

【国际经济法】

DEPA 框架下的数字贸易核心规则 与我国的加入谈判

石静霞 陆一戈

【摘要】作为新兴全球经贸议题,数字贸易国际法治建设受到国内外学界与实务界的广泛关注。世界贸易组织(以下简称WTO)多边贸易框架下的数字贸易规则谈判由于成员的经济发展水平、核心利益诉求存在差异,谈判进展较为缓慢。《数字经济伙伴关系协定》(以下简称DEPA)为数字贸易在多边机制下的治理提供了一些思路。DEPA借鉴了近年来区域贸易协定关于数字贸易的规则框架,包括《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称CPTPP)、《区域全面经济伙伴关系协定》(以下简称RCEP)等,并在议题的广度和规则的深度上实现了承继与发展。在数字贸易核心规则上,DEPA明确规定了数字产品的免关税与非歧视待遇、数据自由流动与去本地化等议题。此外,DEPA还就金融科技、人工智能、中小企业及数字包容等新议题进行了规则探索。在争端解决方面,DEPA提供了较为完整详尽的调解和仲裁程序规则,并强调磋商程序在争端预防与解决中的作用,但排除了相关机制对数字产品、数据跨境合作等相关争端的适用。我国应以加入DEPA谈判为契机,在数字贸易核心议题上通过国内立法加以对接,推进数字争端解决机制的选择与运用,实现数字经济发展与国家核心利益的平衡。

【关键词】DEPA 数字贸易;数字产品;数据跨境流动;争端解决

【作者简介】石静霞,中国人民大学法学院教授,博士生导师;陆一戈,中国人民大学法学院国际法专业2021级博士研究生。

【原文出处】《数字法治》(京),2023.1.107~129

【基金项目】本文为石静霞教授担任首席专家的国家社科基金重大课题“一带一路倡议与国际经济法律制度的创新”(项目批准号:17ZDA144)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

近年来,随着以5G、人工智能、物联网、工业互联网、卫星互联网为代表的新一代数字技术快速发展,加之持续数年新冠疫情影响,全球经贸体系的数字化进程飞速发展。尽管数字贸易成为推动经济发展的重要力量,但该领域存在着广泛的贸易壁垒,亟需更新规则进行回应。在国际层面上,关于数字贸易规则的构建成果目前仍主要体现在区域贸易协定中。^①当前全球数字经济规模位居前三位的国家和组织是美国、中国和欧盟,亦分别代表了主导全球数字经贸规则的三种力量:美式模板倡导数据自由流动、反对服务器和数据本地化的高标准但同时兼顾

灵活性;中国治理模式相对强调数字主权;欧式模板将视听产品排除、强调保护隐私、知识产权和消费者利益;^②这三种模式在多个领域存在较难调和的差异。WTO部分成员2019年年初以来在进行“与贸易相关的电子商务议题”的开放式诸边谈判。^③目前该谈判有86个成员参加,代表世界贸易90%的份额,已提交70多份议案。^④2020年12月7日,谈判成员在内部发布了谈判的合并文本(Consolidated Text,以下简称《WTO合并文本》)。^⑤2021年12月,谈判在无纸化交易、电子签名和验证等问题上取得进展,但共识多集中在促进货物贸易电子化和便利化等浅层规则上。谈判成员表示将加快谈判进展,拟在2022年年

底发布修订合并文本。^⑥由于各国数字经济发展水平不同,核心利益诉求有别,众多谈判成员在数字产品、数据跨境流动等核心议题上是否能够达成共识以及达成何种规则还有待观察。

2020年6月12日,新西兰、智利和新加坡三国在线上签署DEPA。尽管DEPA由三个经济体量较小的国家提出,但作为全球第一个关于数字经济问题的专项协定,在一定程度上为全球数字经济制度提供了模板。DEPA于2020年12月28日生效,从内容上看,DEPA深度借鉴了CPTPP中的数字贸易条款并对其进行细化归类,总结了数字经济领域的治理经验,并对一系列创新性议题(如人工智能和金融科技)进行了新探索,构建了数字经济监管框架,同时也提出了发展数字经济的相关价值观念。DEPA将制度安排从数字贸易扩大到数字经济的多个方面,有利于适应数字经济的快速发展态势,弥补该领域的规则缺失。^⑦DEPA的优势在于其开放性和包容性。DEPA文本以模块(Module)形式进行编排,涵盖16个模块,内容包括初步规定和一般定义、商业和贸易便利化、数字产品及相关问题的处理、数据问题、广泛的信任环境、商业和消费者信任、数字身份、新兴趋势和技术、创新与数字经济、中小企业合作、数字包容、联合委员会和联络点、透明度、争端解决、例外和最后条款。

当前面临世界百年未有之大变局,加之新冠疫情和俄乌战争等因素交织,世界经济复苏脆弱乏力,全球进入新的动荡变革期。在日趋复杂的国际局势中,我国始终注意把握数字经济时代机遇,并致力于推动构建网络空间命运共同体。2021年,我国数字经济保持16.2%的增长速度,规模达到45.5万亿元,占GDP比重为39.8%,总量位居世界第二,成为稳定经济增长的关键动力。^⑧但从国际话语权角度看,全球数字贸易呈现“俱乐部”式发展趋势,美国、日本和新加坡等发达经济体在多个“俱乐部”中发挥着重要作用,位于全球数字贸易圈的中心位置。^⑨相较之下,我国在全球数字贸易规则构建中的影响力与我国的数字经济规模并不相当,面临着积极参与多边数字贸易谈判,并加快国内数字贸易领域高水平开放的客观需求。2021年11月1日,我国正式向

DEPA保存方新西兰提交了加入申请。^⑩2022年8月18日,根据DEPA联合委员会的决定,中国加入DEPA工作组正式成立,将全面推进中国加入DEPA的谈判进程。^⑪习近平总书记指出,各国可以共同探讨制定反映各方意愿、尊重各方利益的数字治理国际规则,积极营造开放、公平、公正、非歧视的数字发展环境。^⑫党的二十大报告指出,我国要继续推进高水平对外开放,稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放,加快建设贸易强国,推动共建“一带一路”高质量发展,维护多元稳定的国际经济格局和经贸关系。^⑬申请加入DEPA与我国加强全球数字经济领域合作、促进创新和可持续发展的方向一致,也是我国进一步深化改革和扩大制度型开放的重要举措。

在此背景下,本文以我国加入DEPA谈判为视角,讨论DEPA的核心规则和新议题,并检视我国的相关国内立法,关注我国在加入谈判中可能面临的重点议题。在引言之后,本文第二部分探讨DEPA框架下的数字产品相关规则,包括电子传输免关税及数字产品的非歧视待遇问题。第三部分研究DEPA中的数据跨境合作规则,包括数据跨境流动、数据本地化和个人信息保护等问题。第四部分关注DEPA中数字贸易的新议题,即金融科技和人工智能规则、中小企业及数字包容规则。第五部分围绕DEPA项下的争端解决机制,对机制的适用范围、具体规则以及我国对该机制的运用路径进行分析。鉴于DEPA对其他经贸协定中数字贸易规则的承继与发展,本文在分析上述问题时将以我国申请加入的CPTPP、作为成员参与并已生效的RCEP以及我国参与谈判的《WTO合并文本》等为参照,分析DEPA在现有全球数字贸易规则上的发展与创新,并关注我国的相关数据立法与DEPA在衔接上可能存在的问题及建议方案,以期为我国加入DEPA的谈判提供参考。

二、DEPA框架下的数字产品相关规则

DEPA模块三规定了数字产品及其相关问题,包括数字产品的定义、关税、数字产品的非歧视待遇以及使用密码技术的信息和通信技术产品四个条款。

(一)对“数字产品”的界定及澄清

交易对象是区分不同贸易形态的重要标准。随着数字贸易的发展,其交易对象的外延亦得到不断

扩展。当前普遍认为数字贸易的交易对象主要包括借助数字销售的实体商品(Goods)、数字服务(Service)以及数字产品。^①其中,实体商品主要通过货物贸易规则进行规制,数字服务可纳入服务贸易规则框架下进行规范,但数字产品的定义及分类一直存在争议。在WTO框架下,美国主张数字产品贸易应受《关税与贸易总协定》(以下简称GATT)而非《服务贸易总协定》(以下简称GATS)规制。这是因为GATS就市场准入、国民待遇等问题采取正面清单的承诺模式,各国在是否开放数字产品市场上的空间较大,而GATT要求除特定情形外,WTO成员不得对其他成员的产品进口实施除关税、国内税或其他费用外的禁止或限制,因而对货物贸易的限制较小。美国数字产品的生产和出口具有很强的比较优势,主张将数字产品置于货物贸易框架之下可最大限度地寻求贸易自由化,从而扩展本国的数字产业市场。^②欧盟的观点与美国相反,认为GATT只适用于具有“实体载体”的数字产品进口,任何以电子方式交付的数字产品属于服务,应受GATS规制。^③发展中国家也倾向于通过GATS将数字产品归类为“服务”,从而对本国数字化商品市场提供保护。^④

借鉴CPTPP第14章“电子商务”中关于数字产品(Digital Product)的定义,^⑤DEPA将“数字产品”界定为供商业销售或传播目的而生产的、可以电子方式传输的计算机程序、文本、视频、图像、录音或数字编码的其他产品。电子传输或电子方式传输则指使用任何电磁手段,包括光子手段进行的传输。该定义附有两个脚注对数字产品的定义作了进一步澄清:其一,这里界定的数字产品不包括金融的数字化表示,如货币;其二,对数字产品的定义不应理解为反映一个缔约方对通过电子传输的数字产品贸易是否应归类为服务贸易或货物贸易的看法。^⑥鉴于当前就数字产品归类存在的上述分歧,DEPA和CPTPP关于数字产品的定义可以使其缔约方从GATT和GATS中选择适用于数字产品的规则,只要这样的选择以非歧视的方式加以实施。这一定义及澄清有助于提升各国对DEPA数字产品规则的接受度,但也可能导致在协定项下数字产品的待遇标准存在不确定性。

(二)数字产品的关税问题

1. 电子传输免征关税

DEPA与CPTPP保持了一致的做法,规定任何缔约方不得对一缔约方的人与另一缔约方的人之间的电子传输及以电子方式传输的内容征收关税。由于数字贸易依托互联网进行交易而不依赖于有形载体,因此传统货物贸易税收所遵守的一般原则,如税收公平原则、税收法定原则、税收效率原则以及实质课税原则等,往往在数字贸易领域受到冲击。为此,关税问题逐渐成为数字贸易领域规则制定的焦点问题,争议在于电子传输仅指传输方式还是同时包括传输内容、对电子传输的免关税待遇是否永久化等。^⑦DEPA明确了不管是传输内容还是传输方式,均永久化免征关税。^⑧

1998年,WTO第二次部长会议通过《全球电子商务宣言》(Declaration on Global Electronic Commerce)。之后,各成员通过历届部长会议决议方式暂缓对电子传输征收关税。最近一次延期在2022年6月举行的WTO第十二届部长会议上达成,将电子传输免关税延至2024年6月或下一届部长会议召开时。^⑨美国、加拿大以及新加坡等数字贸易强国认为,针对电子的传输征收关税将严重降低全球经济运行效率,破坏数字产品的竞争优势。^⑩欧盟支持对免关税永久化,但援引文化多样性理由,将视听产品排除于免关税的承诺之外。^⑪以印度、南非和斯里兰卡为代表的发展中国家,则主张对跨境电子商务征收关税,并表示即将取消对暂停征收关税的支持,主要原因在于暂停征收关税导致海关收入预算大幅度减少,且损失比例远大于发达国家。^⑫

我国主张数字产品的免征关税义务是一项“维持(maintain)”的义务。^⑬RCEP将电子传输免关税列为暂时性义务,允许各方在WTO《电子商务工作计划》(Work Programme on Electronic Commerce)框架下根据部长会议的决定进一步调整其征收关税的做法。^⑭这一立场也体现在我国缔结的其他经贸协定中,如《中国—澳大利亚自由贸易协定》《中国—韩国自由贸易协定》。^⑮针对跨境电子商务的关税征收问题,我国制定了相关规定,包括《海关法》《进出口关税条例》《关于跨境贸易电子商务进出境货物、物品

有关监管事宜的公告》等。这些法律法规的适用对象仅限于货物贸易,不涉及跨境数字产品的关税征收问题,我国也未对电子传输征收关税。^②加入DEPA则意味着我国与缔约方之间的电子传输(包括传输方式和传输内容)将永久化免征关税。

2. 数字税的征收

DEPA不阻止一缔约方对以电子方式传输的内容征收国内税、规费或其他费用,只要此类国内税、规费或费用以符合协定的方式征收。^③这表明DEPA允许缔约方就电子传输(包括传输内容)征收国内税,即DEPA并不阻止缔约方征收数字税。虽然国际上普遍意识到数字税的征收可能会演变成新型的贸易壁垒,但各国趋于强化管辖权要求,对税收利益分配表现出更高期待。一些国家选择开征数字税,并将其作为缓解税收损失的重要手段,而这也一度引发了贸易摩擦。各国的关切点及分歧在于,是否开征数字税以及数字税的征收标准。^④

欧盟是数字税的倡导者和先行者,于2018年公布了两项数字税提案。第一项提案是长期方案,试图改革传统税收的常设机构原则而引入“重要数字存在(Significant Digital Presence)”原则;^⑤第二项提案建议成员国在长期方案达成前,对一些特定的数字化商业活动征收临时税。^⑥部分欧洲国家采用临时税的路径开征数字税。法国于2019年3月公布了自2019年1月1日起生效的数字税法案,成为最先执行数字税的国家。^⑦美国对于数字税征收问题一直持反对主张,针对欧盟的数字税立法采取加征关税、发起301调查等反制措施。^⑧为降低新冠疫情影响、加速经济复苏,也可能有更多国家和地区开征数字税。在国际层面,数字税征收问题的谈判进程推动缓慢。在经济合作与发展组织(以下简称OECD)框架内,2012年G20财长和央行行长会议同意通过国际合作应对跨国企业避税带来的“税基侵蚀和利润转移”(BEPS)问题。近年来,虽然OECD在BEPS框架下提出诸多协调方案,但OECD框架协调调动的税收数量小,适用于数字产品的内容有限,且主要由发达国家主导,未能有效协调南北之间关于数字经济征税权分配的冲突。^⑨

DEPA作为数字经济协定,并非协调数字税的

合适平台。DEPA不限制缔约方针对电子传输征收国内税或相关费用,但为履行数字产品的非歧视待遇,对数字产品的国内税征收不能违反非歧视待遇和国民待遇义务。我国现有税制主要集中在针对跨境电子商务的货物税收上,而针对数字服务、数字产品征税的立法尚不完备。我国主张各国应保留征收数字税的权力,“十四五”规划将制定数字税国际规则列为推动构建网络空间命运共同体的重要举措。^⑩在申请加入DEPA谈判中,我国应适当权衡开征数字税对我国经济发展的利弊。一方面,我国数字消费需求旺盛,跨国公司在我国境内利用全球一体化的经营模式和有别于传统企业的税制差异,逃避纳税义务、侵蚀税基,造成我国税收损失;^⑪另一方面,我国作为数字经济大国,拥有大批数字企业,开征数字税既可能打击外商投资积极性,也会对国内数字科技企业造成影响,并可能引发贸易报复。^⑫因此,我国应继续跟踪分析各国数字税的征收趋势,在国际合作层面可借助DEPA、RCEP等多边机制,在BEPS协议、双支柱计划等多边基础上分配和协调征税权,构建数字税税收规则。在国内层面,则充分考虑税收公平、监管要求、征收成本以及消费群体特征,维护数字经济发展及税收利益平衡。

(三) 数字产品的非歧视待遇

DEPA关于数字产品非歧视性待遇的规定也借鉴了CPTPP相关规定,RCEP未涉及这一问题。根据DEPA第3.3条第1款的规定,缔约方确认其对数字产品的非歧视性待遇的承诺,即任何一方不得对在另一方境内以商业条款创建、生产、出版、签约、委托或首次提供的数字产品,或对作者、表演者、制作者、开发者或对所有者为另一方人员的数字产品,与其他类似数字产品相比给予较低待遇。如果对来源于不同国家的同类数字产品给予差别待遇,则构成对非歧视待遇原则的违反。值得注意的是,DEPA第3.3条第1款脚注提及,在一非缔约方的一数字产品属于“同类数字产品”的限度内,这一产品将被视为符合“其他同类数字产品”。换言之,DEPA规定的数字产品非歧视待遇义务中的“同类数字产品”扩及缔约方给予非缔约方产品的待遇。

在WTO电子商务谈判中,欧盟和中国的提案未涉及数字税或类似条款,美国、新加坡的提案明确“对数字产品的非歧视待遇”条款涵盖了包括数字税在内的国内税问题。^⑩但在WTO框架下,非歧视待遇会因对数字产品的不同归类而产生不同标准,这是由于非歧视待遇下的“国民待遇”和“最惠国待遇”在GATT和GATS项下的要求不尽相同。一方面,GATT项下的国民待遇是普遍性义务,而GATS项下的国民待遇根据各成员在不同部门作出的具体承诺而定,成员对此有更大的自由裁量空间;另一方面,虽然GATT和GATS的最惠国待遇都是普遍性义务,但GATT项下的最惠国待遇要求自动且无条件地(automatic and non-conditional)给予其他缔约方,而在GATS项下,缔约方可通过将措施列入《关于第二条豁免的附件》中,获得最惠国待遇的豁免,只要这种豁免符合附件中的条件。^⑪

在DEPA框架下,无论将数字产品视为货物还是服务,对不同来源地的同类数字产品市场准入所采取的标准及限制均不能产生差别待遇,否则将违反数字产品的非歧视待遇义务。随着数字经济的继续扩展,对数字产品的非歧视原则对企业而言至关重要。DEPA保障数字产品的国民待遇和最惠国待遇,从而增加了确定性,降低了数字贸易风险。我国在RCEP等区域贸易协定中未规定数字产品的非歧视待遇问题,也没有对数字产品的定性问题予以明确。在加入DEPA谈判中,我国面临数字产品的非歧视待遇义务。由于数字产品的准入有可能涉及国家安全、技术产业发展、公民隐私保护等多重因素,因此数字市场准入的监管目标更加多元。一些国家通过“负面清单+安全审查”机制,形成了较为灵活的市场准入管理框架以兼顾发展与安全,我国可予以参考和借鉴。^⑫

此外,DEPA在第3.3条的第2款至第4款中规定了知识产权、补贴或赠款以及广播三种例外情形,为数字产品的知识产权保护协定义务及产业补贴和文化产业留下一定的实施空间。在加入DEPA谈判中,注意考虑DEPA规定的例外机制能否提供一定的弹性缓冲,合理控制市场准入压力,减少对本国数字企业的影响冲击。

(四)使用密码技术的信息和通信技术(ICT)产品的待遇

DEPA借鉴CPTPP相关条款,^⑬对于使用密码技术的ICT产品的待遇进行了明确规定,其中包括不允许采取强制性技术转让或要求与本国企业合伙等方式。具体而言,DEPA缔约方确认其与使用密码技术的ICT产品的相关承诺水平,这特别包括但不限于:对于使用密码技术并为商业应用而设计的产品,任何一方不得实施或维持要求针对产品制造商或供应商的技术监管或合格评定程序,将其作为产品制造、销售、分销、进口或使用的条件,但由缔约方政府或为缔约方政府制造、销售、分销、进口或使用本产品的情况除外。同时,该条款明确DEPA有关密码产品规则中的产品不包括金融工具、前述要求不适用于一方采用或维持与访问一方政府所有或控制的网络有关,包括中央银行的网络的要求,或一方依据与金融机构或金融市场有关的监管、调查或检查当局所采取的措施。该条也不得解释为阻止一方的执法机构要求使用其控制的加密技术的服务供应商根据该方的法律程序提供未加密通信。^⑭

为适应我国国家安全面临的新形势和密码广泛应用带来的新挑战,2019年10月26日,我国正式颁布《密码法》,设计了诸多回应时代需要的密码管理制度,全面重塑了密码管理体系。《密码法》于2020年1月1日正式实施以来,国家密码管理局聚焦商用密码行政审批、检测认证、应用安全性评估、网络安全审查、进口许可和出口管制等重要制度,会同商务部、海关总署、市场监管总局等部门制定发布了一系列部门规章、规范性文件、管理目录和指南,及时补充并细化法律、行政法规的相关规定,使其构建更加完备、科学、体系化的商用密码法律制度体系。特别是,2020年8月20日,国家密码管理局发布《商用密码管理条例(修订草案征求意见稿)》,对1999年《商用密码管理条例》进行全面修订。

DEPA要求,各缔约方不得在使用密码技术的相关数字产品的商业活动中设置不合理的前提,这些前提包括要求相关商业机构交出其密码,或要求与境内企业合作经营,以及要求其使用或整合特定的算法或密码,以充分保障商业活动中有关密码技术

使用的可信环境等。例如,认证认可、检验检测是市场经济条件下加强质量管理、提高市场效率的基础性制度。对商用密码检测认证工作进行规范,对于引导商用密码从业单位增强商用密码安全保障能力、促进与国际规则对接等方面具有重要意义。商用密码应用安全性评估是判定商用密码正确、合规、有效应用的专业性工作,同时也是网络安全等级保护制度和关键信息基础设施安全保护制度的重要内容,对于切实保障网络安全、数据安全和个人信息具有重要作用。我国在进一步构筑商用密码相关制度中,应适当注意对使用密码技术的信息与通信产品提供的待遇符合DEPA要求,为我国申请加入DEPA做好国内规则的衔接。

三、DEPA 框架下的数据跨境流动及相关问题

国际投资和贸易越来越多地以数字化形式呈现,数据成为数字贸易和数字经济的核心,在促进科技创新和公共福利上具有重要作用。根据美国布鲁金斯学会测算,全球数据跨境流动对全球GDP增长的推动作用已超过贸易和投资,这更加凸显数字领域国际规则的重要性。^⑤DEPA模块四规定了数据及相关问题,包括对“计算设施”的定义、个人信息保护、通过电子方式跨境传输信息及计算设施的位置四个条款。从总体上看,该模块要求各缔约国构建个人信息保护的框架,同时基本纳入了CPTPP电子商务章节中关于跨境数据流动和禁止计算设施本地化的纪律。

(一) 个人信息保护

个人信息保护是数字经济治理领域的重要议题。DEPA与CPTPP均规定各缔约方应构建个人信息保护法律框架,并应考虑相关国际机构的原则和指南。^⑥DEPA第4.2条(“个人信息保护”)包含10款内容,进一步对个人信息保护进行了细化规定。

首先,DEPA要求各方应当构建或维持一个法律框架,对数字贸易用户的个人信息进行保护,且应考虑到有关国际机构制定的原则和准则。为此DEPA提供了一个原则清单供各国进行参考,列举了8项个人信息保护法律框架应当遵循的原则,包括限制个人数据的收集、确保数据质量、确定数据收集的目的、限制数据的使用、安全保障措施、透明度、确保个

人的参与以及问责制度。^⑦这些原则借鉴了新西兰2018年《隐私法案》(New Zealand Privacy Bill)的内容,反映了中小国家对个人信息保护的价值诉求,^⑧同时确保了其他缔约方根据其自身情况选择保护方式的权利。^⑨无论采取何种措施,都应将其在非歧视基础上适用于缔约方的所有个人。^⑩其次,为确保个人信息保护措施落实,DEPA要求各缔约方将这些措施予以公示,包括个人可以寻求的救济以及企业应当遵守的法律要求。^⑪考虑到各国在个人信息保护的法律制度上可能存在差异,DEPA要求各缔约方建立具有兼容性、互操作性的协调机制,包括对监管结果的承认、构建更广泛的国际法律框架。最后,DEPA提出“适当承认各国法律框架下的国家信任标志或认证框架所提供的类似保护”以及“其他个人信息传递的方式”两种协调机制。此外,DEPA还建议各缔约方对企业采取数据保护信任标记,表明其活动符合个人数据保护的标准等。

我国《个人信息保护法》从个人信息处理的基本原则、合法性基础、主体权利到处理者系列法律义务等方面确立了较高的保护水准,尤其是对收集和处理个人信息的知情同意以及处理个人信息的方式提出了严格要求。^⑫《个人信息保护法》借鉴有关国家和地区的做法,赋予了必要的域外适用效力,以充分保护我国境内个人的权益。^⑬同时,《个人信息保护法》第三章明确规定了个人信息跨境提供的要求与条件,无论是对个人信息保护的力度还是保护措施的透明度上,与DEPA要求没有实质性区别。在加入DEPA的谈判中,这有利于增强其他缔约方对我国个人信息保护机制的信任,提升我国在构建数据跨境保护体系中的影响力。

(二) 数据跨境流动和计算设施的位置

数据跨境流动指通过各种技术手段实现数据跨越国境或者地理疆域的活动。数据流动对全球经济增长的贡献已超过传统的跨国贸易和投资,支撑了包括商品、服务、资本、人才等其他几乎所有类型的全球化活动,成为推动全球经济发展的重要力量。与数据跨境流动关系密切的另一个问题是数据本地化要求。由于数据跨境自由流动会削弱对数据的控制,各国可能采取数据本地化措施以确保本国数据

安全,包括要求计算设施和数据存储的本地化等。基于各国在网络安全、隐私保护和产业竞争等方面的不同考量,数据跨境流动和数据本地化的规制措施呈现多样化的特点。部分发达国家认为限制数据跨境流动和数据本地化要求构成了数字贸易壁垒,发展中国家则基于“数据国家主义”坚持实施此类措施。^⑤

在数据跨境流动和数据本地化规则上,DEPA第4.3条(“通过电子方式跨境传输信息”)和第4.4条(“计算设施的位置”)采取了基本相同的前言和三层规制逻辑。前言表明缔约方确认其在数据跨境流动和禁止本地化方面的承诺水平。三层规制逻辑具体而言,首先,承认各缔约方在数据跨境流动和规制计算设施位置方面具有监管自主权;其次,要求缔约方在跨境数据流动和禁止计算设施本地化方面承担义务;最后,规定了缔约方在跨境数据流动和禁止本地化方面的合法公共政策目标例外。以第4.3条规定的跨境数据流动为例,缔约方确认它们在通过电子方式跨境传输信息方面的承诺水平,特别包括但不限于:(1)缔约方认识到每一缔约方对通过电子方式传输信息可设有自己的监管要求;(2)每一缔约方应允许通过电子方式跨境传输信息,包括个人信息,如这一活动用于涵盖的人开展业务;(3)本条中任何内容不得阻止一缔约方为实现合法公共政策目标而采取或维持与第2款不一致的措施,只要该措施:a.不以构成任意或不合理歧视或对贸易构成变相限制的方式实施;b.不对信息传输施加超出实现目标所需限度的限制。例外条款体现了对缔约方规制权的尊重,允许缔约方对跨境数据流动和计算设施位置进行规制。^⑥

这一原则加例外的规制模式基本与RCEP、CPTPP和《WTO合并文本》相同,但也有区别。在电子传输信息的涵盖范围上,DEPA第4.3条第2款明确规定电子传输信息包括个人信息,这与CPTPP规定一致,但RCEP和《WTO合并文本》未对此进行界定。在具体例外情形的设定上,RCEP允许“公共政策”和“安全利益”作为例外情形,如果缔约方认为有必要实现合法公共政策或保护其安全利益,可以采取或维持限制数据跨境流动的措施,但未进一步阐明“合法公共政策”及“安全利益”的内涵。^⑦这虽为缔约方提供了自由裁量权,但也引发对这一例外情

形可能被滥用的担忧。^⑧CPTPP未规定“安全例外”条款,但规定了“合法公共政策目标”例外,同时强调即使基于合法公共政策目标采取例外措施,也应控制在目标所需限度之内。这可理解为例外措施对贸易限制效果应符合比例原则,或例外措施如被挑战,则应能够通过必要性测试。^⑨DEPA上述规定与CPTPP电子商务章节的数据跨境流动纪律基本一致,在电子信息的覆盖范围、例外情形的设置上略严于RCEP的规定。

我国已初步形成以《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》为核心、重点领域专门规范的数据跨境流动与数据本地化规制体系。从总体上看,我国支持数据跨境的自由流动以及数据存储的非强制本地化,但对于涉及国家安全、个人信息等敏感领域的出境和存储,规定了明确的监管要求。根据《网络安全法》第37条的规定,关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息与重要数据应当在境内存储,因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家互联网信息办公室会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。这确立了重要数据跨境流动应遵循的“本地储存、出境评估”基本原则。《数据安全法》则进一步规范了数据跨境流动规则。该法第31条规定,关键信息基础设施的运营者在我国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理,适用《网络安全法》规定;其他数据处理者在我国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法,会同国务院有关部门制定。该规定在明确重要数据出境管理制度的同时,为其他领域重要数据出境规则的进一步细化提供了法律依据。《数据出境安全评估办法》进一步强化了对数据跨境流动的监管,要求符合特定情形的数据处理者向境外提供数据前,向国家网信部门申报数据安全评估。^⑩此外,《个人信息保护法》对个人信息的跨境提供和本地化要求设立专章进行规制,要求关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者将在我国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的,应通过国家网信部门组织的安全评估。^⑪

鉴于上述考虑和相关规定,尽管DEPA的模块化

安排允许缔约方选择特定模块加入,就特定义务作出承诺,但我国在加入谈判中仍有可能面临跨境数据流动与国内相关法律法规衔接的问题,关键在于如何兼顾数据安全和贸易发展,在数据自由流动和数据本地化以及各项重要利益之间寻求平衡点。^⑥首先,我国应明确数据跨境流动对于国家安全而言具有重要意义,不加限制的数据跨境流动有可能对我国国家安全、公民个人信息等重要利益造成损害。其次,作为数字经济第二大国和跨境电子商务最大市场,我国在保障数据流动上存在重大利益。随着数字贸易与“一带一路”建设的结合,“一带一路”投资正在向互联网等数据密集行业扩展,双边和区域的数据流动持续增长。因此,对数据跨境流动进行严格限制和要求数据本地化,并不完全符合我国的利益诉求。^⑦最后,为更好地衔接我国数据立法与DEPA在数据流动方面的规定,我国可在原则上允许数据跨境流动,并根据数据贸易发展需求确定本地化的范畴。具体而言,可针对不同类别的数据设立不同严格程度的流动标准:针对以国家安全为核心的重要敏感数据应坚持严格限制,明确“重要敏感数据”的内涵及范围,并在必要时考虑援引“安全例外”条款对相关义务予以豁免;针对其他类型的数据则根据其对于国家安全利益、公共利益、个人信息的影响程度选择不同的跨境流动开放程度。在数据本地化规制方面,也可基本遵循这一思路,除关键敏感数据外,原则上不要求完全的本地化存储,但在必要情况下须合理设置符合我国需要的本地化要求。

四、DEPA框架下的数字贸易新议题

DEPA不仅在CPTPP、RCEP所构建的数字贸易核心规则上进行了深化和细化,同时还涵盖了二者未涉及的一些新议题,包括模块八规定的金融科技、人工智能等。DEPA缔约方并非世界上的主要经济体,但高度依赖中小企业推动贸易发展。这些国家意识到协定成员国在数字经济发展水平上存在的差异,因此,模块十规定了对中小企业的保护,并体现了更多的数字包容性。

(一) 新兴趋势和技术

1. 金融科技规则

金融科技(FinTech)指的是技术发展带来的金融

创新,通过产生新的商业模式、应用、过程或产品,对金融市场、金融机构或金融服务的提供方式产生重大影响。DEPA第8.1条要求缔约方相互促进金融科技产业间的合作,包括金融科技部门企业间的合作、商业或金融部门金融科技解决方案的制定以及金融科技部门中的创业或创业人才合作。

2022年中国人民银行印发的《金融科技发展规划(2022-2025年)》指出,我国当前金融科技发展取得了一定成果,但发展不平衡不充分的问题依然存在,同时也缺少与其他经济体交流合作的经验。加入DEPA对我国在金融科技领域的发展与国际合作提出了新要求,但同时也应注意到,金融科技在提升效率和降低成本的同时,加剧了金融风险的扩散范围,包括数据安全风险、网络安全风险以及技术风险、监管风险等。^⑧因此,我国在对接DEPA规则时应重点关注两方面问题:一方面,应注重自身金融科技核心技术的发展,聚焦金融科技应用的前沿问题和主要瓶颈问题,加大关键软硬件技术金融应用的前瞻性与战略性研究攻关。同时,从金融科技企业、金融科技人才层面深化与DEPA其他成员国的合作机制。^⑨另一方面,为防范金融科技所引发的各类风险,应当加强金融科技审慎监管。通过明确治理主体的法律地位和治理权利、治理手段的制度依据和法律效力、治理对象的治理重点和规范构成,健全我国金融科技监管体系,完善金融科技现代化治理结构,实现金融科技发展与国家安全、数据安全、网络安全之间的协调与平衡。^⑩

2. 人工智能规则

人工智能(Artificial Intelligence)是一种通用技术,将其应用于贸易领域可以实现刺激创新、帮助企业从数据中创造价值和降低贸易成本。随着越来越多的企业开始将人工智能运用于其产品和服务,各国对于贸易政策和人工智能的交叉问题日益关注,不仅包括传统的人工智能监管问题,还包括人工智能在贸易领域的具体运用问题。^⑪DEPA缔约方认识到,为可信、安全和负责任使用人工智能技术而制定道德和治理框架具有相当的经济和社会重要性,协定第8.2条第3款要求缔约方努力促进采用人工智能技术的“伦理(Ethical)”和“治理(Governance)”两个层面

的框架。伦理框架是治理框架的基础,而治理框架则是伦理框架的具体体现。因此,应首先明确治理框架所遵循的人工智能基本伦理,在此基础上调动社会各方面资源,从技术、政策、道德、法律等多层面对人工智能的发展与建设加以引导和规制。DEPA进一步要求,缔约方在构建治理框架时,应考虑国际承认的原则或指南,包括可解释性、透明度、公平性和以人为本的价值观等。^⑥

人工智能伦理2016年以来受到了广泛关注,大量的伦理原则与伦理指南相继出台,以推进、规范与约束人工智能技术的研发与应用。2017年12月,全球工会联合会(UNI Global Union)提出《合伦理的人工智能十大原则》(Top Ten Principles for Ethical AI),这些原则包括“透明性、配备伦理黑匣子、为人类与地球服务、采用人类控制进路、无性别歧视与无偏见、利益共享,以及禁止军备竞赛”等。^⑦欧盟也注重人工智能规则构建,于2019年4月发布《可信任人工智能伦理指南》(Ethics Guidelines for Trustworthy AI),目标是推进可信赖人工智能(Trustworthy AI)的发展,在系统的全生命周期中需满足三个基本条件:合法的(lawful)、合伦理的(ethical)以及稳健的(robust)。^⑧同时,该文件还提出了可信赖人工智能的四条伦理准则:尊重人的自主性、预防伤害、公平性和可解释性。^⑨DEPA缔约方新加坡在推动人工智能规则建构上处于领先地位,从伦理框架和治理框架两方面为各国提供了重要的参考依据。^⑩2022年5月,新加坡发布了全球首个人工智能监管测试框架和工具集A. I. Verify,以培养公众对人工智能技术的信任,支持人工智能技术的广泛使用,并为人工智能的使用和发展提出了11个伦理准则。^⑪

我国近年来也在积极参与人工智能伦理与治理规则的构建。2019年6月,我国发布了《新一代人工智能治理原则:发展负责任的人工智能》,提出了人工智能发展应遵循“和谐友好、公平公正、包容共享、尊重隐私、安全可控、共担责任、开放协作与敏捷治理”八条原则。^⑫未来可在此基础上借鉴新加坡、欧盟等地经验,对人工智能伦理要求予以细化明确;在治理框架上,我国可从技术、政策和法律三个维度构建人工智能的治理体系。^⑬一是从技术上解决人工

智能面临的伦理风险,例如,逐步形成算法开发者和使用者信息披露的技术惯例,让算法接受公众的质询和监督,提升其可解释性和透明性;二是从政策层面对人工智能的发展进行引导,逐步推进人工智能标准化进程,在行业层面可制定人工智能伦理规范、企业层面设立人工智能伦理审查委员会等;三是从法律层面寻求人工智能发展与风险控制的平衡点,针对不同方面的问题推动不同程度的立法举措。对于技术实践相对成熟、共识较多的部分可尝试进行立法规制,对于发展相对处于起步阶段的领域,如自动驾驶、医疗等领域,则可在启动立法研究基础上逐步推动人工智能法律规则的构建。

(二)中小企业及数字包容规则

1. 中小企业规则

数字经济使中小企业(SMEs)可以快速便捷地与目标市场建立联系,为其参与国际贸易提供了良好机遇。对于新加坡、新西兰等中小经济体而言,虽然其数字经济发展处于国际前沿,但具有全球影响力的大型公司数量相对较少,因此这些国家较为注重中小企业的发展问题。^⑭DEPA模块十(“中小企业合作”)从开展中小企业相关合作、信息共享、中小企业对话三个方面进行了规定。

相较于RCEP和CPTPP,DEPA在中小企业问题上的规制更具特色:一是在合作机制上,RCEP、CPTPP覆盖的合作领域更广,DEPA则更关注中小企业在数字贸易、数字投资领域方面的利益(第10.2条);二是在信息共享机制上,RCEP、CPTPP对于共享的信息内容规制较为概括,DEPA则要求缔约方公开本协定相关信息以及与中小企业参与数字经济相关的各类信息(第10.3条);三是在对话机制上,RCEP只提及应构建中小企业联络点用于信息共享,CPTPP和DEPA则明确了对话机制的参与主体、对话内容,强调基于现有的国际平台组织对话等(第10.4条)。

中小企业合作在我国主导制定的RCEP中已有相应的规则框架,我国对此类规则的接受程度相对较高。在对接DEPA时,可构建围绕DEPA及相关数字贸易规则的网站,帮助中小企业加深对DEPA数字贸易规则的理解,同时构建与其他缔约方的对等网站,帮助其获得有益于数字贸易的信息。最后,推动

我国与其他国家的数字中小企业对话,可同步考虑利用 APEC、WTO、RCEP 等多边平台促进对话的开展。

2. 数字包容规则

数字包容(Digital Inclusion)旨在确保数字经济的所有参与者均有平等的机会和相当的技能,能够从广泛的数字技术和系统中受益。这一概念的引入是为了弥合由于不同区域、层面的群体所接触的数字设备、掌握的数字技能、具备的数字素养和拥有的数字资源不平等而导致的数字鸿沟,确保每个参与者能够自由平等地进入数字时代,达成社会包容的目标愿景。^⑥DEPA 模块十一规定了数字包容问题,纳入了针对原住民、妇女、农村人口和低收入社会经济群体的数字经济包容性规定,敦促缔约国消除数字包容障碍以扩大数字经济机会,为获得更多数字经济机会提供便利。习近平总书记曾多次强调应加强数字基础设施和能力建设,增强数字经济可及性,消弭数字鸿沟,让处于不同发展阶段的国家共享数字经济发展成果。^⑦我国在对接 DEPA 时可借鉴发达国家的经验,从政策制定、教育普及以及数字参与等方面推进数字包容。

五、DEPA 框架下的争端解决机制

DEPA 模块十四规定了争端解决机制,旨在提供高效公平透明的程序解决缔约方之间的争端,以应对数字贸易领域争端解决条款普遍不适用的问题。该模块包括正文 7 个条款,并有 3 个附件。附件 A 规定了争端解决机制的适用范围,附件 B 规定了调解机制,附件 C 规定了仲裁机制,该仲裁机制与 CPTPP 的国家间争端解决程序具有较大相似性,须由缔约一方政府向另一缔约方发起,大致分为磋商、请求组建仲裁庭、仲裁庭审查、发布初次与最终报告和执行五个步骤。

(一)DEPA 框架下争端解决机制的适用范围

根据 DEPA 规定,被排除在其争端解决范围之外的事项包括:(1)数字产品的非歧视性待遇(第 3.3 条);(2)使用密码技术的 ICT 产品(第 3.4 条);(3)数据跨境流动(第 4.3 条);(4)本地化要求(第 4.4 条)。^⑧除上述事项外,争端解决机制可适用于如下两方面的问题:(1)协定条款的解释和适用问题;(2)一缔约方认为另

一缔约方的措施不符合或将不符合协定的目标,或另一缔约方没有履行协定义务的情形。

与数字产品待遇及数据相关议题被排除在 DEPA 争端解决程序之外,主要是由于数字产品具有特殊性质,目前对此类产品尚未有明确统一的归类,无法确认其归属于货物还是服务。国际层面尚无成熟的争端解决实践,各国倾向于保留对此类议题的国内审查权。例如,大多数国家对于含有密码技术的货物出口往往施加限制,涉及这些货物的争端一般由专门的司法或准司法机构进行审理。^⑨与数据跨境流动有关的议题被排除则是因为该议题涉及较多的国内政策调整问题,各国对此分歧较大,不愿意采用仲裁等准司法模式而倾向于通过协商的方式加以解决。^⑩这种排除性做法虽然在一定程度上限制争端解决机制的适用范围,但避免了各国由于国内政策保留的考量而拒绝接受 DEPA 争端解决机制的情形,有助于提高各国适用协定争端解决机制的积极性。

DEPA 规定起诉方可以选择适用 DEPA 或其他经贸协定中的争端解决机制。^⑪同时应注意到,涉及被排除事项的 DEPA 条款基本上是在重申或确认 DEPA 缔约方在 CPTPP 项下已作出的承诺。CPTPP 争端解决机制可适用于所有缔约方就数字经济相关规则引发的,包括被 DEPA 争端解决机制排除的几个事项上的争端。因此,对于 DEPA 缔约方而言,如果发生基于上述被排除事项的争端,虽无法诉诸 DEPA 模块十四规定的争端解决机制,但可考虑将这些争端采用 CPTPP 争端解决程序。为避免 DEPA 与其他区域贸易协定如 RCEP、CPTPP 及 WTO 争端解决机制的管辖权冲突,DEPA 引入了争端解决场所选择机制(Choice of Forum),类似于投资协定中的岔路口条款(Fork-in-The-Road Clause),即如果当事方选择了 DEPA 争端解决机制,则将视为放弃将争端提交给其他同类机制的权利。^⑫自由贸易协定中常见类似条款。^⑬这在一定程度上可减轻因大量区域协定引发的争端解决机制碎片化现象,有利于增加争端解决的确定性。^⑭

(二)DEPA 争端解决机制中的调解

DEPA 附件 14-B 规定的调解机制涉及调解程序

的诸多方面,包括争端各方提供所要求的信息、调解程序的启动、调解员的选择、共同商定的解决方案的实施、调解的时间限制、调解程序的保密性及调解费用等。

关于调解程序的启动,DEPA规定一方可以在任何时候与其他缔约方就协定第14.3条所述的任何事项进入调解程序。^⑤在调解程序启动前,任何一方可以书面要求其他方提供与第14.3条有关的信息。DEPA鼓励各缔约方在启动调解程序之前利用这一规定,以确保对调解涉及的争议有充分了解。^⑥在调解员的选择上,DEPA要求各方在调解程序启动后10日内就调解员达成合意,如未能在该时限内达成合意,则任何一方可要求WTO总干事进行指定。若WTO总干事通知各方表示无法参加调解程序,或未能在时限内指定调解员,任何一方可要求常设仲裁法院秘书长指定调解员。除非调解各方另有约定,调解员不得为任何一方的国民,也不得受雇于任何一方。调解员应根据《关于解决争端的规则和程序的谅解》(以下简称DSU)中的行为规则行事。^⑦

调解程序应遵循一定规则。在指定调解员后10日内,发起调解程序的一方当事人应向调解员和另一方提供一份书面说明,写明争议的核心问题、涉及的措施以及提起争端解决程序的法律依据,另一方可对前述说明进行书面评论。^⑧调解员职责较灵活多样,包括组织调解各方之间的会议、征求各方的共同或单独意见、寻求相关专家和利益相关方的协助咨询并提供调解各方所要求的任何额外支持等,只要这些活动能促进争端的解决并以公正、透明的方式进行。^⑨DEPA还规定了调解程序的中止(依调解一方的书面通知)和终止(共同解决方案通过、调解各方达成协议、调解人与各方协商后书面声明以及任何一方的书面通知)事由。^⑩除非调解各方另有约定,调解程序的所有步骤,包括任何建议的解决方案均应保密。但调解的任何一方可向公众披露正在调解的事实。^⑪调解各方应共同承担因组织调解程序所产生的费用,包括调解员报酬和费用等。^⑫上述规则充分尊重调解各方意思自治,同时体现了调解机制在解决经贸争端时灵活、便捷的特点。

对于调解所达成的协议,首先,DEPA允许调解

员提出建议性解决方案供各方考虑,但各方并无义务接受这一建议。为推进争端解决,各方应努力在任命调解员后的60日内达成解决方案。在达成最终解决合意之前,各方可考虑先达成临时性的解决方案,尤其是争议措施涉及易腐烂货物、季节性货物或容易迅速失去贸易价值的服务时。^⑬其次,为确保最终调解方案充分反映各方诉求,任何一方可要求调解员出具一份书面事实报告的草案,说明争议措施、争端解决程序以及各方商定的解决方案。各方可对这一草案进行评论,调解员对这些评论进行考虑后提交一份最终的书面事实报告。^⑭最后,如果各方已就调解解决方案达成一致,则应采取必要措施,在商定时间内执行该方案。执行方应以书面形式,告知另一方为执行解决方案而采取的任何步骤或措施。^⑮DEPA未明确当事方拒绝执行解决方案的后果,各方在调解机制下达成的解决方案本质上仍属于国家间“协议”,是否履行取决于当事方的自愿。因此,DEPA虽在一定程度上明确了调解方案的拘束力,但由于缺乏配套监督机制与执行路径,可能导致其可执行性受限。^⑯

(三)DEPA争端解决机制中的仲裁

DEPA附件14-C规定了争端解决中的仲裁程序,与CPTPP、RCEP相关规定有差异,体现在专家组(仲裁庭)的设立与组成、职权范围、对协定的解释与适用、裁决(报告)的作出等方面。例如,CPTPP规定的磋商请求是书面的,DEPA则允许磋商请求使用各方同意的任何技术手段,这体现了DEPA作为数字时代诞生的经贸协定所具有的技术性特色。^⑰在仲裁程序框架上,DEPA与其他经贸协定类似,在程序启动、仲裁员选任与职权、仲裁案件审理等程序性事项上充分体现了对争端各方意思自治的尊重。^⑱

就仲裁程序启动而言,DEPA要求争端方在正式提起仲裁程序之前进行磋商,^⑲除磋商方外,其他缔约方如认为自身在争议事项上有重大利益,也可以在通知其他缔约方后参与磋商。^⑳如果各方未能按时通过磋商解决争议,提起磋商的一方可以请求成立一个仲裁庭,就争议问题作出裁决。与WTO和CPTPP将磋商作为设立专家组前置程序的做法相同,DEPA将磋商作为启动仲裁前的必经程序,体现

了对于此类替代性纠纷解决方式的重视。RCEP弱化了磋商要求,仅原则性规定各方“可以(may)”请求另一缔约方就协定相关事项进行磋商,并要求被诉方应对磋商请求给予“适当考虑和充分机会”。两种做法各有利弊,前者强调磋商的程序性功能但容易导致其流于形式,后者允许当事方基于自身需求自行选择是否进行磋商,缺少磋商程序的缓冲可能导致仲裁增多,留下了滥诉的隐患。^⑩

在仲裁员选任上,DEPA允许起诉方和应诉方各自指定一名仲裁员,首席仲裁员尽可能由各方协商选定。与调解程序类似,如果各方未能在仲裁请求送达30日内就仲裁庭主席的任命达成一致,任何一方均可请求WTO总干事进行任命,若总干事无法出席或未能在时限内指定其余的仲裁员,则任何一方可要求常设仲裁法院秘书长进行指定。若仲裁员因故无法出席,则各方应按原仲裁员的选定办法重新指定一名仲裁员,在此之前仲裁程序应当中止。CPTPP和RCEP则对专家组成员范围进行了限定,要求缔约方建立专家组主席名册。在争端方无法就专家组主席人选达成一致时,由已经选定的两名专家组成员通过协商一致、征求争端方意见、随机挑选等方式从专家组主席名册中选任主席,还可委托独立第三方任命。^⑪

DEPA对仲裁庭的职权范围进行了严格限定,仅限于:(1)审查是否存在第14C.2条中组成仲裁庭的事由;(2)根据第14C.10条的规定作出裁决,但允许当事方在提交仲裁请求后对仲裁庭的职权另行约定。^⑫与此同时,DEPA对仲裁员资质提出了较高要求,包括:(1)具有法律、国际贸易、数字经济、争端解决等专业知识或经验;(2)严格按照客观性、可靠性和正确的判断选择;(3)独立于任何缔约方,也不接受任何缔约方的指示;^⑬(4)遵守DSU的行为规则;(5)不得曾经参加DEPA项下的斡旋与调解程序。^⑭上述要求与仲裁庭履职的内容关系密切,仲裁庭在对协定进行解释和适用时,应当:(1)根据《维也纳条约法公约》第31条、第32条中的国际法解释规则对DEPA条款进行审议;(2)对于DEPA中涉及的WTO协定条款,仲裁庭还应当考虑WTO争端解决机构通过的专家组、上诉机构报告作出相关解释;(3)在不增加缔约方权

利义务的前提下作出裁决、解释。^⑮这些规则通过对仲裁庭审理案件的路径进行严格规定,减少了仲裁庭越权仲裁的可能性,进而保障了仲裁程序的公正性与独立性。

完成案件审理后,仲裁庭应根据DEPA规定、争端方和任何第三方所提交的材料等出具一份初步报告,该报告应涉及仲裁庭对事实的认定、对“争议措施是否与协定中的义务不一致”或“某一缔约方是否履行了协定项下的义务”等问题进行的判断、仲裁庭在职权范围内作出的任何决定、对争端解决的建议作出裁决和决定的理由等。^⑯在初步报告作出后30日内,除非争端各方另有约定,仲裁庭应作出最终报告。^⑰

DEPA的仲裁裁决执行制度与WTO、CPTPP和RCEP裁决或建议的执行类似,提供了“消除不符措施和补偿”和“中止利益”两种路径。如果仲裁庭在最终报告中认定某项争议措施不符合协定义务,或一缔约方未能履行协定义务时,被诉方应尽可能消除不符的措施。若被诉方决定不消除不符的措施,或争端各方就是否已消除不符的措施存在分歧,各方应当进行谈判,以达成补偿协议。^⑱如各方在规定期限内未能达成补偿协议或起诉方认为应诉方没有遵守协议,则起诉方可书面通知应诉方中止具有同等效力的利益。如果被诉方认为拟中止的利益水平过高或起诉方未遵循协定要求的原则和程序或者其已取消了仲裁庭认定的不符措施,可请求仲裁庭重新审议该事项。^⑲CPTPP在补偿和中止利益之外进一步规定了货币赔偿的执行方式。^⑳DEPA规定,无论是补偿还是中止利益,均应作为临时措施,而通过取消不符协定义务措施的执行更全面可取。^㉑但究竟应以遵守义务还是以义务再平衡的方式执行裁决,尤其是在裁决或建议执行的过程中,遵守协定自身义务的执行路径是否应当放在优先地位,国际上存在分歧。^㉒从条文规定看,DEPA更倾向于缔约方以遵守协定义务的方式,而非替代补偿或接受中止利益的方式去执行仲裁裁决。

(四)DEPA争端解决机制与我国的加入谈判

DEPA争端解决机制排除了对数字产品相关待遇及数据相关争端的适用,对我国而言,接受其他事项上的调解和仲裁解决机制应不存在实质上的困

难。鉴于DEPA争端解决机制与RCEP/CPTPP等经贸协定在框架或内容上存在相似性,我国可在这些协定的争端解决中积累经验,熟悉各协定下的调解和仲裁等程序规则。同时,DEPA仲裁机制的设计借鉴了WTO专家组程序中的理念和程序,这对我国的经贸争端解决实践而言并不陌生。对于DEPA移植的WTO争端解决规则,可对相关专家组及上诉机构报告进行研究,掌握WTO所发展的争端解决法理。此外,DEPA仲裁庭作出的最终报告对争端方有拘束力。鉴于目前WTO上诉机构遭遇的危机,即使选择WTO争端解决机制,除非被告方同为多边临时上诉机制(Multi-Party Interim Appeal Mechanism, MPIA)成员或同意通过DSU第25条进行上诉,否则较难期待通过上诉程序解决争端。^⑩在此意义上,关注DEPA争端解决机制中的调解和仲裁程序,也是我国在加入DEPA谈判中应注意的问题。

六、结语

DEPA作为中小经济体提出的世界第一份数字贸易协定,对数字经济和贸易规则进行了细化与拓展,其吸引力在于其对数字经济问题的独特关注。DEPA创新性地采取模块式组合和非整体性约束承诺框架方式,更具灵活性、可扩展性及互操作性,可超越贸易环境为全球数据治理问题提供更好的解决方案,有利于迅速制定数字经济这一关键领域的规则和规范,而无须经历漫长复杂的谈判过程。

在全球数字经济迅速发展和我国成为数字经济大国背景下,党的二十大报告适时提出加快发展数字经济,促进数字经济和实体经济深度融合,打造具有国际竞争力的数字产业集群,推动货物贸易优化升级,创新服务贸易发展机制,发展数字贸易,加快建设贸易强国。申请加入DEPA符合我国进一步深化国内改革和扩大高水平对外开放的方向,有助于我国在新发展格局下加强数字经济领域合作、促进创新和可持续发展,并为全球数字经济发展注入持久动力。在规则层面,我国申请加入DEPA的挑战主要在于跨境数据流动、数据存储非强制性本地化以及数字产品的非歧视待遇等。对于这些问题,我国需在国内立法和执法层面进一步完善,更好地衔接DEPA规则,从而加速我国的谈判进程。这既是我国

加快数字贸易领域改革开放需求的体现,也将有利于我国在数字贸易全球规则 and 标准方面占据主动权,逐步夯实我国在全球数字经济治理领域的影响力和话语权。

注释:

①参见黄家星:《国际数字贸易规则碎片化:现状、成因及应对》,载《太平洋学报》2022年第4期。

②参见陈寰琦:《国际数字贸易规则博弈背景下的融合趋向——基于中国、美国和欧盟的视角》,载《国际商务研究》2022年第3期。

③参见石静霞:《世界贸易组织谈判功能重振中的“联合声明倡议”开放式新诸边模式》,载《法商研究》2022年第5期。

④WTO, Joint Initiatives, at https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Browse/FE_B_009.aspx?TopLevel=10785(Last Visited on Oct. 24, 2022).

⑤WTO, WTO Electronic Commerce Negotiations Consolidated Negotiating Text—December 2020, INF/ECOM/62/Rev. 1, Dec.14, 2020, at https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/wto_plurilateral_ecommerce_draft_consolidated_text.pdf(Last Visited on Oct. 24, 2022), p. 1.

⑥WTO, E-Commerce Talks Progress, Aim at Issuing a Revised Negotiating Text by End-2022, at https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/ecom_28oct22_e.htm(Last Visited on Oct. 31, 2022).

⑦See Rachele Taheri, et al., DEPA: The World's First Digital-Only Trade Agreement, Oct. 7, 2021, at <https://www.asiapacific.ca/publication/depa-worlds-first-digital-only-trade-agreement>(Last Visited on Oct. 27, 2022).

⑧李扬主编:《中国数字经济高质量发展报告(2022)》,社会科学文献出版社2022年版,第3页。

⑨参见刘斌、崔楠晨:《国际经贸规则量化分析成果:数字贸易规则与中国制度型开放:未来向度和现实进路》,载《中国特色社会主义研究》2022年第2期。

⑩《中方正式提出申请加入〈数字经济伙伴关系协定〉》,载中华人民共和国商务部官网, <http://www.mofcom.gov.cn/article/sywxwb/202111/20211103213288.shtml>, 2022年10月27日访问。

⑪《中国加入〈数字经济伙伴关系协定〉(DEPA)工作组正式成立》,载中国政府网,http://www.gov.cn/xinwen/2022-08/23/content_5706451.htm,2022年10月28日访问。

⑫《习近平出席二十国集团领导人第十六次峰会第一阶段会议并发表重要讲话》,载中国政府网,http://www.gov.cn/xinwen/2021-10/30/content_5647891.htm,2022年10月27日访问。

⑬习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,载中国政府网,http://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm,2022年10月26日访问。

⑭See OECD, WTO, IMF, Handbook on Measuring Digital Trade, Version 1, 2020, at <https://www.oecd.org/sdd/its/Handbook-on-Measuring-Digital-Trade-Version-1.pdf>(Last Visited on Oct. 31, 2022), p. 33.

⑮See WTO, Work Programme on Electronic Commerce—Submission from the United States, WT/GC/16, Feb. 12, 1999; See also WTO, Work Programme on Electronic Commerce—Submission from the United States—Revision, WT/GC/W/493/Rev. 1, Jul. 8, 2003; WTO, Work Programme on Electronic Commerce—Communication from the United States, WT/GC/W/551, Oct. 28, 2005.

⑯See WTO, Work Programme on Electronic Commerce—Classification Issue—Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, May 9, 2003.

⑰参见[哈萨克斯坦]伊万·沙拉法诺夫、白树强:《WTO视角下数字产品贸易合作机制研究——基于数字贸易发展现状 & 壁垒研究》,载《国际贸易问题》2018年第2期。

⑱CPTPP, Art. 14.1.

⑲DEPA, Art. 3.1.

⑳参见石静霞:《数字经济背景下的WTO电子商务诸边谈判:最新发展及焦点问题》,载《东方法学》2020年第2期。

㉑DEPA, Art. 3.2.

㉒See WTO, Work Programme on Electronic Commerce—Ministerial Decision Adopted on 17 June 2022, WT/MIN(22)/32, Jun. 22, 2022.

㉓See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from Canada, INF/ECOM/34, Jun. 11, 2019; See also WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from Singapore, INF/ECOM/25, Apr. 30, 2019.

㉔See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments Relating to Electronic Commerce—Communication from the European Union, INF/

ECOM/22, Apr. 26, 2019.

㉕See WTO, The E-Commerce Moratorium and Implications for Developing Countries—Communication from India and South Africa, WT/GC/W/774, Jun. 4, 2019, para. 2.

㉖See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from China, INF/ECOM/19, Apr. 24, 2019, para. 3. 7.

㉗RCEP, Chapter 14, Art. 12. 11.

㉘《中国—澳大利亚自由贸易协定》第十二章第3条;《中国—韩国自由贸易协定》第13.3条。

㉙例如,《关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》第1条规定:“跨境电子商务零售进口商品按照货物征收关税和进口环节增值税、消费税。”

㉚CPTPP, Art. 14. 3; DEPA, Art. 3. 2(1).

㉛See Fay, et al., The Digital Economic Partnership Agreement: Should Canada Join? Centre for International Governance Innovation Policy Brief No. 171, Jan. 2022, p. 3.

㉜See European Commission, Proposal for a Council Directive Laying Down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence, COM (2018)147 final, Mar. 21, 2018, p. 2.

㉝See European Commission, Proposal for a Council Directive on the Common System of a Digital Services Tax on Revenues Resulting from the Provision of Certain Digital Services, COM (2018)148 final, Mar. 21, 2018, pp. 15–16.

㉞Ministere de L' Economie et des Finances, Project de loi Relative a la Taxation des Grandes Entreprises du Numerique, Mar. 6, 2019, at <https://src.bna.com/F9D> (Last Visited on Oct. 31, 2022).

㉟美国自2019年7月起首次对法国展开长达4个月的301调查,自2020年6月起美国又对欧盟、印度等10个贸易伙伴的数字税再次开启301调查,以确定该法案是否存在歧视且对美国商业构成损害。See USTR, Report on France's Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974, 2 December 2019.

㊱See OECD, Developing Countries and the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Oct. 2021, p. 4.

㊲《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》第十八章第4条。

㊳参见周文、韩文龙:《平台经济发展再审视:垄断与数字税新挑战》,载《中国社会科学》2021年第3期。

③⑨参见茅孝军:《新型服务贸易壁垒:“数字税”的风险、反思与启示》,载《国际经贸探索》2020年第7期。

④⑩See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from the United States, INF/ECOM/5, Mar. 25, 2019, para. 3.1; See also WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from Singapore, INF/ECOM/6, Mar. 25, 2019, para. 1.1.

⑪参见刘佳奥:《WTO规则下数字产品的法律属性研究》,载《国际法学刊》2022年第1期。

⑫参见中国信息通信研究院:《全球数字经济规则年度观察报告(2022)》,载 <http://www.caict.ac.cn/english/research/white-papers/202208/P020220819523522724675.pdf>, 2022年10月27日访问。

⑬参见CPTPP第八章“技术性贸易壁垒”、附件8—B信息和通信技术产品—A节:使用密码的信息和ICT产品。

⑭DEPA, Art. 3.4.

⑮See Joshua P. Meltzer, Peter Lovelock, Regulating for a Digital Economy—Understanding the Importance of Cross-Border Data Flows in Asia, *Global Economy & Development at BROOKINGS*, Mar. 17, 2018, p. 5.

⑯CPTPP, Art. 14.8.

⑰DEPA, Art. 4.2(3).

⑱New Zealand Privacy Bill, Schedule 9, Basic Principles of National Application set out in Part Two of OECD Guidelines, 2018.

⑲See New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, Digital Economy Partnership Agreement National Interest Analysis, Jun. 2020, p. 15.

⑳See The International and Comparative Law Research Center, Rules for Digital Trade: The Digital Economy Partnership Agreement(DEPA), 2020, para. 49.

㉑DEPA, Art. 4.2(5).

㉒《个人信息保护法》第13~27条。

㉓同注㉒,第3条。

㉔See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce—Communication from the United States—WTO Agreement on Digital Trade, INF/ECOM/23, Apr. 26, 2019.

㉕参见谭观福:《数字贸易中跨境数据流动的国际法规制》,载《比较法研究》2022年第3期。

㉖RCEP, Chapter 12, Art. 15(3).

㉗See Marta Soprana, The Digital Economy Partnership

Agreement(DEPA): Assessing the Significance of the New Trade Agreement on the Block, *Trade Law and Development*, Vol. 2021 (13), p. 157.

㉘参见鄢雨虹:《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》,载《兰州学刊》2022年第3期。

㉙与《数据安全评估办法》类似,“其他领域”的数据跨境流动监管要求多规制于行政法规和部门规章之中。例如,《地图管理条例》第34条规定:“互联网地图服务单位应当将存放地图数据的服务器设在中国境内,并制定互联网地图数据安全管理制度和保障措施。”《征信业管理条例》第24条规定:“征信机构在中国境内采集的信息的整理、保存和加工,应当在中国境内进行。”《网络安全审查办法》第7条要求:“掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市,必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。”《汽车数据安全管理若干规定(试行)》第21条也要求:“汽车数据处理者应当将重要数据依法在境内存储,因业务需要确需向境外提供的,应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的安全评估。”

㉚《个人信息保护法》第4条。

㉛参见张晓君、屈晓濛:《RCEP数据跨境流动例外条款与中国因应》,载《政法论丛》2022年第3期。

㉜参见石静霞:《数字经济背景下的WTO电子商务诸边谈判:最新发展及焦点问题》,载《东方法学》2020年第2期。

㉝参见李瑛:《金融科技风险下的监管转型研究》,载《当代经济管理》2022年第2期。

㉞参见周念利、于美月:《中国应如何对接DEPA——基于DEPA与RCEP对比的视角》,载《理论学刊》2022年第2期。

㉟参见袁康:《金融科技风险的介入型治理:一个本土化的视角》,载《法学论坛》2021年第4期。

㊱参见翁国民、宋丽:《数据跨境传输的法律规制》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2020年第2期。

㊲DEPA, Art. 8.2(4).

㊳UNI Global Union, Top Ten Principles for Ethical AI, 2017, pp. 6-9.

㊴European Commission, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 2019, p. 5.

㊵Id., p. 12.

㊶新加坡于2019年发布《一个人工智能监管模式框架范例》,帮助私人企业梳理使用人工智能科技时需要应对的道德和监管问题。这一框架从人工智能使用过程的四个方面拟出道德指导原则和措施,包括内部监管、人工智能抉择的风险管理、运营管理以及消费者关系管理。See IMDA/PDPC, Model

AI Governance Framework(Second Edition), 2020, pp. 19-53.

⑫ See IMDA/PDPC, Invitation to Pilot AI Governance Testing Framework & Toolkit, 2022, para. 10.

⑬《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》，载中华人民共和国科学技术部官网，https://www.most.gov.cn/kjbgz/201906/t20190617_147107.html，2022年11月9日访问。

⑭参见陈磊等：《人工智能伦理准则与治理体系：发展现状和战略建议》，载《科技管理研究》2021年第6期。

⑮ See IMDA, SMEs Go Digital factsheet, Helping SMEs Go Digital, Mar. 4, 2022, para. 1; See also OECD, Financing SMEs and Entrepreneurs 2020: An OECD Scoreboard, New Zealand, at <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/a819a8fe-en/index.html?itemId=/content/component/a819a8fe-en>(Last Visited on Oct. 26, 2022).

⑯ See Bianca Reisdorf & Colin Rhinesmith, Digital Inclusion as a Core Component of Social Inclusion, Social Inclusion Vol. 2020(8), p. 132-137.

⑰习近平：《携手构建亚太命运共同体——在亚太经合组织第二十七次领导人非正式会议上的发言》，载中国政府网，http://www.gov.cn/gongbao/content/2020/content_5567740.htm，2022年10月27日访问。

⑱ DEPA, Annex 14-A.

⑲参见钟立国：《论区域贸易协定争端解决机制的模式及其选择》，载《法学评论》2012年第3期。

⑳ See The International and Comparative Law Research Center, Rules for Digital Trade: The Digital Economy Partnership Agreement(DEPA), 2020, para. 106.

㉑ DEPA, Art. 14.7(1).

㉒ Id. Art. 14.7(2).

㉓ CPTPP, Art. 28.4; RCEP, Chapter 19, Art. 5; Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America, Art. 20.4(3)(c).

㉔参见张建：《RCEP背景下国际贸易争端解决机制的创新与完善》，载《中国政法大学学报》2022年第2期。

㉕ DEPA, Art. 14B.2(3).

㉖ Id. Art. 14B.1.

㉗ Id. Art. 14B.3(1)-(4).

㉘ Id. Art. 14B.4(1)-(2).

㉙ Id. Art. 14B.4(3).

㉚ Id. Art. 14B.4(9)-(10).

㉛ Id. Art. 14B.7.

㉜ Id. Art. 14B.8.

㉝ Id. Art. 14B.4(6).

㉞ Id. Art. 14B.4(7)-(8).

㉟ Id. Art. 14B.5.

㊱参见陆一戈：《〈新加坡调解公约〉框架下国际和解协议执行及我国回应》，载《经贸法律评论》2022年第4期。

㊲ See The International and Comparative Law Research Center, Rules for Digital Trade: The Digital Economy Partnership Agreement(DEPA), 2020, para. 104.

㊳参见李贤森：《国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评〈仲裁法〉的修改》，载《法学》2022年第4期。

㊴ DEPA, Art. 14C.1(1).

㊵ Id. Art. 14C.1(3).

㊶参见孔庆江：《RCEP争端解决机制：为亚洲打造的自贸区争端解决机制》，载《当代法学》2021年第2期。

㊷ RCEP, Chapter 19, Art. 11.7; CPTPP, Art. 28.9.

㊸ Id. Art. 14C.3.

㊹仲裁庭主席不能是争端方的国民或受雇于争端一方。

㊺ DEPA, Art. 14C.5(1).

㊻ Id. Art. 14C.6(3).

㊼ Id. Art. 14C.10(4).

㊽ Id. Art. 14C.11

㊾ Id. Art. 14C.12

㊿ Id. Art. 14C.13.

㉑ CPTPP, Art. 28.20(7).

㉒ DEPA, Art. 14C.13(7).

㉓参见韩逸畴：《再论WTO执行法律本质：遵守抑或再平衡》，载《现代法学》2014年第6期。

㉔参见石静霞：《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉：基于仲裁的上诉替代》，载《法学研究》2020年第6期。