民意、需求與文化傳統所產生之政策選擇予以尊重，2001 *GATS Guidelines*<sup>346</sup>與 2005 年香港部長宣言均一再強調此意旨。<sup>347</sup>誠然，國內規章確有保護消費者，確保專業資格與服務品質，矯正市場失靈(market failure)，<sup>348</sup>達成公平分配與社會正義等價值功能，<sup>349</sup>然而不合理之國內規章，例如行政程序時間上不必要的延宕、國內管制或行政程序缺乏透明性、外國業者取得國內營業證照或專業資格條件過於嚴苛等，卻也可能打擊投資意願，形成保護主義，造成貿易扭曲，減損市場開放與國民待遇自由化所帶來的正面效益，因此 GATS 規範合理之國內規章確有其必要。然而如何在「『要求會員不逾矩』與『侵犯會員立法權』之間求得平衡」卻非易事，<sup>350</sup>這也是為何 GATS 國內規章從 1990 年第一份草案出爐，規定「會員得要求其他會員之服務或服務供給者符合某些規範、

<sup>344</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 142，2009 年。

<sup>345</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 144，2009 年。

<sup>346</sup> WTO, *Guidelines and Procedures for The Negotiations on Trade in Services*, S/L/93 (29 March 2001), para. 1

<sup>347</sup> Suparna Karmakar, *GATS: Domestic Regulation versus Market Access*, ICRIER WTO RESEARCH SERIES NO. 7, 1, 8-9 (2007). Available at <http://www.esocialsciences.com/data/articles/Document12492010480.7847101.pdf>. last visited 2011/1/6.

<sup>348</sup> 經濟理論主張在正常狀況下，競爭能維持最有效率之分配，因此市場競爭所產生的結果應該是社會所期待的。然而，若發生「市場失靈」的話結果就無法盡如人意，而根據標準經濟理論，市場失靈原因有三：自然獨占(natural monopoly)，外部經濟效益(externalities)與資訊不對稱(information deficiencies)，這也是經濟上市場必須有所規範的原因。參見 MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICE (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 13 (2003).

<sup>349</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY 12-13 (2003).

<sup>350</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 148，2009 年。與國內規章談判有關之議題有必要性檢測、國內規章準則適用於所有服務部門抑或特定承諾部門、國內規章規範之政府層級為何、規範之措施是否包括核照程序等。



標準或資格。上述要求應基於客觀標準，例如提供該服務之資格與能力，不得超過為確保達到國家政策目標所必要之程度」，<sup>351</sup>「Dunkel 草案」將上述規定修改為「由適當之機構訂定必要之規範」而成為 GATS 之內建議題以來，<sup>352</sup>歷經烏拉圭回合談判、2005 年年底香港部長會議、<sup>353</sup>2006 年彙整文件、<sup>354</sup>2007 年準則草案、<sup>355</sup>2008 年第一次修正、<sup>356</sup>2009 年第二次修正草案等提案，<sup>357</sup>除於 1998 年完成「會計部門國內規章準則」(Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector)之修訂外，<sup>358</sup>至今第 6.4 條之討論基礎仍建立在非正式草案，會員尚未凝聚共識，而「GATS 第 6 條仍為過渡性條款」(Article VI has so far remained provisional in natural)的原因。<sup>359</sup>

學者咸認為國內規章對服務貿易自由化的重要性與 GATS 第 16 條市場准入與第 17 條國民待遇不相上下，三者共同構成 GATS 互補之三大原則，<sup>360</sup>也是「服務貿易自由化過程中，除市場開放與國民待遇以外第三個需要會

<sup>351</sup> GATT, *Draft Multilateral Framework for Trade in Service*, MTN.GNS/35 (23 July 1990)

<sup>352</sup> Trade Negotiation Committee, *Draft Final Act embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation*, MTN.TNC/W/FA (20 December 1991). 本草案由 GATT 當時的秘書長 Authur Dunkel 提出，整理烏拉圭回合談判之相關協定草案，供會員作為最後談判之基礎，期使談判早日劃下句點。該草案可謂烏拉圭回合談判之轉捩點，占有重要之歷史地位。參見林伊君，GATS 同類服務與服務供給者問題之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 1 月。

<sup>353</sup> WTO, *Annex C to Hong Kong Ministerial Declaration*, WT/MIN(05)/DEC (22 December 2005), para. 5

<sup>354</sup> WTO, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 Consolidated Working Paper*, JOB (06)/225 (12 July 2006)

<sup>355</sup> WTO, *Draft Disciplines on Domestic Regulations Pursuant to GTS Article 6:4*, Room Document 2639 (2 October 2007)

<sup>356</sup> WTO, *Revised Draft Disciplines on Domestic Regulations Pursuant to GATS Article 6:4*, Room Document 474.08 (23 January 2008)

<sup>357</sup> WTO, *2<sup>nd</sup> Revised Draft Disciplines on Domestic Regulations Pursuant to GATS Article 6:4* Room Document 2160 (20 March 2009), 在 2010 年 3 月 22 日起的盤點會議中，也以 2009 年 3 月之主席版文件為討論基礎，並將近一年來會員提出之建議案，以註釋方式列於註釋版草案 (Annotated Text of March 14 2010) 中，該草案將有助於釐清各會員之立場，也協助界定會員可能達成共識的部分 (areas of possible convergence)，並提供會員達成共識之方向。參見張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 153, 160，2009 年；中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)網站，[http://taiwan.wtocommerce.org.tw/issue/issueSERVICES\\_intro.asp?id=18](http://taiwan.wtocommerce.org.tw/issue/issueSERVICES_intro.asp?id=18), last visited: 2010/10/19

<sup>358</sup> WTO Doc. S/L/64 (24 December 1998)

<sup>359</sup> Panagiotis Delimatsis, INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY, at 94 (2007).

<sup>360</sup> AADITYA MATTOO AND PIERRE SAUVE eds., DOMESTIC REGULATION AND SERVICE TRADE LIBERALIZATION 3 (2003), indicates “Given the importance of the regulatory dimension in the liberalization process, Article VI on domestic regulation plays a key role in the opening of services

員戮力以赴的目標。」<sup>361</sup>然三者之規範競合卻常引起爭議，<sup>362</sup>例如「核照要件須符合經濟需求檢測或合資要求」或「服務供給者須於地主國居留一定期間始得提供服務」等措施，即分別違反第 16 條與第 17 條之規定，某種程度亦有違反第 6.4 條所規定「不得比確保服務品質所必要之要求更苛刻」之虞。尤其 *US-Gambling* 一案小組將美國法律全面禁止特定賭博活動解讀為「零配額」(zero quota)，否定美國「禁止遠距賭博服務僅是針對特定服務之特質的管制，而非數量的限制」的主張，而認定該措施形式上屬於第 16.2(a)、(c) 條之「數量配額」，<sup>363</sup>更引來多位學者的撻伐，認為爭端解決機構錯誤解讀第 6 條與第 16 條規定。<sup>364</sup>惟國內規章工作小組認為國內規章準則僅規範第 16 條與第 17 條以外之措施，適用於非屬市場進入限制或歧視性待遇之措施，GATS 第 6、16 與 17 條並無混淆之虞；<sup>365</sup>部份學者也認同這樣的看法。<sup>366</sup>國內學者也主張：(1)第 6 條屬於 GATS 第二部份之一般義務與規定，偏重於「質」

---

markets. Coupled with Article XVI on market access and Article XVII on national treatment, Article VI can indeed be seen as the third complementary dimension of a three-pronged approach to effective access to services markets.”

<sup>361</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 146，2009 年。

<sup>362</sup> Erich Vranes. *The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services*, 12 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 953-987 (2009); Suparna Karmakar, *GATS: Domestic Regulation versus Market Access*, ICRIER WTO RESEARCH SERIES NO. 7, 1-52 (2007); Panagiotis Delimatsis. *The Interaction Between GATS Articles VI, XVI, XVII and XVIII after US-Gambling Case*, NCCR WORKING PAPER NO. 2006/9, 1-27 (2006).

<sup>363</sup> GATS 第 16.2(a)條規定：

會員對已提出市場開放承諾之行業，除非其承諾表內另有規定，否則不得於其部分地區或全國境內維持或採行下列措施：

- (a) 以配額數量、獨占、排他性服務提供者或經濟需求檢測之要求等形式，限制服務供給者之數量；
- (c) 以配額數量或經濟需求檢測之要求 等形式，藉指定之數量單位，限制服務營運之總數或服務之總生產數量。

<sup>364</sup> Federico Ortino. *Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A critique*. 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 117-148 (2006); Joost Pauwelyn. *Rien ne Va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, WORLD TRADE REVIEW 1-40 (2005), also available at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/sym\\_april05\\_e/pauwelyn\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/sym_april05_e/pauwelyn_e.pdf) last visited: 2010/10/19; 彭心儀，〈由美國禁止網路賭博爭議案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解讀與體系建構〉，WTO 服務貿易與通訊科技法律，初版，頁 271-338，2005 年。

<sup>365</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 167，2009 年。

<sup>366</sup> 例如 AADITYA MATTOO AND PIERRE SAUVE eds., DOMESTIC REGULATION AND SERVICE TRADE LIBERALIZATION 3 (2003) indicates “Whereas Article XVI primarily addresses all (i.e. discriminatory and nondiscriminatory) quantitative restrictions affecting services trade and Article XVII disciplines overtly discriminatory treatment of foreign services and service providers, Article VI aims to discipline more opaque forms of protection embedded in domestic regulatory conduct.”

的最低要求，而第 16、17 條屬於第三部份之特定承諾，第 16 條則偏重「量」之最高設限，規範目的明顯不同；(2) 違反市場開放與國民待遇原則之措施原則上為 GATS 所「禁止」，若會員欲維持違反該等原則之措施則必須在特定承諾表之限制欄內特別載明，但會員制定國內規章原係會員之權利，為 GATS 所「允許」，會員不須於特定承諾表特別註明；若遇爭議案件時三者的舉證責任亦不相同。而由於三項規定之性質截然不同，該學者更進而主張檢驗措施是否違反此三條款，程序上應先確認該措施是否為第 16 條市場開放及第 17 條國民待遇所涵蓋，並排除 GATS 其他條款之適用後再行適用第 6 條國內規章各項規定。<sup>367</sup>

然筆者以為，儘管上述適用順序確有助於提高 GATS 規範的穩定性，但規範範圍「理論上」之明確並無法免除實際「適用上」之混淆。以「零配額」之概念而言，事實上爭端解決小組與反對小組裁定之學者均熟知國內規章與市場開放在規範與理論上之差異，然實際運用時卻出現因人而異的結果。「等同零配額」(equivalent to zero quota)之概念源自於 1993 *Scheduling Guidelines* 第 6.1 段指出「服務供給者必須具有地主國國籍」之要求即「等同於零配額」之範例，<sup>368</sup>爭端解決小組認為「完全承諾」(full commitment)依 1993 *Scheduling Guidelines* 第 24 段之解釋，會員即不應維持任何市場開放之限制措施，而美國在「其他娛樂服務業」市場開放限制欄「模式一」記載「無限制」即已提出「完全承諾」，<sup>369</sup>美國即不應維持任何市場進入之限制，但美國法律禁止經由網際網路提供博奕與下注服務即構成「模式一」之進入限制，形成「零配額」之狀態，是以屬於第 16.2(a)條「數量配額」限制。<sup>370</sup>然學者卻認為，就算「零配額」之概念有其存在之必要，但經由國內法律之制定，禁止以特定模式提供賭博服務屬於「質」的限制，是服務供給者能夠透過努力或改變加以克服的障礙，而不是業者完全無法克服「數量」的直接限制，不該套用「零配額」之概念；<sup>371</sup>且國內規章所規範之措施有其欲達成之政策

<sup>367</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 168-170，2009 年。

<sup>368</sup> 1993 *Scheduling Guidelines*, para. 6. "Limitation on the Number of Service Suppliers: Nationality Requirements for Suppliers of Services equivalent to zero quota."

<sup>369</sup> 事實上，美國是否承諾開放「其他娛樂服務業」也是爭點之一。

<sup>370</sup> Panel Report on *US-Gambling*, WT/DS285/R, para. 6.326-6.355.

<sup>371</sup> Joost Pauwelyn, *Rien ne Va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, WORLD TRADE REVIEW 1, 23-24 (2005).



目標，其目的不在貿易限制，但若因此而產生貿易限制效果，也會在目標得以達成的情況下將效果減至最低，然市場開放所處理之措施卻旨在貿易限制，<sup>372</sup>遂行保護主義，是以得明文禁止。美國三法明顯有其政策考量而非限制服務貿易之措施，理應適用第 6 條，<sup>373</sup>*US-Gambling* 小組似乎擴大了「零配額」、「數量限制」之解釋範疇，模糊了第 16 條與第 6 條之適用界線，使得第 16 條逾越第 6 條之規範範圍而互有重疊。該案件在同樣的理論背景下卻出現不同的適用結果，不論是小組擴大解釋第 16 條，或學者錯誤延伸第 6 條，皆顯見市場開放與國內規章之規範界線實不如理論之明確俐落。主張國內規章、國民待遇與市場開放三條款適用範圍明確之論者亦曾援引會計部門國內規章準則第一項後段規定：「本準則並不規範依第 16 條及第 17 條應予記載外國業者進入國內市場或國民待遇之限制措施，該等措施應透過談判並記載於特定承諾表中受 GATS 之規範。」<sup>374</sup>說明第 6 條與第 16、17 條規定有適用之先後與標準，從中擇一適用於法有據。<sup>375</sup>然而會計部門國內規章準則僅適用於「會計部門」，上述規定僅能就該部門加以解釋，肯認第 16、17 條規範之措施在「會計部門」不為該部門之國內規章準則所規範，三者之間存在互斥的關係。而 GATS 第 6 條正因為缺乏這樣的用語，反而無法將這樣的關係適用於 GATS 第 6 條與第 16、17 條之間。<sup>376</sup>總之，筆者認為此三款規定既有適用之爭議，一味堅持其範疇互不重疊、涇渭分明並無法平息爭議，在國內規

<sup>372</sup> Note by Secretariat, *Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services*, S/C/W/96 (1 March 1999), para. 3: "Measures falling within the scope of Article VI.4 are intended to serve regulatory or other public policy objective. Their purpose is not to restrict trade, and if they have incidental restrictive effective effects on trade, Article VI requires that these effects should be the minimum compatible with achievement of the desired policy objective... By contrast, measures intended to restrict trade and/or to discriminate between national and foreign suppliers are dealt with under Article XVI, Article XVII and the Annex on Article II Exemptions."

<sup>373</sup> ; Joost Pauwelyn. *Rien ne Va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, WORLD TRADE REVIEW 1, 25-26 (2005).

<sup>374</sup> WTO, *Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector*, S/L/64 (17 December 1998), para. 1: "... The disciplines therefore do not address measures subject to scheduling under Articles XVI and XVII of the GATS, which restrict access to the domestic market or limit the application of national treatment to foreign suppliers. Such measures are addressed in the GATS through the negotiation and scheduling of specific commitments."

<sup>375</sup> 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 169，2009 年。

<sup>376</sup> WPDR 或許也有這樣的認知，因此在 2009 年第二次修正草案第 10 段後項也加入了這樣的規定：「These disciplines apply to measures by Members relating to licensing requirements and procedures, qualification requirements and procedures, and technical standards affecting trade in services where specific commitments are undertaken. They do not apply to measures to the extent that they constitute limitations subject to scheduling under Article XVI or XVII.」

章準則尚未完成前，似仍有待爭端解決機構在案件裁決時做出更完善的說明。

WPGR 討論期間，多位會員曾提及國內法規措施常具備類似補貼的效果而有利於特定業者，<sup>377</sup>政府干涉措施所帶來的競爭優勢在某種程度上等於價格支持。WTO 秘書處在 1996 年的一份報告內也指出，就服務業而言，法規扮演著重要的角色，規範本身或多或少會對服務或服務供給者帶來間接補貼的效果，<sup>378</sup>例如禁止法律或醫藥等專業服務進行廣告行銷活動，或對工程或建築專業人士需在國內居住一段期間或具備一定程度官方語言的要求，表面上並無數量限制或歧視待遇，但這些措施帶給外國業者的不利程度卻遠較本國業者深，因此等於間接造福本國業者。GATS 第 15 條補貼條款並未排除國內規章適用補貼準則的可能，但以服務補貼暫行定義來看，國內規章本身的性質既不符合「財務補助」要件，亦難以檢測「授與利益」之有無，似無法於談判時將其列入補貼規範範圍，國內規章所具有的貿易扭曲效果還是得由 WPDR 處理。<sup>379</sup>

縱觀第 6 條之 6 項規定，筆者認為與《文創法》之獎助措施關係較為密切者應屬第 6.1 條。以下僅就 GATS 第 6.1 條做一詳細介紹，並檢視其對《文創法》獎助措施之意涵。

## 第一項 GATS 第 6.1 條意涵解析

GATS 第 6.1 條規定：「對已提出特定承諾之行業，各會員應確保其影響服務貿易之所有一般性適用措施是以合理、客觀且公平之方式實施。」<sup>380</sup>本規定體現了法治社會、正當程序的基本原則，旨在確保服務貿易不因國內法

<sup>377</sup> 持這類看法者如香港、新加坡與台灣，分別參見 WTO Doc. S/WPGR/M/27 (6 June 2000); S/WPGR/M/44 (28 October 2003), para. 68; S/WPGR/M/51 (18 March 2005), para. 12.

<sup>378</sup> WTO Secretariat, *Subsidies and Trade in Services*, WTO Doc. S/WPGR/W/9 (6 March 1996).

<sup>379</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS*, 118-119, 162 (2009).

<sup>380</sup> 原文：”In sectors where specific commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner.”

規的專斷恣行而有所阻礙，並藉以維持行政裁量的一致性與可預測性。本款相當於 GATT 第 10.3(a)條：「每一締約國對本條第一項所稱法律，行政規章，司法判決及行政命令應以平等，公正及合理之方式予以執行。」在 *EC-Bananas III* 一案中，上訴機構解讀 GATS 條款（第 2 條）時曾引用 GATT 已具相當共識之相對應條款（第 1 條）來檢視 GATS 爭議條款之範疇，因此本規定亦可循此模式，類推適用爭端解決機構對 GATT 第 10.3(a)條之解釋，作為闡釋本條款之依據。<sup>381</sup>

## 第一款 適用範圍

本款適用於「影響服務貿易之所有措施」。本章第一節第二項已詳述何謂「影響服務貿易之所有措施」，本節即不再贅述。須注意的是由於「影響」一詞所造成廣泛的規範範圍，是以縱使措施原來的規範對象為貨品或是國內服務之提供，但只要該措施對於服務貿易有所影響，亦得受 GATS 第 6.1 條之規範。<sup>382</sup>

再者 GATS 第 6.1 條僅適用於「已提出特定承諾之行業」，因此本規定對於會員之規範將因各會員之承諾部門差異而有所不同。針對本款適用於「已提出特定承諾之行業」的用語，似乎意謂著不管會員對特定部門的承諾深度與廣度如何，只要做出承諾，整個部門即應受 GATS 第 6.1 條之規範，換言之，縱使會員僅對特定部門的一個次部門或一種提供模式做出承諾，GATS 第 6.1 條仍適用於整體部門及所有提供模式。然這樣的解釋對於涵蓋為數眾多、性質各異之次部門的業別，尤其是各次部門的法制環境或規範體制大相逕庭時，會嚴重侵害各會員國審酌社會現狀、經濟環境與文化民情，制定國家政策目標之立法自主權，其實並不符合 GATS 第 6 條之規範目的，因此限制本規定僅針對個別次部門加以規範似應較為妥適，<sup>383</sup>會員「以合理、客觀

<sup>381</sup> 持相同看法者有 Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in WTO - TRADE IN SERVICE, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed. 168 (2008); Panagiotis Delimatsis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS-Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS*, 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 13, 21 (2007).

<sup>382</sup> Markus Krajewski. *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in WTO - TRADE IN SERVICE, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed., 169 (2008).

<sup>383</sup> Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in WTO - TRADE IN SERVICE, Rüdiger



且公平之方式實施」一般性適用措施的義務在不同服務部門將有輕重之別。<sup>384</sup>

其次，本規範僅適用於「一般性適用措施」而非針對「特定狀況所採取的措施」。所謂「一般性適用」措施即措施施行對象眾多而不特定，<sup>385</sup>通常為一般抽象性質之法規，*US-Underwear* 之小組報告中指出，<sup>386</sup>「一般性適用」之措施係指能夠影響「無法確定數目之經濟主體」(affect an unidentified number of economic operators)之措施，多數法體系中的一般法律、規章皆屬於此類措施，但通常不包含具體事件之行政裁定與司法判決。曾有學者主張 GATS 第 6.1 條適用於個別措施，因個別措施(裁定)通常是一般性適用措施施行的結果，<sup>387</sup>但這樣的說法混淆了 GATS 義務之「適用範圍」與「適用效果」。GATS 第 6.1 條要求會員履行之義務會「影響」個別裁定的「結果」(適用效果)，但不適用於個別裁定(適用範圍)，只有一般性適用措施的「實施情形」(the administration of measures of general application)才需要接受第 6.1 條的檢驗。惟原施行於特定個案之措施若成立(或取消)一體適用之原則，則該措施即應視為一般性適用措施，這種情形可能發生在允許行政單位之個案裁定或法院之個案判決成為一般法律原則之法體系。<sup>388</sup>

## 第二款 適用對象

GATS 第 6.1 條要求國內措施以合理、客觀且公平之方式實施，因此該規定所規範的是措施的「施行」(administration of a measure)，而非實體內

---

Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed., at 169 (2008).

<sup>384</sup> PANAGIOTIS DELIMATIS, *INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY* 96 (2007).

<sup>385</sup> Panagiotis Delimatis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS-Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS*, 10 *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* 13, 20 (2007).

<sup>386</sup> Panel Report on *United States—Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WTO Doc. WT/DS24/R (25 February 1997), para. 7.65.(以下簡稱 *US-Underwear*)

<sup>387</sup> T. Sunde, *Möglichkeiten Grenzen Innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS*, in C. Tietje ed al. (eds), *BEITRÄGE ZUM TRANSNATIONALEN WIRTSCHAFTSRECHT*, No. 59, 13-14 (2006), 引自 Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in *WTO - TRADE IN SERVICE*, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed., 170 (2008).

<sup>388</sup> Panel Report on *Japan—Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R (22 April 1998), para. 10.388.

容(substantive content)，措施的實體內容是否合理應受 GATS 其他條款之檢驗而非第 6.1 條。上訴機構曾在 *EC-Selected Customs Matters* 就 GATT 第 10.3(a) 條表示會員不得就法規實體內容提出違反 GATT 第 10.3(a) 條之控訴，但不排除若法規本身屬於「程序性」法規，其目的在於規範其他實體法規之施行或適用狀況，但該程序性規範卻會導致實體法規實施的不公平或不合理，則該程序性法規即可由會員提交爭端解決機構審議。<sup>389</sup> 同樣的道理可適用於 GATS 第 6.1 條，例如，若一般性適用之程序性法規規定主管機關審核既有業者之核照期限為 15 天，但新成立業者之核照審查期限卻需要 30 天，這樣的程序性法規，其規定(實體)內容可能導致核照要件(實體性法規)的實施欠缺公平性而違反 GATS 第 6.1 條。<sup>390</sup> 此外，GATS 第 6.1 條不適用於個案裁定或判決，但並不表示會員在爭端案件審理時不得以個案裁定或判決結果做為一般性適用措施實施欠缺公平、合理與客觀性之證據，<sup>391</sup> 只要會員能明白指出其控訴之一般性適用措施為何並提出措施施行狀況違反協定規定之事實。

### 第三款 規範目的

措施之實施必須「合理」、「客觀」與「公平」。所謂「合理」根據爭端解決小組之解釋，措施施行在邏輯判斷下必須符合一般大眾理性接受的標準，不應異於常規、無視於明顯的事實或實務準則，<sup>392</sup> 因此合理性是一項基本的要求，不同於所謂的「必要性」(necessity)或「比例原則」(proportionality)等較高標準。必要性與比例原則須對措施之目的與手段加以權衡，但合理性

<sup>389</sup> Appellate Body Report on *EC – Selected Customs Matter*, WTO Doc. WT/DS315/AB/R (13 November 2006), para. 200. 詳細討論可參閱 PANAGIOTIS DELIMATIS, *INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY* 98-100 (2007); 同一作者, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS-Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS*, 10 *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* 13, 22-24 (2007).

<sup>390</sup> Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in *WTO - TRADE IN SERVICE*, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed. 170 (2008).

<sup>391</sup> Panel Report on *Japan-Film*, WT/DS44/R, para. 10.388

<sup>392</sup> Panel Report on *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WTO Doc. WT/DS302/R (19 May 2005), para. 7.378-7.388; Panel Report on *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WTO Doc. WT/DS155/R and Corr.1 (16 February 2001), para. 11.67-11.68 關於 GATT 第 10.3(a) 之說明，可據以類推 GATS 第 6.1 條。

僅要求行事具備合理的理由。有論者謂合理性、必要性與比例原則類似，甚至認為其意義相同而無視於這些名詞在 WTO 不同協定、不同條文各有不同用法。<sup>393</sup>GATS 起草者若希望 GATS 第 6.1 條檢視的是措施實施的必要性，其用語自當以「必要性」取代「合理性」，而非保留「合理性」於條文中。其次，「客觀」之文義一般指的是實施過程不摻雜不理性、情緒性或個人考量，施行政程序不得擅用裁量權，獨斷獨行。而「公平」意謂著決策不偏袒任何一方，其給予一方之特殊考量、特權或利益衡量不多也不少於同樣受該決策影響之他方。<sup>394</sup>雖然「公平性」含有「不歧視原則」之因子，但其意涵與 GATS 第 2 條(最惠國待遇)與第 17 條(國民待遇)並不相同。第 2 條與第 17 條不管措施實施之目的或目標為何，會員給予一服務或服務供給者之待遇不得低於「同類」服務或服務供給者，唯一可正當化其差別待遇者只有第 14 條所規定之例外狀況。但第 6.1 條允許會員對同類情形給予不同待遇，只要理由夠正當，其並不必然違反第 6.1 條「公平性」的要求。<sup>395</sup>

另一個重要的議題是「合理」、「客觀」與「公平」這三要件是否可因單一要件之違反而提請爭端解決，或三者須累積適用？以 GATT 第 10.3(a)條而言，WTO 爭端解決機構建立之案例說明三者可獨立適用，因此只要違反其中一項要件即可提請爭端解決。但如果案件同時包含三要件之違反，則爭端解決機構得以其認為適當之順序檢視此三要件，而不須遵循 GATT 第 10.3(a)或 GATS 第 6.1 條之規範順序。只要措施之實施不符合任一要件之要求，即可認定其違反本款規範義務。換句話說，GATS 第 6.1 條要求的是「合理」、「客觀」與「公平」三要件的同時滿足。<sup>396</sup>

---

<sup>393</sup> T. Sunde, *Möglichkeiten Grenzen Innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS*, in C. Tietje ed al. (eds), *BEITRÄGE ZUM TRANSNATIONALEN WIRTSCHAFTSRECHT*, No. 59, 23 (2006), 引自 Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in *WTO - TRADE IN SERVICE*, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed. 171 (2008).

<sup>394</sup> Panel Report on *Argentina – Hides and Leather*, WT/DS155/R, para. 11.100

<sup>395</sup> Markus Krajewski, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in *WTO - TRADE IN SERVICE*, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle ed., 172 (2008).

<sup>396</sup> 詳見 Panagiotis Delimatsis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS-Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS*, 10 *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* 13, 26-28 (2007); Panel Report on *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, para. 7.379, 7.383; Panel Report on *Argentina – Hides and Leather*, WT/DS155/R, para. 11.86.



## 第二項 《文創法》獎補助與租稅優惠措施於國內規章第 6.1 條之適

### 法性

GATS 第 6.1 條所規範者並非 GATS 第 28.(a)條所定義之「會員所採法律、規則、命令、程序、決定、行政處分或其他形式之任何措施」，而僅包括一般、抽象規定之法律、規章與規則，至於決定、行政處分及其他形式措施(如行政指導)等特定、具體之決定則不在第 6.1 條之規範範疇。對照我國法制之定義，GATS 措施、我國相對應之法制概念及第 6.1 條之規範範圍可得表如下：

性質	GATS 措施	我國法制度對應概念	第 6.1 條規範措施	我國法制定義
一般、抽象規定	法律	法律	V	中央法規標準法第 5 條：法律應經立法院通過，總統公布。
	規章	法規命令	V	行政程序法第 150 條第 1 項：法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。
	規則	法規命令或行政規則* *機關內部規定，未對服務供給者之權利義務直接發生法律效果	V	中央法規標準法第 3 條：各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。
特定、具體決定	決定與行政處分之措施	行政處分、行政契約	X	行政程序法第 92 條第 1 項：行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。 行政程序法第 135 條：公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此

				限。
	其他形式措施	行政指導、行政指令	X	<p>行政程序法第 165 條： 行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。</p> <p>行政指令： 行政機關內部上對下之具體指示、意見(無法律效果規定，屬於公務員服務法之範疇，該法第 2 條規定：長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。)</p>

資料來源：中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)：《GATS 第 6.4 條「國內規章準則」之訂定與對我國法規之影響分析》，少部份作者整理

此外，各法律之「施行細則」(如入出國移民法施行細則)或「施行法」(如民法繼承編施行法)即屬規範其他實體法規之施行或適用狀況之「程序性法規」，各機關依據施行法或施行細則所訂定之行政規則或具體決定亦屬 GATS 第 6.1 條之規範對象。<sup>397</sup>

《文化創意產業發展法》於民國 99 年 1 月 7 日自立法院三讀通過，2 月 3 日奉總統令公告施行，自是 GATS 所謂之「法律」。其相關配套措施自 8 月 30 日陸續正式施行，其中「文化創意產業內容及範圍」、「行政院文化建設委員會協助獎勵或補助文化創意事業辦法」、「學生觀賞藝文展演補助及藝文體驗券發放辦法」、「文化創意事業原創產品服務價差優惠補助辦法」、「行政院文化建設委員會促進民間提供適當空間供文化創意事業使用獎勵或補助辦法」、「行政院文化建設委員會公有文化創意資產運用辦法」<sup>398</sup>「營利事業捐

<sup>397</sup> 林聖忠，李淳，《GATS 第 6.4 條「國內規章準則」之訂定與對我國法規之影響分析》，中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：經濟部國際貿易局，計劃名稱：96 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」- WTO 服務貿易國內規章準則之制訂與對我國相關法規之影響分析，頁 8-9, 12，2007 年 12 月。

<sup>398</sup> 以上六子法皆於 8 月 30 日由文建會供告施行

贈文化創意相關支出認列費用或損失實施辦法」<sup>399</sup>屬於 GATS 所定義之法規命令類；「文化創意產業發展法施行細則」則屬施行法律(administration of laws)所訂之規範，只要這三類措施（法律、法規命令與施行細則）施行時對服務貿易產生影響，無論措施是否對服務之提供直接加以規範，或是在規範其他事項時間接對服務貿易產生影響，皆為 GATS 第 6.1 條之規範對象。

再者，GATS 第 6.1 條要求國內措施以合理、客觀且公平之方式實施。規範對象既是措施之「施行」，則僅能在措施實際施行時檢視其是否產生「不合理」、「不客觀」或「不公平」之現象。而規範執行結果之所以產生「不合理」、「不客觀」或「不公平」乃在於法律或法規賦予權責機關相當之裁量權，<sup>400</sup>而該裁量權之行使可能背離法定目的、出於虛假的動機、不正當的目的或不相關的考慮、忽視相關因素，不依循先例或承諾、對相同情形不做同等對待及摻雜個人主觀價值判斷等違背誠信、合理、平等及客觀原則等一般法的規範。《文創法》第 15 條規定：「為發展本國文化創意產業，政府應鼓勵文化創意事業以優惠之價格提供原創產品或服務；其價差由中央主管機關補助之。前項原創產品或服務範圍之認定與補助相關辦法，由中央主管機關定之。」<sup>401</sup>本款正文及隨後由文建會公布之《文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法》皆未顯示價差補助措施對國內外文創業者有差別待遇，僅要求中央主管機關審查產品或服務之原創程度、產品銷售或服務提供計劃之可行性、刺激消費之效益程度與曾經獲獎或評鑑入選之情事。<sup>402</sup>但這些審查項目性質抽象，中央主管機關並未事先建立客觀標準或量化指標供其邀集之相關

<sup>399</sup> 由文建會於 9 月 7 日公告施行

<sup>400</sup> 此處指的是較廣義的行政裁量。行政機關行使國家之行政權，本應該以法規為依據，不可擅自決定處理，但由於行政事項繁瑣，而客觀情勢變動不居，故法令規定難以絕對周延，若完全拘泥於法的範圍內，勢難達到現代化所需求的便民、利民之目標。因此，法律對某些事務許可行政機關行使職權時，得以自由判斷，這就是所謂「行政裁量」。葉尉鑫，〈行政倫理與行政裁量對公務人員重要性之初探〉，T&D 飛訊第 52 期，頁 3，2006 年。其中可再細分為：為配合行政事務的特質，立法機關藉著賦予行政機關，在案件事實合致法律構成要件的情形，有法律效果的選擇權限(賦予「行政裁量權」)；或者賦予行政機關就具體案件事實是否符合法律構成要件享有一定的判斷空間(賦予「判斷餘地」)；或基於行政計劃的特質，賦予行政機關對於確定行政計劃有一定的「計劃形成自由」。參閱陳愛娥，〈檢察官與政治—公法學的觀點〉，檢察新論第 5 期，頁 64，2009 年。

<sup>401</sup> 文化創意事業以優惠價格提供產品或服務，價差再由主管機關補助，除非能確定需求因此提高，且與價差補助措施具因果關係，否則業者並未因此授與利益，其或具補貼效果，但難以證明，是以筆者未將本款列入前一章之補貼措施進行討論。

<sup>402</sup> 《文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法》第 4 條。



機關、專家學者或業界人士參照，審查人員在欠缺統一審查標準之情況下，卻被賦予相當之自由裁量權，因此審查施行過程是否對國內外服務供給者「合理」、「客觀」與「公平」即涉及該措施是否違反 GATS 第 6.1 條之規範。此外，《文創法》第 18 條規定：「公有公共運輸系統之場站或相關設施之主管機關，應保留該場站或相關設施一定比率之廣告空間，優先提供予文化創意產品或服務，以優惠價格使用；其比率及使用費率，由主管機關定之。」日後各公有公共運輸系統或場站之主管機關訂定與實施相關辦法時即應注意符合第 6.1 條合理、客觀與公平原則。

GATS 第 6.1 條要求會員確保國內措施實施具備公平、合理與客觀性，其所期待的是 WTO 會員在服務貿易上善盡管理人講求正當程序與良好治理 (due process and good governance) 之責任，維持政策措施之一致性與可預測性。然本規定與國民待遇一樣，僅適用於特定承諾部門，具補貼效果之國內措施若對未開放部門造成貿易扭曲仍不受 GATS 6.1 條之規範。國內管制對服務與服務供給者之限制措施如不加以合理規範，其所造成之服務貿易障礙並不亞於市場開放與國民待遇之限制。在特定承諾談判未完成之際，GATS 第 6.1 條能起之作用畢竟有限；而適用於資格、核照要件與程序及技術標準之國內規章準則也還在非正式草案討論階段，GATS 第 6 條尚無法積極有效規範國內管制或支持措施，自不待言。

### 第三節 從非違反協定控訴看《文創法》獎補助與租稅優惠措施之

#### 適法性

非違反協定控訴 (Non-violation complaints) 可讓 WTO 會員國在依協定直接或間接可獲得之利益被剝奪或減損時，不論其他締約國所採取之措施有無違反協定，都能對該締約國提出控訴。就一般國際法理論與所有國際法之法律救濟制度，殊難想像國家在其行為於形式上未違反特定國際法規則下，

卻被其他國家提出控訴，<sup>403</sup>因此有學者認為該制度乃 GATT 時期以外交導向解決爭端之遺跡，<sup>404</sup>一種奠基於外交官之法律觀的法律秩序，<sup>405</sup>甚至是一種自 GATT 時代以來即存在的缺陷，<sup>406</sup>自始就不應該出現在爭端解決機制、無用且危險的架構；<sup>407</sup>因缺乏精確的定義與審查規範、成立要件模糊(詳下文)，使用該機制將導致「不當案件」(wrong cases) 增加，加重爭端解決機構的負擔。<sup>408</sup>多數論者認為非違反協定控訴應視為例外、限縮解釋，<sup>409</sup>但也有學者持不同看法，認為非違反協定控訴自 GATT 時代延伸至 WTO 時代，訂立於 GATT, GATS, TRIPS 及 DSU<sup>410</sup>各協定與瞭解書中，即表示該規定有其存在之必要，應善加利用。<sup>411</sup>

---

<sup>403</sup> WTO 法務部(legal Affairs Division)與上訴機構(Appellate Body)本身也表示“One might wonder about the legitimacy of the non-violation complaint, given that the WTO Agreement contains all the rights and obligations which members agreed in this negotiation. Why shall there be a remedy against actions that are not inconsistent with the rights and obligations, in other words, means that the WTO Agreement does not preclude?” see WTO, A HANDBOOK ON THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 32 (2004).

<sup>404</sup> Haochen Sun, *TRIPS and Non-Violation Complaints: From a Public Health Perspective* 1, 6 available at [www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf), last visited: 2010/10/30.

<sup>405</sup> ROBERT E. HUDEC, *ENFORCING INTERNATIONAL TRADE LAW: THE EVOLUTION OF THE MODERN GATT LEGAL SYSTEM* 7 (1993), 引自 Christophe Larouer, *WTO Non-Violation Complaints: A misunderstood Remedy in the WTO Dispute Settlement System*, NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, LIII 97, 100 (2006).

<sup>406</sup> J. H. Jackson, *Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Consideration*, Research Seminar in International Economics, School of Public Policy, The University of Michigan, DISCUSSION PAPER NO. 419, 1, 12 (1998), available at: <http://141.211.144.225/rsie/workingpapers/Papers401-425/r419.pdf>, last visited: 2010/11/1.

<sup>407</sup> P. Pescatore, *The GATT Dispute Settlement Mechanism: Its Present Situation and Its Prospect*, 27(1) THE JOURNAL OF WORLD TRADE 5 (1993), 引自 Christophe Larouer, *WTO Non-Violation Complaints: A misunderstood Remedy in the WTO Dispute Settlement System*, NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, LIII 97, 100 (2006).

<sup>408</sup> 所謂的“wrong cases”是指不應該(undesirable)或不適合(inappropriate)提交爭端解決之案件，若案件所要裁定之議題是會員未凝具共識，或過去雖有共識，但目前已被打破者，案件將更具爭議性。見 Sung-joon, Cho *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles, Heel of the Dispute Settlement Process*, 39(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 311, 329-330 (1998).

<sup>409</sup> Sung-joon, Cho *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles, Heel of the Dispute Settlement Process*, 39(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 311, 316-320 (1998); Thomas Faunce, Warwick Neville, Anton Wasson, *Non-Violation Nullification of Benefit Claims: Opportunities and Dilemmas for Australia in the WTO Dispute Settlement System*, in AUSTRALIAN PERSPECTIVES ON WTO DISPUTE SETTLEMENT, Bray, M., ed. 124-125 (2009).

<sup>410</sup> GATT 第 23.1(b)條，GATS 第 23.3 條，TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) 第 64.1 條，DSU 第 26 條。

<sup>411</sup> John Linarelli, *The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons From the Kodak-Fuji Dispute*, 31 LAW AND POLICY IN INTERNATIONAL BUSINESS 263, 334-335 (2000).

基於衡平法之善意原則，GATT 非違反協定控訴的建構，旨在保障關稅減讓所得之成果以及彼此間減讓的互惠平衡。<sup>412</sup>締約國基於關稅談判，對於關稅減讓後之價格效果抱持著合理的期待，為鼓勵締約國進行關稅減讓，並確保減讓後之利益期待不致遭他方締約國事後採行任何措施之剝奪或減損，因此必須賦予締約國一嗣後程序之救濟措施，<sup>413</sup>由於許多國家所採行阻礙自由貿易之「間接保護措施」與貿易並無直接相關，<sup>414</sup>也未必違反特定協定，但卻同樣會對關稅減讓所建立之市場進入的期待利益與競爭優勢造成剝奪或減損，是以藉由「非違反協定控訴」制度給予善意信賴此期待利益之會員應有的法律保障與尋求救濟的機會。*EEC-Oilseeds I* 小組報告也明確指出非違反協定控訴背後的基本理念是「經由關稅減讓而得合理期待之競爭條件的改善，不僅會因其他締約國採取違反協定之措施而有所折損，措施符合協定規範亦然。為鼓勵締約國做出關稅減讓，當互惠性質之減讓利益遭其他締約國採行之任何措施減損時，不管該措施是否違反協定，皆須給予該會員補救的權利。」<sup>415</sup>

雖然原本適用於貨品貿易之非違反協定控訴於 GATS 成立時，經稍事修改亦成為服務貿易協定救濟條款之一，<sup>416</sup>但截至目前，所有涉及非違反協

---

<sup>412</sup> 非違反協定控訴的前身為 1930 年代國際經濟聯盟在經濟會議所討論的「衡平待遇條款」(equitable treatment clause)，後常運用於 1930-40 年代之雙邊貿易協定，「剝奪與減損」概念亦源於此時。第二次世界大戰後國際間擬建立國際經濟制度時即沿用此條款，將其納入國際貿易組織(International Trade Organization)哈瓦那憲章第 93 條及 GATT 第 23 條成為目前之非違反協定控訴條款。詳見徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 72-73，2007 年；趙堅集，論違反協定與未違反協定之控訴——以世界貿易組織之法制為中心，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁 145-147，2003 年 6 月。

<sup>413</sup> 非違反協定控訴訂立之歷史背景與理念請參閱 James P. Durling and Simon N. Lester, *Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy*, 32(2) GEORGE WASHINGTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND ECONOMICS 211, 218-224 (1999).

<sup>414</sup> 1923 年於日內瓦舉行的國際經濟會議(International Economic Conference)，與會人員列出了四種主要的「間接保護措施」，即 1) 補貼；2) 傾銷與反傾銷措施；3) 運輸條件的差別待遇；4) 對外國貨品較為不利之財政措施。參閱 PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 154 (2009).

<sup>415</sup> GATT Panel Report, *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Protein* (25 January 1990) BISD 37S/86, para. 144. (以下簡稱 *EEC-Oilseeds I*)

<sup>416</sup> GATS 第 23.3 條將 GATT 第 23.1(b)條：「任一締約國如認為依本協定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，因下列原因而受阻」條文，以「可合理期待」取代「直接或間接」，並刪除 GATT 實踐 50 年來皆未被使用之要件——「或本協定任何目標之達成，因下列原因而受阻」。控訴國贏得裁定後可調整之權利亦與 GATT 第 23.1(b)有所不同，詳下文。



定控訴之爭端案件皆源於貨品貿易，不僅提案量有限，經小組認定控訴成立，報告得為締約國大會全體通過者也不過三件，<sup>417</sup>顯示會員對非違反協定控訴之援用謹慎自制，將此類控訴視為例外，縱使援用，多數會員亦僅將非違反協定控訴做為「備位主張」(auxiliary role)，僅在違反特定協定條款之控訴主張不成立時備位使用。<sup>418</sup>爭端解決機構對於此類控訴似亦採限縮解釋，藉由爭端解決報告的宣示<sup>419</sup>與案件成立要件的建構，限制非違反協定控訴適用的範圍，以防止締約國濫用。<sup>420</sup>雖然非違反協定控訴實際應用有限，但有學者認為因許多涉及服務補貼的措施皆得在不違反 GATS 任何現行規範下施行，會員縱使因此受有損害亦無法訴諸違反協定之控訴以確保利益，是以非違反協定控訴在服務補貼上反而較具運用與探討的空間。只是目前 WPGR 之談判，以「非違反協定控訴」做為服務補貼之反制措施的討論仍屬鳳毛麟角。<sup>421</sup>

## 第一項 GATS 第 23.3 條意涵解析

<sup>417</sup> 根據小組在 *Japan-Film* 一案中所做的認定，GATT 時期共出現過九件非違反協定控訴案，其中三件被認定不成立，但未獲締約國整體大會通過，而 WTO 成立至今亦僅三會員曾提出非違反協定控訴，但皆被認定不成立。三件成立並經大會通過之案件為 *Australian - Subsidy on Ammonium Sulphate*, BISD II/188 (3 April 1950), *Germany - Treatment of Imports of Sardines*, BISD 1S/53 (31 October 1952), *EEC-Oilseeds I*, BISD 37S/86 詳見徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 75，2007 年。

<sup>418</sup> Sung-joon, Cho *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles, Heel of the Dispute Settlement Process*, 39(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 311, 322 (1998); 徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 75-76，2007 年。

<sup>419</sup> *EC-Asbestos* 一案之上訴機構指出非違反協定控訴應謹慎使用，且僅做為例外狀況之救濟措施。見 Appellate Body Report on *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (5 April 2001), para. 186. (以下簡稱 *EC-Asbestos*)。雖然 GATT 第 23.1(b)條與 GATS 第 23.3 條條文並非完全相同，但基本理念一樣，對於 GATT 非違反協定控訴之批評或分析多可類推適用。Eric Leroux, *Trade in Financial Services Under the World Trade Organisation*, 36(3) JOURNAL OF WORLD TRADE, at 426 (2002).

<sup>420</sup> JOHN H. JACKSON, WILLIAM J. DAVEY AND ALAN O. SYKES eds., *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CASES, MATERIALS, AND TEXT ON THE NATIONAL AND INTERNATIONAL REGULATION OF TRANSNATIONAL ECONOMIC RELATIONS* 288-289 (2002).

<sup>421</sup> 早期就 GATS 第 15 條補貼條款之討論時曾提及以非違反協定控訴做為服務補貼之規範措施，詳 Note by the Secretariat on *Subsidies and Trade in Services*, WTO Doc. S/WPGR/W/9 (6 March 1996), para. 20-21.

GATS 第 23.3 條規定：

「會員因其他會員依第三篇所提出之特定承諾原可合理預期獲得之利益，因採取未與本協定衝突之措施而喪失或遭受損害者，得依據爭端解決瞭解書之規定處理之。上述措施如經爭端解決機構認定確已致使該項利益喪失或受到損害者，受到影響之會員有依第二十一條第 2 項之規定，要求雙方滿意之調整之權利，包括該項措施之修正或撤回。若相關會員間無法達成協議，爭端解決瞭解書第二十二條之規定應予適用。」<sup>422</sup>

GATS 第 23.3 條關注之合理期待利益取決於其他會員國就特定承諾表各服務部門在四種服務供給模式中，市場准入、國民待遇與額外承諾項目所允許之開放程度、條件限制與資格要求。雖然 GATS 第 23.3 條條文大致仿自 GATT 第 23.1(b)條，<sup>423</sup>然二者對於 1) 控訴國勝訴後可採取之救濟措施並不相同：在貨品貿易協定下，被訴國縱使敗訴也無撤銷非違反協定措施之義務，<sup>424</sup>但 GATS 第 23.3 條則賦予勝訴之控訴國有權要求被訴國撤回爭議措施以達成「滿意之調整」。2) GATS 條文訂立時，GATT 已有 50 年的施行歷史，參酌 GATT 規範與爭端解決機制施行的經驗，去蕪存菁、截長補短，GATS 之規範用語與目的與 GATT 第 23.1(b)條亦稍有不同（見註 201）。目前 GATS 尚無非違反協定控訴之案例可供參考，但鑑於 GATS 與 GATT 在非違反協定控訴條文、原則與理念各方面之類似，及會員共同遵守爭端解決機構所作裁定之承諾，爭端解決機構針對 GATT 所建立非違反協定控訴之成立要件可類

<sup>422</sup> 原條文：” If any Member considers that any benefit it could reasonably have expected to accrue to it under a specific commitment of another Member under Part III of this Agreement is being nullified or impaired as a result of the application of any measure which does not conflict with the provisions of this Agreement, it may have recourse to the DSU. If the measure is determined by the DSB to have nullified or impaired such a benefit, the Member affected shall be entitled to a mutually satisfactory adjustment on the basis of paragraph 2 of Article XXI, which may include the modification or withdrawal of the measure. In the event an agreement cannot be reached between the Members concerned, Article 22 of the DSU shall apply.”

<sup>423</sup> GATT 第 23.1(b)條：「任一締約國如認為依本協定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，因下列原因而受阻：（一）.....，（二）其他締約國所施行符合或違反本協定之任何措施；

（三）...。該締約國為圓滿解決問題，得向其他締約國或認為有關之各締約國提出書面意見及建議，其相對締約國應慎重考慮。」

<sup>424</sup> DSU 相關條款第 26.1(b)條指出：「某項措施若被認定剝奪或損害相關內括協定下之利益，或妨礙該協定目的之達成，但並未違反內括協定之規定時，採取該措施者並無義務撤銷該措施之義務。惟在此情形，小組或上訴機構應建議相關會員作一令雙方滿意之調整。」

推適用於 GATS (本文將特別針對服務補貼)。根據 GATT 過去之案件審查，成立非違反協定控訴須同時具備下列三要件：1) 須為其他會員國所採取的某項措施；2) 須於相關協定下具備可合理期待之利益；3) 該利益因其他會員國所採取之措施而遭剝奪或減損。茲分別詳述如下。

### 第一款 須為其他會員國施行之措施

本款規定爭議措施須為其他會員國所採取，通常指的是「政府機關」「現時」所施行之政策或行動，但也可能涉及私人團體，只要政府在其中扮演著舉足輕重的角色。<sup>425</sup>除了積極採取之特定措施外，被控訴國消極不作為亦符合本要件，得為他國所控訴。例如 *Germany-Sardines* 一案，<sup>426</sup>德國消極地未調整關稅至其原先承諾之稅率也成為控訴之措施。同時，爭議措施須與協定本身不相衝突，否則即應就違反協定之特定條款成立「違反協定之控訴」。若爭議措施違反協定，但符合例外免責事由，從而不得成立違反協定之控訴，而有成立「未」違反協定控訴之可能時，即須就其他要件加以審理。<sup>427</sup>以服務補貼而言，補貼措施由政府施行即符合本要件，要件本身並未要求控訴國證明係爭措施符合任何協定規範之任何補貼定義，只要說明其他會員國政府所採取之措施為其所無法預期，且該措施以不利外國企業的方式提高內國企業之競爭力即可。<sup>428</sup>

### 第二款 須於相關協定下具備可合理期待之利益

第二個要件是控訴國須具備合理可期待之利益。此處所謂之「利益」非指法律上之權利或權益，而是指控訴國經多重回合談判後，因對手國之讓

<sup>425</sup> For details, please refer to Panel Report on *Japan-Film*, WT/DS/44/R, para. 10.42-10.89.

<sup>426</sup> GATT Panel Report on *Germany – Treatment of Imports of Sardines*, BISD 1S/53 (31 October 1952), at 53 (以下簡稱 *Germany – Sardines*).

<sup>427</sup> GATT Panel Report on *United States – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied under the 1995 Waiver and under the Head note to the Schedule of Tariff Concessions*, BISD 37S/228 (7 November 1990), at 35.

<sup>428</sup> Alan O. Sykes, *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*, CHICAGO JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 186, 1, 18 (2003), available at [http://ssrn.com/abstract\\_id=415780](http://ssrn.com/abstract_id=415780), last visited: 2010/11/2.



步而得合理期待競爭地位的提升，套用在 GATS 第 23.3 條，相關讓步指的是對手國給予外國服務與服務供給者市場進入與國民待遇等項目之特定承諾。該期待利益是否「合理」，認定時須全盤考量會員做出特定承諾時所施行及可合理預期之所有政策措施。<sup>429</sup>本要件須由控訴方負舉證責任，說明對手國之特定承諾能帶來之合理期待利益究竟為何。<sup>430</sup>

非違反協定控訴做為補貼所造成貿易扭曲之補救措施，實際上能起多大效用須視對手國做出特定承諾之質與量而定。若對手國未做出市場開放之承諾，即無所謂合理期待之利益，連帶的也沒有提出非違反協定控訴的理由，就此意義而言，GATS 第 23.3 條無異於第 6.1 條及第 17 條，在適用上皆受限於市場開放的前提。而若對手國做出市場開放與國民待遇等承諾，某種程度允許外國服務與服務供給者進入內國市場，但卻在做出承諾後採取造成貿易扭曲效果之補貼措施，則合理期待利益受損之會員國即可以非違反協定控訴做為嗣後的救濟手段，但須注意的是該控訴制度所能補救的補貼類型僅限於進口替代補貼。這是因為非違反協定控訴據以成立的「合理期待利益」主要源自於對手國的特定承諾，承諾國採取進口替代補貼若造成貿易扭曲效果，效果會發生在補貼國，亦即承諾國自家市場，阻礙新進業者進入該市場或現有業者業務擴張的機會，控訴國藉由對手國之特定承諾所得合理期待競爭能力的提升將因該措施的施行而被抵銷，故可據此對承諾國提起非違反協定控訴。但若承諾國採取的是出口補貼，其所影響的是服務輸入國或第三國的市場，而服務輸入國或第三國的市場進入問題牽涉的是該國所為之特定承諾，以非違反協定控訴之理念與邏輯，控訴國並無法根據第三國所做的承諾向對手國提起控訴。

GATT 時期之爭端案件 *EEC-Oilseeds I* 可實際說明進口替代補貼在非違反協定控訴之定位。1988 年美國一家主要油籽出口業者控訴歐洲共同體根據「共同農業政策」下之價格支持機制所實施的補貼措施明顯不利於外國業者，因此違反歐洲共同體對於油籽商品自由進入歐洲市場之承諾。<sup>431</sup>當時

---

<sup>429</sup> GATT Panel Report on *Japan-Film*, WT/DS44/R, para. 10.61.

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> 美國也主張歐洲共同體違反 GATT 第 3.4 條之義務，見 GATT Panel *EEC-Oilseeds I*, BISD 37S/86, para. 36-52.

GATT 和目前的 GATS 一樣，並不禁止會員國採取農業補貼政策，但 *EEC-Oilseeds I* 小組之裁定卻指出歐洲共同體在關稅減讓表中將油籽之約束關稅降至零關稅，之後卻於區內實施生產補貼措施以保護區內油籽業者免於商品價格因進口同類商品而產生波動，並避免關稅減讓衝擊區內業者之競爭能力，美國因關稅減讓可合理期待之利益確實因歐體之補貼措施而有所減損，<sup>432</sup>符合非違反協定控訴之成立要件。

再者，會員上述利益因對手國施行補貼措施而受到剝奪或減損時，無論該會員所屬之服務供給者以何種模式提供服務，皆可提起非違反協定控訴。就這點來看，非違反協定控訴恰可彌補 GATS 第 17 條國民待遇之不足。如前所述，*2001 Scheduling Guidelines* 第 15 段明白揭示 GATS 不要求會員在其司法管轄範圍外採取任何措施，而 GATS 第 17 條國民待遇義務亦不要求會員將此等待遇延伸至其他會員境內之服務供給者。據此，補貼措施在國民待遇適用上也有其領土的限制，模式一與模式二之外國服務供給者均不在地主國境內，無權享有地主國給予國內服務供給者及模式三與模式四之外國業者的補貼，卻得承受該補貼帶來不利之影響。然非違反協定控訴對於服務供給者之提供模式並無設限，模式一與模式二之外國服務業者，只要其合理期待利益因控訴國之補貼措施而受到剝奪或減損，便可據以提起控訴，提交爭端解決，使非違反協定控訴成為國民待遇以外、可為模式一與模式二之外國業者合理運用之救濟管道。<sup>433</sup>

### 第三款 前述利益因爭議措施而受到剝奪或減損

非違反協定控訴的第三項要件要求會員因特定承諾可合理期待之利益受到剝奪或減損乃源於係爭措施之實施，控訴國須證明其利益遭剝奪或減損與對手國爭議措施之實施具「因果關係」。然而 GATS 第 23.3 條並未說明兩者因果關係的強度，WTO 過往之案例實踐顯示兩者關係門檻甚低，爭議措施對前述利益的剝奪或減損僅須具備微量以上(*more than a de minimis*)的影響

<sup>432</sup> GATT Panel *EEC-Oilseeds I*, BISD 37S/86, para. 156.

<sup>433</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 158 (2009).

響即認定符合本要件。<sup>434</sup> DSU 第 3.8 條規定所有違反協定之控訴皆推定其造成相關締約國之利益受到剝奪或減損；<sup>435</sup>但在未違反協定控訴方面，因未有違反協定之措施存在，因此較難判斷，這使得控訴國必須提出具體充份之證據才能證明其同類服務與服務供給者期待利益的落空或競爭地位之惡化與對手國所採取之未違反協定措施有關。目前由於各國對服務貿易政策，也包括補貼措施，公開之資料不足，控訴國欲滿足本要件之舉證責任將比貨品貿易來得困難。<sup>436</sup>

其次，在本要件中，控訴方尚須證明爭議措施之「不可預見性」(non-foreseeability)，在所有要件中，這可說是最難達成的任務。誠如學者所言，「爭議措施是否為貿易談判人員所預見」成為本要件之爭議重點。<sup>437</sup> *Australia – Ammonium Sulphate* 一案小組認為若傷害控訴國競爭關係之措施是該政府進行貿易談判時，審酌相關情況與協定內容後所無法預期的，且該措施造成控訴國合理期待利益之剝奪或減損，即符合本要件之成立。<sup>438</sup>學者認為「不可預見性」要件是把本質上屬於主觀認定之損害加以客觀化，確保控訴的提出有所依據，且證明該國之利益期待亦屬合理。<sup>439</sup> *Japan – Film* 小組認為關稅減讓或特定承諾完成談判後才施行的政策措施自動推定控訴國於談判當時無法預期，除非被控訴國有足夠的證據推翻該推定。<sup>440</sup>套用在補貼措施上，任何特定承諾做出後才施行之補貼即應以有利於控訴國之方向推定其為不可預見之措施；相反的，特定承諾做出前之補貼則推定控訴國已知/

---

<sup>434</sup> The panel of *Japan-Film* ruled that “the issue is whether... a measure has made more than a de minimus contribution to nullification or impairment.”, see panel report *para.* 10.84.

<sup>435</sup> Paragraph 8, Article 3 of DSU: “In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered *prima facie* to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint has been brought to rebut the charge.”

<sup>436</sup> PIETRO PORETTI, *THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS* 159-160 (2009).

<sup>437</sup> Alan O. Sykes, *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*, CHICAGO JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 186, 1, 18 (2003), available at [http://ssrn.com/abstract\\_id=415780](http://ssrn.com/abstract_id=415780), last visited: 2010/11/4.

<sup>438</sup> GATT Panel Report on *Australia – Ammonium Sulphate*, *para.* 12.

<sup>439</sup> Thomas Cottier and Krista Nadakavukaren Schefer, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, In *INTERNATIONAL TRADE LAW AND THE GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM*, Ernst-Urich Petersman ed. 162-163 (1997)

<sup>440</sup> Panel Report on *Japan – Film*, WT/DS44/R, *para.* 10.79-10.81



已預見該措施，除非控訴國可提出反證推翻該推定。對此，學者認為服務貿易法制環境，包括補貼的使用，的不透明/不公開反而罕見的成為有利於控訴國之工具，可據以主張資訊的缺乏導致其無法預見特定承諾前即已施行之補貼，<sup>441</sup>更遑論其產生的影響。<sup>442</sup>

## 第二項 《文創法》獎補助與租稅優惠措施於非違反協定控訴之適法性

根據以上要件之建構與闡釋，《文創法》獎助措施於非違反協定控訴之適用分析如下：

### 第一款 須為其他會員國施行之措施

先前章節已說明過《文創法》之法律定位，其經立法院三讀通過、奉總統令公告，並於8月30日起正式施行，是所謂「政府機關」「現時」施行之政策或行動無誤。該法適用之文創產業如前節所述，大多為本國市場開放與國民待遇承諾之部門，符合非違反協定控訴之適用前提。就本法所涵蓋之獎助措施，本文第三章已詳細說明多數措施皆符合服務補貼暫行定義，然適用非違反協定控訴之爭議措施並不要求控訴國證明其符合任何補貼定義，只須證明被控訴國政府所採取之措施為其所無法預見，並以不利外國企業的方式提高內國企業之競爭力。因此《文創法》多數符合補貼暫行定義之獎助措施自然符合本要件之規定。某些未符合補貼定義之措施，例如第14條藝文體驗券之發放、第26條營利事業採購並捐贈文創事業原創產品或服務者得列為當年度費用或損失以減免所得稅(兩者皆屬政府對服務使用者(消費者)的補貼，而非政府給予服務或服務供給者的優惠待遇)，及第15條文創產業以優

<sup>441</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 161 (2009).

<sup>442</sup> Panel Report on *Japan-Film*, para. 10.82 indicates that “[W]hat matters for purposes of establishing causality is the impact of a measure, i.e. whether it upsets competitive relationships.”

惠價格提供原創產品或服務，價差由中央主管機關補助等，亦無損其成為爭議措施之資格要件。此外，服務貿易補貼規範至今尚未完成談判，GATS 目前對會員國採取補貼措施並沒有真正的法規可約束，但如 *EEC-Oilseeds I* 小組之裁定，只要嗣後之措施會讓特定承諾所帶來之合理期待利益受到剝奪或減損，即符合成立要件，可據之提起非違反協定控訴。再者，本訴訟制度所處理之爭議措施必須與協定本身不相衝突，否則即應就違反協定之特定條款成立「違反協定之控訴」。《文創法》第 9、12、20 與 27 條有違反國民待遇之嫌，並不是非違反協定控訴所處理之對象，其他會員若欲就該等條款提請爭端解決，應就 GATS 第 17 條成立「違反協定之控訴」，僅可在該主張不成立時將非違反協定控訴做為「備位主張」(auxiliary role)。

其次，非違反協定控訴做為補貼貿易扭曲效果之嗣後救濟手段僅限於進口替代補貼。《文創法》所有的獎助措施與租稅優惠旨在促進本國文化創意產業的發展，建構具豐富文化與創意內涵之社會環境，縱有積極開發國外市場之意圖，但所有補貼皆以提振國內產品與服務之購買與消費，扶植國內產業為優先，原則上屬於進口替代補貼類型。同時，本法施行日期遠在我國做出特定承諾之後，自動推定他國政府進行貿易談判時無法預期本法之實施，除非我國有足夠證據證明前項推定不正確。該推定預設本家具「不可預見性」，等於免除了欲使用非違反協定控訴之會員該要件之舉證責任。

## 第二款 須於相關協定下具備可合理期待之利益

本「利益」要件指的是 WTO 會員經多重回合談判後，就個別服務類別的四種服務供給模式，對手所做之市場開放、國民待遇等特定承諾而得合理期待競爭地位之升。相對於其他國家，我國特定承諾自由化程度相當高，在進行 WTO 入會談判之初，我國即水平承諾開放所有行業之國民待遇承諾，僅在模式三商業據點呈現之承諾限制外國人取得土地權利與利益，與模式四自然人呈現則比照市場開放之限制。而在屬於《文創法》定義之文化創意產業的特定行業承諾上，我國多數業別皆已開放，而在這些特定承諾部門的國民待遇欄內，模式一、二、三多為「無限制」，模式四則為「除水平承諾所列者外，不予承諾」。這樣高度自由化的承諾方式，給其他會員國帶來合理

期待利益，概無庸置疑。。

其次，會員上述利益因對手國施行補貼措施而受到剝奪或減損時，無論該會員所屬之服務供給者以何種模式提供服務，皆可提起非違反協定控訴。在國民待遇一節，模式一與模式二之外國服務業者因 2001 *Scheduling Guidelines* 之規範無法適用 GATS 第 17 條之國民待遇，其競爭地位若因《文創法》獎助措施與租稅優惠而受有損害亦無法據以提出違反不歧視待遇之訴求。非違反協定控訴對於服務供給者之提供模式並無設限，模式一與模式二之外國服務供給者，只要其合理期待利益因《文創法》之獎助與優惠措施而受到剝奪或減損，便可據以提起控訴/爭端解決，不受供給模式之限制。

### 第三款 前述利益因爭議措施而受到剝奪或減損

控訴國須證明其利益遭剝奪或減損與對手國爭議措施之實施具因果關係，以避免 WTO 會員濫用非違反協定控訴制度。因未有違反協定之措施存在，是以利益遭剝奪或減損是否源自於爭議措施較難判斷。《文創法》之獎助與租稅優惠措施是否剝奪或減損其他會員國之合理期待利益將由控訴國負舉證責任，此端賴《文創法》日後施行結果而定，無法僅就條文建構或分析兩者之因果關係。

雖然非違反協定控訴已有會員使用之經驗，然以該制度做為一種 WTO 爭端解決工具仍存在許多疑慮，究其原因不外乎：(1) 非違反協定控訴成立要件(如「利益」、「剝奪或減損」與「因果關係」)具本質上的模糊；<sup>443</sup> (2) 會員國未有資訊交流平台或意願，各國不願公開揭露服務貿易之相關資訊，可用資料不足使得控訴國搜證困難，加重其舉證責任；(3) 不利本國業者競爭

---

<sup>443</sup> Adrian T. L. Chua, *Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence*, 32(2) JOURNAL OF WORLD TRADE 27, 39 (1998) 引自徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 76，2007 年；學者甚至對於「剝奪或減損」與「協定目標之達成受損」是「不幸的模糊」(引徐揮彥言)(unfortunately ambiguous)或「不尋常的法律概念」(unusual legal concepts)，見 JOHN. H. JACKSON, *THE WORLD TRADING SYSTEM: LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS*, 2<sup>ND</sup> EDITION 115 (1997); Ernst-Ulrich Petersmann, *Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law*, 34 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 175, 191 (1991).



條件之影響究竟來自於其他會員實施之爭議措施，例如補貼，還是來自於該會員合法之國內規章有區分上的困難，尤其「會員有權為達成國家政策目標而對其境內服務之供給，予以管制並採用新法規」乃 GATS 前言賦予會員之權利，若無法區分利益減損或剝奪之來源，會員即缺乏提起非違反協定控訴之立足點；<sup>444</sup>(4) 「剝奪與減損」之概念原在維持與保障關稅減讓談判所達成的共識與平衡，以 GATT 而言，會員產生合理期待的時間發生在兩國就關稅減讓達成共識之時，兩國就市場進入的期待利益不相上下，大致等於對手國關稅減讓之總值。然而服務貿易並沒有「約束關稅」的概念，每個會員承諾開放的部門、範圍與限制各不相同，服務貿易漸進自由化之程度不一，「合理期待」之定義在服務貿易顯得模糊，概念的應用更加困難；<sup>445</sup>(5) 觀察 GATT 至 WTO 時期非違反協定控訴之實踐，可以發現美國與歐洲共同體是僅有兩個參與全部案件的國家，似乎顯示控訴國所須負擔之龐大舉證責任非開發中國家所能負擔，開發中國家對於非違反協定控訴成立要件的抽象與複雜也較難掌握，該制度之運作似較不利於開發中國家，造成制度運用上的不公平。<sup>446</sup>

總之，一如 *Japan – Film* 小組所言，非違反協定控訴雖然是 WTO/GATT 一項重要的爭端解決制度，載於協定並加以施行亦有 50 年之久，但以其產生案例之稀少顯示不管是 GATT 締約國或是 WTO 會員國對此項制度的運用均抱持著審慎、「例外」之態度，就連美國與歐洲共同體<sup>447</sup>也持同樣的看法，<sup>448</sup>會員在應用上自應有所拿捏。

<sup>444</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 160 (2009).

<sup>445</sup> Sung-joon, Cho *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles, Heel of the Dispute Settlement Process*, 39(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 311, 311 & 325 (1998).

<sup>446</sup> 徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 76，2007 年。

<sup>447</sup> 在 *EEC-Oilseeds I* 一案中，美國表示“non-violation nullification or impairment should remain an exceptional concept. Although this concept had been in the text of Article XXIII of the General Agreement from the outset, a cautious approach should continue to be taken in applying the concept”. 歐洲共同體也認為 “[t]he recourse to the “non-violation” concept under Article XXIII:1(b) should remain exceptional, since otherwise the trading world would plunge into a state of precariousness and uncertainty.” 詳見 GATT Panel Report on *EEC-Oilseeds I*, BISD 37S/86, para. 113-114.

<sup>448</sup> Panel Report on *Japan – Film*, WT/DS44/R, para. 10.36.

## 第五章 結論與建議

其實由 GATS 第 15 條規定 WTO 會員參與談判制訂多邊補貼規範，以避免其產生貿易扭曲效果即可知 GATS 現行架構對補貼之規範仍嫌不足。最主要的關鍵在於目前可用的防禦機制，例如本文所討論之國民待遇，內國規章與非違反協定控訴，或本文未深入探討的第 8 條獨占及排他性服務提供者之規範，均有其實施的條件性。這些條款之適用範圍僅限於會員特定承諾表內特定記載之服務部門與供給模式，並得排除市場准入與國民待遇特殊限制與規定之適用。以目前服務貿易自由化程度，現行條文能施展的作為實在有限，而其日後的約束效力則有賴將來多邊回合談判所達成服務貿易自由化的進度而定。但就算自由化程度大幅提升使得現行條款具備較大的規範作用，其對生產性補貼或進口替代性補貼之約束或能有所助益，但對於出口性或投資性補貼所引起的扭曲效果則仍力有未逮。這兩種補貼所造成的貿易扭曲效果主要發生在出口導向國家，其並不歧視外國業者（以出口性補貼而言），也不致於剝奪或減損因特定承諾之提出而可合理期待之利益（以投資性補貼而言），因此現行條文無法約束這二種性質的補貼，這也是 GATS 要求制訂完整補貼規範的原因。然而 WPGR 在服務補貼規範的協商上仍困難重重，會員們的意見分歧從目前的暫行定義、補貼認定、分類、損害計算與防衛機制的設計無所不在，補貼協定若要完成簽訂、生效與實施，仍有漫漫長路要走。

然而我國當初為了加入世界貿易組織，提出了「全球最自由化的服務貿易承諾表，變成了 GATS 模範生」，<sup>449</sup>無論在哪個服務部門，我國的市場開放程度相對較高，國民待遇限制相對缺乏，文化創意產業也不例外。縱使 GATS 尚未具備完整的補貼規範約束會員之服務補貼行為，但我國《文創法》所規定的獎補助與租稅優惠措施在現行規範下，即有違反部份義務之虞。WTO 協定第 16.4 條指出「會員應確保其國內法律、規章及行政程序，符合本協定附件規定下之義務」，<sup>450</sup>我國自入會談判開始即為了符合 WTO 相關規範及實踐

<sup>449</sup> 彭心儀，〈以國內服務業利益為本位的立法策略〉，CSI 台灣服務業聯網，available at: <http://www.twcsi.org.tw/columnpage/expert/e010.aspx>，最後瀏覽日：2010/12/15。

<sup>450</sup> Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Article 16.4 indicates “Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements.”

與各國諮商之成果，進行過一連串國內法規鬆綁/修正/增訂、管制革新、行政便捷化/透明化、組織再造等法制環境之整備過程，期待我國在經濟與法制上皆能與國際接軌，對於新訂法律自然也希望遵守國際貿易法之規範。然國內經濟發展、產業結構、社會期待與國家願景常與貿易自由化的目標相掣肘，在法律制定上有時不得不以產業扶植、文化保存或環境保護等議題為優先考量，《文創法》即是一例。雖然以 WTO 規範的角度來看，《文創法》確有違反 GATS 協定之疑慮，然是否將因此引起貿易爭端或有立即修法之必要，似乎也不必如此悲觀。究其原因有三：

一、部份條文屬傳統上 WTO 爭端解決小組無須進行合法性審查之「裁量性質法規」：傳統上 GATT/WTO 爭端解決小組對於會員國內之強制性與裁量性法規會給予不同之對待。<sup>451</sup> 強制性法規日後執行結果如將造成國際貿易規範之違反，則在該法規通過後會員即可主張法規本身違反 WTO 相關協定，小組即應進行該法規適法性之審查，並據以裁定法規是否違反國際義務而必須改正。但相反的，裁量性法規本身並不會構成協定義務之違反，惟日後實施具體措施對其他會員產生負面影響，會員才得據以主張權利，因此在法規通過，但具體措施未實施或未減損他國利益前，只要小組認定法規屬於裁量性法規，即無須對法規進行合法性審查。雖然美 *US-Section 301* 案小組打破「強制/裁量」法規二分原則，<sup>452</sup> 認為裁量性質法規，若具「寒蟬效應」或有損「會員對多邊體系的信賴」（主要是 DSU 第 23 條），該抽象法令本身亦可能違反 WTO 規範，但 2000 年 *US-1916 Act* 一案之上訴機構，在迴避回應 *US-Section 301* 小組之「創見」的同時，卻肯認傳統「強制/裁量」二元思考的存在。<sup>453</sup> 之後還陸續出現不少援用 *US-1916 Act* 上訴機構見解之案件，只能說目前該議題在 WTO 處於不確定狀態，但「強制/裁量」二元思考在仍有其意義。<sup>454</sup>

<sup>451</sup> 強制性法規與裁量性法規之屬性、適用結果與 WTO 協定第 16.4 條之互動關係及這兩類法規在臺灣法制環境中之區別詳見彭心儀、黃渝清，〈內國「裁量性質法規」在 WTO 架構下之定位〉，月旦民商法第 7 期，頁 8-10 (2005 年 3 月)。分辨臺灣法規中裁量性與強制性法規最容易之方式乃視條文用語來認定，通常條文使用「應」者為強制性法規，使用「得」者為裁量性法規，但實際發生爭議時還是得檢視主管機關對於系爭法規是否享有裁量權而定。

<sup>452</sup> Panel Report on *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WTO Doc. WT/DS152/R (adopted 27 January 2000). (以下簡稱 *US-Section 301*)

<sup>453</sup> Appellate Body Report on *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, WTO Doc. WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R (28 August 2000), para. 99. (以下簡稱 *US-1916 Act*)

<sup>454</sup> 彭心儀、黃渝清，〈內國「裁量性質法規」在 WTO 架構下之定位〉，月旦民商法第 7 期，頁 21，



《文創法》部份可能違反 GATS 規範之條文（第 12、14、20、26、27 條）使用「得」這個裁量性法規用語，在現況未明的狀態下，對這些條文只要靜觀其變，尚不須有所更動。

二、其他可能違反 GATS 規範卻屬於強制性法規的條文（例如第 9、19），則有玻璃屋效應(Glass house effects)以資因應：玻璃屋效應的概念來自於諺語 "Man who live in glass house should not throw stone."<sup>455</sup> 它有既然「同舟」只有「共濟」的意涵，玻璃屋主砸石頭難保不損及自己的權益。由本文緒論可知，世國各國對於文化產業或創意產業的培植不遺餘力，除了經濟的考量，也有國家文化保護與保存的使命，是以各國皆有自己的文化願景，也制訂了自己的文化產業政策與支持措施。他國的政策措施違反國民待遇等義務時固然可據以提起爭端解決，但也難保自己所施行的措施完全符合 WTO 規範。以目前各國不僅容忍彼此實施可能違反 WTO 協定的措施，更積極推動文化表達多樣性的狀況來看，似乎沒有國家願意踩線越界去打破這份默契。

三、縱使 WTO 會員國中還是有美國這類視《文化多樣性公約》為保護主義工具，力主文化產品、服務與其他產品、服務無異的貿易大國，可能對違反 WTO 規範之措施提起爭端解決，但(1)由於服務貿易措施資訊不透明，該國並不容易取得相關資料：雖然 GATS 第 3 條要求會員國「應將涉及或影響本協定運作之所有一般性適用之相關措施，即時且至遲在生效前公布，會員亦應公布其所簽署涉及或影響服務貿易之國際協定。」但目前會員國通報服務貿易措施的狀況仍不盡人意，涉及補貼的通報更是鳳毛麟角，<sup>456</sup>故難以取得充份證據；(2) WTO 爭端解決機制的啟動需要會員主動提起控訴，而控訴程序耗時費事，在未實際蒙受重大損害前，應不致於有會員國會僅憑抽象的法條主動提請爭端解決程序；(3) 縱使經爭端解決程序確定《文創法》所採取的補貼措施違反 WTO 相關協定，DSB 允許被控訴國於「合理期間」內執行建議及裁決，若被控訴會員未能於「合理期間」內執行建議及裁決，控訴國要執行相關的「報復措施」前，還得經過 DSB 確認被控訴國確實疏於執行裁

---

2005 年。

<sup>455</sup> Urban Dictionary website:

<http://www.urbandictionary.com/define.php?term=glass%20house%20effect>, last visited: 2010/12/16.

<sup>456</sup> PIETRO PORETTI, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND PROSPECTS 166 (2009).

定，並對報復措施進行授權，國內產業此時已多少從《文創法》的措施中獲得成長發展的機會。有經濟學家指出日本通產省(Ministry of International Trade and Industry)在 1980 年代以前提供汽車產業各種低利貸款、技術開發補貼與進口稅捐豁免等優惠措施以強化該產業，提升競爭力，並進而進軍美國市場。雖然這些措施在烏拉圭回合談判簽訂 SCM 協定，WTO 會員國，尤其是美國，可據以提起爭端解決與報復措施後便陸續停止實施，但這些即時措施帶給日本汽車業鉅大的利益，不但具有不可逆轉之效果(irreversible effects)，也賦予其決定性的競爭優勢。<sup>457</sup>對於國內新興事業的扶植，需要政策措施的加持，更需要時間的成長，仿照日本扶植汽車產業的模式是一種不得不的策略性運用。

縱觀上述，《文創法》措施縱有違反國際協定之可能，但沒有立即引起貿易爭端之危險；又縱使產生貿易爭端，我國也可能視產業狀況選擇邊戰邊走而沒有立即修法之必要。但無論選擇與作法如何，產業發展與文化政策皆是國家大計，不僅需要政府從長計議，也需要明白抉擇所帶來的風險。畢竟法令制度的完備是我國文化建設的基礎工程之一，吾人不能不瞭解國家重大文創法案所潛藏的缺陷，對將來可能產生的紛爭未雨綢繆，有所防範。

---

<sup>457</sup> Trevor Matthews & John Ravenhill, *Ch. 2 Strategic Trade Policy: the Northeast Asian Experience*, in *BUSINESS AND GOVERNMENT IN INDUSTRIALIZING ASIA* 29, Andrew MacIntyre ed. (1995), 引自 Dai Duy Dao, *Preventing Protective Subsidies and Promoting Productive Subsidies: A New Role for the SCM Agreement* 1, 11, available at: <http://academia.edu.documents.s3.amazonaws.com/876015/lawreviewnote.pdf>, last visited: 2010/12/17.

## 參考文獻

### 中文文獻：

#### 專書

- 1 王泰銓，王志誠，公司法新論，增訂四版，2006。
- 2 張新平，世界貿易組織下之服務貿易，1996。
- 3 彭心儀，WTO 服務貿易與通訊科技法律，2005。
- 4 彭岳，貿易補貼的法律規制，2007。
- 5 黃立，李貴英，林彩瑜，國際貿易法論，3 版，2005。
- 6 顏慶章、蔡英文主編，國際經濟法規彙編（下冊），初版，1991。
- 7 羅昌發，國際貿易法，二版，2010。

#### 期刊論文

- 1 方立維，〈以美國、歐盟與日本農業補貼立法提出對台灣農業基本立法之建議〉，中原財經法學第 23 期，頁 213-277，2009。
- 2 牛惠之，〈論由 WTO 之「補貼暨平衡稅措施協定」規範漁業補貼之法律〉，經社法制論叢第 32 期，頁 67-114，2003。
- 3 王怡惠，〈從推動體系及法制架構思考我國文化創意產業發展之整合——以南韓推動組織與法制架構為例〉，科技法律透析第 21 卷第 7 期，頁 16-38，2009。
- 4 李貴英、楊志凱，〈WTO 「美國對加拿大進口軟木材課徵確定平衡稅」一案之評析〉，經社法制論叢第 36 期，頁 1-44，2005。
- 5 李福隆，〈論我國公司登記及認許制度的修正〉，國立中正大學法學集刊第 10 期，頁 229-264，2003。



- 6 林伊君，〈NAFTA「同類情形」案件對 GATS「同類服務與服務供給者」認定之影響〉，法令月刊第 60 卷第 5 期，頁 29-48，2009。
- 7 林彩瑜，〈論 GATS 健康服務—貿易自由化與健康管制權之法律問題〉，中華國際法與超國界法評論，第 3 卷第 2 期，頁 439-487，2007。
- 8 林莉璇，〈GATS 國內規章條款之研究〉，東吳法律學報第 13 卷第 2 期，頁 103-178，2002。
- 9 林聖忠，李淳，〈GATS 第 6.4 條「國內規章準則」之訂定與對我國法規之影響分析〉，中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：經濟部國際貿易局，計劃名稱：96 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」 - WTO 服務貿易國內規章準則之制訂與對我國相關法規之影響分析，2007。
- 10 徐揮彥，〈非違反協定控訴於「與貿易有關之智慧財產權協定」可適用性之研究〉，東吳法律學報第 19 卷第 2 期，頁 69-108，2007。
- 11 徐揮彥，〈聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」與世界貿易組織規範之潛在衝突與調和〉，政大法學評論第 99 期，頁 155-240，2007。
- 12 馬冉，〈WTO 體制下自由貿易與文化多樣性的衝突與協調—兼論中國和平發展中的貿易與文化問題〉，國際經濟法學刊第 15 卷第 4 期，頁 142-183，2009。
- 13 張新平，〈WTO 服務貿易國內規章有關問題探討〉，政大法學評論第 112 期，頁 137-199，2009。
- 14 張新平，〈WTO 服務貿易總協定適用範圍及相關定義之探討〉，政大法學評論第 113 期，頁 307-346，2010。
- 15 許耀明，〈從 WTO 生技產品案爭端解決小組報告看 GMO 國際貿易中國國際貿易法與國際環境法之衝突與解決可能〉，科技法學評論第 4 卷第 1 期，頁 225-266，2007。

- 16 陳愛娥，〈檢察官與政治—公法學的觀點〉，檢察新論第 5 期，頁 58-65，2009。
- 17 彭心儀，〈由美國禁止網路賭博爭議案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解讀與體系建構〉，WTO 服務貿易與通訊科技法律，初版，頁 271-338，2005。
- 18 彭心儀，〈視聽服務貿易自由化下文化政策爭議〉，台大法學論叢第 33 卷第 4 期，頁 31-64，2003。
- 19 彭心儀、黃渝清，〈內國「裁量性質法規」在 WTO 架構下之定位〉，月旦民商法第 7 期，頁 5-24，2005。
- 20 楊一晴，〈政府科研補助與 WTO 補助規範—業界科專補助涉及補助及平衡措施(SCM)協定之問題淺析〉，科技法律透析第 20 卷第 5 期，頁 52-64，2008。
- 21 楊一晴，〈談服務貿易總協定我國服務業研發補貼措施之國民待遇問題〉，科技法律透析第 21 卷第 10 期，頁 25-46，2009。
- 22 楊光華，〈服務補貼規範發展必要性之初探〉，政大法學評論第 80 期，頁 231-290，2004。
- 23 靖心慈，〈服務貿易自由化與國內管制之探討〉，經濟前瞻第 123 期，頁 78-82，2009。
- 24 劉大年，〈因應國際經貿環境變遷，我國產業政策調適之諮詢與研究—我國補貼措施與 WTO 補貼協定契合性之探討〉，經濟部工業局委託，頁 1-35，1998。
- 25 顏上詠，〈文化創意產業法制政策淺論—暨文化創業產業發展法草案評析〉，月旦法學雜誌第 173 期，頁 198-217，2009。

## 網路文獻

- 1 行政院文化建設委員會，〈推動文化創意產業之系統服務規劃〉，挑戰 2008 國家發展計劃，available at [http://web.cca.gov.tw/creative/page/main\\_06.htm](http://web.cca.gov.tw/creative/page/main_06.htm)。
- 2 行政院文化建設委員會，〈創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫 98—102 年（核定本）〉，available at: <http://www.cci.org.tw/cci/upload/law/20100604104150-8dd3d038610f19c0bd08739c496f4052.pdf>，2009 年 10 月。
- 3 行政院經濟建設委員會，強化中小企業融資信用保證之研究，available at: [www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=3941](http://www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=3941)，2006。
- 4 洪德生，〈推動文化創意產業之系統服務規劃研究報告〉，委託單位：文化建設委員會，執行單位：台灣經濟研究院，available at: <http://www.cci.org.tw/cci/upload/market/20100505200629-0fb583eb14b757d6bb2a6a7f13d68644.pdf>，2003。
- 5 洪德欽，〈由 WTO 個案分析歐盟出口補貼之問題與影響〉頁 1-40，available at <http://iir.nccu.edu.tw/attachments/journal/add/1/47-4-1.pdf>。
- 6 徐遵慈，《研析 WTO 規範與其他國際協定之關聯性及相關之衝擊因應分析成果報告書》，外交部經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：外交部/經濟部國際貿易局，計劃名稱：95 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」子計劃一：前瞻性研究(1)，available at: [http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=dfd7eed08fc61d0cc16d582ec5d4aed8&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f](http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=dfd7eed08fc61d0cc16d582ec5d4aed8&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f)，2006。
- 7 溫麗琪，《WTO 補貼及平衡措施協定規範適用與策略運用之研究成果報告書》，外交部經濟研究院(台灣 WTO 中心)，委託單位：外交部/經濟部國際貿易局，計劃名稱：95 年度「國際經貿事務研究及培訓中心計畫」子計劃二：專題研究(1)，available at: [http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file\\_id=6977b5adaa25bff](http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/OpenFileService?file_id=6977b5adaa25bff)



d3c19bb26b08e9446&context=83ee4cf785ad25a257533d1ac7c3b82f，  
2006。

- 8 靖心慈，〈服務業出口補貼之最新探討〉，available at CSI 台灣服務業聯網  
<http://www.twcsi.org.tw/columnpage/expert/e022.aspx>，2008。
- 9 顏慧欣、李淳，〈論「文化創意產業發展法草案」與 WTO 規範的互動關係〉，載於工業總會貿易發展組國際經貿服務網  
[http://http://www.cnfi.org.tw/wto/all-news.php?id=8957&t\\_type=s](http://http://www.cnfi.org.tw/wto/all-news.php?id=8957&t_type=s)，2009。

### 碩博士論文

- 1 林伊君，GATS 同類服務與服務供給者問題之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 1 月。
- 2 陳仁傑，GATS 內建議題之研究—以緊急防衛、政府採購、補貼談判為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，2005 年 10 月。
- 3 趙堅集，論違反協定與未違反協定之控訴—以世界貿易組織之法制為中心，國立中正大學法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。
- 4 賴志倫，文化多樣性公約對於 GATS 視聽服務之影響，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，2006 年 10 月。
- 5 鐘佩宇，環保補貼相關問題之研究，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，2006 年 1 月。

### 中文網站

- 1 工業總會貿易發展委員會國際經貿服務網，  
<http://www.cnfi.org.tw/wto/all-index.php>。
- 2 中華經濟研究院(台灣 WTO 中心)，<http://www.wtocenter.org.tw>。
- 3 行政院文化建設委員會，

- <http://www.cca.gov.tw/main.do?method=find&checkIn=1>。
4. 國際貿易局經貿資訊網，<http://cweb.trade.gov.tw/mp.asp?mp=1>。
  5. 經濟部工業局，<http://www.moeaidb.gov.tw/>。
  6. 全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/index.aspx>。
  7. 台北縣政府法制局，[http://www.law.tpc.gov.tw/\\_file/1962/SG/37369/D.html](http://www.law.tpc.gov.tw/_file/1962/SG/37369/D.html)。

## 英文文獻

### 專書

1. BEHBOODI, RAMBOD, INDUSTRIAL SUBSIDIES AND FRICTION IN WORLD TRADE: TRADE POLICY OR TRADE POLITICS? (1994).
2. BENITAH, MARC, THE LAW OF SUBSIDIES UNDER THE GATT/GATS SYSTEM (2001).
3. BOSSCHE, PETER VAN DEN, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION, TEXT, CASES AND MATERIALS, 2ND EDITION (2009).
4. DELIMATSIS, PANAGIOTIS, INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY (2007).
5. HORLICK, GARY N. & CLARKE, PEGGY A., WTO AND NAFTA RULES AND DISPUTE RESOLUTION: SELECTED ESSAYS ON ANTIDUMPING, SUBSIDIES AND OTHER MEASURES (2003).
6. KRAJEWSKI, MARKUS, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES: THE LEGAL IMPACT OF THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS) ON NATIONAL REGULATORY AUTONOMY (2003).
7. MATTOO, AADITYA & SAUVE, PIERRE ED., DOMESTIC REGULATION AND SERVICE TRADE LIBERALIZATION (2003).

- 8 MAVROIDIS, PETROS C., MESSERLIN, PATRICK A. AND WAUTERS, JASPER M.  
THE LAW AND ECONOMICS OF CONTINGENT PROTECTION IN THE WTO  
(2008).
- 9 OBULJEN, NINA & SMIRS, JOOST ED. UNESCO'S CONVENTION ON THE  
PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS:  
MAKING IT WORK (2006).
- 10 ONTINO, FEDERICO & PETERSMANN, ERNST-ULRICH ed. THE WTO DISPUTE  
SETTLEMENT SYSTEM 1995-2003 (2004).
- 11 PANIZZON, MARION, POHL, NICOLE & SAUVE, PIERRE ED. GATS AND THE  
REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES (WORLD TRADE FORUM)  
(2008).
- 12 PORETTI, PIETRO, THE REGULATION OF SUBSIDIES WITHIN THE GENERAL  
AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES OF THE WTO: PROBLEMS AND  
PROSPECTS (2009).
- 13 REUDIGER, WOLFRUM, TOBIAS, STOLL PETER & MICHAEL, KOEBELE ed.  
WTO TRADE REMEDIES (2008).
- 14 SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL  
PRODUCT: EC-US PERSPECTIVES (2006)
- 15 SAUVÉ , PIERRE & STERN, ROBERT M. EDS., GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN  
SERVICIES TRADE LIBERALIZATION (2000).
- 16 THOMAS COTTIER AND PETROS C. MAVROIDIS ED., REGULATORY BARRIERS  
AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW (2000)
- 17 VERHOOSSEL, GAËTAN, NATIONAL TREATMENT AND WTO DISPUTE  
SETTLEMENT : ADJUDICATING THE BOUDARIES OF REGULATORY AUTONOMY  
(2002).
- 18 VOON, TANIA , CULTURAL PRODUCTS AND THE WORLD TRADE



ORGANIZATION (2007).

19 WTO SECRETARIAT, A HANDBOOK ON THE GATS AGREEMENT (2005).

### 期刊論文

- 1 Adlung, Rudolf, *Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: A Never-ending Story?* 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 235-265 (2007).
- 2 Bernier, Ivan, *Trade and Culture*, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS VOLUME II, Patrick F. J. Macrory, Authur E. Appleton and Michael G. Plummer ed. 748-793 (2005).
- 3 Brauner, Yariv, *International Trade and Tax Agreements May be Coordinated, But Not Reconciled*, 25 VIRGINIA TAX REVIEW 251-283 (2005).
- 4 Busch, Marc L, *Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade*, 61 INTERNATIONAL ORGANIZATION 735-761 (2007).
- 5 Carmody, Chi, *Creating "Shelf Space": NAFTA's Experience with Cultural Protection and Its Relevance for the WTO*, 2 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 287-312 (2007)
- 6 Cho, Sung-joon, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles, Heel of the Dispute Settlement Process*, 39(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 311-351 (1998).
- 7 Choi, Won-Mog, *Screen Quota and Cultural Diversity: Debate in Korea-US FTA Talks and Convention on Cultural Diversity*, 2 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 267-286 (2007).
- 8 Clarke Peggy A., Bourgeois Jacques H. J. & Horlick Gary N., *WTO Dispute*

- Settlement Practice Relating to Subsidies and Countervailing Measures*, THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 1995-2003, Federico Ontino & Ernst-Ulrich Petersmann ed. 353-379 (2004).
- 9 Cossy, Mireille, *Determining "Likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, WTO ECONOMIC RESEARCH & STATISTICS DIVISION-STAFF WORKING PAPER ERSD-2006-08 1-52 (2006).
- 10 Cottier, Thomas & Schefer, Krista Nadakavukaren, *Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, in INTERNATIONAL TRADE LAW AND THE GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM, Ernst-Ulrich Petersmann ed. 145-183 (1997).
- 11 Delimatsis, Panagiotis, *Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services - The Best is Yet to Come*, 19(2) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 365-408 (2008). Also available at: [http://www.boell.org/downloads/Stumberg\\_-\\_Guide\\_to\\_GATS\\_Dom\\_Reg\\_5-19-10.pdf](http://www.boell.org/downloads/Stumberg_-_Guide_to_GATS_Dom_Reg_5-19-10.pdf)
- 12 Delimatsis, Panagiotis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS-Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS*, 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 13-49 (2007).
- 13 Delimatsis, Panagiotis, *The Interaction Between GATS Articles VI, XVI, XVII and XVIII after US Gambling Case*, NCCR WORKING PAPER No. 2006/9, 1-27 (2006).
- 14 DiMascio, Nicholas & Pauwelyn, Joost, *Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*, 102 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 48-85 (2008).
- 15 Drake, William J. & Nicolaidis, Kalypso, *Global Electronic Commerce and GATS: The Millennium Round and Beyond*, in GATS 2000: NEW DIRECTIONS

- IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds. 399-437 (2000).
- 16 During, James P. and Lester Simon N., *Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy*, 32(2) GEORGE WASHINGTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND ECONOMICS 211-269 (1999).
- 17 Faunce, Thomas, Neville, Warwick, & Wasson, Anton, *Non-Violation Nullification of Benefit Claims: Opportunities and Dilemmas for Australia in the WTO Dispute Settlement System*, in AUSTRALIAN PERSPECTIVES ON WTO DISPUTE SETTLEMENT, Bray, M., ed. 123-129 (2009).
- 18 Footer, Mary E. & Graber, Christoph Beat, *Trade Liberalisation and Cultural Policy*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 115-144 (2000). Also available at: <http://www.people.fas.harvard.edu/~hiscox/Footer.pdf>.
- 19 French, Duncan, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY 281-314 (2006)
- 20 Gao, Henry, *The Mighty Pen, the Almighty Dollar, and the Holy Hammer and Sickle: An Examination of the Conflict between Trade Liberalization and Domestic Cultural Policy with Special Regard to the Recent Dispute between the United States and China on Restrictions on Certain Cultural Products*, 2 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 313-338 (2007).
- 21 Graber, Christoph Beat, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?* 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 553-574 (2006).

- 22 Hahn, Michael, *The Convention on Cultural Diversity and International Economic Law*, 2 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY, 229-265 (2007).
- 23 Hahn, Michael, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 515-552 (2006.9)
- 24 Jan Wouters and Bart De Meester, *UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory?*, INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW WORKING PAPER 73 (2007)
- 25 Jenks, Wilfred, *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 401 (1953).
- 26 Karmakar, Suparna, *GATS: Domestic Regulation versus Market Access*, ICRIER WTO RESEARCH SERIES NO. 7, 1-52 (2007).
- 27 King, Nancy J. & Kalupahana, Kishani, *Choosing Between Liberalization and Regulatory Autonomy under GATS: Implications of U.S.-Gambling for Trade in Cross Border E-Services*, 40 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1189-1299 (2007).
- 28 Konstantinos, Adamantopoulou, *Article 1 SCMA*, in WTO TRADE REMEDIES, Wolfrum Reudiger, Stoll Peter-Tobias & Koebele Michael ed. 423-452 (2008)
- 29 Krajewski, Markus, *Article VI GATS - Domestic Regulation*, in WTO - TRADE IN SERVICE, Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle eds. 165-196 (2008).
- 30 Larouer, Christophe, *WTO Non-Violation Complaints: A misunderstood Remedy in the WTO Dispute Settlement System*, NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, LIII: 97-126 (2006).



- 31 Leroux, Eric H., *Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?* 10 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 749-793 (2007).
- 32 Leroux, Eric, *Trade in Financial Services Under the World Trade Organisation*, 36(3) JOURNAL OF WORLD TRADE 413-442 (2002).
- 33 Linarelli, John, *The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons From the Kodak-Fuji Dispute*, 31 LAW AND POLICY IN INTERNATIONAL BUSINESS 263-372 (2000).
- 34 Low, Patrick & Mattoo, Aaditya, *Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization under GATS*, in GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION, Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds. 449-472 (2000).
- 35 Marceau, Gabrielle, *Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdictions; The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, 35(6) JOURNAL OF WORLD TRADE 1081-1131 (2001).
- 36 Mattoo, Aaditya, *MFN and the GATS*, in REGULATORY BARRIERS AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW, Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis eds. 51-100 (2000).
- 37 Meester, Bart De, *The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?*, 13 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 27-63 (2010).
- 38 Nenova, Mira Burri, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, DIVERSITY VOL. 2, 1059-1084 (2010). Also available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1585139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585139).
- 39 Nenova, Mira Burri, *Trade versus Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in need of A New Definition*, 12 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 17-61 (2009).

- 40 Nicolaïdis, Kalypso & Trachtman, Joel P., *From Policed Regulation To Managed Recognition in the GATS*, in *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION* (2000), Pierre Sauvé & Robert M. Stern eds. 241-282 (2000).
- 41 Ortino, Federico, *Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A critique*, 9 *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* 117-148 (2006).
- 42 Petersmann, Ernst-Ulrich, *Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law*, 34 *GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW* 175-229 (1991).
- 43 Qin, Julia Ya, *Defining Nondiscrimination Under the Law of the World Trade Organization*, 23 *BOSTON UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW JOURNAL* 215-294 (2005).
- 44 Sacha Wunsch-Vincent, *The Internet, Cross-Border Trade in Service, and the GATS: Lesson from US-Gambling*, 5(3) *WORLD TRADE LAW* 319-355 (2006).
- 45 Sauvé, Pierre, *Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers*, *Aussenwirtschaft*, 57. JAHRGANG HEFT III, ZÜRICH: RÜEGGER, S. 301-341 (2002).
- 46 Sherzod, Shadikhodjaev, *National Treatment on Internal Taxation: Revisiting GATT Article III:2*, *KOREA INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMIC POLICY WORKING PAPER* 08-01, 1-61 (2008).
- 47 T. Sunde, *Möglichkeiten Grenzen Innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS*, in C. Tietje ed al. (eds.), *BEITRÄGE ZUM TRANSNATIONALEN WIRTSCHAFTSRECHT*, No. 59 (2006).
- 48 Voon, Tania, *A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS*, 14 *UCLA ENTERTAINMENT LAW REVIEW* 1-32

- (2007).
- 49 Voon, Tania, *UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures*, 55(3) INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY 635 (2006.7). Also available at: <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf>.
- 50 Vranes, Erich, *The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services*, 12 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 953-987 (2009).
- 51 Vranes, Erich, *The Dification of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory*, 17(2) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 395-418 (2006).
- 52 Weber, Rolf H. , *Digital Trade in WTO-Law - Taking Stock and Looking Ahead*, 5 ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 1-24 (2010).
- 53 Wouters, Jan, *Cultural Diversity and the WTO: David versus Goliath*, LEUVEN CENTER FOR GLOBAL GOVERNANCE STUDIES, WORKING PAPER NO. 5, 1-55 (2007).
- 54 Zdouc, Werner, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, 2(2) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 295-346 (1999), available at <http://jiel.oxfordjournals.org/content/2/2/295.full.pdf+html>.

#### 網路文獻

- 1 Ahuja, Rajeev, *Towards Developing Subsidy Disciplines under GATS*, WORKING PAPER NO. 174, 1-52 (2005). Available at: <http://www.icrier.org/pdf/WP174.pdf>.

- 2 Benitah, Marc, *Subsidies, Services and Sustainable Development*, ICTSD ISSUE PAPER NO. 1, 1-42 (2004). Available at <http://ictsd.org/i/publications/11480/>.
- 3 Bievre, Dirk De and Thomann, Lars, *Forum Shopping in the Global Intellectual Property Rights Regime*, ARBEITSPAPIERE - MANNHEIMER ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE SOZIALFORSCHUNG / NO 132. 1-35 (2010), available at <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-132.pdf>.
- 4 Dahrendorf, Anke, *Trade Meets Culture - The Legal Relationship Between WTO Rules and the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, MAASTRICHT WORKING PAPERS FACULTY OF LAW, 1-40 (2006). Available at: <http://www.cupore.fi/documents/200611Dahrendorf1.pdf>.
- 5 Dao, Dai Duy, *Preventing Protective Subsidies and Promoting Productive Subsidies: A New Role for the SCM Agreement* 1-39, available at: <http://academia.edu.documents.s3.amazonaws.com/876015/lawreviewnote.pdf>.
- 6 Graber, Christoph Beat, *Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity*, NCCR TRADE REGULATION WORKING PAPER NO 2008/8 (2008). Available at [http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber\\_maastricht\\_18.9.07.pdf](http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/Graber_maastricht_18.9.07.pdf).
- 7 Hudec, Robert E., *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test*, 1-47 (1999). Available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>
- 8 Jackson, J. H., *Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Consideration*, RESEARCH SEMINAR IN INTERNATIONAL ECONOMICS, SCHOOL OF PUBLIC POLICY, THE UNIVERSITY OF MICHIGAN, DISCUSSION PAPER NO.



- 419 (1998). Available at:  
<http://141.211.144.225/rsie/workingpapers/Papers401-425/r419.pdf>.
- 9 Majluf, Luis Abugattas, *Towards Disciplines on Subsidies on Agreements to Liberalise Trade in Service*, 17 CARIBBEAN REGIONAL NEGOTIATING MACHINERY, TECHNICAL PAPERS 1-40 ( 2002). Available at:  
[http://www.crnw.org/tech\\_papers.htm](http://www.crnw.org/tech_papers.htm).
- 10 Mattoo, Aaditya, *National Treatment in the GATS: Cornor-stone or Pandora's Box?* Available at:  
[http://wtosh.ok586.cn/english/res\\_e/reser\\_e/tisd-96-02.doc](http://wtosh.ok586.cn/english/res_e/reser_e/tisd-96-02.doc) (1997).
- 11 Pauwelyn, Joost, *Rien ne Va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, WORLD TRADE REVIEW 1-40 (2005). Available at:  
[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/sym\\_april05\\_e/pauwelyn\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/sym_april05_e/pauwelyn_e.pdf).
- 12 Sacha Wunsch-Vincent, *Trade Rules for the Digital Age* (2008). Available at  
<http://www.iie.com/publications/papers/wunsch1106.pdf>.
- 13 Sangroula, Yubaraj, *International Treaties: Features and Importance* 1-7. Available at [http://www.ksl.edu.np/cpanel/pdf/International\\_Treaties.pdf](http://www.ksl.edu.np/cpanel/pdf/International_Treaties.pdf).
- 14 Smith, Rachael Craufurd, *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions: Building A New World Information and Communication Order?*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMMUNICATION 24-55 (2007), available at  
<http://ijoc.org/ojs/index.php/ijoc/article/download/25/17>
- 15 Stumberg, Robert, *GATS Negotiation on Domestic Regulation* DISCUSSION DRAFT OF MAY 19, 2010. Available at:  
[http://www.boell.org/downloads/Stumberg\\_-\\_Guide\\_to\\_GATS\\_Dom\\_Reg\\_5-19-10.pdf](http://www.boell.org/downloads/Stumberg_-_Guide_to_GATS_Dom_Reg_5-19-10.pdf).

- 16 Sun, Haochen, *TRIPS and Non-Violation Complaints: From a Public Health Perspective* 1-14 . Available at:  
[www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf](http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf)
- 17 Sykes, Alan O., *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*, CHICAGO JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 186, 1-36 (2003). Available at  
[http://ssrn.com/abstract\\_id=415780](http://ssrn.com/abstract_id=415780).
- 18 Tinawi, Emad & Berkey, Judson O., *E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework*, OECD FORUM ON E-SERVICE (1999). Available at <http://www.oecd.org/dataoecd/12/60/2092597.pdf>.

#### 英文網站

- 1 International Center for Trade and Sustainable Development,  
<http://ictsd.org/i/publications/11480/>
- 2 United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization,  
<http://www.unesco.org/new/en/unesco/>
- 3 World Trade Organization, <http://www.wtcenter.org>

#### 國際組織文件

- 1 Appellate Body Report on *Brazil – Export Financing Program for Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/AB/R ( 20 August 1999)
- 2 Appellate Body Report on *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WTO Doc. WT/DS70/AB/R (2 August 1999)
- 3 Appellate Body Report on *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual*

- Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/AB/R (19 January 2010)
- 4 Appellate Body Report on *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (5 April 2001)
  - 5 Appellate Body Report on *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1 November 1996)
  - 6 Appellate Body Report on *United States – Continued Dumping And Subsidy Offset Act Of 2000*, WTO Doc. WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R (16 January 2003)
  - 7 Appellate Body Report on *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 November 1998)
  - 8 Appellate Report on *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (7 September 1997)
  - 9 Appellate Body Report on *Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WTO Doc. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (19 June 2000)
  - 10 Chile, Hong Kong, China, Mexico, Peru and Switzerland, *Proposal for a Provisional Definition of Subsidies in Services*, WTO Doc. JOB(05)/96 (9 June 2005).
  - 11 Communication from Hong Kong, China - *Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum*, W/WPGR/W/16/Add.3 (23 July 1997).
  - 12 CSS, Communication from Australia, Chile, Hong Kong China, India , Mexico and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu-*Joint Statement on the Cross-Border Symposium held by WTO in April, 2005*, JOB(05)/90

- 13 CTS, Working Programme on Electronic Commerce-*Interim Report to the General Council*, S/C/8 (March 31, 1999)
- 14 Cultural Industries Sectoral Advisory Group on International Trade, Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade, *An International Agreement on Cultural Diversity: A Model for Discussion* (September 2002)
- 15 GATT panel report on *Japan-Measures on Imports of Leather*, GATT BISD 31S (15 May 1984)
- 16 GATT panel report on *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages* (19 June 1992), GATT BISD (39th Supp.)
- 17 GATT, *Draft Multilateral Framework for Trade in Service*, MTN.GNS/35 (23 July 1990)
- 18 Note by Secretariat, *Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services*, S/C/W/96 (1 March 1999)
- 19 Note by the Secretariat, *Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiation Mandate*, S/WPGR/W/16 (5 February 1997).
- 20 Panel Report on *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WTO Doc. WT/DS302/R (19 May 2005), modified by Appellate Body Report WT/DS302/AB/R
- 21 Panel Report on *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WTO Doc. WT/DS155/R and Corr.1(16 February 2001)
- 22 Panel Report on *Brazil – Export Financing Program for Aircraft*, WTO Doc. WT/DS46/R (20 August 1999), modified by Appellate Body Report, WT/DS46/AB/R.
- 23 Panel Report on *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution*



- Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/R (12 August 2009)
- 24 Panel Report on *Eropean Communities—Selected Customs Matters*, WTO Doc. WT/DS315/R (16 June 2006)
- 25 Panel Report on *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WTO Doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (21 November 2006).
- 26 Panel Report on *European Communities-Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*, WTO Doc. WT/DS299/R (3 August 2005)
- 27 Panel Report on *Japan - Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea*, WTO Doc. WT/DS336/R (13 July 2007)
- 28 Panel Report on *Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WTO Doc. WT/DS44/R (22 April 1998)
- 29 Panel Report on *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R (11 July 1996)
- 30 Panel Report on *Japan–Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R ( 22 April 1998)
- 31 Panel Report on *Korea-Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WTO Doc. WT/DS273/R (11 April 2005)
- 32 Panel Report on *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WTO Doc. WT/DS267/R and Corr. 1 (21 March 2005), modified by Appellate Body Report, WT/DS267/AB/R
- 33 Panel Report on *United States— Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WTO Doc. WT/DS24/R ( 25 February 1997)
- 34 Panel Report on *United States-Final Countervailing Duty Determining with*

- Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WTO Doc. WT/DS257/R and Corr. 1 (17 February 2004), modified by Appellate Body Report, WT/DS257/AB/R
- 35 Panel Report on *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc. WT/DS285/R (10 November 2004)
- 36 Panel Report on *United States-Measures Treating Exports Restraints as Subsidies*, WTO Doc. WT/DS194/R and Corr. 2 (23 August 2001)
- 37 *Proposal from United States, Expanding the Prohibited “Red Light” Subsidy Category, Draft Text*, , WTO Doc. TN/RL/GEN/146 (5 June 2007)
- 38 Services Sectoral Classification List, MTN.GNS/W/120 (10 July 1991).
- 39 Special Distribution, *Schedules of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note 1*, MTN.GNS/W/164 (3 September 1993).
- 40 Trade in Services, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, S/L/92 (28 March 2001).
- 41 UNESCO, *Preliminary Draft Convention on the Protection of The Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions: Text Revised by the Drafting Committee, 14 December 2004*, CLT/CPD/2004/CONF.607/6 (23 December 2004).
- 42 UNESCO, *Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expression: Preliminary Report of the Director-General*, CLT/CPD/2004/CONF.201/1 (July 2004).
- 43 UNESCO, General Conference, *Resolution 34 adopted at the 32<sup>nd</sup> Session* (29 September 2003-17 October 2003).
- 44 Working Party on GATS Rules - *Communication from Switzerland* -

- Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum S/SPGR/W/16/add.5* (22 December 2005).
- 45 Working Party on GATS Rules - *Communication from the Republic of Poland - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.4 (2 March 2000)
- 46 Working Party on GATS Rules - *Communication from the Republic of Poland - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Supplement*, S/WPGR/W/16/Add.4/Suppl.1 (20 September 2000).
- 47 Working Party on GATS Rules - *Communication from New Zealand - Response to the Questions to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.2( 23 July 1997).
- 48 Working Party on GATS Rules - *Communication from Norway - Response to the Questions Relevant to the Information Exchange Required under the Subsidies Negotiating Mandate – Addendum*, S/WPGR/W/16/Add.1 (23 June 1997).
- 49 WTO Secretariat, *Report of The Meeting of 20 September 2004*, WTO Doc. S/WPGR/M/49 (27 October 2004)
- 50 WTO Secretariat, *Report of the meeting of 24 March 2004*, WTO Doc. S/WPGR/M/47 (22 April 2004)
- 51 WTO Secretariat, *Subsidies and Trade in Services*, WTO Doc. S/WPGR/W/9 (6 March 1996).
- 52 WTO, *Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector*, S/L/64

(17 December 1998)

- 53 WTO, *Guidelines and Procedures for The Negotiations on Trade in Services*, S/L/93 (29 March 2001).
- 54 WTO, *Part II of Draft Guideline for the Application of the Concept of Specificity in the Calculation of the Amount of a Subsidy Other Than an Export Subsidy, submitted by the Group of Experts on the Calculation of the Amount of a subsidy on 25 April 1985 (SCM/W/89)*. MTN.GNG/NG10/W/4 (28 April 1987).

