

数据本地化措施之国际投资协定 合规性与中国因应

张倩雯*

摘要:数字经济国际规则制定正成为各国争议的焦点。出于保障国家安全和保护个人隐私,各国纷纷进行数据本地化立法,规制数据的存储、使用和流动。数据本地化措施给国际投资协定传统条款的适用带来冲击。鉴于数据具备财产属性,东道国的数据本地化立法应符合其加入的国际投资协定。在认定东道国的数据本地化措施是否违背其根据投资协定应给予外国投资者国民待遇、公平与公正待遇以及禁止征收的义务时,不可一概而论,应结合国际投资仲裁庭的相关裁判,区分数字企业所在经济部门,数据本地化措施的实施路径和对经济的负面影响程度,立法意在保护的价值及该价值在国内法中的体现等因素具体分析。中国在数据安全立法过程中,应关注国内立法与国际条约义务的一致性。

关键词:数据本地化 国际投资协定 国民待遇 公平与公正待遇 征收

数据已成为最宝贵的资源。出于保护个人隐私、保障国家安全、加强政府管控、回应人工智能等技术发展等多种原因,许多国家进行了规制数据跨境流动的立法。各国对于数据跨境流动的规制态度大相径庭,关于数据跨境流动的国际谈判难以达成共识,故纳入数据跨境流动条款的国际协定并不多。国际投资协定对“投资”的定义持开放和包容态度,如将“投资”定义为“任何形式的财产”。由此,界定数据是否国际投资协定下的“投资”关键在于判断数据是否具备财产属性。我国浙江省杭州市中级人民法院在“淘宝诉美景不正当竞争案”^①二审判决中指出,数据内容中所包含的原始数据与衍生数据均系无形资产,具有财产利益。由该判决可见,数据符合国际投资协定中的“投资”定义,故数字企业在东道国以数据为内容的投资应受到国际投资协定的保护。因此,无论是在国际投资协定中列入规制数据流动的条款,还是东道国领土内的数据本地化措施,都应当符合国际投资协定的基本原则,不可违背国家缔结国际投资协定时做出的承诺。欧洲国际政治经济学研究中心的一项量化研究

* 西南交通大学公共管理与政法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX084)、成都市哲学社会科学规划项目、西南交通大学“双一流”建设资助项目(JDSYLYB2018012)

① 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书。

显示,数据本地化立法会造成一国投资的减少。^① 这表明数据本地化措施可能对投资自由化形成阻碍效应,影响到国际投资协定的目标和宗旨的实现。本文着眼于数据本地化措施在国际投资协定下的合规性问题,重点研究数据本地化措施与国际投资协定中的国民待遇、公平与公正待遇以及征收条款的关系,以期对我国参与数字投资国际规则的制定有所裨益。

一、数据本地化与国民待遇

美国等国家坚决反对数据本地化的重要原因之一是认为其违反了世界贸易组织(以下简称世贸组织)国民待遇原则,数据跨境自由流动有利于消除贸易壁垒,而数据本地化实际增加了外国服务提供者的服务提供成本,^②构成贸易壁垒。^③ 欧洲国际政治经济学研究中心建立的增强产品市场监管指数模型研究显示,所有的数据规制措施都会导致国内价格上涨,进而增加外国服务提供者的成本。^④ 基于此,一些学者主张即使数据本地化措施形式上对本国服务提供者和外国服务提供者一视同仁,但在事实上更有利于本国服务提供者,给外国服务提供者提供实际低于本国服务提供者的待遇,故数据本地化措施必然违反《服务贸易总协定》(以下简称《协定》)第17条的国民待遇原则。^⑤ 笔者认为,数据本地化是否违反《协定》的国民待遇义务不可一概而论。一方面,《协定》第17条规定的国民待遇义务是建立在成员方以具体承诺为条件给予外国服务和外国服务提供者提供国民待遇的基础之上的。另一方面,《协定》第14条(一般例外)还规定成员方可采取必要措施“保护公共道德或维护公共秩序”。由此,各国的数据本地化立法所涉部门若不属于其承诺国民待遇部门范围,或成员方的立法将数据本地化立法意在保护的价值纳入《协定》一般例外范畴,则可能豁免其国民待遇义务。

国际贸易法和国际投资法确立的国民待遇在适用路径、例外内涵等内容上均存在实质差别,故即使一国的数据本地化措施违反了国际贸易法的国民待遇原则,也不意味着其必然违反国际投资协定中的国民待遇原则,应另行讨论数据本地化措施是否违反国际投资协定中的国民待遇义务问题。在此过程中,主要考虑以下几个方面:

1. 相似情形

国际投资仲裁庭在认定东道国行为是否违反国际投资协定的国民待遇义务时,首先会判断外国投资者和本国投资者是否处于相似情形,^⑥此为东道国承担国民待遇的先决条件。由于国际投资法

^① See Matthias Bauer, et al, The Costs of Data Localisation, Friendly Fire on Economic Recovery, ECIPE Occasional Paper No. 3/2014, p.8, <https://ecipe.org/publications/dataloc/>, 2019-12-12.

^② See Leviathan Security Group, Quantifying the Cost of Forced Localization, <http://www.leviathansecurity.com/cloudsecurity>, 2019-12-12.

^③ See United States International Trade Commission, Digital Trade in the U.S and Global Economies, Part 2, August 2014, <https://www.usitc.gov/publications/332/pub4485.pdf>, 2019-12-12.

^④ See Matthias Bauer, et al, The Costs of Data Localisation, Friendly Fire on Economic Recovery, ECIPE Occasional Paper No. 3/2014, <http://www.leviathansecurity.com/cloudsecurity>, 2020-01-08.

^⑤ See Daniel Crosby, Analysis of Data Localization Measures Under WTO Services Trade Rules and Commitments, E15 Initiative, 2016, p.8;刘维:《跨境数据流动监管措施在〈服务贸易总协定〉下的合规性分析》,《理论月刊》2018年第3期。

^⑥ See United Parcel Service of America v. Government of Canada, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, 24 May 2007.

的碎片化,^①在如何选择外国投资者和本国投资者的比较基准这一问题上,国际投资仲裁庭曾采取以下标准:(1)将所有外国投资者和本国投资者进行比较的“全体比较标准”;^②(2)仅将完全相同的外国投资者和本国投资者进行比较的“相同比较标准”;^③(3)将处于同一经济部门的外国投资者和本国投资者进行比较的“同一经济部门标准”。^④“同一经济部门标准”相比“全体比较标准”和“相同比较标准”而言,为更多国际投资仲裁案件所采用,也更加合理可行。

若遵循“同一经济部门标准”,研究东道国的数据本地化措施是否符合国际投资协定中的国民待遇义务,首先应判断外国投资者和本国投资者是否处于同一经济部门。以中国为例,最新的外商投资部门分类可见于《鼓励外商投资产业目录(2019年版)》(以下简称《目录》)。其中,第3部分(制造业)第22项(计算机、通信和其他电子设备制造业)下共计30个具体部门。例如,尼康公司和佳能公司应归属于“274.高清数字摄录机、数字放声设备制造”部门,华大电子公司应归属于“281.集成电路设计”部门,联想公司和惠普公司则应归属于“282.计算机制造”部门,专注于智能视觉的商汤科技公司应归属于“287.图形图像识别和处理系统制造”部门,以开发各种软件见长的亚马逊公司和网易公司应归属于“291.软件产品开发、生产”部门,而通信设备制造商华为公司和爱立信公司应归属于“305.100Gbps及以上速率时分复用设备……40Gbps以上SDH光纤通信传输设备制造”部门。据此,外国公司不应将其受到的待遇与不属于同一个经济部门的中国公司进行比较,如亚马逊公司与华为公司的比较,因为二者并不处于“相似情形”。

2. 不低于待遇

如果外国投资者与本国投资者处于相似情形,则需要判断东道国的数据本地化措施是否给予了外国投资者“不低于本国投资者的待遇”。并非东道国对外国投资者和本国投资者给予不同的对待就必然会违反东道国的国民待遇义务。在认定何种程度的差别待遇构成对东道国国民待遇义务的违反这一问题上,以“马文诉墨西哥案”^⑤为代表的仲裁庭认为应是东道国采取的差别待遇对外国投资者构成了“事实上的歧视”。在三种本地化类型中,数据存储本地化同时适用于本国投资者和外国投资者,而服务本地化和设施本地化则着重于强调对外国投资者的义务。^⑥因此,东道国采取服务本地化和设施本地化比数据存储本地化更容易被质疑违反国民待遇义务。但即使数据存储本地化要求并不区分适用本国投资者和外国投资者,也可能因数据本地存储的要求给外国投资者造成了比本国投资者更大的经济负担而被质疑构成“事实上的歧视”。在认定何为“事实上的歧视”时,国际投资仲裁庭曾采取过两种主要路径:一种是在“迈尔斯诉加拿大案”^⑦中所采的“不成比例优势标准”,即东道国所

① 参见郑蕴、徐崇利:《论国际投资法体系的碎片化结构与性质》,《现代法学》2015年第1期。

② See Occidental Exploration & Prod. Co. v. Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467, Award, 1 July 2004.

③ See Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA(UNCITRAL), Final Award, 3 August 2005.

④ See United Parcel Service of America v. Government of Canada, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, 24 May 2007.

⑤ See Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

⑥ 参见李海英:《数据本地化立法与数字贸易的国际规则》,《信息安全研究》2016年第9期。

⑦ See S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA(UNCITRAL), Partial Award, 13 November 2000.

采措施是否给予外国投资者与本国投资者相比不成比例的优势;另一种是在“费尔德曼诉墨西哥案”^①(以下简称“费尔德曼案”)中所采的“不合理区分标准”,即东道国所采措施是否给处于相似情形下的外国投资者和本国投资者造成了不合理的区分。

虽然数据本地化措施会导致投资额减少,但该报告同时指出,这里减少的投资同时包括本国投资和外商投资。^② 并无证据显示东道国所采措施导致了外商投资相比于本国投资不成比例的减少,即难以证明东道国的数据本地化措施将给予外国投资者与本国投资者相比不成比例的优势。若遵循仲裁庭在“费尔德曼案”中所采的“不合理区分标准”,则认定东道国数据本地化措施是否给予外国投资者低于本国投资者的待遇,关键在于考察该措施的合理性。在多国的数据本地化立法中,数据本地化措施并非绝对要求,通常也伴随着例外。例如,《欧盟一般数据保护条例》(以下简称《条例》)第45(1)条规定,若个人数据将传输到欧盟委员会认定的能够为个人数据提供充分保护的第三国或第三国的某个区域,那么该数据传输不需要获得特定的授权;《条例》第45(2)条继而对欧盟委员会应如何评估一国对于个人数据保护的充分性做出了进一步的解释,即欧盟委员会将通过审查一国的法治状况、国内的权力机构以及是否加入个人数据保护的条约来评估一国对个人数据保护的水平和能力。截至2020年3月,欧盟委员会共认定13个国家和地区符合充分保护原则。^③ 如此少的国家和地区数量导致充分保护原则的实施目的遭遇质疑:所谓的充分保护原则只是为了给第三国施加压力,迫使其采取和欧盟类似的数据保护标准。^④ 如果欧盟委员会能够确保客观评估一国保护数据的能力,而非将此要求作为一项政治谈判筹码,则可认为《条例》中关于个人数据经评估后方可转移具备合理性,未违反国民待遇给予外国投资者不低于本国投资者的待遇要求。但如果国内的数据本地化立法并未给出合理解释,则可能被投资仲裁庭认定不合理地区分了外国投资者和本国投资者。

3. 例外

在一些案件中,仲裁庭在考察外国投资者和本国投资者是否处于“相似情形”时,会将东道国所采措施调整经济活动的目的纳入考量范围。^⑤ 而另一些案件仲裁庭在认定东道国是否给予了外国投资者和本国投资者差别待遇时,会重点考虑东道国是否具备给予差别待遇的“合理基础”,^⑥或者东道国政策和其实行的差别待遇之间是否具有“合理联系”。^⑦ 即使不在“相似情形”和“不低于待遇”的要素

① See Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

② See Matthias Bauer, et al, The Costs of Data Localisation, Friendly Fire on Economic Recovery, ECIPE Occasional Paper No. 3/2014, p.6.

③ 这些国家和地区包括安哥拉、阿根廷、加拿大、法罗群岛、根西岛、以色列、马恩岛、日本、泽西岛、新西兰、瑞士、乌拉圭和美国。See https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en, 2019-12-12.

④ See W Kuan Hon and Christopher Millard, Control, Security and Risks in the Cloud, in Cloud Computing Law, Christopher Millard eds., Oxford University Press, 2013, p.254.

⑤ See United Parcel Service of America v. Government of Canada, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, 24 May 2007; Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, 10 April 2001.

⑥ See Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

⑦ See Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits, 10 April 2001.

中考量,仲裁庭也会采“三步走”的分析步骤,考察是否存在国民待遇适用的例外。^① 国际投资协定中国民待遇的例外主要有:(1)国民待遇条款所附的例外。准入前国民待遇的例外一般通过“负面清单”的方式表现,而准入后国民待遇的例外通常表现为一些限制性措辞,如1994年《中国与冰岛双边投资协定》第3(3)条规定:“缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给予缔约另一方的投资者的投资与其给予本国投资者以相同的待遇”。其中,“尽量”和“根据其法律和法规的规定”的措辞被视为不要求东道国消除现有歧视行为,^②使得东道国可以豁免其国民待遇义务。如果国际投资协定中有“尽量”和“根据其法律和法规的规定”此类措辞,数据本地化措施就不必然违反东道国的国民待遇义务,因为在这些协定中国民待遇本身就不是一项绝对义务。近年由欧盟推动的数据保护高标准倾向于扩大国民待遇条款的例外内涵,将数据保护也纳入其中。例如,在2018年10月《欧盟与新加坡自由贸易协定》第2条中,国民待遇条款的例外情形明确纳入“保护与个人数据处理和传输相关的个人隐私”和“保护个人记录和账户的隐私”,强化了东道国的数据规制权。(2)投资待遇条款的例外。由于国民待遇和最惠国待遇同为非歧视原则的重要内容,许多国际投资协定对东道国给予外国投资者国民待遇和最惠国待遇统一规定例外情形。常见的种类主要包括区域经济组织例外、税收例外、知识产权例外、政府采购和补贴例外等。这里的例外通常是出于东道国经济发展需要,而数据本地化措施难以纳入这一类的例外中。(3)一般例外。一般例外适用于国际投资协定的所有条款,当然也包括国民待遇条款。受阿根廷遭遇经济危机而被屡屡诉至国际投资仲裁的前车之鉴,投资保护主义抬头,各国在参与投资者与东道国争端解决机制多边改革的过程中愈加重视加强东道国规制权,具体的表现之一就是越来越多的国家在国际投资协定中将“国家安全”或“根本安全利益”纳入一般例外条款,并且根据国家需要扩充“国家安全”的定义范畴。例如,2016年《加拿大与中国香港双边投资协定》第17(4)条将根本安全的内涵扩大至国际关系中的“其他紧急情况”。

将例外条款纳入国际投资协定实为国家行使经济主权的表现。20世纪60年代中后期,经济主权的概念出现。1974年联合国《关于建立新的国际经济秩序的宣言》第4条提出国家对其自然资源和国内一切经济活动有权行使永久主权,1974年联合国《各国经济权利与义务宪章》第2条也规定:“每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权,包括拥有权、使用权和处置权在内,并得自由行使此项主权”。据此,国家经济主权原则在国际法文件中得以确认。根据国家经济主权原则,一国有权自主决定对公共健康、安全、环境等国内经济事务的保护水平。^③ 外国投资者在东道国境内开展经济活动与该国内经济事务密切联系。20世纪60年代,世界各国为追逐对自然资源的权力而比拼。在互联网信息时代,国家间的战场转至网络空间。国家对自然资源的永久主权的追逐开始转变为争夺对网络空间的主权,数据主权正是网络空间主权的重要内容之一。早在20世纪90年代,就有学者提出“数据主权”的概念,即一国对其国家安全相关的数据享有国家主权,而个人对其个人隐私相关的数据享有个人“主权”。^④许多国家对国家安全的界定也包含了数据安全或网络安

① See S.D. Myers, Inc. v. Canada, NAFTA (UNCITRAL), Partial Award, 13 November 2002.

② See Ibrahim FI Shihata, Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment, 9 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 55(1994).

③ See Kojo Yelapaala, Fundamentalism in Public Health and Safety in Bilateral Investment Treaties(Part II), 3 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 465—493 (2008) .

④ See Joel Trachtman, Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism, 5 Indiana Journal of Global Legal Studies, 566 (1998).

全。例如,2014年习近平总书记在主持召开中央国家安全委员会会议时首次提出总体国家安全观,首次系统提出国家安全体系涵盖11种安全,其中就包含“信息安全”。由此可见,基于数据主权理论,东道国对于数据流动的规制可纳入国际投资协定的一般例外。但为防止例外条款的滥用,国际投资仲裁庭对于一般例外的适用呈现收缩趋势,即要求例外的具体情形应在国际投资协定中事先规定,不可事后援引。^①因此,东道国若援引一般例外豁免其数据本地化立法的国民待遇义务,应以事先在一般例外中已规定东道国可为维护信息安全、网络安全或数据安全采取相关措施为限。

对于没有在一般例外条款中明确纳入信息安全或数据保护例外的国际投资协定,则需要研究其安全例外等条款是否包含数据保护。而欧盟新近的做法是直接在协定中明确将“保护与个人数据处理和传输相关的个人隐私”和“保护个人记录和账户的隐私”纳入一般例外条款,如《欧盟与加拿大综合性经济贸易协议》(以下简称《欧盟与加拿大协议》)第28(3)(2)(c)(ii)条,这在《欧盟与新加坡自由贸易协定》的做法上更进了一步,数据保护例外不仅适用于国民待遇条款,还将适用于整个投资协定的其他条款。

二、数据本地化与公平与公正待遇

《条例》是新近最具国际影响力的数据保护规则之一。在其生效后不久,就有学者提出其中的数据本地化规则和数据最小化规则违反了国际投资协定中的公平与公正待遇条款。^②公平与公正待遇条款曾因其内涵不明、语义抽象而呈现极度扩张解释的趋势,被视为国际投资协定中的“帝王条款”。^③但是实际上,无论从客观要件还是主观要件的构成上考量,公平与公正待遇都并非国际投资协定中的一项国际习惯法原则。^④故对于没有明文规定公平与公正待遇的国际投资协定,不应做扩大解释而考虑数据本地化措施是否违反公平与公正待遇。

对于国际投资协定中明确规定东道国给予外国投资者公平与公正待遇的情况,关键在于准确界定公平与公正待遇的内涵。国际投资仲裁庭对于公平与公正待遇的扩大解释屡遭诟病,各国尚未就公平与公正待遇的范围和要素达成一致。^⑤若以符合各国公认的国际习惯法限制公平与公正待遇的内涵,能够被普遍接受作为认定东道国是否履行其国际投资协定义务的要素主要有:不损害投资者的

^① See Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004.

^② See Vishaka Ramesh, Data Protection Principles Around the World. Do They Violate International Investment Law?, Völkerrechtsblog, 8 October 2018, doi:10.17176/20181008-111554-0. 但德国学者埃里克·图赫特菲尔德和拉斯·博查特·埃里克随即对这一观点进行了驳斥。See Tuchtfield and Lars Borchardt, Why International Investment Law is not violated by the GDPR, Völkerrechtsblog, 5 November 2018, doi:10.17176/20181106-100851-0, 2019-12-12.

^③ See Charles H. Brower, Investor—State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back, 40 Columbia Journal of Transnational Law, XI, 2001; Rudolf Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, 39 The International Lawyer, 91(2005).

^④ 参见徐崇利:《公平与公正待遇标准:国际投资法中的“帝王条款”?》,《现代法学》2008年第5期。

^⑤ See Mark Kantor, Fair and Equitable Treatment: Echoes of FDR's Court—Packing Plan in the International Law Approach towards Regulatory Expropriation, 5 The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 238-245 (2006).

合法期待;遵守正当程序和不可实施专断的行为。^① 在认定何为东道国“专断”的行为时,早期的仲裁庭多援引“尼尔案”^②确立的标准,即东道国的行为若构成极端恶劣的暴行,或者存在所有理性人都认可的严重不当,远远未达到国际标准要求,则违反了国际最低待遇标准。但晚近的仲裁庭多不以东道国的主观恶意为认定其违反公平与公正待遇的要件。^③ 即使将主观恶意考量在内,因数据本地化立法通常会在序言或者正文中阐述立法旨在保护国家安全、信息安全或个人隐私等,故难以被称之为极端恶劣的专断行为,由此其可能触及违反公平与公正待遇内涵的主要涉及是否有损投资者合法期待和遵守正当程序两方面。

(一)数据本地化与投资者合法期待

国际仲裁实践表明,公平与公正待遇的内涵包括保护投资者的合法期待这一内容。^④ 例如,“萨鲁卡诉捷克案”^⑤仲裁庭将投资者的合法期待要求东道国是否违反公平与公正待遇的决定性因素。保护投资者合法期待要求东道国为外国投资者提供一个稳定和可预见的投资环境,对东道国投资环境的透明度提出要求,即东道国应该让投资者事前知晓与其投资相关的规则、规章、政策和政府行为等。^⑥ 这就要求东道国公开数据本地化的立法和规则,投资者可事先评估投资应当遵守的制度和采取的措施。^⑦ 此外,东道国应为投资者提供稳定和可预见的投资环境。^⑧ 但东道国肩负为外国投资者提供稳定和可预见的投资环境这一义务并未排除东道国的合理规制权,^⑨而是强调东道国行为应具备一致性,不可随意变更。若东道国未遵循先前承诺也被视为损害投资者的合法期待。^⑩ 如果因东道国前后不一致的行为给投资者造成损失,东道国应当及时地给予投资者赔偿。^⑪

公平与公正待遇中有关提供稳定和可预见的投资环境的内容要求东道国规制数据流动的措施不可自相矛盾。由于数据跨境流动是经贸领域的新兴议题,各国规制数据跨境流动的立法才刚起步,碎片化现象严重,国内立法往往体系性不强。此外,国内立法与国际条约赋予的义务也容易存在矛盾之

① 参见徐崇利:《公平与公正待遇标准:国际投资法中的“帝王条款”?》,《现代法学》2008年第5期;余劲松,梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,《法学家》2007年第6期。

② See L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, United—Mexico Claims Commission, Decision (15 October 1926), Reports of International Arbitral Awards, Vol.IV, United Nations, 2006, pp.61—62.

③ 参见余劲松,梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,《法学家》2007年第6期。

④ See Stephen Fietta, Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors Expectations in International Investment Arbitration, 23 Journal of International Arbitration, 375 (2006).

⑤ See Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006.

⑥ See Metaclad Corporation v. The United Mexico States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

⑦ See Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003.

⑧ See LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

⑨ See Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

⑩ See Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003; PSEG Global Inc. & etc v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January, 2007.

⑪ See Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009.

处。例如,越南制定出台了一系列维护网络安全和数据安全的法律,以2019年《越南网络安全法》为代表,其中提出了诸多数据本地化的要求。与此同时,2018年12月,越南作为成员方正式签署了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《伙伴关系协定》)。然而,《伙伴关系协定》第14章明确规定保障数据自由流动的基本原则,并且禁止要求设立数据中心作为允许《伙伴关系协定》成员方企业进入市场的前提条件。针对《伙伴关系协定》与《越南网络安全法》规定的不一致,越南在加入《伙伴关系协定》时做出了一系列保留,提出在《伙伴关系协定》生效的5年内,越南拒绝其他成员方依据第14(11)条、第14(13)条和第14(18)条的争端解决机制对其提起争端。此外,越南还给加拿大、日本和新西兰单方去函,请求其承诺在《伙伴关系协定》生效的5年内,不针对越南违反《伙伴关系协定》第14(11)条和第14(13)的行为对其提起争端。^①根据“条约必须信守”的国际法基本原则,东道国的数据本地化立法尤其应关注与其国际条约义务的一致性,否则可能被质疑损害外国投资者的合法期待。

(二)数据本地化与正当程序原则

正当程序原则对东道国采取管制措施提出了程序公正的要求,这一要求与拒绝司法密切关联。^②例如,2012年《美国双边投资协定范本》第5条第2款a项将公平与公正待遇的内涵阐释为“包括不得拒绝在刑事、民事及行政司法程序中给予符合世界主要法律制度所包含的正当程序原则所要求的司法公正的义务”。一些国家的国内法中也有正当程序原则的相关规定,且要求东道国应在合理的诉讼时效内审理投资者的请求。例如,“切尔文和罗纳河诉哥斯达黎加案”^③仲裁庭认定,国内法院超过2年未审理投资者的上诉申请是违反正当程序要求的。各国的数据本地化立法基本都规定了配套的救济途径。例如,我国在《网络安全法》生效后,于2017年6月1日正式实施《网络产品和服务安全审查办法(试行)》[以下简称《审查办法(试行)》]。作为对《网络安全法》的补充,《审查办法(试行)》第14条就为网络产品和服务提供者提供了救济途径,即在其认为第三方机构的评估有失客观公正等情况下可向网络安全审查办公室进行举报。

此外,正当程序原则还要求东道国若撤销给予投资者的承诺,则应提前通知投资者并给予对方申诉的机会。^④根据“法不溯及既往”的基本原则,数据本地化立法原则上是无溯及力的。但是,基于数据动态产生和不断更新的特殊属性,数据本地化措施可能实际产生溯及既往的效果。例如,《俄罗斯联邦242法案》要求所有存储俄罗斯公民个人数据的数据运营商必须位于俄罗斯境内。^⑤该法案于2015年9月1日生效,故该日之前已经存在的俄罗斯公民的个人数据可以依法保留在俄罗斯境外的数据库中。但是,如果这些数据在2015年9月1日之后进行了更新,或数据库在2015年9月1日之

^① See Lexology: Vietnam has Ratified the CPTPP, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=adb9dec6-e374-452f-a65a-873c18517799>, 2019-12-12.

^② See *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009.

^③ See *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/13/2, 1 December 2014.

^④ See *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002.

^⑤ See Federal Law No. 242-FZ of Russia, <http://pravo.gov.ru:8080/page.aspx?112453>, 2019-12-12.

后发生了改变,则这些数据和数据库必须符合该法案数据本地化的要求。^① 当存在境外和境内两个数据源时,对于同一个人的数据,企业需要改造应用软件以适配两个数据源,开展关联分析,如此会降低应用程序处理的效率。对此,多数企业会选择将境外的数据源迁移至境内,但迁移后形成了新的数据库,则应当符合数据本地化规则。虽然这并非数据本地化立法的“溯及既往”,但会实际拉长立法适用的时间维度,在外国投资产生后的数据本地化立法基于数据动态更新的特性也有可能间接影响到立法生效前已存储的数据。在此情形下,东道国若因该情势变更撤销立法生效前对投资者做出的承诺,应当提前通知投资者,并且给予其申诉的机会,方符合正当程序要求。

三、数据本地化与征收

(一)数据的性质与征收的界定

数据的设施本地化和服务本地化措施都会让投资者付出一笔额外的经济成本,因此有学者认为数据本地化措施会导致外国投资即时和长期经济价值的减损。另外,不使用云端处理金融信息将大幅增加金融机构的运营成本和欺诈检测成本,故数据本地化措施违反了国际投资协定中的征收条款。^② 直接征收是东道国直接获取外国投资者财产的行为,其因含义明确而极少存在争议。^③ 数据本地化是对存储数据的方式、地点等提出的要求,且这些数据原本就是东道国境内主体产生的数据,数据本地化要求并不会让投资企业的财产有任何减损,因此不构成对投资者财产或利益的直接征收。

东道国的管制措施构成间接征收的关键在于该行为导致投资者的财产或利益被实际剥夺。^④ 例如,在“阿祖里克斯公司诉阿根廷案”^⑤中,仲裁庭指出,虽然阿根廷某省的行为确实影响到 ABA 公司的管理工作,但是阿祖里克斯公司仍然保持着对 ABA 公司的控制权,且阿祖里克斯公司 90% 的股份拥有权没有受到影响,因此阿根廷该省的行为不构成征收。在“路易斯维尔天然气与电力公司诉阿根廷案”^⑥中,仲裁庭同样鉴于投资者仍保持着控制权而否认征收行为的存在,因为“如果投资正常运营,那么干涉投资运营的情况就不复存在”。由此可见,投资者是否保有控制权是仲裁庭认定其财产是否被实质性剥夺的重要因素。

对于像谷歌(Google)、脸谱(Facebook)这样的大企业而言,企业虽然为东道国的数据本地化要求所困扰,但是数据本地化的要求并不会严重损害企业的运营能力,也不会实质剥夺企业利益,但小企

① See The Ministry of Communications and Mass Media (Minkomsvyaz): Clarification of Russia's New Data Localization Requirements, <https://digital.gov.ru/ru/personaldata/#1438546984884>, 2019-12-12.

② See Vishaka Ramesh, Data Protection Principles Around the World: Do They Violate International Investment Law?, *Völkerrechtsblog*, 8 October 2018, doi:10.17176/20181008-111554-0, 2019-12-12.

③ See Zeyad A. Alqurashi, Indirect Expropriation in the Field of Petroleum, 5 *The Journal of World Investment & Trade*, 902(2004).

④ See George C. Christie, What Constitutes a Taking of Property Under International Law, *British Yearbook of International Law*, 307(1962); Rudolf Dolzer, Indirect Expropriations: New Developments?, 11 *New York University Environmental Law Journal*, 79(2003).

⑤ See *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.

⑥ See *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25, 2007.

业就难以幸免了。^①以《条例》为例,其实际影响力远不止于小企业。在《条例》生效后,包括《时代周刊》在内的美国数十家知名媒体已退出欧洲市场。^②2019年1月,谷歌因违反《条例》被法国政府开出高达5800万欧元的罚单。^③2018年5月23日,优步娱乐(Uber Entertainment)宣布关闭其部分游戏业务,因为重新编写游戏程序或者将原有程序迁移至新平台从而符合《条例》规定的成本过高。^④《纽约日报》等大量的媒体网站选择屏蔽所有欧盟国家居民以避免违反《条例》。^⑤由此可见,《条例》给外国投资者带来的经济负担已达到成为小企业投资壁垒的程度,甚至直接影响其是否留在原市场,影响到了其控制权,表面上符合间接征收的界定标准。

(二) 规制措施的目的和必要性

1. 规制措施的目的

东道国的规制措施是否构成间接征收不应只考虑该措施造成的结果,越来越多的国际投资仲裁案件采“行为效果和性质标准”来认定间接征收,即考察东道国的规制措施从效果上给外国投资者的财产造成了何种程度的损害,以及东道国规制的目的是否为了维护公共利益。^⑥在“卡尔沃主义”复活的背景下,^⑦新近达成的许多国际投资协定十分强调保留东道国的规制权。例如,《欧盟与加拿大协议》投资章节第8(9)(1)条重申东道国可以为达成合法的公共目的在领土内行使规制权。这里的公共目的包括保护公共健康、安全、环境或道德,保护社会或消费者,保护和提升文化多元性等。为了进一步强化东道国的规制权,《欧盟与加拿大协定》投资章节第8(9)(2)条特意指出,东道国通过修订法律行使其规制权,对投资或投资者的期待造成消极影响,包括对其利润的影响,不构成对该协定义义务的违反。而《伙伴关系协定》第14(8)条即使极力主张数据跨境自由流动,仍然允许东道国将保护个人信息作为“合法的公共政策”,视为数据跨境自由流动的例外。^⑧

根据诸多仲裁案件的裁判和国际条约的规定,东道国为了维护公共利益而采取的善意规制措施不应认定为征收,包括维护公共道德和公共秩序以及保护个人信息的行为。在维护公共道德和公共

① See Andrew D. Mitchell and Jarrod Hepburn, Don't Fence Me in: Reforming Trade and Investment Law to Better Facilitate Cross-Border Data Transfer, 19 The Yale Journal of Law and Technology, 222 (2017); Graham Greenleaf, The TPP & Other Free Trade Agreements: Faustian Bargains for Privacy?, UNSW Law Research Paper No. 2016-08, 14 February 2016, p.13.

② See Fortune, These U.S. Media Sites Have Gone Dark in Europe as New GDPR Rules Kick In, <http://fortune.com/2018/05/25/GDPR-us-media-sites-not-accessible/>, 2019-12-12.

③ See The Wall Street Journal, Google Fined \$57 Million in Biggest Penalty Yet Under New European Law, <https://www.wsj.com/articles/google-fined-57-million-by-french-regulator-11548085558>, 2019-12-12.

④ See CNN, These Companies Are Getting Killed by GDPR, <https://money.cnn.com/2018/05/11/technology/gdpr-tech-companies-losers/index.html>, 2019-12-12.

⑤ See TC, Instapaper on Pause in Europe to Fix GDPR Compliance "Issue", <https://techcrunch.com/2018/05/24/instapaper-on-pause-in-europe-to-fix-gdpr-compliance-issue/>, 2019-12-12.

⑥ See Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006; BG Group Plc. v. Republic of Argentina, UNCITRAL, Award, 24 December 2007; Invesmart, B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Award, 26 June 2009; Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S. and Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Award, 14 February 2012.

⑦ 参见单文华:《从“南北矛盾”到“公私冲突”:卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野》,《西安交通大学学报》(社会科学版)2008年第4期。

⑧ 参见彭岳:《数据本地化措施的贸易规制问题研究》,《环球法律评论》2018年第2期。

秩序方面,迄今尚无投资仲裁案对数据跨境流动与“公共道德”和“公共秩序”的关系做出解释,但国际贸易法的实践可在一定程度上提供借鉴。在“中美出版物和视听娱乐产品案”^①中,世贸组织专家组和上诉机构均认为,“公共道德”是因国家而异的概念,取决于一国的社会文化、道德观念和宗教价值。许多国家采取数据本地化措施,限制数据跨境流动是出于维护本国的社会公共道德和公共秩序的目的。^②例如,《越南网络安全法》第1条即提出制定目标是为了“网络空间的安全和社会秩序”,故要求使用本地服务器将越南消费者的数据储存在越南境内。类似的,中国的互联网规制是为了维护社会稳定,符合《协定》项下“维护公共道德和公共秩序”的要求。^③在保护个人信息方面,多国的数据本地化立法提到以保护个人隐私为重要立法目的。例如,2010年《马来西亚个人数据保护法案》第129(1)条提出“数据使用者未经部长批准,不得将任何个人数据传输至马来西亚境外任何地点”的原则,并于第129(3)条明确了数据可转移的例外情况,该法在多处强调制定数据保护规则的宗旨在于保护个人隐私。由此,若是一国的数据本地化立法目标是为了维护社会公共利益,应当属于东道国可依法行使规制权的范畴,不应视作征收。

2. 规制措施的必要性

为更好地平衡东道国规制权与投资者利益,有学者还建议在东道国规制措施的目的性之外,考量措施的“适当性”和“必要性”。^④数据的存储地是保障数据安全的要素之一,因为数据在传输过程中若被截获,则可能被未授权主体访问,^⑤数据存储地又并非保障数据安全的唯一要素,^⑥因此各国对于数据本地化是否存在必要性存在较大争议。一些信息技术专家指出,数据本地化对于保护数据安全并无甚帮助。对于存储于云端的数据而言,被黑客攻击的最大威胁来自不完整的防护系统,用户的疏忽大意以及工程师的犯错。^⑦数据的性状导致对其可以远程获取。即使数据存储在本地,也不能防止远程未授权端对数据的访问。如果要控制对数据的访问,关键在于算法加密以及控制数据的密钥而非物理存储地。^⑧此外,构建完善的入侵防御和检测系统对于保障未加密数据的安全至关重要,如

① See China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, Report of the Appellate Body, 21 December 2009.

② See Andrew D. Mitchell & Jarrod Hepburn, Don't Fence Me in: Reforming Trade and Investment Law to Better Facilitate Cross-Border Data Transfer, 19 The Yale Journal of Law and Technology, 190 (2017); Rolf H. Weber & Rainer Baisch, Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATs, 13 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 375 (2018).

③ See Shi Hao, Liu Fei & Wang Jianhua, Commentary: China's Internet Regulation Not Trade Barrier, 14 April 2016, <https://en.imsilkroad.com/p/56493.html?catid=552>, 2019-12-12.

④ 参见徐崇利:《利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿》,《环球法律评论》2008年第6期。

⑤ See W Kuan Hon and Christopher Millard, Control, Security and Risks in the Cloud, in Cloud Computing Law, Christopher Millard eds., Oxford University Press, 2013, p.22.

⑥ See W Kuan Hon and Christopher Millard, How Do Restrictions on International Data Transfers Work in Clouds?, in Cloud Computing Law, Christopher Millard eds., Oxford University Press, 2013, p.275.

⑦ See Patrick S. Ryan, Sarah Falvey & Ronak Merchant, When the Cloud Goes Local: The Global Problem with Data Localization, 46 Computer, 56 (2013).

⑧ See Jatinder Singh, Jean Bacon, Jon Crowcroft, Anil Madhavapeddy, Thomas Pasquier, W Kuan Hon and Christopher Millard, Regional Clouds: Technical Considerations, Technical Paper No. UCAM-CL-TR-863, Computer Laboratory, University of Cambridge, 2014, pp.13-14.

修建防火墙。^① 数据安全也可以通过云存储等外部存储方式保障。将数据存储于某一特定辖区,远不如用大规模顶级专业化的存储器处理数据。值得注意的是,虽然诸多技术专家论证保障数据安全的核心在于加密算法技术,但是各国的算法加密和解密等技术能力差异巨大,因此数据本地化对于保护本国信息安全是否必要措施应是一个因国别而异的问题。毫无疑问,美国相比大多数国家在信息技术领域具有绝对优势,^②因此数据本地化措施对美国而言可能缺乏必要性,进而违反国际投资协定的征收条款,但对信息技术相对落后的国家则可能是必要措施,并不构成征收。

四、中国数据安全立法的立场与选择

(一) 中国的数据安全立法现状

信息安全是总体国家安全观的重要内涵之一。为了保障信息安全,中国已着手制定规制数据跨境流动的国内规则。《网络安全法》第37条规定“关键信息基础设施的运营者应当在中华人民共和国境内存储在运营中收集和产生的公民个人信息等重要数据;因业务需要,确需在境外存储或者向境外的组织或者个人提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。法律、行政法规另有规定的从其规定。”由此确立以数据本地存储为基本原则、经评估后可跨境传输为例外的数据跨境流动制度,奠定了我国规制数据跨境流动的基本框架。但是,《网络安全法》侧重于从整体上保障网络安全和维护网络空间主权,对于数据安全的规定并不全面,如未确立“数据主权”,对重要数据和数据出境安全评估主体界定不明等。对此,数据安全法的立法具备必要性,我国未来的数据安全法应对数据存储、数据安全、数据应用和数据保护等问题作出更细致的规定。2019年5月28日,国家互联网信息办公室公布《数据安全管理办法(征求意见稿)》,其中对“重要数据”的概念进行了界定,并详细规定了数据的收集、处理使用、安全监督管理三个阶段的要求,为其后数据安全的统一立法奠定了基础。

国内完善的数据安全立法是我国在国际条约谈判中获取主动权的基础。在国际条约谈判所涉数据跨境流动问题上,中国将面对更大的挑战。自特朗普政府上台后,中美贸易摩擦加剧,中美的双边投资协定谈判前景难料。美国驻中国商会曾建议在中美双边投资协定中纳入促进数据跨境自由流动和反对数据本地化的条款,^③而这明显不符合中国的国内立法及国家利益。在这一问题上中美两国尚难以达成共识。中欧双边投资协定谈判方面,虽然《网络安全法》和《条例》均认可数据本地化要求,但两国对于数据跨境流动的认识仍存在本质差异。中国也未被欧盟委员会纳入符合其充分性保护原则的国家成员名单。加之欧盟的高新技术企业与中国企业相比并无优势,因此欧盟与我国在数据保护问题上的利益并不完全一致。中欧双边投资协定谈判在数据跨境流动方面原则上有望达成基本共识,但在具体规则适用上可能存在较大分歧。

(二) 中国的数据安全立法与双边投资协定义务之协调

^① See W Kuan Hon and Christopher Millard, Control, Security and Risks in the Cloud, in Cloud Computing Law, Christopher Millard eds., Oxford University Press, 2013, p.22.

^② See John Selby, Data Localization Laws: Trade Barriers or Legitimate Responses to Cybersecurity Risks, or Both?, 25 International Journal of Law and Information Technology, 215—217(2017).

^③ See American Chamber of Commerce in China, Protecting Data Flows in the US—China Bilateral Investment Treaty, April 2015, p.3, <https://www.amchamchina.org/policy—advocacy/policy—spotlight/data—localization>, 2019—12—12.

中国已签订一百多个双边投资协定,在多数协定中纳入了国民待遇、公平与公正待遇及禁止征收的条款,故国内立法和政府行为也应符合协定要求。目前以中国政府为应诉方提起的国际投资仲裁案件共计3个,^①但伴随中国在国际投资舞台上的角色日益重要,外国投资者可能更频繁地依据双边投资协定对中国政府提起争端。因此,我国在完善和具体适用《网络安全法》以及制定数据安全法的过程中,应特别关注国内立法应符合国际条约义务的问题。考虑到网络安全的技术特征,2014年全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在起草《网络安全法》过程中,主要会同国家互联网信息办公室与工业和信息化部、公安部、国务院法制办公室等部门交换意见和共同研究。^②鉴于数据流动规制已被越来越多的国际条约纳入,我国在数据安全立法制定过程中应当与我国的条约义务保持一致,在数据安全立法制定过程中建议牵头部门还应重点会同外交部和商务部进行研究。我国政府在进行数据安全立法时应重点关注数据本地化立法不应违反我国在双边投资协定下的国民待遇、公平与公正待遇以及禁止征收的义务。

第一,数据安全立法与国民待遇义务的协调。当前我国缔结的双边投资协定约一半纳入了国民待遇条款。在2019年《中华人民共和国外商投资法》开创性地规定对外资提供准入前国民待遇后,我国其后缔结的双边投资协定很可能迎来准入前国民待遇时期。^③在我国进一步扩大开放之际,应从完善国内立法和修订投资协定两个方面,做好数据安全立法与国民待遇义务的协调。在国内立法方面,应注重外商投资立法与数据安全立法的一致性,谨慎对待修订《目录》时的部门划分。《目录》不仅涉及外国投资企业将遵循什么流程办理投资手续的问题,更涉及我国是否给予了同一经济部门的外国投资者不低于本国投资者的待遇问题。具体部门的划分应与《网络安全法》中的“关键信息基础设施”范围接轨,并充分考虑该部门本国投资者的市场竞争力等情况,降低数据本地化措施被质疑违反国民待遇的风险。在修订和升级双边投资协定时,我国可借鉴《欧盟与新加坡自由贸易协定》中设置的国民待遇条款的例外情形,将“保护与个人数据处理和传输相关的个人隐私”和“保护个人记录和账户的隐私”等情形纳入国民待遇的例外。

第二,数据安全立法与公平与公正待遇义务的协调。一是立法部门应确保将来的数据安全立法与现有立法的一致性,以符合公平与公正待遇中保护外国投资者合理期待的要求。我国数据安全相关立法刚刚起步,碎片化严重。主要的法律涉及《中华人民共和国国家安全法》《网络安全法》和起草中的数据安全法,部门规章、地方性法规众多且散乱。因此,在进行数据安全立法时,我国应做好各部委间的统筹与协调,避免多头管理造成的行为矛盾。二是及时补充数据本地化立法救济措施。根据《审查办法(试行)》的规定,当网络产品和服务提供者认为第三方机构的评估有失客观公正的情况下,有权向网络安全审查办公室进行举报。这样的救济措施规定很可能被质疑未给予外国投资者充分有效的司法救济途径,不符合公平与公正待遇中的正当程序要求,建议在将来的立法中进一步补充网络

① See Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15; Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, March 9, 2017; Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/17/19, Procedural Order No. 2, August 10, 2018.

② 参见《关于〈中华人民共和国网络安全法(草案)〉的说明》, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2017-02/20/content_2007537.htm, 2019-12-12。

③ See Qianwen Zhang, Opening Pre-establishment National Treatment in International Investment Agreements: An Emerging “New Normal” in China?, 11 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 437-476 (2016).

产品和服务提供者针对数据本地化立法的救济措施。

第三,数据安全立法与禁止征收义务的协调。一是我国应在将来的数据安全立法中明确规定数据本地化要求意在保护的价值。当东道国规制的目的是为了维护公共利益时,不应被视作征收行为。对此,我国立法可明确数据本地化要求意在维护社会公共利益、公共秩序、保护个人信息等目的,以便适时援引保护合法的公共利益为由对抗外国投资者对数据本地化措施构成征收的质疑。二是在修订双边投资协定时将数据规制权纳入例外条款。当前国际投资协定注重保障东道国的规制权,但以事前明确纳入规制条款为限。我国目前的双边投资协定较少纳入例外条款,且纳入的例外条款涵盖种类较少。对此,我国在修订和谈判双边投资协定时,可借鉴《欧盟与加拿大协议》的做法,通过例外条款将数据规制权纳入东道国规制权范畴。三是补充数据安全相关研究。应及时通过技术分析等方式论证数据本地化措施与维护数据安全性关系的必要性,以符合间接征收中的必要性要求。

五、结论

数据本地化措施是否违反国际投资协定基本原则和具体条款并不是非黑即白的问题。虽然世贸组织和国际投资协定均确立了国民待遇原则,但世贸组织争端解决机制和国际投资仲裁庭适用路径的不同导致国际贸易法和国际投资法的国民待遇存在实质差别,因此数据本地化措施是否违反世贸组织协定和国际投资协定的国民待遇原则也应分别考察。对于国际投资协定国民待遇条款的适用,需考虑以下几个方面:外国数字企业和本国数字企业是否属于同一经济部门、该措施是否给外国投资者带来相比于本国投资者过重的经济负担、是否不合理区分外国投资者和本国投资者以及数据本地化措施意在保护何种价值。公平与公正待遇因其语义模糊,频频被仲裁庭扩大适用而屡遭诟病,在认定数据本地化措施是否违反该条款时也应合理限定公平与公正待遇的内涵,重点考察东道国数据跨境流动规制措施是否具有一致性、是否保障了投资者的合理期待以及措施执行过程中是否遵守正当程序等。数据和实物财产的差异导致数据本地化措施难以构成直接征收条款,但数据本地化要求带来的额外经济负担可能实际影响企业的控制权而构成间接征收。国际投资协定日益强化东道国规制权的趋势使得东道国援引国家安全和公共道德等例外豁免其条约义务成为可能。各国基于数据主权,为保障国家信息安全、保护合法的公共利益等原因规制数据跨境流动无可厚非,但应当注意数据本地化措施与本国条约义务须具备一致性。

责任编辑 何 艳