

国际数字贸易规则碎片化及其因应

李 靖^{1,2}

¹中山大学法学院, 广东 广州

²湖南财政经济学院外国语学院, 湖南 长沙

收稿日期: 2023年6月8日; 录用日期: 2023年7月4日; 发布日期: 2023年8月2日

摘 要

国际数字贸易规则的碎片化表现为双边、区域贸易协定, WTO多边机制和专门协定并存, 使得数字贸易规则纵横交错、叠加重合。碎片化趋向既与各方政治意愿各异有关, 也与经济增长动能不足相联, 但是最根本的原因还是广大发展中国家及最不发达国家与发达国家发展程度差异所致。WTO框架下的电子商务诸边谈判为建构一套具有约束力并适于全球的国际数字贸易规则提供了可能路径。为此, 应积极推动订立《国际数字贸易协定》。

关键词

数字贸易, 国际规则, 碎片化, 协定

Fragmentation of International Digital Trade Rules and Its Countermeasures

Jing Li^{1,2}

¹School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou Guangdong

²School of Foreign Languages, Hunan University of Finance and Economics, Changsha Hunan

Received: Jun. 8th, 2023; accepted: Jul. 4th, 2023; published: Aug. 2nd, 2023

Abstract

The fragmentation of international digital trade rules is manifested in the coexistence of bilateral and regional trade agreements, WTO multilateral mechanisms and special agreements, which makes digital trade rules crisscross and overlap. The trend of fragmentation is not only related to different political will of various parties, but also related to the lack of economic growth drivers. However, the most fundamental reason is the difference in development level between developing countries and the least developed countries and developed countries. The plurilateral negotiations on e-commerce under the framework of WTO provide a possible path for constructing a set

文章引用: 李靖. 国际数字贸易规则碎片化及其因应[J]. 电子商务评论, 2023, 12(3): 78-84.

DOI: 10.12677/ecl.2023.123009

of binding international digital trade rules suitable for the whole world. To this end, the conclusion of *General Agreement on International Digital Trade* should be actively promoted.

Keywords

Digital Trade, International Rules, Fragmentation, Agreement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

大数据、云计算、区块链、人工智能等新兴数字技术加速了贸易数字化的进程，已经并将继续改变贸易的内容和方式，将从根本上改变国际贸易格局，例如，一件由 3D 打印生产的物品，在消费意义上是一件物品，但是作为一种设计服务可能又构成跨境交付——问题是，这是传统货物贸易还是服务贸易，还是归为数字贸易？近 10 年，涵盖数字贸易规则的双边和区域贸易协定越来越多，专门规制数字贸易的协定业已出现。这显然加剧数字贸易规则的碎片化程度，不利于国际多边层面形成统一的监管、协调与合作制度。

2. 国际数字贸易规则的碎片化趋向

21 世纪以来，建构国际数字贸易规则的进程并不顺利，碎片化趋向不断加剧，既表现在多边层面，也表现在双边和区域层面。

2.1. 多边进程受阻

1998 年 5 月，在美国的推动下，WTO 首次引入电子商务议题，并通过《全球电子商务宣言》(下称《宣言》)。除了宣称免征电子传输关税外，《宣言》还呼吁建立一个工作计划，“审查与全球电子商务有关的所有与贸易有关的问题” [1]。

1998 年 9 月，WTO 总理事会通过依据《宣言》制定的《电子商务工作计划》 [2]，将与贸易相关的全球电子商务问题按性质、类别分解到服务贸易理事会、货物贸易理事会、与贸易有关的知识产权理事会及贸易与发展委员会 4 个部门，交叉性质的问题则由总理事会审议和协调¹。在 2001 年 6 月第 1 次专门讨论之后，WTO 秘书处分发各方提出的问题摘要和各代表团确定的跨领域问题清单 [3]。然而，之后 10 余年，除总理事会例行主持的几次专门讨论外，相关工作进展缓慢，没有取得实质性突破，这一多边进程长期陷入停滞不前的困境。

2.2. 双边和区域贸易协定兴起

正是在上述多边进程受困的背景下，电子商务议题逐渐被纳入到双边和区域谈判之中，国际数字贸易规则建构出现从多边到双边和区域层面的转变。

2.2.1. 双边自贸协定纷纷创设电子商务规则

2000 年 10 月 24 日，美国与约旦达成的自由贸易协定第 7 条定名电子商务，这是笔者研究发现的最新

¹ 一共概括列出 20 多个问题，包括范围、最惠国待遇、透明度、国内规制、竞争、隐私与公共道德保护及防止欺诈、关于电子服务供应的市场准入承诺、国民待遇、电信网络和服务接入、关税等。

早包括电子商务规则的双边协定²。此外,首个明确包含电子商务独立章节的自由贸易协定——《澳大利亚-新加坡自由贸易协定》——于2003年7月28日生效。此后一年半的时间里,另外4个包括电子商务章节的双边协定也陆续生效,它们涉及澳大利亚、新加坡、美国 and 泰国[4]。

值得一提的是,2007年6月30日签订的《美国-韩国自由贸易协定》(下称《美-韩FTA》)规定“认识到信息自由流动对促进贸易的重要性,并认识到保护个人信息的重要性,各方应努力避免对跨境电子信息流动设置或维持不必要的壁垒”[5]。这是美国首次在与他国订立的双边协定的电子商务章节中明确设定跨境数据流动条款,从规定内容和用语看,虽未超出美国的常见表述程度,但是开了通过双边协定规制跨境数据流动的先河。这提示电子商务规则的调整范围不断扩展,并开始认识到跨境数据流动的关键作用。

2.2.2. 区域贸易协定持续拓展电子商务规则

以美国主导的《跨太平洋伙伴关系协定》(下称TPP)协定谈判为代表³,国际数字贸易规则从双边协定拓展至区域贸易协定。统计表明,2000年至2021年向WTO通报的354个优惠协定中,其中195个含有数字贸易相关条款,114个有电子商务具体条款,84个有电子商务章节[6]。

一方面,参与数量众多、涵盖地域广泛、议题设置繁复的超大型区域贸易协定叠加出现。例如,2016年2月4日签署的TPP协定第14章电子商务章节比《美-韩FTA》的规定更为丰富,之后替代TPP出现的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(下称CPTPP)电子商务章节几乎完全照搬TPP的内容。美国退出TPP后,与加拿大、墨西哥针对《北美自由贸易协定》(下称NAFTA)升级谈判达成的《美墨加协定》(下称USMCA)将以往电子商务章节更名为数字贸易,具体规则相比CPTPP稍有调整和增减。此外,《区域全面经济伙伴关系协定》(下称RCEP)中同样包括电子商务章节。

另一方面,整体而言,虽然这些区域协定基本上都涵盖国际数字贸易规则的主要议题,但是相互间规制范围差异又导致规则内容有别,如就源代码而言,RCEP仅提及进行电子商务对话时应当考虑当前和正在显现的源代码,而CPTPP和USMCA对此都有具体条款规定,USMCA又比RCEP和CPTPP增加了开放政府数据条款;即使同一议题,规制程度也不尽相同;USMCA更是设定所谓的“毒丸”条款⁴,明显具有排他性意图。

2.2.3. 专门数字贸易协定出现

其一,2019年10月7日,《美国-日本关于数字贸易的协定》(下称UJDTA)签订,这是特别针对数字贸易订立的独立于同日签订的《美-日贸易协定》之外的专门协定。UJDTA的谈判源于美国退出TPP之后,与美国的强烈推进紧密相关——这可能一方面是基于日本与欧盟之间订立并生效的全球最大规模FTA——《日-欧经济伙伴关系协定》[7];另一方面,也可能是为了弥补退出TPP所留下的空白。

其二,2020年6月11日,智利、新西兰和新加坡三国共同签署的《数字经济伙伴关系协定》(下称DEPA)是全球范围内首个专门面向数字经济的协定,代表数字贸易规则的全新范式。DEPA以模块化形式呈现,几乎涵盖全部相关数字贸易规则⁵。

²该条包括3款,其中第1款约定“双方应力求避免:(1)对电子传输征收关税;(2)对包括电子产品在内的电子传输设置非必要的壁垒;及(3)阻碍通过电子方式提供的服务贸易”;第2款约定“双方应公开所有影响电子商务的相关法律、法规和要求。”

³TPP源于文莱、智利、新西兰及新加坡四国发起并于2005年签订的《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》(Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement),后美国加入谈判,并于2009年11月邀请澳大利亚和秘鲁加入。TPP协定虽经签署,但因美国前总统特朗普宣布退出而未生效,此后成为CPTPP蓝本。

⁴USMCA第32.10条。

⁵该协定已生效,2021年11月1日,中国商务部部长王文涛致函DEPA交存方新西兰,代表中国正式提出加入DEPA的申请。2022年8月18日,根据DEPA联合委员会的决定,商务部宣布加入DEPA工作组正式成立,全面推进加入DEPA的谈判。DEPA包含初始条款和一般定义、商业和贸易便利化、数字产品待遇和相关问题、数据问题、更广泛的信任环境、商业和消费者信任、数字身份、新兴趋势和技术、创新和数字经济、中小企业合作、数字包容性、联合委员会和联络点、透明度、争端解决、例外及最终条款等16个模块。参见:商务部国际司。《数字经济伙伴关系协定》(DEPA)中英文本[EB/OL]. <http://gjs.mofcom.gov.cn/article/wj/ftar/202111/20211103216433.shtml>, 2023-4-30.

综上,无论是双边、区域贸易协定还是专门数字贸易协定,都越来越多的包括数字贸易规则,协定之间也存在规则内容和规制程度方面的差异,这些无疑都加剧了碎片化程度。

3. 国际数字贸易规则碎片化的成因及因应

国际数字贸易规则碎片化趋向的发生固然有着复杂原因,与之对应,应该基于其成因着力因应之举。

3.1. 国际数字贸易规则碎片化的成因

因果关系本身是个复杂命题,既存在一因多果,也存在双因或多因一果。国际数字贸易规则碎片化背后的成因是复杂多变的。从政治角度看,无论是WTO框架下的多边进程,还是双边、区域贸易协定和专门协定的出现,事实上都首先取决于参与方的政治意愿。各方出于政治需要对优先议题的主张不尽相同,共识难成。从经济角度看,20世纪末的亚洲金融风暴、互联网泡沫破灭和21世纪初的美国次贷危机引发的金融危机,给全球经济复苏蒙上阴影。经济周期与意外事件叠加,更加动摇各方构建规则的动力和信心。从谈判角度看,相比于GATT的23个缔约方,大幅增加的WTO成员数量客观上使得达成共识更难;此外,《工作计划》安排自身不足和WTO谈判机制缺陷等都是不可忽视的因素。

不过,笔者认为最根本原因还是广大发展中国家及最不发达国家(下文统称欠发达国家)与发达国家的发展程度差异,导致核心利益诉求不同甚至对立所致。虽然国家间存在相互差异,但整体而言,欠发达国家与发达国家不同发展阶段,天然地决定了各自关注的核心议题立场不同,核心利益本质有别,价值观念冲突对立。例如,在广大发展中国家看来,构成WTO规则基石的特殊与优惠待遇是无论如何不能动摇的原则,却越来越遭到部分发达国家的质疑和挑战。事实上,地缘身份有别,利益多元是现实,立场各异也是常态,也正因如此,才需各方努力谈判,化解分歧,达成共识以推动规则发展。然而,在推动数字贸易规则建构过程中,欠发达国家利用多边机制积极行使正当权利、提出正式主张、推进正常发展时,作为主要由发达国家主导、创设的国际贸易规则体系,却遭遇规则主导者自身的否定、回避和挑战——这的确引人深思。我们为何而来,何以至此,又向何去是必须认真思考和回答的问题。

3.2. 国际数字贸易规则碎片化的因应

对各方而言,建构适于全球的国际数字贸易规则,尤其需要深刻认识到上述原因。虽然国际数字贸易规则碎片化趋向加剧,但是贸易全球化和规则全球化大趋势没有变化。关键是,面对困境,如何因应?对此,笔者认为,中国应该坚持多边主义,首选WTO框架下建构国际数字贸易规则的思路。

3.2.1. 坚持多边主义的必要性

自第二次世界大战结束以来,多边主义在世界政治、经济、文化与社会活动中变得越来越重要,其突出表现就是日益增多的多边会议和议题,以及纷纷成立的多边国际组织,例如联合国、国际货币基金组织、世界贸易组织、世界知识产权组织等。尤其是,冷战和美苏两极格局结束,为多边主义勃兴创造了客观条件。

在当代“你中有我,我中有你”的经济全球化背景下,和平与发展是当代世界的主题。现代国际法“注重建立和完善国家间共处与合作的和平与发展秩序”[8]。“从某种意义上说,多边主义是和平、发展与合作的意识形态,而不是对抗、冲突与战争的意识形态[9]。”因此,多边主义应当成为致力于和平与发展、愿意承担国际责任的国家的政策取向和战略选择。

3.2.2. WTO 框架下构建国际数字贸易规则的可行性

“即使面临史无前例的危机,WTO仍在主导全球电子商务/数字贸易这一最具活力领域的规则制订[10]。”当前,WTO框架下正在持续进行并不断扩大的“联合倡议电子商务诸边谈判”(下称JSI诸边谈

判或谈判)取得了不少进展,也还存在一些焦点争议,但是为多边层面建构一套面向全球的数字贸易协调规则提供了可能路径,中国应与其他参与方共同努力,推动在此基础上订立《国际数字贸易协定》。

自2017年12月,71个WTO成员方发布《电子商务联合声明》(以下称《联合声明》)[11],开展探索性讨论起,到2023年2月,吉尔吉斯斯坦成为第88个加入谈判的参与方,参与方的贸易量占全球总量的90%以上[12]。谈判以各参与方的提案为基础,按六大主题进行讨论:促进电子商务、开放性和电子商务、信任和电子商务、交叉问题、电信和市场准入。此外,还成立电子发票、电子交易框架和网络安全方面的小组。无论是从参与方规模还是谈判主题来看,谈判都为构建统一、协调的国际数字贸易规则提供了最大程度的现实可能。

公开信息显示,2021年9月8日,经修订的第3份谈判文本形成,谈判取得进展。不久发布的《WTO关于电子商务的联合声明倡议》(下称《联合倡议》),强调新冠疫情大流行的背景更加突显制定数字贸易全球规则的必要,并指出参与方已就10项议题中的8项达成良好共识,它们分别是网上消费者保护、电子签名与认证、非应邀商业电子信息(或称垃圾邮件)、开放政府数据、电子合同、透明度、无纸化交易及开放互联网接入等条款。《联合倡议》还指明促进数据流动的规定将是达成高标准和具有商业意义成果的关键,将就电子传输关税、跨境数据流动、数据本地化、源代码、电子交易框架、网络安全、电子发票及市场准入深入讨论[13]。更精简的第4份谈判文本已经于2022年12月22日形成。

截止2022年12月31日,谈判共产生90份文书,其中有60份产生于2019年⁶。关于谈判存在两大方面的争议:其一是对诸边谈判方式的合法性质疑;其二是对具体议题的争议,作为世界主要经济体的参与方之间的立场存在一些差异。关于诸边谈判合法性的问题。印度和南非认为诸边谈判“转移了人们对多边业务的注意力,消耗了人们对多边服务、国内监管和电子商务谈判的精力”[14]。然而,诸边谈判对WTO或其前身GATT都不新鲜。GATS第5条和GATT第24条允许部分成员参与不涉及全体成员的协定。大约四分之三的WTO成员方参与了这样或那样的诸边进程。支持者普遍认为诸边机制为陷入困境的WTO注入了活力,并指出任何成果都将以符合WTO最惠国原则的方式实施,相关会议也对所有WTO成员方透明和开放[15]。

关于具体议题的争议,主要包括电子商务定义与归类、免征电子传输关税、关键技术秘密和跨境数据流动规则等4个方面。就目前谈判进展来看,关键技术秘密和跨境数据流动规则是核心争议,也是最关键议题。就跨境数据流动规则而言,广义上,包括跨境数据流动和数据本地化两方面。美国提案甚至包含更广范围,将数据跨境传输、防止数据本地化和禁止屏蔽网页3项共同列入信息自由流动(Free Flows of Information)的规则之内[16]。不过,同时指出“……有意义的贸易规则也使政府能够解决互联网用户对个人数据安全和隐私日益增长的担忧,”并强调提案用于讨论,“但不影响任何未来谈判立场,并期待与其他成员一道努力取得成功结果”[16]。这可能说明美国在提出提案之时就已认识到其主张不可能被其他参与方照单全收。欧盟提案则没有使用数据自由流动的表述,而是采用排除式列举方法,明确列示4种不得限制跨境数据流动的情形,并且指出“保护个人数据和隐私是一项基本权利,在这方面的高标准有助于对数字经济的信任和贸易发展……各成员可采取和维持其认为适当的保障措施,以确保对个人数据和隐私的保护,包括通过采取和适用关于个人数据跨境传输的规则。商定的纪律和承诺中的任何内容均不得影响各成员各自保障措施所提供的个人数据和隐私保护”[17]。可见,欧盟试图为跨境数据流动设定基于数据和隐私保护的合理例外。中国提案虽然没有针对跨境数据流动明确提出主张,但是肯定“与贸易相关的数据流动对贸易发展至关重要。但更重要的是,数据流动必须以安全为前提,这关系到每个成员的核心利益。为此,有必要按照各成员各自的法律法规有序地流动数据”[18]。同时强调,推进谈判

⁶ 该数据由笔者整理,源自WTO文件系统<docs.wto.org>。笔者登录系统后选择 by topic,选中 Joint Initiatives,点击 Electronic Ecommerce,得到统计结果,2023年4月30日访问。

“需要充分了解各参与方各自产业发展条件、历史文化传统和法律制度差异……应尊重彼此电子商务发展规划, 和为实现合理公共政策目标而采取监管措施的合法权利” [18]。此外, Henry Gao 指出, 中国提交的第 2 份和第 3 份提案均未提及跨境数据流动和数据本地化问题。但是第 2 份提案指出“不应阻止成员为保障网络安全、维护网络空间主权、保护其公民、法人和其他组织的合法权益以及实现其他合法的公共政策目标而采取或维持任何措施, 但适用此种措施的方式不得构成任意或不合理的歧视手段或变相的贸易限制, 且不得超出实现目标所必需的范围” [19]。据此, 笔者想特别指出的是, 从该段文字规定来看, 其英文表述沿用了 GATS 第 14 条的表述方式, 而且后半句与 CPTPP 第 14.11 条第 3 款(a)项及 USMCA 第 19.11 条第 2 款(a)项用语完全一致。这似乎可以说明, 针对跨境数据流动, 中国除了更强调安全和主权立场外, 对于例外情形的文案表述, 更为接近欧盟立场, 与美国相比, 也并不存在重大实质性差别。

综上, 习近平总书记提出的“共商、共建、共享”的全球治理观, 提供了一种新的实现和平、发展、合作与共赢的可能, 对于建构数字贸易这一新兴领域的国际协调规则具有重要启示——体现平衡、有效和包容的方案才是可行的前进方向, 才可能赢得最广泛支持。

4. 结论

综上所述, 笔者认为, JSI 诸边谈判已取得重要共识, 尽管就部分关键议题还存在一些立场分歧, 但以国际数字贸易规则最为核心的跨境数据流动规则为例, 主要经济体之间并不存在重大实质性差别。谈判为多边层面建构平衡、有效和包容的国际数字贸易规则提供了可能路径。参考以往, 谈判成果可命名为《国际数字贸易协定》⁷。

第一, 中国应该立足自身的数据资源丰富、数字贸易大国和数字技术强国优势, 着眼于提高制定国际数字贸易规则的话语权和竞争力, 积极推动冲刺阶段的谈判, 彰显大国担当。

第二, 考虑到谈判的诸边性质、已有共识和未决争议焦点, 为最大程度实现谈判成果, 就具体规则设计而言, 笔者建议: 借鉴 DEPA 的模块化创新模式, 对议题内容采取分类承诺的方式, 即允许参与方仅对部分议题或暂时保留对其他部分议题作出承诺的方式; 适用最惠国待遇原则, 实现谈判成果惠及未加入谈判的其他 WTO 成员方, 以体现平衡与有效。

第三, 对于欠发达国家, 坚持特殊与优惠待遇, 赋予承诺履行过渡期, 彰显包容。例如, 针对限制跨境数据流动的例外规则, 赋予各成员方符合自身发展水平的承诺和过渡期, 逐步实现高水平的国际监管、协调与合作。

参考文献

- [1] Ministerial Conference Second Session (1998) Declaration on Global Electronic Commerce Adopted on 20 May 1998, WTO/WT/MIN(98)/DEC/2.
- [2] WTO (1998) Work Programme on Electronic Commerce Adopted by the General Council on 25 September 1998, WTO/WT/L/274.
- [3] WTO (2001) Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 15 June 2001, WTO WT/GC/W/436.
- [4] Wu, M. (2017) Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System, RTA Exchange. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB), Geneva, 1-29.
- [5] U.S.-Korea Free Trade Agreement, Chapter Fifteen Electronic Commerce. Article 15.8. https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file816_12714.pdf
- [6] Burri, M. (2022) Approaches to Digital Trade and Data Flow Regulation across Jurisdictions: Implications for the Future ASEAN-EU Agreement. *Legal Issues of Economic Integration*, 2, 150-151. <https://doi.org/10.54648/LEIE2022007>

⁷ 英文名称则可以 *General Agreement on International Digital Trade* 对应。

- [7] European Union & Japan (2018) Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership. *Official Journal of the European Union*, **L330**, 3-899.
- [8] 曾令良. 现代国际法的人本化发展趋势[J]. 中国社会科学, 2017(1): 89.
- [9] 刘建飞. 简析多边主义的历史演变[J]. 国际政治研究, 2006(1): 131.
- [10] 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[J]. 东方法学, 2020(2): 171.
- [11] WTO Ministerial Conference Eleventh Session (2017) Joint Statement on Electronic Commerce, WT/MIN(17)/60.
- [12] WTO News (2023) E-Commerce Negotiations Enter Final Lap, Kyrgyz Republic Joins Initiative. https://www.wto.org/english/news_e/news23_e/ecom_17feb23_e.htm
- [13] Hayashi, Y., Hagiuda, K. and Gan, K.Y. (2021) Joint Statement Initiative on E-Commerce Statement by Ministers of Australia, Japan and Singapore.
- [14] WTO (2021) The Legal Status of “Joint Statement Initiatives” and their Negotiated Outcomes, WT/GC/W/819/Rev.1.
- [15] Rockwell, K.M. (2022, November 22) Plurilaterals Show a Way Forward for the WTO, Hinrich Foundation. <https://www.hinrichfoundation.com/research/article/wto/plurilaterals-a-way-forward-wto>
- [16] United States (2019) Joint Statement on Electronic Commerce Initiative, INF/ECOM/5, 1-2.
- [17] European Union (2019) Joint Statement on Electronic Commerce Initiative, INF/ECOM/22, 4.
- [18] China (2019) Joint Statement on Electronic Commerce Initiative, INF/ECOM/19, 4.
- [19] Gao, H. (2021) Across the Great Wall: E-Commerce Joint Statement Initiative Negotiation and China. In: Peng, S.-Y., Lin, C.-F. and Streinz, T., Eds., *Artificial Intelligence and International Economic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 295-318. <https://doi.org/10.1017/9781108954006.016>