

美國線上賭博案後續貿易報復之法律及其他爭議

吳孟洲

今 (2013) 年 1 月 28 日，世界貿易組織之爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, 以下簡稱 DSB) 應安地瓜依爭端解決規則與程序瞭解書 (Dispute Settlement Understanding, 以下簡稱 DSU) 第 22 條第 7 項規定所為之請求¹，授權其對美國暫停與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 以下簡稱 TRIPS 協定) 下之義務²。2005 年美國於線上賭博案敗訴後，遲遲未能履行 DSB 之建議與裁決 (業經履行審查小組確認)³；由於當事國間所認定之報復額度相去甚遠，因此安地瓜透過 DSU 第 22 條第 6 項之仲裁程序獲得於 TRIPS 協定下進行每年 2100 萬美元之貿易報復額度，然而安地瓜似為求其他有利之解決方案，故而多年來未有實際貿易報復行動。美國禁止線上賭博之爭端已懸宕十年未落幕，近日又因後續貿易報復問題再起波瀾，雖然安地瓜可能報復的手段未臻明確⁴，但輿論均認為美國蓬勃的電影工業與音樂產業極可能為安地瓜報復行動的目標。

安地瓜自 2007 年底即已獲得 DSB 授權對美國實施報復，然而安地瓜與美國間之紛爭遲至今日仍未落幕，其中存在何種難解之爭議，乃本文所欲探討者。雙方紛爭之所以超過十年無法解決，原因之一乃雙方均有不願退讓之立場。美國方面，其主張最初訂定 GATS 協定之特定承諾表時，本即不欲開放線上賭博服務之市場，故其於 2007 年修改特定承諾表之舉係為忠於初衷，並非不願履行 WTO 之義務，其亦有意願對安地瓜依 GATS 協定第 21 條提出補償⁵，僅因安地瓜不接

¹ 爭端解決規則與程序瞭解書，第 22 條第 7 項規定：「依本條第 6 項所指定之仲裁人，不得審查被暫停減讓或其他義務之本質，而應決定該暫停之程度是否與受剝奪或損害之程度相當。仲裁人亦得決定所提議之暫停減讓或其他義務，是否為內括協定所准許。惟如訴請仲裁之案件，包括主張本條第三項之原則及程序未被遵從，仲裁人應就該主張進行審查，若仲裁人認為該等原則及程序未被遵從，指控國應使其符合本條第 3 項之規定。爭端當事國應接受仲裁人之最終決定，相關當事國不應請求第二次仲裁。DSB 應儘速被告知仲裁人之決定，且經請求而該請求符合仲裁人決定者，應授權暫停減讓或其他義務，但 DSB 以共識決議拒絕該請求者，不適用之。」

² 安地瓜今年初所獲之報復授權，可追溯自 2003 年安地瓜請求成立小組審理美國禁止跨境賭博之法規違反服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, 以下簡稱 GATS 協定) 之爭端。該案小組與上訴機構在一連串的訴訟中均認為美國在其休閒產業部門，確已承諾市場開放，而其禁止海外的線上賭博業者跨境提供服務，此舉有違其市場開放之義務，上訴機構並認為美國不得援引 GATS 第 14 條之一般例外免除此義務，蓋美國禁止線上賭博之法規並未同時限制其國內業者，故不符第 14 條之前言規定。

³ 本文於文末將美國禁止線上賭博之爭端依時序整理為附件一，供讀者參考。

⁴ 本文定稿前 (2013/3/11)，安地瓜尚未向 DSB 說明其欲採取何種報復手段。

⁵ 服務貿易總協定，第 21 條第 2 項 a 款：「因修改之會員依第 1 項第 b 款規定通知之修正或撤回，致本協定下所享利益有受影響之虞之會員 (本條稱「受影響之會員」) 提出請求時，修改之會員應與其進行諮商，以期對必要之補償性調整達成協議。於此等諮商及協議中，有關會員應致力維

受其提出之補償而未有結果；至於安地瓜方面，其認為美國於 GATS 協定第 21.2 條下提出之補償方案，為進一步開放安地瓜不具利益之服務部門，故與美國無法達成共識，因此迄今安地瓜仍手握 DSB 授權跨協定報復之籌碼，等待美國履行 DSB 之建議與裁決，或提出令其滿意之解決方案⁶。

於此應先釐清的是，安地瓜希望美國提出之解決方案，是指美國未於合理執行期履行 DSB 建議與裁決之補償⁷，抑或美國修改特定承諾表所應對受影響之會員提出之補償？安地瓜表示，美國更進一步開放其他服務業部門，對其並無益處，移除禁止跨境提供線上賭博服務之法規，即履行 DSB 之建議與裁決。此外，美國線上賭博案乃 WTO 爭端解決史上，首次有會員國以撤回承諾之方式因應敗訴之裁決，然而即便美國與安地瓜達成 GATS 協定第 21 條之補償協議，亦不等同於 DSU 第 22 條第 2 項所稱「雙方均可接受之補償 (mutually acceptable compensation)」，蓋二個條文所指涉之「補償」內容全然不同，一個是個案上對控訴國之補償，另一個是涉及美國特定承諾表之修改，即使安地瓜與美國達成 GATS 第 21 條之補償協議，在線上賭博案中美國身為敗訴國之義務並不當然結束，故二者不可不辨。

以下本文將分為三大部分，首先簡介 WTO 交叉報復制度，其次即開始討論安地瓜對美國智慧財產權領域實施報復之爭議何在，及可能如何處理，最後統整前述爭議點，分析安地瓜是否有可能不再等待美國提出其滿意之解決辦法，逕實施其擬定暫停 TRIPS 協定義務之報復方案。

交叉報復制度

在 GATT 1947 時代，因尚不存在 GATS 及 TRIPS 等協定，控訴國實施貿易報復時，僅得就貨品貿易之項目實施報復，即控訴國所暫停之減讓或其他義務限於 GATT 1947 下之減讓或其他義務。

WTO 涵括協定規範範圍包括貨品貿易、服務貿易及與貿易有關之智慧財產權等事項，其中服務貿易包含許多服務部門，且智慧財產權之類型眾多，因此控訴國得否視實際需要就不同部門或不同協定下之項目進行貿易報復之問題隨之

持互相提供之貿易利益承諾不低於在該諮商前特定承諾表之整體水準。」

⁶ 根據 2013 年 1 月 31 日安地瓜財政部長對其國會之正式說明文件，其認為以暫停智慧財產權保護之義務作為貿易報復，可以迫使美國 IP 產業對美國貿易代表署施壓，使其履行 WTO 之裁決或使其認真提出對安地瓜而言公平且合理的解決之道。See *Statement of Minister Harold Lovell to Parliament 31st January, 2013*, INSIDE U.S. TRADE, Feb. 11, 2013.

⁷ 爭端解決規則與程序瞭解書，第 22 條第 2 項：「若有關之會員未能使與內括協定不一致之措施符合內括協定或未能於依第 21 條第 3 項所規定之合理期間內遵行建議及裁決時，該會員因他會員之請求，應於合理期間屆滿前，與提起爭端解決程序之任一當事國進行諮商，以尋求雙方可以接受之補償。若雙方在合理期間屆滿後二十日內未能獲致滿意之補償，提起爭端解決程序之任一當事國得要求 DSB 授權，暫停內括協定有關減讓或其他義務對相關會員之適用。」

而生，DSU 即於第 22 條第 3 項設有若干規範⁸。根據 DSU 第 22 條第 3 項，控訴國所得實施報復之型態有三種：「平行報復 (parallel retaliation)」、「跨部門報復 (cross-sector retaliation)」及「跨協定報復」，後二者合稱「交叉報復」。一般而言，控訴國原則上應先採取平行報復(參見註腳 8 中 DSU 第 22 條第 3 項 a 款)，僅於控訴國認為對同一部門報復不可行或無效果時，始得對同一協定下之其他部門請求授權報復(參見註腳 8 中 DSU 第 22 條第 3 項 b 款)，倘控訴國又認為同一協定下其他部門之報復仍屬不可行或無效果，且情況足夠嚴重時，則得對其他協定請求授權報復(參見註腳 8 中 DSU 第 22 條第 3 項 c 款)。

雖然是否請求交叉報復之決定權在於控訴國，但敗訴國對此等請求仍得提出異議。惟此等異議之提出，僅得主張控訴國於依 DSU 第 22 條第 3 項 b 款或 c 款請求授權交叉報復時，未依照本條第 3 項之原則及程序規定⁹。如敗訴國提出此等主張，依據 DSU 第 22.6 條，此等爭議須交付仲裁解決。此時，仲裁應盡可能由原小組負責審理，或由秘書長指定一名仲裁人處理。並應在合理期間屆滿之日起 60 日內完成。在仲裁程序進行期間，不得暫停減讓或其他義務。依據 DSU 第 22.7 條¹⁰，仲裁人應決定控訴國是否已遵守第 22.3 條所定原則與程序，而當事國應接受仲裁人所為之終局決定，不得請求第二次仲裁¹¹。

與貿易有關之智慧財產權協定內容廣泛，安地瓜暫停 TRIPS 義務之報復方案有許多選擇。安地瓜可以選擇單純拒絕保護美國國民或美國公司之智慧財產權，例如拒絕其商標與專利之註冊，而其於此爭端之代表 Mark Mendel 則提到，安地瓜可能架設一個網站，以低於市價方式提供使用者下載附有美國國民或美國公司擁有之智慧財產權之作品¹²，並且不付任何授權金予美國之智慧財產權人。而根

⁸ 爭端解決規則與程序瞭解書，第 22 條第 3 項：「考慮暫停何種減讓或其他義務時，指控國應適用下列原則及程序：(a)指控國宜先就小組或上訴機構已發現有抵觸或其他剝奪或損害情事之同一產業，要求暫停減讓或其他義務；(b)如指控國認為對同一產業暫停減讓或其他義務不切實際或無效，則得在同一協定下對其他產業要求暫停減讓或其他義務；(c)若指控國認為在同一協定下對其他產業尋求暫停減讓或其他義務不切實際或無效且其情況相當嚴重時，則得對其他內括協定要求暫停減讓或其他義務；(d)在適用上述原則時，指控國應考慮：(i) 該產業之貿易現況，或經上訴機構認定已抵觸特定協定剝奪或損害某特定協定所規範之貿易，及該項貿易對指控國之重要性；(ii) 與剝奪或損害有關之泛經濟性因素，及暫停減讓或其他義務所造成之泛經濟性後果；(e)如指控國決定依上述第 b 款或第 c 款規定要求授權，暫停減讓或其他義務，應在要求中述明理由。向 DSB 提出要求同時，應向相關理事會提出；若依第 b 款提出要求；則亦應向相關機構提出；(f)本項所稱「產業」之定義為：(i) 關於商品：包括所有商品；(ii) 關於服務業：如現行「服務業分類表」所指明之主要產業 (iii) 關於與貿易有關智慧財產權：如與貿易有關智慧財產權協定第二篇第 1、2、3、4、5、6、7 節所訂之各類智慧財產權或第三、四篇所訂之義務；(g)本項所稱「協定」之定義為：(i) 關於商品：指 WTO 協定附件 1A 所列之各項協定，若爭端當事國為複邊貿易協定之會員，則亦包括該複邊貿易協定。(ii) 關於服務：服務貿易總協定 (iii) 關於智慧財產權：與貿易有關智慧財產權協定。」

⁹ *Id.*

¹⁰ *Supra* note 1.

¹¹ 楊培侃，WTO 爭端解決交叉報復之制度與實踐，載：第十二屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 197-250，2012。

¹² *WTO Authorises Antigua to Move Forward on Retaliation in US Gambling Dispute*, *Bridge Weekly*

據美國於今年 1 月 28 日 DSB 會議上之公開聲明，其批評 Mark Mendel 提出之報復方案為「theft of intellectual property rights」、「government-authorized piracy」¹³。

安地瓜對美國實施報復之問題—政經觀點

1. 美國可能撤回 CBI 貿易優惠¹⁴

加勒比海國家長年受到美國單方面給予的貿易優惠，亦即 Caribbean Basin Initiative (CBI)。在美國的 CBI 計畫下，來自加勒比海受益國之產品可享免關稅之優惠，然 CBI 計畫有部分立法關於智慧財產權，例如 1983 年的 Caribbean Basin Economic Recovery Act 即要求受益國不得國有化或剝奪美國公民、公司的財產權，亦不得侵害其智慧財產權，否則即失去受益國資格。於此情形下，本文認為恐影響安地瓜對美國實施報復之決心，雖然安地瓜並不以出口貨品至美國為主要 GDP 成長來源，惟出口貨品之能力亦為追求經濟成長所不可或缺，如喪失 CBI 受益國資格將對安地瓜經濟發展有所影響。此外，美國之智慧財產權人於安地瓜與美國之線上賭博爭端中並無利益關係，因此有些輿論不認為美國智慧財產權人將成為促使美國政府履行 DSB 建議與裁決之主要助力，權利受損之智慧財產權人反而較可能直接針對未付授權金即下載其作品之使用者，及提供下載之網站經營者，提出司法訴訟¹⁵以求救濟，倘經認定安地瓜之政府涉入侵害美國權利人之司法案件，即可能導致其 CBI 貿易優惠遭取消¹⁶。

2. 安地瓜之觀光產業恐受影響

安地瓜有 5% 的就業人口從事線上賭博產業，此為其昔日不願與美國達成 GATS 第 21.2 條之補償協議之主因(美國所提之補償係針對賭博業外的產業更進一步開放，但安地瓜認為對其經濟成長並無助益)，且安地瓜不願放棄此產業之利益，希望藉由 TRIPS 協定下之報復授權迫使美國履行 DSB 之建議與裁決，或提出更佳補償(此指 DSU 第 22 條第 2 項之補償)。然實際上安地瓜舉國最重要之產業係觀光產業¹⁷，且觀光人口中美國人占大部分，倘安地瓜以架設網站提供

Trade News Digest, ICTSD, Vol.17, No. 3, Jan. 30, 2013, available at <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/153148/> (last visited Jan. 30, 2013).

¹³ U.S. Statements At Jan. 28 Dispute Settlement Body Meeting, INSIDE U.S. TRADE, May 10, 2013.

¹⁴ 關於 CBI 計畫，可參考美國貿易代表署網站：

<http://www.ustr.gov/trade-topics/trade-development/preference-programs/caribbean-basin-initiative-cbi>

¹⁵ 如果安地瓜架設網站提供下載美國權利人作品，此等報復行為雖欠缺權利人授權且未支付授權金，但是安地瓜已獲 DSB 授權其進行貿易報復，因此透過安地瓜架設之網站下載美國權利人之作品者，可否被認定為「非法」下載，即有爭議。

¹⁶ U.S. IP Holders Cite Legal Objections To Retaliation In Antigua Gambling Case, INSIDE U.S. TRADE, Feb 15, 2013.

¹⁷ 根據聯合國發展計畫網站關於安地瓜之介紹，觀光產業為安地瓜生產力最高之產業，以 2007 年為例，其占總就業人口之 40%、外匯存底之 85%、總外人投資之 52%，及 GDP 之 70%，網址：<http://www.bb.undp.org/index.php?page=antigua-barbuda> (最後瀏覽日：2013 年 3 月 5 日)。

下載美國權利人作品等方式進行報復，恐影響美國人觀感而使觀光業受衝擊¹⁸。

3. 影響外人投資意願

安地瓜於經濟發展上尚仰賴外人投資，然而其若架設網站提供下載美國權利人作品，或者拒絕保護美國人之智慧財產權，以此類方式為報復，將使外界認為安地瓜為一不重視智財權保護之國家，而影響外人投資之意願，尤其是來自美國的資金投入可預期將會銳減。根據聯合國拉丁美洲暨加勒比海國家經濟委員會 (United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, ECLAC) 2006 年至 2010 年之外人直接投資調查報告¹⁹，安地瓜之外人直接投資由 2006 年 \$361 million 至 2010 已銳減為 \$108 million，在 2007 年至 2008 年間安地瓜之外人直接投資金額更是減少一半，而安地瓜外人投資減少的同時，大部分加勒比海國家卻接受越來越多外資，如此情狀不禁讓人聯想到是否與 2007 年底安地瓜獲得對美國暫停 TRIPS 協定義務之仲裁結果有關。

安地瓜對美國實施報復之問題—法律觀點

1. WTO 涵括協定以外其他國際義務違反之問題

TRIPS 第 2 條第 2 項規定：「本協定第一篇至第四篇之規定，並不免除會員依巴黎公約、伯恩公約、羅馬公約及積體電路智慧財產權條約應盡之既存義務。」根據 TRIPS 此項規定可知，雖然 TRIPS 協定援用許多其他智慧財產權條約之內容，然而並不因此免除會員國應符合各該條約之既存義務，亦即縱使符合 TRIPS 規範，不必然代表即符合各國國際智慧財產權條約之規範。此外，獲 DSB 授權所為之報復，固然在 WTO 規範有其法律基礎，但是否代表於此基礎下所為之報復行動即可免除任何違法疑慮，此一問題仍待解決。舉伯恩公約為例，安地瓜於 2000 年正式加入，其有義務給予文學及藝術作品排他性權利以資保護，然而安地瓜倘不付授權金而架設網站提供下載美國智慧財產權人作品，此種報復手段即違反伯恩公約成員之義務。

2. TRIPS 協定下實施報復之爭議

DSB 授權控訴國於 TRIPS 協定下實施報復，並非首見，然此類授權未曾實際被執行，可能的原因除爭端當事國已找到彼此可接受之解決方法之外，亦可能因為在 TRIPS 協定下進行報復有實施上之困難。其中最顯而易見的問題即在於，智慧財產權乃無形之權利，控訴國應如何控制報復行為於 DSB 授權額度之內。

¹⁸ *Supra* note 6.

¹⁹ United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2010 Briefing*, 38, table I.2 and 80, table I.A-2, available at http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/43290/2011-138-LIEI_2010-WEB_INGLES.pdf (last visited Mar. 11, 2013).

而透過持續下載、重製等行為，美國權利人應得而未得之授權金將不斷累加，可能短時間即超過安地瓜被授權之報復額度，若未建立妥善的智慧財產權估價制度及監控制度，安地瓜很難控制在授權範圍內提供下載美國權利人作品。

第二個爭議在於安地瓜「如何確保其報復之對象不擴及美國以外之權利人」。此問題尤其可能發生在「一件作品涉及多個智慧財產權」及「一個智慧財產權為數人所共有」之情形，例如安地瓜若以拒絕美國權利人註冊作為報復手段，可能同時影響他國籍之共有人之權利，又如安地瓜若以提供下載美國權利人作品作為報復手段，則所下載之作品可能同時為美國與他國智慧財產權之載體。

第三個爭議在於，其他 WTO 會員國仍有義務遵守 TRIPS 協定，包括依第 51 條進行邊境查驗盜版品之義務²⁰，是以安地瓜雖受 DSB 授權暫停 TRIPS 協定之義務，其因此重製之作品是否屬於盜版品、是否被其他會員國接受，亦為一難題。

而第四個爭議點在於，報復行為是否限於控訴國內進行。之所以有此問題，乃因實施報復應注意避免過度侵害合法正當之私人權利，亦即與敗訴國違反 WTO 義務措施不相干之第三人權利，因控訴國採行報復措施而受影響，而依據智慧財產權的特性，倘他人不受限制的重製著作物或使用智慧財產權，則授權報復將使智慧財產權人受干涉之程度遠大於貨品貿易或服務貿易之報復。因此，為避免過度侵害私人權利，影響其他會員國就特定智慧財產權市場之價值，控訴國應考慮於暫停 TRIPS 協定之義務時，將豁免智慧財產權保護之商品限於供給控訴國內市場²¹，例如安地瓜為避免過度侵害美國智慧財產權人之利益，應考慮透過其境內之網路始得不付費或付低價下載美國權利人之作品。再者，倘報復行為不在安地瓜國內進行，依據美國法或該行為地之法律，該獲得安地瓜政府授權架設網站提供下載美國權利人作品之企業或個人即可能觸犯相關罪名，而遭美國權利人訴諸法律制裁。

安地瓜採取實際報復行動的可能性

安地瓜於今年 2 月 27 日進行的 DSB 會議上，仍未向 DSB 說明其報復方案為何，及其如何確保在授權範圍內實施報復，惟可確定的是，安地瓜只要向 DSB 報備其報復方案為何即可，其於 TRIPS 協定下發動報復已不需要向 DSB 請求任何授權，惟本文統整前述政經層面問題與法律層面爭議，認為安地瓜實施報復或

²⁰ 與貿易有關之智慧財產權協定，第 51 條規定：「會員應依照下述規定，訂定程序，俾使有正當理由懷疑進口物品有仿冒商標或侵害著作權之權利人，得以書面向行政或司法主管機關提出申請，要求海關對此類物品暫不放行。會員得將此種申請程序適用於涉及智慧財產權其他行為之物品，但應符合本節之規定。會員亦可提供類似程序，由海關對於自其領域出口之侵權物品暫不予放行。」

²¹ *Supra* note 10.

至少以美國所謂的「IP theft」方式（架設網站提供下載美國權利人作品）實施報復的可能性仍不高，以下有三點理由。

第一，安地瓜早在 2007 年底即獲有利之仲裁結果，卻遲未發動報復，其所期盼者即為美國提出令其滿意之解決方法，前文即已提到安地瓜之財政部長認為可以透過壓迫美國智慧財產權產業，促使美國政府履行 DSB 建議與裁決或提出合理公平之補償辦法，安地瓜於去年底向 DSB 請求 DSU 第 22.7 條之授權，目的應在於再次強調其不願退讓之立場，希望更進一步給與美國智慧財產權產業壓力，並提高手中談判籌碼。然本文認為安地瓜之行動應止於此，即便其發動實際報復行動，亦難想像其將採取「架設網站提供下載美國權利人作品」如此強硬之手段，蓋美國實已於今年 1 月 28 日 DSB 會議上表明²²，倘安地瓜實施架設網站提供下載美國權利人作品之報復手段，其將不願與安地瓜尋求其他解決之道處理線上賭博爭端。

其次，對安地瓜提出「補償」，對美國而言應為可接受之解決辦法。就 DSU 第 22 條第 2 項之補償而言，如果已達成雙方均可接受之補償，則安地瓜即無從適用此規定請求 DSB 授權報復，此乃報復措施為暫時性與最後手段性之理，惟使系爭措施符合 WTO 涵括協定仍應為敗訴國優先於補償及報復之義務，因此 DSU 第 22 條第 2 項之補償雖使得控訴國不再有報復之權源，但並不當然了結敗訴國之義務。另就 GATS 第 21 條第 2 項之補償而言，美國如與安地瓜達成協議，將更進一步促進兩國之線上賭博業以外之服務貿易部門交流，美國之服務業本即強大，欲以此補償結束爭端，其利大於安地瓜，因此其應為做出更多妥協之一方。此外本文再次強調的是，修改 GATS 特定承諾表並不代表已履行 WTO 之裁決與建議，而達成修改特定承諾表之補償協議，亦非 DSU 第 22 條第 2 項之補償，安地瓜仍保有依 DSU 第 22 條第 7 項請求授權報復之權利。若美國能提出 DSU 第 22 條第 2 項之補償，避免安地瓜發動 TRIPS 協定下之報復，優點包括維持其好萊塢工業及其他影視音樂產業利益、履踐其國際義務、維持國際形象等。

最後一點安地瓜保留報復之授權而不付諸實際行動之理由，即前文中關於實施報復之政經觀點論述。不論報復措施可能違反之國際義務或於 TRIPS 協定實施報復之法律問題，均為 WTO 爭端解決實務上待解之難題，而此類法律問題並不因爭端雙方之經貿實力差距而可能導向偏頗之解決辦法，蓋此皆為根源於各個國際義務之間以及交叉報復制度本身懸而未決之問題。反觀前文論及之政經層面問題，安地瓜受制於其外人投資、觀光產業發展及 CBI 貿易優惠等直接且重大之政治經濟利益，此些利益均與美國有莫大關聯，因此本文認為縱使安地瓜將發動報復，亦不可能採取提供下載美國權利人作品之強硬方式作為報復，而破壞美國與加勒比海國家之外交與經貿利益關係。

²² *Supra* note 13.

附件一、美國禁止線上賭博爭端之時序整理

