

第四章 政府採購協定適用之範圍（一）

第一節 前言

政府採購協定本身，並未於條文中直接賦予「政府採購」明確之定義，而政府採購協定乃是以要求各簽署會員依據加入該協定時與各國諮商結果，於協定附錄一中列舉受該協定規範之採購機關、門檻金額及採購項目之方式，以確定協定之適用範圍。此種談判方式得出各國願意承諾適用政府採購協定的範圍，自然，先天上在同一政府採購協定架構下、範圍在各締約國間就未盡相同，原本複雜度就高；再者，以附錄一各簽署締約國承諾開放市場清單內容作為適用範圍之框架式規範設計方式，自協定生效實施至今，運作上對於是否屬於「政府採購」之認定解釋上難免不同，如果再加上各國基於自身之國家利益，限縮適用範圍之解釋，難免又會發生爭端。是以，有學者就直言以正面表列方式確定適用範圍雖然看起來似乎非常明確具體，然實際上，依賴名稱決定適用與否不但在技術上要不斷保持更新狀況，浪費部分行政成本，而且運作上更有著透明化問題，因為各國行政組織架構不同、細部組織複雜度高，如發生爭端，控訴國根本就不易全然瞭解引起爭端的採購機構、採購規範之實際運作情形，更遑論還要區別該機構或附屬機構是否應適用協定，因此，誠難認為締約國從這種框架式協定中能真正獲得完整的談判利益¹²⁰。當然，為了解決此種辦理採購時是否會落入政府採購協定適用範圍而生問題之情形，近來在 WTO 架構下討論推動多邊之政府採購透明化協定時，即有倡議主張應於協定中明確規範「政府採購」之定義。

實則，由於政府採購之定義不明，早在 GATT 時代，即因此發生過爭端，其中一九九二年時就曾發生就美國關於聲納繪圖系統採購，被控告之爭端解決案 (Untied States-Procurement of a Sonar Mapping System)，且於該案小組的報告中就明確揭示表示：爭端解決小組已經發現到政府採購協定並未就「政府採購」做定義「The Panel noted that there was no definition of government procurement in the Agreement.」這樣的問題¹²¹，因此，就必須利用「條約解釋」等方式探討美國關於 NSF 委託私人公司 ASA 辦理聲納繪圖系統採購是否屬於「政府採購」，並提出幾項重要判斷標準；緊接而來，在 WTO 時代則有一九九九年的韓

¹²⁰ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 119-120.

¹²¹ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 4.5.

國仁川國際機場採購案，發生韓國航運局及其繼承機關是否屬於「採購機關」問題發生爭議，專家小組更直指：

「政府採購協定締約國間的談判，未如分類制度(Harmonized System)¹²²，並有從一般所謂的框架制度下獲益；政府採購協定有關承諾機關的附件，基本上就是一種所謂自証的清單 (self-styled Schedules)，倘若必須對之加以解釋是需要對另外一個國家的採購制度與政府組織有非常淵博之知識的¹²³」

由上開韓國仁川國際機場採購案專家小組的用詞，就可以知道小組對政府採購協定所感受到的挫折與解釋負擔之沉重；另外，小組又再次於報告中提出幾項關於如何解釋清單、界定政府機關之判斷標準。因此，迄至今日，是否要對政府採購作出定義、如何清楚界定協定適用範圍，仍究為重要議題，故以，本文即嘗試由 GATT 與 WTO 架構下所發生的相關爭端解決案件，以案例分析方式探討政府採購協定適用之範圍並提出相關的判斷標準。

政府採購協定於第一條規範協定之適用範圍 (Scope and Coverage)：

第一項規定：本協定適用於有關本協定附錄一所列機關之任何採購之任何法律、規章、程序或實務¹²⁴。

第二項規定：本協定適用於任何以契約方式進行之採購，包括購買或租賃或租購，而不問(該租賃或租購)有無附帶購買選擇權，且包括兼含貨品與服務於一採購之

¹²² 國際商品統一分類制度 (WCO Harmonized System of Classification) 是聯合國歐洲經濟委員會鑒於世界商品分類制度之分歧，建議並經組成研究小組並向關稅合作理事會提出方案而於 1987 年付諸實施。資料來源：關政司，世界關務組織 (WCO) 及相關公約簡介，<<http://www.doca.mof.gov.tw/webPage.asp?ctNode=53&CtUnit=53&BaseDSD=7&CuItem=31>> 2005/6/30 最後瀏覽日。

¹²³ “The negotiations between the Parties under the GPA do not benefit from a generally accepted framework such as the Harmonized System with respect to goods or even the Central Product Classification in services. The Annexes to the GPA which contain the entities whose procurement is covered by the Agreement are basically self-styled Schedules whose interpretation may require extensive knowledge of another country's procurement systems and governmental organization.” Korea-GP, supra note 22, para. 7.121.

¹²⁴ This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice **regarding** any procurement by entities covered by this Agreement, as specified in Appendix I.

情形¹²⁵。

第三項規定：倘若有採購機關就本協定所涵蓋之採購事項，要求非附錄一所列舉之企業依照其特別需求而決標契約時，則協定第三條應準用於此種採購之需求¹²⁶。

第四項規定：本協定適用於契約價值不低於附錄一所列之相關門檻金額之採購¹²⁷。

因此，政府採購協定適用範圍即圍繞在短短的四項條文中作解釋與適用。

第二節 協定適用之採購行為(procurement 採購之定義)

第一項 採購行為

政府採購協定第一條第一項所指「任何採購 (any procurement)」，於同條第二項就協定的適用的契約類型設有規定。第一條第二項乃規定：「本協定適用於任何以契約方式進行之採購，包括購買或租賃或租購，而不問(該租賃或租購)有無附帶購買選擇權，且包括兼含產品與服務於一採購之情形」。

由上開條文可知，協定雖有表示適用在「以契約方式進行之採購」，限於以契約方式所進行者，然未就何謂採購 (procurement) 行為作出統一定義，而是以列舉方式，舉出適用之採購契約類型。就此，亦有建議應就採購統一定義者。其中 The Report of the panel on Value Added Tax and Threshold(1984)¹²⁸，就曾經提出此一看法，該案中專家小組就 VAT 之計算方式認為在全數之 GPA 會員中，不論各締約國的內國法就契約價值的計算是否包括 Value Added Tax¹²⁹(下稱 VAT)

¹²⁵ This Agreement applies to procurement by any contractual means, including through such methods as purchase or as lease, rental or hire purchase, with or without an option to buy, including any combination of products and services.

¹²⁶ Where entities, in the context of procurement covered under this Agreement, require enterprises not included in Appendix I to award contracts in accordance with particular requirements, Article III shall apply *mutatis mutandis* to such requirements.

¹²⁷ This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the **relevant** threshold specified in Appendix I.

¹²⁸ Id.

¹²⁹ 附加價值稅 VAT (Value Added Tax) 是歐洲國家對貨品和服務所課徵的營業稅。稅率在 6% - 25%

在內，都應該要有一個統一的標準加以適用在各締約國間，否則會造成在不同的締約國間就不同的契約因 VAT 計算的不同而有適用與不適用政府採購協定的結果；而此種所謂個締約國間應有一統一的定義或解釋，非謂可以根據締約國的國內法定亦即得以解釋；亦即，無法依據締約國的國內法解釋條約之定義與適用範圍。因此專家小組於該案中作出 Value Added Tax(下稱 VAT 增值稅)應含在契約價值的計算中的結論。

也因此，既然無法用國內法解釋條約適用範圍，於是締約國間即於承諾之附錄附件中的附註、總註釋中詳述其承諾適用之範圍，例如詳就何謂「採購」細定義；其中，加拿大就採購定義乃在加拿大的附錄一明文為：為政府直接獲益或使用而以契約方式獲取財物或服務，採購過程乃乃一採購機關決定其需求且接著透過契約加以給付，是以，不包括非契約或其他任何形式之政府協助（包括但不限於，合作協定、授權、貸款、補助、保證、財務獎勵、政府提供財物或服務給予個人、公司、私人機構或次級中央政府），也不包括商業轉售用之採購，亦不包括加拿大政府機關或國營事業提供財物或服務給另一政府機關或國營事業之情形¹³⁰。

美國就其採購定義也在附錄一的總附註中作出說明，其乃規定：美國採購之涵蓋範圍不包括非契約性之協議或任何形式之政府協助，包括合作協定、補助、貸款、保證、財務獎勵與政府提供財物及服務予個人或非適用本協定之機關¹³¹。

另外，協定所適用之採購行為，並非僅限於直接採購契約，且包括任何以契約方式進行之採購，例如，購買、租賃或租購行為方式立約之型態，亦不問該租賃或租購有無附帶購買選擇權。

之間，各國不同。

¹³⁰ 全文為 "as contractual transactions to acquire property or services for the direct benefit or use of the government. The procurement process is the process that begins after an entity has decided on its requirement and continues through to and including contract award. It does not include non-contractual agreements or any form of government assistance, including but not limited to, cooperative agreements, grants, loans, equity infusions, guarantees, fiscal incentives, and government provision of goods and services, given to individuals, firms, private institutions, and sub-central governments. It does not include procurements made with a view to commercial resale or made by one entity or enterprise from another entity or enterprise of Canada."。

¹³¹ 我國承諾清單草案中，在附錄一總附註中，亦有相同的規定。

協定第一條第二款所謂「租賃」乃指出租人與承租人約定將由出租人將某一設備出租予承租人，再租賃屆滿時，該設備之所有權歸屬於承租人所有。所謂「附帶購買選擇權」，乃例如出租人與承租人約定，在某一設備之租賃期間屆滿時，承租人得決定以雙方預先約定之一定價格支付予出租人，而取得租賃物品之所有權。

不過，縱使有上開第一條第一項、第二項之相關規定與解釋，實則，採購行為之定義，仍無法藉此周全的界定清楚。例如 concession contract（以下稱之為特許經營契約）下的工程案件，是否應適用政府採購協定，也具爭議。

第二項 美國關於聲納繪圖系統採購被控告之爭端解決案

第一款 程序部分

在 GATT 時代，於一九九二年時曾發生就美國關於聲納繪圖系統採購被控告之爭端解決案（下稱，美國聲納系統採購案 United States-Procurement of a Sonar Mapping System）¹³²。

本案並非適用一九八一年的東京回合政府採購協定（Tokyo Round Government Procurement Code），而是適用一九八八年的修訂版（Protocol Amending the Agreement on Government Procurement，下稱一九八八 GPA 修正版）。

本案程序部分，一九九一年六月二十六日歐盟（The European Community，EC）依據東京修正版政府採購協定第七條規定，與美國開始就此聲納繪圖系統採購案進行諮商，繼之，於一九九一年七月十二日 EC 要求政府採購委員會（下稱委員會）依據第七條第六項規定成立專家小組。同年九月九日委員會以 GPR/61 文件通知專家小組之成員名單以及權限。爭端解決小組於一九九二年四月九日作出結論，但日後因為美國的阻止並沒有獲得通過¹³³。所需注意的是，當然專家小組報告一旦

¹³² GPR.DS1/R

Guatemala - Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico WT/DS60/R Report of the Panel 有引用本案。

¹³³ GATT 時代專家小組報告的通過均採「協商一致」的方式，實際是給締約國提供否決權，所以任何一締約方只要其願意都可以阻止專家小組報告的通過，因此，WTO 機制增設了上訴審查程序，凡對專家小組報告不服之一方均可以提起上訴，上訴機構做出結論後，由 DSB 以「反協商一致」方式通過，實際上是一種自動通過程序，因此更有學者表示此為「準自動通過」程序，參見沈木珠，「國際法最新問題研究」，法律出版社，大陸，二〇〇五年一月，342-343 頁。

被通過，報告中所包含的建議就將成為 DSB 的決議，從而對爭端當事各方產生法律效力；然未被通過之報告，根據日本酒稅案¹³⁴ 專家小組提出，未通過的“專家組報告在 GATT 或 WTO 沒有任何效力”，然而“專家小組可以從未通過的報告之分析中找到有用的參考”，該日本酒稅案上訴機構也支持專家小組這部分見解，是以，美國聲納系統採購案中專家小組提供的幾項見解，對日後政府採購協定適用紛爭的界定，亦十分重要。

第二款 實體部分

第一目 案例事實

本案之事實背景¹³⁵ 乃美國國家科學基金會 (National Science foundation, NSF) 為美國政府代理機構，且屬於美國加入政府採購協定列於附件中承諾清單的機構。對美國政府負責科學之研發，被授權負責產品與服務之採購，自一九五九年起 NSF 就開始負責南極研究計劃的管理與資金運用，自一九六八年起 NSF 開始就此計劃連續多邊的與私人企業簽約。其中，於一九八九年十月一日與 Antarctic Support Associates (ASA) 私人公司簽約，合約期間為六至十年¹³⁶，該契約中 ASA 必須為南極計劃提供廣泛的服務，以及配合採購必要產品，而合約總額為 US\$251 million。

於一九九〇年四月一日到一九九一年九月三十日 編列在這個契約預算為 US\$70 million，其中 56% 用以取得服務，也涵蓋付給「聲納繪圖系統」的部分。ASA 公司要負責購買、承租、裝設以及操作研究船，而且需要在研究船上裝設合於研究計劃的設備與隨行人員，更包括提供研究船所需要的「聲納繪圖系統」。

於一九九〇年五月，美國國會通過緊急預算法案 (Emergency Appropriations Act) 將「聲納繪圖系統」成本總數限制在 US \$2.4 million，且認為購買程序應符合當時「購買美國國貨法」的相關要求。緊接而來，ASA 公司就在一九九一年二月間宣佈要採購聲納繪圖系統，並於同年五月公布一項參與聲納繪圖系統之採

¹³⁴ Appellate Body Report, Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996.

¹³⁵ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 2.1-2.8.

¹³⁶ 契約性質為一份持續性合約 (the on-going contract)。

購需要先提出計劃的要求，ASA 公司更規定要“購買美國國貨”，以及符合其他政府契約的相關要求。結果，歐盟(The European Community, EC)的供應商被 ASA 公司拒絕參與投標。

小組首先審查本案是否適用政府採購協定，亦即是否落入協定適用範圍。本案雖然兩造對於本案是否適用政府採購協定也有爭議，但不爭的事實是：

第一，單就系爭聲納繪圖系統而言就已經超過當時東京修正版政府採購協定第一條第一項(b)款規定的 13 萬特別提款權（約 US \$177,000）的要求，亦即單就聲納繪圖系統就已經超過「門檻金額」。

第二，而且美國國家科學基金會(NSF)乃是東京修正版政府採購協定第一條第一項(c)款，美國所承諾適用協定的採購機關。

因此小組可針對本案進行審查。

第二目 主要爭點

本案乃是適用「東京修正版政府採購協定」，而在該版協定下，適用該協定之政府採購範圍仍僅限於「有形產品之採購」，而不包括服務之採購。

一九八八東京修正版政府採購協定第一條規定適用範圍，乃規定：

本協定適用於("This Agreement applies to):

(a)本協定適用於本協定所列機關以購買、租賃、租購，而不問該租賃或租購有無附帶購買選擇權之任何產品採購之任何有關法律、規則、程序和實務，... 如與提供產品有關的服務其價值不超過產品本身的價值時，則包括有關產品的服務，但不包括服務契約¹³⁷。

本案 EC 主要主張為：本案採購客體為產品（聲納繪圖系統），屬於產品採購，

¹³⁷ 全文為：This Agreement applies to " (a) any law, regulation, procedure and practice regarding any procurement of **products**, through such methods as purchase or as lease, rental or hire-purchase, with or without an option to buy, by the entities subject to this Agreement. *This includes services incidental to the supply of products if the value of these incidental services does not exceed that of the products themselves, but not service contracts.*"

此外其「採購行為」也屬於政府採購協定所規範之「政府採購」，因此應遵守 GPA 協定下的義務。而依據美國國貨採購法案辦理的採購適用結果將潛在的外國供應商排除在外，違反政府採購協定第二條第一項規定。縱非如此，倘認為本案乃兩個私人機構之間辦理之採購（ASA 與其供應商），那麼這兩個私人機構之間辦理之採購本即非政府採購，卻要求 ASA 公司招標程序必須適用美國國貨法，據此適用結果，也違反 GATT 第三條第四款下的國民待遇原則¹³⁸。

本文認為實則細就 EC 爭議可再分為下列幾點：

本案是產品採購，還是服務採購？EC 主張一般情形下，介於兩家私人公司之間的原始契約，不會被認為是政府採購，而且不在東京修正版政府採購協定規範範圍。然而本案，NSF 是在契約期限內透過轉包契約在兩個私人公司中有效，但實際上，NSF 乃美國簽署東京政府採購協定對產品採購清單中的承諾機構，且採購聲納繪圖系統價值超過 SDR130000 的門檻金額，這實際上都是透過 NSF 與 ASA 間的採購契約在進行。

本案 NSF 與私人公司 ASA 間之合約是否為「服務契約」，如果認為是「服務契約」，那麼依據修正版協定第一條 a 款後段規定，是否可不適用政府採購協定？

美國的購買美國國貨法要求政府採購必須先採購內國產品，是否違反 GPA 的國民待遇與不歧視原則？

另外，購買美國國貨法中要求聲納繪圖系統採購，必須具備特殊履約能力，而要求投標廠商提出計劃案，是否違反東京修正版政府採購協定第二條第一項的國民待遇原則？

退而言之，如果本案不屬於政府機關辦理之政府採購，而認為屬於私人採購，美國要求私人公司 ASA 必須依據美國國貨法辦理採購的結果，是否也違反 GATT 第三條下的國民待遇原則？

相對的美方則認為：第一，一九八八東京修正版政府採購協定第一條規定適用範圍，同條第一項(a)款後段已經明文不包括服務契約。是以 NSF 與私人公司 ASA 間之合約是屬於服務採購，所以依據上開規定即不適用協定。何況該契約乃是廣範圍的、多方的契約，涵蓋南極研究的支援服務，屬於「服務契約」，聲納繪圖系統的取得乃是透過這個服務契約下的轉包契約而來，因此，依據東京修正版政府採購協定第一條第一項 a 款後段規定，不受協定拘束。第二，東京修正版政

¹³⁸ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 3.36。

府採購協定第一條第一項 a 款後段特別指出不適用在服務契約本身，所以應認為服務契約的整體不在規範範圍內。第三，NSF 並沒有直接採購產品，NSF 乃是採購服務，爾後為了契約的實踐，才在契約中向簽約者（ASA 私人公司）要求轉包契約條款。美國認為政府並未從「聲納繪圖系統」中獲利，所以要求專家小組裁決「聲納繪圖系統」的採購並不違反東京修正版政府採購協定。

第三目 爭端解決小組之見解與結論

本案爭端解決小組將 EC 提出之爭點整理後，僅處理所整理的前開爭點一、二，決定檢視本案之順序為：

第一，就本案聲納繪圖系統取得的過程，是否為東京修正版政府採購協定第一條第一項(a)款前段意義下「承諾實體」的「產品採購」。

第二，如果是，那麼就聲納繪圖系統的取得是否會因為協定第一條第一項(a)款後段適用結果，而加以排除，而不適用協定¹³⁹。

壹 係爭採購是否構成 GPA 第一條第一項 a 款前段之採購

一、換言之，ASA 私人公司對外採購聲納繪圖系統是否可被認為屬於政府採購行為？小組提出幾項認定是否屬於政府採購的判斷標準。

爭端解決小組首先認為¹⁴⁰其有注意到政府採購協定並未就何為「政府採購」直接作出定義，因此考慮到：

1、一九八八東京修正版政府採購協定條文解釋。

條約範圍必須透過東京修正版政府採購協定第一條就採購機關採購的用語乃「透過」("any procurement of products ... by")的措詞來解釋（文義解釋）。由於協定第一條第一項乃規定是「透過」("any procurement of products ... by")，且採購方式可以是：透過採購、租賃或租購，而不論有無附帶購買選擇權。因此，既然方法可以是取得產品使用或利益的任何方法（all means of obtaining the use or benefit of a product），因此「採

¹³⁹ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 4.3。

¹⁴⁰ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 4.5。

購」就可以被解釋為獲得這種使用或利益之相關方法。

2、同時，東京修正版政府採購協定第一條第一項(a)款用語乃，此種使用『由』("by")採購機關透過採購而為之，故該規定隱含：採購機關對產品之獲得，有某種形式之影響力(控制力) (suggests that the entity has some form of **controlling influence** over the obtaining of the product.)。

3、另外也可以從 GATT 的條文的解釋方法去找出是否屬於協定所謂「政府採購」的若干標準。小組發現：

GATT 第十七條第二項使用『為立即或終局由政府使用之產品』"products for immediate or ultimate consumption in governmental use" 用語。

GATT 第三條第八項 a 款用語為『政府機構為政府目的之用之採購』("procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes")

小組基於上述條文認為「政府使用、為政府目的」，乃屬於支撐政府機構的採購。

基於上述各點，小組作出小結前進一步指出，專家小組並不企圖為東京修正版政府採購協定第一條第一項(a)款的何謂「政府採購」作出定義。小組表示，就任何個案認定是否為政府採購協定第一條第一項所規範之政府採購時，必須考慮不同個案事實的下列幾點特性，但僅符合下列特點中的任何一項，亦無決定性的作用。亦即，小組強調其僅就東京修正版政府採購協定第一條第一項(a)款的「政府採購」提出一些判斷標準。其提供之判斷標準如下：

1、政府支出 (payment by government)

2、政府對產品之使用或利益 (governmental use of or benefit from the product)

3、政府對產品取得過程之控制力 (government possession and government control over the obtaining of the product¹⁴¹.)

二、本案係爭採購，是否構成 GPA 第一條第一項(a)款前段之採購的推論

小組認為本案乃是服務契約 (service contractors) 下的產品採購，產品被用以提供契約所需之服務(The purchase by service contractors of products

¹⁴¹ U.S.-Sonar, supra note 20, para. 4.7。

they need in order to be able to render the services contracted for would not normally be government procurement)，且使用了政府的資金款項，更是為了政府需要而作出一些與採購有關的相關要求，例如，提供保證金等，這些均導出了它是屬於政府採購的推論，因為它單純反應為政府使用之目的。

本案將事實背景結合一起，分析使小組作出本案確實是政府採購的結論。理由如次：

- 1、聲納繪圖系統的付款乃是由政府提供資金支應，是基於 NFS 與 ASA 間的協議，是由 NSF 負擔 ASA 這部分之成本，所以購買聲納系統之金錢為政府支出；且採購總額也由政府決定，其最大許可價格，還以立法方式加以規定。
- 2、NSF 擁有聲納繪圖系統的所有權，ASA 公司在整個過程中並未取得所有權，而且也規定不移轉為 ASA 私人公司的財產，NSF 甚至能決定是否繼續使用或加以處分。這部分小組表示所有權雖然並非是判斷是否為「政府採購」必要要件，但本件將所有權移轉給政府是非常明顯，NSF 也從聲納繪圖系統採購中獲得利益，亦即，南極計劃與預備海床地圖都是為了政府目的而從事，而政府也是此系統最終的獲益人。
- 3、購買聲納繪圖系統的選擇權，必須經由 NSF 作最終的批准，而且 NSF 還保留 ASA 公司與系統供應商間契約的（在有補償與基於政府便利情形下）的終止權。另外，政府控制採購的廣泛程度也是其中一項指標，其中，NSF 附帶要求許多非技術性規定，都可能影響最後購買系統的選擇。這些要求，例如，要求採購要依據美國 FAR 法案、購買美國國貨法等相關內國法規定辦理，這些，都屬於美國政府的社會與政治工具。
- 4、最後，從 NSF 與 ASA 公司的契約本質發現，ASA 在此交易之中，並沒有利潤之誘因或基於商業利益之考量（營收動機、商業風險）購買聲納繪圖系統，既非從最低標成本選擇，亦非從製造商競爭者間直接獲益。是以，ASA 公司的功能反而比較不像私人購買者，而像是採購代理商代表第三人的行為。

基於上述各點，小組決定，因為屬於政府支出、政府獲益、政府就系統有所有權與使用權、以及政府就採購獲取聲納系統的過程中具有廣泛的控制權等理由，認為：本件聲納繪圖系統取得符合 GPA 第一條第一項(a)款前段政府採購的定義，而非私人採購¹⁴²。且強調本案是在服務契約下採購產品。

¹⁴² 全文為：“ in the light of the Government's payment for, ownership and use of the sonar mapping

貳 是否屬於 GPA 第一條第一項 a 款後段的除外情形？

本案雖認定是 GPA 第一條第一項(a)款前段的政府採購，但就聲納繪圖系統的取得是否屬於 GPA 第一條第一項 (a)款後段的除外項目？

一、NSF 與 ASA 私人公司間契約之性質(是否為「服務契約」？)

EC 就此部分，向小組提出兩項前後看起來是矛盾的主張：第一，聲納繪圖系統採購是「產品採購」，非服務契約的一部分，亦非實現服務契約之一部分；第二，縱使被認為是服務契約的一部分，仍適用協定原則，EC 就"service contracts per se"的解釋與美國相反，認為"service contracts per se"並未擴及到這種契約下的產品採購，換言之，EC 主張"service contracts per se"不及於「服務契約」下的「產品採購」。

專家小組這部分解讀過程十分重要，尤其本案採購客體混合「協定適用之採購客體」與「非協定適用之採購客體」，以及混合此情形時契約價值之計算方式，因此本文就這部分詳述小組作出結論之推理過程。

專家小組指出：如果採納 EC 上述第二點主張，那麼第一點主張反而不洽當。縱使認為 NSF 與 ASA 間所訂的契約是服務契約，而聲納繪圖系統採購案適用本協定，就不需去證明系統採購案非契約的一部分。反之，如果採納第一點主張，那麼條文規定豈非變成贅述，根本就不需要探討條文規定所謂：the exclusion of service contracts per se 為何義了，小組認為 EC 推論有問題。

小組認為在獲取聲納繪圖系統過程中，乃是由 NSF 最終且直接獲得利益。但另一方面小組認為 EC 提出下列意見更具前瞻性：就立約方而言，聲納繪圖系統事實上屬於政府財產 the sonar mapping system might in fact be property furnished by the government to the contractor - was not persuasive；另外，小組也迂迴的表示，它不能否認 NSF 與 ASA 私人公司間就聲納繪圖系統的採購契約乃與服務有關的這項事實，因為實際上，確實由 ASA 公司提供 NSF 服務；。

system and given the extent of its control over the obtaining of the system, the acquisition of the sonar mapping system was government procurement within the meaning of Article I:1(a).”

因此，小組也認為其不可能去仲裁決定出一個「聲納繪圖系統採購必須在這服務契約中分別辦理」的結論(小組也不採納 EC 第二點主張)。所以，還是必須先考慮聲納繪圖系統採購是否為服務契約的一部分，是否有被排除在 GPA 第一條第一項(a)款後段的問題。

簡言之，小組認為 NSF 與 ASA 之間的契約型式屬於「服務契約」無誤。

二、服務契約除外(service contracts per se)之真意

小組發現單獨將"service contracts per se"此句加以分析，不能提供一個關於這項解釋有說服力的答案，它在字義上，單純被讀為「這類的服務契約」或者「這類為了服務的契約」二者其一，不能以此作為唯一之解釋。因此，小組首先參考東京修正版政府採購協定的法國版本以及西班牙版本譯文，認為"service contracts per se"一般是指「採購服務」(the services procured)，亦即採購的客體是服務，而非泛指法律辦理採購的型式(指契約型式)。繼之，小組認為單憑譯文也不甚周延，所以，小組再依據協定立法目的，考慮東京修正版政府採購協定第一條第一項(a)款後段在全文的脈絡做解釋，小組認為政府採購協定適用於「採購機關」的「任何產品的採購」，因此，除了特別提款權十三萬以下的採購外，並無其他產品採購的進一步分類被排除在協定第一條規定外，故以，適用範圍很廣；另外，協定第一條第一項前段用語為"services incidental to the supply of products"則包括提供產品有關的服務，如與『提供產品有關的服務』價值不超過產品本身的價值時，則包括有關產品的服務，但不包括服務契約本身的價值，小組認為，依據法條全文，乃是意指「提供產品有關的服務」應適用協定，條文僅就產品範圍作出下列規定：產品採購價值低於特別提款權十三萬時，假如契約中『提供產品有關的服務』價值超過門檻金額時，仍應適用政府採購協定。

是以，本案專家小組沒有接受「美國主張『依據服務契約採購的產品』不適用 GPA」這樣的看法。

在此爭點上，美國雖然進一步指出"but not service contracts per se"如果解釋為「僅有服務本身」不適用協定，那這樣的規定就根本沒有意義。

但小組反而指出：美國認為任何產品採購不論它的價值，只要是在服務契約下取得就不適用東京修正版政府採購協定，這種解釋結果，對任何產品採購原則均會造成淺在非常大的破壞；何況，如此重要的例外，就會被明文排除，就不會留空間去解釋服務契約是否包括在內。事實上，美國這種解釋如果運作起來甚至會導致下列幾個重要問題：

第一：如果一個產品契約僅 49% 是產品採購，但 51% 屬於服務採購，依據美國的解釋結果那就不受協定規範。然而這種比例顯然決於偶然，簽採購契約時根本難以預見。何況本案為一長期性的契約，為了提供服務所作的產品採購，一開始根本也不知道其比例為多少，這"preponderant value"標準，對辦理採購的機關而言根本無法去了解如何遵守協定義務，於是更加加深了法律的不確定性。

第二：如果型式上屬於「服務契約」就一概排除，如此解釋結果，顯然只要利用法律型式(a legal form)，將之訂為「服務契約」就可以規避協定的義務。

第三：又依據美國的解釋結果再去解釋協定第一條第一項前段，那縱使產品低於門檻金額也會列入『提供產品有關的服務價值』範圍內，這樣的解釋豈非矛盾不一。因此小組認為，這種論證證實協定大範圍的將產品納入的客觀標準：大價值的產品應該因為它壓倒性的價值，排除在服務契約外。所以，不能僅依據契約型式屬於服務契約即可不適用協定。

第四：小組認為尚應注意條約解釋的一般原則，亦即『例外應從嚴解釋』原則。這點上，小組立場也是從嚴。

是以，本案專家小組仍然沒有接受美國的主張，所以服務契約下的產品採購亦應適用協定。

三、小組就 NSF 與 ASA 私人公司間契約之性質的推論過程

本案，假如 NSF（採購機關）直接從製造商哪裡採購聲納繪圖系統（採購產品），那麼毫無疑問的，NSF 應遵守在協定下的義務。但是，假設 NSF 選擇利用 ASA 公司去完成這麼大的服務契約中的一部分產品的採購，反而就不用遵守協定義務，豈是合理？而且 NSF 與 ASA 公司間的服務契約，就 NSF 而言，ASA 公司是服務提供者，而且在選擇、順序與任命過程中，還包括管理與技術功能，除了包括『提供產品有關的服務』範圍內，這類服務原則上不在政府採購協定範圍內，因此 NSF 就沒有義務公開招標；但是本案，小組認為，它確實有所為 a "service contract per se" 的問題。但是簽約時，這些由 ASA 公司提供的服務，NSF 就遵守東京修正版政府採購協定關於產品採購本身義務而言，NSF 並沒有不遵守的選擇餘地。NSF 應力求避免發生這方面的問題（不遵守協定義務的問題），其以法律採購契約型式，去決定是否落入協定拘束範圍，是非常地危險。

根據上述幾點說明，在用以決定本件聲納繪圖系統採購是否應遵守政府採購協定，小組認為本案仍是超過門檻金額以上的產品採購案，而屬於政府採購，因此 NSF 在協定下的義務，不能任由它選擇不同的法律意義解釋而修改，NSF 透過哪個方式實現了 ASA 公司與聲納繪圖系統供給者間的契約，或者，NSF 與 ASA 公司間是不是透過服務契約下利用轉包契約採購，均無差別。這僅是 NSF 控制下的形式(表格)的問題而已。

小組認為決定"service contracts per se"，不能被用以解釋排除「採購機關」超過門檻金額的產品採購。因此聲納繪圖系統採購，不論如何，均是在一個「服務契約」的形式(格式)下運作，但仍應屬於東京修正版政府採購協定範圍。

參 小組就本案之結論

- 一、本件聲納繪圖系統採購仍在政府採購協定適用範圍，屬於政府採購。
- 二、小組向政府採購委員會提出建議：要求美國遵守東京修正版政府採購協定義務。



第二款 案件分析

本件嚴格言之，牽涉兩個重要問題，第一，乃是小組提供了何謂政府採購的重要判斷標準；第二，有關「服務契約」的解釋過程涉及「混合契約」這樣的議題，小組也提供了其推論過程，此部分之重要性，本文於第六章第四節有關採購金額之計算方式中有進一步之說明。

不過較為可惜的是，小組並沒有就 EC 的主張「如果認定本案是屬於私人採購的話運用 GATT 規則的結果為何？」以及「美國的購買美國國貨法要求政府採購必須先採購內國產品，是否違反 GPA 的國民待遇與不歧視原則？」等議題作出判斷，直接認為本案乃政府採購，適用東京修正版政府採購協定，而就本案是否有違反 GATT 的問題，認為已經超過小組被賦予的權限¹⁴³、也未再進一步解決美國的購買

¹⁴³ U.S.-Sonar ,supra note 20,para. 4.4。

美國國貨法案是否違反 GPA 部分的問題¹⁴⁴。

專家小組或認為既然本案是屬於政府辦理採購，而非私人機構辦理之採購，因此，就應該依據 GATT 第三條第八項之例外規定，認為即不適用 GATT¹⁴⁵。

而本案作出報告後，由於新修正之政府採購協定已經將「服務」納入協定範圍，因此，相關研究均將重點放在小組就何謂「政府採購」所作出的幾點判斷標準上的建議。然由此案例可知，小組雖然沒有就何謂「政府採購」下明確之定義，惟政府採購之定義可整理為：各簽署國承諾開放之各級政府、機構或國營事業，為了政府使用、政府目的，以契約方式對產品（新協定增加：工程或服務）之採購，而採購機關對產品之採購過程，具有某種形式之影響力。

再者，由此案例可知，爭端解決小組所提供之「政府採購」之判斷標準可整理為：

- 一、是否為政府支出。
- 二、支出之總數是否由政府決定，並經立法審查。
- 三、政府對購得之產品所有權之有無。
- 四、政府對產品之使用或利益。
- 五、政府對購買產品之契約可得自行決定是否終止契約與否。
- 六、政府對產品採購程序之控制力（例如，系統的選擇最後必須由政府核准；政府有權終止私人公司 ASA 與供應商間的契約；要求私人公司 ASA 對外採購要遵守規範聯邦政府採購的相關採購規定）。
- 七、私人公司是否有基於商業考量辦理採購（除無獲益外，更無風險考量¹⁴⁶）。

若政府單純以無對價方式而獲取者，由上開標準可知，應不在政府採購協定規範之範疇內。而政府以無對價方式獲取者，例如：政府機構或國營事業接受廠商之贈與或捐助，即不屬於政府採購協定規範之對象。

¹⁴⁴ 實則本案雖然沒通過，但是 EC 就美國所施行之購買美國國貨法案仍持續保持關注，是以，於 1993 年就政府採購事宜與美國互換備忘錄(Memorandum of Understanding between the European Economic Community and the United States of America on government procurement, O.J. (L 125), May 20, 1993) . George A. Bermann, "Regulatory Cooperation Between The European Commission And U.S. Administrative Agencies", *The American University Administrative Law Journal*, 9, pp968-970, Winter, 1996；美國對內，亦有學者認為購買美國國貨法案有違反美國在 WTO 架構下應遵守政府採購協定義務之問題，Mark B. Baker, *supra* note 39, at 827.

¹⁴⁵ Sue Arrowsmith, *supra* note 1, at 54.

¹⁴⁶ Sue Arrowsmith, *supra* note 1, at 124.

但在特許經營契約下，供應商的報酬非直接來自於政府，而是來自公眾（使用服務與設備之人），這種特許經營契約，在內國的基礎建設，例如橋樑、道路、服務（例如文學設備），尤其常見。而這些基礎建設，卻均為政府責任的範疇。簡言之，乃政府利用私人投資承擔公共基礎設施專案（例如 BOT¹⁴⁷即是）。長期以來，基於歷史與政策因素，這種特許經營契約都被認為與一般之政府採購不同。甚者，法國法在這方面上，也將之排除在 EU 的政府採購區域外。而聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）僅規範有聯合國貨物、工程及服務採購示範法，其中對採購有所定義，然則，對此類型的特許權契約並無明確的定義與說明，不過該委員會目前已經著手研擬此項私人投資承擔公共基礎設施方案的相關法案¹⁴⁸。

就歷史因素而言，因為早期 GATT 與 GATS 均將政府採購的定義作較為廣義的解釋，企圖排除內國政府對市場的操控，因此，政府採購措施即被大量的排除在 GATT 與 GATS 的適用範圍外，也因此各國政府長期以來一直認為特許經營契約亦應不適用於政府採購協定。然而，是否果真如此？畢竟政府採購協定有著不同的特性。

特許經營契約對外國供應商而言，十分重要，因此，究竟特許經營契約是否應適用政府採購協定，這部分的解釋，如本於前開 VAT 與門檻金額計算案件之精神亦應一體適用於各締約國間。有學者建議¹⁴⁹，由於政府採購協定的採購程序原本即具有彈性，而且適用的結果也不會產生衝突，再者，這與目前聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）就私人投資承擔公共基礎設施的指導原則¹⁵⁰，也不相背，因此認為這類的特許經營契約亦應適用政府採購協定。

不同意見者或許會指出，例如民間機構之甄審、經營模式、收入來源等均有其特殊性；又例如政府為鼓勵民間參與國家建設，而與廠商約定由政府提供土地給廠商在其上建築公共設施，在建築完成後，由廠商再一定年限內保有該設施所有權，並由廠商經營該設施以回收其支出、並獲取利益；一定年限後，由政府以無償之方式獲得該設施之所有權與經營權。此種通常稱為 BOT

¹⁴⁷ BOT 是, Build, Operate, Transfer,（興建-營運與轉移）的簡稱。通常是由政府機關提供一定的土地，由民間興建一定設施，並由民間享受一定期限的專屬營運權，而在建設完成並營運一定期間之後，由民間將其設施所有權及營運權轉讓給政府，而由政府在不另行支出的情形下，擁有此等設施的所有權及經營權。羅昌發，前揭註 3，60 頁。

¹⁴⁸ Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2001)

¹⁴⁹ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 101-102.

¹⁵⁰ Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2001)

(Build-Operate-Transfer)，例如高鐵 BOT，BOT 的情形，政府並無資金之支出，而係由政府提供一定的經營機會，甚至提供土地等公共資源，由民間出資建設¹⁵¹，政府在整個過程之中，並無金錢之支出，而且政府最終乃以無償取得設施之所有權，私人公司也基於獲益、風險考量參與國家建設，故形式上似非政府採購協定所指之政府採購；且。而如我國立法態樣亦有專門的法規「促進民間參與公共建設法」¹⁵²而不適用一般政府採購程序。

然則，這些問題，事實上政府採購協定中或多或少均有所處理與規範¹⁵³，且政府以 BOT 進行建設，其與以採購方式進行建設有相同的目的，且應兼顧承包或承辦廠商的公平性與公開性，更涉及廠商的重大利益，在選商的過程中，如涉有不公平的情形，結果與政府採購的不公平情形並無二致。況且，如果由政府提供土地的觀點來看，政府在契約過程中並非完全無償，而負擔以讓廠商使用土地之義務，如果套用上開專家小組在美國聲納案幾個標準來看：

1、政府支出方面：政府提供土地供廠商利用之義務。又例如：且依據交通部高速鐵路工程局暫行組織規程第二條，工程局職掌還包括用地禁限建及都市計畫擬定與變更之規劃、用地徵撥、價購、路權土地登記、圖籍及產權管理；土地規劃利用及開發等事項。

2、政府對產品之使用或利益：最終由政府取得所有權，由政府使用收益。

3、政府對產品取得過程之控制力：例如，依據我國之規定，政府甄選 BOT 投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用政府採購法中廠商甄選之程序，是以，政府對產品取得之過程亦有相當之控制力。

因此，雖然目前政府採購協定並未處理此一問題，且此種 BOT 方式與傳統採購不盡相同，因而目前在現有之政府採購協定下之締約國，似尚無義務就 BOT 案

¹⁵¹ 羅昌發，前揭註 3，60 頁。

¹⁵² 促進民間參與公共建設法第 48 條規定「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設，不適用政府採購法之規定。」；行政院公共工程委員會，「促進民間參與公共建設法令彙編」，行政院公共工程委員會，台北，民國九十二年十月五版。

¹⁵³ 例如促進民間參與公共建設法雖然認 BOT 不適用政府採購法之規定，然針對相關之程序，亦有於第 47 條第一項規定「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」；其施行細則第四十一條第一項「主辦機關依本法第四十二條規定辦理公告，應將公告摘要公開於資訊網路，並刊登於政府採購公報。」因此，至少 BOT 處理招標、審標、決標與公告等部分與一般採購程序並不相背。

接受協定規範¹⁵⁴，但將來此一問題仍有可能在協定內加以處理。

尤需注意者，縱使 BOT 不適用政府採購協定，亦應注意 WTO 一般原則（例如國民待遇原則、最惠國原則）之規範。是以，我國政府在面臨 BOT 是否適用政府採購協定之問題，除考量將 BOT 是否適用政府採購協定視為談判籌碼產生的談判利益外，應一併注意其適用與不適用之經濟效益（例如，對內有無另立程序等之司法成本、行政成本之浪費；能否藉由政府採購協定公開透明程序提高 BOT 之營運成果；縱不適用政府採購協定，仍倘有 WTO 適用時，比較適用之結果等）注意未來談判之發展。

另外，新興之「公辦民營」亦是面對國際激烈競爭、彈性化之下之新趨勢，私人企業為降低用人成本，紛紛引進派遣人力，解決短期、非核心業務的勞務需求，導致國內人力派遣（dispatching industry）市場迅速崛起。另外，政府也以公辦民營方式（private management of public establishment）解決許多政策問題，尤其在面對高失業率，以及後福特主義轉折（Post-Fordism）的現象，我國在許多相關促進就業政策逐漸失衡及強化就業服務機構本質缺失之際，以公辦民營的方式設置人力派遣公司也是目前重要的國際趨勢之一，此一趨勢無非因為主張公辦民營乃是政府組織再造，不僅可以提高經濟效率，並達到政府節省開支的目的，同時可以解決企業之彈性人力的需求，及做為政府解決失業率之參考。

但公辦民營常見的運作是，例如，博物館的委外經營，一方面公辦民營之外，一方面又以確保博物館「公共服務」的功能可以永續營運為由，由政府部門補貼博物館預算，似此類的設計，是否僅僅只是基於內國法上政府管理上的考量而已？如果僅為規避而設計以補貼方式辦理，依據美國聲納繪圖案專家小組見解亦非無適用協定可能。一些會員國，在其附錄中，就已經明文排除此類，例如加拿大就在附錄一明文排除此類採購。另外，一些會員國（例如瑞士與列支敦斯登 Liechtenstein）則是排除從其他具有獨家豁免權的公眾機關所提供的服務¹⁵⁵。

¹⁵⁴ 有認為目前 GPA 締約國尚無義務就 BOT 案接受政府採購協定規範，羅昌發，前揭註 3，391 頁。另外，值得注意的是，我國於承諾附錄一附件五工程項目之附註二，即已經明文私人投資興建部分不適用政府採購協定，換言之，BOT 乃我國簽署 GPA 時明文排除之事項。

¹⁵⁵ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 103.

第三節 協定適用之採購機關

第一項 承諾機關

在政府採購協定中，並沒有就何謂「採購機關(Entities)」有一個統一的定義，也是以談判結果列出承諾的機關範圍，其目的無非是以談判方式限制協定適用的範圍。

自然，適用政府採購協定的採購機關需為協定所涵蓋之實體(Entities Covered by the GPA)。現行政府採購協定第一條第一項即規定：「本協定適用於有關本協定附錄一所列機關之任何採購之任何法律、規章、程序或實務 (This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice regarding any procurement by entities covered by this Agreement, *as specified in Appendix I.1*)」。

就該條項之註釋乃規定，對各締約國而言，附錄一 (Appendix I) 分為下列五個附件：

附件一 (Annex 1) 載有中央政府機關

附件二 (Annex 2) 載有中央機關以下之次級政府機關 (可稱為：次級地方機關)。

附件三 (Annex 3) 載有依本協定規定辦理採購之所有其他機關。

附件四 (Annex 4) 列舉適用本協定之服務，而不論其係以正面表列或負面表列方式為之。

附件五 (Annex 5) 列舉適用本協定之工程服務。各締約國之附件中均標示有相關之門檻金額。

上述附件一至附件三，即為「列舉適用之機關」。

是以，政府採購協定適用於各簽署國承諾開放之中央機關、中央以下次級政府機關、其他機關所辦理之工程、產品及服務採購案，但以此等採購案之預估契約值達到各簽署國所承諾開放之門檻金額以上者為限。

附件一之「載有中央政府機關」：大致上締約國均將絕大部分之中央機關納

入；此部分較為特別的是，歐盟部長會議、委員會與其所屬各國均同列在附件一之中央政府機關¹⁵⁶，一方面除了因為各國仍是主權獨立的國家之外，其將歐盟與其所屬各國並列，倘日後有陸續加入歐盟之歐洲新成員國，則可以藉由「歐盟」於附件一之地位而適用政府採購協定，可以自由競爭參與政府採購協定締約國間的政府採購，例如，歐洲聯盟執行委員即於西元二〇〇四年六月十五日宣布歐盟的十個新會員國自即日起適用 WTO 的政府採購協定，可得參與協定下締約國間的政府採購。

另外由於各國政府採購法制不同，日本的中央政府機關除行政部門外，尚包括司法與立法機關；惟加拿大其內國採購制度原即不包括立法機關，因此，加拿大的中央政府機關僅包括行政與部分司法機關¹⁵⁷。

附件二之「中央機關以下之次級政府機關」，一般國家係以中央以下之次級機關為主，例如：地方政府機關即是。此部分乃是在烏拉圭回合談判後加入。但是例如美國與加拿大，所列舉之地方機關，其州政府與省政府之比例，並未使其他國家滿意，其中美國僅列舉三十七州，其他十三州則保有完整的政府採購市場，且該列舉之三十七州，也僅有二十州¹⁵⁸將全數的州政府機關適用政府採購協定，其他十七州則以列舉或除外方式加以適用¹⁵⁹，且該十七州中還包括伊利諾與德州等大州¹⁶⁰；美國是時乃因其採聯邦國家制度，中央機關(聯邦)對地方機關(各州)

¹⁵⁶ 王亞琴，前揭註 61，31 頁。

¹⁵⁷ 楊漢平，前揭註 40，198 頁。

¹⁵⁸ 這 20 州分別是：Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, New York, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Utah, Vermont, Washington, and Wisconsin. See Steven S. Diamond & Rosemary Maxwell, *Opening the International Government Marketplace: New Developments on the NAFTA, U.S.-EC, and GATT Fronts*, BNA FED. CONT. REP., July 25, 1994, at n.86.

¹⁵⁹ 這 17 州分別為：Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kentucky, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Hampshire, Oklahoma, Oregon, South Dakota, Texas, and Wyoming. See *id.* For a state-by-state list of covered agencies and exceptions see NASPO, *supra* note 1, at Appendix A.

¹⁶⁰ Charles Tiefer. "Symposium: Developments in International Commercial Law: The GATT Agreement On Government Procurement In Theory And Practice." University of Baltimore Law Review, 26, pp38-39. Summer, 1997.

所採購事務並無絕對之規範權力¹⁶¹；另一方面乃因美國認為其所提出之清單所涵蓋之市場範圍已經大於其他國家，因此最後僅同意列舉三十七州。

附件三之「其他機關」，各國列舉之情形甚不相同，一般係以政府能控制或影響之事業機關為主，譬如港口、機場、水、電、鐵道、都市交通等公用事業，但是，均以談判議定者為準，也因此各締約國在附件三所提出之機關清單差異性最大。另外尚有論者將附件三之其他機關之區分為(1)透過公法設置或支助的公法組織 (public bodies)、(2)公權力主體 (public authority) 所支配的公營事業 (public enterprises)、(3)由公權力主體賦予特殊及獨占權利 (special and exclusive rights) 而營運的機構、公司¹⁶²。

再者，就附件三之列舉其他機構，締約國中例如韓國就不包括機場與都市交通公用事業，日本也不包括機場、電力與都市交通公用事業。應注意的是，附件三有些國家的列舉機關並非事業體，例如日本¹⁶³，將其觀光導遊辦事處 Japan National Tourist Organization (JNTO)；日本進出口銀行 (Export-Import Bank of Japan) 列為附件三中，此種方式乃因為選擇列入何項附件效益差異極大，例如，廣告契約適用附件一與附件三自然採購門檻金額的限制差異就非常人，所以將承諾機關以談判方式列入附件三可以適用較高的門檻金額，相對開放外國供應商競爭的部分也變得較少。

而協定適用之政府機關既然均以談判議定者為準，而附件一與附件二之中央與次級中央機關除各國較趨於一致外，因為各國政府能控制、影響之事業體總類

¹⁶¹ 美國就聯邦有無絕對的締結條約權限學說上仍有爭執，因此當時美國在烏拉圭回合簽署政府採購協定時，對內就各州乃是以自願與互惠立場同意受不歧視原則所拘束，Edward T. Swaine, "Does Federalism Constrain The Treaty Power?", *Columbia Law Review*, 103, pp420-421, April, 2003. ; *Bethlehem Steel Corp. v. Board of Comm'rs*, 80 Cal. Rptr. 800, 805-06 (Ct. App. 1969) (案中以侵害聯邦專有處理外國事件權限認為加州的購買美國國貨法違憲，其後 *Trojan Techs., Inc. v. Pennsylvania*, 916 F.2d 903, 906-15 (3d Cir. 1990) 又認為賓州(Pennsylvania)的購買國貨法案合憲，另外 *K.S.B. Tech. Sales Corp. v. North Jersey Dist. Water Supply Comm'n*, 381 A.2d 774, 789 (N.J. 1977) 就紐澤西州(New Jersey)購買國貨法案亦認為合憲。Christopher F. Corr & Kristina Zissis, *supra* note66, at321-322.

¹⁶² 廖宗聖，「WTO 架構下政府採購協定適用範圍之研究-兼論我國政府採購法相關定」，世新大學法研所，碩士論文，民國九十一年，30 頁。

¹⁶³ 日本 GPA 的適用範圍是所有中央政府機關(包括司法、立法機關)、47 個都道府縣和 12 個政令制定城市政府機關以及 84 個特殊法人。在美國，則為聯邦政府、37 個州政府機關以及包括田納西河流域管理局和聖勞倫斯航路開發公司在內的 11 個政府下屬機構。

繁多，也因此各締約國在附件三所提出之機關清單差異性最大，是以，內國採購機關除於適用上必須一一加以注意外，還需注意互惠原則的適用，另外針對此部分政府機關適用之範圍，亦曾發生過下列爭端解決案件。

第二項 韓國仁川機場採購案案例介紹與分析

目前 WTO 將會員間的爭端分為兩類：一為「違反協定之控訴」，二為「非違反協定之控訴」¹⁶⁴，爭端解決則依照「爭端解決規則與程式瞭解書」，政府採購協定的爭端解決模式原則上亦比照 DSU 程式，只是處理時程較 DSU 短，其餘有關爭端解決程序部分請參考第三章之說明。

第一款 背景介紹

一九九〇年韓國開始計劃將在首都西方四十二公里處的仁川（Inchon）建造國際機場，以符合未來交通上的需求，因此整個計劃稱之為仁川國際機場計劃案（The Incheon International Airport Project；IIA Project），總投入金額約二十三億九千萬美元。初期韓國「營建暨交通部（MOCT¹⁶⁵）」依據韓國政府組織法及韓國航空法（the *Aviation Act*）規定，於一九九〇年六月成立新機場發展小組（NADG¹⁶⁶）以負責仁川機場之建造，繼之韓國於一九九一年五月三十一日制訂促進首爾首都地區建造新機場法（簡稱首爾機場法；the *Act on the Promotion of a New Airport for Seoul Metropolitan Area Construction* ("Seoul Airport Act"）），該法要求將仁川國際機場的建造案指派給不同的機關或經營者。而韓國航運局（KAA¹⁶⁷）乃是依據韓國機場公司法成立的公司，其董事會與員工不具有公務員身份，但是公司的營運受到營建暨交通部的指揮與監督。韓國航運局（KAA）在一九九一年十二月十四日首爾機場法修正後正式接管仁川國際機場建造案。嗣後於一九九四年八月三日韓國制定韓國航站建設局法，並於一九九四年九月一日生效時成立韓國機場建設局（KOACA¹⁶⁸），其主要任務乃在於代替韓國航運局的地

¹⁶⁴ 參考 DSU 第 22 條第 2 項規定。

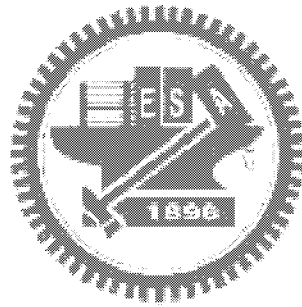
¹⁶⁵ The Ministry of Construction and Transportation.

¹⁶⁶ the New Airport Development Group.

¹⁶⁷ the Korean Airport Construction Authority.

¹⁶⁸ the Korean Airport Construction Authority.

位，負責仁川國際機場建造案的進行，其董事會與員工不具有公務員身份，但是公司的營運受到營建暨交通部的指揮與監督。最後在一九九九年一月二十六日韓國又制訂仁川國際機場公司法，該法於同年二月一日生效，也修正了韓國機場公司法語首爾機場法，將韓國機場建設局改制為「仁川國際機場公司（IIAC¹⁶⁹）」，於是仁川國際機場公司承受了韓國機場建設局的資產及建造機場的責任，此公司的組成人員與公司角色、地位與韓國機場建設局大致相同。



¹⁶⁹ the Incheon International Airport Authority.

本案過程複雜、包含四個機關、公司與四部法令，是以，整理時程表列如下：

原有：韓國航空法（該法第 94.1 條規定：營建暨交通部應負責機場發展計畫，若有其他法律令有規定者，不適用之。）

1988 年 2 月 14 日東京修正版政府採購協定生效

1990 年 韓國提交「最初承諾」予東京回合政府採購協定的 35 個會員國¹⁷⁰

1990 年 6 月：擇定仁川機場用地，同時成立「新機場發展小組 NADG」

1990 年 11 月：草擬仁川國際機場 IIA 計畫

初期由營建暨交通部（MOCT）下的「新機場發展小組」負責
MOCT 為韓國之承諾機關

1991 年 5 月 31 日：制訂首爾機場法（要求將建設案指派予不同的機關）

1991 年 6 月：準備指定航運局（KAA）負責。KAA 員工不具公務員身份

1991 年 7 月：美國提出疑問，韓國沒有具體答覆美國。

1991 年 12 月：韓國國會指定由「航運局（KAA）」負責

1992 年 6 月 16 日：韓國政府公佈主計畫內容。

12 月 12 日：破土動工。

1993 年 歐洲提出問題，並獲得韓國具體答覆仁川國際機場不在開放範圍

1994 年 4 月 15 日各國簽署烏拉圭回合的政府採購協定。

8 月 3 日制訂「韓國航站建設法」

9 月 1 日成立機場建設局 KOACA

韓國改由機場建設局為負責單位，KOACA 員工不具公務員身份

1996 年 1 月 1 日新政府採購協定生效

1999 年 1 月 26 日制訂「仁川國際機場公司法」

2 月 1 日「仁川國際機場公司法」生效時，修正韓國機場公司法與
首爾機場法，改由仁川國際機場公司 IIAC 負責

2 月 16 日美國依據 DSU 4 與 GPA22 請求諮商

3 月 17 日美國與韓國進行諮商

5 月 11 日美國請求成立爭端解決小組（PANEL）

8 月 30 日成立爭端解決小組

2000 年 3 月 3 日爭端解決小組提出期中報告

5 月 1 日提出最終報告

6 月 19 日 DSB 通過報告

¹⁷⁰ Korea-GP, supra note 22, para. 7.44.

第二款 程序部分

本件爭端肇因於韓國仁川（Inchon）國際機場建設計劃之採購。韓國政府將仁川機場的採購由「仁川國際機場公司」負責規劃，「航運局」與「機場建設局」則負責監督。¹⁷¹美國曾於一九九一年七月間向韓國提出詢問，但韓國沒有給予完整答覆，美國也未要求進一步的澄清；惟其他國家（如歐盟）曾於一九九三年要求澄清，且獲得韓國之具體答覆。之後韓國於一九九四年四月十五日成為政府採購協定的締約國，在韓國所提交的政府採購協定附件清單中，並未列入仁川國際機場公司、航運局以及機場建設局等單位，惟航運局與機場建設局受韓國「營建暨交通部」管轄，而韓國「營建暨交通部」列入韓國加入政府採購協定附件一中央政府機關的清單中。¹⁷²

一九九九年時美國指控本採購案違反政府採購協定，認為韓國在其政府採購協定附件一與註釋一就「中央政府機構」的解釋而言，仁川國際機場公司、航運局以及機場建設局屬附屬於附件一清單中央政府機構「營建暨交通部」；韓國仁川機場的採購（負責該項計劃之採購單位以及採購之辦理），違反了韓國在政府採購協定下應負之義務；退而言之，美國指出倘若韓國未違反政府採購協定所要求之義務，韓國之措施也造成美國在政府採購協定下應得之利益受到剝奪或減損。本案日本與歐盟等國則對於本案保留第三方的權利。

專家小組於一九九九年八月三十日成立，並於二〇〇〇年三月三日提出期中報告，同年五月一日提出最終報告¹⁷³，本案專家小組報告因為涉及非違反協定之控訴因此並非經由政府採購委員會通過，乃是於同年六月十九日時獲爭端解決小組（Dispute Settlement Body，簡稱DSB）通過¹⁷⁴。值得注意的是，在程序上小組成立到提出最終報告的期間歷經八個月，超過政府採購協定二十二條第六項的時限，而有延長審理的情形。

¹⁷¹ 韓國於1991年5月時制訂「首爾機場法」，1991年6月指定航運局負責仁川計畫。

¹⁷² 韓國附件一除了規範中央政府機關，並及於其直屬機關。

¹⁷³ Korea-GP, supra note 22.

¹⁷⁴ 王新奎，劉光溪主編，前揭註107，321-322頁。

第三款 實體部分

第一目 違反協定之控訴

壹 主要的控訴與答辯

美國認為韓國的營建暨交通部、韓國航運局、韓國機場建設局及仁川國際機場公司都是韓國簽署政府採購協定時，提出的附錄一中所包含的政府機關，因此，這些機關建造仁川國際機場時有關的下列採購措施已經違反政府採購協定相關規定：

第一，從領標起自投標日前，時間短於四十天，因此違反政府採購協定第十一條第一項第一款；同條第二項第一款規定。

第二，要求外國供應商必須在韓國投資建造設備或向韓國廠商購買建造設備後才有資格參加投標（亦即，轉包契約限由韓國籍供應商承包），違反政府採購協定第八條規定。

第三，要求外國供應商必須和韓國公司合夥，或是韓國公司的轉包承攬供應商時才可投標，也違反政府採購協定第三條第一項第一款、第八條第一項前段及第八條第二款規定。

第四，韓國就本建機場建造案沒有建立有效的申訴程序，違反政府採購協定第二十條規定。

韓國就美國上開指控，其中對「營建暨交通部」為韓國簽署政府採購協定時所提出的附錄一中所包含的政府機關一點並無爭議，但是表示：「韓國航運局」、「韓國機場建設局」及「仁川國際機場公司」均非韓國簽署政府採購協定時承諾的政府機關，因此，就仁川國際機場建設案的採購案即不用遵守政府採購協定之規定。

專家小組就雙方爭執整理後，認為本案涉及兩項爭點：第一，係爭採購單位是否涵蓋於韓國承諾之政府採購協定附錄一附件一（下稱附件一）與註釋一中的中央政府機構下？第二，如果未被涵蓋，可否適用其他標準認定？

貳 相關係爭採購單位是否屬於韓國承諾之中央政府機關

韓國附件一列舉之機關包括「營建暨交通部」以及供應處 (Office of Supply)。而就其附件一註釋一之內容，韓國則載如下文¹⁷⁵，由於專家小組的解釋重點均在用語上，因此本文直接將韓國附件一註釋一以英文全文列出如下：

"The above central government entities include their subordinate linear organizations, special local administrative organs, and attached organs as prescribed in the Government Organization Act of the Republic of Korea."

因為韓國將「營建暨交通部」列入附件一中央機關的名單，但是「航運局」、「機場建設局」以及「仁川國際機場公司」並未明文列入附件中，因此這些單位是否可被附件一註釋一所涵蓋，亦即解釋上是否應被認為屬於韓國承諾的「中央政府機關」，此為第一個應審酌的問題。至於，若未被涵蓋，可否是用其他標準認定之？此為第二個問題。

一、可否運用附件的註釋界定承諾的「政府機關」範圍？

此點，專家小組認為依照「歐盟關於部分電腦設備關稅分類案例」(*European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*) 上訴機構 (the Appellate Body) 的看法「關稅減讓表是進出口國間基於互惠基礎談判後的結果，且依據 GATT1994 第二條第七項規定，減讓表示 GATT1994 不可分的一部分，所以可明確得知減讓表屬於 GATT 條款中的一部分」¹⁷⁶，而政府採購協定第二十四條第十二項亦規定所有附註與附錄及附件均為構成政府採購協定不可分的一部分，所以關於機關清單適用範圍該如何解釋問題，應如同某一條約條文如何進行解釋一般，必須求助於國際法上的條約解釋的規則，因此依據維也納條約

¹⁷⁵ 譯為：前述中央政府機關包括韓國政府組織法中規定的直接隸屬組織、專門的地方行政機構及附屬機關。

¹⁷⁶ Appellate Body Report on *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62, WT/DS67, WT/DS68, adopted on 22 June 1998, at paragraph 84. See also Appellate Body Report on *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103 and WT/DS113, adopted on 27 October 1999, at paragraph 131.

法公約法 (the *Vienna Convention*) 的相關規定來做解釋¹⁷⁷。此外專家小組上提出一九八九年美國關於限制糖類進口案件 (*United States - Restrictions on Imports of Sugar* ("United States - Sugar"))¹⁷⁸ 關於註釋的解釋，該案註釋可以用來解釋關稅減讓表，因此本案專家小組肯認 GPA 締約國可用「註釋」來界定其簽署承諾的「機關範圍」¹⁷⁹。

二、「航運局」、「機場建設局」以及「仁川國際機場公司」並未明文列入附件中，因此這些單位是否可被附件一註釋一所涵蓋？而得解釋為「中央政府機關」？

(一) 美國主張

美國主張韓國附件一註釋一之用語「*Include*」是以採用開放式寫法，因此解釋上自應包括 branch offices 與 subsidiary organizations。¹⁸⁰ 因此仁川機場發展小組(NADG)為承諾機關「營建暨交通部」的一部分，至少也是 branch offices 與 subsidiary organizations，另外航運局(KAA)也是「營建暨交通部」的接任單位也是 branch offices 與 subsidiary organizations，是以，應涵蓋在韓國承諾政府機關範圍。

此外，美國認為「控制標準」也是作為認定是否為 GPA 承諾機關的重要判斷標準，認為「控制」的要件應從寬解釋，既然「營建暨交通部」列於韓國附件一清單上，營建暨交通部乃是透過航運局(KAA)進行採購，所以實際採購者乃「營建暨交通部」。美國提出之證據為：首爾機場法規定是由「營建暨交通部」負責擬定主要計畫，包括方向、位置、工程期間、資金來源等，且還負責核可所提出的執行計畫。而且計畫之執行要向「營建暨交通部」報告，該部甚至還有取消終止權、亦得檢查辦公場所¹⁸¹。另外，韓國航空法除了規定航運局(KAA)是本件計畫執行者之外，也規定航運局(KAA)受營建暨交通部之監督權¹⁸²。且在「營建暨交

¹⁷⁷ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.7-7.11。而維也納條約法公約的相關規定為第三十一條第一項、第二項、第三項、第四項與同法第三十二條。

¹⁷⁸ Report of the Panel on *United States - Restrictions on Imports of Sugar*, adopted on 22 June 1989, (BISD 36S/331)

¹⁷⁹ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.30-7.31

¹⁸⁰ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.15

¹⁸¹ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.18

¹⁸² Korea-GP, supra note 22, Para. 7.19

通部」的網站資料中可得知是由新機場發展小組 (NADG) 負責仁川機場建設 (IIA construction)。因此，美國主張航運局 (KAA) 受營建暨交通部之「控制」，且至少仁川機場建設計畫也是由營建暨交通部負責¹⁸³。除此並引用「加拿大影響牛奶進口與乳製品出口措施」乙案中，專家小組與上訴機構對於「市場調查委員會¹⁸⁴」是否為政府機構都採肯定的見解，來支持自己的論點。

(二) 韓國的答辯

韓國則主張，其在加入政府採購協定所列附件一清單中，並無所謂「分支與附屬機構」之用詞。附件一的「中央政府機關」應依註釋一所示依據韓國政府組織法來做解釋。何況，政府採購協定也沒有所謂的控制標準 (a "control" test)，航運局 (KAA) 也是依法設置，有自己的管理部門與員工，其員工也不具公務員身份，其採購作業獨立不適用政府採購協定。韓國航空法第九十四條第一項雖規定由營建暨交通部負責，但有也同時規定「除法律另有規定」之例外，首爾機場法就是該法所稱之例外，雖然仁川機場建設計畫確實由營建暨建設局監督，不過此乃基於公益、安全、財務等因素考量，並不等於其隸屬於營建暨交通部。航運局 (KAA) 乃為一獨立的機構，其性質較屬於政府採購協定附件三所謂的「其他機關」¹⁸⁵。對於美國提出營建暨交通部「營建暨交通部」網站有機場採購案相關訊息乙事，韓國認為網站資訊來源乃公關部門提供，用語並不清晰，不能用以佐證系爭單位屬於韓國附件一的承諾範圍；韓國並進而提出反證，表示在同一期間美國駐首爾商務代表曾於一九九八年七月發函默認「機場建設局」(KOACA) 非政府採購協定之規範範圍¹⁸⁶。

(三) 專家小組就「航運局」等並未明文列入附件中，然是否可被附件一註釋一所涵蓋的看法

政府採購協定締約國可用「註釋」來界定其簽署承諾的「機關範圍」以如前

¹⁸³ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.22

¹⁸⁴ Appellate Body Report on *Canada - Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, (WT/DS103 and WT/DS113), adopted on 27 October 1999, at paragraphs 96-102.

¹⁸⁵ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.23-7.25

¹⁸⁶ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.27

開第 1 點所述，是以，專家小組依據韓國附件一的註釋一規定之用語，發現註釋一規定：「韓國政府組織法所規定之（prescribed in）附屬機構」，用字為 prescribed in，自然，相當於動詞的「限制」或「侷限在一定範圍內」的意義，因此，若非韓國政府組織法的「直接隸屬組織」、「專門的地方行政機關」或「附屬機關」，則該機關不屬於附件一所指的中央政府機關¹⁸⁷。因此小組即進一步以韓國的政府組織法解釋何為「中央政府機關」。小組運用韓國政府組織法第二條第三項規定¹⁸⁸解釋結果發現「航運局航運局（KAA）」並非中央政府機關的「直接隸屬組織」，依該國組織法第三條第一項規定「每一個中央政府機關基於履行職責的需要，可以透過總統頒佈的命令來成立地方行政機關¹⁸⁹」，而航運局亦不符合此要件，因此其與繼承機關亦非中央政府的「專門的地方行政機關」，另外，該組織法第四條亦規定「一個行政機關基於履行職務上的需要，可以透過總統頒佈的命令對於實務、研究... 個別成立附屬機關¹⁹⁰」，航運局 KAA 亦不符合該規定，因此 KAA 與其繼承機關（KAOCA、IIAC）亦非中央政府的「附屬機關」，綜上航運局與繼承機關非註釋一的中央政府機關，所以不屬於韓國承諾的附件一中央政府機關¹⁹¹。

三、對韓國承諾的進一步評估

對於美國主張韓國附件一註釋一之用語「Include」是採用開放式寫法這個主張，專家小組表示確實在正常的情况下，「Include」依據牛津字典（*New*

¹⁸⁷ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.30-7.33

¹⁸⁸ Article 2(3) of the *Government Organization Act* states: "The subordinate linear organizations of the central administrative organs shall be Cha-Gwan (Vice-Minister), Cha-Jang (Deputy Administrator), Sil-Jang (Office Director) . . ."，即「中央行政機關的直接隸屬組織為副部長、副行政關及辦公室官員...」。Korea-GP, supra note 22, Para.7.34

¹⁸⁹ Article 3(1) of the *Government Organization Act* provides that: "Each central administrative organ may have local administrative organs as prescribed by the Presidential Decree except those especially prescribed by laws, in case they are necessary for the implementation of the duties under its jurisdiction." Korea-GP, supra note 22, Para. 7.35

¹⁹⁰ Article 4 of the *Government Organization Act* provides that: "(Establishment of Attached Organs) In an administrative organ, there may be established by the Presidential Decree organizations for experiment, research, education and training, culture, medicine, manufacturing or advice, respectively, if necessary for the fulfilment [of] duties under its jurisdiction." Korea-GP, supra note 22, Para. 7.36

¹⁹¹ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.37

Shorter Oxford English Dictionary) 應被解釋為整體的一部分或者附屬的要件 ("contain as *part* of a whole or as a subordinate element."¹⁹²)，但是韓國於其附件一註釋一既然已經規定必須依據其政府組織法解釋中央政府機關，則應受該部分解釋限制。

何況，韓國於簽署政府採購協定附錄一附件二的註釋一¹⁹³的規定，其規定如下：

· The above sub-central administrative government entities include their *subordinate organizations* under *direct control* and offices as prescribed in the Local Autonomy Law of the Republic of Korea."

韓國的用語為"subordinate organizations"，比較結果，與附件一註釋一直接隸屬組織("subordinate linear organizations.")的用語並不相同，是以，比較結果應採取較為限縮的解釋。

此外，雖然美國主張採用直接控制(direct control)作為次級機關的解釋方法，但是專家小組表示，韓國於附件一註釋一沒有做這樣的規定；此外，韓國於一九九〇年提交「最初承諾」予東京回合政府採購協定的會員國，次年(一九九一年)二月韓國再次提交一份名為「Supplementary Explanation of the Note by the Republic of Korea dated 29 June 1990 relating to the Agreement on Government Procurement」的補充說明文件予東京回合政府採購協定的締約國，其中亦有就附件一註釋一做進一步說明，因此，依據維也納條約法公約第三十二條第一款規定以解釋韓國加入政府採購協定時的相關歷史資料，而依據該份補充文件所示，該文件也是用以澄清附件一註釋一中央政府機關適用範圍，亦無擴張其適用範圍，附件一註釋一本身也無擴張適用的意思；另外該份補充文件也提供了一份「全數中央政府機構」的清單，其中運輸部門包含兩個航空機構，一為首爾地區航空辦公室，一為釜山地區航空辦公室，是以，這份補充資料也與日後歐盟於一九九三年詢問韓國，而韓國加以回覆不包括航運局(KAA)的文件相符¹⁹⁴。

綜上，專家小組表示「航運局」非但並非韓國附件一所承諾之中央機關，解釋上，亦無法被其附件一註釋一所涵蓋。

四、航運局(KAA)及其繼承機關未被附件一所涵蓋，則可否適用其他標準？(營

¹⁹² Korea-GP, supra note 22, Para. 7.42

¹⁹³ " The above sub-central administrative government entities include their *subordinate organizations* under *direct control* and offices as prescribed in the Local Autonomy Law of the Republic of Korea."

¹⁹⁴ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.43-7.47

建暨交通部與航運局的關係)

(一) 美韓主張

美國主張應依控制標準來檢視。美國認為韓國航運局 (KAA) 及其繼承機關均屬於「營建暨交通部」控制，並且引用「加拿大影響牛奶進口與乳製品出口措施案」(*Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*) 上訴機構關於「牛奶營銷局 (Milk Marketing Board)，是否屬於政府機構」的見解¹⁹⁵來支持此項控制標準的說詞。

韓國另一方面認為，如果採用美國的主張利用控制標準來判斷「是否為 GPA 承諾之採購機關」，那麼推演結果附件三的其他機關，可能都必須改適用附件一的門檻金額¹⁹⁶，豈是合理？因此韓國認為解釋「採購機關」時不能採控制標準。

(二) 專家小組就「控制標準」的看法

就此，專家小組認為本案與「加拿大影響牛奶進口和乳製品出口措施案」不同，因為「航運局」、「機場建設局」以及「仁川國際機場公司」的員工均非公務員。而且，此項標準是否可採爭議導因於東京回合政府採購協定與現行版本的政府採購協定內容上的差異，小組表示，在東京回合政府採購協定第一條第一項 (c) 款¹⁹⁷規定有「直接控制」與「實質控制標準」作為是否為政府採購的認定方式，但現行的政府採購協定則無相關規定，且考其原因，乃東京回合政府採購協定因為只規範中央政府機構，亦即當時締約國僅承諾開放中央政府機關的採購市場，因此於東京回合政府採購協定是以第一條第一項 (c) 款針對「承諾機關」用

¹⁹⁵ Appellate Body Report on Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, (WT/DS103 and WT/DS113), adopted on 27 October 1999, at paragraphs 96-102.

¹⁹⁶ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.51-7.52

¹⁹⁷ "Article I Scope and Coverage

1. This Agreement applies to: [...] (c) procurement by the entities under the direct or substantial control of Parties and other designated entities, with respect to their procurement procedures and practices. Until the review and further negotiations referred to in the Final Provisions, the coverage of this Agreement is specified by the lists of entities, and to the extent that rectifications, modifications or amendments may have been made, their successor entities, in Annex I."

語即有「控制」與實際控制一詞¹⁹⁸，惟新版之政府採購協定，因為範圍擴及「次級政府機關」與「其他機關」，是以即無該項用語。在本案決定是否為「承諾機關」上，專家小組並未採用美國提出之控制標準，但是，專家小組認為「控制」此一爭點，在一政府機關控制其他機關之情形下，可以用來作為其他政府採購協定適用範圍的重要評價標準之一¹⁹⁹。

(三) 專家小組提供之判斷標準

關於何種未明確列入清單的機關卻仍要適用政府採購協定，專家小組認為此部分應採取較為狹義的解釋方式，因為依據簽署談判的特性，簽署國均無意願採取較為廣泛的解釋而擴大開放範圍，因此小組表示：清單內某明確機關與其內部組織本屬於法律上單一主體，因此必須同時適用政府採購協定，否則對其他締約國而言，由於其無法徹底瞭解某機關的內部組織為何，導致一締約國所提的機關清單的不確定性將大為增加；再者，倘若一機關代表清單內某明確機關進行採購時，該機關的採購就等同於某明確機關所進行的採購，否則，清單內承諾之機關不就可以透過代理方式，逃避政府採購協定之規定？

¹⁹⁸ 要說明的是，是否由承諾機關「控制」的機關而得適用 GPA，與是否為政府採購行為的判斷標準（其中一項為控制力標準）不同，前者有仁川國際機場案件，後者有美國聲納系統採購案。前者乃因東京回合採購協定第一條第一項 c 款就承諾機關控制有所規範，惟烏拉圭回合政府採購協定已無此項規定，而將承諾之機關以附錄一附件一至三之方式加以臚列，所以韓國才會認為是否為「採購機關」之認定不能以「控制」作為判斷標準；後者乃因為協定並未就何謂「政府採購」定義，是以是否屬於政府採購行為不明，因而爭端解決專家小組提出幾項判斷標準，而是否由政府控制即為其中一項標準。

¹⁹⁹ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.52-7.57。有學者認為：對於以控制標準來解讀現行政府採購協定，本案專家小組持否定見解，李貴英，「世界貿易組織---韓國之政府採購措施乙案評析」，收錄於楊光華主編，前揭註 72，398 頁。惟 paragraph 7.57 全文為：「There is no use of the term "direct control" or even "control" in the sense that the United States wishes to use it. It has not been defined in this manner either in the context used in the Tokyo Round Agreement or elsewhere. We cannot agree with the overall US position that a "control" test should be read into the GPA. However, we also do not think that it is an entirely irrelevant question. We think the issue of "control" of one entity over another can be a relevant criterion among others for determining coverage of the GPA, as discussed below。」是以小組雖表示控制標準不能用以作為解釋「承諾機關」之判斷標準，但是就其他有關政府採購協定適用範圍之爭議，仍保留有解釋空間。

因此，本案小組提供了兩項極重要判斷標準²⁰⁰：第一，學者稱之為 the legal unity test²⁰¹，亦即，當「非承諾機關」構成清單內某明確承諾機關的**基本部分**時，也就是指兩者在**法律上是結合為一時**，該「非承諾機關」要適用政府採購協定²⁰²；第二，學者稱之為 the principal-agent relationship²⁰³，當該「非承諾機關」的舉動是**代表**清單內某明確承諾機關而為時，換言之，倘採購案是承諾機關的法律責任，僅由另一非承諾機關代表為之，則該非承諾機關亦要適用政府採購協定²⁰⁴。

（四）本案適用標準之結果

本案適用該兩項判斷標準之結果，發現「營建暨交通部」與航運局（KAA）及其繼承機關間的關係主要為：第一，航運局（KAA）的最高董事由「營建暨交通部」指派，其餘董事則由最高董事指派；第二，在仁川國際機場建造案中，「營建暨交通部」某程度上可以監督航運局（KAA）。

就第一項判斷標準是否為「法律上的單一主體」部分，小組認為縱使前開兩項關係使得「營建暨交通部」與航運局（KAA）間關係密切，但非代表「營建暨交通部」與航運局（KAA）兩者在法律上屬於單一主體，況且，航運局（KAA）在法律上屬於獨立之機關，有自己之章程、管理階級，且其員工不屬於公務員，甚至仁川國際機場建設案經費中的一部分亦是自行籌措，據此，航運局（KAA）與其繼承機關不可被認為與「營建暨交通部」在法律上屬於單一主體。

另外就第二項「代表」判斷標準而言，雖然依據韓國機場法第七條要求航運局（KAA）及其繼承機關在擬定機場設計畫後，必須經過「營建暨交通部」同意，但此亦不過表示「營建暨交通部」與航運局（KAA）及其繼承機關存在一定的關係，而且毋寧說是航運局（KAA）受「營建暨交通部」監督爾，不能因此認為在仁川國際機場建設案航運局（KAA）是「營建暨交通部」的代表；況且，「營建暨交通部」在航運局（KAA）對仁川機場建設案的計畫中也未扮演任何角色，換言之，仁川國際機場採購案非「營建暨交通部」的法律責任，是以，航運局（KAA）亦非「營建

²⁰⁰ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.58-7.59

²⁰¹ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 122.

²⁰² 在判定上必須注意「監督≠同一」。

²⁰³ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 125.

²⁰⁴ 以本案為例「韓國航運局」是否代表「營建交通部」辦理採購才是真正的爭點，必須探討：「仁川機場計畫」是否為「營建交通部」之法律責任。

暨交通部」的代理機構²⁰⁵。

另外，小組也表示，美國曾於一九九一年就此問題向韓國提出詢問，同年七月韓國雖然給予答覆但是當時的答覆並未完整，然而美國之後也未再進一步要求韓國加以澄清，一九九三年其他國家例如歐盟都有就此問題向韓國要求澄清，並且獲得韓國清楚的答覆表示仁川國際機場計畫並非政府採購協定適用範圍，何況，韓國直到一九九四年四月十五日方才簽署政府採購協定，因此，可供美國查詢的時間很長，美國也並未再進一步做查詢。

綜上所述，專家小組做出仁川機場計畫非 GPA 範圍，本案非屬於違反協定之控訴之結論。

第二目 非違反協定之控訴

政府採購協定於第二十二條第二項規定：若任何締約國認為其依本協定直接或間接可得利益遭取消或減損，或本協定目標之達成因其他締約國未能覆行其於本協定下之義務，或因其他締約國採取任何措施而受阻，不論該等措施是否與本協定之規定牴觸，該締約國得以書面向其所認定之相關締約國提出意見或建議，以謀問題之圓滿解決。該締約國上述行動，應迅速依下述規定，通知依爭端解決瞭解書所組成之爭端解決機構。其相對締約國應對該締約國提出之意見或建議予以慎重之考慮。本項規定亦即所稱「非違反協定之控訴²⁰⁶」，亦即被控訴國之相關措施縱使不牴觸政府採購協定，仍可因其利益遭損而提起非違反協定之控訴。在 GATT 時代與 WTO 時代，就政府採購事項提起非違反協定控訴者僅韓國仁川國際機場採購一案，也因此格外引起注意。

壹 美方主張其利益受剝損

美國提出「非違反協定之控訴」主要針對在仁川國際機場採購案中，認為美國在政府採購協定下應得之利益因為韓國的措施而受到剝奪或減損。並以日本消

²⁰⁵ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.60-7.63

²⁰⁶ 就非違反協定之控訴程序與實體要件之分析，請參：黃政傑，前揭註 108，39-48 頁。

費性照相軟片及相紙案（以下簡稱日本軟片案）²⁰⁷ 為例，提出「利益受剝損」的判定標準為：

- 一、曾於關稅減讓中談判；
- 二、政府在授與進口產品關稅減讓承諾後，採行干擾進口產品及境內同類或直接競爭產品間競爭條件之措施；
- 三、所採行之措施係在關稅減讓談判期間無法預期者。

對於本案，美國表示其曾於韓國加入政府採購協定談判期間與韓國進行交涉，而獲得承諾，因此美國認為除符合上開第一個要件外，韓國於本案所適用之採購措施，談判期間無法被合理期待，韓國之採購措施破壞競爭關係²⁰⁸。由此可證明美國在政府採購協定下應得之利益確實受到剝奪與減損。

貳 韓國指美國無法舉證

韓國則援引 DSU 第二十六條第 1 項 a 款之規定²⁰⁹，認為本案中美國應負舉證責任，證明其在協定下的利益受到剝奪或減損；而且依據政府採購協定第 22 條第 2 項規定²¹⁰，美國應證明美國在政府採購協定下有所謂的「應得利益」，且該利益係為合理期待者。另外，美國雖然以日本軟片案為例，然而韓國認為美國就日本軟片案所提出之前開要件之一「某減讓曾經談判」這項判定標準，美國無法證明美韓雙方確實曾經就此採購事項進行談判，韓國認為雙方只是進行協商而且並未達成協議。

²⁰⁷ Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, DSR 1998.

²⁰⁸ Korea-GP, supra note 22, Para. 4.511

²⁰⁹ 本款規定為：「對於措施未違反相關內括協定者，指控國應提出詳細之說明，以支援其指控。」

²¹⁰ 本項規定為：「若任何締約國認為其依本協定直接或間接可得利益遭取消或減損，或本協定目標之達成因其他締約國未能履行其於本協定下之義務，或因其他締約國採取任何措施而受阻，不論該等措施是否與本協定之規定牴觸，該締約國得以書面向其所認定之相關締約國提出意見或建議，以謀問題之圓滿解決。該締約國上述行動，應迅速依下述規定，通知依爭端解決瞭解書所組成之爭端解決機構(以下簡稱爭端解決機構)。其相對締約國應對該締約國提出之意見或建議予以慎重之考慮。」

參 爭端解決小組之見解與結論

本案專家小組認為主張 GATT 第二十三條第一項 b 款則第一項本文所謂「任一締約方如認為其依本協定直接或間接可得之利益正由於下列原因而被取消或受損，或本協定任何目標之達成...：」對利益剝損的定義為：「措施實施所致之利益剝奪或減損，必須與會員國在協定下之合理期待相反」，其要件為：

- 一、WTO 會員國採行的措施；
- 二、來自協定產生的利益；
- 三、由於措施之採行致利益遭到剝損，而非出口國所能合理期待者。

在日本軟片案中，造成所謂「未違規之減損(non-violation nullification)」的三項條件即依此而來。而條件符合與否，在舉證責任的分配上，專家小組根據 DSU 第二十六條第一項規定並參考日本軟片案之審理情形，確認 GATT 第二十三條第一項 b 款的爭端案件，舉證責任為訴諸本條之會員，即控訴方應負舉證責任。而且專家小組認為會員應認知其於 WTO 規範下之權利，有可能因為其他會員採行符合 GATT 第二十條的措施而受到減損，²¹¹ 因為採行此等措施之目的較為高超，且

²¹¹ GATT 第二十條規定為：各締約國間在相同狀況下，就各項措施之實施，均不得構成專斷及無理歧視之手段，亦不得成為對國際貿易之變相限制。惟下列措施不在本協定限制範圍內：

- a、維護公共道德之必要措施。
- b、維護人類、動物或植物生命或健康之必要措施。
- c、關於金、銀輸出或輸入之措施。
- d、包括關務及本協定第 2 條第 4 款及第 17 條所規定之獨佔之執行，專利權、商標權版權之保護與詐欺之防止等事項，而與本協定各項規定並無抵觸之法令之必要措施。
- e、關於監犯勞力產品之措施。
- f、為各項具有藝術、歷史或考古價值之保護所採措施。
- g、關於可能枯竭之自然資源之保存措施，但以此項措施須同時限制本國生產及消費始生實效者為限。
- h、為履行經「大會」所認可之任何國際商品協定所定義務而採之措施。
- i、當為穩定物價而將某種原料價格限制在國際價格之下，以確保國內加工業獲得足夠之原料時，所為限制該項原料輸出之措施。但該項措施不得用以增加該國內工業之輸出或加強對該國內工業之保護，且不得違反本協定有關禁止歧視之規定。
- j、對於普遍性或區域性短缺之產品所採收購或分配之必要措施，但該措施須符合各締約國均享有公平交易機會之原則，如該措施違反本協定其他規定者，則應於上述短缺情況消失後，立

在 WTO 規範下係視為例外情形，此與一般為商業利益而採行的貿易措施不同。因此有關 GATT 第二十條及 GATT 第二十三條第一項 b 款爭端案件之審理應謹慎為之，應要求控訴國擔負更為嚴謹的舉證責任。

專家小組並依照國際習慣法 (*Customary international law*) 探討 GATT 第二十三條第一項 b 款、WTO 各協定以及 DSU 第二十六條之規定之效力。²¹² 根據「條約必須遵守原則(Pacta Sunt Servanda)」：「條約締結後，各締約方必須按照條約的規定行使自己的權利、履行自己的義務，不得違反。」²¹³ 因此 GATT 第二十三條第一項 b 款、WTO 各協定以及 DSU 第二十六條對於 WTO 成員有拘束力故無疑問。

專家小組表示 GATT 第二十三條第一項 b 款所主張的利益包括「合理預期關稅減讓所獲致市場進入機會的改善」，但若要主張本項利益，由於日本軟片案後其他案件的專家小組均認為應先瞭解控方是否可合理預期產品關稅減讓獲得的利益，而且一般係先假定存在改善市場進入機會的利益，其次才考量會員是否具備獲致利益的合理預期，因此專家小組訂出要件的檢驗順序：

要件

- 一、雙方是否達成協議、美國是否應享有採購競爭機會而有「合理期待」；
- 二、韓國是否有提出承諾而其措施卻違反 GPA 所規定之義務；以及
- 三、美國「應有的採購競爭機會」是否消失，致其利益受到剝損？

小組認為就雙方是否達成協議的部份，雖然美國曾在一九九一年七月向韓國提出詢問，但後雙方並未再做進一步討論，難謂雙方已達成協議，亦即本案不符合要件一前段要求；況且政府採購協定的目的在於「獲得採購之競爭機會」，並非爭取將各個政府機構納入附件名單中，雖然政府採購協定要求締約國對其所提出的協定內容需做充分答覆，但實踐上有所困難，所以韓國在一九九一年七月對美國的含糊答覆，也不符合「韓國加入 GPA 時談判國對韓國的期待」。雖然如此，專家小組仍引用日本軟片案，認為美國應知悉韓國立法，所以，美國應提出解釋為何其不知韓國立法之理由。²¹⁴ 若美國對韓國的解釋存有疑義，應採取行動要求韓國澄清，美國發文後，距韓國加入政府採購協定尚有二年半的時間，何況其他談

即停止該措施，「大會」應於 1960 年 6 月 30 日以前檢討本項規定是否必要。

²¹² 依國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定，規定於 DSU 第 3 條第 2 項。

²¹³ 條約必須遵守原則是一項古老的原則，可以溯源至古代的羅馬法，之後擴展到國際法領域，成為國際法原則之一並延用至今。

²¹⁴ 韓國在本案中有提出美國業界均知悉首爾機場法之證明。

判國均於一九九三年時要求韓國澄清，而且韓國提出最終承諾到締結政府採購協定尚有四個月的時間，但美國在這段期間內仍未提出澄清之請求。因此專家小組認為韓國並無承諾，美韓之間未達成協議，本案不符合要件一，亦即本案韓國就仁川國際機場採購案並無確實之減讓承諾。

小組提出本案所衍生的另外一項問題：除了由傳統的「條約必須遵守原則」來分析「非違反協定之控訴」外，是否還有其他問題可能存在？亦即是否可能因美國與韓國間的「談判錯誤」所導致？小組認為是可能的。所以專家小組又進一步探討本案是否有「談判錯誤」的問題，並且再運用「誠信原則」(the principle of good faith) 來進行解釋²¹⁵。

關於締約時的錯誤，專家小組認為 WTO/DSU 第三條第二項，解釋上並不受限於一定的法源，可以利用國際公法上的解釋慣例（習慣）來澄清 WTO 各項協定之現行關係，亦即國際習慣法來進行解釋²¹⁶，事實上，WTO 爭端解決程序也不企圖限制專家小組解釋法律時的法源依據²¹⁷，解釋本案符合維也納條約法公約第四十八條第一項之規定，²¹⁸但是專家小組也指出雖然締約時承諾國有透明化與誠信之責，惟其他談判國也負有不可忽忽之查證責任。由於美國並未善盡其責（要求韓國做出澄清），因此落入維也納條約法公約第四十八條第二項之規定²¹⁹此項錯誤由其行為造成，不能援引第一項以條約錯誤為由撤銷同意。

因此，美國就非違反協定之控訴部分，無法舉證證明其在協定下的利益受到剝奪或減損。

本案結論乃：

第一，韓國航運局等非韓國簽署政府採購協定承諾之附件一之中央政府機關。是以，該等機構、公司辦理採購無遵守政府採購協定之義務。

²¹⁵ 李貴英，「世界貿易組織---韓國之政府採購措施乙案評析」，收錄於楊光華主編，前揭註 72，386 頁。

²¹⁶ 「Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members.」 Korea-GP, supra note 22, Para. 7.96

²¹⁷ Stephen J. Powell. "The Place Of Human Rights Law In World Trade Organization Rules." , Florida Journal of International Law, 16, pp224, 2004.

²¹⁸ 本項規定為：「一國得援引條約內之錯誤以撤銷其承受條約拘束之同意，但此項錯誤以提出國締結條約時假定構成其承受條約拘束之必要根據事實或情勢存在者為限。」

²¹⁹ 本項規定為：「如錯誤係由提出國本身行為所造成，或當時的情況足以使提出國知悉有錯誤之可能，不適用第一項之規定。」

第二，美國無法舉證曾經與韓國達成協議，亦即舉證其在政府採購協定下有合理期待，而韓國之措施致其利益剝損。是以美國主張「非違反協定之控訴」部分亦不成立。

因此本案美國無法證明韓國違反政府採購協定。

第四款 案件分析

第一目 註釋之運用

由本案可知政府採購協定締約國可用「註釋」來界定其簽署承諾的「機關範圍」，依據 VAT 與門檻金額計算案可知，一般而言國內法之相關規定是無法用以拘束或解釋國際法者，然而，本案重要的是，倘依據韓國對其承諾附件註釋的用法，WTO 專家小組甚至必須探求到韓國組織法，因此，利用註釋做為跳板，以一國的國內法（組織法）來解釋承諾之機關適用範圍即為可能，這部分全盤檢視承諾機關之組織法即極為重要。另外，由本案亦可知，對非英語系國家譯文的用法是否精確，也與訴訟成敗至為攸關，例如，就本案而言，韓國附件一註釋中採用「include」用語，即遭美國指 include 是屬於開放式寫法，自然就應該採取廣泛的解釋之指責。

第二目 依據國際習慣法原則探討非違反協定之控訴

誠如 Frederick M. Abbott 教授所述，政府採購協定適用範圍不明確，乃是 WTO 架構下規範不明確、缺乏規範的問題之一，因此 WTO/DSU 有關的爭端解決案件均與這些缺漏相關，這問題表現在非違反協定的控訴類型上又特別明顯²²⁰，本案亦是如此，涉及 DSU 第二十六條「非違反協定控訴」，是以，除認為據此提出控訴之國應負擔「舉證責任」外，並應說明控訴國應證明對手國之措施有礙於條約之目標與目的，以及有損於因此所生之合理期待之利益。

繼之，專家小組以及上訴機構，都可以引用照國際習慣法（Customary

²²⁰ Frederick M. Abbott, supra note 14.

international law) 原則以解決爭端案件²²¹，其中除引入「條約必須遵守原則 (Pacta Sunt Servanda)」外，也首次將「誠信原則」(principle of good faith) 運用在 DSU 第二十六條非違反協定控訴的解釋上，這點也是日後學者認為乃國際貿易制度上重要的探討重點之一²²²。

此外，本案專家小組除了在審查美國所主張之非違反協定控訴中，運用誠信原則外；雖然美國就本案沒有主張是否有「談判錯誤」之可能，惟小組就此乃主動提出，認為本案應再加以探討是否是基於美韓雙方談判錯誤所致，並再次於「談判錯誤」此一問題上運用了誠信原則，亦即，本案專家小組將誠信原則運用在「非違反協定控訴」與「談判錯誤」之解釋上，是以就此部分，亦有學者加以批評，認為美國並沒有主張本案有談判錯誤問題，表示此部分小組應沒有被授權審查，小組就不應自行提出並加以進行解釋²²³。

又本案除了運用相關原理原則進行爭端解決案件之解釋，專家小組報告除字型設定 11 還長達 192 頁外，甚至影響日後其他經濟組織案件之進行，例如，美國與墨西哥雖然均為 WTO 會員國但是兩國同時也是 NAFTA 締約國，由於墨西哥籍貨車因為美國所為的限制措施，無法進入美國承攬美國境內運輸服務，因此墨西哥選擇依據北美自由貿易協定 (North America Free Trade Agreement, NAFTA) 第二十章之規定對美國提出控訴²²⁴，NAFTA 並於 2001 年針對墨西哥與美國就墨西

²²¹ Terence P. Stewart, David S. Johanson. "Nexus of Trade and the Environment: The Relationship Between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade Organization." *Colorado Journal of International Law and Policy*, 14, pp1-51, Winter, 2003, pp34.

另外，引用國際習慣法尚有下列案件：WTO Dispute Panel Report on Guatemala -Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico, WT/DS60/R at para. 7.7 (June 19, 1998); WTO Appellate Body Report on European Communities-Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products, WT/DS69/AB/R, AB-1998-3 at paras. 80-81 (July 13, 1998).

²²² Todd Weiler. "NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law" *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, pp66, 2003

²²³ By Joost Pauwelyn. "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *The American Society of International Law The American Journal International Law*, 95, pp570-571, July, 2001. 惟本文認為本案最終仍被 DSB 加以通過這點來看，專家小組的權限也小幅的跨出控訴國主張的範圍。

²²⁴ NAFTA 的爭端解決機制類似 WTO/DSU，因此美國、加拿大與墨西哥，可以依據效率因素或議題，選擇對其有利之架構提出控訴，David A. Gantz, "Dispute Settlement Under The NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties", *American University*

哥籍卡車（跨境貨運服務）進入美國境內所起爭端，在同年年二月六日作出仲裁判斷認為美國確實違反北美自由貿易協定一案²²⁵，其中墨西哥就引用本案表示維也納條約法公約第二十六條條約應遵守原則，美國應遵守 NAFTA 協定惟卻違反誠信原則，對墨西哥籍跨境卡車業者承攬美國境內相關服務作出相關限制措施，是以顯然違反其對卡車服務業減讓之承諾。NAFTA 仲裁小組的判斷雖未就韓國仁川國際機場採購案做進一步的解釋，惟本案解釋規則的重要性，已經由墨西哥的引用而加以彰顯。

第三目 歷史文件之重要性

本案此部分，專家小組非但有參考韓國承諾清單並解釋清單用語，此外，專家小組尚還檢視美韓雙方往來文件，並延及韓國對歐盟就此議題回覆之歷史文件、以及韓國於簽署政府採購協定之「補充說明文件」。而且歷史文件之運用非僅涉及談判真意之解釋爾，在「非違反協定控訴」的運用上亦扮演至為重要的角色，因為是否有達成談判合意，對對手國而言是否已經形成合理期待，均有待歷史文件之解析，這點不得不謹慎以待²²⁶。

第四目 提供未明確列入清單之機關是否應遵守協定之判斷標準

本案另一個重要的議題乃「未明確列入清單中的機關」是否就代表該機關無遵守政府採購協定的義務？

政府採購協定締約國所承諾適用之採購機關乃是以明列出名稱（name）之方

International Law Review,14,summary,1999.

²²⁵ Panel Members: J. Martin Hunter (Chair), Luis Miguel Diaz, David A. Gantz and Alejandro Ogarrio," Public Record Document: North American Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty: In the Matter of Cross-Border Trucking Services (Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01): Final Report of the Panel February 6, 2001", 2, Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L., pp393,2002.

²²⁶ 羅昌發老師於二〇〇五年七月四日在台北市忠孝西路一段 114 號（郵政大樓）下午六時口試中指導表示談判歷史文件在 WTO 的爭端解決案件中重要性有趨弱情形。

式提供給各締約國，此種方式因為夠明確當然便利性夠高，但是缺點就是必須保持不斷的更新，因此方於協定第二十四條第六項規範有機關修正與變更的相關處理方式，然則誠如前述，或因各締約國所列機關過多，未能逐一詳加討論，或因各締約國政府組織架構差異性大，不易瞭解，抑或因民營化，或某些新機關於締約後才成立（例如：我國海巡署、國土安全部、行政院客家事務委員會，海洋事務部、行政院原住民委員會，通訊運輸部、金融監督管理委員會、環境資源部等），在實際運作上各締約國亦難真正瞭解一國提供承諾之政府機構之真正範圍，此種情形，在上開韓國仁川國際機場採購案就得以明瞭，均潛藏日後引起爭議之可能。針對該案件專家小組甚至還指出政府採購協定協定的談判並未從一般架構式（框架）的談判方式下獲益，尤其各締約國所提供者乃其主觀自認的機構，他締約國必須有極大的知識方得以瞭解另一國的政府組織²²⁷。

事實上，如果締約國想要減少其適用政府採購協定之機關，除了一剛開始明確將特定機關排除外；於簽署協定後，尚可能以（一）改變機關名稱，（二）或者將原承諾機關的職掌移轉到另一非承諾機關上或門檻金額較高的附件清單上，

（三）甚至，將原承諾機關的某項應適用政府採購協定之活動，轉由私人機關辦理。固然，上述（一）方式單純的改變機關名稱，依據政府採購協定第二十四條第六項規定解釋結果，其繼承之機關亦應被認為與原機關屬於同一機關，縱使該名稱變更並沒有被顯示在附件中，亦應適用協定辦理採購；繼之，如果締約國採用上述（二）方法，將一機關之職務由一附件移轉至另一附件，並未通知政府採購委員會，亦未加以修訂；或者採取（三）之模式，將某項原應屬於承諾機關之活動，改由私人機構辦理，雖然政府採購協定第一條第三項就採購機關辦理本協定所涵蓋之採購事項，要求非附錄一所列舉之企業依照其特別需求而決標，已經規定應準用協定第三條，惟也僅要求準用爾，事實上就上述（二）、（三）情形，其他締約國甚至可以對採行該等措施之國家採取「非違反協定之控訴」²²⁸。

²²⁷ “The negotiations between the Parties under the GPA do not benefit from a generally accepted framework such as the Harmonized System with respect to goods or even the Central Product Classification in services. The Annexes to the GPA which contain the entities whose procurement is covered by the Agreement are basically self-styled Schedules whose interpretation may require extensive knowledge of another country's procurement systems and governmental organization.” Korea-GP, supra note 22, para. 7.121。

²²⁸ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 121.

除此外，能否被認定屬於政府採購協定之「採購機關」，或者屬於協定適用之「採購行為」，其適用的認定，爭端解決小組提供了兩點非常重要的判斷標準：

第一，當爭議機關²²⁹構成承諾機關清單內某明確機關的基本部分時，也就是指二者在法律上結合為一時，該爭議機關要適用政府採購協定。

第二，當該爭議機關的舉動是代表承諾機關清單內某明確機關而為採購行為時，該爭議機關應適用政府採購協定辦理採購。

第五目 與美國聲納繪圖系統採購案之比較

壹 韓國仁川國際機場採購案小組的判斷標準

韓國仁川國際機場採購案專家小組提供了上開兩項判斷標準²³⁰：第一，學者稱之為 the legal unity test²³¹，亦即當非承諾機關構成清單內某明確承諾機關的基本部分時，也就是指兩者在法律上是結合為一時，該非承諾機關要適用 GPA；第二，學者稱之為 the principal-agent relationship²³²，當該非承諾機關的舉動是代表清單內某明確承諾機關而為時，換言之，倘採購案是承諾機關的法律責任，僅由另一非承諾機關代表為之，則該非承諾機關亦要適用 GPA。

此案，第一點「the legal unity test」乃是發生某機關是否為「承諾機關」發生爭議時，用以判斷的標準；第二點「the principal-agent relationship」除了可以用以判斷是否為「承諾機關」外，倘若某非承諾機關（包括非承諾之政府機關與私人公司等）辦理採購，該「採購行為」是否應適用政府採購協定發生爭議時，亦得用以作為判斷標準。

所以本案專家小組提供的第二點判斷標準，與美國聲納系統採購案，事實上是十分雷同的，所涉均為是否為「採購行為」之判斷標準，只不過，韓國仁川機

²²⁹ 即未明確列入清單中的機關。

²³⁰ Korea-GP, supra note 22, Para. 7.58-7.59

²³¹ Sue Arrowsmith, supra note 1, at 122.

²³² Sue Arrowsmith, supra note 1, at 125.

場採購案專家小組就此部分僅表示非承諾機關的舉動是代表清單內某明確承諾機關而為時，倘採購案是承諾機關的法律責任，僅由另一非承諾機關代表為之，則該非承諾機關亦要適用政府採購協定，未如美國聲納繪圖系統採購案，將行為判斷標準更加以概分為三種（是否為政府支出、是否為政府使用收益、政府對產品取得過程之控制力等）。

實則，在美國聲納繪圖系統採購案中，該案專家小組也有提供「the principal-agent relationship」此項標準，專家小組甚至指出 ASA 此一私人公司在辦理聲納系統採購案時，根本沒有基於商業考量，包括沒有獲利動機與商業風險等，ASA 私人公司之採購運作過程，根本不像私人購買者，反而像是單純的採購代理商²³³，其用語為「……like a procurement agency acting on behalf of a third party.」。就此點，與仁川國際機場採購案對是否屬於「政府採購」行為的判斷之認定是一致的，韓國仁川國際機場採購案，專家小組就此的用語為：代表清單承諾機關進行採購²³⁴「……on behalf of a listed entity」。

可以簡圖示之：



²³³ 「the Panel noted that the nature of the contract between the NSF and ASA meant that ASA would have no commercial interest in the transaction in the sense of a profit motive or a commercial risk, since it would not directly profit from the selection of the lowest-cost bid among competing manufacturers of sonar mapping systems. In making its selection therefore ASA would be functioning less like a private buyer than like a *procurement agency acting on behalf of a third party*」。 U.S.-Sonar, supra note 20, para. 4.12

²³⁴ ” *The second test* is appropriate because procurements that are genuinely undertaken on behalf of a listed entity (as, for example, in the case where a principal/agent relationship exists between the listed entity and another entity) should properly be covered under Annex 1 because they would be considered legally as procurements by MOCT.” Korea-GP, supra note 22, para. 7.59.

不過有趣的是，韓國仁川機場採購案此一後案，專家小組並未引用也未提及美國聲納繪圖系統採購案。

貳 審查是否適用協定之順序

在邏輯上，某一採購案發生爭執時，就協定適用範圍，即應先探討系爭採購機關是否為被控訴國簽署政府採購協定時「承諾機關」，待解決此部分爭議，再來探討非承諾機關之「採購行為」是否應遵守協定義務，以及門檻金額是否超過等問題。因此，是否為承諾機關、是否屬於採購行為之判斷標準至為重要。

