

商业开放？ 中国电信服务市场与 WTO^{*}

[澳]塔尼亚·芙恩^{**}

[澳]安德鲁·米歇尔^{***}

彭德雷^{****} 译

目次

- 一、引言
- 二、透明度、监管独立性与竞争
 - (一) 透明度
 - (二) 监管独立性与竞争
- 三、中国电信服务市场的外国参与
 - (一) 可允许的外国参与方式
 - (二) 外国参与的现有水平
- 四、外商投资电信企业的限制
 - (一) 外资股权限制
 - (二) 最低注册资本
 - (三) 合作伙伴的选择
 - (四) 可允许的服务
- 五、WTO 法中的相关例外
 - (一) 《加入议定书》义务的例外
 - (二) 公共道德和公共秩序

^{*} 本文原文刊登在 2010 年第 2 期的 *Journal of International Economic Law*, 本文已获得作者的翻译授权。

^{**} 剑桥大学法学博士, 墨尔本大学教授, WTO 上诉机构秘书处前法律官员, 邦德大学 Tim Fischer 全球贸易与金融中心研究员, 维多利亚州最高法院和澳大利亚高级法院出庭律师。

^{***} 剑桥大学法学博士, 墨尔本大学教授, 邦德大学 Tim Fischer 全球贸易与金融中心研究员, 维多利亚州最高法院和澳大利亚高级法院出庭律师。

^{****} 华东理工大学商学院国际商法教研室讲师、法学博士。考虑文章篇幅所限, 对原文部分较长引注进行了总体概括。在此感谢本文作者 Andrew(安德鲁)教授的当面赐教, 感谢上海交大凯原法学院胡加祥教授在翻译过程中的指导。

(三) 国家安全

六、结论

关键词 WTO 争端解决机制 电信服务 限制竞争行为 监管独立性

一、引言

自 2001 年底中国加入 WTO 随之开始的“蜜月期”以来,^[1]很多 WTO 成员在争端解决机制下对中国提出申诉,声称中国违反了 WTO 规则。其中一些争端已由评审团和上诉机构解决,^[2]或达成双边协议,^[3]而还有一些案件在本文写作时仍处于磋商或评审团评审阶段。^[4] 这些争端揭示了中国作为世界上最大和经济增长最快的国家之一,在全面融入世界贸易体系时不断进行的全球化调整。中国在国际贸易中的重要角色也反映在某些单边措施中,如奥巴马总统 2009 年 9 月做出的富有争议的征收中国轮胎额外出口税的决定,^[5]其依据的是《中国加入议定书》中特定产品过渡性保障机制。^[6] 此前,已有一些成员根据这些条款或者通过反倾销、反补贴^[7]或其他手段,针对中国采取了一系列可以说是贸易保护主义的措施;为此,中国也在 WTO 提起了诉讼来回应这些措施。^[8]

对几乎所有的 WTO 成员来说,电信服务至关重要,无论是其自身作为一个独立的部门还是作为其他领域经济增长的关键驱动者而言。^[9] 再者,中国的电信服务市场不仅是世界上最大和最具活力的,^[10]而且电信部门更广泛地被认为是“社会主义市场经济中皇冠上的宝石”。^[11] 但为何预

[1] 参见 WTO 部长级会议,《中国加入工作组报告书》,WT/MIN(01)/3(2001 年 11 月 10 日),《关于中国加入的决定》,2001 年 11 月 10 日,WT/L/432(2001 年 11 月 23 日)。

[2] 这些案件包括“影响汽车零部件进口的措施案”(China—Auto Parts), WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R;“中美知识产权案”(China—Intellectual Property Rights), WT/DS362/R;“中美出版物和音像制品案件”(China—Publications and Audiovisual Products), WT/DS363/R 等。

[3] 这些案件(编号)包括:DS309,DS358,DS359,DS372,DS373,DS378。

[4] 这些案件(编号)包括:DS387,DS388,DS390,DS394,DS395,DS398。

[5] 2009 年 9 月 11 日,白宫发表了一份美国总统奥巴马关于解决中国轮胎扰乱市场的声明。

[6] 参见《中国加入议定书》第 16.7 条。

[7] Economist Intelligence Unit, *Country Report: China* (December 2009) 13-14; Chad Bown, “Global Antidumping Database, Version 5.0”, (July 2009) http://www.brandeis.edu/_cbown/global_ad/ (visited 17 September 2009).

[8] 这些案件(编号)包括:DS368,DS379,DS392,DS397,DS399,DS405。

[9] See Robert Cassidy, “Trade in Services in China: Implementing the WTO”, in National Bureau of Asian Research, *China’s WTO Accession: The Road to Implementation*, NBR Special Report No 3 (November 2002) 23, 38; Shin-yi Peng, “Trade in Telecommunications Services: Doha and Beyond”, 41 *Journal of World Trade* 293 (2007), at 294-95, 315.

[10] See ICT Statistics Database, <http://www.itu.int/ITU-D/ICTEYE/Indicators/Indicators.aspx#> (visited 6 December 2009).

[11] Kenneth DeWoskin, “The WTO and the Telecommunications Sector in China”, 167 *China Quarterly* 630 (2001), at 630.

期的“国外投资者和竞争者的冲击”^[12]并没有因中国的入世而发生,尽管中国在电信服务市场做出了“变革性(revolutionary)”^[13]的承诺?毫不奇怪,很多WTO成员、^[14]评论家^[15]和工业实体^[16]对进入中国电信服务市场的高门槛提出了忧虑,并暗示中国在此领域没有遵守入世承诺。然而,该领域尚没有现时的、详细的和独立的基于WTO法视角的研究。电信业为考察中国WTO合规性、讨论《中国加入议定书》中义务的重要性及在《服务贸易总协定》(GATS)下各WTO成员普遍承诺的内涵提供了一个案例研究范本。^[17]这些领域仍未充分探索,且很可能成为未来数年中持续争端的对象。

在本文中,我们主要关注GATS第1条规定的“模式3(mode3)”下的电信服务提供,该模式确认了GATS适用于WTO成员影响服务提供的措施,即“一成员的服务提供者通过在任何其他成员领土内的商业存在提供服务”。^[18]在这种情况下,我们通过其他WTO成员服务提供者在中国的商业存在来考察电信服务的提供。在GATS的其他模式下,电信服务贸易也引发了一些争议,特别是在模式1下,它涉及“自一成员领土向其他任何成员领土提供服务”。^[19]目前,在电信服务中,围绕模式1中的跨境提供形成的唯一WTO争端是美国诉墨西哥电信服务措施案。^[20]

在文章第二节,我们通过考察中国电信规则的某些一般方面来展开分析,涉及透明度、监管独立性及竞争。具体内容包括翻译的困难,一部统一电信法的缺失,对电信服务部门中法律上的“灰色地带”的某些组织架构的容许,以及中国政府与主要电信经营者的密切关系。我们可以确定,这其中相当多的问题即便没有违反中国WTO义务的文本,也违反了中国WTO义务的精神。之后,我们在第三节阐述目前外国参与中国电信的限制范围。第四节,我们将详细评估对外商投资电信企业的几项重大限制:包括外资股权限制、最低注册资本要求、对中方合作伙伴的限制以及外商投资电信企业授权提供服务的限制。我们确认了几种可以说(arguably)是构成中国违反WTO义务的情况。最后,在第五节,我们考察中国WTO义务的可能例外,这些例外可能证明其措施符合WTO规则。在该部分,我们认为GATS的一般例外情况不仅适用于中国在GATS下的承诺,而且适用于《中国加入议定书》中的义务。但是,在本文中,我们并不会将这些例外(特别是公共道德或国家安全例外)视为是问题产生的正当理由。

[12] Ibid, at 639. See also Xiang Fang and David Yen, “An Empirical Study About the Impacts of China’s Accession to the WTO on the Telecommunications Industry in China”, 13 *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce* 31 (2006), at 46.

[13] Yuka Kobayashi, “The Impact of the World Trade Organization on China’s Trade Policy: A Case Study of the Telecommunications Sector”, in Ka Zeng (ed), *China’s Foreign Trade Policy: The New Constituencies* (London: Routledge, 2007), 143, 150.

[14] 如参见美国贸易代表办公室(USTR):《2008年中国WTO合规性报告》,第88页;WTO贸易政策评审机构:《中国:会议纪要》,编号为WT/TPR/M/161(2006年6月6日),第110段(新加坡)。

[15] See, e. g. Daniel Roseman, “The WTO and Telecommunications Services in China: Three Years On”, 7 *Info* 25 (2005), at 33-5.

[16] See, e. g. European Union Chamber of Commerce in China, *European Business in China Position Paper* 2009/2010 (2 September 2009) 367-9.

[17] LT/UR/A-1B/S/1, 1867 UNTS 3(1994年4月15日签订,1995年1月1日生效)。

[18] GATS, arts I : 1, I : 2(c).

[19] GATS, art I : 2(a).

[20] 参见 Panel Report, Mexico—Telecoms,编号:WT/DS204/R(2004年7月1日)。

二、透明度、监管独立性与竞争

中国作为 WTO 成员需遵守关于透明度、监管独立性与竞争的义务。这些义务中的一些适用于 GATS 下的所有成员;另一些义务仅适用于像中国这样的成员,他们将电信《参考文件》^[21]纳入到 GATS 减让表中;还有一些义务依据的是《中国加入议定书》^[22]或《工作组报告书》^[23]中的承诺。^[24]虽然在接下来的章节中指出的问题并不一定等同于违反 WTO 规则——违反 WTO 规则需要在正式的争端解决中得到确认(或至少拥有详尽、具体的证据)——但是它们肯定代表着希望进入中国电信服务市场的外国运营商的实践困难。

(一) 透明度

1. 翻译困难

中国的电信法规框架相对不透明和难以理解,这对那些不能看懂中文的人来讲尤其如此。中国在其入世承诺中同意(通过《工作组报告书》第 334 段)在不迟于实施或执行后 90 天内“使 WTO 成员获得译成一种或多种 WTO 正式语言的所有有关或影响货物贸易、服务贸易、TRIPS 或外汇管制的法律……”。这项承诺建立在 GATS 及《中国加入议定书》中的一般透明度义务基础上,^[25]它被形容为“卓越的”^[26]和有“惊人的雄心的”,^[27]WTO 秘书处最近的《贸易政策评审》中认可了中国在规章透明度方面的改进。^[28]在《2009 年不透明指数》中,中国在 48 个国家中从第 41 名上升至第 38 名,该指数测量腐败、法律制度的不健全、经济执行政策、会计标准和公司治理及规制等因素。^[29]

然而,有些成员认定中国未能按照第 334 段的要求提供翻译,^[30]还有一些成员抱怨在中国 WTO 义务合规性评审过程中,中国不够配合。^[31]并且,非 WTO 成员很难查到译文为英语、法语

[21] WTO 基础电信谈判小组:《参考文件》(1996 年 4 月 24 日)。See Marco Bronckers and Pierre Larouche, “Telecommunications Services” in Patrick Macrory, Arthur Appleton and Michael Plummer (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (vol I, 2005) 989, 999-1013.

[22] 《中国加入议定书》第 1 部分第 1.2 段指出本议定书“应成为《WTO 协定》的组成部分”。See Julia Qin, “‘WTO-Plus’ Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System: An Appraisal of the China Accession Protocol”, 37 *Journal of World Trade* 483 (2003), at 509.

[23] 参见《中国加入工作组报告书》,编号:WT/ACC/CHN/49(2001 年 10 月 1 日),(简称《工作组报告书》)。

[24] 《中国加入议定书》第 1 部分第 1.2 段指出本议定书“应包括《工作组报告书》第 342 段所指的承诺”。同时,《工作组报告书》第 342 段又援引了该书其他段落中的承诺并且“强调这些承诺已并入议定书(草案)第 1 条第 2 款”。除非另有说明,本文所指的《工作组报告书》的段落即该书第 342 段中所指的段落并包含在《中国加入议定书》中。See Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 133; Qin, above n [22], 488.

[25] GATS, art III; Accession Protocol, section 2C.

[26] Qin, above n [22], 494.

[27] Donald Clarke, “China’s Legal System and the WTO: Prospects for Compliance”, 2 *Washington University Global Studies Law Review* 97 (2003), at 113.

[28] 《WTO 贸易政策评审机构审议报告》,编号为 WT/TPR/S/199/Rev.1(2008 年 8 月 12 日),第 24~29 页。

[29] Milken Institute, *Opacity Index 2009: Measuring Global Risks* (April 2009) 1, 3.

[30] 如美国根据《中国加入议定书》第 18 条(过渡性审议机制)对中国金融服务的提问,文件编号 S/FIN/W/19(2002 年 10 月 1 日);WTO 贸易政策评审机构:《中国:会议纪要》,编号为 WT/TPR/M/199/Add.1(2008 年 8 月 28 日),第 266~267 页。

[31] 参见如 WTO 货物贸易理事会:《2007 年 11 月 23 日会议纪要》,编号为 G/C/M/91(2007 年 12 月 18 日),第 7.10 段(欧洲共同体)。

或西班牙语的中国电信法规的可靠翻译。例如,世贸组织秘书处曾解答说中国商务部(MOFCOM)负责在《中国对外贸易和经济公报》(China Foreign Trade and Economic Gazette)上刊登与对外贸易有关的法律、法规和规章。^[32]然而,商务部网站仅有该公报的英文目录。^[33]类似的,中国商务部英文网站上的“中国法”一栏最近一次的上传时间是2007年2月27日。^[34]就像中国在其2008年年度过渡期评审中所解释的,^[35]中国的电信法规发布在中国工业和信息化部(MIIT)(前身是信息化部,以下简称“工信部”)的网站上及中国投资指南服务平台网(<http://www.fdi.org.cn>),^[36]但是工信部英文网站尚“在建设中”,^[37]中国投资指南服务平台网是一个订阅型的服务平台。^[38]毫不奇怪,在最近的“中国——出版物和视听产品措施案”中,中国法律法规的翻译导致了很多分歧,评审团最终援引了作为独立翻译者的联合国驻内罗毕办事处的翻译。^[39]

2. 电信法的缺失

在超过10年的时间里,中国一直处于起草一部统一的电信法的进程中,这使得电信服务领域的翻译变得复杂。电信法常被认为是指日可待,但却尚未成为现实。^[40]草案也很少发布且很难获得。^[41]最近,在2009年10月,据说中国已经向利益相关方发布了草案,^[42]美国信息产业机构(USITO,相当于中国的工业协会)将草案分发给其会员。^[43](电信法)延迟的原因可能包括相关部委之间的协调,对国家控制和自由市场原则适当平衡的各方意见分歧,^[44]中国工信部倾向于维持现状(因为一项新的法律“可能使得替代的经营者获取许可,增加竞争,权力的分散和做出专有决定的部门权力的转移”),^[45]且在一个充满活力的行业里,要想考虑到每种情况,可能是一种徒劳的尝试。在电信法缺失的情况下,中国的电信行业受不同的分散的法规和规章约束,这样操作

[32] 《WTO贸易政策评审机构审议报告》,编号为WT/TPR/S/199/Rev.1(2008年8月12日),第20页。

[33] See <http://bgt2.mofcom.gov.cn/gazette/gazette.html>(visited 6 December 2009).

[34] See <http://English.mofcom.gov.cn/static/column/lawsdata/chineselaw.html/1>(visited 6, December 2009).

[35] 《中国加入议定书》第18条指出总理会和一些下属机构(包括服务贸易理事会)在中国加入后8年内每年进行审议。将在第10年或总理会决定的较早日期进行最终审议。2009年的评审细节包含在WTO服务贸易理事会的报告中,参见2009年11月5日的会议报告,编号为S/C/M/96(2009年11月13日)。

[36] 《WTO服务贸易理事会会议报告》,编号为S/C/M/92(2008年12月12日),第22段。

[37] See http://www.gov.cn/english/2005-10/02/content_74175.htm and <http://www.miit.gov.cn>(visited 6 December 2009).

[38] Other subscription-based services publishing Chinese laws in English include China Law and Practice, published by Euromoney Institutional Investor PLC and available through LexisNexis.

[39] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 2.4-2.9.

[40] Arjun Subrahmanyam, “Looking Ahead: Issues in China’s Telecommunications Law”, *China Law and Practice* (March 2004); Cf. Charice Wang, *China—Country Regulation Overview* (Ovum, a Datamonitor company, 19 December 2008) 5.

[41] USTR:《2009年国别贸易壁垒评估报告》,第112页;USTR:《2008年中国WTO合规性报告》,第89页。

[42] Coalition of Service Industries, *Submission to the USTR for the 2010 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements* (11 December 2009) 6.

[43] USITO, *USITO Weekly China Summary* (30 October 2009) No 396.

[44] TransAsia Lawyers, *China’s IT & Telecoms Legislation (Vol III)* (TransAsia, 2003)164. 相关的部门不仅包括商务部和工信部而且包括(由于电信服务和视听内容存在重叠)国家广播电影电视总局(SARFT),以及除国务院以外的其他部门。

[45] OECD:《中国电信部门发展与改革评论》,DSTI/ICCP(2002)6/FINAL(2003年3月13日)第11页。

起来常常是不确定和没有定论的。^{〔46〕}即便 2009 年的电信法草案也并非全面，其只是取代其中的一些法规。^{〔47〕}

尽管给电信提供者和投资者带来困难，但是电信法的缺失不太可能违反中国的透明度义务，因为透明度义务更多的是涉及现有法律的披露和公开，而并不是更清晰和更全面的法律的制定。例如，中国在其《加入议定书》中承诺“只执行已公布的、且其他 WTO 成员、个人和企业可容易获得的有关或影响……服务贸易……的法律、法规、及其他措施”。^{〔48〕}就如当前的电信法草案尚未得到执行，故其也不需要被公布。中国现行的电信服务法规是单行的规章而非统一电信法，这点和“美国诉墨西哥电信案”的情况不同，该案中评审团发现墨西哥的某些法规未能在其 GATS 减让表承诺的合理时间内发布。^{〔49〕}而中国在 GATS 中并未承诺制定一部电信法。

3. 对不规范的公司架构的容许

中国电信服务行业的法规也引发了不同类型的透明度问题，而不仅仅是和翻译直接相关或是统一电信法缺失的问题。有时，中国政府容许或者忽视外商和国内实体的一些复杂运作，这些运作是为了克服外商的进入障碍并进而获得电信许可，但其也常常存在合法性问题。这些运作被广泛应用并为主管机关知情，他们为了监控市场中有限外资参与的影响而可能默许这些运作，这为外商在没有权利保障的情况下提供了一定的灵活性。（各种不规范的架构有时也存在于其他司法区域，虽然通常更为有限而运作方式也更加透明。）^{〔50〕}

在中国，增值电信服务（VATS）^{〔51〕}如互联网内容服务，存在数以百计的所谓“附设公司（captive company）”或“可变利益实体（variable interest entity, VIE）”的运作模式，这通常涉及“三类实体：一个运营公司，完全由国内中方投资者所拥有（持有必要的许可和批准）；一个外商独资的中国公司，其有效控制第一个实体（通过一系列的合同）；以及一个境外投资者，其拥有和控制着第二个实体”。^{〔52〕}根据这种安排，外国投资者间接获得了在中国提供增值电信服务许可的利益，而不用遵守对外商投资电信企业（FITEs）的额外要求（下文进一步讨论），^{〔53〕}因为电信增值服务许可的合法持有人是国内的运营公司。

除了与中国外商投资电信企业（FITE）规章存在潜在不符外，中国法院对很多采取这种类型运

〔46〕 Ure, above n [10], 19. See also Paolo Farah, “Five Years of China’s WTO Membership: EU and US Perspectives on China’s Compliance with Transparency Commitments and the Transitional Review Mechanism”, 33 *Legal Issues of Economic Integration* 263 (2006), at 279-82.

〔47〕 《中华人民共和国电信法》（征求意见稿）第 102 条（2009 年 10 月）。

〔48〕 Accession Protocol, part I, para 2. C. 1. See also GATS, art III.

〔49〕 Panel Report, *Mexico—Telecoms*, above n [20], para 7. 371.

〔50〕 例如，加拿大政府最近在其移动通信市场批准了一个新的进入者——Globalive，认为它符合由加拿大所有和控制的法律要求，尽管在 Globalive 中有一个外资实体 Orascom 的广泛参与。See Order of the Privy Council (Canada) varying Telecom Decision CRTC 2009-678 (10 December 2009), schedule para 23. 类似地，1995 年，澳大利亚广播事业局认为，1992 年建立的一个旨在解决外资所有权限制的复杂结构，并不存在违法，即虽然加西全球传媒集团（CanWest Global Communications Corp.）对第十集团（Ten Group Limited）拥有实质的经济利益和影响力，但电视许可的持有者为第十电视网（Ten Network）。Australian Broadcasting Authority, *Investigation into Control: CanWest Global Communications Corporation/The Ten Group Ltd* (November 1995).

〔51〕 增值电信服务（VATS）可被定义为“通过计算机程序适用来加强消费者信息的形式或内容，或者为其提供存储和检索的服务”。

〔52〕 Gabriela Kennedy, Michael Aldrich, Gaston Fernandez and Brenda Lui, “Asian Policy Futures: China and Hong Kong”, 37 *Intermedia* 62 (2009), at 63-4.

〔53〕 参见第四节。

作的案子可能难以强制执行,例如,许可证持有人违反了与外商独资企业的合同义务。不过,对这种运作方式的默许带来了透明度的问题,因为国内和国外的投资者不知道什么类型的架构被允许或可以存在多久,这将使他们面临巨大风险。有时,中国政府主管机关向涉及这类运作的外国投资者发出警告信号,暗示他们主管机关准备开始严格执行相关规章。例如,在2006年,工信部(MIIT)的前身(信息化部)发布了一个通知称发现一些外国投资者与国内电信增值服务公司联合,“以规避《规定》的要求,从事非法增值电信业务”。这个通知还确认“外国投资者在中国境内投资电信服务,应严格按照《规定》的要求,申请设立外商投资电信企业和相应的电信经营许可证”。^[54]然而,这些运作(其中有些明显地与中国国内政策和规章不一致)似乎还在大规模地继续进行。

一旦中国政府决定取消之前所容许的这类架构,就将使企业陷入严重危机,这可通过中外合资企业在1998年依照“中国—中国—外国”或“联通模式”提供基础电信服务(BTS)(如固定和移动语音服务及数据传输服务)^[55]的经验加以证实:

自电信改革以来,大量外国投资项目被取消,49个中的3个被发现是非法的,并被立即叫停。运转中的投资项目开始不可逆转地走向解散。应分配给外国投资者的现金被冻结,许多投资者都遭受了现金流损失的极端困境,然而由于立场迥然不同以致几乎所有的谈判收效甚微而只有怨意和急躁。^[56]

在增值电信领域,这种可能性的发生,在今天对很多外国投资者来说仍然是一个威胁,因为,外国投资者依靠商业诱因而不是法律保障来维持他们的交易。中国政府的非正式陈述表明,将严格执行增值电信服务法律,特别是针对外国电信服务提供者,而非中国电信业中受控公司(captive company)架构中的“被动(passive)”投资者。被主管机关特殊看待的受控公司或可提供外商或外商投资电信企业(FITE)所不被许可的服务。

在增值电信服务领域,尽管中国对某种程度上非法行为的容许并不等于执行了某些没有公布的措施,进而违背上述《加入议定书》中透明度义务,^[57]但它可能违反中国的“应以统一、公正和合理的方式适用和实施所有的法律、法规及其他措施”的义务。^[58]具有讽刺意味的是,对受控公司架构的异议可能导致更少而不是更多的外国服务提供者的准入,因而没有成员乐意对此提出抱怨。在最终制定的电信法中,中国仍应明智地考虑什么样的机制或程序对现存架构逐步改进是合适的,进而适应新的法规环境。

(二) 监管独立性与竞争

1. 确保监管独立性的义务

工信部扮演中国电信的监管者角色,引发独立性和公正性的问题。和其他很多成员一样,中国将《参考文件》纳入其GATS减让表中,并涉及增值电信和基础电信服务,^[59]虽然就条款而言,

[54] 参见信息产业部《关于加强外商投资经营增值电信业务管理的通知》(2006年7月13日)。也可参见WTO贸易政策评审机构:《中国:会议纪要》,编号为WT/TPR/M/199/Add.1(2008年8月28日),第263页;新闻出版总署、国家版权局、全国“扫黄打非”工作小组《关于贯彻落实国务院“三定”规定和中央编办有关解释,进一步加强网络游戏前置审批和进口网络游戏审批管理的通知》,新出联[2009]13号。

[55] 基础电信(BTS)可以定义为“涉及消费者信息端对端的传送,在两个端点或多个端点之间没有任何信息的增加”。关于基础和增值电信的区分及其历史背景的不同,可参见Bronckers and Larouche, above n [21],第994~995页。

[56] DeWoskin, above n [11], 633. See also Guan, above n [12], 133.

[57] See above n [48] and corresponding text.

[58] Accession Protocol, part I, para 2. A. 2; see also GATS, art VI:1.

[59] WTO中国承诺减让表,编号GATS/SC/135(2002年2月14日)(“GATS Schedule”)16,关于《参考文件》,参见该减让表附件1。

该《参考文件》的范围仅限于基础电信服务。^[60]《参考文件》第5节指出:“管理机构与基础电信的任何提供者相分离,且不对其负责。管理者的决定和使用的程序对所有市场参与者应是公正的。”^[61]另外,《工作组报告书》确认,关于 GATS 减让表(包括电信)中的服务,“相关管理机关将独立于其所管理的任何服务提供者,且不对其负责,但速递和铁路运输服务除外”。^[62]值得注意的是,这些义务集中于监管机构应独立于电信经营者。世贸组织规则采纳了狭义视角下的监管独立。从更广泛的视角看,监管独立性包括独立于政府(中国正走向拥有独立于政府政策制定部门的监管机构),^[63]独立于产业实体,以及独立于消费者,并考虑到诸如架构独立及财务独立等因素。^[64]

2. 监管者和经营者的关系

自信息产业部 1998 年成立以来,中国电信监管者在“架构和财务”上已与所有的电信经营者和提供商相独立,因此从这种意义上符合《参考文件》对独立性的规定^[65](信息产业部在 2008 年被工信部取代)。^[66]然而,当经营者是国有企业时,监管者独立于经营者和独立于政府的区别变得模糊不清,中国电信行业就是一个典型的例子。中国已经确立了电信作为七个重要的“战略性部门”之一,必须保持在国家控制之下。^[67]因此,一个经营者希望获得提供基础电信服务的许可,“必须为依法设立的专门从事基础电信业务的公司,且公司中国有股权或者股份不少于 51%”。^[68]

中国基础电信服务市场几乎完全由三家大的提供商占据(三家都提供固话和移动服务且都为国家所有):^[69]中国移动通信公司(中国移动)、中国电信公司(中国电信)和中国联通公司(中国联通)。这三家公司的国家持有股权的所有者是国有资产监督管理委员会,^[70]而不是工信部。然而,国资委和工信部都密切参与提供者的经营。

2008 年,工信部会同财政部和国家发展与改革委员会,从已有的六个提供者中选出这三个主要提供者,指定中国联通的 CDMA 网络出售给中国电信,决定中国网通和中国联通合并,中国卫通和中国电信合并及中国铁通和中国移动合并。^[71]与此同时,国资委对上述六个竞争者的高级管理人员

[60] GATS Schedule, 46.

[61] GATS Schedule, 48.

[62] Working Party Report, para 309.

[63] Lee Tuthill and Laura Sherman, “Telecommunications: Can Trade Agreements Keep up with Technology?” in Juan Marchetti and Martin Roy (eds), *Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations* (New York: Cambridge University Press/WTO, 2008) 151, 157-8.

[64] See, e. g. International Telecommunications Union and Information for Development Program, “ICT Regulation Toolkit”, <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/> (visited 6 December 2009).

[65] 参见《WTO 贸易政策评审机构对中国审议会议纪要》,编号为 WT/TPR/M/199/Add.1(2008 年 8 月 28 日)第 257、261、265 页。

[66] 参见 2008 年 3 月 15 日,第十一届全国人大第一次会议《关于国务院机构改革的决定》, http://www.gov.cn/2008lh/content_916855.htm (2009 年 12 月 7 日访问)。有关中国电信产业规制的历史,可参见 Eric Harwit, *China's Telecommunications Revolution* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 第 18~42 页。

[67] 参见《WTO 贸易政策评审机构审议报告》,编号为 WT/TPR/S/199/Rev.1(2008 年 8 月 12 日)第 92 页。

[68] 参见《中华人民共和国电信条例》第 10 条,国务院令第 291 号(2000 年 9 月 25 日公布实施)。

[69] 关于外商对这些提供商间接投资的详细情况,可参见下文第三节第(二)项第 1 点。

[70] 参见国资委网站,“中央企业名录”, <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1226/n2425/index.html> (最后访问时间:2009 年 12 月 20 日)。

[71] 参见工信部、发改委和财政部三部委于 2008 年 5 月 24 日联合发布的《关于深化电信体制改革的通告》。

进行了调整,^[72]一位受访者将其描述为一个“抢椅子(musical chairs)”游戏。^[73]工信部或相关机构的高级政府官员在政府和基础电信部门职位之间的调整,是一种较为普遍的做法(不仅仅对中国而言),在上述三家主要基础电信提供商中,有很多现任的高级管理人员都来自政府部门。^[74]这种类型的调整被认为是合理的,因为需要管理人员具备电信行业和政府部门的丰富的技术和商业经验及专门知识。该行业重组的原因显然包括日益激烈的竞争(为此建立三个同样强大的提供商),为所谓的第三代或3G移动许可的发布做准备,并为提高中国提供商在国际舞台上的重要性做准备。^[75]

工信部也为大范围的电信服务制定了价格或价格上限,^[76]通过联合其他机构实施上述行为,^[77]正如《中国加入议定书》中承诺的那样。^[78]当工信部没有直接规定价格时,则保留了部分决定权给基础电信经营者,他们可以根据变化自己调整价格。政府参与定价源于经营者是国有企业,需要保护其免受通常市场价格信号的影响和其他目标的实现,而不仅仅追求利润最大化,“如扩大员工数量或提高预算规模”。^[79]政府在特定价格水平上进行调整,依据的是当时的政治动机,如希望激励移动服务的迅速普及或防止经营者竞争到无利可图的程度。^[80]价格制定在其他的司法区域也是普遍的。如,许多国家的电信监管机构设置基本服务如本地通话的价格(通常低于成本),以确保消费者能负担得起这些服务。^[81]然而在中国,价格控制的范围和赋予工信部的定价决定权是相当普遍的。

中国政府广泛参与电信提供者的事务(从2009年电信法草案来看,这种情况很可能继续下去)^[82]将在工信部引发激烈的利益冲突,因为政府立即成为监管者、所有者及电信提供者的经营者。^[83]如同美国贸易代表办公室(USTR)所言:

“中国政府在电信部门拥有和控制所有主要基础电信服务经营者和在管理行业架构中积极发挥作用的事实,将继续产生涉及监管者公平监管能力的严重问题,而公平监管是中国的WTO《参考文件》中的承诺。”^[84]

[72] 例如王晓初及其他中国电信人员的职位变动(从中国联通调任新的中国电信执行官)(2008年7月31日);王建国以及其他中国移动人员的职位变动(从中国联通、中国铁通和中国网通调任新的中国移动执行官)(2008年7月31日),参见网址:english.people.com.cn/200411/10/eng20041110_163368.html(最后访问时间:2009年12月7日)。

[73] 参见前注[66],Harwit书,第77页。

[74] 参见《中国电信2008年年度报告》,第31~33页;《中国移动2008年年度报告》,第8~10页;《中国联通(香港)2008年年度报告》,第14~15页。

[75] KPMG International, *The State of the Telecoms Industry in Asia Pacific* (April 2009) 21-23. See also below nn [304], [308] and corresponding text.

[76] 如工信部和发改委联合发布的《关于调整固定本地电话等业务资费管理方式的通知》,工信部联通[2009]574号。工信部和发改委《关于简化移动电话拨打长途电话资费的通知》,工信部联通[2009]618号。

[77] 《WTO贸易政策评审机构审议报告》,编号为WT/TPR/S/199/Rev.1(2008年8月12日)第164~166页。

[78] 《中国加入议定书》,附件4。

[79] 参见前注[56],Wu书,第108页。

[80] 参见前注[56],Wu书,第103、108、110~111、114~115页。

[81] See, e. g. with respect to Australia: *Telstra Carrier Charges—Price Control Arrangements, Notification and Disallowance Determination No. 1 of 2005 (as amended by Amendment No. 1 of 2009)*, cl 16(2), made under the Telecommunications (Consumer Protection and Service Standards) Act 1999 (Australia).

[82] 《中华人民共和国电信法》(征求意见稿)第7条、第97条(2009年10月)。

[83] Bronckers and Larouche, above n [21], 1010; Taylor, above n [40], 338-40; Zhang, above n [65], 478.

[84] 参见USTR:《2009年国别外贸壁垒评估报告》,第111页;USTR:《2009年中国WTO合规性报告》,第99页。

3. 防止限制竞争行为的义务

关于《参考文件》中的相关承诺,美国贸易代表办公室(USTR)认为这不仅指监管独立性(根据第5条)而且还涉及竞争。《参考文件》第1节,要求中国维持“适当的措施……以防止单独或联合作为主要提供者的经营者从事或继续实行限制竞争的做法”(第1.1节),包括“从事限制竞争性交叉补贴,适用从竞争者处获得的信息用于限制竞争性结果,以及不能及时使其他服务提供者获得关于基本设施的技术信息和其提供服务所必需的相关商业信息”。(第1.2节)^[85]

正如经济合作与发展组织(OECD)几年前指出,中国主要电信提供者之间的竞争似乎是在监管者的控制之下。^[86] 这种方法降低了市场在促进竞争中的作用,并可能妨碍外国投资者进入中国市场,但它并不属于《参考文件》第1节中限制竞争所规定的。表面上,第1节针对的是“提供者”而不是“监管者”的限制竞争行为。

然而,在“墨西哥电信案”中,评审团对包含在墨西哥 GATS 减让表中《参考文件》第1.1节中“限制竞争行为”,适用了广义的定义,指出这种行为“是减少市场中的敌对或竞争的行为”。^[87] 评审团认为这个术语并不限于第1.2节中明确规定的行为,并且延伸到“相关的定价和市场分享协议的横向行为”。^[88] 此外,评审团认为,在《参考文件》第1节下的“限制竞争行为”是法律规定的,^[89]并且“如果一项措施从法律上要求实施某种行为,之后却又阻止这种行为的发生,这在逻辑上是不‘恰当’的”。^[90] 这一解释对避免成员仅通过简单规定限制竞争行为进而回避其义务是必要的。^[91] 基于“墨西哥电信案”的分析,人们可以组织一个合理的论点,即中国电信业主要服务提供者的定期重组,电信服务提供者高级管理人员之间的调整,^[92]和电信价格的制定,通过实施限制竞争行为违反了《参考文件》第1节的规定。

这个假设性的主张比美国在“墨西哥电信案”中的成功申诉更进一步。在“墨西哥电信案”中,墨西哥的法定定价措施要求在墨西哥的所有国际网关提供者对来自另一国的长途呼叫连接适用一致的费率。然而,互联费率在被墨西哥主管机关批准及其他墨西哥提供者采纳之前,已经被墨西哥电信 Telmex 公司(美国和墨西哥两国之间电信的主要提供者)和相关国家的国外提供者以谈判的方式从法律上确定。^[93] 因此,Telmex 公司有效地制定了价格,尽管是在墨西哥政府主管机关的指导之下。同样,墨西哥国内措施要求墨西哥电信提供者(包括 Telmex 公司)按照其在某一特定国家的接入接出电话的比例进行分配。经墨西哥政府主管机关的批准,提供者也有权与对方协商达成财务协定安排,而不是形式上的相互转移呼叫。^[94] 再者,提供者自己在墨西哥政府主管机关的指导之下,也可以参与制定市场分享协定。评审团认为,墨西哥的措施“所规定的主要提供者——Telmex 公司的行为,是《墨西哥参考文件》第1.1节下的限制竞争行为”,^[95]墨西哥因没有

[85] GATS Schedule, 46. 主要提供者指由于下列原因,具有实质性地影响基础电信业务相关市场的参与条件(涉及价格和提供)能力的提供者:(a)控制基本设施;或(b)利用其在市场上的地位。

[86] 《中国电信部门发展与改革评论》,DSTI/ICCP(2002)6/FINAL(2003年3月13日)第82页。

[87] Panel Report, *Mexico—Telecoms*, above n [20], para 7.230.

[88] Ibid para 7.238.

[89] Ibid para 7.245.

[90] Ibid para 7.266 (original emphasis).

[91] Ibid para 7.244; Neven and Mavroidis, above n [20], 294.

[92] On earlier restructures and executive rotations, see Harwit, above n [66], 43-78.

[93] Panel Report, *Mexico—Telecoms*, above n [20], paras 7.248-7.250, 7.256.

[94] Ibid paras 7.251, 7.254, 7.256, 7.263.

[95] Ibid para 7.262. See also para 7.264.

维持适当的措施防止限制竞争行为,而违反了第1.1节。^[96]

“墨西哥电信案”中评审团谨慎地限制了其裁定的范围:

“我们强调的是对《参考文件》第1节的释义并不过分限制各成员在服务贸易领域广泛的监管自主权,包括电信部门。虽然我们发现某一成员根据其国内法所规定的措施可能属于《参考文件》第1节的范围,但是,该案中我们面临需要解决的措施有些特殊,‘要求主要提供者从事无异于限制竞争的行为’,这在多数WTO成员的国内竞争法和双方都是成员的国际组织下,是会受到指责的。”^[97]

因此,“由国家制定强制性价目表——而非明确要求某一公司为整个市场定价——这种行为是否与《参考文件》相悖,仍然是有争议的”。^[98]

“墨西哥电信案”中的措施和中国在电信服务行业的规定,关键的不同是——一个可以阻止认为中国违反其《参考文件》第1.1节承诺的因素——中国的价格制定和市场干预并没有授予经营者自行确定价格或遵循任何特定经营者设定的价格。中国当然可以争辩说(如同墨西哥所为,但并未成功),^[99]这一监管措施的目的是增加而不是减少竞争。最重要的是,即便中国政府主管机关在电信服务市场中,已经从事了限制竞争行为,这和要求主要提供者从事限制竞争行为,或未能阻止主要提供者从事第1.1节下的行为,是不同的。中国的立场,将因《参考文件》并未就政府在电信服务领域的定价行为进行具体规定而强化。尽管如此,政府容许限制竞争的行为,如主要基础电信服务提供者间的禁止竞争协议,^[100]如果达成,将意味着更为清楚地违反了《参考文件》第1.1节的规定。然而,即使在这方面,中国也可以声称其确实“维持”了第1.1节所要求的适当措施,如借助《反垄断法》的方式,^[101]虽然这些措施的强度和执行力是值得商榷的。

三、中国电信服务市场的外国参与

(一) 可允许的外国参与方式

中国将GATS承诺作为最高而不是最低的要求。不同的是,虽然WTO成员在GATS减让表中的承诺被认为是该成员最低水平的承诺,而中国则一般不会提供高于其在GATS减让表中所做的承诺水平。^[102]电信和其他一些服务部门便是如此。因而,在现有中国法律下,国外电信提供商如果想在中國提供电信服务,就必须和中国企业建立一种合资形式的外商投资电信企业(FITE),并且由中方投资者代表外商投资电信企业(FITE)申请电信服务许可。^[103]国外提供商不能通过分支机构提供电信服务:中国GATS水平承诺模式3(商业存在)中包含了这样的限制——关于电信

[96] Ibid para 7. 269.

[97] Ibid para 7. 267 (emphasis added).

[98] Bronckers and Larouche, above n [21], 1006.

[99] Panel Report, Mexico—Telecoms, above n [20], paras 7. 258, 7. 261, 7. 263.

[100] 参见WTO服务贸易理事会:《2007年11月16日会议报告》,编号为S/C/M/90(200712月10日),第29、42段。

[101] 《参见中华人民共和国反垄断法》(2008年8月1日生效),http://www.china.org.cn/government/laws/2009-2/10/content_17254169.htm(最后访问时间:2009年2月5日)。

[102] See TransAsia Lawyers, above n [44], 180(关于外资股权参与的水平,以下将进一步讨论)。对于中国对待电信服务的基本方式,一些受访者做出相似的评论。

[103] 参见《国务院关于修改〈外商投资电信企业管理规定〉的决定》(国务院第534号令)。取代了之前的《外商投资电信企业管理规定》(国务院第333号令)。

和许多其他服务部门中“外商投资企业分支机构的设立不做承诺”。^[104] 国外提供商也不能通过代表处的方式提供电信服务:中国 GATS 水平承诺模式 3 提及,在包括电信在内的不少服务部门“国外企业代表处……不得从事任何营利性活动”。^[105] 由于这些限制是包括在中国 GATS 承诺表中,他们是 WTO 法所允许的。同时,根据 GATS 第 20 条第 2 款的规定,所列承诺既是对中国市场准入义务,也是对中国国民待遇义务的限制。^[106]

由于建立外商投资电信企业(FITE)的要求比较严格(如以下章节所述),只有极少数外商投资电信企业(FITE)实际存在,进入中国电信服务产业的外资企业十分有限。正如某律师事务所 2003 年的一份报告指出:“自中国入世以来,少数外商投资企业获得了电信许可。毫无疑问,相比申请批准方面拖延的行政手续而言,更多的是涉及地方市场保护主义”。^[107]

(二) 外国参与的现有水平

1. 基础电信服务

在基础电信服务(BTS)部门,尚无外商投资电信企业(FITE)获得许可。然而,在中国颁布其最初的外商投资电信企业(FITE)规则时(即中国入世之初),^[108]批准上海信天通信有限公司(即 UNISITI, Shanghai Symphony Telecom Co., Ltd)在上海浦东新区提供有限的数据传输服务。^[109] 信天通讯(UNISITI)是一家由美国 AT&T、国有上海电信(隶属中国电信)^[110]和上海市信息投资股份有限公司共同成立的合资公司。^[111] 作为上海电信的竞争者,信天通讯(UNISITI)在进入基础电信市场方面取得了一些成功。^[112] (此前还有一家基础电信服务公司,它是由英国大东电报局——Cable & Wireless 和深圳电信发展公司合资成立的深大电话有限公司,公司于 1983 年成立,2004 年解散)。^[113] 信天通讯(UNISITI)(设立依据)涵盖在中国 GATS 减让表的“祖父条款”中,^[114]具体规定是:

对于各合同协议或股权协议,或设立或批准现有外国服务提供者从事经营或提供服务的许可中所列的所有权、经营和活动范围的条件,将不会使之比中国加入 WTO 之日更有限制性。^[115]

三个主要的基础电信服务(BTS)提供商都只具有有限的外资进入,并且主要是通过间接投资。^[116]

^[104] GATS Schedule, 2 (horizontal commitments).

^[105] Ibid.

^[106] GATS 第 20 条第 2 款规定:“与第 16 条(市场准入)和第 17 条(国民待遇)不一致的措施应列入与第 16 条有关的栏目。在这种情况下,所列内容将被视为也对第 17 条规定了条件或资格。”

^[107] TransAsia Lawyers, above n [44], 180.

^[108] Ibid; see above n [103].

^[109] See Harwit, above n [66], 150-2; Lin Li, “For Five Years the Telecommunications Sector Has Been Open to Foreign Investment On Paper But Not In Practice”, 10 *IT Time Weekly* 68 (2006); UNISITI website http://www.sst.net.cn/site/pub_en/corp_overview.asp (visited 16 December 2009).

^[110] <http://www.chinatelecom.com.cn/corp/zzjgcs/index.html> (visited 16 December 2009).

^[111] See http://www.sii.com.cn/index_en.php (visited 16 December 2009) and <http://www.sii.com.cn> (visited 16 December 2009).

^[112] Zhuobin Xu, “Telecom Has Been Opened to Foreign Investments, But Where Are They?”, 87 *China Telecommunications* 39 (2008).

^[113] Li, above n [109].

^[114] Aaditya Mattoo, “China’s Accession to the WTO: The Services Dimension”, 6 *Journal of International Economic Law* 299 (2003), at 319-20.

^[115] GATS Schedule, 3 (horizontal commitments).

^[116] See generally Yan and Pitt, above n [46], 153.

以下信息截止到2008年12月31日,除非有特殊的说明。中国移动(香港)公司,大约四分之一的股份是由纽约和香港证券交易市场的公众投资者持有^[117](包括沃达丰集团——Vodafone持有3.2%的股份)。^[118] 主要由中国大陆公司运营的中国电信,也在纽约和香港证券交易市场上市(JP摩根大通(JPMorgan Chase & Co)和英国巴克莱银行(Barclays PLC)是作为三个主要的公众股东的其中两个),但是国内的一家(国有)股东持股超过80%。^[119] 中国联通(香港)公司,已在纽约和香港证券交易市场上市,其中约占总三分之一的股份由国外投资者持有,这包括持股超过8%的西班牙电信(Telefonica Internacional SAU)^[120](2009年底,中国联通回购了韩国SK电讯3.8%的股权)。^[121] 中信网络(CITIC)是另外一家有限许可从事基础电信的提供商,该公司是一家全资国有企业。^[122]

2. 增值电信服务

在增值电信部门(VATS),只有19家外商投资电信企业(FITE)获得许可,^[123]与之相比,有超过20000家的中国增值电信从业许可者。^[124] 在这19家外商投资电信企业中,其中9家的主要投资者来自香港,^[125]根据大陆和香港特别行政区《关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA),这些企业在增值电信服务部分可以享受有限的优惠待遇。^[126] 这种优惠待遇主要是保证香港增值电信服务提供者获得较快的市场准入,相比起WTO规则下的市场准入而言,这也使得市场准入受到侵蚀,以下继续讨论。《关于建立更紧密经贸关系的安排》的确立已经通知WTO,^[127]在电信服务领域中提供的优惠待遇是允许的,符合GATS第5条关于经济一体化的规定。

在2008年中国贸易政策评审中,外商投资电信企业(FITE)增值电信服务许可者的数量为13家,中国指出这个数字反映了100%的批准率(只有13家外商投资电信企业“提交申请许可”)。^[128] 虽然实际上的增值电信或基础电信服务的申请数量很难查找,但是非正式的讨论^[129]表明100%批

[117] China Mobile Limited, *Annual Report 2008*, 3.

[118] Vodafone Group Plc, *Annual Report for the Year Ended 31 March 2009* (2009) 96.

[119] China Telecom Corporation Limited, *Annual Report 2008*, 98, 157-8.

[120] http://www.chinaunicom.com.hk/en/aboutus/about_profile.html (visited 20 December 2009).

[121] China Unicom (Hong Kong) Limited, *Annual Report 2008*, 3, 118; China Unicom (Hong Kong) Limited, *Completion of Off-Market Share Repurchase and Resignation of Director* (5 November 2009).

[122] Citic Group, *Annual Report 2008*, 59. See also Guan, above n [12], 38.

[123] 参见工信部网站数据, bzxx.miit.gov.cn:8080/datainfo/miit/miit10063.jsp (visited 10 December 2009)。以及《WTO贸易政策评审会议报告》,编号为WT/TPR/M/199/Add.1(2008年8月28日),第268~270页;WTO服务贸易委员会:《2009年11月5日会议报告》,秘书处签发,编号为S/C/M/96(2009年11月13日),第62段。

[124] 参见《WTO贸易政策评审会议报告》,编号为WT/TPR/S/199/Rev.1(2008年8月12日),第162页。参见<http://www.chinacc.com.cn/chinacc/ShowArticle.asp?ArticleID=1282>(最后访问时间:2009年12月10日)。

[125] MIIT data, bzxx.miit.gov.cn:8080/datainfo/miit/miit10063.jsp(最后访问时间:2009年12月10日)。

[126] 参见《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》附件4,表2(2003年6月29日签订并生效和《补充协议(四)》及附件(2007年6月29日签订并生效)。

[127] 对此,可参见以下法律文件:WTO区域贸易委员会和服务贸易理事会:《〈内地和香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉,中国:来自成员方的通知》,编号为WT/REG162/N/1,S/C/N/264(2004年1月12日);以及编号为WT/REG162/N/1/Add.1,S/C/N/264/Add.1(2007年12月21日),WT/REG162/N/1/Add.2,S/C/N/264/Add.2(2008年12月8日);WT/REG162/N/1/Add.3,S/C/N/264/Add.3(2009年年9月18日)的文件。

[128] WTO贸易政策评审机构:《关于中国的会议纪要》,编号为WT/TPR/M/199/Add.1(2008年8月28日)第260,271页;以及WTO服务贸易理事会:《2009年11月5日会议报告》,编号为S/C/M/96(2009年11月13日),第50段。

[129] See also TransAsia Lawyers, above n [44], 176.

准的观点涉及对“提出(making)”、“提交(filing)”、及“收到(receiving)”申请的具有创意的解释。换言之,申请建立一家外商投资电信企业或申请获得电信许可(两个程序是捆绑在一起的并且必须满足相同的条件)^[130]需要经过一个最初的筛选程序,如果申请在最初的程序中失败,政府部门可能退回申请并且将其看成从未申请过。驳回的原因表面上看是技术上的(如未能提供正确的材料说明),而事实上是因为没有符合实质的法律条件或者较为模糊的标准。

四、外商投资电信企业的限制

(一) 外资股权限制

1. 中国 GATS 减让表下的限制

和中国许多其他服务部门一样,外商投资电信企业(FITE)的外资比例不得超过 49%(固定和移动语音及数据服务)或 50%(寻呼服务和增值电信服务)。^[131] 这些限制代表着入世后从 2001 年到 2007 年中国市场的逐步开放后所达到的上限,这也包括根据中国 GATS 减少表规定的逐步取消地域限制。^[132] 目前外商股权限制可能引起商业和经济方面的担忧,^[133]但是它们仍然符合 WTO 法,因为中国 GATS 减少表对此做了具体规定。减让表的尾注 3 做了如下陈述:“本部门的进一步自由化,包括允许的股权参与水平,将在新一轮贸易谈判的服务贸易谈判中进行讨论”,^[134]但是中国政府在正式和非正式场合的立场都表明不大可能进一步提高外商股权的限制。^[135] 一个受采访者透露在正进行的多哈谈判中,中国在服务贸易部门的提议是删除该尾注部分,在谈判中减少贸易自由化的承诺进而改进 GATS 中的承诺。但是中国尚没有对此进行公开表述。无论如何,尾注中的义务仅仅是“讨论”进一步自由化,从这个角度而言,很难认定任何违反 WTO 法律的行为。

因此,电信服务部门的情形和视听服务部门是不同的,根据 GATS 减让表,视听服务除了电影院服务之外没有外资股权的限制。基于此,评审团在“中国出版物和视听服务产品案”中,认为中国在合资企业中,就视听家庭娱乐产品的分销服务,要求中国一方在合资企业中股权占至少 51%,这违反了 GATS 第 16 条(市场准入)的规定,以 GATS 第 16 条第 2 款(f)项规定的方式,限制了外国资本的参与。^[136]

2. 国民待遇义务的影响

包含在中国 GATS 减让表中的外资股权限制,并没有违反 GATS 第 16 条第 2 款(f)项下关于电信服务模式 3 的市场准入承诺。GATS 第 17 条(国民待遇)第 1 款规定:

对于列入减让表的部门,在遵守其中所列任何条件和资格的前提下,每一成员在影响服务提

^[130] 参见《外商投资电信企业管理规定》第 7、11、12、15、16 条,及 WTO 服务贸易理事会:《2002 年 10 月 25 日会议报告》,编号为 S/C/M/63(2002 年 11 月 11 日)第 27 段。

^[131] GATS Schedule, 16-19 (telecommunication services, mode 3);《外商投资电信企业管理规定》第 5 条。

^[132] GATS Schedule, 16-19 (telecommunication services)。

^[133] 如 USTR:《国别外贸壁垒评估报告》(2009)第 111 页。

^[134] GATS Schedule, 16 (in relation to telecommunications services)。

^[135] 《WTO 贸易政策评审会议报告》,编号为 WT/TPR/M/199/Add. 1(2008 年 8 月 28 日)第 267 页;以及《中华人民共和国电信法》(征求意见稿)(2009 年 10 月)第 10~11 条。

^[136] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 7.1376, 7.1395. See also Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 9.

供的所有措施方面给予“任何其他成员的服务和服务提供者的待遇”，不得低于其给予本国同类服务和服务提供者的待遇。^{〔137〕}

如下所述的外商投资电信企业(FITE)设立条件(如最低注册资本要求)一般也平等地适用于国内希望从事电信服务的企业。同时，在电信市场，中国似乎需要维持给其他成员即便较少的电信服务或服务提供者，以遵守国民待遇。

GATS第28条的定义规定，也得到了“中国出版物和视听服务产品案”中评审团的确认，^{〔138〕}表明国民待遇义务仅适用于“任何另一成员服务提供者”的外商投资企业。通过商业存在(模式3)提供电信服务的另一成员服务提供者必须是法人，它由该另一成员的自然人或法人拥有或控制。^{〔139〕}对一个实体的拥有表明其拥有超过50%的股权，控制则表明拥有任命其大多数董事或以其他方式合法指导其活动的权利。^{〔140〕}外资股权的限制包括在中国GATS减让表中，中国将严格遵守这些限制，这意味着在中国没有电信服务提供商通过商业存在的方式被另一成员的人所“拥有”，并且仅有少部分可能被另一成员的人所“控制”。其他成员服务提供者的缺失，也将导致GATS第17条第1款意义下的任一成员服务的缺失，因为，在模式3的背景下，任一成员服务意味着服务由该其他成员的服务提供者提供。^{〔141〕}

在某些情况下，市场中实际竞争者的缺失可能会由假定的竞争者来填补(或者说提供者可以或希望进入市场但却因为具有挑战性的贸易门槛存在而无法进入)。^{〔142〕}但是，当不仅中国法律而且中国GATS减让表中都对外资股权进行了限制，由此导致其他成员服务提供者缺失时，这一观点看起来是难以奏效的。这就意味着任何假定的竞争者(至少包括由另一成员“控制”的竞争者)在符合WTO规则的中国法律背景下都是不合法的。另外一条寻找其他成员服务提供者的替代路径是通过GATS第12个尾注，它规定(在定义“服务提供者”时)服务不是由法人直接提供，而是通过分支机构或代表处的形式，这种情况依然需要遵循国民待遇，此类待遇应扩大至提供该服务的存在方式，但不需要扩大至该服务提供者位于提供服务的领土以外的任何其他部分。在中国寻求国民待遇时该规定或许只有有限的帮助，原因如上所述，^{〔143〕}同时根据中国GATS减让表，外商企业分支机构未被允许从事电信服务部门，而代表处也不能从事任何营利性活动，以及富有争议的是，不能通过商业存在的方式提供服务(或许不仅仅是电信服务)。

以下我们将回到外商投资电信企业(FITE)合作伙伴选择限制问题的讨论上。无论如何，一些可能违反国民待遇的措施，如在许可程序中对外商投资电信企业(FITE)的任何歧视，可通过《工作组报告书》的第308段(涉及许可问题)或《工作组报告书》的第18段得到解决，第18段确认中国“将对包括外商投资企业在内的中国企业、在中国的外国企业和个人给予相同的待遇”。

根据我们以上的分析认为，其他WTO成员在中国能够通过商业存在提供电信服务的提供者只有外商投资电信企业(FITE)或国内的电信许可者，他们的外资控制形式须符合法律规定，外资

〔137〕 Emphasis added; citations omitted.

〔138〕 Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n〔2〕, para 7.973. 未就评审团的该分析上诉。

〔139〕 GATS, art X X VIII:m(ii).

〔140〕 GATS, art X X VIII:n(i), (ii).

〔141〕 GATS, art X X VIII:f(ii).

〔142〕 See, e.g. Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n〔2〕, paras 7.286-7.287; See also Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n〔2〕, para 321.

〔143〕 See above nn〔104〕-〔105〕 and corresponding text.

股权未能占据多数。有人可能预测，这种推论将极大降低任何主张中国违反 GATS 规定的可能性，这不仅包括国民待遇主张而且包括市场准入及以下讨论的国内规则的主张。

GATS 的范围的确限于“成员影响服务贸易的措施”，如此前所论及，关于模式 3“一成员的服务提供者通过在任何其他成员领土内的商业存在提供服务”。^[144] 然而，事实上中国对外资股权的限制意味着只有少数(如果有的话)目前在中国运营的外商服务提供者可能受到中国电信措施的影响，但这并不妨碍 GATS 的适用或被 WTO 评审团发现违规。^[145] 另外，中国在电信部门中已经做出了具体的承诺，在适用 GATS 下的国内法规义务^[146]不必考虑对其他成员服务提供者已产生的影响。与此类似，虽然 GATS 第 16 条第 1 款(市场准入)要求中国“对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇，不得低于”其在 GATS 减让表中提供的待遇，但在评价中国采取的措施是否符合 GATS 第 16 条第 2 款时(以下将做进一步讨论)，^[147]评审团不必证实这些措施对任何其他成员服务提供者产生实际影响。

(二) 最低注册资本

1. 必要条件和正当理由

中国电信管理法规体系中的一个饱受评论的特征^[148]是对外商投资电信企业(FITE)最低注册资本的数额要求，如下所述：^[149]

服务的地理范围	服务的类型	
	基础电信服务	增值电信服务
全国的或者跨省、自治区、直辖市范围的	10 亿元人民币 ^[150]	1 000 万元人民币 ^[151]
单个省、自治区、直辖市范围内	1 亿元人民币 ^[152]	100 万元人民币 ^[153]

对于基础电信服务，在 2008 年 9 月注册资本减为此前的一半，^[154]这其中由于受到外国特别是来自美国的持续压力。^[155] 这种要求同样适用于国内的电信服务许可申请者，^[156]因此它不会引起明显的国民待遇问题。相比之下，评审团在“中国出版物和视听产品案”中认为，中国要求从事书

[144] GATS, arts I : 1, I : 2(c).

[145] See GATS, art X Ⅲ: 1; DSU, art 3. 8; Panel Report, *China—Intellectual Property Rights*, above n [2], para 7. 138.

[146] See, e. g. GATS, arts VI : 1, VI : 5.

[147] See Section IV (B) (3).

[148] 如《WTO 贸易政策评审会议报告》，编号为 WT/TPR/M/199/Add. 1(2008 年 8 月 28 日)第 258～259 页；以及 USTR:《2008 年中国 WTO 合规性报告》(2008 年 12 月)，第 88～90 页；USTR:《2009 年中国 WTO 合规性报告》(2009 年 12 月)，第 98～99 页。

[149] 《外商投资电信企业管理规定》第 5 条。

[150] 人民币 10 亿元，约合 1 亿 5 千万美元。

[151] 约合 150 万美元。

[152] 约合 1 500 万美元。

[153] 约合 15 万美元。

[154] 参见《国务院关于修改〈外商投资电信企业管理规定〉的决定》，国务院令 第 534 号第二部分(2008 年 9 月 10 日生效)。

[155] USTR:《2008 年中国 WTO 合规性报告》(2008 年 12 月)，第 90、112 页；USTR:《2009 国别外贸壁垒评估报告》，第 112 页。

[156] 参见《电信业务经营许可管理办法》第 5-6 条，工信部令 第 5 号(2009 年 4 月 10 日生效)。原 2001 年 12 月 26 日公布的《电信业务经营许可证管理办法》(信息产业部令 第 19 号)同时废止。

籍、报纸和期刊批发的外商投资企业注册资本最低为3000万,而中国独资企业从事这些服务的注册资本最低只需200万,进而违反了GATS第17条(国民待遇)。^[157]虽然非歧视在电信服务部门中得到适用,但是高额的资本要求给新进入者造成了巨大的障碍(特别是基础电信服务部门)。这种最低资本要求是中国的一种常用监管方法,^[158]这些要求包含在中国GATS减让表中的许多部门中,如旅行社和旅游经营者服务,^[159]但未涉及电信部门。最低注册资本的要求在其他WTO成员的电信服务市场中较少出现,至少是在上述层面上。^[160]

在电信服务部门设立如此高的资本要求,中国首要的理由是保护消费者。这种理由有两个考虑因素:首先,电信提供商在当地收益不足和低水平(特别是外资)投资将带来一定风险,一旦电信提供商被迫退出,将使得消费者“无人关顾”;^[161]第二,中国电信消费者作为一个整体,需要有大量的基础设施投资以保证网络建设覆盖整个国家,包括边远地区。^[162]第一个考虑或许有些夸大。较高的资本要求并不能保证商业的成功,万一失败,一个竞争性市场对消费者的损害也是最小的。^[163]当然,从全球金融危机的角度而言,该理由得到了强化。第二个考虑或许更符合中国监管电信服务行业的动机。中国的考虑似乎沿袭着这样的思路:如果通过控制和保护中国的基础电信提供者,能够确保一个封闭但又富于竞争的国内产业,他们将发展壮大自身,这样从长远来说,他们不仅可以面对中国境内的外商竞争,^[164]甚至可以在国际舞台上参与激烈的竞争。^[165]同时,附加诸如高额最低资本的要求也可避开不必要的竞争者,进而使目前的提供商能够将精力集中在建设全国范围内的电信服务这一重大任务上。

中国的主张是对资本的这些要求体现了对现实的考虑,事实上对电信服务提供者的要求建立一些有争议的假设基础上。首先,中国假设提供者希望并需要向整个省或国家提供服务,而实际上在电信部门一个合乎实际的商业模式往往只需要在一个或两个城市进行试点。根据中国现有的和潜在的市场规模,在登上更高一级“投资阶梯(ladder of investment)”前,对大多数外国提供者来说,一个和缓的投资方式会更具有商业吸引力。^[166]第二,中国假设提供者希望并需要在某个设施基础上提供服务——即需要使用其自身的网络基础设施。在某个设施基础上提供电信服务

[157] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 7.1106-7.1108, 7.1115, 7.1118, 7.1120, 7.1142, 7.1434, 8.2.3 (a) (vii). See also Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 8.

[158] See, e.g. Daniel Crosby, “Banking on China’s WTO Commitments: ‘Same Bed, Different Dreams’ in China’s Financial Services Sector”, 11 *Journal of International Economic Law* 75 (2007), at 96-7.

[159] GATS Schedule, 36-7.

[160] 《WTO服务贸易理事会2005年9月23日会议报告》,编号S/C/M/80(2005年10月17日),第37段(美国提出相关证据);USTR:《2009年中国WTO合规性报告》(2009年12月),第99页。

[161] WTO贸易政策评审机构:《关于中国的会议纪要》,编号为WT/TPR/M/199/Add.1(2008年8月28日),第262页。《WTO服务贸易理事会会议报告》,编号为S/C/M/96(2009年11月13日),第59段。

[162] 《WTO服务贸易理事会会议报告》,编号为S/C/M/92(2008年12月12日),第22段,编号S/C/M/96(2009年11月13日),第59段。

[163] See Rachel Lebihan, “Telstra Helps One. Tel Customers out of Contracts”, *ZDNet Australia* (4 June 2001).

[164] See TransAsia Lawyers, above n [44], 176.

[165] Harwit, above n [66], 74.

[166] See generally Martin Cave, “Encouraging Infrastructure Competition Via the Ladder of Investment”, 30 *Telecommunications Policy* 223 (2006).

需要密集的资金,^[167]要求诸如不动产的获得,网络部件的安装,以及高级技术专家的雇佣。然而,实际上,电信服务也可在转售(resale)基础上提供,从现有的设施运营商手中租借必要的基础设施。如果通过转售方式提供电信服务,要进入现有市场只需低得多的初始投资要求,而这正是为什么大多数新进入者(特别是外国运营商)会选择这种提供服务的方式。^[168]

虽然通过转售方式的电信服务提供在中国并没有被禁止,^[169]但目前没有对转售服务的监管制度,^[170]并且转售方式在实践中也是不可行的。主要原因是中国没有设立以这种方式提供服务的单独许可。^[171]正如中国在其 2006 年贸易政策评审中的说明:

“转售只是服务提供的一种形式但并不是一种具体的电信服务。因而没有一种涉及转售的单独电信经营许可。在获取基础电信服务经营许可后,公司可以自行选择服务提供的方式,可自己安装基础设施,也可通过租借另一电信公司的设施。”^[172]

因此,提供者若希望通过租借现有运营商的网络设施提供电信服务,首先必须获得规定的基础电信许可。而获得这种许可就包括从 1 亿到 10 亿的最低注册资本要求(根据提供服务的地理范围而定),这就使采用转售提供的“低成本”进入的目的落空。换句话说,建立在基础设施提供上的最低资本要求,明显地大大超过转售提供的成本。

2. 中国 GATS 减让表中的转售

转售方式下电信提供的实际缺失,引发的一个问题是中国是否在 GATS 承诺表中承诺过可以通过该方式进行提供。如上文所述,中国是将转售视为“一种电信服务的提供方式而非一种具体的服务”。《关于编制基础电信服务承诺减让表的说明》(以下简称《减让表的说明》)^[173]和中国 GATS 减让表中并没有列举“转售”服务的事实。^[174]《减让表的说明》是由 WTO 基础电信小组主席在协商改进电信承诺的过程中发布的。虽然从其本身的条款来看,其“并不打算或要求任何的法律约束力”,^[175]但中国 GATS 减让表特别指出,中国的承诺“和《减让表的说明》一致”。^[176]

《减让表的说明》第 1 段(b)提到“除非在本部门栏下另有说明,否则列在本部门栏下的任何基础电信服务可在设施基础上或通过转售提供”。^[177]因此,中国指出《减让表的说明》显示转售是一种提供服务的方式而其本身并非是一种服务的主张是正确的。然而,这种解释并不能说明,在中国为什么通过转售提供基础电信服务在实际中被排除。中国 GATS 减让表的电信服务中并未提及是在设施基础上或转售基础上,中国 GATS 减让表中涉及基础电信服务市场准入的唯一限制是有关模式 3 中的外商股权限制(如上所述)和国际网关限制。^[178]因此,《减让表的说明》喻示着中国

[167] Martin Roy, “Endowments, Power, and Democracy: Political Economy of Multilateral Commitments on Trade in Services”, *WTO Staff Working Paper ERSD* (2009-07)..

[168] USTR, *Results of the 2005 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements* (2005) 8.

[169] 《WTO 服务贸易理事会会议报告》,编号为 S/C/M/75(2004 年 12 月 3 日),第 27 段。

[170] Wang, above n [40], 10.

[171] 参见《关于规范代理电信业务行为等规定的通知》(信部电函[2004]185 号)。

[172] 参见《WTO 贸易政策评审会议报告》,编号为 WT/TPR/M/161/Add. 2(2006 年 9 月 11 日),第 126 页。

[173] 《关于编制基础电信服务承诺减让表的说明》(S/GBT/W/2/Rev. 1,1997 年 1 月 16 日)。

[174] 《WTO 服务贸易理事会会议报告》,编号为 S/C/M/92(2008 年 12 月 12 日),第 22 段。

[175] 《关于编制基础电信服务承诺减让表的说明》前言(S/GBT/W/2/Rev. 1,1997 年 1 月 16 日)。

[176] GATS Schedule, 16, 49.

[177] 参见《基础电信承诺减让表示范草案》,编号 Job No 1311(1995 年 4 月 12 日),第 4(i)段。

[178] 中国 GATS 减让表尾注 3 指出“所有国际通信服务应通过经中国电信主管机关批准设立的进出口局进行,中国电信主管机关将依照《参考文件》第 5 款的原则作为独立的监督机构运作”,参见 GATS 减让表。

已经做出承诺进而在模式3下为减让表列明的电信服务提供充分的市场准入,不管这些服务是在设施基础上还是通过转售方式提供。这种推论符合评审团在“墨西哥电信案”中的分析,在该案中评审团指出,在墨西哥 GATS 减让表中包含“设施基础”字样,这意味着墨西哥在相关部门的承诺仅仅限于“在设施基础上……而不是通过转售或租借”提供服务。^{〔179〕}

3. 市场准入义务

如果模式3下的市场准入承诺包括转售方式下的基础电信服务提供,接下来的问题是基础电信许可申请中的最低资本要求是否违反这些承诺。尽管这些要求对国内外的进入者都有明显的影响,但问题的答案似乎“并非如此”。

GATS 第16条第1款指出,对于通过第1条确认的服务提供方式实现的市场准入,每一成员对任何其他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减让表中同意和列明的条款、限制和条件。^{〔180〕}

GATS 第16条第2款指出,在做出市场准入承诺的部门,除非在其减让表中另有列明,否则一成员不得在其一地区或在其全部领土内维持或采取按如下定义的措施。这些禁止措施主要涉及服务提供或交易中的“最大数量”限制,^{〔181〕}如:

(a) 无论以数量配额、垄断、专营服务提供者的形式,还是以经济需求测试要求的形式,限制服务提供者的数量;

(b) 以数量配额或经济需求测试要求的形式限制服务交易或资产总值;

.....

(f) 以限制外国股权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的参与。

中国基础电信服务许可最低注册资本要求并未肯定地符合上述条款。实践中,这些要求对服务提供者数量产生影响,而理论上,服务提供者的数量(无论是国内提供者还是外商投资电信企业)是没有限制的,如果每一个提供者都拥有必需的最低注册资本,提供者是否准备投资取决于其自身。同样,中国提出这样要求的动机可以看成是这个市场可以承受多少提供者的某一类“经济需求测试”^{〔182〕}。同时普遍地认为,如评审团在“中国出版物和视听产品案”中的确认,^{〔183〕}GATS 第16条第2款和市场准入承诺不同,其包含的是一个全面的措施类型清单。^{〔184〕}一项措施如不属于 GATS 第16条第2款范围内,则不可能违反 GATS 第16条的市场准入义务。

上诉机构在“美国赌博案”中认为禁止远程提供赌博服务相当于 GATS 第16条第2款(a)意义上的零配额。^{〔185〕}有人或许也会如此类推中国的最低资本要求,认为实际上属于配额。然而,正如唐纳德·里根(Donald Regan)所做的解释,一项措施导致提供者数量的减少和一项措施指定可能提供者的数量(无论是零还是其他数量)是完全不同的。^{〔186〕}唐纳德·里根举例说,这好比出租车

〔179〕 Panel Report, *Mexico—Telecoms*, above n〔20〕, para 7.71.

〔180〕 Citations omitted.

〔181〕 如“美国赌博案”,WT/DS285/AB/R,第225、227段。

〔182〕 参见《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/CSS/W/118(2001年11月30日)。

〔183〕 Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n〔2〕, para 7.1353.

〔184〕 如“美国赌博案”,WT/DS285/R,第6段第298行。

〔185〕 Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n〔181〕, paras 238—239, 373(C)(i).

〔186〕 Donald Regan, “A Gambling Paradox: Why an Origin-Neutral ‘Zero-Quota’ is Not a Quota under GATS Article XVI”, 41 *Journal of World Trade* 1297 (2007), 1301-2.

司机许可申请者接受严格的驾驶测试一样,中国的最低资本要求并不是指定提供者数量的定量要求。

我们的结论是中国最低资本要求不在 GATS 第 16 条所指的措施内,它符合 2001 年 WTO 秘书处 GATS 承诺减让表指南,^[187]根据《维也纳条约法公约》(VCLT)第 31 条第(2)款的规定,^[188]该指南构成解释 GATS 的相关背景,或者根据该条约第 32 条的规定至少是 GATS 解释时的补充资料。^[189]该指南指出,“最低要求如一般性的许可标准”(例如建立公司时的最低资本要求)并不属于第 16 条规定的范围内”。^[190]然而,该指南指出最低资本要求如果是歧视性的则涉及 GATS 第 17 条(国民待遇),如果是非歧视性的则涉及 GATS 第 6 条第 5 款(国内法规),^[191]如本文中国的情形。因此,我们开始转向考察中国国内法规义务的内涵。

4. 国内法规义务

GATS 第 16 条(市场准入)和 GATS 第 6 条(国内法规)之间的“确切关系”并不是很明确,上诉机构和一些评论者,^[192]针对评审团在“美国赌博案”中认为这两个条款是相互排斥关系的观点持有怀疑。^[193]然而,不管在这场辩论中持有何种观点,明显的是某一措施如果不属于第 16 条的话则可能属于第 6 条的范围内。第 6 条第 5 款规定,在一成员已做出具体承诺的部门中(包括中国电信服务部门),在 WTO 国内法规工作组按照第 4 款为这些部门制定的纪律生效之前,^[194]按照第 6 条第 5 款(a)项,该成员不得:

以以下方式实施使此类具体承诺失效或减损的许可要求、资格要求和技术标准:

(i) 不符合第 6 条第 4 款(a)项、(b)项或(c)项中所概述的标准的;且

(ii) 在该成员就这些部门做出具体承诺时,不可能合理预期的。

第 6 条第 4 款(b)项是对相关要求或标准的规定,即“不得比为保证服务质量所必需的限度更难以负担”。《中国加入工作组报告书》也要求中国保证其“许可程序和条件不能成为市场准入的壁垒和不能超过必需的贸易限制”。^[195]

根据许可证或资格的要求,^[196]中国对外商投资电信企业(FITE)和电信许可者的最低资本要求看起来比保证服务质量所必需的资本更加严格,若准备从事的基础电信服务属于通过转售方式提供。如上面所解释,转售提供和设施基础上的基础电信服务提供相比,资本密集较低,中国对转售提供者为何也需满足设施基础上的服务提供要求,尚没有提供一个充分的解释。最低资本要求并不能当然地被看成是中国当时在其 GATS 中所做的承诺,因为其 GATS 减让表并没有包括这些要求(并不像其他部门那样)^[197]及指出转售提供是不可行的或只适用于设施基础提供者;在入世

[187] 参见《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/L/92(2001 年 3 月 28 日)。

[188] 1155 UNTS 331 (adopted 22 May 1969)。

[189] See above n [181], para 196。

[190] 参见《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/L/92(2001 年 3 月 28 日),第 11 段。

[191] 参见《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/L/92(2001 年 3 月 28 日),第 11 段。

[192] Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n [181], para 250。

[193] Panel Report, *US—Gambling*, above n [184], para 6. 305。

[194] 《服务贸易理事会国内法规工作组年度报告》(2009),编号 S/WPDR/12(2009 年 10 月 2 日),第 2 段。以及《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/L/64(1998 年 12 月 17 日)。

[195] 《工作组报告书》,第 308 段。

[196] 《WTO 服务贸易理事会报告》,编号为 S/C/W/96(1999 年 3 月 1 日),第 4 段。

[197] See above n [159] and corresponding text。

之前最低资本要求并不存在于该部门,^[198] 因为中国此前对于外商投资电信企业(FITE)准入未做任何规定。^[199] 中国最低资本要求是作为市场准入的壁垒,以及超过了必需的贸易限制。实现保证财政能力目标的限制措施应该是较低的资本要求,以及一份“来自认证银行的财政信心保证函,^[200] 或者已审核的财务陈述和信用评级的考虑”。

总之,我们能得出一个合理的论点,即这种资本要求违反中国在第6条第4款(b)项下的义务和其加入时的承诺。GATS附件中关于电信(适用于所有成员)的一些条款涉及转售,但它们并不影响这一推(结)论(conclusion)。^[201]

(三) 合作伙伴的选择

在中国,基础电信提供要求的两个主要条件减少了市场准入者,以及限制了国外提供者在设立外商投资电信企业(FITE)时合作伙伴的选择。这两个限制条件分别是基础电信提供者必须是国有股份占多数,以及外商投资电信企业(FITE)的合作伙伴需已经获得许可或在基础电信部门有充分的经验。以下我将依次对这些条件进行分析考察。

1. 国有合作伙伴

如上所述,^[202] 基础电信提供者,不管是国内实体或是外商投资电信企业(FITE),^[203] 都必须是国有股份占51%。这有效地将外资寻呼(paging)服务提供者的所有权限制为不高于49%,和中国市场准入承诺不同,该承诺对外资股权的限制是不得超过50%。^[204] 51%的国有股份要求也意味着任何基础电信服务提供者,当其外资股份比例达到中国GATS承诺表所允许的49%时,^[205] 则只能和全资的国有公司合作。即使外资股份比例较低时,也会要求中国国有股份占多数。因此国有股份的要求大大减少了国外提供者在建立外商投资电信企业(FITE)时选择中国合资伙伴的空间。^[206] 事实上,这也使得中国可以自主决定是否允许外资提供者建立外商投资企业(FITE),因为国家控制着潜在的合资伙伴。(并且事实上,“公司只有得到国务院和其部委的批准才可以进入市场”。)^[207] 然而,和其他成员的GATS减让表不同^[208] (或许应该提供解释中国GATS减让表的相关背景)^[209]—中国的GATS减让表并没有谈及电信部门的国有或政府所有权。

GATS第1条第3款(b)项排除了GATS中的“行使政府职权时提供的服务”。然而事实上,中国基础电信服务提供者须是国有并不意味着他们是在行使政府职权时提供服务,因为这些服务

[198] See Panagiotis Delimatsis, *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity* (Oxford: Oxford University Press, 2007) 121.

[199] 《外商投资电信企业管理规定》直到入世后才颁布。See above nn [1] and [108] and corresponding text.

[200] Intven, above n [83], 2-3.

[201] See GATS, art X [X]; GATS Annex on Telecommunications, paras 2(c) (i), 5(f) (i); Raworth, above n [51], 304.

[202] See above n [68] and corresponding text.

[203] 《外商投资电信企业管理规定》第7条。

[204] See above n [131] and corresponding text.

[205] Ibid.

[206] 《WTO服务贸易理事会报告》,编号为S/C/M/96(2009年11月13日),第76段。

[207] Wu, above n [56], 60.

[208] See, e. g. WTO Trade in Services, *Australia: Schedule of Specific Commitments—Supplement 3*, GATS/SC/6/Suppl.3 (11 April 1997) 3-4.

[209] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 382-383.

的提供是在“商业基础上并拥有一个或更多的服务提供者竞争者”。^[210] 因此,中国基础电信服务仍然符合 GATS 的规定,问题是中国对于基础电信服务提供的国有制要求是否符合 GATS 的规定。

在“中国出版物和视听产品案”中,评审团认为中国违反了《加入议定书》和《工作组报告书》中“贸易权”的义务,^[211]是基于其要求出版物的进口实体须国有独资的规定。^[212] 然而中国贸易权义务适用于货物而非服务贸易。^[213] 作为 WTO 的申诉方毫无疑问将主张中国基础电信部门的国有制要求违反了 GATS 的市场准入的规定,即“限制或要求服务提供者通过特定类型法律实体或合营企业提供服务的措施”。^[214] 申诉的理由是国有控股的外商投资电信企业(FITE)是一种特定的法律实体或合资企业,区别于非国有控股的外商投资电信企业(FITE)。这一点存在争议,因为中国可能回应称国家所有制的要求影响的是外商投资企业(FITE)的所有权而不是企业的形式或类型。

另外,或许另一不够充分的主张是国家所有制的要求违反了国民待遇原则。评审团在“中国出版物和视听产品案”中认为中国禁止外商投资企业从事进口读物批发违反了其在 GATS 第 17 条的国民待遇承诺。^[215] 唯一被授权批发这两类读物之一的企业是国有制的,^[216]但是评审团似乎将国有企业等同于中国企业进而认为那些被限制的外商投资批发商应享受与被授权的国有批发商相同的待遇。^[217]

认为中国基础电信服务部门违反 GATS 国民待遇原则的困难在于,如上所解释的,^[218]在现有法律下,没有另一成员的基础电信服务提供者存在或可能存在。外商投资电信企业(FITE)不可能作为另一成员的服务提供者,因为对外资股权的限制是不超过 49%或 50%(除非外方投资者控制了 FITE),外商投资电信企业(FITE)中的外方投资者本身并不能通过任何模式在中国提供基础电信服务。如果这个障碍可以克服,或许有人会认为国有制的要求导致给予其他成员服务提供者的待遇更低,尽管此要求同样适用于国内基础电信服务提供者,因为它本质上和事实上是歧视性的,即使其在表面上是中立的。《中国加入工作组报告书》^[219]第 18 段中的国民待遇义务并没有明确包括另一成员服务提供者的概念,国民待遇的范围包括“外商投资企业在内的中国企业、在中国的外国企业和个人”。然而,本段落的规定并不明确扩及事实上的歧视。^[220] 中国可合法地认为其遵守了这一义务,因为国家所有制的规定,同样适用于中国企业和外商投资电信企业(FITEs),因此它

^[210] GATS, art I:3(c).

^[211] See generally Xin Zhang, *International Trade Regulation in China: Law and Policy* (Oxford: Hart Publishing, 2006) 23-54.

^[212] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 7.398, 7.401, 7.706. 上诉中,中国未能成功变更评审团对中国援引 GATT 第 20 条第(a)款的例外规定的驳回。See Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 269, 415(b)(i), 415(e).

^[213] Accession Protocol, part I, paras 5.1, 5.2; Working Party Report, paras 83(d), 84(a), 84(b).

^[214] GATS, art X VI:2(e).

^[215] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 7.981, 7.997-7.999, 7.1428-7.1429, 8.2.3(a)(i)-8.2.3(a)(ii). See also Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 8. 未就该点上诉。

^[216] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 7.962.

^[217] Ibid, at para 7.976-7.992.

^[218] See Section IV(A)(2).

^[219] See Section IV(A)(2).

^[220] Cf. Qin, above n [22], 第 500~501 页(认为第 18 段“超出了 WTO 协议下的国民待遇义务的范围”)。

提供了“相同”的待遇。^{〔221〕}

这让我们审视 GATS 第 6 条第 5 款的国内法规的义务和《工作组报告书》第 308 段的规定。^{〔222〕} 中国有强有力的理由来争辩有关最低资本要求,因为国家所有制长期以来一直是中国基础电信部门的特征,国家所有制的规定在中国加入世界贸易组织之前就生效了^{〔223〕}——当中国做出其 GATS 承诺时,其国家所有制的要求是可以合理预见的。^{〔224〕} 另外,国家所有制有助于保证服务的质量,且并未超过必需的负担和贸易限制。^{〔225〕} 中国在国内法规条款下能否成功维护其国家所有制的要求取决于对中国追求自身主权调控目标的尊重程度和措施的必要性测试,而这些问题在目前的司法和谈判过程中大部分尚未有结论。^{〔226〕} 在这方面,中国可以从“中国出版物和视听产品案”中得到一点警示,在该案中评审团认为并且上诉机构确认(尽管是在不同的背景下,以下将进一步讨论)对出版物进口实体的国家所有制要求并不是保护中国公共道德所“必需”的,因为中国对读物内容和视听产品合法性的担忧同样可以借助更低的贸易限制措施如政府监管来解决。^{〔227〕}

最后一个可能的申诉是针对基础电信服务许可的国家所有制要求超出了《工作组报告书》第 314 段的规定,该段确认:

“外国服务提供者将能够与自己选择的任何中国实体进行合营,包括合资企业经营行业以外的中国实体,只要该中国合资伙伴是在中国合法设立的。此种合资企业应在与国内企业相同的基础上,满足审慎要求和具体部门要求,这些要求必须是可以公开获得的。”

这一条款的措辞并不是完全清晰的,并且上述两个句子之间的关系并不明确。中国可能主张“审慎要求和具体部门要求”包括基础电信服务提供者的国家所有制要求,并指出这些要求也适用于国内提供商并且可公开获得。另一方面,另一 WTO 成员可能会申诉说,在基础电信服务部门国家所有制的要求妨碍了外商服务提供者与中国实体合资的“选择”空间。另一更激烈的争论是《工作组报告书》第 314 段关于外商投资电信企业(FITE)中合资伙伴的经验要求,以下我们将对其进行讨论。

2. 获得许可的或有经验的合资伙伴

与外商投资电信企业(FITE)相关的一个问题是对于合资伙伴现有许可和经验的要求。根据中国的法律,外商投资电信企业(FITE)的主要外方投资者必须获得允许或许可,以在其已经注册的国家或地区提供基础电信服务。^{〔228〕} 同时它必须“有与从事经营活动相适应的资金和专业人员”和“有从事基础电信业务的良好业绩和运营经验”。^{〔229〕} 此外,经营增值电信业务的外商投资电信企业(FITE)的外方主要投资者“应当具有经营增值电信业务的良好业绩和运营经验”。^{〔230〕} 这些条件意味着外方投资者不可能设立外商投资电信企业(FITE)除非它在中国以外已经是电信服务提供

〔221〕 Working Party Report, para 18.

〔222〕 See Section IV (B) (4).

〔223〕 See above n 〔68〕 and corresponding text.

〔224〕 GATS, art VI: 5(a)(ii).

〔225〕 GATS, art VI: 4(b); Working Party Report, para 308.

〔226〕 See generally Delimatsis, above n 〔198〕, ch 4.

〔227〕 Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n 〔2〕, para 7.849-7.850, 7.863, 7.868, 7.908, 7.911; Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n 〔2〕, paras 324, 332, 335, 337, 415.

〔228〕 《外商投资电信企业管理规定》,第 9 条第 2 款。

〔229〕 《外商投资电信企业管理规定》,第 9 条第 3、4 款。

〔230〕 《外商投资电信企业管理规定》,第 10 条。

者。这将减少进入中国电信服务市场的投资者,而同时,将提高外商投资电信企业(FITE)中的中国投资者从外方投资者手中获得电信产业的技术、技能和经验转让的机会。这种结果符合“中国贸易政策的总体目标”。^[231]

外商投资电信企业(FITE)中的中方主要投资者提供基础电信服务也必须拥有相关的经验。特别是,它必须“有与从事经营活动相适应的资金和专业人员”和“符合国务院工业和信息化主管部门规定的尽职调查和特定行业的要求”。^[232] 虽然中国的法规没有特别要求从事基础电信服务的外商投资电信企业(FITE)中的中方投资者需持有有效的基础电信业务经营许可证,^[233]但是美国贸易代表办公室(USTR)指出中国对此已有一个“明显但不成文的政策”。^[234] 比如,中国主管部门会认为“相适应的专业人员”从事基础电信服务意味着该人员已经从事过这些服务的提供,这对从未从事过该项服务的中国投资者来说是一个挑战。

在中国市场上要求外商投资者与现存的基础电信服务提供者合资会产生一种商业门槛,因为现存的提供者不愿意加入未来将和其竞争的外商投资电信企业(FITE)。^[235] 它也将产生一种和国家所有制要求相联系的政治门槛,正如上面所讨论:“因为中国的政策仅允许持有服务许可的合资企业,并且这些许可证持有者是国有股份占多数,这就进一步减少了市场准入的机会以及使得市场结构整个地由政府政策决定”。^[236]

这些商业和政治的门槛是否等同于违反 WTO 规则是另外一个问题。它们并没有违反市场准入原则,因为在中国,对电信服务的提供没有实施最大数量限制,正如最低资本限制。^[237] 它们也没有超过必需的贸易限制或负担,^[238]因为提供电信服务的是高度的专业性和技术性的部门,需要具备一定的经验和专家资源。然而,对基础电信服务部门外商投资电信企业(FITEs)中的中方合资者的要求可能和《工作组报告书》第 314 段的规定相反,特别是在实践中如果这些要求包括拥有有效的基础电信服务经营许可。这种情况将限制外商投资者与“中国实体……包括合资企业经营行业以外的中国实体”合资以及导致具体部门要求不可“公开获得”。^[239]

(四) 可允许的服务

在中国可允许外商投资电信企业(FITE)提供的服务分为基础电信服务和增值电信业务,这已引起潜在的国外投资者相当大的注意。^[240] 如前所述,中国试图将其在该部门 GATS 中的承诺视为上限而非下限。因而,如中国自己所解释:“服务贸易中允许外商投资者提供的电信服务已在中国减让表的具体承诺中列出,对于那些没有在中国减让表中列出的电信服务,则外商投资者不被允许”。^[241] 因此,对中国 GATS 减让表中电信服务的分类及减让表的解释,在决定中国提供市场准入的程度上显得至关重要。

^[231] 《WTO 贸易政策审议报告》,编号为 WT/TPR/S/199/Rev.1(2008 年 8 月 12 日),第 24 页。

^[232] 《外商投资电信企业管理规定》第 8 条第 2、3 款。

^[233] 《WTO 服务贸易理事会会议报告》,编号为 S/C/M/96(2009 年 11 月 13 日),第 49、53 段。

^[234] USTR, *Results of the 2008 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements* (2008) 4.

^[235] USTR:《2009 年中国 WTO 合规性报告》,第 56 页。

^[236] USTR:《2009 年国别外贸壁垒评估报告》。

^[237] See the discussion in Section IV (B) (3).

^[238] GATS, art VI: 4(b); Working Party Report, para 308.

^[239] Working Party Report, para 314.

^[240] See, e. g. Coalition of Service Industries, *Submission to the USTR for the 2010 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements* (11 December 2009) 4.

^[241] 《WTO 贸易政策评审报告》,编号为 WT/TPR/M/199/Add.1(2008 年 8 月 28 日),第 265 页。

1. W/120 文件

“W/120 文件”^{〔242〕}包括一个由秘书处提供的分类体系,目的是为使乌拉圭回合谈判达成《服务贸易总协定》(GATS)。WTO 上诉机构根据《维也纳条约法公约》(VCLT)第 32 条接受了这个文件作为构成解释 GATS 和其减让表的“补充”。^{〔243〕} W/120 文件中涉及解决电信的部分如下:

部门和分部门	
2. 通信服务	对应的 CPC ^{〔244〕}
.....	
C. 电信服务	
a. 语音电话服务	7521
b. 分组交换数据传输服务	7523**
c. 电路交换数据传输服务	7523**
d. 电传服务	7523**
e. 电报服务	7522
f. 传真服务	7521** + 7529**
g. 专用电路租用服务	7522** + 7523**
h. 电子邮件	7523**
i. 语音邮件	7523**
j. 在线信息和数据库检索	7523**
k. 电子数据交换(EDI)	7523**
l. 增值传真(包括储存和转发、储存和检索)	7523**
m. 编码和规程转换	n. a.
n. 在线信息和/或数据处理(包括交易处理)	843**
o. 其他	

在这个清单中,分部门 a 到 g 和其他服务“包括电话通讯、客户提供信息的实时传送(一般是列举在分部门 o 中)”一般被认为是基础电信,而从分部门 h 到 n 以及任何“其他”“不是在实时基础上或是传送客户的信息形式或内容”的服务被认为是增值电信服务^{〔245〕}(虽然基础电信服务和增值电信服务的区别有些模糊)。因此,上述分类体系中的“其他”对于涵盖剩下的服务十分重要。

2. 中国 GATS 减让表

和其他许多成员类似,中国在其 GATS 减让表中对电信服务的分类很大程度上也是依照 W/120 文件,如下摘录所示:^{〔246〕}

2. 通信服务	
.....	
C. 电信服务	
增值电信服务,“包括”:	基础电信服务
(h) 电子邮件	寻呼服务

〔242〕 《WTO 服务贸易部门分类清单》,编号为 MTN. GNS/W/120(1991 年 7 月 10 日)。

〔243〕 Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n 〔181〕, para 196.

〔244〕 CPC 指的是联合国的产品分类文件,于 2008 年 12 月 31 日更新了第 2 版。参见 <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/cpc-2.asp> URL (2009 年 12 月 19 日访问),根据文件 W/120,“(**)是指包括在 CPC 总体范围的某一特定部门(如语音邮件服务仅是 CPC7523 项下的一个组成部分)”。

〔245〕 WTO 服务贸易理事会:《电信服务》,编号为 S/C/W/74(1998 年 12 月 8 日),第 2 页。

〔246〕 引注省略了;修改了强调和结构,以使看起来更加清晰。

(续表)

(i) 语音邮件	移动语音和数据服务
(j) 在线信息和数据检索	—模拟/数据/蜂窝服务
(k) 电子数据交换	—个人通信服务
(l) 增值传真(包括储存和转发、储存和检索)	国内业务
(m) 编码和规程转换	(a) 语音服务
(n) 在线信息和/或数据处理(包括交易处理)	(b) 分组交换数据传输业务
	(c) 电路交换数据传输业务
	(f) 传真服务
	(g) 国内专线电路租用服务
	国际业务
	(a) 语音服务
	(b) 分组交换数据传输业务
	(c) 电路交换数据传输业务
	(f) 传真服务
	(g) 国际闭合用户群语音和数据服务
	(允许使用专线电路租用服务)

中国想必是将分部门 d 和 e 从 W/120 文件中排除了。因为电传和电报服务在实践中不再经常使用。^[247] W/120 文件分部门 o“其他”,在中国 GATS 减让表电信分类中并没有出现,但是减让表中的“包括”一词可以看成是具有相同的效果,至少对于增值电信如此。尽管在中国看来,其 GATS 减让表中电信部门的承诺是一个封闭的清单。

3. 中国国内体系

中国国内电信业务分类如下:^[248]

A. 基础电信业务	B. 增值电信业务
I. 第一类基础电信业务	I. 第一类增值电信业务
(1) 固定通信业务	(1) 在线数据处理与交易处理业务
(2) 蜂窝移动通信业务	(2) 国内多方通信服务业务
(3) 第一类卫星通信业务	(3) 国内因特网虚拟专用网业务(IP-VPN)
(4) 第一类数据通信业务	(4) 因特网数据中心业务
II. 第二类基础电信业务	II. 第二类增值电信业务
(1) 集群通信业务	(1) 存储转发类业务(语音信箱,X.400 电子邮件业务,传真存储转发业务)
(2) 无线寻呼业务	(2) 呼叫中心业务
(3) 第二类卫星通信业务	(3) 因特网接入服务业务
(4) 第二类数据通信业务	(4) 信息服务业务
(5) 网络接入业务	
(6) 国内通信设施服务业务	
(7) 网络托管业务	

在此国内分类体系末尾的《通知》表明,中国认为其增值电信部门的 WTO 承诺仅仅涉及 B. I:(1)(涵盖了中国的 GATS 减让表分部门(k)和(n)),B. II:(1)(涵盖了中国的 GATS 减让表分部门(h)、(i)和(l))以及 B. II:(4)(涵盖了中国的 GATS 减让表分部门(j))。因此,和国内的提供者不

[247] Peng, above n [9], 293, 297.
[248] 工信部:《电信服务分类目录》(2003 年 4 月 1 日生效)。

同,香港之外的投资者设立的外商投资电信企业(FITE)^[249]不能获得增值电信服务许可进而提供因特网数据中心业务、呼叫中心业务、因特网接入服务业务(如成为因特网提供者)及借助国内因特网的虚拟专用网业务。如果中国 GATS 减让表被解释为包括这些服务则可能涉及违反国民待遇的问题。《通知》同时谈到中国 GATS 减让表中的分部门(m)不再有任何的商业适用,因此不再包含在国内分类体系中。^[250]事实上,B. II:(1)服务类型作为独立的服务也是要么技术过时要么没有可观的商业价值,因此他们对于外商投资电信企业(FITE)而言很少被使用。

香港之外投资者设立的外商投资电信企业(FITEs)不能提供国内因特网虚拟专用网业务(IP-VPN)服务,即使是在国内层面,这对国外提供者而言是一个特别的忧虑,因为考虑到 GATS 承诺,中国一般从狭义上定义增值电信服务。这源于将 GATS 减让表看成是一个彻底详尽的清单和将增值电信服务转化为基础电信服务,这就使得更高的最低资本要求成为必要。例如,国际因特网虚拟专用网业务(IP-VPN)归类为一种基础电信服务被认为是“令人费解”的,^[251]同时“网络电话(VoIP)”重新归类为基础电信服务被认为是市场准入的一个显著障碍。^[252]未透露姓名的一个中国政府官员也认为 2003 年中国国内电信服务业务目录的重新分类“可能减少外商投资的机会”。^[253]

4. 中国合规性评价

中国国内电信服务分类,以及外商投资电信企业(FITEs)只有权从事有限的增值电信服务引发的一个关键问题是,中国对外商投资电信企业(FITEs)提供的市场准入和国民待遇仅限于在 GATS 减让表中承诺的上述列举部门的主张是否正确。这个问题带来一些困难,因为条约解释的有效原则^[254]意味着条约解释者需要对中国 GATS 减让表中的“包含”措辞和该减让表删减的分部门“其他”进行解释。

评审团在“墨西哥电信案”中,将 WTO 秘书处为电信谈判小组提供的减让表示范草案,作为解释墨西哥 GATS 减让表的补充材料,^[255]表明 W/120 文件“被认为是一个解释性(illustrative)的清单”。^[256]然而,这种表述是作为分部门 o“其他”的脚注。有人或许认为中国选择删除分部门 o,因为在基础电信服务部门,中国已具体列出了可能被认为属于该分部门的服务(如电话服务),^[257]而在增值电信服务部门,中国使用“包括”一词涵盖(catch)没有具体列举的其他增值电信服务形式。这种解读对“包括”和分部门 o 都有效。这也符合上诉机构的观点,其认为除非在成员 GATS 减让表中指明,否则对一个具体部门的承诺包括该部门的所有分部门。^[258]基于这种解读,对增值电信服务的定义成为理解该部门中国 GATS 承诺的关键。

增值电信服务的意思是中国做出承诺时的那个,还是其会随着时间而演变?增值电信服务的范围在不同的时间是不同的,就如电信在 W/120 文件形成时(1991 年)和中国加入 WTO 时

[249] See above n [126] and corresponding text.

[250] 工信部:《电信服务分类目录》(2003 年 4 月 1 日生效)。《WTO 服务贸易理事会会议报告》,编号为 S/C/M/75(2004 年 12 月 3 日),第 27 段。

[251] USTR:《2009 年中国 WTO 合规性报告》,第 54 页。

[252] TransAsia Lawyers, above n [44], 168, 173.

[253] TransAsia Lawyers, above n [44], 174.

[254] Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 275-304.

[255] Panel Report, *Mexico—Telecoms*, above n [20], para 7.67.

[256] 参见《基础电信承诺减让表示范草案》,编号 Job No 1311(1995 年 4 月 12 日)n (b)。

[257] See above n [245] and corresponding text.

[258] Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n [181], para 180.

(2001)的含义也已经发生重大的改变。正如 WTO 秘书处在 1998 年指出,“部门的迅速改变不仅意味着……现存的 GATS 电信服务的分类是不充分的,而且任何其他设计好的清单都可能很快就过时”。^[259] 在此背景下,人们或许会惊讶中国遵循 W/120 文件的范围的方式有些特殊,但在入世谈判时其他成员并无异议。另一方面,成员们还在协商如何更好地修订 W/120 文件和其范围,因为它仍然在成员的 GATS 减让表中发挥重要作用。^[260]

问题是解释条约的术语是根据条约形成时的意思(同时代解释)还是解释条约时的意思(进化解释)进行解释,这个问题在 WTO 法和国际公法背景下更为普遍。^[261] 上诉机构认为至少某些术语是“根据定义,进化解释”,^[262] 如对 GATT1994 第 20 条(g)款“可用竭自然资源”^[263] 和中国 GATS 减让表中“录音制品(sound recording)”及“分销(distribution)”的解释。^[264] “电信服务”,包括增值电信和基础电信服务,在我们看来,其定义也是不断进化的。因此,当一个成员如中国对其 GATS 承诺的范围进行进化解释时(如在中国的增值电信承诺中使用“包括”一词),那么成员的承诺可能将随着电信含义的发展而改变。

对于中国的情况,我们的解释是中国已经承诺在增值电信服务部门对外商投资电信企业(FITE)提供商开放市场和国民待遇。它禁止外商投资电信企业(FITEs)提供某些增值电信服务而允许国内提供者提供,这违反了 GATS 第 17 条国民待遇的承诺和造成了 GATS 第 16 条第 2 款(a)及(c)项下的“零配额”,^[265] 这不符合第 16 条第 1 款下的市场准入承诺。同样,中国 GATS 承诺也涵盖因特网虚拟专用网(IP-VPN)和网络电话(VoIP)服务,它们要么属于增值电信服务,要么属于基础电信服务。同时,上述关于转售提供^[266]的讨论也同样适用于因特网虚拟专用网(IP-VPN)和网络电话(VoIP),它们在基础设施方面并不要求大量的投资,这样现存对提供这些服务的最低资本要求就有些过度并且违反中国国内法规义务。^[267]

我们建议的方法与技术中立的原则是一致的,该原则得到 GATS 电信服务谈判^[268]和“美国赌博案”^[269]中评审团的确认。美国在“中国出版物和视听产品案”中援引技术中立原则,但是中国反对在解释 GATS 减让表时适用该原则,评审团认为没有必要确认该原则在 WTO 中的地位或者说没有必要为适用该原则做出其裁决。^[270] 然而,评审团的推理其实与技术中立原则背道而驰。

5. “中国出版物和视听产品案”的可能影响

在“中国出版物和视听产品案”中,评审团认为决定一项服务是否在 GATS 的承诺范围内,“根

^[259] WTO 服务贸易理事会:《电信服务》,编号为 S/C/W/74(1998 年 12 月 8 日),第 3 页。

^[260] See generally Peng, above n [9].

^[261] See the discussion and references in Tania Voon, *Cultural Products and the World Trade Organization* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 134-7.

^[262] WTO Appellate Body Report, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R para 130.

^[263] 参见《关税与贸易总协定》。

^[264] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 396, n 705.

^[265] Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n [181], para 238, 251.

^[266] See Section IV (B)(4).

^[267] GATS, art VI: 5; Working Party Report, para 308.

^[268] WTO 服务贸易理事会:《电信服务》,编号为 S/C/W/74(1998 年 12 月 8 日),第 3 页。

^[269] Panel Report, *US—Gambling*, above n [184], para 6, 285.

^[270] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 7.1258, 7.1264. 上诉机构在其报告中也没有具体解答技术中立这一原则。

据《维也纳公约》第32条,技术可行性的证据和服务承诺时服务的商业现实可以构成其范围解释背景”。^[271] 在该争端中,评审团认为通过因特网分销电子录音制品在1998年已技术可行和成为一种商业现实,这发生在中国GATS减让表生效之前(中国于2001年10月11日加入WTO)。基于此,评审团驳回了中国主张其GATS承诺“视听服务:录音制品分销服务”中只涵盖有形产品的分销。^[272]

评审团的分析,如果适用到中国电信承诺,意味着中国已做出承诺只对在中国GATS减让表中明确列举的那些增值电信服务或在其入世时技术已可行和已是一种商业现实的服务开放其市场。在如电信和视听服务这样不断变化的部门,这种方法可能导致承诺逐渐削弱直至对其他成员而言几无价值的地步,这违背了表达在GATS序言中和反映在GATS结构中“逐步自由化”的目标。^[273]

虽然在“中国出版物和视听产品案”中,上诉机构报告保留了评审团认为违规的所有裁决,但是上诉机构还是修改和澄清了评审团推理的一些重要方面。上诉机构对评审团相关推理的澄清与我们以上提出的问题一致,这些澄清表明这种推理在未来的争端中只有有限的影响。针对中国提出的为何其视听服务承诺不包括电子录音制品分销的某些主张,上诉机构认为“中国GATS减让表中的术语(‘录音制品’和‘分销’)是极为一般化的术语,它们的适用会根据时间的改变而改变”。^[274] 并且,上诉机构还强调:

“解释GATS中具体承诺的术语是建立在这种观念上,这些术语的一般含义是在减让表形成时的含义,这就意味着非常相似或一致的用语承诺,可能因为适用的时间或成员加入协议时间的不同而产生不同的含义、内容和范围。这种解释将降低GATS具体承诺的预期、安全性和清晰性……。”^[275]

有关技术可行性和商业现实的具体问题,上诉机构驳斥了中国认为“评审团的判定依赖于中国加入WTO时,电子录音制品分销已属于技术可行和商业可行的事实”,以及运用这些事实背景来支撑其在《维也纳条约法公约》(VCLT)下的解释。^[276] 相反,上诉机构认为评审团“只是反驳了中国关于其加入WTO时电子录音制品分销技术及商业尚不可行的争辩”。^[277]

上诉机构在这一问题上的推理表明其希望与评审团报告有所不同,这给其他成员在接下来的争端中讨论留下了可能性:(i)一项服务在成员做出GATS承诺时,不属技术可行和商业可行的事实,并不意味着该成员的承诺“排除”该项服务,或者(ii)一项服务在成员做出GATS承诺时,属于技术可行和商业可行的事实,并不意味着该成员的承诺“包括”该项服务。这些可能性与此事实一致,即中国^[278]和其他成员^[279],正如秘书处指出的,^[280]特意避免对某些模式下的具体服务做出承诺是基于该模式下提供的服务技术不可行。

“中国出版物和视听产品案”中评审团报告对中国电信服务的分类还有其他影响。评审团指

[271] Ibid para 7.1237.

[272] Ibid para 7.1242, 7.1246-7.1247, 7.1265.

[273] See Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 392, 394; GATS, art X IX.

[274] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 396.

[275] Ibid para 397.

[276] Ibid para 408.

[277] Ibid n 720.

[278] GATS Schedule, 21, 40, 41.

[279] 如《越南服务贸易具体承诺减让表》,GATS/SC/142(2007年3月19日),第34页;《亚美尼亚服务贸易具体承诺减让表》,GATS/SC/137(2004年4月29日),第10、19、21~22、28~31页。

[280] 《2001年GATS成员承诺制作指南》,编号为S/L/92(2001年3月28日),第47段。

出,正如上诉机构在之前的案例中提到,^[281]一项特定的服务不可能同时属于两个不同的部门或分部门。^[282]因而,如果模式3下借助因特网的电子录音制品分销属于中国GATS承诺中的“视听服务:录音制品分销服务”(正如评审团的裁决和上诉机构维持的观点),^[283]它就不可能同时被包括在中国GATS承诺中的增值电信服务中(即使这类内容的分销也需要可利用的网络接口和内容托管)。虽然评审团没有对其他内容的电子分销进行裁决,如录像和游戏,但其分析推论表明这些服务也可能被中国的视听服务承诺所涵盖(它将扩大到“录像,包括娱乐软件及(CPC83202)的分销服务”)而非模式3下的电信承诺。这样的话,中国目前禁止外商参与的行为^[284]或至少对这类内容形式的分销要求电信许可的方式(不仅是基本的网络托管服务)就需要改变,正如一些成员之前做出的敦促。^[285]

五、WTO法中的相关例外

因为上述原因,如果中国被发现任何违反GATS或《加入议定书》的义务(包括《工作组报告书》和其他文件),^[286]它将会援引GATS一些例外作为抗辩。尤其是,中国主张各种限制的理由表明它可能会基于公共道德(GATS第14条(a)款)或国家安全(GATS第14条)进行抗辩,在考察这些例外的内容之前,我们首先考虑它们是否可以全部适用到《加入议定书》还是只能适用于违反GATS规则中。

(一)《加入议定书》义务的例外

GATT1994或GATS中的例外是否可以适用于WTO条约的其他部分仍然是一个值得讨论的问题。例如,上诉机构并未裁决GATT第24条可否适用于《保障措施协议》,^[287]以及区域协议中的合作方是否可以排除适用全球性保障措施。^[288]在“哥伦比亚港口进入案”中评审团指出(或许并非有意)GATT第20条可适用于非GATT义务中。^[289]和现在的讨论更相关的是,评审团在“中国出版物和视听产品案”中并未裁决GATT1994第20条(a)款(相当于GATS第14条(a)款)是否适用于《中国加入议定书》。与之相反,评审团认为,即使假设例外条款可以适用,第20条(a)款的

^[281] Appellate Body Report, *US—Gambling*, above n [181], para 180 (cited in Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], n 685).

^[282] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 7, 1197-7, 1198.

^[283] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 416(a).

^[284] 国家发改委和商务部:《外商投资指导目录》(2007年修订),第57号(2007年10月31号颁布,2007年12月1日生效)，“禁止外商投资产业”第十(3)、(7)项;新闻出版总署、国家版权局、全国“扫黄打非”工作小组办公室文件《关于贯彻落实国务院〈“三定”规定〉和中央编办有关解释,进一步加强网络游戏前置审批和进口网络游戏审批管理的通知》,新出联[2009]13号。

^[285] 《WTO服务贸易理事会会议报告》,编号为S/C/M/92(2008年12月12日)para 27:“欧共体……希望提出一个关于中国增值电信许可服务要求的一般性问题。欧共体认为分销服务提供者不受电信许可的限制。”

^[286] See above n [24] and corresponding text.

^[287] 参见《保障措施协议》。

^[288] Tania Voon, “Eliminating Trade Remedies from the WTO: Lessons from Regional Trade Agreements”, *International and Comparative Law Quarterly* (2010).

^[289] Panel Report, *Colombia—Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R (circulated 27 April 2009, adopted 20 May 2009) para 7, 498:“在任何案件中,当一项措施违反WTO某一规定时,存在许多例外——这其中也包括GATT1994第20条例外——允许WTO成员将其作为符合WTO规定的抗辩”。

要求仍未得到满足,因为中国的措施并非是保护公共道德所“必需”。^[290]在上诉中,上诉机构不仅确认了评审团认为中国未能满足 GATT 第 20 条(a)款要求的结论,而且裁决认为 GATT 第 20 条(a)款适用于《中国加入议定书》和《工作组报告书》中关于贸易权的承诺。^[291]

上诉机构在“中国出版物和视听产品”案的裁决是基于《中国加入议定书》第 5.1 段导言——“在不损害中国以符合《WTO 协定》的方式管理贸易的权利的情况下”——该段是具体针对中国的贸易权承诺(仅适用于货物贸易)、GATT 第 20 条(a)款和争端中具体措施做出的。^[292]然而,这一裁决强化了中国关于 GATS 和 GATT 1994 中的例外应该适用于《中国加入议定书》中的义务的主张。

倘若《中国加入议定书》和其他 WTO 条款(如 GATS 例外条款)发生冲突,根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》^[293]解释性说明中的特别法原则,可能认为《中国加入议定书》(作为特别协议)应该优先。然而,不应将这些条款看作是冲突的,应该尽可能调和地解释它们,特别是因为它们都属于同一条约的部分。^[294]这也符合《维也纳条约法公约》(VCLT)第 31 条第(1)款的解释通则,它要求在解释条约时“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之”。因此,GATS 第 14 条和 GATS 第 14 条之二例外可被理解为适用于《中国加入议定书》中的义务,除《中国加入议定书》特别说明之外。

(二) 公共道德和公共秩序

中国可能基于 GATS 第 14 条(a)款“为保护公共道德或公共秩序所必需”来为其最低资本要求做抗辩。中国主张的消费者保护和保证整个国家得到普遍服务的目标^[295]可能属于“公共道德”或“公共秩序”范围之内,“公共道德”或“公共秩序”已被广义地解释,意指“代表团体或国家行为错误与正确的标准”。^[296]然而,例外中的一些条件使得中国未必能成功援引该例外。首先,GATS 脚注 5 指明“只有在社会的某一根本利益受到真正的和足够严重的威胁时,方可援引公共秩序例外”。第二,正如上述已经讨论过的原因,在转售方式下或在一个较小的地理区域内提供基础电信服务时,这些资本要求并未表现出“必需”。第三,GATS 第 14 条(如 GATT 第 20 条一样)^[297]前言的解释较为严格,中国很难使得其最低资本要求“不在情形类似的国家之间构成……服务贸易的变相限制”。

(三) 国家安全

和其他国家一样,在中国电信服务市场,国家安全是其常用的借口。^[298]安全也成为中国电信法规和电信法草案的必要考虑。现有法规的第 12 条规定:

“国务院信息产业主管部门审查经营基础电信业务的申请时,应当考虑国家安全、电信网络安

[290] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 7.911, 7.914.

[291] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 415. 美国对上诉机构的 GATT 第 20 条 a 款的裁定有自己的看法。See “WTO Adopts IPR Market Access Decision, Next Step Up To China” 28(3) *Inside US Trade: China Update* (22 January 2010).

[292] Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], paras 218, 226, 230, 233.

[293] 详见附件 A 货物贸易多边协定:《关于附件 1A 的总体解释性说明》。

[294] See above n [22].

[295] See Section IV (B)(1).

[296] Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, above n [2], para 7.759.

[297] See, e.g. Appellate Body Report, *Brazil—Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R paras 227-228, 232, 246-247.

[298] DeWoskin, above n [11], 630; Kobayashi, above n [13], 146; Wu, above n [56], 146.

全、电信资源可持续利用、环境保护和电信市场的竞争状况等因素。”^[299]

类似地，《电信法(草案)》的第 5 条^[300]规定“任何组织或者个人不得利用电信网络从事危害国家安全、公共安全、社会公共利益或者侵害他人合法权益的活动”。第 4 章是关于“电信网络与信息安全”，其中第 80 条，规定不得利用电信网络从事包括“反对宪法所确定的基本原则的”，“颠覆国家政权，破坏国家统一的”，“损害国家荣誉和利益的”，“煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的”以及其他违法活动。^[301]

GATS 第 14 条之二规定“安全例外”。(a)段和(c)段依次规定，成员有权不披露其认为会违背其根本安全利益的任何信息，以及成员有权采取为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平安全的义务而采取的任何行动。第 14 条之二(b)段写道任何规定不得解释为“阻止任何成员采取其认为对保护其根本安全利益所必需的任何行动”，但是这仅适用于“与直接或间接为军事机关提供供给的服务有关的行动”，“与裂变和聚变物质或衍生此类物质的物质有关的行动”，“在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动”。在上述这些规定中，没有任何一种情形适用于上述所讨论的既定的电信限制。因此，中国不能寻求 GATS 第 14 条之二的规定来豁免以上我们讨论的潜在违规行为。

这就将电信中安全利益辩护的可能性留给了我们前述的“公共道德”或“公共秩序”。但是，与上述讨论的结果一样，中国很难证明透明度的不足、监管者非独立性、最低资本要求、合作伙伴选择的限制以及允许服务的限制符合 GATT 第 14 条(a)款的规定，包括必需性的检验和前言的规定。

六、结论

本文分析了中国在管理其电信服务市场时的一些可能违反 WTO 规则的行为。这需要具有说服力的法律论证和广泛的证据收集来加以确认。有些措施可能与中国 WTO 义务不一致，涉及透明度、监管独立性和竞争义务。关于基础电信提供者最低注册资本要求，若可在转售方式下提供服务，则其可能最容易被认定为违反 WTO 规则。其他违规行为则可能源于施加给外商投资电信企业(FITE)的实质性条件，包括对外商投资电信企业(FITE)提供增值电信服务类型的限制和要求其提供基础电信服务时的中方合作伙伴须为国有制和拥有经营许可或至少在该部门拥有一定经验。根据本文的分析，GATS 第 14 条的公共道德和国家安全例外不太可能有助于中国对这些问题措施的抗辩。在中国电信法即将完成制定时，希望中国能够认真考虑这些问题及由贸易伙伴提出的其他问题：“如果中国采取主动，规划中的新《电信法》能够成为解决现有市场准入门槛和中国目前电信制度其他问题的工具。”^[302]

中国电信市场因其巨大的商业利益值得从政治经济和 WTO 法的角度进一步关注。其他值得研究的领域包括了在许可程序方面的实际歧视，^[303] 3G 许可颁发给三个中国基础电信提供商，^[304]

[299] 参见《中华人民共和国电信条例》第 12 条，国务院令第 291 号(2000 年 9 月 25 日公布实施)。

[300] 《中华人民共和国电信法》(征求意见稿)(2009 年 10 月)。

[301] See “Communications Technology: a Direct Line to Civil Society”, 5 *China Economic Quarterly* 37 (2001).

[302] USTR:《2009 年中国 WTO 合规性报告》，第 99 页。

[303] 《WTO 服务贸易理事会会议报告》，编号为 S/C/M/96(2009 年 11 月 13 日)，第 83、91 段。

[304] 通过歧视和不透明的程序，在 2009 年初，中国将 3G 许可颁发给了中国移动(TD-SCDMA)，中国电信(CDMA-2000)和中国联通(W-CDMA)。

政府采购政策和实践,^[305]跨境提供(模式1)电信服务的限制,卫星服务,融合(convergence),^[306]互联(interconnection),^[307]电信标准^[308]和设备^[309]等。

概括而言,这篇文章的分析强调了在透明度和监管独立性方面加强 GATS 规则约束的重要性,例如,通过拓宽监管独立性的含义,这包括财政、结构和功能严格地独立于政府、电信运营商和其他利益主体。文章中探讨的有关电信服务分类和中国 GATS 减让表解释的不确定性也说明了 WTO 成员达成关于 GATS 承诺表清晰指南的重要性和需要重新审视(revisit)目前 GATS 电信分类方法。

最后,对于贸易协定基础上的未来的市场开放,WTO 谈判者应该考虑到由中国电信服务表现出来的诚信问题,其潜在重要性特别在于其他正在加入 WTO 的国家可能将中国作为一个榜样。入世时,中国宣传其 GATS 承诺为外国服务提供者创造了一个真正的市场准入,而许多成员也正是这样告诉他们国内的选民的。^[310]今天,虽然在电信服务部门存在对外国进入者较高的市场门槛,及上文所分析的不符合 WTO 规则(WTO-inconsistency)的现实诉求,但甚至连美国贸易代表办公室(USTR)也认为中国可能“名义上遵守了其达成的减让表,分步来完成其在电信部门的承诺”。^[311]但若中国目前对电信监管的方式,证明其不但对于改革无动于衷,并且又符合 WTO 规则,则 WTO 成员将有更多理由来确保这种情况不会再次出现。

(责任编辑:李迎捷)

[305] <http://www.people.com.cn/GB/jinji/20020629/764316.html>(最后访问时间:2010年2月4日)。

[306] See C W Cheung and Charice Wang, “Convergence Is on the Way in China”, *Ovum Straight Talk: Telecoms Daily Opinion* (19 January 2010).

[307] See GATS Annex on Telecommunications, para 5(a); Reference Paper, Section 2.2(b) in GATS Schedule, 47.

[308] <http://exchange.telstra.com.au/2009/11/26/is-this-a-globalshift-in-geopolitical-power/>(最后访问时间:2009年12月30日)。

[309] 工业和信息化部等四部门发布《重大技术装备自主创新指导目录》, <http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11293832/n11293907/n11368223/12937690.html>(最后访问时间:2010年2月4日)。

[310] United States Department of Commerce, “China’s Entry into the WTO: What it Means for U.S. Industry”, *Export America* 23 (2002), at 24.

[311] USTR:《2009年中国WTO合规性报告》,第98页。