

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

宋俊荣

内容提要:适格投资是界定国际投资协定适用范围和仲裁庭属事管辖权的重要依据。东道国数据规制措施是否受国际投资协定约束,取决于该措施是否与适格投资有关,共涉及五种场景。其中需要重点关注的问题有两个:一是数据是否构成适格投资。目前,数据在“投资”定义列举项中的归属,以及是否符合适格投资空间要件、合法性要件和程序性要件,尚存在不确定性。二是东道国境外数据处理活动中的资产是否满足适格投资的空间要件。作为数字经济大国,我国应对数字经济的持续发展和繁荣给予保护和支持,同时也须维护必要范围内对数字经济的规制权,避免我国承担过度义务。此外,我国应坚守国际投资协定与国际贸易协定适用于数据规制措施的边界,以防止我国在两种类型协定项下义务的错配。基于此,我国应从五个方面对投资协定适格投资条款进行完善,并在未来可能面临的相关国际投资仲裁案件中积极提出管辖权异议。

关键词:数据处理 数据规制措施 国际投资协定 适格投资 数据跨境流动

宋俊荣,上海政法学院国际法学院副教授。

一 问题的提出

在数字经济时代,投资者与东道国之间的联系从物理空间进一步延伸到虚拟空间。数据不仅被应用于新兴数字经济核心产业,也被应用于传统产业的数字化部分,^[1]数据处理和跨境流动也成为国际投资活动中不可或缺的一部分。不过,随着数据规模的迅猛

[1] 根据国家统计局2021年5月发布的《数字经济及其核心产业统计分类(2021)》,数字经济核心产业是指为产业数字化发展提供数字技术、产品、服务、基础设施和解决方案,以及完全依赖于数字技术、数据要素的各类经济活动。产业数字化部分是指应用数字技术和数据资源为传统产业带来的产出增加和效率提升,是数字技术与实体经济的融合。另外,本文中的“数据”特指市场主体在生产经营过程中持有或控制的达到一定规模从而能产生经济效益的数据,其他数据不在本文研究范围之内。

增长及其广泛应用,各国对于个人隐私、国家信息安全、公共秩序以及数据主权的担忧也与日俱增。旨在实现上述政策目标的数据规制措施应运而生,如数据存储本地化要求、数据出境限制、任命数据保护官、数据保护风险评估等。虽然此类措施的初衷并非实现传统投资政策目标,但基于数据处理和跨境流动与国际投资日益紧密的联系,此类措施在客观上往往会对国际投资产生影响,如增加投资者合规成本、阻碍外资市场准入等。^[2]

截至 2022 年 12 月,全球范围内现行有效的国际投资协定及含投资章的综合经贸协定共有 2,575 项。^[3] 绝大多数国家都或多或少对外缔结了国际投资协定,承担了投资保护和促进义务。如果属于国际投资协定的适用范围,数据规制措施可能导致对相关条款的违背,从而引发投资争端。^[4] 因此,国际投资协定是否适用于缔约方所采取的数据规制措施是非常现实且具有普遍性的问题。这不仅关乎国际投资仲裁庭是否享有属事管辖权,而且关乎东道国可能的赔偿责任范围。随着数字经济的发展和各国数据规制措施的逐步推进,有关此类措施的投资者与国家间争端的发生在所难免。本文试图对这一问题展开研究,以期防患于未然,为我国在数据规制背景下完善国际投资协定适格投资条款和应对可能出现的相关国际投资仲裁案件提供合理方案。

二 数据规制措施是否 与国际投资协定适格投资有关的场景预设

一般而言,确定一项国际投资协定是否适用于缔约方所采取的措施,就是要确定其是否与该协定项下适格投资有关。^[5] 目前,国际投资协定对于如何界定一项措施与适格投资“有关”(relating to)尚无明确规定,因此在仲裁实践中该问题属于仲裁庭自由裁量范围。Methanex v. USA 案的仲裁庭在部分裁决中用较大篇幅对该问题进行了分析,得出的最终结论是“有关”一词要求一项措施不仅仅是对投资者或投资产生影响,而是与其具有法律上的明显联系。作为该案被诉措施,加利福尼亚州 D-5-99 号行政命令和 CaRFG3 号条例是针对甲基叔丁基醚,相关条文中并未明确提及申请人所生产和销售的甲醇,因此仲裁庭裁决被诉措施并非与申请人的投资有关。^[6] 在 Pope & Talbot v. Canada 和 Myers

[2] See Michael V. Gestrin & Julia Staudt (2018), *The Digital Economy, Multinational Enterprises and International Investment Policy*, OECD, Paris, p. 15, <https://www.oecd.org/investment/the-digital-economy-mnes-and-international-investment-policy.htm>, 最近访问时间[2023-02-27]。

[3] See *International Investment Agreements Navigator*, UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>, 最近访问时间[2023-02-27]。

[4] 参见张倩雯:《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,第 85-98 页。

[5] 典型的国际投资协定“适用范围”条款规定如下:本协议适用于一缔约方采取或维持的与另一缔约方投资者和涵盖投资有关的措施。参见《区域全面经济伙伴关系协定》(*Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP*)第 10.2 条第 1 款和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP*)第 9.2 条第 1 款。

[6] See *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award dated August 7, 2002, paras. 28, 34, 147-158. 本案中,申请人生产和销售甲醇的主要去向之一是作为甲基叔丁基醚的原料,因而主张其受到了被诉措施的不利影响。

v. Canada 案中,被诉措施虽然在名义上是对某种产品的贸易管制措施,但其直接影响了投资者对该产品的生产、加工及进出口,仲裁庭因此认定被诉措施与投资“有关”。^[7]

数据规制措施一般会明文规定其规制对象是数据及其处理活动。依据上述判理,在数据构成适格投资的情况下,数据规制措施即与适格投资有关。不过,这并不意味着数据规制措施是否与适格投资有关只取决于数据是否构成适格投资,因为数据及其处理活动不仅可能作为投资者自成一体的经营活动,也有可能与投资者的其他资产及经营活动融合在一起。此外,在新的业态和商业模式层出不穷的当下,面向一国用户的数据处理活动未必就位于该国境内,而数据规制措施的适用范围也相应地从一国境内延伸到境外,从而形成所谓的域外效力。^[8] 基于此,下文梳理了需要探讨数据规制措施是否与国际投资协定适格投资有关的五种场景。

第一种场景是外国国民在东道国既拥有或控制数据,也拥有或控制传统意义上的投资,且两者之间存在实质联系。^[9] 在此种场景下,数据无论作为生产要素,还是产品或服务,都可以与外国国民拥有或控制的传统意义上的投资构成一个整体。例如,外国国民在东道国设立了数据中心,并在该中心收集、存储和处理数据,并对外出售数据产品。再如,外国国民在东道国设立了一家金融机构,该机构在提供金融服务过程中对有关客户的数据进行了收集、存储和处理。作为外国国民投入资金及其他资源建成的实体,该数据中心和金融机构均属于传统意义上的投资。数据的收集、运用或数据产品的生产是其经营活动的一部分。由于该数据中心和金融机构位于东道国境内,因而其数据存储和处理活动属于东道国数据规制措施的适用范围。例如,欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)就适用于在欧盟境内设有机构的数据控制者或处理者在该机构活动范围内对个人数据的处理活动。^[10]

第二种场景与第一种场景的区别在于,外国国民将在东道国境内产生的数据全部或部分存储在境外。在云存储的跨国应用愈发普遍的当下,此种场景在现实中也是很常见的。例如,外国国民在东道国设立了一家科技企业,该企业租用境外云服务器进行数据的存储。由于该企业是位于东道国境内的固定机构,因此其数据在海外的存储属于东道国数据规制措施的适用范围。例如,欧盟《一般数据保护条例》就适用于在欧盟境内设有机构的数据控制者或处理者在该机构活动范围内对个人数据的处理活动,不论该活动发生在欧盟境内或境外。^[11]

[7] See S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award dated November 13, 2000, paras. 234-236, 296; Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on Motion to Dismiss re: Whether Measures “Relate to” the Investment dated January 26, 2000, paras. 27-34.

[8] 参见孔庆江、于华溢:《数据立法域外适用现象及中国因应策略》,《法学杂志》2020年第8期,第77-84页;张博文、张哲:《个人信息保护法域外效力研究——以欧盟〈一般数据保护条例〉为视角》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2017年第2期,第37-41页。

[9] 由于本部分是场景预设,尚未对其中的经济活动是否包含适格投资进行界定,因而对活动主体的称谓,弃“外国投资者”而取“外国国民”,具体包括外国自然人、法人及其他经济组织。

[10] 参见《一般数据保护条例》第3条第1款:“本条例适用于在欧盟境内设立机构的数据控制者或处理者在该机构活动范围内对个人数据的处理,无论该处理活动是否发生在欧盟境内。”

[11] 参见《一般数据保护条例》第3条第1款。

第三种场景是外国国民在东道国仅拥有或控制数据,或者虽然也拥有或控制传统意义上的投资,但两者之间无实质联系。例如,外国国民针对东道国境内用户提供社交平台服务,并根据用户信息推送针对性广告。该外国国民在东道国境内不拥有任何设备、实体或财产权利等传统意义上的投资,仅通过东道国境内的云存储服务商进行用户数据的存储和加工。再如,外国国民针对东道国境内用户提供远程医疗服务,并通过东道国境内的云存储服务商进行用户数据的存储和加工,其他活动在其本国进行;该外国国民同时在东道国境内设立工厂生产无人驾驶汽车。显而易见,该外国国民从事的两种活动之间是彼此独立、没有关联的。在本场景中,由于外国国民在东道国境内存储和加工与境内用户有关的数据,因而此种数据存储和处理活动一般属于东道国数据规制措施的适用范围。例如,欧盟《一般数据保护条例》就适用于境外数据控制者或处理者为了向欧盟境内数据主体提供商品或服务而在欧盟境内处理其个人数据的活动。^[12]

第四种场景是外国国民通过网络面向东道国境内用户开展经营活动,并在本国境内对用户数据进行存储和处理;同时,该外国国民在东道国拥有或控制传统意义上的投资,且与其在线服务之间存在实质联系。例如,外国国民针对东道国境内用户提供社交平台服务,并根据用户信息推送针对性广告。该外国国民在其本国对用户数据进行存储和处理,同时在东道国设立办事处负责广告位的营销。虽然该外国国民的数据存储和处理活动在东道国境外,但该活动与东道国办事处的活动存在实质联系,且相关数据来自东道国境内用户,因而此类数据处理活动会受到东道国数据规制措施的约束。例如,只要数据控制者或处理者在欧盟境外的数据处理活动在其设在欧盟境内机构活动范围之内,就会导致欧盟《一般数据保护条例》的适用。^[13]

第五种场景与第四种场景的区别在于外国国民在东道国不拥有或控制传统意义上的投资,或者虽然拥有或控制此类投资,但与其向东道国境内用户提供的服务之间无实质联系。例如,外国国民通过其建在本国的数据中心为东道国用户提供云存储服务,同时在东道国境内承接信息基础设施建设工程项目。两种活动彼此独立,无任何实质联系。在本场景中,外国国民的数据处理活动同样会受到东道国数据规制措施的约束,因为其中的数据来自东道国境内用户。例如,欧盟《一般数据保护条例》就适用于境外数据控制者或处理者为了向欧盟境内数据主体提供商品或服务而在欧盟境外处理其个人数据的活动。^[14]

在上述五种场景中,数据规制措施均直接适用于数据处理活动,因而是与之“有关”的。那么,接下来的问题就是分析其中是否存在适格投资。在场景一和场景二中,外国国民在东道国拥有或控制的数据与传统投资融为一体,因此,只要其中的传统投资构成适格投资即可。在场景三中,位于东道国的数据是独立的存在,因而需要专门分析其是否构成适格投资。与其不同的是,场景四和场景五中的数据处理活动在东道国境外,因此其中的资产是否满足适格投资的空间要件是需要重点分析的问题。下文分述之。

[12] 参见《一般数据保护条例》第 3 条第 2 款:“本条例适用于在欧盟境外设立的数据控制者或处理者对欧盟境内数据主体个人数据的处理活动,如该处理活动与下列情形有关:(a) 向欧盟境内数据主体提供商品或服务,不论是否要求其作支付;或(b) 对欧盟境内数据主体在欧盟境内行为的监控。”

[13] 参见《一般数据保护条例》第 3 条第 1 款。

[14] 参见《一般数据保护条例》第 3 条第 2 款。

表 1 需要探讨数据规制措施是否与适格投资有关的五种场景

	东道国境内	东道国境外	数据规制措施适用路径(以《一般数据保护条例》为例)
场景一	传统投资伴随数据本地存储和数据处理活动 ^[15]		通过第 3.1 条触发条例的适用
场景二	传统投资伴随数据的产生和处理	部分或全部数据境外云存储	通过第 3.1 条触发条例的适用
场景三	数据云存储	面向东道国境内用户的数据处理活动	通过第 3.2 条触发条例的适用
场景四	传统投资	面向东道国境内用户的数据处理活动和数据本地存储,且与东道国境内传统投资具有实质联系	通过第 3.1 条触发条例的适用
场景五		面向东道国境内用户的数据处理活动和数据本地存储	通过第 3.2 条触发条例的适用

三 数据是否构成国际投资协定适格投资

对于场景三中东道国境内数据是否构成适格投资,需要结合国际投资协定有关适格投资的规定来进行分析。

(一) 国际投资协定有关适格投资的规定

在国际投资协定中,适格投资即协定所适用和保护的投资。^[16] 早期国际投资协定对于适格投资的界定往往采用单一的“投资”定义条款。晚近国际投资协定通常就“投资”定义和适格投资要件分别作出规定。^[17] 为表述方便和统一,本文统称为“适格投资条款”。

对于“投资”的定义,晚近国际投资协定一般采用“概括+列举”的模式。概括部分主要着眼于资产的投资特征以及投资者与该资产的联系。“投资”定义的列举部分或长或短,但基本上不超出下列范围:企业;企业中的股份、股票和其他形式的参股;企业的债券、无担保债券、其他债务工具和贷款;期货、期权和其他衍生品;合同项下的权利,包括交钥匙、建设、管理、生产、特许权、收入分享或其他类似合同;知识产权和商誉;根据东道国法律或合同授予的许可和其他类似权利以及其他有形或无形财产、动产或不动产及相关财产权利,如租赁权、抵押权、留置权和质押权。^[18]

[15] 基于文本表述简洁性的考虑,此处及下文使用了“伴随”一词,代指相关经营活动具有实质联系。

[16] 本文中,国际投资协定包括专门的投资协定以及含投资章的综合经贸协定。

[17] 例如,《区域全面经济伙伴关系协定》和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》均在“投资”定义条款之外通过“涵盖投资”(covered investment)定义条款另行规定适格投资要件。

[18] 参见《区域全面经济伙伴关系协定》第 10.1 条和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 9.1 条。

对于投资协定任一缔约方而言,适格投资一般需要满足主体、时间和空间三个基本要件。主体上,投资者应当是来自另一缔约方的自然人、法人或企业,从而排除了国内投资。时间上,以协定对该缔约方生效之日为基准,可以是在此时已存在的投资,也可以是在此之后设立、获得或扩大的投资。空间上,投资应位于该缔约方领土之内,从而确保投资与东道国之间存在地域上的联系。此外,有些投资协定会增加合法性要件,即投资应符合该缔约方国内相关法律、法规和政策。有些投资协定甚至会进一步增加程序要件,即投资已被该缔约方接受,如以书面形式明确批准。

(二) 数据是否构成国际投资协定项下的适格投资

关于“投资”定义中的概括部分,《区域全面经济伙伴关系协定》和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的规定在当前较为具有代表性,故本文以其为依据来进行分析。^[19] 首先,定义中的概括部分要求资产具有投资的三种特征,即资本或其他资源的投入、获得收入或利润的预期或风险的承担。从世界各国的立法和实践来看,数据作为一种资产已然成为共识。^[20] 对数据持有或控制企业而言,数据的收集、处理和存储等均需要投入资本和各种资源,如人力、物力和技术等;数据的利用和处分会给企业带来直接或间接的经济收益,前者如出售数据或数据产品所得,后者如数据作为企业内部生产要素促进企业生产效率的提高、产品或服务质量的提升或销量的增长;企业对于数据的利用和处分还可能面临相关国家数据规制措施的不利影响。因此,数据是符合前述三种投资特征的资产。其次,定义中的概括部分要求投资者直接或间接拥有或控制投资。“拥有”(own)强调的是财产权利的归属,而“控制”(control)强调的是投资者对投资的使用、处分或收益享有决策权或能施加实质性影响。^[21] 虽然目前各国立法对于企业数据权益鲜有明确规定,学界也歧见丛生,但有一点可以肯定的是,企业可以通过技术和现有法律手段的运用对数据实现相对有效的控制。^[22] 因此,外国投资者在东道国拥有或控制的数据基本上符合“投资”定义的概括部分要求。

就“投资”定义的列举部分而言,部分数据可被划归知识产权类投资,因为在现有法律框架下,对于构成商业秘密或作品的的数据或数据产品,企业是享有知识产权的。例如, *Einarsson v. Canada* 案中申请人的指控就是其就地震数据享有的版权和商业秘密受到加拿大当局侵犯。^[23] 当然,对于不享受知识产权保护的数据而言,其归属就不太明晰了。

[19] 参见 RCEP 第 10.1 条和 CPTPP 第 9.1 条。

[20] 参见联合国贸易与发展会议:《数字经济报告 2021——跨境数据流动与发展:数据为谁流动》(中文版),2021 年 9 月 29 日,第 v 页;中国信息通信研究院云计算与大数据研究所:《数据资产管理实践白皮书》,2019 年 6 月,第 III 页。

[21] See *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility dated December 17, 2015, paras. 502-507; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award dated January 26, 2006, paras. 106-108.

[22] 现阶段,企业主要通过合同法、侵权责任法、著作权法和反不正当竞争法来维护其与数据相关的权益。参见梅夏英:《在分享和控制之间:数据保护的司法局限和公共秩序建构》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 845-870 页;戴昕:《数据界权的关系进阶》,《中外法学》2021 年第 6 期,第 1573-1575 页。

[23] See *Theodore D. Einarsson and others v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/6, Statement of Defence from Government of Canada dated June 9, 2022, para. 20.

目前各国对于是否在法律上将数据确认为一种独立的新型财产较为谨慎。不过,为了促进数据市场和数字经济的有序发展和繁荣,一些国家和地区已经开始了数据权益予以立法保护的尝试。例如,国务院2022年12月发布的《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》,明确提出探索具有中国特色的数据产权结构性分置制度。最高人民法院2022年7月发布的《关于为加快建设全国统一大市场提供司法服务和保障的意见》也强调,要依法保护数据要素市场主体以合法收集和自身生成数据为基础开发的数据产品的财产性权益。《上海市数据条例》(2022)第12条确认市场主体对其合法处理数据形成的数据产品和服务享有法律、行政法规及本条例规定的财产权益,第15条确认市场主体可以依法开展数据交易活动。可以预见,未来会有更多确认和保护数据财产权益法律法规的出台。而实践中,数据流通交易已经屡见不鲜。例如,我国上海、深圳、贵阳等地数据交易所成立以来交易额屡创新高;围绕数据资产的金融创新服务如数据资产质押融资、数据资产证券化等也方兴未艾。^[24]当然,在文本表述上,国际投资协定中“投资”定义列举部分的开头语一般为“投资可以(may)采取的形式包括”,而非“投资必须/应当(must/shall)采取的形式包括”。此乃典型的任意性规定,而非强制性规定。因此,即使无法确定数据在列举项中的归属,也不妨碍其构成“投资”。

当然,数据是否构成适格投资还取决于其是否满足三个基本要件。一是主体要件,数据应由东道国之外的其他缔约方投资者所拥有或控制。二是时间要件,该投资者拥有或控制数据的起始时间可以是国际投资协定生效前,也可以是生效后。不过,如果涉及投资仲裁,那么争端的发生一般应在国际投资协定生效后。三是空间要件,原则上数据应当位于东道国境内,如场景三中外国国民存储在东道国境内的数据。另外需要注意的是某些投资协定中可能出现的合法性要件和程序性要件,如《区域全面经济伙伴关系协定》第10条项下某些缔约方要求适格投资须经主管机构个案登记或书面批准。如果外国投资者未能按法定程序在东道国进行登记或取得批准,则可能无法构成适格投资。此外,如果协定缔约方国内法尚不认可数据本身构成投资,那么合法性要件的满足也会成为一个难题。总之,在现有国际投资协定框架下,对于场景三中东道国境内数据是否构成适格投资的认定尚存在一定困难,有可能引起争议。

四 东道国境外数据处理活动中的资产 是否满足适格投资空间要件

在场景四和场景五中,外国国民是在东道国境外从事数据处理活动,因而需要重点分析相关资产是否满足适格投资空间要件。而国际投资协定对东道国境外资产是否满足适格投资空间要件大多未作明确规定,因此有必要结合国际投资仲裁实践中的做法来进行

[24] 参见北京市地方金融监督管理局、北京市经济和信息化局2020年发布的《北京国际大数据交易所设立工作实施方案》, http://rj.beijing.gov.cn/tztg/202009/t20200929_2103035.html, 最近访问时间[2023-02-27]。

探讨。^[25]

(一) 基于既往国际投资仲裁实践的探讨

在既往国际投资仲裁实践中,关于东道国境外资产是否满足适格投资空间要件的裁决有三种路径。

第一种路径是针对外国投资者在东道国境外投资伴随有境内投资的情形,基于境内外投资的实质联系而视其为一个整体,并将这个整体投资认定为位于东道国境内,如 *SGS v. Philippines* 案、*LESI v. Algeria* 案、*Inmaris Perestroika v. Ukraine* 案及 *Joy Mining v. Egypt* 案等。具体而言,上述仲裁庭的主张可归纳为 3 点:(1) 不应当要求投资的所有要素或组成部分均位于东道国境内;(2) 判断东道国境内外投资是否属于一个整体的标准是各部分投资是否可分割、每一部分独立存在能否实现预期目的;(3) 对东道国境内投资在整体投资中所占比例没有特定要求,只要其构成实质性且不可分割的部分即可。^[26] 此种路径直接面对适格投资空间要件的认定问题,本文称之为“整体投资认定路径”。

第二种路径是将外国投资者通过东道国境外经营活动在东道国境内市场中占有的份额认定为投资,从而绕过适格投资空间要件的认定问题。例如在 *Myers v. Canada* 案中,申请人从加拿大进口多氯联苯废弃物并在美国对其进行修复,声称其通过此举占有了加拿大多氯联苯修复的部分市场。该市场份额成为仲裁庭认定的适格投资之一。^[27] 本文称此种路径为“市场份额认定路径”。

第三种路径也是针对外国投资者在东道国境外投资伴随有境内投资的情形,但仅认定东道国境内投资构成适格投资,对投资者境外经营活动中的资产或基于境外经营活动在东道国境内市场中占有的份额及相应的营业收入是否构成适格投资不予认定。不过,在东道国被诉措施被裁定为违反国际投资协定项下义务时,仲裁庭将投资者境外经营活动因被诉措施而遭受的损失纳入东道国赔偿范围。例如在 *Cargill v. Mexico* 案中,申请人向其墨西哥子公司出口高果糖玉米糖浆受到墨西哥进口管制措施的不利影响,仲裁庭认为申请人的出口行为与其在墨西哥的投资不可分割,从而将申请人在出口方面遭受的损失也纳入墨西哥的赔偿范围,并以申请人通过其墨西哥子公司而在当地占有的高果糖玉米糖浆市场份额为计算基础。^[28] 本文称此种路径为“损失认定路径”。

[25] 虽然在理论上国际投资仲裁裁决的效力仅及于本案,但在仲裁实践中还是存在事实上援引先例的做法。对于这种现象,有学者提出了“先例援引造法”的概念。参见刘笋:《论国际投资仲裁中的先例援引造法》,《政法论坛》2020 年第 5 期,第 64-78 页。

[26] See *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction dated January 29, 2004, paras. 101-112; *LESI, S. p. A. and Astaldi, S. p. A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction dated July 12, 2006, para. 73; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction dated March 8, 2010, paras. 92-97; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award dated August 6, 2004, para. 54.

[27] See *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award dated November 13, 2000, paras. 222-232.

[28] See *Cargill, Incorporated v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/05/2, Award dated September 18, 2009, paras. 446, 456, 522-523.

在场景四中,上述三种路径都具有可行性。首先,整体投资认定路径仅要求境内外投资不可分割、两者若独立存在则均不能实现预期目的,而对东道国境内投资在整体投资中所占比例没有特定要求。在该场景中,外国国民在东道国境内开展的经营活动是为了服务于境外数据处理活动,如获取广告收入以支持后者的正常运转并进一步实现盈利。而广告收入的维系和稳定增长又依赖于境外数据处理活动中用户规模和活跃度的提升。申言之,两者互为前提,互相促进,不可分割,构成一个整体投资。而东道国境内投资在该整体投资中所占比例多寡也不影响整体投资认定路径的适用。因此,可以基于该路径判定外国国民在东道国境外数据处理活动中的相关资产满足适格投资空间要件。其次,该场景中的境外数据处理活动直接面向东道国境内用户,旨在占有东道国国内市场,因而也可以认定外国国民基于此项活动在东道国境内拥有的市场份额与其在东道国境内投资一并构成适格投资,从而可回避空间要件认定问题。最后,如前所述,外国国民在东道国境外的数据处理活动与其在东道国境内的投资具有实质联系,不可分割。因此,在东道国境内投资可被认定为适格投资的前提下,如果东道国数据规制措施被判定为违反了国际投资协定项下义务,那么在确定适格投资的损失时也可将境外数据处理活动因该措施而遭受的损失,如营业收入或市场份额的减少或丧失纳入其中,同样也可回避空间要件认定问题。

在场景五中,上述三种路径似乎都不太具有可行性。该场景中外国国民在东道国境外的经营活动属于典型的贸易行为,且不存在与之有关联的东道国国内投资。将基于贸易行为在一国拥有的市场份额独立地认定为适格投资,是对传统认知的巨大挑战。目前,无论在理论上还是实践中,都缺乏实现此种突破的充分准备。

(二)重建国际投资协定适格投资条款识别功能的必要性

严格来说,前述场景四中外国国民在东道国境内和境外从事的活动是具有不同性质的,前者属于国际投资活动,后者属于服务贸易活动。因此,东道国数据规制措施适用于前者时,应受国际投资协定约束,适用于后者时,则应受国际贸易协定约束。不过,既有国际投资仲裁实践通过强调投资者境内外活动的联系而将服务贸易活动内化到国际投资活动中,从而使得适用于服务贸易活动的东道国数据规制措施也可能受制于国际投资协定。这意味着,受该措施影响的外国国民也有可能寻求国际投资协定项下的保护。此种选择的最大优势在于可以直接利用国际投资仲裁机制寻求救济,特别是要求东道国赔偿。国际贸易协定则缺乏此类救济机制,一国进出口商无法针对另一国违反协定的行为直接提请国际仲裁。国际贸易协定项下争端的解决主要依靠国家间争端解决机制。^[29]对于形成此种差异的原因,主要有三种解释。

一是利益激励与信息不对称。在贸易领域,国家在监督贸易协定实施方面具有较大利益,且国家间争端解决机制为其提供了充分考虑国内政治压力和国家间贸易冲突后果的空间。而在投资领域,东道国对外资的管制行为一般不会给投资者母国带来广泛而直

[29] 国际贸易协定和国际投资协定之间的此种差异正是影响贸易活动的管制措施频频被诉诸国际投资仲裁的主要原因,如前述 *Myers v. Canada* 案和 *Cargill v. Mexico* 案。

接的影响,因此,后者没有直接迫切的利益激励启动国家间争端解决程序,尤其在此举有损其与东道国之间外交关系的情况下。此外,一国政府更容易获取与贸易伙伴国贸易限制措施有关的信息,而投资者则更容易获取与东道国投资监管措施有关的信息。^[30]

二是承诺可信度与执行差异。外国投资者往往面临比贸易出口商更为严重的承诺可信度问题。进口国承诺削减贸易壁垒后,进口商品的流入就会增强消费者政治力量、削弱生产商政治力量,从而促使进口国的事前承诺与事后履行更为一致。而东道国在作出保护和促进外资的承诺后,外资一旦进入即产生沉没成本,从而给予了东道国违反承诺的激励。外国投资者所面临的这种不利地位就产生了直接赋予其救济权的必要。^[31]此外,贸易协定的执行往往需要采取大量的转型过渡措施,因此存在对灵活性的需求,而私人主体不会对此予以考虑。但投资协定所涉及的转型过渡问题没那么尖锐,对灵活性的需求较弱,因而也就不需要国家作为过滤器来控制争端解决程序的发起。^[32]

三是外部性与损失差异。相比贸易,外国直接投资对东道国产生的外部性更强,会促进东道国国内工资的增长、就业率的提高、对国产品需求的增加、资金的流入、国际市场的拓展、国际收支的改善、先进技术和管理经验的输入、税收的增加以及基础设施的改善等。^[33]此外,进口国采取的贸易限制措施只是减少外国出口商的贸易利润,而东道国对外资采取的行动往往会完全摧毁投资者继续经营的能力和意愿。因此,前者可以被逆转,而后者所带来的损失只能通过东道国直接补偿予以弥补。^[34]

总之,国际投资协定与国际贸易协定对于是否授予私人救济权的不同选择是国家进行综合权衡的结果,是维系各方利益平衡的重要保障。因此,恪守两种类型协定适用范围的边界至关重要。前文分析表明,国际投资协定适格投资条款关于空间要件规定的缺位使得投资仲裁实践中出现了将贸易活动纳入投资协定保护范围的倾向。如果不能及时得到遏制,那么在跨国企业全球价值链日益服务化的数字经济时代,这种倾向将会愈演愈烈,从而对东道国采取数据规制措施造成过度束缚。因此,应当及时对国际投资协定适格投资条款进行革新,重建其识别功能,维护东道国采取合理数据规制措施的政策空间。

五 我国投资协定条款的完善及投资仲裁的应对策略

(一) 我国立场分析

在当前的全球数字经济版图里,中国无疑占据着举足轻重的地位。联合国贸易与发

[30] 参见王彦志著:《新自由主义国际投资法律机制:兴起、构造和变迁》,法律出版社 2016 年版,第 200-202 页。

[31] See Beth A. Simmons, Bargaining over BITs, *Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment*, 66 *World Politics* 12, 18 (2014).

[32] See Alan O. Sykes, Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy, 34 *The Journal of Legal Studies* 631, 650-651 (2005).

[33] See Ted G. Telford and Heather A. Ures, The Role of Incentives in Foreign Direct Investment, 23 *Loyola International and Comparative Law Review* 605, 615-616 (2001).

[34] See Noah Rubins, The Notion of Investment in International Investment Arbitration, in Norbert Horn and Stefan M. Kröll eds., *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, Vol. 19*, Kluwer Law International, 2004, pp. 283, 285.

展会议《数字经济报告 2021——跨境数据流动与发展:数据为谁流动》指出,就参与数字经济及从中受益的能力而言,美国和中国位居世界前列。^[35] 数字经济的高速发展及不断暴露的问题催生了数字治理的需求。习近平总书记于 2022 年 1 月发表重要文章《不断做强做优做大我国数字经济》,提出要“提高我国数字经济治理体系和治理能力现代化水平”。^[36] 而数字治理的核心问题是数据。近年来,我国在数据治理法律体系的构建方面进行了积极的探索和尝试,并且初见成效。在此过程中,相关立法和措施与我国在国际投资协定项下义务的协调是我国应当考虑的一个方面,也是统筹推进国内法治与涉外法治的必然要求。而国际投资协定是否适用于这些法律和措施是首当其冲的问题。对此,我国应兼顾两方面的政策目标。一方面,基于全球价值链理论和生产要素国际流动理论的要求,我国应致力于推动国际层面对数据的确权,并对数据规制措施保持适度克制以促进和支持数字经济的持续发展和繁荣。另一方面,基于数据主权理论的要求,我国应维护必要范围内对数字经济的规制权,避免承担过度义务。此外,我国应坚守国际投资协定与国际贸易协定适用于数据规制措施的边界,以防止我国在两种类型协定项下义务的错配。

(二) 对中国投资协定适格投资条款的完善

1. 数据规制背景下中国投资协定适格投资条款检视

通过梳理我国截至 2022 年 12 月已生效的投资协定和含投资章的自由贸易协定,笔者发现其中的适格投资条款具有以下 7 个方面的特点。第一,绝大多数协定通过单一条款对“投资”定义和适格投资要件一并作出规定,仅有 5 个协定除外。^[37] 第二,“投资”定义一般由概括和列举两部分组成。绝大部分协定的“投资”定义明确采用开放式列举,典型用语为“包括但不限于”“特别是,但不限于”和“主要包括”。第三,在适格投资条款中明确提及“投资特征”或“投资性质”要求的协定仅有 9 个,且具体要求均为三项,即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。^[38] 第四,“投资”定义列举部分包含“企业”的协定仅有 5 个。^[39] 目前没有协定将“数据”纳入“投资”定义列举项。第五,绝大部分协定的适格投资条款都包含“须符合东道国法律和法规”要求,仅有 4 个协定除外。^[40] 第六,绝大部分协定的适格投资条款都要求投资位于东道国境内,仅有 5 个

[35] 参见联合国贸易与发展会议:《数字经济报告 2021——跨境数据流动与发展:数据为谁流动》(中文版),2021 年 9 月 29 日,第 2 页。

[36] 习近平:《不断做强做优做大我国数字经济》,《求是》2022 年第 2 期,第 8 页。

[37] 这 5 个协定分别是《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),中国—毛里求斯自由贸易协定(2019),中国—澳大利亚自由贸易协定(2015),中国—韩国自由贸易协定(2015)和中国—加拿大双边投资协定(2012)。

[38] 这 9 个协定分别是《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),中国—毛里求斯自由贸易协定(2019),中国—澳大利亚自由贸易协定(2015),中国—韩国自由贸易协定(2015),中国—坦桑尼亚双边投资协定(2013),中国—日本—韩国投资协定(2012),中国—智利自由贸易协定关于投资的补充协定(2012),中国—加拿大双边投资协定(2012)和中国—乌兹别克斯坦双边投资协定(2011)。

[39] 这 5 个协定分别是中国—毛里求斯自由贸易协定(2019),中国—澳大利亚自由贸易协定(2015),中国—韩国自由贸易协定(2015),中国—日本—韩国投资协定(2012)和中国—加拿大双边投资协定(2012)。

[40] 这 4 个协定分别是中国—韩国自由贸易协定(2015),中国—日本—韩国投资协定(2012),中国—瑞士双边投资协定(2009)和中国—新西兰自由贸易协定(2008)。

协定除外。^[41] 第七,绝大部分协定的适格投资条款不要求投资获得东道国许可、批准或接受,仅有 8 个协定除外。^[42]

数据规制背景下,我国投资协定适格投资条款可能存在以下三方面的问题。首先,在认定数据是否构成适格投资的问题上容易产生争议,主要原因有三点。第一,在协定的中英文文本之间存在同一术语翻译不一致的问题。绝大多数协定的英文文本将“投资”界定为“asset”,极少数协定将“投资”界定为“property”“property or asset”或者“property values and rights”。不过,在协定的中文文本中,与“asset”一词对应的概念既有“资产”,也有“财产”。例如,中国—瑞士双边投资协定和《区域全面经济伙伴关系协定》英文版的“投资”定义中均采用的是“asset”,但前者中文版中与之对应的是“财产”,后者中文版中与之对应的是“资产”。^[43] 而对于“资产”和“财产”的内涵,我国目前所有的投资协定均未作出界定。国际社会对此也未形成共识。虽然仲裁实践中有可能适用东道国国内法,但我国《外商投资法》及其他相关法律法规也未对这两个概念进行界定。第二,我国大部分协定也未对“资产”或“财产”的“投资特征”或“投资性质”提出要求,且囿于时代所限,所有协定均未将“数据”纳入“投资”定义列举项。而数据是否归属于现有列举项中的一种尚存在较大不确定性。第三,包含合法性和程序性要件的协定在某些具体问题上缺乏明确规定,如投资应当符合的法律法规范范围,合法性要件所适用的投资阶段,对投资接受、批准或许可的具体方式等。对于有些投资类型而言,如公司债券、期货、合同项下权利等,其交易可能原本就不需要政府部门逐笔备案登记或批准。那么,如何判断这些投资是否满足程序性要件呢?相关规定的缺位会导致在某些情形下无法准确判断数据规制措施涉及的投资是否符合这些要件。

其次,对于投资者在东道国境外从事面向东道国用户的数据处理活动的情形,在认定境外活动中相关资产是否构成适格投资时可能产生争议,主要原因有两点。其一,虽然我国绝大部分投资协定的适格投资条款包含空间要件,但对于是否要求投资的所有要素或组成部分均位于东道国境内无明确规定。其二,在缺乏国际投资协定明确规定的情况下,投资仲裁庭所采取的整体投资认定路径、市场份额认定路径和损失认定路径的正当性是容易引起争议的。

最后,在投资者通过股权以外途径控制东道国企业或在东道国设立分支机构的情形中,对其中的企业或分支机构是否构成适格投资的认定容易产生争议。主要原因是我国绝大部分投资协定的“投资”定义列举项中不含“企业”,只包含“公司的股份、债券、股票

[41] 这 5 个协定分别是中国—日本—韩国投资协定(2012),中国—瑞士双边投资协定(2009),中国—巴布亚新几内亚双边投资协定(1991),中国—澳大利亚双边投资协定(1988)和中国—新西兰双边投资协定(1988)。

[42] 这 8 个协定分别是《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),中国—叙利亚双边投资协定(1996),中国—马来西亚双边投资协定(1988)、中国—挪威双边投资协定(1984),中国—意大利双边投资协定(1985),中国—丹麦双边投资协定(1985),中国—奥地利双边投资协定(1985)和中国—泰国双边投资协定(1985)。

[43] 中国—瑞士双边投资协定(2009)中英文文本见中国商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201111/20111107819474.html>;《区域全面经济伙伴关系协定》(2020)中英文文本见中国自由贸易区服务网网站, http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rcep_new.shtml,最近访问时间[2023-02-27]。

或其他形式的参股”。虽然此类列举多为开放式,但对于未被明确纳入的投资类型的认定还是容易引起争议的。在全球价值链日益服务化推动非股权投资加速发展的当下,对于此类争议尤其需要警惕。在前述场景四中,外国投资者就有可能在东道国境内设立的是分支机构,或通过协议控制东道国当地企业。

2. 我国投资协定适格投资条款的完善

在联合国贸易与发展会议于 2020 年发布的《国际投资协定改革加速器》中,“投资”定义条款位居 8 项重点改革条款之首,反映了国际社会对该项条款进行改革的迫切需求。该报告提出了推进既有国际投资协定改革的三种路径。一是缔约方对协定条款进行共同解释,二是选择性的小规模条约修正,三是旨在全面取代过时条款的大规模条约修正。^[44]我国可以从缔约对方谈判实力、三种路径所需成本及收益、就数据规制措施接受国际投资协定约束所需成本及收益等方面综合考虑具体的路径选择。此外,对于目前正在谈判或研究中的国际投资协定,我国在拟定适格投资条款时也应及时将数据及其规制措施纳入考量范围。具体而言,我国应重点关注以下五个方面。

第一,对于协定英文文本所使用的“asset”一词,中文文本应统一使用“资产”与之对应,以区别于“property”所对应的“财产”。由于全球范围内并未形成对“资产”和“财产”内涵的统一认识,也未在该问题的法律适用上达成共识,因而协定中应对此予以明确界定。此外,有必要在“投资”定义中提出“投资特征”或“投资性质”的要求,以便将不具有投资属性的资产排除在协定保护范围之外。

第二,在“投资”定义的列举项中增加“企业”和“对数据享有的财产性权益”。在各国投资协定范本和投资协定中,将“企业”纳入“投资”定义列举项已成为比较常见的做法,如加拿大 2021 年双边投资协定范本、巴西 2015 年双边投资协定范本、美国 2012 年双边投资协定范本和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》等。在我国 2012 年以后的部分投资协定中,“企业”也已成为“投资”定义的列举项之一。此种做法可将投资协定的适用范围扩大到通过股权之外的途径对东道国当地企业(包括分支机构)进行控制的外国投资者,如前述场景四中在东道国设立分支机构的外国投资者。作为数字经济时代产生的新型资产,数据的法律属性尚存在一定争议。各国在数据领域的立法也大都处在起步阶段。在我国,部分地方性法规已明确规定数据处理者对其通过合法途径生产的数据产品和服务享有财产权益,并允许依法开展数据交易活动。相关部门也陆续出台支持培育数据要素市场的文件。^[45]因此,将“对数据享有的财产性权益”纳入“投资”定义列举项符合我国目前的立场,也有利于避免在认定前述场景三中的数据是否构成“投资”时产生争议。

[44] UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, November 12, 2020, pp. 4-8.

[45] 参见《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》(2020 年 3 月 30 日),中华人民共和国中央人民政府网站, http://www.gov.cn/zhengce/2020-04/09/content_5500622.htm; 工业和信息化部《“十四五”大数据产业发展规划》(2021 年 11 月 30 日),中华人民共和国中央人民政府网站, http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-11/30/content_5655089.htm, 最近访问时间[2023-02-27]。

第三,将“市场份额”“市场准入”“预期收益”和“盈利机会”本身排除在“投资”定义的列举项之外。将“市场份额”“市场准入”本身单独认定为“投资”有可能将投资协定的适用范围扩大到外国国民通过贸易行为所拥有的东道国市场份额。在 Myers v. Canada 案中,仲裁庭所认定的申请人在加拿大拥有的多氯联苯修复市场份额其实并非直接通过其在加拿大当地的投资活动实现,而是通过从加拿大进口多氯联苯废弃物实现的,其修复活动位于美国境内。笔者认为,将此种“市场份额”或“市场准入”单独认定为“投资”造成了东道国在投资协定项下义务的不当扩大。加拿大的出口禁令直接影响的是加拿大境内的出口商。如果说影响了申请人的进口及其在美国境内的多氯联苯修复业务,这种影响也是间接的。申请人可以采取的救济是说服美国政府在 NAFTA 的贸易条款下启动国家间争端解决程序,而非启动国际投资仲裁。因此,为避免 Myers v. Canada 案裁决的重演,有必要明确将“市场份额”和“市场准入”本身排除在“投资”定义的列举项之外,也就是否定了市场份额认定路径在前述场景四和场景五中的适用。此外,“预期收益”和“盈利机会”本身不具有足够的确定性,因而不宜将其单独认定为“投资”。目前,已有投资协定明确作出了此种排除,如《区域全面经济伙伴关系协定》、印度 2015 年双边投资协定范本和伊朗—斯洛伐克双边投资协定(2016)等。^[46] 在此类协定项下,市场份额认定路径无论对于场景四还是场景五显然都是不可行的。当然,在外国投资者已经拥有适格投资的情况下,该投资已获得的“市场份额”“市场准入”和相应收益还是受到国际投资协定保护的。而投资者在东道国采取非法措施期间所丧失或减损的“预期收益”和“盈利机会”也可以作为计算赔偿额的考量因素。^[47]

第四,对适格投资条款中空间要件的规定进一步细化。对于有形资产,要求必须位于东道国境内。对于债券等金融资产,要求资金最终被使用的地点位于东道国境内。对于基于合同的金钱给付请求权,要求与之对应的履行合同行为发生在东道国境内。此外,可明确排除整体投资认定路径的适用。在前述场景四中,外国投资者在东道国境内的投资享受国际投资协定保护是理所应当的。不过,其在东道国境外从事的面向东道国境内用户的经营活​​动本质上属于贸易行为,不应享受国际投资协定保护。因此,应通过空间要件规定的细化将此种情形排除在国际投资协定的适用范围之外。

第五,对适格投资条款中合法性和程序性要件的规定进一步细化。就合法性要件而言,应明确投资需要符合的法律法规范范围,并将该要件的适用限定在投资准入阶段。就程序性要件而言,尽量避免“一刀切”的规定,以包容不同类型的投资,特别是原本就不需要政府部门逐笔备案登记或批准的投资。同时,可以将接受、批准或许可投资的方式从明示拓展到默示。例如,就处于监管灰色地带的协议控制架构而言,默示许可似乎更切实际。而此类架构多见于数据合规义务较重的互联网企业和电子商务企业。

[46] 参见 RCEP 第 10.1 条脚注 7, Art. 1.4 of the Indian Model BIT (2015), Art. 1.2 of the Slovak Republic-the Islamic Republic of Iran BIT (2016)。

[47] 参见朱明新著:《国际投资争端赔偿的法律问题研究》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 59 页。

(三)与数据规制相关的国际投资仲裁应对策略

随着我国数据规制措施的逐步推进,其对国际投资的影响将逐渐显现,从而有可能引发针对我国的国际投资仲裁案件。面对此类案件,我国首先可以采取的应对策略就是提出管辖权异议,即依据投资者援引的国际投资协定对其主张受影响之“投资”的适格性进行抗辩。具体可关注以下三个方面。一是对相关投资是否满足合法性要件的抗辩。例如,如果投资者拥有的数据资产来自黑市交易或者直接从事数据流通非法产业,那么显然不满足合法性要件。二是对相关投资是否满足程序性要件的抗辩。我国正在着手推进数据要素产权立法,如果未来立法以数据产权登记作为数据交易的条件,那么未经登记的数据交易至少就不满足程序性要件。三是对相关投资是否满足空间要件的抗辩。如果投资者受影响的数据处理活动发生在我国境外,如前述场景五,那么我国应主张该活动所涉资产因不满足空间要件而不构成适格投资。对于投资者同时在境内外从事数据处理活动的情形,如前述场景四,我国应对境外经营活动部分提出基于空间要件的抗辩。此外,我国在实体问题上也可以提出抗辩。不过,这超出了本文的研究范围,故此处不再展开。当然,我国也应当“防之于未萌,治之于未乱”,对于前述各种场景中国际投资协定对数据规制措施的可适用性要有准确的判断,并在此基础上促进两者之间的协调,从而事先预防国际投资仲裁被诉风险。

六 结论

在经济全球化叠加数字化的时代,一国采取的数据规制措施不仅与数字经济产业息息相关,而且或多或少影响到其他产业,不仅影响企业对数据的处理,而且影响企业对数据处理活动中其他相关资产的占有和处分,不仅影响境内的数据处理活动,而且影响与境内有关联的境外数据处理活动。确定一国数据规制措施是否受制于该国参加的国际投资协定,取决于该措施是否与协定项下适格投资有关。因此,准确甄别数据规制措施所影响的数据处理活动是否包含适格投资至关重要。这不仅涉及数据是否构成适格投资的认定,而且涉及数据处理活动中其他相关资产是否构成适格投资的认定。此外,还需要特别关注数据规制措施所影响的数据处理活动是来自国际投资还是服务贸易,这决定了该措施是受制于国际投资协定还是国际贸易协定。在现有国际投资协定框架下,有关上述问题的解决还存在不确定性或不合理之处,凸显了协定适格投资条款识别功能不足的缺陷。作为数字经济大国,我国应当对数字经济的持续发展和繁荣给予保护和支持,同时也要维护必要范围内对数字经济的规制权,避免我国承担过度义务。此外,我国应坚守国际投资协定与国际贸易协定适用于数据规制措施的边界,以防止我国在两种类型协定项下义务的错配。基于此,我国应进一步对投资协定适格投资条款进行完善。对于未来可能面临的与数据规制相关的国际投资仲裁案件,我国也应该积极提出管辖权异议。

[本文为作者参与的2022年度上海政法学院问渠源学者项目的研究成果。]

[**Abstract**] In the era of economic globalization intertwined with digitalization, the data regulatory measures taken by a country not only are closely related to the digital economy industry but also more or less affect other industries. They affect not only the data processing of enterprises, but also the possession and disposition of other related assets in data processing activities, and not only domestic data processing activities, but also related overseas data processing activities. Whether a country's data regulatory measures are subject to an international investment agreement to which the country is a party depends on whether the measures relate to qualified investment under the agreement. Therefore, it is important to accurately determine whether the data processing activities affected by data regulatory measures contain qualified investment. This involves the determination of whether the data and other related assets in the data processing activities constitute a qualified investment. In addition, special attention needs to be paid to the question of whether the data processing activities affected by a data regulatory measure come from international investment or service trade, which determines whether the measure is subject to international investment agreements or international trade agreements. Under the existing framework of international investment agreements, there are still some uncertainties or irrationalities about the solutions to the above problems, which highlight the deficiency in the identification function of the clauses defining qualified investment in the agreements. As a country of large-scale digital economy, China should provide protection and support for the sustainable development and prosperity of the digital economy while at the same time upholding its right to regulate the digital economy within the necessary scope, and avoiding undertaking excessive obligations. Besides, China should stick to the application boundary between international investment agreements and international trade agreements as regards data regulatory measures so as to prevent the mismatch of obligations under the two types of agreements. As regards the improvement of the clauses defining qualified investment in the international investment agreements concluded by China, the following measures should be considered: (1) to unify the Chinese translations of "asset" and "property" in the definition of "investment" in the English version of the agreements; (2) to add "enterprise" and "property rights regarding data" to the enumeration part of the definition of "investment"; (3) to exclude "market share", "market access", "expected returns" and "profit opportunities" themselves from the categories of investment; and (4) to further clarify the spatial, legality and procedural requirements of qualified investment. Besides, China should actively raise jurisdictional objections in relevant ISDS arbitration cases that it may be confronted with in the future.

(责任编辑:余佳楠)