

个人信息跨境保护的 国际软法之治与中国路径

姚若楠*

内容摘要:在个人信息跨境保护方面,国际硬法难以高效地进行调整,国际软法呈现出显要的理论价值与现实意义。个人信息跨境保护的国际软法已经形成以政府力量推进的监管型规则与非政府力量促成的市场型规则的公私格局,承担着规则补充与精神引领的特殊功能。然而,国际软法在适用方式与透明度方面存在不确定性,为充分发挥个人信息跨境保护国际软法的功能,国际社会应高度重视国际软法制定的程序正当性与多方协作性。我国应以人类命运共同体理念为指引,推动国际软法治理平台的多边化,以市场型规则促进国际软法与国际硬法的衔接共治,为全球数据治理贡献中国经验。

关键词:全球数据治理 国际软法 数据跨境传输 个人信息保护 非国家行为体

引言

数字经济全球化已成趋势,国际社会正在加紧形塑数字经济法律制度。数据这一新兴生产要素具有在全球产业链上流动以实现经济价值的客观需要,数据及其所承载信息的跨境流动成为数字经济发展的必然规律,个人信息尤甚。为防范个人信息跨境风险,各国基于不同的利益考量和规制范式形成了国内法监管优先的基本格局。然而,个人信息跨境涉及国内法与国际法两个维度,影响国家与国际社会两级治理,国际社会仍旧存在对相关活动进行调整的需求。

国际社会属于无超国家主权的“平权结构”,各国基于国家同意而非强制力制定国际法并承担国际义务,软法在国际法领域的兴起成为必然。^①关于软法的定义尚无定论,但最常被援引的是“软法是原则上没有法律约束力却可能产生实际影响的行为规范”。^②置于国际社会,不具有国际法约束力却可能被遵守的国际承诺或义务便是国际软法。^③当前,国际软法的主要表现形式是国际机构、多边国际会议发布的标

* 浙江大学光华法学院博士研究生。

本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“坚持统筹推进国内法治和涉外法治重大课题研究”(21JZD031)的阶段性成果。本文得到中国国家留学基金(202306320558)资助。

① 参见罗豪才、周强:《软法研究的多维思考》,《中国法学》2013年第5期,第103页。

② See Francis Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, 56 *The Modern Law Review* 32 (1993).

③ See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* 188-189 (Oxford University Press 2019).

准、原则、决议、宣言、声明、守则、指南、框架、建议、示范法等。^①

我国对软法的学术研究始于2005年北京大学软法研究中心成立后,其关于国家公共治理的讨论居多,^②但在国际法具体领域的探讨略显不足,在全球数据治理领域的讨论较为鲜见。^③实际上,个人信息跨境保护领域相关国际软法已应运而生,其理论价值虽得以在具体场景中沿用,但也面临着一定挑战。一旦适用不当,不仅会影响国际软法的自身功能,甚至会制约或误导国际硬法。全球数据治理处于建章立制之际,如何充分发挥国际软法的应然功能,推动达成个人信息跨境保护的共识,是我国作为全球数据治理体系的参与者与推动者所急需关注的重大命题。

一、个人信息跨境保护国际软法的生成流变

(一)个人信息跨境保护国际硬法面临的挑战

1.数据治理面临技术挑战

数字技术的先进性对传统的国际硬法规制方式造成挑战。数字技术快速革新,数字经济全球化进程加速,以国际硬法为先的传统国际造法模式在全球数据治理中凸显出滞后性与不均衡性。早在20世纪90年代,世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)就在《服务贸易总协定》(以下称“GATS”)第14条规定了个人信息跨境保护,该条指出,为“保护与个人信息处理和传播有关的个人隐私及保护个人记录和账户的机密性”而实施的监管措施,即使“在情形类似的国家之间构成任意或不合理歧视”或“构成对服务贸易的变相限制”,也是可以豁免的。在促进贸易自由化和经济发展的宗旨之下,GATS第14条对个人信息保护的规定仅作为保障自由贸易的例外,适用空间小。而且,在订立GATS时,个人信息处理与传播的技术手段与当今相差甚远,较易采取相关监管措施。个人信息在数字时代具备的数字化、隐匿化等新型特征

^① 关于国际软法的内容及其表现形式,具体参考了以下学者的论述。参见万霞:《国际法中的“软法”现象探析》,《外交学院学报》2005年第1期,第96页;何志鹏:《逆全球化潮流与国际软法的趋势》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第55-57页;赵骏、谷向阳:《论全球治理中的G20软法治理》,《浙江学刊》2018年第5期,第56页;陈海明:《国际软法论纲》,《学习与探索》2018年第11期,第87页。

^② 截至2024年1月31日,按照中国知网发表时间正序排序,对200篇(因知网数量限制)题目含“软法”的期刊论文进行分析发现:国内对软法的研究自2005年逐渐增加,其中,法理、法史的研究占比27.5%,行政法及地方法制研究占比21.5%,国际法研究占比21%。相同条件下,将发表时间改为倒序排序后发现:国内对软法的研究在2018年达到峰值,其中行政法及地方法制研究占比29%,法理、法史研究占比24%,国际法研究占比22%。总之,国际法领域中软法的研究相对不足。

^③ 目前针对个人信息跨境治理的学术探讨主要围绕硬法体系失序带来的法律问题,如金晶:《欧盟的规则,全球的标准?数据跨境流动监管的“逐顶竞争”》,《中外法学》2023年第1期,第46-65页;彭岳:《数据隐私规制模式及其贸易法表达》,《法商研究》2022年第5期,第102-117页。部分研究聚焦于一国数据法律的涉外实践,如王燕:《数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟〈通用数据保护条例〉与美国〈澄清域外合法使用数据法〉为例》,《比较法研究》2023年第1期,第187-200页等。部分研究关注到了软法规范的作用,但是可能忽视了全球治理中国际软法对个人信息保护的特殊性与局限性,如赵海乐:《数字贸易谈判背景下的个人信息保护行业自律规范构建研究》,《国际经贸探索》2021年第12期,第101-112页。

使得对应监管措施逐渐滞后。数字技术标准具有相对客观性,而国际造法主体具有相对主观性,个人信息跨境保护相关标准的制定必然是个实时动态的演进过程。^①当然,WTO也在尝试跟随技术革新的速度开展数字贸易新议题,其于2017年底促成了《关于电子商务的联合声明》(Joint Statement Initiative on Electronic Commerce, JSI),但多边贸易体制下的谈判进展缓慢。直到2023年12月20日,电子签名和认证、在线消费者保护等13个议题才形成基本共识,而数据流动、计算设施本地化、源代码以及水平性议题仍需要进一步讨论。^②各国数字技术发展情况有别、国家立场冲突不易缓和是导致谈判缓慢的主要原因,影响相应硬法的形成。硬法具有高主权消耗、高缔约成本和高履约难度的“三高”特点,而这些特点在个人信息跨境保护的技术规则方面更为突出,如何合理界定数字传输技术的监管标准并达成多边国际硬法规范是国际社会立法所必须处理的前提性技术难题。

2. 数据主权冲突难以调和

数据主权冲突加剧了个人信息跨境保护方面的国际硬法规范的形塑难度。各国间的数据主权之争加剧了个人信息保护国际法治冲突,^③阻碍了个人信息跨境保护统一国际法律规范的达成。网络空间是数据活动的底层支持,网络主权已被广泛认可和接受,各国有权根据本国国情,参考国际通行做法,制定相关政策与法律以管理互联网。^④随之推演,数据主权是各国数据公共政策的权力来源。当尚未形成公平公正合理的国际数字秩序时,数据主权的对内最高权与对外独立权成为国家内部与国家之间开展数字经济活动的基础。在数字经济全球化的趋势下,个人信息跨境流动及存储已经是发展数字经济所难以避免的客观事实。然而,多数国家要扩张数据主权,一方面强化本国个人信息的跨境安全;另一方面又需要他域个人信息的增量流入。因对数据主权概念的价值选择不同,各国监管个人信息跨境的方式也不同。当一国国内法域外效力被不断延展,必然会触及其他国家或地区的传统域内管辖,导致管辖权冲突。数据本地化措施本是国家限制本国数据出境的域内管辖措施,但也会阻碍外国调取该国域内数据,反之亦然。欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)与美国《澄清域外合法使用数据法》就构成了此种冲突。^⑤以限制个人信息出境为代表的本地化措施已经被指会导致“网络巴尔干化”。^⑥事

^① 参见耿召:《规则与标准并重:网络空间国际规范的类型化研究》,《情报杂志》2023年第1期,第147页。

^② 参见中华人民共和国商务部:《世贸组织实质性结束部分全球数字贸易规则谈判》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/syxfwb/202312/20231203462166.shtml>, 2024年1月29日访问。

^③ 参见赵海乐:《数据主权视角下的个人信息保护国际法治冲突与对策》,《当代法学》2022年第4期,第87页。

^④ 参见中华人民共和国外交部:《外交部条法司司长黄惠康在网络问题布达佩斯国际会议上的发言》, http://www.fmprc.gov.cn/wjb_673085/zjzg_673183/tyfls_674667/xwlb_674669/201210/t20121009_7669976.shtml, 2024年1月29日访问。

^⑤ 参见王燕:《数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟〈通用数据保护条例〉与美国〈澄清域外合法使用数据法〉为例》,《比较法研究》2023年第1期,第194-197页。

^⑥ 参见吴玄:《数据主权视野下个人信息跨境规则的建构》,《清华法学》2021年第3期,第79页。

實上,國際經貿關係愈發緊密,國家主權受限制的程度就會越大。數字經濟全球化背景下,數據主權受到的限制或將更多,主權衝突若無法緩和並達致相對平衡,國際硬法規範共識便更難實現。繼而,個人信息跨境受到的限制就越多,跨境難度越大,由此或將陷入阻礙數字經濟發展的惡性循環。

3. 數據規則的碎片化加劇

在難以達成多邊共識的背景下,數據規則已經在區域與雙邊層面呈現出碎片化加劇的特徵。區域合作是各國對個人信息进行跨境保護的重點維度,部分國家推動區域性公約的達成,也在區域自由貿易協定中納入了相關內容,而此類區域性規範的“陣營化擴張”也使得多邊規範更難以形成。歐盟推動形成的《歐洲委員會關於個人數據自動化處理的個人保護公約》(Convention for the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data,以下稱“Convention 108”)旨在加強自動處理個人數據時的個人權利保護,鼓勵個人信息的跨境流動,明確保護個人數據不能成為禁止數據流動的理由。^①這一規定要求各締約國確保個人數據在數據接收國受到充分保護,成為“歐式範本”。美國推動形成的《全面與進步跨太平洋夥伴關係協定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)要求每一締約方在保護電子商務用戶免受其管轄範圍內發生的個人信息侵害方面應努力採取非歧視做法,對個人信息跨境保護提出了非歧視要求,^②成為“美式範本”。美歐兩大範本在國際層面上均具有較強的規則影響力,這一問題在雙邊層面表現得更為尖銳。如日本是美歐雙邊合作的第一選擇,全球首個數字貿易協定《美日數字貿易協定》(United States-Japan Digital Trade Agreement, UJDTA)僅要求締約雙方保護個人信息,對個人信息跨境傳輸的限制必須是“必要的”且與所面臨的風險具有“相稱性”;^③歐盟GDPR生效後,日本第一個獲得歐盟委員會的充分性認定,這意味著日本的個人數據傳輸活動還要符合歐盟的監管要求。為同時達成與歐美的雙邊合作,日本必然面臨著分別對兩大範本作出針對性調整的困擾,直接原因便是美歐個人信息保護標準的“逐底”與“逐頂”之爭。^④這種因個人信息跨境國內法監管標準不同造成的碎片化也被稱為“孤島型碎片”。^⑤在大國數據規則競爭的博弈格局下,“孤島型碎片”的对立使得彌合分歧的空間繼續被壓縮。

(二) 個人信息跨境保護國際軟法的表現形式

1. 政府力量推進的監管型規則

為彌補國際法規制個人信息跨境風險的不足,國際組織以及多邊政府機構開始

① See Convention 108, Article 14.

② See CPTPP, Article 14.

③ See UJDTA, Article 15.4.

④ 參見金晶:《歐盟的規則,全球的标准? 數據跨境流動監管的“逐頂競爭”》,《中外法學》2023年第1期,第61頁。

⑤ 參見黃家星:《國際數字貿易規則碎片化:現狀、成因及應對》,《太平洋學報》2022年第4期,第71頁。

发布相应软法规则,以期促成政府间合作。此类规则主要表现为政府主导的自上而下式的监管型规则,侧重明确个人信息保护的基本原则,限制政府监管措施,试图确保个人信息跨越国境前后所受保护的一致性。

首先,通过国际组织发布的个人信息跨境保护之国际软法以经济合作与发展组织(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)《隐私保护和个人数据跨境流动指南》(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data,以下称《指南》)和亚太经济合作组织(Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC)《隐私框架》(APEC Privacy Framework,以下称《框架》)为代表,且该两项规则具有较高重叠度。《指南》与《框架》在文本结构上极为相似,^①对个人信息的定义亦是相同,即任何与已识别或可识别个人相关的信息。^②关于个人信息保护的基本原则,《指南》共列举八项,包括收集限制原则、数据质量原则、目的说明原则、使用限制原则、安全保障原则、开放原则、个人参与原则、责任原则。^③《框架》则规定了损害预防原则、告知原则、收集限制原则、个人信息使用原则、选择性原则、个人信息完整性原则、安全保障原则、访问及更正原则、责任原则九项。^④该两文件的基本原则均涵盖了个人信息的收集、处理以及使用等内容,这也是《框架》以《指南》为蓝本制定的直接结果。^⑤

针对个人信息的跨境保护,《指南》鼓励个人信息在成员间的自由流动,但也对成员的监管措施设置了限制。个人信息自由流动的前提是要保证数据流入国遵守《指南》的原则或经足够保障措施以符合《指南》的保护水平。一旦符合该前提,数据流出国的个人信息就可以自由出境,且该国针对敏感个人信息与特定目的进行的限制须与风险相称。^⑥APEC于2011年建立了跨境隐私规则体系(Cross-Border Privacy Rules, CBPRs),^⑦确立了区域性的个人信息跨境保护规则。CBPRs同样是基于《框架》建立的软法规范,不创设国际义务,也不影响成员承担现有国际和国内义务,^⑧仅适用于APEC成员境内的个人信息处理机构(公司)在APEC区域内的个人信息跨境活动,属于自愿问责体系,其自评估标准以《框架》九项原则为准。综上,无论是《指南》还是

① 《指南》含六部分:普遍规定、国内适用的基本原则、实施责任、国际适用的基本原则、国家实施、国际合作与互操作性;《框架》含四部分:前言、范围、信息隐私原则、执行。两文件实际上包含的内容均为国内和国际两个层面、国家责任与国际合作两个维度。

② 参见《指南》第一部分第1条、《框架》第二部分第9条。

③ 参见《指南》第二部分第7~14条。

④ 参见《框架》第三部分第14~26条。

⑤ 《框架》第一部分第5条表明,其相关规定符合《指南》的核心价值观,重申了隐私对个人和信息社会的价值。

⑥ 参见《指南》第四部分第16~18条。

⑦ 2007年,APEC通过了《数据隐私探路者倡议》(Data Privacy Pathfinder),提出建立APEC跨境隐私保护规则体系。2009年,APEC批准《跨境隐私执行安排》(Cross-border Privacy Enforcement Arrangement, CPEA)。在此基础上,CBPRs于2011年在夏威夷APEC领导人非正式会议上得以建立。

⑧ See APEC, APEC Cross-Border Privacy Rules System Policies, Rules and Guidelines, November 2019, p.1.

《框架》及CBPRs,关注的重点都是国际组织成员如何制定监管规则以在个人信息受到特定程度保护的基础上实现其自由跨境。

其次,通过多边政府机构发布的个人信息跨境保护之国际软法以G20与G7为代表,表现为可信数据自由流动原则,但目前尚未形成具体的制度体系。2019年G20《大阪数字经济宣言》首次提出“可信数据自由流动”概念。^①2022年,G7峰会通过了《G7促进可信数据自由流动行动计划》,其附件A鼓励达成政府间访问个人信息合作,以促进可信数据自由流动。^②同年11月,G20数字经济工作组会议(G20 Digital Economy Working Group,DEWG)明确将可信数据自由流动与数据跨境流动列为核心议题之一,^③强调保护个人信息的重要性,同时以“公共政策目标”限制各成员的监管措施。

2.非政府力量促成的市场型规则

为消除全球数据市场的技术标准障碍,以非政府组织为代表的非政府力量也推动了相关国际软法的形成。此类规则主要表现为非政府主导的自下而上式的市场型规则,目的是以技术标准推动实现个人信息跨境保护标准的一致性,保障个人信息自由跨境的市场互信,是对政府监管型规则的补充,有助于形成全球统一数据市场。

首先,非政府组织主导制定的互联网规则为个人信息跨境提供了底层技术标准。互联网名称与数字地址分配机构(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers,ICANN)针对域名的创建与分配设置规则,规范全球IP地址与DNS,决定了跨境个人信息的存储位置。互联网工程任务组(Internet Engineering Task Force,IETF)自行业联盟衍生以来,以标准及议定书的方式促成互联网相关技术规范,如全球TCP/IP网络协议,影响着个人信息跨境传输中的网络接入问题。此外,国际电工委员会(International Electrotechnical Commission,IEC)、国际标准化组织(International Organization for Standardization,ISO)等凭借其行业专业优势,专门针对个人信息保护制定国际软法,为公司、行业和政府提供参考。如ISO联合政府间国际组织国际电信联盟(International Telecommunication Union,ITU)制定的ISO/IEC 29151|ITU-T X.1058确立了数据保护控制的目标,对控制措施及其实施提供了指导。其中,该文件还提出了个人信息的“收集限制”“数据最小化”以及“开放及透明”等原则,^④以进一步推动形成个人信息保护的监管型规则。

^① See Ministry of Foreign Affairs of Japan, G20 Osaka Summit (Summary of Outcome), https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/en/overview/, visited on 30 January 2024. 此后,2020年G20《利雅得领导人宣言》和2021年G20《罗马领导人宣言》继续重申了可信数据自由流动原则。参见中国信息通信研究院:《全球数字治理白皮书(2022年)》。

^② See G7 Research Group, Ministerial Declaration: G7 Digital Ministers' Meeting, <http://www.g7.utoronto.ca/ict/2022-declaration.html>, visited on 30 January 2024.

^③ See G20 Indonesia 2022, G20 Digital Economy Ministers' Meeting 2022: Chair's Summary, The Bali Package, Part II, <http://www.g20.utoronto.ca/2022/220921-digital-chair-summary-and-letter.html#summary>, visited on 30 January 2024.

^④ See Clare Naden, International Standard Looks to Curb Theft of Personal Data, <https://www.iso.org/news/ref2252.html>, visited on 30 January 2024.

其次,非政府组织还联合具有实践经验的企业一同制定国际软法,加速推动个人信息跨境保护应用层标准的落地。比如,ITU与中国联通、之江实验室共同制定了《隐私保护机器学习技术框架》。^①非政府组织联合企业共同研究制定技术类规则的过程会间接影响该组织制定国际软法的逻辑,使相关规范具有市场导向,更易于在数据市场活动中被接受。而且,在个人信息跨境领域,数据流动本就具有国际属性,非政府组织与企业共同促成的技术性软法能自然地延展出其国际影响力。

二、个人信息跨境保护国际软法的价值演进

(一)国际软法的基本价值

1.国际软法的理论价值^②

在学理上,国际软法因丰富的理论基础而被广泛讨论,体现出其在国际社会独特的秩序价值。比如,“纽黑文学派”的“权威决策说”充分考虑法律“参与者”的多样性,视法律为权威政策抉择的全部过程,包含权威性决策(有法之名,可以不行法之实)和控制性决策(无法之名而行法之实)。该理论视国际软法为控制性决策而发挥有效的秩序价值,肯定了国际组织与非政府组织等非国家行为体参与国际事务的重要作用。^③随着国际经济关系依赖程度逐渐加深,全球法律多元主义认为国际社会中有有效法律体系应不只一种,^④全球治理也需要主权国家之外的治理主体,弥补国家治理的不足。^⑤在多层级的全球治理规范体系中,非国家行为体促成的国际软法体现出多元规制和分担公共权威的功能,^⑥为国际法律秩序注入了新动能。再如,建构主义另辟蹊径,从观念^⑦建构权力与利益的角度出发,指出规范是观念的体现,是形成国际共识的载体以及延续该共识的支撑。^⑧因此,作为观念的国际软法只要代表着国际社

^① 参见中国新闻网:《国际电信联盟首次发布隐私计算标准 中国公司机构参与制定》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1707163974008948910&wfr=spider&for=pc>, 2024年1月30日访问。

^② 本文写作的主线是“软法亦法”,国际软法的价值可类比“法的价值”——秩序与正义。而对国际软法而言,其价值的独特性恰恰体现在对国际法律秩序的形塑之中。参见张恒山:《“法的价值”概念辨析》,《中外法学》1999年第5期,第31页。

^③ 参见白桂梅:《国际法》,北京大学出版社2015年版,第26-27页;李鸣:《国际法的性质及作用:批判国际法学的反思》,《中外法学》2020年第3期,第817页。

^④ 本文在第三代多元法律主义下来观测国际软法。第三代法律多元主义研究聚焦全球化时代中法律的碎片化及其在不同时空层次与社会结构中的样态。参见赵英男:《法律多元主义的概念困境:涵义、成因与理论影响》,《环球法律评论》2022年第4期,第148-149页。

^⑤ 参见朱景文:《全球化是去国家化吗?——兼论全球治理中的国际组织、非政府组织和国家》,《法制与社会发展》2010年第6期,第102页。

^⑥ 参见王奇才:《全球治理的法律渊源及其合法律性问题》,《法制与社会发展》2011年第2期,第126页。

^⑦ 此处的“观念”主要指社会的共有知识、规范、制度等。在国际法体系中,国际法律规范(包括硬法与软法)都是观念的体现。参见徐崇利:《建构主义国际关系理论与国际法原理》,《国际关系与国际法学刊》2020年第9卷,第11页。

^⑧ 参见何志鹏:《国际法治何以必要——基于实践与理论的阐释》,《当代法学》2014年第2期,第137页。

会的一致期待,就可以通过“自我规制”与“社会化”来保证其有效性。^①这在缺乏统一国际法律规范与执行机制的领域表现得更为明显,国家将国际软法作为规则范本,主动受其规制,进行或主动、或被动的“社会化”,^②以促成国际社会规范的一致性。当遵守国际软法的国家具有普遍性时,其所发挥的秩序价值就会与国际硬法相差无几,发生实质法律化。

2. 国际软法的实践价值

设定国际软法的效力为A,国际硬法的效力为B,国际软法的实践价值表现为三个层级:^③第一层级,A<B。国际软法并非独立发挥作用,而是对已有国际硬法的解释和丰富。国际软法可以通过解释条约来发挥效力,^④比如国际劳工组织公约配套的建议书。^⑤第二层级,A=B。国际软法发挥准法律功能,与国际硬法共同调整国际事务。如以《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP)和《国际贸易术语解释通则》(International Commercial Terms, INCOTERMS)为代表的国际商事规则,经当事人同意后便具有合法性,成为合同准据法。^⑥第三层级,A>B。国际软法可以填补国际硬法的空白并促成后者在更广泛的领域得以生成,甚至发生“软法硬化”的效果。比如在全球公共卫生治理等法律规则滞后、已有规则不成熟的新兴领域,国际硬法的适用空间较为狭窄,^⑦而国际软法以无须国家严格授权和同意的灵活优势能发挥出超越国际硬法的效率价值。示范法、建议等国际软法还能引领并促成国际硬法的达成,拓宽国际硬法的适用领域,如《世界人权宣言》便引领了国际人权法的发展。^⑧目前,在个人信息跨境保护方面,国际软法超越国际硬法效力的特征明显,位处效力的第三层级,不仅补足了国际硬法,还引领了国际数字法治的精神。

^① 参见夏春利:《论建构主义维度的国际软法研究及其方法论建构》,《东南学术》2014年第2期,第166页。

^② 主动“社会化”如法律移植,被移植的对象包括国际社会非国家行为体的规则;被动“社会化”如非政府组织和多边政府机构可以通过公布信息的方式对国家施加道义责任,迫使国家接受软法规范,如发展中国家需要符合环保方面的资格审查来获得世界银行的贷款。

^③ 有研究提出国际软法效力三层级的划分方法,即依照国际软法向国际硬法效力看齐的轨迹,形成力量国际渐强的层级正序。本文参考了该效力层级的划分方法,以数量关系的方式进一步比较了国际软法与国际硬法间效力的异同。参见何志鹏、申天娇:《国际软法在全球治理中的效力探究》,《学术月刊》2021年第1期,第109页。

^④ See Jan Klabbbers, *The Redundancy of Soft Law*, 65 *Nordic Journal of International Law* 177 (1996).

^⑤ 参见石亚莹:《论软法的优势和作用——以国际法为视角》,《法学杂志》2015年第6期,第94-95页。

^⑥ See Steven L. Schwarcz, *Soft Law as Governing Law*, 104 *Minnesota Law Review* 2490-2497 (2020).

^⑦ 参见蔡伟:《应对当代全球公共卫生治理困境的软法路径》,《中山大学学报(社会科学版)》2023年第2期,第177页。

^⑧ 《世界人权宣言》中的部分内容体现在后续形成的《公民权利及政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》之中。参见何志鹏:《作为软法的〈世界人权宣言〉的规范理性》,《现代法学》2018年第5期,第17页。

(二)个人信息跨境保护国际软法的特殊功能

1.规则补充功能

数字技术不断迭代,全球数据治理持续变革。在这样的强不确定性领域,国家不会贸然作出国际法层面的承诺,因此短期内难以形成多边性国际硬法。^①针对个人信息的跨境保护,已有国际硬法限于双边及区域贸易协定,而具有统一共识的国际硬法规范缺乏,现阶段的国际软法扮演着补足这部分国际硬法的功能。

一是国际软法的机制性优势使其能快速创制规范,补充个人信息跨境保护国际硬法规范的不足。与国际硬法由国家间直接谈判形成不同,国际软法多依托组织化平台的推动。其中,国际组织是现代国际法体系中国家进行高度多边合作的一种有效法律形态,^②国际软法可以借助国际组织维持外部秩序的过程发挥普遍性效用。^③无论是1990年联合国发布的《自动化资料档案中个人资料处理准则》,还是OECD《指南》与APEC《框架》,均依托于国际组织的力量强化对个人信息的国际性保护。这些国际组织创制的国际软法首先必然以其成员接受为第一目标,即使不强制成员接受,也会鼓励自愿采纳,以此提高国际软法的可接受度。在内部秩序之外,相关国际组织还会积极开展外部合作扩大国际软法的影响力。比如,ISO与ITU共同发布网络安全及个人信息保护的技术标准,恰恰体现了国际组织在外部合作中能够通过国际软法弥补国际硬法的缺位。

二是国际软法的专业性优势使个人信息跨境保护规范的理性得到强化,发挥实质约束作用。无论何种组织化平台,若想促成国际软法,离不开专家的专业知识,这是参与和促进全球治理的基本通行证。^④在个人信息跨境保护领域,相关专业技术要求较高,技术标准的软法规则制定者通常为信息技术专家或法律专家,他们通过ICANN、IETF、IEC、ITU等非政府组织起草并促成国际软法。这些技术性国际软法规范本身能较高程度地反映出个人信息跨境的客观要求,具备科学性、合理性与示范性,容易被各国经济实体所援用,从而间接或者直接影响国家的行为。目前,非国家行为体参与全球事务并促成国际规范的现象已经不容忽视。在国际法律规范体系的形式和内容发生变化的背景下,国际软法的地位不再局限于《国际法院规约》。^⑤至少个人信息跨境保护国际软法不仅有效回应了硬法缺失的规范需求,还以其独立价值帮助延展了全球数字法律秩序的空间。

^① 参见叶泉:《全球海洋治理的软法之治与中国的战略选择》,《南洋问题研究》2022年第4期,第33页。

^② 参见梁西著、杨泽伟修订:《梁西国际组法》,武汉大学出版社2022年版,第403页。

^③ 国际组织的外部秩序涵盖其与成员、非成员和其他国际组织等外部关系的法律规则,内部秩序由其内部关系规则组成。参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第400页。

^④ 参见[英]托尼·麦克格鲁:《走向真正的全球治理》,陈家刚编译,《马克思主义与现实》2002年第1期,第40页。

^⑤ 参见何志鹏:《逆全球化潮流与国际软法的趋势》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第62页。

2. 精神引领作用

个人信息跨境保护国际软法对国际数字法治具有精神引领作用,这尤其体现在其先驱性与包容性的优势上。一是国际软法生成快速的特点使其在个人信息跨境治理中具有规范塑造的前瞻性与先驱性。国际软法规范的起草修正便捷,尤其是不需要经历如条约、习惯国际法等国际硬法的漫长过程。比如,OECD在2010年启动对《指南》(1980年版)的首次审查工作,在2013年7月11日便通过了修订后的《指南》(2013年版),率先形成可供国际社会参考的规范文本。然而,国际硬法的多边谈判在时间长度与谈判难度方面面临的挑战均远超国际软法,如WTO谈判除前五轮时间在2年内外,后续每一回合谈判时间均超过3年,甚至无法达成协议。^①因此,OECD《指南》可谓发挥了“元规范”的作用,从西方国家创制规则并自受约束开始,影响力已经逐渐辐射至世界其他区域,对帮助国际社会形成保护跨境个人信息理念有重要的奠基作用。为在组织成员内更快地达成区域性机制,APEC《框架》本质上是以OECD《指南》为“示范法”制定了个人信息传输的限制与保护标准,这不仅使APEC《框架》更易获得参与方的支持,也使得其与OECD《指南》之间建立起联系桥梁,一定程度上形成调整个人信息跨境保护的国际软法规范共识。可以看出,以国际组织为主的观念性实体机构对推广和贯彻国际法治精神及内容具有重要作用。^②

二是国际软法的包容性支持国际社会主体的多元参与以及规范的灵活适用,扩展个人信息跨境保护国际软法发挥引领作用的范围。联合国信息社会世界高峰会议提倡多元利益共同体主义,强调政府、私人部门等均有参与塑造互联网的权利。^③非国家行为体积极推动的个人信息跨境保护规范不同于国际法,也区别于国家法,具有“全球法”的特点。^④如OECD《指南》虽不以国际条约、习惯国际法为表现形式,但在实践中却得到了部分国家的立法落实,这就是国际软法引领国际社会贯彻个人信息跨境保护理念的成果。而且,个人信息跨境保护国际软法具有相对无约束力的灵活性和低主权消耗,主权国家具有自主选择权,能将国际硬法下限制国家主权的局面扭转至国家主动的自我限制。国家可以自行决定是否以及如何将国际软法运用到保护跨境个人信息领域内,还能在实践中灵活调整。^⑤一国遵守国际软法既便利了国内法治,经广泛遵循又推动了国际法治,从而得以在统合国家本位与全球本位的基础上塑造个人信息跨境保护的国际数字法治精神。

① WTO第一轮日内瓦回合谈判、第二轮安纳西回合谈判各历时6个月;第三轮托奎回合谈判历时7个月;第四轮日内瓦回合谈判历时4个月;第五轮狄龙回合谈判历时22个月;第六轮肯尼迪回合谈判历时37个月;第八轮乌拉圭回合谈判历时91个月;新一轮多哈回合谈判于2001年11月开始,未能达成协议,于2006年7月22日中止。

② 参见赵骏:《全球治理视野下的国际法治与国内法治》,《中国社会科学》2014年第10期,第88页。

③ See World Summit on the Information Society, Tunis Agenda for the Information Society, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-E, 18 November 2005, pp.6-12.

④ 参见杜海英、王秀梅:《法律多元主义视角下的全球法:特征、界分及应对》,《甘肃社会科学》2015年第1期,第154页。

⑤ 参见何志鹏、尚杰:《国际软法作用探析》,《河北法学》2015年第8期,第24页。

三、个人信息跨境保护国际软法的现实掣肘

(一)个人信息跨境保护国际软法的不确定性

1.碎片化适用

由于国际软法本身的特点,个人信息跨境保护的软法呈现出典型的碎片化适用特征,具有较高的不确定性。一方面,国际软法具有非强制性,其本身不是国际社会各成员均有义务接受的国际规范,只具有温和的建议性质。无论是 OECD《指南》,还是 APEC《框架》,均旨在勾勒个人信息保护基本原则,这些原则具有倡议性,不必然产生国家间的权利义务关系,国家有较大的选择空间。正是由于个人信息跨境保护国际软法的软约束属性,国家的适用方式呈现不确定且多样化的状态。大多数国家依靠道义责任和国家信誉对相关国际软法予以“软适用”,比如在国内立法实践中有选择性地纳入个人信息跨境传输的原则;部分个人信息跨境保护的软法规范能直接在国家间谈判中得到“硬适用”,如数字贸易协定与自由贸易协定电子商务章节均要求以国际机构的软法标准为参考,制定国内个人信息保护标准;也有国家对此不予适用,既不在国际层面作出承诺也未在国内立法实践中参考适用。

另一方面,国际软法在适用时还可能出现碎片化解释的情况。国际软法的制定主体和规则多样,关于同一议题容易出现多个国际软法制定主体与对应规范,甚至多个目标对象。如 APEC《框架》及 CBPRs 的适用范围仅限相关经济体,OECD《指南》亦然,但前者甚至不约束国家,而是通过约束企业进而影响成员经济体。为使尽可能多的国家能够接受,国际软法多以原则性规定为主,具有语义上的“建设性模糊”,可能使国际社会较难形成统一的规范解释。由于国际软法的采用停留在国家层面,即使是同一原则也会因不同国家的文化、历史等因素而在解释上具有分歧。要求各国依循一致解释原则解释某一条约文本的现象,在国际软法语境下很难实现,因为没有强制约束力要求各国义务这样做。当前的个人信息跨境保护国际软法显然不能依靠法律解释达成统一共识。如日本、韩国等国的个人信息保护法已经明确将 APEC 的 CBPRs 纳入其中,但这只在法律文本层面实现了一致性,因其本身加入了该体系。法律解释必然还是基于其本国文化、法律概念进行,并不遵循国际条约的解释规则,也没有相关国际判例可以援引。因此,个人信息跨境保护之国际软法的碎片化适用可能加剧已有国际法体系的碎片化,不利于在国际社会统合力量应对新型数字风险。

2.透明度较低

个人信息跨境保护是全球治理的新兴领域,国际软法的制定具有“先到先得”的特征。广泛参与并调整国际事务的非国家行为体是国际软法的主要生成主体,但这些国际组织与非政府组织如果规范制定的透明度要求不高,会增加国际软法规范的不确定性。非国家行为体依靠其独特优势可能促成国际软法在国际社会受到普遍承认,但也可能因失误而引导国际社会对某一领域作出不当应对。^①国际治理与国

^① 参见张晓君:《论非政府组织对国际法的塑造》,《法学评论》2023 年第 1 期,第 181 页。

家治理一样,但凡涉及法律创设的权利问题,至少应当保证信息公开和决策透明,也即国际法治的核心要素之一就是透明度。然而,目前的国际软法创制主体鲜有对外公开其制定软法规范的原则、程序、参与方数量等信息。由于国际软法本身不具有强制约束力,容易产生需不需要符合透明度要求的问题。其实,目前的全球治理实践已经将国际软法的法律约束力与实际影响作出区分,即实际效力通过规范意义上的“吸引力”来实现,^①甚至对国家政策的制定有参考与移植的意义,因此对其有监督的必要。部分国际软法的决策程序和制定过程缺乏透明度,便易受到组织成员方强权主导。如 OECD《指南》体现“美式”主张,当此类软法规范实际影响足够大的时候,其国家的立场就被输出到国际社会,其他国家的利益或被忽视。目前 OECD 还将《指南》自称为个人信息保护的“全球最低标准”,对于不甚了解“全球最低标准”是否真的“最低”的非成员方企业来说,或将因权威震慑而主动依照《指南》的要求“用脚投票”,以符合 OECD 成员方的要求,同时促成该标准适用范围的扩大。诸类规则的制定若没有充分体现国际社会的真实意愿,尤其是发展中国家和不发达国家的意见,过高的门槛只会限制这些国家公平参与和发展数字经济的机会。为防范这样的情况,强调国际软法制定的透明性与公正性就有重要意义。而且,国际组织与非政府组织本身也是个人信息处理者,OECD、APEC、ITU 等难免需要对各国的个人信息保护情况进行评估,相关数据的跨境访问同样需要至少受到程序上的监督甚至是问责。

(二)个人信息跨境保护中国家角力的矛盾突出

1. 西方强权大国的制度性博弈

国际软法具有影响力,但强权大国是否接受国际软法仍旧决定着此类规范的国际效果。在发达国家开展强权政治博弈、强化单方规则主导权的过程中,国际软法的效力空间受到制约。美国拥有 Google、Amazon 等数字巨头企业,需要数据市场全球化带来的红利;而欧盟注重保护个人数据权利,旨在打造单一数字市场。由此美欧之间关于个人信息跨境合作的冲突就体现在保护理念与产业竞争上。2000 年,美欧曾达成《安全港协议》,这是两方首次以软法性安排促成个人信息跨境合作。该软法框架内包含安全原则^②、欧盟委员会的决定等文件,美国企业可以自愿加入,能够将欧盟的个人数据传输至美国。然而,因 Schrems I 案揭露出美国对欧盟个人数据实施监控,欧盟法院在 2015 年推翻《安全港协议》,美欧继而达成《隐私盾协议》,该协议仍为软法安排,但美国作出让步,美国企业依此协议受到更严格的约束。因美国没有完成《隐私盾协议》的要求,欧盟法院审理的 Schrems II 案确认该协议也失效。2023 年 7

^① 软法规范需要依靠“吸引力”体现其价值,国际金融软法尤其能够体现这一点,这种“吸引力”甚至可以促成国际金融标准实施评估的“不合作国家或地区”机制,以达到实际的约束效果。参见廖凡:《全球金融治理的合法性困局及其应对》,《法学研究》2020 年第 5 期,第 45 页。

^② 《安全港协议》七大原则包括通知原则、选择原则、连续转移原则、安全原则、资料完整原则、获取原则和执行原则。这些原则基本与 GDPR 一致,可谓是美国对欧盟作出的第一次让步。参见黄志雄等:《美欧跨境数据流动规则博弈及中国因应——以〈隐私盾协议〉无效判决为视角》,《同济大学学报(社会科学版)》2021 年第 2 期,第 34 页。

月,最新软法安排《欧盟—美国数据隐私框架》(EU-U.S. Data Privacy Framework)达成,美国为获得欧盟数据市场作出了更严格的承诺,以提供新的具有约束力的保障措施来解决欧洲法院的担忧。^①

虽然欧盟个人数据监管严格产生的“布鲁塞尔效应”使得美国持续让步,但美国没有停止制度竞争的步伐。美国推动缔结CPTPP、《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)等区域自由贸易协定,在电子商务章节推行其数据自由流动的主张,尤其是USMCA已经成为美国主导的“小多边”个人信息跨境自由区的标志。然而,个人信息跨境不可能一直停留在区域范围内,美国、加拿大、墨西哥三方成员面临着USMCA与GDPR双向适用的矛盾,如何同时符合两种规制范式,是选择欧式高标准还是保持美式低要求都对未来国际软法如何发挥效力产生直接影响。美欧两股力量展现出了以技术实力和市场规则为主的深刻博弈,对个人信息保护国际软法的生成造成了挑战,想要统合力量形成适宜软法机制保护跨境个人信息更为不易。一方面,强权政治斗争下的大国规则已经对其他国家造成困扰;另一方面,大国会以实力影响国际软法的创制,使得国际软法的独立空间越发减缩。如APEC、欧盟、东南亚国家联盟等都是七国集团成员参与制定区域标准的关键性区域实体,^②欧美两大阵营的对立会强化国际软法规范的内部矛盾,弱化规范的效力。^③

2. 数字殖民主义的规范性扩张

数字殖民主义指发达国家对发展中国家进行的数字掠夺及控制,^④目前已经从技术层面发展到规范层面。当前发达国家持续巩固其在个人信息跨境保护国际软法上的主导地位,以限制新兴国家的规范话语权。^⑤

第一,发达国家善用国际机构的平台力量。美国通过OECD得以在全球推行符合其利益的标准,如《指南》个人信息保护的八项基本原则本身就是对美国“公平信息实践原则”(fair information practice principles)的继承与发展。^⑥OECD在2022年底还专门为七国集团国家撰写跨境数据流动的报告,为七国讨论提供信息。^⑦此外,美国还借助APEC深化其个人信息跨境保护要求,在国际场合不断推行APEC《框架》与

^① See European Commission, Data Protection: European Commission Adopts New Adequacy Decision for Safe and Trusted EU-US Data Flows, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721, visited on 30 January 2024.

^② See OECD, Cross-border Data Flows: Taking Stock of Key Policies and Initiatives, 2022, p.11.

^③ 参见敖海静:《数据保护的软法之道》,《法商研究》2022年第2期,第161页。

^④ 参见王淑敏:《全球数字鸿沟弥合:国际法何去何从》,《政法论丛》2021年第6期,第5页。

^⑤ 在全球治理的新兴领域,发达国家维护规则霸权的事例很多。如在网络空间的全球治理中,美欧逐步推动《塔林手册》成为“国际示范法”,以其政治影响限制新兴网络国家的行动能力,甚至还拒绝谈判制定可能威胁其主导权的新规则。参见黄惠康:《中国特色大国外交与国际法》,法律出版社2019年版,第365-367页。

^⑥ 参见丁晓东:《论个人信息法律保护的思想渊源与基本原理——基于“公平信息实践”的分析》,《现代法学》2019年第3期,第101页。

^⑦ See OECD, Cross-border Data Flows: Taking Stock of Key Policies and Initiatives, 2022, p.2.

CBPRs 体系,以实现“美式范本”在亚洲的统一。^①通过 CBPRs 认证的组织一共有 72 个,其中来自美国的就有 54 个,本质上是美国利用 CBPRs 来保护国内数字产业。^②如 IETF 等以技术治理为代表的非政府组织受西方大国的利益影响,对第三世界国家的利益鲜有关注。^③以 ICANN 为例,其曾由美国政府颁发许可,至今仍受美国最终控制。^④

第二,发达国家通过签订双边和区域条约强化其推行的国际软法规范效力。在数字经济协定、数字贸易协定与自由贸易协定的电子商务专章中,国际机构的个人信息保护原则、指南、标准等已经成为缔约方制定其个人信息保护法律框架时应当考虑的内容。如 CPTPP 第 14.8.2 条与 USMCA 第 19.8.2 条等。特别是 USMCA 第 19.8.2 条直接以列举方式明确了国际机构原则就是指 APEC《框架》与 OECD《指南》。然而,这两项国际软法规范都是美国主导促成的,所以美国极力促成该两项国际软法规范转化成国际硬法。《数字经济伙伴关系协定》(Digital Economy Partnership Agreement, DEPA)第 4.2.2 条、《英国—新加坡数字经济协定》(UK-Singapore Digital Economy Agreement, UKSDEA)、数字贸易与数字经济附件 A 第 8.61-E 条等也要求成员制定个人信息保护法律时参考国际机构原则。此外,《欧日经济伙伴关系协定》(EU-Japan Economic Partnership Agreement, EU-Japan EPA)第 8.55 条规定,双方应通过 ITU、ISO 等国际机构推行并推广电子商务所需要的技术标准,以实现全球兼容。不过,因美日双方均为 CBPRs 参与方,UJDTA 没有类似规定。以双边和区域合作强化国际机构软法规范的方式为发达国家维持数据霸权提供了机会。当诸类条约普遍一致要求个人信息保护参照国际机构标准后,相关国际软法规范就构成了国际法渊源。^⑤发展中国家的数字资源与技术落后于发达国家,而后者已开始借助国际软法的区域效应来固化规则主导权,或将发展中国家排除在全球规范制定者的行列外。

四、个人信息跨境保护国际软法之治的优化与中国路径

(一)个人信息跨境保护国际软法之治的优化

1. 提升国际软法制定的程序正当性

国家是国际社会的主要参与者,无论是国际组织还是多边政府会议,其职能均因国家授权而得以行使。结构性权力不对称使得实力强大的发达国家成为国际软法的生产者与输出者,它们利用跨国法律规范将符合其利益的政策正当化,而非正当化与

^① 参见洪延青:《推进“一带一路”数据跨境流动的中国方案——以美欧范式为背景的展开》,《中国法律评论》2021年第2期,第33页。

^② See Cross-Border Privacy Rules System, CBPR System Directory, <https://cbprs.org/compliance-directory/cbpr-system/>, visited on 31 January 2024.

^③ 参见支振锋:《互联网全球治理的法治之道》,《法制与社会发展》2017年第1期,第103页。

^④ See Surya Mani Tripathi, Anshu Pratap Singh & Dipa Dube, Internet Governance: A Developing Nation's Call for Administrative Legal Reform, 37 International Journal of Legal Information 380 (2009).

^⑤ 参见王贵国:《中华传统文化视角下的国际经济法》,法律出版社2022年版,第33页。

其利益相悖的政策。全球数据治理刚刚起步,个人信息跨境保护存在规范需求,相关国际软法具有典型的跨国性质,有助于促成具有约束力的法律。然而,国际软法的透明度不高,易受到外部制约。在全球治理中,非政府组织以国际软法塑造国际法的能力越来越强,但缺乏国际法律规范对其行为活动作出约束性规定,容易被少数国家主导利用。如美国主导的ICANN推行的个人信息跨境保护的市场型规则已经饱受诟病:受利益集团影响,所涉业务已经脱离技术层面;管理机制权责不对等,没有关于其对公众、国家、联合国等负责的安排;运行过程中发展中国家的利益没有得到体现,仍以北美力量为主等。^①

非政府组织在享有形塑国际法规则的权利时,必然要承担一定的责任,受到广泛的监督,以免权利滥用。目前,国际社会对非政府组织的国际规制还停留在国际软法层面,如《联合国权利捍卫者宣言》《国际非政府组织问责宪章》等,而且这些规范均产生于数字经济催生新兴法律问题之前。在全球数字化进程中,非政府组织的力量较数十年前有了明显提升,其可以通过社交网络获得不容小觑的舆论支持。^②此外,国际组织内部的约束机制也较为匮乏,虽然其具有相对成熟的章程与议事规则,但在生成国际软法规范时仍然容易沦为强权工具。因此,为强化国际软法规范的过程监管,实现更广泛的公平性,需要适当施以程序限制,保障规范的正当性。非国家行为体在生成个人信息跨境保护国际软法时需要符合正当程序原则,设定合法程序、公开议事过程、形成自治决策、确保结果合理。^③理想状态下,这样的做法可以防止少数国家利用组织化平台滥用国家权力,减少处于弱势地位的国家接受强国规则的被动性,避免阻碍国际法治进程。

2. 加强国际软法制定的多方协作性

数字经济全球化态势下,个人信息跨境频繁。针对个人信息跨境保护的软法规范,以政府力量主导的监管型规则和以非政府力量促成的市场型规则存在分离态势、各自为政等问题,不利于形成统一协调的治理体系。参与主体的广泛性有助于提升国际软法的吸引力与认可度,要想通过国际软法对跨境个人信息实现系统保护,就需要强化公私合作,关注多元主体需求,实现协同治理。特别是诸多监管型规则主要依靠国际组织推进,其具有机构理性合法权威、国家授予性权威、捍卫国际社会共同价值的道义性权威以及学业专长的专家权威,^④能大大强化国家的主体性,^⑤使国家利益得到超国家组织的支持。因此,主权国家在参与全球数据治理时,需要防止国家

^① 参见孙南翔:《网络空间经贸规则法治机制研究》,中国社会科学出版社2022年版,第22页。

^② 如1999年11月30日至12月3日,在美国西雅图召开WTO部长级会议期间,来自不同国家与地区的非政府组织(以劳工、环境与消费者保护为主)举行游行抗议,最终导致该会议破产。

^③ 参见韩永红:《“一带一路”国际合作软法保障机制论纲》,《当代法学》2016年第4期,第156页。

^④ 参见郭雳:《新时代国际法律风险应对与全球治理推进》,《中外法学》2021年第4期,第875页。

^⑤ 参见江河:《“发展中国家”的主体性及其软法化:以国际组织为视域》,《社会科学辑刊》2021年第6期,第103页。

一己私利的過分擴張,避免公地悲劇,^①其中一個可行方案就是提升國際軟法製定的多方協作性,與非政府主體形成互律機制。

一方面,以非政府力量促成的市場型規則能夠及時對市場需求與技術革新作出反應,為各國發展經濟提供自治規範支持;另一方面,以政府力量主導的監管型規則符合各國自主監管權的具體內涵,為防范個人信息跨境風險提供威懾。如此一來,公私協同的個人信息跨境保護模式就能夠保證一國在科學技術規範的基礎上發展數字經濟,但不危害個人信息合法權益。具體路徑上,國際軟法製定的多方協作性體現在政府、市場與社會三個層面。在政府層面,確保監管型規則的主導性能為個人信息跨境保護把握規範製定的方向;在市場層面,跨國數字企業掌握著最新的個人信息跨境技術,需要積極加強內部個人信息跨境合規管理,鼓勵其主動承擔社會責任,促成相應國際軟法;在社會層面,非政府組織、行業組織、技術人員、個人信息主體等能夠根據個人信息跨境保護的行業發展現狀與權益保障情況,憑借規範專業性與利益攸關性發揮軟法治理的補充作用。最終,通過國際軟法製定的多方協作,彌合國際硬法形成的碎片化板塊。

(二)個人信息跨境保護國際軟法之治的中國路徑

1. 理念維度:秉持人類命運共同體理念,引領國際軟法的發展

在國際法層面,個人信息跨境保護面臨的挑戰源於數字技術對國家規制數據權力的影響。數字經濟全球化帶來的治理難題關涉全人類共同利益,國家以一己之力應對全球數據治理挑戰已經不可能。不過,即使是在數字社會,實現人類尊嚴與世界和平的人類共同願景不會改變。十年前,習近平主席提出了人類命運共同體理念,該理念與《全球發展倡議》《全球安全倡議》《全球文明倡議》三大倡議豐富了人類尊嚴與世界和平之內涵。2015年,習近平主席在第二屆世界互聯網大會上將人類命運共同體理念在網絡空間進行具化,提出“網絡空間命運共同體”,這是我國參與全球數據治理的指導思想與基本原則。“網絡空間命運共同體”理念具有強包容性,與國際軟法的特性高度契合,更充分体现國家內在理性,能夠引領個人信息跨境保護國際軟法的發展,提升個人信息跨境保護的理論高度,規避傳統絕對主權觀的弊端,^②為國家參與全球數據治理、實現全人類共同利益保護提供理念指引和創新動力。

具體路徑上,我國可以統籌發展與安全利益,推動國際軟法的良性發展。《全球發展倡議》指出要“堅持發展優先”,《全球安全倡議》提議“堅持共同、綜合、合作、可持續的安全觀”,秉持安全與發展並重的基本原則同樣是國際軟法發展所需要的。《全球數據安全倡議》還特別指出,“各國有責任和權利保護涉及本國國家安全、公共安全、經濟安全與社會穩定的重要數據及個人信息安全”。這就要求制定國際軟法時充分考

^① 參見張曉君:《網絡空間國際治理的困境與出路——基於全球混合場域治理機制之構建》,《法學評論》2015年第4期,第59頁。

^② 參見張超漢、馮啟倫:《全球衛生合作治理——以重大突發公共衛生事件防控為視角》,《河北法學》2020年第8期,第16頁。

虑个人信息跨境保护中的数据风险规制。具体来讲,我国可以借助国际软法的形式凝结中国方案,在守住安全底线的前提下,为国际社会提供可行的促进数据跨境流动的软法建议,推进全球数据治理的进程。

2.平台维度:拓展国际软法治理的话语平台,守正多边主义

个人信息跨境保护虽然属于全球数据治理这一新兴领域,需要国际法有所创新,但守正多边主义核心价值仍然是时代要义。^①多边主义是当代国际社会构建秩序的基本范式,共商共建共享的全球治理观是我国对国际法治的重要贡献,^②守正多边主义并发挥秩序功能需要确保主体的资格平等并形成多方参与的共同体。^③个人信息跨境保护的软法涉及公私两域和多元主体,为更公平有效地发挥国际软法的效力,必须重视多边平台的利用与发展。联合国是最具有普遍性和代表性的国际组织,其已经针对隐私权发布报告,探讨个人信息跨境保护的全球规范格局,指明需要在个人信息涉及的不同利益间取得平衡。^④2023年5月,联合国发布的关于制定《全球数字契约》(Global Digital Compact, GDC)的政策简报指出,所有利益攸关方应当促成保护个人数据和隐私的监管型规则与市场型规则,^⑤这与目前的国际软法规范高度契合。因此,我国首先应充分利用联合国的多边优势,与各国就个人信息跨境保护的规范化展开讨论,积极鼓励我国专家作为特别报告员对个人信息跨境保护问题提交报告。其次,我国可以广泛参与联合国国际贸易法委员会电子商务工作组的研究,包括但不限于提供资金资助、技术人员支持等,推动数据跨境流动技术标准法律化,助力个人信息跨境保护市场型规则充分发展。^⑥

在多边合作遭遇困难的阶段,尤其要发挥区域合作对守正多边主义的正向作用。目前,国际机构在推进个人信息跨境保护的软法治理上已有成效,比如APEC《框架》及CBPRs以成员经济体的企业为约束,规定诸企业间个人信息保护水平达到一致就可以自由跨境。我国在《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)中也承诺将“在可能的范围内”与其他缔约方合作,“以

^① 参见赵骏:《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》,《中国社会科学》2021年第5期,第40页。

^② 参见黄惠康:《习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义》,《武大国际法评论》2021年第1期,第46页。

^③ 参见李将:《论多边主义的秩序功能及其法治构成》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2022年第11期,第27-30页。

^④ See United Nations General Assembly, Right to Privacy, A/77/196, 20 July 2022, p.24.

^⑤ See United Nations, Our Common Agenda Policy Brief 5: A Global Digital Compact - an Open, Free and Secure Digital Future for All, May 2023, p.16.

^⑥ 联合国国际贸易法委员会是联合国体系中变革国际商事规则的核心法律机构,为应对数字化贸易中新技术的革新,其已经在2022年通过了《身份管理和信托服务使用和跨境认可示范法》,允许通过身份管理和信托服务对自然人与法人进行在线身份识别,以保证电子交换数据的质量。该文件实际上为促进数据的互信交易提供了统一的立法标准,虽明确指出其不影响数据隐私和数据保护等相关法律,但至少在技术层面对个人信息的跨境保护提出了规范性要求。See UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on the Use and Cross-border Recognition of Identity Management and Trust Services (2022), <https://uncitral.un.org/en/mlit>, visited on 30 January 2024.

保护从一缔约方转移来的个人信息”,^①同时,在制定保护个人信息的法律框架时“考虑相关国际组织或机构的国际标准、原则、指南和准则”。^②我国应秉持公私协作的理念,推动政府间国际组织、非政府组织、区域性国际组织在国际软法规范制定方面的合作,特别是应当支持我国非政府组织在国际层面参与个人信息跨境保护的标准制定,以多元主体参与从点到面地推动区域合作转向多边共识。比如,第三届“一带一路”国际合作高峰论坛发布的《“一带一路”数字经济国际合作北京倡议》就是以区域推动多边的软法实践,应当持续推进。我国还可以主动在亚太地区推行共商共建共享的中国式全球数据治理观,“以点带面”地达成更符合发展中国家利益的个人信息跨境保护的区域合作机制。我国还应特别关注和参与联合国亚洲及太平洋经济社会委员会等国际机构在区域治理领域的相关努力,^③尝试借助该平台将我国国内法治经验“上传”至国际法领域,为其他国家提供“下载”机会,推动实现国内软法的国际化。

不过,以区域合作促成个人信息跨境保护国际软法时,需要防范“小多边主义”对处于形塑时期的国际数据法律秩序的破坏。真正的多边主义必然是公平的。如WTO最初建立之时,虽以实现贸易自由化为目标巩固了部分发达国家的贸易优势,但对发展中国家作出了“特别照顾”,设定了优惠待遇,^④具有相对充分的多边性与全球性考虑。如若缺乏多边性,少数国家通过国际软法巩固自身利益的行为不仅容易加剧数字经济地缘政治矛盾,也会大大阻碍全球数字经济的互利共赢。因此,我国可以充分利用联合国大会等平台,推动个人信息跨境保护国际软法的定期评审机制,将相关判断标准与例外条款实体化,在国际软法规范的程序与实体要求之间取得适度平衡。^⑤我国还可以尝试推动签署专门规范国际性非政府组织的公约,对非政府组织的法律地位、权利义务等内容进行必要性和可行性的明确界定,^⑥循序渐进地规范国际组织平台与国家间的权力关系。

① See RCEP, Article 12.8.5.

② See RCEP, Article 12.8.2.

③ 联合国亚洲及太平洋经济社会委员会是联合国经济社会理事会下属的区域委员会,主要负责亚太地区的经济和社会发展事务,其秘书处自2016年以来开始推动亚太信息高速公路倡议,该倡议旨在提升亚太地区的数字互联、数字技术和数据使用,以弥合数字鸿沟,加速数字化转型。我国政府、非政府组织和数字平台企业应当加大参与力度,推动形成相应市场型软法规范。See ESCAP, ICT and Disaster Risk Reduction: The Asia-Pacific Information Superhighway Platform, <https://www.unescap.org/our-work/ict-and-disaster-risk-reduction/asia-pacific-information-superhighway-platform>, visited on 30 January 2024.

④ WTO下《关贸总协定》《争端解决与谅解程序》均对发展中国家利益有纸面上的“照顾”,但实践中却大打折扣,不过,其至少在规范层面体现了全球本位的追求。如在美国赌博博彩服务案中,安提瓜相较于美国的弱势单凭规范层面(无论是实体还是程序)的“照顾”很难得到弥补。See United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO, Report of the Panel, WT/DS285/R, 10 November 2004; United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO, Report of the Appellate Body, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005.

⑤ 参见梁咏:《论中国海外投资治理中的软法方案》,《法学》2022年第11期,第189页。

⑥ 参见何志鹏、刘海江:《国际非政府组织的国际法规制:现状、利弊及展望》,《北方法学》2013年第4期,第132页。

3. 规范维度: 强化市场型规则, 推动国际软法与国际硬法的衔接共治

我国参与全球数据治理、引领个人信息跨境保护国际软法之治需要加快制定国际社会较为认可的相关软法规则, 强化制度性话语权。当前, 个人信息跨境保护国际软法中的监管型规则和市场型规则均已呈现出大国先占优势。因此, 我国可以发挥非政府组织力量, 积极鼓励跨国数字企业、产业联盟甚至专家个人参与相关软法的制定。比如, 联合国曾推动“全球脉动计划”(United Nations Global Pulse), 鼓励企业与政府合作进行数据治理。我国在数字技术上的革新速度不亚于发达国家, 阿里巴巴、腾讯、字节跳动等大型跨国数字平台企业的个人信息跨境处理技术具有前沿性。实际上, 数字平台企业可以较容易地参与到跨国数字经济活动中, 其作为国际软法创制主体的地位逐渐因平台化力量得到加强, 甚至可以加速全球化进程。^①因此, 我国应当以诸类跨国数字平台企业的实践为切点, 鼓励相关企业根据业务经验参与国际组织化平台制定国际软法的过程, 提升我国制定市场型规则的能力。再如, 在产业联盟方面, 亚洲互联网联盟(Asia Internet Coalition)、英美商会(British American Business)、软件联盟(The Software Alliance)等27家全球产业联盟曾针对JSI积极提交立场建议书, 强调保护个人信息, 要求实现高标准保护与包容性监管。^②我国也应当鼓励国内行业组织与产业联盟的技术性自律规范“走出去”, 积极支持这些具有市场导向的非国家行为体在国际平台上制定与评估国际软法, 为我国推进个人信息跨境保护国际软法治理提供新机遇, 为完善国际数据法治提供国内法治经验支持。

因个人信息跨境保护国际软法的治理作用有限, 我国还应当推动个人信息跨境保护国际软法与国际硬法的衔接。在国际法律体系中, 处于中心的国际硬法负责规制基础性国际关系, 而处于外围的国际软法负责调整事务性国际关系,^③后者有效的前提是不与前者及其原则和精神相抵触。^④国际软法并不只是对国际硬法的单纯补充与辅助, 还可以成为国际硬法的临时替代品,^⑤甚至直接塑造国际硬法。在数字经济全球化的背景下, 个人信息跨境治理是一个持续且复杂的过程, 国际软法与国际硬法有机衔接、协同治理是最佳状态。在个人信息跨境保护领域, 市场型规则的技术属性会使其更易与国际硬法体系进行衔接。一方面, 要充分发挥个人信息跨境保护国际软法的灵活性优势, 以规则补充或精神引领的方式继续完善该领域的法律治理; 另一方面, 要不断完善数字经济协定、数字贸易协定与自由贸易协定电子商务章节对个

^① See Joel P. Trachtman, *Platforms and Global Governance: Globalization on Steroids*, 26 *Journal of International Economic Law* 79 (2023).

^② See The Software Alliance, *US: Global Industry Position Paper on the WTO E-Commerce Initiative*, <https://www.bsa.org/policy-filings/us-global-industry-position-paper-on-wto-e-commerce-initiative>, visited on 30 January 2024.

^③ 参见徐崇利:《全球治理与跨国法律体系: 硬法与软法的“中心—外围”之构造》,《国外理论动态》2013年第8期,第21页。

^④ 参见沈岿:《论软法的有效性与说服力》,《华东政法大学学报》2022年第4期,第103页。

^⑤ 参见张磊:《论国际法语境下软法的理论边界与发展路径——以国内法与国际法比较为视角》,《学海》2023年第5期,第75-77页。

个人信息跨境保护的规定,适时将符合广大发展中国家利益的国际软法主张引入其中。同时,我国可以在参与WTO电子商务谈判的过程中,适当扩大国际软法的影响力,促成国际社会的基本共识甚至是规范文本共识。最终,以国际软法与国际硬法的协同共进、与时俱进之势为个人信息跨境保护提供法律保障,为全球数据治理合作创造更稳定的法治环境。

五、结语

在全球数据治理视域下,国际硬法难以高效应对数据活动的复杂性。国际软法发挥着规范补充与精神引领的特殊作用,在个人信息跨境保护领域取得显著成效。我国在全球数据治理中扮演着重要角色,应当重视国际软法的深远影响,谨防少数西方国家借个人信息跨境保护之名固化规则优势。同时,我国要积极开展数字外交,增强国际话语权,充分利用国际软法规范表达国家立场。

International Soft Law in Governance of Cross-Border Protection of Personal Information and China's Path

Abstract: In the realm of cross-border protection of personal information, the adjustment of international hard law faces challenges in achieving efficiency and effectiveness. Meanwhile, international soft law exhibits prominent theoretical value and practical significance. The international soft law governing the cross-border protection of personal information has evolved into a public-private framework characterized by regulatory rules propelled by government and market-oriented rules facilitated by non-governmental actors. This framework assumes a special role in providing supplementary regulations and guiding principles. However, there is uncertainties in the application and transparency of relevant soft law norms, to fully harness the functionality of international soft law in cross-border personal information protection, the international community should continually enhance the procedural legitimacy and multi-stakeholder collaboration in the formulation of international soft law. China should be guided by the concept of a community of shared future for mankind and propel the diversification of international soft law governance platforms and foster market-oriented regulations that facilitate a seamless connection between the systems of international soft and hard laws. By doing so, China can contribute its valuable experiences to the global landscape of data governance.

Key words: global data governance; international soft law; cross-border data transfer; personal information protection; non-state actors

(责任编辑:乔雄兵)