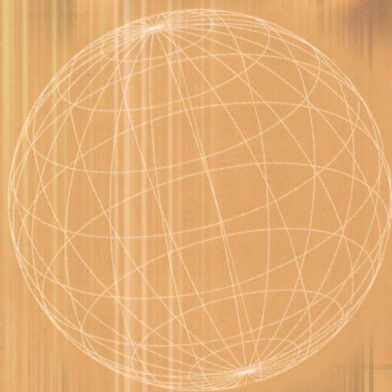


科技法律系列



WTO服務貿易與 通訊科技法律

Legal Aspects of Trade in Services and
Communications Technology

彭心儀 著



元照出版

D927.582.1/1

2005

WTO 服務貿易與通訊科技法律

彭心儀 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

WTO 服務貿易與通訊科技法律/ 彭心儀著. ——

初版. ——臺北市：彭心儀出版：元照總

經銷，2005〔民94〕

面：公分

ISBN 957-41-2609-9（精裝）

1. 貿易 — 法規論述 2. 電信 — 法規論述

558.2

94003431

WTO服務貿易與通訊科技法律 5K03GA

2005 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 彭心儀

出 版 者 彭心儀

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉客服組 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-2609-9

謹以本書獻給我的父母

自序

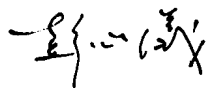
自西元2000年8月返國任教迄今，我專注於WTO服務貿易與通訊科技法律領域，以在此領域開發前瞻尖端議題及從事嚴謹紮實研究而自勉，並試著有系統地累積學術心力。這五年來，面臨了國內學術環境給於新進學者的挑戰、抉擇於國內外出版論文之質與量的平衡、體會了學術研究與實務工作二者不可兼得的妥協、探尋著專業生活的運轉邏輯、並思索著學術目標的價值取向。在本書終將付梓之際，許多問題我還在猶豫與摸索；重新逐字逐句審閱本書，諸多論述仍誘使我陷入再一次的辯證思考。但還是決定就此停筆，躊躇心虛地將這些追求學術理想過程中的生澀紀錄出版了！希望對於此領域研究者有些參考價值，也希望各界先進們指正賜教，以做為我下一階段學術精進的方向。

本書架構分為三大部分，所收錄的七篇學術論文，均已於西元2002年至2005年間發表於國內外具嚴格外審制度之期刊。第一部分「WTO服務貿易規範與通訊科技」，屬於基礎研究，著重於抽象理論之建構，以數位匯流現象為主軸，引用法律以外之觀點，闡述WTO服務貿易規範對於電影及傳播產業文化政策之衝擊，並討論WTO競爭規範對於電信產業之影響；第二部分「全球化趨勢下之通訊科技法律」，則以批判研究為基調，藉由反全球化論述的逆向思維，質疑通訊科技法律發展趨勢所帶來之數位落差及隱私侵害問題。第三部分「WTO服務貿易爭端案與通訊科技」，屬於具體實務之應用研究，聚焦檢視WTO電信服務及電子商務訴訟案件，進而針對服務業數位化所必要之法律因應，提出學術看法。

感謝學術界曾給予啓發、教導及指正的所有老師、前輩、同仁及朋友們！返國以來，清華大學提供我最好的研究環境，使我的研究能量得以發揮。校內各學院教授們的卓越研究成果以及對於國際化路線的堅持，是我不敢懈怠自我鞭策的主因。有幸在科法所誕生之際即加入教師之行列，回想起草創時期我們只有三位老師及九位學生的單薄人力，五年後的今天，我們師生人數大幅成長，並已形成頗具戰鬥力的研究團隊。這幾年與同事及學生們並肩努力的情誼，是我專業生活中很值得珍惜的部分。科法所歷屆學生們與我在「資訊通信法專題研究」及「電信政策與法律」課堂上的精采對話，更豐富了我的研究內涵，使我能透過科技與法律的整合視野，以宏觀角度切入相關議題。

過去幾年我加入台大法學院WTO研究中心的諮詢工作，參與處理我國經貿談判法律問題，這對於我在此領域專業能力的提升，有相當實質幫助。本書出版，我要特別感謝中心的老師羅昌發教授、張新平教授及楊光華教授給予的鼓勵與指正。此外，本書許多想法來自於我參與政府科技政策辯論及立法草擬工作，故對於通訊傳播委員會籌備處法制組、資訊工業策進會科技法律中心、經濟部國貿局、交通部電信總局的研究夥伴們，我也在此表達誠摯謝意。

感謝父母無盡的愛與包容。在我學習的路途上，不論顛簸還是平順，父母始終給予最堅強的扶持，體諒我在女兒角色上的不夠稱職，讓我能全心全力於研究工作，徜徉享受於學術之美。謹將這本書獻給我親愛的父母，並祝福他們健康快樂！



清華大學科技法律研究所

2005年8月

目 錄

自 序

WTO服務貿易規範與通訊科技

- 一、視聽服務貿易自由化下之文化政策爭議……………3
- 二、論WTO多邊架構下以特定服務部門爲基礎之競爭規範：以GATS電信參考文件爲核心……………73

全球化趨勢下之通訊科技法律

- 三、Universal Telecommunications Service in China: Trade Liberalization, Subsidy, and Technology in the Making of Information Equality in the Broad-band Era……………133
- 四、由資訊通信法制之發展趨勢論數位落差之消弭……………183
- 五、Privacy and the Construction of Legal Meaning in Taiwan……………231

WTO服務貿易爭端案與通訊科技

- 六、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……………271
- 七、由美墨電信爭端案論WTO電信服務貿易規範之現在與未來……………339

圖目錄

- 各類電視播送服務之「手段／目的」檢驗 59
- 各類電影放映服務之「手段／目的」檢驗 64
- 各類新興服務行業之「手段／目的」檢驗 65
- 「競爭政策」定位於規範全球化與多元化的象限圖 115
- WTO競爭規範以「基本電信」服務部門為基礎之
分析圖 119
- The Torts (Invasion of Privacy) in Taiwan prior to the
1999 Civil Code Amendments 252
- GATS「市場開放」及「國民待遇」規範之個別與
交集領域示意圖 302
- 「同類」認定要素：「同類產品」→「同類服務」概
念轉化圖 310
- 電子商務之〈模式〉問題：技術與法律的構面分析
圖 322
- 墨國電信服務管制架構圖 347
- 以GATS〈模式一〉提供基本電信服務示意圖 354
- 國際話務清算費順逆差之流程圖 378

表目錄

- GATS「電信／視聽」二分法下之規範二元制 40
- 數位化新興服務類型在GATS「電信／視聽」二分
法下之歸類與文化保護問題 49
- WTO/GATS電信參考文件及其內國法銜接分析表 83
- 美國貿易法第一三七七條款「電信貿易協定年度審
查」一覽表 99

• 美國貿易法第一三七七條款對台灣電信法制之年度 審查分析表	104
• 電信產業國際貿易市場開放之囚犯困境矩陣	113
• Number of Internet Subscribers (November, 2000)	147
• 本案當事國思辯邏輯與論理脈絡一覽表	279
• 本案程序與實體爭議一覽表	281
• 實體賭場 v. 網路賭博網站：本案「同類服務」檢 驗表	317
• WTO美墨電信服務爭端之基本論述邏輯與裁決結 果一覽表	348
• WTO美墨電信服務爭端之主要法律問題一覽表	351

WTO服務貿易規範與通訊科技



- 視聽服務貿易自由化下之文化政策爭議
- 論WTO多邊架構下以特定服務部門為基礎之競爭規範：以GATS電信參考文件為核心

視聽服務貿易自由化下之文化政策爭議*

壹、貿易與文化問題初探：由NAFTA之「文化產業義務免除條款」談起

貳、GATT/WTO貨品貿易自由化與文化政策

一、GATT/WTO爭端案中涉及「文化貨品」之主要爭議

(一)小組在「授權條款」下之裁斷範圍：以日本皮革製品爭端案為例

(二)「同類產品」之解釋：以加拿大期刊爭端案為例

二、「文化例外」概念在GATT-1994之地位

參、WTO服務貿易自由化與文化政策

一、歐盟之「電視無疆界指令」

(一)多元文化 v. 自由貿易

(二)所謂「歐洲作品」：視聽服務貿易之原產地認定問題

二、「文化例外」概念在GATS之地位

(一)限制與豁免機制

(二)其他條款之關聯

肆、以資訊通信科技角度檢視服務貿易自由化下之文化政策爭議

一、「視聽服務部門」在通訊科技數位化匯流趨勢下之界定問題

* 本文原發表於〈台大法律論叢〉，第33卷第4期，頁37-100，2004年。

〈表一〉 GATS「電信／視聽」二分法下之規範二元制

二、「電視無疆界指令」在通訊科技數位化匯流趨勢之適用問題

三、「技術中立」原則在通訊科技數位化匯流趨勢下之解釋

〈表二〉 數位化新興服務類型在GATS「電信／視聽」二分法下之歸類與文化保護問題

伍、建立能因應資訊通信科技發展之文化保護機制

一、視聽服務部門與文化全球化：「文化保護」之定義及其在WTO經貿架構下之正當性

二、數位時代之「本國自製比例問題」：「手段／目的」之檢驗

(一)電視播送服務方面

【圖一】 各類電視播送服務之「手段／目的」檢驗

(二)電影放映服務方面

【圖二】 各類電影放映服務之「手段／目的」檢驗

(三)數位化新興服務方面

【圖三】 各類新興服務行業之「手段／目的」檢驗

三、文化政策與「服務補貼」：建立能因應資訊通信科技發展之文化保護機制

陸、結語

附件 我國WTO入會關於視聽服務之特定承諾表

壹、貿易與文化問題初探：由NAFTA之「文化產業義務免除條款」談起

國際貨品貿易與服務貿易之自由化，與各會員國本國文化之保護與保存之間，存在著可能的對立關係。在北美自由貿易協定(NAFTA)談判之過程中，加拿大首相向其下議院宣示，該協定絕不會以任何方式損害該國文化主權(cultural sovereignty)¹；在澳大利亞與紐西蘭自由貿易協定之簽訂過程中，澳大利亞極力爭取將紐西蘭電視節目之輸入排除於自由協定中²；此外，法國與美國過去亦曾在OECD架構下之多邊投資協定(MAI)諮商中，爲了是否應訂定文化例外條款(cultural exception clause)而數次進行談判³；再者，烏拉圭回合談判結束後，法國總理在向其國會報告時即強調，歐洲文化認同(cultural identity)在WTO架構下已受到保護。法國文化部部长同時強調，將「文化」納入全球貿易協定將會導致歐洲人（被美國）精神殖民化(mental colonization)，影響所及是想像創造力之逐漸消滅(progressive destruction of imagination)⁴。然而，針對此類文化捍衛爭議，美國前貿易代表

¹ Joel Richard Paul, *Cultural Resistance to Global Governance*, 22 MICH. J. INT'L L. 1 (2000). Harvey B. Feigenbaum, *Public Policy and the Private Sector in Audiovisual Industries*, 49 UCLA L.R. 1767, 1776 (2002). Sandrine Cahn et al., *The Cultural Exception: Does it Exist in GATT and GATS Frameworks? How does It Affect or Is It Affected by the Agreement on TRIPs?* 15 CDZAEJ 281 (1997).

² *Id.*

³ 法國、加拿大、比利時、義大利等國認為應將視聽、電影等文化事業排除在OECD之MAI外。對此，美國、日本等國持反對立場。Feigenbaum, *supra* note 1, at 1776.

⁴ Cahn, *supra* note 1, at 286.

Mickey Kantor卻以「文化認同之論調只是經濟保護主義之藉口」反駁之⁵。

我國貿易法第十一條規定：「貨品應准許自由輸出入。但因國際條約、貿易協定或基於國防、治安、文化、衛生、環境與生態保護或政策需要，得予限制。前項限制輸出入之貨品名稱及輸出入有關規定，由主管機關會商有關機關後公告之。」然基於文化之理由限制貨品進出口的作法，在WTO架構下似無確切之依據。究竟「文化」在WTO經貿架構下，是否具有「例外」之地位，必須加以探究。近幾年來，社會學界不斷地以全球化(globalization)以及全球治理(global governance)概念解釋人類政治、經濟、社會、法律、文化之趨同化(homogenization)現象⁶。WTO為實踐全球治理之主要國際機構之一。雖然市場力量驅動下之貿易活動並不必然挾帶著文化價值之流動，但一般商品與文化產品之分際，以及經濟效率與多元文化不同思維在國際經貿之範疇下平衡問題，實有進一步釐清之必要。在全球經濟活動分工與整合之過程中，「文化」不可能置身於貨品與服務跨國流動之動線之外⁷。在「貿易自由化」的光芒下，文化全球化已附隨著進出口貿易成長率而加速偷渡。

⁵ *Id.*

⁶ GARY SAMPSON, *THE ROLE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION IN GLOBAL GOVERNANCE* (2001). 張文貞，面對全球化台灣行政法發展的契機與挑戰，收錄於「當代公法新論」(中)，頁3-26，元照，2002年。Shin-yi Peng, *The WTO Legalistic Approach and East Asia: From the Legal Culture Perspective*, 1 ASIAN-PAC. L. & POL'Y J 13, 1-39 (2000).

⁷ 當然，文化多元與貿易自由之問題，不應忽略TRIPs之討論。但本文僅以「貨品貿易自由化與文化政策」為基礎，帶出「服務貿易自由化下之文化議題」，並以GATS之視聽服務部門為討論之核心。事實上，數位科技在一定範圍內，使文化貨品貿易之重要性逐漸降低，而在服務貿易方面愈顯重要。近幾年來，美國、巴西、與瑞士等國分別提出與GATS視聽服務相關之談判提案，以期為長期爭議之文化議題尋求出路。

全球治理與區域文化價值之可能對立與調和，並非無實證經驗可資援用，以作為分析之對象。事實上，WTO外之其他國際協定或條約中，不乏有以文化或宗教為理由的例外條款之設。以1980年代中期「美國——以色列自由貿易協定」為例，「自由貿易協定不應及於文化禮俗與宗教禁忌」之主張，成功地使不符合猶太教之潔淨要求的肉品(non-kosher meat)——豬肉，排除於貿易自由化之範圍。此外，在烏拉圭回合農業貿易自由化談判中以及APEC貿易諮商中，日本與韓國曾以傳統文化為由，希望能排除「稻米」於農業自由化之範圍，爭取繼續加強對於傳統稻耕之保護，以維持此牽繫著傳統文明之稻耕社會文化。日韓對此文化主張十分堅持，也獲得貿易國之接受，使日韓成功地延後稻米貿易自由化之時程⁸。

此外，在NAFTA中，亦有明文之「文化業義務免除條款」。美國與加拿大於1988年簽訂之CFTA（後被納入NAFTA）之第二〇〇五條以及第二〇一二條，明文將以下「文化工業」，不分貨品貿易或是服務貿易，一律排除於該自由貿易協定之範圍外。協定簽署國在NAFTA下之一般義務並不及於下列工業⁹：

⁸ 以最關鍵之農產品關稅化(tariffication)為例，依據農業協定，會員應逐步將所有非關稅障礙轉變為透明之關稅，以實現所有農產品均受到關稅減讓拘束之目的。因此，進口數量限制、最低進口價額，以及輸入許可證等措施，均應漸進地被轉化為關稅。然而，日本與韓國在稻米部分，僅分別承諾在WTO成立後之六年與八年內，再考慮是否將稻米關稅化的問題。*Asian Farmers Protect Against Liberalizing Rice Imports*, ASIAN ECON. NEWS KYODO NEWS INT'L, Dec. 6, 1993. *South Koreans Upset by Rice Market Opening Plans*, ASIAN ECON. NEWS KYODO NEWS INT'L, Dec. 12, 1993. *Thais Opt for Patience to Counter Bias on Rice*, ASIAN ECON. NEWS KYODO NEWS INT'L, Mar. 21, 1994. (available in LEXIS/NEXIS, MARKET Library, PROMT File.) See also *Whose Rice Bowl Is It, Anyway?* December, 1993, THE STRAITS TIMES, (available in LEXIS/NEXIS, WORLD Library, TEXTLINE File).

⁹ North American Free Trade Agreement, Dec. 8, 1992, 32 I.L.M. 289.

一、紙本或其他可藉由機器閱讀之形式的書籍、雜誌、期刊或報紙之出版、發行、或銷售。但單純印刷或排版，則不在此限。

二、電影片或錄影帶之製作、發行、銷售或放映。

三、音樂錄音或錄影帶之製作、發行、銷售或放映。

四、樂譜或其他形式可藉由機器閱聽之音樂的出版、發行、或銷售。

五、以大眾直接接收為傳輸目的之無線電通訊、所有無線與有線廣播電視事業、以及所有衛星傳輸之節目製作以及系統服務等相關產業¹⁰。

NAFTA「文化業義務免除條款」之存在，無疑為將「文化」在自由貿易協定中「例外化」之代表。觀察國際間所有多邊與雙邊貿易協定，上述條文應是賦予地方文化價值特殊地位之最具體宣示，明顯將加拿大數世紀以來對於美國強勢文化之戒慎，表現其中。此外，視聽產業在文化議題之重要性，亦清楚呈現於CFTA第二〇一二條之各款項。電影、音樂、廣播電視等視聽業在貿易與文化之關係中，處於最關鍵角色。以第二〇一二條第五項為例，將所有無線與有線廣播電視相關產業排除於區域自由貿

¹⁰ Article 1212:

- a) the publication, distribution or sale of books, magazines, periodicals or newspapers in print or machine readable form but not including the sole activity of printing or typesetting any of the foregoing,
- b) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings,
- c) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings,
- d) the publication, distribution or sale of music in print or machine readable form, or
- e) radio communications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television and cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services.