

跨国数字存在的投资适格性及其保护

曾建知*

摘要:跨国数字存在是指经营者以互联网为依托将资本投入他国、取得数据及其衍生权益等资产的控制和管理权并在东道国以纯数字或数字和实体商业机构混合形态运营的新型商业存在。国际投资条约可作为规制跨国数字存在的基础法律框架。根据国际投资条约对“投资”的定义,数据及其衍生权益属于投资资产,以此为基础的跨国数字存在整体上可被视为适格投资,投资者与国家间争端解决机制具有可适用性。当前,投资协定出现引入数字规则的趋势,经济伙伴关系协定数字规则呈现出“亚太模式”与“欧盟模式”,且有大量包含数字规则和投资规则的新近协定将两者挂钩,明确了跨国数字存在的投资适格性。我国应统筹国内法与国际法,根据我国的利益诉求,积极参与塑造适用于跨国数字存在规制的国际投资规则和数字规则。

关键词:跨国数字存在 投资适格性 数据权益 国际投资规则 国际数字规则

跨国数字存在^①是指经营者以互联网为依托将资本投入他国、取得数据及其衍生权益等资产的控制和管理权并在东道国以纯数字或数字和实体商业机构混合形态运营的新型商业存在。^②近年名列全球前100位的跨国企业约有15%是数字企业,其在全球产业链中占据越来越

* 深圳大学区域国别与国际传播研究院副研究员

基金项目:司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(22SFB5056)、深圳大学社科2023计划(ZYQN2322)

① 本概念参考了国外文献中的“数字存在(Digital Presence)”“虚拟存在(Virtual Presence)”概念。See Eniko Horvath and Severin Klinkmuller, The Concept of “Investment” in the Digital Economy: The Case of Social Media Companies, 20(4) Journal of World Investment & Trade, 577 (2019); European Commission, Proposal for a Council Directive Laying down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence, 2018, p. 2; UNCTAD, World Investment Report: Investment and the Digital Economy, 2017, p.158.

② 本定义借鉴了世界贸易组织《服务贸易总协定》第28条、《区域全面经济伙伴关系协定》服务贸易章节第8.1条关于“商业存在”的定义。尽管商业存在常被作为国际服务贸易形式之一,但其实际上就是国际投资。在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》中,商业存在未被服务贸易章节涵盖,而是转由投资章节规定和调整。参见石静霞:《中国加入CPTPP谈判中的服务贸易重点问题》,《中外法学》2023年第4期。并且,参照前述协定对“商业机构”的定义,本定义中的“实体商业机构”包括企业/法人。

重要的地位。^① 中国是全球数字经济的引领性国家,^②巨大的市场和优质的数字基础设施吸引着跨国数字投资,中国数字经营者亦正在全球范围内谋求发展。^③ 跨国数字存在事实上控制着全球数字经济最重要的生产要素——数据。数据是一种具有价值的资产已成共识,^④但在数据之上是否及如何赋权,目前有大量的理论争论。跨国数字存在运营时需要经常性地跨境传输数据,往往牵涉东道国的数字经济发展、公共利益、国家安全及东道国国民的个人隐私。就如何有效地规制新兴的跨国数字存在,国际法治协调机制尚未形成。各国近年频繁出台数字经济法规和政策,其中有不少涉及数据控制者跨境传输数据的行为,更新的外商投资法也开始出现与数字经济相关的规则。然而各国的数字经济立法差异较大,存在域外适用冲突。作为规制跨国投资的基础法律框架,国际投资条约^⑤具有潜在的可适用性。跨国数字存在不同于以往的国际投资形态,作为其重要基础的数据资产亦不同于有形资产。传统双边投资条约签订时间较早,通常没有关于数字经济的直接规定,能否适用于跨国数字存在,值得探讨。晚近签订的经济伙伴关系协定通常设立数字经济章节,^⑥近两年还出现了专门的国际数字经济伙伴关系协定,这些数字规则与投资规则的关系亟待评估。国际投资条约及相应的国际投资争端解决机制能否适用于跨国数字存在的先决性问题是跨国数字存在是否具有投资适格性。^⑦

一、跨国数字存在的内涵与投资争端

与传统实体投资相比,跨国数字存在在东道国最重要的资产数据及以此为基础的数字化运营具有诸多新特点。东道国以国内法规和政策规制新型跨国数字存在已引发大量冲突。

(一) 数据权益

^① See UNCTAD, World Investment Report: International Tax Reforms and Sustainable Investment, 2022, p. 41. 跨国数字存在的重要形式之一是跨国数字企业,本文在引用时遵从原文表述。

^② See UNCTAD, Digital Economy Report: Cross-Border Data Flows and Development: For Whom the Data Flow, 2021, p.2.

^③ 参见沈钊:《中国制造一站卖全球有了新销路》,《羊城晚报》2023年3月9日。

^④ See UNCTAD, Digital Economy Report: Cross-Border Data Flows and Development: For Whom the Data Flow, 2021, p.iv.

^⑤ 国际投资条约包括双边或区域投资协定和含有投资规则的经济伙伴关系协定。经济伙伴关系协定包含货物/服务贸易、投资、数字经济等多种国际经济规则,有些被命名为自由贸易协定、贸易与合作协定等,但在内容和性质上类似,以下统一称为“经济伙伴关系协定”。

^⑥ 较早的经济伙伴关系协定多将章节命名为“电子商务”,新近的经济伙伴关系协定则命名为“数字贸易”或“数字经济”。笔者认为,大部分经济伙伴关系协定“电子商务”或“数字贸易”章节规定的内容实际上超出了贸易范畴,而“数字经济”可涵盖投资、贸易(含电子商务)、金融等多种数字经济活动,更符合章节的规则内容,故以下统称为“数字经济章节”。

^⑦ 近期国内有若干研究探讨数据的投资属性/适格性。参见刘禹、王雅茜:《数据的投资属性和投资仲裁风险》,《对外经贸》2022年第2期;赵丹、娄卫阳:《数据的投资适格性及中国因应》,《社会科学家》2022年第10期;宋俊荣:《国际投资协定对数据规制措施的可适用性:以适格投资为中心》,《环球法律评论》2023年第2期;张渝:《国际投资法框架下数据资产的适格性研究》,《电子知识产权》2023年第2期。笔者认为,数据本身作为一种资产并不构成经营性的投资,但可作为数字存在的基础,而本文界定的跨国数字存在涵盖经营者主体及其运营的多种数据相关资产,才是探讨是否具有投资适格性的适当对象。

2021年《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)第3条将数据定义为:“任何以电子或者其他方式对信息的记录”,也即数据是信息的载体。数据以某种形式经过处理、描述或与其他数据比较后能转换为具有意义的信息,进而为人所利用,^①因而具有价值。按来源或控制主体不同,数据可分为个人数据、公共数据和企业数据。企业不仅拥有自身经营的数据,掌握大规模数据处理技术的数字企业还能控制个人数据和公共数据。在数据控制能力较弱的国家,跨国数字存在还可无偿地获取东道国个人数据和公共数据,并从中获利。

对于作为一种新型资产的数据,在国内法上是否被赋予权利、被赋予何种权利以及对之适用什么法律规范来调整等基础性问题,学术界存在较大的理论分歧。学术界对于数据权利属性的理解,目前主要有两种进路:(1)数据财产权。根据传统私法权利理论,西方国家学者最早提出隐私财产化,^②我国学者或认为数据上应设定所有权,^③或主张应对经营者配置数据经营权和资产权、^④数据持有权,^⑤或提出数据财产权二元结构(即数据原发者拥有所有权,处理者则拥有数据用益权),^⑥或认为应配置邻接权或著作权等知识产权,^⑦甚或将数据财产权确立为与物权、知识产权相并列的新型财产权利。^⑧(2)数据法益。还有学者主张打破整全性的赋权模式,^⑨基于经营者控制数据的事实,赋予数据防御性法益,区分不同类型和场景,通过侵权法、合同法或竞争法等对数据加以保护。^⑩尽管这两种理论赋权模式迥异,但都不否认数字经营者对数据具有某种财产性权益。相较于国内数据权益如火如荼的法理争鸣,跨国数字存在的数据权益却鲜有被触及。实际上,与国内数字经营者控制的数据相比,跨国数字存在控制的数据涉及的权益分配更为复杂和特殊。跨国数字存在投入人力、资金、技术等资本在东道国获取并实际控制、开发数据,理应取得数据权益,其中不仅有对数据本身的权益,也涵盖数据衍生的权利,如数字产品所有权、知识产权、数字服务合同权利等。而且不能忽视的是这些数据上同时存在多元化的权益主张,包括东道国的国民个人隐私权、政府公共利益数据规制权、国家数据主权,以及投资者母国对本国数字经营者的规制权。这不仅涉及东道国、投资者母国的不同数字经济公私法律制度安排,还涉及国际法律秩序。

有关跨国数字存在数据权益的根本性问题(如跨国数字存在控制的东道国数据究竟属于谁?应当属于谁?权利义务如何在相关主体之间合理分配?)无法仅通过相互冲突的各国国内数字经

① 参见龚沛曾、杨志强主编:《大学计算机》,高等教育出版社2017年第7版,第84页。

② See Lawrence Lessig, *Privacy as Property*, 69 (1) *Social Research*, 247 (2002).

③ 参见纪海龙:《数据的私法定位与保护》,《法学研究》2018年第6期。

④ 参见龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,《政法论坛》2017年第4期。

⑤ 参见高富平:《论数据持有权 构建数据流通利用秩序的新范式》,《中外法学》2023年第2期。

⑥ 参见申卫星:《论数据用益权》,《中国社会科学》2020年第11期。

⑦ 参见张素华:《数据产权结构性分置的法律实现》,《东方法学》2023年第2期;刘鑫:《企业数据知识产权保护的理论证立与规范构造》,《中国法律评论》2023年第2期。

⑧ 参见张新宝:《论作为新型财产权的数据财产权》,《中国社会科学》2023年第4期;陈星:《数字时代数据产权的理论证成与权利构造》,《法商研究》2023年第6期。

⑨ 参见许可:《数据权利:范式统合与规范分殊》,《政法论坛》2021年第4期。

⑩ 参见梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,《中国社会科学》2016年第9期;丁晓东:《新型数据财产的行为主义保护:基于财产权理论的分析》,《法学杂志》2023年第2期;Lothar Determann, *No One Owns Data*, 70 *Hastings Law Journal*, 1 (2018).

济法解决。由于数据及其衍生权益具有资产价值,因此国际投资条约中主要以资产定义“投资”的国际投资规则以及当前经济伙伴关系协定中正在形成且并不统一的数字规则均具有潜在的可适用性。并且,国际投资条约具有协调跨国投资者与国家及国家间关系的功能,是调整跨国数字存在复杂数据权益结构较为理想的法律框架。

(二) 数字化运营模式

由于数据可通过互联网迅速且低成本地跨境传播和使用,因此跨国经营者能以数字存在实现全球化经营,其运营模式与传统跨国经营者的经营模式相比有很大不同。这给国际投资条约的适用带来挑战。联合国贸易与发展会议(以下简称联合国贸发会)按数字化程度和功能将跨国数字企业分为4类:(1)互联网平台,如搜索引擎、社交网络等;(2)数字解决方案提供者,如电子与数字支付、云服务提供者等;(3)电子商务,如网络零售商、线上旅行代理等;(4)数字内容提供者,如数字媒体和游戏、数据与分析服务提供者等。前两类是完全在数字环境中运营的纯数字经营者,而后两类是以数字为主、实体为辅的混合经营者。^① 跨国数字存在采用了轻海外资产运营模式。据联合国贸发会统计,跨国数字企业的海外销售额占总销售额的比率高达70%,而海外资产占总资产的比率仅为40%,海外销售份额与海外资产份额的比值为1.8,纯数字经营者的这一比值更是高达2.6,远高于普通跨国企业的比值(1.0)。^② 这说明跨国数字存在以较低的海外资本投入获取了较高的利润,其中包含了东道国数字市场释放的红利。轻海外资产运营模式产生的主要原因是跨国数字存在都会通过网站、移动应用程序等向用户提供线上数字化服务,在东道国设立的实体性分支机构较小,甚至不设立分支机构。从法律角度看,轻海外资产的数字化运营模式意味着跨国数字存在在东道国的大部分资产并非传统意义上的项目企业、动产、不动产等实体性资产,而是可以通过互联网数字化运营的无形财产,主要有以下几类:(1)数据。跨国数字存在可以在投入资本后获取、处理、加工东道国当地的个人或公共数据,形成数据资产,也可以将实际控制的数据作为资产投入。(2)数字服务合同。例如,跨国数字存在通过电子化的方式与用户签订服务合同,掌握大量用户数据的跨国数字存在则会与商家签订广告、营销服务合同。(3)知识产权。例如,著作权、专利、商业秘密等。可见,跨国数字存在在东道国境内很大程度上并非实体性存在,而表现为数字存在,甚至是纯数字存在。

(三) 国内单边规制争端

跨国数字存在经常性地通过互联网将牵涉各方复杂利益的大量数据传输出境处理或交易,且在东道国主要或完全以数字化形态运营。在缺乏有效国内或国际法律监管的情况下,极易出现数据滥用。各国竞相推出数字经济规制的法律和政策,这种单边规制正在全球范围内引发争端。欧盟法院曾先后裁决美欧之间关于跨境传输数据的“安全港”协议、“隐私盾”协议无效,^③致使美国数字企业在欧盟的经营一度受阻。一些发展中国家为维护安全采取严格的限制跨境传输

^① See UNCTAD, *World Investment Report: Investment and the Digital Economy*, 2017, p.165.

^② See UNCTAD, *World Investment Report: Investment and the Digital Economy*, 2017, pp.169-170.

^③ See *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, Judgment in Case C-362/14, 6 October 2015; *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland and Maximillian Schrems*, Judgment in Case C-311/18, 16 July 2020.

数据政策(如要求跨国数字企业在当地存储数据、^①设立实体机构^②等),引起跨国数字企业的抗议。中国的跨国数字企业亦遭到打压。印度是中国移动应用程序最大的海外市场之一。自2020年6月至2023年2月,印度政府多次发布禁令,共禁用500多款中国移动应用程序,包括具有广泛影响力的字节跳动、腾讯、阿里等中国跨国数字企业旗下产品,声称这些移动应用程序盗窃用户数据并秘密传输至印度境外,威胁到印度的国家主权、安全、公共秩序和个人隐私保护。^③中国数字企业通过印度国内行政申诉维权收效甚微,被禁用的移动应用程序持续增多,其中有59款遭到永久封禁。^④自2020年8月,美国特朗普政府以中国人开发或控制的移动应用程序大规模收集数据威胁美国国家安全、外交政策和经济为由,动用《国际紧急经济权利法案》先后发布3项总统行政令,禁止美国人与抖音海外版(TikTok)、微信海外版(WeChat)、支付宝等10个中国移动应用程序进行交易,迫使这些数字企业在美国停止运营,甚至强行要求抖音海外版母公司(中国数字企业字节跳动)转让抖音海外版所有权,^⑤或由美国数字企业接管抖音海外版公司控制的数据,^⑥这实际上是要求跨国数字企业将控制数据本地化。2021年6月,现任美国总统拜登就互联软件应用签署《保护美国敏感数据不受外国敌对势力侵害的行政令》,尽管其撤销了前述特朗普签署的3项行政命令,但维持了特朗普签署的更为基础的《保护信息和通信技术与服务供应链的行政令》,并指示美国商务部对可能带来过大风险的互联软件应用交易进行持续评估。^⑦2023年至2024年初,美国参众两院议员不断提出新法案旨在禁用抖音海外版。^⑧

虽然国内数字经济规制的法律和政策及其执行机构能较为迅速地实现跨国数字存在的境内规制,但是以下几个因素的存在使得国际投资条约对跨国数字存在的调整成为必要:单边性国内

^① 参见《印度国有数据分享和访问政策—2012》第10条;《越南网络安全法》第1条;《马来西亚个人数据保护法案》第129条;张倩雯:《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应》,《法商研究》2020年第2期;Andrew D. Mitchell & Jarrod Hepburn, Don't Fence Me in: Reforming Trade and Investment Law to Better Facilitate Cross-Border Data Transfer, 1 (19) Yale Journal of Law and Technology, 182 (2018).

^② 参见《普京签署法律 外国大型科技公司必须在俄罗斯设立办事处》, <https://finance.sina.com.cn/tech/2021-07-01/doc-ikqcfnc4406459.shtml>, 2024-01-02。

^③ See India Adds 54 More Chinese Apps to Ban List, <https://www.reuters.com/world/india/sea-owned-game-free-fire-unavailable-india-after-ban-chinese-apps-2022-02-15/>, 2024-01-02; India to Ban Chinese-Linked Betting and Loan Lending Apps, <http://www.reuters.com/world/india/india-ban-chinese-linked-betting-loan-lending-apps-ani-2023-02-05/>, 2024-01-02.

^④ 参见柳胡博峰、张婷鸽、魏辉:《印度要永久封禁59款中国App》,《环球时报》2021年1月27日。

^⑤ See Addressing the Threat Posed by TikTok, and Taking Additional Steps to Address the National Emergency with Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, Executive Order 13942 of August 6, 2020; Addressing the Threat Posed by WeChat, and Taking Additional Steps to Address the National Emergency with Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, Executive Order 13943 of August 6, 2020; Addressing the Threat Posed by Applications and Other Software Developed or Controlled by Chinese Companies, Executive Order 13971 of January 5, 2021.

^⑥ See United States Pursues Regulatory Actions Against TikTok and WeChat Over Data Security Concerns, 115 (1) American Journal of International Law, 124 (2021).

^⑦ See Protecting Americans' Sensitive Data from Foreign Adversaries, Executive Order 14034 of June 9, 2021.

^⑧ See Restricting the Emergence of Security Threats that Risk Information and Communications Technology Act (RESTRICT Act), S.686, 7 March 2023; Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act, H.R.7521, 3 March 2024.

规制极易受当地政治因素干扰,中立性难以保证;一些国家国内司法救济程序公正性堪忧;国内法的域外可适用性有限,国内行政或司法机构管辖权的域外扩张会加剧各国间的冲突。

二、国际投资规则下的跨国数字存在

跨国数字存在因采用轻海外资产的数字化运营模式而在东道国主要以数字化形态出现,与传统投资相比具有特殊性。以下试从投资的定义出发,探讨跨国数字存在的投资适格性。

(一) 投资的定义

《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)第25条规定,解决投资争端国际中心对“直接产生于投资的法律争议”拥有管辖权,但是没有对“投资”做出定义。早期国际投资条约对投资定义的主流模式是“基于资产”,也有不少国际投资条约“基于企业”来定义投资。^①“基于资产”的投资定义(如2003年《中国和德国双边投资协定》第1.1条)通常包含两个要件:一是要求在东道国“境内”依法投入资产,即与东道国存在领土上的关联性;二是“投资”须属于协定列举的各种资产,如股权、债权、合同权利、知识产权、特许经营权、动产和不动产等。而“基于企业”的投资定义(如2012年《中国和加拿大双边投资协定》第1.1条)直接将企业或其他与企业相关联的资产列为投资。笔者认为,“基于资产”的投资定义列举的股权必然与企业相关,两种定义模式中列举的投资资产实际上大同小异,只是“基于企业”的投资定义相对更能体现投资的经营性。

是否存在符合定义的投资,也即投资是否适格,常成为国际投资仲裁案管辖权争论的焦点,尤其是在涉及无形资产的案例中。仲裁庭在投资认定标准上存在较大分歧:^②有部分学者认为,《华盛顿公约》对涵盖的“投资”有客观的限制性标准,提出了“投资”须满足的特征,主要有:(1)实质性的资本投入,(2)持续一定期间,(3)承担交易风险,(4)对东道国的经济发展有所贡献。此即著名的“萨里尼标准”。^③还有一部分学者则认为,应根据当事人的合意来确定是否存在投资,^④当事人的合意可以是投资者与东道国之间的合同、东道国投资立法或国际投资协定。^⑤“严格地适用客观标准或当事人合意并不总是适用于投资的一般性界定”,将两者结合起来是更为妥当的

^① See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, pp.7–11.

^② See Dolzer Rudolf & Schreuer Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p.74.

^③ See *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001.“萨里尼标准”为很多仲裁庭所采用。See *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004; *Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd v. Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.

^④ See *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008; *Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd v. Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009.

^⑤ See Schreuer Christoph, *Commentary on the ICSID Convention*, 11(2) *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 318 (1996).

做法。^① 在近期的案例中,这两种解释方法有融合的趋势,通常被结合起来以判断是否存在投资。^② 近年签订的国际投资条约对投资的定义纳入了仲裁庭在案件中确立的投资判断标准,并且呈现出趋同,形成了投资特征一般定义加投资资产列举的新模式。例如,《区域全面经济伙伴关系协定》第 10.1 条对“投资”的定义为“投资指一个投资者直接或间接,拥有或控制的,具有投资特征的各种资产,此类特征包括承诺资本或其他资源的投入、收益或利润的期待或风险的承担。投资可以采取的形式包括:(1)法人中的股份……(3) 合同项下的权利……(7) 动产、不动产及其他财产权利”。这种投资定义模式可较为全面地涵盖各种投资资产,同时通过投资特征确保具备经营性,防止投资概念的过度扩张。

根据当前的投资定义,就跨国数字存在的投资适格性,国际投资仲裁庭首先需要判断跨国数字存在对数据本身的控制权,以及围绕数据产生的各种权益,是否属于国际投资条约的投资定义所涵盖的投资资产;若回答是肯定的,则进一步判断跨国数字存在是否与东道国领土有关联、是否符合当事人合意或客观投资特征等标准。

(二) 跨国数字存在的投资属性分析

1. 数据权益的投资资产属性

为了给投资者提供全面的保护,国际投资条约多采用“包括但不限于”的非穷尽式投资资产列举条款(如《中国和英国双边投资协定》第 1.1 条),或其他有形或无形财产及相关财产权利之兜底性条款(如《中国和加拿大双边投资协定》第 1.1 条)来定义投资,国际投资仲裁庭也通常采取宽泛的解释,具有涵盖数据及其衍生权益的可能性。以下笔者试对跨国数字存在持有的多种数据权益是否构成投资资产进行分析。

第一,数据无形财产(权)。无形财产(权)被仲裁庭界定为投资资产不乏先例。在“菲达克斯诉委内瑞拉案”^③中,申请人认购了委内瑞拉政府为履行一项服务合同债务而发行的期票。仲裁庭认为《荷兰和委内瑞拉双边投资协定》将投资宽泛地定义为“任何种类的资产”,包括“资金、其他资产及具有经济价值的请求履行之权利”,断定申请人持有的期票是投资资产。“阿巴克拉特诉阿根廷案”^④仲裁庭不仅认定申请人持有的阿根廷主权债券是投资资产,还指出无形动产、债券、许可等无形财产(权)均可被认定为投资资产。^⑤ 尽管对于是否赋予数据新型资产财产权尚存在较大争议,但无形的数据具有财产价值已是共识。据此,数据无形财产(权)可属于国际投资条约规定的“其他无形财产(权)”投资资产。

^① See Dolzer Rudolf & Schreuer Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p.76.

^② See *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018.

^③ See *Fedax N.V. and The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997.

^④ See *Abaclat and Others (formerly Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.

^⑤ See *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003; *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedohaz Vagyonkezele v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Award, 17 April 2015.

第二,数据知识产权。根据国际投资条约的投资定义,知识产权被纳入投资的范畴。^①近年来,有投资者利用国际投资仲裁机制维护商标、^②专利^③等知识产权。跨国数字存在的数据资产在符合知识产权法规定的情况下,可成为国际投资条约列举的知识产权投资资产。若跨国数字存在对数据集合的选择和编排具有独创性,则可取得数据库著作权;若数据集合处于秘密状态且具有商业价值,则可作为商业秘密获得保护。^④不过,在很多情况下,跨国数字存在控制的数据集合难以满足著作权法对独创性的要求;并且,跨国数字存在的运营模式决定了需要经常性地交易、流通、公开部分数据,这些数据通常不可能处于秘密状态下,因此无法成为知识产权投资资产。

第三,数字服务合同权利。早期的国际投资条约的投资定义涵盖的合同权利非常宽泛,包括具有经济价值的任何金钱或行为请求权、法律或合同授予的商业特许权(如2003年《中国和德国双边投资协定》第1.1条)。近期国际投资条约的投资定义中的合同权利有所收窄,一般是指交钥匙、建设、管理、生产、特许权、收入分享等合同项下的权利(如《中国与东盟全面经济合作框架协议投资协议》第1.1条),有些则明确规定投资资产“不包括仅仅来源于货物或服务买卖商业合同及与此类商业合同有关授信的金钱请求权”[如《区域全面经济伙伴关系协定》第10.1(c)条]。在国际投资仲裁实践中,并非所有的合同都可被认定为投资资产,需结合合同的性质及其他投资判断要素加以确定。一般认为,普通的货物或服务买卖合同不构成投资。^⑤但具有经营性的私人服务合同可被认定为投资资产。在“波斯卡诉立陶宛案”^⑥(以下简称“波斯卡案”)中,申请人与立陶宛公司间签订有提供生产气泡酒专有技术的服务合同,仲裁庭根据申请人在较长时间内多次前往立陶宛,在服务合同项下有实质性投入并收取回报,断定服务合同构成投资资产。由此可见,跨国数字存在与东道国政府签订的信息、网络类数字基础设施建设和运营合同,较易被认定为投资资产。但跨国数字存在的主要经营模式是通过互联网为用户提供线上服务,以及为商户提供广告或营销服务,与大量用户、广告或营销商之间存在服务合同。并且,与一次性的服务贸易不同,跨国数字存在一般会根据当地用户(或商户)的语言、货币等有针对性地设计移动应用程序、网站,并长期提供服务。参照“波斯卡案”,数字服务合同虽属于私主体之间签订的商事合同,但若具有长期经营性,则也能构成投资资产。

第四,数据相关实体性资产。跨国数字存在在东道国境内可能有实体性资产,如设有运营数据资产的子公司、分公司、办事处,或拥有数字企业中的股权,或有数据存储设备、计算机、通信基

^① 参见田晓萍:《国际投资协定中知识产权保护的路径及法律效果——以“礼来药企案”为视角》,《政法论丛》2016年第1期;何艳:《知识产权的投资适格性——基于投资条约的文本和案例分析》,《社会科学辑刊》2015年第6期。

^② See Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision of Jurisdiction, 2 July 2013.

^③ See Eli Lilly and Company v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.

^④ 参见马忠法、胡玲:《论数据使用保护的知识产权制度》,《电子知识产权》2021年第1期。

^⑤ See Schreuer Christoph, Commentary on the ICSID Convention, 11 (2) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 318 (1996); Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009.

^⑥ See Luigiterzo Bosca v. Republic of Lithuania, PCA Case No. 2011-04, Award, 17 May 2013.

基础设施等不动产或动产。这些资产显然属于国际投资条约定义的投资资产,不过在跨国数字存在投资中所占的比重通常较低。

基于数据及其衍生权益,跨国数字存在能以数字化形态在东道国经营,这种很少或没有依托于实体性资产的数字存在是否构成投资,还需要根据其他投资标准加以判断。

2.与东道国领土的关联性

实体性资产与东道国领土的关联性较易判断,但对于无形财产则较为困难,尤其是数据资产。投资者既可能将数据存储在东道国境内的设备中,也可能将数据存储在其认为适当的任何地方的设备中,出于降低成本、技术保障、数据安全等方面的考虑,后者在现实中更为普遍。在国际投资仲裁实践中,有处理同为无形资产的金融工具与东道国领土关联性的先例。在“阿巴克拉特诉阿根廷案”^①中,仲裁庭认为“投资所在地首先取决于投资性质。对于纯金融属性的投资,相关标准有别于涉及运营、劳动力及财物等投资,应为资金的最终使用地和/或受益人,而并非资金支付或转移地”。“数据所存储的计算机、磁盘等物品的位置反映了数据的属地性”,^②跨国数字存在控制数据的存储设备在东道国境内的,较易满足领土关联要求。欧盟委员会确立的跨境非实体商业数字运营建立公司税应税联系是基于在当地提供数字服务的收入、用户数量和/或商业合同数量达到特定标准之上的。^③有鉴于此,在数据未存储在东道国境内而纯跨国数字存在提供服务的最终使用地或受益人在东道国境内且在当地订立有大量用户、商户服务合同和/或获得利润时,也可满足领土关联的要求。此外,笔者认为,如果东道国的法律规定,收集、处理数据与东道国境内的主体相关即受东道国法律管辖(如《数据安全法》第2条)或东道国对跨国数字存在采取一定规制措施(如要求删除不合法内容、征收数字服务税等),^④那么将会增强跨国纯数字存在与东道国领土的关联性。

3.当事人合意和投资特征

若当事人通过合同、东道国立法或国际投资条约对何为“投资”达成明确合意,则断定是否存在投资较为容易。但如果当事人合意模糊或投资资产形式比较特殊,那么投资特征就成为判定是否存在经营性投资的重要标准。若跨国数字存在投入了实体资产,以营利为目的,存续了一定期间,承担经营风险,则较易满足投资特征。很多跨国数字存在采取纯数字经营模式,在这种经营模式下,主要涉及数据及其衍生权益这些非实体性投资资产。跨国数字存在在东道国收集、挖掘、分析数据需要投入大量的资金、人力、技术等资本,需要长期运营才能累积数据、获得利润,亦面临着风险,^⑤如东道国数据立法变动导致经营权被剥夺或受不公平不公正的对待、歧视等。同

^① See *Abaclat and Others (formerly Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.

^② 杨永红:《美国域外数据管辖权研究》,《法商研究》2022年第2期。

^③ See European Commission, Proposal for a Council Directive Laying down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence, 2018, p.16.

^④ See Eniko Horvath & Severin Klinkmuller, The Concept of “Investment” in the Digital Economy: The Case of Social Media Companies, 20 (4) *Journal of World Investment & Trade*, 577 (2019).

^⑤ See Chaisse Julien & Bauer Cristen, Cybersecurity and the Protection of Digital Assets: Assessing the Role of International Investment Law and Arbitration, 21 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 549 (2018).

时,若跨国数字存在能推动东道国数字经济发展如服务用户、税收贡献等,则跨国数字存在亦能契合国际投资条约确立的投资特征。

4. 投资整体性考量

投资往往包括相互关联的多种投资资产。在“CSOB 诉斯洛伐克案”^①中,仲裁庭认为,即便一项交易单独不构成《华盛顿公约》项下的投资,但如果交易构成适格投资整体不可或缺的一部分,那么争议也应当被视为直接产生于投资。这种将投资作为整体加以考量的方法,为后续的仲裁庭所接受。^②如前所述,跨国数字存在也涉及多种投资资产,而且无形财产占有很大比例。若将跨国数字存在涉及的这些不可分割的部分作为整体来考量,^③则其可被认定为适格投资。即便纯跨国数字存在没有在东道国设立实体商业机构,但由于其运营的移动应用程序、网站相当于虚拟的分支机构,其长期持有数据、知识产权和/或合同并获取利润,从整体上也可视其为适格投资。

综上,无论是数字与实体混合存在,还是纯数字存在,跨国数字存在通过互联网在东道国经营都需要投入资金、人力、知识产权等资本,并需要较长期的积累才能形成具有经济价值的数据集,以营利为目的持续地为当地用户和营销、广告商提供数字产品或服务,并承担风险,从整体上而言,能被认定为适格投资。值得注意的是,数据本身可作为一种投资资产,但单独并不足以构成适格投资。如果跨国数字存在没有实质的经营性活动,不符合投资特征,但如果仅仅因为其控制数据就认定为适格投资,那么将导致投资概念过度扩张,引发跨国数字存在滥用投资者权利的风险。并且,如果跨国数字存在控制的数据主要是在东道国获取的,就要考虑东道国数据规制权正当行使的因素。

(三) 投资实体与程序规则的可适用性

如果跨国数字存在控制的数据及衍生权益被视为投资资产,而以此为基础的跨国数字存在被认定为适格投资,那么跨国数字经营者即为外国投资者。跨国数字存在母国与东道国之间签订的大量传统双边投资协定和经济伙伴关系协定中的投资规则就具有可适用性。

从实体规则方面来看,国际投资条约规定的投资待遇标准可适用于跨国数字存在,包括国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇、全面的安全与保护、不得征收投资以及投资的自由转移等。东道国政府加强对跨国数字存在的规制,已引发大量争端。美国、印度政府封禁中国移动应用程序的做法实际上已经构成对外国数字经营者的歧视,损害了投资者的合理期待,实质性地剥夺了投资者的投资。东道国对网络犯罪打击不力也可能违反对投资者全面的安全与保护义务。^④东道国的数据本地化措施可能与投资者自由转移投资及利润权利产生冲突。当然,东道国也可利

^① See *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

^② See *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004.

^③ See Eniko Horvath & Severin Klinkmuller, The Concept of “Investment” in the Digital Economy: The Case of Social Media Companies, 20(4) *Journal of World Investment & Trade*, 577 (2019).

^④ See Chaisse Julien & Bauer Cristen, Cybersecurity and the Protection of Digital Assets: Assessing the Role of International Investment Law and Arbitration, 21 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 549 (2018).

用国际投资条约公共政策目标规制例外进行抗辩,使自身的数据规制措施正当化。

从程序方面而言,当权益受到东道国不当干预时,跨国数字投资者有权根据国际投资条约利用投资者与国家间争端解决机制来解决跨国数字投资者与东道国的争议。尽管目前还没有实际产生涉及跨国数字存在的相关案件,但随着全球数字经济规制竞争日趋激烈,此类案件极有可能涌现。并且,从前述分析来看,仲裁庭很可能通过扩张解释,将跨国数字存在认定为适格投资,进而行使管辖权。投资者与国家之间争端解决机制的适用效果具有两面性:一方面跨国数字投资者的正当权益可得到保护,防止东道国滥用数据规制权,并将巩固数据规制法律原则;另一方面,国际投资条约法本身成为数据规制机制,对东道国的规制形成阻却效应。^①

三、国际数字规则中的跨国数字存在

随着近年跨国数字存在跨境传输数据的增多,国际投资条约尤其是经济伙伴关系协定中已然出现影响跨国数字存在经营的数字规则,新兴的数字经济伙伴关系协定也在不断涌现。

(一) 国际数字规则的趋势和模式

根据研究目标,笔者从已签署且文本可获知的 3 191 项双边投资协定、496 项经济伙伴关系协定以及 96 项双边投资条约范本中^②发现以下国际投资条约数字规则的发展趋势和模式。极少量(1.9%)的双边投资协定及双边投资条约范本包含数字规则,其中有 3 项为中国对外签订的双边投资协定。^③ 此类国际投资条约近 10 年来数量增长十分迅速(占含数字规则条约的 65%)。由此可以预测,双边投资条约将愈来愈多地引入数字规则。经济伙伴关系协定更多地引入了数字规则,有 15%的经济伙伴关系协定包含数字经济章节。2003 年新加坡与澳大利亚、美国签订的经济伙伴关系协定最早纳入独立的数字经济章节,并影响到其他亚太国家之间签订的经济伙伴关系协定,包括《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》《区域全面经济伙伴关系协定》,形成了“亚太模式”。该模式经济伙伴关系协定数字经济章节包含的条款数量不断增长,^④并逐渐从倡导性的软规则转变为具有强制约束力的硬规则。直至 2010 年,欧盟对外签订的经济伙伴关系协定如 2010 年《欧盟和越南自由贸易协定》第 8 章中方才出现数字经济章节,其显著的特点是与投资、服务贸易规定在同一章。欧盟签订的经济伙伴关系协定与数字经济相关的条款数量很少,规定十分简单,主要是倡导缔约方之间开展规制合作对话的软规则。目前经济伙伴关系协定数字经济章节采“亚太模式”的最多,采“欧盟模式”的次之,还有少量经济伙伴关系协定混合了两大模式的特点。例如,2016 年《加拿大和欧盟自由贸易协定》第 16 章虽为独立的数字经济章节,但简

^① See Lucas Daniel Cuatrecasas, *International Investment Policy and the Coming Wave of Data—Flow Disputes*, 11 (2) *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 285 (2022).

^② 国际投资条约文本数据来源于: <https://edit.wti.org/>; 统计截止日期: 2024 年 1 月 2 日; Wolfgang Alschner, Manfred Elsig, Rodrigo Polanco, *Introducing the Electronic Database of Investment Treaties (EDIT): The Genesis of a New Database and Its Use*, 20 (1) *World Trade Review*, 73 (2021).

^③ 即 2021 年《中国和欧盟全面投资协定》、2019 年《中国香港特别行政区与澳大利亚双边投资协定》、2017 年《中国香港特别行政区与东盟投资协定》。

^④ 例如,2003 年《新加坡和美国自由贸易协定》数字经济章节仅包含 4 个条款,而 2018 年《美国—墨西哥—加拿大协定》数字经济章节条款已多达 18 个条款。

约的条款规定却与“欧盟模式”经济伙伴关系协定相似;《英国和新加坡自由贸易协定》数字经济章节原本属“欧盟模式”,后来2022年双方签订的数字经济协定将其更替为“数字贸易与数字经济”章节,实质规则更接近“亚太模式”经济伙伴关系协定。

(二) 跨国数字存在的投资属性界定

近年双边投资协定及双边投资条约范本引入数字规则即表明缔约者已认识到外商投资与跨国数字经济活动的密切联系。目前双边投资协定及双边投资条约范本中的数字规则数量很少、规定十分简单,且有明显的国别聚集性特征,主要有以下几类:(1)1.3%的协定就东道国对个人数据保护作出规定,日本、新加坡对外签订的双边投资协定引入此类条款的最多;(2)0.3%的协定对数据通信或服务产业作出了保留,日本双边投资协定多包含该种条款;(3)0.3%的协定对知识产权的定义涵盖数据库或源数据,此类条款多出现在中东、中亚国家间签订的双边投资协定中;(4)直接对外商数字投资经营作出规定的协定微乎其微(0.1%),如2021年《加拿大境外投资促进与保护协定范本》(以下简称《加拿大范本》)第12.1(h)(g)条业绩要求条款禁止缔约方限制投资者以电子方式跨境传输信息、要求投资者转移软件源代码,其以缔约方义务之形式规定了外国数字投资者的基本经营权利和最低待遇标准,事实上也是对跨国数字存在投资属性的认可。

部分经济伙伴关系协定则将数字经济章节与投资章节挂钩,这使得跨国数字存在控制的数据及其衍生权益成为投资资产,跨国数字存在的投资适格性具有明确的规则依据,而跨国数字经营者可作为投资者享有经济伙伴关系协定赋予的权利。根据笔者统计,有69项经济伙伴关系协定同时包含数字经济章节和投资章节,其中有75%的经济伙伴关系协定将两者相挂钩,挂钩条约数量近5年大幅增长,挂钩比率近20年持续在50%以上。但中国签订的5项经济伙伴关系协定中仅有《区域全面经济伙伴关系协定》以及正在申请加入的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》将数字经济与投资章节挂钩,面临规则调适的巨大挑战。不过,“亚太模式”与“欧盟模式”的挂钩方式大相径庭。

“亚太模式”经济伙伴关系协定最早将数字经济章节与投资章节挂钩,主要体现在以下两个方面:(1)数字经济章节定义的主体包括投资章节定义的外国投资者及投资[如《区域全面经济伙伴关系协定》第12.1(b)条]。这直接表明,跨国数字经营者若在东道国长期运营数字产品生产和服务,则可被视为外国投资者,跨国数字存在则能构成投资。(2)数字经济章节与投资章节的规则具有可交互适用性(如《区域全面经济伙伴关系协定》第12.3.5条)。数字经济章节的适用范围条款规定,缔约方对以电子方式提供或履行的服务形成影响的措施,受投资章节所规定的义务、例外或不符措施的约束。这充分肯定了在东道国经营数字服务的跨国数字存在可具备投资属性,东道国对其采取的规制措施须遵守投资保护义务,仅在投资章节有例外规定或被不符措施清单排除时方可背离该等义务。并且,数字经济章节通过给缔约方施加义务的方式,确立了若干适用于跨国数字存在的待遇标准,包括缔约方应给予数字产品非歧视待遇、不得对跨境电子传输征收关税、应允许商业经营者以电子方式跨境传输信息、不得将计算机设备本地化作为商业经营条件、不得要求转移或访问他方数字交易者所有的源代码(如《区域全面经济伙伴关系协定》第12.11条、第12.14条和第12.15条);这些数字经济保护义务亦受到投资章节规定的义务、例外或不符措施的约束(如《区域全面经济伙伴关系协定》第12.3.4条),这不仅肯定了跨国数字经营者的权利,而且进一步确认了跨国数字存在的投资属性,意味着投资章节赋予投资者的待遇标准也将予以适用。值得注意的是,新加坡作为“亚太模式”经济伙伴关系协定的主导性国家之一,亦率先

签订了若干数字经济伙伴关系协定。其中,有3项数字经济伙伴关系协定是对经济伙伴关系协定数字经济章节的更替,其确认、加强了与投资规则的连接;^①有2项数字经济伙伴关系协定则是独立的,这些协定也认可数字活动与投资的联系(如《新加坡—智利—新西兰数字经济伙伴关系协定》第10.2条、第15.4条和第15.6条,《欧盟和新加坡数字经济伙伴关系协定》第8条、第23条和第24条)。

“欧盟模式”经济伙伴关系协定则将投资和数字经济规定于同一章节,可见缔约者已意识到两者的相关性。尽管章节下设若干部分,专门规定投资、电子商务规则,但“规制框架”部分适用于其他各部分,并将涵盖网络、系统、数据处理等计算机服务与投资部分义务相关联(如2019年《欧盟和越南自由贸易协定》第8.22条)。因此,跨国数字存在可被认定为适格投资。不过,“欧盟模式”经济伙伴关系协定给跨国数字存在权益提供的保护较少,仅规定了缔约方不得对跨境电子交付征收关税(如2019年《欧盟和越南自由贸易协定》第8.15条)。

(三) 数字规则模式选择与争议解决机制

从根本上而言,数字规则模式的选择由国家对自身数字经济发展的利益诉求所决定。当然,国际规则制定能力较弱的国家,尤其是发展中国家,很可能受到规则主导性国家的影响。目前双边投资协定及双边投资条约范本中的数字规则以维护东道国数字经济规制权为主。但随着如《加拿大范本》中跨国数字经营权益肯定条款的出现,跨国数字存在的投资属性很可能获得更多、更直接的确认。就经济伙伴关系协定而言,“亚太模式”经济伙伴关系协定偏重于数字投资者权益保护,对跨国数字存在的投资属性作出了明确规定;而“欧盟模式”经济伙伴关系协定则更重视东道国的数字经济规制权。两者差异的根本原因在于主导者的利益诉求不同。“亚太模式”经济伙伴关系协定的主导者美国、新加坡主张跨境数据流动自由化。美国是大量跨国数字企业的母国,^②其通过与数字产业不及美国发达的国家签署经济伙伴关系协定,保护大量美国跨国数字企业在海外的投资和跨境数据传输。例如,《美国—墨西哥—加拿大协定》第19.12条为了强化缔约方不得将计算机设备本地化作为商业经营条件之义务,甚至完全删除了缔约方的合法公共政策目标规制例外。新加坡为吸引跨国数字企业在其境内设立总部,使自身成为亚太区域数字经济中心,积极签署了很多高标准的跨国数字企业权益保护国际条约。而欧盟本土大型数字企业较少,其成员国多为外资数字企业(主要是美国数字企业)的东道国。《欧盟一般数据保护条例》第3条以及第45~47条强调个人隐私权的保护,设立条件限制跨境数据流动,并加强对跨国数字企业经营的规制。这些“防守式”数据治理策略亦传导到了欧盟对外签订的经济伙伴关系协定中。不过,“亚太模式”与“欧盟模式”并非完全隔绝。现有少量混合两者特点的经济伙伴关系协定(如2003年《欧盟和新西兰自由贸易协定》第12章第2部分)对数字经济规则有所强化,同时也强调了东道国的规制权。根据笔者的统计,有10个位于亚洲、拉丁美洲、欧洲的签署方同时签署了这两种模式的经济伙伴关系协定,总计占有含数字经济章节经济伙伴关系协定签署方的22%。其中,发展中国家明显受到了谈判主导国家的影响,而英国原先采“欧盟模式”,脱欧后与

^① 例如,2020年《新加坡和澳大利亚数字经济伙伴关系协定》替代了2003年《新加坡和澳大利亚自由贸易协定》第14章,2022年《英国和新加坡数字经济协定》替代了2020年《英国和新加坡自由贸易协定》第8章第5部分,2022年《韩国和新加坡数字伙伴关系协定》替代了2005年《韩国和新加坡自由贸易协定》第14章。

^② See UNCTAD, World Investment Report: Investment and the Digital Economy, 2017, p.164.

亚太国家签订的经济伙伴关系协定则转变为“亚太模式”。在国际数字规则形成并与投资规则融合的当下,新加坡、日本、美国等亚太国家和欧洲国家均积极地在国际投资条约中植入自身主张,以使国际规则向有利于自身的方向发展。由于不同模式的规则在数据权益分配和跨国数字存在法律属性的确认上存在不同,因此被动接受规则的国际投资条约签署方需审慎考虑数字和投资规则的设置是否符合自身利益诉求。

在数字争议解决机制方面,尽管《加拿大范本》第24条业绩要求条款中确认了跨国数字经济权益,但亦明确排除投资者与国家间争端解决机制适用于业绩要求条款,相关的争议仅可适用国家间争端解决机制。值得注意的是,《加拿大范本》在总体上限缩了投资者与国家争端解决的适用范围,并非专门针对跨国数字投资相关争议,其他新的双边投资协定或双边投资条约范本将如何规定争议解决机制有待观察。经济伙伴关系协定中的相关争议解决机制以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第9章第2部分为例,只要根据数字经济章节和投资章节相关规则确认跨国数字存在是适格投资,理论上跨国数字投资者就可以利用经济伙伴关系协定投资章节规定的投资者与国家间争端解决机制。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》数字经济章节争议解决条款并不排除投资者与国家间争端解决机制适用的可能性,国家间争端解决机制通常亦可适用,仅给予发展中国家在数字经济章节下若干义务相关争议不适用国家间争端解决机制的两年过渡期。在跨国数字投资者与东道国的争议中,投资者与国家间争端解决机制的可适用性已初露端倪。由于谷歌、脸书等在其平台上展示澳大利亚当地新闻机构编纂的内容,因此2021年澳大利亚拟议了一项法案旨在要求跨国数字企业向当地新闻机构付费。对此,有澳大利亚议员警示,谷歌可能对澳大利亚提起上亿美元的国际投资仲裁。因谷歌在新加坡建立了商业存在,故其可挑选《新加坡和澳大利亚自由贸易协定》《东盟—澳大利亚—新西兰自由贸易协定》或《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》作为仲裁条约依据,^①这几项自由贸易协定均为将数字经济章节与投资章节挂钩的“亚太模式”经济伙伴关系协定。

四、中国因应

无论是国际投资规则,还是与国际投资规则相挂钩的国际数字规则,数据及其衍生权益都属于国际投资条约定义的投资资产,以此为基础的跨国数字存在整体上可被视为适格投资,享有国际投资规则和数字规则赋予的权益,国际投资争端解决机制具有可适用性。我国近年密集出台数字经济法规,对外缔结有大量传统双边投资协定,并通过商签新经济伙伴关系协定积极参与当前国际数字规则的制定,有必要确保这些规则适用于跨国数字存在规制符合我国的利益诉求——在保障安全的前提下,统筹国内和国际,大力发展数字经济。^②在当前全球跨国数字存在规制规则形成过程中,国内法与国际法之间存在活跃的互动。一方面,数字经济强国的国内数字经济立法对经济伙伴关系协定具有溢出效应;另一方面,经济伙伴关系协定给国家施加义务,并

^① See Vladislav Djanić, Australian Parliamentarian Voices Concern that Google May Bring A Billion-Dollar ISDS Claim Against Australia, <https://www.iareporter.com/articles/australian-parliamentarian-voices-concern-that-google-may-bring-a-billion-dollar-isds-claim-against-australia/>, 2024-01-02.

^② 参见2021年《中华人民共和国国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》第2(1)~(3)部分。

促使国家修订国内数字经济规制的法律和政策以遵守经济伙伴关系协定。我国的国内数字经济立法和对外商签的经济伙伴关系协定应充分利用这种互动,增强我国对国际数字投资规则制定的影响力。

(一) 跨国数字存在定性的法理分析

1. 数据权益分置

我国国内数字经济立法呈现出认可数据产权并鼓励利用的趋势。2020年《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》将数据列为生产要素,并提出“根据数据性质完善产权性质”。《中华人民共和国民法典》第111条赋予了个人信息人格权,第127条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”,尽管没有明确赋予数据“财产权利”,但第127条紧随于第113~126条所规定的物权、债权、知识产权、股权等财产权利及其他民事权益。而《数据安全法》使用了“数据有关的权益”的措辞,并肯定了数据的可交易性(第7条和第19条)。2022年《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(以下简称《数据二十条》)进一步指出:“探索数据产权结构性分置制度……建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制”。尽管我国国内数字经济立法肯定了数据的资产价值,亦认可数据的可交易性,但对于跨国数字经营者以内部处理或与他方交易等目的跨境传输数据,我国基于国家安全和公共利益也做出了一定限制。“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储”,如需出境应由有权机关进行安全评估、保护认证或按标准合同与境外接收方订立合同。^①

在国际规则方面,我国传统双边投资协定的投资定义所涵盖的投资类型非常宽泛(如1986年《中国和英国双边投资协定》第1.1条),可涵盖数据及其衍生权益,并且大多数传统双边投资协定不包含公共政策目标规制例外。这虽有利于我国跨国数字经营者主张投资权益,但不利于我国政府数据规制权的实施,与国家规制权保护相关的国内数字立法存在抵触。我国倡导的《区域全面经济伙伴关系协定》以及正在申请加入的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》均属偏重数字投资者权益保护的“亚太模式”经济伙伴关系协定。不过,《区域全面经济伙伴关系协定》与其他“亚太模式”经济伙伴关系协定相比,在一定程度上加强了国家规制权,即通过将公共政策目标特定例外、根本安全利益特定例外设置为自裁决条款,国家有权自主决定数据规制措施是否为实现合法公共政策目标或保护根本安全利益所必要。这为《区域全面经济伙伴关系协定》发展中缔约方正当地行使数字经济规制权保留了空间。

笔者认为,结合我国现有国内立法和国际投资条约的有关规定,与国内数字经营者一致,跨国数字存在可根据国民待遇原则取得数据持有权、加工使用权、数据产品经营权等,这些数据产权可被认定为投资资产,当然,其须受到国家数据规制权的限制。值得注意的是,除自身数据之外,跨国数字存在取得排他性数据所有权的路径不可取。这是因为国际投资条约普遍规定缔约方应允许投资者自由转移投资及收益(如《中国和加拿大双边投资协定》第12条),若数据被视为跨国数字存在所有的投资或收益,则基于数据的易转移特性,跨国数字存在有权将数据自由传输出东道国国境。这与我国国内法上的重要数据本地化存储和出境限制规定相冲突。如上所述,

^① 参见2017年《中华人民共和国网络安全法》第37条、第50条、第66条,2021年《中华人民共和国数据安全法》第31条,2021年《中华人民共和国个人信息保护法》第3章。

包括《区域全面经济伙伴关系协定》在内的“亚太模式”经济伙伴关系协定数字经济章节虽然要求缔约方允许数据跨境传输,但也做出了公共利益、国家安全规制措施特定例外规定,若数据可作为投资或收益自由转移,则将产生矛盾。

2. 外商数字投资规范

在数字产业外资准入方面,我国已确立了一些规则。2020年《中华人民共和国外商投资法》第28条规定:“外商投资准入负面清单以外的领域,按照内外资一致的原则实施管理”。在“信息传输、软件和信息技术服务业”中,除我国入世承诺已开放的内容,互联网新闻信息服务、网络出版服务、网络视听节目服务等业务属禁止外商投资领域;我国入世承诺开放的电信业务属限制外商投资领域,部分电信业务有外商投资比例限制;^①而在线数据处理与交易处理业务(经营类电子商务)的外资持股比例可至100%;^②“电子商务系统开发与应用服务,各类专业资产交易平台建设、经营”“在线教育、在线医疗、在线办公系统开发与应用服务”,属于鼓励外商投资的产业。^③根据2021年我国发展和改革委员会、商务部颁布的《外商投资安全审查办法》第4条规定,外商投资关涉国家安全的“重要信息技术和互联网产品与服务”,并取得所投资企业实际控制权的,外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动申报安全审查。根据2021年《互联网信息服务管理办法》第4条和第17条的规定,在我国境内从事经营性互联网信息服务须经有关主管部门许可,同外商合资、合作的,应当事先经国务院信息产业主管部门审查同意,外商投资的比例应当符合有关法律、行政法规的规定。因此,经我国有权部门许可和批准的跨国数字经营者可以获得外商独资或合资的主体资格,与内资企业享有同等法律地位和权益。从国际投资规则上来看,这些跨国数字经营者通常可被认定为外国投资者,其在我国的数字存在是适格外国投资。

我国数字经营者也正在“走出去”,但在东道国可能没有设立实体性机构,属纯数字存在,如印度封禁我国移动应用程序事件中的大部分情况即是如此。国际投资规则及仲裁机制适用于跨国数字存在对我国而言是一把双刃剑。一方面,我国在海外投资的数字经营者可利用国际投资条约和投资仲裁机制维护自身的合法权益。如前述印度彻底禁止我国移动应用程序的行为明显违反了《中国和印度双边投资协定》规定的投资待遇保护标准。《中国和印度双边投资协定》第10条明确规定投资争议协商不成的,应提交国际仲裁庭。另一方面,在我国投资的跨国数字经营者如受到我国国内数字经济规制措施的不利影响,也可能针对我国提起国际投资仲裁。因此,我国应积极参与国际数字投资规则的革新。这既能保障我国海外投资数字经营者的正当利益,也能保护我国作为东道国的公共利益和国家安全,同时维护全球范围内的公平竞争。

(二) 国内法与国际法互动下的中国对策

由于跨国数字存在涉及复杂的国内、国际法律秩序,因此我国应统筹国内法和国际法进行制度安排。一是协调国内数字经济立法与已经存在的传统双边投资协定,积极通过经济伙伴关系协定谈判塑造国际规则;二是在经济伙伴关系协定谈判中需注意合理表达本国的利益诉求,通过

^① 参见2021年中国国家发展和改革委员会、商务部颁布的《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》第14~15项。

^② 参见2022年修订的《外商投资电信企业管理规定》第2条、第6条,2015年《工业和信息化部关于放开在线数据处理与交易处理业务(经营类电子商务)外资股比限制的公告》。

^③ 参见2022年中国国家发展和改革委员会、商务部颁布的《鼓励外商投资产业目录》第447~448项。

博弈使各方利益得以平衡。

1.国内数字经济立法

我国在规制跨国数字存在的国内具体制度设计中,应注平衡发展与安全,并加强与通行国际规则的可对接性。

首先,对于跨国数字存在的数据权益,数字经济立法、外商投资法中的私法规范需更为明确地加以认定和建构。在数据私权方面,目前国际主流观点主张采取“控制—访问—使用”数据权利模式。《数据二十条》第3条和第5条充分肯定了数据处理者的数据使用、经营权益,保障“投入的劳动和其他要素贡献获得合理回报”。笔者认为,无论是否赋予经营者数据财产权,我国私法规范都应基于数字经营者投入资本控制数据之事实和内外资待遇一致原则,确认跨国数字存在的经济性数据权益,允许正当利用、交易和获利,但这种权益并不具有独占性和排他性,其他利益相关方有权申请访问和使用。要求跨国数字存在在我国境内存储数据、数据出境安全审查时,应通过数据分类和分级制度明确何为限制出境的“重要数据”,以增强规则的透明度。

其次,就跨国数字存在的投资适格性,数字经济立法与投资准入审查法规政策应加强协调。《外商投资安全审查办法》仅从产业的角度规定控制“重要信息技术和互联网产品与服务”的外国投资应进行准入安全审查,但没有涉及跨国数字存在控制的大量“重要数据”。《数据二十条》第11条提出支持外资依法依规进入数据开放领域,但要对影响国家安全的数据相关外资并购进行国家安全审查。美国、欧盟最新颁布的外国投资风险审查法案均十分注重外资控制本国重要数据的安全审查。^①因此,我国在更新外商投资法律法规[包括《鼓励外商投资产业目录》《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》]时,需充分重视外资控制“重要数据”可能带来的风险,对鼓励、限制、禁止外商投资的数字产业做出更为细致的区分和列举,并根据我国数字产业发展和国际情势变化,审慎地调整部分产业所属的类别。目前,美国将基因信息列为敏感信息,欧盟将健康相关设施列为实体/虚拟关键基础设施,并对其进行外资安全审查,而我国却将“在线医疗系统开发与应用服务”列为鼓励外商投资类,存在安全风险,应当予以调整或限制。

最后,《数据安全法》第6章虽然规定了数字经营者违法责任,但是未明示跨国数字经营者寻求国内行政、司法救济的权利,应予以补充。《数据二十条》第16条虽然提及畅通数据争议仲裁渠道,但是在跨国数字经营者数据权益受到侵害时,应赋予其与国内数字经营者同等的寻求公正法律救济之权利,这不仅可保证我国行政、司法、仲裁机构正常行使管辖权,而且可避免纠纷上升为国际冲突。

2.国际投资条约革新

在数字全球化中,我国当前的利益诉求既不同于主要作为跨国数字经营者母国的美国,也不同于主要作为东道国的欧盟成员国。我国的诉求重点是,在确保数据相关国家安全、公共利益以及个人和企业合法权益的前提下,促进国内数字经济深化发展,并推进我国数字经营者海外投资尤其是“数字丝绸之路”的高质量发展。《数据二十条》第1条提出“深入参与国际高标准数字规

^① See Congress of United States, Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, Sec.1702—1703; Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing A Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, Art.4.1.

则制定”,我国应充分利用国际投资条约,平衡“发展与安全、流通与主权、规则与例外”,^①实现我国利益诉求。除《区域全面经济伙伴关系协定》外,我国目前对外签订的国际投资条约中的数字规则极为有限,亦没有与投资规则相关联。在更新双边投资协定或对外商签新型经济伙伴关系协定/数字经济伙伴关系协定时,我国决策者应充分重视投资规则与数字规则相融合的不同模式和法律后果,不能被动地接受他国模式,需基于我国在国际数字投资中东道国和母国的双重身份,以及平衡跨国数字存在私权与国家规制权的利益需求,形成自身的模式,具体而言:

首先,明确跨国数字存在的投资适格性。一方面,通过国际投资条约投资定义条款中的兜底性投资资产规定涵盖数据及其衍生权益,并通过一般投资特征确保跨国数字存在在东道国有实质性的经营活动;另一方面,经济伙伴关系协定数字经济章节定义的主客体与投资章节相挂钩,即包含外国投资者及投资。但与“亚太模式”经济伙伴关系协定的现有规则相区别,我国国际投资条约应将外国投资者获取的本地数据与一般投资收益相区分,原则上允许自由传输,但对东道国基于合法公共目的限制外国投资者跨境传输数据做出例外规定。若禁止跨国数字存在向境外传输本地数据或转让本地数据权益,则应允许跨国数字存在按市场价格转让给境内适格主体或由东道国给予适当补偿,兼顾外国投资者正当的投资转移权和东道国的数据规制权。

其次,确立跨国数字存在的待遇标准。与忽视跨国数字存在权益的“欧盟模式”经济伙伴关系协定相区别,我国国际投资条约中传统的外商投资非歧视待遇、公正与公平待遇、不得征收等标准可适用于跨国数字存在。同时,通过引入数字规则,针对跨国数字存在的特点制定新的待遇标准,包括但不限于原则上给予数字产品/服务非歧视待遇、对跨境电子传输免征关税、允许数据跨境自由流动、许可数字商业经营不以数据存储设备本地化为条件、保护跨国数字存在持有的源代码等。但跨国数字存在关涉东道国国家安全、公共利益以及个人和组织的合法权益,有别于美国主导的过度自由化“亚太模式”经济伙伴关系协定,我国应通过国际投资条约中的公共政策目标规制例外条款维护正当的数字经济规制权;根据我国数字产业的发展需求和欲保护的公共政策目标谨慎地制定不符措施清单,将特定数字产业或规制措施排除出特定条约义务的适用范围,并与《鼓励外商投资产业目录》《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》保持一致。

最后,审慎地商谈与跨国数字存在相关的国际投资争议解决机制。《区域全面经济伙伴关系协定》第10.18.1条将投资者与国家间争端解决机制作为条约生效后2年内谈判事项,由于投资章节与数字经济章节相挂钩,后续制定的投资者与国家间争端解决机制可适用于跨境数字投资争议。这给我国数字经营者海外投资提供了国际法保障,当然,在我国投资的跨国数字经营者也可能针对我国政府提起国际投资仲裁。在大多数东道国法律环境不理想而我国法治化营商环境不断优化、政府规制权行使正当、公共政策目标规制例外充分的前提下,投资者与国家间争端解决机制的适用有利于我国统筹国内和国际发展数字经济。当前我国国际投资条约中缺乏明确的数字投资争议解决机制,若我国数字经营者考虑在国际投资条约中有该等机制的国家(如新加坡)建立商业存在,则有可能通过挑选条约保护自身正当权益。

^① 参见张正怡:《论数字经济协定的造法“再平衡”走向及中国回应》,《法商研究》2022年第6期。

五、结 语

在数字经济全球化背景下,数据的经济价值正在不断地被发掘出来,跨国数字存在扮演着重要角色。围绕跨国数字存在规制的国际造法运动方兴未艾。美国学者莱斯格曾假设一个国际公约协调各国在无疆界网络空间中的规制冲突,^①而在当前现实中,这种协调的实现有赖于大量的国际投资条约。国际投资条约中传统的国际投资规则正与新兴的数字规则相融合,并在主导国家的影响下呈现出规则模式差异。数据及其衍生权益属于投资资产,基于此的跨国数字存在从整体上可被认定为国际投资条约意义上的投资,跨国数字经营者作为投资者享有国际投资条约赋予的权利,并可能与东道国的规制权相冲突,进而引发跨国数字投资争端。在规则新生和各方角力的时代,正是中国提升国际数字规则制定话语权,掌握全球数字经济发展主导权的绝好契机。

Abstract: Transnational digital presence (TDP) refers to a new type of commercial presence in which an operator invests abroad based on internet, controls and manages data and its derivative rights, and operates in host state in a purely digital or hybrid form of digital and physical business establishment. International investment treaties can be the basic regulation legal framework of TDP. In accordance with the definition of investment by international investment treaties, data and its derivative rights fall into the categories of investment assets, based on which TDP could qualify as investment as a whole. The investor—state dispute settlement is applicable to digital investment disputes. At present, there is a trend towards the introduction of digital rules in international investment treaties. Economic Partnership Agreements' (EPAs) digital rules can be divided into “Asia—Pacific” or “EU” Mode. A large number of newly signed EPAs, which contain digital economy and investment chapters, connect those two chapters, and confirm TDP's qualifications of investment. It is necessary to synergize domestic law and international law in accordance with China's interests to shape international investment and digital economy rules which are applicable to TDP.

Key Words: transnational digital presence, qualifications of investment, data rights, international investment rules, international digital rules

责任编辑 何 艳

^① 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0: 网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版,第 324~328 页。