

GATS下服务与服务提供者的 “同类性”研究*

李晓玲

(中国青年政治学院法学院, 北京 100089)

摘要: WTO成立后, 数起WTO争端的专家组阐述了判断GATS下服务和服务提供者“同类性”的根据, 但尚未形成成熟法理。在同类服务的判定上, 欧共体香蕉III案专家组依据服务的性质和特性, 而中国电子支付服务案专家组引入了竞争条件标准。在同类服务提供者的判定上, 欧共体香蕉III案和加拿大汽车案专家组依据所提供服务的性质和特性, 中国出版物和音像制品案专家组依据差别待遇是否仅以来源地为基础, 中国电子支付服务案则似乎引入了竞争标准。迄今, 上诉机构尚未有机会考虑这一重要的法律问题。本文将分析和比较各案, 探讨GATS下“同类性”法理的发展、存在的矛盾和待解决的问题。

关键词: 同类服务; 同类服务提供者; 《服务贸易总协定》

中图分类号: D996.1/F746.18 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2014)04-0005-11

《服务贸易总协定》(GATS)第2条和第17条规定了最惠国待遇和国民待遇义务。如同在《关税与贸易总协定》(GATT)项下, 违反这两项义务的前提是, 外国服务和提供者与本国服务和提供者具有“同类性”(likeness)。然而, 与GATT项下同类产品的判定已发展出较成熟的法理不同, GATS下“同类性”的探讨尚不充分。在已发布专家组和/或上诉机构报告的7起服务贸易争端中, 有6起涉及最惠国待遇和/或国民待遇条款,^①专家组不同程度地阐述了判断“同类性”的根据, 但相互之间存在差异, 甚至确立了不同的标准。特别是, 迄今为止, 由于争端方未将专家组有关“同类性”的裁定提起上诉, 上诉机构尚未有机会审查这一重要的法律问题。本文将逐一分析和比较各案专家组对“同类服务和提供者”的阐述和判断标准, 探讨GATS下“同类性”法理发展的现状、存在的矛盾和待解决的问题。

一、欧共体香蕉III案 (EC - Bananas III)

在EC - Bananas III案中, 美国、厄瓜多尔等申诉方指控欧共体进口、销售和分销

* 本文系中国青年政治学院青年教师科研专项项目“WTO服务贸易规则及其解释研究”(132060313)的阶段性研究成果。

① 已发布专家组和上诉机构报告的WTO服务贸易争端包括: 欧共体香蕉III案(DS27)、加拿大汽车案(DS139, DS142)、墨西哥电信案(DS204)、美国网络赌博案(DS285)、中国出版物案(DS363)和中国电子支付服务案(DS413)。其中, 除墨西哥电信案之外, 其余各案均涉及最惠国待遇和国民待遇条款。

香蕉的体制在欧共体和传统“非加太国家集团”（ACP）香蕉分销商，与拉丁美洲和非传统ACP香蕉分销商之间造成歧视，违反了GATS第2条“最惠国待遇”和第17条“国民待遇”。申诉方认为，欧共体在减让表中已对“批发贸易服务”做出了完全的承诺；作为“批发贸易服务”的提供者，两类分销商是第2条和第17条所指的同类服务提供者。^①

对于如何判断不同来源的服务和服务提供者的同类性，专家组指出，批发交易本身的性质（nature）和特征（characteristics），与《联合国临时中心产品分类目录》（CPC）第6节批注列明的各种次级服务（当与批发服务一起提供时）的性质和特征，是“同类的”（like），不论这些服务是提供给欧共体和传统ACP来源的香蕉，抑或第三国或非传统ACP来源的香蕉。每一种不同的服务活动单独来看，在实质上也是相同的，只能通过香蕉来源地进行区分。专家组认为，“相似的”（similarly），提供同类服务的实体，在此范围内，构成同类服务提供者。^②

可见，本案专家组对GATS下“同类性”的裁断非常简要。对于“同类服务”，专家组没有讨论能否借鉴GATT下判断同类产品的4项传统标准，即物理特性、最终用途、消费者喜好和关税分类，而是仅依据服务“性质”和“特征”裁定服务的同类性，甚至未对该“性质”和“特征”做进一步的分析。至于认定“同类服务提供者”的方法，在不同程度上为后续争端的专家组所采纳。

二、加拿大汽车案（Canada - Autos）

1998年，日本、欧共体先后起诉加拿大，指控加拿大1998年“机动车辆关税令”（MVTO）和“特别免除令”（SROs）违反了GATS第2条和第17条，以及其他WTO协定条款。MVTO和SROs源自1965年加拿大与美国签订的关于汽车产品的协定（“汽车协定”）。依据“汽车协定”，加拿大承诺满足特定条件的汽车制造商，可免税进口美国汽车和原始设备制造部件。这些条件包括：在基期（1963年~1964年）内已在加拿大生产其进口类型的汽车；在加拿大生产的该类汽车的销售值与在加拿大销售该类汽车的销售总值相比，不低于一定的比率（“销售率”）；汽车当地生产必须达到一定水平的加拿大增值（“加拿大增值率”）。1998年MVTO下进口免税受益者的条件与“汽车协定”相同。^③此外，自1965年起，加拿大还根据“汽车协定”，向不符合前述条件的汽车制造商颁发SROs，给予免税进口待遇。每一个特别许可证都重新设定了“销售率”和“加拿大增值率”。

申诉方关于GATS第2条和第17条的三项指控，均涉及服务和服务提供者的“同类性”问题。首先，关于第2条最惠国待遇，涉及符合进口免税待遇的进口商（“受益制

^① EC - Bananas III, WT/DS27/R/ECU, para. 7.274.

^② EC - Bananas III, WT/DS27/R/ECU, para. 7.322.

^③ 享受进口免税待遇的汽车制造商共有4家，其中3家为美国公司在加拿大设立的公司，即克莱斯勒（加拿大）、福特（加拿大）和通用汽车公司（加拿大）。第4家沃尔沃（加拿大）公司虽为瑞典公司，但1999年1月公司的所有权和控制权已转移给美国福特公司。Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, paras. 10.259 & 10.261.

造商”）与非受益制造商是否是同类服务提供者，以及其提供的服务是否为同类服务。申诉方日本和欧共体均援引了EC - Bananas III案专家组报告，指出两类制造商均为国产和进口汽车的分销提供批发贸易服务，故为同类服务，“不管服务是针对‘汽车协定制造商’或其关联公司进口的汽车，抑或非‘汽车协定制造商’进口的汽车。”^①两类服务提供者之间的差别仅仅是获得免税的制造商在1989年已经制造汽车，并符合加拿大增值和销售率要求，但这并不影响进口汽车分销服务的“性质”和“特征”。在它们提供的服务为同类服务的范围内，两类制造商为同类服务提供者。^②由于被诉方加拿大未提出质疑，专家组未进一步分析“同类性”的判断标准。但是，值得注意的是，在服务提供者的同类性上，专家表示，“在服务提供者提供相同服务的范围内，‘就本案而言’（for the purpose of this case），它们应当被视为‘同类’。”^③相对于EC - Bananas III案，本案专家组似乎更为谨慎，暗示这一标准或许并不能适用于所有情形。

关于第17条国民待遇，涉及两项指控。一项是日本指控上述进口免税措施在可免税进口的加拿大汽车制造商和不能免税进口的日本汽车制造商之间造成歧视。进口免税直接影响到所销售汽车的成本，间接影响到相关汽车批发贸易服务的成本和收益率。^④日本认为，日本车辆批发服务提供者与有资格获得SROs进口免税待遇的加拿大提供者，即因特美卡尼卡（Intermeccanica）和其他三家公共汽车和指定商务车制造商，是同类服务提供者。加拿大认为，因特美卡尼卡是制造商，并非批发商，且即便是批发商，在规模、销售量和制造的产品方面，也与车辆批发贸易服务提供者非常不同。但日本认为，只要服务提供者提供的服务属于同一个CPC分类，就是同类服务提供者；提供者的规模，以及服务针对的产品的性质，不影响同类性的判定。^⑤但由于专家组认定因特美卡尼卡和其他三家公共汽车和指定商务车制造商并非“车辆批发贸易服务”提供者，^⑥未再进一步讨论同类性问题。

关于第17条国民待遇的另一项指控涉及MVTO和SROs中的加拿大增值要求。专家组在这一问题上的裁定，被认为是确立了通过不同服务提供模式提供的服务具有同类性的规则。具体而言，加拿大增值包括采购在加拿大提供的服务，如在加拿大提供的工程设计服务、试验和产品开发等。申诉方认为，加拿大增值要求鼓励购买在加拿大提供的服务，而不是其他成员通过服务模式1“跨境交付”和模式2“境外消费”提供的服务，改变了竞争条件。^⑦对于通过服务模式1和2提供的服务，与在加拿大提供的服务是否为同类服务，专家组指出，“为本案目的（for the purpose of this case）”，将那些通过模式3“商业存在”和模式4“自然人流动”在加拿大境内提供的服务，与在其他成员境

① Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, para.6.843.

② Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, paras.6.860-6.862.

③ Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, paras.10.247-10.248.

④ Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, paras.10.273-10.275.

⑤ Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, para.10.284.

⑥ Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, para.10.285.

⑦ Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, para.10.292.

内，或自其他成员通过模式1和模式2提供的服务视为同类服务是合理的。由此，专家组得出结论认为，加拿大增值要求鼓励进口免税的受益者购买在加拿大境内提供的服务，而不是通过服务模式1和模式2从其他成员境内提供的同类服务，改变了竞争条件，以有利于在加拿大提供的服务。尽管这一要求没有区分加拿大服务提供者提供的服务，以及外国服务提供者在加拿大境内提供服务，但它必然对其他成员通过模式1和模式2提供的服务产生歧视性影响。^①

综上，本案专家组在同类服务提供者的判断上，基本赞同EC - Bananas III案专家组的观点，以所提供服务的同类性判断服务提供者的同类性，唯一的不同是将该结论限定为“就本案而言”。遗憾的是，由于认定获得SROs进口免税待遇的数家加拿大制造商并未提供“车辆批发贸易服务”，专家组未再回应争端方的分歧，即服务提供者的规模、服务对象的性质，以及服务属于CPC同一分类，是否会影响服务提供者的同类性。但在服务的同类性上，本案专家组明确通过模式1和2提供的服务，与通过模式3和4提供的服务，是同类服务。尽管专家组也将其限定为“为本案目的”，但仍对此后的争端产生了重要影响。

三、美国赌博服务案（US - Gambling）

在U.S. - Gambling案中，争端方就远程跨境提供的赌博服务与在美国提供的赌博服务，以及服务提供者之间的“同类性”发生争议。尽管专家组对GATS第17条国民待遇诉求采用了司法经济原则，并未就“同类性”做出任何裁定，但争端双方围绕“同类性”判断标准的阐述与论证，仍然具有参考价值。

（一）“同类性”的决定性因素：竞争关系，抑或监管目标？

在服务和服务提供者的“同类性”问题上，申诉方安提瓜和被诉方美国主张不同的解释与分析方法。安提瓜将GATT第3条的法理适用于GATS第17条，从竞争关系的性质和范围入手，判断服务和提供者的同类性；但美国认为，GATS第17条“同类性”判定不仅要考虑服务或服务提供者的竞争特征，还要考虑监管上的区别，甚至在本案中，“同类性”更多地取决于服务和提供者的监管特性。

具体而言，安提瓜首先以服务是无形的，并通常具有很强的适应性为由，主张在服务贸易争端中，“同类性”这一概念不如在货物贸易争端中那么重要；继而，将GATT下判断同类产品的4项传统标准对应引入到GATS背景下，分别是：服务特性、最终用途、消费者喜好和CPC服务分类体系。在对前三项的分析中，安提瓜援引欧共体石棉案（EC - Asbestos）上诉机构报告，将分析的核心放在竞争关系的考察上。关于服务特性，美国从各个方面列举了两类服务的不同之处，诸如下注对象、运作模式、规则、赔

^① Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, paras.10.307-10.308.

率由计算机软件产生抑或由物理法则决定、消费者认可、服务的可获得性,尤其是未成年人的可获得性,以及法律实施和健康风险等。安提瓜则援引了EC - Asbestos案上诉机构报告,即确定“同类性”,“从根本上说,是确定产品之间竞争关系的性质和程度。”^①“同类性”并不要求产品的所有特性都是相同的,有的特性对判断“同类性”有意义,有的特性可能没有意义。^②在判断“同类性”时,应选择那些会影响产品竞争关系的特性和方面进行比较。从这一标准出发,安提瓜认为,在实质上,远程跨境提供的赌博服务与在美国提供的赌博服务是相同的,“游戏的类型相同,均涉及下注和赌钱或输钱”。关于最终用途和消费者喜好,美国提出营销技巧和消费者群体不同等差异,安提瓜依然从竞争关系入手,强调它们都“服务于相同或相似的最终用途”,并且消费者交替使用两种服务,彼此之间是相互竞争的。尽管从表面上看,赌场中的老虎机和电脑上的老虎机不同,但没有证据证明这些不同对服务的最终用途或消费者喜好和习惯有任何影响。据此,安提瓜认为两种赌博服务是同类服务。^③

对于美国提出的监管问题,安提瓜认为,只有当影响到竞争关系时,才对判断“同类性”有意义。在EC - Asbestos案中,上诉机构指出,应关注那些可能影响产品市场竞争关系的物理特性。在该案中,恰恰是纤维物理特性固有的健康风险本身明显影响到产品在市场上的竞争关系,即当存在两个相似产品可供选择时,绝大多数消费者会选择非致癌产品,而非有致癌可能的产品。安提瓜认为,本案美国提出的所谓监管和健康风险,与EC - Asbestos案中的健康风险,有很大不同。“特别是,美国提出的各种因素,不会在任何实质性方面影响消费者选择获得许可并受到监管的安提瓜提供者提供的服务,或是获得许可并受到监管的美国国内提供者提供的服务。”美国提出的潜在的法律实施和健康风险,是政府考虑的问题,而不是赌博者个人关切的问题,不影响消费者的决定。假若这些法律实施或监管问题对本案有所影响,也是GATS第14条“一般例外”需要考虑的问题,而不是“同类性”考虑的问题。^④

不同于安提瓜强调竞争关系,美国强调服务和提供者监管特征,强调远程提供服务带来的监管问题。美国认为,GATS序言认可成员管理服务的权利,在根据GATS目的与宗旨解释和适用第17条之“同类性”时,必须不仅要考虑服务或提供者本身的竞争特征,还要考虑监管上的差异。甚至,在本案的特定情形下,“同类性”更多地取决于服务和提供者的监管特性。在EC - Asbestos案中,上诉机构在审查消费者喜好及其对竞争关系影响时,考虑了监管问题;但在GATS背景下,应给予独立考虑。赌博在每一个管辖地,都是政府特别审查的对象,受到严格管制,故监管问题在本案中特别重要。远程提供赌博服务和其他赌博服务在监管上的差异,源于其为远程提供这一事

① EC - Asbestos, WT/DS135/AB/R, para.99.

② US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.167.

③ US - Gambling, WT/DS285/R, paras.3.166-3.168.

④ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.163.

实。远程提供赌博带来法律实施、消费者保护和健康问题，以及更大的规避审查的风险。这就需要在远程提供和其他提供形式之间，维持监管上的差异。^①

综上，可较为清晰地发现，安提瓜和美国在判断GATS第17条“同类性”时方法不同。安提瓜援引EC - Asbestos案上诉机构报告，强调竞争关系，但美国更强调监管因素。即便在分析最终用途和消费者喜好时，美国也拒绝从竞争关系和相互替代性入手，而是将分析的出发点放在“赌博是一项娱乐服务”上，认为赌博服务的“最终用途”是提供娱乐，影响消费者认可的特性主要是那些影响赌博娱乐价值的特性。因而，在美国看来，“同类性”的判断，应评估虚拟赌博与真实赌博的娱乐价值和娱乐体验是否足够相似。

由于本案专家组没有做出裁定，一些重要问题未获澄清。譬如：GATT的有关法理对GATS下“同类性”判断是否有借鉴意义？在评估GATS下“同类性”时，是否需单独考虑监管问题？尤其是，在此后的印度尼西亚诉美国丁香香烟案中，专家组认为对《技术性贸易壁垒协定》（TBT）第2条^②之“同类性”的解释，应主要关注技术法规的合法目标和宗旨，而不是产品之间的竞争关系。但上诉机构不赞同。上诉机构认为，“同类产品”这一概念用于界定相互比较的产品范围，以确定是否给予了进口产品更低待遇。假若以措施的管理目标为由，将有充分竞争关系的产品排除在同类产品范围外，就扭曲了更低待遇的比较。^③技术法规的管理目标，将在审查“同类性”某些传统标准（如物理特性和消费者喜好）时，得到考虑。虽然该案涉及TBT协定下的“同类性”，但在法理上应具有一定的借鉴意义。

（二）服务提供模式是否影响服务和服务提供者的“同类性”？

在前述Canada - Autos案中，专家组裁定，“为本案目的”，通过不同服务提供模式提供的服务是同类服务。本案也涉及相同的问题：服务提供模式不同，是否将导致服务和服务提供者不具有同类性？安提瓜认为，服务提供模式不同，不足以认定服务不具有同类性。假若服务系跨境提供这一事实本身，就导致服务和服务提供者不同类，那么成员减让表中跨境交付的国民待遇承诺将不再有意义。这不符合条约有效解释原则。^④美国则主张，远程提供赌博服务与在美国提供的赌博服务不具有同类性。

然而，比较各方立场，实质上均认可跨境提供不一定影响服务的同类性。安提瓜认为，假若成员对跨境交付做出了国民待遇承诺，至少可推定服务为跨境交付这一事实，不会导致该服务与在国内提供的服务不再具有同类性。但安提瓜也认可，“在某些特定

① US - Gambling, WT/DS285/R, paras.3.188 & 3.195.

② TBT协定第2.1条规定：“各成员应保证在技术法规方面，给予源自任何成员领土进口的产品不低于其给予本国同类产品或来自任何其他国家同类产品的待遇。”

③ US - Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, para.116.

④ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.150.

情形下, 一项服务可能会因跨境提供而被视为“不同类”; 但这应由美国举证推翻跨境提供的服务是同类服务的初步证据推定。^① 第三方日本也认为, 应推定服务提供模式不影响服务的同类性, 但美国可推翻这一“推定”。被诉方美国虽未明确接受此种“推定”, 但其主张服务不具有同类性的理由并非服务为远程提供本身, 而是本案具有特殊性, 涉及受到严格监管的赌博服务。美国认为, “同类性”应进行个案分析, 远程提供的服务和非远程提供的服务之间, 并非总是因服务为远程提供这一事实, 而需要维持监管上的不同。^②

假若存在服务提供模式不影响同类性的“推定”, 那么监管目标可否成为推翻“推定”的理由? 在这方面, 安提瓜只表示美国没有提出推翻“推定”的意见, 未进一步论述。第三方日本认可由于涉及不同的监管情形, 跨境提供的赌博服务可被视为与国内提供的服务不同类。但欧共体认为, 跨境交付的监管情况几乎总是不同的, 若是如此, 有关跨境交付的承诺将失去意义。^③ 本案专家组未做出相应裁定。此后的美国诉中国电子支付服务(China - EPS)案中, 再次涉及跨境提供和境内提供两种服务提供模式。但在“同类性”认定上, 争端方未再提出监管问题。专家组在争端方未提出反对意见的情形下, 认定“在本案的特定情形下”(in the particular circumstances of this case), 服务提供者是通过模式1, 还是模式3提供服务, 不影响服务提供者的“同类性”;^④ 其他成员EPS提供商通过模式1, 还是模式3提供EPS, 并不会影响服务的“同类性”。

(三) 服务提供者的同类性: 所有权或结构是不是影响因素?

安提瓜援引EC - Bananas III和Canada - Autos案专家组报告确立的标准, 认为“在提供同类服务的范围内, 安提瓜提供者和美国提供者是同类服务提供者。”^⑤ 但美国认为, 安提瓜提供者与美国的某些提供者, 即国有彩券、控制彩池投注服务的协会或“美国市场上任何其他特殊类型的提供者”, 不具有同类性。在这里, 美国提出的问题是, 服务提供者的所有权或结构是否影响同类性?^⑥

安提瓜和第三方欧共体持反对意见, 认为服务提供者的所有权与“同类性”无关。首先, 美方的解释将导致WTO成员可通过仅授权所谓的特殊国内经营者, 如国有公司, 很容易地规避GATS第17条。这不符合条约有效解释原则。并且, 在诸如电信、邮政服务等部门, 成员通常维持国家垄断。此种解释, 将导致GATS在这些服务部门很大程度上丧失效力。其次, 没有证据证明, 消费者关心“同类”赌博服务提供者的法律框架或身份。^⑦ 如前所述, 专家组没有对此做出裁定。

① US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.162.

② US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.195.

③ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.162.

④ US - Gambling, WT/DS285/R, para.7.706.

⑤ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.151.

⑥ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.170.

⑦ US - Gambling, WT/DS285/R, para.3.17.

四、中国出版物和音像制品案 (*China - Publications and Audiovisual Products*)

在*China - Publications and Audiovisual Products*案中,专家组进一步阐述了服务提供者的同类性。在该案中,美国指控中国维持的涉案措施禁止外国投资企业经营进口读物、录音制品和家庭娱乐音像制品的分销,对同类国内服务提供者却没有类似的禁止,违反了GATS第17条。

对于服务提供者的同类性,即被禁止经营进口读物、录音制品和家庭娱乐音像制品分销服务的外商投资企业与被许可提供该种服务的内资企业是否具有同类性,专家组注意到涉案措施区分服务提供者的唯一依据是“来源地”。为此,专家组指出,“当来源地是某一措施区别对待国内服务提供者和外国服务提供者的唯一因素时,只要存在或能够存在除来源地之外,在措施的所有实质方面均相同的国内和外国提供者,就满足了‘同类服务提供者’要求。”专家组援引了关于货物贸易的加拿大小麦出口与粮食进口案专家组报告和阿根廷皮革案专家组报告,以佐证其观点。但是,假若待遇上的不同,不仅仅与服务提供者的来源相关,还与其他因素相关,那么,服务提供者的“同类性”就需进行更为详细的分析。^①对于本案,专家组认为,毫无疑问,除来源地之外,在涉案措施的所有其他实质方面,被禁止提供进口读物等批发服务的外商投资企业与被许可提供该服务的内资企业可以是相同的。就涉案措施而言,它们构成GATS第17条所指的同类服务提供者。^②

综上,继EC - Bananas III和Canada - Autos案之后,本案确立了判断“同类服务提供者”的第二项标准。在具体争端中,将如何适用这两项判断标准,或者如何取舍,又成为新的问题。这在*China - EPS*案中有所体现。

五、中国电子支付服务案 (*China - EPS*)

在*China - EPS*案中,美国认为中方在减让表7.B类“银行及其他金融服务”之(d)项“所有支付和汇划服务”及模式1和3下做出了国民待遇承诺,但中方有关银行卡发卡、终端设备、收单等的一系列限制和要求,给予外国电子支付服务(EPS)提供商的待遇低于中国银联,违反了GATS第17条。

(一) “同类服务”: 竞争条件实质上或大体相同

美方认为,中国银联和外国EPS提供商为银行卡交易提供的服务是同类服务,中方没有就“同类性”发表反驳意见。^③专家组没有简单接受美方的观点,也没有照搬判断GATT第3条同类产品的标准,而是试图发展出自己的解释方法。

^① *China - Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/R, paras.7.975-7.976.

^② *China - Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/R, paras.7.976& 7.994.

^③ *China - EPS*, WT/DS413/R, para.7.704.

专家组首先从“like”一词的通常含义入手,援引《节本牛津英语词典》(Shorter Oxford English Dictionary)对该词语的界定,即指“具有与一些其他人或物相同的特征或品质;具有与其他事物大约相同的形状、大小等;相似的”。专家组认为,这表明,同类服务,不必完全相同;“大约”和“相似”的用词表明,假若服务在本质上或大体相同,就是“同类”的。上述定义还强调了另一点:“同类”指某物或某人在某些方面相似,如形状、大小等。为确定需在哪些方面本质上相同才能成为“同类”服务和提供者,专家组接下来考察了作为“上下文”的GATS第17条。^①专家组对GATS第17.1条,尤其是第17.3条^②进行推论,认为第17条试图保障其他成员同类服务间平等的竞争机会。专家组认为,这些规定表明,所谓“同类服务”,是彼此之间存在竞争关系的服务,或者假若被允许在特定市场上提供此种服务,则存在竞争关系的服务。只有当发生争议的外国和国内服务存在竞争关系,成员的措施才能改变竞争条件,以有利于其中一项或其他服务。^③

基于上述,专家组认为,“同类性”的判断,应依据有关相互比较的服务的竞争关系的论据和证据展开。假若在特定案件中,涉案服务在竞争条件方面实质上或大体相同,就是第17条所指的“同类”服务。^④

专家组接下来论证了本案所涉服务和提供者的同类性。关于服务的同类性,即中国银联提供的服务与其他成员EPS提供商提供的服务是否为同类服务,专家组援用了美方两个方面的证据。一是中国银联被其他全球EPS提供商视为“全球市场上的一个竞争者”;二是中国银联和其他EPS提供商对自身营业范围和所提供之具体服务的描述“实质上相同”。比如,均提供数据处理基础设施;均对银行间银行卡信息转接提供服务;均参与支付卡交易的授权和清算,并协助结算;均为支付卡交易的交易信息和数据处理制定通用标准、规则和程序等。专家组认为,美方的证据足以推定就竞争条件而言,中国银联和其他成员EPS提供商提供的服务在实质上是相同的。中方没有提出相反的主张或证据。最终,专家组认为,中国银联和其他成员EPS提供商提供的服务是同类服务。^⑤

(二) 同类服务提供者

关于同类服务提供者,美方认为,中方涉案措施依据EPS提供商身份的不同(中国银联与非中国银联)而规定了不同的待遇,但这种差别待遇的基础,最终还是来源地(ultimately one of origin)。^⑥美国援引了前述China – Publications and Audiovisual

① China – EPS, WT/DS413/R, para.7.699.

② GATS第17.3条规定:“如形式上相同或不同的待遇改变竞争条件,与任何其他成员的同类服务或服务提供者相比,有利于该成员的服务或服务提供者,则此类待遇应被视为较为不利的待遇。”

③ China – EPS, WT/DS413/R, para.7.700.

④ China – EPS, WT/DS413/R, para.7.702.

⑤ China – EPS, WT/DS413/R, paras.7.703-7.704.

⑥ 譬如,要求在中国境内发行的银行卡必须标注银联标识,但没有要求银行卡必须标注其他EPS提供商的标识。

Products案专家组确立的标准，认为已具备“同类服务提供者”的条件。^①中方未发表观点。

然而，专家组并不认为涉案措施差别待遇的基础是来源地。专家组认为，中方涉案措施并未区分中国EPS提供商和其他成员的EPS提供商，而是区分中国银联和所有其他EPS提供商。“所有其他”EPS提供商，既包括其他成员的实际或潜在EPS提供商，也包括中国的实际或潜在EPS提供商。^②那么，根据China – Publications and Audiovisual Products案专家组报告，由于待遇的差别与来源地之外的其他因素相关，需对服务提供者的“同类性”进行更为详细的分析。

在接下来的分析中，专家组援引了EC – Bananas III案专家组报告，认为“在某些案件中，服务提供者提供同类服务的事实，可‘推定’它们是‘同类’服务提供者”；但“在其他案件的具体情形下”，可能需要单独审查服务提供者的“同类性”。^③最终，在经过案情分析后，专家组依据下列理由认定中国银联和其他成员的EPS提供商是同类服务提供者：其一，已裁定中国银联和其他成员的EPS提供商提供同类服务；其二，中国银联和其他成员的EPS提供商对它们营业范围的描述非常近似，并且被后者视作全球市场上的竞争者。这表明，它们是在同一个商业部门彼此展开竞争的。^④

本案不同于以往各案的是，专家组首次试图不受GATT下同类产品相关法理的影响，独立地发展出GATS下“同类性”的解释方法。专家组强调服务与货物贸易存在诸多重要不同，包括服务的无形性、4种提供模式，以及服务贸易进行与管理上的不同，认为在未经进一步分析的情形下，不能照搬判断GATT第3条“同类性”的标准或分析方法。但专家组根据“like”通常含义和作为上下文的GATS第17.1条和第17.3条进行解释，最终得出的结论与GATT第3条相关法理极为相似，即“同类性”本质上是关于竞争关系的。所不同的是，GATT第3条同类产品的相关法理，是从物理特性、最终用途、消费者喜好和关税分类4个方面分析竞争关系的性质和程度，而本案专家组在分析GATS第17条“同类性”时，并没有提出应从哪些方面分析竞争条件。甚至，认定同类服务和同类服务提供者的理由几乎是相同的。专家组认为“未经进一步分析”，不能照搬判断GATT第3条同类性的标准或分析方法，却并没有完成此等“进一步分析”，仅就GATT下4项标准在服务贸易领域的适用性或可能的修改，做出结论。由于本案未上诉，尚不知上诉机构的观点，特别是，应否确立特定分析框架（以及如是，何种特定框架），用于分析服务和提供者之间的竞争关系。关于同类服务提供者的认定，专家组似乎既适用了China – Publications and Audiovisual Products案专家组报告确立的标准，又没有排斥EC – Bananas III案专家组报告确立的标准，甚至将提供同类服务作为其认定同类服

① China – EPS, WT/DS413/R, para.7.691.

② China – EPS, WT/DS413/R, para.7.696.

③ China – EPS, WT/DS413/R, para.7.705.

④ China – EPS, WT/DS413/R, para.7.706.

务提供者的关键理由。尤为值得关注的是,专家组认定中国银联和其他成员EPS提供商是同类服务提供者的另一项理由,即营业范围描述相似和在全球展开竞争,正是专家组认定服务具有同类性的理由,体现了对竞争关系的考量。这是否意味着,在本案专家组看来,竞争性同时也是判断服务提供者同类性的重要考虑因素?

六、结论

经过上述各案,“同类服务”和“同类服务提供者”的相关法理已得到初步发展。关于同类服务,从EC - Bananas III案专家组简要地根据服务本身的性质和特征裁定服务的同类性,到U.S. - Gambling案争端双方不同程度地援引GATT关于同类产品的法理,争论同类服务的判断标准,再到China - EPS案专家组从“同类”和GATS第17条本身出发,而不是援引和借鉴GATT相关法理,发展出“竞争条件实质上或大体相同”的标准。然而,专家组并未论及应从哪些方面考察竞争条件。关于不同服务提供模式是否影响服务和提供者的同类性,从Canada - Autos案专家组报告、U.S. - Gambling案争端方和第三方的立场,以及China - EPS案专家组报告来看,存在较为一致的共识,即服务提供模式不同这一事实本身,不会影响所提供之服务和提供者的同类性,但在个案中,争端方可依案情,做出相反证明。

关于同类服务提供者,情形较为复杂。如前所述,EC - Bananas III案和Canada - Autos案专家组认为,在提供同类服务的范围内,构成同类服务提供者。China - Publications and Audiovisual Products案专家组报告提出了另一项判断标准,即:假若来源地是涉案措施区别对待国内与外国服务提供者的唯一因素,只要存在或能够存在除来源地之外,在措施的所有实质方面均相同的国内和外国提供者,就构成同类服务提供者;否则,服务提供者的“同类性”就需进行更为详细的分析。China - EPS案专家组报告则似乎讨论和适用了所有的标准。先是援引China - Publications and Audiovisual Products案专家组报告,认为涉案措施差别待遇的基础并非来源地,故服务提供者的“同类性”需更为详细的分析。继而,援引了EC - Bananas III案专家组报告,认为在“某些案件”中,提供同类服务的提供者可“推定”是“同类服务提供者”,但在“其他案件的具体情形下”,需要单独审查服务提供者的“同类性”。但是,专家组未讨论哪些案件可推定,哪些案件需单独审查服务提供者的“同类性”。最终,专家组认定中国银联和其他成员EPS提供商是同类服务提供者,但其理由侧重了对竞争关系的考量。某种程度上,China - EPS案专家组报告似乎引入了判断同类服务提供者的第三种标准:竞争关系。

遗憾的是,尽管多起争端讨论了同类服务和同类服务提供者,但迄今上诉机构尚未有机会考虑这一重要的法律问题。与U.S. - Gambling案不同,China - EPS案争端方也并未就“同类性”的判断标准或分析框架,向专家组提出具体意见。在成员缺乏澄清规则的动机的情形下,或许结束目前这种略显混乱状态的唯一途径,是等待另一起争端的上诉机构报告。

(下转第38页)