

跨境数据流动的治理框架: 分歧与妥协

王中美

摘要: 跨境数据流动, 涉及属地管辖、本地化要求、数据安全、国家数据主权、隐私保护等多方面的内容, 在全球治理中已经成为一个重要的前沿命题。目前主要国家对跨境数据流动下的各类细分议题存在重大分歧。通过一定程度地满足核心成员的首要诉求, 以及议题挂钩, 可能有多边框架下达成妥协方案。

关键词: 跨境数据流动; WTO; 数字安全; 数据主权

中图分类号: F720 文献标识码: A 文章编号: 1002-0594 (2021) 04-0098-15

DOI:10.13687/j.cnki.gjmts.2021.04.007

跨境数据流动 (cross-border data flow) 常与电子商务、数字贸易等相关概念联系在一起, 但与后两者涵盖的对象并不完全相同。跨境数据流动单指在本地获取的数据跨越国境进行流动, 可以是基于交易的流动, 也可以是不基于交易的流动 (如企业集团内部信息的共享), 包括公共数据、个人数据和其它数据的流动。

跨境数据流动问题, 涉及属地管辖、本地化要求、数据安全、国家数据主权、隐私保护等多方面的内容, 已经成为一个重要的前沿命题。海量数据仍在每时每刻不断生成、被收集和被处理, 各国对数据的治理问题却存在重大分歧。值得注意的是, 在区域和双边层面一些规则正在成为趋势, 可能推动多边治理框架的形成。

一、跨境数据流动治理的已有实践

(一) OECD 的早期探索: 以便利化和相互协调为基调

跨境数据流动的治理问题, 在 20 世纪 70 年代起已经引起重视。当时全世界针对跨国公司的活动及其可能具有超出国家权力的影响力的讨论, 达到了高潮 (William J. Drake, 2016)。1985 年 4 月由经合组织 (OECD) 发布的《跨境数据流动宣言》^①, 呼吁各国对跨境数据流动采取更开放和便利的态度。该宣言关于促进跨境数据流动的几项协调内容包括: 提高对数据、信息以及相关设施的接入, 避免造成没有正当理由的阻碍; 在相关法规和政策上确保透明度; 形成处理与数据跨境流动相关问题的共同方法或形成统一的解决方案等等。

该宣言已经意识到, 隐私保护水平是解决数据跨境流动的前提条件; 各国对数

收稿日期: 2021-02-18

基金项目: 国家社科基金重大专项课题 (19VDL019); 上海市浦江人才计划项目 (16PJC068)

作者简介: 王中美 (1977-), 女, 福建漳州人, 上海国际问题研究院世界经济研究所所长、研究员、博士生导师, 研究方向为国际贸易投资规则、反垄断法。

据和信息跨境流动的规制存在差异; 因为各国数据和信息政策背后有许多社会和经济考量。可以说, 《跨境数据流动宣言》虽然简短, 却涵盖了跨境数据流动中涉及的所有基本问题, 也是日后关于跨境数据流动谈判框架的雏形。在《宣言》之后, 关于跨境数据流动的共同方法或解决方案迟迟未能取得实质进展, 即使是在 OECD 成员内部对此问题也未形成统一看法。

(二) CPTTP: 实质性消除数据流动阻碍

《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTTP) 的第 14 章“电子商务”, 基本上保留了美国主导的 TPP 原先达成的内容。尽管该章仍然使用“电子商务”这一传统提法, 但是其内容已涉及企业在什么样的情况下可以将数据传输或存储在外国。CPTTP 的影响不容小视, 在之后的 CPTTP 成员对外的自由贸易协定 (FTA) 谈判中基本上都沿用了 CPTTP 关于数据流动的规定, 例如新加坡-澳大利亚自由贸易协定。

CPTTP 第 14.11 条规定, 各成员应当允许为了商业行为的目的, 以电子形式跨境传输信息, 包括个人信息。第 14.13 条规定, 各成员不得要求企业必须在本地使用或设置其电子计算设施, 并将之作为允许其能在本地营业的条件。简言之, CPTTP 率先在两项长期有争议的跨境传输条款获得突破: 各成员应一般性地允许数据跨境传输, 包括个人数据; 禁止各成员加诸本地存储要求。这两项条款实际上涉及自由化义务, 较之 OECD《宣言》有实质性突破。

但是, 考虑到 CPTTP 成员中有发达国家和发展中国家, 差距明显, CPTTP 仍然保留了大量的例外, 提供给发展中国家缓冲空间。第 14.2 条的第 3 段明确将政府采购和政府信息排除在第 14 章的适用范围外。CPTTP 明确政府可以要求任何官方信息 (official information), 如关键设施规划、保密级政策建议或社会安全信息等, 必须存储在本地服务器 (Susannah Hodson, 2018)。第 14.1 条关于“适用个人 (covered persons)”的定义也将“金融机构”明确排除在第 14 条的适用范围内。简言之, CPTTP 中仍然对跨境数据流动规则保留了大量的公共政策例外。

(三) 美墨加协定: 强力推动数据流动自由化

在跨境数据流动上, 美国毫无疑问是最积极的推动者 (Susan Aaronson, 2015)。特别是近二十年, 美国在其谈判的 FTA 中, 都希望加上允许跨境数据流动的条款。最早于 2002 年与韩国的 FTA 中, 即已包括各签署国应尽力不对跨境信息流动加诸限制的软法条款。^②而在近些年分别与新加坡、智利、秘鲁和哥伦比亚达成的 FTA 中, 都有明确条款要求各签署国不得对数字贸易 (digital trade)^③加诸新的限制, 并且不得加诸数据本地存储要求。

在 2019 年达成的美墨加协定中, 第 19 章“数字贸易”围绕着进一步推动跨境数据流动的自由化展开, 充分反映了美国在跨境数据流动上的几点核心主张: (1) 免征关税; (2) 非歧视; (3) 隐私保护方面参照 APEC 的《隐私保护框架》和 OECD 的《理事会关于隐私保护和跨境数据流动指南建议 (2013 年)》; (4) 除非为了公共政策目标 (public policy objective), 不得禁止和限制以电子手段进行的跨境

信息传输; (5) 不得要求计算设施设置在本地; (6) 在数字安全方面尽力采取基于风险的方式, 而不是一概性的规定; (7) 不得对另一国的个体以允许在本地经营为条件强制要求提供、转让或接入其持有的软件的源代码; (8) 不应在判定损害责任时将交互计算机服务 (interactive computer service) 视同信息内容提供者; (9) 尽力促进政府持有数据的公开。

美墨加协定的第 19 章是目前为止 FTA 中最为详尽的关于跨境数据流动的规定。不仅包括了电子签名、电子合同等传统电子商务内容, 而且将重点放在以数据为内容的新颖跨境交易上, 虽然并未有许多强制性条款, 但是触及消费者保护、隐私保护、源代码、安全风险评估、基础设施服务提供者责任、知识产权保护、政府数据公开等新的相关问题。美墨加协定建立起的美式架构可能是未来其它区域与多边谈判的重要参考坐标。

(四) WTO 框架下的努力: 仍以电子商务为主

在 WTO 现有框架下, 可以适用在跨境流动上的协定主要是《服务贸易总协定》(GATS)。相对于货物贸易, 服务贸易是无形的, 其可能通过商业存在、跨境提供、跨境消费和自然人流动的方式提供。现在讨论的跨境数据流动, 如非附着具体商品 (如 CD、DVD 等视听媒介), 而仅是数字内容的服务贸易的话, 那么则应属于 GATS 第 I:2 条的跨境提供形式。

但实际情况更为复杂。跨境数据流动无法清晰地归类于“服务部门分类清单 (Service Sectoral Classification List)”中的任何一类 (Andrew D. Mitchell & Neha Mishra, 2018)。可能涉及的服务部门包括计算机与相关设施、电信设施以及视听服务, 但在各国的贸易统计口径下目前无法就跨境数据流动统一归类。服务部门的清晰归类, 关系到 WTO 成员在 GATS 下就各服务部门所做的开放承诺, 是否可以适用于跨境数据流动。因此, 关于数据流动自由化的谈判, 似乎也很难放在 GATS 框架下 (Joshua D Blume, 2018)。

另外, 一般情况下, 各国对数据本地存储的要求都适用于内外资企业, 所以 GATS 的非歧视原则无法直接规范数据本地存储要求。GATS 第 14 条还明确规定了公序良俗和个人隐私保护例外, 这也进一步提供了各国限制跨境数据流动的依据 (Susannah Hodson, 2018)。概括来看, 现有 GATS 条款都无法清晰地适用于跨境数据流动上, 它是与以往服务部门不同又存在诸多交叠的特殊形式, 需要各成员达成新的特殊规则。

因此, 在 2019 年后部分成员同意单设“电子商务”谈判, 就如何消除跨境数据流动中的障碍问题进行协调, 建立能为更多 WTO 成员共同接受的治理框架。尽管参与谈判的成员提出的议案分歧很大, 但 WTO 电子商务谈判, 仍是目前最有希望达成有约束力的多边协定的谈判。本文将对各主要国家的关键分歧进行分析, 希望就促成多边层面上的妥协, 并最终达成该问题上的全球治理框架提出折衷方案建议。

二、跨境数据流动治理中关键分歧问题辨析

就跨境数据流动,主要国家在此议题上具有完全相左的立场和建议,也使得该议题在多边层面陷入僵局。另一方面,在区域和双边层面的治理框架中,已经出现将该议题纳入的趋势,程度深浅不一。这一议题涵盖面大,涉及利益复杂,各主要国家关键的分歧包括以下五个方面:

(一) 治理框架

在现有的双边、区域和多边实践中,“数字贸易”或“电子商务”谈判的范畴长期以来存在争议。在WTO框架下的讨论中,至少涉及三种形式的贸易:(1)有物理载体(如多媒体音像制品)的内容贸易;(2)以完全电子传输方式进行的内容贸易;(3)借助网上平台C2C或B2C交易的小额商品贸易。第(1)种原先归类在货物贸易,第(2)种在WTO下为了与第一类区分,早期称为“电子传输(electronic transmission)”,第(3)种则是传统意义上的电子商务。这三种形式中,第(1)种和第(3)种有明确的作为货物的分类编码外,第(2)种至今还未能在国际层面达成其海关编码分类的协议,被认为是狭义的“数字贸易”。

这三种形式的差别还是明显的,第(1)、(2)种主要是载体差别,但正是因为载体差别才导致第(1)种有海关监管,第(2)种则归口不明。第(3)种的交易对象仍然是实物商品,而不是内容,与前两种有本质差别。但是因为是以电子平台撮合的交易,所以现有FTA中也多对其便利化进行协调,涉及电子签名、电子合同效力以及减免税的一些规定。本文所称“跨境数据流动”是近些年的提法,主要涉及第(2)种形式数字贸易,但与第(1)、(3)种都存在交叉。

如前所述,因为无法简单地归类在货物贸易的税则分类号下或服务贸易的服务部门分类下,“跨境数据流动”的谈判近些年逐渐朝向另一种截然不同的框架,即从降低壁垒的治理目标出发建立共同的标准或协调的行动。简言之,关税和部门准入的限制性措施,都不是跨境数据流动谈判的核心,其要消除或降低的壁垒主要来自各国国内规制措施。

目前数字贸易中的壁垒有这样几种:^④(1)数字连接性(digital connectivity)和基础设施。数字连接性问题主要关涉电信基础设施和网络的接入,要求占有电信网络或其它自然垄断性的基础设施拥有者,应当公平地向外部提供其网络的接入。这在WTO项下的《基础电信协议》中已有涉及。(2)监管与法律框架。各国对数字贸易的监管可能是多角度的,如海关监管、征税、金融监管、国家安全、消费者保护、反垄断等,各国都意识到传统的监管与法律框架无法准确和适当地处理数字贸易相关问题。另外,法律体系之间的协调也是个问题;(3)数据本地存储义务。有许多国家要求在本国获取的数据必须存储在本地的服务器。(4)数据过滤、调取与审查要求。各国都设置了以国家安全为名义的数据干预权力,程度上有差别。(5)知识产权要求,特别是对互联网平台加诸的版权保护要求,可能在细节和执行力度

上有差别。(6) 特殊数据不能跨境流动,除了个人数据外,一些国家还对公共政策数据、文化产品、金融数据等设置跨境流动限制。

在以上6种贸易壁垒中,除第(1)种已有规范外,其它5种尚未形成多边规则,但在一些FTA中已有涉及。现在广泛讨论“跨境数据流动”,实际上就是要针对第(2)~(6)种壁垒,协商解决如何进一步降低、消除壁垒或进行执法协调。这就是“跨境数据流动”问题目前的基本治理框架。这5个壁垒问题,也是过去WTO多边贸易机制从未涉及的。这5个壁垒与“边境或关境(border)”密切相关,但实际上涉及的是“边境内”的政府管理措施。走在前列的美式FTA回避了关于数字贸易归类这一基础问题,而直接处理5个壁垒。就目前测量数字贸易的技术难度^⑤来看,这可能是更务实的一种做法。

(二) 隐私保护

隐私保护,或个人数据保护,是跨境数据流动中最重要的一个问题。很多国家将之设为允许个人跨境数据流动的先决条件之一。早在1980年,OECD即发布了《隐私保护与个人数据跨境流动指南》。但局限于当时的技术发展水平,跨境数据流动主要是指点对点的传输,如公司内部行政信息、客户名单、客户服务记录等信息的交换(Christopher Kuner, 2011),问题相对要简单得多。近40年,随着云计算技术的发展,数据流动规模剧增,特别是海量个人数据的收集、处理、存储和再利用都能瞬息完成,越来越多的公司直接掌握个人数据,也使得风险激增,对隐私保护提出了前所未有的挑战。

目前隐私保护方面,影响力最大并被援引最多的是欧盟2018年的《通用数据保护条例》(GDPR)^⑥和APEC2015年的《隐私框架》。^⑦GDPR被认为是目前世界上对个人数据保护力度最大的立法。其建立了三项原则:(1)所有涉及个人信息收取、处理和利用的活动都必须事先取得当事人的明确同意;(2)数据持有企业分为“数据控制者”和“数据处理者”,二者都负有数据保护的直接责任;(3)在确立安全和充分保护的前提下,鼓励数据,特别是非个人数据,在欧盟内部的自由流动;在严格的条件下,可以允许个人数据转移到欧盟以外。

APEC的《隐私框架》并不是一项强制法令,建议APEC成员自行实施。《框架》建立了个人数据跨境流动的“负责制(accountability)”原则,即要求个人数据的最初收集者应当对数据保护保持负责,其须遵守数据最初收集当时当地的隐私政策,而无须考虑之后数据传输或流通过程中可能涉及的其他组织或国家的相关政策。与欧盟GDPR相比较,这种负责制显然降低了数据最初收集者的责任,使得跨国公司的数据收集、处理和再利用等活动都更容易展开。APEC的《隐私框架》代表了美国的主张,因此在之后的美国对外FTA中经常被援引和采纳,也为加拿大和澳大利亚在国内立法中参照。^⑧

隐私保护涉及各国国内规制的许多方面,包括权利范围、归属、义务、责任等问题,本文不就此展开。就跨境个人数据的流动,目前有两种基本模式:一种是原

则上允许个人数据跨境流动，但监管机关有权加以禁止或限制；一种是除非获得明确许可，个人数据不得跨境流动。即一概许可式和单独许可式。美国推崇的是第一种模式，而且希望对监管机关的干预权也要加以约束，以减轻企业在跨境数据流动上的合规成本。欧盟其实采取的是第二种模式，但相对于繁琐的个案审批，欧盟允许更多一揽子渠道的建立，如对认可的国家的传输和认可的企业集团内部的传输等。

在第二种模式下，关于在什么条件下允许个人数据跨境流动，又存在不同的处理方法。中国《个人信息保护法（草案）》要求个人数据跨境流动除非个人同意外，要经第三方安全评估，即采取个案审批方式。欧盟的一揽子许可则包括：（1）以地域（geography）为基础，该区域的法律法规框架建立的隐私保护足够了，那么就允许对该区域进行数据流动。（1）基于组织水平（organizationally based）确认隐私保护水平，即企业如能证明其集团内部建立充足的隐私保护框架或采用了标准合同，就可以被允许进行组织内部的跨境数据流动。

（三）国家数据主权与本地存储要求

“数据主权（data sovereignty）”观点认为数据相关各种活动应当首先遵守其被收集所在国的法律和治理框架。“数据主权”总是与数据安全、云计算和技术主权等概念联系在一起。“数据主权”的提出和广泛讨论，最初源于斯诺登的“棱镜门”事件，其暴露了美国安全部门利用美国互联网公司收集和调取全世界数据的内幕（Len Padilla, 2014），引起了全世界的恐慌和主权国家的普遍指责。事实上，在911以后，美国通过的《爱国者法案》^⑨授权美国警察为反恐需要，可以任意调取在美国境内的信息，无论信息来源，包括窃听、网络搜索和监视等手段。^⑩

在互联网领域拥有绝对优势的美国在斯诺登案后并未收敛，反而更加公开地宣扬其基于所谓国家安全诉求的长臂管辖权。2018年3月，美国国会迅速通过《澄清合法使用境外数据法案》（简称CLOUD法案）。该法案表面上是对美国政府调取境外数据设置条件，实际上却是将这一权力合法化^⑪。CLOUD法案建立了“数据控制者”标准，其规定“无论通信、记录或其它信息是否存储在美国境内，服务提供者均应当按照本章（即《存储通信法案》）所规定的义务要求保存、备份、披露通信内容、记录或其它信息，只要上述通信内容、记录或其它信息为该服务提供者所拥有（possession）、保管（custody）或控制（control）”。

尽管美国从未正式申张过“数据主权”，但CLOUD法案完全展示了美国倚仗强大数据优势的双面标准：既要求绝对保护本国数据，又要求能随时调取美国公司掌握的全球数据。^⑫由于美国互联网公司和其它通信服务公司掌握了全世界大部分国家和地区的市场和用户信息，CLOUD法案一举颠覆了传统的“属地原则”（又称“收集地原则”），或可称之为美国的“数据霸权主张”。

对美国数据霸权的担心，使得越来越多国家主张基于收集地原则的“数据主权”和存储本地化要求。典型的例子是俄罗斯和中国。俄罗斯要求所有俄罗斯公民个人数据必须存储在本地服务器，其存储、处理和更新都应在本地的数据中心进行。

中国规定，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和重要数据应当在境内存储；因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。

如前所述，在美国近年谈判签署的 FTA 中，都强调两点：各国不得要求数据本地存储；各国应当允许跨境数据流动。结合美国的 CLOUD 法案，在美国数据霸权下，这两点要求意味着，美国的互联网公司可以在全球提供服务和收集数据，但数据可以存储在美国或美国之外，美国政府都有可能调取这些数据。对其他国家来说，数据主权关系到国家安全问题，中俄这样的超级大国对美国以推动自由化为名实际进行长臂霸权十分警惕，分歧很难弥合。

欧盟相对来说持中间立场。欧盟认为，目前国际贸易协定谈判中涉及的两方面内容——电子商务和跨境数据流动，根本的问题是关于这两方面的国内规定或国际安排（无论是便利化措施还是限制措施）都不应构成对贸易的扭曲。^⑬ 欧盟认为数据本地存储要求可能对跨境服务提供者造成歧视，所以应当禁止将之作为在本地开展业务的前提条件，但也应尊重各国对跨境传输的安全要求。通过将数据保护标准和贸易谈判问题分离，欧盟试图在尊重各国数据主权的前提下，以温和的方式处理数据跨境流动的方式，^⑭ 这也不失为一种中间道路。

（四）数据垄断与强制授权

各国国内关于跨境数据流动治理的讨论，实际上涵盖两大类内容：一是如何促进流动，便利数据赋能的经济活动的开展；二是如何防止数据滥用可能产生的负面影响，包括隐私保护、合理税负，以及公平竞争问题。可以发现意见完全相左的阵营，矛盾也较为激烈，根源上是因为部分国家占有绝对的数据技术优势。数据技术处于劣势的国家，可能就更多地关注第二类问题，即监管问题。监管的强调，也是为了一定程度地平衡和制约数据鸿沟（data divide）问题。

欧盟最先提出对拥有大数据优势的企业进行反垄断调查。在欧盟对两个重要的互联网公司合并案件——Facebook \ Whatschat 与 Google \ Doubleclick 的反垄断审查中，欧盟竞争委员 Margrethe Vestager 指出，尽管一些兼并不涉及很大的营业额（turn-over），但是却涉及有巨大商业价值的数据，因此也有必要纳入审查中（Margrethe Vestager, 2016）。欧盟也不排除在特定情况下，即使某些平台公司并不具有垄断地位，也可能因为具有数据优势而使得交易对手或用户处于不利的贸易地位。^⑮

2019 年，德国联邦卡特尔局（Bundeskartellamt）认定，Facebook 公司通过用户协议条款，迫使 Facebook 用户同意其收集和使用用户在其它平台（包括旗下的 Whatsapp/Instagram 平台以及嵌入 Facebook 插件的第三方网络平台或手机 APP）的数据，构成垄断行为。对欧盟有意扩张反垄断法适用范围以规制数据垄断行为，美国一直持谨慎反对态度（Joe Kennedy, 2017）。但对 Facebook 违法收集客户数据的行为，除了以侵犯隐私处 50 亿美元罚款外，美国联邦贸易委员会（FTC）也在进行反垄断调查。^⑯

在反垄断法下，大数据可能构成“必要设施（Essential Facility）”，^⑦这在学界引起很大的争论。如果大数据可以构成“必要设施”，就有可能适用强制共享的救济手段。但就目前为止，尚无依据反垄断法要求数据强制共享的实践与案例。为了杜绝各国将数据强制共享包括源代码披露作为削弱互联网巨头竞争优势的手段，美国在近期的 FTA 中已经将“禁止要求披露源代码或开放数据作为在本地投资或营运条件”条款纳入其中，要求 FTA 对方国接受。

目前为止，在收集数据、利用和处理数据中的垄断行为，引起了各国国内竞争执法机构越来越多的关注。^⑧随着欧盟及其成员国已经开始针对数据垄断行为采取一些竞争调查，特别是对跨国并购涉及的数据垄断问题进行事先审查，反垄断可能成为跨国数据流动中重要影响力量。另外，如基础电信或其它自然网络的国际治理中所展现的，是否有可能采取强制接入数据的反垄断救济手段，这个问题将会加剧不同阵营国家的分歧。

（五）关税征收

1998 年，经美国提议，WTO 成员采纳了一项《全球电子商务宣言》，宣布将由 WTO 理事会建立一项工作框架，定期对“电子商务”中与贸易有关的问题进行研究。^⑨同时各成员承诺，两年内维持原状，暂缓对“电子传输（electronic transmission）”征收关税。从 1998 年开始，除 2003~2005 年（坎昆会议失败）外，该暂缓期每两年一续期，一直延续到现在。^⑩事实上，因为关于“电子传输”的定义和范围始终存在分歧，各成员无法对征税达成一致。未能解决的问题和 1998 年时一样：（1）将“电子传输”归类为货物、服务或知识产权？（2）暂缓征税可能影响了多少财政收入？（3）对“电子传输”征税是否技术上可行？（Rashmi Banga, 2019）

“电子传输”包括以物理载体方式（如音像制品、软件等）进行的电子内容传输以及完全以线上方式进行的电子内容传输。前者的商业价值可能来自其内容，而不是其载体，这一点与后者一样。但是一般各国对物理载体的进口仍然按货物施加关税，计税依据是整体商品的价格，而依据《电子商务宣言》，对线上方式进行的电子传输却免于征税，其依据何在？更多人提出，如果试图对线上方式进行的电子传输进行征税，在技术上是否可行？如何确定征税对象、征税范围和税基？如何跟踪交易、判定跨越国境？它与所得税之间有没有可能存在大量的重叠？^⑪

对电子传输的免税，也引起发展中国家对数字贸易受益不均的质疑。依据 UNCTAD2000 年的估测，全球贸易中可数字化产品的出口，发达国家占 91%，发展中国家只占 9%。^⑫因此，对电子传输免税，发展中国家相较于发达国家可能财政收入损失更大，UNCTAD 估计损失最大的十个国家和地区是印度、加拿大、墨西哥、巴西、中国、俄罗斯、波兰、阿根廷、泰国和欧盟，而美国显然是受益最大的国家。^⑬

UNCTAD 坚持认为，十余年来在这一领域发展中国家发展水平极不均衡（如果排除中国），^⑭发展中国家因为电子传输或电子商务而受到的财政损失要远远大于发达国家（Rashmi Banga, 2019）。因此，UNCTAD 报告的观点是不应再将电子传输排

除在 WTO 适用范围外, 而应当将其归为电子服务 (e-services), 谈判的重点应放在其数字内容, 而不是物质载体, 在此基础上讨论关税, 发展中国家据此可以对电子服务加征关税, 也可就国内规制政策重新考虑服务开放的承诺清单, 这才是 WTO 谈判的方向之一 (Rashmi Banga, 2019)。

三、关于可行性妥协方案的建议

(一) WTO 框架下纳入跨境数据流动议题的争论

2019 年 1 月, 76 个 WTO 成员一致同意就与贸易有关的电子商务议题开始谈判, 该项谈判仍然是延续之前 1998 年关于电子传输的一些协商内容, 主要的内容仍然是免除关税。但是在长达 20 年的临时免税承诺执行中, 也产生了一些争议。一方面, 电子产品与服务的出口国认为“电子传输”应当指的是以数字内容为对象的交易, 而进口国则倾向将免税范围解释为以磁盘、CD 等有物理载体的产品所附载的内容免税,^⑤但不包括在线传输的数字内容。

在 WTO 理事会 1998 年提出的关于“电子商务”的工作框架中, 定义“电子商务”指的是“以电子方式生产、分销、营销、出售或运输的货物与服务”。这一定义基本上等同过去使用的“电子传输”, 是较为宽泛的概念, 传统的线上交易、电子单证、跨境网购等可能包括在内, 而跨境数字内容提供、跨境数字服务消费等完全不需要借助传统清关手续的服务也包括在内。这两类交易都涉及跨境数据传输。

另一方面, 关于“数字鸿沟”的担心忧虑越来越大, 发展中成员认为电子商务谈判或更复杂的数字贸易谈判, 只是单方面地对发达国家有利, 会进一步拉大数字经济的差距。^⑥目前来看, 全世界从数字经济中受益最多的两个国家是美国和中国, 他们有最大的 70 个互联网平台公司, 占全球市场的 90%。欧盟约占 3.6%, 除中国以外的亚洲国家总共占 5%, 非洲则只占到 1.3%, 拉丁美洲更少 (Sven Hilbig, 2020)。因此, 关于数字贸易的谈判, 甚至只是将两年期的对电子传输继续免税的承诺长期固定下来, 在 WTO 也无法取得妥协。至于前文提到的跨境数据传输中存储本地化要求、跨境数据自由流动、隐私保护等更难在南北双方国家取得共识。

因为涵盖面广, WTO 电子商务谈判涉及货物贸易理事会、服务贸易理事会、知识产权理事会和贸易与发展理事会。四个理事会将从各自角度推进电子商务谈判, 但可能无法形成完整的协调方案, 这也从侧面反映了以数据为要素的电子商务, 已经超出了 WTO 传统的谈判框架。更理想的方式, 应当是将其与 GATT、GATS 和 TRIPs 一起并列, 单设相关理事会。另外, 从目前 WTO 电子商务谈判来看, 它仍然局限在部分成员之间的诸边协议谈判, 但这些成员涵盖了全球绝大多数跨境电子商务份额, 实际上决定了未来电子商务多边规则的框架。这种从诸边 (plurilateral) 到多边 (multilateral) 的谈判方式, 可能也是考虑到分歧巨大, 因此电子商务谈判继续延续了《信息技术协议》的做法。

COVID-19 疫情为谈判带来了更多不确定性。一方面, 数字经济受到了前所未

有的推崇和发展; 另一方面, 国家间以安全名义构筑的贸易、投资和数据流动壁垒也达到高峰。以往货物、服务贸易有较清晰的输入输出路线, 近二十年来供应链贸易也逐渐发展出有说服力的增加值统计口径和工具, 但数字贸易主要涉及跨境数据流通, 至今缺乏公认的统计口径, 因此很难估计其确切影响。另一方面, 数据流动呈现密集网络特点, 任何国家如果脱离全球数据流动网络自行孤立起来, 就很难深度参与下一轮全球化, 特别是迎接物联网时代的到来。这或许可用来理解 2019 年主要国家同意在 WTO 框架下谈判电子商务, 以及中国为什么在最后一刻决定加入。

目前提交给 WTO 电子商务谈判的议案很多, 出现了大相径庭的建议内容。2019 年 4 月, 美国提交的《数字贸易协定》建议以“数字贸易”概念取代“电子商务”, 大部分内容超出现有 WTO 协定范围, 希望将美式协定的内容移植到多边层面。中国截至 2019 年 12 月有三份提案, 基本观点是将 WTO 电子商务谈判限制在与实体贸易相关的常规电子商务议题, 改善电子商务环境和提高便利度, 但目前仍偏原则性声明, 尚无具体条文建议。欧盟的建议介于二者之间, 一方面希望将 WTO 项下扩大电信服务市场准入的谈判继续推进, 一方面也同意推动电子商务便利化, 对美国提出的跨境数据流动自由化, 欧盟也表示在提高隐私保护和网络安全框架前提下可以推进(石静霞, 2020)。在所有提案中, 就跨境数据流动, 仍然是三级分层立场: 美国在最高层, 要求禁止数据本地存储要求和允许跨境数据流动(除金融数据等极少数例外); 欧盟是中间层, 赞同有条件地允许跨境数据流动, 同意禁止数据本地存储要求; 中国、俄罗斯、印度、印尼等发展中国家居于第三层, 普遍存在数据本地存储要求, 没有意愿一概性地放开跨境数据流动, 认为: 当前对跨境数据流动的认知和技术能力都还不充分, 需要更长时间展开探索性讨论, 暂缓将此复杂议题纳入 WTO 项下的电子商务谈判。

(二) 中国的立场与弹性空间

截至 2019 年底, 中国在 WTO 框架下提交了三份电子商务有关提案, 包括《中国关于电子商务议题提案——着眼 MC11²⁷⁾》、《MC11 电子商务要素》和《电子商务工作计划部长决定草案》。中国的重点仍然是倡导建立规范便利的电子商务交易环境, 包括便利跨境电子商务、无纸贸易、电子签名和电子认证、电子合同、电子传输临时免征关税, 以及安全的电子商务环境。如前所述, 对于跨境数据流动, 中国的立场是目前不宜纳入多边谈判。但从全球 FTA 发展的态势, 以及中美两国围绕信息技术展开激烈竞争的现状来看, 中国在此问题上应留出弹性空间, 尤其应重视多边论坛的充分利用。

本文从以下三方面提出理由:

(1) 跨境数据流动符合中国中长期利益。从国际组织和第三方机构发布的各类评价报告来看, 尽管对跨境数据流动仍然缺乏认可的统计口径和方法, 但都认为在此领域竞争优势最突出的国家只有美国和中国。²⁸⁾ 中国近些年突飞猛进, 不仅体现在电商、信息技术产品等货物贸易领域, 也体现在以各类数字化手段交付的服务贸易

上，包括通信技术服务、计算机软件、金融、知识产权、娱乐消费等。

另一方面，中国的改革开放一开始即以深度嵌入全球供应链为特点，中国很好地适应也受益于全球供应链的生产方式，以数据为支撑的全球供应链已成未来的趋势，成为数据孤岛的代价很可能是被排除在全球供应链之外。事实上，中国已经在许多自由贸易试验区试点数据港及有条件的跨境数据流动。即使不在多边层面谈判这个问题，也不能阻挡美国和欧盟等主要贸易伙伴在 FTA 中继续推行其主张和创设规则。基于这些考虑，中国应当在多边层面积极面对该议题的谈判和规则制定。

(2) 与中国现有规则是可以协调的。中国《网络安全法》第 37 条规定“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和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”2019 年发布的《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》第 2 条规定：“网络运营者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集的个人信息（以下简称个人信息出境），应当按照本办法进行安全评估。经安全评估认定个人信息出境可能影响国家安全、损害公共利益，或者难以有效保障个人信息安全的，不得出境。国家关于个人信息出境另有规定的，从其规定。”

中国对跨境数据流动有两项基本立场：个人信息和重要数据本地存储；跨境流动须进行安全评估。这两项立场与美国的要求之间是存在重大分歧的，但也并非没有调和余地。相对来说，中国的规定较为笼统，未能对什么是个人信息和重要数据做出明确的定义，要求本地存储仍然是出于技术安全考虑，因此信息的分类分级十分重要，有必要对哪类重要信息必须本地存储做出进一步界定，以负面清单的方式逐步放开。对跨境数据流动问题也是如此，中国并未完全否定跨境流动的可能，但安全评估中是否可能增加企业的自主性和有关国家或地域的互认便利，对中国来说也仍有弹性空间可调整。

(3) 关键是谈判议案的设置和更多议题的链结。如前所述，跨境数据流动并不是简单的是与非的命题，其涉及很多方面，中国在前文所述五个方面并不必然地与美国以及其它国家有根本上的利益分歧，如能将五个方面的规则平衡有效地利用起来，那么有可能获得更符合中国发展利益的结果，也包括分阶段分层次分类的规则设定。另一方面，中国积极推动的跨境电商便利化议题，也需要更多交换利益的成功捆绑，与欧盟、日本、韩国、加拿大，与大多数发展中国家都仍有可探索的合作空间，中国也还是要寻找议题叠加后的盟友和未来市场。

中国最关心的是数据安全，这也是全世界大多数国家共同利益所在。2020 年 9 月中国对外发布的《全球数据安全倡议》²⁹提出 8 项倡议，其中除了对保护数据安全的内容外，涉及到前述五项关键分歧的立场表述为：

——对数据本地存储要求，中国提出：不得要求本国企业将境外产生、获取的数据存储在本地。但未说明是否能要求本地获得的数据存储在本地；也未说明企业

是否可自行决定将跨国数据存储在本国。

——对数据主权问题，重申了属地司法管辖权和对数据的安全管理权，但同意通过司法协助和双边解决跨境数据调取问题。

——对数据跨境流动的条件和可能性，要求企业遵守所在国法律。

——强调全球信息技术产品和服务的供应链开放、安全、稳定，要求消除歧视和客观对待。

——对隐私保护，要求制止侵害和滥用信息技术大规模监控、非法采集他国公民个人信息。企业也应承担数据安全责任。

可见，中国关于跨境数据流动的理解，仍以安全为出发点，包括个人信息安全和国家安全，但并未涉及跨境数据流动的所有分歧点，如税收、反垄断和数据持有者责任区分等。既然要获得更多国家在安全问题上的支持与合作，在探索议题链接和寻找共同利益上，中国还可以再把面拓宽，把问题深入。

（三）可行性妥协方案

通过前文对关键分歧的分析以及中国立场与弹性空间的解释，就 WTO 框架下电子商务协定谈判，从跨境数据流动方面，可以从以下几个角度切入，较可能达成为各方妥协接受的方案：

（1）跨境数据流动的首要原则应当是数据安全，目标是促进数据赋能全球经济。正如中国在《全球数据安全倡议》所指出的，数据安全是各国都重视的前提条件，在少数国家具有技术优势和垄断能力的情况下，数据安全尤其需要强调。其中，基础设施和个人信息的安全是最重要的。在安全的前提下，应发挥数据对经济增长的正向作用，促进数据的共享和利用。

（2）以负面清单方式处理本地存储要求。强制要求数据本地存储，是目前主要国家之间最大分歧之一。非此即彼的方案只会形成僵局。实际上，对数据一刀切的管理方式也不符合大数据时代全球供应链的开展，变通方式应是对数据进行分类，以负面清单方式列出需要强制本地存储的数据；以个人隐私和国家安全为两个主要准则细分数据类型，对未列入负面清单的数据则默认不要求本地存储。本地存储要求条款，可辅之以中国提出的“不得要求本国企业在本地存储境外获得的数据”条件。

（3）维护公平竞争，探索在规制数据垄断上的国际协调与合作。一方面，应当减少以国家安全为名的歧视和行政干预手段的滥用，在数据采集、披露、限制等方面提高透明度；另一方面，要加强各国在反垄断执法上的合作和协助，促进数据赋能经济的发展，维护更具活力和竞争性的数据生态。

（4）提高隐私保护水平和扩大数据责任方。提高隐私保护水平方面可以参照欧盟的规定，但在多边层面仍可以软性条款规定，鼓励各成员加强国内保护立法与执法，为各成员留下必要的调整空间。另一方面，参照欧盟 GDPR，对个人信息的收集者、控制者、保管者以及持有者等数据相关方课以更高的数据保护责任。

(5) 在免除关税的前提下承认各国自主决定征收所得税的权限, 但应以非歧视和合理为原则。简言之, 对数据跨境流动征收关税在技术上目前仍不可行, 执法成本也较高, 考虑到自 1998 年开始对电子传输已经免征关税, 可将之长期固定下来。但是, 对于发展中国家提出的数字鸿沟和因此导致的财政损失, 可以允许各国自主决定征收国内所得税, 但征收范围、标准和方法必须以非歧视和合理为原则。

(6) 促进全球数字一体化, 减少技术禁运和干预。数据跨境流动依赖于信息技术全球供应链的发展, 为此应当进一步便利信息技术供应链, 确保非歧视原则同样适用于信息技术产品与服务。针对目前少数领先国家采取的技术禁运和干预等拉大数字鸿沟的行为, 应当通过多边规则加以规制。

(7) 加强执法合作, 对国家跨境调取数据权限进行明确约束。确立数据“收集地”原则, 即数据“收集地”具有排他的司法管辖权。这一原则关系各国数据主权, 应当得到强调, 以防止某些技术强国通过跨国公司直接调取数据。为打击犯罪或其它国际合作需要的, 原则上仍然应以司法协助为基本渠道。

(8) 加强数据能力援助, 提高发展中国家受益水平。认真研究和对待目前已经出现的“数据鸿沟”问题, 加强在基础设施、技术能力和人才培养上对发展中国家的援助, 提高发展中国家从跨境数据流动中受益的水平。

(通讯作者 王中美电子邮箱: wzmumu@sohu.com)

注释:

- ① <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/declarationontransborderdataflows.htm>.
- ② Article 15. 8 of US - Korea Free Trade Agreement ,available at https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file816_12714.pdf.
- ③ 美韩协定中仍使用“电子商务”作为章节名,但在 TPP 后 美国已经广泛转为使用“数字贸易”的概念,显然“数字贸易”较之“电子商务”更能突显没有物理载体的数据、信息和内容的跨境流动。
- ④ See Britain Department of International Trade and Department for Digital ,Culture Media & Sport, “Understanding and Measuring Cross - border Digital Trade” ,<https://www.gov.uk/government/publications/understanding-and-measuring-cross-border-digital-trade> ,14th May 2020 at pp. 15-18.
- ⑤ 同上 at pp. 27-30.
- ⑥ <https://gdpr-info.eu/>.
- ⑦ [https://www.apec.org/Publications/2017/08/APEC-Privacy-Framework-\(2015\)](https://www.apec.org/Publications/2017/08/APEC-Privacy-Framework-(2015)).
- ⑧ Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act ,available at <https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/privacy-laws-in-canada/the-personal-information-protection-and-electronic-documents-act-pipeda/>; Australian Privacy Principles ,available at <https://www.oaic.gov.au/privacy/australian-privacy-principles/>.
- ⑨ 《美国爱国者法》(USA PATRIOT Act) 是 2001 年 10 月 26 日由美国总统乔治·沃克·布什签署颁布的国会法,正式的名称为“Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”,中文意义为“透过使用适当之手段来阻止或避免恐怖主义以团结并强化美国的法律”,取英文原名的首字缩写简称为“USA PATRIOT Act”。
- ⑩ “USA PATRIOT Act Comprehensive Assessment Results”. Treasury Board of Canada Secretariat. 2006-03-28.
- ⑪ 在 2013 年微软诉美国案 美国司法部要求微软提供其服务器设在爱尔兰的 Hotmail 邮箱账号信息,微软以数据存储存储在爱尔兰应受欧盟法律保护为由拒绝该要求。美国政府当时援引的 1986 年《存储通信法案》并未明确

- 美国政府的搜查令可以强制通信服务商提供存储在境外的数据。CLOUD 案很大程度上是基于微软案。Microsoft Corporation v. United States Department of Justice et al, Case No. 2:16-cv-00538(filed 2014-04-14 ,W. D. Wash) .
- ⑫ CLOUD 法案规定 美国人的数据以及在美国境内的其他个人数据 ,无论存储于何地 ,外国政府要调取均应当通过司法协助渠道 ,即必需经过美国国内的司法程序 ,只有在符合 CLOUD 法案罗列的一系列严格条件下外国政府才能向美国服务提供者直接调取美国以外的非美国人的信息。
- ⑬ See EU provisions on Cross -border data flows and protection of personal data and privacy in the Digital Trade Title of EU trade agreements https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/july/tradoc_157129.pdf
- ⑭ 例如 ,贸易协定中建议可以规定:如果成员方保留对数据跨境处理的限制 ,如数据本地存储要求 ,那么这样的限制措施不应构成对第三方公平贸易机会的损害;开放措施亦然。
- ⑮ European Commission, “Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe” (communication from the Commission to the European Parliament ,the Council ,the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ,May 25 2016 COM(2016) 288) at p. 13 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288>.
- ⑯ 路透社,“Facebook 将以创纪录罚金了结隐私案 ,但面临反垄断调查” 2019 年 7 月 25 日 <https://cn.reuters.com/article/facebook-ftc-record-fine-0725-idCNKCS1UK09T>
- ⑰ 所谓“必要设施”指的是类似市场“要道(bottleneck) ”的设施 ,过去主要是指水电煤等基础设施和网络 ,近年来也扩大到可能包括互联网的垄断设施 ,如搜索引擎、移动操作系统等。必要设施关系到相关市场的进入 ,如果拥有必要设施的企业滥用权力拒绝交易、拒绝接入或实施歧视等 ,就可能受到反垄断法制约。
- ⑱ Studies on the potential competition concerns arising from the use of big data have been conducted by the competition authorities of France ,Germany ,Canada ,Singapore and also OECD. See Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt ,Competition Law and Data ,May 2016; Competition Bureau ,Canada ,Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada ,2017; Singapore Competition Commission ,Data: Engine for Growth - Implications for Competition Law ,Personal Data Protection ,and Intellectual Property Rights ,August 2017; OECD ,Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era ,November 2016.
- ⑲ <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN98/DEC2.pdf&Open=True>.
- ⑳ 最新的是 2019 年 12 月的理事会决议继续两年展期。 https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/gc_10dec19_e.htm.
- ㉑ 同上。
- ㉒ UNCTAD, “Tariffs ,Taxes and Electronic Commerce: Revenue Implications for Developing Countries” ,Geneva: United Nations Conference on Trade and Development 2000.
- ㉓ 同上。
- ㉔ 中国作为发展中国家 ,情况最为特殊 ,它不仅是电子传输进口大国 ,也逐渐成为最大的出口国之一。例如 ,依据 WTO 的数据 ,2014 年发展中国家出口可数字化的产品(digitizable products) 为 528 亿美元 ,比发达国家的 303 亿美元还要高 ,但是如果扣除中国 ,发展中国家的出口数额降到发达国家的一半 ,只有 152 亿美元。See WTO 2016-JOB/GC/114.
- ㉕ WTO 项下有《信息技术协定》,该协定是诸边协定 ,目前有 78 个国家签署 ,参加国对于八大类核心 ICT 产品 (包括半导体、计算机和电信设备) 免征关税。中国于 2003 年加入该协定。2015 年 12 月该协定扩围谈判结束 ,新增 201 项产品 ,将于 2016 年 6 月 1 日起实施降税 ,绝大多数产品将在 3 至 5 年后最终取消关税 ,并在最惠国待遇的基础上对全体世贸组织成员适用。该协定是货物贸易下的减税安排 ,与本文所研究的跨境数据流动是不同的对象。
- ㉖ German Development Institute, “Governing Digital Trade - A New Role for WTO” ,June 2019 ,Governing Digital Trade - A New Role for WTO.
- ㉗ MC11 指的是 WTO 第 11 届部长会议 ,2017 年 12 月在阿根廷首都布宜诺斯艾利斯举行 ,因为美国要求全面改革 ,本届会议未达成任何实质成果。2020 年第 12 届部长会议因疫情原因无法如期召开。
- ㉘ See McKinsey Global Institute: China’s Digital Economy A Leading Global Force ,August 2017 <https://www.mckin->

sey. com/~/media/mckinsey/featured%20insights/China/Chinas%20digital%20economy%20A%20leading%20global%20force/MGI-Chinas-digital-economy-A-leading-global-force.ashx.
② 外交部网站 <https://www.mfa.gov.cn/web/wjzbhd/t1812949.shtml>.

参考文献:

- 石静霞. 2020. 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[J]. 东方法学(2): 170-184.
- Andrew D. Mitchell & Neha Mishra. 2018. Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy[J]. Vand Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 20 at pp. 1089-1091.
- Christopher Kuner. 2011. Regulation of Transborder Data Protection and Privacy Law: Past, Present and Future[R]. OECD Digital Economy Papers No. 187 at p. 10.
- Joe Kennedy. 2017. The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown[R]. ITIF Paper, March 2017 <http://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf>.
- Joshua D. Blume. 2018. Reading the Trade Tea Leaves: A Comparative Analysis of Potential United States WTO-GATS Claims Against Privacy, Localization and Cybersecurity Laws[J]. Georgetown Journal of International Law at p. 809.
- Len Padilla. 2014. Four ways the NSA revelations are changing businesses[J]. The Guardian, ISSN 0261-3077 2014-06-09.
- Margrethe Vestager. 2016. Big Data and Competition[EB/OL](speech before the EDPS-BEUC Conference on Big Data, Brussels). September 29. At http://ec.europa.eu/commission/20142019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.
- Rashmi Banga. 2019. Growing Trade in Electronic Transmissions: Implications for the South[R]. UNCTAD Research Report No. 29, UNCTAD/SER.RP/2019/1/Rev.1, February at p. 4.
- William J. Drake. 2016. Background Paper for the workshop on Data Localization and Barriers to Transnational Data Flow[R]. World Economic Forum, 14-15 September 2016 at p. 5.
- Susan Aaronson. 2015. Why Trade Agreements are Not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate on Cross-border Data Flows, Human Rights and National Security[J]. World Trade Review, Vol. 14(4) pp. 687-688.
- Susannah Hodson. 2018. Applying WTO and FTA Disciplines to Data Localization Measures[J]. World Trade Review.
- Sven Hilbig. 2020. The Global Data Divide[J]. International Politics and Society 29 April 2. At <https://www.ips-journal.eu/regions/global/article/show/the-global-data-divide-4311/>.

Global Governance on Cross-border Data Flow: Diversity and Compromise

WANG Zhong-meí

Abstract: Despite the significant benefits to the companies, consumers, and national economies that arise from the cross-border data flow, there are still many varied barriers to block it. How to handle this complex issue and set up a global governance framework involves sensitive topics such as cybersecurity, data localization, data sovereignty, jurisdiction and privacy protection, etc. The possible resolution for multilateral negotiation could be to set a compromised and progressive agenda through trying to respond to every core member's interest claims with issues linkage.

Key words: cross-border data flow; WTO; cybersecurity; data sovereignty

(责任编辑 扬帆)