

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2025.01.006

# 论 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款的适用与衔接

杨 银

(澳门科技大学 法学院, 澳门特别行政区 999078)

**摘 要:**数据跨境流动是数字贸易的核心,但是大规模数据跨境流动会损害国家安全、国家公共秩序和国家公共利益。各个国家或地区为了维护公共利益,通过援引 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款合理限制数据跨境流动,然而该例外条款含义模糊、自由裁量权过大和争端解决方式滞碍的问题会引发适用泛化,导致 RCEP 缔约方以公共政策之名行数字贸易壁垒之实。为了避免 RCEP 缔约方滥用公共政策例外条款形成数据本地化现象,需要从功能主义和法效果的角度分析该例外条款的内涵,厘清该例外条款适用标准对正当性、必要性和非歧视性的要求,并明晰该例外条款差异化适用的具体情形。同时,我国作为 RCEP 协定的成员需要构建数据跨境流动公共政策例外条款国内适用的衔接规则,完善该例外条款的解释规则,在我国自由贸易试验区内探索该例外条款援引的中国标准,并且通过自由贸易协定从点到面逐步扩散援引标准,为数字贸易的区域性发展贡献中国力量。

**关键词:**RCEP;数据跨境流动;公共政策例外;数据本地化;适用标准

中图分类号:D996.1

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2025)01-0078-10

## 一、引言

数据作为信息的载体,大规模数据跨境流动隐藏着国家机密泄露、商业秘密流失和公民个人隐私暴露的风险,威胁到国家安全、国家公共秩序和国家公共利益。为了维护国家公共利益,各国通过实施数据本地存储、本地处理、限制传输等数据本地化措施限制数据跨境流动。根据经济合作与发展组织(OECD)发布的《数据本地化措施的性质、演变和潜在影响》报告,截至2023年已有近40个国家或地区实施了100余项数据本地化措施。然而,各个国家或地区意识到采用数据本地存储、数据本地处理和限制数据跨境流动等数据本地化措施会形成新的国际贸易壁垒,影响内国经济发展<sup>[1]</sup>。因此,各个国家或地区意图通过双边或多边经济贸易协定解决数据本地化问题,先后在不同的国家或地区之间形成了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、《美墨加协定》(USMCA)、《数字经济伙伴关系协定》(DEPA)和《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)等区域贸易协定(RTAs)。

其中,RCEP 协定为了平衡数据跨境流动与内国公共利益之间的冲突,在第12章第15条第3款第1项设定了数据跨境流动公共政策例外条款,作为限制数据跨境流动的合法抗辩理由<sup>①</sup>。但是,该例外条款中“缔约方认为”的描述赋予了缔约方限制数据跨境流动的自由裁量权,这引发了其他国家对公共政策例外规则

收稿日期:2024-11-28

作者简介:杨银(1996—),男,重庆人,澳门科技大学法学院博士研究生,研究方向为国际经济法、数字法学。

滥用演变为贸易壁垒的担忧。因此,下文将分析RCEP数据跨境流动公共政策例外条款适用的现存问题,明确该例外条款的适用标准,探索该例外条款在国内转化适用的具体方案,细化该例外条款的援引体系。

## 二、RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的适用迷思

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款来源于对WTO体系《关税与贸易总协定》(GATT)和《服务贸易总协定》(GATS)一般例外条款中公共道德和公共秩序条款的细微调整。但是,数据跨境流动不同于传统的服务贸易与货物贸易,经过调整后该例外条款在内容含义、自由裁量权和争端解决方式等方面产生了诸多迷思。

### (一)RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的含义模糊

2003年6月13日,WTO争端解决机构设立专家组审理安提瓜和巴布达(以下简称安巴)诉美国禁止跨境提供博彩服务的措施违反WTO规则和美国在其服务贸易承诺表下的义务一案(以下简称“美国博彩案”)。该案是WTO历史上首次涉及GATS第14条公共政策例外的裁决,也是WTO争端解决机构首次对GATS的“公共道德”和“公共秩序”作出解释。美国在该案中认为,安巴向美国境内提供跨境网络赌博和博彩服务的行为违背了美国的公共道德和公共秩序,美国引用GATS第14条(a)款的“公共道德和公共秩序”例外条款,抗辩其出台的禁止安巴向美国提供跨境网络赌博和博彩服务的法律不违背WTO规则<sup>②</sup>。同时,该案件专家组从《牛津简明英语词典》对“道德”和“秩序”进行了词义解析,并根据GATS第14条公共政策例外条款的脚注对GATS下的“公共道德”和“公共秩序”进行了解释。专家组认为,“道德”是判断社会成员的行为是否正确的生活惯例,而“公共道德”是判断社会成员的行为是否符合维护社会基本利益所需的最基本行为准则;“秩序”是指社会的某种现存状态,而“公共秩序”是对法律和公共政策所反映的社会基本利益的维持。专家组通过文义解释阐明,安巴向美国民众提供跨境网络赌博的行为违反了美国的公共政策。由此可见,“公共政策”是指为了维护社会基本利益而制定的一系列措施。社会基本利益作为公共政策的核心要义,不仅包括最基本的国家利益、社会秩序和道德观念,还包括具体的公共秩序的和平与安全、经济秩序的健康与效率、公共资源的合理分配与利用等内容<sup>②</sup>。

显然,WTO争端解决机构无法对公共政策的含义出具统一的解释,而只能在具体的案件中根据公共利益的价值取向对具体的行为或措施作出是否符合公共政策目标的主观判断。例如,在“美国博彩案”中专家组认为提供跨境网络赌博与博彩服务是违反公共政策目标的,在“欧盟海豹产品案”中专家组认为保护动物福利也属于公共政策需要考虑的内容<sup>②</sup>。

根据RCEP第19章第4条的规定<sup>③</sup>,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款中“公共政策”的含义可以参考WTO争端解决机构对GATT和GATS公共道德或公共秩序的解释予以确定。但是,WTO争端解决机构仅在具体案件中对具体行为作出是否违反公共政策的判断,尚未对公共政策的含义作出普适性解释。所以,该例外条款中“公共政策”的含义也存在含义模糊且抽象的问题,无论采取文义解释、目的解释、体系解释、历史解释或其他解释方法都无法明确“公共政策”的具体内涵,也无法通过“公共政策”的含义直接判定缔约方的行为或措施是否违反公共政策目标,不过是一组抽象词汇到另一组抽象词汇的转换。

### (二)RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的自由裁量权过大

RCEP成员在数字经济发展和数字安全的价值取向之间更侧重于保护数字安全<sup>③</sup>,在经济发展和公共利益之间也更侧重于维护公共利益。所以,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款使用了“缔约方认为”的文字描述<sup>①</sup>,赋予缔约方无需凭借任何外部评判标准而自主判断限制数据自由流动的措施是否符合公共政策的自由裁量权。同时,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款前段主文“缔约方认为是其实现合法的公共政

策目标所必要的措施”的描述,从文义可以拆分为“缔约方认为合法的措施”和“缔约方认为必要的措施”。该例外条款将“缔约方认为”作为“合法”和“必要”的前置定语,缔约方有权自行决定对“合法”和“必要”的要求,无需符合WTO争端解决机构对GATT和GATS公共政策例外条款的合法性测试和必要性测试,突破了GATT和GATS例外规则适用对“合法性”和“必要性”的要求。显然,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款赋予的自由裁量权具有较强的主观性和宽泛性<sup>[4]</sup>,降低了缔约方证明其措施具备合法性和必要性的难度,增加了缔约方援引公共政策例外条款的成功率。但是,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的适用规则过于灵活也存在以下两方面的弊端:

第一,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的自由裁量权过于灵活会导致数据跨境流动产生“单项可视镜”现象。RCEP缔约方自主判定限制数据跨境流动的措施是否符合公共政策目标会导致数字贸易规则的透明度不高和解释性不强,不利于保障数字贸易的稳定性和安全性。过于灵活的公共政策例外适用规则将导致数据跨境流动与存储等方面的规则深化水平相对较低<sup>[5]</sup>,以至于其他缔约方基于协定对商业数据享有的合法权利成为了“纸上的权利”。而且,RCEP缔约方超过合理限度援引公共政策例外条款会违背RCEP第12章第15条第2款关于数据跨境自由流动的基本原则<sup>④</sup>,会扩大缔约方对数据自由流动的规制权,衍生为变相的贸易限制。

第二,RCEP部分成员若同时加入CPTPP、DEPA,将导致成员之间公共政策例外条款的适用冲突。RCEP与CPTPP和DEPA最大的区别就在于CPTPP和DEPA中对公共政策例外的文字规范中并没有“缔约方认为”的类似语义描述,CPTPP和DEPA没有赋予缔约方对公共政策例外条款适用的自由裁量权。RCEP部分成员同时加入CPTPP和DEPA时,该部分成员将陷入数据跨境流动公共政策例外条款是选择适用具有自由裁量权的RCEP还是选择适用不具有自由裁量权的CPTPP或DEPA的冲突之中。

### (三)RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的争端解决方式障碍

RCEP第12章第17条规定,公共政策例外条款的适用或解释发生分歧时应该先行磋商后再提交RCEP联合委员会解决<sup>⑤</sup>。但是,该条款规定的争议解决方式存在以下三方面的障碍:

第一,先行磋商不一定能解决分歧。RCEP将磋商作为公共政策例外条款适用或解释发生分歧时的争议解决前置程序,主要目的是为了缓和各方关系防止矛盾扩大化,尽量将分歧控制在可防可控的范围内。但是,RCEP协定的主体均是具有独立主权的国家,具有分歧的国家之间为了维护各自的国家主权和国家利益一般很难在直接磋商的过程中作出妥协与让步,从而达成争议解决的共识。在此情况下,先行磋商并不能解决分歧,反而会造成时间成本和经济成本的损失。

第二,磋商结果不具有普遍性。磋商是有异议的缔约方之间对公共政策例外条款适用或解释的争议事实进行协商的行为,具有相对性。磋商方之间达成的磋商结果是各方对条款适用或解释结果的利益平衡。因此,磋商结果仅在磋商方之间发生效力,不适用于RCEP其他缔约方,不具有普遍效力。

第三,RCEP联合委员会的解释结果具有滞后性。根据RCEP第18章第3条第1款第3项的规定<sup>⑥</sup>,RCEP联合委员会在确有必要时对条款享有解释权;但是根据第18章第4条第1款的要求<sup>⑦</sup>,RCEP联合委员会应当以协商一致的方式对任何事项作出决定。虽然RCEP联合委员会协商一致作出的决定能充分代表各方的利益,但是各缔约方的利益诉求各不相同,导致各缔约方无法在短时间内对解释结果达成一致。

## 三、RCEP数据跨境流动公共政策例外条款适用的国际新审视

为了解决RCEP数据跨境流动公共政策例外条款含义模糊、自由裁量权过大和争端解决方式障碍的问题,需要从功能主义和法效果的角度解释数据跨境流动公共政策例外条款各要素的具体内涵,并且通过限

缩解释明确RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的适用要素掣肘缔约方的自由裁量权和克服联合委员会解决条款适用的滞后性。同时,RCEP缔约方限制数据跨境流动的措施只有符合数据跨境流动公共政策例外条款的具体适用要素时,才能援引该例外条款豁免其应当承担的条约义务。所以,需要明晰该例外条款适用的具体要素,主要包括:“合法的措施”形成的正当性要素;“所必要的措施”形成的必要性要素;“不以构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制”形成的非歧视性要素<sup>①</sup>。

### (一)正当性要素

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款使用了“合法的公共政策目标”的文字描述,“合法”作为“公共政策目标”的前置定语表明“实现合法的公共政策目标”是适用公共政策例外条款的前提。“合法”的字面含义可解释为,某行为或措施需要符合由立法机关制定的法律规范。但是,立法机关制定的法律规范是指缔约方的国内法还是缔约方缔结的国际条约呢?根据WTO争端解决机构专家组在“韩国牛肉案”中的解释,GATT缔约方实施的措施要符合一般例外适用的合法性要求就必须保障争议措施依据的法律法规不与GATT的规则相冲突<sup>②</sup>。缔约方无论是根据内国法规还是国际条约对合法性进行判断时都不能违背GATT对合法性的要求,而且解释结果也不能过于宽泛,否则会与立法者原本意图调整的内容背道而驰<sup>③</sup>。所以,根据RCEP的条款解释规则可以推导得出<sup>④</sup>,RCEP缔约方可以在国内制定法律法规赋予其行为或措施在国内的合法性,但是该法律法规不得与RCEP的规定相冲突。

然而,缔约方限制数据跨境流动的某行为或措施符合法律规范仅是一种形式上的合法,并不一定意味着该行为或措施符合数据跨境流动公共政策例外条款的实质性要求,即正当性的要求。RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的正当性要求是解决数据跨境流动中存在的的社会不公现象,包括但不限于缔约方实施的某些限制性行为或措施。然而,正当性没有形成客观统一的判断标准,正当性的决定性因素取决于某种道德感或是受众的反应,需要根据具体情况具体判断<sup>⑤</sup>。例如,“美国第二金枪鱼案”中,WTO争端解决机构专家组将“正当性目标”解释为“合法的、可证明合法的或恰当的目的或目标”<sup>⑥</sup>。专家组表示正当性的解释不应该仅局限于字面含义,而应该更多地考虑设立正当性的本质要求,并且结合协定的整体内容、发展史等内涵对正当性予以综合审查。同时,“美国原产地标识案”的WTO争端解决机构专家组也表示,正当性的高度概括性增加了其判断的难度,每个案件对正当性的要求不同,正当性的具体判断应予以个案考虑<sup>⑦</sup>。

虽然不同案件基于不同的因素对正当性的要求各有所异,但是国际条约对正当性目标的基本范围却有较为一致的认知<sup>⑧</sup>。例如,《技术性贸易壁垒协定》(TBT)第2.2条中对合法目标进行了列举说明,主要包括但不限于保护国家安全、保护人类的身心健康与安全、保护动物或植物的生命与安全、保护基本的自然环境、防止人与人之间的相互欺诈或胁迫。根据《维也纳条约公约》第31条第3款第(c)项的规定,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的正当性目标可以从其他国际条约中明确承认的正当性目标来确定<sup>⑨</sup>。因此,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款正当性的基本目标是为了维护缔约方共同认可的公民、动物、植物的健康与安全以及环境安全等需求,是为了满足缔约方内国公民、法人或非法人组织存续的基本要求。显然,该基本要求亦是判断RCEP缔约方实施的行为或措施是否符合数据跨境流动“合法性的公共政策目标”的标准。

### (二)必要性要素

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的必要性衡量应始于文义解释,RCEP英文版使用的是“necessary”,《新牛津英汉双解大辞典》对“necessary”的中文翻译是“必要的,必须的,根本的”。RCEP中文版选择的词义是“必要”,《新华字典》对“必要”的解释是“不可缺少,非这样不行的”。该文义解释表明,RCEP缔约方限制数据跨境流动的行为或措施对于维护该缔约方内国的公共政策是不可缺少的,是没有其他行为或措施可以替代现有的行为或措施的。如果存在其他行为或措施可以替代当前的行为或措施,则表明缔约方现有的行为或措施就是不必要的。所以,必要性的最初判断标准可以理解为不可替代性。另外,从例外条款

的举证责任角度分析,当其他缔约方对例外条款的援引有异议时,例外规则的援引方需要对例外规则的事实要件承担举证责任,即例外条款的援引方要证明其实施的限制性行为或措施具有不可替代性。例如,“泰国香烟案”中WTO争端解决机构专家组认为,泰国可以实施征税措施来替代其实施的进口限制措施,其进口限制措施不满足GATT第20条公共道德或公共秩序对不可替代性的要求,并且泰国不能证明其进口限制措施具有不可替代性,进而否定了进口限制措施对实现公共政策或秩序的必要性<sup>②</sup>。通过“泰国香烟案”,WTO争端解决机构专家组意识到,将GATT第20条公共道德或公共秩序例外条款中的必要性判断标准确定为不可替代性不具有充分性,该证明难度很明显非常大,导致公共政策条款的援引陷入僵局。随后,GATT第20条公共政策“必要”的判断标准发生了一系列更替。“欧盟石棉案”将“必要”的判断标准演变为两要素:第一,现有的行为或措施是否合理和可用;第二,是否存在对贸易限制作用较弱的替代措施<sup>②</sup>。然后,在“韩国牛肉案”中对“必要”的判断标准特别强调两点:第一,现有的行为或措施对规制目标的促进作用;第二,行为和措施对国际贸易的限制性影响<sup>②</sup>。目前,WTO体系中对“必要”判断标准的讨论是“美国博彩案”,该案WTO争端解决机构专家组对GATS第14条“必要”的判断标准作出了三方面的要求:第一,缔约方的措施所意图保护的利益或价值的重要性;第二,缔约方的措施能够在多大程度上有利于实现其所追求的目标;第三,缔约方措施对其他成员方的贸易影响<sup>②</sup>。WTO体系下例外规则的必要性判断标准通过不断演变,形成了较为完善的“必要性”判断体系。

根据RCEP的解释规则,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的必要性判断标准可以参照WTO的必要性判断标准,但是RCEP数据跨境流动公共政策例外条款不同于GATT和GATS的是将“缔约方认为”和“必要”同时应用于公共政策例外条款。从法效果的角度看,不同类型的法效果对应着不同的适用条件,也对应着不同的解释目的<sup>⑨</sup>。针对RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的必要性衡量需要考量缔约方缔结协定的共同目的是侧重于“缔约方认为”赋予的自主规制权,还是侧重于“必要”所追求的防止数据本地化形成贸易壁垒的目的。显然,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款是对自主规制权和避免贸易壁垒的双重考量,缔约方援引公共政策例外条款限制数据跨境流动需要满足“自主规制权”和“自由贸易”对必要性的最低要求,主要包括以下三个方面:

### 1. 重要而不可耽误

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款对必要性的要求是指,缔约方为了保护内国公民、动物、植物的健康与安全或维护生态环境安全等其他基本生存条件而不得不实施限制数据跨境流动的行为或措施。如果不实施该行为或措施将损害本国利益或扰乱本国秩序,该限制数据跨境流动的行为或措施保护的公共政策目标的价值越大其保护的重要性则越大,公共政策目标的重要性越强则越紧急而不可耽误。该行为或措施所保护的公共政策目标的重要性衡量应该从国内经济环境、社会文化与秩序、民众反馈等方面综合考虑。例如,民众对某利益保护的社会呼声越大则越凸显保护该利益的重要性,否则会造成不必要的社会混乱而损害缔约方内国的公共秩序。

### 2. 可行而不唯一

为了避免数据跨境流动影响公共政策目标受损的手段和途径较多,通过衡量限制数据跨境流动的手段和保护公共政策目标之间的关系,只要某手段能够实现保护公共政策的目的,则该手段就是必要的。但是,必要并不意味着要求缔约方实施的限制行为或措施要具有唯一性,只要该行为或措施为维护数据跨境流动的公共政策目标的可实施性强、实施成本低、实施效果好,不会给其他缔约方造成贸易歧视便可。这就意味着,该行为或措施并不需要具备不可替代性,其他行为或措施可以在已经实施的限制行为或措施不合适时或不能达到目的时作为补充。因此,缔约方限制数据跨境流动的可行性的判断标准是,该行为或措施能否实现保护公共政策目标的目的,不以措施的唯一性作为衡量标准。

### 3. 适当而不影响正常贸易

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的必要性要求缔约方限制数据流动的行为或措施要适当,要符合比例原则的要求。如果仅仅为了维护RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的正当性和必要性,而盲目地要求缔约方实施的限制数据跨境流动的行为或措施对正常贸易影响要无限最小化且没有最低标准是不合适的。本文认为,缔约方的限制行为或措施客观上可实施,并且措施的实际执行对正常商事贸易的影响相对较小,该影响在第三方立场上属于客观可接受的范围内即可,避免片面追求最小化而造成非必要的资源损耗。

#### (三)非歧视性要素

RCEP第12章第15条第3款第1项数据跨境流动公共政策例外条款中“只要”作为连词表明了前半句主文和后半句之间的并列关系<sup>①</sup>,保证了公共政策例外条款整体含义的完整性,可以将该句与前段主文释明为“缔约方认为是其实现合法的公共政策目标所必要的措施,但是不得构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制”。该句中“只要”的含义与一般规范性条款中“但是”的含义相同,都是对前半句主文含义的转折。因此,该句可以被视为但书条款,也属于例外之例外。作为但书条款,其主要功能是对前段主文的限制,该类条款的内容和含义通常都是特别说明的,以极其明确、肯定的形式对某事项作出规定。既然立法者对但书条款的规定是明确且具体的,那么对但书条款的原意和立法意图的解读只能依靠法律条文使用的词句进行文义解释,不能通过扩大解释或缩小解释改变但书条款的字面含义和规制范围<sup>[10]</sup>。因此,从文义解释的角度对RCEP数据跨境流动公共政策例外条款“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”分析构成非歧视的基本要素,主要包括以下几方面:

##### 1. 限制数据跨境流动的行为或措施具有公正性

“任意或不合理的歧视”是基于任意或不合理的理由对不同的缔约方予以区别对待,限制或剥夺其他缔约方基于协定享有的权利和机会。“变相的贸易限制”是以保护公共利益的名义实施某些行为或措施来限制其他缔约方进入内国市场或限制在内国的活动方式,从而保证内国数据产品或数据服务的市场份额。其实,数据跨境流动中“变相的贸易限制”的实质就是以公共政策例外规则所包含的例外情形为幌子实施数据本地化措施,禁止本国与外国之间通过数据跨境流动实施贸易,间接剥夺了其他缔约方依法享有的数字贸易权利。所以,“任意或不合理的歧视”与“变相的贸易限制”的内涵相互重叠,在评判某些行为或措施是否存在“变相的贸易限制”时也可以判断其是否属于“任意或不合理的歧视”。

然而,“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”的核心本质是不公,不公意味着缔约方限制数据自由流动的行为或措施会损害其他成员基于协定享有的数据权益。例如,目前国际数据权利的掌控模式就已初现“马太效应”,发达国家或地区利用自己在工业革命时期形成的资本和技术优势不断开发并垄断数字技术、数字专利和数字标准,将发展中国家或地区纳入数据产业的中下游,利用发展中国家或地区存在的技术保障不足和法律漏洞肆意收集和各类数据,让发展中国家或地区处于新兴数字社会的被支配地位而不能平等参与全球数据治理,最终实现发达国家或地区剥削数据财富的目的<sup>[11]</sup>。

RCEP限制数据跨境流动的行为或措施具有不公的主要表现是:缔约方意图在区域经济贸易规则中争取数据跨境流动国际治理的主导权,输出本国数据跨境治理模式,延伸数据治理管辖权;同时,缔约方利用资本或技术形成的优势不合理地援引公共政策例外条款限制本国数据流动,但是该缔约方又督促其他缔约方严格履行数据自由流动的义务,从而对其他缔约方进行不合理或不适当的数据收集、处理和加工而掠夺数据财富。所以,RCEP缔约方适用公共政策例外条款应保持公正性,不能无限延伸数据管辖权而侵犯其他缔约方的数据主权。

## 2. 限制数据跨境流动的行为或措施不能超过必要限度

RCEP数据跨境流动公共政策例外条款中“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”并不是禁止歧视,因为例外条款本身就是意味着歧视与不公平。RCEP数据跨境流动公共政策例外条款是各缔约方为了维护公共利益的目的而允许缔约方在满足条件时限制数据跨境流动,其实质是赋予缔约方合法引用公共政策例外条款的权利。然而,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款禁止的是“任意或不合理”的歧视<sup>[12]</sup>,其字面含义就包含着对歧视的合理性要求,各缔约方已经就公共政策目标作出协商允许某些限制数据跨境流动的行为或措施的存在,但缔约方援引公共政策例外条款实施限制数据跨境流动的措施超过缔约方的利益预期时,该限制性措施则是不可行或不恰当的。同时,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款并不禁止正常的贸易限制,缔约方为了维护在国际商事交往中本国的基本利益是允许存在正常的贸易限制,如正常的进出口关税、进出口许可证等措施;公共政策例外条款只禁止“变相”的贸易限制,“变相”的含义在国际贸易中一般可以解释为“隐蔽的(concealed)”或“未宣布的(unannounced)”,“隐蔽的限制”或“未宣布的限制”表示缔约方限制数据流动的行为或措施违背了对公开、公正等内涵的合理要求。

所以,RCEP数据跨境流动规则公共政策例外条款赋予了各缔约方援引例外规则的权利,但是不能超过合理范围;如果缔约方超越了共同必要限度就违背了协定中的援引义务而不属于缔约方共同承认的公共利益范畴,援引方就具有“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”的意图。

## 3. 限制数据跨境流动的行为或措施不能违背善的要求

“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”是RCEP数据跨境流动公共政策例外条款对各缔约方实施限制性措施或行为的限制,是对善的另一种表达。基于对善的需求和反制例外条款被滥用的目的,国际条约在例外条款中才规定缔约方援引例外条款实施的行为或措施不能构成“任意或不合理的歧视”或“变相的贸易限制”。RCEP数据跨境流动对于善的要求是希望数字领域秉持人本精神服务于人类发展,排斥缔约方仅为维护本国利益而限制数据跨境流动的私心和私利。另外,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款对善的基本要求也包含诚实信用原则。各缔约方基于共同意愿赋予各成员援引公共政策例外条款的权利,缔约方在援引公共政策例外条款时应该基于诚实信用原则尊重其他国家依据协定享有的权利,对限制数据跨境流动的行为或措施违背条约义务造成损失的应该承担经济赔偿责任。

### (四)RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的差异化适用

缔约方援引国际条约或公约的例外规则实现合法目标的措施不是一般自由化义务的例外,而是成员依据条约或公约享有的固有权利<sup>[13]</sup>。根据RCEP第12章第15条第2款的规定<sup>④</sup>,缔约方应该保障商业数据跨境的自由流动;但是,根据第12章第15条第3款第1项的规定<sup>①</sup>,缔约方可以基于公共政策而限制数据跨境流动。RCEP第12章第15条第3款第1项的行为模式是对第12章第15条第2款的行为模式的背离,两者之间的关系属于同一法条的不同款之间存在的原则与例外。由于原则和例外关系的存在,数据跨境流动公共政策例外条款可以消解数据公共利益与数据跨境自由流动之间的矛盾。正如阿列克西、迈斯特等学者所主张,规范之间的冲突可以通过嵌入例外条款的方式解决<sup>[14]</sup>。

但是,RCEP各缔约方在经济、技术、宗教、文化等方面存在差异,数据跨境流动公共政策例外条款应该予以差异化适用,具有特殊情况的缔约方可以对公共政策例外条款作出保留声明或延缓适用声明。例如,根据RCEP第12章第15条第2款的脚注,“数据跨境自由流动规则在协议生效之日起五年内就不适用于柬埔寨、老挝和越南,而且五年期满后如果确有必要可以给柬埔寨和老挝再延长三年。”但是,为了防止缔约方过于依赖条约延迟适用或条约保留规则,应当设置最长的保留期或延缓期,否则RCEP缔约方通过无限延长保留期限或延缓适用期限会消减数据跨境流动公共政策例外条款的效力。

## 四、RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款的中国因应

随着国际层面对数据跨境流动公共政策例外条款适用标准的明晰,我国作为 RCEP 的主要参与者和推动者需要探索构建 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款国内适用的衔接规则、完善例外条款的解释规则和落实例外条款的国内实践,积极履行条约义务。

### (一)构建 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款国内适用的衔接规则

数据跨境流动作为数字经济发展的重要环节<sup>[15]</sup>,落实 RCEP 数据跨境流动规范与国内法律法规的衔接适用是积极履行国际条约或国际协定的积极表现。但是,在国际层面,《维也纳公约》等国际条约根据国家主权原则不能干涉他国国内的立法活动和司法活动,国际条约无法解决多边条约或协定的国内适用问题;在国内层面,我国《宪法》《立法法》《缔结条约程序法》等法律法规对多边条约或协定批准后的适用没有作出详细的规定,我国现行有效的《民法典》也没有沿袭原《民法通则》第 142 条关于我国缔结或参加的国际条约或协定在民事领域的适用规定。据此,我国需要探索构建 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款生效后在国内适用的衔接规则。

我国加入的双边或多边国际条约或协定在国内的适用规则分为直接适用与转化适用,但是 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款不适合在国内直接适用。该例外条款是平等国际主体之间协商一致约束不同缔约方权利义务的结果,然而 RCEP 缔约方内国数据跨境流动公共政策例外条款是由其内国立法机关制定,主要规制内国的自然人、法人或其他组织在数据跨境流动方面的权利义务,如果直接适用将导致国际主体之间的权利义务与国内主体之间的权利义务规制冲突,将削弱国内立法机关的立法权而侵犯缔约方的国家主权。同时,RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款与缔约方内国数据跨境流动公共政策例外条款在制定主体、规制对象和规制范围等方面存在差异,也导致该例外条款不宜在国内直接适用。

所以,RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款与国内规则实现衔接的有效方案是将其转化为国内法。我国《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》规定,违反国家安全、公共利益或公民、组织的合法权益的,依法追究法律责任,但没有对公共政策例外条款适用的内涵、要求和场景等要素作出明确规定,导致行政机关、企事业单位、自然人不能清晰辨别公共政策的边界。为此,我国需要进一步明确数据跨境流动公共政策的适用条件和适用范围,实现我国缔结或加入的国家条约或协定中数据跨境流动公共政策例外条款的转化适用,为平等的民事主体之间限制数据跨境流动而拒绝履行合同义务提供合理抗辩,也为行政机关监管和处罚违背公共政策实施数据跨境流动的行为提供法律依据。

### (二)完善 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款的国内解释规则

我国《网络安全法》《个人信息保护法》和《数据安全法》对“公共利益”的文字描述体现了对 RCEP 数据跨境流动公共政策例外条款的国内转化,但是对国际条约或协定中“公共政策”的理解与适用存在不足,需要完善公共政策例外条款的国内解释规则。

第一,明确我国国内数据跨境流动规范的公共利益的含义。RCEP 数据跨境流动的公共政策是指,政府管理部门进行社会公共管理,维护社会公正,协调公共利益,确保社会稳定发展的措施或手段<sup>[16]</sup>。但是,我国数据领域的《网络安全法》《个人信息保护法》和《数据安全法》采用的描述是公共利益。从我国宪法的角度解释,公共利益的含义主要指为社会秩序、人民福祉等人权保障为最终目标的国家、社会和集体的利益<sup>[17]</sup>。因此,从文义解释的角度分析,公共政策与公共利益会导致 RCEP 和国内规则之间存在差异;从目的解释的角度分析,公共政策是政府为实现社会公共治理和维护社会共同利益而实施的措施。公共利益是公共政策合法的基础,是获得大众接受、认可和支持的来源,维护公共利益也是公共政策的最终目的,RCEP 公共政策与我国国内规范的公共利益具有相同含义。所以,我国国内规范应明确公共利益与公共政策具有相同的含



义和适用范围。

第二,构建我国法律规范对数据跨境流动公共利益判断标准。我国《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》对数据跨境流动公共利益条款仅作出原则性规定而缺乏具体判定标准,会导致企业为经贸往来提供数据跨境服务和行政机关监管数据跨境流动对公共利益的理解标准和适用标准出现分歧。同时,我国国内数据跨境流动公共利益规范的判断标准模糊,可能导致我国国内规则与我国缔结或加入的国际条约或协定脱轨。为避免国内数据跨境流动公共利益规范的泛化产生负面影响,我国在合理完成GATT、GATS等国际条约或协定的选择适用与查明工作后<sup>[18]</sup>,应在尊重基本国情的基础上参考有关国际规则的解释和判例对国内数据跨境流动公共利益的判定标准作出精准阐释。但是,RCEP数据跨境流动公共政策例外条款与GATT、GATS规则的不同点在于RCEP规定缔约方可以自行决定“合法公共政策目标”,这就为我国规则的解释带来了新变化。所以,我国国内数据跨境流动公共利益规范的判定标准在保有自主权的基础上要满足“合法的措施”形成的正当性要素、“所必要的措施”形成的必要性要素和“不构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制”形成的非歧视性要素;同时,为抵制其他国家对数据跨境流动公共政策例外条款的滥用,我国可以在条约赋予的自由裁量范围内秉持公平公正原则推动公共利益的解释向着限缩适用的方向发展,为维护政策的国际贸易秩序提供中国标准<sup>[19]</sup>。

### (三)落实RCEP数据跨境流动公共政策例外条款的国内适用实践

我国通过《数据安全法》《促进和规范数据跨境流动规定》等法律法规实现RCEP数据跨境流动公共政策例外条款在国内的转化和解释后,要加快落例外条款在国内和国外的实践,推动本国数字经济的发展。

一方面,通过发挥自由贸易试验区的实验功能,明确数据跨境流动公共利益的范围。根据2024年3月22日国家互联网信息办公室发布并生效的《促进和规范数据跨境流动规定》第6条的规定,自由贸易试验区可以设置自由贸易区数据跨境流动负面清单。因此,我国可充分发挥自由贸易试验区的“试验田”作用,将涉及公共利益的数据应列入负面清单。我国自由贸易试验区通过设置限制公共利益数据跨境流动的负面清单,为行政机关的监管和企业提供数据跨境服务提供明确的范围,为行政机关、企事业单位和自然人限制数据跨境流动的行为或措施提供合法性保障。

另一方面,加强自由贸易协定数据跨境流动公共政策例外条款适用的监管合作<sup>[20]</sup>,提升该例外条款适用的透明度和合理性,降低该例外条款滥用造成的损失;同时,我国可以通过自由贸易协定对外推广该例外条款的适用实践,在自由贸易协定中统一公共利益的适用范围,在自由贸易协定谈判中推出我国公共利益的判断标准,从点到面完善数据跨境流动公共政策的适用体系建设,为促进全球数据跨境流动贡献中国方案。

## 五、结语

数据作为新质生产力的核心生产要素,数据跨境流动是不以人的意志为转移的客观存在,不合理的限制数据跨境流动会阻碍数字贸易的繁荣。为了平衡数据自由流动与缔约方公共利益之间的冲突,RCEP制定了数据跨境流动公共政策例外条款作为维护公共利益的“安全阀”。但是,该条款的规定过于宽泛会损害数字经济的自由发展,需要明确数据跨境流动公共政策例外条款的适用与衔接。在国际层面,为判定缔约方限制数据自由流动的行为或措施是否符合公共政策目标构成要素提供判定标准,需要对RCEP公共政策例外条款的构成要素予以解释,只有满足RCEP公共政策例外条款对正当性、必要性和非歧视性的要求时才能实施限制性措施,但有特殊情况可以对公共政策例外条款作出延迟适用或条款保留。在国内层面,我国将RCEP数据跨境流动公共政策例外条款转化为国内规范,完善公共利益的国内含义和判定标准,并在自由贸易试验区设置数据跨境流动公共利益负面清单,探索数据跨境流动公共政策例外条款在双边或多边数字贸易中的援引标准,完善我国数据跨境流动的治理体系,有效促进数据跨境自由流动。

## 注 释:

- ① RCEP第12章第15条第3款第1项:“本条的任何规定不得阻止一缔约方采取或维持:任何与第二款不符但该缔约方认为是其实现合法的公共政策目标所必要的措施,只要该措施不以构成任意或不合理的歧视或变相的贸易限制的方式适用。”
- ② 本文所引用的WTO案件相关裁决书的详细内容均来自WTO官网。
- ③ RCEP第19章第4条:“一、本协定应当按照国际公法解释的习惯进行解释;二、关于纳入本协定的《WTO协定》的任何条款,专家组也应当考虑WTO争端解决机构通过的WTO专家组报告和WTO上诉机构报告中所作出的相关解释。专家组的裁定和决定不得增加或减少本协定项下的权利和义务。”
- ④ RCEP第12章第15条第2款:“一缔约方不得阻止涵盖的人为进行商业行为而通过电子方式跨境传输信息。”
- ⑤ RCEP第12章第17条:“一、如缔约方就本章的解释和适用存在任何分歧,有关缔约方应当首先善意地进行磋商,尽最大努力达成共同满意的解决方案。二、如第一款所提及的磋商未能解决分歧,参与磋商的任何缔约方可根据第十八章第三条(RCEP联合委员会的职能),将该事项提交至RCEP联合委员会。三、任何缔约方不得就本章项下产生的任何事项诉诸第十九章(争端解决)的争端解决。”
- ⑥ RCEP第18章第3条第1款第3项:“讨论在本协定的解释或适用时可能出现的分歧,并且在认为适当和必要时对本协定的条款作出解释。”
- ⑦ RCEP第18章第4条第1款:“RCEP联合委员会应当以协商一致的方式对任何事项作出决定。”
- ⑧ 《维也纳条约公约》第31条第3款:“应与上下文一并考虑者尚有:(c)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”

## 参考文献:

- [1] 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(2):178-192.
- [2] FARSHAD GHODOOSI. The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements[J]. Nebraska Law Review, 2016, 94(3): 685-736.
- [3] 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(社会科学版),2023(6):233-245.
- [4] 杜玉琼,罗新雨.RCEP数据跨境流动规则例外条款的适用及中国应对[J].四川师范大学学报(社会科学版),2023(5):75-83.
- [5] 谢谦.全球数字经济规则议题特征、差异与中国应对[J].改革,2023(6):29-39.
- [6] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].黄家镇,译.北京:商务印书馆,2020:447.
- [7] 保罗·B.斯蒂芬,彭卓群,韩秀丽.论国际法的正当性[J].国际经济法学刊,2023(3):48-60.
- [8] 殷敏,冶利亚.国际数据跨境流动限制规则研究——以CPTPP和RCEP为例[J].数字法治评论,2023(1):119-138.
- [9] 张玉东.“获益剥夺”适用条件的解释论建构[J].法学杂志,2023(6):17-30.
- [10] 余文唐.法律但书:以“意思转折”为判断规则[N].检察日报,2017-06-01(03).
- [11] 沃尔特·罗德尼.欧洲如何使非洲欠发达[M].李安山,译.北京:社会科学文献出版社,2017:1-30.
- [12] 张晓君,刘泽扬.RCEP数据跨境流动基本安全例外条款与中国方案[J].郑州大学学报(哲学社会科学版),2023(4):36-42+127.
- [13] 孙南翔.TBT协定下的贸易自由与国家安全关切——基于中国网络安全和信息化措施的应用[J].北方法学,2017(5):112-123.
- [14] 易军.原则/例外关系的民法阐释[J].中国社会科学,2019(9):68-91.
- [15] 李晓华,王怡帆.数据价值链与价值创造机制研究[J].经济纵横,2020(11):54-62.
- [16] 鄢雨虹.数据跨境流动规制中的正当公共政策目标例外及中国因应[J].兰州学刊,2022(3):106-119.
- [17] 上官丕亮.“公共利益”的宪法解读[J].国家行政学院学报,2009(4):78-82.
- [18] 杨银,张国庆.我国域外法查明制度的现状与突破路径——基于87件一审涉外民商事案件的实证分析[J].重庆理工大学学报(社会科学),2022(10):184-194.
- [19] 张明.面向CPTPP的数据跨境流动:规则比较与中国因应[J].情报杂志,2022(11):144-150.
- [20] 文铭,谭榕.数据主权视阈下数据跨境流动监管合作及中国因应[J].国际贸易,2024(6):5-14.

(责任编辑:何 飞)