

第一章 緒論

壹、研究動機及研究目的

一、研究動機

世界貿易組織設立協定 (Agreement Establishing the World Trade Organization, 以下簡稱 WTO 設立協定) 前言第 3 段規定:「WTO 會員為達成上開目標, 欲經由訂定互惠及互利之協定, 以達成關稅與其他貿易障礙之實質減讓, 並消除國際貿易關係中之歧視性待遇」, 明確揭諸了 WTO 以「消除國際貿易關係中之歧視性待遇」為其重要目標之一; 又觀察 WTO 各項附件之規範, 亦可以看出「不歧視原則」係貫穿整部 WTO 架構規範的中心精神也是重要原則之一¹。服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, 以下簡稱 GATS) 亦持此精神, 以不歧視原則為服務貿易領域重要基礎原則之一, 分別規定於 GATS 第 2 條之最惠國待遇 (most-favored-nation treatment) 原則與第 17 條之國民待遇 (national treatment) 原則²。

然而, 不同於貨品貿易領域, 不歧視原則之要件及相關爭議問題, 已經由諸多 WTO 爭端解決案例之判決意見及學者專家之研究辨證等資料予以補充或釐清; 相對而言, 目前涉及 GATS 不歧視原則之要件與爭議問題等研究, 則似乎尚處於發展階段, 仍未出現有力之實務解釋或通說見解, 例如類似性之解釋等。本文之研究動機, 即希冀透過將 GATS 不歧視原則之要件詳予分析, 並提出各要件

¹ 最惠國待遇原則部份, 例如關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, 以下簡稱 GATT) 第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 項、第 5 條第 5 項、第 9 條第 1 項、第 13 條第 1 項; 服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, 以下簡稱 GATS) 第 2 條; 與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPs) 第 3 條; 技術性貿易障礙協定 (Technical Barriers to Trade Agreement, 以下簡稱 TBT) 第 2 條第 1 項; 防衛協定 (Agreement on Safeguards) 第 2 條第 2 項; 裝船前檢驗協定 (Agreement on Preshipment Inspection) 第 2 條第 1 項; 1994 年關稅暨貿易總協定第 6 條執行協定 (Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 即一般簡稱之反傾銷協定) 第 9 條第 2 項; 補貼暨平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 以下簡稱 SCM) 第 19 條第 3 項等。國民待遇部分, 則例如 GATT 第 3 條第 2 項、第 3 條第 4 項; GATS 第 17 條; TRIPs 第 4 條; TBT 第 2 條第 1 項; 與貿易有關之投資措施協定 (Agreement on Trade-Related Investment Measures, 以下簡稱 TRIMs) 第 2 條等。

² 亦有學者認為 WTO 架構下之一般性不歧視原則條款, 除最惠國待遇員則與國民待遇員則之規範外, 尚包括一般例外條款, 例如 GATT 第 20 條、GATS 第 14 條與 SPS 第 2.3 條等, 其認為不歧視原則的精神即在於不得於「類似情形」(similarly situated) 下給予差別待遇, 而最惠國待遇與國民待遇條款中之「類似情形」即指「類似產品」、「類似服務」或「類似服務供給者」等, 至於一般例外條款中之「類似情形」則指「類似情況」(like conditions) 而言, 惟本文仍以傳統上所認為之不歧視原則, 即最惠國待遇與國民待遇條款為討論重點, 詳參 Julia Ya Qin, *Defining nondiscrimination under the law of the world trade organization*, Boston university international law journal, vol. 23(2005).

下可能發生之爭議問題，整理及分析目前尚屬有限之 WTO 爭端解決實務見解，及筆者所能蒐集到之學術論文資料，一方面釐清 GATS 不歧視原則之法律全貌，一方面則藉由諸多爭議問題之提出，希望能拋磚引玉，對於將來有更多深化且精闢之相關研究之提出，能夠有所助益，進而使 GATS 不歧視原則各要件之意義與內涵能夠更為清晰詳盡。

二、研究目的

本文之研究目的如下：

1. 釐清 GATS 不歧視原則之要件及其內涵，包括最惠國待遇原則及國民待遇原則。
2. 在 GATS 不歧視原則之各項要件下，瞭解可能發生之爭議問題，並整理與分析目前 WTO 爭端解決實務及相關學術論文之見解。
3. 藉由觀察 WTO 爭端解決實務對於相關議題之認定意見，歸納分析其態度與立場，作為我國面對相關問題時之參考，包括確保我國法規體系之措施符合 GATS 不歧視原則之義務，以及提供將來我國欲對其他會員提出 GATS 不歧視原則之控訴或遭受其他會員提出此類控訴時之參考依據。

貳、研究方法與研究限制

一、研究方法

本研究將以文獻分析法作為主要研究方法，尤其以 WTO 爭端解決小組報告及上訴機構報告作為主要研究素材，再輔以 WTO 秘書處正式文件及學者研究論文等資料，綜合探討分析，逐一研究 GATS 不歧視原則之各項要件並點出相關爭議問題，以釐清 GATS 不歧視原則之法律全貌。

二、研究限制

1. 個案性研究之限制

本文雖架構性地拆解 GATS 不歧視原則之法律上構成要件，並嘗試逐一釐清其要件之意義與內涵，然主要研究素材係以 WTO 爭端解決案件為主，而目前經爭端解決機構（Dispute Settlement Body）採認之案件仍在少數，故難免發生要件

之解釋結果限於個案性適用之弊，本文除盡力嘗試將各項要件之解釋一般化之外，仍不排除因科技之發展而可能發生之新型態服務貿易，及其可能產生之與 GATS 不歧視原則有關之問題。

2. 文獻引用之限制

本文除參考 WTO 官方文件資料及國內相關學術期刊論文外，礙於筆者自身能力之限制，無法閱讀英文以外之其他外國文獻，故本研究主要仍以英文文獻作為主要參考依據。

3. 主觀分析之限制

本文藉由觀察 WTO 爭端解決實務對於相關議題之認定意見，佐以其他學術見解，嘗試歸納分析目前 WTO 爭端解決實務對於 GATS 不歧視原則相關議題之態度與立場，並指出其趨勢所在，然由於目前涉及 GATS 不歧視原則之要件與爭議問題尚處於發展階段，筆者在有限資料下提出之意見，多少基於主觀之推斷及設想，惟仍希望藉此以達拋磚引玉之效。

參、研究架構

本文共分為七章，第一章為「緒論」，說明本文之研究動機、研究目的、研究方法、研究限制及研究架構等。

第二章為「GATS 不歧視原則概說」，闡述 GATS 不歧視原則之二個子原則即最惠國待遇原則及國民待遇原則之意義與要件，並介紹與 GATS 不歧視原則有關之 WTO 爭端解決案件及其所涉爭議問題。

第三章至第六章逐一討論 GATS 不歧視原則之各項要件及所涉爭議問題，同時歸納分析目前 WTO 爭端解決實務之相關見解，其內容分別為：第三章「會員所採影響服務貿易之措施」之要件，第四章「會員在特定承諾表上做出承諾之服務部門」之要件，第五章「來自其他會員之服務或服務供給者」之要件，第六章「歧視性待遇」之要件。

第七章為「結論」，係以前面各章所討論之要件與爭議問題為基礎，說明目前 GATS 不歧視原則實務見解之趨勢及立場，以供參考。

第二章 GATS 不歧視原則概說

本章主要說明 GATS 不歧視原則之意義及要件，包括最惠國待遇原則及國民待遇原則之意義及要件，並介紹與 GATS 不歧視原則有關之 WTO 爭端解決案件及其所涉爭議問題，以釐清 GATS 不歧視原則之法律要件及內涵為目的。

壹、最惠國待遇原則之意義及要件

一、最惠國待遇原則之意義

GATS 第 2 條規定：「關於本協定所涵蓋之措施，各會員應立即且無條件地對來自其他會員之服務及服務供給者，提供不低於該會員給予其他會員類似服務及服務供給者之待遇（第 1 項）。若會員之措施已列入有關豁免第 2 條義務之附件且符合其條件者，會員得採行與第 1 項不一致之該措施（第 2 項）。本協定之條款不應解釋為用以排除會員為促進僅限於邊境臨界地區當地所供給及消費服務之交易，而給予該等鄰接國之利益（第 3 項）」，故最惠國待遇原則所比較之對象，係指兩個或兩個以上之其他會員之服務及服務供給者間，任何一方均不得享有優於另外一方之待遇；換言之，除例外情形外³，原則上會員應一視同仁地賦予所有其他會員之服務及服務供給者相同之待遇。

二、最惠國待遇原則之要件

由 GATS 第 2 條第 1 項之規定可知，最惠國待遇原則之要件有三：一為須為關於 GATS 所涵蓋之措施，而所稱「關於 GATS 所涵蓋之措施」，依 GATS 第 1 條第 1 項之規定：「本協定適用於會員所採影響服務貿易之措施」，因而第一個要件即指會員所採影響服務貿易之措施；二為該措施須針對來自其他會員之類似服務或服務供給者；三為該措施須為歧視性措施，即條文所稱「提供不低於...之待遇」（no less favorable than），茲分敘如下：

1. 須為會員所採影響服務貿易之措施

此要件之目的在於確認系爭客體，亦即先確認爭執之客體為 GATS 規範下之措施，始能接續審查有無 GATS 不歧視原則的違反。本文將於第三章討論此要件，包括界定「會員」及「措施」之範圍、探討「服務貿易」之意義、以及「影

³ 即 GATS 第 2 條第 2 項之已列入有關豁免第 2 條義務之附件且符合其條件者，及第 2 條第 3 項之屬於促進邊境臨界地區當地所供給及消費服務交易之措施等例外情形。

響」之內涵等。

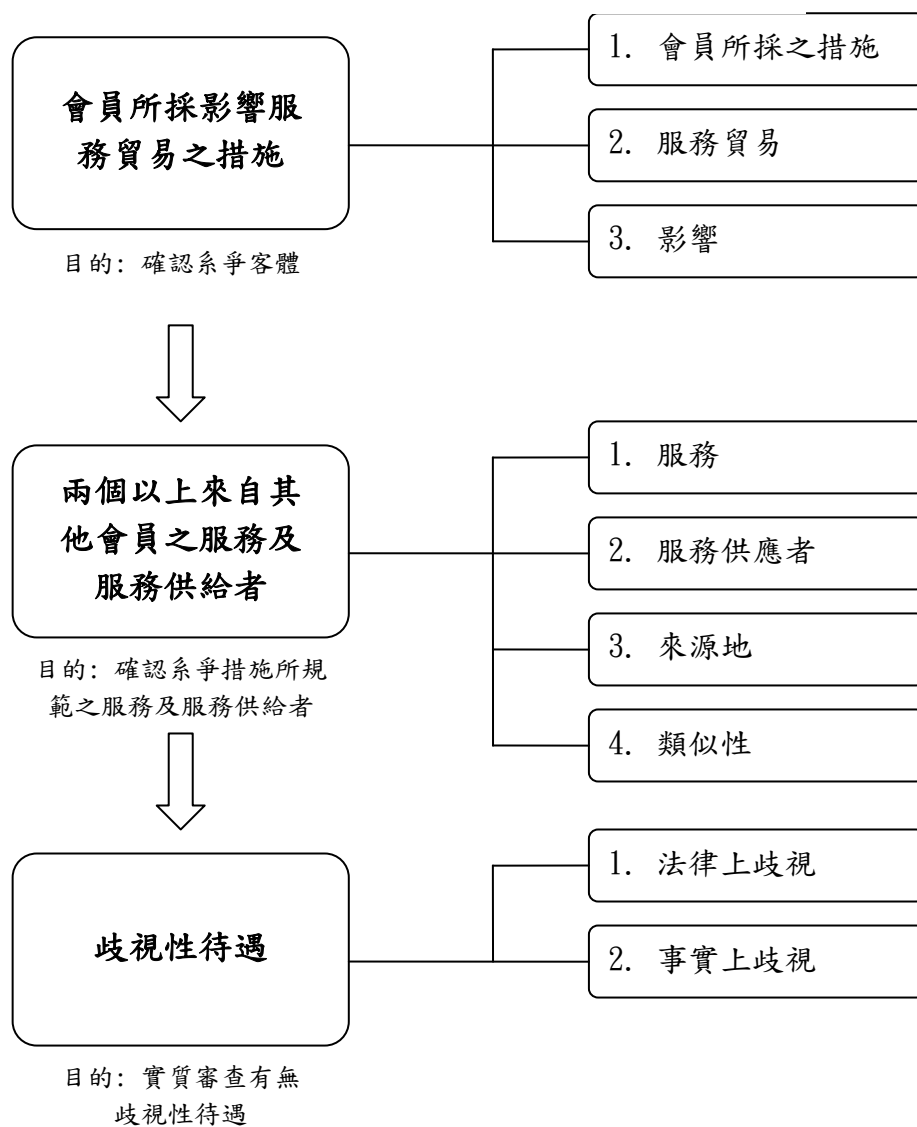
2. 該措施須針對二個以上來自其他會員之類似服務及服務供給者

此要件之目的則在於確認系爭措施所規範之服務及服務供給者；在最惠國待遇原則下，必指系爭措施涉及二個以上的其他會員之服務及服務供給者，換言之，如系爭措施僅針對本國服務及服務供給者為規範，或僅針對一個特定的其他會員之服務及服務供給者為規範，即無接續討論是否違反最惠國待遇原則之問題。本文將於第五章討論此要件，包括探討「服務」及「服務供給者」之內涵、「來源地」之認定、以及「類似性」之判斷等。

3. 該措施須為歧視性措施

最後，系爭措施必須為歧視性措施，亦即系爭措施必須針對二個以上的其他會員之服務及服務供給者間造成歧視待遇，此係由條文中所稱「提供不低於...之待遇」而來；此要件之目的在於針對已經確認之二個以上的其他會員之服務及服務供給者，實質審查系爭措施有無對其造成歧視性待遇之情形。本文將於第六章討論此要件，包括法律上歧視性措施及事實上歧視性措施之探討。

圖 2-1：最惠國待遇原則之要件示意圖



資料來源：筆者自行繪製

貳、國民待遇原則之意義及要件

一、國民待遇原則之意義

GATS 第 17 條規定：「對承諾表上所列之部門，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，會員應給予其他會員之服務或服務供給者不低於其給予本國類似服務及服務供給者之待遇（第 1 項）。會員可以對所有其他會員之服務及服務供給者，提供給予自己服務及服務供給者，或形式上相同待遇、或形式上差別待遇之方式，以符合前項之要求（第 2 項）。如該待遇改變競爭條件，致使會員自己之服務或服務供給者較其他會員之服務或服務供給者有利，則該項形式上相同或形式上差別之待遇都應被視為不利之待遇（第 3 項）」，故國民待遇原則所比較之對象，係指內國及一個或一個以上之其他會員的服務及服務供給者間，任何一方均不得享有優於另外一方之待遇；換言之，會員應一視同仁地賦予內國及外國之其他會員服務及服務供給者相同之待遇。

二、國民待遇原則之要件

由 GATS 第 17 第 1 項之規定可知，國民待遇原則之要件有四：一為須依照會員已在其特定承諾表所載之服務部門，及承諾表上該服務部門所載之條件及資格；二為須為會員所採影響服務供給之措施；三為該措施須針對內國及一個以上之來自其他會員之類似服務及服務供給者；四則為該措施須為歧視性措施，即條文所稱「提供不低於...之待遇」，茲分敘如下：

1. 須為會員已在其特定承諾表做出承諾之服務部門

不同於最惠國待遇條款規範於 GATS 第二篇之一般義務及規定篇章，而係一般性地適用於所有會員所採影響服務貿易之措施，GATS 國民待遇條款規範於第三篇之特定承諾篇章，且於第 17 條第 1 項明文規定國民待遇之適用範圍限於「會員已在其特定承諾表所載之服務部門，且須依據該服務部門所載之條件及資格」，也就是會員已在其特定承諾表上做出承諾之服務部門。故此要件係國民待遇原則之前提要件，目的在於在確認系爭客體之前，即先確認會員是否已在其特定承諾表上就該服務部門做出承諾，如根本沒有做出承諾，則毋須接續其他要件之審查。本文將於第四章討論此要件，其重點即在於如何判斷會員承諾表上之服務部門或次部門有無開放。

2. 須為會員所採影響服務供給之措施

此要件與最惠國待遇原則之「須為會員所採影響服務貿易之措施」之要件相

同，目的亦為確認系爭客體，不過國民待遇條款所使用之條文用語為「影響服務『供給』(affecting the supply of services)之措施」，而非最惠國待遇條款使用之「影響服務貿易(affecting trade in services)之措施」，這裡應係基於二者性質之不同使然；詳言之，我們在討論系爭措施有無違反最惠國待遇原則之問題時，比較之對象為二個或二個以上之其他會員之服務及服務供給者，這些其他會員之服務及服務供給者均必然與本國消費者間產生服務貿易之關係，故最惠國待遇之要件為影響「服務貿易」之措施；另一方面，我們在討論系爭措施有無違反國民待遇原則之問題時，比較之對象則為本國與一個以上之其他會員之服務及服務供給者，由於本國服務及服務供給者直接提供服務予本國消費者，沒有對外貿易的問題，故國民待遇之要件使用影響「服務供給」之文字，至於該其他會員之服務及服務供給者與本國消費者間仍屬於服務貿易之關係，則不待言。因此，本要件亦同樣於本文第三章討論，包括界定「會員」及「措施」之範圍、探討「服務貿易」之意義、以及「影響」之內涵等。

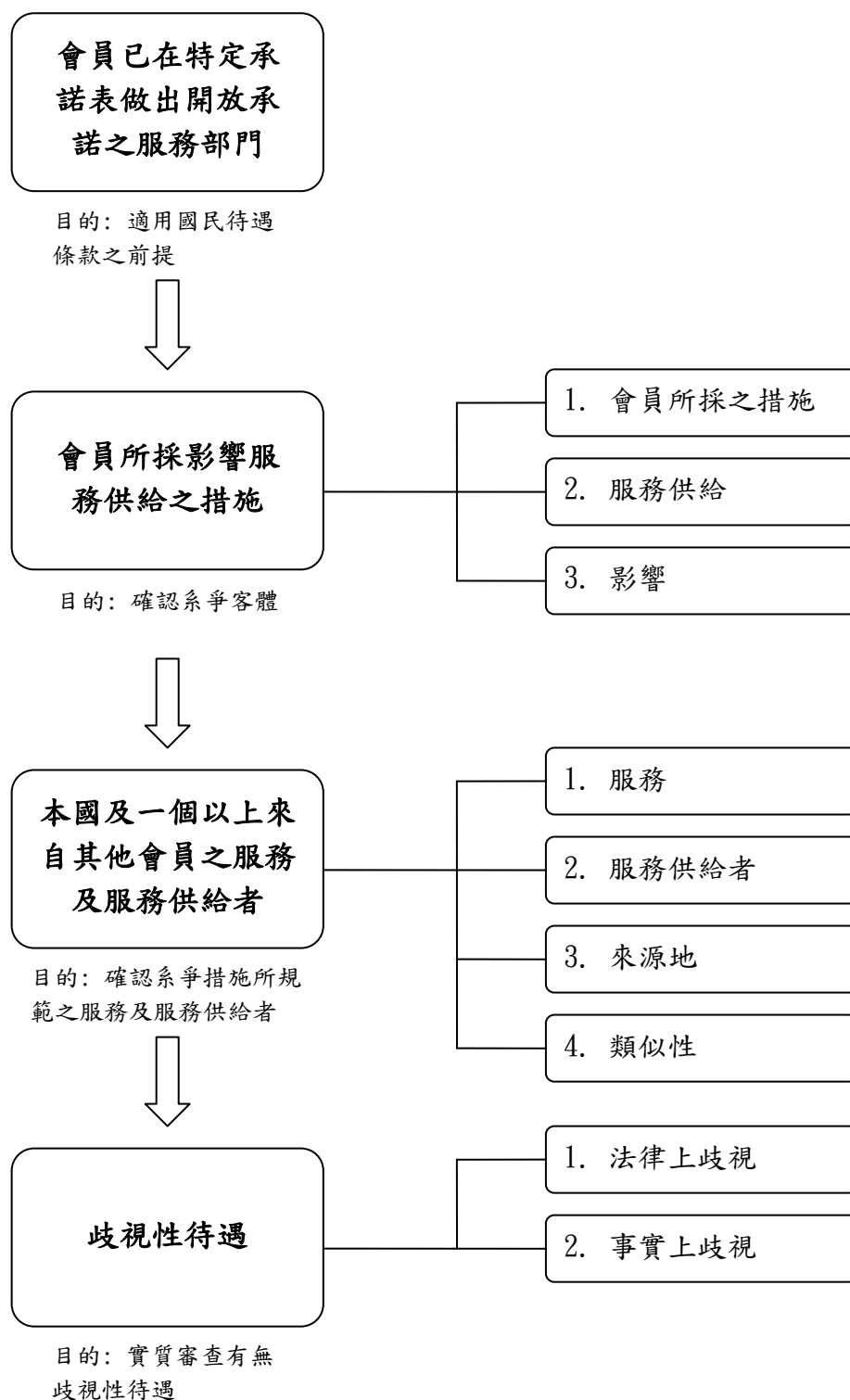
3. 該措施須針對本國及一個以上來自其他會員之服務及服務供給者

此要件之目的則在於確認系爭措施所規範之服務及服務供給者；在國民待遇原則下，必指系爭措施同時涉及本國及一個以上來自其他會員之服務及服務供給者，換言之，如系爭措施僅針對本國服務及服務供給者為規範，或僅針對其他會員之服務及服務供給者為規範，即無接續討論是否違反國民待遇原則之問題。故本要件亦同樣於本文第五章討論，與最惠國待遇原則之要件相同，包括探討「服務」及「服務供給者」之內涵、「來源地」之認定、以及「類似性」之判斷等。

4. 該措施須為歧視性待遇

最後，系爭措施必須為歧視性措施，亦即系爭措施必須針對本國及一個以上的其他會員之服務及服務供給者間造成歧視待遇，此亦由條文中所稱「提供不低於...之待遇」而來；此要件之目的在於針對已經確認之本國及一個以上之其他會員之服務及服務供給者，實質審查系爭措施有無對其造成歧視性待遇之情形。故本要件亦同樣於本文第六章討論，包括法律上歧視性措施及事實上歧視性措施之探討。

圖 2-2：國民待遇原則之要件示意圖



資料來源：筆者自行繪製

參、與 GATS 不歧視原則有關之 WTO 爭端解決案件及所涉爭議問題

WTO 爭端解決機制成立至今，涉及服務貿易且最終通過 DSB 採認之爭端解決案件共有 6 件，分別為歐盟香蕉案（III）（EC- Bananas III）⁴、加拿大期刊案（Canada- Periodicals）⁵、日本底片案（Japan- Film）⁶、加拿大汽車案（Canada- Autos）⁷、墨西哥賭博案（Mexico- Telecom）⁸與美國賭博案（US- Gambling）⁹，茲將該案件之當事會員、系爭措施、影響之貨品或服務以及所涉 GATS 不歧視條款相關條文及爭議問題等簡介如下：

一、歐盟香蕉案

香蕉案之控訴會員包括厄瓜多（Ecuador）、瓜地馬拉（Guatemala）、宏都拉斯（Honduras）、墨西哥（Mexico）及美國（United States），被控訴會員則為歐盟（European Union），與服務貿易有關之系爭措施為歐盟之香蕉進口、銷售及配銷機制，涉及之服務貿易不歧視原則相關條文則為 GATS 第 2 條最惠國待遇原則及第 17 條國民待遇原則。

本案為 WTO 爭端解決實務針對服務貿易做出的第一個判決，也是第一個針對 GATS 不歧視原則做出認定之案件，其爭端解決小組及上訴機構報告中提出之相關爭點包括「影響」之解釋、特定承諾表服務部門或次部門有無開放之判斷、服務供給者之內涵、類似性之判斷等，更首度提出法律上歧視及事實上歧視之概念，均將在下文中詳細析述。

二、加拿大期刊案

⁴ Appellate Body Report, *European Communities- Regime for the Importation Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997. Panel Report, *European Communities- Regime for the Importation Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU/GTM/HND/MEX/USA.

⁵ Appellate Body Report, *Canada- Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997. Panel Report, *Canada- Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R and Corr.1.

⁶ Panel Report, *Japan- Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998.

⁷ Appellate Body Report, *Canada- Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000. Panel Report, *Canada- Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R.

⁸ Mexico- Telecom, Panel Report, *Mexico- Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, adopted 1 June 2004.

⁹ Appellate Body Report, *United States- Measures Affecting the Cross- Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005. Panel Report, *United States- Measures Affecting the Cross- Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R.

期刊案之控訴會員為美國，被控訴會員為加拿大 (Canada)，爭執措施有三，一為 9958 號關稅稅則，其禁止任何「特殊編排」(special- edition)¹⁰之期刊進口至加拿大；二為消費稅法對於「分版經營」(split- run edition)¹¹之期刊課徵相當於期刊內所有廣告價值之 80% 金額之消費稅的措施；三為針對國內及國外期刊制定不同郵遞費率之措施，本案所涉之條文為 GATT 第 3 條、第 11 條及第 20 條等。

本案所涉條文雖為 GATT，然有關期刊內之廣告服務部分，事實上應屬於服務貿易之範疇，此可能因為當時 WTO 尚無有關服務貿易控訴之相關實務見解出現，故控訴會員仍以 GATT 規範提起控訴。因此，本文原則上未將此案件納入討論 GATS 不歧視原則要件之素材，僅於探討 GATS 與 GATT 二者間相互適用關係時一併提及。

三、日本底片案

底片案之控訴會員為美國，被控訴會員為日本 (Japan)，系爭措施包括消費性影片與紙張之配銷措施、大型零售商店之限制措施以及促銷措施等，所涉條文為 GATT 第 3 條第 4 項、第 10 條第 1 項及第 23 條第 1 項第(b)款之規定。

本案與加拿大期刊案相同，所涉條文雖為 GATT，然有關配銷服務及零售服務部分，事實上應屬於服務貿易之範疇，惟不同於期刊案未涉及 GATS 不歧視原則之要件與爭議，本案控訴會員雖未提起 GATS 相關控訴，然當事會員在討論系爭措施之採行主體，即「會員」所採之措施時，由於系爭措施本質上亦屬 GATS 意義下之影響服務貿易之措施，故本案爭端解決小組對於「會員」之界定所提出之概念，將於下文詳細探討。

四、加拿大汽車案

汽車案之控訴會員為日本及歐盟，被控訴會員為加拿大，與服務貿易有關之系爭措施有三，包括針對部分汽車製造商之進口關稅豁免待遇 (Special Remission Orders, SROs)、加拿大最低增值標準之要求 (Canadian value added, CVA) 以及銷售比例之要求 (production to sales ratio requirements) 等，涉及之服務貿易不歧視原則相關條文則為 GATS 第 2 條之最惠國待遇原則。

本案爭端解決小組雖針對 GATS 不歧視原則之各項要件提出相關爭點並作

¹⁰ 「特殊編排」之期刊，係指含有主要針對加拿大市場所刊登之廣告的期刊，且該類廣告在來源地國家之同樣期刊版本內並未出現同一形式之廣告者。

¹¹ 「分版經營」之期刊，係指在加拿大發行，該期刊中所編排之議題有 20% 以上之編輯資料與出現在一種以上之其他獨家版本期刊之編輯資料相同或幾乎相同，但在加拿大發行之期刊內所含之廣告並未以同一形式出現在其他版本期刊中者。

出認定，例如「影響」之解釋、特定承諾表服務部門或次部門有無開放之判斷、服務及服務供給者之內涵、類似性之判斷及歧視性待遇之判斷等，惟由於小組認為不須先行認定系爭措施是否為 GATS 規範下之會員所採影響服務貿易之措施，反而認為系爭措施是否影響服務貿易，應與該措施是否造成歧視性待遇同時進行審查，故而為上訴機構所推翻。然而，小組報告中所提出之其他論點或認定，例如特定承諾表部門或次部門有無開放之判斷等，似仍能提供我們一些分析不歧視原則要件時之參考價值。

五、墨西哥電信案

電信案之控訴會員為美國，被控訴會員為墨西哥，與服務貿易有關之系爭措施為管理電信服務提供之美國聯邦競爭法規，涉及之條文為 GATS 第 1 條第 2 項第(a)款、GATS 電信附件及墨西哥特定承諾表所納入之 GATS 電信參考文件等。

電信案為全案與服務貿易相關之 WTO 爭端解決案件，然其所涉條文均與 GATS 不歧視原則無關，故本文原則上未將之納入討論 GATS 不歧視原則要件之素材。

六、美國賭博案

賭博案之控訴會員為安地瓜巴布達 (Antigua and Barbuda)，被控訴會員為美國，與服務貿易有關之系爭措施為美國所採取之諸多有關賭博服務之措施，包括電話線路法 (Wire Act)、旅遊法 (Travel Act) 及非法賭博事業法 (Illegal Gambling and Betting Business Act) 等聯邦三法，涉及之服務貿易不歧視原則相關條文則為 GATS 第 17 條之國民待遇原則。

本案爭端解決小組報告並未就 GATS 第 17 條國民待遇原則進行實質審查，而係基於訴訟經濟之理由，認為既已認定系爭措施違反 GATS 第 16 條市場開放之規定，即毋須再行審理第 17 條國民待遇原則，不過該報告及其後之上訴機構報告中有關會員所採之措施之認定、特定承諾表部門或次部門有無開放之判斷等，仍為我們分析不歧視原則要件時之重要參考依據。

第三章 會員所採影響服務貿易之措施之要件

本章主要探討不歧視原則之「會員所採影響服務貿易之措施」之要件，主要目的在於確認爭執之客體，如第二章所述，此要件又須分別探討「會員所採之措施」之範圍、「服務貿易」之意義以及「影響」之內涵等，以下即析述之。

壹、會員所採之措施之範圍

不論在檢視會員有無違反最惠國待遇或國民待遇義務時，需要面對的第一個問題就是系爭措施得否作為 WTO 爭端解決機制之審查標的，以及系爭措施之範圍為何，這將會決定爭端解決小組及上訴機構得否進行不歧視原則之審查的合法性¹²，以及在控訴會員最終獲得勝訴判決時，作為界定被控訴會員修正、撤回、執行或補償其不符合 GATS 規範之措施的範圍¹³。

針對會員所採之措施之範圍，上訴機構於 2004 年通過採認之美國不鏽鋼落

¹² 參照 DSU 第 3.3 條：「The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members」；第 4.4 條：「All such requests for consultations shall be notified to the DSB and the relevant Councils and Committees by the Member which requests consultations. Any request for consultations shall be submitted in writing and shall give the reasons for the request, including identification of the measures at issue and an indication of the legal basis for the complaint」；第 6.2 條：「The request for the establishment of a panel shall be made in writing. It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint sufficient to present the problem clearly. In case the applicant requests the establishment of a panel with other than standard terms of reference, the written request shall include the proposed text of special terms of reference.」；第 7.1 條：「Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel: "To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)."(畫線部分為筆者附加)。

¹³ 參照 DSU 第 19.1 條：「Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.」；第 22.2 條：「If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall, if so requested, and no later than the expiry of the reasonable period of time, enter into negotiations with any party having invoked the dispute settlement procedures, with a view to developing mutually acceptable compensation. If no satisfactory compensation has been agreed within 20 days after the date of expiry of the reasonable period of time, any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements」(畫線部分為筆者附加)。

日審查案 (US- Corrosion-Resistant Steel Sunset Review)¹⁴ 中，曾提出非常值得參考之定義：「原則上，任何可歸因 (attributable) 於 WTO 會員之行為或不行為，均得作為該會員在 WTO 爭端解決程序目的下之措施」¹⁵，依此，我們可以再將會員所採之措施之範圍的界定，細分為「會員」之界定與「措施」之界定，茲分述如下：

一、「會員」之界定

GATS 第 1 條第 3 項第(a)款規定：「本協定稱會員所採之措施者，係指下列機關及團體所採取之措施：(i)中央、區域或地方政府與機關；及(ii)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；會員為了履行本協定之義務與承諾，應採取可行之合理措施，以確保其區域或地方政府與機關及非政府機構在其境內確實遵循之」，故「會員」所採之措施可再區分為該會員公部門所採之措施及私部門所採之措施。

1. 公部門所採之措施

依據上開規定，DSB 得以審查之會員措施，不但包括會員之中央政府所採行之措施，同時也包括該會員之區域政府、地方政府、區域機關、地方機關等機構所採行之措施，故幾乎涵蓋所有公部門行政體系之措施。一般而言，此類措施很明確均屬可歸因於會員所採之措施，較不易發生爭議。

2. 私部門所採之措施

除公部門所採之措施外，依據上開 GATS 規定，經會員中央、區域或地方政府或機關授權行使政府權力之非政府或私人機構，在授權範圍內，其所採行之措施亦屬可歸因於會員所採之措施，此即我國行政法委託行使公權力之概念¹⁶。GATS 同時規範 WTO 會員負有確保該類措施符合 GATS 規範之義務，此亦與 DSU 第 22.9 條指出「內括協定之爭端解決條款得適用於會員境內之區域或地方政府或機關所採行之影響遵守該協定條款之措施」之規範內容一致。

這種私部門受公部門委託而在授權範圍內行使公權力之措施，比較容易發生

¹⁴ Appellate Body Report, *United States- Sunset review of Anti- Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/AB/R, adopted 9 January 2004. Panel Report, *United States- Sunset review of Anti- Dumping Duties on Corrosion- Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/R.

¹⁵ Appellate Body Report, *US- Corrosion- Resistant Steel Sunset Review*, para. 81.

¹⁶ 我國行政程序法第 2 條第 3 項規定：「受委託行使公權力之個人或團體，於受託範圍內，視為行政機關。」我國委託行使公權力之情形例如行政院大陸委員會委託財團法人海峽交流基金會，辦理有關兩岸文書查驗證、民眾探親商務旅行往來糾紛調處等涉及公權力之相關業務；國際貿易局委託財團法人中華民國紡織品外銷拓展協會，辦理外銷紡織品配額之分配等。

爭議，尤其在某些會員之法律政治體制下，並沒有很清楚的授權方式時，在判斷系爭措施是否屬於「可歸因於」該會員所採之措施時，就很容易發生判斷上的困難，目前並無統一的標準判斷某一措施究竟屬於「可歸因於」該會員之措施，或僅為採行該措施之私部門的行為或不行為。

例如在日本底片案，爭端解決小組即認為：「雖然 WTO 協定下的『措施』僅適用於政府之政策或活動，當然不及於私團體，這是沒有任何疑義的，然而過去實務上仍發生許多與此相關之貿易爭端，爭端解決小組亦對此面臨做成判定之困難，某些表面上看起來屬於私部門行為之措施，實際上卻因其與政府間之關聯性或根本背後是由政府贊助與背書等原因，而可能被認為是『可歸因於』政府之措施」¹⁷，小組因此認為：「光從私部門所採取之措施這點來看，並不能排除該類措施被視為政府措施的可能性，只要政府已達到充分涉入的程度，就可以被認為係屬於『可歸因於』會員之措施，不過針對『充分涉入』之概念，很難建立一個統一的標準，也因此這種情況只能以個案審查之方式來判斷」¹⁸。故日本底片案之小組在綜合各項證據及推論後，認定日本「零售商理事會」(Retailers Council)所採取之措施與日本政府的行政指導有充分關聯性，且受到日本政府之核准及授權，故認定其係「可歸因於」日本政府之措施¹⁹。

由此可見，WTO 爭端解決實務對於「會員」之界定是非常寬鬆的，希望能盡量將系爭措施納入 WTO 規範架構之下，如此方可避免會員透過授權予私部門採取各項行為或不行為之方式，規避其於 WTO 規範下之義務。

二、「措施」之界定

WTO 爭端解決機制下之「措施」，依其一般性或特定性之適用，可粗略分為抽象性措施 (measure 'as such') 及特定性措施 (measure 'as applied')²⁰，前者係指作為一般性及預期性適用所制定之規則或基準²¹，例如法律、行政命令等；後者則係指僅適用於特定案件或情況之個別性措施，例如對特定進口業者課徵反傾銷稅之行政處分等。GATS 第 28 條第(a)款亦規定：「所稱『措施』，係指會員所採之任何措施，包括法律、規則、命令、處理程序、決議、行政作為或任何其他

¹⁷ Panel Report, *Japan- Film*, para. 10.52.

¹⁸ *Id.*, para. 10.56.

¹⁹ *Id.*, para. 10.328.

²⁰ Alan Yanovich and Tania Voon, *What is the measure at issue?* in Andrew D Mitchell, ed., *Changes and Prospects for the WTO*, 2005, at 125- 127.

²¹ 部分 WTO 與過去 GATT 實務見解認為抽象性措施尚可區分為強制性措施 (mandatory measures) 與裁量性措施 (discretionary measures)，區分標準與實益在於前者係強制地適用於所有情況，故只要此種措施不符合 WTO 規範，均得作為審查之標的，後者則因授與主管機關裁量之權限，故只有在該措施已經適用於特定案件，且與 WTO 義務不相符之情況下，始得對之提起爭端解決控訴。惟此種區分目前為止仍未形成共識，亦有部分 WTO 與過去 GATT 實務見解對此分類持懷疑的態度，詳參 Alan Yanovich and Tania Voon, *Id.*, at 127-130。

形式之措施」，明確以例示方式舉出各種可能之措施型態，包括抽象性措施與特定性措施，同時亦以「任何其他形式之措施」為概括規定²²，惟何謂任何其他形式之措施？目前並沒有一個明確之判斷標準，對此，美國賭博案曾就「慣例」（practice）及「全面禁止」（total prohibition）等二概念是否屬於 GATS 之措施有深入之討論，或可提供一些參考，茲分敘如下：

1. 「慣例」是否為 GATS 之措施？

對此爭議，美國賭博案之爭端解決小組及上訴機構分別採取肯定及否定之見解。

賭博案小組以美國不鏽鋼落日審查案、美國對歐盟特定產品課徵平衡稅案（US- Countervailing Measures on Certain EC Products）²³與美國碳鋼案（US - Carbon Steel）²⁴等實務見解作為先例，認為「慣例」一方面即得獨立地作為 GATS 規範下之「措施」，而為爭執之客體；一方面亦得作為特定法律等抽象性措施之解釋時的參考依據²⁵。小組在本案中進一步認為涉及本案系爭之聯邦三法（電話線路法、旅遊法及非法賭博事業法）相關條文的三個法院案例、針對金融中介機構和傳播公司之法律執行行為、以及政府官員禁止國內廣告業者刊登外國網際網路賭博服務廣告之聲明等，均得視為「慣例」，得獨立作為 GATS 規範下之措施，而受有無違反 GATS 規範之審查，同時亦得作為佐證其他抽象性措施不符合 GATS 義務之參考依據²⁶。

至於賭博案之上訴機構則認為 WTO 爭端解決實務到目前為止均未就「慣例」得否作為「措施」之爭議發表任何意見，其無法同意小組對於不鏽鋼落日審查案等過去上訴機構裁決的理解方式²⁷。

事實上，賭博案小組所提出之三種可視為慣例之情形，第一種為涉及聯邦三法相關條文之法院案例，此係司法判決類型之措施；第二種為針對金融中介機構

²² 這裡雖指「任何其他形式之措施」，惟不包括司法與行政之協助措施，因此等措施實際上並不會對服務或服務供給者造成影響，換言之，這種協助措施沒有獨立性，不可能影響市場上之競爭條件，故不在 GATS 適用範圍之內，參 WTO, *WTO Analytical Index- Guide to WTO Law and Practice*, at 1089。

²³ Appellate Body Report, *United States- Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities*, WT/DS212/AB/R, adopted 8 January 2003. Panel Report, *United States- Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities*, WT/DS212/R.

²⁴ Appellate Body Report, *United States- Countervailing Duties on Certain Corrosion- Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany*, WT/DS213/AB/R, adopted 19 December 2002. Panel Report, *United States- Countervailing Duties on Certain Corrosion- Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany*, WT/DS213/AB/R.

²⁵ Panel Report, *US- Gambling*, para. 6.197.

²⁶ 不過，小組認為安地瓜巴布達在本案中並未就該措施「自身」予以爭執，其提出這些措施僅作為支持美國法令不符合其在 GATS 下義務之主張的佐證而已。Id, para. 6.198.

²⁷ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para. 132.

和傳播公司之法律執行行為，可能以行政處分、處理程序或其他行政作為等型態呈現；而第三種為政府官員禁止國內廣告業者刊登外國網際網路賭博服務廣告之聲明，則可能為行政規則、行政命令或僅為一種政策之宣示等，雖然這些措施之某些型態得否作為 GATS 規範下之「措施」尚有爭議，然小組認其屬於「慣例」而為 GATS 規範意義下之措施，則似無有力之依據。

2. 「全面禁止」是否為 GATS 之措施？

美國賭博案中，另存在一個有趣的爭議問題，即安地瓜巴布達堅持主張其所欲爭執之措施為「美國各種聯邦法律、州法律以及各項政策聲明與其他政府行動之全部及累積效果，所共同構成之跨國提供賭博服務的『全面禁止』」²⁸，因而在本案產生究竟得否以「全面禁止」之概念作為 GATS 爭端解決客體的爭議。

對此爭論，賭博案爭端解決小組及上訴機構均採取否定之見解。小組認為 GATS 和 DSU 雖然對於「措施」之認定非常廣泛，然而安地瓜巴布達所聲稱之跨國提供賭博服務的「全面禁止」，係其用來描述美國法令規範及其他措施所造成的「效果」，即使該類法令規範及其他措施確實共同造成了全面禁止之情形，仍不得單獨以之作為一個爭執之「措施」²⁹，理由有四：

(1) 「全面禁止」非屬相當於規則或基準之措施

安地瓜巴布達使用「全面禁止」一詞，係用以描述美國法令所造成之禁止安地瓜巴布達業者跨國提供賭博服務的影響，依據美國不繡鋼日落審查案上訴機構之見解，會員所採之規則或基準等措施皆構成 DSU 下之系爭「措施」；惟安地瓜巴布達所稱之「全面禁止」，無法解釋為上訴機構所稱之規則或基準，其僅係對於效果的一種描述而已³⁰。

(2) 安地瓜巴布達未敘明系爭之「特定」措施

小組首先指出由 GATS 第 23 條及 DUS 第 6.2 條之規定，可知會員如認其他會員未貫徹實施 GATS 規範下之義務或特定承諾時，其要求成立爭端解決小組，必須先確定所欲主張之「特定措施」，也就是指 GATS 第 28 條第(a)款所廣泛定義之「措施」³¹。

²⁸ See Request for the Establishment of a Panel by Antigua and Barbuda, WT/DS285/2. See also Antigua's first written submission, Antigua's second written submission, and Antigua's reply to Panel questions (all are cited in Panel Report, US- Gambling, para.6.154- 6.157).

²⁹ Panel Report, *US- Gambling*, para. 6.175.

³⁰ *Id.*, para. 6.176.

³¹ *Id.*, para. 6.149, 6.150.

DSU 第 6.2 條規定要求成立爭端解決小組必須敘明其爭執之「特定」措施，而小組認為「全面禁止」之概念並未達到「特定」的程度，尤其是其如何構成全面禁止之細節更是模糊不清³²。此外，小組也認為依據 DSU 相關規範，特別是第 7 條關於授權條款之規定及控訴會員負有初步舉證責任以形成表面證據等規定，均精確而一致地指出系爭措施是非常重要的，絕非如安地瓜巴布達所稱「浪費人力時間且沒有必要」³³。

(3) 「全面禁止」之概念將使 DSB 建議之執行產生困難

小組認為確認系爭措施之所以重要，不但表現在定義小組授權審查條款及通知被控訴會員該控訴之法律基礎以利其防禦等二方面，同時也因為若系爭措施被 DSB 認定違反 WTO 協定，依據 DSU 第 19.1 條之規定，被控訴會員須使該措施符合相關協定，故小組認為在決定一措施是否為 DSU 和 WTO 目的下之客體時，該措施是否能夠符合 WTO 之規定即為一個重要考量³⁴。

當安地瓜巴布達所聲稱之系爭措施為未經精確定義之多項法律所形成的「全面禁止」，小組認為其無從想像美國將如何被要求執行 DSB 之建議，以使「全面禁止」根據 DSU 第 19.1 條的規定符合 GATS 規範；同樣地，小組亦無從想像 DSB 將如何依據 DSU 第 21.6 條之規定監督執行進展；以及若該「禁止」被認定違反 GATS 規範，而又無法確定究竟哪些法令必須修改以除去「全面禁止」之結果時，小組更是無從想像應如何依據 DSU 第 21.5 條規定成立關於執行之爭端解決小組，並由其審查執行措施是否符合 WTO 規範³⁵。

(4) 「全面禁止」之主張仍無法排除舉證的困難

會員之內國法令永遠被推定符合 WTO 協定，安地瓜巴布達作為本案控訴會員，負有正確且詳細地說明系爭措施，使美國得以進行適當防禦之責，美國雖已承認其法令全面或部分禁止某些賭博服務之遠端提供，卻不因此減輕安地瓜巴布達必須具體指出系爭措施並證明該措施違反 WTO 協定之義務。再者，小組認為即使美國法令確實禁止賭博服務之遠端提供，亦不必然推論出該類法令違反 GATS 或 WTO 協定之結果，換言之，美國尚可訴諸一般性或特殊例外，使上述禁止措施在 WTO 下仍有正當基礎，則安地瓜巴布達仍須證明該措施構成不符合 WTO 規範之限制。因此，小組認為安地瓜巴布達所提出「全面禁止」這樣簡化的主張，無法就其所聲稱之構成全面禁止之效果的每項美國聯邦或州法律及政策

³² *Id.*, para. 6.177.

³³ *Id.*, para. 6.180.

³⁴ *Id.*, para. 6.181.

³⁵ *Id.*, para. 6.182.

等措施，就其個別如何違反 GATS 規範，負擔充分的舉證責任³⁶。

賭博案上訴機構亦採取肯定見解，除維持小組理由外，並提出下列二點：

(1) 「全面禁止」係措施之「效果」而非「措施」

上訴機構重申不鏽鋼落日審查案之見解，認為「措施」之要件有二，一為措施必須「可歸因於會員」，另一則為損害必須由「措施」所造成，換言之，因為該「措施」之存在或施行，而造成損害的「結果」³⁷，措施是根本原因，損害只是措施施行的結果。因此，由安地瓜巴布達在多項文件及口頭聲明表示，「全面禁止」是美國各聯邦及州法律之執行所造成之集合效果來看，上訴機構認為其所聲稱之「全面禁止」，毋寧只是美國上述聯邦及州法律施行所造成的「結果」，而法律才是 GATS 意義下造成該結果的「措施」³⁸。

(2) 「全面禁止」之概念將使 DSB 建議之執行產生困難

除小組上述第(3)點理由之說明外，上訴機構補充「全面禁止」之概念將使 DSB 建議之執行產生困難的論點，因為如果承認「全面禁止」是一項措施，則控訴會員只要敘明「禁止」之字樣，立刻可以滿足 DSU 第 6.2 條確認「特定措施」之要件，則被控訴會員勢必將面臨在無法確知何種「措施」產生這種「禁止」結果的情況下，毫無頭緒地進行其訴訟上之防禦，尤其在本案安地瓜巴布達表示美國之「大量」聯邦及州法律造成跨國提供賭博服務的全面禁止之效果，更增添美國在防禦上之複雜度與不確定性³⁹。

從賭博案爭端解決小組及上訴機構報告中所論述之理由來看，確實充分支持「全面禁止」不得作為 GATS 意義下之「措施」的論點，除了違反 DSU 相關規定之外，一方面使控訴會員之舉證責任增添複雜度，另一方面更對於被控訴會員之防禦權產生嚴重侵害。

貳、服務貿易之意義

服務貿易，顧名思義，係指一國居民與他國居民間就服務所進行之交易。不過，這種傳統的定義似乎無法滿足日新月異之服務貿易現況，故 GATS 以四種服務貿易提供模式（modes）之定義方式取代傳統定義，擴大及超越服務貿易之傳

³⁶ *Id.*, para. 6.184.

³⁷ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para. 121.

³⁸ *Id.*, para. 124.

³⁹ *Id.*, para. 125.

統範疇，以下即介紹 GATS 所定義之四種服務貿易提供模式，並討論在四種服務貿易提供模式下，系爭措施所規範對象為何。

一、服務貿易之四種提供模式

GATS 第 1 條第 2 項規定：「本協定所稱服務貿易，謂：(a)自一會員境內向其他會員境內提供服務者；(b)在一會員境內對其他會員之消費者提供服務者；(c)由一會員之服務供給者以設立商業據點之方式在其他會員境內提供服務者；(d)由一會員之服務供給者以自然人身分在其他會員境內提供服務者」，故 GATS 將服務貿易分為四種不同之提供模式；又 WTO 「服務貿易總協定特定承諾表填寫準則」(Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services)⁴⁰ 中指出其分類依據為：「列於承諾表之四種服務提供模式，係對照 GATS 第 1 條第 2 項之規定，這些模式之定義主要是根據服務供給者和服務消費者之來源地，以及服務履行時之所在地的類型與程度而定」⁴²，茲將四種服務提供模式之意義分述如下：

1. 跨國提供服務

跨國提供服務 (cross-border supply)，係指自一會員境內向其他會員境內提供服務，例如國際運輸服務，可以透過電信或郵件等方式來提供服務，亦可能透過實際出口商品之方式來提供，包括以電腦光碟或繪圖等實體媒介物之方式提供服務⁴³，均屬模式一之範疇，這種模式之特色即在於服務供給者均不在其提供服務之消費者所在地的會員境內。

2. 境外消費

境外消費 (consumption abroad)，係指在一會員境內對其他會員之消費者提供服務，這種提供模式時常被認為屬於「消費者的移動」，其主要特徵即在於服務係在作出承諾之會員的境外提供，最常見的例子就是旅遊服務，因旅遊服務之消費者一定得做實體上的移動才能進行消費。不過此模式並不限於消費者之移動，消費者「財產」的「移動」亦屬之，例如國外的船舶修繕服務亦屬於此模式

⁴⁰ WTO, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services*, WTO Doc. S/L/92, 28 March 2001.

⁴¹ 其前身為 1993 年烏拉圭回合談判時採認通過之「1993 年服務貿易初始承諾表填寫說明要點」(Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note) 及其修正版本 (WTO Doc. MTN.GNS/W/164, MTN.GNS/W/164/Add.1)。

⁴² WTO, *supra* note 40, para. 26.

⁴³ *Id.*, para. 28.

下之服務提供方式⁴⁴。

3. 商業據點呈現

商業據點呈現 (commercial presence)，係指由一會員之服務供給者以設立商業據點之方式在其他會員境內提供服務，而所稱「商業據點」，依 GATS 第 28 條第(d)款之規定，則係指所有型態之商業或專業之營業所，包括為提供服務而在會員境內經由：(i)設立、收購或經營之法人，或(ii)新設立或經營之分公司或代表處。此種模式即我們一般所熟知的外國直接投資 (foreign direct investment, FDI)。

4. 自然人呈現

自然人呈現 (presence of natural persons)，係指由一會員之服務供給者以自然人身分在其他會員境內提供服務，包含自然人自行提供服務及自然人作為其他服務供給者之受雇人而提供服務之情形⁴⁵。

二、會員所採之措施在四種提供模式下之影響服務貿易之方式

四種服務提供模式，主要是根據「服務供給者」和「服務消費者」之來源地，以及「服務」履行時之所在地的類型與程度而為區分，已如上述，其區分標準及提供模式可以下表呈現：

表 3-1 服務提供模式區分表

服務供給者所在地	服務呈現方式	模式
服務供給者在會員境外	服務由其他會員自境外提供，但傳送至會員境內	跨國提供服務<模式一>
	服務由其他會員在境外提供，由消費者前往消費	境外消費<模式二>
服務供給者在會員境內	服務透過境內之商業據點在境內或境外提供	商業據點呈現<模式三>
	服務透過境內之自然人在境內或境外提供	自然人呈現<模式四>

資料來源：WTO, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services* (WTO Doc. S/L/92)

依此，模式一與模式二之服務供給者均位於會員境外，而模式一所提供之

⁴⁴ *Id.*, para. 29.

⁴⁵ *Id.*, para. 33.

服務位於會員境內，模式二所提供之服務則位於會員境外；至於模式三與模式四之服務供給者均位於會員境內，而其所提供之服務係位於會員境內或境外？依 GATS 第 1 條第 2 項第(c)、(d)二款及 GATS 第 28 條第(f)之(ii)款之規定，應認為可能位於會員境內，亦可能位於會員境外⁴⁶。然而，由於會員所採之措施限於主權之關係，通常僅能在其境內或邊境上施行，無法延伸至會員境外，故會員所採之措施在四種提供模式下，各自有其不同之影響服務貿易之方式，茲分述如下：

1. 服務貿易模式一

模式一之服務供給者位於會員境外，其所提供之服務則位於會員境內，故一般會員所採之措施均以限制服務進入會員境內之方式予以規範，因此，會員影響「服務貿易」之措施，在模式一之下，原則上應指會員影響「服務」之措施，因會員主權很難及於位在其境外之服務供給者，只有在會員所採之措施主要雖以限制服務為目的，卻間接影響到位於會員境外之服務供給者之情形，才會例外指會員影響服務供給者之措施。

2. 服務貿易模式二

模式二之服務供給者及服務均位於會員境外，本及為會員主權所難及，故在模式二下，會員甚難採取任何影響服務或服務供給者之措施，這也是多數會員在服務貿易特定承諾表上均未對模式二之開放予以限制之原因。

3. 服務貿易模式三

模式三之服務供給者位於會員境內，服務則可能位於會員境內，亦可能位於會員境外。前者沒有疑義，會員影響「服務貿易」之措施，在模式三之下，不論是會員影響「服務供給者」之措施或會員影響「服務」之措施，均在其主權領域範圍之內，皆可能為會員所採影響服務貿易之措施的方式。

至於服務供給者位於會員境內，但其所提供之服務卻位於會員境外之情形，則恰好與模式一相反，在此情形下，會員所採影響「服務貿易」之措施，原則上應指會員所採影響「服務供給者」之措施，因會員主權通常僅及於位在其境內之服務供給者，而只有在會員所採之措施影響到位於會員境外之服務的例外情形，

⁴⁶ 從 GATS 第 1 條第 2 項第(c)、(d)二款之文義來看，應僅指其他會員所設立之商業據點或來自其他會員之自然人應位於會員境內，而不及於該商業據點或自然人所提供之服務；換言之，只要商業據點或自然人位於會員境內，即足認定其屬於 GATS 服務貿易定義下之模式三或模式四，而不論其所提供之服務是否位於會員境內。至於 GATS 第 28 條第(f)之(ii)款更規定：「所稱『其他會員之服務』，在以設立商業據點或自然人呈現之方式提供之情形，係指由該其他會員之服務供給者所提供之服務」，故只要是商業據點或自然人所提供之服務，即應認定其屬於模式三或模式四之服務貿易，而不論所提供之服務位於會員境內或境外。

才會及於會員所採影響「服務」之措施。不過，模式三的這種例外情形，似乎較模式一之例外情形多見，例如香蕉案中，控訴會員認為渠等透過在歐盟設立之商業據點所提供的批發交易服務，應包括所有關於「由國外運送香蕉進入歐盟」以及「在歐盟境內轉售香蕉」之活動，如此也才能與 CPC 分類號第 6 號之解釋性注釋所描述的「轉售服務」⁴⁷大致相符，包括維持貨品存貨、組裝或配銷、貨品分類分級、分裝貨物並以小批形式再配銷、配送服務、冷藏服務、批發商提供之促銷服務等⁴⁸，其中維持存貨、組裝或配銷、貨品分類分級或冷藏服務等，均有可能在地主國之境外進行，也就是服務供給者位於歐盟境內，服務則位於歐盟境外之情形。

香蕉案爭端解決小組雖未直接對此議題提出認定，然仍強調在透過商業據點呈現提供服務的情形，會員在 GATS 下之義務包含了對於服務及服務供給者之待遇，這也是 GATS 第 2 條與第 7 條均使用「服務及服務供給者」之用語的原因，故認為歐盟在 GATS 下之最惠國待遇與國民待遇義務應包含對於「批發交易」之「服務供給者」之待遇⁴⁹。因此，在模式三之下，會員所採影響服務貿易之措施，可能同時指會員所採影響「服務供給者」之措施及影響「服務」之措施。

4. 服務貿易模式四

模式四之服務供給者位於會員境內，服務則可能位於會員境內，亦可能位於會員境外，與模式三商業據點呈現之情形相同，故應為相同解釋，即會員所採影響「服務貿易」之措施，應同時指會員所採影響「服務供給者」之措施，以及會員所採影響「服務」之措施。

參、影響之內涵

GATS 第 1 條第 1 項規定：「本協定適用於會員所採行之影響服務貿易之措施」，故會員所採之措施是否「影響」服務貿易，即成為進入最惠國待遇或國民待遇原則實質審查的前提要件，換言之，「影響」之內涵將決定系爭措施有無 GATS 規範的適用，從整體角度來看，更決定了 GATS 規範適用的範圍大小。故以下即就「影響」之意義及其解釋與 GATT 和 GATS 之競合適用的關聯性予以探討。

一、「影響」之意義

1. 「影響」之解釋

⁴⁷ 參照 The headnote to section 6 of the CPC.

⁴⁸ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.294.

⁴⁹ *Id.*, para. 7.296- 7.297.

針對「影響」一詞之解釋，從歐盟香蕉案爭端解決小組及上訴機構報告中，很明顯可以看出 WTO 實務採取廣義解釋的立場。此爭議係源自於被控訴會員歐盟主張其所採取之系爭措施為規範貨品進口之措施，而非屬有關服務提供之措施，故不符合 GATS 規範下之「影響服務貿易之措施」的定義，無 GATS 義務的適用，其提出的其中一項理由即為有關「影響」一詞的解釋方式。歐盟認為 GATS 第 28 條第(c)款就「影響服務貿易之措施」所為之定義中，其所提及者皆為關於服務提供而非貨品提供之措施，因此 GATS 第 1 條第 1 項所稱「影響」服務貿易之措施，依 GATS 第 28 條第(c)款之定義，應限縮解釋為「有關」(in respect of)服務貿易之措施，而這個「有關」之概念遠比「影響」之概念範圍為小，亦即系爭措施必須有規範服務之目的，或者至少是直接影響服務之措施始足當之⁵⁰。

不過，歐盟之上述主張未被香蕉案小組及上訴機構所採認，小組及上訴機構認為基於下列理由，「影響」一詞應採取最廣義之解釋方式：

(1) 「影響」之「通常意義」

依據維也納條約法公約第 31 條⁵¹之解釋方法，GATS 第 1 條第 1 項「影響」一詞之「通常意義」並未傳達任何限縮 GATS 適用範圍，而僅能適用於特定型態之措施或特定規範領域的訊息；相反的，該條項著眼於以「影響」為措辭之措施，表示系爭措施可以是任何型態或屬於任何規範領域之措施，故 GATS 和 GATT 一樣屬於開放性之協定，應適用於服務貿易所有服務部門以及所有型態之規範⁵²。

此外，觀察 GATS 第 1 條第 1 項「本協定適用於會員所採之影響服務貿易之措施」的用語，使用「影響」一詞反映了規範制定者希望 GATS 能有廣泛適用的意圖，蓋「影響」之「通常意義」必然包含所有「會產生影響」(an effect on)之措施，明確顯示其適用範圍之廣泛，這種解釋從 GATT 時代爭端解決小組報告中，認為 GATT 第 3 條「影響」之用語較「管理」(regulating)或「管制」(governing)等用語之適用範圍更為廣泛的見解，亦可以得到印證⁵³⁵⁴。

(2) GATS 第 28 條第(c)款為例示規定

⁵⁰ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.278.

⁵¹ 維也納條約法公約第 31 條規定：「 I. 條約應依其用語按其上下文脈絡，並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，以善意解釋之。 II. 就條約解釋而言，上下文脈絡除指連同序言及附件在內之條文外，並應包括：(a) 全體締約國間因締結條約所訂與條約有關之任何協定；(b) 一個以上締約國因締結條約所訂並經其他締約國接受為有關係約之文件之任何文件。 III. 應與上下文脈絡一併考慮者尚有：(a) 締約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締約國對條約解釋之協定之任何慣例；(c) 適用於締約國間關係之任何有關國際法規則。 IV. 倘經確定締約國有此原意，條約用語應使其具有特殊意義。」

⁵² Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.280.

⁵³ For example, see Italian Agricultural Machinery Panel Report, adopted 23 October 1958, BISD 7S/60 para. 7.280. (cited in Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 220)

⁵⁴ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 220.

GATS 第 28 條第(c)款定義「會員所採之影響服務貿易之措施」，係採用「包括」(include) 之用語，從文義來看應認為係屬例示規定，故該款第(i)至(iii)點只是舉例說明影響服務貿易之措施，而非指該條文中所列舉之三類措施，始為 GATS 規範下之「會員所採之影響服務貿易之措施」。換言之，GATS 第 28 條第(c)款所使用之「有關」一詞，並不是在形容任何影響服務貿易之措施，毋寧只是表示這些例示之措施應該要被 GATS 所規範，例如(i)「服務之購買、支付或使用」可以經由各種不同型態之影響服務貿易之措施來規範，包括核照要求、數量限制、外匯管制或其他方式等⁵⁵。

(3) GATS 之「立法解釋」(preparatory work)

依據維也納條約法公約第 32 條⁵⁶之規定，我們可以從制定 GATS 之「立法解釋」來確認「影響」一詞的解釋。首先，在烏拉圭回合談判時，GATS 之制定者即已瞭解「影響」一詞在早期 GATT 時代爭端解決小組報告中的解釋，不僅指直接管理銷售或購買條件之法律規範，同時也包含了使進口產品與國內類似產品在內國市場之競爭條件惡化的法律規範⁵⁷。再者，觀察 GATS 第 28 條第(b)款規定：「所稱服務之『供給』(supply)，包括服務之生產、配銷、行銷、買賣及『遞交』(delivery) 等」，GATS 制定者使用服務之「供給」涵蓋服務之「遞交」，亦顯示其選擇使用「服務提供」之用語，較「服務遞交」之用語所涵蓋之活動範圍更大，因而將使更多會員之措施得以受到 GATS 義務之拘束。因此，從 GATS 之制定過程及 GATS 制定者有意地使用「影響」及「服務提供」等用語來看，均顯示 GATS 制定者希望盡量擴大 GATS 適用範圍之意圖，依此，對於「影響」之解釋自應從寬，以確保 GATS 各項原則得以適用於任何涉及服務供給之競爭條件之措施，而不論該措施係直接管理或間接影響服務之提供⁵⁸。

2. 「影響」與不歧視原則其他要件之關係

汽車案爭端解決小組認為審查系爭措施是否影響服務貿易，應與該措施是否造成歧視性待遇同時進行，換言之，小組認為不須先行認定系爭措施是否為 GATS 規範下之會員所採之影響服務貿易之措施，而應直接就系爭措施是否造成服務提供市場競爭條件的改變，而認定其有無影響服務貿易。此見解為上訴機構所推翻，已如前述。

汽車案小組在這個問題上之謬誤是非常明顯的，如果「影響服務貿易」並非

⁵⁵ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.280.

⁵⁶ 維也納條約法公約第 32 條規定：「為確認適用第 31 條所得之意義，或依第 31 條解釋而意義仍屬模糊不清或難以理解，或所得結果顯屬荒謬或不合理時，為確定其意義，得使用解釋之補充資料，包括條約之立法解釋及締約情況在內。」

⁵⁷ See WTO Doc. MTN.GNS/W/139. (cited in Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.281)

⁵⁸ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.281.

適用不歧視原則之前提要件，而係以不歧視原則之要件是否成立，來判斷該措施有無影響服務貿易，則「影響服務貿易」這個要件勢必將隨著 GATS 下不同義務之規範而改變其內涵，從而各個不同之 GATS 義務均有一個不同之「影響服務貿易之措施」的判斷標準，其不合理顯而易見。因此，在不歧視原則之審查，應先確認系爭措施屬於「影響」服務貿易之措施，始接續就不歧視原則之其他要件進行審查。

對此，汽車案上訴機構曾指出：「從 GATS 第 1 條第 1 項之基本架構與邏輯，以及與 GATS 其他條文之關係整體觀之，在審查一措施是否符合 GATS 實體義務之前，必先審查該措施是否為 GATS 所涵蓋之措施」⁵⁹；「尤其在 GATS 第 2 條第 1 項明文規定最惠國待遇原則適用於『關於本協定所涵蓋之措施』，更加確認了在審查一措施是否符合第 2 條義務之前，依合理的推論，必先審查系爭措施是否屬於第 1 條第 1 項意義下『會員影響服務貿易之措施』而決定是否有 GATS 的適用，故本案爭端解決小組應先調查進口稅豁免措施是否為第 1 條第 1 項之『會員所採之影響服務貿易之措施』，屬於 GATS 之適用範圍，此係進一步審查實體義務的前提」⁶⁰。此外，美國賭博案之爭端解決小組亦持此見解，認為：「不論控訴會員主張系爭措施涉及 GATS 那一個具體條文的違反，都必須先解決該措施是否為 GATS 第 1 條第 1 項意義下之『影響服務貿易之措施』的問題」⁶¹，「而這些 GATS 第 1 條第 1 項『影響』服務貿易意義範圍下之措施，是否違反 GATS 之一項或數項規定，則需要在 GATS 相關條文下進行個別不同的審查」⁶²。

二、「影響」之解釋與 GATT 和 GATS 競合適用之關聯性

「影響」一詞的解釋及認定標準不但決定系爭措施有無 GATS 規範的適用，從整體角度來看，也決定了 GATS 適用範圍的大小，進而產生一個問題，即在我們以最廣義之方式解釋「影響」一詞的情形下，有無可能發生同一個措施同時違反 GATT 及 GATS 規範？換言之，有無可能一個措施同時影響「貨品貿易」⁶³及「服務貿易」？亦或二者處於相互排斥之地位，只要是受到 GATT 規範之措施即不再有 GATS 規範的適用⁶⁴？

⁵⁹ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 151.

⁶⁰ *Id.*, para. 152.

⁶¹ Panel Report, *US- Gambling*, para. 6.250.

⁶² *Id.*, para. 6.253.

⁶³ 一般我們對於「貨品」跟「商品」二字的認知是相差不遠的，多半是指有形的物品，不過為求精確，由於「商品」(products)一詞係指具有商業交易性質之產品，故不論有形之產品或無形之產品均應包含在內，而「貨品」(goods)及「服務」(services)二者都具有交易性質，因此應為「商品」意義範圍所及，故本文以下所稱之「商品」均包括貨品與服務二者，而所稱「貨品」則單純指有形體之產品。

⁶⁴ 有關 GATS 與 GATT 適用競合之問題，加拿大期刊案 (Canada- Periodicals) 爭端解決小組及上訴機構報告亦有相同的結論，惟其所持理由與香蕉案不盡相同，期刊案爭端解決小組認為：首

對此問題，香蕉案爭端解決小組認為：「GATS 依其條文之定義，原則上完全不排除(excluded *a priori*)任何措施的適用，換言之，GATS 之適用範圍包括任何『會員所採之影響服務貿易之措施』，而不論其係直接規範服務貿易，抑或為規範其他事項但對服務貿易產生間接影響之措施」⁶⁵。

香蕉案上訴機構除了同意小組之見解，認為不應將 GATS 第 1 條第 1 項「影響」之解釋限縮至「有關」外⁶⁶，更直接指出：「從 GATS 和 GATT 之關係來看，制定 GATS 並非要處理與 GATT 相同的事項，GATS 所欲規範者應屬於 GATT 不能涵蓋之領域，亦即服務貿易，因此，GATS 適用於服務之提供，尤其是對於服務和服務供給者賦予最惠國待遇與國民待遇。這兩個協定各自有其不同之適用範圍，二者可能發生部分重疊的情形，亦可能不發生，端視系爭措施之性質定之；換言之，有些措施只影響貨品貿易，故僅適用 GATT；有些措施則只影響服務貿易，故僅適用 GATS；然仍有第三類措施可能同時涉及貨品貿易與服務貿易，故會發生同時適用 GATT 與 GATS 之可能性，例如有關特定貨品之服務、或結合特定貨品所提供之服務等，所有這些第三類措施均應同時受到 GATT 及 GATS 之檢驗。然而，這些措施雖然必須同時受到二個協定的審查，但二者審查方向卻完全不同，GATT 著重於系爭措施如何影響貨品貿易，GATS 則著重於系爭措施如何影響服務之提供或服務供給者。因此，一個措施是否影響關於特定貨品之服務提供，應該由 GATT 或 GATS 予以審查，或二者均得予以審查，無法一概而論，而必須在個案中做逐案之認定」⁶⁷，

爭端解決小組及上訴機構均認為只要符合「影響服務貿易之措施」的門檻，即會有 GATS 規範之適用，至其是否適用 GATT，則視其有無符合 GATT 規範之適用門檻而定，與 GATS 沒有衝突關係。這種解釋與實際生活中之商品概念是一致的，因許多商品事實上均同時含有「服務」與「貨品」之概念，例如以唱片或影片方式呈現之視聽服務以及必須透過貨品始能呈現之批發服務等⁶⁸，而在探求會員之措施究竟對「貨品」或是「服務」造成影響後，即應分別予以適用不同規

先，依維也納條約法公約第 31 條之規定為解釋方法，觀察 GATS、GATT 與 WTO 協定第 2 條第 2 項之文字的「通常意義」，均顯示 GATS 與 GATT 二者是可以併存而不互相排斥的；再者，如果認為 GATS 與 GATT 之間是具有位階關係而相互排斥適用的，理論上應會出現類似 WTO 協定第 16 條第 3 項或「附件 A 之一般解釋注釋書」所規定之當二協定的規定發生衝突時，應由那一個協定優先適用的規定，然而 GATS 與 GATT 之間並無類似規定，益見二者係在 WTO 架構下的同一平台，沒有何者應優先適用之位階關係。此外，上訴機構也同意小組的看法，認為 GATT 與 GATS 產生重疊適用是必然的現象，GATS 不會減縮 GATT 之適用範圍，也不會妨礙 WTO 規範體系下之統一性。參照 Appellate Body Report, *Canada- Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997. Panel Report, *Canada- Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R and Corr.1. paras. 5.17, 3.38, 5.14.

⁶⁵ Panel Report, *EC- Bananas*, paras. 7.285, 7.286.

⁶⁶ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 220

⁶⁷ *Id.*, para. 221.

⁶⁸ 參見本文第五章、壹。

範⁶⁹，然而二者並不處於排斥關係，亦即如會員之措施係影響「貨品」面向，則適用 GATT 規範，如會員之措施影響「服務」面向，則適用 GATS 規範，如會員之措施同時影響「貨品」及「服務」面向，則應同時有 GATT 及 GATS 規範之適用，不因適用其一而排除其他。

⁶⁹ See Fiona Smith & Lorna Woods, *A Distinction Without a Difference: Exploring the Boundary Between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union*, Columbia Journal of European Law, 12:1, 2005.

第四章 會員在特定承諾表做出開放承諾之要件

GATS 規範中除一般性義務如最惠國待遇原則之外，有多項義務之規範是以會員已在其特定承諾表中做出開放承諾者為前提，例如國民待遇原則即以會員已在其特定承諾表做出開放承諾之服務部門為限，會員始依其特定承諾表所填寫之條件及限制負其義務，故在此種以承諾表填寫開放承諾為前提之義務的情形，會員特定承諾表之判讀即顯得非常重要，在幾個涉及 GATS 規範之案件中，幾乎均出現會員是否已在其承諾表中承諾開放的爭執，而最容易發生爭論者，即在於各會員對於特定承諾表第一欄之「服務部門及次部門」的認定不一致，本章在簡介 GATS 特定承諾表之格式及其服務部門與次部門之分類後，進而探討特定承諾表服務部門或次部門有無開放之判斷方式。

壹、GATS 特定承諾表概述

一、特定承諾表之格式

GATS 特定承諾表分為四欄，第一欄為服務部門或次部門、第二欄為市場開放之限制、第三欄為國民待遇之限制、第四欄則為附加承諾，其中第一欄係以正面表列之方式呈現，亦即僅有會員在其承諾表上列出之服務部門或次部門，始有開放之義務，如某部門或次部門根本沒有列在承諾表第一欄上面，即無開放該部門或次部門之義務，更不可能有限制其開放義務的問題。承諾表之第二欄及第三欄均係以負面表列之方式列舉，亦即針對列舉於第一欄之承諾開放的服務部門或次部門，設有市場開放或國民待遇之限制者，必須逐項列舉於此二欄位中，如並未註明其限制，則不得主張之。至於附加承諾之記載則無限制，可採正面或負面方式為之⁷⁰。

二、特定承諾表服務部門與次部門之分類

特定承諾表第一欄的「部門或次部門」分類，依 WTO 秘書處提出之「服務貿易總協定特定承諾表填寫準則」明文指出：「基於承諾表的法律性質及評估其承諾之需求，應儘可能地釐清每個服務部門或次部門，原則上應採用秘書處的『服務部門分類表』(Services Sectoral Classification List，以下簡稱 W/120)⁷¹填寫之，該分類表所涵蓋的每個部門都有對應之『聯合國中央產品暫行分類標準』(Provisional Central Product Classification，以下簡稱 CPC)⁷²之分類號碼加以確

⁷⁰ 羅昌發，國際貿易法，元照出版，1999年，第579、580頁。

⁷¹ WTO Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, Doc. MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

⁷² United Nations, *Provisional Central Product Classification*, Statistical Papers M no. 77, version 1.1

認」⁷³，故雖然 W/120 並不是一個強制性規定，然多數會員均以此分類表上之服務部門及次部門作為其填寫承諾表之架構。

不過，也由於 W/120 的分類較為簡單，僅將服務分為 12 個部門，其下再細分成數個次部門，僅有約 150 項之分類，故特定承諾表填寫準則也鼓勵會員在每個部門或次部門填寫對應之 CPC 分類號碼，儘可能釐清會員特定承諾表上所正面表列之部門或次部門的範圍⁷⁴。然而，一方面由於 W/120 不具有強制效力，且部分會員亦未於其特定承諾表上加註 CPC 分類號碼，因而產生許多難以判定某些服務部門或次部門究竟有無承諾開放的困難，也是近期 WTO 爭端解決程序下 GATS 的常見爭議之一。

貳、 特定承諾表服務部門或次部門有無開放之判斷

雖然多數會員均以 W/120 之服務部門及次部門分類作為其填寫承諾表之架構，然而由於 W/120 不具有強制效力，且部分會員亦未在其特定承諾表上加註 CPC 分類號碼，因而產生許多難以判定某些服務部門或次部門究竟有無承諾開放的困難，以下即區分會員之特定承諾表中已附註 CPC 分類號碼；特定承諾表雖有附註 CPC 分類號碼，但承諾表之內容與其附註之 CPC 號碼內容不符；以及特定承諾表未附註 CPC 分類號碼等三種情形討論之。

一、服務部門及次部門附註對應之 CPC 分類號碼

香蕉案中，當事國會員曾就歐盟已附註 CPC 分類號碼之特定承諾表中，批發交易服務部門承諾之範圍發生爭執，茲將出現爭議部分之歐盟承諾表節錄如下⁷⁵（不含附加承諾欄）：

表 4-1：歐盟批發交易服務部門之特定承諾表

部門及次部門	市場開放之限制	國民待遇之限制
4B. 批發交易服務 (CPC622)	1)西班牙、義大利、葡萄牙：菸草業由政府獨占；法國：製藥業不開	1)無限制

U.N. Doc. ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.1.1, Mar 2002.

⁷³ WTO, *supra* note 40, para. 23.

⁷⁴ CPC 分類系統總共有 2,096 個分類項，其可分為 5 個階層，分別為 sections, divisions, groups, classes 以及 subclasses。section 為第一層次的分類，以 1 個數字表示之，division 為其下的第二層次分類，以 2 個數字表示之，以下類推，故 subclass 為最細項的分類，總共有 5 個數字。詳參網頁 <http://unstats.un.org/unsd/cr/family2.asp?Cl=16>。

⁷⁵ WTO, *European Communities and their Member States- Schedule of Specific Commitment*, WTO Doc. GATS/SC/31, 15 April 1994.

	放 2)無限制 3)西班牙、義大利、葡萄牙：菸草業由政府獨占；法國：批發製藥業依照人口之需求而在已確立之配額內授權 4)除水平承諾外不予開放；法國：批發製藥業受國籍條件之限制	2)無限制 3)無限制 4)除水平承諾外不予開放；西班牙、義大利、葡萄牙：住居要求
--	--	---

資料來源：WTO, *European Communities and their Member States- Schedule of Specific Commitment (GATS/SC/31)*

有關特定承諾表中所承諾服務部門或次部門之範疇，香蕉案爭端解決小組認為：「雖然適用 W/120 文件之服務部門分類表不是一個強制性規定，但包括歐盟在內之大部分會員皆以其為填寫承諾表之架構。此外，歐盟在填寫『批發交易服務』部門之承諾時，也在該部門欄內附記參照 CPC622⁷⁶之分類號碼，因此分析及與解釋該服務部門時，即應以 CPC 作為依據，亦即必須依照 CPC 之描述及其所涵蓋之活動，來解釋歐盟特定承諾表中批發交易服務之範疇」⁷⁷。因此，很清楚地，如會員已在其特定承諾表之部門或次部門附註參照之 CPC 分類號碼，則該部門或次部門所涵蓋之範疇，即依照該 CPC 分類號碼下所描述及涵蓋之活動來解釋。

香蕉案中，當事國會員均同意歐盟已在其特定承諾表中對批發交易服務做出承諾，惟雙方對於批發交易服務部門所承諾之範疇的主張則不一致；歐盟認為在香蕉交易之情形，只有在催熟程序完成之後才算進入「批發交易服務」的程序，催熟前之任何活動無法被定義為香蕉批發，只能算是香蕉生產程序或再製造程序而已。換言之，歐盟認為「批發」之「通常意義」就是將欲配銷之產品銷售給消費者，因此貨品必須是一個已準備好讓消費者使用的狀態，而由於香蕉通常在進口至歐盟境內後始進行催熟程序，因此只有進行黃香蕉交易之業者所提供者才能稱為批發交易服務，進行青香蕉交易之業者因尚未完成催熟程序，無法被認為是香蕉批發交易服務⁷⁸。

對此，香蕉案小組及上訴機構均未予採信，而認為由於歐盟已在其特定承諾表之「批發交易服務」部門加註對應之 CPC 分類號碼，因而批發交易服務部門所承諾開放之範疇即應為該 CPC 分類號碼所描述的內涵。在 CPC 分類系統中，

⁷⁶ 此處所指為 CPC 第 1.0 版之分類號碼，詳參網頁 <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?C1=3>.

⁷⁷ Panel Report, *EC- Bananas*, para.7.289.

⁷⁸ *Id.*, para.7.287.

「批發交易服務」與「零售服務」同樣歸屬於 CPC 第 6 類產品之「配銷交易服務」，CPC 之說明為：「配銷交易服務可分為兩類，一為『批發服務』，包括銷售貨品予零售商、工業使用者、商業使用者、團體使用者或其他專業事業使用者、甚至其他批發商，或者作為代理商、經紀商等；另一類則為『零售服務』，包括銷售貨品及其附屬服務予個人或家計單位。批發商和零售商所提供之主要服務的共同特徵皆為『轉售貨品』，同時伴隨著各種相關之附屬服務，例如保持貨品存貨、組裝或配裝、貨品分類分級、分裝貨物並以小批型式再配銷、配送服務、冷藏服務、批發商提供之促銷服務等...」⁷⁹。因此，小組認為：「由 CPC 之描述可知『轉售貨品』為『批發交易服務』之核心活動，而轉售活動亦同時伴隨各種為促進貨品遞送的相關附隨服務；換言之，許多情形下為了要轉售貨品，維持貨品存貨、將貨品分類分級、分裝、冷藏以及配送貨品給購買者等服務都是必要的，故 CPC 第 6 類產品之說明所列上述相關活動，如果是附隨於轉賣貨品服務而非作為獨立服務時，該類活動都應該在批發交易服務承諾之範圍內。當然，該服務究竟作為提供批發交易服務之組成要素抑或自身即為獨立之服務，應予以明確之區分，如為後者，即應歸屬於 CPC 之其他產品分類項目中」⁸⁰。同樣地，上訴機構也依據 CPC 第 6 類產品之說明，而認為：「批發商之主要活動『特徵』為『貨品轉售』；亦即，貨品轉售不必是批發者所提供的唯一服務，CPC 說明中尚包括各種伴隨主要活動（即貨品轉售）之相關附屬服務。我們很難想像一個批發商如果沒有先購買或進口貨品，將如何從事轉售貨品之主要活動，因而很明顯地，批發商必先以某些方法取得貨品以便再將其轉售，例如本案香蕉批發商若不先購買或進口香蕉至歐盟，恐怕很難在歐盟境內從事轉售香蕉之主要活動」⁸¹。

因此，如會員已在其特定承諾表之部門或次部門附註對應之 CPC 分類號碼，則該部門或次部門所涵蓋之範疇，即依照該對應之 CPC 分類號碼下所描述及涵蓋之活動來解釋。

二、服務部門及次部門附註對應之 CPC 分類號碼與該部門填寫之承諾內容不符

加拿大汽車案中，當事國會員曾就加拿大已附註 CPC 分類號碼之特定承諾表中，批發交易服務部門承諾之範圍發生爭執，此係源於加拿大承諾表中批發交易服務部門所附註之 CPC 分類號碼之內涵與該部門填寫之承諾表內容不符，茲將出現爭議部分之加拿大承諾表節錄如下⁸²（不含附加承諾欄）：

⁷⁹ Explanatory Note of CPC Section 6.

⁸⁰ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.291.

⁸¹ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para 226.

⁸² WTO, *Canada - Schedule of Specific Commitment*, WTO Doc. GATS/SC/16, 15 April 1994.

表 4-2：加拿大批發交易服務及零售服務部門之特定承諾表

部門及次部門	市場開放之限制	國民待遇之限制
4B.批發交易服務 (CPC622 , 但 CPC6221、62224、 62226、62244、 62262、62251、62252 除外)	1)除下列限制外，無限制 ... <u>Saskatchewan省之汽車 銷售服務必須透過商 業據點呈現始得提供</u> ... 2)無限制 3)除 British Columbia 省 之流動漁貨購買者執 照不核發予外國人 外，無限制 4) 除水平承諾外不予開 放	1)除 Newfoundland 省漁 貨購買者之非居民必 須登記或取得執照，始 得購買已經加工處理 之魚貨，或自主要生產 者處購買未經加工處 理之魚貨外，無限制 2)無限制 3)無限制 4)除水平承諾外不予開 放
4C.零售服務 ... 包括汽車及其他道路 運輸工具之銷售 (CPC6111)	1)除 Ontario 及 Quebec 之 流動業者及直銷業者 必須以商業據點呈現 之外，無限制 2)無限制 3)無限制 4)除水平承諾外不予開 放	1)除配銷服務之透過郵 件在加拿大遞送貨品造 成不同待遇的間接稅賦 措施、及 Newfoundland 之直銷業者的居住要求 外，無限制 2)無限制 3)無限制 4)除水平承諾外不予開 放

資料來源：WTO, *Canada - Schedule of Specific Commitment (GATS/SC/16)*

汽車案中，加拿大特定承諾表雖有在部門及次部門後附註對應之 CPC 分類號碼，但卻發生二者意義不一致的情形。亦即，在 4B「批發交易服務」部門對應之分類號碼為 CPC622，並且在該欄之市場開放限制欄中，列出對於薩克斯其萬省（State of Saskatchewan）的汽車銷售之限制，然而 CPC622 分類號碼項目下並不含有任何有關汽車批發交易服務的內涵。另一方面，在 4C「零售服務」部門下之次部門「包括汽車及其他道路運輸工具之銷售」則明文對應 CPC 分類號碼 6111，但 CPC6111 不僅包含 CPC61112 的「汽車零售服務」，亦包含 CPC61111 的「汽車批發交易服務」。這二個附註對應之 CPC 號碼均與承諾表部門及次部門標題有所不符，則究竟應以服務或次部門標題為準？還是應以附註之 CPC 分類號碼之內涵為準？造成認定加拿大承諾範圍之困難。

對此，爭端解決小組認為：「有關『4B.批發交易服務』部門，由於其參照之

CPC 分類號碼為 622，該產品分類下並沒有任何有關汽車批發交易服務的項目，且其下一個次分類群 CPC 62282『除了汽車、摩托車以及腳踏車以外之運輸設備批發交易服務』更明文排除了汽車批發交易服務，因此，應認為加拿大參照 CPC622 所做出之『4B.批發交易服務』部門的承諾，不包括汽車批發交易服務，縱然其在該部門填寫有關汽車銷售之限制，仍不得因此而認為其已承諾開放汽車批發交易服務」⁸³。

另一方面，在「4C.零售服務」部門下之次部門「包括汽車及其他道路運輸工具之銷售」所對應之 CPC 號碼為 6111，爭端解決小組則認為：「在 CPC 之分類中，CPC6111 下尚包含兩個次群組，即 61111 之『汽車批發交易服務』及 61112 之『汽車零售服務』。因此，若如加拿大聲稱其在『4C.零售服務』項目下，僅承諾汽車零售服務，則加拿大應該只能承諾 CPC 61112 之『汽車零售』，而不該承諾 CPC 6111 之『包括汽車及其他道路運輸工具之銷售』」⁸⁴。換言之，小組認為加拿大既已填寫 CPC6111 之分類號，即應認其承諾開放之範圍包括 61111 之「汽車批發交易服務」與 61112 之「汽車零售服務」，不能因其將 CPC6111 號碼置於零售服務部門項目下，而認其僅開放汽車零售服務，而不及於汽車批發服務。

小組進而認為 CPC6111 分類號碼項目下的內容和加拿大承諾表之「4C.零售服務」部門之標題確實不相符，然而，將 CPC6111 列於「4C.零售服務」部門之標題下，卻也無法構成排除 CPC61111「汽車批發交易服務」之承諾的充分理由，因 CPC6111 之內涵確實包含 CPC61111 之活動。再者，若如加拿大所稱，應優先適用承諾表服務部門之標題，則一旦服務部門或次部門之標題與其所對應之 CPC 分類號碼內涵不一致時，CPC 分類號碼就會成為贅文。基於上述理由，小組認為應該優先採用 CPC 分類號碼下所描述之活動或內涵，故加拿大承諾表之「4C.零售服務」部門所為之承諾範圍應包括汽車批發交易服務。換言之，小組認為加拿大將 CPC6111「包括汽車及其他道路運輸工具之銷售」分類號碼填寫於承諾表，即表示其承諾範圍及於 CPC61111 之「汽車批發交易服務」，即使該分類號碼係填寫於「4C.零售服務」部門之下⁸⁵。

綜上，在服務部門及次部門附註對應之 CPC 分類號碼與該部門填寫之承諾內容不符時，為求承諾表解釋之安定性與一致性，以 CPC 分類號碼作為解釋之依據，似乎是比較好的選擇。

三、特定承諾表未附註 CPC 分類號碼

美國賭博案中，主要爭點之一即在於「美國是否已針對模式一之跨國提供賭

⁸³ Panel Report, *Canada- Autos*, para. 10.279.

⁸⁴ *Id.*, para. 10.280.

⁸⁵ *Id.*, para. 10.281, 10.282.

博服務做出承諾」？這裡跟前述歐盟與加拿大承諾表最大的不同即在於美國承諾表並未附註 CPC 分類號碼，因此造成解釋承諾範圍的困難。對此，賭博案爭端解決小組及上訴機構均以維也納條約法公約第 31 條及第 32 條之規定，做出「美國已對跨國提供賭博服務做出承諾」之裁決，惟二者所持之理由則不盡相同。

茲將賭博案中出現爭議部分之美國承諾表節錄如下⁸⁶（不含附加承諾欄）：

表 4-3：美國娛樂、文化及體育服務部門之特定承諾表

部門及次部門	市場開放之限制	國民待遇之限制
10. 娛樂、文化及體育服務		
A. 遊藝服務（包括戲劇、現場演奏樂團以及馬戲團服務）	1) 無限制 2) 無限制 3) 無限制 4) 除水平承諾外不開放	1) 無限制 2) 無限制 3) 無限制 4) 無限制
B. 新聞通訊社服務
C. 圖書館、資料庫、博物館及其他文化服務
D. 其他娛樂服務（體育除外）	1) 無限制 2) 無限制 3) 限制聯邦、州及地方性場所商業營運之許可數量 4) 除水平承諾外不開放	1) 無限制 2) 無限制 3) 無限制 4) 無限制

資料來源：WTO, *The United States of America- Schedule of Specific Commitment* (GATS/SC/90)

GATS 第 20 條第 1 項規定：「會員應在其承諾表內詳載依本協定第三篇所為之特定承諾」，同條第 3 項規定：「特定承諾表為本協定之附件，並視為本協定整體之一部分」，故本案系爭之美國承諾表亦應視為 GATS 整體的一部分，而以條約語言視之，因此，依據 DSU 第 3.2 條之規定，應依照維也納條約法公約中條約解釋之一般性規則解釋之。賭博案之爭端解決小組及上訴機構報告均以此為前提進行美國承諾表之分析⁸⁷。

維也納條約法公約第 31 條第 1 項規定：「條約應依其用語（text）按其整體條文脈絡（context），並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，以善意解釋

⁸⁶ WTO, *The United States of America- Schedule of Specific Commitment*, WTO Doc. GATS/SC/90, 15 April 1994.

⁸⁷ See Panel Report, *US- Gambling*, para.6.45. See also Appellate Body, *US- Gambling*, para. 160.

之」；第 32 條規定：「為確認適用第 31 條所得之意義，或依第 31 條解釋而：(1) 意義仍屬不明或難解；或(2)所獲結果顯屬荒謬或不合理時，為確定其意義，得使用解釋之補充資料，包括條約之立法解釋及締約之情況在內」。

由維也納條約法公約第 31 條、第 32 條之規定可知，解釋條約時首先應究其「通常意義」，而解釋條約之通常意義的方法有三，一為就條約「用語」為文義解釋，二為就「整體條文脈絡」為體系解釋，三則為參照條約之「目的及宗旨」為目的性解釋。如仍無法獲得清楚或合理之解釋時，則得參以「補充資料」作為解釋之依據。因此，以下即參考賭博案爭端解決小組及上訴機構報告，就雙方當事會員於整個程序之攻防中，曾提出之各項可能得作為解釋美國承諾表的資料，依上述「用語」、「整體條文脈絡」、「目的及宗旨」及「補充資料」等方法予以解釋，探究美國究竟有無對跨國提供賭博服務做出承諾。

(1) 字典定義

小組針對「體育」(sporting)、「娛樂」(entertainment)和「遊藝」(recreational)等美國承諾表所使用之文字「用語」，參照各種字典之定義與法文及西班牙文之概念，認為其「通常意義」仍有諸多疑義，故無法就美國承諾表上之「10A.遊藝服務」次部門與「10D.其他娛樂服務(體育除外)」次部門究竟有無包含賭博服務，作出最終的結論⁸⁸。

上訴機構則認為採用字典定義來解釋美國承諾表所使用文字之通常意義，是一個過於呆版而機械化的方法，更何況小組也忽略了在某些情況下，「賭博服務」也是「體育」的眾多意義之一，另小組亦沒有解釋何以要用法文及西班牙文來解釋美國承諾表，蓋美國承諾表首頁即敘明僅有英文版本為其唯一有效版本⁸⁹。

(2) W/120 之服務部門分類表與 1993 年承諾表填寫說明要點

維也納條約法公約第 31 條第 2 項規定：「就條約解釋而言，『整體條文脈絡』除指連同序言及附件在內之條文外，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有關條約之任何文件」；同條第 3 項又規定：「應與『整體條文脈絡』一併考慮者尚有：(a)當事國嗣後所訂關於條約之解釋或適用其規定之協定、(b)嗣後在條約適用方面確定當事國對條約解釋之協定之慣例、(c)適用當事國間關係之有關國際法規則」。

爭端解決小組認為 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點可視為全體當事國

⁸⁸ Panel Report, *US- Gambling*, paras. 6.54- 6.67.

⁸⁹ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para. 166.

間因締結條約所訂與條約有關之協定，或一個以上當事國因締結條約所訂、並經其他當事國接受為有關條約之任何文件，故依維也納條約法公約第 31 條第 2 項，得作為解釋美國承諾表之「整體條文脈絡」，雖然 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點就「技術上而言」係由秘書處所擬定，而非當事國所訂定，但這是處理這類事務最實際且最有效率的方法，同時為不得不然之結果，然回溯 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點之歷史，係由烏拉圭回合談判之參與國指示當時之 GATT 秘書處所擬製，故可認為所有參與國均為 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點之「智慧型」(intellectual) 創始者。再者，W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點係經由一連串正式與非正式諮商而作成，會員在這些過程中均得修改或增訂任何內容，且以正式之「綠帶」(green band) 文件傳送於各會員⁹⁰。此外，小組也認為 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點與 GATS 於同一時期草擬，其目的即在於作為 GATS 特定承諾表填寫的指導，以及嗣後關於會員承諾表之解釋，故應視為依條約締結時之情境所制定⁹¹。因此，小組認為 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點不但作為各會員談判及填寫特定承諾表之參考，同時也是各會員特定承諾表在解釋及適用時之解釋性工具⁹²。

然而，上訴機構駁斥小組上述論點，認為維也納條約法公約第 31 條第 2 項所指的是「締約國所訂之協定」或「為締約國所接受」，W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點既然完全是由 GATT 秘書處所擬定，即非這裡所指之締約國，雖然由被授權之單位即 GATT 秘書處所擬定之文件，並不一定就不能符合維也納條約第 31 條第 2 項之要件，然上訴機構仍認為小組未能提出充分證據，證明 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點構成締約國間之「與條約有關之協定」，或是「被締約國所接受而認為係與條約有關之文件」⁹³。此外，上訴機構亦認為：「雖然小組似乎認為締約國『同意』使用 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點作為承諾表談判之文件，但並無提出直接證據支持其結論，即其所聲稱之締約國的『同意』包括了『同意使用這些文件，作為各會員特定承諾表在解釋及適用時之解釋性工具』」⁹⁴。

不過，上訴機構同時認為：「由於無法根據維也納條約法公約第 31 條之規定，對於美國承諾表相關規定獲得清楚合理之解釋，故得以 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點作為公約第 32 條之『補充資料』加以檢視」，會員間對此亦無爭執⁹⁵。

雖然小組及上訴機構之推論不同，然其得到的結論一致，即在解釋美國承諾

⁹⁰ Panel Report, *US- Gambling*, para. 6.80.

⁹¹ *Id.*, para. 6.81.

⁹² *Id.*, para. 6.82.

⁹³ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para. 175.

⁹⁴ *Id.*, para. 177.

⁹⁵ *Id.*, paras. 196, 197.

表時，應將 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點作為解釋之依據，不過從理論上來看，W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點係由 GATT 秘書處所訂定，締約國間之諮商與傳閱，並不足以達到該類文件已成為「協定」或被所有締約國所「接受」之結論，故難以將其視為美國承諾表之「整體條文脈絡」，應以上訴機構之見解較為正確，亦即將 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點視為解釋美國承諾表之「補充資料」，以下即據此分析之。

W/120 相關部門節錄如下⁹⁶：

表 4-4：W/120 有關娛樂、文化及體育服務部門之分類表

部門及次部門	CPC 分類號碼
10. 娛樂、文化及體育服務（視聽服務除外）	
A. 遊藝服務（包括戲劇、現場演奏樂團及馬戲團服務）	9619
B. 新聞通訊社服務	962
C. 圖書館、資料庫查詢、博物館及其他文化服務	963
D. 體育及其他娛樂服務	964
E. 其他	

資料來源：WTO Secretariat, Services Sectoral Classification List (MTN.BNS/W/120)

與 10.D 次部門對應之 CPC 964 群組，可以再細分如下⁹⁷：

表 4-5：CPC964 分類號碼項目下之活動分類表

964 體育和其他服務
9641 體育服務
96411 體育活動宣傳服務
96412 體育活動組織服務
96413 體育設施營運服務
96419 其他體育服務
9649 其他娛樂服務
96491 娛樂場所與海濱度假區服務

⁹⁶ *Supra* note 71.

⁹⁷ 詳參網頁 <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?C1=3>.

96492 賭博服務

96499 其他娛樂服務

資料來源：United Nations, *Provisional Central Product Classification*
(ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.1.1)

另 1993 年承諾表填寫說明要點第 15 段規定：「承諾表上各部門載明會員法律上可執行之承諾，因此簡潔、精確及依據共同格式和用語即非常重要」。第 16 段則規定：「由於承諾表之法律性質與評估承諾之必要性，故在描述所承諾之每個部門或次部門時必須儘可能清晰，原則上各部門及次部門之分類應根據秘書處訂定之『服務部門分類表』，秘書處所列出的每一個部門均有相對應之 CPC 分類號碼，如需要將一部門做更精細之分類時，應以 CPC 或其他國際認可之分類標準（例如金融服務附件）為依據。...若一會員希望使用自己之次部門分類或定義，則應如上例所示方法提供與 CPC 對應之號碼；如無法做到，則應列出充分詳細之定義，以避免對於承諾範圍造成任何混淆」⁹⁸。

很清楚地，1993 年承諾表填寫說明要點強調了「依據共同格式及用語」填寫承諾表之重要性，同時明確表達了希望會員適用 W/120 及 CPC 分類號碼作為承諾表分類依據之意向；且表示如會員想要適用自己的分類標準，則必須提供足夠充分且詳細之分類方法，以避免任何承諾範圍的不確定性⁹⁹。換言之，依據 1993 年填寫說明第 16 條之規定，會員如不採用 W/120 與 CPC 分類號碼作為其填寫承諾表之依據，則其有兩個選擇：(i)適用自己選擇之其他服務部門分類標準，並提供對應之 CPC 分類號碼，或(ii)如無法做到，則應在承諾表之各服務部門及次部門列出充分詳細之定義，以避免對於承諾範圍造成任何混淆。

本案中，美國既未使用其獨有之次部門分類或定義，並提供對應之 CPC 分類號碼，亦沒有在其承諾表上之部門或次部門列出充分詳細的定義，依上訴機構之見解：「僅僅是省略 CPC 分類號碼之記載，並無法達到承諾範圍之精確性的要求，尤其美國承諾表在其他部門及次部門的記載方式，很明顯地是使用 W/120 之格式及用語，而 W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點係基於會員之要求，由 GATT 秘書處訂定，並傳送於各會員，作為幫助會員談判填寫承諾表之文件，提供了被廣泛使用及依賴的格式與用語，再加上 1993 年承諾表填寫說明要點之指示，故在沒有相反證據之情況下，認為會員承諾表所列部門或次部門之範圍與 W/120 相同是非常合理的推論，這也就是小組報告中所說：『除非在承諾表中有特別聲明，否則可推定會員國是以 W/120 及 1993 承諾表填寫說明要點為基準』」¹⁰⁰。因此，明確的證據顯示美國承諾表中之 10.D 次部門與 W/120 文件中之 10.D

⁹⁸ WTO, *Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note*, WTO Doc. MTN.GNS/W/164, para. 15,16.

⁹⁹ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para.203.

¹⁰⁰ *Id.*, para. 204.

次部門相同，故而與 W/120 中 10.D 次部門所對照之 CPC964 產品分類範圍相同。

在認定美國承諾表 10.D 次部門之承諾範圍應參照 CPC964 分類號碼之內涵後，與前述歐盟及加拿大承諾表發生之爭議相同，即會產生美國承諾表 10.D 次部門之承諾範圍是否包含 CPC964 分類項目下之所有次項目的問題。對此，上訴機構認為：「W/120 之分類較 CPC 分類籠統許多，W/120 僅分為 12 個項目及 150 多個次部門，CPC 之分類則多達 1,800 多個產品（按：新版已超過 2,000 個），且 GATT 秘書處所草擬之第一份服務部門分類表（W/50）即指出以 CPC 分類系統作為分類標準，係因此系統可使分類達到更高程度之精細度與準確性。既然使用十進位法之 CPC 分類系統是因為其精細度與準確性，則參考一個比較大範圍的分類項目，自然應該包括所有其下的次分類項目，例如 W/120 某部門所參照之 CPC 分類號碼為 3 碼，則應包括所有該分類號碼下階層之 4 碼及下下階層之 5 碼分類號碼項目下之產品」¹⁰¹。

綜上所述，W/120 與 1993 年承諾表填寫說明要點得作為解釋美國承諾表之「補充資料」，故應認為美國承諾表之 10.D 次部門係參照 W/120 之共同格式及用語，因而其承諾範圍應與 W/120 之 10.D 次部門所參照之 CPC964 分類項目範圍相同，而由於「賭博服務」（96492）係屬於「其他娛樂服務」（9649）分類項目下，而非美國所聲稱之「體育服務」（9641）分類項目下，故依美國承諾表 10.D 次部門記載之標題「其他娛樂服務（體育除外）」，應認為美國已於其承諾表之 10.D 次部門對賭博服務做出承諾。

(3) 其他會員之承諾表

小組同意美國之主張，認為其他會員之承諾表構成維也納條約法公約第 31 條之「整體條文脈絡」，因為所有會員承諾表均為 GATS 之附件，而依據 GATS 第 20 條第 3 項為 GATS 整體之一部。然而，小組同時也認為其無法理解其他會員之承諾表，與解釋美國承諾表有無在賭博服務部門做出特定承諾有任何直接關連¹⁰²。

(4) 美國之特定承諾表

小組同意美國之主張，認為美國承諾表之其他部分亦構成維也納條約法公約第 31 條之「整體條文脈絡」，不過，小組認為從美國承諾表其他部分來看，更強化了其承諾表係依循 W/120 之架構及用語的結論。例如美國承諾表之第 10 部門所使用的所有部門與次部門之數目均與 W/120 相對應，除去一些不重要之變更（例如省略「服務」一詞），部門與次部門之標題也均與 W/120 之標題相仿。此

¹⁰¹ *Id.*, para. 200.

¹⁰² Panel Report, *US- Gambling*, paras.6.97- 6.102.

外，在某些情況下，美國雖沒有依循 W/120，但遵照 1993 年承諾表填寫說明要點之建議，明確指出其未盡相同之處，例如有兩個部門，美國不希望納入 W/120 所涵蓋之部分要素，即特別指明出來。甚至在某些部門，美國雖然使用 W/120 之格式及用語，仍特別明文定義該部門特定承諾所涵蓋之活動¹⁰³。

(5) 美國承諾表之目的及宗旨

小組認為美國承諾表填寫之目的及宗旨即在於追求「透明化」與「漸進式自由化」，前者由 1993 年承諾表填寫說明要點對於會員承諾表明確性和精準性之要求、以及 GATS 前言指出會員冀求「在透明化之條件下」建立以擴展服務貿易為目的之 GATS 可證；後者則由 GATS 前言所揭諸之自由化精神與第 19 條之漸進式自由化原則可知。故依美國承諾表填寫之目的及宗旨解讀其文字之通常意義時，應秉持「透明化」與「漸進式自由化」之精神為之¹⁰⁴。

(6) 美國最終承諾表草案首頁

美國在烏拉圭回合談判時，曾連續於 1993 年 10 月 1 日、同年 12 月 7 日及同年 12 月 15 日提出三份最終承諾表草案，其首頁上均出現：「除了特別註明之處外，美國各部門之承諾範圍與 GATT 秘書處服務部門分類表 (MTN.GNS/W/120) 所涵蓋之範圍一致」¹⁰⁵，不過該首頁於 1994 年 4 月 15 日美國承諾表作成 GATS/SC/90 文件傳送於各會員時遭刪除，小組認為該首頁符合「立法解釋」及「締約情況」之要件，無疑是維也納條約法公約第 32 條意義下之重要補充性解釋工具；換言之，美國於服務市場開放談判之關鍵階段為參照 W/120 之陳述，並納入接連三份草案之內容，將引導相關會員善意相信美國所承諾之「範圍」與 W/120 之「部門涵蓋範圍」相當，而烏拉圭回合談判於 1993 年 12 月 15 日畫下句點，服務貿易談判亦隨之終結，服務貿易領域於該時點後之相關活動只有 1994 年初期之承諾表核實認證程序，惟該程序不代表得以修改實質談判結果。因此，談判結果之範圍在 1993 年 12 月 15 日後應即不得單方任意修改¹⁰⁶。對此，上訴機構亦認為該首頁上之文字確立了美國係適用 W/120 且依循 1993 承諾表填寫說明要點填寫其承諾表，雖然美國強調這部份文字並未出現在其最終版本中，但被刪除的原因不明，且不論如何，美國承諾表的 10.D 部門在幾份草稿及最終版本中皆是一樣的，換句話說，會員並不會認為刪除這部份文字即可代表修改了 10.D 次部門的範圍¹⁰⁷。

¹⁰³ *Id.*, paras.6.103- 6.105.

¹⁰⁴ *Id.*, paras.6.107- 6.108.

¹⁰⁵ See WTO Doc. MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1 October 1993, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 December 1993, and MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 December 1993.

¹⁰⁶ Panel Report, *US- Gambling*, paras.6.116- 6.118.

¹⁰⁷ Appellate Body Report, *US- Gambling*, para. 207.

(7) 美國國際貿易委員會之文件內容

美國國際貿易委員會（United States International Trade Commission，簡稱 USITC）為美國貿易代表署（United States Trade Representative，簡稱 USTR）授權維護及在必要時修改美國承諾表之獨立機構，其曾於 1997 年發表一段解釋性文字，描述美國承諾表之部門及次部門與 CPC 分類號碼的關聯性：「為幫助比對美國與其他國家之承諾表，USITC 繪製了一份說明美國承諾表、W/120 及 CPC 之部門與分類號碼間之關係對照表。由於會員在準備其本國承諾表時，均被要求依據 W/120 確認並定義其承諾表中之部門與次部門，W/120 中亦已明列各部門與其相對應之 CPC 分類號碼，因此，外國承諾表多明文參照 CPC，美國承諾表雖未附註 CPC 分類號碼，卻與 W/120 緊密相符，故 USITC 所繪製之對照表即清楚闡釋了 W/120、CPC 分類號碼與美國承諾表相對應部門間之關係」¹⁰⁸。

USITC 文件之相關部分臚列如下¹⁰⁹：

表 4-6：USITC 所發表有關美國承諾表與 W/120、CPC 關係之對照表

W/120	CPC	美國承諾表	備註
部門及次部門	分類號碼	特定部門之承諾	
10. 娛樂、文化及體育服務		10. 娛樂、文化及體育服務	W/120 與美國承諾表第 10 部門均排除視聽服務
A. 遊藝服務	CPC9619 其他遊藝服務	A. 遊藝服務	W/120 與美國承諾表第 10.A 次部門「遊藝服務」包括戲劇、現場演奏樂團、馬戲團服務
B. 新聞通訊社服務	CPC962 新聞通訊社服務	B. 新聞通訊社服務	
C. 圖書館、資料庫查詢、博物館及其他文化服務	CPC963 圖書館、資料庫查詢、博物館及其他文化服務	C. 圖書館、資料庫查詢、博物館及其他文化服務	
D. 體育及其他娛樂服務	CPC964 體育及其他娛樂服務	D. 其他娛樂服務	美國承諾表第 10.D 次部門「其他娛樂服務」排除體育服務
E. 其他（無對應之 CPC）		E. 無	

¹⁰⁸ USITC, *US Schedule of Commitments under the General Agreement on Trade in Services*, May 1997, at viii.

¹⁰⁹ *Id.*, at 25.

資料來源：USITC, *US Schedule of Commitments under the General Agreement on Trade in Services*

針對 USITC 此份文件，小組認為由於 USITC 於職權範圍內所發表之官方公告應歸屬於美國政府，故此文件應被認為係美國解釋其自身承諾表之態度的證明¹¹⁰，尤其這份文件中清楚地指出，美國承諾表中的 10.D 次部門的確對應 CPC 分類號碼 964。然而，小組並未清楚說明其如何使用這份文件來解釋美國承諾表，僅提及雖然 USITC 之文件不足以構成維也納條約法公約第 32 條之「解釋之補充資料」，但至少可以確定該文件可用來「確認」其上述以其他資料對美國承諾表所為之解釋¹¹¹。上訴機構亦因此認為小組並未以此文件作出對美國承諾表之解釋，此僅係確認性質，故不須再行討論 USITC 文件得否作為解釋美國承諾表之依據¹¹²。

綜上所述，美國承諾表雖未附註對應之 CPC 分類號碼，然參照 W/120、1993 年承諾表填寫說明要點、美國承諾表其他部分及美國最終承諾表草案首頁等資料，賭博案小組及上訴機構均認為美國承諾表仍係適用 W/120 及 CPC 分類系統而填寫，故美國承諾表 10.D 次部門「其他娛樂服務（體育除外）」之承諾範圍，應依 CPC9649 分類號碼之內涵為解釋，故其承諾範圍包括 CPC96492 分類號碼之賭博服務。

四、小結

根據以上相關實務見解，可以發現有關承諾表的爭議大部分都發生在如何判定會員是否已就「特定部門或次部門」作出承諾，此又可以分成三種情形：一為會員於承諾表之部門及次部門明文附註對應之 CPC 分類號碼，如歐盟承諾表有關「批發交易服務」部門明文附註對應之 CPC622 分類號碼，此時會員承諾之範圍即應依據 CPC 分類號碼項下之產品範圍為認定。

第二種情形為會員雖於承諾表之部門或次部門附註對應之 CPC 分類號碼，但二者內涵產生衝突，如加拿大承諾表「4B.批發交易服務」部門附註對應之 CPC622 分類號碼，且在該部門市場開放限制欄中列出對於薩克斯其萬省的汽車銷售之限制，然而 CPC622 分類號碼項目下並不含有任何有關汽車批發交易服務的內涵，另承諾表「4C.零售服務」部門下之次部門「包括汽車及其他道路運輸工具之銷售」則附註對應之 CPC6111 分類號碼，但 CPC6111 不僅包含 CPC61112 的「汽車零售服務」，亦包含 CPC61111 的「汽車批發交易服務」，此時則應以 CPC 分類項目下所涵蓋之產品內容為準，換言之，由於 CPC 622 沒有關於汽車

¹¹⁰ Panel Report, US- Gambling, para. 6.130.

¹¹¹ *Id.*, para. 6.133.

¹¹² Appellate Body Report, US- Gambling, paras 211, 212.

之次群組，故「4.B 批發交易服務」不包括對於汽車批發交易服務部門之開放，而 CPC 6111 之「包括汽車及其他道路運輸工具之銷售」雖置於「4.C 零售服務」部門下，惟由於 CPC 6111 包括 CPC 61111 之「汽車批發交易服務」，故雖然與部門標題內容不符，仍應認為其已就汽車批發交易服務作出承諾。

最後一種也是最複雜之情形，即會員承諾表之部門及次部門並未附註參照之 CPC 分類號碼，則其各部門所承諾之範圍，得否以 CPC 分類號碼作為認定，如從美國賭博案之爭端解決小組及上訴機構報告中，依據維也納條約法公約第 31 條及第 32 條之規定，可以得出一套有系統的檢驗方式，試將相關資料臚列如下表：

表 4-7：美國特定承諾表之解釋方法一覽表

解釋依據	爭端解決小組之解釋方法	上訴機構之解釋方法	解釋結果
字典定義	用語→通常意義	—	不精確
W/120	整體條文脈絡→通常意義	補充資料	美國承諾表係依 W/120 及 CPC 分類系統填寫
1993 年承諾表填寫說明要點	整體條文脈絡→通常意義	補充資料	美國承諾表係依 W/120 及 CPC 分類系統填寫
其他會員承諾表	整體條文脈絡→通常意義	—	無關
美國承諾表其他部分	整體條文脈絡→通常意義	—	美國承諾表係依 W/120 及 CPC 分類系統填寫
美國最終承諾表草案首頁	補充資料	補充資料	美國承諾表係依 W/120 及 CPC 分類系統填寫
USITC 文件內容	—	—	僅「確認」結果

資料來源：筆者自行整理

縱上所述，除非會員承諾表很清楚地顯示其適用其他有明確定義之分類系統，或明文清楚定義各部門或次部門之涵蓋範圍，否則 WTO 爭端解決實務之見解，均傾向以 CPC 分類系統作為解釋會員承諾範圍之依據。

第五章 來自其他會員之類似服務及服務供給者之要件

本章主要探討不歧視原則之「來自其他會員之類似服務及服務供給者」之要件，主要目的在於確認系爭措施所規範之服務及服務供給者，依序探討「服務」及「服務供給者」之內涵、「來源地」之認定以及「類似性」之判斷。

壹、服務之內涵

GATS 規範並未就「服務」一詞給予實質之定義，故本文從服務之二個要素即無實體性及可買賣性著手，進而探討服務與貨品間之區別。

一、與「服務」有關之 GATS 規範

GATS 第 1 條第 3 項第(b)款規定：「稱『服務』者，包括各部門提供之服務，但執行政府功能而提供之服務不在此限」；同條項第(c)款規定：「稱『執行政府功能而提供之服務』者，謂非基於商業基礎亦非與一個或多個服務供給者競爭所提供之服務」。因此，GATS 規範下所稱之「服務」，必須先排除執行政府功能所提供之服務，而其所稱「執行政府功能」，必須符合二個要件，一為必須非基於商業基礎而提供，另一則為須非與一個或多個服務供給者競爭，符合這二個要件者，即非屬 GATS 規範中之「服務」。

不過，即使在排除執行政府功能所提供之服務後，GATS 規範下之「服務」範圍仍非常廣泛，即 GATS 第 1 條第 3 項第(b)款所稱之「包括各部門提供之服務」，且 GATS 條文完全沒有就「服務」一詞提供一個較為清楚的定義，從爭端解決小組及上訴機構之報告看起來，亦沒有任何定義「服務」之資訊，可能因為一方面一般人對於「服務」一詞均有直覺性的認知，但另一方面也突顯其定義之困難度，尤其在科技進步一日千里、隨時可能出現新服務型態的今日，很難以一個精確的定義來概括「服務」的範圍。

二、服務之要素

從一般人的通常認知來看，「服務」之通常意義至少包含二個要素，即無實體性及可買賣性¹¹³。

¹¹³ See Fiona Smith & Lorna Woods, *supra* note 69.

1. 無實體性

無實體性，係指服務是一個沒有實體存在的商品，不具有物理上或物質上之外形，無法以任何形式觸摸，通常在商品提供或形成的同時，即必須立刻被消費，因為服務無法被儲存；因此，服務供給者與消費者一定要有某種程度之接觸，可能是面對面的實際接觸，如美容服務，或是透過書信網路等通訊方式的間接接觸，如網路音樂下載服務，這也是何以 GATS 同時規定會員之措施不得對於其他會員之「服務」或「服務供給者」構成歧視性待遇的原因。

2. 可買賣性

服務與貨品均得作為「商品」而買賣之，已如前述，而買賣即指所有權移轉的問題，在貨品交易而言，係指貨品之所有權及占有¹¹⁴，從賣方移轉到買方之過程。惟由於服務沒有實體存在的商品，同樣的概念很難直接套入適用，因此在服務交易的情形，可買賣性係指服務提供且被消費的過程，這樣的「所有權移轉」或「占有移轉」之概念，仍然可以透過一些實體存在的證據或是法律證據，證明消費者確實已經消費該服務，或擁有消費該服務之權利。例如消費者購買剪髮服務，可由髮型的改變證明該服務之提供及消費的過程；又例如消費者購買管理顧問公司之公關服務，可透過雙方簽訂之契約或付款之收據證明該服務之提供及消費的過程。

三、服務與貨品之區別

如前文所述，一般人對於「服務」與「貨品」之意義均有直覺性的認知，而可以輕易地從字面上了解「服務」與「貨品」之通常意義，並且能夠判斷那些商品屬於「服務」，哪些商品屬於「貨品」，因此，GATS 不對「服務」範圍下定義之規範方式，大部分情況下都不會發生問題。然而，不可否認地，仍有許多商品係處在模糊的地帶，無法以直覺性的認知或字面之通常意義予以判斷，例如視聽商品，如果以唱片或錄影帶型態販售，一般人通常均將其理解為貨品，但如果以網路下載之型態販售，則一般人通常應會將其理解為服務，惟提供者所提供之商品根本是同一首歌或是同一部影片，卻因為提供型態的不同，使得該歌曲或影片有時候是貨品，有時候是服務，這樣的結果似乎又令人難以認同。

事實上，上述兩種看法都是正確的，因為「服務」與「貨品」最大之區別即在於其有無實體性，因此，如果從唱片或錄影帶「本身」來看，該音樂或影片確實屬於貨品，但是如果將唱片或錄影帶視為歌曲或影片提供之「媒介」，則該音

¹¹⁴ 包括直接占有及間接占有。

樂或影片無疑屬於服務¹¹⁵，故貨品與服務二個概念是可以併存的，現實生活中也確實存在許多貨品與服務概念並存之商品，除視聽商品外，又例如我們到餐廳或飯店享受美食佳餚時，該美食佳餚「本身」，由於其具有實體性，且符合所有權及占有係從餐飲提供者移轉到消費者之要素，故屬於貨品之性質無疑，惟如果將該美食佳餚視為餐飲服務提供之「媒介」，則亦符合一般認為到餐廳或飯店享受美食佳餚係屬於「服務」性質之認知。

此外，「批發」也是一個很典型的「貨品」與「服務」概念重疊之例子，香蕉案上訴機構在談到香蕉批發者所提供之商品時，曾指出：「依據 CPC 第 6 類產品之說明，批發者所提供之主要服務為『轉售商品』，同時亦伴隨各種為促進商品遞送之相關附隨服務，例如，維持貨品存貨、將貨品分類分級、分裝、冷藏以及配送貨品給購買者等，換言之，貨品轉售不必是批發者所提供的唯一服務，CPC 說明中尚包括各種伴隨主要活動（即商品轉售）之相關附屬服務。我們很難想像一個批發商如果沒有先購買或進口貨品，將如何從事轉售貨品之主要活動」¹¹⁶，CPC 這些有關「批發服務」之敘述中多次提到「貨品」，上訴機構亦認為如果沒有貨品，事實上也根本無法進行主要活動為轉售貨品之批發交易服務，顯見批發交易服務本質上即無法與貨品分割，該服務之提供必須與貨品連結或透過貨品始能呈現¹¹⁷，換言之，欲批發之貨品為批發服務之「媒介」，此時商品之性質即屬於「服務」的概念。

綜上所述，貨品與服務在日常生活中時常是無法分割的，一個商品的提供時常會同時含有「貨品」及「服務」之概念，如果從貨品「本身」來看，自然屬於「貨品」之概念沒有問題，惟如果貨品係服務提供之「媒介」，則整個商品應屬於「服務」之概念。

這種「貨品」與「服務」之區分方式，同時也呼應了香蕉案上訴機構對於 GATS 與 GATT 適用關係的看法：「GATS 與 GATT 這兩個協定各自有其不同之適用範圍，二者可能發生部分重疊的情形，亦可能不發生，端視系爭措施之性質定之；換言之，有些措施只影響貨品貿易，故僅適用 GATT；有些措施則只影響服務貿易，故僅適用 GATS；然仍有第三類措施可能同時涉及貨品貿易與服務貿易，故會發生同時適用 GATT 與 GATS 之可能性，例如有關特定貨品之服務、或結合特定貨品所提供之服務等，所有這些第三類措施均應同時受到 GATT 及 GATS 之檢驗」¹¹⁸。換言之，如會員之措施影響貨品「本身」，則適用 GATT 規範，如會員之措施影響服務貿易，相關之貨品僅係該服務提供之「媒介」時，則適用 GATS 規範，如會員之措施同時影響貨品「本身」及該貨品作為「媒介」所提供

¹¹⁵ See Fiona Smith & Lorna Woods, *supra* note 69.

¹¹⁶ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para 226.

¹¹⁷ Wener Zdouc, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, Journal of International Economic Law, 1999, at 322, 323.

¹¹⁸ *Id.*, para. 221.

之服務，則同時有 GATT 及 GATS 規範之適用，二者應分別討論之。

貳、服務供給者之內涵

相較於 GATT 不歧視原則僅規範商品，GATS 之不歧視原則則同時規範商品及商品之生產者，即服務供給者。GATS 第 28 條第(g)款規定：「所稱『服務供給者』，係指提供服務之人」；又同條第(j)款規定：「所稱『人』，係指自然人或法人」。故本文先探討 GATS 將服務供給者納入規範之原因；接著就服務供給者為自然人或法人之型態，探討其意義及可能產生之爭議問題；最後討論服務供給者與其所提供服務之關係。

一、GATS 納入服務供給者之原因

1. 服務與服務供給者密不可分

由於服務包含無實體性及可買賣性二個要素，故一方面服務供給者與消費者一定要有某種程度之接觸，不論是面對面的實際接觸，或是透過書信網路等通訊方式的間接接觸，另一方面整個服務的交易並沒有如同貨品有實體所有權移轉之權利證明方式，故其買賣交易係指服務由服務供給者提供至最終被消費者消費的整個過程。這些服務的特性均顯示出服務供給者在整個服務提供的過程中占有舉足輕重之地位，換言之，在服務提供的整個過程中，如沒有服務供給者之參與，服務的提供無法完成或完整，故會員針對服務供給者之限制措施，縱然不對服務加以限制，仍會對該服務的整個提供過程造成影響。

2. 擴大 GATS 適用範圍

此外，GATS 將服務供給者納入規範，亦顯示 GATS 制定者希望盡量擴大 GATS 適用範圍之精神；換言之，由於當今國際社會普遍認同透過其他會員之服務供給者以各種模式進入內國市場提供服務交易的頻繁性與重要性，GATS 制定者希望更清楚地確保這些服務貿易的任何部分都能夠受到不歧視原則的保護，並透過保護服務供給者之方式，確保服務供給者對其以不同模式提供服務之選擇性，以盡量將會員可能採行之限制措施均納入 GATS 規範中¹¹⁹。

二、服務供給者之型態

¹¹⁹ Peter K. Morrison, *WTO Dispute Settlement in Services: Procedural and Substantive Aspects*, in E.U. Petersmann, ed., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer Law International, 1997), at 387.

1. 服務供給者為自然人

服務供給者為自然人之情形，係指自然人基於獨立之地位而提供服務者。應注意者，由於模式三之服務提供，必須透過在其他會員境內設立商業據點之方式進行，而 GATS 第 28 條第(d)款又規定：「所稱『商業據點』，係指所有型態之商業或專業之營業所，包括為提供服務而在會員境內所：(i)設立、收購或經營之法人；或(ii)新設立或經營之分公司或代表處」，因此，模式三商業據點呈現之服務供給者限於法人或法人之分公司或代表處，應不包括自然人。

2. 服務供給者為法人或其他形式之商業據點

GATS 第 28 條第(l)款規定：「所稱『法人』，係指依據相關法律規定所成立或組織之法律實體，不論是否以營利為目的及是否為私有或政府所有；法人包括公司、基金、合夥、合資事業、獨資或協會等」；然而，GATS 規範所稱之服務供給者，並不以法人為限，此由 GATS 第 28 條第(g)款之註釋 12 特別指出：「若服務非由法人直接提供，而係以『其他形式之商業據點』¹²⁰，如分公司或辦事處之方式提供服務，該服務供給者仍應享有本協定所給予服務供給者之待遇；惟此等待遇僅適用於在其境內提供服務之據點，並不需擴張至該服務供給者設立於提供該服務所在境內以外地區之其他部門」可知。因此，GATS 規範所稱之服務供給者，除自然人及法人外，尚包括法人之分公司或代表處等其他形式之商業據點。

歐盟香蕉案中，曾就「垂直整合公司群」(vertically integrated companies) 是否為 GATS 意義下之「服務供給者」產生爭論¹²¹。所稱垂直整合公司群，係指組織為增加新進入市場者之進入障礙、投資特殊機器設備、確保產品品質以及確保生產時程等因素，自行扮演過去供應商或經銷商、零售商所扮演之角色，以創造特殊、獨特之商品或服務價值，或降低其總體成本¹²²。

香蕉案中，被控訴會員即歐盟認為垂直整合公司群所提供或從事之部分服務，僅係該公司群之內部生產或配銷體系的一環，無法認為其構成 GATS 意義下之「服務供給者」。惟爭端解決小組認為：「系爭業者雖屬於垂直整合公司群之一部，然由於該類業者仍具有進入批發服務市場之能力及機會，且得在任何時點決

¹²⁰ 參照 GATS 第 28 條第(d)款。

¹²¹ 加拿大汽車案之爭端解決小組亦曾就垂直整合公司群有過相關討論，小組認為生產及配銷垂直整合之公司群，不論批發交易市場是否存在實際上之競爭，均不排除該垂直整合公司群下之公司作為 GATS 規範下之「服務供給者」，故而可能受到加拿大所採行諸如進口稅豁免等措施之影響，而可能不利於其作為服務供給者之能力或地位；惟上訴機構以小組未能提出充分證據證明上述見解而推翻之，詳參 Panel Report, *Canada- Autos*, para. 10.253 及 Appellate Body Report, *Canada- Autos*, para. 174.

¹²² See Hill, C. W. L., & Jones, G. R., *Strategic Management Theory*, 5th Edition, Houghton Mifflin (Boston), 2001. See also Rue, L. W., & Byars, L. L., *Management Skills and Application*, 9th Edition, McGraw-Hill, 2000.

定轉售其透過歐盟生產者、關稅結清或催熟程序後所進口或取得的香蕉；亦即，其不必非要透過垂直整合公司群之內部體系，始能進行轉讓或加工香蕉的活動，故認為將『垂直整合公司群』下之業者視為『服務供給者』是沒有問題的¹²³。上訴機構亦認為：「一個公司即使以垂直整合公司群之形式呈現，甚至在該公司群中從事有關商品之生產、進口、配銷及加工等其他業務，然而，只要在該公司從事或提供批發交易服務之範圍內，且其提供批發交易服務之能力或地位受到會員之特定措施所影響者，該公司即不失為 GATS 意義下之『服務供給者』」¹²⁴。

香蕉案小組及上訴機構顯然對於 GATS 「服務供給者」之意義採取廣泛的解釋，亦即只要業者具有進入服務市場之能力與機會，在該業者從事或提供交易服務之範圍內，均屬於 GATS 意義下之服務供給者，這種將是否具有「進入服務市場之能力與機會」作為判斷「服務供給者」之標準的方式，即學者所稱「潛在之服務供給者」的概念¹²⁵，換言之，部分擁有進入市場之能力與機會，但可能不曾提供或從事過相關活動之潛在服務供給者，亦為 GATS 不歧視原則所保護之客體。然而，這種將保護客體延伸至符合一定條件之尚未進入市場者的看法，是否在各服務部門之各模式下均屬可行，似仍有待將來發展。

三、服務供給者與其所提供服務之關係

GATS 第 28 條第(g)款規定：「所稱『服務供給者』，係指『提供服務』之『人』，「人」之型態包括自然人、法人及法人之分公司或辦事處已如前述，而「人」在提供何種服務之範圍內，可認為屬於該服務之服務供給者，則為此處要探討之問題。換言之，「人」是否必須提供該服務部門或次部門所描述之「全部活動」或「主要活動」，始得為該服務之服務供給者？抑或只要提供該服務部門或次部門之任何「相關活動」，即可認為屬於該服務服務供給者？

香蕉案曾討論過此爭議，由於歐盟系爭法規所規範之「業者」只有購買及進口香蕉而已，並未從事任何轉售活動，則其是否能作為控訴會員所指稱之「批發交易服務供給者」？對此，爭端解決小組認為：「當業者提供進口或取得香蕉之『相關批發服務』，以進行銷售、關稅結清或催熟香蕉等活動時，該類業者確實為批發服務供給者」¹²⁶，上訴機構更深入指出：「依據 CPC 之定義，批發者之主要活動『特徵』為『貨品轉售』，然貨品轉售不必是批發者所提供之唯一服務，CPC 描述中尚包括各種伴隨主要活動（即貨品轉售）之相關附屬服務。我們很難想像一個批發商如果沒有先購買或進口貨品，將如何從事轉售商品之主要活動，因而很明顯地，批發商必先以某些方法取得貨品以便再將其轉售，例如本案

¹²³ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.320.

¹²⁴ Appellate Body Report, *EC- Bnanas*, para. 227.

¹²⁵ Werner Zduoc, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, Journal of International Economic Law, at 327.

¹²⁶ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.320.

系爭業者若不先購買或進口香蕉至歐盟，恐怕很難在歐盟境內從事轉售香蕉之主要活動」¹²⁷，也因此，「雖然系爭歐盟法規所稱之『業者』確實從事部分嚴格來說不屬於 CPC 第六群組『配銷交易服務』描述中之主要活動，但毫無疑問的，這些業者事實上也從事 CPC 描述中之伴隨主要活動（即轉售香蕉）的相關附屬活動」¹²⁸。

因此，依據香蕉案小組及上訴機構見解，應可認為服務供給者與其所提供服務間之關係是非常寬鬆的；換言之，服務供給者所提供之服務，不論為該服務部門或次部門所描述之「全部活動」或「主要活動」，或任何其他附屬於該主要活動之「相關活動」，均不失為該服務部門或次部門之服務供給者。

參、來源地之認定

GATS 不歧視原則均含有比較之概念，最惠國待遇原則係是兩個或兩個以上來自其他會員之服務及服務供給者所受待遇之間的比較，國民待遇原則係會員內國及一個或一個以上來自其他會員之服務及服務供給者所受待遇之間的比較，故確認服務及服務供給者究竟來自哪一個會員，即為判斷會員措施有無歧視性待遇之前提。GATS 第 27 條更具體規定：「會員於下列情事，得就本協定所規定之利益予以否決：(a)如證實某項服務之供給並非來自本協定會員境內，或來自與該欲否決會員間並不適用 WTO 協定之其他會員；(b)如證實某項海運服務之供給係：(i)由依據非本協定會員，或依據與該欲否決會員間並不適用 WTO 協定之其他會員之法律註冊之船舶提供者，及(ii)非由會員或由與該欲否決會員間並不適用 WTO 協定之其他會員之人操作或使用全部或一部之船舶所提供者；(c)如證實提供服務之法人，並非其他會員或其為與該欲否決會員間並不適用 WTO 協定之其他會員之服務供給者」，明文將來源地非屬於 WTO 會員之服務及服務供給者，排除於 GATS 利益之外。以下即分別探討「服務」及「服務供給者」之來源地之認定。

一、服務來源地之認定

GATS 第 28 條第(f)款規定：「所稱『其他會員之服務』，係指(i)來自其他會員境內所提供之服務，於海運之情形，係指由依據其他會員法律註冊之船舶提供之服務，或由其他會員之人操作或使用之全部或一部之船舶所提供之服務；或(ii)經由設立商業據點或自然人入境提供服務者，係指由該其他會員之服務供給者所提供之服務」，故模式一及模式二之服務來源地與模式三及模式四之服務來源地認定方式不同，以下分述之：

¹²⁷ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 226.

¹²⁸ *Id.*, para. 225.

1. 模式一及模式二下之服務來源地認定

依據上述 GATS 第 28 條第(f)之(i)款之規定，原則上模式一及模式二的「服務來源地」之認定，係以服務由哪一個會員「領域」內所提供作為判斷標準，亦即，模式一的服務來源地係指「來自」出口會員「境內」所提供之服務，模式二之服務來源地，則係指「在」出口會員「境內」提供之服務¹²⁹。例如模式一之情形，A 國客戶接受「來自」B 國律師在 B 國境內，透過電話或電子郵件所提供之法律服務，該法律服務來源地即為 B 國；又例如模式二之情形，C 國學生「在」D 國境內接受 D 國某私立學校之教育服務，該教育服務來源地即為 D 國。另由於海運服務之特殊性，例外明定以船舶之註冊地、船舶承租人或僱船人之國籍等作為判斷標準。

2. 模式三及模式四下之服務來源地認定

至於模式三和模式四的「服務來源地」之認定，依據上述 GATS 第 28 條第(f)之(ii)款之規定，則係以提供該服務之「服務供給者」來源地作為判斷標準¹³⁰，亦即，模式三的服務來源地係指「由」出口會員「服務供給者」於地主國會員境內設立之商業據點所提供之服務，模式四下的服務來源地則係指「由」出口會員之「自然人」進入地主國境內所提供之服務。香蕉案爭端解決小組亦指出：「在模式三之透過商業據點提供服務的情形，服務供給者必須在其提供服務之會員領域內有實際據點的呈現，在此種情形下，服務來源地之認定應以該服務之供給者判斷之」¹³¹。例如模式三之情形，E 國之某管理顧問公司至 F 國境內設立分公司，以便於在 F 國提供管理顧問服務，則該分公司所提供之管理顧問服務之來源地仍為 E 國；又例如模式四之情形，G 國某會計師親自前往 H 國，且於 H 國境內提供會計服務，則該會計服務之來源地即為 G 國。

茲將服務來源地之認定標準表列如下：

表 5-1：四種服務提供模式下之服務來源地認定之整理表

提供模式	判斷標準	服務來源地之認定
模式一	服務由哪一個會員「領域」內所提供	「來自」出口會員「境內」所提供之服務
模式二		「在」出口會員「境內」提供之服務
模式三	提供該服務之「服務供給者」來源地	「由」出口會員「服務供給者」於地主國會員境內設立之商業據點所提供之服務
模式四		「由」出口會員之「自然人」進入地主國

¹²⁹ 注意此處之「服務來源地」與第三章討論之「服務所在地」不同。

¹³⁰ 服務供給者來源地之判斷參第五章、參、二。

¹³¹ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.295.

	境內所提供之服務
--	----------

資料來源：筆者自行整理

二、服務供給者來源地之認定

服務供給者來源地之認定又依其分別為自然人或法人而不同：

1. 服務供給者為自然人時之來源地認定

服務供給者為自然人時，該自然人之來源地認定，應依 GATS 第 28 條第(k)款之規定：「所稱『其他會員之自然人』，係指居住在該其他會員或任何其他會員境內之自然人，且依該其他會員之法律：(i)係該其他會員之國民；或(ii)在該其他會員有永久居留權者，惟該會員須：(1)並無國民；或(2)被通知接受或加入 WTO 協定時，無會員有義務給予該永久居民比該會員給予該擁有居民更佳之待遇，該會員就有關影響服務貿易之措施，給予其永久居民與其國民實質上相同之待遇。該通知應包括該其他會員保證依據其法令，對永久居民承擔與其國民相同之責任」。

2. 服務供給者為法人時之來源地認定

服務供給者為法人時，該法人之來源地認定，則應依 GATS 第 28 條第(m)款規定：「所稱『其他會員之法人』係指下列二類法人：(i)依該其他會員之法律所設立或組成，且在該會員或其他會員境內從事實質商業行為者；(ii)以商業據點提供服務之法人，且係由：(1)該會員之自然人所擁有或控制者；或(2)依第(i)款規定之該其他會員法人所擁有或控制者」。依此，來自其他會員之法人可以分為以下三類：

- a. 依其他會員之法律設立或組成，且在該會員或其他會員境內從事實質商業行為者

原則上除依內國法律設立或組成，且在該內國領域內或其他會員境內從事實質商業行為之服務供給者，以及雖依其他會員之法律設立或組成，但「僅」在會員境內從事實質商業行為者外，其餘均屬於此類型之來自其他會員之法人。

- b. 透過商業據點提供服務，且擁有或控制該商業據點者為其他會員之自然人

在模式三商業據點呈現之服務提供，由於必須透過在地主國會員境內設立商業據點之方式進行，故從事實質商業行為之地點係在地主國會員境內，此時該商

業據點來源地之認定，應視「擁有」或「控制」該商業據點之自然人或法人來自何會員而定，擁有者或控制者為自然人時，應符合 GATS 第 28 條第(n)之(i)、(ii)款之規定：「(i)所稱一法人由某一會員之人所『擁有』，係指該會員之人擁有之股權權益超過 50%者；(ii)所稱一法人由某一會員之人所『控制』，則係指該人有權認命該法人之多數董事或依法指揮其行事者」，換言之，當其他會員之自然人符合上述「擁有」或「控制」之要件時，該自然人所屬之會員即為以商業據點呈現之服務供給者之來源地。

c. 透過商業據點提供服務，且擁有或控制該商業據點者為依照其他會員法律設立或組成之法人

此類型與 b 類大致相仿，亦即在模式三商業據點呈現之服務提供，由於必須透過在地主國會員境內設立商業據點之方式進行，故從事實質商業行為之地點係在地主國會員境內，此時該商業據點來源地之認定，應視「擁有」或「控制」該商業據點之自然人或法人來自何會員而定，b 類之擁有者或控制者為自然人，本類之擁有者或控制者則為「依照其他會員法律設立或組成之法人」，此時除應符合 GATS 第 28 條第(n)之(i)、(ii)款外，尚應符合同條第(n)之(iii)款之規定：「(i)所稱一法人由某一會員之人所『擁有』，係指該會員之人擁有之股權權益超過 50%者；(ii)所稱一法人由某一會員之人所『控制』，係指該人有權認命該法人之多數董事或依法指揮其行事者；(iii)所稱一法人為他人之『關係企業』，係指該法人控制該他人或被該他人所控制，或該法人及該他人均受同一人控制者（此項不適用於自然人）」。換言之，當其他會員之法人符合上述「擁有」或「控制」之要件時，該法人所屬之會員即為以商業據點呈現之服務供給者之來源地。

加拿大汽車案中，會員間曾針對某些透過在加拿大設立商業據點提供服務之法人的來源地產生爭執，其爭論點在於擁有或控制該商業據點之法人，又係由另一會員之法人所擁有或控制時，應以直接擁有或控制該商業據點之法人為來源地？抑或應以間接擁有或控制該商業據點之另一法人為來源地？該案小組在認定 DaimlerChrysler Canada Inc.之來源地時曾指出：「由於 DaimlerChrysler Canada Inc.為 DaimlerChrysler 公司所『控制』，而 DaimlerChrysler 公司係 GATS 第 28 條第(m)款第(i)點意義下之美國法人，故 DaimlerChrysler Canada Inc.屬於 GATS 第 28 條第(m)款第(ii)之(2)點意義下的『來自美國之服務供給者』；因此，重點在於 DaimlerChrysler 公司為美國之法人，至於 DaimlerChrysler 是否再受到其他會員（歐盟）之法人的控制，則非 GATS 第 28 條第(m)款所問；換言之，在認定『其他會員之服務』時，GATS 第 28 條第(m)款並不要求必須確認最終的控制者，只要依據第(i)點之標準找出其他會員之法人所擁有或控制即足」¹³²。

¹³² Panel Report, *Canada- Autos*, para. 10.257.

因此，在擁有或控制商業據點之法人，又係由另一會員之法人所擁有或控制之情形，由於條文沒有特別限制，即 GATS 第 28 條第(m)款並未要求確認最終的所有者或控制者，故 WTO 實務仍維持其一貫採取最大適用可能性的解釋方式，以「直接」擁有或控制該商業據點之法人判斷其來源地即可，至於該直接擁有或控制商業據點之法人是否又受到其他會員法人之所有或控制，則不須再行探究。

肆、 類似性之判斷

雖然與 GATT 有關之 WTO 爭端解決案件已累積許多有關類似性判斷之標準，然由於貨品貿易與服務貿易本質上之不同，其得否援用本有很大爭議；又由於 GATS 不歧視原則同時將「服務及服務供給者」納入規範，且將服務貿易分為四種提供模式，因此尚有服務及服務供給者之類似性應採個別判斷或整體判斷、以及類似性之判斷得否跨越模式等爭議。以下即分別探討之。

一、服務及服務供給者之類似性應個別判斷或整體判斷？

GATS 第 2 條第 1 項最惠國待遇條款及第 17 條第 1 項國民待遇條款均使用「類似服務『及』服務供給者」之文字，依其通常意義，可以將之解釋為「『類似服務』及『類似服務供給者』」，也可以解釋為「類似之『服務及服務供給者』」，因此產生類似性判斷應採個別判斷或整體判斷之爭議，以下分述之：

1. 個別判斷

個別判斷法係將 GATS 第 2 條第 1 項及第 17 條第 1 項之文字解釋為「『類似服務』及『類似服務供給者』」，認為二者為兩個概念，GATS 之所以將二者放在一起，只是確認會員所採之措施可能會影響服務，亦可能影響服務供給者之事實，故得分別判斷其類似性。換言之，如會員所採之措施所影響者為服務，就只需要去判斷服務之類似性，如會員所採之措施僅影響服務供給者，就只需要去判斷服務供給者之類似性；如會員所採之措施同時影響服務及服務供給者時，則「同時」判斷服務之類似性與服務供給者之類似性¹³³。

此種判斷方法下，GATS 不歧視原則之適用範圍可能較大，控訴會員之舉證責任則相對而言較輕，因為會員所採之措施只要影響「類似服務」或「類似服務

¹³³ 依據 GATS 第 1 條第 2 項所定義之四種服貿易提供模式，以及服務貿易總協定特定承諾表填寫準則第 15 段之規定：「GATS 並未要求會員在其司法管轄範圍外採取措施，因此，GATS 第 17 條國民待遇義務並未要求會員將此等待遇延伸至位在其他會員境內之服務供給者」，似乎意味著在模式一及模式二之情形下，類似性的考量應僅及於「服務」，不及於在境外之「服務供給者」，而在模式三及模式四之情形下，類似性之判斷則可能會同時考量「服務」及「服務供給者」。

供給者」其中之一，即可能夠成 GATS 不歧視原則之違反。例如 A 會員已在其特定承諾表承諾開放模式三之旅館服務，然其採取之某一措施同時涉及 A 國之「民宿業者」所提供之「旅館服務」及 B 國業者在 A 國境內之「五星級旅館業者」所提供之「旅館服務」，在採個別判斷之情形下，因該措施確實同時涉及「旅館服務」，屬於類似服務，故得認為具有類似性，如 B 國欲提起國民待遇原則之控訴，僅須證明 A 國業者及 B 國業者均提供「類似之旅館服務」即可。

2. 整體判斷

整體判斷法則係將 GATS 第 2 條第 1 項及第 17 條第 1 項之文字解釋為「類似之『服務及服務供給者』」，認為「類似服務及服務供給者」是一個整體的概念，如二者為個別之概念，則應使用「類似服務及類似服務供給者」之文字，GATS 既未以此文字規範，即應將二者視為一個整體概念而判斷其類似性。換言之，由於服務之無實體性及可買賣性，使得服務供給者與服務消費者一定要有一定程度之接觸，且整個買賣交易的過程即係指服務由服務供給者提供至最終被消費者消費的整個過程，故在服務提供之整個過程中，服務供給者與服務都是無法分割的，似乎很難想像一個會員所採之措施只會影響服務，而對於服務供給者完全不產生影響，也很難想像一個會員所採之措施只影響服務供給者，而對於該服務供給者所提供之服務完全沒有影響，則何以在認定服務及服務供給者之類似性時，要將二者視為不相關之概念而分別判斷之？

此種判斷方法下，則會使 GATS 不歧視原則之適用範圍小於個別判斷法下之適用範圍，且控訴會員相對而言將負擔較重之舉重責任，因為「類似之服務及服務供給者」的範疇本來就會比「類似服務」或「類似服務供給者」個別之範圍來得小，而控訴會員必須負擔之舉證責任自然也會變重。舉上述相同之例子說明，A 會員已在其特定承諾表承諾開放模式三之旅館服務，然其採取之某一措施同時涉及 A 國「民宿業者」所提供之「旅館服務」及 B 國業者在 A 國境內之「五星級旅館」所提供之「旅館服務」，在採整體判斷之情形下，必須同時考量 A 國「民宿業者提供之旅館服務」與 B 國「五星級旅館提供之旅館服務」是否具有類似性，如 B 國欲提起國民待遇原則之控訴，則須證明 A 國「民宿業者」提供之旅館服務與 B 國「五星級旅館」提供之旅館服務屬於「類似服務及服務供給者」。

有關類似性判斷應採個別判斷或整體判斷之方式的爭議，WTO 爭端解決實務並沒有直接提出相關之認定，惟歐盟香蕉案爭端解決小組曾指出：「服務供給者在提供類似服務之範圍內，即為『類似服務供給者』」¹³⁴，加拿大汽車案爭端解決小組延續此種見解：「系爭服務供給者在提供相同服務之範圍內，應被認為在本案目的下具有類似性」¹³⁵，似乎均認為服務與服務供給者本質上就是一體，

¹³⁴ Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.322.

¹³⁵ Panel Report, *Canada- Autos*, para. 10.248.

判斷服務之類似性即等同於已經判斷了服務供給者之類似性，二者無法分割判斷，看起來應該是採取整體判斷的概念。又汽車案小組亦指出：「在缺乏類似之國內服務供給者之情形下，無法認定系爭措施有違反 GATS 第 17 條國民待遇義務之可能性」¹³⁶，似乎也暗示其採取整體判斷法之見解，換言之，小組認為缺乏類似服務供給者即無法判定「類似服務及服務供給者」，故無法接續進行國民待遇義務之審查。

雖然我們從上開實務見解之簡短認定，很難百分之百確定其所採取之態度，然而不論採取個別判斷或整體判斷，小組完全以服務之類似性作為判斷服務供給者之類似性，則似乎稍嫌粗糙，一方面將使「類似服務供給者」之概念被架空而成為多餘，一方面也由於未考量任何與服務供給者相關之因素，將造成無法達成篩選功能的結果。因此，不論在個別判斷或是整體判斷之架構下，「服務供給者」自身之因素均應被納入考量，例如公司規模、員工數量及素質、資產型態、技術設備、甚至消費者對於公司的印象等¹³⁷¹³⁸。

二、跨越模式之類似性？

判斷服務及服務供給者之類似性時，還有一個很重要且為服務貿易領域所獨有之爭議，即類似性之認定應否跨越模式？這個問題在加拿大汽車案中，首度被提出於 WTO 爭端解決實務，該案小組曾大膽地作出認定：「在合理考量本案之目的下，透過模式三和模式四『在』加拿大提供之服務，與透過模式一和模式二『來自』或『在』其他會員境內提供之服務，應屬於『類似』服務」¹³⁹，不過，小組並未在報告說明其認定之理由。

依照汽車案小組之解釋，當一會員在其特定承諾表之某服務部門或次部門，作出某模式之國民待遇開放承諾，則該會員即必須以同樣標準及條件適用於該服務部門次部門之所有其他模式，以確保其賦予其他會員之「類似」服務及服務供給者不歧視之待遇。例如會員在其特定承諾表上承諾開放模式一之教育服務，則由於其他會員模式一之教育服務與該會員模式三之教育服務為類似服務，而該會員模式三之教育服務又與其他會員模式三之教育服務為類似服務，故該會員所賦予其他會員模式三之教育服務之待遇即不得低於其賦予境內模式三教育服務之待遇，否則即會違反模式三下之國民待遇原則。從這樣的推論結果可以看出，小組的解釋將會非常大幅地擴充會員在 GATS 下之不歧視義務，甚至超越 GATS 制

¹³⁶ *Id.*, para. 10.289.

¹³⁷ Werner Zduoc, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, *Journal of International Economic Law* 1999, at 333.

¹³⁸ 這裡僅認為這些服務供給者之自身因素可被納入考量，但不代表均為判斷類似性的合適標準，參第五章、肆、三。

¹³⁹ Panel Report, *Canada- Autos*, para. 10.306.

定者原本所預期的結果¹⁴⁰。

再者，這種解釋方式將使 GATS 第 1 條第 2 項及特定承諾表將服務貿易分為四種模式之架構，在不歧視條款下成為多餘；換言之，既然模式一至模式四都是類似服務，會員都有賦予不歧視待遇之義務，則以電話或網路提供與面對面提供；或者消費者跑到國外去消費與外國人跑到內國來提供服務，又有什麼差別呢？這種跨越模式之類似性在國民待遇條款下會產生更多問題，例如會員在某一服務部門之四種模式所做的承諾程度不一，然由於這四種模式與其他會員之該服務部門之四種模式均屬類似服務，則在判斷其有無違反國民待遇義務時，到底應以哪一個模式所承諾者為準¹⁴¹？都將產生許多無法解決之難題。

除了規範體系上之不協調外，從直覺來看服務模式，似乎也無法輕易地認為同一個服務部門下之不同提供模式，均為類似服務，例如網路下載電影與到電影院觀看電影，二者是否具有類似性即仍有討論空間。美國賭博案之雙方當事會員即曾就「線上賭博服務」及「實體賭博服務」是否為類似服務，有過激烈辯論，可惜爭端解決小組卻以訴訟經濟為由，決議既已認定美國違反 GATS 第 16 條之規定，即不須再對國民待遇原則予以進一步審查，而迴避此項議題之認定，甚為可惜。

三、GATS 架構下類似性之判斷標準

目前 WTO 爭端解決實務就服務貿易領域之類似性的探討仍然非常有限，故以下參考 GATT 時代曾被爭端解決小組或上訴機構據以認定「類似產品」的考量因素，包括商品之本質、屬性、特質、商品之最終用途、消費者之認知與習慣、分類工具、直接競爭或替代關係等¹⁴²，作為可能之判斷依據，並檢討其是否適合應用到服務或服務供給者之類似性的判斷。

1. 服務及服務供給者之本質、屬性、特質

GATT 爭端解決實務中，固然係以商品之「物理特性」判斷其本質、屬性、特質有無具有類似性，而服務雖然具有無實體性及在交易過程中之變動可能性等不同於貨品之特徵，但似仍可以「固有特性」的概念來理解之。香蕉案爭端解決小組似乎即採取此種判斷標準，認為：「批發交易服務與 CPC 第 6 分類群組中所提及之任何一種附屬服務的『性質與特徵』，在該附屬服務之提供係與批發交易

¹⁴⁰ Mireille Cossy, *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?*, WTO Staff Working Paper ERSD- 2006- 08, at 14.

¹⁴¹ *Id.*, at 15.

¹⁴² Appellate Body Report, *European Communities- Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001 para. 101.

服務緊密相關時，應認為其具有類似性¹⁴³，小組所說的「性質與特徵」應即指服務之本質、屬性、特質，也就是其固有特性。

一般而言，認定服務之固有特性並不困難，例如旅館服務，我們可以很容易地想像其固有特性應包括客房住宿、簡易生活用品提供及客房清掃等，但問題在於什麼是「固有」？其界線應畫在哪裡？例如提供餐飲是否屬於旅館服務之固有特性？換言之，有提供餐飲之旅館服務與完全不提供任何餐飲之旅館服務是否具有類似性？似乎即難以判斷。

至於服務供給者之本質、屬性、特質能否作為判斷類似性之標準，目前爭端解決實務似乎未出現相關判定，不過我們可以想像這裡也會發生同樣的問題，亦即界線應畫在哪裡？例如以服務供給者之資本額或員工數量作為衡量標準，則資本額或員工數量要在多少的差距範圍內，才能被認為屬於類似服務供給者？大跟小、多或少之間的標準何在？事實上，我們也很難想像一個人的公司跟一百個人的公司，在同一個服務市場上提供服務且其他條件均相同時，是否會僅因為員工數量的不同而被認為非屬於類似之服務供給者¹⁴⁴？

2. 服務及服務供給者之最終用途

不論是貨品或服務之提供，「最終用途」都是一個非常有用的判斷類似性之方法，這個判斷標準通常是由消費者的角度出發，由消費者之觀點來判斷某二種服務對其而言，是否提供相同或類似之功能，或者消費二種服務最終是否得到相同的效果或感覺等，某種程度上來說，即指二種服務是否為「競爭或替代關係之服務」¹⁴⁵，換言之，處於競爭或替代關係之服務，通常消費者也會認為其具有相同之最終用途，因此，對於該服務之類似性的判斷，將能提供很大的幫助。例如賭博案中有關安地瓜與美國所爭執之「線上賭博服務」與「實體賭博服務」究竟是否屬於類似服務，消費者所認定之最終用途是否相同，亦即消費者是否認定二者具有競爭性或可替代性，即可作為相當重要且實際之判斷標準。

不過，「最終用途」之概念，性質上似乎並不適合作為判斷服務供給者之類似性的標準，因服務供給者本身應無所謂最終用途可言。

3. 消費者對於服務及服務供給者之認知與習慣

¹⁴³ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 7.322.

¹⁴⁴ Mireille Cossy, *supra* note 140, at 20- 21.

¹⁴⁵ 有學者認為 GATS 第 17 條第 1 項之「類似性」應予擴充解釋，亦即依論理解釋，應將 GATT 第 3 條第 2 項後段之概念「直接競爭或替代關係」引入，使類似性涵蓋「處於競爭或替代關係之服務」。參彭心儀，由美國禁止網路賭博爭端案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解釋與體系建構，收錄於楊光華主編，彭心儀等人合著之《第五屆國際經貿法學發展學術研討會論文集》，頁 24。

原則上，消費者認知與習慣與上述最終用途的本質相同，都是由消費者的角度出發，由消費者之認知與習慣來判斷某二種服務對其而言，是否提供相同或類似之功能與效果，故亦指二種服務是否為「競爭或替代關係之服務」。換言之，在消費者之認知與習慣下，如二種服務是可以替代的，且在同一個競爭市場下，則該類服務即很可能被認為是類似服務，這種判斷標準也是一個非常有用且在服務領域較為可行之標準。

至於服務供給者類似性之判斷，消費者認知與習慣也可以作為一個非常有用的判斷標準，尤其在服務與服務供給者難以全然切割之服務市場，消費者對於服務供給者的觀點顯得更形重要，特別在某些服務部門，例如金融服務部門或醫療服務部門等，消費者對於服務供給者之認知可能遠比對於該服務供給者所提供之服務的認知更為詳盡或深入。

4. 服務之分類工具

WTO 爭端解決實務在判斷貨品之類似性時，均廣泛使用貨品稅則分類 (Harmonized System, 簡稱 HS) 之標準，而 GATS 規範架構下亦有一個類似之服務部門分類標準，即 W/120，又依據服務貿易總協定特定承諾表填寫準則或 1993 年服務貿易初始承諾表填寫說明準則，會員亦多在其特定承諾表上之各部門或次部門加註 CPC 分類號碼，以確認其承諾範圍。

首先碰到的第一個問題是應以 W/120 或是 CPC 作為判斷標準？由於 W/120 很明顯是一個非常籠統的分類，其所列出之部門及次部門項目不超過 160 個，如以其作為判斷類似性之標準，未免失之過寬。其次，如採 CPC 作為判斷標準，例如香蕉案爭端解決小組即曾明確指出：「批發交易服務與『CPC』第 6 分類群組中所提及之任何一種附屬服務的性質與特徵，在該附屬服務之提供係與批發交易服務緊密相關時，應認為其具有類似性」¹⁴⁶，究竟應以 CPC 的哪一階層分類號碼作為判斷標準？事實上，CPC 原本之目的在於服務貿易資料之「統計」¹⁴⁷，一方面其原來的設計就不是為了反應服務之分類而定，另一方面其分類群組的廣狹也不是非常一致，有些分類群組確實非常清楚明白，例如分類號碼為 CPC71221 之計程車服務 (taxi services)，惟部分分類即使已為五碼分類號碼之群組下，仍有過於概括之虞，例如分類號碼為 CPC93122 之專業醫療服務 (specialized medical services)，其下即未再區分任何項目，則是否所有的醫療服務均會被視為是類似服務？似亦有失之過寬之虞¹⁴⁸。

不過，CPC 對於服務類似性之判斷也不是完全沒有用處，雖然兩個被歸類

¹⁴⁶ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 7.322.

¹⁴⁷ 彭心儀，註 140，頁 28。

¹⁴⁸ Mireille Cossy, *supra* note 140, at 17- 18.

於同一項 CPC 分類編號群組下之服務，不一定能夠構成類似服務，但在很多情形下，確實可以推定其可能構成類似服務，再佐以其他判斷標準共同判定之。再者，我們至少可以推斷不在同一項 CPC 分類編號群組下之服務，幾乎不可能構成類似之服務¹⁴⁹。

W/120 及 CPC 均係針對服務所作之分類，故性質上不適合作為判斷服務供給者之類似性的標準。

5. 目的與效果測試

雖然目的與效果測試的採用在 WTO 爭端解決實務中曾一再被否決¹⁵⁰，然最近又開始有論者認為目的與效果測試可以用來判斷 GATS 不歧視原則之「類似性」，而認為與其使用服務或服務供給者本質、屬性與特質、最終用途、消費者認知與習慣及分類工具等不明確之判斷標準，倒不如將「政府管制之目的與效果」納入判斷類似性之考量¹⁵¹。換言之，既然從服務或服務供給者之本質無法得到明確的判斷結果，那麼就從會員所採之「非保護性目的之管制措施」來觀察，不同屬性之服務或服務供給者在會員之政策目的下，一定會適用不同管制程度或產生不同效果的管制規則。

然而，目的與效果測試法將會使整個不歧視原則的法律邏輯變的非常奇怪，原本應該是先確認會員措施的適用對象是否為類似服務及服務供給者，再決定能否賦予歧視性待遇，但採取目的與效果測試法的結果，會變成先去看適用對象所被賦予之待遇是否為類似或相同（歧視性待遇？），如二者受到的管制規則類似或相同，則為類似服務及服務供給者，不得賦予歧視性待遇；如二者受到的管制規則因非保護性目的之考量而有所差異，則不屬於類似服務及服務供給者，故得賦予歧視性待遇。如此一來，就會陷入循環論證的泥沼，因為二個服務及服務供給者所受到的規範不同，就永遠不可能成為類似服務及服務供給者，所以會員也可以正當化其採取歧視性措施之行為，則更進一步，WTO 會員將可藉由其管制規則，操縱服務及服務供給者之同類性，以規避其在 GATS 規範下之不歧視義務。

再者，會員所採措施之目的與效果，其實不需要急著在判斷類似性的時候即予以考量，縱使該措施被認定違反不歧視義務，會員仍可主張 GATS 第 14 條之規定防禦之。因此，實在沒有必要在判斷客觀的「類似性」時，即將會員主觀上採取措施之目的與欲達成之效果納入考量。

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ See Appellate Body Report, *Japan- Taxes on Alcoholic Beverages*, Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November, 1996, para. 21. See also Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 241.

¹⁵¹ Mireille Cossy, *supra* note 140, at 40.

綜合上述討論，試以下表闡述服務及服務供給者之類似性的判斷標準：

表 5-2：服務及服務供給者類似性之判斷標準歸納表

判斷標準	服務	服務供給者
本質、屬性及特質	固有特性 →界線認定不易	固有特性 →界線認定不易
最終用途	競爭或替代關係	不適用
消費者認知與習慣	競爭或替代關係	競爭或替代關係
分類工具	W/120、CPC →失之過寬？	不適用
目的及效果測試	管制措施 →有循環論證之嫌	管制措施 →有循環論證之嫌

資料來源：筆者自行整理

上述類似性之判斷標準都有各自的問題，目前似乎只能以各項標準綜合評價之方式，進行類似性的個案判斷，至於 GATS 規範是否能跟 GATT 一樣，發展出屬於自己的類似性判斷原則，恐仍有賴於將來爭端解決小組及上訴機構的認定了。

第六章 歧視性待遇之要件

GATS 不歧視原則之最後一個要件為系爭措施須為歧視性待遇，而此要件在香蕉案爭端解決小組及上訴機構報告中發展出「法律上歧視」(De jure discrimination) 與「事實上歧視」(De facto discrimination) 之概念，本章即依此架構分別探討之。

壹、法律上歧視之內涵

由於目前為止除香蕉案外，並無其他關於 GATS 法律上歧視之相關 WTO 爭端解決案件¹⁵²，故以下僅以香蕉案為例，探討法律上歧視之意義及其判斷標準。

一、法律上歧視之意義

法律上歧視，係指從法令規則或其他形式之措施的規範內容，即清楚地表現出該措施之歧視性待遇，換言之，在最惠國待遇原則之情形下，會員所採之措施

¹⁵² 賭博案爭端解決小組雖基於訴訟經濟之理由，未就 GATS 第 17 條做出認定，惟當事國會員曾就該條之歧視性待遇問題做出激烈論辯，雙方見解均值參考。安地瓜首先主張美國系爭措施一方面禁止安地瓜透過電腦及網路等設備，跨國境提供遠距(remote)賭博服務，另一方面卻允許美國賭博業者，特別是樂透彩(lottories)業者，透過電腦及其他電子設施，提供州內或州際間之遠距賭博服務，故構成法律上歧視。美國就此則認為其針對遠距賭博服務(注意安地瓜與美國對於遠距賭博服務之認定不同，詳下述)所採取之限制係立於客觀標準所為之中性措施，並未針對任何來自於特定會員之賭博服務或服務供給者為差別性待遇，故並未違反法律上歧視。再者，安地瓜主張縱然認為系爭措施沒有形式上差別待遇的問題，惟該措施因禁止遠距賭博服務之跨國提供而形成安地瓜無法進入美國市場之結果，相較於美國境內之其他如樂透彩及賽馬等賭博服務，不但被允許進行遠距服務，更因為即使遠距服務遭受限制，亦得以非遠距之方式提供服務，而安地瓜因立於美國國境之外，不但跨國提供賭博服務不受允許，亦無從自美國境內提供非遠距之賭博服務，形同被完全排除於美國賭博市場之外，故該措施改變了市場競爭條件，構成事實上歧視。美國則認為遠距賭博服務與非遠距(non-remote)賭博服務非屬類似服務，安地瓜所指之樂透彩遠距傳輸僅係以電腦或電子設備作為各辦公室或經銷商間之聯繫傳輸工具，非因此即認樂透彩屬於遠距服務，故無 GATS 第 17 條之適用；美國又主張縱然認為二者係屬類似服務，亦無事實上歧視之問題，蓋美國並未限制安地瓜於美國境內從事非遠距賭博服務之提供，故無安地瓜所稱其完全被排除於美國賭博市場之外而造成競爭條件改變之情事。本文以為此部分論爭雖對於歧視性待遇要件之發展有其意義，惟有關法律上歧視部分，其主要爭點應在於「遠距」賭博服務之解釋，即是否只要透過電腦或其他電子設備之服務提供即屬於系爭措施所稱之遠距賭博服務，安地瓜之主張認為只要透過電子設備傳輸即屬於遠距服務，不論國境內或跨國境所提供之賭博服務，故認為美國境內所允許之樂透彩亦屬遠距賭博服務，美國則為相反主張，認為樂透彩等賭博服務最終仍須消費者與服務供給者之實體接觸，電腦或電子設備僅係通訊傳輸設備而已，無法認其屬於系爭措施所稱之遠距服務。至於事實上歧視部分，本文認為仍應先解決「類似性」之先決問題，如認同美國所主張之遠距服務與非遠距服務不屬於類似服務，即無 GATS 第 17 條國民待遇原則之適用問題，如依安地瓜所認二者屬於類似服務，則系爭措施是否造成市場競爭條件之改變，使安地瓜無任何進入美國賭博市場之機會，即有很大的討論空間。參考 Panel Report, *US- Gambling*, paras. 3.221-3.238.

很明顯地對於某其他會員之服務及服務供給者賦予較其他會員之服務及服務供給者優惠之待遇；在國民待遇原則之情形下，則指會員所採之措施很明顯地對於內國之服務及服務供給者賦予較其他會員之服務及服務供給者優惠之待遇¹⁵³。

二、實務上有關法律上歧視之判斷標準

以歐盟香蕉案為例，爭端解決小組針對歐盟進口簽審程序中，進口傳統 ACP 國家¹⁵⁴ 香蕉之程序¹⁵⁵，以及進口非傳統 ACP 國家及第三國香蕉之程序中，有關依業者別核配程序¹⁵⁶、依經營項目別核配程序¹⁵⁷、出口證明程序¹⁵⁸及颶風許可證程序¹⁵⁹等措施進行「法律上歧視」之檢討，認為歐盟之上述措施均不構成法律上或形式上歧視，其大致可分為下列二種規範方式：

1. 未限定服務或服務供給者之國籍、來源地、所有者或控制者

小組在審查各項爭執之措施時，不斷地強調由於歐盟之措施並未區分業者的

¹⁵³ WTO, Dispute Settlement 3.31 GATS, access to http://www.unctad.org/en/docs/dmmisc232add31_en.pdf, at 16- 17, 29- 30.

¹⁵⁴ ACP (African, Caribbean and Pacific) 國家係指位於非洲、加勒比海以及亞洲地區，早期曾經歐洲殖民，其後脫離殖民而獨立建國之國家。歐洲基於歷史情懷均給予這些殖民國家許多貿易優惠，1975 年所簽訂之洛梅公約(Lome Convention) 即為歐盟給予 ACP 國家香蕉進口優惠之依據。

¹⁵⁵ 申請進口傳統 ACP 香蕉許可證時，業者只要提出申請書，載明業者名稱、進口數量及香蕉來源國，同時附上「ACP 產地證明」以證實其來自傳統 ACP 香蕉即可。參 Panel Report, *EC- Bananas*, para. 3.18。

¹⁵⁶ 依據歐盟之業者別分類規則，按照過去三年期間香蕉進口之實際數量將進口業者分為三類，以核配進口許可證，A 類業者可獲配進口許可證比例為 66.5%，B 類業者為 30%，C 類業者為 3.5%，惟由於 C 類業者（新進業者）並無過去交易數量作為參考數據，故視該新進業者申請許可之數量與關稅配額之比例定之。A 類及 B 類業者之進口許可證可在各類業者間轉讓或交易，包括轉讓於 C 類業者，但 C 類業者不得將其許可證轉讓於 A 類或 B 類業者。轉讓後之許可證將於未來建立「參考數量」時納入考量。參 Panel Report, *EC- Bananas*, paras. 3.21- 3.22。

¹⁵⁷ 依據歐盟之經營項目規則，A 類及 B 類業者再依據經營項目細分為三類，一為初級進口業者，係指自生產者採購香蕉，或在適合之情形下於歐盟境內運送及銷售者，可獲得之分配比例為 57%；二為次級進口業者，係指為促使歐盟市場之自由流通而提供或釋放，及以行銷為目的而銷售青香蕉，並承擔香蕉腐壞及損失風險之香蕉所有者，可獲得之分配比例為 15%；三則為催熟業者，在歐盟境內催熟並行銷香蕉之香蕉持有者，可獲得之分配比例為 28%。為了要成為合格的 A 類或 B 類業者，業者必須在之前三年內，至少經營過上開三類經營項目之其中任何一項，此外，業者必須於歐盟境內設立據點，並於三年參考期間內任何一年之經營量皆不得少於 250 噸。參 Panel Report, *EC- Bananas*, paras. 3.22- 3.25。

¹⁵⁸ 根據香蕉基礎架構協定 (Framework Agreement of Bananas, 簡稱 BFA)，享有配額之供應國家可以其所獲配額 70% 為上限，發行特別之「出口證明」。哥倫比亞、哥斯大黎加及尼加拉瓜三國選擇發行此種出口證明，依據歐盟之出口證明規則，A 類或 C 類業者欲進口該三國之香蕉時，須先出具此種出口證明，作為申報進口該第三國香蕉之許可之的前提性之文件。參 Panel Report, *EC- Bananas*, para. 3.25。

¹⁵⁹ 歐盟之颶風許可證規則，特別針對因遭颶風侵襲而無法供應歐盟場之歐盟及 ACP 香蕉生產者、生產組織者及其代表核發颶風許可證，該證可用以進口任何來源之香蕉，持颶風許可證之香蕉將計入將來取得 B 類業者許可證之參考數據。參 Panel Report, *EC- Bananas*, paras. 3.28。

「國籍、來源地、所有者或控制者」，故形式上並沒有發生歧視控訴會員業者的問題。換言之，在提供歐盟及傳統 ACP 國家香蕉銷售、處理或批發交易服務時，控訴會員之業者與歐盟業者（國民待遇原則）或 ACP 國家之業者（最惠國待遇原則），均受到相同的待遇；至於在提供第三國及非傳統 ACP 國家香蕉批發交易服務時，在依業者別核配之情形，核發之標準均依業者過去三年所經營香蕉之種類而定，在依經營項目別核配之情形，該規則適用於所有 A 類及 B 類業者；故控訴會員之業者與歐盟業者（國民待遇原則）或 ACP 國家之業者（最惠國待遇原則），均適用相同之業者別與經營項目別規則；因此，小組認為系爭之業者別規則及經營項目別規則在形式上或法律上均未歧視控訴會員之業者，應認為屬於『形式上相同』之措施，沒有構成法律上歧視的問題。此外，出口證明程序雖免除 B 類業者於申請進口許可時須持以香蕉基礎架構協定（Framework Agreement of Bananas，簡稱 BFA）出口證明之要求，然其並非以服務供給者之國籍、所有權或控制權作為區分基準；又雖然只有受颶風影響之歐盟及 ACP 香蕉生產者或生產組織或其代表，得獲取另外核發颶風許可證之配額，然上述二措施均非以服務供給者之國籍、來源地、所有權或控制權作為區分基準，故亦應認為屬於「形式上相同」之措施，沒有構成法律上歧視之問題¹⁶⁰。

2. 未具體限定適用對象

至於歐盟之簽審程序規定：只有提供第三國及非傳統 ACP 國家香蕉批發交易服務之控訴會員業者必須適用業者別及經營項目別規則，而提供歐盟及傳統 ACP 國家香蕉批發交易服務之歐盟業者或其他會員業者卻不須適用業者別及經營項目別規則。對此，小組認為歐盟並沒有任何規則禁止控訴會員業者只提供第三國及非傳統 ACP 國家香蕉批發交易服務，亦即任何會員業者均可透過提供歐盟及傳統 ACP 國家之香蕉的方式，避免或降低適用業者別及經營項目別之規則，故認為業者別規則及經營項目規則屬於「形式上相同」之措施，沒有構成法律上歧視的問題¹⁶¹。

貳、事實上歧視之內涵

由於目前為止除香蕉案外，亦無其他關於 GATS 法律上歧視之相關 WTO 爭端解決案件，故以下僅以香蕉案為例，探討事實上歧視之意義及其判斷標準。

一、事實上歧視之意義

¹⁶⁰ Panel Report, EC- Bananas, paras. 7.324, 7.360, 7.379, 7.392, 7.347, 7.384, 7.396.

¹⁶¹ *Id.*, paras. 7.325, 7.361, 7.348.

GATS 第 17 條第 1 項國民待遇條款規定：「對承諾表上所列之部門，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，會員應給予其他會員之服務或服務供給者不低於其給予本國類似服務或服務供給者之待遇」，而該項所稱「不低於...之待遇」，依 GATS 第 17 條第 2 項及第 3 項又分別規定：「會員得給予所有其他會員之服務及服務供給者與其給予本國服務及服務供給者『形式上相同』或『形式上差別』之待遇，以符合前項之要求」、「如該待遇『改變競爭條件』，致使會員本國之服務及服務供給者較其他會員之服務及服務供給者有利，則該項形式上相同或形式上差別之待遇都應被視為不利之待遇」。因此，在國民待遇原則下，會員不得採取或維持「法律上」或「事實上」會「改變競爭條件」，而使該會員內國之服務及服務供給者獲得較優惠待遇之措施，這也就是歐盟香蕉案爭端解決小組及上訴機構提出「法律上歧視」與「事實上歧視」之概念的依據。換言之，GATS 規範下之國民待遇條款不但禁止會員採取法律上歧視之措施，縱從法律上無法認為有差別性待遇之情形，仍可能因構成事實上歧視而為國民待遇條款所禁止。

二、最惠國待遇原則有無包含事實上歧視？

GATS 第 1 條第 1 項最惠國待遇原則規定：「關於本協定所涵蓋之措施，各會員應立即且無條件地對來自其他會員之服務或服務供給者提供不低於該會員給予其他國家類似服務或服務供給者之待遇」；其中亦出現「不低於...之待遇」的相同用語，然而，最惠國待遇原則卻沒有如同 GATS 第 17 條第 2 項及第 3 項之類似規定，故產生最惠國待遇原則是否如同國民待遇原則，同時禁止「法律上歧視」與「事實上歧視」之措施的爭議？抑或因無類似規定而使最惠國待遇原則僅止於禁止「法律上歧視」之措施？對此，香蕉案爭端解決小組及上訴機構均認為 GATS 第 2 條第 1 項之「不低於...之待遇」用語之意義應與 GATS 第 17 條第 1 項之「不低於...之待遇」用語之意義相同，亦即均同時禁止「法律上歧視」及「事實上歧視」之措施，惟小組及上訴機構所持之推論理由則不盡相同，前者係以 GATT 及 GATS 國民待遇原則之規範為解釋基礎；後者則以 GATT 最惠國待遇原則之規範為解釋基礎，茲分述如下：

1. 以 GATT 及 GATS 國民待遇原則之規範為解釋基礎

香蕉案小組依據下列四點理由認定 GATS 第 2 條第 1 項之「不低於...之待遇」包括不得有「法律上歧視」及「事實上歧視」之措施：

(1) 「通常意義」相同

小組認為 GATS 第 17 條第 2 項及第 3 項之規定，係用以澄清及補充同條第

1 項「不低於...之待遇」概念的意義，並非另行增加第 1 項以外之其他義務，故無法僅因為 GATS 第 2 條欠缺與 GATS 第 17 條第 2 及 3 項相同或類似之規定，即認為二個規範裡所使用之相同文字應為不同的解釋，依維也納條約法公約第 31 條第 1 項之解釋原則，第 2 條第 1 項和第 17 條第 1 項所稱「不低於...之待遇」之「通常意義」，亦不應有不同之解釋¹⁶²。

(2) 目的及宗旨相同

小組認為由於 GATS 第 17 條第 1 項與第 2 條第 1 項之目的及宗旨相同，均在於禁止歧視外國服務及或服務供給者，而給予本國類似服務及服務供給者或其他會員之類似服務及服務供給者較優惠的待遇，故應為相同之解釋¹⁶³。

(3) 與 GATT 規範之國民待遇條款文字相同

GATS 制定者在制定第 2 條最惠國待遇條款與第 17 條國民待遇條款時，均未選擇 GATT 第 1 條最惠國待遇條款所使用之「任何利益、優惠、特權或豁免」等文字，而選擇使用 GATT 第 3 條第 4 項國民待遇原則之「不低於...之待遇」的用語，依據過去 GATT 時代之實務見解，已一致肯認應以內國市場上之國內產品與類似進口產品的「競爭條件」作為判斷標準¹⁶⁴。

(4) 避免形成規範漏洞

小組同時認為若將 GATS 第 2 條解釋為僅適用於法律上歧視之措施，會員將可以很容易地制定表面上相同待遇但實際上賦予特定來源之服務及服務供給者較有利待遇的法規，從而規避 GATS 第 2 條之最惠國待遇義務，形成很大之規範漏洞¹⁶⁵。

2. 以 GATT 最惠國待遇原則之規範為解釋基礎

香蕉案上訴機構雖亦認定 GATS 第 2 條第 1 項之「不低於...之待遇」包括不得有「法律上歧視」及「事實上歧視」之措施，但認為小組以過去 GATT 實務對於 GATT 第 3 條國民待遇義務範圍之見解，以及援引 GATS 第 17 條國民待遇條款之規定，作為 GATS 第 2 條最惠國待遇條款之解釋依據，完全忽略了國民待遇原則與最惠國待遇原則二者本質上之不同，均非妥適的解釋方法，故認為應就 GATS 之最惠國待遇條款與 GATT 之最惠國待遇條款相關規範與實務見解相比

¹⁶² Panel Report, *EC- Bananas*, para. 7.301.

¹⁶³ *Id.*, para. 7.302.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*, para. 7.303.

較，才是沒有爭議的做法¹⁶⁶，茲將上訴機構認定之理由簡述如下：

(1)GATT 實務對於最惠國待遇原則之解釋

GATT 第 1 條及第 2 條在過去實務上均曾適用於有關事實上歧視之措施，例如歐體加拿大牛肉進口案¹⁶⁷中，該案小組即認為歐體雖然以針對牛肉之生產核發合格證明之方式，作為暫停對這些牛肉課徵進口稅之要件，並無法律上歧視的情形，然唯一獲得授權核發該種合格證明之機構為一美國機構，故小組認為該措施對於美國以外之其他會員將其產品出口至歐體市場時產生障礙及影響，故違反 GATT 第 1 條之最惠國待遇原則¹⁶⁸。

(2)GATS 第 17 條僅為「不低於...之待遇」的其中一種表達方式

上訴機構認為「事實上歧視」可以有一種以上之規範方式，而 GATS 第 17 條只是 WTO 協定下眾多要求「不低於...之待遇」義務的條文之一而已；GATS 第 2 條沒有如同 GATS 第 17 條第 2 及 3 項之規定，確實可能產生條文意義不完全相同的解釋，但僅此並不能表示 GATS 制定者有讓 GATS 第 2 條僅適用於法律上歧視措施之意思，若其果真有此意圖，又何以不在第 2 條明文限制？因此，上訴機構認為 GATS 第 2 條之義務應該沒有任何限制，而依該條之通常意義則不得排除事實上之歧視¹⁶⁹。

(3)避免形成漏洞

上訴機構與小組見解相同，亦認為若將 GATS 第 2 條解釋為僅適用於法律上歧視之措施，會員將可以很容易地制定表面上相同待遇但實際上賦予特定來源之服務及服務供給者較有利待遇的法規，從而規避 GATS 第 2 條之最惠國待遇義務，形成很大之規範漏洞¹⁷⁰。

三、實務上有關事實上歧視之判斷標準

依據 GATS 第 17 條第 3 項之規定，會員所採之措施是否構成事實上歧視，應視該措施是否「改變競爭條件」，而在國民待遇條款下，使該會員之服務或服務供給者得到較為優惠之待遇，或使其他會員之服務或服務供給者支出較多的成本；在最惠國待遇條款下，則使部分會員之服務或服務供給者得到較為優惠之待

¹⁶⁶ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 231.

¹⁶⁷ European Economic Community- Imports of Beef from Canada, adopted 10 March 1981.

¹⁶⁸ Appellate Body Report, *EC- Bananas*, para. 232.

¹⁶⁹ *Id.*, para. 233.

¹⁷⁰ *Id.*

遇，或造成該部分會員外之其他會員的服務或服務供給者必須支出較多之成本。至於如何判斷市場競爭條件有無改變，我們以香蕉案之歐盟進口簽審制度為例，可以看得出來小組多從「市場佔有率」的角度切入，一方面檢視系爭措施是否造成市場佔有率的變動，另一方面因系爭措施阻礙各業者市場佔有率之自動調整機制，使業者為維持其原來之市場佔有率而必須支出額外之成本，亦即產生小組及上訴機構所稱之「配額租」(quota rent) 利益的問題。

1. 市場佔有率之變動

例如業者別核配措施，小組認為以原來市場結構來看，大部分控訴會員之業者均會被歸於 A 類業者，而大部分歐盟及傳統 ACP 國家之業者均會被歸於 B 類業者，依據歐盟之核配措施，原本擁有廣大市場佔有率且長久經營第三國及非傳統 ACP 國家香蕉的 A 類業者，只得到 66.5% 以配額內關稅進口第三國及非傳統 ACP 國家香蕉之配額許可，且沒有獲得任何進口歐盟及傳統 ACP 國家香蕉之配額；反之，原本在第三國及非傳統 ACP 國家香蕉進口市場僅有甚低之市場佔有率的 B 類業者，卻可獲得 30% 以配額內關稅進口第三國及非傳統 ACP 國家香蕉之配額許可，故會造成市場競爭條件的改變，有利於歐盟及傳統 ACP 國家之服務供給者¹⁷¹。

又例如經營項目別核配措施，小組認為以原來市場結構來看，大部分控訴會員之業者均從事初級進口業務，而大部分的催熟業務均為歐盟之自然人或法人所擁有或控制，依據歐盟之核配措施，初級進口業者除非兼營報關提領(次級進口)或催熟業務，否則僅能獲得相當於過去進口數量 57% 之 A 類與 B 類許可配額，而報關提領業者及催熟業者，不論過去是否曾經營香蕉進口業務，均分別可獲得 15% 及 28% 以配額內關稅進口第三國或非傳統 ACP 香蕉之配額，故會造成市場競爭條件的改變，有利於歐盟之業者¹⁷²。

2. 配額租之概念

在業者別核配措施之情形，小組認為由於歐盟核發之進口許可證是可交易及轉讓的，而業者別規則之固定比例配額，無法自動調整 A 類及 B 類業者間之市場佔有比例的重新分配，故 A 類業者為維持其原本之市場佔有率，除其已獲得許可數量之許可證外，通常會再向 B 類業者購買許可證，此時，B 類業者即許可證之原始持有人不論實際從事香蕉進口或將許可證出售，皆可獲得「配額租」，而 A 類業者即許可證受讓人則必須支付相當於配額租之價格以購買許可證。因此，系爭措施造成多屬於 A 類業者之控訴會員業者遭到較不利益競爭條件之待

¹⁷¹ Panel Report, *EC- Bananas*, paras. 7.332- 7.335, 7.350.

¹⁷² *Id.*, paras. 7.362- 7.363.

遇，必須額外增加成本始能維持其原來之市場佔有率¹⁷³。

而在經營項目別之情形也是一樣的，因為歐盟核發之進口許可證是可交易及轉讓的，而經營項目別規則之固定比例配額，無法自動調整整個供應系統中從事該不同型態經濟活動之業者間的進口比例之重新分配，故初級進口業者為維持其原本之市場佔有率，除其原已獲得許可數量之許可證外，通常會再向催熟業者購買許可證，此時，催熟業者即許可證之原始持有人不論實際從事香蕉進口或將許可證出售，皆可獲得「配額租」，而初級進口業者即許可證受讓人則必須支付相當於配額租之價格以購買許可證。因此，系爭措施造成多屬於初級進口業者之控訴會員業者遭到較不利益競爭條件之待遇，必須額外增加成本始能維持其原來之市場佔有率¹⁷⁴。

又有關出口證明之措施，依據歐盟相關規定，只有 A 類和 C 類業者於申請許可證時須檢附由哥倫比亞、哥斯大黎加或尼加拉瓜主管機關所核發 BFA 出口證明，B 類業者則不適用此項規定，故 A 類及 C 類業者為歐盟進口許可證之原始持有者時，尚必須由持有 BFA 出口證明之業者取得這種證明，因而使其原得享有之配額租必須與 BFA 出口證明原始持有者共同分享；但 B 類業者為歐盟進口許可證之原始持有者時，則因不須檢附 BFA 出口證明，故不須和持有 BFA 出口證明之業者分享配額租的效果。如此一來，系爭措施將使通常由歐盟進口許可證原始持有者獲得之配額租，只會由 A 類及 C 類業者移轉到 BFA 出口證明之原始持有者，而不會從 B 類業者移轉之。因此，小組認為系爭措施排除 B 類業者取得出口證明之要件，改變了 GATS 第 17 條第 3 項意義下之競爭條件，使控訴會員業者（A 類及 C 類業者）較「類似」之歐盟及傳統 ACP 國家（B 類業者）服務供給者受到較不利益之待遇¹⁷⁵。

至於在颶風許可證之情形，由於該措施僅賦予歐盟及 ACP 香蕉生產者或其代表以配額內關稅稅率進口超過原本進口配額之第三國及非傳統 ACP 香蕉，無異使歐盟或 ACP 業者除了享有原本 B 類業者之 30% 以配額內關稅進口第三國及非傳統 ACP 香蕉外，更額外取得了以配額內關稅進口香蕉之權利，故颶風許可證之配額使歐盟或 ACP 國家之業者在原本 30% 配額內進口許可所能獲得之配額租之外，更增加許多由關稅配額租獲得利益的機會，然而多為 A 類或 C 類業者之控訴會員業者則無法同樣享有此等獲取額外配額租之機會。因此，系爭措施使歐盟及 ACP 國家之批發服務供給者獲得較有利之競爭條件，亦即對於控訴會員之業者造成不利之競爭條件，違反 GATS 第 17 條之規定¹⁷⁶。

¹⁷³ *Id.*, para. 7.336, 7.350- 7.351.

¹⁷⁴ *Id.*, para. 7.363.

¹⁷⁵ *Id.*, paras. 7.378- 7.379, 7.383- 7.384.

¹⁷⁶ *Id.*, paras. 7.392-7.393, 7.396- 7.397.

事實上，會員所採之措施是否構成事實上歧視，應視該措施是否「改變競爭條件」而定，而競爭條件是否改變，則與涉及服務部門或次部門之市場結構與系爭措施之規範方式有很大的關聯性。例如香蕉案中由於歐盟採取配額之方式為規範，故小組及上訴機構會以市場佔有率之變動及配額租之概念，來闡釋系爭措施與競爭條件改變間之關聯性。至於在其他服務部門或次部門，或是系爭措施係以其他規範方式呈現之情形，則該措施是否造成競爭條件之改變的判斷標準，即有賴將來 WTO 爭端解決實務之認定，或是採取個案判斷之方式了。

第七章 結論

GATS 不歧視原則為服務貿易領域重要基礎原則之一，分別規範於 GATS 第 2 條之最惠國待遇原則與第 17 條之國民待遇原則。然相較於貨品貿易領域之不歧視原則要件與爭議問題，已由諸多 WTO 爭端解決案例或學者專家意見予以補充或釐清，目前 GATS 不歧視原則之要件與爭議問題，似仍屬於發展階段，本研究希冀透過將 GATS 不歧視原則之要件詳予分析，並提出各要件下可能發生之爭議問題，整理及分析目前尚屬有限之 WTO 爭端解決實務見解，及筆者所能蒐集到之學術論文資料，一方面釐清 GATS 不歧視原則之法律全貌，一方面則藉由諸多爭議問題之提出，希望能拋磚引玉，對於將來有更多深化且精闢之相關研究之提出，能夠有所助益。

由 GATS 第 2 條第 1 項之規定可知，最惠國待遇原則之要件有三：一為須為關於 GATS 所涵蓋之措施，而所稱「關於 GATS 所涵蓋之措施」，依 GATS 第 1 條第 1 項之規定：「本協定適用於會員所採影響服務貿易之措施」，因而第一個要件即指會員所採影響服務貿易之措施；二為該措施須針對來自其他會員之類似服務或服務供給者；三為該措施須為歧視性措施，即條文所稱「提供不低於...之待遇」。又由 GATS 第 17 條第 1 項之規定可知，國民待遇原則之要件有四：一為須依照會員已在其特定承諾表所載之服務部門，及承諾表上該服務部門所載之條件及資格；二為須為會員所採影響服務供給之措施；三為該措施須針對內國及一個以上之來自其他會員之類似服務及服務供給者；四則為該措施須為歧視性措施，同樣為條文所稱之「提供不低於...之待遇」。

再者，WTO 爭端解決機制成立至今，涉及服務貿易且最終通過 DSB 採認之爭端解決案件共有 6 件，分別為歐盟香蕉案、加拿大期刊案、日本底片案、加拿大汽車案、墨西哥電信案及美國賭博案等，其中歐盟香蕉案、日本底片案、加拿大汽車案及美國賭博案等四案件，均涉及 GATS 不歧視原則之要件與相關爭議問題，本文以該案件之爭端解決小組及上訴機構報告作為主要研究素材，並輔以 WTO 秘書處正式文件及學者研究論文等資料，依序討論上述 GATS 不歧視原則之四個要件及相關爭議問題，亦即會員所採影響服務貿易之措施、會員在特定承諾表做出開放承諾之措施（僅國民待遇原則）、來自其他會員之類似服務及服務供給者、及歧視性待遇等，以釐清 GATS 不歧視原則之法律全貌。

茲將本文第一章至第六章有關 GATS 不歧視原則之要件與爭議問題論述之重點歸納如下，並提出我國目前法規體制在這些爭議問題下可能產生之疑義及我國主管機關可能之採行態度或方向建議，俾供參考：

一、有關會員所採影響服務貿易之措施之要件

此要件之目的在於確認系爭客體，亦即先確認爭執之客體為 GATS 規範下之措施，始能接續審查有無 GATS 不歧視原則的違反。此要件下之重要爭議包括「會員」之界定、「措施」之界定、以及「影響」之內涵等。

1. WTO 實務對於「會員所採之措施」之認定採寬鬆立場

這可從 WTO 實務對於哪些機關或團體所採之措施屬於「會員」所採之措施的角度來看。GATS 所稱「會員」，包括所有公部門行政體系之措施，以及經由公部門授權行使政府權力之非政府或私人機構，後者在授權範圍內，其所採行之措施亦屬「可歸因於」會員所採之措施，即我國行政法委託行使公權力之概念。依據日本底片案爭端解決小組報告之見解，只要政府已經達到充分涉入私部門所採措施之程度，即可被認為屬於可歸因於會員之措施，例如日本「零售商理事會」雖為私部門之機構，但小組認為零售商理事會所採取之措施與日本政府之行政指導有充分關聯性，且受到日本政府之核准及授權，故認定其係可歸因於日本政府所採之措施；顯見 WTO 實務對於「會員」之界定是採取非常寬鬆之立場的。

我國委託行使公權力之方式有二：一係行政機關以行政處分或行政契約為之；二係直接以法律規定為依據¹⁷⁷，故基於行政處分、行政契約或法律規定之授權而行使公權力之私部門組織或機構，符合 WTO 實務見解之「充分涉入」的概念，故其所採取之措施為 GATS 意義下「會員」所採之措施，即無疑義。比較可能產生爭議之情形在於由政府捐助設立且由政府代表擔任董事或監察人涉入其中之財團法人，特別是有關經濟事務財團法人¹⁷⁸，其性質本屬於私部門型態之組織，僅於透過公部門個別授權之情形下，始為受委託行使公權力之組織；惟如其並未在具體個案中獲得公部門之個別授權時，該財團法人所採取之措施得否認為「可歸因於」政府之措施則有爭論空間，換言之，一方面由於財團法人之業務監督、績效評估悉由政府部門負責，另一方面代表政府擔任財團法人之董、監事握有財團法人之人事權，並負有配合政府政策之義務¹⁷⁹，此時財團法人所採之作為會不作為如影響服務貿易時，雖並無行政處分、行政契約或法律規定之明文授與公權力，然由於其與政府關係之密切性，依上開底片案小組之見解，仍不排除其符合該小組所提出「充分涉入」之概念的可能性，而成為 GATS 第 1 條第 1 項意義下之「會員」。

2. WTO 實務對於欲指控之「措施」要求須明確具體

¹⁷⁷ 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，2005 年 10 月，第 186 頁。

¹⁷⁸ 參照經濟部對經濟事務財團法人管理及監督作業規範(2007 年 4 月 27 日修正)。

¹⁷⁹ 經濟部對經濟事務財團法人管理及監督作業規範第 18 點。

GATS 所稱之「措施」，依 GATS 第 28 條第(a)款之規定，係指會員所採之任何措施，其範圍雖然廣泛，然由美國賭博案之爭端解決小組及上訴機構報告來看，均要求控訴會員必須明確具體地指出其所欲指控之措施，並採取反對控訴會員使用「慣例」或「全面禁止」等模糊概念之立場，而認為此二概念不屬於 GATS 第 1 條第 1 項意義下之會員所採之「措施」。換言之，「慣例」之範圍過於模糊，目前仍無任何 WTO 實務見解就此爭議發表意見，且實際上慣例可能以行政處分等各種行政作為之方式呈現，控訴會員依該等行政作為類型之措施而提起控訴，不失為較安全之做法；至於以「全面禁止」作為 GATS 第 1 條第 1 項意義下之會員所採之「措施」，一方面違反 DSU 有關控訴會員必須指出欲爭執之「特定」措施之規範，另一方面可能增加控訴會員舉證責任之困難度，或造成被控訴會員防禦權之嚴重侵害。

美國賭博案之所以發生對於 GATS 第 1 條第 1 項「措施」之認定的爭議，似乎是可以理解的，由於美國法制體系同時包含聯邦法律體系及各州政府法律體系，再加上禁止線上賭博服務之規定散見於為數眾多之法規中，甚至以諸如法院判決、法律執行行為或政府官員聲明等其他形式呈現，更增加其指出具體措施之複雜度，安地瓜巴布達可能深怕其未能指出所有美國聯邦政府或州政府所採之禁止線上賭博服務之措施，致使小組或上訴機構之裁決及其後裁決之執行均無法包含所有可能造成禁止線上賭博效果的措施，故才以「全面禁止」之概念來闡釋 GATS 意義下之措施。然而，小組及上訴機構考量法律之安定性，否決安地瓜巴布達之主張的認定，確有其充分理由。這個裁決提醒了將來可能在 WTO 爭端解決機制提出有關服務貿易之控訴的會員，包括我國，除避免使用「慣例」或「全面禁止」等模糊概念作為指控之措施外，尚應盡量將可能造成禁止效果或貿易障礙效果之所有其他會員之措施均納入考量，尤其如美國、瑞士等聯邦體制國家，或以聯盟形式呈現之歐盟，甚至針對如中國等法規體制尚未十分健全之國家提起控訴時，均應注意盡可能指出所有可能造成禁止或貿易障礙效果之措施，並作為系爭措施提起控訴，避免將來即使獲得勝訴判決仍因未將所有措施納入而無法達成應有之效果的窘境。

3. WTO 實務對於「影響」之認定使 GATS 不歧視原則之適用範圍極大化

香蕉案爭端解決小組及上訴機構從文義解釋、立法解釋等角度，闡釋 GATS 第 1 條第 1 項「影響」之意義，認為應從寬解釋，亦即只要系爭措施對於服務貿易產生影響，即屬於 GATS 意義下之措施，而不論該措施係直接管理或間接影響服務貿易或服務提供。基於廣義解釋「影響」之意義的立場，小組及上訴機構更進一步指出，只要為會員所採影響服務貿易之措施，即應有 GATS 規範之適用，至於系爭措施有無適用 GATT 規範，則視其有無符合 GATT 規範之適用門檻而定，與有無適用 GATS 無涉，不因適用其一而排除其他。這種解釋將使 GATS 不

歧視原則之適用範圍極大化，換言之，即使採取某項措施之初衷係以規範貨品貿易或智慧財產權為目的，然如該措施間接對於服務或服務供給者產生影響，則同時會落入 GATS 規範之適用範圍，此見解亦再度顯示 WTO 實務希望盡量擴大 GATS 適用範圍之意圖。

在 GATS 義務範圍近乎無遠弗屆之情形下，我國主管機關在增訂或修正各項措施時，應注意各措施是否已對服務貿易產生影響，而應符合 GATS 相關義務之規定。在原本即屬於服務貿易領域之主管機關，例如管理金融服務部門之行政院金融監督管理委員會、或管理通訊服務部門之交通部郵電司等，比較不會產生這個問題，因為其採行之措施本來就係針對服務貿易所為；惟在其他執掌不屬於服務貿易領域之主管機關，例如行政院農業委員會主要執掌為有關農、林、漁、牧及糧食等事務，所採取之措施主要目的應在於有關農、林、漁、牧及糧食等事務之管理，表面上看起來似乎難以與服務想像在一起，然而，該類措施仍可能間接影響服務貿易，較常發生之情形例如影響配銷服務（包括批發交易及零售服務）及附帶於農、林、牧之顧問服務等，此時即必須符合 GATS 規範下之相關義務。又例如經濟部智慧財產局主要執掌在於商標、專利、著作權及營業秘密等事務之管理，所採取之措施之主要目的自然在於上開智慧財產權之保護，同樣地，這類措施亦可能間接影響服務貿易，較常發生之情形例如影響視聽服務（包括電影、廣播及電視節目服務）等，此時亦有 GATS 相關規範之適用。

不過，由於此類主管機關之職掌並非與服務貿易有關之事務，或許判斷其所採之措施有無影響服務貿易並不容易，故建議在增訂或修正各項措施時，可透過知會經濟部國際貿易局或經濟部經貿談判代表辦公室等主管機關之方式，由 WTO 相關事務之主管機關來評估增訂或修正之措施是否已對服務貿易產生影響。

二、有關會員在特定承諾表做出開放承諾之要件

此要件為適用 GATS 國民待遇原則之前提要件，目的在於確認會員是否已在其特定承諾表上就某特定部門或次部門做出開放承諾，如果沒有承諾開放，即無 GATS 國民待遇原則適用餘地。此要件下之爭議即為會員特定承諾表上所承諾開放之服務部門或次部門之範圍的認定。

會員特定承諾表上所承諾開放之服務部門或次部門範圍之認定，可分為三種情形：一為會員於承諾表之部門及次部門明文附註對應之 CPC 分類號碼者，會員承諾之範圍即應依據 CPC 分類號碼項下所包含活之活動內容為認定。第二種情形為會員雖於承諾表之部門或次部門附註對應之 CPC 分類號碼，但二者內涵產生衝突者，依加拿大汽車案爭端解決小組之見解，仍應以 CPC 分類項目下所

涵蓋之活動內容為準，亦即縱然承諾表之服務部門標題內容與 CPC 分類項目之內容不符，或承諾表其他欄位填寫之條件或限制與 CPC 分類項目之內容產生衝突，會員有無開放承諾之判斷仍係以服務部門及次部門欄所附註之 CPC 分類項目之活動內容為依據。第三種情形為會員承諾表之部門及次部門並未附註參照之 CPC 分類號碼者，依美國賭博案爭端解決小組及上訴機構見解，在會員承諾表並未清楚顯示其適用其他有明確定義之分類系統，或明文清楚定義各部門或次部門之涵蓋範圍之情形下，應認為會員承諾表係依據 W/120 及 CPC 分類系統填寫，故仍應以會員承諾表之部門或次部門標題，對照 CPC 分類系統下之分類項目，而以該分類項目所涵蓋之活動作為解釋會員承諾範圍之依據。

我國特定承諾表明文於各服務部門及次部門附註對應之 CPC 分類號碼，故依 WTO 實務見解，服務部門及次部門之承諾範圍即應依據所附註之 CPC 分類號碼的內涵定之，又由於我國承諾表係依加入 WTO 當時之談判結果所填寫，故原則上應認為我國目前法規體系與我國承諾表所填寫之承諾開放範圍一致。然而，如逐一檢視我國承諾表所承諾開放部門或次部門所附註之 CPC 分類號碼，似仍能找到一些與我國目前法規體系不相符合之處。例如我國承諾表已承諾開放人體健康服務之次部門，並於該次部門明文附註對應之 CPC 分類號碼為 CPC931，其國民待遇之條件與限制則僅於模式四限制持有我國發給之醫療執照者才能提供醫療服務，故代表 CPC931 分類項目下所包含之所有活動均為我國承諾開放之範疇，亦包括 CPC93191 之「分娩與相關服務、護理服務及物理治療與輔助服務」(Deliveries and related services, nursing services, physiotherapeutic and paramedical services)，依據我國承諾表國民待遇限制欄所填寫之限制，僅持有我國發給之醫療執照者才能提供醫療服務，應係指未持有我國醫療執照者一概不得進入我國提供醫療服務，而持有我國發給之醫療執照者，不論我國國民或外國人，均得在我國提供醫療服務，惟依據我國專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 2 項之規定，外國人並無法參加我國物理治療師或物理治療生之專門職業及技術人員考試，顯然在我國已做出承諾之範圍內，違反國民待遇原則，主管機關似應該考慮修改上開我國專門職業及技術人員考試法施行細則有關外國人不得參與物理治療師或物理治療生考試之相關規定，以符合我國特定承諾表已開放承諾之義務。

三、有關來自其他會員之類似服務及服務供給者之要件

此要件之目的在於確認系爭措施所規範之服務及服務供給者；在最惠國待遇，係指系爭措施所涉及之二個以上的其他會員之服務及服務供給者；在國民待遇，則係指系爭措施所涉及之本國及一個以上來自其他會員之服務及服務供給者。必先確定比較之對象後，始能接續審查有無 GATS 不歧視原則之違反。此要之重要爭議包括「服務供給者」內涵之探討、「來源地」之認定、以及「類似性」

之判斷等。

1. WTO 實務對於「服務供給者」之範圍採從寬認定之立場

GATS 基於服務供給者與服務本質上密不可分及擴大 GATS 適用範圍之目的，將服務供給者納入 GATS 規範中，其型態可分為自然人、法人或其他型式之商業據點。故實務上在解釋與服務供給者相關之爭議時，均傾向從寬認定之立場，這可以從兩方面來看，一為歐盟香蕉案爭端解決小組及上訴機構均認為只要業者具有進入服務市場之能力與機會，縱然目前實際上不曾提供或從事過相關活動，即學者所稱之「潛在服務供給者」之概念，在潛在服務供給者可能從事或提供交易服務之範圍內，均屬 GATS 意義下之服務供給者。另一方面，香蕉案小組及上訴機構認為服務供給者所提供之服務，不論為該服務部門或次部門之「全部活動」或「主要活動」，或任何其他附屬於主要活動之「相關活動」，均不失為該服務部門及次部門下之服務供給者，亦採取寬鬆解釋之態度。

有關僅提供服務部門或次部門之部分活動或非主要活動之服務供給者，亦屬於 GATS 不歧視原則意義下之服務供給者，這部分是沒有疑義的，因服務供給者常會透過一系列相關服務之提供，來達成其欲提供該服務之全部活動或主要活動之目的，例如香蕉案中，批發服務供給者透過提供貨品倉儲服務、貨品分類分級服務、貨品分裝服務、貨品冷藏服務及貨品遞送服務等非主要活動，達成其轉售商品之主要活動之目的，批發服務供給者在提供這些附隨之相關活動時，自可認為係基於批發服務供給者之地位所為。至於小組及上訴機構所提出之「潛在服務供給者」之概念，學者則尚有疑慮與爭論，且實際上也很難去證明會員所採之措施對於「潛在服務供給者」產生影響，因這些服務供給者還沒有進入服務市場，如何證明其在系爭措施採取前及採取後之區別？然而，在 WTO 實務還沒有更進一步之見解前，為確保我國法規體系不致與 GATS 不歧視原則實務見解相佐，主管機關在採行與服務貿易有關之措施時，不妨以分析系爭措施是否將造成潛在服務供給者進入市場之障礙的角度，檢討其所採取之措施對於潛在服務供給者可能造成之影響，並將其納入採取措施與否的考量之列。

2. WTO 實務對於法人服務供給者來源地之認定採直接認定之立場

服務供給者為法人時，可分為依其他會員之法律設立或組成，且在該會員或其他會員境內從事實質商業行為者；透過商業據點提供服務，且擁有或控制該商業據點者為其他會員之自然人；以及透過商業據點提供服務，且擁有或控制該商業據點者為依照其他會員法律設立或組成之法人等三種情形，三者均以直接持股關係或直接投資關係為認定依據。其中又以最後一種情形較易發生爭議，現今許多國際性公司均存在相當複雜之交叉持股或相互投資關係，在認定股權權益或人

事任命權以決定來源地時，即會產生相當程度之困難，尤其在跨越三國以上之持股或投資關係之情形，例如 A 會員之法人擁有或控制其設立在 B 會員境內之商業據點，惟該 A 會員之法人又係由 C 會員之法人所擁有或控制，此時應以 A 會員或 C 會員作為 B 會員境內商業據點之來源地？對此，加拿大汽車案爭端解決小組認為應以直接擁有或控制者為判斷標準，即直接擁有或控制 B 會員境內之商業據點之 A 會員法人，而不論 A 會員法人是否又受 C 會員法人之擁有或控制。

因此，我國主管機關面臨此種由依照其他會員法律設立或組成之法人所在我國設立之商業據點的來源地認定問題時，只要注意股權之計算或董事會人事權之運作，即得確認該商業據點之直接來源地，不需再行考量商業據點母國法人自身之股權或人事結構。

3. 有關類似性判斷之見解為數不多且無定論

與 GATS 不歧視原則之類似性判斷有關的爭議有三，一為「服務及服務供給者」之類似性應個別判斷或整體判斷；二為同一部門不同模式下之服務及服務供給者是否屬於類似之服務及服務供給者；三則為 GATS 類似性之判斷標準得否援引 WTO 爭端解決案件中與 GATT 類似性有關之判斷標準。有關第一個爭議，在個別判斷法下，「類似服務」及「類似服務供給者」為二個個別之概念，得分別判斷其類似性，故 GATS 不歧視原則之適用範圍可能較大，控訴會員之舉證責任相對而言較輕，在整體判斷法下，「類似服務及服務供給者」為一個整體之概念，欲判斷是否具有類似性，一定要整體視之，因在整個服務交易與提供之過程中，服務供給者與服務都是無法分割的，如採此法，則會使 GATS 不歧視原則之適用範圍小於個別判斷法下之適用範圍，且控訴會員相對而言將負擔較重之舉證責任。目前從有限的 WTO 實務見解中，仍無法確定小組及上訴機構採取何種判斷方法，惟不論採取個別判斷或整體判斷，在考量「服務供給者之類似性」或「服務及服務供給者之類似性」時，均應將與服務供給者相關之因素納入考量。

第二個爭議部分，雖然加拿大汽車案爭端解決小組曾大膽作出認定，認為透過模式三和模式四在加拿大提供之服務，與透過模式一和模式二來自或在其他會員境內提供之服務，屬於類似服務。然而，小組沒有提出任何具體理由支持此認定，且此種見解不但與 GATS 第 1 條第 1 項及特定承諾表關於四種服務提供模式之規範產生衝突，從直覺上之認知亦可立刻舉出不同服務提供模式下之服務不屬於類似服務之例子，例如網路下載電影與到電影院觀看電影，故小組之見解似乎無法支持。

至於第三個爭議即 GATS 架構下類似性之判斷標準為何，經參考 WTO 實務所建立之對於 GATT 類似產品之考量因素，同時將之轉換為與服務貿易相容之概

念並逐一檢視，包括服務及服務供給者之本質、屬性、特質、服務及服務供給者之最終用途、消費者對於服務及服務供給者之認知與習慣、服務之分類工具、目的與效果測試等判斷標準，發現似乎沒有一個合適而可獨立作為類似性判斷標準之工具，在 WTO 實務沒有發展進一步之見解前，目前似乎只能以各項標準綜合評價之方式，來進行服務及服務供給者類似性之個案判斷。

雖然服務及服務供給者之類似性判斷目前尚無定論，然不可否認類似性為 GATS 不歧視原則之重要概念之一，將來勢必會再度出現於 WTO 爭端解決實務。故主管機關在採行與服務貿易有關之措施時，建議盡可能地在個案中，綜合考量本文所提出之各種判斷標準，思考所採措施所適用之對象是否為類似服務及服務供給者，如判斷結果可能屬之，即應接續思考有無歧視性待遇之問題。

四、有關歧視性待遇之要件

此要件之目的在於針對已經確認之類似服務及服務供給者，實質審查已經確認之系爭措施有無對其造成歧視性待遇，此係由 GATS 第 2 條第 1 項及第 17 條第 1 項條文中所稱「提供不低於…之待遇」文字而來。此要件下之重要爭議包括法律上歧視及事實上歧視之判斷標準。

1. 法律上歧視著重措施在形式上之規範內容

法律上歧視指從法令規則或其他形式之措施的規範內容，即清楚地表現出該措施之歧視性待遇，歐盟香蕉案爭端解決小組及上訴機構報告中提出二種可能之法律上歧視性待遇，一為限定服務及服務供給者之國籍、來源地、所有者或控制者；二則為限定具體適用對象者，均著重於措施形式上之規範內容。

由於法律上歧視會直接表現在措施之形式上，也是最容易遭其他會員指控者，故我國應盡量避免在法規上出現此種可輕易辨識之違反 GATS 不歧視原則之相關措施。例如前文提及之我國承諾表人體健康服務次部門欄，因附註對應之 CPC 分類號碼為 CPC931，而國民待遇之條件與限制僅於模式四限制持有我國發給之醫療執照者才能提供醫療服務，故代表我國承諾範圍及於 CPC931 分類項目下之 CPC93191 之「分娩與相關服務、護理服務及物理治療與輔助服務」，且依據我國承諾表國民待遇限制欄所填寫之限制，係指未持有我國醫療執照者一概不得進入我國提供醫療服務，而持有我國發給之醫療執照者，不論我國國民或外國人，均得在我國提供醫療服務，惟依據我國專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 2 項之規定，外國人根本無法參加我國物理治療師或物理治療生之專門職業及技術人員考試，明文排除外國人取得我國發給之醫療執照之機會，顯然有違國民待遇原則之法律上歧視。

2. 事實上歧視須考量措施對於目前市場結構及競爭條件可能造成之影響

事實上歧視係指從法令規則或其他形式之措施的規範內容看起來雖無差別性待遇，然如該類措施事實上改變市場結構或競爭條件，亦不失為 GATS 不歧視原則下之歧視性待遇。至於如何判斷會員所採之措施事實上有無改變服務市場之市場結構或服務供給者之競爭條件，歐盟香蕉案爭端解決小組及上訴機構提出市場佔有率變動及配額租之概念，作為判斷有無造成市場結構或競爭條件之改變，而產生事實上歧視之結果的標準。惟這不是一個一般性的判斷方法，換言之，會員所採之措施是否造成競爭條件的改變，應視所涉及之服務部門或次部門市場結構以及系爭措施之規範方式而異，例如香蕉案中由於歐盟採取之措施係以配額方式為規範，故小組及上訴機構會以市場佔有率變動及配額租之概念來判斷系爭措施與競爭條件改變間之關聯性，至於在其他服務部門或次部門，或系爭措施以配額以外之其他方式為規範者，則可能因而異其判斷標準。

事實上歧視之判斷牽涉複雜的市場機制運作，有時非以法律角度即可予以判斷，甚至會牽涉複雜的數據資料統計分析等專業領域，故主管機關在增訂或修改措施時，可先徵詢熟稔相關服務部門或次部門市場之經濟、統計、財政等各領域學者專家的意見，研析該措施之修訂或採納對於市場結構及業者競爭條件可能產生之變動，審慎考量後再予採行。

