

数字鸿沟视角下跨境数据流动国际规制的困境与应对

谢子亮

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月20日; 录用日期: 2023年11月17日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

跨境数据流动与“数字鸿沟(digital divide)”问题息息相关, 有效规制跨境数据流动是弥合数字鸿沟的重要手段。当前, 在应对数字鸿沟问题上, 跨境数据流动的国际规制面临着多边贸易体制的缺位、规则体系碎片化和例外条款适用的严格化趋势等问题。缺少全球统一的数据规则是这些问题产生的共同原因。因此, 为了弥合数字鸿沟, 需建立“发展中国家友好型”的全球数据规制体系。该体系的建立应当以WTO为平台。中国同时作为发展中国家和数字大国, 加紧完善国内数字立法的同时, 也需要积极参与全球数据规制体系的建立。

关键词

数字鸿沟, 跨境数据流动, 国际贸易规制, 世界贸易组织

Dilemmas and Responses of International Regulation of Cross-Border Data Flows under the Perspective of Digital Divide

Ziliang Xie

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 20th, 2023; accepted: Nov. 17th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

Cross-border data flows are closely related to the “digital divide”. Effective regulation of cross-border data flows is an important means of narrowing digital divide. The international regulation

of cross-border data flows has several drawbacks concerning “digital divide”, namely the absence of a multilateral trading system, the fragmentation of the regulation system, and the trend of strict application of exception clauses. The lack of a globally harmonized regulation system is at heart of these drawbacks. Therefore, in order to narrow the “digital divide”, a “developing-country-friendly” global regulation system needs to be established. The WTO should be the platform for the establishment of such a system. As both a developing country and a digital power, China should actively participate in the establishment of a global data regulation system while stepping up efforts to improve its domestic digital legislation.

Keywords

Digital Divide, Cross-Border Data Flow, International Trade Regulation-Formulation, WTO

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

数字技术的飞速发展正在重塑当今世界的经济格局。互联网技术的广泛运用改变了服务贸易和货物贸易结构，数字贸易蓬勃发展。联合国贸发会发布的《2019年数字经济报告》指出，过去十年中，全球通信技术服务和可数字化交付服务的出口增长速度远大于整体服务出口的增长速度。世界经济日益数字化，国际贸易已难以离开数据的跨境流动。由此，如何规制跨境数据流动成为国际贸易规则中的重要议题。但世界的数字化发展是不平衡的。发达国家和发展中国家在数字基础设施水平，数字能力和监管能力之间的差距很大，两者之间出现了“数字鸿沟(digital divide)”。国家之间的数字鸿沟是当今人类文明发展不平等的突出表现，是阻碍世界发展的一大难题，弥合这一鸿沟是21世纪世界的重要任务。

2. 跨境数据流动与数字鸿沟紧密相关

“数字鸿沟(digital divide)”这个概念最早出现在美国国家电信和信息管理局(NTIA)的一份报告中。它指的是在网络社会，人们在信息技术领域获取信息社会基本工具以及经济基础设施的差异。该概念反映了一国内部或一个社会内部信息资源的不平等分配，这种不平等不仅表现在信息技术工具的发展上，也体现在信息技术的应用上。之后，一些学者将“数字鸿沟”的含义范围从国内扩展到国际，用于描述国际层面上数字发展的不平衡。本文中所称“数字鸿沟”是指发达国家和发展中国家之间数字发展的不平衡。

当前，全球数字鸿沟是横亘在世界发展道路上的一个亟待解决的难题。多家全球机构已经关注这一现象，并将数字鸿沟的弥合提上国际日程。世界银行和经合组织自2018年以来已经多次在其年度报告中提及数字鸿沟。联合国副秘书长刘振民在2021年世界互联网大会的开幕致辞中提到，全球数字鸿沟是一种新的全球性不平等现象，弥合这一鸿沟是当务之急。联合国贸易和发展会议(以下简称贸发会)发布的数字经济报告自2019年就开始关注全球数字鸿沟。贸发会在《2019年数字经济报告》¹中指出，如果得不到解决，欠发达国家和超数字化国家之间的巨大差距将进一步扩大，现有的不平等将进一步加剧。数字鸿沟、准备程度的差异以及数字经济中市场力量的高度集中，都表明需要新的政策和法规，以帮助从正在进行的数字转型过程中创造更公平的收益分配[1]。贸发会2021年的数字经济报告《跨境数据流动与发

¹UNCTAD. Digital Economy Report 2019 [EB/OL] https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf, 2022-12-14.

展：数据为谁而流》²将问题聚焦在了缩小数字鸿沟之上：评估数据和跨境数据流动对发展的影响时，需要考虑一些主要的数字鸿沟和不平衡。最不发达国家使用互联网的人口占比仅 20% [2]；而且下载速度慢，上网资费高，上网目的也存在差异。例如，在一些发达国家，每 10 个互联网用户中就有 8 个在网上购物，而在许多最不发达国家，网上购物的比例不到十分之一。

所谓跨境数据流动是个人数据跨越国界的流动。联合国跨国公司中心则认为跨境数据流动指跨越国界对存储在计算机中的机器可读数据进行处理、存储和检索。总之，跨境数据流动需要满足三个要件：数据或数据包、传输或流动、发生在国家之间。

当前，跨境数据流动作为数字经济实现的必要手段，正驱动着世界经济发展。麦肯锡全球研究院报告表明，跨境数据流动对国内生产总值增长的贡献已经逐渐超过传统商品贸易。但世界经济的发展对于每个国家来说是不平衡的，发达国家从世界数字经济发展中获益比发展中国家多。这个差额随着世界数字经济的发展会越来越大，从而导致国家之间的数字发展的不平衡。之所以会出现这种现象，是因为国家之间互联网信息技术产业发展的不平衡，而这种不平衡又是由数据流动不平衡造成。

数据是一个国家的数字化发展的基石。国家能够掌握多少数据，以及能够运用数据创造多少价值，决定了这个国家的数字发展水平。世界范围内数据跨境的流动方向，数据流动的目的，主导数据流动背后的力量会影响一个国家获取、处理以及利用数据的难易程度。同时，发达国家和发展中国家之间在互联网连接、接入和使用方面存在着差距。互联网程度低的国家就不太可能接入世界数据传输，通过跨境数据流动获得发展。

随着数据作为一种经济资源以及跨境数据流动发挥越来越大的作用，一些学者提出了“数据价值链(digital value chain)”概念。这一概念是估算数据价值的关键。原始数据经过转化——从数据收集、分析到处理成数字智能，便有了价值，因为数字智能可以用于商业目的，从而变现，或服务于社会目标，从而具有社会价值。个人数据经过汇总和处理后才有价值。反之亦然，没有原始数据就没有数字智能。要想创造和获取价值，既需要原始数据，也需要具备将数据变为数字智能的能力。使数据获得价值有助于进入更高的发展阶段。数据驱动的数字经济不断发展的同时，数据方面的鸿沟也加剧了数字鸿沟。在这种新形态下，发展中国家可能处于从属地位，因为数据及相关价值获取集中在几个全球性的数字企业和其他控制数据的跨国企业中。发展中国家可能会沦为全球数字平台的原始数据提供方，要想获得数字智能则必须付费，尽管这些智能来自它们自己提供的数据(见 p. 3354 脚注 2)。

世界的数字化发展出现了发达国家与发展中国家之间的不平衡，弥合全球数字鸿沟是世界发展的当务之急。跨境数据流动在促进世界经济发展的同时，也因其特性在某些方面扩大了全球数字鸿沟。所以，跨境数据流动与全球数字鸿沟之间有着紧密的关系，国际社会在制定和改革跨境数据流动的国际规则时，应当关注数字鸿沟问题。

3. 数字鸿沟视角下跨境数据流动国际规制面临的困境

考虑到跨境数据流动与全球数字鸿沟之间的紧密联系，有效的跨境数据流动的国际规则将是缩小数字鸿沟的重要手段。当前，跨境数据流动的国际规则中有缺陷，这些缺陷不利于解决国家之间数字发展的不平等，甚至会加剧数字鸿沟。跨境数据的国际规制在应对全球数字鸿沟面临着困境。

3.1. 多边贸易体制的缺位

在现有多边贸易体制框架下，可以适用在跨境数据流动上的协定主要是《服务贸易总协定》(GATS)。但在 GATS 框架下，跨境数据流动面临法律上的双重不确定性：一是跨境数据自由流动并非原则，而是

²UNCTAD. Digital Economy Report 2021 [EB/OL] https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2021_en.pdf, 2022-12-14.

具体承诺,需要专家组个案认定;二是任何涉及数据隐私的法律和法规均可能限制跨境数据的自由流动。同时,在争端解决的过程中,判断 WTO 的现有规则能否用于规范各成员对跨境数据流动的限制,需要逐案分析。当专家组或上诉机构在选择法律适用时,需要首先对数据流动涉及的贸易类型进行归类,以阐明其适用于 WTO 的货物贸易规则还是服务贸易规则。这大大增加了 WTO 规则在跨境数据流动领域上适用难度。必须承认,当前的多边贸易体制无法适应当前的跨境数据流动规制需要。

数字鸿沟并不是 WTO 第一次应对成员国发展不平衡的问题。WTO 宗旨之一是“积极努力,确保发展中国家,尤其是最不发达国家在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相称的份额”。WTO 对发展中国家有特殊与差别待遇。特殊与差别待遇是允许发展中国家做出的减让承诺比发达国家少的原则,是世界贸易组织框架给发展成员方的优惠待遇,指在一定范围和条件下,发展成员方可以背离各协定所规定的一般权利和义务,享有较优惠和特殊的待遇。

WTO 体系虽有应对发展不平衡问题的规则储备,但由于在跨境数据流动规制领域的难以适用,对发展中国家的优惠待遇也难以在平衡数字发展上发挥作用。WTO 在跨境数据流动规制领域的缺位,导致对数字不发达国家的倾斜照顾不到位,这将进一步加剧数字鸿沟。

3.2. 规则体系碎片化

由于 WTO 规则在跨境数据流动规制领域适用上的不确定性,越来越多的国家转而寻求通过签订双边和区域性的贸易协定的方式规制彼此之间的跨境数据。根据 WTO 的区域贸易协定数据库,截至 2020 年 6 月,全球已有超过 80 个涵盖电子商务条款的自由贸易协定在 WTO 备案。双边和区域贸易协定如今在跨境数据流动治理中正扮演着越来越重要的角色。

在缺乏有效的全球规则体系的前提下,国家之间为了应当客观的贸易需求自行订立条款创设规则是自然且合理的选择。但数据具有全球流动的自然属性,高度分散和碎片化的规则体系不利于跨境数据监管。如今的数字贸易通常每次都需要数据跨越多个国家和贸易区,这意味着每次贸易都会涉及多个区域或双边规则体系。随着各国和各地区不断签订新的贸易协定,各贸易主体必须不断了解每个司法管辖区数据保护相关法律法规的细微差别,特别是涉及数据传输的有关国家和地区的法律。围绕隐私和跨境数据流动出现的市场壁垒和法规碎片化,使得数据流动的国际互操作性成为一个日益严峻的问题[3]。这导致后发国家,特别是刚刚加入数字贸易的国家,需要负担巨大的合规成本来满足各个贸易协定中对跨境数据流动的规则。

同时,碎片化的跨境数据规则体系对没有加入双边和区域性的贸易协定的发展中国家来说是不公平的。全球 47 个最不发达国家中没有一个签订了涉及数字贸易的区域贸易协定。这在一定程度上加剧了全球电子商务市场的不平衡发展,这种情况在短期内不会改变,而且似乎正在恶化。发达国家在数字贸易相关的技术领域占据主导地位,欠发达地区很难或无法获得发达国家轻易获取的信息。如果多边贸易体系不能充分确保公平分配利益和消除阻碍包容性增长的障碍,数字鸿沟将继续扩大。

3.3. 限制例外条款适用的严格化趋势

例外条款在当前的国际贸易规则中起到协调规制目标间的分歧的作用。在跨境数据规制领域,例外条款被广泛运用于从 WTO 到双边贸易协定的各种贸易规则中,以平衡数据自由流动和国家数据安全。例外条款平衡分歧的功能机理在于通过控制例外条款的具体规则设计,设置宽松或严格的适用条件、具体或宽泛的语言表述对规制目标的可实现程度进行调整,根本上是对国家采取跨境数据流动限制措施的自主裁量权是否进行限制以及限制到何种程度的调节[4]。

近年来,许多区域和双边贸易协定中的例外条款中的设置对国家跨境数据流动限制措施的自主裁量

权的限制愈发严格。由美国主导的一些贸易协定最为典型。美国奉行以市场为导向的自治模式，致力于在自由贸易协定中构建有约束力的跨境数据流动条款，限制贸易保护政策对数据自由流动造成的阻碍，最小化对国际贸易产生的扭曲。

美国在其推动的区域贸易协定中侧重保护数据自由流动，通过设置严格适用条件或直接删除部分例外条款来限制缔约方自主监管权的行使，控制基于非经济政策目标而采取的限制措施对数据自由流动产生的不必要干扰。例如，在《美墨加协定》(USMCA)中，第 19.11 条第 1 款规定任何一方不得禁止或限制包括个人数据在内的跨境数据传输，删除监管例外，仅在第 2 款保留合法公共政策目标例外。此外，USMCA 第 19.12 条规定数据存储非强制本地化，同时删除监管例外与合法公共政策目标例外。

为了防止国家滥用其监管权，随意采取限制数据跨境流动措施，的确有必要限制例外条款的适用。从保证数据的自由流动角度看，严格限制例外条款的适用有利于数据价值的最大化。但另一方面，过于限制国家对于跨境数据的规制权，会让发展中国家产生担忧，降低其加入双边或区域贸易协定的积极性。

另一方面，发展中国家的国内立法，特别是数字保护立法尚不健全。根据联合国贸发会议的资料，58%的国家制定了数据保护立法，10%的国家起草了数据保护立法草案。21%的国家完全没有就数据保护问题立法，这其中大多数都是发展中国家。这些国家将难以成功运用例外条款来保护本国安全，因为如果因援引例外条款而起的争端被提交到国际争端解决机构，如国际仲裁庭。援引国例外条款适用的成功与否很大程度上取决于该国国内有没有相应的立法作为其援引例外条款前提事由的法律依据。对于上述那些没有数据保护立法的国家，以及大多数国内法制不健全的不发达国家来说，成功援引例外条款的难度很大。上述种种原因加在一起，由于目前例外条款适用的严格限制趋势，发展中国家对于加入双边或多边贸易协定充满顾虑，担心自己放弃了过多的数据规制权，将成为数字发达国家的数字殖民地。这将减缓发展中国家融入世界数字贸易的进度，阻碍国内数字产业的发展，不利于全球数字鸿沟的弥合。

多边贸易体制在跨境数据流动规制领域的缺位导致当前双边和区域贸易协定是全球数字治理的主要手段，这带来了许多缺陷。WTO 对发展中国家的优惠措施不能在数据规制领域落实使得发展中国家的数据发展得不到倾斜照顾。全球数据规则体系的碎片化导致后发国家建设数字产业的成本大。没有 WTO 规则的领导，数字大国为了自身发展利益的最大化，在世界范围内主导双边和区域贸易协定的制定，这些协定成为大国输出法律制度及其背后价值观的重要抓手，从而忽视数字经济实力弱小国家的利益。这将使得数字经济实力强大的国家进一步占据数据领域的优势地位，加剧全球数字鸿沟。

4. 跨境数据流动国际规制的改革方向：应对全球数字鸿沟

4.1. 构建“发展中国家友好型”的全球数据规制体系：以 WTO 为平台

跨境数据流动作为支撑全球数字贸易发展的基础，具有天然的“全球属性”。因此，完善跨境数据流动的国际规则体系也必须立足于全球视野[5]。同时，数字鸿沟是一个复杂的、多维度的问题。除了信息技术水平这个重要的因素之外，还包括社会经济发展、教育水平、社会资源分配以及政策法规等都是影响的因素。弥合数字鸿沟需要国际社会的共同努力。当前的国际社会需要探索一个统一、“发展中国家友好型”的全球跨境数据流动国际规制体系。

WTO 作为当前全球唯一有权处理国家间贸易规则的国际组织，其规则体系对于支持全球数字贸易具有重要作用。同时，跨境数据流动国际规制的改革需要尽快完成，以更上当今数字世界日新月异的变化。WTO 体系中成熟的国际贸易合作规则为数据全球治理早日建立提供了很好的参照。因此，本文认为在完善跨境数据流动国际规制体系方面，WTO 适合作为跨境数据流动的国际监管合作平台的基础，以 WTO 体系为平台建立协调和完善全球跨境数据流动国际规制体系。具体有以下方面：

1) 依托 WTO, 建立跨境数据流动国际监管合作机构。该机构可以以任何合适的形式组织——独立办公室, 理事会等等。本文认为, 鉴于目前的急迫需求, WTO 可以先从成立一个跨境数据流动特别工作组开始迈出改革的第一步。该工作组应囊括任何有意愿参与 WTO 跨境数据流动国际规则制定的成员国的专家、学者、私人部门和跨国机构等利益攸关方。该工作组与 WTO 服务贸易理事会互动并行, 形成 WTO 框架下的“双轨制”, 致力于推动 WTO 跨境数据流动国际规则的制定和完善。日后 WTO 可以根据工作组的运作情况, 进一步扩充其编制。

2) 完善 WTO 框架下跨境数据流动国际规则体系。当前 WTO 规则在跨境数据规制领域的缺失是造成种种规则上不平衡的原因之一, 因此有必要完善 WTO 中跨境数据流动国际规则体系。首先, 需要厘清数据在 WTO 框架下的相关概念和分类标准。其次, 有针对性利用现有的 GATS 规则以促进发展中国家和最不发达国家发展数字经济。最后, 构建 WTO 跨境数据流动争端解决机制。

3) 加强与其他国际机构的合作。弥合数字鸿沟需要全体国际社会的共同努力, 跨境数据流动国际规制的完善也需要更多利益攸关方的参与。因此, WTO 可以考虑与其他相关机构如国际电联(ITU)、国际互联网工程任务组(IETF)以及万维网联盟(W3C)等进行合作, 这种合作可以扩展到诸如促进网络安全技术统一标准的开发。或者与贸发会进行合作, 为最不发达国家和发展中国家提供技术援助和能力建设机制等。此外, WTO 还可以与多利益攸关方在跨境数据流动相关议题上加强对话和合作, 并让更多利益攸关方参与制定和完善跨境数据流动国际规则。

4.2. 适度放松对例外条款适用的限制

虽说建立全球统一的跨境数据规制体系是改革的最终目标, 但必须承认在这一目标达成之前, 各项双边和区域贸易协定仍将在未来较长一段时间里作为跨境数据规制的主要手段。因此, 这些贸易协定也需要进行一定改革, 来应对全球数字鸿沟。

在双边和区域贸易协定中例外条款有着突出缺陷, 同时也是改革的极佳切入点。如上文所述, 目前严格限制例外条款适用的趋势不利于发展中国家融入数字贸易和发展数字产业, 故现有的贸易协定可以在保证例外条款不被滥用的前提下, 适度放松对例外条款适用的限制[6]。未来的贸易协定在例外条款的设定上不能过于重视保护数据跨境的自由流动, 对缔约方使用例外条款设置过于严格的限制条件。本文认为在例外条款具体规则设置上可以暂时给予缔约方, 尤其是发展中国家, 一定的监管权, 这将有利于数字能力为较落后的国家提供制度改革的缓冲期。

如《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)没有在例外条款中以列明子项的方式表明具体政策保护目标。其赋予成员方更大的自裁权, 承认缔约方对跨境数据流动拥有较大的规制自由, 并在新增的基本安全例外中进一步肯定缔约方的规制自主权[7]。虽然如此设定例外条款增大了国家滥用规制权的隐患, 但 RCEP 的成员国中有很多发展中国家和最不发达国家, 其例外条款的设置仍是值得日后的区域贸易协定所借鉴。

4.3. 中国参与

中国作为如今的世界数字大国, 参与跨境数据流动新规则构建已经成为不可避免的任务。同时。与欧美发达国家不同, 中国仍是发展中国家, 数字立法起步较晚, 在引领全球数字经济发展的同时, 自身也和其他发展中国家一样面临着数字发展不平衡的问题。因此, 中国在完善跨境数据流动的国际规制的参与具有两面性。

在国内层面, 中国需要进一步完善国内跨境数据流动规制体系, 完善数据分级分类管理制度以确保国内对跨境数据流动的有效监管。自 2017 年《中华人民共和国网络安全法》通过开始, 直至 2021 年《中

华人民共和国个人信息保护法》和《中华人民共和国数据安全法》出台，中国逐步建立了跨境数据流动规制相关法律体系。与其他发展中国家一样，中国必须健全数字立法以在全球数字发展中保持领先地位。只有在国内对跨境数据流动进行有序、有效的监管，才有可能“走出去”对接已经相对成熟的国际规则，提高自身的话语权[8]。否则，当国内的相关规则仍存有大片空白时，国际社会的认可度和接受度也不会令人满意，也无法展现我国在全球治理中的正面效果。

在国际层面，中国应当积极参与双边、区域规则的谈判和合作。随着数字全球化趋势日益明显，国际合作必将成为跨境数据流动规制的重要途径。中国需要积极参与 WTO 平台上关于跨境数据规制的国际谈判。在全球统一的跨境数据规制体系建立之前，中国也可以从双边以及区域规则入手推进国际谈判和合作，积极参与或者制定国际规则。同时，为了应对全球数字鸿沟，中国在参与制定国际规则之时，在与现有的规则进行竞争和妥协的同时，还要关注数字经济暂时落后的国家。中国所提出的方案不仅要与当下欧美主导的跨境数据流动规则有所兼容，还要考虑到中国方案的可持续发展性，力图将中国方案惠及那些有潜力、有能力但暂时落后的发展中国家。

5. 结语

跨境数据流动与全球数字鸿沟的形成息息相关，如何有效规制跨境数据流动是弥合数字鸿沟的重要手段。当前，在应对数字鸿沟上，跨境数据流动的国际规制面临着多边贸易体制的缺位、规则体系碎片化和限制例外条款适用的严格化趋势等困境。缺少全球统一的数据规则是这些困境产生的共同原因。因此，为了弥合数字鸿沟，国际社会亟需共同努力建立“发展中国家友好型”的全球数据规制体系。因其得天独厚的优势，该体系的建立应当以 WTO 为平台。中国同时作为发展中国家和数字大国，需要加紧健全国内数字立法，也需要积极参与全球数据规制体系的建立。中国可以借助“一带一路”倡议，加强与发展中国家在数字领域的合作，为弥合全球数字鸿沟贡献自己的力量。

参考文献

- [1] UNCTAD (2019) Digital Economy Report 2019. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf
- [2] UNCTAD (2021) Digital Economy Report 2021. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2021_en.pdf
- [3] 戴艺晗. 贸易数字化与监管碎片化: 国际贸易制度框架下跨境数据流动治理的挑战与应对[J]. 国际经济法学刊, 2021(1): 1-13.
- [4] 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(5): 172-182.
- [5] 张茉楠. 跨境数据流动: 全球态势与中国对策[J]. 开放导报, 2020(2): 44-50.
- [6] 王淑敏. 全球数字鸿沟弥合: 国际法何去何从[J]. 政法论丛, 2021(6): 3-15.
- [7] 杨署东, 谢卓君. 跨境数据流动贸易规制之例外条款: 定位、范式与反思[J]. 重庆大学学报, 2021(8): 1-15.
- [8] 时业伟. 跨境数据流动中的国际贸易规则: 规制、兼容与发展[J]. 比较法研究, 2020(4): 181-189.