

中國視聽服務案與 GATT 第 XX 條之適用可能性問題

鄭琇雲

校閱：黃滋立、董玉潔

在中國視聽服務案¹中，美國控訴中國對於出版品、錄音及影片等視聽產品之服務及服務提供者設下國內管制措施，違反其在世界貿易組織 (The World Trade Organization, 以下簡稱 WTO) 下之相關義務。面對美國所提出之各項指控，中國針對違反貿易權 (right to trade) 承諾部分，提出 1994 關稅及貿易總協定 (General Agreement on Tariff and Trade 1994, 以下簡稱 GATT 1994) 第 XX 條 a 款公共道德以為抗辯，但中國此種主張包含一先決問題，即第 XX 條一般例外條款在非 GATT 協定之適用可能性。此項問題在本案爭端解決小組迴避後，上訴機構決定面對並試圖提出可能之解決方法。儘管最後中國仍無法以該條正當化其措施，但對於 GATT 1994 一般例外條款之適用範圍問題之釐清，仍提供未來處理相關案件之參考，例如在最近之中國限制原物料出口案件²中，針對控訴會員主張中國違反其入會議定書 (the Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO) 部分，是否可援引 GATT 1994 第 XX 條一般例外條款作為抗辯，控訴會員即引用了中國視聽服務案上訴機構報告關於此部分之論述，作為其反對立場之基礎³。

本文以下將先說明在視聽服務案中此一般例外條款之適用問題，簡述本案小組參考過去案例之經驗決定採取假設性作法，以及上訴機構對此問題所提出之論述，上訴機構此種論述對於未來案件解決會產生如何之影響，最後作一結論。

GATT 1994 一般例外條款在非 GATT 協定之適用可能性問題

對於中國所採取關於視聽產品之各項管制措施，美國認為影響了外國企業或個人在此些視聽產品上之進口權，以及對此些視聽產品之服務及服務提供者造成限制或歧視性之待遇，因而主張中國違反其入會議定書 (the Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO) 第 5.1、5.2 段、入會工作

¹ 小組裁決於 2009 年 8 月 12 日公佈，上訴機構裁決於 2009 年 12 月 21 日公佈。WTO Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Product (China – Audiovisual Services)*, WTO Doc. WT/DS363/AB/R, adopted 1 January 2010.

² *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, DS 394/ 395/ 398.

³ *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, Opening Oral Statement of the Complainants at the First Substantive Meeting of the Panel with the Parties, Aug. 31, 2010, ¶¶ 56-60.

小組報告 (the Report of the Working Party on the Accession of China to the WTO) 第 83、84 段下對貿易權之承諾，以及 GATT 1994 第 III 條第 4 項國民待遇、服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, 以下簡稱 GATS) 第 XVI 條市場進入、第 XVII 條國民待遇等相關規定。由於中國主張系爭國內措施規範的是「內容」而非實體「貨物」，因此無 GATT 1994 之適用，又系爭「網路傳輸」此一服務提供方式，亦不在中國特定承諾表所承諾之列，因此無 GATS 之適用，故而中國對此二者完全未提出 GATT 1994 第 XX 條或 GATS 第 XIV 條作為抗辯。在本案中，中國僅針對美國所控訴違反其入會議定書及入會工作小組報告之貿易權部分，概括地提出 GATT 1994 第 XX 條 a 款公共道德例外作為抗辯⁴。在判斷中國可否以一般例外條款正當化其措施前，必須先釐清針對 GATT 1994 條文以外之指控，是否有 GATT 1994 第 XX 條一般例外條款之適用可能性？

關於此適用性問題，中國主張依據其入會議定書第 5.1 段之內容：「在不損及中國以符合 WTO 協定之方式管制貿易之權利的情況下……⁵」中國須開放貿易權，此段文字中的「WTO 協定」包含 WTO 協定本身及其所有附件，因此只要有任何「WTO 協定」之授權，中國即可對貿易進行管制。依中國之解讀，入會議定書既然屬於整個「WTO 協定」之一部分，由於其中涉及貨品進出口之第 5.1 段授權中國採取任何不違背 WTO 之措施限制貿易權，因此中國只要符合包含 GATT 1994 第 XX 條在內等適用於貨品之 WTO 協定，就有權為其所欲追求之政策目標施行貿易管制措施，即中國就可以對系爭視聽產品採取管制措施⁶，因此認為其在此可主張 GATT 1994 第 XX 條之規定。美國則認為此屬一相當廣泛的體系意涵 (systemic import) 問題，並認為沒有必要於此爭端解決場域決定是否適用的問題⁷。

本案第三國對此適用性問題提出了不同之主張。澳洲認為中國應不能主張 GATT 1994 第 XX 條作為抗辯，因為該條只適用在「已經賦與貿易權後」所採行之限制措施，因此中國不能援引此條來正當化其對貿易權之限制；另一方面，從 GATT 1994 第 XX 條文意即可明確得知，該條僅適用於違反另一 GATT 1994 條文之情況。歐盟亦認為中國無法直接援引 GATT 1994 第 XX 條，因為中國在其入會議定書中之承諾雖為 WTO 協定之一部分，卻不是 GATT 1994 之一部分，歐盟認為基於 WTO 協定第 II:2 條之規定，既然 GATT 1994 和中國之入會議定書承諾為 WTO 協定下之不同「部分」，因此只能適用該特定部分中所包含之例外規定⁸。意即澳洲、歐盟採取相同立場，認為 GATT 1994 第 XX 條使用的詞語為「下

⁴ Panel report, *China – Audiovisual Services*, ¶¶ 7.726, 7.540, 7.584, 7.649, 7.674.

⁵ 原文為：「Without prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade,……」。WTO, *Accession of the People's Republic of China*, WTO Doc. WT/L/432, Nov. 23, 2001.

⁶ Panel report, *China – Audiovisual Services* ¶¶ 7.735-738.

⁷ *Id.* ¶ 7.739.

⁸ *Id.* ¶¶ 5.9-10, 5.27.

列措施不在本協定 (this Agreement) 限制範圍內」, 其中「本協定」是指 GATT 1994 協定本身, 在此情況下, 第 XX 條僅限於涉及 GATT 1994 協定條文時可以主張抗辯。

綜合上述不同觀點, 要解決本案中, 中國可否直接援引 GATT 1994 第 XX 條, 以正當化其違反入會議定書中承諾之措施此問題, 首先應解決的疑問, 似為第 XX 條本文中之「本協定」是否專指 GATT 1994 協定? 若答案為肯定, 則於違反 GATT 1994 協定本身之義務時能否適用? 然本案小組及上訴機構, 對此問題皆未提出明確回應。

小組判決與假設性分析之適用

針對 GATT 1994 第 XX 條在非 GATT 1994 之適用性問題, 小組基於與第三國主張相同之立場, 即 GATT 1994 第 XX 條條文中之「本協定」係指 GATT 1994 本身, 而不包含其他如入會議定書等文件, 因此產生本案之爭議問題⁹。小組最後採納了美國之建議, 認為本案的情況與美國-海關押金指令案 (*US-Customs Bond Directive*)¹⁰ 相符, 因此參考該案上訴機構之作法, 先假設中國可以援引 GATT 1994 第 XX 條, 然後在此假設前提下檢視第 XX 條系爭條款之各要件的合致性, 如果符合各項要件才再回頭討論第 XX 條是否適用的問題¹¹。由於最後做出中國被控措施不符合 a 款必要性要件之認定, 因此小組也未進一步就一般例外條款在此類案件的適用性加以闡釋¹²。

US-Customs Bond Directive 案是針對美國對於來自印度之冷凍溫水蝦之反傾銷稅措施, 印度認為違背反傾銷協定 (Anti-Dumping Agreement) 及補貼暨平衡稅協定 (SCM Agreement) 之相關規定等。該案上訴機構在判斷一違反系爭協定之措施, 是否可援引 GATT 1994 第 XX 條 d 款作為抗辯之問題時, 先假設 GATT 1994 第 XX 條得於該案適用, 然而逕對系爭措施是否符合該條 d 款要件加以判斷, 若系爭措施符合該款之要件, 方回頭進一步分析 GATT 1994 第 XX 條在此種情況下之適用問題。由於最後判斷系爭措施不符合 d 款必要性之要件, 因此也不需再進一步討論 GATT 1994 第 XX 條適用之可能性, 從而迴避了此爭議問題¹³。

對於小組此種判決方式, 上訴機構在其報告中也指出, 此種假設性之作法雖然有助於增進裁決之簡便與效率, 但由於未對相關 WTO 條文清楚闡釋, 在某些案件上無法做為法律判斷之基礎, 並在特定類型之法律議題形成疑義, 例如關於

⁹ *Id.* ¶ 7.743.

¹⁰ WTO Appellate Body Report, *United States – Customs Bond Directive for Merchandise Subject to Anti-dumping/Countervailing Duties (US- Customs Bond Directive)*, WTO Doc. WT/DS345/AB/R, adopted 1 August 2008.

¹¹ Panel report, *China – Audiovisual Services*, ¶¶ 7.739-741.

¹² *Id.* ¶¶ 7.743-745.

¹³ Appellate Body Report, *US- Customs Bond Directive*, ¶¶ 310, 319.

小組之管轄權，後續實體審查所憑依之先決問題等¹⁴。上訴機構舉例，本案中小組關於第 XX 條 a 款中某些要件之推論是基於第 XX 條之可適用，例如將適當限制效果 (appropriate restrictive effect) 納入考量，但在未對第 XX 條之適用性進行判斷之情況下，小組此部分之判決是基於不確定之基礎；此外，未對此爭議問題澄清，將造成中國在履行上之規範範圍 (regulatory scope) 之不確定，以及其履行措施是否符合中國在 WTO 下之義務，甚至進一步影響未來爭端解決規則與程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, DSU) 第 21.5 條之程序進行¹⁵。因此上訴機構認為，在本案中使用假設性分析法對於促進爭端解決安定性和可預測性之目標上無幫助，因為此種作法在中國之履行義務上製造了不確定之風險。

對於此種難以在一時之間解決之程序問題，可以理解小組選擇依循過往上訴機構以假設之方式迴避，而逕檢視實質要件之作法，因為只要實質要件不符，就不必在此程序問題耗費過多時間。若從此角度來看，小組此種假設性作法未必就如上訴機構所質疑的，不是最適於解決眼前爭議之方式，而無法客觀評估相關問題。然誠如上訴機構所提出的，未解決的先決問題可能在履行階段產生爭議。以本視聽服務案為例，小組是從 a 款必要性要件排除中國系爭措施正當化之可能性，則日後中國是否只要改採一個可以通過必要性檢驗之替代措施，即可主張符合一般例外規定而認為已履行？抑或仍須全面消除對於貿易權之限制，符合其在入會議定書第 5.1 段之承諾始為已足？此兩種迥異之履行結果，將取決於 GATT 1994 第 XX 條可否適用此一先決問題，若將此後續影響納入考量後，就此爭議問題似如上訴機構所闡釋，並不適合因為追求裁判之簡便與效率而採行此種假設性作法。

上訴機構判決主要基於中國入會議定書第 5.1 段文字

關於中國入會議定書第 5.1 段可否作為中國援引 GATT 1994 第 XX 條之問題，上訴機構在對小組之假設性作法提出批評後，認定此屬於法律解釋問題，而在 DSU 第 17.6 條的審理範疇內，因此上訴機構決定處理此項爭議¹⁶。由於上訴機構認為當前之問題在中國入會議定書第 5.1 段是否提供援引第 XX 條之基礎，因此認為應先設法了解該段引言之意義，以及這些文字與句子其他部分間之關係；依此邏輯，其先詳細分析了第 5.1 段之文字，因而確認中國之承諾與商品貿易相關，再准此肯認中國在此可援引 GATT 1994 第 XX 條。不過，如本文以下所析，上訴機構此種判決方式，不但未解決前述 GATT 1994 第 XX 條文字範圍爭議，對於未來在其他案件之適用能提供之參考依據亦有限。

¹⁴ Appellate Body Report, *China – Audiovisual Services*, ¶ 213.

¹⁵ *Id.* ¶¶ 213-215.

¹⁶ *Id.* ¶ 215.

上訴機構認為，中國入會議定書第 5.1 段之「WTO 協定」係指包含附件在內的 WTO 協定整體；「管制貿易之權利」等句，理論上應指會員政府所固有之權利，而非由如 WTO 協定等國際條約所給予之權利，WTO 協定及其附件是節制會員政府此權利之行使，因此該段完整文字應解讀成包含兩個面向：一為會員有權採取符合 WTO 內括協定要件的特定貿易管制措施，另一為會員可主張相關例外規定以減免其在 WTO 內括協定下的義務。又該被控違反貿易權之管制措施要透過 GATT 1994 之一般例外正當化，必須與中國對系爭貨品之管制措施間具有可辨別的、客觀的關聯性，是否可辨別須從該措施與管制貨品之目的是否相關判斷，客觀關聯性則可從措施之本質、設計、架構、功能和條文所在位置等要素判斷¹⁷。在對中國入會議定書第 5.1 段進行檢視後，上訴機構認為中國此處之承諾係與貿易者 (traders) 有關，承諾內容為允許所有在中國之企業可以進出口貨品之權利，而藉由在第 5.1 段文字中展現的中國承諾與 WTO 會員在 GATT 1994 第 III 和 XI 條之交互關係，確認此段所規定的是關於貨品貿易，因而可適用貨品貿易方面之抗辯—即 GATT 1994 第 XX 條¹⁸。

本案上訴機構之推論方式主要仍基於文義解釋，僅從中國入會議定書第 5.1 段之文字出發，肯定 WTO 會員管制貿易之固有權限與一般例外規定相符即可，從而認定第 XX 條在此可以適用，但對於本案第三國所提出的主張，GATT 1994 第 XX 條之「本協定」範圍問題並未做出明確回應。若從另一角度思考上述問題，即 WTO 會員在入會時允諾之入會議定書本身屬於整個 WTO 協定之一部分，中國入會議定書第 2 段並為如此之明示¹⁹，是以議定書內容本即與貨品及服務貿易有關，而分屬 GATT 1994 與 GATS 等協定範圍，實不必如上訴機構這般透過迂迴之方式確認 GATT 1994 之適用，且也不須在認定中國入會議定書第 5.1 段是規範貿易者後，再自行創設標準與貨品相關協定連結，甚而亦可進一步解決本案第三國關於「本協定」一詞之不同意見。

在連結中國入會議定書第 5.1 段與 GATT 1994 之關係時，上訴機構指出依過往 GATT 和 WTO 之爭端解決報告，一項非直接管制貨品或貨品進口之措施，仍然可能與會員在 GATT 下之義務相抵觸，並舉與貿易相關之投資措施協定 (Agreement on Trade-Related Investment Measures, 以下簡稱 TRIMs 協定) 為例，指出對於投資者、批發商和製造商等之限制措施，都曾被認定違反 GATT 1947 或 1994 下第 III:4、XI:1 條之規定；且在 TRIMs 協定附件 1 中，列舉出哪些對企業之要求屬於違反 GATT 1994 第 III:4 或 XI:1 條之規定；而在 TRIMs 協定第 3 條中，更明白指出所有在 GATT 1994 下之例外規定，在 TRIMs 協定中皆能適用，上訴機構因此得出結論，限制貿易者之措施有可能違反 GATT 關於貨品貿易之義

¹⁷ *Id.* ¶¶ 222, 229-230, 233.

¹⁸ *Id.* ¶ 226.

¹⁹ WTO, Accession of the People's Republic of China, WT/L/432, Nov. 23, 2001, ¶ 2 "...This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement."

務²⁰。雖然上訴機構設法將與貨品貿易相關之管制措施納入的想法應予肯定，但援引 TRIMs 協定作為例證，似乎未考量到 TRIMs 協定與中國入會議定書本質上仍有差異，且 TRIMs 協定有明文指出可以適用 GATT1994 之例外規定，但在中國入會議定書第 5.1 段中並無如此明文，而是由上訴機構經文義解釋而得之結果。

上訴機構在本案中，針對 GATT 1994 第 XX 條一般例外條款在非 GATT 1994 之適用問題所做出之判斷，是否具有一般性或原則性之適用可能性？譬如是否可在其他非 GATT 1994 協定中援引？由於中國入會議定書與 WTO 協定附件 1A 下之其他貨品相關協定性質上仍有差距，因此本案上訴機構之論理是否可作為其他協定亦能援引 GATT 1994 第 XX 條之依據，不無疑問；其次，本案上訴機構係針對中國入會議定書第 5.1 段引言中，「管制貿易權利」與「符合 WTO 協定」等句做為基礎進行推論，兼之上訴機構在報告中所舉例之 TRIMs 協定，本身即包含有可直接適用之明文，則在欠缺此類字句之協定，似乎無法採取同樣的推論²¹。即使同為中國入會議定書中之承諾亦有相同問題，在中國限制原物料出口案中，針對中國可能援引 GATT 1994 第 XX 條，作為其措施違反入會議定書第 11.3 段之抗辯，控訴會員援引本案上訴機構之推論，強調上訴機構是基於第 5.1 段之特定文字而得出可以援引之結果，但在 11.3 段中則欠缺相關文句，因此主張中國不能援引 GATT 1994 之一般例外條款作為抗辯，該案小組之看法為何，仍有待後續觀察。

結論

在中國視聽服務案中，上訴機構維持了小組大部分之判決，對於前述 GATT1994 第 XX 條在非 GATT 條文中的適用問題，上訴機構雖然反對小組的假設分析法，並試圖直接面對以解決此一問題，但卻忽略 GATT1994 第 XX 條本身之解釋問題，以及援引 TRIMs 協定中規範，作為中國入會議定書第 5.1 段可以包含非 GATT 1994 措施之佐證，似也忽略了 TRIMs 本有可適用之明文而與入會議定書第 5.1 段之文字上差異。由於中國入會議定書中，已有須符合 WTO 協定等詞句，故應可認為已提供一得援引 GATT 1994 第 XX 條抗辯之基礎²²；上訴機構不循此之推論方法將如何影響未來案件之可能發展，或有待如中國限制原物料出口等案件之後續小組或上訴機構之見解而定。

²⁰ Appellate Body Report, *China – Audiovisual Services*, ¶ 227.

²¹ Christopher Tran, *Using GATT, Art XX to Justify Climate Change Measures in Claims under the WTO Agreements*, ENVIRONMENTAL AND PLANNING LAW JOURNAL Vol. 27, 2010, 346-359.

²² Simon Lester, *GATT Article XX and Non-GATT Agreements*, International Economic Law and Policy Blog (Sep. 13, 2010), at <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/> (last visited Oct. 18, 2010).