

## 第二章 GATS 與 NAFTA 不歧視原則之探討

### 第一節 不歧視原則概說

國際貿易法中，不歧視原則包含兩個重要概念：最惠國待遇與國民待遇。由於不歧視原則之核心內容為最惠國待遇與國民待遇，為行文方便，以下提到不歧視原則即包含最惠國待遇與國民待遇，合先敘明。

最惠國待遇原則係指就特定事項，一國承諾將給予第三國國民(或第三國產品)之待遇亦賦予相對國之國民(或產品)<sup>1</sup>，雖然 17 世紀方出現「最惠國待遇」一詞，但此概念之起源最早可追溯至 12 世紀<sup>2</sup>，因此，最惠國待遇乃國際經貿關係一項古老的貿易談判原則。最惠國待遇可分為兩種類型，一種為無條件最惠國待遇，亦即一國承諾將給予第三國之優惠不附條件地提供給相對國；另一種為有條件最惠國待遇，即一國給予第三國之優惠，只有在相對國亦給予類似優惠時，才需將給予第三國之優惠亦提供給相對國，換言之，該國與相對國必須存有互惠關係。在多邊貿易協定架構下之無條件最惠國待遇係指，會員承諾給予其他會員或第三國之優惠，亦須平等地提供給所有會員；有條件最惠國待遇則係指會員承諾給予第三國之優惠，其他會員需亦給予相對應之優惠，方能享受第三國所獲得的優惠待遇。

19 世紀早期，許多國家採用有條件最惠國待遇，但 19 世紀中葉後，無條件最惠國待遇逐漸取得優勢<sup>3</sup>，此乃因無條件最惠國待遇在經濟上具有下列優點：(1)有效降低對市場法則之破壞，政府若不論產品之原產地均一體適用貿易限制，將能發揮產品市場法則最大的功效；(2)可節省與他國訂立數個雙邊貿易規則之成本；(3)節省行政成本，海關官員無須特別認定產品之原產地是否存在雙邊最惠國待遇協定等優點；政治上亦有降低國家間緊張氣氛的功用，避免政府隨意採取一些短暫貿易限制措施，升高國際緊張關係<sup>4</sup>。是以近幾年之國際貿易條約，大多採用無條件最惠國待遇。

<sup>1</sup> 羅昌發，前揭註 2，頁 65。

<sup>2</sup> John H. Jackson, *THE WORLD TRADING SYSTEM-LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS*, at 158 (MIT Press, 1998).

<sup>3</sup> William J. Davey & Joost Pauwelyn, *MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO Jurisprudence with Particular Reference to the Issue of "Like Product"*, in *REGULATORY BARRIERS AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW* 13-50, at 14(Thomas Cottier & Petros C. Mavroidis eds., 2002).

<sup>4</sup> John H. Jackson, *supra* note 9, at 158-159.

相對於最惠國待遇要求政府對不同國家給予相同待遇，國民待遇義務則是要對進口產品給予不低於國內產品之待遇，保障進口產品與國內同類產品公平競爭的機會<sup>5</sup>，防止會員國利用關稅或其他邊境措施以外的方式達到扭曲貿易之效果。因此，有學者提到，國民待遇在國際貿易法扮演的角色，正如聖經訓誡所示：「愛鄰如己(love thy neighbour as thyself)<sup>6</sup>」。由於國民待遇確保國外產品能自由流通於各會員境內，讓國際貿易真正達到自由競爭環境，因此，國民待遇與最惠國待遇乃相輔相成，均是創造自由競爭貿易環境之基石。1945 年布列敦森林會議簽屬之關稅貿易總協定(General Agreement on Tariff and Trade, 簡稱 GATT)，是首次引進不歧視原則之多邊貿易協定。

## 第二節 GATS 不歧視原則

### 一、歷史背景

自 1980 年以來，許多國家開始對服務市場加以改革，推動改革之主力一方面來自技術發展日新月異，傳統上原屬於國家獨占之服務項目面臨來自民間極大的競爭壓力；另一方面則須歸功製造業與農業之影響，因為製造業與農業之生產者為求能在全球化潮流下獲取利益，將生產製程分工成各個產業鏈，以便能充分享受結合服務貿易帶來之豐厚利潤。然而，若政府一邊逐步放鬆產品市場之關稅與限制措施，另一邊卻對服務市場加以嚴格控管，則生產者依然無法自降低產品關稅中獲得實質利益，因此，開放服務貿易市場成為一股不可擋的趨勢<sup>7</sup>，並造就將建立多邊服務貿易協定列為烏拉圭回合談判議題之成果。

制定 GATS 前，國際上尚無規範服務貿易之多邊貿易協定，在沒有範例可資依循的情形下，GATS 的起草者受到 GATT 啟發，許多用語和概念主要跟隨行之已久的貨品貿易<sup>8</sup>，造成 GATS 不歧視原則之適用對象參照 GATT 不歧視原則之「同類產品」，亦使用「同類性(likeness)」作為服務與服務供給者之判斷標準。為何立法者當初決定適用「同類服務與服務供給者」，而非制定為「同類服務與同類服務供給者」，本文分析歷年會員建議、談判草案與 GATS 現行條文，探究「同類服務與服務供給者」一詞之歷史演變。

<sup>5</sup> Appellate Body Report, *Japan-Tax on Alcoholic Beverage*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R(October 4, 1996), p. 16.

<sup>6</sup> Aaditya Mattoo, *National Treatment in the GATS – Corner-Stone or Pandora’s Box?* 31(4) *Journal of World Trade* 107-135(1997), at 107.

<sup>7</sup> Bernard M. Hoekman & Michel M. Kostecki, *THE POLITICAL ECONOMY OF THE WORLD TRADING SYSTEM-THE WTO AND BEYOND*, at 237 (Oxford Press, 2002).

<sup>8</sup> WTO, *A HANDBOOK ON THE GATS AGREEMENT*, at 3(WTO Secretariat Publication 2005).

## 二、會員建議、談判草案與現行條文

### (一)會員建議與談判草案

美國於 1989 年建議之 GATS 草案<sup>9</sup>，將最惠國待遇規定於第 9 條不歧視原則，規定為：「關於本協定所涵蓋之措施，在同類情形下，會員對其他會員服務供給者之待遇，應不得低於該會員提供給其他會員服務供給者的待遇。<sup>10</sup>」；國民待遇規定於第 8 條第 1 項：「當其他會員服務供給者因與服務相關之規範進入市場，會員應對受相關規範拘束之服務供給者給予國民待遇。<sup>11</sup>」；第 5 項規定：「本條所稱之『國民待遇』係提供不低於屬同類情形之國內服務供給者，或是由該服務供給者提供之同類服務所獲得之待遇。『不低於待遇』係指不應低於會員國內同類服務供給者可獲得最優惠之待遇，(若是屬於地方政府機構，係指該境內同類服務供給者所獲得最優惠之待遇)。<sup>12</sup>」

1989 年，墨西哥在談判會議上，建議 GATS 國民待遇之適用要件可解釋為：「對外國服務應給予不低於在類似情況下，會員國內服務所獲得之待遇。<sup>13</sup>」

1990 年七月，作為服務貿易談判討論基礎草案之版本(簡稱 1990 年草案)，最惠國待遇規定於第 3 條：「關於該協定涵蓋之措施，在同類情況下，各會員應對其他會員服務和服務供給者，提供不低於給予其他(國家)(會員)服務與服務供給者的待遇。<sup>14</sup>」；第 17 條國民待遇規定：「為符合本協定其他相關規定及和會

<sup>9</sup> Special Distribution, *Communication from United States-Agreement on Trade in Services*, MTN.GNS/W/75 (October 7, 1989).

<sup>10</sup> *Id.*, Article IX (non discrimination): 'With respect to any measures covered by this Agreement, each Party shall accord to service suppliers of any other Party no less favourable than *in like circumstances* to service suppliers of any other Party.' (emphasis added)

<sup>11</sup> *Id.*, Article VIII:1: 'Whenever market access has been achieved by a service provider of another Party with respect to provision of a service, each Party shall accord *national treatment* to that service provider with respect to provision of that service.' (emphasis added)

<sup>12</sup> *Id.*, Article VIII:5: 'For the purpose of this Article, "national treatment" is the treatment no less favourable than that accorded *in like circumstances* to a Party's own service provider, to service providers owned or controlled by persons of that Party, or to *like service provided by such service providers*. In this context, "no less favourable" means no less favourable than the most favourable treatment a Party accords to *any domestic provider of like service* (or, in the case of local government entity, the most favourable treatment in accords to any of its own *like service providers*).' (emphasis added)

<sup>13</sup> 'The Mexico delegation agrees with other delegations that national treatment must be understood as the treatment of foreign services that is no less-favourable than that *given in similar circumstances* to the local services of the signatory party.' (emphasis added) Special Distribution, *Communication from Mexico-Elements for a Framework Agreement with Special Reference to the Participation of Developing Countries*, MTN.CNS/W/85 (November 10, 1989), para. 4.2.

<sup>14</sup> Article III: 'With respect to any measures covered by this framework, each party shall accord to

員承諾表之內容，會員適用法律、規則、行政措施和一般命令時，對其他會員之服務與服務供給者，在同類情形下，應提供不低於給予國內服務與服務供給者之待遇。<sup>15</sup>」

1991 年，當時 GATT 秘書長—Arthur Dunkel 提出烏拉圭回合談判之相關協定草案(簡稱 Dunkel 草案)<sup>16</sup>，供會員作為最後談判的基礎，期望會員能儘早達成共識，讓烏拉圭談判回合順利畫下句點。其中 GATS 最惠國待遇與國民待遇分別規定於第 2 條與第 17 條，因該草案是 GATS 定稿前之最後版本，草案內容與 GATS 現行條文大致相同，僅有用字上之差異。Dunkel 草案第 2 條第 1 項規定：「關於本協定所涵蓋之措施，會員應立即且無條件地對來自其他會員之服務與服務供給者，提供不低於該會員給予其他國家同類服務與服務供給者之待遇。<sup>17</sup>」；第 17 條第 1 項之國民待遇，規定為：「依照會員承諾表上所列之項目或子項目，及承諾表上敘述之條件與資格，就影響服務提供之措施，會員給予其他會員服務與服務供給者之待遇，應不得低於給予本國同類服務與服務供給者之待遇。<sup>18</sup>」

## (二)現行條文

GATS 對最惠國待遇與國民待遇分別規定於第 2 條第 1 項與第 17 條。第 2 條第 1 項規定為：「關於本協定所涵蓋之措施，會員應立即且無條件地對來自其他會員之服務與服務供給者，提供不低於該會員給予其他國家同類服務與服務供給者之待遇。<sup>19</sup>」；第 17 條第 1 項規定為：「對承諾表所列之項目，及依照表上

---

services and services providers of another party, treatment no less favourable than that it *accords in like circumstances to services and service providers of any other [country] [party]*.'(emphasis added)  
Special Distribution, *Introductory Note by the Chairman on the GNS Negotiation on a Framework Agreement-Draft Multilateral Framework for Trade in Services*, MTN.GNS/35 (July 23, 1990), p. 5.

<sup>15</sup> *Id.*, Article XVII: 'In conformity with other relevant provisions of the framework, and as set out in their schedules, parties shall grant to services and service providers of other parties, in the application of all laws, regulations, administrative practices, and decisions of general application, treatment no less favourable than that accords to *like domestic services and service providers in like circumstances*.'(emphasis added)

<sup>16</sup> Trade Negotiation Committee, *Draft Final Act embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation*, MTN.TNC/W/FA (December 20, 1991).由於該草案可謂是烏拉圭回合談判之轉戾點，占有歷史上重要地位，為紀念提出草案的 GATT 秘書長—Arther Dunkel，該草案亦名為「Dunkel 草案」。

<sup>17</sup> *Id.*, Article II:1: 'With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service providers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to *like services and service providers of any other country*.'(emphasis added)

<sup>18</sup> *Id.*, Article XVII:1: '*In the sectors and sub-sectors inscribed in its Schedule*, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service providers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to *its own like services and service providers*.'(emphasis added)

<sup>19</sup> GATS Article II:1: 'With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall

所陳述之條件及資格，就有關影響服務供給之所有措施，會員給予其他會員之服務與服務供給者之待遇，應不得低於給予本國同類服務與服務供給者之待遇。<sup>20</sup>」觀察 GATS 現行條文與 Dunkel 草案內容，兩者之規範要件大致雷同，規範對象皆為其他國家或本國之「同類服務與服務供給者」。須注意的是，GATS 最惠國待遇屬於第二章之一般義務，國民待遇屬於第三章之特定義務，會員之國民待遇義務僅以承諾表中已承諾開放之服務部門為限，會員可根據本身國內服務業發展之特殊情況為市場開放承諾，自主決定在哪些部門或次部門實施國民待遇，並附加國民待遇之適用限制<sup>21</sup>，因此，適用 GATS 國民待遇時，須先確定系爭服務在會員承諾開放之範圍內。

### 三、「同類服務與服務供給者」之演變

美國建議案中未使用「同類服務與服務供給者」，而是分別規定「同類情形之服務供給者」、「同類情形之服務供給者或是提供之同類服務」；1990 年草案係規定「同類情形之服務與服務供給者」，至 Dunkel 草案則改變為「同類服務與服務供給者」，顯見當初談判 GATS 規範內容，會員均係討論是否以「同類情形」作為認定標準，但 Dunkel 草案卻不討論「同類情形」，直接制定為「同類服務與服務供給者」。「同類服務與服務供給者」與「同類情形之服務供給者或是提供之同類服務」、「同類情形之服務與服務供給者」之差異在於，「同類服務與服務供給者」可能會被解讀為僅規定同類服務，但不表示服務供給者亦需符合同類性，因服務供給者為規定為「同類服務供給者」；反觀「同類情形之服務供給者或是處於同類情形服務供給者提供之同類服務」與「在同類情形之服務與服務供給者」，兩者清楚地表示服務供給者或服務是否須符合同類性，對產生適用爭議之「同類服務與服務供給者」而言，宜考慮將來修正為「同類服務與同類服務供給者」，或是僅規範「同類服務供給者」，此部份於第六章之建議部分再加以討論<sup>22</sup>。

美國可能是受到 NAFTA 影響而在建議中加入「同類情形」，但為何在 1990 年草案亦出現「同類情形」之情況下，Dunkel 草案卻刪除「同類情形」，僅制定「同類」，此是因會員於談判中對「同類情形」表達不同意見，使秘書長為加速談判進程而將「同類情形」刪除？或是會員認為「同類」一詞與「同類情形」之

---

accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to *like services and service suppliers of any other country*.<sup>20</sup>(emphasis added)

<sup>20</sup> *Id.*, Article XVII:1: 'In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to *its own like services and service suppliers*.'<sup>21</sup>(emphasis added)

<sup>21</sup> 石靜霞，WTO 服務貿易法專論，法律出版社，2006 年 4 月初版，頁 98。

<sup>22</sup> 請參閱本文，頁 88-89。

意義相同，故刪除「同類情形」？由於無法得知當時會員接受 Dunkel 草案版本的原因，本文只能在剖析 NAFTA 爭端解決機構對「同類情形」之解釋後，方能確定「同類情形」與「同類」之意義是否一致，GATS 有無需要將「同類服務與服務供給者」修正為「同類情形下之服務與服務供給者」。

**表 2-1：會員建議、談判草案與現行條文最惠國待遇之比較**

條文依據	適用對象	會員應遵守之義務
美國建議	其他會員之服務供給者 (providers)。	在同類情形下，應不得低於該會員提供給其他會員之服務供給者 (providers) 的待遇。
1990 年草案	其他會員之服務和服務供給者 (providers)。	不低於在同類情況下其他(國家)(會員)之服務與服務供給者 (providers) 之獲得待遇。
Dunkel 草案	其他會員之服務與服務供給者 (providers)。	不低於該會員給予其他國家同類服務與服務供給者 (providers) 的待遇。
GATS 第 2 條第 1 項	其他會員之服務與服務供給者 (suppliers)。	不低於該會員給予其他國家同類服務與服務供給者 (suppliers) 之待遇。

資料來源：作者自行整理。

**表 2-2：會員建議、談判草案與現行條文國民待遇之比較**

條文依據	適用對象	會員應遵守的義務
墨西哥意見	外國服務。	不低於在類似情況下會員國內服務所獲得之待遇。
美國建議	其他會員國民擁有或控制之服務供給者 (providers)，或是由該服務供給者 (providers) 提供之同類服務。	不低於同類情形下該會員國內服務供給者 (providers) 獲得之待遇。
1990 年草案	其他會員之服務與服務供給者 (providers)。	不低於在同類情形下國內服務與服務供給者 (providers) 獲得之待遇。
Dunkel 草案	其他會員之服務與服務供給者 (providers)。	不得低於給予本國同類服務與服務供給者 (providers) 之待遇。

GATS 第 17 條	其他會員之服務與服務供給者(suppliers)。	不得低於給予本國同類服務與服務供給者(suppliers)之待遇。
-------------	---------------------------	-----------------------------------

資料來源：作者自行整理。

### 第三節 NAFTA 不歧視原則

#### 一、歷史背景

自由貿易區(Free Trade Area)係指特定區域內之國家組成自由貿易區，區域內成員相互同意消除彼此間貿易障礙，但成員仍保有各自制定對外關稅及貿易政策之主權，換言之，自由貿易區之成員並無統一對外關稅及貿易政策<sup>23</sup>。自由貿易協定因成員所處位置之不同有不同內容，有時由幾個鄰近國家為促進該區域貿易市場之發展，簽定區域貿易協定，如北美自由貿易協定或歐洲共同體；有時則是經濟程度相去不遠，或文化環境類似卻不在同一區域之國家，為增進彼此之貿易往來而簽定自由貿易協定，例如美國日本自由貿易協定、日本新加坡自由貿易協定。其中北美自由貿易協定(The North American Free Trade Agreement, 簡稱 NAFTA)堪為自由貿易協定的典範，除因該自由貿易協定之成員在世界貿易進出口市場占有舉足輕重之地位外<sup>24</sup>，更因該協定內容無論在貨品貿易或是服務貿易，自由化腳步均較 WTO 向前邁進，因而成為 GATT 或 GATS 改進相關規範之重要參考指標。

1992 年 8 月 12 日美國、加拿大及墨西哥三國簽署北美自由貿易協定，於 1994 年 1 月 1 日正式生效，期望在 15 年內逐步消除貿易壁壘、實施商品和勞力的自由流通，以形成一個擁有 3.6 億消費者，每年國民生產總值超過 6 萬億美元的自由貿易集團。因 NAFTA 大大簡化三國在進出口貿易和投資上相關的手續，加速地區貿易和經濟的發展，自 1994 年 12 月起，智利、宏都拉斯、瓜地馬拉和薩爾瓦多等國紛紛與美國、加拿大與墨西哥展開加入 NAFTA 之貿易談判，希望能藉

<sup>23</sup> 羅昌發，前揭註 2，頁 48。See Bernard M. Hoekman & Michel M. Kostecki, *supra* note 14, at 347.

<sup>24</sup> 美國目前在世界進口貿易量為第 1 位，出口貿易量則為第 2 位；加拿大在進口貿易量為第 9 位，而出口貿易量則為第 9 位；墨西哥雖為開發中國家，但其在世界進出口貿易量上亦有相當亮麗之表現，占世界進口貿易量為第 14 位，出口貿易量為第 15 位。由此可知，美國與加拿大不但為世界上重要之經貿大國，且美國、加拿大與墨西哥之進出口在世界貿易舞台上佔有相當大的比重，使北美自由貿易區為世界最大的經濟貿易體。See WTO International Trade Statistics 2006, table 1.6-leading exports and imports in world merchandise trade 2005, [http://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/its2006\\_e/its06\\_toc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2006_e/its06_toc_e.htm) (last visited on December 6, 2007).

此促進經濟貿易發展。由於之後加入之國家仍以美、加、墨簽定之 NAFTA 為協定內容，因此，本文係以美、加、墨三國簽屬之 NAFTA 作為 GATS 不歧視原則之參考藍本。

## 二、NAFTA 第 11 章與第 12 章之不歧視原則內容

有別於 GATS 將服務貿易內容區分為四個服務供給模式之作法<sup>25</sup>，NAFTA 對服務貿易活動分別以第 11 章—「投資(Investment)」與第 12 章—「跨境服務貿易(Cross-Border Trade in Services)」規範之，未區別不同服務供給模式。對照 GATS 四個服務供給模式，NAFTA 規範的「投資」似可部份對應至 GATS 模式三之「商業據點」<sup>26</sup>，「跨境提供服務」則可對應至模式一之「跨境提供」與模式四之「自然人移動」，是以，就服務供給模式而言，NAFTA 與 GATS 實際上無多大差異，但不歧視原則之規範內容則有顯著不同。

最惠國待遇部份，NAFTA 第 11 章第 1103 條規定：「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。<sup>27</sup>」；第 12 章第 1203 條規定：「會員應對其他會員

<sup>25</sup> 模式一「跨境提供(cross-border)」：自一會員境內向其他會員境內提供服務者；模式二「境外消費(board-consumption)」：在一會員境內對其他會員之消費者提供服務者；模式三「商業據點(commercial presence)」：由一會員之服務供給者以設立商業據點方式，在其他會員境內提供服務者；模式四「自然人移動(presence of natural persons)」：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。GATS Article I:2 (a)(b)(c)(d).

<sup>26</sup> 本文在此認為投資 NAFTA 之「投資」僅可一部份對應至 GATS 的模式三「商業據點」，是因 WTO 下之協定原本對於「投資」並未加以規範，此乃因「投資」牽涉到太多層面，投資範圍涉及貨品與服務貿易、外匯管制、國際收支等議題，會員一直就「投資」之規範內容無法達成共識，因此，即使新加坡部長會議曾將「投資」列為討論議題之一，仍因會員們意見過於分歧致無法產生相關規範。但 GATS 將服務貿易之提供區分為 4 個模式，其中「商業據點」係有關外國服務供給者至其他會員境內設立分公司或子公司之營業方式，當外國服務供給者至他國境內成立公司或辦事處，勢必會將外國資金引入，此部份係屬「投資」活動之一。因此，大部份學者認為，GATS 之「商業據點」模式是目前 WTO 中唯一對「投資」有所規範之協定，但 GATS 制定之出發點並非規範投資活動，乃係規範服務貿易，加上投資與貨品、國際收支等議題息息相關，非 GATS 此單一協定可以處理，故 GATS 之規範仍不足以成為「投資活動」之多邊貿易規範。

<sup>27</sup> NAFTA, Article 1103:

1. Each Party shall accord to investors of other Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to investors of any other Party or a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.(emphasis added)

2. Each Party shall accord to investments of investors of other Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to investments of investors of any other Party or a non-Party



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。<sup>28</sup>」

國民待遇則規範於 NAFTA 第 11 章第 1102 條規定：「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，提供不低於給予本國投資者的待遇。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，提供不低於給予本國投資者投資活動的待遇。<sup>29</sup>」；第 12 章第 1202 條規定：「1、會員應對其他會員之服務供給者，在同類情形，提供不低於給予本國服務供給者之待遇。2、會員依第 1 項提供之待遇係指州政府或是省政府，在同類情形，應提供不低於給予於國內設立之服務供給者最優惠之待遇。<sup>30</sup>」

由此可知，NAFTA 以「投資」與「跨境提供之服務貿易」兩章分別規範相關之服務貿易活動，且「投資」章將適用對象區分為「投資者」與「投資活動」，連帶使 NAFTA 最惠國待遇與國民待遇之適用對象亦受影響，適用對象可區分為三類：(1)投資者；(2)投資活動；(3)跨境服務之服務供給者。另外，不歧視原則均加入「同類情形」，要求會員須履行之不歧視義務為對在同類情形之其他會員服務貿易活動，應提供不低於給予其他會員、非會員或本國服務貿易獲得之待遇。

---

with respect to establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. (emphasis added)

<sup>28</sup> *Id.*, Article 1203: 'Each Party shall accord to service providers of other Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to service providers of any other Party or a non-Party.' (emphasis added)

<sup>29</sup> NAFTA, Article 1102:

1. Each Party shall accord to investors of other Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to investors of its own investors with respect to establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. (emphasis added)

2. Each Party shall accord to investments of investors of other Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to investment of its own investors with respect to establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. (emphasis added)

<sup>30</sup> NAFTA, Article 1202:

1. Each Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favorable than that it accords, *in like circumstances*, to its own service providers. (emphasis added)

2. The treatment accorded by Party under paragraph 1 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, *in like circumstances*, by the states or province to the services providers of the Party of which it forms a part. (emphasis added)

### 三、與 GATS 不歧視原則之比較

對比 GATS 與 NAFTA 第 11 章與第 12 章之不歧視原則，NAFTA 與 GATS 不同之處在於，NAFTA 未直接表明適用對象為「同類投資者」、「同類投資者之投資活動」或是「同類跨境服務之服務供給者」，僅規定「在同類情形下」之投資者、投資活動或是跨徑服務之服務供給者，換言之，NAFTA 以「同類情形」代替「同類」之判斷標準。為得知 NAFTA「同類情形」之意義與 GATS「同類服務與服務供給者」有無不同，以及 NAFTA 爭端解決機構如何適用「同類情形」，第五章「NAFTA 涉及『同類情形』案件之分析」，會剖析 NAFTA 涉及「同類情形」相關案件討論之<sup>31</sup>。

### 四、小結

綜上所述，NAFTA 第 11 章與第 12 章之不歧視原則內容雖與 GATS 談判當時之會員建議、談判草案相近，但與 GATS 現行條文差異甚大，產生「同類情形」與「同類服務與服務供給者」適用上孰優孰劣，GATS 是否需修改「同類服務與服務供給者」等疑義，為 GATS「同類服務與服務供給者」提供新的思考方向。

表 2-3：GATS 與 NAFTA 最惠國待遇之比較

條文依據	適用對象	應盡之義務
GATS 第 2 條第 1 項	來自其他會員之服務與服務供給者。	不低於該會員給予其他會員或國家同類服務與服務供給者之待遇。
NAFTA 第 1103 條、第 1203 條	第 1103 條： (1) 其他會員之投資者； (2) 其他會員之投資者的投資活動。 第 1203 條：其他會員之跨境服務供給者。	第 1103 條： (1) 在同類情形下，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，應提供不低於給予提供不低於給予其他會員或非會員投資者的待遇； (2) 在同類情形下，有關設立、取得、擴張、管理、經營、營運和

<sup>31</sup> 請參閱本文，頁 67-76。

		<p>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。</p> <p>第 1203 條：在同類情形下，應提供不低於給予其他會員或非會員服務供給者之待遇。</p>
--	--	---

資料來源：作者自行整理。

**表 2-4：GATS 與 NAFTA 國民待遇之比較**

條文依據	適用對象	應盡之義務
GATS 第 17 條第 1 項	其他會員之服務與服務供給者。	對於承諾表上所列之項目，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，應提供不低於給予本國同類服務與服務供給者之待遇。
NAFTA 第 1102 條、第 1202 條	<p>第 1102 條：</p> <p>(1) 其他會員之投資者；</p> <p>(2) 其他會員之投資者的投資活動。</p> <p>第 1203 條：其他會員之跨境服務供給者。</p>	<p>第 1102 條：</p> <p>(1) 在同類情形下，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，提供不低於給予本國投資者的待遇；</p> <p>(2) 在同類情形下，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，應提供不低於給予本國投資者之投資活動的待遇。</p> <p>第 1202 條：相同情形下，應提供不低於給予本國服務供給者之待遇。</p>

資料來源：作者自行整理。

## 第四節 GATS 「同類服務與服務供給者」適用困難之因素

GATS 不歧視原則之適用要件為「同類服務與服務供給者」，此「同類服務與服務供給者」衍生諸多適用上爭議，例如「同類服務」與「同類服務供給者」之認定標準，不同條文之「同類性」適用範圍是否須得出相異之解釋結果，「同類服務」與「同類服務供給者」之適用關係，這些疑義若未得到妥善的解答，勢必會影響 GATS 不歧視原則之適用範圍以及實踐。不過，GATS 「同類服務與服務供給者」之所以會有適用上困難，除服務貿易與貨品貿易不同之貿易活動特性，主要係因 GATS 規範設計之內在因素，例如 GATS 區分不同服務供給模式、「同類服務與服務供給者」之解讀、會員承諾表填寫方式不一，其他如欠缺國際統一服務貿易分類標準、統計資料難以蒐集、與電子商務之興起等外在因素亦增加 GATS 「同類服務與服務供給者」適用上之複雜度。以下詳述可能造成 GATS 「同類服務與服務供給者」適用困難之因素，以及「同類服務與服務供給者」產生之適用爭議。

### 一、服務貿易與貨品貿易之區分不易

由於跨境交易之貨品貿易時時會伴隨部分服務內容或是需要服務的提供，譬如貿易商需要透過運輸服務將貨物從甲地運送至乙地；或是利用金融服務支付價款，以及使用保險幫忙承擔運輸的風險。觀察國際貿易實務運作，當某貿易活動存在貨品及服務貿易，有時貨品和服務皆為契約之主要內容；有時則以貨物為主要交易對象，服務僅處於支援或幫忙之地位；有時契約會以服務貿易為主，貨品反而居於輔助地位，貿易活動種類相當多樣性。在貨品貿易和服務貿易同時存在之情形，因為服務貿易之不可識別性、不可儲存性<sup>32</sup>，以及消費者常常會參與服務之提供過程，造成欲將服務貿易從貨品貿易中區隔開來，成為棘手的問題。

若無法自貨品貿易中區分出相關之服務與服務供給者，欲適用 GATS 不歧視原則檢視會員有無違反義務遂成為遙不可及之事，亦遑論進行「同類服務」或「同類服務供給者」之認定。

<sup>32</sup> Aly K. Abu-Akeel, *Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications*, 32 *George Washington Journal of International Law and Economic* 189-210(1999), at 190; Bernard M. Hoekman & Michel M. Kosteci, *supra* note 14, at 239.

## 二、不同供給模式可否認定為「不同類」之爭議

GATS 第 1 條將「服務」區分為四種供給方式，無論係 GATS 第 2 條之「最惠國待遇豁免表」，或是 GATS 第 16 條至第 18 條載明特定承諾範圍的「承諾表」，會員均係依不同供給模式分別填寫，並依不同模式履行相關義務。因承諾表是以四種不同供給模式為特定承諾之架構，涉及特定承諾之 GATS 第 17 條未明示服務供給模式是否為判斷同類服務或同類服務供給者之考量因素<sup>33</sup>，當會員對某服務項目為完全開放承諾，國民待遇可否於不同供給模式下割裂適用即有疑義<sup>34</sup>，換言之，會員對不同供給模式之服務或服務供給者實施差別待遇，可否以不同供給模式之服務或服務供給者不屬於同類服務或同類服務供給者為由，做為差別待遇之正當事由。此疑義進一步沿伸，即是 GATS 未明確說明之原則問題：特定服務項目若以不同供給模式提供，是否仍為「同類服務」；以不同供給模式提供服務之服務供給者，彼此可否視為不同類服務供給者。換句話說，適用 GATS 不歧視原則，存在「同類服務」與「同類服務供給者」可否跨提供模式認定之爭議。

關於服務提供模式在「同類性」判斷扮演何種角色，學者有不同看法。有認為「服務之同類性認定問題不應跨越模式」，不同模式之服務不應視為同類服務，因四種服務供給模式之服務內容彼此存在巨大差異，例如網路銀行透過模式一提供的金融服務，本質上當然迥異於實體銀行以門市櫃檯提供之服務，判定服務同類性之際，不應將各模式混為一談；再者，以服務間競爭關係之角度，甚難想像不同模式提供之服務能相互替代<sup>35</sup>。此見解類推適用於服務供給者同類性之判斷，同樣認為以不同供給模式提供服務之服務供給者間，不應視為同類服務供給者，彼此不可能存在競爭關係。反之，有見解認為「服務之同類性認定應打破模式界限」，因為第 17 條並未強調提供服務模式的差異，供給模式之差異對判斷服務同類性的重要性，不應超過服務本身的特質<sup>36</sup>。推而廣之，以不同服務供給模式之提供服務之服務供者亦不應因為使用相異之服務供給模式，據以視為不同類服務供者，否則將使會員作成完全開放之承諾失其意義。

判斷服務與服務供給者同類性，服務供給模式對同類性認定之影響究竟以何種見解較為適當，本文認為不同服務供給模式下之服務與服務供給者雖然看似相異，但考量國民待遇之規範目的係為維護國際服務貿易之自由市場機制，似乎不能單以服務供給者之提供模式作為服務與服務供給者不同類認定之依據，第六章

<sup>33</sup> Aaditya Mattoo, *supra* note 13, at 119.

<sup>34</sup> 石靜霞，前揭註 28，頁 116。

<sup>35</sup> 彭心儀，前揭註 2，頁 306；石靜霞，同上註。

<sup>36</sup> 彭心儀，同上註，頁 307。

「結論與建議」將針對此爭議詳細分析之<sup>37</sup>。

### 三、承諾表填寫方式不一

GATS 有些規範須藉由會員依個別服務項目和不同供給模式填寫承諾表加以落實，如第三章之第 16 條市場開放、第 17 條國民待遇、第 18 條額外承諾，但因這些規定欠缺對承諾表內容填寫標準，導致各會員承諾表用語不一，產生解讀上困難。為避免造成會員無法預測管制保留之空間，有會員提出在進一步為貿易開放之談判前，希望能先確定各會員國民待遇義務範圍之寬窄，在填寫承諾表時，應提醒會員謹慎地將愈保留之法規命性列入國民待遇義務例外範圍<sup>38</sup>，以促進承諾表之明確性。

GATS 談判當時，為使會員填寫承諾表能有依循之範本，GATT 秘書處曾於 1993 年提出「服務貿易初始承諾之承諾表解釋說明(簡稱 1993 年解釋說明)<sup>39</sup>」，就承諾表架構、應填寫進承諾表之措施、用語、可供參考之服務部門分類標準等事項，均詳細舉例說明之。WTO 秘書處於 2001 年針對 1993 年解釋說明加以修正，提出「填寫 GATS 特定承諾指導手冊<sup>40</sup>」。有學者認為該兩份文件皆經由服務貿易理事會通過，成為 GATT 和 WTO 之正式文件，會員自通過之日起，應依該文件所示之填寫方法填寫承諾表<sup>41</sup>。這兩份文件雖強烈建議會員承諾表參照 W/120 或 CPC pro.，讓承諾範圍更加清楚明確，卻明示會員可自行決定是否願意依據「服務部門分類清單(簡稱 W/120)<sup>42</sup>」或「暫行重要產物分類標準(簡稱 CPC)<sup>43</sup>」填寫承諾表，會員無義務接受此兩種分類標準，可依本國法令之服務分類架構填寫承諾表，並表示不可視為 GATS 具權威性之法律解釋<sup>44</sup>。誠如文件內容所言，

<sup>37</sup> 請參閱本文，頁 100。

<sup>38</sup> Robert Howse & Elisabeth Tuerk, *The WTO Negotiations on Services: The Regulatory State up for Grabs*, Canada Watch, Vol. 9 No. 1-2(September 2002), at 3-4.  
([http://faculty.law.umich.edu/rhowse/Drafts\\_and\\_Publications/services.pdf](http://faculty.law.umich.edu/rhowse/Drafts_and_Publications/services.pdf)).

<sup>39</sup> Special Distribution, *Schedules of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note 1*, MTN.GNS/W/164 (September 3, 1993).

<sup>40</sup> Trade in Services, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, S/L/92 (March 28, 2001).

<sup>41</sup> Robert Howse & Elisabeth Tuerk, *supra* note 45, footnote 1.

<sup>42</sup> Note by Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120 (July 10, 1991).

<sup>43</sup> CPC pro.(Provisional Central Products Classification)係由聯合國於 1989 年發展出來之國際產物分類標準，包含對貨品與服務貿易活動之分類標準。目前 CPC 最新版本為 2002 年通過公佈的「重要產品分類 1.1 版(The Central Products Classification Version 1.1)，簡稱 CPC v. 1.1」，該版本針對技術發展產生之新產品或服務活動，修正之前 1989 年 CPC pro.與 2000 年 CPC v. 1.0 之內容。為行文方便，除有辨別 CPC pro.與 CPC v. 1.1 之必要，本文以下統稱為 CPC。

<sup>44</sup> Special Distribution, *supra* note 46, para. 1; Trade in Services, *supra* note 47, paras. 1, 23.

二文件雖為 GATS 文件，但未獲得全體會員正式表決承認，似乎無法視為 GATS 之部分內容，會員無遵守之義務。

除無正式承諾表填寫標準外，GATS 未明定統一服務貿易分類標準亦影響會員承諾表之填寫，因會員承諾表有的是依照 W/120，有的依照 CPC，或是同時參照兩者，有的更是依據國內政府機構之分類標準，承諾表填寫之服務分類項目琳瑯滿目，不但增加特定承諾解讀之複雜度，特定承諾範圍處於不確定性<sup>45</sup>，也因無法確定系爭案件爭議之服務或服務供給者屬於何種服務項目，不能進行「同類服務」與「同類服務供給者」之認定，恐導致 GATS 不歧視原則陷入適用不易之窘境。是以，GATS 實應針對會員承諾表填寫內容不一之情形，尋找解決之道。

#### 四、缺乏統一服務貿易分類標準

服務貿易因貿易特性不若貨物具有識別性與可儲存性，國家大多不採關稅限制貿易措施，蓋要將無形之服務貿易予以關稅化，本身即是項不可能任務，不但實益不大，且執行上亦相當困難，因此服務貿易未如貨品貿易般發展出統一產品關稅標準分類系統。雖然服務貿易無適用關稅之可能性，各國因行政決策目的，仍有蒐集服務貿易之統計資料以作為制定政策方針之需要；其次，若各國設計之統計標準不一致，評比各國服務貿易市場之相關資訊，將因缺乏可資比較之基礎，導致服務貿易市場發展之分析結果不足以昭信於他人。此外，觀察 GATS 特別承諾表委員會之會議記錄，可知許多會員不滿意 CPC 之分類架構，認為無法完全反映國際服務貿易現狀，應重新檢討服務分類項目。基於以上原因，服務貿易實有發展統一分類標準的必要性與急迫性，有會員呼籲 GATS 應對服務項目定出一套統一之分類標準，避免會員承諾表之適用範圍產生爭議<sup>46</sup>。

儘管服務貿易沒有如調和產物內容標準體系 (Harmonized Commodity Description and Coding System, 簡稱 HS<sup>47</sup>) 般具有會員共識之國際統一服務分類標準，GATT 秘書處仍提出幾份文件，不但為因應當時談判所需，且試圖讓會員填寫承諾表服務項目能有依循的樣本，分別於 1991 年參照 CPC pro. 分類架構訂出 W/120、提出 1993 年解釋說明、2001 年之填寫 GATS 特定承諾指導手冊，建議會員承諾表之服務部門或次部門，儘可能以 W/120 為基礎，並對應相關的 CPC 代

<sup>45</sup> 如美國賭博案就涉及美國承諾表是否填寫開放賭博服務承諾之爭議。

<sup>46</sup> CSS, *Communication from the Members of the Andean Community Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, Venezuela-Definition of Criteria for Classification of Services*, S/CSS/W/89 (May 14, 2001), para. 3.

<sup>47</sup> HS 為產品關稅種類提供國際統一法律架構與產品類別之區分。該分類系統包含 1,241 個關稅稅號族群，而 5,000 個次關稅稅號以 6 碼數字以示區別，每個關稅稅號皆仔細地加以定義及描述，以確保適用之一致性。Bernard M. Hoekman & Michel M. Kostecki, *supra* note 14, at 157.

碼<sup>48</sup>，讓會員承諾表內容不致產生過大差異。

然而誠如 WTO 秘書處所言，W/120、特定承諾指導手冊<sup>49</sup>以及 CPC 對會員皆無強制力，會員可自行選擇是否願意參照 W/120 或 CPC 分類標準<sup>50</sup>，縱然填寫方式與 W/120 或 CPC 相異，亦不違反 GATS 規定。不過目前發展出來有關服務產業之國際性分類標準<sup>51</sup>，對服務項目之分類皆有不足之處；再者，各會員服務貿易市場之發展程度不盡相同，會員為考量自身國內服務產業之現況，有可能不願採行國際性分類標準，反依照國內分類標準填寫承諾表。以上原因造成會員在服務貿易採行國際分類標準之普遍性遠不如 GATT 採行 HS 的程度，導致 W/120 或 CPC 能否佔有如 HS 在 GATT 中之法律地位，不無疑義，但若可改善缺乏國際統一服務分類標準之處境，相信對 GATS 承諾表內容的調和定能有很大的助益。

## 五、是否須同時符合「同類服務」和「同類服務供給者」之疑義

GATS 不歧視原則規定適用要件為「同類服務與服務供給者」，服務與服務供給者以「和」連結，文義解釋結果有可能認為會員國內措施對「同類服務」與「同類服務供給者」皆為歧視待遇時，方有適用不歧視原則之餘地，換言之，只要會員能舉證證明國內措施規範之服務或服務供給者，其中之一不具備同類性，即未違反不歧視原則，讓不歧視原則之適用空間有受限縮之虞，恐無法達到完全保障服務貿易自由競爭環境之規範目的，因此，學者提到除可能解釋為會員國內措施對「同類服務」與「同類服務供給者」皆為歧視待遇時，方有適用不歧視原則，亦需避免以更極端文義解釋方法，將其解釋為必須是同類服務供給者提供同類服務，方能適用不歧視原則，因為 GATS 不歧視原則未規定為「like services supplied by like service suppliers」，如此限縮解釋不甚妥適<sup>52</sup>。

會員對「同類服務與服務供給者」適用疑義之看法分歧，如安提瓜認為要求同時符合同類服務與同類服務供給者要件之「累積認定」，會導出當會員對同類服務供給者提供之同類服務給予歧視待遇，才違反 GATS 第 17 條義務之結論，

<sup>48</sup> Special Distribution, *supra* note 46, para.16; Trade in Services, *supra* note 47, para. 23.

<sup>49</sup> 此處之特定承諾指導手冊包含 1993 年解釋說明與 2001 年之填寫 GATS 特定承諾指導手冊。

<sup>50</sup> CSC, *Developments in International Services Classification Systems and Implications for Negotiations under the General Agreement on Trade in Services*, S/CSC/W/6 (June 4, 1997), para. 4.

<sup>51</sup> 如國際貨幣基金之國際收支分類(Balance of Payment Manual 5,簡稱為 BPM5);國際標準工業分類(International Standard Industrial Classification of All Economic Activities,簡稱為 ISIC)。請參閱洪佳琳，由安地瓜控告美國禁止線上博奕案—探討服務貿易之部門分類標準，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，民國 93 年 7 月，頁 28-29。

<sup>52</sup> 彭心儀，前揭註 2，頁 315 之註 99。



限制 GATS 第 17 條之適用範圍<sup>53</sup>。美國抗辯服務與服務供給者皆須同時符合同類性，才可適用第 17 條規定<sup>54</sup>。歐盟則認為若僅證明同類服務受到差別待遇，亦符合 GATS 第 17 條要件<sup>55</sup>。

鑒於文義解釋造成限縮不歧視原則功能之缺陷，另有學者建議採廣義解釋，以「服務」為適用「同類服務與服務供給者」之重心，主要檢驗會員國內措施規範服務貿易活動中之「同類服務」即可。不過服務貿易相較於貨品貿易，在利用模式三和模式四供給模式之服務，市場競爭條件對「服務供給者」之影響可能遠大於「服務」本身，只強調「服務」而忽略考量「服務供給者」特性之解釋，似非妥適<sup>56</sup>。顯然無論採文義解釋或廣義解釋，似乎均無法貫徹 GATS 不歧視原則之規範目的，很可惜 WTO 會員或是秘書處均未對「同類服務與服務供給者」之適用疑義加以討論或提出具體建議，爭端解決小組或上訴機構於 GATS 涉及「同類服務與服務供給者」之相關案件亦未表達可能的解釋方法。

反觀 NAFTA 與 GATT，NAFTA 分別規範投資者、投資和跨境服務之服務供給者，未於同一條文中同時規範投資者與投資活動，或是將跨境服務之服務供給者混雜於投資規範內容；GATT 因貨品貿易通常限於跨境提供模式，僅需規範產品之移動，無進一步規範產品生產者之必要，亦未於條文中同時規範產品與產品製造者。NAFTA 與 GATT 均未如 GATS 第 2 條與第 17 條將「同類服務」與「同類服務供給者」並陳，不會產生不歧視原則是否須符合產品與生產者、投資者與投資活動，或服務與服務供給者皆具備「同類性」，方能適用不歧視原則之爭議。GATS 結合服務與服務供給者的規範方法，在適用上有無實益尚無從知悉，但將服務與服務供給者以「和」而非「或」連結，造成解讀上爭議卻是無庸置疑<sup>57</sup>。

由此看來，若要解決「同類服務」與「同類服務供給者」之適用疑義，恐須探求 GATS 立法者規定「同類服務與服務供給者」之真意，配合不歧視原則之規範目的，分析「同類服務與服務供給者」能否透過解釋方法予以解決，抑或是需修正 GATS 條文方能解決此爭議。是以，如何解釋 GATS 「同類服務」與「同類服務供給者」之適用關係，是建立 GATS 「同類服務」與「同類服務供給者」認定標準後面臨之一大挑戰。

<sup>53</sup> Panel Report, *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R(November 10, 2004), Annex C, p. 44.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 45.

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> 彭心儀，前揭註 2，頁 315。

<sup>57</sup> 同上註，頁 315。

## 六、服務貿易統計資料難以蒐集

貨品是有形且可觸摸得到的實物，貿易活動從賣方出貨到買方取貨，整個過程皆可追蹤紀錄，因此貨品貿易之統計資料可藉由關稅課徵資料、物品清單等方式加以蒐集整理，但服務非常難以捉摸，無法如實體物品般觸摸得到，於國際貿易中難以被監視、管制及課稅。服務通常亦不能如商品般以物品清單方式加以儲存，無法為持久性交易，更難以將服務貿易過程予以記錄。加上服務貿易中提供之服務往往沒有標準內容，大多隨消費者之需求應運而生，縱然屬同一服務項目，亦可能因消費者需求而改變服務內容，導致服務提供內容之間存在相當大差異。而且服務是個常需要高度接觸的產業(high-touch industry)，服務的生產和消費可能同時發生，甚至有時消費者會參與服務的製造過程，不但難以判斷服務供給者在生產過程所占之比重，亦無法精確計算服務貿易之實際價值，例如商業性質的寄宿學校<sup>58</sup>。

除以上特性造成服務貿易相關統計資料不如貨品貿易容易蒐集，服務貿易資料之殘缺不全，亦受以下幾點原因影響：(1)「服務」、「服務貿易」及「服務類別」等概念素有爭議，因此甚難做統一性的資料整理及分析；(2)各國的國民會計帳制度不同，造成服務資料之編輯工作困難；(3)中央計畫經濟國家，如蘇聯，對非商品貿易報導通常付之闕如；(4)服務貿易如未經過海關登記，只能依中央銀行外匯交易資料推算。但如為總公司與分公司間透過電訊交易，因為連外匯交易都未發生，更無法得知相關資料；(5)若干服務的統計資料通常以淨流量來記錄；(6)若干服務貿易因為伴隨商品貿易產生，而被登陸在非服務貿易項下，譬如觀光所得計入非居民在當地之消費上，導致此部份的貿易額有所缺漏；(7)若干服務所得並未被登錄，如家事服務<sup>59</sup>。

服務貿易特性與各國政經環境之差異雖是服務統計資料無法完整呈現服務貿易活動之原因，服務貿易遲遲未發展出獲得各國信服的國際分類標準，亦是導致服務貿易統計資料欠缺之主因。因為缺乏實際數據顯示服務與服務供給者的貿易數量，無法藉由統計資料辨別服務或服務供給者間是否屬「同類服務貿易活動」，或是經濟實力相仿之「同類服務供給者」，對「同類服務」與「同類服務供給者」之認定突增困難，對其他 GATS 規範之適用亦造成適用上盲點，如緊急防衛與補貼措施，雖然這兩項規範之實體內容仍由會員討論中，但因缺乏統計數據的客觀證據，會員對 GATS 制定緊急防衛與補貼之必要性存有極大之歧見，畢竟緊急防衛與補貼規範中關鍵的適用要件均與國內產業有無損害之要件有關，若無客觀之貿易統計資料作為判斷依據，一方面會員緊急防衛與補貼措施之正當性容

<sup>58</sup> Bernard M. Hoekman & Michel M. Kostecki, *supra* note 14, at 239.

<sup>59</sup> 張新平，世界貿易組織下之服務貿易，月旦出版公司出版，1996年3月1版，頁63-64。

易遭到質疑，另一方面則可能成為會員濫用緊急防衛或補貼措施之漏洞。是以，如何增加服務貿易統計資料的蒐集途徑、提高資料的準確性，並提出可資依循之國際性標準，是 GATS 急需解決之課題。

## 七、電子商務加深「同類服務與服務供給者」認定之複雜度

GATS 為服務貿易建立起全球性規範，但自訂定 GATS 後，網際網路技術一日千里，造成電子商務<sup>60</sup>快速興起，進而產生質疑 GATS 規範似乎無法有效處理電子化服務(delivery of services electronically)的聲浪，尤其係電子化服務(E-Services)<sup>61</sup>定義和提供模式的歸屬存在很大模糊地帶，導致會員關於電子化服務之市場開放承諾亦產生適用範圍不確定性<sup>62</sup>。因此電子商務之興起，使 GATS 無論在適用範圍、服務項目定義，或是服務提供模式之區別等方面均受到莫大衝擊。其中「同類服務與服務供給者」要件受到的影響主要有兩方面：一是有關電子傳送方式之模式界定；其次是「同類性」認定，亦即利用電子方式傳輸的服務與透過傳統方式提供之服務，以及以電子方式提供服務之服務供給者與傳統服務供給者是否當然屬於「非同類服務或服務供給者」。

模式界定方面之所以會受到衝擊是因 GATS 之服務供給模式係以服務供給者與消費者間必須有物理上接觸為前提要件，無論是模式二、模式三或模式四，皆符合消費者與服務供給者有一定接觸的要件，唯一例外是模式一之跨境服務。由於早期電信傳輸技術不如現今網路發達，當年會員進行 GATS 談判，對模式一之適用僅限於部份服務項目，如諮詢計畫(consulting plans)、建築設計以及發售保險單等可藉由電話或郵件傳遞之服務項目<sup>63</sup>。自從電子商務崛起，網路技術的發達，更多服務項目的提供不再需要消費者或服務供給者一方之移動，如遠距教學、遠距醫療、影音娛樂等服務產業，大幅減少消費者與服務供給者之間接觸的機會，物理上接觸與服務貿易不再具密切關聯性，讓服務提供模式之基本假設遭到動搖<sup>64</sup>。在 GATS 尚未對電子化服務界定屬於何種模式前，因會員於模式一填

<sup>60</sup> 電子商務的定義會隨從商業、貿易或經濟等不同角度切入而有不同內容，如經濟合作會議、亞太合作會議與 WTO 秘書處之定義亦不盡相同。WTO 秘書處認為電子商務係「藉由電信網路所進行的產品生產、廣告、銷售以及行銷。」請參閱楊光華，電子商務時代的服務貿易，收錄於商事法暨財經法論文集—王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集，元照出版，1999 年初版，頁 951-951。

<sup>61</sup> 電子傳送服務與電子化服務皆係指利用網路技術等電子方式提供服務之服務方法，為行文方便，本文以下使用電子化服務一詞。

<sup>62</sup> Emad Tinawi & Judson O. Berkey, *E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework*, OECD Forum on E-Services (October 1999), at 1.

<sup>63</sup> *Id.*, at 1-2.

<sup>64</sup> *Id.*, at 3.

寫「無限制(none)」的數目明顯少於模式二<sup>65</sup>，會員應該會傾向將電子化服務歸為模式一，以便能保有最大管制空間。服務貿易理事會曾表示，當服務供給者以電子化方式提供跨境服務或境外消費服務，有必要思考模式一與模式二之界限為何<sup>66</sup>，顯示電子化服務之服務模式乃目前 GATS 需著手研究之課題<sup>67</sup>。

其次，如何看待電子方式與傳統供給方式之差異，傳統上非以電子化方式提供之服務若以電子方式提供，是否可視為「非同類服務」；以電子化方式提供服務之服務供給者是否可認定為與傳統方式之服務供給者為「非同類服務供給者」。服務貿易理事會對此問題，是與「科技中立(technological neutrality)<sup>68</sup>」概念相結合，認為 GATS 本適用於所有服務貿易，不論服務是由何種方法傳送認為 GATS 規範，因此，無論是 GATS 之一般義務或特定義務，皆適用於透過電子方式提供之服務，推定會員特定承諾已包含電子化服務，除非承諾表已載明對電子化服務有不同解釋<sup>69</sup>。服務貿易理事會表示服務是否透過電子方式進行只是認定服務同類性的要素之一，服務及服務供給者本身的內在特質才是認定同類性的關鍵性因素，希望以科技中立解決電子化服務之模式界定問題<sup>70</sup>，但亦肯認 GATS 有需要進一步思考服務項目分類，以及承諾表內有關電子商務新服務項目之承諾內容<sup>71</sup>。

不過 WTO 服務貿易理事會雖對電子化服務之相關議題自 1998 年展開討論，但關於電子化服務對 GATS 造成不同模式間同類服務之認定、電子化服務屬何種提供模式等議題卻仍未達成共識<sup>72</sup>。是以，電子化服務下關於電子傳送方式之模式界定，和與其他傳統傳送方式之同類服務與服務供給者之認定疑義，更加深「同類服務與服務供給者」要件適用上之複雜度。

<sup>65</sup> GUIDE TO THE GATS-A OVERVIEW OF ISSUES FOR FURTHER LIBERALIZATION OF TRADE IN SERVICES (WTO Secretariat, 2001), at 593, 597-600.

<sup>66</sup> Interim Report to the General Council, *Work Programme of Electronic Commerce*, S/C/8 (March 31, 1999), para. 5.

<sup>67</sup> 為因應電子化服務應屬於何種提供模式，目前已提出幾種建議：(1)結合模式一和模式二；(2)將模式一與模式二下之承諾視為同一；(3)為電子化服務創造第 5 個服務提供模式；(4)重新定義模式二以特定物理呈現之意義，且增加在模式一下之承諾。有學者認為以上第 4 個建議較適合目前 GATS 規範架構。See Emad Tinawi & Judson O. Berkey, *supra* note 71, at 10.

<sup>68</sup> 科技中立係指縱使發展新的服務提供方法，新的提供方法不影響 GATS 適用範圍以及會員承諾表特定承諾的適用範圍。

<sup>69</sup> Interim Report, *supra* note 73, para. 5.

<sup>70</sup> CTS, *The Work Programme of Electronic Commerce-Note by the Secretariat*, S/C/W/68 (November 16, 1998), para. 33.

<sup>71</sup> *Id.*, para. 5.

<sup>72</sup> Sacha Wunsch-Vincent, *THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCTS: EC-US PERSPECTIVES*, at 62-63(Hart Publishing, 2006).

## 第五節 結論

除服務貿易本身之特性和統計上缺陷、專業服務與客製化服務之特殊性，GATS 將規範要件設計為「同類服務與服務供給者」，此種與 NAFTA 迥異之規範方法，亦造成該要件產生解釋上爭議；GATS 國民待遇義務以特定承諾方式落實，可否跨模式適用國民待遇義務對會員權益影響甚鉅，解釋結果往往會動輒得咎；再者，目前科技發展日新月異，網際網路改變以往傳統服務提供模式，讓服務之提供達到無遠弗界的境界，GATS 既有供給模式、服務部門分類、特定承諾範圍等均須重新檢討，以因應電子化服務帶來之變化。職是之故，鑒於「同類服務與服務供給者」對適用 GATS 不歧視原則佔有關鍵性地位，會員實應積極找尋該要件適用爭議的解決方法，或是重新思考是否須修正「同類服務與服務供給者」要件，以便因應目前變化莫測的服務市場，不致失去 GATS 作為規範國際服務貿易市場規範功能。

