

数字产品非歧视待遇条款 对我国国家利益的影响与对策

赵海乐

【摘要】CPTPP与DEPA当中的数字产品非歧视待遇条款兼采“货物生产地”与“生产者国籍”两项标准认定非歧视待遇覆盖范围,且并未对非歧视待遇采取清单式限制。该条款因而有别于传统货物与服务贸易中的非歧视待遇规则。目前,国别数字治理规则可能与该条款存在冲突的措施包括数字产品准入限制、数字服务税与数字产品消费限制。上述措施均存在明显的歧视性,且适用公共道德例外进行抗辩很可能面临涉案措施“必需性”证明难题。对我国而言,数字产品非歧视待遇条款有助于降低贸易壁垒,但同时会对我国数字治理措施合法性提出挑战。我国可以将数字产品差别待遇措施写入“负面清单”,同时利用“补贴例外”“广播例外”与“公共道德例外”维护我国数字治理措施合法性空间。

【关键词】数字产品;非歧视待遇;同类产品;公共道德例外

【作者简介】赵海乐,吉林大学法学院副教授、博士生导师,电子邮箱:hailezhao@jlu.edu.cn。

【原文出处】《国际贸易》(京),2023.3.87~95

【基金项目】本文是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)、吉林大学劳动关系专项研究课题“国际贸易规则重构对职工权益实现影响研究”(2021LD010)的阶段性成果。

一、引言

随着数字经济的蓬勃发展,国家间数字经贸规则谈判也已成为国际经济规则重构的重要内容。不论是WTO层面的电子商务规则谈判,还是在FTA当中纳入“电子商务”或“数字贸易”章节,此领域的国际合作已然成为趋势。从理论上讲,数字经贸规则的谈判应当是对于现行多边贸易规则的继承与发扬,其具体制度设计或有特异之处,但一般法律原则与基石性制度构建不应有根本性差异。然而,综观当前较为前沿的FTA“电子商务”章节设计,一个耐人寻味的现象却正在发生:在传统货物与服务贸易规则项下不可或缺的“非歧视”待遇条款,在数字贸易规则项下却仅仅是“可选项”而非“必选项”。诸如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)、《美墨加协定》等美国主导缔结的

FTA当中,电子商务章节通常包括“数字产品非歧视待遇”条款;《数字经济伙伴关系协定》(Digital Economy Partnership Agreement, DEPA)也同样如此。然而,在包括《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)在内的、以发展中国家为主体的FTA当中,却往往并不包括这一条款(洪俊杰、陈明,2021)。

我国学者在对数字贸易规则谈判最新动向的跟踪当中,往往将数字产品非歧视待遇条款视为数字贸易自由化的又一具象(陈寰琦、周念利,2019;黄家星、石巍,2021;李墨丝,2020);然而,对于数字产品非歧视条款为何未能获得国家间普遍接受这一问题,当前学者著述尚未给予有效的解答。对此的研究因而将具有学术创新性。不仅如此,考虑到我国已于2021年年底宣告开启加入CPTPP与DEPA谈判,我国接受数字产品非歧视待遇条款同样将具有

现实意义。基于此,本文将从“数字产品非歧视待遇”条款本身的制度设计出发,在分析其特异性的基础之上,探讨其可能对主权国家数字治理政策合法性造成的挑战,并结合我国数字经济实践,分析此款可能对我国国家利益产生的影响与对策。

二、数字经济语境下非歧视原则的条约表达

(一)数字产品非歧视待遇条款文本解读

当前,数字产品非歧视待遇规则主要出现于美式FTA“数字贸易”或“电子商务”章节当中,且文本表述高度一致。以CPTPP第14.4条为例,其对数字产品非歧视待遇的规定共包含如下三方面内容:第一方面内容,是对待遇本身的范围设定。第14.4条第1款规定:“任何缔约方对在另一缔约方境内创作、生产、出版、签约、委托或以商业条件首次提供的数字产品,或作者、表演者、生产者、开发者或所有人为另一缔约方主体的数字产品,给予的待遇不得低于给予其他同类(like)数字产品的权利。”其中并未对“待遇”范围进行任何限制。这意味着,非歧视待遇既涵盖了海关与边境措施,也涵盖了国内税和国内规制等边境后措施。该条脚注同时表明,“如CPTPP非缔约方的某一数字产品属于同类产品,则该产品同样构成‘同类数字产品’”。而对于“数字产品”一词,CPTPP第14.1条将其定义为“经过数字编码、为商业销售或分销而生产并可以电子传输的计算机程序、文本、视频、图像、录音或其他产品”,但通常不包括数字化货币或金融产品。第二方面内容,是对非歧视待遇的例外设定。根据CPTPP第14.4条第3款、第4款,非歧视待遇不适用

于政府补贴或赠款,也不适用于广播服务。第三方面内容,是该条款与其他章节间关系的处理。CPTPP“知识产权”“投资”“跨境服务”“金融服务”四章内容作为“特别法”,在与“数字产品非歧视待遇”条款出现冲突时优先适用^①。

CPTPP“数字产品非歧视待遇”规则的上述设计体例,几乎沿用于包含此规则的全部条约文本当中。《美墨加协定》第19.4条与CPTPP第14.4条相比,唯一的区别在于,第19.4条在例外设计上并未提及知识产权章节优先适用与“广播例外”。DEPA第3.3条文本与CPTPP第14.4条完全相同,仅“序言”句略有差异,增加了如下表述:“各方确认其关于数字产品的非歧视待遇承诺包括但不限于”。《美日数字贸易协定》第8条文本也与CPTPP第14.4条完全一致,仅将“广播例外”范围限定为“本条款不得阻碍成员方通过或维持某项措施,以限制广播企业当中的外资比例”,且将“广播”一词定义为“任何直接面向公众的电子通信传输”。当然,鉴于DEPA与《美日数字贸易协定》本身仅为数字贸易专门性规定,其中并不具有投资、金融等章节,因此,其中自然不包含“章节间关系”设计,仅强调缔约方之间已缔结的其他知识产权条约应当优先于本条款适用。不过,DEPA第1.2条同时规定,该协定并不优先于缔约方之间的其他条约。这就意味着,至少对于其他条约中更加清晰的义务设定,数字产品非歧视待遇条款需做出让步。

以上条约文本设计异同如表1所示。

表1 数字产品非歧视待遇条款在不同条约项下的文本表述异同

	CPTPP第14.4条	《美墨加协定》第19.4条	DEPA第3.3条	《美日数字贸易协定》第8条
权利主体	兼采“货物生产地”与“生产者国籍”标准	无差别	无差别	无差别
数字产品范围	数字编码、可电子传输的计算机程序、文本、视频、图像、录音等	无差别	无差别	无差别
例外设计	政府补贴例外;广播例外	政府补贴例外	政府补贴例外;广播例外	政府补贴;“广播例外”仅限于外资比例问题
章节间关系	“知识产权”“投资”“跨境服务”“金融服务”规则优先适用	未提及知识产权章节优先适用	其他协定中的知识产权条款优先适用	其他协定当中的特别规范优先适用

资料来源:根据CPTPP、《美墨加协定》、DEPA、《美日数字贸易协定》文本内容整理。

(二)数字产品非歧视待遇条款设计特异性

由上述分析可知,较之于传统意义上针对货物或服务贸易的非歧视条款设计,数字产品非歧视待遇条款存在如下特异性:

其一,“数字产品”完全可以是“货物”,但此种“货物”的“原产地”规则不同于传统货物贸易。根据“数字产品”一词的定义,“数字产品”的“数字”属性源自其“数字编码”的形式,以及能够“电子传输”的特征。然而,“数字”属性并不必然意味着“数字产品”仅能以数字形式存在。某些较早期的FTA当中曾对此问题进行过明示^②,但以CPTPP为代表的最新缔约实践并无此安排。这就意味着,“数字产品”完全可能以光盘、U盘等形式存储,也因而完全可能构成传统意义上的“货物”。然而,与传统“货物”不同的是,“数字产品”的原产地认定方式兼采“货物生产地”与“生产者国籍”两项标准。以CPTPP第14.4条为例,只要某一数字产品在另一缔约方境内创作、生产、出版、签约、委托或以商业条件首次提供,或者作者、表演者、生产者、开发者或所有人为另一缔约方主体,则该数字产品即可享受非歧视待遇。与传统货物贸易语境下的原产地规则相比,其中不仅增添了“生产者国籍”这一认定标准,而且,并未规定在缔约国境内增值的百分比,因而极大程度拓宽了可能被认定为“原产于”某一缔约国的数字产品的范围。对于某些数字强国而言,其境内数字企业完全可以通过全球布局与分工,保证其位于非缔约国的子公司、分公司同样享受“数字产品非歧视待遇”条款的红利。

其二,“数字产品”同样可能是“服务”,但“数字产品非歧视待遇”条款的自由化程度远高于传统服务贸易。传统意义上“货物”与“服务”的区别标准,是生产与消费是否同步;但在数字贸易语境下,诸如在线点播与下载等服务提供方式完全可能实现生产与消费的分隔(谭观福,2021)。事实上,即便是FTA起草者也同样认可数字产品的分类困境,因而相当一部分FTA当中均明示“本协定条款不影响对于数字产品属于货物还是服务的界定”。然而,即便数字产品可能包括“服务”在内,与传统服务贸易当中“非歧视待遇”不同的是,上述“数字产品非歧视待遇”条

款并未采取正面清单或负面清单式承诺方式,而是“一揽子”规定了全面、无差别的非歧视待遇。这在范围上甚至广于货物贸易当中的非歧视待遇。即便是在GATT项下,第1条“最惠国待遇”也仅仅针对货物的关税、费用、输入和输出的规章手续等事项。此外,从GATT第3条全称“国内税与国内规章的国民待遇”当中亦可发现,所谓的“国民待遇”也仅限于这两种情形。与之相比,“数字产品非歧视待遇”条款显然并未对“非歧视”的覆盖范围进行任何限制。

综上,不论是从待遇覆盖范围,还是从待遇获得者范围上讲,数字产品非歧视待遇条款较之于WTO现行规则都更加宽松。考虑到此条款的推进者美国向来是数字贸易自由化最积极的推进者,此种高度自由化的规则出现在美式FTA当中并不难理解。然而,也正是由于美国在数字贸易领域与中国、欧盟等均存在利益冲突,因此,有相当一部分国家出于自身数字治理的需求,不愿贸然在FTA当中纳入数字产品非歧视待遇条款。即便我国目前的确在认真评估加入CPTPP与DEPA的可行性,我国同样需要分析:上述数字产品非歧视待遇条款的出现,究竟意在挑战当前哪些数字治理政策的合法性?这一条款又将对国别数字治理政策产生何种影响?

三、数字产品非歧视待遇条款对国别数字治理的影响

(一)国别数字治理中的差别待遇综述

非歧视待遇虽然是WTO规则项下的基础规范之一,但这一规范的产生却同样是大国利益的彰显。江河(2022)在对《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)非歧视待遇的研究中指出,非歧视待遇能够有效保障经贸关系当中的形式平等,因而有利于发达国家扩大影响力、实现其主权的外在强化。然而,当西方的经济优势地位使全球贫富差距日益扩大时,发展中国家则以“普惠制”为手段追求实质平等。同理,在数字经济当中,如果说美式FTA当中的数字产品非歧视待遇规则意在追求数字贸易中的形式平等,那么,主权国家国内数字治理规则就是其实现社会治理目标、追求国家间实质平等的重要手段。其中不可避免地会出现针对国外数字产品的差别待遇。在实践中,此种

差别待遇可能体现为对于数字产品的准入限制或准入后限制;具体来讲,这又进一步包括如下三种情形:

1. 数字产品的准入限制

数字产品准入限制实际上并不是一个新问题。早在2007年中美音像制品案当中,美国就曾主张,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,因而违反了国民待遇原则;只不过,该案专家组并未支持美国的主张^③。目前,我国虽已废止了中美音像制品案当中绝大多数涉案措施^④,但对于电子出版物或网络出版物却仍然留有一定限制条件。例如,对于网络游戏的准入前审批工作,进口游戏审批较之于国产游戏更加严格^⑤。又如,境外著作权人授权的电子出版物在境内出版,须向所在地省、自治区、直辖市新闻出版行政部门提出申请;所在地省、自治区、直辖市新闻出版行政部门审核同意后,报新闻出版总署审批^⑥。

除此之外,中美贸易争端过程中的美国TikTok与微信下载禁令同样属于数字产品准入限制。诸如TikTok与微信等软件属于“经过数字编码、为商业销售或分销而生产并可以电子传输的计算机程序”,因而构成数字产品;针对特定软件的下载禁令则不言自明地具有歧视性。

2. 数字服务税的歧视性课征

数字服务税通常指一国政府针对本国市场内的数字服务课征的税负,本质上是一种国内税收而非数字关税。基于如下三方面原因,数字服务税完全可能与数字产品非歧视待遇规则产生关联。其一,数字服务税的课税对象完全可能包括“数字产品”。数字服务税的课税对象在不同国家间存在差异,如法国数字服务税就仅仅针对“提供定向广告”与“提供交易界面”两类数字服务课征^⑦;印度数字服务税课税范围则相对较广,任何“面向印度市场在线提供的货物或服务”均可能成为征税对象^⑧,其中显然包括数字产品在内。其二,数字服务税针对数字产品课征,本质上是一种产品税而非企业税。例如,印度数字服务税计税方式为“涉案产品售价”的一定百分比,而非“企业所得”的一定百分比;印度尼西亚数字服务税以增值税的方式对电子书、软件、游戏等数字

产品课征。^⑨其三,当前数字服务税均存在鲜明的国籍歧视或企业规模歧视。例如,印度数字服务税仅仅面向达到一定规模的非印度企业提供的数字产品课征,而印度尼西亚数字服务税则仅对“跨境提供的数字产品与服务”课征。这因而构成基于货物供应商国籍或规模,且直接作用于数字产品的歧视性待遇。

3. 对数字产品的购买限制

如果说前两种数字产品歧视性待遇是针对卖方而言,那么,由一国政府发布的对于数字产品的购买限制则是针对买方的立法。例如,美国商务部网站曾提及,突尼斯政府并不允许本国公民开设外汇账户,仅有少数教育、科学产业界人士能够通过“数字技术支付卡”购买数字产品与服务,且年度支付上限仅为330美元。这严重限制了美国数字产品在该国的销售^⑩,也因而在本国与外国数字产品之间形成了待遇差别。

不论是数字产品准入限制还是准入后限制,究其原因,上述限制措施或是出于本国道德、文化考量,或是出于本国数字产业保护。而上述限制措施究竟是否必然违背数字产品非歧视待遇条款,还有待进一步法律分析。

(二)数字产品差别待遇的合法性探析

上述数字产品差别待遇的存在,的确可能导致某些数字产品在市场竞争当中遭到更加不利的待遇。然而,关于上述措施是否违反数字产品非歧视待遇原则,还需结合条约文本进行详细的法律分析。

1. 数字产品的“同类性”分析

“数字产品非歧视待遇”条款将“非歧视待遇”的范围限定为“同类数字产品”之间。因而,对于某一数字治理措施是否违反非歧视待遇的分析也同样应当始于对于涉案产品同类性的判断。尽管当前并无自贸协定就数字产品语境下的“同类产品”进行界定,但在传统货物与服务贸易项下,就“同类产品”一词的具体含义已进行了大量的探讨与争论,其具体界定方式或可提供借鉴。在GATT第3条第2款“国内税收”语境下,“同类产品”一词的官方解释为“具有竞争关系或可替代”的产品^⑪。在《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Service, GATS)项

下也曾有判例认为,由于GATS第17条第3款提及“竞争条件”,因此,对于“同类服务”的理解同样应当包含“具有竞争关系”的服务在内^⑫。如果采纳上述标准,以产品间竞争关系区分其是否具有同类性,则上述三种差别待遇情形之下,本国数字产品与进口数字产品之间、不同规模的企业生产或提供的数字产品之间将不言自明地具有同类性。电子传输产品与具有物理介质的产品之间如能认定在消费市场上能够相互替代,则同样完全可能具有同类性。

2.“歧视性待遇”的认定

对于“非歧视”一词的解释,同样有必要参照WTO争端解决实践进行。“非歧视”一词在WTO判例当中通常解释为“不得给予更不利(*less favorable*)的待遇”。而对于究竟何为“更不利的待遇”,WTO判例并不承认仅根据产品国籍或来源不同的差别待遇即可认定歧视的存在,并认为一项措施即便针对产品来源不同而给予差别待遇本身也并不违法,关键在于分析这一措施是否改变了竞争条件^⑬,以及涉案措施究竟服务于合法的规制目标,还是仅服务于对于进口产品的歧视性目的^⑭。例如,在欧共体一生物技术产品案当中,专家组认为,即便欧盟对于本土与进口产品存在差别待遇,但差别待遇并非源于进口产品的“进口”特性,反而是由于欧盟认为进口产品生物安全风险更高^⑮。此种差别待遇不构成对竞争条件的干预,因而是完全合法的。

如果按照上述标准进行分析,则上述三类数字产品差别待遇均可能构成歧视性待遇。外汇支付限制问题虽能够解释为本国外汇管制所需,但此种解释方式效力相对较弱。毕竟,突尼斯数字产品外汇支付限制是建立在对其本国居民资格筛选基础之上,如从事职业、是否接受大学教育等等;这与通常意义上的外汇支付限制完全不同,也因而很可能被认定为服务于对国外数字产品的歧视性目的,而非外汇管制这一合法规制目标。而对于数字服务税问题,尽管欧盟在其网站上将其解释为“数字经济下的税收公平”,即应当在20世纪的“价值创造地”标准基础上,落实新的企业税收原则——“盈利实现地”标准^⑯,但考虑到数字服务税仅有部分大型企业才需承担,所以其对中小企业的豁免足以构成歧视性待遇,

且此种歧视性待遇足以以为中小企业创造更加有利的竞争环境。我国对于“出版境外著作权人授权的互联网游戏作品审批”规定,也很可能被指责为对外国数字产品进口施加了高于本国产品的市场准入限制,进而导致境外著作权人拥有的互联网游戏更加难以进入国内市场。在实践当中的审批效率问题,也完全可能会被指责为“事实上的(*de facto*)歧视”。

(三)数字产品差别待遇的合法性抗辩

证明某项数字治理措施违反了“非歧视待遇”条款,并非FTA项下认定涉案措施合法性的终点。在此基础上,仍需分析上述差别待遇是否能够援引例外条款进行合法性抗辩。其中,最直接的抗辩事由,是“数字产品非歧视待遇”条款本身对章节间关系的设定。即,如果一项涉案措施已包含在“投资”“服务贸易”等章节的正面或负面清单当中,则该措施合法性问题将自动豁免“数字产品非歧视待遇”条款的规定。此外,诸如CPTPP、《美墨加协定》均将GATS“一般例外”纳入“电子商务”与“数字贸易”章节当中^⑰,因此,当事方可援引其中的“公共道德例外”为涉案措施进行辩护。最后,CPTPP等条约当中的“安全例外”同样能够为差别待遇提供合法性空间。

1.“公共道德例外”对数字产品差别待遇的适用

仅从“公共道德”一词的定义来讲,引用“公共道德例外”为数字产品差别待遇辩护具有相当的可行性。这是因为,“公共道德”一词在WTO框架下的解释一直相对宽松。例如,在美国博彩案当中,上诉机构并不认可对于公共道德的界定需尊重“国际多数主义”认定方式,而是将“公共道德”的定义很大程度上归结于一国自行判断的事项(彭岳,2009)。在中美音像制品案当中,上诉机构也同样认可我国可以援引“公共道德例外”为“保护中国文化与传统价值”的涉案措施辩护^⑱。至今为止,对于“公共道德”一词最为极端的解释,当属中美贸易争端背景下的中国诉美国关税措施案。该案当中,专家组原则上承认了美国所主张的“打击知识产权侵权与不正当竞争”等美国法上的“正误标准”能够被“公共道德”一词涵盖^⑲。此种解释方式的合理性固然有待商榷,但如果“打击不正当竞争”能够构成公共道德,那么,不论是对数字产品的内容审查,还是对竞争秩序的维护,甚

至于对于数字产品课税公正性的维护,理论上均有可能构成“公共道德”的一部分(Gao,2018)。

不过,“公共道德例外”其余的要件——“不在情况相同的国家间构成任意的或不合理的歧视,或构成对服务贸易的变相限制”,以及涉案措施的“必需性”,均可能成为证明数字产品差别待遇合法性的难点。如果说“歧视”问题的存在恰恰是涉案方需进行合法性辩护的内容,那么,“必需性”要件在WTO规则项下的解读方式——是否还存在能够实现同一目的,且损害更小(或并不违反非歧视待遇)的措施(黄志雄,2016),在数字产品差别待遇问题上将很难有辩护空间。毕竟,数字服务税完全可以对所有企业一视同仁,对中小企业的扶助也完全可以通过政府补贴或政府采购等“数字产品非歧视待遇”条款并不禁止的手段进行。与之相对,反而是我国以审批为主要手段的数字产品准入限制,更可能符合维护公共道德措施的“必需性”要求。毕竟,在中美音像制品案中,美方彼时提出的主张之一,就是中国政府可以亲自而非委托国有企业对视听产品进行审查^⑧。以此推论,我国当前由政府主持、针对数字产品的准入限制反而更加符合该案当中的“损害更小”要求。但是,为避免造成“任意或不合理的歧视”,我国未来的准入审批仍需注意行政程序的透明度与时效性。

2.“安全例外”对于数字产品差别待遇的适用

“安全例外”普遍存在于多边与区域贸易协定当中。较之于“公共道德例外”,安全例外的最大特点在于“自裁决性”,即缔约方有权为保护国家基本安全利益采取其认为必需的任何行为,且此行为无须以非歧视的方式进行或满足比例原则。不仅如此,上述包含了数字产品非歧视待遇的区域贸易协定对于安全例外的设计较之于GATT第21条“安全例外”更加宽松。在GATT第21条项下,缔约方援引安全例外的涉案措施除非涉及裂变材料或军火贸易,否则必须在“战时或国际关系的其他紧急情况”下实施。然而,CPTPP、DEPA与《美日数字贸易协定》均取消了“在战时或国际关系的其他紧急情况当中”这一要求^⑨。采取了数字产品差别待遇的国家只需证明涉案措施与保护国家基本安全利益相关,即可依

据“安全例外”为其行为寻求合法性来源。

四、数字产品非歧视待遇条款项下我国的机遇与挑战

对我国而言,加入CPTPP与DEPA的进程必然意味着数字贸易的进一步自由化。CPTPP与DEPA当中的数字产品非歧视待遇条款也将同时为我国数字产业带来机遇与挑战。

(一)机遇:数字产品非歧视待遇条款有助于降低贸易壁垒

对我国企业而言,数字产品非歧视待遇条款首先意味着贸易壁垒的显著降低。上文对于“歧视性待遇”一词的分析足以表明,数字产品购买限制与数字服务税在制度设计上均具有明显的歧视性与非必需性,因而会与数字产品非歧视待遇条款直接冲突。除此之外,即便他国援引“一般例外”“公共道德例外”等为本国措施辩护,该措施也同样需符合比例原则,以对贸易限制最低的方式实施。对我国企业而言,这无疑意味着更加深入的市场开放。在数字产品非歧视待遇条款项下,唯一能够对我国数字企业利益造成“合法”危害的场景,当属他国政府以“国家安全”为由对我国数字产品进行准入限制。鉴于CPTPP与DEPA项下的“安全例外”设计极为宽松,仅需涉案措施与国家安全相关即可,我国在条约项下对此的合法性挑战将困难重重。不过,鉴于CPTPP与DEPA缔约国当中仅有日本与澳大利亚曾出现过以“安全”为由“封禁”中国APP的舆论动向且尚未真正实施,此种风险目前仍未转化为现实的威胁。

(二)挑战:如何维护我国数字治理措施合法性空间

与我国企业在数字产品非歧视条款项下将享有的市场开放相对应,我国在该条款项下同样将承担市场开放义务。数字产品非歧视待遇条款与我国数字产品准入审批政策直接冲突,但CPTPP与DEPA同样提供了一系列例外规则可供援引。以下三方面举措,将能够有效帮助我国维护对外缔约中数字治理措施的合法性空间。

1.将现行数字产品差别待遇措施写入“负面清单”

目前来看,我国数字治理措施虽然包含个人信

息保护、算法备案、内容审查等多方面内容,但绝大多数措施均无差别针对全部同类数字产品实施。可能引发数字产品非歧视待遇问题的主要是数字产品市场准入审查对外国产品设置了更高的门槛。为保证此类措施免遭他国挑战,我国有必要通过负面清单方式排除数字产品非歧视待遇条款对其的适用。在实践当中,此种“负面清单”可采用两种方式列明:其中一种方式,是利用CPTPP第14.4条项下的“章节间关系”规定,将可能存在的歧视性措施写入“投资”“跨境服务”“金融服务”等其他章节的不符清单当中。上述不符清单将优先于数字产品非歧视待遇条款发挥效用。事实上,此种方式在RCEP项下已经为我国所援用。我国在RCEP项下的服务贸易承诺表就明确规定,视听产品与录音制品分销服务均仅承诺“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。此种承诺方式同样有必要延续至CPTPP谈判当中。“负面清单”的第二种开列方式,是条约间的交叉引用。具体来讲,DEPA第1.2条“与其他协定关系”条款明确规定,一国加入此协定并不影响该国在其他协定项下的既存权利与义务。鉴于我国与DEPA全部缔约方之间均已签署FTA,且新加坡与新西兰同时为RCEP缔约国,我国与DEPA其他成员国之间既存或未来将缔结的FTA如对数字产品差别待遇问题具有更明确的规定,则此种规定将构成DEPA数字产品非歧视待遇条款的例外。

2. 有效利用“数字产品非歧视待遇”条款中的例外性规定

上文对于CPTPP与DEPA“数字产品非歧视待遇”条款文本的分析曾表明,除“章节间关系”与“条约间关系”规则之外,数字产品非歧视待遇条款本身同样提供了一系列例外可供援引。其中较为普遍的例外是政府补贴例外与广播例外。“政府补贴例外”意味着,对于特定数字产品生产企业与权利持有人的财政资助至少不会违反数字产品非歧视待遇原则。如果此种财政资助仅仅服务于本国文化安全,并未对他国市场造成实质性损害或威胁,则此种财政资助同样不会违反WTO项下补贴规则。“广播例外”则意味着,尽管文化产品本身在贸易语境下并不

享有特殊待遇(陈卫东、石静霞,2010),但在数字经济背景下,我国至少有权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。

3. 完善行政程序以适应“公共道德例外”要求

CPTPP与DEPA中的“安全例外”虽然相对宽松,但并非我国寻求数字治理措施合法性依据的首选。这是因为,动辄援引安全例外将导致贸易政策“泛安全化”,这与我国和平发展道路并不相符。不过,我国完全可以援引“公共道德例外”为某些尚未纳入或无法全部纳入“不符清单”的数字治理措施辩护。具体来讲,上文对于中美音像制品案的分析表明,“保护文化安全”能够成为合理的“公共道德”事由,且我国以政府审批为主要手段的数字产品准入限制完全可以满足“必需性”要求,因此,我国不需彻底改变政府审批这一数字治理模式,但仍需在具体行政行为当中完善行政程序与信息公开。WTO争端解决实践当中曾将表面公允但实际缺乏透明度、过于随意的审批程序认定为“任意或不合理的歧视”^②。这意味着,在数字产品准入审批程序当中,我国有必要进一步落实网络出版服务审批事项的政府信息公开,对于境外著作权人授权的电子出版物出版审批考量事项进行公示,或至少在审批文件当中告知拒绝理由。举例来讲,对于“进口游戏更换国内代理商需重新审批”这一规则,国家新闻出版署完全可以援引《数据安全法》《个人信息保护法》等一系列法律说明此种审批的必要性,且在“审批”与拟实现的政策目标之间确立合理的关联。除此之外,相关行政部门还应提升审批效率、保证在法定时限内完成全部流程,以避免行政审批被指责为“事实上的禁令”。

注释:

①参见CPTPP第14.4条第2款、第14.2条第5款。

②例如,《美国—韩国FTA》明示“数字产品”可以包括存储于有形介质当中的数字化产品,但《澳大利亚—日本FTA》则明示“有形货物”不属于数字产品。See U.S.—Korea Free Trade Agreement, Chapter 15, Article 15.3(1); Japan—Australia Economic Partnership Agreement, Article 13.2(a).

③See China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Enter-

tainment Products—Report of the Panel, WT/DS363/R, para.7.1279. 该案当中,专家组认为,我国“入世”承诺当中包含对进口音像制品内容审批的保留,美国因而无权就此提出异议。

④例如,对于出版物进口经营单位,废除了此前的国营要求,目前已允许通过审批的任何企业从事这一业务,且此项审批并无数量限制。参见国家新闻出版署《设立出版物进口经营单位审批事项服务指南》,2015年9月通过并生效。

⑤例如,根据国家新闻出版署《出版境外著作权人授权的互联网游戏作品审批》《出版国产网络游戏作品审批》的要求,出版境外著作权人授权的互联网游戏作品,著作权合同需先向国家版权局进行登记并取得批复。此外,根据国家新闻出版署网站公示,2021年上半年,国产游戏审批每月公示一次,而进口游戏审批周期则为每半年集中公示。

⑥参见《电子出版物出版管理规定(2015年修正)》第二十四条。

⑦See Office of the United States Trade Representative, Section 301 Investigation—Report on France’s Digital Services Tax, Dec.2 2019, Part III A.

⑧See Office of the United States Trade Representative, Section 301 Investigation—Report on India’s Digital Services Tax, Jan.6 2021, Part III.

⑨See Ernest & Young, Indonesia issues implementing regulations for VAT on digital transactions, June 9 2020, <https://globaltaxnews.ey.com/news/2020-5850-indonesia-issues-implementing-regulations-for-vat-on-digital-transactions?msclkid=4df93f35bdf11ecaf8567aaeb35cb2f>.

⑩See Tunisia—Country Commercial Guide(2022-07-31), <https://www.trade.gov/country-commercial-guides/tunisia-ecommerce?msclkid=65466621bdf911eca57d58d0a9caa111>.

⑪See GATT, Annex I: Notes and Supplementary Provisions, Ad Article III.

⑫See Argentina—Financial Services, Appellate Body Report, paras.6.21–6.30.

⑬See Korea—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, Report of the Appellate Body, paras.137–138.

⑭See United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, Report of the Appellate Body, paras.213–214.

⑮See European Communities—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WTO Panel Report, WT/DS291/R, para.7.2514.

⑯See European Commission, Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence, Explanatory Memorandum(2018.03.21).

⑰See CPTPP, Article 29.1.3; USMCA, Article 32.1.2.

⑱See United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, Report of the Panel, para.7.118.

⑲See United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, Report of the Panel, para.7.140.

⑳See China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products—Report of the Appellate Body, WT/DS363/AB/R, paras.313–323.

㉑See CPTPP, Article 29.2; DEPA, Article 15.2; U.S.—Japan Digital Trade Agreement, Article 4.

㉒See United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, paras.180–181.

参考文献:

[1]陈寰琦,周念利.从USMCA看美国数字贸易规则核心诉求及与中国的分歧[J].国际经贸探索,2019,35(6):104–114.

[2]陈卫东,石静霞.WTO体制下文化政策措施的困境与出路——基于“中美出版物和视听产品案”的思考[J].法商研究,2010,27(4):52–62.

[3]洪俊杰,陈明.巨型自由贸易协定框架下数字贸易规则对中国的挑战及对策[J].国际贸易,2021(5):4–11.

[4]黄家星,石巍.《区域全面经济伙伴关系协定》电子商务规则发展与影响[J].兰州学刊,2021(5):68–81.

[5]黄志雄.互联网监管政策与多边贸易规则法律问题探析[J].当代法学,2016,30(1):54–69.

[6]江河.国家主权外在强化的法理逻辑:非歧视原则与普惠制的关联论[J].南大法学,2022(5):1–15.

[7]李墨丝.WTO电子商务规则谈判:进展、分歧与进路[J].武大国际法评论,2020,4(6):55–77.

[8]彭岳.贸易与道德:中美文化产品争端的法律分析[J].中国社会科学,2009(2):136–148.

[9]谭观福.国际贸易法视域下数字贸易的归类[J].中国社会科学院研究生院学报,2021(5):45–56.

[10]GAO H S. Regulation of digital trade in US free trade agreements: from trade regulation to digital regulation[J]. Legal issues of economic integration, 2018(1): 47–70.