

论 WTO 框架内电子商务规则现状与发展及我国相应对策

黄存真

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310027)

摘要: 随着网络的普及和信息产业的发展, 电子商务展现了昂然的前进势头, 也成为了 WTO 的重要新议题。WTO 框架内的乌拉圭回合多边贸易谈判的最后文件以及之后的许多协议, 都极大地促进了电子商务规则的发展。作为 WTO 中的发展中国家, 一方面, 中国应该坚持以 GATS 作为规制电子商务的主体的观点, 促进由 GATS、GATT 和 TRIPS 协议整合的基础上形成的 WTO 框架内较完善的法律体系; 另一方面, 中国应该为电子商务创造良好的物质基础、市场环境和法律体系, 并且通过增加参与、谈判和区域努力争取适应中国国情和经济发展状况的电子商务逐步自由化的时间和空间。

关键词: 电子商务; WTO; 对策

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

一、问题的提出

以电子数据交换 (EDI) 为基础而发展起来的电子商务 (Electronic Commerce 或者 E-Commerce) 已经有二十多年的发展历史了, 按照电子商务所依赖的技术基础, 可以将电子商务划分为三个部分, 即电子通讯商务 (Tele-Commerce)、封闭性计算机网络商务 (EDI-Commerce) 和因特网电子商务 (I-Commerce), 这指的是广义的电子商务。广义的电子商务包括六种媒体: 电话、传真、电视、电子支付和转账系统、电子数据交换和因特网。狭义的电子商务是指基于因特网等网络的电子商务。

关于电子商务的定义, 至今世界上还未形成一个统一的认识。美国国际贸易委员会对电子商务的定义是“电子商务是在货物和服务的储存、交易、广告、销售和支付等过程中一切利用电子通讯方式的活动。它是基于数字化信息传输, 包括文本、声音和可视图像一切形式的商业活动, 它是以电子格式进行的服务交易活动”。1997 年经济合作与发展组织对电子商务的定义是“电子商务是指与商务活动有关的一切基于数字化信息 (文本、声音和可视图像等) 的加工和传输的交易活动”。在前欧共体理事会提交给欧洲议会的关于电子商务的文件中, 电子商务被解释为两种商务行为: 间接电子商务和直接电子商务, 前者即电子订购有形货物, 但必须通过传统的有机或货运渠道实现物理形式的交货; 后者是一种在全球范围内实现的网上订购、支付和交付无形货物和服务, 包括计算机软件、娱乐内容和信息服务等。^[1]

但是电子商务的定义至少在 WTO 中已经达成共识。在电子商务工作组的文件中已经明确地把电子商务阐述为“贸易的一个新领域, 涉及产品以电子方式跨越边境的问题。广泛地讲, 就通过电信网络进行产品的生产、广告、销售和分销”。^[2]各个成员国的商讨都是以此个定义作为既定的基础和平台的。

因为笔者在此文中讨论的是关于 WTO 框架内的电子商务的规则问题, 所以采取的是 WTO 关于电子商务的定义。相对于电话、传真、电视等传统的媒体来讲, 因特网显然占据相对强势的地位, 在国际服务贸易中有巨大的优势, 所以笔者在本文中采取的也是关于电子商务的狭义的定义。笔者认为电子商务中交易的商品主要有非数字化商品和数字化商品两大

类，具体分类如下图：^[3]

| 经营商品类别 | | 经营方式 | | 销售商品实例 |
|------------------|-------|------------------------------------|--------|----------------------------------|
| 非数字化商品 (实物商品) | | 客户通过在线产品目录浏览订货,厂家通过传统的物理途径送货上门和邮递。 | | 消费类电子产品、电脑及外部设备以及餐饮和服装消费品 |
| 数字化商品 | 数字化货物 | 图书、CD 和软件销售 | | 电脑游戏、软件 |
| | 数字化服务 | 信息提供 | | 数据库检索、金融信息查询、电子新闻、电子杂志、电子研究报告及论文 |
| | | 在线服务 | 网络预订服务 | 航空订票、订位, 电子彩票, 音乐会入场券, 预约挂号 |
| | | | 交互式服务 | 电脑互动游戏, 法律、医药等咨询 |

随着网络的普及和信息产业的迅猛发展, 电子商务愈发显示出自己的魅力。1996 年的网上交易额只有 23 亿美元, 1997 年就增长到 150 亿美元, 1999 年世界电子商务贸易总额为 980 亿美元, 比 1998 年的 380 亿美元增长了 160%。网络明显承担了传统的媒介(例如电话、传真、电视等)所不能成功承担的任务。作为用途极为广泛的商业媒体, 因特网具有声音、图像和文字可以实现同步传输的多媒体功能上和传输信息的时间以及用户成本上的优势, 因特网又是一种全球化的、实时性的和可以重复利用的技术, 电子商务就是在其基础上由当今世界的商务的区域性和多边性催生出来的产物。在昂然的发展势头的推动下, 电子商务成为了 WTO 的新议题, 特别是有关于电子商务的规则及其归属问题在 WTO 成员国的内部引起了广泛的讨论, 并且涌现了许多值得探讨和思考的观点。

二、WTO 框架内电子商务规则现状

电子商务在不同程度上影响到服务贸易、知识产权、政府采购、货物贸易和发展等方面的问题, 其重要性急需 WTO 框架内的规则对其适用。但是由于在 WTO 成员国中, 电子商务的发展是不平衡的, 发达国家与发展中国家有很大差距, 所以尽管一些电子商务已经迅猛发展的国家呼吁要建立一个最低限度的国内、国际管制条例, 在各国电子商务发展的不平衡性的大环境下, 很难达成共识。因此, WTO 暂时把电子商务国际立法的问题搁置了起来。不过, 因为乌拉圭回合的最后文件以及之后的其他协议中包含了大量调整和促进电子商务的规则, 所以它们的达成还是极大地促进了电子商务规则的发展。

乌拉圭回合结束以后, 电信服务自由化的谈判仍在进行。1997 年 2 月 15 日, WTO 结束了关于基础电信服务市场准入的谈判。共有 71 方政府提交了减让书, 其中 69 国(地区)政府交了 55 个开放承诺减让表, 最终被附在 GATS 第四议定书项下。这个以 GATS 第四议定书形式存在并且附有谈判各方所作具体承诺表的协议, 还有两个附件, 即《附件 1: 参照文本》、《附件 2: 电信服务具体承诺表样本》。第四议定书开放供签署, 截止期为 1997 年 11 月 30 日, 并于 1998 年 1 月 1 日起生效。《服务贸易协定》的电信服务附录是将服务贸易协定关于进入和使用公共电信传输网络与服务措施的各项条款具体化。它对有关电信服务的范围、定义、透明度、公共电信传送网及其服务的进入和使用、技术合作以及有关国际组

织和协议作了规定。^[4]

1997年3月26日WTO成员国达成并签署《信息技术协议》(Information Technology Agreement, 简称ITA), 主要内容是要求所有参加方自1997年7月1日起至2000年1月1日将主要的信息技术产品的关税降为零。在该协议中还列出了一份经各方一致公认的信息技术产品分类清单。1997年7月, 在德国波恩40多个国家参加的部长级会议上, 同意在电子商务领域内实行贸易自由原则, 各国不得自设关税和非关税壁垒并且不增加新的税种, 最终29个国家签字。1997年12月15日WTO成员国又达成并签署《全球基础电信技术》, 主要内容是要求各成员方向外国公司开放其电信市场并结束垄断行为。

1998年2月, 美国商务部向WTO提交了提案, 提议为了规范全球电子商务和建立电子商务的法律框架应该实行零关税。WTO于1998年5月29日通过了《关于全区电子商务宣言》, 认为应该为正在迅速发展的电子商务建立一项综合性的审查和与贸易有关的全球电子商务工作计划, 并且要求“各成员方维持现有做法, 不对电子交易(electronic transmissions)征收关税”。1998年9月25日由总理事会通过了该项工作计划。然而, 1999年11月底的西雅图第三次部长级会议上, 提交的电子商务工作计划的最后工作报告因为各成员方的巨大分歧而搁浅。不过, 在2002年11月的WTO总理事会为WTO多哈部长级会议提交的会议议程草案再次提及对电子商务作进一步的规范工作。

电子商务的工作计划与WTO有相似的结构, WTO的货物贸易理事会、服务贸易理事会、知识产权理事会分别负责相关议题的调查和研究, 另外还有WTO贸易与发展委员会负责研究电子商务发展的意义并对不同国家进行电子商务的前提, WTO总领事会负责审查所有相关条款和交叉问题, 协调一切可能的司法冲突。

三、WTO框架内电子商务的性质——GATS和GATT之争

电子商务应该既是经济活动中的一个独立的服务部门, 又是支持其他经济活动的基本手段。“商务”之前的“电子”两个字不是普通语义上的定语, 而是赋予了“商务”崭新的内涵, 塑造出了一个不同于传统的新事物。电子商务需要规则和制度来谋求发展。

(一) 理论分析

在WTO总理事会的第二次关于电子商务的专门讨论会议上, 大部分国家还是坚持认为首先需要解决的关键问题是电子商务的规则应该是归在《关税与贸易总协定》(the General Agreement on Tariffs and Trade, 简称GATT)下或《服务贸易总协定》(the General Agreement on Trade in Services, 简称GATS)下, 还是另立一个门类。

有些成员国代表认为因为电子商务传输的内容全部是0和1, 所以无法真正界定出电子商务的性质——货物贸易还是服务贸易, 即使在理论上达成了一致, 实践中也很难操作。¹许多成员国认为电子化、数字化的产品都应该都看作是服务, 并且应该适用GATS的规则。但是有许多国家表示了反对意见, 因为有许多商品一直是在GATT的规则之下进行国际贸易, 这些商品如果为了适用GATS的规则而被重新界定为服务, 在转换上必然缺乏连续一致性而且没有什么实际意义。各个国家显然对电子商务的定义有自己的理解, 这也是建立在不同的利益考虑的基础上的。尽管如此, 大部分的国家还是相对一致地认为电子商务的发展是势在必行的, 不应该人为地制造一些不必要的障碍。

正如有些国家指出的那样, 数字化商品中的数字化服务毋庸置疑是因该适用GATS的。问题其实主要在数字化商品中的数字化货物和非数字化商品上, 尤其是非数字化商品。在第三次关于电子商务的专门讨论会上, 已经越来越多的国家表明自己的立场是支持这样一种归类方式的: 物理运输的商品仍旧适用GATT, 但是电子形式传输的应该适用GATS。对于非

数字化商品，这种“物理运输的商品仍旧适用 GATT，但是电子形式传输的应该适用 GATS”的原则是恰当的。上文表中的“非数字化商品”是为了清楚地分析电子商务的表现形式，实际上，真正属于电子商务部分的其实是非数字化商品的前实际交易阶段，比如网上咨询、订货等。而这些“前物理运输非数字化商品阶段”又是属于数字化商品中的数字化服务。

但是诚如许多成员国代表对一种例外商品——软件的疑惑和争议那样，对于包括软件在内的数字化商品的情况就远不是那样的简单。以软件为例，联合国中心商品分类 84(CPC84) 所定义的“软件”是包括设计、制造和实现功能，当然这其中必然包括传输，因为传输是实现功能的前提。而 GATS 也很清楚地表明“服务”的含义是相当广泛的，包括服务真正实现所要求的前提，即提供、营销、买卖和传输，所以，设计、制造、调试、检测和实现功能都是“服务”的一部分。

那么，究竟应该用怎样的标准对这复杂的数字化商品分类讨论呢？笔者认为，可以把在数字化商品实现功能以前，其物理形式存在与否作为一个重要的标准。如果在第一消费者能够实现功能以前，这种数字化商品的物理形式没有存在，它就是一种“服务”，其适用的规则是可以归于 GATS 下的，比如我们可以在因特网上享有的在线视听。如果在第一消费者能够实现功能以前，这种数字化商品的物理形式已经存在，无疑它是数字化的货物，它要适用的规则应该归于 GATT 下。这里笔者特别强调了“第一消费者”和“能够”这两个概念。原因在于有些“第一消费者”的目的也许是继续生产而不是真正地消费这种通过电子传输来的商品。最典型的例子就是一部分人也许会把原本作为“服务”进口来的电子商务成果转化成为有形的物理商品形式，例如 CD 和光盘形式的软件等等。假如我们仅仅因为实际的消费者消费的是有形的电子化货物就把这种电子化商品划入货物贸易中，明显是失之偏颇的，因为在上述情况下，电子商务进入国内以后，它们已经经过了某种意义上的“消费”，虽然这种“消费”没有切实地“实现”它们的功能，但是这种“实现”完全是“能够”的。

上文中提到的观点——如果在第一消费者能够实现功能以前，这种数字化商品的物理形式已经存在，无疑它是数字化的货物，它要适用的规则应该归于 GATT 下。我们必须要注意的一点是如果这种情况存在，这类数字化的货物其实是没有经过电子传输的，也就是说电子商务在这种数字化的货物中是不存在的。所以我们可以更加明确表格中的“数字化货物”并不是指所有的数字化货物，而仅仅是指具有在物理运输以前存在电子商务的数字化货物。

所以，上表可以改善为如下：

1 电子商务中交易的商品：

| 经营商品类别 | | 经营方式 | | 销售商品实例 |
|--------|---------|-------------|--------|----------------------------------|
| 数字化商品 | 物理运输以前的 | 图书、CD 和软件销售 | | 电脑游戏、软件 |
| | 数字化货物 | 信息提供 | | 数据库检索、金融信息查询、电子新闻、电子杂志、电子研究报告及论文 |
| | | 在线服务 | 网络预订服务 | 航空订票、订位，电子彩票，音乐会入场券，预约挂号 |
| | | | 交互式服务 | 电脑互动游戏，法律、医药等咨询，下载适用软件等 |

| | | | |
|-------|----------------------|------------------------------------|---------------------------|
| 数字化服务 | 非数字化商品（实物商品）的前实际交易阶段 | 客户通过在线产品目录浏览订货，厂家通过传统的物理途径送货上门和邮递。 | 消费类电子产品、电脑及外部设备以及餐饮和服装消费品 |
| | 数字化货物的运输前阶段 | 图书、CD 和软件销售等货物运输前的电子服务 | 电脑游戏、软件等货物运输前的电子服务 |

笔者认为纯粹的电子传输理应是一种服务。我们可以设想当基础设施完善，我们每一个人都可以拥有一台可以将网络的触角延伸到世界每一个角落的电脑的时候，我们需要的电子商务的商品可以通过电子传输送到我们的面前。在这里，展现在我们面前的工作是我们的电脑做到的，而电子传输就变得十分单纯，从经验上来看，这种无形的电子传输应该是一种服务。但是问题就处在现实中笔者设想的情况不可能发生，至少在现在是这样，尤其是对于发展中国家来说。当发展中国家的消费者需要这种电子商务提供的商品的时候，也许发展中国家只好由“需求创造出生产”，出现了原本无形的商品有形化的产业，如此以来电子商务不再纯粹，而且电子商务降低成本的初衷也许也达不到了。举一个形象一点例子来说吧，网络和电脑等产业不发达的发展中国家的消费者想要听一首远涉重洋的外国歌手的专辑，他们是做不到在线欣赏的，那么将网上的音乐下载下来然后制成 CD 的产业就应运而生了。但是笔者注意到这制成 CD 的产业是在国内产生的，所以当然地不属于国际贸易，也就更谈不上适用 GATT 还是 GATS 的问题。

如果在线得到数字化商品，然后以个人行为将此数字信息下载，保存到一定的存储设备里（比如：计算机硬盘、软盘、光盘等），从这个角度讲，电子商务仍然是一种“服务”。因为运用笔者刚刚提出的标准，个人作为“第一消费者”在“能够”实现数字化商品的功能之前，电子商务传输给他们的只是一种无形的“服务”，而非有物理形态的“货物”。个人将其用一定的物理载体进行保留纯粹是个人行为，而且电子商务过程已经在“第一消费者”在“能够”实现数字化商品的功能的瞬间结束，所以这种保存的个人的行为丝毫不可能影响到电子商务的性质。

在 1998 年，WTO 秘书处发表了一项题为“电子商务和 WTO 的作用”的研究报告，报告阐述了电子商务对贸易的潜在利益，指出将因特网迅速增加地用于商业目的将对贸易带来巨大的和潜在的促进作用，同时也指出了通过因特网进行贸易的复杂性。报告中认为电子商务即为通过电信网络生产、宣传（广告）、销售和分销产品。为便于政策的讨论，电子商务可以被分成三个阶段：

- (1) 搜索阶段，即生产者和消费者或买卖双方首次接触阶段；
- (2) 订购和支付阶段，即买卖双方一旦同意进行交易，便进入此阶段；
- (3) 送货阶段

在笔者看来，这种把电子商务笼统地分为三个阶段的做法会给各个成员国造成一定程度上的误导。如果按照上文中阐述的观点，报告中电子商务的第三阶段“送货阶段”，显然不

是任何一笔电子商务都具有的，有些电子商务中，在进行物理送货的时候，这笔电子商务就已经结束了。

在 WTO 的讨论过程中，WTO 的成员对把电子商务归化于服务，主要基于以下四个理由：^[5]

- (1) GATS 是技术中立的；
- (2) 传送和交换的是信息而不是制造品；
- (3) 电子传输是个性化的，并不是标准化的产品；
- (4) 数字化的信息并不需要物理或是有形的形式。

如果启用一套新的规则可能会割断电子商务先天和 GATS 以及 GATT 下的电信协议的联系。因特网等物质基础技术手段需要 GATT 的规范，电子传输自身和其内容又必然涉及到服务贸易和商品贸易。所以重新设置的一套规则在适用的同时又必须回头重新在 GATT 和 GATS 之间定位上，当然还要考虑新规则建立的目的。

(二) 实践分析

关于 GATT 和 GATS 的区别，WTO 的秘书处归纳出以下四个方面：^[6]

(1) GATT 下的国民待遇是全面的义务，GATS 下该义务则根据各成员在各部门所作的承诺而定；

(2) GATT 禁止采取数量限制措施（但也允许有例外情况），而 GATS 规定，在政府希望保持对市场准入的限制时，允许使用数量限制措施；

(3) 在 GATT 下，成员如没有将其关税水平约束至零，对进口就要征收关税，而 GATS 除了指出任何税收体制都必须与成员在具体承诺减让表中就国民待遇做出的承诺相一致之外，就基本不再涉及关税或一般税费了；

(4) GATT 的重点是跨境的货物贸易，而 GATS 除涉及跨境贸易外，还将在外国司法管辖权下的商业存在和自然人的流动等问题作为服务贸易的一部分来加以考虑。

我们可以进一步更加细致地进行比较：²

| 比较对象名称 比较项目 | GATT | GATS |
|----------------|--------------------------------|---|
| 协议诞生时间 | 1948 年和 1995 年 | 1995 年而且尚未完成 |
| 国民待遇原则 | 普遍义务而且不允许国内措施造成的例外 | 不同国家根据在不同的部门下的承诺而不同 |
| 最惠国待遇 | 特殊情况下才可以免除(比如有有限的贸易协定、发展中国家等等) | 在一定时间内可以在具体部门免除 |
| 关税 | 成员如没有将其关税水平约束至零，允许对进口征收关税 | 任何税收体制都必须与成员在具体承诺减让表中就国民待遇做出的承诺相一致之外，基本不再涉及关税或一般税 |

| | | |
|---------------|---|---------------------------|
| | | 费 |
| 配额 | 在一些特殊情况下可以被允许 | 在政府希望保持对市场准入的限制时是被允许的 |
| 透明度 | 强制的义务 | 比较不严格的义务 |
| 国内法规 | 允许对技术标准、卫生检疫标准方面有规定,但是不得达到歧视的程度,并且鼓励运用统一的国际标准 | 允许存在 |
| 发展中国家的特别优惠政策 | 在特殊情况下可以存在 | 在特殊情况下可以存在,而且这种特殊情况比较容易达到 |
| 关于补贴的协议 | 存在 | 不存在 |
| 反倾销措施规则 | 存在 | 不存在 |
| 特殊保障措施 | 存在 | 不存在 |
| 与贸易有关的投资方面的协议 | 存在 | 不存在,但是也许可以涵盖在 GATS 之下 |
| 原产地原则 | 存在 | 不存在 |

通过比较并从长远的眼光来看,明显是 GATS 对电子商务的发展更为有利,尤其是对于发展中国家来说。对于发展中国家来说, GATT 初看对自己有利,因为适用了 GATT 就可以对电子商务征收关税,由此可以增加发展中国家的财政收入。但实际上, GATS 的优惠是更多的。GATS 允许部门具体承诺,所以在发展中国家自己未承诺部门具体承诺时, GATS 并不会包含任何实质性的服务方面的自由化的进展。可以说, GATS 给成员国设定的义务和权利是更加明晰和具体化的,而且 GATS 所设置的自由化的体系是比 GATT 更有发展空间的。

GATS 下的第 2 条“最惠国待遇”、第 6 条有关国内法规的实施以及其他相关原则、第 14 条例外条款和第 17 条“国民待遇”条款等,发展国家都可以从中寻找出和创造出一些利于本国电子商务发展的措施。具体地分析,比如 GATS 的第 16 条规定“每一个成员对其他成员的服务和服务提供者给予的待遇,不得低于其在具体承诺减让表中同意和列明的条款、限制和条件”,以及第 17 条第 2 款规定“一成员可以通过对任何其他成员的服务或服务提供者给予其本国同类服务或服务提供者的待遇形式上相同或不同的待遇”应该符合“不得低于其给予本国同类服务或服务提供者的待遇”的要求。这实际上是提供给了成员国给予外国服务或服务提供者歧视合法的理论基础。而 GATT 的第 3 条已经把国民待遇作为成员国的一般义务了。对于如此作法的原因, WTO 秘书处解释是,成员国在相对一段时间内对货物贸易可以比较容易地运用关税、配额等多种方式保护国内市场不受冲击,但是相反,服务贸易就不容易做到,也就只能让国内的服务提供这项由国内管制方面的优势来保护国内市场。两害择其轻,两益取其重,发展中国家权衡之后,从实践出发,仍然应该支持选择 GATS 来规制电子商务。

当然,这里讨论的是 WTO 框架内纯粹的电子商务自身应该受 GATS 规制,但是电子商务的基础设施的建设产业还是应该受 GATT 的规制,电子商务过程中的知识产权应该受

TRIPS 协议的规制。电子商务的生存与发展需要一个适宜的环境，所以为了协调 WTO 框架内电子商务的各种矛盾，GATT、GATS、TRIPS 协议应该接受整体的调整，电子商务亟待 WTO 框架内三个协议的整合。

四、WTO 框架内电子商务及其基础产业相关规则的结构

电子商务的发展需要一系列的技术支持和配套措施的辅佐。《信息技术协议》是基础，而其他相关法律和政策环境也是绝对不可或缺的。在全球信息的快车道上，将电子商务的发展进程融入 WTO 内部的互动中是十分必要的。

GATS 中前 28 条即框架协议中所规定的原则和规则当然地适用于电子商务。其他与电子商务相关的 GATS 下协议还有八个附件中的关于电信服务的附件、基础电信谈判附件，和部长会议决定中的《关于基础电信谈判的决定》(Decision on Negotiations on Basic Telecommunication)，TRIPS 协议也适用于电子商务。本文主要讨论电子商务本身及其相关基础产业在 WTO 框架内的法律规则问题，所以不涉及 TRIPS 协议与电子商务的法律问题。

(一) GATS 框架协议中有关电子商务的规范

1. 服务贸易的类型。GATS 对服务贸易所做的定义是指以下列四种服务提供的方式：

跨境交付 (cross border supply)，是指自一成员领土内向任何其他成员领土提供服务。这种服务方式不构成人员、资金等跨境，特别强调买方和卖方地理上的界限，但跨越国境或边界的只是服务本身。

境外消费 (consumption abroad)，是指在一成员领土内向任何其他成员的服务消费者提供服务。

商业存在 (commercial presence)，是指一成员国的服务提供者通过在任何其他成员领土内的商业存在提供服务。

自然人流动 (movement of natural personnel)，是指一成员国的服务提供者通过在任何其他成员领土内的自然人存在提供服务。

笔者认为电子商务可以上述任何一种服务贸易类型存在。当然，各成员最主要的服务贸易方式应该是跨境交付和境外消费。由于 GATS 没有用精确的词语对“服务”下一个定义，而只是将“服务”融入四种服务贸易类型中，所以现在关于电子商务规则究竟是归属于 GATS 之下还是 GATT 之下才会如此激烈。很多成员国认为如果不能把电子商务准确地固定为一种服务贸易类型，就不能够说电子商务规则是归属于 GATS 之下的。所以电子商务服务贸易类型之争实质上深刻地影响了电子商务规则性质的 GATS 和 GATT 之争。服务贸易的类型之争有着不同的利益出发立场，首先乌拉圭回合有关服务的 GATS 谈判中所作的对开放度的承诺受制于服务提供模式的选择。其次服务贸易的类型决定了究竟是哪一方的国家进行管理监督和争议的解决。

传统认为，COM 公司没有必要去另外国家作商业存在，一切可以在网络上进行，但现在已经有所变化，这些公司开始发展到其它国家领土内。如美国亚马逊图书公司在英国开了分部。它不仅由于语言相同才去英国，而是考虑到与当地的用户更加贴近、更加增进了解。所以，电子商务实际上已经分别存在与上文列举的四种服务形式中。电子商务既然是可以任何一种服务贸易的形式存在，那就从一定意义上更加说明了电子商务规则的 GATS 的性质。

2. 最惠国待遇问题。GATS 法律框架下的“最惠国待遇”，是指每一缔约国给予任何缔

约国的服务或服务提供者的待遇,应立即无条件地给予其他任何成员的相同服务和提供者。**GATS** 中的最惠国待遇不仅适用于服务本身,而且还包括服务的提供者。**GATS** 项下的最惠国待遇是无条件的,但也规定了最惠国待遇责任的若干例外与免除。**WTO** 成员在特定情况下,经 **WTO** 允许可以对最惠国待遇实行暂时的例外,基础电信就是其中之一。在基础电信方面,已经放宽市场准入的成员方,在其他成员方市场关闭的情况下,可以提出最惠国待遇的登记免除。对最惠国待遇原则例外的否定清单在很大程度上反映了某些工业发达国家的担心,即最惠国待遇原则会使处在政策比较严格国家的竞争者依赖其受保护的市場在政策比较开放的国家享受自由竞争。而且这种担心确实明显地反映在 **GATS** 关于电信服务的谈判中,许多比较开放的国家的服务部门把申请最惠国待遇原则例外作为争取部门对等的一个手段。^[7]

3. 透明度问题。**GATS** 使成员国负有“除紧急情况以外,每一成员应迅速公布有关或影响本协定运用的所有普遍使用的措施,最迟应在此类措施生效之时”,但从总体而言,**GATS** 下的成员国的透明度原则比 **GATT** 下的透明度原则稍宽松一些。

4. 发展中国家的进一步参与的问题。**GATS** 法律框架下的“发展中国家的进一步参与”,主要有三层意思:(1) 有关成员应做出具体承诺以促进发展中国家增强其国内服务能力、效率和竞争力的增强,改善其进入分销渠道和利用信息网络的机会以及在对其有出口利益的部门和服务提供方式实现市场准入自由化。(2) 发达国家成员和在可能的限度内的其他成员应在《**WTO** 协定》生效之日起 2 年内设立“联络点”,以便利发展中国家成员的服务提供者获得有关服务供给的商业和技术方面的信息,专业资格的登记、认可和获得以及服务技术的可获性方面的信息。(3) 对最不发达国家成员予以特别优先,特殊考虑其在接受谈判达成的具体承诺方面存在的严重困难。

5. 经济一体化。**GATS** 法律框架下的经济一体化的主要内容是不得阻止任何成员参加或达成在参加方之间实现服务贸易自由化的某些协定。对这些协定,**GATS** 在第 5 条第 1 款中做出了限定,但这些限定对发展中国家则采取较为灵活的政策,允许其依照总体和各服务部门的发展水平达成某些不尽符合第 1 款 (b) 的要求的协议,即关于协定规定参加方在协定生效时或在一合理时限的基础上对协定所涵盖的部门不实行或取消实质上所有歧视的要求,发展中国家被给予更多的灵活性。

6. 国内法规。**GATS** 法律框架下的“国内法规”条款要求每一成员应以合理、客观和公正的方式实施所有影响服务贸易普遍适用的措施。具体来说,每一成员应维持或尽快地建立司法、仲裁或行政法庭,在受影响的服务提供者的请求下,对影响服务贸易的行政决定做出迅速审查,并在请求被证明合理时给予适当的补救。当成员方对一项已经做出具体承诺的服务提供项目要求批准时,其主管当局经审查认为服务供应者的申请符合国内法律或规章,则应在合理的期间内将有关该项申请的决定通知申请者。同时,**GATS** 第 6 条也要求对一成员国宪法、法律和司法制度的尊重,规定不得要求一成员设立与其宪法结构或其法律制度的性质不一致的法庭或程序。所以我国在积极以国际标准制订关于电子商务的法律法规的同时,也一定要充分考虑到中国国内的事情,符合我国现行的法律体系和司法制度。

GATS 第 6 条第 4 款还规定,服务贸易理事会应通过其可能设立的适当的机构制定任何必要的纪律,确保有关资格的要求和程序、技术标准及许可要求的各项措施不致构成不必要的服务贸易壁垒。中国应该站在发展中国家的立场,结合自身的实际情况积极向服务贸易理事会提出建议,为发展中国家在较长阶段内对资格的要求和程序、技术标准及许可要求方面可以有自行适当限制的空间。比如第 6 条第 4 款 (b) 中规定的“不得比为保证服务质量所必需的限度更难以负担”当然地受到第 6 条第 1 款中“合理、客观和公正”这个总原则的制约,而不应该像某些发达国家的学者提出的那样,事无巨细地把国内法规可以规制和影响

的电子商务的方面一条一条具体规定下来，否则明显地损害了发展中国家的权利，要求过于苛刻。^[8]

7. 垄断与专营服务提供者。GATS 法律框架下的“垄断和专营服务提供者”(Monopolies and Exclusive Service Suppliers) 规定任何一成员方在实施垄断经营时，不应违背最惠国待遇原则和具体承诺的义务。否则贸易对方可向成员方全体提出请求，要求给予制裁。

第 8 条明确“各成员方应确保在其境内的任何垄断服务提供者，在相关的市场上提供垄断服务方面，不得采取与本协定第 2 条有关该成员方的责任，及其承担的特定义务规定不一致的行为”。第 8 条还规定“当成员方的垄断服务提供者，根据该成员方承担的特定义务，不论是直接或通过其分支机构在其垄断权范围之外参与提供者服务的竞争时，该成员方应确保其服务提供者在境内不滥用其垄断地位，不进行与其承担义务不相一致的行动。”这些规定对电子商务具有两点重大意义。其一，在没有开放基础电信领域但却对因特网接入服务做出具体的开放承诺的 WTO 成员国，依据 GATS 第 8 条该国应确保处于垄断地位的电信服务商不得对各参与竞争的外国接入服务商实行歧视待遇。即这些因特网服务商应能平等地、不受歧视的享有使用或租用公共电信网络的权利；其二，WTO 成员国的因特网接入服务独占经营者不得滥用这一独占经营的地位只能将其限定在特定的服务领域内。这就在与因特网有关的服务领域排除了垄断独占地位的干扰，为电子商务的发展扫清了不少的障碍。

GATS 第 8 条主要是针对发展中国家的。由于发展中国家服务业水平较低，一些重要的服务业大多采用国家垄断形式，这为其他国家的服务提供者在其国家的竞争带来了极大的不利，因此，美国、欧盟等发达国家都极力主张加入 GATS 第 8 条以保障本国服务业在国际上的竞争。

8. 紧急保障措施。GATS 法律框架下的“紧急保障措施”是指一成员为维护国内服务业的稳定与发展，消除因服务输入给本国经济带来不利冲击，根据主权原则享有采取各种紧急保障措施的权利。因为保障措施的实施最容易成为服务贸易自由化的障碍，所以 GATS 也设置了一些限制。但是紧急保障措施应该说是发展中国家保护本国服务产业的一种有效手段，但实践中这种手段又常常是发展中国家不善于利用的。

9. 市场准入。GATS 法律框架下的“市场准入”，是指每一成员方对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇不得低于其在具体承诺减让表中同意和列明的条款、限制和条件。市场准入是一种经过谈判而承担的义务，实施对象既包括服务也包括服务的提供者，市场准入是 GATS 中的关键性条款，其中的承诺表是各国在谈判的基础上达成开放市场的承诺。正如在第三次会议上许多国家所提出的那样，无论电子商务规则的归类问题是否必须首先解决，所有成员国所关心的本质上是归类之后的市场准入等电子商务的贸易自由化程度问题。³欧亚会议也对这一观点持赞成的态度。⁴

10. 国民待遇。GATS 法律框架下的“国民待遇”，是要求每一成员对于列入减让表的部门，在遵守其中所列任何其他成员的服务和服务提供者的待遇，不得低于其给予本国同类服务和服务提供者的待遇。和最惠国待遇原则一样，享受国民待遇原则的对象从产品扩大到生产者，也就是说包含了服务和服务者。而且这项待遇不是一般性的无条件的和强制的义务，而是各成员根据自己的经济发展水平按部门做出承诺。如果发展中国家坚持不在与电子商务相关的部门做出国民待遇的承诺，外国的投资者就有可能受到“歧视待遇”。

(二) 关于电信服务的附件 (Annex on Telecommunications)

《电信服务附件》是 GATS 第 29 条中规定的 8 个附件之一，是向其他门类提供服务的服务提供者开出一张总保险单，保证能够进入成员的电信网络，得到所需的电信服务。^[9]

GATS 电信服务附件的重点是使用公共电信网络及服务的权利。每一成员应保证任何其他成员的任何服务提供者可按照合理和非歧视的条款和条件进入和使用其公共电信传输网络和服务，以提供其减让表中包括的服务。每一成员应保证任何其他成员的服务提供者可以进入和使用其境内或跨境提供的任何公共电信传输网络或服务，包括专门租用电路，并保证不对公共电信传输网络和服务的进入及使用附加条件。要求各成员应鼓励和支持发展中国家之间在国际、区域和次区域各级开展电信合作，向最不发达国家提供机会，以鼓励外国电信服务提供者在技术转让、培训和其他活动方面提供帮助，支持发展其电信基础设施，扩大其电信服务贸易。

这一规定并非是电信服务市场准入的承诺而是保证在其他服务门类内已经得到承诺的服务能够使用必要的电信网络。例如，一国在其承诺表中开放了保险市场，则外国的保险服务提供商就可以获准使用该国的公用电信网络服务。所以可以把《电信附件》看作是向其他门类服务提供者开出一张总保险单，保证他们进入 WTO 成员方的电信网络，得到所需服务。这一点对于电子商务非常重要，即使电信市场开放未能达成协议，电子商务的其他方面的服务内容（因特网内容服务、电子货物贸易等）依旧可以在一国的公用电信网络上进行。

（三）《关于基础电信谈判的附件》（Annex on Negotiations on Basic Telecommunications，又称 GATS 第四议定书）和《参照文件》

按照国际上通行分类方法，电信业务可分为基础电信业务和增值电信业务两大类。

（1）基础电信业务。基础电信业务（basic telecommunications），的定义至今没有一个统一的标准。基础电信业务中的“基础”，不仅仅是指基础电信业务本身，主要指这种业务为其他电信业务提供了完备的公共网络基础设施。

（2）增值电信业务。增值电信业务（value-added telecommunications），是指利用公共网络基础设施，提供的电信与信息服务的业务。增值电信业务的飞速发展与计算机技术和 Internet 的全球普及密切相关，其本身是在基础电信提供的公共网络基础上增加的信息服务和其他专业服务。

WTO 关于电信服务的谈判只涉及到基础电信领域，未涉及增值电信业务。1997 年 2 月 15 日，经过三年的艰苦谈判，WTO 结束了关于基础电信谈判，达成了《基础电信协议》并于 1998 年 1 月 1 日正式生效。这些占有全球电信市场 93% 的电信协议国彼此承诺彻底结束电信的垄断和封闭，按照不同国家的情况，分步互相开放基础电信设施和服务的市场。《基础电信协议》所涵盖的电信服务领域包括：声讯电话、数据传输、电传、传真、电报、私人线路租赁（出售或租赁传输能力）、固定和移动式卫星通信系统服务等。

此次达成的《基础电信协议》是以取消垄断，对外国服务及服务提供者开放市场为目的，69 个缔约方承诺通过各种方式，在不同程度上向其他 WTO 成员的电信服务提供者开放市场，而不需衡量其他成员是否提供相同的开放市场。由各成员提交的具体承诺减让表被视为 GATS 的组成部分之一。签署国承诺在公正的基础上，无歧视地向其他缔约国开放基础电信服务市场，允许其他缔约国的电信服务商进入其国内及国际电信市场，许可外国企业持有该国电信服务实体的股权或所有权，并有义务建立适应电信竞争发展和实施的管制规则。主要是对有关电信方面的法规的透明度、最惠国待遇及豁免、市场准入的具体承诺、对规制环境的具体承诺等方面做了承诺。

在第四议定书的谈判过程中，各国除了达成市场准入的承诺外，还达成了一个《参照文件》（Reference Paper）。谈判方在这个文件中对基础电信服务的国内管制做出了“附加承诺”。《参照文件》的目标是为市场准入和外国投资的具体承诺的真正有效实施，在国内法上提供了不可少的保障，把这种保障与 WTO 体制挂钩，以便遇有不予实行时诉诸 WTO 争端

解决机制。《参照文件》明确定义了电信领域的一些专门术语，如基本设备（essential facilities）、主要服务提供者（major supplier）等。比较详尽的规定了各种竞争行为，如交叉补贴（cross-subsidization）、利用从竞争者那里获得信息、扣留技术与商业信息等。这些规则为电信服务创造了一个良好的市场竞争环境，对 GATS 第 8 条的规定是一种重要的补充与发展。《参照文件》为基础电信市场构建了一个公平，透明，高效的市场竞争框架，对电子商务的发展有着重要的意义。

（四）信息技术协议

《信息技术协议》（ITA）对电子商务的发展具有重要的意义。协议的 50 个参加国几乎覆盖了全球信息技术产品贸易的 95%。而且 ITA 总各参加国所作的关税减让承诺是必须服从于最惠国待遇原则的，也就是说非 ITA 的参加国也可享受到 ITA 参加国信息技术产品的关税减让所带来的利益。另一方面，ITA 的谈判程序对 WTO 重新启动电子商务的工作也是有着重要的借鉴意义的。

虽然 ITA 在全球电子商务中的基础性作用已经得到确认，是一项对电子商务的发展很重要的协议，但是作为一个部门协议，它也有着自身的局限性：（1）参加国范围不广。虽然 ITA 包括了全球 95% 的信息技术产品贸易，但 50 个参加国大部分是发达国家，所以 ITA 仍须进一步拓广参加国的范围，争取吸收更多的发展中国家，这样才更符合电子商务全球化的特征。（2）对新技术产品反应迟钝。尽管 ITA 明确规定信息技术产品的清单需要不断更新。但是 1997、1998 年的更新计划由于成员方不能达成一致而搁浅。这就造成了电子商务中出现的许多新技术产品不能进入 ITA 的管辖范围，这样势必造成电子商务发展的障碍。（3）信息技术产品贸易中的非关税壁垒日渐增多。如进口许可、国内管制欠缺透明度、技术标准认证的昂贵费用，这些都是电子贸易的阻碍。

综上所述，GATS 框架的特点就在于强调发展中国家的积极参与并根据发展中国家的自身特殊性给予适当的照顾与支持，所以它提供了发展中国家可以要求获得某些领域的承诺作为接受服务自由化的条件和有权谋求就其利益而言更好的市场准入条件的机制。面对来势汹涌的电子商务浪潮，发展中国家发展好国内电子商务市场是最积极、最主动和最有效的措施，基础就是充分地投资电子商务的因特网等基础设施。电子商务发展的基础产业不可忽视，GATT 框架已经对此提供了较完善的法律体系，而且 TRIPS 与电子商务的关系的重要性也日益凸现出来。所以，清醒地认识到 WTO 框架内电子商务规则及其相关规则的结构并且充分运用使之相携发挥作用是相当必要的。

五、WTO 框架内电子商务及其相关规则的几个重要问题

（一）技术中立问题

WTO 服务贸易理事会在报告中指出，GATS 要求技术中立，也就是说它对以不同的技术手段传送的服务所作的规则，并没有区别。^[10]这也给发展中国家提出了难题。但是 GATS 下的技术中立原则的贯彻在实践中似乎不是那么严格，比如有的国家承诺开放通信服务市场，但只允许几种特定的技术（卫星、无线通信）至于其它技术为支持的电话服务不予开放。^[10]因为发展中国家和发达国家的数字技术鸿沟愈来愈大，其开发的技术协议和标准已经成为具有优势地位的主流技术，所以发展中国家在原则上遵守技术中立原则的同时，也应该重视国家安全问题，谨防技术殖民主义。^[11]

（二）相似性问题（likeness）

相似性问题是最低惠国待遇和国民待遇运用的关键。电子商务中的产品包含了包括营销在内的许多过程，但是目前 GATS 仅仅对分销服务进行了规定。

另外，有些成员国在本身利益的驱使下，利用“相似性”的原则认为电子商务传输内容的一部分是与物理条件下传输的内容有“相似性”，电子商务应该由 GATT 来规制。这是理论基础上的错误，我们必须注意到“相似性”问题只是存在于 GATS 之下的项目比较，而不能用来同时比较 GATS 和 GATT 下的项目。

（三）市场准入

电子商务作为其他经济部门的手段的时候，各国已经在 WTO 中所做的减让表中的水平承诺和具体承诺当然地适用于电子商务。比如电子结算的市场准入是与金融的市场准入同步的。但是，从实际层面看来，由于电子商务包括知识产权方面的安全性问题的紧迫性，目前的电子商务的市场准入也不宜一味地寻求完全开放。综合来看，电子商务的市场准入应该包括以下几个方面：

1. 信网络及其服务的准入

（1）网络的准入。即电信基础设施和信息技术的问题。主要有三个方面。首先是最基本的电子商务的“原材料”，比如计算机、网卡、电缆光缆传输媒质等物质技术基础。其次是网络信息内容的审查问题，如定级、过滤和年龄核定等。再就是技术标准的协调问题，包括保密性、真实性、数据完整性、进网控制等电子安全方面、公共码认证机构等安全服务设施、电子版权管理系统、高速网络技术、数码资料交换等等。这些标准应该可靠易用、可互相兼容并且允许随着技术的进步而改进。^[12]

（2）电信网络服务的准入。首先，GATS 第 8 条“关于垄断与排他性服务供应者条款”要求不能限制来自其他成员方的服务提供商进入电话行业，且不能实行歧视待遇，同时要求确保其他成员方所做出的承诺在其他服务领域也不应该受到损害。其次，GATS 关于电信服务的附录。附录要求每一个成员方政府应该确保其他成员方和网络服务供应商有合理、非歧视地使用公共电信传输网络与服务的权利，包括一成员方管制范围内服务的供应。而且，附录在两个方面超过了 GATS 的第 8 条，一方面是成员方规定的服务，它包括国外供应商得到非歧视性公共电信传输网络与服务的准入；另一方面是应用公共电信传输网络与服务准入条款时，不考虑这些服务是否是由垄断或是竞争公司所提供的。再次，基础电信协议关于管制规则的参考文本。参考文本主要列举出了监管反竞争的交叉补贴、信息滥用、许可标准和透明度的原则。参考文本应用于大约 60 个成员方，这些国家在基础电信服务部门都做出了具体的承诺，其中，10 个国家还在网络准入服务方面做出了具体的承诺。互联网和其提供服务的准入最后形成的文本是 1997 年 2 月签署的基础电信协议，其开放度相对不错。

（3）网络服务商（ISP）的准入

在许多国家，电信服务是被垄断经营的，所以有必要将 ISP 作为一个明确的部门纳入各国的承诺计划表中。没有令人信服的证据可不允许多个 ISP 或国外企业进入，对于允许多个 ISP 或国外的公司甚至进入有垄断商提供的其他电信服务国家，也没有令人信服的不利证据。^[13]《关于电信服务的附件》只是规定每一位成员国的网络服务提供商进入和使用其他成员国的公用电信网络的权利，但是并没有清楚地表示他们是否具有进入和使用东道国的网络服务的权利，同时也没有明确赋予互联网服务商和互联网接入商相同的介入和利用互联网的权利。

2. 电子商务服务的准入

各国减让计划表中对于电信以外的例如银行、保险等部门服务的电子化的准入，但是《基础电信协议》的第 6 条并没有将电子商务涉及的部门全部涵盖其下。GATS 第 7 条中规定一成员可承认在特定国家已获得的教育或经历、已满足的要求，或已给予的许可或证明，其本

质意思就是允许国家可以根据自己的利益做出选择型的认可。

（四）知识产权方面问题

传统商务中商标的作用在虚拟的互联网世界中表现为域名，用来确认经营者的身份、商誉和其他重要的信息。但是虚拟世界中的安全隐患明显大得多，与现实世界中的不相符、险费者监控的无力性、信息控制的艰难性等，都凸显了知识产权这个课题在电子商务中有其特别重要的作用，需要提出建设性的意见。WTO 应该推动 TRIPS 理事会和 WIPO 的携手合作。

（五）财政关税问题

发展中国家尤其担心电子商务的发展会导致国内税收（包括关税、消费税、收入税）的下降，电子传输的关税问题也是大家所关注的。⁵WTO 于 2002 年 4 月 22 日专门在贸易发展委员会下设立了关于电子商务税收问题的专门研讨会。有成员国认为第 14 规定的税收条款旨在减少国内歧视性收税造成的限制，所以关税问题的讨论应该独立于此条款。比如一位成员国在会上提到，《全球电子商务宣言》只是约束和提倡每一位成员国不要对电子商务征收关税，但是并没有排除对电子商务征收国内税。⁶

不过，对电子商务征收关税有很大的技术上的困难，比如电子商务服务的发生地、交易价值、逃税和重复征税的问题，尤其是如何确定“进口”事实的发生。另外，WTO 成员国给产品分类和确定关税水平的标准——商品名称及编码协调制度（**Humanized Commodity Description and Coding System**,简称 HS），是以产品区别于其它产品的物理特性作为分类依据的。然而电子交易是电子信息的传输，缺少有形的物理品质，当然也就没有办法按商品名称及编码制度对其分类。如果按照 20 年前人们制定的规则，以传输的载体进行收税，其又明显不合理。一是同样载体中的内容不尽相同，税率按其实质内容来说不应该完全一样；二是同样载体即使其中的内容完全相同，如果用途不同，按照相同的税率收税还是不合理。另外，载体中传输内容的价值也不应该是该内容的所有权价值，而应该是使用权价值。

特别是在明确了电子商务规则的性质是属于 GATS 之后，对电子商务征收关税就是违反 GATS 的原则。现在对电子商务的零关税措施应该永久化，并且使之具有法律上的约束力。发展中国家普遍认为电子商务关税的政治意义不应该是服务贸易理事会所考虑的，而且服务贸易理事会必须认识到电子商务的关税问题和发展中国家的税收以及财政问题有着莫大的关系，这点当然也应该是贸易与发展委员会应该关注的。

（六）竞争、司法管辖权、法律适用等相关法律问题

WTO 同时也规定了鼓励因特网介入和电子传输方面的竞争。但是有以下的不足：⁷首先，对于通过国家政府授权等获得垄断地位的经营者，所进行的阻碍竞争的垄断行为没有排除；其次，没有具体的监督和规制的措施。GATS 第 8 条和第 9 条只是保护了网络服务上的竞争的权利，却没有涉及到软件制造商。而且第 8 条中涉及的垄断商只是由政府正式设立或者授权的垄断商，并未包括在没有政府干涉的情况下已经存在的垄断商。第 9 条也只是便利了成员之间的磋商却没有提出任何实质性的应对经营限制的措施。

对于司法管辖权、法律适用等相关法律问题，多成员国认为也许并不应该放在 WTO 的工作讨论范围之内，而且现在缺少这个方面的实践经验，无疑是纸上谈兵。

（七）隐私权和公共道德的保护以及对欺诈行为的预防

电子商务安全的环境应该具备有效的通讯网络、安全的信息系统、不会被修改的保密的真正的信息等等。发展中国家需要编码技术的发展，也需要解决密码丢失问题的措施。个人

信息的收集、加工、储存和再使用等方面的问题也是十分重要的问题。如果经过电子交易之后,买卖双方还要一直担心重新交易或者泄露个人信息,就必然会打击大家对电子商务的信心,也会阻止电子商务自身的发展。作为网上“公证处”的电子商务安全证书管理机构(CA中心)的法律地位就显得尤为重要。

从技术层面上说, WTO 不应该为电子商务制定出具体的规则, WTO 的宗旨和目的是保护自由贸易和减少贸易限制。所以在例外条款方面不宜制订过于具体的规则。利用 WTO 来发展电子商务,并不是让 WTO 包办电子商务中的所有事项。WTO 要解决的问题限于在非歧视的基础上,各国对与电子商务相关的关税减让和市场开放。正如 WTO 前总干事穆尔演讲认为:“WTO 的责任应该被限制在特定的区域……WTO 不应成为万能的因特网。”^[14]

六、WTO 框架下中国的相应对策

电子商务对于发展中国家来说,可以说利弊兼存:不利之处有:首先,发展中国家与电子商务紧密相关的基础性产业先天不足,要求电子商务短时期内创造较大的效益是不现实的;其次,发展中国家多是以劳动力密集型为特点,劳务出口是发展中国家出口产业中的一大支柱,输出劳动力也可以赚取大量利润。电子商务的发展必然在一定程度上抑制自然人流动模式的服务贸易,而且仅就现实而言,发达国家也一直没有在自然人流动的限制上放低任何要求;再次,发展中国家消费者的消费观念不一定能迅速接受电子商务的方式并将其作为日常生活中的一种普通的服务提供方式。电子商务对发展中国家也有有利的一面。首先,企业借助电子商务进行全球采购和营销,流量大、信息多,能够刺激和促动信息产业、金融等服务业的发展以及法律法规的完善;其次,电子商务可以促进对进口商品和服务成本的减少;再次,发展中国家也有因充分地投资高等教育而涌现了大批的能够熟练应用计算机前沿技术和英语的高级人才,并通过出口扩张从电子商务中获益,印度就是典型的范例。印度每年有 115,000 名学工程的大学生毕业,人才资源、互联网、对外国投资的开放,这些因素的综合推动使得该国的年出口达到 40 亿美元。其中计算机技术特别是互联网的来到已经使原来被认为是错误的投资成为有价值的资源。^[15]

按照中国的国情和现实的综合国力,理应属于发展中国家之列。但是中国加入 WTO 时并未能够获得完全的发展中国家的地位。^[16]不过,正如有些学者认为的那样,中国入世议定书虽没有明确中国以发展中国家身份加入 WTO,但也没有明确不以发展中国家身份而以发达国家承担义务。因此可以认为,凡是中国入世议定书没有明确规定中国不享有发展中国家待遇的,中国都应该享有,都可以向有关成员国主张享有发展中国家的权利和待遇。^[17]

在中国和美国于 1999 年 11 月 15 日就中国加入世贸组织达成的协议中,中国政府就开发中国电信服务市场做出的承诺是:向美国开放电信市场,允许外商在电信服务领域持有 49% 的股权,并于 2 年后增至 50%,并允许外商全面投资互联网市场。作为世界贸易组织的正式成员,中国已经承诺在 2005 年之前,取消半导体、计算机、通信设备以及半导体设备的关税,有步骤地对外开放电信服务业,并加入 WTO《信息技术协议》和针对电信服务业的《基础电信协议》。同时,同意设定一个 6 年的减免信息产品关税时间表。⁸

从表面看来,电子商务复兴时期都已经过去,而中国的电子商务依然和因特网一样不见任何起色。不过,正像一些分析家所说的那样,虽然爆发性的增长和类似世纪末那样的繁荣很难再现,但世界电子商务的发展一经开始,就绝不会停下。仅以亚太地区为例,估计到 2005 年这个地区的企业间在线交易额将在目前的基础上增加 5000 多亿美元。中国的企业间电子商务目前仍处于起步阶段,交易额仅占世界总量的 0.2%,不过其 2000 年的交易额也达到了 8 亿美元。这个数字说明,已经有为数不少的企业走在了前面。如果更多的中国企业不设法尽快建立电子化销售渠道和可以显著降低企业运营成本的电子化采购渠道,未来的命运将很难预测,中国必须及早搭上电子商务的快车。

另一方面，在电子商务方面，资源的配置、制度的创新、规则的建立都离不开政府适度和支持性的支持。我国政府已经迈出了可喜的第一步，比如四大骨干网建设和互联，国家级电子商务工程的启动以及相关法规 and 政策的制定，但仍然没有摆脱垄断经营和缺乏公平准入及竞争的影子。

在 WTO 框架下，我们必须充分地考虑我国现在的电子商务市场容量、基础设施的现实情况、社会文化传统的影响等因素，利用 WTO 的保护性原则，采取谨慎的对策。我国具体的相应对策可以如下：

1. 在不违反 WTO 相关规定的前提下，完善我国的电子商务法及相应的配套立法，并积极参与有关的国际立法，否则法律制度这一重要的软环境就会造成我国电子商务发展的瓶颈。

在加入 WTO 后，我国已清理了大部分法规。同时依照我国入世承诺表，制定了相关部分新的法规，其中也有一些电子商务相关的。2001 年 12 月 20 日国务院颁布了《外商投资电信企业管理规定》。其中第四条规定：“外商投资电信企业可以经营基础电信业务、增值电信业务”。第六条规定：“经营基础电信业务（无线寻呼业务除外）的外商投资电信企业的外方投资者在企业中的出资比例，最终不得超过 49%。经营增值电信业务（包括基础电信业务中的无线寻呼业务）的外商投资电信企业的外方投资者在企业中的出资比例，最终不得超过 50%。”这些规定是与承诺表中有关电信业开放的规定相一致的。

但中国法律体系面临最大的挑战是现有的电信法规、部门规章及地方性法规与 WTO 规则不相符合。这实际上也是我国原有的以行业垄断为本的立法理念与市场经济立法理念的冲突。《中华人民共和国电信条例》及部门规章、地方性法规与 GATS 的总体要求还相差很远，特别是一些地方性电信法规本位主义特别严重，而且不透明、不公开。中国虽有一些电信管理规定，比如《电信业管理条例》和《计算机信息网国际联网管理暂行规定》，这些法规条例远远不能适应正在迅速变化的形势。从现有的放开经营服务状况来看，完全有必要制定一部基本的电信行业基本法来规定经营行为和规范市场管理秩序。此外相应的反垄断法等法律也应加快制定颁布，保证市场开放后的公平竞争，防止国外企业的垄断。另外，在 WTO 的基本电信协议的参考文件中，要求各国在防止市场的反竞争行为、网间接续、普遍服务、公开颁发许可证的条件、独立的管制机构、通信资源的公平分配等问题上，都要有明确的规定，而我国则相对匮乏。

我国在电子商务的基础环境互联网的法律法规和行政规章也是比较松散的。现有的主要包括互联网国际联接与接入方面，服务、安全和审查方面，域名注册管理方面，信息网络与公众多媒体通信方面，外国投资方面，资费方面以及具体的电子商务方面。在实践中，我国对以互联网为平台的电子商务所进行的管理是采用的中央与地方以及不同政府部门之间的多头管理模式，在法律方面表现得不全面、不健全，并且缺乏透明性和确定性。这些方面都需要我们通过完善电子商务及其配套法律进行改进。

2. 在 2005 年以前，充分利用 WTO 规定的五年过渡期。

我国应该确定合理的逐步开放的步骤。GATS 在推进服务贸易发展时采用“渐进式自由化”的工作程序，中国可以承诺对外开放电子商务的相关市场，但不一定立即到位，而应根据中国电子商务的发展现状和特点制订逐步开放的时间表。

中国电信业的市场准入应有一个渐进的过程。根据 GATS 逐步自由化的规定，服务贸易自由化的进程，应取决于各个成员方的国家政策目标，以及成员方包括它的整体和个别服务部门的发展水平，在逐步扩大市场准入程度方面应根据各国的发展情况给予适当的灵活性。比如在基础电信领域，WTO 的基础电信协议是在各个成员国互相妥协的基础上达成的。

除了美国、挪威、瑞士、冰岛等少数成员在市场的开放方面的限制措施较少之外，大多数成员国采取的都是按计划、逐步地、有限度的开放。许多成员国普遍采取限制外资比例、采用具体的时间表、对新的服务提供者进入事先许可以及对具体的某一类业务有选择的开放等等。这些措施不尽见于发展中国家，也见于欧盟、日本、加拿大等许多发达国家成员的出价中。^[18]中国加入 WTO 的身份是发展中国家，中国在电信服务领域的总体发展水平与欧美等发达国家相差甚远。因此，中国应根据 GATS 的逐步自由化原则，来确定中国电信服务市场准入的规模、程度和时间，逐步地开放中国的电信服务市场。

分阶段进行。不论发达国家还是欠发达国家，各国对于电信市场开放的日期、范围没有统一标准。希腊、爱尔兰和葡萄牙，因其电信水平比其他成员落后，在市场开放的大潮中，这些国家要求推迟 3 至 5 年开放各自国内业务和电信网络基础设施。在 20 世纪 80 年代，加拿大与美国在开放增值业务市场上就有不同的做法，加拿大承诺开放的范围比美国小得多，对基本业务和非基本业务的划分也与美国的标准不完全一致。可见，各国在开放电信市场时只能量力而行。鉴于我国还是发展中国家，尤其是中、西部及广大农村地区的通信水平仍需要政府一定程度的保护和扶植，我们的承诺只能与国家经济水平同步，在不同的阶段开放不同的领域。

分地域进行。采取在试点基础上逐步开放的原则。试点地区应根据我国电子商务以及相关产业的特点，在东部沿海发达地区和适当的中西部地区进行试点。较为发达的东部地区，重点鼓励外商投资高技术通信领域，市场准入相对进程可以快一些，而在西部地区可以重点鼓励外商投资基础电信。

分部门进行。在电子商务方面领先的行业（如：计算机服务、金融服务、旅游和其他信息服务）的承诺方面进展较顺利，如果能够对更广泛的商业领域和专业服务市场实行开放，将大大提高个人和中小企业从电子商务中获益的可能性；而一些重要的社会服务项目如：健康、教育和诸如零售、批发服务等重要电子产品尽量放缓列入承诺表的步伐，因为它们的发展速度远远慢于其他在线服务。^[19]

分服务方式进行。根据其他国家的经验和我国实践的历史，对于商业存在这一服务提供方式应予以优先考虑，对于跨境提供的服务提供方式应持有十分谨慎的开放态度，对于境外消费的服务提供方式可以给予较高程度的自由化，对于自然人移动的服务提供方式可以给予较高程度的限制。

最后，我们还要调整好关税结构，对电子商务的相关产业实行切实有效的保护。即在关税设计中普遍采取关税升级的结构：对原材料或关键部件进口实行免税或降低关税，对中间产品征收较低关税，对最终产品实行高关税。^[20]

3. 合理构筑擦边球——“非关税壁垒”。

比如在电子商务的基础产业电信领域，我国可以合理设置关于电信业务经营许可证取得的壁垒。目前，国家对经营基础电信业务和增值电信业务均实行许可证制度。颁发基础或增值电信业务许可证，我国主要采用申请与审批制，即由符合条件的提供电信服务的企业提出申请，国家电信主管部门按照电信法规的条件、程序、时限进行审批。但是随着电信服务市场的开放和竞争的日趋激烈，电信服务经营许可证的颁发应当考虑先取得基础电信或增值电信业务“建设许可证”，然后再通过招标的方式，取得电信业务的经营许可证。但在另外一些与电子商务相关的领域，一些传统的许可证取得方式、技术标准、资格要求等已不能很容易地适应电子商务的操作流程，也需要我们认真地思考和创新，并且积极地参与到 WTO 关于这些方面的讨论中去。

考虑到电子商务的高风险性，对电子数据的安全问题应给予高度的重视。在电子商务的

安全方面，一定要采取强硬的保护措施，公众利益和国内安全的保护原则可以作为所采取的措施的理论基础。

4. 政府应该通过地区性的或跨地区的组织以保证公平竞争，提高本国电子商务以及相关产业的竞争力。正如美国利用亚太经合组织在有关信息技术协议的判断中说服欧盟，中国政府也应该运用 APEC 的机制来应对某些无理干预，同时与美国、欧盟协调战略关系，使外国厂商在中国电子商务及其相关产业中的绝对影响力和控制力降低，尽力保持一种多元的平衡均势关系。

5. 建立合理的市场准入制度。我国政府在中国电信拆分、中国联通重组、设立中国网通、组建中国铁通的同时，虽然陆续颁布并实施了一系列的行政法规与行政规则，比如《中华人民共和国电信条例》、《公用电信网间互联管理规定》等。但是，我国的市场准入规则仍然没有形成系统化的体系，亦没有充分透明的市场准入规则，而且在《中华人民共和国电信条例》中并没有对外国组织与个人在中国境内投资与经营电信业务做出规定。因此，在市场准入方面，我们也需要进一步完善，以建立合理的科学的市场准入制度。

结语

当今的多边贸易体制日益呈现着一种膨胀的趋势，发展中国家所能做到的就是在这个多变的框架之下，通过增加参与、谈判和区域集体努力来争取获得更多的收益。电子商务作为一种积极的贸易工具，一种填补发达国家与发展中国家之间知识鸿沟的有效工具，对于发展中国家来说，电信设施和技术的落后局面必须受到重视，努力为电子商务的发展创造一个良好的产业物质基础，并营造一种有效率和允许适度竞争的国内电子商务的发展环境，同时要以教育为手段改变落后意识，鼓励接受先进的国际化的商业形式，大力发展电子商务发展的“软环境”，尤其是电子商务的法律环境。^[21]中国作为一个发展中国家，除要满足上述的要求外，还应该采取积极稳妥的原则，发挥身为 WTO 成员的作用，倡导将电子商务规制于 GATS 之下，并且迅速地采取各种面对的措施，在不违背自己加入 WTO 时承诺的条件下，为本国电子商务的发展创造更加有利的环境。

参考文献

- [1] 王德全. Internet 与电子商务的有关法律问题[A]. 知识产权文丛（第 1 卷）[C]. 231.
- [2] 世界贸易组织秘书处. 贸易走向未来——世界贸易组织（WTO）概要[M]. 北京: 法律出版社, 1999. 93.
- [3] 李雁玲, 任丽明. 全球电子商务与 WTO 国际贸易规则[J]. 经贸知识 2000(9). 47.
- [4] 周忠海. 电子商务法导论[M]. 北京: 北京邮电大学出版社, 2000. 258.
- [5] Ernesto Hernández-López. Trade in Electronic Commerce Services under the WTO—The Need to Clearly Classify Electronic Transmission as Services and Not Tariff-Liable [J]. 4 The Journal of World Intellectual Property .562.
- [6] 世界贸易组织秘书处. 世界贸易组织专题研究报告之一——电子商务与 WTO 的作用[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 105.
- [7] 黄胜强. 国际服务贸易多边规则利弊分析[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2000. 6.
- [8] Geza Feketekuty. Launching New Global Trade Talks: An Action Agenda (1999) [Z]. 91, 94.

- [9] 胡振杰,何平.世贸组织规则与我国新法律法规[M].北京:人民法院出版社,2002.197.
- [10] Ian Macintosh. E-Commerce under the GATS –Implications for International Internet Charging[J]. 4 The Journal of World Intellectual Property .499.
- [11] 陈永.论服务贸易总协定中的电子商务贸易规则[J].外贸经济、国际贸易 2002(4).85.
- [12] 何松明.电子商务立法三题[J].中国法学 2002(1).75.
- [13] [美]阿温德·帕纳加里亚.电子商务、WTO 和发展中国家[J].国外财经 2001(3).
- [14] 同[11]86.
- [15] 同[13].
- [16] 赵维田.协调共同与特殊利益——WTO 对发展中国家的差别与优惠待遇[J].国际贸易 2002(11).
- [17] 韩立余.力求权利义务平衡——浅析《中国加入世贸组织议定书》中的几个问题[J].国际贸易 2002(11).
- [18] 张向晨.发展中国家与 WTO 的政治经济关系[M].北京:法律出版社,2002.155.
- [19] 陶凯元.国际服务贸易法律的多元化与中国对外服务贸易法制[M].北京:法律出版社,2000.241.
- [20] 马元顿.入世与中国 IT 产业的发展[J].河海大学常州分校学报 2001(2).17.
- [21] Andrew D. Mitchell. Towards Compatibility: the Future of Electronic Commerce within the Global Trading System [J]. 4 Journal of International Economic Law (2001).719-722.

The Status and Development of Rules on Electronic Commerce in the Framework of WTO and China's Strategies

HUANG Cun-zhen

(Law school, Zhejiang University; Hangzhou 310027,China)

Abstract: With the prevalence of the Internet and the development of IT, Electronic Commerce exhibits its promising perspective and becomes one of the new important topics in WTO. The final legal texts of the Uruguay Round of multilateral trade negotiations and the subsequent agreements in the framework of WTO have promoted the development of rules of Electronic Commerce. As a member state of WTO and developing country, on one hand, China should insist on the viewpoint that Electronic Commerce be regulated by GATS mainly and contribute to establish the consummate law system, which is founded on the conformity of GATS, GATT and Agreement on TRIPS in the framework of WTO; On the other hand, China should create the benign substance basis, market environment and legal system. In addition, China should also strive for the time and space, which is suitable to the gradual liberation of Chinese Electronic Commerce in accordance with China's national conditions and the economy development, by increasing its participations, negotiations and the coordination of regions.

Key Words: electronic commerce; WTO; strategy

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 黄存真, 浙江大学法学院硕士研究生。

¹ WTO documents, G/C/W/158, 26 July 1999, p.4.

² See Sacha Wunsch-Vincent, the WTO and the Liberalization of Cross-border Electronic Services: a transatlantic perspective, for discussion during the International Workshop on Competition, Cultural Variety and Global Governance: the Case of the Global Audio-Visual System, Table-1.

³ Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 15 June 2001, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/475, 2002.10.25, p.2.

⁴ *Id.* at 5.

⁵ "Electronic transmissions" used in the Declaration on Global Electronic Commerce (20 May 1998)

⁶ Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 15 June 2001, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/475, 2002.10.25, p.4.

⁷ WTO documents, S/C/8,31 March 1999,p.9.

⁸ 具体承诺如下:

1. 关税减让。中国将遵守世贸组织《信息技术协议》，并取消该协议所覆盖的所有产品的关税。关税削减自加入 WTO 起到 2003 年 1 月 1 日, 将该协议所覆盖的 2/3 的产品的平均关税从目前的 13% 削减至 0, 到 2005 年 1 月 1 日全部取消余下产品关税。

2. 非关税减让。中国将取消所有信息技术产品配额。

3. 开放流通领域的经营权。自加入 WTO 之日起, 外商投资的 IT 企业可以分销所有的中国制造的产品; “入世” 1 年内, 外商投资企业还可以分销进口的 IT 产品; “入世” 3 年内, 外国企业取得 IT 产品的贸易权和分销权。

4. 开放市场。加入 WTO 后, 外国企业不但可以在中国无股权比例限制、无地域限制制度计算机产业, 而且可在中国从事计算机软件、硬件服务以及基础电信和增值电信服务。电信管理条例把整个电信服务行业划分为“基本电信服务”和“增值电信服务”两个部分, 按其所给出的定义, “增值电信服务”包括互联网内容、电子邮件和语音邮件、数据库、传真服务, 以及视频会议等。在增值电信服务栏目中, 还包括一个被称为“转售基本电信服务”的项目, 这意味着移动和固定线路电信运营商可以向第三方出租通信容量, 可能包括外资企业和国内的私营企业。根据中国和美国及欧盟达成的加入世界贸易组织协议, 中国向外国投资开放基本电信服务市场的速度, 将缓于开放增值电信服务市场的速度。根据这次公布的电信管理条例, 基本电信服务包括固定和移动电话、数据服务、卫星服务, 以及出租或销售网络容量。此外, 它还包括“互联网和其它公共数据网络的传输”, 即对互联网基础设施的控制权。提供基本电信服务的企业必须从中央政府获得经营许可, 并且, 该企业至少应有 51% 的股权由国家控制。增值电信服务覆盖的范围有可能进一步扩大。其他被归到增值电信服务范畴之内的项目还包括无线寻呼和“网上处理数据和交易”。

自中国加入 WTO 起, 与计算机硬件安装、数据处理、制表服务、分时服务 (time-sharing services) 相关的咨询服务, 外国服务商在中国可以不受限制地营业, 这些服务也可以跨境提供。对于软件提供服务 (software implementation services)、系统与软件咨询服务、系统分析服务、系统设计服务、程序服务、系统支持服务、数据加工服务、投入准备服务 (input preparation services), 外国服务商可以通过合资的方式在中国营业。

中国加入后 3 年内, 基础电信中的国内及国际基础电信业务, “允许在上海、广州和北京设立中外合资企业, 没有数量限制, 并在上述城市内或城市间提供服务, 外资比例不超过 25%” 移动语音和数据服务“外资比例不超过 49%”。加入后 5 年内, 国内及国际基础电信业务“开放地域将扩大到成都、重庆、大连、福州、杭州、南京、宁波、青岛、沈阳、深圳、厦门、西安、太原和武汉, 外资比例不超过 35%。” 移动语音和数据服务“取消地域限制, 外资比例不超过 49%”。加入后 6 年内, 国内及国际基础电信业务“取消地域限制, 外资比例不超过 49%”。