

第五章 NAFTA 涉及「同類情形」案件之分析

NAFTA 成立時間雖晚於 GATT，但相較於 1995 年始成立的 WTO，仍是擁有悠久歷史的自由貿易協定，不僅規範貨品貿易，亦規範服務貿易活動。因 NAFTA 為區域自由貿易協定，其規範架構與自由化目標和 WTO 不盡相同，但此差異並未影響 NAFTA 與 WTO 面臨相似之貿易問題，因自由貿易協定成員數目不多，成員的經濟情況、風土民情及文化背景相似，修改協定內容較易獲得成員共識，容易反應國際貿易趨勢，自由貿易協定之規範方法自然而然常成為 WTO 規範建立的參考指標，學者亦常推崇 NAFTA 的爭端解決處理方法，期望 WTO 爭端解決組織能截長補短，藉由學習其他貿易協定爭端解決機構之解釋方法，讓 WTO 規範能運作更順暢，在國家主權與貿易自由化間取得更妥適的平衡點。為尋找可借鏡於 GATS「同類服務」、「同類服務提供者」的認定方法，本章探究 NAFTA「同類情形」之適用經驗。

第一節 NAFTA 涉及「同類情形」之案件

NAFTA 為確保會員不會任意實施妨礙會員間自由貿易活動之貿易障礙措施，分別對貨品貿易與服務貿易訂定最惠國待遇與國民待遇原則。貨品貿易部份，第 3 章第 301 條規定：「會員對其他會員產品之國民待遇應依循 GATT 第 3 條規定、該條注釋及解釋，或是會員均參與之其他相繼協定，均包含於本協定之內。第 1 項之國民待遇係指各州或各省對會員產品不得給予低於其他會員之同類、具直接競爭或替代關係產品所獲得最優惠之待遇。」由於貨品貿易之國民待遇係跟隨 GATT 第 3 條規定，適用要件均依照 GATT 第 3 條，未另作增刪，NAFTA 爭端解決機構對貨品貿易不歧視原則要件的解釋常參考 GATT/WTO 案件，鑒於上一章已介紹 GATT/WTO 爭端報告相關解釋，本章不討論貨品貿易之 NAFTA 案件。不過 NAFTA 於第 11 章與第 12 章之國民待遇或最惠國待遇則改用與貨品貿易不同之規範內容，以「同類情形」要件取代「同類或具直接競爭替代關係」要件¹，為了解 NAFTA 爭端解決機構對「同類情形」使用之認定方法與解釋範圍，

¹第 1102 條：「1、會員應對其他會員之投資者，在同類情形，有關設立、取得、擴張、管理、經營、營運和販售或其他投資相關之事項，提供不低於給予國內投資者的待遇。2、會員應對其他會員投資者的投資活動，在同類情形，有關設立、取得、擴張、管理、經營、營運和販售或其他投資相關之事項，應提供不低於給予國內投資者之投資活動的待遇。」

第 1103 條：「1、會員對其他會員之投資者，在同類情形，有關設立、取得、擴張、管理、經營、運作和販售或其他相關之事項，應提供不低於給予其他會員或非會員投資者之待遇。2、各會員對其他會員投資者之投資活動，在同類情形，有關設立、取得、擴張、管理、經營、營運和販售或其他投資相關之事項，應提供不低於給予其他會員或非會員投資者之投資活動的待遇。」

本節重心放在第 11、12 章有關投資者、投資活動以及跨境服務規範之案件。以下析述 NAFTA 爭端解決機構於案件中適用第 11 章與第 12 章「同類情形」之見解。

一、第 11 章投資者與投資活動之「同類情形」案件

(一) 考量經濟活動與規範目的

NAFTA 爭端解決機構首先於 S.D. Myers, Inc. v. Canada 案(簡稱 S.D. Myers 案)表達「同類情形」之內容與認定方法。爭端解決機構首先借鏡 GATT 與 WTO 爭端案件報告，認為因 NAFTA「同類情形」與「同類產品」類似，會隨不同爭端事實而有不同解釋結果，適用「同類情形」應如 WTO 爭端解決組織適用「同類產品」一般，爭端解決機構須考量該要件所處條文之規範內容，顧及 NAFTA 整體協定架構，例如雖然國內貿易措施對「同類情形」之國外投資者為差別待遇，但需考慮系爭歧視措施可能是出於維護公共利益規範目，符合法定免責情形，亦需考量環境政策與為達成環境政策造成自由貿易損害間之必要關聯，並依個案不同狀況決定「同類情形」之適用範圍。

其次，判斷會員對國外投資者與本國投資者實施差別待遇之適法與否，本案爭端解決機構對「同類情形」之認定，認為應以國外投資者與本國投資者是否處於相同產業項目為判斷依據，似乎贊同原告方 SDMI 公司引用 OECD 於 1993 年檢視多邊國際貿易協定下「相同情況(in the same situation)」要件之判斷方法：關於「相同情況」之界定，應比較國外投資企業與本國企業間是否屬於同一產業項目(in the same sector)，以及會員定義國外投資企業與本國企業時，欲達成不違反國民待遇之政策目的²。若國外投資者與本國投資者不符合「同類情形」，會員未違反國民待遇。進一步闡明所謂之「產業項目」包含經濟上項目與商業項目之廣義範圍。由於本案 SDMI、所屬加拿大分公司和加拿大本國投資企業經營者皆從事有關 PCB 廢棄物處理之服務業務，爭端解決機構認定本案加拿大本國投資者與國外投資者處於「同類情形」³，加拿大系爭措施之歧視性效果須有合理規

第 1202 條：「1、會員應對其他會員之服務供給者，在同類情形，提供不低於給予國內服務供給者之待遇。2、會員依第一項提供之待遇係指州政府或省政府，在同類情形，應提供不低於給予國內設立之服務供給者最優惠之待遇。」

第 1203 條：「會員應對其他會員之服務供給者，在同類情形，提供不低於給予其他會員或非會員服務供給者之待遇。」

² S.D. Myers, Inc. v. Canada, Partial Award Partial Award (NAFTA Ch.11 Arb. Trib. 2000), para. 248.

³ *Id.*, paras. 243-251.

範目的方能豁免國民待遇義務。

1996 年關於加拿大軟木材出口法規之 *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*(簡稱 Pope 案)，爭端解決機構認為判斷加拿大是否違反 NAFTA 第 1102 條的首要之務，係界定加拿大政府對與國內投資者處於「同類情形」之國外投資者有無為歧視待遇，且因「相同」概念之範圍是從「完全一致(identical)」一直延伸至「類似」，「同類情形」之內涵會隨個案不同事實而加以變化，爭端解決機構需考量個案有關事實、適用協定條文之文義，以及個案系爭規範之特性，根據各項證據綜合判斷「同類情形」之適用範圍⁴。此外，調查國外投資者有無遭受較不利的待遇，應與屬於同一商業或經濟上產業項目之國內投資者相比，國外投資者與本國投資者若屬同一商業或經濟上產業項目，即符合「同類情形」要件。

述明「同類情形」之意義後，本案爭端解決機構基於幾點理由認定系爭規定不符合「同類情形」。首先，加拿大政府對特定省份出產之木材產品課予額外出口規費是因此類產品會遭受美國課予平衡稅之威脅，迫使加拿大政府與額外規費作為反制手段，基於此類產品與非特定省份之木材產品面臨不同的貿易環境，兩類產品非處於「同類情形」，加拿大既然未將非特定省份之木材生產者納入適用課予額外規費之範圍，因不具備「同類情形」，此差別待遇措施不違背 NAFTA 第 1102 條規定。再者，加拿大對數個特定省份生產之軟木材產品訂定不同市場分配標準，是因各省份之貿易活動有異，無法訂出適用於所有省份之統一分配標準，導致對軟木材市場之新進生產者而言，會因所處省份之不同受到各別分配標準之影響，不過此影響效果非系爭規定有意造成，是因各省不同之經濟狀況所致，也因特定省份內之新投資者與國內投資者處於不同經濟環境，不符合「同類情形」，加拿大系爭規定未違反 NAFTA 第 1102 條規定⁵。

有關墨西哥香菸出口稅法爭議之 *Marvin Feldman v. Mexico* 案(簡稱 Marvin 案)，觀察爭端解決機構之認定過程，爭端解決機構認為「同類情形」公司在本案係指，與國內公司皆從事香菸零售與外銷業務之外資持股公司。既然 CEMSA 公司與墨西哥本國香煙零售商，如 Poblano Group, Mercados Regionales & Mercabos Extranjeros 兩家公司均擁有外銷與零售香菸業務，彼此屬於「同類情形」公司；至於其他僅有經營外銷事業公司，例如墨西哥本國香菸生產商，則不算是與 CEMSA 公司處於同類情形之公司⁶。由此看來，本案爭端解決機構亦以國外投資者與本國投資者是否從事「同一經濟上或產業項目」作為判別「同類情形」。

由 *S.D. Myers* 案、*Pope* 案與 *Marvin* 案可知，NAFTA 爭端解決機構對 NAFTA

⁴ *Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Award and Merits* (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. June 26, 2000), paras. 73-76.

⁵ *Id.*, paras. 83-95.

⁶ *Marvin Feldman v. Mexico, International Center for Settlement of Investment Disputes-Award* (2002), paras. 170-172.

第 11 章之「同類情形」要件，不但以國外投資者與本國投資者之經濟活動為判斷因素，亦考量受爭議國家系爭措施之規範目的。

(二) 僅考量經濟活動

NAFTA 爭端解決機構於 Methanex Corp. v. United States 一案(簡稱 Methanex 案)對「同類情形」之適用範圍明確採取較限縮之認定態度。本案係關於美國加州政府有關禁止生產、販賣以甲醇為生產元素之 MTBE(methyl tertiary-butyl ether) 產品法令產生之爭議，Methanex 公司認為加州政府禁止生產甲醇，僅允許利用乙烷生產天然氣燃料之規範目的係希望藉此減少與乙烷相競爭之產品，扶植美國本國乙烷產業，因此系爭法令違反 NAFTA 第 1102、1105、1110 等不歧視規定⁷。

原告 Mehtanex 公司主張「同類情形」的考量因素是投資者間競爭關係，製造甲醇之 Mehtanex 公司既然與美國本國乙烷製造商均是利用氧化物生產新式天然氣之廠商，對消費者而言，兩者皆為天然氣產品市場之競爭者，甲醇與乙烷於氧化過程之些微差異不影響兩者競爭關係之事實。參考 GATT/WTO 爭端案件就「同類產品」適用之判斷要素，甲醇與乙烷不但具有相同或類似之最終用途，消費者通常也將兩者視為可相互替代之產品，既然甲醇與乙烷係同類產品，兩者之製造商亦應屬「同類情形」之投資者，加州政府就生產 MTBE 產品之甲醇製造商給予低於乙烷製造商之待遇，已違反 NAFTA 國民待遇規定，無法以保護環境之規範目的作為免責事由⁸。

美國政府反駁 Mehtanex 公司主張甲醇與乙烷生產者符合「同類情形」的主張，因為經調查顯示美國境內有許多甲醇製造商，其中 47% 甲醇製造商是美國本國投資者，加州政府法規對本國投資者與國外投資者實施的待遇並無不同，本國甲醇製造商同樣受到加州政府規定之影響。Pope 案爭端小組判決原告 Pope & Talbot 公司主張不成立係基於加拿大對特定省份軟木材產品課與額外規費之規定，同樣影響該省份約 500 家加拿大本國生產商，未僅對國外投資者為歧視性待遇。同理可證，本案系爭規定一視同仁地適用於加州境內本國甲醇投資者，未僅規範國外甲醇投資者，系爭規定既然無歧視效果，理應不違反 NAFTA 國民待遇。況且根據 NAFTA 第 1102 條立法意旨，爭端解決小組於個案判斷國外投資者與國內投資機構有無符合「同類情形」，需先調查被控訴方會員境內是否存在與控訴方相同之投資機構，不可略過調查相同投資機構之步驟，直接以類似的投資機構作為國外投資者之競爭對象，當加州境內亦有生產甲醇之本國製造商，自無需以乙烷製造商和國外甲醇製造商作對比。

⁷ Methanex Corp. v. United States, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits(NAFTA Ch.11 Arb. Trib. 2005), part IV-chapter B, paras 6-7.

⁸ *Id.*, part IV-chapter B, paras. 4-7.

此外，甲醇與乙烷於氧化物製造過程之用途相異，甲醇不但已被美國聯邦法列為禁止使用之生產成份，亦非天然氣氧化物之基本元素，兩者更未在同一 HS 關稅稅則項目，是以，依照 GATT 案件建立之四項判斷標準，甲醇與乙烷無論在物理特徵、市場最終用途、消費者偏好與關稅稅目等方面均非同類產品，加上「歐盟石綿案」上訴機構提出產品風險亦為判斷因素之見解，具危害環境效果之甲醇相對於乙烷而言，顯然為不同產品，甲醇製造商與乙烷製造商當然不屬具競爭關係之產品製造商⁹。

本案爭端解決機構觀察 NAFTA 第 3 章有關貨品貿易之開放市場與國民待遇、第 7 章檢疫措施規範、第 9 章與貿易相關技術標準措施等條文類似「同類情形」之用語，有的如第 301 條第 2 項規定為「同類產品，直接競爭或替代關係產品」，包含直接競爭或替代關係產品；另有如第 712 條第 4 項僅規定「同類產品」；還有如第 904 條直接規定商品或服務供給者之國民待遇係依照第 301 條之適用要件。由立法者在不同規範使用文字不一的情形，似乎可推測立法者若欲將第 1102 條「同類情形」包含具競爭或替代關係之投資者，應會於條文中載明「同類情形係指有關相同、競爭關係或替代關係產品之投資者」，不僅只有「同類情形」字句，是以，依照第 1102 條文義，適用對象既然未包含「具直接競爭或替代關係產品」，理應找尋與國外投資者存在絕大部分相同條件之本國投資者，非只是各方面相似度較低的競爭者。加州境內存在與本案 Mehtanex 公司生產同類產品的本國製造商，加州政府之系爭法規未以製造商國籍作為差別待遇依據，無國外與國內 MTBE 製造商受到不平等待遇之效果，Mehtanex 公司之主張不成立¹⁰。

透過本案爭端解決機構說明 NAFTA 第 1102 條「同類情形」要件之論述過程，爭端解決機構似乎反對將「同類情形」適用範圍擴張及於生產「具直接競爭或替代關係產品之投資者」，對「同類情形」採取保守解釋立場。而且本案爭端解決機構未提及適用「同類情形」是否須考量系爭措施之規範目的，只以 GATT 爭端案件對「同類產品」建立之認定因素為判斷依據，似乎隱含無須考量系爭措施規範目的之意。有學者因此認為本案爭端報告採取限縮「同類情形」要件之解釋態度是為呼應第 1102 條立法意旨，避免 NAFTA 允許私人企業可對會員提起訴訟之特殊爭端解決機制，遭到私人跨國企業的濫用¹¹。

⁹ *Id.*, part IV-chapter B, paras. 18-26.

¹⁰ *Id.*, part IV-chapter B, paras. 29-38.

¹¹ Kara Dougherty, *Comment-Methanex v. United States: the Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environment Regulation*, 27 *Northwestern Journal of International Law & Business* 735 (2007), at 749, 753-754.

二、第 12 章跨境服務之「同類情形」案件

因 NAFTA 第 12 章「跨境服務」之案件數量不多，關於 NAFTA 爭端解決機構認定第 12 章「同類情形」要件之方法及態度，只能藉觀察 2001 年 Cross-Border Trucking Services 案找尋些蛛絲馬跡。

1982 年，美國在汽車運輸法(Motor Carrier Act)之後訂定的巴士改革法(Bus Regulatory Reform Act)，新增主管機關簽發國外運送人成為新的汽車運送者有 2 年之延遲期間(moratorium)之規定。依照 1980 年汽車運輸法，美國對運送人資格之取得，原本未區分運送人國籍係本國國民或非美國國民，延續汽車運送法之巴士改革法，對新汽車運送人資格之取得亦不應依運送人國籍為差別待遇，但美國為回應加拿大同意美國運送者仍可進入加拿大市場之承諾，加上維持美國與加拿大兩國貨車運送市場間公平競爭環境對美國極為有利，因而將加拿大貨車運送公司排除適用 2 年延遲期間之規定。但對墨西哥之貨車運送業者，除因墨西哥未如加拿大對美國作出互惠式承諾，美國亦認為墨西哥如運送安全檢驗措施之國內措施，無法符合美國法規水準，雖然 1995 年美國、墨西哥與加拿大簽屬 NAFTA，三國有開放貨品與服務貿易市場之義務，美國仍遲遲不肯將墨西哥運送業者排除適用巴士改革法，阻礙墨西哥運送者於美國從事境內州際運輸業務¹²。

本案雙方當事人均同意「同類情形」之內涵應類似當初墨西哥與加拿大於 NAFTA 談判過程，建議使用「同類服務與服務供給者」之涵意，與雙邊投資協定使用之「同類情況」一詞亦無所差異。爭端解決機構基於雙方當事人之共識，進一步引進 GATT 與 CFTA(United States-Canada Free Trade Agreement)對類似「同類情形」的審判經驗，認為 NAFTA 第 1202、1203 條「同類情形」應採較限縮的解釋態度。加上「同類情形」具有作為會員系爭規範例外免責之功用，NAFTA 第 2101 條之「同類情形」基於例外從嚴原則，亦應如 NAFTA 第 1202、1203 條限縮解釋範圍，表示 NAFTA 跨境服務章之「同類情形」應採限縮解釋見解¹³。

此外，爭端解決機構認為 NAFTA 第 1203 條之立法意旨未顯示「同類情形」需解釋為其他國家國內法規制度必須與美國法規制度屬於同一類型時，國外之服務供給者方有與美國服務供給者屬於「同類情形」服務供給者之可能。倘若要求兩會員之法規制度完全一致方足以構成「同類情形」，恐怕服務供給者極少夠格成為符合該要件之服務供給者，美國不能以墨西哥國內措施鬆散為由認定墨西哥貨車運送者不屬於「同類情形」貨車運送者，對其給予歧視待遇。爭端解決機構判定墨西哥貨車運送者與美國、加拿大之貨車運送者係處於「同類情形」之貨運

¹² In the Matter of Cross-Border Trucking Services, Final Report of the Panel (February 6, 2001), paras. 247-249.

¹³ *Id.*, paras. 258-260.

服務供給者，美國對加拿大運送者與國內運送者給予相同待遇，卻對墨西哥運送者為歧視待遇之行為，違反 NAFTA 第 1202 條與第 1203 條規定¹⁴。

第二節 結論

觀察以上 NAFTA 涉及「同類情形」案件之判決結果，NAFTA 之爭端解決機構對第 11 章與第 12 章「同類情形」之意義與認定方法，均加以說明，雖然第 12 章案件不多，仍可得出以下幾點結論：

一、「同類情形」之認定方法不一

S.D. Myers 案將「同類情形」要件之判斷重點放在本國投資者與國外投資者是否屬於相同商業競爭產業項目，以及會員為達到特定公共利益可能合理化之情形。Pope 案除重申 S.D. Myers 案見解，亦贊同當會員基於公共利益之規範目的，若系爭措施非因投資者國籍因素對國外投資者採取與本國投資者差別待遇，且特定規範目的亦不違反 NAFTA 自由貿易精神，國外投資者與本國投資者可被視為處於不同類情形，系爭規定之歧視效果被判定不違反國民待遇¹⁵。兩案之爭端解決機構認定「同類情形」要件，皆除觀察國外投資者與本國投資者之經營業務項目，也以會員系爭措施之規範目的作為判斷基準。

但 Mehtanex 案卻認為「同類情形」應從會員國內觀點，比較國外投資者之經濟活動與本國投資者經濟活動，判斷兩者是否屬於「同類情形」，無須考量系爭措施規範目的，甚至明示「同類情形」不包含「具直接競爭或替代關係產品」之投資者，唯有「同一產品或極為相似產品」之投資者方符合處於同類情形；第 12 章之 Cross-Border Trucking Services 案與 Mehtanex 案相同，未另外判斷系爭措施之規範目的，相較於 S.D. Myers 與 Pope 兩案，明顯改採限縮解釋態度。因此，目前為止，NAFTA 爭端解決機構對「同類情形」要件之認定方法與適用範圍仍未產生統一見解，有待爭端解決機構於未來案件進一步加以闡釋¹⁶。

¹⁴ *Id.*, para. 276.

¹⁵ Roberto Echandi, *A New Generation of International Investment Agreements in the Americas: Impact of Investor-State Dispute Settlement over Investment Rule-making*, Forth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (2007), at 31.

¹⁶ *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (2005), at 33-34.

二、未說明「同一經濟上或商業上產業項目」之標準

NAFTA 爭端解決機構大多以「同一經濟上或商業上產業項目」作為「同類情形」之認定要素，偶爾加入考量會員系爭措施規範目的¹⁷，與 WTO 爭端解決組織判決結果相比，較尊重會員基於國家政策制定之法規命令，若會員系爭規定未違背 NAFTA 促進貿易自由目的，原則上不會認定為違法之貿易規範。但 NAFTA「同類情形」認定方法產生之疑義係，NAFTA 爭端解決機構未說明「同一經濟上或商業上產業項目」是以進口國之產業項目為基準，或是以某國際產業分類項目為基準，如 Methanex Corp. v. United States 案，雙方當事人對甲醇與乙烷是否製造天然氣產品中具競爭或替代關係產品有所爭執，雖然爭端解決機構調查最後以「同類情形」不包含具直接競爭或替代關係產品解決此爭議，卻也暴露出無統一國際產業分類標準為依據之缺點，值得 GATS 作為認定「同類服務與服務供給者」之借鏡。

三、「同類情形」之適用範圍排除「具直接競爭或替代關係產品」

NAFTA 爭端解決機構無論係適用第 11 章或第 12 章之「同類情形」，均以國外投資者或服務供給者與本國投資者或服務供給者是否屬「同一經濟上或產業上項目」為認定依據，強調 NAFTA 之「同類情形」與 GATT「同類產品」皆會隨個案事實與適用條文而改變解釋範圍，爭端解決機構應依個案事實、適用條文與 NAFTA 規範整體性考量「同類情形」要件之適用範圍。爭端解決機構從 NAFTA 規範內容文義解釋觀點，明示「同類情形」之範圍可從「同一產品」包含至「類似產品」，但不包括「具直接競爭或替代關係之產品」，除非 NAFTA 條文有明文規定適用對象亦包含「具直接競爭或替代關係產品」之投資者、投資活動。

雖然爭端解決機構對「同類情形」範圍有無包含「具直接競爭或替代關係」之爭議未於第 12 章跨境服務案件中闡明，基於 NAFTA 第 11 章與第 12 章規範內容極為相似，均規定「同類情形」，爭端解決機構對第 11 章之文義解釋似可類推適用於跨境服務領域，第 12 章之「同類情形」不宜包含「具直接競爭或替代關係之服務供給者」，僅可擴張及於「類似服務供給者」。

¹⁷ Mireille Cossy, *supra* note 147, at 29.

四、不排除考量會員措施之規範目的

NAFTA 爭端解決機構適用第 11 章之「同類情形」，除檢視國外投資者與本國投資者之經濟活動，亦會考量會員系爭措施規範目的之合理性，與 GATT「美國麥類飲料案」適用之「目的效果方法」雷同，但於第 12 章跨境服務案件，爭端解決機構卻未提及是否需要考量會員措施之規範目的。礙於 NAFTA 跨境服務案件數量不多，無法單以 Cross-Border Trucking Services 一案論斷 NAFTA 爭端解決機構對服務貿易涉及「同類情形」案件之多數見解，將來案件是否會延續 Cross-Border Trucking Services 案排除考量國內措施規範目的之見解，有待 NAFTA 爭端解決機構未來加以釐清。

對比 GATT/WTO 涉及「同類產品」案件，NAFTA 於有關國外投資活動或投資企業案件，基本上亦加入考量系爭規定之規範目的，較 GATT/WTO 案件偏向「目的效果方法」，係介於「目的效果方法」與「必要測試」間之認定方法¹⁸，無怪乎贊同「目的效果方法」之學者強烈建議 WTO 爭端解決組織應學習 NAFTA 爭端解決機構之判決見解。若欲將 NAFTA 審酌國內措施規範目的之作法帶入 WTO 規範，依 WTO 爭端解決組織歷次拒絕接受「目的效果方法」之經驗，似乎不宜貿然適用 NAFTA 之判決方法。

五、NAFTA 之判決見解似乎不宜適用於 WTO 爭端案件

比較 NAFTA 爭端解決機構對第 11 章與第 12 章「同類情形」與 GATT/WTO 爭端解決組織認定「同類產品」之方法，NAFTA 爭端解決機構雖然強調 NAFTA「同類情形」與 GATT「同類產品」，或是 GATS「同類服務與服務供給者」之意義相同，判定爭端案件之「同類情形」均需依個案不同之事實、適用條文、與 NAFTA 整體規範之目的為最適當之解釋，不過 NAFTA 爭端解決機構之適用結果與 GATT/WTO 之判決結果仍有不同之處，最明顯的是 NAFTA 爭端解決機構較尊重會員措施之規範動機，不排除考量會員系爭措施之規範目的。其實，由第二章敘述 GATS「同類服務與服務供給者」於當初談判過程中會員建議與談判草案內容，「同類情形」亦曾出現於會員建議案中，表示「同類情形」曾成為會員討論 GATS 規範內容之一，但現行條文卻捨棄「同類情形」，改使用「同類服務與服務供給者」，顯示會員有意排除「同類情形」，無意使用「同類情形」作為 GATS 不歧視原則之規範內容，「同類情形」無法反應會員談判當時對「同類服務與服務供給者」抱持之意見。

¹⁸ *Id.*, at 32.

是以，維也納條約法公約第 31、32 條揭示解釋條約應以協定上下文與協定規範目的為優先考量，當協定文義仍陷入模糊不清之情形，方可藉由協定之前的「準備工作」探求立法者原意，作為解釋系爭協定之輔助工具¹⁹，如今 GATS 訂定之前之準備工作既然已刪除「同類情形」，表示「同類情形」並非立法者對 GATS 「同類服務與服務供給者」之原意，爭端解決組織於就涉及 GATS 「同類服務與服務供給者」案件，依反面解釋原則，不宜將「同類情形」視為 GATS 「談判準備文件」用以解釋「同類服務與服務供給者」，否則即是背離 WTO 會員原意，違反維也納條約法公約第 31、32 條解釋原則，為不適當之判決結果。



¹⁹ C. F. Amerasinghe, PRINCIPLE OF THE INSTITUTIONAL LAW OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, at 40-41, 56(Cambridge Press, 2005).