



# RCEP 数据跨境流动规则 例外条款的适用及中国应对

杜玉琼 罗新雨

**摘要:**全球电子商务的发展离不开数据跨境流动,数据跨境流动规则已成为国际经贸协定电子商务章节中的关键条款,其中的数据例外条款构成了数据跨境流动规则的核心所在。《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)作为主要由发展中国家驱动的大型区域贸易协定,其数据跨境流动规则中的例外条款彰显了“发展与安全兼收并蓄,更侧重国家监管”的价值追求。但是,由于 RCEP 数据跨境流动规则例外条款的设置存在适用条件较为宽松、关键概念表述模糊等问题,成员方在适用中必然存在不确定性和滥用的隐忧,且既有争端解决方式难以实现对例外条款的解释。对此问题的解决,WTO 相关案例可提供适用原则和解释方法上的指引。中国作为 RCEP 的主要参与者、推动者和多边主义的维护者,应评估 RCEP 数据例外条款的可诉性,并以 WTO 案例为指引,恪守善意原则,遵循界定限制措施合理性和必要性的解释进路,以期明确 RCEP 数据跨境流动规则例外条款的适用,促进区域电子商务的发展。

**关键词:**RCEP;WTO;数据跨境流动;例外条款;电子商务

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0319

**收稿日期:**2023-03-17

**基金项目:**本文系 2022 年四川特色哲学社会科学规划项目专项课题“我国反外国制裁法及执法体系研究”(SC22FZ11)、四川大学“十四五”哲学社会科学重点项目“对照国际高标准创新成渝经济圈数字经济法律制度”(SCJJ-21)的阶段性研究成果。

**作者简介:**杜玉琼,女,四川南充人,四川大学法学院教授、博士生导师,E-mail: duq1234@126.com;  
罗新雨,男,广西玉林人,四川大学法学院博士研究生,四川大学“自贸区暨一带一路法律研究中心”助理研究员。

伴随着信息技术的快速发展,传统贸易模式正经历数字化转型。虽然电子商务的概念尚不统一<sup>①</sup>,但其呈现的各种贸易形式均以数据跨境流动为基础。近年来,各国间签订的区域和双边经贸协定愈发重视数据的跨境流动,并把数据跨境流动规则设置为电子商务章节的关键条款<sup>②</sup>。但另一方面,若国家放任关键技术数据、个人敏感数据的跨境自由流动,无疑会对国家安全和个人信息保护带来挑战<sup>③</sup>。正如《二十国集团数字经济发展与合作倡议》概述所言,“我们生活的互联网经济时代给全球经济增长带来的机遇与挑战并存”<sup>④</sup>。因此,在区域和双边经贸协定中数据跨境流动规则例外条款(以下简称“数据例外条款”)便成为缔约方对数据跨境自由流动的“安全阀”。

①中国信息通信研究院互联网法律研究中心《数字贸易的国际规则》,法律出版社 2019 年版,第 15 页。

②虽然部分区域或双边协定采用“数字贸易”的表述,但鉴于电子商务和数字贸易章节中数据跨境流动规则设置上的共性,且本文侧重讨论 RCEP 电子商务章节下的数据跨境流动规则,故本文统一采用“电子商务”的表述。

③武长海主编《国际数据法学》,法律出版社 2021 年版,第 261 页。

④《二十国集团数字经济发展与合作倡议》,G20 官网,2016 年 9 月 20 日发布,2022 年 7 月 16 日访问,[http://www.g20chn.org/hywj/dncgwj/201609/t20160920\\_3474.html](http://www.g20chn.org/hywj/dncgwj/201609/t20160920_3474.html)。

2022年1月1日,《区域全面经济伙伴关系协定》(以下简称“RCEP”)正式生效。作为全球最大的区域自由贸易协定,RCEP的经济体量约占世界经济的1/3,并惠及全球近1/3的人口<sup>①</sup>,其范围内的区域贸易正经历着数字化转型<sup>②</sup>,电子商务章节及其数据跨境流动规则成为该协定的主要内容,而RCEP数据例外条款的设置可以协调数据跨境自由流动和国家监管之间的关系。因此,探讨RCEP数据例外条款的有效适用具有重要意义。

### 一 RCEP数据例外条款设置的价值和目的

一般而言,价值是指导规则制定和实施的基本准则<sup>③</sup>,而具体规则服务于特定的目的<sup>④</sup>。立足于应然的角度,规则的设置不仅应致力于价值的彰显,还应追求目的的实现。RCEP数据例外条款是指第十二章第十四条“计算设施的位置”(以下简称“数据一般例外”)和第十五条“通过电子方式跨境传输信息”(以下简称“数据安全例外”)中的例外规定<sup>⑤</sup>,RCEP数据例外条款的设置,不仅彰显了特定的价值,亦实现了缔约方制定数据例外条款的目的。

#### (一)价值彰显:发展与安全兼收并蓄,更偏重保障数据跨境流动安全

总体上,RCEP数据例外条款的设置彰显了促进电子商务发展的价值取向。时至今日,数据已然成为当今国际经贸往来的基本要素<sup>⑥</sup>,其通过改变传统贸易模式,为全球经济增长提供了重要助力。据统计,2021年跨境数字服务贸易在全球服务贸易中的占比达到63.6%<sup>⑦</sup>。正因如此,RCEP数据例外条款虽侧重国家监管,但其仍要求缔约方充分考虑该条款对数据跨境自由流动的影响。RCEP在数据跨境流动规则一般例外条款中,原则上禁止缔约方限制数据跨境流动,并强调该例外的援引应符合非歧视性和必要性要求。RCEP在数据跨境流动规则安全例外条款中,规定该例外的援引应具备相应的必要性,以防止该例外的滥用。

同时,RCEP将例外条款作为规制数据跨境流动的基本规则。数据跨境流动往往伴随着信息的大范围传播,放大了国家安全和个人信息保护等问题<sup>⑧</sup>。为了规制数据跨境流动并最大程度协调各缔约方的利益诉求,RCEP选择积极回应数据跨境流动的规制,并在数据跨境流动规则中以设置例外条款的方式,概括地赋予了各缔约方监管数据跨境流动的权利。RCEP规定,数据跨境流动规则中对自由流动的强调不排除缔约方对于安全例外条款的适用(第十七章第十三条)。同时,RCEP也设置了数据一般例外,以期各缔约方限制电子信息的跨境传输或实现数据本地化提供必要的政策空间。

值得注意的是,在“发展与安全兼收并蓄”的价值取向中,RCEP数据例外条款更偏重“保障数据跨境流动安全”。原因在于,RCEP缔约方构成多元,不同发展水平的缔约方需要更具包容性的数据例外条款。因此,RCEP数据例外条款为缔约方监管数据跨境流动提供了更为独立自主的空间。例如,针对缔约方能否限制数据跨境流动这一问题,RCEP开创性地设置了特殊和差别待遇条款,柬埔寨、老挝等缔约方可在一定时期内更为宽松地适用数据例外条款(第十二章第十四条注释、第十五条注释),从而为此类缔约方的数据跨境流动监管提供了必要的过渡期。

#### (二)目的实现:更尊重缔约方监管数据跨境流动的需求

在“发展与安全兼收并蓄,更偏重保障数据跨境流动安全”的价值引领下,RCEP数据例外条款的设置更尊重缔约方监管数据跨境流动的需求,其具体内涵可在RCEP与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称CPTPP)、《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称USMCA)、《数字经济伙伴关系协议》(以下简称DEPA)等协定的数据例外条款的比较中进一步呈现。

①沈铭辉、李天国《区域全面经济伙伴关系:进展、影响及展望》,《东北亚论坛》2020年第3期,第103页。

②《助力地区疫后经济复苏,RCEP为电子商务注入新活力》,光明网,2022年1月16日发布,2022年7月16日访问,[https://news.gmw.cn/2022-01/16/content\\_35450529.htm](https://news.gmw.cn/2022-01/16/content_35450529.htm)。

③马忠法、谢迪扬《论人类命运共同体理念下的国际法价值构造》,《武大国际法评论》2022年第2期,第1页。

④杨铜铜《立法目的司法运用的功能及其效果提升——以指导性案例为分析对象》,《社会科学》2022年第8期,第184页。

⑤下文关于数据跨境流动一般例外和安全例外的规定亦指《区域全面经济伙伴关系协定》第十二章第十四条、第十五条。

⑥《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》,中国政府网,2020年5月21日发布,2022年7月16日访问,<http://www.mofcom.gov.cn/article/b/g/202005/20200502967296.shtml>。

⑦中国信息通信研究院《全球数字治理白皮书》,CAICT中国信通院网,2023年1月10日发布,2023年7月3日访问,[http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202301/t20230110\\_413920.htm](http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202301/t20230110_413920.htm)。

⑧黄家兴《国际数字贸易规则碎片化:现状、成因及应对》,《太平洋学报》2022年第4期,第71页。

一方面, RCEP 数据一般例外的设置更尊重缔约方基于“合法公共政策目标”的监管需求。在“通过电子方式跨境传输信息”和“计算设施的位置”的规定中, RCEP 与 CPTPP 均设置了一般例外条款<sup>①</sup>。但由于 RCEP 各缔约方的电子商务发展水平差距较大, RCEP 采取更为宽松的规制进路, 除了强调限制措施应符合非歧视要求且不超过必要限度之外, RCEP 数据例外条款在其注释中还赋予了缔约方自行决定限制措施是否超过必要限度的权利。相较之下, CPTPP、USMCA 等协定的数据跨境流动规则更为限缩一般例外的适用。例如, USMCA 虽然在“通过电子方式跨境传输信息”中设置了一般例外, 但剔除了“计算设施的位置”中一般例外的规定, 以克减缔约方对电子商务活动进行监管的政策空间。

另一方面, 有关数据安全例外的设置, RCEP 更为尊重缔约方基于“基本安全利益”的监管需求。作为主要由发展中国家驱动的大型区域贸易协定, RCEP 充分考虑到数字时代国家安全信息泄露的风险, 以及发展中国家风险应对能力的相对缺乏, 其在数据跨境流动规则中明确设置了安全例外, 准许缔约方可以采取其认为维护“基本安全利益”所必需的任何措施, 并规定其他缔约方不得对此类措施提出异议。相较之下, CPTPP、DEPA、USMCA 等协定并未在对应章节中设置独立的安全例外条款, 其数据跨境流动的限制措施与安全例外之间的关系有待进一步明确。

## 二 RCEP 数据例外条款的适用审视

由于 RCEP 数据例外条款蕴含“发展与安全兼收并蓄, 偏重数据跨境流动安全”的价值取向, 因此其设置更尊重缔约方限制数据跨境流动的需求。但是, RCEP 数据例外条款较为宽松的适用条件可能导致该条款存在滥用的隐忧<sup>②</sup>。加之 RCEP 数据例外条款中关键概念表述模糊, 该条款的适用仍具有不确定性。

### (一) 一般例外中“合法公共政策目标”的表述模糊

RCEP 数据一般例外虽然强调缔约方的规制权, 但其“合法公共政策目标”的表述有待细化。不同于 WTO 通过限制性列举的方式说明一般例外目的的做法, RCEP 仅用“合法公共政策目标”来概括缔约方适用数据一般例外条款的目的, 且并未对该目标进行定义。此外, RCEP 明确规定“合法公共政策目标”的具体内涵由缔约方自行决定, 可见, 该目标与缔约方自身的数据跨境流动政策密切相关。例如, 在个人隐私保护层面, 日本、新加坡立法规定个人数据的跨境流动应符合本国所要求的个人数据保护标准。

值得注意的是, 缔约方适用 RCEP 数据一般例外虽有非歧视和不超过必要限度的规定, 但“合理公共政策目标”无法聚焦导致缔约方采取数据跨境流动限制措施时难以满足上述要求。RCEP 数据一般例外的非歧视性具有特定含义, 指缔约方采取的数据跨境流动限制措施不得造成任意或不合理的歧视<sup>③</sup>, 但“合法公共政策目标”的模糊表述反而加剧了缔约方自主决定适用该例外的倾向, 进而放大了数据跨境流动限制措施造成任意或不合理歧视的可能性。此外, 抽象的“合理公共政策目标”也无法为必要性的解释提供较为清晰的指引。数据跨境流动限制措施的目标决定了其实施的方式、范围和程度, 因此, 必要性的理解应结合缔约方数据跨境流动监管的具体目标和实践。由于“合理公共政策目标”并非具体的监管目标, 因此各缔约方实际上对数据跨境流动限制措施必要性的理解并不统一, 进而造成缔约方适用 RCEP 数据一般例外的不确定性。

综上所述, 由于 RCEP 各缔约方的信息技术水平存在较大差距, 且各缔约方对国家安全和个人信息的保护呈现不同的态度和立场, 因此, RCEP 数据一般例外“合法公共政策目标”较为抽象的表述实际上反映了成员间监管目标差异的现实。一般而言, 法律漏洞的补充需要相应的法律解释<sup>④</sup>。因此, RCEP 数据一般例外的适用需要进一步发展相应的解释方法, 以增强缔约方适用该例外的可预期性。

### (二) 安全例外的适用过于偏向缔约方的监管自主权

“网络和信息安全牵涉到国家安全和社会稳定”<sup>⑤</sup>。由于数据跨境流动是网络空间形成和发展的基础, 因此其规制水平直接影响国家安全在网络空间中的保障程度。鉴于限制数据跨境流动对维护国家安全的关键作

<sup>①</sup>《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第十四章第十一条、第十三条。

<sup>②</sup>有学者认为, RCEP 在数据跨境流动与存储等规则方面的议题深化水平相对较低、例外条款较多。参见: 谢谦《全球数字经济规则议题特征、差异与中国应对》, 《改革》2023 年第 6 期, 第 29 页。

<sup>③</sup>张晓君、屈晓濛《RCEP 数据跨境流动例外条款与中国因应》, 《政法论丛》2022 年第 3 期, 第 113 页。

<sup>④</sup>梁慧星《论法律解释方法》, 《比较法研究》1993 年第 1 期, 第 47 页。

<sup>⑤</sup>习近平《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》, 《求是》2013 年第 22 期, 第 25 页。

用,以及各缔约方电子商务发展水平差异,RCEP 特别强调了其他缔约方不得对数据安全例外的适用提出异议。但是,这一规定也加剧了缔约方滥用安全例外的可能性,若一成员为维护“基本安全利益”采取数据跨境流动限制措施,则该成员既无需通知其他成员,也不必向其他成员说明限制措施的必要性。同时,由于安全例外的适用过于偏向缔约方的监管自主权,也限缩了相关争议诉诸 RCEP 争端解决程序的可能。

对缔约方监管自主权的过度偏重极易造成数据安全例外的滥用,这与 RCEP 促进电子商务广泛使用、建立信任和信心的电子商务环境目标存在潜在的冲突。数据跨境自由流动是电子商务活动得以顺利开展的必要前提,而一国对数据跨境流动的不当限制则有可能减损市场主体对该国电子商务环境的信任和信心。不同于 RCEP 数据一般例外的是,RCEP 数据安全例外并无非歧视要求,这意味着该例外的援引不需要考虑限制措施对数据跨境流动自由造成的影响,也容易导致该例外成为阻止跨国企业进入一国市场的障碍。例如,出于贸易保护的目,一国可能会以维护国家安全为由限制数据跨境流动,致使跨国企业无法开展正常的商业活动。就目前来看,RCEP 电子商务环境目标和数据安全例外有着潜在冲突。RCEP 数据安全例外将国家安全置于数据跨境自由流动之上,其仅强调了国家安全的重要性,但并未对数据跨境流动贸易价值和非贸易价值的协调进行深入考量<sup>①</sup>。为提升跨国企业参与市场竞争的信心,RCEP 数据安全例外的适用仍应关注数据跨境流动自由和国家安全之间的协调。

### (三)RCEP 争端解决方式难以实现对数据例外条款的解释

目前,RCEP 电子商务章节项下产生的争议原则上不可诉诸 RCEP 争端解决机制(第十二章第十七条第三款)。为解决 RCEP 数据例外条款的相关争议,RCEP 规定了两种争端解决方式,即争议方之间协商解决争议或争议方将有关争议提交 RCEP 联合委员会。但是,上述两种解决方式均难以实现对 RCEP 数据例外条款的解释。

首先,缔约方通过相互磋商解决争议的方式无法为规则解释提供嗣后参照。RCEP 规定在协商过程中,争议方应善意进行磋商,以达成共同满意的解决方案(第十二章第十七条第一款)。但是,该争议解决方式强调缔约方的互动性和合意性,争议方之间争端的解决更多取决于各自利益的协调和让步,并不涉及规则的解释。因此,即便争议方之间协商解决因例外条款适用所引发的争端,也无法澄清数据例外条款的具体规定。

其次,通过 RCEP 联合委员会寻求对数据例外条款的解释不仅效率低下,也难言现实。RCEP 电子商务章节规定,该章节项下所产生的争议在未能通过磋商解决时,缔约方可将争议提交至 RCEP 联合委员会(第十二章第十七条第二款)。作为替代磋商的争端解决方式,RCEP 联合委员会虽具有规则解释的职能(第十八章第三条),但需遵循各缔约方协商一致的规则(第十八章第四条)。这意味着数据例外条款的解释需要全面考虑不同缔约方的诉求,由于 RCEP 缔约方之间电子商务发展水平的差距和文化认知上的不同,各缔约方对数据跨境流动监管的态度和立场差异较大,因此,通过 RCEP 联合委员会澄清数据例外条款效率较低。

综上所述,RCEP 现有的争端解决方式在理论上虽可澄清数据例外条款的适用,但其外交协商的性质决定了此类争端解决方式在实际运作中存在非正式或效率较低等弊端。因此,RCEP 数据例外条款的解释需要一套具有普遍性和指导意义的解释方法,从而减少各缔约方适用此类例外条款的不确定性。

### 三 WTO 相关案例对 RCEP 数据例外条款适用的指引

RCEP 是遵循 WTO 规则而形成的区域自由贸易协定<sup>②</sup>,而 WTO 例外条款和 RCEP 数据例外条款呈现一般规则和特殊规则的关系。RCEP 专设有一般条款和例外章节(以下简称“RCEP 例外章节”),以实现 RCEP 数据例外条款与 WTO 例外条款的衔接。RCEP 例外章节规定,WTO 的一般例外经必要修改后纳入电子商务章节<sup>③</sup>。此外,RCEP 例外章节的安全例外与 WTO 安全例外的表述基本相同,而 RCEP 数据安全例外仅强调了其不可诉性。一般而言,若某一事项可同时适用一般规则和更为具体的规则,则后者应优先于前者,而一般规则既有的适用情形也对具体规则的合理适用具有指引作用<sup>④</sup>。因此,WTO 中涉及例外条款的案例可以为

①谭观福《数字贸易中跨境数据流动的国际法规制》,《比较法研究》2022年第3期,第171页。

②杨国华《论 RCEP 与 WTO 规则的关系》,《国际商务研究》2021年第5期,第3页。

③《区域全面经济伙伴关系协定》第十七章第十二条。

④古祖雪《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》,《法学研究》2007年第1期,第143页。

RCEP 数据例外条款的解释提供指引。“多边路径不但是国际法善治的应有之义,也是数据无地理边界属性的客观要求”<sup>①</sup>,多边视角的参照有助于澄清 RCEP 数据例外条款表述的不确定性,解决 RCEP 数据例外条款滥用的隐忧。

#### (一)秉持善意原则解释例外条款

在 WTO 既有关于例外条款适用的案例中,争端解决机构秉持善意原则提出了富有建设性的解释思路。早在“美国汽油案”(DS2)中,WTO 上诉机构就指出,专家组在判断该案中一般例外的适用性时,“忽略了条约解释的一项基本规则”<sup>②</sup>。上诉机构认为,条约解释的基本规则是指《维也纳条约法公约》(以下简称“《公约》”)第三十一条规定的符合善意原则的解释方法,因此上诉机构明确了一般例外的解释顺序,“分析有两个层次:其一,根据 GATT 第二十条第七款对限制措施的性质进行论证;其二,根据 GATT 第二十条的介绍性条款进一步评估同一措施”<sup>③</sup>。善意原则厘清了一般例外的解释思路,也为之后的案例提供了明确的指引。因此,在“美国虾案”(DS58)中,上诉机构就否定了专家组优先考察限制措施是否符合一般例外序言的做法,并认为专家组“没有遵循《关于争端解决规则与程序的谅解》第三条第二款的要求,适用‘解释国际公法的惯例’的所有步骤”<sup>④</sup>。

同样,关于安全例外的解释,在“乌克兰诉俄罗斯转运措施案”(DS512)中,WTO 专家组强调,“WTO 争端解决中出现的解释性问题应通过适用解释国际公法的惯例来解决……这些规则包括《公约》第三十一条和第三十二条”<sup>⑤</sup>。可见,本案中的专家组也是先判断限制措施是否符合安全例外的具体情形,再考察限制措施是否符合安全例外的宗旨。

可见,善意原则对例外条款的解释具有普遍适用性。由于 WTO 一般例外和安全例外的解释都需要平衡贸易自由和国家监管之间的关系,因此善意原则可以提供一致的解释思路。在“卡塔尔诉沙特知识产权侵权案”(DS567)中,WTO 专家组强调善意原则具有避免安全例外滥用的功能,指出“善意原则要求各成员不得利用 GATT 第二十一条作为其规避 GATT 义务的手段”<sup>⑥</sup>。WTO 上诉机构也曾表示,“GATT 第二十条的引言实际上是善意原则的一种表达方式……它制约着国家对权力的行使”。对此,上诉机构进一步强调,“第二十条引言的目的和目标通常是防止滥用第二十条的例外情况”<sup>⑦</sup>。可以说,解释方法是基于规则解释活动而形成的分析技术,而秉持善意是运用解释方法的原则。秉持善意原则解释例外条款的过程体现了平衡贸易自由和国家监管关系的追求,这对于 RCEP 缔约方合理援引数据例外条款具有重要的指引与借鉴作用。

#### (二)注重限制措施必要性的论证

由于 WTO 的一般例外和安全例外条款都以列举的方式规定了成员方采取限制措施的具体情形,限制措施的应有目的都较为明确,但 WTO 有关例外条款适用的必要性表述却较为抽象。因此,WTO 争端解决机构在个案中往往对限制措施的必要性进行详细论证,以明确其限度。

早在关贸总协定时期,“泰国香烟案”(DS10/R)的专家组就尝试运用文义解释解读限制措施的必要性,但该解释方法过于严苛,无法对必要性予以全面考量。在该案中,专家组并未直接解释必要性,而是论证限制措施何以不必要,认为“泰国实施的进口限制只有在没有符合替代措施的情况下才被认为是必要的”,进而将限制措施的“必要性”理解为“唯一性”。在上述判断的基础上,专家组进一步指出,泰国存在相应的替代措施,并以此否定了限制措施的必要性<sup>⑧</sup>。但是,专家组的论证并未考虑替代措施的实际可行性,如果替代措施的实施成

①林福辰、杜玉琼《发展与蜕变:多边视域下数字贸易规则建构路径之审思》,《江海学刊》2020年第5期,第161—162页。

②World Trade Organization, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), April 29, 1996.

③World Trade Organization, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), April 29, 1996.

④World Trade Organization, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58/AB/R), October 12, 1998.

⑤World Trade Organization, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit (WT/DS512/R), April 5, 2019.

⑥World Trade Organization, Saudi Arabia-Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights (WT/DS567/R), June 16, 2020.

⑦World Trade Organization, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58/AB/R), October 12, 1998.

⑧General Agreement on Tariffs and Trade, Thailand-Restrictions on importation of and Internal Taxes on Cigarettes (DS10/R-37S/200), November 7, 1990.

本过高,或者替代措施仍不足以实现一般例外的目的时,那么替代措施也并非必要。因此,仅以文义解释判断限制措施的必要性过于理想化。

随后,WTO争端解决机构运用目的解释确定限制措施的必要性,形成了判断必要性的基本思路。在“欧共体石棉案”(DS135)中,WTO专家组通过咨询专家意见,认为保护人类生命和健康这一目的至关重要。上诉机构据此认为,“替代措施并非最能实现目标的方式”<sup>①</sup>。之后,目的解释成为审查限制措施必要性的通行做法。在“韩国牛肉案”(DS161)中,上诉机构指出,“相关法律或规章所要保护的价值越重要,其被视为必要的可能性就越大”。此时,若一项限制措施最有利于实现所追求的目标,那么“一项对进口产品影响相对较小的措施可能比一项严格或具有广泛限制效果的措施更容易被认定为必要的”<sup>②</sup>。在目的解释的影响下,论证限制措施目的的重要程度已经成为判断限制措施必要性的关键。

在遵循目的解释的基础上,WTO争端解决机构特别强调了手段和目的之间的相关性。在“巴西轮胎案”(DS332)中,专家小组认为,除了评估限制措施在实现一般例外应有目的之贡献程度时,还必须比较原有措施与可能的替代措施,以权衡不同措施在实现贸易目标上的差异<sup>③</sup>。由此可见,作为WTO判断限制措施必要性的主要方法,目的解释方法已趋于成熟,其发展过程体现出细化一般例外审查的趋势。

在安全例外的争端中,WTO争端解决机构同样采用了目的解释。在“卡塔尔诉沙特知识产权侵权案”(DS567)中,专家组认为,鉴于基本安全利益关乎国家生存,援引方可以自行决定基本安全利益的内涵,“以便能够评估被质疑的措施是否与这些利益相关,这并不是一项特别繁重的任务,并适当地接受专家组的有限审查”。对于限制措施的必要性,该案的专家组表示,限制措施与基本安全利益存在最低的相关性即可,即限制措施“作为保护基本安全利益的措施并非不可信”<sup>④</sup>。

综上所述,在关于WTO例外条款的争端中,探讨限制措施的必要性是其争端解决机构论证的重心,而目的解释方法为例外条款的必要性论证提供了清晰且实际的解释思路。因此,RCEP数据例外条款亦可采用目的解释,合理界定数据跨境流动限制措施的必要性。对于RCEP数据跨境流动规则的一般例外,其必要性的解释应关注限制措施和替代措施的比较。而对于RCEP数据跨境流动规则的安全例外,其必要性的解释只需考虑手段和目的之间是否存在基本的相关性即可。

### (三)遵循约束安全例外适用的趋向

在WTO安全例外中,规定了WTO成员可以采取其认为保护基本安全利益所必要的行动,该例外中“其认为”的表述意味着援引方可以自行决定必要的限制措施。因此,对于适用WTO安全例外而引发的争议是否可以诉诸WTO争端解决程序这一问题,长期以来未有定论<sup>⑤</sup>。但近年来,涉及WTO安全例外的案例呈现约束安全例外适用的倾向。WTO争端解决机构认为,基于WTO安全例外而采取的限制措施并非完全由援引方决定,争端解决机构对相关争议具有管辖权。

“乌克兰诉俄罗斯转运措施案”(DS512)中专家组的论证表明,WTO安全例外的适用应接受WTO争端解决机构的审查,以防止安全例外的滥用。专家组从以下方面进行了论证:其一,对于WTO争端解决机构是否有权管辖安全例外的争端,专家组认为,“专家组有权审查安全例外所列各款的要求是否得到满足,而不是由援引成员自由裁量”;其二,对于安全例外中“基本安全利益”的内涵,专家组予以澄清,这“显然是一个比‘安全利益’更狭隘的概念,通常可以理解为与国家的基本职能相关的利益,即保护其领土和人民免受外部威胁,以及对内维护法律和公共秩序”;其三,对于援引安全例外是否存在限制,专家组表明,“必须客观地认定限制措施符合该条款所列举的要求”;其四,为进一步考察安全例外的宗旨,专家组长篇回顾了安全例外的谈判历史,并总结

<sup>①</sup>World Trade Organization, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (WT/DS135/AB/R), March 12, 2001.

<sup>②</sup>World Trade Organization, Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (WT/DS161/AB/R), December 11, 2000.

<sup>③</sup>World Trade Organization, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (WT/DS332/AB/R), December 3, 2007.

<sup>④</sup>World Trade Organization, Saudi Arabia-Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights (WT/DS567/R), June 16, 2020.

<sup>⑤</sup>胡加祥《国际贸易争端的解决与国家安全利益的保护——以GATT第二十一条为研究视角》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》,2008年第4期,第16页。

了各成员的观点。最终,专家组认为,各国不能试图借助安全例外“使一项受到质疑的措施免受所有审查”<sup>①</sup>。因此,虽然成员国可以自行决定维护国家安全必要的限制措施,但 WTO 安全例外的援引仍有一定限制,即在接受 WTO 争端解决机构审查的基础上,判断该援引是否符合安全例外的要求和宗旨。

“卡塔尔诉沙特知识产权侵权案”(DS567)重申了“乌克兰诉俄罗斯转运措施案”(DS512)的核心观点,即 WTO 安全例外的适用应接受 WTO 争端解决机构的审查。在该案中,专家组强调安全例外的争端适用争端解决机制,并引用了国际法院的观点,“不论政治背景或其他政治方面,只要提交的案件或咨询意见涉及能够得到法律解答的法律问题,相关机构就有义务对其行使管辖权”。此外,专家组认为安全例外的援引应符合善意原则,“成员国对‘基本安全利益’的自由裁量权受到善意解释和适用 GATT 第二十一条第二款第三项义务的限制”<sup>②</sup>,以避免成员国将安全例外作为规避 WTO 义务的手段。

可见,对于安全例外的审查,WTO 争端解决机构并非意图制止其成员采取维护国家安全的限制措施,而是为了防止其成员借助安全例外采取贸易保护主义。相较之下,RCEP 数据安全例外的适用则呈现拒绝审查的特点,由此不免存在安全例外滥用的隐忧。因此,限缩 RCEP 数据安全例外的适用不仅体现了 RCEP 安全例外的宗旨,也是协调数据跨境自由流动和国家监管的必要前提。

#### 四 RCEP 数据跨境流动规则例外条款适用的中国立场

我国作为 RCEP 的主要参与者和推动者,理应秉持积极的姿态,推动 RCEP 数据例外条款的适用走向完善,使其充分发挥协调数据跨境自由流动和国家监管的作用。多年来,WTO 争端解决机制的运行为全球贸易体系的稳定发展提供了重要保障,是 WTO 的生命力和价值所在<sup>③</sup>。我国在“抓住数字机遇,共谋合作发展”国际研讨会高级别会议上明确提出,“全球数字治理应遵循秉持多边主义,共商、共建、共享是解决全球数字治理赤字的正确出路”<sup>④</sup>。因此,遵循 WTO 指引正是我国秉持多边主义立场的体现,以 WTO 相关案例为指引亦是解决数据例外条款适用问题的有效途径。

##### (一)承认 RCEP 数据例外条款的可诉性

当前,RCEP 电子商务章节项下产生的争议不得诉诸争端解决程序,也没有缔约方以约定适用的方式加以改变。这一现状固然为缔约方采取数据跨境流动限制措施提供了极大便利,但也加剧了数据例外条款滥用的隐忧。数据跨境流动是全球电子商务发展的根本所在,鉴于不同国家经济发展的差距以及文化的差异,目前数据跨境流动的监管趋向碎片化,缺少统一的电子商务规则加以协调。面对多边电子商务规则尚未达成的现实,联合国相关数字经济报告指出,“关于如何监管跨境数据流动的国际辩论陷入了僵局,各方立场趋于两极化。目前的监管格局参差不齐,不同国家采取的方针截然不同”<sup>⑤</sup>。

首先,我国承认 RCEP 数据例外条款可诉有助于推动更多国家认同和接受注重监管的数据跨境流动理念,并推动各缔约方对数据跨境流动的监管实践趋向一致。在 RCEP 数据例外条款不可诉的现实情况下,缔约方仅能通过磋商途径解决争议。由于磋商过程的高度保密性,以及磋商结果高度依赖特定案件中双方的合意性,该争端解决方式产生的结果也无法为嗣后的争端解决提供参照。相较之下,相关争议诉诸 RCEP 争端解决程序的做法是对数据例外条款的空白或模糊之处进行创造性补充或解释的重要体现<sup>⑥</sup>,其产生的结果更容易为缔约方所接受。在该过程中,争议方之间的积极辩论、第三方的参与以及专家组的解释说明,都为澄清 RCEP 数据例外条款的适用提供了可能,并可为嗣后的争端解决提供有效指引。因此,承认 RCEP 数据例外条款可诉,有助于缔约方在数据跨境流动限制措施上达成相对一致的预期。

<sup>①</sup>World Trade Organization, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit (WT/DS512/R), April 5, 2019.

<sup>②</sup>World Trade Organization, Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights (WT/DS567/R), June 16, 2020.

<sup>③</sup>张乃根《论 WTO 争端解决机制的几个主要国际法问题》,《法学评论》2001 年第 5 期,第 58 页。

<sup>④</sup>王毅《坚守多边主义 倡导公平正义 携手合作共赢——在全球数字治理研讨会上的主旨讲话》,人民网,2020 年 9 月 8 日发布,2022 年 7 月 16 日访问,http://world.people.com.cn/n1/2020/0908/c1002-31853720.html。

<sup>⑤</sup>United Nations Conference on Trade and Development, Digital Economy Report 2021: Cross-Border Data Flows and Development: For Whom the Data Flow, September 29, 2021, https://unctad.org/publication/digital-economy-report-2021.

<sup>⑥</sup>孙嘉珣《世界贸易组织争端解决机制的“造法”困境》,《国际法研究》2022 年第 2 期,第 121 页。

其次,我国承认 RCEP 数据例外条款可诉有助于推进多边电子商务规则谈判。RCEP 是目前全球最大的区域贸易协定,承认其数据例外条款争议可诉诸 RCEP 争端解决机制的做法不仅能够展现我国积极参与电子商务规则构建的姿态,还可推动数据例外条款在区域贸易中的实践,从而反哺多边电子商务规则谈判。因此,我国可以与 RCEP 其他缔约方开展双边谈判<sup>①</sup>,在有限的范围内承认电子商务章节项下的争端可诉诸争端解决程序,并积极推动数据跨境流动的区域性合作,最终将 RCEP 数据例外条款运用于多边电子商务规则谈判中。

最后,通过个案裁判的方式确定争议方数据例外条款滥用与否的做法是澄清数据例外条款表述模糊性的有效途径。未来,RCEP 数据例外条款的适用可能面临解释方法缺失的困境,且缔约方可能对各类解释方法持不同态度。RCEP 数据例外条款和 WTO 例外条款在适用问题上有着相似性,二者均存在条款设置模糊、适用泛化等问题。WTO 争端解决机构选择在个案中平衡贸易自由和国家监管之间的关系<sup>②</sup>,并最终通过相关案例不断发展例外条款的解释方法,澄清例外条款的具体规定,从而为例外条款的适用提供了可预见性。对此,RCEP 对 WTO 争端解决机制澄清规则适用的贡献予以肯定,其规定条约解释应当考虑 WTO 争端解决机构的相关解释。因此,RCEP 应积极肯定 WTO 争端解决机构在个案裁判中形成的解释方法,为 RCEP 数据例外条款适用的完善提供有益借鉴。

## (二)遵循 WTO 案例的指引解释 RCEP 数据例外条款

WTO 争端解决机构在例外条款适用的争端解决中形成了详细且实用的例外条款解释方法,最大程度保证了相关裁判的稳定性和可预见性。对此,我国应积极肯定 WTO 争端解决机制保障国际贸易可预见性、维护多边贸易体制稳定的重要作用<sup>③</sup>,遵循 WTO 相关案例的指引解释 RCEP 数据例外条款。

首先,应坚持善意原则对 RCEP 数据例外条款解释的引领。当前,RCEP 数据例外条款缺乏必要的解释,由此导致在 RCEP 数据例外条款的适用上,各缔约方难以形成较为一致的预期。鉴于善意原则对例外条款的解释具有普遍适用性,RCEP 数据例外条款仍可依据善意原则确定各部分内容的解释优先级。对于 RCEP 数据一般例外而言,其解释应先确定数据跨境流动限制措施是否符合“合法的公共政策目标”,然后对限制措施和替代措施进行比较,从而判断限制措施是否符合非歧视要求。对于 RCEP 数据安全例外而言,由于缔约方亦可自行决定必要的限制措施,因此其解释顺序也应与数据一般例外的解释顺序保持一致。但考虑到维护“基本安全利益”对于国家的重要性,安全例外的解释不应过于严苛地比较数据跨境流动限制措施与替代措施,而应更多地考察“国家基本安全利益”与数据跨境流动限制措施之间是否存在基本关系。

其次,积极探寻“合法公共政策目标”中数据跨境流动限制措施的应有目的。在 RCEP 数据一般例外中,“合法公共政策目标”的表述过于宽泛。相较之下,WTO 一般例外的目的则是以限制性列举的方式呈现,明确了国家在采取贸易限制措施时应遵循的具体目的。虽然 RCEP 赋予了缔约方自行决定“合法公共政策目标”的权限,但在解释中仍可对其进一步细化,以实现缔约方对一般例外的善意援引,并为嗣后的争端解决提供参照。此外,考虑到 RCEP 缔约方在电子商务发展上的较大差距,“合法公共政策目标”的解释应秉持开放的立场,积极发挥 RCEP 争端解决机制的条约解释功能,以提高缔约方在“合法公共政策目标”上理解的一致性。

最后,通过目的解释界定数据跨境流动限制措施的必要性。在 RCEP 数据一般例外中,目的解释应关注限制措施和替代措施的比较。与 WTO 一般例外不同的是,RCEP 规定采取数据跨境流动限制措施的缔约方可以自行决定“合法公共政策目标”,这就为目的解释的运用带来了新变化。由于缔约方可以自行决定“合法公共政策目标”的具体内容和重要程度,所以在判断限制措施的必要性时,缔约方只需考虑限制措施和“合法公共政策目标”之间是否存在基本的关联性。对此,WTO 案例提供了一定指引,即为了论证手段和目的之间的相关性,可以比较限制措施和替代措施。总体来看,在 RCEP 数据一般例外中,由于限制措施的应有目的由缔约方自行决定,因此其必要性的论证不能照搬 WTO 关于一般案例的解释,但仍可以灵活运用目的解释,判断限制措施

①赵海乐《RCEP 争端解决机制对数据跨境流动问题的适用与中国因应》,《武大国际法评论》2021 年第 6 期,第 54 页。

②韩逸畴《国际规则的“结构性挑战”:以贸易协定中的例外规定为例》,《当代法学》2021 年第 4 期,第 137 页。

③《〈中国与世界贸易组织〉白皮书》,国务院新闻办公室网站,2018 年 6 月 28 日发布,2022 年 7 月 16 日访问,<http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/37868/38521/38523/Document/1632360/1632360.htm>。



是否符合非歧视要求。

RCEP 数据安全例外源自 WTO 安全例外,且二者均有维护国家“基本安全利益”的目的。因此,在 RCEP 数据安全例外中,运用目的解释判断限制措施必要性的过程仍可以遵循 WTO 相关案例的基本思路。其一,缔约方可以自行决定“基本安全利益”的具体内容和重要程度,并据此采取数据跨境流动限制措施。其二,对数据跨境流动限制措施的审查仅限于判断限制措施和“基本安全利益”之间存在基本的相关性。

## 五 结语

RCEP 在其数据跨境流动规则中引入了例外条款,彰显了“发展与安全兼收并蓄,更偏重保障数据跨境流动安全”的价值取向,并实现了“更尊重缔约方监管数据跨境流动的需求”的目的。作为缔约方构成多元的大型区域贸易协定,RCEP 数据例外条款的适用需要在实践中进一步完善,以加强数据跨境流动监管的可预期性。中国作为 RCEP 的主要参与者和推动者,其数据例外条款适用的完善需要有中国方案,贡献中国智慧。对此,我国应始终秉持多边主义立场,遵循 WTO 相关案例的适用原则和解释方法指引 RCEP 数据例外条款的解释问题,以助推全球电子商务的公平发展和数字鸿沟的实质弥合。此外,RCEP 数据例外条款适用的完善亦有助于为我国后续加入 CPTPP、DEPA 等协定提供具体的谈判思路,从而推动多边电子商务规则的谈判和全球数据跨境流动治理框架的形成。

# Application of Exception Clauses in the Rules on Cross-border Data Flows in the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) and China's Response to Them

Du Yuqiong, Luo Xinyu

Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610207, China

**Abstract:** The development of global e-commerce relies heavily on cross-border data flows, and rules governing cross-border data flows have become key provisions in international trade agreements' e-commerce parts. The exception clauses within these rules form the core of regulations on data cross-border flows. The Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), as a major regional trade agreement led by developing countries, highlights the value pursuit of “balancing development and security with a focus on national regulation” through the exception clauses in its rules on data cross-border flows. However, there are concerns regarding the loose application conditions and vague definitions within the exception clauses of RCEP's data cross-border flow rules, which may lead to uncertainty and potential misuse among member states. Moreover, existing dispute settlement mechanisms may struggle to interpret these exception clauses. To address this issue, guidance can be sought from relevant WTO cases in terms of principles and interpretative methods. As a major participant, promoter, and defender of multilateralism in the RCEP, China should assess the justiciability of RCEP's data exception clauses, take WTO cases as guidance, observe the principle of good faith, and follow an interpretative approach that defines the reasonableness and necessity of restrictive measures. This will provide clarity on the application of exception clauses in RCEP's rules on data cross-border flows and promote the development of regional e-commerce.

**Key words:** RCEP; WTO; cross-border data flows; exception clauses; e-commerce

[责任编辑:苏雪梅]