

认真对待“互联网贸易自由” 与“互联网规制”

基于 WTO 协定的体系性考察

孙南翔*

摘要 “互联网自由”与“互联网规制”是信息时代的两项核心议题。在 WTO 框架下,互联网贸易自由包括信息技术产品贸易自由、服务贸易自由、网络分销媒介自由以及与贸易相关的信息自由。然而,互联网贸易自由并非绝对的。通过对非贸易关切的考量,WTO 协定赋予成员方实施互联网规制措施的权力,其中包括国家安全例外、公共道德与公共秩序例外、个人数据保护例外。根据条约解释的方法,不同的例外条款具有不同的适用标准与条件。在网络大国迈向网络强国的过程中,我国应明确互联网贸易自由的基本价值导向,以此推进“互联网+”战略;同时,作为一个负责任的大国,我国应以符合 WTO 协定的方式保护网络空间的国家利益、公共利益与个人利益。

关键词 互联网贸易 互联网规制 WTO 协定 争端解决实践

引言

21 世纪以来,随着互联网、云计算、物联网等网络和通讯技术的发展,网络空间成为人类生存的第五空间。根据经济合作与发展组织发布的调研报告,几乎所有的经济和社会活动都能在网络空间中进行。^{〔1〕}在科学技术层面上,互联网的影响早已超过电力、燃油机、蒸汽机等

* 西南政法大学 2013 级国际法学博士研究生。本文为 2015 年重庆市研究生科研创新项目的研究成果(项目题目:WTO 框架下中国网络安全政策合规性问题研究,项目编号:CYB15089)。

〔1〕 See Organization for Economic Co-operation and Development, *Guide to Measuring the Information Society* 2011, OECD Publishing, 2011, p.14.

其他发明创造。^{〔2〕}本质上,人类通过互联网技术创造出一个与实体空间相平行的网络世界,并促使跨境贸易更加自由化和便利化。

在信息时代,一个开放的互联网对现代经济发展是必需的。封闭的信息系统将摧毁现代贸易和技术创新的所有可能性。^{〔3〕}然而,开放的互联网具有潜在的风险。作为通讯媒介,中性的互联网可传送对个人权利、公共道德、国家安全造成威胁的产品与信息。^{〔4〕}由此,网络空间无法免除国家的主权管辖。然而,为保护网络空间的个人权利、集体权益与国家利益,单一国家采取的互联网规制措施多表现出明显的域外性。有鉴于此,从国际法的角度考察与贸易相关的互联网自由与规制问题具有必要性。

在国际法层面上,传统的国际协定与条约发挥着保障互联网贸易自由的功能。例如,萨沙·文森特等研究发现 WTO 协定可适用于互联网经济,甚至推动着互联网自由的进程。^{〔5〕}与此同时,诸多文献涉及国家互联网规制的合法性。^{〔6〕}当然,实践中,几乎所有的条约或协定都赋予缔约方保障公共秩序与国家安全的权力。^{〔7〕}有鉴于此,如何平衡互联网贸易自由与互联网规制的合法性将是本文的研究主题。具体而言,本文以 WTO 协定为对象,通过梳理争端解决实践,明确 WTO 成员方所承担的互联网贸易自由义务,并从国家安全、公共道德与个人数据保护等层面论证互联网规制的合法性及其适用条件,进而为我国实践提供启示。

一、“互联网自由”与“互联网规制”:从国际法角度的切入

(一)互联网贸易自由与自由的非理性

正如罗伯特·威特扎克所言,互联网自由原则内嵌于互联网技术中,其包括互联网商业自

〔2〕 See Organization for Economic Co-operation and Development, “Broadband and the Economy: Ministerial Background Report”, OECD Doc.DSTI/ICCP/IE(2007)3/FINAL, May 2007, p.8.

〔3〕 Google Corporation, “Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information,” 2011, p.2, available at www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1658, last visited on 4 Nov., 2015.

〔4〕 Andrew D. Murray, *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment*, Routledge-Cavendish, 2007, pp.154-168.

〔5〕 Sascha Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, Hart Publishing, 2006; Rolf H. Weber, Mira Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, Springer, 2013; Sascha Wunsch-Vincent, *WTO, E-commerce and Information Technologies: From the Uruguay Round through the Doha Development Agenda*, UN ICT Task Force, 2005; 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。

〔6〕 See Tim Wu, “The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering”, 7 *Chicago Journal of International Law*, 280-287 (2006); Cynthia Liu, “Internet Censorship as a Trade Barrier: A Look at the WTO Consistency of the Great Firewall in the Wake of the China-Google Dispute”, 42 *Georgetown Journal of International Law*, 1199-1240 (2011); 彭光明、邓楠杨、莉英:“我国网络视听法律规制:WTO‘必要性’司法检验下的审视与思考”,《法律适用》2015 年第 9 期。

〔7〕 例如,《关税与贸易总协定》第 20 条与第 21 条、《公民经济与政治权利公约》第 19 条、《中国与东盟全面经济合作框架协议货物贸易协议》第 12 条与第 13 条、《美国-阿根廷双边投资协定》第 11 条等。

由和互联网通讯自由。^{〔8〕}互联网具备生产力,^{〔9〕}互联网贸易甚至成为当前诸多贸易活动的主要形式。例如,跨国贸易通过先进的信息技术系统而运营;现代银行和金融体系几乎完全依赖于电子通讯技术;公共信息也愈发频繁地以网络渠道进行传播。^{〔10〕}

由此,阿努邦·钱德尔提出“电子丝绸之路”的观点其认为与传统丝绸之路的互通有无的功能相似,由光纤和卫星等支持的互联网为贸易提供了新的机会,互联网贸易成为传统贸易的升级版模式。^{〔11〕}根据古典经济学的理论,自由开放的贸易能促进经济的发展与社会福利的增加。与实体贸易相同,互联网贸易内在地需要自由开放的贸易体系。

然而,自由的互联网贸易体系却并非总是安全的、有序的、理性的。实体空间面临的威胁也体现在网络空间中,甚至通过网络媒介的传输功能,其损害国家利益与公共利益的能力与范围大为拓展。由此,各国政府纷纷采取互联网规制措施保障本国合法利益。总体而言,在一定程度上,互联网贸易自由具有非理性的特征,其主要原因如下:

第一,在技术层面上,与互联网自由相关的信息技术本身是中性的,但却并非是绝对安全的。以蒂姆为代表的西方学者主张互联网中立性(Internet Neutrality)概念。^{〔12〕}然而,纵使承认互联网设计的纯粹技术属性,互联网技术的运用也并非总是有序的。互联网的自发博弈将导致国际社会的无秩序状态。例如,美国政府不仅通过《爱国者法案》等实现对与本国相关的域外数据的控制权,而且还通过国家安全部门的专门项目收集并分析完全受他国管辖的数据。2013年,斯诺登向媒体披露,美国政府通过棱镜项目直接从微软、谷歌、雅虎等9家公司服务器收集信息,内容覆盖电子邮件、通讯信息、网络搜索数据等。而近期又曝光美国国安局与加密技术公司签署协议,将后门放置于全球移动终端广泛使用的加密产品中,这意味着美国情报部门能够自主地获得加密的个人数据。换言之,互联网技术的设计与推广本身体现出网络强国的意志,因此,互联网技术的广泛采用需要以保障国家安全与社会秩序稳定为前提。

第二,在经济学视角下,互联网贸易自由产生的负外部性无法通过市场机制得以消弭。自由放任的互联网服务将导致特定经济活动的负外部性特征趋于明显,^{〔13〕}其表现为市场的价

〔8〕 Robert Uerpman—Witzack, “Principles of International Internet Law”, 11 *German Law Journal*, 1247 (2010).

〔9〕 Jonathan L. Zittrain, “The Generative Internet”, 119 *Harvard Law Review*, 1975—1977 (2006).

〔10〕 Fredrik Erixon, Hosuk Lee—Makiyama, “Digital Authoritarianism: Human Rights, Geopolitics and Commerce”, *ECIPE Occasional Paper*, No. 5, 2011, p.11.

〔11〕 See Anupam Chander, “Trade 2.0”, 34 *Yale Journal of International Law*, 281 (2008); Anupam Chander, *The Electronic Silk Road: How the Web Binds the World Together in Commerce*, Yale University Press, 2013, pp.2—16.

〔12〕 Tim Wu, Christopher Yoo, “Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate”, 59 *Federal Communications Law Journal*, 575—592 (2007).

〔13〕 Panagiotis Delimatsis, *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, Oxford University Press, 2007, p. 68.

值无法反映交易的真实成本和收益。^{〔14〕}例如,在对个人数据保护上,所有的信息都能被网络化与电子化,并进行传输。但是,跨境传输的数据往往忽略了数据主体及利益攸关者的特定人格与财产权益。进一步地,作为信息传递的媒介,即时交互的、匿名的、虚拟的网络空间存在诸多欺诈行为、网络赌博、色情交易等不法现象。^{〔15〕}严守互联网的中立性难以对上述不法行为实施有效治理,进而导致损害公共道德、他人权益的事件频繁发生。遗憾的是,上述缺陷都无法通过市场机制进行理性规制。

第三,从法理层面上,互联网规制是国家主权的反映。主权国家具有管理、监督和控制其领土内的违法活动与不良信息的权力。在传统的信息传输中,信息被体现在诸如书籍、报刊等有形的物理客体上,其受到严格的地域性管辖。相似的,在技术上,互联网同样具有国界。^{〔16〕}由此,在网络空间中,国家负有对域内的网络活动进行监管的责任。基于此,虽然互联网贸易活动及其相关信息可能不完全反映在物理客体的流动上,但是虚拟空间的活动与信息应受到国家主权的管辖。

(二)互联网规制措施的域外性效应

正如罗斯坦·纽沃斯所言,历史上,贸易与法律的发展时刻交织在一起,而且二者与科学技术的革新也紧密相连。^{〔17〕}互联网贸易自由是信息时代的鲜明特征,其不仅显著降低了交易成本,并且便利产品的供需信息交流,还体现通讯功能与社会属性。^{〔18〕}然而,为克服非理性自由导致的市场失灵,各国互联网规制措施具备正当性。从理论上讲,互联网贸易规制的措施都不可避免具有域外性效应。大卫·波斯特和大卫·约翰逊认为若其效果拓展至原先设定的地理疆界之外,那么互联网规制措施就具有域外性效果。^{〔19〕}例如,通过设置对个人数据隐私的严格标准,欧盟颁布的政策就对美国等其他国家产生规则外溢性的效应。^{〔20〕}

〔14〕 See Ronald A. Cass, John R. Haring, “Domestic Regulation and International Trade: Where’s the Race? Lessons from Telecommunications and Export Controls”, in Daniel L. M. Kennedy, James D. Southwick ed., *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, pp.138—141.

〔15〕 Murray, *supra* note 4, pp.154—168.

〔16〕 本质上,互联网通讯都是从一个固定的场所节点到达另一个固定场所下的节点。例如,2011年阿拉伯之春中,埃及和利比亚能够关闭本国的互联网准入端口,以及在实践中,当前的信息过滤技术与定位技术已经在网络空间中创造出的电子领土(E—borders)。See Tim Gerlach, “Using Internet Content Filters to Create E—Borders to Aid International Choice of Law and Jurisdiction”, 26 *Whittier Law Review*, 912 (2005).

〔17〕 Rostam J. Neuwirth, “Global Market Integration and the Creative Economy: The Paradox of Industry Convergence and Regulatory Divergence”, 18 *Journal of International Economic Law*, 22 (2015).

〔18〕 Organization for Economic Co—operation and Development, *supra* note 1, p.14.

〔19〕 David G. Post, David R. Johnson, “The New Civic Virtue of the Net: Lessons from Models of Complex Systems for the Governance of Cyberspace”, 2 *Stanford Technology Law Review*, 21 (1997).

〔20〕 Steven R. Salbu, “Regulation of Borderless High—Technology Economies: Managing Spillover Effects”, 3 *Chicago Journal of International Law*, 142 (2002).

互联网规制措施可发挥限制贸易的作用。其主要表现为:其一,与产品进口禁止相似的,在信息时代下,互联网规制措施以限制跨境提供为手段达到阻碍贸易的目的;其二,互联网规制措施可通过不给予外国服务及外国服务提供者的必要贸易权,或者禁止其分销的权利,进而限制外国产品或服务进入本国市场;^[21]其三,对与贸易相关的信息的屏蔽也可能阻碍自由贸易。例如,如果某个国家的公民被禁止在网络上发表特定贸易信息,那么不仅他们的权利可能被侵犯,同时其他国家的公民获取和寻求信息的权利也相应被损害。^[22]

虽然互联网规制措施具有合法性,网络保护主义(online protectionism)或规制保护主义(regulatory protectionism)^[23]却不合理地阻碍贸易的开展,并进一步削弱世界各国及各族人民的福利。由此,若缺乏对单一国家的互联网规制措施的再规制,那么规制措施可能以满足公共政策目的为名,行保护本国行业免受外国竞争之实。如上,由于互联网规制不可避免地具有域外性效应,基于其潜在的贸易保护主义倾向,从国际法的角度考察互联网贸易自由及其规制措施更显迫切性。

(三)国际法角度下的贸易自由及国家规制

放任自由的互联网贸易将放纵侵害国家安全、公共秩序和他人权利的行为;相反的,放任自由的互联网规制将可能滋生规制保护主义,并且其无法协调规制外溢性的难题。解决互联网自由及其规制措施的域外性的研究应回归到国际法层面。

2011年,谷歌公司以《信息技术时代下贸易的实现》为名发布了一项研究报告,其明确指出,在信息时代下,政府限制或扭曲互联网信息服务的做法可构成不公正的贸易障碍,并且政府可能采取违反国际贸易规则的互联网信息规制措施。^[24]在实践中,谷歌公司更频繁地以WTO协定为理由,指责众多国家的互联网规制措施违反国际义务。

《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》序言提及WTO协定的根本宗旨是贸易自由化和便利化。同时,《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade,以下简称“GATT 1994”)第20条与第21条、《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services,以下简称“GATS”)第14条等也规定了成员方背离自由贸易承诺的例外情形。正如“中国稀土案”上诉机构所表明的,WTO协定并未否认国家的经济主权,但同时,成员方应该承担并履行基于协定而产生的义务。^[25]由此,WTO协定的目标在于平衡贸易自由与国家规制的冲突。

[21] Fredrik Erixon, Brian Hindley, Hosuk Lee—Makiyama, “Protectionism Online: Internet Censorship and International Trade Law”, *ECIPE Working Paper*, No.12, 2009, p.7.

[22] Stuart Biegel, *Beyond Our Control? Beyond Our Control?: Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, pp.25—49.

[23] “规制保护主义”是国家通过实施歧视性管制措施,或者通过不必要的方式实现某些不合理的贸易目标,导致外国企业的利益损失。See Alan O. Sykes, “Regulatory Protectionism and the Law of International Trade”, 66 *University of Chicago Law Review*, 1 (1999).

[24] Google Corporation, *supra* note 3.

[25] See China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, Appellate Body Report adopted on 7 August 2014, WT/DS431/AB/R, para.5.78.

下一代自由贸易协定也存在涉及互联网贸易自由及其规制的条款。以《跨太平洋伙伴关系协定》为例,该协定明确在跨境服务贸易领域使用负面清单,并在电子商务章节要求缔约方保障全球信息和数据的自由流动。同时,在第 29 章专章规定一般例外、安全例外和其他合法的例外条款。^[26]其他多边或双边投资协定等也有相似的规定。^[27]

更为重要的是,必要的国家规制权甚至可构成习惯国际法规则,并直接适用于条约或协定未规定的情形。《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 25 条规定了“必要情况”(necessity)事项。其规定:一国不得援引必要情况作为理由解除不遵守某项国际义务的行为的不法性,除非该行为是为保护该国基本利益(essential interest),其构成对抗某项严重迫切危险的唯一办法;而且该行为并不严重损害其他国家或整个国际社会的基本利益。^[28]因此,在国际法层面上,国家能够在符合特定必要性条件的情况下实施合法的规制措施。^[29]有鉴于此,下文将以目前最重要的多边贸易安排——WTO 协定为样本,阐明国际法层面上的互联网贸易自由及规制的必要性及适用条件。

二、WTO 协定对互联网贸易自由的适用

正如上诉机构在“日本酒精饮料案”中所言:WTO 协定并非是过于严谨,抑或是过于灵活;在真实世界的真实案件中,其可以为无止境的、持续改变的情势变化留下理性的裁决空间。^[30]虽然 WTO 协定签署之时,成员方多未能预见互联网贸易的兴起,然而,本质上成员方通过将发展的共同意图制定于条约文本中,使 WTO 协定能够适应于未来情势的变化。^[31]毫无疑问,WTO 协定本身能够适用于互联网贸易。甚至于,《欧盟与加拿大全面经济与贸易

[26] See New Zealand Foreign Affairs and Trade, Text of the “Trans-Pacific Partnership”, available at <http://www.tpp.mfat.govt.nz/TEXT>, last visited on 6 Nov., 2015.

[27] 例如,在实现投资自由化的同时,美国和阿根廷签署的《双边投资协定》中规定,本条约不应排除任何缔约方采取维持公共秩序、实现维护或恢复国际和平或安全的义务,或者保障其自身重要安全利益所必要的措施。

[28] 当然,该草案也规定:一国不得在以下情况下援引必要情况作为解除其行为不法性的理由:(a) 有关国际义务排除援引必要情况的可能性;或 (b) 该国促成了该必要情况。

[29] International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, UN Doc.A/56/10, 2001, pp.83-84. 相似的,《国家对国际不法行为的责任条款草案评注》指出必要情形援引的两个条件:其一,为保护本国基本利益免受严重迫切危险的情况下,必要性才得以援引;其二,援引该必要性,并不损害其他国家或国际社会基本利益。

[30] Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (*hereinafter* Japan — Beverages), Appellate Body Report adopted on 4 October 1996, WT/DS10/AB/R, p.20.

[31] 参见孙南翔:“论发展的条约解释及其在世贸组织争端解决中的适用”,《环球法律评论》2015 年第 5 期,页 161-178。

协定》电子商务章节第 X-01 条还直接确认 WTO 协定对电子商务的可适用性。^[32]

根据劳伦斯·莱斯格关于互联网架构的经典论述,互联网自下至上分别由物理层、规则层和内容层所组成。^[33] WTO 协定调整的是成员方间的贸易关系,其管辖对象为可贸易的产品、服务及服务提供者。为使互联网贸易得以进行,其至少涉及到电缆、光纤、卫星等基础设施,计算机、调制解调器等信息技术产品,计算机服务与电信服务等。更进一步地,互联网不单纯为一项服务,其也构成交付方式与信息传输媒介。^[34] 由此,结合互联网架构,在 WTO 协定下成员方对互联网贸易自由的承诺涉及到货物贸易自由、服务贸易自由、作为分销媒介与信息媒介的互联网自由。

(一)与互联网自由相关的货物贸易

GATT1994 及相关诸边协定调整信息技术产品的跨境贸易活动。GATT1994 序言提及协定的主要目标在于通过互惠安排,实质性地削减关税与贸易壁垒,并且消除歧视性待遇。在关税壁垒上,通过“正面清单”(positive list)的方式,成员方制定各自的关税减让表,履行对特定货物的自由化承诺。

为应对信息技术产业的变革,1996 年,WTO 部长级会议通过了一项诸边协定——《关于信息技术产品贸易的部长宣言》(以下简称《信息技术协定》),该协定将当时多项重要的信息技术产品纳入贸易自由化承诺中。^[35] 具体而言,《信息技术协定》以附件 A 和附件 B 的方式确定信息技术产品的承诺范围。其中,附件 A 以海关统一系统编码的方式定义产品,附件 B 以描述性方式定义产品,后者具有更大的不确定性和开放性。然而,关键的问题为在“正面清单”模式下,与互联网相关的信息技术产品的承诺范围是否受限,原先的自由化承诺是否可以拓展至新的信息技术产品? WTO 争端解决专家组和上诉机构给予了肯定性的回答。在“欧共体计算机仪器案”和“欧共体信息技术产品案”中,专家组指出《信息技术协定》所调整的信息技术产品范围不仅限于缔结时已存在的产品,还可适用于缔约后才出现的产品。^[36] 理论上,专家组和上诉机构采用成员方的“合法预期”(legitimate exceptions)的方式对条款义务进行解释。上诉机构在“欧共体计算机案”中指出,条约解释的目的在于确定成员方的共同意图,成员方的

[32] See Consolidated CETA Text, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, last visited on 6 Nov., 2015.

[33] Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in A Connected World*, Vintage, 2002, p.23.

[34] See Japan — Beverages, supra note 31, p.16.

[35] 根据《信息技术协定》规定,任一缔约方的贸易体制都必须以增强信息技术产品市场准入机会的方式而发展。See World Trade Organization, Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products, WT/MIN(96)/16, Dec. 13, 1996.

[36] WTO 争端解决机构专家组明确了信息技术产品本身不仅限于《信息技术协定》缔结时已经存在的产品,相应贸易规则能够动态地拓展并适用于解释时或未来的信息技术产品。See European Communities — Tariff Treatment of Certain Information Technology Products (hereinafter EC—IT Products), Panel Report adopted on 16 August 2010, WT/DS375/R, paras.7.860—7.986; Tsai—Yu Lin, “Systemic Reflection on the EC—IT Product Case Establishing an ‘Understanding’ on Maintaining the Product Coverage of the Current Information Technology Agreement in the Face of Technological Change”, 45 *Journal of World Trade*, 415 (2011).

共同意图反映为出口方和进口方的合法预期。^[37]如上,合法预期的解释方式成功地使得成员方的承诺范围自动拓展至新型的信息技术产品和多功能产品。^[38]与此同时,当前《信息技术协定》扩围谈判也取得实质性成果。^[39]

当然,GATT1994与《信息技术协定》均致力于消除信息技术产品贸易中的非关税壁垒。^[40]GATT1994规定了自由贸易的原则性要求,特别是其运用了最惠国待遇与国民待遇。从根本上,非歧视义务保障信息技术产品贸易自由化和便利化。有如“日本酒精饮料案”上诉机构所言,非歧视义务能够阻止“贸易保护主义”,确保成员方规制措施不提供给国内产品更优惠的待遇,进而保障外国产品免受歧视。换言之,非歧视义务强制要求成员方对国内产品和进口产品设置相同的竞争条件。^[41]基于此,对互联网贸易不可或缺的信息技术产品受到WTO协定的管辖,并落入自由贸易的承诺范围中。

(二)以互联网自由相关的特定服务部门

GATS序言提及该协定的目标在于进一步实现服务贸易的高水平自由化。在服务贸易自由化层面上,WTO各成员方在1998年部长级会议达成了一项关于电子传输的免税备忘录。^[42]正是由于服务贸易的无形性与电子传输的免税承诺,对服务贸易的限制多采用边境后措施。具体而言,服务贸易自由化主要体现为消除歧视的竞争条件或限制市场准入的国内法规及其他相关障碍。然而,服务贸易的开放承诺以具体的服务部门为导向。虽然GATS第1.1条规定本协定适用于成员方采取的影响服务贸易的措施,但根据协定,只有在其承诺减让表中对特定部门进行承诺后,成员方才承担市场准入、国民待遇等具体承诺。^[43]

WTO成员方多采用《GATS服务部门分类清单》(GATS Service Sectoral Classification List,以下简称“W/120”)与《联合国临时中间产品归类细则》(United Nations Provisional

[37] European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment Products, Appellate Body Report adopted on 5 June 1998, WT/DS62/AB/R, para.84. 在“欧共同体信息技术产品案”中,虽然专家组指出该案无须适用术语的演化解释(evolutionary interpretation),但是其并不否认演化解释对关税减让表的可适用性。更进一步地,专家组也将成员方承诺义务的范围拓展至具有新特征的产品上。See EC — IT Products, supra note 36, FN.807.

[38] Shin-yi Peng, “Renegotiate the WTO ‘Schedules of Commitments’?: Technological Development and Treaty Interpretation”, 45 *Cornell International Law Journal*, 407—410 (2013).

[39] See WTO News, “WTO Members Move Close to Deal on ITA Expansion”, available at https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/ita_20jul15_e.htm, last visited on 5 Nov., 2015.

[40] Rolf H. Weber, “Digital Trade in WTO Law — Taking Stock and Looking Ahead”, 5 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 8 (2010).

[41] Japan — Beverages, supra note 30, p.16.

[42] See WTO News, “Work Continues on Issues Needing Clarification”, available at https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/brief_e/brief19_e.htm, last visited on 5 Nov., 2015; Susan Aaronson, “Why Trade Agreements are not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate over Cross-Border Data Flows, Human Rights, and National Security”, 14 *World Trade Review*, 682 (2015).

[43] 当然,服务贸易的最惠国待遇和透明度等义务是一般性义务。See Jan Wouters, “Coppens Dominic, Domestic Regulation within the Framework of GATS”, available at <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl-wp/WPIWP93e.pdf>, last visited on 5 Nov., 2015, p.4.

Central Production Classification,以下简称“临时CPC”)定义特定服务部门。^[44]在W/120下,互联网相关的服务活动主要体现在计算机部门中;相似的,临时CPC也存在专门对计算机服务的部门分类。^[45]以W/120为例,其计算机服务项下包括五个分支部门,分别为计算机硬件安装相关的咨询服务、软件启动服务、数据处理服务、数据库服务、其他服务。

当然,在争端解决实践中,专家组和上诉机构以“发展的条约解释”方法确定服务部门的范围。例如,在“中国试听服务案”中,上诉机构认为中国承诺减让表中所使用的术语——“录音制品”(video recording)是足够一般性的(generic)术语,其能跟随时间的推移而发生变化。^[46]换言之,成员方的计算机服务的承诺并不限于协定缔结时存在的服务产品,还适用于缔约后才出现的新服务类型。同时,服务贸易的分类对确定成员方义务具有重要性。以谷歌公司提供的服务为例,若是将其识别为临时CPC中的“数据库服务”,中国对该服务的自由化并未进行承诺。^[47]正基于此,对互联网相关的服务贸易的自由承诺应根据不同国家的承诺减让表进行分析。毫无疑问,在成员方承诺的特定服务部门项下,GATS保障了互联网服务贸易的自由化与便利化。

(三)作为传输媒介的互联网的自由

除构成一项具体的产品或服务类别外,互联网还承担起交付媒介的贸易支持功能。2.0版本的网络发挥着贸易平台(trade platform)的作用。^[48]WTO协定也保障互联网作为分销渠道的自由,其主要表现为两个层面:其一,通过成员方的电信服务义务确保全球互联网的互联互通;其二,通过与其他传输媒介的对比,实现所有传输媒介间的无差别对待,进而确保互联网作为有效率的产品分销渠道。具体如下:

第一,WTO成员方通过《电信附件》及《基础电信参考文件》的方式推动互联网的互联互通。W/120并没有区分基础服务和附加电信服务。同时,由于谈判各方在乌拉圭回合将基础电信服务定义为敏感服务,对电信部门的谈判承诺在WTO协定达成后继续进行,最终形成《基础电信参考文件》,并成为《电信附件》的组成部分。

《电信附件》第1条指出其认识到电信服务不仅是某项经济活动,也构成了支持其他活动的重要传输工具。该附件第3条将电信定义为“以电磁为方式的信号的传输和接收活动”。由此,公共电信传输网络包括电报、电话、电传和数据传输等。^[49]需要注意的是,该条也明确指

[44] See Weber etc., supra note 5, pp.19-21.

[45] Council for Trade in Services, Background Note by the Secretariat, Computer Related Services, S/C/W/45 (14th July 1998), p.3.

[46] China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (*hereinafter* China—Audiovisual Products), Appellate Body Report adopted on 21 December 2009, WT/DS363/AB/R, para.396.

[47] 若是将其识别为临时CPC下的“数据处理服务”,那么中国则对谷歌所代表的搜索服务承担市场开放的承诺。参见王哲:“GATS下中国互联网过滤审查制度法律问题研究——以谷歌搜索引擎争端为视角”,《上海对外经贸大学学报》2014年第2期,页70-73。

[48] See ITC News, “Opening Welcome: The State of the Internet Industry”, IT Conversations (Oct. 5, 2004), available at <http://itc.conversationsnetwork.org/shows/detail270.html>, last visited on 6 Nov., 2015.

[49] 《电信附件》第3(b)条使用了“*inter alia*”表明,其不仅限于所列的传输方式。

出影响电缆的措施、影响广播或电视播报分配的措施均不构成电信服务。^[50]由此可见,WTO协定调整的电信服务试图限定在那些需获得和适用电信网络和服务才能有效运作的特定服务,而排除对信息传送与发布相关的承诺,特别是否认作为信息传播功能的广播、电视等渠道构成电信服务。换言之,《电信附件》并不创设针对特定服务的义务,其功能在于便利受承诺的服务行业的市场准入机会,并且阻止成员方通过电信服务施加贸易障碍。^[51]

在实践中,“墨西哥电信案”基本解释了电信承诺的互联互通的条约义务。在该案中,墨西哥国有运营商屏蔽了以较低价格提供网络电话服务的特定互联网运营公司。该案专家组认为争议措施违反了电信义务,并指出:在缺乏特定资质说明情况下,“互联性”术语可以被理解为覆盖所有的连接方式,包括以任何方式从国外拨入电话的情形。^[52]因此,墨西哥对互联网连接方式的限制无疑违反了WTO义务。

其二,互联网应被视为是无差别的产品分销渠道。在WTO协定文本签署时,互联网并非广泛使用的交付渠道。随着互联网技术的发展,网络迅速成为众多贸易产品的便捷的分销媒介。根据WTO争端解决实践所示,成员方的自由贸易承诺应从传统的交付方式拓展至以互联网技术为代表的新兴的交付渠道,甚至包括所有未来可能出现的崭新的交付方式。

在“美国博彩案”中,美国将赌博活动划分为线上和线下的两种规制模式。虽然其强调全面禁止网络赌博,然而美国法律却允许部分的线下赌博。该案上诉机构从分销渠道的方式解释美国措施的违法性。该案上诉机构指出市场准入承诺表明其他成员方的服务提供者具有可通过任何分销形式提供服务的权利,包括通过信函、电话、互联网等,除非成员方的承诺表有明确的相反规定。^[53]换言之,该上诉机构表明GATS项下的跨境交付的承诺包括从某一个成员方到另一个成员方的所有可能的服务提供方式。最终,该案上诉机构裁定美国限制网络赌博的方式违反GATS义务。

进一步地,在“中国试听服务案”中,上诉机构将演化解释方法适用于分析成员方的贸易承诺。该案涉及中国对视听制品的网络分销的限制措施。在中国承诺减让表中,中国对试听制品分销在模式三的市场准入下做出承诺,然而,中国法律对外国投资企业在中国的电子分销进行限制。简言之,中国的争议措施限制了无形的视听制品的进口,我国主张由于在缔约时无法预见,无形录音制品的进口不应包含于中国的自由贸易承诺中。然而,该案上诉机构认为,“分销”(distribution)是一般性概念,其能发生变化。^[54]该案上诉机构认为客观情势变化对解释中国的承诺是不相关的。^[55]其进一步指出,与其他WTO协定相似,GATS是一个无期限的、具有持续发展义务(continuing obligations)的多边条约。^[56]由此,在互联网贸易下,互联

[50] Weber etc., supra note 5, p.61.

[51] Bobjoseph Mathew, *The WTO Agreements on Telecommunications*, Peter Lang, 2001, p.77.

[52] See Mexico — Measures Affecting Telecommunications Services, Panel Report adopted on 2 April 2004, WT/DS204/R, para.7.117.

[53] United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (*hereinafter* US—Gambling), Appellate Body Report adopted on 7 April 2005, WT/DS285/AB/R, para.348.

[54] China — Audiovisual Products, supra note 47.

[55] Supra note 46, para.408.

[56] Supra note 46, para.396.

网可被视为一种分销的渠道,网络提供(supplying online)不构成具体的服务类别,^[57]因此,限制分销本身不应成为成员方规制特定服务部门的手段。

(四)作为信息媒介的互联网的自由

作为信息和通讯交流的新媒体,互联网本身还具有信息媒介的功能。在《电子商务工作计划》中,WTO将“电子商务”定义为“货物和服务通过电子的方式进行生产、分销、营销、销售或交付活动”。^[58]互联网的贸易功能不仅体现在产品的生产、销售、分销和交付等方面,还反映出营销功能。更为核心的,其涉及到互联网作为信息媒介的功能。信息自由是否受WTO协定的调整尚存争议,^[59]但至少与贸易相关的信息(trade-related information)可受WTO协定所管辖。

信息是互联网时代的核心要素。互联网的发展取决于信息在全球网络上的自由流动。若是数据被阻碍或扭曲,依赖互联网而发展的多种商业和消费者的贸易权利将受影响。^[60]如帕纳吉奥迪斯·黛丽马特西斯所言,对跨境数据流动和计算机网络的限制可能构成市场准入和服务贸易的障碍。^[61]若是对信息流动的阻碍侵害到服务及服务提供者的贸易利益,那么成员方可能将以违反GATS国内法规、市场准入和国民待遇等条款进行抗辩。

更为重要的是,除了上述隐性的互联网贸易自由承诺外,成员方还可能援引GATT1994第23条和GATS第23.3条等非违反之诉确保互联网的信息自由。^[62]在《电子商务工作计划秘书长评注》中,其指出如果一个成员方禁止或限制所承诺服务的电子交付,那么这些措施可能违反第23.3条的非违反之诉,因为其削弱了其他成员方的可期待的利益。^[63]

“日本胶卷案”专家组确定了援引非违反之诉的适用条件:其一,WTO成员方适用措施引发了利益丧失;第二,该利益来自于相关协定;第三,利益的丧失是适用措施的结果。^[64]针对决定“利益”是否存在的问题,“日本胶卷案”专家组从两个方面进行考察,其一,连续的成员方关税减让谈判是否形成对该利益的合法预期;其二,在预计该利益可能丧失或受损时,成员方可能会做出的回应措施及其考量因素。^[65]因此,若成员方在谈判过程中能够合理预期到信息

[57] See China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Panel Report adopted on 12 August 2009, WT/DS/363/R, paras.7.1209, 7.1220.

[58] Council for Trade in Services, “Note by the Secretariat: The Work Programme on Electronic Commerce,” WT/I274, Sept. 30 1998, p.1

[59] See Aaronson, *supra* note 42, pp.671—695; Diane A. MacDonald, Christine M. Streatfield, “Personal Data Privacy and the WTO”, 36 *Houston Journal of International Law*, 625—653 (2014).

[60] Google Corporation, *supra* note 3, p.14.

[61] Delimatsis, *supra* note 13, p.78.

[62] 非违反之诉保障可预期的合法利益。例如,GATS第23.3条规定,如任何成员认为其根据另一成员在本协定第三部分下的具体承诺可合理预期获得的任何利益,由于实施与本协定规定并无抵触的任何措施而丧失或减损,则可援用《争端解决谅解协议》。

[63] Council for Trade in Services, *supra* note 58, p.32.

[64] Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, Panel Report adopted on 31 March 1998, WT/DS44/R, para.10.41.

[65] *Ibid.*, para.10.62.

流动对其贸易的重要作用,那么其可以基于非违反之诉主张网络的信息自由化。

三、WTO 协定对互联网规制措施的适用

WTO 协定确保了全球的互联网贸易自由,甚至在某种程度上,WTO 协定还推动信息的跨境自由流动。当然,互联网贸易自由并非是绝对的,其可能对国家根本利益与个人权利造成损害或损害威胁。WTO 体系的核心在于寻求贸易自由化和监管自主性之间的适当平衡。在实践中,除贸易保护主义目的外,国内规制措施也可能服务于一系列重要价值,例如,国家安全、公共道德、环境保护等。^[66]成员方的合法监管权不应被忽视。

在 WTO 协定中,例外条款规定缔约方在特殊情况下背离一般性义务的规则。基本上,所有的贸易协定都具有例外条款的规定。^[67] WTO 协定的例外条款是有限的,也是附条件的。^[68]其有限性表现为 GATT1994 第 20 条和 GATS 第 14 条规定的例外情形是可穷尽的;附条件性则表现为对非商业性例外条款的适用必须符合条款中规定的严格条件。^[69]

实践中,现有国际性或国内裁决机构在认定合法规制措施的难题主要在于以下两点:其一,如何定义“公共利益”概念;其二,如何进行必要性或比例性评估。^[70]基于此,下文将以合法性目标和适用条件为基础,对互联网规制措施的合法性进行分析。

(一)例外条款对互联网规制的可适用性

回溯缔约史,一般例外规则和安全例外规则被统称为是“非商业性例外规则”,其解决成员方的贸易利益与非贸易关切之间的冲突。虽然《国际贸易组织宪章草案》将一般例外条款和安全例外条款规定在同一条款项下,^[71]然而,1947 年《关税与贸易协定》与 GATT1994 均将非商业性例外条款一分为二,分别规定于第 20 条和第 21 条中。无疑,将例外条款分为一般例外和安全例外条款是 GATT1994 的创新之一。

WTO 协定的创新还体现为对一般例外条款的适用施加了序言要求。在 1946 年谈判过程中,为避免例外条款被滥用,英国提出在原先草案增加一个新条款的观点,该条款最终成为

[66] See Gabrielle Marceau, Joel P. Trachtman, “A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, 48 *Journal of World Trade*, 351–352 (2014).

[67] 甚至如阿尔芒德提出疑问:贸易协定中的例外条款到底是一般性义务,还是特殊性义务。See Armand de Mestral, “When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA”, 18 *Journal of International Economic Law*, 641 (2015).

[68] See United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (*hereinafter* US — Shrimp), Appellate Body Report adopted on 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, para.157.

[69] Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2013, p.599.

[70] See Hitoshi Nasu, “State Secrets Law and National Security”, 64 *International and Comparative Law Quarterly*, 401 (2015).

[71] See GATT, *Guide to GATT Law and Practice* (6th ed), World Trade Organization, 1994, p.551.

GATT1994第20条的“序言”。^[72]对比于一般例外条款,安全例外条款被视为是“君子协定”(Gentlemen's Agreement),成员方致力于避免援引该条款。^[73]在条约文本中,安全例外条款为成员方留出更多的自主决定权。本质上,对一般例外条款与安全例外条款的援引具有显著的差异性。

WTO协定的例外条款可适用于违反协定义务的措施,以及构成非违反之诉的措施。以GATT1994第20条为例,其文本规定“本协定中的任何条款都不能影响其使用”。^[74]因此,一般例外与安全例外条款均可适用于GATT1994与GATS的所有义务。^[75]

(二)公共道德例外对互联网规制的适用

假定特定的互联网规制措施限制了贸易商的合法利益,虽然其产生违反GATT1994或GATS义务的后果,但是该措施可被例外条款所正当化。在实践中,保护公共道德与维持公共秩序时常被视为是实施互联网规制措施的合法性目标。例如,在“美国博彩案”与“中国试听服务案”中,被诉方均援引公共道德例外进行抗辩。对于公共道德例外的分析可分为合法性目标、必要性分析和序言要求。

1. 合法性目标:公共道德与公共秩序

GATT1994第20条规定了成员方可以采取保护公共道德所必要的措施,而GATS则进一步规定成员方还可采取保护公共秩序的措施。以公共道德为例,理论上,对其定义存在单边主义、多边主义和普遍主义的解释方式。单边主义认为公共道德可由国家单边地界定;多边主义认为公共道德应是多数国家所共同认可的行为规范;而普遍主义则主张公共道德是全球所有国家普遍共有的行为标准。^[76]上述观点在“美国博彩案”就曾引发讨论。^[77]

毋庸置疑,对“公共道德”与“公共秩序”的界定应回归到条约法解释中。“美国博彩案”专家组使用了《牛津英语词典(简编版)》(Shorter Oxford English Dictionary)对“公共”(public)

[72] Ibid., p.519.

[73] Nathaniel Ahrens, “National Security and China's Information Security Standards, A Report of the CSIS Hills Program on Governance”, *Center for Strategic and International Studies Report*, 2012, p.13.

[74] Lorand Bartels, “The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction”, 109 *American Journal of International Law*, FN.99 (2015).

[75] 当然,该问题也具有一定的模糊性。例如,韦斯利认为安全例外的适用不能排除对GATT1994第23条的适用。See Wesley A. Cann, “Creating Standards of Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism”, 26 *Yale Journal of International Law*, 474 (2001). 在“欧共同体石棉案”中,上诉机构裁定由GATT第20条正当化的措施也可被“非违反之诉”所管辖。European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (*hereinafter* EC—Asbestos), Appellate Body Report adopted on 12 March 2001, WT/DS135/AB/R, para.191.

[76] See Jeremy C. Marwell, “Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After Gambling”, 81 *New York University Law Review*, 819—826 (2006); Mark Wu, “Free Trade and the Protection of Public Morals: An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine”, 33 *Yale Journal of International Law*, 232 (2008).

[77] 在该案中,美国提出了其他16个限制或正在限制互联网赌博的成员方。Supra note 53, para.6, 473.

进行定义,“‘公共’概念是全体人民所有的或属于全体人民的;属于、影响到或关于集体或国家的。”基于此,专家组认为若是一项措施能符合 GATS 第 14(a)条规定,其“必须旨在保护作为集体或国家的人民的利益”。〔78〕相应的,“道德”的定义为“关于正确或错误行为的生活习惯”。〔79〕最终,专家组认为 GATS 第 14(a)条“公共道德”含义为“由集体或国家所支持的是非对错行为标准,或能够代表集体或国家的是非对错标准。”〔80〕依据该定义,本质上,“公共”体现了集体性,其并未强制要求一个集体的道德与其他集体的道德保持完全一致。甚至更进一步,若只有全球或绝大多数国家认可的道德才可构成“公共道德”,那么公共道德例外的规定近乎等于无意义,因为似乎只有屠杀、奴役等国际罪行才能符合普遍主义的道德观念。〔81〕换言之,该案专家组认为一个成员方可以单边地确定其道德标准。

在概念上,“公共秩序”不同于“公共道德”。“秩序”被视为是“调整集体中的公共行为的法律被保持且可被确认;遵循法治或形成权威;不存在暴力或暴力犯罪。”〔82〕由此,“公共秩序”表现出维护社会或国家的基本利益的目的。进一步地,GATS 起草者在第 14(a)条脚注 5 中规定公共秩序例外的适用范围,其指出“只能在对社会的基本价值形成实质性的(genuine)、足够严重的(sufficiently serious)威胁情况下,公共秩序例外才能被援用”。该脚注构成了解释“公共秩序”概念的不可或缺的组成部分。综合而言,“公共秩序”的认定应满足两个条件:其一,与该公共秩序攸关的利益对整个社会具有根本重要性;其二,对公共秩序的威胁具有严重性。〔83〕

同时,WTO 专家组承认对“公共道德”和“公共秩序”不能进行僵化的解释,它们能够“随着时间和空间的变化而变化,并且受到包括现有的社会、文化、道德和宗教价值等一系列因素的影响。”〔84〕因此,根据特定的政治体系和价值观念,在其管辖的领土内,成员方具有定义和适用“公共道德”和“公共秩序”的权力。〔85〕基于“公共道德”的模糊性,专家组和上诉机构一般也无须将争议中的“公共道德”具体化,而是将“公共道德”的认定权限留给成员方。〔86〕当然,该权利也并非是完全自由的,成员方具有将该条款进行善意适用的义务。〔87〕

进一步地,“美国石油案”专家组强调其并不考察公共政策的必要性,而只考察贸易措施是

〔78〕 US—Gambling, supra note 53, para.6.463.

〔79〕 Ibid., para.6.464.

〔80〕 Supra note 53, para.6.465.

〔81〕 Mark, supra note 76.

〔82〕 See US — Gambling, supra note 53, para.6.466

〔83〕 Nicolas F. Diebold, “The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole”, 11 *Journal of International Economic Law* 62 (2007).

〔84〕 US — Gambling, supra note 53, para.6.461.

〔85〕 Ibid. 该观点在近期“欧盟海豹产品案”上诉机构报告中得到确认。See European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (*hereinafter* EC—Seal Products), Appellate Body Report adopted on 22 May 2014, WT/DS400/AB/R, para.5.199.

〔86〕 Ibid., para.5.199.

〔87〕 US — Gambling, supra note 53, para.6.461.

否对实现合法目标是有必要的。^[88]“美国博彩案”专家组也认同成员方具有自主决定合法目标保护程度的权利。^[89]近期,“欧盟海豹产品案”上诉机构也明确成员方可基于相同的道德利益设置不同的保护水平。^[90]

如上,WTO专家组和上诉机构并没有严格区分线上或线下的交易方式,换言之,其一视同仁地将贸易规则适用于实体贸易与虚拟贸易上。“公共道德”与“公共秩序”概念具有演化特征,其能够被推广适用于网络领域。^[91]

在实践中,只要与国家的是非对错标准相关,或者对其社会利益具有根本性影响的互联网规制措施就能被视为具备合法性目标。例如,在“美国博彩案”中,在网络赌博语境下,专家组认为保护“公共道德”的措施包括防止未成年人赌博,或者保护病理性的赌博人员;同时,“公共秩序”包含阻止有组织犯罪。当然,预防洗钱和欺诈行为的目标可能同时包含“公共道德”与“公共秩序”。^[92]

2. 规制措施的必要性分析

公共道德与公共秩序例外的分析还涉及到争议措施的必要性认定。实践中,WTO争端解决专家组和上诉机构运用“权衡”(weighing and balancing)方法确定争议措施的必要性。^[93]在“巴西轮胎案”中,上诉机构认为为适用GATT1994第20条第b项,专家组应考虑相关因素,特别是所保护的利益或价值的重要性、措施实现目标的贡献程度、以及措施的贸易限制性。如果上述分析得出措施是必要的,那么其必须与其他潜在的可替代措施进行比较,才能得出争议措施具有必要性的最终结论。^[94]该标准嗣后得到专家组和上诉机构的认同。例如,在“美国博彩案”中,上诉机构认为GATT1994和GATS在一般例外条款上规定了相似的用语,特别是必要性和序言要求上。基于此,该案上诉机构借鉴GATT1994第20条的必要性分析框架解释涉及GATS公共道德例外的争议。^[95]

[88] See United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (*hereinafter* US—Gasoline), Appellate Body Report adopted on 29 April 1996, WT/DS4/R, p.17.

[89] 本质上,对合法目标的保护水平的认定权也由成员方自行决定。在“韩国牛肉案”中,上诉机构指出:基于牛肉来源国,韩国可以采取旨在全面消除欺诈行为的保护水平,也可采用旨在显著性降低欺诈案件的执行程度。虽然保护水平不同,然而其目标都是相同的。“欧共同体石棉案”上诉机构也持有相同的观点,其认为WTO成员方在特定情形下具有决定其认为合适的保护水平的权利,甚至是零风险的禁止性贸易政策。See Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (*hereinafter* Korea—Beef), Appellate Body Report adopted on 11 December 2000, WT/DS161/AB/R, para.178; EC—Asbestos, *supra* note 75, para.168.

[90] EC—Seal Products, *supra* note 85, para.5.200.

[91] 近期,在“欧盟海豹产品案”中,“公共道德”内涵有了新的拓展。该案中,其不仅涉及到保护动物的健康,而且还涉及到种族信仰,以及不人道的消费方式。See Robert Howse, Joanna Langille, “Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Non-instrumental Moral Values”, 37 *Yale Journal of International Law* 368 (2012).

[92] US—Gambling, *supra* note 53, para.6.469.

[93] See *ibid.*, paras.6.495—6.496; China—Audiovisual Products, *supra* note 46, paras.239—242.

[94] Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (*hereinafter* Brazil — Retreaded Tyres), Appellate Body Report adopted on 3 December 2007, WT/DS332/AB/R, para.178.

[95] See US—Gambling, *supra* note 53, para.291.

近期,“欧盟海豹产品案”上诉机构指出 GATT1994 第 20 条第 a 项与第 b 项的必要性解释存在细微差别,主要体现在考量因素的权重上。该案上诉机构认为第 b 项条款目的在于保护“人类、动植物生命与健康”,其关注的是免除特定危险或降低风险的程度。“危险”或“风险”概念体现在规定第 b 项具体义务的《实施动植物卫生检疫措施的协议》中。^[96]然而,第 b 项“风险”概念却难以与第 a 项公共道德的解释相协调。更具体的,“风险”可通过科学或其他科研方法进行确认,而公共道德的证实却难以使用风险评估的方法。因此,该案上诉机构认为,在第 a 项解释与适用中,专家组无需确认争议中的公共道德的实际内容及相应的风险。在实践中,专家组与上诉机构认可成员方自主认定公共道德内容及其重要性的权限。^[97]

由此,对第 a 项必要性的分析主要集中在争议措施对目标的贡献程度以及可替代措施的分析上。其一,针对措施的贡献程度。当存在手段与目标之间的真实的(genuine)联系时,争议措施就存在贡献程度。^[98]根据上诉机构观点,该贡献并非必然需要在定量条件下进行评估;其也可能是依据定性分析决定该贡献的程度。^[99]同时,该措施对目标实现的贡献越大,该措施就越能被视为是“必要的”;^[100]其二,在措施的可替代性上,“美国博彩案”上诉机构指出:争议措施和可替代性措施之间应进行对比,并考察保护利益的重要性与贸易的限制性。若一项可替代措施在实践中无法执行,或者该替代措施对成员方施加了不合理的负担,则该措施就不被视为是“合理的”或者“可获得的”。同时,一个合理可获得的可替代措施应能够实现被诉方所追求的既定保护水平。^[101]可替代措施的分析也涉及到贸易限制性的比较,若是在既定保护水平下,可替代措施能实现更小的贸易限制性,那么其为合格的可替代措施。

针对互联网规制问题,必要性分析的难点体现在可替代措施的分析上。诸多形式的互联网规制措施都对公共道德或公共秩序具有贡献,然而,由于政治体制与文化背景的差异,成员方对互联网规制措施的选择的偏好并非完全相同。在实践中,如迪特·厄恩斯特所言,在解决公共政策问题上,美国总是认为“自愿体系”更合适,^[102]而欧盟等其他国家强调更积极主动地保护公共利益。^[103]正如迈克尔所言,不同社会的公民的文化和经验导致对特定类型规制措施的不同认识与偏好,强制 WTO 成员方更改偏好是不合理的。^[104]综合而言,在互联网贸易自由的限制上,成员方具备以公共道德等合法性目标为理由,对网络信息进行审查的权利,但是互联网规制措施对贸易的负面影响不应超过必要的范围。

[96] EC— Seal Products, supra note 85, para.5.197.

[97] See ibid., paras.5.198—5.199.

[98] Brazil - Retreated Tyres, supra note 94, para.145.

[99] Ibid., para.147.

[100] Korea— Beef, supra note 89, para.163.

[101] US—Gambling, supra note 53, para.307.

[102] See Dieter Ernst, “Indigenous Innovation and Globalization: The Challenge for China’s Standardization Strategy”, *East—West Centre Report*, 2011, pp.33—34.

[103] 欧盟与美国之间还存在数据隐私权保护权上的分歧。See Gregory Shaffer, “Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards”, 25 *Yale Journal of International Law*, 1—88 (2000).

[104] Michael Ming Du, “Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From Non—discrimination to Harmonization”, 6 *Chinese Journal of International Law*, 274 (2007).

“中国视听产品案”也涉及到必要性分析。该案上诉机构认为,要求进口出版物的企业具备国有资质的政策对中国的公共道德保护具有一定的贡献程度,^[105]然而,中国提出的内容审查的成本事项、外国企业对公共道德的认识偏差等主张,无法证明国有企业垄断出版物进口的必要性。^[106]对于可替代措施上,美国认为中国政府可被视为唯一有权进行内容审查的部门,该可替代措施具有更小的贸易限制性。该案上诉机构认为美国主张的可替代措施可能增加一定的成本,但是其并非技术不可能,因此,其可以被视为是合理的、具有更小贸易限制性的可替代措施。^[107]虽然该案上诉机构强调其分析并没有决定中国政府是否应该独立进行内容审查,而仅是认同美国提出的措施具有可替代性。^[108]本质上,专家组与上诉机构均认可中国对内容进行审查的权利,但也要求对内容审查的措施只能在实现合法性目标所必要的范围内。该观点对网络信息的内容审查同样具有适用性。WTO 协定并没有否认成员方依据文化偏好对国内互联网贸易自由进行规制的权利,但是其制度设计应在考虑措施的目标贡献程度前提下,实现相对较小的贸易限制性。

3. 序言要求

援引 GATT1994 与 GATS 一般例外条款应满足该条款序言的要求。GATT1994 第 20 条序言在成员方援引例外条款的权利与其他成员方的自由贸易权利之间划定一条平衡线。^[109]

针对序言的要求,“美国石油案”上诉机构认为,本序言仅仅是考察“措施适用的方式”,而不涉及措施的具体内容;同时,序言的目的和宗旨在于阻止对一般例外条款的滥用。^[110]具体而言,序言规定了三项不同的要求,其分别为:不构成在相同或相似情形下的恣意歧视;不构成在相同或相似情形下的不合理歧视;不构成对国际贸易的变相限制。虽然上述要求可能重叠,但是该序言必须以逐项(side-by-side)审查的方式进行适用。^[111]由此,这三项要求是累积适用的。^[112]以下为具体分析:

第一,针对恣意的与不合理的歧视而言,该条款分析的重点在于明确争议措施是否以歧视的方式进行适用。实践中,该要求避免成员方措施在国内产品与外国产品,或者国内贸易商与外国贸易商之间造成差别待遇。例如,在“美国博彩案”中,专家组认定美国并未证明其禁止远程赌博是以一致的方式在外国和本国服务者之间适用。该案上诉机构进一步认定对远程赌博的一般禁止存在对国内服务提供者的豁免,因此其违反了序言的非歧视要求。^[113]在“美国虾案”中,因为美国行政部门对某些成员方颁发了进口证书,而不给予其他成员方证书,所以,该

[105] China - Audiovisual Products, supra note 46, para.262.

[106] Ibid., paras.263, 273, 299.

[107] China - Audiovisual Products supra note 46, paras.325 and 330.

[108] China - Audiovisual Products supra note 46, para.335.

[109] US - Shrimp, supra note 68, para.156.

[110] US - Gasoline, supra note 88, p.22.

[111] Ibid., p.25.

[112] Panagiotis Delimatsis, “Protecting Public Morals in a Digital Age: Revisiting The WTO Rulings On US - Gambling and China - Publications and Audiovisual Products”, 14 *Journal of International Economic Law*, 266 (2011),

[113] US - Gambling, supra note 53, para.369.

争议措施构成了歧视性适用。^[114]综合而言,非歧视要求避免在相同条件下,对成员方的产品与贸易商进行区别对待。^[115]

其二,针对变相的国际贸易限制而言,基于WTO争端解决实践,至少有三种类型的措施可被视为是非法的变相贸易限制措施:未经行政机构公布或发布的措施;构成变相的歧视的措施;以及那些设计、架构和内在结构表明实质构成保护主义的措施。^[116]当然,“变相的国际贸易限制措施”的形式难以穷尽,^[117]其并不限于那些隐瞒的或未公布的限制措施。“欧共同体石棉案”专家组指出“变相的”术语表明掩盖某种事情的意图。“变相限制”概念包括那些符合GATT1994第20条要求,但是事实上,其仅是为掩盖贸易限制目标的措施。^[118]

在实践中,满足一般例外条款序言要求的措施应该体现措施的非歧视适用。在“美国博彩案”中,由于美国并没有控告特定的国内远程赌博的服务提供者,并且《美国洲际赛马法》实际上也允许美国的远程赛马赌博服务,基于此,上诉机构认为专家组关于美国争议措施构成歧视性的认定没有错误。^[119]在“欧盟海豹产品案”中,欧盟海豹产品体系禁止进口商业性捕获的海豹产品,然而其同时允许满足特定捕获条件的海豹产品的进口,该特定条件包括捕获者的属性、捕获的目的与捕获副产品的使用。^[120]由于给予特殊许可的标准过于宽泛和模糊,该案上诉机构认为欧盟并没有证明其措施不构成恣意的和不合理的歧视。^[121]

由此,在明确互联网规制的合法目标及其必要性后,成员方还应该确保措施的实施不构成歧视或变相贸易限制。例如,针对禁止危害公共道德的信息技术产品与网络赌博、色情等服务,成员方应确保一视同仁地对待本国与外国的产品、服务与服务提供者,并且应将相同的禁止或限制措施同等地适用于所有类型的分销渠道。当然,序言要求并非禁止所有形式的歧视,其允许非恣意的与合理的歧视,但是该合理的歧视适用方式应具有明确性与限定性。

(三) 个人数据保护例外对互联网规制的适用

1. 合法性目标:隐私权与安全

基于服务贸易的内在属性,GATS规定个人数据保护可作为限制自由贸易的合法性目标,其包括两项目的:保护个人隐私权与保障安全。具体而言:

其一,出于保护与信息处理和传播相关的个人隐私、保护个人记录和账户的机密性

[114] United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Panel Report adopted on 15 May 1998, WT/DS58/R, para.7.33.

[115] US — Shrimp, supra note 68, para.165.

[116] See WTO Secretariat, “WTO Analytical Index: GATT 1994”, available at https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_e.htm#article20, last visited on 6 Nov. 2015.

[117] US — Gasoline, supra note 88, p.25.

[118] United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Panel Report adopted on 29 January 1996, WT/DS4/R, para.8.236.

[119] US — Gambling, supra note 53, para.351. 进一步地,美国主张其实际上已经禁止国内赌博服务,但是由于仅存在有限的证据证明美国的主张,该案上诉机构认为美国不能证明其措施符合序言要求。See US — Gambling, supra note 53, para.357.

[120] EC — Seal Products, supra note 85, para.5.319.

[121] See *ibid.*, paras.5.326 — 5.339.

的目的,成员方可实施不违反协定规则的必要的措施。该条款调整的对象为所有涉及个人隐私以及具备敏感性的私人数据。通讯的技术安全是任何交易的不可或缺的因素。^[122]因此,在网络贸易中,信息技术服务和金融服务等需要满足特定保密程度的国家要求。

其二,基于保护安全的合法性目标,成员方也可实施必要的贸易限制措施。显然,此条款的“安全”并非等同于安全例外条款项下的“国家安全”概念。换言之,除国家安全之外,涉及其他类型的安全的规制措施可通过援引该条款得以正当化。需要注明的是,虽然该条款的目的是确保服务提供者遵守相应的规定,但根据“墨西哥软饮料案”上诉机构所言,“确保遵守”并不意味着措施将必然保证结果的实现,其只要求限制措施对目标的实现是合适的。^[123]

2. 额外的义务:争议措施为与 GATS 义务不相抵触的法律或法规

与公共道德例外相似的,个人数据保护例外需要通过必要性测试,并满足序言要求。相关的分析与上文相似,在此不赘述。值得注意的是,个人数据保护的例外还规定两个额外的条件:其一,对个人数据保护的措施不与 GATS 规定相抵触;其二,对个人数据保护的措施应规定在法律与法规中。

第一,对个人数据保护的措施不违反 GATS 协定的积极义务。该规定限制了个人数据保护例外的适用范围。换言之,个人数据保护例外不能对抗最惠国待遇与具体服务部门的市场准入与国民待遇等义务,其只能用于对抗 GATS 未规定的义务。本质上,该条款的核心价值在于限制非违反之诉的适用。例如,如果一成员方基于非违反之诉主张另一成员方的互联网规制措施限制了其对信息自由的合理预期,那么被诉方可以通过援引该条款主张对个人数据的保护。

第二,对个人数据保护的措施应规定在法律和法规中。在“墨西哥软饮料案”中,上诉机构解释了“法律与法规”(laws and regulations)的概念,其是“构成 WTO 成员方的国内法律体系一部分的规则,包括那些来源于国际协定并被纳入国内法律体系的规则,或根据成员方法律体系,该国际协定具有直接效力的规则。”^[124]实质上,个人数据保护与信息自由密切相关。其不仅是对贸易的限制,更是对表达自由的限制。由此,该条款规定的要求也与《世界人权宣言》和《公民及政治权利国际公约》的规定相符合。^[125]例如,《公民及政治权利国际公约》第 19 条规定,对表达自由的限制只能基于国内法的规定。正基于此,基于个人数据保护的互联网规制还应由成员方的国内法所明确规定。

[122] Rolf H. Weber, “Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS”, 7 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 40 (2012).

[123] Mexico — Taxes on Soft Drinks, Appellate Body Report on 6 March 2006, WT/DS308/AB/R, para.74.

[124] Ibid., para.79.

[125] 截止 2014 年 4 月,《公民及政治权利国际公约》目前共有 168 个缔约方。中国的情况较为特殊。中国于 1998 年签署了该公约,并且明确表明其将采取必要的立法、司法和行政改革进而创造批准公约的条件。但是截至目前,中国仍未批准《公民及政治权利国际公约》。根据《维也纳条约法公约》,由于我国签署了《公民及政治权利国际公约》,我国具有善意对待该条约的义务,并且不应恶意地损害该条约的目的和宗旨。See Surya P. Subedi, “China’s Approach to Human Rights and the UN Human Rights Agenda”, 14 *Chinese Journal of International Law*, 440—441 (2015).

(三) 国家安全例外对互联网规制的适用

1. 合法性目标: 其认为的“重要安全利益”

安全例外条款赋予成员方保护“重要安全利益”(essential security interests)而采取措施的权力。安全例外条款的适用特殊性体现在两个“其认为”的规定上,其一,为“其认为重要的利益”;其二,为“其认为必要的措施”。^[126]

在理论上,许多学者对安全例外适用的自裁决性有不同的认识。斯蒂芬·希尔等认为,该条款确保成员方可自主决定何种利益可构成“重要安全利益”,以及何种行为是保护“重要安全利益”所必要的。^[127]相反的,韦斯利则认为,WTO专家组和上诉机构具有对“重要安全利益”进行客观审查的义务。^[128]笔者认为,虽然对争端解决机构的适用权限的认识有差异,但从另一个角度考察该问题,根据“条约必须遵守”原则,纵然成员方能够否认专家组和上诉机构的审查权限,其也应该尊重和遵守协定文本的规定,善意地履行条约义务。

正基于此,对“重要安全利益”的认识应回归条约法解释。首先,根据惯常解释,“重要安全利益”明显不等同于“一般安全利益”(general security interest)。“重要安全利益”概念表明一般的安全事项不足以构成“重要的”安全利益,其必须满足比一般安全利益更高的标准。^[129]在“中国原材料案”中,专家组解释了“对其重要的(essential to)”术语含义。从惯常含义出发,“重要的”表明“其能够影响任何事物的本质;重大的,重要的组成部分,或形成事物本质的一部分”,以及“绝对必须的,不可分割的要求”。^[130]其次,根据该条款的语境,“重要的安全利益”明显不同于GATS一般例外中的“安全”事项。进一步地,对该概念的解释应该与该条款项下列明的事项相结合进行解释。换言之,成员方可援引“重要安全利益”的情况有且只包括与披露国家安全信息、裂变物质贸易、军事物和服务、战争或国际紧急情况与履行联合国义务相关的事项。^[131]最后,对“重要安全利益”的解释应符合条约的目的与宗旨,对其应以善意的方式进行解释,成员方不应滥用国家安全例外实施贸易保护政策。

与“公共道德”概念相似,“重要的安全利益”本身是一个发展的概念,其能够随时空的变化而变化。理论上,任何可能保护GATT1994第21条项下的特定利益的主张都能构成“重要安全利益”。传统上,“重要的安全利益”包括军事与国防利益。在当代,其也可能拓展至民用通

[126] Bossche, *supra* note 69, p.664.

[127] Stephan Schill, Robyn Briese, “‘If the State Considers’: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, 13 *Max Planck Yearbook of United Nationals Law*, 61-140 (2009).

[128] See Wesley, *supra* note 75, p.420; Antonio F. Perez, “To Judge Between the Nations: Post Cold War Transformations in National Security and Separation of Powers—Beating Nuclear Swords into Plowshares in an Imperfectly Competitive World”, 20 *Hastings International and Comparative Law Review*, 409-410 (1997).

[129] Hannes L. Schloemann, Stefan Ohlhoff, “‘Constitutionalization’ and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, 93 *American Journal of International Law*, 424 (1999).

[130] China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, Panel Report adopted on 5 July 2011, para.7.275.

[131] See Antonio F. Perez, “WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security”, 23 *Yale Journal of International Law*, 325-343 (1998).

讯基础设施、环境安全、网络安全等新领域。^[132]

在信息时代,网络安全的保护尤为必要。除满足“重要的安全利益”外,以网络安全为目标的规制措施还需构成该条款项下的“国际关系中的紧急情况下采取的行动”。“国际关系的紧急情况”的理解应包括网络空间中的所有紧急情况。例如,2010年12月,被称为是蠕虫的计算机病毒感染了全球众多工业自动化仪器。据报道,该病毒入侵了位于布什尔和纳坦兹的伊朗核设施的处理系统,并且进行了控制并蓄意造成自我毁灭。^[133]该情形应被视为是紧急情况。进一步地,网络战被视为是战争的新形态。例如,2007年,由于互联网攻击,爱沙尼亚政党、政府、银行和媒体网站遭遇了长达三周的瘫痪时间。俄罗斯黑客被认为是该互联网攻击的主体,爱沙尼亚政府为此花费巨大。^[134]如上,若根据WTO争端解决专家组和上诉机构观点出发,网络本身是中性的媒介,那么现实世界的战争与虚拟世界的战争也就无异。换言之,网络战是战争,或至少构成可援引安全例外条款的国家紧急状态的一种形式。^[135]

2.“其认为的”必要性

安全例外条款并未规定与一般例外条款相同的序言要求,进而成员方采取歧视性的和贸易限制性的规制措施是被允许的。在安全例外条款适用中,其“必要性的”解释更加具有弹性。本质上,该条款赋予成员方认定“其认为必要的措施”。正如拉吉·贝拉胡所述,该条款的“其”表明在决定行为是否满足GATT1994第21(b)条要求的事项上,成员方具有排他性的裁量权。^[136]虽然对专家组和上诉机构能否进行审查有不同的认识,但这至少表明成员方具有较广范围的权限,以决定何种行为符合该条款必要性。然而,由于该条款还规定了“必要的”术语,其本身要求成员方善意地进行解释与适用。

在互联网规制上,成员方应该确保手段和目的之间具有必要的关联性。针对安全利益的考察,互联网规制的措施必须是为保护国家安全利益的目的。“必要的”术语表明成员方需要善意考虑是否存在其他可替代措施,即,在实现相同保护水平下,使用更小贸易限制性的措施。^[137]进一步地,该术语实际上也反映出一些客观的限制,例如利益受损的风险并不存在,或者所使用的措施与目的之间并没有关联,那么成员就不能援引该条款将其互联网规制措施正当化。^[138]

[132] 相关的安全利益威胁可能还包括2007年对爱沙尼亚共和国的网络攻击、全球变暖、跨境水污染、向恐怖主义提供资助等事件。See Eric Pickett, Michael Lux, “Embargo as a Trade Defense against an Embargo: The WTO Compatibility of the Russian Ban on Imports from the EU”, 10 *Global Trade and Customs Journal*, 28 (2015).

[133] Fredrik Erixon, Hosuk Lee—Makiyama, “Digital Authoritarianism: Human Rights, Geopolitics and Commerce”, *ECIPE Occasional Paper*, No. 5, 2011, p.10.

[134] Ibid.

[135] See Claire Oakes Finkelstein, Kevin H. Govern, “Introduction: Cyber and the Changing Face of War”, *Pennsylvania Legal Scholarship Repository Paper*, No.1566, 2015, pp.x—xx.

[136] See Raj Bhala, “National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does”, 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 268—269 (1988).

[137] See Wesley, *supra* note 75, pp.452—453.

[138] See Schloemann etc., *supra* note 129, p.443.

四、结论与启示

虽然 WTO 协定签署时,互联网贸易并未如此时兴,但在实践中,通过条约解释与适用,WTO 协定的自由化承诺拓展至网络贸易领域。在争端解决中,专家组和上诉机构也一视同仁地将中立性的义务适用于实体空间与网络空间。在互联网贸易自由上,WTO 保障自由的和开放的货物与服务贸易。针对互联网贸易的特殊性,WTO 协定通过《电信附件》与《基础电信参考文件》确保全球电信服务的互联互通。专家组和上诉机构的裁决也表明若无明显排除特定的交付媒介,成员方承诺都可适用于所有类型的交付方式,进而最大化地发挥网络作为分销媒介的功能。当然,在一定程度上,WTO 协定还保障与贸易相关的信息自由。如图 1 所示,在 WTO 框架下,货物与服务的贸易自由、分销媒介的开放与信息媒介的自由共同助推全球范围内的互联网贸易自由。未来的贸易谈判应建立在现有的 WTO 协定的基础上,拓宽开放的领域,并进一步便利化互联网的贸易支持功能。

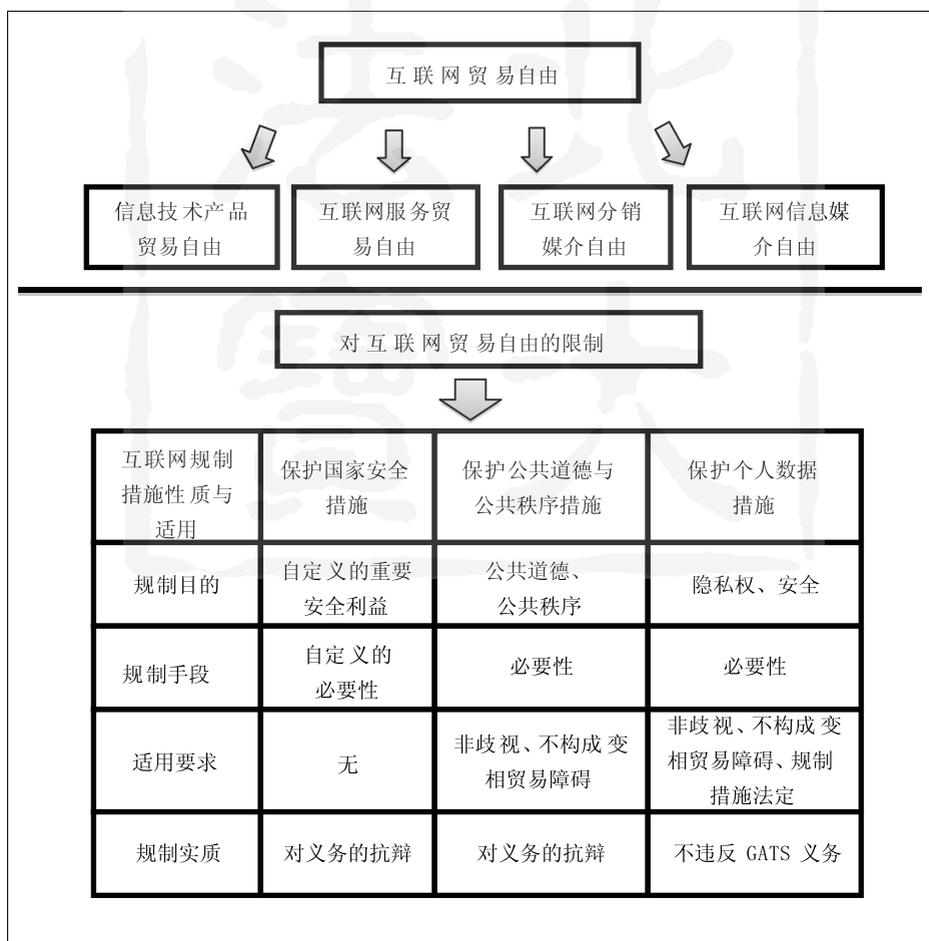


图 1 WTO 框架下的互联网自由及其限制

当然,在确保互联网贸易自由的前提下,WTO 协定通过例外条款赋予成员方的合法的管制权力。其中,合法性目标包括国家安全、公共道德、公共秩序和个人数据保护等。不同的互联网规制措施具有不同的内在要求与适用条件。在具体的规制措施上,公共道德与公共秩序例外应符合必要性与序言的非歧视要求,个人数据保护例外只能对抗 GATS 协定的消极义务,并且该措施需由法律与法规所明文规定。当然,在实施国家安全措施情形下,成员方享有最大的自裁决权,其甚至无需满足措施的非歧视与不构成国际贸易限制的要求。

如上,WTO 协定能够平衡互联网贸易自由与互联网规制需求之间的冲突。当前,中国正大力推进“互联网+”战略,然而我国的互联网规制政策却时常遭受其他国家的批评。通过对 WTO 协定的分析,可以得出如下结论,WTO 协定本身推动着互联网贸易自由的发展,但其未禁止或限制国家主权对互联网贸易的合法规制。基于此,在与贸易相关的互联网自由与规制措施中,我国应该坚持以下几点:

第一,明确互联网贸易自由的基础性作用,厘清不同类型贸易的实质性义务。互联网贸易自由包括四种类型的自由。在实践中,我国应履行关税减让表和服务承诺减让表项下的信息技术产品与互联网服务的贸易承诺。更为重要的是,互联网不仅是特定服务调整的对象,其还发挥分销媒介的功能。除非满足国家安全例外的情形,否则,我国不应限制特定产品的互联网分销渠道。在推进“互联网+”战略中,我国可在 WTO 协定义务的基础上,适当地拓宽信息技术产品的自由贸易范围与特定服务部门的开放程度,并且逐步便利互联网的分销、传输等贸易支持功能。同时,在制定《电子商务法》等法律法规时,我国也应该继续着力深化上述类型的互联网贸易自由,进一步消除潜在的贸易障碍。同时,与贸易相关的信息一般也不应进行限制。当然,分销媒介和信息媒介自由也不应相互混淆。例如,在中国贸易评审中,信息自由权(the right to information)长期是其他成员方对中国提出的关切内容之一。^[139]以谷歌公司为例,对与搜索引擎相关的服务的自由应根据服务承诺减让表进行确定,而信息自由则只能由 WTO 协定的非违反之诉进行决定。两种类型的自由不能等同,对谷歌公司服务的限制本身并非是对互联网信息自由的限制。

第二,针对西方学者对我国互联网管制措施的批评,我国应坚定立场,合法合理地保护国家安全、公共道德、公共秩序与私人敏感信息。特别是,WTO 协定赋予了成员方定义国家安全、公共道德、公共秩序及其保护水平的权利。互联网规制本身反映国家的文化偏好,并且回应国内需要,尽管互联网规制可能会产生一定的负面影响,但是合法的国内措施应该得到尊重。^[140]我国有自身特殊的政治体制和文化传统,因此,互联网规制措施本身应体现作为集体的国家的观念与偏好,WTO 协定并不能强制成员方更改其偏好。当然,我国应尽可能明确我国的国家安全、公共道德等概念及其适用条件。

第三,我国应建立起一套系统的、完整的、分层次的互联网规制的法律体系。WTO 协定按照国家利益、公共利益与私人利益对互联网规制措施进行限制。具体而言,成员方在适用国家

[139] See Trade Policy Review on People's Republic of China, WT/TPR/M/161, 6 June 2006.

[140] Michael, *supra* note 104.

安全例外上具有最高程度的自裁决权,而在保护私人权益上具有严苛的适用条件。正基于此,在实施《中华人民共和国国家安全法》的过程中,我国应该善意地履行条约义务。虽然安全例外条款并未规定严格的必要性要求,并赋予成员方自裁决权,但是作为负责任的大国,我国应谨慎使用与贸易相关的国家安全措施。针对《中华人民共和国网络安全法(草案)》的条款设置下,我国应区分国家网络安全与其他网络安全事项的差异性,与贸易相关的国家网络安全应反映出本国的“重要安全利益”,并在“紧急情况”下才可进行使用;而对于一般的网络安全事项,我国应明确措施的必要性及措施实施中的非歧视性。

当然,WTO 协定只调整与贸易相关的措施,其注定具有局限性。网络空间早已进入人类生活的各个领域,与互联网规制相关的国际法义务还渗透到国际投资法、人权法、战争法等领域。然而,从 WTO 协定规定本身至少可以明确,网络空间与实体空间无异,我们都可憧憬一个和平的、安全的、有序的与自由的网络世界。

Abstract: The “Internet Freedom” and “Internet regulation” are two core legal issues in the information age. In the WTO framework, free Internet trade includes free trade in information technology products, free trade in services, freedom of the media and free flow of trade-related data. Absolutely, free Internet trade is not unlimited. The WTO Agreement stipulates three types of non-trade concerns for domestic regulations, namely, national security exception, public morality and public order exceptions, personal data protection exception. It should be noted that different standards apply to different non-trade concerns under their specific conditions. During the process to promote the “Internet +” strategy, China could draw on the concept of free Internet trade in the WTO Agreement. Furthermore, as a responsible nation, China shall adopt the measures, which are pursuant to the WTO Agreement, to protect the national security, public order and private interests in cyberspace.

Key Words: Internet Trade; Internet Regulation; The WTO Agreement; Dispute Settlement Practice

(责任编辑:唐应茂)