

DEPA 个人信息跨境流动的规则检视与中国法调适

宋云博

【摘要】数字经济背景下,世界主要国家均在积极探索协调个人数据信息保护规则与跨境自由流动规则。《数字经济伙伴关系协定》(DEPA)要求成员国寻找到个人数据信息跨境自由流动及其安全权益保护的合理平衡点,以期形成统一的个人信息跨境流动保护与监管的合作机制。我国正推进加入DEPA谈判,但国内法关于个人数据信息跨境流动的规则,与DEPA有关规则之间存在立法理念目标、规则设计目的和限制判定标准等方面的差异。中国式涉外法治现代化语境下,为更好调适融通我国国内法与DEPA的个人信息跨境流动规则以促进数字贸易发展,应合理援引例外条款维护国家主权安全利益,完善个人信息保护可信任标志及认证制度,厘清需要严格保护的个人信息范围与内容,加强与DEPA成员国之间的个人信息跨境流动保护与监管合作机制。

【关键词】个人信息;跨境流动规则;中国法调适;中国式涉外法治现代化

【作者简介】宋云博,西南政法大学教授,区域国别学院(中国—东盟法律研究中心副秘书长)研究员(重庆401120)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2024.1.135~144

【基金项目】国家社科基金重大项目“全面提升社会治理法治化水平研究”(23ZDA080);教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国式现代化的涉外法治内涵体系研究”(23YJA820023)。

一、问题的提出

在经济全球化时代,数字经济的迅猛发展必然促进个人数据信息跨境流动。然而,个人数据信息的跨境流动并不等于“跨境倒卖”,二者的根本区别在于是否是在信息主体的“合理预期”范围内使用个人信息。^①许多发展中国家认为,个人信息跨境流动会损害自身主权和政治文化完整性,因而以限制出口数据类型、实施歧视性技术标准等方式阻碍本国个人信息向境外流动。一方面,面对日益加剧的“信息垄断”和“信息鸿沟”,公民对个人信息保护的诉求出现了爆发性增长。作为数字经济发展动力的数据开放共享机制与公民对个人信息保密性、隐秘性的需求之间随之产生冲突。^②另一方面,在数字全球化

引发的全局性和系统性变革的背景下,全球数字经济“治理赤字”的问题愈发明显。这主要表现在国际统一规则的缺位、与个人信息数据流动监管有关的国内法与国际法之间的矛盾与差异。^③为此有学者提出,应加强“包容审慎监管”,建立容错机制以激励市场与政府探索创新。^④从国际法治层面看,国际协定则倾向于促进信息跨境流动。一些国际组织先后出台了关于个人信息跨境流动的框架规则或指南,如经济合作与发展组织(下称OECD)出台的《关于隐私保护和个人数据跨境流动的指南》,亚太经济合作组织(下称APEC)制定的“隐私保护框架协议”等。欧盟则有1995年出台的《第95/46/EC号保护个人在数据处理和自动移动中权利的指令》、2018年生效的

《欧盟数据保护通用条例》(GDPR)、2021年签订的《欧盟—英国贸易与合作协定》(EU-UKTCA)以及2022年制定的《数字市场法》(DMA)和《数字服务法》(DSA)等,以明确市场主体的权利义务,提高个人信息保护水平,规制数据跨境流动;^⑤抑或是新的“欧洲数据殖民化”。^⑥美国不仅通过APEC形成了跨境隐私机制(下称CBPR)体系,还在其自由贸易协定中(下称FTA中)加入跨境数据流动条款,如《美加墨协定》《美日数字贸易协定》等。RCEP规则也对电子商务信息自由跨境传输和保护线上消费者及个人信息等做了规定。数据流动是《数字经济伙伴关系协定》(DEPA)的重要议题之一,该条约为成员国提供了一套个人信息保护框架,要求各缔约方在规则体系内寻找到个人数据信息跨境自由流动及其安全权益保护的合理平衡点,以期形成统一的个人信息跨境流动保护与监管的合作机制。从国内法治层面看,各国国内法常以保护数据安全为重心。据联合国贸发会统计,目前已有128个国家制定了数据和隐私保护法律,其中大多数国家将个人信息和数据处理中的主体权利视为与隐私权并行的公民基本权利。中国也开展了跨境数据流动相关立法,如先后制定2004年《电子签名法》、2016年《网络安全法》、2018年《电子商务法》、2021年《个人信息保护法》、2021年《数据安全法》等基础性、综合性、全局性法律。由此不难发现,如何构建针对个人信息跨境流动及其保护的规则体系涉及多方面问题,而这引发了看似难以调和平衡的内在矛盾,即数字经济发展催化下的个人信息保护与数字信息跨境流动之间的矛盾。^⑦目前,国际上已基本实现了对个人信息跨境利用和共享的合作,但未能实现保护规则体系之间的协同,甚至很大程度上存在“高度碎片化”。^⑧这主要是因为各区域、各国家之间的保护水平不均衡,理论基础不协调和干预思维不一致,信息安全和信息自由流动二者在世界范围内的平衡关系尚未建立。例如,美国法更注重个人信息的利用,以促进数据产业的发展,而欧盟法更注重个人信息权利的保护^⑨。

党的十八大以来,中国大力实施网络强国战略、国家大数据战略,先后印发《数字经济发展战略》

《“十四五”数字经济发展规划》《数字经济及其核心产业统计分类(2021)》《数字经济对外投资合作工作指引》等规范性文件,加快推进数字产业化和产业数字化,数字经济总体规模连续多年位居世界第二。党的二十大报告再次明确,要“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。”“发展数字贸易,加快建设贸易强国。”在WTO多边框架内谈判进展受阻,其成员国纷纷将数字贸易规则纳入区域自由贸易协定安排的大背景下,中国在签署并通过RCEP之后积极申请加入DEPA无疑具有重要现实意义。然而,在中国式涉外法治现代化语境中,在国内法对个人信息保护体系尚需进一步细化完善的情况下,加入DEPA无疑也给我我国相关立法实践提出了明确方向和更高要求。因此,如何使我国国内法与DEPA规则原则更为协调,在完善我国个人信息跨境流动保护规制的同时达成更广范围内数据跨境自由流动的协同性,则极具现实意义和理论意义。^⑩这将有助于为全球数字经济发展与治理提供“中国方案”,也有利于推进我国涉外法治与国际法治规则体系的进一步调适和融通,^⑪在数字法治领域促进中国式涉外法治现代化。

二、对DEPA个人信息跨境流动规则的检视分析

伴随着数字经济的迅猛发展,个人数据信息在全球范围内的自由流动更为频繁。需要明确的是,此处所指“个人信息跨境流动”主要是指个人信息以互联网为途径,以商业性使用为目的,在位于不同国家网络服务器之间的,或在位于不同国家信息收集者和使用者之间的储存、访问、修改和删除的过程。^⑫其核心内容是指以电子、字节为传输和保存介质,进而完成的个人信息跨越国境的流动。这种流动的本质是计算机代码的复制,其传输并不会导致个人信息的损耗,亦不具有排他性质。^⑬正是充分认识到了数字经济中存在与贸易有关的壁垒和包容性经济增长的重要性基础,DEPA协定明确:应当更新全球规则,协调国内国际数字经济政策和在数字经济有关事项方面开展伙伴合作,进而使得信息要素

流动与数字经济规则更相适应,因而集中在其第四章关于数据问题(data issues)、第五章关于更广泛的信任环境(wilder trust environment)中对“个人信息跨境流动”的规则进行了规定。其内容主要体现在以下几方面:

第一,DEPA规定了“个人信息保护规则”。一方面,DEPA第4.2.3条要求缔约方应采用或维持为数字贸易用户的个人信息提供保护的框架,该法律框架应当考虑相关国际机构的原则和指南,并依据以下原则:收集限制,数据质量,用途说明,使用限制,安全保障,透明度,个人参与和责任。DEPA虽并未像《美加墨贸易协定》(USMCA)一样明确要求缔约方遵循《亚太经合组织隐私框架》(APEC隐私框架)和《经合组织关于隐私保护和个人数据跨境流动指南》(OECD指南),但也指出:这两个规则体系仍是缔约方应当考虑的框架。DEPA的保护原则规定能有效提高各缔约方个人信息保护规则的兼容性和交互操作性。另一方面,DEPA虽然允许各缔约方根据本国实际情况,通过不同法律方法实现对个人信息的保护,但仍要求缔约方对违反个人信息保护的行为采取非歧视做法和公布个人寻求救济、企业信息合规的方式。事实上,这一问题在学界一直存在着争议。譬如,我国有学者从个人信息财产权保护的角度出发认为:承认个人信息的财产权属性和商业价值一方面能使商家在使用个人信息时考虑成本因素,进而避免过度收集和利用个人信息;另一方面能使个人在其信息受到侵犯后,能要求侵权者依其所获利益为标准而获得赔偿,故而具有合理性。^⑩也有学者从比较法的角度诠释了个人信息的自决权,认为个人数据自决权保护并非以阻碍信息交流、经济发展为目的,而应该用法律的手段保护个人信息自决权,进而使个人信息融入产品、服务和程序,实现经济更健康的发展。^⑪对此,国外也有学者持不同理解与看法。例如,杰瑞·朗(Jerry Lang)从个人信息和隐私的角度,分析了二者在交易中的作用,进而引出网络空间交易中产生的个人信息的具体问题,即受到普遍反对的“数据库营销”,并提出在维持经济效率和尊重人类尊严的平衡下,应通过《网络空间隐私法》对

个人信息进行保护。^⑫与之相反,乔治J.施蒂格勒(George J.Stigler)则从经济学公共产品的角度切入,认为个人信息符合公共产品的某种属性,故属于公开的信息资源,应充分发挥其效益以实现福利最大化。^⑬

第二,DEPA确立了“个人信息国际保护合作框架”。对于个人信息保护的国际合作,DEPA在肯定缔约方各自监管权力的基础上,要求缔约方增进各保护机制间的体制兼容性和交互操作性。为实现此目的,DEPA第4.2.4-4.2.9条要求缔约方相互间承认监管结果,约束各自的个人信息管辖权,进而提升保护协同性;同时还要求缔约方执法机构的交流互鉴,以各自管辖区内实施的保护体制为基础,扩大相应安排的适用范围,实现保护一致性。就个人信息跨境流动的国际保护合作而言,国内外学界持有不完全一致的理解和主张。比如,以欧盟与美国签订的“隐私盾”协议为观察视角,艾格斯维尔·卓可(Xavier Tracol)认为该协议添加了多种廉价且高效的救济措施。^⑭通过对比欧盟的GDPR与CBPR体系,金伯利A.豪瑟(Kimberly A.Houser)则认为GDPR体制因要求过于严苛而阻碍了国际合作的可能性,而亚太经合组织的CBPR体系更好平衡了个人信息保护和企业数据流动的需要,同时其行业自律体系和“问责制”的保护方式更容易推动各国的加入,进而促进跨国合作与交流。^⑮奥拉·林斯基(Orla Lynskey)从欧盟信息保护法的基础出发,^⑯认为其在个人信息跨境流动方面形成了以“充分保护”原则为中心的传输机制,确立了以属人主义为中心的信息管辖权范围,使得个人信息得以在域内外获得最大程度的保护。美国金伯利A.豪瑟(Kimberly A.Houser)认为,评价GDPR应从其对个人数据定义的拓展、处理者的分类,以及在个人信息跨境传输处理过程的合法性基础以及标准合同条款和约束性公司规则等方面进行。^⑰我国也有学者通过对隐私盾协议的剖析,在对比分析其与安全港协议和TPP协议中跨境数据流动规则的区别和共同点的基础上,明确了建构全球统一个人信息跨境流动规则的难点在于无法平衡数据开放和信息保护,无法平衡信息安全和隐私保护,以及无法统

一碎片化数据保护规制的问题。^②

第三,DEPA建立了“个人信息跨境流动规则体系”。从宏观体系原则来看,DEPA以支持个人信息跨境流动自由化为基调,仅对这一问题做了较为原则性的规定,即各缔约方有权设立各自的监管要求,但应当允许包括个人信息在内的数据通过电子方式传输。但其随后也规定了针对上述原则的例外条款,即其第4.3条规定:在不构成任意的、不合理的歧视,不构成对贸易的变相限制,不构成对信息传输超出目标需要的限制的前提下,各国可因公共政策而对个人信息的跨境流动做出或者维持一定限制。^③此外,基于其第15.2条关于“例外条款”的规定,成员亦可援引安全例外来证明其采取的限制措施的合法性。所以,DEPA本质上是希望缔约方对个人信息的跨境流动进行较少的约束,以促进信息在成员范围内自由流动,提升其经济社会价值,更好助力数字经济的发展。通过对比不难发现,DEPA在个人信息跨境流动的相关规则一定程度上受到了美式规则“投射效应”的影响,^④但的确也有意加强了对个人信息安全的保护,并试图在自由流动和强化保护间达至一种平衡。从具体规则制度安排来看,DEPA鼓励缔约方之间对数据保护可信标志制度的适当互认,以减少重复认证对贸易带来的不必要的负担,同时还可以在在一定程度上限制缔约方滥用监管例外而设置技术性贸易壁垒。对于通过电子方式跨境传输个人信息等数据的规定,DEPA在附件1“关于本协定的谅解”中明确:没有在缔约方之间创设权利和义务。且其附件14-A在第14章第1条“争端解决的范围”明确:该协定中的争端解决机制、调停机制和仲裁机制均不适用于该规定。

三、对我国现行个人信息跨境流动基本规则的考察

目前,我国正通过完善以个人信息跨境传输为基础的数字经济开放体系,推动数字经济由产业创新驱动向产业、制度双驱动的转变。2022年11月7日,国务院新闻办公室发布《携手构建网络空间命运共同体》白皮书指出:“中国网络立法的‘四梁八柱’基本构建,基本形成以宪法为根本,以法律、行政法

规、部门规章和地方性法规规章为依托,以传统立法为基础,以网络内容建设与管理、信息化发展和网络安全等网络专门立法为主干的网络法律体系”。可见,我国已初步建构起了个人数据跨境流动的基础性制度。特别具有基础性法治意义的是,2021年11月1日生效的《个人信息保护法》对我国个人信息跨境流动做了较为全面和系统性的规定,确立了个人信息境内存储为原则,安全评估后境外流动为例外的基本法治框架。其在保持与《数据安全法》《网络安全法》整体框架一致性的基础上,共同搭建起了个人信息跨境流动的基础法律体系,并对市场产生了良好治理效果。例如,2022年11月,我国科技领域具有代表性的华为公司发布了《华为隐私保护治理白皮书:隐私合规17/27框架》,指出:作为个人信息跨境管理制度和流程,华为隐私合规17/27框架主要基于欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)以及包括《GB/T 35273-2020》《ISO/IEC 27701》在内的隐私保护标准而设计搭建。^⑤随着2021年中国《个人信息保护法》的颁布与实施,华为公司也随之对隐私合规17/27框架内容进行了补充,以不断适应全球法律法规的动态发展。与此同时,我国司法实践也对“个人信息保护”规则原则进行了确定。例如,2022年11月,上海市嘉定区人民法院发布的10个数字经济司法研究及实践(嘉定)基地首批典型案例中,在作为涉个人信息处理或利用网络侵害其他人格权典型案例“蔡某某诉上海某电子商务有限公司网络购物合同纠纷案”中,上海市高院再审进一步明确了电子商务平台经营者处理个人信息合法性基础的认定规则:“个人同意—法定职责”二元架构模式。

具体而言,《个人信息保护法》主要通过其第38条和第39条对个人信息跨境流动进行了规定,体现在两个方面:一方面,规定了个人信息跨境流动的法定要件。依据《个人信息保护法》第38条和2022年《数据出境安全评估办法》有关规定,个人信息跨境流动应当具备以下条件之一:其一,对个人信息安全风险的合法有效评估。需要安全评估的客体仅限于该法第40条规定的关键信息基础设施的运营者和个人信息处理者在境内搜集的信息。依据《数据出境

安全评估办法》第8条规定,网信部门通过对信息出境的目的、范围、方式等进行合法性、正当性、必要性审查,对境外接收方信息安全保护水平、网络安全环境进行核查,对信息数量、范围、敏感程度和出境后泄露、转移、被非法获取、非法利用的可能性进行判定。综合上述因素,评估个人信息出境活动可能对国家安全、公共利益、他人合法权益带来的风险,以决定是否允许数据出境。其二,由专业机构对个人信息保护进行合法有效认证。个人信息保护认证是指由专业的、中立的第三方认证机构对需要将信息进行跨境传输的个人信息处理者的管理体系、运行状况和产品服务等内容,就是否达到法定个人信息保护的技术规范所要求的标准进行鉴定,进而出具意见。^⑤该种制度设计是在参考借鉴欧盟GDPR规则的基础上建立起来的,我国有关立法也对之进行了借鉴,如要求对个人信息跨境流动的合规状态予以审查认定等。这也有利于消除信息主体和信息处理者间的信息鸿沟,进而促进信息处理者间的良性竞争。其三,对个人信息跨境流动存在合法有效的标准合同。依据《数据出境安全评估办法》第9条规定,该合同明确了信息出境的目的、方式和范围,在境外的保存地点、期限和终止后数据的处理方式,情势发生实质变更而难以保护信息安全时的补救措施,以及违反相关保护义务所应承担的违约责任和有约束力且可执行的争议解决条款。该条参照了欧盟GDPR中对于个人数据跨境流动保障机制的标准合同条款,旨在通过模块化、确定化的合同条款设置双方的权利义务,通过刚性化、标准化的协议内容来增强信息接收方对信息的保护。另一方面,规定了个人信息处理者对个人信息跨境流动应承担的义务。依据《个人信息保护法》第39条之规定,个人信息跨境流动还须承担“告知—同意”义务。这就要求个人信息处理者应当事先向个人告知关于境外接收方相关信息,以及传输信息的目的、方式,个人的相关权利等事宜,并在取得其单独同意后,才可转移信息。与个人信息国内流动使用相比,由于跨境流动将导致监管场域、保护方式、法律适用等方面的变化,故将对个人权益产生更为深刻的影响。为了确

保个人权益不因跨境流动而受到减损,应当设置更为严格的“告知—同意”规则。

上述几种基本方式,也是当前我国对个人信息跨境流动的基本规范要求,为我国个人信息跨境流动初步建起了基本规制框架。然而值得注意的是,这些制度设计更多的是初步确立了有关规制的框架、流程、工具等,未能更加清晰地刻画出对个人信息跨境流动的法治态度或立场,且在国际合作、国家机关处理个人信息领域的规则供给方面尚有待进一步完善。此外,从有关市场主体责任角度看,所有涉及个人信息跨境流动的企业等市场主体均应承担起这些义务:全过程监管其业务中的个人信息流,并加强对个人信息的保护措施,确保个人信息数据的安全;应当自主定期评估个人信息跨境转移场景,针对需要个人信息跨境转移的场景,应当科学评估个人信息跨境的必要性,避免不必要的个人信息跨境转移;认真识别和明确适用的跨境转移合规工具,严格执行个人信息输出国对跨境转移合规工具的法律要求。由此可知,由于“数据安全”“数据产权”等相应规则和理论还有待于进一步完善和深入,加之数字经济竞争、网络科技研发与运营成本等因素,从阿里巴巴被重罚、蚂蚁金服被国家监管机构约谈等情况和有关网络科技企业等市场主体实践中“野蛮生长”而导致的系列问题看,前述这些规范要求是很难在实际操作过程中得到自觉全面及时地遵守和执行的。譬如,国内有学者梳理了国内对数据跨境流动的规制历程和美国与欧盟对个人信息本地化管理的规定,在分析《网络安全法》存在的不足的基础上,提出我国应立法明确数据权利归属,对不同数据进行分类管理,妥善规定禁止和限制个人信息等数据流动的标准。^⑥由此不难发现,在中国式涉外法治现代化语境中,我国现行法律法规关于个人信息跨境流动的规制和执法司法实践,想要与DEPA规则进行无缝衔接和完全融通的确存在一些急需解决的困境。

四、与DEPA项下个人信息跨境流动规则融通的困境分析

毋庸置疑,推进个人信息合规、安全、有序地跨

境流动,对发展全球数字服务贸易而言至关重要。目前,全球已有多个国家和地区的法律法规和规范性文件明确规定了“个人信息本地化部署”的总体要求;部分国家和地区还明确了对个人信息的转移影响进行评估等基本要求。然而,由于不同国家和地区的相关法律规范之间存在差异,导致了国际法与国内法之间、各国国内法之间均存在一系列冲突和非兼容问题。正因如此,通过前述比较分析不难发现,我国现行个人信息跨境流动规则与DEPA项下个人信息跨境流动规则也存在衔接和融通困境,主要体现在以下几方面:

首先,从法治目标层面看,国内有关信息跨境流动规则与DEPA在信息安全化与自由化价值取向方面存在一定差异。国内法强调,国家基于网络主权而对个人信息采取十分高的保护水平。当前在全球信息技术发展水平不平衡、数字贸易利益分配不均背景下,我国主张“硬数据本地化”,是符合国家战略的现实选择,有助于降低国家数字资源包括个人信息遭受大量流失、随意调取等风险。对于国家机关处理的个人信息,《个人信息保护法》不仅要求存储本地化,还要求“一事一议”的严格评估方式;针对个人金融信息、网约车平台采集的个人信息、电信和政府采购涉及的特殊个人信息,《个人金融信息保护技术规范》第7.1.3条和《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》第27条也要求以本地储存为原则,附条件流动为例外。而针对一般个人信息处理者,虽无所有信息本地化存储的硬性要求,但其设置的“用户明示同意+政府审查批准”的要求,体现了我国在数据安全保障和数据流动自由二者间的审慎平衡理念。这些措施有利于保护我国公民个人信息安全,保护国家信息主权,而DEPA则更加倡导推进数据流动自由化。DEPA第4.4.2条倡导信息流动自由化,要求缔约方不得将计算设施设置于其领土内作为开展业务的条件,即不得将个人信息存储本地化要求作为数字贸易壁垒。这就与目前国内法的“数据国家主义”要求数据收集处理本地化的规定存在冲突。^②此外,该协议在确保合规的条件下,坚持现有的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称

CPTPP)承诺,原则上禁止缔约方采取或维持对数据跨境流动的限制性措施,允许和倡导成员方企业无缝传输信息,鼓励信息跨境自由流动,以提升信息对数字经济社会福利的支持作用和企业创新的推动作用。

其次,国内有关信息跨境流动规则与DEPA在数据保护可信任标志制度设计方面存在差异。《个人信息保护法》中建立了国内专业机构认证的制度,规定由专业第三方对信息处理者信息管理体系、处理能力等方面做出综合性的评定,通过评定的企业可以向境外提供个人信息。故此,该项制度可以担保和佐证相关企业或组织的个人信息跨境提供行为具有合规性,是只针对需要向境外提供个人信息的处理者设立的制度。《个人信息保护法》中规定了实施认证的机构只能是国家网信部门规定的机构,这很大程度上意味着将不承认他国体制下进行的认证。反观DEPA中的数据保护可信任标志制度(data protection trust marks),其通过对特定企业的信息监管和处理能力进行评估,得出在缔约方内普遍受到承认的结论。故该项制度设计并非仅限于针对确有必要进行个人信息跨境传输的信息处理者,而是作为对一个企业信息监管能力的肯定,而普遍适用于所有企业的认证标志。此外,在DEPA第4.2.6(c)条的制度设计中,缔约方应当对各国框架内进行的可信任标志给予相当的保护水平和适当的承诺,以实现保护体制间的交互性。

最后,从判定标准角度看,国内有关信息跨境流动规则与DEPA在个人信息跨境流动限制判定标准方面存在差异。如前所述,国内法对个人信息跨境流动建立了较为完善的分级管理制度,其中要求国家机关、关键信息基础设施(CII)运营者、达到一定规模的个人信息处理者在国内运营产生的所有个人信息存储于本地,评估后方可流动;而其他信息原则上可以不存储于本地,但信息跨境流动仍以通过评估为前提。所以,我国以正向列举的方式,将所有个人信息的跨境流动(私人间的个人信息跨境流动、因区域间司法协助而引发的个人信息跨境流动除外)都纳入国家安全评估体系,并对其设置较高门槛的限

制。而针对有关或可能有关国家安全的个人信息则采取更为严格的审批程序和标准。相比之下,DEPA中则以信息自由流动为原则,规定了合法公共政策目标的例外,但其前提是不构成任意的、不合理的歧视,不构成对贸易的变相限制,不构成对信息传输超出目标需要的限制。所以,DEPA通过反向排除的方式,规定了个人信息跨境流动的限制,该项标准更注重效率,即其着重表明限制不应该以效率的减损为代价。

通过上述比较分析我国国内法和DEPA对个人信息跨境流动的有关规定,不难得知我国国内法对个人信息跨境流动的规制措施主要体现在安全评估、专业机构认证、标准合同和“知情—同意”规则等方面。而DEPA在肯定了各缔约方制定各自细化执行措施的同时,强调缔约方应注重促进信息流动的自由化。从对其价值取向、数据保护可信任标志的制度设计原则和效用、对限制的判定等三方面分析来看,二者之间也存在一些差异。因此,在中国加入DEPA谈判的关键时刻,为促进我国顺利加入DEPA并避免实践过程中国内法与之相冲突,防范未来可能面对的国际数字贸易争端诉讼风险,应对我国相关规则机制进行全面检视和系统调适。^②

五、与DEPA个人信息跨境流动规则的调适思考

统筹推进国内法治与涉外法治,是“习近平法治思想”的核心要义之一。党的二十大报告强调:“推动贸易和投资自由化便利化,推进双边、区域和多边合作,促进国际宏观经济政策协调。”综观国际社会实践经验,要妥善协调好发展与安全之间的关系、国际法与国内法之间的关系,从来都不是一件简单的事情。^③这既可能涉及形而上的不同文明价值观、意识形态政治制度之间的冲突,也可能涉及形而下的经济利益、具体规则之间的博弈。^④目前,在推进中国式涉外法治现代化语境中,综合我国现行法律法规和有关监管机制以及市场主体的实践现状看,为了促进DEPA跨境个人信息流动规则与国内法律的衔接,在贸易发展和数据安全等利益点中寻找平衡,^⑤应从以下几方面进行制度调适:

(一)合理援引例外条款以维护个人信息跨境流动中的数据主权安全

就个人信息跨境流动而言,当前我国法律政策根据本国国情设定了较高标准的安全保护要求,如《数据出境安全评估办法》第4条等。这可能会受到美国等西方国家主张的促进跨境数据流动自由化和防止数据本地化要求的质疑。加之,目前中国在WTO体制下已对大部分服务部门的跨境交付模式做出市场准入或国民待遇的承诺,故而相关限制个人数据信息跨境流动的措施很可能被其他国家认为违反了该承诺而发起“滥诉”。同时,DEPA中亦对缔约方个人信息跨境流动的限制进行了限制,中国对个人信息的较高保护规则可能会与其相冲突。但我国应把握数据信息安全红线,积极衡量评估个人信息安全问题风险,同时兼顾数字经济发展原则,使个人信息跨境流动服务于网络强国战略和数字经济发展的客观需要的立场,动态坚持与国家利益有关的个人信息存储于国内、合理限制流动的基本原则。值得注意的是,DEPA虽明确要求促进信息流动自由化,同时也在跨境数据流动和禁止本地化方面规定了正当公共政策目标(legitimate public policy objective)例外规则,但其并未设置具体例外情形。这种“原则加例外”的表述模式使得我国在必要时可援引该例外条款,以证明相关限制措施的合法性与正当性,进而逐步形成“数据安全流动和自由流动并举”的数据治理模式。^⑥通常情况下,维护信息安全、实现个人信息保护、确保监管机构访问和调取数据等要求,均可以构成正当化信息本地化和跨境流动管制的理由。亦即,这些理由都可以被认为是“合法公共政策目标”。^⑦但DEPA对正当公共政策目标并未采用“其认为(it considers)”的话语表达,而是使用“不超过(not...greater than)”的文本表述,也即对于正当公共政策目标例外的判断权,DEPA没有交予缔约方自身。^⑧对该措施目标正当性的评判,一般认为应采用客观独立的审查标准,即WTO规则中的必要性测试标准。从WTO争端解决机构的判决实践看,除非争议措施不具有贸易限制性或对被告方追求的目的完全没有或仅有微不足道的贡献,否则专家组就会

初步裁定该种措施具有临时实施的必要性。正是因为考虑到一般情况下想要实施“证明措施不具有贸易限制性”抗辩的难度较大,故而可以考虑尝试通过“该种措施对目标实现具有重要作用”以进行相应抗辩。

(二)完善个人信息保护可信任标志制度及其认证框架

目前,国内关于个人信息保护的认证只是针对确需进行个人信息跨境流动的信息处理者,其认证者也局限于经国家网信部门认定的专业机构。这不仅排除了普通个人信息处理者申请认证的可能,也排除了国外认证机构对个人信息处理者认证的有效性。然而,在DEPA框架下,各国应致力于个人信息监管的协调性和一致性,以提高信息流动效率,减少不必要的制度障碍。鉴于此,我国一方面需要在现行认证体制中,扩大被认证者的范围,鼓励企业积极参与认证,以达到个人信息保护相关要求,进而实现行业内的良性竞争,促进数字经济的发展。另一方面还要以互惠为基础,建立承认和保护DEPA框架内缔约方可信任标志或认证框架,实现区域内信息管理能力认证的互相承认,减少重复认证。但这并不意味着必须完全放弃国内的核准权,因为DEPA允许成员方制定其自己的法律框架,并在该框架内进行可信任标志认证,而各国在政治制度、经济发展水平、规制理念、历史文化等方面的差异注定了对个人信息跨境流动规制实践必然存在不同程度的差异,故可能存在认证标准不统一的情况。据此,我国应全面分析其他国家和地区的监管认证规则,对于其标准要求严于我国标准的情形,通常可以在互惠基础上无条件承认(默认);对于其标准未达中国标准的情形,应采取部分承认或核准后承认的方式。以此分类认证和精细化监管方式,推动与其他国家、地区、国际组织之间的个人信息保护标准互认,从而构建起个人信息安全保护与跨境自由流动的规则体系。

(三)厘清并严格限定需要特殊保护的个人信息范围

数据是数字经济重要生产要素,信息是数据的

基础,故应允许互联网行业在合法、正当、必要和安全的前提下适度合理使用个人信息。^⑨若全盘放弃数据传输主动权,中国企业有可能因此被迫接受欧美规则从而导致中国丧失规则制定主动权,进而在更广范围内影响我国对个人信息的掌控能力。如前所述,国内法基本建立了较为完善的信息分级管理制度。但该制度也存在一项较为明显的不足,即关于需要给予特殊保护(法律要求信息必须存储于国内的,其跨境流动需接受严格审批的个人信息)的对象的内涵与外延相对不清晰——这可能与DEPA规则所要求的透明度原则不完全一致。因此,对于涉及个人数据流动的跨境审核,建议以市场机制为主导,遵循政府监督与企业自律相结合的方式进行监管,进一步分类细化明确需要进行严格保护的个人信息的内容。值得肯定的是,我国司法实践也正在展现出这一导向。例如,在广东省深圳市中级人民法院发布的2021年度数字经济知识产权十件创新案例中,作为全国首例适用《个人信息保护法》的案例,“王某某与腾讯公司个人信息保护纠纷案”经深圳市中院二审判定,就互联网平台对个人信息的法律界定标准和收集、处理个人信息行为应遵循的原则提出了具体的适用评判标准。另一方面,依据《个人信息保护法》第40条之规定,关键信息基础设施(CII)运营者在境内运营产生的个人信息应当采取本地化储存,须待有关机构审批后方可跨境流动。然而,对于“关键信息基础设施”内涵与外延的理解具有较大不确定性。这就可能导致其适用范围变得过于宽泛,从而带给国际贸易的限制效应相对较大,进而可能导致被认为违反DEPA第4.3.3条(b)项关于“不超出目标所需的限制(does not impose restrictions on transfers of information greater than are required to achieve the objective)”的规定。虽然依据我国2021年9月1日生效的《关键信息基础设施安全保护条例》之第2条规定,CII是指公共通信和信息服务、交通、金融、国防科技工业等重要行业和领域的,以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露,可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。其第8条至第11条规定,对

CII 的认定由行业和领域的主管部门、监管部门完成,并告知相关运营者。然而,在实践操作过程中,该规定仍会导致存在监管主体过多、程序繁杂,监管对象具有不确定性等难题。加之,上述有关定义涵盖对象过于宽泛,可能会导致跨境数字贸易限制的范围不必要的扩大。因此,这也可能难以通过 WTO 规则中必要性测试,因而可能会降低援引正当公共政策目标例外规则加以抗辩的成功概率。

(四)完善与 DEPA 成员国之间个人信息保护及管辖合作机制

对个人信息的跨境流动如果完全丧失本国数据的控制力,通常会严重威胁一个国家独立自主和数据主权安全,因其所涉问题的复杂性和重要性而向来颇受学界关注和研究。如前所述,目前我国法律已经针对个人信息跨境流动做出规制,但是这种变革仍只是一种被动防御措施,目的是接轨世界主要个人信息保护机制;若想切实实现“追随者”到“引领者”的升级,我国还需要突破现有规制的“集团封锁”。^⑤在域内立法难以达到效果的情况下,我国可以借助国际多边或双边合作机制实现这一目标。就此而言,虽然我国《个人信息保护法》《数据安全法》等均明确要求国家积极参与数据安全治理等方面的国际交流与合作,并主动参加数据安全国际标准和规则的制定,但从目前情况看尚未有实质性的重大进展。考虑到我国在数字经济领域竞争具有一定比较优势,因而需要有更为开放的个人信息流动政策以支持其参与全球竞争。^⑥我国不妨考虑利用 DEPA 对各管辖区内部的交流互鉴机制,提高与其成员国间在个人信息保护方面的执法司法合作;同时重视利用国际舆论、国际法和国际规则解决信息安全问题,消弭片面采取单边性措施所隐含的短视缺陷和长远风险。国内也早有学者通过分析个人对信息保护以及企业对信息的利用、国家对信息的掌控三方之间的矛盾,在权衡国内法律和国际法律间冲突的基础上指出:我国应拓展主权边界,引入个人信息保护的域外管辖权,并设计审慎而务实的个人信息出境规则。^⑦在个人信息保护的管辖方面,我国执法机关应以承认域外监管结果为基础,行使有条件的个人

信息域外管辖权和跨境管控。从 DEPA 有关规则来看,一方面,其 4.2.2 条规定,缔约方法律框架应当充分保护用户个人信息。另一方面,其第 4.2.6 条又规定,缔约方间应当建立个人信息保护与跨境流动监管的协同机制。故而,我国应在依双边或多边条约承认他国监管结果的原则的基础上,以充分性认定 (adequate decision) 为基础,以实现健康、可持续的数字经济治理为目标,引入“保护性管辖权”,依法对境外侵害我国公民个人信息的行为开展调查并追究法律责任。^⑧如此借助相对柔性的域外管辖,在尊重他国网络主权的前提下,最大限度为受害者提供救济。^⑨当然,此处需要说明的是,这种“柔性域外管辖”与《美国澄清境外数据合法使用法》确立的数据域外管辖权有根本区别。后者是在侵犯他国主权、违反国际礼让原则基础上建立的,是以美国为主导的国际数据共享安排范式,^⑩本质上是一种“数字霸权”,是以“监控全球”为目标,以“数据安全”为借口实施的打压他国企业、抑制他国产业发展的霸权行径。

综上可知,在推进中国式涉外法治现代化实践中,以 DEPA 实体规则为参照系,从维护国家主权安全的角度出发,合理援引“公共政策目标例外”具有一定可行性,至少短期内能够比较妥善地调适国内法与国际法之间的冲突。^⑪与此同时,进一步完善我国国内法以便促进保障更加全面参与个人信息保护及管辖国际合作机制,更好调整适应 DEPA 规则要求,最终实现个人信息权利与国家安全利益、人类命运共同体安全与个别国家安全、国际责任与国家主权的统一。对于个人信息权利的本质属性,国内也有学者认为公民的个人信息权利是“第四代人权”,从侵权机制化、侵权客观化、侵权耐受化以及侵权覆盖化的角度,认为目前自主与控制、扩展与限缩的交换平衡,已经突破了政府干预和市场自由的边界,面对数字化、信息化的人权,亟待全新的保护方式,重塑人权价值观。^⑫可见,加强个人信息保护与跨境流动监管的国际合作机制,既是与 DEPA 规则调适的客观需求,也是数字经济时代加强人权保护的应有之义。^⑬

六、结语

当今世界,“经济制裁”被滥用、“国家安全”被泛化、“科技霸凌”合规化、“数字霸权”法定化等趋势明显。^⑥与此同时,构建更加公平合理国际政治经济秩序的呼声日渐高涨,包括WTO规则体系等在内的国际法规则体系改革创新需求迫切、包括USMCA、RCEP、CPTPP、DEPA等在内的区域经贸一体化制度安排趋向加速演进。正是在这种大变局下,与数字经济发展的速度相比而言,全球数字经济规则的制定、完善与协调明显相对落后于实践需求。^⑦从当今世界数字经济规则体系看,区域“联盟化”正在初步消减其“全球化”,各缔约方都希望凭借自身经济优势组建以己为核心的数字共同体。DEPA作为不同于欧美两大体系的第三方规则体系,可能为中国促进数字经济发展和在全球数字经济规则体系中争取一定的话语权提供平台。将个人信息跨境流动的规制作为核心内容之一,中国可不断调整国内法以适应其规则体系,有助于使得中国国内法规则与国际规则有效衔接和融通。而且,在对国内个人信息跨境流动的管理和规制进行调适和优化的同时,我们也应当注意加强对国家网络安全、数据主权和个人数据信息安全的保护,对个人数据信息严加监管,避免再次出现互联网市场主体在“野蛮生长”时期过度侵害个人数据信息正当权益的乱象。从个人数据信息管辖权和保护可信任标志等视角出发,进一步健全完善数据的分级分类监管机制,可同步增进数据安全监管与数据跨境流动的自由化;^⑧探索完善与DEPA缔约方的合作管辖机制和相互承认与执行机制,有助于推动我国现行国内法规则体系顺畅接入DEPA体系,促进更广范围内的个人信息自由流动和全球数字经济的稳步发展。

注释:

①王利明:《数据共享与个人信息保护》,《现代法学》2019年第1期,第52页。

②马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,《中国法学》2019年第5期,第5页。

③ Robert Walters, The Digital Economy and International

Trade: Transnational Data Flows Regulation, Kluwer Law International B. V., pp. 95-238(2022).

④刘权:《数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑》,《法学研究》2022年第4期,第37-51页。

⑤Jaan Paju, Here, There and Everywhere: The Right to Privacy in the Context of Good Administration in Cross-Border Coordination of Social Security Matters, in Ulf Bernitz, et al., General Principles of EU Law and the EU Digital Order, Edited by, Kluwer Law International B. V., pp. 183-206(2020).

⑥Radim Polcak and Dan Jerker B. Svantesson, Information Sovereignty: Data Privacy, Sovereign Powers and the Rule of Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2017, pp. 223-229.

⑦马光、毛启扬:《数字经济协定视角下中国数据跨境规则衔接研究》,《国际经济法学刊》2022年第4期,第45-62页。

⑧ Robert Walters, The Digital Economy and International Trade: Transnational Data Flows Regulation, Kluwer Law International B. V., pp. 32-60(2022).

⑨王利明:《数据共享与个人信息保护》,《现代法学》2019年第1期,第48页。

⑩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89-103页。

⑪靳思远:《全球数据治理的DEPA路径和中国的选择》,《财经法学》2022年第6期,第96-110页。

⑫Ines Willems, Digital Services in International Trade Law, Cambridge University Press, p. 86, p. 276(2021).

⑬杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期,第210页。

⑭刘德良:《个人信息的财产权保护》,《法学研究》2007年第3期,第87页。

⑮贺栩栩:《比较法上的个人信息自决权》,《比较法研究》2013年第2期,第63页。

⑯Jerry Lang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, 50 Stanford Law Review 1193, pp. 1193-1294(1998).

⑰George J. Stigler, An Introduction to Privacy in Economics and Politics, 9 The Journal of Legal Studies 623, pp. 623-644(2001).

⑱Xavier Tracol, EU-U. S. Privacy Shield: The Saga Continues, 32 Computer Law & Security Review 775, pp. 775-777(2016).

⑲Clare Sullivan, EU GDPR or APEC CBPR? A Comparative Analysis of the Approach of the EU and APEC to Cross Border Data Transfers and Protection of Personal Data in the Lot Era, 35 Computer Law & Security Review 380, pp. 380-397(2019).

②0 Orla Lynskey, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, pp. 145-151(2015).

②1 Kimberly A. Houser, *A Tale of Two Rights: Exploring the Potential Conflict between Right to Data Portability and Right to be Forgotten under the General Data Protection Regulation*, 7 *International Data Privacy Law* 309, pp. 309-317(2018).

②2 曹杰、王晶:《跨境数据流动规则分析——以欧美隐私盾协议为视角》,《国际经贸探索》2017年第4期,第113页。

②3 Mira Burri and Thomas Cottier, *Trade Governance in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2012, pp. 276-298.

②4 周念利、陈寰琦:《RTAs框架下美式数字贸易规则的数字贸易效应研究》,《世界经济》2020年第10期,第28-51页。

②5 事实上,欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation)对全球数据保护产生了重大影响,对其成员国具有直接适用的法律效力。作为欧盟成员国,《德国联邦数据保护法》(Federal Data Protection Act)、《法国数字共和国法案》(Digital Republic Law)等均以GDPR为立法依据。Xavier Groussot, et al., *Towards General Principles 2.0: The Application of General Principles of EU Law in the Digital Society*, in Xavier Groussot, et al., *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International B. V., pp. 425-452(2020). 此外,其他国家与地区也出台了相类似的专门保护法,如《新加坡个人数据保护法》(Personal Data Protection Act)、《加拿大个人信息保护法》(Personal Information Protection Act)、《韩国个人信息保护法》(Personal Information Protection Act)、《日本个人信息保护法》(Personal Information Protection Act)等。美国则是将个人信息(数据)视作个人隐私的下位概念,确立了隐私权保护模式。

②6 龙卫球主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社2021年版,第309页。

②7 David Harvey, *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule-making in the Internet Age*, Hart Publishing Ltd., pp.277-279(2017). 高山行、刘伟奇:《数据跨境流动规制及其应对——对〈网络安全法〉第三十七条的讨论》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2017年第2期,第89页。

②8 Anupam Chander and Uyên P. Lê, *Data Nationalism*, 64 *Emory Law Journal* 677, pp. 677-739(2015).

②9 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82-91页。

③0 David Harvey, *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule-making in the Internet Age*, Hart Publishing Ltd., pp. 102-119(2017).

③1 张正怡:《论数字经济协定的造法“再平衡”走向及中国回应》,《法商研究》2022年第6期,第58-71页。

③2 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111页。

③3 许可:《自由与安全:数据跨境流动的中国方案》,《环球法律评论》2021年第1期,第23-29页。

③4 洪延青:《数据竞争的美欧战略立场及中国因应——基于国内立法与经贸协定谈判双重视角》,《国际法研究》2021年第6期,第75页。

③5 李贞霏、彭德雷:《数字贸易例外规则的类型、演进及中国实践》,《太平洋学报》2023年第2期,第77-79页。

③6 Radim Polcak and Dan Jerker B. Svantesson, *Information Sovereignty: Data Privacy, Sovereign Powers and the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2017, pp. 211-221.

③7 邵泽:《跨境数据流动规制的自由化与本地化之辩》,《政法论丛》2023年第5期,第143-145页。

③8 沈俊翔:《数字经济时代个人信息跨境保护的机制研究——兼论CPTPP视野下人民法院参与全球数据治理的新型路径》,《法律适用》2022年第6期,第174页。

③9 张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》,《吉林大学社会科学学报》2018年第5期,第54页。

④0 张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》,《吉林大学社会科学学报》2018年第5期,第54页。

④1 张哲、齐爱民:《论我国个人信息保护法域外效力制度的构建》,《重庆大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第207-220页。

④2 杨永红:《美国域外数据管辖权研究》,《法商研究》2022年第2期,第154页。

④3 Fabio Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 141-144(2021).

④4 马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,《中国法学》2019年第5期,第21页。

④5 何志鹏:《论中国的人权:“实践—理论—话语”协同进化》,《当代法学》2022年第6期,第22-41页。

④6 赵雪霏:《国际条约约束力评价体系研究》,《世界经济与政治》2022年第10期,第130-161页。

④7 Robert Walters, *The Digital Economy and International Trade: Transnational Data Flows Regulation*, Kluwer Law International B. V., pp. 65-72(2022).

④8 郭昌盛:《应对数字经济直接税挑战的国际实践与中国进路》,《法律科学》2022年第4期,第51页。