

科技匯流與條約解釋^{*}

——探討「服務業特定承諾」的時代性 兼評WTO中國視聽服務案

彭 心 儀^{**}

要 目

- | | |
|----------------------------|------------------------------------|
| 壹、從貨品貿易談起 | (三)禁止外商投資產業目錄 |
| 貳、中國視聽服務案之線上音樂爭議 | 三、舉證策略分析——「未知」的
技術、「新興」市場 |
| 一、「當年」的承諾——錄音產品
配銷服務 | 參、由線上音樂的技術面與產業面思
考科技匯流下的服務業特定承諾 |
| 二、系爭法令——線上音樂相關管
制措施 | 一、新科技對於音樂產業結構的衝
擊——線上音樂及其配銷通路 |
| (一)互聯網文化管理暫行規定 | 二、科技匯流下的特定承諾——行
動音樂發展趨勢 |
| (二)文化部關於網絡音樂發展和管
理的若干意見 | |

^{*} 本文初稿曾於「國立政治大學商學院國際經貿組織暨法律研究中心」所舉辦之第十屆「國際經貿法學發展學術研討會」發表，本文係依據當日主持人、評論人及其他與會學者之寶貴指正意見修改而成。作者感謝政大法學評論兩位匿名審查委員的指正意見。

^{**} 清華大學科技法律研究所教授兼所長，美國威斯康辛大學麥迪遜校區法學博士。

投稿日期：九十九年四月十四日；接受刊登日期：九十九年六月二十九日

責任校對：阮玉婷

肆、特定承諾的時代性——兼評中國

視聽服務案關於線上音樂之裁決

一、歷史要素在維也納條約法公約
下的解釋作用

- (一)條約用語的通常意義
- (二)條約的上下文脈絡關係
- (三)條約的宗旨及目的
- (四)條約準備文件
- (五)締約當時情況

二、會員的「共同意思」？

- (一)「承諾表」應構成協定之一部
分

(二)貿易對手國的「正當期待」

三、符合時代要求的擴張解釋

伍、司法續造？重新談判？——跨科
技世代的貿易承諾

- 一、「通用」文字的動態進化及其
當代意涵
- 二、「技術中立」之概念連結與實
踐

陸、技術條件、產業發展與法律解
釋——代結語

摘 要

正如內國法總是受限於一時一地的立法格局，貿易承諾也受制於談判當時的產業條件。因此，科技發展所引發的WTO爭端案件，近年來未曾暫歇片刻。中國視聽服務案之線上音樂爭議再一次地凸顯了科技變動下的條約解釋困境。線上音樂的發展已完全顛覆傳統的配銷通路，導致音樂產業結構性的改變，倘不賦予「錄音產品配銷服務」新的時代意涵，多數會員的相關承諾將變成真空狀態。本文探討如何在談判之際，預留未來科技發展空間，讓科學本身的偶然性不減損法律的安定性，於經貿的場域架構出較為永久的立法藍圖。當承諾語言具備「充分的通用性」時，上訴機構將會填補內容，以適應新的科技與市場情勢，讓特定承諾與時俱進，由時代形塑其具體內涵。然而，將承諾內涵的張力極大化、賦予其「開放性」的立場，如果沒有更豐富的論述支撐，終究還是必須面對是否超越甚至背離當年談判內容的質疑。此外，如何推知WTO會員的「共同意思」、承諾表的解釋方法是否需要量身訂做等問題，確實值得思考。最後，一再被提出討論的「技術中立」概念，也等待上訴機構定調。

關鍵詞：中國視聽服務案、線上音樂、服務貿易總協定、特定承諾表、締約當時情況、技術中立

壹、從貨品貿易談起

「科學技術的進步」與「國際條約的解釋」之間，因數位技術的發展，而產生了極大的張力。這樣的張力在過去幾年帶動諸多WTO貿易談判議題，在爭端解決實務中所累積的論述脈絡更逐漸由模糊轉為清晰。「科技匯流」¹在「經貿法律」的框架下，衝撞出了一片亟待規劃整理的新界面，此界面涵蓋貨品貿易與服務貿易，其中又以介於具體描述與抽象概念之模糊地帶的「減讓表／承諾表」最具爭議性。

在貨品貿易方面，科技發展對於稅則分類的衝擊早出現於一九九八年的歐盟電腦設備案²。在該案中，美國指控歐盟誤將「路由器」（router）³認定為電話設備，也誤將「具多媒體功能的個人電腦」認定為家電設備，導致該類產品被適用較高的關稅稅率。美國認為，路由器的功能在於連接電腦與區域網路（local area networks, LANs），其在關稅稅率稅則分類（tariff classifications）中應被歸

¹ 關於科技匯流，請詳參本文第參章之說明。依據國際電信聯盟（ITU）的闡釋，數位科技的進步改變了內容與載具間的互動關係，相關產業的板塊亦隨之發生變化，此乃所謂匯流（Convergence）現象。經濟合作發展組織（OECD）亦指出，匯流是一種資訊相關產業的連鎖現象，數位科技的發展已徹底顛覆過去服務模式。ITU, *Regulatory Implication of Telecommunications* (1996), available at <http://www.itu.int/opb/pubnotices.aspx> (last visited: 2010.01.05). See also OECD, *Roundtable on Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the Light of Convergence* (1998), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/1920359.pdf> (last visited: 2010.01.05). See generally MARK HUKILL ET AL., *ELECTRONIC COMMUNICATION CONVERGENCE* (2000).

² Panel Report, *European Communities-Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62 (67, 68)/R (1998). Appellate Body Report, WT/DS62 (67, 68)/AB/R (1998).

³ 通訊時用來連接兩個以上網路的功能性元件。

類於電腦設備；此外，具多媒體功能的個人電腦亦當然為資訊科技產品，應被課徵較低的關稅。十二年後回顧本案，當時兩造為維護經貿利益不惜進行訴訟，然其所捍衛的「系爭產品」，今日已完全消逝於資訊市場上。該類型的路由器已陳列於博物館中的「撥接上網時代」展覽區；另一系爭產品——具備「唯讀記憶光碟機」（CD-ROM）及音效卡的個人電腦——更早就成為資訊世紀元年的古老科技。

然而，變動的是科技與市場，不變的是貿易承諾文字。當年歐盟電腦設備案如火如荼進行的時間點，其實也正是資訊科技協定（Information Technology Agreement, ITA）⁴由談判邁向履行的關鍵階段⁵。由此時空角度觀察目前進行中的歐盟資訊產品案⁶，更能理解該案的核心問題——法律與科技的互動關係⁷。該協定自成立生效至今，締約國已達七十個國家，其所規範之資訊產品占全球製造業出口量之1/5，貿易額超出農業貿易⁸。然而，當年締約國所作

⁴ Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products, WT/MIN(96)/16 (13 December 1996).

⁵ 1996年新加坡部長會議後，ITA締約國於1997至2000年間大幅降低資訊科技產品之關稅。

⁶ 歐盟為「資訊科技協定」之原始締約國，依據GATT第2條關稅拘束原則，歐盟應將其「零關稅」承諾，於各內國法制下實踐，以履行國際協定義務。據此，歐盟國家曾修改相關稅法，以符合資訊科技協定之要求。但自2005年以來，歐盟卻針對「具『數位視訊介面接頭』（DVI）之平面顯示器」等多項產品，課予14%以上之關稅。

⁷ Shin-yi Peng (彭心儀)，*Taxing Innovation? —The Evolving Coverage of the Information Technology Agreement*，載：「2009創新、競爭與管制國際研討會」大會論文集，國立清華大學科技法律研究所主辦，頁3-7，2009年12月。

⁸ WTO News, Statement by Pascal Lamy (March 27, 2007). Available at http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl58_e.htm (last visited: 2009.12.03).

出之重大貿易承諾，即「資訊科技產品零關稅」之關稅減讓，卻因資通訊科技（ICT）產業條件的急遽轉變而面臨重大考驗。「資訊科技協定」禁止締約國對於高科技資訊產品課予關稅，但何謂「資訊產品」卻是變動中的概念。談判者對於「資訊科技」的想像，顯然無法因應現今的科技發展，也因此出現貿易爭端。蓋歐盟自二〇〇五年起，針對平面顯示器、機上盒及多功能事務機等多項所謂「高科技」資訊產品⁹，課徵約14%之關稅，以該類產品之「先進技術」已超出「資訊科技協定」之涵蓋範圍為由，拒絕給予零關稅之待遇，導致我國業者權益受損¹⁰。在訴訟過程中¹¹，歐盟一再強調液晶顯示器及多功能事務機在資訊科技協定「談判之際尚未存在」，因此並非零關稅之適用對象，並引用蘋果（Apple）、新力（Sony）、飛利浦（Philips）及佳能（Canon）等業者十多年前的產業資料¹²，證明「談判時」的技術條件與今日相去甚遠¹³。其舉

⁹ First Written Submission of the United States of America, *European Communities and its Member States —Tariff Treatment of Certain Information Technology Product*, WT/DS375 (376, 377), paras. 3-5 (March 5, 2009).

¹⁰ 尤其是OEM與ODM廠商。請參閱，彭心儀、溫令行，論「電視機」在我國行政實務下之課稅爭議——由WTO「資訊科技產品爭端案」談起，臺灣法學雜誌，145期，頁33-48，2010年2月1日。

¹¹ 本案小組報告已於2010年4月出爐。Communication from the Chairman of the Panel, *European Communities and its Member States —Tariff Treatment of Certain Information Technology Products* (December 23, 2009).

¹² 此論證方向與中國視聽案當事國的舉證方法非常類似。請參考本文第貳章第三節的分析。

¹³ See e.g., First Written Submission of the European Communities, *European Communities and its Member States —Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375 (376, 377), paras. 30-50 (April 2, 2009). See also Second Written Submission of the European Communities, *European Communities and its Member States —Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375 (376,

證策略說明了科技匯流與條約解釋的弔詭關係。

在橫向的時間軸上，與前述先後兩案（歐盟電腦設備案、歐盟資訊產品案）同步進行的是世界各國在服務貿易總協定（GATS）架構下之服務業「特定承諾」（specific commitments）的談判與實踐。亦即，科技匯流對於貨品貿易所產生的衝擊也同時發生在服務貿易的範疇。如同美國貿易代表Susan Schwab所言，「科技本身是動態發展的；各締約國簽署資訊科技協定『墨水未乾前』，新的技術即已產生¹⁴」，同理，在各會員國於「服務業特定承諾表」中提出市場開放承諾之際，資通訊技術正快速轉變服務業的市場風貌。正如內國法總是受限於一時一地的「立法格局」¹⁵，在經貿法的場域，貨品關稅談判者所理解的「電視機」並未涵蓋「電腦顯示器」；服務貿易談判者所認知的「視聽服務」也未及於iTunes線上音樂。科技匯流與貿易承諾彼此交錯糾葛，所引發的WTO爭端案件近年來未曾暫歇片刻¹⁶。

377), paras. 6-19 (June 16, 2009).

¹⁴ “Technology is organic, that new features were being developed, and advances were made *before the ink was dry* on the ITA.” Ambassador Susan C. Schwab, *USTR Remarks on EU, ITA, WTO Case*, (April 2, 2008). Available at <http://www.ustr.gov> (last visited: 2009.12.02).

¹⁵ 石世豪，向競爭轉的通訊傳播匯流法制，頁287，2009年4月。

¹⁶ *i.e.*, Appellate Body Report, *European Communities-Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62 (67,68)/AB/R. Panel Report, *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R. Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R. Request for Consultations by the United States, *China—Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers*, WT/DS373/1, S/L/320. First Written Submission of the United States of America, *European Communities and its Member States—Tariff Treatment of Certain Information Technology Product*, WT/DS375 (376, 377).

貳、中國視聽服務案之線上音樂爭議

一、「當年」的承諾——錄音產品配銷服務

中國入會時於GATS架構下針對服務貿易提出「特定承諾」¹⁷，涵蓋範圍包括視聽服務業，其中關於錄音產品配銷服務的承諾內容如下：

中國服務業特定承諾表：錄音產品配銷服務

部門／次部門	市場進入限制	國民待遇限制	額外承諾
D.視聽服務 —— <u>錄音產品配銷服務</u>	〈模式一〉無限制 〈模式二〉無限制 〈模式三〉自入會起，在不損害中國針對視聽產品行使內容審查權的前提下，外國服務提供者得與中國服務提供者合資設立合作企業，從事除電影外的視聽產品配銷服務。 〈模式四〉除水平承諾外不予承諾	〈模式一〉無限制 〈模式二〉無限制 <u>〈模式三〉無限制</u> 〈模式四〉除水平承諾外不予承諾	自入會起，在不損害中國對於電影管制的法規執行的前提下，中國將允許進口用於影院放映的電影片。此類電影片應以收益分享的方式進口且其數量每年以二十部為限。

由上表可看出，中國在「錄音產品配銷服務」之「國民待遇限制」欄位中，於〈模式三：商業據點呈現〉填寫「無限制」。依據GATS第十七條「國民待遇」第一項之規定，「對承諾表上所列之行業，及依照表上所陳述之條件及資格，就有關影響服務供給之所

¹⁷ 關於特定承諾在GATS架構下的功能，請詳參張新平，世界貿易組織下之服務貿易，頁47-49，1996年3月。

有措施，會員給予其他會員之服務或服務提供者之待遇，不得低於其給予本國類似服務或服務提供者之待遇。」中國既無針對國民待遇提出任何限制條件，則不得給予外國服務提供者較不利之待遇。GATS第十七條第三項進一步規定，「如該待遇改變競爭條件，致使會員自己之服務或服務提供者較其他會員之服務或服務提供者有利，則該項形式上相同或形式上有所不同之待遇都應被視為不利之待遇。」¹⁸

因此本案的核心爭議即在於，在中國的法制架構下，與錄音產品配銷服務相關之管制措施，是否對於外國服務提供者產生「形式上的歧視」或「事實上的歧視」？倘答案為是，是否已構成國民待遇原則之違反？

二、系爭法令——線上音樂相關管制措施

中國自二〇〇一年底入會後，通過多項法令¹⁹，明文禁止外國

¹⁸ Article XVII National Treatment

1. 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.

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

¹⁹ 本文多處引用中國法令。引用時將儘量維持原文用語，非必要不予轉換為臺灣

投資企業以數位傳輸方式提供錄音產品配銷服務。如前所述，中國在「錄音產品配銷服務」之「國民待遇限制」欄位中，於〈模式三：商業據點呈現〉填寫「無限制」。因此，中國禁止「以數位傳輸方式」提供該項服務，且僅針對「外國服務提供者」進行管制，引發貿易爭端。系爭管制措施涉及多項內國法令²⁰，僅簡介如下：

(一)互聯網文化管理暫行規定

中國於二〇〇六年十一月二十四日發布〈互聯網文化管理暫行規定〉。該法第四條規定，任何「從事互聯網文化活動的互聯網信息服務提供者」，均應受該法管制。第二條及第三條明確將線上音樂列為「互聯網文化活動」，屬於管制對象²¹。第九條以下則規範

法制習慣用語。

²⁰ First Written Submission of the United States of America, *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (hereinafter *China-Audiovisual Services*), WT/DS/363, paras. 140-155.

²¹ 中（中國）互聯網文化管理暫行規定：

第2條 本規定所稱互聯網文化產品是指通過互聯網生產、傳播和流通的文化產品，主要包括：

(一)專門為互聯網傳播而生產的網絡音像（含VOD、DV等）、網絡遊戲、網絡演出劇節目、網絡藝術品、網絡動漫畫（含FLASH等）等互聯網文化產品；

(二)將音像制品、遊戲產品、演出劇節目、藝術品和動漫畫等文化產品以一定的技術手段制作、復制到互聯網上傳播的互聯網文化產品。

第3條 本規定所稱互聯網文化活動是指提供互聯網文化產品及其服務的活動，主要包括：

(一)互聯網文化產品的制作、復制、進口、批發、零售、出租、播放等活動；

(二)將文化產品登載在互聯網上，或者通過互聯網發送到計算機、固定電話機、移動電話機、收音機、電視機、遊戲機等用戶端，供上網用戶瀏覽、閱讀、欣賞、點播、使用或者下載的傳播行為。

申請設立「經營性互聯網文化單位」的行政程序，要求文化部進行實質審查以決定是否批准，俾促進所謂「互聯網文化健康、有序地發展」。文化部在該法架構下另公告〈文化部關於實施《互聯網文化管理暫行規定》有關問題的通知〉，該通知第二條後段規定各地政府機關「暫不受理外商投資企業欲從事互聯網文化活動的申請案」²²。

(二) 文化部關於網絡音樂發展和管理的若干意見

中國繼於二〇〇六年十二月十三日公告〈文化部關於網絡音樂發展和管理的若干意見〉，強調所謂「加強網絡音樂管理、規範網絡音樂進口、促進網絡文化產業的健康發展」等政策目標，提到「網絡音樂市場發展迅速，音樂產品通過互聯網、移動通信網等各種有線或無線方式的傳播，形成了數字化的音樂產品製作、傳播和消費模式。」同文件亦提到，由於「網絡音樂市場仍然存在著不容忽視的問題，部分網絡音樂產品格調不高」，且「擅自傳播未經審查的進口網絡音樂產品，出現了侵害民族風俗習慣、影響社會穩定的內容，嚴重損害了網絡音樂市場的健康發展」，因此中國政府將「嚴格市場准入，加強內容監管」。從事網絡音樂產品經營活動，應事先取得文化部核發的「網絡文化經營許可證」，但目前整體政策為「禁止設立外商投資的網絡文化經營單位」²³。

²² 該法令規定，「請設立經營性互聯網文化單位，應有100萬元（人民幣）以上註冊資本和8名以上網絡管理員、編輯人員等專業技術人員，並以企業的形式申辦有關手續。各地暫不受理外商投資互聯網信息服務提供者申請從事互聯網文化活動。」

²³ First Written Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, paras. 140-155.

(三)禁止外商投資產業目錄

中國商務部又於二〇〇七年發布最新版的〈禁止外商投資產業目錄〉，並於其中第十項「文化、體育和娛樂業」下，明列「新聞網站、網絡視聽節目服務、互聯網上網服務營業場所、互聯網文化經營」²⁴。

綜上，中國政府以〈互聯網文化管理暫行規定〉等若干措施，禁止外國投資企業提供線上音樂服務。此類措施其實同時涉及「市場開放」及「國民待遇」問題²⁵。至為明確而完全毋須爭辯的事實為：針對線上音樂服務，中國對於本國服務提供者與外國服務提供者，加諸不同的管制密度。檢視前述法令，中國業者獨資（wholly Chinese-owned entities）的服務提供者顯享有優於與外商合資（foreign-invested enterprises）的服務提供者之待遇。美國因此主張²⁶，從GATS的角度，中國禁止外商投資企業以數位傳輸方式提供錄音產品配銷服務（線上配銷，即所謂網路音樂業者），卻未禁止本國獨資企業提供「同類服務」²⁷，實已構成GATS第十七條第二項之「形式上不同的待遇」（formally different treatment），更

²⁴ （中國）「關於文化領域引進外資的若干意見」：

第4條 禁止外商投資設立和經營新聞機構、廣播電台、電視台、廣播電視傳輸覆蓋網、廣播電視節目製作及播放公司、電影製作公司、互聯網文化經營機構和互聯網上網服務營業場所、文藝表演團體、電影進口和發行及錄像放映公司。

²⁵ 關於「市場開放」與「國民待遇」兩者的關係，請參考彭心儀，由美國禁止網路賭博爭端案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解釋與體系建構，政大法學評論，85期，頁309-381，2005年6月。

²⁶ First Written Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 357.

²⁷ Mireille Cossy, *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the Circle?*, in WTO ECONOMIC RESEARCH AND STATISTICS DIVISION (2006).

構成該條第三項所指之「改變競爭條件」(modifies the conditions of competition)²⁸。在前述法令的層層保護下，中國獨資企業具有壓倒性的競爭優勢，全球各大線上音樂業者完全無法以商業據點的方式進軍中國市場²⁹。

三、舉證策略分析——「未知」的技術、「新興」市場

中國並未就其內國法令杜絕外資進入境內提供網路音樂服務的事實進行爭辯³⁰，而是針對最根本的前提問題——服務貿易特定承諾的範疇——提出主張及論點。中國指出，其服務貿易承諾表中關於「錄音產品配銷服務」的承諾，僅及於實體錄音產品的配銷服務，並不包括以數位（電子）方式提供錄音產品配銷服務。當年既無針對線上音樂提出任何承諾，該服務市場即非「特定承諾」所及之範疇，因此中國可以對外資採行歧視措施，不適用第十七條國民待遇之規定。

本案最精彩的辯論在於兩造當事國如何舉證錄音產品配銷服務是否包括線上音樂服務³¹。中國答辯的主軸始終圍繞在「線上音樂是『新興』服務」，主張當年入會時，線上音樂的商業模式「尚未成熟」，中國官方並「不知道」線上音樂平台的存在³²，世界各國相關法制亦「不完備」，因此談判者「不可能」針對「未知」的服

²⁸ First Written Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 357.

²⁹ *Id.* para. 356.

³⁰ Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 7.1300-7.1311.

³¹ *Id.* para. 7.1164.

³² Second Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, paras. 43-46.

務提出承諾³³，更「未能預見」數位科技在其入會後的快速發展³⁴。為了證明前述主張，中國更具體指出，其二〇〇一年入會，當時全世界幾乎沒有任何「合法的」線上音樂網站，直到二〇〇二年世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）主導之著作權協定生效後，線上音樂的著作權問題方能於國際間達成共識，連歐洲及美國也是到了二〇〇三年才開始針對線上音樂的著作權立法保護³⁵。中國進而引用OECD文獻³⁶及蘋果電腦年報³⁷，證明線上音樂平台是在二〇〇五年後才開始普及化。因此，中國承諾表中所指之錄音產品配銷服務，僅指儲存於實體媒介的（傳統）錄音產品，亦即光碟片（CD）的批發及零售³⁸。

美國則在各次訴狀中以極大比例的篇幅引用WTO相關會議文件、其他國際組織會議紀錄、中國報章雜誌以及世界主流媒體報導等等，意圖澄清中國入會時的「商業實況」³⁹，證明線上音樂市場在當時「早已存在」。綜合觀察美國所有書面訴狀以及口頭陳述意見，其舉證方向又可分為客觀面與主觀面。美國一方面認為中國談判者「應知悉」線上音樂市場之存在，另一方面又指出中國政府在談判時「確實已意識到」其承諾內容包括以數位方式提供的錄音產

³³ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 443-448.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ OECD Report, *Digital Broadband Content: Music*, the Working Party on the Information Economy, OECD Document DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL (June 8, 2005).

³⁷ Annual Report of Apple Computer Inc. (December 29, 2006).

³⁸ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 389-403.

³⁹ See e.g., First Written Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 51.

品配銷服務⁴⁰。以下彙整美國在各次會議中所舉出的相關「證明」：

(一)WTO電子商務談判自一九九九年即開始討論電子傳輸相關議題，中國代表曾出席會議，因此必然知悉線上音樂之存在⁴¹。

(二)中國早於一九九〇年代初期即參與諸多與線上音樂相關之智慧財產權論壇，其中，著作權管理局副局長於一九九五年代表出席聯合國WIPO所舉辦之「保護資訊社會的智慧創作世界論壇」，並於「數位傳輸工作小組會議」中積極參與著作權侵權議題的探討⁴²。

(三)依據新力唱片David Hughes的證言，唱片產業早於一九九六年九月即舉辦論壇討論數位分銷策略。此外，「國際唱片業協會」(International Federation of the Phonographic Industry, IFPI)所發表的產業報告亦指出，線上音樂之發展立基於一九九八年，當時eMusic.com開始以MP3在網路上銷售單曲或整片專輯，另一網路公司Streamwaves繼於一九九九年於網路上提供串流(streaming)音樂服務。

(四)美國更具體提到，中國政府與美商Inter Web公司於二〇〇〇合資成立MP3音樂網站，同年中國境內其他業者陸續推出www.Chinamp3.com.cn及www.suflash.com.cn等音樂網站⁴³。

⁴⁰ See e.g., First Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 68.

⁴¹ Work Programme on Electronic Commerce, Progress Report to the 45 General Council, adopted by the Council for the Trade in Services on 19 July 1999, S/L/74.

⁴² First Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 63.

⁴³ *Id.*

(五)更有趣的是，美國在第二次訴狀的〈註解232〉中⁴⁴，地毯式詳列諸多媒體報導，包括二〇〇一年的〈人民日報〉新聞（關於中國政府強化線上音樂著作權保護）、二〇〇一年的〈亞太法律新知〉學術論文（關於線上音樂侵權判決的探討）、一九九七年〈金融時報〉專題（關於線上音樂市場的崛起）、一九九八年〈紐約時報〉報導（關於線上音樂風靡全球）以及一九九八年〈金融郵報〉報載（關於音樂市場之數位化）等等，試圖以「線上音樂發展史」來說明中國的承諾範疇。

整體觀察兩造當事國的舉證方向，不禁質疑，到底線上音樂科技與市場（客觀上）「是否存在」、談判者（主觀上）「如何認知」，為何如此重要？美國引用世界各大雜誌的報導來檢視當年的中國談判代表官員是否「習知新科技」，又有何意義？最核心的問題在於，談判時的技術發展程度及市場成熟度，對於條約解釋究竟有何影響？此外，兩造當事國在訴訟過程中堆砌不具權威意義的坊間文獻的作法，也值得思考。以此類推，十年前燦坤3C大賣場的廣告品或許也能成為我國與歐盟進行之資訊產品爭端案的「呈堂證供」。

另一個觀察的角度則為，依據美國的邏輯，相同的承諾文字，似乎因承諾時點之差異而有不同的解讀。美國指證歷歷地強調線上音樂自一九九九年即邁入市場成熟期等云云，似乎意味著，中國、臺灣及越南等「新入會國」之承諾時點較晚，因此承諾範圍也較廣？如果相同的條約用語會因為入會時間點的差異而有不同的範圍，難道「行動通訊業務」一詞在韓國與臺灣的服務貿易特定承諾表中有不同含意？必須考量一九九四年韓國入會與二〇〇二年臺灣

⁴⁴ Second Written Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 154.

入會的技術與市場落差？依此脈絡似又可導出前者僅指類比通訊、後者卻涵蓋第三代（3G）行動通訊以及Skype的荒謬結論。再依此邏輯繼續思考，或許再過幾年，線上音樂將全面取代音樂光碟片，屆時，韓國等WTO創始會員之「錄音產品配銷服務」是否將完全「真空化」？

參、由線上音樂的技術面與產業面思考科技匯流下的服務業特定承諾

一、新科技對於音樂產業結構的衝擊——線上音樂及其配銷通路

近年來，數位科技對於音樂產業帶來了結構性的衝擊。國際唱片業協會（IFPI）的資料顯示，傳統音樂光碟片的銷售量每年急速遞減，二〇〇八年全球銷售量下跌15%，而在此同時，線上音樂產值急速上升，預估二〇一〇年全球市場規模可達94億美元，至二〇一三年市場產值將至130億美元⁴⁵。以亞馬遜公司（Amazon.com）為例，其二〇〇九年第三季的音樂光碟銷售低於去年同期的68%，但其線上音樂單曲下載量卻攀升60%⁴⁶。再以我國為例，依據資策會的研究，繳交月費並透過網際網路串流聆聽或下載單曲、專輯，已成為國內音樂市場消費者的主要購買模式⁴⁷。

就技術面而論，音樂產業自烏拉圭回合談判後歷經了極大的變化。第一，在音樂本身方面，過去因受限於網路傳輸速率而採用壓

⁴⁵ International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) Report, *Digital Music Report (2010)*. Available at http://www.ifpi.org/content/section_statistics/index.html (last visited: 2010.03.08).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ 資策會，臺灣數位娛樂市場發展趨勢，頁2，2009年6月。

縮技術，造成音樂品質的衰減，尤其是管弦樂曲或流行音樂，破壞性的壓縮對音色造成不可回復的破壞。然而，電腦技術及多媒體工具的進步，促使MP3等音樂壓縮技術崛起，技術的創新已能因應消費者對於高品質音樂的要求。第二，在傳輸方面，近年來網路頻寬不斷提升，寬頻上網普及率高，其流量承載能力足以因應線上音樂的傳輸，亦可確保音樂品質。

由產業角度而論，線上音樂的發展完全顛覆傳統音樂的「配銷通路」，此正是本案爭執之所在！試由中國的立場思考：網路平台的配銷方法確實迥異於「實體媒介物」的銷售通路；線上音樂的經營管理確實也不同于傳統音樂光碟片。第一，就消費面而言，透過網際網路的傳輸方式，可將數位化的音樂直接下載於個人電腦或轉載到其他裝置，更可在網路上直接以串流方式播放聆聽。相較於傳統實體光碟片，流通於網路平台上的音樂不僅在搜尋及儲存上容易許多，iPod、iPhone等裝置的硬體容量亦遠大於一般光碟片，可輕易攜帶數千首歌曲。此外，相異於傳統實體音樂整張專輯強制銷售的模式，線上音樂所提供的自由組合、個人化專屬收藏，自然改變了消費行為模式⁴⁸。事實上，「音樂手機連接器」已取代「音樂光碟播放機」，成為諸多新車銷售的基本配備。第二，就唱片製作公司而言，傳統製作公司過去倚賴實體銷售，往往必須成立子公司複製唱片及壓製標籤，控制成本並整合配銷通路，並與廣播節目及唱片行（零售店）合作宣傳，銷售實體商品。然而，線上音樂「單曲」銷售，無實體庫存的成本考量，產品生命週期因此延長⁴⁹，音樂產業價值鏈、管理行銷與獲利模式也因此全盤改變。以國際主要

⁴⁸ Recording Industry Association of Japan (RIAJ), *The Recording Industry in Japan* (2009). Available at <http://www.riaj.or.jp/e/issue/index.html> (last visited: 2010.03.03).

⁴⁹ *Id.*

唱片公司為例，SonyBMG、EMI以及Warner Music等公司早已拓展無實體的線上音樂銷售通路。再以我國業者為例，滾石唱片業已建立eTUNES音樂平台⁵⁰，提出全新經營模式，並自我定位為線上音樂服務提供者。音樂網路平台的銷售通路確實與「典型的」「錄音產品配銷服務」有極大差異。

二、科技匯流下的特定承諾——行動音樂發展趨勢

貿易承諾有「時代性」的問題。人類的語言文字會隨著時代自我演化，因此，與科技相關的貿易承諾，也會出現「古代」與「當代」的字義落差。承諾內容歷經技術與產業條件的變化，在不同時代的人、物、生活環境下被認知與理解。自烏拉圭回合談判後，世界各國的「特定承諾」已跨越數個「科技世代」。影音內容的數位化使得各類資訊內容均可透過網際網路提供，相關產業生態因此轉化為整合服務，此乃所謂匯流現象⁵¹。數位技術的進步改變了內容與載具間的互動關係，相關產業的板塊亦隨之發生變化。數位化發展趨勢已徹底攪亂了過去服務模式，改變了市場結構，各類新服務也因此大量產生，線上音樂就是匯流趨勢下的產物之一。

在科技匯流的趨勢下，特定承諾的解釋問題注定愈益複雜難解。以中國視聽服務案之線上音樂爭議為例，本案塵埃尚未落定，系爭事實——透過網際網路傳輸的線上音樂市場——正急速被透過

⁵⁰ 彭心儀，WiMAX產業推動之相關政策與法律問題研究Ⅱ：發展通訊傳播內容產業之法制環境建構，工研院／經濟部工業局委託研究計畫，頁30-38，2007年1-6月。

⁵¹ 當技術突破了「單一載具單一服務」之限制後，傳統資訊、傳播與電信產業壁壘分明的界線已被打破，業者間跨業經營的情形逐漸增加，而逐漸形成數位匯流（Digital Convergence）趨勢，開展出「通訊傳播」之整合概念。新技術提供新進業者市場進入的機會，使其得以新的營運模式提供消費者更多的選擇。

手機下載的行動音樂市場所取代⁵²。行動電話逐漸成為數位娛樂內容服務的主要平台，手機即將取代電腦成為音樂載體⁵³。因此，所謂「錄音產品配銷服務」，在匯流趨勢下，也將成為「行動多媒體增值服務」的概念⁵⁴。放眼未來，線上音樂必然因為雲端運算（cloud computing）時代的來臨，而再次經歷產業結構大震盪。依據最新的產業資訊報導⁵⁵，蘋果公司已收購一加州的線上音樂服務公司，積極開發雲端運算模式，提供「雲端音樂」，使其有別於iTunes使用者必須將音樂下載到電腦的限制，屆時更不知應如何解讀各WTO會員於烏拉圭回合談判時所承諾開放的「錄音產品配銷服務」。

本文因此欲深入探討：在經貿法的架構下，我們如何在立法（此指談判）之際，不受限於談判當時的技術格局，在條約文字上預留未來科技發展的空間，讓科學本身的偶然性不減損法律的安定性⁵⁶，於經貿的場域架構出較為永久的立法藍圖；此外，在司法解釋方面，我們要如何建立一套解釋原則，充分考量當年承諾背後的立法事實（此指談判背景），尊重締約時談判者所依據及信賴的經驗性事實基礎⁵⁷，但亦能因應科技的快速變動，讓貿易承諾的解釋具有時代性。

52 Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 7.1288-7.1299.

53 *Id.* paras. 7.1147- 7.1153.

54 以我國為例，中華電信已跨足數位音樂市場，推出雙模全曲下載服務，與環球等國際唱片業者合作，更入股願境網訊（KKBOX），將線上音樂從個人電腦延伸到手機。彭心儀，同註50，頁30-38。

55 ZDNET新聞專區，蘋果公司與唱片公司洽談音樂雲端。<http://www.zdnet.com.tw/news/>（最後瀏覽日：2010年1月21日）。

56 請參考本文第伍章關於技術中立原則之分析。

57 RICHARD GARDINER, *TREATY INTERPRETATION* 173 (2008).

肆、特定承諾的時代性——兼評中國視聽服務案關於線上音樂之裁決

一、歷史要素在維也納條約法公約下的解釋作用

(一)條約用語的通常意義

本案小組及上訴機構藉由維也納條約法公約（以下簡稱VCLT）第三十一條與第三十二條的解釋原則⁵⁸，探尋WTO會員國

⁵⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter VCLT)

Article 31: General rule of interpretation

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.

Article 32: Supplementary means of interpretation

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

的「共同意思」(common intention)。在字義方面，爭點在於究竟承諾表用語的「歷史意涵」與「當代意涵」之間，何者才是WTO會員國的「共同意思」？美國找尋諸多字典⁵⁹，查到「錄音」的通常意義是指「錄製音像或影像信號以供後續重製成錄音產品的行為或過程」。美國引用字典定義並分析，「錄音」的通常意義並未區分以實體媒介或以電子方式儲存，因此「錄音產品的配銷」也不限於任何特定的儲存形式或銷售行為⁶⁰。相反地，中國當然主張，條約用語的通常意義應取決於「締約當時的意義」，而非「爭端發生時點的意義」。換言之，我們必須回到十年前的舊版「牛津『當代』辭典」，找尋「歷史」見證。中國因此指出，在其入會談判期間，「錄音產品」在字典中被定義為儲存音樂的實體媒介，因此，錄音產品的配銷服務意指音樂光碟片的零售⁶¹。

小組認為，依據美國所提供的字典定義，「錄音」的核心價值在於內容，與儲存技術無關⁶²，因此「錄音產品」應不限於實體。至於字典的版本與年代問題，小組與上訴機構沒有正面回應，僅模糊說明不同出版商所發行的不同字典均僅具參考價值。上訴機構一方面說明小組並無義務列出所有當事國所提之字典解釋，另一方面

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.

⁵⁹ First Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 53.

⁶⁰ Appellee Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 91.

⁶¹ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 453-465.

⁶² Panel Report, *China-Audiovisual Services*, para. 7. 2276.

也說明小組確實已審酌「錄音」在解釋上是否僅限於特定載具。最後也是簡要以「小組已參考諸多定義、而非僅依據單一字典」⁶³等語，同意小組的認定。總結而論，關於承諾表用語之「歷史」與「當代」的解釋問題⁶⁴，小組及上訴機構顯然並未特別強調其「歷史性」，一定程度地表達了特定承諾得透過司法解釋（此指爭端解決程序）進行續造的立場。

(二)條約的上下文脈絡關係

在上下文之脈絡關係方面，小組為探詢WTO會員的共同意思，將其他會員的特定承諾納入考量，以判斷中國是否已針對線上音樂配銷服務提出承諾⁶⁵。為處理中國不斷提到的「歷史因素」⁶⁶，小組也由「時間角度」切入分析⁶⁷：第一，諸多入會時間早於中國的會員，例如阿爾巴尼亞、克羅埃西亞、愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、摩爾達維亞及祕魯等國，均於承諾表中詳細指明其視聽配銷服務只包括唱片影帶等實體媒介的批發及零售⁶⁸。第二，諸多入會時間晚於中國的會員，例如柬埔寨、馬其頓、尼泊爾、烏克蘭及越南等國，亦於承諾表中以清楚的文字將其視聽部門的承諾內容限縮於實體物品的配銷服務⁶⁹。據此，小組認為，中國如欲排

⁶³ Appellate Body Report, *China-Audiovisual Services*, para. 348.

⁶⁴ GARDINER, *supra* note 57, at 173. See also ULF LINDERFALK, ON THE INTERPRETATION OF TREATIES 73-95 (2007).

⁶⁵ Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 1210-1218.

⁶⁶ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 466-475.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ GATS/SC/131; GATS/SC/130; GATS/SC/127; GATS/SC/126; GATS/SC/133; and GATS/SC/134.

⁶⁹ GATS/SC/138, GATS/SC/139, GATS/SC/140, GATS/SC/142, and GATS/SC/144.

除線上音樂，應予註記；既無註記，則解釋上應涵蓋所有方式的配銷服務。

儘管上訴機構稍退一步⁷⁰，澄清每個國家的承諾表均有其特殊邏輯體系，彼此之間相互闡明含意的功能有限，但整體上仍同意小組就條約上下文脈絡關係所得出的分析結論⁷¹。是以，縱使由「承諾時點」的角度解釋，依據外部體系所提供的指示，中國已於承諾表排除電子傳輸的觀點，亦難以成立⁷²。

(三)條約的宗旨及目的

另一支持「歷史意涵」的論述則涉及GATS正面表列機制及「漸進式自由化」的談判理念。個人認為此論點具相當說服力。GATS第十九條提到，會員應「定期連續數回合之談判」，「以達到漸進之更高度自由化」。自由化過程應「充分尊重個別會員國家政策目標」，「依照其發展情況逐步開放市場」。據此，中國認為，GATS第十九條所揭示的宗旨並不允許承諾語言隨時間自動變化。「錄音產品」的解讀似應以其入會時的歷史意涵為據；倘任由小組以解釋方式「續造」、擴大其承諾範圍，將違反漸進式自由化的精神⁷³。

⁷⁰ Appellate Body Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 381-385.

⁷¹ 上訴機構更強調：第一，中國承諾表將該承諾置於「視聽服務」之下；第二，於此部門之「市場開放」欄，中國使用「產品」一詞，實應解釋為有形與無形產品；第三，對照中國承諾表中之實已涵蓋所有實體貨品之「配銷服務」，此處之錄音應不限於有形。

⁷² Appellee Submission of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, paras. 104-107.

⁷³ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, para. 507.

關於此論點，上訴機構的回應也頗為有力⁷⁴，其指出，「錄音產品」與「配銷」等語，均具備「充分的通用性」（sufficiently generic），其意義「能隨時間改變」（may change over time）。WTO會員在GATS架構下的特定承諾乃「連續性的義務」（continuing obligations），在無限期的未來（an indefinite period of time）受其拘束⁷⁵。至於何以特定承諾能「能隨時間改變」？如何改變？又如何不違背當年談判者的意向？這些問題上訴機構並未多加說明，也因此帶出了極大的想像空間！

四條約準備文件

關於歷史文件，當事國、小組及上訴機構均提不出精彩論點，僅針對W/120⁷⁶、CPC⁷⁷以及一九九三年填寫準則⁷⁸進行「說文解字」。小組以冗長的篇幅於報告中解析該類歷史文件並指出，W/120本以服務業為適用對象，「視聽服務」本質上即應包括實體

⁷⁴ Appellate Body Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 389-400.

⁷⁵ 本文於「貳、三」最後提到「新入會國」的承諾表解釋問題。關於此問題，上訴機構亦提到，應避免相同文字的承諾因為會員入會時間之不同而被賦予不同之意涵。本文認為，上訴機構的觀點，仍是在擴張解釋及司法續造「舊」的承諾，使其與「新」的承諾意涵相同。此正是本文分析理路所質疑之「與時俱進解釋方法」。

⁷⁶ Services Sectoral Classification List: Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991. W/120文件之性質僅為WTO內部文件，為各國進行服務貿易談判時得參考之工具。

⁷⁷ Central Product Classification Version 1.1, ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.1.1, available at <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regct.asp> (last visited: 2009.12.30).

⁷⁸ *Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services —Explanatory Note*, MTN.GNS/W/164 (September 3, 1993).

與非實體的所有活動⁷⁹。此外，CPC 96112的定義顯及於影視內容的製作及配銷服務，完全沒有任何跡象能證明其僅指實體媒介的配銷服務⁸⁰。

(五) 締約當時情況

如前所述，當事國在舉證策略上，將重點置於「是否為未知的技術」、「是否為新興的市場」，因此，談判當時的產業實況成為兩造攻防的重點⁸¹。本文已於第貳章針對此現象提出質疑與批判。值得注意的是，本案小組也因此被誤導，陷入兩造當事國所堆砌的「科技發展史料」中，鉅細靡遺地逐項檢視所謂的「證物」，考據歷史尋真，並因此得出中國入會時線上音樂已經「技術上可行、商業上存在」的重要結論⁸²。

上訴機構則以非常罕見的鮮明立場提出澄清，試圖重新包裝小組的解釋⁸³。儘管上訴機構同意「締約當時情況」有助於理解會員的共同意思，但特別釐清：小組只是依據事實證據，反駁所謂「中國入會時，線上音樂科技與市場尚未存在」的說法，但小組並未倚賴「技術上可行、商業上存在」作出結論。換言之，雖然小組採認美國所提出的事實證據，同意當年線上音樂市場已經成形的看法，但該事實本身並未主導小組的判斷。至於本案最核心的爭議：究竟「技術上可行、商業上存在」等「締約當時情況」，在解釋上扮演什麼角色？當年的科技及市場情況等歷史要素，到底有無任何解釋

⁷⁹ Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 7.1223-7.1234.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 476-482.

⁸² Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 71235-71247.

⁸³ Appellate Body Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 407-410.

作用？本文認為，上訴機構其實已經委婉地表達了一個觀點：兩造當事國自始努力蒐集的所有事證，對於本案的判斷其實都不具重要影響力。這樣的見解對於未來爭端案的「啟示」為：第一，會員提出服務貿易特定承諾時，某服務之「技術上不可行」或「商業上不存在」的事實本身，並不必然意謂該會員的承諾表已排除該項服務；第二，會員提出服務貿易特定承諾時，某服務之「技術上可行」或「商業上存在」的事實本身，亦不必然意謂該會員的承諾表包括該項服務。

綜上，上訴機構在最後一關的修正，實為懸崖口的緊急煞車。這段「澄清」，頗有防止「技術上可行、商業上存在」相關論述在未來的爭端案繼續發酵之意。這個關鍵解釋相當曲折且耐人尋味。毫無疑問地，小組確實以「技術上可行、商業上存在」為由，反駁中國的說法並提出分析總結。上訴機構對於小組報告的重新詮釋，其實非常牽強。然而，這個急轉彎，儘管在論述上不完美，卻是很有智慧的處理方式，避免全世界各國從此深陷「締約時點」、「歷史事實」的探索。

二、會員的「共同意思」？

(一)「承諾表」應構成協定之一部分

逐項評述後發現，本案小組及上訴機構所採用的解釋方法相當典型：藉由VCLT第三十一條與第三十二條的解釋原則，探尋WTO會員國的「共同意思」，依循「用語的通常意義」、「上下文脈絡關係」、「宗旨及目的」、「準備文件」及「締約當時情況」等順序進行檢驗。小組及上訴機構總是理所當然地操作前述公式，從未質疑或說明「承諾表／減讓表」與其他WTO內括協定下的一般條文有無任何差異？適用VCLT解釋承諾表，有無特殊考量或困難之

處？以本案為例，其他會員各自「正面表列」的承諾表，應否構成中國承諾表的「上下文脈絡」？如何推知WTO會員的「共同意思」？「承諾表／減讓表」的解釋方法是否需要量身訂做？

GATS第二十條第三項規定「特定承諾表應附於為本協定之附件，並構成本協定之一部分」，GATT第二條第七項、農業協定第三條第一項以及政府採購協定第二十四條第十二項均有類似條文。既然構成協定之一部分，即成為WTO內括協定，應依據國際公法之解釋慣例，釐清其規定⁸⁴。然而，不容否認的是，相較於WTO內括協定下的一般條文，承諾表有其特殊性，其本質上具有較強的「單方意思」，締約的程序中也有較多的「雙邊屬性」。儘管最後透過最惠國待遇而「多邊化」（multilateralized），但談判方式等諸多特質仍使其有別於一般條文，VCLT的適用性當然也會受到影響⁸⁵。詳言之，以關稅減讓為例，最典型的關稅談判方式即以互惠互利為基礎，依據「主要供應國」原則，進行逐項談判，於雙邊談判達成共識後，再經由最惠國待遇將利益一體適用⁸⁶。從某個角度看，並不是每個會員均參與談判⁸⁷，其他有實質利益的國家能參與談判的程度也遠低於主要貿易國⁸⁸。同理，服務貿易特定承諾表也是以「要求——回應」（offer-request）為主要談判方式，許多具體承諾內容其實只是極少數會員進行實質談判的結果⁸⁹。儘管關稅

⁸⁴ Panel Report, *China-Audiovisual Services*, para. 7.1168.

⁸⁵ Isabelle Van Damme, *The Interpretation of Schedules of Commitments*, 41(1) JOURNAL OF WORLD TRADE 1-52 (2007).

⁸⁶ 羅昌發，*國際貿易法*，頁119，1999年7月。

⁸⁷ ISABELLE VAN DAMME, *TREATY INTERPRETATION BY THE WTO APPELLATE BODY* 93-102 (2009).

⁸⁸ *Id.* at 95.

⁸⁹ *Id.*

減讓已發展出公式表等多元談判形式，服務貿易領域也逐漸採取複邊談判模式，但特定承諾的「多邊」程度還是不及一般條文。因此，如何認定WTO會員關於特定承諾的「共同意思」，實為有待探究的議題⁹⁰。

自美國網路賭博服務爭端案後⁹¹，學界即開始強烈批判爭端解決機構過度機械化的解釋取徑⁹²，認為承諾表的解釋不應被一般化，而應特殊處理⁹³。可惜本案小組及上訴機構並未採取任何超越VCLT的解釋方向。VCLT成為WTO爭端解決架構下解釋條文的必要骨架，但同時也制約了創新解釋方法的發展⁹⁴。

(二)貿易對手國的「正當期待」

另一有趣的觀察角度則為，在匯流之勢對貿易承諾造成震盪的初期，會員曾爭執的「出口國之『正當期待』」（*legitimate expectations*）相關論點，在中國視聽案的線上音樂爭議中並沒有被任何一方提出討論⁹⁵。如本文第壹章所談到，在資訊科技快速發展的早期，美國曾指控歐盟誤將「具多媒體功能的個人電腦」認定為家電設備，導致該類產品被適用較高的關稅稅率。在該案中，美國與歐

⁹⁰ *Id.* at 96.

⁹¹ 彭心儀，同註25，頁309-381。

⁹² MARION PANIZZON, *GOOD FAITH IN THE JURISPRUDENCE OF THE WTO* 198-260 (2007).

⁹³ GARDINER, *supra* note 57, at 173. *See also* LINDERFALK, *supra* note 64, at 73-95.

⁹⁴ JOHN JACKSON, *SOVEREIGNTY, THE WTO, AND CHANGING FUNDAMENTALS OF INTERNATIONAL LAW* 46-49 (2006).

⁹⁵ 12年前，上訴機構同意對於承諾表採取特殊的解釋方法的必要性，也同意出口國的正當期待可能為VCLT以外的另一個解釋取徑。但在本案中，「出口國的正當期待」一詞則被拆解融入VCLT各項分析，完全沒有出現於本案的訴訟文書中。

盟之間曾就「出口國的『正當期待』」激烈爭辯，探討「資訊科技的進步」是否為當事國所能應預見的趨勢，倘是，依誠信原則解釋關稅減讓表，應否考量出口國的期待，擴張解釋進口國的承諾範疇，使其囊括科技發展後的新產品⁹⁶。

在該案中，歐盟提到，承諾表（此指關稅減讓表）不是任一會員的單方認知，也不僅涉及主要供應國之間的拉拔，而是多邊談判的結果，類似契約法中的「意思合致」（meeting of the minds）⁹⁷。因此，個別會員在締約時的主觀認知與期待，均不應被納入考量⁹⁸。任何關於「主觀期待」的主張，均違反誠信解釋原則。關於此問題，上訴機構的立場相當曖昧，先是承認「承諾表具有特殊性質，有必要採取特殊的解釋方法」，又同意「出口國的正當期待確實為另一個可能的解釋方法」，但又認為「如果特定會員的主觀認知成為關稅表的解釋依據，則關稅減讓的可預測性及安定性將大為減損」⁹⁹。該案之後，DSU第三條第二項所揭示之「WTO之爭端解決制度係提供多邊貿易體系安全性及可預測性」、「DSB之建議及裁決，不得增減內括協定所規定之權利義務」等原則¹⁰⁰，成了防堵「主觀期待」相關主張的利器。「出口國的正當

⁹⁶ PANIZZON, *supra* note 92, at 204-05.

⁹⁷ Panel Report, *European Communities-Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62(67, 68)/R (1998). Appellate Body Report, WT/DS62(67, 68)/AB/R, para. 11.

⁹⁸ *Id.* paras. 82-83.

⁹⁹ Appellate Body Report, WT/DS62(67, 68)/AB/R, paras. 74-99.

¹⁰⁰ DSU 3.2: General Provisions

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 accor-

期待」一詞從此塵封在被遺忘的歷史訴訟文獻中。

然而，綜合觀察相關訴訟仍可發現，承諾表／減讓表之「單方意思」、「雙邊屬性」等特性，確實非常容易引誘爭端國陷入某種解釋思維。十二年前是著力於所謂正當期待的論述，中國視聽案則是將特定會員的主觀認知夾帶於「締約當時情況」相關主張之內。如本文第貳章的討論，中國不斷舉證其當年「未知」、「未能預見」數位科技的快速發展；美國則翻出大量老舊報導，證明當年中國（客觀上）「應知悉」且（主觀上）「意識到」線上音樂市場的存在。其實，不論是「正當期待論」，還是「締約當時情況論」，重點均在於探究當年承諾者的意向。上訴機構也再一次地否定特定承諾為「單方意思」、「雙邊屬性」的論述取徑。

三、符合時代要求的擴張解釋

綜上，小組及上訴機構顯然並未特別重視承諾文字的歷史含意，間接表達了特定承諾得透過司法解釋進行續造的立場。此外，上訴機構指出，「錄音產品」與「配銷」等語在文字上具有高度的通用性，其意義能隨時間改變，在無限期的未來拘束承諾國。再者，談判當時的客觀情況在條約解釋上不具顯著重要性。本文一開始曾提出疑問，欲探究到底市場成熟度對於條約解釋有何影響。上訴機構的答案還算明確：談判時的技術發展程度並非解釋條約的關鍵考量；兩造的舉證策略其實並不正確。本文認為，上訴機構否定「技術上可行、商業上存在」等歷史要素的重要性，是相當明智的判斷。

dance 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.

然而，對於「締約當時情況」的否定立場，相對凸顯了「文字通用說」的重要性，使其變得格外清晰醒目，幾乎成為美國在線上音樂爭點勝訴的主因。一定程度上，上訴機構的「文字通用說」已讓GATS承諾「與時更新」，具有「時代性」！或許以下的假設事例更能說明本案解釋的衍生意涵：A國與B國均為WTO會員，且其均於GATS承諾表中正面表列「電視播映服務業」，並使用完全相同的承諾文字。再假設A國於WTO成立時即為會員，但B國於二〇一〇年才入會，故兩國入會時點前後差距十五年。「電視」與「播映」等語，應具備所謂「充分的通用性」，因此，依據上訴機構的見解，其意義「能隨時間改變」，動態進化為當代含意。A國在該部門負有「連續性的義務」，「在無限期的未來受其拘束」。因此，儘管「電視」一詞在十五年前的歷史意義為無線電視及有線電視，在二〇一〇年已擴大至手機電視；儘管「播映」一詞在十五年前的歷史意義為類比傳輸，在二〇一〇年已擴大至數位傳輸。在上訴機構的見解下，A國與B國在該部門的承諾範疇相同。十五年前的產業與技術條件，對於A國的承諾表的解釋，不具顯著影響力。

上訴機構為符合時代的要求，擴張解釋貿易承諾，以司法續造的方式，解決了眼前的問題，導正了「歷史因素決定論」的錯誤觀點¹⁰¹，避免承諾的範疇陷入全面性的混沌不明狀態。然而，將承諾內涵的張力極大化、賦予其「開放性」的立場，如果沒有更豐富的論述觀點支撐，終究還是必須面對是否超越甚至背離當年談判內容的質疑。

¹⁰¹ 由國內法的角度，立法時所依據的經驗性事實基礎原本就只是法律解釋過程中的參考因素之一。在探求法律的規範意義時，必須留意立法當時的社會現實條件及利益分配狀態。立法者的價值決定應為司法解釋的重要準則。但在滿足特定條件下，法官仍可從事法律續造，適應新的情勢並補充法律。Karl Larenz原著，陳愛娥譯，法學方法論，頁232-233，1996年5月。

伍、司法續造？重新談判？——跨科技世代的貿易承諾

一、「通用」文字的動態進化及其當代意涵

貿易承諾貫穿歷史，產業環境的變動當然牽動國際貿易的利益分配。當年各國透過承諾表所允諾的市場利益，在諸多服務部門已失去平衡。有些新的服務不確定是否被涵蓋；確定被涵蓋的諸多承諾項目卻已不具任何商業意義。本文已於第壹章及第參章描述科技匯流的輪廓。承諾表在新科技的衝撞下，確實被震出了一些裂縫，且這些裂縫，又正好位於最具市場利益的區塊。

當無價值、無意義承諾的比例漸增，但具有高度經濟價值的市場開放利益卻處於不確定的狀態時，自然引發貿易爭端¹⁰²。然而，倚賴訴訟延續「特定承諾」的生命，需要法律基礎。在近期爭端案件中，被控訴國均立場一致地指出，新的談判、另為承諾，才是對於科技變動的正確法律回應。歐盟在資訊科技產品案的訴訟進行中，另闢戰場，倡議針對資訊科技協定重新談判，強調解決科技衝擊的正確方法是談判，不是訴訟¹⁰³。同時，中國在視聽服務爭端案中，亦批評美國將WTO爭端解決機制視為服務貿易談判的「捷徑」，藐視談判的程序正義，企圖以司法取代立法¹⁰⁴。本文認為，重新分類絕非易事，盤點承諾也是個大工程。事實上，透過訴訟處理多邊談判所不能解決的問題，是實務運作上已儼然成形的現況。一個體制，之所以存在，必須有一套維持其生命動能的運轉邏輯；一個多元場域，之所以存續，必有一套維持利益平衡的精緻

¹⁰² SACHA WUNSCH-VINCENT, *THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCTS: EC-US PERSPECTIVES* 62-80 (2006).

¹⁰³ 此舉被美國譏為模糊焦點。Shin-yi Peng (彭心儀)，同註7，頁18。

¹⁰⁴ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, para. 448.

機制。政治決策與司法造法之間，原本就是相互消長之關係；政治決策之無效能，會造成司法造法之活躍。以目前的情勢而論，WTO小組與上訴機構在「法律續造」方面¹⁰⁵，必須負責填補規範漏洞，讓特定承諾的生命不因談判的僵局而終止。在此觀點下，上訴機構以承諾表文字具備「充分的通用性」為續造基礎，強調語言的適應性，暗示承諾內容在不同時空下意義變化的可能性，不失為一個可行解決方向。

只是，讓語言文字隨時間演化為當代意義、讓承諾內涵自動開展的解釋取徑，也會帶來負面影響¹⁰⁶。首先，此解釋方法在未來必影響會員提出承諾的意願。如前所述，本案小組為探詢WTO會員的共同意思，將其他會員的特定承諾納入考量，以判斷中國是否已針對線上音樂配銷服務提出承諾。小組發現諸多會員以清楚的文字將其視聽部門的承諾內容限縮於實體物品的配銷服務。據此，小組認為，中國如欲排除線上音樂，應予註記。小組的分析方法似乎在鼓勵會員於承諾表上註記。極端而論，依照小組的見解，為防止承諾內容因科技發展不斷擴大，會員應在填寫承諾時，以精準的文字，註記當時的科技狀態，阻斷其未來動態進化的可能性，避免負有「連續性的義務」、「在無限期的未來受其拘束」。此看法不利於服務貿易的自由化。

另一個問題是，到底一個語詞需要「一般」到什麼程度，才能夠具備「充分的通用性」¹⁰⁷？相較於GATS其他條文，例如第十四

¹⁰⁵ 楊光華，從「歸零法則」之發展看WTO司法與立法之互動，政大法學評論，103期，頁109-203，2008年6月。

¹⁰⁶ *China-Publications: WTO Treaty Interpretation—Original Meaning Versus Contemporary Meaning*, WorldTradeLaw.net (January 27, 2010). Available at <http://www.worldtradelaw.net/dsc/blog> (last visited: 2010.02.02).

¹⁰⁷ *Id.*

條例外條款中的「公共道德」、「公共秩序」及「個人隱私」等抽象的不確定法律概念，「錄音產品」與「配銷」等用語其實相對精準特定。論者有謂，所謂「通用詞」（*generic terms*），係指「語言上不具明確的字義、當年立法者並未賦予該用語特定含義」之意¹⁰⁸。承諾表中的語辭若為通用語，則意味著談判者刻意讓承諾內容在長久的未來繼續依時代需求而進化改變¹⁰⁹。在本案中，上訴機構認定「錄音產品」與「配銷」是通用語詞，但標準如何界定？以我國服務貿易承諾表為例，鮮少於承諾欄位的CPC代碼後加註條件以限縮承諾範圍，或許未來也可能面臨類似中國視聽案的問題。例如「人體」、「廢棄物」等語詞，是否具備充分的通用性？我國已承諾的「『人體』健康服務業（931）」是否已因生醫科技的發展而大幅擴充其範疇？「『廢棄物』處理服務業（9402）」又是否因工業環境的變化而不同於入會時的界定？這些問題上訴機構並未深入說明。「充分的通用性」幾乎成為本案勝敗最關鍵的因素，上訴機構的論理略顯單薄。

二、「技術中立」之概念連結與實踐

透過解釋延續「特定承諾」的生命，需要法律基礎。本文認為，「技術中立」（*technological neutrality*）的概念，應能強化「擴張解釋」的正當性，豐富「充分通用性」見解的理論內涵。事實上，近年來，爭端當事國已針對「技術中立」概念提出諸多論述。在美國網路賭博服務爭端案中，美國敗訴之關鍵原因在於上訴機構認為〈模式一〉應包括所有可能的傳輸技術，不應排除數位技

¹⁰⁸ LINDERFALK, *supra* note 64, at 95.

¹⁰⁹ GARDINER, *supra* note 57, at 172.

術¹¹⁰。為確保WTO在電子商務時代之「技術中立」原則¹¹¹，除非會員將網際網路記載於承諾表限制欄，否則不得禁止透過網際網路傳輸服務。在中國視聽服務案中，美國頻繁引用網路賭博服務爭端案的上訴機構報告¹¹²，強調該段見解亦可適用於〈模式三〉，因為實體音樂光碟片的交易與線上銷售之間，只是技術差異¹¹³。中國基於配銷方式的技術差異，給予差別待遇，即違反技術中立原則。電子傳輸是實體銷售的「現代化」形式¹¹⁴，中國不應將服務貿易特定承諾曲解為「技術特定的」承諾。GATS本身應秉持技術中立原則¹¹⁵，以鼓勵服務提供方式之創新。

面對美國的強勢主張，中國當然堅持其對於所謂「技術中立」原則的反對立場，主要反駁理由為：第一，「技術中立」的概念在WTO法律架構下並沒有完整的論理基礎，未來能否成為所有會員共同認知的「原則」，仍有待辯論¹¹⁶。第二，「技術中立」的概念與GATS第十九條「漸進式自由化」相互扞格。依照美國對於「技術中立」的詮釋，任何會員提出的承諾均涵蓋所有潛在的、尚未存在的服務提供方式，承諾表也因此成為無任何限制的開放清

¹¹⁰ Panel Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, paras. 6.281- 6.285.

¹¹¹ Progress Report of the General Council, adopted by the Council for Trade in Services, *Work Program on Electronic Commerce*, (July 19, 1999), S/L/74, para. 4.

¹¹² First Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, para. 54.

¹¹³ *Id.* paras. 51, 56, 69-76.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Second Oral Statement of the United States of America, *China-Audiovisual Services*, paras. 46-53.

¹¹⁶ First Written Submission of the People's Republic of China, *China-Audiovisual Services*, paras. 404-427.

單¹¹⁷。第三，縱使所謂「技術中立」已成為WTO法律的一環，也與本案完全無關，因為線上音樂並不只是新的「服務提供方式」，而是全新的「服務」¹¹⁸。如果要將「技術中立」的概念套用於本案，其頂多能規範到實體音樂光碟片的線上銷售行為¹¹⁹，與線上音樂無關。

對此困難的解釋問題，小組選擇不予回應，以訴訟經濟為由說明，由於已依據VCLT得到結論，因此無進一步探討「技術中立原則」的必要¹²⁰。上訴機構順著小組的結論，索性完全避開「技術中立」的字眼，在報告書中隻字不提。「技術中立」的概念也因此處於地位不定的狀態。事實上，在數位科技快速發展及匯流趨勢下，技術中立原則之建構與實踐已成為因應市場變化的重要方針。曾有會員提案¹²¹，將WTO服務貿易特定承諾表下之通訊（電信）、傳播（視聽）及資訊等相關部門，均整併合一並重新界定為「任何經由電磁媒介之信號傳送及接收之服務」¹²²。諸多學者認

¹¹⁷ *Id.* para. 447.

¹¹⁸ 中國在訴狀中提到，線上音樂不論在服務特徵、消費者認知、國際分類及各國法制架構等面向，均為新的服務。

¹¹⁹ 例如「Amazon.com」在網路上銷售實體音樂光碟。

¹²⁰ Panel Report, *China-Audiovisual Services*, paras. 7.1248-7.1264.

¹²¹ Communication from the European Communities, Classification in the Telecom Sector under the WTO-GATS Framework (hereinafter “EC Paper”), TN/S/W/27, S/CSC/W/44, 10 February 2005. *See also* Information Note by the Secretariat, Council for Trade in Services, Special Session: Telecommunications Services, JOB(05)/208, 26 September 2005.

¹²² Statement by Japan, Report of the Meeting held on 21, 22 and 25 February 2005, TN/S/M/14, para. 46. *See also* Communication from the United States, Classification in the Telecommunications Sector under the WTO-GATS Framework (hereinafter “US Paper”), TN/S/W/35, S/CSC/W/45, 22 February 2005.

為，此為匯流趨勢下之必要轉變¹²³。蓋現行GATS承諾架構以「傳輸技術或載具」作為市場開放的思維基礎，引發「技術不中立」的疑義¹²⁴，更導致不符時代需求的承諾割裂問題¹²⁵。ITU更明確提到¹²⁶，技術中立原則之建構重點在於，「替代性或競爭性之服務，應適用相同法律規範」¹²⁷。以本案為例，線上音樂顯為傳統音樂光碟之替代性或競爭性服務。WTO倘能將「技術中立」概念內化為基本原則與價值，應有助於服務貿易特定承諾表的制定及解釋¹²⁸。

¹²³ Lee Tuthill, *The GATS and New Rules for Regulators*, 21 TELECOMMUNICATIONS POLICY 783-89 (1997). cf. Daniel Roseman, *Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services: Experience and Prospects under the GATS*, in DOMESTIC REGULATION & SERVICE TRADE LIBERALIZATION 83, 85 (Aaditya Mattoo & Pierre Sauve eds., 2003).

¹²⁴ Damien Geradin et al., *Levelling the Playing Field: Is the WTO Adequately Equipped to Prevent Anti-Competitive Practices in Telecommunications*, in THE WTO AND GLOBAL CONVERGENCE IN TELECOMMUNICATIONS AND AUDIO-VISUAL SERVICES 131, 146 (Damien Geradin & Davide Luff eds., 2004). See also David Luff, *Telecommunications and Audiovisual Services: Considerations for a Convergence Policy at the World Trade Organization Level*, 38(6) JOURNAL OF WORLD TRADE 1059-86 (2004).

¹²⁵ 例如資料處理服務（Data Processing Services, CPC843）與線上資訊處理服務（Online Information Processing Services）分別被歸類於不同服務部門。

¹²⁶ 國際電信聯合會（ITU）多年來極力推動技術中立的概念。新科技快速發展下，為提高全球網路的交互運用及鼓勵創新，避免以技術條件偏袒特定技術之發展，法律措施應採取技術中立原則。ITU, *Telecommunication Development Bureau, Document 1/090-E* 13 (2006), available at http://www.itu.int/ITU-D/study_groups/SGP (last visited: 2009.12.28).

¹²⁷ 以Skype為例，其應可被視為傳統電話的替代服務。ITU, *World Telecommunication Policy Forum Final Report* 23 (2006). Available at <http://www.itu.int/osg> (last visited: 2006.09.25).

¹²⁸ Shin-yi Peng, *Trade in Telecommunications Services: Doha and Beyond*, 41(2)

在此立場下，本文嘗試將中國視聽案的解釋與「技術中立」概念連結。由前述分析可知，為追求技術中立，會員提案建議摒棄過去以特定技術為承諾基礎的舊思維，而以具概括性、一般性的描述方式取代之。個人以為此與上訴機構所言之「充分的通用性」是相類似的觀念。換言之，將承諾文字「通用化」，正是技術中立的具體實踐方式。上訴機構在本案所強調的語言的適應性，及其在不同時空下意義變化的可能性，也正是「技術中立」概念所追求的目標。未來兩者之間應能彼此支撐、相互澄清。

陸、技術條件、產業發展與法律解釋——代結語

中國視聽服務案之線上音樂爭議再一次地凸顯了科技變動下的條約解釋困境。線上音樂的發展已完全顛覆傳統音樂的配銷通路，導致音樂產業結構性的改變。回到本文第參章所描述的科技匯流遠景，「錄音產品配銷服務」在匯流趨勢下即將成為「行動多媒體增值服務」的概念，線上音樂也即將因為雲端運算而再次經歷產業結構震盪，市面上將浮現更新的音樂服務銷售通路。也許，（傳統）音樂光碟片將從此由市場消失。倘不賦予「錄音產品配銷服務」當代意義，多數會員的相關承諾將變成真空狀態。

在科技匯流的趨勢下，特定承諾的解釋問題注定愈益複雜難解。其實，在國內法架構下，數位科技所引發的法律解釋問題，早就不是新的議題¹²⁹。以我國法為例，受限於一時一地的立法格局，諸多法律條文必須依當今的語言來理解，或透過立法賦予新的時代意義。以刑法第三二三條規定為例，立法之初絕對沒有人想到

JOURNAL OF WORLD TRADE 293, 305-318 (2007).

¹²⁹ Geraldine Chin, *Technological Change and the Australian Constitution*, 24 MELB. U. L. REV. 609 (2000).

「線上遊戲中的虛擬寶物」得否作為刑法之竊盜或詐欺罪保護客體的問題¹³⁰，因此必須修法因應科技發展。再以司法院大法官於十五年前所作的釋字第三六四號解釋為例，大法官於解釋文中提到，以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍，民眾有「接近使用傳播媒體」之權利。有學者認為，在解釋方法上，該號解釋對於廣播電視的定性方式並不拘泥於傳播技術，故縱使傳播科技快速轉變，該號解釋所揭示的價值判斷仍可能適用於新興通訊傳播技術¹³¹。在經貿法的領域，我們要思考，如何讓科學本身的偶然性不減損法律的安定性，於經貿場域架構出較為永久的立法藍圖。更重要者，如何建立一套解釋原則，因應科技的快速變動，讓貿易承諾的解釋具有時代性。

本文認為上訴機構關於「締約當時情況」的解釋，儘管在論述上不完美，卻是很有智慧的處理方式，避免全世界各國從此深陷締約時點之歷史事實的探索。然而，將承諾內涵的張力極大化、賦予其「開放性」的立場，如果沒有更豐富的論述支撐，終究還是必須面對是否超越當年談判內容的質疑。此外，學界近年來開始強烈批判的諸多方法論問題，例如爭端解決機構過度機械化的解釋取徑，亦不容忽視。VCLT成為WTO爭端解決架構下解釋條文的必要骨架，但同時也制約了創新解釋方法的發展。如何推知WTO會員的「共同意思」、「承諾表／減讓表」的解釋方法是否需要量身訂做等問題¹³²，值得思考。當然，一再被提出討論的「技術中立」概念，也等待上訴機構定調。

¹³⁰ 90法檢決字第039030號。

¹³¹ 石世豪，從司法院大法官釋字第364號解釋——論廣播電視自由之客觀法與基本權利雙重性質，載：憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁385，2000年12月。

¹³² Van Damme, *supra* note 85, at 1-52. VAN DAMME, *supra* note 87, at 93-102.

科技本身是動態的；科技相關的貿易承諾在墨水未乾前，新技術即已產生。如何讓貿易承諾與科技發展並行不悖，可長可久，為本文最核心的關懷。對於本案兩造當事國的論點以及小組及上訴機構的見解進行整體分析後，本文在科技匯流與條約解釋兩者激戰的火花中找到了暫時的答案：在談判方面，科技快速變動下，各國談判者要有前瞻思維，體認科技相關承諾無法「一步到位」的現實，掌握其未來長期演進的可能性；在爭端解決方面，小組及上訴機構傾向以今日的字義解釋承諾，以當下的語言掌握規範，其並不特別強調當年談判背景等歷史性因素。當承諾語言具備「充分的通用性」時，上訴機構將會填補內容，以適應新的科技與市場情勢，讓特定承諾與時俱進，由時代形塑其具體內涵。

附錄：中國承諾表相關部分之原文

Sector or sub-sector	Limitations on Market Access	Limitations on National Treatment	Additional Commitments
D. Audiovisual Services -Sound recording di-stribution ser- vices	... (3) Upon accession, foreign services suppliers will be permitted to establish contractual joint ventures with Chinese partners to engage in the distribution of audiovisual products, excluding motion pictures, without prejudice to China's right to examine the content of audio and video products	... (3)None	Without prejudice to compliance with China's regulation on the administration of films, upon accession, China will allow the importation of motion pictures for theatrical release on a revenue-sharing bases and the number of such imports shall be 20 on an annual basis.

參考文獻

一、中 文

1. Karl Larenz原著，陳愛娥譯，法學方法論，1996。
Karl Larenz, (Translator: Cheng, Ai-Er), *Methodology of Jurisprudence*, 1996.
2. 石世豪，從司法院大法官釋字第364號解釋——論廣播電視自由之客觀法與基本權利雙重性質，載：憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁377-438，2000。
Shyr, S.H. Howard, *The Dual Nature of the Objectivism and Fundamental Rights of the Freedom of Broadcasting Television: from the Aspect of the Interpretation of Council of Grand Justices*, no. 364, p. 377-438, 2000.
3. 石世豪，向競爭轉的通訊傳播匯流法制，2009。
Shyr, S. H. Howard, *Communications Convergence Law toward Competition*, 2009.
4. 張新平，世界貿易組織下之服務貿易，1996。
Chang, Shin-Ping, *Trade in Services under the WTO*, 1996.
5. 彭心儀，由美國禁止網路賭博爭端案論服務貿易市場開放及國民待遇之規範解釋與體系建構，政大法學評論，85期，頁309-381，2005。
Peng Shin-Yi, *Regulatory Interpretation and Architecture of Market Access and National Treatment: U.S-Gambling*, *Chengchi Law Review*, no. 85, pp. 309-381, 2005.
6. 彭心儀，WiMAX產業推動之相關政策與法律問題研究II：發展通訊傳播內容產業之法制環境建構，工研院／經濟部工業局委託研究計畫，頁30-38，2007。
Peng, Shin-Yi, *Policy and Legal Issues of Developing the WiMAX Industry: Legal Framework for Content Industry*, ITRI Project, pp. 30-38, 2007.
7. 彭心儀，*Taxing Innovation?—The Evolving Coverage of the Information Technology Agreement*，載：「2009創新、競爭與管制國際研討會」大會論文集，國立清華大學科技法律研究所主辦，頁3-7，2009。

- Peng, Shin-Yi, *Taxing Innovation?—The Evolving Coverage of the Information Technology Agreement*, The 2009 ILST Conference on Innovation, Competition and Regulation, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University, pp. 3-7, 2009.
8. 彭心儀、溫令行，論「電視機」在我國行政實務下之課稅爭議——由WTO「資訊科技產品爭端案」談起，臺灣法學雜誌，145期，頁33-48，2010。
- Peng, Shin-Yi, Wen, Lin-Sing, Taxation of Television Set under the Administrative Practice: The WTO ITA Dispute, *Taiwan Law Journal*, no. 145, pp. 33-48, 2010.
9. 資策會，臺灣數位娛樂市場發展趨勢，2009。
- Institute for Information Industry, *The Development of the Digital Entertainment Market in Taiwan*, 2009.
10. 楊光華，從「歸零法則」之發展看WTO司法與立法之互動，政大法學評論，103期，頁109-203，2008。
- Yang, Connie Guang-Hwa, “Zeroing” —Another Clash between the Legislative and the semi-Judicial Functions of the WTO, *Chengchi Law Review*, no. 103, pp. 109-203, 2008.
11. 羅昌發，國際貿易法，1999。
- Lo, Chang-Fa, *International Trade Law*, 1999.

二、外 文

1. Chin, Geraldine, *Technological Change and the Australian Constitution*, 24 MELB. U. L. REV. 609 (2000).
2. Cossy, Mireille, *Determining “Likeness” under the GATS: Squaring the Circle?*, in WTO ECONOMIC RESEARCH AND STATISTICS DIVISION (2006).
3. GARDINER, RICHARD, TREATY INTERPRETATION (2008).
4. Geradin, Damien, et al., *Levelling the Playing Field: Is the WTO Adequately Equipped to Prevent Anti-Competitive Practices in Telecommunications*, in THE WTO AND GLOBAL CONVERGENCE IN TELECOMMUNICATIONS AND AUDIO-

- VISUAL SERVICES 131 (Damien Geradin & Davide Luff eds., 2004).
5. HUKILL, MARK, ET AL., ELECTRONIC COMMUNICATION CONVERGENCE (2000).
 6. JACKSON, JOHN, SOVEREIGNTY, THE WTO, AND CHANGING FUNDAMENTALS OF INTERNATIONAL LAW (2006).
 7. LINDERFALK, ULF, ON THE INTERPRETATION OF TREATIES (2007).
 8. Luff, David, *Telecommunications and Audiovisual Services: Considerations for a Convergence Policy at the World Trade Organization Level*, 38(6) JOURNAL OF WORLD TRADE 1059 (2004).
 9. PANIZZON, MARION, GOOD FAITH IN THE JURISPRUDENCE OF THE WTO (2007).
 10. Peng, Shin-yi, *Trade in Telecommunications Services: Doha and Beyond*, 41(2) JOURNAL OF WORLD TRADE 293 (2007).
 11. Roseman, Daniel, *Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services: Experience and Prospects under the GATS*, in DOMESTIC REGULATION & SERVICE TRADE LIBERALIZATION (Aaditya Mattoo & Pierre Sauve eds., 2003).
 12. Tuthill, Lee, *The GATS and New Rules for Regulators*, 21 TELECOMMUNICATIONS POLICY 783 (1997).
 13. Van Damme, Isabelle, *The Interpretation of Schedules of Commitments*, 41(1) JOURNAL OF WORLD TRADE 1 (2007).
 14. VAN DAMME, ISABELLE, TREATY INTERPRETATION BY THE WTO APPELLATE BODY (2009).
 15. WUNSCH-VINCENT, SACHA, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCTS: EC-US PERSPECTIVES (2006).

**Technological Convergence and
Treaty Interpretation:
On the Modernity of the WTO/GATS
Specific Commitments and the
China-Audiovisual Services Case**

Shin-Yi Peng^{*}

Abstract

In the context of domestic law, the issue of whether a legal text should be interpreted based on its “original meaning”, *i.e.*, the historical language at the time the law was made, is controversial. A similar debate may arise in the regime of international trade. At the WTO, such issues may be of particular importance when dealing with technological change, as many of the products/services described in a schedule are likely to undergo significant developments over time. The dispute of *China-Audiovisual Services* is illustrative here. New digital technologies and the steady development of communication networks have significantly changed the shape of the international music market as well as the traditional business models of the music industry. The phenomenon of digital convergence has shown to be problematic in practice as

^{*} Professor & Director, Institute of Law for Science & Technology, National Tsing Hua University; S.J.D., University of Wisconsin-Madison.

Received: April 14, 2010; accepted: June 29, 2010

technological changes must also affect the language used in treaties. Shall we rely on the contemporary language at the time a treaty is interpreted, or shall we employ the historical language at the time the treaty was concluded? No answer to this question is given in the Vienna Convention. In *China-Audiovisual Services* the Appellate Body appears to have taken a clear stance in favor of allowing for the evolution of the meaning of treaty terms. The AB considered that the terms used in China's GATS Schedule are sufficiently generic that what they apply to may change over time. In this respect, the AB noted that GATS Schedules constitute multilateral treaties with continuing obligations that WTO Members entered into for an indefinite period of time. This paper argues that the interpretation of schedules of commitments poses important challenges to the interpreter. Schedules are not as multilateral as treaties, and to some extent schedules may not represent the common intentions of all WTO Members in a similar way as the rest of the covered agreements. The author also concludes that the unresolved issue of technological neutrality should be addressed via the WTO dispute settlement mechanism.

Keywords: *China-Audiovisual Services*, Online Music, GATS, Specific Commitments, Circumstances of Conclusion, Technological Neutrality