

数字丝绸之路跨国法律秩序的建构与完善

彭 岳*

内容提要 在共建数字丝绸之路的过程中,我国企业主导着数字丝绸之路相关基础设施的建设、运营和维护。除常规法律手段之外,借助本国企业的主导力量、行业标准的通用程度、基础设施的物理限制等条件,我国政府有能力将既满足所涉国家需求又符合自身利益的数字治理规则输出到数字丝绸之路沿线国家,进而建立起没有正式法律约束力的数字治理秩序。这一被冠名为“北京效应”的建构路径迥异于美国的传统跨国法律过程和欧盟的“布鲁塞尔效应”,其有助于揭示出数字丝绸之路跨国法律秩序的内在形成机理。由于“北京效应”在根本上受制于东道国的数据主权,因此有必要在强化现有政策沟通机制的同时,引入新的国际硬法机制,协调各国规制政策和措施,保障数字丝绸之路建设行稳致远。

关键词 数字丝绸之路 跨国法律秩序 “北京效应” 跨国法律过程 “布鲁塞尔效应”

目 次

- 一、数字丝绸之路跨国法律秩序的涵盖范围及其特殊性
- 二、数字治理跨国法律秩序的建构路径
- 三、数字丝绸之路跨国法律秩序建构中的“北京效应”
- 四、数字丝绸之路跨国法律秩序建构路径的优化
- 五、结语

* 南京大学法学院教授。本文系 2023 年度国家社科基金重大项目“完善我国条约司法适用制度研究”(项目批准号:23&ZD167)的阶段性生活成果。

在数字经济时代全面到来之际,数字丝绸之路跨国法律秩序的建构与完善具有重要战略意义。它不仅可以有效维护共建“一带一路”的相关成果,还有助于持续推进高水平制度型开放,促进数字治理国际共识的形成。当前,就如何增强本地区法律对跨境数据行为的实质管控力,进而形成一套相对稳定的跨国法律秩序,存在着分别以美国、欧盟和我国为代表的三条建构路径。在三条路径相互竞争、相互影响的格局下,有必要从跨国法律秩序形成机制的角度,梳理数字丝绸之路建设中的相关做法,分析我国法律可在域外发挥实质影响的制度框架和社会经济条件,从而优化跨国法律秩序建构路径,确保数字丝绸之路建设行稳致远,实现携手“一带一路”沿线国家共同构建网络命运共同体的目标和愿景。

一、数字丝绸之路跨国法律秩序的涵盖范围及其特殊性

共建数字丝绸之路有着特殊的时代背景和明确的合作内容。它以“一带一路”建设为契机,旨在加强我国同沿线国家特别是发展中国家在网络基础设施建设、数字经济和网络安全等方面的合作,进而推进合作国家的网络和信息化建设,促进“一带一路”沿线国家间的经贸往来和文化交流。^①一方面,与“一带一路”建设类似,数字丝绸之路的合作内容也集中在政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通等方面。另一方面,数字丝绸之路建设呈现出高度复杂性,它不仅是实现国家发展、安全、治理全方位目标的新路径,还是我国与沿线国家的政府与企业共同参与的国家合作项目。数字丝绸之路跨国法律秩序的建构呈现出有别于传统“一带一路”建设的独特性。

(一) 数字丝绸之路跨国法律秩序的涵盖范围

在现代社会中,社会秩序主要通过法律手段来形塑,进而表现为法律秩序。面对全球化市场中的不确定性,为寻求规范化的解决方案,跨国主体倾向于在某一跨国活动领域或其认为存在某类“问题”的跨国事项上建立起相对稳定的秩序。当此类秩序由跨国机构或跨国网络产生或与之有关,具备法律形式,并与内国法律制度存在直接或间接互动时,其就构成了跨国法律秩序。跨国法律秩序的形成过程既可能是自上而下也可能是自下而上,既可能是由内及外也可能是由外及内,涉及国际、跨国和国内法律规范的形成、传达和实践,以及不同主体之间的递归互动,相关法律规范通过这种持续互动而得以制度化。^②在数字经济时代,数据成为重要的生产要素和财富来源,随着数字技术的迭代升级,国际规则制定权的竞争越来越多地表现为技术标准制定权的竞争。^③作为数字经济发展与共建“一带一路”有机结合的产物,数字丝绸之路建设面临着更为严峻的挑战,

① 参见习近平:《自主创新推进网络强国建设》(2018年4月20日),载《习近平谈治国理政》(第3卷),外文出版社2020年版,第308页。

② See Terence C. Halliday & Gregory Shaffer, *Transnational Legal Orders*, in T. Halliday & G. Shaffer eds., *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, 2015, p.13-16.

③ 参见阎学通:《数字时代的中美战略竞争》,载《世界政治研究》(总第4辑),中国社会科学出版社2019年版,第1页。

同时也对跨国法律秩序的建构与完善提出了更高要求。

借鉴共建“一带一路”的经验,围绕数字丝绸之路建设,我国和沿线国家先是通过签署合作文件来构建密切合作的跨国网络,然后通过具体合作项目促进跨国网络和国内法律制度互动,逐渐形成了一套相对稳定的跨国法律秩序。由于数字技术在“一带一路”建设中所起的作用不同,这一跨国法律秩序涵盖两类数字丝绸之路:依附型数字丝绸之路和独立型数字丝绸之路。

依附型数字丝绸之路建设与传统“一带一路”建设密不可分,两者具有同构性。其中,数字技术发挥着赋能作用,对传统基础设施进行了数字化升级改造。数字化赋能“一带一路”建设可缩小“一带一路”沿线国家间的数字鸿沟,提升整体经济发展质量。与“一带一路”合作重点相对应,依附型数字丝绸之路建设主要围绕政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通等方面展开。

独立型数字丝绸之路建设与传统“一带一路”建设的关系若即若离,有其自身的发展逻辑。其中,数字技术是国际经济合作的核心驱动力,围绕数字丝绸之路所形成的数字经济国际合作模式可为全球数字治理提供备选方案。与依附型数字丝绸之路相比,独立型数字丝绸之路有如下几个特点:

首先,在地理范围方面,独立型数字丝绸之路并不限于“一带一路”沿线国家。起初,“一带一路”倡议致力于将亚欧非大陆及附近海洋互联互通。其中,丝绸之路经济带有三大走向,21世纪海上丝绸之路有两大走向。^④依附型数字丝绸之路建设主要沿着这五大走向展开,覆盖铁路、公路、航运、航空、管道和空间综合信息网络等数字基础设施建设。与之不同,独立型数字丝绸之路建设主要受数字技术企业商业利益驱动和东道国监管体制的影响,所涉地理范围不仅包括部分“一带一路”沿线国家,还包括若干尚未与我国签署“一带一路”合作文件或数字丝绸之路合作谅解备忘录的国家。

其次,在建设内容方面,独立型数字丝绸之路所涉数字技术类型、数字经济业态和国际合作模式更为多样化,并会随着数字技术和数字经济的发展动态不断扩张。如2017年,数字丝绸之路概念被正式推出时,仅涉及若干新兴技术(如人工智能、纳米技术、量子计算机等)和新兴业态(如大数据、云计算、智慧城市建设)。^⑤及至2019年,数字丝绸之路建设被视为顺应第四次工业革命发展趋势,把握数字化、网络化、智能化发展机遇的必然之举。^⑥由此,除提供数字基础设施建设之外,任何与数字化服务和数字平台有关的内容,如社交媒体、电子商务、电子政务、金融科技、安防监控等,均成为数字丝绸之路建设的重要组成部分。

④ 参见推进“一带一路”建设工作领导小组办公室:《共建“一带一路”:理念、实践与中国的贡献》(2017年5月10日),载中国政府网, https://www.gov.cn/xinwen/2017-05/11/content_5192752.htm#1, 2024年2月12日访问。

⑤ 参见习近平:《携手推进“一带一路”建设》(2017年5月14日),载《习近平谈治国理政》(第2卷),外文出版社2017年版,第513页。

⑥ 参见习近平:《推动共建“一带一路”高质量发展》(2019年4月26日),载《习近平谈治国理政》(第3卷),外文出版社2020年版,第493页。

最后,在参与主体方面,我国民营数字技术企业积极参与独立型数字丝绸之路建设,与传统“一带一路”建设中由国有企业占据主导地位的格局形成鲜明对比。我国民营企业积极参与数字丝绸之路建设既是受政府外力助推,也是自身利益驱使所致。一方面,为发展数字经济,政府部门对民营企业参与“一带一路”建设持鼓励态度,并利用该机会来推进数字丝绸之路建设。^⑦另一方面,就企业境外投资,我国实施较为严格的核准、备案管理制,^⑧为获得相应政策许可以及资金支持,一些已在“一带一路”沿线国家投资或拟投资的民营企业倾向于将其相关业务纳入到数字丝绸之路建设的范围之内。显然,沿线国家的市场规模和发展潜能是吸引这些企业进行商业扩张的主要驱动力,随着“一带一路”建设的顺利推进,这些企业有动力将其境外投资纳入数字丝绸之路的范围之中,以期获得进一步的政策支持。^⑨

(二) 数字丝绸之路跨国法律秩序的特殊性

数字丝绸之路建设既依附于又相对独立于“一带一路”建设,由此,数字丝绸之路跨国法律秩序既有“一带一路”跨国法律秩序的共性,也有其自身的特殊性。“一带一路”跨国法律秩序随着“一带一路”建设的渐次展开而逐渐形成。在“一带一路”建设上升到完善全球发展模式和全球治理的高度后,“一带一路”跨国法律秩序之于全球经济治理的重要性愈发凸显。就如何理解两者之间的关系,一部分学者从全球治理应有之义出发,认为全球治理体现为全球化的法律秩序。全球治理模式、形式和内容的发展在很大程度上受占主导地位国家内国法的国际化以及国际规则的内国法过程影响。^⑩两相结合,旨在完善全球治理的“一带一路”建设必然会发展出一套与之相适应的跨国法律秩序。另一部分学者从国际法治的角度出发,认为“一带一路”的制度建设构成全球经济治理的重要组成部分,而国际法治是国际社会基于国际法原则、规则和制度开展全球治理的法治活动,是全球治理体系和治理能力的重要依托,要顺利实现“一带一路”建设目标,必须走法治化道路。^⑪与侧重于技术和秩序的全球治理不同,国际法治概念带有明显的价值诉求,即法治不仅要求所有人(包括国家自身)要对公开制定、平等执行和独立裁决的法律负责,而且要求这种法律应当符合特定的“良法善治”标准。

就采取何种路径来构建“一带一路”跨国法律秩序,两类视角有着不同的认识。在全球治理视角下,虽然共建“一带一路”取得了丰硕成果,但相关国际合作具有明显的

⑦ 参见《中共中央 国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》(2019年12月4日)第(十七)点、《中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》(2023年7月14日)第(十八)点。

⑧ 参见《境外投资管理办法》(商务部令〔2014〕第3号)第6条、《企业境外投资管理办法》(发展改革委令〔2017〕第11号)第4条。

⑨ See Paul Triolo, *The Digital Silk Road and the Evolving Role of Chinese Technology Companies*, in David Gordon & Meia Nouwens eds, *The Digital Silk Road: China's Technological Rise and the Geopolitics of Cyberspace*, Routledge, 2020, p.67-68.

⑩ 参见李鸣:《国际法与“一带一路”研究》,载《法学杂志》2016年第1期,第12页;王贵国:《全球治理与规则导向“一带一路”的原则和方向》,载《经贸法律评论》2019年第5期,第6页。

⑪ 参见黄进:《百年大变局下的国际法与国际法治》,载《交大法学》2023年第1期,第9页;蒋新苗:《“一带一路”建设的法治化选择》,载《湖南师范大学社会科学学报》2020年第4期,第12页。

项目导向性,随着共建“一带一路”进程的推进,这一首先由政府就具体合作项目签署备忘录,然后再由参与的企业签订合作的国际合作方式缺乏稳定的预期性和可信的保障。有鉴于此,有观点提出,有必要建构一个符合“一带一路”建设实际情况的法律框架协议,促使“一带一路”建设从项目导向转为规则导向。^⑫在国际法治视角下,有学者认识到我国在共建“一带一路”中的主导地位和重要作用,提出应在“一带一路”沿线国家之间构建国际条约体系,即“一带一路”建设中的合作与开发活动应在遵守现有国际法原则和规则、尊重普遍适用的国际商业规则和管理规则的基础上,不断创新和完善现代国际法规则,建立适合自身特点的争端解决体系,从而实现全面的制度建构。^⑬尽管在理论关注点和具体建议上有所差别,上述两类观点均围绕着如何应用、改造和创新国际经济法体制展开。

但是,在很大程度上,共建“一带一路”是“实践适应”思维而非“体系预设”思维的产物,这种非体系性探索符合按照事物自身需求逐渐形成应对方案的规律。^⑭除非时机成熟、条件俱备,否则即便“一带一路”倡议下的国际合作能够生成跨国法律秩序,也并不必然表现为成熟的国际经济法体制。更为重要的是,如果仅仅从国际体制理论出发——假定国家行为模式受到规范影响,且此类规范又与国家利益相一致——很有可能落入“国家中心论”的理论陷阱^⑮,进而会忽视乃至无视共建“一带一路”过程中其他参与者的根本利益和合理诉求,反而不利于跨国法律秩序的生成和存续。

对于数字丝绸之路建设而言,相关跨国法律秩序的建构更为复杂。一方面,作为共建“一带一路”的重要组成部分,理论上,数字丝绸之路可借鉴实体化“一带一路”的法治实践,初步形成包括数字经济合作、网络安全保障和争端预防与解决等方面的国际规则体系。^⑯然而,共建“一带一路”本身缺乏成熟的国际配套体制,数字丝绸之路似乎很难通过适用、改造和再利用等“搭便车”方式来建构自身的跨国法律秩序。另一方面,数字丝绸之路建设包含两类形态,即便依附型数字丝绸之路建设可深度借鉴实体化“一带一路”的法治实践,独立型数字丝绸之路建设因在地理范围、建设内容和参与主体方面与实体化“一带一路”建设存在较大差异,也很难实质套用共建“一带一路”的国际规则体系。更为重要的是,对于数字丝绸之路建设所承载的全球互联网治理体系变革、携手构建网络命运共同体等事项,我国已经提出了明确的原则和主张,对于全球数字治

⑫ 参见王贵国:《“一带一路”争端解决制度研究》,载《中国法学》2017年第6期,第56页。

⑬ 参见刘敬东:《“一带一路”法治化体系构建研究》,载《政法论坛》2017年第5期,第127129页;石静霞:《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》,载《中国社会科学》2021年第1期,第156页。

⑭ 参见何志鹏:《国际法治的中国方案——“一带一路”的全球治理视角》,载《太平洋学报》2017年第5期,第6-7页。

⑮ 理论上,国际体制有三种含义:广义说将体制等同于国际关系中普遍存在的模式化行为;狭义说将体制视为国家间的多边协议,旨在规范某一问题领域内的国家行动;中义说则认为,体制是一套隐含或明确的原则、准则、规则和决策程序,在国际关系的特定领域中,行为者的期望围绕这些原则、准则和规则而趋于一致。无论何种定义,均将国家作为国际体制的核心主体。See Stephan Haggard & Beth A. Simmons, *Theories of International Regimes*, International Organization, Vol.41:491, p.493-496 (1987).

⑯ 参见赵俊、程率宇:《“数字丝绸之路”国际规则体系逻辑架构——以实体化“一带一路”实践为鉴》,载《商业经济与管理》2022年第7期,第56页。

理,也表达了坚定的立场。^{①⑦}相对于传统“一带一路”跨国法律秩序,数字丝绸之路跨国法律秩序带有更强的体系预设色彩。

数字丝绸之路跨国法律秩序的体系预设性越强,作为首要发起者、主要推动者和核心参与者的我国政府就越有动力采取先立后破的策略,积极引领数字丝绸之路各沿线国家就数字经济治理达成基本共识,并以法律形式体现相关成果。与传统“一带一路”跨国法律秩序相比,数字丝绸之路跨国法律秩序的中国元素和体制因素会更为突出。引领数字技术发展潮流的美国和拥有庞大数字市场的欧盟也分别从其自身立场出发,就全球数字经济治理,特别是个人数据保护和数据跨境流动问题提出了明确的原则和准则,并利用不同的机制积极建构相应跨国法律秩序。因此,我国在建构数字丝绸之路跨国法律秩序的过程中,为维护相关原则和准则,有必要处理好该模式与其他全球数字治理模式之间的关系。

二、数字治理跨国法律秩序的建构路径

由于国际层面缺乏统一的数字治理框架,在网络空间自治模式难以为继、代码和互联网架构模式适用范围有限的情况下,从法律规制模式入手,基于现实政治之考量来讨论跨国法律秩序的建构是一个恰当的分析起点。^{①⑧}就规制关注点和规制风格而言,美国、欧盟和我国存在较大差异。值得注意的是,与欧美不同,我国的数字治理具有较强的自给自足性,在“一带一路”倡议特别是共建数字丝绸之路提出之前,并无具体举措来建构相关跨国法律秩序。

(一) 传统跨国法律过程建构路径

为应对经济全球化带来的新挑战,抓住经济全球化带来的新机遇,各国出台涉外经济法律,意图对跨境经济行为的准入、运行、退出和救济实施全过程管控。在政策定向学派看来,国际法不仅仅是规则,还是涵盖权威和控制的决定本身,整个决定构成具有跨国来源和影响力的持续流程。^{①⑨}出于维护本国利益之目的,拥有国际规则制定话语权的国家有动力也有能力利用各类国际立法机制将本国意志上升为国际社会共同意志,然后再通过国际法实施机制,要求他国遵守。在此理论预设下,跨国法律秩序的构建起始于主

^{①⑦} 参见习近平:《建立多边、民主、透明的全球互联网治理体系》(2015年12月16日),载《习近平谈治国理政》(第2卷),外文出版社2017年版,第532-536页;中华人民共和国外交部:《中国关于全球数字治理有关问题的立场(就制定“全球数字契约”向联合国提交的意见)》(2023年5月),载联合国官网, https://www.un.org/techenvoy/sites/www.un.org/techenvoy/files/GDC-submission_China.pdf, 2024年2月12日访问。

^{①⑧} 尽管社会规范、市场、架构和法律均可作为规制工具,但法律规制更具全面性和渗透性。即法律不仅可以对规制对象实施直接规制,还可通过对其他规制工具的二次规制,来间接实现其规制意图。See Mark A. Lemley, *The Law and Economics of Internet Norms*, Chicago-Kent Law Review, Vol.73:1257, p.1284-1287 (1998); Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, The Journal of Legal Studies, Vol.27:661, p.666 (1998).

^{①⑨} 参见[美]哈罗德·D.拉斯韦尔、[美]迈尔斯·S.麦克道格尔:《自由社会之法学理论:法律、科学和政策的研究》,王贵国总审校,法律出版社2013年版,第150页。

导国家的国内政策偏好和决策,终结于受影响国家的国内法律体系。

就数字治理的国内政策偏好而言,美国延续了其关于言论自由和市场竞争的一贯立场,支持行业通过自我规制来保护数据安全和消费者隐私。受此影响,在联邦层面,美国有关个人数据安全和隐私的法律范式较为复杂,涉及宪法、成文法和普通法等,但缺乏一部综合性立法,带有明显的“拼凑”性。^{②①}美国境内相对宽松的数字治理法律框架客观上有利于数字经济的发展,一些互联网企业,如五大科技巨头(Alphabet, Amazon, Apple, Meta and Microsoft),不仅主导着美国市场,也在全球数字市场中占据举足轻重的地位。当面对东道国较为严格的数字治理要求时,美国科技巨头有动力要求本国政府通过跨国法律过程,将有利于自身发展的国内法规则“上传”到国际层面,然后再利用国际法机制,将转化后的国际法规则“下载”到相关国家的国内法体系之中,^{②②}从而将有利于自身发展的法律框架扩展到全球。如果这一全球数字治理标准美国化的进程受阻,这些科技巨头会退而求其次,要求本国通过跨国法律过程,处理好贸易自由和数据保护之间的关系,保证其跨国数字业务,特别是数据跨境流动不会受到严重阻碍。^{②③}

当前,受欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)的影响,越来越多国家的立法或修法倾向于采取更高保护标准。^{②④}由于保护标准相对较低,美国被他国视为数据避风港,由此导致相关数据须事先获得“出口许可”方可流向美国。在此情况下,美国政府不仅很难通过跨国法律过程将本国相对弱势且不成体系的数据保护法转化为各国均接受的国际法,还需要采取有效措施,防止他国的数据隐私保护行为转化为贸易保护主义措施。为回应科技巨头的政策需求,美国政府转而利用国际贸易法这一传统工具,力图将贸易自由化价值置于数据隐私保护之前,以确保数据跨境自由流动。理论上,只要数据能够自由流动,科技巨头就仍可以基于国民待遇原则在美国境内处理相关数据,从而可将外国法对其的限制降至最低。

早在1986年至1994年的《关税与贸易总协定》乌拉圭回合谈判期间,全球互联通信系统就发生着革命性的技术变革。虽然美国在乌拉圭回合谈判中成功引入服务贸易议题,但关于个人隐私和数据保护的问题基本由欧洲主导,对服务贸易自由化议题持保留态度的发展中国家也站在了欧洲这一边。^{②⑤}最终,WTO《服务贸易总协定》(GATS)采用了“一般例外”模式来回应各国不同的政策诉求,即如WTO成员的相关法律或法规与“保护与个人数据处理和传播有关的个人隐私即保护个人记录和账户的机密性”

^{②①} See Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, Columbia Law Review, Vol.114:583, p.627-643 (2014).

^{②②} See Harold Hongju Koh, *Is There a "New" New Haven School of International Law?*, Yale Journal of International Law, Vol.22:559, p.567 (2007).

^{②③} See Margaret Byrne Sedgewick, *Transborder Data Privacy as Trade*, California Law Review, Vol.105:1513, p.1515 (2017).

^{②④} See Graham Greenleaf, *Global Data Privacy Laws 2021: 145 Laws Show GDPR Dominance*, 169 Priv. L. & Bus. Int'l Rep. 1, 1 (2023); Graham Greenleaf, *Global Data Privacy Laws 2023: 162 National Laws and 20 Bills*, 181 Priv. L. & Bus. Int'l Rep. 1, 1 (2023).

^{②⑤} See Anupam Chander & Paul Schwartz, *Privacy and/or Trade*, University of Chicago Law Review, Vol.90:49, p.68 (2023).

有关,则该成员可采取必要措施使之得到遵守。^⑤然而,随着各国关于数据保护的立法大量增加以及实践逐步丰富,“一般例外”模式越来越难负其重。这不仅体现为各国法律关于“充分性”的认定极为严格和复杂,还体现为相关市场主体很难同时满足各国不同的数据保护要求,最终导致只有若干大型数字企业方可承担相应的合规成本。^⑥

面对 GATS “一般例外”模式所造成的“或隐私或贸易”危机,美国开始借助双边和区域自由贸易协定这一传统的跨国法律过程建构路径来实现其贸易自由优先于隐私保护和数据保护的政策目标。如 2013 年 6 月,当美国和欧盟启动《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)谈判时,曾制定专门针对数字贸易的章节,希望就保护数据自由流动、限制数据本地化以及保护源代码免受外国审查达成具有拘束力的协议。然而,随着 2016 年 10 月 TTIP 谈判正式搁浅,美国政府促进和保护数字贸易的政策屡有变更。

2018 年 11 月签订的《美墨加协定》(USMCA)可谓美国利用贸易协定推进全球数字治理模式的成功典范。为确保数据跨境流动,USMCA 在数字贸易章节采取了“一般原则+特殊例外”模式。其中,第 19.11.1 条将数据跨境自由流动确立为一项原则。第 19.8.2 条规定,每一缔约方在制定其个人信息保护的法律框架时,应当考虑相关国际机构的原则和指南。^⑦第 19.11.2 条规定,一缔约方为实现合法公共政策目标,可采取或维持一项禁止或限制数据跨境流动的措施。表面上看,该模式与 GATS 的“一般例外”模式有相似性,但是,考虑到 USMCA 第 19.8 条的其他条款对缔约方的个人信息保护法律框架施加了额外的实体和程序内容要求,^⑧可以认为,即便缔约方可基于“一般例外”享有数据出境裁量权,该权力的行使也应满足 USMCA 设定的最低国际标准。由此,通过更为自由化的 USMCA,美国就数据流动和数字治理建构起了适用范围相对有限的、带有明显霸权色彩的协商秩序。

然而,美国通过贸易协定推行自由化的数字治理模式有一个基本前提,即相对于其他贸易伙伴,美国在互联网和数字技术方面具有碾压式优势。一旦潜在对手在某项数字技术方面取得相对优势地位,美国将会面临其他国家正在面临的问题:其国内市场将会在“商业非管制原则”下被外国数字技术公司垄断,其社会价值将会在“反境外审查原则”下受到外国强势互联网文化的侵袭。^⑨在此情况下,美国的“市场驱动型”监管模式不足以保护美国的核心利益和价值。面对他国特别是我国数字技术的快速发展,美国不断调整本国数字治理政策。如“印太经济框架”(IPEF)谈判之初,美国政府所提出

^⑤ See GATS, § 14(c)(ii).

^⑥ See Michal S. Gal & Oshrit Aviv, *The Competitive Effects of the GDPR*, Journal of Competition Law & Economics, Vol.16:349, p.386 (2020).

^⑦ 根据 USMCA Art. 19.8.2 条,相关国际机构的原则和指南包括亚太经合组织(APEC)的《隐私框架》(2015 年)和经合组织(OECD)的《保护隐私和个人数据跨境流动指南》(2013 年)。

^⑧ USMCA 第 19.8.3 条规定了缔约方制定法律框架时所需考虑的关键原则;第 19.8.4 条规定了免受个人信息保护侵害的非歧视原则;第 19.8.5 条规定了透明度原则;第 19.8.6 条规定了相互兼容机制。

^⑨ See Jack Goldsmith, *The Failure of Internet Freedom*, in David E. Pozen ed., *The Perilous Public Square: Structural Threats to Free Expression Today*, Columbia University Press, 2020, p.241.

的数字“支柱”包含“可信且安全的跨境数据流动”条款。2023年10月,为回应美国司法部和联邦贸易委员会关于 IPEF 数字贸易章节可能会对“健全的反垄断执法的制定和执行”产生负面影响的担忧,美国政府通知其他 IPEF 与会国家,将推迟关于数字贸易保护标准的讨论。^{③①}

尽管美国关于数字贸易的政策有所变化,但断言美国将完全抛弃经由贸易规制来塑造全球数字治理的策略还为时尚早。只要美国数字巨头不放弃海外市场,那么除了利用贸易协定保障市场准入机会和公平竞争条件外,恪守经济帝国主义战略的美国政府似乎别无他法。^{③②}因此,建构一个以美国霸权为基础的协商秩序仍是美国政府的最优选择。

(二) 新兴“布鲁塞尔效应”建构路径

尽管美国就协调数据保护与数据流动之间的关系取得了一定的法律成果,但这一市场驱动型一元规制模式很难与欧盟权利驱动型二元规制模式相兼容。^{③③}在欧盟看来,仅仅针对数字贸易用户个人信息所确立的贸易框架及其最低国际标准无法充分回应欧盟关于个人数据保护的深层次关切。基于“个人数据保护在贸易协定中是不容谈判的”^{③④}这一立场,欧盟委员会制定了“关于跨境数据流动和个人数据保护的横向规定”^{③⑤}条款,用以确保个人数据保护的优先地位。在国际谈判实践中,欧盟形式上区分贸易自由化问题和个人数据保护问题,并建立起不同的推进机制。

为保护个人数据,促进数据在欧盟内部的自由流动,以及防止非欧盟国家滥用源自欧盟的数据,早在1995年,欧盟就制定了《数据保护指令》,并在2016年升级为可在成员国直接适用的 GDPR。就“将个人数据转移到第三国或国际组织”这一问题, GDPR 第五章基本延续了《数据保护指令》的做法,并有所拓展。首先,第44条确立了个人数据保护优先于贸易自由的原则。其次,为在个人数据保护和贸易自由之间寻求平衡,第45条引入了充分保护认定标准和程序。^{③⑥}最后,为防止制度僵化,欧盟设置了标准合同条款(SCCs)和约束性公司规则(BCRs)两套机制,允许各组织通过预先谈判达成具有约束力的数据交易标准,以满足个人数据保护要求。

理论上,任何一个主权国家均可采取欧盟上述举措,在将本国法域外适用的同时,分

^{③①} See Kenneth Propp, *Transatlantic Digital Trade Protections: From TTIP to 'Policy Suicide'?*, February 16, 2024, at <https://www.lawfaremedia.org/article/transatlantic-digital-trade-protections-from-ttip-to-policy-suicide> (Last visited on Mar. 15, 2024).

^{③②} See Thomas Bender, *The American Way of Empire*, World Policy Journal, Vol.23:45, p.56-58 (2006).

^{③③} 参见彭岳:《数据隐私规制模式及其贸易法表达》,载《法商研究》2022年第5期,第117页;Anu Bradford, *Digital Empire: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford University Press, 2023, p.11.

^{③④} European Parliament Resolution of 12 December 2017 on “Towards a Digital Trade Strategy” (2017/2065(INI)), 2018 O.J. (C 369/03); Press Release, Data Protection is Non-negotiable in International Trade Agreements, EDPS/2021/03, Brussels, 22 February 2021.

^{③⑤} European Commission, Horizontal Provisions on Cross-border Data Flows and Personal Data Protection (in EU Trade and Investment Agreements), at <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/627665/en> (Last visited on Mar. 15, 2024).

^{③⑥} 在 Schrems I 案和 Schrems II 案中,欧洲法院认为,充分性要求欧盟与第三国之间的数据保护水平不低于“基本等同”的水平。See Case C-362/14, Schrems v. Data Prot. Comm'r, ECLI:EU:C:2015:650, at 73-74, 96 (Oct. 6, 2015); Case C-311/18, Data Prot. Comm'r v. Facebook Ireland Ltd. & Maximillian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559, at 96, 104 (July 16, 2020).

别针对国家、企业和交易设立管理机制,以严格立法和灵活执法的方式,促使相关国家和市场主体主动采取措施以满足其本国法的要求。然而,实践中,似乎只有欧盟才能通过单边措施将其数字治理规则成功地输出到其他国家。这与学界所称的“布鲁塞尔效应”(Brussels Effect)——源于欧盟的规则可通过“单边规制全球化”进程渗透到欧洲之外息息相关。与美国通过谈判达成国际条约促进规制趋同、通过威胁或制裁将自身规则强加于其他管辖区的政治机制不同,“单边规制全球化”是规制国通过市场机制将其法律法规外化到境外,进而促进规制标准全球化的跨国过程。相关研究指出,要实现“布鲁塞尔效应”,规制国必须拥有庞大的国内市场和强大的规制能力,对无弹性目标(如消费市场)而非弹性目标(如资本)执行严格规则的倾向,以及规制标准的不可分割性。^{③⑥}

就数字治理特别是个人数据保护而言,欧盟基本满足上述利用单边措施建构跨国法律秩序的条件。一是在市场基础方面,欧盟数字市场规模庞大,消费模式较为成熟。为确保进入这一重要市场,数字服务提供者倾向于采用欧盟规制标准。二是在规制能力方面,欧盟机构拥有相应的专业知识、权力和资源来建立单一数字市场,保护个人数据权利。通过使不合规企业付出高昂代价或将之排除在欧盟市场之外等方式,欧盟对违规行为可实施有效制裁。三是在政治意愿方面,欧盟之所以就个人数据保护设置较为严格的规制标准,既与其追求较高人权保护标准和社会福利水平的长期政策密切相关,也是履行《欧盟基本权利宪章》关于个人数据保护规定的必然要求。四是在规制对象方面,欧盟相关法律以个人数据的收集、储存、处理等行为作为规制对象,只要欧盟继续拥有庞大的、有吸引力的消费者市场,则希望进入该市场提供数字服务的企业必须遵守涉及消费者保护的规制标准。五是在规制标准方面,只有当出口商的产品或行为在不同市场上因法律或技术原因不可分割,或者在任何地方遵守最严格的标准都比根据当地相关标准向不同辖区的消费者提供不同产品的成本要低时,出口商才有动力采用全球标准。^{③⑦} 2018年,谷歌、Facebook等科技公司宣布就消费者数据处理方式进行重大调整,以使之符合GDPR的要求。在实际操作层面,修订后的隐私政策适用于包括美国在内的所有地区的消费者。^{③⑧} 由此,GDPR的适用范围不仅仅局限于与欧洲有关的区域,还通过跨国公司的经营活动扩展到了全球范围。

总而言之,单边规制能否实现“布鲁塞尔效应”在很大程度上依赖于上述条件是否齐备和成熟,以及是否受到其他辅助性或阻碍性环境的影响。^{③⑨} 与美国通过国际协商确立跨国法律秩序的做法不同,欧盟通过单边措施所强加的跨国法律秩序在很大程度上依

^{③⑥} See Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020, p.22-23.

^{③⑦} See Jens Frankenreiter, *Cost-Based California Effects*, *Yale Journal of Regulation*, Vol.39:1155, p.1168 (2022).

^{③⑧} See Press Release, Facebook, *Complying with New Privacy Laws and Offering New Privacy Protections to Everyone, No Matter Where You Live* (Apr. 17, 2018), at <https://about.fb.com/news/2018/04/new-privacy-protections/> (Last visited on Mar. 15, 2024); Press Release, Google, *Our preparations for Europe's new data protection law* (May 11, 2018), at <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/our-preparations-europes-new-data-protection-law/> (Last visited on Mar. 15, 2024).

^{③⑨} See Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, *Towards a Global Data Privacy Standard*, *Florida Law Review*, Vol.71:365, p.394 (2019).

赖于跨国企业的合作以及本地区消费市场的吸引力,且受到企业“收益—成本”考量的约束。当其他国家的规制法律与欧盟的规制法律产生不可调和的矛盾时,欧盟强加跨国法律秩序的范围会受到实质性限制。

三、数字丝绸之路跨国法律秩序建构中的“北京效应”

以共建“一带一路”为实践平台推动构建人类命运共同体的动力主要源于国家驱动。在这一过程中,围绕共建“一带一路”而生成的跨国法律秩序具有高度“契约性”。^④具体到数字丝绸之路,我国主要通过向新兴市场提供数字基础设施,借助我国企业的海外经营来塑造跨国数字治理秩序。这一过程被冠名为“北京效应”^⑤,与美国和欧盟的基于规则的治理模式形成鲜明对比。

(一) 数字丝绸之路跨国法律秩序的“契约性”

作为一种新型的区域多边主义形态,“一带一路”倡议是我国加入WTO之后所提出的最具系统性和最有影响力的国际经济主张。从法律的角度而言,该倡议的推进具有三大特征:

第一,随着“一带一路”倡议的推进,我国与各参与国之间逐渐形成了轮辐网络。在该网络中,我国处于轮毂位置,其他参与国散布于轮辐,借助我国这一中心,形成了复杂的联结体系。我国与沿线国家的联结既是空间布局上的,也是合作领域上的。前者包含“五大方向”以及“六廊六路多国多港”的合作框架,后者包括政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通等主要内容。^⑥

第二,我国主要利用三条路径协同推进“一带一路”倡议的制度建设。一是推动现有国际机构和机制特别是联合国承认“一带一路”倡议,寻求国际共识。如2016年11月,在第71届联合国大会上,193个会员国一致赞同将“一带一路”倡议写入联大决议;2017年3月,联合国安理会通过第2334号决议,呼吁通过“一带一路”建设加强区域经济合作。二是发展与“一带一路”倡议有关的国际机构和机制。相关机制包括综合性的“一带一路”国际合作高峰论坛,以及针对争端解决、贸易、投资、知识产权等特殊领域的对话、峰会、谅解备忘录和国际会议等。三是在国内建构与发展“一带一路”倡议有关的机构和机制。在机构方面,2016年,最高人民法院设立国际商事法庭;2018年3月,我国政府成立了国家国际发展合作署。在机制方面,自由贸易试验区与跨境电子商务综合试验区同“一带一路”倡议实现了战略对接。^⑦

^④ 参见徐崇利:《“一带一路”国际经济法律制度的“契约性”特征》,载《法学》2019年第3期,第132页。

^⑤ Matthew S. Erie & Thomas Streinz, *The Beijing Effect: China's Digital Silk Road as Transnational Data Governance*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol.54:1, p.4 (2021).

^⑥ See Heng Wang, *China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability*, Journal of International Economic Law, Vol.22:29, p.35-43 (2019).

^⑦ 参见王力、黄育华主编:《中国自贸区发展报告(2017)》,社会科学文献出版社2017年版,第28-31页。

第三,共建“一带一路”的国际法成果大多体现为软法。在“一带一路”倡议提出之前,我国已同“一带一路”沿线国家签订了大量条约。在“一带一路”倡议提出之后,我国主要通过其他类型的国际法律文件来推进“一带一路”建设。从形式上看,这些文件包括联合公报、联合声明、协议、谅解备忘录、意向书、倡议书和共识等。通过软法这一形式,我国与众多利益相关方,如政府、企业、国际组织等建立了深度合作关系,意在指引和促进“一带一路”倡议的顺利实施。

上述三大特征决定了“一带一路”跨国法律秩序具有显著的“契约性”。虽然“一带一路”参与国众多,但这些国家只与我国保持“一带一路”意义上的稳定合作关系,其合作内容可因当事方约定的不同而有所区别。作为共建“一带一路”重要组成部分,数字丝绸之路跨国法律秩序的建构同样具有上述三个特征,其“契约性”尤为突出地体现在国际通信和数据流动的互联互通之上。就国际通信而言,数字丝绸之路或依附于或独立于其他设施联通项目,其建设均离不开政策沟通的推动和金融融通的支持。就数据流动而言,与美国和欧盟不同,基于尊重他国网络主权和数据主权的原则,我国避免利用硬法手段,如国际条约或本国法的域外适用,限制他国的数字治理能力,而是主张各方应坚持多边主义,坚守公平正义,统筹发展和安全,深化对话合作,完善全球数字治理体系,构建网络空间命运共同体。^④对于缺乏必要数字基础设施但致力于发展本国数字经济的“一带一路”沿线国家而言,我国政府的立场和做法有助于增强共建“一带一路”倡议对其的吸引力。

(二)“北京效应”建构路径

面对共建“一带一路”和数字经济带来的机遇和挑战,我国很少利用具有拘束力的法律规则来建构数字丝绸之路跨国法律秩序,这与如下两个方面的因素有关:

一是制度设想方面,共建“一带一路”以共商共建共享为原则,积极倡导合作共赢理念以及正确义利观,坚持各国都是平等的参与者、贡献者、受益者,这一原则和理念影响到我国关于全球数字治理的政策主张。

二是规制架构方面,我国企业主导着数字丝绸之路相关基础设施的建设、运营和维护等事项,我国政府可借助我国企业的自我规制来建构相关数字治理秩序。我国政府是建设数字丝绸之路的首倡者,我国企业是数字基础设施有形元素(如光纤、天线和数据中心等)的建设者和维护者和无形元素(如传输标准、网络协议和数字标识符)的设定者。除法律手段之外,借助我国企业的市场力量、行业标准的通用性、基础设施的物理限制等,我国政府仍可将符合自身利益的数字治理规则输出到数字丝绸之路沿线国家,从而建立起一个虽然没有正式法律形式但有等同法律效果的跨国软法秩序。^⑤即便相关企

^④ 参见前注⑪,《中国关于全球数字治理有关问题的立场(就制定“全球数字契约”向联合国提交的意见)》(2023年5月)。

^⑤ See Julie E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford University Press, 2019, p.227.

业的自我规制与“一带一路”国家的法律规制之间发生冲突,我国也可通过政策沟通或企业合规的方式解决。因此,在我国企业占据主导地位的情况下,只要把推动基础设施“硬联通”作为重要方向、把规则标准“软联通”作为重要支撑、把同共建国家人民“心相通”作为重要基础,就有可能形成一种新型的跨国数字治理模式。

就如何评价上述跨国软法秩序,国内外学者存在较大分歧。有国外学者将我国数字治理模式等同于“数字威权主义”,认为我国政府不仅将数字技术视为经济发展的关键驱动力,还将其视为维护乃至扩大政治控制的工具。^{④6}国内学者则认为,在全球网络空间治理体系中,数字丝绸之路沿线国家大多处于弱势地位,其核心技术和关键资源受制于他国,数据主权和信息安全受西方大国网络霸权的威胁。在此背景下,我国和沿线国家就网络安全和数据主权存在共同利益诉求,因此通过强化相关政治共识,加强政企联动,采取以规则为导向、开放包容、民主透明的法治化路径,有助于改善全球网络和数字治理格局。^{④7}

尽管从政治立场和价值判断上看,上述两类观点的分歧难以调和,但从技术层面分析可以发现,国内外学者均注意到数字丝绸之路国际软法秩序独有的两大驱动要素:我国和沿线国家对于数据主权的重视,以及我国企业在沿线国家数字基础设施建设和数字技术规则标准设置上的主导地位。正是在这两大要素的综合作用下,才产生了所谓的我国数字治理的“北京效应”^{④8},而由此建构的跨国法律秩序也在性质上和形态上迥异于美国的霸权协商秩序和欧盟的单方强加秩序。申言之,正是通过国家和企业间的二元互动机制,“北京效应”发挥着重要的秩序建构功能。

在国家层面,我国政府注重维护网络主权和数据主权,同时推动实现保护国家安全和促进经济增长两大目标,并建立起相对完备的法律保障机制,成为数字丝绸之路沿线国家竞相效仿的模板。对互联网行使国家管辖权是我国数字治理制度的核心,也决定了我国民众与外部世界接触的方式。其中,最为常规和有效的规制手段是数据本地化措施。就法律依据而言,《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》等均就数据本地化作出了相关规定;就适用领域而言,数据本地化措施被广泛应用于电信监管、在线内容管理、跨境数据流动、加密和关键基础设施安全等方面;就管辖区域而言,《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》的相关规定范围有逐步扩大的趋势。值得注意的是,在加强网络安全、数据安全和个人信息保护的同时,这些法律均将促进经济发展作为重要的立法目的之一,并根据经济发展的需要而加以动态调整。

^{④6} See Michael V. Ceci & Lawrence Rubin, *China's 5G Networks: A Tool for Advancing Digital Authoritarianism Abroad?*, *Orbis*, Vol.66:270, p.271 (2022); Jingyang Huang & Kellee S. Tsai, *Securing Authoritarian Capitalism in the Digital Age: The Political Economy of Surveillance in China*, *The China Journal*, Vol.88:2, p.25 (2022).

^{④7} 参见方芳:《“数字丝绸之路”建设:国际环境与路径选择》,载《国际论坛》2019年第2期,第74页;赵俊:《“一带一路”数字经济的发展图景与法治路径》,载《中国法律评论》2021年第2期,第52-53页。

^{④8} See Matthew S. Erie & Thomas Streinz, *supra* note 41, 21-23.

在企业层面,借助独特的社会主义市场经济体制,我国企业的经营行为能与国家政策保持方向上的高度一致。依附型数字丝绸之路建设大多由大型国有企业主导,此类国有企业的经营行为受到国家法律法规和党内法规的严格约束。独立型数字丝绸之路建设则主要依赖于我国民营数字技术企业(如阿里巴巴、腾讯、华为、京东、腾讯和字节跳动等)以及国有通信企业(如中国移动、中国联通和中国电信等)的参与。虽然在法律形式上,私营企业投资者可基于所有权依法享有获得资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利,但在经营过程中,相关业务越是深度嵌入社会生活之中,企业就越会受到国家体制的影响。因此,在数字丝绸之路建设过程中,各企业之所以将其在沿线国家的经营行为自我定性为“一带一路”建设的一部分,一个重要的考量因素是,此类行为极有可能获得国家较为充分的政策支持。^{④⑨}

上述国家和企业二元互动下的公司治理机制带有明显的“发展”导向,与现代西方国家所推崇的国家与企业二元对立下的公司治理机制存在性质上的不同。近年来,随着党领导下的公司治理改革的推进,部分公司治理顽疾得到了缓解。如通过加强对公司内部人员及其附属机构权力的控制,可降低监督的代理成本,从而为公司及其股东带来收益;通过加强对机会主义行为的打击力度,可移除不良管理者和腐败官员、提高资本可用性以及增加未来收益;而公司治理中党建工作的加强可使公司发展的优先事项更加明确,可缓和各级政府之间的利益冲突,降低协调成本,既能为国家带来直接收益,也能够为企业带来潜在收益。更为重要的是,在信息较为匮乏、各类主体间缺乏基本信任的市场条件下,中国特色的公司治理机制也为投资者提供了执政党仍会将经济增长作为最优项的重要信号。^{⑤⑩}虽然政治体制并不能取代法律和市场体制的所有功能,但在许多方面,企业的利益和国家的利益可以通过支持经济增长的政治体制而相互促进。因此,从经济学角度看,中国特色的公司治理机制的可行性并不取决于更有效模式的外部力量,而是取决于该制度能够抵御内部侵蚀,同时保持足够的可塑性,以支持本国经济的持续增长。也正是因为社会主义市场经济表征着一种“发展型”的国家治理模式,国家积极介入市场经济、国家和企业协同促进经济发展的做法可为数字丝绸之路沿线国家借鉴、效仿和利用。^⑪在发展才是硬道理的观念下,“北京效应”实现了尊重各国网络主权和数据主权以及促进当地经济发展的有机组合,为数字丝绸之路沿线国家的经济发展提供了中国方案和中国智慧。我国主导的数字丝绸之路跨国法律秩序更类似于一种自生自发秩序,其具体结构和内容留待各国共同创造和填充。

^{④⑨} See Hong Shen, *Building a Digital Silk Road? Situating the Internet in China's Belt and Road Initiative*, International Journal of Communication, Vol. 12:2683, p.2694 (2018).

^{⑤⑩} See Tamar Croswald Ozery, *The Politicization of Corporation Governance: A Viable Alternative?*, American Journal of Comparative Law, Vol.70:43, p.89-90 (2022).

^⑪ 参见黄宗智:《国家与社会的二元合一:中国历史回顾与前瞻》,广西师范大学出版社2022年版,第259页。

四、数字丝绸之路跨国法律秩序建构路径的优化

当前,数字丝绸之路跨国法律秩序仍处于初步形成阶段,“一带一路”实质上的双边“契约性”特征,以及“北京效应”所催生的自生自发秩序能否确保相关跨国法律秩序行稳致远仍需考量。为此,有必要从共建数字丝绸之路所欲达成之政策目标和愿景、现有建构路径在促进该目标和愿景得以实现的同时是否有助于跨国法律秩序的形成以及其他建构路径可否提供有益借鉴等方面加以综合分析。

(一)“北京效应”之于共建数字丝绸之路目标和愿景的契合度和局限性

就共建“一带一路”(包括数字丝绸之路)的目标和愿景,官方文件的表述不尽相同,经历了一个从模糊到清晰、从粗略到细致的发展过程。当前,共建“一带一路”的目标和愿景可表述为:我国政府旨在以共商共建共享为原则、以开放绿色包容为理念、以高标准可持续惠民生为目标,通过共建“一带一路”,推动实现世界各国的现代化,建设一个开放包容、互联互通、共同发展的世界,共同推动构建人类命运共同体的伟大进程。

如上所述,在建构数字丝绸之路跨国法律秩序的过程中,“北京效应”包括两大关键驱动因素:关于数据主权的国际共识以及我国企业的自我规制。就契合度而言,一方面,关于数据主权的国际共识符合我国关于全球数字治理的一贯政治立场。《中国关于全球数字治理有关问题的立场》这一文件明确主张,国家主权原则应适用于网络 and 数字空间。另一方面,发挥我国企业自我规制作用也有助于推动实现有效数字治理。《中国关于全球数字治理有关问题的立场》的提出使得信息技术企业可积极发挥与自身角色相匹配的作用。

虽然“北京效应”有助于实现数字丝绸之路建设的目标和愿景,但其建构的跨国法律秩序带有较为显著的自生自发特征,进而限制了相关目标和愿景实现的程度。具体而言,“北京效应”坚持各国都是平等的参与者、贡献者和受益者,因此深化战略对接和政策协调成为促进相关合作项目立项、建设、交付和运营的关键。也正因如此,任何一个“一带一路”沿线国家均可基于其数据主权,就共建数字丝绸之路提出有利于本国数字经济发展的规制模式,相关跨国法律秩序的原则、规则和程序可能呈现不同的法律样态,最终表现为碎片化的数字治理结构。不难想象,随着“一带一路”沿线国家数量的增加,所涉跨境流动数据在范围、数量、种类方面势必成几何倍增。在此情况下,仅以我国为一方,其他一国或若干国家为另一方,进行二元战略对接和政策协调,难以从制度上促进“一带一路”各参与国就数字治理规则达成必要的国际共识。更为重要的是,各国数字治理规则间的不同不仅限缩了我国企业通过自我规制创建跨国数字治理标准的制度空间,还直接影响到数据跨境自由流动,致使诸多企业跨国经营的合规成本大幅提高,或跨国经营难以为继。

就如何处理因各国数字规制冲突而引发的互联网碎片化问题,《中国关于全球数字

治理有关问题的立场》的具体建议层次分明。首先,在国际机制方面,应以联合国为主导,在成员国普遍参与的基础上,讨论制定一套具有全球可互操作性的网络空间规则 and 标准,推动构建多边、民主、透明的国际互联网治理体系。其次,在国家政策方面,一方面,各国应秉持发展和安全并重原则,推动信息通信基础设施互联互通建设,促进互联网技术和和平利用、合作共享;不得泛化国家安全概念、滥用管制工具、任意阻断全球信息通信产品供应链,特别是在商业基础上长期合作形成的供应链。另一方面,各国应坚持合作和普惠原则,充分考虑发展中国家在数字贸易领域面临的独特机遇与挑战,推动制定开放、包容的高水平数字贸易规则,加强各国政策协调配合,促进世界范围内公平自由的贸易和投资,反对贸易壁垒和贸易保护主义,推动形成世界数字大市场。最后,在国家和企业间的关系方面,应支持企业基于商业考虑独立选择使用信息通信技术和产品。数字丝绸之路建设是我国践行全球数字治理立场的具体平台,因此,上述具体建议可为解决数字丝绸之路建设中的数字治理碎片化问题提供指引。

但是,由于当代国际法的一个基本原则是,“在没有条约承诺或其他具体法律义务的情况下,一国不必继续维持特定的贸易关系”^②。因此,即便各国就《中国关于全球数字治理有关问题的立场》达成共识,该共识也不足以对相关国家随时改变立场、设立贸易壁垒和采取贸易保护主义措施构成限制,进而可能会阻碍数字大市场的形成。因此可以认为,通过“北京效应”来实现数字丝绸之路建设的目标和愿景这一路径因缺乏国际条约机制保障仍有较大的不确定性。

(二)“北京效应”的内在张力与双向强化

尽管同为跨国法律秩序建构路径,“北京效应”与传统跨国法律过程和“布鲁塞尔效应”在国内政策偏好和国际规制能力方面存在较大差异,体现出明显的国别特色。虽然具体建构路径有所不同,但美欧主导的跨国法律秩序充分揭示出西方资本主义世界体系下的全球化本质:就美欧等核心国家和地区而言,全球化表现为全球化的地方主义(Globalized Localism),即特定的地方性现象通过不同的建构路径成功地全球化;就被挟裹进相关跨国法律秩序的外围国家而言,全球化表现为地方化的全球主义(Localized Globalism),即特定的地方性现象为适应跨国的强制而变更和重构。全球化的地方主义与地方化的全球主义相互补充和相互作用,构成全球化的一体两面。^③无论是传统跨国法律过程还是“布鲁塞尔效应”,均有助于将维护本地区利益的规则映射到国际社会,形成本地区为核心的世界体系。

毋庸置疑,我国提出“一带一路”倡议也是一种全球化尝试。与美欧主导的全球化进程不同,共建“一带一路”秉持人类命运共同体理念,倡导并践行适应时代发展的全球观、发展观、安全观、开放观、合作观、文明观、治理观,为世界各国走向共同发展繁荣提

^② Military and Paramilitary Activities (Nicaragua/United States of America) Merits. J. 27.6.1986, I.C.J. Reports 1986, p.138.

^③ 参见[英]博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新法律常识:法律、全球化和解放》(第2版),刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,第220-222页。

供了理念指引和实践路径。^⑤通过这一过程,我国和沿线国家将构成“次级世界体系”,中国式现代化理念和实践有可能被扩展到“一带一路”沿线国家,既能为我国经济发展开拓新的国际市场,又能为中华民族伟大复兴奠定良好的国际环境。

与共建“一带一路”美好愿景相比,数字丝绸之路“北京效应”的规制架构——我国政府通过我国企业对数字基础设施的建设、运营和维护来建构数字治理秩序,所能发挥的作用不尽如人意。不可否认,通过“北京效应”,数字丝绸之路沿线国家的数字基础设施建设带有明显的中国印记,可在一定程度上影响乃至决定新兴经济体过渡到数字未来的路径和形态。但是,共建数字丝绸之路的前提之一是尊重沿线国家的数据规制主权。不仅我国政府在各种全球数据治理机构中倡导各国应尊重他国主权、司法管辖权和对数据的安全管理权,未经他国法律允许不得直接向企业或个人调取位于他国的数据,我国企业也越来越多地为发展中国家提供相关数字基础设施,提高其数据本地化的能力,影响新兴数字技术标准的制定,强化东道国的主权规制能力。虽然我国政府对参与共建数字丝绸之路的我国企业具有特定的控制力和影响力,但这些企业在数字丝绸之路沿线国家的经营活动仍首先受到东道国属地管辖权的约束。因此,我国借助数字基础设施所建构的跨国数字治理秩序,在根本上仍受制于东道国的数据主权。

由于数字丝绸之路沿线国家的政治、经济、文化和社会情况不一,数字技术发展水平各有差异,不同国家虽然理论上拥有同样的数据规制主权,但实践中可能因为规制意愿、规制能力和规制理念的不同,呈现出不同的规制样态。如一国允许我国数字技术企业在其管辖范围内采取某类技术标准或从事某类数据跨境行为,既可能是因为该国无规制意愿或暂时缺乏规制能力,也可能是因为其尚未形成较为成熟的规制理念。一国的数字基础设施越是发达,就越有可能强化数字技术设施所在国的规制意愿和规制能力,催生新的规制理念,在此情况下,必然会同经营者所属国的规制主权发生冲突。由此,经由数字基础设施所建构的跨国数字治理秩序存在着以我国为一方,以数字丝绸之路沿线国家为另一方的规制主权冲突。这种冲突构成了数字丝绸之路跨国法律秩序存续和发展的内在张力。

如上所述,因缺乏国际条约机制的保障,“北京效应”的内在张力直接影响到数字丝绸之路跨国法律秩序的稳定性。经由我国企业建设和运营数字基础设施这一中介机制,我国规制主权和东道国规制主权既有可能相互合作,也有可能相互冲突。如相关数字基础设施缺乏相应的法律基础设施加以保障,则很难持续运营下去。为优化数字丝绸之路跨国法律秩序,预防可能产生的规制主权冲突,借鉴美欧建构跨国法律秩序之经验,有必要在如下两个方面分别对“北京效应”予以优化:

第一,强化政策沟通机制,最大限度稳固全球数字治理共识,进一步协同数字丝绸之路沿线国家的规制意愿。共建“一带一路”不是单向的模式输出,而是双向的战略对

^⑤ 参见国务院新闻办公室:《共建“一带一路”:构建人类命运共同体的重大实践》(2023年10月10日)。

接。政策沟通是共建“一带一路”的重要保障,也是设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通得以顺利展开的重要前提。^⑤在共建数字丝绸之路的过程中,政策沟通尤为重要,这不仅是因为相关数字基础建设必须经由政府主导而确定,还因为只有沿线国家认同我国数字治理理念,才有可能为“北京效应”发挥作用提供有力政策保障。与常规的以项目对接为内容的政策沟通不同,数字丝绸之路的政策沟通应以确立共同的数字治理理念为核心要务。数字丝绸之路沿线国家越是接受我国数字治理目标——保护国家安全和促进经济增长,则越是愿意效仿我国数据治理的方式方法,各国规制主权发生冲突的几率也相应降低。

第二,强化国际贸易法硬法机制,协调数字丝绸之路沿线国家规制政策和措施。与欧盟利用“布鲁塞尔效应”迫使他国遵守欧盟数字治理规则不同,我国主要通过对本国数字企业的影响力来隐形输出本国数字治理规则。在此模式下,我国数字企业既是各国竞相规制的对象,也是跨国规范、规则、标准的发源地。基于网络主权、数据主权和数据本地化原则,数字丝绸之路沿线国家可凭借本国市场力量、规制能力以及相对较高的标准对我国数字企业提出额外规制要求,进而限制我国数字企业及我国政府塑造跨国法律秩序的能力。为保证我国数字企业的海外经营行为与我国政策偏好相一致,我国或是在域外适用其国内数字治理规则,或是将相关规则“上传”至国际层面,“转化”为国际规则。就前者而言,基于不干涉原则,我国很少在本国立法中设置进取型的域外管辖条款。即使存在相关条款,该条款的实施也可能阻碍数字丝绸之路的推进。当具有域外管辖效力的我国法律规定与东道国法律规定相冲突时,在东道国从事经营的我国数字技术企业将面临两难。一方面,倾向于与本国政府政策保持一致的数字技术企业将会压缩乃至停止在东道国的经营,进而导致共建数字丝绸之路受阻;另一方面,倾向于在东道国经营的数字企业将不得不采取数据本地化措施,最大限度地隔离本国和东道国业务,承担高昂的合规成本,如此仍会导致共建数字丝绸之路受阻。更有甚者,数字丝绸之路沿线国家数字基础设施建设能力和规制能力的提升,其可能会对经营者资质提出额外要求,我国数字技术企业很可能在相关数字市场成熟之时不得不退出相关市场。有必要在政策沟通的基础上,借鉴美国建构跨国法律秩序的做法,以国际软法,特别是我国与沿线国家签署的共同体声明、谅解备忘录中所列原则为指引,引入国际贸易法硬法机制,减少数字丝绸之路跨国法律秩序的“契约性”,增强其“规范性”。但与美国霸权协商秩序不同,我国主导下的数字丝绸之路跨国秩序以充分尊重各国规制主权为基础,并不预设国际最低标准,相关硬法规则除了明确国家义务、增加表述的精确度以及适当授权第三方处理争端之外,还应为各国“逃逸”国际义务设定必要的门槛和要求。这意味着,只要符合例外规则,各国仍可暂时从其国际贸易承诺中脱身,从而有效维护自身规制主权。

当前,《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)就缔约方如何规制电子商务作出了

^⑤ 参见乔榛:《“一带一路”建设的政策沟通功能》,载《学术交流》2018年第2期,第106页。

相关规定,但内容较为原则,存在诸多例外,且缺乏较为成熟的争端解决方式。在此背景下,2021年9月和11月,我国政府先后申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)和《数字经济伙伴关系协定》(DEPA),积极对标国际高标准经贸规则,推动扩大对外开放程度。就共建数字丝绸之路而言,RCEP、CPTPP和DEPA有助于强化我国与若干沿线国家之间的经贸关系,为沿线国家规制数字贸易行为设置较高的国际标准门槛。因此,在利用共建数字丝绸之路共同声明、谅解备忘录等软法逐步确立数字治理原则的同时,我国同样可以借助现有的巨型区域贸易协定防范沿线国家滥用规制权。虽然与国际软法机制相比,贸易协定的适用范围较为有限,但相关规定所涉义务更为明确,且可授权第三方予以解释和实施,能够有效增强缔约方承诺的可信度,解决不完全契约问题。^{⑤6}通过软法机制和硬法机制的有机组合,现有“北京效应”的法律拘束力将显著增强,可为数字丝绸之路建设提供一套具有较强拘束力和高度灵活性的法律制度框架,进而可保障数字丝绸之路建设行稳致远。

五、结 语

数据主权的核心原则是通过政府的有效控制,实现数字经济自主发展和保障数字社会秩序稳定。数据主权与网络自由之间存在一种此消彼长的关系,当政府出于经济、社会或政治目的,对国内和国家间的数据流进行密集控制和审查时,必然会限制和减损互联网全球互通互联和数据跨境自由流动程度。^{⑤7}面对数字经济洪流,从维护本国数据主权立场出发,我国提出了国家安全和数字经济发展相辅相成的数字治理理念,以及通过数据本地化措施确保数据安全的治理方法。为与美欧数字治理理念和方法相竞争,我国政府全方位利用各种国际机制倡导本国数字治理模式。如在签署的自由贸易协定中,回避数字治理事项,或仅施加若干宣示性义务;在参与互联网治理机构的活动时,积极协调多边治理和多元治理模式,强调网络主权、数据主权和国家的主导作用。此外,我国还积极通过自身创建或主导的国际组织或国际论坛等,宣传和推广我国数字治理理念和方法。而最能体现我国数字治理理念和治理方法的平台当属数字丝绸之路。

在共建数字丝绸之路的过程中,我国数字技术企业为沿线国家提供数字基础设施相关物理组件,制定相关国内和国际标准,切实提升了各国互联互动能力。同时,借助“北京效应”,通过规制和影响我国数字技术企业,我国政府在数字基础设施治理方面的影响力也与日俱增。然而,从维护数据主权的角度而言,企业与政府保持密切联系是一把双刃剑。相互连接的网络创造了相互依存的结构,而控制相关基础设施的主体可以将该结

^{⑤6} See Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization, Vol.54:421, p.421-422 (2000).

^{⑤7} See Andrew Keen Woods, *Litigating Data Sovereignty*, Yale Law Journal, Vol.128:328, p.360-366 (2018).

构武器化,创造出广泛搜集信息的“全景效应”和拒绝网络访问的“阻塞效应”。^{⑤8} 不难想象,在我国数字技术企业利用此类信息技术服务当地政府的同时,当地政府会推断此类企业是否也会利用类似技术满足我国政府的各类需求。这就给企业和政府之间、政府和政府之间的不信任埋下了种子。随着数据主权概念的广泛认同以及数字丝绸之路沿线国家数字治理能力的不断提升,原有微妙且脆弱的政策平衡会因规制意愿的变化或规制能力的增强而变得难以维系。为使数字丝绸之路建设行稳致远,除持续加强基于自愿的、不具约束力的政策沟通,增强政治互信之外,还有必要通过传统跨国法律过程,建构具有法律拘束力的国际贸易法硬法机制,减少不必要的监管要求差异,防范各方滥用规制权力。

Abstract: In the process of building the Digital Silk Road, Chinese enterprises dominate the construction, operation and maintenance of infrastructure related to the Digital Silk Road. In addition to conventional legal means, with the help of the market power of Chinese enterprises, the universality of industry standards, and the physical limitations of infrastructure, the Chinese government has the ability to export the digital governance rules that satisfy the needs of the countries involved as well as their own interests to the countries along the Digital Silk Road, and thus establish a digital governance order that has no formal legal form, but has the same legal effect. This construction path, named the Beijing Effect, is very different from the traditional transnational legal process of the United States and the Brussels Effect of the European Union, and helps to reveal the inner formation mechanism of the transnational legal order of the Digital Silk Road. Since the Beijing Effect is fundamentally constrained by the data sovereignty of the host country, it is necessary to strengthen the existing policy communication mechanism and introduce a new international hard law mechanism to harmonize the regulatory policies and measures of each country, so as to ensure that the construction of the Digital Silk Road is stable and far-reaching.

(责任编辑: 陈贻健)

^{⑤8} See Henry Farrell & Abe Newman, *Weaponized Interdependence: How Global Economic Networks Shape State Coercion*, *International Security*, Vol.44:42, p.42-44 (2019).