

论《服务贸易总协定》市场准入规则的非穷尽列举： 以新型数字服务贸易为视角

冯慧敏

摘 要：以人工智能服务为代表的新型数字服务的跨境贸易逐步展开。市场准入措施是缔约方限制境外服务提供者的主要工具，决定境外新型数字服务提供者参与本缔约方市场的程度。根据文本解释和上下文解释，GATS 市场准入条款在形式上采取穷尽列举形式。尽管这在一定程度上能够实现对限制措施的约束，但难以规制新型数字服务贸易中，缔约方采取的数据本地化形式、限制算力接入形式和算法审查形式的市场准入限制措施。采用目的解释和效果解释方法，对市场准入措施类型进行非穷尽列举，具有理论依据与实践基础。相较于国民待遇规则与国家安全例外，该路径亦更具合理性，且不违背 GATS 脚注中关于限制服务投入物措施不属于市场准入措施的说明。构造形式放开与效果限定的市场准入规则，能够使市场准入规则更适应新型数字服务贸易的发展。

关键字：新型数字服务贸易；服务贸易总协定；市场准入

[中图分类号] D996.1; F744 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2026) 03-0100-17

引言

新型数字服务贸易不断涌现。^{〔1〕}新型数字服务是以人工智能服务为代表的，以数据、算法、算力为核心要素的数字服务形态。该类服务以“数字能力”为贸易对象，超越以内容和技术作为单一产品的贸易形态，以模型为基础，向服务消费者提供可供调用和拓展的商业功能。以人工智能服务贸易为例，其整合数据、算法和算力要素，以训练或优化后的模型为基础，向消费者提供可以被远程调用、持续迭代、实现功能拓展的智能化商业服务。^{〔2〕}

〔作者简介〕冯慧敏，南京审计大学法学院（纪检监察学院）讲师，法学博士。

〔基金项目〕国家社会科学基金项目“‘数字丝绸之路’跨国法律秩序建构研究”（项目批准号：25VRC048）；云南省哲学社会科学规划“习近平法治思想研究专项”重点项目“云南加强涉外法治建设问题研究”（项目批准号：ZX2025ZD06）。

〔1〕商务部：《中国服务贸易发展报告 2024》，载商务部公共服务资源平台 2025 年 9 月 26 日，<https://opendata.mofcom.gov.cn/front/data/detail?id=749AAEFAEBAF4D3147B9A18449FAE700>，第 10 页。

〔2〕例如，DeepSeek 为中国邮政储蓄银行提供 API 接口完成客户来电应答；OpenAI 将自身人工智能能力作为插件与 Microsoft Edge、Bing 浏览器整合，并开放第三方合作的插件商店；DeepSeek 通过网页或 App 等页面程序直接向用户开放免费访问；美国 Cohere 公司为加拿大皇家银行定制金融风险分析专用模型；OpenAI 将其 GPT-4 的私有化版本部署于摩根大通纽约数据中心，专门支持该银行内部风险控制系统的运行。

新型数字服务贸易逐步开展的同时，世界贸易组织（WTO）时期形成的国际贸易规则的适用困境也进一步凸显，因规则难以在发展中国家的合理监管诉求与市场开放义务之间实现平衡。一国采取措施约束其他国家的服务或服务提供者进入和参与本缔约方市场的程度，直接决定了境外服务的市场准入水平。市场准入规则聚焦服务是否被允许进入缔约方市场，相较其他规则具有规制的前置性。是故，WTO 规则的数字服务贸易适用困境中，市场准入规则首当其冲。尽管受到投资法领域争端解决的启发，数字服务贸易争端解决的“先程序后实体”路径受到重视^{〔3〕}，但笔者认为，不同于国际投资法领域实践，服务贸易市场准入领域不存在实体法缺位的问题，且 WTO 服务贸易市场准入规则普遍由区域贸易协定承继。也就是说，服务贸易市场准入规则内容明确且适用范围广。因此，对于新型数字服务贸易的市场准入相关问题，市场准入规则本身的适用仍具有讨论意义。

规则的适用有赖条约解释。条约解释是指为适用条约，条约解释主体（包括有关国家或有关机构）按一定的规则和方法，对条约各条款、各条款相互间关系以及构成条约整体的其他文件的正确含义加以阐明。^{〔4〕}发挥条约的解释功能，能够节省为解决数字服务贸易争端而更新《服务贸易总协定》（GATS）规则的繁重缔约成本，但是这仍可能招致有关条约谈判功能和解释功能失衡的批评。不仅如此，在 WTO 争端解决机制停摆的当下，在新型数字服务贸易领域中开展 GATS 规则解释，亦将给美国等成员阻碍 WTO 争端解决机制恢复运转提供借口。此外，过度依赖条约的解释功能还会挫败成员在数字服务贸易环境中更新贸易规则的积极性。

但是，多哈回合谈判陷入僵局，成员对数字贸易等新兴议题的规则需求难以实现，GATS 既有规则在技术迭代面前日益苍白。此时，忽视条约的解释功能，将可能减弱 WTO 规则的可适用性，尤其使 WTO 争端解决机制面对新兴议题时陷入机械适用抑或无法适用的窘境，这将更加减损 WTO 争端解决机制的权威性。因此，条约的解释功能应当受到重视，用以及时弥补规则的治理空白。

更重要的是，条约解释对于多边谈判亦具有重要作用。首先，解释方法能够通过适用既有规则解决抽象的、技术性的贸易壁垒问题，划定问题清单，甚至形成规则草案，为未来的数字规则多边谈判奠定基础。其次，争端解决的解释方法将通过裁决向成员施加压力，使其更加严肃地认识到数字服务贸易规则欠缺的紧迫性，从而增强其参与谈判推动规则形成的动力。最后，WTO 规则体系经历漫长而复杂的谈判过程，且具有对数字服务贸易问题的适用性。发挥条约的解释功能，使条约保持面向数字服务贸易实践的约束性，有利于维护多边贸易体制的权威。

由此可见，对条约文本进行解释，以使其适应数字服务贸易背景下，市场准入规则无法规制与新型数字服务贸易相关的市场准入措施问题，具有紧迫性和可行性。

〔3〕 漆彤：《全球数字贸易争端解决机制发展现状、困境及纾解》，载《财经法学》2025 年第 6 期，第 71—85 页。

〔4〕 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武：《国际条约法》，武汉大学出版社 1998 年版，第 204 页。

一、GATS 市场准入规则中的准入措施形式

根据 GATS 第 1 条,“服务”包括任何部门的任何服务。因此,新型数字服务能够被认定为 GATS 定义下的服务⁽⁵⁾,受到 WTO 市场准入规则规制。

(一) 市场准入规则中市场准入措施被认为具有穷尽性

服务的独特性决定了在国际服务贸易的市场准入中,措施并不以关税壁垒体现,而代之以“数量限制”。WTO 项下的服务贸易市场准入规则集中在 GATS 第 16 条第 2 款(a)到(f)项,其中,前四项都是对服务的数量限制,主要表现为以数量配额等形式对服务提供者的数量等进行限制。⁽⁶⁾

服务贸易市场准入规则对其涵盖的市场准入措施在两方面作出了要求。一是形式要求,即措施以数量配额、垄断、专营服务提供者、经济需求测试要求等形式表现。其中,最典型的形式是“数量配额”。美国—博彩案中,上诉机构认为,就已经作出承诺服务采取禁止措施,违背了 GATS 第 16 条第 2 款的数量配额限制。该种限制措施事实上将服务数量限定为“零配额”(zero quota),违反了 GATS 有关数量配额的约束。上诉机构禁止将进出口与数量配额限制通过“零配额”联系起来,使禁止进出口措施能够受到 GATS 限制。二是效果要求,即要求措施最终表现为限制服务提供者数量、限制服务交易总值、限制资产总值、限制服务业务总数、限制指定数量单位表示的服务产出总量、限制特定服务部门或服务提供者可雇佣的必需且直接相关的自然人总数的效果。

依据对条约的解释、条约解释下的实践以及与条约相关的纪律的分析,市场准入规则中的市场准入措施的形式和效果是穷尽的。根据《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)的规定,条约应在“条约必须遵守”的国际法基本原则下进行善意解释。在该原则之下,条约文本的细化解,可在条约文本的通常意义和条约上下文背景中进行⁽⁷⁾,即使用文本解释和上下文解释方法。从文本上看,GATS 第 16 条第 2 款为“穷尽清单”⁽⁸⁾(exhaustive list),穷尽了第 1 款所禁止的市场准入措施类型。从上下文看,第 2 款是对第 1 款的补充,是在第 1 款界定的该条所禁止、除非列入减让表否则不得采取的措施之上,对措施的具体形式进行确定。此外,依据条约解释下的实践,该穷尽解释亦被证实。例如美国—博彩案中,专家组就 GATS 第 16 条的适用确认了两个限制:其一,措施的效果是穷尽的。如果一项措施的效果未被涵盖在 6 项列明效果之下,那么该措施不受第 16 条约束。其二,效果穷尽之下,措施的形式也是穷尽的。如果缔约方

(5) 根据 GATS,“服务”包括任何部门的任何服务。该定义较为广泛,使得凡《牛津词典》定义的“提供特定类型帮助或工作的商业行为”都能够被“服务”所涵盖。此外,GATS 对于服务的广泛涵盖,受到区域贸易协定的广泛遵守,因此,亦可以被认为是国际习惯。

(6) 第五项是对服务提供者法律实体形式的要求,第六项是对外资股权比例和投资总额的资本限制,不在本文的讨论范围之内。

(7) 廖诗评:《条约解释方法在解决条约冲突中的运用》,载《外交评论(外交学院学报)》2008 年第 5 期,第 5、103-110 页。

(8) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Panel Report, WT/DS/285/R, adopted on 10 November 2004, para. 6.298.

未采取列明形式的措施，那么该措施亦不受第 16 条约束。⁽⁹⁾ 尽管未被规则所予以说明，但在与条约相关的纪律如会计行业监管纪律中，穷尽解释倾向仍有所体现。根据 WTO 服务贸易理事会的意见，在会计行业的国内监管纪律中，GATS 第 16 条和第 6 条的各项纪律彼此之间没有重复。⁽¹⁰⁾ 由于国内监管措施的范围为广泛的“所有影响服务贸易的普遍适用的措施”⁽¹¹⁾，如果市场准入措施与国内监管措施之间没有重复，那么市场准入措施只能是边界清晰的从国内监管中排除的措施。因此，从文本上来讲，市场准入措施的形式和效果都是已经被列明的，是在市场准入规则中被穷尽的。

进一步地，缔约方措施是否违反市场准入规则的判定标准，在实践中亦已形成。美国—博彩案中，专家组将缔约方市场准入措施是否构成对市场准入规则的违反的判断分解成四个步骤。第一，系争措施是否确定。第二，如果第一项回答为是，则继续考察缔约方是否未对相关承诺作出具体的排除。若缔约方在承诺表中作出“none”的表达，或具体列明了排除但系争义务不在排除之列，缔约方对系争服务负有市场准入义务。第三，如果第二项回答为是，则考察缔约方是否对系争服务实施或维持了限制服务提供者数量、限制服务交易或资产总值等 GATS 第 16 条下不得采取的市场准入措施。第四，如果第三项回答为是，则缔约方采取的违反市场准入义务的措施是否可通过援引相关例外条款进行措施不法性排除。由此可见，在缔约方对市场准入规则作出承诺，且未在争议领域对承诺作出排除时，如果缔约方实施或维持了限制措施，且无法通过援引例外排除条约义务，缔约方将承担市场准入规则下的条约违反责任。

（二）市场准入规则一定程度上能够实现对措施的约束

若缔约方的限制措施产生了等同于施加最大数量限制的效果⁽¹²⁾，则其性质已超越国内监管范畴，构成市场准入限制。新型数字服务领域的市场准入限制措施，集中表现在对服务交易数量的限制上。2025 年 1 月，美国共和党参议员向国会提出《2025 年美国人工智能能力与中国脱钩法案》（Decoupling America’s Artificial Intelligence Capabilities from China Act of 2025）。法案中，该议员主张美国应禁止中国开发生产的人工智能模型、技术、知识产权进入美国。⁽¹³⁾ 同为 2025 年 1 月，意大利隐私监管机构（Garante）基于用户数据隐私风险，要求中国公司 DeepSeek 说明处理用户数据的方法，并在同一天将 DeepSeek 意大利地区苹果的 App Store 和谷歌的 Play Store 下架，禁止其进入本地市场。随后，印度、美国、韩国、澳大利亚、日本均对 DeepSeek 的进入发布禁令。

那么，上述措施是否可能使缔约方构成对市场准入义务的违反？沿袭上诉机构在美国—博彩案中的分析逻辑，以美国禁止进口中国人工智能服务为例，首先应判断美国的禁止服务进口行为

(9) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Panel Report, WT/DS/285/R, adopted on 10 November 2004, para. 6.298.

(10) WTO Council for Trade in Services Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, para. 2, general provisions.

(11) GATS 第 6 条。

(12) 石静霞、胡荣国：《试从 GATS 第 6 条与第 16 条的关系角度评“美国博彩案”》，载《法学》2005 年第 8 期，第 104 页。

(13) 该法案亦主张应禁止美国人工智能模型、技术、知识产权出口、再出口至中国。

是否属于市场准入限制措施。禁止其他缔约方人工智能服务进口，属于典型的“零配额”措施，在事实上违反了 GATS 有关数量配额的市场准入规则。其次，应判断采取措施的缔约方是否对市场准入规则下的义务作出了承诺，即缔约方是否承诺对新型数字服务开放市场。美国在 GATS 下的承诺义务涵盖计算机及相关服务（CPC 841–845）、数据处理与数据库服务（CPC 843–844）以及其他专业服务（CPC 861–865）等领域。^{〔14〕}如果缔约方作出了承诺，那么是否对承诺进行了部分限制。美国对专业服务的限制需要遵守州法律，且法律服务需要获取执业许可。^{〔15〕}最后，考察缔约方是否实施或维持了限制该服务的措施。美国拒绝进口以及断开中国数字服务，将服务的进口数量限定为“零配额”，可能违反了其在上述三个服务类别中的相关承诺。此外，还应当对例外条款的援引可行性进行考虑。

可见，在对市场准入规则的形式和效果进行穷尽解释的前提下，该规则能够在一定程度上实现对新型数字服务市场准入措施的约束。

二、市场准入措施形式的穷尽列举不适应新型数字服务贸易

尽管市场准入规则能够对新型数字服务的数量限制措施进行规制，但市场准入措施形式的穷尽列举，无法适应跨境服务贸易和贸易限制措施的数字化发展，因为其无法规制在效果上构成市场准入限制但形式上不在穷尽列举之内的措施。

（一）规则的穷尽解释无法规制数据本地化形式的措施

数据本地化措施主要包括数据本地化及数据处理活动本地化，即限制通过电子方式传输信息及对计算设施的位置作出本地化要求。通过对数据及数据处理活动施加本地化要求，一国能够对作为数字服务核心生产要素的数据进行控制。如果这些本地化措施超出了国内规制的必要限度，对服务进入市场构成了实质性阻碍，则可能产生限制市场准入的效果。

缺乏统一数字贸易治理框架的现实，以及对数据安全保障的关切，使得各国采取不同程度的数据跨境流动限制措施。对跨境数据流动的限制一方面有利于国家实施数据监管、保障国内政策目标的实现，但另一方面可能因构成了对贸易的实质性阻碍^{〔16〕}而成为针对新型数字服务贸易的市场准入限制措施。印度《个人数据保护法案（草案）》要求“敏感个人数据”必须在印度境内存储及处理。尽管该草案在发布后被撤回进行重新修订，但在实际执法中，印度政府仍以“数据非法跨境传输”为理由，封禁多款中国数字应用服务。^{〔17〕}欧盟通过《通用数据保护条例》（GDPR）

〔14〕 尽管新型数字服务的归类问题存在争议，此处为对措施违法性是否存在作出判断，仍假设新型数字服务相关服务类别为上述三种。事实上，这种倾向是发达国家在人工智能服务等新型数字服务归类问题上的立场，即将数字服务归类于既有的服务类别之中，同时沿用已有承诺表。因篇幅限制，对于新型数字服务的归类问题，应当另行讨论。

〔15〕 U.S. Schedule of Commitments Under the GATS: “Commitments on legal services are subject to licensing requirements by individual states”.

〔16〕 马其家、冯慧敏：《跨境生成式人工智能服务贸易的障碍与中国因应》，载《亚太经济》2024年第5期，第92–93页。

〔17〕 India Ministry of Electronics & IT, *Government Bans 59 Mobile Apps Which Are Prejudicial to Sovereignty and Integrity of India, Defence of India, Government of India Security of State and Public Order*, Government of India Press Information Bureau (29 June 2020), <https://pib.gov.in/PressReleasePage.aspx?PRID=1635206>.

限制“未获充分性认定”的数据向境外流动。^{〔18〕}同时，欧盟要求生成式人工智能的训练数据应符合欧盟隐私标准。^{〔19〕}由此，美国企业如果欲获取欧盟市场，需要在欧盟境内建立相对独立的数据中心，而这可能加重美国企业存储、处理数据的成本。^{〔20〕}

尽管并不在穷尽性的市场准入限制措施形式之列，数据本地化措施仍有可能产生影响新型数字服务贸易提供者的数量、服务交易或资产的总值、服务业务总数或服务的产出总量等服务准入限制的效果。第一，服务提供者数量方面。为获取本地市场，并满足数据本地化要求，服务者需要在消费市场建立本地化数据中心。实体建设与技术调试费用对中小外资企业形成高成本形式的准入壁垒。^{〔21〕}此时，目标国家市场集中度提高，服务提供者数量受限。第二，服务交易总值方面。对有需求出境的数据作出的审查要求如果对“重要数据”等界定不清，将有可能演化成审批拖延甚至拒绝数据出境的禁令，而外资企业将因此无法使用境外算力或全球数据库，在事实上无法提供其服务。此时，服务交易总值受限。第三，服务业务总数或服务产出总量方面。对训练数据的训练能力和对实时数据的处理能力，决定了新型数字服务的质量水平。数据本地化措施将割裂模型数据资源池，并影响服务响应用户需求时的速度和质量。此时，新型数字服务的业务总数或产出总量将受到影响。

（二）规则的穷尽列举无法规制限制算力接入形式的措施

通过限制新型数字服务所依赖的计算设施，一国能够实现对计算资源的控制。如果算力接入限制措施超出了管制国内新型数字服务开展的必要限度，达到对服务提供者数量等的最大程度的限制，则措施亦有可能产生市场准入限制的效果，尽管限制算力接入并不在穷尽性准入措施形式之列。

数字服务中，模型训练、应用与发展均有赖算力的支撑，而由于计算能力和算力规则的显著差异，国际社会在算力层面形成了显著不对称的依赖关系：美国企业在全球人工智能芯片产业中掌握绝对的主导权。^{〔22〕}与此同时，欧盟成为仅次于美国的全球第二大人工智能单一市场，中国市场规模为欧盟的近一半。^{〔23〕}服务计算能力与市场规模不匹配，加剧了算力服务强国与消费市场国家在新型数字服务跨境贸易上的矛盾，该矛盾促使一国对境外服务提供者设置算力限制接入措施，以实质阻碍其新型数字服务进入本国市场。

算力接入限制措施表现为限制境外服务提供者从境外接入算力和限制向境外提供算力以降低境外服务提供者提供服务的能力两个方面。

〔18〕 General Data Protection Regulation, (EU) 2016/679, Art. 45.

〔19〕 Artificial Intelligence Act, (EU) 2024/1689, Art. 10.

〔20〕 例如，微软为满足 GDPR 要求，在欧盟建设“欧盟数据边界”（EU Data Boundary），将用户数据存储于本地数据中心。

〔21〕 张丽英、王瑞亨：《中小企业规则成为国际贸易中的阿喀琉斯之踵——以国际贸易协定中小企业条款为视角》，载《经贸法律评论》2024年第5期，第53-54页。

〔22〕 美国的全球算力规模占比约为34%，这一份额高于中国1个百分点，超过欧洲国家近一倍。美国与中国的算力规模与年均增长量远远领先于其他国家。中国信通院：《中国算力发展指数白皮书（2023年）》，载中国信通院网，<http://www.caict.ac.cn/english/research/whitepapers/202311/P020231103309012315580.pdf>。

〔23〕 欧盟27个成员国所占据的市场规模合计约为77.4亿美元，中国则拥有近31.5亿美元的市场规模。Statista Market Insights, *Generative AI-Worldwide*, Statista (October 2025), <https://www.statista.com/outlook/tmo/artificial-intelligence/generative-ai/worldwide>.

1. 限制从境外接入算力的措施

限制从境外接入算力,表现为要求新型数字服务提供者使用本土计算资源,限制其从境外接入算力。欧盟2020年提出“GAIA-X”计划,要求公共部门新型数字服务项目优先使用欧盟自主云和数据基础设施框架。⁽²⁴⁾ OpenAI为满足欧盟要求,在爱尔兰增设本地算力设施,因此推迟6个月进入欧盟市场。⁽²⁵⁾ 中国通过《云计算服务安全评估办法》(国家互联网信息办公室、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、财政部公告2019年第2号)和《网络数据安全条例》(国务院令 第790号),要求对关键信息基础设施运营者等采购的云计算服务进行安全评估。⁽²⁶⁾

2. 限制向境外供给算力的措施

限制向外国市场供给算力,主要体现在禁止出口计算芯片、芯片制造设备和软件,以及云计算服务等。2025年1月,美国商务部产业安全局发布“人工智能扩散出口管制框架”(Export Control Framework for Artificial Intelligence Diffusion)的临时最终规则(AI Framework),作为过去3年半导体出口管制领域监管和执法经验的总结,加强美国进一步管控半导体与计算服务交易市场的能力。⁽²⁷⁾ 该规则的目的在于,防范受限国家及总部位于该国家的实体通过地下网络等渠道获取高算力芯片,以及防范受限国家及总部位于该国家的实体变相通过云计算服务等方式利用高算力芯片提供的算力。此前,通过发布《出口管制清单》,美国禁止向中国等特定国家出口高算力芯片、电子组件和部件。⁽²⁸⁾ 此外,美国《出口管理条例》(Export Administration Regulations)还设置“外国直接产品”规则,限制应用美国原产软件和技术设备制造生产的产品进入中国⁽²⁹⁾,并限制美国云计算服务提供商向中国提供服务⁽³⁰⁾,限制美国投资者向中国算

(24) Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, *Das Gaia-X Ökosystem-Souveräne Dateninfrastruktur für Europa*, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/gaia-x.html>, visited on 21 January 2026.

(25) Adrian Weckler, *Meta “Pauses” AI Data Collection in EU Following Irish DPC Request*, Irish Independent (14 June 2024) <https://www.independent.ie/business/technology/meta-pauses-ai-data-collection-in-eu-following-irish-dpc-request/a2000443736.html>.

(26) 《云计算服务安全评估办法》第2条,《网络数据安全条例》第34条。

(27) 同时发布的另一个规则是美国《实施先进计算集成电路额外尽职调查措施》(Implementation of Additional Due Diligence Measures for Advanced Computing Integrated Circuits)的临时最终规则(IC Interim Final Rule),目的则在于防范相关实体“非法”生产先进计算物项。

(28) 美国商务部在《出口管制清单》(Commerce Control List)中正式新增“特定高算力芯片产品”(3A090)和“包含高算力芯片的计算机、电子组件和部件”(4A090)对华出口限制,同时满足两个性能条件——(1)芯片的I/O带宽传输速率大于等于600Gbyte/s;(2)数字处理单元原始计算单元算力之和大于等于4800TOPS——的GPU都将严格限制向中国出口。2023年10月,美国商务部下属工业和安全局进一步新增“总计算能力”和“性能密度”的阈值,将限制条件由“同时满足”收窄为“任一”参数违反限制条件均会触发出口管制,且对中国采取“推定拒绝”,即没有充分理由的情况下工业和安全局默认拒绝出口申请。

(29) *Addition of Huawei Non-U.S. Affiliates to the Entity List, the Removal of Temporary General License, and Amendments to General Prohibition Three (Foreign-Produced Direct Product Rule)*, 85 Federal Register 51596 (2020) (to be codified at 15 Code of Federal Regulations Parts 736, 744).

(30) 英伟达推出了搭载H100或A100高算力GPU(图形处理单元)的DGX Cloud云服务,但现在这种绕开管制间接获取算力的方式也面临不确定性,新的限制政策要求亚马逊、微软等美国云服务提供商在向中国企业提供使用先进制程人工智能芯片的云计算服务之前必须先获得政府许可。

力产业进行投资⁽³¹⁾。美国限制计算芯片、制造计算芯片的设备、云计算服务、云计算服务相关投资等出口中国的措施，事实上达到了切断向中国市场进行算力供给的效果。

值得注意的是，禁止出口计算芯片、芯片制造设备和软件以及云计算服务等措施，不是直接的限制服务准入的手段。根据《关税及贸易总协定》（GATT）第11条第1款，WTO缔约方负有普遍取消数量限制的义务。所以，WTO缔约方以限制与被制裁方之间的货物交易数量为内容的单边制裁，将可能构成对此条款的直接违反。⁽³²⁾ WTO规则体系之外，制裁方贸易限制的行为也可能构成对区域或双边自由贸易协定中禁止进出口限制条款的违反。GATS及其他含有数字服务贸易内容的协定，未对取消服务上游产品的数量限制作出要求。因此，通过限制计算硬件及软件出口设备、切断对外国市场算力供给而实现的对新型数字服务市场准入的限制，是以间接形式作出的。

算力接入限制措施，通过提升服务者经营成本、切断服务者原材料获取能力，影响可进入目标国家市场的服务提供者的数量等，产生了市场准入限制的效果。算力接入限制产生市场准入限制效果的路径有多种。一是成本路径。越南通过《网络安全法》，要求外资企业将计算设备设置于越南境内⁽³³⁾，引发了外国数据中心运营商的担忧⁽³⁴⁾。数据中心是计算设施的核心物理设备，其建设与运营涉及土地与建筑、硬件设备、冷却系统等建设成本，电力、网络宽带、维护与人力等运营成本。建立本地数据中心的要求，可能使中小企业因无法承受本地化成本而退出市场。此时，仅巨头服务者和本地化服务提供者能够运营，服务者整体数量受到影响。二是原材料路径。高算力GPU是培育数字服务应用的基本土壤。英伟达、AMD作为芯片提供商双寡头，几乎垄断了全球GPU的生产供应。2022年10月，美国商务部在《出口管制清单》中要求英伟达和AMD停止向中国出口“特定高算力芯片产品”和“包含高算力芯片的计算机、电子组件和部件”⁽³⁵⁾。通过援引安全例外，限制半导体软硬件及技术出口的措施在普遍取消数量限制条款下的违法性可能被

(31) 2025年2月，特朗普发布《美国优先投资政策》国家安全总统备忘录，指示将对外投资限制审查扩展至高性能计算等领域；同年12月，特朗普签署《全面对外投资国家安全法》，从联邦法律层面正式将高性能计算与超级计算机系统列入法定禁止或限制投资清单，严控美国资本直接或间接流向相关国家算力产业。The White House, *National Security Presidential Memorandum on the America First Investment Policy*, The White House (21 February 2025), <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions>; *Comprehensive Outbound Investment National Security Act of 2025*, Congress Government (17 December 2025), <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/3555/text>.

(32) 冯慧敏：《我国对外制裁法的国际法合法性构建》，载《武大国际法评论》2023年第5期，第83页。

(33) *Luật An ninh mạng* (Cybersecurity Law), No. 24/2018/QH14, THỦ VIỆN PHÁP LUẬT, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Cong-nghe-thong-tin/Law-24-2018-QH14-Cybersecurity-388829.aspx>, visited on 21 January 2026, Art. 26.

(34) Sara Barker, *Google Reportedly Plans First US Tech Data Centre in Vietnam*, Cloud Computing News (27 November 2023), <https://www.cloudcomputing-news.net/news/google-reportedly-plans-first-us-tech-data-centre-in-vietnam/>.

(35) 美国对华半导体出口管制逐步收紧并趋于精细化，从对个别企业的极限打压走向全产业链管控。特朗普第一任期两度修订外国直接产品规则限制，降低“长臂管辖”使用门槛，加强对实体清单中列出且带有脚注1标注实体（即华为公司）的出口管制，同时逐渐将美国对华半导体出口管制范围从硬件、软件扩大到技术领域。拜登政府三次修订先进计算物项、超级计算机和半导体制造物项出口管制临时最终规则，重点限制中国先进半导体能力。国泰君安证券：《2025年美国对华半导体制裁政策变迁分析与中国对策研究》，载未来智库，<https://www.vzkoo.com/read/202501209f2cf48ed7bac1c42c24c681.html>。

排除。但是，因算力硬件设施供应链被切断，外国软硬件使用者的服务质量将显著下降，服务交易总值及产出总量亦将受到明显限制。可见，通过提升接入算力的成本，以及减少获取原材料渠道的方式，缔约方能够对境外新型数字服务提供者进行算力接入限制，而该算力接入限制亦可能因产生了对服务施加最大数量限制等效果，构成对服务的市场准入限制。

（三）规则的穷尽列举无法规制算法审查形式的措施

区别于法律、金融等传统服务，新型数字服务有两个特征：其一，存在显著的伦理风险，该风险或来自数据与算法的嵌入式偏见，或来自以蚕食意识形态为目的的算法霸权。⁽³⁶⁾其二，新型数字服务存在显著的技术风险：服务过程中，服务消费者不仅能够获得生成内容、技术支持等表层服务，还可能利用算法监管透明度要求漏洞，实现对模型核心技术的获取。由此，由伦理风险而产生的算法审查必要性，与由技术侵权取得产生的算法审查风险同时存在。在新型数字服务贸易中，缔约方在新型数字服务进口时设置的算法审查要求有可能产生市场准入限制的效果。

部分国家和地区对新型数字服务的算法作出了审查要求。2023年中国《生成式人工智能服务管理暂行办法》要求披露训练数据的来源、规模、类型、标注规则等基本信息。⁽³⁷⁾欧盟《人工智能法案》要求生成式人工智能系统公开训练数据内容的摘要，并对高风险生成式人工智能系统作出提供技术文档、对算法逻辑进行解释、通过第三方数据治理和系统安全性测试的要求。⁽³⁸⁾美国《关于安全、可靠、可信人工智能的行政命令》要求开发前沿生成式人工智能模型的企业向政府披露训练过程和安全测试结果。⁽³⁹⁾

尽管不属于规则穷尽列举中的限制措施，算法审查措施亦有可能产生市场准入限制的效果。具体而言，算法审查措施对服务提供者的限制表现为以下几种方式。第一，算法解释要求超越了算法的技术可解释性。4项透明度和可解释性措施中，仅有平均1.43项为全球新型数字服务提供者所使用，实施一半以上透明度和可解释性措施的服务者只占8%，实施完全措施的服务者不到0.7%。⁽⁴⁰⁾低解释实现率的背后，是可解释工具在生成决策中难以适用的技术矛盾，以及性能可竞争性要求下，模型复杂性优先于可解释性的商业决策。第二，技术披露细节使算法权利人可能承担法律侵权责任风险，以及商业秘密泄露风险。公开算法设计与数据来源，可能泄露模型架构优化技巧与数据采购渠道。Stability AI因公开Stable Diffusion训练数据列表（Laion-5B）而陷入侵权风险，故在后续版本中减少了透明度披露。此外，鉴于服务提供者将软件以著作权形式许可可使

(36) 邹开亮、刘祖兵：《ChatGPT的伦理风险与中国因应制度安排》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2023年第4期，第74页。

(37) 《生成式人工智能服务管理暂行办法》第19条。

(38) Artificial Intelligence Act, (EU) 2024/1689, Art. 52, 16, 43.

(39) Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence, Executive Order No. 14110, § 4.1.

(40) Anka Reuel, *Artificial Intelligence Index Report 2024: CHAPTER 3 Responsible AI Text and Analysis*, Stanford HAI (15 April 2024), <https://aiindex.stanford.edu/report/>, p. 25.

用的同时将源代码作为商业秘密保护的普遍做法⁽⁴¹⁾，源代码审查要求可能因审查人员的故意或过失泄露，而损害软件所有人的知识产权和市场竞争能力。第三，众多消费地所在国家对算法解释提出不同程度要求，致使规则碎片化且法律责任不明确，进而促使跨国服务提供者倾向于选择最低合规标准。对新型数字服务提供者作出超出可实现性的算法解释要求，或是提出可能使服务提供者法律侵权风险增大、法律合规成本提高的算法审查要求，在形式上虽不属于穷尽列举下的限制措施，但是却可能产生了对服务施加最大数量限制等市场准入限制的效果。

值得注意的是，尽管数据本地化措施、限制算力接入措施和算法审查措施具有限制服务提供质量或服务提供者能力的准入后措施的形态，但是由于新型数字服务贸易依赖数据、算力和算法要素运转，对该三要素的限制，即使是在准入后环节作出的，也将直接产生对新型数字服务的准入限制效果，成为准入环节措施。因为市场准入规则关注措施对“量”的最高限制，而国内规制规则关注措施对“质”的最低需求。⁽⁴²⁾数据本地化措施、限制算力接入措施和算法审查措施要求不再是对服务提供者最低限度的特定要求，导致服务提供者无法逾越。因此可以认为，该三种措施在效果上业已构成了具有保护性质的市场准入措施。

三、市场准入措施形式非穷尽列举的证成

市场准入措施形式非穷尽列举表现为放开市场准入措施的形式限制，使其他达到市场准入限制效果的措施也成为市场准入规则的规制对象。

（一）市场准入措施形式非穷尽列举的理论依据

条约解释有多种方法。文本解释和上下文解释方法为市场准入措施提供了穷尽列举。然而，目的解释方法为该种穷尽列举提供了补充，使措施的形式具有非穷尽列举的可能。效果解释方法则基于使规则更具“理由与意义”的目的，为在规则的两种解释中选择后者提供理论依据。

在条约解释的目的和效果解释方法之下，市场准入措施形式的非穷尽性可得到证成。

目的解释方法要求以条约的目的为根据，具有对条约内容中的不确定及空缺进行解释和补充的作用。⁽⁴³⁾文本解释和上下文解释是条约解释的基础，然而完整适用《维也纳条约法公约》的解释规则，应将“文本”“上下文”“目的及宗旨”的解释要素视为整体⁽⁴⁴⁾。目的解释方法能够为市场准入措施的非穷尽性提供理论依据。GATS 的目的在于“服务贸易自由化水平的逐步提高”⁽⁴⁵⁾

〔41〕 早在 1991 年，世界知识产权组织（WIPO）就在一次国际会议中讨论了源代码可同时以著作权和商业秘密进行保护的现象。Randall Davis, *Intellectual Property and Software: The Assumptions Are Broken*, MIT Artificial Intelligence Laboratory, A.I.Memo No. 1328, p.12 (1991). Sonia Katyal 在其 2019 年发表的文章中也提到源代码的著作权和商业秘密保护仍存在持续重叠。Sonia Katyal, *The Paradox of Source Code Secrecy*, 104 Cornell Law Review 1027, 1207–1211 (2019).

〔42〕 韩龙：《市场准入与国内规制在 WTO 法中应如何合理界分》，载《政法论坛》2006 年第 4 期，第 149 页。

〔43〕 姜作利：《论 WTO 协议解释中注重目的解释法的合理性——主要以维护发展中国家的利益为视角》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2012 年第 6 期，第 32 页。

〔44〕 张乃根：《晚近条约解释的国际法发展：理论、实践与展望》，载《国际法论刊》2025 年第 4 期，第 31–33 页。

〔45〕 GATS 序言。

等。通过乌拉圭回合谈判达成的 GATS 市场准入规则中的 6 种措施形式，对应的是与货物贸易关税配额相等效的、与服务贸易自由化水平目的最直接相关且核心的服务贸易壁垒。在全球服务贸易规则的形成时期，确定的措施形式使关于市场准入规则承诺的谈判和落实具有可操作性。然而在新型数字服务贸易的开展时期，对措施形式作出穷尽列举将使缔约方通过限制相关要素准入制约新型数字服务的措施，难以受到市场准入规则规制。此时，GATS 的贸易自由化目标在新型数字服务领域的实现将存在阻碍，条约有效性和缔约方对缔约效果的合理预期实现性将受到影响。

目的解释使市场准入规则具有区别于文本和上下文解释下的非穷尽效果。此时，市场准入规则就措施穷尽与否有两种解释。如果其中之一使条约效果不甚恰当，则可按照善意及条约目的和宗旨，采纳使条约具有适当效果的解释原则。⁽⁴⁶⁾ 效果解释是从《维也纳条约法公约》中引申出的条约解释基本原则⁽⁴⁷⁾，是善意及条约的目的和宗旨要求下产生的解释方法，用以在条约存在两种解释时，保障条约产生唯一的合适的效果，即“如其毁物不如使之有用”⁽⁴⁸⁾。

尽管效果解释方法未被《维也纳条约法公约》涵盖在内，亦不具有国际习惯的地位，但效果解释方法仍应当在市场准入规则的解释中受到重视，原因有三。第一，从效果解释方法的地位来看，其不仅在各国或各种法律制度中得到公认⁽⁴⁹⁾，更被联合国国际法委员会（ILC）认为是一项被解释通则包含而没有必要单独作为一项解释规则列入《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的条约解释方法。⁽⁵⁰⁾ 联合国国际法院（ICJ）和常设国际法院（PCIJ）对效果解释方法保有承认的态度。在 *SPP v. Egypt*、*AAPL v. Sri Lanka*、*PNG v. Papua New Guinea* 案中，条约的有效性亦受到国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁庭关注。在上萨瓦自由区案中，常设国际法院适用了“应给予用语以适当效果”（be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects）的解释方法，并将该方法视为“业已确定的（条约解释）原则”（a very true principle）。⁽⁵¹⁾ 此外，在日本—酒税案的裁决中，WTO 上诉机构亦适用了该方法。⁽⁵²⁾ 可见，在市场准入规则的解释中引入效果解释方法能够在缔约方承认、国际法支持、裁决先例层面找到依据。第二，从效用来看，条约解释用以在条约存在两种解释时，确定条约的合理解释。其被认为存在的“不确定性”不来自效果解释方法本身，而来自使用效果解释在两种解释之间作出选择的结果。但是，该

(46) 余敏友、陈喜峰：《论解决 WTO 法内部冲突的司法解释原则》（下），载《法学评论》2002 年第 6 期，第 105 页。

(47) 张乃根：《论 WTO 争端解决的条约解释》，载《复旦学报（社会科学版）》2006 年第 1 期，第 125 页。

(48) Hersch Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 *British Yearbook of International Law* 48, 68 (1949).

(49) 张乃根：《ICSID 仲裁中的有效解释原则：溯源、适用及其略比》，载《武大国际法评论》2017 年第 1 期，第 112 页。

(50) Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, p. 219 (1966).

(51) *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, The Permanent Court of International Justice Order of 19 August 1929.

(52) *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, Award of 5 May 2015, para. 267; *Japan-Alcoholic Beverages*, WTO Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, p. 12.

种选择并非由裁决机构任意作出，仍受到“善意及条约的目的和宗旨”的约束。可见，效果解释的不确定性存在约束机制。第三，从适用范围来看，条约解释方法在ICSID裁决中被明确认为，不适用于国家单方声明或国内投资立法的解释，因为缺乏争端当事方的同意。可见，对于普遍存在于多边条约的市场准入规则，条约解释方法具有可适用性。

在效果解释规则的指导之下，尽管文本解释和上下文解释方法下的穷尽列举和目的解释方法下的非穷尽列举都具有合理性，为使市场准入规则在当前贸易环境中具有“理由与意义”⁽⁵³⁾，应当选用条约的非穷尽列举解释。原因在于，对市场准入条约以文本和上下文解释方法作出穷尽列举，已经难以澄清市场准入措施在数字时代的含义。文本解释与上下文解释方法将GATS规则的含义限制在GATS缔结时缔约方能够预见的服务贸易壁垒形态，以数量限制为典型。然而在数字服务贸易时代，市场准入限制措施的逻辑从直接限制服务的数量，向限制服务的核心生产要素转移。此时，坚持文本解释与上下文解释方法，将使市场准入规则难以澄清要素限制措施是否属于市场准入措施，因为该限制措施在形式上无法被归入第16条，但在效果上却将服务排除在市场之外。

对市场准入措施形式作出非穷尽列举，不仅能够澄清市场准入措施在数字服务贸易环境中的含义，更有助于WTO规则提升服务贸易自由化效果的实现。WTO数字服务贸易规则的缺失，推动了区域贸易协定下数字贸易规则的谈判。近年来，数字贸易议题相关的协定数量不断增加，议题范围持续扩展，规则广度和深度同步提升。⁽⁵⁴⁾尽管如此，长期目标下，相较于区域贸易协定的分散化治理模式，WTO规则仍将是数字服务贸易的核心规则。⁽⁵⁵⁾也就是说，GATS作为基本框架，影响了服务贸易协定体系发展的基本范式。因此，作为具体承诺义务，GATS项下的市场准入规则决定了成员的开放水平。此时，对市场准入措施形式的开放解释，能够使规则的效果得以实现。因为该种解释方法既能够在正面清单承诺模式之下维持GATS的约束力，使市场准入规则不因技术创新而被空置，又在负面清单承诺模式之下为缔约方尤其是发展中国家在区域贸易规则的具体承诺中，对市场准入的不符措施进行自主有序的安排提供空间，使限制措施不因过于宽泛的清单外义务而游离于准入规则之外，形成新型数字服务贸易壁垒。

（二）市场准入措施形式非穷尽列举的实践基础

对市场准入措施形式作出非穷尽列举的实践基础在于，在欧盟—能源案中，尽管专家组未支持俄罗斯有关克罗地亚限制服务提供者数量的指控，但该裁决是基于俄罗斯对克罗地亚实施的以垄断形式限制服务者数量的措施缺少“证据和法律论据”（evidence and legal argument）而作出的。⁽⁵⁶⁾专家组对GATS第16条市场准入“以……形式”的分析，仍对“市场准入措施”的

(53) 廖诗评：《条约解释方法在解决条约冲突中的运用》，载《外交评论（外交学院学报）》2008年第5期，第109—110页。

(54) 商务部：《中国数字贸易发展报告2025》，载商务部，https://cif.mofcom.gov.cn/cif/html/upload/20251013094931676_中国数字贸易发展报告2025.pdf。

(55) 吴晓丹：《数字贸易国际治理：重塑WTO中心化地位》，载《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2025年第2期，第12—17页。

(56) European Union-Certain Measures Relating to the Energy Sector, WTO Panel Report, WT/DS476/R, adopted on 10 August 2018, para. 7.608.

认定具有参考意义。该案专家组报告中,专家组延续了美国—博彩案、中国—电子支付案中的思路⁽⁵⁷⁾,认为对GATS第16条市场准入措施条款的分析,“不应忽略‘以……形式’等字,或用‘具有……的效果’等表述替代,因为从总体上看,a款的重点显然不在于限制的形式,而在于其数量和性质”(…is not on the form of limitations, but on their numerical, or quantitative, nature)⁽⁵⁸⁾。故而针对GATS涵盖的服务所适用的市场准入规则,不应拘泥于第16条第2款所列举的形式,而应重点考察这些措施是否构成了对服务数量等的限制,即不应以穷尽性的形式为讨论核心,而应关注措施是否产生了准入限制效果。

(三) 国民待遇规则和例外的适用局限

尽管歧视性新型数字服务准入措施亦可能受到国民待遇规则规制,但市场准入规则的讨论仍具有意义。两规则下的义务范围边界较为模糊,在实践中澄清两者的确切含义具有一定难度。因此,市场准入规则的规制作用亦存在重要研究价值。关于国民待遇规则和市场准入规则边界的争论曾在WTO之下开展。在中国—电子支付案中,专家组认为,相较于国民待遇规则,市场准入规则具有“特别法”的性质,处于优先适用的地位。但是,上诉机构并未对两规则关系问题进行分析,实践中,缔约方亦存在争议。⁽⁵⁹⁾所以总体而言,在服务贸易领域,市场准入规则与国民待遇规则的关系尚未明确。数字服务贸易所涉议题的复杂性,决定了其并非论证市场准入规则与国民待遇规则间关系的恰当场域。在此前提下,将新型数字服务贸易中的准入限制问题交由哪一规则解决,尚不存在定论。市场准入规则和国民待遇规则对于措施的规制作用都应当被重视。此时,基于服务贸易自由化的总体目标,先行对市场准入规则的新型数字贸易措施规制进行解释论层面的方案设计,能够一定程度上缓解争端解决实体规则的适用困境。

GATS第14条之二(b)项的安全例外亦为缔约方采取限制措施提供了空间,但仍不足以完全取代市场准入规则。与GATT安全例外相似,GATS也对服务贸易领域的涉国家基本安全利益的情形进行了列举。然而笔者认为,相较市场准入规则,援引安全例外条款并非新型服务贸易措施相关争端解决的最优方案。原因在于,首先,安全例外条款在新型数字服务贸易争端中的援引存在相当的难度。安全例外为缔约方保护其“根本安全利益”提供措施偏离协定义义务的空间。在“根本安全利益”的限制之下,其他紧急情况参照专家组对GATT的解释,措施都应在严重程度与战争相当。⁽⁶⁰⁾因此,与数字服务贸易市场准入相关的措施尽管可能存在网络安全风险,但仍

(57) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, adopted on 7 April 2005, para. 236; China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, WTO Panel Report, WT/DS413/R, adopted on 31 August 2012, para. 7.592–7.593.

(58) European Union-Certain Measures Relating to the Energy Sector, WTO Panel Report, WT/DS476/R, adopted on 10 August 2018, para. 7.597; United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, adopted on 7 April 2005, para. 232.

(59) 杜明:《国际服务贸易规则向何处去:困境和破局》,载《法学评论》2025年第2期,第184页。

(60) Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WTO Panel Report, WT/DS512/R, circulated 5 April 2019 (not adopted), para. 7.76; United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WTO Panel Report, WT/DS544/R, circulated 9 December 2022 (not adopted), para. 739-740; Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WTO Panel Report, WT/DS567/R, circulated 16 June 2020 (not adopted), para. 7.245.

很难对缔约方国家安全构成战争程度的威胁。其次，数字服务贸易问题的泛安全化倾向，暴露出安全例外在数字服务贸易时代进行进一步澄清的必要性。^{〔61〕}在数字服务贸易准入立场差距加大，安全例外适用困难的双重背景下，将新型数字服务争端解决寄希望于安全例外条款，可能会产生更多争议。最后，目前数字服务贸易领域暂未产生安全例外条款相关争端。不适用优先的市场准入规则而寄希望于例外规则的适用，可能削弱 GATS 规则适用的可预期性，从而影响 GATS 作为数字服务贸易治理框架的稳定性。

同样地，GATS 第 14 条一般例外的援引也存在难度，其亦不具备取代市场准入规则的效果。一方面，尽管 GATS 一般例外为服务贸易划定了公共政策目标之下的保护基准，但仍在数字服务贸易方向上有所欠缺。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）和《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）创设了范围更广、更具数字化特征的“合法公共政策目标例外”可证此点。^{〔62〕}另一方面，一般例外所涵盖的“公共道德”“公共秩序”范围模糊，“必需性”和“不……构成任意或不合理歧视的手段或构成对服务贸易的变相限制”两项限制容易引发缔约方间的分歧。^{〔63〕}

（四）对 GATS 脚注 9 有关限制服务投入物措施作为市场准入措施的反思

GATS 第 16 条（c）项下的脚注 9 对限制“服务产出总量”的措施作出说明，使“一缔约方限制用于服务提供的投入物的措施”不受到市场准入规则的约束。在 GATS 下，对市场准入限制的消除需要借助缔约方的特别正面列表承诺，而贸易限制影响最小化的国内监管规制是无须列表的。因此，市场准入措施与国内规制措施的区分直接影响缔约方的义务，故而至关重要。为明确区分市场准入和国内规制，也就是 GATS 第 16 条和第 6 条之间的关系，GATS 将市场准入规则排除适用于限制服务投入物的措施。脚注 9 中的“用于服务提供的投入物的措施”即指向国内规制下的“有关资格要求和程序、技术标准和许可要求的各项措施”。

可见，脚注 9 对服务投入物相关措施不属于市场准入措施说明的目的即在于划定市场准入规则下的措施，仅包含服务产出的最大数量的限制，保障缔约方的监管自主权，而并非说明限制服务投入的措施均不属于市场准入措施。如果缔约方对服务投入的措施能够直接实现对服务产出的最大数量的限制，那么该措施仍受到市场准入规则的规制。举例而言，在医疗、金融、教育服务等传统服务贸易领域，服务的投入物多为服务机构和服务人员的专业能力，缔约方对服务投入物的限制措施，也以设置服务机构和专业人员的执业许可为表现。在新型数字服务领域，服务模式为“模型即服务”（MaaS），即服务提供者向服务消费者提供供后者调用的模型。此时，模型的运行亦为服务的开展，缔约方对模型运行所必需要素采取的措施，因直接影响服务的产出，而超越了缔约方

〔61〕 鄂晓梅：《WTO 安全例外条款解释与适用研究——以中美半导体措施案为例》，载《国际法研究》2024 年第 6 期，第 89—90 页。

〔62〕 徐莉：《跨境数据流动规制之“合法公共政策目标例外”与中国实践》，载《求索》2023 年第 4 期，第 156—157 页。

〔63〕 陈寰琦：《从“例外”和“负面清单”看美国跨境数据自由流动限制性措施》，载《国际经贸探索》2023 年第 9 期，第 104—105 页。

国内规制层面对服务许可和服务提供者资质要求等措施的影响，故不受到脚注9的约束。

四、市场准入限制措施的重新认定：通过解释方法开放措施形式

鉴于对市场准入措施形式的穷尽列举难以适应新型数字服务贸易的发展，有必要在 GATS 市场准入规则中对措施形式进行重新构造，将其范围扩展至数据流动限制、算法审查和算力限制接入等措施，从而使得相关规则能够在以新型数字服务为代表的数字服务贸易领域切实提升市场开放水平。但是，对市场准入规则进行目的解释和效果解释，可能导致 WTO 规则因条约解释的任意性而被体系性滥用。原因在于，如果在适用 GATS 市场准入规则时，目的解释和效果解释优先于文本解释和上下文解释，那么这两种方法在其他 WTO 规则的解释中也可能被优先甚至广泛适用。然而，目的解释本身具有灵活性，而效果解释并不在《维也纳条约法公约》规定的条约解释方法之列。因此，这两种解释方法可能导致 WTO 规则在争端解决中被不当适用。例如，中国—知识产权执法案中，多方临时上诉仲裁安排（MPIA）仲裁庭使用了目的解释方法来覆盖通常文义解释的结果，裁定中国措施与 TRIPs 协定不一致。该案中，仲裁庭使用目的解释方法，不恰当地扩大了 WTO 成员的义务。^{〔64〕}可见，目的解释等尽管更灵活，但也存在任意性风险，使条约含义存在不确定性。尤其是在数字服务贸易领域，鉴于在 WTO 规则解释能力的弱势地位，发展中国家可能对突破文本解释和上下文解释的目的解释等方法存有疑虑。如果中国明确主张非穷尽列举，不仅可能影响自身在数字规则议题上的影响力，亦将面临如何在维护数字服务贸易利益和回应发展中国家对规则确定性诉求之间的平衡难题。

因此，尽管非穷尽列举通过扩大市场准入措施的形式，使市场准入规则在当前贸易环境中具有理由与意义，该扩大仍应当确定边界，以避免解释的任意性。对市场准入规则进行重新解释，首先要放开措施的形式，并划定形式的边界。措施形式的放开与边界的划定，表现为措施形式的内涵和外延的界定。一方面，措施形式以效力上达到对服务最大数量的限制为内涵。在美国—博彩案中，上诉机构通过对措施形式的分析，认为对“形式”的限制“包括效力”，而措施形式限制的效力与效果限制相同，都指向对服务最大数量的限制。因此，上诉机构将数量配额形式扩展到数量的“零配额”以及对服务提供者的国籍要求（上诉机构认为相当于零配额）。^{〔65〕}可见，形式限制的“效力等同”，指向措施形式的效力仍然是对服务在数量上的限制，且在市场准入规则下表现为对服务的最大数量的限制。据此，市场准入措施的形式以效力上达到对服务的最大数量的限制为内涵。因此，应放开措施的形式，不以数量配额、垄断、专营服务或经济需求测试等形式为特定手段，接纳限制数据流动、算法审查、算力接入等形式的措施，在达到对服务最大数量的限

〔64〕 China-Enforcement of Intellectual Property Rights, Award of the Arbitrators, WT/DS611/ARB25, adopted on 21 July 2025, para. 4.54–4.76.

〔65〕 United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, adopted on 7 April 2005, para. 273.

制时，作为市场准入限制措施。市场准入措施的边界，则在于与服务质量和提供者能力的区别。⁽⁶⁶⁾ 该外延涉及与国内规制的分界。

对市场准入规则进行重新解释，同时应保持市场准入措施清单的穷尽性，即仅将市场准入限制措施限制在事实上达到限制服务提供者数量、限制服务交易总值、限制资产总值、限制服务业务总数、限制指定数量单位表示的服务产出总量、限制特定服务部门或服务提供者可雇佣的必需且直接相关的自然人总数的效果之列。如果措施效果并非市场准入条款所禁止的六种，则并非被禁止的市场准入限制，以此限制市场准入的适用范围，保障缔约方自主权的实现。市场准入限制措施本质上是一国基于贸易保护主义实施的不能为境外服务提供者自身行为所突破的限制。对市场准入措施的重新解释，仍应当回归市场准入措施对最大数量限制的基本效果。另外，如果不限定最大数量限制的效果，国内规制与市场准入措施将可能混同。如此，使缔约方在市场准入中预留的服务业监管自主权落入国内规制措施的限制中，使缔约方难以履行公共职能的自主权力，也将使缔约方可援引的例外范围以及与此相伴的举证责任缺乏可预期性。因此，在市场准入规则从措施效果上作出了基本限定的前提下，如果对措施的形式进行开放，仍应当坚持既有的“限制服务提供数量”等效果的限定。

五、结语

在文本解释和上下文解释方法之下，GATS 市场准入规则中的市场准入措施形式具有穷尽性。然而该种解释不再适应数字服务贸易的发展，因其难以约束数据本地化形式、算力接入形式和算法审查形式的措施，尽管此类措施已经最大程度上影响了新型数字服务的数量，产生市场准入的限制效果。市场准入措施的非穷尽列举在理论和实践上存在依据，其弥补了国民待遇规则和例外条款在准入措施层面的适用局限，亦不违反有关 GATS 脚注中对于限制服务投入物措施作为市场准入措施的规定。通过解释方法放开措施形式，能够使市场准入规则在新型数字服务贸易领域具有理由与意义。当然，该种放开仍应当确定措施形式的边界，以避免解释的任意性。

On the Non-exhaustive Interpretation of GATS Market Access Rules: From the Perspective of Emerging Digital Services Trade

FENG Huimin

Abstract: The cross-border trade in new types of digital services, represented by artificial

(66) Council for Trade in Services, Scheduling Guidelines for the General Agreement on Trade in Services, adopted on 3 September 1993, para. 4; Repeated also in Council for Trade in Services, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS, S/L/92, adopted on 23 March 2001, p. 4.

intelligence services, is progressively expanding. Market access measures are a primary tool for Members to restrict foreign service suppliers, determining the extent to which overseas providers of new digital services can participate in their domestic markets. Under the customary rules of interpretation based on the text and context, the GATS market access provisions adopt a closed-list approach in form. Although this can constrain restrictive measures to a certain degree, it is inadequate to regulate market access restrictions adopted by Members in the context of new digital services trade, such as data localization requirements, restrictions on access to computing power, and algorithmic review mechanisms. Conversely, adopting interpretative methods based on object, purpose, and effects to treat the types of market access measures as non-exhaustive has both theoretical grounding and a practical basis. Compared to national treatment rules and national security exceptions, this approach offers greater normative coherence and remains consistent with the GATS footnote regarding measures limiting service inputs. Constructing market access rules that are formally open-ended but effect-defined would enhance the adaptability of the GATS regime to the evolving landscape of emerging digital services trade.

Keywords: Emerging Digital Services Trade; GATS; Market Access

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)