

晚近经贸协定对数据跨境流动的 规制及中国因应

郭德香*

内容摘要:当前,通过WTO协定尚难以判定各国数据跨境流动措施是否合规。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》《区域全面经济伙伴关系协定》《美墨加协定》和《数字经济伙伴关系协定》等晚近经贸协定对数据跨境流动的国际规制进行了良性探索,并从对数据监管的基本态度、对数据跨境流动的具体规则要求、正当公共政策目标例外三方面进行了规制。不同经贸协定之间既达成了一定的共识,也存在分歧。但多元化、高标准仍是晚近经贸协定规制数据跨境流动的发展趋势。对此,我国数据跨境流动规则要在顺应多元化、高标准趋势的基础上进一步完善:强化数据监管主权,坚持与我国数字经济发展水平相符合的数据跨境流动规则标准,实现与经贸协定中例外条款的衔接。

关键词:数据跨境流动 数据监管 国际规制 数据主权

数据已经成为关键战略资产。世界各国对数据跨境流动的监管呈现前所未有的分化局势。打破僵局、为数字经济的发展提供良好的国际环境迫切需要推动全球规制的更新。当前,全球性的数据跨境流动规制规则尚不明确,世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)协定适用于各国的数据跨境流动措施时陷入了难以判定其是否合规的困境。^①但《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)、《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, RCEP)、《美墨加协定》(U.S.-Mexico-Canada Agreement, USMCA)和《数字经济伙伴关系协定》(Digital Economy Partnership Agreement, DEPA)等晚近经贸协定对数据

* 郑州大学法学院教授、博士生导师。

本文系国家社科基金项目“国家安全视域下金融数据跨境流动法律规制研究”(21BFX121),法治建设与法学理论研究部级科研项目“RCEP下数据本地化措施规制及其争端解决机制研究”(21SFB2025)的阶段性成果。

① 参见张渝:《数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境及其纾解》,《武大国际法评论》2021年第4期,第139-157页。

跨境流动的国际规制进行了良性探索,有一定的共性和个性,但具体规制措施比较笼统,所提及的一些标准尚需进一步明确,对比研究这些经贸协定中的用语和制度设计,可以探索数据跨境流动国际规制的发展趋势,从而更好地掌握对外开放的主动权。

目前,学界关于数据跨境流动的国内规制路径、个人数据跨境流动的保护机制、金融数据跨境流动规则、数据本地化措施在 WTO 协定下的合规性等问题的研究比较多,但少有学者对全球数字贸易规则的发展趋向进行探讨。在全球数字贸易规则构建阶段,突破美欧主导的数字贸易规则标准,探索适合自身经济发展,尤其是适合发展中国家经济发展的数字贸易规则,对于推动全球数字贸易规则的多元化发展十分重要。事实上,分析研究全球数据贸易规则的发展趋势不仅具有较高的学术价值,而且对中国积极参与相关国际规则的制定,维护本国合法权益,掌握更多的国际话语权具有重大现实意义。本文通过探索全球数据贸易规则发展现状,分析晚近经贸协定对数据跨境流动规制的共性和个性,探究全球数据跨境流动规则发展趋势,并为我国数据跨境流动措施与国际规则的衔接以及我国企业在“走出去”过程中对这些条款的有效适用提出建设性意见。

一、晚近经贸协定对数据跨境流动的规制

CPTPP、RCEP、USMCA、DEPA 等晚近经贸协定均或多或少地引入了数据跨境流动的规制措施,试图对各国国内的数据跨境流动措施进行规制,以实现数据的安全、有序流动。WTO 协定等传统经贸协定难以有效约束成员方制定数据跨境流动限制措施,在各国之间的数据跨境流动监管规则难以协调的情况下,这种区域性的国际规制尝试给制定全球的数据贸易规则提供了方向和路径。本部分将通过分析晚近经贸协定对数据跨境流动的规制,探究全球数据跨境流动规则的发展趋势。

(一)晚近经贸协定对数据监管的基本态度

晚近经贸协定对用电子方式进行跨境信息传输的规制,主要采用了两种不同的表述。USMCA 第 19.11 条第 1 款明确规定不得禁止或限制通过电子方式进行信息的跨境传输,即原则上禁止缔约方采取或维持数据跨境流动限制性措施。相比之下,CPTPP、DEPA、RCEP 数据跨境流动规则却侧重于肯定各国对信息传输监管的权利,承认缔约各方可能对通过电子方式传输信息有自己的监管要求,例如,CPTPP 第 14.11 条第 1 款规定,双方承认,各方可能对通过电子方式传输信息有自己的监管要求;DEPA 第 4.3 条第 1 款规定,双方确认其对通过电子手段进行跨境信息传输的承诺水平,尤其是双方承认,各方可能对通过电子方式传输信息有自己的监管要求;

RCEP第12章第15条第1款规定,缔约方认识到每一缔约方对于通过电子方式传输信息可能有各自的监管要求。

晚近经贸协定均将数据跨境流动纳入了谈判内容,可见,数据已经成为政府需要应对的关键课题。然而,数据发展产生的影响是多方面的,如何处理数据将极大地影响可持续发展目标的实现。联合国贸易与发展会议发布的《2021年数字经济报告》指出,2022年的全球互联网流量将超过截至2016年的所有互联网流量,数据已经成为创造私人和社会价值的关键战略资产。^①因此,各国希望通过对数据的治理和利用来实现国家利益,促进经济增长。但同时,数据的利用也伴随着对人权、和平与安全的影响。各国需要通过数据监管降低国家、非国家行为体或私营部门对数据的滥用所带来的风险。不同经贸协定在规制数据跨境流动时采取的两种不同的表述,体现出全球不同国家对数据跨境流动的两种截然不同的态度:以USMCA为代表的经贸协定侧重于保护数据自由流动带来的经济利益,要求充分发挥数据对国际贸易的价值,实现数据的自由流动,禁止实施数据限制性措施;而其他区域经贸协定则出于对个人隐私保护、消费者权益保护、国家安全和网络安全等考虑,主张对数据跨境流动进行全方位的监管。

(二)晚近经贸协定对数据跨境流动的具体规则要求

无论是USMCA、CPTPP、DEPA还是RCEP均对允许通过电子方式跨境传输信息做出了具体的规则要求。相比CPTPP对数据跨境流动的规定,USMCA深化了数据跨境自由流动并设置了禁止数据本地化规则。一方面,USMCA删除了各方可能有自己的监管要求的表述,增加了规则的确定性,也使得规则更加严格。另一方面,USMCA将数据跨境流动的范围扩大至金融服务领域,USMCA金融服务章第17.17条规定,缔约方不得禁止或限制金融信息的跨境传输,第17.18条规定,只要金融监管机构能够立即、直接、完整和持续获取数据,就不能要求数据保存的本地化。^②由于DEPA的缔约方同时也是CPTPP的成员,且两者有关数据跨境流动的规定差别不大,因此,我们将重点比较CPTPP与RCEP中关于数据跨境流动的规则。从规则的内容来看,CPTPP中关于数据跨境流动规则的规定更加严格。一方面,在施加义务的性质上,CPTPP第14.11条第2款规定,当数据跨境流动是为了“涵盖的人”开展其业务时,应当允许通过电子方式跨境转移信息,包括个人信息。这里用到的是“应当

^① See UNCTAD, Digital Economy Report 2021: Cross-border Data Flows and Development-For Whom the Data Flow, October 2021, <https://shop.un.org/zh/node/95195>, visited on 29 January 2023.

^② 参见李墨丝:《CPTPP+数字贸易规则、影响及对策》,《国际经贸探索》2020年第12期,第25页。

允许”的表述,将数据跨境流动的这一基本原则作为一种强制性的义务施加给各成员,而RCEP则用的是“不得阻止”一词,施加的是一种一般性的义务。另一方面,在限制数据跨境流动的适用条件上,CPTPP要求限制数据跨境流动的措施应当以合理有据、非歧视、非变相贸易限制的方式进行,且要求是实现合法目标所必须采取的措施。^①相比来说,RCEP规定了正当公共政策目标例外和基本安全利益例外,赋予了各缔约方判断“正当公共政策目标例外”的自由裁量权以及各缔约方采取基本安全利益例外的禁止异议权。可见,RCEP给予各缔约方更多的自主权,使得RCEP的规定更加灵活,照顾到了更多发展中国家的利益,而CPTPP关于数据跨境流动的规定则更加严格,代表了更高标准的经贸规则。

(三)晚近经贸协定中正当公共政策目标例外

USMCA、CPTPP、DEPA与RCEP数据跨境流动规则均包含了有关正当公共政策目标例外的规定,但在表述上存在一定的差异。其中,CPTPP与DEPA有关正当公共政策目标的表述一致^②,对正当公共政策目标例外规定了三大构成要件:公共政策目标的正当合理性要求、不以武断或不合理歧视或变相贸易限制的方式实施、不得超过实现目标所需的限度。USMCA与RCEP的正当公共政策目标例外也包含类似的三个要件^③,但与CPTPP和DEPA相比存在一些核心差别。USMCA与之相比增加了有关“必要性”(necessary to)的表述,表明该例外措施应当是必要的,并引入了必要性测试。RCEP与之相比除了采用必要性测试外,还增加了“其认为”(it considers)表述。此外,RCEP还将国家安全利益至上的主张纳入了处理数据跨境流动问题的基本原则中,特别规定对于缔约方实施的其认为对保护其国家基本安全利益所必需的任何措施,其他缔约方不得提出异议。

公共政策目标的正当性要求与合法性要求不同,它重点关注立法或行政行为本身正当与否,仅仅是形式合法不符合正当性要求。而如何判断一个政策是否正当?它的判断标准为何、判断主体为何?有观点认为,基于正当目标在WTO体系下的发展情况,晚近经贸协定的专家组或仲裁庭在审查公共政策目标例外的目标正当性时,应采用独立客观的审查标准,根据目标本身的性质和内容,结合数字贸易章节和经贸协定文本所反映的各缔约方的共同意图进行判断。^④然而,RCEP在规定正当公

^① 参见何波:《中国参与数据跨境流动国际规则的挑战与因应》,《行政法学研究》2022年第4期,第92页。

^② 参见CPTPP第14.11条第3款、DEPA第4.3条第3款。

^③ 参见USMCA第19.11条第2款、RCEP第15条第3款。

^④ 参见鄢雨虹:《数据跨境流动规制中的正当公共政策目标例外及中国因应》,《兰州学刊》2022年第3期,第10页。

共政策目标例外时,做出了不同于其他经贸协定的表述。对于实施公共政策目标例外的必要性的判断主体和判断标准,RCEP各缔约方达成了允许各方自行决定的一致合意^①。但问题在于,协定赋予RCEP各缔约方以自由裁量权是否涵盖目标正当性要求,即RCEP各缔约方是否可以根据协定自行决定其政策的目标正当性。对此,有观点认为,RCEP中的正当公共政策目标例外规则中的目标正当性,原则上应当参照WTO争端解决机构已经发展起来的关于正当公共政策目标正当性的法律判断标准。但是RCEP联合委员会在判断争议目标是否正当时,应给予被诉方更大的遵从边界,该自由裁量权的范围应涵盖目标正当性要求,但缔约方在行使自由裁量权时应遵守善意原则。^②对于“不以武断或不合理歧视或变相贸易限制的方式实施”要求,WTO争端解决机构已发展了较为丰富的法理,具体而言,贸易限制性措施的实施不得出现以下三种情形:(1)成为在市场环境相同的国家之间“恣意的”歧视工具;(2)成为在市场环境相同的国家之间“不正当的”歧视工具;以及(3)对国际贸易的变相限制。对于“不超过实现目标所需的限度”要求,晚近经贸协定中有不同的表述,USMCA中要求限制“不得超过必要的限度”(not greater than are necessary),CPTPP和DEPA则要求限制“不得超过要求的限度”(not greater than are required),RCEP要求限制是实现目标所“必要的”(necessary)。不同的表述使其含义在解释中存在差别,事实上,“必要”的表述相对客观,“要求”的含义则具有较大的模糊性与不确定性,缔约方需要进一步澄清、明确其确切内涵。

二、晚近经贸协定中数据跨境流动规制共识与分歧

如上文所言,USMCA、CPTPP、DEPA和RCEP等晚近经贸协定中规定的跨境流动规则大多从对数据跨境流动监管的态度、对数据跨境传输的具体规则要求、对数据跨境流动例外的规定这三方面展开设计,具有一定的共性。各国均同意为进行商业行为而跨境传输信息,均认为数据的跨境传输需要国内监管,均规定了为进行商业行为而跨境传输信息的例外——为了实现正当公共政策目标。但不同的用语也体现出各国数据治理理念上的差异。这种差异导致各国各自的规制模式和规制重点截然不同,这也是全球性的数据治理规则难以形成的主要原因。各国应当基

^① RCEP在第12.14条和第12.15条的脚注都强调“缔约方确认实施此类正当公共政策目标的必要性应由实施政策的缔约方决定”。

^② 参见鄢雨虹:《数据跨境流动规制中的正当公共政策目标例外及中国因应》,《兰州学刊》2022年第3期,第10页。

于共识,求同存异,尊重各国的监管需求,在此基础上,实现数据的自由跨境流动。

(一)晚近经贸协定中已达成的数据跨境流动规制共识

通过以上分析可知,晚近经贸协定中已经达成了一定的数据跨境流动规制的共识。毕竟,互联网是无法割裂的,无论是美国、欧盟还是中国,在全球化趋势下,对满足某些条件下的数据自由跨境流动均是持开放态度的。尽管具体语言表述各具特点,但晚近经贸协定中关于数据跨境流动的规则大致相同,主要从以下三个方面展开:

1. 强调国家对数据跨境流动的监管主权

除USMCA外,晚近经贸协定均强调国家对数据跨境流动的监管主权。这主要是对棱镜门事件爆发之前网络空间领域盛行的“去主权”观点的反驳。自网络技术及服务诞生以来,主权观念在网络空间就较为模糊。美国学者广泛主张“去主权”观点,^①美国为首的部分国家也公开反对主权在网络空间领域的延伸,认为网络空间是一个全球性的、无边界性很强的独立空间,一种类似于外层空间的独立领域,不应将传统的主权观念施加在网络空间领域,而应依靠技术、标准以及服务协议等自律形式代替主权监管。然而,棱镜门事件的爆发给各国敲响了警钟:大数据、人工智能等技术可以通过数据识别人类的行为模式,了解个人的食物喜好、生活习惯、健康状况等;通过对数据进行分析甚至可能对他国的某一社会情况进行精准画像,有针对性地开展情报收集和研判,威胁他国国家安全。至此,各国纷纷审视本国的数据主权战略,并在国际经贸协定中强调国家对数据跨境流动的监管主权。

2. 维持经济全球化、贸易自由化仍是共识

经过几十年经济全球化的发展,世界经济已经形成你中有我、我中有你的国际产业分工格局,各国经济发展相互依赖,经济全球化发展仍是世界繁荣发展之道。尽管各国对数据出境的管控各不相同,在规则层面存在分裂式鸿沟,但数据的快速增长给经济带来了新的增长机会。数据本身更是具有非竞争性、正外部性等特征。数据允许不同主体同时使用,增加额外的使用者也并不会减少对现有使用者的数据使用价值,甚至可以增加社会总价值,而单个的信息并不具有现实的经济价值,只有更多维度、更多数量的数据汇集才能产生更有价值的数据集和信息知识,帮助提高服务质量、决策效率。数据只有被开放共享、重复利用才会创造出更大的价值。^②据

^① See David R. Johnson & David Post, Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford Law Review 1402 (1996).

^② 参见唐要家、唐春晖:《数据价值释放的理论逻辑、实现路径与治理体系》,《长白学刊》2022年第1期,第98-106页。

联合国贸易与发展会议公布的《2021年数字经济报告》显示,2020年全球互联网宽带增长了35%,全球月度数据流量预计将从2020年的230艾字节激增到2026年的780艾字节。显然,大数据的激增为数字经济的发展提供了坚实的基础,利用大数据创造更大的经济价值、实现更大范围、更深层次的科技革命和产业变革,以信息化培育新动能,用新动能推动新发展是各国追求的共同目标。特别是对于当前已存在的国际货物贸易、国际服务贸易等跨国商业活动,同样需要在数据流动的基础上进行。各国一致同意维持现有商业活动中的数据跨境流动,实现现有贸易的自由化、便利化仍是各国的共识。

3.为解决国家间的法律冲突做出了安排

各国在晚近经贸协定中虽然肯定了数据跨境流动的国家监管主权,但基于贸易自由化、便利化目标,对不同国家在实施监管主权时可能产生的法律冲突、贸易壁垒也做出了一定的规则制约,即对正当公共政策目标例外进行了限制——目标正当性、不构成任意或不合理的歧视或变相限制、不超过实现目标所需。事实上,国家间对数据跨境流动的法律冲突进行协调具有必要性。经济全球化的实践告诉我们,全球经济的繁荣取决于它的组成部分中每个国家的繁荣,发达国家的繁荣更是离不开发展中国家经济的增长和发展,两者紧密地联系在一起。在发展方面谋求合作是所有国家都应具有的目标和共同责任,推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展,才是世界繁荣发展的正道所在。^①数据的跨境传输同样需要各国的合作才能谋求更好的发展。在数字经济领域,各国应积极对话、协商,通过各种形式的法律协调,解决不同国家间的法律冲突,实现数据在不同国家间安全、自由的流动,促进贸易的自由化、便利化。

(二)晚近经贸协定中数据跨境流动规则存在的分歧

虽然晚近经贸协定中关于数据跨境流动的规则存在诸多共同之处,有利于数据的跨境流动,但综合以上分析可见,具体表达上的不同也显示出各国对数据跨境流动的不同态度。随着大数据、云计算、人工智能等新技术的快速发展、对互联网及数据的认识不断加深,各国对数据跨境流动的分歧逐渐加大。发展水平相同的国家间更是分别推动制定展示各自理念的双边或多边经贸规则,将数据的流动进行分割,形成数据孤岛。晚近经贸协定中存在的分歧主要是以USMCA为代表的

^① 参见孙立坚等:《新型经济全球化是世界繁荣发展之道》,《人民日报(海外版)》2022年1月1日,第6版。

自由流动与以RCEP为代表的金融数据跨境监管下的流动之争。

1.对金融数据跨境流动的规制存在争议

RCEP第12章第15条第2款规定：“一缔约方不得阻止涵盖的人为进行商业行为而通过电子方式跨境传输信息。”而RCEP第12章第1条第2款第3项在解释“涵盖的人”的定义时将金融服务、金融机构、公共实体或金融服务提供者排除在外，也即不允许金融数据的跨境流动。此外，RCEP第8章附件一(金融服务)第9条第3款规定，缔约方的监管机构可以出于监管或审慎原因要求其领土内的金融服务提供者保留在其领土内的记录副本，只要此类要求不是用来规避缔约方在该协定下的承诺或义务。可见，RCEP禁止金融数据的跨境流动且允许实行金融数据的本地化措施。而USMCA第17.17条明确规定缔约方不得阻止金融数据的跨境流动，虽然不限制缔约方采取或维持措施保护个人数据、隐私、记录和账户机密，但这些措施不得减损金融数据的跨境流动。此外，USMCA第17.18条还规定，只要金融监管机构能够及时、直接、完整和持续地访问计算机设施上的数据，就不得要求计算机设施必须位于境内或者必须使用位于其境内的计算机设施。可见，USMCA要求金融数据跨境的自由流动且禁止采取金融数据本地化措施。

2.对数据跨境流动的自由程度存在分歧

RCEP要求的数据跨境流动程度显然低于USMCA对数据跨境流动的程度要求。事实上，RCEP更注重维护各缔约方的监管主权，更加尊重各缔约方实施公共政策目标和维护基本安全利益的权利。而USMCA更加注重维护数据流动带来的经济利益。RCEP第12章第15条第3款第1项与USMCA第19.11条第2款均列出了采取数据跨境流动措施的例外情形，即缔约方可以为实施正当公共政策目标而采取限制数据跨境流动的措施，同时规定了例外情形适用时要满足的三个限制条件：不能构成任意的或不合理的限制、不能构成变相的贸易限制、是为了实现正当公共政策目标而必要的措施。但RCEP相比USMCA增加了“其认为”的表述，从而增加了RCEP的灵活性，为缔约国提供了一定的自主权，为缔约方正当公共政策目标的实现提供了较大的空间。此外，RCEP第12章第15条第3款第2项还规定了基本安全例外条款，允许缔约方为了维护基本安全利益而采取限制数据跨境流动的措施，且规定了“禁止异议权”，保证了基本安全利益例外的适用。

3.对数据跨境流动中个人信息的保护存在分歧

在对数据跨境流动中个人信息的保护上，RCEP的要求相对宽松，重视对各缔约

方个人信息保护差异性的尊重,而USMCA则施加了更多的要求,减少了各缔约方的选择范围,所规定的义务更加严格。^①RCEP第12章第8条规定,缔约方应该采用或维持一些法律框架以保护电子商务用户的个人信息,对于法律框架的制定则要求应当考虑相关国际机构的原则和指南,但并未对考虑何种国际机构或指南做进一步的明确。这一规定虽然比较模糊,但给予RCEP缔约方更多的选择空间。USMCA对于个人信息保护的规定比较明确单一。USMCA第19.8条第2款规定,缔约方保护数据跨境流动中的个人信息法律框架应参考亚洲太平洋经济合作组织(APEC)跨境隐私规则体系和《OECD理事会关于保护隐私和个人数据跨境流动指南》。此外,USMCA第19.8条第2款还明确了保护个人信息法律框架在制定时应考虑“限制收集、选择、数据质量、目的规范、使用限制、安全保障、透明度、个人参与和责任”这八项原则。而且,缔约方制定的个人信息保护措施和数据跨境流动限制措施应具有必要性,且与风险相称。可见,USMCA对数据跨境流动中个人信息保护的要求比较严格。

三、晚近经贸协定规制数据跨境流动的趋势

上述分析研究表明,晚近经贸协定对数据跨境流动规制的宽严程度不同,对数据跨境流动规制的方案存在差异。笔者认为,晚近经贸协定规制数据跨境流动的发展趋势主要有两点:第一,晚近经贸协定中体现出来的数据跨境流动规则趋于多元化,满足不同发展水平的国家的利益诉求;第二,数据跨境流动规则将趋于更高标准。

(一)数据跨境流动规则将趋于多元化

数据跨境流动规则向多元化方向发展是晚近经贸协定体现出来的数据跨境流动发展趋势。^②通过以上分析可见,USMCA对数据跨境流动的自由化程度要求最高,对各缔约方数据跨境流动限制措施的规制最为严格;RCEP经贸规则更加包容,对数据跨境流动的规制最为灵活,更加尊重各缔约方在数据跨境流动领域的利益诉求。而CPTPP和DEPA关于数据跨境流动规定的宽严程度则介于两者之间,在追求数据跨境流动的自由程度的同时,也兼顾各缔约方的数据监管诉求。总体而言,USMCA与CPTPP、DEPA和RCEP形成了自由化程度不同的数据跨境流动要求,突破了美欧主导的数据跨境流动规则标准,拓宽了全球数据跨境流动规则的发展路径,丰富了全球数据跨境流动规则方案,给予了经济发展水平不同、文化传统各异的

^① 参见宋瑞琛、冯纯纯:《中美数据跨境流动的国际法规制及中国的因应》,《国际贸易》2022年第7期,第92页。

^② 参见吴希贤:《亚太区域数字贸易规则的最新进展与发展趋势》,《国际商务研究》2022年第4期,第93页。

国家更多的选择,具有重要的实践价值和理论意义。晚近经贸协定的发展使发展中国家能够更好地参与经济的全球化发展,更符合全球不同国家各自的发展利益,更有利于各国的发展权益的维护。

(二)数据跨境流动规则将趋于更高标准

对于数据跨境流动传统议题,晚近经贸协定表现出提高跨境流动规则标准的趋势。即明确规则条款的内涵、增加例外条款的限制等,从而提高经贸协定的约束力。一方面,明确RCEP正当公共政策目标例外和基本安全利益例外的内涵的呼声比较高,例如,有观点认为RCEP没有明确正当公共政策目标例外和基本安全利益例外条款的范围和适用标准,导致规则适用上的不明确性。^①另一方面,随着发展中国家经济发展水平的提高以及对数据跨境流动监管要求的需要,申请加入更高水平的数据跨境流动规则成为发展趋势。例如,作为RCEP成员国的中国、韩国积极申请加入DEPA。再如,作为RCEP成员国,中国提出加入CPTPP的申请。可见,随着数字经济的快速发展,构建更高标准的规则是数据跨境流动的发展趋势。

四、晚近经贸协定规制数据跨境流动的中国因应

构建数据跨境流动国际规则,协调各国的数据跨境流动监管措施,为贸易便利化、经济全球化发展扫清障碍是数字经济发展的必然趋势。对此,本部分将基于前述晚近经贸协定对数据跨境流动的规制,探究中国数据跨境流动规则制定时应坚持的立场和完善建议。

(一)我国数据跨境流动的规制现状

我国通过《中华人民共和国网络安全法》(以下称《网络安全法》)、《中华人民共和国数据安全法》(以下称《数据安全法》)、《中华人民共和国个人信息保护法》(以下称《个人信息保护法》)三部立法已初步形成以数据本地化存储为原则,以附条件的出境为例外的数据分类规制现状。电子书、软件、电子音乐、在线电影等类型的数据跨境流动,并不在我国现有的数据规制体系内。^②对于现有传统商业活动中所需要的数据跨境流动,中国的国内监管不绝对禁止其跨境传输,但需要符合一定的条件,并对不同类型的数据跨境流动进行了分类规制,对重要数据、关键基础设施运营者

^① 参见张晓君、屈晓濛:《RCEP数据跨境流动例外条款与中国因应》,《政法论丛》2022年第3期,第109页。

^② See David R. Johnson & David Post, Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford Law Review 1402 (1996).

在中国境内运营中收集或产生的数据、国家核心数据、个人信息,分别实行不同程度的数据本地化措施和附条件的出境审查。^①对于运用新技术如大数据、云计算、人工智能等可能或能够对数据进行分析、处理的数据运营者,进行专门的规制和严格的限制,例如,处理个人信息达到100万人的个人信息处理者向境外提供个人信息,需要主动向国家网信部门申报数据出境安全评估;累计向境外提供超过10万人以上个人信息或者一万人以上敏感个人信息的,信息处理者需要向国家网信部门申报数据出境安全评估;^②掌握超过100万用户个人信息的运营者,在其赴国外上市前需要经过网络安全审查。^③由此可知,我国对诸如大数据、云计算等涉及大量数据跨境传输的行业采取较为审慎的监管态度,只有在经过国家安全审查后,相关运营者才能够向境外传输数据。

通过上述分析可知,我国允许数据跨境流动在传统商业活动范围内进行,且此类流动需要在我国的监管下有序进行,对大数据、云计算这类新型数字经济中的数据流动,需要经过安全审查,不危及国家安全才能跨境传输。此外,我国数据跨境流动监管将国家安全观贯彻始终,在RCEP中的主张完全体现了我国数据跨境流动的国内监管现状和基本立场,即国家安全和正当公共政策目标优先,实现数据在监管下的跨境流动。

(二)我国数据跨境流动应坚持的基本立场

我国数据跨境流动规则在制定时应顺应晚近经贸协定规制数据跨境流动的发展趋势,坚持数据跨境流动规则多元化发展,并根据我国数字经济的发展水平,在适当时间内提高数据跨境流动规则标准。一方面,我国应坚持数据跨境流动规则的多元化发展。多元化发展趋势是当今社会发展大势,坚持数据跨境流动的多元化趋势有利于突破美欧主导的数据跨境流动规则标准,给国际社会贡献更多的数字治理方案,拓宽数据跨境流动规则的发展路径。另一方面,我国应坚持实现数据跨境流动自由程度与我国数字经济的发展相协调,不能盲目追求数据跨境流动的高度自由而忽视其带来的风险,要根据数字经济发展水平不断调整我国的数据跨境流动自由程度。大力发展数字经济,引导数据跨境的安全流动,快速提升数字经济发展水平达到一定高度后,积极加入DEPA和CPTPP高标准。对于我国目前已经加入的RCEP,我国要积极推动RCEP数据跨境流动规则的完善,注重RCEP缔约方数字经济发展

① 参见《网络安全法》第37条、《数据安全法》第31条、《数据出境安全评估办法》第2条、《个人信息保护法》第38条和第40条。

② 参见《数据出境安全评估办法》第4条。

③ 参见《网络安全审查办法》第7条。

水平存在差距的实际,也考虑到各缔约方加强数字包容性、缩小数字鸿沟的诉求,推动RCEP在规则层面对缩小数字鸿沟的回应。

(三)我国数据跨境流动规则对接国际经贸规则面临的挑战

我国数据跨境流动规则在对接国际经贸规则时面临的挑战主要有:学界在是否坚持主张数据监管上存在观点分歧,缺少与正当公共政策例外和基本安全利益例外的对接。

1.学界对坚持数据监管的观点分歧

学界对于数据的监管呈现两种态度:第一种观点认为,数据本地化限制了数据自由流动,如陈咏梅等认为,数据本地化措施是跨境数据流动国际规制的实现障碍,自由化是跨境数据流动国际规制的方向;^①许多奇认为,数据本地化政策等数据限制措施影响国际贸易谈判,容易引发国际争端;^②Andrew D. Mitchell和Neha Mishra认为,数据跨境自由流动对国际贸易的许多方面至关重要,但一些国家对这些数据流动施加了限制,世界贸易组织规则对其中一些限制进行了约束,但并未取得理想的效果,因此,需要对世界贸易组织的相关规则进行改革以保障数据的自由流动。^③与以上观点相反,另一种观点则认为数据本地化具有正当性,如王玥认为,数据本地化等数据限制措施是针对跨境数据流动给网络安全带来的威胁而制定的,具有正当性,在保障国民安全、政治安全、便利执法和促进经济发展等方面具有重要作用;^④黄宁认为,各国采取的不同跨境数据流动规制方式,是各经济体基于自身信息技术水平和隐私保护意识,追求规制净收益最大化的结果;^⑤张倩雯认为,各国出于保障国家安全和保护个人隐私进行数字经济的国际规制具有正当性,数据本地化等数据限制措施对国际投资协定中传统条款的适用带来冲击,但在认定东道国的数据本地化措施是否违背其投资协定义务时,不可一概而论,要根据具体情况具体分析。^⑥可

^① 参见陈咏梅、张姣:《跨境数据流动国际规制新发展:困境与前路》,《上海对外经贸大学学报》2017年第6期,第37-52页。

^② 参见许多奇:《论跨境数据流动规制企业双向合规的法治保障》,《东方法学》2020年第2期,第185-197页。

^③ See Andrew D. Mitchell & Neha Mishra, *Regulating Cross-border Data Flows in a Data-driven World: How WTO Law Can Contribute*, 22 *Journal of International Economic Law* 389 (2019).

^④ 参见王玥:《试论网络数据本地化立法的正当性》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第54-61页。

^⑤ 参见黄宁:《数据本地化的影响与政策动因研究》,《中国科技论坛》2017年第9期,第161-168页。

^⑥ 参见张倩雯:《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应》,《法商研究》2020年第2期,第85-98页。

见,目前学界对于是否实施数据跨境的自由流动、是否扩大数据跨境流动的自由程度问题仍存在争议。

2.缺少与正当公共政策目标例外和基本安全利益例外的对接

当前,我国的数据跨境流动规则与正当公共政策目标例外和基本安全利益例外尚未建立良好对接,主要表现在以下几方面:第一,缺少配套措施。例如,CPTPP、RCEP、DEPA等晚近经贸协定在规定正当公共政策目标例外时都要求对数据跨境流动采取必要的限制措施。但是,我国数据跨境流动规则缺少正当公共政策目标、基本安全利益、必要性评估等制度设计,不利于在未来援引正当公共政策目标和基本安全利益例外。第二,我国数据跨境流动法律法规使用的核心名词与晚近经贸协定中数据跨境流动规则不统一。例如,对于数据跨境流动例外条款中的核心措辞“基本安全利益”“正当公共政策目标”,我国《网络安全法》《数据安全法》的多个条款均采用“国家安全”“公共利益”“公共秩序”等术语表达,虽然词义接近但毕竟有所不同,容易带来不必要的争议。实际上,在我国法律法规中难以找到与此完全对应的界定和表达。这种表达上的不一致不利于我国对“基本安全利益例外”和“正当公共政策目标例外”的援引。

(四)我国数据跨境流动规则对接国际经贸规则的完善建议

具体来说,我国的数据跨境流动规则要从两个方面进行完善:第一,强化数据监管主权,维护自身的合法权益;第二,做好与正当公共政策目标例外和基本安全利益例外的对接。

1.强化数据监管主权,维护自身正当权益

我们应当坚持走适合我国数字经济现状的发展之路。具体来说,就是根据我国数字经济发展现状,选择适合我国的数据跨境流动自由程度。我国虽然是数据大国,但数字经济的发展水平还不高,数据技术、数据利用等水平还有限,因此需要强化数据监管,维护我国的监管主权。事实上,数据流动缺少监管将会进一步拉大贫富差距,使商业贸易处于信息不对称和不公平的状态,不利于经济的可持续发展。数据需要在相同的或一致的监管下有序流动。对数据跨境流动进行必要的监管符合各国的正当利益需求,要求数据的自由跨境流动是不现实的,也是不利于经济的可持续发展的。但是,不同的限制性措施可能造成贸易壁垒,不利于全球贸易发展。各国可以追求数据监管上的一致和协调,让数据在国家监管下实现安全、有序的流动。

网络空间经历了去主权化向再主权化演变的法治路径,实践告诉我们,数据已经成为国家主权的重要组成部分。我们要强化数据监管主权的表达,维护自身正当

权益。我国是网络主权的发起国和推动者,早在 2015 年生效的《国家安全法》中就以法律的形式明确了“网络主权”,并在《网络安全法》第 37 条中进行了细化,规定了重要数据本地化存储以及数据跨境流动需经过安全评估。此后的《个人信息保护法》《数据安全法》中也均有体现。具体来说,我国在数据立法时,不仅要提出本国在数据领域的利益诉求,也应对其他国家的管辖扩张做出有效应对,阻断其长臂管辖,抵制其数据霸权。^①一方面,我国可以适当拓宽数据跨境流动的域外适用范围。对数据的保护不仅仅局限于本国境内,也应顺应全球管辖权扩张的趋势,全面维护本国的正当权益。归纳美国、欧盟的数据管辖权扩张理由,主要有以下几种情形:向境内自然人提供产品或服务而导致的数据跨境流动;分析、评估境内的自然人所导致的数据跨境流动;为了保护国防与公共安全;为了行业发展等。但是,管辖权的扩张必然会导致法域的冲突,我国在进行管辖权扩张时应合理选择扩张的范围。另一方面,我国可以通过立法提前阻断域外管辖的扩张,无论是欧盟还是美国关于数据跨境流动的立法都呈现出霸权意味,缺乏充分的国际法基础,而且部分立法严重侵犯他国主权和国家安全,尤其是美国强迫各国企业交出商业机密数据的行为更是无理之举。因此,我国应对这些进行立法阻断,并制定相应的反制措施,以此提高我国数据治理的能力。

2. 做好国内数据跨境流动规则与经贸协定中例外规定的衔接

我国在制定数据跨境流动规则时要做好与经贸协定中例外规定的衔接。一方面,我国数据跨境流动规则应完善正当公共政策目标例外和基本安全利益例外的配套措施。正当公共政策目标例外和基本安全利益例外是晚近经贸协定中比较典型的例外规定。正当公共政策目标例外发展时间相对较长,限制措施相对成熟,包括目标的正当性、不超过实现目标所需和不构成任意或不合理的歧视或变相限制。这些限制措施的含义已经在 WTO 实践中得到充分阐释,更为各国所接受。我国要善于有效利用正当公共政策目标例外以实现自身的发展利益。但对于公共政策目标例外的限制,则需要进一步明确目标的正当性、不超过实现目标所需和不构成任意或不合理的歧视或变相限制三者的含义及配套措施,例如,需要明确“不超过实现目标所需”的含义,发展对数据跨境流动限制性措施的必要性评估制度。目前,关于必要性评估制度,美国在隐私领域建立了必要性隐私影响评估制度(privacy impact assessment, PIA),欧盟在个人信息保护领域建立了数据保护影响评估制度(data

^① 参见王佳宜、王子岩:《个人数据跨境流动规则的欧美博弈及中国因应——基于双重外部性视角》,《电子政务》2022 年第 5 期,第 99-101 页。

protection impact assessment, DPIA),我国也需要结合自身发展情况,制定必要性评估标准,实现国内法治与国际法治的衔接。

另一方面,我国应统一数据跨境流动法律法规与晚近经贸协定中数据跨境流动规则的核心名词的使用。第一,可以将《网络安全法》《数据安全法》中的“国家安全”“公共利益”“公共秩序”等用词与晚近经贸协定中的“公共政策目标”“基本安全利益”相统一。第二,可以在法律法规中明确“基本安全利益”的内涵和外延,以明晰我国认为的基本安全利益内涵,增加RCEP条款适用的确定性。例如,在规定基本安全利益例外条款时,赋予国家相应的解释权。一国对基本安全利益例外含义的理解一般可以通过该国的国内法予以表现。专家组在审查我国援引基本安全例外条款限制数据跨境流动时,也很可能通过考察我国的数据跨境流动立法来确定我国对基本安全例外的界定。^①因此,在国内法中明确基本安全利益的含义具有理论价值和实践意义。

五、结语

数据成为继货物、服务、人员流动之后的又一重要贸易形式。面对各国之间广泛存在的数字鸿沟,WTO传统规则面临失语境地。CPTPP、RCEP、USMCA、DEPA等晚近经贸协定对数据跨境流动的规制做出了有益尝试,其中,USMCA最为严格,RCEP最为灵活,DEPA和CPTPP则介于两者之间。总的来说,晚近经贸协定对数据跨境流动的规制达成了一定的共识:各国均承认国家对数据跨境流动的监管主权,肯定国家实现正当公共政策目标的必要性、正当性,实现贸易的便利化、经济的全球化仍是各国的目标;也存在一些分歧:对金融数据跨境流动的规制、数据跨境流动的自由化程度以及数据跨境流动中个人信息的保护均存在分歧。事实上,晚近经贸协定对数据跨境流动的规制趋于多元化和更高标准。通过以上分析,我国制定数据跨境流动规则应顺应数据跨境流动的多元化发展趋势,制定适合我国数字经济发展水平的数据跨境流动开放规则。当前,我国数据跨境流动规则缺少与正当公共政策目标例外和基本安全利益例外的对接问题,需要完善数据跨境流动规则,强化数据监管主权,实现国内数据跨境流动规则与经贸协定中例外规定的衔接。

^① See Andrew D. Mitchell & Neha Mishra, Regulating Cross-border Data Flows in a Data-driven World: How WTO Law Can Contribute, 22 Journal of International Economic Law 393 (2019).

Regulation of Data Cross-border Flow in Recent Economic and Trade Agreements and China's Response

Abstract: At present, the WTO Agreement is in an “aphasia” dilemma when it applies to the cross-border data flow measures of various countries. Recent economic and trade agreements, such as the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP), the U.S.-Mexico-Canada Agreement (USMCA) and the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), have made a positive exploration of the international regulation of cross-border data flows, from the basic attitude to data regulation, specific rules and requirements for cross-border data flows, and the legitimate public policy goal exception. There are some consensus and differences between different economic and trade agreements. However, diversification and high standards are still the development trend of recent economic and trade agreements regulating cross-border data flows. In this regard, China's cross-border data flow rules should comply with the development trend of diversification and high standards. And we should improve the cross-border data flow rules from the following aspects: on the one hand, we should strengthen data regulatory sovereignty and adhere to the rules and standards for cross-border data flow that are consistent with the development level of China's digital economy; on the other hand, realize the connection with the exception clauses in the economic and trade agreements.

Key words: cross border data flow; data supervision; international regulation; data sovereignty

(责任编辑:肖军 钱静)