

服务贸易领域的原产地规则在 区域经济一体化进程中的应用*

厉 力

摘 要:乌拉圭回合谈判后, 多边贸易体制的调整范围由货物贸易扩大到服务贸易。WTO 规则允许各成员根据最惠国原则对不同成员的服务和服务提供者给予差别待遇。《服务贸易总协定》(简称为 GATS) 第 5 条对“经济一体化协定”的规定也允许对隶属于区域成员国的服务或服务提供者给予区域性更优惠待遇。服务贸易领域因此也日益关注起对原产地规则的研究。我国自 2004 年 1 月 1 日实施《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(简称为 CEPA) 起, “香港公司”可以在内地享受市场准入和政策优惠的待遇。但是很多所谓的“香港公司”是由欧美等其他国家的服务提供者在具体进行业务操作, 而优惠的实际获得者是这些“搭便车”的外国公司。本文通过对服务原产地规则国际协调和规范的阐释, 对我国 CEPA 的发展现状进行分析并提出几点完善性建议。

关键词: 原产地规则; 服务提供者; 区域贸易安排

中图分类号: F746 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2009)03-0008-06

一、服务原产地规则与服务提供者

由于 GATT《原产地规则协定》仅适用于货物而不适用于服务, 在 1994 年 3 月 15 日摩洛哥的马拉喀什会议上各成员方签署了 GATS, 对服务贸易的含义和服务提供者的认定做出了具体规定。根据 GATS 的规定, 服务提供者分为自然人和法人。对自然人身份的认定一般是“国籍 + 居所”或“永久居留权 + 居所”。如一自然人具有中国国籍且在中国有居所, 则其提供的服务就被视为来自中国的服务。对法人身份的认定则以设立地 + 实质性经营活动(substantive business operations)确定其国籍。如一个美国人在香港依香港有关法律注册设立咨询公司并进行实质经营, 那么该公司被视为香港公司, 提供的服务被视为来自香港的服务。对于股东拥有两个以上国籍的公司, 以“资本控制标准”即以股本超过 50% 或对公司有实际控制权的股东国籍确定服务原产地。

在国际贸易的实践中, 服务原产地比货物原产地的确认要复杂困难很多。货物的原产地一般是指货物的来源地, 即货物的开采地、提取地、收获地、出产地、生产地、制造地

* 本文受国家教育部高等学校本科特色专业项目建设资助。

作者简介: 上海海关学院任教, 华东政法大学国际法博士。

或进行实质改变的加工地,在货物进入进口国境内时根据原产地证书和海关的审查即可一次确定。而服务是从无到有的一个过程,其无形性使其很难像货物原产地一样在服务提供之前一次确认。^[1]特别是在公司股票进行公开交易的情况下,所有者或公司控制者的国籍变化是非常频繁的,服务原产地也会随之发生变化。只有在服务合同履行完毕,各项服务已经实际提供之后才能有效确定服务的真实原产地。举例来说,美国甲公司为印度乙公司提供培训服务。可是在具体执行过程中,甲公司被加拿大丙公司收购51%的股份。根据GATS的规定,法人以实际拥有或控制者的国籍为服务原产地,因此该服务贸易的提供者应该是加拿大丙公司而不是最初合同签订者美国甲公司。也就是说在服务贸易中,一般只有在合同履行完毕后才能真正确定服务提供者和服务原产地。

二、区域贸易安排(简称RTA)对服务原产地规则的规定

随着全球经济结构的倾斜从制造业转向服务业,服务业在国民经济中的地位日益提高,RTA突破了传统的货物贸易领域越来越多地包括了服务贸易的内容。^[2]在服务领域原产地规则的具体执行中,需要认定某项服务和服务提供者是否隶属于该协定的参加方,从而才能判断其是否能够享受协定项下的待遇。

1.对自然人国籍的认定 服务贸易安排中对自然人和法人服务提供者身份的认定基本与GATS第5条和第28条共同确定的身份标准一致。对自然人身份的认定一般是以国籍或永久居留权为标准,依据签约国的公民的定义(而且经常是永久居住的自然人)赋予国籍。如在1999年美国与萨尔瓦多的双边投资协定中规定,“一方的国民”意味着自然人就是在那方法律下的国民。^①1992年阿根廷和荷兰的双边投资协议规定,任何一方的自然人指根据其法律具有缔约方国籍的自然人。^②有些区域贸易安排参照习惯国际法的有效国籍原则,要求自然人要与授予国籍国之间具有实际联系,如在授予国籍国具有居所。^③这种“国籍+居所”的标准早在1968年丹麦和印度尼西亚、1976年德国和以色列的双边投资协议中已有规定。对于双重国籍问题,一般的区域贸易安排中都没有详细规定。只有《多边投资担保机构公约》有相关规定:如果投资者具有一个以上的国籍,公约成员国的国籍将优先于非成员国的国籍,东道国的国籍将优先于任何其他成员国的国籍。^④

2.对法人国籍的认定 法人国籍的确定一般采用比较广泛的方法,包括公司成立地、公司所在地或母公司所在地、公司进行实质性经营活动地、对公司实施有效控制的股东的国籍,以及将这些标准结合的方法。

公司成立的地点因其简单所以被广泛运用。例如1996年巴拿马与加拿大之间的投资保护协定规定,投资者在加拿大是指按照加拿大的法律组建的或正当组成的公司;在巴拿马是指根据巴拿马的法律组成的或正当组成的公司。^⑤北美自由贸易区(简称NAFTA)在运输服务领域采用的是“注册地”标准。如果运输设备没有在任何成员国注册,则成员国可拒绝向该运输工具提供优惠待遇。

但公司成立地方法只与成立国相关而与公司的经营活动无关。为反映公司和国籍赋予国之间存在重要的经济联系,在一些区域贸易安排中附加了“实质性经营活动”^⑥和“拥有或控制”的要求。例如2003年新加坡—澳大利亚FTA附加“拥有或控制标准”,规定在另一方组建或设立的实体为法人;在通过当地建立的法律实体提供服务的情况下,如果由另

一方的法人“控制或拥有”则视为另一方法人。NAFTA 没有要求企业要由 NAFTA 成员方的国民控制。但是,如果企业由非缔约国的国民控制,如果企业在缔约国没有实质性经营活动,则缔约国可能拒绝给予利益。1995 年洪都拉斯—美国之间的投资协议也有类似规定:如果第三国国民拥有或控制该公司,但公司在其成立或组建的国家的领域没有任何实质性的经营活动,任何一个与该第三国没有正常的经济关系的缔约方可以拒绝给予该公司条约利益的权利。^⑦美洲地区各种各样的双边和地区性协议采纳了类似的方法,包括 1994 年哥斯达黎加—墨西哥 FTA, 1994 年墨西哥、哥伦比亚、委内瑞拉 FTA, 1994 年波利维亚—墨西哥 FTA 和 1996 年加拿大—智利 FTA。这些地区之外的一些协议也采用这种方法,如 2003 年新加坡—美国 FTA、2003 年智利—韩国 FTA。

也有些地区对法人国籍的认定采取了相对宽松的标准,无须考虑对法人的“拥有或控制”。如 2002 年新加坡—日本经济合作协议将在另一方设立的任何实体视为法人,即使由非缔约方的人控制或拥有,只要在任一缔约方领域内从事实质性经营活动即可。^⑧在 2002 年 EFTA 国家与新加坡之间的 FTA 中也采用了如此开明的方法。^⑨只有少数区域协议把“拥有或控制”标准作为单一标准,如 1975 年中非关税和经济同盟跨国公司守则 (Multinational Companies Code of the Central African Customs and Economic Union) 规定,外国投资者即拥有它国国籍的自然人和占有 50% 以上公司股份的法人。^⑩

3. 发展中国家对“拥有或控制标准”的适用 顾及到区域贸易安排之外其他 WTO 成员方的权利, GATS 第 5 条第 6 款规定 WTO 任何其他成员方的服务提供者如果是根据区域贸易协议设立的法人,并且在成员方领土内从事实质性经营活动,就有权享有该协定所给予的待遇。但这种规定可能对全部由发展中国家组成的服务贸易集团造成损害。对于发展中国家来说,电信、金融和海运等敏感部门是保留了对外资进入的审查的监管的。如果允许一个协定外的发达国家在某个成员国内依法设立商业存在并提供服务,那么这个发达国家的服务提供者就可以通过商业存在方式享受服务贸易协定的成员间彼此所给予的利益。为此 GATS 第 5 条规定,当只有发展中国家参加区域贸易安排时,成员方可以资本控制为标准,对其所拥有或控制的法人实行不同的待遇,并有理由拒绝将此利益给予其他法人。我国内地与港澳签订的 CEPA 中对“服务提供者”的规定即体现了对这一条文的应用。

三、CEPA 对我国服务原产地规则的探索

CEPA 是致力于实现内地与港澳资源共享、优势互补、增强区域经济和竞争力的区域贸易安排。港澳的服务行业在服务经验、公司管理、服务理念方面对于内地都有明显的竞争优势,而内地具有广大的市场和发展需要。CEPA 实施的首 3 年仅在香港已创造约 36 000 个新职位,带来逾 50 亿元额外投资。根据内地与香港第四阶段 CEPA 协议,自 2008 年 1 月 1 日起 11 个新增行业,包括摄影、体育、环境、公共事务、安老等进一步放宽到内地经营,加上以往已经开放的 27 个领域,内地对香港服务贸易的开放领域已经由最初的 18 个领域扩大到 38 个。

1. CEPA 对服务原产地的规定 CEPA 对服务提供者的定义为“提供服务的任何人”,囊括了各种类型的服务类别。同样也将服务提供者分为两种形式:自然人与法人。CEPA 对自然人的资格限制并不多,仅仅是规定须为香港、澳门特别行政区永久性居民。但在某

些特殊领域对自然人服务资格做出了限制。如在内地与香港的商业服务项下A类h项医疗及牙医服务的具体承诺中,欲取得内地医师资格证书须为香港大学或香港中文大学的医学(西医)专业毕业的香港永久性居民,且在香港完成了一年的实习期并已取得香港合法行医权,此外还须通过内地的医师资格考试。在牙医执业资格上亦有相类似的规定。

做为法人的服务提供者,指在港澳根据当地法律注册或登记成立的进行实质性经营的法律实体。在港澳登记的外国公司分公司、办事处、联络处、邮箱公司等,都不属于港澳服务提供者。同时,CEPA从公司所从事的业务性质和范围、经营年限、缴纳税款、业务场所以及雇佣员工的比例规定了符合实质性经营活动的5条具体标准:(1)要求服务提供者拟在内地提供服务的性质与范围须是包含于其在香港、澳门所提供的服务的性质和范围,即排除了业务的任意扩张,保证业务水平。(2)经营年限,一般规定香港、澳门方的服务提供者已经在香港、澳门注册或登记设立并从事相关的实质性商业经营3年以上,在个别特殊领域要求5年以上,如:提供建筑及相关工程服务的香港提供者、香港银行或财务公司、香港保险公司等。也有对实质经营无年限要求的,如提供房地产服务的香港提供者。(3)要求服务公司在香港、澳门依法缴纳税收。(4)要求经营场所与其经营规模和性质相当,在香港、澳门雇用的员工中在香港、澳门居留不受限制的居民和持单程证来港澳定居的内地人士应占其员工总数的50%以上。这些判定标准在一定程度上排除了不是港澳法人的外国公司分支机构和专门设立的空壳公司,减少了对内地服务市场的冲击,平衡了双方的利益。

2. CEPA 服务原产地规则在实践中存在的问题 由于CEPA的具体实施时间比中国入世承诺提早了两年,这意味着CEPA服务原产地规则无论是相对于两地原有的法律体制,还是国际服务贸易体制,都是一种超前性的探索。而这种开拓行为不可避免地会存在缺陷,可能使第三方滥用规则、变相进入内地市场获取利益。

CEPA附件5采纳了注册成立地和实质经营相结合的混合标准,而且对实质经营规定了详细而比较严格的标准,具有不同于其他FTAs的特点。但有趣的是附件5只规定了“公司”而且只规定了香港公司的界定标准,而没有涉及到双方的自然人的界定标准,也没有规定中国公司的界定标准。^[3]同时,根据CEPA规定,依港澳当地法律注册或登记成立的法律实体即有可能进入内地相关的服务领域。而香港、澳门公司法制对于公司设立的要求非常宽松,如在公司资本上采用授权资本制和认缴制,没有法定最低资本限额的要求,资本可采用任何货币,可选择空壳公司,无法定的年结日期。这些松散的规定令外国法人或自然人能够快捷而轻松地香港设立公司。

其次,CEPA对“实质性经营”的标准在实践中间接地向其他WTO成员进行了开放。由于现代企业的资本控制具有极强的隐蔽性,CEPA规定的标准仍然无法防止外国公司间接进入内地服务市场的问题。外国公司可以通过在港澳收购、实际联合等形式控制香港和澳门的公司,并以之为跳板进入内地市场。中国作为发展中国家,在电信、金融等很多敏感服务贸易领域还处于需要保护的阶段,如果外国公司在港澳设立公司并且进行所谓的“实质性的业务经营”,就可以享受到内地在CEPA中提供给香港、澳门公司及服务提供者的优惠待遇,包括市场准入、商业存在、专业资格的承认和注册资本的最低限额等方面的优惠,这将会令我国在WTO谈判中取得的利益付诸东流。

另外,这些年“离岸外包”的频繁应用更是对我国服务原产地规则提出了更大的挑战。合同中的服务提供者经常会把具体服务外包给他人,而不由本国居民提供“实质性服务”。

CEPA 的实施并没有完全剥夺外国公司成为服务提供者的权利,对于已经长期在香港、澳门进行投资经营的外国企业,CEPA 赋予了他们与香港、澳门公司在服务贸易方面同样的优惠政策,鼓励他们继续为两地经济做出贡献。但是如果一家美国公司在与内地公司签订提供技术服务的合同,而美国公司在具体执行时又外包给在印度的专业培训人员。那么服务的实际提供者是印度人员。将美国视为服务的原产地是否还是合理的呢?有学者认为以法律意义上的服务提供者国籍为基础来确定服务原产地的做法,并不能确定服务资源投入的真正来源地,并不能引进真正的高端技术。将法律上的服务提供者一概视为实际服务的提供者是不合理的。

3. 值得考虑的完善性建议 在 CEPA 中,服务提供者的准入资格问题直接与“实质经营标准”挂钩。CEPA 中的设立标准、实质经营标准以及个别行业的特别标准虽然能够在一定程度上防止空壳公司、临时设立的公司滥用准入优惠,但对于实际控股、变相收购等商业运作则无能为力,因此,除了原有标准之外,建议考虑以下辅助标准:

(1) 完善 CEPA 对特定名词的界定。针对附件 5 只规定了“公司”和香港公司的界定标准的情况,应增加对自然人和中国公司的界定标准。附件 5 中对银行业、保险业和其他行业三类分别界定了香港公司的含义,且都要求“企业在香港雇佣的员工应占其员工总数的 50% 以上(含 50%)”。该规定需进一步明确“在香港雇佣的员工”是否包括居住在香港的其他国家或地区的公民,以及如果企业雇佣临时工、钟点工、计件工时是否计算在香港员工的数额内。^[4]

(2) 在特殊部门领域,可以增加对股东国籍和控制权的要求。即将股东是否拥有香港、澳门永久居民身份并对公司有控制权作为判断是否为“香港/澳门公司”的标准之一。控制或拥有标准包含对公民身份要求,这种要求实质上排除了区域外的非成员国公司,使利益完全归属于区域贸易安排的缔约方。如根据北美自由贸易协定的“所有权或控制权”标准,在 A 国设立的机构如有 50% 控制权或股权为 B 国所有,则该机构通过在 A 国以商业存在形式向 A 国消费者提供的服务应视为来源于 B 国。对于我国企业,也应该注意在签订合同时注意对“离岸外包”情况的约定,防止对方偷换服务的实际来源,使企业的期望目标落空。

(3) 加强对服务提供者的准入资格审核和监督程序。申请 CEPA 优惠待遇的港澳法人若要领取香港、澳门政府颁发的服务提供者证明书,必须提供港资、澳资控股的证明。值得注意的是,CEPA 对于为港澳经济发展作出长期努力的外国长期投资的在港、在澳公司是给予优惠的。对于这样的公司应当要求该外国公司提交持续性长期经营的证明书。同时应加强对服务提供者资格的监督机制。服务提供者资格证明书有效期一般为两年,内地和港澳两地的有关机构有必要在两年的有效期内对这些服务提供者的经营状况做跟踪调查,根据具体情况定期作出书面或实质性审核。这种监督机制可以防止服务提供者在获得证书后转变经营方式和经营领域、变更持有股份比例而丧失做为“香港公司”、“澳门公司”而享有优惠的资格。

(作者单位:上海海关学院)

注 释:

- ① 参见 1999 年 3 月 10 日美国与萨尔瓦多的双边投资协定第 1 条 (c)。
- ② 参见 1992 年 10 月 20 日阿根廷和荷兰的双边投资协议第 1 条 (b) (i)。
- ③ 参见 1976 年德国和伊朗的双边投资协议第 1 条 (3) (b) 和 1976 年丹麦和印尼的双边投资协定第 1 条 (a)。
- ④ 参见 1985 年 10 月 11 日签订的《多边投资担保机构公约》第 13 条关于合格投资者的规定。
- ⑤ 参见 1996 年 9 月 12 日加拿大与巴拿马加强投资保护协议第 1 条 (h)。

- ⑥ 对认定法人身份时是否进行“实质性经营活动”，各国存在不同理解。一些国家认为在服务贸易区内即使只设立代表处等分支机构也应属于进行“实质性经营活动”，也要享有原产地待遇。但GATS第5条第6款对此有明确限制：设立分支机构或代表处应当不能被看作是从事实质性的经营活动，因而难以根据经济一体化协议享受相应的待遇。
- ⑦ 参见1995年7月1日美国与洪都拉斯关于加强双边投资协议的第12条。
- ⑧ 参见2002年1月13日日本与新加坡签订的新经济合作关系协议第7章第58条。
- ⑨ 参见2002年欧洲自由贸易联盟——新加坡自由贸易协定第22条。
- ⑩ 参见1975中非关税和经济同盟跨国公司守则第6条(b)。

参考文献：

- [1] 房东. WTO服务贸易总协定法律约束力研究[M]. 北京：北京大学出版社，2006.
- [2] 杨丽艳. 区域经济一体化法律制度研究——兼评中国的区域经济一体化法律对策[M]. 北京：法律出版社，2004.
- [3] 孟国碧. 服务原产地规则设计的国际实践及思考——兼及中国的实践[C]. 2007年国际经济法年会论文集.
- [4] 钟立国. 〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉的法律评析[J]. 法学评论，2005，(4).
- [5] Olivier Cadot， Antoni， Estevadeordal， Akiko Suwa-Eisenmann and Thierry Verdier， The “Origin of Goods， Rules of Origin in Regional Trade Agreements”， Oxford， Oxford University Press， 2006， P131.

Practicing of Rule of Origin in Service Trade under Regional Economic Integration

LI Li

Abstract: The area of multilateral trade extended to service after the Uruguay Round negotiation. WTO rules allow discriminate treatment against service or service suppliers from different member countries based on Most-favored-nation-Clause. Article 5 of GATS stipulates that a regional economic integration member could provide preferential treatment to another. Thus the rule of origin(ROO) in service trade is becoming research focus. CEPA bestow market access as well as other policy privilege on ‘Hong Kong Company’. Many so-called ‘Hong Kong Companies’ however are controlled by European or American service suppliers, who are the real beneficiaries. This article is aiming to table several proposals for CEPA’s well performing by exposition of the international coordination in service trade ROO and the current implement of CEPA.

Keywords: rule of origin; service supplier; regional trade agreement

