

## 第三章 GATS 涉及「同類服務與服務供給者」案件之 研析

### 第一節 涉及「同類服務與服務供給者」之案件

GATS 第 2 條與第 17 條關於最惠國待遇與國民待遇的適用要件皆規定為「同類服務與服務供給者」，雖然 GATS 第 28 條有解釋何謂「服務」及「服務供給者」，可是「同類服務與服務供給者」要件之定義、認定方法或認定標準等實質內容，不但第 2 條與第 17 條未予以明定，第 1 條「範圍與定義」及第 28 條「定義」亦未多加解釋。在 GATS 本身對「同類服務與服務供給者」實質內容隻字未提的情形下，「同類服務與服務供給者」之適用僅能依賴爭端解決小組或上訴機構透過案件的累積，形成一定共識以解決該要件渾沌不明的狀況。因此，本章論述與 GATS「同類服務與服務供給者」相關的案件，整理當事國、爭端解決小組與上訴機構見解，分析爭端解決小組與上訴機構適用「同類服務與服務供給者」之思考脈絡，探究爭端解決小組與上訴機構尚未解決之處。

#### 一、歐盟香蕉案 III

##### (一) 案件事實

1994 年，歐洲乃世界上僅次於美國的香蕉進口國，每年進口香蕉多達 350 萬公噸，當時世界主要的香蕉出口國有厄爾瓜多、哥斯大黎加、哥倫比亞、菲律賓、及巴拿馬等國，宏都拉斯、美國及墨西哥亦出口不少香蕉製品。歐洲共同體 (European Communities, 簡稱 EC) 理事會為統一會員對香蕉進口的管制措施，於 1993 年通過「EEC 第 404/93 號規則」取代歐洲共同體會員各自對香蕉進口制定的多項管制措施，並成立香蕉共同市場整合會員國內香蕉市場。「EEC 第 404/93 號規則」共計有五篇，其中與本案爭議有關的是第四篇，規範進口香蕉的關稅、數量限制與許可證措施。

「EEC 第 404/93 號規則」第四篇將關稅、數量限制與許可證等措施的適用

對象區分為三類：(1)自 12 個傳統 ACP 國家<sup>1</sup>進口者；(2)從非傳統 ACP 國家進口者，包含超出自傳統 ACP 國家進口的數量，或是自非傳統 ACP 國家進口者；(3)自第三國(非 ACP 國家)進口者，依香蕉進口國所屬類別適用不同標準。由於厄爾瓜多、瓜地馬拉、宏都拉斯、美國及墨西哥認為 EC 第 404/93 號規則對自該國進口的香蕉為歧視性待遇，與 EC 協商不成後，向 WTO 提起建立爭端解決小組以解決該爭議。

## (二) 涉及爭議之措施

「EEC 第 404/93 號規則」有關香蕉供應商分類許可、活動許可分配、颶風證明與出口標準等措施，雖然主要限制香蕉商品貿易，但控訴方認為系爭措施亦影響與香蕉貨品交易相關之批發服務。本案當事國雙方不但就系爭措施是否適用 GATS 規範產生歧見，因 EC 措施將適用對象主要分為美國與拉丁美洲，以及加勒比海兩大類供應商，系爭措施對兩大類供應商實施差別待遇有無違反 GATS 最惠國待遇與國民待遇，亦為爭執事項之一。因此，本案與「同類服務與服務供給者」有關之爭議係批發服務貿易活動之範圍，以及批發服務之服務供給者認定。

## (三) 當事國之主張

控訴方主張 CPC 622 明白指出批發服務包含貨品與零售商之間的配銷與轉售活動，以及轉售給其他批發商之行為，此定義明顯肯認特定商品的分配鏈可能存在不同種類的批發商與批發活動<sup>2</sup>。是以，拉丁美洲與美國香蕉配銷公司將香蕉漂洋過地從原產地運至 EC，或是在 EC 配銷香蕉之貿易活動過程，是由香蕉配銷公司先從香蕉原產地購買大量水果，以便轉售至批發商或加工成熟商，甚至直接運送至零售商；香蕉配銷公司在水果收成到裝貨上船期間，會先將香蕉保存於冷凍貨櫃中，避免香蕉過熟或腐爛挑選，且在送達至零售商前須一直保持冷藏狀態，以維持香蕉之新鮮度。待香蕉收成後，批發公司會將香蕉依大小、品質分類，淘汰劣品，並標誌分裝於各種尺寸箱子。配銷過程則包含各式各樣的運送行為，例如將香蕉運至鐵路或公路的貨物集散地，再從貨物集散地運至船舶碼頭，或是自卸載港以鐵路或公路方式送達至零售商。此外，主要香蕉進口公司對批發商或加工成熟商，亦會如同對待消費者一般，利用廣播、電視、廣告，或支持社

<sup>1</sup> ACP 國家係指因「洛美協定」而與歐盟保持經貿優惠關係的非洲、加勒比海和太平洋地區國家 (Africa, the Caribben and Pacific, 簡稱 ACP 國家)。

<sup>2</sup> Panel Report, *European Communities-Regime for the Importation Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R (May 22, 1997), para. 4.654.

會活動、運動等管道促銷香蕉<sup>3</sup>。因此本案整個香蕉貿易過程包含有轉售、保存、分類、運送、冷藏與行銷服務，符合 CPC622 對批發服務項目描述之經濟活動，本案系爭服務項目涉及與香蕉有關之批發服務，非單純之貨品貿易案件。

被控訴方認為香蕉市場的供應鏈，應依香蕉之成熟度區分為不同階段，加工成熟後之香蕉會透過批發商與零售商配送給消費者，貿易活動自此之後才屬於服務貿易範圍，因此，加工成熟可謂是香蕉最後之貨品貿易階段。CPC 第 6 項對批發服務描述為：「販賣商品給零售商，產業、商業、機構或專業商業使用者，或是批發商<sup>4</sup>。」批發服務應包含下列經濟活動：採收香蕉、貨物集散地之裝箱服務、陸運或海運服務、船舶裝載及其他行政相關服務、船舶卸貨及其他行政相關服務、貨品加工、包裝商品、廣告與行銷與零售服務。進口公司若將綠色香蕉運進 EC 境內只是讓其加工成熟，因為尚未販賣給零售商或商業機構，無法視進為提供跨境批發服務<sup>5</sup>。是以，本案香蕉進口公司既然未從事上述定義範圍內之貿易活動，EC 進口許可證之簽發亦不適用批發服務，非屬批發服務貿易爭端，系爭規定不適用 GATS<sup>6</sup>。

#### (四) 爭端解決小組與上訴機構見解

##### 1、批發服務之定義

爭端解決小組調查發現，雖然 W/120 對會員無強制力，但包含 EC 在內的多數會員仍以該文件作為承諾表服務項目分類填寫之依據，加上 EC 承諾表在批發服務項目下載明 CPC 編碼，因此，EC 批發服務之特定承諾範圍應依照 CPC 定義該項目之經濟活動解讀之<sup>7</sup>。CPC 對「批發服務」是以轉售貨品服務為其核心活動，轉售貨品可能伴隨許多運送貨品而生的附屬服務，如保管、分裝、撿選、冷藏、交付等服務，當保管或分裝等附屬服務非各自以獨立方式提供，仍視為批發服務範圍；若這些服務本身是獨立的經濟活動，則不屬於批發服務範圍<sup>8</sup>。其次，CPC 在「批發服務」項目下引述「食品、飲料和菸草的批發服務(CPC 622)」子項目，該子項目又包括「水果和蔬菜的批發服務(CPC 6221)」，參照 CPC 013 對水果與蔬菜之定義，CPC 並未區別綠色香蕉與已成熟香蕉，由此可知，凡是與香蕉有關之配銷行為皆在 CPC 622 批發服務範圍之內，不論配銷的商品係綠

<sup>3</sup> *Id.*, para. 4.655.

<sup>4</sup> *Id.*, para. 4.656.

<sup>5</sup> *Id.*, para. 4.658.

<sup>6</sup> *Id.*, paras. 4.661-663.

<sup>7</sup> *Id.*, para. 7.289.

<sup>8</sup> *Id.*, para. 7.291.

色香蕉或已成熟香蕉<sup>9</sup>。爭端解決小組由此認定本案爭議的貿易行為係與香蕉商品有關的批發服務，EC 承諾表既然已承諾開放香蕉批發服務，應遵守 GATS 相關規範。上訴機構亦贊同爭端解決小組判決，認為本案涉及與香蕉商品有關之批發服務，EC 承諾表已對批發服務為開放承諾，應適用 GATS 相關規範。

## 2、批發服務之服務供給者

爭端解決小組認為基於批發貿易之本質及特性，只要是提供 CPC 第 6 大項下子項目之服務，皆屬提供同類服務，不論該服務係由 EC 或傳統 ACP 國家服務供給者提供。進一步言之，提供同類服務之機構，即視為同類服務供給者<sup>10</sup>。因此，既然服務供給者之「同類性」係以供給者是否提供同類服務判斷之，適用於本案事實，只要係提供有關香蕉批發服務之供給者者，不論係進口產品或從事行銷服務，皆為事實上批發服務供給者，且垂直整合公司亦被視為係本案批發服務之服務供給者<sup>11</sup>。

上訴機構首先支持爭端解決小組見解，贊同 CPC 描述批發服務之核心活動係「轉售貨品」，意謂轉售服務不限由專業批發商提供，況且很難想像批發商不購買產品或是進口產品即能提供轉售貨品服務，批發商顯然必須採取一些活動以達到轉售貨品之目的，以本案為例，若事前未購買或進口香蕉產品，欲在 EC 轉售香蕉產品勢必會困難重重，因此縱然非專門從事批發服務之配銷商，亦係提供批發服務之服務供給者。雖然 EC 措施中定義之經營者非直接從事 CPC 第 6 大項配銷服務活動，但毫無疑問地，這些經銷者有從事與香蕉批發服務相關之服務活動，只要從事與 CPC 第 6 大項下之服務活動即可認為係提供批發服務之服務供給者，因此本案適用 EC 與香蕉市場相關措施之「經銷者(operators)」，係 CPC 第 6 大項下之批發服務供給者<sup>12</sup>。

其次認為垂直整合公司之其他部門雖從事產品之生產、進口、配銷與製程，但亦涉足產品之批發服務，可能會受到會員限制批發服務措施之影響，故該公司亦為批發服務之服務供給者，受到 GATS 保護<sup>13</sup>。呼應上述所言，只要係從事與批發服務有關之貿易活動，縱然本業非經營批發服務者，亦屬批發服務之服務供給者。

<sup>9</sup> *Id.*, para. 7.292.

<sup>10</sup> *Id.*, para. 7.322.

<sup>11</sup> *Id.*, para. 7.320.

<sup>12</sup> Appellate Body Report, *European Communities-Regime for the Importation Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R(September 9, 1997), paras. 225-226.

<sup>13</sup> *Id.*, para. 227.

## 二、加拿大汽車工業案

### (一) 案件事實

加拿大為落實美加汽車產品協定(Agreement Concerning Automotive Products Between the Government of Canada and the United States, 簡稱 Auto Pact)而訂定二項關於進口免稅待遇的規則，分別是 1998 年汽車關稅法令(Motor Vehicles Tariff Order 1998, 簡稱 MVTO 1998)與特別豁免法令(Special Remission Orders, 簡稱 SROs)。由於此兩項規定主要是豁免部份汽車製造商的關稅，為行文方便，以下有時以「免稅規則」代表 MVTO 1998 和 SROs 兩者。

MVTO 1998 和 SROs 規定符合免稅規則資格的汽車製造商於進口汽車時，須具備以下幾項要件才可豁免進口關稅，要件為：(1)在加拿大的產出需以當地生產汽車數量與進口數量依基準年為單位表示；(2)汽車製造商在加拿大生產的汽車數量須達到加拿大增值(Canadian Value Added, 簡稱 CVA)的最低限度；(3)汽車製造商在加拿大當地的生產量與銷售量之間需維持最低比率(production-to-sales ratio)<sup>14</sup>。日本與歐盟質疑加拿大系爭規定適用結果，實際上對美國汽車製造商給予較優惠待遇，使日本與歐盟汽車製造商處於不利的競爭地位。

1998 年 7 月 3 日，日本根據爭端解決程序瞭解書(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 簡稱 DSU)第 4 條、GATT 第 23 條、與貿易有關之投資措施協定(the Agreement on Trade-Related Investment Measures, 簡稱 TRIMs)第 8 條、補貼與平衡稅協定(the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 簡稱 SCM)第 4、30 條及 GATS 第 23 條第 1 項向加拿大請求就影響汽車產業的相關措施進行協商。1998 年 8 月 17 日，歐盟亦以 DSU 第 4 條、GATT 第 23 條第 1 項、TRIMs 第 8 條、SCM 第 4、30 條、與 GATS 第 23 條第 1 項為依據，與加拿大就影響汽車產業的相關措施進行協商，但日本與歐盟皆與加拿大無法達成協議，因此分別於 1998 年 11 月 2 日與 1999 年 1 月 14 日請求成立爭端解決小組。

### (二) 涉及爭議之措施

日本與歐盟主要質疑加拿大與汽車免稅措施有關之兩項規定：(1)豁免進口

<sup>14</sup> Panel Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R(February 11, 2000), para. 10.4.

關稅：認為 MVTO 1998 與 SROs 給予美國汽車製造商之優惠高於日本及歐盟製造商所獲得的待遇，違反 GATS 第 2 條最惠國待遇。對此規則日本亦主張加拿大從事批發服務貿易之汽車批發商可因免稅規則獲取利益，加拿大政府對國內服務供給者給予優於日本服務供給者之待遇，違反 GATS 第 17 條國民待遇。(2)CVA 之要求：MVTO 1998 與 SROs 規定 CVA 要件，對以模式一與模式二提供服務之服務供給者造成不利地位，無法與在加拿大設立商業據點之服務供給者競爭，不符合 GATS 第 17 條規定<sup>15</sup>。由於系爭措施涉及有無違反 GATS 不歧視原則，其中關於「同類服務與服務供給者」之適用，當事國與爭端解決小組、上訴機構均提出看法，以下就最惠國待遇與國民待遇分述之。

### (三)當事國之主張

#### 1、最惠國待遇

日本與歐盟對 GATS 最惠國待遇之適用要件採相似見解，均認為須考慮系爭措施是否係受 GATS 規範之措施；系爭措施有無包含在最惠國待遇豁免附件中；適用系爭措施之服務供給者與其它會員之服務供給者是否具有同類性；系爭措施是否給予特定會員服務供給者優於其他會員同類服務供給者之待遇<sup>16</sup>。其中對服務和服務供給者同類性之判斷，日本係援引爭端解決小組在「歐盟香蕉案 III」之見解，認為特定措施規範之服務項目，應以服務貿易活動之本質與特性觀察之，縱然服務供給之來源地分屬不同地區，依然可視為提供同類服務項目；而提供同類服務之組織可視為同類服務供給者<sup>17</sup>。既然本案 Auto Pact 國家之製造商與非 Auto Pact 國家之製造商提供之服務內容均為與批發服務相關之服務，不論進口汽車係來自 Auto Pact 國家或是來自非 Auto Pact 國家，皆可視為提供同類服務。再者，因 Auto Pact 國家之製造商與非 Auto Pact 國家之製造商提供同類服務，可認定彼此為同類服務供給者<sup>18</sup>。歐盟亦認為免稅規則之受益者在購買、進口與轉售汽車給當地客戶等方面，皆提供與加拿大本國廠商、其他會員服務供給者相同之服務內容，可認定為均屬同類服務供給者<sup>19</sup>。

至於垂直整合製造商是否為本案之批發服務供給者，日本與歐盟均以「歐盟香蕉案 III」爭端解決小組與上訴機構見解為依歸，雖然批發服務之提供者與製造商整合為一體，但該組織依然有提供批發服務，仍為批發服務供給者<sup>20</sup>，換言

<sup>15</sup> *Id.*, paras. 10.223-10.224.

<sup>16</sup> *Id.*, para. 6.857.

<sup>17</sup> Panel Report, *supra* note 81, para. 7.320.

<sup>18</sup> Panel Report, *supra* note 93, paras. 6.842-6.843.

<sup>19</sup> *Id.*, para. 6.862.

<sup>20</sup> Panel Report, *supra* note 81, paras. 7.377, 7.385; Appellate Body Report, *supra* note 91, para. 227.

之，一旦從事有關產品貿易之基本活動，如進口、銷售或製造等服務，亦屬提供「批發服務」之服務供給者。是以，雖然製造商與批發商整合成一組織體，該製造商仍保有與其他批發商在銷售汽車及維持、擴展客源方面的競爭能力，垂直整合製造商係「具有能力且有機會」進入批發服務市場者，此類服務供給者未排除於批發服務領域，與其他批發商存在事實上與潛在性之競爭關係，因此加拿大以製造商排除為批發服務供給者為由，認為垂直整合製造商與一般批發商間無競爭關係的見解有誤，垂直整合製造商提供之服務內容為批發服務，與一般批發服務供給者屬於同類服務供給者<sup>21</sup>。

加拿大就最惠國待遇之適用要件係持與日本、歐盟相同之見解，應包含爭議措施是否屬 GATS 規範對象、服務與服務供給者間之同類性、系爭措施有無給予特定國家服務供給者優於其他會員服務供給者之待遇等要件。但加拿大直接以分析日本與歐盟提到各家加拿大分公司股權結構之結果，抗辯美國與瑞典製造商獲得的待遇未高於日本與歐盟製造商的舉動，未違反最惠國待遇義務，默示亦贊同美國、瑞典或日本、歐盟之汽車製造商皆為同類服務供給者之看法<sup>22</sup>。至於垂直整合製造商，則認為批發服務供給者為製造商業務之一環，提供批發服務仍屬製造汽車性質，垂直整合製造商提供一般批發商並無競爭關係，不應與一般批發服務供給者視為同類服務供給者，持與日本、歐盟相反之見解<sup>23</sup>。

## 2、國民待遇

日本與歐盟認為爭議措施是否符合 GATS 第 17 條第 1 項規定，應檢驗幾點要件：系爭服務是否包含在加拿大承諾表中，且有無適用上限制或條件；本案相關之服務與服務供給者是否具有同類性；本案免稅規則是否藉由給予加拿大服務或服務供給者較優惠待遇而改變服務或服務供給者間之競爭條件<sup>24</sup>。對服務同類性之認定，日本採取與最惠國待遇部份相同見解，本案日本汽車製造商提供之服務與加拿大批發商提供之服務皆為批發服務，屬同類服務，不問是服務供給者之國籍為何。且因日本批發服務之提供者和加拿大批發服務之提供者皆提供同類服務，兩服務供給者當然係同類服務供給者，服務供給者經濟規模與產品特性之差異，不影響將提供同類 CPC 服務之服務供給者認定為同類服務供給者<sup>25</sup>。歐盟則深入分析以模式一與模式二提供之服務間有無同類性之議題，認為於加拿大境內提供之服務與其他會員透過模式一或模式二提供之服務，不因服務供給者提供模式之不同而屬於不同類服務，例如 CVA 之某受益廠商諮詢 Auto Pact 於 WTO 規範適法性之法律意見，律師由布魯塞爾提供之法律服務，不應與在渥太華提供之

<sup>21</sup> Panel Report, *supra* note 93, paras. 7.377, 7.385.

<sup>22</sup> *Id.*, para. 6.882.

<sup>23</sup> *Id.*, para. 6.891.

<sup>24</sup> *Id.*, paras. 6.1008, 6.1041, 1045.

<sup>25</sup> *Id.*, paras. 6.1009, 6.1098.

法律服務視為分屬不同種類之服務<sup>26</sup>。因此，加拿大境內提供之服務與其他會員透過模式一或模式二提供之服務，應視為同類服務。加拿大對此無相反見解，亦認為本系爭服務供給者提供之皆為批發服務。

較有爭議的是同類服務供給者之認定，日本與歐盟均主張加拿大境內之汽車製造商與其他會員之汽車製造商為同類服務供給者。加拿大則抗辯境內並無本國汽車批發服務供給者，全部是其他會員之服務供給者，日本提到唯一一家加拿大公司—Intermeccanica 公司，該公司如同歐盟所知，該公司並未進口汽車加以轉售或分銷，非汽車批發服務之服務供給者，僅是單純之汽車生產商，無須適用 GATS<sup>27</sup>。縱使認為該公司係汽車批發服務供給者，以該公司僅有 8 名員工，生產全為手工打造的名貴轎車，每年生產數量不超過 22 輛之營運規模與銷售數量而言，完全不同於其他會員批發服務供給者之經營規模與數量，Intermeccanica 公司和日本所列之國外服務供給者不屬於同類服務供給者<sup>28</sup>。至於垂直整合製造商，汽車製造商分公司雖為批發服務之服務供給者，但因隸屬於整合組織一部分，僅會在零售階段與其他服務供給者產生競爭關係，不會在批發階段與其他批發服務供給者發生競爭關係，不應將其與其他批發服務供給者認定為同類服務供給者<sup>29</sup>。

#### (四) 爭端解決小組與上訴機構見解

##### 1、爭端解決小組

爭端解決小組分析 GATS 第 2 條適用要件，僅以本案服務供給者均提供批發服務為由，認定為同類服務供給者<sup>30</sup>。雖然加拿大抗辯垂直整合製造商提供之批發服務與一般批發服務供給者不存在競爭關係，但爭端解決小組認為垂直整合製造商之生產與配銷活動使其有成為配銷服務供給者之可能性，縱使垂直整合製造商身為產品生產者，與其他批發服務供給者確實無競爭關係，不能依此排除製造商與批發商間發生潛在性競爭關係，批發商與零售商間競爭關係之事實。況且，垂直整合製造商與獨家經銷契約不會預先排除與其他批發商之潛在競爭關係，以及內部品牌對零售商之事實上競爭關係<sup>31</sup>，因此垂直整合廠商亦屬汽車批發服務之服務供給者，與其他批發服務供給者為同類服務供給者。

<sup>26</sup> *Id.*, paras. 6.1054-1055.

<sup>27</sup> *Id.*, para. 7.367.

<sup>28</sup> *Id.*, para. 7.368.

<sup>29</sup> *Id.*, para. 6.1077.

<sup>30</sup> *Id.*, para. 10.248.

<sup>31</sup> *Id.*, para. 10.254.



GATS 第 17 條部份，爭端解決小組直接駁回日本控訴 MVTO 1998 與 SRO 違反國民待遇之主張，但認為 CVA 規定僅將加拿大境內提供之服務計入 CVA 成本，直接影響模式一和模式二提供之服務<sup>32</sup>。有些維修與修繕服務的情形確如加拿大所言，無法經由模式一和模式二提供，但維修與修繕之諮詢或顧問服務等服務項目，仍可透過模式一和模式二提供，不能以服務之外國特性正當化加拿大對境外提供之服務給予較不利待遇的情形。再者，模式一和模式二在某些服務若屬技術上不可行，僅排除此部份之國民待遇義務，不表示完全排除模式一與模式二部份之國民待遇義務，技術上不可行無法成為 CVA 對境外以模式一和模式二提供之服務供給者給予不利待遇的正當化理由<sup>33</sup>。爭端解決小組似乎認為在以模式一與模式二提供服務無技術上困難的情形，模式一、模式二提供之服務與其他模式之服務係同類服務，應受相同待遇。

## 2、上訴機構

上訴機構認為 GATS 第 2 條既然要求對其他會員之服務與服務供給者應給予不低於對其他國家之服務與服務供給者之待遇，爭端解決小組應先解釋第 2 條第 1 項之內涵，其次尋找其他會員之批發服務與服務供給者在加拿大所受待遇的事實證據，最後將第 2 條第 1 項涵攝於事實<sup>34</sup>。本案之爭端解決小組既未對第 2 條第 1 項作出解釋，也未認定相關製造商與批發服務供給者在加拿大汽車市場之競爭關係的證據，甚至未檢視加拿大汽車批發服務市場之競爭結構，爭端解決小組對進口免稅待遇是否符合 GATS 第 2 條第 1 項之見解有誤，但 GATS 第 2 條之內涵仍留待將來案件予以說明<sup>35</sup>，未就第 2 條之「同類服務與服務供給者」作出任何解釋。而因當事國未質疑本案爭端解決小組關於第 17 條第 1 項之解釋結果，上訴機構無須審理免稅待遇與 CVA 是否違反 GATS 國民待遇義務，無從針對第 17 條中「同類服務與服務供給者」加以說明。

## 三、美國線上賭博案

### (一)案件事實

安提地瓜與巴布達(簡稱安提瓜)，是位於加勒比海地區的島國，國土面積 442 平方公里，人口 7.1 萬人。1960 年前，安提瓜的經濟以出口蔗糖為主，但之後蔗

<sup>32</sup> *Id.*, para. 10.293.

<sup>33</sup> *Id.*, paras. 10.300-301.

<sup>34</sup> Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R(May 31, 2000), para. 171.

<sup>35</sup> *Id.*, paras. 171,183.

糖的國際市價大幅滑落，安提瓜轉而發展旅遊業，不過因旅遊業經常受到颶風等自然災害的嚴重影響，近十年來，安提瓜致力於發展多樣型經濟，自 1990 年中期，安提瓜開始著手網路基礎建設，以遠距賭博產業作為國家經濟發展策略之一<sup>36</sup>。安提瓜核發兩類網路賭博服務執照：虛擬賭場及運動賭注，前者以網際網路提供，後者則係透過網際網路或電話下注。安提瓜透過發展基礎設施、簡化審查手續等方式吸引一批網路賭博服務公司在安提瓜註冊經營，1997 年有 20 家網路賭博公司在安提瓜經營，1999 年則有 119 家網路賭博公司在安提瓜經營，同(1999)年，安提瓜收取的年度許可證規費超過 740 萬美元，相當於該國國內生產總值的 10%<sup>37</sup>。

然而，隨著網路賭博事業的蓬勃發展，網路賭博逐漸成為方便犯罪之工具，與組織犯罪、洗錢、詐欺等犯罪行為結合在一起，許多國家因此對網路賭博抱持反對與打擊的立場。美國不論是聯邦法律或是州政府法規，皆禁止透過電話、傳真或網路等方式賭博，例如規範聯邦網路賭博案件的聯邦電話線路法(The Wire Act)、規範賭博組織利用電話進行國際或州際賭博以及網路賭博活動的旅遊法(The Travel Act)、非法賭博事業法(The Illegal Gambling Business Act)等聯邦法，還有各州相關成文法及案例法。不過美國僅禁止「遠距賭博交易」，不禁止各州政府以特許方式核發實體賭場執照<sup>38</sup>。

由於美國全面禁止跨境提供賭博服務，造成安提瓜一度繁榮的網路賭博服務產業大不如前，賭博公司的數量和就業人數皆大幅減少，政府收入也因此隨之銳減<sup>39</sup>，職是之故，安提瓜於 2003 年 3 月請求美國就影響跨境提供賭博服務的措施展開協商，但彼此無法協商達成共識，安提瓜於 2003 年 7 月申請組成爭端解決小組處理該爭議事件。爭端解決小組作出判決後，美國與安提瓜皆對爭端解決小組判決有所疑義，分別於 2005 年 1 月 7 日與 1 月 19 日提起上訴，上訴機構在 2005 年 4 月 7 日作出裁決。

## (二) 涉及爭議之措施

美國承諾表中第 10 部門(休閒、文化和體育服務)，計有 10.A「娛樂服務」、10.B「新聞代理服務」、10.C「文化服務」、10.D「其他休閒服務」，其中在「其他休閒服務」項目載明「沒有限制」，加上承諾表中沒有明確排除「賭博服務」，安提瓜認為美國已在承諾表承諾開放「賭博服務」，且未在國民待遇欄位中填寫

<sup>36</sup> 石靜霞、陳衛東，WTO 國際服務成案研究(1996-2005)，北京大學出版社，2005 年 10 月 1 版，頁 39; Panel Report, *supra* note 60, para. 3.2.

<sup>37</sup> 石靜霞、陳衛東，同上註，頁 39。

<sup>38</sup> Panel Report, *supra* note 60, paras. 3.15-17, 72; 彭心儀，前揭註 2，頁 277-278。

<sup>39</sup> 石靜霞、陳衛東，前揭註 115，頁 40。

限制規範，因此聯邦或州政府有關禁止以網際網路或電話、傳真方式賭博之規範違反 GATS 第 17 條國民待遇。但美國卻抗辯其特定承諾範圍不包括「賭博服務」，相關之禁止法規不違反國民待遇原則。由於須先確定美國承諾表之特定承諾範圍，有無對「賭博服務」為開放承諾，方能接續檢驗國民待遇之適用要件，判斷美國之相關法令是否符合 GATS 第 17 條規定，因此本案系爭措施與第 17 條「同類服務與服務供給者」相關之爭議，主要係特定承諾範圍、服務或服務供給者同類性之認定。

### (三) 當事國之主張

#### 1、特定承諾範圍之解讀

由於 GATS 第 17 條國民待遇之適用範圍僅限於會員已在特定承諾表中承諾開放之服務項目，因此適用第 17 條前須先確定系爭服務項目屬會員特定承諾範圍之內，若不屬於會員特定承諾之範圍，會員自然對此服務項目無遵守國民待遇之義務。會員承諾表中特定承諾範圍之解讀既然是適用第 17 條之前提要件，其自然亦是適用第 17 條「同類服務與服務供給者」之先決要件，本文論述當事國雙方對特定承諾範圍之解讀，藉此瞭解何種資料有成為解讀特定承諾範圍依據之可能。

安提瓜主張根據 GATS 第 20 條第 3 項<sup>40</sup>，美國承諾表屬 GATS 一部份，應適用維也納條約法公約第 31 條解釋美國承諾表內容。維也納條約法公約第 31 條規定解釋條約應以「條約文字之原意、條約上下文、條約的實踐」等角度切入，安提瓜依循維也納條約法公約第 31 條所示的三個方向，分別從承諾表文義、協定上下文與 W/120 之法律效力依序提出美國已為開放賭博服務承諾之理由。美國則抗辯其承諾表不但未承諾開放賭博服務，亦無法由承諾表上下文中推出有開放賭博服務之結果。因雙方均提到承諾表文義、GATS 上下文與 W/120 法律效力，本文亦上述三點分別述明當事國雙方見解。

(1) 承諾表文義：安提瓜認為，雖然美國將賭博服務歸為廣義的「其他娛樂服務」，依美國承諾表文義，仍可將賭博服務歸類於「娛樂服務」項目，因美國對「娛樂服務」項目未作任何限制，故可認定美國對賭博服務的開放承諾亦未附加任何限制，承諾開放賭博服務。美國援引上訴機構於「歐盟電腦設備案」見解，因為談判過程中關於關稅減讓表之分類範圍應屬所有會員之事務，GATS 承諾表與關稅減讓表均屬於開放貿易市場之談判結果，GATS 承諾表之分類標準自然亦屬於所有會員之事務，需獲得會員之共識<sup>41</sup>。美國承諾表既然未明示承諾開放賭博服務，不可硬將美國承諾表解釋為已開放賭博服務。

<sup>40</sup> GATS 第 20 條第 3 項：「特定承諾表應為本協定之附件，且視為本協定整體之一部分。」

<sup>41</sup> Panel Report, *supra* note 60, para. 3.42.

(2)GATS 上下文：安提瓜以 1993 年解釋說明第 16 段：「W/120 之項目分類皆依據 CPC 而來，並要在 CPC 或其他國際性分類標準基礎上，進一步詳述服務項目內容。」，認為該手冊雖不可視為對 GATS 規範疑義所作出之具法律效力解釋，但這僅是為呼應 WTO 第 9 條第 2 項規定，保留部長會議與總理事會之解釋權，若在談判過程中欠缺填寫承諾表之參考標準，將產生千奇百怪的承諾表內容，造成解讀彼此承諾表之困難，因此，W/120 與 1993 年解釋說明係為談判提供清楚、無模稜兩可之分類項目，達到承諾表最大明確性設立的統一標準，因此 W/120 與 1993 解釋說明顯然係 GATS 承諾表非常重要的相關文件，屬於 GATS 條文之上下文，可用以解讀會員承諾表之特定承諾範圍<sup>42</sup>。

(3)W/120 之法律效力：關於 W/120 之法律位階，安提瓜認為可從 WTO 條文、爭端解決小組與上訴機構報告、及美國行政機關文件等三方面切入。a、WTO 條文：DSU 第 22 條對未履行 DSB 決議所為之報復措施，規定應以 W/120 判別相關服務之服務項目，乃 WTO 明確賦予 W/120 法律上地位之證據<sup>43</sup>。b、爭端解決小組與上訴機構立場：「歐盟香蕉案 III」、「加拿大汽車產業案」之爭端解決小組與上訴機構均以 CPC 認定美國的香蕉供應商與相關貿易活動是否為批發服務範圍；會員在「加拿大汽車產業案」亦以 1993 年解釋說明與 2001 年修正文件作為解釋會員承諾表之依據。由此可見，爭端解決小組與上訴機構已將 1993 年解釋說明、W/120 及 CPC 作為解釋 GATS 與承諾表之工具<sup>44</sup>。c、美國行政機關文件：美國國際貿易理事會於 1997 年曾於美國承諾表相關文件中表示，美國特定承諾並未明確依據 CPC，但與 GATT 秘書處分類清單架構密切結合<sup>45</sup>。以上資料足以顯示美國承認是以 W/120 作為填寫承諾表之基礎，W/120 可作為解釋美國承諾表範圍之依據。

美國認為 W/120 不屬於與 GATS 相關之協定或條約，W/120 只是 GATS 談判歷史之一部分，充其量僅算是維也納條約法公約第 32 條之「補充資料」，WTO 秘書處雖鼓勵會員使用 W/120 作為承諾表填寫依據，但該文件對會員無任何拘束力，會員可自行決定是否依照 W/120 與 CPC 之分類標準。是以，雖然大部分會員採用 W/120，不代表會員受 W/120 或 CPC 分類標準拘束，或是受特定分類術語拘束，W/120 不可用來解釋美國承諾表<sup>46</sup>。

此外，爭端解決小組在「歐盟香蕉案 III」中區別「依 CPC 填寫之承諾」和「非依 CPC 填寫之承諾」兩種類型的特定承諾，若是依 CPC 填寫之承諾，承諾內容應以 CPC 就該服務項目描述之貿易活動界定承諾範圍，但對於非依 CPC 填

<sup>42</sup> *Id.*, para. 3.36.

<sup>43</sup> *Id.*, para. 3.37.

<sup>44</sup> *Id.*, para. 3.38.

<sup>45</sup> *Id.*.

<sup>46</sup> *Id.*, para. 3.41.

寫之承諾類型，爭端解決小組卻未有所表示。基於承諾表亦屬 GATS 協定部份，該類承諾應如 GATS 一般，依照條約解釋慣例確定特定承諾範圍<sup>47</sup>。因此，美國承諾表既然未參照 CPC 分類標準，屬於「非依 CPC 為填寫的承諾」，不應以 CPC 解釋其承諾表範圍。再者，縱然以 CPC 解釋美國承諾表，亦無法得出美國承諾表包含賭博服務。觀察其他會員限制開放賭博服務之填寫方式，有些會員將此限制填寫在 10.D 子項目之「娛樂服務」；有些會員則填寫在 10.A 子項目之「休閒服務」；還有會員將限制填寫於 10.E 子項目的「其他服務」，由此可知，賭博服務在第 10 部門之填寫位置並不一致。美國若要開放賭博服務，應該會填寫於 10.E 之「其他服務」，但事實上美國承諾表中未如此填寫，表示美國未承諾開放賭博服務<sup>48</sup>。

## 2、同類服務與同類服務供給者之認定

安提瓜認為適用國民待遇前雖然先需辨別相關服務與服務供給者是否為同類服務與服務供給者，不過「同類性」概念在服務貿易之重要性不高，因為服務本身具不可識別性，加上進入美國市場之賭博服務與服務供給者沒有客觀標準可供識別<sup>49</sup>，主張本案無須判斷服務、服務供給者之同類性。此外，若不同提供模式即可讓會員以「不具同類性」之理由豁免國民待遇義務，將嚴重影響 GATS 效力，造成完全開放承諾毫無意義可言，與條約有效解釋原則相違背，建議爭端解決小組對本案之「同類服務與服務供給者」要件以「訴訟經濟」處理<sup>50</sup>。

美國反駁安提瓜主張「同類性」判斷在服務貿易中不重要的見解，認為服務，仍有可能識別出是否屬於同類服務，服務供給者亦復如此，判斷「同類性」與服務具不可識別性，或同類性要件不重要之論點無關，本案仍需判別相關服務與服務供給者是否屬「同類服務與服務供給者」，分別從消費者喜好、物理特徵、服務造成之風險、以及 CPC 等方面，提出認定安提瓜服務供給者提供之線上賭博服務，與美國境內實體賭博服務不具同類性之理由。

(1)不同之消費者喜好：網路賭博和實體賭博設備上之不同，帶給消費者之感官刺激亦不相同，進而會影響消費者喜好之改變。美國賭場裡有明星表演、百老匯式音樂劇、鬧劇表演及各式各樣的休閒活動，另有美酒佳餚和舒適的設施，種種設備與表演皆是實體賭博給予消費者在視覺或聽覺方面的享受，乃網路賭博不及之處<sup>51</sup>，因此實體賭博服務與網路賭博服務非同類服務。

(2)相異之物理特徵：安提瓜賭博服務供給者提供的隨機選樣遊戲，是透過網際網路呈現，非以實體世界方法提供，基於提供方式的不同，線上賭博與實體

<sup>47</sup> *Id.*, paras. 3.43-44.

<sup>48</sup> *Id.*, para. 3.45.

<sup>49</sup> *Id.*, para. 3.149.

<sup>50</sup> *Id.*, para. 3.150.

<sup>51</sup> *Id.*, para. 3.155.

賭博自然不屬同類服務<sup>52</sup>。

(3)賭博服務造成之風險：美國法規對境內實體賭博服務之提供和設立雖加以嚴格控管，卻無法阻止青少年接觸線上賭博，為保護青少年不受賭博惡習之影響，才會訂定禁止提供線上賭博服務之法規，依據「歐盟石綿案」上訴機構認為「同類產品」判斷應考量伴隨產品健康風險證據之見解，以網路或其他遠距方式提供的線上賭博，不但造成青少年賭博、病態賭博行為、洗錢、詐欺、組織犯罪等風險程度明顯升高，亦提高公權力執行危險程度<sup>53</sup>，和實體賭博相比，線上賭博的風險程度顯然高於實體賭博，考量遠距賭博服務和實體服務不同之風險程度，兩者賭博服務不具同類性。

(4)CPC pvo.與現今國際貿易現狀不符：有關服務項目分類之國際性分類標準，最近皆將遠距提供之賭博服務與其他方式之賭博服務區隔開來，劃分為不同服務項目。雖然安提瓜主張 W/120 和 CPC pro.係將各種賭博服務列為同一服務項目，但回溯 GATS 談判之時空背景，當時網際網路不如現今發達，線上賭博尚未蓬勃發展，CPC pro.未如後來更新版本區別實體賭博與網路賭博服務並不令人意外，不應將舊時代的 CPC pro.套用至現今服務貿易環境，據以解讀會員特定承諾範圍。因此，鑒於 W/120 和 CPC pro.分類項目之年代久遠，未反映當今服務內容，不適宜作為分析本案爭議服務「同類性」的依據<sup>54</sup>。

服務供給者同類性認定部分，美國認為安提瓜既未解釋何以該國服務供給者與美國提供賽馬賭博服務或以其他型態提供賭博服務之服務供給者可認定為同類服務供給者，且安提瓜忽略 BET、WAGER 和其他賭博服務外觀上之差異，因為安提瓜提供之證據，事實上已顯示運動賭博和按注分彩法(pari-mutuel)賭博為不同的賭博方式，提供運動賭博與按注分彩法賭博之服務供給者應基於提供服務內容之不同，而認定為不同類服務供給者<sup>55</sup>。其次，美國境內之實體賭博服務，大多係由州立所有之樂透提供者(state-owned lotteries)提供有關按注分彩賭博等服務，和安提瓜賭博服務供給者之經營權型態有所不同<sup>56</sup>，美國之服務供給者和安提瓜服務供給者不屬於同類服務供給者。

#### (四)爭端解決小組與上訴機構見解

##### 1、特定承諾有無包含賭博服務

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.*, paras. 3.156, 173.

<sup>54</sup> *Id.*, para. 3.196.

<sup>55</sup> *Id.*, para. 3.154.

<sup>56</sup> *Id.*, para. 3.170.

對當事國爭執美國有無開放賭博服務之疑義，爭端解決小組首先引用上訴機構於「歐盟電腦設備案」的見解，會員關稅減讓表係 GATT 一部份，會員在減讓表中提出之減讓承諾亦屬於協定內容，同理，會員的 GATS 承諾表亦屬 GATS 協定內容，應依維也納條約法公約第 31、32、33 條解釋會員承諾表內容<sup>57</sup>。關於賭博服務之定義，參考字典詞義之結果，發覺字典對運動之定義不包含賭博，美國承諾表雖明文排除運動，但不代表亦排除賭博服務，不可因美國承諾表沒有明文包含賭博服務，就推定賭博服務不在美國特定承諾範圍之內，需綜觀美國承諾表中與運動有關服務項目之記載，方能確定美國有無承諾賭博服務<sup>58</sup>。

不過解讀美國承諾表內容前，需先決定 W/120 和 1993 年解釋說明究竟屬於維也納條約法公約第 31 條之「協定上下文」，或是第 32 條之「GATS 準備工作或 GATS 結論之一部份」<sup>59</sup>。1993 年解釋說明指出該文件是為讓會員承諾表內容能夠明確、清楚，會員若未參照 1993 年解釋說明填寫承諾表，將使承諾表因缺少統一標準使內容複雜難解，甚至導致其他會員無法知悉特定承諾範圍，因此，W/120 與 1993 年解釋說明與 GATS 協定息息相關，有助於概念之釐清或界定適用協定之限制。雖然 W/120 與 1993 年解釋說明技術上係由秘書處起草，可是這兩份文件係秘書處在烏拉圭談判回合依會員指示所擬，會員算是這兩份文件之「作者」。況且，會員若對這兩份文件內容有所質疑，於正式或非正式談判場合皆有機會修改文件內容，但會員卻未要求修正此兩份文件內容，可算是已獲得會員同意的正式文件。是以，該兩份文件既然與 GATS 有關，許多會員又係參考 W/120 填寫特定承諾，W/120 和 1993 年解釋說明係屬於維也納條約法公約第 31 條之「上下文」，不僅係特定承諾談判之相關文件，更可用以解釋會員特定承諾範圍<sup>60</sup>。

雖然事實上未顯示美國承諾表係參考 CPC 填寫，但爭端解決小組認為，縱使 CPC 無法拘束美國承諾表，爭端解決小組仍舊可依條約解釋慣例，以 W/120 和 1993 年解釋說明作為解釋美國承諾表之工具，找出美國承諾表第 10 項子項目之承諾範圍<sup>61</sup>。除 W/120 和 1993 年解釋說明，爭端解決小組亦發現美國承諾表特定承諾之架構與 W/120 非常相近，加上美國承諾表草稿之封面說明、美國自我實踐—USITS 文件等輔助資料，判定美國承諾表包含開放賭博服務之特定承諾。

本案上訴機構認為爭端解決小組在解釋美國承諾表「運動服務」範圍，參考字典定義「運動」的方法過於僵化，而且爭端解決小組未說明何以依賴字典定義

<sup>57</sup> *Id.*, para. 6.45.

<sup>58</sup> *Id.*, para. 6.41.

<sup>59</sup> *Id.*, para. 6.47.

<sup>60</sup> *Id.*, paras. 6.78, 80-82.

<sup>61</sup> *Id.*, para. 6.90.

作為探尋協定文字原義之工具，畢竟字典僅是「運動」定義的來源之一。雖然爭端解決小組有參照美國承諾表法文與西班牙文版本，比較版本間內容之差異，卻忽略承諾表封面上明示以英文版為準<sup>62</sup>，爭端解決小組於承諾表文義解釋部份的理由不夠充份。

至於 W/120 和 1993 年解釋說明之法律定位，上訴機構不贊成爭端解決小組將這兩份文件視為協定「上下文」，因為無證據顯示這二份文件亦屬會 GATS 協定內容，W/120 明示該文件只是鼓勵會員參照 CPC 之分類架構，未表示會員須受 CPC 或特定分類標準之拘束，1993 年解釋說明也表示該文件僅是協助會員填寫承諾表，並非 GATS 具法效性之有權解釋，爭端解決小組因此認為 W/120 和 1993 年解釋說明於 GATS 談判過程已被會員接受成為協定內容之見解有誤<sup>63</sup>。其次，依照「日本酒類案 II」與「智利價格制度案」對「會員實踐」的解釋，「會員實踐」必須建立在有共同一致的行為或聲明，這些行為或聲明隱含會員對相關協定解釋之共識，檢視 W/120 與 1993 年解釋說明，這二份文件雖然與美國承諾表實踐有關，但尚未建立全體會員一致性或有共識的行為與聲明，無法成為 GATS 之會員實踐，W/120 與 1993 年解釋說明亦非維也納條約法公約第 31 條之「會員實踐(practice)」<sup>64</sup>。

雖然 W/120 和 1993 年解釋說明不屬於維也納條約法公約第 31 條之協定上下文或實踐，但上訴機構認為這二份文件以及美國承諾表草稿封面說明，可視為維也納條約法公約第 32 條之解釋補充法源。「運動和其他娛樂服務」在 CPC 964 下分為 CPC 9641—「運動服務」與 CPC 9649—「其他娛樂服務」兩個子項目，其中賭博服務位於「其他娛樂服務」下 CPC 96492 子項目，由此可知運動服務(CPC 9641)未包含賭博服務。美國承諾表中記載開放其他娛樂服務(排除運動服務)之特定承諾，應解讀為承諾開放「運動和其他娛樂服務」，排除開放運動服務，但因賭博服務屬「其他娛樂服務」下子項目，美國既然沒有於「其他娛樂服務」項目中明文排除賭博服務，即表示開放賭博服務項目<sup>65</sup>。

## 2、「同類服務與服務供給者」之認定

安提瓜主張美國違反 GATS 第 17 條第 1 項義務，請求爭端解決小組審理該主張，然而安提瓜附帶聲明，若爭端解決小組認定美國違反 GATS 第 16 條義務，則無需再檢視系爭規定有無違反第 17 條。因此，爭端解決小組除發現美國措施大多有違反第 16 條規定，亦以訴訟經濟之理由認為無需檢視美國有無違反第 17

<sup>62</sup> Appellate Body Report, *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R(April 7, 2005), para. 166.

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> *Id.*, paras. 192-194.

<sup>65</sup> *Id.*, paras. 200-201, 208.



條國民待遇義務<sup>66</sup>，安提瓜之控訴僅限於 GATS 第 16 條部份。

由於上訴機構僅審理當事國對爭端解決小組報告中質疑之法律爭議，既然本案爭端解決小組以「訴訟經濟」為由拒絕審理 GATS 第 17 條相關爭議，當事國既無從就爭端解決小組判決上訴，上訴機構更無法自行審理國民待遇適用問題。因此，爭端解決小組與上訴機構均未對國民待遇之「同類服務與服務供給者」要件表示見解。

## 第二節 分析爭端解決小組與上訴機構之見解

為能更清楚地看出 GATS 自 1995 年成立至今，爭端解決小組與上訴機構在特定承諾範圍之解讀、同類性判斷等議題上之思考脈絡以及見解之轉變，本節析述以上各案爭端解決小組與上訴機構於各議題之見解，以便掌握爭端解決小組與上訴機構所持之立場，為將來案件提供一盞明燈。

### 一、以 W/120 或 CPC 為解讀特定承諾範圍之依據

GATS 第 17 條為 GATS 第三章之特定義務，僅適用於會員已承諾開放之服務項目，因此適用第 17 條時，須先確定爭議服務種類屬會員已承諾表中承諾開放之項目，方能適用國民待遇規定，才能於個案中判定系爭服務項目是否符合同類服務或同類服務供給者。

「歐盟香蕉案 III」之爭端解決小組以 EC 的批發服務項目載明 CPC 編碼為由，認為應以 CPC 分類標準解釋 EC 批發服務特定承諾範圍。上訴機構除贊同爭端解決小組以 CPC 作為承諾表解釋依據之見解，亦以 CPC 描述之批發服務內容界定本案外國服務供給者是否提供批發服務。

爭端解決小組分析「加拿大汽車產業案」之加拿大特定承諾範圍，直接以 CPC 分類標準審視加拿大是否有承諾開放汽車批發服務，但未說明 CPC 是以何種法律地位成為承諾表的解讀依據，且因當事國未質疑爭端解決小組就第 17 條適用之裁決，因此無法得知上訴機構是否贊同爭端解決小組見解。

至於最近發展的「美國賭博案」，爭端解決小組認為 1993 年解釋說明與 W/120 可視為存在會員共識之文件，屬維也納條約法公約第 31 條之「上下文」，因此美國雖未明示依 W/120 填寫承諾表，仍可以 1993 年解釋說明、W/120 與相對應之 CPC 解釋美國特定承諾範圍，抱持與之前案件一樣的看法。但上訴機構卻一改

<sup>66</sup> Panel Report, *supra* note 60, paras. 6.424-426.

以往見解，不贊同爭端解決小組將 1993 年解釋說明與 W/120 定位為「協定上下文」，或是 WTO 會員之 GATS 實踐，認為此二份文件僅是維也納條約法公約第 32 條所稱之「補充法源」，不可直接以 W/120 解讀美國承諾表，唯有在會員承諾表範圍混沌不明的情形，才可以 W/120 與相對應之 CPC 作為輔助工具。

爭端解決小組與上訴機構從最早僅以會員特定承諾記載 CPC 編碼，即以 CPC 解讀特定承諾範圍，未表明 CPC 法律地位，至最近「美國賭博案」先分析 W/120 與 CPC 法律地位以決定需適用維也納條約法公約第 31 條或第 32 條，其次才依 W/120 或 CPC 認定會員特定承諾範圍，可知爭端解決小組與上訴機構的論理過程越來越細緻。但在「美國賭博案」之後還未產生新的 GATS 案件，無法確定爭端解決小組或上訴機構在其他案件是否依然支持將 W/120 與 CPC 認定為只具「補充法源地位」之見解，仍需持續觀察未來案件之發展。

## 二、僅以 CPC 認定同類服務與同類服務供給者

「歐盟香蕉案 III」之爭端解決小組認為只要服務供給者提供之服務均屬於 CPC 某大項的子項目，即可認定為同類服務；凡是提供同類服務之機構即屬同類服務供給者。由於上訴機構以爭端解決小組認定之事實為基礎，既未反駁爭端解決小組之認定方法，也未提出認定服務與服務供給者同類性的方法。

爭端解決小組在「加拿大汽車工業案」解析第 2 條，認定服務供給者同類性之方法與「歐盟香蕉案 III」相同，基於本案服務供給者提供相同服務，即認定服務供給者為同類服務供給者。上訴機構雖反駁爭端解決小組對第 2 條之裁決，卻未進一步提出第 2 條要件之內涵，無從探究上訴機構對同類性認定之見解。在第 17 條適用上，爭端解決小組雖未明示同類服務供給者之認定方法，但從認定加拿大措施對批發服務模式三與模式四之服務供給者造成歧視待遇的判決結果，似可推知爭端解決小組認為不論以何種模式提供批發服務之服務供給者，因為服務內容皆為同類服務項目，可因此認定為同類服務供給者。

觀察「歐盟香蕉案 III」至「加拿大汽車工業案」之爭端解決小組與上訴機構見解，爭端解決小組或上訴機構一直援用「歐盟香蕉案 III」之認定方法——提供同類服務之服務供給者為同類服務供給者，既未進一步詳細論述服務供給者之同類性是否會受其他因素之影響，亦未分析同類服務之認定方法，加上「美國賭博案」之爭端解決小組以訴訟經濟之理由拒絕審查美國有無違反第 17 條義務，在爭端解決小組與上訴機構未於新案件中提出服務與服務供給者同類性認定方法前，無法得知目前爭端解決小組與上訴機構是否依然以「歐盟香蕉案 III」之認定方法為依歸。

### 第三節 爭端解決小組與上訴機構見解之不足

整理出 GATS 個案中爭端解決小組與上訴機構關於各議題之見解，以下剖析爭端解決小組與上訴機構見解之不足之處，期待爭端解決小組與上訴機構於將來案件能進一步說明此些適用之闕漏。

#### 一、過度依賴 W/120 或 CPC 解讀特定承諾範圍

自「歐盟香蕉案 III」以來，爭端解決小組與上訴機構雖區別「依 W/120 或 CPC 填寫」與「未依 W/120 或 CPC 填寫」兩種特定承諾類型，卻僅說明應如何解釋「依 W/120 或 CPC 填寫」類型特定承諾的範圍，未進一步說明對「未依照 CPC 填寫之特定承諾」類型，是否仍可以 W/120 或 CPC 界定特定承諾範圍。

「美國賭博案」之美國雖表示未依 W/120 或 CPC 填寫承諾表，上訴機構卻以美國承諾表之填寫架構、用語和 W/120 相似為由，認定美國承諾表亦屬「依 W/120 或 CPC 填寫」類型，可以 W/120 及相對應之 CPC 作為認定依據。爭端解決小組與上訴機構之判決固然說明會員不得恣意解釋特定承諾範圍，但會員承諾表事關會員國內經濟結構與產業發展，會員是考量國內經濟狀況及產業應變能力才決定開放之幅度。1993 年解釋說明與「特定承諾表指導手冊」亦明示會員只要清楚描述特定服務項目內容，可自行以國內服務分類標準填寫特定承諾<sup>67</sup>，自然無可避免會出現會員承諾表服務項目與 W/120 或 CPC 分類標準有所出入之情形。由特定承諾表之功能秘書處相關文件之說明，解讀會員特定承諾範圍，宜尊重會員承諾表文義。

如今爭端解決小組與上訴機構只以會員承諾表架構與 W/120 或 CPC 相似之理由，即以 W/120 與 CPC 解讀會員承諾表，無視於會員表明承諾表未依 W/120 或 CPC 填寫，如此專斷獨行的做法可能有侵害會員權利之虞。因此，爭端解決小組與上訴機構似乎可再強化以 W/120 或 CPC 解讀會員承諾表之論理過程，畢竟 GATS 第 29 條明白規定會員承諾表為協定部份之一，若爭端解決小組與上訴機構判決造成會員特定承諾範圍有所變動，可能有違反 DSU 第 19 條第 2 項，要求爭端解決小組與上訴機構判決不能增加或減少協定規定會員之權利義務之虞。

<sup>67</sup> Trade in Services, *supra* note 46, para. 24.

## 二、服務與服務供給者同類性之認定方法過於簡陋

爭端解決小組與上訴機構一直依照「歐盟香蕉案 III」建立的認定方法，以 CPC 直接作為認定同類服務的標準，未進一步詳細討論服務「同類性」是否應考量其他因素，認定方法似乎過於簡化。縱然 CPC 可作為認定之客觀依據，仍會出現會員對 CPC 定義各說各話之情形，如此一來，要如何確定哪一方見解為 CPC 真意仍會產生爭議，但爭端解決小組與上訴機構於解釋 CPC 項目內容，卻未明確說明如何確定 CPC 項目包含之經濟活動。

爭端解決小組與上訴機構自「歐盟香蕉案 III」開始，僅以服務供給者提供同類服務為由，據以認定服務供給者間具有同類性。有學者認為爭端解決小組與上訴機構見解擴大服務供給者範圍，僅以服務之特性認定服務供給者屬性，未考量其他與服務供給者有關之因素，如公司規模、聘僱員工人數、公司成員之技術水準、資產類型、技術設備以及所屬企業領域等條件，將導致無論係事實或潛在之服務供給者，只要提供服務內容具同類性，均可視為同類服務供給者而受到不歧視原則保護，如此解釋結果可能會與現實市場環境不符，僅以服務特徵判斷服務供給者之同類性並非十分妥適的見解<sup>68</sup>。

因此，爭端解決小組與上訴機構認定同類服務供給者之方法不但脫離企業現實環境，也衍生出所有案件是否皆可適用「提供同類服務之服務供給者具有同類性」之認定方法，能否因此推論同類服務供給者一定提供同類服務，甚至如何解決先天(priori)不同服務供給者提供同類服務情形之同類性認定等諸多疑義<sup>69</sup>，是以，爭端解決小組與上訴機構可能需於未來案件重新思考同類服務供給者的認定方法。

值得一提的是，目前有關同類服務爭議的 GATS 案件，均涉及如批發服務、零售服務或賭博服務等無關乎服務供給者專業資格要求之服務項目，但其他如法律服務、醫療服務、教育服務等專業服務項目，為確保消費者之權益，會員通常會對服務供給者之專業資格設有特別條件，不過服務供給者所受的專業訓練及專業程度，不同區域往往會有不同要求<sup>70</sup>，導致此類服務之同類性認定，產生服務供給者是否因專業服務訓練方法的不同而影響認定方法的疑義。因為過去案例尚未接觸對此類服務為歧視性待遇的爭議，爭端解決小組與上訴機構對該類服務之

<sup>68</sup> Werner Zdouc, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS*, 2 *Journal of International Economic Law* 295-317(1999), at 332; William Davey & Joost Pauwelyn, *supra* note 10, at 32; Mireille Cossy, *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, Staff Working Paper ERSD-2006-08(2006), at 7.

<sup>69</sup> Mireille Cossy, *id.*, at 7.

<sup>70</sup> Aaditya Mattoo, in *REGULATORY BARRIERS AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN WORLD TRADE LAW* 52-99, at 55(Thomas Cottier & Petros C. Mavroidis eds., 2000).

同類性認定方法是否仍以「歐盟香蕉案 III」見解為依歸，有待將來相關案例加以釐清。

### 三、「同類服務與服務供給者」之適用範圍不明確

GATS 不歧視原則與 GATT 第 1 條第 1 項與第 3 條面臨相似之適用問題，亦即「同類服務」與「同類服務供給者」要件於不同條文下之適用範圍有無不同。爭端解決小組與上訴機構於 GATT 案件已有共識將第 3 條第 2 項前段與第 4 項的「同類產品」解釋為具不同適用範圍，但 GATT 第 3 條第 2 項與第 4 項畢竟均屬國民待遇規定，同一條文下要件之適用範圍見解可否類推適用於最惠國待遇與國民待遇，此種不同條文下「同類產品」適用範圍之疑義，爭端解決小組與上訴機構尚未提供解答。因此，GATS 能否借鏡 GATT 第 3 條之經驗，推論 GATS 第 2 條與第 17 條「同類服務」與「同類服務供給者」亦具不同之適用範圍，仍有待爭端解決小組與上訴機構於未來案件中處理之。

## 第四節 中國與美國視聽服務之法律上爭議

自 1995 年 GATS 成立至今，除 2004 年「美國線上賭博案」為純粹涉及 GATS 法律上爭議之爭端案件，去年(2007 年)美國主張中國視聽服務補貼措施違反 GATS 規範，與中國正進行協商交涉階段，還未進入成立爭端解決小組之事件，可能係繼「美國線上賭博案」後另一涉及 GATS 規範之案件，而且觀察目前有關「中國視聽服務」事件之相關資料，可發現此爭端案件大部分牽涉 GATS「同類服務與服務供給者」認定之疑義，將來若經爭端解決機構同意成立爭端解決小組，此爭端解決報告勢必具適用「同類服務與服務供給者」之指標性意義。為探求目前會員對適用 GATS「同類服務與服務供給者」之見解，本文在此亦論述此爭議案件中雙方當事國相關資料。

### 一、案件事實

2007 年 4 月時，美國向爭端解決機構請求就中國有關戲劇播放、家庭視聽產品、錄音帶和如雜誌、書籍、電子書等產品或服務之貿易限制措施，與中國展開 DSU 規定之協商程序<sup>71</sup>。美國於 10 月向爭端解決機構請求成立爭端解決小

<sup>71</sup> See WTO, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products: Request for Consultations by the United States*, WT/DS363/1, G/L/820, S/L/287(April 16, 2007).

組，解決與中國之貿易糾紛，看來中國與美國雙方無法達成解決此糾紛之共識<sup>72</sup>。

## 二、涉及爭議之措施

美國與中國之視聽產品爭端，主要涉及視聽產品之進口貿易措施與配銷視聽服務之貿易限制措施，其中與 GATS 有關的國內措施係規範書籍、雜誌期刊、電子出版品、家庭視聽娛樂產品與錄音產品(sound recordings)配銷服務之法規命令，例如出版品之行政法規、視聽產品之行政法規、指導國外投資規定、國外投資產業方針之分類、電子出版物之行政法規、進口產品認證之行政法規、網路文化行政部門暫行規範、發展與規範網路音樂之行政命令等措施，總計有 14 項國內措施<sup>73</sup>。

## 三、美國主張

美國認為中國規範出版品、家庭視聽娛樂產品與錄音產品之配銷服務之國內措施違反 GATS 第 17 條國民待遇義務，與在承諾表承諾開放之配銷服務內容有別。

### 1、書籍、雜誌期刊與電子出版等出版品部分

中國於承諾表 4A-4E 部分之市場開放與國民待遇欄位，承諾其他會員之國外關於出版品配銷服務供給者可藉由商業據點提供服務，不過中國相關措施卻規定，若未符合措施中規定之主要業務為提供配銷或零售服務之國外服務供給者，不得於中國境內提供此類出版品之配銷服務；不符合措施中規定之服務供給者，亦不得從事電子出版品之配銷服務。此外，中國相關措施亦限制國外服務供給者成立之資本與營運條款，例如服務供給者之組織型態、服務提供內容或出版品來源，此些限制並未載明於中國承諾表之國民待遇欄位。因此，中國系爭措施明顯地違反 GATS 第 17 條國民待遇義務，對國外服務供給者給予歧視待遇<sup>74</sup>。

### 2、家庭視聽娛樂產品部份

中國承諾表 2D 部分承諾，開放國外服務供給者提供例如錄影帶和 DVD 等家庭視聽娛樂產品之配銷服務。然而中國國內相關措施卻限制僅有符合措施規定之主要業務係配銷或零售之服務供給者方能利用商業據點方式提供服務；對國外服務供給者之經營組織亦規定須由中國國民擁有控制權，或中國國民擁有支配

<sup>72</sup> See WTO, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products: Request for the Establishment of a Panel by the United States*, WT/DS363/5(October 11, 2007).

<sup>73</sup> *Id.*, pp. 3-6.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 5.

權，抑或是限制國外資本之比例。以上規定明顯逾越中國於承諾表載明之限制範圍，對國外服務供給者給予不利待遇<sup>75</sup>。

### 3、錄音產品部份

中國於承諾表 2D 部分承諾，開放其他會員提供錄音產品配銷服務之服務供給者，透過跨境服務與商業據點方式提供服務。不過中國相關國內措施卻限制國外服務供給者利用電子傳送方式提供錄音產品，或是對國外服務供給者以電子傳送方式提供錄音產品者給予歧視待遇。

舉例而言，「網路文化行政部門暫行規範」將「網路文化活動(internet culture activities)」定義為包含利用網路從事配銷或零售網路文化產品(internet culture products)之行為，進一步定義「網路文化產品」為包含數種網路視聽產品，例如特定以網路交易方式之視聽產品，或是視聽產品雖係物理實體方式存在，但可利用電子方式交易者亦屬之，因此，「網路文化產品」範圍包含電子錄音產品以及以電子配銷方式交易之網路文化活動。當國外服務供給者欲提供網路文化產品配銷服務，中國相關措施不但要求服務供給者須取得核可執照，對國外服務供給者進口之音樂，在以電子配銷方式交易前亦須先加以事前審查，很明顯地，對國外服務供給者給予低於中國國民出資成立之同類錄音產品配銷服務供給者獲得之待遇，違反 GATS 第 17 條義務<sup>76</sup>。

## 四、小結

目前「中國影響部分出版品與視聽娛樂產品貿易權與配銷服務之國內措施爭端」，只有美國提出控告中國違反 GATS 第 16 條與第 17 條之主張，尚無從得知中國反駁美國主張之見解。有學者認為中國可能如同「美國線上賭博案」之美國主張，利用 GATS 第 14 條例外規定正當化系爭措施之歧視待遇<sup>77</sup>。本文認為美國主張中國系爭措施違反 GATS 規範大部分集中於 GATS 第 17 條之爭議，因 GATS 第 17 條乃特定承諾義務，須先確定中國已於承諾表中，承諾開放有關出版品與視聽娛樂產品配銷服務項目之模式一與模式三市場。確定中國已承諾開放相關產品之配銷服務後，進一步檢視受不利待遇之國外服務供給者與中國國內服務供給者屬「同類服務供給者」，由於美國認為中國系爭措施規定須符合主要業

<sup>75</sup> *Id.*, pp. 5-6.

<sup>76</sup> *Id.*, pp. 6-7.

<sup>77</sup> Henry Gao, *The Mighty Pen, the Almighty Dollar, and the Holy Hammer and Sickle: An Examination of the Conflict between Trade Liberalization and Domestic Culture Policy with Special Regard to the Recent Dispute between the United States and China on Restrictions on Certain Cultural Products*, 2 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 313-343 (2007), at 323-332..

務為配銷服務與零售服務之服務供給者，才能於中國境內以商業據點方式提供服務，此時，美國需舉證證明不符合規範之國外服務供給者，與主要業務為配銷服務與零售服務之服務供給者為同類服務供給者，方能支持中國系爭措施僅以服務供給者之來源為差別待遇，違反國民待遇「不低於待遇」要件之見解。對限制錄音產品進口之措施，美國亦需舉證證明利用模式一提供錄音產品配銷服務之國外服務供給者，與中國國內以電子傳送方式交易錄音產品之服務供給者為同類服務供給者，方能證明中國政府僅以錄音產品來源地之不同而為差別待遇。

是以，若美國能成功地舉證證明本案提供部分出版品與視聽娛樂產品之配銷服務供給者與中國國內服務供給者符合「同類服務供給者」，欲進一步主張中國系爭措施違反 GATS 第 17 條「不低於待遇」要件之機率將更為容易。況且，因本案之控告方—美國已明確主張中國系爭措施違反 GATS 第 17 條，將來爭端解決小組難以用訴訟經濟為由，拒絕審理 GATS 第 17 條相關法律爭議，爭端解決小組或上訴機構勢必會於本案中表達適用 GATS 第 17 條「同類服務供給者」之相關見解，使本案值得持續加以關注，以瞭解爭端解決小組或上訴機構對 GATS 第 17 條「同類服務與服務供給者」最新之看法。

