

论数字经济协定的造法“再平衡”走向及中国回应

张 正 怡^{*}

摘 要:作为数字经济时代国际经贸规则的新范式,数字经济协定集中体现了发达数字经济体的造法趋势。当前,数字经济协定聚焦数据流动规范,形成了具有代表性的约束义务条款、突破了传统国际经贸条约的规制框架、提升了条约适用的弹性、初步形成了造法体系,并在发展与安全、流通与主权、规则与例外以及传统与创新之间寻求“再平衡”。数字经济协定造法的“再平衡”走向提供了重塑国际经贸条约的关键机遇,我国应变被动为主动,对外加快数字经济协定的区域布局、坚持亚太优先并提出倡议方案,同时在条约体系中有限采纳与选择数字经济协定的相关条款;对内加强规划引领,助推数字经济发展先行先试与内外联动,加快数据分级与要素流动制度的建设,引领数据合规标准的制定。

关键词:数字经济协定 造法 数据自由流动 数据安全

随着数字经济时代的来临,国际经贸条约体系中数字经济协定的缔结与扩张现象日趋明显。作为新型国际经贸条约的类型之一,数字经济协定首次确立了融合数字贸易规制与数字经济发展的条款,创设了数字经济时代的新型约束性义务。当前,区域数字经济协定成为数字经济体参与全球相关规则塑造的重要方式。数字经济协定的造法在基础规范、范围拓展、弹性适用以及体系构建4个方面呈现出的新趋势是数字经济体之间对数字经济治理目标与价值理念“再平衡”的考量。考察数字经济协定义务条款的形成及发展对于我国加快参与数字治理规则制定步伐、对接规范数字经济有序发展具有参考借鉴价值。

一、数字经济协定的兴起

自第二次世界大战后西方国家主导的国际经济法体制确立以来,以自由贸易协定、投资保护协定等为代表的国际经贸条约逐步明确了缔约方之间的权利义务,形成了相对稳定的国际经济

^{*} 上海政法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金后期资助项目(21FFXB051)、上海政法学院“问渠源学者”资助计划

治理模式。尽管在国际经贸条约形成的过程中,发达经济体凭借其强大的经济实力推行贸易与投资自由化,使得以市场为导向的国际经济秩序得到了强化,然而发展中经济体始终在为建立国际经济新秩序而不懈斗争。尤其在全球金融危机爆发之后,新兴经济体参与全球治理的能力逐步提升,发达经济体不得不扩大全球经济治理的包容性,重新分配全球经济治理的决策权,将一部分权力让渡给新兴经济体。^①可以说,在数字经济协定快速兴起之前,发达经济体与发展中经济体在国际经贸条约的缔约实践以及经贸争端解决机制等领域长期的博弈,在一定程度上正体现出国际经济协定的“平衡”功能。就国际经贸条约的制定而言,缔约方的主要目的是获得或强化经济上的比较优势。^②进入21世纪特别是第二个十年以来,数字经济的兴起促使经济全球化程度进一步加深,由此带动国际经贸条约的革新。作为一项全新的概念,数字经济被认为是第三次全球化浪潮的基本形式。^③随着数字技术和产业革命的升级,数字经济推动了国际经贸活动尤其是缔约以及交易方式的变革,为经济体之间争夺规则话语权提供了契机。原先国际经贸条约的缔约方尤其是发达数字经济体开始迅速创设新型规则条款,从而推动了数字经济协定的诞生与演进,打破了国际经贸协定的原有“平衡”状态。数字经济协定是伴随数字化时代兴起而产生的新型条约,被认为是建立两个或两个以上经济体之间的数字贸易规则和数字经济合作的条约。^④数字经济协定源于国际经贸体制应对数字技术挑战的倡议,如今正在深刻地影响主要经济体在数字经济中的合作与博弈。

(一)数字经济协定的起源及发展

早在20世纪90年代末,世界贸易组织(以下简称世贸组织)就发起过“电子商务”谈判。然而,无论是《关税与贸易总协定》(以下简称《关税总协定》)还是《服务贸易总协定》都没有直接对“电子商务”或“数字贸易”进行定义。进入20世纪以来,美国开始运用对外签订的自由贸易协定(以下简称自贸协定)抢占数字经济高地,以单独条文或单独章节对电子商务进行规制。在区域和多边层面,2013年由23名世贸组织成员方发起了《服务贸易协定》谈判,内容包括跨境信息、消费者和数据保护、网络中立性、开源许可、禁止本地存在要求以及争议解决等,试图尽可能实现数字贸易自由化。^⑤然而,《服务贸易协定》最终因欧盟与美国之间存在巨大分歧而被搁置。随后,双方各自开启了不同的区域谈判模式。就欧盟而言,2014年欧盟与加拿大达成《欧盟—加拿大综合经济贸易协定》(以下简称《欧加协定》),确认了世贸组织规则对电子商务的适用性。2018年《欧盟通用数据保护条例》生效,此后欧盟继续加快数字经济相关立法,先后出台《数字市场法案》《数字服务法案》《数据治理法案》《数据法案》。就美国而言,2016年美国发起并达成首个包含数据跨境流动规则的《跨太平洋伙伴关系协定》。随后,该协定又因美国退出而更名为《跨太平

① 参见徐崇利:《新兴国家崛起与构建国际经济新秩序——以中国的路径选择为视角》,《中国社会科学》2012年第10期。

② 参见韩立余:《构建国际经贸新规则的总思路》,《经贸法律评论》2019年第4期。

③ 参见王世渝:《数字经济驱动的全球化》,中国民主法制出版社2021年版,第4页。

④ See Singapore Ministry of Trade and Industry, Digital Economy Partnership Agreements(DEPA), <https://www.mti.gov.sg/Improving—Trade/Digital—Economy—Agreements>, 2022—05—22.

⑤ See Ivan Sarafanov, Bai Shuqiang, A Study on the Cooperation Mechanism on Digital Trade within the WTO Framework: Based on an Analysis on the Status and Barriers to Digital Trade, 7 Journal of WTO and China, 26 (2017).

洋伙伴关系全面进步协定》。2018 年美国、加拿大、墨西哥达成的《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》)取代《北美自由贸易协定》,首次以数字贸易章节取代了电子商务章节,其中增加了跨境数据流动条款。2020 年末达成的《区域全面经济伙伴协定》也包含电子商务章节。此外,在欧盟和美国之外,2020 年 6 月新西兰、智利和新加坡签署的《数字经济伙伴关系协定》(2021 年 1 月生效)旨在促进不同制度之间的兼容、迎接数字化带来的新挑战。^① 数字化技术极大地改变了消费者行为和商业模式。安全的跨境数据流动对于数字经济的增长和消费者利益的保障至关重要,这也是近年来经济体之间加强数字新兴领域合作的主要动因。

(二)数字经济协定的类型

基于协定性质与规制内容的差异,目前数字经济协定可分为贸易导向型和数字导向型两种类型。前者以贸易规制模式为主,试图将数字经济的法律挑战在国际贸易框架中解决;后者则将数字规制作为主要内容,试图创设全新的数字规范体系。受传统国际经济规范格局延续的影响,贸易导向型数字经济协定远多于数字导向型数字经济协定。为在数据规制与数据流动之间达成平衡,国际贸易协定主要通过贸易例外和贸易事项两种方式纳入数据隐私规制事项。^② 电子商务或数字贸易章节成为数字经济协定贸易规制的主要形式,而数字导向型经济协定的代表则为《数字经济伙伴关系协定》。双边数字经济协定也在快速推进形成之中。除了自贸协定之外,2019 年《美国—日本数字贸易协定》(以下简称《美日协定》)、2020 年《新加坡—澳大利亚数字经济协定》相继达成。事实上,无论是贸易导向型还是数字导向型数字经济协定,贸易规制与数字经济都是相互联系、紧密交织的,协定的适用范围通常为采取或维持的影响数字经济贸易的措施。数字经济协定的主要目标在于协调数字规则 and 标准。通常,数字导向型数字经济协定更加侧重于支持跨境数据流动,保障个人数据和消费者权益,促进鼓励经济体达成共识,在数字身份、人工智能和数据创新等新兴领域开展合作。数字经济协定创设的新型义务则成为未来数字经济时代规则体系中各方关注的焦点。

二、数字经济协定造法走向的四维考察

条约按内容通常可分为“造法性”条约与“契约性”条约。在“造法性”条约中,缔约各方有着创立此后相互间必须遵守的行为规则的共同目的。^③“造法性”条款即为协定中为缔约方创设的共同规则,对于协定的各缔约方具有强制的约束力,形成了数字经济协定的新型义务。数字经济协定的造法走向以“造法性”条款为主体规范,扩张了协定自身的范围及影响、追求适用协定的弹性目标,并逐步形成区域数字经济协定体系。

(一)数字经济协定造法的基础规范

结合协定内容的约束性质,数字经济协定的基础规范可以主要归纳为以下 10 个方面:

^① See Singapore Ministry of Trade and Industry, Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), <https://www.mti.gov.sg/Improving—Trade/Digital—Economy—Agreements/The—Digital—Economy—Partnership—Agreement>, 2022-05-08.

^② 参见彭岳:《数据隐私规制模式及其贸易表达》,《法商研究》2022 年第 5 期。

^③ 参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 28 页。

1. 数字产品非歧视待遇。非歧视待遇是国际贸易规则体制创设的基本原则之一,数字经济协定延续了这一传统。自世贸组织发起电子商务谈判以来,各方就数字贸易规则展开讨论,并在数字贸易规则的目标之一应当在于消除数字贸易的新壁垒、促进非歧视和市场准入这一点上达成共识。^① 在数字产品的比较方面,数字经济协定关注的“相似数字产品”概念借用了世贸组织体系中的“相似性”概念。最惠国待遇是世贸组织主导的多边贸易体制赖以运行的基石,也是世贸组织非歧视贸易法律制度的基础。^② 对于数字产品的非歧视性待遇事实上形成了数字贸易最惠国待遇的共识。

2. 电子传输产品免征关税。对通过电子方式传输的产品免征关税的义务同样来源于世贸组织体系。电子传输产品免征关税义务是各经济体长期博弈的结果,其牺牲了多数发展中经济体的关税税收利益,以换取数字经济快速增长为发达经济体带来的红利。数字经济协定对于电子传输也采取了约束性义务的规制,具体表现为:缔约方不得对通过电子方式传送的货物征收关税或费用(如《欧加协定》第 16.3 条),任何缔约方不得对一缔约方人员与另一缔约方人员之间的电子传输(包括以电子方式传输)的内容征收关税(如《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.3 条)。

3. 无纸化贸易。考虑到不同经济体技术能力的差异,无纸化贸易规制以倡议式建议为主体,少数数字经济协定也提出了约束性义务的要求。例如,《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.9 条的无纸化贸易规则提倡缔约方以电子方式向公众提供贸易管理文件,并接受以电子方式提交的贸易管理文件作为与这些文件的纸质版具有同等法律效力的文件;《区域全面经济伙伴关系》第 12.5 条和《数字经济伙伴关系协定》第 2.2 条则要求缔约方应当考虑相关国际组织商定的方法、致力于实施旨在使用无纸化贸易的倡议。

4. 电子认证与电子签名。目前已缔结的数字经济协定在电子认证与电子签名方面的约束性规制保持高度的一致性。《美墨加协定》第 19.6 条和《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.6 条均要求:缔约方不得仅凭电子形式的签名就否认签名的法律效力;除特定交易类型依据法律授权认证外,不得采取或维持电子认证和电子签名的措施;鼓励各方应使用可互操作的电子认证。关于电子认证和电子签名的约束性规范的模板在多项数字经济协定中得到应用,其核心在于确保缔约方国内有关电子签名法律效力的合规性,从而保障国际商业交易的有效流转。

5. 网络消费者保护。数字经济协定特别是《美墨加协定》对网络消费者保护的约束性义务主要体现在:采取并保持有效的措施保护消费者免受欺诈或欺诈性商业活动的影响,通过立法禁止对从事在线商业活动的消费者造成损害或潜在损害的欺诈和欺骗性商业活动等。同网络消费者保护密切关联的另一个概念是非应邀商业电子信息。对此,《美墨加协定》第 19.13 条和《数字经济伙伴关系协定》第 6.2 条均要求:缔约方应当规定非应邀商业电子信息供应商须协助接收人防止持续接收该类信息;各缔约方法律和法规规定的收件人同意接收商业电子信息;或尽量减少未经索取的商业电子信息,并就非应邀商业电子信息的监管展开合作。

^① See Rolf H. Weber, Digital Trade in WTO Law—taking Stock and Looking Ahead, 5 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 17(2010).

^② 参见曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社 2011 年版,第 94 页。

6. 个人信息保护。个人数据的收集、处理及利用已不可避免地成为社会、经济体系的一部分。^① 数字经济协定就个人信息保护依然采取约束性标准,要求缔约方规定保护数字贸易用户的个人信息。《美墨加协定》第 19.8 条和《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.8 条均要求缔约方保护用户不受其管辖范围内发生的个人信息保护违规行为的影响。部分数字经济协定如《美日协定》第 15 条采用约束性规定要求缔约方的法律规定对数字贸易用户的个人信息进行保护,公布向数字贸易用户提供的个人信息保护信息,包括自然人可以寻求救济的方式、企业应遵守的法律等。

7. 跨境传输信息。通过电子方式跨境传输信息的本质是数据跨境流动。这也是主要经济体在数据治理方面存在的主要分歧之一。2021 年度的《世界银行发展报告》显示,相关数字跨境流动的管制行为被划分成公开转移、有条件转移、有限转移 3 种模式。其中,公开转移模式的代表为美国,有条件转移模式的代表为欧盟,采取有限转移模式的国家则是中国、俄罗斯、尼日利亚、越南。^② 鉴于各国对数据跨境流动管制的分歧较大,目前对于跨境传输信息持自由开放的数字经济协定通常以“跨境信息传输”取代“跨境数据流动”的表述,并采取约束性规范。例如,根据《美墨加协定》第 19.11 条和《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.11 条的规定,缔约方可以通过电子方式跨境传输的信息包括个人信息,不得采取或维持构成任意或不合理歧视或对贸易构成变相限制方式的措施,不得对信息传输施加超出实现目标所需限度限制的措施。

8. 计算设施的位置与源代码。数字经济协定在电子商务章节增加了促进接入和使用互联网的要求,尤其是其中的约束性条款更进一步,对计算机设施的位置和源代码作出了新规范。关于计算设施的位置,《美墨加协定》第 19.17 条规定缔约方不得要求涵盖者在该缔约方领土内将使用或设置计算设施作为在其领土内开展业务的条件。关于源代码,《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.13 条规定缔约方不得将要求转移或获得另一缔约方人员所拥有的软件源代码作为在其领土内进口、分销、销售或使用该软件或含有该软件产品的条件。禁止计算设施域内限制以及禁止强制披露源代码是倡导数字贸易自由化立场的新型约束性义务,其对东道国掌握数字产品发展核心技术进行了限制,更倾向于对数字经济发达体的知识产权保护。

9. 开放政府数据。相比政府信息公开,政府数据开放力图加强政府的透明度与服务建设。^③ 目前仅有部分数字经济协定纳入了开放政府数据的强制性义务。《美日协定》第 20 条规定缔约方在向社会公开政府信息、数据等信息时,应当确保信息以机器可读、公开的形式公开以及能够进行检索、提取、使用、重用和再发布。开放政府数据的义务同时也赋予缔约方相互展开合作的义务,即努力开展合作,以确定缔约方可扩大获取和使用公开数据的方式,从而增加和创造商业机会。

10. 网络安全合作。网络技术的发展与扩散也给全球网络秩序的确立带来新的挑战,一个国家的网络技术优势在数字贸易领域的延伸则通过数字经济协定得以体现。相对于其他约束性

① 参见解正山:《数据驱动时代的数据隐私保护——从个人控制到数据控制者信义义务》,《法商研究》2020 年第 2 期。

② See World Bank, World Development Report (2021): Data for Better Lives, [https:// www.worldbank.org/en/publication/wdr2021](https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2021), 2022-05-27.

③ 参见丁晓东:《从公开到服务:政府数据开放的法理反思与制度完善》,《法商研究》2022 年第 2 期。

义务条款而言,网络安全合作条款的倡议性质较为明显。例如,《美日协定》第 19 条规定缔约方应当努力提升各自主管部门响应计算机安全事件的能力,加强现有的合作机制,以识别和减少影响电子网络的恶意入侵或恶意代码的传播,利用这些机制迅速解决网络安全事件,并通过信息共享提升共识。

(二)数字经济协定造法的范围拓展

在上述 10 项规范的基础上,数字经济协定的造法走向事实上极大地拓展了传统国际经贸条约的边界,其效力自然及于数字经济协定缔约方。与此同时,受数字经济协定造法影响的主体范围也相当广泛。从调整范围看,数字经济协定的形成扩张了国际经贸规制领域。就目前形成的规范内容而言,尽管部分义务约束源于国际贸易法的规制,但更多的数字贸易规则具有明显的技术特征,导致国际经贸条约的调整边界更加模糊,可能具有更大的解释空间。例如,计算设施本地化是发展中经济体常采用的一类数据本地化措施。东道国通常要求在本国境内从事数字贸易的公司和个人必须在本国设置计算设施。^①数字经济协定通过约束性规则禁止计算机设施本地化,并在此基础上增加了禁止强制披露源代码的规则,其将对国家规制权、软件相关服务贸易、算法以及政策等产生新的冲击和影响。在一定程度上,数字经济协定造法突破了已经成型的国际贸易法制边界,通过新型义务的设定限缩了国家经济主权原则的调整范围。从影响主体看,数字经济协定的涵盖义务所涉及的对象极为广泛。根据条约法的理论与实践,“条约必须遵守”是缔约国的一项基本义务。一旦国家成为条约当事方,在充分履行条约方面就不应该存在任何国内法律障碍。^②数字经济协定造法产生的新型义务规范显然需要缔约方予以执行。不同于相对固定的传统国际经贸条约的调整对象,数字经济协定的义务主体较为广泛。缔结并批准数字经济协定的经济体为执行生效协定的义务,将协定规则转化为国内法规范所涉及的领域也在扩张。仅从跨境数据流动的过程看,数据产生、收集、存储、分析、使用等环节所涉及的主体均有可能被纳入协定涵盖的范围。数字经济协定造法影响的扩大化也将在无形之中增加协定的遵循成本,包括数字企业的合规成本、数字所有者的注意义务成本等。

(三)数字经济协定造法的适用弹性

数字经济协定所追求的适用弹性提高了缔约方对数字经济协定义务的接受程度,使得协定在较短时间内能够为经济发展程度差异较大的多数缔约方所接受。首先,数字经济协定的造法预留了一定的弹性适用空间。缔约方通过数字经济协定创设新型义务的同时,往往附加适用对经济体主权管制事项的考虑要求,使得造法的接受程度更高。数字产品是数字经济协定的保护对象,享有非歧视性待遇。然而,数字经济协定通常也会对该待遇的适用提出一些例外规定,如《美墨加协定》第 19.4.2 条和《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.4.3 条均明确规定协定不适用于缔约方提供的补贴或赠款,包括政府支持的贷款、担保或保险;不适用于知识产权相关的权利和义务。类似的造法技术在数字经济协定中的运用实际上既增加了协定自身的适用弹性,也在一定程度上延展了数字经济协定的造法功能。其次,部分数字经济协定的造法义务设置了过渡期。例如,《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 14.18 条对特定缔约方马来西亚、越南设置了 2 年期限作为过渡期,过渡期内豁免的义务涉及因数字产品的非歧视待遇、通过电子方式跨境

① 参见王燕:《数字经济对全球贸易治理的挑战及制度回应》,《国际经贸探索》2021 年第 1 期。

② 参见[英]安托尼·奥斯特:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 141 页。

传输信息、计算设施位置而产生的争端解决。《美墨加协定》第 19.17.5 条对缔约方墨西哥在交互式计算机服务方面设置了 3 年的过渡期。尽管当前数字经济协定设置的过渡期相对较短,且仅针对少数发展中数字经济体,但过渡期的安排对于在数据价值链中处于落后地位的缔约方而言是必要的。数字经济协定的快速推进的确在一定程度上超出了部分缔约方当前的接受能力,但部分条款的过渡期为数字经济协定造法走向的推进扩展了适用空间,为扩大数字经济体的缔约方范围提供了可能性。最后,目前数字经济协定中未见有设置相对独立的争端解决机制条款。数字经济协定的缔约方并未急于通过有关数字贸易的特殊争端解决机制规制,而是延续国际经贸争端现行的争端解决机制。当然,部分数字经济协定如《数字经济伙伴关系协定》《美日协定》并未包含争端解决机制条款,数字经济协定义务的执行尚存在不确定性,这也使得当前数字经济协定的造法体系在一定程度上更容易获得缔约方的认同。未来,随着数字经济协定造法的成型以及可能的推广,运用现有争端解决机制或创设新型争端解决机制处理有关协定义务仍存在可能性。

(四)数字经济协定造法的体系生成

数字经济协定的快速推进表现出较为明显的区域导向性。与此同时,随着缔约方的增加,数字经济协定的造法体系也随着协定模板的推广而逐步生成。一方面,亚太区域作为数字经济协定造法的先锋,推动了数字经济协定造法体系的形成。亚太区域多数数字经济体已经是《区域全面经济伙伴关系》成员方,仍然保持追求高水平数字经济规范标准的决心。例如,新加坡、澳大利亚主导的《数字经济伙伴关系协定》第 9.5 条提出开放政府数据的承诺,要求通过缔约方相关的法律法规以公开数据的形式允许任何人以任何目的自由访问、使用、修改开放数据。发达数字经济体如美国已经通过开放政府档案的实践进行了开放政府数据的探索,进一步提高数字政务透明度,而发展中数字经济体仍需要应对开放政府数据带来的挑战。政府数据开放意图实现对政府信息公开的升级,实现并超越政府信息公开的目标。^① 开放政府数据的义务约束将对缔约方政府、社会、企业等主体产生影响,由开放政府数据而产生的监管体系及标准确立等事项存在较大的不确定性。另一方面,数字经济协定造法走向已经日渐清晰,并有形成协定模板进行谈判推广的趋势。从《美墨加协定》《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》到《数字经济伙伴关系协定》《美日协定》,数字经济协定的基础规范已经成型。以数字产品非歧视待遇、电子传输免征关税、无纸化贸易、电子认证与电子签名、网络消费者保护、个人信息保护、跨境传输信息、计算设施的位置与源代码、开放政府数据、网络安全合作等为代表的条款构成了当前数字经济协定谈判协商文本的重要组成部分,为数字经济协定造法体系的形成提供了基础。

三、数字经济协定造法走向“再平衡”的路径构建

数字经济协定造法的走向加剧了数字经济体之间的博弈以及利益诉求的冲突,打破了传统国际经贸条约体制下的“平衡”,体现出发达数字经济体在数字经济时代制定约束性规范的早期优势,逐步产生了发展与安全、流通与主权、规则与例外、传统与创新的“再平衡”。

(一)发展与安全的“再平衡”

^① 参见丁晓东:《从公开到服务:政府数据开放的法理反思与制度完善》,《法商研究》2022 年第 2 期。

数字经济协定是国际经贸体制对数字经济时代技术发展的及时回应。随着数字化趋势的加速,全球数字平台正越来越多地投资于全球数据价值链的各个部分:通过面向消费者的平台服务收集数据,通过海底电缆和卫星传输数据,进行数据存储以及数据分析。^① 由于全球数字平台业务跨越多个领域,分布在数字经济的各个层面,因此,如果不考虑对数字技术进行治理,那么就会加剧跨境数据流动的监管困境,造成更加明显的数字鸿沟。为此,数字经济协定更加关注网络安全与合作、网络消费者隐私保护等领域。特别是随着数据流动的普遍化,数据相关权利的界定与保障更加重要。相比数据所有权,数据访问、控制、使用权更加具有实际价值。^② 围绕发展技术与数据安全,各主要数字经济体就跨境数据流动的发展与安全形成了不同的导向,包括以市场为导向的美国模式、以兼顾安全和发展为导向的中国模式、以权利为导向的欧盟模式、以安全为导向的俄罗斯模式以及以国内发展为导向的印度模式。数字经济协定在追求促进数字技术发展的同时,同样关注由此产生的数据安全问题。现已达成的数字经济协定并没有完全采纳数据跨境自由流动模式,而是在承认各缔约方对电子方式传输信息监管要求的前提下倡导消除数据本地化的措施,以防止形成新型数字贸易壁垒。当然,部分数字经济协定也通过较为宽泛的例外条款允许缔约方为实现特定目的而采取措施。数字经济协定的造法走向体现出发展与安全价值的“再平衡”。

(二)流通与主权的“再平衡”

在全球分工体系中,一国所处的位置,在很大程度上取决于其科技实力的强弱及其相应生产力水平的高低。^③ 数字技术变革将推动贸易的显著增长。有统计资料显示:至2030年,由于数字技术的发展,国际贸易的年增长率将提高2%,而同一时期内,发展中数字经济体的国际贸易将再增长2.5%。^④ 经济发展的强大驱动力促使发展中经济体也将加入数字贸易的谈判与规则制定。然而,由于数字治理能力的缺失,发展中经济体在数字经济时代处于明显的技术劣势,因此,在数字经济协定的协商过程中,发展中经济体往往需要让渡协定的部分条款利益,确保维持其在数字价值链的流通位置以便适应数字经济发展的新需求。对于部分发展中国家和最不发达国家而言,缩小数字鸿沟更加需要能力建设和技术援助。^⑤ 数字经济的流通与扩张引发了各数字经济体对数据主权的关注。根据传统国际法,主权是一国的最高权力,即内政处理不受外界支配、对外关系不受外界的支配或干涉。^⑥ 主权概念同样适用于数据领域,成为保障数据流动安全的重要屏障。在肯定主权效力及于数据跨境流动的基础上,数据主权将更加富有弹性,这意味着

^① See UNCTAD, Digital Economy Report (2021), https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf, 2022-06-02.

^② See UNCTAD, Digital Economy Report (2019), https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf, 2022-06-02.

^③ 参见李扬、张晓晶:《失衡与再平衡——塑造全球治理新框架》,中国社会科学出版社2013年版,第100页。

^④ See Maarten Smeets, Adapting to the Digital Era: Challenges and Opportunities, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/adtera_e.htm, 2022-06-03.

^⑤ See Marta Soprana, The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA): Assessing the Significance of the New Trade Agreement on the Block, 13 Trade, Law and Development, 168(2021).

^⑥ 参见周鲠生:《国际法大纲》,商务印书馆2013年版,第29页。

对数据的治理是多元化的。^① 迄今为止,全球近60个国家或地区出台了与数据主权相关的法律。^② 即使对数据自由流动持宽松开放态度的经济体如美国也通过《澄清域外合法使用数据法案》来保障对本国数据的域外控制能力,并扩张数据主权效力。^③ 发展中经济体与发达经济体之间以及发达经济体之间的数据技术存在着不平衡,这使得数字经济规则无论是在国内法层面还是在国际法层面都试图恢复流通与主权的“再平衡”。欧盟提出的“技术主权”也从侧面反映出其试图改变数据出境严重不平衡的现状。^④ 当前数字经济协定注意到数字经济体对各自数据主权的维护,尽可能给予缔约方在制定立法和监管优先事项、保护合法公共政策目标方面的灵活性。部分约束性条款如电子方式跨境传输信息条款、计算设施的位置条款等同样提出了对缔约方各自的监管要求(如保证通信安全性和机密性要求)的尊重。

(三)规则与例外的“再平衡”

数字经济协定侧重于创造数字经济新业务、新产品和新市场,相对弹性的适用方式也是其追求的效果之一。例外条款是指在一定条件下排除缔约国行为违法性的条款。^⑤ 例外条款最早出现在国际贸易领域,被认为是《关贸总协定》的产物。例外条款允许各成员方基于维护国家基本安全的理由不履行对世贸组织的承诺,为各缔约方履行世贸组织承诺提供了“安全阀”。^⑥ 美国主导的数字经济协定虽然创设了数字经济新型义务,但是特别注重例外条款及其适用范围。《美墨加协定》例外条款体系包括一般例外、数字贸易例外以及根本安全例外3项。其中,数字贸易章节遵循《服务贸易总协定》第14条的规定,即在一般例外的基础上增加安全例外。作为新型国际经贸协定,数字经济协定明显吸收了传统世贸组织协定以及国际投资条约中的例外规定,形成了更加广泛的例外条款体系,在无形之中增加了数字经济协定适用的弹性。条约法上的安全例外观念出自一般国际法上的“自我保全”原则。^⑦ 由于尚无统一表述,因此当前国际经贸条约中例外条款的解释仍具有较大的不确定性。在此背景下,数字经济协定的倡导者一方面快速推行协定的造法功能,另一方面积极扩大例外条款的范围,为今后协定的适用寻求更大的弹性,在规则与例外之间寻找对其更为有利的适用方式,即发达数字经济体及其企业无论在数字交易中的地位如何,都可以充分运用数字经济协定的规范来维护自身的数据主权或者数据相关权利。因此,数字经济协定规则与例外的同步扩张性是数字经济协定造法“再平衡”现象的另一表现,其实质是为发达数字经济体创造“进攻”与“防守”的双向保护体系,实现对数字经济协定的弹性运用。

(四)传统与创新的“再平衡”

数字经济协定造法走向作为国际经贸条约的创新内容,正在影响数字经济时代新型约束性义务的形成,相对于传统国际经贸条约体系而言,其变化主要表现在:(1)在经贸协定中植入具有

^① See Roxana Vatanparast, Data Governance and the Elasticity of Sovereignty, 46 Brooklyn Journal of International Law, 37(2020).

^② 参见冉从敬:《数据主权治理的全球态势与中国应对》,《人民论坛》2022年第4期。

^③ 参见黄海瑛、何梦婷:《基于CLOUD法案的美国数据主权战略解读》,《信息资源管理学报》2019年第2期。

^④ 参见沈玉良:《数字贸易发展转折点:技术与规则之争——全球数字贸易促进指数分析报告(2021)》,《世界经济研究》2022年第5期。

^⑤ 参见何芳、邓瑞平:《当代国际投资条约中的新型条款与我国未来取向》,《河北法学》2016年第3期。

^⑥ 参见冯从、陈希沧、史晓丽:《GATT安全例外条款的适用与发展》,《国际贸易》2021年第1期。

^⑦ 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021年第1期。

约束力的数字贸易条款,取代了早期仅具有建议性质的电子商务条款。(2)数字经济协定创造了更加便捷的国际经贸条约执行体制。以《数字经济伙伴关系协定》为例,其作为新型数字贸易协定,共计分为16个模块,涵盖定义、商贸便利化、数字产品、数据等多个领域,增强了不同国家数字系统之间的互操作性。^① (3)数字贸易争端解决机制的适用范围较为有限。例如,《数字经济伙伴关系协定》在附件中将数字产品的非歧视待遇、通过电子方式跨境传输信息、计算设施的位置以及使用密码学的信息和通信技术产品排除在争端解决机制范围之外。数字经济协定大部分内容仍具有强烈的贸易导向型特征。数据承载着数字贸易的重要信息,是各方权利义务博弈的初始起点,反映出数字贸易规则构建的价值冲突。^② 即使是数字导向型数字经济协定如《数字经济伙伴关系协定》《美日协定》,其仍在协定适用范围中明确了影响数字经济的贸易措施。数字经济协定代表了数字时代经济融合与贸易安排的新形式,特别是采取接近“一揽子”协定的方式来处理数字化引发的不同体制之间的兼容性以及相关法律问题,试图为数字贸易寻找更加合理、便捷的法律框架。数字经济规则制定者面临的挑战将是在促进数字产品的全球市场准入与为政府保持政策空间以遏制数字市场的贸易扭曲和反竞争之间取得适当的平衡。^③

四、数字经济协定造法“再平衡”走向的中国因应

数字经济协定造法的“再平衡”走向也折射出我国在数字经贸规则制定过程中的部分“失衡”现象,集中体现在技术发展超前于规则引领、国内规则落后于协定造法,具体表现为区域布局、条约条款、规划引领、制度设计以及标准制定的“不平衡”。为应对数字经济协定造法的“再平衡”走向,我国应充分参与并引领数字经济规则的制定、加快数字经济协定的区域与规则布局,同时在国内层面加强数字经济规划指引、完善国内数据审查制度与合规标准。

(一)区域布局:亚太优先与倡议方案

数字经济合作平台的构建由于不同国家经济与技术水平发展的差异,因此仍需要考虑以相对灵活的方式进行。^④ 世贸组织体制要确保其在全球贸易治理领域的主导地位,就必须解决其谈判功能长期存在的僵滞问题。^⑤ 相较于多边数字平台方案,目前区域数字经济协定达成的效率可能更高。数字经济协定发展的活跃板块以亚太地区为主体,形成了以《数字经济伙伴关系协定》《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》《区域全面经济伙伴关系》为代表的区域协定。部分亚太国家如新加坡、日本、澳大利亚在推行双边数字经济协定过程中表现得尤为突出。除了已有的《美日协定》外,新加坡也先后同澳大利亚、英国、韩国协商缔结双边数字经济协定,已经初步形成

^① See Singapore Ministry of Trade and Industry, Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), <https://www.mti.gov.sg/Improving-Trade/Digital-Economy-Agreements/The-Digital-Economy-Partnership-Agreement>, 2022-06-03.

^② 参见张正怡:《数字贸易规制构建及中国的因应》,《江淮论坛》2022年第1期。

^③ See R.S. Neeraj, Trade Rules for the Digital Economy: Charting New Waters at the WTO, 18 World Trade Review, 123(2019).

^④ See David Collins, Tae Jung Park, Joo-Hyoung Lee, A Soft Landing for Developing Countries and Non-Discrimination in Digital Trade: Possible Lessons from Asian Countries, 55 Journal of World Trade, 665(2021).

^⑤ 参见石静霞:《世界贸易谈判功能重振中的“联合声明倡议”开放式新诸边模式》,《法商研究》2022年第5期。

新型数字经济协定蓝本,较为深刻地影响着亚太地区数字经济协定的形成。

我国作为《区域全面经济伙伴关系》缔约方,已经申请加入《数字经济伙伴关系协定》和《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》,体现了对接高水平国际标准、参与全球数据治理的决心。我国以亚太地区作为区域数字经济协定的起点,一方面可以快速跟进新型数字经济协定的发展态势,研判应对建议方案;另一方面可以对接数字贸易发展的走向,将自身的数字经济治理水平维持在相对较高的水平。与此同时,我国可以进行双边数字经济协定谈判试点,寻找相似保护水平与发展诉求的数字经济体开展合作,形成较为合理的区域网格化布局,争取形成更加符合我国国家和企业利益的数字贸易或电子商务规则。2022年8月18日,我国加入《数字经济伙伴关系协定》工作组正式成立,全面推进加入《数字经济伙伴关系协定》的谈判。在此背景下,我国应当抓住数字经济协定形成的战略机遇,加强同亚太周边数字经济体的密切合作,建立符合地区发展需要的数字安全保障体系。我国于2020年9月8日提出《全球数据安全倡议》,呼吁在数字经济时代秉持发展和安全并重的原则,平衡处理技术进步、经济发展与保护国家和社会公共利益的关系。这一倡议可以作为我国启动甚至未来引领数字经济协定的基本立场。尽管各经济体数字贸易水平存在差异,但其仍可以寻求如下共识:原则上同意有必要确保跨境数据自由流动但设置合理例外,认同隐私或个人信息保护的目标但在获取方式上应存在差异等。^①因此,我国应尽可能寻求数字经济发展的平衡点,合理吸收当前数字经济协定体现的发展与安全、流通与主权的“再平衡”方法,以亚太区域为核心确立我国在数字经济协定制定中的平衡模式,争取获得多数数字经济体尤其是发展中数字经济体的认同,代表较为广泛团体的利益诉求从而形成受到认可的“中国方案”,逐步增强和扩大自身在数字经济规则制定中的话语权和影响力。

(二)条约体系:有限采纳与条款选择

随着数字技术的扩张,数字经济协定的新型约束性义务也不断增加。关于数字经济协定的造法内容,我国已签署的自贸协定所涉及的情形可分为如下3类:(1)自贸协定已经全盘接受的义务,如非歧视待遇、免关税征收、电子认证和数字证书、网络消费者保护。我国现行自贸协定均将此类义务作为约束性义务,可自动转化成为我国在数字经济条约体系中的规制内容。(2)自贸协定部分接受的义务,包括无纸化贸易、隐私保护。我国已经签署的自贸协定对该类义务采取了不同的处理方式,既有约束性规范(如《中国—毛里求斯自贸协定》第11.8条、《中国—澳大利亚自贸协定》第12.9条),也有建议性规范(如《中国—韩国自贸协定》第13.6条、《中国—柬埔寨自贸协定》第10.7条)。此类义务对于我国而言应当有一定的实践基础,在风险可控的情况下可以逐步上升为约束性义务。(3)自贸协定尚未接受的义务,以开放政府数据、计算设施的位置与源代码个人信息与跨境信息传统为代表。该类义务超越了我国现有的数字治理规制水平,在短期内对接难度较大,需要采取一定的缓冲措施,不宜贸然全盘接受。我国可以采取灵活务实的态度,将此类义务作为建议性规范逐步采纳。在数据保护问题上,国际社会也始终面临着数据的隐私保障、本地化存储和自由流动的价值抉择。^②对于数字经济协定的缔结,我国应坚持约束性义务与建议性义务并存的协商模式,保持对于数字经济协定义务的弹性选择权,对于条约规则与例

^① See Maarten Smeets, Adapting to the Digital Trade Era: Challenges and Opportunities, [https:// www.wto.org/english/res_e/publications_e/adtera_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/adtera_e.htm), 2022-05-16.

^② 参见敖海静:《数据保护的国际软法之道》,《法商研究》2022年第2期。

外进行平衡考量,从而更加符合我国在数字治理协商中的根本利益。除了对数字经济条款性质的选择与运用外,我国对数字经济协定条约体系的考虑还应当涉及对例外条款和争端解决范围的限制,以保持条约传统与创新的体系平衡。对于前者,我国应当维护多边贸易体制现有的成果,坚持完全引入《关贸总协定》和《服务贸易总协定》的例外条款;对于后者,我国则应当谨慎考虑签署数字经济协定中的争端解决适用范围。未来我国可以将部分高标准约束义务如计算设施的位置等排除在争端解决适用范围之外,根据产业发展水平设置一定期限的过渡期,缓冲数字经济协定的强制执行效果。鉴于对数字经济协定条款的采纳和选择,在总结已经缔结自贸协定电子商务章节文本的基础上,我国可适时推出数字经济条款谈判范本,供未来签署双边以及区域数字经济协定时予以参考。

(三)规划引领:先行先试与内外联动

为更加充分有效地参与数字经济规则的制定,实现国内政策与国际法制的对接,《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》以及《“十四五”数字经济发展规划》明确提出要健全完善的数字经济治理体系、有效拓展数字经济国际合作。2021年《中华人民共和国海南自由贸易港法》第42条和2022年《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区条例》第33条均明确规定建立数据流动制度。此外,深圳市和上海市分别出台《深圳经济特区数据条例》与《上海市数据条例》,全国多个省份发布数字经济促进条例,为数字经济的发展提供立法保障。为了促进数据跨境流动与安全保护的平衡,同时兼顾国内发展和国际接轨,一项可能的制度创新是根据经济发展与区域差异来制定与数据相关的标准,尤其是通过在数字经济新业态和行业中推行可操作性的标准,确保数据在不同的地域之间有序安全移动,并完善相关治理体制。为此,我国现有的21个自由贸易试验区(港)可以逐步将数据流动管理作为制度创新的改革方向之一,通过多维度的规范体系进一步深化数据安全、有序开放创新管理、先行先试,形成可复制可推广的数据跨境监管改革方案。^①推进国内数字经济制度与国际标准接轨的另一种重要的方式是及时完善数字经济法治环境。一方面,在现有基础立法的基础上,我国应当注重促进发展与有效监管的同步性,鼓励数字经济试点地区采取更加灵活有效的政策措施,形成具有良好导向功能的监管体制;另一方面,我国应及时完善新业态国内法制基础,扭转新兴行业规制滞后的不利局面,尤其是在人工智能、区块链、云计算、大数据等新型业态发展的核心要素领域加强对数字经济新型法律风险的提前防范,从而实现数字经济发展与安全的平衡。

(四)审查制度:数据分级与要素流动

数据分级分类是开展数据安全治理的起始点。^②数据分类分级有助于厘定数据的类型与属性,实现使用安全与效率的平衡。就数据治理而言,更具有实际意义的分类是商业数据与政府数据、个人数据与敏感数据的划分。商业数据一般遵循商业交易惯例根据商业协议处理,而政府数据通常被认为比其他数据更敏感,特别是在成为国家关键基础设施的一部分时,数据跨境流动往往受到主权管制的约束。我国现行立法尚未对数据分级进行细化规定。2021年实施的《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)第21条明确规定建立数据分级分类保护制度,具体到地区、部门以及相关行业领域的重要数据,则要通过列入目录的方式进行重点保护。在全

^① 参见张正怡:《数据价值链视域下数据跨境流动的规则导向及应对》,《情报杂志》2022年第7期。

^② 参见洪延青:《国家安全视野中的数据分类分级保护》,《中国法律评论》2021年第5期。

球价值链流动以及数字跨境交易中,对数据的控制以及机密性的保护是确保数字经济竞争优势的核心。数据流动需要依据数据分类采取有差别的监管措施。随着我国走向全面数字化的时代,建立数据分级制度需要实现数据要素流动的效用与数据出境安全管理的平衡。2022 年 9 月实施的《数据出境安全评估办法》强化了数据出境安全评估制度,有利于防范数据出境安全风险。在数据跨境流动规制审查方面,我国应当把握敏感数据与政府数据两个方面的基本底线,通过协定安排坚持对不同类型的数据确立不同的获取要求,在安全且必要的前提下实现数字经济协定中的数据分享。

(五)合规标准:创新驱动与安全保障

随着《中华人民共和国民法典》《数据安全法》《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国电子商务法》等法律的出台,有关数据创新发展与安全使用的法制保障得到初步构建。由于当前数字经济协定的约束性义务对于数据管理提出了较高的要求,而全球范围内关于数据跨境流动规制的模式差异较大,因此在参与数据全球治理规则的制定过程中,我国应尽快适应数字经济协定的造法新趋势、尽早确定相对独立的数据合规体系,为我国国内探索数据使用与保护提供相应的制度标准和操作依据,充分体现数据流动要素的经济价值。我国应尽快制订对接数字经济协定的技术标准,为衡量我国在数字经济协定项下的各项约束性义务的水平测试与判断提供参考依据。数据合规不仅仅依赖于数据监管部门的执法活动,其实施与最终效果的取得还有赖于数据主体的有效参与。建立与完善跨境数据流动的行业自律制度、检查敦促企业履行保障跨境数据安全的义务能够服务于构建跨境数据安全治理体系、营造良好的合规环境。^① 在数字创新的前沿领域,数据使用的主体如企业等应加快合规体系建设,形成便于认可、易于推广的数据合规标准,尤其注重数据的获取、访问、处理环节的权利保护。在商业交易的数据出入境环节,数据合规制度的建立将为我国企业“走出去”拓展国际市场、为“一带一路”沿线国家企业的商贸活动带来技术优势。数据合规标准承载着创新驱动与安全保障的双重要求,其本身的确立与发展也是对当前数字经济协定造法“再平衡”的回应。

五、结 语

数字经济协定对传统国际经贸条约的创新在于,运用数字经济时代数字贸易主体之间的对数字治理的关切创造出新型义务规制体系、扩张协定造法范围、增加协定的适用弹性并初步形成数字经济协定体系的雏形。数字经济协定的产生是数字经济时代国际规则重塑的必然趋势,其构造出发展与安全、流通与主权、规则与例外以及传统与创新四对理念的“再平衡”演进路径,深刻地反映出发达数字经济体试图通过对经济全球化分工的再调整以提升国际经贸规则制定话语权的明显倾向。我国已经积极申请加入有关数字经济协定,主动参与数字经济议题谈判。新型数字经济协定的造法走向将为我国维护和完善数字经济治理机制、提升全球规则制定话语权、进一步提高数字经济治理能力现代化水平、把握新一轮科技革命和产业变革新方向提供了契机。深刻把握数字经济协定造法的“再平衡”走向,可以清晰梳理出数字经济谈判主体之间的核心诉求。特别是面对我国在数字经济时代规制发展的不均衡现状,我国应优化数字经济协定的区域

^① 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。

布局、条款选择以及与国内数字经济的规划引领、加快审查制度与合规标准的构建,积极同数字经济协定的造法走向进行对接、促进数据跨境安全有序流动。鉴于数字经济协定仍在发展之中,包括数据的获取、使用与监管等环节的相对普遍规则亟待形成相应的制度安排和标准设计,未来我国参与数字经济规则的制定应考虑在约束性义务规制中的相对统一性与平衡性,从而充分发挥数字经济协定促进革新与保障安全的双重导向作用。

Abstract: As a new paradigm of international economic and trade rules in the era of digital economy, digital economy agreements embodied the trends of law—making purpose from developed digital economies. At present, digital economy agreements focus on regulations related to data flow, thus forming types of representative binding obligation clauses, breaking through the regulatory framework of traditional international economic and trade treaties, promoting the flexibility of treaty application, building a preliminary law—making system, seeking “rebalancing” between development and security, circulation and sovereignty, rules and exceptions, as well as tradition and innovation. The trends of “rebalancing” for law—making in the digital economy agreements have provided a crucial opportunity to reshape international economic and trade treaties, China has to adjust its corresponding manner from passive into active. Externally, it is expected to speed up the digital economy agreement area layout, insist on the priority and launched China’s plan, at the same time, to limit adoption and choice on relevant clauses of digital economy agreements in the treaty system digital. Internally, it is expected to strengthen planning guidance, to provide a pilot environment and linkage of China and the rest of world for the development of digital economy, to speed up the construction of data classification and factor flow system, and to lead the formulation of data compliance standards.

Key Words: digital economy agreements, law—making, data free movement, data security

责任编辑 何 艳