



对外经济贸易大学  
“惠园优博文库”项目资助出版

# 数字贸易国内规制中的 “必要性测试”研究

Research on the Necessity Test of  
Domestic Regulation in Digital Trade

鄢雨虹 著



对外经济贸易大学出版社  
University of International Business and Economics Press

责任编辑：邸蓓蓓

助理编辑：代凤洁

责任印制：沈德军

装帧设计：传奇天下

# 数字贸易国内规制中的 “必要性测试”研究

SHUZI MAOYI GUONEI GUIZHI ZHONG DE  
“BIYAOXING CESHI” YANJIU

ISBN 978-7-5663-2602-7



定价：52.00元



对外经济贸易大学

“惠园优博文库”项目资助出版

# 数字贸易国内规制中的 “必要性测试”研究

鄢雨虹 著

对外经济贸易大学出版社

中国·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

数字贸易国内规制中的“必要性测试”研究 / 鄢雨虹著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2024.9  
(惠园优博文库)  
ISBN 978-7-5663-2602-7

I. ①数… II. ①鄢… III. ①国际贸易-电子商务-贸易法-研究-中国 IV. ①D996.1

中国国家版本馆 CIP 数据核字 (2024) 第 112176 号

## 数字贸易国内规制中的“必要性测试”研究

鄢雨虹 著

责任编辑: 邱蓓蓓

助理编辑: 代凤洁

出版发行: 对外经济贸易大学出版社

社址: 北京市朝阳区惠新东街 10 号

网 址: [www.uibep.com](http://www.uibep.com)

资源网址: [www.uibepresources.com](http://www.uibepresources.com)

邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338

发行部电话: 010-64492342

E-mail: [uibep@126.com](mailto:uibep@126.com)

成品尺寸: 170mm×240mm

印 张: 12

字 数: 222 千字

ISBN 978-7-5663-2602-7

印 刷: 北京九州迅驰传媒文化有限公司

版 次: 2024 年 9 月北京第 1 版

印 次: 2024 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 52.00 元



**鄢雨虹** 对外经济贸易大学政府管理学院讲师，对外经济贸易大学法学博士，中国政法大学博士后，曾赴澳门大学法学院短期访学。主要研究领域为国际法学、数字法学、海关管理、经济制裁与反制裁等。主持中国博士后面上资助项目，参与多项国家社科基金项目。参编多部著作，在国内外核心期刊上发表论文数篇，部分论文被人大复印报刊资料全文转载。

## 序 一

作为本书作者攻读博士期间的指导老师，我有幸见证了鄢雨虹博士在学术领域的成长与发展，很高兴为她即将出版的首部学术专著作序。

鄢雨虹本科就读于西南政法大学民商法学院，硕博均就读于对外经济贸易大学法学院。在对外经济贸易大学法学院读博期间，雨虹始终严于律己、勤奋好学，不仅撰写并发表了多篇学术论文，而且积极参与我主持的国家社科基金重大项目，科研水平有了质的提升。随着学习的不断深入，她逐渐对数字经济时代的国际法前沿问题产生了浓厚的研究兴趣。在与我多次沟通讨论后，雨虹将“数字贸易国内规制中的‘必要性测试’研究”确定为其博士论文题目，并最终在全 A 的成绩顺利通过校外专家盲审与博士学位论文答辩。本书是以前其博士论文为基础，并结合国内外立法等最新实践对相关内容进行了修订或补增，体现了最新的发展动态与趋势。

数字贸易规则中的“必要性测试”源于一项基本的法律原则——比例原则，并由传统国际经贸协定中的“必要性测试”要求演化而来，已构成约束与规范缔约国在数字贸易领域采取国内规制的重要实体法规则。当缔约方之间发生贸易争端时，该测

试极易被争端解决机构作为考察被诉国是否违反其条约义务的关键规则，故需准确理解其法律内涵。因此，本书以数字贸易规则中的“必要性测试”这一要求为研究对象，并以WTO“必要性测试”法理为原点，综合采用多种研究方法，构建了一套考察与评估数字贸易国内规制必要性的前沿理论体系，对于包括中国在内的国家或地区准确适用相关“必要性测试”要求具有十分重要的理论价值与现实意义。

在更广意义上而言，稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放，是我国在新时期推进高水平对外开放、发展数字贸易、加快建设贸易强国的必由之路。本书全面梳理我国在数字贸易领域采取的主要国内规制，由此凝练出实践中存在的不足之处并提出了具体对策建议，体现出本书“立足于中国大地、解决中国问题”的学术研究与价值取向，亦在一定程度上为推动我国数字贸易治理能力与治理体系现代化、最终实现中国式现代化与中华民族伟大复兴提供了学理支撑。

我认为，本书为中国国际贸易法学界与实务界人士提供了一把窥探“必要性测试”奥秘的钥匙。期待本书的出版可以引发更多读者对于数字贸易法的进一步兴趣，助力提升国际经贸法学研究的学术水平与成果价值。



2024年6月20日于北京

## 序 二

作为鄢雨虹博士在中国政法大学从事博士后研究期间的合作导师，我见证了她在法大工作这两年的成长与蜕变；得知她的博士论文即将付梓出版，我甚感欣慰。

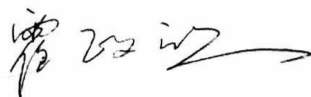
党的二十大报告对全面依法治国作出战略部署，强调“在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”，提出“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治”，这为加强涉外法治工作指明了前进方向。考虑到我国正致力于从国际经贸治理体制机制的建设者与追随者转变为引领者与领导者，中国学术界亟需向国际社会大力宣传我国在进一步扩大对外开放以来取得的相关建设成果，并输出一批从中国视角阐释“必要性测试”等晚近国际经贸规则的学术观点与研究成果，以增强我国在国际经贸治理与规则谈判中的国际影响力与号召力。

“必要性原则”是比例原则中的一项重要子原则，其核心要旨是在所有能实现目的的手段中，只有负面影响最低的手段才是必要的。该原则的提出最初是为了限制政府对公民权利的不当侵害或限制，而后被推广适用于更加广泛的社会治理领域。

当前，宪法、行政法、民法等诸多部门法学者已对该原则进行了深入阐释，部分国际法学者也从国际公法或国际经济法视角对之展开了研究。但随着国内与国际经贸治理的进一步演化与加速推进，有必要结合最新实践适时更新相关研究。

本书的出版恰逢其时。本书首先深入浅出地描绘了“必要性测试”的发展脉络与构成要件，这有助于不同学科背景的读者把握该概念的基本要点。随后，本书以世贸组织（WTO）争端解决机构在多个经典案件中作出的报告为载体，对WTO“必要性测试”法理进行了深入而准确的阐释与更新，弥补了现有研究滞后于实践发展的不足。在此基础上，本书结合WTO“必要性测试”法理对晚近经贸协定中的“必要性测试”规则进行了阐释，并以此考察我国数字贸易国内规制实践的不足，进而提出具体的改进路径，这使得本书兼具理论深度与应用价值。

我相信，本书将为有志于投身我国涉外法治事业的读者带来诸多心得与启示，并相信本书将对我国加强涉外经贸法治建设、健全涉外经贸法律制度有所裨益。



2024年7月10日于北京

## 引 言

随着数字技术加速融入社会经济社会发展各领域全过程，数字经济正成为重组全球要素资源、重塑全球经济结构、改变全球竞争格局的关键力量。数字贸易作为数字经济催生的新贸易方式，自然被世界上主要国家视为把握数字时代机遇、防范与应对各类风险与不确定性的重要方式。在此背景下，各国制定出诸多促进数字贸易发展和增强本国数字贸易竞争力的战略、政策、立法，等等。另一方面，由于以《WTO 协定》为代表的早期经贸协定对国内规制这类边境后措施的约束力度不足，部分数字贸易国内规制已成为制约数字贸易进一步自由化与高质量发展的主要体制机制障碍。

为防止一国采取的国内规制造成不必要的国际贸易障碍，并在尊重国家规制权基础上促进数字贸易自由化，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《区域全面伙伴关系协定》（RCEP）、《服务贸易国内规制参考文件》（SDR Reference Paper）等晚近经贸协定为缔约国在数字贸易领域行使国内规制权施加了“必要性测试”等国际法义务，例如要求缔约国努力避免对电子交易施加任何不必要的规制负担，以及对数据传输采取的限制不得超过为

实现正当公共政策目标所必要的限度。

数字贸易国内规制中的“必要性测试”作为平衡国家规制权与贸易自由化的一项重要规则，对其展开系统、深入的研究是对接国际高标准经贸规则、推进高水平制度型开放的应有之义，有助于我国在新时代全面深化改革与扩大开放中把握好开放与监管的尺度，在国际法框架内打造更加市场化、法治化、国际化的营商环境，并推进国家数字治理体系与治理能力现代化。本书采用文献研究、规范研究、社科法学研究、案例研究等方法，在系统梳理、总结和澄清WTO必要性测试法理的基础上，对数字贸易国内规制框架规则中的“不造成不必要规制负担”测试、个人信息保护规则中的“必要与成比例”测试、数据跨境流动正当公共政策目标例外中的“不超过必要/要求的限度”测试这三类典型的“必要性测试”展开了全面研究，类型化地构建出数字贸易国内规制的“必要性测试”理论体系，并以数据跨境流动、源代码与算法这两大数字贸易国内规制领域为例，具体分析了国内相关规制是否可能通过晚近经贸协定中的“必要性测试”。本书还系统考察了中国数字贸易国内规制的现状与基本立场，凝练出不同“必要性测试”给我国带来的具体挑战，并提出了因应之道。

本书的研究表明，数字贸易国内规制中的“必要性测试”与早期经贸协定中的“必要性测试”既存在一定相似性，又存在诸多不同，应结合具体规则中的具体表述进行条约适用与解释。在数据跨境流动领域，由于当前还不存在国际上普遍认同的可替代数据本地化措施的合理可用措施，一国以安全为由采取的数据本地化措施可能因满足一般例外或正当公共政策目标例外中的“必要性测试”而成功抗辩数据本地化措施具有合法性。在源代码与算法规制领域，采取源代码措施的国家能否成功援引相关例外则需区分情况讨论。就中国而言，其备受争议的部分数据本地化措施与源代码措施可能通过“必要性测试”，但也有部分数字贸易国内规制或因难以通过“必要性测试”而存在合法性质疑，本书据此提出了中国因应相关“必要性测试”的具体路径。

# 目 录

## 导论 // 1

- 一、研究背景与研究意义 // 2
- 二、研究方法 // 6
- 三、本书结构、主要观点与创新点 // 7

## 第一章 必要性测试的基础理论 // 11

### 第一节 宪法与行政法中的比例原则理论 // 12

- 一、比例原则的演进与比较 // 12
- 二、比例原则的构成要件 // 15

### 第二节 国际贸易法中的必要性测试法理 // 19

- 一、GATT 与 GATS 一般例外中的必要性测试 // 20
- 二、SPS 协定义务条款中的必要性测试 // 28
- 三、TBT 协定义务条款中的必要性测试 // 29
- 四、必要性测试法理小结 // 32

## 第二章 必要性测试的前沿理论 // 35

### 第一节 国内规制框架规则中的“不造成不必要规制负担”测试 // 36

- 一、本测试的发展演进 // 37

二、本测试的适用解析 // 40

## 第二节 个人信息保护规则中的“必要且成比例”测试 // 49

一、本测试的入约背景 // 49

二、本测试的适用解析 // 54

## 第三节 正当公共政策目标例外中的“不得超过必要/要求的限度”测试 // 59

一、本测试中的目标正当性审查 // 60

二、“不得超过要求的限度”之内涵 // 61

三、“不得超过必要的限度”之理论建构 // 64

## 第四节 必要性测试前沿理论适用中的重难点 // 69

一、数据跨境流动国内规制的必要性问题 // 70

二、源代码和算法国内规制的必要性问题 // 71

# 第三章 数据跨境流动国内规制中的必要性测试 // 75

## 第一节 规则适用与必要性测试关键点 // 76

一、数据跨境流动国内规制的规则适用 // 76

二、必要性测试关键点 // 79

## 第二节 数据本地化措施在基本安全例外中的必要性 // 83

一、与必要性测试相关的自裁权问题澄清 // 83

二、数据本地化措施的必要性分析 // 88

## 第三节 限制数据跨境流动替代措施的合理可用性 // 96

一、基于风险路径的合理可用性 // 96

二、相关标准和最佳实践的合理可用性 // 100

三、CBPRs 对于成员保护隐私的合理可用性 // 104

# 第四章 源代码和算法国内规制中的必要性测试 // 107

## 第一节 规则适用与必要性测试关键点 // 107

一、源代码和算法国内规制的规则适用 // 108

二、必要性测试关键点 // 111

## 第二节 源代码和算法国内规制在不同例外中的必要性 // 115

一、基本安全例外下的必要性 // 115

二、其他例外下的合理可用性 // 119

## 第三节 源代码规则对国家规制权的影响与应对 // 121

一、原则性规定的影响与应对 // 122

# 导 论

在分析本书的研究背景和研究意义之前,有必要明确“国内规制(domestic regulation)”的内涵。<sup>①</sup>首先,理解“规制(regulation)”是理解“国内规制”内涵的前提。根据《新牛津英汉双解大词典》,“regulation”指规章、规则、规定、指令等。<sup>②</sup>理论界则对“regulation”的内涵缺乏统一理解。例如,塞尔兹尼克和科林·斯科特等学者宽泛地将“regulation”界定为“公共机构对社会群体重视的活动所进行的持续集中的控制”。<sup>③</sup>但也有学者从政治经济学角度指出所有的工业化都存在市场体系和社群体系这两类经济组织,鉴于“regulation”主要发生在社群体系中,应将其狭义地界定为“国家为了纠正市场失灵以满足集体或公众的利益而寻求指

---

① 国内学者对“domestic regulation”存在“国内规章”“国内法规”“国内管制”“国内规制”等译法。本书倾向于将其翻译为“国内规制”,因为“规制”与“规章”“法规”相比,其不仅可体现各类静态规范,也可体现规范在制定、监督和执行上的动态过程。并且,“规制”与“管制”相比用语更加中性,更符合目前国际规制改革中提倡的放松政府控制、引入多元化治理的理念和趋势。

② 《新牛津英汉双解大词典》,上海外语教育出版社 2007 年版,第 1787 页。

③ [英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,清华大学出版社 2018 年版,第 3-4 页。

导或鼓励那些如果没有国家干预就不会发生的经济活动”。<sup>①</sup>

从“规制”的广义和狭义定义可以看出该概念的内涵非常宽泛，要准确理解“国内规制”的内涵，则最好将其放置到特定语境中。例如，以《服务贸易总协定》（GATS）第6条为代表的服务贸易规则就是理解服务贸易国内规制的恰当语境。尽管GATS第6条未明确“domestic regulation”的内涵，但第6.1条规定的“每一成员应保证所有影响服务贸易的普遍适用的措施以合理、客观和公正的方式管理”暗示“domestic regulation”的内涵与外延较为宽泛。并且，结合世界贸易组织（WTO）争端解决机构对GATS第6条、第16条、第17条适用问题的解释，可发现服务贸易领域的“domestic regulation”指的是一国在该领域采取的特定几类非歧视性措施。<sup>②</sup>在数字贸易语境下，数字贸易国内规制框架规则也是理解数字贸易国内规制的恰当语境。鉴于该规则同样未对“domestic regulation”进行界定，且未将“domestic regulation”限于资质要求与程序、技术标准、许可要求与程序（下称“QTL措施”），本书将“数字贸易国内规制”宽泛地界定为“一国在数字贸易领域采取的任何非歧视性措施”。

## 一、研究背景与研究意义

### （一）研究背景

互联网、大数据、云计算、人工智能、区块链等技术加速创新，日益融入经济社会发展各领域全过程，各国竞相制定数字经济发展战略……数字经济发展速度之快、辐射范围之广……正在成为重组全球要素资源、重塑全球经济结构、改变全球竞争格局的关键力量，<sup>③</sup>数字贸易作为数字经济发展催生的新贸易方式，已成为全球数字治理的重要议题。<sup>④</sup>在后疫情时代，加快发展数字贸易亦已成为各国把握数字时代机遇、防范与应对各类风险与不确定性的主要方式。但与发展数字贸易的重要性相比，包括我国在内的大部分国家关于数字贸易的规则、规制、管理、标准等仍存在不同程度的缺位或不足，与新一代经贸协定中的相关规则相比存在一定差距，亟须进一步完善数字贸易国内规制体系建设，提升驾驭数字贸易发展的国内规制能力。

1. 部分国内规制已成为限制数字贸易进一步自由化与高质量发展的主要障碍  
数字贸易通常可分为数字货物贸易和数字服务贸易两种基本类型，并因数

① [英] 安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 1-2 页。

② 根据 GATS 第 6.4 条，本条涵盖的非歧视性措施限于资质要求与程序、技术标准、许可要求与程序。

③ 参见习近平：《不断做强做优做大我国数字经济》，载《求是》2022 年第 2 期。

④ 参见张大卫：《扩大制度型开放 促进数字贸易高质量发展》，载《全球化》2023 年第 5 期，第 19 页。

字贸易中往往伴随数据跨境流动而将该类型包括在内。其中，数字货物贸易指“线上交易+线下交付”的货物贸易，典型例子是通过亚马逊和淘宝等电子商务平台进行的化妆品和手机等实体产品的贸易；数字服务贸易通常包括以数字化方式提供传统服务的贸易（例如在线教育服务）和数字内容服务贸易（例如在线音视频服务）。尽管以WTO协定为代表的国际经贸协定消除了大量关税和非关税类市场准入限制，但其对非歧视性国内规制这类边境后措施的约束力度仍有不足，数字贸易国内规制成为制约数字贸易进一步自由化与高质量发展的主要体制机制障碍。

首先，工商登记、报关手续、关税和增值税等税收政策、海淘产品标识要求、电子支付等国内规制限制了数字货物贸易的进一步自由化。其次，部分负担性“QTL措施”、对服务提供者施加的负担性义务或责任限制了数字服务贸易的进一步自由化。再次，部分国家采取的数据本地存储或加工等数据本地化要求不同程度地阻碍了数据跨境自由流动，制约了数据在支撑数字贸易发展中的作用发挥。最后，鉴于源代码（source code）<sup>①</sup>和算法（algorithm）<sup>②</sup>等技术对物联网、车联网和人工智能等行业发展的重要性，以及软件或制造业产品中含有的源代码和算法可能存在潜在技术缺陷或安全漏洞、在关键基础设施中使用外国源代码或引发国家安全风险等因素，部分国家要求外国企业在特定情形下转让或公开其源代码或算法。<sup>③</sup>但美国和一些企业认为大部分强制转让、公开源代码或算法的做法不仅损害了企业的知识产权与合法权益，打击了企业的创新热情，而且不利于实现安全和隐私等政策目标，反而构成了严重的软件数字贸易壁垒。

## 2. 必要性测试在国际经贸协定中呈扩张趋势，进一步凸显其重要性

“必要性测试（necessity test）”广泛地存在于国际法领域，是一项重要的习惯国际法规则或成文法规则。在国际公法领域，包含必要性测试在内的比例原则是判断自卫、报复、反措施、对人权的限制等做法是否合法时应考虑的重要原则。<sup>④</sup>在国际经济法领域，以WTO协定为代表的国际经贸协定通过国家安全例外和一般例外等条款，明确要求缔约方采取的相关措施对于保护基本安全利益或实现特定公共政策目标是必要的，WTO争端解决机构据此逐渐发展出了一

① 软件源代码（也称“源程序”或“源码”）是以编程语言编写的接近人类自然语言的符号化指令序列，是软件设计需求和思想的文字表达，通过编译程序转换为机器可读的目标代码后，计算机即可执行相关指令。参见李明、孙彦：《计算机软件的知识产权保护》，知识产权出版社2009年版，第52-54页、第98-101页。

② 根据《美墨加协定》等国际经贸协定的界定，算法指为解决问题或获得结果而采取的一系列明确指令。

③ 如无特别说明，本书所指的“软件”指专有软件或闭源软件（proprietary software）。

④ 参见韩秀丽：《论WTO法中的比例原则》，厦门大学出版社2007年版，第91-111页。

套必要性测试法理。当国内规制涉嫌违反市场准入和非歧视待遇等义务时，上述例外条款中的必要性测试往往是判断争议措施是否合法的重要法律工具。

近年来，必要性测试在国际经贸协定中呈扩张趋势，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）、《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）等区域经贸协定新增多款包含必要性测试的数字贸易新规则（包括积极义务规则和积极抗辩规则）。例如，CPTPP、DEPA、RCEP、《美墨加协定》（USMCA）的数字贸易国内规制框架规则中均包含了“不造成不必要规制负担”这一积极义务，并在数据跨境流动规则中新增了包含必要性测试的正当公共政策目标例外；CPTPP 和 USMCA 在源代码规则中新增了包含必要性测试的具体例外情形；USMCA 还在个人信息保护规则中新增了要求相关国内规制与存在的风险“必要且成比例”这一积极义务。因此，相关缔约方在遵守传统义务之外还需遵守上述必要性测试新规定。

WTO 协定等传统经贸协定将数据跨境流动、个人信息保护和源代码等数字贸易事项作为例外事项，意味着缔约方原则上有权在上述领域进行国内规制，其仅在相关规制违反市场准入和国民待遇等义务时才需援引国家安全例外和一般例外等条款证明相关规制的合法性。相反，CPTPP 和 USMCA 等晚近区域经贸协定通过规定明确的数据跨境流动、个人信息保护或源代码等规则，将上述事项纳入贸易事项，意味着缔约方在上述领域进行国内规制时原则上应以不违反数据自由跨境流动或个人信息保护等积极义务为条件。在后一种情况下，载于此类数字贸易规则中的必要性测试成为判断相关国内规制是否合法的第一层检验，其重要性得到进一步凸显。

### 3. 必要性测试对于平衡自由贸易与国家规制权具有不可替代的作用

必要性测试与市场准入、非歧视待遇、互认、国际标准、透明度一样，都是促进贸易自由化的主要法律工具，但其与后五类法律工具相比，在平衡自由贸易与维护国家规制权方面更具优势。这是因为服务贸易领域的市场准入和国民待遇纪律限于缔约方的具体承诺，而相当一部分数字贸易又由服务贸易构成，因而市场准入和国民待遇纪律对缔约方的约束同样以缔约方的具体承诺为限。并且，各国在数字贸易国内规制方面具有不同国情和实践，目前缺乏国际公认的安全和隐私等国际标准，各国达成互认协议和国际标准的进展也较慢。此外，尽管透明度有助于减少隐形保护主义，但其无法消除更持久更深层次的低效率，过高的透明度要求还可能对数字贸易造成过度负担。因此，现阶段上述几类工具在平衡自由贸易与国家规制权方面的作用有限。

相反，必要性测试通常是不同国家达成更高标准数字贸易规则的同时又能保障国家规制权的折中方式。例如，CPTPP、DEPA 和 RCEP 等协定引入了禁止限制数据跨境流动、禁止强制转让或获取源代码等高标准规则，但上述部分