

基于美式模板和欧式模板下中国数字贸易规则体系的构建

段平方,候淑娟¹

(郑州大学 商学院,河南 郑州,450001)

[摘要] 近年来,全球数字贸易发展迅猛,然而贸易规则却远滞后于经济发展速度。纵观世界各国,美国和欧盟数字贸易发展最早,也逐渐形成了两大典型的数字贸易规则模板,并引领着全球规则走向。文章通过对两大模板的特征分析,叙述了两大模板存在的主要分歧,即数据本地化、跨境数据自由流动、隐私保护及网络中介责任认定,并针对主要分歧探究中国数字贸易规制的发展趋向,同时提出一些建议。

[关键词] 数字贸易; 规则体系; 美式模板; 欧式模板

[中图分类号] F744 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2019)05-0051-09

20世纪末,伴随着互联网通信技术的发展、上网用户数的不断增加以及公共基础设施的日渐完善,依托互联网技术的数字贸易逐渐形成和发展起来,埃森哲在2016年的工作报告中也指出,数字产品贸易几乎贡献了全球22.5%的经济增长。然而,这种新经济模式已然不适用于传统的贸易治理体系,并不断倒逼着传统贸易规则的变革和创新,各国为了获得更多的数字经济红利,纷纷开始探索相关规则的制定。但是现今国际社会并没有形成统一的数字贸易治理体系,甚至WTO对电子商务之类的规制已陷入多年无果的僵局,现仅有以美国为主导的“美式模板”和以欧盟为主的“欧式模板”对数字贸易规则进行了系统规制。美欧两大经济体是全球数字贸易规则制定的主要参与者和构建者,甚至可以说是引领者,但由于美欧在数字贸易产业的发展成熟度以及文化等因素存在差异,因此“美式模板”和“欧式模板”在一些重要领域存在分歧,但两大体系依旧可以代表着世界不同发展水平的国家诉求,同时也昭示了全球数字贸易规则的两大发展趋向^[1]。在“美式模板”和“欧式模板”的影响下,中国也参与到规则的制定中,在维护本国经济利益的同时也致力于构建公平互惠的国际贸易体系。但中国数字贸易起步较晚,各方面的研究处于起步阶段,法律法规也不完善,因此本文在客观描述了美欧体系的焦点问题,明确了中国在数字贸易规则中的基本

立场,并提出构建中国特色的数字贸易体系,致力于用中国力量推动全球数字贸易规则体系的建立。

一 美式模板与欧式模板对比分析

(一) 美式模板特征

美国是数字信息技术的起源地,近半个世纪以来,美国政府、企业、社会机构多方合作,逐渐形成具有美国特色的数字贸易规制模板,并主导着全球数字贸易规则的发展方向。美式模板主要有以下特征:

1. 贸易谈判策略从多边转向双边及诸边

自20世纪90年代数字贸易开始发展以来,美国就对数字贸易进行了大量的研究,并利用其在国际经济体系中的地位,通过世界贸易组织、关贸总协定、亚太经合组织等国际机构来推行美国的数字贸易政策。但随着国家之间利益竞争日趋激烈,在国际谈判的过程中很难达成有效协定,如WTO经过多轮谈判,对全球跨境电子商务规则的制定依然停滞不前。美国很难继续通过国际组织来维护本国利益。于是在21世纪初,美国对外贸易政策开始倾向于双边关系及诸边关系,通过与周围国家签订自贸区协定,不断扩大本国数字贸易条款的影响范围(见表1)。截至目前,美国已经签订了12个包含数字贸易的FTA协定,其构建的“3T”(TPP、TISA、TTIP)也在积极的谈判过程中,目前美国虽然退出了TPP,但是在TPP的相关章节中还是可以体现出

[收稿日期] 2019-06-17

[作者简介] 段平方(1963-),男,河南南阳人,郑州大学商学院副教授,经济学博士。

¹ 郑州大学商学院硕士研究生。

美国的贸易主张。

表 1 美国关于数字贸易的相关协定

时间	组织协定	类型
1997 年	《全球电子商务纲要》	多边
1997 年	《信息技术协定》	多边
1998 年	WTO 部长级会议“维持现有对电子传输免关税的做法”	多边
2001 年	美国—约旦 FTA	双边
2004 年	美国—智利 FTA	双边
2004 年	美国—新加坡 FTA	双边
2005 年	美国—澳大利亚 FTA	双边
2006 年	美国—摩洛哥 FTA	双边
2006 年	美国—多米尼加 FTA	双边
2006 年	美国—巴林 FTA	双边
2008 年	APEC《数字繁荣的行动清单》	多边
2009 年	美国—阿曼 FTA	双边
2009 年	美国—秘鲁 FTA	双边
2012 年	美国—哥伦比亚 FTA	双边
2012 年	美国—巴拿马 FTA	双边
2012 年	美国—韩国 FTA	双边

2. 独创性的“否定列表”制度

伴随着数字贸易规模的不断扩大,在倡导贸易自由化的同时,美国不断引入了一些有助于推进贸易自由化进程的新的制度元素,“否定列表”制度就是一大创新元素。否定列表(Negative List)和肯定列表(Positive List)是一种国际协议^[2],肯定列表就是指表中所列的可以使用,该协议约束性较强,只能对现有的产品进行规制。而美国在贸易中引进否定列表制度,即表中所列之物不被许可使用,非表内产品可以使用,具有普遍的适用性。在信息技术产品日新月异的今天,毫无疑问否定列表更适用于贸易自由化的发展,否定列表对于未来新产品贸易自由化提供了充足的发展空间,在一定程度上具有预见性和透明性。但是对于数字产业发展较为落后的国家而言,否定列表的应用会带来巨大的挑战。

3. 倡导技术中立原则

技术中立是指在不触及一些公共政策法律底线的条件下,国内提供数字服务的主体可以自主选择数字贸易所需要的技术种类。在美国数字贸易规则体系的构建中,技术中立原则是其推崇的基本原则。美国数字贸易的发展规模居世界首位,技术中立原

则能减少交易过程中因某项特定技术造成的贸易壁垒,确保其数字产品的稳定发展。不仅如此,世界知名的数字服务提供商大部分是美国企业,这些企业拥有多项行业基本专利技术,该企业为海外,尤其是发展中国家提供相应的服务,从而赚取高额利润和专利特许使用权费用。在 2015 年 10 月 TTIP 泄露的文本中提到,美国提出坚持技术中立的主张,即“参加方不可阻止电信服务供应商选择它所希望的必需的技术来提供满足合法公共政策利益的服务,条件是这种限制措施的准备、采用和实施不会造成不必要的贸易障碍”^[3]。可见,技术中立原则是美国数字贸易体系中的重要环节,是促进贸易自由化的基本原则。

(二) 欧式模板特征

欧洲的数字贸易规模也随着经济形势的发展不断扩大。2017 年欧委会宣布:在 2015 年数字经济所带来的经济价值大约为 2720 亿欧元,几乎是欧盟 GDP 总量的 1.9%,并预计在合理政策的引导下,所创造的经济价值会翻一番。由于文化环境、制度因素等影响,欧盟也形成了不同于美式模板的欧式数字贸易体系。

1. 相关规则文本分布零散且不完善

欧盟内部成员国有 28 个,由于各国利益诉求不一致,关于数字贸易的相关规定相对零散。美国自 2001 年在约旦自贸区引入电子商务专章以来,就沿着这条主线不断演进,形成了美国的数字贸易体系。而欧盟所签订的自由贸易协定中,涉及数字贸易的条款大都零散地分布在不同的章节之中,涉及的内容较少,也没有形成完整的体系(见表 2)。欧盟已签订数十个自由贸易协定,而数字贸易规则零散地分布在电信章、知识产权章、投资章以及金融章^[4]。再者,在一些关键问题上,例如“最惠国待遇”原则和“国民待遇”原则是否适用于数字贸易领域,视听服务是否适用于基础电信条款等,欧式模板并没有提出相应的解决方案。目前欧盟也在 FTA 中针对这些问题进行改进。

2. 贸易政策具有灵活性

与美式模板中统一对外贸易立场不同的是,欧盟会针对不同国家的发展情况在贸易政策上灵活处理。在早期的贸易协定中,欧盟所制定的数字贸易政策往往具有劝导性,采用温和协商的方式。例如在跨境数据流动这一焦点问题上,在欧韩 FTA 和 CETA 中^[5],条文指出双方应该重申去保护个人基本权利和自由的承诺,尤其在个人数据传输上采取

合适的隐私保护措施,该条文主要采用鼓励性的语言。然而在同一问题上,欧盟对待美国的态度却比韩国的更为坚决,在欧美两大贸易体系的数字贸易谈判中,在个人数据跨境传输以及信息保护方面双方各执己见,到目前为止都没有达成一致意见。但是,欧盟利用其在经济中较为强势的地位,迫使相对弱势的国家做出更多的经济让步,因此欧盟灵活的贸易政策在某种程度上对发展中国家很不利。

表 2 欧盟有关数字贸易规则的章节

自由贸易地区	协议名称	涉及章节或内容
瑞士	七项双边协定	服务贸易自由化
西巴尔干地区	稳定与联系协定	知识产权、服务贸易
土耳其	关税同盟	技术贸易壁垒、知识产权
南锥体国家	欧盟与南锥体联系协定	知识产权
智利	欧盟与智利联系协定	投资、知识产权
墨西哥	欧盟—墨西哥自由贸易协定	无
地中海地区	欧盟—地中海联系协定	服务贸易自由化、知识产权、投资自由化
南非	欧盟与南非合作协定	无
韩国	韩国—欧盟自由贸易协定	贸易便利化、知识产权

3. 坚持文化例外原则

提及文化例外,许多人都不知所云,总的来说就是指文化产品(如电影、音乐等视听影视产品)不能像其他商品一样完全遵从市场规律,它不能完全适用于自由贸易原则。文化例外原则首先是法国政府在 1993 年的“乌拉圭”回合谈判中提出的,因为文化产品不仅仅是商品,它还具有特定的文化属性,能够影响一代代人的思想观念。并且文化部门在欧洲有着举足轻重的地位,它占据欧盟 2.7% 的 GDP,也为欧盟内部带来大量的就业岗位。然而,在欧盟影视行业,美国好莱坞电影所占比重却达到 60%,而在美国的影视行业,欧盟产品的市场份额大约是

5%。美国的文化输出更倾向于获取更多的经济利益,而不是为了文化之间的交流,在以上诸多因素的影响下,欧盟内部经过多年的争论,最终达成文化例外原则一致意见,将文化产品排除在自由贸易谈判的范围之外^[6]。例如,在欧盟-智利的 FTA 中,贸易和服务相关章节的第 95.2 条就提出:该服务贸易章节的内容不适用于视听服务等文化产品。从此以后,文化例外原则成为欧洲对外贸易中最具特色的部分,虽然目前有些人倡导加强欧洲文化合作,但欧盟的对外谈判还是以文化例外为主线,尤其在数字贸易飞速发展的今天,欧盟依旧坚持文化例外原则,见图 1。

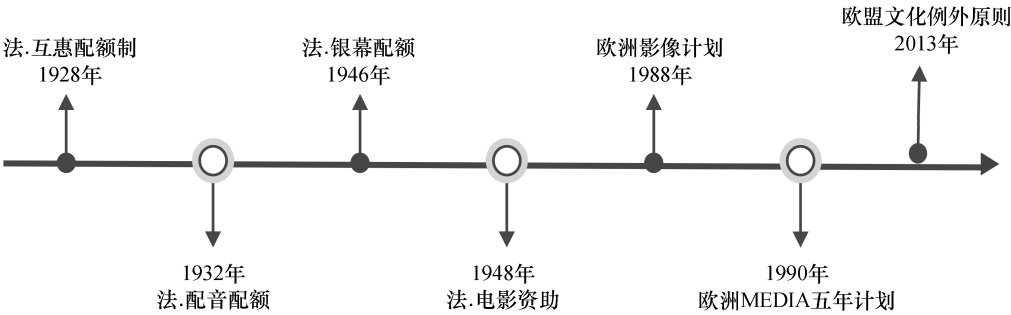


图 1 欧盟文化例外原则发展脉络

(三) 美式模板和欧式模板的主要分歧

1. 数据本地化问题

在数字贸易中,数据成为国家的基础性战略资源,掌握了数据就占据了经济增长的制高点。一些

国家为了保障本国的经济利益,维护国家安全,纷纷提出数据本地化要求。根据统计,目前全球大约有 60 个国家(地区)做出数据本地化存储的要求(见表 3),这些国家中有欧盟、加拿大、印度等。如在印

度立法中,将在印度境内产生的数据全部存储在印度的服务器。美欧虽然同为数字贸易的引领者,但

在美式模板和欧式模板中,两大体系对数据本地化存储存在很大的争议^[7]。

表 3 主张数据本地化措施的主要国家(地区)及其措施力度

严格等级	本地化措施力度	国家(地区)
很强硬	明确要求数据储存在本国服务器	文莱、中国、印度尼西亚、越南、俄罗斯、尼日利亚、欧盟
较严格	只适用于某些域名的规章以及国际上数据转移需经个人同意的规章	白俄罗斯、印度、哈萨克斯坦、韩国、马来西亚
稍温和	某些特定条件下的国际数据传输中	阿根廷、巴西、哥伦比亚、乌拉圭、秘鲁
最缓和	只限于医疗、电信、金融和国家安全领域	澳大利亚、加拿大、新西兰、委内瑞拉、土耳其、台湾地区

资料来源:根据 Albright Stonebridge Group, Data Localization: A Challenge to Global Commerce and the Free Flow of Information, Sep. 2015, P5. 整理总结

在大数据时代,通过云计算、云存储技术人们可以很轻松地将数据在世界各地传播。这对于素来十分注重个人数据隐私保护的欧洲人来说无疑是一个巨大的挑战。加之近年来频繁发生的数据泄露事件,特别是“棱镜门”事件后引发了越来越多国家对数据的关注。为了更好地维护民众的隐私权,保护国家数据安全,欧洲各国都采取相应的政策来践行数据本地化原则。法国政府投资 1.5 亿欧元致力于建设独立于美国系统的云基础设施,将本国数据处理全程国内化;德国总统默克尔提议为“Schlandnet”的国家安全专用网络,将数据保存在欧洲境内;英国虽然退出了欧盟组织,但它也建立了国内数据存储设备,加强对数据的保护。

与欧盟恰恰相反的是,美国反对数据本地化措施。主要原因有:第一,美国是以技术中立为基本原则的。在美式模板中,技术只是一个载体因素,它本身没有好坏之分,出现信息泄露等问题只是因为技术被错误的人使用,且数据本地化措施不利于技术的交流,阻碍了相关技术的发展,这就违背了技术中立的原则。第二,美国认为欧盟所主张的数据本地化是为了保护隐私安全是不充分的观点。如果仅把数据储存在国内单一的设备上,一旦设备受到黑客的攻击,所有的数据将会消失殆尽,也无法恢复。而将数据分在不同的储存器上反而能分散风险,就犹如投资时把鸡蛋放进不同的篮子里一样。美国代表还强调,本地化措施并不能完全阻止数据的外流,并且会进一步加强本国政府对数据的控制,更容易监视公民的一举一动^[8]。所以美式模板和欧式模板在这一问题上存在很大的分歧,欧盟成员国也毫不退让。不过在 2016 年,微软公司同意欧洲的客户使用德国提供的服务器,这就说明世界两大模板正在

不断化解分歧,寻找新的契合点^[9]。

2. 跨境数据自由流动问题

跨境数据自由流动这一问题是两大模板的焦点问题。美国的数字贸易体系最为完善,是世界上最有权威的数据大国。研究表明,如果全面实施数据限制措施,将会造成每家中小企业每年将近 7200 欧元的损失,减少 0.6% 的就业机会,所以在数据自由流动方面该国秉持肯定的态度,并且这一目标也是美国在对外贸易谈判中最为重视的。相比于美国,欧盟对隐私的重视程度远大于数据流动所带来的经济利益,因此欧盟对数据自由流动呈否定的态度^[10]。具体表现见表 4:

表 4 关于数据自由流动问题的美式模板与欧式模板的对比

	美式模板	欧式模板
数据属性	全球属性	国家属性
驱动因素	贸易利益	人权隐私+经济利益
实施机制	行业自律	个人数据保护执法体系
立法原则	法无禁止即可	关注实质性内容
监管范围	监管公共部门私人部门 部门自定义规则	公共部门和私人部门

在美式模板下,美国认为互联网是全球的,各国都可以自由地接入和使用,因此通过互联网传输的数据也应是全球化的产物。在全球价值链上,美国的比较优势就是数字产业,国内顶尖的数字服务提供商的经营都是基于数据的自由流动,从而在世界各地攫取经济利润,所以不管是在美国政府颁布的法律文本中,还是在行业条例里,都没有明确的文字对数据的流动进行限制^[11]。虽然在一些金融银行、

电信行业会受到特别法律的规制,但大部分企业的数据处理行为还是基于自律行为,总体而言数字贸易发展环境还是宽松自由的。

而在欧式模板中,由于欧洲历史传统和社会文化对个人隐私的重视,加之美国数字产业远领先于欧洲发展水平,为了保护欧盟区内脆弱的数字产业,欧盟国家认为跨境流动的数据是具有地域性的,不能将其看作是全球共享的产品。所以欧洲各国致力于在区域内构建完备的法律约束体系,该体系适用于公共部门和私人部门,按照明确的法律条文约束企业行为。在《个人数据指令》中规定:个人数据不能传输到欧盟区外不能提供充分保护的国家^[12]。但是国际上对“充分保护”这个词范围却存在争议。指令还规定,对于未达到所要求标准的国家,欧盟还制定了一些补充性保护条款。

3. 数据传输中个人隐私权

在“互联网+”时代,个人信息面临着巨大的挑战,有些逐利性强的企业为了追求数字贸易带来的高额数字红利,更加积极投身于大数据分析个人数据的事业之中,这无疑给消费者带来潜在的威胁。

面对这种威胁,美国和欧盟所采取的对策却有些不同。

在个人信息范围的划分上,欧盟的《General Data Protection Regulation》(2018)指出个人信息就是“与已经或者能够被识别身份的自然人有关的所有信息”。意思是只要通过一条信息能够确定一个自然人,不管信息是通过直接手段获取还是间接手段,都可以归类为个人信息。而美国在《Consumer Privacy Bill of Rights》(2015)则认为“能够连接到特定个人或者设备的信息”都属于个人信息的范畴^[13]。从定义上来看,美国对个人信息的界定范围远宽泛于欧盟。

两大模板对个人信息的保护采取了不同的模式,欧式模板中倡导欧盟国家立法统一,国家用明确的法律规范对个人数据的收集、处理以及应用进行规范。从 20 世纪 70 年代开始欧盟各国都开始着手于对个人数据隐私的保护(见表 5)。而美式模板中对个人隐私权的保护主要是通过行业自律和国家立法相结合的综合保护模式,它注重于强调企业的自律精神。

表 5 欧洲个人信息保护立法概览

时间	国家	法律文本	主要内容
1973 年	瑞典	《瑞典数据法》	明确规定了消费者有权利要求公开有关自己的信息
1977 年	德国	《联邦数据保护法》	确保公民能有效控制自身相关数据
1984 年	英国	《英国数据保护法》	公民有权利获得自身相关的全部信息;并且可以修改不符合自身的内容
1995 年	欧盟	《数据保护指令》	为成员国立法保护个人数据设立最低的标准
2002 年	欧盟	《隐私与电子通讯指令》	详细规定互联网服务商应该提供的安全保障措施
2009 年	欧盟	《欧洲 Cookie 指令》	对电子商务中 Cookie 的使用进行界定范围,并对必要的信息公开化
2012 年	欧盟	《一般数据保护条例》(2018 年生效)	初次使用时要关闭 Cookie,直到用户明确同意启用;个人数据隐私权保护达到前所未有的高度

4. 网络中介服务商责任认定

在数字贸易发展中,互联网是最核心的因素,与互联网相关的网络中介服务商对数字贸易规则也有着十分重要的影响。随着网络侵权事件的频繁发生,各贸易主体都更加关注互联网中介服务商在贸易过程中所承担的责任。在美国,互联网中介服务商责任的界定经历了一个转变的过程(见表 6)。在 20 世纪末,美国对互联网中介服务商在贸易中的责任的规定较为严格。随着数字贸易的发展,原有的严格限制的法规制约了中介服务者的积极性,美国政府及时修改法规,逐渐按照控制能力和认知能力

分配责任,取代了之前笼统规定中介服务商责任的做法^[14]。美国贸易代表办公室甚至认为让网络中介服务商承担责任是一种隐性的非关税贸易壁垒。而欧盟的立法观点和美国则截然不同,欧盟坚持认为,除了一些例外情况,一般的网络侵权行为为中介服务商也须承担连带责任。1999 年欧盟委员会在“与电子商务有关的法律问题的指令的建议草案”和“著作权指令草案”指出,若中介服务商独立于所传输的信息,对信息不传播、不发送,那么服务商就不用承担相关的法律责任,同时也指出中介系统中自动形成的暂时复制件若没有内在经济价值的技术性

内容,中介服务者也暂免责任^[15]。

表 6 美国对互联网中介服务商责任界定的发展概况

年份	法律	内容	优点或不足
1995 年	《知识产权与国家信息基础设施白皮书》	笼统认为网络传输者与出版商有同样的责任,严格负责其服务中用户储存、数据传输的相关责任	没有区分网络参与者及其活动的内容
1996 年	《通讯正当行为法》	在中介服务者系统中出现违法侵权信息,均应承担责任	对中介者而言过于严格,遭到强烈抵制,被最高法院废止
1997 年	《网络著作权责任限制法案》和《数字著作权和科技教育法案》	对网络中介服务者授予“安全抗辩”,只有在收到通知并有机会限制所指控的侵权行为时才承担责任	“安全抗辩”过于宽泛
1998 年	《数字千年版权法》	对网络中介者分类:临时传输、系统缓存、根据用户指令的储存、信息检索服务等,按照认知能力和控制能力界定责任	形成比较完备的网络中介服务者体系,之后为各国构建相关法律提供借鉴

二 中国数字贸易规则发展的基本态度和挑战

随着互联网技术的深入发展,中国的数字贸易也呈现出良好地发展势头,并集中体现在电子商务的发展上面。虽然我国在数字贸易领域潜力巨大,但是相对于美国和欧盟来说,还处于相对滞后的状态,对数字贸易的相关规制还没有形成体系,加之目前我国处于适应经济新常态改革的深水区,只有不断借鉴标杆国家的治理经验,才能更好地拉动新经济的发展。因此,在美式模板和欧式模板的关键分歧上,中国也在不断摸索着适合本国国情的数字贸易规则体系。

(一) 中国对数字贸易的基本态度

在中国国内,数字贸易发展的势头非常迅猛,这已然成为国家的重点发展对象,国家也对数字音乐、数字文学以及数字技术保持宽松的政策,“中国制造 2025”“数字中国”等战略都彰显出我国的态度,在国际交往中也将本国的立场渗透于各贸易章节中。纵观我国签订的双边或多边贸易条款,很少将数字贸易直接列入其中,加之各国对数字贸易的定义和范围还不明确,所以都采用电子商务来进行谈判。在《中国——澳大利亚自由贸易协定》的电子商务章中,双方共同认为要大力促进电子商务的发展,减少不必要的监管措施,同时在第七条网络消费者保护中规定,中方和澳方必须以其认为合理的方式为电子商务的使用者提供充分的保护,并且这种保护要和以其他形式进行贸易的保护相当^[16];关于在线数据保护问题,双方一致认为在两国信息保护体系存在差异的情况下仍要坚持个人信息不被侵犯。在《中国——韩国自由贸易协定》中也同样规

定双方对隐私的保护,同时也要重视电子商务的发展活力。但是在数据的存储和流动问题上,中国并没有在双边或多边贸易协定中提及。总体而言,不管是国内还是国际市场上,中国对数字贸易秉持着包容开放的态度,除非触及到国家和个人的安全。

(二) 中国数字贸易规则制定的挑战

1. 数据监管的挑战

在“美式模板”和“欧式模板”的博弈下,我国的数据流动监管还存在很大的不足。美国在经济利益的驱动下,主张数据的自由流动,各国应该放松对数据的监管,然而欧盟则认为数据是本土化的产品,必须进行管制。就中国而言,在立法上还未形成完整独立的法规,现有的法律只是一般性的规定,并没有针对性,并且法规所涉及的范围有限,各法律主体的权利与义务不明确,我国的数据监管机制明显滞后于社会实践的发展^[17]。在此现状下,我国企业在与美国贸易时,会由于经济地位相对劣势而丧失大量的利润,而与欧盟等国家贸易时往往面临东道国的诸多限制和阻碍,不利于“走出去”战略的实施,所以我国必须加强对数据监管方面的立法和配套设施建设,最大程度的发挥我国互联网发展的优势,参与构建国际数字贸易规则的建设中。

2. 数据流动的挑战

数据的自由流动能给国家带来巨额的经济利润,使各国充分享受数字经济红利。但是就我国数字贸易发展的现状而言,我国数字产品和服务的生产、交付、使用等方面的规制还是空白,相关的实践经历还比较浅薄,数字产品的标准规范明显发展滞后,在与发达国家进行贸易势必会处于不利地

位^[18]。数据的自由流动与否关系到国家的经济发展走向,我国若一味的采取数字贸易本土化措施,将阻碍数字贸易市场的开放化进程,如何合理地控制数据流动的自由化程度,是我国数字贸易中的一大挑战。

3. 网络安全技术的挑战

在美欧两个数字大国的贸易中,虽然签订了数据保护的协定,但是经过“棱镜门”事件后,世界各国对美国的“网络霸权”都愈加重视。美国的相关部门不仅对其国民的电子通讯和网络通讯进行监视,还通过各种手段对其他国家的网络设备进行入侵,旨在获得更多的情报。对我国也不例外,美国利用技术优势对我国的计算机和通讯网络实施全维侦查,对国家机密情报通过网络进行买卖,不仅损害了网络贸易双方的合法权益,甚至严重威胁到了国家安全。因此在数字贸易的时代,加强网络安全、确保数据传输的安全性,是维护企业、国家的利益的重要任务。但是我国的网络安全技术还在逐步的完善中,对贸易参与者的责任划分还不太明确,对网络参与者隐私的保护还做得不到位,对网络犯罪的打击力度还需进一步加强。

三 中国数字贸易体系的构建趋势

(一) 构建数据境内存储监管体系

我国关于数据本地化的做法和欧盟国家类似,主张在一些关键行业进行适当的数据监管。经过2013年的“棱镜门”事件后,为了维护本国数据安全,全球都掀起了数据保护的热潮。在2016年7月,我国发布了《网络安全法》在第37条规定:一些重要的基础设施营运商应把在我国境内产生的个人数据储存在我国境内。在必要时刻的确需要提供给其他国家的,必须要经过国家有关部门的安全评估,评估安全后才可以提供,从此奠定了我国数据在境内存储,传输需经安全评估的基础。在有些特定领域,我国就直接规定了数据本地化,如《地图管理条例》规定:存放地图等相关数据必须是我国境内的服务器。总体而言,我国的数字贸易规则对数据本地化的储存是有一定的限制的,在未来的发展中,我们要立足于本国经济安全的前提下,不断剔除对数字贸易自由化的限制性条件。

(二) 构建适当限制的数据自由流动体系

跨境数据的自由流动与数据存储在某种程度上是相互关联的,倡导数据本地化政策的国家往往会对数据的自由流动有所限制。由于我国在数据存储

方面主张本地化原则,因此在数据的自由流动方面也秉持保守态度。从我国国内的立法情况来看,关于数据跨境流动管理已经有了初步框架,但具体内容仍需细化。在《保守国家秘密法》就明确规定禁止一切有关国家机密的信息流出境内。在关于个人金融和健康的相关信息方面,《关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》(2011)第6条中规定实行严格的禁止出境监管措施。《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》(2013)中第5.4.5中提出严格限制个人数据的跨境流动^[19],在2015年《关于加强党政部门云计算服务网络安全管理的意见》第2条对敏感数据的跨境流动也进行限制。在我国对数据的管制措施中,主要是以国家安全统领个人隐私和商业秘密,国内大部分法律条文都是对跨境数据的传输持限制的观点,尤其是在一些关键领域的限制性更强。

(三) 构建网络隐私权立法保护体系

迄今为止,我国在保护个人隐私方面的立法还没太多的建树,个人隐私权在司法实践上大都归为名誉权类别。由于互联网技术的开放性、人们维权意识的薄弱以及侵权案的调查取证的困难性,在数字贸易中出现的个人隐私权受威胁的风险将会更大。但是为了规范数字贸易过程中个人隐私的相关问题,我国有关部门也出台了一些关于网络空间个人隐私权的法律法规。在2000年发布的《互联网信息服务管理办法》中第12条规定:网上公告发布者应当保护好用户的个人资料,在没有经过当事人同意的情况下不得向他人提供信息,但排除法律规定的特殊情况。在《中华人民共和国计算机信息网络联网管理暂行规定实施办法》第18条规定:用户应当服从接入单位的管理,遵守用户守则,即不得擅自闯入非允许进入的计算机系统;禁止散播不良信息、擅自用他们名义发布信息等。在《中华人民共和国侵权责任法》第36条也指出:不论是网络用户,还是提供商,只要利用互联网侵犯他人正当利益的,都应该承担相关的法律责任。我国在个人隐私权的发展虽然落后,但也在不断加大对其保护力度,学术界、政府、企业也都通力合作,致力于形成中国特色的隐私权保护体系,切实保障个人数据隐私安全。

(四) 构建界定网络中介服务商责任的法律体系

中国的互联网中介服务商的侵权责任的规制处于刚刚起步的阶段,国内还没有相关法律对其进行

明确的界定,最高人民法院的法律文件具有一定的滞后性。然而我国电子商务发展迅猛,经济的发展不断倒逼着上层建筑的完善,于是在2000年颁布的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律问题的解释》中,在第7条、第8条中对互联网中介服务商的责任进行了解释。它指出,互联网中介服务商不负有严格审查内容的义务,中介商所承担的义务只是合理注意。即在日常情况下,网络传输中发生隐性侵权责任时,服务提供商不承担侵权的法律责任。中国对这一问题的规制与美式模板的认知能力有些相似,都是在合理的情况下豁免网络中介者的相关责任,更大程度地激发中介服务商的积极性。但是中国的法律体系远远没有美国的健全,例如对合理注意的标准如何划分,责任的承担方式如何界定都没能得到解释。

四 总 结

在美式模板和欧式模板的影响下,中国对数字贸易的规制也会面临巨大的挑战,我们需要采取积极的措施,加快国内相关规则的实践。第一,在我国由于电子商务占据着数字贸易很大的比例,所以相关规则的制定必须着眼于电子商务的诸多方面,如何解决数字贸易国际争端、物流与国际支付体系如何完善、怎样保障在跨境网络贸易中保障消费者隐私等问题亟待继续探讨。第二,信息技术的应用能力有待进一步提升,只有硬实力得到增强,在国际社会上才有发言权。美国之所以能够主导TPP的制定,最关键的原因还是因为其经济发展规模是其他国家所不能媲美的,其法律规章的成熟度确实是其他国家能够予以借鉴的。所以中国要想在国际舞台上发出中国声音,就必须提高自身的数字技术的应用程度。第三,改进数据监管技术,对跨境传输的数据实行分类。数据种类繁多,过多的限制会抑制数据所带来的经济潜力。对数据进行分类监管,降低因对数据“泛化管理”带来的经济损失^①,对不涉及国家安全和企业、个人隐私的数据放宽管制,尽力做到一般数据的自由流动。我国也在不断完善数字贸易规则的构建,现如今中式模板的雏形已经出现,在国际舞台上唱响中国声音也将成为可能。

注释:

①GRGOIRE POSTEL-VINAY. New Issues for the Digital Economy and Their Impact for Firms and Public Policies: A French Perspective[M]//国家外国专家局国外人才信息研究中心(Information Research Center of International Talent,

SAFEA)、中国国际贸易促进委员会青岛分会(China Council for the Promotion of International Trade, Qingdao Sub-Council). 2014 首届全球知识经济大会——主题:转型、创新、跨越会刊[国家外国专家局国外人才信息研究中心(Information Research Center of International Talent,SAFEA)、中国国际贸易促进委员会青岛分会(China Council for the Promotion of International Trade, Qingdao Sub-Council),2014.

[参考文献]

- [1] 李忠民,周维颖,田仲他. 数字贸易:发展态势、影响及对策[J]. 国际经济评论,2014(6):131-144;8.
- [2] 何泉吟. 美国数字经济研究[D]. 长春:吉林大学,2005.
- [3] 周念利,陈寰琦. 数字贸易规则的谈判与制订:中国 VS 美国[J]. 世界知识,2017(16):23-25.
- [4] 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[J]. 国际经贸探索,2018,34(3):96-106.
- [5] 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[J]. 理论视野,2017(9):76-81.
- [6] 黄晓燕. 美国 FTA 战略下视听服务领域内的文化例外条款研究[J]. 首都师范大学学报(社会科学版),2016(6):46-53.
- [7] 彭岳. 数据本地化措施的贸易规制问题研究[J]. 环球法律评论,2018,40(2):178-192.
- [8] ADLUNG RUDOLF, MAMDOUH HAMID. How to design trade agreements in services: Top down or bottom up? [J]. Journal of World Trade,2014,48(2):191-218.
- [9] 周念利,陈寰琦,黄建伟. 全球数字贸易规制体系构建的中美博弈分析[J]. 亚太经济,2017(4):37-45;173-174.
- [10] 黄宁,李杨. “三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版),2017,32(5):172-182;199.
- [11] AMY PORGES, ALICE ENDERS. Data Moving Across Borders: The Future of Digital Trade Policy [R]. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development,2016.
- [12] 陈咏梅,张姣. 跨境数据流动国际规制新发展:困境与前路[J]. 上海对外经贸大学学报,2017,24(6):37-52.
- [13] JANA VALANT. Consumer protection in the EU, Policy review [Z]. Strasbourg: European Parliament,2015.
- [14] NEHA MISHRA. The Role of the Trans-Pacific Partnership Agreement In the Internet Ecosystem: Uneasy Liaison or Synergistic Alliance? [J]. Journal of International Economic Law,2017,20(1):31-60.
- [15] SMITH B L, LESSIG L. Intellectual Property Rights of

- Software and Open Source[R]. Tokyo:RIETI,2002.
- [16] 王惠敏,张黎. 电子商务国际规则新发展及中国的应对策略[J]. 国际贸易,2017(4):51-56.
- [17] 周念利,李玉昊,刘东. 多边数字贸易规制的发展趋向探究——基于 WTO 主要成员的最新提案[J]. 亚太经济,2018(2):46-54;150.
- [18] 王晶. 发达国家数字贸易治理经验及启示[J]. 开放导报,2016(2):50-54.
- [19] 张雪玲,焦月霞. 中国数字经济发展指数及其应用初探[J]. 浙江社会科学,2017(4):32-40;157.

Construction of China's Digital Trading Rules System Based on American Templates and European Templates

DUAN Ping-fang, HOU Shu-juan

(Zhengzhou University, Zhengzhou 450001, China)

Abstract: In recent years, the global digital trade has developed rapidly, but the trade rules lag far behind the speed of economic development. Throughout the world, the United States and the European Union digital trade development is the earliest, but also gradually formed two typical digital trade rules template, and led the global rule direction. Based on the analysis of the characteristics of the two templates, this paper describes the main differences between the two templates, that is, data localization, cross-border data free flow, privacy protection and the identification of network intermediary responsibility, meanwhile, some suggestions are put forward.

Key words: digital trade; rule system; American template; European template