



Columbia Center
on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 254 2019 年 06 月 17 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Alexa Busser (alexa.busser@columbia.edu)

评估数据本地化要求的合法性：法庭之上或谈判桌上？*

Marion A. Creach**

数字技术的发展和互联网的全球化极大地提高了跨境数据传输能力。跨境数据流动是跨国公司所建立的综合国际生产系统和全球价值链所内在固有的，该数据流动涉及了几乎所有的公司职能。

然而，各国政府不断加强对数据本地存储和处理的要求，从而限制了数据传输。政府所关注的是数据保护、国家安全、法律执行和产业政策（进而经济发展），中国和俄罗斯以及其它国家都实施了此类要求，印度也即将通过一项数据保护法案，要求在该国境内存储一份个人数据副本，并且“关键”的个人数据仅允许在位于印度的服务器上或数据中心进行处理。

数据本地化要求已被看做是一种贸易壁垒，并被确定为监管保护主义¹。

国际法中关于该制度的适用性及其解释仍然存在不确定性，跨国公司内部提供服务以及由外资控股或控制公司当地设立的子公司、联营公司或分支机构提供服务（服务贸易总协定（GATS）所描述的供应模式 3）的模式，就是一个例子。在这些情况下，评估 GATS 和国际投资协定（IIAs）下数据本地化要求的合法性，应促使投资者、决策者和工程师采取行动。

数据本地化要求与居住权要求相当，根据居住权要求，指定人员是否具有优势取决于其在东道国境内的先前的居住情况，因此可能违反服务贸易总协定的国民待遇规

定。尽管居住权要求适用于所有“同类”服务提供商，而不论其国籍，但这种形式上的一视同仁实际上改变了竞争条件，损害了外资供应商的利益，因为这使成本效益标准对外资供应商的要求更高。因此，一些 WTO 成员国已将居住权要求列为国民待遇限制。同样，当外资服务供应商必须在本地建立或购买并维护(或租用)服务器或数据中心时，数据本地化要求可能会扭曲外资和国内供应商竞争的条件²。数据本地化要求使得外资供应商进行对外直接投资（FDI），并使它们的活动受到额外的法规限制，还有国内供应商不会发生的基建、管理和合规相关的费用，从而使它们处于竞争劣势。

而例外条款的适用性与对其的解读相关，特别是数据保护方面。然而，判断某项要求是否属于贸易限制措施的例外情况由 GATS 第十四条规定，该条款规定了严格的判断例外情况的条件（特别是必要性检验），人们可能会怀疑数据本地化要求是否合理，也许有合理可行的更明确不属于贸易限制措施的其它方案，比如使用加密技术。此外，如果某些数据本地化措施破坏了数据安全性，那么该措施对其目标的贡献可能会降低。

同样，数据本地化要求可能违反了国际投资协定的国民待遇保护条款。考虑到最惠国条款可能被引用使其内容多边化，如果国际投资协定适用，它们可能比 GATS 更有效地对数据本地化要求的合法性提出挑战。原因是，国际投资协定的国民待遇规定不仅适用于世贸组织成员表单所述的服务部门，而是一个跨各部门的义务。此外，国际投资协定为外国投资者提供了直接提起国家仲裁的机会，同时各国家也可能不愿通过 WTO 争端解决机制来解决关于此问题的分歧。

除非就这些措施的必要性达成全球一致意见，否则投资者通过诉诸国际投资法以打破数据本地化要求只是时间问题。在这方面，国际投资协定所规定的国家待遇标准之间的差异仍有待研究。通过国民待遇视角，对这些要求的解读将取决于仲裁机构基于个案的创造性解释，现有的法律基本上是不相关的，而且关于数据本地化要求对经济的影响、其它措施技术上是否可行的专业知识十分有限。

限制数据流动的国际法律框架可以在实现数据保护、数据安全和其它公共政策目标的情况下同时确保开放性、确定性和高效性，并通过统一国家待遇标准实现一致性。2019 年 1 月，包括中国和俄罗斯在内的 76 个 WTO 成员国宣布，有意就“电子商务的贸易相关方面”展开谈判³，这可能包括数据本地化。此外，尽管制度化过程中仍有分散的情况，但是多边倡议仍然正在向前推进。跨太平洋伙伴关系全面进步协定（CPTPP）和美墨加协定（USMCA）中包含了允许跨国界数据传输和禁止数据本地化

要求的条款，但也保留了各国广泛的可采取的行动范围以及自由裁量权；如果一项相关的要求是实现“合法的公共政策目标”所严格必需的，且没有“任意或不合理歧视行为”，也不是“变相的贸易限制”，那么该要求是允许的⁴。投资者可以进而挑战数据本地化要求，从而激励工程师和决策者共同努力，以在开放的全球经济中“设计公共政策”。

(南开大学国际经济研究所 关乾伟 译)

* 《哥伦比亚国际直接投资展望》是一个公开辩论的论坛。作者所表达的观点不代表 CCSI 或哥伦比亚大学 或我们的合作伙伴及支持者的意见。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-3579)是同行评议刊物。

** Marion A. Creach (marion.creach@gmail.com)毕业于巴黎政治学院、哥伦比亚大学法学院和巴黎第一大学的全球商业法律和治理项目。作者感谢 Peter Muchlinski 对前期稿件的评论，感谢 Rudolf Adlung、Hamid Mamdouh 和 Pierre Sauve 等同行评审员的有益评论。

¹ 例如，[United States International Trade Commission, National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers \(2018\)](#)。

² 对模式 1 服务进行类似的评估将得出类似的、甚至更令人信服的结论。世贸组织成员国承认，居住要求影响了跨境供应。WTO, “Guidelines for the scheduling of specific commitments under the GATS,” March 28, 2001.

³ [WTO, “Joint statement on electronic commerce,” January 25, 2019](#)。

⁴ CPTPP, 第 1 条(TPP, 第 14.11、14.13 条); USMCA 第 19.11、19.12 条。

转载请注明:“Marion A. Creach, ‘评估数据本地化要求的合法性: 法庭之上或谈判桌上?’, No. 254, 2019 年 06 月 17 日。”转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心 (<http://www.ccsi.columbia.edu/>) 授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系: 哥伦比亚可持续投资中心, Alexa Busser, alexa.busser@columbia.edu。

哥伦比亚可持续投资中心(CCSI), 是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心, 也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响, CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发, 承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息, 请访问: <http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 253, Frank J. Garcia and Kirrin Hough, “The case against third party funding in investment arbitration,” June 3, 2019
- No. 252, Adam Douglas, “Will the United States join the Trans-Pacific Partnership, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, or neither?,” May 20, 2019
- No. 251, Karl P. Sauvart, “Promoting sustainable FDI through international investment agreements,” May 6, 2019
- No. 250, Qianwen Zhang, “The next generation of Chinese investment treaties: A balanced paradigm in an era of change,” April 22, 2019
- No. 249, Andrew Kerner, “How to analyze the impact of bilateral investment treaties on FDI,” April 8, 2019

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得: <http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>。