

国际经贸规则视域下中国对数字贸易的规制

谭观福

【摘要】数字贸易规制的国际经贸规则架构包括了多边贸易规则和FTA规则,FTA中的数字贸易规则继承和发展了WTO规则。中国对数字服务总体上实行许可或备案管理,对互联网实行安全审查,对于跨境数据流动的规制措施已经与国际接轨。对于数字产品和数字服务,中国的国内产业发展相对不足,因而在数字贸易的归类问题和关税问题上,中国尚未形成进攻性立场。为完善数字贸易规制,中国应从更全面的视角构建数字贸易规则;统筹发展与安全,进一步放开与贸易有关的跨境数据流动;统筹推进国内法治与涉外法治,加强国内规制与国际规则的协调。

【关键词】数字贸易;国际经贸规则;WTO;FTA;中国方案

【作者简介】谭观福(1991-),男,江西会昌人,中国社会科学院国际法研究所助理研究员、《国际法研究》编辑,国际法学博士,研究方向:国际经济法、国际贸易法(北京 100720)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2023.12.134~157

【基金项目】本文系作者主持的2023年度国家社会科学基金青年项目“跨境数据流动风险防范法律规制研究”(23CFX069)的阶段性研究成果。

规制作为一种具体的制度安排,是指政府对经济行为的管理或制约。“数字贸易的规制”是政府对数字贸易的管理或制约。数字贸易规制的内容既包括对数字贸易的保护和促进,也包括对数字贸易的限制。对数字贸易进行规制是世界各国的普遍做法。从法律渊源来看,数字贸易的规制包括国内法规制和国际法规制,各国在国内规则的基础上进行国际规则的协调。数字贸易作为国际经贸领域的热点议题,数字贸易的国际法规则主要包括自由贸易协定(FTA)规则和以WTO为代表的多边规则。

1994年“乌拉圭回合”通过的《WTO协定》是国际贸易法的基础,被誉为“经济联合国”的WTO为国际经贸治理提供了一套规范体系。探讨数字贸易的国际法规制,多边贸易规则应是起点。在“乌拉圭回合”谈判之时,国际贸易以货物贸易为主,服务贸易刚刚起步,大规模的数字贸易还没有出现,因而WTO框架中没有专门涉及数字贸易的条款。WTO成立

后,总理事会通过了“电子商务工作计划”,试图对数字贸易议题作出回应。WTO成员在工作计划框架下对数字贸易议题进行了一些讨论,但未达成任何共识。形成于前互联网时代的WTO规则没有考虑到数字贸易的复杂性,多边贸易规则对数字贸易的适用性需要经过分析论证。WTO数字贸易规则的缺失是FTA推动数字贸易谈判的动因,数字贸易成为新近FTA中的重要议题。不同国家对数字贸易议题的立场存在很大差别,因而不同FTA数字贸易规则呈现出类型化的特点。对比FTA数字贸易规则和WTO规则可以发现,FTA数字贸易规则继承了WTO规则的内容,又在WTO的基础上向前发展。把握数字贸易规则的这一动态发展趋势,可以为未来在更广泛范围内的数字贸易规则协调和构建提供启发和参考。

《“十四五”数字经济发展规划》明确指出,“加快研究制定符合我国国情的数字经济相关标准和治理

规则。依托双边和多边合作机制,开展数字经济标准国际协调和数字经济治理合作。”习近平总书记指出,“主动参与国际组织数字经济议题谈判,开展双多边数字治理合作,维护和完善多边数字经济治理机制,及时提出中国方案,发出中国声音。”^①本文从国际经贸规则的视角出发,系统探讨中国对数字贸易的规制,首先对数字贸易规制的国际经贸规则架构作解析,其次从国内法和自贸协定角度就中国对数字贸易的规制作实践检视,最后提出完善数字贸易规制的中国方案。

一、数字贸易规制的国际经贸规则架构

(一) 多边贸易规则对数字贸易的有限规制

多边进程是推动全球贸易和投资自由化和便利化的最佳渠道。中国在2023年4月向联合国提交的《中国关于全球数字治理有关问题的立场》中指出:“面对数字化带来的机遇和挑战,各方应坚持多边主义,坚守公平正义,统筹发展和安全,深化对话合作,完善全球数字治理体系,构建网络空间命运共同体。”^②1996年的WTO第1届部长级会议就正式提及了电子商务议题。探讨多边贸易规则对数字贸易的规制,需要首先回顾WTO数字贸易规则制定的路径选择,并在此基础上分析既有多边贸易规则对数字贸易的适用性以及数字贸易有关的主要规则。

1. WTO数字贸易规则制定的路径选择

1998年的WTO第2届部长级会议通过了《全球电子商务宣言》,^③电子商务成为正式议题。《全球电子商务宣言》旨在敦促总理事会制定一个全面的工作计划以审查所有与贸易有关的电子商务问题。《全球电子商务宣言》还包括一项政治声明,呼吁WTO成员“维持不对电子传输征收关税的现行做法”。总理事会将在下一届部长级会议时以协商一致的方式决定宣言的延期问题。宣言的上述内容也被称为“WTO电子传输零关税延期宣言”(下文简称延期宣言)。延期宣言是WTO考虑基于规则的贸易体制应如何适用于电子商务的重要的第一步。^④

WTO秘书处发布了一项背景说明,讨论WTO协议如何与电子商务相关,以协助成员根据《全球电子商务宣言》审议与贸易有关的全球电子商务问题。^⑤总理事会在1998年9月通过了《电子商务工作计

划》,由于电子商务涉及许多不同领域,总理事会指示4个“附属机构”——WTO服务贸易理事会、货物贸易理事会、TRIPS理事会以及贸易与发展委员会负责执行该工作计划,以探讨既有WTO协定与电子商务的关系。^⑥总理事会还确定了每个机构应审查问题的清单,部长们也定期在WTO的部长级会议上审议该计划。这些附属机构必须定期向总理事会报告其进展情况。总理事会在整个过程中发挥核心作用,并通过其议程上的一个常设项目对工作计划进行定期审查。此外,总理事会还负责审查与贸易有关的任何跨领域问题,以及有关对电子传输征收关税的工作计划的各个方面。这些机构在执行其工作时,还需要考虑其他政府间组织以及相关的非政府组织的工作。

随着《电子商务工作计划》的确立,WTO在电子商务规则制定上的努力由此正式启动。^⑦《电子商务工作计划》公布后,WTO秘书处编写了当WTO成员提交文件时,4个附属机构各自应审议问题的背景文件。^⑧4个附属机构在1999年7月向总理事会报告了各自工作的进展,之后WTO成员在各个机构中就电子商务议题进行了一些讨论,如WTO规则对数字贸易的适用问题、数字贸易的关税问题、数字贸易的归类问题、发展问题等。在2001年的多哈部长级会议上,电子商务正式成为多哈发展议程的一部分。^⑨在“一揽子承诺”决策机制下,WTO成员能否在“多哈回合”项下对电子商务进行规则谈判,将取决于整个谈判回合的进展。随后的部长级会议均就电子商务作出了相关规定,但均未脱离“议题审议”和讨论的阶段。相较于“多哈回合”的其他议题,电子商务规则尚处于未启动谈判的阶段,这深受“多哈回合”僵局的影响。^⑩作为一个非谈判论坛,具有探索性质的WTO《电子商务工作计划》并未被授权进行规则制定。

WTO成员在数字贸易规制的原则性问题上存在严重分歧,这也从根本上决定了《电子商务工作计划》项下的讨论无法取得实质性成果。WTO成员进入经济全球化和融入全球价值链体系的程度不同,导致不同成员在贸易自由化方面的诉求存在差异。美国、欧盟等发达成员与发展中成员之间存在“数字

鸿沟”,在数字贸易国际规则方面的诉求重点不同,发达国家的诉求偏重于服务贸易,而发展中国家则偏重于货物贸易。^①作为发达经济体的美国和欧盟,由于它们在数字贸易领域的比较优势不同,在文化传统、民族心理等方面存在显著差异,因而在数字贸易领域的规则主张也存在很大差别。^②

自2016年起,数字贸易议题重新引起WTO成员的广泛关注,成员纷纷向WTO提交电子商务谈判的探索性文件以阐明立场。2017年召开的第11届部长级会议上,71个WTO成员共同签署了《电子商务联合声明》,^③使得WTO框架内有关电子商务诸边谈判的工作得以启动。2019年1月25日,在瑞士达沃斯举行的WTO电子商务非正式部长级会议上,包括中国、欧盟、美国在内的76个成员签署了第二份《电子商务联合声明》。^④声明提到,将在尽可能多的WTO成员的参与下,以现有的WTO协定和框架为基础,启动与贸易有关的电子商务谈判,以寻求达成高标准的成果。声明还强调,将充分认识并考虑WTO成员在电子商务领域面临的独特机遇和挑战,继续鼓励所有成员参加谈判。自此,WTO电子商务谈判实现多边与诸边路径并行的模式。

2022年的WTO第12届部长级会议达成了《关于〈电子商务工作计划〉的部长决定》,^⑤表示将重振《电子商务工作计划》相关工作,强调发展维度,加强对电子传输暂时免征关税的讨论,指示总理事会根据WTO相关机构可能提交的报告进行定期审议,包括暂停对电子传输征收关税的范围、定义和影响,并同意将电子传输暂时免征关税的做法延续至下一届部长级会议。

2. 既有多边贸易规则对数字贸易的适用性分析

随着技术的融合以及数字产品内容在不同技术中变得越来越便携,货物和服务之间的界限以及软件、电信和视听服务之间的界限日益模糊,这使得当前的贸易规则对数字贸易的适用充满了不确定性。^⑥WTO规则和成员的入世承诺在时代的变迁中可能无法满足时代发展的需要,在WTO框架下进行的电子商务谈判也未解决WTO规则对数字贸易的适用性问题。WTO没有数字贸易的专门规则,但WTO早已察觉数字贸易对国际贸易和经济全球化的

重要性,在历届部长级会议上均提及数字贸易问题。形成于前互联网时代的多边贸易规则是否适用于数字贸易?

数字贸易涉及无形的数字产品和数字服务,因而多边贸易规则中可能与数字贸易联系最紧密的是GATS。GATS尚未预见到互联网及其相关产业对整个国际贸易的影响。GATS的义务和承诺是否适用于数字产品和数字服务?迄今为止,WTO成员尚未就WTO规则对数字贸易的适用性作出基本的肯定。印度曾提出,鉴于GATS自下而上的路径,现有的GATS承诺不适用于通过新技术交付的新服务,这些服务的承诺需要重新进行谈判。^⑦印度尼西亚和新加坡指出:“由于电子商务是一项相对较新的技术创新,大多数国家在乌拉圭回合谈判期间安排GATS承诺时都未将其考虑在内。因此,可能需要评估电子商务与现有GATS承诺之间的关系,因为电子交付可以在任何模式下进行。进行这种评估的指导原则是不得回溯WTO成员的现有承诺。如有必要,WTO成员甚至应该承担额外的承诺,特别是考虑到以前不存在而可能在未来出现的新型服务。”^⑧

美国指出,根据技术中立原则,市场准入和国民待遇的现有承诺毫无疑问涵盖了通过电子方式交付的服务。美国要求WTO积极重申GATS承诺表中的任何服务都可以通过互联网提供。^⑨美国也建议,由于电子商务将对广泛的服务产生影响,对于WTO成员来说,审查其GATS承诺表涵盖电子商务相关服务的程度很有必要。^⑩服务贸易理事会在1999年向总理事会提交的临时报告指出,WTO成员似乎对以下观点达成了共识,即GATS的所有条款,无论涉及一般义务还是具体承诺,均适用于通过电子方式提供的服务;该协议的技术中立原则也意味着,除非另有说明,否则具体承诺涵盖了以电子方式提供的服务。^⑪报告还指出,有必要考虑在电子商务中可能出现的新服务的分类和承诺表。^⑫GATS涵盖了数字服务,但有一些新的与电子商务相关的服务未在现有的承诺表中列出,这些新服务可以在今后开放承诺的承诺表上列为新服务。^⑬

要回答多边贸易规则能否适用于数字贸易就必然涉及条约解释。从条约缔结到条约需要作出解释

这段时间,国际情势可能发生一系列变化,例如技术的变革或政治、社会、历史、法律背景的变化。WTO争端解决机构在解释WTO规则时考虑了这些变化,采取了演化解释(evolutionary interpretation)的条约解释方法。^③尤其在对一般例外条款中的逐项政策目标进行审查时,争端解决机构采取了动态、灵活的方法,以平衡贸易和非贸易价值。关于演化解释的一个著名案例是“美国虾案”中有关GATT 1994第20(g)条“可用尽自然资源”的解释。上诉机构将可用尽自然资源广泛地解释为包括了濒临灭绝的生物资源(如海龟),而限于缔约当时理解的非生物资源(如原材料或矿物质)。^④

演化解释的基础是条约的目的和宗旨。为考虑技术的变化,条约文本本身的范围和含义可能会演变,以维护条约的最初目的和宗旨。^⑤上诉机构在解释WTO规则和成员的承诺时,都考虑了争端发生时国际社会对当初所采用概念的现理解。WTO已经有关于数字贸易的案例,如“美国赌博案”“中国音像制品案”“中国电子支付服务案”。“美国赌博案”的裁决具有开创性,该案是WTO框架下审查跨境数字服务贸易的第一案。^⑥专家组和上诉机构毫不犹豫地将GATS规则适用于跨境电子服务交付,裁定美国GATS承诺表中的特定分部门包括了对互联网提供的赌博服务的具体承诺。^⑦专家组和上诉机构将网络赌博服务认定为跨境交付(模式一),并适用了非常严格的非歧视标准,阐明了GATS第14条一般例外条款的适用性。这在一定程度上缓解了WTO法对数字贸易适用的不确定性。在“中国音像制品案”中,尽管中国对录音分销服务作出承诺时在线分销并非主流,专家组和上诉机构都认为录音制品的分销包括在线分销形式。在“中国电子支付服务案”中,专家组裁定,中国对“支付和汇款服务”的承诺包括电子支付服务,电子支付服务是某些支付服务的组成部分。^⑧

WTO尚未建立起具有前瞻性的专门的数字贸易规则,仅有一些协定涉及数字贸易的部分领域。只要数字贸易争端进入到WTO争端解决程序,专家组和上诉机构就会采用演化解释的方法对WTO规则作出适合当前贸易发展状况的解释,使WTO规则能

够涵盖数字贸易问题,并能解决相关争端。^⑨可能影响数字贸易的WTO纪律范围很广,涉及服务、知识产权、货物、政府采购和技术贸易壁垒(标准)等。WTO通过准司法的争端解决实践澄清了部分WTO规则对数字贸易的适用,甚至奉行了“司法能动主义”。^⑩当然,WTO规则可以适用于数字贸易并不意味着WTO成员的贸易承诺可以自动拓展到所有的数字贸易部门,新型数字产品和数字服务可能难以被成员的GATS承诺表所涵盖,这些部门的市场开放需要经过成员重新谈判并作出承诺。

WTO对数字贸易的适应性调整对于日新月异的数字贸易来说并不充分。与数字贸易有关的WTO规则是零散的,无法实现足够的法律确定性。数字贸易的归类困境生动地揭示了贸易规则与贸易实践的脱节。^⑪在WTO《电子商务工作计划》框架下讨论的很多其他问题都没有得到解决甚至无法澄清。WTO未能跟上数字贸易发展的步伐,它无法解决阻碍数字贸易谈判的很多有争议的问题,因为它们源于更根本的政策和文化差异。^⑫因此,多边贸易规则对数字贸易的规制是有限的。

(二)自由贸易协定对数字贸易的碎片化规制

WTO数字贸易规则的缺失是FTA推动数字贸易谈判的动因,FTA成为数字贸易国际规则谈判的重要场所。人们普遍认为,每一份“有雄心”的21世纪贸易协定都需要一个电子商务章。^⑬不同国家在数字能力建设方面存在很大差别,在全球数字贸易中处于不同的分工角色和发展阶段,具有各自的利益诉求,因而各国主张的数字贸易议题和规则也存在很大差别。由于数字贸易要受到跨境服务贸易、金融服务、投资等相关规则的约束,FTA中的数字贸易规则除了独立的数字贸易/电子商务章或条款以外,还包括与数字贸易有关的服务贸易规则和投资规则。

1. 自由贸易协定数字贸易规则的类型化分析

比较不同FTA可以发现,其中的数字贸易规则呈现出类型化的特点。比较典型的是以美国FTA为代表的美式数字贸易规则,以欧盟FTA为代表的欧式数字贸易规则,以及除美式和欧式规则以外其中一缔约方为发展中国家的FTA中的数字贸易规则。

就总体监管理念而言,早期的美国FTA主要关注“贸易”方面,将数字贸易纳入WTO的现有框架并大量借鉴WTO规则。CPTPP已开始意识到数字贸易的独特性并试图制定符合数字贸易“数字”性质的新规则。这种努力体现在CPTPP有关源代码备案、计算设施本地化等议题的规则中,这些议题是由数字贸易的无形性和无边界性引发的。早期的美国FTA对数字贸易的“数字本质”关注不够,只是遵循了传统的WTO规制路径,将重点放在国家政府的监管上。CPTPP采取了不同的路径,将监管负担转移给了私人公司,因为它们实际上是数字领域的创造者。^⑤USMCA的数字贸易规则很大程度上延续了CPTPP。美式数字贸易规则文本呈现出规律性的演变轨迹,已经具备成熟且完备的规范体系。^⑥美国的数字贸易规则模板已经影响和扩散到美国FTA“伙伴”与其他国家签署的FTA中。^⑦

在文本结构上,欧盟FTA中的数字贸易规则通常作为其中的一节或一章,与服务贸易、投资等并列在一起。例如,《欧韩FTA》第7章的标题为“服务贸易、机构和电子商务”,“电子商务”作为其中的第F节;《欧盟与哥伦比亚、秘鲁FTA》第4编的标题为“服务贸易、机构和电子商务”,“电子商务”作为其中的第6章;《欧日EPA》第8章的标题为“服务贸易、投资自由化和电子商务”,“电子商务”作为其中的第F节。《欧加CETA》第16章首次引入了独立的电子商务章。在内容上,相较于美式FTA中的数字贸易规则,欧盟FTA中的数字贸易规则涵盖的内容较少,尤其是未对跨境数据流动议题设定有约束力的规则,而强调数字贸易的合作和监管。

相较于美国和欧盟FTA,很多发展中国家缔结的FTA要么没有解决数字贸易议题,要么仅仅在一两个条款中简要提及了数字贸易/电子商务。“其他数字贸易规则”是指除美式和欧式规则以外其中一缔约方为发展中国家的FTA中的数字贸易规则。这类数字贸易规则虽然有的也采取单独章节的立法模式,但内容主要涉及关税、电子签名、消费者权益保护、无纸贸易、电子商务合作等基础性条款,属于数字贸易的旧议题范畴,主要解决贸易便利化问题。在数字贸易便利化和消费者权益保护方面,国

家之间的分歧较少,因为这不涉及国家主权性问题,并且在国际和国内层面这些领域已经有较为成熟的实践。^⑧

2. 自由贸易协定对多边贸易规则的继承和发展

FTA中的数字贸易规则弥补了WTO在数字贸易规则谈判中的进展不足以及随之产生的法律不确定性。FTA中的数字贸易规则有部分是建立在现有的WTO规则基础之上,而其他规则解决了严格来说不属于“贸易”问题的全新问题,例如消费者权益保护、数据自由流动。FTA为数字贸易创建了量身定制的制度,增加了新的承诺。^⑨FTA中的数字贸易规则可以分为两类,一类是从WTO现有义务转换而来的规则,另一类是超越了现有WTO义务的规则。FTA在规制数字贸易方面,对多边贸易规则进行了继承和发展。

基于前文的分析可以发现,WTO规则适用于数字贸易,但成员并未对此达成普遍共识。为解决WTO法的适用性问题,很多FTA规定,“缔约方认识到《WTO协定》对影响电子商务的措施的适用性”。^⑩“认识到”的措辞意味着FTA缔约方没有义务自动将所有WTO规则适用于电子商务。FTA承认WTO规则对数字贸易的适用性,既可以说是对多边贸易规则的继承,也可以说是对多边贸易规则的发展,因为WTO“电子商务工作计划”从未对此进行过确认。

FTA在总体上确认了WTO规则对数字贸易的适用性之后,继续纳入WTO的若干具体原则。这些规则根据需要进行了修改,以适应数字贸易的独特性质。第一个是非歧视原则。作为多边贸易体制最基本的原则之一,非歧视原则在WTO法律框架中发挥着关键作用,具体体现在最惠国待遇原则和国民待遇原则中。所有美国FTA都确认了数字产品的非歧视待遇。^⑪第二个是WTO核心原则之一的透明度原则。透明度原则涵盖了法规的发布、政策制定过程以及向WTO通报的拟议措施和最终措施方面的要求。数字贸易规制涉及复杂的监管领域,透明度对于确保法规有效实施以及各缔约方理解相关要求至关重要,透明度也有助于增进消费者对数字贸易的信心。透明度原则出现在很多FTA的数字贸易规则中。^⑫

除了适用GATT 1994和GATS中的一般原则外,FTA还吸收了最新《WTO协定》中的规定。例如,很多FTA借鉴了《贸易便利化协定》(TFA)有关无纸贸易的规定。^④此外,FTA还对WTO框架内某些尚未发生法律效力的政治宣言进行了确认,例如大部分FTA都将《全球电子商务宣言》中有关对电子传输暂停征收关税的要求确定为一项法律义务。

FTA直接或间接地解决了在WTO“电子商务工作计划”中已经讨论但仍未解决的很多问题。除了纳入《WTO协定》中的现有义务,FTA数字贸易章还纳入了WTO之外的规则。这些规则涵盖了信息技术政策领域中的广泛议题,例如电子认证和电子签名、个人信息保护、对互联网的访问和使用、跨境数据流动、计算设施本地化、非应邀商业电子信息、网络安全、源代码等。

二、中国规制数字贸易的实践检视

在国内法层面,中国对数字贸易的规制包括对数字贸易及相关贸易部门的立法和管理措施,以及影响数字贸易的相关法规和措施,如互联网审查以及对跨境数据流动的规制措施。中国的互联网审查制度和有关数据流动的立法时常被一些国家指责构成数字贸易壁垒。美国国内一些人士曾多次扬言要在WTO对中国的互联网限制措施发起争端诉讼。^⑤

在FTA规制层面,中国大多数FTA中的数字贸易规则只涵盖了传统的数字贸易议题,如海关关税、电子签名、无纸贸易等,没有对数字产品的概念进行界定,除了确认对电子传输暂停征收关税以外,并没有专门规制数字产品贸易的约束性条款,如数字产品的非歧视待遇条款。

(一)在国内法层面对数字贸易的规制及面临的合规风险

1. 数字贸易规制的国内立法和实践

中国在2018年通过了《电子商务法》,这是中国第一部专门针对电子商务制定的法律。《电子商务法》第2条规定:“本法所称电子商务,是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。”该定义排除了“金融类产品和服务”以及“利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务”。《电子商务法》只涵盖了数字贸

易的旧议题,其主体内容涉及电子商务平台经营者、合同的订立与履行、争议解决以及相关的法律责任等。中国理解的电子商务是指通过互联网进行的货物贸易,以及与其直接相关的服务贸易。中国出台了一系列与数字贸易相关的法律法规,对互联网信息服务、视听服务、电信业务等数字服务总体上实行许可或备案管理。^⑥

互联网审查是中国规制数字贸易的方式之一。中国《网络安全审查办法(2021)》第2条规定:“关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务,网络平台运营者开展数据处理活动,影响或者可能影响国家安全的,应当按照本办法进行网络安全审查。”中国还对互联网流量进行屏蔽和过滤审查,包含以政府为主体实施的审查和互联网服务提供商的“自我审查”。^⑦中国的互联网审查主要是出于维护公共道德与公共秩序以及国家安全的考虑。

由于数字贸易依赖于数据流动,对跨境数据流动的规制也成为数字贸易规制的一种方式。中国对跨境数据流动的规制坚持了以风险为基础的思路,目前初步形成了数据分级分类管理的顶层设计框架。^⑧根据中国《数据安全法》《个人信息保护法》《网络安全法》《关键信息基础设施安全保护条例》等相关立法,可以从数据处理者和数据两个角度,将中国的跨境数据流动规则大致分为四种情形。第一种情形为一般数据处理者处理个人信息(主体为一般主体,客体为非重要的个人信息);第二种情形为一般数据处理者处理重要数据(主体为一般主体,客体为重要数据);第三种情形为重要数据处理者处理个人信息或重要数据(主体为重要主体,客体为个人信息和重要数据);第四种情形为外国司法或执法机构请求提供数据。^⑨

2. 数字贸易规制可能面临的合规风险

中国的数字贸易规制措施时常被一些国家指责构成贸易壁垒,因而可能面临一定的合规风险。

(1) 互联网审查可能面临的合规风险

USTR早在2011年就针对中国的互联网监管政策提出了“问题清单”,指责中国的互联网限制措施构成了商业壁垒。^⑩USTR在2018年发布的《国家贸易评估报告》重点关注了中国对数字贸易的规制措

施可能构成的壁垒。该报告指出,中国的互联网监管制度是限制性且不透明的,影响了通过互联网开展的各种商业服务活动。2017年《工业和信息化部关于清理规范互联网网络接入服务市场的通知》禁止中国电信运营商向消费者提供到达海外数据中心的租用专线或虚拟专用网(VPN)连接,消除了公司用于连接到外国云计算服务提供商和相关资源的关键访问机制。该报告认为,中国的互联网屏蔽措施给数字产品和数字服务的供应商和用户造成了巨大损失。^⑤事实上,对互联网进行审查早已是国际上的通行做法,很多国家都在以不同方式进行网上过滤、屏蔽等互联网审查活动,这是一国行使网络主权的表现。在国际经贸规则视域下探讨中国互联网审查措施的合法性,必须首先分析中国的WTO《服务贸易具体承诺减让表》是否对相关的数字产品和数字服务作出市场准入承诺以及承诺的具体范围。这在本质上是数字贸易的归类问题。^⑥

一些美国专家认为,中国《网络安全法》中的安全标准不符合比例原则,故意模棱两可,旨在实现网络主权,而非确保高水平的安全或隐私。^⑦中国的网络安全标准使得外国公司难以进入中国市场。^⑧《网络安全法》生效后,美国还专门向WTO服务贸易理事会提交文件指出,中国《网络安全法》和相关执法措施将对服务贸易造成严重的不利影响。^⑨2015年欧盟委员会《贸易和投资壁垒与贸易保护主义趋势报告》指出,中国在互联网领域的很多新措施表面上都是以“国家安全”为由,例如《国家安全法》《反恐怖主义法》《网络安全法》等,以及在“安全和可控的信息和通信技术”背景下采取的措施(在银行和保险业中)。这些立法中的很多内容都超出了基本国家安全的关切,包含了广泛的、不清晰的国家安全定义,这些定义造成了法律上的不确定性,迫使企业将敏感数据移交给当局,使其普遍面临对商业活动施加不必要限制的风险。^⑩国家安全是一个动态而非静止的概念,国家安全关乎国家的生存利益,国际法并不干预各国对于国家安全的界定。^⑪中国的网络安全立法强调国家安全、网络安全的优先性,并保留一定的国内规制空间,并无不妥。

2017年6月,欧盟、美国、日本、加拿大和澳大利

亚在WTO中就中国的网络安全法规对信息通信技术产品贸易的影响提出了关切。在承认保护网络安全的重要性的同时,这些国家要求中国定义网络安全法规的范围,并澄清法规所涵盖关键术语的定义,如产品和服务的“安全性和可控性”。在承认防止网络入侵和网络攻击以及保护用户个人信息和敏感数据的重要性的同时,他们敦促中国以非歧视的方式执行相关措施,并遵守TBT。^⑫

(2) 跨境数据流动规制可能面临的合规风险

USTR还在2018年的《国家贸易评估报告》中指出,中国的监管机构为了实施《网络安全法》和《国家安全法》而制定的各种草案和最终措施将禁止或严格限制常规的跨境数据传输,而这些数据传输对任何业务活动都是至关重要的。这些措施还对“关键信息基础设施领域”的公司强加本地存储和处理数据的要求。^⑬根据中国有关跨境数据流动的相关法规,对于向境外传输的数据需要进行安全评估,但对于境内的数据流动却没有这方面的要求。相较于境内的数字服务提供者,对跨境数据传输的评估要求很可能给外国服务提供者增加额外负担,从而改变竞争条件,造成一种“较低待遇”。中国立法对跨境数据流动设定了一定的条件,此种限制可以构成国际经贸协定中的“限制措施”。中国对于跨境数据流动的国内规制措施已经与国际接轨。^⑭不过,其他国家对中国规制措施仍有猜疑或不甚了解。

(二) 签署的自由贸易协定对数字贸易的规制

中国在WTO和FTA中都没有使用数字贸易的概念,而是使用电子商务。总体而言,中国对于在FTA中加入数字贸易的相关条款非常谨慎。中国首次使用FTA来规范电子商务是在《中国新西兰FTA》(2008),该协定包含了《关于电子电器产品及其部件合格评定的合作协定》的附件,旨在减少电子电器设备的技术壁垒。但《中国新西兰FTA》中没有专门的电子商务条款。截至2023年4月1日,中国向WTO通报的已生效的FTA中仅有7个涵盖电子商务条款,即《中韩FTA》《中澳FTA》《中国毛里求斯FTA》《中国格鲁吉亚FTA》《中国智利FTA》(2017年修订)以及中国内地分别与香港地区和澳门地区签订的“更紧密经贸关系安排”。

《中韩 FTA》和《中澳 FTA》对电子商务作出了专章规定。中国在 FTA 谈判中独立设置电子商务专章,目的是在数字贸易的国际立法进程中扩大自身话语权和影响力。中国电子商务企业在海外的蓬勃发展也刺激了中国政府将电子商务保护和促进条款纳入其 FTA。FTA 中的电子商务章使中国及其缔约方能够制定完善的电子商务法规。相较于电子商务章,FTA 有关电子商务的附件通常用于解释既有规定且涉及的领域非常狭窄,而简单的电子商务条款可能无法建立系统的电子商务法律框架。^④

《中韩 FTA》中的电子商务章(第 13 章)包含 9 个条款,涉及海关关税、电子认证和电子签名、个人信息保护、无纸贸易、电子商务合作等。这些规定有很多是建立在其他国际协定规定的现有义务基础之上,并未增加新的实质性义务。^⑤例如,关于暂停征收关税和无纸贸易的规定是基于 WTO 的义务。部分规定是不具有约束力的软条款。例如,有关无纸贸易的规定使用的措辞是“应努力”和“应探索”。根据《中韩 FTA》第 13.2 条,若电子商务章与其他章节有不一致之处,该处以其他章节为准。根据《中韩 FTA》第 13.9 条,电子商务章下产生的任何事项,不得诉诸争端解决。这两个条款大大削弱了相关义务的有效性。

《中澳 FTA》(第 12 章)中的电子商务议题与《中韩 FTA》大体相同,但又增加了新的规定,即第 12.4 条的透明度、第 12.5 条的国内监管框架、第 12.7 条的网络消费者保护。对于《中韩 FTA》和《中澳 FTA》都包含的电子商务议题,部分具体内容也存在差别。就无纸贸易而言,《中韩 FTA》仅规定,“各缔约方应探索接受以电子形式递交的贸易管理文件具有与纸质版文件同等法律效力的可能性”,^⑥而《中澳 FTA》将其上升为一项有强制约束力的法律义务。^⑦但《中澳 FTA》第 12.9.1 条包含了两项例外情形,从而又减损了该款义务的约束力。《中澳 FTA》还删除了《中韩 FTA》第 13.2 条有关电子商务章与其他章节规则冲突的规定。不过,电子商务与传统贸易的一致性可以通过《中澳 FTA》第 12.1.3 条来实现。^⑧

2005 年签订的《中国智利 FTA》并未包含电子商务条款,但 2017 年修订后的《中国智利 FTA》纳入了

独立的电子商务章(第 4 章),涉及的条款包括国内电子交易框架、电子认证和电子签名、网上消费者保护、网上个人信息保护、无纸化贸易和合作。^⑨

《中国毛里求斯 FTA》也包括了独立的电子商务章(第 11 章)。这两个 FTA 的电子商务议题规则均没有超出《中韩 FTA》和《中澳 FTA》电子商务章的内容。《中国格鲁吉亚 FTA》第 12 章(合作领域)第 2 条确认了 WTO 规则对电子商务的适用性,规定了电子商务领域的国际合作,但并未对电子商务设定有约束力的规则。《中国与东盟全面经济合作框架协议》第二部分(其他经济合作领域)中的第 3 条规定“加强合作的措施应包括但不限于”该条(c)项中的“促进电子商务”,但未规定具体的合作事项范围。

《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》第 17 条(合作领域)和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》第 17 条(合作领域)规定了电子商务合作条款,双方将在电子商务领域加强合作。这两个协定的附件 6 都规定了电子商务的合作机制和合作内容。《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉经济技术合作协议》第 14 条(电子商务合作)和《〈内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排〉经济技术合作协议》第 13 条(电子商务合作)重申了电子商务合作的内容,并增加规定“加强两地在跨境数据流动方面的交流”,前者还规定“组成合作专责小组共同研究可行的政策措施安排”。

中国于 2020 年 11 月签署的 RCEP 中的电子商务章(第 12 章)在促进跨境电子商务方面新增了两个关键条款,分别是第 12.14 条(计算设施的位置)和第 12.15 条(通过电子方式跨境传输信息),这两个条款涉及的议题属于数字贸易核心议题,在中国以往的 FTA 中从未出现。RCEP 第 12.15 条规定了跨境数据流动规则,总体上为跨境数据流动规定了“原则+例外”的规制模式;RCEP 第 12.14 条明确禁止缔约方采取计算设施本地化措施,在义务设置上也包括了“原则+例外”。这两个条款均借鉴了 CPTPP 中的电子商务规则。不过,RCEP 对于缔约方援引上述两个条款中嵌入的一般例外和安全例外条款的条件未施加实质性约束。尤其是当一缔约方就其采取的限制措施援引安全例外时,其他缔约方不得对此类措施提出

异议。这一规定凸显了对缔约方规制权的强调和尊重,体现了RCEP的包容性。^⑥这给缔约方限制跨境数据流动的措施提供了更大的灵活性,但也对跨境数据流动的稳定性 and 持续性增加了不确定性。^⑦在为电子商务创造有利环境方面,RCEP还有一项重要突破,即要求缔约方在制定保护个人信息的法律框架时,每一缔约方应当考虑相关国际组织或机构的国际标准、原则、指南和准则。RCEP电子商务章在内容上涵盖数字贸易核心议题,为中国、美国、欧盟三方之间寻求进一步贸易规制共识打下了良好的基础。^⑧

总体而言,中国目前已签署FTA中的数字贸易规则没有定义数字产品的概念,也未包含数字产品非歧视待遇的规定。这或许是因为中国FTA直到2015年才开始使用“章”的形式来规范电子商务,因此尚未就如何处理数字产品的归类和待遇形成确定的看法。中国顶级的电子商务企业(如阿里巴巴和京东)销售的大多数产品是含有实物载体的货物。因此,有学者认为,中国立法者可能觉得在目前阶段没有必要为电子传输的数字产品制定具体的规范。^⑨随着中国正式提出申请加入CPTPP和DEPA,中国如何对数字产品的非歧视待遇作出开放承诺日益成为一个重要而紧迫的问题。

三、完善数字贸易规制的中国方案

中国在2019年4月向WTO提交了首轮电子商务提案,就电子商务谈判目标、谈判进程、谈判方向和重点以及行动领域等方面阐明了中国立场。中国呼吁,WTO电子商务谈判应弥合数字鸿沟,秉持开放、包容和透明原则,谈判应重点讨论互联网驱动的跨境货物贸易以及相关的支付和物流服务。^⑩

中国的首轮提案有其合理性和科学性,考虑到了互联网环境下数字贸易的新特点、数字贸易规制的多元目标以及发展问题。首轮提案体现了中国对于数字贸易规制的基本立场,注重国内规制权和公共政策目标的实现。中国的关注重点是以贸易便利化为核心的数字贸易旧议题,这反映了中国互联网企业借助互联网平台向海外市场销售商品以及进口商品满足国内需求,其目的是为了充分发挥中国的产业优势。首轮提案侧重于提出原则性声明,没有

具体的条文建议。此外,中国还在2019年5月9日和9月23日向WTO提交了电子商务提案。^⑪

作为数字贸易国际规则引领者的美国向WTO提交的电子商务提案主张的数字贸易议题大多涉及数据和数字产品,超出了WTO项下传统货物贸易、服务贸易或与贸易有关的知识产权等协定的范畴。由于美国已经在其FTA中推行类似的数字贸易规则,相关规则已经具备较为充分的实践基础,因而美国提案中的多项数字贸易议题都包含了清晰明确的义务。相较于美国电子商务提案的内容以及美国FTA中的数字贸易规则,中国的首轮提案反映出中国在数字贸易新议题上的防守立场。中国对数字贸易概念的理解侧重于网络购物,但数字产品和数字服务在可预见的将来会有很大的发展。鉴于此,中国有必要从更全面的视角构建数字贸易规则。

(一)从更全面的视角构建数字贸易规则

在数字贸易发展过程中,不同国家的基础、起点、比较优势存在较大差异,因而在构建数字贸易国际规则过程中,不同国家对数字贸易概念理解的侧重点、各自的利益诉求点也会有所不同。^⑫中国理解的数字贸易侧重于网络购物,包含了B2B和B2C两种交易模式。中国目前在数字贸易中的比较优势在于通过互联网进行的传统货物贸易,因而中国的关注重点是与跨境货物贸易便利化相关的规则,如电子签名、电子认证、电子合同、无纸贸易等。中国向WTO提交的电子商务提案和中国大多数FTA中的数字贸易规则仍停留在数字贸易的旧议题上。中国还认为,WTO现阶段的电子商务讨论不应增加新的市场准入承诺,包括降低关税,无意引入新的贸易规制条款。在电子商务讨论的整个过程中应坚持发展的维度,并将其充分纳入成果中。^⑬

对于数字产品和数字服务,中国的国内产业发展相对不足。中国已签署的FTA未对数字产品的定性和归类作出回应。《中韩FTA》第13.3条(海关关税)的脚注1规定:“本章电子商务条款,不影响双方对于电子交付属于货物贸易或是服务贸易的立场。”由此可见,中国在FTA层面对于数字贸易的归类问题也是采取了回避立场,这一做法与美国的实践类似。不过,与美国实践不同的是,中国已签署的FTA均未

规定数字产品的非歧视待遇。因此,中国在 FTA 层面对数字产品的规制相当于作了留白处理。从理论上讲,由于 GATS 承认了发达成员和发展中成员之间的发展不平衡,从中国数字贸易发展现状来看,笔者认为,坚持数字产品贸易适用 GATS 有利于中国在数字贸易规制中争取更多的政策空间。在“中国音像制品案”中,中国极力主张录音制品的在线分销是一种新型的网络音乐服务,而非录音分销服务,力图规避 GATS 项下的市场准入义务。中国在 FTA 中对服务贸易作出承诺时,亦坚持了在 WTO 框架下使用的四种服务提供模式,对服务的归类标准也坚持了 CPC prov。在数字贸易归类问题上,中国未在国际上提出自己的新主张。中国已于 2021 年 9 月申请加入 CPTPP,而 CPTPP 电子商务章对数字产品的定义已经回避了对数字产品贸易的归类问题。^③那么,中国在加入 CPTPP 的谈判中是否有必要把数字贸易规制拉回到服务贸易框架下呢?笔者认为,尽管这种努力确有正当性,但缺乏现实可操作性。因为,对于数字贸易/数字产品的归类采取“两条腿走路”的处理方式已经成为国际条约实践中的一种普遍趋势,中国在加入 CPTPP 的谈判中难以对其提出保留。在这一背景下,如果中国想争取数字贸易国内规制空间,更为务实的选择是在数字贸易市场开放承诺中对相应的数字贸易部门作出保留。

在数字贸易的关税问题上,中国也未形成进攻性立场。中国在 WTO 电子商务谈判以及《中韩 FTA》和《中澳 FTA》中,均只支持维持目前在 WTO 中对电子传输暂停征收关税的做法。中国目前的立场有其合理性。对数字产品和数字服务免征关税有利于促进数字贸易自由化的发展,也有利于中小微企业参与国际贸易。但随着越来越多的实物产品可以被数字化并通过在线方式交付,对电子传输永久免关税的承诺可能导致税收流失。在 WTO 电子商务谈判中,很多成员提出将电子传输免征关税的做法永久化,中国目前不宜支持,而应该在继续观察中国数字贸易发展状况,并综合考量免关税的具体影响之后,再决定立场。^④

美国在数字贸易中的比较优势在于数字产品和数字服务,因而美国倡导的“数字 24 条”主要强调实

现跨境数据自由流动、防止本地化壁垒、禁止强制技术转让、保护关键源代码等数字贸易新议题。^⑤中国认为大部分新议题并非贸易问题,不应通过国际经贸协定设定规则。从 2016 年以来中国和美国向 WTO 提交的有关电子商务的文件来看,两国关注的数字贸易议题只有在贸易便利化方面存在重合之处。中国对数字贸易概念的狭义理解使得中国在国际场合对数字贸易新议题采取回避态度。

但从数字贸易的长远发展来看,中国在立足比较优势的同时采取广义的数字贸易概念,从更全面的视角构建数字贸易规则,是更为理性的选择。数字产品和数字服务是新兴的数字贸易类型,发展潜力巨大。有国外学者指出,在数字贸易领域,中国的国内公司已经在与西方公司相同的运行空间内创造了快速发展且技术精湛的“平行宇宙”,其中一些是世界一流的市场领导者,例如阿里巴巴、百度和腾讯的微信。^⑥上海市在 2019 年 7 月发布了《上海市数字贸易发展行动方案(2019-2021 年)》,要求充分发挥上海数字贸易的特色优势,加快形成数字贸易开放创新体系。该行动方案提到的数字贸易发展重点领域包括了云服务和数字内容。中国不仅应重点关注网络购物,还应关注数字产品和数字服务贸易,积极探索数字贸易新议题的规制路径。数字贸易新议题成为新近国际经贸协定谈判中的重要问题,对数字贸易概念的狭义理解不利于准确把握数字贸易对外谈判的立场。当然,采取广义的数字贸易概念并不意味着全盘接受美式数字贸易规则的所有内容。

(二)统筹发展与安全,进一步放开与贸易有关的跨境数据流动

中国在 2019 年向 WTO 提交的电子商务首轮提案开始适当回应美国主张的数字贸易新议题。^⑦中国提出,在电子商务的探索性讨论中,一些成员提到了涉及诸如数据流动、数据存储、数字产品待遇等问题的数字贸易规则。鉴于它们的复杂性和敏感性以及成员之间的巨大分歧,在将此类问题提交 WTO 谈判之前,需要进行更多的探索性讨论,以便使成员充分理解其含义和影响以及相关的挑战和机遇。

中国提出,不可否认与贸易有关的数据流动对于贸易发展至关重要。但更重要的是,数据流动应

以安全为前提,这关涉每个成员的核心利益。为此,数据有必要按照成员各自的法律法规有序地流动。中国在提案中使用的是“数据流动”概念,而非美国向WTO提交文件中使用的“数据自由流动”。^⑨中国提到的“数据流动”仅限于“与贸易有关”。这意味着中国目前只想谈判与贸易有关的数据流动问题,而非所有种类的数据流动。换言之,与贸易无关的“数据流动”可以被合理地排除在外。这一限定条件会产生广泛的影响,它可以被用来证明对中国未作出承诺的行业,甚至是现有承诺已涵盖但免费提供的行业中的数据流动进行限制的正当性。^⑩

跨境数据流动是进行数字贸易的前提,对于数字贸易的开展具有特殊重要性。由于实行复杂的互联网审查制度,中国难以像美式FTA那样对跨境数据自由流动作出全面承诺。中国在数字产品和数字服务领域不具有产业优势,但基于数据传输进行的数字贸易是未来国际贸易发展的大趋势。中国作为最大的跨境电子商务市场,在保障数据流动方面存在重大利益。^⑪跨境数据流动与数据本地化措施在一定程度上将同时存在,中国可以在确保安全的前提下,进一步放开与贸易有关的跨境数据流动。

在个人数据保护^⑫和政府数据开放问题上,中国也持支持立场。对于个人数据保护,全国人大常委会通过了《关于加强网络信息保护的決定(2012)》,工信部发布了《电信和互联网用户个人信息保护规定(2013)》,《个人信息保护法》已于2021年11月1日起施行。《中韩FTA》《中澳FTA》和RCEP也都规定了个人数据保护要求,^⑬尤其是RCEP要求缔约方在个人数据保护方面应考虑相关国际组织或机构的国际标准、原则、指南和准则制定法律框架。中美之间关于跨境数据流动的主要争议点不在个人数据保护,而在数据安全方面。对于政府数据开放,中国也持支持态度。国务院在2015年发布了《关于印发〈促进大数据发展行动纲要〉的通知》,其中特别提到要加快政府数据开放共享。《网络安全法》第18条也规定,“国家促进公共数据资源开放。”2020年3月发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》进一步强调了推进政府数据开放共享。

(三)统筹推进国内法治与涉外法治,加强国内规制与国际规则的协调

中国在向WTO提交的首轮电子商务提案中指出,鉴于WTO成员利益的多元化,在推进电子商务谈判时,应充分考虑不同成员的产业发展条件、历史和传统文化以及法律制度的差异。成员应尊重彼此的电子商务发展路径,以及为实现合理公共政策目标而采取监管措施的合法权利。^⑭这一主张反映了中国对于数字贸易规制享有更多政策空间的呼声。中国对于当前全球互联网治理的基本立场和核心思想是网络主权观。作为一个转型中的发展中大国,中国在数字贸易规制中对公共秩序、国家安全、文化安全等非贸易价值有特别的关注,因而采取了较多限制措施。但中国当前的数字贸易规制措施经常被其他国家的政府和学者指责构成贸易壁垒,面临合规风险。

中国在国际争端解决实践中有时过于强调国内“立法目的”的“合理性”,却忽略了国际条约法语境下的细致论证。^⑮在数字贸易规制实践中,中国应特别重视国际法治思维,加强国内规制与国际规则的协调。一方面,中国应注重国内规制措施的合法性评估,降低合规风险;另一方面,中国应当密切关注国际经贸协定中正在形成的数字贸易新规则,深化国内改革,避免成为新规则的被动接受者。

2014年6月,国务院办公厅发布了《关于进一步加强贸易政策合规工作的通知》,要求高度重视贸易政策合规工作。通知中的合规是指,贸易政策应当符合《WTO协定》及其附件和后续协定、《中国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》。WTO规则适用于数字贸易,中国的规制措施有可能对中国已经作出贸易承诺的数字贸易部门产生限制性影响,违反WTO的非歧视义务。这部分措施可能被其他成员诉至WTO。中国在对数字贸易的规制过程中,应结合WTO规则和中国入世承诺,注重国内规制的合法性评估,加强国内规制和国际经贸规则的协调,从而提高国内治理水平,营造良好的营商环境。

中国的网络安全法规和对跨境数据流动的限制措施大都基于国家安全的理由,因而中国在数字贸易规制中对于援引国家安全例外条款具有现实需求。WTO安全例外条款能够为网络安全措施提供的

抗辩非常有限,^⑥但国际经贸规则正在经历重构,中国有必要思考国家安全措施如何与变动中的国际规则相衔接的问题,并适时地提出中国主张。^⑦美国正在以迂回方式推动全球规则的重塑,努力将其国内法转换为全球性规则。^⑧在国家安全问题上,美国善于将国家安全和产业安全紧密地联系在一起。例如,美国可以依据其《贸易扩张法》第232节“保障国家安全”条款发起“232调查”,以确定特定进口产品对美国国家安全的影响。在中国国内法中,能够为基于国家安全采取出口限制措施提供法律依据的主要是《对外贸易法(2022年修订)》第15条和《出口管制法》。中国的产业保护制度除了反倾销、反补贴和保障措施以外,目前还没有相关的国家安全制度。美国有关国家安全的国内立法和制度实践启示中国的产业政策应该有一个国家安全的概念来指导,国家安全应当镶嵌于经贸规则和国内法。国家安全利益如果有较为充分的产业基础和国内立法上的衔接,中国在国际上援引安全例外条款时将具备更充分的依据。中国的网络安全法规虽然嵌入了国家安全的概念,但相关的产业制度尚未与国家安全相衔接。

在文化产业方面,中国政府认识到文化市场的巨大利益,已经对外开放了部分文化产业部门,并欢迎外资进入中国需要发展的文化产业领域。中国在WTO中也对部分视听服务作出了承诺。但基于文化安全的考量,中国在很多文化领域都拒绝给外国公司提供商业机会。^⑨中国对数字文化产品贸易采取了有限开放的态度。对于已经作出承诺的部门,中国应避免采取歧视性的限制措施,以免构成贸易壁垒。

新近国际经贸协定(尤其是美国主导的FTA)中形成了高标准的数字贸易新规则,WTO框架下的电子商务谈判也已经启动。为有效回应国际经贸新规则的挑战,中国需要内部的主动因应。^⑩在处理国际法与国内法的关系问题上,以国际法来“倒逼”国内法修改不应成为一种常规的方式。^⑪中国应密切关注数字贸易新规则的发展,深化国内改革,做好压力测试。以源代码条款为例,美式FTA已经规定了禁止强制要求披露软件源代码或算法,其他发达成员

向WTO提交的电子商务提案也提出了类似主张,但中国提案未涉及源代码和算法的规制。中国银保监会和工信部曾于2014年12月发布了《关于印发银行业应用安全可控信息技术推进指南(2014-2015年度)的通知》,^⑫该通知规定的“重要信息系统可控”包括了银行业金融机构能够掌握重要信息系统的源代码。随后,美国就中国对银行业出台的前述限制性规定在WTO向中国施压。最终,上述通知和相关法规被“叫停”。^⑬中国为了执行近年来颁布的网络安全法规(如对网络产品和服务的网络安全审查),在构建网络安全标准的过程中也可能涉及对源代码或算法的披露。为此,中国需要准备应对策略。出于网络安全或国家安全的考虑,中国可以设计允许强制披露源代码和算法的特殊情形,在确保安全的前提下鼓励和促进源代码的自愿转让或授权获取。

注释:

①习近平:《不断做强做优做大我国数字经济》,载《求是》2022年第1期。

②《中国关于全球数字治理有关问题的立场》,载中国外交部官网, https://www.mfa.gov.cn/web/wjlb_673085/zzjg_673183/jks_674633/zclc_674645/qt_674659/202305/t20230525_11083602.shtml, 2023年5月30日访问。

③See Ministerial Conference, Declaration on Global Electronic Commerce, Adopted on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2, 25 May 1998.

④See Sacha Wunsch-Vincent, WTO, E-commerce, and Information Technologies: From the Uruguay Round through the Doha Development Agenda, A Report for the UNICT Task Force, 19 November 2004, p. 140.

⑤See General Council, WTO Agreements and Electronic Commerce, WT/GC/W/90, 14 July 1998.

⑥See General Council, Work Programme on Electronic Commerce, Adopted by the General Council on 25 September 1998, WT/L/274, 30 September 1998.

⑦参见钟英通:《论WTO电子商务规则制定的路径选择与中国因应》,载《网络信息法学研究》2019年第2期,第156页。

⑧See Council for Trade in Services, The Work Programme

on Electronic Commerce, S/C/W/68, 16 November 1998; Council for Trade in Goods, Work Programme on Electronic Commerce, G/C/W/128, 5 November 1998; Council for Trade for TRIPS, The Work Programme on Electronic Commerce, IP/C/W/128, 10 February 1999; Committee on Trade and Development, Development Implications of Electronic Commerce, WT/COMTD/W/51, 23 November 1998.

⑨ See Ministerial Conference Fourth Session, Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on 14 November 2001, 20 November 2001, para. 34.

⑩同前注⑦,钟英通文,第156页。

⑪参见张莉:《中国引领跨境电商国际规则制定前景》,载《今日中国》2016年第10期,第56页。

⑫参见周念利、李玉昊:《全球数字贸易治理体系构建过程中的美欧分歧》,载《理论视野》2017年第9期,第76页。

⑬See Ministerial Conference, Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision on 13 December 2017, WT/MIN(17)/65, 18 December 2017.

⑭See Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056, 25 January 2019.

⑮ See Ministerial Conference Twelfth Session, Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision, Adopted on 17 June 2022, WT/MIN(22)/32, 22 June 2022.

⑯See Sacha Wunsch-Vincent, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives, Hart Publishing, 2006, p. 6.

⑰See Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 9 May 2001, Note by the Secretariat, S/FIN/M/31, 1 June 2001, para. 11.

⑱ General Council, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Work Programme on Electronic Commerce, Communication from Indonesia and Singapore, WT/GC/W/247, 9 July 1999, paras. 17-18.

⑲ See Council for Trade in Services, Communication from the United States, Clarification of the Relationship between Existing Services Commitments and the Internet, S/C/W/130, 14 October 1999, para. 2.

⑳ See Work Programme on Electronic Commerce, Submission by the United States, WT/GC/16, 12 February 1999, p. 3.

㉑ See Council for Trade in Services, Interim Report to the General Council, Work Programme on Electronic Commerce, S/C/8, 31 March 1999, para. 4.

㉒ See Council for Trade in Services, Interim Report to the General Council, Work Programme on Electronic Commerce, S/C/

8, 31 March 1999, para. 5.

㉓ See Emad Tinawi, Judson O. Berkey, E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework, 16 March 2000, p. 4, at https://www.iatp.org/sites/default/files/E-Services_and_the_WTO_The_Adequacy_of_the_GAT.pdf, last visited 30 May 2023.

㉔ See Gabrielle Marceau, Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator, 21(4)Journal of International Economic Law 791, 791(2018).

㉕ See United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, paras. 129-130.

㉖ See Gabrielle Marceau, Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator, 21(4)Journal of International Economic Law 791, 812(2018).

㉗ See Usman Ahmed, Brian Bieron & Gary Horlick, Mode 1, Mode 2, or Mode 10: How Should Internet Services Be Classified in the Global Agreement on Trade in Service?, Boston University International Law Journal 1, 4(2015).

㉘ See Sacha Wunsch-Vincent, The Internet, Cross-Border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-Gambling, 5 (3)World Trade Review 319, 323(2006).

㉙ See China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, WT/DS413/R, 16 July 2012, para. 7. 180 and para. 7. 182.

㉚参见吴峻:《网络中立理论及其对世界贸易组织架构下互联网政策的影响》,载《国际法研究》2015年第2期,第108-109页。

㉛ See Shin-yi Peng, Regulating New Services Through Litigation? Electronic Commerce as a Case Study on the Evaluation of "Judicial Activism" in the WTO, 48(6) Journal of World Trade 1189, 1189(2014).

㉜关于数字贸易归类问题的讨论可参见谭观福:《国际贸易法视域下数字贸易的归类》,载《中国社会科学院研究生院学报》2021年第5期。

㉝ See Mira Burri, The Governance of Data and Data Flows in Trade Agreements: The Pitfalls of Legal Adaptation, 51(1)University of California, Davis Law Review 65, 98(2017).

㉞ See Merit E. Janow, Petros C. Mavroidis, Digital Trade, E-Commerce, the WTO and Regional Frameworks, 18(S1)World Trade Review s1, s5(2019).

㉟ See Henry Gao, Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation, 45(1)Legal Issues of Economic Integration 47, 69(2018).

③⑥参见周念利、陈寰琦：《数字贸易规则“欧式模板”的典型特征及发展趋向》，载《国际经贸探索》2018年第3期，第98页。

③⑦如《新加坡澳大利亚FTA》《泰国澳大利亚FTA》《新西兰新加坡FTA》《印度新加坡FTA》《日本新加坡FTA》《韩国新加坡FTA》和《秘鲁澳大利亚FTA》等。

③⑧参见贺小勇、黄琳琳：《WTO电子商务规则提案比较及中国之应对》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第1期，第107页。

③⑨ See Mira Burri, *The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements*, 48(2) *Georgetown Journal of International Law* 407, 443(2017).

④⑩ Art. 14. 1 of the Singapore-US FTA; Art. 7. 48. 1 of the EU-Korea FTA; Art. 12. 1 of the China-Australia FTA.

④⑪ Art. 15. 3 of the Korea-US FTA; Art. 14. 3 of the Singapore-US FTA; Art. 16. 4 of the Australia-US FTA; Art. 15. 4 of the Chile-US FTA; Art. 14. 4 of CPTPP; Art. 19. 4 of USMCA.

④⑫ Art. 15. 4 of the Colombia-US FTA; Art. 15. 4 of the Peru-US FTA; Art. 12. 4 of the China-Australia FTA.

④⑬ Art. 15. 6 of the Korea-US FTA; Art. 19. 9 of USMCA; Art. 165 of the EU-Colombia, Peru FTA; Art. 12. 9 of the China-Australia FTA.

④⑭相关预分析可参见龚柏华、谭观福：《WTO争端解决视角下的中美互联网措施之争》，载《国际法研究》2015年第2期，第50-58页。

④⑮根据《互联网信息服务管理办法(2011年修订)》第4条的规定，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。根据《互联网视听节目服务管理规定(2015年修订)》第7条规定，从事互联网视听节目服务，应当依照该规定取得广播电影电视主管部门颁发的许可证或履行备案手续。根据《电信条例(2016年修订)》第7条的规定，国家对电信业务经营按照电信业务分类，实行许可制度。根据《网络出版服务管理规定》第7条规定，从事网络出版服务，必须依法经过出版行政主管部门批准，取得许可证。根据《互联网新闻信息服务管理规定》第5条规定，通过互联网站、应用程序、论坛、博客、微博客、公众账号、即时通信工具、网络直播等形式向社会公众提供互联网新闻信息服务，应当取得许可。

④⑯同前注④⑭，龚柏华、谭观福文，第50页。

④⑰国家网信办2021年11月发布的《网络数据安全管理办法(征求意见稿)》第5条规定：“国家建立数据分类分级保护制度。按照数据对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的影响和重要程度，将数据分为一般数据、重要数据、核心数据，不同级别的数据采取不同的保护措施。”

④⑱参见谭观福：《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。

④⑲ USTR, *United States Seeks Detailed Information on China's Internet Restrictions*, 19 October 2011, at <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/october/united-states-seeks-detailed-information-china%E2%80%99s-i>, last visited 30 May 2023.

④⑳ USTR, *2018 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, p. 104.

㉑同前注④⑲，谭观福文。

㉒ AmCham China, *Navigating the Chinese Cybersecurity Law: Ambiguity Remains a Common Concern*, 18 May 2018, at <https://www.amchamchina.org/uploads/media/default/0001/09/7246f5970b90359c33d47f16e0f5c0518e7981a9.pdf>, last visited 30 May 2023.

㉓ Samm Sacks, Manyi Kathy Li, *How Chinese Cybersecurity Standards Impact Doing Business in China*, CSIS Briefs, 2 August 2018, at <https://www.csis.org/analysis/how-chinese-cybersecurity-standards-impact-doing-business-china>, last visited 30 May 2023.

㉔ Council for Trade in Services, *Communication from the United States, Measures Adopted and under Development by China Relating to Its Cybersecurity Law*, S/C/W/374, 26 September 2017.

㉕ European Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, on Trade and Investment Barriers and Protectionist Trends*, 1 July 2014-31 December 2015, Brussels, 20 June 2016, p. 11.

㉖参见彭阳：《国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对》，载《国际法研究》2022年第5期，第89页。

㉗ WTO, *Members Debate Cyber Security and Chemicals at Technical Barriers to Trade Committee*, 14 and 15 June 2017, at https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/tbt_20jun17_e.htm, last visited 30 May 2023.

㉘ USTR, *2018 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, p. 105.

㉙同前注④⑱，谭观福文，第183-184页。

㉚ See Jie Huang, *Comparison of E-commerce Regulations in Chinese and American FTAs: Converging Approaches, Diverging Contents, and Polycentric Directions?*, 64(2) *Netherlands International Law Review* 309, 317-318(2017).

㉛ See Henry Gao, *Digital or Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade*, 21(2) *Journal of International Economic Law* 297, 311(2018).

⑫Art. 13. 6. 2 of the China-Korea FTA.

⑬Art. 12. 9. 1 of the China-Australia FTA.

⑭该款规定:“双方应努力确保通过电子商务进行的双边贸易所受的限制不超过其他形式的贸易。”

⑮参见《中国和智利关于修订〈自由贸易协定〉及〈自由贸易协定关于服务贸易的补充协定〉的议定书〉第4章(电子商务)。

⑯参见费秀艳、韩立余:《〈区域全面经济伙伴关系协定〉的包容性分析》,载《国际商务研究》2021年第5期。

⑰参见黄洁:《中国应对〈全面与进步跨太平洋伙伴关系协定〉电子商务和数字贸易运行规则的研究》,对外经济贸易大学出版社2022年版,第66页。

⑱参见彭岳:《数字贸易治理及其规制路径》,载《比较法研究》2021年第4期,第169页。

⑲Jie Huang, *supra* note 60, 319.

⑳Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, INF/ECOM/19, 24 April 2019.

㉑Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, INF/ECOM/32, 9 May 2019; Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, INF/ECOM/40, 23 September 2019.

㉒参见徐海金、周蓉蓉:《数字贸易规则制定:发展趋势、国际经验与政策建议》,载《国际贸易》2019年第6期,第65-66页。

㉓Work Programme on Electronic Commerce, Aiming at the 11th Ministerial Conference, Communication from the People's Republic of China and Pakistan (Revision), JOB/GC/110/Rev. 1, 16 November 2016, p. 1.

㉔CPTPP第14.1条脚注3规定:“对于数字产品的定义不宜理解为反映了缔约方关于通过电子传输的数字产品贸易应被归为服务贸易还是货物贸易的看法。”

㉕参见石静霞:《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,第182页。

㉖USTR, The Digital 2 Dozen, 2016, <https://ustr.gov/sites/default/files/Digital-2-Dozen-Updated.pdf>, last visited 30 May 2023.

㉗Saurabh Tiwari, Ashish Chandra, Tanvi Praveen and Stuti Toshi, "E-commerce" for India in a Developing World: An International Trade Law Perspective, 54(1)Journal of World Trade 59, 72(2020).

㉘Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, INF/ECOM/19, 24 April 2019, p. 4.

㉙美国于2018年4月12日向WTO总理事会提交了电子商务谈判的探索性文件,其第2节的标题是“信息自由流动”。See General Council, Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from the United States, JOB/GC/178, 12 April 2018, Section 2.

㉚Henry Gao, Data Regulation with Chinese Characteristics, Centre for AI and Data Governance, 2019, p. 26.

㉛同前注⑤,石静霞文,第177页。

㉜为了缔造规则上的锁定效应,美欧已率先在个人数据保护领域展开了国际造法的竞争。相关分析可参见刘笋、余佳亮:《美欧个人信息保护的国际化造法竞争:现状、冲突与启示》,载《河北法学》2023年第1期。

㉝Art. 13. 5 of the China-Korea FTA; Art. 12. 8 of the China-Australia FTA; Art. 12. 8 of RCEP.

㉞Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, INF/ECOM/19, 24 April 2019, p. 3.

㉟参见魏庆坡:《WTO规则下贸易政策安排及诉讼策略——以“汽车零部件案”和“原材料案”为视角》,载《河北法学》2013年第11期,第175页。

㊱相关分析可参见谭观福:《数字贸易规制的免责例外》,载《河北法学》2021年第6期,第117-120页。

㊲例如,有学者提出,中国应借国际经贸规则重塑契机提出应对新型安全风险和改革安全例外规则的方案。参见徐程锦:《WTO安全例外法律解释、影响与规则改革评析——对“乌克兰诉俄罗斯与转运有关的措施”(DS512)案专家组报告的解读》,载《信息安全与通信保密》2019年第7期,第48-49页。

㊳参见车丕照:《是“逆全球化”还是在重塑全球规则?》,载《政法论丛》2019年第1期,第17页。

㊴See Jingxia Shi, Free Trade and Cultural Diversity in International Law, Hart Publishing, 2013, p. 66.

㊵参见石静霞:《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》,载《中国社会科学》2015年第9期,第141页。

㊶参见车丕照:《国际法可否作为治国之法》,载《光明日报》2015年5月13日,第14版。

㊷银监办发〔2014〕317号。

㊸参见谭观福:《TPP电子商务章中的互联网监管规则与中国互联网监管》,载《国际经贸治理评论》第1辑,法律出版社2016年版,第76页。