doi:10.3969/j.issn.1003-5559.2021.02.010

从USMCA看中美数字贸易规则领域的分歧及中国应对策略

■ 张俊娥 董晓红 哈尔滨商业大学

摘 要：近年来全球数字贸易发展迅速，美国、加拿大、墨西哥三国在《美墨加协定》(USMCA)框架下重构数字贸易规则，以求促进数字贸易发展。时至今日，数字贸易规则的制定已不仅仅是科技之争，更是话语权之争。中国在数字产业方面的发展规模虽然已可比肩美国，但在数字贸易规则体系的构建和治理上，仍与其存在较大差异。对此，政府应围绕跨境数据流动、数字知识产权、数据存储地等争议焦点，实施符合中国国情的应对策略。

关键词：USMCA；数字贸易规则；跨境数据；中国策略

作为数字贸易巨头，美国在其主导的一系列区域贸易安排中不断推出符合自身数字产业发展的贸易规则。经过近20年的发展，数字贸易规则的“美式模板”已然成型。2020年1月美墨加达成的USMCA涉及的数字贸易规则可以视作“美式模板”的深化。美墨加三国数字产业发展水平差距极大，相较于墨西哥与加拿大，美国在数字服务贸易中拥有绝对优势。在USMCA谈判中，美国希望尽可能地减少三国数字贸易壁垒，推动本国数字服务产业开拓海外市场，而墨加两国则更希望限制外来数字产业，保护本土数字产业发展。中国及美国均为数字贸易强国，未来在数字贸易规则上势必会进行对接或者碰撞。这种情势下，从USMCA分析美国在数字贸易规则方面的核心诉求，研究中美双方在数字贸易规则领域的主要分歧，对推进中国数字贸易发展、促进全球数字贸易规则体系快速成型具有重要战略意义。

一、从USMCA看美国在数字贸易规则领域的核心诉求

（一）推动数字服务贸易赖以生存的数据流动

在数字服务贸易领域，美国凭借技术及先发优势，稳居世界第一。由于稳定畅通的数据流动是数字服务贸易生存的基础，因此美国十分重视数据的传输与获取。第一，跨境数据自由流动。USMCA第19.11条约定“缔约方允许涵盖的人为执行其业务时进行跨境传输”，其本意是鼓励跨境数据自由流动。与美国以往签订的区域贸易协定相比，USMCA对这一条例的执行极为严格，没有设置任何例外条款，缔约方无法以国家公共安全或是监管要求为由阻碍USMCA定义下的“跨境数据”自由流动。就实际执行上看，美国境外数据的获取和输出将更加便利，但同时也为其他国家监管政策落实带来挑战。第二，存储非强制本地化。根据USMCA第19.12条，缔约方不得强制限制别国企业或个人使用本方领土内计算设施。考虑到不同国家会出于各自的监管要求来阻碍该条款的实施，美国主张不设置例外条款。这意味着缔约国基本不具备讨价还价空间，无论是数据存储设施的国别选择还是原产地，其自由化程度均大幅增加。

（二）在源代码及网络中介方面保护数字知识产权

美国是知识产权大国，2019年数据显示，美国就业机会的五分之一来自于知识密集型产业。基于这一现实情况，知识产权维护始终是美国对外贸易的核心战略之一。单就数字贸易而言，无论是数字内容的输出，还是背后隐藏的数字技术，均牵涉到大量的知识产权。在USMCA谈判中，美国始终强调构建保护数字知识产权的数字贸易规

[基金项目]本文系黑龙江省哲学社会科学规划一般项目（项目编号：18JYD161）；黑龙江省艺术科学规划重点项目（项目编号：2019A022）。

[作者简介]张俊娥（1980—），女，哈尔滨商业大学博士在读，绥化学院教授；研究方向：国际贸易。董晓红（1977—），女，哈尔滨商业大学博士，哈尔滨商业大学教授；研究方向：国际贸易。

则，主要体现在以下两点。第一，源代码不要求强制公开。由于软件源代码的公开会直接导致该软件背后知识产权获取利益减少。因此在谈判过程中，美国一再要求缔约方不得将提供软件源代码及其算法作为在其境内销售或使用该软件产品的条件。第二，互联网服务提供商在第三方知识产权侵权行为中必须承担对应责任。在美国国内法及其参与的自由贸易协定中，美国均执行“法律救济和安全港”条款。具体运作规则是互联网服务提供商收到知识产权侵权行为通知后，必须迅速删除或禁止访问对应的侵权内容。在USMCA协议中，美国在原基础上进一步引入“交互式计算机服务条款”，要求在第三方知识产权侵权行为中，服务提供者需承担连带责任。

（三）对数字产品实行非歧视性待遇

非歧视性待遇可分为最惠国待遇及国民待遇。前者是指成员国如果给予任何第三方成员贸易上的优惠、特权，则应同样给予其他成员。后者是指成员方担保另一方企业、公民在本国境内享受同本国公民、企业同等待遇。在USMCA规则制定中，美国多次强调开放数字产品所对应的非歧视性待遇，寻求获取国民待遇。USMCA第19.4条指出，缔约方为其他缔约方提供的数字产品待遇必须高于其他同类数字产品待遇。结合美墨加三国数字产业发展实际来看，这一规则的制定为美国数字产品在墨加两国的流通带来了极大便利。而墨加两国数字产品制造能力本身就有限，可以说这一条款的制定进一步挤压了两国本土数字产品的生存空间。值得注意的是，USMCA中还将广播内容纳入了非歧视性待遇范畴。鉴于广播内容属于文化领域重要组成，各个大型经济体由于担心外来文化侵蚀本土文化价值观，一直以来都反对在该领域提供非歧视性待遇。美国的这一举动，无疑体现了其在数字贸易规则构造中推行美国文化的野心。

二、当前中美之间数字贸易规则领域的分歧

（一）在数据跨境流动的基本理念上存在分歧

表1为中美两国在WTO框架下围绕数字贸易规则发起的提案。不难发现，两国核心诉求有着本质区别。其中，数据跨境流动是双方的主要矛盾点之一。作为数字技术强国，美国互联网企业发展领先全球，世界排名前十的互联网企业中美国占据六席。为积极推动数字经济与数字贸易发展，美国政府以维护产业竞争优势为主旨，构建数据跨境流动政策。美国在与各国的新一轮贸易谈判中都主张将“数据跨境自由流动”纳入协议条款，以破除这一领域的市场准入壁垒。与之相对，中国对“跨境数据自由流动”则持谨慎态度。《中华人民共和国网络安全法》第五十条明确指出，对于跨境流动数据必须要严格监督管理，一旦发现同现行法律和行政法规相冲突，应立即进行限制，必要时可停止传输。国家互联网信息办公室2019年《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》中提出：网络运营者应当在个人信息出境前向省级网信部门申报其出境安全评估；省级网信部门需对之进行核查并组织专家进行评估，最后将评估结论通报网络运营者及国家网信部门。可见，与美国相比，中国对跨境流动数据的管理更为严格。中美两国在跨境数据自由流动方面差异一度成为两国贸易谈判重要内容。在2019年3月进行的中美贸易谈判中，美国要求中国放宽海外数据转移限制，但中国尚未做出实质性让步。双方之间的分歧一时之间难以解决。

（二）在数据存储地的要求方面存在分歧

在数据存储地的要求方面，中

表1　WTO框架下中美提案涉及的数字贸易议题

议题/成员	中国	美国
电子传输免关税	√	√
数字产品免关税		√
简化边境措施	√	√
无纸化贸易	√	
提高政策透明度	√	
改善数字基础设施	√	
电子签名和电子认证	√	
非歧视原则		√
数据跨境流动		√
本地化措施		√
保护关键源代码		√
在线消费者保护	√	√
建立统一标准		√

数据来源：第一财经整理而得

美两国态度同样有所差异。对于美国数字企业进入其他国家的情形，由于美国本土企业能够提供优质的云计算和储存服务，若别国强制美国使用其本土服务器来进行储存，将减少美国本土计算设施的使用及盈利机会。如果储存器设置在其他国家，美国获取数据时同样会面临别国监管政策限制。鉴于此，美国一再推崇“数据存储非强制本地化”，意图实现本国企业在其他国家或地区数据存储设施的产地、国别自由化。对于别国数字企业进驻美国市场的情况，美国虽然声称奉行数据存储地自由化，但往往又会以国家安全为由，强制要求企业将数据存储地设置在美国。我国的 TIKTOK、WECHAT 均在担保将数据存储在美国后，才获准入驻。可以说，美国在数据存储地方面实行的是两套标准。从中国角度来看，中国《网络安全法》第三十七条规定，对于某些关键信息基础设施运营者，其在境内收集或产生的个人信息及重要数据必须留存于境内。对于不同领域中何为关键信息，还有相应文件进行专门的细分和说明。以金融行业为例，中国人民银行《关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》中明确规定，境内收集的个人金融信息的存储、处理和分析工作应当在中国境内进行。总体来看，虽然美国已经多次要求中国结束针对外国云计算供应商的“歧视”，放宽企业本地存储数据要求，但鉴于数字行业的特殊性，短期内中国并不会在数据存储地方面做出退让。美国数字企业（如脸书）若想进驻中国，前提之一仍旧是数据存储本地化。

（三）在数字知识产权保护上存在分歧

中美在数字知识产权规则方面的分歧，主要包括三个方面。第一，源代码非强制本地化。出于公共安全保护需要，中国在《网络安全法》及相关文件中作出规定，要求网络关键设备及线上安全产品需在国家有关机构中接受安全审查。在这一过程中，中国监管方会要求被监管企业及机构提供软件源代码及算法，这与美国寻求的源代码保护相悖。第二，数字内容版权保护。由于美国具有规模庞大的数字内容产业，需要制定相关政策条款以保护本国数字内容产业发展，因此美国提出要在全球范围内打击数字内容的盗版行为，并不断提高版权保护规则方面的标准。而中国认为版权保护措施若过于严格，会加重每年向知识产权付费的成本，从而影响自身产业升级。以版权保护期限为例，在 USMCA 中，美国将版权的保护期限延长到了 75 年，而中国对应的版权保护期限则停留在 50 年。第三，互联网服务提供商责任与义务的认定。类似于“美式模板”，中国同样制定了“通知－删除”规则。但同美国相比，中国关于互联网服务提供商责任与义务的认定更为宽松。具体表现在两方面，一是对于互联网服务商的定义范围更加宽泛。美国对于互联网服务提供商的范围限定在通过数字通信技术提供传输、连接及缓存业务的服务商，而中国并未对此作出明确规定，仅是在 2019 年的司法解释中简单规定提供网络接入、传输、计算、应用服务的服务商均属于互联网服务商。二是对互联网服务提供商应承担的义务规定更少。中国法律规定互联网服务提供商如果采取了删除、屏蔽、断开连接等措施，不需要承担连带责任和监管义务。但在美国体系下，互联网服务提供商还需负责终止重复侵权者账号，且服务商不得从侵权中受益，否则将承担连带责任。

（四）在对数字产品实施非歧视性待遇方面存在分歧

为保持数字服务产业的优势，美国一直致力于推动数字产品享受非歧视性待遇。这一点从 USMCA 相关条款中就可看出，例如美国致力于扩大本国数字产品的非歧视待遇范围。与之相比，中国则会在一些特定领域采取特别准入等做法。以电信业务为例，按照《外商投资准入特别管理措施》第七条要求，对于增值电信业务，外资占股比例需维持在 50%以下。虽然 2019 年中国出台的《外商投资法》中提出要扩大开放增值电信领域，但仍会通过股比限制等特别管理措施把一些特定部门排除在外。虽然国务院提出会在北京市率先取消电信业务－外资股比限制，并为相关地区服务业扩大开放示范区范围，但全国性的开放尚未提上日程。可见，尽管中国在逐步开放对数字产业进驻的相关限制，但仍与美国所期待的待遇存在差距。由此可见，有关非歧视性待遇，中美两国很难在短期内达成共识。

三、应对策略

（一）在跨境数据流动领域，实现分级分类监管

由于个人数据、企业数据、国家数据的性质和重要性有所差异，其涉及的风险也有所差异。欧盟与美国均在一定程度上对数据采取了分级分类的监管方式。中国应在借鉴国际经验的基础上，对本土数据进

行分类管理。具体来说，对于个人数据的跨境流动，应尽快出台个人数据保护法。中国可参考国外较为成熟的法律（如欧盟《一般数据保护条例》），加快个人数据保护法的制定。立法过程需兼顾中国实际需求，梳理典型出境个人数据主要目的地和现实场景，形成“以数据保护为原则+若干例外情况”的认定方式。政府在确立数据跨境流动评估标准后，还需建立数据跨境流动协议范本，使企业能够通过法律机制管控个人数据的出境风险。针对涉及到国家机密的重要数据，应结合数据离境后可能产生的风险进行实地分析，进而实现梯度性监管。要积极借鉴国际经验，依据行业及信息的分类标准，确定“重要”数据内涵及涵盖范围。各行业需探索制定对应领域内重要数据的列表及识别标准，并根据数据泄露、滥用对国家安全的影响程度划分数据出境风险等级。依据风险等级在完全限制出境、出境后备案、审批后出境等不同情形采取不同监管方式。

（二）在数字知识产权领域，完善相关保护机制

对于源代码审查问题，在不危及国家安全的前提下，引入中美双方认可的国际第三方监测机构，打消国外厂商忧虑。与此同时，放松《商业密码管理条例》等法律法规中关于源代码开放和商业密码使用的限制，对源代码采取相应保护。如规定密码管理部门不得要求商用密码从业单位和商用密码检测、认证机构向其披露源代码等密码。以法律形式在政府部门与密码检测认证机构之间竖立起“源代码等密码相关专有信息屏障”，打消国外厂商对于源代码泄露的忧虑，减少知识产权纠纷发生的可能性。对于数字内容产品侵权问题，中国应进一步修订完善《专利权》《著作权》和《商标法》等法律法规。除此之外，还应加强对数字内容的版权保护力度，如延长版权保护期限、加重侵权惩罚力度等，减少在这一方面与美国的分歧。对于互联网服务提供商的权责认定，中国需对当前“通知－删除”机制进行进一步地完善。一方面，对互联网服务提供商进行分类，看供应商是否具有单独识别、控制和删除涉嫌侵权的网络信息的能力。如对于网络接入服务提供商以及缓存服务提供商，不要求承担“通知－删除”义务；对于信息存储空间服务提供商以及搜索或链接服务提供商，则需要承担“通知－删除”义务。

（三）在数据存储地领域，兼顾数据主权与经济发展

数字信息与国家安全、经济发展的高度相关性注定了中美双方均不会轻易放宽重点领域存储地限制。美国虽然一直在宣传所谓的数据存储非强制本地化，但其实质是仰仗自身技术优势对其他国家进行强势输出，对于入驻美国的他国数字企业，美国实行的俨然是另外一套标准。因此，在数据存储地规则制定方面，中国应保持足够的战略定力，坚持数据主权优先原则，确保数据安全性。在此基础上，对于纯商务型的数字企业，可考察其采集数据的类型、规模是否会对国家安全造成影响。如果不存在明显安全隐患，可适当放宽存储地限制。如阿里巴巴在扩展海外市场的过程中，就先后在马来西亚、卢旺达、美国、澳大利亚建立数据存储中心。这一方式有利于企业融入，对当地经济发展也有助益。事实上，如果中国能够在考虑经济发展的前提下，适当放宽部分数字企业的存储地限制，对国内数字企业执行全球化发展战略也有所帮助。

（四）在非歧视性待遇领域，打造数字贸易规则“中式模板”

中美同为数字贸易大国，但在产业比较优势上存在较大差别。在数字服务贸易领域，美国具有较大的比较优势，例如线上内容服务、线上搜索引擎服务。与美国不同，中国则在数字货物贸易领域具有十分明显的比较优势。这种差异性导致双方在数字贸易规则构建中的诉求不同。这一背景下，中国需提升并发挥自身在经济贸易平台方面的影响力，借助跨境电子商务发展契机与中国政策优势，积极与“一带一路”沿线国家缔结数字贸易条款，打造数字贸易规则的“中式模板”。这一过程中，中国需主动靠近拥有相同诉求的国家地区，探讨在两国数字产品之间实施非歧视性待遇的可能性。与此同时，继续开放对数字产品进驻的相关限制，尝试与美国、日本等国在部分数字产品领域进行对接。此外，中国还应积极参加美日欧等发达国家对数字贸易规则的讨论，代表广大发展中国家发声，不断提高中式数字贸易影响力。▲

参考文献：

[1] 数字贸易规则中的数据本地化问题探究[J].对外经贸实务，2019(8):17-20.

[2]张茉楠，周念利.中美数字贸易博弈及我国对策 [J]. 宏观经济管理，2019(7):13-19+27.

[3]国莎莎.全球数字贸易规则形成中的分歧与中国的应对策略 [D].吉林：吉林大学，2020.