

科技匯流與條約解釋 —探討「服務業特定承諾」的時代性 兼評中國視聽服務案

彭心儀

清華大學科技法律研究所教授兼所長



大綱

- 科技匯流與條約解釋－從貨品貿易談起
- 中國視聽服務案之線上音樂爭議
- 由技術面與產業面思考「特定承諾」
- 特定承諾的時代性－兼評中國視聽服務案
 - 歷史要素的解釋作用、會員的「共同意思」
 - 司法續造？重新談判？-符合時代要求的擴張解釋
- 跨科技世代的貿易承諾
 - 「通用」文字的當代意涵
 - 「技術中立」概念
- 結語

從貨品貿易談起

- 科技匯流下之貨品貿易爭端
 - 歐盟電腦設備案
 - 路由器、具多媒體功能的個人電腦
 - 歐盟資訊產品案
 - 平面顯示器、機上盒及多功能事務機
- 科技相關承諾具高度爭議性
 - 產業資料：談判之際尚未存在
 - USTR；「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。」





示意圖



科技匯流與條約解釋

- 正如內國法總是受限於一時一地的立法格局，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。
 - 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。

中國視聽服務案之線上音樂爭議

- 「當年」的承諾—錄音產品配銷服務
- 系爭法令—線上音樂相關管制措施
- 舉證策略分析

「當年」的承諾—錄音產品配銷服務

- 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，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，不得「形式上的歧視」或「事實上的歧視」。

部門或次部門	市場開放之限制	國民待遇之限制	附加承諾
II. 特定承諾			
D. 視聽服務 --錄音產品 配銷服務	＜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。	＜模式三> <u>無限制</u>	

系爭法令—線上音樂相關管制措施

- 中國法令
 - 互聯網文化管理暫行規定
 - 「暫不受理外商投資企業欲從事互聯網文化活動的申請案」
 - 文化部關於網絡音樂發展和管理的若干意見
 - 「禁止設立外商投資的網絡文化經營單位」
 - 禁止外商投資產業目錄

違反國民待遇原則？

- 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，卻未禁止本國獨資企業提供同類服務
 - 「形式上不同的待遇」、「改變競爭條件」
- 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。
- 中國：「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，並不包括以數位方式提供錄音產品配銷服務。

舉證策略分析-（中國）

「未知」的技術、「新興」市場

- 線上音樂是「新興」服務，當年入會時商業模式「尚未成熟」，中國官方並「不知道」線上音樂平台的存在，各國相關法制亦「不完備」，因此談判者「不可能」針對「未知」的服務提出承諾，更「未能預見」數位科技在其入會後的快速發展。
- 2001年入會，當時全世界幾乎沒有任何「合法的」線上音樂網站，美國2003年才立法保護著作權。
- 引用OECD文獻及蘋果電腦年報，證明線上音樂平台是在2005年後才開始普及化。

舉證策略分析-（美國） 澄清中國入會時的「商業實況」

- 證明線上音樂市場在當時「早已存在」。中國談判者「應知悉」，且「確實已意識到」。
- 「證物」
 - WTO電子商務談判紀錄、出席聯合國WIPO會議紀錄、新力唱片及國際唱片業協會產業報告、中國政府與美商合資行爲
 - 地毯式詳列諸多媒體報導。

知道與否

- 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？
- 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？
- 談判時的技術發展程度及市場成熟度，對於條約解釋有何影響？
- 不具權威意義的坊間文獻成為爭端案的「呈堂證供」？

新入會國

- 因承諾時點之差異而有不同的解讀？
- 新入會國承諾時點較晚，因此承諾範圍也較廣？
- 難道「行動通訊業務」一詞在韓國與臺灣的特定承諾表有不同含義？
- 再過幾年線上音樂將全面取代音樂光碟片，屆時創始會員之「錄音產品配銷服務」是否將完全「真空化」？

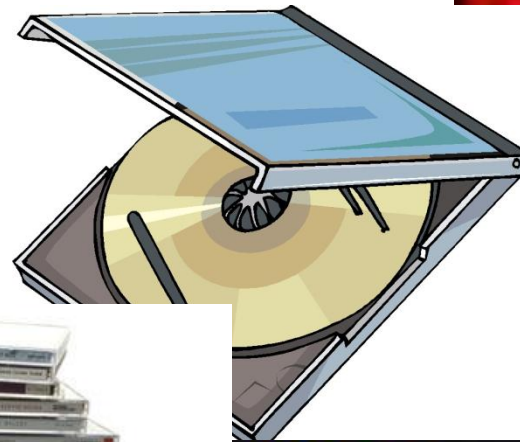
由線上音樂的技術面與產業面思考科技匯流下的服務業特定承諾

- 新科技對於音樂產業結構的衝擊—線上音樂及其配銷通路
- 科技匯流下的特定承諾—行動音樂發展趨勢

新科技對於音樂產業結構的衝擊

—線上音樂及其配銷通路

- 音樂光碟片的銷售量每年急速遞減，線上音樂產值急速上升
 - MP3等音樂壓縮技術崛起、iPod、iPhone等裝置的發展
- 完全顛覆傳統音樂的「配銷通路」
 - 「單曲」銷售，無實體庫存的成本考量，產品生命週期因此延長，音樂產業價值鏈、管理行銷與獲利模式也因此全盤改變。



New

That's entertainment.

Your music collection. Your favorite movies and TV shows. Apps, games, podcasts, and more. iTunes is home to everything that entertains you.

[See what's new](#)



iTunes 9
Free download
For Mac + PC



http://www.apple.com/itunes/

Google

檔案(E) 編輯(E) 檢視(V) 我的最愛(A) 工具(T) 說明(H)

websearch Search

Apple - iTunes - Everything you need to ...

網頁(P) 工具(Q)

這個網站想要執行下列附加元件: 來自 '發行者不明' 的 'ITDetector Module'。如果您信任該網站及附加元件, 而且要讓它執行, 請按這裡...

American Idol only on iTunes

Tuesday, Wednesday, any day. Enjoy American Idol anytime you want. Download iTunes and purchase songs by your favorite American Idol contestants. [Download iTunes now](#)



What's new in iTunes

Enjoy special features with albums and movies. Explore the redesigned iTunes Store. Share your media in new, easy ways. And more. [Learn more](#)



What is iTunes?

It's how you play all your media on your Mac or PC and add it to your iPod, iPhone, or Apple TV. And it's a store that's always open and just a click away. [Learn more](#)



iTunes Gift Cards

Give music, movies, and more with an iTunes Gift Card. It's a hit for any occasion, so get ready for big thanks.

[Purchase iTunes Gift Cards](#)
[Redeem iTunes Gift Cards](#)



iTunes preview

- Featured
- Music
- Movies
- TV Shows
- Audiobooks
- Games + Apps
- Podcasts

Top Songs

1. **Break Your Heart** (... Taio Cruz



2. **Nothin' On You** (fea...

Top Movies

1. **The Hurt Locker** Action & Adventure



2. **Precious: Based On...**

Top TV Shows

1. **The Lady Vanished** Gossip Girl



2. **Go Stewie Go**





科技匯流下的特定承諾

—行動音樂發展趨勢

- 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，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。
- 線上音樂必然因為雲端運算時代的來臨，而再次經歷產業結構大震盪，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」

科技匯流下的服務業特定承諾

- 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
 - 與科技相關的貿易承諾，也會出現「古代」與「當代」的字義落差
- 自烏拉圭回合談判後，「特定承諾」已跨越數個「科技世代」
 - 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。

科技匯流下的服務業特定承諾

--本文核心問題

- 如何在立法（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，於經貿場域架構出較為永久的立法藍圖；
- 在司法解釋方面，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（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，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。

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

- 歷史要素在維也納條約法公約下的解釋作用
 - 條約用語的通常意義
 - 條約的上下文脈絡關係
 - 條約的宗旨及目的
 - 條約準備文件
 - 締約當時情況
- 會員的「共同意思」？
 - 「承諾表」應構成協定之一部分
 - 貿易對手國的「正當期待」
- 符合時代要求的擴張解釋

歷史要素的解釋作用

--條約用語的通常意義

- 中國：
 - 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」。
 - 必須回到十年前的舊版「牛津『當代』辭典」，找尋「歷史」見證。
- 小組：
 - 並未特別強調「歷史性」，一定程度地表達了特定承諾得透過爭端解決程序進行續造的立場。

歷史要素的解釋作用

--條約的上下文脈絡關係

- 小組：

- 為處理中國不斷提到的「歷史因素」，小組也由「時間角度」切入分析，將其他會員的特定承諾納入考量。
- 中國如欲排除線上音樂，應予註記。
- 由「承諾時點」的角度解釋，中國的觀點亦難以成立。

歷史要素的解釋作用

--條約的宗旨及目的

- 中國：

- **GATS**第十九條不允許承諾語言隨時間自動變化。
- 「錄音產品」的解讀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。

- 小組：

- 「錄音產品」與「配銷」等語，均具備「充分的通用性」，其意義「能隨時間改變」。WTO會員在**GATS**架構下的特定承諾乃「連續性的義務」，在「無限期的未來」受其拘束。

歷史要素的解釋作用

--締約當時情況

- 小組：

- 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」的結論。

- 上訴機構：澄清立場

- 未倚賴「技術上可行、商業上存在」做出結論

歷史要素的解釋作用

--締約當時情況

- 「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。
- 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」相關論述在未來爭端案繼續發酵之意。
 - 避免全世界各國從此深陷「締約時點」「歷史事實」的探索。

會員的「共同意思」？

--貿易對手國的「正當期待」

- 十二年前（匯流之初）
 - ◻ 歐盟：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。
 - ◻ 上訴機構：若考量主觀認知，將減損關稅減讓的可預測性及安定性。
- 十二年後
 - ◻ 由「締約當時情況」探究當年承諾者的意向。
 - ◻ 上訴機構再一次地否定特定承諾為「單方意思」、「雙邊屬性」的論述取徑。

會員的「共同意思」？

--「承諾表」應構成協定之一部分

- GATS第二十條第三項規定、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。
- 相較於WTO涵蓋協定下的一般條文，承諾表有其特殊性
 - 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」，但談判方式等諸多特質仍使其有別於一般條文。
- VCLT成爲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。

符合時代要求的擴張解釋

- 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
 - 「文字通用說」已讓GATS承諾「與時更新」，具有「時代性」！
 - 假設事例：A、B兩國，「電視播映服務業」
- 為符合時代的要求，以司法續造的方式，避免承諾的範疇陷入混沌不明狀態。
 - 將承諾內涵的張力極大化、賦予其「開放性」的立場，如果沒有豐富論述支撐，終究必須面對是否超越當年談判內容的質疑。

司法續造？重新談判？—跨科技世代的貿易承諾

- 「通用」文字的動態進化及其當代意涵
- 「技術中立」之概念連結與實踐

「通用」文字的動態進化及其當代意涵

- 承諾表被新科技的衝撞震出了一些裂縫，且這些裂縫又正好位於最具市場利益的區塊
 - 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？
 - 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。

「通用」文字的動態進化及其當代意涵

--以註記排除？

- 讓語言文字隨時間演化為當代意義、讓承諾內涵自動開展
 - 會帶來負面影響。未來必影響會員承諾意願。
- 似乎在鼓勵會員於承諾表上註記
 - 為防止承諾內容因科技發展不斷擴大，會員填寫時應以精準的文字，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」。

「通用」文字的動態進化及其當代意涵

--不精準，非特定？？

- 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
 - 需要「一般」到什麼程度，才能具備「充分的通用性」？
 - 「人體」、「廢棄物」等語詞，是否具備充分的通用性？
 - 「『人體』健康服務業（931）」
 - 「『廢棄物』處理服務業（9402）」
- 上訴機構的論理略顯單薄。

「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。「技術中立」概念應能強化「擴張解釋」的正當性，豐富「充分通用性」見解的內涵。
 - 實體音樂光碟片的交易與線上銷售之間，只是技術差異。
 - 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，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。

「技術中立」之概念連結與實踐

- WTO倘能將「技術中立」概念內化為基本價值，應有助於服務貿易特定承諾表的制定及解釋。
- 本文將中國視聽案的解釋與「技術中立」連結。
 - 會員提案摒棄過去以特定技術為承諾基礎的舊思維，而以具概括性的描述方式取代之。
 - 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。

技術條件、產業發展與法律解釋—結語

- 數位科技引發的法律解釋問題，以我國法為例：
 - 刑法第三百二十三條：線上遊戲中的虛擬寶物？
 - 司法院大法官釋字第三六四號解釋：廣播電視？
- 本文最初的提問：
 - 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？
 - 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？

技術條件、產業發展與法律解釋—結語

- 科技本身是動態的；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。
- 上訴機構關於「締約當時情況」的解釋
 - 避免從此深陷締約時點之歷史事實的探索。
- 學界近年來開始強烈批判的諸多方法論問題
 - 如何推知WTO會員的「共同意思」
 - 「承諾表/減讓表」解釋方法是否需要量身訂做？
 - 一再被提出討論的「技術中立」概念

結語

- 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。



Shin-yi PENG

E-mail: sypeng@mx.nthu.edu.tw

Website: <http://sypeng.myweb.hinet.net>

SSRN Author page: <http://ssrn.com/author=72332>