

# 电子商务立法:全球趋同化中 存在利益分歧<sup>\*</sup>

——美国与欧盟的立场分析

郭 鹏

**【提 要】**在电子商务法律的全球趋同化中,利益是影响电子商务国际法律制度构建的关键因素。在WTO电子商务工作计划磋商中,对于数字化交付的信息产品应适用的WTO贸易规则,美国与欧盟基于各自的利益提出了尖锐对立的主张。在电子商务的全球治理体系构建中,要警惕强势国家为实现本国贸易利益全球化而实施的法律输出行为。

**【关键词】**数字化交付的信息产品 WTO 电子商务

〔中图分类号〕D9〔文献标识码〕A〔文章编号〕1000-2952(2010)02-0060-06

电子商务赖以存在的网络空间是没有国家界限的,电子商务天然地要求建立一套国际统一的贸易法律框架,对因特网进行不协调的多重管理只会阻碍国际电子商务的发展。因此,任何国家单独制订的国内法规都难以适用于跨国界的电子交易,电子商务法律趋同化势在必行。其趋势主要表现为:通过形成国际法渊源,促使各国国内法与国际法趋向一致,实现各国电子商务法律的相对统一。

然而,电子商务的国际法律制度如何构建不仅关系到发达国家与发展中国家之间的利益分配,更决定了美国对于其他发达国家的竞争优势,利益成为电子商务国际法律制度构建中的关键影响因素。

WTO电子商务工作计划于1998年启动,其中的一个先决性问题是,数字化交付的信息产品(Digitally-Delivered Content Products)

适用哪一种国际贸易规则。在WTO多边谈判中,美国要避免出现对数字贸易市场准入的新的贸易壁垒并在WTO中最大限度地促进数字贸易自由化,因此,美国坚持认为数字化交付的信息产品应适用货物贸易规则(GATT)。欧盟为保护自身的信息产品市场,扶持欧洲国家的信息产品发展并与美国的信息产业进行竞争,因而对数字贸易自由化有一定保留,欧盟在WTO谈判中主张所有的数字化交付信息产品适用服务贸易规则(GATS),最理想的状况是将其归类到视听服务部门,使之完全不能获得市场准入和国民待遇的具体承诺。

基金项目:国家社会科学基金项目《经济全球化与中国电子商务法律研究》(批准号:07BFX079)。

表 1 美欧关于数字化信息产品归类问题的观点对比

	US	EU
GATT 或 GATS 适用问题	数字化交付信息产品应获得如同 GATT 的待遇	数字化交付信息产品的分类应属于 GATS 范围
GATS 框架内问题	数字化交付信息产品的分类从属于增值电信，而不是仅属于视听服务。任何种类的数字化交付软件都须视为计算机服务。	所有信息产品都不应视为电信和计算机服务。任何信息产品的分类都属于视听服务，商业软件除外。

迄今，主要由于美国与欧盟的巨大分歧，达成一个数字化交付的信息产品的国际贸易法律框架的协议仍非常艰难。此外，这个相当技术性的法律适用问题还与许多 WTO 成员方对视听服务自由化的完全拒绝（所谓文化例外要求）联系在一起，说明这个决策在很大程度上是政治性的。

以下以美国、欧盟为例，分析其对数字化信息产品在 WTO 法律适用中的利益冲突。

## 一、确定数字化交付信息产品的 WTO 法律适用的必要性

数字化交付的信息产品是指由传统的核心版权产业（如影视产业）创制且被数字化编码并在因特网上被电子化传送而独立于物质载体媒介（如录像磁带）的产品。涉及到四种数字信息产品：1. 电影、像片、影像；2. 音响和音乐；3. 软件；4. 视频、计算机及娱乐游戏。表 2 说明了数字化交付的信息产品的范围。

表 2 数字化交付的信息产品的确定

交付模式	发行模式		
	基于要求（点对点）		基于提供（点对多点）
	销售	出租	预定的展现
通过实物载体媒介	在商店购买	录像带租赁	电影院放映
通过电子化交付	通过因特网永久下载	通过因特网暂时下载	电视和无线电广播（包括新型数字化卫星、电缆）

大部分 WTO 成员方对于电子化交付的服务（如金融、电信及其他专业服务）应受 GATS 管辖是没有异议的，对于在因特网上缔结合同但以实物载体交付的产品应属货物买卖而受 GATT 的规制，WTO 成员方也没有争议。

然而，由于技术融合以及信息内容产品的传播适于各种技术（如电视、因特网），使“货物”和“服务”之间的界限以及软件服务、电信服务和视听服务之间的界限变得越来越模糊，难以确定数字化交付的信息产品的归类，使现行贸易规则对信息内容产品的适用充满了不确定性。

WTO 成员方首先需要确定，以往通过实物性载体媒介进行买卖而现在只需从因特网下载的信息产品应受规制于 GATT 还是 GATS；即便确定为归属于 GATS 管辖，WTO 成员方仍要确定其交易属于哪一种模式的服务贸易（模式 1 还是模式 2）；且即使确定了其交易所属的服务贸易模式，WTO 成员方还需对其交易归属于哪一个特定服务部门（计算机和相关服务、增值电信服务、视听服务、娱乐服务）的服务贸易具体承诺的问题进行协商一致。

信息产品数字化贸易是国际贸易中的新模式，WTO 成员方必须明确一个可适用于数字化交付的信息产品并可适应技术发展的一个全球贸易法律框架。

## 二、数字化交付信息产品的 WTO 法律适用争议

### （一）适用货物贸易规则还是服务贸易规则

#### 1. 美国支持 GATT 待遇的谈判理由

##### （1）GATT 下贸易更自由<sup>①</sup>

现阶段，对电子传输征收关税在技术上并不可行，在 GATT 规则下，数字信息产品几乎不受关税及进口配额的限制；但当信息产品被归类于如视听服务的服务部门时，同样的信息

产品却面临严厉的市场准入壁垒甚至得不到贸易承诺。

### (2) 维护 WTO 协议的技术中性原则

当信息产品通过实物载体媒介被交付时,被认为属于货物买卖而受 GATT 的规制,而同样的信息内容被以在线电子化交付方式传送时,就导致信息产品被重新归类于受 GATS 规制,这是违背技术中性原则的。美国认为,无论是从网络下载的软件或音乐,还是从商店里购买的软件磁碟或音乐光盘,二者应当是“相似产品”,应受 GATT 的管辖。

### (3) 以消费模式说明属于 GATT 分类

数字交付的信息产品并不具有服务的关键特性,即服务的提供和服务的消费同时发生。在数字化信息产品被消费之前,该产品就已被生产出来了。数字化交付信息产品的这种“持久性”说明数字化交付的信息产品是货物而非服务。

## 2. 欧盟支持 GATS 待遇的谈判理由

与美国的观点相反,欧盟认为任何电子化交付都构成属于 GATS 管辖范围的服务,<sup>①</sup> 欧盟的理由是:

(1) GATT 不适用于数字化交付信息产品的贸易自由化

GATT 的关税减让表从未包括任何数字化的并通过电信网络跨境传送的信息。如电影或软件的内容以及信息的传输向来都是被视为计算机服务或视听服务因而受 GATS 承诺的制约,GATT 只涉及实物产品,数字化交付的信息产品没有这种实体属性。

(2) GATT 和 GATS 中都不存在保证技术中性的规则

欧盟指出,在 WTO 协议中并不存在要求对货物和服务同样待遇的技术中性规定。在国际贸易法下,以实物载体媒介形式出口的信息与电子化交付的信息之间的产品相似性并不意味着必须给予同样的贸易待遇。

(3) 数字化交付信息产品的物理状态表明属于 GATS

货物与服务之间的区分通常是基于产品的物理形态,换句话说,产品是有形的还是

无形的,因此,欧盟认为数字化信息内容应视为服务。即使当数字信息内容经过跨境电子传送后,消费者再将数字信息内容刻录在一个实物载体媒介如 CD 上,这个判断也不会改变。<sup>②</sup>

## (二) 适用服务贸易模式 1 还是模式 2

即使对数字化交付信息产品应适用 GATS 规则达成了一致意见,数字化交付信息产品的 WTO 分类问题仍然存在。在跨境电子化提供的情况下,如果一个消费者从在本地可访问的外国网站下载了一部电影或一个在线游戏,那么当消费者下载信息产品时,究竟是服务提供者在进行国际间的服务输出(国际服务贸易模式 1,跨境提供),还是消费者在“境外”消费了一个信息服务(国际服务贸易模式 2,境外消费)。<sup>③</sup>

在模式 2 下的许多服务部门中,很多 WTO 成员方,特别是发达国家,已经完全做出了市场准入和国民待遇的具体承诺,因为 WTO 成员方都认为模式 2 下的服务提供由消费者移动到境外得以完成,在监管方面存在很大困难或不现实,不可能阻止本国公民在国外进行消费。<sup>④</sup>

而在模式 1 下,各服务部门的市场准入和国民待遇具体承诺都受到很多限制,WTO 成员方设立了许多歧视性服务贸易壁垒,特别是新出现的信息服务更会受到与市场准入和国民待遇相违背的管制限制。

因此,服务贸易模式 2 比模式 1 提供了更多的市场准入承诺和更少的贸易限制,美国主张数字化交付信息产品的跨境提供的模式 2 归类更可取;为支持这个立场,对于上述案例,美

① COMTD, Communication from the US, Work Programme on Electronic Commerce, WT/COMTD/17, 12 February, 1999, p. 7.

② GC, Submission from EC, Classification Issues and the Work Programme on Electronic Commerce, WT/GC/W/497, 9 May, 2003, p. 12.

③ 刘颖、邓瑞平:《国际经济法》,中信出版社 2003 年版,第 309 页。

④ 刘颖、邓瑞平:《国际经济法》,中信出版社 2003 年版,第 115 页。

国认为消费者实际上是到另一个国家“访问”了因特网服务提供者的网站。而欧盟的观点相反，认为服务提供者在进行国际间的服务输出，数字化交付信息产品的跨境提供属于服务贸易模式<sup>1</sup>。

### (三) 适用于哪一个服务部门的具体承诺

即使对数字化传送的信息产品贸易归类于哪一种服务贸易模式的问题达成了一致，WTO 成员方还要确定数字化交付信息产品适用于哪一个特定的服务贸易部门的 GATS 具体承诺。

数字信息产品与现行的 GATS 服务部门分类表并不能直接相对应，不能直接确定数字信息产品属于哪个服务部门。这种不确定状态产生的主要原因是 GATS 服务部门分类表没有细分当前与信息产品密切相关的服务活动（如计算机、增值电信、视听和娱乐服务），因而“信息内容”本身或“信息内容的交付”难以确定在 GATS 服务部门分类表中。

表 3 数字化交付信息产品的具体服务部门归类可能性

1. 商业服务	2. 通讯服务	10. 休闲、文化和体育服务	2. 通讯服务
B. 计算机及相关服务	C. 增值电信服务	A. 娱乐服务	D. 视听服务

高贸易自由化程度

低贸易自由化程度

许多数字交付的信息是电信、软件和视听服务的不可分的结合产品，如数字化交付的软件、电脑游戏和娱乐游戏的归类可能性可以是计算机及相关服务，也可以是增值电信服务或视听服务。因特网交付的电影和音乐可被认为属于增值电信服务，也可以是娱乐或视听服务。这些信息产品几乎没有仅仅只适用于某一种服务部门的可能，而不同的服务部门分类适用的 GATS 具体承诺水平相差悬殊。

按照从计算机及相关服务、增值电信服务、

娱乐服务到视听服务的排列顺序，服务部门的贸易自由化程度依次递减。因此，极力推动电子商务自由化的美国认为数字化交付信息产品归类于增值电信服务部门，而任何种类的数字化交付软件都须视为从属于 ITA 或计算机服务部门。而目前对电子商务自由化有一定保留的欧盟及其他大多数国家则基本上会将数字交付的信息产品服务归类到贸易自由化程度最低的视听服务贸易部门中。

## 三、数字化信息产品 WTO 法律适用分歧中的利益分析

### (一) 美国的利益取向：最大限度的国际数字贸易自由化

从本世纪初开始，美国版权产业的出口超过了其它所有主要的产业部门，美国的信息和版权产品产业利益与未解决的数字信息产品的 WTO 贸易法律框架问题息息相关，相关产业不愿意看到它们的在线产品销售从 GATT 被重新归类到 GATS，或是从有很多 GATS 具体承诺的“计算机及相关服务”部门划归到没有几个 GATS 具体承诺的“视听服务”部门中。<sup>①</sup>

美国国会作为信息版权产业的代理人，要求美国政府实行强硬的数字信息产品国际贸易政策，建立一个数字信息产品的全球自由贸易框架，使美国基于其电子商务的全球领先优势及最大的数字贸易出口国地位，能最大限度地占领全球市场。因此，美国政府对数字化交付信息产品的 WTO 贸易待遇的立场遵循一个明确的基本原则：维护电子商务和数字化交付的信息产品的全球自由贸易环境。

在 GATT 规则下，数字信息产品几乎不受关税及进口配额的限制；而当信息产品被归类于诸如视听服务的 GATS 类别时，同样的信息

产品却面临严厉的市场准入壁垒甚至得不到市场准入的具体承诺,这就是美国坚持对数字化交付信息产品适用 GATT 的原因。而如果是在服务贸易框架内,由于 WTO 成员方在模式 2 下的 GATS 具体承诺水平远远比模式 1 下的 GATS 具体承诺水平更高,美国当然认为更自由化的 GATS 模式 2 更可取。同样,美国也会坚持认为数字化交付信息产品归属于有很多 GATS 具体承诺的“计算机及相关服务”部门,<sup>①</sup>而不是属于没有几个 GATS 具体承诺的“视听服务”部门。

## (二) 欧盟的利益取向: 信息产业扶持及对数字贸易自由化的保留

欧盟的立场也是由其经济和文化利益所决定的。欧盟在电子商务发展上与美国相比处于劣势,美国对欧盟的版权产品产业贸易顺差在不断增长,因此,欧盟对于数字化交付的信息产品的贸易待遇所采取的立场遵循一个明确的基本原则:为执行对欧洲版权信息产品产业的扶持策略以及确保欧盟的法律规则与 WTO 规则之间所要求的一致性而保留最大的空间,从而扶持欧盟的信息产品产业能更具竞争力。欧盟的产业扶植政策意味着欧盟寻求将数字化信息产品(包括计算机游戏、娱乐软件)归类为视听服务并继续不在此服务部门做出 GATS 具体承诺。

欧盟认为信息产品是文化价值的体现,对信息产品产业的扶持是一种合法的保护本地文化和语言的方式,这符合欧盟各成员国保护文化多样性的要求。因此,欧盟强调它的视听服务产业扶持政策及在 GATS 谈判中限制视听和文化服务自由化的行为是合理的,这使信息产品数字化交易涉及经济和文化双重因素。<sup>②</sup>

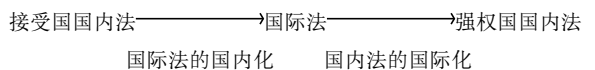
受欧盟的启发,相当数量的其他 WTO 成员方也实施了对信息产品产业的扶持措施。如加拿大和澳大利亚等国,也以保护文化多样性为由将数字化交付的信息产品归于没有做出具体承诺的视听服务部门。如是, GATS

视听服务部门被利用来保护大部分的(即使不是全部的)数字化交付信息产品以逃避贸易自由化。

## 结语

在电子商务的国际法律制度构建中,各国都从本国的利益出发提出自己的主张,但“法律全球化”通常都是在政治、经济和技术上处于强势的国家向世界其他国家的单向传播。<sup>③</sup>由于强势国家在谈判中的优势地位及其领先的立法,实际上国际法规则最终基本体现了强势国家的利益愿望和法制理念。

以美国、欧盟为代表的核心发达国家(集团)利用其政治、经济优势推进其国内(区域)法律制度通过国际条约的形式在全球通行,这被称为全球化的地方主义(globalized localism),或国内法的国际化;其他国家作为条约或公约的成员,必须履行国际义务,成为核心发达国家的国内法律制度的接受国,这是一种地方化的全球主义(localized globalism)或者国际法的国内化。<sup>④</sup>其模式如下:



在电子商务法律全球趋同化中,中国的电子商务立法应主动地吸收、移植作为经济、技术领先者的电子商务强国的法律制度。同时,在电子商务的全球治理体系构建中,要警惕强势国家将仅为维护本国贸易利益的规则转化在

① Wunsch-Vincent, Sacha. The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives. Hart Publishing, 2006, p. 126.

② Commission of the European Communities of 27 August 2003 on “Towards an international instrument on cultural diversity”, COM520 final, 2003, p. 4.

③ [法] 米海伊尔·戴尔玛斯·马蒂著《世界法的三个挑战》,罗洁珍等译,法律出版社 2001 年版,第 9~10 页。

④ Boaventura de Santos. Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmatic Transition. Hart Publishing, 1995, p. 263.

国际条约中，并通过国际条约再转化为其他缔约国内法的法律输出行为；要反对某些国家表面为推进电子商务法律全球化，实质是实现本国贸易利益全球化的行为。中国应从自己的贸易利益出发，在电子商务国际法律制度建构

中体现自己的主张。

本文作者：法学博士、华南师范大学政法系讲师

责任编辑：王姣娜

## Legislation of E-commerce Law: Global Incorporation with Interest Diversity

——From the Prospective of the US and EU

*Guo Peng*

**Abstract:** As E-commerce law comes into global incorporation, interest becomes the key factor of building international E-commerce legal system. In the negotiation of WTO E-commerce work project, the US and EU, based on their own interest, propose acutely opposite proposition on WTO trade rule for digitally-delivered content products. It should be taken notice that the power countries export the legal regulation for their global trade interests during the building of international E-commerce governing system.

**Key words:** digitally-delivered content products; WTO; e-commerce

---

### 观点选萃

## 互惠的实践本体论

黄真

中国人民大学国际关系学院博士研究生黄真在《国际关系中的互惠利他：基本类型、伦理取向与动力根源》一文中指出：

互惠是国际自助体系的内在原则，意指当（有形或无形的）资源沿某一方向流动时，在其反方向上必然存在大致对等的（有形或无形的）资源回流。人类社会大体存在三种互惠形式，分别为亲缘互惠、互惠利他（弱互惠）和强互惠，大体对应于国际关系理论中的同质性互惠、互利性互惠（不局限于同质性国家）和共同体互惠。三大互惠从行为上看都表现为利他，这和动物利他行为没有本质区别，人类的利他更多地需要从主观动机和伦理取向上分析。仅从行为上看，国际关系的利他行为分别源于国家的自我延续需求、未来收益的需求和维系共同体的需求，自我延续和未来收益来源于国家价值上的利己性，而国家之所以维系人类共同体又来源于国家价值上的利他性。更深层次的问题是国际伦理取向上的利他主义和利己主义何以生成的动力源问题。马克思关于人的本质的学说为理解国家性质乃至国家行为的多样性提供根本解释。正是凭借国际关系（实践）本身所形成的特定国际社会关系，使得国家对于无政府状态、彼此角色定位具有多元理解，从而使得国家在行为上和价值上存在自私、利己和无私利他的可能。这就是国际互惠和国家利他主义的实践本体论，尽管实践本体论仍然具有模糊性——似乎解释了一切，似乎又什么都没解释。