

試析阿根廷金融服務案

林潔如

摘要

今 (2015) 年 9 月 30 日，阿根廷金融服務案出爐，其中對服務貿易總協定 (GATS) 第 II 條、第 XVI 條市場進入、第 XVII 條國民待遇之規定有更清楚的闡釋。即使阿根廷最終無法以一般例外或審慎例外為系爭措施獲得開脫之機會，卻讓 WTO 爭端解決小組得藉此案首次適用 GATS 第 XIV(c) 條防止欺騙詐欺行為之一般例外，以及 GATS 金融服務附件第 2(a) 條審慎例外之規定。有趣的是，影響本案系爭措施之 589/2013 指令，對合作/不合作國家之區別，最後竟成為決定阿根廷訴訟勝敗之關鍵。由於 WTO 爭端解決關於服務貿易之案件並不多，本案針對前揭爭點所建立之法律解釋以及特殊的措施設計，有助於吾人對 GATS 相關規範有深入的了解，值得深入探討。

巴拿馬訴阿根廷金融服務案歷時近三年¹，WTO 爭端解決小組報告於今 (2015) 年 9 月底出爐²。WTO 爭端解決小組認定阿根廷所採行的數項稅法以及金融服務措施違反服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, GATS) 第 II 條最惠國待遇義務，且不符合 GATS 第 XIV(c) 條一般例外與 GATS 金融服務附件第 2(a) 條的審慎例外規定³。

探究本案之所以造成爭議的原因，與阿根廷聯邦稅務管理局 (Federal Public Revenue Administration, AFIP) 589/2013 號指令對「國家⁴」歸類為合作/不合作國家有關⁵。依據該指令第 1 條之規定，按照該國家是否與阿根廷簽署 (1) 租稅資訊交換協議；或 (2) 附帶資訊交換條款之避免國際雙重租稅公約為基準，將國

¹ 2012 年 12 月巴拿馬向阿根廷請求諮商，隔年 2 月諮商失敗，同年 6 月小組成立，嗣於今年 6 月 30 日小組做出判決，至今判決出爐。

² Panel Report, *Argentina – Measures Related to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/R (Sept. 30, 2015).

³ Panel Report, *Argentina – Financial Services*, ¶¶ 7.764, 7.949.

⁴ 系爭條例所指具有合作地位者並不僅限於「國家」，另包括：領域 (dominion)、管轄地 (jurisdiction)、領地 (territory)、聯繫邦 (associate state) 以及特別關稅區域同盟 (special tax regime) 等，本文在此以「國家」二字代稱以利行文之簡便。

⁵ Panel Report, *Argentina – Financial Services*, ¶ 2.4.

家歸類為在資訊交換或租稅透明上屬於合作或不合作國家⁶。

然而，此指令並非一概將所有未簽署資訊交換協議者視為不合作國家。該指令將合作國家區分為三種類型，第一類為「已簽署雙重課稅協議或資訊交換協定且具有有效資訊交換的評估結果」，第二類為「已簽署雙重課稅協議或資訊交換協定但尚未能對有效資訊交換進行評估」以及第三類「仍在談判或批准雙重課稅協議或資訊交換協定階段」之國家⁷。若屬於第三類型者，其無須以與阿根廷簽署任何資訊交換協議為前提，但仍屬於合作國家。故巴拿馬對此指令產生質疑，主張與阿根廷之間自始皆未存在任何資訊交換機制或租稅透明的合作關係，惟在本案小組甫成立時，先是被阿根廷列為不合作國家；卻於 2014 年，被改列為合作國家⁸。此外，AFIP 每年初可以調整合作/不合作國家名單⁹，小組認為 AFIP 在合作/不合作國家分類之認定上享有相當大的裁量權，與阿根廷之間有相同關係之國家卻可能被列於不同得分類¹⁰（巴拿馬及香港與阿根廷之間皆未有任何資訊交換協議，惟前者被列為合作國家，後者卻為仍不合作國家）。小組爰以此理由，在許多爭點上作出不利於阿根廷之認定。

有鑑於本案在法律以及系爭措施方面的特殊性，第一部分先說明系爭八項系爭措施，進而分述系爭措施與最惠國待遇、市場進入、國民待遇之合致性，以及是否符合一般例外與審慎例外規定而取得正當化之基礎。最後試析若阿根廷改變系爭指令的合作/不合作國家之分類標準，本案在日後的發展是否將有所不同。

壹、本案系爭措施

承 589/2013 號指令對合作/不合作國家之分類，巴拿馬控訴阿根廷在八項措施上，對不合作國家採行歧視性之待遇。其中，前四項屬於課稅措施，後四項則屬於影響服務貿易之金融措施¹¹，將個別說明如下：

措施一：對利息或報酬扣繳利得稅

阿根廷居民（即非銀行與金融機構之一般消費者）與債權人之間為信貸、放款或基金處置之交易，須向其繳付利息或報酬時，該筆款項將被阿根廷政府扣繳利得稅（gain tax）。對於與合作國家之交易，將允其扣除成本，僅以該利息或報

⁶ *Id.* ¶ 2.5.

⁷ *Id.* ¶ 2.8.

⁸ *Id.* ¶ 7.754.

⁹ *Id.* ¶ 2.6.

¹⁰ *Id.* ¶ 7.756.

¹¹ *Id.* ¶ 2.9.

酬總額之 43% 視為淨利得 (net gain)，並適用 15.05% 的稅率扣繳利得稅¹²；反之，對於與不合作國家之交易，則將以利息或報酬總額之全額視為淨利得，且以 35% 的稅率扣繳利得稅¹³。

對合作/不合作國家採用不同淨利百分比以及稅率，將致使不合作國家之服務提供者承擔較重的稅負，對其獲利有不利影響，將直接影響不合作國家提供放款或資金處置等服務的業者，且與合作國家提供同類服務的業者之間形成不公平的競爭關係。

措施二：推定不正當財富增加

若阿根廷居民收受來自不合作國家之資金，AFIP 可逕依職權 (ex officio) 將該筆資金以可支配所得之形式加計一成，推定為不正當的財富增加¹⁴。同時，將該筆不正當財富增加視為淨利得，並以此為基礎課徵利得稅、增值稅以及其他內地稅，而不論其交易本質為何或可課稅之事由是否真實發生¹⁵，除非納稅人可證明該筆資金來源或證明嗣經第三人合法申報而加以推翻¹⁶。反之，對來自合作國家之資金，則不適用此依規定，而將不受任何法律推定的影響。

由於推定為不合法財富增加，則與不合作國家服務提供者交易之阿根廷居民負擔舉證推翻之責，否則無法正當化其資金取得之來源，該措施無疑是對其增加其額外的負擔，因而降低阿根廷居民與不合作國家業者交易之誘因。

措施三：採「關係人交易」為交易定價

阿根廷對與合作國家之交易皆按「非關係人交易」(arm's-length market practices) 來認定其交易價值；反之，對於與不合作國家之交易，則視為「關係人交易」，藉此認定交易價格¹⁷。

「關係人交易」定價機制之適用，將使與不合作國家交易之阿根廷居民承擔較具負擔性的定價方法，降低阿根廷納稅人與不合作國家服務提供者交易之誘因，進而影響不合作國家業者的競爭條件。

¹² Panel Report Addendum, Annex B-2, *Argentina – Measures Related to Trade in Goods and Services*, ¶ 2.1, WT/DS453/R/Add.1 (Sept. 30, 2015).

¹³ Panel Report, *Argentina – Financial Services*, ¶ 2.14.

¹⁴ *Id.* ¶ 2.17.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* ¶ 2.18.

¹⁷ *Id.* ¶ 2.19.

措施四：費用認列採現金收付制

阿根廷業者可將其與合作國家交易所生之費用，可適用應記基礎制 (accrual rule) 加以認列，即在交易發生時，即使是賒銷，亦可認列費用；反之，對與來自不合作國家交易所生之費用，則須應遵循現金收付制 (payment received rule) 認列費用，即交易當時若無收取現金則不可認列費用，須待現金真實交付時始可為之¹⁸。

在阿根廷持續通膨的環境中，金錢將日益貶值，若能提前節稅，對公司而言則較為有利¹⁹。若採取權責發生制可讓納稅人提前認列費用；反之，現金收付制將導致與不合作國家交易的納稅人延後認列費用，對其產生較不利的情況。

小結上述措施，採行第二至四將使不論係阿根廷境內的自然人或法人，皆可能為了避免沈重的財政或租稅負擔，而減少與不合作國家業者之交易之機會，將對不合作國家產生較不利的效果。

措施五：再保險服務提供之限制

阿根廷對來自合作國家之業者欲提供再保險服務並無相關限制，然而，卻對不合作國家之再保險服務提供者之市場進入賦予條件。過去，阿根廷係完全禁止自不合作國家跨境提供再保險服務與設立據點²⁰，惟該限制措施經 2014 年 3 月後修正後²¹，改為有條件的市場開放。若外國分公司可證明其母公司在其內國法規受到與阿根廷保險監管機構 (National Insurance Supervisory Authority, SSN) 相仿的保險監理，且兩監管機構之間已簽署合作與資訊交換瞭解備忘錄 (memorandum of understanding on cooperation and exchange of information)，則可設立商業據點或跨境提供再保險服務²²。此外，經允許提供服務之再保險公司僅得就個別風險超過 5000 萬美金之保險標的加以承保，且僅得核保之範圍僅限於超過之風險的部份²³。

儘管修法放寬了過去完全性的禁止，此措施仍對不合作國家的業者賦予相較於合作國家更多的市場進入條件，而影響不合作國家再保險服務之市場進入。

¹⁸ *Id.* ¶ 2.22.

¹⁹ *Id.* ¶ 7.316.

²⁰ *Id.* ¶¶ 2.25, 2.26.

²¹ *Id.* ¶ 2.24.

²² *Id.* ¶ 2.30.

²³ *Id.* ¶¶ 2.28, 2.29

措施六：進入資本市場之限制措施

阿根廷並無對與合作國家交易之阿根廷的股市中介者於進入資本市場時採行任何限制。反之，凡阿根廷股市中介者與不合作國家之間從事可轉讓證券之公開銷售、遠期契約、期貨與選擇權或其他金融工具或商品之交易，該位於不合作國家之交易對手須先向其主管機關登記為具有中介機構之資格，且該主管機關須受到與阿根廷證券主管機關(National Securities Commission, CNV)相仿之監理，且兩監管機關之間有簽署合作與資訊交換瞭解備忘錄²⁴。

由於股市中介服務乃是有效提供投資組合管理服務之重要的附屬服務，此措施無疑將對不合作國家投資組合管理服務之跨境提供產生影響²⁵。無法進入阿根廷資本市場之投資組合服務提供者須與其他可進入阿根廷資本市場之服務提供者合作始得提供服務，此對消費者將增加額外的成本，致使不合作國家之業者難以與合作國家之同類服務與服務提供者競爭²⁶。

措施七：登記增設分支據點之要求

為防止來自不合作國家的業者於阿根廷境內虛設商號而達到洗錢之目的，對來自不合作國家之公司擬在阿根廷境內增設分支機構者，阿根廷賦予其額外的要求與限制，不僅要求須證明在母國有實質的商業活動(economically significant business activities)，且負責審查之商務主管機關(General Justice Inspectorate, IGJ)得要求申請人出示更多資料以檢證該公司之背景以及經濟與租稅狀況之資訊²⁷。

然而，措施並未對來自合作國家之業者有所適用²⁸，此差別性的待遇將影響不合作國家所有服務部門透過商業據點之服務提供。

措施八：對外匯交易採行事前核可之規定

一般投資者將暫停或終止投資時，須將外幣轉換為母國幣別再匯回母國，通常毋需事先申請²⁹。然而，阿根廷則規定，當匯回之海外受益人係居於或設於不合作國家法人或自然人時，為了撤資必須變換幣別而購買外匯錢，應先向阿根廷

²⁴ *Id.* ¶ 2.35.

²⁵ *Id.* ¶ 7.334.

²⁶ *Id.* ¶ 7.337.

²⁷ *Id.* ¶¶ 2.37, 2.38.

²⁸ *Id.* ¶ 7.266.

²⁹ *Id.* ¶ 7.39.

的中央銀行 (Central Bank of the Argentina Republic, BCRA) 取得許可³⁰。

對不合作國家業者撤資之限制措施，將令不合作國家的投資者承受撤資的行政負擔以及可能被拒絕申請許可的風險，藉此影響其投資決定，並阻礙不合作國家的服務提供者在阿根廷的投資。

小結

以下將以表格方式臚列八項系爭措施所影響之服務貿易模式與部門，以及巴拿馬針對個別系爭措施主張違反之相關規定³¹：

系爭措施項目	服務模式	服務部門	違反條文
對利息或報酬扣繳利得稅	模式一	借貸、信用服務及涉及資金處置之服務	GATS 第 II:1 條
推定不正當財富增加	模式一	影響所有服務提供須以資金進入阿根廷為前提之服務	GATS 第 II:1 條
	模式一	海運及空運保險服務以及再保險與轉再保險服務	GATS 第 XVII 條
採「關係人交易」為交易定價	模式一、二	所有服務類別	GATS 第 II:1 條
	模式一、二	阿根廷就模式一、二採行國民待遇承諾之所有服務	GATS 第 XVII 條
費用認列採現金收付制	模式一	影響所有自阿根廷之支付為其收益之服務	GATS 第 II:1 條
	模式一	所有自阿根廷之支付為其收益且阿根廷對其服務之模式一採國民待遇承諾之服務	GATS 第 XVII 條
再保險服務提供之限制	模式一、三	再保險服務	GATS 第 II:1 條
	模式一	再保險服務	GATS 第 XVI:1 條與 XVI:2(a)條
進入資本市場之限制措施	模式一	投資組合管理服務	GATS 第 II:1 條
登記增設分支據點之要求	模式三	所有服務	GATS 第 II:1 條
對外匯交易採行事前核可之規定	模式三	所有除了金融之外的所有服務部門	GATS 第 II:1 條

貳、爭端解決小組之裁決

³⁰ *Id.* ¶ 2.39, 2.40.

³¹ *Id.* ¶ 7.97.

在本案審查順序方面，小組首先檢視 GATS 得否適用於本案八項系爭措施，再審查系爭措施是否違反一般性義務的 GATS 第 II:1 條最惠國待遇。小組進一步檢視在特定部門之義務，依序為措施五否違反僅在特定部門下之市場開放義務，以及系爭措施二、三、四是否違反第國民待遇義務。檢視完巴拿馬的控訴後，小組進而審查阿根廷所援引之 GATS 第 XIV(c)條之一般例外以及金融服務附件第 2(a)條審慎例外為基礎作為抗辯³²。

系爭措施適用於 GATS

依過往案例所建立起之法律標準，若措施欲適用於 GATS，必須先符合二個條件³³，即：(1)存在 GATS 第 I:2 條四種服務提供模式所呈現之服務貿易(2)系爭措施影響 GATS 第 I:1 條之服務貿易。依前揭表格可知系爭八項措施符合以上要件因此可適用於 GATS³⁴。

系爭措施違反 GATS 第 II:1 條最惠國待遇

GATS 第 II:1 條禁止對不同會員之同類服務及服務提供者授予歧視性的待遇。再檢視 GATS 第 II:1 條合致性之法律標準，小組提出以下三則要件作為審查基礎：第一，GATS 之適用範圍涵蓋系爭措施；第二，同類服務或服務提供者；第三，立即且無條件地給予不低於同類服務或服務提供者之待遇³⁵。由於第一項要件已檢視通過，以下將針對另外兩項要件進一步的分析。

一、同類服務或服務提供者

關於「同類」之解釋，巴拿馬與阿根廷之間存有歧見。巴拿馬主張只要能證明系爭措施所建立的管制區別單獨且專有地基於服務提供者來源之差異，就毋需再證明服務與服務提供者為同類或檢視其之間的競爭關係³⁶；阿根廷則認為，不同管轄地的管制差異攸關同類之認定，因為管制差異將影響服務提供者在市場上運作的方式³⁷。

由於 GATS 第 II:1 條對同類服務或同類服務提供者之概念，未有界定³⁸。因

³² *Id.* ¶¶ 7.58-7.61.

³³ *Id.* ¶¶ 7.83, 7.84.

³⁴ *Id.* ¶ 7.113.

³⁵ *Id.* ¶ 7.149.

³⁶ *Id.* ¶ 7.153.

³⁷ *Id.* ¶ 7.154.

³⁸ 林彩瑜，WTO 制度與實務，頁 308 (2013 年)。

此，於檢視「同類」要件時，小組參考歐盟香蕉案三 (*EC—Banana III*) 中小組所提出之見解，即可藉由檢視「服務之本質與特性」以決定服務是否為同類³⁹。此外，達到提供同類服務程度之服務提供者，即為同類服務提供者⁴⁰，嗣於日後的加拿大汽車案 (*Canada—Autos*) 亦同意此等見解。

在爾後的中國試聽服務案 (*China—Publications and Audiovisual Products*) 中，小組在檢視 GATS 第 XVII 條中的「同類」要件之時表示，只要來源地是對國內/國外服務提供者採行差別待遇之唯一因素時，則符合同類服務提供者之要件⁴¹。然而，若除了來源地之外，仍有其他因素，故必須再就其他因素深入分析是否同類⁴²。此外，中國視聽服務案之小組也提到，應注意同類服務之間具有競爭關係⁴³。

儘管以上過往案例之解釋係出於 GATS 第 XVII 條，而非 GATS 第 II 條。不過，本案小組認同中國電子支付案小組 (*China—Electronic Payment Services*) 作法，即在解釋同類要件時，除了基於條文一般意義，也考量 GATS 第 II 條本身以及其他條文之內容⁴⁴。在此理由之下，小組因而採用中國試聽服務案小組對於 GATS 第 XVII 「同類」的解釋。

因此，本案小組以「競爭關係」出發，且將特殊情況及其他與競爭有關的主張與證據一併納入考量，以找尋是否有其他因素決定管制之差別⁴⁵。對此，小組同意阿根廷之主張，即認為資訊交換之狀態會影響競爭關係，缺乏透明度與租稅資訊揭露係不合作國家服務與服務提供者的主要競爭優勢⁴⁶，合作/不合作國家在資訊交換上不同的管理差異，不僅影響服務提供者提供服務的方法，也會影響競爭關係⁴⁷。因此，資訊交換之狀態可作為判斷同類服務之其他因素。

但是 589/2013 號指令執行的結果：同樣被列於合作國家，有的與阿根廷之間卻未簽署資訊交換協議 (例如：巴拿馬)，有的則有簽署資訊交換協議 (例如：德國)；同為未簽署資訊交換協議之國家，有的則被列於合作國家 (例如：巴拿

³⁹ *Id.* ¶ 7.155.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* ¶ 7.156.

⁴² *Id.* ¶ 7.158.

⁴³ *Id.* ¶ 7.159.

⁴⁴ *Id.* ¶ 7.160.

⁴⁵ *Id.* ¶ 7.170.

⁴⁶ *Id.* ¶ 7.180.

⁴⁷ *Id.*

馬)，有的則仍屬不合作國家之列（例如：香港）⁴⁸。這種情形讓小組在難以依據資訊交換之狀態做出是否同類之認定，特別是同類之認定與其他因素相關時，且阿根廷也未向小組提出應如何在此情形下進行比較以檢視同類要件⁴⁹。因此，小組最終認定對合作/不合作國家服務提供者所採行之措施的差別待遇，僅有來源地的不同，兩者屬於同類服務與服務提供者⁵⁰。

二、立即且無條件地給予不低於同類服務或服務提供者之待遇

對於此要件，小組認為應先檢視系爭措施是否給予同類服務或服務提供者較低待遇；若並不存在給予較低待遇之情況，則檢視給予待遇時，是否滿足「立即且無條件」之要件⁵¹。

然而，在分析此要件之前，小組認為應先釐清阿根廷在此提出之爭點，亦即在比較是否存在較低待遇時，被比較是否受到「較低待遇」之客體，究竟必須是「控訴國」還是「任何其他會員」亦可⁵²。因此，以下將先說明小組對於此爭點之分析，再說明小組針對給予「不低待遇」要件之分析。

受較低待遇須來自「控訴國」之必要

在審查不低待遇之要件前，阿根廷主張 GATS 第 II 條與 XVII 條所謂「不應受到較低待遇」之任何其他國家之服務或服務提供者係針對「來自控訴方之服務或服務提供者」⁵³，意即控訴方所受之待遇應與被控方對其國內同類服務或業者之待遇相互比較。阿根廷認為，有鑑於巴拿馬享有合作國家地位，因此並未建立不合作國家受到較低待遇之表面證據（*prima facie*）⁵⁴。

惟小組之認定與阿根廷不同，小組認為較低待遇存在之決定不必然意謂須與控訴方之服務或服務提供者相比⁵⁵，因為爭端解決規則與程序瞭解書（Understanding on Rules and Procedures Governing The Settlement of Disputes, DSU）並未要求控訴方需具備「法律利益或權利」（*legal interest or right*）⁵⁶，並

⁴⁸ *Id.* ¶ 7.183.

⁴⁹ *Id.* ¶ 7.184.

⁵⁰ *Id.* ¶¶ 7.185, 7.186.

⁵¹ *Id.* ¶ 7.187.

⁵² *Id.* ¶ 7.188.

⁵³ *Id.* ¶ 7.190.

⁵⁴ *Id.* ¶ 7.189.

⁵⁵ *Id.* ¶ 7.192.

⁵⁶ *Id.*

肯定會員在決定是否依據 DSU 控訴時擁有廣泛的裁量權⁵⁷。承此，小組不認為巴拿馬合作地位之改變會影響其依據 DSU 提訴之權利⁵⁸。

不低待遇

阿根廷主張技術性貿易障礙協定 (Technical Barriers to Trade Agreement, 簡稱 TBT 協定) 第 2.1 條對「未給予較低待遇」之解釋可適用於 GATS 第 II 條與第 XVII 條，按過往美國丁香煙案 (*US - Cigarettes*) 上訴機構之解釋，若對於進口品的不利影響係來自合法的管制區別，則可認定措施並未給予較低待遇⁵⁹。小組承認 GATS 第 II 條並未清楚定義「不低於待遇」(treatment no less favourable) 的概念，亦未曾有前例清楚闡明本條之下關於此要件之解釋⁶⁰。對此，雙方對於 GATS 第 II 條得否採用 TBT 第 2.1 條採行合法管制區別的解釋，有激烈之爭辯⁶¹。

小組認為，在 GATS 第 II 條「不低於待遇」之解釋上，不能直接採用關稅及貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 3.4 條與 TBT 協定 2.1 條之解釋⁶²。由於 GATS 所涵括的範圍擴張至所有影響服務貿易的措施⁶³，且不僅涉及服務亦及於服務提供者⁶⁴，因此，當解釋「不低待遇」時，應著重於對於服務提供者所產生之意義⁶⁵。當服務提供者營業所需遵守之管制架構與 GATS 內容相關，因管制將直接影響透過自然人或法人提供服務⁶⁶。就此方面而言，當個案檢視「不低於待遇」時，管制架構則應納入考量⁶⁷。

小組採取 GATS 第 XVII 條競爭關係之概念解釋「不低於待遇」。小組認為若要決定是否存在較低待遇，則必須評估系爭措施是否修正了競爭條件。小組認定系爭措施確實對合作/不合作國家的服務與服務提供者有不同待遇，且讓來自不合作國家之服務與服務提供者處於競爭上的劣勢⁶⁸。

雖然阿根廷主張不同待遇乃是依據能否取得租稅資訊的結果，但小組認定

⁵⁷ *Id.* ¶ 7.193.

⁵⁸ *Id.* ¶ 7.195.

⁵⁹ *Id.* ¶ 7.200.

⁶⁰ *Id.* ¶ 7.198.

⁶¹ *Id.* ¶ 7.199.

⁶² *Id.* ¶ 7.231.

⁶³ *Id.* ¶ 7.210.

⁶⁴ *Id.* ¶ 7.211.

⁶⁵ *Id.* ¶ 7.211.

⁶⁶ *Id.* ¶ 7.212.

⁶⁷ *Id.* ¶ 7.212.

⁶⁸ *Id.* ¶ 7.235.

589/2013 號指令運作的結果，反而增加合作國家名單的可操作性，且對正在談判階段的國家有不公平的待遇⁶⁹。系爭措施之設計與運作皆因 589/2013 號指令而造成扭曲，並修改了競爭條件以損及不合作國家服務與服務提供者，而給予了較低待遇⁷⁰。

系爭措施五與 GATS 第 XVI 條之合致性

巴拿馬指控阿根廷限制經核可的再保險服務僅得核保超過 5000 萬美金之部份，此舉違反市場進入的規定⁷¹。巴拿馬認為阿根廷藉經濟需求測試限制外國再保險服務提供者的數量，給予外國業者低於承諾表所載之待遇，已違反 GATS 第 XVI:1 條與 XVI:2(a)條⁷²。

小組引用過去美國賭博案 (US—Gambling) 小組對 GATS 第 XVI:2(a)條的法律標準，應由巴拿馬負擔表面證據違反之舉證責任，因此巴拿馬必須證明：(1) 阿根廷在其承諾表採行相關市場開放承諾；(2) 以證據明確指出，GATS 第 XVI:2(a)條的意義下，措施五如何構成不被允許的限制⁷³。

小組提到巴拿馬指出阿根廷載於承諾表之「再保險與轉再保險」部門之承諾，在市場進入欄中模式一係記載「無限制」(none)，意即阿根廷不能以 GATS 第 XVI:2(a)所載之六種措施類型限制再保險服務跨境提供⁷⁴。

若要判斷措施五符合 GATS 第 XVI:2(a)條之範疇，必須先處理兩個層次的問題：第一，措施五是否管制「服務提供者」；第二，即使所管理的是服務提供者，則是否該措施在 GATS 第 XVI:2(a)條之意義下，構成對服務提供者之數量限制⁷⁵。

阿根廷則反駁 GATS 第 XVI:2(a)條不能適用於措施五，因為措施五管制的是再保險的「營業」(reinsurance operation)；與 GATS 第 XVI:2(a)條係關於「服務提供者」的數量限制有所不同；又，即使小組認為措施五管理的是「服務提供者」，所採行措施是關於質量限制 (qualitative requirement)，依然不落入 GATS 第

⁶⁹ *Id.* ¶ 7.292.

⁷⁰ *Id.* ¶¶ 7.293, 7.310, 7.320, 7.330, 7.340, 7.352, 7.361.

⁷¹ *Id.* ¶ 7.371.

⁷² *Id.* ¶ 7.371.

⁷³ *Id.* ¶ 7.392.

⁷⁴ *Id.* ¶ 7.400.

⁷⁵ *Id.* ¶ 7.403.

XVI:2(a)條措施類型之範疇⁷⁶。

小組將 GATS 第 XVI:2(a)範圍限縮在對服務提供者本身之限制措施，若措施僅是對服務提供者產生間接性的數量限制，仍屬於該條範圍，此方式將會架空其他款之規定⁷⁷。此解釋使措施較不易被解釋為違反第 XVI 條市場進入規範，則可符合 GATS 之前言所載，即讓會員在透明化的條件下達到服務貿易漸進式自由化目標之宗旨⁷⁸。

因此，系爭措施五所管制的是「再保險營業」或「個別風險」，並不單獨管制提供再保險服務的自然人或法人的數量⁷⁹。小組認定措施既然不落入巴拿馬所主張之 GATS 第 XVI:2(a)條的範疇，巴拿馬因而無法建立阿根廷違反 GATS 第 XVI:1 的市場開放承諾之表面證據⁸⁰。

系爭措施二、三、四與 GATS 第 XVII 條之合致性

巴拿馬控訴系爭措施二、三、四違反 GATS 第 XVII 條之規定，因其給予不合作的服務或服務提供者給予相較於阿根廷本國同類服務與服務提供者較低的待遇⁸¹。

小組採用過往案例為 GATS 第 XVII 條所建立的法律標準，系爭措施符合同條規定應滿足以下條件⁸²。包括：(1)被控方在相關服務提供之部門與模式已作出國民待遇承諾，且符合承諾表所記載之條件、資格或限制以及；(2)系爭措施在影響相關部門或模式之服務提供與(3)措施並未給予相較於阿根廷本國同類服務與服務提供者較低的待遇。

關於第一個要件，巴拿馬已列出與系爭措施相關之服務模式與部門之國民待遇承諾⁸³。至於第二個要件，既於審查 GATS 第 I:1 條時已證明系爭措施影響服務貿易，自得以推論系爭措施將影響「服務之提供」；又既 GATS 第 I:2 條定義「服務貿易」之概念為「服務之提供」，則可以邏輯推論得出系爭措施將影響相

⁷⁶ *Id.* ¶ 7.402.

⁷⁷ *Id.* ¶ 7.420.

⁷⁸ *Id.* ¶ 7.422.

⁷⁹ *Id.* ¶ 7.428.

⁸⁰ *Id.* ¶ 7.424.

⁸¹ *Id.* ¶ 7.436.

⁸² *Id.* ¶ 7.448.

⁸³ *Id.* ¶ 7.470.

關服務部門與模式下之提供⁸⁴。

至於是否構成相較於本國服務與服務提供者之「較低待遇」，小組認為系爭措施所致的管制區別不必然構成「較低待遇」⁸⁵，還須按系爭措施是否修改競爭條件來加以評估⁸⁶。與 GATS 的 II 條之分析相同的是，小組認為是否允許阿根廷主管機關取得外國服務提供者的租稅資訊之管制架構必須納入考量⁸⁷。然而，有別於 GATS 第 II 條之分析，當時小組以「同為資訊不能取得之國家卻不被列為相同合作/不合作國家之類別」之理由，認為系爭指令在合作/不合作國家的分類上製造扭曲的現象，而違反最惠國待遇之原則⁸⁸；但在 GATS 第 XVII 條分析中，合作國家與阿根廷的同類服務或服務提供者之間並無扭曲現象，在此的問題是，阿根廷可取得其本國納稅人以及服務提供者的租稅資訊，但卻無法取得不合作國家服務提供者的租稅資訊⁸⁹，即因租稅資訊取得與否之差異而產生不公平競爭的現象⁹⁰。

小組認為系爭措施之設計係為了確保阿根廷與不合作國家同類服務與服務提供者之間基於平等的競爭關係⁹¹，系爭措施並無給予不合作國家服務或服務提供者較低待遇，而未違反國民待遇規定⁹²。

一般例外—GATS 第 XIV(c)條

與 GATT 第 XX 條類似，GATS 在第 XIV 條設亦有一般例外條款，在符合 GATS 第 XIV 條所列之各款條件下，WTO 會員有追求其他公共政策目標之權利，即使其採取的措施不符合 GATS 之其他義務，並得對他國之控訴據此提出抗辯⁹³。

本案阿根廷援引 GATS 第 XIV 條一般例外為其措施一、二、三、四、七、八作為抗辯⁹⁴。依循過往上訴機構在韓國牛肉案(*Korea – Various Measures on Beef*)為 GATT 第 XX(d)條所建立之法律標準，即先證明以下兩要件以暫時取得正當性：

⁸⁴ *Id.* ¶ 7.474.

⁸⁵ *Id.* ¶ 7.493.

⁸⁶ *Id.* ¶ 7.494.

⁸⁷ *Id.* ¶ 7.505.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* ¶ 7.507.

⁹⁰ *Id.* ¶ 7.515.

⁹¹ *Id.* ¶ 7.521.

⁹² *Id.* ¶ 7.525.

⁹³ 林彩瑜，前揭註 38，頁 319。

⁹⁴ *Id.* ¶ 7.526.

(1)該措施旨在「確保遵守」與 GATS 不相違背之法律或規章；(2)該措施必須為確保遵守之「必要」⁹⁵。此外，尚需符合前言之規定：即不構成對類似條件下之不同國家有專斷或不正當的歧視，或造成對服務貿易之隱藏性的限制，始具正當性⁹⁶。

本案小組認定系爭措施之採行係為了達到保護租稅體系、打擊有害租稅行為以及洗錢防制之目的，且對於服務貿易具有較少限制性，又巴拿馬並未提出任何可讓阿根廷合理使用之替代措施，故措施符合必要性要件⁹⁷。

至於是否符合前言規定，小組依循上訴機構於過往案例之審查標準，即檢視系爭措施之設計、結構與體系是否在具有相同條件之國家之間構成專斷且不正當的歧視⁹⁸。嗣檢視影響系爭措施之 589/2013 號指令後可知，此措施在設計與適用上已造成扭曲，因此構成專斷且不正當的歧視，不符合 GATS 第 XIV 條前言之規定，無法藉由本規定獲得正當化之基礎⁹⁹。

審慎例外—GATS 金融服務附件第 2(a)條

除 GATS 第 XIV 條一般例外，在 GATS 下的金融服務附件第 2(a)條另有審慎例外之規定。讓 WTO 會員國為了保護投資人或確保金融系統之穩定與健全可採取特定措施，即使該措施已違反了 GATS 的其他規定。

阿根廷因此欲為再保險服務以及股票中介機構之限制措施尋求開脫之機會。由於此規定具有例外性質，小組認定應由阿根廷負擔舉證責任，證明前揭兩項措施為審慎例外規範所涵蓋，即須證明審慎理由為何及該措施所欲防範之風險¹⁰⁰。

過去 WTO 尚未有相關案件讓小組有機會進一步處理審慎例外之規定，本案小組首先為審慎例外規定在適用上建立一套 WTO 會員之間皆具共識的法律解釋¹⁰¹。金融服務附件第 2(a)條包含兩句，首句是允許會員基於審慎理由採行措施，並包括例示性 (indicative list) 審慎理由；次句則是指措施不得被作為規避本協定之義務或承諾之手段¹⁰²。不過，在適用審慎例外之前，仍須先證明系爭措施會

⁹⁵ *Id.* ¶ 7.593.

⁹⁶ *Id.* ¶ 7.741.

⁹⁷ *Id.* ¶ 7.738.

⁹⁸ *Id.* ¶ 7.748.

⁹⁹ *Id.* ¶ 7.762.

¹⁰⁰ *Id.* ¶¶ 7.816, 7.817.

¹⁰¹ *Id.* ¶ 7.821.

¹⁰² *Id.* ¶¶ 7.818-7.821.

影響金融服務提供，始得適用金融服務附件下之規定¹⁰³。

承接以上的解釋，小組建立三個要件以利審查系爭措施是否得以 GATS 金融服務附件第 2 項 a 款作為正當化之基礎：包括(1)系爭措施影響金融服務提供；(2)系爭措施之採行係基於審慎理由；(3)系爭措施不被作為規避本協定之義務或承諾之手段，以下將就較具爭議之要件進行說明：

審慎例外措施是否限於國內規章？

本案在審慎例外措施所涵蓋之型態範圍有所爭論。由於金融服務附件第 2(a) 條之標題為「國內規章」，應與其內文具有直接關係，巴拿馬因此認為基於審慎理由而採取的措施限於國內規章的措施型態¹⁰⁴。最後小組採取不同於巴拿馬之見解，認定審慎例外可能屬於任何影響金融服務提供之所有型態措施，並不限於 GATS 第 6 條國內規章之範疇¹⁰⁵。針對此部分之解釋，巴拿馬認為小組對於審慎措施類型不限於國內規章之認定之解釋有違誤，已提起上訴¹⁰⁶

審慎理由

解釋「審慎理由」之概念時，小組重申條文所載係例示性的審慎理由，超出明文列舉者也可能成為審慎理由¹⁰⁷。儘管巴拿馬認為審慎措施應具有緊急性質，須於風險真實存在之情況，若不及時採取行動，將會遭受即將來臨的損害¹⁰⁸。對此，小組則採取不同之見解，認為系統性問題可能在一段長時間內被醞釀且可能快速爆發，事前準備乃具有重要性¹⁰⁹。尤其是由保險部門引起之風險，可能伴隨保護消費者的壓力，危機出現的情況則更晚浮現¹¹⁰。因此，小組將審慎理由定義為，促使金融管制者採取行動以預防風險、損害或危險的原因或理由，且該危險不必具有立即發生 (imminent) 的性質¹¹¹。

基於審慎理由採行審慎措施

¹⁰³ *Id.* ¶ 7.822.

¹⁰⁴ *Id.* ¶ 7.845.

¹⁰⁵ *Id.* ¶ 7.847.

¹⁰⁶ Notification of an Appeal by Panama, *Argentina – Measures Related to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/7 (Oct. 30, 2015).

¹⁰⁷ Panel Report, *Argentina – Financial Services*, ¶¶ 7.868, 7.869.

¹⁰⁸ *Id.* ¶ 7.876.

¹⁰⁹ *Id.* ¶ 7.878.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* ¶ 7.879.

關於「措施之採行是基於審慎理由」要件之判斷上，小組認為，相較 GATS 第 XIV 條與 GATT 第 XX 條的一般例外，審慎例外並不要求措施須具備「必要性」條件¹¹²，且小組同意阿根廷對條文之解釋—即「措施」與其「審慎目的」之間具備合理關係，以及措施符合避免某事件發生之目的或該措施所欲達到之避免效果—最能代表條文所載之「基於」(for) 及「理由」(reasons) 二字所表達之一般意義¹¹³。換言之，措施的設計、結構與體系上，措施與審慎理由之間須有合理的因果關聯¹¹⁴ (rational relationship of cause and effect between the measure and the prudential reason)。

本案例中，小組肯定系爭措施五、六之採行係出於審慎理由。小組認定措施五係做為保護被保險人之預防措施；透過此措施，可確保保險人及再保險人之清償能力，免於因其清償能力之不足而引發系統性風險，進而導致直接保險公司之破產，同時也是為了確保市場之健全¹¹⁵。；至於採行措施六之理由，則是因為開放不合作國家進行金融工具交易，將會讓市場曝於系統性風險。因為此類交易中，阿根廷主管機關無法取得交易相對人之有效所有 (effective ownership) 以及資金來源正當性的相關資訊，亦無法得知此中介機構是否受該國主管機關適當的監督¹¹⁶。因此，措施六相關法令之立法宗旨係為了達到強化投資人保護、減少系統性風險以及防制洗錢與恐怖金融之目的¹¹⁷。

爰此，小組進一步檢視措施五與六之是否係「為了」審慎理由 (for prudential reason) 所採行¹¹⁸。小組認為基於審慎理由而採取的措施包括尋求事先探知 (seek to look ahead) 以事先採行必要安排 (make necessary arrangement) 以達到特定的金融審慎目的¹¹⁹。就此而言，向其他國家之主管機關要求相關資訊，即是為了確保保險公司及再保險公司之清償能力，同時避免因再保險公司無力償還以及保險公司破產所引起的系統性風險¹²⁰。小組認為，足夠且即時的外國再保險公司資訊，對於為了預期金融危機及毫無預警且可能突然發生的系統性風險具重要性¹²¹。對措施六而言，對取得有效可用之交易客戶之資訊，或是命令或影響交易的受益所

¹¹² *Id.* ¶ 7.884.

¹¹³ *Id.* ¶ 7.889.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* ¶ 7.899.

¹¹⁶ *Id.* ¶ 7.921.

¹¹⁷ *Id.* ¶¶ 7.932-7.934.

¹¹⁸ *Id.* ¶ 7.880.

¹¹⁹ *Id.* ¶ 7.910.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

有人之資訊，皆對洗錢防制與恐怖融資具有重要性¹²²。

小組雖肯定系爭措施五與六所採行之審慎理由，但在檢視措施與理由之間的合理因果關聯時，則因 589/2013 號指令在合作/不合作國家之分類標準，而在檢視其措施之設計、結構與體系時，認為措施與所謂的審慎理由之間並無合理關聯，因其並無要求來自第三種類型的合作國家之人自保險監管機關取得相關資訊，亦無賦予其進入資本市場之特定要求¹²³。因此認定系爭措施不符合審慎例外之規定¹²⁴。

參、本案未來可能發展之分析

巴拿馬在 2014 年被列入合作國家名單，本案系爭措施其實並未對巴拿馬產生任何不利影響。然而，事實上阿根廷與巴拿馬之間並未有任何的資訊交換機制或租稅透明化的合作關係，但此措施之設計及 AFIP 對合作/不合作名單的可操作性，導致本案裁決對阿根廷較為不利：阿根廷所採許之措施，不僅違反 GATS 第 II 條最惠國待遇，尚因違反 GATS 第 XIV 條前言以及措施與審慎理由之間缺乏因果關聯性，而無法以一般例外或審慎例外取得正當化之機會。

然而，若未來阿根廷對此措施進行調整，將正在談判中之第三類型合作國家改列為不合作國家，得否將使阿根廷措施因不違反 GATS 第 XIV 條前言以及審慎理由與措施之間具有關聯性，而得藉一般例外與審慎例外獲得開脫之機會，值得觀察。

尚且，由於阿根廷已要求上訴機構重新審酌小組對 GATS 第 II 條以及 XVII 條「同類服務與服務提供者」之認定¹²⁵，阿根廷認為合作/不合作國家於管制架構的差別，會影響不同地區服務與服務提供者之本質與程度，而不應將不同管制地區的服務與服務提供者逕認定為同類。因此，若未來阿根廷修改系爭指令，刪除第三類合作國家之分類，將合作/不合作國家的分類管制為適當與合理的調整，減少裁量的空間，使滿足相同條件的國家有相同的分類。在此情況下，上訴機構是否會推翻小組對「同類」之認定，而認為未違反最惠國待遇之規定，值得後續關注。

¹²² *Id.* ¶ 7.942.

¹²³ *Id.* ¶¶ 7.944, 7.919.

¹²⁴ *Id.* ¶ 7.949.

¹²⁵ Notification of an Appeal by Argentina, *Argentina – Measures Related to Trade in Goods and Services*, ¶ 3, WT/DS453/8 (Nov. 4, 2015).

因此，本案可能的發展為，阿根廷刪除第三類合作國家之分類，讓 589/2013 號指令臻於合理：使措施能因合於 GATS 前言，讓阿根廷之措施能符合一般例外或審慎例外之規定；抑或，上訴機構對此案在「同類」的要件上提出不同見解，將「管制架構」作為「其他因素」重新考量同類之認定，此結果仍會致阿根廷獲得不違反 GATS 第 II 條的勝利。

然而，以上之臆測皆係基於對 589/2013 號指令有所調整為前提，若阿根廷堅持不修改第三類合作國家之分類，則上訴機構的解釋將會是關鍵。本案未來將如何發展，值得繼續關注。

