

国际贸易法视域下数字贸易的归类^{*}

谭观福

【摘要】数字贸易可大致分为数字产品贸易和数字服务贸易。在国际贸易法视域下,数字贸易的归类直接影响数字贸易的规则适用,但WTO的现有归类系统未能适应数字贸易的特点。数字贸易的归类难题突出地体现在服务贸易模式的认定、电子传输的数字产品的归类以及数字服务贸易的归类中。为保证GATS规则适用的可预见性,将数字服务贸易归为模式一是较为恰当的选择。由于GATS承认发展中国家发展的“不平衡”,考虑到WTO的基本目标,数字产品应被定性为服务。对于数字产品的归类,美式FTA采取了灵活务实的态度,避免了将其定性为货物或服务,从而可以在GATT1994和GATS之间选择。WTO争端解决机构依据技术中立原则,将在线交付的传统服务归入传统服务的部门中。各国在谈判数字服务的市场开放问题时应谨慎对待技术中立原则。WTO成员应对既有的归类系统进行更新谈判,以降低数字贸易归类问题的不确定性。对新型数字服务的市场开放作出特殊承诺是回应新型数字服务贸易归类难题的现实选择。

【关键词】国际贸易法 数字贸易 WTO GATS FTA

【作者简介】谭观福,法学博士,中国社会科学院国际法研究所助理研究员、《国际法研究》编辑。

【中图分类号】D996 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2021)05-0045-12

根据交易内容,数字贸易^①可大致分为数字产品贸易和数字服务贸易。数字产品的定义主要出现在美式自由贸易协定(以下简称FTA)的数字贸易规则中。^②数字产品既可以通过有形载体来传输,也可以通过电子方式来传输。数字服务是指以数字方式提供的服务,通过互联网提供的所有服务都可以被认为是数字服务。数字服务又可分为两类,即传统数字服务和新型数字服务。传统数字服务是指互联网普及之前就已经存在,而如今很容易通过互联网提供的服务,例如法律服务、教育服务、金融服务等。新型数字服务是指随着互联网的普及才出现的数字服务,例如网络电话、博客、社交

* 本文系国家社会科学基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(20&ZD205)的阶段性成果。

感谢中国人民大学法学院韩立余教授、审稿专家和责任编辑对本文提出的宝贵意见和建议。当然,文责自负。

① 鉴于国际上数字贸易概念和电子商务概念已经被很多国家同等使用的事实,本文如无特别说明,“电子商务”视同为“数字贸易”。

② 例如,《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称USMCA)第19.1条规定:“数字产品是指以数字化编码存在的计算机程序、文本、视频、图像、音频和其他产品,它们用于商业销售或分销,并且可以电子方式传输。数字产品不包括金融工具的数字形式,也不包括货币。”

网络、搜索引擎、人工智能服务等。随着云计算、大数据、移动互联网等现代信息技术的发展和普及,数字贸易的范围在不断扩大。

在国际贸易法视域下,数字贸易的归类直接影响数字贸易的规则适用,进而影响到数字贸易自由化的水平,但世界贸易组织(以下简称WTO)的现有归类系统未能适应数字贸易的特点,无法清晰地解决数字贸易归类问题。^①数字贸易的归类难题突出地体现在服务贸易模式的认定、电子传输的数字产品贸易的归类以及数字服务贸易的归类中。WTO成员尚未对数字贸易归类问题达成共识。数字贸易的国际规则正处于形成、发展过程中,WTO已经启动与贸易有关的电子商务诸边谈判,而FTA也在建构数字贸易规制的国际法律框架中起了重要作用。在国内外既有文献中,有部分文献对数字贸易归类问题进行了一定探讨,^②但相关研究需要结合WTO谈判的最新进展以及FTA最新实践不断深入跟进。本文在参考国内外文献的基础上,将结合WTO案例报告、WTO官方文件及成员提交的电子商务提案、FTA最新文本等材料,与时俱进地探讨数字贸易归类问题的解决。

一、探讨数字贸易归类问题的必要性

(一) 归类问题直接影响数字贸易的规则适用

在国际贸易法视域下,数字贸易的归类直接影响数字贸易的规则适用,进而影响WTO各成员的市场开放义务和国内规制的政策空间。服务贸易模式的认定问题是数字贸易归类中的门槛性法律问题,WTO成员对服务贸易的承诺正是根据服务提供的模式作出的。WTO成员现有具体承诺的“质量”随交付模式的不同而大不相同,成员可能对某一种模式不作承诺,而对另一种模式没有任何限制或只有轻微限制。服务贸易模式的认定决定了WTO成员在《服务贸易总协定》(以下简称GATS)项下承担的义务,以及服务贸易自由化的水平。

电子传输的数字产品的定性问题是WTO“电子商务工作计划”中最困难和最敏感的问题之一,它将决定数字产品贸易制度的性质,还涉及是否征收关税、如何处理国内税等问题。^③如果将数字产品定性为货物,则数字产品贸易将适用《1994年关税与贸易总协定》(以下简称GATT1994);如果将数字产品定性为服务,则将适用GATS。GATT1994和GATS的贸易自由化水平,无论在一般义务还是具体承诺方面都是不同的。一项数字产品被定性为货物还是服务,其获得的贸易待遇将相差很大。

GATS遵循正面清单的市场开放模式,WTO成员对服务贸易的市场开放承诺是根据服务贸易的具体类别分别作出的。数字产品和数字服务在GATS框架下的归类,直接影响WTO成员对该类数字服务贸易的市场开放义务。成员对不同部门的服务和提供方式的承诺水平可以分为三种,即“没有限制”“部分承诺”“不作承诺”。WTO成员可以通过在市场准入和国民待遇栏中作出从“没有限

① 作为国际贸易法基础的WTO协定没有数字贸易的专门规则,但在演化解释(evolutionary interpretation)的语境下,WTO规则可以适用于数字贸易。参见谭观福:《论数字贸易的自由化义务》,《国际经济法学刊》2021年第2期,第28页。

② 代表性文献如Rolf H. Weber and Mira Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, Berlin: Springer, 2013; Ruosi Zhang, Covered or Not Covered; That Is the Question—Services Classification and Its Implications for Specific Commitments under the GATS, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2015-11, 7 December 2015; Ines Willems, GATS Classification of Digital Services—Does ‘The Cloud’ Have a Silver Lining? *Journal of World Trade*, Vol. 53 (1), 2019; Sam Fleuter, The Role of Digital Products under the WTO; A New Framework for GATT and GATS Classification, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17 (1), 2016; Farrokh Farrokhnia and Cameron Richards, E-Commerce Products under the World Trade Organization Agreements: Goods, Services, Both or Neither? *Journal of World Trade*, Vol. 50 (5), 2016; 吕国民:《WTO对数字化产品贸易的规制问题探析》,《河北法学》2006年第8期;陈儒丹:《WTO框架下数字产品在线跨境交易的法律性质》,《法学》2008年第7期;郭鹏:《信息产品数字化交易的法律规制:美国的双重标准》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2010年第1期。

③ Committee on Trade and Development, Note on the Meeting of 25 April 2002, WT/COMTD/M/40, 26 June 2002, para. 146.

制”到“不作承诺”的承诺来选择不同程度的自由化。

数字贸易的承诺列表方式除了正面清单模式外，还有负面清单模式。在美国主导的大多数 FTA 中，跨境服务贸易章通过负面清单的方式来履行承诺，提供了高水平的自由化。在负面清单模式下，清单中仅列出特定义务未涵盖的要素，清单未明确排除的部门即被具体承诺所涵盖。在采取负面清单承诺模式的国际贸易协定中，原则上几乎所有服务（包括新型服务或不可预见的服务）都应被自由化义务所涵盖，因而数字贸易归类问题可能出现的不确定性将被降到最低，但也不能完全消除。^①负面清单模式不能排除数字贸易归类的必要性，因为希望将某些数字产品或数字服务排除在具体承诺范围之外的国家仍需要确定相关的服务部门。^②

（二）现有归类系统未能适应数字贸易的特点

WTO 框架下有关货物和服务的归类系统是为了规范货物和服务贸易，以及谈判货物和服务部门的自由化，但现有归类系统未能适应数字贸易的特点，无法清晰地解决数字贸易归类问题。GATS 规定了四种服务提供模式，这些模式基本上是根据服务提供者和消费者的来源以及他们在提供服务时所具有的领土存在程度和类型来定义的。^③数字产品和数字服务的在线提供使得供应商和消费者之间的距离变得无关紧要，这让人很自然地想到模式一，^④但以电子方式交付服务可以通过任何一种模式来进行。例如，在当地设立的外国银行可以通过电子方式向消费者提供服务，在当地的外国自然人也可以使用电子方式提供咨询服务。互联网的发展使得数字服务几乎可以在世界上的任何一个地方进行交付，加之互联网通常不涉及商业实体或自然人的实际存在，在数字贸易中要区分服务贸易的模式一和模式二是一个难题。

电子传输的数字产品到底属于货物还是服务？按照一般的分类标准，服务的生产和消费通常是同时进行的，而货物的生产与消费是不同步的；服务无法储存，而货物可以；服务是无形的，而货物通常是有形的。^⑤电子传输的数字产品既有服务的无形性，也有货物的生产消费不同步性和可储存性。因此，上述标准并不能为数字产品的定性提供有效、实用和明确的基础。

GATS 并未直接定义“服务”，GATT1947 也没有“产品”或“货物”的定义。^⑥GATT1994 对货物的分类遵循世界海关组织（WCO）主持制定的《商品名称及编码协调制度》（The Harmonized Commodity Description and Coding System，以下简称 HS）。根据 HS 起草者的设想，任何符合条件的商品都可以根据其物理特性在 HS 项下进行分类。但是，HS 从未涵盖任何通过电信网络直接从供应商发送到客户的数字化信息。GATS 通常依据《服务部门分类表》（Services Sectoral Classification List，^⑦以下简称 W/120）对服务进行分类，WTO 成员关于服务贸易的具体承诺通常基于 W/120 作出。W/120 于 1991 年由关税与贸易总协定秘书处根据《联合国临时核心产品分类目录》（United

① Lee Tuthill and Martin Roy, GATS Classification Issues for Information and Communication Technology Services, in Mira Burri and Thomas Cottier, eds., *Trade Governance in the Digital Age: World Trade Forum*, New York: Cambridge University Press, 2012, p. 159.

② Ines Willems, GATS Classification of Digital Services—Does ‘The Cloud’ Have a Silver Lining? *Journal of World Trade*, Vol. 53 (1), 2019, pp. 66-67.

③ Committee on Specific Commitments, Revision of Scheduling Guidelines, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/164 and 164/Add.1, S/CSC/W/19, 5 March 1999, p. 14.

④ 在既有的国际经贸协定中，服务贸易有四种服务提供模式，即模式一（跨境交付，cross-border supply）、模式二（境外消费，consumption abroad）、模式三（商业存在，commercial presence）、模式四（自然人存在，presence of natural persons）。

⑤ General Council, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 31 July 2003, p. 6.

⑥ Group of Negotiations on Services, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/139, 15 October 1991, para. 8.

⑦ WTO, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

Nations Provisional Central Product Classification, 以下简称 CPC prov) 发布, 包含了 GATS 涵盖的所有服务部门和子部门的完整列表, 其目的是促进乌拉圭回合谈判, 以确保各国所作承诺的兼容性和一致性。CPC prov 是联合国统计署制定的一部涵盖货物和服务的完整的产品分类国际标准。W/120 中的每个部门和 CPC prov 编码相对应。

但是, 电子传输的数字产品和数字服务的归类问题均难以在 WTO 框架下的归类系统中得到解决。在线交付的传统服务、新型数字服务如何归类? W/120 是一个静态目录, 尚未跟上数字产品和数字服务的发展。WTO 成员在 GATT1994 和 GATS 项下用于作出贸易承诺的术语并未明确涵盖数字内容本身。

二、数字贸易中服务贸易模式的认定

为明确服务贸易不同模式所涵盖的服务范围, WTO 秘书处作出了相应解释。国际运输、通过电信或邮件提供服务以及包含在出口货物(例如计算机软盘或图纸)中的服务都是模式一的示例, 因为服务提供者不在交付服务的成员境内。模式二通常也被称为“消费者流动”, 这种模式的基本特征是, 服务是在作出承诺的成员领土之外交付。通常, 在旅游服务中, 消费者的实际流动是必要的。但模式二并不意味着消费者自身的转移。诸如在国外修理船舶的活动, 其中只涉及消费者财产的“流动”或其财产位于国外, 也被涵盖在模式二中, 因为服务是在财产所在地而不是在消费者所在地消费的。^①

(一) 服务贸易模式认定的困境

在模式一和模式二中, 服务提供者都不在消费者所属的成员境内。传统上, 模式一和模式二的区别取决于服务是从另一成员向消费者所属的成员境内提供, 还是完全在消费者所属的成员境外提供。^② 当电子交付使交易能够在提供者或消费者不移动的情况下进行时, 上述区分标准很难实际发挥作用。

WTO 成员当前的市场准入承诺水平表明, 在许多服务类别中, 大多数成员已同意不对模式二进行任何限制, 对模式二下的市场准入和国民待遇作出了完全的承诺, 但保留对模式一进行限制的权利。将数字服务归为模式二意味着很多 WTO 成员有义务不对数字服务施加任何市场准入限制。随着货物不断被数字化以及越来越多的服务可以通过电子方式交付, 各成员将发现其市场准入承诺已超出其最初同意的范围。尽管有些成员可能会认为这种市场准入的扩展是一个可喜的发展, 并符合 GATS 第 19 条规定的连续自由化谈判的目标, 但数字服务归类的自由化待遇将出现问题。这将改变各成员在乌拉圭回合谈判及随后的谈判中作出的 GATS 承诺。这些承诺至少在理论上是互利互惠谈判的结果, 各成员在谈判中作出了市场准入承诺以换取其他成员的某些让步和利益。将数字服务归为模式二等于在没有经过进一步贸易谈判的情况下改变了成员之间达成的协议。另外, 如果将数字服务归为模式一, 则可能会减少数字服务贸易增长的潜在利益, 因为成员在模式一下对“没有限制”的承诺明显少于模式二。模式一中“没有限制”的承诺的缺乏意味着 WTO 成员将有能力对数字服务施加监管障碍, 不利于数字贸易的自由化发展。^③

① Committee on Specific Commitments, Revision of Scheduling Guidelines, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/164 and 164/Add.1, S/CSC/W/19, 5 March 1999, p. 15.

② 世界贸易组织秘书处编:《电子商务与 WTO 的作用; 贸易、金融和金融危机; 金融服务自由化和〈服务贸易总协定〉》, 对外经济贸易合作部世界贸易组织司编译, 法律出版社 2001 年版, 第 109 页。

③ Emad Tinawi and Judson O. Berkey, E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework, 16 March 2000, pp. 5-7, https://www.iatp.org/sites/default/files/E-Services_and_the_WTO_The_Adequacy_of_the_GAT.pdf, 2021 年 2 月 17 日。

在 WTO “电子商务工作计划”项下，成员（例如日本^①、澳大利亚^②、美国^③等）纷纷提交提案试图解决电子商务模式一和模式二的区分难题，但未达成任何共识。在“美国赌博案”（DS285）中，专家组根据 GATS 第 16 条进行的分析限于市场准入栏中的模式一，并明确指出这一争议涉及 GATS 规定的四种交付模式之一，即赌博和博彩服务的跨境交付。^④ 上诉机构遵循了这一论点，仅评估了美国在 GATS 模式一中的承诺。^⑤ “美国赌博案”的裁决在一定程度上缓解了 GATS 模式适用的不确定性。但由于美国对赌博和博彩服务在模式一和模式二下的承诺都是“没有限制”，专家组和上诉机构都没有被要求对模式一和模式二的区别发表意见，因此这一重要问题还没有完全解决。在既有的 WTO 争端解决实践中，也没有案例涉及 GATS 模式一和模式二的区分问题。

模式一和模式二下的贸易自由化水平存在很大差别，数字贸易中服务贸易模式一和模式二的区分直接影响到向数字服务提供者保证何种程度的市场准入水平，以及 WTO 成员对该数字服务享有多大程度的规制空间。考虑到越来越多的服务可以通过互联网提供，如果将数字服务归为模式二，那么等于在各成员的市场准入承诺中打开了一个无形的缺口。大多成员之所以在模式二下承诺“没有限制”，是因为在这种模式下，服务消费国无法对境外的服务和服务提供者进行监管。

因此，如果将在线交付的服务贸易归为模式二，那么在模式二下未设限的成员必然要进行具体承诺的重新谈判。在没有经过谈判的情况下将数字服务归为模式二，将违反“保护合法预期原则”，相当于在没有进一步谈判的情况下改变了成员之间已经达成的协议，无法保证 GATS 规则的可预见性。在现有的 GATS 框架下，如果相关的数字服务争端被提交到 WTO，将数字服务贸易归为模式一是较为恰当的选择。

（二）服务贸易模式认定困境的解决

在“墨西哥电信案”（DS204）和“美国赌博案”中，WTO 争端解决机构已经把电信服务和网络赌博服务归为模式一。鉴于 GATS 逐步实现贸易自由化的宗旨，并考虑了发展中国家在服务贸易领域发展不足的现实，笔者也支持将数字服务贸易归为模式一。但 WTO 成员迄今尚未就跨境电子交付的服务属于模式一还是模式二达成共识。

瑞士在 2001 年向 WTO 提交的有关金融服务的文件指出：

为了使承诺表更加协调一致并确保现有和将来承诺的明确性，我们建议成员重新评估其在模式一和模式二下的承诺。特别是在金融服务领域，这些模式之间的区别变得更加模糊。对成员承诺减让表的审查清楚地揭示了在模式一和模式二中所作承诺之间的差异。我们强烈鼓励更大程度的同质化。我们还希望金融服务委员会（CTFS）研究在金融服务领域合并这两种模式的可能性。^⑥

① Council for Trade in Services, Communication from Japan, Work Programme on Electronic Commerce, S/C/W/104, 25 March 1999.

② Council for Trade in Services, Work Programme on Electronic Commerce, Communication from Australia, S/C/W/108, 18 May 1999.

③ WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Submission by the United States, WT/GC/16, 12 February 1999.

④ United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 November 2004, para. 6. 29.

⑤ United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, para. 215.

⑥ Council for Trade in Services (Special Session), Communication from Switzerland, GATS 2000: Financial Services, S/CSS/W/71, 4 May 2001, para. 14.

瑞士在2004年向WTO提交的有关GATS承诺表的文件指出,在模式一和模式二之间界限模糊的部门中,可以通过对两种模式作出相同的承诺来克服这种模糊性。在模式一和模式二中,仅在例外情形下才可以使用“由于缺乏技术可行性而不作承诺”(unbound due to lack of technical feasibility)的语句,即在这两种模式下无法提供CPC prov中的任何活动。^①

在香港部长级会议之前的谈判中也提到了在模式一和模式二中实现类似承诺水平的主张。^②为了降低模式一和模式二之间的不平衡和不确定性的努力主要集中在,要求在尽可能多的部门中对GATS模式一和模式二作出相似的、最好是完全的承诺,即在大多数情形下将模式一的承诺水平提高到模式二的水平。^③《香港部长宣言》建议,在存在模式一承诺的情况下作出模式二的承诺。^④而在WTO成员现有的GATS承诺表中,通常已经是这种情况了。

WTO成员之所以对模式一和模式二下的服务作出不同承诺,是因为它们认为这两种模式属于不同的实践,模式一和模式二之间的区别具有实际意义。^⑤要求所有WTO成员在所有部门中对模式一和模式二作出相同承诺并不现实,尤其是对于金融服务等行业,WTO成员通常基于广泛的监管目标对这些行业的模式一作限制性承诺。因此,主张对两种模式作出相同承诺来消解模式一和模式二的模糊性不具有现实性。

有学者提出了改革GATS服务提供模式的不同方案,如“合并模式一和模式二”“拉平模式一和模式二”“制定模式五”“重新定义模式二”。^⑥但是,对服务贸易模式进行系统性改革的难度较大。在新近FTA中,很多国家仍然采纳了GATS项下传统的四种服务提供模式对服务贸易的市场开放作出具体承诺,例如《中国—韩国自由贸易协定》和《中国—澳大利亚自由贸易协定》。还有学者提出,根据互联网的技术结构来解决模式认定难题,即当一项互联网服务是由用户“驱动”(pull)时,可以被视为模式二;当一项服务是被“推送”(push)给用户时,可以被视为模式一。^⑦这一方案不需要对GATS进行全面审查,也不需要成员的承诺进行重新谈判,就可以在模式一和模式二之间进行区分,具有一定合理性。但这一方案能否成为WTO成员在解决服务贸易模式认定难题时有约束力的规则,还是要取决于成员的共识。WTO成员可以在双边或区域性的服务贸易谈判中尝试解决模式一和模式二的区分问题,例如可以通过附件、双边换文或参考文件的方式对数字贸易中可能涉及的模式一和模式二的认定难题作出特别约定。

三、电子传输的数字产品贸易的归类

数字产品包括含有载体的数字产品以及通过电子传输的数字产品。对于通过载体进行的数字产

① Council for Trade in Services, Communication from Switzerland, On the Importance of Improving the Scheduling of GATS Commitments, TN/S/W/21, 8 September 2004, para. 8.

② Council for Trade in Services, Special Session of the Council for Trade in Services, Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee, TN/S/23, 28 November 2005, p. 21.

③ Sacha Wunsch-Vincent, The Internet, Cross-Border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-Gambling, *World Trade Review*, Vol. 5 (3), 2006, p. 326.

④ Annex C of Doha Work Programme Ministerial Declaration (Adopted on 18 December 2005), WT/MIN (05) /DEC, 22 December 2005, para. 1 (b) (ii).

⑤ Usman Ahmed, Brian Bieron and Gary Horlick, Mode 1, Mode 2, or Mode 10: How Should Internet Services Be Classified in the Global Agreement on Trade in Service? *Boston University International Law Journal*, 2015, p. 7.

⑥ Emad Tinawi and Judson O. Berkey, E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework, 16 March 2000, pp. 9-10, https://www.iatp.org/sites/default/files/E-Services_and_the_WTO_The_Adequacy_of_the_GAT.pdf, 2021年2月17日。

⑦ Usman Ahmed, Brian Bieron and Gary Horlick, Mode 1, Mode 2, or Mode 10: How Should Internet Services Be Classified in the Global Agreement on Trade in Service? *Boston University International Law Journal*, 2015, p. 15.

品贸易而言，其标的物是有形载体，储存的内容是无形的数字信息。该类数字产品的生产和消费不同步，可以储存，因而符合货物的一般特征。WTO 海关估价委员会在 1995 年通过了《关于对记录数据处理设备用软件的承载介质进行估价的决定》，规定了 WTO 成员对用于信息处理设备的进口软件进行海关估价的两种方法。^① 海关估价是对进出口货物确定完税价格的程序。可以断定，含有载体的数字产品（如软件）应被定性为货物。HS 根据数字产品的载体来对数字产品进行归类。例如，软件可以附在光盘、磁带或磁盘上，因此可以对应三种不同的 HS 编码。电影制品也是根据其载体来归类。但电子传输的数字产品的定性和归类问题仍需要进一步探讨。

（一）数字产品的定性

取决于所使用的“运输”或交付工具，有些数字产品可以同时进入 GATT1994 和 GATS 项下的市场。在某些情况下，内容相似甚至相同的数字产品由于适用 GATT1994 或 GATS 的不同规则会受到不同待遇。即使这种现状被接受为一种选择，仍需要进行数字产品的定性工作，因为 GATT1994 和 GATS 的分类表都不能完全或明确地涵盖某些数字产品或内容。^②

在电子传输的数字产品的定性和规则适用问题上，美国和欧盟之间存在很大分歧。美国事实上采取了双重标准：一方面，美国在国内法中否定了数字产品贸易受货物买卖法规制；另一方面，美国在 WTO 却主张数字产品贸易受 GATT1994 规制。美国的数字产品生产 and 出口具有很强的比较优势，其在 WTO 主张数字产品贸易适用 GATT1994 是为了寻求最大程度的贸易自由化，为本国的数字产业争取更大的世界市场。^③ 欧盟却指出，GATT1994 只适用于具有实物载体的数字产品进口，任何以电子方式交付的数字产品属于服务，应被 GATS 涵盖。^④

WTO 框架下的货物和服务归类系统都无法解决电子传输的数字产品的定性和规则适用问题。数字产品贸易应适用 GATT1994 还是 GATS，需要根据这两个协定的目的和宗旨来确定。^⑤ GATT1994 的序言规定，国际贸易“应以提高生活水平、保证充分就业、保证实际收入和有效需求的大幅稳定增长、实现世界资源的充分利用以及扩大货物的生产和交换为目的”，这些目标将通过“达成互惠互利安排，以实质性削减关税和其他贸易壁垒，消除国际贸易中的歧视待遇”来实现。如此，GATT1994 不仅规定了该协定的目的，还规定了实现这些目的的适当手段，即贸易自由化。GATS 序言没有对其目的作出简明的陈述，但强调了该协定的双重目标，即将贸易自由化扩大到服务业，同时也保护发展中国家的利益。^⑥

比较 GATT1994 和 GATS 的序言可以发现，这两个协定都包含促进国际贸易自由化的共同目标。但 WTO 认识到，发展中国家在没有提供比其国内货物市场更高保护的情况下，其培育国内服务市场的能力比较低。数字产品的国际贸易应同时考虑促进贸易自由化和保护发展中国家的服务提供者。发达国家和发展中国家存在数字鸿沟，发展中国家由于基础设施欠发达等因素，在数字产品市场上存在系统性劣势。由于 GATS 承认这种“不平衡”，考虑到 WTO 的基本目标，处于货物和服

① Committee on Customs Valuation, Decision Concerning the Interpretation and Administration of the Agreement on Implementation of Article VII of the GATT 1994 (Customs Valuation), G/VAL/5, 13 October 1995.

② Committee on Trade and Development (Fortieth Session), Note of the Meeting of 25 April 2002, WT/COMTD/M/40, 26 June 2002, para. 151.

③ 郭鹏：《信息产品数字化交易的法律规制：美国的双重标准》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2010 年第 1 期，第 65~68 页。

④ WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 9 May 2003, para. 24.

⑤ Sam Fleuter, The Role of Digital Products under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17 (1), 2016, p. 169.

⑥ GATS 序言特别指出：“认识到各成员为实现国家政策目标，有权对其领土内的服务提供进行管理和采用新的法规，同时认识到由于不同国家服务法规发展程度方面存在的平衡，发展中国家特别需要行使此权利。”

务之间灰色地带的数字产品应受 GATS 规制。GATS 项下的市场准入和国民待遇义务是基于“正面清单”模式而承担的,服务也不受配额、补贴、保障措施、技术性贸易壁垒等既定义务和协定的约束,因而如果将电子传输的数字产品定性为服务而适用 GATS, WTO 成员将对数字产品贸易享有更大的规制空间。

从数字贸易规制的技术手段来看,电子传输的数字产品适用 GATT1994 也不具有现实性。关税是影响货物贸易的主要国内措施,全球关税制度旨在处理实体货物。GATT1994 的制度设计只针对实体产品贸易,《信息技术协定》(ITA)也只适用于具有载体的信息技术产品。电子传输的数字产品具有无形性,根本无法在 GATT1994 框架下受到有效规制。因此,数字产品贸易适用 GATS 是更为现实和恰当的选择。

有观点指出,在数字产品定性问题上可采取“混合解决方案”,即数字产品贸易适用 GATS,同时确保 GATT1994 项下的市场准入水平。^①这一方案意在模糊 GATS 和 GATT1994 之间的差别,但数字产品定性问题的产生正是因为 GATS 和 GATT1994 在贸易自由化水平和纪律方面存在客观差别,该方案实际上是在回避问题而非解决问题。况且,要求所有成员对数字产品的市场开放作出类似于 GATT1994 项下的全面承诺,基本不具有现实性。此外,一些成员还提出,是否可以将数字产品贸易视为知识产权贸易(非货物或服务贸易)而适用《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS 协定》)?^②货物贸易和服务贸易都要受到《TRIPS 协定》的约束,《TRIPS 协定》提供了与贸易有关的知识产权保护的最低标准,从而支持了相关货物和服务贸易的自由化。但《TRIPS 协定》未对贸易自由化本身设定规则,因而无法保证市场准入或任何其他形式的贸易自由化。《TRIPS 协定》虽然可以适用于数字贸易,但却不能成为数字贸易的多边框架。^③因此,将数字产品定性为知识产权并不合理。

(二) 自由贸易协定对数字产品贸易归类问题的回应

为了解决数字产品的归类难题,FTA 采取了务实的态度。很多美式 FTA 回避了对数字产品的定性问题,通常在界定数字产品的概念时在脚注中特别说明:“数字产品的定义并不反映缔约方将数字产品贸易归类为服务贸易或货物贸易。”^④如果将数字产品归类为货物,则可能面临缴纳关税问题。FTA 通过继承和发展 WTO《全球电子商务宣言》中确立的对电子传输暂停征收关税的做法来解决这一问题。

另外,对于那些可以归类为服务贸易的数字贸易活动,美式 FTA 还确认 FTA 相关章节(诸如投资、跨境服务贸易、金融服务)中所述的义务适用于影响通过电子方式交付或提供服务的措施,协定中载明的适用于该等义务的任何例外情况或不符措施除外。^⑤数字贸易涉及的服务领域包括基于数据的服务、电信服务、金融服务、视听服务、计算机及相关服务。^⑥因此,如果一项数字产品被定

① Sacha Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 61.

② General Council, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Work Programme on Electronic Commerce, Communication from Indonesia and Singapore, WT/GC/W/247, 9 July 1999, para. 12.

③ Sacha Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, p. 61.

④ 如《美国—澳大利亚自由贸易协定》第 16 章脚注 16-4;《美国—智利自由贸易协定》第 15 章脚注 3;《美国—韩国自由贸易协定》第 15 章脚注 4; USMCA 第 19 章脚注 1。

⑤ 例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第 14.2.5 条规定:“第 14.4 条(数字产品的非歧视待遇)、第 14.11 条(以电子方式进行的跨境信息传输)、第 14.13 条(计算设施的位置)和第 14.17 条(源代码)所含的义务:(a) 受第 9 章(投资)、第 10 章(跨境服务贸易)、第 11 章(金融服务)相关条款、例外和不符措施的约束;以及(b) 应结合本协定中的其他相关条款解读。”

⑥ Joshua P. Meltzer, *Governing Digital Trade*, *World Trade Review*, Vol. 18 (S1), 2019, p. s38.

性为服务，则数字产品贸易要受到前述相关服务领域的义务的约束。

对于数字产品的归类，FTA 采取了“两条腿走路”的处理方式。这种有意的模糊使其可以从 GATT1994 和 GATS 中进行选择，以弥补任何潜在的漏洞。^① 就数字产品贸易而言，用户是对数字产品中提取的信息（如软件、电影、音乐）感兴趣，因而数字产品通常具有服务属性，但 W/120 并没有为作为服务的数字产品提供具体的归类标准。各国对数字产品的正确归类尚无共识，期望达成一个通用的归类标准也不现实。^② FTA 对数字产品归类问题的回应也未从根本上解决归类问题。因此，对于可归类为服务的数字产品，其在 WTO 或 FTA 的承诺减让表中应被归入何种服务类别，仍然需要进一步分析。

四、数字服务贸易的归类

数字服务涵盖的范围随着互联网技术的发展而不断扩展。基于上文的分析，笔者将电子传输的数字产品也定性为服务，但数字产品贸易与数字服务贸易应属于两类不同的数字贸易类型。本部分将探讨在线交付的传统数字服务和新型数字服务的归类问题。

（一）在线交付的传统服务的归类实践

随着互联网技术的发展，传统上通过线下交付的很多服务现在都可以通过在线方式提供。在线交付的传统服务如何归类？可否将其归入传统服务的类别中？换言之，WTO 成员对线下交付的服务的承诺是否可以拓展到在线方式提供的服务？为回应该问题，在 WTO 争端解决实践中发展出了技术中立原则。服务贸易理事会在一份关于“电子商务工作计划”的报告中指出，“通常认为，GATS 在技术上是中立的，因为它并未区分提供服务的不同技术手段”。服务贸易理事会有关技术中立原则的这一观点并未得到所有 WTO 成员的一致同意，“一些代表团认为该问题需要进一步审查”。^③

最早将技术中立原则引入 WTO 争端解决的是“美国赌博案”。在该案中，针对美国禁止网络赌博活动的措施是否违反市场准入义务问题，专家组指出，GATS 模式一的市场准入承诺意味着其他成员的供应商有权通过所有交付方式提供服务，如通过邮件、电话、互联网等，除非成员的减让表中另有规定。这符合 WTO 成员在很大程度上认同的技术中立原则。因此，在已经对模式一作出完全市场准入承诺的情况下，对其中的一种、几种或所有交付方式的禁止将是对该模式的市场准入的限制。^④ 该案专家组支持将成员对线下传统服务的承诺扩展至在线交付的传统服务。专家组报告提及了服务贸易理事会有关技术中立原则的前述声明，但上诉机构关于该案的裁决报告却未提及该声明。

WTO 争端解决机构倾向于依据技术中立原则，将在线交付的传统服务归入传统服务的部门中。“美国赌博案”专家组裁决的部分依据正是技术中立原则。上诉机构在“中国音像制品案”（DS363）中明确表示，分销既包括实体交付也包括在线交付（除非另有说明），^⑤ 虽然没有引用技

① Henry Gao, Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 45 (1), 2018, p. 58.

② Rolf H. Weber and Mira Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, p. 37.

③ Council for Trade in Services, Work Programme on Electronic Commerce, Progress Report to the General Council, S/L/74, 27 July 1999, para. 4.

④ United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 November 2004, para. 6. 285.

⑤ China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, para. 412.

术中立原则，却也反映了 GATS 项下的技术中立立场。根据技术中立原则，对于在互联网出现之前已经通过传统渠道提供的数字贸易活动，应将其归类到原始的部门中，除非它们的性质已经被在线交付改变了。

WTO 成员并未对技术中立原则的法律地位达成共识。从法律渊源来看，技术中立原则至少不能成为一项习惯国际法。中国认为，关于技术中立原则的地位，WTO 成员仍在考虑之中，“美国赌博案”专家组对技术中立原则的解释并未得到上诉机构的确认。此外，遵循美国的逻辑不经过任何谈判而将新服务引入 WTO 成员的 GATS 减让表，将违反 GATS 原则，包括“正面清单路径”和“请求/出价路径”。^① 依据技术中立原则对数字服务进行归类会带来法律上的不确定性。技术中立原则如何适用于数字贸易的现有承诺和某些新服务是不清晰的。^②

技术中立原则在数字贸易归类中的引入符合贸易自由化的宗旨，但贸易自由化的实现需要保障权利和义务的总体平衡。^③ 根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 3.2 条和第 19.2 条，争端解决机构的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务，这旨在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性。技术中立原则将给那些无法把握相关技术走向的 WTO 成员带来很大的不确定性。^④ 技术中立原则在数字贸易争端中的引入，将导致各成员的承诺减让表大大超出其原先承诺的范围，事实上在未经重新谈判的情况下增加了成员对某些数字贸易部门的市场准入义务，对相关成员的市场规制权构成冲击。

为了妥当地解决在线交付的传统数字服务的归类问题，避免在将来因归类问题产生争端，各国在 WTO 和 FTA 中谈判数字服务的市场开放问题时应谨慎对待技术中立原则。《欧盟—日本经济伙伴关系协定》(以下简称《欧日 EPA》) 针对电子商务引入了技术中立原则，其第 8.70.3 条规定：“缔约方认识到技术中立原则在电子商务中的重要性。”但《欧日 EPA》并未定义技术中立原则的内涵，以及在电子商务中的具体适用。技术中立原则已经在 WTO 有关数字贸易的争端中形成了判例实践，从“中国音像制品案”专家组的裁判逻辑来看，一成员如果想要保留对以在线方式交付的某些服务的限制，则应在谈判的减让表中对该类服务作出明确的排除说明，新的减让表应该务求内容准确。各国在谈判 FTA 的电子商务/数字贸易规则时，如果对方提出纳入技术中立原则，则应充分考虑该原则的引入对数字贸易各部门市场开放的影响，以免在未经同意的情况下增加数字贸易的市场开放义务而在将来产生争端。

(二) 新型数字服务归类问题的解决

从“美国赌博案”专家组对技术中立原则的分析可以看出，技术中立原则的适用前提是通过不同方式交付同种服务。相较 GATS 的现有服务种类，在新型数字服务中，不仅互联网这一提供方式是新兴产物，其服务属性和内容本身也非传统服务所能完全涵盖的。云计算、社交媒体、搜索引擎、在线视频或在线游戏等新型数字服务的归类问题非常棘手。数字贸易实现了商业模式创新和产业融合发展，很多数字服务越来越多地将电信服务与其他服务捆绑在一起。这些数字服务的功能具有多样化，通过各种形式的服务来提供全面的数字平台。例如，微信和 Google 融合了通信、支付、社交网络和云计算等服务。但 WTO 成员的承诺减让表对服务部门的承诺具有排他

① China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/R, 12 August 2009, para. 4.477.

② Farrokh Farrokhnia and Cameron Richards, E-Commerce Products under the World Trade Organization Agreements: Goods, Services, Both or Neither? *Journal of World Trade*, Vol. 50 (5), 2016, p. 807.

③ 王海峰：《GATS 框架下的互联网服务管理权限问题研究——兼论我国的应对之策》，《法商研究》2013 年第 5 期，第 27 页。

④ 胡加祥：《技术中立原则与中国的服务贸易承诺——兼评美国诉中国出版物及视听制品案》，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 2 期，第 54 页。

性，一项特定的数字服务不可能同时归类到计算机及相关服务、电信服务和广告服务等服务部门中。^①

新型数字服务或数字产品是否可以归入 W/120 的特定部门中？对此，发达成员和发展中成员持有不同立场。例如，南非认为，由于 W/120 的大部分服务部门都包括了“其他服务”，因此，W/120 未明确规定的新服务可以归入“其他服务”中。这些“其他服务”可以在不进行重大结构更改的情况下容纳现有归类系统未充分涵盖的“新服务”。^② 但非洲集团却指出，成员在乌拉圭回合谈判中作出的承诺不能自动适用于 3D 打印、机器人技术、无人机交付或人工智能等新技术。成员在谈判承诺表时尚不存在的新服务不能事后适用，这些服务超出了 W/120 的涵盖范围。^③ 按照正面清单的逻辑，GATS 不会自动涵盖新型数字服务，新义务的纳入需要成员进行积极协商并更新承诺。^④ 因此，新型数字服务和数字产品不能直接归入 W/120 或 CPC prov 中。

信息技术的发展日新月异，WTO 现有的归类系统无法解决新型数字服务贸易的归类问题。数字贸易的归类直接影响政府对数字贸易的规制空间，稳定的归类方案通常有助于确保承诺的可预期性以及合法权利和义务的可靠性。^⑤ 要求 WTO 成员针对新型数字服务或新服务谈判一个专门的归类体系可能不够现实，但如果成员能对 WTO 既有的归类系统（如 W/120）进行更新谈判，将在很大程度上降低数字贸易归类问题的不确定性，将为成员更好地确定要开放的部门和保持监管自主权的部门提供明确的依据。

数字贸易的归类是为了确定相关国家对数字贸易的市场开放承诺。WTO 成员在 GATS 项下对服务贸易作出承诺时，如果确定无法通过特定的交付模式提供服务，便列出“由于缺乏技术可行性而不作承诺”的说明。很多国家在 FTA 中对服务贸易作出承诺时，采取了负面清单模式，将“新服务”明确排除在承诺范围之外。有些规定了“新服务”的定义，而有些则没有。不同国家在 FTA 中对“新服务”的各种定义或对“新服务”的广泛保留，表明各国对与“新服务”相关的不确定性的关切。在一些 FTA 中，“新服务”是指在作出承诺时未得到认可或在技术上不可行的服务，在当前适用的分类系统（例如 CPC prov）中明确列出的服务被认为是“被认可的”。例如，日本就在其 FTA（《日本—智利自由贸易协定》《日本—墨西哥自由贸易协定》《日本—瑞士自由贸易协定》）中对“新服务”作出了保留。很多国家对与电信、计算机有关的服务和与视听有关的新服务作出了保留。这些国家将“新服务”定义为市场上当前尚未交付的服务，包括与现有或新产品有关的服务，或与产品或服务的提供方式有关的服务。^⑥ 可见，很多国家对新型服务的市场开放采取了非常保守的态度。

基于部分 FTA 的实践，对新型数字服务的市场开放作出特殊承诺，或以附件的方式作出专门约定是回应新型数字服务贸易归类难题的现实选择。例如，《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》（以下简称《欧加 CETA》）的服务章有一个附件，规定了缔约方对不能被归入 CPC prov 中的新服务的谅

① Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, *Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy*, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 20 (4), 2018, p. 1090.

② Committee on Specific Commitments, Report of the Meeting Held on 18 September 2014, Note by the Secretariat, S/CSC/M/71, 15 October 2014, para. 1. 11.

③ General Council, The Work Programme on Electronic Commerce, Statement by the African Group, JOB/GC/144, 20 October 2017, paras. 2. 3-2. 4.

④ 谭观福：《论数字贸易的自由化义务》，《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 44~45 页。

⑤ Rolf H. Weber and Mira Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, p. 49.

⑥ Ruosi Zhang, Covered or Not Covered: That Is the Question—Services Classification and Its Implications for Specific Commitments under the GATS, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2015-11, 7 December 2015, pp. 16-17.

解。^① 对于不能被归入 CPC prov 的新服务,《欧加 CETA》承诺不适用于与该类服务有关的任何措施。缔约双方有义务应一方的要求,将这种新服务通知另一方,并进行谈判以将新服务纳入协定范围。《欧加 CETA》对新服务的市场开放作出了保留,阻止了涵盖范围的自动适用。

(责任编辑: 龚赛红 洪欣)

The Classification of Digital Trade in the Context of International Trade Law

Tan Guanfu

Abstract: Digital trade can be basically divided into trade in digital products and trade in digital services. In the context of international trade law, the classification of digital trade directly affects the application of digital trade rules, but the existing classification system of the WTO has not been adapted to the characteristics of digital trade. The difficulty in classifying digital trade lies in the identification of service trade model, the classification of digital products transmitted electronically, and the classification of digital service trade. In order to ensure the predictability of GATS rules, it is appropriate to classify trade in digital services as Mode One. Considering the basic objectives of the WTO, digital products should be characterized as services, as GATS acknowledges the “imbalance” in the development of developing countries. Regarding the classification of digital products, the American FTAs adopt a flexible and pragmatic attitude, and avoid defining such products as goods or services, so that they can choose between GATT1994 and GATS. The WTO dispute settlement body has classified traditional services delivered online into the traditional services sector in accordance with the principle of technological neutrality. Countries should be cautious about the principle of technological neutrality when negotiating market opening for digital services. WTO members should negotiate about updating the existing classification system to reduce the uncertainties in the classification of digital trade. Making a special commitment to market opening for new digital services is a realistic choice when responding to the difficulty of classifying new digital services.

Keywords: international trade law; digital trade; WTO; GATS; FTA

^① Annex 9-B of the Canada-EU CETA.