

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.03.006

论服务跨境提供中的“禁止要求当地存在规则” ——兼论对我国服务市场开放的启示*

石静霞 鄢雨虹

(对外经济贸易大学法学院, 北京 100029)

摘要: “禁止要求当地存在规则”源于服务贸易协定对本地化措施的规制演进,是NAFTA型服务贸易协定缔约方在跨境服务贸易领域应遵循的核心义务之一,其与国民待遇、市场准入、国内监管条款存在不同程度的交叉关系。允许服务跨境提供而不必设立当地存在有助于降低外国服务提供者的成本负担,加速其融入全球价值链并促进电子商务与数字贸易发展。上海市人民政府发布的《中国(上海)自由贸易试验区跨境服务贸易特别管理措施(负面清单)(2018年)》规定未纳入负面清单的当地存在要求应按照“内外一致原则”管理具有进步性,但与“禁止要求当地存在规则”仍存在差距。应在全面梳理我国服务贸易协定具体承诺和国内法规基础上,结合监管目标和监管能力等因素综合确定我国现有和未来可采取的当地存在要求的存废,并在修订我国服务贸易国内法规和对外商签服务贸易协定时择机引入“禁止要求当地存在规则”。确定暂予保留的当地存在要求应纳入负面清单,并完善跨境服务贸易负面清单管理制度。对于不予采取当地存在要求的服务,也应加强监管能力建设和国际监管合作。

关键词: 跨境服务贸易; 禁止要求当地存在; 国民待遇; 市场准入; 上海自贸区

中图分类号: D996 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 - 8072(2020)03 - 0056 - 16

一、问题的提出

长久以来,各国的服务贸易自由化多强调投资自由化而忽略了跨境服务贸易自由化。尽管世界贸易组织(下称“WTO”)成员在《服务贸易总协定》(GATS)具体承诺表中对跨境提供(模式一)和境外消费(模式二)的承诺水平较商业存在(模式三)与自然人移动(模式四)稍高,^①但不同成员在消费者保护、服务质量和法律标准等方面的差异,跨境服务贸易可能对直接投资和资本流入产生的负效应、对进口国国内就业造成的竞争劣势,以及一国对跨境服务贸易进行监管的难度,均阻碍了跨境服务贸易的进一步自由化。^②在数字贸易背景下,各国在数据能否跨境自由流动和存储、服务器等信息基础设施应否本地化、是否对外国服务提供者施加当地存在要求等影响电子商务和数字贸易发展的基础问题上采取不同的立场,已成为影响服务类自由

* 基金项目: 本文受国家社科基金重大项目“一带一路倡议与国际经济法律制度创新研究”(项目编号: 17ZDA144)的资助。

① Martin Roy, Elevating Services: Services Trade Policy, WTO Commitments, and Their Role in Economic Development and Trade Integration, Staff Working Paper, ERSD-2019-01, March 2019: 35-38.

② Daniela Persin, “Market Access for Small versus Large Service Enterprises: The Preferential and Multilateral Trade Liberalization Tracks Compared”, *Journal of World Trade*, 2010, 45(4): 785-819.

贸易协定（下称“服务贸易协定”）^①谈判和国际经贸活动的一大问题。另一方面，5G技术、人工智能和3D打印等科技革新正加速拓展或重塑商业模式和服务的提供方式，可通过跨境方式提供的服务已突破“被IT激活的服务”（IT-enabled services）范畴，涵盖更多曾被认为不具有跨境提供可能性的服务部门或内容，这成为近年来服务贸易发展的新趋势之一。^②根据WTO在2018年首次以《服务贸易总协定》所划分的四种服务提供模式进行的统计，跨境提供模式在2014年所占四种模式交易总量的比例已达27%，仅次于商业存在模式的53%。^③鉴于跨境服务贸易尤其是跨境提供模式是中小微企业参与全球价值链分工的主要途径，也是跨国企业通过设立商业存在提供服务以外的重要补充，禁止将外国服务提供者设立当地存在作为服务跨境提供的条件有利于服务贸易进一步自由化，对于降低服务提供者的固定成本和促进服务提供者融入全球价值链也具有重要现实意义。

清除当地存在要求等贸易壁垒、降低市场准入门槛、进口世界先进服务有助于培育我国服务业国际竞争力并实现在全球价值链的攀升。^④适时引入“禁止要求当地存在规则”也有助于缓解中美经贸紧张关系。事实上，尽管中美贸易摩擦的导火索之一是美国对华的巨额货物贸易逆差，但美国对华服务贸易顺差显著，我国服务业竞争力仍有较大提升空间。^⑤中美贸易摩擦在一定程度上为我国扩大服务市场开放、加速国内产业转型升级和经济高质量发展提供了历史契机。另外，2018年9月，上海发布《中国（上海）自由贸易试验区跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）（2018年）》（下称“《上海自贸区负面清单》”）和《中国（上海）自由贸易试验区跨境服务贸易负面清单管理模式实施办法》，首次在跨境服务贸易领域采用负面清单并规定未纳入负面清单的当地存在要求按照“内外一致原则”管理具有进步性，标志着我国跨境服务贸易进入新的发展阶段，但与“禁止要求当地存在规则”仍存在较大差距。2019年5月13日，我国正式向WTO提交的《中国关于世贸组织改革的建议文件》强调推动电子商务议题谈判开放和包容发展，以及帮助中小微企业积极参与国际贸易，这也与“禁止要求当地存在规则”的积极作用不谋而合。美国时间2020年1月15日，中美双方在华盛顿签署《中美经济贸易协议》（第一阶段），其中我国承诺未来两年累计将从美国进口近380亿美元的服务，凸显了促进中美服务贸易进一步自由化的紧迫性。^⑥

① 本文所指的“服务贸易协定”，既包括涵盖服务贸易相关章节的综合性自由贸易协定，也包括自由贸易协定下的服务贸易补充协定。

② 例如，随着3D打印建筑技术的不断改进，跨境3D打印建筑将使得建筑服务部门的跨境提供变得可能；在中国移动和华为5G技术以及CloudLink 4K高清视频会议终端帮助下，中国实现首例医生通过远程操纵3000公里外的手术器械为一名患者进行“脑起搏器”植入的外科手术，这是对远程会诊和远程问诊等传统卫生健康服务跨境提供内容的拓展。

③ 境外消费模式和自然人移动模式则分别为15%和5%。WTO, World Statistical Review, 2018: 61.

④ 陈靓, 武雅斌. 全球价值链下服务贸易规则的新发展——美墨加协定（USMCA）的视角[J]. 国际贸易, 2019(2):87-95.

⑤ 据美方统计，美国在2007至2017年对华服务出口额由131.4亿美元扩大到576.3亿美元，美国对华服务贸易年度顺差扩大30倍至402亿美元，美国是我国服务贸易逆差的最大来源国。关于中美经贸摩擦的事实与中方立场[EB/OL]. 新华网[2019-07-22]. http://www.xinhuanet.com/politics/2018-09/24/c_1123475272.htm.

⑥ 关于发布中美第一阶段经贸协议的公告[EB/OL]. 中华人民共和国商务部网站[2020-01-19]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202001/20200102930845.shtml>.

鉴于国内尚无关于“禁止要求当地存在规则”的系统研究,本文第二部分将梳理该规则的发展演进和入约情况,并以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)^①和《美墨加协定》(USMCA)^②等贸易协定为载体,提炼并澄清该规则的含义;第三部分将解析该规则的核心要素,并辨析其与国民待遇、市场准入和国内监管等条款之间是否存在叠加适用或相互排斥的关系;第四部分将在梳理我国维持或可采取的当地存在要求基础上,综合多种因素分析当地存在要求的存废,提出以改进《上海自贸区负面清单》为起点,将“禁止要求当地存在规则”逐步引入我国服务贸易立法和服务贸易协定谈判,并加强对跨境服务贸易的监管与国际合作。

二、“禁止要求当地存在规则”的发展演进及含义澄清

“禁止要求当地存在规则”源于国际贸易协定对当地成分要求和歧视性措施的规制,确立于NAFTA型服务贸易协定,并呈现出向诸边和多边贸易体系渗透的趋势。鉴于该规则表述本身较为简单,其含义、与设立权的关系、要求外国服务提供者在当地设立商业存在作为服务跨境提供的条件和外国服务提供者通过在当地设立商业存在提供服务的区别等问题均有待澄清。

(一) 规则的发展演进

鉴于服务的无形性等特征,影响服务贸易的措施通常表现为边境后措施(behind-the-border measures),^③例如本地化措施。由于本地化措施可能不公平地改变贸易条件,国际贸易协定很早便尝试对此类措施进行规制。WTO多边贸易协定较早规定了禁止当地成分要求^④和歧视性的本地化等措施:《与贸易有关的投资措施协定》第2条禁止成员实施与1994年《关税与贸易总协定》(GATT)第3条和第11条不符的货物贸易相关投资措施,例示清单中则列举了禁止当地成分等要求;《补贴与反补贴措施协定》第3.1条(b)项禁止将使用国产货物而非进口货物作为给予补贴的考量;《关税与贸易总协定》第3条和《服务贸易总协定》第17条的国民待遇条款则间接暗含禁止对外国服务提供者施加各种歧视性措施,当然也包括歧视性的本地化措施。区域贸易协定进一步规定了禁止履行要求、当地存在要求、当地高管和董事会要求,以及禁止数据本地化等义务。

① 自美国于2017年退出《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)后,加拿大等其余11国冻结了《TPP》部分条款,并于2018年3月8日在智利签署了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》,该协定已于2018年12月30日正式生效。

② 2018年11月30日,美国、墨西哥、加拿大签署了《北美自由贸易协定》更名后的《美墨加协定》,其中墨西哥参议院于2019年6月19日率先通过该协定。2019年12月10日,三国签署了《美墨加协定》的修订版,该协定预计于2020年7月1日生效。2020年1月29日,美国总统特朗普正式签署该协定。

③ 边境后措施为非关税措施(non-tariff measures, NTMs)的一种类型。非关税措施中的边境措施包括进口配额、出口税、临时措施(或称为临时贸易壁垒,如保障措施、反倾销税和反补贴税、出口补贴)等;边境后措施包括国内补贴和国内法规等。Josh Ederington and Michele Ruta, Non-Tariff Measures and the World Trading System, World Bank Policy Research Working Paper, No.7661, May 2016:4-5.

④ 狭义的“当地成分要求”指要求外国服务提供者或投资者购买当地成分(如货物或服务)或要求本国消费者购买当地成分,它通常被作为市场准入或达成政府采购合同等的条件,并表现为许可证、财政激励等形式。Holger P. Hestermeyer and Laura Nielsen, “The Legality of Local Content Measures under WTO Law”, *Journal of World Trade*, 2014, 48(3): 553-591. 如无特别说明,本文所说的“当地成分要求”是狭义范畴。

“禁止要求当地存在规则”较早体现于1987年加拿大与美国达成的《加美自贸协定》第14章“服务”第1402.8条“权利和义务”条款，澳大利亚与新西兰于1988年达成的《服务贸易议定书》第8条“歧视性或限制性措施”条款也有类似规定，但二者均限于歧视性的当地存在要求。^①1994年《北美自由贸易协定》（NAFTA）在跨境服务贸易章第1205条规定了独立的“当地存在”条款，并将规制范围扩大到了非歧视性的当地存在要求。《美韩自贸协定》（KORUS）第12.5条、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第10.6条、《美墨加协定》第15.6条的“当地存在”条款均以《北美自由贸易协定》第1205条为范本，仅在表述上作了细微调整，并未实质改变本条所含内容。^②总体而言，除篇幅非常短的美国和约旦等国达成的服务贸易协定外，几乎所有的NAFTA型服务贸易协定均规定了“禁止要求当地存在规则”。

近年来，“禁止要求当地存在规则”体现出向诸边和多边贸易体系渗透的趋势。2013年3月，由美国和欧盟等23个WTO成员组成的“服务贸易挚友”（RGFs）经济体发起了旨在扩展《服务贸易总协定》范围和规则的《服务贸易协定》（TiSA）诸边谈判。^③TiSA第三部分第10条“本地化条款”禁止成员实施当地存在要求、当地高管和董事会成员要求、当地成分要求或其他履行要求，反映出对本地化措施和当地存在要求规制的新趋势：一是首次对国际贸易中的本地化措施进行系统规制，二是将“禁止要求当地存在规则”的适用范围明确表述为跨境服务贸易的三种模式。^④尽管TiSA谈判自2016年后陷入停滞，但其在服务贸易规则层面上的价值并未减损。

电子商务和数字贸易的发展进一步强调了“禁止要求当地存在规则”的重要性。有鉴于此，美国分别于2011年4月和2012年1月与欧盟和日本通过关于信息通信技术（ICT）服务的贸易原则文件，就禁止要求当地存在和禁止设施本地化达成一致。^⑤2014年，美国向WTO服务贸易理事会提交了一份美方的电子商务工作计划倡议，试图在WTO多边平台推进跨境数据自由流动、禁止实施本地化措施、隐私保护等规则，例如政府不得以信息通信技术服务提供者使用当地基础设施或设立当地存在作为允许其提供服务的前提条件。^⑥2019年1月25日，中国等76名WTO成员在达沃斯达成《关于电子商务的联合声明》，这是促成电子商务规则多边谈判开启的重大进展。美欧日随后于5月23日在巴黎发布三方联合声明，对在达沃斯达成的联合声明表示了欢迎，也

① The Canada-U.S. Free Trade Agreement Article 1402.8: Rights and Obligations; Protocol on Trade in Services to the Australia New Zealand Closer Economic Relations-Trade Agreement Article 8: Discriminatory or Restrictive Measures.

② 例如，不同于《北美自由贸易协定》第1205条的表述，《美韩自贸协定》、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》、《美墨加协定》等晚近服务贸易协定的当地存在条款将“service provider”变为了“service supplier”，并将“the cross-border provision of a service”变为了“the cross-border supply of a service”。

③ 除中国以外的23个WTO成员（未单独计算欧盟成员）参与了TiSA谈判，涵盖近70%的世界服务贸易份额。2016年10月14日，WikiLeaks公布了TiSA谈判的最新内容，包括金融服务、本地化条款和双边市场准入。“Localization Provision (June 2016)”文件开头指出“本地化条款适用于所有服务，将载有美国本地化条款倡议的本文件纳入TiSA核心文本第三部分是为了促进谈判，不妨碍将这些条款安排纳入TiSA最终核心文本或附件”。

④ TiSA Article X.1: Local Presence.

⑤ European Union-United States Trade Principles for Information and Communication Technology Services (4 April 2011); Japan-United States Trade Principles for Information and Communication Technology Services (17 January 2012).

⑥ Communication by the United States, Work Programme on Electronic Commerce, S/C/W/359, 17 December 2014, para. 4.1: Information Flow and Localization Requirements.

承诺将在尽可能多的WTO成员参与的情况下促成高标准协定的达成。可以预见,未来在WTO多边平台上谈判电子商务规则也将更频繁涉及到对“禁止要求当地存在规则”的关注与讨论。

(二) 对规则含义的澄清

《加美自贸协定》和TiSA禁止缔约方采取任何构成武断或不正当的歧视或变相限制的措施,包括要求另一缔约方人员在其领土内设立企业或商业存在作为提供涵盖服务的条件。《北美自由贸易协定》、《美韩自贸协定》和《美墨加协定》禁止将另一缔约方的服务提供者在其领土内设立或维持代表处、(任何形式的)企业或成为居民作为跨境提供服务的条件。TiSA禁止将另一缔约方的服务提供者在其领土内设立或维持商业存在或成为居民作为以跨境服务贸易的三种模式提供服务的条件。结合上述规定,“禁止要求当地存在规则”,或称“不设立权”(right of non-establishment),^①指一国不得将外国服务提供者在当地设立或维持商业存在或成为居民作为允许其通过跨境方式提供服务的前提条件。尽管该规则本身表述较为简单,但在理解其含义时,需注意以下几方面问题:

第一,关于“不设立权”与“设立权”。尽管“禁止要求当地存在规则”也可称为“不设立权”,但该规则与设立权(right of establishment)并非正反两面的关系。“设立权”源于区域经济一体化协定。例如,根据1957年《建立欧共体条约》第2章“设立权”第52条和58条等条款,成员方国民可在另一成员方领土内自由设立、管理企业和公司等实体,且此类实体等同于该成员方的自然人国民,享有从事非雇佣劳动类活动等权利。《建立欧共体条约》中享有设立权的成员方国民在权利主体外延、所设实体的法律地位和权利内容与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》等服务贸易协定中享有不设立权的外国服务提供者不同;且前者的目的在于通过规定“设立权”加深成员间的经济一体化,后者规定“不设立权”则在于促进跨境服务贸易自由化。

第二,关于一国要求外国服务提供者在当地设立商业存在作为服务跨境提供的条件和外国服务提供者通过在当地设立商业存在提供服务的区别。尽管二者具有表现形式上的相似性(即均需在当地设立商业存在),且均涉及广义的市场准入,但发生领域不同:前者涉及跨境服务贸易领域的市场准入,后者涉及外国投资领域的市场准入,这是二者的重要区分标准。此外,二者的性质也不同。前者属于一国的本地化措施,后者属于服务提供者的服务业投资,即服务提供者出于市场和经济等因素考虑自愿而非被强制在当地设立商业存在,与本地化措施无关。

第三,关于我国在服务贸易协定具体承诺表中对电信服务的跨境提供模式在市场准入栏的“见模式三”表述。该表述的问题在于,跨境提供模式与商业存在模式作为两类

^① Daniela Persin, “Market Access for Small versus Large Service Enterprises: The Preferential and Multilateral Trade Liberalization Tracks Compared”, *Journal of World Trade*, 2010, 45(4): 796.

性质与特点截然不同的服务提供模式，对后者的限制如何能适用于前者？^①在理解“禁止要求当地存在规则”的含义后，可发现“见模式三”实际上表明服务提供者通过跨境提供模式提供服务须满足与通过商业存在模式提供服务相同的要求。由于我国对基础电信、增值电信、移动话音和数据服务、国内服务的商业存在模式保留了“设立合资企业”的市场准入限制，因此“见模式三”可理解为服务提供者通过跨境提供模式提供电信服务须以在我国设立中外合资企业为前提，这就构成对当地存在要求的保留。

三、“禁止要求当地存在规则”的核心要素及其与相关条款的关系辨析

理解“禁止要求当地存在规则”的核心要素不仅是正确适用该规则的前提，也是辨析其与市场准入、国民待遇、国内监管条款关系的基础。把握该规则与相关条款的关系则有助于一国识别一项措施是否属于当地存在要求或将当地存在要求纳入负面清单时恰当列出应保留的义务。

（一）规则的核心要素解析

一般而言，“禁止要求当地存在规则”适用于跨境服务贸易的三种模式，即跨境提供模式、境外消费模式和自然人移动模式，除非直接或间接排除某类模式的适用。^②尽管大部分NAFTA型服务贸易协定的“禁止要求当地存在规则”并未像TiSA第10.1条那样明确规定该规则适用于跨境服务贸易的三种模式，但因该规则规定于跨境服务贸易章节中，而该章的适用范围只排除了商业存在模式，因此实际上暗含该规则适用于跨境服务贸易的三种模式。TiSA第10.1条的贡献在于明确规定“禁止要求当地存在规则”适用于跨境服务贸易的三种模式，这是对“当地存在要求通常只发生于跨境提供模式”观念的否定。^③需注意，NAFTA型服务贸易协定通常规定金融服务不属于跨境服务贸易章节的涵盖范围，因此上述协定所规定的“禁止要求当地存在规则”不适用于金融服务。

其次，“禁止设立或维持商业存在”是“禁止要求当地存在规则”的核心内容之一。要求设立商业存在或设立特定形式的商业存在均可构成当地存在要求。^④根据《服务贸易总协定》第28条（d）款的定义可知“商业存在”类型多样，包括代表处、办公室、分支机构、法人等任何商业或专业机构。另一方面，在要求设立商业存在以外还规定外资股权比例等具体要求作为服务跨境提供的前提也不影响其构成当地

① 石静霞. WTO服务贸易法专论[M]. 北京: 法律出版社, 2006:326-327.

② 例如, 2011年签署的《欧盟-韩国自贸协定》第B部分“跨境服务贸易”第7.4条“范围和定义”第3款即将“跨境服务贸易”限定为跨境提供模式和境外消费模式, 因此本部分的跨境服务贸易规则均仅适用于这两种模式。

③ 例如, 我国在《海峡两岸服务贸易协议》的《大陆方面承诺表》中对其他商业服务下市场调研服务的自然人移动模式即表述为“除加入世界贸易组织水平承诺中内容外, 不作承诺, 且须设立商业存在”。

④ 例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一中仅要求设立商业存在的措施“Only service suppliers with a local presence shall be allowed to supply wholesale, retail and distribution services……”, “A person who intends to supply the following services for enterprises in Japan is required to have an establishment in Japan……”; 要求特定商业存在形式的措施“An enterprise which intends to supply patent attorney services is required to establish a patent business corporation”。

存在要求, 尽管这可能同时构成其他性质的措施。^①可见, 有学者认为的“若一项措施表述为要求设立或维持代表处、任何形式的企业或成为居民, 则为当地存在要求; 若还规定了注册资本和业务范围等具体要求, 则为商业存在要求”观点并不足以成为区分当地存在要求与商业存在要求的标准。^②

再次, “禁止成为居民”也是“禁止要求当地存在规则”的核心内容。根据WTO服务贸易委员会,^③“成为居民”涉及对外国服务提供者的居住要求, 如对特定服务的从业者施加的居住要求^④、永久居住要求、对当地存在所雇佣的高管、董事会成员、专业技术人员等特定人员施加的居住要求^⑤、提供特定服务的企业由当地居民管理等。其中, 前两种类型通常可不依附于商业存在而在自然人移动模式中被单独要求, 后两种类型则通常附属于商业存在。这是因为, 为了服务的顺利提供, 外国服务提供者主动或被动在当地设立商业存在后, 往往还需要为该商业存在派遣或雇佣一定人员(例如通过高管或专业技术人员的内部调任)以协助服务的提供, 此时即可继续施加成为居民类的当地存在要求。“成为居民”同样会使外国服务提供者承担一定的成本负担。应注意的是, 特定国籍要求不属于成为居民类的当地存在要求, 而是具有“零配额(zero quota)”效果的数量限制要求, 因其是对服务来源地的区分。^⑥例如, 国家互联网信息办公室2017年的《互联网新闻信息服务管理规定》第6条第2款要求“主要负责人、总编辑是中国公民”即是如此。^⑦若将该款的“中国公民”表述改为“中国居民”, 则在跨境服务贸易语境下要求特定雇员居住在中国则属于当地存在要求。

此外, “作为允许其通过跨境方式提供服务的前提条件”意味着设立当地存在还往往伴随审批、执照、资质等要求, 这在会计、法律、金融、电信、运输服务等部门尤为普遍。^⑧一方面, 要求当地存在可更好地监管跨境服务和外国服务提供者。例如, 教育服务的跨境提供具有较大经济价值, 但也存在欺诈性教育提供者或“文凭工厂”等突出问题, 因此通过对服务提供者要求一定的当地存在, 如要求本地教育机构和外国服务提供者合作办学, 可在一定程度上监管远程教育和网络教育等跨境提供模式。^⑨另一方面, 要求设立当地存在可能使外国服务提供者承担较重的合规成本, 并

① 例如加拿大在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一中保留的措施“To be a licensed duty free shop operator at a land border crossing in Canada, a corporation must: (a) be incorporated in Canada; and (b) have all of its shares beneficially owned by Canadian nationals who meet the requirements of paragraph 1”。

② 黄琳琳. 上海自贸区跨境服务贸易负面清单制定的法律问题[J]. 国际商务研究, 2018(1):93.

③ Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92, 28 March 2002:17.

④ 例如日本在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一保留的措施“A person who intends to supply inspection or verification services…… is required to be resident or…… in Japan”。

⑤ 例如新加坡在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一保留的措施“Where a person required to be registered under the Business Registration Act, Cap. 32, 2001 Rev Ed, is, or, in the case of any corporation, the directors are, or the secretary of the corporation is, not ordinarily resident in Singapore, a local manager must be appointed”。

⑥ Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92, 28 March 2002: 17.

⑦ 第6条:“申请互联网新闻信息服务许可, 应当具备下列条件: ……(二) 主要负责人、总编辑是中国公民。”

⑧ Briefing on US TISA Proposal on E-Commerce, Technology Transfer, Cross-border Data Flows and Net Neutrality. Public Services International Website [2019-12-10]. <http://www.ourworldisnotforsale.org/en/report/briefing-us-tisa-proposal-e-commerce-technology-transfer-cross-border-data-flows-and-net-neutr>.

⑨ Education Services Background Note by the Secretariat, S/C/W/313, April 2010, para. 75.

使其处于更加不利的竞争地位。例如，各国通常对于电信服务等重要部门的跨境提供持谨慎态度，并规定了诸多限制。^①被要求设立当地存在的服务提供者不仅应遵守该国对服务跨境提供的限制，还应遵守该国国内法规对境内服务提供者的限制。

最后，“禁止要求当地存在规则”受制于一般例外与适用例外。鉴于一国出于各种经济或公益目标而维持或采取当地存在要求的正当性或必要性，服务贸易协定通常会规定该规则与市场准入、国民待遇条款同需遵守的一般例外，例如公共道德例外，并允许缔约方在负面清单中对当地存在要求作出保留。^②例如，在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一和附件二中，新加坡、加拿大、日本等发达国家保留了较多当地存在要求，远超越南、文莱、秘鲁等发展中国家，单从保留数量上看并未体现“南北差异”。就相关保留涉及的服务部门而言，各缔约方保留的当地存在要求具有分布上的相似性，同时体现一定的国家特色。^③整体而言，尽管缔约方保留的当地存在要求在数量上具有较大差异，但与经济发展水平关联不明显，相关保留在服务部门分布上的相似性则反映出各缔约方对外国服务提供者资质、服务质量、社会公共利益、国家安全、国内就业市场等监管目标的普遍关切与回应。

（二）与国民待遇、市场准入、国内监管条款的关系辨析

在《服务贸易总协定》下，市场准入、国民待遇与国内监管条款之间的关系，即这些条款之间是相互排斥还是叠加适用的问题已有诸多讨论。^④通常认为，所有的歧视性措施（包括歧视性的当地存在要求）可能违反第17条国民待遇条款，而非歧视性措施可能违反第16条市场准入条款或应受到第6条国内监管条款的规范。对于非歧视性的当地存在要求，若其符合第16条第2款的数量限制，则将受到市场准入条款的规制；若其涉及服务或服务提供者的质量，尤其是涉及与服务质量或服务提供者能力相关的资格要求和程序、技术标准和许可（下称“QTL要求”）时，则将受到第6条规范，成员须使该当地存在要求符合第6条的透明度和必要性测试等要求。在包含“禁止要求当地存在规则”的NAFTA型服务贸易协定跨境服务贸易章节中，该规则与市场准入、国民待遇、国内监管条款的关系同样应予以明确。

首先，“禁止要求当地存在规则”与国民待遇条款可同时适用于歧视性的当地存在要求。以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》为例，其附件一注解第3条均明确规定，当地存在条款和国民待遇条款是两个不同的纪律，只与当地存在条款不一致的措施不需要作出对国民待遇条款的保留。^⑤这一规定类似于《服务

① 例如新加坡在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一中对电信服务保留的措施“Facilities-based operators and service-based operators must be locally incorporated under the Companies Act, Cap. 50, 2006 Rev Ed.”。

② 例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第10.7.1条和《美墨加协定》第15.7.1条“不符措施”条款。

③ 例如，各缔约方普遍对进出口贸易、专利或商标代理、会计、法律、运输服务中的报关服务等商业服务、运输服务和通讯服务保留了当地存在要求。此外，美国在附件二对博彩服务的保留、加拿大在附件一对与文化产品进出口相关的检验服务的保留、日本在附件一对汽车拆解维修业务、在相关海域提供渔业服务、牲畜贸易业务的保留均体现一定的国家特色。

④ 石静霞，胡荣国，试从GATS第6条与第16条的关系角度评“美国博彩案”[J]，法学，2005(8):99-106；韩龙，市场准入与国内规制在WTO法中应如何合理界分[J]，中国政法大学学报，2006(4):143-152。

⑤ e.g. USMCA Explanatory Note Annex I Article 3.

贸易总协定》第20.2条规定的“桥梁”条款，^①表明“禁止要求当地存在规则”与国民待遇条款可同时适用。换言之，非歧视性的当地存在要求将受到“禁止要求当地存在规则”的规制，而歧视性的当地存在要求还将同时受到国民待遇条款的规制。因此，若《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》或《美墨加协定》缔约方欲维持非歧视性的当地存在要求，只需对禁止要求当地存在义务作出保留；若想维持歧视性的当地存在要求，则需同时对禁止要求当地存在义务和国民待遇义务作出保留。

其次，若当地存在要求满足市场准入条款的适用条件，将受到该条与“禁止要求当地存在规则”的双重规制。经分析发现，规定设立公司或合伙等具体商业存在的当地存在要求可同时违反禁止要求当地存在和市场准入义务，^②但仅要求设立商业存在的当地存在要求较难满足市场准入条款的适用条件。一个重要原因是市场准入条款的规制范围较窄、适用条件较为严苛，其列举的违反类型是穷尽性的，且对服务提供者的数量限制措施构成对数量的最大限制，即最多只有多少个服务提供者能进入本国市场。^③而当地存在要求仅要求服务提供者至少有一个商业存在或一个当地居民，这属于对服务提供者数量的最小限制。^④即便证明一项当地存在要求构成了对服务提供者的实质数量限制，例如对中小微企业造成过重的固定成本负担致使其难以通过跨境方式提供服务，仍未必构成对市场准入条款的违反，因为其与国内监管条款的关系问题尚未完全厘清。事实上，若一项当地存在要求同时与服务质量或服务提供者的能力相关，特别当涉及“QTL要求”时，学界更倾向于对市场准入条款进行限制解释，即只要该措施未造成歧视或超过必要限制，则不应认为其违反了市场准入条款，即便对服务与服务提供者产生了一定的数量限制影响。^⑤

最后，当地存在要求是否受国内监管条款规范取决于条文规定，现有服务贸易协定尚未对此形成统一范式。对于纳入负面清单的当地存在要求，尤其是涉及服务质量或服务提供者资质的非歧视性当地存在要求，“禁止要求当地存在规则”和国内监管条款对此类要求是否存在优先适用或同时适用关系是一个值得思考的问题。这是因为非歧视性的当地存在要求本身带有较强的国内监管属性，其往往与“QTL要求”相结合，因而与国内监管条款联系密切。^⑥对此，NAFTA型服务贸易协定对二者关系

① GATS Article 20.2: Schedule of Specific Commitments.

② 例如，日本在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一中在跨境服务贸易领域列出了“A person who intends to supply services of conducting the periodic inspection of specified measuring instruments is required to establish a legal person in Japan”的措施。正是因为“要求服务提供者在日本设立法人”涉嫌同时违反市场准入和禁止要求当地存在义务，日本对该措施作出了市场准入和禁止要求当地存在义务的保留。

③ Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92, 28 March 2002, paras. 9, 11.

④ WTO服务贸易委员会的“编制指南”指出最小数量要求不属于第16条市场准入范围，特别是涉及许可、资质、批准等非歧视的此类要求应受到《服务贸易总协定》第6条规制。Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92, 28 March 2002:4-5.

⑤ 石静霞, 胡荣国. 试从GATS第6条与第16条的关系角度评“美国博彩案”[J]. 法学, 2005(8):106.

⑥ 例如，加拿大在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》附件一保留的措施“Masters, mates, engineers and certain other seafarers must hold certificates granted by the Minister of Transport as a requirement of service on Canadian registered ships. Such certificates may be granted only to Canadian citizens or permanent residents”; “Only individuals ordinarily resident in Canada, enterprises having their head offices in Canada or branch offices in Canada of foreign enterprises may apply for and be issued import or export permits or transit authorization certificates for goods and related services……”。

作出了相应安排。在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中，跨境服务贸易章节第10.8条“国内监管”第2款基本沿袭了《服务贸易总协定》第6条第4款的规定，但其第7款规定纳入附件一和附件二的市场准入与国民待遇措施无须遵守本条第1至6款规定，意味着缔约方无需以合理、客观和公正的方式实施上述不符措施，也无需保证“QTL要求”不致构成不必要的服务贸易壁垒。值得注意的是，第10.8条第7款并未提及当地存在要求，表明即便是纳入负面清单的当地存在要求仍应遵守国内监管条款。《美墨加协定》的跨境服务贸易章节第15.8条“发展与措施的管理”第7款则规定纳入附件一和附件二的包括当地存在要求在内的不符措施均不必遵守本条第1至6款的规定，这相比《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》赋予了缔约方对当地存在要求更大的监管自主权。

四、“禁止要求当地存在规则”对我国服务市场开放的启示

我国在电信、广告、海运辅助服务、空运服务的销售和营销等服务中明确规定了当地存在要求，对大部分其他服务也具有自由采取当地存在要求的政策空间。在全方位制度型开放的背景下，明确现有或未来可采取的当地存在要求的存废并引入“禁止要求当地存在规则”对于增强外国服务提供者的法律预期、营造更加透明和开放的贸易环境具有重要意义。《上海自贸区负面清单》规定未纳入负面清单的当地存在要求应按照“内外一致原则”管理是我国进一步开放服务市场的重要实践。但该清单也存在不足，包括保留的大部分当地存在要求是将现有国内法规中明确规定的当地存在要求以负面清单方式进行的重申，未明显体现我国服务市场的进一步开放；缺乏对修改或新增不符措施的约束机制，造成清单稳定性较低；^①未列出不符措施对应的义务保留、政府层级、国内法规条文，造成清单透明度和易读性较差；部分措施表述不规范，造成所保留的措施涉及直接投资而非跨境服务贸易领域，与该清单的涵盖范围不符。^②上述问题体现了深入研究“禁止要求当地存在规则”的必要性和紧迫性。为指导我国跨境服务贸易的有序开放，并完成我国在《中美经济贸易协议》中购买美国服务的承诺，应结合多种因素确定当地存在要求的存废，在自贸试验区、国内法规、服务贸易协定中适时引入“禁止要求当地存在规则”，改进跨境服务贸易负面清单管理制度，加强监管能力建设和国际监管合作。

（一）对我国所维持当地存在要求的梳理分析

尽管我国缔结生效的服务贸易协定对市场准入和国民待遇义务的限制多集中于商业存在模式与自然人移动模式，但对服务的跨境提供仍作出了不同程度的保留，可分

^① 根据《上海自贸区负面清单》第6条，即便一项当地存在要求被纳入负面清单，但若国内法规将其修改为更加严格的当地存在要求，则按修改后的规定执行。

^② 既然《上海自贸区负面清单》第1条明确其规制的是跨境服务贸易的三种模式，则不应在清单中列出与商业存在模式（实为投资）有关的不符措施，但该清单中的159项措施中有很多涉及商业存在模式的表述，如类似第42项“在中国境内经营快递业务，须为中国企业法人”和第44项“在中国境内经营电信业务，需为中国电信业务经营公司”等规定，应在改进该清单时予以规范。

为具体承诺表未列出的服务^①和列出但对跨境提供模式的市场准入不作承诺的服务^②以及市场准入栏明确要求当地存在的服务。若相应国内法规明确要求或未明确禁止要求当地存在,则我国有权对该服务的跨境提供要求当地存在。结合我国服务贸易协定具体承诺表和国内法规,我国维持的当地存在要求主要有以下几项:第一,跨境提供电信服务应遵守与通过商业存在模式提供服务相同的设立要求。^③为保护用户隐私和监管跨境数据流动,《外商投资电信企业管理规定》第17条允许设立的外商投资电信企业经主管部门批准后可向国际通信出入口局租用专线经营跨境电信业务。《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》第13条、《互联网信息服务管理办法》第4条和17条规定利用国际互联网从事经营性互联网信息服务^④等电信业务须满足经营电信业务的设立条件并取得经营许可证。第二,广告客户必须委托中国广告公司代理广告业务。^⑤采取广告代理制是我国接轨国际通行做法、促进广告业内部分工和专业发展的举措。即便部分境外广告客户有能力自行开展广告业务,也应通过其在中国设立的专门广告公司代理,以落实我国《广告法》第56条“广告经营者就虚假广告承担连带责任”等规定。第三,提供货物装卸和仓储等海运辅助服务应设立中国企业法人;外国航空公司在我国境内指定的销售代理可直接进入和使用外国计算机订座系统,条件是該外航在我国境内设立办事机构且该销售代理为中国企业法人。^⑥要求提供国际海运货物装卸和仓储服务应设立中国企业法人是基于此类服务跨境提供的高昂成本或不具有技术可行性等原因;外航销售代理是连接外航和消费者的中介,要求外航销售代理应在我国设立有助于促进其为我国消费者提供沟通和售后等服务,并应对销售代理携款潜逃等问题。第四,外国人或者外国企业在中国申请商标注册等事宜应委托依法设立的商标代理机构办理;境外合法制药厂商或医疗器械厂商在中国申请药品或医疗器

① 我国在已生效的多边、双边和区域服务贸易协定的具体承诺表中均未列出的服务主要集中在兽医服务、助产士等辅助医疗人员服务、数据库服务、研发服务等商业服务、邮政服务、电影电视和新闻社等文化服务以及其他人类健康服务以及运输服务等领域。部分双边和区域服务贸易协定在《服务贸易总协定》承诺基础上新增了对少数其他专业服务、体育和其他娱乐服务、运输服务模式一的市场准入承诺且未作任何限制。若无特别说明,本文对我国已生效服务贸易协定具体承诺的梳理均不包括《内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)服务贸易协议(下称“《CEPA服务贸易协议》”)。

② 我国在已生效服务贸易协定具体承诺表中列出的此类服务为建筑服务、佣金代理、批发、零售(邮购除外)等分销服务、教育服务、环境服务(环境咨询除外)、部分国际海事、航空器修理和维护服务、运输辅助服务下的仓储服务。

③ 我国在已生效的服务贸易协定具体承诺表中对电信服务模式一的市场准入表述为“见模式三”。根据《外商投资电信企业管理规定》第2条和第17条,提供电信服务应采取中外合资经营形式。《工信部和上海市人民政府关于中国(上海)自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见(2014年)》和《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》等规定允许从事经营性电子商务、存储转发类业务、呼叫中心、国内多方通信、应用商店类信息服务、因特网接入服务业务(为上网用户提供因特网接入服务)的电信公司外资股比可超过50%。

④ 根据《电信业务分类目录》(2015年版)，“信息服务业务”属于第二类增值电信业务,指通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设,通过公用通信网或互联网向用户提供信息服务。其中,通过互联网提供内容的信息服务业务(不直接涉及通过宽带等进行的传输服务)或可称为“OTT服务”(Over-the-Top services),典型例子为微信和网飞(Netflix)在线视频网站。参见:Shin-yi Peng, “GATS and the Over-the-Top Services: A Legal Outlook”, *Journal of World Trade*, 2016, 50(1): 40-41.

⑤ 我国在已生效的服务贸易协定具体承诺表中明确对广告服务模式一和模式二的市场准入栏保留了“广告服务只能通过在在中国注册且有权提供外国广告服务的广告中介提供”的限制。《国家工商行政管理局关于进行广告代理制试点工作的若干规定(试行)》也有类似规定。

⑥ 我国在已生效服务贸易协定具体承诺表中未对海运货物装卸和仓储服务的模式一市场准入作出承诺;与智利升级、澳大利亚、格鲁吉亚服务贸易承诺表中取消了“外国计算机预订系统可以为有权根据双边航空协议从事业务的外国航空企业在中国目的地城市设立的代表处和销售办事处提供服务”的限制,并新列出了空运服务销售和营销服务,但对其模式一市场准入仍未作出承诺。《国际海运条例实施细则》第3条、《国际货物运输代理业管理规定》第3条和第17条、《外国航空运输企业在中国境内指定的销售代理直接进入和使用外国计算机订座系统许可管理暂行规定》第2-6条、《中国民用航空运输销售代理资格认可办法》第3条和第11条分别对海运货物装卸和仓储服务、外航销售代理服务规定了相应限制。

械注册应由该申请人的境内代表机构或指定中国企业法人代理。^①鉴于商标、进口药品、进口医疗器械的注册将引发主管部门向申请人送达文件等行政程序法律行为，要求由境内机构代理申请可确保送达时间；并且，这三类申请的专业性和复杂性较高，由境内机构代理也更易遵守使用中文准备注册材料以供审查等法律规定。此外，《药品注册管理办法》第10条规定药品注册申请人是承担法律责任的机构，《医疗器械注册管理条例》第14条规定进口医疗器械代理人应承担涉及产品质量和售后服务的连带责任，要求这两类注册由相关境内机构代理有助于出现产品质量问题损害消费者身体或健康时进行追责。第五，在中国境内设立代表机构的境外认证机构可从事业务范围内的推广活动，但不包括认证活动。不同国家对产品和服务的质量、安全等标准不尽相同，而认证认可直接涉及对产品和服务质量的确定和相互认可。因此，尽管我国已将以往由政府承担的本项工作变为由依法设立并经确定的相关机构进行，但《认证认可条例》仍对境外认证认可机构在我国的执业范围进行严格限制。除上述规定外，我国其他大部分国内法规因将适用范围限定为“在中国境内提供服务”（对应商业存在模式），使服务的跨境提供处于规制真空，因此我国对大部分服务具有采取当地存在要求的政策空间。^②整体而言，我国目前维持的上述当地存在要求主要出于网络安全、事后追责、行政管理和行业实际情况等原因，具有实施的合理性和必要性。

（二）确定当地存在要求的存废

确定当地存在要求存废的工作重点可放在未来可采取当地存在要求的其他服务以及电信服务和运输服务上。首先，可逐步放开健康、文化、娱乐和体育服务以及包括外语语言学习等非学历培训在内的教育服务的跨境提供，或同时要求一定的当地存在。目前，我国严格限制互联网视听节目、广播电视节目、新闻等文化服务的跨境提供，对体育服务和健康相关服务等服务的跨境提供几乎未作承诺和规定。《广播电视管理条例》规定了进口和转播境外电影、电视节目等广播电视节目的审批要求，《互联网新闻信息服务管理规定》和《互联网视听节目服务管理规定》禁止外商投资新闻和电视节目服务业，但未明确禁止外国服务提供者通过跨境方式提供上述服务，实践中会依据《网络安全法》进行审查，过滤未在我国备案或威胁我国国家安全的境外互联网新闻和视频等网站。为满足民众日益增长的精神文化需求，可明确允许上述服务的跨境提供或同时施加一定的当地存在等要求。其次，可适当开放运输服务和电信服务的跨境提供。运输和电信服务是两大容易生成自然垄断的行业，大型国有运输和电信企业易阻碍本行业自由竞争并造成市场失灵。^③我国对这两大部门的自主开放较为

① 《商标法》第18条、《医疗器械注册管理办法》第14条、《药品注册管理办法》第10条。

② 例如《中外合资人才中介机构管理暂行规定》《检验检测机构资质认定管理办法》《征信业管理条例》《互联网新闻信息服务管理规定》《外商投资建筑业企业管理规定》《民用无人驾驶航空器经营性飞行活动管理办法(暂行)》《中外合作办学条例》《外国通讯社在中国境内发布新闻信息管理办法》《旅游法》《导游人员管理条例》《旅行社条例》《公共文化服务保障法》《境外非政府组织在境内开展体育活动管理办法》等。

③ 有学者曾将服务部门的市场失灵划分为四类：电信、交通等部门的垄断；金融服务和专业服务等部门的信息不对称；交通和旅游等部门的外部性；交通、电信、金融、教育、健康等部门为履行社会目标而要求的普遍服务。Domestic Regulation and Trade in Services: Designing GATS Rules. World Bank Website [2019-11-23]. http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/WBI-Training/sauve-mattoo_lookingaheadgats_04.pdf.

缓慢,目前外方向我国跨境提供大部分运输服务完全未获得承诺,跨境提供电信服务则存在较多设立、许可、经营范围等限制,尤其是较难获得部分电信经营许可证。^①尽管我国在电信和运输服务中维持的当地存在要求具有合理性,但鉴于我国在《中美经济贸易协议》中承诺从美国进口运输和电信等服务,可借此机会开放部分运输和电信服务的跨境提供以倒逼本土企业提高国际竞争力。再次,可放开研发和管理咨询等商业服务的跨境提供。基于书面民事合同协议向特定消费者跨境提供的研发和管理咨询等服务通常权利义务相对明晰、交易风险可控,且我国也在《中美经济贸易协议》中承诺采购研发等商业服务,适当开放上述服务的跨境提供并不会对国内产业产生较大冲击。最后,对于建筑服务和环境服务等因缺乏技术可行性而未对跨境提供模式作出承诺的服务,可结合5G技术和3D打印等科技发展趋势评估此类服务的跨境提供是否可能被科技激活并作出相应制度回应。但在3D打印和智能机器人等技术安全性和稳定性尚不明确时,可继续对上述服务维持不作承诺的现状。

此外,可结合世界上主要国家保留的当地存在要求和《CEPA服务贸易协议》,明确当地存在要求存废的底线和上线。一方面,我国可务实地保留商标申请、进出口贸易、运输服务等大部分国家普遍作出保留的服务部门中的当地存在要求,并保留对社会服务和文化服务等重点部门自由采取任何措施的权利。另一方面,香港和澳门是我国的特别行政区,我国在《CEPA服务贸易协议》中对港澳服务提供者通过跨境提供模式提供特定服务作出了更高承诺,使得外方可通过在香港或澳门设立商业存在成为该协议所涵盖的服务提供者后向内地消费者跨境提供服务,规避我国在其他服务贸易协定或国内法规中对外国服务提供者跨境提供服务施加的当地存在等要求。^②因此我国也可参考该协议的内地具体承诺表,在全国或自贸试验区范围内清除或不予采取无实施必要的当地存在要求。例如,为促进人工智能和数字贸易的长远发展,应密切关注在前海和横琴试点的跨境数据库服务,逐步放宽国际互联网数据有序跨境流动,或放宽对特定电信服务跨境提供的外资股比等要求。

(三) 引入“禁止要求当地存在规则”并完善负面清单管理制度

我国《对外贸易法》关于国际服务贸易的规定过于原则性和粗疏,且大部分具体服务部门的“碎片化”立法缺乏对服务跨境提供的明确规定,造成我国跨境服务贸易发展长期无法可依,对此应逐步完善我国服务贸易立法,“由点到面”、“由内到

① 例如,英国电信在2015年依据《CEPA服务贸易协议》,通过其香港子公司BT Hong Kong Limited与深圳市华夏城智管理咨询有限公司各出资50%设立了英电通讯信息咨询(上海)有限责任公司,经营范围为国内互联网虚拟专用网(IP-VPN)业务(仅限上海市),但该公司直到2019年1月才获得了IP-VPN和互联网服务提供商(ISP)的全国许可证,使英国电信成为我国第一家获得全国性牌照的外国电信公司,有利于更好地为其中国境内跨国公司等客户提供跨境电信服务。参见:英国电信“入华”将带来什么[EB/OL]. 新华网[2019-11-12]. http://www.xinhuanet.com/tech/2019-01/29/c_1124056085.htm.

② 根据《CEPA服务贸易协议》的内地具体承诺表(修订版),港澳合同服务提供者可以跨境提供方式提供下列服务:分娩、护理、理疗及辅助候疗服务;医院服务和其他人类卫生服务;在前海、横琴试点提供跨境数据库服务(网络运营服务和增值电信业务除外);在广东省设立独资海员外派机构并仅向中国港澳籍船舶提供船员派遣服务,无须事先成立船舶管理公司;举办展览;在内地全境销售只在港澳使用的固定移动电话卡;港澳演出经纪机构或文艺表演团体经广东省、上海市主管部门批准,可以跨境提供方式试点在该省、市举办营业性演出活动(视听服务除外)。港澳服务提供者可投资经营以下电信服务但股权比例不超过50%:在线数据处理和交易处理(经营性电子商务除外)、内地境内互联网虚拟专用网服务、互联网数据中心业务、互联网接入服务业务(为用户用户提供互联网接入服务除外)、信息服务业务(应用商店除外)、内容分发网络业务、编码和规程转换业务。

外”地建构“禁止要求当地存在规则”。首先，可将该规则引入自贸试验区的跨境服务贸易负面清单。《上海自贸区负面清单》作出了有益示范，该清单第2条已规定涉及当地存在的措施应纳入负面清单，但未界定何为当地存在要求，可将其进一步完善为更加明确的“禁止要求当地存在规则”，也可效仿《服务贸易协定》明确该规则适用于跨境服务贸易的三种模式，或根据实际情况进行灵活调整，例如明确排除该规则对某种服务提供模式的适用。其次，应将该规则适时引入我国服务贸易国内法规。自贸试验区负面清单毕竟属于法律层级较低的规章性其他规范性文件，缺乏法律权威性和稳定性。^①因此，应适时将自贸试验区关于当地存在要求的成熟经验转化为更高位阶的国内立法，这也可帮助确定跨境服务贸易负面清单中保留的不符措施的确切含义或性质。最根本的做法是完善（跨境）服务贸易基本法，引入“禁止要求当地存在规则”并规定管理不符措施的规则和例外条款。更实际的做法则是将现有服务贸易法律法规的适用范围扩大至国际服务贸易，或规定此类服务的跨境提供参照适用本法，并据此引入“禁止要求当地存在规则”。最后，鉴于我国已同意在与新西兰、澳大利亚等国的自由贸易协定升级谈判中引入负面清单，我国也可择机在（跨境）服务贸易章节中采纳“禁止要求当地存在规则”，将确定暂予保留的当地存在要求纳入负面清单，并可规定纳入负面清单的当地存在要求与国内监管条款的关系，即明确保留的当地存在要求是否仍应受到国内监管条款规范。需强调的是，尽管我国缔结的服务贸易协定下的服务贸易章节未规定其不适用于金融服务，但考虑到金融服务跨境提供的特殊性和敏感性，建议明确规定“禁止要求当地存在规则”不适用于金融服务，负面清单无须列出涉及该规则的不符措施。

“禁止要求当地存在规则”对跨境服务贸易的促进程度与具体承诺和负面清单管理制度也有密切联系。若在负面清单中保留大量当地存在要求，或对当地存在要求的管理过于宽松，均会制约该规则促进跨境服务贸易自由化的效果。我国正处于从正面清单过渡到负面清单的关键时期，未纳入负面清单的当地存在要求则不得再实施，除非属于例外情形。但例外条款的成功援引通常需要满足极为严格的条件，因此恰当编制负面清单并完善管理制度尤为重要，可在《上海自贸区负面清单》基础上探索“禁止要求当地存在加负面清单管理模式”。首先，应恰当编制暂予保留的当地存在要求，尤其是国内法规尚未明确规定但可以采取的当地存在要求，这有助于避免无意识地过度开放服务市场。^②其次，可参考NAFTA型服务贸易协定丰富《上海自贸区负面清单》不符措施对应的义务保留、政府层级、具体条文规定，增强负面清单的易读性和透明度。再次，可逐步引入“静止条款”（standstill clause）和“棘轮机制”（ratchet mechanism），提高负面清单的稳定性，增加外国服务提供者对清单的可预见性。最后，可增设多种类型的负面清单以增强管理不同当地存在要求的灵活性。可

^① 申海平. 上海自贸区负面清单的法律地位及其调整[J]. 东方法学, 2014(5):132-142.

^② 例如，我国未明确互联网视听节目服务是否可跨境提供，因此我国可以对该服务的跨境提供要求当地存在。若将《上海自贸区负面清单》第140项理解为从事互联网视听节目的跨境贸易须为中国信息网络传播法人，则该项填补了国内法关于互联网视听节目可否跨境提供的规制空白。

将部分现有服务和未来可能出现的服务纳入“特别版负面清单”，规定政府对于纳入该清单的服务有权自由实施当地存在要求，并放宽对不符措施的编制要求。^①

（四）加强监管能力建设和国际监管合作

“禁止要求当地存在规则”对我国服务业监管能力提出了新的挑战，因为不论从管辖权还是技术角度来看均难以对未在我国设立当地存在的外国服务提供者跨境提供服务进行有效监管。为平衡引入“禁止要求当地存在规则”促进服务市场进一步开放可能伴随的潜在风险，应加强我国对跨境服务贸易的监管能力建设并寻求国际监管合作，共同应对跨境服务贸易中的挑战。2019年发布的《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》（国发〔2019〕18号）提出了创新监管方式、落实监管责任、完善监管规则等事项的整体框架，这也为改进跨境服务贸易监管能力提供了有益思路和方向。首先，可借鉴我国已经在外国投资领域对外国投资者采取的投资促进和投资便利化措施，在跨境服务贸易中引入信用承诺、备案制、个案审批等监管手段，降低外国服务提供者的合规负担。其次，应完善跨部门协同监管制度建设。鉴于服务贸易通常涉及多个主管部门，而我国服务贸易管理体制又存在主管部门权限不明和“多头管理”等问题，可通过服务贸易发展部际联席会议制度和各自贸试验区的服务贸易发展联席会议加强对跨境服务贸易的统筹以及主管部门之间的信息交换和监管协作。^②最后，应寻求国际监管合作。可通过谈判达成相互认证协议，允许符合“QTL要求”的外国服务提供者不设立当地存在也可通过跨境方式为我国消费者提供服务。^③欧盟和美国就数据跨境流动中的消费者隐私保护新达成的“隐私盾”协议^④也是国际监管合作的一个重要范例，我国可与外国政府就广告服务特定服务的跨境提供和数据跨境流动制定企业名单、审查机制、权利救济等规则以建立信任机制，允许符合上述规则的外国服务提供者免于遵守关于服务跨境提供的国内法规定，这对于推进多边或区域贸易协定中的相关规则制定也具有积极影响。

结语

互联网、5G技术、3D打印等技术进步正深刻拓展服务跨境提供的场景、范围和方式，包括中小微企业在内的服务提供者都将因此受益，加速融入全球价值链并增强经济活力。服务跨境提供中的“禁止要求当地存在规则”是与市场准入、国民待遇同等重要的规则，契合我国全方位制度型开放的体制建设需要，也是支持电子商务和数字贸易发展的基础性规则之一，其重要性将在未来得以进一步显现。将该规则引入我国服务贸易国内法规和服务贸易协定谈判对我国进一步开放服务市场和建构更高标

① 如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》设置了附件一、附件二、附件三等多个负面清单。对于纳入附件二的不符措施，缔约方无须列出其对应的政府层级和具体法律法规条文，且可对其进行自由修改或采取新措施而无须承担不利条约后果。

② 《国务院关于同意建立国务院服务贸易发展部际联席会议制度的批复》（国函〔2015〕143号）。

③ 例如，印度和意大利曾就允许获得意大利认证的印度专业人员向意大利提供跨境服务进行过谈判。参见：Usman Ahmed, “The Importance of Cross-Border Regulatory Cooperation in an Era of Digital Trade”, *World Trade Review*, 2019, 18(S1):113.

④ Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield (notified under document C (2016) 4176).

准的服务贸易规则具有不可忽视的现实意义。作为NAFTA型服务贸易协定的核心义务之一，对该规则的引入也有助于减少中美贸易规则分歧，并缓冲我国在跨境数据流动、国企改革、电子商务与数字贸易等议题谈判中面临的压力。我国应深入研究服务跨境提供中的“禁止要求当地存在规则”及其发展趋势，理解其含义、性质与要素，探索我国引进“禁止要求当地存在规则”的步骤和本土化路径，全面梳理国内法规和已缔结服务贸易协定中允许维持或采取的当地存在要求，并依托上海等自贸试验区逐渐清理废除一批不符合开放型经济新体制的当地存在要求，逐步在国内法规和商签区域贸易协定时择机引入“禁止要求当地存在规则”。对于少数确需暂予保留的当地存在要求，我国应将其作为“不符措施”列入负面清单，并改进跨境服务贸易负面清单管理制度。对于不予维持或采取当地存在要求的服务，也应加强对服务跨境提供的监管能力建设和国际监管合作，以应对服务市场开放面临的各种挑战。

【作者简介】石静霞：对外经济贸易大学法学院教授，博士生导师。研究方向：国际经济法。

鄢雨虹：对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。研究方向：国际经济法。

On the Rule of Prohibition of Local Presence Requirements in Cross-Border Supply of Services ——An Implication on Opening China's Services Market

SHI Jing-xia & YAN Yu-hong

(School of Law, University of International Business and Economics, Beijing 100029, China)

Abstract: The rule of prohibition of local presence requirements, deriving from the evolving regulatory history of localization measures by services trade agreements, is one of the core obligations of contracting parties in the cross-border trade in services under NAFTA-template services trade agreements, and overlaps to some extent with provisions of market access, national treatment and domestic regulation. It's beneficial to reduce foreign services suppliers' burden of costs, accelerate them to integrate into global value chains and facilitate the development of e-commerce and digital trade by allowing services to be provided cross borders without having to establish a local presence. It's progressive that, according to the Special Administrative Measures (Negative List) for Cross-Border Trade in Services in the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone (2018) released by Shanghai Municipal Government, local presence requirements beyond the Negative List shall be managed in accordance with national treatment principle. However, gaps remain between the Negative list and the rule of prohibition of local presence requirements. It's suggested, therefore, based on China's commitments under its services trade agreements and domestic regulations, to either abolish or maintain China's existing or future local presence requirements after considering its regulatory objectives and capacity, and to timely introduce the rule of prohibition of local presence requirements into the modification of its domestic regulations and negotiation of services trade agreements. Local presence requirements to be maintained shall be listed in the Negative List while the corresponding management regimes of cross-border trade in services shall also be improved. For local presence requirements not to be adopted in the future, regulatory capacity building and international regulatory cooperation shall be enhanced.

Keywords: cross-border trade in services; prohibition of local presence requirements; national treatment; market access; Shanghai Pilot Free Trade Zone

(责任编辑：黄志瑾)