

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

Study on Transnational Commercial Presence of
Chinese Law Firms



中国律师事务所 跨国商业存在研究

龚楚 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

Study on Transnational Commercial Presence of
Chinese Law Firms



中国律师事务所 跨国商业存在研究

龚楚 著

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

图书在版编目(CIP)数据

中国律师事务所跨国商业存在研究 / 龚楚著. —北京: 法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7689 - 8

I. ①中… II. ①龚… III. ①律师事务所—跨国经营—研究—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 055265 号

中国律师事务所跨国商业存在研究

龚楚著



© 法律出版社·中国

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 刘雪

装帧设计 李瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印张 17.25

字数 325 千

版本 2015 年 4 月第 1 版

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7689 - 8 定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

单纯就主题来看,本书的观点在中国国际经济法学界,显属超前。

上述评价,并非为博人眼球而对本书的华丽褒扬,而是基于一个承认及一个期盼:承认中国律师业目前的重大不足,期盼中国律师业未来发展空间足够大。

求木之长,必固其根;欲流之远,必浚其源。西方的绘画艺术和音乐艺术,能够流传到全世界,是因其具有深厚的本土根基。民主和法治盛行当世,是因为其有强大的生命力,能真正促进人类福祉。一样东西能够对外输出,首先在自己的地盘里需是一个被珍惜的宝贝。

律师业是WTO法律服务业的一个范畴。在全球化的今天,自然无人怀疑它的价值。作为一个产业来说,中国律师业已经形成了相当的规模。问题在于,它其实还很弱小。这种弱小不仅表现在人文传统上,也表现在既成事实中。

首先,人文传统如此。即使我们穷究中国律师业的起源,将周公追奉为中国国际法的开山鼻祖,树立邓析作为中国律师第一人,试图用中国的春秋战国来比喻统一之前的欧洲……诸如此类的做法,最终都无法说明中国自古以来就有着现代标准意义上的法治传统社会和法治人。中华法系和人治、德治的阐述方法最让我们感觉舒适和惬意,且极其容易衍生出民族自豪感。在中国人的血液里要融入法治的思维方式,比移植器官的难度大很多。唐朝时候,我们将外国人视为化外之人;如今,中国人却有着这种危机感——经常怀疑自己是否按照国际公认的文明规则和法律原则来处理事

情？这是中华民族的一个低潮期。中国律师业的发展注定是政府驱动的、外生型的，人们思想深处的痼疾不易根除。传统的治国方式正经历痛苦的嬗变，需要几代人去完成。

其次，既成事实如此。中国律师业目前在综合实力等各个方面都无法跟欧美抗衡，差距极其巨大。去掉基本政治制度成分，不说律师从政的问题，以美国为例，美国总人口是世界的5%，土地总面积是世界的6%，其出产的物质产品和无形服务占了全世界的1/4，而律师总人口却占全世界律师总人口的35%。21世纪已走过14年，英文作为世界第一工作语言、美元作为世界第一货币、美国作为世界第一超级大国，却保持着不变的趋势。在WTO这个大体系下，服务贸易越来越占据重要地位，以美国律师业为首的欧美律师业正大量攫取利润，到处抢占市场份额。大量的外国律师所进入中国法律服务市场，业绩斐然，给中国本土律师所造成巨大压力，而中国律师所在国内都自顾不暇。

在此种情形下，本书居然要论述中国律师业如何走出去，如何到欧美建立中国律师事务所的跨国商业存在的问题。可见，本文要论述的是一个多么超前的主题。中国律师业是这样一个相对尴尬的非典型的東西。法律服务业本来无法算得上是中国的東西，无法激发我们对唐诗宋词、儒家学说等事物的自豪感。一个在本土尚未成熟的東西，作者却要论述如何对外输出，说超前30年不为过。可想，本书要写成一部成功的著作，难度何其大。

可幸的是，与中国人对各种外族侵犯或统治的高度适应性（比如长达267年间国人剃光一半头颅，扎起辫子的清代）相一致的是，中国人的儒家风骨里，有着博大容忍的精神和善于兼收并蓄的特质，也经常出现勇敢的理想主义者。中国现在被评论家指出，有一股法律人的势力，正在兴起。他们指的是以中国律师为主的这个群体。这个群体里的精英们，他们信仰法律，愿事事按法律规定进行，并“每日三省吾身”地痛苦和快乐着，挑剔和批判自己的各种与法治精神相违背的发言行为，事必躬亲地奋力呼吁法治、推进

法治。这个群体的积极作用得到发挥,创造出物质财富、精神财富和技术经验,将是帮助中国实现法治、达成复兴、度过低潮期的动力之一。一个法治国家必然是律师业兴旺发达的国家。如果民主和法治的世界潮流是以律师业的繁盛为标志之一,那么,中国律师业必须崛起,必须迎头赶上。

本书的价值,就在于此。目前国内学术界的顽疾,就是只进行内向型的防御性研究,忽略了外向型的进攻性探讨。本书开辟了一条新道路,力图通过反其道而行之的做法,促进学术界的研究和互动,以期提高。同时,在中国律师业已经有先行者踏出国门的情况下,进行研究也具备理论必要性。如果30年后,中国律师业能对外规模化投资,则本书的出版使命就达到了。作为国家软实力的指针,律师业强大到对外规模化输出,则中华民族的复兴,彼时也就实现了。

本书的作者是复合型法律人才,他掌握英法日西四门外语,具有丰富的涉外法律工作经验,并师从国际经济法大家余劲松教授攻读了法学博士。本书结合市场准入、商业存在、国民待遇等理论问题,探讨了中国律师事务所跨国商业存在运营的各种实际问题,充分详尽地包含、归纳、抽取、比较了WTO服务贸易总协定中,各个国家和地区对服务贸易的水平承诺和部门承诺。鉴于GATS对律师服务业的谈判是不可能单独进行的,而只能将其与众多其他服务部门一样纳入到服务贸易的整个大范畴之内进行,不容易发生新的更改,本文的数据在相当长时期内,可以作为参考数据。本书的出版丰富了我国律师业的学术研究,拓展了世界服务贸易领域的讨论,助益于深化我国国际经济法的理论和实践。

作为抛砖引玉之作,本书的缺漏和错误在所难免,敬请批评。

龚 楚

2014年11月25日

目 录

Contents

第一章 导论	(1)
第一节 问题的提出	(1)
一、与问题有关的事实和理论	(1)
二、基本概念和选题理由	(8)
第二节 问题提出之前的既有成果	(16)
一、国内研究成果介绍	(16)
二、国外研究成果介绍	(20)
三、前人未解决的学术问题	(24)
第二章 市场准入与商业存在	(26)
第一节 论商业存在的基础性地位	(26)
一、服务贸易和国际投资的契合点	(26)
二、商业存在和其他三种方式	(27)
三、结论	(29)
第二节 聚焦市场准入	(29)
一、一般论述	(29)
二、承诺表	(31)
三、关于承诺表的谈判	(33)
四、谈判的历史和现状	(35)
五、GATs 及 RTAs 下承诺水平对比	(38)

2 || 中国律师事务所跨国商业存在研究

六、结论·····	(46)
第三章 中国律师事务所跨国商业存在形态 ·····	(48)
第一节 两个前提问题 ·····	(48)
一、中国律师事务所在母国的形态 ·····	(48)
二、中国律师资格在外国的承认 ·····	(68)
第二节 中国律师事务所跨国商业存在形态类别 ·····	(76)
一、办公室·····	(77)
二、代表处·····	(78)
三、分所·····	(79)
四、非律师执业机构类型的公司 ·····	(85)
五、MDP ·····	(86)
第四章 中国律师事务所跨国商业存在运营分析 ·····	(89)
第一节 导言:服务贸易范畴的国民待遇 ·····	(89)
第二节 资格条件 ·····	(96)
第三节 服务范围和区域 ·····	(98)
一、就整个东道国(地区)范围进行限制 ·····	(99)
二、对东道国各个行政区域进行专门限制 ·····	(101)
第四节 人员聘用 ·····	(103)
一、律师的聘用 ·····	(103)
二、实习律师、律师助理、实习生的聘用 ·····	(107)
三、行政人员的聘用 ·····	(108)
第五节 市场拓展 ·····	(109)
一、传统的口碑相传模式 ·····	(110)
二、现代的网络营销模式 ·····	(111)
第六节 财务税收 ·····	(114)
第七节 破产清算 ·····	(116)

第五章 纠纷救济与母国规范支持	(120)
第一节 纠纷救济	(120)
一、GATs 下的解决方案	(120)
二、利弊分析	(124)
三、建议	(128)
第二节 母国规范支持	(129)
一、母国规范支持的必要性	(129)
二、具体建议	(131)
第六章 结论	(149)
一、本书取得的主要成果	(151)
二、应深入但未能实现的几个问题	(152)
三、加深本书论题的可能性	(152)
参考文献	(154)
【附录一】GATs 投资纠纷救济机制的缺陷及解决方案	(168)
【附录二】服务型跨国企业的 FDI ——论中国律师所跨国商业存在定性	(177)
【附录三】论中国律师事务所跨国商业存在的品牌管理	(183)
【附录四】中外律师事务所模式的三个案例	(201)
【附录五】论涉外法律服务的 ESCROW 制度	(206)
【附录六】从谷歌事件谈外国投资者管理	(220)
【附录七】从“富士康事件”看跨国公司社会责任缺失	(228)
【附录八】浅论社会民主主义理论与欧盟国家主权观念	(237)
【附录九】“社会连带主义”之谬	(247)
【附录十】论中日韩投资协定文本的几个错误	(256)
【附录十一】僭窃法律的中文版之我见	(261)
后记	(263)

第一章 导论

第一节 问题的提出

一、与问题有关的事实和理论

(一) 服务贸易相关问题概述

自19世纪初大卫·李嘉图(David Ricardo)的比较优势理论(Comparative Advantage Theory)指出自由贸易能创造巨大财富,贸易的重要性开始被人们认识到。^①人作为经济动物有喜利恶劳、乐佚恶贱的通病,^②其从事贸易活动,肇始于自身的基本欲望,即为了满足个人或个人集合体的私欲,而这正是人类进步的动力之一。对这种私欲追求行为的合理运用和控制,能促进人类财富和福祉合理而安全地增长。人类只有通过满足个体贪欲(pleonexia)等基本欲望之后,才可能向更高层次追求诸如正义、自由、民主、博爱、和谐、礼义廉耻信等精神价值。国际社会在此动力的推动下,朝

^① [美]约翰·O. 麦金尼斯、马克·L. 莫维塞西恩:《世界贸易宪法》,张保生、满运龙译,中国人民大学出版社2004年版,第16页。

^② 以上文字原文取自《韩非子》,笔者进行了文字取舍。

2 || 中国律师事务所跨国商业存在研究

持续开放及加深相互依存的方向发展,贸易刺激着创新和增长,^①帮助人类向更高层次进步。

值得注意的是,服务贸易正逐步赶超货物贸易,将成长为全球贸易的主要力量,并成为世界经济发动的新“引擎”。^② 2001年,世界服务贸易总额就已达到世界贸易总额的25%。根据专家预测,服务贸易额到2020年将占全部贸易总额的一半。^③ 这是因为货物贸易已近成熟和饱满,增长减慢,而服务贸易发展势头正猛。

服务贸易的快速增长使得服务贸易的地位越来越重要,^④但我们无法忽视其起点低的现实情况。如美国2008年商业服务出口占其GDP的3.6%,占货物及商业服务出口总额的28.8%;中国2008年商业服务出口占其GDP的3.4%,占货物及商业服务出口总额的9.3%;^⑤到2011年增长到10.3%,低于同期18%的世界平均水平。^⑥ 服务贸易在总出口额中比例仍小,反证了其发展潜力之大。

中国服务业对外贸易是中国对外贸易的弱项,以下两个表格进一步说明了这个问题。

① Pascal Lamy, Speech at Thematic Debate on the United Nations in Global Governance, June 28, 2011.

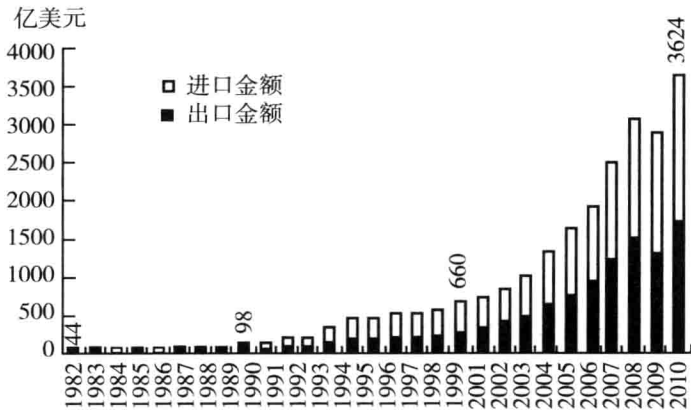
② Gary Hufbauer, Sherry Stephenson, Services Trade: Past Liberalization And Future Challenges, page 605, Abstract, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, September, 2007.

③ 洪晓东:“世贸组织服务贸易谈判与法律服务的自由化”,载人民网 <http://www.people.com.cn/GB/shehui/212/9004/20020923/829117.html>,访问日期:2014年5月1日。

④ 同上。

⑤ Services Profile, WTO website, Database, <http://stat.wto.org/ServiceProfile/WSDBServicePFRreporter.aspx?Language=E>, visited on March 14, 2014.

⑥ 崔鹏:“2011年我国服务贸易逆差549.2亿美元”,载《人民日报》2012年6月15日第2版。



数据来源:中国商务部统计。

图 1① 1982 ~ 2010 年中国服务贸易进出口情况

上表说明了中国的服务贸易出口多年来一直处在净输入状态,呈现贸易逆差。2010年中国服务贸易逆差 219.3 亿美元,2011年总额增加到 4191 亿美元,但逆差却扩大至 549.2 亿美元。^② 2012年逆差达到 897 亿美元,2013年达到 1184 亿美元。^③ 中国服务贸易连续 12 年出现逆差,且不断扩大。中国服务贸易在本国进出口总额中的比例处在主要国家(地区)中的靠后位置。在世界商业服务贸易中,包含专业服务(法律服务)的其他商业服务的比例几乎是全部服务贸易的一半。中国也是如此。WTO 统计数据库将“运输、旅游、通信、电信、建筑、保险、金融、计算机及信息、许可及授权、个人文化及娱乐”服务内容剔除后,列了一个“其他商业服务”出口表。下表是 WTO 数据库中最贴近法律服务的,范围最小,因此可以参考出专业服务下法律服务在全球各个国家和地区的份额分配。

① 注:(1)遵循 WTO 有关服务贸易的定义,中国服务进出口数据不含政府服务。(2)数据来源:WTO 国际贸易统计数据库(International Trade Statistics Database),中国商务部;国务院新闻办公室:“中国的对外贸易”,载 http://www.gov.cn/zwgk/2011-12/07/content_2013475.htm,访问日期:2012年10月21日。

② 崔鹏:“2011年我国服务贸易逆差 549.2 亿美元”,载《人民日报》2012年6月15日第2版。

③ 商务部数据,参见财新网,访问日期:2014年8月27日。

表 1^① 世界其他商业服务出口表(2008 年、2009 年)

世界其他商业服务出口表,2008 年、2009 年(10 亿美元及百分比)							
出口/年	价值		比例		每年比例变化		
	2008	2009	2000	2009	2000—2009	2008	2009
全世界	940	855	100.0	100.0	12	14	-9
北美	111	109	16.1	12.8	9	11	-2
中南美	27	26	2.5	3.1	14	22	-2
欧洲	517	450	51.3	52.8	12	14	-13
欧盟 27 国	487	424	...	49.7	...	14	-13
独联体	17	15	0.9	1.8	21	35	-13
亚洲	249	231	26.1	27.1	12	14	-7

从上表可知,欧美占据了 60% 以上份额,而亚洲加入后,此三个地区几乎垄断了全球其他商业服务全部份额。因为咨询和其他商业服务是一个综合性特征强的统计术语,其所包含的法律服务出口份额没有精确的数据,但上表在一定程度上反映了各个国家服务贸易输出比例的相似性,可以概略地感知法律服务输出的份额。

(二) 服务贸易范畴下的中国律师事务所跨国商业存在

笔者注意到,经济全球化的一个显著特征是经济服务化。经济服务化包括“生产的软化、生产的服务化、服务的产业化和服务的国际化”。^② 经济服务化的领先者美国^③早在“1960 年代服务业就业人口收入就超过 GDP 的 60%,到 1994 年攀升到 69%”。目前“美国国内四分之三的劳动人口投身于

^① See Statistics, International Trade Statistics 2010, World Trade Development in 2009, WTB website, http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2010_e/its10_world_trade_dev_e.htm, visited on March 15, 2014.

^② 何茂春:“经济服务化的特点和含义”,载 <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/g/2007-08-21/5237.shtml>, 访问日期:2012 年 10 月 21 日。

^③ 同上。

服务业”。^① 美国每年的货物贸易逆差达到千亿美元,但服务贸易顺差却达到几百亿美元,不仅节约了制造货物的资源,而且保护了环境。^② 美国自从 20 世纪 90 年代积极进行经济转型以来,新型经济结构在国际贸易中取得更大优势,服务贸易独领风骚,既是世界服务贸易最大的出口国,又是服务贸易最大的进口国,还是服务贸易最大的盈余国。笔者从美国政府又获得一张该国 2006 年到 2009 年各年所有私营服务进出口及其中法律服务进出口总额的数据表。

表 2 美国 2006 ~ 2009 年法律服务进出口表^③

(单位:百万美元)

	出口				进口			
	2006	2007	2008	2009	2006	2007	2008	2009
全部私营服务	400,083	469,870	517,946	483,869	305,349	335,105	365,459	334,917
法律服务	5256	6400	7327	7256	1223	1536	1989	1700

从上表可知,美国在法律服务贸易方面,顺差巨大。

当今世界服务贸易存在六大趋势,其中之一是“服务贸易通过商业存在进行已经成为主要方式”。^④ 对于服务贸易的四种方式,方式 1、2、4 都是以 BOP^⑤ (国际收支平衡表)来表现,但方式 3 必须通过 FATS^⑥(国外分支机构服务贸

^① 何茂春:“经济服务化的特点和含义”,载 <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/g/2007-08-21/5237.shtml>, 访问日期:2012 年 10 月 21 日。

^② 西方研究机构和研究者指出:14% 的中国废气是由生产出口到美国的货品所造成的。英国“新经济基金会”(New Economic Foundation)的研究报告说,每一件在中国生产出口到英国的物品,其废气排放量比在英国生产要多 1/3。西方国家对中国产品日益依赖,变相地把废气排放量持续转嫁到中国。该机构政策总裁安德鲁·西姆斯表示:“每当政府官员谈及气候变化的时候,他们似乎把中国当作替罪羊……”参见:周晶璐:“新经济基金会:西方依赖中国又嫁祸中国”,载《东方早报》2007 年 10 月 8 日版。

^③ See Tab1a.xls, Detailed Statistics, International Services, Bureau of Economic Analysis, U.S. Department of Commerce, <http://www.bea.gov>, visited on March 16, 2014.

^④ 胡景岩指出的六大趋势是:“服务贸易总量持续快速增长”,“服务贸易结构调整加快”,“服务贸易地区不平衡有加剧危险”,“服务外包潜力巨大”,“服务贸易通过商业存在进行已经成为主要方式”,“服务贸易越来越受各国(地区)重视”。参见胡景岩:“世界服务贸易呈现六大趋势”,载《经济日报》2006 年 8 月 1 日第 11 版。

^⑤ BOP: balance of payments 的缩写。

^⑥ FATS: foreign affiliate trade statistics 的缩写。FATS 也称为 TNC(transnational corporation)数据。

易)统计反映出来。FATS方式的运用,目前全世界仅有几个国家(美国等OECD国家)能够做到。实际上,自20世纪70年代以来,通过商业存在实现的服务贸易规模迅速扩大,在一些发达国家已经超过了跨境方式的服务贸易。外资直接投资在20世纪90年代自由化和私有化浪潮中蓬勃发展。“2005年通过外资商业存在实现的服务贸易产值达到52,000亿美元,占世界服务贸易总额的三分之二,而这个数目仅仅以世界前百强跨国企业的销售总额为计算标准,而非所有海外附属机构。”^①2005年世界贸易组织估算显示,世界服务贸易份额构成方式如下:方式1占35%,方式2占10%~15%,方式3占50%,方式4占1%~2%。^②以美国为例,其“每年官方记录的以商业存在方式进行的服务贸易收支平衡表的数字是2920亿美元(2003年),但美国在这一年仅通过海外分支机构达到的服务销售总额却达到4770亿美元。”^③

表3 《美国在他国附属机构提供服务与他国在美附属机构提供服务对比表》^④

(单位:百万美元)

国别/年	美国海外附属机构在他国提供的服务					其他国家在美附属机构提供的服务				
	2004	2005	2006	2007	2008	2004	2005	2006	2007	2008
所有国家	684,936	795,619	889,820	1,019,225	1,136,877	540,912	571,174	648,286	683,840	727,371
加拿大	66,319	80,981	92,143	101,450	112,097	41,867	55,389	61,340	65,956	67,012
欧洲	390,409	448,218	496,423	581,161	638,050	347,969	359,587	409,525	429,476	447,622
拉美/西半球	71,212	88,392	102,278	108,176	118,515	32,934	36,631	46,979	44,011	50,663

^① See Gary Hufbauer and Sherry Stephenson, *Services Trade: Past Liberalization And Future Challenges*, pages 605 - 630, *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, September, 2007, Vol. 10, issue 3. 英文原文使用的是“\$5.2 trillion in 2005”,如以英国英文解释是520亿美元,如以美国英文解释是52000亿美元。

^② See WTO, *International Trade Statistics 2005*, Geneva: WTO Publications, 2005, p. 8.

^③ 胡景岩:“世界服务贸易呈现六大趋势”,载《经济日报》2006年8月1日第11版。

^④ See Detailed Statistics, *International Services*, Bureau of Economic Analysis, U. S. Department of Commerce, <http://www.bea.gov>, visited on March 16, 2014.

续表

国别/年	美国海外附属机构在他国提供的服务					其他国家在美附属机构提供的服务				
	2004	2005	2006	2007	2008	2004	2005	2006	2007	2008
中南美洲	49,746	66,397	75,131	74,975	83,914	5299	6520	10,515	7408	7433
其他西半球国家	21,466	21,994	27,147	33,201	34,601	27,636	30,111	36,464	36,604	43,231
非/中/亚太	156,996	178,028	198,976	228,438	268,215	112,623	113,555	123,246	132,918	149,021
非洲	8425	10,489	10,738	11,475	11,296	850	826	1327	1062	1054
中东	3699	4440	6304	8075	10,808	4941	6162	9928	10,958	14,352
亚太地区	144,872	163,099	181,935	208,887	246,111	106,831	106,567	111,991	120,898	133,615
中国	6914	8332	10,486	13,646	19,514	(D)	341	261	300	432
中国香港	16,258	20,921	22,226	26,468	27,062	2685	2650	3071	3688	4060
马来西亚	2113	2284	2836	3660	4093	(D)	(D)	364	315	331
其他国家	1855	2476	4572	5688	(D)	116	(D)	(D)	(D)	(D)
美国*	5519	6011	7196	11,479	13,052
附录										
欧盟	344,492	397,494	441,877	512,648	561,402	316,542	324,590	356,022	374,265	390,501

D:为防止个别公司数据信息被透露而不显示。n. a. : not available, 表示数据缺乏。

* :此处的数据是外国母公司投资设立的美国境内附属机构,但最终拥有是美国人。

从上表可以看出,中国企业在美附属机构在2005~2008年间每年的全部类别服务产值分别是3.41亿美元、2.61亿美元、3亿美元、4.32亿美元,仅和马来西亚等国水平相当,不及中国香港的1/10。其中,法律服务仅是该数据的一小部分而已。在美国商务部经济分析局提供的另一个表格上,我们可以看到,2008年世界各国通过在美国附属机构提供的法律服务总额仅为1.17

亿美元。^① 总数都这么低,中国作为众多国家之一,其律师事务所在美商业存在所提供的服务总额能占多少比例?答案不言自明。

律师服务贸易在中国,作为一个单独话题已提出十多年,^②但发展仍不理想。服务贸易是经济服务化的必经之路。当前,服务贸易已开始从劳动密集型服务贸易,转向知识、智力密集型或资本密集型服务贸易。^③ 中国律师业本身就是后者的一个类别,应当顺应趋势积极发展,包括要力争在商业存在上有所作为。

二、基本概念和选题理由

(一)基本概念

关于跨国的定义。跨国之意,为中华人民共和国之外的当前世界上其他所有国家和地区;为论述方便及考虑现实因素,也将香港特别行政区、澳门特别行政区、我国台湾地区等中国主权范围内的特别行政区和地区列为研究对象。此处的“跨国”覆盖了“跨境”这一语境。

关于商业存在的定义。商业存在是 GATs 第 1 条所定义的“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”所指的内容。GATs 曾对“商业存在”做了特别说明:“商业存在是指外国服务提供者在另一个成员境内建立、运营或扩大一分支机构、代理处或全资子公司。”^④对于商业存在,GATs 规定仅适用于是外资公司或个人拥有或控制的、在东道国本地建立的法人实体,其他类型的法人实体被剔除在 GATs 之外。^⑤ 法律服务的商业存在是

^① See Tab10_a.xls, Detailed Statistics, International Services, Bureau of Economic Analysis, U. S. Department of Commerce, <http://www.bea.gov>, visited on March 16, 2014.

^② “世界贸易组织与法律服务国际研讨会”于 2002 年 9 月 18 日在北京人民大会堂举办,讨论了“服务贸易与法律服务业”、“世贸组织与法制现代化”、“世贸组织与法律服务的国际化”、“法律援助制度的完善”、“世贸组织与高层次涉外法律人才的培养”、“世贸组织与知识产权保护”等议题。

^③ 倪月菊:“中国服务贸易逆差短期难破 调整结构迫在眉睫”,载《国际商报》2012 年 9 月 3 日版。

^④ See Services: Schedules, WTO website, http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm, visited on March 16, 2014.

^⑤ See Rudolf Adlung and Martín Molinuevo, *Bilateralism In Services Trade: Is There Fire Behind The (Bit -) Smoke?* page 365, Journal of International Economic Law, June, 2008. Also see http://www.wto.int/english/res_e/reser_e/ersd200801_e.pdf, visited on October 20, 2012.

指在世界贸易组织的 GATs 体系下,前一成员的法律服务提供者在后一成员的领土内设立律师事务所分支机构或附属机构,在后者的领土内为法律服务消费者提供法律服务。这种方式具体表现为一个国家或地区的律师事务所在另一个国家或地区内组建、收购或维持一个律师服务机构实体(律师事务所、律师事务所分支机构或其他形式的附属机构)。

关于中国律师的定义。中国《律师法》第 2 条规定“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。”^①中国在世界贸易组织加入工作组报告书中进一步明确说,中国的具体承诺减让表所列“中国执业律师”指获得律师资格证书、持有中国执业许可并在一中国律师事务所注册执业的中国公民。

关于中国律师事务所的定义。中国律师事务所是通过中国国家司法考试或律师资格考试,^②经过实习等环节而获得中国司法部批准并颁发执业律师证书的专业个人或专业个人所组成的群体从事法律服务的机构。简单的定义是,中国律师事务所是中国律师的执业机构。^③本书也简称为中国律师所。

(二) 选题理由

第一,中国律师事务所跨国商业存在法律问题是学界尚未研究的空白领域。

在世界服务贸易稳步增长的形势下,^④中国服务贸易滞后的问题已经

① 《律师法》第 2 条。

② 中国律师资格制度分两个阶段,2001 年前仅为律师职业资格,2002 年后律师、法官、检察官资格统一为法律职业资格。

③ 《律师事务所管理办法》第 2 条。

④ 根据世界贸易组织的统计显示,从 1980 年到 2007 年的 27 年之间,全世界服务贸易出口总额一共增长了 9.1 倍,从 3600 亿美元增加到 32,600 亿美元。同期全球货物贸易出口总额则从 19,880 亿美元增加到 135,700 亿美元,只增长 6.8 倍。服务贸易的增长速度明显地超过了货物贸易,在世界贸易中的重要性越来越高。(载 <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/h/2009-06-02/73467.shtml>, 访问日期:2009 年 6 月 2 日,来源:《国际贸易》)服务行业产值目前已经构成了欧美日等发达国家国民生产总值的 70%,在发展中国家比例也在不断上升。(See Rolf H. Weber, *Information Technology Markets—Asia's Opportunity to Revitalise the WTO*, page 185, Hong Kong Law Journal, 2007.)

显现。^①我国政府已认识到服务贸易的重要性和迫切性,开始高度重视服务贸易的发展。^②从学术角度看,目前我国服务贸易相对于货物贸易发展更为迅速,^③进出口不平衡,出现的新问题又更多,但中国法学界“对服务贸易的研究却大大落后于货物贸易”。^④关于服务贸易的专业书籍或论文已为数不少,但关于法律服务贸易的文献较少,且主要论述中国服务贸易如何应对入世,介绍外国法律服务业并论述如何借鉴,其思维导向主要为内向型。迄今尚未发现我国学界专门论述中国律师事务所跨国商业存在如何建立和发展,中国律师业如何走出去的论文或著作。

第二,中国律师事务所跨国商业存在法律问题具有研究价值和研究的现实必要性。理由如下:

1. 法律服务市场全球化的情势驱使。

服务贸易是目前欧美等发达国家对外贸易的主要优势所在,如“美国的银行、保险、会计、律师业有约5万家企业在中国投资运营,在中国市场年销售额是2200亿美元”。^⑤中国在WTO下已基本按照入世协定附件9《中华人民共和国服务贸易具体承诺减让表》执行了相关义务,已符合WTO规定。外国在中国的非金融领域服务业附属机构为44,128家。^⑥截至2011年12月31日,美国律师事务所在北京的分支机构达41家;^⑦美国律师事务所在上海的分支机

① 于立新等学者通过《通过服务贸易滞后 出口大国仍存隐忧》等文章呼吁重视服务贸易。

② 载中国服务贸易指南网 <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/a/2011-05-27/90357.shtml>, 访问日期:2011年5月27日。

③ 2010年的统计数据表明,中国是主要服务贸易大国中增长最快的国家之一,服务贸易进出口总额为3624亿美元,2011年达4191亿美元,列全世界各国(地区)的第四位(参见 <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/a/2011-05-27/90358.shtml>, 访问日期:2011年5月27日)。

④ 参见何茂春:《国际服务贸易:自由化与规则——兼论扩大开放与国家经济安全》,世界知识出版社2007年版。

⑤ 姜艾国:“控制外资在华加工贸易”,载《瞭望新闻周刊》2010年10月25日版。

⑥ 数据来源:商务部服务贸易司,2007年12月4日。

⑦ 其中美国杜威·路博律师事务所驻北京代表处因母所申请破产而处于清算阶段。截至2011年11月30日,共有81家外国律师事务所在北京开设分支机构,美国占有一半以上;共有113家外国律师事务所在上海开设分支机构,美国为44家。除此之外,美国律师事务所在广州开设有2家分支机构,在天津开设2家分支机构,在厦门开设1家分支机构。国外其他城市尚未有美国律师事务所的分支机构。参见“关于208家外国律师事务所驻华代表机构获准在中国境内执业的公告”,载《法制日报》2011年11月30日版。

构达44家,包括贝克·麦坚时、美迈斯、美富等百年老所和千人律师规模的国际性大所,主要的国际大律师事务所都已经入驻。^① 国外律师事务所在中国业务开展顺利,并利用东道国监管乏力的机会,超越GATs范围,侵入东道国律师的业务范围,攫取巨额业务收入。只以在华商业存在形式进行的非诉讼业务计算,在上海的外国律师事务所非诉讼业务收入相当于上海本地中国律师事务所的总业务收入。^② 截至2014年8月15日,上海市的中国执业律师人数是16468人,中国律师事务所所有1276家,^③且作为中国律师所是可全面从事律师业务的。1276家可全面执业的中国律师事务所和100多家仅被允许提供部分法律服务业务的外国律师事务所分支机构之间的业务收入对比如此惊人,足见外资律师事务所在涉外业务方面的巨大优势及与外资企业对中国相关的法律服务需求巨大。^④ 反过来看,既然外资律师事务所可到中国开展业务,中国作为WTO成员,其律师业可遵照《服务贸易总协定》的规定,对其他成员领土内投入资金并建立商业存在,提供法律服务,创造法律服务产值。

据商务部统计,截至2011年年底,我国有超过1.35万家境内投资者在境外设立对外直接投资企业16000多家,分布在全球177个国家和地区,占全球国家(地区)总数的72%,境外企业资产总额超过2万亿美元。2010年中国对外直接投资占全球总量的5.2%,居当年流量的全球第五位。^⑤ 2011年对外投

① 上海市截至2011年12月31日已经设立的113家外国律师事务所分支机构,分布情况为:美国44家、英国15家、日本9家、德国8家、法国7家、澳大利亚6家、韩国4家、新加坡4家、意大利3家、西班牙3家、瑞典2家、巴西2家、瑞士1家、比利时1家、荷兰1家、挪威1家、阿联酋1家。参见“关于208家外国律师事务所驻华代表机构获准在中国境内执业的公告”,载《法制日报》2011年12月31日版。

② 陈有军:“GATs框架下我国法律服务业的现状与改革”,载《信阳农业高等专科学校学报》2007年第3期。

③ 载上海市律师协会官方网站 <http://www.lawyers.com.cn/member/>,访问日期:2012年7月28日。

④ See Li Qiang and Eric Zabinski, *LEADING LAWYERS ON NAVIGATING LOCAL REGULATIONS, OVERCOMING CULTURAL BARRIERS, AND ADVISING CLIENTS ON DOING BUSINESS IN CHINA, BEST PRACTICES FOR INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS IN CHINA ASSESSING THE STATE OF M&A IN CHINA*, page 212, 2011 EDITION, Aspatore, 1 April 2011.

⑤ 联合国贸发会议“2011年世界投资报告”。

资净额实现连续 10 年增长,达到 746.5 亿美元,其中 2010 年度较上年增长 21.7%。^① 与此相反,中国律师业在其他国家建树甚少。据统计,截至 2011 年年底,中国有律师事务所 1.82 万家,律师总数达到 21.5 万人,^②但中国律师事务所在国外设立分支机构的仅有 50 多家,^③在他国工作的中国律师人数也很少。实际上,中国律师业在他国设立分支机构有两大优势:一是中国律师事务所相比较于外国律师事务所,同文同种,利益相同,且有语言及思维方式上的便利性,更能了解中国企业实际需要,能对外中资企业提供更优质的法律服务。二是中国律师事务所在东道国常驻,有利于接受东道国公司或单位、个人的委托,就与中国相关的业务提供法律服务,直接在东道国输出法律服务,创造法律服务外汇收入。

2. 改变中国律师业业务结构的有效途径。

从法律服务的具体构成来看,目前中国律师业所提供的法律服务,依然以单一的诉讼业务为主,非诉讼业务及法律顾问服务占总产出的比例小。《中国司法白皮书》公布的中国律师 2008~2011 年间办理各类案件业务图显示,全中国律师在 2011 年一共办理案件 4177410 件,其中非诉讼业务为 392456 件,仅占全部业务的 9.4%;而国外法律服务发达国家的律师非诉讼业务远超此数,

① 商务部、国家统计局、国家外汇管理局联合发布的《2011 年度中国对外直接投资统计公报》,2012 年 8 月 30 日;商务部、国家统计局、国家外汇管理局联合发布的《2010 年中国对外直接投资统计公报》,2011 年 9 月 6 日。

② 参见《中国司法改革白皮书》,国务院新闻办公室 2012 年 10 月 9 日发表。

③ 当前中国律师业小规模地在欧、美、澳等地建立商业存在,也正在进入非洲、南美的发展中国家。比如,1993 年北京君合律师事务所在美国纽约成立分所,是中国律师事务所在国外开设的第一家分所(参见君合律师事务所官方网站 <http://www.junhe.com>,访问日期:2012 年 7 月 3 日);1998 年上海四维律师事务所在德国成立分所;1998 年上海小耘律师事务所纽约分所成立;截至 2005 年 2 月,北京德恒律师事务所在国外分支机构和合作单位达 14 家(参见徐绪柏:“论中国律师业‘走出去’战略”,载中国律师网,访问日期:2012 年 7 月 3 日);北京的柴傅律师事务所于 2004 年在南非开设了分所(参见 <http://www.ghlawyer.net>,2012 年 7 月 4 日访问时,该所未列分所信息);2010 年 12 月,广东广和律师事务所所在乌拉圭开设分所,是中国律师事务所在南美洲开设的第一家分所(参见 <http://www.ghlawyer.com.cn>,访问日期:2012 年 7 月 3 日)。

其中美国律师的非诉讼业务比例超过 80%。^① 非诉讼业务通常集中在经济和贸易领域,对外贸易和对外投资是产生非诉讼业务最多的地方。非诉讼业务在国内外都具有极大的发展前景,其最大特点是可以绕过各个国家司法主权的障碍,服务提供者即使不是东道国的注册律师亦可。因此,利用跨国商业存在开拓国外法律服务市场,可以改变单一的业务结构,并帮助改变我国服务贸易和服务投资整体对外发展不协调的局面。

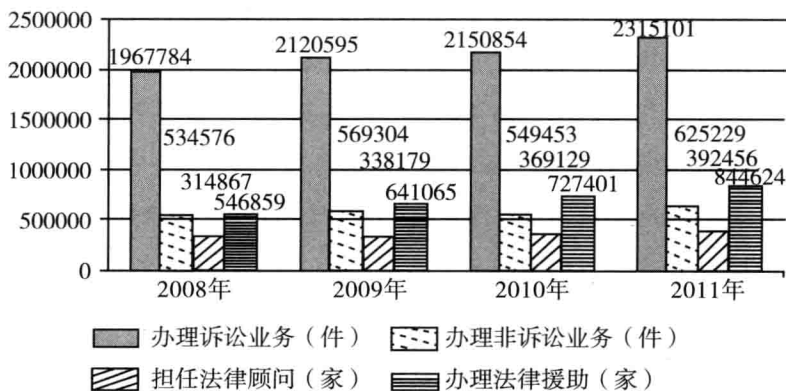


图 2 2008 ~ 2011 年律师承担各类案件业务图^②

3. 涉外法律服务的现实需要。

首先,海外追债法律业务需求的存在。中国对外贸易企业累计有 1500 亿美元的海外贷款无法收回,^③且每年以 300 亿美元的速度增加,仅此项就需要大量的律师服务跟上解决。如按照律师代理的风险收费估算,仅海外追债的法律服务业产值都有 450 亿美元。北京市 2010 年律师业总收入约为 17 亿美元,上海市 2010 年律师业总收入约为 10 亿美元、^④深圳市 2010 年律师业总收入约

^① “非诉是年轻律师的奶酪”,载中国律师网 http://www.deheng.com.cn/dhbs_show.asp?id=792,访问日期:2014年5月1日。笔者需要说明的是,案件的件数和收入并不呈均匀分配,但实践中非诉讼的律师收费与诉讼案件并无太大的差距,非诉讼业务经常比诉讼业务的收费还更高。

^② 《中国司法改革白皮书》,2012年10月9日国务院新闻办公室发布。

^③ 闫鹏和:“从一起国际贸易纠纷案看如何破解海外商账执行难?”,载《中国对外贸易》2010年第12期。

^④ 10亿美元仅仅是一家国际性律师大所1年的业务收入,如美国的贝克·麦坚时律师事务所。

为4亿美元,^①3个国内法律服务业最为发达的城市2010年业务收入总和仅有31亿美元。2010年全中国律师行业整体收入仅为600亿元人民币,^②不到100亿美元。如此一对比,就可看出,海外追债的法律服务业务量450亿美元是一个巨大的数字。中国法律服务的海外市场无疑已经相当庞大,中国律师所不应坐视这些业务被其他国家的律师所接办。海外追债的法律业务,因被追债方在其他国家,需要采取的法律救济措施主要是诉讼(仲裁形式通常只在条款完善的合同中得到表现,而多数合同并无仲裁条款或仲裁条款因缺乏要件而归于无效,诉讼就成为解决纠纷的必然选项)。中国律师所如果没有开设海外分所,办理案件就困难,很多情况下必须转委托外国律师所,律师费的大部分将被外国律师所赚取,因此,在其他国家设立律师事务所商业存在,是必要的。

其次,随着国际交流的日益深化,许多中国国民个人投资国外、移民或留学国外,海外华人也因为各种原因与中国有联系,其中产生的各种涉外法律业务(法律文书、律师见证、投资置产、移民留学、涉外婚姻非诉讼业务及诉讼业务)的需求,中国律师事务所跨国商业存在能就近就地提供法律服务或进行代理。

再次,在外国的外国企业或个人,如因为计划投资中国或缔结和解除与中国有关的法律关系,而需要中国律师服务时,中国律师事务所的跨国商业存在就能提供法律服务。由于中国律师所在外国当地设有分支机构,外国当事人不但能聘请到其所需要的精通中国法律的中国律师,而且更能享受到中国律师相对实惠的服务费用。

最后,中国律师事务所跨国商业存在建立在其他国家或地区,不仅能成为中国法律服务需求者和外国法律服务需求者缔结和解除各种法律关系的有效渠道和手段,它还可以凭借其相对于其他一般性中介机构或代理机构更好的社会形象,更好地起到推介母国(中国)和东道国的作用,促进国与国之间政府和民众两个层次之间的沟通、交流、合作,通过法律的手段来消除纠纷,解决矛盾,

① 三个城市律师业2010年总收入分别为113亿人民币(北京2011年与2010年基本持平,为114亿)、58.6亿元人民币、27亿元人民币。

② 陈宵、邱越:“中国律师涉外法律服务很初级”,载《法制网》,访问日期:2012年7月1日。

利于中国、利于东道国、利于世界经济融合、利于世界政治的良性发展和稳定。

4. 发挥后起优势的需要。

作为后起之秀的中国律师业,不仅应在国内整顿提高,还应积极走出去学习外国律师所的长处。中国律师所要通过全方位的战略布局,达到提升自身的效果。并且,表面上看似处在鼎盛时期的欧美律师业,实际上已经产生了一些嬗变。以具有153年历史的老牌大所美国高特兄弟律师事务所2005年8月的宣告解散为肇始,^①欧美律师业发达国家出现了一次倒闭潮。2008年,美国旧金山大型律师事务所Thelen、Heller Ehrman相继倒闭。2010年拥有500多名律师的Howrey LLP解体。2012年5月,资产数亿美元,在全球12个国家拥有1400多名律师、26家代表处的美国纽约顶级律师事务所杜威路博国际律师事务所(Dewey & LeBoeuf LLP)^②申请破产保护。这是美国历史上最大一起律师事务所破产案。中国律师业如充分利用后发优势,吸收他国律师事务所失败的教训,采取适当的措施,大胆抓住机会对外投资设立商业存在,争取获得与中国实力成比例的市场份额。这种市场份额带来的是真金白银,是国家外汇的创收和国家及国民财富的增加。

以上几点,都需要相关的理论指导,因此,中国律师事务所跨国商业存在,值得研究。

笔者将服务贸易的4种方式进行了取舍,放弃“跨境提供(Mode 1: cross-border supply)、过境消费(Mode 2: consumption abroad)、自然人流动(Mode 4: presence of natural persons)”,只选择“商业存在”(Mode 3: commercial presence)作为本文讨论的主题。这是因为在中国律师对外服务贸易的范畴里,跨境提供、过境消费、自然人流动三者不如律师事务所跨国商业存在的研究价值大。它们本是中国律师业惯有的输出方式:(1)跨境提供:中国律师对外国当事人的服务提供,多以长途电话、国际传真、电子邮件、网络实时通话系统、网络实时聊天系统、国际邮件等方式进行。绝大多数的中国涉外律师和外国当事

^① 吕娟、李理:“美国高特兄弟律师事务所宣告解散”,载《法律与生活》2005年10月下半月刊。

^② 参见<http://www.forbeschina.com/review/201205/0016696.shtml>,访问日期:2012年7月7日。该所在中国北京设有代表处。

人在提供法律服务的过程中,不需见面,以信任为基础,以合同为依据,按照双方事先谈好的条件提供法律服务。举例说,这些服务可包括:外国人聘请中国律师进行中国企业或个人的真实性调查;合同审核;代理追款;代理索赔;代理跨国民事纠纷;代理跨国知识产权事务;提供中国法律事务咨询;等等。(2)过境消费:外国人在华工作、旅行、学习或从事各种经营活动,需要法律服务而在中国本土范围内就地委托律师代理。(3)自然人流动:这是一种短暂的、一次性服务贸易输出方式。中国律师按次或按案去国外工作,比如就某个纠纷去国外谈判、调解或参加仲裁和庭审,工作完毕即返回,缺乏规律性。“商业存在”却不同,它置身母国之外的东道国(地区),长期稳定存在,有规律可循,是中国律师业输出的一个新方式,发展前景广阔,更是律师服务业在 GATs 范畴里最复杂的一个问题。中国律师服务业走向世界,最需要尽快解决又具有研究价值的问题,就是“商业存在”问题。

第二节 问题提出之前的既有成果

一、国内研究成果介绍

在 GATs 体系下,“律师服务”隶属于“法律服务”,而“法律服务”又隶属于“专业服务”,“专业服务”又隶属于“商业服务”。“商业服务”是服务贸易 12 个大类之一。^① 律师业在 GATs 中的层级地位如下:

^① GATs 下列 12 个服务部门:(1)商业服务;(2)通信服务;(3)营造及相关工程服务;(4)经销服务;(5)教育服务;(6)环境服务;(7)金融服务;(8)健康及其他社会服务;(9)观光及旅游服务;(10)娱乐、文化及其他运动服务;(11)运输服务;(12)其他服务。1 类的商业服务下列专业服务,专业服务又下列法律、会计、审计、簿记、租税、建筑、工程、综合工程、都市规划与景观建筑、医疗与牙医、兽医、助产士、护士、物理治疗师等所提供的服务。律师服务又在法律服务之下。按照 WTO 的官方解释,法律服务包括对东道国法律、母国法律及/或第三国法律、国际法的咨询和代理服务、法律文件制作及认证、其他咨询和信息服务。参见世界贸易组织官方网站,“服务贸易”,载 http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_e.htm;“法律服务”,载 http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/legal_e/legal_e.htm,以上访问日期:2012 年 7 月 1 日。

GATs——商业服务——专业服务——法律服务——律师服务。

中国学者关于律师业的文章和书籍总数不多。笔者在中国人民大学图书馆数据库里,以“服务贸易”作为搜索内容,检索条件是“摘要”。在这种比较宽松的搜索条件下,从1979年到2010年,摘要中涉及“服务贸易”字眼的论文仅有830条(中国期刊全文数据库有301条,中国博士学位论文全文数据库有35条——其中以“法律服务”为主题的博士论文仅有4篇,且仅有2篇与WTO有关;中国优秀硕士论文全文数据库有489条,论述集中在中国本土的法律服务上)。鉴于服务贸易涉及12个大部门160多个分部门,法律服务和律师服务只是列第四和第五层级的小部门,关于服务贸易的论文量年平均只有26篇,这显示了中国学者对服务贸易研究的不重视。其中,关于法律服务和律师服务贸易的论文发表更少,在人大数据库里搜索以“律师事务所管理”为题名的论文,限定在国际法领域,1979~2012年的论文数量为0;搜索“律师事务所”、“外国律师事务所”为题名的论文,结果都是0。事实上,这些论文中,没有一篇论文论述中国律师事务所跨国商业存在。前人的成果可说是空白。

笔者能找到的与律师业或律师服务贸易比较相关的论著主要有:

陈宝权、苏醒、庄嘉辉的《中外律师制度比较研究》是较早的专著,^①对不同法系、不同国家律师制度进行了介绍,并对律师执业机构和律师执业形式进行了探讨,涉及了律师事务所之形式“民事公司”的概念,重要之处是该书对跨国律师的执业和管理进行了专门论述。卢成燕的《国际律师服务贸易法律制度研究》是被评价为“填补了中国在国际律师服务贸易法律制度方面的空白”^②的著作。它对国际律师服务贸易法律制度的几个基本问题进行了介绍性的研究,特别着力于律师服务的国际化和法律服务贸易自由化;它对世界贸易组织体系下的法律服务贸易制度、区域性律师服务贸易法律制度及若干欧美发达国家及地区的涉外律师服务贸易制度进行了分析和评论,对如何完善中国涉外律师服务贸易法律制度进行了探讨。凌慧明的博士学位论文《中国加入WTO后法律

① 陈宝权等:《中外律师制度比较研究》,法律出版社1995年版。

② 卢成燕:《国际律师服务贸易法律制度研究》,法律出版社2006年版,张军:《序》。

服务及其制度研究》^①指出:法律服务作为一种特殊形式的商业服务,其市场开放问题的探讨应在 GATs 范围内探讨。作者从理论和实务相结合的角度对中国加入 WTO 后,中国法律服务业所面临的挑战及应对,以及中国法律服务贸易制度的改革作了研究。董春江的博士学位论文《国际服务贸易与中国法律服务市场若干问题研究》,^②以国际服务贸易法律制度为基础,针对中国法律服务的现状、改革、发展进行了研究,论述了 WTO 对中国法律服务市场的巨大影响,对中国相关法律法规的制定、修改、废止、加强都提出了有益的建议,目的是加快中国法律服务业的改革,促进中国法律服务在世界法律服务贸易中的地位和份额,并更加具有国内和国际竞争力。黄丽娜在论文《CAFTA 律师服务贸易自由化的探讨》^③中提出,服务贸易自由化的一个重要内容就是律师服务自由化。在 CAFTA 范围内,律师服务贸易自由化存在包括法律壁垒在内的多重障碍。CAFTA 各国应当逐步有条件地开放法律服务市场,建立争端解决机构,扩大成员之间的律师交流和合作,加快涉外法律服务业培训,主动积极地去适应法律服务的市场需求。岳鸿在论文《论律师执业机构组织形式的变迁与发展》^④中对律师业的几个方面(起源、动力、商业化、价值观、律师事务所形式、趋势)分别进行了着墨,然后提出中国律师业不应当要求东道国或地区按照中国的标准去接纳“中国”的律师事务所。中国律师事务所在其他国家和地区设立律师事务所应在组织形式上适应东道国的标准要求。作者的一个新颖的建议是母国律师业的组织形式,可以与在他国及地区的分支机构不同。另外,众多学者在 GATs 框架下对与本书相关的各个问题从不同角度进行了论述,比如王俊在《论 GATs 例外规则对 ESM 机制的非替代性》^⑤中论述了紧急保障措施在服务贸易领域里的必要性问题。该文在分析各个国家对 ESM 机制的不同意见之

① 凌慧明:“中国加入 WTO 后法律服务及其制度研究”,武汉大学 2005 年博士学位论文。

② 董春江:“国际服务贸易与中国法律服务市场若干问题研究”,中国政法大学 2008 年博士学位论文。

③ 黄丽娜:“CAFTA 律师服务贸易自由化的探讨”,载《广西财经学院学报》2006 年第 4 期。

④ 岳鸿:“论律师执业机构组织形式的变迁与发展”,载《中国司法》2005 年第 7 期。

⑤ 王俊:“论 GATs 例外规则对 ESM 机制的非替代性”,载《学术交流》2008 年第 2 期。

后,认为在服务贸易领域里,有必要建立保障措施制度。该文对笔者写作的一个提醒是:在论述中国律师业跨国商业存在时,应区别发达国家和发展中国家的不同立场和态度。刘轶在《WTO 服务贸易紧急保障措施制度中的“国内产业”范围问题——以我国证券期货服务业为视角的分析》^①一文中论述了中国对“国内产业”的划分标准。该文虽以证券期货服务业为视角作论述,但却提醒笔者应注意中国律师业在跨国商业存在方面同样会碰到的问题,应能够站在各个东道国的立场上,思考各个国家如何看待中国律师业在这些国家的商业存在的定位问题。王进喜的《英格兰和威尔士沙律师协会 LEXCEL 律师事务所管理标准》^②一文介绍了以英国为代表的律师业发达国家的律师业管理问题。该文提醒笔者应从行业分类和专业服务业的特有要求的角度,来看待和要求中国律师业,并对它在他国的商业存在采取多角度的思考,以丰富本文的写作,拓宽本文的深度及宽度。

与跨国商业存在作为一个投资形式的理论相关联,在国际投资法方面有些著作值得一提。较早的有姚梅镇在《国际投资法》^③提出,国际投资法是指调整国际私人直接投资关系的法律规范的总和。之后余劲松发展了姚梅镇的学说,进一步提出:国际投资法是调整国际私人直接投资关系的法律规范的总和,具体来说,有如下主要特征:1. 国际投资法调整国际私人投资关系。2. 国际投资法调整国际私人直接投资关系。3. 国际投资法调整的国际私人直接投资关系既包括国内法关系,又包括国际法关系。国际投资法的国内法部分包括资本输入国的外国投资法和资本输出国的海外投资法,国际投资法的国际法部分有双边投资公约和多边投资公约。^④同时期,陈安、曾华群、陈治东、孙南申等学者对国际投资法理论进行了深入研究。国内学者就国际投资法的众多问题进行

① 刘轶:“WTO 服务贸易紧急保障措施制度中的‘国内产业’范围问题——以我国证券期货服务业为视角的分析”,载北大法律信息网,访问日期:2012年7月6日。

② 王进喜:“英格兰和威尔士沙律师协会 LEXCEL 律师事务所管理标准”,包晓卫译,载:<http://www.lawyring.cn>,访问日期:2011年6月19日。

③ 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年版,第37页。

④ 余劲松:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第9~13页。

的论述,此处不一一列举。值得注意的是,国内有几位学者已经在他们的著作中,不经意地对服务贸易和国际投资的结合进行了初步探索。如房东在《服务贸易总协议(GATs)法律约束力研究》^①中指出:国际服务贸易与外国直接投资关系密切,从利益最大化的角度来看,服务的属性决定了最佳的服务提供方式应以外国直接投资的方式提供。余劲松则在分析了服务贸易总协定对方式3商业存在的列举性定义之后,认为“一成员方的服务提供者通过在任何其他成员方境内的商业场所所提供的服务”中的所谓的“商业场所”包括通过外国直接投资而设立、收购或维持的各种商业机构,如公司、合伙、分支机构及代表处等,并指出这个定义“揭示了服务贸易与投资的关系”。^② 以上两位学者分别从服务贸易角度及从国际投资的角度触及了服务贸易总协定和国际投资法的关系,虽一笔带过,但被后人总结出服务贸易总协定具有投资协定性质。^③ 这对本文写作起到了重要启发作用。

二、国外研究成果介绍

与中国国内情况相似,外国学术界专门针对律师服务贸易的文章更少,专门论述法律服务业(遑论律师业)跨国商业存在的文章尚未发现,也可以说是一片空白。作者在 Westlaw.com 上取 World Journals and Law Reviews (WORLD - JLR)、Journals and Law Reviews PRO (LAWREV - PRO)、Columbia Law Review (CLMLR)、Harvard Law Review (HVLRL)、Yale Law Journal (YLJ)、Melbourne University Law Review (MELULR)、Sydney Law Review (SYDLR)、Revue Juridique Themis (RJT)、European Law Review (EURLR)、Singapore Journal of Legal Studies (SINGJLS) 10 家著名国际法杂志,以“legal service”和“commercial presence”同时进行搜索,而不作任何年份的限制,结果论文数为 0;以“legal

① 房东:“服务贸易总协议(GATs)法律约束力研究”,厦门大学2003年博士学位论文。

② 余劲松:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第263页。

③ 董金鑫:“论《服务贸易总协定》的投资协定性质”,载《河南司法警官职业学院学报》2010年第3期。

service”和“mode 3”同时进行搜索,论文数为0;以“legal service export”和“GATs”同时进行搜索,论文数为0;以“legal service”和“national treatment”同时搜索,论文数为2;以“legal service”及“market access”同时搜索,论文数为3;以“legal service”和“GATs”同时搜索,论文数为3;以“commercial presence”和“GATs”同时搜索,论文数为2。可见国外对“法律服务”、“法律服务输出”、“商业存在与法律服务”、“法律服务与国民待遇”、“法律服务与市场准入”方面的论述稀少。笔者实在无法找到可直接借鉴的国外文献,只能将搜索到的外国论文中一些对本文有所帮助的文献摘介如下:

Laurel S. Terry 在 *From GATs to APEC: the Impact of Trade Agreements on Legal Services*^① 一文中指出,法律服务贸易自由化实际上是美国一直在大力推行的,因为美国在法律服务贸易上拥有优势,它每年都在世界法律服务市场上占据巨大份额,并且“在美国所签定的国际协议中至少有15个包含了法律服务的内容”。这一论述提醒我们,法律服务是一个利益不小的市场,美国在法律服务业方面,通过服务贸易自由化进程牟取了巨大的利益。这也是美国首倡并积极在最近 DOHA 回合中推动服务贸易谈判的深层原因。既然如此,中国律师业同样可以利用 GATs 体系对外输出法律服务,谋取利益,创造财富。Eve Ross 在 *A Venerable Profession Enters the Global Economy: South Carolina Lawyers and the General Agreement on Trade in Services (GATs)*^② 中“检视了 GATs 和全球化结果下南卡罗来纳州是否及如何在管辖给予(律师)执业资格的规则方面发生变化”等问题,并指出“律师保持纯粹的本地执业(从无外国当事人、从不需要为外国公司解释合同、从不从任何方面和一个外国企业发生交易)的概率随着全球化而迅速降低”,及“2004年,美国服务出口总额为3400亿美元,过去10年增长了将近1倍”,“法律服务构成了(美国)服务出口的显著部分……铺就

① Laurel S. Terry, *From GATs To Apec: The Impact Of Trade Agreements On Legal Services*, Akron Law Review, Vol. 43, p. 875, 2010.

② Eve Ross, *A Venerable Profession Enters the Global Economy: South Carolina Lawyers and the General Agreement on Trade in Services (GATs)*, Summer, 2006, 57 S. C. L. Rev. p. 969.

了其他行业全球化的道路”。该文并论述了不同国籍的法律服务人士按照 GATs 要求争取在他国从事法律服务及取得律师执业资格的问题。同时,作者指出 GATs 实际上仅仅提供了一个框架,各国仍需要就具体细节进行谈判。Rachel Denae Thrasher 及 Kevin P. Gallagher 在 *21st Century Trade Agreements: Implications For Development Sovereignty*^① 中论述了“世界贸易体系留给各国政策空间的程度”,对一国法律服务业到他国建立商业存在提供了启发性观点。Jane Kelsey 在 *Serving Whose Interests? The Political Economy of Trade in Services Agreements*^② 一书中用政治经济学的观点分析了 GATs 的利弊,该文用奇特的逻辑说出了一个惊人的观点,认为 GATs 其实对任何人都没有益处。这是非主流的学术观点,但给笔者的写作提供了一个反省和提示。Chris Wolfe 和 April A. Strahan 在 *An Overview of the History of Foreign Legal Consultants Between the United States and Mexico*^③ 中详细分析了美国各州特别是得克萨斯州和墨西哥这两个不同司法辖区之间的跨国法律执业及外国法律顾问许可的互容性系统的发展等问题,其认可外国法律顾问的存在利大于弊等观点,对本文的写作有较大参考价值。Tyson B. Roan 在 *Anything but Doomed: Why Restrictions on Offshoring are Permissible under the Constitution and Trade Agreements*^④ 里论述了美国在特定时期内对制造业离岸外包进行限制而引发的对服务业外包的担忧。作者宣称目前美国服务业的 1/10 面临外包的危险,将导致美国国内服务业工作机会流失。该文对本书的最大启示在于:美国这样的世界第一服务贸易出口大国都有可能在其最优势的服务领域,面临国内工作机会丢失的问

① Rachel Denae Thrasher and Kevin P. Gallagher, *21st Century Trade Agreements: Implications for Development Sovereignty*, page 313, Denver Journal of International Law and Policy, March 22, 2010.

② Jane Kelsey, *Serving Whose Interests? The Political Economy of Trade in Services Agreements*, page 416, published on July 2nd 2008 by Routledge – Cavendish.

③ Chris Wolfe and April A. Strahan, *An Overview of the History of Foreign Legal Consultants Between the United States and Mexico*, Spring, 2006 47 S. Tex. L. Rev. p. 557.

④ Tyson B. Roan, *Anything But Doomed: Why Restrictions On Offshoring Are Permissible Under The Constitution And Trade Agreements*, 2009, Employee Rights And Employment Policy Journal, 13 Empl. Rts. & Employ. Pol'y J. p. 209.

题。中国法律服务业的输出才刚刚起步,这个问题虽算超前,但面对 WTO 的 160 个成员,^①各个成员情况不同,可提前加以研究。Stephan W. Schill 在 *Multilateralizing Investment Treaties Through Most - Favored - Nation Clauses*^② 中将 GATs 与双边投资条约联系起来,将最常见的最惠国待遇原则进行了新鲜独到的论述,并认为 GATs 第 2 条第 1 款的内容在众成员中的共识是其并没有将投资者—东道国间纠纷解决机制包含在内。这个观点为本书从服务贸易和国际投资不同角度论述的部分提供了参考。Terra Lawson - Remer 在 *Values under Siege: NAFTA, GATs, and the Propertization of Resources*^③ 中认为 GATs 体系里有一个根本的服务商品化倾向,即《服务贸易总协定》仿照了 1947GATT 的方式试图将所有服务类别商品化并将其销售方式强行建立在市场机制基础上,而其最强有力的规则内容仅在于各成员作出的具体承诺部分。作者指出 GATs 面临着巨大的分歧和争论,却仅仅具有很少的法律性。此文启发笔者应将 GATs 视为一个不完美且需要不断完善的动态过程。Kelly Ann Tran 在 *The WTO Appellate Body Gambles on the Future of the GATs: Analyzing the Internet Gambling Dispute between Antigua and the United States before the World Trade Organization*^④ 一文中评述“美国赌博案”,分析了该案在专家组和上诉机构的不同裁决,指出 GATs 目前存在的一个缺陷是条款语言不够清晰和明确,导致各个国家都有空间自行决定在什么时候及在何种条件下运用 GATs 第 14 条等。Kamaal R. Zaidi 在 *Harmonizing Trade Liberalization and Migration Policy through Shared Responsibility: a Comparison of the Impact of Bilateral Trade*

① 截至 2014 年 6 月 26 日,载 www.wto.org, 访问日期:2014 年 6 月 26 日。

② Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties Through Most - Favored - Nation Clauses*, 2009, *Berkeley Journal Of International Law*, 27 *Berkeley J. Int'l L.* p. 496.

③ Terra Lawson - Remer, *Values Under Siege: NAFTA, GATs, and the Propertization of Resources*, page 40, *New York University Environmental Law Journal*, Volume 14, No. 2, 2006.

④ Kelly Ann Tran, *The WTO Appellate Body Gambles On The Future Of The GATs: Analyzing The Internet Gambling Dispute Between Antigua And The United States Before The World Trade Organization*, 6 *Appalachian J. L.* p. 165, Winter, 2006.

Agreements and the GATs in Germany and Canada^① 提出的研究问题是“双边或多边贸易协议所带来的贸易自由化是否给移民们带来更有利的移民政策”，并指出 GATs 没有在德加两个发达国家在解决自然人流动方面带来积极作用，且迫使德加两国另行制定专门双边协定来应对短期自然人流动等问题。此文对本书重点在 GATs 方式 3 的研究上起到侧面参考作用，正如笔者在正文将要论述的一样，方式 3 必将带动方式 4，并且，此文也提醒笔者应注意 GATs 之外，各个成员之间或众多成员内部的双边或多边协议，引发对 RTA、PTA 等形式的思考。

至于律师业、律师事务所、律师机构的跨国“商业存在”，以此为内容的文章或书籍数目稀少，但仍能找到于准等学者的论述《中国律师事务所应大胆走出国门》。^②

三、前人未解决的学术问题

已获得的文献对律师业和服务贸易若干相关问题做了基本的研究，为本书的写作建立了一定的理论基础。回顾学界以往有关研究，可发现以下几点是笔者可以通过进一步论述解决的：

1. 大多数研究成果集中在中国国内律师服务市场如何对外开放，如何适应 WTO 和 GATs，或如何规制的宏观性论述。有部分研究成果提出了中国律师事务所应当对外发展，但对中国律师事务所和中国律师到底怎么对外发展，具体怎么在他国建立商业存在，各个国家对律师事务所跨国商业存在有什么针对性承诺或法律法规及政策规定，会有哪些问题，出现问题如何应对，没有具体研究。

^① Kamaal R. Zaidi, *Harmonizing Trade Liberalization And Migration Policy Through Shared Responsibility: A Comparison of The Impact Of Bilateral Trade Agreements And The GATs In Germany And Canada*, Spring, 2010, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 37 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* p. 267.

^② 于准：“中国律师事务所应大胆走出国门”，载《环球时报》2010年5月26日版。作者为英国律师公会亚太区顾问。

2. 学界主流还没有充分意识到(或认为题目小而未引起足够重视,而对于外国学者来说,不太会采取中国学者的研究角度)中国在国内外的的发展正进入新阶段,有必要结合中国企业海外投资、中国公民海外发展、外国企业和公民来华投资和发展等内容来对律师业进行研究,还应兼顾服务贸易和国际投资,及时更新视野和角度。将中国的法律服务和贸易 4 个类别的全部或其一紧密结合而进行研究是服务贸易及国际投资领域的一个新课题,目前仍存在空白。

法学研究的最终目的是以理论指导具体工作,我们所研究的问题必须对实践起到借鉴和指导作用。中国律师事务所跨国商业存在的建立和发展,符合我国客观现实和长远战略,值得学界研究。笔者开始写作此书时,我国国际法学界尚无学人发表同类论文,因此值得进行尝试。

第二章

市场准入与商业存在

第一节 论商业存在的基础性地位

一、服务贸易和国际投资的契合点

中国律师事务所走出国门,在其他国家和地区建立商业存在,实际上是外资进入东道国和地区(以下均简称东道国)的投资行为。中国律师事务所向东道国输出服务并按照《服务贸易总协议》第 1.2(c)项以方式 3 商业存在 (commercial presence) 的形式进行服务提供,则带动资金向东道国流动。即使不按照广义的投资即包括无形资产、人力资本的投资,中国律师事务所到任一东道国设立商业存在,其所需资金是不菲的。^① 商业存在的建立,涉及国际投资法上有关东道国对外国投资设定的各种法定条件,是准入制度的范畴。从服务贸易的角度来看,中国律师事务所在东道国商业存在的建立,关系到东道国按照本国法和国际法对其法律服务市场进行基本的、宏观的干预,既是该国政府经济管理职能的具体表现,也属于 WTO 服务贸易市场准入的范畴。

按照 GATs 第 16.1 的注释,一成员方如承诺《服务贸易总协定》关于方式 3

^① 比如,张培义的《美国律师一瞥》中,作者通过实地考察发现,一家美国洛杉矶的中型律师事务所,人员为 125 人,每个月需要 120 万美元左右的开支。参见 <http://www.sxlawyer.cn/display.asp?id=1526>,访问日期:2012 年 10 月 28 日。

商业存在的市场准入义务,那么该成员方应允许有关的资本进入其领土内。这样的规定直接允许投资从投资者母国或其他来源向东道国移动。《服务贸易总协定》第16条市场准入(market access)在各个会员的具体履行过程中,主要表现在商业存在上;第17条国民待遇(national treatment)也是如此。GATs对方式3的定义,将服务贸易和国际投资连接起来,而GATs中与国际直接投资关系最为密切的是具体承诺部分的第16条市场准入,其次是第17条国民待遇。^①分析市场准入,即是对法律服务贸易从GATs层次上也是从国际投资法层次上进行的双重研究。

因此,论述中国律师事务所跨国商业存在,最有可能引发的论题,就是跨国法律服务投资和服务贸易的市场准入。纵观整个《服务贸易总协定》的四种服务贸易方式中,唯有商业存在像一条纽带,将国际投资协定的特征连接在这个多边服务贸易协定上,使它具备了投资协定的性质。

二、商业存在和其他三种方式

服务业跨国商业存在是GATs语境下的措辞,在跨境提供(Cross-border Supply)、境外消费(Consumption Abroad)、商业存在(Commercial Presence)、(Presence of Natural Persons)四种方式中,与本文紧密相关的是后两种。

GATs第1.2(a)、第1.2(b)分别代表的是跨境提供和过境消费,前者是服务提供者从一成员境内向其他成员的服务使用者提供服务,服务提供者和消费者分处不同国家或地区。这种服务方式仅仅发生服务产品或服务效果的过境,不伴随服务人员或消费者的流动。资金方面,仅是消费者向服务提供者支付服务费,因而伴随国际汇款等支付律师费的行为,及附带发生的退费或代为收款的支付行为等。后者是在一成员境内向其他成员的服务使用者提供,其主要特点是服务使用者到服务提供者的所在国去享受服务。这种情况下服务人员不跨国流动,使用者发生流动。资金方面,服务使用者可以现金当场付费,如使用

^① 余劲松:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第263页。

信用卡等刷卡服务,则也产生国际支付;如果消费者返回本国后发生律师费退还或代收款项等法律事实,则也产生国际支付。跨境提供与本文论述主体的关联性不高,过境消费则是另一个角度的研究取向。

商业存在和自然人流动,是存在部分重叠的两种服务贸易提供方式,具有密切联系。律师服务贸易范畴内的自然人流动(Presence of Natural Persons),分两种情况。一种是法律服务提供者从本国出发,到使用者所在国提供服务,具体表现形式可以是一国的律师事务所接受另一国当事人的委托,前去当事人所在国提供法律服务,进行代理行为。另一种是法律服务提供者没有接到另一国当事人的委托,而前去另一国寻找潜在当事人,寻找案源,发展当事人,力图达成委托合同并在该国提供法律服务。前一种的自然人流动,是经常发生的,是一种常态。在经济全球化的今时今日,来自不同国度的律师经常为各自当事人的委托事项,在各国之间流动,提供律师服务,从事诉讼或非诉讼代理。但是,必须指出,作为GATs服务贸易方式4的自然人流动,在表现形态上,是一种暂时性的行为,即律师接到当事人委托,应急离国工作,工作完毕,迅即返回本国。这种方式仍与商业存在无大的关联。后一种形式则不同,律师离开母国前去一个东道国开拓市场,寻找案源,以达成被委托的结果,必须有一个立身之地,或借以进行拓展的基地。这种形式下的自然人流动,虽可独立于商业存在,但极易依附于商业存在。商业存在的建立,不光是资金的投入,还伴随人员的流动。商业存在其实是自然人流动的长期形态和依托,上述的后一种自然人流动可以通过商业存在得以表现。商业存在必然带动自然人流动,且这种流动是持续性的。

根据GATs第16条规定,一成员同意其他成员以方式3进入,实际上也等于同意伴随方式3的资本流动。并且,方式3实际上也包含了方式4的一部分,因为商业存在的建立必然带动自然人的流动,没有方式4,方式3就是空谈。但本文仅指出这一关联性,并不专门讨论方式4。在有必要论述方式4时,也严格限制在通过方式3所进行的自然人流动。

三、结论

商业存在既是连接服务贸易体系和国际投资法体系的纽带,也是服务贸易四种方式结合中国律师事务所对外发展过程中,最具重要性的一种方式。本书以商业存在作为研究着手点,具有举一反三作用。中国律师事务所跨国商业存在的问题研究透彻,则其他中国律师业对外发展的问题,应可迎刃而解,或研究起来更为容易和可行。所以,商业存在本文中,具有基础性地位。

第二节 聚焦市场准入

一、一般论述

“准入”的英文原文是 access,源于法文的 accès。^① 此词对应的中文直译是“途径、通道、入口”。^② “准入”其实是中国法学界本地化的一种特殊翻译,但因其符合 GATs 语境的原意,因而形成共识,成为统一称呼。^③ 如果对 access 进行更准确的理解,应当是指一国允许另一国的货物、劳务或资本接近该国国内市场或参与该国国内市场的程度。

市场准入(market access)是服务贸易总协定具体承诺部分的条款。市场准入不是 GATs 的一般义务,而是作为特别原则规定在《服务贸易总协定》第三

^① Hachette & Oxford Collège Dictionnaire, 1998 Hachette Livre et Oxford University Press pour le dictionnaire anglais - français, page 5.

^② 参见 The Oxford English - Chinese Dictionary/译文版《牛津英汉双解词典》,牛津大学出版社、上海译文出版社 2011 年版,第 11 页;《新简明法汉词典》Nouveau Petit Dictionnaire Français - Chinois, 商务印书馆 2000 年版,第 7 页。

^③ 如《牛津英文同义词词典》除 entrance 之外,并无列出与 access 过多的同义词;Collins Paperback Thesaurus(科林斯同义词典)则列出 21 个近义词,其中 admission 和 entrance,一个是“准许”,一个是“进入”,这么理解将构成“准入”之义。参见《牛津英文同义词词典》,牛津大学出版社、外语教学与研究出版社 2009 年版,第 4 页;Collins Paperback Thesaurus(科林斯同义词典),HarperCollins Publishers, Sixth edition, 2008, page 7.

部分“具体承诺”中。众所周知,世界贸易组织(WTO)主要分为货物贸易和服务贸易两块,一是GATT(关税与贸易总协定),二是GATs(服务贸易总协定)。目前来讲,两套法律体系之间有巨大的区别。GATs在文字上看似相对灵活和宽松,各个成员甚至在一定程度上可以根据自己的意愿采取各种限制性措施,以保证本方服务贸易市场的稳定及向其他成员方索取更多利益及猎取更多机会。然而,有一点必须注意到,那就是一旦GATs成员以承诺表的方式对其服务业各部门作出明确的承诺,各该成员就必须严格执行,否则就是公然违反GATs之规定,将面临其他相关成员根据GATs规则采取的对应行动。单从这个点来看,GATs具有与GATT一样的纪律约束力。

如一成员就通过GATs第1条第2款(C)项所指的方式提供服务作出市场准入承诺,则该成员由此已承诺允许“有关”的资本转移进入其领土内。这是GATs对第1条第2款商业存在的解释,也就是说它直接允许一国律师业对他国投资的资金移动。笔者认为此资金可用于在他国的相关投资,比如购买律师事务所办公场所及购置属下律师的住房或宿舍。但是“有关”需要明确定义。比如,是否允许与律师业务有关的资金进入,如律师事务所帮投资人代为投资股票、债券,或作为代理人购买东道国的各种资产。GATs第20条第2款规定“与第16条和第17条不一致的措施应列入与第16条有关的栏目”。该款又继续说:“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”。有学者说瑞典在GATs下的“市场准入”和“国民待遇”规定一样,对二者没有区分,并因此认定是GATs的缺陷。实际上是该学者对GATs第20条第2款没有注意或正确理解。^①同时,市场准入与非歧视待遇及国内法规等的界限划定

^① GATs第20条:具体承诺表:(1)每个成员都应在承诺表中列明其根据本协定第三部分而承担的具体承诺。在承担该承诺的部门,每个成员应明确列出:a. 市场准入的规定、限制和条件;b. 国民待遇的条件和资格;c. 有关附加承诺的义务;d. 适当情况下,实施这类承诺的时间表;e. 这类承诺的生效日期。(2)与第16条和第17条都不符的措施,应列入与第16条有关的栏目中。在这种情况下,列入的内容也将被视为对第17条规定了一项条件或资格。(3)具体承诺表应作为本协定的附件,并应作为本协定的整体组成部分。