

# 数字产品的非歧视待遇问题研究

陆一戈\*

**内容摘要:** CPTPP、DEPA 等经贸协定构建了数字产品非歧视待遇的规制框架,但由于数字产品兼具货物与服务的特征,对其法律定性存在争议,难以明确其“同类性”和“较低待遇”判定标准,导致数字产品非歧视待遇的适用存在不确定性。当前既不宜简单地选择货物或服务的标准,也尚不具备条件构建统一标准适用数字产品非歧视待遇。可行路径是在个案中根据被比较对象的法律定性,分析数字产品所具有的货物或服务属性,对应参考货物或服务的非歧视待遇判定标准,探索数字产品非歧视待遇的法理。我国应以加入 CPTPP 与 DEPA 谈判为契机,运用“负面清单”与“例外条款”合法有序开放数字产品市场,在后续数字贸易规则谈判中明确数字产品法律定性的立场,深化数字产品非歧视待遇的实践。

**关键词:** 数字贸易 数字产品 非歧视待遇 CPTPP DEPA

## 引言

随着以 5G、人工智能、物联网、工业互联网、卫星互联网为代表的新一代数字技术的出现,全球经贸体系数字化进程飞速发展,为数字产品(digital products)提供了更广阔的发展空间和交易平台,同时也对国际贸易体系带来了革命性的影响。<sup>①</sup>一方面,数字产品极大地减少了贸易成本,激发了微观主体的经营活力,增进了消费者的福利,使国际贸易可以借助互联网渗透到世界的每一个角落。但另一方面,数字产品在物理形态、交付方式上兼具货物和服务的特征,对基于传统货物、服务贸易的多边贸易体制造成了冲击,首当其冲的就是非歧视待遇规则。<sup>②</sup>

无论是在世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)规则框架下,还是在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)、《数字经济伙伴关系协定》(Digital Economy

---

\* 中国人民大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金重大课题“‘一带一路’倡议与国际经济法律制度的创新”(17ZDA144)的阶段性研究成果。

① 根据 DEPA 第 3.2 条与 CPTPP 第 14 条之定义,数字产品是指为供商业销售或传播目的而生产的、可通过电子方式传输的计算机程序、文本、视频、图像、录音或数字编码的其他产品。

② See WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Non-paper from the United States, JOB/GC/94, para.2.2.

Partnership Agreement, DEPA)等经贸协定中,数字产品非歧视待遇都是谈判的重点问题。<sup>①</sup>现实困难在于,各方对数字产品的法律定性,即“数字产品应当归属于货物还是服务”这一问题存在较大分歧,<sup>②</sup>而非歧视待遇在货物与服务贸易领域的内涵不尽相同,“同类性”(likeness)和“较低待遇”(less favourable treatment)两个非歧视待遇的核心要素在两个领域具有不同的判定标准,进而导致了数字产品非歧视待遇适用的不确定性。<sup>③</sup>

在全球数字贸易迅速发展和我国成为数字经济大国的背景下,党的二十大报告适时提出,要发展数字贸易,加快建设贸易强国。为此我国积极参与多边数字贸易规则的构建,于2021年底正式开启加入CPTPP与DEPA的谈判进程。<sup>④</sup>一方面,我国需要对数字产品非歧视待遇规则予以接受,但另一方面,我国数字治理措施可能面临来自非歧视待遇规则的挑战。为此,本文试图通过对数字产品非歧视待遇的规制框架和适用标准予以明确,以减少我国对接国际数字贸易规则过程中存在的法律风险。

## 一、数字产品非歧视待遇的基本规制框架

数字产品的相关规则散见于美国、欧盟、中国和新加坡主导的经贸协定中。美国早期自由贸易协定(free trade agreement, FTA)率先纳入数字产品非歧视待遇规则,旨在降低外资企业在数字领域的市场准入成本,并被《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)、CPTPP等区域贸易协定(regional trade agreement, RTA)所深化拓展。<sup>⑤</sup>中国和欧盟对数字产品的市场开放较为谨慎,尚未在RTA层面涉及数字产品非歧视待遇问题。但两方的考量有所不同,欧盟更强调保护隐私、知识产权和消费者利益,中国则更重视数字主权与国家安全。<sup>⑥</sup>以新加坡为代表的中小型国家则主张通过缔结双边或多边数字经济协定,打造具有互操作性的数字监管国际体系。

此外,WTO部分成员自2019年初以来在进行“与贸易相关的电子商务议题”的开放式诸边谈判,并于2020年在谈判成员内部散发了谈判的《合并文本》(以下称

① 参见石静霞:《数字经济背景下的WTO电子商务诸边谈判:最新发展及焦点问题》,《东方法学》2020年第2期,第174页。

② 参见沈玉良、金晓梅:《数字产品、全球价值链与国际贸易规则》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第90-91页。

③ 参见谭观福:《论数字贸易的自由化义务》,《国际经济法论丛》2021年第2期,第37-41页。

④ 参见《中方正式提出申请加入〈数字经济伙伴关系协定〉(DEPA)》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/sywxwb/202111/20211103213288.shtml>, 2023年6月17日访问;《中方正式提出申请加入〈全面与进步跨太平洋伙伴关系协定〉(CPTPP)》, [http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/16/content\\_5637879.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/16/content_5637879.htm), 2023年6月17日访问。

⑤ 参见孙益武:《数字贸易与壁垒:文本解读与规则评析——以USMCA为对象》,《上海对外经贸大学学报》2019年第6期,第87-90页。

⑥ 参见孙益武:《数字贸易中的知识产权议题》,《南京大学法律评论》2019年第2期,第255-256页。

《WTO合并文本》)。<sup>①</sup>但由于各方数字贸易发展水平不同,核心利益诉求有别,在数字产品问题上能否达成以及能达成何种共识还有待观察。<sup>②</sup>

总体而言,关于数字产品非歧视待遇的现有规则基本遵循如下规制框架:首先,对数字产品及给惠对象进行界定;其次,明确非歧视待遇的具体义务,要求对于给惠数字产品的待遇,不得低于同类数字产品;再次,规定可将相关措施列入其他章节的正面清单或负面清单中豁免数字产品的非歧视待遇义务,或基于政府补贴、广播、一般例外、安全例外等例外情形,正当化对非歧视待遇义务的偏离;此外,还特别强调数字产品非歧视待遇规则与知识产权、投资、服务贸易、金融贸易等特别规则不一致时,后者优先适用。

### (一)数字产品非歧视待遇的适用对象

对于数字产品非歧视待遇的适用对象,美国早期FTA兼采“产品生产地”和“生产者国籍”标准。USMCA、CPTPP以及DEPA基本采用了类似的规制模式,但在适用范围上进行了不同程度的调整。以《美国—澳大利亚自由贸易协定》(以下称《美澳FTA》)第16.4条和CPTPP第14.4条为例进行如下分析:

首先,《美澳FTA》明确数字产品非歧视待遇的适用对象涵盖“在另一缔约方境内创建、生产、出版、存储、传输、签约、委托或首次以商业条款形式提供”的数字产品。CPTPP删除了“存储”“传输”两种情形,如果数字产品存储于但非原产自缔约方,则无法在CPTPP下被给予非歧视待遇。这主要是由于CPTPP禁止计算机设施本地化要求,数字产品的存储地不太可能成为歧视的依据。<sup>③</sup>

其次,《美澳FTA》基于“数字产品的作者、表演者、生产者、开发者或经销商是另一缔约方的人士”给予非歧视待遇。CPTPP删除了“经销商”一词,缔约方可以拒绝对数字产品经销商给予非歧视待遇,只有那些对产品的塑造过程起到直接作用的主体才享有非歧视利益。<sup>④</sup>

此外,CPTPP对“同类数字产品”的范围进行了扩张。<sup>⑤</sup>其第14.4条第1款脚注提及,如一非缔约方的数字产品属于“同类数字产品”,该产品将被视为“其他同类数字产品”。换言之,CPTPP数字产品的非歧视待遇扩及缔约方给予非缔约方产品的

<sup>①</sup> 目前谈判有86个成员参加,代表世界贸易90%的份额,已提交70多份议案。参见石静霞:《世界贸易组织谈判功能重振中的“联合声明倡议”开放式新诸边模式》,《法商研究》2022年第5期,第5页。See also WTO, Joint Initiatives, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Browse/FE\\_B\\_009.aspx?TopLevel=10785](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Browse/FE_B_009.aspx?TopLevel=10785), visited on 20 June 2023.

<sup>②</sup> See WTO, WTO Electronic Commerce Negotiations Consolidated Negotiating Text, December 2020, INF/ECOM/62/Rev.1, p.1.

<sup>③</sup> See Jie Huang, Comparison of E-commerce Regulations in Chinese and American FTAs: Converging Approaches, Diverging Contents, and Polycentric Directions, 64 Netherlands International Law Review 321 (2017).

<sup>④</sup> See Henry Gao, Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation, 45 Legal Issues of Economic Integration 66-67 (2018).

<sup>⑤</sup> 参见石静霞、陆一戈:《DEPA框架下的数字贸易核心规则与我国的加入谈判》,《数字法治》2023年第1期,第115页。

待遇。

《WTO 合并文本》和 DEPA 基本与 CPTPP 一致,对于只是存储、传输而非产生于成员方境内的数字产品不给予非歧视待遇,且数字产品的经销商也未被纳入保护范畴。

## (二)数字产品非歧视待遇的适用范围

数字产品非歧视待遇的适用范围,即非歧视待遇规则规制的“措施”。《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)和《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)分别规定了货物、服务的非歧视待遇条款的适用范围,且将最惠国待遇和国民待遇条款进行分列。但无论是 CPTPP、DEPA,还是《WTO 合并文本》都只是原则性地提出“对于给惠数字产品的待遇,不得低于同类数字产品”,几乎没有对适用范围进行划定,也没有区分最惠国待遇和国民待遇。对此可作如下理解:首先,这些规则下数字产品的最惠国待遇与国民待遇采取相同的承诺模式;其次,传统货物、服务享有非歧视待遇的事项,都有可能纳入数字产品非歧视待遇的适用范围,既包括边境措施(如关税、进出口费用、进出口限制、数量配额等),也涉及国内措施(如国内税的征收措施以及国内销售相关的法律法规等)。由于 DEPA、CPTPP 禁止针对数字产品征收关税,可推知数字产品非歧视待遇规则的适用范围大致包括:进出口的规章手续,国内税费征收措施,以及有关产品的国内销售、推销、购买、运输、分销或使用的法律规章。

### 1. 数字产品的进出口规章手续

数字产品进出口规章手续的非歧视性,主要有如下两方面要求:首先,不得就数字产品进出口数量施加歧视性限制,这涉及非歧视待遇条款与数量限制(市场准入)条款的关系。在最惠国待遇层面,二者关系较为明确,即不能对来自不同国家的同类数字产品进出口施加差别性的数量限制;在国民待遇层面,本国产品在国内的销售不会受到市场准入条款的限制,这是否意味着不能限制外国同类数字产品进入本国市场?有观点认为基于 GATT 和 GATS 的立法宗旨,应当理解为不得对外国同类产品施加市场准入上的限制。<sup>①</sup>结合 CPTPP 等协定对外资给予的“准入前国民待遇”标准来看,对外国数字产品施加市场准入限制,同样可能构成对国民待遇义务的违反。

其次,一国不得在产品进出口程序上作歧视性规定。在哥伦比亚入境港案(DS366)中,专家组认为哥伦比亚关于纺织品、服装和鞋类进口的海关条例要求来自巴拿马的货物进口商提前提交进口申报,并相应提前支付关税和税款,而来自其他国家的货物进口商则无须提前提交进口申报,据此认定哥伦比亚的海关条例违反了最惠国待遇义务。<sup>②</sup>在中国音像制品案(DS363)中,美国以中国政府对进口音乐的审批措施较之于国内产品更加烦琐为由,主张中国违反国民待遇义务。虽然专家组认为中国入世承诺当中包含对进口音像制品内容审批的保留而未支持美国主张,

<sup>①</sup> 参见韩龙:《试析 GATS 国民待遇规定中的立法技术问题》,《云南大学学报(法学版)》2005 年第 4 期,第 69-72 页。

<sup>②</sup> See WTO, Colombia-Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry, Report of the Panel, WT/DS366/R, para.7.352.

但此类审批措施也可能成为非歧视待遇条款的审查对象。

## 2. 数字产品的国内税

CPTPP 第 14.3 条与 DEPA 第 3.2 条要求缔约方不得针对数字产品加征关税,但并不阻止其征收国内税、规费或其他费用,只要这样的征收以符合协定的方式进行。这表明针对数字产品无论是免征关税或是征收国内税,缔约方都必须以非歧视的方式实行。此类规定将数字产品的非歧视待遇扩及税收措施上,其中最有可能涉及的是针对数字产品征收的数字税。

数字税一般指政府向提供搜索引擎、在线广告、数据服务、社交媒体等数字服务且达到一定条件的企业征收的税款。<sup>①</sup>虽然国际上普遍意识到数字税的征收可能演变成新型贸易壁垒,但各国趋于强化管辖权要求,对税收利益分配表现出更高期待。一些国家选择开征数字税以缓解税收损失,一度遭到其他国家的反对,各方无法就数字税的开征与否及其征收标准达成共识。因此,CPTPP 与 DEPA 选择不对数字税的征收进行限制,只要求各方以非歧视的方式征税。

从数字税的征收对象上看,数字产品有可能被纳入其征税范畴。法国于 2019 年通过《开征数字服务税暨修改公司所得税降税路径法案》(LOI n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés),针对特定的数字产品或服务征税,其中网络游戏、电子广告等被列为征税对象。日本将电子书籍、音乐、广告等定义为“提供电信利用服务”并对此加征消费税。<sup>②</sup>有国家主张数字税的征收与非歧视待遇义务相违背,例如,美国针对法国数字服务税的 301 调查认为,法国数字服务税在受影响企业范围、受影响业务范围、税收抵扣可能性等方面存在针对美国企业的歧视行为,构成对非歧视待遇义务的违反。<sup>③</sup>

## 3. 数字产品销售相关的国内规章

除上述两类措施外,非歧视待遇还要求一国不得通过其国内规章对数字产品的销售进行歧视性的规制,例如限制数字产品在境内的销售、定价等。美国蒙大拿州于 2023 年签署《在蒙大拿州禁用 TikTok 的法案》(An Act Banning TikTok in Montana),全面禁止 TikTok 在当地的运营,谷歌和苹果的应用软件商店在该州内提供 TikTok 应用软件的行为也被认定为非法,每一次提供用户访问 TikTok 或提供用户下载 TikTok 的行为将被处以 1 万美元的罚款,并在违规行为持续实施时每日罚款 1 万美元。该法案严重限制 TikTok 在美国的销售和使用,在数字产品之间形成差别待遇,同样可能违反数字产品非歧视待遇义务。

<sup>①</sup> 参见茅孝军:《新型服务贸易壁垒:“数字税”的风险、反思与启示》,《国际经贸探索》2020 年第 7 期,第 101-102 页。

<sup>②</sup> See Japanese National Tax Agency, Revision of Consumption Taxation on Cross-border Supplies of Services (for Foreign Businesses), [https://www.nta.go.jp/english/taxes/consumption\\_tax/cross-kokugai-en.pdf](https://www.nta.go.jp/english/taxes/consumption_tax/cross-kokugai-en.pdf), visited on 10 June 2023.

<sup>③</sup> See Office of the United States Trade Representative, Report on France's Digital Services Tax, <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/section-301-investigations/section-301-frances-digital-services-tax>, visited on 2 June 2023.

### (三) 数字产品非歧视待遇的适用限制

在对数字产品非歧视待遇范围进行正面规制的同时, 现有规则还通过负面清单与例外条款对数字产品非歧视待遇的适用进行限制。二者在外观上都是对非歧视待遇义务的减免, 但适用负面清单的结果是“不产生非歧视待遇义务”, 例外条款的援引则是“对偏离非歧视待遇义务的正当化”。<sup>①</sup>

#### 1. 负面清单机制

整体上看, 数字产品非歧视待遇的承诺基本采用负面清单机制。《美澳 FTA》第 16.4 条划定了数字产品非歧视待遇规则不适用的范围: (1) 跨境服务、投资和金融服务章节“不符措施”清单中的措施; (2) 知识产权章节中的内容; (3) 政府补贴或赠款; (4) 为行使政府权力而提供的服务。最后提出数字产品非歧视待遇规则不阻止缔约方采取或维持在跨境服务、投资章节中保留的, 包括视听广播在内的措施。USMCA 及 CPTPP 基本沿用了此机制, 但 USMCA 删除了“广播”“知识产权”领域的适用限制, 这意味着对于来自其他缔约方的广播产品及服务提供者、知识产权的保护, 每一缔约方也需要给予非歧视待遇。USMCA 通过限缩负面清单的方式, 将数字产品非歧视待遇的适用范围进行了部门和内容上的扩展, 从侧面体现了美国借助数字贸易推行其文化的目的。<sup>②</sup>

视听广播内容以及知识产权在文化领域占据重要位置, 欧盟、日本等国对此尤为重视。这些国家在数字知识产权方面相较于美国仍存在差距, 且不希望轻易让外资参与本国的文化传播产业, 因此欧式规则没有将非歧视待遇扩及视听广播和知识产权领域。<sup>③</sup>《日欧经济伙伴关系协定》(Japan-EU Economic Partnership Agreement) 第 8.70 条更是明确整个电子商务章节都不适用于广播服务。

为调和各方主张, 以 DEPA 为代表的新式规则规定了知识产权、补贴或赠款以及广播领域的适用限制, 为数字产品的知识产权保护以及文化产业的规制留下一定空间。<sup>④</sup>《WTO 合并文本》仅规定了补贴与广播两种适用限制, 知识产权未纳入其中, 但二者均不涉及“不符措施”清单。

#### 2. 例外条款设定

即使一项争议措施未落入负面清单的范围内, 一国仍可援引一般例外条款与安全例外条款为该措施进行合法性辩护。关于一般例外条款, 《美澳 FTA》、CPTPP 在电子商务章节纳入了 GATS 的规定, DEPA 第 15.1 条则同时纳入 GATT 与 GATS 的一般例外条款。安全例外条款则由各协定直接规制, 基本借鉴 GATT 与 GATS 的框架与表述。两类例外条款为数字产品市场的开放提供了一定弹性缓冲, 使各国得以合

<sup>①</sup> 参见韩逸畴:《豁免在 WTO 体制中的地位和作用研究》, 法律出版社 2021 年版, 第 113-115 页。

<sup>②</sup> 参见陈寰琦:《国际数字贸易规则博弈背景下的融合趋向——基于中国、美国和欧盟的视角》, 《国际商务研究》2022 年第 3 期, 第 91-92 页。

<sup>③</sup> 参见孙益武:《数字贸易中的知识产权议题》, 《南京大学法律评论》2019 年第 2 期, 第 255-256 页。

<sup>④</sup> 参见周念利等:《中国应如何对接 DEPA——基于 DEPA 与 RCEP 对比的视角》, 《理论学刊》2022 年第 2 期, 第 60 页。

理控制市场准入压力,减少对本国数字产业的影响冲击。

一般例外条款中与数字产品较相关的是“公共道德例外”条款,援引此类条款有两个步骤:首先要证明争议措施属于为保护公共道德或维护公共秩序所必需的措施,这需要权衡措施对保护公共道德所起到的作用与对国际贸易的限制程度,并且要考察是否存在其他对贸易限制较少的替代性措施。其次要证明措施以符合例外条款首段(chapeau)的方式实施,即没有在情形类似的国家之间构成任意或不合理的歧视或对贸易构成变相限制。<sup>①</sup>

安全例外条款的证明标准相对宽松,允许缔约方基于国家安全理由背离非歧视待遇义务。在“国家主权回归”思潮的影响下,国家安全在国际贸易领域日趋强化,但何为“保护其自身基本安全利益所必需的措施”尚无定论,各经贸协定的安全例外条款也不可能对此作详尽列举,普遍做法是在个案中具体确认某类措施是否属于国家安全所必需的范畴。俄罗斯过境运输案(DS512)可提供一定程度的参考,该案专家组肯定了各国有权以国家安全为由实施贸易限制并自行决定基本的国家安全利益内涵,但同时强调不能一概地将所有规制措施纳入安全例外条款的范畴内。<sup>②</sup>

综上所述,现有经贸协定下数字产品非歧视待遇的规制框架较为清晰,但由于各国数字产品市场的开放程度存在差异,当前在数字产品非歧视待遇问题上仍存在分歧:第一,不同国家主导的数字产品非歧视待遇规则在适用对象、适用范围、例外情形的设定上存在差异。第二,各国对数字产品法律定性尚未达成共识,导致对非歧视待遇中“同类性”“较低待遇”的判定存在困难,而这成为适用数字产品非歧视待遇所面临的主要挑战,因此确有必要对此进一步分析讨论。

## 二、数字产品的法律定性之争

交易对象是区分不同贸易形态的重要标准。随着数字贸易的发展,其交易对象的外延亦不断扩展,主要包括借助数字销售的实体产品、数字服务以及数字产品。<sup>③</sup>实体产品主要由货物贸易规则进行规制,数字服务可纳入服务贸易规则框架下,但数字产品兼具货物与服务的特征,其法律定性及可适用规则存在争议。

### (一)数字产品法律定性:货物还是服务?

#### 1.数字产品的货物属性

数字产品的生产和消费并非同时进行,且可以永久贮存于实物载体中,具有非易逝性,这符合货物的某些特征。以美国为代表的部分国家主张数字产品应受GATT而非GATS规制,理由为:首先,GATT并未将其适用范围限于有形产品,不能

<sup>①</sup> See WTO, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, AB-2005-1, Report of the Appellate Body, WT/DS285/AB/R, para.292.

<sup>②</sup> See WTO, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, para.7.132.

<sup>③</sup> See OECD, WTO & IMF, Handbook on Measuring Digital Trade, Version 1, 2020, p.33; See also Sacha Wunsch-Vincent, WTO, E-commerce and Information Technologies: From the Uruguay Round through the Doha Development Agenda: A Report for the UN ICT Task Force.

只因数字产品具有无形性而排除 GATT 的适用。<sup>①</sup>其次,数字产品的定性应当关注内容而非形式,虽然数字产品通过电子方式进行交付,但只要其内容可被固化为货物,则应纳入 GATT 的适用范畴。以书籍为例,既然纸质书籍能够被定性为货物,电子化书籍也应当能视为货物。最后,电子传输相较传统物理交付效率更高、价格更低且更加环保,若是划归为欠完善的 GATS 框架下,则内容相同的产品只因其传输方式不同而受到差别待遇,这有悖于技术中立原则。<sup>②</sup>

## 2. 数字产品的服务属性

欧盟与澳大利亚等国观点与美国相反,它们认为 GATT 只适用于具有实物载体的产品,以电子方式传输的数字化产品属于 GATS 项下的服务。<sup>③</sup>许多发展中国家也倾向于将数字产品归类为服务,为本国数字产品市场提供保护。<sup>④</sup>

作为反对将 GATT 适用于数字产品的理由,这些国家提出:首先,数字产品的物理形态满足服务“无形化”的特点,特别是数字产品与电信服务和视听服务从内容和性质上高度相似,既然后两者受 GATS 规制,数字产品也可以适用 GATS。其次,GATS 同样没有限制服务的交付方式,即使数字产品以电子方式传输,GATS 依然对其具有可适用性。<sup>⑤</sup>再次,数字产品的传输包括了大量经济活动和服务的结果,如果将数字产品视为货物将严重影响 GATS 的适用范围以及其他在线服务的法律地位,因为许多服务的跨境提供都是以电子方式进行的。此外,虽然 WTO 裁决中曾提及技术中立原则,但无论是 GATT 还是 GATS 都没有对技术中立原则进行明确。<sup>⑥</sup>因此不能一概认为,只要内容上存在相同或相似之处,无论产品以实物载体交付或以电子形式传输,都应给予同等待遇。<sup>⑦</sup>

关于将数字产品置于 GATS 框架下的可行性,这些国家主张:首先,GATS 与数字产品相关的许多问题,如在线隐私保护、网络犯罪与欺诈、消费者保护等联系密切。例如,GATS 第 14 条一般例外条款允许成员方采取其认为必要的任何措施来实现某些公共政策目标,包括对公共道德的保护和对公共秩序的维护。由于数字产品的传输对于通信安全和隐私要求依赖度较高,因此 GATS 下的一般例外情形与数字

---

① See Farrokhnia Farrokh & Richards Cameron, E-Commerce Products under the World Trade Organization Agreements: Goods Services, Both or Neither, 50 Journal of World Trade 801 (2016).

② See Sacha Wunsch-Vincent, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspective 55 (Oxford England Press 2006).

③ See WTO, Work Programme on Electronic Commerce-Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, pp.1-3.

④ 参见伊万·沙拉法诺夫等:《WTO 视角下数字产品贸易合作机制研究——基于数字贸易发展现状及壁垒研究》,《国际贸易问题》2018 年第 2 期,第 159 页。

⑤ See WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Interim Report to the General Council, S/C/8, Annex.

⑥ See WTO, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Panel, WT/DS285/R, para.6.671.

⑦ See Jane Kasley, How a TPP-Style E-commerce Outcome in the WTO would Endanger the Development Dimension of the GATS Acquis (and Potentially the WTO), 21 Journal of International Economic Law 290-291 (2018).



产品高度相关。<sup>①</sup>其次,无论是一般义务(如透明度、国内监管、竞争、支付和转让等)、具体承诺(市场准入、国民待遇或附加承诺),还是例外条款,GATS的规制模式都可适用于电子交付。<sup>②</sup>最后,GATS附件中关于电信的现有承诺也涵盖了互联网接入服务。因此,GATS的现有规则足以应对那些可能阻碍数字产品自由贸易的措施。

## (二)数字产品法律定性:必要性与可行性?

鉴于当前数字产品法律定性存在争议,应从务实的角度思考如下两个问题:其一,是否有必要对数字产品进行明确法律定性?其二,应当通过何种路径解决数字产品法律定性存在的分歧?<sup>③</sup>

### 1.数字产品法律定性的必要性

首先,对数字产品的法律定性是基于市场开放水平的考量。国民待遇和最惠国待遇在GATT和GATS项下的标准不尽相同,因此数字产品的不同归类会产生不同的承诺水平。第一,GATT项下的国民待遇是普遍性义务,而GATS项下的国民待遇根据各成员在不同部门作出的具体承诺而定,成员对此有更大的自由裁量空间。第二,虽然GATT和GATS的最惠国待遇都是普遍性义务,但GATT项下的最惠国待遇要求自动且无条件地给予其他缔约方,而GATS项下缔约方可将措施列入《关于第二条豁免的附件》豁免最惠国待遇义务。<sup>④</sup>

其次,对数字产品的法律定性是判定非歧视待遇的先决条件。传统路径上,需要先根据产品的分类,确定与之进行对比的同类产品,再判定二者是否被给予了差别待遇。若是不对数字产品进行法律定性,同类性与差别待遇的判定都将缺少依据,难以明确非歧视待遇的适用标准。<sup>⑤</sup>因此,尽管当前数字产品的法律定性存在争议,但仍需要进一步探讨解决该问题的可行方案。<sup>⑥</sup>

### 2.数字产品法律定性的可行性

通过上述对比可知,无论将数字产品定性为货物还是服务都有一定的解释空间,但在具体适用上无论是GATT还是GATS都无法涵盖所有数字产品。

首先,GATT和GATS都没有为“货物”或“服务”提供明确的定义。通常用于区分货物和服务的各种标准中,难以找到一种标准能在所有情况下提供有效、实用和

<sup>①</sup> See WTO, WTO Agreements and Electronic Commerce, WT/GC/W/90, para.18.

<sup>②</sup> See WTO, Council for Trade in Goods-Work Programme on Electronic Commerce-Information Provided to the General Council, G/C/W/158, paras.2.4-2.5; See also WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Interim Report to the General Council, S/C/8, para.1.

<sup>③</sup> See Ines Willems, *Digital Services in International Trade Law* 19-20 (Cambridge University Press 2021).

<sup>④</sup> 参见石静霞等:《服务贸易法》,北京大学出版社2021年版,第14页。

<sup>⑤</sup> See WTO, Second Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/475, para.1.

<sup>⑥</sup> See Fiona Smith, *Regulating E-commerce in the WTO: Exploring the Classification Issue*, in Graham Cosmo & Fiona Smith (eds.), *Competition, Regulation, and the New Economy 1949-1966* (Hart Publishing 2004).

明确的区分。<sup>①</sup>传统上,将货物区分于服务有三项标准:一是生产和消费的同时性;二是可存储性;三是有形性。但是,根据这三个标准对数字产品进行定性会得出矛盾的结论。<sup>②</sup>一方面,数字产品的传输独立于其生产者,其生产和消费可不同时进行,且可通过电子或实物载体以各类形式进行存储,从这个意义上说,其应属货物范畴;另一方面,数字产品自身具有无形性,在此意义上又具有了服务的性质。

其次,数字产品的“内容”,即计算机程序、文本、视频、图像、录音或数字编码等难以依据GATT或GATS的通用分类标准如《协调制度》(HS)、《服务部门分类表》(W/120)或《产品总分类》(CPC)进行归类。例如,一部电影如果存储于光盘中,光盘可归为“录音、录像和磁带”类货物。通过网络向他人传输该电影的行为可归为“数据传输服务”,但存储于光盘中或是被传输的电影内容则难以找到对应的部门。

因此,将数字产品直接依据GATT或GATS分类标准进行法律定性暂不具有可行性。目前有两种替代方案:一种方案是将数字产品的“内容”和“传输”进行区分,将数字产品的跨境传输归为服务,将传输的内容归为货物。<sup>③</sup>但此种路径割裂了数字产品的完整性,且数字产品的内容与传输都高度数据化,在实践中进行区分难度较大。另一种方案认为,在各方立场难以调和的情况下,可暂缓对数字产品进行定性。<sup>④</sup>CPTPP和DEPA就是这一方案的体现,二者均明确数字产品的定义不反映各方对其归类为货物或服务的立场。该方案有助于提升各国对数字产品规则的接受度,但仍未解决数字产品非歧视待遇标准模糊的问题。

本文认为,就非歧视待遇规则的适用而言,既然数字产品法律定性的目的在于确定其同类性和较低待遇的判定标准,个案中可以第二种方案为基础,暂不对数字产品作法律定性,而是结合具体情形分析数字产品所具备的“货物”或“服务”属性,借鉴相应标准以判定其同类性以及较低待遇。<sup>⑤</sup>

### 三、数字产品“同类性”与“较低待遇”的判定

“同类性”和“较低待遇”是认定相关措施是否违反非歧视待遇的核心因素,但这两个判定标准在货物贸易与服务贸易领域不尽相同,从而导致在针对兼具货物与服务性质的数字产品判定同类性与较低待遇时,难以找到统一的、体系性的判定标准。为此可分别从货物和服务的视角,阐述同类性与较低待遇的判定路径,为构建

<sup>①</sup> See Milton Mueller, *Convergence: A Reality Check*, in Damien Gerad & David Luff (eds.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services* 321 (Cambridge University Press 2004).

<sup>②</sup> See WTO, *Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council, Summary by the Secretariat of the Issues Raised*, WT/GC/W/509, p.6.

<sup>③</sup> See WTO, *Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council, Summary by the Secretariat of the Issues Raised*, WT/GC/W/509, p.4.

<sup>④</sup> See WTO, *Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council, Summary by the Secretariat of the Issues Raised*, WT/GC/W/509, p.11.

<sup>⑤</sup> See WTO, *Second Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council, Summary by the Secretariat of the Issues Raised*, WT/GC/W/475, pp.1-2.

数字产品同类性、较低待遇的判定标准提供参考。

### (一)数字产品同类性的判定

“同类性”是国际经贸协定中的一个重要概念,所有非歧视待遇的给惠都是基于对同类性的判定。在货物贸易领域,GATT中的非歧视待遇义务适用于“同类产品”;在服务贸易领域,GATS中的非歧视待遇义务则适用于“同类服务和提供者”。CPTPP与DEPA等协定没有明确数字产品的法律定性,在数字产品非歧视待遇条款中使用的是“同类数字产品”的表述,但数字产品同样可能与其他产品在GATT、GATS下进行同类性比较。为此不仅要明确何为“同类数字产品”,同时也应厘清“同类数字产品”与“同类产品”“同类服务和提供者”之间的联系。

#### 1. 货物同类性的判定标准

在货物贸易领域,GATT项下“同类产品”的判定标准起源于GATT工作组于1970年作出的《关于边境税调整案的报告》(Report of the GATT Working Party on Border Tax Adjustments)。该报告指出,货物产品的同类性判定主要基于四项标准:产品的物理特性、产品的最终用途、产品的消费者偏好以及产品的关税分类。<sup>①</sup>这些标准被称为确定产品同类性的传统标准。<sup>②</sup>WTO通过多年的司法实践,对这些标准的适用已发展出较为成熟的法理。在欧共体石棉案(DS135)中,上诉机构指出,产品之间的同类性本质上是一种“竞争关系”(competitive relationship),因为在市场上处于竞争关系的产品,可能会因为外国产品相较于国内产品的“较低待遇”而受到影响。<sup>③</sup>由此可知,产品间的竞争关系同样可作为判定产品同类性的标准。

除传统标准外,WTO裁决还发展出了另一种法理。如果一成员将产品的来源地作为对产品给予区别待遇的唯一标准,并且市场上存在或将来会存在类似的进口产品和本国产品,则可以直接证明产品同类性的要求已经满足,这也被称为建立产品同类性的“替代路径”。<sup>④</sup>

上述货物同类性的判定标准旨在建立一套相对明确的规则,避免缔约方滥用歧视性措施。这套标准的适用是一个综合性判断的过程,并非所有具有竞争关系的产品都是同类产品,四项传统标准也不是穷尽式的列举,而是要在实践中对个案进行分析,确保对可能用于判定产品同类性的不同要素进行公正的评估。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 《关于边境税调整案的报告》没有提到“关税分类表”的标准,后来的案例如日本酒税案(DS8、DS10、DS11)将该标准包括了进去。See WTO, Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, AB-1996-2, Report of the Appellate Body, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R, p.21.

<sup>②</sup> See GATT, Report of the GATT Working Party on Border Tax Adjustments, L/3464, para.14.

<sup>③</sup> See WTO, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, AB-2000-11, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, para.101.

<sup>④</sup> See WTO, Indonesia-Certain Measures Affecting Automobile Industry, Report of the Panel, WT/DS54/R, WT/DS55R, WT/DS59R, WT/DS64R, para.14.113.

<sup>⑤</sup> 参见石静霞:《“同类产品”判定中的文化因素考量与中国文化贸易发展》,《中国法学》2012年第3期,第52页。

## 2. 服务同类性的判定标准

相较于货物,服务的同类性判定更为复杂。首先,服务具有无形性,对服务之间进行同类性比较的难度更大。其次,服务贸易领域的同类性判定不仅涉及服务本身,还涉及服务提供者,所考察的因素更为多元。与GATT项下货物同类性的判定已发展出较成熟的法理不同,GATS项下对服务及服务提供者同类性的讨论尚不够深入。在当前涉及非歧视待遇的7起服务贸易争端中,专家组在不同程度上阐述了判定同类性的根据,但这些裁决所确立的标准并不一致,导致服务贸易领域的同类性判定存在较大的不确定性。

在判定服务的同类性时,欧共体香蕉III案(DS27)专家组指出,服务本身的“性质”和“特征”是判定同类性的重要标准,同时提供同类服务的实体也可以认定为同类服务提供者。该案没有讨论服务同类性的判定能否借鉴货物同类性的四项传统标准,也没有对“性质”和“特征”做进一步分析,但该案认定同类服务提供者的方法,在不同程度上为后续裁决所借鉴。<sup>①</sup>加拿大汽车案(DS139、DS142)在欧共体香蕉III案的法理上进一步提出,服务的提供方式不影响同类性的判定,通过不同方式提供的服务仍有可能构成同类服务。<sup>②</sup>

在与我国有关的两起服务贸易争端中国音像制品案和中国电子支付案中,专家组提出了两种判定服务提供者同类性的路径。中国音像制品案专家组认为,如果来源地是衡量国内外服务提供者之间待遇差异的唯一因素,且国内外服务提供者除来源地之外,所有实质性方面均相同,就满足了“同类服务提供者”的要求。相反,如果服务提供者的待遇差异与除来源地外的其他因素有关,则需要对服务提供者的同类性进行更详细的分析。中国电子支付案专家组没有援引GATT关于同类性判定的法理,而是从条约解释的角度对“相似”(like)的通常含义进行解释,同时考察作为上下文的GATS第17条。<sup>③</sup>该案专家组认为,GATS第17条的宗旨在于确保为其他成员的同类服务提供平等的竞争机会,因此同类性的判定应该重点关注被比较服务之间的竞争关系。如果所涉服务在竞争条件方面实质上大致相同,则可判定其满足GATS第17条项下同类服务的标准。但中国电子支付案专家组没有进一步论证应当从哪些方面考察竞争条件。在服务提供者同类性的判定上,中国电子支付案专家组同时援引了中国音像制品案和欧共体香蕉III案确立的标准,同时引入了对竞争关系的考量。

综上所述,当前WTO裁决初步确立了“同类服务”和“同类服务提供者”判定的法理。对同类服务的判定,首先可以考察服务本身的性质与特征,其次可从GATS第17条出发,考察被比较的服务在竞争条件上是否大致相同。此外,服务提供方式的不同并不必然能否认服务的同类性,在个案中可能依据具体案情作出相反的判

<sup>①</sup> See WTO, European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas-Complaint by Ecuador, Report of the Panel, WT/DS27/R/EUCU, para.7.322.

<sup>②</sup> See WTO, Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, Report of the Panel, WT/DS139/R; WT/DS142/R, paras.6.842-6.843, 6.861-6.862.

<sup>③</sup> See WTO, China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, Report of the Panel, WT/DS413/R, para.7.702.

定。对同类服务提供者的判定相对复杂,首先,提供同类服务的服务提供者也具有同类性。其次,如果来源地是涉案措施区别对待国内服务提供者与外国服务提供者的唯一因素,即只要服务提供者之间除来源地之外所有实质方面均相同,就构成同类服务提供者。最后,服务提供者之间的竞争关系也可以作为同类性的判定标准。

### 3. 数字产品同类性判定标准的探索

由于数字产品兼具货物与服务的特征,目前尚难以对数字产品作统一法律定性,个案实践中缺少统一的同类性判定标准。即使是同一数字产品,在与不同类型的产品进行比较时,也可能考察不同的具体因素。例如,对在线电影进行同类性判定时,无论是作为货物的电影DVD,还是作为服务的电影播放服务,似乎都可与其作同类性比较。如果将在线电影归为货物,则电影DVD与在线电影之间可通过最终用途、消费者偏好、竞争关系等因素判定同类性,而不能只因交付方式的不同就判定二者不具有同类性。<sup>①</sup>如果将在线电影归为服务,则与电影播放服务之间又可以通过性质、特征等因素进行比较。<sup>②</sup>

因此,在无法对数字产品进行统一法律定性的情况下,不宜简单地选择适用货物或服务贸易标准判定其同类性。个案中可根据比较对象的法律定性,对应分析数字产品具有的货物或服务属性,再相应参考货物或服务的同类性判定标准。<sup>③</sup>数字产品与传统货物之间的同类性比较,可关注数字产品的货物属性,参考货物贸易标准中的最终用途与消费者偏好,或是考察二者在市场上的竞争关系;数字产品与服务之间的同类性比较,可关注数字产品具有的服务属性,考察其性质与特征等因素,或是考察其竞争条件的相同性;数字产品之间的同类性比较,则可关注货物和服务贸易领域通用的判定标准,如数字产品之间的竞争关系。此外,如果来源地是数字产品间受到差别待遇的唯一依据,可参考货物贸易领域的“替代路径”对其同类性加以判定,但这一标准的适用需要解决数字产品的来源地认定问题,而当前在数字贸易领域尚缺少统一的来源地规则,亟须进一步实践来填补规则空白。

## (二) 数字产品较低待遇的判定

非歧视待遇中的国民待遇和最惠国待遇都以“不低于待遇”的措辞进行表述,且国民待遇有关较低待遇标准的解释同样可适用于最惠国待遇。从整体上看,较低待遇的判定标准在货物贸易和服务贸易领域没有太大区别,只是根据适用的情形需要参考不同的实际因素。

### 1. 货物贸易与服务贸易领域较低待遇的判定标准

GATT第3条第4款规定了货物贸易领域的国民待遇问题,要求缔约方在有关影

<sup>①</sup> See W. Zdouc, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS, 2 Journal of International Economic Law 333 (1999).

<sup>②</sup> See WTO, Council for Trade in Goods-Work Programme on Electronic Commerce-Information Provided to the General Council, G/C/W/158, para.4.

<sup>③</sup> See WTO, 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, p.3.

响货物国内销售、标价出售、购买、运输、分销或所使用的法律、法规和规定方面,给予外国产品的待遇不得低于给予本国同类产品的待遇。其中,较低待遇判定标准在欧共同体海豹制品案(DS400、DS401)上诉机构的裁决中可概括如下:第一,外国产品与国内同类产品应具有有效的平等竞争机会;第二,外国产品与国内同类产品待遇的形式上差异,对于确定较低待遇既不必要也不充分;第三,确定外国产品是否被给予了较低待遇,需要评估争议措施对竞争条件的影响;第四,如果一项措施被认定为改变了相关国内市场的竞争条件而损害了进口产品,则该措施与对进口产品的竞争机会的不利影响间应存在真正联系。<sup>①</sup>

由此可见,“对竞争条件的改变”是判定较低待遇的重要因素,这一标准在服务贸易领域也同样适用。根据 GATS 第 17 条的规定,对同类服务和服务提供者的差别待遇,只有在改变了相关市场竞争条件,可能或已经对外国服务和服务提供者造成损害时,才构成对国民待遇的违反。<sup>②</sup>这表明较低待遇标准保护的是对平等竞争条件的预期而非具体结果,即使事实上并不存在可对比的国内外服务与服务提供者,争议措施也可能满足较低待遇标准,因为“不存在比较对象”可能恰恰是成员方采取歧视性措施的结果。<sup>③</sup>

此外,一国针对外国服务或服务提供者实行监管的政策目标,同样可成为分析较低待遇的因素。阿根廷金融服务案(DS453)上诉机构指出,虽然在非歧视条款背景下分析政策的监管目标将会破坏 GATS 的现有平衡,但这并不意味着在评估争议措施是否授予较低待遇时,监管方面的因素是完全无关且应当被排除的。相反,应当对争议措施的设计、结构和预期操作进行仔细审查,评估其对竞争条件的影响。在这一过程中,可以根据案件的具体情况将监管的政策目标考虑在内,作为分析争议措施对竞争条件影响的一个参考因素。<sup>④</sup>

## 2. 数字产品较低待遇判定标准的明确

借鉴 GATT 和 GATS 的实践,货物贸易和服务贸易领域的较低待遇标准同样可适用于数字产品。相较于同类性判定标准,较低待遇判定标准相对更明确。无论将数字产品视为货物或是服务,抑或是不对其作明确的归类,较低待遇判定的核心标准是对竞争条件的改变:第一,证明争议措施改变了同类数字产品的竞争条件;第二,即将或已经损害了同类数字产品(或数字产品的提供者)。<sup>⑤</sup>

---

① See WTO, European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, AB-2014-1&2, Reports of the Appellate Body, WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R, p.123, para.5.101.

② See WTO, Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency, Background Note by the Secretariat, WT/WGTCP/W/114, para.29.

③ 参见韩立余:《世界贸易组织法》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 68 页。

④ See WTO, Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services, AB-2015-8, Report of the Appellate Body, WT/DS453/AB/R, para.6.115.

⑤ See Farrokhnia Farrokh & Richards Cameron, E-commerce Products under the World Trade Organization Agreements: Goods, Services, Both or Neither?, 50 Journal of World Trade 807 (2016).

## 四、我国对数字产品非歧视待遇问题的因应

随着数字贸易的持续发展,数字产品的非歧视待遇对国家和企业而言都越发重要。各国通过构建数字贸易规则,保障数字产品的非歧视待遇,以降低数字贸易风险。当前我国正在CPTPP、DEPA等协定框架下与其他国家就数字产品相关问题展开谈判,面临着数字产品非歧视待遇问题带来的机遇与挑战,特别是在市场开放与规则实践两方面。一方面,应充分利用相关协定中的负面清单、例外条款,在推动自身数字产品市场开放的同时,避免数字产品的准入政策与非歧视待遇义务产生冲突,维护我国数字治理措施的合法性;另一方面,应进一步深化数字产品非歧视待遇的实践,明确数字产品法律定性的立场,在未来数字产品相关规则的谈判、制定与实践中,构建符合我国长远利益的数字产品非歧视待遇规则。

### (一)合法有序开放数字产品市场

数字产品的非歧视待遇规则为我国数字产业带来了机遇与挑战。一方面,数字产品的非歧视待遇规则有效降低了各国数字贸易壁垒,可为我国数字企业打开更大的海外市场;另一方面,数字产品的非歧视待遇规则提高了市场准入的义务,可能使我国数字产业面临更为激烈的竞争。

根据CPTPP、DEPA等协定义务,对同类数字产品进出口所采取的标准及限制不能产生差别待遇,因此我国对数字产品采取的进出口管制措施,有可能与数字产品非歧视待遇规则相冲突。我国首先可在不违反国家安全、公共道德等核心利益的前提下,通过负面清单的列举,有序开放数字产品市场,承诺给予外国数字产品在本国领土内的非歧视待遇;其次可通过对例外条款的适用,回应我国数字治理措施可能面临的争议。

#### 1.利用负面清单有序扩大数字产品市场的开放

在数字产品市场的开放上,美国等发达国家的数字产业发展起步早,数字经济发展水平较高,数字企业在国际上具有较强的竞争力,因此其强调扩大市场开放、减少贸易壁垒。而包括我国在内的大多数发展中国家则面临数字鸿沟,在监管能力、产业基础等方面较为薄弱,不但面临安全监管问题,还面临贸易权益和发展权保护问题,对数字产品领域的开放持谨慎态度。<sup>①</sup>

网络文化产品与数字产品密切相关,在维护意识形态安全和文化安全的要求下,我国对网络文化领域的市场开放进行了一定限制。例如,我国《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2021)》(以下称《外资负面清单》)禁止投资的互联网新闻信息、网络出版、网络视听等服务在内容上与数字产品存在重叠。但与此同时,我国也正在逐步扩大数字产品市场的开放程度。例如,我国在《外商投资法》中降低了电信等领域的市场准入限制,通过试点城市实施开放增值电信业务,降低股比限制等门

<sup>①</sup> 参见刁莉等:《新兴经济体数字服务贸易壁垒分析》,《亚太经济》2023年第3期,第74-75页。

槛。我国金融领域负面清单内容也在逐步减少,整体呈现出逐步开放的趋势。<sup>①</sup>北京、深圳等地也拟通过立法逐步放宽数字产品的市场准入,例如,《深圳经济特区数字经济产业促进条例》第33条提出放宽数字产品市场准入,在尚未有国家标准的数字产品领域,支持市场主体联合制定团体标准,允许符合团体标准的数字产品在本市销售、登记。

因此,我国需要通过制度安排来实现数字产品市场开放与监管的统筹与协调。一些国家通过“负面清单+安全审查”的机制,形成了较为灵活的市场准入管理框架,以兼顾发展与安全,我国可予以参考和借鉴。<sup>②</sup>

首先,我国未来可将存在争议的措施列入协定的投资、跨境服务、金融服务等章节的“不符措施”清单中,直接豁免相关数字产品的非歧视待遇义务。这在我国RCEP项下的《服务贸易承诺表》中已经进行了实践,我国明确视听产品与录音制品分销服务仅“在不影响中国对音像制品内容的审查权利的情况下”,允许外商投资发行服务。此种路径可延续至CPTPP谈判当中,例如考虑将新闻、出版、广播、电视、文物、文艺表演和金融等敏感领域纳入“不符措施”清单,以豁免相关数字产品的非歧视待遇义务。

其次,对于不包含负面清单的经贸协定如DEPA,可主张争议措施属于“政府补贴”“广播”等特殊领域的范畴。前者允许我国基于文化安全对特定数字产品生产企业与权利持有人进行财政资助,只要资助并未对他国市场造成实质性损害或威胁,不仅不会违反数字产品非歧视待遇义务,也不会违反WTO补贴规则。基于后者,我国可通过政策工具保证非点播媒体当中本国数字产品的覆盖率。<sup>③</sup>

最后,我国可对涉及意识形态的数字产品进行分类监管。对于违反我国法律法规的数字产品不予准入;对于潜在的敏感数字产品实行动态调整的负面清单制度,通过建立由政府、企业、网民和社会团体等多方参与的监督评价机制,及时发现和处理有违文化意识形态安全的信息;<sup>④</sup>对于通过我国审查标准的数字产品及时放开市场准入,有序扩大数字产品市场的开放。<sup>⑤</sup>

## 2.援引例外条款正当化我国数字治理措施

即使没有将争议措施列入负面清单,或是协定未设置负面清单,我国还可以通过对一般例外条款与安全例外条款的援引,免于承担非歧视待遇义务。

首先是一般例外条款。我国可援引“公共道德例外”为某些尚未纳入或无法纳入“不符措施”清单的数字治理措施提供正当性依据,特别是对数字产品市场准入的

<sup>①</sup> 参见陈寰琦:《国际数字贸易规则博弈背景下的融合趋向——基于中国、美国和欧盟的视角》,《国际商务研究》2022年第3期,第92页。

<sup>②</sup> 参见中国信息通信研究院:《全球数字经济规则年度观察报告(2022)》,第19页。

<sup>③</sup> 参见赵海乐:《数字产品非歧视待遇条款对我国国家利益的影响与对策》,《国际贸易》2023年第3期,第94-95页。

<sup>④</sup> 参见赵精武:《数据跨境传输中标准化合同的构建基础与监管转型》,《法律科学》2022年第2期,第156-160页。

<sup>⑤</sup> 参见李佳倩等:《DEPA关键数字贸易规则对中国的挑战与应对——基于RCEP、CPTPP的差异比较》,《国际贸易》2022年第12期,第70页。



审查措施。我国在中国音像制品案中曾试图援引公共道德例外条款,为禁止外商投资企业和个人进口文化产品辩护,但专家组和上诉机构认为存在对贸易限制更少的替代性措施,据此裁定我国措施不满足“必要性”测试。<sup>①</sup>此外,在虾-海龟案(DS58)中,上诉机构认为美国的审批程序是非透明、单方性的,具有任意性、歧视性,因此不满足一般例外的首段要求。<sup>②</sup>由此可见,援引公共道德例外条款难度较大,必须达到较高的证明标准。我国可以先例为鉴,一是从审查实体标准上强化我国网络文化审查制度与公共道德的联系,增大审查内容中对公共道德的审查权重,提升其必要性论证成功的概率;二是从审查程序上提升透明度,落实数字产品审批事项的政府信息公开,将公共道德的内容要素规范化,同时提升审批效率,避免这一审查被认定为事实上的国际贸易限制。

其次是安全例外条款。我国主张在保留“国家安全”例外条款的前提下给予数字产品非歧视待遇承诺,对部分涉及安全敏感问题的文化数字产品施加的市场准入限制措施,似可通过援引安全例外条款进行正当化。但俄罗斯过境运输案的裁决表明,若是各国任意地援引安全例外条款,将引发贸易政策“泛安全化”的后果,长久来看不利于我国数字经济产业的发展。因此对于安全例外条款,我国应审慎适用。

## (二)构建中国式数字产品非歧视待遇规则

目前我国缔结的16个自由贸易协定中,数字产品非歧视待遇规则或尚付阙如,或较为原则。CPTPP与DEPA未对数字产品进行明确法律定性,导致数字产品非歧视待遇规则的可操作性不足。为此,我国首先应进一步明确关于数字产品法律定性的立场;其次,利用现有规则在个案中探索数字产品非歧视待遇的适用路径,深化数字产品非歧视待遇规则的实践;最后,以WTO规则以及RCEP等经贸协定的谈判为平台,构建符合我国长远利益的数字产品非歧视待遇规则。

### 1. 数字产品法律定性的立场选择

如前所述,对数字产品的法律定性主要基于数字产品市场开放的考量。美国主张将数字产品定性为货物,是因为GATT原则性要求成员不得对其他成员的产品进口实施除关税、国内税或其他费用外的禁止或限制,对贸易的限制较小。GATS就市场准入、国民待遇等问题采取正面清单的承诺模式,成员方在开放市场上的裁量空间更大。美国数字产品的生产和出口具有较强的比较优势,因此主张将数字产品置于GATT框架下以最大程度地寻求贸易自由化,从而扩展本国的数字市场。<sup>③</sup>欧盟则主张数字产品兼具文化和经济的双重属性,文化安全同样是数字贸易规制的重要目标,在对数字产品市场进行开放时,应当寻求贸易利益与文化安全的协调,将市场开放的决定权与裁量权掌握于自身手中,因此,欧盟认为GATS是最适宜规制数字

<sup>①</sup> See WTO, China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, AB-2009-3, Report of the Appellate Body, WT/DS363/AB/R, paras.315-332.

<sup>②</sup> See WTO, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, AB-1998-4, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, paras.146-184.

<sup>③</sup> See WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Submission from the United States, WT/GC/16, para.7.

产品的规则。<sup>①</sup>

从我国现实情况出发,将数字产品纳入GATS框架或将更有利于维护我国经济主权和利益。一方面,GATS对贸易自由化的要求低于GATT,能更好地兼顾不同成员的数字贸易发展水平,成员可通过具体承诺的方式对外国数字产品给予市场准入和国民待遇。换言之,只要成员未来不对数字产品相关部门作出承诺,就没有义务对这一市场进行开放,这在一定程度上为我国数字产业的发展留出了空间。另一方面,虽然当前我国数字产品市场处于上升阶段,但技术发展程度尚不及美国等发达国家,GATS模式允许我国和其他发展中国家以数字产品市场开放程度作为换取发达成员技术支持的筹码,赢得数字贸易发展新机遇。<sup>②</sup>

## 2. 数字产品非歧视待遇的实践深化

当前数字产品的法律定性尚未形成共识,为对接现有数字产品非歧视待遇规则,我国可探索在不对数字产品作明确法律定性的情形下,在个案中直接适用非歧视待遇的路径。对此我国已在WTO争端解决上积累了一定的经验,中国音像制品案和中国电子支付案所涉服务与数字产品具有较高的相似性,两案专家组对服务及服务提供者同类性判定标准的讨论值得借鉴。虽然目前WTO上诉机构处于停摆状态,但作为替代的MPIA临时上诉机制及CPTPP、DEPA争端解决机制正在发挥越来越重要的作用。<sup>③</sup>我国可在现有数字贸易规则框架下,通过国际经贸争端解决实践进一步探索数字产品同类性和较低待遇的判定标准,提升数字产品非歧视待遇规则适用的确定性,为构建中国式数字产品非歧视待遇规则积累实践经验。

除已经基本成熟的CPTPP与DEPA外,目前我国正在推进WTO框架下以及RCEP等其他经贸协定中的数字产品规则谈判,但所提出的方案少有涉及数字产品的非歧视待遇问题。未来我国可在相关规则的制定与谈判中,对数字产品法律定性的立场予以明确,进一步界定数字产品非歧视待遇的适用对象、适用范围、适用限制、适用标准等,构建符合我国长远利益的中国式数字产品非歧视待遇规则。

## 结语

作为多边贸易体制的基石,非歧视待遇一直是国际经贸规则谈判、国际经贸争端解决关注的核心问题。中国、美国、欧盟和新加坡等经济体基于自身诉求,在多边或区域层面提出构建数字贸易规则的设想。但各方在数字贸易的发展与本国核心利益的保护等问题上立场差异较大,就数字产品的法律定性尚未达成共识,因而在论证某项争议措施是否违反数字产品非歧视待遇义务时,缺少对数字产品同类性和

---

<sup>①</sup> See WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, paras.10-18.

<sup>②</sup> 参见刘佳奥:《WTO规则下数字产品的法律属性研究》,《国际法学期刊》2022年第1期,第115-116页。

<sup>③</sup> 参见石静霞:《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉:基于仲裁的上诉替代》,《法学研究》2020年第6期,第168-171页。

较低待遇的明确判定标准,这有可能引发国际经贸争端。在此背景下,既不宜简单地选择适用货物贸易或服务贸易标准去论证数字产品的非歧视待遇,也尚不具备现实条件来构建统一的数字产品非歧视待遇适用标准。可行的做法是基于个案情形,根据与数字产品比较对象的法律定性,分析数字产品自身的货物或服务属性,再相应借鉴货物与服务贸易规则的法理,对数字产品的同类性和较低待遇进行判定。

作为电子商务第一大国、数字经济第二大国,我国应在数字贸易规则谈判与运用中发挥积极作用。一方面,充分利用负面清单与例外条款,在不与国家安全、公共道德等核心利益相冲突的前提下,合法有序地开放我国数字产品市场,实现国家核心利益与数字贸易发展的统筹与协调;另一方面,明确对数字产品法律定性的立场,深化数字产品非歧视待遇的相关实践,构建符合我国长远利益的数字产品非歧视待遇规则。

## The Non-discriminatory Treatment of Digital Products

**Abstract:** CPTPP, DEPA and other economic and trade agreements have constructed a regulatory framework for the non-discriminatory treatment of digital products, but due to the characteristics of digital products as both goods and services, there are divergences on their legal characterization, making it difficult to clarify the criteria for determining the “likeness” and “less favorable treatment” of digital products, resulting in uncertainties in the application of the non-discriminatory treatment. At present, it is neither appropriate to simply choose the standard of goods or services, nor is it yet in a position to establish a unified standard to apply the non-discriminatory treatment of digital products. A practical path is to analyze the characteristics of goods or services of digital products according to the legal characterization of the object of comparison in individual cases, and then refer to the criteria of goods or services accordingly, gradually explore the jurisprudence of non-discriminatory treatment of digital products. China should take the opportunity of joining CPTPP and DEPA to reasonably use the “negative lists” and “exception clauses” to open its digital product market legally and orderly. Moreover, China should clarify the position of legal characterization of digital products in the subsequent negotiation of digital trade rules and deepen the practice of non-discriminatory treatment of digital products.

**Key words:** digital trade; digital products; non-discriminatory treatment; CPTPP; DEPA

(责任编辑:肖军)