

# 论国际投资法对数据资产的保护

张渝

(中国计量大学 法学院(知识产权学院),浙江 杭州 310018)

**摘要:**全球经济的数字化转型使国际投资中数据资产的重要性日益凸显,亟需充分发挥国际投资法的作用加以保护。当前数据资产面临严峻的法律政策风险和网络安全风险,投资者可以援引征收、国民待遇、公平公正待遇以及充分保护和待遇条款保护自身投资权益。但上述条款的适用存在一些困境和争议,这源于实体经济时代的国际投资法在调整数字经济关系时产生了理念、适用标准和利益平衡上的不匹配。同时,由于明确将数据资产纳入投资类型将加重东道国投资保护义务,大多数国家对此带有担忧和抵触情绪。为破除这两大症结,国际投资法的数字化转型应强调数据资产保护义务与东道国数据规制权的平衡,既要推动国际投资条约向“数字友好”方向革新,又要加快国内法的准备与完善。

**关键词:**数据资产;国际投资法;投资保护;数字化转型

**中图分类号:**D996.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)01-0077-14

## 一、问题的提出

数据是数字经济的关键生产要素。随着数字时代的演进,数据价值化大幕已经开启,将沿着数据资源化、资产化、资本化三个阶段加速推进。<sup>①</sup>现阶段,数据资源性价值已得到广泛认可,<sup>②</sup>正向资产化转型并逐步形成数据资产这一新型资产。在国际投资领域,数据资产的规模和价值日益庞大且发挥着重要作用。由于数据目前并未被广泛地确认为法定财产,是依附在无形资产、商业合同客体、企业权益等其他投资形式上的非独立资产,<sup>③</sup>微观上数据资产的损失会表现为被依附资产的损失,混淆了投资者权益受损的真实原因,宏观上数据资产成为全球外国直接投资(Foreign Direct Investment,简称FDI)轻海外资产现象形成的重要因素之一。<sup>④</sup>

传统视角下,FDI轻海外资产意味着海外投资收缩,反映了海外业务和海外资产的联系正在减弱,但在数字经济部门却丧失了这种关联性;FDI轻海外资产现象下海外市场不仅没有缩小,反而由于线上销售方式的日益成熟,跨国公司更容易接触和获取海外市场。例如,自2016年以来,数字跨国公司海外资产份额与海外销售份额的绝对差距越来越大,这些公司以更少的海外资产撬动了更多的海外销售;早在2015年,数字跨国公司无形资产的价值已是其他巨型跨国公司的2倍,有价值的无形资产和强劲的运营利润率推动了数字跨国公司拥有大量的现金储备。<sup>⑤</sup>美国国际贸易委员会甚至曾表示,FDI的重要性有可能降低,因为“数字

**基金项目:**2025年度浙江省哲学社会科学规划“高校基本科研业务费改革”专项课题“风险与法律保护:中资数字企业海外投资安全研究”(25NDJC085YBMS),2023年度浙江省属高校基本科研业务费专项资金(2023YW63)

**作者简介:**张渝,女,法学博士,中国计量大学法学院(知识产权学院)讲师,硕士生导师。

<sup>①</sup> 参见《中国数字经济发展白皮书(2020年)》,载中国信通院网站2020年7月3日, <https://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202007/P020200703318256637020.pdf>。

<sup>②</sup> 人们已经意识到,对数据的权属进行界定使其成为资产是产生财富的基础,数据开始成为个人或企业总资产的重要组成部分。参见大数据战略重点实验室:《数权法3.0:数权的立法前瞻》,社会科学文献出版社2021年版,第18页。

<sup>③</sup> 参见赵丹、娄卫阳:《数据的投资适格性及中国因应》,载《社会科学家》2022年第10期,第124页。

<sup>④</sup> 晚近以来,全球FDI持续低迷,原因之一是国际直接投资的驱动因素发生了趋势性、结构性变化,数字经济的兴起导致跨国企业全球价值链出现新一轮调整,国际化出现轻海外资产的趋势就是其主要表现之一。参见詹晓宁、欧阳永福:《数字经济下全球投资的新趋势与中国利用外资的新战略》,载《管理世界》2018年第3期,第79-80页。

<sup>⑤</sup> 此处的无形资产是指相对于资产的账面价值,而未被纳入账面价值的绝大部分是数据资产。World Investment Report 2017, UNCTAD(7 June 2017), <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2017>。

网络现在允许公司执行国际业务,而不需要在特定国家有实际存在”。<sup>①</sup>可见,数字跨国公司的海外有形资产确实有所下降,但数据资产等具有独特优势,可以在短时间内形成规模,并无缝地扩展到海外。<sup>②</sup>而这部分增值不涉及实物商品的跨境运输(如销售数字产品、提供在线服务),不会纳入海外资产核算。因此,尽管数据资产是数字和科技公司价值中最核心、最主要的部分,却被迫在账面上“隐形”,客观上呈现FDI轻海外资产现象,即账面上出现的轻资产现象越显著,数据资产作为一种出资方式蕴含的价值就越大,国际投资中存在规模庞大的数据资产并发挥着越来越重要的作用是不容忽视的事实。

数据的流动与传播主要以网络为介质,网络的开放性使数字治理天然地面临跨境与国际性的问题。当前,全球数字治理在“失序”状态下隐患重重,国际投资法的作用未被充分激发,这与国际投资实践中日益庞大的数据资产规模和数字企业海外投资利益面临较高政治风险的现状不相匹配。为了顺应全球数字经济发展趋势、切实保护国际投资中的数据资产,也为推动全球数字治理尽快回归理性,有必要发掘国际投资法对数据资产的保护功能。笔者将从规则和实践两方面入手,论证国际投资法保护数据资产的必要性、可行性,揭示国际投资法数字化转型面临的症结,并探索可能的应对之法。

## 二、国际投资法保护数据资产的必要性

利用国际投资法保护数据资产具有现实必要性。从国际投资实践来看,数据作为驱动数字经济的关键生产要素,在国际投资活动中的价值和重要性日益凸显;同时,数据资产作为新型投资面临着法律政策风险和网络安全风险两类特殊而严峻的非商业风险。从全球数字规则来看,当前直接有效的国际规则缺位,现有规则对数据资产的保护作用十分有限;而新一轮全球性规则谈判分歧严重、矛盾重重,各国数字壁垒、数据制裁等单边措施愈演愈烈,甚至陷入非理性“失序”泥沼。基于此,在参与方相对较少的国际投资条约中,考虑到利用其直接调整国际投资关系、以投资保护为价值追求,赋予私人投资者独立请求权的规则优势,为各国提供一个有节制、有远见、合乎理性的法律框架,或可切实保障投资者数据资产的安全和利益,实现惠及所有国家的可持续发展。

### (一) 国际投资法保护数据资产的实践必要性

#### 1. 国际投资中数据资产发展现状的必然要求

数字时代下国际投资实践的发展必然要求与之相适应的、能够兼容数字经济的国际投资法。FDI轻海外资产现象揭示了晚近以来数据资产的规模和价值日益占据重要地位的事实,同时,数据资产投资对于东道国和投资母国的发展都具有积极的促进作用,保护数据资产、保护数字经济符合双方的长远利益。实证研究表明,数据的跨境流动(无论流出或流入)对当地产业发展具有重要意义,哪怕一国没有把自己变成数字内容或平台生产者,也能从数据的跨境流动中受益。<sup>③</sup>

马克思列宁主义对生产力与生产关系的经典论断表明:“生产力发展到一定阶段,旧的生产关系基本上不能再同它适应……就必然要引起根本性质的变革……但是在基本制度适合需要的情况下,在生产关系和生产力之间也仍然存在着一定的矛盾。这种矛盾表现为经济制度和政治制度的某些环节上的缺陷……虽然不需要用根本性质的变革来解决,仍然需要及时地加以调整。”<sup>④</sup>数字经济的勃兴是一场深刻的生产力革命,随着国际投资中数据资产重要性持续增加、数据逐渐完成从资产化向资本化的演进,已有的主要调整实体经济的国际投资法可能不再同数字经济相适应,就必然引起国际投资法的根本性变革。不过,当前数据资产作为出资方式仍处于隐藏在FDI轻海外资产现象之下“不独立”的初级阶段,现有的国际投资法可能仍然勉强满足数据资产保护的基本需要[如数据资产可能满足部分双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,简称BIT)的投资定义],但某些环节上的缺陷必然致使保护的效果不够充分(如不独立的数据资产受到损害难以

<sup>①</sup> *Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 1*, United States International Trade Commission, 2013, p.4-10.

<sup>②</sup> *Digital MNEs Are Growing at Breakneck Speed*, UNCTAD (27 April 2022), [https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2022d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2022d3_en.pdf).

<sup>③</sup> James Manyika & Susan Lund, et al., *Digital Globalization: The New Era of Global Flows*, McKinsey Digital (24 February 2016), <https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows>.

<sup>④</sup> 中共景德镇市委党校教研室编:《马克思列宁主义经典作家论生产力与生产关系》,景德镇人民出版社1960年版,第8页。

证明与东道国的措施存在因果联系),或加重东道国投资保护义务(如非地域性的数据资产可能超出东道国订立 BIT 时对投资的理解),亟需数字化转型。

## 2. 国际投资中数据资产风险现状的必然要求

首先,晚近以来,不少国家都在强化对数据的监管措施,数据本地化、强制披露源代码等措施兴起,围绕数据管辖权、数据自由与安全、数据商业利益的争夺十分激烈,数据资产面临着较高的东道国当地法律政策风险。如 2021 年,柬埔寨以信息通讯商未能履行相应义务为由暂停或撤销了 17 家运营商的许可证,该系列措施进一步发酵,造成中国投资者叶某在柬埔寨的公司的营业执照被吊销、杨某在柬埔寨的公司受到制裁,随后两位投资者将柬埔寨诉至国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 简称 ICSID),该案目前已进行了多次线上线下会议。<sup>①</sup>再如 2020 年,瑞典以国家安全为由将华为在瑞典投资的子公司排除在 5G 网络建设之外,华为就该事件向瑞典行政法院提起诉讼后却遭驳回。华为认为瑞典当局的行为违背了《中华人民共和国政府和瑞典王国政府关于相互保护投资的协定》中的公平公正待遇、最惠国待遇及禁止征收条款,剥夺了华为在该领域的长期投资利益,华为已于 2022 年 1 月向 ICSID 提起仲裁。<sup>②</sup>

实际上,近年来以美国为首的一些国家继续零和博弈的新冷战思维,对中国数字企业进行打压和遏制,中资海外投资利益频频遭受来自政府层面的损害。特朗普政府以国家安全为由限制微信海外版 WeChat 在美国的运营,而后在“微信用户诉特朗普政府案”取得初步成功后,美国政府仍然没有放弃对微信使用的限制和打压,只是转为更加隐蔽的措施,如区域性屏蔽等。美国联邦通信委员会还以国家安全为由撤销了中国电信美洲公司在美国运营电信业务的授权,该公司于 2021 年 11 月 15 日向哥伦比亚特区上诉法院提起诉讼。2020 年美国针对 Tik Tok 发布交易禁令,甚至利用外国投资委员会强制改变其所有权,涉嫌以规制之名行歧视之实。印度永久封禁 Tik Tok 等 59 款具有中国背景的手机应用,损害了中国投资者对这些应用中的数据资产的控制权,随后中国相关的手机应用程序陆续退出印度市场。

这些事件表明,在全球经济发展低迷、国际局势紧张的背景下,数据资产投资面临较高的法律政策风险。这也进一步验证了当损害数据资产的主体是主权国家时,对私人的保护尤显力不从心,只有当国家行为者也成为保护制度的一部分时,整体保护才会发生。<sup>③</sup>因此,有必要思考利用国际投资法这一直接将国家行为者纳入调整对象的法律工具,充分激发其投资保护的重要作用,对数据资产进行整体性的保护。

其次,数据资产作为国际出资方式还面临一种特殊的非商业风险,即以网络为介质发生的网络攻击风险。网络攻击行为侵扰了网络空间的正常秩序,有可能造成与物理世界中暴乱冲突相当的混乱局面,从而危害投资者的数据资产与相关投资利益。根据动机性质的不同,网络攻击大致可分为两类,第一类是带有政治目的的网络战争、网络恐怖主义和网络间谍,第二类是仅具有单纯财产性目的的网络犯罪活动。

近年来,政治性网络攻击发生的频次和规模持续升级,攻击的复杂性和破坏力不断上升。仅在 2021 年,在美国和俄罗斯两国间就发生了多起网络恐怖主义和网络间谍事件:5 月,网络间谍活动攻击俄罗斯 Yandex、Mail.ru 公司的云存储设施,致使俄罗斯政府遭遇史无前例的数据泄露;9 月,美国数十个政军网站遭严重网络攻击,攻击者向网站发送恶意与垃圾内容。还有一些私营企业成为国家的网络雇佣军,这些私营企业聘用数量众多、有组织的黑客团体,对特定目标发动网络袭击。<sup>④</sup>同时,非政治性网络攻击风险也不断增加,可能对投资者的数据资产造成十分严重的损害。有研究表明,2018 年网络犯罪可能造成全球经济损失超过 6 000 亿美元,而 2020 年这一数字就激增了 50% 以上;不仅如此,网络犯罪还对国家和企业的机会成本、网络安全决策所需的时间和金钱、生产力和品牌形象等产生深远的负面影响。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> *Case Details Qiong Ye and Jianping Yang v. Kingdom of Cambodia (ICSID Case No. ARB/21/42)*, ICSID (7 January 2025), <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail? CaseNo=ARB/21/42>.

<sup>②</sup> *Case Details Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden (ICSID Case No. ARB/22/2)*, ICSID (11 December 2024), <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail? CaseNo=ARB/22/2>.

<sup>③</sup> Scott J. Shackelford & Eric L. Richards, et al., *Using BITs to Protect Bytes: Promoting Cyber Peace by Safeguarding Trade Secrets Through Bilateral Investment Treaties*, *American Business Law Journal*, Vol. 52:1, p. 57 (2015).

<sup>④</sup> 参见钟雷、刘温国:《2021 年全球网络空间安全态势综述》,载《保密科学技术》2021 年第 12 期,第 5-11 页。

<sup>⑤</sup> Zhanna Malekos Smith & Eugenia Lostri, *The Hidden Costs of Cybercrime*, *MyBroadband* (8 December 2020), <https://companies.mybroadband.co.za/axiz/files/2021/02/eBook-Axiz-McAfee-hidden-costs-of-cybercrime.pdf>.



全球网络攻击的规模和复杂性持续升级,不仅对国家和企业的正常运营造成了极大的负面影响,也严重威胁到投资者的数据资产安全。网络的开放性使相应的治理天然地面临跨境问题,亟需有效的国际协调与法制。国际投资法制正是能够有效打击网络攻击的法律框架,其特有的实体条款,如公平与公正待遇、充分保护与安全等,要求东道国在网络安全和数据安全领域提供一个确保投资安全的坚实法律框架;其特有的“投资者诉东道国争端解决”(Investor-State Dispute Settlement,简称ISDS)的程序设置保障了投资者救济的有效性。引入国际投资法作为投资者数据权益保护的途径之一,不仅符合数据资产日益占据重要地位的全球投资发展客观趋势,还有助于通过国际合作降低全球网络安全风险,增强国际经济关系的稳定性和安全性。

## (二) 国际投资法保护数据资产的规则必要性

### 1. 国内法保护数据资产的不充分现状

当前,绝大多数国家和地区都并未形成广泛而成熟的针对数据财产属性的法律保护体系。已有的单边规则在谈论对数据的保护时,侧重于人格权属性和安全利益,保护的客体主要指个人数据、特殊领域的重要数据,保护的内容主要指确保数据免遭非法读取、泄露、使用和更新。例如,新加坡《计算机濫用法》(Computer Misuse Act)保护计算机材料不受未经授权的访问或修改,欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation,简称GDPR)对于欧盟内个人数据跨境传输的“充分性认定”要求。《中华人民共和国数据安全法》构建了数据安全审查制度,规范数据在采集、传输、存储、处理、共享、销毁全生命周期管理内数据处理者的安全保护责任。除欧盟法外,多数国内法普遍缺乏以数据为客体的使用权和收益权等权能的全面性规定。这种现状之于投资者,意味着东道国没有明确的法律可供援引,无法获得充分有效的当地救济,可能致使投资陷入风险;之于东道国,意味着有可能构成拒绝司法,受到投资者基于BIT中公平公正待遇条款的追责。此外,尽管大部分国家和地区并未从法律上确立数据资产的财产地位,但以美国为代表的一些国家在数字领域的单边立法规则域外适用扩张现象明显,<sup>①</sup>且往往“绕过他国主权”,<sup>②</sup>已经现实地损害了包括投资者数据资产在内的他国利益。

以“微信用户诉特朗普案”为例:2020年8月,特朗普政府以国家安全为由限制微信海外版WeChat在美国的运营,随后当地微信用户向加利福尼亚州北区的地方法院提起诉讼,认为微信禁令“严重违反了美国宪法第一修正案”,并称微信“规范了受宪法保护的言论、表达和结社,而不是狭隘地只限制那些对美国构成国家安全风险的言论”;<sup>③</sup>9月,法院在审查了微信禁令对美国微信用户的影响后,以美国宪法第一修正案为由颁布初步禁止令支持了原告的诉请,<sup>④</sup>后上诉法院驳回了特朗普政府暂停执行地区法院禁令的请求。<sup>⑤</sup>该案中,国内法对数据资产的保护极不充分,投资者权益获得初步保护的途径是迂回的、过程是被动的、结果是偶然的:一是提请法律保护的主体是投资者的客户而非投资者自身,二是适用的法律是美国宪法第一修正案关于言论自由的规定而非对财产的保护,三是本案投资者涉及的领域恰好是符合美国宪法第一修正案适用的社交平台,如果是线上销售服务、数字内容产品等投资领域,本案经验则无可借鉴。这表明国际投资中的数据资产面临着相当高的政治风险,而当地救济似乎并不能提供直接、充分和稳定的保护。

可见,投资者利用国内法直接实现对数据资产的保护并不现实,大部分国内法并未确立数据法定财产的地位,即使是传统上立法水平领先的国家,国内法救济对数据资产的保护作用也是间接的、有限的。此外,国内法以本国利益为根本出发点,东道国的数据规制措施本身就可能违反投资保护义务,因而过分依赖当地救济无法实现对数据资产的有效保护。这既使数据资产暴露在“无法可依”的法律风险之下,又使东道国的被诉风险增大,直至陷入“双输”困境。可以预见,随着各国数据资产在商业实践中进一步发展和成熟,海外数据资产规模日益增大且面临当地不健全法制或政治风险时,为保护本国数据资产的权益和安全,一国必然会

① 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》,载《法学杂志》2020年第8期,第76页。

② 参见洪延青:《“法律战”旋涡中的执法跨境调取数据:以美国、欧盟和中国为例》,载《环球法律评论》2021年第1期,第39页。

③ *U.S. WeChat Users Alliance et al. v. Trump et al.*, No. 3:20-cv-05910 (N.D. Cal. Aug. 21, 2020) (Doc. 1), Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, 21 August 2020, p.3-4.

④ *U.S. WeChat Users Alliance et al. v. Trump et al.*, No. 3:20-cv-05910 (N.D. Cal. Sept. 19, 2020) (Doc. 59), Order Granting Motion for Preliminary Injunction, 19 September 2020, p.4, 20.

⑤ *U.S. WeChat Users Alliance, et al. v. Donald Trump, et al.*, No. 20-16908 (9th Cir. Oct. 26, 2020) (Doc. 24), Order, 26 October 2020, p.1.

从财产属性和商业利益的角度逐步完善数据保护法律体系。同时,对于东道国而言,完善的数据保护法律体系有利于吸引数据资产投资,避免拒绝司法的产生,从而促进本国数字经济发展、降低被诉风险。

### 2. 国际贸易法保护数据资产的“失序”现状

在数据资产保护方面,直接有效的国际规则缺位,目前的规则仅能对数据资产起到间接保护作用,全球数字治理在“失序”的状态下隐患重重。各国在单边规则中的理念自然地延伸至国际规则谈判中,这些不同理念之间的分歧严重,短期内难以弥合。例如,美国的“数据控制者标准”<sup>①</sup>挑战传统属地主义,挤压其他国家的数据管辖权,以中国为代表的新兴数字经济大国在强调安全的基础上采取数据本地化措施等作为防御和回应,而一些数字经济实力更弱的国家和地区的主张则更加边缘化。非约束性共识、约束性条约共生共存,双边和区域性规则错综复杂又相互倾轧,有效的全球治理远未形成,下一步进展举步维艰。

从双边和区域规则看,美国主导下的《美国—墨西哥—加拿大协定》(*The United States-Mexico-Canada Agreement*)对数字贸易的自由化要求较高,欧盟主导下的《欧盟—日本经济伙伴关系协议》(*EU-Japan Economic Partnership Agreement*,简称EPA)对个人数据跨境流动的限制较严格,而中国参加的《区域全面经济伙伴关系协定》(*Regional Comprehensive Economic Partnership*,简称RCEP)和由中小经济体发起的《数字经济伙伴关系协定》(*Digital Economy Partnership Agreement*)则更重视灵活的国内政策空间。这些自由贸易协定旨在利用贸易自由化便利化促进数字经济发展,但对数据资产的保护作用仍然是有限的、间接的:一是从程序上看,投资者只能通过向母国反映东道国存在争议的贸易措施将相关事件上升到国家间争端解决,不具备贸易争端中的主体地位,只有期待东道国随后调整国内规制措施来减轻对自身数据资产的损害;二是从内容上看,尽管考虑到国际贸易与国际投资的融合与紧密联系,部分自贸协定将国际投资纳入调整范围,但有针对性的数字经贸规则仍然以调整短期、一次性的贸易活动为主,与长期、稳定的数据资产投资利益的关联有限,而数据资产是否受到国际投资条约实体条款的保护也不甚清晰。

总之,国际贸易法保护数据资产的作用有限,国际商事争端解决机制很难将主权国家纳入调整范围,只能从间接的角度保护数据资产且目前也远未完善。全球数字治理整体上仍处在“失序”阶段,这并不利于对投资者数据资产的保护,近年来不断发生的跨国数字企业受到来自东道国政府损害的现象正是“失序”下非理性的极端表现。国际经济法发展的历史经验表明,以邻为壑、短视而不计后果的单边经济干预措施必然加剧各国之间经济关系的矛盾,唯有国际合作与协调才能走出非理性的泥沼。

### 3. 国际投资法保护数据资产的规则优势

国际投资法保护数据资产的必要性还在于其独特的规则优势。

第一,国际投资法调整的客体是国际直接投资关系,数据资产已在实践中被证明为一项新型资产类型,国际投资法有必要予以回应。目前,数据资产仍是“不独立”的资产,数据资产的损失会表现为无形资产、商业合同客体等被依附资产的损失;又由于难以证明东道国针对数据的措施或行为与被依附资产的损失之间存在因果关系,这部分损失可能归因于商业风险或其他市场原因,数据资产受损则在不知不觉中被“冷处理”,实际上损害了投资者的整体利益。因此,有必要明确将数据资产作为一种新型投资形式纳入国际投资法的保护客体。

第二,国际投资法的主要作用之一是保护国际投资,是专门的保护性法律规范,其价值目标天然地与数据资产保护相契合。当前国际投资中的数据资产面临较高的法律政策风险,东道国针对数据的监管行为如采取数据本地化、强制披露源代码、泛化的国家安全审查等措施的,或未能提供合理法律框架致使投资者遭遇网络攻击后又构成司法拒绝的,都有可能违反国际投资条约待遇标准条款。因此,充分发挥国际投资法投资保护的作用,利用国际投资法为各国提供一个有节制、有远见、合乎理性的法律框架,打击网络犯罪,防止各国冲突升级,才能最终实现全球数字经济可持续发展。

第三,国际投资法的主体多元化,私人投资者和国家可以直接参与国际直接投资活动并独立享有权利与承担义务。即使损害投资者数据资产的主体是主权国家,投资者也可以援引国际投资法相关规则直接要求国家承担相应责任。不同于国际贸易法的间接性、有限性,国际投资法将国家行为者纳入保护制度之中,同

<sup>①</sup> *The Clarifying Lawful Overseas Use of Data*, § 2713.



时赋予私人投资者直接起诉主权国家的权利,是直接有效实现数据资产保护的途径。

第四,国际投资法的体系由国际法规范和国内法规范构成,能够为数据资产提供整体性的法律保护。在国际法规范方面,国际投资条约的投资待遇标准承诺或政治风险保证有必要朝着兼容数字经济的方向发展,这有利于打消投资者数据资产投资的顾虑,降低数据资产的政治风险,在产生投资争端时为投资者提供明确的救济途径。在国内法规范方面,对东道国而言,建立健全针对数据财产属性的法律保护体系,有利于吸引外商投资者数据资产投资,避免拒绝司法的情况产生,从而促进本国数字经济发展、降低被诉风险;对投资母国而言,完善海外投资保险制度有助于维护本国海外数据资产利益。

### 三、国际投资法保护数据资产的可行性

必要性论述展示了国际投资法保护数据资产的重要性和紧迫性,而切实利用国际投资法实现数据资产权益保障还需进一步考察具体规则的可行性。鉴于已有研究详细论述了数据的投资适格性和东道国措施的合规性,笔者继而聚焦相关实体条款在数据资产保护场景下的应用。在客观可操作性上,基于对现有规则及其仲裁经验的分析,国际投资待遇标准等实体条款仍具有初步的可适用性,但有效落实数据资产保护存在挑战,这根源于实体经济时代的规则在根本理念上与数字经济的不适配;在主观可接受度上,国际投资法兼容数字经济的改革已有零星尝试,但广大数字经济后发国家的改革风险较高、对改革接受度较低,全球数字经济的不均衡发展阻碍着现有规则的革新。

#### (一) 国际投资法调整数字经济关系的可适用性

国际投资法现有规则调整数字经济关系具有初步可适用性,但适用效果的不确定性较高,有效落实对数据资产的保护仍是一个不小的挑战。初步可适用性表现为,针对数据资产面临的东道国法律政策与网络攻击风险,投资者可援引国际投资条约的实体规则保护自身投资权益,征收、国民待遇、公平公正待遇以及充分保护和待遇等条款在数字经济时代仍然可以援引。挑战性表现为,上述规则适用效果的不确定性较高,有效落实数据资产投资权益保护的难度较大,这根源于现有规则在理念、适用标准和利益平衡上与数字经济的不适配。国际投资条约现有实体规则适用于数据资产保护的主要情形具体如下。

第一,征收条款的适用应对东道国法律政策风险,即当东道国的措施、法规或行为构成了对数据资产的实质性剥夺时,投资者可援引该条款保护自身投资权益。包括两种场景:其一是明确由东道国采取的措施、颁布的法规或实施的行为,以数据本地化措施为代表的限制数据跨境流动自由的措施、以强制披露源代码为代表的限制数据内容的措施,都可能对数据资产造成事实上的占有和实质性的剥夺,构成间接征收;其二是不以东道国的名义采取但主要由东道国支持的行为,以国家支持的网络盗窃和经济间谍为代表的网络攻击行为,可能造成数据大量泄露而损害其价值性。以 GDPR 为例,调查发现企业平均需花费 130 万美元用于 GDPR 合规性审查,<sup>①</sup>该措施可能从总体上对中小企业造成严重的经济影响,从而达到对数据资产造成实质性剥夺的程度。

第二,国民待遇条款的适用应对东道国泛化的国家安全审查<sup>②</sup>和数据本地化措施的法律政策风险。这些措施可能对外国投资者造成歧视,投资者可援引国民待遇条款保护自身投资利益。国家安全审查制度可视为国民待遇的例外,但是泛化的国家安全审查实际上超出了例外适用的可接受程度。当其不合理地加重投资者的义务甚至成为新的投资壁垒时,特别是在网络安全和数据安全领域监管比例趋于失调的情况下,可以适用国民待遇条款。如果东道国将数据本地化作为市场准入的条件,可以认为对外国投资施加了限制,区分了内外国投资者,也涉嫌违反此条款。美国国际贸易委员会认为数据本地化措施“有利于国内数字产业、产品或服务而损害其他国家的数字产业、产品或服务”;<sup>③</sup>有观点认为,数据本地化措施即使在形式上给予内

<sup>①</sup> EY Annual Privacy Governance Report 2018, IAPP (25 May 2018), [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/IAPP\\_EY\\_Gov\\_Report\\_2018.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/IAPP_EY_Gov_Report_2018.pdf).

<sup>②</sup> 泛化的国家安全审查还涉嫌构成渐进征收。参见王淑敏:《“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险法律问题研究》,载《武大国际法评论》2022年第3期,第107-108页。

<sup>③</sup> Digital Trade in the U.S. and Global Economies, United States International Trade Commission, 2014, p.81.

外国投资者相同的待遇,但仍有可能在事实上构成对外国投资者的歧视。<sup>①</sup>

第三,公平公正待遇条款的适用应对东道国法律政策风险。一是东道国新设的数字规则如果违背对促进和保护投资的保证而损害了投资者的合理期待,<sup>②</sup>可能严重损害源代码或其他数据资产的投资价值而违反该条款。数据本地化措施以网络安全为名对投资者数据资产的内容或跨境流量进行限制,可能损害投资者的合理期待,例如,有观点认为欧盟在 GDPR 中确立数据本地化原则和数据最小化原则影响了东道国法律制度的可预测性和稳定性,从而违反公平公正待遇。<sup>③</sup>二是当投资者数据资产受损并寻求当地救济时,如果东道国缺乏相关立法或起诉补救措施,或程序被任意适用、相应行政程序缺乏透明度的,也涉嫌因拒绝司法而违反该条款。<sup>④</sup>

第四,充分保护和国家安全条款的适用应对网络攻击风险。该条款要求东道国防止国家和非国家行为者对投资的伤害,可以适用于数据资产遭受网络攻击的场景。网络攻击不管来自东道国还是第三方,由于该条款的适用“只要损害发生在境内,东道国本身没有造成损害并不重要”,<sup>⑤</sup>东道国具有相当的责任采取措施对网络攻击加以规制,否则涉嫌违反该条款。

但是,上述条款的初步可适用性并不能确保有效保护数据资产,其症结在于当前大多数国际投资条约仍然以调整实体经济关系为核心,出现了前文所述某些环节上的缺陷,总体上在调整数字经济关系方面产生了一定的不匹配性。具体表现如下。

第一,现有国际投资规则在理念上与数字经济的不适配。总体而言,当前国际投资规则在理念上与实体经济的有形性和地域性深深绑定。一是在投资定义上,基于实体经济的生产经营方式,投资往往会在东道国当地拥有公司、子公司、分支机构等形式存在,因此,国际投资条约通常要求投资满足“在东道国境内”的地域性联系,<sup>⑥</sup>但线上销售、虚拟实体运营、数字化跨境服务等新兴数字经济经营方式从根本上改变了原有经济的运行模式,投资的地域性联系也被赋予了新的内涵,对传统属地原则提出了挑战。二是在投资保护方面,由于实体投资在法律风险之外最有可能遭受物理层面的损害,国际投资条约对投资的保护也主要从防止军队、武装分子和暴徒侵害的角度来设计,但数字经济时代非物理的网络攻击成为了损害投资者数据资产的重要威胁,而投资保护是否和如何及于非物理空间莫衷一是;另外,实体经济投资多为有形资产,适用征收条款时对“实质性剥夺”的认定更倾向于考察对绝对所有权干涉程度,<sup>⑦</sup>但数据资产的非排他性显然与此产生了冲突。三是在概念解释上,现有规则及其适用贴合了实体经济的地域性特点,将“国家安全”解释为基于属地原则的政治安全、国土安全、军事安全等,而面对以网络攻击为代表的、扩及网络空间和数字领域的安全威胁引发了较多争议;<sup>⑧</sup>另外,数字经济的迅速发展还使原本能勉强涵盖在“个人隐私”概念下的“个人

<sup>①</sup> Daniel Crosby, *Analysis of Data Localization Measures Under WTO Services Trade Rules and Commitments*, E15 Initiative, 2016, p.8.

<sup>②</sup> W. Michael Reisman & Mahnoush H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Vol.19:328, p.328 (2004).

<sup>③</sup> Vishaka Ramesh, *Data Protection Principles Around the World: Do They Violate International Investment Law?*, Voelkerrechtsblog (8 October 2018), <https://voelkerrechtsblog.org/articles/data-protection-principles-around-the-world>. 不过,随即有观点对其进行了驳斥,认为上述观点没有充分考虑数据本地化原则和数据最小化原则是基于“数据保护对于基本权利的(重要)价值”。Erik Tuchtfield & Lars Borchardt, *Why International Investment Law Is not Violated by the GDPR*, Voelkerrechtsblog (5 November 2018), [http://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir\\_derivate\\_00004911/Why\\_International\\_Investment\\_Law\\_is\\_not\\_violated\\_by\\_the\\_GDPR.pdf](http://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00004911/Why_International_Investment_Law_is_not_violated_by_the_GDPR.pdf).

<sup>④</sup> 拒绝司法可能违反该条款,但应注意就司法行为提起的诉而言,重要的是整个司法系统,而不是诉讼过程中的任何个别决定。 *Waste Mgmt, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para.97.

<sup>⑤</sup> David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, Journal of World Investment & Trade, Vol.12:225, p.225 (2011).

<sup>⑥</sup> 如 2012 年《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第 1 条第 4 款强调“涵盖投资”在“该缔约方境内”;美国《双边投资协定 2012 年范本》(2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)第 1 条(b)项通过适用范围条款将受保护的投资限定在东道国境内。

<sup>⑦</sup> *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, ECtHR, Judgment, 12 September 1982, para.63; *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCTAD, Interim Award, 1 June 2000, para.102.

<sup>⑧</sup> 例如,近年来一些国际投资条约利用“国际关系的其他紧急情况”的措辞拓宽了国家安全的范围。理论界一般认为“紧急情况”不一定要求使用武力,在数字经济时代,网络战争、数据和网络安全威胁等已经达到“国际关系的其他紧急情况”的程度。Michael J. Hahn, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, Michigan Journal of International Law, Vol.12:558, p.589 (1991).但也有观点认为,东道国投资保护的义务扩及网络空间还面临现实的困难,例如,由于技术原因,东道国难以确保投资者的资产不受损害以及难以实现对网络犯罪分子的侦查与起诉。David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, Journal of World Investment & Trade, Vol.12:225, p.225-244 (2011).



数据”突破了隐私范畴,个人数据权开始成为一项独立的民事权利,<sup>①</sup>并与公共利益产生了更复杂的关系,<sup>②</sup>这对“公共利益”的解释提出了挑战。

第二,现有国际投资规则在适用标准上与数字经济的不适配。这包括直接适用和间接适用两种类型:直接适用的标准是指国际投资规则本身的标准,表现为网络和数据领域国家责任标准、网络攻击的举证责任分配和举证证明标准、个人数据保护措施的必要性认定标准三方面的不适配。该问题源自数据资产保护在现阶段特殊性,由于理论上争议较大、实践上案例缺乏而显得尤为棘手。间接适用的标准是指国际投资规则适用过程中指向的实体投资规则之外的其他标准,一是征收补偿的计算涉及对数据资产的估值,但数据资产的估值问题目前尚缺乏相对统一的标准;<sup>③</sup>二是国民待遇的适用涉及对各经济部门的行业划分问题,但在新兴数字经济背景下,传统标准欠缺对新型生产经营方式的准确描述,一些行业既可以归为A类,又可以归为B类;三是现有投资规则适用标准还在一些具体事实的认定上存在技术挑战,因涉及数字技术的专业问题而产生争议,如网络攻击来源认定的正当性问题和隐私增强技术的安全性问题等。

第三,现有国际投资规则在利益平衡功能上与数字经济的不适配。正是由于从总体理念到具体规则都与数字经济不适配,现有规则也很难实现新兴多元利益之间的平衡,主要是在平衡数据资产保护与个人数据、国家安全利益之间的力不从心。对于个人数据的保护,除了极少数国际投资条约尝试将个人数据写入一般例外之外,绝大多数条约仍然没有涉及,东道国援引该例外维护本国公共利益的不确定性较大。对于国家根本安全的保护,大部分国际投资条约对“国家安全”的概念界定并不清晰,受传统属地原则的影响更容易被保守地解释为不能扩及非物理领域,但现实遭受网络攻击迫害的东道国则可能从防御性的角度认为网络和数据安全是国家安全的实质性组成部分,从而加重相关规则适用的不确定性。

现有大部分国际投资规则在调整数字经济方面仅具有初步可适用性,援引相关规则难以有效保障数据资产投资权益,不适配的特征比较突出,这一现象揭示了现有规则的滞后性。从法律的性质看是合理的,法律具有天生的稳定性和滞后性,生动的社会实践总是会产生现行法律规则无法预料的新问题,实践的需要和从实践中总结的经验往往先行于法律规则。但是,从法律的功能来看,这种滞后已经对数据资产保护产生了限制作用,即使发挥法律适用的能动解释作用也无法很好地缓解其与数字经济之间的紧张关系。推进相关规则的数字化转型,使其与数字经济的发展现状相协调正当其时。

## (二) 各国对国际投资法数字化转型的可接受性

面对当前国际投资规则调整数字经济关系中明显的不适配现象,数字化转型使其更好地兼容数字经济似乎是理所应当的选择。然而,目前仅在少数数字经济发达国家零星地出现尝试利用国际投资法保护数据资产的实践,大多数国家近年来甚至对投资定义进行了限缩以降低涉及数据资产索赔的风险,<sup>④</sup>似乎展现了对国际投资法数字化转型的可接受度较低。

国际投资法数字化转型的初步实践主要是将网络安全、数据跨境流动等议题嵌入国际投资条约,国际投资法对数据资产的保护既有规则可行性,也有实践可能性。美国是最早尝试利用国际投资法保护数据资产的国家,早在1983年里根政府时期就意识到数据对于国际投资的重要性,曾在国际投资政策声明中指出,美国应在经济合作与发展组织开展“数据承诺”(data pledge)工作,保证发达国家不会对数据流动设置新的障碍,并鼓励所有国家共同采取更加开放和自由的跨境流动政策。美国以数据跨境流动为切入点,希望通过积极的国际投资政策减少阻碍或扭曲投资流动的政府行为,并在国民待遇和最惠国待遇的基础上建立一个

<sup>①</sup> 参见王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年第4期,第66-68页。

<sup>②</sup> 个人数据权益与公共利益并不总是统一的,有时候甚至会产生冲突,相关措施对个人数据权益究竟是保护还是限制存在较大争议。例如,数据跨境限制措施预设性地认为个人数据的跨境流动会对自然人的权益造成损害,但这并未考虑自然人的真实意图,实际上限制了自然人对自身个人数据的自由处置权。有学者就曾指出,欧盟的数据保护法出现公法私法混合的现象,涉嫌以公法干预私法权利,或许公法与私法分立更为适宜。Peter Blume, *The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation*, *European Data Protection Law Review*, Vol.1:567, p.567-591 (2015)。

<sup>③</sup> 理论界一直在探索与数据资产特征相适应的价值测算路径,但存在较大争议。参见康旗、韩勇等:《大数据资产化》,载《信息与通信技术》2015年第6期,第32页;马丹、郁霞:《数据资产:概念演化与测度方法》,载《统计学报》2020年第2期,第23页;李秉祥、任晗晓:《大数据资产的估值》,载《会计之友》2021年第21期,第127-133页;王娟娟、金小雪:《互联网信息服务数据资产评估方法——基于盈利模式差异的视角》,载《科技管理研究》2023年第22期,第83-94页。

<sup>④</sup> *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, UNCTAD, 2017, p.4.



有关投资的国际体系,<sup>①</sup>有助于数据资产在跨境流动中实现价值的最大化。近年来,欧盟也开始在投资规则中涉及对跨境数据流动的规制,例如,2018年欧盟委员会制定了适用于欧盟贸易和投资协定的有关跨境数据流动和个人数据保护的横向条款,<sup>②</sup>试图平衡数据跨境自由和个人数据保护以促进数字经济增长。EPA中服务贸易、投资自由化和电子商务章第8.3条一般例外中列出“为保护公共安全、公共道德或维持公共秩序所必需的”以及“在处理和传播个人数据方面保护个人隐私,保护个人记录和账户保密”的相关措施不适用该协定;2020年《中欧全面投资协定》(*EU-China Comprehensive Agreement on Investment*)第六部分一般例外条款中强调双方为实现合法政策目标的监管权,其中就包括对个人数据的保护。这些都体现了在投资规则中强调东道国的数据规制权来实现对数据资产保护利益的平衡。RCEP电子商务章中将投资作为“涵盖人”(covered person)纳入了调整范围,意味着以电子形式存在的投资受到该章保护,主要涉及对个人信息的保护、禁止数据本地化和跨境流动自由,反映了针对性调整数字经济的规则开始系统性影响投资规则的时代趋势。此外,中国签订的一些BIT在国家根本安全例外条款中使用了与数据和网络安全密切相关的“其他紧急情况”这一措辞,为东道国数据规制权与数据资产保护的平衡留下了灵活的政策空间。例如,2019年《中国香港政府和澳大利亚政府之间的投资协定》(*Investment Agreement Between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of Australia*)第19条、2012年《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第32条等。

然而,尽管实践已初步尝试,但整体上仅有极个别国家主动将数据资产保护的内容直接嵌入国际投资条约,广大数字经济后发国家对国际投资法的数字化转型十分谨慎。究其原因,一是受到全球经济周期影响,国际投资法数字化转型截至目前欠缺最佳改革时机,二是以国际投资仲裁为主的ISDS机制在长期的实践中暴露了诸多问题,阻却了东道国将熟悉度更低、敏感度更高、风险更大的数据资产问题纳入国际投资法框架,但最重要的是改革意味着将面临沉重的投资保护责任。

首先,认可数据资产作为国际投资意味着扩大了投资保护的范畴,东道国将承担更广泛的责任。如果将数据资产明确纳入投资定义,投资保护义务指向的客体将扩及这一新型投资,相较于现有措辞通过扩大解释才能涵盖数据资产,显然增加了东道国负担。其次,投资扩及数据资产意味着投资保护义务随之扩及非物理领域,将对东道国的立法能力、管理水平提出更高要求,即东道国必须在数据治理和网络安全领域构建相对完善的法律框架以及完善协助执法司法的配套举措。再次,东道国国内规制权可能受到侵蚀,在国际投资条约中承诺对数据资产的保护一定程度上挤压了东道国在数据和网络领域的规制权,数据资产保护义务和数据规制权界限的模糊性甚至可能使东道国对外商投资者的一般监管措施也上升为国际投资争端。最后,在投资保护义务扩张和数据规制权限缩的双重作用下,东道国被诉风险进一步增大。尤其对于数字经济和数字经济治理都不成熟的发展中国家而言,有可能客观上无法在数据和网络方面给予投资者实体待遇标准,或难以承受因此产生的成本而不得不违背国际投资保护义务,继而被告至国际投资仲裁,甚至面临主权信用受损、陷入应诉泥藻和承担巨额赔偿的风险。

因此,在全球数字经济发展不平衡、数字鸿沟问题严重的宏观背景下,只有少数数字经济占据优势地位的国家可能对国际投资法的数字化转型持开放态度,甚至基于必然的义务扩张,这种开放态度非常有限。对于广大发展中东道国而言,当前投资保护义务数字化转型的风险较高,成本也远大于收益,加之对于数字经济新事物本能的不信任,很自然地表现出迟疑和担忧,并倾向于采取以防御为主的保守数据政策。<sup>③</sup>

总之,国际投资法的数字化转型意味着东道国在数据资产保护方面承担更多的义务,对东道国提出了更高的投资规则谈判、国内立法和执政、社会管理甚至投资仲裁应诉能力的要求,这实际上加重了东道国的负担,特别是数字经济后发国家可能无法承受由此带来的风险和成本,这使大多数国家和地区对于推进相关规

<sup>①</sup> *Statement on International Investment Policy*, Ronald Reagan (9 September 1983), <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/statement-international-investment-policy>.

<sup>②</sup> *Horizontal Provisions for Cross-Border Data Flows and for Personal Data Protection*, European Commission (18 May 2018), <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/627665/en>.

<sup>③</sup> 以数据本地化这一具有鲜明数据防御主义的规制性措施为例,实证研究表明,网络威胁程度越高、信息通信技术发展指数越低的国家或地区就更有可能采取数据本地化措施;反之,则倾向于鼓励数据自由流动。参见刘金河、崔保国:《数据本地化和数据防御主义的合理性与趋势》,载《国际展望》2020年第6期,第96页。

则的数字化转型抱有担忧甚至抵触情绪,成为数据资产保护需求下阻碍国际投资法向数字化转型的重要症结之一。

## 四、数据资产保护需求下国际投资法的数字化转型

鉴于上述可行性论证中的两大症结,为了实现国际投资法对数据资产的有效保护,需要积极缓和全球经济数字化转型中的矛盾,促成国际投资法与数字经济的良好兼容。这要求强调数据资产保护义务与东道国数据规制权的平衡,增强国际互信与合作、弥合数字鸿沟。只有充分尊重发展中国家和地区的发展权,打消其对投资保护义务数字化转型的恐惧,才能推动国际投资法的数字化转型,进而促进全球数字经济可持续发展。国际投资法的数字化转型应当是体系性的,这意味着既要改革国际投资条约规则,又要完善相关国内法。

### (一) 数据资产保护需求下国际投资条约的数字化转型

#### 1. 数据资产新客体的纳入

数据资产作为国际直接投资的一种出资方式还处于初级阶段,这表现为晚近国际投资条约的投资定义条款仍未明确涵盖数据资产。尽管东道国普遍存在接纳数据资产作为投资新形式的顾虑,但在国际投资条约中充分考虑数据资产的特性,在投资定义条款中明确或以其他形式将数据资产列为投资的新客体确实是顺乎时代潮流的选择。

在形式上,国际投资条约中应直接使用“数据资产”一词与其他投资类型并列。在内容上,可以直接在条约文本或注释中对数据资产进行解释,以便相对准确周延地涵盖其外延,对数据资产的具体描述建议为:(投资者)拥有或控制的以电子形式存在的任何具有经济价值或潜在经济价值的资产,电子形式是指利用互联网、计算机设备或云存储技术收集、处理、传输和存储,具体类型包括网络域名、网页、应用软件、在线账号及其数据资料和虚拟财产、数字产品和服务、可交易的个人数据和企业数据、数据库、数字化的商业秘密、数字货币等。明确数据资产作为一项新型国际直接投资还应澄清以下问题。

第一,数据资产与知识产权以及其他出资方式的关系。数据资产虽然可以列为一项独立的资产类型,但与知识产权等其他出资方式并不是非此即彼的互斥关系,能够认定为知识产权或其他出资方式的应优先认定。例如,具有独创性的数据资产(如特殊编排的数据库)可以作为汇编作品受到知识产权保护,此类数据资产可以作为知识产权出资方式受到国际投资条约的保护;同理,不具备独创性但采取了保密措施的数字化商业秘密也是知识产权的保护客体,应认定为知识产权出资。不过,知识产权的客体这一概念无法周延地涵盖数据资产,数据资产是一种超越了现有知识产权内涵的全新出资方式,例如,电子痕迹、在线账号等很难认为是知识产权的客体,但这些数据同样具有经济价值,有必要加以保护。再如,数字货币虽然也满足数据资产的定义,但本质上是电子形式的一般等价物,属于货币出资。

第二,数据资产与东道国的地域联系问题。适当革新“在东道国境内”要求的内涵以回应数据资产的非地域性。这要求在国际投资条约中灵活化适格投资应满足的地域性标准,当然这并不是指数据资产适格认定完全不考虑地域性,而是指投资无须在东道国境内形成大型分支机构,只要与东道国形成真实充分的联系即可。真实充分是指与东道国境内的业务构成密切联系,表现为数据资产收集、处理和使用的任何环节发生在东道国境内,该环节构成了面向东道国业务的实质性与不可分割的内容,且这种密切联系应当是长期稳定的,能够与短期偶然的国际销售、服务贸易区分开来。

第三,数据资产与硬件设施的界分问题。为收集、处理、传输或存储数据资产的硬件设施不属于数据资产,尽管硬件设施是数据资产存在的基础性介质,但它们作为实物资产更应被囊括在传统投资定义中。只有当这些物理载体本身价值与数据资产存在较大悬殊并且与所载的数据资产现实不可分割时,对物理载体的损害才可以视为对数据资产的损害,例如,光盘与其所承载的软件、源代码,光纤电缆与其所承载的网络连接服务,移动通信设备与其所承载的无法传至“云端”的存储功能、网络连接服务、社交数据等。

#### 2. 实体规则及其适用标准的革新

国际投资条约实体规则的适用困境主要有三种类型。第一,技术性困境:当前对数据、数字技术的认识、运用和发展还不够深入导致的困境,例如,数据资产定价难使投资待遇标准的损害赔偿计算更加不确定,对



网络攻击的溯源难限制了东道国与投资者举证义务的合理分配等;第二,发展性困境:数字经济作为新兴产业正处于高速发展阶段,社会管理、法制框架都远未成熟,例如,国家因应数字经济导致的立法活动频繁,数字经济归属的经济部门划分争议较大等;第三,规则性困境:现有国际投资待遇规则不能完全兼容数字经济,这是由数据资产的性质决定的,例如,数据的非排他性与征收条款实质性剥夺的认定间存在矛盾,数据和网络安全地位的攀升使国家安全等例外规则的适用具有较大争议。尽管三类困境都体现了全球经济向数字化深刻转型中的阶段性矛盾,但随着数字技术的成熟和全球经济数字化转型的完成,前两类困境可以很快得到解决。<sup>①</sup> 第三类困境则要求国际投资条约从理念上进行根本性转变,仅依赖数字技术生产力和数字经济生产形式的变革可能永远无法走出泥沼,必须主动对相关实体规则本身进行革新。此类困境涉及的实体规则及其适用标准可能的数字化革新方向如下。

第一,征收条款适用标准的澄清。征收的适用面临数据非排他性与实质性剥夺认定之间的矛盾,这一特性使得东道国直接剥夺数据资产所有权的行为几乎无法实现,因此,对数据资产的征收在形式上更符合认定难度更大的间接征收。适用间接征收需对涉及数据资产的措施进行更综合和整体的考察,可以在适用技术上从三个方面完善。一是基于数据资产的非排他性,间接征收的认定不宜适用传统强排他性的“占有”概念,引入使用权更加合理;<sup>②</sup>如果东道国采取相关措施事实上使用了数据资产,即使投资者也能同时使用该数据,仍可能构成间接征收,这还需结合上述使用对投资者的控制权和利润的影响作具体分析。二是考察数据资产的控制权是否受到实质性剥夺,如果东道国政府使用了数据资产,那么控制权就确定地受到影响,不过是否达到实质性剥夺的程度还应详细考察使用的范围、内容、时间长度等,如果东道国的使用使投资者无法对数据资产进行有效的管理,则应当认定控制权被实质性剥夺。三是结合对利润变化的考察来判断实质性剥夺的程度,即使控制权的实质性剥夺难以认定,或者投资者能够对数据资产进行管理,但如果相关措施直接导致投资者数据资产无法获得利润,则也可能构成间接征收。<sup>③</sup> 鉴于投资者的利润也可能受商业风险影响,投资者承担举证责任证明东道国行为与失去利润存在直接的因果关系较为适宜。

第二,国家根本安全例外的内涵发展与审慎适用。可考虑在国家根本安全例外条款中明确纳入数据和网络安全的内容,强调东道国出于根本安全利益考量对重点领域的敏感数据采取必要的监管措施。同时明确以下几点:一是根本安全利益是指重点领域的数据泄露、篡改或破坏可能严重影响国家安全、国计民生和重大公共利益等。二是重点领域、敏感数据等概念可以依据各东道国已有法律规则的内容进行明确,以中国为例,可以参考《中华人民共和国网络安全法》的规定,将重点领域明确为包括公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域;敏感数据意味着重点领域之外的,但达到一定规模仍可能危害国家根本安全利益的数据,例如,大量的境内居民个人信息、系统精确的城市交通数据等;必要的含义可以借鉴WTO争端解决的经验,<sup>④</sup>解释为相关措施的目的为维护国家网络安全或增进公共信息化福祉,实施的时机为根本安全利益遭到实质损害或严重威胁,实施过程中遵循比例原则。三是对于已经在国际投资条约中使用“紧急情况”等表述的,可增加注释进一步澄清该概念,澄清“紧急情况”涵盖数据和网络安全。

第三,个人数据保护的嵌入。在没有明确将个人数据权益纳入国际投资条约的框架下,可根据本国实际

<sup>①</sup> 例如,数字经济归属的经济部门划分问题,实践中对部门划分标准的优化正在持续进步之中。有学者曾指出,在CPC Ver. 2下确定相关服务的部门划分是比较困难的,例如,计算机服务和视听服务已经可以通过移动网络获取,因此,即使常见的服务(如云计算、基于云计算的应用程序和社交平台)通常由跨部门的服务供应商组成,也不能整齐地归入计算机服务[“数据处理服务”(843)或“数据库服务”(844)]。Andrew D. Mitchell & Jarrod Hepburn, *Don't Fence Me in: Reforming Trade and Investment Law to Better Facilitate Cross-Border Data Transfer*, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol.19:182, p.198 (2017). 这样的困境随着2015年CPC Ver. 2.1的发布迎刃而解,例如,CPC Ver. 2.1并没有使用有歧义的“计算机”一词,而是使用“电话和其他电信服务”(841),并列出了移动通信服务(8413)和数据传输服务(8415),其中对数据传输服务的分类排除了专用网络服务(8414)。Central Product Classification Version 2.1, UN Department of Economic and Social Affairs, p.493-494.

<sup>②</sup> 参见付新华:《企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权》,载《东方法学》2022年第2期,第132-143页。

<sup>③</sup> 仲裁实践表明,外国投资者利润的减少并不当然地构成实质上的剥夺,但投资价值的绝对减少则有可能说明投资者被实质性剥夺了投资的控制权。Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 1 June 2000, para.102; Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No.ARB/02/18, Award, 28 September 2007, para.120.

<sup>④</sup> 国际投资条约一般例外条款的措辞大多参考了国际贸易规则,不少投资仲裁实践中对一般例外的解释和适用也会参考WTO争端解决机制的相关原则。参见王彦志:《国际投资仲裁中公共健康保护的条约解释进路——以 Philip Morris v. Uruguay 案中 VCLT 第31条第3款c项的适用为视角》,载《当代法学》2017年第6期,第149-157页。



情况考虑在一般例外中予以明确,澄清境内居民个人数据权益是公共利益的重要组成部分,东道国有权基于本国国情采取必要措施加以保护。应注意,由于个人隐私和个人数据在财产属性上存在根本区别,虽然目前一些国内法并未严格区分二者,但随着数字技术的发展,隐私权终究不能替代个人数据权,而在此过程中可能引发一些适用争议。因此,在已经使用“个人隐私”术语的一般例外条款中,可考虑以注释形式将其扩大解释为涵盖个人数据,如此设计能够为东道国基于个人数据保护采取必要措施提供坚实的条约基础。

虽然将数据和网络安全、个人数据权益明确纳入例外条款能在一定程度上减轻条文笼统性带来的负面影响,但国家安全、公共利益的概念仍然存在不合理扩张的可能。为此,还应考虑设置有效的规则和程序以减少滥用:一是尽量以“负面清单”的形式详细列举例外条款的内容,避免因概念笼统产生争议;二是为东道国援引例外条款设置严格的举证责任,特别是对“必要性”的举证,包括证明相关措施与所追求的目标之间存在充分和真实的联系、相关措施的成本之于目标的必要性、对国际投资贸易的影响在可控范围内、客观能力上不存在可替代措施等。

## (二) 数据资产保护需求下国内法的数字化转型

全球经济的数字化转型将对整个国际投资法体系产生深远影响,国际投资条约本身的完善和革新仅是数据资产保护的一个方面,国内法的应对则构成另一个方面。完整、充分的投资保护离不开健全的东道国法律体系,鉴于大部分国家和地区对投资义务数字化转型的担忧,在数据资产保护需求下顺利推进国际投资条约谈判进程并不容易。但更重要的是,全球化将各个国家比以往任一时期都更紧密地联系在一起,全球产业链的数字化转型或早或晚会传导至每一个国家和地区,拒绝融入数字经济无异于放弃新一轮产业革命,拒绝参与全球数字治理无异于将话语权拱手相让。与其被动地卷入由他国制定、代表他国意志和利益的数字投资规则体系,不如积极投身于数字领域新规则谈判,重视国际法与国内法的有益互动,推进国内法律支撑体系的数字化转型,作好风险应对准备。

第一,加快构建和完善数据领域的国内法律制度。一是完善数据财产属性法律保护制度,根据本国数字经济发展阶段的必要性,考虑是否明确数据资产为法定财产。对于已形成数字产业的国家,数据资产法定化既有利于鼓励国内数据资产交易、推动数字经济发展,也有助于东道国提供有效的当地救济,在国内法层面妥善消解争端,防止国内法院管辖权旁落,同时避免投资者以司法拒绝为由要求东道国承担违反公平公正待遇条款的责任。二是明确数据资产出资时权利担保的具体内容。数据资产是非货币资产,不同于工业产权和专有技术等传统非货币出资方式的权利担保主要在于保证投资者享有所有权,数据资产的权属关系更加复杂,数据的非排他性可能导致同一数据资产客体上存在多个数据控制者,虽然这并不影响数据资产的正常使用,但权利担保的效力客观上无法始终保证完整的排他性。鉴于权利担保的主要目的是避免权属争议、确保投资正常运营,数据资产出资时保证对投入的数据资产享有控制权和收益权(包括收集、处理、传输、使用相关数据的权利)足以;或保证收集数据的权利能够维持一定期间,证明的依据可以是某运行良好的电子设备应用软件作为数据采集平台,维持一定期间具体可指某外商投资企业公司章程约定的公司存续期间等。三是规范数据监管措施,特别是对东道国而言,注重国内规制措施与国际投资条约的合规性和相关国际承诺的协调性,有助于降低被诉风险。在程序上,尽量确保数据监管措施的连贯性与稳定性,保证这些措施在制定和实施过程中的透明度,如召开立法听证会、及时公布监管规则、健全外商投诉机制、畅通行政救济途径等,避免投资者以缺乏正当程序为由要求东道国承担违反国民待遇或公平公正待遇条款的责任。在内容上,应视实际情况在立法中明文将数据和网络安全纳入国家安全的范畴中,强调东道国基于经济主权原则有权在本国数字领域实行一般性规制措施,但不同数据规制措施关注的侧重点应当有所差异。

第二,构建和完善有效打击网络犯罪的法律体系。维持网络空间正常秩序,为包括本国和外国投资者在内的所有市场主体提供网络空间普遍的安全与稳定投资环境,同时有助于东道国避免因未能提供稳定投资环境和拒绝司法问题遭到公平公正待遇和充分保护与安全待遇条款的追责。尽管互联网服务直接由私营公司操作和维护,政府对网络空间的监督相对有限,但这并不是政府不作为的完美借口,而应当在权责一致的前提下履行对网络空间的监管责任。政府的监管虽然不能延伸到对网络的实际控制或保证单个网站的绝对安全,但是对网络攻击等犯罪行为的必要打击是现实可达成的。这要求东道国构建和完善有效打击网络犯罪的法律体系,确立将网络犯罪纳入法律规范客体的法律框架。首先是明确在网络空间发生的或以网络为

介质和手段实施的损害财产权益、扰乱网络空间秩序、危害国家安全的行为应受国家法律的规范和约束。其次是明确网络犯罪的具体范围,可以根据网络攻击行为损害的法益对网络犯罪进行分类,在各个类别下规范化具体行为并抽象为犯罪罪名。再次是明确网络攻击行为的罪与非罪的界限,不宜让任何网络安全事件都直接触发刑事责任,损害较轻、影响较小、补救及时的网络攻击行为可以通过民法或行政法进行调整,追诉责任与过程规范并重,构建层级清晰、综合协调的“民法—行政法—刑法”法律治理体系。最后是加强国际合作与协调,构建或参与网络犯罪引渡条约体系,这有助于实现国家间的管辖协助与跨境合作。

第三,发展和完善海外投资保险法律制度。利用投资母国海外投资保险法律保护本国投资是较为高效经济的投资保护途径,对于保护本国海外数据资产具有重要意义。<sup>①</sup> 随着全球化的加深,单纯的资本输出国和单纯的资本输入国比重逐渐降低,以中国为代表的混同身份国家资本输入与输出规模均十分庞大,如果一国缺乏完善的海外投资保险法律制度,仅作为东道国被代位求偿,而不能作为资本输出国依法直接向对方东道国求偿,就会产生投资保护权利义务失衡的问题。因此,投资母国和具有混同身份的国家更应当考虑根据本国数字经济发展的实际情况将数据资产纳入投资保险合同标的,这与国际投资条约中的投资定义类似,应注意与东道国地域联系的措辞使用。再者,根据本国实际需要明确保险范围的数字化转型程度,例如,征收险囊括的对象是否包含以及包含哪些类型的数据资产,战争与内乱险是否涵盖以及涵盖哪些程度的网络攻击行为,政府违约险是否扩大东道国在数字领域的拒绝司法行为等。

## 五、结语

全球经济的数字化转型使数据资产的重要性日益凸显,亟需充分发挥国际投资法的作用加以保护。从实践来看,FDI 轻海外资产趋势揭示了数据资产在国际投资中价值和规模的重要性,同时,数据资产面临着严峻的法律政策风险和不断升级的网络攻击风险;从规则来看,针对投资者数据资产的法律保护体系正处于不充分、不直接、不完善的初级阶段,国际投资法保护数据资产具有规则优势,其投资保护的价值目标天然地与数据资产保护相契合,主体的多元化使私人投资者可以直接要求国家行为者承担法律责任,国际投资法的体系由国际法规范和国内法规范构成,能够为数据资产提供直接、有效、整体性的法律保护。

当前形成于实体经济时代的国际投资保护规则在调整数字经济关系方面仍具备初步可适用性,投资者可以援引征收、国民待遇、公平公正待遇以及充分保护和待遇标准保护自身投资权益。但上述条款的适用面临着困境和争议,这根源在于现有规则在调整数字经济关系时出现了理念、适用标准和利益平衡上的不匹配。而对于大多数东道国而言,改革将面临沉重的投资保护责任,因此对投资保护的数字化转型带有担忧和抵触情绪。不过,全球产业链的数字化转型或早或晚会传导至每一个国家和地区,拒绝参与全球数字治理无异于将话语权拱手相让,数字化转型在短期内可能引发阵痛,却符合各国的长期利益。

鉴于此,为实现数据资产保护,国际投资法的数字化转型势在必行,其包含国际法和国内法两个层次:第一层是国际投资条约缔约国推动国际投资条约向“数字友好”方向革新,这要求将数据资产明确纳入国际投资条约,完善投资待遇条款及其适用标准以及澄清部分例外条款的模糊内涵;第二层是各国应对国际投资条约革新作好必要的国内法准备,这要求缔约国构建和完善本国数据保护和监管制度、有效打击网络犯罪的法律体系以及海外保险法律制度。

<sup>①</sup> 参见王淑敏:《“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险法律问题研究》,载《武大国际法评论》2022年第3期,第104-124页。

## On the Protection of Data Assets Under International Investment Law

ZHANG Yu

(Law School(Intellectual Property School), China Jiliang University, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** The digital transformation of the global economy has significantly elevated the importance of data assets in international investment, and it is necessary to enhance protection through international investment law. Currently, data assets face substantial local legal-policy risks and cybersecurity threats. Although investors may invoke expropriation, national treatment, fair and equitable treatment, and full protection and security provisions to safeguard their interests, the practical effectiveness of these protections remains highly uncertain. Core challenges concentrate on three dimensions: the qualification criteria for data assets as protected investments, the application dilemmas of international investment treatment provisions, and the interpretative complexities of exception clauses. These challenges stem from fundamental incompatibilities between the international investment legal framework formed during the physical economy era and the realities of the digital economy, manifesting in conceptual systems, application standards, and interest-balancing mechanisms. Notably, explicitly categorizing data assets as protected investments would substantially increase host states' obligations. Consequently, faced with this systemic incompatibility, only a handful of countries have proactively embedded the protection of data assets into international investment agreements, while most have recently narrowed investment definitions, demonstrating cautious, conservative, or even apprehensive attitudes toward the digital transformation of international investment law. This institutional inertia originates from dual contradictions: the accelerated obsolescence of existing international investment rules driven by global digital economic development, and the impediment to rule modernization caused by uneven digital economic development. The key to achieving effective protection of data assets in international investment lies in balancing investment protection with host states' regulatory sovereignty, strengthening international trust, and bridging digital divides. Therefore, to address practical demands for protection of data assets, international investment law should undergo systematic digital transformation, encompassing both international agreement reform and domestic legal adaptations. First-tier reforms require that contracting states should promote the "digital-friendly" transformation of international investment agreement through the following measures: First, explicitly incorporate data assets into the protection scope of international investment treaties, including clarifying the relationship between data assets and intellectual property rights as well as other forms of capital contributions, addressing the territorial linkage issues between data assets and host states, and defining the boundaries between data assets and digital hardware infrastructure. Second, modernization of substantive rules, including clarification of expropriation clause application standards, interpretation refinement and prudent application of essential security exceptions, and incorporation of data protection-related issues like personal information safeguards. Second-tier supporting measures require that contracting states must establish corresponding domestic legal and institutional frameworks for risk preparedness: First, accelerated development of data-related legal systems. Second, construction of effective cybercrime-combating legal regimes. Third, enhancement of overseas investment insurance mechanisms. This dual-track approach creates governance architecture coordinating investor protection with regulatory autonomy while accommodating developmental disparities. Only through systematic coordination of international obligations and domestic reforms can international investment law effectively address digital economy challenges and cultivate sustainable global data governance systems.

**Key words:** data assets; international investment law; investment protection; digital transformation