

第一章 服務貿易總說

第一節 服務貿易之特性及服務貿易規範制定之背景

本書前一篇係討論有形貨品之貿易。然在跨國界之商業交易中，除有形貨品之貿易外，尚有許多係無形商品之交易。無形商品，除屬於智慧財產權之範圍者外，係以「服務」（有稱「勞務」者，但由於勞務在文義上較偏向體力之勞動，而與現代之服務主要係指技術或知識之提供或藉由技術或知識始能提供者，故仍以「服務」稱之較為適切）為其範圍。而服務與傳統上之有形貨品，在特性上有相當之差異；以至於在對服務之跨國界交易設定規範時，必須有不同之規範方式。

服務在交易上，與貨品不同之處，主要在於「服務」原則上較不具有可儲存性（non-storability），且服務經常涉及「服務之使用者」與「服務之生產者」相互間之緊密互動（user-producer interactive）。就服務之不具可儲存性而言，通常情形，服務在生產之過程中，亦同時被消費者消費。例如一銀行在提供相關之儲貸服務時，消費者亦正享受該儲貸之服務。由於通常在服務之交易過程中，生產（服務之生產與服務之銷售，在概念上亦甚難區分）與消費係同步發生，故服務在原則上並不發生儲存之問題；且在實際上，服務亦甚難儲存。蓋若無消費者接受服務，則服務即不成為服務。雖然由於科技之進步，在概念上，某些服務可以被儲存（例如電話語音查詢服務，業者可以將服務之內容錄製後加以反覆使用），但此種情形在服務交易中，應屬少數之例外。服務之不具可儲存性，與有形貨品之生產與消費可以完全加以區別，且有形貨品可以預先生產並加以儲存者，差異極大。

就服務所涉及生產者與消費者之緊密互動而言，由於服務在生產之過程中即同時被消費，故生產者（即服務提供者）必須與消費者有直接之互動關係。倘若無消費者願意消費（即接受服務），生產者原則上即無從進行服務之生產或提供。不過，此種緊密互動關係，有些情形必須生產者與消費者同在一地始能產生（例如建築房舍橋樑或觀光旅遊均屬此類）；另有一些情形則容許服務之供應者與服務之消費者在長距離之間互動（例如提供金融服務或保險服務，或提供電信服務均屬此類）。¹ 論者將消費者與服務提供者之互動關係，依照是否相互隨對

¹ Jagdish Bhagwati, *Economic Perspective on Trade in Professional Services*, 1 U. Chi. Leg. Forum 45-

方之所在而移動，以下圖表示：²

	生產因素		
		不移動	移動
消費者	不移動	跨國界貿易	在國外賺取利潤之貿易
	移動	在國內設立據點	第三國貿易據點之貿易

服務貿易之具有此等不具儲存性及消費者與生產者緊密互動關係之特性，對服務貿易規範之制定，具有相當程度之重要性（後述）。

服務貿易在以往與貨品貿易之比重，佔有較小之地位。但在近年來，不但在許多國家之國內經濟（特別係已開發國家以及若干較先進之開發中國家），在新的就業機會之創造方面，係以服務為最重要之來源，並且在其對外貿易方面，服務貿易亦佔有相當大之比重。雖然對開發中國家一般而言，服務在其國內經濟及其對外貿易方面（特別係服務之出口方面）所佔之比率較小；但在國際上，仍有整個世界貿易總值之百分之二十至二十五，係屬於服務貿易所產生。³

在一九四七年所制定之GATT中，服務貿易並未被規範。GATT條文中僅有少數之規定涉及服務貿易。例如第四條關於電影片之規定即屬之。服務貿易在以往之所以未被規範，主要理由自然係在於當時服務貿易在整個貿易活動上，僅佔有較不重要之地位；對服務貿易未設規範之另一理由為服務本身是否屬於可以作為貿易之客體，在傳統上有些質疑。不過，服務本身作為貿易客體之適格性在近年來已經無庸置疑。理由之一為：在科技進步之後，許多服務交易，並不需要服務之供應者親身向服務之需求者面對面為之；例如許多類型之銀行服務，在現代均可以透過電子資訊之交換，而達到目的。理由之二為：第二次世界大戰之後，許多國家對若干重要之服務交易均有相當之國內管制性規範或設有獨占之國營機構（特別係在電信與運輸服務方面）；但在一九七〇與一九八〇年代，許多國家均放寬其對國內服務市場之管制，其結果，一方面使許多國家之國內服務市場因而較以往競爭，另一方面亦使許多其他服務類型加入市場活動，也因此使此等國家

53 (1986); cited at John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text* 895-96 (3rd ed., 1995).

² Raymond J. Krommenacker, *Multilateral Services Negotiations: From Interest-Lateralism to Reasoned Multilateralism in the Context of the Servicization of the Economy*, in *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Problems* 465 (Ernst-Ulrich Petersmann and Meinhard Hilf ed. 1988).

³ Catl P. Sauvart, *The Tradability of Services*, in *The Uruguay Round: Services in the World Economy* 117 (Patrick A. Messerlin and Karl P. Sauvart ed., The World Bank and The United Nations Centre on Transnational Corporations, 1990).

之服務提供者在國內競爭之餘，開始重視其他國家之服務市場。理由之三為：許多在傳統上被認為係貨品生產或銷售過程之部分功能之服務（如顧客資料及其他資料之儲存、產品之設計等），亦經逐漸有其經濟上之重要性；並且由於許多廠商向外購買設計或其他服務，使得貨品之生產與交易本身亦連帶產生許多服務交易；而此等服務交易之需求或供給者，常為外國之業者，此種情形因而產生許多與貨品之生產或交易有關之服務貿易。⁴

服務本身作為國際貿易之客體，雖然有其重要性，然在實際上由於各國以往對服務之交易本身有相當大之管制，故服務貿易在此等國家亦均受有相當大之貿易上限制。論者將以往所產生之服務貿易障礙分類為下列數種：⁵

其一，直接且明白的對服務貿易之歧視性障礙（*direct and facially discriminatory barriers to trade in services*）：例如直接禁止外國業者經營廣播電視服務、直接禁止外國業者在國內設立分公司經營保險服務、直接禁止外國國民在國內執行律師或會計師業務等等均是。就此種貿易障礙而言，原則上以國民待遇以及最惠國待遇加以規範即可；但由於許多此種限制均被主張為屬於該國之文化、社會及政治重要利益之所在，故必須在規範上對此種情形設有某種例外。

其二，間接但明白的對服務貿易之歧視性障礙（*indirect but facially discriminatory barriers to trade in services*）：某些限制雖然並非針對特定服務貿易所設，但其貿易障礙之效果卻顯現在特定服務貿易之中者。例如，許多國家對外國人入境均設有相關之規範，此種限制雖然並非針對外國專業人員進入本國提供服務，亦非針對外國公司在本國設立分公司並引進其主管人員之行為，但入境限制之規定，卻容易使得外國之專業人員無法進入本國提供專業服務，且對外國公司欲在本國設立商業據點者，亦有妨礙之作用。解決之方式之一為談判國際規範，以使此種限制（如入境限制）放寬。但由於此涉及一國之基本移民等政策，故似乎較不可行。解決之另一方式為就個別之服務部門談判時，要求各國就該部門放寬此種入境等限制，以使部門性之服務貿易談判得以有其具體之結果。後者基本上為服務貿易談判所採之方式。

其三，直接但表面上中性的對服務貿易之歧視性障礙（*direct but facially neutral barriers to trade in services*）：許多國家就某些重要之產業設有國家獨占經營之機構（例如若干型態之電信服務），在該國家獨占經營之情形下，不但外國之業者無法進入該國之市場，本國之民間業者亦無法進入該市場。此在表面上言

⁴ Michael J. Trebilcock and Robert Hows, *The Regulation of International Trade* 215-16 (1995).

⁵ *Id.* at 218-21.

之，似乎係中性而無歧視之限制，但實際上，由於僅有國內之特定國營業者得以在市場上提供服務，故仍屬於歧視外國業者而違反國民待遇原則之情形。另有些國家長久以來僅允許若干民間業者獨占或寡占市場，而不許國內其他業者以及外國業者進入市場，其情形與國營事業獨占之情形相同。

其四，間接且表面上中性的對服務貿易之歧視性障礙（indirect and facially neutral barriers to trade in services）：此種貿易障礙亦係由於國內法規所引起；例如一國規定凡是欲在該國執行律師業務者，必須在該國獲得國家考試及格；此規定在表面上並無歧視外國人，但實際上由於外國人在該國應考試之能力受到限制，故將使外國人在該國無法執行律師業務。屬於此種類行之限制甚多，凡是表面上規定外國業者得以與本國業者相同之條件進入國內之服務市場，但實際上由於外國業者甚難適應該國之特殊規定（例如規定凡是在國內有若干年之建築經驗者，得承包國內之重大工程，此種規定將使外國建築業者（不論其在國外有多少年之經驗）均不易在該國承包工程）；或使外國業者縱能適應該規定，但須花費重大之成本者，均屬之。此種情形對外國業者構成進入市場之重要障礙。對此種貿易障礙之處理方式應為要求各國承認其他國家之證書或經驗，以使服務提供者可以獲得相同於進口國業者之服務提供機會。

亦有論者將服務貿易之障礙，區分為對服務供應者移動之障礙（barriers to the movement of service suppliers）、對服務接受者移動之障礙（barriers to the movement of service receivers）以及對貿易本身之障礙（barriers to trade itself）三類。就對服務供應者移動之障礙而言，例如建築服務之貿易必須附帶相關之人員進入、國外廠商在地主國設立商業據點必須附帶人員之進入、外國專業人員在進口國提供服務亦附帶有人員進入之問題；若對人員進入設有限制，必然造成服務貿易之障礙。就對服務接受者移動之障礙而言，例如限制本國人出國觀光或出國接受教育，其效果及相當於限制外國之觀光服務以及教育服務進口到國內；又例如限制本國之機器設備運往他國進行修護，亦屬於限制他國之修護服務進口到國內。就對貿易本身之障礙而言，例如限制若干建築設計以及其他契約與外國之公司訂定、限制接收由外國傳送之資訊、限制本國人購買外國之保險等等屬之。⁶此等分類有助於對服務貿易本身之性質以及其所面臨問題之瞭解。

各國之服務業者所面臨之服務貿易障礙既然十分明確，而服務貿易又在許多

⁶ Richard H. Snape, *Principles in Trade in Services*, in *The Uruguay Round: Services in the World Economy* 7 (Patrick A. Messerlin and Karl P. Sauvart ed., The World Bank and The United Nations Centre on Transnational Corporations, 1990).

國家之國內經濟以及全球貿易佔有重要之比率，故如何建立國際規範以將各國之管制納入管轄，成爲國際貿易之重要課題。在以往，區域性之協定已經將相關會員國就服務貿易所應遵守之行爲準則明確訂定。例如歐體要求各國承認服務及人員之自由流通、美加自由貿易協定以及其後之北美自由貿易協定均將服務貿易列爲專章。

烏拉圭回合談判時，已開發國家（特別係美國）堅持將服務貿易之議題納入談判主題中。當時大部分之開發中國家均表示反對將服務貿易納入談判議題。其主要之關切在於：許多製造業部門之比較利益雖然已經移轉至開發中國家，但就服務業而言（特別係金融、電信等等需要高度科學上之知識以及技術者），美國以及其他已開發國家仍佔有競爭上之絕對優勢，開發中國家擔心若開放其服務市場，則國內之服務提供者將被迫退出市場之競爭；而且已開發國家開放其服務市場，對開發中國家而言，亦屬利益有限，蓋其服務提供者甚難進入已開發國家之服務市場；再者，由於美國對服務貿易所表現之興趣不但在於一般之市場通路，而且在積極談判改變各國國內規範之態度，此使其他國家懷有疑慮自己之國內管制規範乃至於國內之基本服務提供之架構（如國營獨占等）將被迫改變。⁷ 雖然有此等疑慮，GATT各締約國經過密集之談判，逐漸將問題集中到GATT概念之結構上以及適用之範圍上是否合適將服務貿易納入其管轄之範圍、服務貿易之定義、提供服務之廠商之競爭力、以及對各個服務部門之國內規範所扮演之角色等基本問題之爭議上。在此過程中，形成四個主要集團對服務貿易談判提出其立場。美國與若干OECD國家贊成美國最初之提議，以GATT作爲服務貿易之規範基礎；歐體與若干其他OECD國家以及若干開發中國家則努力尋求妥協之方案；巴西與印度領導之十個開發中國家（十國集團，the G-10）強烈反對美國之方案；另有二十個開發中國家（二十國集團，the G-20）則預備在其可以接受之條件下，同意美國之方案。一九八六年烏拉圭回合宣言（東峽部長宣言）中所同意展開之服務貿易談判，基本上爲此四個集團妥協之結果。⁸

烏拉圭回合宣言第二部分就服務貿易之談判目標訂爲：「在此領域之談判目標應在於爲服務貿易建立多邊架構之原則與規範（包括尋求就個別產業部門制定個別準則之可能性），以在透明且漸進式自由化之條件下，擴張貿易，並以之作爲所有貿易伙伴之經濟成長以及開發中國家發展之方法。此種架構應尊重各國適

⁷ *Id.* at 225-26.

⁸ Mario Marconini, *The Uruguay Round Negotiation on Services: An Overview*, in *The Uruguay Round: Services in the World Economy 19-20* (Patrick A. Messerlin and Karl P. Sauvant ed., The World Bank and The United Nations Centre on Transnational Corporations, 1990).

用於服務部門之國內法與國內規章，並應相關國際組織所進行之工作，納入考量。」⁹此一談判目標之訂定，代表前述各個談判集團之妥協結果。

首先，就服務貿易與GATT之關係而言，東峽部長宣言將服務貿易之談判規定於第二部分，而與貨品貿易之談判規定於第一部分者有別；第一部分係以GATT締約國決議之方式作成，而第二部分則係以各國部長代表其政府之資格作成之分別之決議；此種將二者區別之作法，係為緩和許多國家擔憂將來服務貿易將變成GATT之一部分所設計。故此宣言係反應主張以GATT為服務貿易談判場所之美國、歐體以及若干開發中國家，與主張不論談判場合或概念上均應在GATT之外進行服務貿易之談判之十國集團之妥協。不過，雖然服務貿易與貨品貿易在談判上之嚴格區別，各國仍然同意將來烏拉圭回合談判，服務貿易與貨品貿易仍應在相同之時間架構下進行，並且在同一個大傘（umbrella）下（亦即貿易談判委員會，the Trade Negotiations Committee）進行，且最終之結果應一體為參與國所接受（single undertaking）。

另就烏拉圭回合宣言第二部分之實體內容而言，該宣言將「貿易之擴張」與「貿易之自由化」予以區別，並規定貿易之擴張為目標，而貿易之擴張必須在透明化且漸進式之自由化之條件下達成。在此設計之下，服務貿易之自由化本身並非目的，而僅為達成貿易擴張之方式而已。開發中國家對此文句可以接受，蓋其認為貿易擴張應為有利之事，雖然貿易擴張可能隱含貿易自由化；有些外債較高之國家更認為，貿易擴張為值得追求之目標，特別係在承認貿易之自由化扮演次要之角色的情況下。「漸進式」（progressive）用語之加入於宣言之中，對於縮短各國談判立場，亦有重要之功能。蓋在此一條件之限定下，等於承認服務部門之結構與服務部門之能力有相當大的差異，各國在將服務市場自由化之能力上，亦將有所差別。此外，宣言中將漸進式自由化與經濟成長及發展相勾連，亦有其重要意義。在宣言中規定，自由化不但被確認為促進「所有貿易伙伴之經濟成長」之方法，並且為促進「開發中國家發展」之方法；本來貿易之擴張對發展應有助益，並無疑問，但若干開發中國家認為應加入限定之條件，而將「開發中國家之發展」單獨列舉成為將來協定之目標，並將如何實現貿易擴張貢獻到開發中國家

⁹ Part II of the Uruguay Round declaration: "Negotiations in this area shall aim to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services, including elaboration of possible disciplines of individual sectors, with a view to expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting economic growth of all trading partners and the development of developing countries. Such framework shall respect the policy objectives of national laws and regulations applying to services and shall take into account the work of relevant international organization."

之發展列為目標，使得開發中國家可以確保其發展之目標將擴散到整個服務談判之議題上。故此文句符合若干開發中國家希望其他國家對其情況給予特殊考量之期待。再者，宣言表示：將來服務貿易之架構協定「應尊重各國適用於服務部門之國內法與國內規章」，此對許多參與談判之國家而言，等於係宣稱其國內之某些影響服務貿易之法規，得以在多邊之協定下繼續實施；且要求尊重各國國內法規，有可能解釋為自由化僅為有限度之承諾，各國規範服務之法規，未必需要解除管制（deregulate）或改變其管制規範之架構。¹⁰

服務部門談判之結果所制定之服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services，簡稱GATS），基本上係遵照此烏拉圭回合宣言所設定之原則。此一談判背景對GATS之瞭解，應有其助益。

第二節 服務貿易總協定概說及其對服務貿易之定義

GATS為一相當複雜之協定，但該協定亦可以謂為一尚不完整之協定。其所以稱為尚不完整，係由於各國在該協定之下，尚未對所有的服務貿易部門做出承諾；其所以為一複雜之協定，係由於該協定出包括架構性之協定本身之外，尚有各國就個別部門作成之承諾（各個特定承諾表均附於GATS作為附件），並有就特定服務部門而設之GATS附件。換言，GATS係由該協定條文本身、各國特定承諾表以及GATS附件等三部分所共同構成，單獨察看其中之一並無法對GATS有全貌性之瞭解。

就協定之條文本身而言，GATS第一部分係規定相關之定義（下述）；第二部分則係規定服務貿易之總原則（包括最惠國待遇等基本原則）；第三部分規定特定承諾（主要為國民待遇以及市場通路之承諾）；第四部分規定漸進式自由化（主要係規定市場開放之繼續談判）；第五部分係規定爭端解決及義務之執行；第六部分則係規定適用GATS所生之各種定性問題。GATS之附件，則包括豁免最惠國待遇之附件、自然人移動之附件、金融服務附件、電信服務附件以及航空運輸服務附件等。除此之外，烏拉圭回合尚有八項與服務貿易有關之決議。由於各國所提出之承諾表極為龐大而複雜，並非本書可能討論之對象，如同本書第二篇對各國關稅減讓表以及農業部分之承諾表，本書將僅說明服務貿易承諾表之一般性原則，而不針對各國承諾表加以說明。由於服務貿易之含意對服務貿易總協定適用範圍之確定有關，故本節先討論服務貿易之定義。並進而說明GATS之適用範

¹⁰ Mario Marconini, *supra* note 8, at 20-21.

圍。

1. GATS對服務貿易之定義：GATS第一條第一項之規定：「本協定適用於會員影響服務貿易之措施」，¹¹ 因此在審查一個措施是否符合GATS的實體要件之前，必須先確定該措施是否屬於GATS第一條第一項的「影響服務貿易之措施」。

在歐體香蕉案（EC - Banana III）中，爭端解決小組以及上訴機構的報告對於GATS第一條第一項所謂「影響（affecting）」一詞有詳細的申論。爭端解決小組引用維也納條約法公約第三十一條以及三十二條的善意解釋原則；並且參酌「影響」一詞的含意，闡明GATS第二十八條(c)款所列之情形，性質上僅是例示規定，而非列舉規定，因此歐體將GATS第一條第一項的「影響」一詞理解為「關於（in respect of）」，已經限縮了條文原有的涵義。爭端解決小組並表示，於GATS第二十八條(b)款、(c)款中，起草者係有意地採用「影響（affecting）」以及「服務之提供（supply of a service）」二詞，以確保GATS能適用於任何影響服務供給競爭條件的措施，而不問該措施是直接或是間接影響服務的提供。¹² 上訴機構同意爭端解決小組的意見，認為GATS第一條第一項使用「影響」一詞，意味著起草者有意地賦予GATS較廣泛的適用範圍，而GATS第一條第三項(b)款規定的「服務」，則可包括任何部門的任何服務，¹³ 至於第二十八條(b)款固然規定「服務的提供」包括服務的生產、分配、行銷、銷售及交付，但是以上這些相關條文皆並未對GATS的適用範圍加諸任何限制。¹⁴

在之後的加拿大汽車案（Canada - Autos）中，爭端解決小組以及上訴機構報告中皆援引歐體香蕉案中關於「影響」的定義，以對案例事實進行分析。上訴機構並提到：關於GATS第一條第一項的基本架構，以及該條與GATS其他條文之間的關係，應先判斷系爭措施是否受到GATS規範，然後才檢視系爭措施是否違反GATS規定的實體義務。¹⁵ 此外，上訴機構並分析了GATS第一條以及第二十八條部分的規定，認為在判斷一措施是否屬於「影響服務貿易」時，至少必須審查(1)系爭貿易是否屬於第一條第二項的「服務貿易」；以及(2)系爭措施是否在第一條

¹¹ Article I, para.(1) “This Agreement applies to measures by Members affecting trade in services.”

¹² Panel Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, ¶¶ 7.280-282, WT/DS27/R (May 22, 1997).

¹³ 惟政府行使職權時所提供的服務除外。

¹⁴ See Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, ¶¶ 217-222, WT/DS27/AB/R (Sept. 9, 1997).

¹⁵ See Appellate Body Report, *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry Bananas*, ¶¶ 148-152, WT/DS139/AB/R (May 31, 2000).

第一項規定的意義下，「影響」了該服務貿易，¹⁶ 以作為判斷一措施是否屬於GATS範圍時的判斷基準。

2. GATS對服務貿易之分類：GATS第一條第二項將服務貿易依照前述服務提供者移動、服務消費者移動、以及服務本身移動，分為四個種類：

其一，服務由一會員國領域供應至另一會員國領域（the supply of a service from the territory of one Member into the territory of any other Member）：此種情形為服務本身之跨國界移動。其情形例如資訊服務之供應者將其資訊由一國透過電信網路，提供給在其他會員國之服務消費者；或例如一國之保險公司在其國內接受他國之要保人以通信之方式投保；或例如一國之律師在該國以信件或其他通訊方式向在其他國家之當事人提供法律意見等等，不一而足。在此情形下，服務之供應者本身並無移動（供應者不須在服務之需求國家設立商業據點或派遣其人員赴服務之消費國提供服務）；服務之消費者亦不須為跨越國界之移動（服務消費者不須赴國外接受服務）。其類型與貨品貿易之型態相似。只不過將交易之客體由有形之貨品變更為無形之服務。其與有形之貨品貿易另一不同之處在於，有形貨品之貿易，有通關之手續，且有關稅之課徵問題，並且在產品接受補貼或有傾銷之情形時，進口國得以對該進口產品課徵特別關稅（平衡稅或反傾銷稅）；而服務之進口，由於並無物理上可以明顯觀察之跨國界移動，故並無進口通關之問題，自然亦無法對其課徵進口關稅或特別之關稅（將來對補貼如何給予反制，尚有討論之餘地，但應無法對進口之服務課徵平衡稅；後述）。

其二，服務在一會員國領域內，向其他會員國之服務消費者提供（the supply of a service in the territory of one Member to the service consumer of any other Member）：例如一國之觀光客赴另一國家旅遊而接受該另一國家旅館等觀光業者之服務；例如一國之學生赴另一國家求學，而接受該另一國家之教育服務；例如一國之病患赴他國接受醫療服務；例如一國之國民在他國銀行開立帳戶接受其銀行服務等等均是。此種情形服務供應者並不移動，而服務之消費者則移往服務供應者之國家接受服務。在概念上，服務之出口國（亦即提供服務者所在之國家）並無人員或服務之跨國界移動，而僅有服務之進口國有人員之移出；而與貨品貿易係出口國有貨品之移出者不同。

其三，服務係由一會員國之服務供應者，透過其在另一會員國之商業呈現（即設立商業據點）而提供（the supply of a service by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member）：例如一

¹⁶ *Id.* ¶¶ 152-155.

國之銀行赴他國設立分行而提供銀行服務；或一國之保險公司赴他國設立分公司而提供保險服務；或一國之建築業者赴他國設立子公司而參與地主國之建築服務；又例如一國之教育服務業者赴他國設立短期進修學校，提供教育服務。此種情形消費者仍然在國內，而僅有服務供應者移動，且服務供應者之移動並非係暫時之性質，而係較長期性之設立據點。此種服務貿易之型態較為特殊。蓋在貨品貿易之情形，若在他國設立商業據點，一般均被歸類為投資之範圍。例如一國之製造商赴地主國設廠製造，此種情形已經非貨品貿易之範圍所可涵蓋，而係投資行為。¹⁷ 在他國設立分公司或子公司等商業據點，由資金之移動之觀點而言，通常亦被歸類為資本帳之部門（capital account），而與貿易之相關資金移動（即為支付進口所需匯出之外匯）被歸類為經常帳（current account）者不同。但在GATS之中，此類之國際交易與經營之方式，完全屬於服務貿易之範圍。此係由於如前所述，服務之生產與服務之消費，在概念上甚難劃分，實際上在進行服務生產之同時，服務之消費者亦正進行服務之購買與消費；故若欲嚴格劃分服務貿易與服務投資，將使服務貿易之界線不清。GATS之將服務投資涵蓋在內，為貿易協定之一大特色。

所謂設立商業據點，依照GATS第二十八條之定義，係指：「任何型態之商業或專業據點，包括為提供服務而在某一會員國領域透過(i)設立、收購或維持一法人，或(ii)創設或維持分支機構或代表處等，而提供服務之情形。」¹⁸ 是故，商業之據點（如銀行之分行）或專業之據點（如律師之開設事務所）均在其內；另設立子公司（或收購已經存在之公司）或設立分公司（或設立代表辦事處）亦均在設立商業據點之概念範圍。再者，依據GATS第二十八條第(1)款之規定，所謂法人，並非限於嚴格意義之法人，而係包括公司、信託、合夥、合資、獨資或協會在內，且不論其為國營或私營，並不論為營利或非營利。¹⁹

¹⁷ 按國際交易之型態，投資與貿易為兩種極端之類別。貿易形式之交易，出口商不須負擔在國外設廠製造之相關風險，但其亦無法利用國外之原料及勞工，且必須在將產品輸往進口國時，面對進口關稅及其他進口之障礙；赴國外進行投資則雖可以避免進出口所需面臨之相關障礙，而可直接進入市場，但必須負擔在國外投資所必須付出之巨額資金風險。介於二者之間者，例如在國外委託獨家經銷或獨家代理或授權製造或受委託專業代為經營等等，以獲得與設立商業據點相類似之效果而無須負擔鉅額投資之風險。

¹⁸ Article XXVIII, para. (d) of GATS: “‘commercial presence’ means any type of business or professional establishment, including through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a judicial person, or (ii) the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service.”

¹⁹ *Id.* para. (1): “‘judicial person’ means any legal entity duly constituted or otherwise organized under applicable law, whether for profit or otherwise, and whether privately-owned or governmentally-

其四，服務係由一會員國之服務供應者，透過其在另一會員國派遣之自然人而提供（the supply of a service by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member）：此種情形分爲兩種，其中一種爲一國之專業人員赴外國提供專業服務（例如一國之律師赴他國提供法律服務）；另一種爲企業集團內部高級職員之派遣（例如一國之銀行赴他國設立分行之同時，附帶派遣本公司之高級職員赴分行掌管業務）。由於此種自然人之移動涉及一國之入境管理以及移民政策，故GATS另有一附件加以規範（見後述）。

此四種服務貿易之「型態」（mode）不但對輔助認識服務貿易之含意，有其重要性，並且由於服務貿易之承諾表基本上均係依照此四種「型態」作爲承諾之方式，故此四種分類對各會員國之權利義務關係亦關係重大。以墨西哥電信案（Mexico - Telecom）爲例，美國向墨西哥境內所提供的電信服務是否屬於跨境提供模式，即是美國與墨西哥間一重要的爭議問題。

美國主張，該項電信服務是由美國電信服務供應商自美國用戶處提供服務至美國與墨西哥邊境、於邊境傳輸給墨西哥電信服務供應商、最後再由墨西哥供應商於墨西哥境內終止美國供應商的通信，故符合GATS第一條第二項第(a)款中的「跨境」（cross-border）涵義；墨西哥則主張，系爭服務並不符合GATS第一條第二項第(a)款中「跨境提供」的定義，其理由爲：系爭電信服務之本質是傳輸（transmission）用戶數據，爲了將用戶的數據從一會員境內跨境提供到另一會員境內，電信服務供應者必須「親自」在其他會員境內傳輸用戶的數據，若一供應商只是在邊境上提供通信「換手」（hand-off, half-circuit）給另一供應商，應不屬於第一條第二項第(a)款中的「跨境提供」，只有由同一供應商提供「全程的」（full-circuit）或「端對端的」（end-to-end）的服務，方屬於該條意義下的「跨境提供」。²⁰ 對此，爭端解決小組指出：GATS第一條第二項第(a)款中「跨境服務」的通常文義，係指自一會員領土向其他會員領土提供，但條文中並未提及服務的「供給者」；亦未具體的規定服務供給者的營運地或應以何種方式存在；更未指明服務供給者在其所提供服務的會員境內應有之存在程度。故應認爲服務供給者在何地、是否親自營運或存在，與服務跨境提供之定義沒有直接的關係。²¹ 因此，爭端解決小組報告最後認定本案中的系爭服務亦屬於GATS第一條第二項第(a)

owned, including any corporation, trust, partnership, joint venture, sole proprietorship or association.”

²⁰ See Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services*, ¶¶ 7.27-28, WT/DS204/R (Apr. 2, 2004).

²¹ See *id.* ¶ 7.30.

款意義下的跨境提供服務。²²

3. 「服務」之範圍：GATS除對「服務貿易」之類型予以界定外，並對「服務」之範圍及含意有所規定。依照GATS第一條第三項第(b)款及第(c)款之規定，服務貿易總協定所稱之服務，係包括除「在執行政府公權力過程所提供之服務」以外之一切部門之服務（any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority）；而所謂「在執行政府公權力過程所提供之服務」，係指所提供之服務並非基於商業之基礎，亦未與其他一家或多數服務供應者競爭者（any service which is supplied neither on a commercial basis nor in competition with one or more service suppliers）。在此定義之下，除「在執行政府公權力過程所提供之服務」外，任何型態或種類之服務，均屬於GATS所可以涵蓋之服務範圍，而所謂「在執行政府公權力過程所提供之服務」，其範圍甚小；政府提供服務只要係基於商業基礎或與市場上其他業者競爭（例如政府經營之銀行提供融資服務），均不在「在執行政府公權力過程所提供之服務」之範圍；必須符合「非以商業基礎提供服務」以及「非在市場上與其他業者競爭」兩要件，始符合「在執行政府公權力過程所提供之服務」（例如一國中央銀行所實施之貨幣措施）。

再者，GATS整個規範均係針對「服務提供」而設。例如前述四種服務貿易之型態均提及「服務由……提供」或「服務在……提供」。由於服務之交易與貨品之交易在概念上有相當大之差異，貨品之生產與貨品之銷售甚至出口，在階段上可以截然劃分；但在服務之情形，如前所述，服務之生產與服務之消費具有同步性質，原則上，在服務之生產過程中，該項服務亦同時被消費；故GATS就所謂「服務之提供」，在第二十八條定義為，包括服務之生產、經銷、行銷、出售與交付（the production, distribution, marketing, sale and delivery of a service）。

4. GATS與GATT之適用：關於GATS與GATT的規範範圍是否產生重疊，在歐體香蕉案（EC - Banana III）中，上訴機構報告指出：GATS並未意圖處理與GATT 1994相同的客體，而是旨在解決GATT中並未規範的事項，亦即服務貿易。但在適用上，GATS與GATT二者可能重疊、也可能不重疊，端視系爭措施的本質而定。措施如只影響貨品貿易，則其屬於GATT的範圍；措施如只影響服務貿易，則其屬於GATS的範圍；至於當一措施涉及「與特定貨品相關的服務」或「與特定貨品一起提供之服務」時，即應同時適用GATS與GATT對系爭措施進行審查。惟適用不同協定時，仍可能有不同的審查面向：根據GATT 1994審查的重點，將在於系爭

²² See *id.*, ¶¶ 7.44-45.

措施如何影響涉及的貨品；而根據GATS審查的重點，則在於系爭措施如何影響服務的提供或服務供給者。因此，系爭措施究竟應根據GATT 1994或是GATS進行審查、抑或二者皆須同時考量，只能根據實際的個案而定。²³ 相同的結論亦出現在加拿大期刊案，該案爭端解決小組指出GATT以及GATS的義務能夠並存；相互間並無排擠作用，並且無何者應優先適用的位階關係。²⁴

第三節 服務貿易之原產地問題

貨品貿易之原產地規範，對整個貨品貿易制度之實施而言，具有相當重要之地位（見本書第二篇第九章第一節）。服務貿易在概念上亦有原產地之問題；而且其問題相較於貨品貿易之原產地規則，複雜程度更有過之。服務貿易之所以需要有原產地之概念，例如甲國與乙國均為WTO之會員國，但甲國在簽署WTO協定時，依照GATS第二條之規定，就GATS之部分作成最惠國待遇之例外，依該例外清單之所示，乙國無法享受甲國就金融服務所承諾開放市場之利益；此種情形甲國在認定某一服務究竟係屬於乙國之服務或係屬於其他會員國之服務，對該項服務是否得以享受甲國所承諾之市場開放利益，極為關鍵，倘若甲國認定該項服務屬於乙國之服務，則甲國得拒絕將市場開放之利益提供給該服務（亦即得依照其在最惠國待遇例外之規定，禁止該服務之進口）；反之，甲國有可能必須允許該項服務進口至甲國。而認定該項服務是否屬於乙國之服務，即涉及服務之原產地認定問題。

服務貿易之原產地問題之所以複雜，乃係由於服務貿易並無一定之形體，故無法以「實質轉型」之概念，作為標準。特別係由於服務並無關稅號列，故無法以「關稅稅則號列之變更」為標準（若欲以貨品及服務號列為標準，亦發生分類之不易、且無法如關稅號列之詳細）；而且服務之態樣甚多，故欲以各種服務之加工作業為標準，亦頗為困難；並且服務之「投入」在被使用之後，立即會產生「轉型」（蓋服務在生產後立即將被消費），故根本上，「實質轉型」之概念對服務貿易之原產地認定，並無意義。²⁵ 故服務貿易之原產地規則，必須有其他之

²³ See Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, ¶¶ 221-222, WT/DS27/AB/R (Sept. 9, 1997).

²⁴ See Panel Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, ¶¶ 5.16-17, WT/DS31/R (Mar. 14, 1997).

²⁵ Benard Hoekman, *Rules of Origin for Goods and Services: Conceptual Issues and Economic Considerations*, 27 J. World Trade, no. 4, at 89 (1993).