

欧盟《通用数据保护条例》 域外适用条件之解构^{*}

陈咏梅 伍聪聪

摘 要：近年来，现代技术得到飞速发展，互联网的无界性、数据传输的跨境性、数据处理的全球性客观上决定了各国对数据的保护超越其国境。对于数据保护法的域外适用，欧盟通过《通用数据保护条例》(GDPR)和《关于 GDPR 地域范围的第 3/2018 号指南》，扩展并更新了原《欧盟数据保护指令》基于属地管辖的原则，综合采用了“设立机构”标准、“目标指向”标准以及“因国际公法而导致的适用”，明确了欧盟数据保护法域外效力的界限。在立法层面，由于对数据处理行为发生地的认定存在技术上的困难，我国可以考虑将“设立机构”标准和效果原则相结合，以此确定《个人信息保护法》的域外效力。另外，可以通过与国外数据保护机构的执法合作来确保国内法域外适用的实施效果。

关键词：GDPR；域外适用；设立机构；目标指向

作者简介：西南政法大学 国际法学院 教授 重庆 401120

西南政法大学 国际法学院 博士研究生 重庆 401120

中图分类号：D95；DD912.1

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2022)02-0085-17

^{*} 本文为国家社科基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”(项目编号:21ZD&208)、司法部法治建设与法学理论研究一般项目“RCEP 中的数字经济规则及其争端解决机制研究”(项目编号:21SFB2027)的阶段性成果。

引言

在数字经济时代,随着通信技术的不断发展,数据正以前所未有的方式进行流动和跨境传输,对于境外组织或个人从事损害国家安全或公民合法权益的数据处理活动,若仅有域内效力的法律,其保护作用日益受限。近年来,各国逐渐认识到数据事关本国国家安全和经济发展,有的国家甚至将对数据的治理权力上升至“数字主权”地位。^①不可否认的是,赋予本国数据法必要的域外效力,将更为有效地保障本国数据法的实施。遗憾的是,由于存在难以弥合的分歧,目前未能在全球范围内达成保护世界各地互联网用户数据/隐私的多边法律文件。鉴于此,如何形成一种相对平衡且有效的方案,使之既能保护本国公民的个人数据,又不至于给第三国数据控制者^②和/或处理者^③造成过多负担,即如何厘清国内数据保护法域外效力的合理边界,已成为各国数据保护法亟需解决的难题。

当前,部门法的域外适用法律规范成为学界讨论的热点。在个人信息和数据保护领域,人们从不同视角对数据保护法的域外效力展开了研究。孔庆江等以美欧数据法为研究对象,对美欧数据规则域外效力的适用特点、原因、国际合法性以及中国的立场和因应进行了分析。^④俞胜杰以欧盟《通用数据保护条例》(以下简称 GDPR)为研究对象,对 GDPR 域外效力的立法动因、沿革以及实施效果进行了研究。^⑤张哲等从构建中国个人信息保护法域外效力体系的视角,对美欧数据保护法域外效力进行了评析。^⑥从现有文献来看,迄今的研究大多集中在分析美欧数据法域外效力的特点、原因及其合法性上,在具体如何适用欧盟数据法域外效力规则方面,尚有待进一步挖掘。

欧盟较早对数据法的域外效力进行规范。1995年欧盟出台《数据保护指令》

^① 美国在《2022年对外经济贸易壁垒的国家贸易评估报告》中指出,欧盟将“技术主权”或“数字主权”作为一项政策目标。United States Trade Representative, *2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, p. 216. <https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>, 访问日期:2022-04-04。

^② GDPR 第4条第7款规定:“数据控制者指单独或与他人共同决定处理个人数据目的和方式的自然人或法人、公共权力机构、代理机构或其他实体。”

^③ GDPR 第4条8款规定:“数据处理者指代表控制者处理个人数据的自然人或法人、公共权力机构、代理机构或其他实体。”

^④ 孔庆江、于华溢:《数据立法域外适用现象及中国因应政策》,载《法学杂志》,2020年第8期,第76-88页;何叶华:《论数据保护法的域外效力》,载《北京理工大学(社会科学版)》,2021年第5期,第161-168页。

^⑤ 俞胜杰:《通用数据保护条例域外效力的规制逻辑、实践反思与立法启示》,载《重庆社会科学》,2020年第6期,第62-79页。

^⑥ 张哲、齐爱民:《论我国个人信息保护法域外效力制度的构建》,载《重庆大学学报(社会科学版)》,2021年第3期,第1-19页。

“95 指令”^①，其中第 4 条涉及该指令的域外效力。“95 指令”强调属地管辖原则，即判断欧盟是否享有管辖权，是根据数据控制者“设立机构”(establishment)以及“使用设备”(use of equipment)的实际位置来确定。^② 属地管辖的“属地”局限于一定的地域范围，因此在一定程度上影响了该指令的域外适用。^③ 随着现代技术的飞速发展，几乎所有通过互联网进行的操作都直接或间接地与个人数据的处理相关，导致在欧盟境外处理的欧盟境内个人数据达到了前所未有的规模。随着信息社会的发展，通过互联网进行数据传输变得十分便捷，仅基于属地管辖原则适用一国的数据保护法显然已经过时。在此背景下，欧盟在“95 指令”基础上制定了 GDPR，^④就管辖的原则而言，GDPR 采用了一种与“95 指令”截然不同的方式，它将“目标指向”(targeting)作为一般管辖原则，^⑤即如果处理活动涉及向欧盟境内自然人提供商品/服务，或是对其实施监控(monitoring)，即便数据控制者/处理者设立在欧盟境外，GDPR 也将适用于规范此类行为。调整后的 GDPR 适用范围解决了欧洲数据保护法当时面临的重大难题之一，即根据原“95 指令”，欧盟对处理大量欧盟数据主体的第三国数据控制者/处理者缺乏管辖权。^⑥ 随后，2019 年 11 月 12 日，欧盟数据保护委员会(以下简称 EDPB)出台了《关于 GDPR 地域范围的第 3/2018 号指南》(以下简称“2019《指南》”)，^⑦该指南对 GDPR 的域外适用条件做了进一步释明，为 GDPR 是否适用于欧盟境外的数据处理行为提供了可操作性指引。至此，我们可以较为清晰地勾勒出欧盟 GDPR 域外适用需要满足的条件，即满足

① 《数据保护指令》的原文全称是:Data Protection Directive 95/46/EC。

② 参见 Art. 4, Data Protection Directive 95/46/EC, 也请参见 Michal Czerniawski, “Do We Need the ‘Use of Equipment’ as a Factor for the Territorial Applicability of the EU Data Protection Regime”, in Dan Svantesson/Dariusz Kloza (eds.), *Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy*, Cambridge: Intersentia, 2017, pp. 239 – 240.

③ Christopher Kuner, “Extraterritoriality and Regulation of International Data Transfers in EU Data Protection Law”, *International Data Privacy Law*, Vol. 5, No. 4, 2015, pp. 235 – 245, here p. 236.

④ 欧洲议会和欧盟理事会在 2016 年 4 月 27 日通过《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, 简称 GDPR), 该条例于 2018 年 5 月 25 日生效, 与此同时, 95/46/EC 号指令被废止。GDPR 旨在针对自然人的个人数据处理和流动进行保护。

⑤ 此处的“目标指向”与“效果原则”同义, 即指当发生于国外的行为对国内产生“效果”时, 国内管理机构可对其行使管辖权。效果原则首次由美国法院在 1945 年的“美国铝公司”案(148F. 2d416 – 443, 2dCir. 1945)中提出。参见余劲松:《国际经济法》, 北京:北京大学出版社, 2014 年版, 第 43 页。

⑥ Shakila Bu-Pasha, “Cross-border Issues Under EU Data Protection Law with Regards to Personal Data Protection”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 26, No. 3, 2017, pp. 213 – 228, here pp. 218 – 219.

⑦ 欧盟数据保护委员会的原文全称是:European Data Protection Board;《关于 GDPR 地域范围的第 3/2018 号指南》的原文全称是:Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)。