

西南

国际法文丛



张晓君 著

国际服务贸易救济 法律制度研究

Research on Remedy System
of International Services Trade

纵观世界服务贸易的发展史，服务贸易有着与货物贸易一样漫长的历史。服务贸易在这30年里增长速度逐渐超过货物贸易，并成为国际贸易的重要组成部分。但制度的设计不利于服务贸易市场的开放。究其原因，与服务贸易救济制度的缺失不无关系。构建服务贸易救济法律制度就是旨在防止破坏市场竞争的行为，同时也是为了保护在服务贸易中处于弱势地位的服务提供者。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

西南

国际法文丛

张晓君 总主编



国际服务贸易救济 法律制度研究

Research on Remedy System
of International Services Trade

张晓君 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

国际服务贸易救济法律制度研究/张晓君著. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 5
(西南国际法文丛)

ISBN 978-7-5615-3954-5

I. ①国… II. ①张… III. ①国际贸易-服务贸易-贸易法-研究 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 087858 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:13 插页:2

字数:212 千字 印数:1~1000 册

定价:29.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

“西南国际法文丛”编委会

(按姓氏笔画排列)

丁丽柏	王玫黎	王衡	邓瑞平
刘想树	张晓君	赵学清	徐泉

总 序

在全球化的国际大背景下,思想创新显得尤为重要。“西南国际法文丛”是由西南政法大学国际法学院推出的致力于发掘和推介具有学术性、前沿性、创新性和思想性的学术论著系列。西南政法大学国际法学院围绕学校“十二五”期间“双进双突”目标,秉持“错位竞争、特色发展”的整体思路,以培养国际型卓越法律人才为目标。她所依托的国际法学学科筚路蓝缕,将与其他法学学科共同在人才教育和科研领域写下浓墨重彩的篇章。

法学教育的本质是精英教育。为适应世界多极化、经济全球化深入发展和国家对外开放的需要,国家已经开始实施卓越法律人才培养计划,将培养涉外法律人才作为突破口,创新与实务部门和海外单位联合培养的机制,以培养出具有国际视野、通晓国际规则,能够参与国际法律事务和维护国家利益的法律职业人才。西南政法大学及其国际法学院已为此展开行动,与有关中央部委合作,努力探索高等教育大众化背景下的法学精英教育之路。

法学教育的实施要以学科发展为平台。西南政法大学国际法学科是目前中国西部地区唯一的国际法专业博士学位点,具备本科、硕士、博士和留学生等完整的人才培养层次,已成为西部地区高端国际化法律人才的培养基地。学院着力打造中国与东盟法律研究、海洋法律政策研究和 WTO 案例教学研究三大学术平台,以此作为科研创新、学科建设和人才培养的重要依托。

法学教育以高素质、高水平的师资队伍为基础。西南政法大学国际法学院围绕学术建设平台打造团队,并以各类科研项目为载体,支持学科梯队各级人才的科研工作,致力于打造一支规模相当、结构合理、质量优良、可持续发展的教学科研团队,促进学科学术繁荣,提升学术研究质量。

“西南国际法文丛”坚持独立、自主、自律的学术原则,坚持开放、择优的遴选原则,力求推出能够反映国际法学科领域内具有创新性和前瞻性的、符合学术规范的科研精品,不断带动、提升国际法学科整体的科研能力。既推崇具有前瞻性的理论创新之作,也欢迎沉潜精严的专题研究著作,鼓励不同领域、不

同学派、不同风格的学术研究工作的同生共存,融会交叉,以推进国际法学科的健康发展。“精品”是我们倡导的方针和努力的目标,是否名实相符,真诚期待学界的检阅和评判。

“西南国际法文丛”的推出,彰显了西南政法大学持之以恒的“心系天下、自强不息、和衷共济、严谨求实”的治学精神,见证了西南政法大学国际法学院不断推动教学科研团队建设的艰苦努力,昭示了西南政法大学国际法学人传承西南政法学术薪火的决心,展现了西南政法大学国际法人才梯队汲汲于学术的最新成果。

愿这套文丛伴随西南政法大学国际法学院的发展脚步,不断迈向新的高度。

是为序。

西南政法大学国际法学院院长、教授 张晓君

2012年初夏于重庆两江新区

序 言

贸易救济制度与经济自由化息息相关,是经济自由化的伴生物,是对经济自由化给国内产业所带来的消极后果进行的救济。传统贸易救济制度(反倾销制度、反补贴制度和保障措施制度)针对货物贸易中的价格歧视这种不公平贸易行为以及公平贸易条件下进口产品激增的情况,较为有效地对受到损害的国内产业实施贸易救济。然而,随着全球经济自由化程度的进一步加深,世界经济结构的不断调整,国际服务贸易发展迅猛,其发展速度已经超过了国际货物贸易,由此引出了服务贸易领域的救济问题。亦即:如果进口服务产品实施价格歧视这种不公平贸易行为,以及出现公平贸易条件下进口产品激增的情况,给国内相关产业造成了损害,一国能否对该国的国内产业采取贸易救济措施?换句话说,传统的仅适用于货物贸易领域的贸易救济制度能否适用于服务贸易领域?对此,学界并没有给出系统的解释。

本书的论证思路是,服务贸易自由化程度低以及服务贸易谈判成果较少的主要原因在于服务贸易救济法律制度的缺失。贸易救济制度的价值功能也在于促进更广泛的贸易自由化。因此,构建服务贸易救济法律制度将有利于促进服务贸易自由化。

本书以服务贸易自由化为背景,运用制度经济学、比较法学、实证分析等研究方法,对传统贸易救济制度的狭隘适用观,服务贸易救济制度的必要性、合理性和可行性等问题进行系统的剖析和论证,阐述与WTO制度相衔接的服务贸易救济制度的框架内容。在构建服务贸易救济制度的思路,既要坚持传统贸易救济制度的价值立场和制度机理,又要结合服务贸易自身的特点和规律,对服务贸易救济的内涵、法律关系、法律原则、理论等展开充分的阐述,借鉴较成熟的传统贸易救济制度来构建具有服务贸易特点的反服务倾销制度、反服务补贴制度和服务保障措施制度。

加入WTO后,我国服务贸易有了较快的发展,服务贸易市场开放的程度不断提高。目前已初步形成了全方位、多层次的服务贸易开放格局。但是应

当正视的是,我国服务贸易整体水平较低,因此,在 WTO 制度框架下,加强对服务贸易救济制度的研究,以应对国内服务贸易市场进一步开放所带来的挑战,这无疑对维护我国服务贸易安全具有重要的意义。同时,对服务贸易救济制度的研究,也必将有助于我国在服务贸易救济国际制度的构建中拥有相应的话语权。

本书系笔者主持的西南政法大学 2008 年校级重点课题“服务贸易救济制度研究”的最终成果。由于本课题成稿较早,加之研究视野有限,虽作了一些修补,但仍存在诸多缺陷,有待进一步完善。

内容摘要

纵观世界服务贸易的发展史,服务贸易有着与货物贸易一样漫长的历史。但是,它的迅速发展是在二次大战后的60年,尤其是从20世纪70年代以来的40年时间。服务贸易增长速度逐渐超过货物贸易,并成为国际贸易的重要组成部分。据世界贸易组织数据库最新的世界各地区服务贸易统计数据,2010年世界服务贸易总额为71666亿美元,其中服务出口36639亿美元,服务进口35027亿美元,服务顺差1612亿美元。然而,与货物贸易相比,服务贸易的自由化程度仍较低,多边贸易体制虽然将服务贸易纳入自由化轨道,但制度的设计不利于服务贸易市场的开放。究其原因,与服务贸易救济制度的缺失不无关系。构建服务贸易救济法律制度就是旨在防止破坏市场竞争的行为,同时也是为了保护在服务贸易中处于弱势地位的服务提供者。例如在服务贸易中处于优势地位的服务出口提供者利用自身在生产要素上的比较优势,操控服务市场谋求自身利益的最大化,破坏市场竞争秩序;或者因出口国政府的不当资助致使服务出口急增,严重扰乱了进口国国内服务贸易市场,对相关国内服务提供者造成损害。目前,国际服务贸易救济法律制度的框架性十分明显,先行一步的服务贸易中的反补贴制度和保障措施制度,仍然处于政治意愿表达或法律规制的必要性谈判阶段,基本制度建设只言片语,更不用提针对其他扰乱服务贸易市场正常竞争秩序行为的救济制度了。国际服务贸易发展的客观现实,已经容不得理论研究中的“真空”存在和延续,构建国际服务贸易救济法律制度乃当务之急。

针对以上问题,本书共分六章对国际服务贸易救济法律制度的构建展开研究,以求填补这一理论和实践中的空白。第一章以国际服务贸易的理论和政策为切入点,首先对国际服务贸易的相关概念和国际服务贸易的不同分类进行比较研究;其次,以服务贸易理论的主要论说为基石,引导出国际服务贸易中国家政策选择的两种态度,即保护主义和自由主义,并从这两种态度中得出国家政策选择的动机——国际服务贸易利益;最后,针对国际服务贸易发展的现状及趋势,解构其迅速发展的动因。第二章以国际服务贸易与法律救济

制度两者相辅相成的辩证关系,引申出国际服务贸易法的发展;再进一步细化,论述法律救济是国际服务贸易自由化所必需的。

第三章和第四章从两个层面论述了国际服务贸易救济法律制度的一般性问题。一个是从国际服务贸易救济法律制度的价值与基础层面,分别论证了其安全价值、自由价值、秩序价值与经济学基础、政治学基础、国际法基础;另一个是从国际服务贸易救济法律制度的定义、法律关系和特征层面,对国际服务贸易救济法律制度的内涵进行了全面的定位,以构建服务贸易救济制度的基础。

第五章和第六章阐述了国际服务贸易救济法律制度构建的具体内容,分别从国际服务贸易救济法律制度的基本框架和国际服务贸易救济法律制度的具体架构两方面进行了构思。基本框架引领具体架构的内容,相当于“总则”的作用;而具体架构则是对基本框架的补充和落实,相当于“分则”的作用。第五章的基本框架中主要阐述了国际服务贸易救济法律制度的基本原则、国际服务贸易救济法律制度的规则构成和国际服务贸易中的原产地规则。其中从国际服务贸易救济法律制度构建的不同层面理解,可以将国际服务贸易救济法律制度的规则构成划分为横向内容、纵向内容、实体层面和程序层面,这种划分对制度的构建进行了全面的概括,弥补了以往论著对国际服务贸易救济法律制度构建的定位缺陷。第六章的具体架构则从国际服务贸易反补贴制度、反倾销制度和保障措施制度的构建三方面丰富国际服务贸易救济法律制度。

目 录

CONTENTS

序言

内容摘要

第一章 国际服务贸易的理论与实践/1

- 第一节 国际服务贸易的内涵..... (1)
 - 一、服务贸易与国际服务贸易..... (1)
 - 二、国际服务贸易的分类..... (9)
- 第二节 国际服务贸易理论的主要论说..... (13)
 - 一、比较优势理论对服务贸易的适用性研究..... (14)
 - 二、现代贸易理论对服务贸易的创新性研究..... (21)
- 第三节 国际服务贸易的发展及其促进..... (23)
 - 一、国际服务贸易的历史演进..... (23)
 - 二、国际服务贸易发展趋势..... (30)
 - 三、国际服务贸易的促进制度..... (34)

第二章 国际服务贸易法律救济的制度生成/42

- 第一节 国际服务贸易政策..... (42)
 - 一、国际服务贸易保护政策..... (42)
 - 二、国际服务贸易自由政策..... (46)
 - 三、政策选择的导向:服务贸易利益..... (49)
- 第二节 国际服务贸易法律救济的法律生态..... (56)
 - 一、国际服务贸易催生法律制度..... (56)
 - 二、法律制度促进国际服务贸易发展..... (59)
 - 三、GATS对国际服务贸易的推动..... (63)
- 第三节 国际服务贸易法的兴起和发展..... (67)

一、GATT 时代的国际服务贸易法	(67)
二、WTO 时代的国际服务贸易法	(69)

第三章 国际服务贸易法律救济的理论基础与现实超越/75

第一节 国际服务贸易法律救济的理论基础	(75)
一、国际服务贸易救济法律制度的经济学基础	(75)
二、国际服务贸易救济法律制度的政治学基础	(79)
三、国际服务贸易救济法律制度的国际法基础	(83)
第二节 国际服务贸易法律救济的现实超越	(85)
一、国际服务贸易自由化程度检视	(85)
二、传统贸易救济制度的狭隘适用观	(87)
三、服务贸易多边法律制度存在的问题	(93)
四、救济制度:传统国际服务贸易法律制度的超越	(95)

第四章 国际服务贸易救济法律制度的一般性问题/100

第一节 国际服务贸易救济法律制度的价值	(100)
一、国际服务贸易救济法律制度的安全价值	(101)
二、国际服务贸易救济法律制度的自由价值	(102)
三、国际服务贸易救济法律制度的秩序价值	(103)
第二节 国际服务贸易救济法律制度的功能	(105)
一、国际服务贸易正常秩序的维护	(106)
二、国际服务贸易市场垄断的消除	(107)
三、国际服务贸易合作的增进	(108)
第三节 国际服务贸易救济法律制度的界定、调整对象与特征	(109)
一、国际服务贸易救济法律制度的界定	(109)
二、国际服务贸易救济法律制度的调整对象	(112)
三、国际服务贸易救济法律制度的特征	(116)

第五章 国际服务贸易救济法律制度的基本框架/119

第一节 国际服务贸易救济法律制度的原则	(119)
一、服务贸易安全原则	(120)
二、服务贸易自由化原则	(122)

三、正当和适度保护原则	(123)
四、透明度原则	(124)
五、非歧视原则	(125)
六、发展中国家优惠原则	(126)
第二节 国际服务贸易救济法律制度的规则体系	(127)
一、国际服务贸易救济法律制度的横向内容	(127)
二、国际服务贸易救济法律制度的纵向层次	(131)
三、WTO 服务贸易救济法律制度的实态	(133)
第三节 原产地规则:国际服务贸易救济法律制度的节点	(137)
一、货物原产地规则在服务贸易中的困境	(137)
二、服务原产地的判定	(141)
三、服务提供者原产地的判定	(142)
第六章 国际服务贸易救济法律制度的回归/146	
第一节 国际服务贸易中的补贴与反补贴	(146)
一、补贴	(147)
二、服务贸易补贴与货物贸易补贴的转化与关联	(148)
三、GATS 下服务贸易补贴制度	(151)
四、服务贸易中的补贴与反补贴规则创设	(157)
第二节 国际服务贸易中的倾销与反倾销	(160)
一、倾销:经济学与法学的分野	(160)
二、服务贸易倾销存否之争	(161)
三、GATS 下服务倾销的类型化	(166)
四、服务贸易反倾销制度:传统法律制度的失语	(167)
五、服务贸易反倾销制度的架构	(170)
第三节 国际服务贸易中的保障措施	(173)
一、国际服务贸易中的保障措施制度	(173)
二、GATS 中紧急保障措施谈判评述	(175)
三、GATS 中紧急保障措施制度创设模式	(180)
四、国际服务贸易保障措施制度架构	(182)

第一章

国际服务贸易的理论与实践

第一节 国际服务贸易的内涵

一、服务贸易与国际服务贸易

(一) 服务

“服务”是经济学中一个极具争议性的范畴,许多与之有关的基本理论问题以及实际操作问题迄今尚未解决。为了相对全面且准确地把握“服务”这一概念,有必要对这一概念进行梳理。

1. 第二次世界大战前的服务概念

许多学者为了把服务和货物区分开来,从不同的角度对服务的概念作了界定。其中最早的可追溯到英国古典经济学家亚当·斯密,他试图从生产性劳动和非生产性劳动的角度对货物和服务加以区分,将生产物质的、有形商品的劳动视为生产性劳动,而生产非物质的、无形商品的劳动则是非生产性劳动。他提出服务不是生产性的而是非生产性的,因为服务一旦完成便消失了,同时它不能固着或呈现在可售卖的物品里。^①在斯密看来,交易量与服务无关,并不因服务而增加,因此,服务是非生产性的。

^① [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),商务印书馆 1986 年版,第 303 页。

随后,法国的古典经济学家萨伊提出了更为精确的服务的内涵与外延。萨伊认为,物品满足人类需要的性能叫做效用。他在《政治经济学概论》中将生产定义为:“所谓生产,不是创造物质,而是创造效用。生产数量不是以产品的长短、大小或轻重估价,而是以产品所提供的效用估价。”^①与斯密不同,萨伊将服务看作是生产性的。除萨伊外,不少经济学家如穆勒、马歇尔都是从效用价值论的观点出发对“服务”一词进行界定。如穆勒认为,服务是指劳动产生的效用并未固定或体现在任何物体中,即给予一种快乐,消除不便或痛苦,时间可长可短,但不会使人或物的性质得到永久性的改善。^②马歇尔进一步认为,一切行业都是提供服务的,因为人类不能创造物质的东西。^③但效用价值论使得服务与货物的区分显得模糊。在他们看来,凡是能够创造效用的活动都是生产性劳动,因此创造无形产品的服务活动与创造有形产品的劳动具有同等重要的作用。

马克思主义经济理论中同样包含对服务及服务业的探讨。马克思认为:“服务这个名词,一般地说,不过是指这种劳动所提供的特殊使用价值,就像其他一切商品也提供自己特殊的使用价值一样;但是,这种劳动的特殊使用价值在这里取得了‘服务’这个特殊名称,是因为劳动不是作为活劳动,而是作为提供服务的劳动。”^④在这里,马克思首先肯定服务具有使用价值,是劳动产品,可以进行市场交易;其次认为服务同其他产品只是形式上而并非实质上的不同。马克思主义经济理论对服务这种特殊商品进行的高度概括,极大地丰富了服务理论。

2. 第二次世界大战后的服务概念

二战后,特别是20世纪60年代以来,对服务概念理解越来越多样化,对此基本理论的研究也越发深刻。1960年美国市场营销学会(AMA)把服务定义为“可被区分界定,主要为不可感知,却可使欲望得到满足的活动,而这种活动并不需要与其他的产品的出售联系在一起。生产服务时可能会或不会需要利用实物,而且即使需要借助某种实物协助生产服务,这些实物所有权

① [法]萨伊:《政治经济学概论》,商务印书馆1963年版,第60页。

② [英]穆勒:《政治经济学原理》,商务印书馆1997年版,第62页。

③ [英]马歇尔:《经济学原理》,商务印书馆1997年版,第82页。

④ 《马克思恩格斯全集》第26(1)卷,人民出版社1979年版,第435页。

将不涉及转移的问题”^①。

1977年,希尔(T. P. Hill)提出了理论界公认的服务概念,在其《货物与服务》一文中将服务定义为“隶属于一定经济单位的人或物,在事先合意的前提下,由于其他经济单位的活动而发生变化……服务的生产和消费同时进行,这意味着消费单位的变化与生产单位的变化同时发生,这种变化是同一的。服务一旦产生出来,必须由消费者获得的事实,意味着不能储存,不能储存与其物理特性无关,这只是逻辑上的不可能,因为储存于同一变化是矛盾的”^②。

20世纪80年代中期,巴格瓦蒂、桑普森和斯内普相继扩展了希尔提出的服务概念,他们将服务区分为两类:一类为需要物理上进行接触的服务,另一类为不需要物理上进行接触的服务。20世纪80年代期间,对服务定义的讨论开始减弱并且没有取得太多理论突破,直到进入90年代后,理论界才重新开始关注服务概念的界定问题。其中最有影响力的莫过于北欧诺迪学派(Nordic School)的代表人Christian Gronroos对“服务”所下的定义:服务是由一系列或多或少具有无形特性的活动所构成的一种过程,这种过程是在顾客与员工、有形资源的互动关系中进行的,这些有形的资源(有形产品或有形系统)是作为对顾客问题的解决方案而提供给顾客的。Christian Gronroos教授还补充道:在服务中,互动现象是经常出现的,而且具有非常重要的作用,尽管有时我们意识不到它的重要性。更进一步说,服务就是一系列过程或活动,而且这些活动从本质上说是无形的。^③ 2002年的《国际服务贸易统计手册》将“服务”作了如下定义:“服务不是能够确定所有权的独立实体。它们不能脱离生产单独地进行交易。服务是定做生产的异质产出。它一般是生产者按照消费者的要求进行的,是实现消费者的需要进行的,实现消费单位状况的变化。到生产完成时,它们必定已经提供给消费者。”^④

① 转引自李海洋、刘海鹏:《服务营销》,企业管理出版社1996年版,第4页。

② Hill T. P., *On Goods & Services, Review of Income & Wealth, Services* 23, No. 4, December, 1977, pp. 336~337.

③ 郑琴琴:《服务业跨国公司的国际化扩张研究》,复旦大学出版社2008年版,第2页。

④ United Nations, European Commission, International Monetary Fund, Organization for Economic Co-operation and Development, United Nations Conference on Trade and Development, World Trade Organization, *Manual on Statistics of International Trade in Services*, 2002.

如上所论,服务的界定如此之难,使得目前理论界对服务尚无较一致的定义,经济学家们在理论研究与实践探讨中大都避免涉及服务的概念。但是这并不妨碍我们对服务本身特质的归纳。一般认为服务具有以下特点:(1)服务的无形性;(2)服务的生产和消费同步性;(3)服务的难以储存性;(4)服务的异质性,即同一种服务的质量差别。^① 遵循这些特点,对服务的认知也达成了一些基本的共识,即个人或社会组织凭借某种技能、工具、设备为消费者提供的旨在使消费者福利得以改善的某种生产活动,该生产活动既可能与物质产品有关,也可能无关。

需要指出的是,由于服务不同于货物的特性,使得对其无法准确界定,因此实践中,常用“服务业”概念来定义“服务”,甚至取代“服务”的概念。这种做法容易引起一些观念上的混乱,因为无论是服务价值,还是服务交易额,并非指“服务业”本身,而是指各种类型的服务业的“产品”,即是说服务业是生产或提供各种服务的经济部门或企业的集合,而“服务”则是揭示各种服务以及服务产业的共性。这如同工业和农业是生产各种工农业产品的经济组织或企业的集合一样,服务贸易是整个服务产业的贸易。

(二)服务贸易与国际服务贸易

服务较之于货物的复杂性及其定义的多样性和多重性,使得理论界对于服务贸易的定义同样是众说纷纭,难以形成一个权威的解释。但有一点可以确定的是,服务贸易通常是作为国际服务贸易来使用的。传统的服务贸易是一种关系,需要提供者与消费者进行面对面的交易。当市场局限于国内时,服务被认为是不可交易的,长期以来,大部分贸易文献都将服务列入非贸易类型。但是在服务社会里,市场早已因投资的国际化而无法仅限于国内了,各国的生产和消费就日益具有国际性。^②

从宽泛的角度看,早在中世纪,国际服务贸易就已产生,不过,当时的服务贸易是以移民形式出现的、具有殖民主义色彩的劳务输出。现代意义上的“服务贸易”一词,最早是出现于1971年经济合作组织(OECD)的工作报告中。之后,西方理论界对服务贸易提出了许多不同的定义,其中有代表性的当属桑

① 服务的特点和国际服务贸易的特点有一定的重合性,故在下文论及的国际服务贸易的特点中将详述。

② 周忠海等著:《国际法学述评》,法律出版社2001年版,第648页。