

论美欧FTAs数字产品非歧视待遇规制模式

周智琦*

内容摘要:在全球数字治理进程中,区域贸易协定下的数字经贸规则在推动数字法治的同时,受制于其孤岛化与碎片化的固有特性,难以避免地围绕着区域贸易主导国的经济诉求,相继形成区域性的数字贸易规则模板。数字产品非歧视待遇领域也不例外,无论是独立条款下的美式规制模式,还是普通条款下的欧式规制模式,其规则偏好的本质都是国家利益诉求的差异化。因此,当我国面对这两种截然相反的规制进路时,结合条款本身的前瞻性与国家数字经济发展战略,可以得出我国应当选择独立的数字产品非歧视待遇条款的结论,并通过例外条款的具体适用分析,实现对数字产品开放与保护并济的双重目标。

关键词:数字产品 非歧视待遇 数字贸易规则 区域贸易协定

一、问题的缘起

数字经济时代,以数字平台、云计算、人工智能为代表的数字信息新技术不断涌现,在赋能经济发展的同时,也重塑了传统货物与服务的基本形态、物理属性、交付方式。以网络为媒介、以线上平台为场所、以数据流动为运输手段、以电子支付为结算方式也因此成为数字产品交易的新常态。在此背景下,非歧视待遇作为国际经贸规则的基石,在数字贸易领域应当如何适用,与市场准入、贸易自由化、数字壁垒等国际经贸领域的基础性问题都息息相关。因此,即使是在全球性数字贸易规则逐渐显现融合趋势的今天,对于数字产品非歧视待遇的规制模式仍有分歧,实践中也出现了独立条款下的美式规制模式和普通条款下的欧式规制模式。以美国做法为代表的美式规制模式在相关的自由贸易协定(free trade agreements, FTAs)中,通过电子商务章节对数字产品非歧视待遇予以专门规定;以欧盟做法为代表的欧式规制模式,通过“投资”“跨境服务贸易”以及“货物”等章节所设立的国民待遇与最惠国待遇条款,已经足够覆盖数字产品所需的非歧视待遇,无须再通过特殊章节与条款另行规定。

面对目前两种截然相反的规制模式,一系列问题也由此产生:欧盟所主张的遵循传统非歧视待遇的规制模式能否覆盖数字产品贸易对非歧视待遇的需求?美国为数字产品非歧视待遇设置专章的规制模式是否更具优势?尤其是对我国而言,已经加

* 吉林大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金后期资助项目“国际数字经济规则建构中的个人信息保护研究”(21FFXB073)的阶段性成果。

入的《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)与正式申请加入的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)恰恰分属于上述两种不同模式,我国又应当如何选择数字产品非歧视待遇的规制模式?应当在何种程度上与 FTAs 相协调?对于数字产品非歧视待遇条款的处理与选择,将直接影响我国未来谈判进路,长远来看,甚至还会影响我国在 WTO 层面进行电子商务谈判的立场。但是,目前我国对相关问题的研究多数停留在对于该条款本身的分析,例如数字产品定性问题、同类产品判定问题、不低于待遇标准问题等,鲜少更深入一步从宏观角度分析不同国家模式选择的底层逻辑。因此,本文通过比较分析欧美对于数字产品非歧视待遇的不同规制模式,提出数字产品非歧视待遇规制的难点与要点,最终对我国的应对走向进行预测并提出建议。

二、美式 FTAs 下数字产品非歧视待遇规制的逻辑进路

(一)规则偏好:独立条款下的美式规制模式及其内容演变

自多哈回合起,世界贸易组织谈判进展缓慢的问题逐渐显现,尤其当数字贸易成为各主要经济体经济增长的新助力时,利益分歧下构建共识性规则存在根本的机制性缺陷。美国自 21 世纪之初便开始在双边与多边贸易协定下布局美式数字经贸规则,试图绕开世界贸易组织框架下的多边贸易体制,通过在 FTAs 下增设电子商务或数字贸易章节来实现其贸易诉求和政治诉求。因此,FTAs 成为研究美式经贸规则的主要文本,也是研究美国数字产品非歧视待遇条款的主要依据。自 2004 年起,美国近 20 年间签署的 12 个自由贸易协定均含有独立的数字产品非歧视待遇条款(见表 1)。从 1.0 版本的美国—智利 FTA,到 2.0 版本的美国—韩国 FTA,再到 3.0 版本的《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership, TPP),以及目前被美国标榜为“21 世纪最高标准的贸易协定”的美墨加协定(US-Mexico-Canada Agreement, USMCA)。总体而言,美式贸易规则模板在对数字产品非歧视待遇设置专门条款时,基本均由数字产品定义、国民待遇、最惠国待遇以及例外条款三个部分组成,但是在具体的适用和措辞上始终处于动态的演变过程。

表 1 含有数字产品非歧视待遇条款的美国 FTAs

| FTAs | 签订时间 | 生效时间 | FTAs | 签订时间 | 生效时间 |
|-------------|--------|--------|-------------|---------|--------|
| 美国—智利 FTA | 2003.6 | 2004.1 | 美国—秘鲁 FTA | 2006.4 | 2009.2 |
| 美国—澳大利亚 FTA | 2004.5 | 2005.1 | 美国—哥伦比亚 FTA | 2006.11 | 2012.5 |
| 美国—摩洛哥 FTA | 2004.6 | 2006.1 | 美国—巴拿马 FTA | 2007.6 | 2012.1 |
| 中美洲自由贸易协定 | 2004.8 | 2006.3 | 美国—韩国 FTA | 2007.6 | 2012.3 |
| 美国—巴林 FTA | 2005.9 | 2006.8 | TPP | 2015.11 | 未生效 |
| 美国—阿曼 FTA | 2006.1 | 2009.1 | USMCA | 2018.11 | 2020.7 |

注:本表系笔者根据美国贸易代表办公室网站资料整理而得。

1. 路径选择: 专门数字产品定义下的独立条款模式

美式规制模式构建的前提在于,其FTAs对数字产品进行了专门的定义,从而解决了数字产品“货物”与“服务”属性争议带来的条款适用前置性难题,以便在电子商务章节下设立独立的数字产品非歧视待遇条款。具体而言,美国—智利FTA明确指出数字产品是指任何以光磁或者光子手段进行电子传输的数字代码,包含计算机程序、文字、视频、图像、录音以及其他产品。^①该条款奠定了美式数字产品规则的基调,特别是产品实质与产品运输方式这两个基本概念的规定,且此后未有较大改变,仅仅通过用词的增减来完善表述。例如,相较于美国—智利FTA,美国—澳大利亚FTA再次解释了数字产品既可以是商品的组成部分,也可以用于服务的供应,甚至可以单独存在。^②美国—韩国FTA第15.9条在既有基础上补充了不论其固定在有形的载体上还是以电子形式传播,也不论是用于商业销售还是发行。^③TPP第14.1条则在定义上进一步减少了对于固定载体的描述,更强调电子传输形式的传播。而代表着美国目前国际经贸规则最高标准的USMCA也只是对前述规则进行了整合性的表述,并未有较大变动。这主要是因为对于数字产品的主要争议点始终不在于定义而是在定性上,因此自2004年至今的美式FTAs下的数字产品定义中都明确了,该条款的签署并不代表着缔约方对于数字产品属于服务或货物的表态,这也是美式数字产品非歧视待遇规制模式得以达成的基础。但是美国通过规避数字产品定性问题以求达成独立规范的数字产品非歧视待遇条款,是否存在必要性以及能否达到预期的效果仍有待证成。

2. 文本解读: 条款结构与内涵的更迭

首先从条款结构来看,不同于货物贸易与跨境服务下的非歧视待遇条款一般通过国民待遇与最惠国待遇分别予以规范,美式模板下,存在数字产品非歧视待遇的专门规范,但是有一半以上的FTAs将其与电子传输免征关税的要求共同归类于数字产品(digital products)条款中。这主要是由于自1998年WTO成员达成对电子传输暂时免征关税的一致意见后,在较长时间内该问题并未引起太多关注。但是随着数字贸易的兴起,电子传输的关税问题逐渐引发争议,因此美式FTAs逐渐将两者进行了分

① 美国—智利FTA第15.6条原文为:“Digital products means computer programs, text, video, images, sound recordings, and other products that are digitally encoded and transmitted electronically, regardless of whether a Party treats such products as a good or a service under its domestic law; electronic transmission or transmitted electronically means the transfer of digital products using any electromagnetic or photonic means”。

② 美国—澳大利亚FTA第16.8.4条原文为:“For greater clarity, digital products can be a component of a good, be used in the supply of a service, or exist separately, but do not include digitized representations of financial instruments that are settled or transmitted through central bank-sponsored payment or settlement system”。

③ 美国—韩国FTA第15.9条原文为:“Digital products means computer programs, text, video, images, sound recordings, and other products that are digitally encoded and produced for commercial sale or distribution, regardless of whether they are fixed on a carrier medium or transmitted electronically”。

割。虽然并未分设国民待遇与最惠国待遇条款,而将其作为数字产品非歧视待遇条款总体承诺的一部分(non-discriminatory treatment of digital products)予以统一规范,^①但是从整体而言,这已然极大地扩展了非歧视待遇的覆盖范围。

其次从条款内涵的演变上看,一方面是在用词层面,随着美式数字贸易规则在全球范围内的影响力不断扩张,在美国—韩国 FTA 之后,“shall”的使用频率逐渐提高,尤其是 TPP 与 USMCA 都采用了“shall”的表述。

另一方面,从非歧视义务范围来看,虽然数字产品非歧视待遇条款的核心内容始终是:任一缔约方不得以数字产品是在其领土之外以创造、生产、出版、存储、传输、订约、委托或首次提供的,或者以作者、表演者、生产者、开发者、该产品的分销商是另一缔约方或是非缔约方为由,给予低于其他同类产品的待遇;或者与非缔约方相比,不得对缔约方的上述数字产品或服务商的待遇给予较低待遇。但是其具体的义务范围经历了由扩张到限缩的几次演变。相较于美国—智利 FTA 而言,自美国—澳大利亚 FTA 后的 FTA 将非歧视待遇的义务范围扩充到了非缔约方的数字产品服务商,^②但是自美国—韩国 FTA 起,又取消了对非缔约方数字产品服务商的国民待遇,尤其是中美洲自由贸易协定明确指出,该条款并未赋予非缔约方任何权力。^③自 TPP 起,该条款删去了“存储”(stored)与“分销商”(distributor)两项表达。也就是说,对于诸如 Google Play store、Apple App store 出售非缔约方开发的 APP 的类似情形,TPP 与 USMCA 允许缔约方拒绝提供非歧视待遇。^④因此,总体而言,美式 FTAs 下的非歧视待遇的保护对象逐渐由全面转向具体,侧重于对数字产品内容相关性更强的参与人的权益保障,而非单纯提供存储或者分销服务的人。

3. 适用规则:多重限制下的条款虚设

从适用规则来看,数字产品非歧视待遇的实际适用普遍受制于跨境服务、投资、金融服务章节的特殊规定,美国—澳大利亚 FTA、TPP 等 FTAs 进一步明确知识产权章节同样具有优先适用的地位。此外,除了上述条款竞合与缔约方的具体承诺清单以外,美式 FTAs 下的数字产品非歧视待遇条款在具体适用时,还存在相当的例外条款。例外条款既包含普遍适用的一般例外与安全例外条款,还排除了补贴或补助金,包括政府支持的贷款、担保或保险以及在政府权力行使过程中提供的服务的适用。但是不同于上述 FTAs 的整体限缩趋势,USMCA 删减了知识产权章节的优先适用,因此,总体而言,数字产品虽有单独的非歧视待遇条款,但在多重限制下,其能够直接适用的机会其实少之又少,条款的虚设性大大降低了美国所预期的该条款能带来的数字贸易自由化程度。但适用规则上的演变仍然体现了美国力图实现包括文化领域在

① 参见美国—智利 FTA 第 15.4 条、美国—澳大利亚 FTA 第 16.4 条、USMCA 第 19.4 条。

② 参见美国—澳大利亚 FTA 第 16.4.1(b)条。

③ 参见中美洲自由贸易协定第 14.3 条。

④ See H. S. Gao, Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation, 45 *Kluwer Law International* 26 (2018).

内的全面数字产品非歧视待遇,以期最大化消减数字贸易壁垒,实现数字贸易自由最大化的基本立场。

(二)底层逻辑:数字贸易顺差最大化的国家利益诉求

通过上述美式FTAs的文本分析可知,虽然数字产品非歧视待遇条款在用词和表述上有所演变,但是美国所选择的规制模式、基本愿景与核心立场,始终维持着统一性,即服从于其整体经济战略并保持一贯性。

美国选择数字产品非歧视待遇的规制模式从根本上来讲离不开美国对外贸易政策的整体导向。自第二次世界大战以后,随着美国国家实力与国际地位的上升,其对外扩张战略也逐渐从地区主义转向全球主义。与之相应的对外贸易政策,也经历了从互惠贸易到自由贸易再到公平贸易等不同的阶段。但从本质上看,源于国家经济地理和政治体制的特性,美国的贸易政策有其内在的稳定性。^①虽然不同时期的贸易政策也经常会受到时任总统政策理念的影响,带有浓厚的个人色彩。例如,同样是在“公平贸易”基本内核下,相较于特朗普政府较为极端的单边主义,拜登政府对于国际贸易协定的选择向“多边主义”回归,作出了加入《巴黎气候协定》、停止退出世界卫生组织的程序、重返联合国人权理事会、在世贸组织新任总干事人选问题上转而与多数国家保持一致的立场等决议。但是这并不意味着拜登政府是在联合国框架下追求以国际法理为基础的真正多边主义,相反,其与特朗普政府的对外贸易政策的内核具有一致性:均是服务于美国数字经济发展利益、根据议题灵活设置的小多边主义。对外政策产生于国内、实施于国外的本质属性,决定了其必然会受到国内内在偏好的影响。^②这种偏好在国内政治和经济发展过程中逐步确立并缓慢变化,从而造就最为符合国家基本利益的对外行动方针。美国数字贸易政策也不例外,其遵循着服务于美国利益、政策目标符合国家战略的底层逻辑主线。

数字产品非歧视待遇的规制模式选择问题,也遵循这一底层逻辑,从数字经济领域保障国家利益基本需求出发。具体而言,从美国国内数字经济与贸易结构来看,2020年美国数字经济规模达到13.6万亿美元,占比超过美国GDP的66%,位列全球第一。^③2010—2019年,美国数字经济实际产值年均增速为6.1%,超过年均2.2%的整体经济增速。也就是说,美国数字贸易的增长速度超过了传统货物和服务贸易,对GDP的贡献也逐渐超过了金融和商品。^④另一方面,从国际贸易视角来看,与始终维持在

^① 参见[美]道格拉斯·欧文:《贸易的冲突:美国贸易政策200年》,余江、习琳琳、陆殷莉译,中信出版集团出版社2019年版,第2-3页。

^② See Margaret G. Hermann & Charles F. Hermann, Who Makes Foreign Policy Decisions and How: An Empirical Inquiry, 33 International Studies Quarterly 362 (1989).

^③ 参见中华人民共和国商务部:《2020年我国数字经济规模位居世界第二,增速全球第一》, <http://xkzj.mofcom.gov.cn/article/myszh/szhzx/202108/20210803184332.shtml>, 2023年7月29日访问。

^④ 参见张雪春、曾园园:《美国数字贸易现状与中美数字贸易关系展望》,《南方金融》2022年第4期,第4页。

占国民生产总值-5%左右的绝对货物贸易逆差相比,数字贸易不仅是美国国内经济的支柱性产业,也是美国在信息全球化时代保持领先优势的首要选择。一项有关全球数字经济发展竞争力的排名报告显示,^①美国以 84.24 分稳居第一,远超其他国家,形成了“不对称的经济实力”。进一步扩大数字经济的优势地位,符合自特朗普政府开始大力发展的以结果为导向的管理贸易和最大化美国贸易顺差的政策理念。因此,在国内经贸发展需求与国际竞争导向的双重影响下,加大数字货物与服务出口比重,占领国际数字市场是美国构建国际数字经贸规则的根本目标。也正是基于这一目标,美国选择对数字产品的相关规范采取独立规制的模式,这一方面可以规避数字产品定性的争议从而有助于双边或多边贸易协定的推进,以保障竞争性自由化^②战略部署的实施;另一方面,避免了数字产品完全落入服务贸易自由化的承诺范畴,有助于在积极倡导贸易自由化的基本数字贸易理念下,最大化消除数字贸易壁垒,维护本国在数字贸易领域的国际竞争优势。

三、欧式 FTAs 下数字产品非歧视待遇规制的逻辑进路

(一)规则偏好:普遍条款下的欧式规制模式与内容演变

与美国相似,由于 WTO 多哈回合的谈判严重受阻,多边贸易协定固有的合意难题让开放的区域主义(open regionalism)成为当时国家对外制定贸易战略的流行理念。对此,同样丧失了将诸如市场准入等关键议题放置在 WTO 下谈判信心的欧盟,于 2006 年推出《欧洲全球》策略,^③并提出“有选择的双边主义”理念,开始将 FTAs 作为多边贸易机制的补充。自此,欧盟的对外贸易规则战略重心由多边贸易协定逐渐转向双边或区域贸易协定。^④因此,对于欧式数字产品规则的研究,自然也离不开对于欧式 FTAs 的文本分析:^⑤从首次使用“electronic commerce”一词的欧盟—智利 FTA,

^① 参见王振:《数字经济蓝皮书:全球数字经济竞争力发展报告(2017)》,社会科学文献出版社 2017 年版,第 11-12 页。

^② 区域(双边)和多边主义被美国经济学家伯格斯坦称为“竞争性自由化”,即区域性的贸易自由化与全球性的贸易自由化之间开展竞争,各种区域性贸易自由化之间也开展着竞争,各国都在选择不同的方式实现贸易自由化,因而各国之间也开展着竞争。

^③ See European Commission, Global Europe: Competing in the World-A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, <https://www.cedefop.europa.eu/en/news/communication-global-europe-competing-world>, visited on 29 July 2023.

^④ See Boris Rigod, Global Europe :The EU's New Trade Policy in Its Legal Context, 18 Columbia Journal of European Law 277 (2012).

^⑤ 不同于美国贸易代表办公室将贸易协定较为统一地分为自由贸易协定(free trade agreements, FTAs)、双边投资协定(bilateral investment treaties, BITs)、贸易投资框架协定(trade and investment framework agreement, TIFAs)三大类。欧盟在贸易协定术语的使用上明显更加复杂,根据欧盟贸易委员会所使用的官方文件来看,分别包含自由贸易协定、经济伙伴关系协定(economic partnership agreement, EPA)、协会协定(association agreement)、临时经济伙伴关系协定(interim economic partnership agreement)、全球协定(global agreement)以及其他贸易协定类型,为了研究的便宜,本文在广义上理解自由贸易协定,将其指向欧盟与第三国签订的贸易协定。

到欧盟首个新一代FTA 欧盟—韩国FTA,再到首次将电子商务作为独立章节的欧盟—加拿大全面经济与贸易协定(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA),以及最新版本的欧盟—新西兰FTA将原有电子商务章替换为数字贸易章节。虽然在整体数字贸易规则的发展上,欧美模板存在一定的趋同性,^①但是在数字产品规制问题上两者作出了截然不同的选择。

1. 路径选择:规避数字产品定义下的普遍条款模式

从数字产品界定问题上看,虽然欧美均在21世纪之初便关注到了数字经贸所带来的国际规制需求,也在较为一致的时间段首次将电子商务内容纳入对外贸易协定中,但是从一开始,两者便选择了完全不同的规制路径。这在数字产品问题上体现得尤为突出,最明显的便是欧盟在数字贸易的相关规则中始终并未涉及数字产品这一概念。美国首个涉及电子商务条款的美国—约旦FTA,便明确规定不应当对包含数字产品在内的电子传输施加不必要的障碍。美国—智利FTA,将原有的“digitized products”更改为“digital products”,此后至今,美国涉及电子商务章节的FTAs均沿用了这一概念。反观欧盟,虽然与美国近乎同期,在欧盟—智利FTA中首次引入了电子商务条款,但是仅仅表明了鼓励电子商务合作与监管的基本立场,未提及美式规制中最为关心的电子传输关税与数字产品。包括欧盟—韩国FTA、欧盟—中美洲FTA等在内的贸易协定均将电子商务议题的规制停留在原则性合作倡议上,仍未涉及数字产品问题。随着欧盟数字贸易战略的调整,对外贸易协定中的电子商务规范也逐渐完善,CETA首次将电子商务独立成章,对相关问题有了体系化的规范;从2018年欧盟—澳大利亚FTA起,欧盟也开始将电子商务章节更改为数字贸易章节;从2022年欧盟与新西兰、印度尼西亚等最新的谈判成果来看,源代码、数字跨境流动、消费者保护等领域也被逐渐纳入欧盟FTAs的规制范围之内,但是却从概念界定开始就规避了数字产品问题,这也是在欧美数字贸易规制范式逐渐走向趋同中仍然存在差异性的关键点。

2. 文本解读:统一适用于一般的非歧视待遇条款

从条款结构来看,不同于美国自始认为数字产品因其传输方式所具有的数字特性,从而将其作为数字贸易下的独立议题在FTAs中加以规制,欧盟更倾向于通过技术中立原则将电子传输与传统贸易相联结。从早期欧盟FTAs的电子商务条款来看,其并未像美式规制一样,直接使用“electronic transmission”或是“transmitted electronically”,而是依然沿用了传统服务与货物贸易中常用的“delivery”一词;并且电子商务条款还曾被归于服务贸易章节下,例如,欧盟—智利FTA中电子商务是作为服务贸易与机构章下有关服务的一般规定条款出现的。此后,欧盟虽然逐渐将电子商务规范

^① 参见高建树、李晶:《数字贸易规则的“求同”与“存异”——以欧盟RTAs电子商务章节为例》,《武大国际法评论》2020年第2期,第116页。

独立出来,但是相关 FTAs 要么规定电子商务章节应当优先于其他章节,要么指明与其他章节不一致时应当以其他章节为准,^①例如,欧盟—新西兰 FTA、欧盟—澳大利亚 FTA 等贸易协定均在电子传输关税问题下明确电子传输应被视为投资自由化与服务贸易一章中所指的服务供应。^②欧盟—日本 FTA 直接指明了缔约方应当重视技术中立原则在电子商务中的应用。^③总的来看,不同于美式规制模式通过提出数字产品的专门概念来规避数字产品属性界定的前置性难题,并以数字产品专属性的非歧视待遇条款,进一步扩大了国民待遇与最惠国待遇的适用范围,欧盟对于这一议题采取了更为保守的规制模式。正如前文所述,欧盟 FTAs 始终未曾采用“digital products”一词,电子商务(数字贸易)一章基本只强调了服务贸易规则对于电子传输提供服务的适用性。因此,对于美式规制模式中所谓的“数字产品”,在欧盟 FTAs 中依然要通过《商品名称及编码协调制度国际公约》或者服务部门分类表,并结合正面清单或负面清单来加以判断归类,再选择相应的非歧视待遇条款予以适用。

3. 适用规则:绝对排除视听服务

在适用规则上,由于欧盟 FTAs 始终避免使用数字产品定义,因此面对美式 FTAs 中所谓的“数字产品”时,欧盟需要在判断其货物与服务属性的前提下,将其落入一般的货物贸易与服务贸易的非歧视待遇中予以规制。从这一视角来看,其适用规制与美式 FTAs 在章节竞合、公共事项排除与安全例外等方面具有相当大的一致性。差异的重点在于电子商务章节对视听服务的规制上。虽然由于特定贸易协定的性质与贸易伙伴身份的差异,FTAs 条款的内容与适用必然会有相当大的不同,但是欧美对于文化与贸易自由化这一议题的基本态度有着本质的区别。美国力图弱化数字贸易领域下视听服务可以豁免非歧视待遇的特殊待遇,在 USMCA 中删减了 CPTPP 数字产品非歧视待遇条款对于广播的排除适用,更多依赖于服务、投资、金融章节优先适用,从而间接通过负面清单加以规制。欧盟对于文化领域的重视程度自始便要高于美国,相较于美式 FTAs,欧盟常常于其序言中加设对于文化多样性的重点保护条款,因此,欧盟对于在文化领域适用非歧视待遇始终保持着谨慎甚至排斥的态度,对于数字贸易也不例外。欧盟 FTAs 不仅采取了惯用的正面清单模式,电子商务(数字贸易)章节更是通过排除视听服务对本章节的适用,从而明确了文化例外原则。此外,欧盟 FTAs 中,服务贸易章节也倾向于排除视听服务的适用,例如,欧盟—智利 FTA 第 95 条直接规定“本章适用于所有的服务贸易,除了视听服务”。

^① 例如,欧盟—日本 FTA 第 8.70.6 条原文为:“In the event of any inconsistency between the provisions of this Section and the other provisions of this Agreement, those other provisions shall prevail to the extent of the inconsistency”。

^② 欧盟—新西兰 FTA 第 12.7.1 条原文为:“Electronic transmissions shall be considered as a supply of services within the meaning of the Title on Investment Liberalisation and Trade in Services”。

^③ 参见欧盟—日本 FTA 第 8.70.3 条。

(二) 底层逻辑: 国际数字经贸规则趋同化的国家利益诉求

不同于美国在数字贸易战略上更加具有外向的进攻性, 欧盟作为美国域外数字市场的主要消费国, 难以在短时间内在国际市场上摆脱数字贸易逆差的发展态势。对此, 欧盟将更多的重心放在内向性保护, 相较于美国更为直接的经济利益目标, 欧盟选择较为间接的规制输出战略。在数字贸易问题上, 美国常常在国内与国际上采取双重标准, 构建专门的域外规则体系, 将数字贸易实际经济获益最大化作为第一目标。而欧盟由于难以在短期内实现国际数字市场的贸易最大化, 因此更加注重域内规则的域外效力。欧盟在对外贸易协定中的国际数字经贸规则制定节奏, 与国内数字市场战略保持了相当的一致性。因此, 相较于美国而言, 前期欧式 FTAs 下的电子商务规则发展较为缓慢, 碎片化程度高, 更多停留在原则性规制上。直至 2015 年“数字单一市场战略”、2018 年“欧盟人工智能战略”、通用数据保护条例、2020 年“塑造欧洲数字化未来”战略、“欧洲数据战略”和“人工智能白皮书”, 以及数字市场法、数字服务法等数字经济战略不断推进, 才极大地促进了对外贸易协定中数字规则的发展。欧盟含有电子商务(数字贸易)规制的协定, 有一半以上都是在这一阶段随之推进的。欧盟在数字产品非歧视待遇规制模式的选择上也遵循这一底层逻辑, 力图保障其 FTAs 更大程度上与国内规制保持一致。

因此, 欧式 FTAs 始终没有明确数字产品的概念, 这也成为欧美 FTAs 下数字产品非歧视待遇规制模式的本质分歧。欧盟之所以作出这种选择, 也离不开其域内法治的导向。一方面, 从欧盟及其成员国的立法来看, 相较于“digital products”, 在欧盟域内更为常用的是“digital content”, 2011 年欧盟消费者保护指令^①、《德国民法典》^②均采用这一表述, 来表达与美式 FTAs 中数字产品类似的内容。^③另一方面, 从欧盟域内司法实践来看, 一般而言, 如果数字商品与有形实体无关, 则欧盟法院通常会采取服务规则予以适用; 反之, 则采取有关货物规则。例如, 在 Giuseppe Sacchi 案^④与 Dynamic Medien 案^⑤中, 虽然包含广告性质的电视信号在内的电信传输服务, 但是由于争议焦点在于传输的介质, 所以对于 DVD、磁带、录像带等物理属性的实体物仍适用货物流动规则。英超足球联赛案^⑥中, 虽然判决的焦点是“外国解码设备进口”

① See Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32011L0083>, visited on 29 July 2023.

② See German Civil Code (BGB), under which defines digital content as “content that is not contained in a tangible medium and that is produced and made available in digital form”.

③ Recital 19 of the Preamble to the Directive 2011/83/EU: “Digital content means data which are produced and supplied in digital form, such as computer programs, applications, games, music, videos or texts, irrespective of whether they are accessed through downloading or streaming, from a tangible medium or through any other means.”

④ See Giuseppe Sacchi, ECLI:EU:C:1974:40(Case 155/73).

⑤ See Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG, ECLI:EU:C:2008:85 (Case C-244/06).

⑥ See Football Association Premier League v. QC Leisure and Others ECLI:EU:C:2011:631 (Cases C-403/08).

问题,但是欧盟法院认为鉴于国家立法并不针对解码设备,其规制的本质在于用户通过解码设备所获得的加密广播服务,因此虽有实体载体,但是仍应当适用服务自由流动规则。从整体来看,由于“服务”概念本身的争议性与复杂性,加之数字内容的特性使其难以完全用传统概念予以界定,欧盟认为不论是将数字产品盲目地归置于货物、服务之一,或是加之以特殊概念,都有可能带来所谓的概念障碍,因此,更应当根据其专有属性进行分类,并且依照个案予以分析。即使欧盟法域内存在与数字产品类似的概念,但并未单独设置与之配套的规则。这一立场也延续到了欧盟在对外贸易协定中数字产品非歧视待遇规制模式的选择:欧盟规避了对数字产品予以特殊界定。

四、中国数字产品非歧视待遇的规制模式:开放与保护并济

(一)路径选择:比较视野下中式规制模式的基本前提

不同于传统领域中对非歧视待遇条款的研究常常围绕“同类产品”和“较低待遇”等术语的辨析展开,当这一基本国际经贸规则适用于数字领域时,由于数字特性的定性问题,其所带来的前置性挑战比传统的非歧视待遇条款更为紧迫。因此,我国在对数字产品非歧视待遇规制模式作选择时,应当率先对前置性的争议焦点作出回应,明确规制模式的基本指导方针,才能谈及非歧视待遇条款固有研究范畴在数字领域面临的新难题。

1.规制模式选择争议的本质:FTAs 下数字产品的新分类

通过前文对 21 世纪以来欧美签订的 40 多份 FTAs 的文本比较分析可知,美欧数字产品非歧视待遇规制分别采取“独立条款模式”与“普遍条款模式”,这极为直观地体现在是否单独使用并界定“数字产品”一词上,也决定了两种模式在条款竞合规制、条款内容设置上的选择。这两种模式在是否单独使用和明确定义“数字产品”上存在显著差异,而这直接影响了后续在条款冲突规制和内容设定方面的选择。而这一表征的内源其实在于,不同国家在利益的考量下,对于数字特性的差异化认定所带来的数字产品归类分歧。虽然我国早在多边贸易体制下就已对类似问题表明过立场,例如,在 WTO 中美出版物与视听产品案中,中国对于影院放映的电影提出主张,认为即使是电影存在载体(如胶片或者母带),但这一载体仅仅是作为传播的工具,本身并不具有相当的价值,相反影院放映的电影的核心商业价值在于从电影服务中获得利益,因而应被视为一种许可服务。^①但是 FTAs 语境下对数字产品的属性争议又与 WTO 中的有所不同,当数字产品跳出 WTO 多边贸易体制下货物与服务二选一归类或是累加义务的必然性后,鉴于 FTAs 赋予缔约方的自由度,美国创造性地提出了数字产品的独有概念。随着美国在数字贸易中取得绝对优势,这一规制模式在全球规则范式中也具有很强的导向性。因此,对于数字产品归类的争议

^① See China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009.

也产生了质的改变,从WTO中的货物服务之争,在FTAs下转变为将其仅仅视为服务从而选择类似于欧盟的规制模式,到进一步放大其数字特性,从而设立专门的条款。

2.数字产品非歧视待遇规制模式争议焦点下的中国选择

我国应当对数字产品的数字特性予以重视,尝试走向独立条款的规制模式。一方面,从条款本身来看,承认数字产品所具有的数字特性从而设立专门的规制条款是更具前瞻性的规制模式。虽然数字产品非歧视待遇条款本身的象征意义大于实践意义,但是在第四次科技革命带来的产业数字化浪潮下,数字经贸规则体系的构建成为新一轮国家间博弈的焦点。在数字产品领域,既有的商品服务化系统(product-service system, PSS)^①在电子传输技术的加持下,愈发模糊了商品和服务的界限,现有数字产品的属性规制已然成为难题,云服务、大数据等介质下未来商业模式可能衍生出同时具有双重属性的新型产品。跳出传统的商品与服务二分法,重视数字产品的数字特性从而制定专属规则是一种必然发展趋势。

另一方面,从我国数字经济战略方向来看,承认数字产品所具的数字特性从而设立专门的规制条款,更符合我国数字贸易发展需求。依托于互联网用户规模带来的数字市场流量优势,我国电子商务规模增速极快。根据Statista统计,2020年中国电子商务收入规模为1.34万亿美元,美国为0.54万亿美元。^②2019年中国零售电商平台占全球市场份额的比例为42%,而亚马逊的市场份额为13%。^③为了形成并扩大我国在数字贸易中的优势地位,我国在对外贸易政策上也出现了逐渐开放的态势。自2001年《亚太贸易协定》起,我国至今已与26个国家和地区签署了共计19份FTAs,^④其中,中国—毛里求斯FTA、中国—韩国FTA、中国—澳大利亚FTA、中国—新加坡FTA、RCEP这五项FTAs含有独立的电子商务章节。虽然相较于欧美,我国FTAs下的数字贸易章节对跨境数据流动设置了例外限制、在整体结构上缺失源代码等条款,但是申请加入CPTPP与DEPA的战略部署,进一步体现了我国数字贸易自由化的价值导向,在数字产品规制问题上自然也不例外。

(二)文本设置:三重关键节点的再考量

通过前文对美式规制模式的文本解读,可以发现数字产品非歧视待遇条款的体例设计自始便呈现高度的一致性。^⑤从提出数字产品定义的美国—智利FTA到最新

^① See Fernanda Hönsch Beuren, *et al.*, Product-Service Systems: A Literature Review on Integrated Products and Services, 47 *Journal of Cleaner Production* 223 (2013).

^② See E-commerce Worldwide - Statistics & Facts 2020, <https://www.statista.com/study/103795/study-on-e-commerce-in-china-2020/>, visited on 29 July 2023.

^③ See eMarket: Global Ecommerce 2019, <https://www.insiderintelligence.com/content/global-ecommerce-2019>, visited on 30 July 2023.

^④ 参见中国自由贸易区服务网:《我国已与26个国家和地区签署19个自贸协定》, <http://fta.mofcom.gov.cn/article/fzdongtai/202209/498571.html>, 2023年7月30日访问。

^⑤ 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88页。

的 USMCA,其数字产品非歧视待遇条款均由“非歧视待遇本身”“非歧视待遇的范围”“条款与其他章节的处理”三部分构成。因此,当我国选择独立条款的规制模式时也可以借鉴上述条款设计的基本结构,但这并不意味着要照搬美式数字产品非歧视待遇条款,相反,应当结合我国与缔约方的具体需求,对上述条款的关键节点进行再考量。

1. 数字产品非歧视待遇内涵与外延的再考量

我国目前尚未对数字产品的概念予以明确的法律定性,仅在各类报告中广泛地列举数字产品的具体品类,例如电子书、电子期刊、网络游戏、短视频、网络动漫等。构建我国数字产品非歧视待遇条款规制模式,首先,应当界定条款适用对象“数字产品”的具体含义。在结合国内既有《电工电子产品环境意识设计术语》《信息安全技术网络产品与服务安全通用要求》等技术规范对电子产品、网络产品含义的基础上,应参考 WTO、OECD 等国际数字规则,重点把握其核心特征:一是从本质上讲,数字产品是经过数字编码的产品,包括但不限于文本、视频、录像;二是从形式上讲,既不应局限于是否存在物理载体,也不应当限制线上或线下传输。其次,应当明确享有非歧视待遇的具体行为指向。鉴于数字产品的特殊性,除了传统的非歧视待遇条款所指向的“创建”“生产”等行为,数字产品的文化属性与创作属性,要求更进一步涵盖“出版、订约、委托、首次提供”等商业行为以及其提供者,从而构建一种将市场主体与创作主体均纳入保护的更全面、普惠的非歧视待遇规制模式。

2. 数字产品非歧视待遇范围设定的再考量

从传统的货物、服务贸易等章节来看,非歧视待遇本身所指向的范围很广,既可以包含海关与边境措施,也可以包含国内税和国内监管等边境后措施。但是一方面,正如前文所述,从中国目前已经签订的 FTAs 来看,我国对电子商务章节的贸易自由度始终保持着审慎的态度,数字产品非歧视待遇条款也不应例外,其适用范围应当与国家整体数字经济发展战略保持一致;另一方面,数字产品区别于一般货物与服务文化属性,使其与国内文化安全息息相关,从而要求更高层次的审查与保护标准。正基于此,我国数字产品非歧视待遇条款范围的设定应当整体上呈现限缩趋势。相较于美式 FTAs 给予文化贸易的负面清单模式,选择正面清单模式更加符合我国的现实需求,这就要求贸易企业不能享有协定未规定的权利,文化部门的开放程度也应当依照具体承诺清单而定。此外,对于“视听服务”“广播”等关键部门,可以在数字产品非歧视待遇条款下,直接以例外事项的形式排除适用。

3. 数字产品非歧视待遇条款与其他章节关系的再考量

一方面,从我国已经缔结的 FTAs 来看,电子商务章节作为国际数字经贸规则的最新发展,其项下的部分条款往往受制于服务贸易、投资和金融服务章节。例如,RCEP 明确规定了“跨境数据流动与数据本地化条款不得适用于一缔约方采取的与服务贸易或投资义务不符的措施”。另一方面,从数字产品非歧视待遇规制模式的经验来看,DEPA、沿袭美式规制模式的 32 份 FTAs,^①均规定要优先适用服务贸易、投资和

^① 参见廖丽、张颖:《数字产品非歧视待遇规则:立法流变、条款特征及中国适用》,《国际贸易》2023 年第 6 期,第 79 页。

金融服务章节下的具体承诺。因此,基于上述总体发展趋势,当我国在电子商务章节中引入独立的数字产品非歧视待遇时,也应当优先遵守上述三个章节的相关规定,尤其是各缔约方通过正面清单承诺作出的各类保留。

(三)适用规则:其他例外条款的具体应用

面对我国数字产品走向海外仍处于起步阶段、缺乏海外市场运作经验、缺少具有行业引领地位的中国企业、并未形成中国数字产业走出去的完整产业链等现实发展情况,^①我们应当善于运用例外条款,谨慎且克制地选择贸易自由化程度。

1.跨境数据流动相关例外条款对数字产品的应用

数字产品区别于传统产品的关键在于使用了数字技术对内容进行编辑、加工,并可以通过网络渠道对其数字内容进行传播。也就是说,数字产品的在线传输本身就是数据的跨境流动。^②数据跨境流动与数字本地化的相关措施中的例外规定同样可以适用于数字产品。因此,我国 FTAs 中对数据流动的相关保护措施,可以起到与数字产品非歧视待遇条款相辅相成的效果,从而减少对引入数字产品非歧视待遇条款所带来的安全风险。例如,当跨境数据流动条款规定,缔约方有权出于保障必要的合法公共政策目标与维护基本安全利益的目的,而禁止数据的跨境流动时,该例外同样可适用于网络传输数字产品的跨境贸易;同样,当跨境数据流动条款规定对“基本安全利益”与“合法公共利益”的自由裁量权时,缔约方同样具有评估线上传输数字产品跨境贸易是否有损于上述国家利益的自由裁量权。

2.安全例外条款与基本安全例外条款对数字产品的适用

首先,对于安全例外条款而言,作为多边贸易协定与区域贸易协定中惯用的一般例外,“公共道德例外”可以针对数字产品可能出现的特殊情况予以适用。但需要注意的是,虽然 WTO 相关判例中,专家组承认成员具有对“公共道德”含义的解释权,但是对必要性测试提出了较高的要求。在中美音像制品案中,中国曾援引该条款,但专家组认为难以证明替代措施的不合理性,因此未能通过必要性测试而驳回了该条款的抗辩。其次,基本安全例外条款作为兜底性条款,除了与一般安全例外条款一样要求必要性测试以外,对于数字产品可能指涉的国家安全利益也有程度上的要求。在 DS512 案中,WTO 提出只有“国家典型职能有关的利益,即保护领土、人民不受外来威胁,维护法律、国内公共秩序的利益”方可被视为本条款所要维护的利益。

五、结语

在国际数字经贸规则发展中,我国面临着在美欧两种截然相反的数字产品非歧视待遇规制模式中如何选择的难题。这不仅仅关乎我国应在何种程度上与将要加入的 CPTPP、DEPA 等区域贸易协定相协调,而且也影响着我国未来在国际电子商务规

^① 参见陈丹、郑泽钜:《中国数字出版产品“走出去”:现状、挑战与对策》,《科技与出版》2021 年第 11 期,第 19 页。

^② 参见罗云开:《中国与欧盟数字贸易合作问题研究》,《上海对外经贸大学学报》2021 年第 6 期,第 31 页。

则领域的谈判进路。对此,本文通过对美欧规制模式的实证研究与比较分析,凝练出以“路径选择”“文本设置”“适用规则”为核心的数字产品非歧视待遇规制三要素。具体而言,我国的规制模式选择,首先,应结合数字经济整体战略与对外经贸发展现状,明确数字产品非歧视待遇独立条款的路径;其次,从数字产品与非歧视待遇的内涵与外延出发,提出具体条款的文本构想;最后,辅之以多种例外条款的灵活适用,构建开放与保护并济的中国数字产品非歧视待遇规制模式。

The Regulating Model of the Non-discriminatory Treatment of Digital Products in the U.S and Europe FTAs

Abstract: In the process of global digital governance, the digital economic and trade rules under regional trade agreements, while promoting the digital rule of law, are subject to their inherent characteristics of islanding and fragmentation, and inevitably form regional digital trade rule templates based on the economic demands of leading regional trade countries. The field of non-discriminatory treatment of digital products is no exception, whether it is the American template under the independent terms, or the European template under the ordinary terms, the essence of the preference of the rules is the differentiation of national interest demands. Therefore, when China is faced with these two diametrically opposite regulatory approaches, combining the forward-looking provisions and the national digital economy development strategy, we can draw the conclusion that China should choose an independent non-discriminatory treatment clause for digital products, and achieve the dual goals of opening up and protecting digital products and economy through the specific application of the exception clause.

Key words: digital products; non-discriminatory treatment; digital trade rules; regional trade agreement

(责任编辑:钱静 漆彤)