

試析中國虛擬私人網路於 GATS 之歸類問題

劉心國

摘要

中國對於網路設有審查制度，以網路長城封鎖許多境外網站，因此在中國的外國企業常以自行建立或租用虛擬私人網路的方式，越過中國網路長城以從事跨境資料傳輸。然中國於 2017 年 1 月 17 日發布「工業和資訊化部關於清理規範互聯網網路接入服務市場的通知」，規定業者若未經電信主管部門批准，不得自行建立或租用專線開展跨境經營活動。此舉迫使在中國的外國企業僅能使用中國批准之虛擬私人網路，又目前中國僅有三家國有電信業者獲得批准，故該措施造成企業經營成本增加、被中國政府監控的風險提高，以及對跨境服務提供者之市場進入機會產生重大限制。檢視《服務貿易總協定》下中國的特定承諾表，其雖未明文列入開放虛擬私人網路服務，看似未違反市場進入與國民待遇之規範，然回顧過往爭端解決小組與上訴機構的見解，必須透過服務之定義、分類與解釋，方能判斷中國是否有開放相關服務，所以本文將以案例法為基礎，進而判斷虛擬私人網路服務是否能歸類於中國特定承諾表中。經本文分析後可得出，中國的確有在其承諾表下開放虛擬私人網路服務，故系爭清理通知之禁令確有違反世界貿易組織相關規範之疑慮。

中國在 2017 年 1 月 17 日針對通信業者發布了「工業和資訊化部關於清理規範互聯網網路接入服務市場的通知¹（以下簡稱清理通知）」，宣稱將查緝網路接入²服務的違法行為。清理通知可能限制在中國的外國企業，使其僅能使用受中國政府電信主管部門所核准之電信業者所提供的「虛擬私人網路（Virtual Private Networks, VPN）服務」，目前中國僅有三家國有電信業者獲得批准³，因使用獲監管機構核准的 VPN 價格較高，對小型公司而言將造成額外負擔，使企業經營成本增加，此外被中國政府監控的風險亦隨之提高⁴。美國政府於今（2018）年 2 月

¹ 中華人民共和國工業和信息化部，工業和資訊化部關於清理規範互聯網網路接入服務市場的通知，2017 年 1 月 17 日，網址：

<http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757020/c5471946/content.html>（最後瀏覽日：2018 年 9 月 25 日）。

² 網路接入是指個人或組織連接網路，使用電腦、終端和其他裝置取得服務之能力，如使用電子郵件、全球資訊網（World Wide Web）等。

³ 目前中國國內僅批准了中國電信、中國聯通以及中國移動三家基礎營運商從事國際數據通訊業務。王黎明，在當前法規和政策環境下國際 IP-VPN 業務的定位與合法經營，世界電信，<https://www.lw5u.com/zz/shijiedianxin/news/itemid-809974.html>（最後瀏覽日：2018 年 9 月 25 日）。

⁴ 黃敬哲，中國 VPN 禁令正式上路，翻牆需經官方管道，科技新報，2018 年 4 月 2 日，網址：<http://technews.tw/2018/04/02/chinas-vpn-ban-officially-launched-and-the-wall-must-pass->

23 日向 WTO 服務貿易委員會 (Council for Trade in Services) 提出關切⁵，認為該措施對跨境服務提供者之市場進入機會造成重大限制。

依據《服務貿易總協定》(General Agreement on Trade in Services, GATS) 有關市場進入⁶和國民待遇⁷之規範，會員僅就其承諾開放之服務部門，賦予 WTO 會員不低於承諾表所載條款、限制與條件之待遇，然對於未作成特定承諾之服務部門，會員並無義務使其他會員之服務或服務提供者進入市場，以及賦予國民待遇⁸，是故欲釐清中國清理通知是否違反 WTO 義務，首先必須確認中國是否在 GATS 特定承諾表下開放 VPN 服務。不過，因會員於其電信服務的承諾表中，並不一定對其所開放的服務的類型作出具體說明，故若欲檢視會員是否已對特定電信服務作出承諾，往往需要透過解釋。以中國的狀況而言，其並未將 VPN 服務明文列入開放的服務項目中⁹，又回顧過往爭端解決小組與上訴機構的見解，均認為承諾表必須透過服務定義、分類以及解釋，方能判斷會員是否承諾開放該服務項目，故本文將藉由回顧「美國—賭博案」(United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services) 與「中國—電子支付案」(China—Certain Measures Affecting Electronic Payment Services)，分析中國 VPN 服務於 GATS 特定承諾表中之歸類問題。

本文首先簡介中國現行網際網路控管制度，再歸納 WTO 案例法對承諾表之解釋所提供之標準，以探討中國 VPN 服務於 GATS 特定承諾表中如何歸類，最後作一結論。

壹、簡介中國網際網路控管制度

through-official-channels/ (最後瀏覽日：2018 年 9 月 25 日)。

⁵ Council for Trade in Services, *Communication from the United States Measures Adopted and under Development by China relating to its Cybersecurity Law*, WTO Doc. S/C/W/376 (Feb. 23, 2018).

⁶ General Agreement on Trade in Services, art. 16.1 [hereinafter GATS], (providing that: “With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule.”).

⁷ GATS, art. 17.1, (providing that: “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.”).

⁸ 林彩瑜，WTO 制度與實務：世界貿易組織法律研究 (三)，2 版，頁 326 (2013 年)。

⁹ 中國承諾表之通信服務部門包括：國際快遞服務、電信服務之增值電信服務 (項下次部門包括電子文件存送服務、語音存送服務、資料儲存和檢索服務、電子資料交換服務、加值傳真 (包括存轉、存取) 服務、編碼及通信協定轉換服務、資料處理服務)、基礎電信服務 (項下次部門包括傳呼服務)、移動語音和數據服務 (項下次部門包括模擬/數據/蜂巢服務、個人通信服務、國內服務包括語音服務、分組交換數據傳輸服務、電路交換數據傳輸服務、傳真服務、國內專線電路租用服務；國際服務包括語音服務、分組交換數據傳輸服務、電路交換數據傳輸服務、傳真服務、國際閉合用戶群語音和數據服務 (允許使用專線電路租用服務))。就字面上觀之，並不清楚 VPN 是否落入其中一項部門。

網際網路 (Internet) 是由許多個人電腦用戶連線至網際網路服務提供者¹⁰ (Internet Service Provider, ISP), ISP 連上骨幹網路¹¹ (Backbone), 串連成網際網路, 達到資訊傳遞之目的。中國是對網際網路設有審查制度的國家之一¹², 其宣稱此舉係為確保安全、維護公共秩序以及社會穩定¹³, 但卻也同時達到控制言論自由、穩固政權¹⁴, 甚至保護國內網路產業的效果¹⁵。中國控制網際網路的主要節點是骨幹網路與重要 ISP 網路之網路閘道, 以過濾、限制、封鎖與追蹤等手段控管訊息流通, 其主要的手段分別為¹⁶: 「防火長城」、「金盾工程」¹⁷ 以及「綠壩」¹⁸。因本文所欲討論之清理通知是為了控管突破防火長城的 VPN, 故以下介紹將集中於防火長城與 VPN 技術。

一、簡介中國防火長城與 VPN 技術

防火長城是中國對其境內網際網路所建立的多套網路安全防護及網路審查系統, 主要對公共網路系統進行監控, 在國內外資訊經過網路節點 (路由器¹⁹) 時, 過濾、阻隔、屏蔽與封鎖中國境外涉及敏感內容的網站、網路協定 (Internet Protocol, IP) 位址、關鍵字和網址, 如同網路海關一般²⁰。中國約在 1999 年開始

¹⁰ 以我國為例, 台灣主要的 ISP 業者為中華電信、台灣固網與新世紀資通。

¹¹ 以我國為例, 台灣主要的骨幹網路為台灣學術網路與中華電信。

¹² 被認為嚴格控管網路的國家包括: 北韓、緬甸、古巴、沙烏地阿拉伯、伊朗與中國等國家。
Top 10 Internet-Censored Countries, USA TODAY (Feb. 5, 2014),
<https://www.usatoday.com/story/news/world/2014/02/05/top-ten-internet-censors/5222385/>.

¹³ 計算機信息網絡國際聯網安全保護管理辦法, 第 5 條: 「任何單位和個人不得利用國際聯網製作、複製、查閱和傳播下列信息: (一) 煽動抗拒、破壞憲法和法律、行政法規實施的; (二) 煽動顛覆國家政權, 推翻社會主義制度的; (三) 煽動分裂國家、破壞國家統一的; (四) 煽動民族仇恨、民族歧視, 破壞民族團結的; (五) 捏造或者歪曲事實, 散佈謠言, 擾亂社會秩序的; (六) 宣揚封建迷信、淫穢、色情、賭博、暴力、兇殺、恐怖, 教唆犯罪的; (七) 公然侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的; (八) 損害國家機關信譽的; (九) 其他違反憲法和法律、行政法規的。」

¹⁴ 梁正清, 中國大陸網路傳播的發展與政治控制, 資訊社會研究, 4 期, 頁 211-252 (2003 年)。

¹⁵ 防火長城與審查機制可能阻礙中國經濟發展, 科技新報, 網址:
<https://technews.tw/2015/04/16/chinese-internet-commerce-and-control/> (最後瀏覽日: 2018 年 9 月 25 日)。

¹⁶ 劉文斌、孔懷瑞, 中共網際網路控制作為研析, 展望與探索, 第 8 卷 10 期, 頁 32-33。

¹⁷ 金盾工程是中國為增強公安工作效率和偵察破案水準, 而提出之建設公安通信網路與電腦資訊系統建設工程, 主要包括: 公安基礎通信設施和網路平臺建設、公安電腦應用系統建設、公安工作資訊化標準和規範體系建設、公安網路和資訊安全保障系統建設、公安工作資訊化運行管理體系建設、全國公共資訊網路安全監控中心建設等。中國網, 金盾工程, 2003 年 2 月 27 日, 網址: <http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/283732.htm> (最後瀏覽日: 2018 年 9 月 25 日)。

¹⁸ 綠壩是中國為構建綠色、健康、和諧的網絡環境, 避免網路不良信息對青少年不良影響為由, 要求境內生產銷售的電腦出廠時須預裝「綠壩」軟件, 進口電腦在國內銷售前也應預裝, 以過濾個人電腦上網行為。劉文斌、孔懷瑞, 同上註, 頁 34-35。

¹⁹ 路由器 (Router) 是一種電訊網路裝置, 其連接兩個以上個別網路的裝置, 可以決定封包之傳送路徑。

²⁰ 劉文斌、孔懷瑞, 前揭註 16, 頁 33-34。

建築防火長城，當時主針對民運人士網站、維基百科以及 YouTube 等資訊型網站²¹，如今更擴大至社群、新聞和媒體網站。中國的網路用戶為突破防火長城之封鎖，經常使用 VPN 作為突破工具。

VPN²²的原理是利用「穿隧 (Tunneling)」²³、「加解密 (Encryption & Decryption)」²⁴、「金鑰管理 (Key Management)」²⁵，以及「使用者與設備身分鑑別 (Authentication)」²⁶等技術，在公眾網路 (例如 Internet) 上建立一條虛擬²⁷、專屬且加密的通道，以達到私有網路的安全與便利性。國內用戶透過 VPN 連接至境外伺服器，其下載、瀏覽請求之資訊經加密傳輸回境內，防火長城無法阻止這種經過加密的通信。雖然從技術上，防火長城可以切斷所有的 VPN 連線，但其後果相當嚴重，考量到中國的跨境商業活動皆需穿越防火長城始能傳輸資訊，若中國政府僅為封鎖網路訊息，而要求現行跨境商業活動全面停止加密傳輸，將導致跨境商業活動的資料面臨被攔截、竄改的風險，是不切實際的做法，因此防火長城在封鎖措施中允許例外，這也為 VPN 等破網軟體提供操作空間²⁸。

二、清理通知中 VPN 管制措施之爭議

從清理通知的目標觀之，中國政府是為處理網路產業之資料中心 (IDC)、網路接入服務、內容分發網路業務市場中的無證經營、超範圍經營與層層轉租的違法行為，以強化網路資訊安全管理與維護市場秩序，而對網路業者展開一系列調查、管理以及認證之行政措施²⁹。針對違規開展跨境業務問題，該通知指出³⁰：「未經電信主管部門批准，不得自行建立或租用專線 (含虛擬專用網路 VPN) 等其他信道開展跨境經營活動。基礎電信企業向用戶出租的國際專線，應集中建立

²¹ 同上註。

²² 李倫銓，VPN 虛擬私有網路技術概說，行政院研究發展考核委員會，網址：[http://avp.toko.edu.tw/docs/class/3/VPN%20%E8%99%9B%E6%93%AC%E7%A7%81%E6%9C%89%E7%B6%B2%E8%B7%AF%E6%8A%80%E8%A1%93%E6%A6%82%E8%AA%AA\(%E7%AA%84%E9%A0%BB\).pdf](http://avp.toko.edu.tw/docs/class/3/VPN%20%E8%99%9B%E6%93%AC%E7%A7%81%E6%9C%89%E7%B6%B2%E8%B7%AF%E6%8A%80%E8%A1%93%E6%A6%82%E8%AA%AA(%E7%AA%84%E9%A0%BB).pdf) (最後瀏覽日：2018 年 9 月 25 日)。

²³ 穿隧技術是指為了將私有網路數據資料在公共網路上傳輸，所發展出的一種資料打包方式 (Encapsulation)，即將封包資料封裝起來，在兩個網路或遠端使用者與內部網路之間建立一個虛擬隧道，跨越網際網路。同上註。

²⁴ 加解密技術是為確保資料傳輸過程中不被他人瀏覽、竊取、竄改，在傳輸過程中將封包加密，待封包傳送完成後，再將封包解密。過程中即使遭竊取，駭客看到的僅為亂碼，其必須破解該封包的密鑰 (Encryption Key) 才可解密取得資訊。隨著加密技術與密鑰長度的不同，駭客破解密鑰所需的設備與時間有所不同。同上註。

²⁵ 金鑰管理技術是指如何在 VPN 網路中安全地傳遞密鑰，而不被駭客竊取，使駭客僅能以窮舉法來破解，如此能大幅減少資料被竊取的可能性。同上註。

²⁶ 使用者與設備身分鑑別技術是指正確地辨識合法的使用者與設備，使屬於自己單位的人員與設備能互相連通，構成 VPN，並使非用戶無法進入系統。同上註。

²⁷ 此處的虛擬是指該穿隧技術之隧道並非實體專門線路連結，而是利用通信協定技術建立。同上註。

²⁸ 劉文斌、孔懷瑞，前揭註 16，頁 42-43。

²⁹ 中華人民共和國工業和信息化部，前揭註 1。

³⁰ 同上註。

用戶檔案，向用戶明確表示用途僅供其內部辦公專用，不得用於連接境內外的數據中心或業務平臺開展電信業務經營活動。」基於上述規定，VPN 受到中國政府的嚴厲監管，現行外商所倚賴用以跨境傳輸資訊的 VPN 服務恐將被禁止。

清理通知公布後，美國旋即在 WTO 服務貿易委員會對此規範表達關切。其認為該法規涵蓋的數據中心或業務平臺之範圍相當大，甚至包含了用於企業內部通訊的任何服務，並可能嚴重影響跨境服務提供者之市場進入機會³¹。由於 VPN 是確保跨境資訊安全性和機密性的重要機制，故美國尤其以「跨境資料處理服務 (cross-border data processing services)」為例，質疑中國限制 VPN 之使用是否意圖禁止此類服務，進而違反其相關義務³²。

為探討美國之主張是否有所憑據，本文必須釐清中國究竟是否在其 GATS 特定承諾表下作出承諾，提供外國 VPN 服務提供者進入中國市場之機會。故以下將先簡介主要解釋條約的方法，並以 WTO 案例法佐證之，觀察案件中爭端解決小組與上訴機構係如何界定服務之分類。

貳、WTO 案例法對服務貿易承諾表之解釋

WTO 協定 (含承諾表在內) 可能無法僅依協定所使用的文字確認其所表彰的意涵，其理由可能有二³³：第一，法律規定通常以一般通用之文句草擬，以期達到普遍適用之目的；第二，因 WTO 協定之文字是各國談判之折衷妥協結果，故該等規定可能缺少明確性，因此，若欲判斷系爭措施是否違反 WTO 協定，必須對該等規定加以解釋³⁴。依據 WTO 《爭端解決規則與程序瞭解書》 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU) 第 3.2 條³⁵規定，WTO 爭端解決體系是按照「國際公法之解釋習慣規則 (customary rules of interpretation of public international law)」闡明 WTO 之規定。此所謂之國際公法之解釋習慣規則，雖然 DSU 並未明言，但上訴機構闡述此主要是指《維也納條約法公約》(The Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)

³¹ United States, *supra* note 5.

³² *Id.*

³³ 林彩瑜，前揭註 8，頁 37 (2013 年)。

³⁴ 同上註。

³⁵ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, art. 3.2 [hereinafter DSU], (providing that: “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”).

第 31 條³⁶與第 32 條³⁷。同時，關於服務貿易承諾表之解釋，在「美國—賭博案」以及「中國—電子支付案」中小組與上訴機構均使用 VCLT 解釋原則，故以下將回顧兩個案例，說明服務貿易承諾表之解釋原則。

一、「美國—賭博案」

在「美國—賭博案」³⁸中，安地瓜認為美國係參考「服務部門分類表 (Services Sectoral Classification List, 亦稱 W/120³⁹)」填寫其特定承諾表⁴⁰，並且美國已對承諾表第 10.D 次部門「其他休閒服務 (除體育服務外)」開放市場進入和國民待遇之跨境提供 (Mode 1)。安地瓜指出 W/120 的第 10.D 次部門「體育和其他休閒服務」，係對應至「聯合國中央產品暫行分類 (United Nations Provisional Central Product Classification, CPC)⁴¹」下的「體育和其他休閒服務 (964)」。⁴²在 CPC「體育和其他休閒服務 (964)」下又可細分多個服務項目，其中包括「體育服務 (9641)」、「賭博與博弈服務 (96492)」等⁴³。據此，安地瓜主張美國承諾表第 10.D 次部門「其他休閒服務 (除體育服務外)」係包含 CPC「賭博和博弈服務 (96492)」⁴³。然而，美國表示 W/120 僅是 GATS 談判歷史的一部分，最多僅為一解釋補充

³⁶ The Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31 [hereinafter VCLT], (providing that: “1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”).

³⁷ VCLT, art. 32, (providing that: “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”).

³⁸ Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc. WT/DS285/R (adopted Apr. 20, 2005) [hereinafter US – Gambling].

³⁹ W/120 是由世界貿易組織前身《關稅暨貿易總協定》秘書處於 1991 年所完成。其分類之 12 項行業別 (155 項次行業別) 包括：商業服務業 (Business, 46 項次行業)、通訊服務業 (Communication, 24)、營造及相關工程服務業 (Construction and Engineering, 5)、配銷服務業 (Distribution, 5)、教育服務業 (Education, 5)、環境服務業 (Environment, 4)、金融服務業 (Financial, 17)、健康及社會服務業 (Health, 4)、觀光旅遊服務業 (Tourism and Travel, 4)、休閒文化及體育服務業 (Recreation, Cultural, and Sporting, 5)、運輸服務業 (Transport, 35)、其他 (Other, 1)。

⁴⁰ Panel Report, *US – Gambling*, ¶ 6.36.

⁴¹ CPC 是聯合國於 1991 年發行，全球唯一包括商品和服務的國際產品分類。W/120 分類表之各服務類別均附註 CPC 分類號碼，協助締約國參考 CPC 之定義。

⁴² Panel Report, *US – Gambling*, ¶ 3.30.

⁴³ *Id.* ¶ 6.36.

資料⁴⁴，並非所有會員的承諾表皆基於 CPC 分類⁴⁵，故美國主張其並未開放賭博與博弈服務。於本案，小組採取若干方法解釋美國之承諾表，以下簡述之。

(一) 善意解釋

善意解釋源自於條約必須遵守原則⁴⁶，既然條約須善意履行，在解釋上亦須善意解釋⁴⁷。善意解釋通常與有效解釋 (effective interpretation) 相連結，即條約應盡量從使其有效的方向解釋之⁴⁸。本案小組認為美國既然已在「其他休閒服務 (除體育服務外)」的市場進入和國民待遇作出完全開放的承諾，則此承諾必定具有意義，而小組的任務是判斷其用語的意義為何，由此界定美國所作出承諾的範圍⁴⁹。

(二) 通常意義解釋

在 WTO 法律體系下，小組和上訴機構在認定通常意義時最常使用字典所定義的解釋，因其被認為是最具中立性和權威性之解釋來源⁵⁰，反之，在某些案例中，小組和上訴機構卻認為不能單以字典之解釋過早下定論。本案中，美國主張體育服務 (sporting) 之通常意義包含賭博，但在美國承諾表第 10.D 項次部門已排除體育服務，故連帶排除賭博，即美國未承諾開放賭博和博弈服務⁵¹，但是小組依據牛津英文字典 (Shorter Oxford English Dictionary) 及其他字典，認定體育之通常意義並未包含賭博⁵²，不過小組亦表達使用字典定義來解釋通常意義之方式留下了許多開放性問題，並且無法達成具決定性的結論⁵³。上訴機構亦表示僅以字典定義即等同通常意義之作法過於僵化，以及字典中所定義的賭博和博弈服務在某些脈絡下可以成為「體育」之字義等理由⁵⁴，認為小組對「體育」之認定過於草率⁵⁵。由此可知，本案小組和上訴機構均表達利用字典定義作為通常意義解釋並不必然獲得確切之結論，故常需進行後續之上下文、目的與宗旨解釋。

⁴⁴ *Id.* ¶ 6.38.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ VCLT, art. 26, (providing that: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”).

⁴⁷ 許耀明，WTO 爭端解決機制之法律解釋：多元途徑及其限制，收於：楊光華編，第十一屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 239 (2011 年)。

⁴⁸ 同上註。

⁴⁹ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.51.

⁵⁰ 許耀明，前揭註 47，頁 234。

⁵¹ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.54.

⁵² *Id.* ¶ 6.61.

⁵³ *Id.* ¶ 6.67.

⁵⁴ Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶166, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005) [hereinafter *US—Gambling*].

⁵⁵ *Id.* ¶ 167.

(三) 上下文解釋

上下文解釋源自於體系解釋原則，即條約解釋必須將條約視為整體來解釋⁵⁶。本案關於上下文解釋之爭議在於認定 W/120 和「1993 填寫準則 (1993 Scheduling Guidelines)」⁵⁷這兩份文件是否屬 VCLT 第 31.2 條所定義之上下文⁵⁸。依 VCLT 第 31.2 條，小組表示這兩份文件要滿足以下三個條件：

1. 與 GATS 相關

小組認為 1993 填寫準則的宗旨是說明如何填寫承諾表，以確保承諾表的明確與精準，並作為承諾表的共通格式和標準化用字⁵⁹，故 1993 填寫準則與 GATS 相關⁶⁰。

2. 構成全體會員簽訂或部分會員簽訂且其他會員接受之文書

這兩份文件雖然在技術上均由 GATT 秘書處起草，但實際內容卻是受烏拉圭回合談判會員所指示，故該等會員可被視為這兩份文件概念上的起草人 (intellectual authors)，而且這兩份文件是該等會員透過協商所完成，協商過程中有機會進行修改和變更⁶¹，因此這兩份文件構成由全體會員簽訂之協議或部分會員簽訂且其他會員接受之文書。

3. 和 GATS 之締結有關

1993 填寫準則的宗旨表明其作為 GATS 承諾表填寫之指引和會員承諾表之後續解釋；而 W/120 亦為多數 WTO 會員在烏拉圭回合減讓談判時，用以定義承諾表的服務部門⁶²，故這兩份文件可視為和 GATS 之締結有關。

⁵⁶ 許耀明，前揭註 47，頁 234。

⁵⁷ 1993 填寫準則 (Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note) 是在烏拉圭回合時，服務談判小組 (Group of Negotiations on Services) 發布之協助會員就服務貿易談判以及承諾表填寫之解釋文件；GATT Doc. MTN.GNS/W/164 (Sep.3, 1993); Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, introduction 1, (providing that: “This note is intended to assist in the preparation of offers, requests and national schedules of initial commitments. Its objective is to explain, in a concise manner, how commitments should be set out in schedules in order to achieve precision and clarity. It is based on the view that a common format for schedules as well as standardization of the terms used in schedules are necessary to ensure comparable and unambiguous commitments. The note cannot answer every question that might occur to persons responsible for scheduling commitments; it does attempt to answer those questions which are most likely to arise. The answers should not be considered as an authoritative legal interpretation of the GATS.”).

⁵⁸ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.71.

⁵⁹ *Id.* ¶ 6.78.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*, ¶ 6.80.

⁶² *Id.* ¶ 6.81.

綜觀以上，小組認定 W/120 和 1993 填寫準則構成 GATS 承諾表的上下文，因此使用這兩份文件來解釋美國的承諾表⁶³。1993 填寫準則第 16 段規定⁶⁴：「部門和次部門之分類應基於 W/120，而 W/120 所列之部門是以相對應 (corresponding) 的 CPC 號碼來認定……若會員希望使用自己的次部門分類或定義，其應以上述舉例之方式與 CPC 調和。若不可行，則應提供詳細的定義以避免承諾範圍模糊不清。」小組認為美國的承諾表雖依循 W/120，但卻不參考 CPC 號碼，又未對其承諾表第 10.D 次部門提供自己的定義，使該次部門的定義與範圍缺乏清楚的說明。小組認為，美國這樣的做法會產生一種其承諾必定按照 W/120 和相應的 CPC 號碼來解釋之期待，使小組認為美國承諾表第 10.D 次部門「其他休閒服務(除體育服務外)」是對應到 CPC「體育和其他休閒服務(964)」，並且美國排除的體育服務是對應到 CPC「體育服務(9641)」，而 CPC「賭博與博奕服務(96492)」並未被排除⁶⁵。綜上所述，美國承諾表應當被理解為已對第 10.D 次部門下的賭博和博奕服務作出開放承諾⁶⁶。

上訴機構認為 W/120 和 1993 填寫準則並非 VCLT 第 31.2 條之上下文，原因在於烏拉圭回合的談判會員僅要求 GATT 秘書處發布這兩份文件用來協助談判，但不等於這兩份文件構成「與 GATS 相關之協議或文書」⁶⁷，而且會員僅同意使用這兩份文件作為談判特定承諾，並無證據支持會員使用這兩份文件作為解釋工具⁶⁸。又上訴機構認在判斷上下文時應考慮美國「承諾表之整體」、「GATS 的架構」、與「其他會員之 GATS 承諾表」等⁶⁹。首先，對於美國承諾表之整體，上訴機構認為其大致上依循 W/120 的架構但未參考 CPC 號碼⁷⁰。接著，在審視 GATS 的架構時，上訴機構認為一特定服務不能落入兩個不同的部門或次部門，換句話說，賭博與博奕服務僅可能落入美國承諾表第 10 部門下「休閒服務」、「體育服務」或「娛樂服務」這三個部門中的其中之一⁷¹。最後，審視其他會員之 GATS 承諾表時，上訴機構認為美國和大多數會員的承諾表皆依循 W/120 的架構並採用其用字，此架構和語言的相似性使上訴機構斷定，縱使美國不參考 CPC，但不代表美國承諾表的用字必然和其他會員承諾表有不同的意義和範圍⁷²。綜觀以上，上訴機構認為上下文僅顯示會員意圖透過具體的用字或 CPC 號碼，將其對於賭博與博奕服務所做出的承諾與對其他第 10.D 次部門所做出的承諾區隔開來，但對於賭博與博奕服務究竟是落入「體育服務」、「其他休閒服務」或是其他

⁶³ *Id.* ¶ 6.82.

⁶⁴ *Id.* ¶ 6.85.

⁶⁵ *Id.* ¶ 6.93.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Appellate Body Report, *US—Gambling*, ¶ 176.

⁶⁸ *Id.* ¶ 177.

⁶⁹ *Id.* ¶ 178.

⁷⁰ *Id.* ¶ 179.

⁷¹ *Id.* ¶ 180.

⁷² *Id.* ¶ 183.

的次部門，上下文解釋並無法提供確切的答案⁷³。

(四) 目的與宗旨解釋

目的與宗旨解釋係指解釋條約應參酌該條約之目的與宗旨⁷⁴。小組認為 GATS 之目的與宗旨規定於其前言⁷⁵，冀望依透明化及漸進自由化原則建立一個以擴展貿易為目的之服務貿易規則多邊性架構；此外，會員承諾表之安定性和可預期性亦為目的與宗旨⁷⁶，此外會員承諾表亦適用透明化原則，使 WTO 會員、服務提供者與消費者能無礙地理解會員承諾表⁷⁷。因此小組認為美國承諾表第 10.D 次部門有提供明確性和精準性之必要，且除非在承諾表中對於各部門、次部門分類有會員自行定義的詳細說明，否則會員承諾表應被假定為依循 W/120 與其相應之 CPC 號碼⁷⁸，故 GATS 之目的與宗旨支持美國已在第 10.D 次部門對賭博與博弈服務作出承諾之推論。然而，上訴機構雖然認同小組對 GATS 目的與宗旨的描述，也認同 GATS 目的與宗旨強化了會員清楚表明其開放承諾的重要性，但上訴機構認為這些考量仍無法實際判定賭博和博弈服務是否落入美國承諾表，因此尚須檢視其他條約解釋要件⁷⁹。

(五) 解釋之補充資料

解釋之補充資料源自於歷史解釋原則⁸⁰，小組為確認由 VCLT 第 31 條所得出的解釋，因此審視條約之準備工作，首先是美國在烏拉圭回合之最終承諾表草案 (Draft Final Schedule) 首頁 (cover-notes)，其提及：「除非另有說明，美國部門承諾範圍應對應 W/120 文件⁸¹。」其次是美國國際貿易委員會 (International Trade Commission, ITC) 在其官方文件中亦曾表示：「美國承諾表第 10.D 次部門與 CPC 964 相互對應⁸²。」綜上所述，小組認定美國承諾表在第 10.D 次部門下包含對賭博和博弈服務之特定承諾⁸³。然而上訴機構的理由則是因為認為依 VCLT 第 31 條所為之解釋，仍無法清楚定義何謂「其他休閒服務 (除體育服務之外)」，因此進而檢視 VCLT 第 32 條的解釋之補充資料。上訴機構認為本案解

⁷³ *Id.* ¶ 186.

⁷⁴ 許耀明，前揭註 47，頁 237。

⁷⁵ GATS, pmbl. para. 2, (providing that: “Wishing to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services with a view to the expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing countries.”).

⁷⁶ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.108.

⁷⁷ *Id.* ¶ 6.107.

⁷⁸ *Id.* ¶ 6.106.

⁷⁹ Appellate Body Report, *US—Gambling*, ¶ 189.

⁸⁰ 許耀明，前揭註 47，頁 240。

⁸¹ Panel Report, *US—Gambling*, ¶ 6.115.

⁸² *Id.* ¶ 6.123.

⁸³ *Id.* ¶ 6.134.

釋之補充資料包括 W/120、1993 填寫準則以及美國承諾表草案之首頁⁸⁴。上訴機構發現 W/120 清楚指出第 10.D 「體育和其他休閒服務」對應到 CPC 964，其下包含賭博和博奕服務 (96492)⁸⁵。至於 1993 填寫準則清楚表示若締約方想使用自己的次部門分類或定義，締約方應當以足夠詳細的方式，避免對承諾之範圍有任何不確定性⁸⁶。上訴機構認為美國承諾表依循 W/120 架構，且採用和 W/120 相同的用語 (terminology)，卻不使用 CPC 號碼的做法，係無法達到承諾範圍必須清楚明確的要求⁸⁷。而且 W/120 和 1993 填寫準則作為協助締約方檢視和評估其他締約方提供的談判條件，同時提供共同的語言和架構，使會員廣泛使用之⁸⁸。故上訴機構合理推斷，在談判時，當締約方檢視其他締約方承諾表的部門時，該部門幾乎都使用和 W/120 所列部門相同之用語，而且未加註任何特別說明，此時締約方會預期其他締約方承諾表的部門和 W/120 對應部門有同樣的承諾範圍⁸⁹。除非承諾表有特別說明，否則會員應被預期依循 W/120 和與其相應之 CPC 分類⁹⁰。儘管美國承諾表缺少 CPC 號碼，但仍可將美國承諾表第 10.D 次部門解釋為與 W/120 第 10.D 次部門有相互對應⁹¹。同時上訴機構亦認同美國承諾表草案所稱，美國應使用 W/120 並遵循 1993 填寫準則⁹²。綜上所述，上訴機構維持小組見解，認定美國承諾表在第 10.D 次部門下包含對賭博和博奕服務之特定承諾⁹³。

二、「中國—電子支付案」

在「中國—電子支付案」⁹⁴中，中國對境內電子支付服務設立特定法規限制與要求，美國認為系爭措施影響到電子支付服務，該服務係處理支付卡交易，並且管理與促進參與支付交易機構之間的資金轉移⁹⁵。美國主張中國在其承諾表「銀行業及其他金融服務業」(d) 次部門「所有支付和金融轉移服務，包括信用卡、簽帳卡、簽帳金融卡、旅行支票、銀行匯票⁹⁶」已對市場進入和國民待遇作出開放承諾，而電子支付服務落入 (d) 次部門⁹⁷。中國則是認為電子支付服務中的「傳送交易資訊」和「計算與各機構交易之淨部位」等同於結算 (clearing)，

⁸⁴ Appellate Body Report, *US—Gambling*, ¶ 197.

⁸⁵ *Id.* ¶¶ 199-201.

⁸⁶ *Id.* ¶ 203.

⁸⁷ *Id.* ¶ 204.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* ¶ 204.

⁹¹ *Id.* ¶ 205.

⁹² *Id.* ¶¶ 206-207.

⁹³ *Id.* ¶ 213.

⁹⁴ Panel Report, *China—Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WTO Doc. WT/DS413/R (adopted Aug. 31, 2012) [hereinafter *China—Electronic Payment Services*].

⁹⁵ *Id.* ¶ 7.25.

⁹⁶ 原文為：“All payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards, travellers cheques and bankers draft.”

⁹⁷ Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.63.

「最後移轉支付」等同於清算 (settlement)⁹⁸，結算和清算服務並未落入承諾表 (d) 次部門，而是落入 GATS 金融服務附件段落 5 (a) 次部門 (xiv)「金融資產之清算和結算服務，包括證券、衍生性商品和其他可轉讓工具」，而中國並未對該次部門作出開放承諾⁹⁹。

(一) 通常意義解釋

小組依據字典定義檢視「所有支付和金錢轉移服務」之「支付」、「金錢」、「轉移」的通常意義¹⁰⁰，認為當三個詞彙一同使用時，意指將一種被廣泛接受的交換工具從一人或一地轉移到另一方，此金錢之轉移可能用於收到貨品或服務，或用於債務清算¹⁰¹。除字典外，美國提出使用業界資料 (industry sources) 來認定通常意義，因美國認為產業用語可作為字典定義的基礎¹⁰²，但中國認為包括公司手冊、年報、網站等業界資料通常較為偏頗且自利 (biased and self-serving)，加上小組或上訴機構從未使用業界資料作為條約解釋工具¹⁰³，故不得將業界資料用作條約解釋。小組雖認為通常意義之解釋雖不必侷限於字典，但必須注意業界資料有其限制，例如業界資料來源代表的是出於自利的的角度而為資訊，這也應該影響到此資訊的解釋力¹⁰⁴，且在本案中小組發現即使雙方參考相同業界資料卻未必得出相同結論¹⁰⁵，故小組認為業界資料較無助於認定事實¹⁰⁶。再者小組檢視「支付和金錢轉移服務」一詞，認為支付服務是由買方和賣方之外的第三方所提供，用以促進或確保支付行為成功進行；金錢轉移服務亦同，是由中介機構參與金錢移轉活動，用以確保金錢從一方轉移至另一方¹⁰⁷。最後小組對「所有」進行解釋，認為使用「所有」一字是欲涵蓋「支付和金錢轉移服務」的所有範圍¹⁰⁸。更精確來說，「所有」一字包括支付和金錢轉移的全部服務、所有支付和金錢轉

⁹⁸ *Id.* 依據我國中央銀行之定義，結算 (clearing) 指支付系統參加者間支付指令之傳送、處理即應收穫應付差額之結計等程序，此一程序可能包括支付指令的淨額抵銷，以及淨清算部位的計算；清算 (settlement) 指支付系統參加者間支付指令所產生之應收、應付金額，由清算機構予以貸、借記指定帳戶，以解除債權債務關係之處理程序；中華民國中央銀行全球資訊網，<https://www.cbc.gov.tw/lp.asp?CtNode=317&CtUnit=488&BaseDSD=7&mp=1> (最後瀏覽日：2018年9月25日)。

⁹⁹ Panel Report, *China – Electronic Payment Services*, ¶ 7.64.

¹⁰⁰ *Id.*, ¶¶ 7.80-7.84.

¹⁰¹ *Id.*, ¶ 7.85.

¹⁰² *Id.*, ¶ 7.86.

¹⁰³ *Id.*, ¶ 7.87.

¹⁰⁴ *Id.*, ¶ 7.89.

¹⁰⁵ 美國與中國同樣參考 MasterCard 公司 2010 的年報，美國認為 MasterCard 在該報告中自稱其為一家提供「支付服務和解決方案 (payment services and solutions)」的公司；但中國引用該報告另外一處，指稱 MasterCard 提供「交易交換 (transaction switching)」服務，其中包括授權 (authorization)、結算 (clearing) 與清算 (settlement)。 *Id.*, ¶ 7.90.

¹⁰⁶ *Id.*, ¶ 7.91.

¹⁰⁷ *Id.*, ¶ 7.96.

¹⁰⁸ *Id.*, ¶ 7.99.

移方式 (紙本、卡片等) 以及所有相關商業模式¹⁰⁹。

(二) 上下文解釋

小組參照「美國—賭博案」上訴機構對上下文之見解¹¹⁰認為，應考慮中國「承諾表之整體」、「GATS 的架構」以及「其他會員之 GATS 承諾表」等，以下分別探討之。

1. 中國承諾表之整體—(d) 次部門之其他部分

小組檢驗 (d) 次部門之其他部分 (the rest of subsector (d))，即「包括信用卡、簽帳卡、簽帳金融卡、旅行支票和銀行匯票 (包括進口和出口清算)¹¹¹」。小組指出「包括 (including)」是指其涵蓋之項目僅為局部而非全面 (non-exhaustive)。接著小組從字典定義確認這些工具是讓持有者能以不使用現金的方式進行支付，並從一人或一地轉移金錢到另一方¹¹²。最後小組認為「包括進口和出口清算」中「進口和出口」是指此支付服務是與國際貿易交易相連結，並且為「銀行匯票」(bankers drafts) 所做之特別描述¹¹³。銀行匯票是出口商與進口商進行國際貿易所使用的支付工具，銀行匯票必須經過清算 (be settled) 才能完成交易，故「包括進口和出口清算」確認了進口商和出口商之間透過銀行匯票的支付服務涵蓋在 (d) 次部門¹¹⁴。中國雖抗辯其在 (d) 次部門並未使用結算一詞，但小組認為未提及結算一詞並不表示在使用銀行匯票時沒有涉及結算的行為，因銀行匯票通常在清算之前先進行結算，故清算代表使用銀行匯票支付之進出口交易完成的最後階段，使小組認為銀行匯票之結算是被隱含在「包括進口和出口清算」之字句中¹¹⁵。因此 (d) 次部門涵蓋所有支付工具之清算和結算，包含了電子支付服務¹¹⁶。

2. 中國承諾表之整體—中國承諾表的其他要素

小組審視中國承諾表的其他要素，包括中國承諾表 B 部門「銀行業務和其他金融服務 (除保險服務和證券服務外)」之下的小標題「列於以下之銀行服務 (Banking services as listed below)」和「模式一的市場進入承諾」。首先針對「列於以下之銀行業務服務」，小組認為銀行業務包括：一、提供支付工具、信用、資本給個人、公司和政府；二、銀行之事業 (business)；三、與存款、放款、以

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, ¶ 7.102.

¹¹¹ 原文為：“...including credit, charge and debit cards, travellers cheques and bankers drafts(including import and export settlement.”.

¹¹² Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.111.

¹¹³ *Id.* ¶ 7.115.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* ¶ 7.116.

¹¹⁶ *Id.* ¶ 7.119.

及提供投資、交易、顧問之其他金融服務的金融場域，上述定義並未指出銀行 (bank) 是銀行業務之專屬提供者¹¹⁷。同時小組發現列於該小標題下的 (a) 項目到 (f) 項目通常是由銀行提供服務，但非銀行之金融服務提供者亦可以提供該服務，例如存款 (a) 項目可以由郵局提供¹¹⁸，且中國自己亦承認銀行業務可由非銀行 (金融公司和其他類型的金融機構) 提供服務¹¹⁹。總結而論，小組認為「列於以下之銀行業務服務」下之 (a) 至 (f) 次部門可由其他型態之金融機構提供¹²⁰，此結論與 (d) 次部門包含清算和結算之論點並無衝突¹²¹。再者，針對「模式一的市場進入承諾」，中國承諾表為不予承諾 (Unbound)，但設有例外開放服務¹²²，小組認為此處之例外開放服務是參考「其他列於以下的金融服務 (other financial services as listed below)」之 (k) 和 (l) 次部門，從「模式一的市場進入承諾」之上下文並未得出不同的解釋¹²³。

3. 中國承諾表之整體—GATS 金融服務附件

中國認為系爭結算和清算服務應歸類於 GATS 金融服務附件 (Annex on Financial Services) 段落 5 (a) 次部門 (xiv): 「金融資產之清算和結算服務，包括證券、衍生性商品和其他可轉讓工具¹²⁴」，中國表示其未對該次部門作出開放承諾¹²⁵。但小組認為該次部門之例示清單「證券、衍生性商品和其他可轉讓工具」顯示了其結算和清算服務的類型¹²⁶，這三種金融產品共通特性皆為「可轉讓¹²⁷ (negotiable)」，雖然中國承諾表 (d) 次部門下的旅行支票和銀行匯票都屬可轉讓，但銀行卡和與支付卡交易相關的簽名銷貨單 (sales slips signed) 皆不可轉讓，故不落入附件 (xiv) 次部門之例示清單¹²⁸。綜上所述，小組認為附件 (xiv) 次部門之結算和清算僅涵蓋證券、衍生性商品，以及與其具有共同特性的其他可轉讓工具，而非「任何」可轉讓工具。相反地，(d) 次部門之「所有支付和金錢轉讓服務」才包含了所有結算和清算¹²⁹服務，故使用系爭支付卡交易之清算和結算服務被分類於 (d) 次部門較為合適¹³⁰。

¹¹⁷ *Id.* ¶ 7.125.

¹¹⁸ *Id.* ¶ 7.126.

¹¹⁹ *Id.* ¶ 7.128.

¹²⁰ *Id.* ¶ 7.133.

¹²¹ *Id.* ¶ 7.134.

¹²² 1. 財務資訊之提供和轉移以及財務數據處理與其他金融服務之提供者有關的軟體 2. 顧問、中介和全部列於 (a) 到 (k) 次部門的所有活動，包括信用證明、分析、投資以及投資組合研究和建議、併購和企業重組策略建議之其他輔助性財務服務。

¹²³ Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.138.

¹²⁴ 原文為：” Settlement and clearing services for financial assets, including securities, derivative products, and other negotiable instruments.”; *Id.* ¶ 7.140.

¹²⁵ *Id.* ¶ 7.141.

¹²⁶ *Id.* ¶ 7.150.

¹²⁷ 原文為：Negotiable: “Of a bill, draft, cheques, etc.: transferable or assignable in the course of business from one person to another simply by delivery.”

¹²⁸ Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.155.

¹²⁹ *Id.* ¶ 7.159.

¹³⁰ *Id.* ¶ 7.169.

4. GATS 的架構

美國主張電子支付服務是管理和促進參與支付交易機構之間的資金轉移，也是處理信用卡等卡片電子支付交易不可或缺的一部分，若缺少電子支付服務，將無法完成支付卡交易，故電子支付服務應落入「支付和金錢轉移服務」¹³¹。但是中國認為電子支付服務僅是管理和促進或協助處理「支付和金錢轉移服務」，但不得歸類為「支付和金錢轉移服務」，而應歸類到別的服務。中國更表示，若某特定的、可個別辨識的服務僅因其係管理、促進或涉及處理另一服務，就能夠一起被歸類成其他部門或次部門的另一服務，這將導致服務歸類系統的崩解¹³²。對此，小組認為使用支付卡之交易若要成交，須包括前端處理認證該交易以及後端處理結算與清算該交易¹³³。若支付無效、金錢無法從客戶帳戶轉移到商家帳戶，則任何支付服務和金錢轉移服務都不會發生¹³⁴。基於此，即使這些活動並未詳細地列入 (d) 次部門，但必然要包含在 (d) 次部門定義的範圍，因為這些活動必須一同運作才能提供支付和金錢轉移服務¹³⁵。小組亦表示，當不同服務結合形成一個獨特的服務，並以此供給與消費時，此獨特的服務並未違反服務部門分類的互斥原則¹³⁶，亦即一特定服務不落入兩個不同的部門或次部門。

5. 其他 WTO 會員之承諾表

小組依上訴機構在「美國—賭博案」和「中國—出版視聽產品案」(China — Publications and Audiovisual Products) 之見解，認為其他 WTO 會員之 GATS 承諾表應被小組和上訴機構視為解釋會員承諾表之上下文¹³⁷，但同時上訴機構亦認知到各承諾表有其固有的邏輯，因此，在使用其他 WTO 會員之承諾表作解釋時，應有限度地使用¹³⁸。小組認為中國引用其他 WTO 會員之承諾表中使用不同的名字來詮釋 (d) 次部門，例如商業銀行、金融機構、專業金融公司、信用機構，但中國並未提出關於此等不同名稱機構明確的特性，故小組無法確認中國引用其他 WTO 會員承諾表之「全部支付和金錢轉移服務」是否等同中國所定義之「只能由銀行或其他類型之金融機構來提供服務¹³⁹」。由於每個承諾表都有其固有的邏輯，小組無法判斷這些承諾表所稱之機構是否和中國聲稱的銀行和其他類型金融機構相同¹⁴⁰。因此，小組認為藉由其他 WTO 會員之承諾表所得出的解釋，並

¹³¹ *Id.* ¶ 7.171.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.* ¶ 7.180.

¹³⁷ *Id.* ¶ 7.191.

¹³⁸ Appellate Body Report, *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶ 383, WT/DS363/AB/R (adopted Jan. 19, 2010) [hereinafter *China — Publications and Audiovisual Products*].

¹³⁹ Panel Report, *China — Electronic Payment Services*, ¶ 7.192.

¹⁴⁰ *Id.*

未與上述檢視過的上下文解釋有所不同¹⁴¹。

(三) 目的與宗旨解釋

本案中，中國與美國雙方各就 WTO 和 GATS 之目的和宗旨互相控訴，中國認為美國的解釋方式專斷、不合邏輯且完全不具可預測性，違背 WTO 會員承諾表應具安定性和可預測性之目的與宗旨¹⁴²。美國認為，若依照中國所稱整合服務無法被歸類於相同次部門之論述，則此舉將永遠無法達成 GATS 前言提及之漸進自由化；此外，將一個能落入次部門之整合服務拆解掉，並宣稱這些碎裂的服務各自構成個別的、會員沒有承諾開放的服務，這種作法亦無法達成 GATS 目的和宗旨中的透明性¹⁴³。對此，小組認為透明性和漸進自由化的確是 GATS 和 WTO 之重要目的之一¹⁴⁴，而小組認為當這些服務結合起來，形成一個新穎且獨特的服務時，應將其分類為在單一的次部門之下¹⁴⁵，這樣的分類解釋方法符合商業現實，因而強化 GATS 特定承諾的可預期性與安定性，符合 GATS 前言所提及的漸進自由化¹⁴⁶。因此小組認為中國承諾表 (d) 次部門包含電子支付服務之認定符合 GATS 和 WTO 協定之目的和宗旨。

(四) 解釋之補充資料

小組認為其依照 VCLT 第 31 條對中國承諾表之解釋並未使意義不明或難解，或使結果顯然荒謬不合理，故小組認為不必訴諸 VCLT 第 32 條進行審理¹⁴⁷。

參、中國 VPN 服務於 GATS 特定承諾表中之歸類問題

以下本文將基於「美國—賭博案」與「中國—電子支付案」小組與上訴機構對於服務界定與分類之方法，判斷中國是否已對 VPN 服務作出市場進入之開放承諾，即是 VPN 服務是否能歸類於中國承諾表中任一承諾開放的服務部門或次部門。

為釐清 VPN 服務是否能落入中國承諾表的任一部門別，基於本文前述對 VPN 服務之定義¹⁴⁸為：「利用穿隧技術、加解密技術、金鑰管理技術、使用者與設備身分鑑別技術，在公眾網路上建立一條虛擬的、專屬的、加密的通道，以達到私有網路的安全與便利性。」本文認為，綜觀中國特定承諾表中所列入的服務部門並與 VPN 服務比較，該服務的核心是促進資訊的傳遞，透過建立虛擬的、

¹⁴¹ *Id.* ¶ 7.193.

¹⁴² *Id.* ¶ 7.194.

¹⁴³ *Id.* ¶ 7.195.

¹⁴⁴ *Id.* ¶ 7.196.

¹⁴⁵ *Id.* ¶ 7.198.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.207.

¹⁴⁸ 李倫銓，前揭註 22。

專屬的、加密的資訊傳遞通道，以達到資訊傳遞的安全與便利，因此本文認為較有機會落入中國承諾表中的通信服務 (Communication Services)。另外，從本案例中美國向 GATS 委員會表達意見的資料中觀之¹⁴⁹，美國表示租用專線和 VPN 服務是公司為了企業內部或與客戶及供應商通訊之重要通訊設施。租用專線仰賴專用線路以提供客戶專屬使用；VPN 服務使用加密技術創造「虛擬的」專業通道以提供客戶專屬使用¹⁵⁰。由此可知，VPN 服務與租用專線服務雖然在技術上有所差異，但在最終使用目的是極為類似。基於以上論點，本文暫且假設 VPN 服務落入中國特定承諾表通信服務部門中之移動語音和數據服務 (Mobile Voice and Data Services) 服務部門，該服務部門下之國際業務 (International Services) 的 (g) 次部門「國際閉合用戶群組語音和數據服務 (允許使用私人專用線路服務) (International Closed User Group Voice and Data Services (Use of Private Leased Circuit Service is Permitted))」。以下將運用上述 WTO 案例法之 VCLT 解釋對 VPN 服務進行歸類，分析其是否真的落入中國承諾表之 (g) 次項目。

(一) 通常意義解釋

本文透過字典¹⁵¹定義檢視 (g) 次項目，「國際」為國家之間 (connected with or involving two or more countries)，「閉合」為限定一特定群體的人 (limited to a particular group of people)，「用戶群組」為一個群體的人使用特定事物與分享資訊，特別是使用電腦在網路上分享資訊 (a group of people who use a particular thing and who share information about it, especially people who share information about computers on the Internet)，「語音」為聲音 (sounds)，「數據」為用以檢驗、找出事實或作決策事實和資訊 (facts or information, especially when examined and used to find out things or to make decisions)，「服務」為不涉及製造貨品之為客戶從事業務 (a business whose work involves doing something for customers but not producing goods)，當以上用語一同使用，或可被解讀為：「國家之間，一個由非製造貨品的商業單位提供予限定群體之業務，為透過網路使用電腦分享聲音與資訊」。此描述看似合乎一企業使用 VPN 服務之情況，然而依據「美國—賭博案」上訴機構之見解¹⁵²，以字典定義等同通常意義之作法不應過於僵化，且對一服務解釋之認定不應過於草率。此外，依據「中國—電子支付案」小組之見解，小組認為通常意義解釋不一定限縮於字典，可參考業界資料，但應注意業界資料有其限制，例如其自利性對通常意義解釋之影響¹⁵³，如該案中國主張公司的手冊、年

¹⁴⁹ United States, *supra* note 5.

¹⁵⁰ 原文為：“Leased lines and VPN services are specialized services companies use for critical communications for either intra-corporate communications or communications with customers or suppliers. Leased lines rely on a dedicated circuit for exclusive use of a customer; VPN services use encryption to create a "virtual" dedicated channel for the same purpose.”

¹⁵¹ *Oxford Advanced Learner's Dictionary (Online Version)*.

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>.

¹⁵² Appellate Body Report, *US—Gambling*, ¶¶ 166,167.

¹⁵³ Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.89.

報、網站等業界資料通常較為偏頗與自利¹⁵⁴，可能是站在企業之立場對產品或服務加以定義與解釋。基於以上論點，本文認為可使用業界資料作為部分參考，故在 WTO 成立 (1995 年) 到中國入會 (2001 年) 這段時間中尋找產業界對 VPN 服務之定義與看法，例如「VPN 為一私有網絡，其建構於公共網絡基礎建設 (如全球網路)¹⁵⁵」，亦有業者提到 VPN 具有「閉合用戶群組」的特性¹⁵⁶。基於字典定義與部分參酌業界資料後，本文認為 VPN 可以列入「國際閉合用戶群組語音和數據服務 (允許使用私人專用線路服務)」。

(二) 上下文解釋

本文以上訴機構於「美國—賭博案」以及小組於「中國—電子支付案」之見解¹⁵⁷，應檢驗中國「承諾表之整體」、「GATS 的架構」，以及「其他會員之 GATS 承諾表」。

1. 中國承諾表之整體—(g) 次部門之其他部分

首先，本文檢驗 (g) 次部門之其他部分，即「允許使用私人專用線路服務」。本文依據「中國—電子支付案」之見解，小組從中國承諾表 (d) 次部門「包括信用卡、簽帳卡、簽帳金融卡、旅行支票和銀行匯票」的用語觀之，「包括 (including)」一字是指其涵蓋之項目僅為局部而非全面，認定這些工具是「所有支付和金錢轉移服務」之例示清單。本文依循此脈絡，認為 (g) 次部門之「允許使用私人專用線路服務」並未使用「包括」一字或舉例的方式，而是特別以「允許使用」單獨強調私人專用線路服務，讓 WTO 會員認知中國有意開放私人專用線路服務從事跨境語音和資訊傳輸。

2. 中國承諾表之整體—中國承諾表的其他要素

再者，本文審視中國承諾表的其他要素。和「中國—電子支付案」中審視金融服務部門的「銀行業務和其他金融服務 (除保險服務和證券服務外)」不同，通訊服務部門的 (g) 次部門「國際閉合用戶群組語音和數據服務 (允許使用私人專用線路服務) 除分為國內業務 (Domestic Services) 和國際業務 (International Services) 之外，並無其他說明文字，僅能確定 (g) 次部門是為處理國際性的服務；另外就開放程度之「市場進入限制 (Limitations on market access)」而言，在模式一跨境提供的部分為「見模式三 (See mode 3)」，故與模式三的承諾相同。

¹⁵⁴ *Id.* ¶ 7.87.

¹⁵⁵ Paul Ferguson & Geoff Huston, *What is a VPN?*, CISCO (1998), http://cpham.perso.univ-pau.fr/ENSEIGNEMENT/COMMUN/vpn_ferguson.pdf.

¹⁵⁶ Gabriel Dermler, *CATI Scenario and Architecture*, IBM RESEARCH DIVISION-ZÜRICH LABORATORIES (1999), <http://people.ee.ethz.ch/~cati/deliv/CATI-IBM-DN-P-001-1.4.pdf>.

¹⁵⁷ Appellate Body Report, US—*Gambling* ¶ 178; Panel Report, *China—Electronic Payment Services*, ¶ 7.111.

在模式三商業據點呈現的部分，中國承諾入會六年後，將取消地理限制以及外人投資可達 49%，此使「國際閉合用戶群組語音和數據服務」之跨境服務和外國服務提供者應享有市場進入機會，但須透過合資，且不得取得企業控制權；「國民待遇限制 (Limitation on national treatment)」而言，不論模式一或模式三皆無限制。此處之分析僅能確定 (g) 次部門是為處理國際性的服務，無法從上下文推知 VPN 可以列入「國際閉合用戶群組語音和數據服務 (允許使用私人專用線路服務)」範疇。

3. 其他 WTO 會員之承諾表

接著，本文審視其他 WTO 會員之承諾表，從越南的 WTO 特定承諾表¹⁵⁸中可看出，越南明文將 VPN 列入開放項目，位於基礎電信服務 (Basic Telecommunication services) 項目下之其他服務 (Other services) 的虛擬私人網絡¹⁵⁹ (VPN)，與其承諾表 (g) 次部門「私人專用線路服務 (Private leased circuit services)」為相互獨立的部門。然必須特別注意的是越南加入 WTO 的時間為 2007 年，而中國加入 WTO 的時間為 2001 年，而 VPN 之相關技術標準直至 2000 年左右才在國際層級中討論¹⁶⁰，顯見在中國入會，甚至 GATS 創立之時，VPN 尚未成為主流的技術與服務。此外，依據「中國—出版視聽產品案」上訴機構見解¹⁶¹，在使用其他 WTO 會員之承諾表做解釋時，因各承諾表有其固有的邏輯，故在使用其他 WTO 會員之承諾表作解釋時應有限度地使用。綜上，本文認為其他 WTO 會員之承諾表可做為協助解釋，但並不能做為具決定性的分析要素。

(三) 目的與宗旨解釋

¹⁵⁸ Vietnam, Schedule of Specific Commitments, WTO Doc. GATS/SC/142 (Mar. 19, 2007).

¹⁵⁹ 越南對 VPN 之註腳詳盡描述其服務之性質與規定，其中亦提及須受到政府單位的批准和監督、通知義務以及 VPN 服務不得轉售予獨立之第三方。原文：“Services, provided on commercial terms, establishing and managing a private network over public (shared) networks for the purpose of carrying out, on a non-profit basis, voice and data telecommunications between members of a closed user group defined prior to the creation of the VPN. Such group may include a corporate group or organization, or a group of legal entities with an established relationship affiliated through the pursuit of a common interest. Initial members of a closed user group using VPN service must be listed in a dialling or routing plan approved by the Competent Authority and subject to its oversight. VPN service suppliers shall notify to the Competent Authority changes of membership at least two working weeks prior to actually commencing commercial service and can commence commercial service provided that no objection from the Competent Authority is issued during these two weeks. Members are not allowed to resell VPN services to unaffiliated third parties. Virtual private networks are not allowed to carry/transfer traffic of/between unaffiliated third parties. VPN services can be offered by licensed foreign-invested service suppliers bundled with Internet access service and value-added services from (h) to (n).”

¹⁶⁰ Anthony Rutkowski, *U.S. Complaint to WTO on China VPNs Is Itself Troubling*, CIRCLEID (Mar. 05, 2018), http://www.circleid.com/posts/20180305_us_complaint_to_wto_on_china_vpns_is_itself_troubling/ (last visited Sept. 25, 2018).

¹⁶¹ Appellate Body Report, *China — Publications and Audiovisual Products*, ¶ 383.

對於 GATS 的目的和宗旨，本文雖認同「美國—賭博案」小組之見解¹⁶²，即透過 W/120 與 CPC 解釋中國承諾表是符合 GATS 目的與宗旨對於透明性的要求，使 WTO 會員能清楚理解中國承諾表。但亦如「美國—賭博案」上訴機構所言¹⁶³，在具體個案中，透明性要求對於系爭服務的歸類之解釋，其實幫助不大。因而實質判定 VPN 服務是否落入中國承諾表，須要檢視其他條約解釋要件。

(四) 解釋之補充資料

最後，依據「美國—賭博案」上訴機構的見解¹⁶⁴，本文認為可以使用 W/120 和 CPC 作為解釋之補充資料。本文認為中國承諾表之「移動語音和數據服務」下「國際服務」(g) 次部門「國際閉合用戶群組語音和數據服務(允許使用私人專用線路服務)」可以對應於 W/120 分類的 2. 通訊服務(Communication Services) 之 C. 電信服務(Telecommunication Services) 的 g. 私人專用線路服務(private leased circuit services)，其對應之 CPC 為 7522 業務網路服務(business network services) 與 7523 數據和訊息傳輸服務(data and message transmission services)，在 7523 數據和訊息傳輸服務下的 75231 數據網路服務(Data network services) 為：「在使用相同或不同協定的設備之間傳輸數據的必要網路服務。此服務可透過公共或專用數據網路提供。(例如透過網路專門予於客戶使用)¹⁶⁵。」本文認為，對於必須突破中國防火長城，方得進行跨境傳輸之在中國的外國企業而言，VPN 服務符合數據傳輸、必要網路服務、透過公共或專用網路等特性，似乎能夠使 VPN 服務落入 CPC 之 75231 數據網路服務之服務分類，意即中國 (g) 次部門包含 VPN 服務。

經以上對中國承諾表服務之解釋與分類，本文推論 VPN 服務似乎有落入中國 GATS 特定承諾表下「國際閉合用戶群組語音和數據服務(允許使用私人專用線路服務)」之可能，外國 VPN 服務提供者得享有市場進入模式一跨境提供和模式三商業呈現，雖無地理限制，但仍有 49% 合資規定；至於國民待遇之模式一跨境提供和模式三商業呈現皆無限制¹⁶⁶。

肆、結論

中國對於網路之控管日漸嚴格，境內使用者欲進行跨境傳輸必須使用 VPN 翻過防火長城無異於增加企業成本，如今中國透過清理通知對 VPN 服務設下相

¹⁶² Panel Report, *US—Gambling*, ¶¶ 6.106-6.108.

¹⁶³ Appellate Body Report, *US—Gambling*, ¶ 189.

¹⁶⁴ *Id.*, ¶ 197.

¹⁶⁵ 原文為：“Network services necessary to transmit data between equipment using the same or different protocols. This service can be provided via a public or dedicated data network (i.e. via a network dedicated to the customer's use).”

¹⁶⁶ The People's Republic of China, Schedule of Specific Commitments, WTO Doc. GATS/SC/135 (Feb. 14, 2002).

關禁令，愈加重企業經營者的負擔，同時也讓外國 VPN 服務提供者究竟在中國提供服務是否合法之法律議題浮上檯面。本文藉由 WTO 案例法對於服務分類之解釋方法，認為中國在其 GATS 特定承諾表下，VPN 服務得歸類於通信服務部門中之移動語音和數據服務服務部門，該服務部門下之國際業務的 (g) 次部門「國際閉合用戶群組語音和數據服務 (允許使用私人專用線路服務)」，即是中國已對 VPN 服務作出市場進入之開放承諾。就開放程度而言，市場進入之模式一跨境提供與模式三商業據點呈現皆作出開放，然仍有 49% 外資投資限制；至於國民待遇則無任何限制。後續若中國在 VPN 的管制上對於外國業者有所歧視，或完全禁止外國 VPN 服務供給者在 49% 合資的情況下提供跨境服務或進入中國市場設立商業據點，皆有被控訴至 WTO 的可能性。

