

## 第五章 政府採購協定之適用範圍（二）

於第二章所述政府採購協定的發展歷史背景可知，基本上政府採購協定談判的過程中，乃是認為 GATT 第三條第八項之定義已足，因此政府採購協定對於何謂「政府採購（government procurement）」並未作定義，但實際運作上，由於各個國家對於哪些實體（entity）的採購屬於政府採購的範圍、以何種方式辦理採購會落入政府採購協定規範範圍等，認定標準不一致，因此導致日後締約國間因為界定不明而起爭議，必須進行爭端解決之情形。

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。

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情形<sup>235</sup>。

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<sup>236</sup>。

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<sup>237</sup>。

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。

### 第一節 協定適用於「任何有關」採購之措施

首先，政府採購協定第一條第一項規定之英文全文如下：

This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice *regarding* any procurement by entities covered by this Agreement, as

<sup>235</sup> 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.

<sup>236</sup> 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.

<sup>237</sup> This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I.

specified in Appendix I.。

### 第一項 何謂「任何有關」

協定第一條第一項條文中所謂任何有關 (regarding) 採購的措施，範圍究竟為何？是否包括政府採購市場的進入的相關措施（例如：透明化問題）？

針對此問題，因為有關「市場進入」並非僅與進入公共市場有關，在此同時，也會直接影響私有市場的進入，因此，與「市場進入」有關的措施，無法被認為應適用政府採購協定，類似此類的貿易障礙應該在多邊規則下解決。再者，此類有關市場進入的問題，依據政府採購協定第三條第三項規定「除本協定適用範圍內關於政府採購之一切法律、規章、程序及實務之外，上述第一項及第二項之規定不適用於任何對進口或與進口有關所課徵之關稅或稅費、課徵上述關稅與稅費之方法，其他進口規定及手續及影響服務貿易之措施。」所以，這類市場進入的問題，不應適用政府採購協定，而應適用GATT或其他多邊協定。不過，這樣解釋下來，有關政府採購市場的進入問題<sup>238</sup>，仍然無法在政府採購協定架構下解決，顯然要在WTO架構下不論多邊或複邊，要達成有關政府採購市場進入的談判似乎遙遙無期。

### 第二項 比利時家庭補貼案之分析

#### 第一款 程序部分

比利時家庭補貼案(the Belgian Family Allowances case<sup>239</sup>)之爭端發生於一九五二年即 GATT 時代，是時尚未通過政府採購協定，因此本案雖涉及政府採購措施，然卻必須適用 GATT1947。本案專家小組的報告於一九五二年十一月七日經「締約成員全體」通過。

<sup>238</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 104-105.

<sup>239</sup> Supra note 18.

## 第二款 實體部分

### 第一目 背景事實

在比利時家庭補貼案中，比利時針對政府機關購買的產品徵收一項特別費用，但如果該產品的生產國實行了與比利時相同的家庭補貼計劃則可以免徵該項費用。此項引起爭議的稅收涉及一國政府內國之補貼管理政策，然而，案件的判決除了與政府採購措施有關外，也談及了不同環境條件下生產的同類產品(like products)議題。

比利時針對家庭補貼的法律溯源於一九三〇年，而該法案目前仍隨著一九三九年十二月十九日頒布的皇家法令(a Royal Decree of 19 December 1939)<sup>240</sup>而有效，另外，於一九五一年尚頒佈有修正徵收費率的除外條款。

### 第二目 爭端解決小組之見解與結論

比利時的相關措施，乃實施一項針對由「政府機關採購外國產品時」所徵收的費用，其徵收的條件乃：如果該項採購產品的原產國制度沒有符合比利時所通行的家庭補貼要求時就必須徵收費用，反之則免。挪威與丹麥則針對該法案提出控訴。

專家小組在檢視比利時該項徵收費用的條款後表示：比利時所徵收的該項7.5%費用，是只針對政府機關為了其使用的目的而採購產品時所徵收，並非於產品進口時徵收該項費用，換言之，徵收的時點是在政府機關支付採購金額時徵收，在這種情形下，顯然地，該項徵收應被認為屬於內國的費用("internal charge")，而符合GATT第三條第二項有關內地稅與規費的<sup>241</sup>定義，而非GATT第二

<sup>240</sup> 比利時是聯邦制國家。根據比利時憲法第1條的規定，它由3個共同體和3個區域組成。比利時聯邦法律叫法律(act)。比利時大多數法制由共同體和區域制定，叫法令(decree)或條例(ordinances)。

<sup>241</sup> 第三條第二項規定：任一締約方於輸入其他締約方之產品時，不應對其直接或間接課徵超過對本國生產之同類產品所直接或間接課徵之國內稅及任何種類之規費，各締約方亦不得以有違本條第一項規定之方式，另行對輸入產品或本國之產品課徵國內稅或其他規費。英文全文為："The

條第二項針對進口時徵收稅捐的規範<sup>242</sup>範圍。

另外，本案小組還依據GATT第一條最惠國待遇原則的第一項規定：「任一締約方對來自或輸往任一其他國家之任一產品所給予之任何利益、優惠、特權或豁免，應即無條件給予來自或輸往其他所有締約國之同類產品(the like product)」，認為比利時該項家庭補貼法案卻僅授權免除當政府機關採購一項源自於盧森堡、荷蘭、法國、義大利、瑞典、英國所生產的產品的費用徵收；而對挪威與丹麥因制度沒有符合比利時所施行的家庭補貼規定，所以在政府機關採購原產國為挪威、丹麥等國之產品時就必須徵收7.5%的費用。是以，小組依據GATT第二十六條規定，認為比利時該項免除費用徵收的規定，也必須無條件給予全體會員國，比利時法制應在「針對有實施家庭補貼制度的國家與沒有實施或實施不同制度的國家間所造成的歧視」此範圍內修正。

至於本案涉及政府採購措施部分，雖然 GATT1947 第三條規範有關國民待遇之本國稅與法規，惟同條第八項第一款規定「本條規定不適用於規範政府機構採購供政府公用、非商業轉售及非供商業銷售之生產之有關法律、規章及規定。」由字面文義解釋，當然國民待遇原則不適用於規範政府機構採購供政府公用、非轉售銷售生產之有關法規。然本案專家小組就此部分的解釋卻認為：因為 GATT1947 第三條第八項條文僅規範「法律、規章及規定」，而不及於「內國稅」與「內國費用」，是以，本件比利時針對政府機關購買的產品徵收特別費用，因此，

products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.”

<sup>242</sup> GATT 第二條第二項規定：本條所規定並不限制任一締約方對任何輸入產品隨時徵收下列費用：(a)依本協定第三條第二項之規定對本國同類產品或對輸入產品之部份或全部原料所徵國內稅等值之費用。(b)依本協定第六條規定所課徵之反傾銷稅及平衡稅。(c)相當於提供服務成本之規費或其他費用。英文全文為：”Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product: (a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part; (b) any anti-dumping or countervailing duty applied consistently with the provisions of Article VI; (c) fees or other charges commensurate with the cost of services rendered.”

是屬於內國稅與費用徵收問題。

至於 GATT1947 第十七條規範國營貿易事業，於同條第二項規定「前款規定應理解為要求各該事業在作任何購買或銷售時，除應注意本協定之其他規定外，應僅以商業上之考量(包括價格、品質、貨源可取得性、市場推廣性、運輸以及其他買賣之條件)，並應依照商業慣例提供其他締約方事業競逐參加此種買賣交易之適當機會。」的例外情形，本案專家小組也認為僅是針對該條第一項所指原則所設而已，這種採購的義務符合商業考慮，也不會擴張及於適用第三條的情形。

是以本案小組認為不論適用 GATT1947 哪項條款，比利時該項徵收內國費用的法案，都會因為 GATT 第一條下的最惠國待遇義務而受有影響。總結之，小組認為，要在全體締約國間達到相同的標準(適用相同的標準)雖然不易，但另一方面，比利時所實施的家庭補貼法案也不符合 GATT1947 第一條、第三條第二項的規定。

本件小組結論乃比利時所實施之家庭補貼法案，該項於政府機關支付採購金時徵收之費用被認為屬於內國的費用("internal charge")，而符合 GATT 第三條第二項規範情形，因此，比利時僅授權免除盧森堡等國所生產的產品的費用徵收，未無條件給予全體會員國，造成歧視，不符合 GATT 第一條最惠國待遇規定。



### 第三款 案件分析

本案專家小組對 GATT 第一條最惠國待遇原則的適用範圍，顯然做出了非常廣義的解釋，強調基於不同國家的生產條件下生產的同類產品，縱使在內國費用徵收階段，也不應受到國內管理的歧視<sup>243</sup>。本案這部分見解，常被學者引證作為為

<sup>243</sup> 本案常常遭環保團體或有關環境保護的學術報告引用，常佐以 United States--Restrictions on Imports of Tuna 案件並加以批評，因為適用本案結果，最惠國待遇原則適用範圍極大，因為不必考慮同類產品背後的製程條件，所以倘一國因防治污染實施特定的環保措施，對不同製成的外國產品予以不同的費用徵收，即會造成歧視，違反 GATT 第一條規定，這種解釋對環境保護而言無非是一項強烈的打擊。George William Mugwanya. "Global Free Trade Vis-a-Vis Environmental Regulation and Sustainable Development: Reinvigorating Efforts Towards a More Integrated Approach", Journal of Environmental Law and Litigation, 14, pp433, 1999. ; Thomas J. Schoenbaum. Trade And Environment: Free International Trade And Protection Of The Environment: Irreconcilable Conflict? The American Society of International Law Newsletter, 86, pp700, October, 1992. 。 Thomas J. Schoenbaum. "International Trade And Protection Of The Environment: The Continuing Search For Reconciliation", The American Journal

自由貿易與環境保護衝突、或自由貿易弱化環境保護的參考，惟應指明的是，本案小組純粹就雙方爭點進行探討，本案並未就相關措施是否符合GATT第二十條的例外事項進行討論，此點乃應加以注意<sup>244</sup>。

另外，本案特殊的是，認為比利時家庭補貼法案此種針對由政府機關採購外國產品時的費用徵收，如果該項採購產品的原產國制度沒有符合比利時所施行的家庭補貼要求時就必須徵收費用，這類措施因為GATT第三條第八款條文僅表示適用於「法律、規章及規定」而不及於「內國稅」與「內國費用」，所以，不適用GATT第三條第八項規定的看法。本案此部分見解不論從字意來看或者從後期的發展來觀察，顯然是有問題的，例如，第一，當時專家解決小組沒有實際探討比利時實施該項徵收費用的措施事實上其依據是否根據法律、法令或者是規則而來？僅從徵收的結果是屬於「內國費用」的性質<sup>245</sup>加以探討，這部分的見解，顯然是有問題的，畢竟該項於政府機關支付採購金時徵收之費用，亦是根據比利時皇家法令而來，乃有關規範政府機構為政府目之採購之相關法規，理論上似應符合GATT第三條第八項a款<sup>246</sup>之除外規定，亦即，仍屬於政府採購事項而無須遵守GATT第三條國民待遇原則；第二，依據目前有效的政府採購協定，比利時的該項措施顯然屬於政府採購協定第一條「任何有關政府採購的(regarding any procurement)」規範範疇，亦即目前，政府採購協定締約國間如發生相同的爭議，理應適用政府採購協定加以解決；第三，本案發生在GATT時代，是時尚無政府採購協定，因此，自從一九八一年一月一日東京回合政府採購協定生效之後，與本案極為相似之VAT與門檻金額採購案專家小組之見解，顯與本案不同，此點在研究有關政府採購案件時乃須加以注意<sup>247</sup>。

---

International Law,91,pp290, April, 1997.

<sup>244</sup> Jochem Wiers, Trade and Environment in the EC and the WTO - A legal analysis, Paperback edition, Europa Law Publishing, 2003, pp294. Chantal Thomas. "Should the World Trade Organization Incorporate Labor and Environmental Standards?", Washington & Lee Law Review, 61, pp369, Winter, 2004.

<sup>245</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 105.

<sup>246</sup> GATT 第三條第八項 a 款規定「本條規定不適用於規範政府機構為政府目的之用、而且非為商業轉售或為使用於供商業銷售之用之生產之有關法律、規章及規定」。

<sup>247</sup> 另外，倘非政府採購協定締約國間，抑或政府採購協定締約國與非協定締約國間，是否可依循本案的解釋，限縮 GATT 第三條第八項適用範圍，擴張對 GATT 第一條的範圍的解釋，而加以適用？本文認為，這部分對我國目前同意簽署政府採購協定卻遲遲未簽署而遭指摘違反入會承諾之尷尬處境而言，就有關政府採購紛爭對手國有無可能不適用政府採購協定而直接依據 GATT 擴大第一條之解釋範圍而提出控訴，即須加以注意。

## 第二節 法律、規章、程序或實務

### 第一項 何謂「法律、規章、程序與實務」

政府採購協定第一條所謂：「法律、規章、程序或實務。」因為已經明文及於「程序 (procedure)」「實務 (practice)」，是以，解釋上自然包括任何得以規範採購機關行為的法律、規章、程序與措施，更不必以該項措施是基於正式頒布的文件為前提方得加以適用。不過，也由於此種廣泛的規定，因此學者有認為適用結果也有可能將非典型的私人採購涵攝入政府採購協定規範的範疇，例如第四章所述之美國聲納繪圖系統採購案即是，此外，就爭端解決案件與採購程序直接有關者，乃挪威特隆赫姆市收費系統採購案 (Norway - Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim<sup>248</sup>)，本案主要爭點在於挪威承諾的採購機關於採購案沒有於招標程序中採用公開招標程序，是否違反協定。

### 第二項 挪威特隆赫姆市收費系統採購案

#### 第一款 程序部分

本案爭端乃於一九九一年產生，是時適用東京回合修正版政府採購協定（本案部分，以下均稱為「修正版協定」）。此案專家小組於一九九一年九月二十三日成立，於一九九二年四月二十八日做出專家小組報告，政府採購委員會則於一九九二年五月十三日通過小組報告。

<sup>248</sup> Supra note 21.

## 第二款 實體部分

### 第一目 背景事實

在一九九一年三月，挪威的公路局公路發展處（the Norwegian Public Roads Administration），將挪威中部的特隆赫姆(Trondheim)周遭一個收費系統設備的政府採購案，與挪威一家公司採用獨家議價程序進行。本案重要爭點在於挪威採用的獨家議價（單一投標者）程序，是否符合東京回合政府採購協定第五條第十六項(e)款規定。

### 第二目 主要爭點

依據東京回合修正版政府採購協定規定原則上應採行公開招標程序或選擇性招標程序，如果要採行獨家議價程序，就必須探討是否符合當時協定第五條第十六項（e）款的規定。相關規定如下<sup>249</sup>：

協定第五條第十六項本文規定：

「上述第 1 項至第 15 項關於公開和選擇性投標程序的規定不一定適用下述情況，條件是不用獨家議價來最大限度地避免競爭，或者作為在外國供應者間進行歧視的手段，或作為保護國內生產者的手段」：

協定第五條第十六項(e)款則規定：

「當一實體為進行研究、實驗或初步研製等目的而購買的原型或首件產品時。而這些產品是應實體請求在某一契約期內某一契約而生產出來的時候。當此種契約已履行完畢，續購產品應按本條第 1 項至第 15 項規定辦理。」

<sup>249</sup> Article V:16 reads as follows: "The provisions of paragraphs 1-15 above governing open and selective tendering procedures need not apply in the following conditions, provided that single tendering is not used with a view to avoiding maximum possible competition or in a manner which would constitute a means of discrimination among foreign suppliers or protection to domestic producers: .....(e) when an entity procures prototypes or a first product which are developed at its request in the course of, and for, a particular contract for research, experiment, study or original development. When such contracts have been fulfilled, subsequent procurements of products shall be subject to paragraphs 1-15 of this Article.



協定第五條第十六項 (e)款尚有「註釋」，「註釋」之規定如下：<sup>250</sup>：

「首件產品的初步研製包括小批生產，以便結合實地實驗的結果，證明該產品適合大量生產，且達到了可接受的質量標準。這一點並不適用於為建立商業可行性或為了賺回研究和發展費而進行的大量生產。」

本案美國主張分點分述如下：

- 1、挪威就本案收費系統設備的政府採購案，除不應採用獨家議價程序進行外，所採行的獨家議價程序也不符合當時修正版協定第五條第十六項之例外規定。本案不能主張修正版協定第五條第十六項 (e)款的規定，因為本件系爭採購合約的目的顯非為了研究與發展，而是為了採購收費設備而直接要求研發以生產這些產品；換言之，「整個」合約的目的均是為了採購產品，而非為了研發，所以應受協定規範。不過美國同意這些所生產產品依據其特性可被認為是協定第五條第十六項 (e)款註釋所指原型。
- 2、另外，本案挪威在採購的過程中，也沒有遵守修正版協定第二條第一項的「不歧視原則」的規定。
- 3、再者，挪威也不符合修正版協定第四條規定，而將技術要求特殊化。

挪威答辯則為：第一，本件系爭採購合約的目的乃為了研究與發展(下稱研發)，此外，也由於考慮到合約的一部分乃為採購該研發所產生的「原型」所致，所以，在此種情形下，採行獨家議價程序仍符合修正版協定第五條第十六項 (e)款規定。第二，再者，這情形也符合協定第五條第十六項 (e)款註釋中有關採購原型的的要求。第三，挪威另外強調其是因為財政關係，極需要一個一貫化操作的收費系統的快速的建立。

---

<sup>250</sup> "Original development of a first product may include limited production in order to incorporate the results of field testing and to demonstrate that the product is suitable for production in quantity to acceptable quality standards. It does not extend to quantity production to establish commercial viability or to recover research and development costs."

### 第三目 爭端解決小組之見解與結論

#### 壹 協定適用範圍

專家小組認為在審查兩造法律爭點前首先仍必須先探討協定適用之範圍。首先，本件挪威的公路局公路發展處，屬於挪威簽署政府採購協定的承諾機關；再者，而本件系爭採購契約價值也超過門檻金額，最後，至少兩方爭執之中仍有一個共識，也就是就整體合約的一部分，已經超過修正版協定第一條第一項(b)款的門檻金額，而落入協定適用之範圍。

最後，雙方均為政府採購協定締約國，就挪威「公路局公路發展處」此一承諾機關，究系爭採購案所採行的「程序」，乃採用獨家議價程序，即符合協定第一條第一項所謂有關本協定附錄一列機關之採購之程序的規定，自應適用政府採購協定。



#### 貳 主要法律爭執

本案小組發現就本案系爭政府採購合約，乃採行獨家議價程序部分，美國與挪威雙方就這點並無爭執，雙方僅就挪威採行獨家議價程序是否有符合協定規範一點發生爭執，因此，就必須探討本案挪威採行獨家議價程序是否符合東京回合政府採購協定修正版第五條第十六項 (e) 款的規定。

首先，小組認為修正版協定第五條第十六項應被認為是第五條第一項的例外規定，亦即原則上政府採購程序應採行公開招標或選擇性招標，只有例外的情形下可採取獨家議價。也因為協定第五條第十六項是屬於例外性規定，因此，應該採取狹義解釋。適用在本案的結果，因為挪威主張本案適用協定第五條第十六項，所以也應該採取狹義解釋。

第二，針對修正版協定第五條第十六項 (e) 款的解釋，雙方各有不同的解讀。

美國認為：法條用語既然為「為研究或原始發展之契約 (contract for research ... or original development)」，所以該款所指，應僅限於採購契約目的是採購「研發結果」之情形，也因此，如果大量研發的目的是為了製造某項產品，也就不符合此項解釋標準。

挪威看法則為：這個用語意味著在合約下只要其基本任務是「研究和/或者發

展」的行為也就符合條文的規定，依據此種解釋的結果，也就不需要將解釋限制在採購的目的是為了取得該項研發結果之情形。

對上開解釋上的差異，專家小組認為，"research, experiment, study or original development" 這樣的用語，所以最終問題出在何謂「研發」上面。雖然條文用語也有"prototypes or a first product"，事實上，也僅只一種"prototypes"，因此本案小組將審查本案的重點限縮在「研發」這部分解釋上，認為解釋 "contract for research ... or original development" 必須從採購機關對研發的採購合約目的的角度來作分析。本案挪威的公路局公路發展處在採購本項原型時，以一個特殊的合約從事研發，而該原型在合約期間就已經發展出來了。小組認為，採購的實務運作，不必然必須透過供給者直接製造以便取得商品和服務，協定處理的是供應商的產出以及是否為採購機關的採購行為，不必考慮採購前階段的財政、以及是否有採購必要性等因素。不過小組強調就本案並非建議如果要取得「研發結果」，必須透過一個明顯制式的合約，例如，科學文件 (scientific papers) 等；然而，要採購研發結果，卻也必須至少要有購買原型的形式，以便讓採購機關有學習、實驗的機會，也讓研發結果得以更加實用，這點從協定第五條第十六項(e)款的註釋就可以瞭解。反之，協定第五條第十六項(e)款所謂「原型」的要件，必須是契約是為了研發，法條用語為 "in the course of, and for, a particular contract for research ... or original development"，是以，產品之所以被認為是原型，乃是指其主要目的是讓採購機關在研發合約下獲得試驗和更深入的知識。

綜上述，由於東京回合修正版政府採購協定第五條第十六項(e)款乃例外規定，必須採取狹義解釋，因此，挪威必須舉證證明（一）系爭採購合約的主要目的是為了取得 Micro Design 的研發結果；（二）採購契約下的原型（設備）用途已經被試驗，而且還透過研發提供更進一步（深入）的智識。然而，小組發現，挪威並未舉證證明上開二者，因此，挪威不符合上開（一）協定第五條第十六項(e)款適用的要件，所以小組決定也不再進一步考慮第（二）點該項收費系統是否有必要進一步測試以符合契約條件，也不再進一步討論「初始發展（original development）」的要件，美國希望進一步檢視挪威有無符合該款註釋規定，這個部分小組也就認無需要再探討。

小組另外指出，其不希望採購機關是否擁有所有權這項的特性，具有最終決定性的作用，但本案挪威特隆赫姆的採購機關就收費系統保留有作為己用的權

利，且免費使用合約發展所得的知識，而修正版協定第五條第十六項(e)款的重點在於採購機關是否有採購「研發結果」，而非在於採購機關是否取得獨家的權利，因此這點上也可證明挪威採購目的非意在取得研發結果，反而是為了採購收費系統。

再者，挪威沒有合理的原因就與挪威籍公司採取獨家議價程序，也違反修正版協定第二條一項的不歧視原則。此外，美國雖進一步認為挪威也違反第四條第四項規定，不過小組不採此部分見解。

在履行這議題方面，美國希望專家小組建議挪威在本項採購案中挪威能夠在實踐上採行符合協定的必要措施 (Norway take the necessary measures to bring its practices into compliance with the Agreement with regard to the Trondheim procurement)，小組就此表示其注意到美國的這項要求從未曾有過，而且此項建議唯一的達成方法只有宣告系爭採購合約無效一途，但小組不認為作此項建議適宜，這在 GATT 爭端解決的慣例上不僅前所未見，也未明文於協定中，何況這樣的作法不但浪費資源，而且可能損及第三者的利益<sup>251</sup>。

雖然美國又進一步表示，因為必須考慮到美國公司就此項採購機會的喪失，所以才要求挪威要與其諮商，看是否能得一個令雙方滿意的解決方式；挪威對美國此項提議則加以拒絕，挪威指出美國此項建議已經超過協定賦予小組的任務範圍了。小組對美國上開提出諮商的要求則認為：美國雖然在「用詞上」表明其並非要求小組為「過去談判損失」作補償談判的要求，然小組仍認為美國此項要求「實質上」仍是要求小組作出要求挪威與美國諮商的建議，蓋因 1. 美國用語為「機會的喪失」，當然就必須提到是過去的機會的喪失，並且考慮可能的治癒行動，2. 於是這也就涉及撤回承諾的要求，因此，美國提出的建議，事實上還是要挪威提供補償。雖然美國再次明示這不是補償，不過此舉小組在其報告中指出美國此項表示實在「令小組感到困惑」。

在 DSU 適用上，當小組發現案件中有不符合協定的情形時，通常乃是作出終止該項措施的建議，或者建議一個符合的時間表；但本案小組發現政府採購協定與 GATT 的爭端解決程序仍有所不同，小組表示本案乃 GATT 首次處理到競標機會

<sup>251</sup> 這部分應注意的是：現行政府採購協定一如 DSU 就締約國拒絕履行或改進相關措施時，究竟能否要求補償部分繼續保持沉默，而本案專家小組直接拒絕宣告契約無效，更能看出小組當時抱持著較為保守的態度。

的喪失「the opportunity to bid」，而非處理貿易流量問題，小組發現這種情形唯獨發生於政府採購協定，就此小組也明白指出對勝訴方而言確實沒有顯著的實益。最後小組仍僅建議挪威政府應確保其承諾之採購機關於辦理採購時應遵循小組裁決。

### 參 結論

挪威的公路局公路發展處，將挪威中部的特隆赫姆(Trondheim)周遭一個收費系統設備的政府採購案，與挪威籍公司採用獨家議價程序進行，不符合協定第五條第十六項(e)款的規定；因此違反協定第二條一項之不歧視原則。

### 第三款 案件分析

本案雖然適用者乃東京修正版政府採購協定，惟該規定與現行政府採購協定第十五條(e)款<sup>252</sup>規定相仿，是以，如遇有採行限制性招標情形，應注意本案小組的見解，除爭端解決小組一貫認為例外規定應採取狹義解釋外，且主張者應負擔舉證責任外，如欲主張現行政府採購協定第十五條(e)款，尚應進一步舉證證明(1)採購目的是為了取得研究發展之結果，(2)要有測試原型(設備之用途)之行為。惟一旦負擔舉證責任，又有容易遭致敗訴的危險。

另外，主張為研究發展之目的採行限制性招標程序者，由本案觀察，雖不以一定型式之合約為要件，然依據本案小組見解仍應注意契約形式，換言之，至少合約中要有採購原型或首件產品的形式。且雖本案適用者乃東京修正版之政府採購協定，不過依據現行採購協定條文內容觀察，並無排除者，是以小組見解仍應適用於產品、服務與工程服務之採購程序中；又現行條文所稱以研究發展、實驗、探索或原創性之發展，依據小組見解指以契約要求廠商進行研究發展、實驗或開

<sup>252</sup> 15 項(e)款規定：當一機關因委託他人進行研究、實驗、探索或原創性之發展，而購買依該特定契約所發展之原型或初次製造之貨品或服務。但於該契約履行完畢後，再採購該類貨品或服務時，則應依第七條至第十四條之規定辦理。英文全文為：(e) when an entity procures prototypes or a first product or service which are developed at its request in the course of, and for, a particular contract for research, experiment, study or original development. When such contracts have been fulfilled, subsequent procurements of products or services shall be subject to Articles VII through XIV ;

發，以獲得原型或首次製造、供應之標的，並得包括測試品質或功能所為之限量生產或供應。此外現行第十五條第一項 e 款註釋中已經明訂：「初次製造貨品之原創性發展，得包括限量生產或供應，以便獲得實地測試之結果，並展示該貨品或服務達到品質要求標準，可以進入大量生產或供應階段，但不包括為建立商業生存力或回收研發成本之大量生產或供應<sup>253</sup>。」此部分政府機關從事研究發展計畫之採購時，即不得不謹慎處理。

再者，我國附錄一附件四之附註第四點部分，已經將專門從事「研究與發展」的服務列為我國的保留部分，亦即專門的研發服務可得不適用政府採購協定，因此除非採購機關之採購契約中包含有「研發服務」與採購研發結果的原型（產品）而生有是否應適用現行政府採購協定第十五條(e)款之必要外，否則我國承諾之採購機關縱使遇有「研發服務」此等勞務採購且契約價值高於門檻金額時政府，亦得不適用政府採購協定。

末按，本案在歷史上的貢獻應該是讓專家小組驚覺其處理違反政府採購協定議題，如何處理「採購機會喪失」議題，舊版的東京回合政府採購協定在這方面的處理存在者法律漏洞，藉由本案，新版之政府採購協定，專家小組已經可以依據第二十二條第三項就爭端事項提出建議或做出裁決，監視裁決及建議之實施及授權終止本協定下之減讓及其他義務之中止，或於違反本協定之措施不可能撤銷時，授權就救濟措施進行諮商。

### 第三節 協定適用之採購客體

政府採購協定規範之採購客體( Types of procurements covered by the GPA ) 規範在協定第一條第二項，可分類為產品與服務二類。

第一，產品( Goods)：對於產品之適用範圍，乃除外項目以及特別以負面表列方式列出之不適用者，例如，我國於附錄一附件三之附註中即有表示我國承諾

<sup>253</sup> 英文全文為：”Original development of a first product or services may include limited production or supply in order to incorporate the results of field testing and to demonstrate that the product or service is suitable for production or supply in quantity to acceptable quality standards. It does not extend to quantity production or supply to establish commercial viability or to recover research and development costs.”

機關中央造幣廠有關印鈔機之採購即不適用協定，總附註第五條規定不開放土地建物等不動產與相關附屬權利之採購等即是。其他產品採購原則上均必須加以開放。

第二，服務( Services, including construction services)：可以再行區分為「服務」與「工程服務」。

一般服務：此部分乃是由各國分別列明開放之服務項目，一般而言也都以正面表列方式為之，列於附件四中，其依據「服務部門別分類清單」(Services Sectoral Classification List, MTN.GNS/W/120)文件所標示的服務項目總表，以十二大類服務項目為參考基礎<sup>254</sup>，再將談判後不需列入的部分刪除；惟美國則以負面表列方式於附件四列出不適用之服務類型範圍，例如全部之運輸服務、研究與發展以及提供駐外軍力之服務等<sup>255</sup>。

工程服務：政府採購協定第一條第一項註釋明文「附件五列舉適用本協定之工程服務」，各簽署國對於工程案件之適用範圍，一致依據聯合國中央貨品分類第五十一章所標示之土木、建築工程為準。

因此，可知協定之適用，不及於單純採購權利之情形，例如採購商標權等智慧財產權、質權等；也因此有學者認為<sup>256</sup>如何把政府採購的適用範圍擴及於智慧財產權本身，並就納入智慧財產權與政府採購相關法律問題的探討，乃是當務之急。

<sup>254</sup> MTN/GNS/W/120 指 WTO 秘書處依據聯合國中央分類標準表 (CPC)，將服務行業分為「1. 商業服務業 2. 金融服務業 3. 通訊服務業 4. 健康及社會服務業 5. 營造及相關工程服務業 6. 旅遊服務業 7. 行銷服務業 8. 運動、文化及娛樂服務業 9. 通訊服務業教育服務業 10. 運輸服務業 11. 環境服務業 12. 其他服務業」等十二大類，其中涵蓋約一五五個次行業別。資料來源：公共工程委員會網站 <http://www.pcc.gov.tw>

<sup>255</sup> 美國之負面表列如次：①- all transportation services, including launching services; ②- dredging; ③- all services purchased in support of military forces located overseas; ④- management and operation contracts of certain government or privately-owned facilities used for government purposes, including federally-funded research and development centers; ⑤- public utilities services, including telecommunications and computer-related telecommunications services except enhanced (i.e., value added) telecommunications services; ⑥- research and development; and ⑦- printing services (for sub-central entities). Christopher F. Corr, Kristina Zissis. *supra* note 66, at 337.

<sup>256</sup> 肖北庚，前揭註 68，62 頁。

## 第四節 協定適用之採購金額

### 第一項 門檻金額

政府採購協定並非適用在每項政府機關所辦理之採購案，而是必須再審查該採購案件之契約價值，依據政府採購協定第一條第四項規定：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<sup>257</sup>。因此，原則上契約價值等於或超過門檻金額（Thresholds）時，就有政府採購協定之適用。而門檻金額之計算乃是於一九九六年二月二十七日的政府採購委員會會議中議定 “Modalities for Notifying Threshold Figures in National Currencies” 以各國商定的計算方式為準<sup>258</sup>。

### 第二項 契約價值之作用

就「契約價值」的定義，政府採購協定一如往常仍缺乏定義性質的規範，因此於一九八六年 EEC 與美國就 VAT 的計算發生爭執時，專家小組方於其專家小組報告 (*Panel on Value Added Tax and Threshold*) 案中<sup>259</sup>說明，小組認為「契約價值」乃採購機關考慮全部影響財務的條件後所決定支付之全部成本，且契約價值的作用乃用以決定一項採購契約是否高於或低於政府採購協定門檻金額之依據，換言之，用以計算是否適用政府採購協定。

政府採購協定第一條第四項先規定適用之契約價值必須不低於附錄一所列之

<sup>257</sup> *Id.* para.4: This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I.

<sup>258</sup> 此乃是以國際貨幣基金(IMF)制定之帳面幣值單位為基準(IMF's accounting unit of Special Drawing Rights (SDRs))。不過各國在內國執行時均會換算為各自之本國貨幣，並通知 WTO 政府採購委員會，換算後以本國貨幣表示之門檻金額，各國同意每兩年檢討一次。

<sup>259</sup> EEC-VAT, *supra* note 19, para.19.” The Panel noted that the case before it dealt with the value of contracts as estimated for the purpose of determining whether a procurement contract would fall above or below the threshold of the Agreement on Government Procurement or, in other words, whether a contract was to be advertised and subsequently awarded under the terms of the Agreement.”



門檻金額之採購，而此項所為之契約價值之估算方式，則規定在政府採購協定第二條。

### 第三項 締約國間的門檻金額

一般而言門檻金額如下：

中央機關(Central government entities)：

- 1、 辦理之產品與服務採購案乃為十三萬元之特別提款權(130,000 SDRs)。
- 2、 辦理之工程案件乃為五百萬元之特別提款權(5 million SDRs)。而以色列辦理之工程案件乃為八百五十萬元之特別提款權；日本則辦理之工程案件乃為四百五十萬元之特別提款權。

中央機關以下之次級政府機關(Sub-central government entities)

- 1、 產品與服務採購案乃為二十萬元之特別提款權(200,000 SDRs)。
  - 甲、不過美國與加拿大則適用三十五萬五千元之特別提款權(355,000 SDR)；而以色列乃適用二十五萬元之特別提款權。
  - 乙、另外由於香港與新加坡並無所謂的中央機關以下之次級政府機關，因此，此部分並無門檻金額的資料。
- 2、 辦理之工程案件乃為五百萬元之特別提款權(5 million SDRs)。
  - 甲、此部分日本與南韓適用一千五百萬之特別提款權(15 million SDRs)。
  - 乙、以色列辦理之工程案件乃為八百五十萬元之特別提款權。
  - 丙、香港與新加坡並無此部分門檻金額的資料。

其他機關(一般為國營企業 Government-owned enterprises)

- 1、此部分其他機關之產品與服務採購案乃為四十萬元之特別提款權(400,000 SDRs)。
  - 甲、不過美國針對由聯邦所轄之企業產品與服務採購則適用二十五萬元之特別提款權。
  - 乙、加拿大與以色列產品與服務採購則適用三十五萬五千元之特別提款權。

丙、日本產品與服務採購則適用較低之十三萬元之特別提款權。

丁、韓國：

- i. 產品採購：則適用較高之四十五萬元之特別提款權。
- ii. 服務採購：則無此項門檻金額的資料。

2、辦理之工程案件乃為五百萬元之特別提款權(5 million SDRs)。

甲、此部分日本與南韓適用一千五百萬之特別提款權(15 million SDRs)<sup>260</sup>。

乙、以色列辦理之工程案件乃為八百五十萬元之特別提款權。

在中央機關部分，各締約國的門檻金額較趨於一致，而以下中央機關以‘下之次級機關及其他機關各締約國的門檻金額就較為不同；甚至，為因應各國就門檻金額不一之情形，還有一些締約國發展出所謂「互惠原則」之適用，例如歐盟(EU)在對日本、韓國與 Israel 時即以互惠為條件適用較高的門檻金額，因此這種情形下跨國公司在提供服務或產品並且打算參與上開國家的採購案時，就不得不特別注意。

#### 第四項 契約價值之估算方法

政府採購協定第二條，則就契約價值之估算明訂有計算方法，方法如下：

- 一、應將各種形式之報酬計算在內：包括任何溢價 (premiums)、費用 (fees)、傭金 (commissions)<sup>261</sup>及應收利息 (interest receivable) 均計算之。
- 二、選擇估算之方法，不得用來規避協定之適用。例如，不得分割採購案，以迴避協定之適用。
- 三、遇到單一採購卻需要以數個契約決標，或就單一需求之個別部分需要以數個契約決標，則估算之方式如下：
  - a、依據前一會計年度或前十二個月內所訂定之類似重複性契約之實際價值計算。若有可能，並將之依照其後十二個月內預期之數量與價值之變更予以調整；或

<sup>260</sup> Jean Heilman Grier, "Japan's Implementation Of The WTO Agreement On Government Procurement ", *Journal of International Law & Business* , 17, pp.610, Summer, 1996.

<sup>261</sup> 原本實際執行時，一締約國供應商要知道另一締約國採購機關所支出的所有費用原本就相當困難，何況傭金之支付通常秘密為之，所以協定雖明文應將傭金計算在內，然實際執行時卻難以做到。

b、依據首次契約之後之會計年度，或依據首次契約後之十二個月內，所有之重複性契約之估定價值。

須注意的是，這種單一採購卻需要以數個契約決標的情形，並非刻意將一個採購需求加以分割以避免協定之適用，此類採購為協定所允許。例如，締約國認為將採購需求分割後，可以增加市場吸引力，鼓勵小型或中型供應商參與投資。遇有此種採購案，就可以依據協定第二條第四項估算契約價值。

四、就以租賃或租購方式採購貨品或服務之契約，或未列明總價之契約，其估算之方法為：

a、若為定期契約（固定期限），且其有效期間為十二個月或十二個月以下時，應按契約期限內之總契約價值計算；若有效期間超過十二個月時，則按總金額加估計之殘值計算（契約價值）；

b、若為不定期契約（未定期限），則以每月分期金額乘以四十八計算（契約價值）。若有任何疑義時，則使用上述第(b)款之計算方式。

五、若預定之採購案明文規定需要定入選擇權條款之情形，其估算時，應按其所包括選擇性採購在內之最大准許採購價值估算之。

#### 第五項 契約價值之估算日期

由於契約價值的估算日不同，會影響到價值的高低，因此政府採購協定於附註二規定，要在協定第九條「發布公告」時為準，以公告時估算契約金額等於或高於門檻金額。

#### 第六項 VAT 與門檻金額計算案

就契約價值之計算，美國與歐洲經濟共同體<sup>262</sup>(EEC)曾經發生 VAT 與門檻金額之計算案件 (Panel on Value Added Tax and Threshold)<sup>263</sup>。

<sup>262</sup> 二次世界大戰結束之後，西歐國家為了促進經濟和社會的進步，1951年成立歐洲煤鋼共同體 (ECSC) 是歐洲區域經濟整合的開端，之後西歐六國簽定「羅馬條約」(Treaty of Rome) 於1958年正式成立歐洲經濟共同體 (EEC)。EEC 於1987年7月1日通過單一歐洲法案 (Single European Act, SEA)，希望自1993年起成爲單一市場，廢除所有貿易障礙，而 EEC 於1991年通過「馬斯垂克條約」(Maastricht Treaty) 更進一步的催生了歐洲聯盟，簡稱歐盟 (European Union, EU) 的產生。

## 第一款程序部分

緣依據歐洲經濟共同體（以下簡稱 EEC）的指令，判斷採購的契約價值是否超過政府採購協定的門檻金額時，應先扣除附加稅（Value Added Tax，以下簡稱 VAT）<sup>264</sup>因此就會影響門檻金額之高低；美國就此提出質疑，認為 EEC 採取先扣除 VAT 的方式計算契約價值，乃為了逃避東京回合的政府採購協定，因此，美國將如何處理與門檻金額計算有關的稅制問題，旋即在一九八一年一月一日東京回合政府採購協定生效後，在同年一月政府採購委員會的第一次會議中提出，於同年十月依據東京回合政府採購協定第七條第五項要求與 EEC 諮商，惟無法獲致結論，因此美國於一九八三年二月，依據東京回合政府採購協定第七條第七項要求成立專家小組，而專家小組於一九八四年五月十六日作出 Panel on Value Added Tax and Threshold 案的報告，並經政府採購委員會加以通過。這在歷史背景上，是 GATT 有政府採購協定以來第一個有關 GPA 的爭端解決案件。



由於歐洲經濟共同體（EEC）有 VAT 制度，該稅乃某一貨物從原材料階段到消費用的最終產品其價值的增加確定的一種間接稅，乃是由貨物轉賣前增加其價值的人支付，是歐洲經濟共同體根據一九七六年的指令<sup>265</sup>所採用的一種徵稅制度。但是依據歐洲經濟共同體的指令，決定是否適用政府採購協定，判斷採購的契約價值是否超過協定的門檻金額時，應先扣除 VAT 部分，美國就此提出質疑，認為 EEC 採取先扣除 VAT 的方式計算契約價值，乃為了逃避東京回合的政府採購協定。

<sup>263</sup> Report of the Panel adopted by the Committee on Government Procurement on 16 May 1984 (GPR/21 - 31S/247).

<sup>264</sup> 是歐洲國家對貨品和服務所課徵的營業稅。

<sup>265</sup> Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 ; Council Directive 80/767/EEC of 22 July 1980 adapted and supplemented the original Directive 。

## 第二目 主要爭點

美國主要認為：

- 一、EEC 該項規定違反政府採購協定第一條第一項(b)款<sup>266</sup>門檻金額適用之規定。該項 b 款規定為：“provided that the Agreement applied to "any procurement contract of a value of SDR 150,000 or more ...”。
- 二、美國認為採購契約的契約價值之計算，必須將地方稅(local taxes)計算在內。
- 三、而門檻金額的規定乃為了計算契約價值，而且必須一體適用於締約國間。
- 四、況且，協定也沒有明文言及可以扣除的項目，因此，EEC 片面將 VAT 自契約價值中加以扣除，顯有問題。
- 五、再者，從協定談判的角度上來看，也沒有討論到任何可以自契約價值中扣除的項目。更沒有證據顯示在締約國間就此議題已經有一個一致的方式的期待。
- 六、另外美國也進一步假設契約價值計算的目的，乃在於確保買家間的成本相等。所以如果採取 EEC 的看法，則會出現不同的解釋。於是各國間可能會出現扣除或自行調整稅制的計算方式以規避協定之適用。只有統一的計算標準，才符合公平。
- 七、美國指出依據國際法，條約之解釋必須符合文義，另外也必須參酌其目的。因此各締約國信任 EEC 會遵守協定，而無義務檢視 EEC 的指令是否與協定相符。
- 八、美國表示在一九八一年 EEC 就其承諾之採購機關之採購有 49.8% 低於門檻金額，而這些採購案如果不適用 EEC 指令的話，哪麼應有一部分會落入政府採購協定範圍，而必須遵守協定。顯然，這導致了 EEC 相對於其他締約國，適用了更高的門檻金額之結果，這樣對其他締約國顯不公平。

EEC 認為：

- 一、東京回合政府採購協定第一條第一項(b)款沒有言及在計算門檻金額時是否應包括或不包括 VAT。
- 二、更沒有說明門檻金額之適用是否應計算地方稅在內。

<sup>266</sup> 目前規定在新版之政府採購協定第一條第四項，且用語有部分調整。

三、EEC 也指出，況且就 SDR 的計算，依據各國的貨幣金額換算結果也非精確，仍是會影響是否適用政府採購協定之計算。

四、再者，EEC 各國之間就 VAT 的計算不盡相同，因此扣除 VAT 後，契約價值的計算在 EEC 各國間反而較能趨於一致。

因此認為 EEC 各國計算契約價值時扣除 VAT 之計算，不違反政府採購協定。

### 第三目 爭端解決小組之見解與結論

專家小組認為本件爭點主要在於如何解釋政府採購協定第一條第一項(b)款所謂任何契約價值在 15 萬特別提撥款以上之採購("any procurement contract of a value of SDR 150,000 or more ...")之規定。亦即，EEC 在決定採購的契約價值是否超過門檻金額時，扣除 VAT 部分，是否符合該款規定。

小組發現協定第一條第一項(b)款與本協定其他條款，確實均沒有就 VAT 是否包括或不包括在採購契約的價值計算此一議題上有所規定；再就該款談判的立法背景來看，在看待 VAT 計算的問題上，談判過程中也並沒有特別指出；而解決兩邊的爭議必須依賴協定對契約價值的解釋，但協定又缺乏何謂契約價值的解釋性規定，而且關於此議題又缺乏進一步的協商歷史，因此，小組就必須自行分析何謂「契約價值」。就此，小組表示「契約價值」乃在採購機關與得標供應商之間簽訂，而所簽訂的合約有可能因為執行方式不同而有包括或不包括間接稅的情形，但是，對採購機關而言，如何計算採購機關必須支付的總價金是個關鍵問題，假如採購機關必須支付 VAT，於是 VAT 就應包含在合約的總價中。而契約價值解釋上又等於採購機關支出的總成本，必須將所有支出算入，因此自然必須包含 VAT 的計算，除非採購機關原本就被豁免不用支付 VAT。

同時小組也注意到大部分的締約國在決定門檻金額的計算時，都包括間接稅(例如 VAT)在內，專家小組反問：如果此項議題在條約起草時浮現，那麼將會如何處理此問題？其結論不論究竟是否包括 VAT 之計算在內，但就締約國間應遵守的義務應一致適用於全數締約國間，這點共識，在協定起草當時絕無不同。

雖然 EEC 主張 EEC 立法將 VAT 排除在門檻金額的計算外，此一事實在協商時已經存在；但小組表示，EEC 此項既存事實的主張，並非決定性的爭點，因為縱使協商當時締約國間有些國家或許已經知悉 EEC 此項立法措施，但小組無法擅自假設出：全數締約國間在談判時均已經知悉 (known) EEC 該項立法措施、且締約國可以預知 (foresee) 更公認 (accepte) 接受 EEC 在政府採購協定下此項排除

VAT 於門檻金額計算之外的措施。是以，EEC 雖然立法就契約價值的計算自有其解釋之方式，且存在已久，但協定第一條第一項(b)款並沒有自動扣除 VAT 之計算。

再者，小組認為 EEC 雖然主張 SDR 的計算本身也不甚明確，但是小組也表示，就門檻金額的決定此一爭點上必須考慮到它原本即有不明確的特性，且在計算 SDR 時還有各項因素必須考慮，例如：國家貨幣每年的變動或者計算方法的差異等，但不論如何，這些必須考慮的因素，也是一致適用於全數締約國間，並不可以因為這些計算上的差異，就表示締約國可以片面單方(unilateral)的扣除一些成本的計算(例如 VAT)，以致影響門檻金額的計算，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。

專家小組對 EEC 該項立法措施乃導因於 EEC 各會員國間計算 VAT 匯率上沒有統一的標準解釋，因而為求於 EEC 各國間的一致性因而扣除 VAT 之計算，專家小組表示這種在 EEC 各國間的差異，實在無法影響小組就協定第一條第一項(b)款的解釋。小組認為協定第一條第一項(b)款「契約價值」應解釋為採購機關支出的全部成本( the full cost)，必須考慮在正常情形下進入總價計算的全部要素(normally enter into the final price)，因而，除非採購機關一開始就被豁免支付 VAT，否則均應包括任何 VAT 的支付，換言之，計算門檻金額時應併將 VAT 計算在內。

### 結論

專家小組最後的結論是，EEC 的該項措施，在採購機關並未被豁免支付 VAT 的情況下自行排除 VAT 的計算，不符合東京回合政府採購協定第一條第一項的規定。

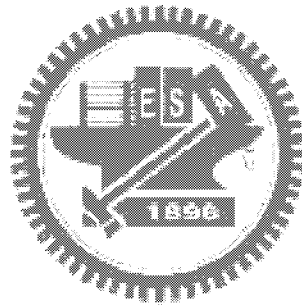
### 第三款 案件分析

本案與比利時家庭補貼案的基本事實背景類似，均是有關採購機關在支付採購金額時所應「徵收的費用」與「徵收的稅捐」，嚴格言之，本案專家小組雖沒有處理 GATT 第三條第八項的解釋，但結果已經推翻比利時家庭補貼案就 GATT 第三條第八項部分的想法，直接適用政府採購協定，是以 VAT 雖屬於內國稅，但政府採購機關在依據相關「指令」判斷契約價值是否超過門檻金額時，仍屬於 GATT 第三條第八項的政府採購。

再者由本案可知，締約國無法因其國內法規的因素，在門檻金額的計算上即單方片面的扣除一些成本的計算(例如 VAT)，以致影響門檻金額的計算，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。

另外，倘爭議之情形存在有談判之相關文件，協商歷史文件重要性亦高，可引為解釋用；又小組表示，締約國間應遵守的義務應一致適用於全數締約國間，這點共識，在協定起草當時絕無不同。其次，政府採購協定雖然就何謂「契約價值」缺乏定義性規範，惟本案專家小組已經提供「採購機關考慮全部影響財務的條件後所決定支付之全部成本」的定義，因此各締約國承諾之採購機關在決定契約價值之計算時，應注意本案專家小組提供之見解；末按倘日後遇有契約價值計算方式之爭議，各國之間之實踐方式，亦應一併加以注意查明。





## 第五節 除外事項

政府採購協定第二十三條規範有協定之除外事項 (Exceptions to the Agreement) 第一項乃規定：本協定內之任何規定不得解釋為禁止任何締約國，為保護其基本安全利益，而對採購武器、彈藥或戰爭物資，或對國家安全或國防目的所不可或缺之採購，採取任何其認為必要之行動或不公開任何資料<sup>267</sup>。

同條第二項規定：本協定不得被解釋為禁止締約國採行或執行有關下列事項之措施：保護公共道德、秩序或安全、人類及動植物生命或健康、智慧財產權所必要者；或關於殘障人士、慈善機構或監獄人犯生產之貨品或服務者。但此等措施之採行，必須不至於構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制者<sup>268</sup>。

### 第一項 政府採購之國防例外

政府採購協定第二十三條第一項即所謂「國防例外」，該條第一項條文中所謂「採取任何『其認為必要』之行動或不公開任何資料(taking any action or not disclosing any information)」，乃例如：遇有該項所規定「為保護其基本安全利益」、或「採購武器、彈藥或戰爭物資」或對國家安全或國防目的所不可或缺之採購」之情形時，一締約國除得以將資料不公開外，尚得不採公開招標之方式進行採

<sup>267</sup> 全文為：Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes.

<sup>268</sup> 全文為：Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety, human, animal or plant life or health or intellectual property; or relating to the products or services of handicapped persons, of philanthropic institutions or of prison labour.

購，或得實施「補償交易」之措施<sup>269</sup>，換言之，此等特別之採購案採用之程序得不受政府採購協定拘束。又條文中所謂採取任何「其認為必要」之行動，因為用語乃「it considers」是以以一國之主觀判斷是否為必要，似無法援引「泰國限制香菸進口與內地稅案件」中對於「必要」一義之解釋<sup>270</sup>。

## 第二項 政府採購之一般例外

政府採購協定第二十三條第二項規定有其他例外之情形，第二項之要件可區分如下：

一、締約國得採行或執行有關下列事項之措施：

甲、保護公共道德、秩序或安全、人類及動植物生命或健康、智慧財產權<sup>271</sup>所必要者；

乙、或關於殘障人士、慈善機構或監獄人犯生產之貨品或服務者<sup>272</sup>。

二、但此等措施之採行，必須不至於構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理

<sup>269</sup>軍事機關財物勞務採購作業規定第六條即規定：「為扶植國內工業發展，軍事機關採購得依『工業合作作業規定』要求『補償交易』；或依『國內廠商標價優惠實施辦法』，於決標時給予國內廠商標價優惠；或依本法第四十三條第二款規定，優先決標予國內廠商。」

<sup>270</sup> 廖宗聖，前揭註 164，P115。

<sup>271</sup> 我國政府採購法第二十二條第一項規定「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：」同項第二款乃規定：「屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。」

<sup>272</sup> 此部分我國政府採購法第二十二條第一項規定「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：」同項第十二款乃規定：「購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。」有疑義者乃我國政府採購法自我設限於「受刑人『個人』」、「『政府立案』之慈善機構所提供之『非營利』產品或勞務」是否有必要，容有疑問。況且政府採購法施行細則第二十二條第五項規定「本法第二十二條第一項第十二款所稱身心障礙者及身心障礙福利機構，其認定依身心障礙者保護法之規定；所稱原住民，其認定依原住民身分法之規定。」沒有一個透明公開的製造生產或提供服務程序、更遑論保固問題。此外相關規範尚有監獄行刑法、受刑人監外作業實施辦法、監所受刑人被告作業獎勵金發給辦法等。

由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制者。

### 第一款 關於殘障人士、慈善機構或監獄人犯生產之貨品與服務

上開要件乙部分，在 GATT 與 WTO 架構下，並無任何直接之爭端解決案例專家小組報告可供參考，惟近期學說在解釋上，有認為政府採購協定此種規範方式乃在支持人權與勞動條件之實踐，惟這樣的解釋是否可用來擴大政府採購市場在協定適用的除外範圍，並非毫無爭議<sup>273</sup>。

尤其一九九六年因為美國麻塞諸塞州 (Massachusetts) 乃美國簽署政府採購協定的承諾次級中央機關，於一九九六年六月，該州基於其八〇年代的一項反種族隔離政策通過了一項選擇性採購的法律 (the Massachusetts Selective Purchasing Act ("Massachusetts Burma Law" or "MBL"))<sup>274</sup>，禁止該州向與緬甸有貿易往來的美國和外國公司購買產品和服務，以經濟手段來抵制緬甸軍事政府的人權暴行<sup>275</sup>，繼之，部分州也起而效尤通過類似的法律，但是，麻州這一新的法律迫使設廠投資緬甸之歐洲國家和日本公司無法進入麻州之政府採購市場，一九九七年六月二十日，歐洲共同體首先向 WTO 申訴，反對美國麻州此項法律，一九九七年七月十八日，日本也提出了同樣的申訴，歐共體和日本都認為麻州這一新法律違反了一九九五年 WTO 批准的政府採購協定第十三條第四項 b 款規定<sup>276</sup>，另外一方面，對內，一九九八年四月，美國的全國對外貿易理事會也因此對麻州此項法案，以其侵害美國

<sup>273</sup> Sue Arrowsmith, *supra* note 1, at 346; 另外 James Thuo Gathii 甚至認為 GPA 就違反相關人權條件所製程之產品並沒有特別加以排除，仍須遵守國民待遇與不歧視原則，根本就沒有保障人權，資料來源：James Thuo Gathii, "Institutional Concerns Of An Expanded Trade Regime: Where Should Global Social And Regulatory Policy Be Made?: Re-Characterizing The Social In The Onstitutionalization Of The WTO: A Preliminary Analysis", *Widener Law Symposium*, 7, pp157-158, Spring, 2001.

<sup>274</sup> See Plaintiff's Opposition to the Commonwealth's Motion for Summary Judgment and Reply in Support of Its Motion for Summary Judgment, *NFTC v. Baker*, 26 F.Supp. 2d 287 (D. Mass. Aug. 13, 1998) No. 98-CV-10757 (1998).

<sup>275</sup> 此即第二章第三節中所謂非經濟因素考量而由立法方式間接保護相關地區，只不過本案所保護者乃第三國爾。

<sup>276</sup> James Thuo Gathii, *supra* note 273, at 157.

聯邦政府的專有權(外國事務處理權)而違憲等為由提出訴訟<sup>277</sup>，因此當時 EU 與日本即於同年十一月暫停在 WTO 架構下的動作，本案最後美國與 EU、日本雙方雖藉由諮商也未進入 WTO/DSU 最終爭端解決程序，惟美國聯邦最高法院除於判決前發布禁制令(injunction)禁止麻州該法案施行外，乃於二〇〇〇年六月做出 Crosby v. National Foreign Trade Council<sup>278</sup> 判決，判決中認定麻州對緬甸實施制裁的該項州法無效。

本案引發了幾個重要的議題，第一，政府採購協定採用最有利標或底標方式決標，有學者認為<sup>279</sup>顯然未將相關產品或服務之製程方法考慮在內，換言之，政府採購協定並未提供有關人權或勞動條件之保護。因此反應到內國法上，美國一連串禁止採購童工所製造之產品等相關法案<sup>280</sup>，可能都會被認為違反政府採購法<sup>281</sup>；其次，第二個問題乃 Crosby 案引發了一國的政府主權有無域外效力的探討，與聯邦、州之間權限的衝突問題<sup>282</sup>，第三，另外麻州違反政府採購協定被控訴一案，值得注意的是，對於人權之關注，已經由非政府組織或團體的層級，晉升到一個州政府以州法來達成保障人權的政策目的，引發了 WTO 與一國統治權(sovcreignty)關係的注意<sup>283</sup>，也引發了 WTO 貿易與人權保障是否衝突的疑義<sup>284</sup>。最後，有學者解讀本

<sup>277</sup> 美國全國對外貿易理事會(The National Foreign Trade Council)乃是以麻州侵害聯邦外交事務權、外國貿易條款與最高條款(the federal foreign affairs power, the Foreign Commerce Clause and the Supremacy Clause)等三點理由提出訴訟。Edward T. Hayes, "Changing Notions of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: A Reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and Local Governments Within their Territories.", Journal of International Law & Business, 25, pp14-15, Fall, 2004; Erika Moritsugu, "The Winging Course Of The Massachusetts Burma Law: Subfederal Sanctions In A Historical Context", George Washington International Law Review, 34, pp435-482, 2002.

<sup>278</sup> 530 U.S. 363 (2000).

<sup>279</sup> James Thuo Gathii, supra note 273, pp159-160.

<sup>280</sup> Treasury, Postal Service, and General Government Appropriations Act of 1998.

<sup>281</sup> Frank J. Garcia, "Symposium: The Universal Declaration Of Human Rights At 50 And The Challenge Of Global Markets: Trading Away The Human Rights Principle", Brooklyn Journal of International Law, 25, pp77-78, 1999.

<sup>282</sup> Wendy L. Wallace. "Are States Denied a Voice?: Citizen-Driven Foreign Policy After Crosby v. National Foreign Trade Council", Case Western Reserve University, 56, pp793-795, Spring, 2002.

<sup>283</sup> Jason F. Hellwig, "The Retreat Of The State?: The Massachusetts Burma Law And Local Empowerment In The Context Of Globalization(s)", Wisconsin International Law Journal, 18, pp508-509. Spring, 2000.

案戲劇性發展認為，WTO 的支持者雖然未在 WTO 架構下獲致最終勝利，但是卻有效地將國際人權與國際貿易法衝突議題帶入了美國法院，並且贏得勝利<sup>285</sup>。

## 第二款保護公共道德、秩序或安全、人類及動植物生命或健康所必要

### 第一目 公共道德、秩序與安全

就何謂「公共道德、秩序與安全 (public morals, order or safety)」因本身即為不確定之法律概念，專家小組就此不論是 GATT 第二十條第一款或 GPA 第二十三條均無直接相關之解釋<sup>286</sup>。

### 第二目 環境

此外應該注意的是，政府採購協定並未如 GATT 第二十條第七款一般直接規定有保護可耗竭 (exhaustible) 之自然資源之保護之除外規定<sup>287</sup>，更無提供直接為保護環境政策之例外規定，是以，若直接涉及可耗竭自然資源或環境保護之政府採購措施，規範上，除非是 (一) 非政府採購協定之會員國，或者 (二) 是政府採購協定之會員國，但限制措施符合政府採購協定第二十三條第二項為保護人類及動植物生命或健康所必要者，方得不適用政府採購協定外，否則純屬於保護可耗竭自然資源或環境之政府採購措施，似乎無法主張例外，而必須遵守政府採購協定的一般性規範，這方面雖有主張政府採購協定之締約國可以轉而利用 GATT 第二十條第七

<sup>284</sup> Chantal Thomas. "Poverty Reduction, Trade, and Rights", *American University International Law Review*, 18, pp1423, 2003. 認為本案引發兩種對立，其一主張貿易與人權議題應加以分離，其二，認為人權保障應優於全球貿易、經濟等。

<sup>285</sup> Lily Batchelder, "The Costs of Uniformity: Federal Foreign Policymaking, State Sovereignty, and the Massachusetts Burma Law", *Yale Law & Policy Review*, 18, pp501-502, 2000.

<sup>286</sup> Sue Arrowsmith, *supra* note 1, at 144.

<sup>287</sup> GATT 第二十條第七款規定：關於可能枯竭之自然資源之保存措施，惟該等措施須一併對本國生產及消費限制。

款之例外規定加以主張者<sup>288</sup>，然而政府採購畢竟不是屬於進出口措施，也非關關稅，技術性貿易障礙協定第一條第四項更明文不適用於政府採購規格，此已經於前述加以說明了，因此該等單純與環境有關之採購措施可否轉而主張 GATT 第二十條，實非無疑義；因此，本文認為僅得利用與保護人類、動植物生命之競合情形加以配合運用、主張，換言之，將環境保護措施與保護人類、動植物生命畫上等號加以運用；或另闢途徑，於實踐製程上，利用 ISO14001 等國際標準作為採購產品之技術要求，達到環境保護之目的<sup>289</sup>。

我國由於國際環保政策起步較晚，於一九七一年退出聯合國後與國際社會接觸減少，因此無法參與國際環境法以及各個國際環境公約之形成，直到一九九〇年代初期因為犀牛角事件與 CITS(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora) 首度接觸，方開啟我國與環境公約之互動關係<sup>290</sup>，也由於首次接觸經驗頗為負面與一九九四年受到美國培利貿易制裁<sup>291</sup>之影響，似乎初期均認為會影響台灣形象與經貿利益，故而對於國際環境公約並無一個一貫性政策。而我國與環境有關之採購措施，起步比與環境有關之貿易措施發展更晚，例如政府採購法第九十六條<sup>292</sup>第三項即有相關規定，主管機關據此又於民國八十八年五月二十七日施行機關優先採購環境保護產品辦法，

<sup>288</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 346.

<sup>289</sup> 此種採購規定又稱為綠色採購 "greening of public procurement."。在 WTO 架構下原本一國政府為保護其國民之安全及健康常必須就產品規定其規格或標準，此等有關規定主要規範在 WTO 技術性貿易障礙協定(TBT)中，但 TBT 第一條第四項已經明文不拘束採購規格，因此，此等狹義之綠色採購難以適用 TBT；故以，本文方認為在實踐上利用 GPA 技術規則原則將採購規格之要求提高到國際標準，除無違反 GPA 問題外，配合國際標準達到相關環境保護之訴求。

<sup>290</sup> 施文真，「台灣參與國際環保類之組織與公約的意義與可行性」，台灣國際法學會，台灣國際法季刊，第二卷第一期，二〇〇五年三月，125-173 頁。

<sup>291</sup> 洪思竹，「美國培利貿易制裁在世界貿易組織法制下的適法性問題：緣起於台灣經驗的一個析論」，台灣國際法學會，台灣國際法季刊，第二卷第一期，二〇〇五年三月，351 頁。

<sup>292</sup> 政府採購法第九十六條第一項規定：機關得於招標文件中，規定優先採購取得政府認可之環境保護標章使用許可，而其效能相同或相似之產品，並得允許百分之十以下之價差。產品或其原料之製造、使用過程及廢棄物處理，符合再生材質、可回收、低污染或省能源者，亦同。同條第二項規定：其他增加社會利益或減少社會成本，而效能相同或相似之產品，準用前項之規定。同條第三項規定：前二項產品之種類、範圍及實施辦法，由主管機關會同行政院環境保護署及相關目的事業主管機關定之。

又稱為綠色採購，期間並於民國九十年一月十五日有所修正，依據該辦法第十一條第一項定機關得優先採購環保產品，並允許價差優惠，且優惠比率於百分之十以內可由機關視個別採購之特性及預算金額訂定之，並載明於招標文件，行政院於九十一年實施「機關綠色採購推動方案」，希望藉政府採購的誘因，促使廠商生產環保產品，並進而帶動消費者綠色消費的觀念。草案初期設定範圍在辦公室文具紙張設備類，要求 90 年綠色採購目標比率為 30%，而於 91 年時指定採購項目包括辦公室自動化用紙、紙製文具、書寫用紙、電腦設備、印表機用碳粉匣、冰箱及冷氣機等項目中獲得認可的環保產品，目標為總金額的 50%<sup>293</sup>。在該辦法中將環保產品分為三類，其中第三條規定，現有環保標章產品為第一類產品。而產品或其原料之製造、使用過程及廢棄物處理符合再生材質、可回收、低污染或省能源者，經環保署發給證明文件者於該辦法中定義為第二類產品。由於環保標章產品其規格經過詳細研究及嚴格的審查而制定，在開放之時程上無法於短時間內滿意所有的產品，因此以第二類產品作為輔助。就指定採購項目而言，環保產品平均採購比例為 65.5%，超過行政院核定目標 50%。此外，廠商申請使用環保標章的產品數量，更大幅成長為往年 4 倍，為將來降低環境保護產品價格，鼓勵綠色消費奠下良好基礎。依據 91 年度全年採購金額統計，在行政院 36 個部會中達到預期目標 50% 者，計 29 個，綠色採購平均為 66.04%，綠色採購金額 17.7 億元，在 25 個縣市（包含臺北市、高雄市）中，共 23 個縣市達到標準，總平均為 64.98%。綠色採購金額 8.8 億元。以上合計 91 年政府機關（包括部會及縣市政府）指定項目之綠色採購總金額為新台幣 43.4 億元的 65.6%，超過 50% 的預定目標。為延續擴大機關實施成果，行政院核定 92 年指定採購項目較前一年增加黑白影印機、傳真機、筆記型電腦等等項目。同時，為配合節約用水政策，並特別將環保標章兩段式省水馬桶列為指定採購項目，希望採購總金額能夠成長 1 倍，達到新台幣 50 億元的目標<sup>294</sup>

由上開政策可知，政府欲利用採購達到引導產業相關發展之目標，然而應說明的是，政府採購法第九十六條第一項中所謂「可回收、省能源」或同條第二項所謂「其他增加社會利益或減少社會成本，而效能相同或相似之產品」有關之優惠採購措施，是否可與保護人類及動植物生命或健康直接畫上等號，並非無疑；再者，前

<sup>293</sup> 環保政策月刊，第四卷第二期，民國九十年二月，第 51 行。

<sup>294</sup> 經濟部工業局 GDN 綠色設計聯盟，綠色設計電子報，第 3 期，2003 年。機關優先採購環境保護產品辦法：<http://greenmark.epa.gov.tw/gplaw/law01.asp>

開辦法第九條第一款規定依我國締結之條約或協定所辦理之採購不適用之，換言之，適用政府採購協定之政府採購案即不適用機關優先採購環境保護產品辦法，此等立法方式，是否表示門檻金額以上之採購案因為開放競爭所以無優先採購必要；或者誤認為優先採購措施一律違反政府採購協定，尚不得而知，倘若屬於後者，則似乎對協定之適用有所誤解，理應再作一翻區隔或評估開放競爭下採取優先採購措施是否全然不利於我國之供應商後，再作修訂；又假設是前者，適用政府採購協定之採購案之外國供應商無法享有優先採購，相同的，適用政府採購協定之採購案之我國供應商亦無法享有此等優先採購措施，雖然這樣即不違反不歧視原則、國民待遇原則，但與政府採購法為保護環境而定優先採購之目的也相異。

### 第三目 人類及動植物生命或健康

就「人類及動植物生命或健康所必要者」(necessary to protect human, animal or plant life or health) 與政府採購直接有關之爭端解決案件目前尚無小組報告，是以，GATT 第二十條第二款所規定「維護人類、動物或植物生命或健康之必要措施 (necessary to protect human, animal or plant life or health;)」之例外情形，因與 GPA 此部分規範用語相同，因此 GATT 第二十條第二款所發生的爭端解決案例，即為重要之參考資料，未來就 GPA 第二十三條第二項倘有類似之爭端解決案件發生，則專家小組即有可能以在 GATT 架構下針對類似案件所提供之小組見解或上訴報告來解釋後案<sup>295</sup>。

### 第四目 必要

GATT 第二十條第二款之用語已如前述，而所謂之「必要」因為屬於不確定之法律概念，相關爭議也圍繞著所謂必要應如何解釋、適用之議題上，由於各國均援引該條作為環境貿易措施 (Environmental Trade Measures, ETM) 之採行依據，如何適當運用以調和自由貿易與環境保護、平衡會員國應盡義務與內國環境政策，本即不易，-而與政府採購直接有關之爭端解決案件目前又無小組報告，僅此，僅得

<sup>295</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 144.



藉由相關所發生的爭端解決案例進行解釋。

政府採購協定第二十三條第二項，就締約國主張為保護公共道德、秩序或安全、人類及動植物生命或健康、智慧財產權所必要者，得主張採取限制性措施；而 GATT 第二十條 (b) 款雖規定有例外情形，但相關的措施是否屬於為保護人類，動植物的生命或健康的目的而實施，即 GATT 第二十條對特定案件的“可適用性”問題。泰國限制香菸進口及課徵內地稅案件，乃因泰國以保護國民健康為由於一九六六年的煙草法規定，泰國對香菸進口實施許可證管理，並課以若干稅費。美國認為泰國此項對香菸進口的限制，第一，違反 GATT 第十一條第一項之數量限制規定；第二，美國並且主張香菸不是 GATT 第十一條的農產品，何況泰國未對國內的相關生產產品實施限制措施，不符合 GATT 第十一條第二項第三款的例外規定；第三，泰國之限制措施也不符合 GATT 第二十條第二款保護人類健康所必要之要件，因此違反 GATT 第三條第一項、第二項國民待遇原則。泰國則主張：第一，其符合 GATT 第十一條第二項第三款例外規定，因為香菸乃農產品；第二，並主張其措施符合 GATT 第二十條第二款「維護人類、動物或植物生命或健康之必要措施」規定，對國內外香菸產製品所課徵的內地稅皆相同，亦無違反 GATT 第三條國民待遇原則。

本案小組發現，第一，泰國已經十年未核發香菸進口許可證，顯然違反 GATT 第十一條第一項之數量限制規定；第二，香菸不是 GATT 第十一條第二項第三款的農產品；第三，國家採取減少香菸消費措施涵蓋在 GATT 第二十條第二款的規定。但是「必要」是指泰國在合理情況下無法採取符合 GATT 的替代措施，或採取違反 GATT 程度較小的措施時，該措施才會被認定為「必要」。本案小組認為泰國可以透過嚴格且不歧視的香菸成分標示管制來控制香菸品質，而非不問其成分為何完全加以禁止，締約國可以對香菸僅行政府的獨佔管制措施，只要不要藉由該措施造成對外國香菸的歧視，因而違反該國在關稅減讓表中的承諾時，即可達控制香菸數量的政策。小組引用美國一九三〇年關稅法第三百三十七條案例中對於必要的解釋<sup>296</sup>。

<sup>296</sup> 美國 1930 年關稅法第 337 節案。美國關稅法第 337 節是有關實施專利權的規定，但卻只適用於進口產品，歐州共同體就此訴諸 GATT 之爭端解決程序，美國主張該節規定屬於保證實施與總協定無抵觸的法規的「必要措施」，本案專家小組發現，該節規定有若干不符合 GATT 第 3 條國民待遇原則之處，小組同時對「必要措施」進行解釋指出，如果不存在應合理期望使用的、與 GATT 無抵觸的措施，則締約方在應合理期望使用的其他措施中，必須實施與 GATT 抵觸最小的措施。據此，專家小組報告指美國關稅法第 337 節與 GATT 第 3 條相抵觸，不屬一般例外第 4 項所說的「必要措施」。

第四，由於泰國已經於一九九〇年修正相關法規，使國內生產或由國外進口香煙課徵的內地稅趨於一致，所以小組認為此部分未違反 GATT 第三條國民待遇原則。

本案專家小組之結論乃因為泰國禁止香煙進口，專家小組採納了世界衛生組織關於吸煙的健康危害性的專家證明，認定泰國對進口香煙的限制違反 GATT 第十一條第一項之數量限制規定。另外，香菸不是 GATT 第十一條第二項第三款的農產品。本案也不符合 GATT 第二十條第二款的例外規定。

政府採購協定締約國如欲主張協定第二十三條第二項之必要措施時，應注意爭端解決小組在「泰國限制香菸進口及課徵內地稅案件」之看法，套用小組用語「若該國可以被合理期待採取符合政府採購協定的替代措施，或者該國可以被合理期待採取另一個違反政府採購協定程度較小的替代措施，則其原本的措施將不符合『必要』的規定」，換言之，是否符合必要，第一，沒有不違反政府採購協定的其他替代措施存在；第二，其屬於最小程度的違反<sup>297</sup>。

### 第三款 歧視手段與對國際貿易構成隱藏性之限制

政府採購協定第二十三條規定乃：「本協定不得解釋為禁止締約國採行或執行有關下列事項之措施...但此等措施之採行，必須不至於構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制者」，其英文法條用語如下：

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable

<sup>297</sup> 近期歐盟實施普遍化關稅優惠方案之爭議(WT/DS246/AB/R,2004年4月7日、通過日：2004年4月20日, European Communities—Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries.) 在爭端解決小組的報告中就 GATT 第二十條第一項 b 款亦有所闡述，小組除了認為歐體未能證明其方案是基於保護歐體境內人類生命或健康目的所設計者外，亦無法證明是為保護歐體境內人類生命或健康所「必要」，參李貴英著，「歐洲共同體對開發中國家之優惠待遇-法律規範與經濟發展」，歐美研究季刊，第三十四卷第四期，民國九十三年十二月，722-724 頁。

discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures.

與政府採購直接有關之爭端解決案件目前亦無小組報告，而 GATT 第二十條本文規定用語為：「協定中任何規定不得解釋為禁止各締約方採行或執行下列措施，但此等措施之採行，必須不至於對相同情況之國家有武斷或無正當理由之歧視手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制」，其英文法條用語如下

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures.

因此觀察 GPA 此部分規範用語 GATT 第二十條屬相同，是以 GATT 第二十條本文發生的爭端解決案例，亦為重要之參考資料。

就所謂「構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制」部分於一九七九年在 GATT 時代曾經發生過美國禁止加拿大鮪魚及鮪魚產品進口案件<sup>298</sup>。美國以保護自然資源為由採取 GATT 例外措施禁止進口加拿大鮪魚與鮪魚產製品，加拿大就美國此禁止措施訴諸 GATT 爭端解決，主張：美國違反 GATT 第一條之國民待遇原則、第十三條、第十一條第一項進口限制規定。美國則主張其措施符合 GATT 第二十條第七項之例外規定，美國認為其禁止措施是為了保護可被耗竭之自然資源，屬一般例外的第七項之情形。本案專家小組認為，美國此舉違反 GATT 第十一條有關不得實施進口限制之規定，雖然鮪魚確實屬於可耗竭之自然資源，但是 GATT 第二十條第七項要求保護該資源的措施，必須與管理限制與消費該資源的措施相配合；美國禁止從加拿大進口鮪魚與鮪魚產製品，但是對美國本國捕獲鮪魚之情形並不加以限制；此外，美國主張例外規定，就此也應負擔舉證責任，美國無證據證明其限制國內鮪魚及鮪魚產製品之消

<sup>298</sup> "United-States-Prohibition on Imports of Tuna and Tuna Products from Canada", BISD 29S/91

費，故美國的行為不符合 GATT 第二十條第七項項例外。

之於是否「構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段」，「對國際貿易構成隱藏性之限制」部分，本案小組認為雖然美國歧視性的禁止加拿大鮭魚及鮭魚產品進口，但是美國也曾經對哥斯大利加、厄瓜多、墨西哥、秘魯採取類似的措施，因此美國的行動未必是「構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段」；另外，美國此項措施，雖然是作為「貿易限制措施」，但是因為美國有公開宣布此項措施，亦即美國禁止進口加拿大鮭魚及其加工品命令，在施行前曾予公告並刊載於美國聯邦公告，因此符合「不造成隱藏性貿易限制」之前提要件，所以美國也不構成「對國際貿易構成隱藏性之限制」。

因此，政府採購協定第二十條第二項之例外情形，可否援引本案看法？換言之，只要曾經對不同國家採取類似的措施，就不「構成對相同情況之不同國家有武斷或無正當理由之歧視之手段」；另外，只要公開宣布（公告）此項措施，所以也不構成「對國際貿易構成隱藏性之限制」？既然本案有經通過，自然後案發生時得以援引，但另一方面也須注意的是，本案因極具爭議性是以後案得否援引而順利避免「武斷或無正當理由之歧視手段」、「隱藏性之限制」之指控這點也不得不慎之。

### 第三項 小結

就 GPA 第二十三條第二項之針對人類及動植物生命或健康之除外規定，可將適用要件區分如下：

- 一、為保護人類及動植物生命或健康之措施。
- 二、為必要之措施
- 三、此等措施必須不至於構成對相同情況之國家有武斷或無正當理由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制者。

惟上開要件之適用有無順序？針對適用之順序上，雖然 GPA 第二十三條並無「本文」部分，其立法方式乃於第二項做出整體之規範，然而，面對具體採購事項或爭端案件時適用之順序亦涉及訴訟步驟之重要事項，就此仍可參考 WTO 時代第一個關於 GATT 第二十條 b 款的美國汽油標準案<sup>299</sup>與美國有關美國對蝦與蝦製

<sup>299</sup> United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body report, WT/DS2/AB/R. Adopted by the DSB May 20, 1996.

品禁止進口案<sup>300</sup>兩案之上訴機構報告，亦即上訴機構認為應先審查措施是否暫時符合個別條款之要求，第一先審查該貿易措施是否為保護人類、動職務之生命或健康，其次審查該貿易措施是否為達到上開目的所必要，若肯定再就 GATT 第二十條本文之要件加以涵攝<sup>301</sup>。據此，政府採購協定第二十三條第二項似乎必須先符合（一）為保護人類及動植物生命或健康之採購措施、（二）為必要之採購措施、（三）此等採購措施必須不至於構成對相同情況之國家有武斷或無正當理由之歧視之手段，或對國際貿易構成隱藏性之限制者等次序。

另外需注意的是如欲主張除外事項者，應注意舉證責任 (burden of proof) 在主張之一方<sup>302</sup>，此從有關 GATT 第二十條除外事項之美國汽油標準案件<sup>303</sup>上訴機構於一九九六年之見解仍維持此一意見即明；此外，專家小組大體上均一致認為除外事項應採取狹義解釋，雖然後期因為各界對於 WTO 紛紛指摘其過於重視所謂的自由貿易 (free trade)，而荷爾蒙案專家小組態度確實於該案有放寬情形<sup>304</sup>，然而顧及為避免締約國濫用除外事項，將例外變為原則，因此在政府採購協定架構下如運用第二十三條之例外情形時仍應注意專家小組長期以來保持的狹義解釋之態度。

如何在政府採購協定下，在既有的協商範圍內將協定適用範圍的一般規則釐整出來，避免締約國間有隱藏性的保護措施，應是未來談判主要目的之一<sup>305</sup>。



<sup>300</sup> United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, complaints by India, Malaysia, Pakistan and Thailand. Panel Report, WT/DS58/R; Appellate Body report, WT/DS58/AB/R.

<sup>301</sup> 吳俊英，「從 WTO 爭端解決案例探討 GATT 第二十條 b 款」，劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，605 頁，2002 年全國科技法律研討會，國立交通大學科技法律研究所主辦，民國九十一年十一月。

<sup>302</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 144.

<sup>303</sup> 國際貿易局，「美國汽油環保規定被控違反世貿組織 (WTO) 規範案例之評析」，[http://www.trade.gov.tw/global\\_org/WTO/WTO-import/import5/WTO-import5-46.htm](http://www.trade.gov.tw/global_org/WTO/WTO-import/import5/WTO-import5-46.htm)，2004 年 5 月 1 日。

<sup>304</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 144, footnote 133.

<sup>305</sup> Sue Arrowsmith, supra note 1, at 108.