

國際投資協定中例外條款對資料出境限制的適用性研究

The Applicability of Exception Clauses in International Investment Agreements to Data Export Controls

周珏吟¹

摘要：本文討論的核心問題是國際投資協定中的例外條款如何適用於資料出境限制措施。所謂“如何適用”可以拆分為兩個問題，一是能否適用，二是怎樣適用。本文首先分析資料跨境是否屬於國際投資協定的調整範圍。資料作為投資者在運營過程中形成的，能夠持續為公司盈利的自有標的，基本符合投資協定對“投資”的定義，可以成為適格投資，資料跨境的相關案件也能被投資仲裁庭審理。其次，本文將探討投資協定中例外條款能否調整資料出境限制措施。不同投資協定下，東道國對資料出境限制措施可能直接享有規制權，也可能是需要援引例外條款獲得規制權，後一種情形下，例外條款便能直接規制資料出境限制措施。前述部分僅在一般意義上論證了投資協定中的例外條款可以成為東道國規制資料出境限制措施的依據，例外條款如何適用資料出境限制措施還要結合其內涵具體分析。因此，在理解例外條款具體內涵的基礎上，本文具體分析了各種例外條款適用資料出境限制措施的不同場景，並探討了適用中可能產生的問題。最後，針對我國面臨的多重身份困境，本文提出了對內完善制度、對外改革推動改革、統一立場的建議。

關鍵字：國際投資協定，資料出境限制措施，例外條款，適用性

1 作者簡介：周珏吟，北京師範大學法律碩士，現為北京第三中級人民法院法官助理。
通訊地址：北京市朝陽區廣順北大街32號北京第三中級人民法院民六庭
電話：17810711250 郵箱：zhoujueyin@126.com
所屬單位：北京市第三中級人民法院 Beijing Third Intermediate People's Court

一、問題的提出

通信服務、網路、電腦基礎設施、數位服務、物聯網、雲計算所引領的數位時代下，資料不間斷地在不同國家、地域之間的流動和轉移，而近些年，資料的跨境轉移與國際投資的聯繫日益密切：互聯網企業的對外投資將導致東道國大量個人資料外流，技術服務企業接受外國投資也將導致記錄核心智慧財產權的資料出境。隨著資料跨境與投資的深度融合，各國的投資審查和對數字跨境的規制也逐漸增強。根據《2023 年世界投資報告》，各國對外國直接投資審查的趨勢仍在繼續，實行外國直接投資審查制度的國家合計占 2022 年外國直接投資存量的 68%，因監管或政治方面的擔憂而撤銷的並購交易數量增加了三分之一。² 跨國數字企業屢遭東道國打壓。以我國為例，印度以威脅國家安全、個人隱私為由對位元組跳動、騰訊、阿裡在內的 500 多款中國移動應用程式的禁用，美國動用《國際緊急經濟權利法案》禁止美國人與 Tiktok、Wechat、Alipay 等 10 個中國移動應用程式進行交易，甚至強行要求抖音海外版母公司轉讓抖音海外版所有權。³ 各國的資料出境限制措施不可避免地造成了投資者與東道國之間的糾紛，投資者聲稱東道國違反了投資協定的相應承諾，或者投資協定中基本待遇條款，而東道國往往援引安全例外條款進行抗辯。因此，投資協定中的例外條款能否適用於東道國資料出境限制措施，如何適用於資料出境限制措施，適用上會出現何種問題 將成為本文的核心主題。我國作為擁有強大數位技術實力國家，作為最大的外商投資接收國和投資輸出國之一，面臨的問題要更加錯綜複雜。我國既要保護國家安全和個人隱私，也需要抓住新的經濟增長點，助力互聯網企業出海從而推動產業的轉型升級。基於此，本文將立足於資料出境限制措施本身，分析各不同類型的資料出境限制措施將如何適用於國際投資協定中的例外條款，為中國找到實現國家安全與數字經濟發展的平衡點。

本文的分析將立足于三種現有的資料跨境規制措施：一是基於國家安全要求重要資料的本機存放區。中國、俄羅斯、越南、印尼等國家將資料主權視為重要的國家安全問題，並對關鍵基礎設施部門有關的跨境資料流程動加以限制，如德國和法國正在建設資料本地雲，中國、俄羅斯、印度採取資料當地語系化措施，要求重要資料必須本機存放區。⁴ 二

2 聯合國貿易和發展會議：《2023 世界投資報告》，<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2023>，發佈日期：2023 年 7 月 5 日，訪問日期：2024 年 4 月 7 日。

3 曾建知：《跨國數字存在的投資適格性及其保護》，《法商研究》2024 年第 2 期。

4 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 & Technology*, Vol.19(Oct 2016), pp.188-189.

是基於公共秩序禁止訪問某些網路內容。一些國家出於保護公共道德或公共秩序的目的，對線上傳輸的資料加以限制，這些限制可能普遍適用於線上服務或網站，也可能只適用於從國外轉移的資料。如中國、越南要求在境內傳播的所有線上內容需要符合社會價值觀，新加坡禁止承認娛樂網站，德國禁止線上銷售納粹紀念品。⁵ 2024年2月28日，美國總統拜登正式簽署了《關於防止關注國家獲取美國公民大量敏感個人資料和美國政府相關資料的行政命令》，⁶ 限制中國、俄羅斯、伊朗等六個“關注國家”以及與其有關的實體/人員訪問和利用美國公民與政府的“敏感性資料”。⁷ 三是基於保護個人隱私或國家安全限制資料傳輸。一方面，一些國家尤其重視個人隱私的保護，歐盟的GDPR就是典型的個人資料保護條例。此外，歐盟與美國在安全港協定被歐洲法院確認無效後，另行簽訂了《隱私盾協定》，對美國公司的資料處理加以更嚴格的限制。澳大利亞和加拿大的部分省份也將個人隱私作為限制資料跨境流動的基礎。⁸ 另一方面，以俄羅斯、印度、中國為代表的國家對重要資料或者關鍵基礎設施資料採取出境評估制度，要求出境資料通過國家安全評估和審查。

二、國際投資協定對資料跨境的適用性分析

從國際投資協定的一般調整範圍來看，投資協定的調整對象為“投資”或者“與投資有關的活動”，投資仲裁庭的管轄範圍也是“直接因投資產生的爭端”，不論從條約文本還是從投資仲裁庭的管轄範圍看，資料出境似乎無法被直接納入投資協定的調整範圍。因此，本文將從投資協定的文本意涵與投資仲裁庭管轄範圍兩個角度，分析資料跨境被國際投資協定調整的可能性。

（一）資料資產與適格投資

如果要將資料跨境納入國際投資協定的調整範圍，最直接的方式就是將資料資產納入“投資”定義的範疇，直接被投資協定所調整。晚近投資協定或投資章節對“投資”的解

5 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 & Technology*, Vol.19,(Oct 2016), pp.190-191.

6 全稱為“Executive Order on Preventing Access to Americans’ Bulk Sensitive Personal Data and United States Government-Related Data by Countries of Concern”

7 “敏感性資料”包括基因組資料、生物識別資料、個人健康資料、地理位置資料、財務資料和特定種類的個人識別資訊，以及與政府有關的敏感性資料。

8 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 & Technology*, Vol.19,(Oct 2016), pp.193-194.

釋大多以“資產”“財產”為基礎進行定義，這類投資的協定中，“資產”“財產”一詞可以看作投資定義的兜底條款，所有可以被視為資產或財產的物件都屬於投資。部分投資協定如中國 - 法國 BIT 將資產解釋為“任何性質的權利和利益”，從這個角度看，資料作為投資者在運營過程中形成的自有標的，且能夠為投資者帶來長期收益，資料當然屬於“資產”的範疇。然而，某些投資協定如中國 - 剛果 BIT 沒有明確解釋財產、資產的含義，因此需要結合締約國的目的和通常解釋進行理解。國際會計準則理事會（IASB）在 2018 年發佈的新修訂的《財務報告概念框架》中把財務報表要素資產定義為“由於過去事項所導致的、由主體控制的現時經濟資源”，其中，“經濟資源是指有潛力產生經濟利益的權利”。⁹ 資料作為能迸發巨大經濟利益的，被投資者所控制的標的，自然可以成為資產。法律概念看，資料具有對世性質和一定程度上的排他性、支配性，資料控制者對資料享有佔有、使用、收益和處分的權利，因此資料可以成為法律上的財產。但是，資料具有無體性，其財產價值不取決於人類的創造性勞動，而取決於資料的規模性和資料處理過程中的無限增值。因此資料屬於一種特殊的財產、資產，與貨幣、實體物品等一般財產相區分。¹⁰ 在投資學領域，資料作為資產已經成為行業共識，經濟行業將資料資產定位為“企業擁有或者控制的，能夠為企業帶來未來經濟利益的，以物理或電子的方式記錄的資料資源。”在企業中，並非所有的資料都構成資料資產，資料資產是能夠為企業產生價值的資料資源。¹¹ 資料的歸屬問題上，各國立法實踐都允許資料處理和控制者享有對資料的大部分財產權利，當然資料控制者的權利會受到資料主體的限縮。如我國的“資料二十條”第 3 條提出了資料“三權分置”方案，即通過資料資源持有權、資料加工使用權和資料產品經營權來明確資料財產權的權利內容，對資料要素市場健康發展起到了重要引領作用。¹² 因此作為投資者的互聯網公司、資訊服務公司自然可以享有資料的合法權利，從而使投資者控制的資料成為投資協定中“資產”的一部分。

在以資產為基礎定義投資的協定中，往往將“投資所產生的收益”也納入投資協定所保護的範圍。經濟學概念上，收益是指資產或財富的增加，也就是期末資產減去期初資產的淨值；法學概念上，收益指財產收取的天然或法定的孳息。總之，收益的基礎是財產，收益是財產產生的附加價值。而資料一般是基於財產性投資產生的，符合收益的基礎要件，如在東道國設立分公司的投資者。同時企業利用在日常經營中收集到的資料進行交易或升

9 史學智 楊鎮：《從資產要素之定義重新審視“資料資產”》《清華管理評論》2021 年第 7-8 期。

10 張新寶：《論作為新型財產權的資料財產權》，《中國社會科學》2023 年第 4 期。

11 中國資訊通信研究院雲計算與大資料研究所編：《資料資產管理實踐白皮書（4.0）》，第 1 頁。

12 姜程瀟：《資料財產權權能研究》：《法律科學（西北政法大學學報）》，2024 年第 3 期。

級服務，此時資料也轉變為公司的自用型資產。因此，資料資產也可以是國際投資過程中產生的收益。¹³

同時，早期簽訂的投資協定中，許多投資協定使用了“投入”這一缺乏法律意義的模糊詞語，而新近的投資協定明確將“投入”解釋為“投資者直接或間接擁有和控制的”，強調了對資產的控制權和所有權。¹⁴ 投資仲裁庭也對投資者的間接控制權進行了確認，如在 *Exxon Mobil v. Venezuela* 案中，美孚公司通過其子公司向委內瑞拉進行了投資。委內瑞拉新政府上臺後，美孚公司在現有的股權結構下，插入與美國簽訂投資協定的荷蘭的控股公司。仲裁庭認為，美孚公司通過插入一家荷蘭公司進行重組的目的是為了獲得美國荷蘭 BIT 的保護，這種行為是合法的。由此可見，控制權也已經成為投資的一部分。¹⁵

綜上所述，不論是從資料本身價值和資料所有者的交易實踐，還是從各國對資料資產的保護措施，亦或是從法律概念上來看，資料在私人層面和政府層面都已經被視為重要的資產，資料的資產性質已經毋庸置疑。即使某些投資協定如中國 - 加拿大投資協定是以傳統的“企業”為基礎定義投資，其中列舉的投資形式也會包含各種有形或無形的財產。¹⁶ 因此，資料作為資產的一種，能夠被投資定義所包含。即使資料不是投資者投入的實物資產，資料也可以作為收益和智慧財產權被納入投資協定的調整範圍。此外，ICSID 和晚近投資協定呈現出將間接投資也納入“投資”定義的趨勢，這無疑為資料出海公司提供了更多與東道國的連接點，使“投資”的範圍進一步擴大。

（二）資料出境與國際投資仲裁機構的受案範圍

即使資料跨境符合投資協定對投資的定義從而納入締約國合意的投資協定調整範圍，投資者在伸張權利時還可能受到投資仲裁庭的制約，一個案件是否屬於投資爭端並不直接取決於投資協定的規定，還需要經過投資仲裁庭的受案審查。仲裁庭可能要求涉案投資符合投資協定中的投資定義，也可能要求該項投資符合《華盛頓公約》第 25 條規定的受案範圍，或者要求同時符合上述兩種定義。因此，投資仲裁庭的受案範圍將影響國際投資協定真正的調整對象。¹⁷

《解決國家與他國國民間投資爭端公約》（即《華盛頓公約》）第 25 條（1）款中規定：

13 張渝：《國際投資法框架下資料資產的適格性研究》，《電子智慧財產權》2023 年第 2 期。

14 參見《中日韓投資協定》、《美國 2012BIT 範本》、《中國 - 加拿大投資協定》、《美墨加協定》。

15 高奇：《論投資定義的擴大化——以《中歐投資協定》為視角》，《海峽法學》2021 年第 3 期。

16 參見中國 - 加拿大 BIT 第 1 條：其他任何出於商業目的取得或使用的有形或無形、可移動或不可移動的財產和相關財產權利。

17 張倩雯：《國際投資中資料的性質判斷及保護》，《法學》，2024 年第 7 期。

“中心的受案範圍是直接因投資而產生的法律性爭端”。如果資料出境限制措施要符合《華盛頓公約》的規定，那麼該措施必須“直接”因投資而產生，在此可以分情況討論，一方面，如果投資者進行了資料資產的投資，那麼相關爭端必然能由 ICSID 受理，另一方面，如果投資者的“投資”中沒有數位資產，那麼需要進一步分析資料出境是否直接因投資產生，這裡的“直接”要求資料出境與投資存在緊密聯繫，如果投資者在東道國設立公司或者進行了其它實體投資，並不可避免地將業務資料轉移回母國，則資料出境與投資即存在“直接”聯繫，因為資料出境是投資者開展投資業務的必要部分。如果投資者的所有業務均在網路空間內進行，沒有在東道國出現實體的投資，那麼資料的跨國傳輸本身就與投資活動相融合，可以根據“投資”的擴張性解釋將其納入投資協定的調整範圍，進而納入 ICSID 的受理範圍。2022 年《ICSID 附加便利規則》的出臺進一步擴大了 ICSID 的管轄範圍，允許當事人在爭端各方都不是締約國或締約國國民等情況下依據《ICSID 附加便利規則》進行仲裁及調解。

近些年投資仲裁庭出現的新趨勢也有利於擴大東道國對資料跨境的規制權，協調資料跨境限制糾紛。這些新動向表現為：一是取消投資者的股份比例門檻；二是仲裁庭對間接投資提供與直接投資相同的保護，這為通過間接投資的方式控制海外子公司或代表處的跨國數字企業提供了在投資仲裁庭解決爭端的可能；三是與投資相關的服務貿易爭端也成為投資仲裁庭的受理範圍，而電子商務與資料跨境密切相關，尤其許多互聯網公司的主營業務正是電子商務服務，將服務貿易爭端納入仲裁庭的受理範圍，將有利於保障互聯網公司合法權益。四是仲裁庭對投資的領土限制逐漸放寬，SGS v. Philippines 案就表明，如果資料確實構成了投資者所營業務不可分割的一部分，即使投資者僅在東道國境內設置代表處，資料也可以構成適格投資。¹⁸ 不過，許多僅在東道國設立代表處，僅靠線上平臺提供服務的互聯網公司顯然無法通過 ICSID 對投資定義的審查。

但是，如果投資仲裁庭無法依據其仲裁標準或依照投資協定中的投資定義將資料跨境活動產生的糾紛納入其受案範圍，那麼投資者是否還有其它可行路徑將糾紛提請投資仲裁庭管轄？

一種選擇是將資料跨境監管作為“與投資有關的活動”受投資協定管轄。除投資定義外，公平公正待遇、國民待遇等條款也表達了投資協定的調整範圍，諸多投資協定均明確，“投資及與投資有關的活動應當受到公平公正的待遇和保護”¹⁹，根據文本本身的含義，“與投資

18 張渝：《國際投資法框架下資料資產的適格性研究》，《電子智慧財產權》2023 年第 2 期。

19 如《中國與阿爾巴尼亞投資協定》、《中國與波蘭投資協定》、《中國與烏克蘭投資協定》等。

有關的活動”可以有兩種理解：一是投資活動的附屬活動，如公司註冊登記，簽訂投資合同等等；二是與該投資項目相關的所有前後期活動，包括前期的軟體設計、線上平臺搭建，資料庫建立活動，中期的公司運營活動，資料收集活動等。如果按照第二種相對廣義的理解，只要資料跨境與投資活動的主營業務和目的相關，就可以被視為“與投資有關的活動”，比如亞馬遜公司設計軟體，收集客戶資料並繪製客戶畫像的行為屬於其主營業務的重要部分，即實現投資目的的一部分，應當受到國際投資法調整。但是，如果“與投資有關的活動”被理解為投資的附屬活動，那麼資料跨境是否受投資協定調整，仍然取決於資料跨境是否屬於“投資”的範圍，即根據投資的定義進行分析。因此，如果投資者在東道國設立公司、代表處，購買股票、債券，即存在傳統投資，同時投資者在運營過程中跨境傳輸資料，此時相關的資料跨境流動可能直接構成投資協定中規定的“與投資有關的活動”，不需要作為適格投資，而是直接作為“與投資有關的活動”受投資協定調整。此時東道國對投資者採取的資料出境限制措施，也必然屬於“因投資引起的爭端”，可以受到投資仲裁機構的管轄。

另一種情況是，如果投資者沒有實體投資，而是通過搭建互聯網平臺等方式向東道國輸出資料和服務，此時就需要考察資料與投資定義的關係，分析資料是否屬於投資定義的範疇。根據上文的分析，投資者輸出的資料一般可以納入投資定義，該資料跨境即構成“資料投資”，資料作為投資的一種，由此引起的爭端必然能夠被投資仲裁庭管轄。退一步說，即使資料跨境依照文本定義難以納入適格投資範疇（如線上諮詢平臺沒有對外輸出資料，僅提供諮詢服務），如果資料流程動確實構成了投資者所營業務不可分割的一部分，根據現有判例，投資仲裁庭也會將其納入適格投資的範圍。²⁰ 最後，即使資料跨境流動既不屬於與投資有關的活動，也不屬於適格投資，根據《ICSID 附加便利規則》非因直接投資引起的糾紛也可以交由 ICSID 解決。

三、國際投資協定中例外條款適用資料出境限制措施的路徑分析

本節將結合東道國的規制權探討投資協定中例外條款能否調整資料出境限制措施，即在不同投資協定下，東道國對資料出境限制措施能否直接享有規制權，抑或是需要援引例外條款獲得規制權。目前國際投資協定對資料出境限制措施的規制方式存在以下幾種情形：第一種情形是投資協定專門規定東道國作出資料出境限制的權利，因此，資料出境限制措

20 如《中國與阿爾巴尼亞投資協定》、《中國與波蘭投資協定》、《中國與烏克蘭投資協定》等。

施就不違反投資協定的規定，而無需適用傳統例外條款。第二種情形是多邊貿易協定規定電子商務章節中的資料跨境流動規則應當遵守投資章節中的例外條款，這為例外條款規制資料出境限制措施提供了直接的法條依據，本文稱之為例外條款適用資料出境限制措施的一般路徑。大部分投資協定屬於第三種情形，此類情形下投資協定沒有涉及資料出境規則，資料出境限制措施如何受投資協定的規制還需要對協定進行整體解釋，本文稱之為特別路徑。

因此，本節將首先分析上述一般路徑的可行性，論證大部分數據出境限制措施確實違反投資協定中的國民待遇、最惠國待遇等條款，適用例外條款是排除措施不法性的唯一途徑。其次，本節將分析例外條款依據特別路徑規制資料跨境的可行性。

（一）例外條款規制資料出境限制措施的一般路徑——基於東道國的規制權

東道國對國內事務享有規制權，任何一項投資，東道國都有權利並有義務進行必要的管理，在國際投資領域，東道國對其領土內的外國投資實施的管制將不可避免的違反相關的投資待遇、徵收等條款，這就對東道國管理本國事務的權力提出挑戰。投資者往往依據基本待遇條款或徵收條款認為東道國違反了投資協定，而東道國則援引例外條款進行抗辯，東道國的規制權就在一個個具體案件中被反復地衡量、限縮或擴張，締約國無外乎採用以下幾類條款明確東道國的規制權界限：一是直接的規制權條款。規制權條款直接表明東道國在公共政策、環境保護等領域享有的合法規制權；二是積極義務條款。積極義務條款要求東道國採取的措施必須符合相應要求，承擔相應義務，主要表現為徵收條款和基本待遇條款；三是違法阻卻事由，即例外條款，例外條款可以排除部分東道國措施的不法性，從而賦予東道國一定規制權。

在考察東道國的資料出境限制措施是否屬於東道國規制權範疇時，核心是考察東道國的資料出境限制措施是否違反了積極規則，包括國民待遇、最惠國待遇、徵收條款等，如果違反了積極規則，又是否符合違法阻卻事由（例外條款），如果措施屬於例外條款的保護範疇，則東道國仍然獲得合法規制權，這也是東道國採取資料出境限制措施後援引例外條款的基本路徑。本文將在下文詳述資料出境限制措施在什麼情形下構成對基本待遇條款或徵收條款的違背，從而使例外條款產生被援引的可能。

1、資料出境限制措施對徵收條款的違背

徵收條款的目的是限制東道國徵收財產，僅允許東道國在符合特定要求時才能徵收、徵用投資者財產。仲裁庭一般從兩方面對政府措施是否構成間接徵收進行認定：一是東道國對於投資者財產的干預程度；二是東道國措施的目的和性質。

從東道國對投資者財產的損害程度來看，東道國的措施一定會損害資料財產價值。比

如資料當地語系化措施促使投資者建立新的本地資料庫，從而提高投資者的運營成本，對資料流程動的限制則會極大減少投資者可以利用和處理的資訊，從而降低在東道國所收集的資料的商業價值。

越來越多的徵收條款排除了合法公共目的徵收行為，如中國 - 加拿大 BIT 在第二部分附錄中表明：“締約方為保護公眾福祉之合法公共目的，如健康、安全和環境，而設計和適用的一項或一系列非歧視性措施，不構成間接徵收。”徵收條款所列舉的例外與投資協定普遍存在的“公共政策目標例外”存在高度的相似性，可以被視為公共政策例外在徵收條款的重申。在對“公共目的”的認定上，仲裁庭不僅考察政府的行為是否為了公共目的，還會考察“公共目的”被國際社會所接受的程度，保護公共健康、安全和環境的目的能夠被仲裁庭所接受，但是其它政府管理行為的目的未必被仲裁庭認可。而東道國在採取資料出境限制措施時聲明的目的大多是“保護個人隱私、保護國家資訊安全”，上述目的與“健康、安全、環境”不存在直接的聯繫。如果要將資料出境限制措施的目的納入合法的公共目的範疇，只能將“保護個人隱私、保護國家資訊安全”公共秩序和公共道德相聯繫。而對於公共秩序和公共道德的標準和範圍，本文會在第三章詳細論述。

綜上所述，雖然從效果上看資料出境限制措施很可能構成間接徵收，但若東道國能證明其措施符合公共目的，則東道國行為可能被排除在不法行為之外。

2、資料出境限制措施對國民待遇條款的違背

國民待遇條款要求東道國應以對待本國國民之方式對待投資者，即外資享有的待遇應當不低於本國投資者享有的待遇。而資料出境限制措施往往會造成低於本國投資者的待遇，如數據當地語系化措施會影響外國投資者對在東道國收集到的資料進行處理和分析，而本國投資者的資料處理卻很少受到限制。投資仲裁庭對違背國民待遇條款的審查一般採用以下順序：首先考察外國投資者和本國投資者是否屬於相似情形，其次判斷東道國對本國和外國投資者是否採取了差別對待。

(1) 資料當地語系化措施

首先，資料當地語系化措施要求投資者將資料存儲到本地資料庫或上傳至東道國建立的雲存儲中心，這無疑會增加資料出境的成本，從而變相地使國內投資者獲得“不成比例的好處”。

其次，資料當地語系化措施是否構成“不合理的區別對待”，要結合東道國的具體政策和主觀意圖進行考察。比如歐盟就要求境外接收方的保護水準達到歐盟委員會認可的標準，並列出了僅有 13 個國家的合格清單。但是，歐盟對一國資料保護水準的審查標準較

為籠統抽象，歐盟掌握完全的自由裁量權，且對於未被歐盟認可的國家，歐盟並未對其提出具體的改進措施。從這個角度看，歐盟的資料當地語系化要求可能被視為“不合理的區別對待”。相反，如果東道國對資料當地語系化措施作出了合理解釋，對投資者提出的資料當地語系化要求處於客觀的第三人能夠接收的範圍內，那麼資料當地語系化要求難以構成“不合理的區別對待”。

最後，基於上文的分析，資料當地語系化措施無疑會增加投資者的負擔，甚至可能影響其後續的運營。如數據分析公司如果無法獲得從東道國收集的資料，那麼資料當地語系化措施必然會對其造成“不可忽視的負面影響”。

(2) 限制資料傳輸措施

首先，並非每一項限制資料傳輸措施都達到“不成比例的好處”。比如中國的《資料出境評估安全評估辦法》要求資料處理者首先進行資料風險的自評估和安全審查。自評估制度要求投資者報告資料接收方處理資料的方式、目的、必要性，以及出境可能帶來的安全風險。自評估制度可能導致投資者聘請協力廠商專業機構對資料出境的風險進行全面審查，這將增加投資者的財務負擔。而安全審查僅要求資料處理者向網信部門提交出境評估申請，由網信部門評估資料的安全性，雖然可能會造成時間上的滯後，但相對而言安全審查對投資者造成的負擔較小，無法構成對國內投資者的“不成比例的好處”，也難以認定為差別待遇。

其次，如果仲裁機構採用“不合理的區別對待”對資料傳輸措施進行審查，則東道國的行為很難構成“區別待遇”。如上文所述，東道國採取的限制出境傳輸措施一般為必要的資料安全審查和資料安全評估，或者向投資者提供合同範本等。這些措施一般不會導致投資者無法向境外輸出資料，而只是延長資料出境所需時間，且東道國基於保護國家安全和個人隱私的資料安全審查，符合國際法的善意原則，並不構成“不合理的區別對待”。相反，歐盟的限制資料傳輸制度將大多數國家排除在外，從而使這些國家的投資者不得不將資料存儲在歐盟境內，從公平性角度而言，歐盟的舉措是明顯不合理的。

最後，正如前段所述，如果資料傳輸限制措施只是延後投資者資料出境的時間，那麼難以構成“不可忽視的負面影響”，如果資料傳輸限制措施造成資料最終無法到達其母公司所在國，那麼該措施可能構成“不可忽視的負面影響”。

(3) 限制資料訪問措施

首先，本文討論的限制資料訪問措施僅指東道國將相關網頁和資訊對境內主體開放，遮罩境外的訪問主體。這一措施可能導致外國投資者無法直接訪問其持有股份的境內公司

的網頁或軟體，從而增加其控制在東道國的子公司的難度，提高管理成本。而外國投資者為管理境內公司所支付的額外成本是否達到對境內投資者“成比例的好處”的程度，本文認為要視具體情況而定。外國投資者可能輕易地通過其在境內代表處設置的遠端設備訪問東道國的網頁，而外國投資者的成本僅僅是遠程電腦的購置費用。

其次，在“不合理的區別對待”標準的審查上，東道國一刀切地限制所有境外訪問者訪問本國的網頁和資訊，如果無法提出正當的理由和依據，將更加輕易地被認定為“不合理的區別對待”。

最後，正如上文所述，限制資料訪問措施是否達到“不可忽視的負面影響”，應當視投資者的具體運營情況而定，如果外國投資者採取簡單的措施就能完成對相關資料的訪問，則不可能造成“不可忽視的負面影響”。

3、資料出境限制措施對公平公正待遇條款的違背

公平公正待遇條款的內涵較為模糊，在投資協定中的表達形式也並不統一。總結歷年的仲裁實踐，仲裁庭對公平公正待遇的考察要素主要是不損害投資者的合法期待及遵守正當程式。保護投資者合法期待要求東道國為外國投資者提供一個穩定和可預見的投資環境。一方面，這要求東道國法律規則具有透明度，即讓投資者事前知曉與其投資相關的規則、規章、政策和政府行為等，投資者可事先評估投資應當遵守的制度和採取的措施。²¹ 另一方面，穩定和可預見的投資環境要求東道國遵守承諾，不得採取前後不一致的措施損害投資者的合法期待，即使採取了違背承諾的措施，也應當提前通知投資者並保障投資者的求償權。²² 在 LG&E 能源公司訴阿根廷案件中，仲裁庭進一步解釋投資者的合法期待應當滿足如下要件：以投資時東道國提供的條件為基礎；不是由當事人一方單方面確立的；必須依據法律而存在並可執行的。²³

首先，就資料當地語系化措施而言，其是否符合“投資者的合理期待”與投資者的入場時間息息相關，如果投資已經存在，而東道國在投資者的運營過程中提出資料當地語系化要求。例如，歐盟在 TikTok 進入市場後，對其頒佈禁令，歐盟委員會稱是“為了保護（歐盟）委員會的資料並提高網路安全”的臨時舉措。這一禁令出現在資料當地語系化措施以後，使 TikTok 被迫多花 12 億美元在歐盟本土建立資料庫，這顯然不符合投資者進入歐洲

21 張渝：《資料當地語系化措施興起下國際投資保護規則的適用困境及其紓解》，《武大國際法評論》2021 年第 4 期。

22 張倩雯：《資料當地語系化措施之國際投資協定合規性與中國因應》，《法商研究》2020 年第 2 期。

23 余勁松，梁丹妮：《公平公正待遇的最新發展動向及我國的對策》，《法學家》2007 年第 6 期。

市場時的合理期待。相反，若投資者在投資前已經知曉相關的資料當地語系化規則，並事先能夠依據東道國政策評估其入場的成本，則資料當地語系化措施可以視為符合“投資者的合理期待”。其次，就資料傳輸限制措施而言，因這類措施的嚴格程度不同，東道國可能在安全評估後允許資料出境，也可能在評估後禁止資料出境。如果最終投資者通過資料安全審查或者東道國禁止資料出境的理由十分正當，該措施仍然符合“投資者的合理期待”。若東道國以資料出境評估未通過為由濫用東道國監管權，以不合理的理由限制投資者的資料跨境傳輸，則不符合“投資者的合理期待”。最後，考察限制資料訪問措施是否符合“投資者的合理期待”，也視相關措施的頒佈時間而定，突然的限制資料訪問措施，如美國今年2月頒佈的《關於防止關注國家獲取美國公民大量敏感個人資料和美國政府相關資料的行政命令》就導致相關的醫療資料公司、生物公司等面臨無法擴大投資的情況，損害了“投資者的合理期待”。

“正當程式”與司法公正密切相關，要求東道國給予外國投資者與國內投資者相一致的司法保護。²⁴ 東道國法院拖延投資者案件或者給予明顯不公正、不符合東道國法律的裁判，就不符合正當程式原則。東道國在資料出境限制相關立法中規定的救濟途徑可以視為東道國以正當程式保護外國投資者的措施之一，如我國《資料出境評估安全評估辦法》就規定了複評的救濟途徑，《網路產品和服務安全審查辦法（試行）》規定了舉報途徑，都表現了東道國對“正當程式”的重視。不過，即使相關的資料跨境法律法規沒有規定相應的救濟途徑，只要東道國的司法機構能夠盡到公正受理、公正裁判的義務，那麼東道國也已經符合了“正當程式”要求。

4、資料出境限制措施對最惠國待遇條款的違背

在國際投資領域，最惠國待遇條款規定東道國給予外國投資者及其投資的待遇不低於其給予任何第三國投資者及其投資的待遇。²⁵ 國際法委員會確定了最惠國待遇條款的三個方面審查內容：一是禁止東道國歧視一國的個人“投資者”；二是外國投資與第三國投資者處於相同情形；第三，投資者得到的優惠不如對第三國的優惠待遇。最惠國待遇條款的門檻相較其它條款更低，只要證明處於相同情形的一國投資者和第三國投資者的待遇顯著

24 參見2012年《美國雙邊投資協定範本》第5條第2款a項：“包括不得拒絕在刑事、民事及行政司法程式中給予符合世界主要法律制度所包含的正當程式原則所要求的司法公正的義務”。

25 參見中國-加拿大BIT第5條：“任一締約方給予另一締約方投資者在設立、購買、擴大、管理、經營、運營和銷售或其他處置其領土內投資方面的待遇，不得低於在類似情形下給予非締約方投資者的待遇。”

不同，則東道國即違背最惠國待遇條款。因此，不論是資料當地語系化措施、資料傳輸限制措施、抑或是資料限制訪問措施，可能輕易地違背最惠國待遇條款。

就資料當地語系化和資料限制傳輸措施而言，歐盟對資料接收國的保護水準進行審查後確定了名單，至今符合歐盟要求的僅有 13 個國家，因此從結果上看，其餘國家確實受到了不公正的待遇。但是根據善意原則的要求，不能一刀切的認定歐盟對其餘所有國家都採取差別對待，如果歐盟對某些國家能提出正當的限制出境事由，則不能被視為違背了最惠國待遇條款。

就資料限制訪問措施而言，典型的例子是美國出臺的限制中國、俄羅斯、伊朗等六個“關注國家”訪問和利用美國公民與政府的“敏感性資料”的行政命令無疑造成對這六國投資者對不公正待遇，當然，美國是否違背了最惠國待遇還應當具體比較受限投資者與第三國相同行業投資者的待遇。

（二）例外條款規制資料出境限制措施的特別路徑

晚近的投資協定及經貿協定開始將資料出境限制的內容納入協定中，主要表現為兩種形式，一是在經貿協定中的電子商務章節約定資料跨境，並在投資章節中引用上述規定；二是投資協定直接約定資料跨境的內容。

縱觀現有經貿協定中的投資章節，尚沒有直接與資料出境限制措施直接相關的條款，而投資章節往往會與電子商務章節相聯繫，締約國會將電子商務章節中有關東道國規制權、資料出境限制的條款納入到投資章節中，從而使資料跨境流動的相關規定受投資章節調整。CPTPP 電子商務章節 14.11 條就允許各締約國通過電子方式傳輸資訊，並允許每一締約方存在各自的監管要求。²⁶ 這一條款無疑賦予東道國在資料出境上的自主監管權，同時賦予東道國援引公共政策例外的權利。此外，CPTPP 第 14.2.5 條又規定上述 14.11 條應當遵守第九章（投資章節）的相關條款、例外和不符措施。²⁷ 這說明締約國有意將資料跨境傳輸

26 CPTPP 14.11 條：通過電子方式跨境傳輸資訊

1. 締約方認識到每一締約方對通過電子方式傳輸資訊可設有各自的監管要求。
2. 每一締約方應允許通過電子方式跨境傳輸資訊，包括個人資訊，如這一活動用於涵蓋的人開展業務。
3. 本條中任何內容不得阻止一締約方為實現合法公共政策目標而採取或維持與第 2 款不一致的措施，只要該措施：
 - (a) 不以構成任意或不合理歧視或對貿易構成變相限制的方式適用；及
 - (b) 不對資訊傳輸施加超出實現目標所需限度的限制。

27 CPTPP 14.2.5 條：為進一步明確，第 14.4 條（數位產品的非歧視待遇）、第 14.11 條（通過電子方式跨境傳輸資訊）、第 14.13 條（計算設施的位置）以及第 14.17 條（原始程式碼）所包含的義務：

- (a) 應遵守第 9 章（投資）、第 10 章（跨境服務貿易）和第 11 章（金融服務）的相關條款、例外和不符措施；及
- (b) 應與本協定任何其他相關條款一理解。

及東道國的資料監管納入到投資章節的調整範圍內，且東道國對資料出境的監管可以適用投資章節中的例外條款。

但是，對於 14.11 條中的“相關條款”的含義，協定中沒有具體說明，本文認為，這裡的“相關條款”既可以解釋為投資章節中有低相關度的條款，也可以限縮解釋為投資章節中與資料跨境傳輸高度相關條款。然而，CPTPP 投資章節中並未提及“資料”“資訊傳輸”的相關內容。因此，14.11 條中的“相關條款”只能擴大解釋為與資料跨境傳輸存在關聯的條款，而這類條款中最主要的便是基本待遇條款，如國民待遇、最惠國待遇、公平公正待遇條款。然而，如果東道國的資料出境限制措施不得違背投資章節中的基本待遇條款，在某些情況下難免與 14.11.1 條東道國的自主監管權相矛盾，因為東道國的某些資料跨境監管措施都可能與基本待遇條款相背離。此時則需要進一步參考投資章節 9.3 條的規定來理解 14.11 條與投資章節的關係。CPTPP 第 9.3.1 條規定：“如本章與本協定另一章存在任何不一致，則在不一致的範圍內應以該另一章為準。”顯然，投資章節中的基本待遇條款在某些情形下存在與 14.11.1 條東道國的監管權不一致的情況，比如東道國的資料出境安全審查可能違背投資章節的國民待遇條款，但又符合 14.11 條的監管要求。此種情形下應當如 9.3 條所指示的，給予東道國對資料跨境傳輸的監管權，而不論其是否違背投資章節的基本待遇條款。

因此，即使 14.2.5 條授權東道國援引投資章節中的例外條款，但基於 CPTPP 在 14.11 條賦予東道國的監管權，東道國難以被認定違背投資章節中的基本待遇條款，從而援引投資章節下的例外條款，加之 14.11 條本身就賦予東道國援引公共政策例外的權利，因此東道國在遇到與資料跨境監管的相關糾紛時，更可能援引 14.11 條下的公共政策例外，而非利用投資章節下的例外條款。

RCEP 電子商務章節第 14 條、第 15 條也有類似規定，RCEP 第 12.14.1 及 12.15.1 條賦予東道國自主規制資料傳輸、並對電腦位置提出要求的權利，²⁸ 與 CPTPP 相比，該條在公

28 第十四條 計算設施的位置

- 一、締約方認識到每一締約方對於計算設施的使用或位置可能有各自的措施，包括尋求保證通信安全和保密的要求。
- 二、締約方不得將要求涵蓋的人使用該締約方領土內的計算設施或者將設施設於該締約方領土之內，作為在該締約方領土內進行商業行為的條件。
- 三、本條的任何規定不得阻止一締約方採取或維持：
 - (一) 任何與第二款不符但該締約方認為是實現其合法的公共政策目標所必要的措施，只要該措施不以構成任意或不合理的歧視或變相的貿易限制的方式適用；或者
 - (二) 該締約方認為對保護其基本安全利益所必要的任何措施。其他締約方不得對此類措施提出異議。

共政策目標例外之外，還增加了基本安全例外條款。²⁹ 同時，RCEP 第 12.3.4 條賦予東道國援引投資章節例外條款的權利，要求跨境資訊的自由傳輸不得違背投資章節下的例外條款，³⁰ 相當於為東道國的資料出境限制措施添加了雙重保障。雖然 RCEP 與 CPTPP 的規定較為相似，但 RCEP 並沒有將資料跨境傳輸規定直接納入投資章節的條款，因此不論東道國是否違反了投資章節中的基本待遇條款，均可以直接援引投資章節的例外條款進行抗辯。

另一種情形是在投資協定中直接規定與資料出境相關的規則。比如，歐盟 - 越南 2019 年 BIT 第 4.6 條 (e) 項就規定了與個人隱私有關的資料跨境相關法律規制可以受到例外條款的保護，但是該法律法規不得與國民待遇和最惠國待遇條款相抵觸。³¹ 類似的，2022 年簽訂的菲律賓 - 伊斯蘭 BIT 也出現了基於個人隱私的資料跨境傳輸例外。³² 歐盟與加拿大綜合性經貿協定 28.3 條也出現了幾乎一致的規定。在此類情形下，所有與個人隱私有關的資料出境限制措施，都無法適用於一般例外和安全例外條款，而是直接適用 4.6 條 (e) 項

29 第十五條 通過電子方式跨境傳輸資訊

一、締約方認識到每一締約方對於通過電子方式傳輸資訊可能有各自的監管要求。

二、一締約方不得阻止涵蓋的人為進行商業行為而通過電子方式跨境傳輸資訊。

三、本條的任何規定不得阻止一締約方採取或維持：

(一) 任何與第二款不符但該締約方認為是其實現合法的公共政策目標所必要的措施，只要該措施不以構成任意或不合理的歧視或變相的貿易限制的方式適用；或者

(二) 該締約方認為對保護其基本安全利益所必需的任何措施。其他締約方不得對此類措施提出異議。

30 四、第十二章第十四條 (計算設施的位置) 和第十二章第十五條 (電子方式跨境資訊傳輸) 不得適用於一締約方採取的與第八章 (服務貿易) 或第十章 (投資) 義務不符的措施，只要該措施的採取或維持是根據下列內容：

(一) 第八章第八條 (不符措施承諾表) 或第十章第八條 (保留和不符措施)；

(二) 一締約方依照第八章第六條 (最惠國待遇) 或第八章第七條 (具體承諾表) 作出的承諾中所規定的，或者與不受一締約方上述承諾所限制的部門相關的任何條款、限制、資質和條件；或者

(三) 適用於第八章 (服務貿易) 或者第十章 (投資) 義務的任何例外。

31 (e) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with Articles 2.3 (National Treatment) and 2.4 (Most-Favoured-Nation Treatment) including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contracts;

(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;

32 參見伊斯蘭 - 菲律賓 BIT 第 12 條第 2 款：(e)secure compliance with the laws, regulations and administrative orders which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contract;

(ii) the protection of the privacy of the individual in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of personal records and accounts; and

的資料跨境傳輸例外，當然適用該例外的前提是東道國的政策沒有違背國民待遇和最惠國待遇條款。縱觀目前的各類投資協定，除基於個人隱私的資料跨境傳輸例外，尚未出現其它類型的資料出境限制例外。所以基於關鍵基礎設施、國家關鍵部門的資料出境限制措施，東道國只能通過解釋投資協定中的安全例外、公共道德例外等傳統例外條款進行抗辯，而不能適用專門的資料跨境傳輸例外條款。

四、國際投資協定中例外條款對資料出境限制的適用路徑和問題分析

前文雖然在一般意義上論證了投資協定中的例外條款可以成為東道國規制資料出境限制措施的依據，但例外條款能否適用資料出境限制措施還要結合其內涵具體分析，本文將在上文的基礎上，繼續分析各類資料出境限制措施將如何適用於具體的例外條款。

在下文的分析中將不可避免地引用 WTO 仲裁庭的相關判例，借鑒 WTO 專家組對例外條款的理解，原因主要有以下幾點：一是投資協定例外條款在文本設置上來源於 GATT 和 GATS 相關條款，投資協定例外條款的誕生就註定了其設置目的和內涵與 WTO 例外條款息息相關。二是投資仲裁庭常常參考 WTO 專家組的相關判例，投資仲裁庭對例外條款的審查方式和審查內容都離不開對 WTO 過往判例的參考。三是某些經貿協定如 CPTPP、RCEP 將投資章節納入其中，使其例外條款同時適用於經貿關係和投資關係，這類例外條款在表述方式和設置形式上都更加接近於 GATS、GATT。四是根據《WTO 爭端解決程式和規則諒解協定》（以下簡稱“DSU”）第 1 條，DSU 適用於與貿易有關的投資措施，意味著東道國採取的投資措施將可能受到 WTO 專家組的審查，並適用 WTO 的過往判例和習慣。因此，即使 WTO 與投資協定在解釋和適用上存在差異，並開始出現不同的發展趨勢，但探討投資協定中的例外條款仍然離不開 WTO 型例外，更離不開 WTO 專家組的過往判例，這便為本文援引 WTO 判例提供了理論基礎和必要性支撐。

（一）公共道德、公共秩序和公共政策目標例外

1、公共道德

自 1927 年，許多商業條約開始納入公共道德例外條款。在 1945-1948 年期間的聯合國經貿就業會議上，成員國也沒有就公共道德例外的具體內涵和適用範圍作進一步討論。因此，GATT 中的公共道德例外條款沒有得到明確的解釋，依舊是模稜兩可的。對於“公共道德”內涵的理解，目前主要有兩方面的爭議焦點。一是“公共道德”的地域性問題，在資料出境限制措施也未必在各個國家都違背了公共道德，公共道德例外對資料出境限制

的適用性應當結合各國的風俗習慣和公共政策來判斷。二是“公共道德”內涵的範圍問題，隨著個人隱私權作為人權的一部分被國際社會所接受，公共道德內涵在人權領域的擴張有利於東道國保護其本國國民的個人隱私。

結合上文的分析，本文認為公共道德例外在資料出境限制措施領域存在兩種適用情形：一是限制特定內容資訊訪問、傳輸的措施可以依據本國的道德觀念直接援引公共道德例外，二是限制個人資訊傳輸、存儲的措施可以依據個人隱私保護援引公共道德例外。

首先，一些國家出於保護公共道德目的，對線上傳輸的資料加以限制，如中國、越南要求在境內傳播的所有線上內容需要符合社會價值觀，新加坡禁止承認娛樂網站，德國禁止線上銷售納粹紀念品等等。³³ 正如上文所述，公共道德與一國的政策、法律、習俗密切相關。而東道國對某些違背本國善良風俗和道德觀念的資料採取限制措施，顯然符合公共道德例外的範疇。本文認為採取這類措施的東道國援引公共道德例外不會受到較大阻礙。

其次，諸多國家以保護個人隱私為由，出臺了限制個人資料跨境的政策，以歐盟的GDPR為代表，韓國、中國的《個人資訊保護法》，印度的《2023年數位個人資料保護法案》，澳大利亞的《隱私法》均是基於個人隱私保護而出臺的限制個人資料流程通的法案。然而目前的問題是，將個人隱私保護納入公共道德道德的範疇存在較大的困難，個人隱私與公共道德和公共秩序缺乏直接的聯繫。因此，在投資領域下為互聯網等科技公司的大規模跨境流動找到適用公共道德例外的準確路徑實為當務之急。一種解決方式是借鑒歐盟的做法，將個人資料隱私視為人權的一部分，從而肯定個人資料保護措施的必要性。實際上，隱私與人權的聯繫已經被國際社會所廣泛接受，從國內法將個人隱私權利納入人身權利的範疇進行保護，到國際層面人權事務委員會的建立及一系列《國際人權法案》的出臺。《公民及政治權利國際公約》將隱私權列為公民享有的人權權利之一，《世界人權宣言》第22條指出：“每個人，作為社會的一員，有權享受社會保障，並有權享受他的個人尊嚴和人格的自由發展所必需的經濟、社會和文化方面各種權利的實現。”互聯網公司收集的個人資料，尤其是包含個人行動軌跡、個人消費記錄的個人資訊一旦洩露，無疑會對個人的尊嚴和人格自由發展產生影響。雖然人權與個人隱私的關係能輕易建立，但人權與公共道德的歸屬關係還沒有完全明確。早期公共道德條款的內涵並不包括人權，而近些年越來越多的學者主張將人權納入公共道德的範圍內，聯合國也對此表明了態度。聯合國人權小組給

33 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 & Technology*, Vol.19 (Oct 2016), pp.190-191.

出的建議是，世貿組織的專門小組最好對公共道德作廣義的解釋以更好地適用人權問題。³⁴ 但是，應避免將他國公共道德適用於本國國內，只能對違背本國人權觀念和制度的行為採取保護措施，而本國的歷史實踐、民意調查、國家領導人聲明、法規文本、政策制度會成為裁判庭重要的參考依據。另一種做法是直接將保護個人隱私納入到例外條款中，如加拿大 - 中國 BIT 規定“本協定中任何規定均不得被理解為要求締約方提供 有違締約方保護個人隱私 和個人顧客帳戶資訊保密性的法律。”³⁵ GATS 第 14 條將“保護與個人資訊處理和傳播有關的個人隱私及保護個人記錄和帳戶的機密性”納入一般例外條款。這一做法直接強調了對個人資訊資料跨境對保護，避免東道國援引其它一般例外條款而造成的不確定性。

2、公共秩序

GATS 在原本的公共道德例外條款中加入了“公共秩序”這一並列概念，擴展了 GATT 例外的內容，也意味著公共秩序能夠調整公共道德無法涵蓋的措施，兩者存在天然差異。從文義和社會經驗的角度解釋，道德從文化演進而來，而秩序是維持道德的最低標準，可見道德與秩序相互重疊。美國博彩案的爭端解決小組認為，公共秩序是維護社會基本利益，包含法律標準、安全及道德。可見，公共秩序可以是一個全包含概念，此概念包含了投資協定例外條款的立法目的，也包含公共道德的內涵。當然，兩者之間依然存在一定程度的差別，如賭博行為似乎與公共道德更相關，而打擊犯罪、人身安全則與公共秩序更相關，與公共道德無關。³⁶ 因此，如果東道國難以援引公共道德例外，則可以嘗試援引公共秩序例外作為抗辯理由，並以本國的制度規章為依據。具體而言，適用公共秩序例外可能存在以下幾種情形：

涉及宗教、政治、民族歧視的資料跨境監管措施可能適用公共秩序例外。日本對敏感性資料設置了更為嚴格對審查措施，包括“揭示種族民族本源的個人資料”“揭示政治觀點的個人資料”“揭示宗教或哲學信仰的個人資料”，以上資料都受到日本政府的特別關注和審查。相較於個人的消費記錄、流覽記錄等一般個人隱私，洩露上述敏感個人資訊無疑更加影響一個人在社會上的生活方式、甚至損害一國的正常社會秩序，比如表明個人特殊

34 聯合國人權事務高級專員辦事處：《人權與世界貿易協定——利用一般例外條款保護人權》，<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/WTOch.pdf>，發佈日期：2005 年 1 月 1 日，訪問日期：2024 年 3 月 26 日。

35 《中華人民共和國政府和加拿大政府關於促進和相互保護投資的協定》第 33 條第 6 款。

36 《公共道德及公共秩序之概念及其相互關係》，<http://www.angle.com.tw/File/Try/5D262RA.pdf>，訪問日期：2024 年 3 月 26 日。

宗教信仰或極端政治觀點的資訊一旦被披露，可能將導致其受到社會輿論的壓力或不公正對待，極端情況下可能引發政治、宗教鬥爭。這類資訊不論從內容還是效果上看，比起公共道德，顯然與公共秩序的聯繫更為密切，洩露此類敏感資訊可能會動搖東道國的正常社會秩序。

涉及打擊資料犯罪的措施可能適用公共秩序例外。大資料時代，犯罪萌生出新的形式：一是駭客團夥攻擊企業資料庫；二是盜號團夥竊取個人資訊和財產帳號；三是針對金融、政府類網站的仿冒製作團夥；四是隱身於互聯網平臺的互聯網詐騙犯罪。³⁷ 有時資料犯罪會與資料跨境產生關聯，比如個人資訊接收國不符合 GDPR 的要求，存在資訊洩漏甚至資料犯罪的可能，那麼東道國可以嘗試援引公共秩序例外，因為犯罪是嚴重擾亂社會秩序的行為。當然，如果資料犯罪涉及到國家機密、軍事行動等影響國家安全資訊，則東道國也可援引安全例外獲得資料出境的規制權。不過，遇到安全例外與公共秩序例外交叉的情形時，援引安全例外更加便捷，一方面因為東道國享有安全例外的自裁決權，另一方面建立公共秩序與數字犯罪之間的聯繫所需的證明內容和步驟顯然比證明軍事機密與國家安全之間的聯繫要複雜許多。

基於未成年保護的資料出境限制措施可能適用公共秩序例外。比如印度要求資料跨境公司在收集未成年人資料時應當獲得父母提供的同意書，阿根廷的《個人資料保護法》也有類似規定。未成年人是國際社會公認的保護對象，對未成年人的傷害可能危害東道國的正常社會秩序，威脅社會穩定。同時，未成年人相關資料屬於個人隱私，如上文所述借鑒將個人隱私納入人權範疇，也可以增加其適用公共秩序例外的籌碼。

因此，“資料出境”的場景下，仇恨言論、色情淫穢、賭博等事由更適合援引公共道德例外，³⁸ 而極端主義、反人道、民族歧視、打擊資料犯罪，保護重要資料安全更適合援引公共政策例外。

3、公共政策目標例外

公共政策目標例外是晚近出現在多邊經貿協定和諸多投資協定中的例外，公共政策目標例外對東道國獲得資料跨境的規制權意義重大，一方面它是經貿協定專門為資料跨境流動而設置的例外，另一方面它在近年成為諸多投資協定的重要條款。

CPTPP、RCEP 和 DEPA 在“一般例外”和“安全例外”的基礎上創新性地在序言中設置了合法公共政策目標例外。公共政策目標是由公共道德、公共秩序演化而來的概念，

37 王聰：《大資料犯罪的偵查對策文獻綜述》，《財經與管理》2020年第5期。

38 許可：《自由與安全：資料跨境流動的中國方案》，《環球法律評論》2021年第1期。

公共政策目標與前兩者存在交疊之處，不可能完全區分開來。一般而言，公共政策目標包含一國的重大利益、基本政策和道德的基本觀念。美國在其自由貿易協定和政府工作報告中也列舉了一些公共政策目標，包括公共道德、國家安全和個人資料保護等，美國還在美英 FTA 談判中表明公共政策目標包含了公共道德。《英澳自由貿易協定》在數位貿易部分作出了類似 CPTPP 的規定，締約各方不得禁止或限制相關主體為開展營商活動通過電子方式跨境傳輸資訊（包括個人資料），其合法公共政策目標涵蓋了個人資料保護。可見，許多無法被囊括在公共道德和公共秩序的目標，甚至不符合安全例外客觀要件的國家緊急情況，也能夠被納入合法公共政策目標的範疇。³⁹簡言之，公共政策目標更類似於“兜底”條款，在一國採取資料跨境流動限制性措施所追求非傳統目標如數據主權、基礎設施資料安全目標時，增加東道國援引例外條款更多的合法可能性。

在審查方式上，目前對於“合法公共政策目標例外”雖未有權威解釋，但從其表述和限定條件可以看出，該條款類似於 GATS 第 14 條公共道德和公共秩序例外，被援引時也要“明確合法公共政策目標”“確保措施不構成任意或不合理的歧視或變相的貿易限制”以及“不施加超出實現目標所需限度的限制”。⁴⁰

（二）生命健康例外

隨著“互聯網 + 醫療健康”在全球範圍內的發展，醫療資料的跨境流動也在飛速增長。在此背景下，大規模的資料資源彙聚共用模式將不斷被開啟，比如彙聚我國百萬人以上的全基因組資料等。此外，還有跨境醫療會診、跨境醫學研究、國際臨床實驗、醫療器械和創新藥物出海等多種醫療資料跨境場景。⁴¹跨境醫療資料主要包括以下幾種類型：健康醫療大資料、人口健康資訊、人類遺傳資源、病歷資訊、醫療器械相關資料。⁴²在任何國家和地區，醫療健康資料都事關患者生命安全、個人資料權益，以及社會公共利益。

醫療資料具有資料量大，來源廣泛，存儲複雜，時效性強等特徵，不僅對各國資料出境管制造成阻礙，也容易引發外國投資者與東道國在資料處理上的爭端。比如，外國投資者在東道國設立的醫療機構或科研機構在進行患者資訊或科研資料的傳輸時，可能會威脅社會公眾的生命健康，使東道國不得不採取相應的資料保護措施。目前許多國家的資料跨境規則直接涉及對生命健康資料的保護，比如“遺傳資料”和“健康 / 醫療資料”被日本

39 徐莉：《跨境資料流動規制之“合法公共政策目標例外”與中國實踐》《求索》2023 年第 4 期。

40 徐莉：《跨境資料流動規制之“合法公共政策目標例外”與中國實踐》《求索》2023 年第 4 期。

41 何晶晶，張心宇：《中國健康醫療資料跨境流動規制探析》，《國際法研究》2022 年第 6 期。

42 蔡榮偉 楊傑：《醫療資料出境法律風險解讀》，載微信公眾號“中倫視界”，訪問日期：2021 年 5 月 8 日。

納入“敏感性資料”的範疇進而加強監管。

GATS 中的生命健康例外表述為“為保護人類、動物或植物的生命或健康而必需的”，晚近的投資協定對生命健康例外的設定幾乎完全照搬了 GATT、GATS 中的表述。生命健康例外的審查方式起源於美國汽油標準案，該案專家組認為，首先要判斷爭議措施的目標是否為保障人類、動植物生命或健康，其次判斷爭議措施是否是為了完成上述目標所必要的。這種先分析措施本身的性質，然後分析措施的實施方式成為生命健康例外的基本審查方式。

第一個目標要件在大多數案件中較為容易滿足。東道國在全體國民受到生命安全的嚴重威脅時採取的封閉、限制人員流動、限制進出口等措施更容易被生命健康例外條款所接納。而醫療資料的限制出境與保護國民生命健康的目標之間難以建立有效的聯繫。根據既往的案例，東道國採取的措施需要達到直接保護國民健康的效果，如限制香煙直接減少了國民抽煙率，限制溫石棉水泥直接避免了國民接觸有毒有害物質。而醫療資料的跨境流動往往要經過幾個階段才能對本國國民生命安全造成威脅，國民的醫療和基因資料出境難以直接導致本國民眾的健康損害。

第二個要件的審查上，泰國香煙案專家組的解釋可以延伸到投資爭端中來，當東道國可能適用其他替代措施，且該替代措施不違反投資協定基本條款時，即不符合“必要性”要求。即使沒有可以採取的上述措施，東道國也應當採用違反投資協定程度最低的措施。換言之，只要存在不違反投資協定的可替代措施或違反投資協定程度更小的替代措施，則不能通過必要性審查。如泰國香煙案中，專家組認為，泰國可以規定嚴格而不歧視的成分要求或者通過國家專控商品專賣的方法，而不必採取一律禁止進口的措施。美國汽油標準案中，專家組認為美國沒有必要要求進口煉油產品必須適用法定基準，而本國的煉油廠可以自行制定汽油標準，因此違反了第 2 款的“必要性”要求。⁴³ 然而，一國為保護國民、動植物生命健康所採取的必要措施，往往是緊急的限制出入境、銷毀等措施，限制資料流動的措施雖然長遠來看雖然可以保護國民健康安全，但難以通過仲裁庭的必要性審查。因此，從個人醫療資料安全、保護個人隱私的角度，援引公共道德和公共秩序例外，更為可行。

（三）安全例外

1、對“根本安全利益”的理解適用

縱觀各國簽訂的投資協定，大多數國家都在投資協定中引入專門的安全例外條款，授權締約方採取必要的措施以保護“基本安全利益”。大多數協定都使用“基本 / 根本安全利

43 葛壯志：《論 GATT 第 20 條一般例外的解釋與適用》，<http://chinawto.mofcom.gov.cn/article/ap/tansuosikao/201508/20150801090031.shtml>，訪問日期：2024 年 3 月 26 日。

益”這一概念作為安全例外條款的表述方式和核心內容。因此，厘清“基本/根本安全利益”的範疇是分析資料跨境活動適用性的必要前提。

“基本安全利益”的內涵近些年產生了擴張解釋的趨勢，俄羅斯過境運輸案的仲裁庭將“安全利益”解釋為與國家基本職能相關的利益，即“保護其領土和人口免受外部威脅，維護內部法律和公共利益”。⁴⁴ 在美國鋼鋁產品案件中，美國將“基本安全利益”闡釋為“對政府的運作及經濟具有關鍵作用的特定行業的安全”或“美國維持國內生產以提供必要物資維護國家安全的能力”。⁴⁵ 可以看到，“國家安全”的概念在時代背景下得到新發展，“國家安全”的概念逐漸延伸至具有戰略意義的國內工業或部門，關鍵基礎設施和自然資源、氣候變化、資訊網路安全等。此外，意識形態競爭，價值體系和地緣政治競爭也逐漸被納入國際投資法中國家安全的範疇。⁴⁶ 隨著投資協定內涵的擴展，目前投資協定中的“基本安全利益”概念早已突破武器、戰爭等軍事範疇，只要東道國採取措施是為了保護國家根本利益，即使東道國沒有受到軍事威脅也可以援引安全例外條款。

然而，不能僅因例外條款內涵在雙邊投資協定中的拓展就籠統地認定其它安全例外條款的內涵已經“自動地”外延至根本經濟安全、工業部門等其它非軍事領域；將“國家主權範圍”等同於締約國想要保護的“國家根本安全利益”範圍也無疑剝奪了締約國的自主權。在適用上，我們仍應當通過安全例外的具體表述來判斷“基本安全利益”的內涵。2014年生效的中國-加拿大BIT第33條第5款雖然列舉了三種侵犯根本安全利益的方式，但締約國有意將侵犯形式通過“武器、彈藥、戰爭、核武器、戰時”等詞語限定在軍事領域內，因此維護影響國家資料安全、侵犯個人隱私的行為如果與軍事安全無關，則無法適用該例外條款。即使中加BIT在安全例外中加入了“要求締約方提供或允許獲得其認定披露後將違背其根本安全利益的資訊”的條款，看似此處的“資訊”一詞給資料跨境流動的適用提供了解釋空間，但是結合對下文的理解，此處的資訊應當僅僅指代間諜資訊、軍事資訊等嚴重危害國家軍事安全的資訊，東道國無法援引此條款對保護個人隱私和公司資料的措施進行抗辯。

而另一些BIT的安全例外條款的規定方式明顯與中加投資協定不同，如《美國一鳥

44 轉引自何瑤：《CPTPP 資料當地語系化規制的“安全例外”規定適用研究》，《中國商論》，2024年第4期。

45 Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/us_statment_dsbmay16_e.pdf, Date of Retrieval: 11 April 2024.

46 Panos Delimatsis & Olga Hrynkiv, “Sovereign Investors and National Security Exceptions in WTO and Investment Law”, TILEC Discussion Paper, Vol.10(June 2023), pp.16-17.

拉圭雙邊投資協定》對安全例外的規定就較為籠統，⁴⁷“根本安全利益”的內涵沒有被解釋，締約國也沒有如中加投資協定般以列舉的方式表明本條款的意圖。因此，在這類條款的解釋上，仲裁庭被賦予更多的自由裁量權，從而可以依據案件發生的數位化時代背景和其它仲裁庭在有關互聯網安全案件中對安全例外的解釋，而擴大本 BIT 中例外條款的適用範圍。美國 - 阿根廷 BIT 正是運用了美國 - 烏拉圭 BIT 中的表述方式，從而給予仲裁庭更大的解釋空間，使阿根廷成功地援引了安全例外條款。

此外，“國際關係中的緊急情況”往往作為安全例外的兜底條款被納入，對“國際關係中的緊急情況”的理解也要與“基本安全利益”的理解相一致，才符合上下文本的統一性和締約國意圖。因此“國際關係中的緊急情況”應當是與例外條款中列舉的其它情況在嚴重程度和性質上相一致的情況。所有 BIT 中對“國際關係中的緊急情況”的行為表現和方式未做任何限制，這也意味著可以直接從侵害結果判斷行為是否符合“其它緊急情況”。簡言之，如果嚴重危害國家安全的軍事行動侵犯了“根本安全利益”，那麼數位網路空間中的對國家主權安全造成緊迫而重大威脅的情形也應當包含在“根本安全利益”的範圍內。隨著數位化時代的到來，網路不法行為被國際社會視同為新形式戰爭，如網路間諜行為無疑會危害國家主權安全，根據動態解釋原則，“國際關係中的緊急情況”應當能拓展為包括數位網路空間中的上述“緊急情況”。⁴⁸

“根本安全利益”的內涵不僅能在國家領域、部門之間橫向延展，也可能在時間維度上縱向延伸。目前，東道國對國家安全的擔憂越來越不局限於迫在眉睫的軍事入侵或暴力攻擊，而逐漸擴展到國家安全可能受到的長期、廣泛的風險。例如，一家在東道國運營的外資軟體公司可能會開發出新的加密技術，並希望將其出口到第三國，東道國必然會反對將任何包含加密技術的代碼轉讓給與其敵對的國家，因為這會干擾東道國在敵對國家的間諜活動。⁴⁹

綜合上述分析，本文認為目前安全例外能夠適用的資料出境限制場景主要有以下兩種：一是保障東道國軍事安全、主權安全的資料出境限制措施。我國的《重要資料識別規則》

47 美國 - 烏拉圭 BIT 第 18 條：“本協定不得解釋為：(1) 要求締約方提供或允許獲得其確定如披露將違背其根本安全利益的任何資訊；或 (2) 阻止締約方採取其認為對履行其有關維持或者恢復國際和平、安全或保護本國基本安全利益方面的義務所必要的措施”。

48 徐莉：《安全例外條款之善意原則的適用——基於數位貿易規制視角》，《蘭州大學學報(社會科學版)》2023 年第 5 期。

49 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 & Technology*, Vol.19(Oct 2016), p.227.

第 5 條將以下資訊定義為重要資料：直接影響影響國家主權、政權安全、政治制度、意識形態安全的資料；直接影響領土安全和國家統一，或反映國家自然資源基礎情況，如未公開的領陸、領水、領空資料等屬於重要資料；可被其他國家或組織利用發起對我國的軍事打擊，或反映我國戰略儲備、應急動員、作戰能力的資料。我國對上述重要資料採取資料出境評估或限制出境措施。不論是經貿協定還是投資協定，所有安全例外均將軍事安全納入安全例外的範疇，“武器、彈藥、戰略物資、戰爭、軍事”等詞彙最常出現在安全例外條款中，因此東道國對軍事領域採取的資料出境限制措施毫無疑問能適用於安全例外。而主權安全與軍事安全密切相關，當一國的主權安全、領土安全受到威脅時，往往其軍事資訊已經洩露，

二是保護關鍵行業的資料出境限制措施。一些投資協定直接將相關行業納入安全例外條款的範疇，如 RCEP 第十七章第 13 條規定“為保護包括通訊、電力和水利基礎設施在內的關鍵的公共基礎設施而採取的行動”屬於安全例外條款的保護範疇。在某些協定中，電信、運輸、能源和供水現在經常被列入部門清單，有些國家的清單還包括教育和保健服務。因此中國為關鍵基礎設施制定的資料出境規則能夠有效適用 RCEP 下的安全例外條款。然而，如果安全例外條款沒有直接列舉具體的關鍵領域，則需要依據安全例外條款的表述方式，結合上下文理解安全例外條款的具體範圍。

五、數字時代的中國應對

在數位經濟興起的早年間，中國在資料跨境上注重維護網路主權和國家安全，在資料出境規則上較其它國家也相對強勢和嚴格。但隨著中國互聯網、大資料技術企業對外投資的興起，中國在資料跨境上的主要矛盾已經從外國投資者對我國資料主權的侵害轉移到我國互聯網公司的資料出海風險上，隨著中國的互聯網產品和服務滲透到各個國家，中國的數位技術出口到各個地區，並在世界範圍內建立起多個資料庫、代表處、子公司，中國的投資者已經引起一些東道國的警惕，近期 Tiktok 在美國受到的退出指令就是一個典型例證。因此我國既不能一味拓展例外條款的內涵，給予他國制裁我國投資者的機會和依據，也不能一味限縮例外條款的內涵，將我國資料主體的隱私安全和國家安全棄置不顧。在數位經濟發展和維護資料主權的博弈中，唯有保障例外條款的穩定性，才能在矛盾中找到平衡。

對內，我國需要構建協調一致、清晰透明，合理可行，公平有效的資料跨境規則。一方面需要推動國內立法與國際標準相統一，進行國內立法時，要注意國內立法與國際條約的相容性，儘量保證文本措辭與國際條約一致，具體規制不違背已經簽訂的國際條約。另

一方面還需要完善個人資訊保護體系，在個人用戶的知情同意權外，進一步完善資料主體的知情權方，限制資料處理權的相關規則。同時我國還應當細化資料分級分類制度，在現有《資料安全法》的分類基礎上，借鑒國際條約採用的橫向業務領域劃分的做法，可以減少與締約國之間的爭端。

對外，我國還應當積極推動國際條約內容改革。在例外條款的內容上，可以對例外條款中的自判性條款加以限制，同時細化例外條款，充分考慮例外條款涵蓋的範圍，將例外條款的適用限縮在雙方認可的範圍內。在此基礎上，增加一般例外條款的覆蓋率，可以適當引用 GATT 和 GATS 中的條款和 WTO 專家組或上訴機構的解釋，或者仿照 RCEP 等多邊經貿協定直接引用 GATS 和 GATT 的一般例外條款並適用於投資章節的做法，在雙邊投資協定中也引用 GATS 和 GATT 的例外條款，以加強爭端結果的可預期性。也可以通過經貿協定的結構調整進一步增加例外條款覆蓋率，可以將經貿協定中的投資章節同時納入例外章節，受例外條款保護和調整，並將投資章節中的公共政策例外、徵收條款下的專門例外作進一步整合梳理，融入到一般例外的章節中，使所有涉及資料跨境的案件，無論基於經貿關係抑或是投資關係，無論發端於電子商務章節或是投資章節，都受到一般例外章節的統一保護，並在國際法庭中得到相似處理，避免東道國利用例外規定的不一致性逃避國際責任。最後，除例外條款的改革外，我國還應當推動國際條約中資料跨境規則的完善，締約國需要從投資視角進一步探討資料跨境的問題，並形成資料跨境規則的合意，納入投資協定的最惠國待遇、國民待遇等條款中，可以表述為：“任一締約方給予投資者在資料收集、處理、轉移方面的待遇，不得低於在類似情形下給予其國內投資者投資的待遇”。同時可以在徵收條款中明確資料出境規則，明確違反投資協定對資料出境施加額外限制，屬於徵收行為。若投資協定設有一般例外條款，應當在條款中，以列舉的方式明確資料出境限制措施的可適用性，如在安全例外條款中列舉“為維護國家基本安全利益而採取的資料收集、處理、轉移措施”，作為安全例外條款的一項加以明確。

面對資料跨境與國際投資的爭端，我國還應當明確例外條款的解釋方向和對外公徑。適當引入 WTO 的先進判例和思路，注意利用善意原則等軟法規則，合理解釋例外條款的內涵。在安全了例外條款的解釋上，中國應當警惕東道國以“自裁決性”和“其它國際關係緊急情況”為由將所有出境資料限制措施都納入安全例外條款的範疇中來。中國在對投資者進行抗辯時應當提請仲裁庭關注東道國措施與國家安全利益之間的關聯性和必要性，對於與國家安全不存在直接關聯，對實現國家安全目標不存在必要性的措施，應當不予適用安全例外條款。譬如美國以國家安全為由對 Tiktok 提出的資料出境限制措施，就不應當

適用於安全例外條款，因為 Tiktok 明顯屬於民用互聯網平臺，與國家安全並不存在直接關係，美國也無法對此提出合理證明。另一方面，當中國作為東道國出現在投資法庭上時，中國應當利用國內《網路安全法》等上位法律法規詳細剖析資料安全與國家安全之間的聯繫，從而增加援引安全例外條款的成功概率。在一般例外條款的解釋上，因晚近投資協定經常以“公共政策例外”來代替原來的一般例外，這意味著中國在援引公共政策例外條款時不能僅僅解釋公共道德、公共秩序與公共政策例外的關聯性，還應當利用國家政策、法律法規、領導人講話等國內權威檔來解釋中國援引公共政策例外的正當性。此外，我國還應當注意區分公共政策例外和公共道德、公共秩序例外的內涵，避免在適用時過度擴大公共政策例外的範圍，從而為中國的資料出境限制措施增加不利的限制因素。

總之，我國應當堅持本國立場，在保障國家安全的基礎上積極推動資料跨境流動，同時積極維護國際投資條款的穩定性，在協議談判階段盡可能明確例外條款的內涵，在仲裁階段支持投資仲裁庭借鑒 WTO 判例，以保證例外條款的適用穩定一致，為我國資料出海保駕護航。同時，中國應建立更加完善有序的資料跨境流動制度，注意國內立法與國際條約的相容性，進一步增強國內立法的對例外條款的可適用性，以平衡國家安全和經濟發展的雙重目標。