

以 WTO 規範處理 TikTok 禁令可能面臨之挑戰

吳敬廉 編譯

摘要

今(2020)年8月6日,美國總統川普簽署一份行政命令,要求 TikTok 應於今年9月15日前被收購,否則將禁止其在美國境內的進行任何交易。此一禁令所引發之爭議能否根據世界貿易組織之相關規範所處理,引發諸多討論。相關討論包含:(一)若推定此一爭議可落入《服務貿易總協定》之管轄範疇,其在服務的分類上亦可能欠缺共識;(二)命令 TikTok 出售的要求,亦有可能使該應用程式的原始碼處於未受保護的狀態,進而違反《與貿易有關之智慧財產協定》。簡而言之,WTO 規範似無法有效限制會員對此類行動應用程式祭出禁令的行動,或許須透過各會員行使其政治意願,方能更為有效地解決此爭議。

(取材新聞:Sunanada Tewari, *The TikTok Controversy: Can WTO Prevent Bans?*, WOLSTERS KLUWER: REGULATING FOR GLOBALIZATION (Sept. 1, 2020), <http://regulatingforglobalization.com/2020/09/01/the-TikTok-controversy-can-wto-prevent-bans/>.)

今(2020)年8月6日,美國總統川普簽署一份行政命令,要求 TikTok (「抖音」之海外版本)應於今年9月15日前被收購,否則將禁止其在美國的任何交易活動¹。在此一行政命令發布前,印度已採取之類似措施,以禁止在印度下載、使用中國企業所擁有之 59 款應用程式,包括 TikTok、微信、UC 瀏覽器、掃描全能王等²。印度之禁令係因其政府擔心這些行動應用程式可能助長對國家主權完整性(包括國家安全與公共秩序)有所危害之活動³。撇開關於該禁令之政治爭議,有疑問者是,對於 TikTok 此類行動應用程式的限制,是否違反國際貿易協定底下的相關承諾(特別是世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)的承諾)?

為探討此問題,本文首先將說明在推定 TikTok 為《服務貿易總協定(General Agreement on Trade in Services, GATS)》⁴所定義之服務的前提下,其在服務分類上的困難,接著討論 TikTok 是否為《與貿易有關之智慧財產權協定(Agreement

¹ Exec. Order No. 13942, 85 Fed. Reg. 48637 (Aug. 6, 2020).

² *Government Bans 59 Mobile Apps Which Are Prejudicial to Sovereignty and Integrity of India, Defence of India, Security of State and Public Order*, PRESS INFORMATION BUREAU—GOVERNMENT OF INDIA (June 29, 2020, 8:47 PM), <https://pib.gov.in/PressReleaseDetailm.aspx?PRID=1635206>.

³ *Id.*

⁴ General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183.

on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)》⁵》(以下簡稱 TRIPS 協定) 底下所涵蓋的智慧財產權類型，而會受到其保護，最後再做一結論。

壹、TikTok 是否落入美國之服務承諾表

一般而言，行動應用程式被理解為「新型態服務或數位服務 (new services or digital services)」，從而未曾被明確納入「服務部門分類表 (Services Sectoral Classification list)」(以下簡稱 W/120)⁶。此外，「服務貿易總協定特定承諾表填寫準則 (Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services)」也沒有對此類服務訂定一個明確的分類方法⁷。

WTO 特定承諾委員會 (Committee on Specific Commitments) 目前正在討論如何對此類新型態數位服務進行分類，該委員會正努力解決如何區分「藉由新方式所提供的原有服務」與「真正的新型態服務」的問題⁸。由於缺乏對此類新型態服務該如何進行分類的共識，故須透過 WTO 爭端解決小組來解釋會員之承諾表，並評估該服務是否為會員承諾的一部分。

GATS 為一「科技中立 (technologically neutral)」的協定，意指其並不區分服務之提供是透過數位或實體的方式⁹。因此，焦點終究應放在該服務實際上為何，或其最終用途，而非該服務之提供方式。WTO 爭端解決小組與上訴機構以往在解釋各會員之承諾表時，若本以實體方式提供之服務，改以數位化方式提供，則亦會將其納入本以實體方式提供之服務的部門別¹⁰。

而像 TikTok 此類的社群媒體應用程式，允許使用者透過存放在線上伺服器的資訊資料庫，以資料 (文字、圖像、影片、錄音) 的電子傳輸進行互動。若未來 WTO 爭端解決小組在解釋美國的承諾表以確認其是否有對「社群媒體服務」進行承諾時，即使基於該服務的最終用途，其並不能直接落入到任一 W/120 的傳統分類中，但小組仍可能會認為其同時具有「電腦及相關服務」、「線上資訊與

⁵ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights art. 10, Jan. 1, 1995, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S 299 [hereinafter TRIPS].

⁶ 會將其稱作 W/120 的原因是此份清單在 WTO 下之檔案編號為 MTN.GNS/W/120。GATT Multilateral Trade Negotiation, Group of Negotiations on Services, *Services Sectoral Classification List*, GATT Doc. MTN.GNS/W/120 (July 10, 1991).

⁷ Trade in Services, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitment under the General Agreement on Trade in Services*, WTO Doc. S/L/92 (Mar. 28, 2001).

⁸ Committee on Specific Commitments, *Note by the Secretariat: Report of the Meeting Held on 18 September 2014*, ¶ 1.2, WTO Doc. S/CSC/M/71 (Oct. 15, 2014).

⁹ Trade in Services, *Work Programme on Electronic Commerce—Progress Report to the General Council, Adopted by the Council for Trade in Services on 19 July 1999*, ¶ 4, WTO Doc. S/L/74 (July 27, 1999).

¹⁰ Lnes Willemyns, *GATS Classification of Digital Services—Does the Cloud Have a Silver Lining?* 53(1) J. of World Trade 59, 69 (2019); Panel Report, *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶ 7.1265, WTO Doc. WT/DS363/R (adopted Jan. 19, 2010).

資料處理服務」、「線上資訊與資料庫檢索服務」的多種特性¹¹。由於社群媒體服務具有多種服務類型之特性，故即使適用「中國—電子支付案 (*China—Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*)」的功能性方法 (functional approach) 來進行解釋，仍無法確切得知其將落入何種服務的範疇¹²。

此外，鑑於科技發展日新月異，會員過去依 W/120 作成承諾時可能無法預見如社群媒體此類透過行動應用程式所提供的服務¹³。因此，若將該服務直接納入會員之承諾，將違反會員在 GATS 下基於自身選擇，以「正面表列方法」作出承諾的原始意願。

總而言之，社群媒體服務的分類問題在 GATS 下仍屬未定之天。不過，由於中國本身已建立具有爭議性的「防火長城 (Great Firewall)」，來防止其他會員國的網路巨擘進入其之國內市場，若中國將此事訴諸小組裁決，其所提出之論點，將可能被美國援引來作為控訴中國的依據¹⁴。

貳、TikTok 是否受到《與貿易有關的智慧財產協定》之保護

除了 GATS 以外，各會員對應用程式之禁令亦可能違反 TRIPS 協定下的義務。中國得主張 TikTok 禁令不只影響該應用程式所提供的服務，命令出售 TikTok 的要求也會影響到該應用程式之原始碼，使其處於未受保護的狀態¹⁵。惟與電腦程式相關的智慧財產權議題、以及服務貿易之市場開放與智慧財產權間相牽連的議題，皆屬於在 WTO 爭端解決裡未知的領域。

根據 TRIPS 協定，軟體的原始碼在《伯恩文學及藝術作品保護公約 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)》中被視為文學著作¹⁶。對於行動應用程式的全面禁令將直接影響此類智慧財產權之使用 (例如該智慧財產權之享有)，其中可能包括其所衍生的商業利益。

然而，對於智慧財產權所造成的損害是否為該等禁令的附帶結果，尚有爭議，

¹¹ 可參考：張騰元，試析社群網路於 GATS 下之分類，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，第 265 期，頁 1-7，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no265/1.pdf> (最後瀏覽日：2020 年 10 月 15 日)。

¹² Panel Report, *China—Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, ¶ 7.180, WTO Doc. WT/DS413/R (adopted Aug. 31, 2012); 所謂功能性方法，意指在做服務部門的分類時，是以該服務所達成之功能作為分類依據，而非依該服務提供之手段，來進行分類。Lnes Willemyns, *supra* note 10, at 71.

¹³ WTO Economic Research and Statistics Division, *Covered or Not Covered: That Is the Question—Services Classification and Its Implication for Specific Commitment under the GATS*, at 17-19, WTO Staff Working Paper No. ERSD-2015-11 (Dec. 7, 2015).

¹⁴ Kristina Zucchi, *Why Facebook Is Banned in China & How to Access It*, INVESTOPEDIA (Oct 22, 2019), <https://www.investopedia.com/articles/investing/042915/why-facebook-banned-china.asp>.

¹⁵ TRIPS, art. 10.1, (providing that “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary work under the Berne Convention (1971).”).

¹⁶ *Id.*

充其量只能主張，該等禁令可能導致會員在 TRIPS 協定底下的權利被剝奪。惟 TRIPS 協定底下的非違反之訴 (non-violation complaint) 至今仍然暫停適用 (moratorium)，故至今為止，此問題僅止於學術性討論¹⁷。

參、結論

雖說目前該禁令中將 TikTok 從應用程式商店下架的部分 (原預計在今 (2020) 年 9 月 27 日生效)，已因美國哥倫比亞特區聯邦地區法院於同天頒布初步禁制令 (Preliminary Injunction) 而暫緩，惟該初步禁制令並沒有涵蓋至將於今年 11 月 12 日生效的另一系列限制措施，故該禁令之爭議仍繼續存在¹⁸。

惟無論是透過 GATS 或 TRIPS 協定，WTO 規範並沒有提供立即、明確、有效的方法，以限制會員對 TikTok 等行動應用程式實施禁令。現行規範是否能被用來解決此議題，仍取決於爭端解決個案中控訴方與被控訴方主張的創造力與想像力。然而比起傳統的爭端解決機制，或許更需要透過各會員進行政治協商，才能徹底解決此問題。

¹⁷ 非違反之訴是否適用於 TRIPS 協定，自該協定生效以來，即以暫停適用的方式擱置爭議。詳參：李如蘋，TRIPS 協定下「非違反之訴」暫停適用之展延，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，第 186 期，頁 5-7，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no186/2.pdf> (最後瀏覽日：2020 年 9 月 29 日)。TRIPS, art. 64.2, (providing that “Subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 shall not apply to the settlement of disputes under this Agreement for a period of five years from the date of entry into force of the WTO Agreement”).

¹⁸ *TikTok Wins Reprieve from U.S. Ban*, THE NEW YORK TIMES (Sept. 27, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/09/27/technology/TikTok-ban-ruling-app.html> (last visited Oct. 20, 2020); *TikTok Inc. v. Donald J. Trump*, No. 1:20-cv-02658 (D.D.C. Sept. 27, 2020) (order granting preliminary injunction).