

网络审查与国际贸易法*

[英]布赖恩·欣德利 [瑞典]李-牧山浩石

内容提要:网络是一个全球性市场。网络尤其是互联网商务发展迅速,并处于(覆盖绝大多数跨境商业模式的)传统贸易规制框架之外。随着网络市场规模的不断增长,对总体经济的贡献越来越突出,人们也越来越关心对它的监管问题,如对其采取贸易限制措施、破坏电子商务领域的贸易、投资、信息服务及网络交易环境等。一种典型的监管方式是网络屏蔽。

关键词:电子商务 网络审查 网络屏蔽 国际贸易争端 网络监管

布赖恩·欣德利(Brian Hindley),欧洲国际政治经济中心(ECIPE)高级研究员;
李-牧山浩石(Hosuk Lee-Makiyama),欧洲国际政治经济中心(ECIPE)联席主任。

世界贸易组织(WTO)中做出相关承诺的成员有义务保证跨境网络服务不受限制。选择性审查而不是完全屏蔽网络服务在网络审查机制最发达的国家已经存在,即使存在公共道德和安全例外,专家组也有机会裁定永久性屏蔽搜索引擎、照片分享和其他网络服务违反《服务贸易总协定》(GATS, General Agreement on Trade and Service)。一些国家或许能以缺少手段无法进行选择性过滤、存在进行审查的道德及宗教理由为由在WTO中为其违规行为辩护。但是,在能够进行选择性过滤的国家,就不能利用上述理由进行肆意的、明显不当的审查。

一 导 论

(一)审查与贸易法律

网络是全球性市场平台。在调整传统跨境商业模式的法律框架之外,网络特别是电子商务迅速发展。随着互联网交易的不断增长及其对总体经济的贡献越来越突出,如何监管网络成为关注的焦点,如对其采取贸易限制措施、破坏电子商务领域的贸易、投资、信息服务和网络交易环境。近几年,许多国家发生了与网络监管有关的事件。

网络监管问题源于网络不受国境限制的特点。理论上,全球网络服务能从某一地点到

* 译者韩蕾,中国社会科学院国际法研究所国际经济法专业硕士研究生。审校黄东黎,中国社会科学院国际法研究所研究员。该译文经作者授权在本刊首发。

达任何其他地点。政府希望将公民与网络上的特定信息隔离,但网络这种新生事物不属于传统司法管辖范围,旧的法律强制手段无法对其进行规制:它不受物质投入、分销渠道、房地产和基础设施建设等传统市场准入条件的限制,任何人均可轻易、即时地通过全球网络获得信息。更重要的是,传统法律通过许可、执照和监督等工具进行规制,而网络则无需人们获得这些工具的准允。

网络审查问题具有很强的政治性,但本文将从国际贸易法的角度关注该问题,因此不涉及意识形态。网络审查与国际贸易法的相关性在于,网络服务多数属于商业服务,破坏网络服务的行为将直接造成网络服务提供者的收入减少。此外,网络审查机构和服务提供者往往处于不同国家,服务提供者收入的减少常常由另一国的政府行为引起:简言之,这关乎重要的国际贸易问题。由此引出本文关注的核心问题:现有的国际贸易法律能否适用于网络审查。

(二)“新”型经济和新规则

过去 10 年网络的革新和发展重塑了人际交往的许多方面,也包括商业。网络对全球化做出了决定性贡献:它实现了人与人之间的即时交流、创造了真正的全球市场和全新的服务模式、打破了地理距离、国家边境和技术标准等阻碍传统商业模式的壁垒。它改变了许多产品的本质,例如,最大的音乐零售商不再销售音视频产品转而提供下载服务。^[1]同时,它对现有服务模式进行了创新,包括零售、电子通讯和信息提供服务,甚至可以认为,网络淘汰了传统的服务模式,创造了全新的需求模式。

在网络发展的婴儿期,许多网络服务模式的商业可行性受到质疑。如今,网络服务提供商成为了受人尊敬的蓝筹股:一些新型跨国企业的商业模式借助网络超越了国家和经济体的边境,其线下的竞争者则鲜能做到。网络的普及和基础设施的发展促进了这些企业的成长,提升了其全球知名度,为其开辟了全新的市场并使其以复杂模式提供服务成为现实。

在亚洲,这种情况尤为明显。新千年伊始,东亚的人们普遍开始接触网络。中国的网民数量 2008 年超越了美国,达到 2.98 亿。^[2]韩国成为网络科技发展的重要角色,并在全球范围内拥有占人口比例最高的网络商业消费者及宽带连接数量。^[3]印度有 8100 万人会使用电脑,这个数量正向一亿的目标数字迈进。同时,印度已成为网络应用软件发展的全球资源伙伴。^[4]过去,亚洲经济体在固定线路方面的基础设施陈旧落后,如今,先进的基础设施成为它们的优势——在建设移动网络的速度方面,亚洲超过世界其他地区。

对规模决定增长的网络公司而言,无论靠收取用户费用还是广告收入,这些新兴市场都有利可图。网络公司的营业额直接取决于用户数量及其带来的市场营销价值。因此,进入这些亚洲经济体成为网络公司获取商业利益的关键。

中国网络服务的广告收入过去 3 年的年均增长率超过 60%,接近 170 亿人民币(约 17 亿欧元)。^[5]搜索引擎广告收入占该数字的三分之一。有些调查公司甚至指出全球网络商

[1] 《苹果在线商店成为美国最大零售商》,资料来源于苹果公司网站新闻 <http://www.apple.com/pr/library/2008/04/03itunes.html>,访问时间:2012 年 2 月 19 日。

[2] 《CNNIC 发布〈第 23 次中国互联网络发展状况统计报告〉》,资料来源于中国互联网络信息中心,http://www.cnnic.cn/dtygg/dtgg/200901/t20090112_13801.html,访问时间:2012 年 2 月 19 日。

[3] ITU, World Telecommunication Indicators 2008.

[4] Internet Governance Forum, Worldwide Internet Users 2008.

[5] 资料来源于 iResearch 网站,http://english.iresearch.com.cn/views/search_engines/detailnews.asp?id=9020,访问时间:2009 年 3 月 2 日。

业总价值达到1万亿美元。这一数字几乎等于欧盟和美国间交易总额的一半(包括贸易、投资和海外分公司的销售)。互联网行业超越娱乐业和利基市场现象,成为服务贸易的重要方面。

国内主管机构和贸易律师正试图赶上网络发展的脚步。容易理解的是,与网络公司的发展历史相同,早期对网络商业行为性质的定义十分不成熟,例如,试图通过一个国际条约规制包括搜索引擎和书籍零售在内的所有网络商业,主要约束货物关税的WTO组织规定成员国停征网络商业的关税(本身应规制实物货物)。那时只有少数人意识到了网络技术的多变,但这些人基本不是贸易谈判人员。

二 网络审查

(一) 审查动机

审查与文明的历史一样悠久,审查网络的目的和动机与审查其他媒介相同并不令人惊讶。通常,审查的政治动机是限制反对意见、反对团体及对体制的批判。许多国家严格控制本国的网络流量并屏蔽海外的批评性网站。例如在古巴,不经过官方许可连接网络自动构成非法行为。政治性审查的内容包括种族问题或武装冲突。在韩国,与朝鲜相关的信息是常规审查内容。在吸取反对派在乌克兰和格鲁吉亚成功利用现代通讯手段挑起人民动乱的教训之后,俄罗斯和其他独联体国家赋予执法机构全权监管网络的权力。与政治首脑有关的网络内容也十分敏感,颇为流行的流式视频服务提供商(YouTube)和博客服务在土耳其因贬损其建国之父凯末尔·阿塔土克(Kemal Atatürk)而遭到关闭。^[6]类似的,在泰国,无论是线上还是线下都禁止亵渎君主(经常被用作借口起诉反对派);法国和德国的法律禁止并否定赞美纳粹和大屠杀的行为,在境外建立的相关网站因此被两国屏蔽。而在其他国家,这种网站有时能够得到宪法保护。

保护国内道德是审查的第二个动因,这取决于一个社会如何认定何为不道德及不合法。这一类的例子不胜枚举,道德保护通常涉及有关色情、赌博或犯罪活动的内容。屏蔽含有这类内容的外国网页在穆斯林国家非常普遍,这些国家禁止讨论成人内容、赌博、药物滥用及与信仰相关的内容(在伊朗这种禁止扩大到对妇女权利的讨论)。除了宗教信仰,基于世俗道德的理由进行审查同样存在:在美国,利用未被屏蔽的网页进行在线赌博构成违法。某些国家,如丹麦和比利时,屏蔽非法提供文件共享和下载的网页。大多数国家(包括不存在审查机制的国家)都会屏蔽有关儿童色情的网页。

审查的第三个动机较为罕见,在于商业目的。这方面最著名的例子在墨西哥,其国有运营商墨西哥电信(Telmex)屏蔽了以较低价格提供网络电话服务(VoIP)的互联网电话(Skype)和宽带电话服务(Vonage)等互联网运营公司。^[7]WTO已经判定墨西哥对将电信业务扩展至其境内的美国公司征收高额费用构成了对美国运营商的歧视。类似的例子包括德国电信、法国和英国的若干公司。这类商业性审查也可能由非国家性质的实体公司进行。

[6] 《土耳其法庭禁止流式视频网站进入》,资料来源于英国广播公司(BBC)新闻 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6427355.stm>,访问时间:2012年2月19日。

[7] T. Cohen, O. Mattila & R. Southwood, "VoIP and Regulation", *Trends in Telecommunication Reform* 2005 published by ITU, 2005.

(二) 审查方式:屏蔽或选择性过滤

屏蔽境外网页是限制网络接入最普遍的做法。具体方法包括官方监管现存的网络连接点和/或禁止境内网络服务商连接任何官方禁止的网页。不仅如此,所有跨境的网络流量,如网络交谈、网络电话服务和手机、多媒体短信服务都可能遭受同样的审查。相对而言,国内的非法网站可以用国内法进行规制,因此政府没有屏蔽这些网站的必要。

其他新型服务如搜索引擎的法律问题较为特殊。这类网络服务不直接提供内容,而是利用自动算法程式对网络内容进行检索,再罗列出与被搜索内容相关的网络链接。搜索引擎广受欢迎,但它无法控制被搜索出的网页包含的内容。同样,因为不直接提供内容,社交媒体,如社交网络服务、博客服务、流式视频或照片分享服务以及网络论坛都存在类似的问题。某些欧洲国家应用法理上的“中人法律责任”理论,认定所有网站和网络服务提供者都要为其网站用户发布的不合法内容承担责任。

发展中经济体试图进入全球工业链条,它们知道网络在学术研究和传播知识等方面的重要性。调和这类公共利益与审查需要的方法不在于完全屏蔽网页,而是对网页的内容进行有选择的过滤——例如,泰国仅屏蔽电子商务网站亚马逊某些显示特定书名的链接(URLs),该网站的其余页面可以正常使用。

用户搜索的关键词不合法也会导致选择性过滤。如今,在必要时已经能对某些单独页面或网页的某一部分进行选择性的过滤,甚至不需要网络服务提供商的合作。但网站用户发布的内容如视频或博客对这种形式的审查提出了很大的挑战。用户可以迅速替换被审查的内容,用户和审查机构之间不时发生猫捉老鼠的游戏——用替代性的描述或者暗语来逃避审查者的注意也是十分普遍的做法。所以,即使能够进行选择性过滤,屏蔽网页仍然是常用方法。考虑到用户在网站发布内容这种模式的流行程度,一些国家更强调网站的自我审查,在线服务商和网络供应商为避免自己的服务被屏蔽而转换身份成为规制和监管网页的角色。

(三) 其他贸易限制方式

通常情况下,一国并不好对另一国适用本国法律,但也有例外。如法国因发现美国雅虎公司的拍卖网站正在出售纳粹纪念品(在法国属于非法)而向其提出诉讼。^[8] 法国法庭宣称,尽管货物并不一定从法国卖出或由法国消费者购买,但雅虎网站应当知道其拍卖服务的使用者包括法国居民(法语广告在该页面上运行)。雅虎网站没有选择直接挑战法国的法律,而是将诉讼提交至美国联邦法院,声称美国宪法《第一修正案》保护言论自由权利。然而在2006年,美国法院支持了法国的司法裁判,认为雅虎网站向法国用户提供的服务是有意的行为,法国的裁判是合理的。^[9] 这似乎认可了外国法律能够适用于美国网络服务,至少对特定的地区性或语言性内容存在某种程度的容忍。同样,泰国或土耳其依据法院命令及法院对制裁措施的法律分析屏蔽流式视频服务提供商(YouTube),而不考虑它是一个外国网站。

上述所有的审查方式都限制了跨境网络供应,即与境外进行货物或服务交换。审查能禁止或限制外国资本在本国商业领域拥有资产。它也可以不给予必要的贸易权利从而严重

[8] LICRA vs. Yahoo Inc et Yahoo France (2000/05/22).

[9] Court of Appeals for 9th Circuit, 433 F.3d 1199 (2006).

限制外国服务商在本国的分销,或让外国分销商不能控制其产品或服务的分销——特别是通过本国国有公司掌控国内分销。如果某一商业存在需要技术支持,如接入移动网络或获得地区性知识产权许可如版权许可,这些贸易权利就至关重要。WTO 专家组近来裁定的一个涉及贸易权利和出版物及音视频服务的争端就涉及这方面的问题,该案涉及电子出版物及其分销形式。^[10] 其他形式的网络贸易限制措施也可能出现,并涉及隐私问题:有一些审查不是通过集中屏蔽的形式,而是基于改装用户的电脑。类似的情况包括一些国家销售的无线网络设备不使用世界其他地区普遍认可的安全协议,只使用该国政府批准的保密方法(政府持有解密钥匙)。在贸易术语中,这些限制属于技术性贸易壁垒(TBT)。韩国拥有一种独有的审查形式,即禁止匿名上传或发表内容。主管机构强制进行身份核查,用户在任何网页发布内容之前必须输入身份证号码,这意味着任何服务在韩国都必须遵守同样的标准。有些法律如《瑞典国防无线局法案》(FRA Law)授权主管机构监测过境的网络交流(可能违反服务提供商与用户之间的保密协议),或者要求服务提供商保存特定的流量数据以备日后的分析和解密,例如欧盟《数据保留指令》中的措施。^[11]

三 审查与多边贸易体系

(一)世界贸易组织

建立于1994年的世界贸易组织是多边贸易体系的核心。该组织的原则源于其前身《关税与贸易总协定》(GATT1947, General Agreement on Tariffs and Trade)。其中最著名的是最惠国待遇原则,即一成员给予另一成员的权利自动地授予其他所有成员。第二重要的原则是非歧视和国民待遇原则,即外国货物及服务受到的待遇至少不应低于国内相似产品受到的待遇。WTO的成立扩大了这些原则的适用对象范围,包括了服务、知识产权,某种程度上也涉及投资。WTO的成员几乎包括全球所有国家,基本上,世界所有国家要么已经成为WTO成员,要么正在试图加入。

《服务贸易总协定》规则适用于所有商业服务,但其与《关税与贸易总协定》的区别在于,《关税与贸易总协定》预设其管辖范围包含所有种类的货物,除非在协定中明确规定为例外;《服务贸易总协定》则通过各成员在其具体承诺减让表中对特定服务种类做出减让承诺发挥作用,这些减让表属于《服务贸易总协定》整体。因此,成员可以在不同的目录中对四种服务提供模式规定具体的市场准入承诺水平。四种服务模式包括:(1)自一成员领土向任何其他成员领土提供服务(跨境服务);(2)自一成员领土向任何其他成员消费者提供服务(境外消费);(3)一成员的服务提供者通过任何其他成员领土内的商业存在提供服务(商业存在);(4)一成员的服务提供者通过任何其他成员领土内的自然人存在提供服务(自然人存在)。默认的规则是,除非对具体承诺减让表中某一类型的服务进行减让谈判并明确定义减让内容,各成员对该种类服务没有相应义务(意味着没有做出承诺)。但也存在一

[10] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R (2009/08/12).

[11] Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, 2006/24/EC, 2006/05/03.

些普遍被包括进承诺(被称为“水平”承诺)的例外。《服务贸易总协定》规定的最惠国待遇、市场准入和国民待遇原则与货物贸易协定相似。

WTO 组织另一个重要特征是它的争端解决机制,类似“法庭”的机构——专家组和上诉机构使得该机制具有很强的可操作性。尽管不是传统意义上的法庭,该机制在多年的实践中形成了许多条约解释和准司法性质的重要原则。只有 WTO 成员(即国家)能够起诉另一个成员。当一方的申诉得到裁定的支持,另一方若不遵守争端解决机构的裁定将导致 WTO 授权其他成员对其采取报复措施。这种被授权的报复措施是坚持采取违反 WTO 义务措施的国家所要付出的代价。

(二) 审查——限制市场准入

WTO 并没有明确认定网络中所有的商业行为都属于服务。尽管 WTO 组织有类似仲裁庭的机构能进行法律分析,但总体上它由成员推动,一些基本原则需要成员国通过谈判达成。WTO 成员间至今尚未达成对计算机相关服务(CRS)的一致态度:例如,通过网络下载的软件属于货物还是服务、它应适用《关税与贸易总协定》还是《服务贸易总协定》^[12]的规则,这些是非常关键但未能解决的问题。使用过滤软件及类似的对电脑硬件或基础设备设定标准等方法清晰地表明:如果依据《关税与贸易总协定》和《技术性贸易壁垒协议》,只要没有产品受到相对有所区别的对待,政府或非政府机构即可以施行强制性技术标准。

然而,诸多贸易规则能否适用于网络服务仍是一个问题。在 WTO 框架内思考网络审查,很容易联想到它是一种限制特定服务供应的方法。而作为一般规则,如果一 WTO 成员国对某一行业部门做出了市场准入承诺,就不能对该部门的贸易实行数量限制(《服务贸易总协定》第 16 条)。因此,首要的问题是,审查是否是一种贸易限制手段——假设 WTO 成员对与网络服务有关的部门做了承诺。WTO 争端解决机制首次涉及《服务贸易总协定》条约解释的案例是“影响跨境提供赌博服务的措施案”(在线赌博案),^[13]该案中确立的重要原则回答了上述问题。岛国安提瓜和巴布达在美国境外提供在线赌博服务,其地区经济因此获得飞速发展。美国的一项联邦法案则禁止任何地点(国内或国外)未获许可的在线赌博,美国这一禁令最终发挥作用并粉碎了安提瓜和巴布达的经济泡沫,安提瓜和巴布达就美国的措施提出争议。

专家组在该案中确立了“零配额”原则。该原则认为,如果法律完全禁止某一类别的服务,即使这种禁止对国内服务商和境外服务商平等的施行,也仍然构成数量限制(尽管配额为零),因为它违背了一国在具体减让承诺表中对某一类别服务做出的市场准入承诺,^[14]这一原则使得具体承诺的效力优先于在国内和国外服务间平等适用的非歧视性国内法禁令。值得注意的是,争端涉及的美国措施(3 部美国联邦法律,即《有线通讯法》(The Wire Act)、《旅游法》(The Travel Act)和《禁止非法网络赌博交易法》(The Illegal Gambling Business Act),以及 8 部州法律)的性质是法律法规,在实践中通过屏蔽或过滤的技术手段予以执行,其效果并不相同。如果一国对相关服务部门做出了市场准入承诺,对该种服务的审查在《服务贸易总协定》中应被认定为对跨境服务的数量限制。

[12] WTO Secretariat, Background Note for Council for Trade in Services (S/C/W/300) page 2, June 2009.

[13] United States-Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services, WT/DS 285/R (2004/11/10).

[14] United States-Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services, WT/DS 285/R/para 6. 335 (GATS art. XVI:1 and 2) (2004/11/10).

在线赌博案涉及四种服务模式的第一种(跨境服务),此外我们也注意到需要在它国建立实体机构从事服务出口的案例。通过限制外国资本(或完全禁止)或要求其与当地公司合资能够限制这种服务出口。这在涉及网络的核心科技行业常被运用(例如文化产品的电子分销),它们往往是一国产业政策或创新政策的一部分。

对外国公司在境内的子公司或分支机构采取措施从而对外国商业存在(模式3)造成歧视不符合WTO义务。或是因为一成员对某一种类服务的承诺包含模式3,或是在国内公司能够从事类似业务的情况下将违反国民待遇原则。这遵循了专家组在“影响出版物和视听娱乐产品的贸易权和分销服务措施案”(在此引用为音视频案)中对《服务贸易总协定》(第17条市场准入)的理解。^[15] 该案涉及中国通过国家控制贸易权利和事实上的单一垄断——或双头垄断对家庭音视频娱乐产品、录音资料和出版物(包括电子出版物和录音制品的分销)进行审查。^[16]

(三)新型服务的分类

在线赌博案的法理基础在于美国承诺开放跨境赌博服务,其具体承诺减让表“其他娱乐服务”一项中没有设定任何限制。尽管专家组甚至也承认美国并没有开放其在线赌博市场的意图——但在专家组看来,无论是缺少意图还是缺少预见,都不能构成具体承诺减让表中对承诺的例外。《服务贸易总协定》中的市场准入义务是至高无上的,它优先于国内禁令(尽管国内禁令可能得到WTO协议的例外条款支持)。事实上,美国的具体承诺基于通常被称为“W/120”的《服务业部门分类表》而做出,该分类表是关贸总协定秘书处(WTO的前身)发布的指导性文件,它依据的是一个分类系统,即《联合国临时主要产品分类目录》(CPC)。^[17] 在该分类表中,美国对赌博业所属的服务部门做出了完全的承诺,没有规定例外,在谈判中美国也多次表示其具体承诺是基于《服务业部门分类表》而做出的。

服务种类的涵盖范围参考了该分类表以及《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on Law of Treaties)补充解释方法的原则。简单来说,赌博业包括在“其他娱乐服务(体育项目除外)”中,并被认为符合《服务贸易总协定》签订方的一般意思。

在线赌博案与审查有关。审查是否符合一国的WTO义务取决于该国在具体减让承诺表中是否对该种服务做出了承诺。而在1994年乌拉圭回合谈判的总结阶段,大部分WTO成员在制定其具体承诺减让表时,在线赌博还根本不存在。

多数国家依据CPC分类系统建构其具体承诺表的结构。但网络及同时产生的在线服务提出了这样一个问题,即在具体承诺表中它们属于哪一种类的服务。这方面几乎没有指导性解释,新型服务在网络之外往往没有类似的先例。一些学者,其中最著名的是蒂姆·吴(Tim·Wu),都详细描述了这个问题并提出了几种解释的假说。^[18] 这方面的例子包括搜索引擎服务:它可能属于“信息、网络处理服务”(与《联合国临时主要产品分类目录》843相同)服务种类组,中国在这一服务种类中对跨境服务(模式1)和商业存在(模式3)没有设定

[15] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R (2009/08/12).

[16] 中国涉及争端的措施尤其包括1997年《电子出版物出版管理规定》、《文化部关于网络音乐发展和管理的若干意见》和中国的其他意见和网络文化规定。

[17] 《具体结构及解释性注释》,资料来源于联合国网站 <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1>,访问时间:2012年2月19日。

[18] T. Wu, “The World Trade Law of Internet Filtering”, Columbia University -Law School, May 3, 2006.

任何限制,泰国在这一服务种类中仅对商业存在(模式 3)进行了限制,土耳其对公共垄断做出了保留。但如果搜索引擎服务被认为属于“资料库服务”(《联合国临时主要产品分类目录》844),这三个国家都没有遵守市场准入、国民待遇原则以及不采取任何贸易限制措施的义务(没有做出承诺),这些国家即使采取歧视性禁令也不违反其 WTO 义务。

应当注意到,成员国的承诺是由承诺表中的全部文字和描述,以及对任何分类目录的任何的明确参考共同决定的。对在网络以外存在类似产品的服务进行分析较为简单清晰,例如音乐或视频的下载服务:它们既可以属于前述的“网络处理服务”,也可以属于“视听服务”(《联合国临时主要产品分类目录》832);甚至可以属于流视频的广播电视电缆服务(753)或电影、广播和电视服务(961)。在“在线赌博案”和“音视频案”中,^[19]WTO 争端解决机构采纳了技术中立原则(不是所有结论都基于这一原则),^[20]认为除非在减让表中有特别规定,一成员的承诺应包含子目录的内容及通过任何媒介的所有传递方式。特别是在“音视频案”中,WTO 认定“录音制品分销服务”包含非实体传递媒介,如互联网。^[21]

(四)具体承诺和分类

虽然许多公司认为网络服务应该属于一个独立的新目录,但认为其属于网络处理服务的分析最有道理。语义上,该定义将网络服务限定为处理数据或信息,不生产产品而取决于提供的内容。现有的分类系统如果是全面完整的,在现有的服务分类体系中加入新种类并没有法律理由或系统的理论支持。

新型网络服务在《联合国临时主要产品分类目录》中应属于哪一目录,WTO 成员也很难达成一致,尽管 14 个 WTO 成员(包括中国香港地区[不包括中国大陆]、欧盟、日本、韩国和美国)认为所有与计算机相关的服务都应属于电讯服务部门。这种观点远未获得广泛承认,如前所述,许多国家,如中国,对该部门中的许多服务种类也没有义务。^[22]

另一些观点认为大多数网络服务,特别是搜索引擎服务,应属于“网络处理服务”(《联合国临时主要产品分类目录》843),这对中国在内的许多国家就产生了约束力。《联合国临时主要产品分类目录》在《服务贸易总协定》的起草阶段和 WTO 组织首次吸纳成员阶段只是一个草案和临时版本,成员仅仅被鼓励在制定国内产品分类时与该文件保持一致——但没有强制性义务或法律协议要求联合国成员或做为国际组织的 WTO 必须如此。而依据《商品名称及编码协调制度》(HS, The Harmonized Commodity Description and Coding System)对货物贸易进行承诺时,这种一致性是强制的。美国采用它自己的分类系统即北美产业分类体系(NAICS, North American Industry Classification System)对服务业进行分类,其具体承诺的定义、分组和分类与《服务业部门分类表》一致。因此,在“在线赌博案”中,美国对《服务业部门分类表》中的赌博行业进行了承诺,正好指向《联合国临时主要产品分类目录》中

[19] United States-Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services, WT/DS 285/R/para 6. 285 (2004/11/10), China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/ para 7. 1253 - 1257 (2009/08/12), reference to report from the Working Party on E-Commerce (1999/07/19).

[20] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 7. 1253 - 7. 1258 (2009/08/12).

[21] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 7. 1329 (2009/08/12).

[22] World Trade Organization, TN/S/W/38, (2005/02/25).

的“赌博服务”子目录。

《联合国临时主要产品分类目录》前后经历了两次更新(最新版本在2009年1月发布),^[23]所有的网络服务——包括搜索引擎、流式视频、在线书籍和期刊、音频、视频、软件和新闻——都被包括在子目录“网络内容”中(《联合国临时主要产品分类目录》843)。例如,搜索引擎服务分属该目录下的“网页搜索门户内容”(843.94),流式视频被归为843.32,大多数发达和发展中成员国对这两种服务做出了市场准入承诺。尽管专家组(WTO争端解决机构的下级机构)在“音视频案”中认定该分类系统的后续更新属于与该案无关的争辩,但这并不必然否定该种分类。专家组对于搜索引擎是否会有不同结论尚不可知,“音视频案”何时会被提交给上述机构也不确定。“音视频案”也涉及新加入的WTO成员在网络服务已非常普及的情况下做出承诺的特殊情况。1994年美国制定《服务贸易总协定》承诺减让表时,在线赌博以及互联网还非常新奇,而后加入WTO的成员在制定承诺减让表时就可以不对网络服务做出承诺。^[24]2000年以后,联合国对于服务分类也提供过指导性的技术解释。^[25]

(五)广告还是网页终端用户?

另一种对服务的分类不从终端用户的角度出发,而是从服务如何产生营业额的角度进行。实践中,前述的网络服务都不收取用户费用(除了音乐和电子书籍零售商)。许多服务,如搜索引擎、博客和照片分享软件服务,都是搜索引擎公司整体业务的一部分或其子公司的业务。雅虎公司除拥有以自身作为品牌和名称的新闻、拍卖、金融信息、网站托管、论坛和邮件服务外,还拥有流行的照片分享网站“闪烁”(Flickr)和“可酷”(Kelkoo)网站。谷歌公司拥有流式视频行业的巨头“优道”(Youtube)、网络相簿(Picasa)(闪烁的竞争者)、博客(Blogger)(最出名的博客发布工具,前身为“博点”(Blogspot))网站以及同样以自身为品牌名称的一系列服务,包括争议很大的谷歌书籍——一个完全数字化并能搜索超过700万本书的档案库。

这些网站多多少少都依靠网页广告获得收入,网页广告置入工具(分别称为雅虎广告和谷歌关键字广告/感知广告)集中售卖并管理这些广告,广告商可以选择性购买媒体空间,向输入特定搜索词或浏览包含相同词汇网页的用户进行宣传。例如,当瑞士的一个用户搜索“二手车”或者访问相关主题的论坛时,该工具通过自动竞价系统,出价最高的广告商将获得网页上最显著的广告位置。这些工具也帮助不属于谷歌或雅虎公司的网站售卖广告(包括各种大小的传媒机构)。因此也可以认为网络提供的是广告服务而不是终端用户的服务——至少广告置入工具是如此。

2000年早期,联合国统计司(UN Statistics Division)特别建议成员国不要将搜索引擎和网络门户网站归类为广告服务,因为这会削弱对传统媒体即印刷和广播电视媒体的定义。^[26]

[23] 《联合国临时主要产品分类目录第二版》,资料来源于联合国网站 <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/cpc-2.asp>,访问时间:2012年2月19日。

[24] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 7.1237-1246 (2009/08/12)。

[25] 《联合国关于分类的技术组注册表规范 946》,资料来源于联合国网站,<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regri.asp?Rid=946>,访问时间:2012年2月20日。

[26] 《联合国关于分类的技术组注册表规范 527》,资料来源于联合国网站,<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regri.asp?Rid=527>,及《联合国关于分类的技术组注册表规范 399》,资料来源于联合国网站,<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regri.asp?Rid=399>,访问时间:2012年2月20日。

但该观点是在网络广告成为媒体综合业务之前提出的。如今,市场研究、广告代理、创意和咨询公司都要与网络进行合作,就像与其他任何媒体合作一样。广告对这些公司获得盈利至关重要。然而,大多数国家对广告服务依然没有做出承诺,即使它们采取限制广告的措施对外国服务商造成歧视,也不会违反其 WTO 承诺。通过这一途径,成员国可以允许境外网站进入该国市场,同时通过限制广告来有效阻断这些网站的收入来源,从而大幅减少本国作为网络服务目标市场的吸引力,使国内服务商或能够完全遵守其审查机制的服务提供者主导国内市场。

(六) WTO 成员国是否需要遵守承诺?

虽然屏蔽外国网络服务的行为尚未在 WTO 组织提起争端,但“在线赌博案”和“音视频案”已经建立了某些原则。在诸多服务项目中,除了“网络处理服务”之外,要找到能够代表所有成员国“共同意向”的其他分类十分困难。所以,WTO 成员只能参考另一个成员国(如美国)的承诺减让表做为完全的参照。把网络服务简单地解释为广告服务会造成某些网站营业的困难,这种理论对通过收取订费和其他费用获得收入的网络服务商来说也是不合理的。

四 WTO 协议的其他特征

关于公共道德例外。WTO 协议基本上是长期的紧张谈判及各方妥协的产物,它审视并平衡市场准入利益和国家敏感事项之间的关系。通常一国在《关税与贸易总协定》和《服务贸易总协定》中做出承诺就会对其相应行为产生约束力——如屏蔽已做出市场准入承诺的网络服务——但仍然存在一般例外和放松。与审查关系最密切的例外规则包括《关税与贸易总协定》第 20 条和《服务贸易总协定》第 14 条。它们在条文形式上非常相近,都有一个导言,对武断的、不公平的歧视(在相似条件下)以及扭曲贸易的措施做出限制,随后列出例外的种类,显示成员方对其承诺在何种条件下能够使用例外。最著名的是“为保护公共道德必需的”措施(包括货物和服务)以及“保护公共秩序”的措施(只针对服务)。使用这些例外条款的条件非常严格。《服务贸易总协定》第 14 条甚至用一个脚注说明只有对社会的“本质利益”“产生了实质的或足够严重的损害威胁”才能使用这一例外条款。

尽管 WTO 成员能够自主决定其国内公共道德的保护水平,但被诉方仍须证明被保护的国内公共道德的重要性、被诉措施对最终改善现实情况起何种程度的作用以及采取的措施对贸易的可能影响。网络经济的市场价值相对容易计算,但一些无法用金钱衡量的价值,例如言论自由或国内文化动荡的风险计算起来就困难许多——但例外条款决不会轻易授权任何限制措施的实施。在这方面,上诉机构引入了一个二步骤的分析框架,要求一个成员国家:^[27]说明一个措施对保护公共道德及秩序或国家安全是必需的;考虑其追求的利益和试图保护的水平和,如果存在一个对贸易限制效果更小的措施能够达到其目标,则应选择该限制效果更小的措施。

关于必要性准则。第一步骤要求分析一项措施对保护公共道德而言是否是必需的,这

[27] United States-Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services, WT/DS 285/R/para 311 (2004/11/10).

种保护针对的是能够广泛传播的事物,如赌博——实际上,除非不符合《服务贸易总协定》第14条导言的规定并对外国提供商造成歧视,上诉机构基本上支持美国绝大多数的反赌博法律;因此,多数情况下,审查的动机,如色情、赌博和与信仰有关的内容是可以被接受的——当然,审查的比例必须是合理的。在“音视频案”中,中国宣称对文化内容的控制是本质性的重要事项,这一点被专家组认可。^[28]但这没有解释《服务贸易总协定》第14条脚注中的规定,即只有当一成员国的社会根本利益受到实质损害和足够严重的损害威胁时才能援引该条款。如果专家组面临如下的问题,解决起来会非常困难——博客内容和网页上的歌曲会对社会造成多么严重和本质的损害或威胁,如果这些内容能在几小时内,至多在几天之内被移除?这种损害或威胁与国家首要领导人的名誉受损或至高无上的神圣君主形象岌岌可危之间有什么联系?

关于比例原则。第二步需要分析是否存在能替代限制措施的合理方法、这种替代方法带给实施国的负担以及该方法的可行性——什么是“合理、可行的措施”必须“按照成员国的经济和政治情况进行分析”,^[29]或必须是一个能达到保护目的的“实质性替代方法”^[30]——证明这种替代方法存在的责任由申诉方承担。

相较于完全、永久的屏蔽网站,对网站的搜索结果进行选择性的过滤对贸易的限制程度更小,这一点不言而喻,因为它至少保留了外国公司的商业权利。在能够进行选择性过滤的前提下,完全屏蔽或永久禁止搜索和检索网站(如视频和照片分享网站、电子零售及搜索引擎,用户通过输入关键词进行操作)就应当被认为是不合比例的——至少对于在实践中已经或能够应用选择性过滤、或能间接通过网络提供商进行的国家来说应当如此。况且总是可以直接要求含有违法内容的网站仅仅移除某个链接或某些攻击性内容。另外,网页访问者的地理位置是能够确定的,因此可以将某些页面或内容与来自特定国家的网页访问者隔离,这被称为地理屏蔽。

审查的比例也有其他许多问题。例如,同样情况下,审查机构可能只要求某个国内网站移除有违法内容的单个页面,而对于外国网站则更倾向于进行不合比例的整体屏蔽。尽管有实际操作层面的理由,例如进行整体分析的难度、审查者的语言能力不足或缺乏沟通渠道等,但这种差别措施始终是违反《服务贸易总协定》中国民待遇承诺的。更迫切的问题是,对各种国外新闻媒体(每天更新数百个页面)、博客发布网站(大部分内容涉及个人而不是宣扬西方式民主)或社交网站进行永久性的完全屏蔽是否合理:这些网站绝大部分的内容与审查项目完全无关。但进行审查的国家(负有证明其审查理由存在的责任)可能会辩称进行选择性过滤(或人工对新闻页面进行检查)是不可能完成的任务。如在“在线赌博案”中,安提瓜认为,美国就未获其授权提供的跨境服务应当与安提瓜进行磋商,而不应单方面禁止。上诉机构基于行政负担的考虑驳回了这一观点:这将迫使美国与各个国家就同样的问题进行磋商,它几乎不可能获得成功。但是,如果一个较发达的经济体有能力进行选择性

[28] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 4. 574 (2009/08/12).

[29] European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS/135/R/para 8. 196 (1998/05/28); China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 7. 886 (2009/08/12).

[30] China-Measures affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS 363/R/para 7. 888 (2009/08/12).

过滤,就无法利用上述理由即选择性过滤将导致过重的行政负担或有进行完全屏蔽的必要理由为自己辩护。

总之,公共道德或公共秩序的需要不是网络审查的根本动机。选择性过滤和完全屏蔽是否合乎比例需要结合其他因素考虑——成员国的能力和审查的动机。某些国家的实践表明,除了进行武断的完全屏蔽之外,还存在许多合理可行的替代方法。

最后,关于司法审查。《服务贸易总协定》的确规定了成员国司法审查的某些形式,司法审查或行政裁决案件^[31]的程序需对其他 WTO 成员国公开。但协定未对司法审查的公平性做出规定,协定甚至特别说明不要求成员建立“与其宪法或国内法律体系不一致”的法庭或司法程序。《服务贸易总协定》强制规定的上诉程序也不要求建立独立的法庭,甚至可以由做出被诉行为的政府代理机构进行司法审查,只要司法审查的过程“合理、客观并公平”:这似乎是一种对权力机构的限制,但其强制效力远未达到公平合理的要求。

五 WTO 案例的启发

在国际贸易法的实际运用方面,上述的讨论表明许多 WTO 成员国有义务保证跨境网络服务不受限制。选择性过滤而不是完全屏蔽网络服务在最发达的网络审查机制中已经存在,即使存在道德和安全例外,专家组也有机会裁定永久性屏蔽搜索引擎、照片分享和其他服务违反《服务贸易总协定》。缺乏相应资源无法进行选择性过滤以及出于道德和宗教理由需要进行审查的国家或许能够抗辩 WTO 相关禁止性裁定。但是,这些例外情况不能成为拥有选择性过滤能力的国家进行武断的、不合比例的屏蔽的借口。另外,在全球建立司法申诉程序无法解决实际问题。这一两难境况促使在审查和贸易利益中需要寻找一个“平衡”点——如果外国网站能够接受自行过滤的要求,完全的、武断的屏蔽(在 WTO 可能受到挑战)是可以避免的。

在政策方面,将审查责任转嫁至私人主体以换取贸易自由的方法是一把双刃剑。一些分析者认为一种隐蔽的审查模式正通过这种方式建立。一些网站(包括“闪烁”网站)对不同语言的用户或对不同的国家使用不同的用户协议,使得网站拥有不同的功能(尤其与一种能控制用户浏览内容的“安全搜索”工具有关)^[32]

将网络审查的问题提交至 WTO,很可能引发关于国家主权及 WTO 管辖的与贸易有关的争端范围在不断扩大的争论。但这类案例能够划定重要的界限,即在选择性过滤足以达到审查目的时应当反对武断的、完全的屏蔽。这类案例也关乎重要的经济问题。审查是网络服务条款最关注的非关税壁垒,一个 WTO 案例也许能够明确何种情况下不同形式的审查符合 WTO 规定。这种明确将减少网络商业的法律不确定性。但不是所有的 WTO 裁定都能得到真正的执行——如前所述,采取违反 WTO 规则的贸易措施的成员可能选择延续其措施并接受随后的报复。甚至在“在线赌博案”裁决之前,美国贸易代表就暗示违反 WTO 规则的美国联邦法律不会改变,修改“起草性错误”的唯一方法就是撤销美国对“其他娱乐

[31] General Agreement on Trade and Service(GATS), article VI(2)(1995/01/01)。

[32] “闪烁”网站的德国、香港和新加坡的用户无法关闭能够移除对全球和公共观众来说不合适的任何图片的安全搜索功能:参见 <http://www.flickr.com/help/filters/>。访问日期:2012年2月19日。

服务”的承诺,^[33]根据《服务贸易总协定》第 21 条,成员只要提前 3 个月通知服务贸易理事会就可以自由撤销承诺。接下来,美国同意对受到撤销承诺影响的国家进行补偿,即不仅要获得安提瓜和巴布拉的同意,还要获得该争端中宣称与美国利益发生冲突的所有国家的同意。“在线赌博案”中,澳大利亚、哥斯达黎加、印度、中国澳门、加拿大、日本和欧盟联合提出了巨额的补偿要求。假设在一个有关审查的案例中争端解决机构裁定被诉方的行为与其 WTO 义务不符,被诉方如果拒绝取消审查或修正审查形式,就要承受其他成员被授权的报复,或通过补偿撤销其相关义务。

六 未来的发展方向

(一)减少单边行动

国际贸易法中有很多解决网络审查问题的途径。每一种途径都有其局限性、机会和政治后果。某些法律,如美国曾经提议的“网络自由法案”可能会减少投资并损害市场准入原则。不管是欧盟、美国还是两者共同将其付诸实践,这种法案都将受到质疑。该法案的缺点在于禁止特定类型的海外投资,减少了某些公司的服务出口,进一步损害了将贸易范围缩小至审查机制允许范围以内的公司。简单来说,它向有能力拥有商业公司的服务商施加压力,或限制这些公司的发展空间。另外,其他类似的禁运措施已经表明这种方法对具有重大商业潜力的经济体不会产生什么影响。

在制造业与服务业产生对抗的争端中,平等对待不同行业也是一个重要问题。某些国家进行网络审查的路由器和服务器由欧盟和美国的公司在其政府许可的情况下提供,这些硬件制造商甚至为负责审查的人员提供培训。由此产生的法律责任问题及硬件制造商可能需要承担的后果(或完全不需要他们承担后果)都是非常危险的。

(二)WTO 组织的作用

WTO 提供关于适当比例的原则并能够对违反 WTO 义务的成员进行制裁。但它无法保证违反 WTO 义务的成员能按照 WTO 的裁定修正自己的行为,而不是继续保持其措施并坦然接受相应的制裁。同时,被认定违反 WTO 义务的成员也能够撤销其义务(如美国在“在线赌博案”中所做的)。

但这些行为都要付出昂贵的代价。保留违反 WTO 义务的政策或撤销一项承诺将会造成巨额贸易流失,进行直接补偿的代价也很高,还可能同时影响资金流、投资额及专业技术发展并造成服务贸易的流失。为保留审查而制造各种麻烦或许会形成更尴尬的局面,或是将注意力更加吸引到这种审查上,或是为保留审查而频繁地调整政策将造成市场信心低迷。WTO 的缺点在于它不太可能完全废止审查制度。但它也许能规范各种复杂难懂的审查形式:例如,对能够实行选择性过滤但仍进行完全屏蔽的政府进行规范,促使更多的政府使用选择性的、对贸易扭曲程度更小的审查方法。WTO 另一个缺点在于,希望运用 WTO 机制解决争端的互联网行业不能以自身名义进行,而必须说服其政府采取行动。同时,一些可能成为被诉方的国家尚不是 WTO 成员(例如伊朗和朝鲜)。

[33] 路透社引用美国贸易副代表约翰·斐农努(John Veroneau)的话,2007年5月4日,参见 <http://www.reuters.com/article/2007/05/04/us-usa-trade-gambling-idUSWAT00742720070504>。访问日期:2012年2月19日。

最后,值得注意的是,尽管 WTO 和其他贸易组织的争端解决机制都能用来消除网络审查,但它们都倾向于较少使用可能对贸易产生较大影响的形式。对商业公司而言,与独裁体制控制的国家或法律尚在发展中的国家进行贸易总是困难的,即使排除了整体上的危险性。在进入这些市场时,与武断的、不合比例的审查进行抗争能加速减少法律的不确定性。因此,长远看来这能促进规范化环境的产生,可预测进入该市场的风险和代价。

[**Abstract**] Internet is a global market place. The rapid development of the Internet, and especially of Internet-based commerce, has largely taken place outside the standard trade-regulatory frameworks that cover most other forms of cross-border commerce. As the size of the Internet markets has grown, and as their contribution to the overall economy has become more pronounced, more attention has been given to regulatory concerns, such as trade restrictive measures, damaging the climate of trade and investment in the fields of e-commerce, information based services and on-line transmissions. One such measure is the blockage of access to websites. This paper suggests that many WTO member states are legally obliged to permit an unrestricted supply of crossborder Internet services. And as the option to selectively censor rather than entirely block services is available to at least some of the most developed censorship regimes, there is a good chance that a panel might rule that permanent blocks on search engines, photo-sharing applications and other services are inconsistent with the GATS provisions. Less resourceful countries, without means of filtering more selectively, and with a censorship based on moral and religious grounds, might be able to defend such bans in the WTO. But the exceptions do not offer a blanket cover for the arbitrary and disproportionate censorship that still occurs despite the availability to the censoring government of selective filtering.

(责任编辑:支振锋)