

國立政治大學國際經營與貿易學系研究所

碩士學位論文

國內規章：必要性測試的困境與解決

Necessity Test in Domestic Regulation:

Challenges and Solutions

指導教授：楊光華 博士

研究生：李宜芳 撰

中華民國 106 年 2 月



## 摘要

服務貿易的管制密集，因此管制也最有可能形成主要的貿易障礙，然而服務貿易總協定第 6 條第 4 項國內規章準則的談判卻幾近停滯。本文探究其中原因，著眼於管制、國內規章準則的共同點皆在於「管制」，而好的管制必然植基於成本效益評估，因此必要性測試即成為國內規章準則的核心。必要性測試的核心為管制目的、成本效益評估，本文觀察必要性測試的談判歷程，認為必要性測試的談判實不應透過管制目的的限制，而應著重於成本效益的衡量，因此著重於成本效益評估要件的设计方有可能於必要性測試的議題取得突破。

關鍵字：

服務貿易、服務貿易障礙、國內規章、必要性測試



## **Abstract**

As service sector is heavily regulated, domestic regulation might become the major trade barrier. However, the negotiation under the General Agreement on Trade in Services (GATS) article 6.4 is almost stalled. The paper aims at analyzing the challenges in the negotiation. Focusing on the common nature of “governance” between domestic regulation and trade governance in GATS article 6.4, the paper argues that good governance must be based on impact analysis, which makes necessity test the core of GATS article 6.4 negotiation. The paper examines the negotiation history of necessity test, and argues that the focus of negotiation should be the necessity analysis, rather than the scope of objectives in necessity test. The solution of the negotiation challenge is therefore focusing on the elements of necessity analysis, particularly the trade restrictiveness.

**Keyword:**

service trade, trade barrier in service sector, domestic regulation, necessity test

# 目次

目次.....	1
1. 緒論.....	3
1.1 研究動機 .....	3
1.2 研究方法 .....	4
1.3 研究架構 .....	4
2. 服務貿易自由化與管制 .....	6
2.1 服務貿易之障礙 .....	6
2.1.1 服務貿易與管制 .....	6
2.1.2 邊境措施與境內法規 .....	7
2.1.3 管制所形成的貿易障礙 .....	7
2.2 服務貿易總協定與國內規章 .....	8
2.2.1 服務貿易自由化三大基石 .....	8
2.2.2 談判進度不一之影響 .....	9
2.2.3 國內規章、市場進入與國民待遇之關係 .....	9
2.3 小結.....	10
3. 國內規章與必要性測試 .....	11
3.1 管制與成本效益評估 .....	11
3.1.1 管制目的與效益 .....	11
3.1.2 管制成本 .....	12
3.1.3 管制成本效益的評估 .....	13
3.2 成本效益評估之國內實踐 .....	14
3.2.1 比例原則 .....	14
3.2.2 管制影響評估 .....	15
3.3 國際經貿法下的必要性測試 .....	16
3.4 小結.....	17
4. 國內規章與必要性測試談判歷史 .....	19
4.1 國內規章談判授權 .....	19
4.2 國內規章準則談判歷程 .....	21
4.2.1 專業服務工作小組時期 .....	21
4.2.2 國內規章工作小組時期 .....	24
4.3 必要性測試 .....	27
4.3.1 目的.....	28
4.3.2 成本效益評估 .....	35
4.4 小結.....	38
5. 國內規章必要性測試爭議之解決 .....	39
5.1 國內規章談判中會員提議之解決方案 .....	39

5.1.1	隱藏性貿易障礙 .....	39
5.1.2	過渡期及技術援助 .....	41
5.1.3	非操作型必要性測試 .....	42
5.2	本文之分析與解決方案 .....	44
5.2.1	必要性測試談判應繼續進行 .....	44
5.2.2	管制目的之談判分析 .....	44
5.2.3	談判重心的重新聚焦 .....	46
5.3	小結.....	50
6.	結論.....	51
	參考文獻.....	52



# 1. 緒論

於本章將介紹本文問題形成之過程，除了明確地定義研究問題外，並以此選定研究的素材、設計研究的架構。

## 1.1 研究動機

欲推動服務貿易的自由化，消弭服務貿易障礙即成為首要之務。由於服務無形體、無法儲存的特性，服務一經生產即會被使用，服務提供者或消費者因此需有時間、空間的密接性。這也使得服務的流動往往涉及服務提供者或消費者的移動，也因此服務貿易的障礙主要不會是以針對服務的「邊境措施 (border measures)」方式呈現，反而是以「境內法規 (internal regulation)」的方式呈現。

有趣的是，雖然境內法規是服務貿易障礙最可能出現的形式，然而，處理境內法規貿易障礙的國內規章準則發展卻十分有限——根據服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services) 第 6 條第 4 項的國內規章準則談判迄今已十餘年仍未有成果。

本文因此進一步探究國內規章的本質，以及國內規章的特色如何反映於國內規章準則的談判之中。國內規章的本質是管制，而國內規章準則其實也是管制——對於服務貿易的管制。從這個角度而言，實施有效益的管制、排除無效益且浮濫的管制，應為管制、國內規章準則的共同理念。如何確保管制會帶來效益呢？此即管制的成本效益評估，並僅就效益大於成本的管制加以執行。因此，國內規章準則當中最關鍵的要素便呼之欲出——必要性測試 (necessity test)。

然而，正是成也必要性測試、敗也必要性測試，必要性測試於國內規章準則的談判中是爭議最甚的，不過這也提供了非常難得的研究機會，如果能成辦必要性測試的談判，一來此為國內規章準則最關鍵的要素，必要性測試的成功相當於

是國內規章準則的成功，二來若能就最困難的議題達成共識，則餘下的議題應當也能一一解決。

本文因而選擇必要性測試為研究的主軸，認為若順利的解決必要性測試的爭議，則國內規章準則的成功指日可待，並且由於服務貿易的主要障礙為浮濫、無效益的管制所構成，必要性測試的成功亦能大幅去除服務貿易的障礙，促進服務貿易的自由化。

## 1.2 研究方法

於建構服務貿易與管制的關聯、國內規章與必要性測試的關聯時，本文將援引實證相關的學術文獻作為支持，並輔以會員內國的管制進行說明。而於研究必要性測試的爭議時，本文將以國內規章工作小組談判會議紀錄及相關文件為主要研究對象，透過一手文獻的閱讀、歸納整理、分析，以釐清必要性測試爭議背後真正的原因與，方有可能提出解決之道。

## 1.3 研究架構

旨在於促進服務貿易自由化，本文於第一章解釋研究動機，點出服務貿易自由化、管制、必要性測試之關聯，因而選定必要性測試為研究主題，認為透過必要性測試爭議的解決能有效促進服務貿易的自由化。因此，於第二章本文將說明管制對於服務貿易自由化的影響，由於管制為主要的貿易障礙，且國內規章的談判遲滯對於服務貿易自由化整體而言也有不利的影響，復認為關注國內規章的談判有其必要。因此，於第三章就國內規章的本質進行介紹，由於國內規章的本質是管制，良好的管制遂成了國內規章準則的首要之務，而必要性測試正能實現這個目標。接著，於第四章，本文將聚焦於必要性測試的爭議與分析，輔以國內規章其他議題的發展作為背景知識。本於必要性測試爭議的聚焦，於第五章本文將

整理會員所提的解決方案，最後提出自己的觀察與分析，期以此解決必要性測試的難題，並於第六章作一結論。



## 2. 服務貿易自由化與管制

服務貿易總協定旨在消弭貿易障礙、提升服務貿易之自由化。欲提升服務貿易的自由化，即應致力於服務貿易障礙的去除。因此，本章就服務的本質來理解服務貿易的障礙如何形成，並進一步比對服務貿易協定中促進服務自由化之機制，從而認為國內規章為促進服務貿易自由化最關鍵之機制。

### 2.1 服務貿易之障礙

為促進服務貿易的自由化，首先應就服務貿易障礙有所了解，因此方能研擬消弭障礙、促進自由化之機制。本節首先就服務貿易的本質出發，並由此來了解服務的本質與其可能的貿易障礙類型，復細部了解貿易障礙如何形成。

#### 2.1.1 服務貿易與管制

由於服務無形體、難以儲存，因此，在服務提供者產出服務時，消費者即立即消費、使用了該服務，服務貿易的提供與消費因此在時間、空間上有密接性，難以分隔<sup>1</sup>。

由於服務一經產出即立即被消費，再加上服務常常有客製化的情形，服務貿易的品質難以標準化（standardized），消費者在消費、使用該服務前，難以確知服務的品質，形成服務提供者、消費者間資訊不對稱（information asymmetry）的情形，於涉及如醫療服務等高度專業的服務且涉及生命健康時，如何解決資訊不對等的議題即至關重要<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> PANAGIOTIS DELIMATIS, INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY 38 (1<sup>st</sup> ed., 2009).

<sup>2</sup> Henk Kox & Hildegunn K. Nordås, *Services Trade and Domestic Regulation*, 49 OECD TRADE POLICY PAPERS 1, 9 (2007).

為解決資訊不對等的問題，政府的管制因而介入，例如對服務提供者施加資格審查，使消費者對於服務提供者的資格有相當程度的了解，一方面改善資訊不對稱的現象，另一方面也能透過服務提供者的資格要求來確保其所提供的服務品質。因此，服務貿易的管制相對密集，管制對於服務的流通也有著相當的影響。

### 2.1.2 邊境措施與境內法規

服務貿易中，已知的貿易的障礙主要分為邊境措施或者境內法規兩種型態。

由於服務無形體、難以儲存的特性，欲如同貨品貿易一般於邊境對服務施以貿易障礙便顯得極其困難且昂貴<sup>3</sup>。因此，即使服務、服務貿易提供者在跨越邊境之後，由於服務的管制相對嚴格，服務貿易的障礙也由此而生。換言之，服務貿易的自由化便不能僅僅關注邊境措施，而是於廣泛、多元且複雜的境內管制當中辨識出貿易障礙，並加以去除，境內管制相關的規範即規定於服務貿易總協定第6條國內規章。

### 2.1.3 管制所形成的貿易障礙

由於服務貿易的障礙大多源自於管制，因此須進一步了解管制如何障礙國內貿易，方有可能就此類貿易障礙加以消弭。

管制所形成的貿易障礙對於服務貿易的出口影響甚鉅，不容忽視。管制被認為是服務貿易的固定與沉沒成本（fixed and sunk cost），此類成本並不會因為產量的增加而減少，如申請營業執照之成本<sup>4</sup>。

管制的設計雖不見得有歧視的情形，然而，尚未調和的管制所形成的各國規

---

<sup>3</sup> Panagiotis Delimatsis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS —Disciplining Regulatory Behavior in Service Through Article VI of the GATS*, 10 J. INT'L ECON. L. 13, 16 (2006).

<sup>4</sup> Henk Kox & Hildegunn K. Nordås, *supra* note 2, at 17.

範差異，使得業者在遵法方面需付出更多的成本，此成本即為貿易障礙，對於出口有著強烈的負面影響<sup>5</sup>。具體而言，管制會對於外國業者的出口可能性、服務之銷售量都有著負面的影響<sup>6</sup>，這是因為相較於本國業者，外國業者對於相同法規較為敏感<sup>7</sup>，較易受到衝擊。其中，又因為服務提供者多為中小企業，於規範歧異的貿易環境中，其獲取資訊之能力與資源皆屬有限，也因此管制所形成之規範差異對於服務跨境提供之負面影響尤甚<sup>8</sup>。管制對於貿易之影響不僅於此，其亦不利於本國業者之出口<sup>9</sup>。

## 2.2 服務貿易總協定與國內規章

了解服務貿易的障礙主要是由管制構成之後，於此節本文欲探討服務貿易總協定中促進服務貿易自由化的規定，以了解服務貿易總協定的規範是否有效促進服務貿易的自由化。

### 2.2.1 服務貿易自由化三大基石

國內規章、市場進入、國民待遇被認為是服務貿易總協定中推進服務貿易自由化的三大基石。

市場進入主要去除數量限制，國民待遇則除去影響競爭條件、優惠本國服務和服務提供者之歧視性措施。此二者被明確認為是服務貿易之障礙，於烏拉圭回合談判取共識，分別以服務貿易總協定第 16 條市場進入、第 17 條國民待遇加以規範，於承諾表揭露所承諾部門之限制條件，並持續透過回合談判以達成逐步自

---

<sup>5</sup> Matthieu Crozet, Emmanuel Milet & Daniel Mirza, *The Impact of Domestic Regulations on International Trade in Services: Evidence from Firm-Level Data*, 44 J. COMP. ECON. 585, 586 (2016).

<sup>6</sup> *Id.*, at 600.

<sup>7</sup> Matthieu Crozet, Emmanuel Milet & Daniel Mirza, *supra* note 5, at 605.

<sup>8</sup> Henk Kox & Hildegunn K. Nordås, *supra* note 2, at 10-11.

<sup>9</sup> Henk Kox & Hildegunn K. Nordås, *supra* note 2, at 24.

由化之目標。

國內規章則規範非歧視性的措施，事實上並非所有管制皆會形成貿易障礙，也因此從廣泛、多元且複雜的管制中辨識出具有貿易限制性的措施並加以規制便有相當難度，於烏拉圭回合談判時會員未就此達成共識，僅於第 6 條第 4 項國內規章規定須於後續談判發展有關規則。

簡言之，市場進入、國民待遇已存在相關規範，而國內規章則尚待談判進一步發展條文的規範。

### 2.2.2 談判進度不一之影響

市場進入、國民待遇與國內規章的法規發展程度不一可能對於整體服務貿易的自由化有著不利之影響。在特定承諾的談於烏拉圭談判已經取得進展、而國內規章之確切規範卻尚待談判時，貿易障礙可能轉而遁入國內規章中，以國內規章之形式呈現，進而不利於整體服務貿易之自由化。因此，只有同步移除所有類型之貿易障礙方能得到最大利益<sup>10</sup>。也就是說，在市場進入、國民待遇與國內規章的法規發展程度不一時，欲實現服務貿易之自由化，更應關注目前進展有限之國內規章談判。

### 2.2.3 國內規章、市場進入與國民待遇之關係

就貿易自由化而言，國內規章與市場進入、國民待遇是相輔相成之關係。試想若會員就市場進入、國民待遇有完全之承諾，然而在國內規章尚未調和之狀況下，其業者亦將面臨國內規範差異所形成之障礙，此障礙無法透過市場進入、國民待遇消弭，甚至影響市場進入、國民待遇的自由化成果，也就是說缺乏國內規章之規範，服務貿易的自由化甚難實現。這樣的現實也被反應在談判之中，因為

---

<sup>10</sup> PANAGIOTIS DELIMATIS, *supra* note 1, at 83.

國內規章的範疇與規範未定，也致使會員於特定承諾的談判裹足不前，於談判國內規章時也觀察其他會員就特定承諾之進展<sup>11</sup>，也因此可明確觀察出國內規章與特定承諾唇齒相依之特徵。

## 2.3 小結

由於服務高度管制的特性，服務貿易之障礙最可能存在於管制，其對於本國及外國廠商的出口決策都有著不利之影響。觀察服務貿易總協定當中促進自由化的規範，市場進入、國民待遇、國內規章規範發展進度不一致將不利於服務貿易之自由化，使得目前進展有限之國內規章談判成為焦點，且國內規章談判又將進一步深化市場進入、國民待遇所帶來之自由化效益，也因此，就服務貿易總協定與服務貿易自由化的關連而言，關注國內規章之發展有其必要。

---

<sup>11</sup> 張新平，WTO 服務貿易國內規章有關問題之探討，政大法學評論，112 期，頁 140，1999 年。

### 3. 國內規章與必要性測試

欲關注國內規章的發展，首先應對於國內規章的性質有所認識。由於國內規章是政府為達成政策目的所為之管制，因此，應瞭解管制如何運作，包含管制效益、成本，以及透過成本效益評估以決定是否實施管制。成本、效益的評估於國內法當中，以比例原則、管制衝擊影響評估的方式呈現。作為國際貿易的管制機關，世界貿易組織（World Trade Organization，WTO）亦引入成本效益評估之概念，此即必要性測試。申言之，由管制的角度來看，比例原則、管制衝擊影響評估、必要性測試皆在透過成本效益評估除去浮濫、無效益之管制，此類管制即為貿易障礙，這也是服務貿易協定第6條第4項國內規章談判授權中有必要性測試的緣故，欲必要性測試成為消弭管制所形成貿易障礙的關鍵。

#### 3.1 管制與成本效益評估

由於國內規章的本質是管制，因此了解管制的目的、效益、成本，以及如何就管制成本效益評估做出管制決策即至關重要。

##### 3.1.1 管制目的與效益

國內規章是政府為達成一定目的所為之管制。服務貿易總協定的前言明確容許會員制定各種法規以達成各國之政策目的，以保障會員之管制權（right to regulate）<sup>12</sup>，此為國家主權的實現，對國內事務享有至高無上、排他之權力。

管制目的，可以分為經濟層面與非經濟層面，以下分別介紹：

---

<sup>12</sup> GATS Preamble: "...Recognizing the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives and, given asymmetries existing with respect to the degree of development of services regulations in different countries, the particular need of developing countries to exercise this right;..."

經濟層面者的管制目的主要用以處理市場失靈。當市場無法有效運作以達成最佳資源配置的效果時，即有管制以矯正市場失靈的必要。如因為固定生產成本較高所產生獨占（monopoly）的現象，獨占者將擁有決定市場價格的能力，管制者的介入可避免過高的定價<sup>13</sup>。再者，外部效用（externalities）也是市場失靈的一種態樣，原因係市場無法內化行為所產生的效果，管制的介入則是促進行為效果的計算<sup>14</sup>。市場失靈的第三種態樣為資訊不對稱（information deficit），由於市場參與者間的資訊不對等，以致無法使市場資源有效的配置，此時，管制的介入則可以促進資訊的流通，改善資訊不對等的情形<sup>15</sup>。

非經濟層面者的管制目的係欲促進分配正義，而分配正義無法透過市場的自然運作來解決。因此，透過管制改變市場自然運作下資源的分配，使得資源的分配能更加公平<sup>16</sup>。

管制目的的實現可帶來效益，在經濟方面，如矯正市場失靈，避免獨占者恣意訂定價格所帶來的福利增加、內化環境成本而促進環境保護、促進資訊公開以提升對於消費者的保護等，在非經濟方面，則有因分配正義實現所帶來的弱勢保護、階級流動等。

### 3.1.2 管制成本

實現管制的目的固然會帶來效益，然而管制本身亦會帶來成本，管制者或被管制者皆須承擔。

從管制者的角度而言，管制的制定過程當中，需要投入相當的人力、金錢等成本以設計出適當之管制。而管制的實施，同樣地也需要人力、金錢的投入，這

---

<sup>13</sup> MARKUS KRAJEWSKI, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES 13 (1<sup>st</sup> ed. 2003)

<sup>14</sup> *Id.*, at 14.

<sup>15</sup> MARKUS KRAJEWSKI, *supra* note 13.

<sup>16</sup> MARKUS KRAJEWSKI, *supra* note 13.

也算是管制成本的一部分。此外，管制的實施也可能會構成其他利益團體的負擔，配套措施的制定也會構成成本。較無經驗的管制者、或於較新的政策領域，管制者甚至可能需要摸索恰當的管制方式，而需要挹注更多的成本。

從被管制者的角度而言，成本源自於配合管制，例如管制設計過程的程序參與、依照管制而調整自身的商業型態、相關文件的準備、取得執照所需的規費等等。管制的形成與實施的過程中，被管制者亦需要付出相當的成本。

由於管制成本的存在，管制不可避免地會影響服務貿易的流通，而形成貿易障礙，對於貿易所帶來的負面影響亦會計入管制的成本。此處「服務貿易」不僅指國際的服務貿易而言，對於國內服務貿易亦然。舉例來說，為保障乘客的生命安全，要求機師應經檢定合格<sup>17</sup>、且體格應保持一定水準，始得駕駛飛機。此規定對於本國人而言，應通過學、術科檢驗，並符合民航局定期的體格檢查；對於外國人而言，需具備民航運輸駕駛員資格、雇主所需機型之有效檢定證明、民用航空醫務中心航空人員體格檢查合格證明<sup>18</sup>。無論是對於本國人、外國人來說，為取得駕駛員資格、通過體檢皆須付出一定的勞力、金錢、時間，此即因機師資格管制而生的成本。相較於無機師資格管制，機師資格的門檻可能會造成機師數量下降、培育機師的成本提高等不利於飛航運輸服務提供的現象，對於飛航運輸服務的流通有不利的影響，此不僅為本國飛航運輸市場的議題，更因其涉及外國機師的服務提供，而成為國際飛航運輸服務貿易的議題。

### 3.1.3 管制成本效益的評估

既然管制同時存在著效益與成本，則管制的實施必然是效益大於成本方有意義，於此情形管制的實施才有可能為社會帶來效益。相對地，管制的成本若大於

---

<sup>17</sup> 民航法第 25 條

<sup>18</sup> 外國人從事就業服務法第 46 條第 1 項第 1 款至第 6 款工作資格及審查標準第 17 條

效益，則管制的實施僅會為社會帶來額外的負擔。

為掌握管制所帶來的影響，管制的效益、成本評估因而有其必要，一方面確保管制帶來的效益高於成本，另一方面評估管制成本、效益比例，使管制的成本投入能夠帶來相當的效益，以促進管制的效率。如此一來，方能確認管制的實施不至於形成過多的障礙，阻止服務貿易的流通。

延續前一個例子，機師資格的管制固然產生機師培訓、體格保持、政府的機師資格管理等成本，涉及財產權、就業自由的限制。然而，機師資格的管制可以帶來乘客生命保障的效益，此為人類最基本、最重要的權利。將機師資格管制的成本、效益加以評估，生命安全的效益自然高過於限制財產權、就業自由所生的成本，足見機師資格管制的必要性。

## 3.2 成本效益評估之國內實踐

管制成本效益的評估，以比例原則的方式體現於憲法、法律之中，而以管制影響評估程序（regulatory impact assessment）落實於立法、行政決策過程中。

### 3.2.1 比例原則

以我國法為例，憲法第 23 條<sup>19</sup>、行政程序法第七條<sup>20</sup>皆引入「比例原則」的概念。比例原則為防止國家權力濫用之「法治國家原則」，要求行政、立法、司法行為，其手段與所欲實現之目的間，應有合理比例關係，意即目的所帶來的效益以及其手段所帶來的成本應合比例。比例原則的內涵有三：

<sup>19</sup> 中華民國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

<sup>20</sup> 行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

(一) 適當性原則，要求所採取之手段應有助於達成所追求之目的，方為正當；

(二) 最小侵害原則，要求在能達成目的的手段之中，選擇侵害最小者，也就是說必須沒有其他具有相同效力而達成更小侵害；

(三) 比例原則，指的是其手段所造成之侵害，不得與達成目的所需之程度不成比例<sup>21</sup>。

由此可知，在適當性原則判斷時，即係確認管制會帶來的效益，而於最小侵害原則時，則是確認管制所帶來的成本最小，因此所帶來的侵害也最小，最後，於比例原則時，則是觀察管制的效益、成本應具有相當性，藉此確認管制不致帶來過多成本，並使管制的效益極大化。

### 3.2.2 管制影響評估

將法規目的、成本效益考量之概念具體導入法規制定的程序當中，即為「管制影響評估」，為系統性地嚴謹評估現存或提案中的管制、非管制替代措施的正面效益與負面影響之成本的機制。雖說各國的國內實踐態樣不一，但是皆包含了問題定義、臚列政策選項、資料蒐集、政策選項評估、確認偏好之政策選項、評估及監管機制的關鍵步驟<sup>22</sup>。

在問題定義的階段，有關單位應詳細且明確地界定政策所欲解決的問題及其成因，而在下一個階段，能夠把管制的原因轉換成確實的政策選項，除了管制以外，亦可以考慮如自我管理、共同管制等選項。接著，應透過實證方法蒐集所有相關的資料，並以此來分析所有可能的管制選項的成本、效益，這也是為核心的

<sup>21</sup> 司法院釋字 476 號解釋理由書

<sup>22</sup> Andrea Renda, *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy*, in REGULATORY POLICY IN PERSPECTIVE - A READER'S COMPANION TO THE OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2015 36-37 (OECD eds., 2015)

步驟，進行成本效率分析（cost effective analysis）、成本效益分析（cost benefit analysis）、風險評估的分析。在此基礎上，選擇出最適的政策選項，最後並須持續監控並評估政策選項執行後的影響<sup>23</sup>。

評估各管制選項時，無論是成本效率或者成本效益的分析，事實上皆著重於「成本」的評估：成本效率評估中選擇成本最小化的選項，使每單位的成本帶來最多的效益，以提高每單位成本的效率；而於成本效益評估之中，觀察成本、效益的關聯，使成本、效益相當。換言之，即於成本效率評估中確認該管制選項帶來的成本最小，而成本效益評估中則係確立成本、效益間的相當性。

雖然說實施管制影響評估亦會帶來金錢、時間的成本，然而，管制影響評估時所進行的資料蒐集、檔案紀錄等等也會使得程序更加透明，提升決策的正當性。其監控與評估，能夠加強政府的課責性（accountability）。且納入此評估程序有助於減輕政府的行政成本，使施政更有效率，有利於行政體系間的各單位互相監督與合作，強化行政一體性，並有助於實現長期政策目標<sup>24</sup>。

### 3.3 國際經貿法下的必要性測試

成本、效益的評估有助於國內管制的實施，而負責國際貿易管制的 WTO 也有類似於成本效益的評估的機制，以「必要性測試」的方式體現在各該協定之中。

值得注意的是，WTO 協定中的必要性測試分為兩種：例外型與義務創造型。例外型的必要性測試係於違反協定內容時，若符合各該協定的例外條款、並通過其中的必要性測試，則得以正當化其違法性，使措施例外合法，如關稅暨貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）第 20 條、服務貿易總協定第 14 條。不同於例外型的必要性測試，義務創造型的必要性測試，要求會員於

---

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> Andrea Renda, *supra* note 22, at 39-40.

管制制定時，應符合協定的規定，並積極通過其中的必要性測試，始能建立措施的合法性，如技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT 協定) 第 2.2 條<sup>25</sup>、食品衛生檢驗與動植物檢疫措施協定 (Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS 協定) 第 2.2 條<sup>26</sup>與第 5.6 條<sup>27</sup>、服務貿易總協定第 6 條第 4 項等。本文所欲探討者，為因管制而生的成本效益的評估的機制，因此後者義務創造型的必要性測試才為關注的重點。

在義務創造型的必要性測試中，側重於措施貿易限制性的觀察。一方面肯認實現措施正當目的所帶來的效益，如保護人類健康安全、動植物健康、環境等，另一方面評估此措施所帶來的成本，意即貿易障礙、貿易限制性，接著要求系爭措施為達成正當目的不應對貿易形成不必要之障礙、不得逾越必要的貿易限制程度。換言之，應確認措施有助於正當目的的達成，評估目的達成的有效性 (level of attainment of the objective)，最後檢視是否有其餘貿易限制性較小的替代措施，以確認該措施確實為侵害最小的手段，以建立措施的必要性。

### 3.4 小結

無論是比例原則、管制影響評估，乃至於國際經貿法下的必要性測試皆環繞著「成本效益評估」的核心概念。在效益方面，比例原則要求措施要有助於目的

---

<sup>25</sup> Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 2.2: “Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”

<sup>26</sup> Sanitary and Phytosanitary Measures, art. 2.2: “Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5.”

<sup>27</sup> Sanitary and Phytosanitary Measures, art. 5.6: “Without prejudice to paragraph 2 of Article 3, when establishing or maintaining sanitary or phytosanitary measures to achieve the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, Members shall ensure that such measures are not more trade-restrictive than required to achieve their appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, taking into account technical and economic feasibility.”

達成方有可能有效益、管制影響評估計入各管制帶來的效益、必要性測試則是透過正當目的之實現來確保措施的效益。於成本方面，比例原則有最小侵害性的要求、管制影響評估則以成本效率找出成本最小的管制選項、必要性測試中則是要要求不可有造成較小侵害的措施存在。

因此，無論是國內管制或是國際貿易的管制，只要是「管制」，透過成本效益評估來確認管制的效益帶來成本，以排除浮濫、無效益的管制，即為關鍵。浮濫、無效益的管制會構成服務貿易的阻礙，因此必須透過成本效益評估加以排除，此即服務貿易總協定第 6 條第 4 項 b 款必要性測試存在的原因。由此觀之，必要性測試對於去除管制所形成的貿易障礙來說，具有核心的重要性。



## 4. 國內規章與必要性測試談判歷史

國內規章準則旨在消弭浮濫、無效益的管制，而這正是必要性測試的貢獻。因此，必要性測試的發展與國內規章準則的成敗息息相關。著眼於此，第四章將介紹並分析必要性測試的談判與爭議，亦將介紹國內規章的談判授權、國內規章的談判歷史作為背景知識，使讀者對於必要測試爭議的始末以及國內規章準則談判脈絡有詳盡之了解，方能進一步思考如何解決必要性測試談判的障礙，以促進國內規章準則的發展。

### 4.1 國內規章談判授權

國內規章的發展係根據服務貿易總協定第 6 條第 4 項談判授權所進行的談判。在烏拉圭回合談判後期，會員無法就國內規章的規範達成共識，遂決定暫時擱置爭議，期望以內建 (built-in) 議題的方式於未來談判中持續討論此議題，將談判授權定於服務貿易總協定第 6 條第 4 項。因此，在關注國內規章的發展之前，必定要先對於談判授權有所認識，此乃談判之所本。

儘管管制態樣多元，會員於第 6 條第 4 項國內規章中僅選擇就資格要件與程序、核照要件與程序<sup>28</sup>、技術標準發展多邊規範，因為此類型的管制較容易構成貿易障礙。以下分別就各項目的定義進行介紹<sup>29</sup>，使讀者對於第 6 條第 4 項的談判授權中管制的態樣更加了解：

- 資格要件與程序：資格要件係指與自然人服務提供能力有關，且為

<sup>28</sup> 第 6 條第 4 項所規定的國內規章之中，事實上並未包含核照程序，然而是否代表核照程序非在規範之列？衡諸會計部門國內規章準則已涵括核照程序，且於國內規章工作小組主席所提之 2011 年國內規章準則草案之中，也明確納入核照程序，據此核照程序為規範之列，應無疑義。

<sup>29</sup> 此處援引內國規章工作小組主席所提之 2011 年國內規章準則草案，當中就「資格要件與程序」、「核照要件與程序」已無爭議，就「技術標準」則有兩種版本。條文的翻譯的部分文字參考張新平老師於〈WTO 服務貿易國內規章有關問題之探討〉一文附錄。

獲得服務提供許可所需證明的實質要件<sup>30</sup>；資格程序為自然人為證明其符合資格要件的實質要求以取得服務提供之許可，所遵循之行政或程序要件<sup>31</sup>。

- 核照要件與程序：核照要件是指除了資格要件以外，自然人或法人為獲得、更正或更新服務提供許可所需證明之實質要件<sup>32</sup>；核照程序為自然人或法人為證明其符合核照要件的實質要求，以獲得、更正或更新服務提供許可，所須遵循之行政或程序要件<sup>33</sup>。

- 技術標準：技術標準指的是制訂服務貿易的特徵或提供方式的措施，並包含了執行此標準的相關措施<sup>34</sup>。

在了解談判授權所規範的管制態樣之後，應進一步探求談判授權欲如何訂定國內規章之規範：服務貿易總協定第6條第4項要求會員就前述國內規章訂定必要規範，確保管制是基於客觀及透明之標準，例如提供服務之資格及能力、不得比確保服務品質所必要之要求更苛刻、核照程序不得成為服務供給之限制，使核照程序不致成為服務貿易不必要之障礙<sup>35</sup>。

在了解了談判授權中對於管制態樣的界定，以及授權談判的內容之後，即可

---

<sup>30</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.7: "Qualification requirements" are substantive requirements relating to the competence of a natural person in relation to the supply of a service, and which are required to be demonstrated for the purpose of obtaining authorization to supply a service."

<sup>31</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.8: "Qualification procedures" are administrative or procedural rules that a natural person must adhere to in order to demonstrate compliance with qualification requirements, for the purpose of obtaining authorization to supply a service"

<sup>32</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.5: "Licensing requirements" are substantive requirements, other than qualification requirements, with which a natural or a juridical person is required to comply in order to obtain, amend or renew authorization to supply a service."

<sup>33</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.6: "Licensing procedures" are administrative or procedural rules that a natural or a juridical person, seeking authorization to supply a service, including the amendment or renewal of a licence, must adhere to in order to demonstrate compliance with licensing requirements."

<sup>34</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.9: "Technical standards" are measures that lay down the characteristics of a service or the manner in which it is supplied. Technical standards also include the procedures relating to the enforcement of such standards." or "Technical standards" are measures [that prescribe] the characteristics of a service or the manner in which it is supplied. Technical standards also include the procedures relating to the enforcement of such standards."

<sup>35</sup> General Agreement on Trade in Service, art. VI:4.

開始了解國內規章的談判。

## 4.2 國內規章準則談判歷程

國內規章準則的談判之始，會員先以「部門別 (sectoral)」的方式嘗試發展國內規章準則，此由 1995 年起的專業服務工作小組 (Working Party on Professional Services) 負責。自 1998 年起，會員立基於專業服務工作小組的談判成果與經驗，開始進一步嘗試發展跨不同服務部門的水平 (horizontal) 國內規章準則，此於國內規章工作小組 (Working Party on Domestic Regulation) 當中進行。以下分別介紹：

### 4.2.1 專業服務工作小組時期

專業服務小組於 1995 年成立，選定就「會計部門」發展國內規章準則，並於 1998 年完成談判，以下分別就談判的歷程與成果進行介紹，當中又以必要性測試最為關鍵，並基於前述基礎分析會計部門國內規章準則成功的關鍵。

#### 4.2.2.1 談判歷程

1995 年，部長會議作成有關專業服務之決議 (Decision on professional services)，依據決議成立專業服務工作小組，負責檢視、回報與建議相關規範，以確保專業服務相關的管制不致造成貿易障礙。

在部門別的選擇方面，因會計部門有較完整之國際、區域協定，加以業者支持於多邊架構中調和國內管制，因此於此決議也確立自會計部門優先發展國內規章準則<sup>36</sup>。

---

<sup>36</sup> 張新平，前揭註 11，頁 158。

會計部門國內規章準則（Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector）於 1998 年談判完成，服務貿易理事會（Council for Trade in Services）採認會計部門國內規章準則，決議此準則僅適用於就會計部門有作出承諾之會員，且此決議將於（杜哈）回合談判結束前納入 GATS 的規範之中，在此之前，會員應盡力確保現存法規不違反此準則<sup>37</sup>。

#### 4.2.2.2 談判成果

會計部門國內規章準則大多數內容為程序性規則，如公開申請程序與相關資訊等的透明化規範，或管制的施行（administration）面，如駁回申請時應即時告知駁回理由等。其中，部分條文是現有服務貿易總協定的條文延伸，如透過據服務貿易總協定第 3 條查詢點和服務貿易總協定第 4 條詢問點的以公開負責單位的連絡資訊等<sup>38</sup>。

會計部門國內規章準則最大的成就被認為是必要性測試<sup>39</sup>，此測試規定於「一般性規定（general provisions）」之中，資格程序與要件、核照程序與要件、技術標準皆有其適用。會計部門國內規章準則中的必要性測試規定：「會員應確保核照程序與要件、資格程序與要件、技術標準並不是以造成會計服務貿易不必要之障礙的方式制定、採用或實施。為達成此目的，會員應確保是項措施的貿易限制性不逾越達成正當目的所必要，正當目的包含但不限於消費者保護、服務品質、專業能力、職業操守（integrity）。」<sup>40</sup>換言之，會員仍保有實現其正當目的

---

<sup>37</sup> WTO, Council for Trade in Services, *Decision on Disciplines Relating to the Accountancy Sector*, S/L/63 (Dec. 15, 1998).

<sup>38</sup> Disciplines on domestic regulation in the accountancy sector Paragraph V: “Members shall make publicly available, including through the enquiry and contact points established under Articles III and IV of the GATS, the names and addresses of competent authorities (i.e. governmental or non-governmental entities responsible for the licensing of professionals or firms, or accounting regulations). . . .”

<sup>39</sup> Aik Hoe Lim & Bart de Meester, *An Introduction to Domestic Regulation and GATS, in WTO DOMESTIC REGULATION AND SERVICE TRADE 11* (Aik Hoe Lim & Bart de Meester eds., 2014).

<sup>40</sup> Disciplines on domestic regulation in the accountancy sector Paragraph III: “Members shall ensure that measures not subject to scheduling under Articles XVI or XVII of the GATS, relating to licensing requirements and procedures, technical standards and qualification requirements and procedures are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary barriers to trade

之權力，惟需衡酌此措施之貿易限制程度，確保貿易限制程度不逾越實現正當目的所必要，以符合必要性測試。

#### 4.2.2.3 小結

會計部門國內規章準則的成功經驗多來自於該部門的特殊性。會計服務的國際化程度相當高，以會計服務而言，全世界會計報表的編制，有高達 83% 都是依據國際財務報導準則（International Financial Reporting Standards）編制<sup>41</sup>。在產業環境方面，全球的會計部門也由所謂的「四大（Big Four）」事務所支配，包含德勤（Deloitte）、普華永道（PwC）、安永（EY）、畢馬威（KPMG）<sup>42</sup>，產業的管理與競爭相當集中，這也是國內規章準則的談判能迅速取得業者支持的關鍵。然而，除了會計部門外，其餘服務部門國際化程度不見得能與會計部門相比擬，產業的環境存在較多的競爭、管理分歧，欲複製會計部門的成功經驗存在相當難度。

就談判的角度而言，若欲持續部門別的談判，也將面臨部門別的選擇問題，選擇部門時各國所注重的產業不同，「選擇部門」本身也會成為一個談判難題，且在管制比較密集的部門可能會缺乏足夠的政治支持以開展談判。另一方面，服務部門多元，若欲逐一發展國內規章準則加以規範，勢必曠日廢時、勞民傷財<sup>43</sup>。並且，雖說服務種類繁多，然而服務的管制理由其實仍存在相似性，如消費者保護、確保服務品質等，有可能以此為基礎發展水平規範。因此，在取得會計部門的成功後，即成立國內規章工作小組，雖說欲持續專業服務部門的談判，然而更

---

in accountancy services. For this purpose, Members shall ensure that such measures are not more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective. Legitimate objectives are, inter alia, the protection of consumers (which includes all users of accounting services and the public generally), the quality of the service, professional competence, and the integrity of the profession.”

<sup>41</sup> *Who we are and what we do, About us, IFRS, 2016, available at* <http://www.ifrs.org/About-us/Documents/Who-We-Are-English-2016.pdf> (last visited Dec. 22, 2016).

<sup>42</sup> Marion Dakers, *BP picks Deloitte for one of Britain's most valuable audits*, *Business*, THE TELEGRAPH, Nov. 15, 2016, available at <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/11/15/bp-picks-deloitte-for-one-of-britains-most-valuable-audits/> (last visited Dec. 22, 2016).

<sup>43</sup> Aik Hoe Lim & Bart de Meester, *supra* note 39, at 10.

是要致力於發展適用於所有部門的水平國內規章準則。

## 4.2.2 國內規章工作小組時期

基於專業服務工作小組的談判經驗與成果，會員嘗試發展適用於各部門的國內規章準則，不料談判進行了十餘年仍未就國內規章準則形成共識。由國內規章的談判歷程切入，復進一步對談判議題進行介紹，使讀者對於國內規章談判有完整的認識，此即必要性測試爭議的背景。

### 4.2.2.1 談判歷程

1999 年，依據服務貿易理事會所作成之有關國內規章的決議（Decision on Domestic Regulation）成立國內規章工作小組，承接專業服務工作小組之職責，並進一步發展水平適用於各服務部門之國內規章準則<sup>44</sup>。

自 1999 年起，國內規章工作小組中的談判如火如荼，雖說有會計部門國內規章準則作為前例，然而發展水平國內規章準則仍複雜許多，會員透過檢視國內規章範例文件（example paper）、諮詢各專業部門的國際組織、彙整各國專業部門國際組織、抽象的概念討論等等，直至 2007 年 4 月國內規章工作小組的主席才整合了第一份可能的國內規章準則草案，並據此繼續討論與修正<sup>45</sup>。然而，2009 年主席所整合之草案修正版卻飽受各國批評，認為該草案未確實反映談判之內容<sup>46</sup>。在逐條檢視、修正該版草案後，終於在 2011 年由主席提出進度報告，以及尚未取得共識之草案。可惜的是，在 2011 年後，會員就如何整合草案中歧異之意見莫衷一是，至今都難以取得突破。

<sup>44</sup> WTO, Council for Trade in Services, *supra* note 9.

<sup>45</sup> WTO, Working Party on Domestic Regulation, *Annual Report of the Working Party on Domestic Regulation to the Council for Trade in Services* (2007), ¶ 2, S/WPDR/10 (Nov. 13, 2007).

<sup>46</sup> WTO, Working Party on Domestic Regulation—*Report on the Meeting Hold on 1 April 2009*, S/WPDR/M/40 (May 12, 2009).

#### 4.2.2.2 談判成果

談判至今，於國內規章議題還有許多未能達到共識之處，於 2011 年於主席提出草案之後，秘書處發表了「國內規章談判背景文件 (Background document on the domestic regulation negotiations)」<sup>47</sup>，對於談判的成果進行介紹與整理。由於 2011 年後國內規章準則的談判進展極其有限，因此，得援引 2011 年的國內規章談判背景文件至今仍有參考價值。

會員於談判中確立了國內規章準則的適用範圍，國內規章所規範的管制並不落入服務貿易總協定第 16 條、第 17 條，然而，執行 (administration) 第 16 條、第 17 條的措施，仍有落入國內規章之可能。而國內規章準則所適用的部門，也僅限於會員有特定承諾之部門<sup>48</sup>。

而就談判所聚焦的議題，國內規章談判背景文件整理了六個主要的議題別，以下分別進行介紹：

- 透明化：相較於其他議題，會員認為透明化相關的規則較有可能水平適用<sup>49</sup>。國內規章準則為基於服務貿易總協定第 3 條的透明化規定的深化<sup>50</sup>，使得資訊公開的對象由會員之間轉換為會員與服務提供者之間，會員應設立適當機制回應服務提供者就國內規章相關資訊的諮詢<sup>51</sup>。除了公

<sup>47</sup> WTO Trade in Services Division, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article (Background document)*, Service, WORLD TRADE ORGANIZATION, June 2011, available at [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/dom\\_reg\\_negs\\_bckgddoc\\_e.doc](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/dom_reg_negs_bckgddoc_e.doc) (last visited Dec. 22, 2016).

<sup>48</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.10: “These disciplines apply to measures by Members relating to licensing requirements and procedures, qualification requirements and procedures, and technical standards affecting trade in services where specific commitments are undertaken. They do not apply to measures to the extent that they constitute limitations subject to scheduling under Article XVI or XVII.”

<sup>49</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 12 March 2002*, ¶ 16, S/WPDR/M/15 (Apr. 10, 2002).

<sup>50</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 22 June 2005*, ¶ 20, S/WPDR/M/30 (Sept. 6, 2006).

<sup>51</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.14: “Each Member shall maintain or establish appropriate mechanisms for responding to enquiries from any service suppliers regarding any measures relating to licensing requirements and procedures,

布國內規章相關資訊等與會計部門國內規章準則相似的規定之外，國內規章準則草案中要求會員公布於國內規章中公眾參與的機會（如公聽會），也要求會員建立受理申請的時程（timeframe）<sup>52</sup>。

- 公正與客觀：權責機關所採取的程序或作成的決定，不應受到商業利益或政治影響，應明確地附理由以避免恣意的裁量<sup>53</sup>。由於不同政府的裁量空間可能不同，也因此談判的重點便在於確保管制者的行為公平而獨立<sup>54</sup>。

- 外國資格與經驗的相關性：在資格要件方面，外國的教育、專業經歷如何承認值得探討。由於服務貿易總協定中，第六條第六項、第七條皆涉及承認、認許的概念，因此如何區別三者的適用差異即成為關鍵<sup>55</sup>。工作小組僅有權就專業服務資格相關的承認、認許進行談判<sup>56</sup>，著重在教育、專業考試等是否可資比較（comparable）。

- 法安定性：在申請期間，不得以給予申請人不公平待遇為目的來修改評估標準。若據以申請的法規有變更，應給予申請人合理的時間據以修正其申請<sup>57</sup>。

---

qualification requirements and procedures, and technical standards. Such enquiries may be addressed through the enquiry and contact points established under Articles III and IV of the GATS or any other mechanisms as appropriate.”

<sup>52</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.13: “Each Member shall publish promptly, through printed or electronic means, all measures of general application relating to licensing requirements and procedures, qualification requirements and procedures, and technical standards. This shall include the following information, where it exists, *inter alia*: ... (h) where applicable, opportunity and associated procedures for public involvement such as through hearings and opportunity for comment; (i) established timeframe for processing of an application.”

<sup>53</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.18: “Each Member shall ensure that the procedures used by, and the decisions of, the competent authority in the licensing process are impartial with respect to all applicants. The competent authority should be operationally independent of and not accountable to any supplier of the services for which the licence is required.”

<sup>54</sup> Aik Hoe Lim & Bart de Meester, *supra* note 39, at 14.

<sup>55</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 1 July 2003*, ¶ 93, S/WPDR/M/22 (Sept. 22, 2003).

<sup>56</sup> *Id.*, at ¶ 99.

<sup>57</sup> Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2011 Draft), Art.11: “Measures relating to licensing requirements and procedures, qualification requirements and procedures, and technical standards shall be pre-established, based on objective and transparent criteria and relevant to the supply of the services to which they apply.”

- 國際標準：採用國際標準能夠促進外國資格的採納，參與國際標準制定的政府應確保過程透明<sup>58</sup>。由於與服務有關的國際標準較少，開發中國家參與國際標準的制定過程也會面臨困難，因此特殊差別待遇、技術援助更形重要<sup>59</sup>。
- 必要性測試：談判的重點由管制目的、有效性、成本效益評估的三個要素來建構必要性測試。會員在管制目的設計上有相當的爭執，無法就管制目的之規範方式形成共識。而於成本效益評估當中，由於會員之間的管制能力（regulatory capacity）不同，會員表示欠缺成本效益評估所需的人力、金錢資源。

此六議題當中，又以必要性測試會員的立場最為分歧。於 2011 年的草案之中，其他議題尚能就爭議程度歸納為已達成共識的參考性草案（agreement reached on an ad referendum basis）、存在單一選擇草案（single alternative）、存在多重選擇草案（multiple alternatives）幾個類別，然而，就必要性測試的議題上會員立場歧異之甚，甚至無法落入前述爭議分類的類別，被認為是最為困難的議題<sup>60</sup>。

### 4.3 必要性測試

必要性測試為國內規章談判當中最為困難之議題，然而，著眼於必要性測試消弭浮濫、無效益管制之功能，若無法解決必要性測試的爭議、就必要性測試議題取得共識，國內規章準則的談判也欲振乏力。

必要性測試的意義即在於消弭浮濫、無效益管制，在必要性測試的三個要素之中，可以透過管制目的的限縮，來排除自始無法帶來足夠效益的管制，復於成

<sup>58</sup> WTO Trade in Services Division, *supra* note 47, ¶ 18.

<sup>59</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 18 February 2005*, ¶ 30, S/WPDR/M/29 (July 11, 2005).

<sup>60</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (Chairman's Progress Report)*, ¶ 14, S/WPDR/W/45 (Apr. 14, 2011).

本效益評估後，排除效益不足以彌平成本的管制。也因此，國內規章的談判爭議主要聚焦於目的、成本效益評估。

### 4.3.1 目的

管制目的之確立係用評估達成此目的所帶來之效益。管制的態樣廣泛多元，由管制目的的角度而言，若目的不適切，即無法帶來足夠之效益以彌平該管制的成本，勢必對於貿易形成過多限制。也因此，排除目的不適切的管制，一方面確認管制的存在能夠達成相當效益，另一方面避免目的無限擴張，形成浮濫的管制。

#### • 正當目的

欲由「目的」對管制進行限縮，有會員嘗試引入 TBT 協定、SPS 協定中的正當目的 (legitimate objectives) 的概念<sup>61</sup>，以「正當性」對管制加以限縮，「不正當」的管制勢必無法帶來足夠之效益，因此不應存在。「正當目的」隱含著「正當」、「不正當」的價值判斷，透過如此的價值判斷來限縮管制。

「正當目的」固然可以達成前述以「目的」限縮管制的效果，然而正當性與否本質上是價值判斷，不同利害關係人、不同會員的價值判斷可能存在差異，致使「正當目的」的闡釋空間存在爭議，使會員就此議題的討論，多所爭議。

舉例來說，2010 年 Google.cn 與中國政府就是否對於搜尋結果進行「自我審查」產生爭執<sup>62</sup>，Google.cn 的網路服務提供者營業許可恐隨時被吊銷或面臨屆期無法換發的困境<sup>63</sup>。依《互聯網信息服務管理辦》，經營性網路服務提供者（如

<sup>61</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 14 July 1999*, ¶ 3, S/WPDR/M/2 (Sept. 2, 1999).

<sup>62</sup> David Drummond, 關於谷歌中國的最新聲明, GOOGLE, 2010 年 3 月 23 日, 網址: <https://www.google.com/press/new-approach-to-china/update.html> (最後瀏覽日: 2016 年 12 月 22 日)。

<sup>63</sup> Loretta Chao & Amir Efrati, *China Renews Google's License, Tech*, THE WALL STREET JOURNAL, July 11, 2010, available at <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704075604575356552939507706> (last visited Dec.

Google.cn) 欲於中國提供服務，需取得營業許可<sup>64</sup>。中國政府要求於網路服務的業者應保證其所提供的訊息合法<sup>65</sup>，並於同法臚列「反對憲法所確定的基本原則」、「危害國家安全，洩露國家秘密，顛覆國家政權，破壞國家統一」等內容為違法<sup>66</sup>，網路服務提供者不應不得製作、複製、發佈、傳播違法訊息，否則可加以處罰並吊銷營業許可<sup>67</sup>。

要求網路服務提供者所提供之訊息合法屬於「正當目的」，應無疑義。然而，在《互聯網信息服務管理辦法》所列舉的諸多違法態樣之中，要件、適用上都存在質疑的空間，例如：「反對憲法所確定的基本原則」，單純「反對」並不足以對於憲法原則造成實質的威脅與危害，此違法態樣無異於處罰人民的「思想」而非「行為」，在大多數國家都被視為思想自由的干預。對於其他國家而言，「反對憲法所確定的基本原則」反而是促成憲政革新的動力，若於此加以處罰恐怕形成寒蟬效應、害於法治發展。再者，細究「破壞國家統一」此一違法態樣，雖係對於「行為」加以處罰，然而用詞寬泛，適用上恐怕產生疑慮，例如：中國政府認為達賴喇嘛鼓吹西藏獨立，破壞國家統一，據此要求 Google.cn 透過「自我審查」，使中國民眾無法以關鍵字「達賴喇嘛」進行搜尋。然而，在「達賴喇嘛」一詞的搜尋

---

22, 2016).

<sup>64</sup> 互聯網信息服務管理辦法第四條：「國家對經營性互聯網信息服務實行許可制度；對非經營性互聯網信息服務實行備案制度。未取得許可或者未履行備案手續的，不得從事互聯網信息服務。」

<sup>65</sup> 互聯網信息服務管理辦法第十三條：「互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务，并保证所提供的信息内容合法。」

<sup>66</sup> 互聯網信息服務管理辦法第十五條：「互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播含有下列内容的信息：（一）反对宪法所确定的基本原则的；（二）危害国家安全，泄露国家秘密，颠覆国家政权，破坏国家统一的；（三）损害国家荣誉和利益的；（四）煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；（五）破坏国家宗教政策，宣扬邪教和封建迷信的；（六）散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；（七）散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的；（八）侮辱或者诽谤他人，侵害他人合法权益的；（九）含有法律、行政法规禁止的其他内容的。」

<sup>67</sup> 互聯網信息服務管理辦法第二十條：「制作、复制、发布、传播本办法第十五条所列内容之一的信息，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关、国家安全机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等有关法律、行政法规的规定予以处罚；对经营性互联网信息服务提供者，并由发证机关责令停业整顿直至吊销经营许可证，通知企业登记机关；对非经营性互联网信息服务提供者，并由备案机关责令暂时关闭网站直至关闭网站。」

結果中，達賴喇嘛生平介紹、達賴喇嘛的藏傳佛教釋義，難道竟有可能產生「破壞國家統一」之效而應禁止中國民眾搜尋？不論搜尋結果的實質違法性，而一概禁止特定關鍵字的搜尋，此一要求對於使命為提供完整搜尋結果的 Google.cn 來說未免過苛。由此可知，要求網路服務提供者所提供之訊息應為合法固然正當，然而，中國政府在違法訊息的認定，無論是違法態樣要件的設計、適用，中國政府、Google.cn 於正當性可能有不同的解讀。

管制目的廣泛、所涉事務眾多，管制目的未涉及貿易者，仍有可能會對於貿易產生影響。以前例而言，中國政府的管制目的在於確保網路資訊的合法性，原與貿易無涉，然而，卻仍影響到輸出搜尋服務的外國業者 Google，對於網路服務的貿易產生阻礙。當外國網路服務業者及其母國對於此管制的目的產生質疑時，即可能透過 WTO 的爭端解決機構就此管制提出爭執。此時，貿易專業的爭端解決機構即須認定「中國政府要求網路資訊的合法性」是否為「正當目的」進行判斷。然而，貿易專業的爭端解決機構對於網路資訊合法性、言論自由相關議題未必專業，由其認定此一目的是否正當，有失周延。另一角度而言，由於「網路資訊合法性」本質上並非 WTO 協定所涉之議題，會員仍保有此議題的管制主權，爭端解決機構的審理恐成為對會員管制權的干預<sup>68</sup>。

當初以「正當性」作為價值判斷之基礎以限縮管制的目的以避免恣意，然而，在「價值判斷」基礎不同的情況下，「正當性」容有相當的解釋空間，倘若解釋各異則可能觸發貿易爭端，一方面「正當性」此一要件仍存在恣意裁量的風險，另一方面則將政府置於不確定法律爭端的風險之中，難以措其手足。

因此，會員便更進一步地尋求「正當目的」的價值判斷之中是否有屬於「普世價值」者，並以此為出發嘗試建立「正當目的」的價值判准。會員因此參考了

---

<sup>68</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Brazil, Canada and the United States*, ¶ 3, S/WPDR/W/44 (Mar. 22, 2011).

TBT、SPS 協定的規範方式，以例示法列出如「人類健康安全」、「動植物健康安全」、「環境」等等表彰「普世價值」的正當目的，試圖為「正當目的」的裁量建立指引<sup>69</sup>。會員嘗試將此方式導入國內規章準則之中，然而會員間卻就例示法是否有助於正當目的價值判斷存在不同想法。

主張例示的會員認為應如同 TBT 協定、SPS 協定一般建立一個「短且簡要 (short and concise)」的例示清單。例示的項目表彰了普世價值，無疑提供了一個保護傘，僅要證明管制的目的落入其中一個例示項目之中，其正當性即成立。因此，各會員勢必盡力爭取其所重視之正當目的被納入例示清單之中，在會員所重視的正當目的並非相同的情況下，要形成一個能夠滿足會員需求並且精簡的清單，存在困難<sup>70</sup>。

再者，欲使用例示法來規範正當目的，即會存在一個概括條款，以納入不屬於例示項目的「其他正當目的」，來處理非屬於「普世價值」的其他價值。然而，「其他正當目的」要如何認定呢？如果說例示的項目能給予闡釋上的指引，是否代表「其他正當目的」應與例示項目存在相當性（如重要性相當）？換句話說，要如何認定此「相當性」呢？正當目的種類多元，其所表彰的價值、重要性、急迫性也各不相同，相當性的判斷無異於以橘子比蘋果，存在相當難度。也就是說，即使存在例示項目，在判斷「其他正當目的」時，仍然會遇到「相當性」認定的困境。相反地，若主張例示的正當目的與「其他正當目的」並不須存在相當性，則此種立法技術不但存在邏輯上的矛盾，且判斷「其他正當目的」時又會陷入前述「正當目的」認定的困境。

此外，亦有會員欲以「負面表列」的方式臚列出「違法目的」，並加以排除

<sup>69</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 2 October 2000* (Annex: *Summary of Informal Discussion on the Checklist of Issues for WPDR*), ¶ 3, S/WPDR/M/8 (Nov. 17, 2000).

<sup>70</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 29 November 2000*, ¶ 12, S/WPDR/M/9 (Mar. 12, 2001).

<sup>71</sup>，不過隨即因為「違法目的」範圍過廣，甚至比「正當目的」更難描述，此方法即遭會員揚棄<sup>72</sup>。

不可否認的是，例示法當中，至少就例示項目而言，至少是由例示項目畫出了明確的保護傘，避免正當性認定的困境，然而，如何決定「例示項目」本來就是存在相當的困難，而「其他正當目的」的判定又為一大難題，這也是反對例示法的會員的想法，認為例示項目反而創造了法律限制（legal constraint）<sup>73</sup>。

由此觀之，「正當目的」之討論之中，「正當目的」若無例示，「正當目的」本身的判斷極其困難，然而欲以例示法加以規範，「例示項目」的選擇、「其他正當目的」的判斷一樣是窒礙難行。

#### • 國家政策目標

由於「正當目的」的爭議來自於其所隱含的價值判斷，因此日本參考服務貿易總協定的前言「會員有權為達成國家政策目標（national policy objectives）而對其境內服務之供給，予以管制並採用新法規」，取其「國家政策目標」，並嘗試將此概念導入國內規章的規範之中<sup>74</sup>。提出「國家政策目的」的日本認為，「國家政策目的」並不帶有價值判斷色彩，既可以避免因「正當目的」所產生的價值判斷爭議，亦可重申管制權之重要，以解決會員對於管制權干預的疑慮<sup>75</sup>。

「國家政策目的」為服務貿易總協定前言的用語。前言並不會創造任何權利

<sup>71</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 12 July 2000*, ¶ 14, S/WPDR/M/7 (Sept. 19, 2000).

<sup>72</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 11 May 2001* (Annex: *Informal Summary of Discussions on the Checklist of Issues for WPDR*), ¶ 5, S/WPDR/M/11 (June 7, 2001).

<sup>73</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 20 March 2001*, ¶ 28, S/WPDR/M/10 (May 10, 2001).

<sup>74</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 15 May 2003*, ¶ 50, S/WPDR/M/21 (June 23, 2003).

<sup>75</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 31 March 2004*, ¶ 66, S/WPDR/M/25 (May 18, 2004).

義務，加以前言用以闡述協定目的並引導協定的解釋，前言的用字自然會較為寬泛，才有可能在多元的協定內容中給予解釋上的指引。相對的，協定內容則會創造實際的權利義務，因此用字需更加精確，使會員得以透過解釋釐清其權利義務，方能措其手足。也就是說，前言與協定的本質與用字明確性各不相同，「國家政策目的」一詞涵蓋廣泛，置於前言可以理解，然而，置於協定之中，恐失明確性。

在前言中宣示管制權，並將之對應「國家政策目的」，表彰對於國家主權的尊重。然而，透過服務貿易總協定的簽署，會員以合意的方式，就條文內容所規定的服務貿易相關事項的主權行使應遵守協定之規範，而就協定未規範之事項，會員仍保有完整之主權。換句話說，前言表彰了管制權，而協定的「內容」即係透過條約權利義務對於管制權進行約束。然而，「國家政策目的」不僅無法達成界定條約權利義務之效果，在其他協定內容皆用以約束主權時，「國家政策目的」卻表彰了完整的主權，解釋上可能與協定的其他條文產生矛盾與衝突。

舉例而言，在協定內容中訂立「國家政策目的」的情況下，倘會員欲訂定「保護國內就業」此類明確表彰保護主義的政策目的，竟仍然符合協定中「國家政策目的」。此類明確表彰保護主義的政策目的，若仍能被服務貿易總協定所承認，豈不是使保護主義借屍還魂？在所有協定內容都致力於消弭貿易障礙、除去保護主義的情況之下，「國家政策目的」此一寬泛要件的存在，勢必成為保護主義、貿易障礙的溫床，與服務貿易總協定所表彰的精神格格不入。

細究「國家政策目的」的意涵，由於「國家政策目的」並未存在 WTO 其他協定之中，也使得許多會員對於其意義不甚明白，態度趨於保守<sup>76</sup>。「國家政策目的」畢竟是管制權的投射，至於協定之中，「國家」一詞是否排除了地方政府的政策目的？「政策目的」是否一定要明確地規範於法規命令之中？若是，若以行政處分、行政事實行為等方式所進行的管制，是否就不屬於「國家政策目的」？

---

<sup>76</sup> WTO, *supra* note 74, ¶ 38.

由此可知，「國家政策目的」用字上尚欠精確，解釋上也不易涵蓋種類繁多的管制的各種態樣。

原於必要性測試當中界定管制的「目的」，旨在就管制進行限縮，透過「目的」的規範排除浮濫且無效益的管制，不過「國家政策目的」定義廣泛，不但難以達成限縮管制目的之效果，且亦無法涵蓋管制的各種態樣。此外，「國家政策目的」所標章的管制權宜作為前言規範，置於協定內容不夠精確，亦可能產生協定上解釋的矛盾。

#### • 爭議分析

探究管制「目的」相關爭議的原因，是欲透過目的的限縮管制的範圍，排除無效益的管制。透過目的去限縮管制，是成本效益評估的前導步驟，在檢驗目的時提前篩去自始無法帶來任何效益的管制。換言之，從排除無效益的管制的角度而言，透過目的的限縮確實可能達成一定效果。

既然要透過目的的限縮排除無效益的管制，則必須要建立一個「有無效益」的判准。會員首先提出「正當目的」的想法，然而，由於價值判斷不同，「正當性」的判斷會員間無法形成共識，而嘗試以例示法凝聚共識時，會員間卻又對於例示項目的選擇相持不下，甚至有反對例示法的會員認為例示法反而會形成管制權過多的限制。

著眼於「正當性」所帶來的價值判斷困境，會員索性揚棄價值判斷，改提出「國家政策目的」，不過由於「國家政策目的」為服務貿易總協定前言用語，並無法如協定的條文有規範權利、義務，且語意過於寬泛，無法達成目的的限縮的效果，而遭受到會員的反對。

從排除無效益管制的角度而言，透過目的限縮確實可能產生一定效果。會員

間就如何「限縮目的」產生相當爭議，爭議聚焦於如何設定「有無效益」的判准，由於會員就「效益」的價值判斷各不相同，自然也難取得共識。

### 4.3.2 成本效益評估

第二個爭議點則是聚焦於成本效益評估，將管制成本、效益兩相比較，排除成本高於效益的管制，確保管制確實會帶來效益。

於談判中，由於成本效益評估於已開發國家會員中已行之有年，因此開發國家會員關注的是必要性測試中成本效益的範疇設定、評估方式。缺乏成本效益評估機制、或尚在推動成本效益評估的開發中國家會員、低度開發國家會員，則是關注成本效益評估機制所帶來的行政成本。

#### • 成本效益之範疇

已開發國家會員由於管制能力較為成熟，豐富的管制經驗固然能作為國內規章談判的優勢，然而，如何調和國內的成本效益機制以及國內規章準則必要性測試下的成本效益評估，亦會成為一個問題。

已開發國家的管制能力較為成熟，也因此政策目的之設定上，也屢屢考慮社會福利、價值的實現。因此，延續前述「正當目的」談判過程中所提及的管制權干預的擔憂，美國、加拿大擔心在成本效益評估過程當中亦將審視非屬貿易範疇之事務，對於管制者選擇管制措施的自由形成干預<sup>77</sup>。

#### • 成本效益評估之方式

歐盟認為「比例原則（proportionality）」<sup>78</sup>可用以評估管制對於貿易所帶來

<sup>77</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Brazil, Canada and the United States*, ¶ 3, S/WPDR/W/44 (Mar. 22, 2011).

<sup>78</sup> 此處的比例原則應為法律上的原理原則，內涵與第三章所述之我國比例原則未必相同。

的影響<sup>79</sup>。由於比例原則未見於其他 WTO 協定，會員對於比例原則的內涵提出疑問，欲了解歐盟是否欲引入歐盟法下比例原則的概念，為必要性測試建立新的標準<sup>80</sup>。歐盟則否認援引歐盟法下比例原則的概念，認為第 6 條第 4 項 b 款談判授權中「不得比確保服務品質所必要之要求更苛刻」本身即是比例原則的展現<sup>81</sup>，而國內規章工作小組的職責，即係以「不得比確保服務品質所必要之要求更苛刻」為骨幹，為其建構實際的內容，而比例原則之概念本來就普遍存在於許多會員的國內法之中，在實施管制時提供指引，以確保手段與目的間合乎比例<sup>82</sup>。

澳洲具體地就其國內「管制衝擊影響評估 (regulatory impact analysis)」進行介紹，說明必要性測試為澳洲管制衝擊影響評估程序的基礎，澳洲於管制衝擊影響評估的過程之中，亦會考量國際貿易的層面。在管制衝擊影響評估程序當中，澳洲認為最核心的步驟為評估各政策選項所帶來的影響，此階段會考量對於進口者、出口者之影響。其中，生產或運送過程的改變、產品上市時間的遲延等等都會納入管制成本的評估，而因貿易所降低的成本或產品價格、產品選擇增加等等，會計入管制所帶來之效益<sup>83</sup>。最後基於此成本效益評估，選擇成本較小、所達成效益較高的政策選項。管制衝擊影響評估程序也會與所涉事務的重要性成比例，以確保管制衝擊影響評估程序不制帶來過多的行政負擔 (administrative burden)。澳洲政府認為管制衝擊影響評估程序確保管制的實施不會帶來過高的成本、剔除對於政策目的無貢獻的管制<sup>84</sup>。

比較上述二種方法的不同，有會員認為歐盟所提出的比例原則重視的是「手

<sup>79</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from the European Communities and Their Member States*, ¶ 17, S/WPDR/W/14 (May 1, 2001).

<sup>80</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 11 May 2001*, ¶ 16, S/WPDR/M/11 (June 7, 2001).

<sup>81</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 3 July 2001*, ¶ 52, S/WPDR/M/12 (Aug. 16, 2001).

<sup>82</sup> *Id.*, at ¶ 54.

<sup>83</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Australia*, ¶¶ 4, 8, S/WPDR/W/15 (May 3, 2001).

<sup>84</sup> *Id.*, at ¶ 16.

段一目的」的檢驗（“means-end” test），將管制與其所造成的成本、侵害加以比較，以確認政府為達成其法規目的，不得對於貨品貿易、服務貿易形成不合比例的妨害，不需要檢視是否有替代措施存在<sup>85</sup>。相對的，澳洲所提出的成本、效益衡量，則是著重於觀察是否有造成更小貿易限制的措施存在，這也是現存 WTO 協定所採用的衡平方式。

#### • 成本效益評估之行政負擔

無論是比例原則或管制衝擊影響評估皆須投入相當的人力、金錢成本，形成行政負擔，此一議題亦受到會員的關注。會員認為在評估必要性時，檢視是否有替代措施時應考量該管制經濟、技術面的可行性，包含了會員的開發程度、該服務項目的本質等<sup>86</sup>。會員因此進一步探究「合理性（reasonableness）」之概念，於分析替代措施是否存在時，應考量管制能力的差異，以檢視替代措施是否有合理可得（reasonably available）<sup>87</sup>。然而，會員質疑合理性的內涵與實踐可能存在不同，詢問是否有合理性實踐的例子<sup>88</sup>。再者，合理性的概念源自於 SPS 協定第 6 條第 5 項的註腳 3，並非出現於本文，且未出現於國內規章的談判授權之中，與國內規章準則談判的關聯性較低，合理性的討論恐怕會模糊焦點<sup>89</sup>。

管制能力有限的開發中國家、低度開發國家則紛紛表示其欠缺足夠的金錢、人力、技術資源以發展服務管制架構（regulatory framework），導致服務部門的管制尚欠完備<sup>90</sup>，也可能導致其無法進行完備的成本效益評估。例如，在發展或改革服務部門的管制之際，政府會考量並衡平各方利益，然而並不能保證最後所採

<sup>85</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Korea*, ¶ 13, S/WPDR/W/9 (Sept. 28, 2000).

<sup>86</sup> WTO, *supra* note 55, ¶ 23.

<sup>87</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 3 December 2003*, ¶ 47, S/WPDR/M/24 (Jan. 22, 2004).

<sup>88</sup> WTO, *supra* note 75, ¶ 77.

<sup>89</sup> *Id.*, at ¶ 67.

<sup>90</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Antigua and Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, Dominican Republic, El Salvador, Fiji, Grenada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauritius, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines and Trinidad and Tobago*, ¶ 6, JOB(06)/66 (Mar. 27, 2006).

行的管制是對於貿易限制最小者，因此，必要性測試恐怕無法提供足夠的彈性（flexibility）以保障其國家政策目的的達成<sup>91</sup>。

#### • 爭議分析

在成本效益評估的討論之中，已開發國家會員對於不同的評估方式並未提出明確的反對，而是將質疑聚焦於成本效益評估的範疇。就開發中國家、低度開發國家會員的疑慮則是聚焦於成本效益評估可能會帶來的行政負擔，特別就開發中國家、低度開發國家而言，在管制能力欠缺時，恐怕無法進行完備的成本效益評估，這也成為開發中國家、低度開發國家反對必要性測試的理由。

### 4.4 小結

為使讀者詳盡地了解必要性測試爭議的始末，本文先就宏觀的角度介紹國內規章的談判授權與談判歷程，復帶領讀者了解必要性測試的爭議。在了解國內規章準則談判授權中管制的態樣與談判授權的內容之後，分別就專業小組時期、國內規章工作小組時期國內規章的談判進行歷程與成果的介紹，再深入了解必要性測試的談判，爭議聚焦於「目的」以及「成本效益評估方式」。於「目的」的談判僵局中，會員於如何限縮目的相持不下，而於成本效益評估中，則是就成本效益的範疇、方式與行政負擔提出擔憂，而使得必要性測試的談判十餘年後尚未取得成果，連帶使得國內規章準則的發展停滯不前。

---

<sup>91</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from the ACP Group*, ¶ 8, JOB(06)/136 (May 2, 2006).

## 5. 國內規章必要性測試爭議之解決

於前一章了解了必要性測試爭議的始末之後，由於必要性測試為國內規章準則的關鍵，嘗試解決必要性測試的爭議即有其必要。本章欲先就會員所提出的解決方案進行剖析，復基於必要性測試爭議與解決方案分析所累積之經驗與觀察，提出本文的解決方式。

### 5.1 國內規章談判中會員提議之解決方案

必要性測試的爭議主要聚焦於目的之限縮，以及成本效益的評估。由於價值判斷不同，欲以此限縮目的有其難度，會員遂提出隱藏性貿易限制，嘗試以負面論述國內規章貿易效果的方式來解決目的之爭議。而就成本效益的評估面，會員聚焦於成本效益評估的範疇、方式以及行政負擔。

#### 5.1.1 隱藏性貿易障礙

為避免界定管制「目的」所衍生的爭議，主席提出以隱藏性貿易限制 (disguised trade restriction)，將規範的重心轉移到管制所產生的貿易限制效果<sup>92</sup>，避免限縮目的所帶來的難題。

原本限縮目的的規範方式，是欲透過目的的確立，正面地劃分「有效益」的管制，而不屬於目的範圍內的管制則屬於無效益，加以排除。而「隱藏性貿易限制」同樣欲排除無效益的管制，然而，則是以反面方式劃出「無效益」管制的範圍並加以排除，而未被排除的管制自屬於有效益，而得加以保留。

細究此二方法的差異，正面劃定有效益的管制時，由於會員價值判斷不同，

---

<sup>92</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Informal Meeting of 14 and 15 December 2009*, ¶ 2, RD/SERV/1 (Jan. 11, 2010).

唯恐自己所重視之目的未受到保護，而成為「無效益」的規章遭到排除，有效益的管制範圍難以界定的問題並因此而生。著眼於劃定「有效益」管制所帶來的困境，轉而嘗試界定「無效益」的管制，是否有可能避免正面表述所帶來之爭議？

欲就管制的目的進行限縮時，「正當目的」雖有限縮效果，然而，在正當性的認定方面，卻有可能使貿易專業的爭端解決機構來認定會員非貿易的管制目的是否正當，會員認為此係對於管制權的過度限縮。而「隱藏性貿易限制」的規範方式，著重於「貿易限制」效果的評估，而此評估由貿易專業的爭端解決機構來處理，自然不會有爭議。

於限縮目的時遇到的最大困難即係判斷的建立，在「隱藏性貿易限制」的規範方式之中，「隱藏性」的判斷仍然會有價值判斷的問題。由於管制的存在不可避免地會存在成本，對於貿易形成障礙<sup>93</sup>，關鍵便在於程度如何的貿易障礙是會員無法容忍的？此處無疑也是價值判斷的問題，雖然此判斷係立基於「貿易限制」，然而如何辨別「隱藏性」的貿易障礙？

欲理解「隱藏性貿易限制」的內涵，需先理解此用語取材於服務貿易總協定第 14 條的前言，著重的是措施的「實施方式」<sup>94</sup>。會員質疑，第 14 條為歧視性措施創造「例外」許可的規定，而此處的國內規章既不帶有歧視性，更不是為創造許可的例外，在規範本質、規範目的不同的情況之下，適用上恐怕產生疑義<sup>95</sup>。

「隱藏性」一詞的判斷同樣存在困難，有會員提出需以管制者的主觀目的來判斷<sup>96</sup>。然而，管制者的主觀目的如何認定，本即屬困難的議題。而同樣具有貿易限制效果的措施，若單純因為管制者的主觀目的不同，而有容許、不容許的分別，豈不使得管制者戮力進行作文比賽，以正當化管制所帶來的貿易限制？由此

<sup>93</sup> WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Informal Meeting of 2 February 2010*, ¶ 4, RD/SERV/11 (Mar. 22, 2010).

<sup>94</sup> WTO, *supra* note 92.

<sup>95</sup> WTO, *supra* note 93, ¶ 7.

<sup>96</sup> WTO, *supra* note 92, ¶ 25.

可知，「隱藏性貿易限制」意義模糊<sup>97</sup>，而用語模糊所帶來的不確定性，將使管制者難以措其手足，反而形成管制權的限制<sup>98</sup>。

由此可知，「隱藏性貿易限制」的規範方式，由反面的規範方式來排除無效益之管制。從貿易限制的效果切入，固然使得爭端解決機構可基於其專業進行判斷，然而於判斷過程之中，「隱藏性」此一要件不免又是一個價值判斷的難題，與正面的規範方式遇到同樣價值判斷的困難。

### 5.1.2 過渡期及技術援助

在成本效益評估的談判之中，已開發國家會員與開發中國家會員、低度開發國家所關注的爭議點不同。就已開發國家所關注的成本效益評估範疇、方式爭議不明顯，而就成本效益評估的範疇，則尚未有明確的解決方案，仍待談判。

開發中國家會員、低度開發國家會員所關注的行政負擔，其係源於開發中國家會員、低度開發國家會員欠缺進行成本效益評估的人力、金錢資源，國內規章準則中若納入必要性測試，開發中國家會員、低度開發國家會員恐怕有履約的困難。因此，為促進必要性測試的談判，可以透過過渡期（transitional period）、技術性援助（technical assistance）的方式給予開發中國家會員、低度開發國家幫助，促進成本效益評估之管制能力。

關於對開發中會員、低度開發國家會員特殊待遇的架構、內容，會員認為必須就國內規章準則談判成果來決定，如果國內規章準則課予會員較多、難度較高的義務，則應給予開發中國家會員、低度開發國家程度更高的優惠與援助<sup>99</sup>。

在過渡期中，主席原本的提案係欲地毯式地給予轉型期的優惠，使開發中國

<sup>97</sup> WTO, *supra* note 92, ¶ 26.

<sup>98</sup> WTO, *supra* note 93.

<sup>99</sup> WTO, *supra* note 93, ¶ 25.

家會員、低度開發國家會員能夠有較長的時間來準備履約相關事宜。然而，在談判當中，會員提出在 WTO 協定實施的經驗的過程，開發中國家已經有能力在某些部門完全符合 WTO 協定的義務<sup>100</sup>，開發中國家會員的積極參與及支持國內規章準則的談判，因此轉型期的優惠應可以考量各個開發中國家會員遵循協定當中的特定義務所面臨的困難程度、貿易或發展的特殊需求、GDP 加以決定<sup>101</sup>，且各服務部門的需求亦應加以考慮。此外，亦可以考慮就特定協定義務給予逐步執行期（phase in period）<sup>102</sup>。

然而，單純給予過渡期的優惠並不足以解決開發中國家會員、低度開發國家會員管制能力不足的問題，需進一步提供技術性援助，給予相關的教育、管制經驗等以助其提升管制能力。值得一提的是，國內規章意義下的技術性援助，不僅需對於會員提供，協助其提升管制能力，更有可能需對於開發中國家會員、低度開發國家的服務提供者提供技術援助<sup>103</sup>，協助其配合各該管制之要求，並需進一步研擬如何於實踐上對於服務提供者提供技術援助<sup>104</sup>。

### 5.1.3 非操作型必要性測試

由於對於必要性測試要件的規範方式遲遲無法達成共識，會員唯恐不完善的規範設計會使自己陷於爭端解決的風險當中，遂欲放棄必要性測試的實體規範，僅願意使必要性測試產生宣示之效果，而不產生實體權利義務，此即非操作型（non-operational）必要性測試。

倡議此解決方法的會員主張將必要性測試置於「原則與目的（principles and

<sup>100</sup> WTO, *supra* note 93, ¶ 28.

<sup>101</sup> WTO, *supra* note 93, ¶ 26.

<sup>102</sup> WTO, *supra* note 93, ¶ 27.

<sup>103</sup> WTO, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2010 Annotated Text and Informal Note by the Chairperson)*, ¶ 337, RD/SERV/10 (Mar. 14, 2010).

<sup>104</sup> WTO, *Summary of the Informal Meeting Held on 19 and 20 June 2006*, ¶ 68, JOB(06)/235 (Aug. 14, 2006).

objectives)」、「一般規範與透明化 (General Provisions and Transparency)」之中。規範於「原則與目的」中時，事實上僅是將服務貿易總協定第 6 條第 4 項的內容全部引入，作為國內規章準則的「目的」，而另外重申管制權作為國內規章準則的「原則」。而於「一般規範與透明化」中，則著重於規範管制於形成或適用時，不得形成不必要的貿易障礙<sup>105</sup>。

會員認為，必要性測試的「概念 (notion)」與必要性測試本身並不相同。由於服務貿易總協定第 6 條第 4 項中提及必要性測試的「概念」，因此會員無可避免地須於談判之中觸及此議題。而其倡議，也僅欲就反映第 6 條第 4 項中所示必要性測試的「概念」，而不是欲建構一個操作型 (operational) 的必要性測試。換句話說，會員欲建構的僅只是具有「宣示作用」的必要性測試，不會創造出任何權利義務，其他會員亦無法據此於爭端解決機構中加以主張<sup>106</sup>。

然而，僅只有「宣示作用」的必要性測試，雖然說表面上符合了服務貿易總協定第 6 條第 4 項的談判授權，然而，不創造任何權利義務的必要性測試，亦無法透過限縮管制來排除浮濫、無效益的管制，相當於是放棄了必要性測試。即使國內規章準則因此談判成功，然而，容許濫、無效益的管制持續存在的國內規章準則，豈不形同虛設？

於必要性測試議題上退讓如此，若能成全國內規章準則的談判也就罷了，然而，此作法卻仍無法說服反對必要性測試的會員。反對的會員認為，單是將必要性測試置於「原則與目的」、「一般規範與透明化」，仍無法確保會員不能據此條文提起爭端，進一步要求應於條文中揭示「非操作型」的字樣<sup>107</sup>，然而此要求也未被提案的會員所接受。

<sup>105</sup> WTO, *Communication from Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Korea; New Zealand and The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu (Article VI:4 Disciplines – Proposal for Draft Text)*, JOB(06)/193 (June 19, 2006).

<sup>106</sup> WTO, *supra* note 104, ¶ 32.

<sup>107</sup> WTO, *supra* note 104, ¶ 19.

非操作型的必要性測試，雖然導入了必要性測試的概念，然而，無法操作的必要性測試即無法用以排除浮濫、無效益的管制，也致使國內規章準則形同虛設，且讓步至此亦無法取得反對必要性測試會員的同意。

## 5.2 本文之分析與解決方案

在必要性測試談判面臨如此僵局之際，有會員可能想放棄於國內規章中納入必要性測試，然而，除去必要性測試的國內規章，實無意義。因此，在理解必要性測試與國內規章的關係、必要性測試談判爭議與會員的提案後，本文提出解決眼前必要性測試僵局的作法，期使必要測試的談判能更聚焦、有效。

### 5.2.1 必要性測試談判應繼續進行

為除去管制所帶來的貿易障礙，排除浮濫、無效益之管制實為首要之務，而此僅能透過必要性測試才能有效實現，這也是第6條第4項國內規章準則的談判授權之中訂有必要性測試的原因。固然有反對必要性測試的勢力，然而，一方面反對勢力也不足以推翻第6條第4項的談判授權，另一方面除去必要性測試的國內規章準則，徒容許浮濫、無效益之管制繼續存在，毫無意義可言。以此觀之，必要性測試的談判即使困難，也必須要進行下去。

### 5.2.2 管制目的之談判分析

透過必要性測試排除浮濫、無效益的管制，可透過「目的」的規範，排除自始無法帶來任何效益的管制，或進一步由成本效益評估加以限縮，則可以排除成本效益相互抵銷後，不存在任何效益的管制。

回顧十餘年來必要性測試的談判，於「目的」談判時，可明確地觀察會員間立場的衝突。然而，透過「目的」去限縮管制，有無實現之可能？

WTO 協定中，關稅及貿易總協定第 20 條、服務貿易總協定第 14 條的必要性測試當中確實成功地臚列了例示的目的，然而，此係因為此二條文的是欲創造「例外」，而例外的範疇即有限縮之可能，否則過多的例外將使原則蕩然無存。相對的，國內規章準則的必要性測試並非為了創制例外，而係透過協定賦予義務，在劃定範疇方面自然比「例外」來得困難。TBT 協定、SPS 協定中的必要性測試與國內規章皆屬於義務創造型，然而，TBT 協定的範圍為「技術性法規」，SPS 協定的範疇為「食品安全檢驗及動植物防疫檢疫措施」，兩者的本質皆為「標準」，範疇較為特定，且由於貨物貿易的發展較為成熟，國際標準甚多，劃定政策目的之範圍自然較容易。相較而言，國內規章所涉者不僅只有「標準」，尚有資格要件與程序、核照要件與程序，且服務貿易的領域國際標準較少，在範疇較 TBT 協定、SPS 協定廣，且缺乏國際標準的情況之下，於國內規章劃定目的範圍，自然困難許多。

從目的加以限縮固然可以排除自始無法帶來任何效益的管制，然而，卻無法剔除存在效益、而成本卻高於效益的管制。也就是說，對於排除浮濫無效益之管制，目的限縮固有其貢獻，然而卻極其有限。實言之，欲排除自始無法帶來任何效益的管制，不一定僅能透過目的限縮來實現。試想：自始無法帶來任何效益的管制於成本效益評估時，由於其無法帶來任何效益，卻仍存在成本，自然無法通過成本效益評估。換言之，成本效益評估可以涵蓋「目的限縮」之功能。

舉例而言，在沒有限縮管制目的的情況之下，會員縱然可以「保護主義」為政策目的，然而，保護主義在成本效益評估時，自會因其阻礙貿易所形成的成本過高，而無法透過成本效益評估來證明其必要性。

並且，必要性測試並非探討的是管制「目的」本身的必要性，而是實現管制目的「手段」的必要性<sup>108</sup>。在目的限縮的功能可由成本效益評估所涵蓋，而目的

---

<sup>108</sup> WTO, *supra* note 87, ¶ 46.

限縮又困難重重的情況下，會員實不需再多費心執著於目的限縮。

### 5.2.3 談判重心的重新聚焦

既然目的限縮不值得會員再多花心力，談判重心應轉移至成本效益評估的談判，而會員提出隱藏性貿易限制亦可為此一趨勢之佐證，於「隱藏性貿易限制」的討論中，會員已經關注的重點由管制的「目的」轉移至管制「效果」的評估。

#### 5.2.3.1 成本效益評估之重要

成本效益評估旨在確保管制的效益大於成本，從而能確認管制存在效益、值得實施。由此角度而言，實難想像有任何管制者會偏好成本大於效益的管制，徒為社會增添負擔。因此，不論會員的開發程度如何，成本效益評估皆能提升其管制的品質，促進國內福祉。

由於成本效益評估能進一步消弭浮濫、無效益的管制，成本效益評估因而有助於服務貿易的自由化，促進服務市場的競爭、提升消費者福利。或許有開發中國家、低度開發國家對於成本效益評估所帶來服務貿易的自由化的效果有所保留，然而，若開發中國家、低度開發國家為執意保留成本大於效益之措施，一來此管制將造成社會的負擔，二來由於此管制亦適用於其國民，對於國內市場也甚為不利。

基此，考量成本效益評估對於管制品質提升、服務貿易的自由化的貢獻，會員無論開發程度皆應致力於成本效益評估相關規範的談判。成本效益評估相關規範的談判，則聚焦於成本效益評估之範疇與方式，與成本效益評估的行政負擔。

#### 5.2.3.2 成本效益評估之範疇與方式

在成本效益評估之範疇與方式的談判時，由於已開發國家會員已有行之有年的成本效益評估機制，因而如何調和國內規章必要性測試下的成本效益評估便成了關注的重點，而開發中國家會員、低度開發國家會員則由於成本效益評估經驗不足，因而就評估過程當中，成本最小是否即等於貿易限制最小的關聯提出疑問。

成本效益評估之範疇與方式方面，會員的擔心主要聚焦於管制權的干預。由於此處已經捨棄管制目的的談判，因此會員關於管制目的相關的擔憂已不再是問題，會員無須擔心其所追求的目的會遭其他會員挑戰、由爭端解決機構加以審理的情形。

就管制方式的選擇方面，成本效益評估過程當中確實會涉入貿易、非貿易的因素：貿易因素即影響服務流通者，如對進出口、對外國服務提供者的影響等；反之，非貿易因素及即不影響服務流通者，諸如消費者保護、環境考量等等。考量貿易、非貿易的因素使得成本效益評估的運作存在較多不確定性，此擔憂可由三個角度來思考：

第一點，由會員的立場來說，成熟的成本效益評估機制本來就不能僅考慮國內的狀況，對於國際貿易之影響也應納入考慮，如澳洲的管制衝擊影響評估將進、出口的影響也納入考量。也因此，會員如果能將貿易、非貿易的因素都納入成本效益評估中，即不須擔憂評估不夠全面而遭其他會員非難。

第二點，將貿易影響納入考量之後，開發中國家會員、低度開發國家會員質疑成本最小的措施，與貿易限制最小的措施未必相同。從成本分擔的角度來看，本國政府、本國消費者、本國與外國服務提供者為主要的成本承擔者，其中，本國與外國服務提供者所承擔的成本會反映於服務價格上，由本國消費者承擔。因此，若一管制的貿易限制性極高，此限制便會提高外國服務提供者之成本，並進一步地反應於價格之上，最後由本國消費者承擔價格上漲之成本。換言之，在外

國服務提供者、消費者的成本變動有正向關係時，實難想像貿易限制較大的措施，會推導出成本較小的結果，可能須由會員進一步於談判過程中提出例證與以討論。而從效益的角度而言，國內管制衝擊影響評估著重者為整體的效益，雖說於國內規章的必要性測試主要是由貿易的視角觀察，整體效益最大時，貿易利益未必最大，如社會管制。然而，必要性測試所關注的重點並非質疑會員基於效益面的政策選擇，而是側重於成本面的觀察，確認是否存在不合比例的貿易障礙。以此而言，國內管制衝擊影響評估、國內規章必要性測試，雖基於相同的成本效益評估之概念，然而實際運作時，由於觀察的視角不同確實可能有不同的結果，然而此即 WTO 作為貿易爭端解決場域所能發揮之處，以成本的視角觀察是否形成不必要的貿易障礙，而仍給與會員就效益面相當的政策空間。

第三點，若會員仍存在爭端解決機構不適宜審理非貿易的因素，如此擔憂可能係源自於前述效益面的考量。因此，如果能著墨於必要性測試的要件設計，在用語上強調必要性測試的觀察重點為貿易障礙，其所側重者為成本、效益的相當性，而非旨在非難政策所帶來的效益與正當性，例如「not more trade restrictive than necessary」可能就比「not more burdensome than necessary」更聚焦於貿易的面向。

因此，在成本效益評估的範疇時，貿易、非貿易的因素應該要能一併考慮。而於成本效益評估進行時，關於貿易、非貿易成本對於政策選擇的影響，由於貿易成本反映於價格、最終由消費者承擔，所以貿易成本的變動與國內消費者的福祉也息息相關，實難想像總成本最低、然而貿易成本卻最高的狀況，而源自於效益面的擔憂，一方面此非必要性測試關注的重點，另一方面會員仍能透過必要性的要件設計上著手，使得必要性測試的重點聚焦於貿易障礙的評估。

### 5.2.3.3 成本效益評估之行政負擔

於成本效益評估之行政負擔，主要應解決的是來自於開發中國家會員、低度開發國家會員關於管制能力不足的疑慮。此處涉及過渡期、技術援助的談判，須待必要性測試的談判較為成熟，了解必要性測試的評估方式、義務強度之後，才能有較為具體的討論。

對於開發中國家會員、低度開發國家會員，過渡期、逐步執行期的機制不僅可以使其逐步建構履約所需的管制能力，更可以保有適當的彈性，使會員能完成其國內的管制革新。幸虧於過渡期、轉型期議題上，會員立場差距並不大。主要在於轉型期或逐步執行期的時間長短尚待會員討論，應延續先前談判的脈絡，就國內規章準則逐項義務的難度、會員履約能力、服務部門特性等進行評估，來決定轉型期或逐步執行期的長短。會員於此處不須過於擔憂時間的設計，參考過往與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPs）第 66 條的經驗，開發中國家會員、低度開發國家會員可於需要時，就過渡期提出展延，而已開發國家會員則可以透過 TRIPs 理事會的監督機制來掌握開發中國家會員、低度開發國家會員的發展狀況。TRIPs 的經驗亦可為借鏡，使轉型期、逐步執行期的機制更有彈性、反映現狀與真實的需求。

技術援助方面，由於國內規章準則技術援助提供的對象可能會是開發中國家會員、低度開發國家會員的服務提供者，關於技術援助實際上提供的條件、方式等，WTO 秘書處能扮演較為積極的角色。此外，由於必要性測試的支持者中，也不乏開發中國家會員、低度開發國家會員分享其國內成功的成本效益評估經驗，此類會員也能於技術援助上提供更多的建言與經驗分享。

成本效益評估之行政負擔對於已開發國家會員而言不會是太大的困擾，僅需考量所設事務的重要性以決定成本效益評估的程度。而對於開發中國家會員、低度開發國家會員，則需從頭建置所需要的管制框架，因此一方面給予過渡期、逐

步執行期的寬限與彈性，另一方面提供有關的技術援助，應能和緩開發中國家會員、低度開發國家會員反對必要性測試之壓力。

### 5.3 小結

根據必要性測試之爭議，就管制目的而言，難以透過「隱藏性貿易障礙」的規範方式來解決，因為所有的管制都會有成本、形成貿易障礙，而「隱藏性」本身也是一個模糊的價值判准，並無法解決限縮管制目的之爭議。然而，管制目的之限縮因其規範的性質、管制涵蓋範圍甚廣之特性，恐難以就管制目的劃定明確的範圍，且目的排除無效益管制的功能，亦可由成本效益評估來取代。著眼於此，會員實應將談判重心轉到成本、效益之評估，在成本效益評估的範圍上關注貿易、非貿易成本的判斷與相應的規範設計，於成本效益評估的方式上，考量開發中國家會員、低度開發國家會員，應適當給予轉型期、逐步執行期使其能逐步履約，並同時提供技術援助助其建立成本效益評估的機制。

由於必要性測試對於國內規章的關鍵意義，會員勢必將持續必要性測試之談判，致力於發展具有實質意義、能操作的必要性測試，而不是以僅具有宣示效果、無法操作的必要性測試為滿足。於進行必要性測試的談判時，若能依本文之建議，將重心置於成本效益評估的談判，就要件的設計、轉型期、逐步執行期、技術援助方面著手，應較有於必要性測試取得共識之可能。

## 6. 結論

為促進服務貿易的自由化，本文首先就服務貿易的本質進行觀察，並認為管制與服務息息相關，因此管制也最有可能形成主要的貿易障礙。然而，反觀服務貿易總協定的規範發展，處理管制的國內規章準則的發展卻幾近停滯，恐怕使保護主義遁入國內規章當中，對於國內規章準則的發展即有關切的必要。

在了解國內規章準則的發展前，勢必要先認識國內規章的本質。由於國內規章的本質即為管制，國內規章的準則是對於服務貿易的管制，在共同點為「管制」的情況下，良好的管制即為其共同目標。良好管制的確立，必須透過成本效益評估來實現，此即國內規章準則中的必要性測試，透過必要性測試來排除浮濫、無效益的管制。因此，國內規章準則中最關鍵的要素即為必要性測試。

對於國內規章的本質有相當認識之後，則就國內規章準則的發展進行了解。由國內規章準則談判授權所規範的管制態樣、談判授權的內容介紹最為基礎，進一步認識於專業服務工作小組、國內規章工作小組的談判歷程與議題。當中，又以必要性測試最為重要，爭議聚焦於管制目的之限縮，「正當目的」的價值判准建立上過於困難，「國家政策目標」又流於寬泛，無限縮之效。而在成本效益評估方面，則對於成本效益評估的範圍、方式與行政負擔提出擔憂。

會員接著嘗試就必要性測試的爭議提出解決方案，管制目的限縮方面，反面排除構成「隱藏性貿易限制」的措施，然而，同樣面臨「隱藏性」的判斷問題。就成本效益評估所帶來的行政負擔，則提出過渡期、逐步執行期以及技術援助。基此，本文認為管制目的限縮，就管制範疇廣泛的角度而言，應難為管制目的劃定範圍予以限縮，且細究管制目的限縮的功能實可以用成本效益評估加以取代，復建議會員將必要性測試的談判聚焦於成本效益的談判，著重於要件的設計、轉換期、技術援助，方有可能於必要性測試的議題取得突破。

## 參考文獻

### 一、專書

1. DELIMATSI, PANAGIOTIS, INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES AND DOMESTIC REGULATIONS: NECESSITY, TRANSPARENCY, AND REGULATORY DIVERSITY (1st ed., 2009).
2. KRAJEWSKI, MARKUS, NATIONAL REGULATION AND TRADE LIBERALIZATION IN SERVICES (1st ed. 2003)

### 二、專書論文

1. Lim, Aik Hoe & de Meester, Bart, *An Introduction to Domestic Regulation and GATS*, in WTO DOMESTIC REGULATION AND SERVICE TRADE (Aik Hoe Lim & Bart de Meester eds., 2014).
2. Renda, Andrea, *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy*, in REGULATORY POLICY IN PERSPECTIVE - A READER'S COMPANION TO THE OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2015 (OECD eds., 2015)

### 三、期刊文獻

1. 張新平，WTO 服務貿易國內規章有關問題之探討，政大法學評論，112 期。
2. Crozet, Matthieu, Milet, Emmanuel & Mirza, Daniel, *The Impact of Domestic Regulations on International Trade in Services: Evidence from Firm-Level Data*, 44 J. COMP. ECON. 585 (2016).
3. Delimatsis, Panagiotis, *Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS—Disciplining Regulatory Behavior in Service Through Article VI of the GATS*, 10 J. INT'L ECON. L. 13 (2006).

4. Kox, Henk & Nordås, Hildegunn K., *Services Trade and Domestic Regulation*, 49 OECD TRADE POLICY PAPERS 1 (2007).

#### 四、談判會議記錄與相關文件

1. WTO, Council for Trade in Services, *Decision on Disciplines Relating to the Accountancy Sector*, S/L/63 (Dec. 15, 1998).
2. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 14 July 1999*, S/WPDR/M/2 (Sept. 2, 1999).
3. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 12 July 2000*, S/WPDR/M/7 (Sept. 19, 2000).
4. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Korea*, S/WPDR/W/9 (Sept. 28, 2000).
5. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 2 October 2000 (Annex: Summary of Informal Discussion on the Checklist of Issues for WPDR)*, S/WPDR/M/8 (Nov. 17, 2000).
6. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 29 November 2000*, S/WPDR/M/9 (Mar. 12, 2001).
7. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Australia*, S/WPDR/W/15 (May 3, 2001).
8. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 20 March 2001*, S/WPDR/M/10 (May 10, 2001).
9. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 11 May 2001*, S/WPDR/M/11 (June 7, 2001).
10. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 3 July 2001*, S/WPDR/M/12 (Aug. 16, 2001).
11. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from the European Communities and Their Member States*, S/WPDR/W/14 (May 1, 2001).
12. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 11 May 2001 (Annex: Informal Summary of Discussions on the Checklist of Issues for WPDR)*, S/WPDR/M/11 (June 7, 2001).
13. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold*

- on 12 March 2002, S/WPDR/M/15 (Apr. 10, 2002).*
14. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 15 May 2003, S/WPDR/M/21 (June 23, 2003).*
  15. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 1 July 2003, S/WPDR/M/22 (Sept. 22, 2003).*
  16. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 3 December 2003, S/WPDR/M/24 (Jan. 22, 2004).*
  17. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 31 March 2004, S/WPDR/M/25 (May 18, 2004).*
  18. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 18 February 2005, S/WPDR/M/29 (July 11, 2005).*
  19. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Antigua and Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, Dominican Republic, El Salvador, Fiji, Grenada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauritius, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines and Trinidad and Tobago, JOB(06)/66 (Mar. 27, 2006).*
  20. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from the ACP Group, JOB(06)/136 (May 2, 2006).*
  21. WTO, *Communication from Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Korea; New Zealand and The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu (Article VI:4 Disciplines – Proposal for Draft Text), JOB(06)/193 (Jun. 19, 2006).*
  22. WTO, *Summary of the Informal Meeting Held on 19 and 20 June 2006, JOB(06)/235 (Aug. 14, 2006).*
  23. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 22 June 2005, S/WPDR/M/30 (Sept. 6, 2006).*
  24. WTO, Working Party on Domestic Regulation, *Annual Report of the Working Party on Domestic Regulation to the Council for Trade in Services (2007), S/WPDR/10 (Nov. 13, 2007).*
  25. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Report on the Meeting Hold on 1 April 2009, S/WPDR/M/40 (May 12, 2009).*

26. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Informal Meeting of 14 and 15 December 2009*, RD/SERV/1 (Jan. 11, 2010).
27. WTO, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (2010 Annotated Text and Informal Note by the Chairperson)*, RD/SERV/10 (Mar. 14, 2010).
28. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Informal Meeting of 2 February 2010*, RD/SERV/11 (Mar. 22, 2010)
29. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Brazil, Canada and the United States*, S/WPDR/W/44 (Mar. 22, 2011).
30. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Communication from Brazil, Canada and the United States*, S/WPDR/W/44 (Mar. 22, 2011).
31. WTO, *Working Party on Domestic Regulation—Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 (Chairman's Progress Report)*, S/WPDR/W/45 (Apr. 14, 2011).

#### 五、其他

1. 司法院釋字 476 號解釋理由書
2. Chao, Loretta & Efrati, Amir, *China Renews Google's License, Tech*, THE WALL STREET JOURNAL, July 11, 2010, available at <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704075604575356552939507706> (last visited Dec. 22, 2016).
3. Dakers, Marion, *BP picks Deloitte for one of Britain's most valuable audits, Business*, THE TELEGRAPH, Nov. 15, 2016, available at <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/11/15/bp-picks-deloitte-for-one-of-britains-most-valuable-audits/> (last visited Dec. 22, 2016).
4. Drummond, David, 關於谷歌中國的最新聲明, GOOGLE, 2010 年 3 月 23 日, 網址: <https://www.google.com/press/new-approach-to-china/update.html> (最後瀏覽日: 2016 年 12 月 22 日)。
5. *Who we are and what we do, About us*, IFRS, 2016, available at <http://www.ifrs.org/About-us/Documents/Who-We-Are-English-2016.pdf> (last visited Dec. 22, 2016).

6. WTO Trade in Services Division, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article (Background document)*, Service, WORLD TRADE ORGANIZATION, June 2011, available at [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/dom\\_reg\\_negs\\_bckgdoc\\_e.doc](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/dom_reg_negs_bckgdoc_e.doc) (last visited Dec. 22, 2016).

