



GATS 框架下市场准入与国民待遇 的冲突与衡平

——兼评 GATS 第 16 条和第 17 条

汤晓峰 王志文

摘 要：市场准入和国民待遇是 GATS 的两个核心条款，关乎 GATS 成员服务贸易市场的开放程度与开放水平。然而，市场准入与国民待遇两个条款相互之间、与 GATS 其他条款之间却存在着诸多冲突之处。本文在厘清市场准入与国民待遇的相互关系以及与其他条款关系的同时，力图在冲突中寻求一种衡平的理念，以期实现 GATS 成员的利益最大化，加快服务贸易自由化的进程。

关键词：GATS；市场准入；国民待遇；冲突；衡平

《WTO 协定》的附件 1B 将服务贸易首次纳入多边贸易体制，形成了由《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)及其附件组成的 GATS 体系，成为《WTO 协定》不可分割的一部分，对所有成员均具有约束力。GATS 由三大部分组成，包括主体规范 29 条、8 个附件和各 WTO 成员的具体承诺表。GATS 主体规范由前言、正文 6 个部分 29 条和 8 个附件组成。其中，GATS 第三部分第 16 条市场准入和第 17 条国民待遇是 GATS 的两个核心条款，也是自 GATS 谈判以来最具争议的两个条款，由于其决定了成员对于服务贸易市场的开放程度以及服务提供者的待遇水平等问题，且需要各成员的特别承诺，经由多方谈判才能确定，因而这两个条款一直是 GATS 各成员以及学界关注的焦点。

一、GATS 市场准入与国民待遇的条款解读

(一) GATS 市场准入的内涵

GATS 没有对“市场准入”进行定义，在通常意义上，服务贸易领域的市场准入，是指一国允许其他国家的服务或服务提供者进入和参与本国市场的程度，是一国政府对给予哪国服务或服务提供者进入本国市场的权利行使自由裁量权的政策工具(汪尧田、周汉民，1995:81)。GATS 第 16 条对成员所承担市场准入的具体义务做出了专门规定。该条共 2 款，规定成员以本协定认可的方式承担市场准入的义务时，每一成员对其他任何成员的服务和服务提供者给予的待遇，不得低于其在具体承诺表中同意和列明的条款、限制和条件。并且，在已经做出市场准入承诺的服务部门中，如果成员没有明确列明某种服务或服务提供者属于第 2 款所列 6 种限制措施之一，则表明该成员对于该服务或服务提供者给予完全的市场准入。

具体而言，第 16 条第 1 款规制的是由 GATS 第 1 条所确认的服务或服务提供者，以及服务贸易的四种提供方式，即跨境交付、境外消费、商业存在和自然人流动。第 2 款所

列 6 项市场准入限制措施,前 4 项是数量方面的限制,主要针对以数量配额或经济需求测试要求,对服务交易或资产价值、服务活动和服务产品以及对服务提供者数量的限制;第 5 项是对服务提供者以商业存在形式设立企业实体的限制,通常要求外国提供者在本国境内通过合资或合作的企业形式,或设立子公司但不允许设立分支机构等形式进行营业;第 6 项是对特定服务外资参与程度的限制,通过设定外国股权的最高百分比,或限制单个或总体外国投资总额的方式,限制外国资本对本国服务市场参与的程度。市场准入是服务贸易自由化的基本内容,GATS 成员一旦对外国服务或服务提供者进入本国市场做出了承诺,便要承担 GATS 市场准入的义务,提供不低于成员在其具体承诺表中所承诺的待遇。

(二) GATS 国民待遇的内涵

GATS 第 17 条是有关国民待遇的规定。该条分为 3 款,规定成员在不违反 GATS 有关规定,并且在承诺表的要求和条件相一致的情况下,给予其他成员服务或服务提供者在影响服务提供的所有措施方面的待遇不低于给予其国内的服务和服务提供者。GATS 为了确保来自其他成员的有关服务和服务提供者可以享受真正的国民待遇。在条件允许的情况下,各成员可以给予来自其他成员的有关服务和服务提供者在形式上相同的待遇;而在条件不允许的情况下,则可以给予外国服务或服务提供者与本国提供者不同形式的待遇,以保证平等的竞争条件(臧立,1998:51)。与 GATT 不同的是,GATS 国民待遇已经作为需要具体承诺的特定义务而存在。如果将国民待遇作为一项普遍义务,那么在服务业中,发展中国家相较于发达国家的劣势则太过明显。另一点不同在于,货物贸易领域的国民待遇仅适用于产品,不适用于产品的生产者。而 GATS 由其服务业本身特性所决定,适用对象不仅包括服务或服务提供者,而且包括以商业存在等形式的服务投资。此外,GATS 还规定了政府采购和专门给予发展中国家本国服务提供者的补贴不适用国民待遇。由此可以认为,GATS 国民待遇是一种有限的国民待遇。

二、冲突之一:GATS 市场准入与国民待遇的界限模糊

一般认为,GATS 市场准入与国民待遇既有区别又有联系。一方面,市场准入是规制国外服务,或服务提供者进入本国市场的问题,国民待遇是规制外国服务或服务提供者进入本国市场的待遇问题。二者从条款本身看区别比较明显;另一方面,市场准入同时又是适用国民待遇的前提,如果不能进入一国市场,待遇问题就无从谈起;国民待遇则是市场准入的保证,如果进入市场后无法享有国民待遇,这种进入则显得毫无意义(张瑞萍,1998:12),这是二者的联系。然而,GATS 对于国民待遇的适用范围没有做出明确的界定,学界就国民待遇究竟是全面的国民待遇抑或是准入后才享有国民待遇这一问题产生了分歧。Mattoo 先生就这一问题列举了一个很有说明力的例子^①,并由此得出对 GATS 国民待遇的三种不同理解:第一种观点认为,全面的国民待遇,即国民待遇涵盖“开业权”和“开业后”的问题,第 17 条的文义针对“所有影响服务提供的措施”,既包括第 16 条“所有的数量限制措施”,也包括“以商业存在形式的服务”,国民待遇的适用范围完全覆盖了市场准入的所有限制措施。第二种观点认为,准入后的国民待遇,即国民待遇不涉及“开业权”的问题,第 16 条只针对服务或服务提供者进入市场和非歧视性数量限制问题,而第 17 条则针对服务或服务提供者进入后是否受到歧视性待遇的问题,二者侧重点不同。第三种观点认为,限制性的国民待遇,即凡属 GATS 第 16 条调整的措施,包括歧视性数量限制措施,都排除第 17 条的适用,二者是相互排斥的关系。

对此,学界普遍认为将国民待遇理解为“准入后的待遇”(沈大勇、金孝柏,2010:42)。笔者也赞同此种观点,理由如下:第一,GATS 措辞上不涉及“开业权”。GATS 第 28 条定义的(b)项规定“‘服务的提供’包括服务的生产、分销、营销、销售和交付”。按照国际服务贸易惯例,这里的“从生产到交付”,应当是在已经取得开业权的前提下进行的,这里的待遇问题涉及的是运营阶段;再看第 2 条最惠国待遇的措辞为“本协定涵盖的任何措施”,这里的“任何措施”也没有区分开业权与开业后。那么,第 17 条适用的

^①mattoo 先生关于国民待遇的承诺与市场准入的限制的举例,参见 Aaditya Mattoo, National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora's Box? Journal of World Trade, Vol. 31, No. 1, 1997, p. 113~119.

“影响服务提供的所有措施”就应当作同一理解(房东,2006:139)。第二,国家主权的考虑。从国际法发展以及国际惯例的角度看,一国有权自主决定国外服务或服务提供者准入的程度以及享有的待遇。在维护国家主权和本国经济利益以及综合考虑本国国情的基础上,一国有权决定是否给予进入市场的服务或服务提供者国民待遇。先涉及是否允许进入市场,再考虑给予何种待遇。这也是将国民待遇理解为“准入后的待遇”的理由之一。尽管如此,这些分析仅仅是停留在理论层面,这种划分方法目前在 GATS 条文中并没有明确依据,市场准入与国民待遇之间界限模糊的问题依然存在。

三、冲突之二:GATS 其他条款对第 16 条、第 17 条的制约

(一) GATS 具体承诺减让方式的制约

就具体的 WTO 义务承担方式而言,有“肯定清单”(或称“正列式清单”)和“否定清单”(或称“反列式清单”)之分。前者指在条约中预设并非普遍适用的义务,缔约方可以承诺受条约义务约束的领域,凡未明确承诺的领域就不在条约义务适用范围之内。后者则是在条约中设定普遍适用的义务条款,但允许缔约方通过谈判对这种高水准义务的适用范围设定有限的例外,且将通过后续谈判逐渐消除这些例外(Scott Sinclair, Jim Grieshaber-Otto, 2002:12)。GATS 在具体承诺的减让方式实际上采取的是“肯定清单”+“否定清单”的双轨方式。“肯定清单”的承诺方式为成员只要在具体承诺表中所列的部门向外国服务或服务提供者给予市场准入和国民待遇,则承担此种义务;凡未列入具体承诺表中的部门,成员就不承担市场准入和国民待遇的义务。“否定清单”的承诺方式为成员将不愿给予市场准入和国民待遇的服务部门或分部门列入具体承诺表,并承诺在一定时期内逐渐减少列表的服务部门或分部门数量。这也意味着如果成员没有将某服务部门列入清单,则必须承担市场准入和国民待遇的义务(Geza Feketekuty, 2000:98)。在 GATS 具体承诺国民待遇与市场准入减让谈判中,发达国家与发展中国家就列表方式产生了严重分歧。“否定清单”得到了大多数发达国家的支持。将不给予市场准入和国民待遇的部门列入清单,并承诺一定时期内逐步减少清单中的数量。但是,这种方式遭到了发展中国家的反对。其理由是基于服务业发展水平的差异,发展中国家将尚未建立的服务部门加入列表是不可能的;而不加入列表,将来就有直接承担义务的风险,这是不公平也是不合理的。与此同时,“肯定清单”又是一种“点菜式”的减让方式,这种方式会让成员在开放本国市场方面作出保留,只选择其他成员目前技术和资金能力尚无竞争力的服务部门,进而使市场准入和国民待遇条款沦为谈判的筹码而非对条约的遵守,无法达到减让的效果,并因此可能催生贸易对等主义或贸易保护主义(刘笋,2001:78)。“肯定清单”与“否定清单”的分歧,是发达国家与发展中国家服务业发展水平的巨大差距在 GATS 谈判中的客观反映。采取双轨制的列表方式,可以说是发达国家与发展中国家谈判结果的一种折中或是妥协。

(二) GATS 国内监管条款的制约

GATS 第 6 条规定了成员进行服务业国内监管时应当遵守的纪律,共分为 6 款。其中,第 4 款被视为与市场准入和国民待遇联系最为密切、也是被讨论最多的一个条款。具体说来,GATS 第 6 条第 4 款在承认成员对服务业实施监管的前提下,对成员进行的国内监管提出了纪律要求,旨在确保国内监管措施不会对国际贸易构成不必要的障碍,并且要求符合三个条件:第一,标准上要求客观、透明;第二,服务质量方面不施加额外的负担;第三,许可程序本身不构成对服务提供的限制。

GATS 允许成员享有国内监管的自主权,只要不对贸易构成不必要的限制,则不违反第 6 条第 4 款的规定。市场准入约束的是数量限制措施,是服务或服务提供者进入市场数量上的最大限制,而国内监管条款主要规制的是进入市场的服务或服务提供者的资质问题。表面上看,二者侧重点不同。但是,有学者指出,当国内监管措施不受市场准入约束时,二者如果被广泛的定义,则会发生重复^①。“美国博彩案”专题组认为市场准入和国内监管的两个条款是相互排斥的,且市场准入限制应当优先适用^②。笔者

①二者重复适用的具体体现,参见石静霞:《WTO 服务贸易法专论》,法律出版社 2006 年,第 243~244 页。

②Panal Report, On US-Gambling, para. 6. 305.

认为,无论是重复也好排斥也罢,均影响了 GATS 规则的一致性。更进一步说,如果二者重复,那么第 16 条明确允许的措施会与第 6 条明确禁止的措施产生冲突;如果二者排斥,无论适用哪一条,要么是弱化了国内监管权,要么是限制了服务贸易市场的开放。这既不是发达国家也不是发展中国家所希望看到的结果。无论如何解决,这将是 GATS 谈判今后所要面临的难题之一。

四、GATS 谈判的进路:在冲突中寻求衡平

(一) 冲突之根源所在

其一,规范性冲突。GATS 条文的精确性不足,是第 16 条与第 17 条相互之间以及与其他条款之间存在冲突的主要原因之一。例如,正常情况下,GATS 框架下的某一措施是数量限制措施,则适用市场准入条款;是歧视性措施,则适用国民待遇条款。假设某一措施既是数量限制措施又是歧视性措施,那么究竟是适用第 16 条还是第 17 条,这就存在一个重叠适用的问题。前文提到的第 16 条或第 17 条与第 6 条的重叠也与之类似。立法技术层面的冲突不利于成员对 GATS 规则的遵守与执行。其二,价值性冲突。GATS 框架下市场准入与国民待遇不是作为成员的普遍义务,而是只有成员经由谈判的方式在做出具体承诺后才承担义务,并不自动适用于成员的所有服务部门,因而发展中国家与发达国家的对立与冲突便始终贯穿 GATS 谈判的始终。GATS 谈判本着利益互惠的原则以求达成各方成员的具体承诺。在市场准入与国民待遇方面,发达国家自然在服务业享有优势地位;发展中国家希望更多的参与到谈判中来,要求利益互惠不局限在发达国家的优势部门,允许发达国家资本国际自由流动的同时,发展中国家更希望充分发挥自己的劳动力优势。由此可以看出,服务贸易谈判中不同的利益诉求是冲突的另一根源。

总的来说,无论是规范性冲突还是价值性冲突,追根溯源仍是 GATS 各成员之间的根本利益冲突。在相互冲突的利益中,如果 GATS 规则能够保护一方利益而放弃另一方利益,那么一切冲突则随之淡化。然而,在错综复杂的国际社会,这种非此即彼的做法是既不合理也不现实的。所以,必须在利益冲突的基础上寻找一种方法使得各方利益得以衡平。

(二) 服务贸易自由化的衡平追求

提及衡平理念,首先让人想到的便是英美法系的衡平法。这只是一种狭义的解释,衡平的涵义远不止如此。沈灵宗教授对“衡平”的概念解释为,在西方法中,衡平主要有三种相互联系的意义:一是指它的基本含义是公正、公平、公道、正义;二是指严格遵守法律的一种例外,即在特定情况下,要求机械地遵守某一法律规定反而导致不合理、不公正的结果,因而就必须使用另一种合理的、公正的标准。一般地说,法律中往往规定了某些较广泛的原则、有伸缩性的标准或通过法律解释和授予适用法律的人以某种自由裁量权等手段,来消除个别法律规定和衡平之间的矛盾。三是指英国自中世纪中期开始兴起的与普通法或普通法法院并列的衡平法或衡平法院(沈灵宗,1987:171)。基于此,笔者对于衡平在 GATS 框架下的理解是,除却衡平法在司法领域的含义之外,衡平理念的内涵是在各方利益冲突下,寻找一种标准或规范使结果公正、合理。此种衡平并不是绝对的均衡或绝对的将冲突各方的利益平等分割,而是注重基于冲突各方实质上的公平、公正来确定各方利益的取舍,是一种相对的、动态的均衡,是建立在冲突之上的衡平。

通过分析各成员的政策目标和自身发展水平,构建以衡平理念为基础、以实现实质公平为框架的 GATS 体系,从而实现各成员利益最大化和服务贸易自由化是当前 GATS 谈判的迫切需求。实际上,衡平理念在现有 GATS 规则中业已体现。例如,多数学者认为,与 GATT 国民待遇条款注重形式上的平等不同,GATS 国民待遇注重的是实质上的平等。GATS 第 17 条的一大创新之处在于,第 2 款和第 3 款要求成员形式上的不同待遇不能在实质上改变国内外服务提供者的竞争条件,使国外服务或服务提供者处于不利地位;换言之,GATS 第 17 条要求成员提供平等的竞争机会,注重平等的实际效果(王毅,2005:101)。这恰恰符合了衡平理念中使结果公正、合理的要求。此外,笔者认为在具体承诺列表方式上采双轨制的做法是值得肯定的。采用双轨制的列表方式,成员可以有选择的开放本国具有竞争

力的服务部门或分部门并给予国民待遇;同时又规定成员对这些开放的部门或分部门不能随意施加在列表中未列明的条件和限制,以提供更高的开放透明度,杜绝贸易保护主义。其宗旨是在适度维护成员经济主权、保护其国内市场的基础上,逐步实现服务贸易自由化。虽然两种列表方式都存在弊端,但采取双轨制不是最佳的方法,却是当前可行的选择。由此可见,平衡理念早已植根于 GATS 规则中,利益的平衡才是解决市场准入与国民待遇冲突的有效方法。只是这种平衡的理念能否继续贯彻下去,仍需 GATS 各成员的共同努力。

参考文献:

- [1] 房 东(2006).《服务贸易总协定》法律约束力研究.北京:北京大学出版社.
- [2] 刘 笋(2001).对 GATS 主要缺陷的剖析.法学评论,1.
- [3] 沈大勇、金孝柏(2010).国际服务贸易:研究文献综述.北京:人民出版社.
- [4] 沈灵宗(1987).比较法总论.北京:北京大学出版社.
- [5] 汪尧田、周汉民(1995).世界贸易组织总论.上海:上海远东出版社.
- [6] 王 毅(2005).WTO 国民待遇的法律规则及其在中国的适用.北京:中国社会科学出版社、人民法院出版社.
- [7] 臧 立(1998).论国际服务贸易中的国民待遇问题.法商研究,5.
- [8] 张瑞萍(1998).《服务贸易总协定》基本原则评析.当代法学,3.
- [9] Geza Feketekuty(2000).Assessing and Improving the Architecture of GATS,in Pierre Sauve and Robert M. Stern ed.,GATS 2000:New Direction in Services Trade Liberalization,Brookings Institution Press,2000.
- [10] Scott Sinclair,Jim Grieshaber-Otto(2002).Facing the Facts:A Guide to the GATS Debate,Canadian Centre for Policy Alternatives,2.

Research on the Conflict and Balance in Market Access and National Treatment under the Framework of GATS

——Comment on GATS Article 16 and Article 17

Tang Xiaofeng (Doctoral Candidate,Dalian Maritime University)

Wang Zhiwen (Professor,Dalian Maritime University)

Abstract:Market access and national treatment are two of the key clauses in GATS,which are related to the market openness in service trade of GATS members. However,there are many conflicts between market access and national treatment clauses; also among these two clauses and other clauses in GATS. By analyzing the relationship between market access and national treatment,as well as the relationship with other terms,this paper aims to pursue the idea of balance in these conflicts,in order to maximize the benefits of GATS members and also to achieve the service trade liberalization.

Key words:GATS; market access; national treatment; conflict; balance

■作者简介:汤晓峰,大连海事大学法学院博士生;辽宁 大连 116026。Email:t_xiaof@sina.com。

王志文,大连海事大学法学院教授,博士生导师。

■基金项目:交通运输部软科学项目(2010-342-225-450)

■责任编辑:车 英

