

礼让视域下 GDPR 域外管辖的冲突及中国的因应

程千帆

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

摘要: 在数字经济时代, 数据已经成为了一种全新的资产类型, 国家对数据的掌控能力成为其综合国力的外在体现, 而当代国家对数据重视与保护加剧了数据管辖权冲突。在此情形下, 欧盟《通用数据保护条例》(GDPR) 通过“实体标准”“目的指向标准”“使领馆标准”三重管辖扩张实现对全球数据的“长臂管辖”, 但其关于适用地域范围的规定与其他国家的属地管辖冲突, 体现出欧盟在数据保护方面呈现出单边扩张的趋势, 易诱发数据管辖权冲突。故此, 基于优利克·胡伯提出解决管辖冲突的“国际礼让原则”, 分析 GDPR 三个适用地域界定标准下存在的管辖权冲突, 考察国际礼让原则在数据管辖权冲突中可用性与适用基础, 并对不同礼让形式在数据管辖权冲突中的适用予以分析, 并基于 GDPR 域外适用管辖权冲突提出补充数据管辖模式、对接国际跨域数据治理、坚持礼让互惠协作的中国因应, 以期为我国畅通域外数据保护提供新思路。

关键词: GDPR; 国际礼让; 域外适用; 管辖权冲突

中图分类号: D92

文献标识码: A

DOI: 10.19358/j.issn.2097-1788.2024.05.011

引用格式: 程千帆. 礼让视域下 GDPR 域外管辖的冲突及中国的因应[J]. 网络安全与数据治理, 2024, 43(5): 76-82.

The conflict of extraterritorial jurisdiction of the GDPR in the context of comity and China's response

Cheng Qianfan

(College of Law, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: In the era of digital economy, data has become a brand-new type of asset. A country's ability to grasp and control data has become an external manifestation of its comprehensive national power, while the contemporary national emphasis on data and its protection has exacerbated the conflict of data jurisdiction. In this case, the EU General Data Protection Regulation (GDPR) realizes the expansion of jurisdiction over global data through the triple standards of "entity standard", "purpose-directed standard" and "embassy and consulate standard". The GDPR realizes the "long arm jurisdiction" over global data, but its provisions on the applicable geographical scope are in conflict with the territorial jurisdiction, which reflects the trend of unilateral expansion of the EU's data protection, which is prone to inducing data jurisdiction conflicts. Therefore, based on the "international comity principle" proposed by Ulrich Huber to resolve jurisdictional conflicts, this study analyzes the jurisdictional conflicts under the three applicable territorial definition standards of the GDPR, examines the availability and application basis of the international comity principle in data jurisdictional conflicts, and analyzes the application of different forms of comity in data jurisdictional conflicts, and analyzes the application of the GDPR based on its territorial scope of application. It also analyzes the application of different forms of comity in data jurisdiction conflicts, and puts forward China's response based on the extraterritorial application of GDPR jurisdiction conflicts to supplement the data jurisdiction model, docking international cross-domain data governance, and insisting on reciprocal coordination of comity, with a view to providing new ideas for China's smooth extraterritorial data protection.

Key words: GDPR; international comity; extraterritorial application; conflicts of jurisdiction

0 引言

数字经济时代下国家间的管辖权冲突向数据领域全面延伸,数字化疆域成为国家间时代竞争的新战场。欧盟为了维护自身利益,制定了《通用数据保护条例》(GDPR),通过第3条相关规定,使得欧盟与数据控制者和处理者之间的合作关系得到显著提升。值得注意的是,即使数据控制者和处理者不在地域适用范围内,但只要符合管辖标准就必须承担由GDPR规定的义务^[1]。尽管中国尚未出现典型的数据管辖权冲突案例,但由于数据规则的不完善,这种冲突仍有可能发生。因此,为了保护我国的数据安全,有效应对美国在数据治理领域日益增长的“数据霸权”,有必要明晰礼让原则在数据管辖权冲突中的适用。

1 GDPR 域外适用下的管辖权冲突

GDPR第3条通过实体标准、目的指向标准和使领馆标准来确定管辖权适用,只要数据控制者和处理者满足这三个标准,即使不在欧盟地区,也必须遵守GDPR规定下的义务。其关于适用地域范围的规定与地域主权存在当然冲突,体现出欧盟在数据保护方面呈现出单边扩张的趋势,易诱发数据管辖权冲突。

1.1 实体标准下的管辖权冲突

GDPR第3条第1款以“实体标准”主张数据管辖权冲突下的属地管辖。根据“实体标准”规定,如果数据处理者于管辖境内设有经营场所,且其数据处理行为发生于该场所背景下,即使实际的数据处理活动并非在欧盟境内进行,该数据处理活动也受到GDPR的管辖。这一标准旨在强调数据处理行为本身与欧盟之间的地域联系,从而主张域外管辖权。然而,片面地采用“实体标准”可能导致不同法域之间的法律价值冲突。例如,在2014年欧洲法院判决的谷歌案(Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González)中,从域外管辖角度来看,根据“实体标准”的定义,欧洲数据保护委员会(European Data Protection Board, EDPB)指出,只要数据处理行为是在设立机构的背景下进行的,数据处理者就需承担规定的相关义务。在本案中,为了让美国谷歌总公司获取盈利,谷歌西班牙分公司在位于欧盟境内的公司同一网站界面上设置广告位,尽管针对该广告位的数据处理行为是由美国的谷歌总公司做出的,西班牙分公司对该广告位未进行任何形式的数据处理行为,但谷歌总公司的数据处理行为仍被认为与其西班牙分公司存在紧密联系,并被认定是在欧盟境内设立机构的背景下完成的,应受到GDPR的管辖。根据EDPB的观点,如果存在紧密联系且不

可分割的状态,无需具体数据处理行为在欧盟境内发生,该处理行为仍受GDPR约束。判断是否存在不可分割的联系需要考虑是否意图在欧盟境内获利。美国谷歌总公司提供免费网络服务以推广西班牙分公司的广告位,并从中获取利润,这种商业模式下可认定存在不可分割的联系。此外,EDPB指出,为了数据保护的需要,不应限制对“不可分割的联系”的解释,而应明确数据处理行为与机构之间的潜在联系,用以防止境外企业通过欧盟境内业务获取利益但规避法律适用的情况。然而,如果过分扩张“不可分割的联系”可能会导致过度扩张GDPR的域外适用,与其他国家的数据管辖主权产生激烈冲突。

1.2 目的指向标准下管辖权冲突

GDPR第3条第2款以“目的指向标准”主张数据管辖权冲突下的效果管辖,即为使用“追踪cookies”和监控应用程序的网站,只要它们处理个人数据,就适用于GDPR的范围内。适用“目的指向标准”需要在具体案件中判断数据处理行为与这些活动类型的关联性。通过评估数据处理行为,可以确定其是否与欧盟境内个人数据有关,并且可以检测出其是否与提供主体有商品或服务或监视欧盟境内数据。有学者使用“只有当你锁定欧盟内的目标时,你才会受到欧盟法律的约束”的比喻来支持“目的指向标准”的合理性。欧洲法院裁定,在某些情况下,动态IP地址也可以被视为个人数据^[2]。因此,存储动态IP地址日志数据的网站所有者也可能受到GDPR的规范。这一举措大大扩张了GDPR的适用范围,但效果原则下的管辖权基础过于模糊,可能导致主权冲突变得频繁。例如,在2018年,英国信息监管机构向加拿大政治数据公司(Aggregate IQ, AIQ)发出的首张GDPR执行通知,英国信息专员办公室(Information Commissioner's Office, ICO)指控AIQ参与剑桥分析公司(Cambridge Analytica Ltd)利用Facebook的数据来支持英国脱欧公投的民意分析,违反GDPR未经授权地收集、处理英国公民的个人信息,以及将这些信息用于不合法的政治活动,如定向政治广告。同时,ICO基于GDPR下发执行通知强制AIQ停止上述行为。ICO与加拿大相关机构通过合作施加压力迫使AIQ合作,并最终承认了其违法的数据处理行为。

本案中,英国以目的指向标准对AIQ进行管辖,其GDPR执行通知的适用依赖英国与加拿大拥有悠久的文化底蕴,加拿大颁布的《个人信息保护和电子文档法》(Personal Information Protection and Electronic Documents Act, PIPEDA)也认为AIQ的数据处理行为构成了严重的不公正。同时,GDPR目的指向标准下的宽泛域外效力实

际上提高了管辖权冲突的可能性^[3]。

1.3 使领馆标准下的管辖权冲突

GDPR 第 3 条第 3 款为“使领馆标准”。此条款将外交使团（无论其位置如何）描述为根据国际公法而适用派遣国国内法的地方。虽然派遣国外交使团位于接受国的主权领土上，但仍适用其母国的法律，此举无疑会形成长期管辖权冲突。这一管辖权冲突反映在《维也纳外交关系公约》（VCDR）第 41 条第 1 款中，该条规定：“在不损害其特权和豁免的情况下，所有享有这种特权和豁免的人都有义务尊重接受国的法律和规章。”虽然 GDPR 没有取消遵守当地法律的实质性义务，但本文认为该条款在适用时可能会出现使领馆只适用 GDPR，而不适用接受国的法律，从而导致两国之间发生数据管辖权冲突。

综上所述，片面化“实体标准”将导致不同法域间的法律价值冲突；“目的指向标准”拓展了 GDPR 的适用范围，但可能因依据不足导致难以适用；“使领馆标准”排除了接受国逮捕、拘留、审判和惩罚被指控未遵守法律者的权力，导致接受国法律难以适用。GDPR 第 3 条规定在地域范围上呈现出明显的扩张趋势，并且个人数据概念兼具广泛性特征。GDPR 域外适用引发的数据管辖权冲突主要集中于跨境执行领域，究其本质是各国数据立法不同所致。为解决可能或已发生的数据管辖权冲突问题，在当前缺乏统一的国际法规则的情形下，国际礼让原则作为一项国际私法原则可以提供一种新的解决方案。国际礼让原则可以在处理跨境数据问题时发挥作用，帮助缓解潜在的冲突。

2 国际礼让原则在数据管辖权冲突中的适用条件

国际礼让原则由荷兰法律学者胡伯（Ulrik Huber）提出，是指一个主权国家应在何种程度上承认另一国家的主权行为并为其获取正当利益提供便利^[3]。国际礼让原则在司法领域主要体现在承认和执行外国的判决和命令之中。原则上，只要一国法院对案件享有管辖权，该法院就有权独立适用该国法律以及诉讼程序解决争端。国际礼让原则从理性的角度对国家权力的膨胀进行限制。在处理国家间数据管辖权冲突时，应当以真实法律冲突为前提、以最低限度联系为必要、以利益平衡为考量。

2.1 真实法律冲突为前提

国际礼让原则是一种理性分析的工具，旨在限制国家权力的膨胀，并在法律冲突中寻求解决方案^[4]。与简单的妥协和退让不同，该原则强调以合理的方式分析各国利益，并在冲突确实存在的情况下确定适用法律的范围。

在冲突法制度中，柯里是代表人物之一，他反对将法律冲突视为不同国家利益之间的冲突，而主张政府的利益应成为适用法律的唯一标准，并由此提出政府利益说，将法律冲突分为虚假冲突和真实冲突两类（如表 1 所示）。虚假冲突是指两个国家的法律在具体规定上发生了冲突，但实际上两者所体现的政府利益并未相互冲突；而真实冲突则指既存在具体规定上的冲突，也存在政府利益上的冲突。只有在双方国家的法律对同一行为作出规范、对管辖权的规定存在冲突，并且双方都有强烈适用本国法律的意愿时，才会出现真实的法律冲突^[5]。真实法律冲突的核心问题不在于法律的不相容，而在于两个国家是否存在适用法律的利益，并且双方都有坚持适用本国法律的意愿。在现实情景下，特别是在个人信息保护法的域外适用问题上，需要通过礼让原则来平衡各方的利益。这种平衡考虑了国家的利益以及数据管辖的合理性，旨在确保数据管辖权冲突得到解决的同时维护国家权益。然而，随着个人信息保护法的域外效力扩张，边界模糊的问题不可避免地会带来现实困境。因此，在真实法律冲突出现时，需要通过礼让原则进行平衡，以实现利益的均衡和数据管辖的有效处理。

表 1 法律冲突类型

冲突类型	表现形式	冲突后果
虚假冲突	两个国家的法律在具体规定上发生了冲突，但实际上两者所体现的政府利益并未相互冲突	通过协调进行法律适用
真实冲突	具体规定上的冲突，也存在政府利益上的冲突	难以实现涉外法律适用

2.2 最低程度联系原则为限缩

最低程度联系原则最早于 1945 年由美国最高院在国际鞋业公司诉华盛顿案（International Shoe Co. v. Washington）的判决中提出，在 1987 年美国最高院判决的朝日金属公司诉加利福尼亚高等法院案（Asahi Metal Indus. Co. v. Superior of Cal.）中走向成熟。这项原则旨在确定两个因素之间的关系，即主观因素和客观因素。客观因素是指在法院管辖范围内存在的实体或组织，或者它们可能会对当地的社会发展产生重大影响^[6]。只有通过这两个因素才能确定是否适用于域外管辖。尽管最低限度的联系分析可以帮助我国确定管辖权，但它仍然会对我国的域外管辖行为产生一定的影响。因此，需要仔细审查我国的法律，以确保能够有效地处理数据管辖权冲突。

在处理数据管辖权冲突时，需要综合考虑主观因素和客观因素。从客观角度来看，为了保护数据主权，必

须确保数据持有者在我国内部拥有可以获取和控制这些数据的实体。即使这些实体在我国内部拥有分支机构，但如果他们无法获取和控制这些数据，我国数据主权也不能保护这些数据。“有目的利用标准”在数据领域中的评估相对困难，这是由于它的基础性、可复制性和可流通性所导致的。在进行分析时，应从两个方面进行考量（如表2所示）：首先，数据的来源，即是否来自当事国境内的活动或国民，以确保当事国能够获得最低限度的管辖权；其次，数据的持有者是否会对当事国产生实质性的影响，如果这种影响是直接性、实质性的，且是可以预见的，那么就构成了域外管辖的合理依据。尽管满足最低限度的联系条件，但仍有可能在某种程度上实现数据主权的域外效力，因此应当综合考虑各方利益进行综合评估。

表2 “有目的利用标准”限缩视角

分析角度	表现形式	产生影响
数据来源	是否来自当事国境内的活动或国民	当事国能够获得最低限度的管辖权
数据影响	数据的持有者是否会对当事国产生实质性的影响	构成了域外管辖的合理依据

2.3 利益平衡为考量

利益平衡分析是冲突法理论的重要发展，是能够最好体现礼让原则内涵和本质的分析方法。在利害平衡指导的法律选择中，法院可以通过权衡相互竞争的国家利益作出选择，而不仅仅是依据当事方所在地来确定。分析利益平衡是礼让原则的关键，而实践中也有许多案例表明，通过对外部数据的分析，可以达到更好的礼让效果。在2013年林德诉阿拉伯银行案（Linde v. Arab Bank）中，美国联邦第二巡回上诉法院（United States Court of Appeal for the Second Circuit）的法官认真审查了银行是否应当提供相关数据，并仔细考虑了以下几个方面：（1）数据的重要性，以及能否通过其他证据来弥补；（2）数

据的要求是否明确，以及是否会导致提交无关数据；（3）数据的来源是本国还是机构所在地国家；（4）执法机构是否采用其他手段获取数据；（5）提交的数据是否会损害其他国家的利益；（6）是否存在必要的法律条文，以及银行的行为是否出于善意。本案中，双方的利益冲突包括银行提交的证据可能违反了当地的保密法，即考虑因素。然而，美国执法机构要求提交的证据涉及与恐怖主义有关的资金支持记录，这也是银行所在国的重要关注。在本案中，法庭仔细审视了被告提出数据的质量，确定了它们的必要性，同时也认真思考了有无其他可用的证据来取代它们。此外，判断模式还涉及国家利益的考量，特别是当请求获取数据可能对其他国家的利益产生损害时。这意味着法院需要平衡各方的权益，确保决策不仅仅考虑当事方的立场，还要兼顾他国利益^[8]。因此，林德诉阿拉伯银行案提供了一个有益的模式，可以作为对外部获取数据时应考虑的因素的参考。这种综合性的分析方法有助于确保决策的公正性和平衡性，以维护不同利益相关方之间的合理权衡^[9]。对此，可以构建利益衡量的阶层考量标准（如表3所示）：（1）安全性，对于损害国家安全、公共利益的数据一律禁止他国管辖，对涉及公民、组织合法权益的数据，在分析域外管辖必要性的基础上，应充分征得当事人同意；（2）风险性，针对政府、银行、金融、征信、健康和税收等重要基础设施和行业的数据，国家可以采取一系列措施来降低风险。这些措施可能包括限制人们的出境权利，具体做法有完全禁止出境、选择性禁止出境或有条件出境等；（3）善意性，数据管辖是否出于善意，是否可以通过其他手段获得，数据管辖对管辖权行使国的重要程度；（4）对等性，数据管辖原则是公平和对等，他国在数据流通上对本国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，可以拒绝该国在国内的数据管辖权行使。总的来说，只要他国数据管辖权行使不危害本国国家、公共、公民利益，不抵触本国法律，可对等行使管辖权，均应当尊重他国域外数据管辖权行使。

表3 利益衡量的阶层考量标准

标准要件	主要类型	应对措施
安全性	对于损害国家安全、公共利益的数据	一律禁止他国管辖
	对涉及公民、组织合法权益的数据	分析域外管辖必要性的基础上，应充分征得当事人同意
风险性	政府、银行、金融、征信、健康和税收等重要基础设施和行业的数据	完全禁止出境、选择性禁止出境或有条件出境
善意性	恶意管辖、强制管辖、擦边管辖	拒绝该国在国内的数据管辖权行使
对等性	他国在数据流通上对本国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的	拒绝该国在国内的数据管辖权行使

3 不同礼让形式在数据管辖权冲突中的适用分析

依照礼让的对象不同,国际礼让原则可以表现为三种形式:(1)规范礼让(Prescriptive Comity);(2)司法礼让(Adjudicatory Comity);(3)行政礼让(Administrative Comity)。由于行政礼让在数据管辖权冲突中的适用不如其他两者,故此不再赘述^[10]。

3.1 规范礼让

规范礼让(Prescriptive Comity),是指通过解释法律的方式来限制立法者制定法律的适用范围。“国际礼让说”旨在为特定情境中的外国法律提供指导,并采取两种措施来实施。首先,应当尊重外国政府在数据监管方面的权利,并承认其对数据立法和政策的适用。除了遵守礼让原则,还应该采取自律措施,即适当限制本国的数据管辖权,以防止他国的数据监管权力受到不公平的影响^[11]。

3.1.1 承认外国法律政策

胡伯三原则供了可以适用外国法的例外情况。其原则的核心是国家制定的法律仅在国家主权范围内生效,适用对象为居住在其主权范围内的居民,既包括常住的也包括临时居住的。而其例外情况是:“只要这样做不会损害其他国家和其臣民的权利,从其他国家领土范围内获取的利益始终在各个国家有效”。这意味着在冲突法规则下保留了公共秩序的适用。在数据主权冲突中,为了维护公共秩序,国家应当在必要时承认“被遗忘权”在本国范围内的有效性,并尊重其他国家的法律,在行使法律域外效力时,要确保不损害其他国家的利益和公共政策,以确保双方的利益得到有效保护^[12]。

按照国家行为原则,所有的主权国家都必须尊重其他国家的自由和独立地位,并且不能干预和裁定任何其他国家在自己领土上的活动^[13]。根据2001年联合国国际法委员会通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》,其认为由国家机关行使的司法、行政或是立法职能都应被视为国际法中的国家行为,并且行使职能的机关既可以是中央机关也可以是地方机关,国家机关在国家组织中的地位如何在所不问。随着全球数字化的发展,一国的数据管控政策对应一种全球性责任。因此,一个国家实施的数据本地化措施必须得到全球各国的认可和支持^[14]。国家对违反数据管制政策的企业和个人采取的惩戒措施应被视为一种国家行为,但是在获取境内数据时,必须谨慎考虑是否符合控制者的标准。

3.1.2 限制本国法的适用范围

通过规范礼让可实现一国域外管辖权的限缩行使^[15]。在1909年美国最高法院判决的香蕉公司案(American Banana Co. v. United Fruit Company)中,霍姆斯法官强调,

如果不尊重当地法律的规定,而是对他国主权进行干涉,将会导致不公正的结果,违反礼让原则将影响公平正义。为了保护本国法律在境外的适用,首先必须明确管辖范围。一般来说,这个界限是基于国籍和领土关系,但是并不是所有情况都如此。如果行使管辖权是不合理的,国家的立法者应该采取一种自我约束的方式来限制它的行使。在确定数据管辖权时,应从多个角度出发,其中最重要的是数据的所在地^[16]。虽然数据本身是无形的,但它们的存在必须依赖于物理媒介,因此,一个国家通常会对其领土范围内物理媒介存储的数据拥有完全的控制权。行为发生地是管辖权的重要组成部分,它决定了国家对涉及该行为的数据的管辖权,管辖权的合理性与行为发生地息息相关。第三,数据使用者的国籍需要受到验证,而数据中包含了重要的个人信息,对于使用者来说非常宝贵。为了维护使用者的权益,政府应该严格控制执法部门使用数据的场景。国籍作为一种特殊的身份,可以让国家更好地掌握公民的国际活动,从而实现国家的境外管辖权。但是,在实施此种管辖权的过程中,必须充分考虑到国际上的法律规则,以确保国际秩序的稳定和公正。

3.2 司法礼让

司法礼让是指对外国法院的尊重和礼让,表现为对外国审判者和裁决的敬意,一般通过承认和限制等两种方式实现。

3.2.1 外国判决的承认与执行

司法礼让的一种典型形式是承认和执行判决。不同国家在实践中采取不同的方式来承认和执行外国法院的判决。例如,英国早期的怀特诉辛普森案(White v. Simpson)和加拿大的莫格德案(Morguard Investments Limited Credit Foncier Trust Company v. Douglas De Savoye)。以及美国一些州在成文法中采纳礼让原则,允许直接承认超出法案范围的裁决。

国际司法协助是其中的一种常见做法。但是,国际司法协助通常会耗费大量的时间,在此期间内,公民的数据可能已经完成了全球范围内的复制和移动,这可能会影响到裁决的执行。随着当今全球化的发展,数据的审查与处理变得越来越重要,因此,各国应当遵循礼让的原则,加强国际司法合作,共同努力,确保外国法院的裁定被充分接受与有效实施。

除了判决的承认和执行,域外调查取证也是司法礼让中的承认作用的体现。在2004年美国最高法院判决的英特尔诉超威半导体案(Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.)中,美国最高法院拒绝适用限制协助外国法院开示证据的规定,并强调了礼让考量对地区法院行使自由裁量权的重要性。英特尔案之后,美国法典第28编

第 1782 条规定,下级法院应当遵守礼让原则,以确保国际司法协助过程中的证据开示得到充分尊重。此外,如果有任何一项证据开示命令可能影响到外国法院的审理过程,法院有权拒绝其发布。在数据管辖权冲突中,服务器所在国应当遵循司法礼让原则,在保护本国司法利益的同时,尽量减少对外国的证据开示,以确保数据的安全性和有效性。

3.2.2 限制审理法院的作用

当事人有权要求法院采取必要的补救措施来弥补损失,而法院必须根据具体情况确定最佳的补救方案及其范围。

例如在 2000 年巴黎高等法院 (the Tribunal de grande instance of Paris) 审理的雅虎公司涉嫌拍卖亲纳粹物品案 (Licra and UEJF v. Yahoo! Inc.) 中,巴黎高等法院有权命令雅虎下架有关拍卖纳粹物品的信息,但需要决定该执行仅限于法国范围还是应在全球范围内执行。在国际礼让原则的指导下,法院应当自觉遵守,以确保不会损害其他国家的合法权益。在数据主权治理背景下,可以考虑以下三点:(1) 在服务商范围内实施执行:尽管服务商的地理位置可能会对执行范围产生一定的影响,但仍然可以通过全球性的网络平台,比如雅虎法国网站来下架涉及纳粹物品的链接;(2) 通过定位用户的方式限制执行:随着技术的发展,许多互联网公司已经可以利用先进的技术来精确定位用户的位置,并通过筛选特定地理位置的用户链接,有效地限制用户的行为和活动;(3) 发布全球禁令:虽然这种方式可能会引发国家之间的矛盾,但它也具备许多优势和不足。只有当数据持有者的意见和建议被充分考虑时,才能够获得最终成功,适用于各国法律都存在负面评价的情况。总而言之,在制定数据修复计划的范围和方式时,法庭应该遵守国际公平正义的准则,全面评估可能产生的利弊,以避免对他国的正当权益造成不良后果。

4 GDPR 数据管辖权冲突下的中国因应

随着全球数据立法的不断发展,包括中国在内的许多国家正在努力改善数据规则,以求更加灵活和有效地应对当前的挑战。当前,我国的法律体系尚未能完全融入国际礼让原则。在这种情况下,本文认为可以首先确定本国数据管辖的基本模式的同时划定数据管辖范围,并将国际礼让原则作为一项前置考量因素纳入立法和司法程序中。

4.1 补充他项数据管辖模式

我国跨境数据流动立法地域特征明显^[17],《个人信息保护法》第 3 条一定程度上拓展了对境外处理个人信息管辖的情况,但较为概括性的规定在具体域外适用过程中标准尚不明确。目前我国数据产业规模和数据产量持续提高,构建数据安全合规有序跨境流通机制,要求

国内外企业及组织依法依规开展数据跨境流动业务合作。我国应当转变以往的数据管辖理念,以党的领导和政府监管为前提,以数据安全为基础来拓展数据管辖范围。

我国可以适当借鉴 GDPR 下的设立机构标准为主,目的指向标准为辅的数据管辖模式,通过对我国数据管理模式进行补充和拓展打破我国数据流动立法的地域特性,以其更大程度保障我国数据权益,构建具有适用效力的域外数据治理范式。而规则设定的正当性则要求扩张的标准与其意图实现的目标实现相称性^[18]。在采纳标准时,还应该遵循礼让原则以避免不必要的冲突。为了更好地保护数据主权,我国应当采取法律措施,制定严格的标准和程序,以便在跨境数据流动中实现安全、有效的管理,更好地适应当今复杂的数据环境,实现数据控制与隐私保护的平衡。

4.2 对接国际数据联动治理

21 世纪以来,全球各国普遍认识到数据的重要性,开始着力建立自身在全球数据主导权方面的地位。欧盟以《通用数据保护条例》所规定的“长臂管辖”为依托,有效地在欧盟范围内推动了数据保护法律框架的建立。美国则通过亚太经合组织下的跨境隐私规则体系 (Cross-Border Privacy Rules, CBPR) 推广了其所谓的“美国模式”,旨在向世界各国传递行业自律的跨境数据规制价值观。该模式注重企业自主承诺和合规机制,并通过亚太经合组织成员国之间的互认机制来确保数据交流的顺畅和可信度。纵观我国目前在已签署的双边、多边协议中,对于跨境数据规制尚未给予充分的重视。虽然区域全面经济伙伴关系协定 (Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP) 对跨境数据规制表现出一定的重视程度^[19],它认识到数据跨境流动的重要性,并在协定中设立了相关规定,平衡了数据本地化和自主管理权之间的关系,然而,RCEP 也保留了各国内部监管制度的自主权,并强调了协商和合作的精神。可以说 RCEP 在跨境数据规制方面展现了一种灵活而合作的态度,以促进数字贸易和数据流动的自由化,同时尊重各国的主权和利益。

各国间的司法合作是跨境数据流动背景下的大势所趋。推动各国间的司法协作不仅仅可以顺应数据时代背景,更是各国基于主权行使司法管辖权的重要体现。我国在以后的跨境数据流动立法管辖和司法管辖实践中可以适当降低对于外国司法管辖判决或裁定的承认门槛,以主权独立完整为前提制定清晰的审查依据以规制外国司法管辖的域外效力,再在礼让原则和司法协作的基础上保障我国司法管辖的域外效力,建立起双边或者多边的司法协作和监督机制,提升跨境数据流动中司法管辖的公开以及公正性。

4.3 坚持礼让与互惠的相互协作

通过建立多边条约,可以有效地解决数据管辖权冲突问题,但这一过程需要各国之间进行深入的合作与交流,以确保双方利益得到充分考虑。此外,相关的条约制定仍需要相应周期来实践。互惠原则在立法和司法领域仍然是一种必要且重要的原则。在国际数据治理尚未形成明确规则的情况下,通过互惠原则可以在一定程度上实现数据主权的保护和权益的平衡^[20]。

在词义上,“礼让”和“互惠”有一定的相似之处,容易引起概念上的混淆。一些学者提出,在本质上,礼让与互惠具有共性,但与互惠相比,礼让更具有温暖的气息。持有不同的观点的学者认为,礼让应当作为一种互惠的基础,而不仅仅是一种形式上的交换,因此,只有当双方都接受并遵守外国法庭的裁决时,才能谈论互惠。本文认为,尽管在某种程度上存在共同之处,但礼让范围更广,涵盖了司法、规范、行政等多个领域,更强调对他人的友好和尊重,而互惠强调相互之间地位的对等和彼此回报。在解决国际数据主权冲突的过程中,双方可以通过在承认和执行外国法院判决之后,再来实现礼让和互惠的关系。

当前,为了解决国际数据管辖权冲突,双方应当遵循礼让和互惠的原则展开合作。特别是,尚未缔结司法协助条约或者缺乏互惠先例的国家,双方都不能单纯地拒绝接受或者执行彼此的裁决,而应当以尊重的态度来审视和评估双方的裁决,而非强加于人。在已经建立了互惠关系的国家,礼让分析可以作为帮助判断是否应该承认和执行对方法院的判决的补充。应当通过立法、司法解释以及典型案例等多种方式,明确礼让分析的标准,并将其与互惠原则相结合,以求达到最佳的效果。在评估是否应该接受和执行外国法院涉及数据的裁决时,应从多个角度进行考量。首先,应确保这些裁决不会损害我国的公共利益和公共秩序;其次,应评估是否与我国的数据政策相冲突。此外,应当评估在中国境内处置的必要性和紧迫性,并考虑该处置是否会影响在我国领土范围内合法的数据持有者和数据控制者的活动。

参考文献

- [1] 陈咏梅,伍聪聪. 欧盟《通用数据保护条例》域外适用条件之解构 [J]. 德国研究, 2022, 37 (2): 123-124.
- [2] ALAN D, MARCELO C. Device manufacturers as controllers-Expanding the concept of ‘controllership’ in the GDPR [J]. Computer Law & Security Review, 2022, 47: 105762.
- [3] SANDRA W, BRENT M, LUCIANO F. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection [J]. International Data Privacy Law, 2017, 7 (2): 76-99.
- [4] DOGE W. International comity in american law [J]. Columbia

Law Review, 2015 (8): 2071-2142.

- [5] 顾婷. 同等保护原则: 国际司法礼让的创新适用 [J]. 东方法学, 2018, 5 (2): 38-46.
- [6] PATRICK D J. The strategic advantage of conflict of Interest Laws [J]. Public Integrity, 2018 (20): 423-426.
- [7] SHI X. Official acts and beyond: towards an accurate interpretation of diplomatic immunity *ratione materiae* under the vienna convention on diplomatic relations [J]. Chinese Journal of International Law, 2019, 18 (3): 669-694.
- [8] ROSENSTOCK M. Is there a right to be forgotten in Canada’s Personal Information Protection and Electronic Documents Act? [J]. Canadian Journal of Law and Technology, 2016, 14 (1): 131.
- [9] SCHILLING V. Conflict transformation through prior consultation? Lessons from Peru [J]. Journal of Latin American Studies, 2015, 47 (4): 811-839.
- [10] FELIX W. Anti-suit injunctions and the doctrine of comity [J]. Journal of Private International Law, 2016, 79 (2): 314-354.
- [11] CHIMNI B. The international law of jurisdiction: a TWAIL perspective [J]. Leiden Journal of International Law, 2021, 35 (1): 29-54;
- [12] ESTREICHER S, LEE T. In defense of international comity [J]. Southern California Law Review, 2020, 93 (2): 169-216.
- [13] PATRICK D J. The strategic advantage of conflict of interest laws [J]. Public Integrity, 2018 (20): 423-426.
- [14] SUSANNAH H. Applying WTO and FTA disciplines to data localization measures [J]. World Trade Review, 2018, 18 (4): 579-607.
- [15] SPENCER W. Extraterritorial jurisdiction in theory and practice [J]. American Journal of International Law, 1997, 91 (3): 575-577.
- [16] NETTA AVNOON. Replace, absorb, serve: data scientists talk about their aspired jurisdiction [J]. Current Sociology, 2023, online.
- [17] 冉从敬, 陈贵容, 王欢. 美国跨境数据流动的管辖模式研究及对中国的启示 [J]. 图书情报知识, 2020 (6): 136-143.
- [18] 周智琦. 全球法律实践下数据域外管辖边界的成案研究: 扩张与限缩中的利益平衡 [J]. 国际经济法学刊, 2023 (4): 42-53.
- [19] HYUN L, DANBEE P, DONGHYUN P, et al. RCEP’s financial integration before and after the global financial crisis: an empirical analysis [J]. The Journal of International Trade & Economic Development, 2023, 32: 429-460.
- [20] 廖斌, 刘敏娟. 数据主权冲突下的跨境电子数据取证研究 [J]. 法学杂志, 2021, 42 (8): 147-161.

(收稿日期: 2023-10-27)

作者简介:

程千帆 (1998-), 男, 硕士研究生, 主要研究方向: 国际法。

版权声明

凡《网络安全与数据治理》录用的文章，如作者没有关于汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权等版权的特殊声明，即视作该文章署名作者同意将该文章的汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权授予本刊，本刊有权授权本刊合作数据库、合作媒体等合作伙伴使用。同时，本刊支付的稿酬已包含上述使用的费用，特此声明。

《网络安全与数据治理》编辑部

www.pcachina.com