

# 论WTO《服务贸易总协定》中服务的分类

## ——以中国电子支付案为视角

裴永楠

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年11月21日; 录用日期: 2023年1月12日; 发布日期: 2023年1月19日

### 摘要

在GATS语境下划定具体承诺表中各项条目的内容边界, 需要解释工具、解释方法作为辅助, 而现有的分类体系就是解释工具。本文从中国电子支付案切入, 围绕该案所涉相关问题, 结合WTO其他的经典案例, 就中国涉案服务的分类、GATS项下的服务分类内部逻辑、现有服务贸易的分类框架以及存在的问题等做具体分析, 并针对该案的专家组报告提出疑问望在未来的谈判、纠纷甚至修改承诺表时, 吸取WTO的“判例”精神以及他国的经验, 在未来为国家争取最大的权益。

### 关键词

GATS, 服务分类, 承诺减让表

## Classification of Services in GATS

### —From the Perspective of the WTO China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services Case

Yongnan Pei

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 21<sup>st</sup>, 2022; accepted: Jan. 12<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 19<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

To delimit the boundary of each entry in the schedule of specific commitments in the context of GATS, interpretation tools and interpretation methods are needed, and the existing classification system is the interpretation tool. This article starts from WTO China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services Case and discusses about related topics such as the internal logic of the classification of the service under GATS, the framework of classification of the existing service

trade framework and existing problems, in combination with other classic cases of WTO. Also, the paper proposes questions coming from the panel reports, in the hope that the WTO “jurisprudence” spirit and good experience of other countries could be absorbed by our country, so that the largest interests can be gotten in future negotiations, disputes solving and even modifying schedule of commitments.

## Keywords

GATS, Classification of Services, Schedule of Specific Commitments

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 国际服务贸易中服务分类概述

### 1.1. 服务分类的定义

“服务”在 WTO《服务贸易总协定》(GATS)中没有明确的定义。GATS 起草者在对实践活动做考量后认为对“服务”下定义无明显必要，对“服务贸易”下定义即可[1]。为使能尽可能全面地涵盖贸易方式，GATS 第 1 条第 2 款对服务提供模式的界定为各成员方进行承诺提供了便利。

GATS 的承诺一般采用“正面清单”方式，各国自行拟订本国应当履行义务的服务门类，所以明晰清单列举的内容中分类的标准、各个分类的界限与具体内涵直接影响到国家承担义务的范围。显然，在 GATS 语境中，服务应当被归类以方便成员方列出承诺减让的条目与明确内容范围。按 WTO 服务贸易理事会评定认可的“服务部门”共包括 12 大类，分别是：商业服务、通讯服务、建筑及有关工程服务、销售服务、健康和相关社会服务、金融服务、环境服务，教育服务、旅游或与之有关的服务、娱乐/文化/体育服务、交通运输服务、其他服务。

### 1.2. 服务分类的重要性

中国电子支付案是中国入世来最为复杂的案件之一，专家组报告在本案最核心的问题——电子支付服务是否属于我国入世减让表中的“支付服务”上支持了美国的观点。该案件背景为：美国认为中国违背了其在《服务贸易总协定》中所作出的在市场准入和国民待遇方面的具体承诺内容：中国人民银行要求所有银行卡上印“银联”标识，使银联(与 Visa 和 Mastercard 等相比)处于竞争优势地位。该电子支付服务(E-Payment Service, EPS)属于减让表中的银行服务，因此中国违反了“国民待遇”原则。中国对美国申诉的理论基础不予认可。电子支付服务是否属于银行服务是个归类问题，中国认为：不能因为一项服务是促成另一服务的中介服务，就归为后者，否则服务分类系统将无法自治[2]。因此 EPS 是一项单独服务，而未被承诺减让，中国不构成违背条约义务。

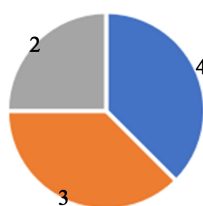
在 GATS 的语言环境中，服务按照类别展示与描述，并被列入承诺减让表。“各成员方均有决定服务贸易中，市场准入和国民待遇的承诺范围以及承诺程度的自主权”[3]。WTO 成员在 GATS 项下有两种义务：1) 在总协定中明确规定的义务；2) 各国根据自己本国的列表设立的承诺义务。而市场准入和国民待遇都不是总协定项下的普遍义务，而是根据成员承诺分别判定，即各国在 GATS 项下的实际义务各自不同。WTO 成员做承诺决定时，挑选类别进入减让列表后，必然要对其描述，而描述的不准确性就会导致纠纷。明确的分类体系可被认为是使编制承诺减让表更加容易的工具。

仅通过本案，分类体系明晰化的重要性已可见一斑。因为要施加对各国的义务，前提是确定该服务门类以及该国对其承诺与豁免情况是否对应。由于 GATS 的承诺一般采用“正面清单”式，各国自行为本国设定应当履行义务的服务门类，所以明确“清单”列举内容中分类的标准、各个分类的界限、具体内涵甚至解释方法直接影响到国家承担义务的范围。所以关于分类的讨论显得十分重要。

纵观 WTO 争端解决的现有判例，与服务分类相关案件的数量在涉 GATS 的案件中约占 24%，且专家组/上诉机构的报告中所探讨的服务分类问题出现大量重复，尤其是“中介服务归类”问题和“承诺表解释与分类文件法律效力”问题(如图 1)，可见症结点明显且久未解决。

## 服务分类相关判例报告中涉及问题出现频次

- 中介服务归类 (WT/DS27、139、142、413)
- 承诺表解释与分类文件法律效力 (WT/DS285、363、204)
- 科技对承诺的影响 (WT/DS413、363)



**Figure 1.** Frequency of problems in case reports related to service classification

**图 1.** 服务分类相关判例报告中涉及问题出现频次

在如上列举的众多案例中，争端解决机构的处理路径大致有章可循。从欧共体香蕉案 III 开始，上诉机构报告在涉 GATS 部分就会首先判定涉案服务是否属于 GATS 第 1 条第 1 款的范围内“影响服务贸易的措施” [4]，并接着确定涉案服务的服务部门，在 CPC 中找到对应编码。最后讨论被申诉方承诺中的具体类型并进行比对。美国博彩案的报告中可看出，专家组/上诉机构回答“是否有承诺”是为了解决服务类型问题，回答“是否违反承诺”是确定类别后，在 GATS 第 15 条和 16 条项下比对实际与承诺表内容的结果。类似地，电子支付案着眼于先进行分类的辨明，而后基于 GATS 第 15 条和第 16 条，将承诺内容与服务类型进行比对。

可初步得出，WTO 争端解决机构对此类服务贸易案件的处理路径一般如下：首先，对涉案的服务进行归类，这是案件审理并进行后续论述的逻辑起点；其次，在了解涉案服务类别的基础上，确定涉案措施是否属于 GATS 第 1 条第 1 款所指的“影响服务贸易的措施”；最后，必须判断涉案服务是否属于被告承诺减让表中所列的服务部门，然后才能论证涉案措施与被告的承诺是否一致。

## 2. WTO《服务贸易总协定》服务分类实证研究

### 2.1. 各国际组织服务分类标准及其效力

#### 2.1.1. 现有分类体系框架

服务部门分类表(Service Sectoral Classification, W/120)、联合国核心产品分类目录(CPC)、减让表具体承诺指南(Scheduling Guideline)都是各个国际组织向实现较明确的分类体系迈进的成果。

不可忽略的是，自乌拉圭回合(1986~1994)后，因为科技的高速发展以及商业活动的持续转型，对该体系并没有进行适时调整，导致许多新兴服务无法被纳入，或者纳入需要体系性的周延解释。在电子信

息领域的不断发展导致不同部门和分部门之间的差别逐渐变少，产生的问题增加。

### 2.1.2. 软法的效力

目前分类体系下的文件本身并无强制力，成员可以自行选择以作为服务分类的标准。过去的官方机构倾向于认为分类体系可自然地被认为作解释承诺表时的上下文。美国博彩案中，专家组和上诉机构关于《服务部门分类表》(W/120)的法律地位的看法不同：专家组认为，应当将其视为《维也纳条约法公约》(VCLT)第31条第2款所说的“上下文”。但是，上诉机构称，“第31条第2款是指当事方之间的协定或接受为条约的有关文书。本案中，W/120和《1993年减让表具体承诺指南》(下称‘《1993年指南》’)都是由GATT秘书处起草，而不是由谈判当事方起草。……如有充足证据表明此类文件构成当事方之间‘与条约有关之协定’，或者构成‘(当事方)接受为条约的有关文书’，才能将这些文件定性为‘上下文’。”上诉机构并不认可仅仅因为谈判双方要求制作和发布文件，就将其等同于其将该文件作为协定或条约予以接受。在此基础上，上诉机构将W/120和《1993年指南》一并视为VCLT第32条中的“解释之补充资料”。美国与其他数个谈判方曾表示，尽管W/120等文件鼓励各成员方使用与借鉴其框架，但不意味着成员当然受其约束。他们的依据是：《1993年指南》明文规定，尽管它旨在协助承诺拟订方，但这不应被视为GATS的权威法律解释。上诉机构由于无法证明各方存在“协定”或“接受”，于是便撤销了专家组认为以上两个文件构成美国承诺表的“上下文”的观点。

此后的案件中，争端解决机构便都将W/120视为解释的补充资料，并认定该分类囊括了GATS所管辖的所有服务[5]。W/120和《1993年指南》并不能在VCLT第31条项下作为解释的“上下文”，除非有明确的表示或约定[6]。

有学者讨论第31条给出的其他可能：VCLT第31条第3款(b)项规定，条约解释除上下文外，还应考虑各方就解释达成一致的嗣后惯例。“嗣后惯例”是指“一致、相同与一贯”的连续行为或者判断，它应足以通过明确形式表明各方在解释上达成的一致。即，它是“一种明确行为或判断形式，其表明成员间对条约解释达成一致”[7]。有当事方主张，《2001年具体承诺表指南》[8]（下称《2001年指南》）构成嗣后惯例。但是，《指南》的调整对象是未来的服务承诺，并不能作为证据证明各成员对现有承诺解释的理解。且理事会通过《承诺表指南》的决定中，明确指出其不具有强制拘束力且不得改变成员GATS项下权利义务，因此它不构成嗣后惯例[6]。

回到中国电子支付案中，由本案生发出对指南的法律效力和时效性问题，引起各国讨论。上诉机构在“美国博彩案”中将《1993年指南》作为VCLT第32条项下补充解释的材料，中国认为对于《2001年指南》同样应如此处理。美国质疑中国适用《2001年指南》的时效性，而其他本案的第三方国家对于《2001年指南》是否可以被置于VCLT第31条和32条项下考虑有不同的看法：澳大利亚认为《2001年指南》是VCLT第31条项下的“上下文”，而欧盟和危地马拉认为《2001年指南》应被归入第32条项下，属于补充解释材料[9]。

首先，《中国入世议定书》于2001年11月10日订于多哈，并于2001年12月10日生效。承诺减让表作为附件当然与议定书同时生效。所以《2001年指南》当然可为中国选择适用。

再次，笔者认为，上诉机构所认为的“证明各方存在‘协定’或‘接受’才能在VCLT第31条项下作为解释的‘上下文’”的裁决是合理的，尊重成员方意思自治而不在原条约外损益其权利。若没有明确“意思”，分类文件则作为补充解释材料。

中国在本案中的抗辩有称“根据《2001年指南》[10]，‘投入’(input)服务应当归类为单独的服务”[10]。根据W/120和《1993年指南》解释所得之意义被抛弃，而此二者作为成员方起草减让表基础的重要文件，且被成员方选择之下，在发生争议时却不能用于解释和澄清承诺减让表。争端方援引了CPC，

但专家组未予考虑。这是不合理的。尽管 W/120 列明了“所有支付和汇划服务”分部门及对应的 CPC 编码,但专家组在解释中国减让表中的“所有支付和汇划服务”时,并没有援引 W/120 (及 CPC 编码)和《1993 年指南》。在 WTO 历史上,这尚属于首次[11]。也即体现了《减让表指南》的法律地位与相关性遭受到质疑,且与之前裁决报告体现的精神有所违背。

《2001 年指南》虽然在原则上没有法律约束力,但是是有实际效果的行为规则[12]。该指南没有法律约束力,但实践中得到广泛认可和遵循。可以推动分类的明晰,促进分类规则的协调。全球经济环境对法律规则的需求和法律客观滞后性之间形成矛盾。由于各国的选择和发展不同,国际软法能根据各国实际情况进行调整。譬如在“美国博彩案”中,上诉机构分析根据 VCLT 第 32 条解释减让表时,就引用了《1993 年指南》中的说明,将“成员如背离 W/120 及 CPC 而采用自己的分类,应对此充分表明并避免减让表含义模糊”列入说理过程。可以表明 WTO 官方实则认可《指南》作为软法的法律。

由此可见,WTO 谈判文件虽然明确规定其自身不具备法律拘束力,仅是辅助各成员进行谈判的材料,但通过墨西哥电信案与美国博彩案的判决,谈判文件事实上决定了案件中成员方的义务。而在中国电子支付案中的裁决却相背而行,令人不解。这可能导致:虽然谈判文件等 WTO 文件表明其不具有拘束力,但不少成员因为争端实践更加重视这些文件,甚至放大其法律拘束力,以免谈判文件在未来争端中对自己不利。所以,在针对承诺减让表进行谈判时,我国也应当坚持注意是否明确表示想受到 W/120、CPC 等文件框架的规制,从而落入 VCLT 第 31 条第 2 款[13]。使用的语言应尽量无歧义或较难产生歧义,尽量摒弃模糊的术语或分类依据的选择,以保证承诺内容含义较为明确,减少专家组和上诉机构的解释空间。

### 2.1.3. WTO 的法律渊源

毫无疑问,WTO 协定或多边贸易协定在 WTO 解决纠纷的实践中能够作为有法律效力的裁决依据。但需要认识到,虽然有所争议和讨论,WTO 的判例都应当是依据 WTO 规则的解释裁决形成,并非独立于 WTO 协定的法律渊源[14]。先前判例对争端案件审理效率的提高、审理结果的公平与稳定都起作用,但是不能过度放大其作用。专家组和上诉机构的报告即使被采纳,也只能起到“辅助渊源”的作用,而不应认为其具有拘束力,而对 WTO 成员方权利义务有所改变[15]。上诉机构曾经的表达[16]以及具体实践均表明,事实上争端解决机制中是“遵循先例”的,而这个做法是应当被追问合法性的。

服务分类标准(国际标准)的主要渊源包括各类国际组织制定的各种指南、原则、行为准则和良好实践,而其中大部分标准主要表现为“软法”形式。GATS 背景下的分类体系满足了“软法”的一些基本特征:1) 由不具有立法权的国际组织制定(W/120 是秘书处制定);2) 所规范的内容不是严格意义上的法律规则,未涉及具体权利义务,多为原则性规定;3) 缺乏明确的制裁手段,其条款执行主要靠国家自觉性或舆论压力等形成某种约束力[17]。应当被认为可以作为渊源。

## 2.2. WTO 争端解决实践中的服务分类认定

### 2.2.1. 产品导向(Product-Based)模式

对于服务类别的划分,国际并没有统一的标准。如今 GATS 分类体系(如 W/120 和 CPC)虽然是大部分国家参考的标准,但仍然存在无法协调的问题。

在乌拉圭回合后,一些重要领域(如金融、航运、电信等)的服务门类出现了新的分类标准。《金融服务附件》(Annex on Financial Services) [18]、《关于基础电信服务承诺表的说明》(Notes on Scheduling Basic Telecoms Commitments) [19]等新兴分类标准,它们的出现取代、更新了原来框架中的内容,甚至可能与原体系内的描述有显著区别[15]。这样就使得对比与评估各国承诺减让表时出现分歧,从而产生纠纷。

乌拉圭回合 GATT 秘书处权衡服务分类时,在三种既存的分类型式[15]之下选择了产品导向的分类标准(product-based classification [20])。秘书处的观点与专家组所提出的观点一致:鉴于服务贸易中,服

务的界限不明确、数量极多又都高度分散，于是通过看产品输出的结果以进行服务归类，这样可以保证要素流通互动更加便捷与公平[15]。

与 GATT 项下货物分类体系的分类标准：物理属性(physical properties)和内在本质(intrinsic nature)相比较，服务并没有额外的明确分类标准，且由于服务没有实体的特殊属性，能够依据官方文件得出的分类参考标准只有“内在本质属性”。判断内在属性的方法是：由内在服务目的决定服务性质，而并非服务外在附属、添附的内容决定。而使用目的可能将作为确定服务内在本质的重要指标[13]。

基于产出成果(service outputs, 即供以交易的服务产品)，而不是活动内容或者是服务提供者、服务提供方式、技术支持进行分类的 W/120 和 CPC，其中服务的预期用途可以作为确定服务输出的内在性质的一个重要标准，而无论“谁提供服务”以及“服务如何被提供”。

只要证明这些中介服务或“投入”(input)服务是产品导向(product-based)而不是活动导向(activity-based)分类模式，至少在 W/120 和 CPC 的语境下，是可以被认定为单独的服务类型的。作为“投入”的服务譬如快递物流、中转清算服务等。而中介服务不太能作为单独的服务类型归入交易导向(transaction-based)分类模式，所以在剩余两者中判断选择。其中，活动导向(activity-based)分类模式的关键特点在于这些活动并不一定与实际产出的服务一致[15]。例如，生产货物时，期间有交通运输、仓储保管等，但最终的“服务产品”是该货物的生产加工。从该货物生产类别的角度，其按照输出的最终成果分类；从环节中的各个“投入”类别判断的角度，则是另外的问题。(即第三部分的空间变化)但就其导向的判断，其实在其可以作为单独服务的情况下(而不是作为中间环节时)，其仍然是产品导向(product-based)，当它作为中间环节时，才是活动导向(activity-based)从而归入最终的“产出”成果(output)中(图 2)。

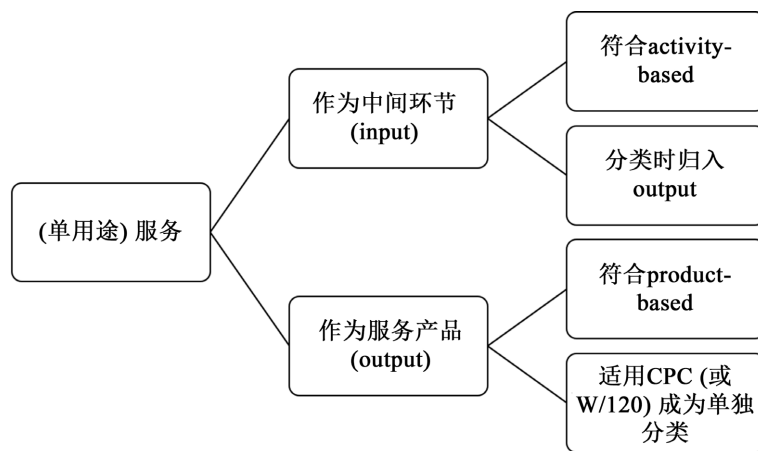


Figure 2. Relationship of and principles of classification (2.2.2) and service-splitting (3.1)

图 2. 分类原则(2.2.2)与服务拆分(3.1)的关联

当服务有多个用途(end-uses)，就需要选择最本质的用途作为分类判断标准。若根据服务的本质用途分类，牵引出的问题如：判断本质的方法和标准？判断主体有差别？相同判断主体不同时段下的判断是否有差别？仍待商榷。并且 W/120 和 CPC 也并不是完全按照产品导向分类模式(product-based classification)来分类，而有按照服务提供者来分类的情况。比如邮递服务。甚至 W/120 中都有“由……提供的服务”字样出现。所以矛盾在该体系中仍然十分多见。我国实践中将 W/120 和 CPC 作为分类的依据，而谈判者在这种矛盾的体系中，只能尽量明确我国承诺减让表中的分类体系，并证明减让表中的条目在案件中究竟是作为中间环节服务(input)还是服务产品(output)存在[21]。

### 2.2.2. 相互排斥原则(Mutual Exclusivity)

美国博彩案中, 上诉机构认为, “一成员对于某特定服务的义务, 取决于该成员在该服务所属的部门或分部门已做出的具体承诺。因此, 一项具体服务不能同时分属两个不同的部门或分部门。”换言之, 一成员减让表中的部门和分部门必须是相互排斥的, 否则将产生矛盾。由此, 结论似乎已经得出: 一项服务在一个减让表中只可以属于一个部门[5]。考虑到服务分类体系的内部自治和原则应当坚持遵照, 成员承诺减让表中部门和分部门互斥的原则对维护减让表体系框架的稳定以及保证成员的承诺可被做出有意义的诠释而言是至关重要的[22]。

据理论而言, 就现有的分类体系, CPC 与 W/120 已经穷尽对服务的分类(暂不考虑科技发展下的局限性), 为了方便成员作出承诺而不至于相互冲突, 其分类是相互排斥的[6]。但是由于一些服务作为其他服务的中介部分, 从而被归类为后服务, 所以有观点认为在现有的 W/120 和 CPC 中又无法简单地以“相互排斥”作为原则。这个顾虑不无道理, 因为服务的本质并非单一, 比如有些服务包含多种目的与所谓“本质”的内容。本案的争议也来源于此: 对于包含了多种服务的集合型服务如何分类? 对于集合型服务的态度是什么? 留待下文探讨。

较为平衡的理解是, 如上诉机构所言, 分类标准必须保证不同的服务类别之间是相互排斥的, 否则就会导致成员国在解读与理解承诺内容时发生歧义。但是, 服务之间的相互排斥性在解释承诺内容的场景下和在分类实践场景下是不同的[15]。

电子支付案中中国的失利可以部分归咎于: 中方认为, 作为分类框架基本原则的“相互排斥原则”和美方主张的概念“集成服务”无法兼容。我国完全地遵照了该原则本义, 但裁决报告对此的理解与我国抗辩中体现的理解对立。笔者认为裁决报告对“相互排斥原则”的新阐述存在合理性, 谈判人员未来可将此作为依据, 改变原来对“相互排斥原则”的理解方式。

### 2.2.3. 科技中立原则(Technological Neutrality)

“科技中立原则”是法律对电子商务的技术手段一视同仁的体现。其不限定或不禁止使用任何科学技术, 也不对特定技术在法律效力上进行区别对待[23]。该原则最早是在美国博彩案被引入 WTO 争端解决, 表现出的内涵是: 涉案服务不因其中包含的技术方法进行更新而导致归类及类别内涵的变化。在判断美国是否违反 GATS 第 16 条项下义务时, 根据科技中立原则, 对跨境交付作出承诺意味着任何其他 WTO 成员方的服务提供者可通过所有交付方式提供该服务, ……除非具体承诺表中列明禁止采用某一特定提供方式[24]。正是基于该原则, 美国被裁定, 其禁止申诉方通过互联网向其民众提供博彩服务的措施违背了承诺内容。之后的视听制品案中, 美方认为, 以任何方式进行分销视听制品只是销售方式的不同, 这种不同不影响服务分类与服务贸易承诺的范围, 除非成员方在承诺表中明确列明。

## 3. WTO 服务分类面临的挑战以及解决建议

鉴于没有系统的分类, 通过总结“判例”对高频出现的疑难问题的态度, 以辅助区分服务类别、了解服务纠纷实践, 对谈判人员谈判时解释承诺内容就十分重要, 而这些“判例”的法律效力也值得探讨。

### 3.1. 空间变化: 服务的拆分对分类的影响

#### 3.1.1. 问题的产生与解决

在中国电子支付案中, 中国认为, 如果一种服务管理、促成、处理了另一种服务, 并不必然归类于后项服务, 而是依据其单独性进行单独归类。美国相应反驳认为, 电子支付服务(EPS)是指处理涉及支付卡的交易及处理并促进交易参与机构之间资金转移的服务[25], 构成了集成的、不可分割、内在联系的服务, 是作为一揽子服务销售; 如果没有此种集成服务, 支付卡交易就无法进行。作为对此的回应, 中国

则指出,网络服务是对银行服务的“投入”,EPS中的不同部分常常为不同服务提供者所提供的不同服务,因此并不是所谓的集成服务[26]。其中可供讨论以明晰分类体系的有如下几个问题:

问题一:作为一项服务构成的基本要件是否必然就属于该服务?

问题二:是否与相互排斥原则相抵触?

针对问题一,本案分类出现争议的是起到中间作用的服务的归类思路不同。专家组论述的结论是:最终服务产品(即本案的“支付服务”)可吸收原本独立的、与提供该服务相关的,或作为提供手段的其他促成/中介服务(本案的“网络服务”)[13]。也就是说,对于“集成服务”的理解,专家组认可“尽管作为组成部分的服务各自都能独立识别为服务,但他们是组成最后支付卡交易的必要成分,所以共同构成集成服务。”[10]其中专家组对“电子支付服务”(EPS)做出了一个重要的定性,即这种服务属于“集成服务”(integrated service)。专家组认为,从上述定义可得电子支付服务是一个由多种要素组成的整体,而只有这些必要的要素结合才能实现最终的支付卡交易服务,这些要素并无法单独实现最终交易,获得最终服务[27]。

在欧共体香蕉案 III 中,当时专家组的解释是,作为中间环节的服务需要分两种不同情况看待:1) 次要的服务作为提供主服务的一部分;2) 中介服务单独体现自身本质作用时,归于 CPC 的另外一个类别[28]。这样摇摆不定的态度模糊了中介服务作为“投入”服务(input)的定位。专家组与美国支持的分方法学理上被定义为“整合定义”法(consolidated definition),并基本上为本案专家组接受。做法是:首先,较为清晰地界定核心服务;然后,概括提出与核心服务“一同”提供,或可能构成核心服务之“必要”部分、中间环节的所有其他服务[11]。

反对的声音及依据是有的。根据《2001 年指南》第 25 段,“投入”服务应当归类为单独的服务。市场准入和国民待遇承诺只适用于列入承诺表的部门或分部门。它们并不意味着承诺服务的提供方应提供作为承诺服务投入的未承诺服务,即使这些服务是最终服务产品的必要环节(input)[29]。甚至一些成员方在他们的特惠贸易协定(PTA)中表达了态度,如瑞士表示在其承诺表中写道:“对某一类型服务的承诺,不得被超范围解释为对任何该服务中间环节(input)服务或者其他相关服务的承诺。”[15]正如中国和本案第三方澳大利亚指出,如果仅因为一项独立服务能“促成”另一服务或可能是另一服务的“投入”(input)即归入该服务部门,那服务分类体系将可能崩溃[30]。

总结的意思就是,虽然某项服务作为最终成品服务的投入,但不能因为对服务产品的承诺而当然认为对中间环节服务有所承诺。也就回应了乌拉圭回合 GATT 秘书处是基于服务成果(service outputs)的产品导向(product-based)模式制定 W/120 和 CPC。

既然如此,又结合前文所述,《指南》是可作为软法适用的。既然本案中中国明确要求援引《2001 年指南》,应当认为中国的承诺减让表的解释态度中并无认可“集成服务”之义。专家组同意美国的观点无妨,但以此认定中国违反承诺却不甚合理。

通过对概念的分解辨析从而引入新思路或许能帮助我们换个视角看待该问题。CPC 提供了概念,复合服务(composite service,旧物的简单组合):复合服务应按照构成其基本特征的服务来分类[31];专家组提供了概念集成服务(integrated service,与组成部分的服务不同性质的新服务):服务成果由许多可单独识别的服务组成,这些服务形成一个整体的服务,从而构成“不同”性质的服务。后者的定性关键在于它是由单个还是多个供应商提供,而是这些服务组合在一起时是否会产生新的、独特的服务[10]。

针对问题二,该问题对我国谈判人员是有思考意义的,中国正是由于对该原则的理解与专家组/上诉机构不一致,导致电子支付案的这个问题上不被认可。专家组引用“美国博彩案”和“中国出版物和影像制品案”中的结论,就该问题上对美方表示支持:1) GATS 在其结构设计上,几乎覆盖了政府职能以外的所有服务,因此成员可就任何服务作出具体承诺;因为成员的义务由其作出的具体承诺所决定,一



项具体服务就不能同时属于两项不同的服务类别，即应当遵循承诺减让表中“相互排斥原则”。专家组认为，虽然减让表所列的“银行服务(d)”没有明确列出 EPS 进行的活动，但这些活动包含在(d)的必要范围内，是组成该服务的基本要件；如果某种服务是由多种服务组成的，而这种服务属于单独服务，必须如此提供和消费，那么将其归为统一的类别，并未与分类体系的“相互排斥原则”相抵触[2]。

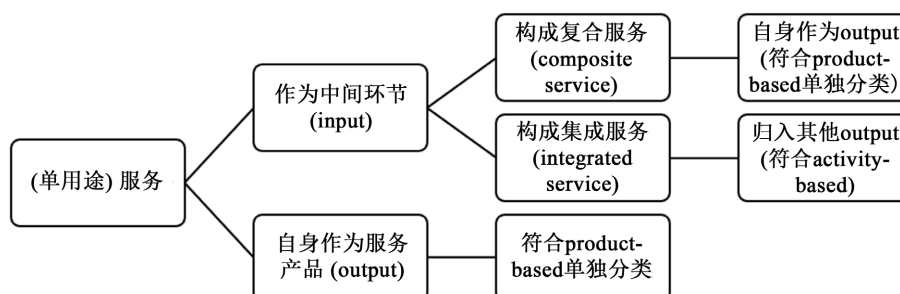


Figure 3. (Based on Figure 2) Classification when splitting services  
图 3. (基于图 2) 拆分服务的分类

结合图 3 分类讨论，作为单独服务成果的服务并不会影响或囊括作为其他服务必要组成部分的该服务。从这个意义上，笔者支持在不抵触相互排斥原则的前提下，通过集成服务和复合服务的概念区分，使得对分类体系的解释更加自洽，也减少争端解决时过多的争论。

### 3.1.2. 司法造法的合法性

“整合定义”法的接受程度无法提高，固然因为仍有成员方坚持承诺减让表中的部门和分部门互斥原则与其无法兼容，但同时有学者认为解决复杂的服务分类问题，需要由 WTO 成员方对服务分类体系达成新的共识，而不是由 WTO 裁判机构尝试通过条约解释，协调当前分类体系与商业现实之间的差距。一味对现有分类体系的修改，可能会影响对现有承诺的理解。即，该方法实则是专家组通过判例“创造”出来的，这种通过司法造法的合法性需要商榷。

虽然 WTO 争端解决机制确以 VCLT 作为解释的依据，但这无法限制 WTO 争端解决中出现的“司法造法”活动。DSB 的裁决对争议双方有强制拘束力，但同时随着判例效应延及其后的案件解决，会接着影响到所有的成员方，由此或将产生司法造法的效力[32]。

争端解决机构在无规则适用情况下，“造法”成为必然，以完善裁决的说理、有效地解决争端。尤其在服务分类标准缺乏实时性推进的领域。WTO 争端解决中，司法造法有其现实性和必要性，但毕竟 DSB 不能破坏成员方之间权利义务的框架[33]，否则司法造法缺乏法律依据，且并非体现 WTO 成员方的真实意志。

## 3.2. 时间变化：科技发展对分类的影响

“科技中立”被专家组认为原则看待，前文提及过 CPC 和 W/120 被选择时的原因，服务商品的分类标准在于内在属性。其实这也体现并遵循了“科技中立态度”。其基本内容是：服务所包含的科学技术[10]只要无法改变服务本质，则其便无法影响服务的分类。“科技中立”与否与服务分类判断密切相关，因为如果承认对服务领域的技术态度中立，则：1) 成员方需要考虑是否自己订立承诺减让表时的真实意思在未来会被扩大范围；2) 现有的分类框架的缺陷可缩小看待，因为科技叠加后的服务仍然被囊括在过去的分类中。

该原则是相对合理的，因为从实际运用而言，若将技术可行性和商业实践纳入考量[34]，那么应当根

据时下解释而不是应当按照承诺当时解释,否则将影响可预见性和稳定性[35]。比如电子银行、线上购物、电子邮件等电子服务,都仅仅改变了附加的、外在的传递方式而并非创造了新的服务类型[15]。按照这个思路来看本案,作为必要部分的中介服务其实相当于终端服务(即银行支付)的途径改变。

美国博彩案中,专家组认为,如果一成员在承诺减让表的市场准入一栏就跨境服务提供方式不加限制,则意味着涵盖以任何方式提供的该类服务,包括技术进步之后引入的新方式,而其中的技术中立原则已成为诸多 WTO 成员的共识。根据这一法理,GATS 被认为是一个“成长的协议”,相关承诺的范围和内涵可随技术进步而不断变化[36]。“科技中立”原则是处理技术进步与法律滞后矛盾的适当准则,如无特别限制,各国就市场准入和国民待遇的具体承诺会延伸到数字贸易之中。

由于 GATS 同样也如 GATT 一样追求贸易自由化的目的,并且从长远来看,它需要保证自己存在的稳定性,基于这些需求的考虑,GATS 必须被视为一个动态的过程,即必须根据现实和科技发展的程度来解释。因此,虽然 GATS 可能有不足,但 WTO 争端解决机构不太可能将 GATS 解释为完全不足以解决数字贸易问题的情形,因为这种有限的方法可能会让 GATS 在现代贸易中显得过时[37]。但是这样的观点必定会对发展中国家,尤其最不发达国家造成不公平,容易被发达国家利用该原则发挥强势地位。

前文所述“整合定义”法其实能够容纳商业实践的变化。因为当一项服务因为其时代性而未被及时收录分类部门或分部门中时,尽管它不能作为独立的服务成果(output),但可以作为“投入”(input)而被囊括入其辅助或关联的服务,即无形之中对旧有的分类体系做了扩充。同时,笔者认为,该方法可以在一定程度上减轻“科技中立”原则对发展中国家、最不发达国家带来的压力。

并且服务贸易的承诺减让表的性质类似于多边协定。成员方承诺减让表中使用的术语是足够通用的,它们所适用的内容可能会随着时间的推移而改变,从而使世贸组织成员继续承担无限期的义务[15]。

#### 4. 结语

服务贸易分类相对于货物而言,复杂在:服务贸易几乎涵盖了除货物制造以外的所有行业,但成员方没有制定具体的分类表。

如今,WTO 争端解决的实践已经基本形成一般路径,即,在条约文本的基础上,充分结合相关的上下文以及条约目的与宗旨,并在条约解释非常复杂时特别注意整合、贯通条约解释的各个方面[38]。不仅如此,专家组/上诉机构实践中将“判例”看得十分重要。

首先,还是需要在承诺中明确指明适用的分类标准(如 CPC, W/120),从而当解释承诺内容时,上下文的确定方面可以减少争议。其次,分类体系上,各国甚至 WTO 专家组和上诉机构给出的回答都是模棱两可的,但是就目前他们给出的结论看来,想利用分类表中的“相互排斥原则”与服务拆分问题形成矛盾从而进行反驳的方法不太可行。固然因为成员减让表中的部门和分部门是互斥的,在大部分学者中,对于“整合定义”法的接受程度并无法高起来。也有学者认为解决复杂的服务分类问题,需要由 WTO 成员方对服务分类体系达成新的共识,而不是由 WTO 裁判机构尝试通过条约解释,协调当前分类体系与商业现实之间的差距。一味对现有分类体系的修改,可能会影响对现有承诺的理解。

但是,这个方法有其对于调和目前分类体系迟滞性、不周延性的益处。毕竟服务分类是为了帮助政府更好制定 GATS 项下自己的承诺减让,并且辅助各方进行服务贸易的协商。但是必须认识到,由于一些服务是其他服务的输入端从而被归类为其他服务[15],所以在现有的 W/120 和 CPC 中都无法简单地以“相互排斥”作为原则。

除此之外,笔者认为分类体系目前的弊端仍然留待 WTO 官方解决和调和,而 WTO 全体成员方为了避免不必要的争端,或可通过表决达成统一的标准用以满足现实需要,又或者由谈判人员在作出义务承诺表时个案进行分析。

## 参考文献

- [1] 石静霞. WTO 服务贸易法专论[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 34-35.
- [2] 杨国华. “中国电子支付服务案”详解[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2013, 20(2): 47-67.
- [3] 龙洁. WTO 下国际金融服务贸易的自由化与规制[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2012.
- [4] Appellate Body Report, European Communities-Regime for the Importations, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R. Para 218.
- [5] 汪震, 刘萍. 世贸组织服务部门分类问题[J]. 国际经济合作, 2013(8): 13-16.
- [6] Appellate Body Report, United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS/285/AB/R, Para 175-176, Original Footnotes Omitted.
- [7] Appellate Body Report, Chile-Price Band System, WT/DS207/AB/R.
- [8] Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS, S/L/92.
- [9] Panel Report, China—Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, WT/DS413/R, Adopted 31 August 2012.
- [10] It Is Understood That Market Access and National Treatment Commitments Apply Only to the Sectors or Sub-Sectors Inscribed in the Schedule. They Do Not Imply a Right for the Supplier of a Committed Service to Supply Uncommitted Services Which Are Inputs to the Committed Service.
- [11] 李晓玲. WTO 成员减让表之服务部门的解释方法——基于中国电子支付服务案的研究[J]. 国际经贸探索, 2015, 31(2): 86-99.
- [12] 尚杰. 国际软法问题研究[D]: [博士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2015.
- [13] WTO (2015) Covered or Not Covered: That Is the Question: Services Classification and Its Implications for Specific Commitments under the GATS. WTO Working Papers, No. 2015/11, WTO, Geneva.
- [14] 韩立余. WTO 争端解决中的案例法方法[J]. 现代法学, 2008(3): 190.
- [15] 倪建林. 论世界贸易组织法律的渊源[J]. 国际商务研究, 2000(3): 37-40.
- [16] 上诉机构表达过专家组没有按照上诉机构的方法审理案件从而出现错误的观点, 其事实上遵循着自身的“判例规则” [Z].
- [17] 朱景文. 国际标准和中国的法律改革以贸易、金融和公司治理领域为例[J]. 法学家, 2003(3): 125-137.
- [18] WTO Document S/GBT/W/2/Rev.1, 16 January 1997.
- [19] WTO Document S/CSC/M/1, p. 2.
- [20] 专家组所提出的分类标准可以理解为: Activity 1 + Activity 2 + Activity 3 = Production, 类别根据该 Production 成果判断[Z].
- [21] 如案情需要, 充分证明一项服务是“input”是必要的, 在中国电子支付案的专家组报告(WT/DS413/R)中, 专家组有强调中方没能证明服务的属性是“input” [Z].
- [22] Third Party Written Submission of Australia on China-EPS, 18 October 2011, para. 28.
- [23] 孙占利. 论电子商务法的基本原则[J]. 现代法学, 2008, 30(3): 114-122.
- [24] Panel Report, United States of America-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS/285/R, para. 6.285.
- [25] 朱榄叶. WTO 世界贸易组织法经典案例选编[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018.
- [26] 美国对涉案服务的理解是: EPS 作为中国承诺的“Payment and Money Transmission Services”的重要辅助部分, 它应当归为该服务. 而中国认为涉案服务是“Transaction Processing Services”或“Network Services” [Z].
- [27] 例如, 如果没有电子支付服务所提供的整套系统, 发卡机构就无法单独发行一种为商户所广泛接受的银行卡, 而收单机构也无法向商户提供一种能够处理如此大量持卡人的服务. 也就是说, EPS 是与其他金融服务“集成”的, 不可分割的[Z].
- [28] Panel Report, European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/USA, as Modified by Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, Para. 7291.
- [29] See the Scheduling Guidelines, S/L/92, para. 25.
- [30] DSB Minutes of Meetings, WT/DSB/M/321, 7 November 2012, para. 91.
- [31] United Nations (1991) The Provisional Central Production Classification.

- [32] 彭淑. 论世界贸易组织争端解决中的司法造法[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2006.
- [33] 贺小勇. 分歧与和谐: 析 WTO 争端解决机制的法律适用[J]. 现代法学, 2005, 27(5): 182-187.
- [34] Panel Report, China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/R, para. 7.1235.
- [35] Appellate Body Report, China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, para. 396-397.
- [36] 彭岳. 数据本地化措施的贸易规制问题研究[J]. 环球法律评论, 2018, 40(2): 178-192.
- [37] Razon, A.K. (2019) Liberalising Blockchain: An Application of the GATS Digital Trade Framework. *Melbourne Journal of International Law*, **20**, 125-157.
- [38] 张乃根. 中国涉案 WTO 争端解决的条约解释及其比较[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2012, 19(3): 34-44+52.