

# 基于《美墨加协定》分析数字贸易规则 “美式模板”的深化及扩展

周念利 陈寰琦

**摘要:**《美墨加协定》(简称 USMCA) 框架下的数字贸易谈判以《跨太平洋伙伴关系协定》(简称 TPP) 规则作为基础。除直接承袭 TPP 中的部分条款外, USMCA 对 TPP 中的数字贸易规则进行了一系列升级。USMCA 较 TPP 数字贸易规则所作“深化”主要体现在: 将数字产品非歧视性待遇扩展适用于广播服务产品; 剔除“跨境数据自由流动”条款中“考虑各方监管需求”的例外规定; 明确指出缔约方在“个人信息保护”方面需遵循的具体协定及原则; 在“数据存储非强制本地化”条款中剔除“监管例外”和“公共安全例外”规定; 将“开放源代码禁令”扩充适用于基础设施软件并引入“密钥保护”条款; 推进缔约方在信息技术、网络安全、中小企业等多领域开展合作。此外 USMCA 还引入了未被 TPP 覆盖的“扩展”规则“交互式计算机服务提供者对第三方侵权行为的免责条款”和“政府数据公开条款”。结合美国在 USMCA 谈判中所作表态, 本文预测在后 USMCA 时代的贸易谈判中, 数字贸易规则“美式模板”主要会在“持续推进美国数字经济国内规制的国际化”及“敦促缔约对象开放特定数字服务部门”两层面继续演进与发展。

**关键词:** 数字贸易; 美式模板; USMCA; 个人信息保护; 源代码; 密钥保护

[中图分类号] F744 [文献标识码] A [文章编号] 1002-4670 (2019) 09-0001-11

DOI:10.13510/j.cnki.jit.2019.09.001

## 一、引言

作为数字贸易<sup>①</sup>大国和强国, 为促进数字价值输出和数字产业发展, 美国在其主导的一系列区域贸易安排中不断推出符合其利益诉求的数字贸易规则。经过近 20 年努力, 数字贸易规则“美式模板”已经成型, TPP 框架下的数字贸易规则可

[基金项目] 国家社会科学基金 2019 年重点项目“数字贸易规则‘美式模板’的演化升级与扩展适用趋向及中国的应对”(项目编号: 19ACJ012)、国家自然科学基金委 2019 年第 1 期应急管理项目“基于维护世界线上市场统一的贸易相关电子商务谈判研究”(项目编号: 71941012)、对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助“美式数字贸易规则的发展演进及中国的政策选择”(课题编号: ZD3-07)、对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金“全球数字贸易治理体系发展趋向及其贸易影响研究”(项目编号: CXTD9-06)的阶段性成果。

[作者信息] 周念利: 对外经济贸易大学中国 WTO 研究院研究员、博士生导师 100029 电子信箱 znlui@163.com; 陈寰琦: 对外经济贸易大学中国 WTO 研究院博士生 100029 电子信箱 chquibe@163.com。

①指依托以互联网为代表的信息通信技术开展的货物和服务贸易。

谓“美式模板”的集大成者。TPP 不仅涵盖了 WTO 成员已基本达成共识的第一代数字贸易规则（“电子签名”“无纸化贸易”和“透明度”等），还重拳推出了“跨境数据自由流动”“数据存储非强制本地化”等雄心水平较高的第二代数字贸易规则。由于对贸易及贸易协定一直持反对态度，特朗普总统在上任伊始就宣布美国退出 TPP。但随着时间推移，特朗普政府越来越深刻意识到 TPP 框架下的数字贸易规则对美国具有重要的战略价值。由于美国、加拿大和墨西哥都是 TPP 的缔约方，在与加拿大、墨西哥商议重新启动 NAFTA 谈判之初，美国政府就明确表示新 NAFTA 框架下的数字贸易谈判必须站在 TPP 这一“巨人的肩膀”上（Barfield, 2017a）<sup>[1]</sup>。既然 NAFTA 重谈是以 TPP 作为逻辑起点，作为谈判最终成果的 USMCA 第 19 章“数字贸易”章中的部分规则干脆直接承袭了 TPP 第 14 章的对应条款。除了对 TPP 条款进行“重申”（“TPP-equal”条款）之外，USMCA 更多是对 TPP 中既有的数字贸易规则进行“深化”并引入了一些新的“扩展”条款。这些具备“TPP-plus”和“TPP-extra”特征的条款进一步彰显了美国在全球数字贸易治理上的雄心，因此特别值得关注。

关于 USMCA 框架下的数字贸易规则谈判，既有文献主要聚焦于“互联网自由接入”“知识产权保护”和“网络中介责任”等议题展开，并对美国在这些核心议题上的利益诉求及基本立场进行分析和预测。

### （一）互联网自由接入

美互联网协会（Internet Association, 2017）<sup>[2]</sup>认为 USMCA 应继承 TPP 中开放互联网的相关条款，包括禁止政府干预信息在互联网上的自由流动和阻止数据本地化。事实上，USMCA 在借鉴了 TPP 这一条款的基础上还删除了 TPP 中的例外条款，这在国际上会与他国（尤其是欧盟）在隐私保护以及监管上的诉求相冲突（Rinehart, 2018）<sup>[3]</sup>。

### （二）知识产权保护

Simonich (2017)<sup>[4]</sup>认为强行的源代码转移会增加知识产权被盗的风险，最终不利于数字贸易的发展。因此不得将公开源代码作为市场准入的条件。在此基础上，Barfield (2017b)<sup>[5]</sup>指出，TPP 虽然在知识产权保护领域要求禁止开放源代码，但是并没有深入到技术性的细节，因此特朗普政府将会在贸易谈判中把注意力放在非强制公开算法上，这对于人工智能（AI）的发展而言是非常重要的；Stelly (2017)<sup>[6]</sup>和 Computer and Communications Industry Association 等 (2017)<sup>[7]</sup>认为美国应在知识产权保护领域引入和美国国内法相一致的法律，如《数字千年版权法（DMCA）》第 502 节中互联网平台对第三方知识产权侵权责任的豁免，从而在保护产权所有人权益的同时允许网络内容的传播。

### （三）网络中介责任

美互联网协会（2017）强调了 USMCA 需引入类似美国《通信规范法》（Communications Decency Act, 简称 CDA, 1996）第 230 节的“网络中介责任豁免”条款，来禁止政府要求互联网平台对第三方内容负责，从而保护互联网平台以促进数字平台的开放和信息的自由流动。Malcolm (2017)<sup>[8]</sup>认为，在数字贸易规则中引

入 TPP 中没有的“网络中介责任豁免”可以降低网络平台提供服务的门槛，让网络平台服务提供商更有竞争力。

Barfield (2017a) 认为区别于 TPP 前的区域贸易协定 (简称 RTAs) 仅停留在第一代数字贸易规则，TPP 开创性地引入了“促进跨境数据自由流动”“数据存储非强制本地化”和“非强制公开源代码”等议题，使 TPP 在数字贸易规则构建中超越了此前的 RTAs，成为特朗普上任前最能代表“美式模板”的数字贸易规则框架。而以 TPP 为基石构造的 USMCA 的“数字贸易”章是目前美国达成的 RTAs 中内容最丰富且最有深度的，一定程度上反映了特朗普时期美国在数字贸易关键议题上的基本立场和方向。但是，尽管 USMCA 框架下的数字贸易规则谈判是以 TPP 规则作为基础和参照，但目前尚未有文献基于与 TPP 相对照的视角，对 USMCA 框架下数字贸易规则所取得的进展进行系统梳理和提炼。有鉴于此，本文尝试将 USMCA 中的数字贸易规则在“质”和“量”上较 TPP 规则所作改进进行分析。在全球数字贸易治理体系的构建过程中，中美可谓“亦敌亦友”，本文基于 USMCA 对数字贸易规则“美式模板”的发展演变予以密切关注与追踪，无疑具有重要的现实意义。

## 二、USMCA 对 TPP 框架下数字贸易规则所作的“深化”分析

通过对 TPP 与 USMCA 中对应条款的法律文本进行逐一比对，不难发现在 TPP 既有条款基础上，USMCA 尝试通过如下三种方式来“武装牙齿”强化各缔约方的责任和提升规则的执行力，以求为数字贸易发展创造更自由、宽松与稳定的制度环境。(1) 在措辞上用强烈的否定句式 (No party shall) 替换 TPP 中稍弱的肯定句式 (Each party shall); (2) 扩充规则适用范围以及变更规制的实施及监管侧重点; (3) 减少甚至剔除 TPP 规则中的例外和豁免条款。具体而言，USMCA 中具备“TPP-plus”特征的条款 (详见表 1) 分析如下。

表 1 USMCA 对 TPP 框架下数字贸易规则所作“深化”(“TPP-plus”)

主要规则	TPP	USMCA	USMCA 对“美式模板”的深化
数字产品的非歧视性待遇	第 14.4 条	第 19.4 条	扩展适用于广播
国内电子交易框架	第 14.5 条	第 19.5 条	限定于符合 UN1996 年而非 2015 年的法规
个人信息保护	第 14.8 条	第 19.8 条	具体指出需遵循的隐私保护的框架 (APEC、OECD) 及关键原则
电子方式的跨境信息传输	第 14.11 条	第 19.11 条	未考虑各成员会有各自的监管要求
计算设施的位置	第 14.13 条	第 19.12 条	排除了一些例外规定: 通信安全、保密或公共政策
网络安全事项	第 14.16 条	第 19.15 条	风险防范和保障方法要不断演变
源代码	第 14.17 条	第 19.16 条	不区分商业软件或基础设施软件
合作	第 14.15 条	第 19.14 条	TPP: 中小企业; USMCA: 电子商务、跨境隐私保护、信息通信技术

资料来源: United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)、Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP)。

(一) 将给予缔约方数字产品及数字产品提供者的非歧视性待遇扩展适用于广播服务产品

美国自美国—新加坡 FTA (2003) 第 14.3 条开始,到美国—澳大利亚 FTA (2004) 第 16.4 条、美国—韩国 FTA (2007) 第 15.3 条都明确要求缔约方不可对来自另一缔约方的数字产品及数字产品的提供者实施歧视性待遇。但与此同时,这些条例否定了音像广播类内容在非歧视性待遇上的适用性,包括“影响一系列文本、视频、图片、录音和其他内容供应商固定时间播送,内容消费者对播送时间安排无从选择的音频和/或视频接受产品电子传输的措施”。2015 年签订的 TPP 在沿用这些非歧视性待遇的基础上,把例外范围缩减为“广播”内容(第 14.4 条)。USMCA (2018) 第 19.4 条也对这些条款内容进行了承袭,要求缔约方对来自其他缔约方的数字产品及数字产品提供者给予国民待遇。但 USMCA 连 TPP14.4 中关于“广播例外”的规定也取消了。这意味着对来自其他缔约方的广播服务产品及服务提供者,缔约方也必须给予国民待遇。由于以 Netflix 视频网站为代表的视听产业是美国数字文化产品输出的重头,美国在贸易谈判中不断致力于消除针对视听产业的歧视性措施。但加拿大始终坚守“文化(包含视听、广播)例外”红线,近年来加拿大通过采取一系列措施来阻挡外来文化产品的输入,如“广播输入配额限制”“在外国广播中插入本土广告”和“外国广播许可证要求”等。在实践中,尽管这些限制性措施一直被美国所诟病,但 USMCA 文本中最终依然保留了“文化例外”原则。在美国的努力下,USMCA 将“国民待遇”扩展适用于广播服务及广播服务提供者,应该被视为美国努力突破“文化例外”原则所取得的一个阶段性成果。

(二) 剔除“跨境数据自由流动”条款中“考虑各方监管需求”的例外规定

美国的比较优势主要在于“可数字化的服务产业”。跨境数据流动对美国经济作出的贡献高达数千亿美元。确保数据跨境接收转移畅通对于美国大部分经济部门来说至关重要(Internet Association, 2017)。推动“跨境数据自由流动”已成为数字贸易规则“美式模板”的最关键诉求。美国首次明确提出推动数据流动的规则是在 2007 年签订的美国—韩国 FTA 第 15.8 条中,但该条款仅仅强调了双方应该承认数据流动的重要性,并没有对促进流动提出强制性要求。2015 年的 TPP 第 14.11 条“电子方式的跨境信息传输”则明确提出了要促进“跨境数据自由流动”。但与此同时,该条例也作出了例外规定,要求“各缔约方要认识到其他缔约方对于通过电子方式跨境传输信息可能有各自的监管要求”。遗憾的是,TPP 并没有明确地界定“各自的监管要求”具体涵盖哪些内容。该含糊的例外规定使得 TPP 框架下“数据跨境自由流动”条款的实际影响力大打折扣,如:有些国家要求涉及“公共安全”的数据可不履行“跨境数据自由流动”义务。为解决该问题,USMCA 第 19.11 条直接删除了 TPP 第 14.11.1 条有关“监管需求”的例外规定。该删除进一步强化了“跨境数据自由流动”条款的约束力并提升了其执行力和可信度。与此相对,其他数字贸易大国为保护特定权益而作出的限制和规定与美国要求的“跨境数据自由流动”相冲突,如欧盟为保护隐私而构建的《通用数据保护条例》(简称 GDPR) 赋予数据主体的访问权(第 15 条)、删除权(第 17 条)和拒

绝权(第6条)<sup>[9]</sup>,将阻碍美国在全球范围内拓展数字贸易规则“美式模板”。

(三) 明确指出在“个人信息保护”方面缔约方需遵循的具体国际框架协定及基本原则

伴随“跨境数据自由流动”而来的问题是如何执行“个人信息保护”以保证隐私安全。如果国际法中缺乏针对“跨境数据自由流动”的合理监管,将无法有效保障隐私安全和版权所有人的权益。国际法保障体系的缺失让各国对推动“跨境数据自由流动”存在疑虑,消费者也会因此对数字贸易丧失信心。因此,美国在TPP中引入了“个人信息保护”条款,要求“各缔约方要认识到保护数字贸易用户个人信息的重要性,并应参照相关国际原则和指导方针来构建数字贸易用户个人信息的法律框架”(TPP第14.8.1条与第14.8.2条)。这是美国在RTAs中首次引入该议题。遗憾的是,TPP仅对“个人信息保护”作了原则性规定,而对如何在实施过程中解决“隐私侵权问题”并没有作出具体解答。相比TPP,USMCA在“个人信息保护”方面的规定更加具体:(1) USMCA指出在建立对个人信息保护的框架过程中,值得借鉴的框架和原则主要“包括亚州太平洋合作组织(简称APEC)的隐私框架以及经济合作与发展组织(简称OECD)理事会的《关于保护隐私和个人数据跨境流动准则(2013)》”(第19.8.2条)。(2) USMCA第19.8.3条为新增条款,指出了缔约方在“个人信息保护”中应重视的具体原则,包括“收集限制;选择;数据质量;目的规范;使用限制;安全保障;透明度;个人参与和问责制”。同时,该条款强调了缔约方需确保任何限制“跨境个人信息流动”的措施是必要的且与相关风险成比例。(3) USMCA还建议缔约方在促进跨境信息传输便利化时可参考APEC的跨境隐私规则体系(第19.8.6条)。

(四) 在“数据存储非强制本地化”条款中剔除“监管例外”和“公共安全例外”规定

美国首次在RTAs中就“数据存储”问题进行规范是在TPP(2015)中。TPP第14.13.2条规定:缔约方不得将使用该缔约方领土内的计算设施或将设施置于其领土之内作为在另一缔约方的服务提供者在其领土内从事经营的前提条件。但实践中包括加拿大在内的越来越多的国家为促进国内创新和国内企业发展,以强制实施数据本地管理、储存或处理的方式来限制以云存储设备为载体的数据流动(Chander, 2017)<sup>[10]</sup>。这些国家以TPP第14.13.1条(缔约方监管例外)和第14.13.3条(合法公共政策目标例外)作为实施“数据强制本地化”的依据。美国的云存储设备居于世界领先水平,拥有不少强势的云服务供应商,如亚马逊和微软,这些企业能向境外提供强大的数据储存和处理服务。使用美国而非其余缔约方本地的存储设备有利于提升数据安全及数据处理效率。将云计算服务的市场准入机会与使用当地基础设施相挂钩的政策严重损害了美国企业和消费者的利益,违背了互联网开放包容的本质属性,还威胁到计算机设备配置效率以及安全性(Propp, 2017)<sup>[11]</sup>,因此,美国在USMCA框架下就该问题提供了新的解决方案。USMCA第19.12条再次重申“实施数据存储非强制本地化”诉求,但完全剔除了TPP第14.13.1条(缔约方监管例外)和第14.13.3条(合法公共政策目标例外)。该两

项例外规定的剔除,能有效避免其他缔约方以“实现监管和公共政策目标”为名来行“贸易保护主义”之实,有利于保护美国云计算相关产业的利益。

(五) 将“开放源代码禁令”扩充适用于基础设施软件并引入“密钥保护”条款

“知识产权保护”对于美国的经济发展至关重要。知识产权密集型产业对美国GDP的贡献高达6万亿美元,给美国提供了高达2800万的就业岗位,占总就业量的近1/5(Malcolm, 2017)。源代码是美国知识产权的重要部分。为了保证源代码所有权的完整性,美国在TPP14.17第1款明确要求实现“源代码非强制本地化”,提出“任何缔约方不得将要求转移或获得另一缔约方所拥有的软件源代码作为在其领土内进口、分配、销售或使用该软件及包含该软件的产品的条件”。这也是美国在RTAs中首次提出该要求。USMCA重申了这一条规定,并把“源代码中的算法”添加至“源代码非强制本地化”的适用范畴(第19.16.1条)。同时,USMCA在TPP的基础上还就“源代码非强制本地化”的适用范围进行了延伸。具体而言,TPP规定适用于“源代码非强制本地化”的软件仅限于“大众市场软件或含有该软件的产品,不包括关键基础设施所使用的软件”(第14.17条第2款),USMCA则直接删除了该规定,这意味着“基础设施软件”也被纳入到“源代码非强制本地化”的范畴中(USMCA第19.16条)。

除了在规则上强调“源代码非强制本地化”,美国也在技术上不断发展能有效防止源代码被恶意嵌入以及数据泄露的有效方式——加密。加密技术可以用来有效保护数据隐私和先进技术知识产权不被窥探,并借此获得用户的信任,最终可使美国程序开发者的产品在国外市场上取得成功。但与美国理想相悖的是,如今一些政府要求对加密技术施加限制。有的国家继续要求将“后门”建立在加密框架中以允许政府访问;有的国家要求将获得加密密钥和源代码作为向外国技术开放国内市场的先决条件,甚至要求不能加密。这导致未经授权的各方可以利用已知漏洞来危害数据的安全。产业代表担心如果这些数据的安全性得不到保障,将让美国网络企业失去客户的信任并损害美国商品在海外的吸引力。对此,美国互联网企业和政府不断寻求解决办法以确保产业利益。在美国的努力下,USMCA第12.C.2条厘清了加密保护的概念,禁止缔约方在“知识产权受到侵害”的情况下将获得加密密钥作为向外国技术开放国内市场的先决条件。

(六) 对推进缔约方在信息技术、网络安全、中小企业等领域开展合作作出具体规定

在TPP以前,美国所主导RTAs的“电子商务”章中也有“合作”条款,但只言及了“需要认识到合作的重要性”(如美国—智利FTA第15.5条)。TPP则提高了条款措辞的力度,要求缔约方应在信息通信技术等相关事项上“致力于合作”(TPP第14.15条)。相比TPP,USMCA的相关规定则更细化更具有针对性,主要表现在如下三个方面。(1) USMCA第19.5.1条明确规定缔约方应根据联合国贸易法委员会制定的《1996年电子商务示范法》来确定国内电子商务交易法律框架。(2) 维护网络安全对于推动数字贸易、提高消费者信心而言至关重要。TPP14.16

条中就已明确要求缔约方要重视维护网络安全，要提升相关部门对国家计算机安全事件的应对能力以及在减少恶意操作方面等展开合作。USMCA 除重申 TPP 中原则性的合作呼吁之外，还规定缔约方要针对不断演变的风险来保障网络安全（第 19.15.2 条）。(3) 鉴于数字贸易的“全球性”，数字贸易治理需要缔约方之间的密切配合，但 TPP 和 USMCA 对于合作侧重点的规定有所不同。TPP 要求缔约方要开展合作“共同帮助中小企业克服障碍”（第 14.15 条第一款），USMCA 第 19.14 条将合作内容进行了扩展：一是要求在电子商务的法规、政策、执行和遵守方面交流信息和分享经验，尤其是在“隐私保护法律的合作”方面进行个人信息保护（第 19.14.1.a.i 条）；二是规定要发展对话机制促进隐私保护制度的内在协调（第 19.14.1.b 条）；三是合作促进在信息通信技术（ICT）方面能力不足的服务提供者的准入机会（第 19.14.1.e 条）；四是推动跨境个人信息保护机制的发展（第 19.14.1.f 条）。

### 三、USMCA 对 TPP 框架下数字贸易规则所作“扩展”分析

为深入推进数字贸易发展，USMCA 除了深化 TPP 中的既有规则外，还纳入了一些未被 TPP 覆盖的新规则（详见表 2）。USMCA 中具备“TPP-extra”特征的条款具体分析如下。

表 2 USMCA 对 TPP 框架下数字贸易规则所作“扩展”（“TPP-extra”）

主要规则	TPP	USMCA	USMCA 对“美式模板”所作扩展
交互式计算机服务	无	第 19.17 条	交互式计算机服务对于数字贸易的开展很重要，在界定与信息存储、处理、传输、分配、可获得性相关的侵害责任时，要将这个交互式计算机服务的提供者与信息内容的提供者区分对待
公开政府数据	无	第 19.18 条	便利化公众对于政府公布的信息的准入和使用；规定公共信息的格式及其他要求；给企业尤其是中小企业创造商业机会

资料来源：United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)、Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP)。

#### （一）引入交互式计算机服务提供者针对第三方非知识产权侵权行为的免责条款

在线平台在美国发展迅速，即便是规模最小的在线平台也可以连接到全世界数百万的用户。这点除归功于现代网络技术的快速发展外，还主要得益于美国国内宽松的制度环境。美国国内对于网络服务提供者（ISPs）责任的界定相对完善。美国 CDA 第 230 节规定，“第三方利用平台服务在合法平台上创建和分享非法信息，平台方一般不对非知识产权的侵权损害承担责任”。该“免责”条款允许平台不必严格监控在其系统中存储、处理和传输的信息是否侵犯除知识产权之外的其他权利，这对于依托在线平台的生存和发展至关重要（Zhou, 2017）<sup>[12]</sup>。在对外谈判中，美国曾明确表示希望将此国内法国际化，遗憾的是，USMCA 以前，美国所主导的包括 TPP 在内的 RTAs 并未在“电子商务”章中引入该条款（工信国际法苑，

2018)<sup>[13]</sup>。互联网平台权益保障规则的缺失,导致互联网平台需对第三方的侵权行为承担不适当的责任,这对美国对外输出互联网平台服务带来了风险(Internet Association, 2017)。在USMCA谈判中,互联网协会、计算机和通信行业协会与电子先锋基金会(EFF)等产业代表纷纷建议美国应该引入明确界定和规范网络中介责任的规则,并禁止政府要求互联网服务提供商成为互联网内容的“守门员”对第三方内容的侵权行为承担法律责任(Malcolm, 2017)。最终,USMCA新增了“交互式计算机服务”条款,明确豁免了网络平台提供者在内容提供者涉及人权以及隐私等非知识产权侵权中承担的连带责任(第19.17.2条)。

#### (二) 要求缔约方要公开政府数据

在数字贸易中,政府数据的公开可获得对于私人机构而言意义重大。私人机构可根据这些政府数据信息进行理性决策。美国早在《2009公开政府指令》中就明确要求政府部门公开政府指令并使其可机读(Castro et al, 2017)<sup>[14]</sup>。在此次谈判中,美国成功地将政府数据必须公开的规定纳入USMCA中。USMCA是全球首个要求推动政府数据公开的贸易协定。尽管该协定并未对政府公开数据作出强制性的要求,但其明确要求缔约方应认识到“便利化公众获取和使用政府信息的重要性”(第19.18.1条;“缔约方要确保政府数据是可机读的,公开的并且可被检索、回复、使用和再使用”(第19.18.2条),最后USMCA还指出“对企业尤其是中小企业公开政府数据其目的是创造和提升商业机会”(第19.8.3条)。

### 四、基于USMCA谈判分析数字贸易“美式要价”的发展趋向

尽管如美国所愿,USMCA中的数字贸易规则确实较TPP规则作出了系列升级,但美国所关注的数字贸易利益诉求并未在USMCA中得以完全体现。根据美国在参与USMCA谈判中所做表态,本文预测在后USMCA时代的数字贸易谈判中,“美式模板”会在数字贸易的一般规则及特定部门规则两方面继续深化和延展。

#### (一) 致力于对协定主文本中的数字贸易规则进行内容升级和扩充

如前文所述,USMCA框架下的数字贸易规则已经替代TPP成为数字贸易规则“美式模板”的新代表,但与美国的理想目标仍有距离。通过美国在USMCA中所作表态,可看出在未来的数字贸易谈判中,致力于对协定主文本中的数字贸易规则进行内容升级和扩充会是美国的重要诉求。如:在与数字贸易相关的知识产权领域,USMCA谈判中美国曾提出在强化“知识产权保护”的同时还有必要引入授权对版权内容进行“正当使用”的新规则。对所有数字内容进行“一刀切”的知识产权保护会限制用户对数字内容的使用,尤其是大量的数字服务(大数据分析、网络资料收集、源代码以及云计算技术的运用等)需要建立在在对受版权保护的内容进行未经授权的正当使用的基础上。对“正当使用”版权内容范围进行合理界定可以有效保护用户合法接入数字内容的权利。在美国需依托“正当使用”版权内容的行业,每年会给美国带来4万亿美元以上的经济效益。“正当使用版权”的授权也能为价值约3680亿美元的相关产品出口提供便利。事实上美国国内法已为版权材料的“正当使用”预留了政策空间(Computer and Communications Industry



Association et al, 2017)。美国产业代表曾在 USMCA 谈判中要求纳入此授权条款,但未能如愿<sup>[15]</sup>。在今后的数字贸易谈判中,美国的重心无疑会放在这些未尽条款上,继续推进美国数字贸易国内规则的国际化。

(二) 敦促缔约对象在特定数字服务部门中作出更多的市场准入和国民待遇承诺

要求缔约对象放松数字服务部门的市场准入限制和作出更多国民待遇承诺,会是美国的另一重要诉求 (Lighthizer, 2018)<sup>[16]</sup>。在 USMCA 谈判中,美国对加拿大明确提出“要提升监管制度的透明度和成立独立的管理机构来推进电信市场准入增加电信服务市场的竞争性”。这点在 USMCA 中已部分实现,如第 18 章“电信”章中对“公共电信服务的转售限制(第 18.7 条)”“电信行业授权(第 18.20 条)”和“透明度(18.24 条)”要求不对转售公共电信服务施加不合理或歧视性的贸易限制,以透明和非歧视的原则对电信部门进行监管。但加拿大所作承诺并没让美国满意,加拿大并未就电信服务市场准入作出实质性让步。在 USMCA 附件 1《投资和服务的非一致性措施》中加拿大仍然保留了对外资投资电信企业的股权限制,要求基于加拿大《电信法》以及《加拿大电信共同承运人所有权和控制条例》,限定外资在电信企业的持股比率不得高于 46.7% 且具有加拿大国籍的董事成员必须占董事会成员总数的 80% (保留条款 I-C-7)。另外在“保留条款 I-C-1”中加拿大要求对外资直接收购加拿大企业(包括电信运营商)行为实施审查。有鉴于此,本文认为除完善协定主文本中的一般数字贸易规则之外,在特定的数字服务部门争取扩大“市场准入”机会和获取“国民待遇”会成为美国在与缔约对象展开谈判的要价重点。

## 五、结论及中国的应对

USMCA 框架下的数字贸易谈判以 TPP 作为逻辑起点,并在其基础上取得了一系列突破性进展。概括而言,USMCA 进一步提升和强化了美国在“跨境数据自由流动”“数据存储非强制本地化”“禁止开放源代码”和“数字产品非歧视性待遇”等方面的利益诉求,并将“互联网中介责任认定”和“政府数据公开”等新规则也纳入其中。尽管如此,USMCA 毕竟是美墨加三方妥协的产物。根据美国在该谈判中所作表态,可以预测在后 USMCA 时代的数字贸易谈判中,美国一方面会致力于对协定主文本中的数字贸易一般规则进行内容升级和扩充,持续推进美国有关数字贸易国内规制的国际化,另一方面会敦促缔约对象在特定数字服务部门作出更多市场准入、国民待遇承诺。

美国在 USMCA 中数字贸易规则的新动向给中美博弈带来了新的启示。一方面,对于和中国立场一致的美式规则,中国可与美国合作,以促进两国数字贸易的发展。数字贸易规则“美式模板”里“交互式计算机服务”中豁免互联网服务提供商在非知识产权领域的侵权责任的做法与中国的国内法基本一致;而“公开政府数据”“构建国内电子交易框架”和“确定国家层面的合作领域”并未采用强制性语言,且在立场上没与中国产生冲突,因此本文认为中国可以在上述议题与美国达成共识。

另一方面,对于与中国国情不符、给中国带来挑战的数字贸易规则,中国应该合理地制定在相应议题上的“出价”。中美比较优势的差异导致两国的诉求不一:美国在数字服务贸易中拥有强势地位,中国则在数字货物贸易上发展迅猛,因此在特定议题上中美间存在分歧,如在“非歧视性待遇”“跨境数据自由流动”以及“知识产权保护”三个方面,美国不断谋求开放的做法与中国的审慎态度及现有法制相悖。这给中美数字贸易规则对接带来了挑战。

对此,本文认为中国在战略上应积极构建符合自身国情的数字贸易规则框架,完善国内法规制度。在战术上可从以下两个路径寻求解决方案。一是与拥有类似诉求的国家和地区进行合作,在国际层面上积极构建符合中国本身诉求的数字贸易规则,通过签订区域贸易协定来拓展自身诉求的影响范围。二是在国内法层面上加强自身法制的建设和执行,努力与美国实现部分对接。如:在知识产权保护领域,保护知识产权所有人的合法利益。目前美国对向中国政府备案源代码和算法所衍生的知识产权安全提出了疑虑。中国需要加强外资企业在向中国输出知识技术密集型产业时的信心,以推动数字贸易的发展。为此,中国可以通过完善和构建国内知识产权保护法制来达到这一目标,而不是向美国妥协和承诺全方面禁止“源代码非强制本地化”。其次,在数据流动领域,实现分类管理。涉及国家安全的数据严格监控,而对于一般商业数据则在评估安全级别后实行放开。最后,在增值电信领域进一步尝试对外资开放。事实上,中国在2019年推出《外商投资法》中提出要开放电信部门,北京和上海也已率先成为放开增值电信部门市场准入的试点。

#### [参考文献]

- [1] CLAUDE BARFIELD. TPP a Model for NAFTA Digital Trade Rules. [EB/OL]. (2017a). [2017-12-10]. <http://www.eastasiaforum.org/>.
- [2] INTERNET ASSOCIATION. Modernizing NAFTA for Today's Economy [EB/OL]. [2017-07-10] <https://internetassociation.org/>.
- [3] WILL RINEHART. How the USMCA Affects Digital Trade [EB/OL]. [2018-11-11]. <https://www.americanactionforum.org/insight/>.
- [4] BRAD SIMONICH. NAFTA 2.0 Priorities Must Include Digital Trade [EB/OL]. [2017-09-11]. <http://actonline.org/2017/08/17/nafta-2-0-priorities-must-include-digital-trade/>.
- [5] CLAUDE BARFIELD. NAFTA and Digital Trade Rules: Lock in TPP Precedents, Don't Get Bugged Down in Add-on Battles [EB/OL]. (2017b). [2017-12-10]. <http://www.canada-nz.org.nz/>.
- [6] RACHAEL STELLY. Updated NAFTA Negotiation Objectives Show Promise on Digital Trade, Balanced Copyright [EB/OL]. [2017-12-10]. <http://www.project-disco.org/intellectual-property/>.
- [7] COMPUTER AND COMMUNICATIONS INDUSTRY ASSOCIATION et al. NAFTA Copyright Letter [EB/OL]. [2017-12-10]. <https://www.itic.org/public-policy/NAFTACopyrightLetter-11-15-17.pdf>.
- [8] JEREMY MALCOLM. NAFTA's Digital Trade Chapter Could Be Finalized Next Month [EB/OL]. [2017-12-10]. <https://www.eff.org/deeplinks/2017/11/naftas-digital-trade-chapter-could-be-finalized-next-month>.
- [9] 王春晖. GDPR 个人数据权与《网络安全法》个人信息权之比较[J]. 中国信息安全 2018(07): 41-44.
- [10] ANUPAM CHANDER. What the Trump Administration's NAFTA Priorities Get Right (and Wrong) About Digital Trade [EB/OL]. [2017-10-09]. <https://www.cfr.org/report/>.
- [11] KENNETH PROPP. Digital Trade Is a NAFTA 'Must-Win' [EB/OL]. [2017-09-12]. <https://morningconsult.com>.

- com/opinions/
- [12] LI ZHOU. NAFTA Digital Trade Tweaks [EB/OL]. [2017-12-10]. <https://www.politico.com/newsletters/morning-tech/2017/11/20/nafta-digital-trade-tweaks-028391>.
- [13] 工信国际法苑, 美国数字贸易工作组关注新兴数字贸易壁垒? [EB/OL]. [2018-04-10]. <https://mp.weixin.qq.com/s/a7ju13OHwoMDP9TnpiEMKQ>.
- [14] DANIEL CASTRO. Joshua New, and Matt Beckwith, 10 Steps Congress Can Take to Accelerate Data Innovation [EB/OL]. [2018-06-11]. <http://www2.datainnovation.org/2017-data-innovation-agenda.pdf>.
- [15] USTR. Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation [R]. Office of the United States Trade Representative. 2017(11): 1-18.
- [16] ROBERT E. Lighthizer. 2018 National Trade Estimate Report on FOREIGN TRADE BARRIERS [R]. Office of the United States Trade Representative. 2018(03): 79-87.

(责任编辑 张洁)

## Analysis on the Deepening and Expansion of the “American Template” of Digital Trade Rules Based on the USMCA

ZHOU Nianli CHEN Huanqi

**Abstract:** The digital trade negotiations under the USMCA framework are based on the TPP rules. In addition to directly inheriting some of the provisions of the TPP, the USMCA has made a series of upgrades to the digital trade rules in the TPP. The “deepening” of the USMCA compared to the TPP digital trade rules is mainly embodied in the following aspects: extending the non-discriminatory treatment of digital products to broadcast service products; removing the “consideration of the regulatory needs of all parties” in the “free flow of cross-border data” clause; clearly identifying the specific agreements and principles to be followed by Parties in terms of “personal information protection”; excluding “regulatory exceptions” and “public safety exceptions” in the “unforced data storage localization” provisions; and expanding “barring the disclosure of open source” terms to infrastructure software and introducing “encryption protection” provisions; as well as promoting cooperation among parties in various areas such as information technology, cybersecurity, and SMEs. In addition, USMCA introduces “extension” rules that are not covered by the TPP, including “exemption of interactive computer service provider’s liability from third-party infringement” and “government data disclosure” terms. In light of the U. S. position made in the USMCA negotiations, this paper predicts that in the post-USMCA era of trade negotiations, the digital trade rules of the “American template” will mainly continue to develop and evolve in two aspects “continuing to promote the internationalization of the domestic digital economy in the United States” and “urging parties to open up specific digital service sectors”.

**Keywords:** Digital Trade; American Template; USMCA