

国家利益冲突与

国际电子商务法律制度构建

CONFLICTS OF STATE INTEREST AND
THE ESTABLISHMENT OF INTERNATIONAL E-COMMERCE LEGAL SYSTEM

郭鹏 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

本书为国家社会科学基金项目
“数字化信息产品交易的WTO法律问题研究”(13BFX153)阶段性成果

国家利益冲突与

国际电子商务法律制度构建

郭鹏 著

CONFLICTS OF STATE INTEREST AND
THE ESTABLISHMENT OF INTERNATIONAL E-COMMERCE LEGAL



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

国家利益冲突与国际电子商务法律制度构建/郭鹏著. —广州:
暨南大学出版社, 2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5668 - 0491 - 4

I. ①国… II. ①郭… III. ①电子商务—国际商法—研究
IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 028242 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本: 890mm × 1240mm 1/32

印 张: 8.5

字 数: 222 千

版 次: 2013 年 11 月第 1 版

印 次: 2013 年 11 月第 1 次

定 价: 23.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

摘 要

本书以国际关系为视角考察电子商务国际法律制度的构建,从国际利益冲突的角度研究利益因素对电子商务国际法律制度构建的影响。通过考察四个核心电子商务国际法律制度的构建进行论证。

第一,数字化交付信息产品 WTO 归类中的利益冲突。美国作为电子商务世界第一强国,在 WTO 电子商务议题的磋商中坚持将数字化交付的信息产品归类为货物且适用于贸易自由化程度较高的 GATT,但是欧盟及其他国家为保护本国的市场及产业发展而主张归类为服务且适用贸易自由化程度较低的 GATS。

第二,网络版权技术措施保护中的利益冲突。对于《世界知识产权组织因特网条约》的执行,各国采取了不同标准,美国、欧盟等知识产权强国(地区)的国内(区域)法律对技术措施的保护已远远超越了条约的要求。而知识产权产业并不发达的一些发达国家的国内立法不愿意采取超高标准的技术措施保护,发展中国家作为版权的净进口国也对技术措施的保护采取了较低的标准。为维护其本国利益,美国利用自由贸易协议在国际上推行其技术措施保护的高标准。

第三,电子商务国际税收征收中的利益冲突。美国与日本要求 WTO 电子传输关税豁免永久化,但遭到欧盟及其他国家的反对。最有利于美国的居住地电子商务税收管辖权主张遭到其他各国的反对,有利于发展中国家的管辖权主张也被发达国家排斥,欧盟及其他发达国家则主张保持现有国际税收体制。由于现行国际税收体制仍然有利于发达国家的利益,因此美国近来已逐渐趋



同于 OECD 的服务器/常设机构规则。

第四，电子商务国际诉讼管辖权中的利益冲突。为减小美国公司的国外应诉风险，美国法院提出一个目标指向标准，以最大限度地确保因特网诉讼管辖权保留在销售者所在地；欧盟及其他国家作为电子商务的输入国和消费国，坚持消费者利益取向及可访问标准的管辖原则。这两种对立的主张导致《海牙公约》难以生效。

因此，利益是电子商务国际法律制度构建中的基本考虑。各国在设计电子商务国际法律制度的过程中立场往往是对立的，因而进展艰难，在很大程度上将只能以基本框架和原则的形式确立。

目 录

摘 要 /1

导 论 /1

第一节 研究的背景和意义 /1

第二节 国内外研究现状及文献综述 /6

第三节 研究思路和主要内容 /11

第四节 创新之处 /18

第一章 数字化交付信息产品的 WTO 归类：货物还是服务 /19

第一节 数字化交付信息产品的 WTO 归类共识的重要性 /20

第二节 数字化交付信息产品的 WTO 归类谈判中的观点
分歧 /28

第三节 数字化交付信息产品 WTO 归类观点中的利益
分析 /44

小 结 /93

第二章 网络版权技术措施保护：超高标准还是低标准 /96

第一节 《世界知识产权组织因特网条约》技术措施保护条款
的模糊性 /98

第二节 条约成员方执行技术措施保护条款的立法差异 /106

第三节 条约成员方技术措施保护标准差异中的利益分析 /139

小 结 /184



国家利益冲突与国际电子商务法律制度构建

第三章 电子商务国际税收征收：关税豁免与否及税收管辖权如何分配 /186

第一节 电子商务关税征收中的利益冲突 /186

第二节 电子商务国际税收管辖权中的利益冲突 /196

小 结 /216

第四章 电子商务国际诉讼管辖权：销售者利益维护还是消费者利益保护 /218

第一节 因特网管辖权标准的利益取向分歧 /218

第二节 美国对欧盟及其他国家的因特网管辖权标准的批评 /239

第三节 《海牙公约》草案谈判中的利益冲突 /242

小 结 /247

结 语 /249

参考文献 /253

导 论

第一节 研究的背景和意义

一、研究背景

在人类社会发展的历史中，每一次重大的技术创新都会对经济、法律、文化等各个领域的社会生活产生广泛、巨大而又深远的影响。因特网和数字技术的出现，使人类社会进入了信息时代，产生了一种新的经济贸易形式，即电子商务。通常意义上的电子商务即指利用因特网开展的电子商务。电子商务的经营范围包括各种典型的商务活动和与商务有关的活动，涵盖了几乎所有经营性和非经营性、契约性和非契约性的活动。

20 世纪 80 年代，日本坐上了经济竞争力的头把交椅，但从 1994 年起美国又重新夺冠，其所依靠的重要支点就是以信息技术为代表的高新科技。从 20 世纪 90 年代到 2001 年，信息产业和电子商务推动美国经济增长已超过 120 个月，成为自 1854 年以来美国经济史上 32 个经济周期中最长的一次，这被称为美国的新经济时代。^① 所谓新经济，就是建立在信息技术基础上的经济，它的基本动力来自于经济全球化和信息技术化。信息经济可以看成是“新经济”的代名词，从个人电脑发展到因特网，从因特网上

^① 佟福全：《新经济：美国经济长久不衰之奥秘》，北京：中国经济出版社 2001 年版，第 56 页。



的信息交流发展到利用因特网进行电子商务,信息技术作为知识经济时代的前沿科学,很大程度上导致了新经济的产生。^① 新经济的新奇之处就在于由生产实体产品的经济转向了生产知识和信息产品的经济。以信息产业和电子商务为代表的新经济,是人类历史上发明蒸汽机以来最重要的技术革命,信息技术是继工业革命后推动全球经济发展的又一重要动力。

美国政府为了振兴经济,促进信息技术发展和推动发明创新,加强了美国知识产权制度的立法,建立和完善了高科技创新制度,确保美国在信息技术方面的国际领先地位,促使美国进一步掌握经济全球化的主导权。

关于电子商务的全球自由化,美国的立法框架特别强调关于关税、税收和其他市场准入问题。美国主张不应因特网商业征收新的税收,美国政府也保证支持“最大范围的信息跨越国界的自由流动”。美国政府认为,以法律机制限制外国企业进入本国版权信息产品产业的行为应被视为阻止电子商务全球化且应被视为隐蔽的贸易壁垒而不能适用。

1997年7月制定的《美国全球电子商务框架》(*US Framework for Global Electronic Commerce*)要求互联网电子商务应在全球基础上得到促进。《美国全球电子商务框架》迅速转化为美国国内立法和其他措施,例如,1998年通过了《因特网税收豁免法案》(*Internet Tax Freedom Act*),临时禁止对因特网接入征税或对电子商务征收重复性或歧视性税收,该法案指示克林顿总统通过各种国际组织寻求达成移除全球电子商务壁垒的双边或多边协议;该法案还设立了“电子商务咨询委员会”(Advisory Commission on E-commerce),该委员会强调必须通过国际协议对电子商

^① 邹华生:《美国经济:歇脚还是歇菜》,北京:经济日报出版社2002年版,第189页。



务实行简单及非歧视税收，并要求永久禁止对电子商务和因特网的歧视性征税。《美国全球电子商务框架》和电子商务咨询委员会是《WTO 电子商务工作计划》（*WTO Work Programme on Electronic Commerce*）和《WTO 电子传输关税豁免暂时延期》（*WTO Duty – Free Moratorium on Electronic Transmissions*）的起源。

在国际贸易方面，美国国会决定以国际谈判的方式减少数字贸易的障碍并呼吁针对新的贸易技术的出现而进行贸易政策的调整。2000 年 10 月 24 日，美国贸易代表巴舍夫斯基提出了一个雄心勃勃的计划，以消除电子商务贸易壁垒，创设一系列电子商务贸易的国际规则，并开启一个新的美国数字贸易议程。这个新的美国数字贸易议程随后反映在 WTO 多哈谈判美国的贸易政策要求中。

美国在信息技术革命中的领先地位使其经济竞争力得以增强，恢复了其在水世界经济中的霸主地位。美国在信息技术和知识经济领域上的绝对优势，是维护其经济霸权的根本所在。因此，美国国会接受了美国娱乐和软件产业联合体的建议：要促进自由的全球电子商务和数字贸易；而电子商务，尤其是数字化信息产品贸易的最大繁荣依赖于健全的知识产权体制的建立。

信息技术的力量创造了美国的新经济，也改变了发达国家的竞争趋势。信息产业和电子商务的重要性，促使世界各国大力发展信息技术和知识经济，日本已发展成为仅次于美国的信息产业大国。1999 年欧盟委员会发起“电子欧洲”计划，意在信息技术领域全面追赶美国。

近年来，利用因特网进行的商品和劳务交易额逐年增加，但在全世界电子商务交易额中，美国以绝对优势领先于其他国家，比居于第二位的日本高出数倍。欧盟在信息产业上与美国的差距



较大，在电子商务市场上的份额不足美国的三分之一。^①

虽然，欧盟^②及其他发达国家对于美国建构电子商务国际机制的提议通常都表示同意，但欧盟及其他发达国家在建构电子商务国际法律制度的具体设计上却经常与美国的立场对立，因为欧盟及其他发达国家的电子商务及数字贸易的发展虽然领先于发展中国家，但与美国尚有一定差距，因此与美国的利益考量会有抵触。所以欧盟及其他发达国家在电子商务和数字化产品贸易的全球自由化上持一定的保留态度，并且在某些具体的有关电子商务法律制度的安排上与美国有不同甚至对立的观点。

信息技术的发展进一步加大了先期发达工业经济体与发展中国家之间的差距。印度和中国都处在“追赶”西方国家的进程中，印度是仅次于美国的第二大计算机软件出口国，但印度的电信基础设施落后，电子商务难以开展，且印度软件产业的总产值只有10%属于自有版权，其余的都属于集成类、代客加工的软件。2007年，中国电子商务零售额约为9.5亿美元，而美国是1251亿美元，可以看出中国电子商务的规模和消费能力目前还与美国相去甚远。^③通过信息技术和知识来创造价值的新经济仍是一种“富国现象”，发达国家登上信息革命的头班车，在“知识权力”集中过程中通过创造优势夺取全球市场份额，获得先行者利益，而大多数发展中国家继续处于“信息贫困”之中和“数字鸿沟”的另一边。^④

① 佟福全：《新经济：美国经济长久不衰之奥秘》，北京：中国经济出版社2001年版，第71页。

② 本书标题为“国家利益冲突”，但涉及诸如欧盟等独立关税区，为行文方便不另作说明。

③ 转引自 <http://laolu.spaceslive.com/Blog/cns!8FDD94FE24830A815!2702.entry>，2008年3月20日登录。

④ 石培华、黄炎：《解读各国新经济政策》，贵阳：贵州人民出版社2001年版，第17页。



二、研究的理论意义和现实意义

电子商务的迅猛发展以及电子商务的全球性和无国界性迫切要求建立国际性机制以利于电子商务的全球治理,然而电子商务领域的国际法律制度构建却进展艰难,各利益相关方立场难以协调,对此问题的分析研究是客观现实的迫切要求。

本书会具体分析在电子商务国际机制构建中美国、欧盟各国及其他发达国家、发展中国家所持的立场和利益取向是什么,对电子商务相关国际法律制度设计的主张是什么;这些主张的分歧主要体现在哪些具体的国际法律规则上,且为何会产生这些分歧;以及某些方面的电子商务国际法律制度得以确立的原因又是什么。

本书通过梳理、总结在电子商务领域所展开的国际法律制度构建的主要工作及进展,剖析发达国家之间、发达国家与发展中国家之间在电子商务相关法律制度上的不同立场和不同主张,探求不同观点和立场背后的利益考量,从而在电子商务的国际机制构建问题研究上取得一定的理论意义和现实意义。一方面,对电子商务国际法律制度构建中的不同主张及矛盾观点从国家利益的角度给予较为合理的解释,在一定程度上丰富电子商务国际法律制度构建理论的研究内容,提供电子商务国际法律制度研究的丰富素材和不同的研究路径,并从电子商务国际机制构建的角度论证关于经济全球化中国际机制构建的某些理论;另一方面,基于对不同国家会根据不同的利益立场而主张不同的电子商务国际法律制度设计,提出我国对相关问题所应采取的策略和主张,以维护我国的国家利益。在此基础上,能够为我国经济贸易和法律实务部门在国际经济、贸易谈判中提供理论和方法指导,也能为我国的电子商务立法和司法实践提供利益考量指导和价值取向依据。

第二节 国内外研究现状及文献综述

根据社会法理学的观点,一种法律制度的构建问题实际上是一个有关群体利益、群体主张或要求的问题;国际法律制度的构建对于国家来说并不是必要的,必要的是一种因为观念的一致性和利益的一致性而有能力产生一种集体意志的联合体。^①因此,对于电子商务的国际法律制度构建研究,西方学者在研究方法上已普遍将国际法律制度的规则研究与国际政治和国际关系理论结合起来,将电子商务国际法律制度的不同主张与各国的国内利益集团的政治压力相结合进行分析,从相互依赖的角度说明法律制度构建在利益冲突中的协调。

中国法学学者在电子商务国际法律制度构建方面,主要还是运用分析法学方法,专注于对法律概念的阐释和对规则本身是否具有严密的逻辑性的研究。由于分析法学方法对于法律的强制性或合法性主要着眼于国家内部的司法机构所实施的强制行为,^②所以对于国际法的研究,分析法学方法有必然的缺陷性。近年来,中国学者逐步重新认识到运用国际关系学理论研究国际法的重要性,如刘志云所著的《国际经济法律自由化原理研究》一书系统地梳理总结了与国际经济法研究有关的国际关系理论。但对具体的国际法律制度(包括国际电子商务法律制度构建)的研究,目前基本上采用的是分析法学方法和比较法,局限于对法律规则本身的研究,难以确切回答为何在电子商务国际法律制度构建中各方观点分歧较大,也难以说明在中国的相关立法中如何移

① 罗斯科·庞德著,邓正来译:《法理学》(第一卷),北京:中国政法大学出版社2004年版,第322页。

② 罗斯科·庞德著,邓正来译:《法理学》(第一卷),北京:中国政法大学出版社2004年版,第77页。



植西方核心发达国家的法律规则才具有科学性。

如果仅仅考虑法律规则本身的逻辑严密性，西方核心发达国家的既有制度或规则中的理想要素就会通过“全球结构”转换成中国法律制度或规则的外在理想图景，并对中国法律制度和规则的构建或适用产生支配性的影响，这在很大程度上意味着中国法学放弃了对西方核心发达国家的既有制度或规则中的价值序列进行争辩性思考，放弃了对全球化时代既有制度或规则的发生学作政治哲学性的追究。^① 只有从利益分析的角度解读国际电子商务法律制度构建，才有可能恢复既有法律制度中的理想要求和价值的可争辩性，并对“全球结构”中极其隐蔽的转换过程或机制进行批判。

总之，由于发达国家的电子商务发展较领先，所以对电子商务法律制度的研究也较领先。国外学者的研究不仅在资料占有上较为丰富和新颖，在研究内容上也更具深度、广度和前沿性，而且在研究方法上较国内学者更具科学性。但国内法学学者运用分析法学方法对电子商务国际法律规则及概念的一些专题性阐释和介绍也有助于本书从利益分析的角度进行展开研究。

关于 WTO 中数字化交付信息产品的分类问题，国内学者比较有代表性的论文有郭玉军、莫万友的《电子商务对 WTO 法律规则的挑战和对策》及莫万友的《GATS 对电子商务的规制及其发展》，这两篇论文都探讨了 WTO 关于电子商务的规制问题、电子商务的服务模式选择问题，介绍了 WTO 谈判中有关数字化交付信息产品的分类问题的对立观点。在国外的研究中，Sacha Wunsch - Vincent 的 *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC - US Perspectives* 一书是关于 WTO 中数字化交付信息

^① 罗斯科·庞德著，邓正来译：《法理学》（第一卷），北京：中国政法大学出版社 2004 年版，第 19 页。



产品的分类问题的最新、最权威的著作。该书详尽地介绍了在 WTO 谈判中关于数字化交付信息产品的分类问题的发展历史和现状,并详细分析了欧盟和美国在 WTO 谈判中关于该问题的分歧、立场以及各自的内部或国内利益集团的政治压力和利益诉求。Fiona Smith 和 Lorna Woods 的“A Distinction Without a Difference: Exploring the Boundary Between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union”一文运用比较法的研究方法,严密地论述和分析了在 WTO 和欧盟这两个论坛关于货物与服务在经济和法律意义上的分类争议,其结论是货物与服务的分类争议在很大程度上是基于利益之争而产生的。Alia Susann Zohur 的“Why Software Transaction Should Not Be Treated as Sales”一文指出美国在《统一商法典》的修订中已将信息产品交易排除在货物买卖的范畴之外,并主张美国法院在司法实践中应借鉴服务与货物混合产品交易的法律适用方法而应用于信息混合产品交易。

关于网络版权技术措施的法律保护制度,国内法学学者的研究较为丰富,主要有:薛虹的《数字技术的知识产权保护》、《网络时代的知识产权法》和《知识产权与电子商务》,这些著作比较全面地介绍了《世界知识产权组织因特网条约》中包括技术措施保护在内的相关制度。其他学者还有相当数量的关于版权技术措施法律制度研究的硕士论文,较有代表性的有孙泾波的《反技术规避立法对合理使用原则保护的比较研究》、叶林的《数字化困境:版权保护的技术措施》。此外,张耕的《略论版权的技术保护措施》、王迁的《对技术措施立法保护的比较研究》、曹世华的《数字时代反规避权立法的比较与反思》等论文都对数字版权技术措施法律制度的各个方面进行了分析和论述。在国外研究方面,Urs Gasser 的文章“Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forwards a Best Practice Model”运用



了比较法的研究方法，详细分析比较了美国与欧盟在技术措施保护立法上的差别以及欧盟各国之间、其他发达国家之间在技术措施保护立法上的差异，并提出了一个技术措施保护立法的示范法。Peter K. Yu 的论文“Working Together In a Digital World: Anti-circumvention and Anti - Anticircumvention”从利益分析的角度阐明了美国、欧盟为保护自己的利益而对技术措施严密保护从而对发展中国家所造成的损害。David Nimmer 的“A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act”一文批评了美国的《新千年数字版权法》对于版权合理使用制度的扭曲。Mihaly Ficsor 的论文“The Wipo ‘Internet Treaties’: The United States as the Driver the United States as the Main Source of Obstruction—As Seen by an Anti - Revolutionary Central European”正面评价了美国作为《世界知识产权组织因特网条约》的积极推动者和技术措施保护制度的高保护标准倡导者所发挥的作用，并对技术措施保护制度的批评者进行了反驳，为技术措施的高保护标准进行了辩护。Heather A. Sapp 的论文“North American Anti - Circumvention: Implementation of the WIPO Internet Treaties in the United States, Mexico and Canada”论述了美国应根据《北美自由贸易协议》要求加拿大和墨西哥修改其国内法，加强对网络版权的技术措施保护，以便维护美国的版权产品贸易利益。Ralph Fischer 的文章“A Case Study Comparing Chile and Australia’s Bilateral FTA Negotiations with the U. S.”也指出了美国在其与澳大利亚签订的双边贸易协议中要求澳大利亚按照美国的立法标准修改其关于技术措施保护的立法。

关于电子商务税收的管辖权问题，王利明主编的《电子商务法律制度：冲击与因应》述及了电子商务使传统国际税收管辖权中的收入来源地管辖权的行使失去了地缘依据，并介绍了在电子商务环境下各国对于“常设机构”原则的不同主张。陈红彦的论文《跨国电子商务与营业税》则介绍了在电子商务环境中税收管



管辖权的最新发展。在国外学者的研究中, Oleksandr Pastukhov 的论文“International Taxation of Income Derived from Electronic Commerce: Current Problems and Possible Solutions”分析了电子商务对所得税国际税收管辖权产生的障碍以及不同国家基于各自利益而对解决相关问题的不同主张; Scott Budnick 在其“Internet Taxation & Burkina Faso: A Case Study”一文中分析了电子商务输出国关于电子商务税收管辖权的主张将会使发展中国家的税收基数减少而有利于发达国家增加税收收入; Arthur J. Cockfield 在其“The Rise of the OECD as Informal ‘World Tax Organization’ Through National to E-Commerce Tax Challenges”一文中阐述了欧盟与美国在计算机服务器是否构成“常设机构”的问题上的分歧, 分析了双方对立立场产生的利益根源, 并说明美国在此问题上与欧盟达成协议之后, 经济合作与发展组织(OECD)关于服务器构成“常设机构”的主张已成为主流观点, 使发达国家在电子商务税收中的利益基本得到了保证。

关于电子商务中的诉讼管辖权问题, 何其生的专著《电子商务的国际私法问题》在国内较早地系统分析了美国及其他发达国家在司法实践中的电子商务管辖权标准; 肖永平、何其生在其《〈海牙管辖权公约〉草案所涉电子商务问题之建议》中介绍了《海牙管辖权公约》草案对网络消费者合同和网络侵权案件的管辖权规定; 朱子勤所著的《网络侵权中的国际私法问题研究》一书也系统论述了各国在网络侵权诉讼中的管辖权确定规则。在国外的研究中, Holger P. Hestermeyer 的文章“Personal Jurisdiction for Internet Torts: Towards an International Solution”介绍了《海牙管辖权公约》制定时欧盟和美国基于不同的利益考量而对网络侵权案件管辖权所持的不同观点; Michael L. Rustad 和 Thomas H. Koenig 在其“Harmonizing Cybertort Law for Europe and America”一文中分析了欧盟和美国关于网络侵权案件管辖权的确定原则的