

域外管辖规则下的代表制度:欧盟 GDPR 的实践与启示

刘业*

内容摘要:制定个人数据保护法的域外管辖规则已成为各国立法的共识,而代表制度作为域外管辖规则的制度衔接,专门解决未在境内设立实体的境外数据控制者或处理者的法律域外执行问题。欧盟 GDPR 在全球范围个人数据保护立法领域具有标杆地位,对其代表制度的研究可为中国提供有益经验借鉴。不容忽视的是,代表制度存在实践利用程度低、执法成本高、执法实效缺乏保障等实施困境。对此,可以探索通过培育代表的供需市场、适当增加代表的责任承担能力予以纾解。中国应当正确认识中欧代表制度的差异,在后续立法中明确代表制度的功能定位,细化代表的职责,通过多种路径共同保障个人信息保护法律域外执行的实效。

关键词:GDPR 域外管辖规则 代表制度 域外执行

引言

截至2023年3月,全球已有162个国家进行了个人信息保护立法,^①其中,许多国家均直接或间接参照欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)第3条设计其域外管辖规则。^②GDPR第3条第1款规定,只要数据控制者或处理者的实体在欧盟境内,无论其数据处理行为位于欧盟境内还是境外,均落入GDPR的适用范围;第3条第2款规定,若欧盟境内无实体,欧盟境外的数据控制者或处理者向欧盟境内居民提供产品或服务,或者监控欧盟境内数据主体的行为,

* 厦门大学法学院博士研究生,厦门大学法学院网络空间国际法研究中心研究助理。

本文系国家社科基金项目“网络强国战略下数据资源的国际法规制研究”(18CFX087)、福建省社科基金省法学会专项课题“私人主体参与数据治理的法律障碍及制度供给研究”(FJ2021TWFB05)的阶段性成果。

① See Graham Greenleaf, *Global Data Privacy Laws 2023: 162 National Laws and 20 Bills, 181 Privacy Laws and Business International Report 2-4* (2023).

② 据国际著名律所贝克·麦坚时(Baker McKenzie)的不完全统计,除欧盟27个成员国外,英国、美国、中国、韩国、冰岛、挪威、泰国、沙特阿拉伯、智利、俄罗斯、乌拉圭等11国效仿了欧盟GDPR所设计的控制者所在地标准与数据主体所在地标准。See Baker McKenzie, *Global Data Privacy & Security Handbook*, <https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/data-privacy-security/comparison?n=Global+Data+Privacy+%26+Security+Handbook>, visited on 26 March 2023.

亦应适用 GDPR。

域外管辖规则^①面临最大的挑战是如何确保境内^②立法有效适用于境外实体(establishment)。GDPR 第 3 条第 1 款的管辖对象是位于境内的数据控制者或处理者,基于属地管辖的优势,欧盟能够有效地将 GDPR 直接适用于该对象。但 GDPR 第 3 条第 2 款的管辖对象位于境外且在境内无实体,此时,欧盟何以保障 GDPR 有效适用于境外实体?有学者批评该条款存在先天不足,数据保护机构一旦发现境外数据控制者或处理者的数据处理行为不符合 GDPR 的规定,往往会因“鞭长莫及”而无法真正有效实施调查、警告、行政罚款等执法工作。^③国际法上,域外执法管辖在立法、司法和执法三种管辖类别中最具侵略性,除非基于第三国同意或国际公约明确规定,一国不得在其领土之外行使执法权。^④若境外数据控制者或处理者违反 GDPR 的规定,而数据保护执法效力无法触及境外,法律的权威将会受到挑战,个人数据也无法得到法律保障。

在互联网的技术场景中,GDPR 第 3 条第 2 款的适用可能更为频繁,境外数据控制者或处理者通常选择通过网站接口的方式,向欧盟境内居民提供数据产品或服务。兹举一例予以分析,加拿大一组织通过 Locatiefamily.com 网站向欧盟境内居民提供寻找熟人服务,任何人均可在网站提供个人的姓名、地址、居住地、电话号码,供他人检索。^⑤荷兰数据保护机构在受理该网站涉嫌违法处理欧盟境内居民个人数据的投诉后,面临两大执法难题:第一,在缺乏运营主体身份信息时,如何确定该网站的实际运营者并建立沟通机制以将 GDPR 适用于该组织;第二,在执法管辖权的行使严格限于境内的情况下,如何对境外数据控制者或处理者实施有效执法。因此,如何使他国的数据控制者或处理者遵守欧盟 GDPR 的规定,并解决域外执法的困境,成为欧盟立法者不得不考虑的问题。

GDPR 第 27 条所设计的代表制度成为解决这类问题的一剂良药。代表制度的主要内容是,境外数据控制者或处理者在符合 GDPR 第 3 条第 2 款规定的情形时,应当在欧盟成员国内以书面形式委派一名代表,代为开展与数据处理活动相关的各项事务,并作为沟通数据保护机构、数据主体与境外数据控制者或处理者的联系点。

① “域外管辖规则”是域外管辖的立法层面,下文使用“域外管辖”主要关注执法层面的域外管辖。

② 如无特别说明,下文“境内”“境外”皆指欧盟境内、欧盟境外。

③ 参见俞胜杰、林燕萍:《〈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》,《重庆社会科学》2020 年第 6 期,第 71 页。

④ 参见邵悱:《论域外数据执法管辖权的单方扩张》,《社会科学》2020 年第 10 期,第 120 页。

⑤ 在该案中,由于运营 Locatiefamily.com 网站的组织向欧盟境内的个人提供服务却未委派欧盟代表,荷兰数据保护机构对加拿大境内的数据控制者处以 525000 欧元罚款。执法文书可参见 https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20210512_boetebesluit_ap_locatiefamily.pdf,2023 年 6 月 13 日访问。

代表制度是个人信息保护域外管辖规则的制度衔接,属于个人信息保护领域的一项特殊制度。中国《个人信息保护法》第 53 条同样作出类似规定。代表制度是个人信息保护域外管辖规则落实的重要制度衔接,个人信息保护的域外管辖是数字时代中国涉外法治建设的重要一环,因此,研究和剖析欧盟的代表制度对中国个人信息保护领域的涉外法治建设具有重要意义。

一、GDPR 代表制度的生成缘由

代表制度最早可追溯至 1995 年欧盟《数据保护指令》(Data Protection Directive),并被 GDPR 所承继和发展。生成代表制度的现实背景是数据跨境流动导致欧盟境内数据主体的个人数据权利和自由日益面临境外侵害的风险与威胁。作为 GDPR 第 3 条第 2 款的重要实施规则,代表制度旨在确保境内数据控制者或处理者与境外数据控制者或处理者的联络,以便数据保护机构通过代表对境外数据控制者或处理者开展监督和执法程序,增强 GDPR 对境外数据控制者或处理者的有效适用。具体而言,代表制度的生成缘由可作如下阐释:

第一,应对数据跨境流动外部风险的必然要求。为应对数据传输至境外处理所面临的外部风险,欧盟 GDPR 设置了以第 3 条为基础的两套抵御外部风险的规则体系:一套是以第 5 章为核心的数据跨境转移规则体系;一套是以除第 5 章之外 GDPR 其他规则为主的本土规则体系。当数据跨境传输行为构成跨境“转移”(transfer),即境内数据控制者或处理者(数据出口方)将数据转移至境外不同的数据控制者或处理者(数据进口方),且数据出口方落入第 3 条管辖范围时,则适用数据跨境转移规则体系,^①包括充分性认定、采取适当的保障措施(标准合同条款、可约束性公司规则、行为准则等)以及克减情形等法律工具箱。但根据欧盟数据保护委员会(European Data Protection Board,EDPB)的定义,第 3 条第 2 款情形中境外数据控制者或处理者直接针对境内数据主体提供产品或服务,或者监控境内行为的,由于境内数据主体不属于数据控制者或处理者,因此这种事实上的数据跨境传输行为不构成“转移”。缺乏数据跨境流动规则体系的事前合规审查的前置性保护,第 3 条第 2 款情形中境外的数据控制者或处理者的数据处理行为无法得到有效的规制保障。为弥补

^① 根据欧盟数据保护委员会《关于 GDPR 第 3 条与第 5 章规则适用关系的指南》对跨境转移的定义,构成跨境转移须满足三个条件:第一,数据控制者或处理者(数据出口方)的数据处理行为属于 GDPR 第 3 条的情形;第二,数据出口方通过转移或其他方式将数据披露给数据进口方;第三,进口方位于第三国或国际组织,而不论进口方是否落入 GDPR 第 3 条。See European Data Protection Board, Guidelines 05/2021 on the Interplay between the Application of Article 3 and the Provisions on International Transfers as per Chapter V of the GDPR, https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf, visited on 17 May 2023.

这一缺漏,代表制度作为第3条第2款的制度性衔接而得以创建,从而确保 GDPR 对境外数据控制者或处理者的有效适用。

第二,保障 GDPR 实体规则得到域外遵守的必要路径。为了保证 GDPR 第3章与第4章实体性权利和义务规则得到实现和履行, GDPR 通过第37条、第38条和第39条创设了数据保护官制度。数据保护官制度要求符合特定情形的数据控制者或处理者,应当在组织内部设置一名具有数据保护专业能力的数据保护官,专门且独立地负责指导组织内部数据处理的合规和风险防范。^①此种数据保护官的设置,似可解读为公权力机构将其数据保护职责部分下沉于企业内部,是一种事前干预的风险防范制度,目的在于从源头管控数据违法行为的发生。^②但问题在于,数据保护官属于数据控制者或处理者内部的自我约束,而当数据控制者或处理者位于欧盟境外,如何保证境外的数据保护官切实履行职责,及时回应境内数据主体的诉求并协助境内数据保护机构的调查和执法?对此, GDPR 设置了代表制度,以应对数据控制者或处理者位于境外的场景,将其作为域内与域外沟通的联系点和执法效力传导至境外实体的通道。同时,代表与数据保护官的职责互不冲突,各司其职,代表制度不实质性干涉或影响数据控制者或处理者的数据处理行为。^③

第三,纾解数据保护机构域外执法困境的必要机制。GDPR 第6章和第7章分别就数据保护机构制度和一站式执法机制进行规定,奠定了在 EDPB 指导和协调下,各成员国数据保护机构通过一站式执法机制在欧盟境内开展协同执法的基本格局。欧盟各成员国通过设置一个或多个数据保护机构,专门负责 GDPR 在欧盟境内的执法实施。对于成员国数据保护机构之间针对同一事项存在多个管辖权积极冲突的案件,也可以通过一站式执法机制,选定一个牵头的的数据保护机构,以其为中心协调和配合解决成员国之间的执法问题。但对于执法对象位于欧盟境外的情形,由于境内的数据保护机构无法直接至境外执法,这种欧盟内部的执法机制便无从发力。有鉴于此,设置代表制度可以为数据保护机构的域外执法提供一个执法的着力点。数据保护机构可通过境外数据控制者或处理者在境内的代表,对其进行监督、执法调查和处罚。

① 数据保护官虽然由数据控制者或处理者委任,亦属于组织内部职员,但因其类似公权力监管的角色而具有相对的独立性。根据 GDPR 第38条的规定,一方面,数据控制者或处理者必须确保数据保护官有机会介入各项数据处理活动,同时有义务提供数据保护官行使其职责的必要资源;另一方面,必须确保数据保护官履行职责时不受他人意志影响,且不能因其履行职责而被解雇。通过这两层规则的设置,保障数据保护官执行其任务和职责时保持一定程度的自主权和独立性,不受数据控制者或处理者意志的影响。

② See Stuart Anderson, Article 27, the “Unknown GDPR Obligation”, 3 International Journal for the Data Protection Officer, Privacy Officer and Privacy Counsel 14 (2019).

③ See Christopher Kunner, *et al.* (eds.), The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary 596 (Oxford University Press 2020).

二、GDPR 代表制度的功能设计与代表职责

代表制度具有私法与公法的双重功能。一方面,由于代表与数据控制者或处理者之间为民事委托关系,代表作为委托人意志的具体执行者,按照要求完成委托方委派的各项任务,此为私法功能。另一方面,欧盟通过 GDPR 为代表设置一系列的法定职责和义务,以保障代表充分发挥其作为域外管辖联系点的功能,此为公法功能。鉴于代表制度的私法功能主要基于当事双方意思自治发挥作用,属于传统民商事法律关系调整范畴,本文主要聚焦于其公法功能,就实现公法功能的代表法定职责和义务展开论述。

(一)代表制度的联系点功能

当境外数据控制者或处理者委任一名代表时,必须保证境内数据保护机构和数据主体知情,且能够通过代表建立起三方之间的联系,此即代表制度联系点功能的制度基础。根据个人数据保护的透明度原则,^①当数据控制者从数据主体直接收集数据,或从第三方主体间接收集数据时,应当向数据主体提供其代表的身份与详细联系方式。^②这种信息也应当易于被数据保护机构取得。

为了发挥境外数据控制者或处理者在境内设置的联系点功能,代表制度承担着传达境内数据主体的权利诉求、数据保护机构调查与执法的要求。换言之,代表制度是境内数据主体实现 GDPR 所赋予的应然权利向实然权利转化的关键环节,也是数据保护机构的监督和执法有效作用于境外数据控制者或处理者的重要制度保障。

与《数据保护指令》第 10 条和第 11 条将数据控制者的透明度义务同时施加给代表的规定不同,GDPR 第 13 条和第 14 条解除了代表向数据主体提供有关个人数据处理相关信息的义务,让代表作为侧重回应型的角色,负责接收境内主体的各类请求并传达至境外数据控制者或处理者,最终将境外数据控制者或处理者的回应反馈至境内主体。

(二)联系点功能设计下的代表职责

1. 保存数据处理记录并配合监管执法

作为沟通境内外各方主体的联系点,代表的重要职责之一是保存境外数据控制者或处理者的数据处理记录,协助数据保护机构调查执法。

^① GDPR 第 5 条第 1 款规定:对涉及数据主体的个人数据,应当以合法、合理和透明的方式进行处理。GDPR 序言第 39 段对透明度原则的解释是,关于数据主体个人数据的处理活动,包括收集、使用、查询或以其他方式的处理等,均应当以透明的方式告知相关自然人。数据主体拥有知晓其数据正在或将要被如何处理的权利,数据控制者或处理者应以一种简单易懂的方式提供这些信息。

^② 参见 GDPR 第 13、14 条。

通过留存数据处理记录,代表可协助数据保护机构监督境外数据控制者或处理者履行数据保护责任。根据数据保护的责任原则,数据控制者或处理者在考虑数据处理的性质、范围、情境、目的,以及可能给数据主体的权利和自由所带来的不同概率或程度的风险后,应当采取恰当的技术和组织措施,保证或证明数据处理符合 GDPR 的规定,必要时这些措施应当接受审查。^①为此,数据控制者或处理者记录其数据处理活动,作为证明其恰当履行责任原则的重要证据供数据保护机构核查。^②对于境外数据控制者或处理者,数据保护机构的跨境调查和执法困难重重,但通过代表制度将境外数据处理记录同步至境内的代表,可有效缓解这一问题。

境外数据控制者或处理者必须即时向境内代表提供所有精确的、最新的数据处理记录,以便代表随时留存和取用。保留数据控制者或处理者处理行为的记录,是 GDPR 施加给代表的一项法定义务。尽管代表有保存记录的义务,但负责记录内容更新的是数据控制者或处理者,他们必须向其代表提供有关此类记录的所有准确的、更新的信息。而代表必须促进数据保护机构与境外数据控制者或处理者之间的任何信息或程序交流。^③数据保护机构具有随时调取代表保存的数据处理记录的权力。^④代表留存数据处理记录的方式可以是电子方式等在内的书面形式。那么,这种电子化的书面记录,是否属于数据本地化的另一种表现形式?答案可能是否定的,因为数据处理记录不同于数据主体的个人数据,它是对个人数据及其处理活动的一种描述和记录,如数据控制者或处理者、代表、数据保护官的姓名和联系方式,数据主体类型以及个人数据类型的描述,数据的接收者名称,数据转移至第三国或国际组织的记录,以及适当保障措施的记录等。

2. 回应数据主体的权利请求

作为沟通境内外各方主体的联系点,代表的另一个重要职责是回应境内数据主体的权利请求。在跨境网络产品或服务提供以及跨境监控行为的情境中,鉴于境内外数据跨境传输的复杂性和网络监管的差异性等因素,境内数据主体与境外数据控制者或处理者的沟通通常存在更大的不确定性和困难,难以及时有效地行使 GDPR 赋予的权利。但通过联系境内代表,可有效解决这一问题。

数据主体有权就境外数据控制者或处理者处理其个人数据的所有相关问题向代表表达权利请求,以敦促境外数据控制者或处理者履行 GDPR 规定的义务。^⑤这

^① 参见 GDPR 第 24 条。

^② 参见 GDPR 第 30 条。

^③ See European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Version 2.1, 12 November 2019), https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf, visited on 26 March 2023.

^④ 参见 GDPR 第 30、31 条。

^⑤ 参见 GDPR 第 27 条第 4 款。

项规定意味着,代表必须回应数据主体行使根据 GDPR 所赋予的访问权、更正权、删除权、限制处理权、知情权、可携带权、反对权等权利。^①但这种回应,并非完全由代表直接处理。当数据主体的诉求表现为知情权,即询问个人数据的处理情况、存储期限、存储地点等信息时,代表可根据留存的数据处理记录,予以及时回应和解答。但当数据主体的诉求涉及个人数据的访问、更改、删除、限制处理、转移等针对个人数据的具体操作时,代表主要负责将其诉求迅速传达至境外数据控制者或处理者,并反馈数据控制者或处理者的处理结果。代表本身并未掌控原始的个人数据,不能也不应直接处理涉及原始个人数据处理的诉求,仅须保障数据主体与所代表的数据控制者或处理者之间的通信畅通。

代表职责的良好履行,离不开设置代表责任的外在监督机制。反观 GDPR 对代表制度的设计,仅明确规定了代表的义务和职责,而并未规定代表未能履职或履职不足的责任惩罚机制。在 GDPR 的责任专章,代表的责任主体资格未被规定或承认,这无疑是 GDPR 代表制度设计的一个结构性缺陷。

三、GDPR 代表制度的适用条件

根据 GDPR 第 27 条第 1 款可知,代表制度是 GDPR 第 3 条第 2 款的制度衔接,只有在属于 GDPR 第 3 条第 2 款的情形下,才需要设立代表。结合 GDPR 第 27 条和第 3 条的规定可以推断,境外数据控制者或处理者需要同时存在以下三种情形时才负有在欧盟境内委派代表的义务:其一,在欧盟境内并无经营实体;其二,针对欧盟境内数据主体为特定数据处理行为;其三,不属于豁免情形。

(一)实体的界定标准

由于 GDPR 第 3 条第 2 款的适用情形是境外数据控制者或处理者在境内无经营实体,因此,代表制度适用的首要条件是境内无经营实体。欧盟界定“实体”(establishment),并不是指按照特定法律规则设立固定形式的组织机构,而是采取一种实质性标准的界定进路。是否设立分支机构或者具有法人资格的子公司等均非判断“实体”的决定性因素,“实体”是指一种“稳定的安排”(stable arrangements),通过这种“稳定的安排”实施的数据处理活动,即可落入 GDPR 的规制范畴。

诚然,分支机构或子公司等常见的组织机构属于“稳定的安排”,但 GDPR 所指涉“实体”的内涵和外延更为宽泛。任何形式的组织,只要通过稳定的安排进行哪怕规模最小的数据处理活动,均可被认定为“实体”。此种解释契合提供网络服务的企业轻资产和组织灵活的经营特点,具有更大的包容性和灵活性。在某些情况下,如

^① See Christopher Kunner, *et al.* (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* 596 (Oxford University Press 2020).

果欧盟境外实体的一名雇员或代理人的行为具有足够的稳定性,那么该雇员或代理人在欧盟中的存在就足以构成一项稳定的安排(就第3条第1款而言,相当于“实体”)。“稳定的安排”的认定,必须根据经济活动和服务行为的特殊性,考虑其经济活动安排的稳定性和在该成员国有效开展活动的程度。^①仅根据欧盟境外实体运营的网站可以在欧盟境内访问这一事实,难以推断其在欧盟境内存在经营实体的结论。^②再如,一家总部位于美国的汽车制造公司在布鲁塞尔设有一个办事处,负责监督其在欧洲的所有业务,包括营销和广告。根据汽车制造公司所开展的经济活动的性质,该办事处开展真正有效的商业活动,可以构成“稳定的安排”。

欧盟采取实质性界定标准,一方面,可根据自身政策需求灵活扩张 GDPR 的适用范围;另一方面,客观上赋予了欧盟数据保护机构在个案中判断“实体”的自由裁量权,增加了法律适用的复杂性和不确定性。

(二)特定数据处理行为的识别要素

GDPR 规定,在欧盟境内无经营实体的境外数据控制者或处理者,必须针对欧盟境内数据主体并出于特定目的而为数据处理。特定数据处理行为的识别要素,具体而言:

其一,是否具有针对欧盟境内数据主体的主观意图。根据 GDPR 第3条第2款的规定,GDPR 的适用以境外数据控制者或处理者针对境内数据主体为必要条件。这一条件包括两个要件:数据主体为境内数据主体与针对境内数据主体的主观意图。第一,境内数据主体这一要件,与数据主体的国籍或者合法居留身份等法律上的属人因素无关,而仅以其是否位于欧盟境内这一物理标准来框定受保护的数据主体。换言之,即使外国公民暂时存在或居住于欧盟境内,也可能触发 GDPR 的适用。^③第二,主观意图的要件要求,境外数据控制者或处理者须具备针对境内数据主体而为数据处理活动的行为动机。如果数据控制者或处理者提供数据服务的对象原本并非针对欧盟境内的数据主体,由于欠缺主观故意要件,即便境外的数据主体偶然进入欧盟境内,亦不受 GDPR 约束。例如,留学欧盟成员国的中国留学生若继续使用微信、微博等主要针对中国境内数据主体的软件服务,虽然这一数据处理具有数据主体位于欧盟境内的事实要件,但数据控制者或处理者缺乏针对欧盟境内个人的主观故意,因此该数据处理行为不适用 GDPR。

^① See European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Version 2.1, 12 November 2019), https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf, visited on 26 March 2023.

^② See Court of Justice of European Union, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sarl, 28 July 2016, para.76.

^③ See Christopher Kunner, *et al.* (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* 88 (Oxford University Press 2020).

其二,是否出于法律明确规定的数据处理目的。GDPR 第 3 条第 2 款列举了两类情形:一类是向境内数据主体提供产品或服务;一类是监控境内数据主体的行为。这两类情形属于主观目的层面,只需具备实施这两类行为的主观意图即可,不以行为既遂为必要条件。^①然主观意图的判断,需要综合各种外在的客观因素。例如,如果数据控制者或处理者在网站中至少提及欧盟一个成员国,或者为使境内消费者更容易访问而向搜索引擎运营商支付互联网检索服务费用,或者针对欧盟境内数据主体发起营销或广告活动,均可以作为推断其具有提供产品或服务意图的重要事实证据。在判断监控行为的意图时,可通过以下客观事实判断,如存在用于营销目的的地理定位活动,使用 Cookies 技术或其他技术进行在线跟踪,提供在线个性化饮食和健康分析服务,根据用户画像进行市场调查和其他行为研究、监视或定期报告个人健康状况等。

可以看出,欧盟对特定数据处理行为的识别侧重于对境外数据控制者或处理者主观心理的评估。但对主观层面的行为对象、行为目的之判断,须借助客观事实标准。客观事实标准的范围具有开放性和动态性,因实践发展而更新,但统摄在固定的主观心理意图之下。此种立法设计有效缓解了法律稳定性与实践发展性之间的张力。

(三)豁免情形

当同时符合上述两个条件时,原则上数据控制者或处理者有义务在欧盟境内设置代表,但 GDPR 同时规定了两类豁免此类义务的情形。^②

其一,数据跨境传输风险较低的场景。GDPR 采取“基于风险”的规制路径,根据风险大小设计宽严相济的规则。^③因此,在代表的设置上,对于风险较低的场景可免于设置代表。这种场景须具备三项条件:第一,相关数据处理活动是偶然的(occasional)。对于偶然的认定,又须具备两个要素:数据处理活动是不定期的、非常态化的;数据处理活动发生在数据控制者或处理者常规业务或活动范围之外。第二,所处理的数据不包括大规模的特殊类别个人数据或与刑事犯罪有关的数据。^④对于大规模数据处理的认定,须考量数据主体的数量、数据体量或不同数据项的跨度、数据处理的持续时间以及数据处理覆盖的地域范围等。第三,对数据主体的权利和自由造成风险的可能性小。这一条件属于兜底性要件,这意味着数据控制者或处理者在

^① See Paul de Hert & Michal Czerniawski, Expanding the European Data Protection Scope beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in Its Wider Context, 6 International Data Privacy Law 238 (2016).

^② 参见 GDPR 第 27 条第 2 款。

^③ 参见洪延青:《解锁 GDPR 的正确姿势:风险路径》,《中国信息安全》2018 年第 7 期,第 38-40 页。

^④ 参见 GDPR 第 9、10 条。

开展数据处理之前,需要从数据处理的性质、情境、范围以及目的开展事前风险评估。但 EDPB 解释该情形时,似乎偏离了“基于风险”的规制理念,而导向“基于权利”的规制。其认为,在任何情况下,如果处理可能会对自然人的权利和自由带来风险,境外的数据控制者或处理者必须指定一名代表,即使这种风险水平被认为较低。^①此种解读似对风险持零容忍的立场,与 GDPR 的立场相背离。

其二,境外数据控制者或处理者属于公共机构或主体(public authority or body)的场景。欧盟将公共机构或主体的数据处理行为纳入义务豁免情形,理论基础可能在于国际法上的主权豁免原则。主权国家的公权力机构行使国家主权范围内的职能而收集境外相关数据主体的个人数据,作为平等主体的他国基于平等者之间无管辖权的原则,^②不能强制要求另一国公共机构或主体在境内委派代表。GDPR 并未定义何为公共机构或主体,而是放权于各成员国。一个实体是否具有“公共机构或实体”的资格将取决于成员国数据保护机构的个案评估。^③公共机构或主体可包括全国性和地区性的机关,或者受公法统摄的其他行使公权力的主体。例如,第三国税务机关为计算数据主体的全球纳税义务而监控欧盟内数据主体的行为,或第三国公共卫生机构监控欧盟内的数据主体行为,以便在发生大流行(或其他公共卫生紧急情况)时进行跟踪和追踪。

代表设置义务的豁免规定,体现出欧盟立法上的自我克制与利益平衡。但这种立法对风险规制理念与主权豁免原则的遵循,在成员国数据保护机构具体贯彻时存在偏离风险。关于低风险程度的划定以及“公共机构和主体”等关键概念的解释,成员国数据保护机构均具有一定的自由裁量空间,这也为其政策风向转变腾挪出法律操作空间。

四、代表制度的实践困境与纾解之策

观察欧盟各成员国数据保护机构的执法和司法实践以及市场上代表服务行业的出现等现象,可以发现,欧盟 GDPR 的代表制度已经产生一定程度的实践影响。随着欧盟执法力度的增强,加之其数据保护法全球扩散的布鲁塞尔效应,^④代表制度

^① See European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Version 2.1, 12 November 2019), https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf, visited on 26 March 2023.

^② 参见[英]詹宁斯·瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第一分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第277页。

^③ See European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Version 2.1, 12 November 2019), https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf, visited on 26 March 2023.

^④ See Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* 27-29 (Oxford University Press 2020).

的实践会进一步推进。但不容忽视的是,代表制度从纸面走向实践的过程中,亦存在亟须克服的实践困境。

(一)代表制度的实践困境

代表制度对促进 GDPR 的域外执行具有积极作用,但也存在不容忽视的实践难题,具体表现为:代表制度的实践利用程度较低,数据保护机构的执法成本过高且执法效果无法得到保障;在设置代表的情形下,代表应履行什么职责、承担何种责任并不明确,且当境外数据控制者或处理者违法处理数据时是否可直接要求其境内代表代为担责等。

1.代表制度的实践利用程度较低

代表制度对促进一国数据保护法的域外执行以及保护流至境外的个人数据,具有重要作用。但实践中,这一制度可能并未得到足够重视和遵守,大致原因如下:

第一,互联网提供服务的全球性与企业有限的合规能力存在冲突。互联网的技术条件使服务的全球提供成本大大降低,但互联网服务提供者(尤其是中小企业)的数据合规建设滞后于服务全球拓展的速度。^①由此,数据保护领域更为细致和专业的代表制度很可能无从得到落实。

第二,无境内经营实体的境外企业出于降低成本与逃避域外制裁侥幸心理的考量,设置代表的合规意愿不足。^②专门提供互联网服务的企业,按规模可大致分为大型互联网巨头企业和中小型科技企业。前者如 Facebook、Twitter、Google、Tiktok 等,这类企业由于业务规模巨大且经济实力雄厚,往往会在境外重要市场设置分支机构等经营实体,以保障其法律合规与长期稳定经营。而后者所涵盖的互联网企业,由于互联网信息服务的提供对企业经济实力的门槛要求较低,一般不需要具备雄厚的经济实力即可借助互联网提供全球信息服务。故无境内经营实体的企业,一般以中小企业为主。这类企业更容易控制不必要的合规成本,在境外无实体财产且执法管辖权之公法禁忌的“保障”下,不设置代表成为这类企业的“短期理性选择”。

第三,欧盟数据保护机构的执法成本高,难以保障执法实效。^③若违反法律应设代表而未设置代表,欧盟数据保护机构在执法时必须事先确定执法对象。缺少代表的沟通桥梁作用,难以快速锁定执法对象。在虚拟网络空间中,确定执法对象身份

^① See Paul de Hert & Michal Czerwiński, Expanding the European Data Protection Scope beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in Its Wider Context, 6 International Data Privacy Law 243 (2016).

^② See Christopher Kunner, Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 20/2021, April 2021, p.33.

^③ See Giulia Gentile & Orla Lynskey, Deficient by Design?, the Transnational Enforcement of the GDPR, 71 International and Comparative Law Quarterly 799 (2022).

及其所处国家,无疑会增加执法的技术难度和执法的时间和资源成本。而根据欧盟委员会 2020 年关于 GDPR 实施情况的评估报告,各国数据保护机构并没有足够的人员配置和经费预算,以保证其独立、高效履行 GDPR 赋予的职责。^①因此,在代表制度的执法问题上,其可调配的执法资源或更为捉襟见肘。

兹举例分析。承接引言案例所述,由于无法通过网站公布的信息得知网站运营者的物理地址,荷兰数据保护机构在受理投诉后只能通过网站提供的电子邮件与运营者初步沟通。两次沟通未果后,荷兰数据保护机构根据 GDPR 第 61 条向欧盟其他成员国发起互助请求,确认其他成员国数据保护机构是否收到类似投诉,以及成员国内是否存在该网站的实体机构或代表。得知其他成员国也存在类似投诉,并且无该网站的机构或代表之后,荷兰数据保护机构于 2018 年 12 月就该网站涉嫌违反 GDPR 第 27 条展开执法调查。2019 年 3 月,荷兰数据保护机构通过技术调查,将网站的所在地锁定在加拿大。同年 6 月,荷兰数据保护机构通过 EDPB 与加拿大进行执法合作,要求加拿大隐私专员办公室提供该网站运营者的信息。但直到处罚决定作出之时,加拿大也未能及时提供网站运营者的相关信息。最终,荷兰数据保护机构作出处罚决定,责令其在 12 周内对违法行为进行补救,否则将处以每两周 12 万欧元的罚款。在处罚对象的身份信息尚不明确且位于欧盟境外的情形下,荷兰数据保护机构的执法效力能否切实影响网站运营者,存在较大质疑。若网站运营者选择无视这一执法决定,这一行为会导致荷兰乃至整个欧盟数据保护执法机制的威信受到严重减损。

卢森堡数据保护机构或许正是出于这样一种顾虑,拒绝受理境外数据控制者或处理者在欧盟境内无代表这类情形的投诉。例如,一个名为 Rocketreach 的组织因售卖针对欧盟数据主体个人数据的访问权限且无任何法律依据,涉嫌违反 GDPR,但由于该境外组织并未在欧盟境内委派代表,卢森堡数据保护机构拒绝受理该案,因为其断定展开对该案的调查可能毫无意义,^②这其中重要的考量可能在于数据保护机构无法确保境外的 Rocketreach 组织尊重调查结果并切实有效地承担违法责任。

2. 代表责任承担影响域外执行实效

代表制度的联系点功能依赖于代表职责的履行。代表若未能履行 GDPR 赋予的法定职责,如拒绝配合数据保护机构的执法活动,或未及时传达或回应数据主体

^① See European Commission, Data Protection as a Pillar of Citizens' Empowerment and the EU's Approach to the Digital Transition - Two Years of Application of the General Data Protection Regulation, https://commission.europa.eu/publications/communication-commission-european-parliament-and-council-two-years-application-general-data_en, visited on 10 April 2023.

^② See the Commission Nationale pour la Protection des Données (CNPD), https://gdprhub.eu/index.php?title=CNPD_-_3018, visited on 26 March 2023.

的诉求等,应该承担何种责任? GDPR第8章“救济、责任与惩罚”中并未明确将代表作为独立的责任主体。换言之,在GDPR的责任承担规则中,代表并不具备责任主体资格,其行为责任可能直接由其委托人代为承担。代表的行为责任若转嫁于境外数据控制者或处理者,由于执法管辖权无法直接跨境行使,也就意味着代表违反法定职责的行为无法受到监督和制裁。缺乏制裁保障的职责设计,最终会导致其履行可能只能寄托于立法者的理想。对此,EDPB在关于GDPR的适用指南中通过解释意图填补这一责任条款的空白。其补充道,根据GDPR,代表不对其代表的的数据控制者或处理者的侵权行为负责,仅对GDPR第30条和第58条第1款中直接向代表提出的义务负责。^①

但另一方面,对于境外数据控制者或处理者违反GDPR所应承担的责任,代表是否应代为承担,也存在争议。据第29条工作组(EDPB的前身)早年所述,争议的来源是GDPR序言第80条。该条认为,若域外企业不配合执法,可由境外数据控制者或处理者委派的代表接受强制执行程序。但在GDPR的正文条款中并未明确代表可代为承担违法责任,且这一做法属于有意为之。GDPR在起草阶段也曾尝试在第78条给代表施加这一责任,但在最后通过的版本中删除了相关表述。^②

EDPB在2018年《关于GDPR适用范围的第3/2018号指南(征求意见稿)》中秉持GDPR序言立场,明确设置代表的目的在于使执法者能像对域外企业执法一样,直接对代表进行执法。但在2019年公布的正式版本中,EDPB转变了立场。由于代表是作为欧盟境外未设立实体的数据控制者或处理者的联系点,并促进针对此类数据控制者或处理者的强制执行,因此,GDPR的意图是使数据保护机构可以通过代表启动强制执行程序。实践中,这意味着数据保护机构可以对境外数据控制者或处理者的境内代表传达实施纠正措施或行政罚款的执法意图,但并不会直接给代表施加此类措施或罚款的责任。代表仅作为数据保护机构与其所代表的的数据控制者或处理者之间的联络人。

在Sanso Rondon v. LexisNexis案^③中,英国皇家高等法院通过对GDPR、EDPB指南、英国2018年《数据保护法》等法律文件进行细致分析后得出结论,支持了代表并不代为承担责任的立场。其核心依据是,若GDPR意图设置代表的代为担责

^① See European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Version 2.1, 12 November 2019), https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf, visited on 26 March 2023.

^② See Christopher Kunner, *et al.* (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* 597 (Oxford University Press 2020).

^③ 在该案中,意大利人Sanso Rondon认为美国公司World Compliance Inc未经本人同意处理其个人数据,并生成人物画像,违反了GDPR的相关规则。Sanso Rondon主张,该美国公司在英国委派的代表LexisNexis公司,应当对美国公司违法处理数据的行为承担责任。See *Sanso Rondon v. LexisNexis*, [2021] EWHC 1427 (QB), Case No.QB-2020-002788.

制度,必然通过正文条款予以清晰规定,仅依据序言第 80 条这一段无法律约束力的表述,难以支撑起一套推测出来的代为担责制度。^①代表构筑起数据控制者或处理者、数据保护机构和数据主体之间的三方沟通关系,为数据主体提供透明度和可接触性服务,为数据保护机构提供监管合作,同时也作为境外数据控制者或处理者面向境内市场的展示窗口。^②法院认为,保障域外执行实效并非代表制度的功能,其只能通过 GDPR 第 50 条规定的国际合作与国际法路径(如双边执法协议等)加以解决。^③

但以西班牙为代表的部分成员国,基于救济的有效性原则,坚持了序言立场。在缺乏双边执法协议的情形下,若代表不能代为担责,数据主体的权利该如何得到有效救济?代表不代为担责是回归代表制度联系点功能的应然要求,但同时也会减损法律域外执行的实效。对此,西班牙 2018 年《数据保护法》规定,西班牙数据保护机构可以允许代表与数据控制者或处理者共同或者分别担责, GDPR 关于数据控制者或处理者的所有措施均可对代表适用。^④代表必须成为法律域外执行实效达成的最后一块拼图。通过代为承担的责任设计,数据保护机构针对境外数据控制者或处理者的域外执法,可以直接转变为对境内代表的域内执法,从而将域外执法的公法行为转化为代表与境外数据控制者或处理者之间的民事追偿行为,由代表通过民事合同等手段向境外数据控制者或处理者追偿。但这种代为担责的设计,可能会使代表制度名存实亡。这种潜在的责任风险会阻碍代表的委派,在委派合同的责任和赔偿限制条款谈判时代表将与委托方僵持不下,使实践中本就运行不好的代表制度雪上加霜,导致域外企业设置代表的意愿降低。^⑤

(二)困境纾解的可能对策

进一步加强对数据保护机构执法的资源投入是一国确保数据保护法律落地的必然要求。但另一方面,更需要引导境外数据控制者或处理者了解并在境内设置代表,完善代表制度的责任设计。

1. 培育代表的职业市场

代表制度难以在实践中落地的主要原因是设置代表的成本较高,多数互联网中小企业并不具备数据合规的专业人才和充足的合规预算。因为未设置代表,数据保护机构需要事先通过技术手段锁定境外数据控制者或处理者的位置和身份,由此也

① See *Sanso Rondon v. LexisNexis*, [2021] EWHC 1427 (QB), Case No. QB-2020-002788, para.101.

② See *Sanso Rondon v. LexisNexis*, [2021] EWHC 1427 (QB), Case No. QB-2020-002788, para.74.

③ See *Sanso Rondon v. LexisNexis*, [2021] EWHC 1427 (QB), Case No. QB-2020-002788, para.92.

④ Spanish Data Protection Act 2018, Art. 30(1).

⑤ See Christopher Kunner, *et al.* (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* 597 (Oxford University Press 2020).

增加了高昂的技术执法成本。降低合规和执法成本的关键在于培育和健全代表的职业市场,通过产业化、规模化和标准化的代表服务提供,使境外中小企业可以较低的成本委托境内专业的代表。代表的普及和落地,也能进一步降低数据保护机构的技术执法成本。目前,欧盟已出现部分专门向境外实体提供代表服务的机构,如GDPR global和EU-Rep.global等,它们将其自身定位为境外实体通往欧盟数据保护合规的门户,提供权威、专业的GDPR数据合规的一站式服务。

加强对境内代表制度市场环境的重点培育,让代表成为一项成熟的职业或产业。当私人实体意图将代表作为一项专业的服务提供给市场,必然会在创收的内驱力下大力向境外数据控制者或处理者宣传代表制度的重要合规作用,从而增强境外实体的合规意识。例如,有学者认为,可以由数据保护机构主导解决代表制度实践运行中的具体障碍,来创造一个运作良好的市场:调查作为代表提供服务的实体可靠性;与数据主体、境外数据控制者或处理者的代表举行非正式研讨会,以收集有关任命代表在实践中的问题;为代表的任命发布标准化协议或授权书等。^①也有学者建议从制度激励层面赋予设置代表的域外数据控制者或处理者以法律利益,如将是否设置代表作为减免罚款的从轻情节,抑或将代表制度一同纳入一站式执法机制等。^②

2. 构建代表的双层责任制

代表的第一层责任与GDPR为其设置的法定职责相对应。当代表未按照法律规定保存数据处理记录,或拒不配合数据保护机构的执法调查,抑或消极对待数据主体的权利请求时,应当承担相应的法律责任。对此,在立法设计时,承认代表的责任主体资格并明确规定相应的罚则,是解决代表履职问题的应有之举。具体的罚则内容,可以是处以一定的罚款,或者中止或吊销其代表的经营资质等。

代表的第二层责任设计,是出于保障域外执法实效的要求。理论上,代表制度的设计初衷是发挥其作为联系点的功能,不应附加其他实体性的责任,但另一方面,代表制度也应适当兼顾域外执法的困境,避免因跨境执法不能而损害执法的权威性。对于因境外数据控制者或处理者的数据处理行为所产生的法律责任,通过特殊的制度设计,代表可代为承担一定的份额。这种特殊的制度设计是,参照数据跨境流动中的标准合同条款(SCCs)机制,由欧盟委员会或者EDPB等官方机构拟定代表委派合同条款,其中规定代表应代为承担一定份额责任,担责之后代表享有向境外

^① See Christopher Kunner, Territorial Scope and Data Transfer Rules in the GDPR: Realising the EU's Ambition of Borderless Data Protection, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No.20/2021, April 2021, p.33.

^② See Benjamin Greze, The Extra-Territorial Enforcement of the GDPR: A Genuine Issue and the Quest for Alternatives, 9 International Data Privacy Law 124 (2019).

数据控制者或处理者追偿的权利。要求境外数据控制者或处理者与代表签订包括此类条款的代表委派合同,是一种前置性的制度设计,这种设计可以将直接跨境执法转化为对境内代表的执法,而代表的利益,也能通过合同条款中的民事追偿权利得到填补。

五、对中国代表制度建设的启示

中国《个人信息保护法》同样借鉴了欧盟 GDPR 的代表制度,该法第 53 条规定,“本法第三条第二款规定的中华人民共和国境外的个人信息处理者,应当在中华人民共和国境内设立专门机构或者指定代表,负责处理个人信息保护相关事务,并将有关机构的名称或者代表的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。”通过境内专门机构或代表,《个人信息保护法》将其第 3 条第 2 款所管辖的对境外个人信息处理者的法律适用和执法转换为属地管辖的适用场景。^①

(一)中国代表制度存在的问题

相比欧盟相对完善的立法,中国的代表制度目前存在以下问题:

首先,代表与专门机构之间存在混淆,代表制度的功能定位不清。《个人信息保护法》第 53 条针对境外的数据处理者,赋予其设立专门机构或者指定代表的自主选择权。而在欧盟代表制度中,并不存在此种选择。究其原因,在于我国《个人信息保护法》第 3 条第 1 款,采取数据处理行为地作为域外管辖的连结点,而欧盟 GDPR 第 3 条第 1 款采取的是实体所在地(或称数据控制者所在地)连结点。也就是说,欧盟 GDPR 代表制度的适用是以境内不存在实体为前提条件的,而中国则不存在此种限制条件。故在《个人信息保护法》第 53 条,中国采取了这种设立专门机构或指定代表的二选一设计。此种制度设计将存在实质差别的代表制度与专门机构并列,可能造成二者地位和功能的混淆,如专门机构可独立承担违法数据处理的实质性责任,而代表更多的是对其程序沟通层面的义务承担责任。将专门机构与代表并列,统一规定二者具有“负责处理个人信息保护相关事务”,导致代表的职责未能与专门机构相区别。专门机构实则类似于数据处理者的地位,其个人信息保护相关事务可能包括直接回应数据主体增、删、改、查等权利诉求,负责数据处理活动的实际运营与维护,独立承担违法处理数据的责任。代表作为境外数据处理者的联系点,不涉及具体数据的处理,其个人信息保护相关事务只是程序性的上传下达与协作执法。

其次,缺乏关于代表的具体规则设计,可操作性不足。第一,代表制度的适用条

^① 参见江必新、郭峰主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 487 页。

件规定不清。当境外数据控制者或处理者分析或评估境内自然人的行为时,是否必然产生设置代表的义务?例如,若境外数据控制者或处理者仅在其常规业务之外,临时处理零星个人数据以便为数据主体提供便利服务,此种场景之下为“意外闯入”《个人信息保护法》适用范围的数据控制者或处理者施加设置代表的义务,一则不符合立法意旨,存在过度管辖之嫌;二则技术上也难以对此种瞬时的、非常态化的数据处理行为进行管辖。此外,由于《个人信息保护法》属于不区分公主体和私主体的统一性立法,这导致当境外的数据控制者或处理者是他国公权力机构时,根据《个人信息保护法》第 53 条的规定,他国公权力机构亦负有设置代表的义务。^①故对于此种情形下的代表设置,可能有违中国对国际法的一贯立场,似应在后续立法中加以澄清。第二,代表的具体职责不清。《个人信息保护法》第 53 条仅以“负责处理个人信息保护相关事务”这一概括性职责作为代表的实践指引,缺乏指导性与可实施性。立法中,应以代表制度的联系点功能为指引,细化代表的具体职责。代表一方面需要与境外数据控制者或处理者保持实时联系,记录数据处理过程的实际情况;另一方面需要积极配合境内数据保护机构的监督执法活动,及时提供其所掌握的相关信息,并积极回应境内数据主体的权利诉求。作为数据控制者或处理者、数据保护机构与数据主体三方之间的联系中枢,代表应被赋予通达三方的具体职责。《个人信息保护法》还需要进一步细化相关规则。

最后,现阶段代表制度的实践力度不足。2021 年 11 月 1 日,《个人信息保护法》正式生效。但囿于立法上并未给予代表制度足够的重视,加之《个人信息保护法》正式实施的时间较短,执法能力较弱,执法实践中还未出现关于代表制度的合规案例。随着中国涉外法治建设的深入推进,数字经济时代个人信息保护的涉外法治实践必将受到越来越多的关注,代表制度作为增强个人信息保护域外管辖实效的关键枢纽,也将成为数据保护执法机构的重要制度抓手。在此之前,代表制度自身的功能与定位,应当在《个人信息保护法》及相关配套文件中予以明确。

(二) 中国代表制度的完善建议

一方面,可以吸收借鉴欧盟较为完善的代表制度经验,为我所用;另一方面,通过分析代表制度的实践困境与可能的对策,审慎探索中国代表制度发展的可行路径。

第一,明确代表制度的功能定位。代表制度应该与在境内设立专门机构相区别,后者为境外数据控制者或处理者在境内的经营实体,而代表制度仅属于境内外三方主体的联系机构,主要负责程序性的信息联通工作,不直接参与个人数据的处理活动。对此,应通过《个人信息保护法》的配套实施文件(如通过网信办发布类似

^① 参见蔡从燕:《以国际法为基础的国际秩序》,《中国社会科学》2023 年第 1 期,第 24 页。

《数据出境安全评估办法》《个人信息出境标准合同办法》等“办法”类文件)明确予以澄清,不能将涉及个人数据处理的实质性义务施加于代表。此外,代表应与民事上的“代理”相区分,境外数据控制者或处理者可委托代表处理与数据保护无关的其他民事活动,此类私法活动可视为民事代理活动,但当代表代为处理事项涉及数据保护法的调整范畴,代表即具有公法的强制属性,不同于民事代理。

第二,完善代表制度的实体规则。实体规则主要包括代表的职责内容及其责任承担。在联系点的功能设定下,代表的职责主要包括保存数据处理记录并积极协助数据保护机构的调查执法活动,回应和传达数据主体的权利诉求。另一方面,为确保代表职责的履行,需要构建代表的责任承担机制。在“办法”类文件中,可尝试构建代表的双层责任制:第一层责任对应代表未履行其法定职责;第二层责任对应代表代为承担境外数据控制者或处理者的违法处理数据的责任。参照《个人信息出境标准合同办法》的制度设计,网信办可通过“办法”类文件制定《代表委派标准合同》,在合同中设置代表代为承担一定份额的责任,并赋予代表代为担责后的民事追偿权利。责任份额的确定,可依据代表职业市场的发展情况灵活调整。

第三,细化代表制度的程序规则。代表制度是个人信息保护域外管辖规则的重要制度衔接,因此,需要更为细致的规则解释对代表制度进一步细化,使其具备可实施性。具体而言,可注重以下几点:其一,对代表制度的适用范围保持相应克制。对于偶发的、零散的、非业务性的低风险数据处理活动,可以免于适用代表制度。同时,境外公权力机构对境内自然人的数据处理活动,出于国际礼让和主权平等原则,应豁免其设置代表的义务。其二,细化代表的委任规则。如代表的委任方式是否以书面形式,代表的资格能力要求中是否要求具备相关的专业知识,是否需要满足一定的财产条件等。例如,代表可基于个人或组织签订的服务合同行使其职责,由律师事务所、咨询机构、私人公司等境内商业或非商业实体担任,一个代表可同时代表多个数据控制者或处理者等。

第四,促进代表制度的实践落地与法律域外执行实效。其一,培育代表产业,推动代表制度在实践中的有效运转。对此,首先应提高公众对数据保护合规与代表制度的认识与重视程度,增加境外数据控制者或处理者对代表服务的需求与信任。建立和完善代表服务的行业标准和规范,保证数据保护水平的一致性。中国可在国家网信办牵头下,调动行业组织和各类市场主体参与代表制度的市场培育,如组织关于代表制度的研究会议、制定代表制度的职业规范、编制代表委托法律文件的规范文本等。培养和吸引具备相应专业资质的机构和个人从事代表服务,提供培训与认证,形成良好的激励机制和职业发展路径。其二,与其他制度协同发力,提升法律域外执行实效。代表制度究其实质,发挥的是联系点的功能,其保障域外执行实效的作用有限。中国可以探索数据跨境流动规则、数据本地化的市场准入条件设置等路

径。前者可以要求存在跨境数据流动的境外数据控制者或处理者保持与境内实质同等的保护水平,从事前和事中阶段推进法律的域外执行效果;后者可结合具体领域或场景采取不同的数据本地化策略,如数据本地镜像,数据安全评估后的数据出境,或者数据本地存储和处理等,^①增强境外企业在境内的实际联系,从而在域外执法时直接处置境内数据。

结语

代表制度在数据保护的域外管辖中扮演着极其重要的信息交通枢纽角色,有助于最大程度消解境内外物理边界对信息的阻隔,从而提升数据保护法律的域外执行实效;同时,通过代为承担责任的模式,代表制度可以将公权力直接的域外执法转化为代表对数据控制者或处理者之间的民事追偿行为,既有利于实现域外执法之目的,又可避免触犯执法管辖权的公法禁忌。

因数据触及一国意识形态和国家安全等利益冲突,国家之间难以在短时期内达成多边数据治理公约。面对国际法制度供给不足,一国单边性域外管辖或可能存续较长时间。作为个人数据保护域外管辖的重要制度衔接,代表制度对于增强国内数据保护法的域外保护效果,发挥着重要的沟通与补充功能,也间接影响到中国在数据保护领域的国际影响力和话语权构建。对此,中国应当对代表制度的建设加以足够重视,在随后的配套立法中逐步予以完善。

The Representative System under the Extraterritorial Jurisdiction Rules: Practices and Enlightenment of the EU GDPR

Abstract: The making of extraterritorial jurisdiction rules of the personal data protection laws are widely accepted by states, and following the extraterritorial jurisdiction rules, the representative system is a key mechanism to address the challenges of enforcing laws on data controllers or processors who have no establishment within the territory. The EU GDPR is a leading model for global personal data protection legislation, and its representative system can offer valuable insights for China. It can not be ignored that the representative system faces some

^① See Nigel Cory & Luke Dascoli, How Barriers to Cross-Border Data Flows Are Spreading Globally, What They Cost, and How to Address Them, Information Technology & Innovation Foundation, <https://itif.org/publications/2021/07/19/how-barriers-cross-border-data-flows-are-spreading-globally-what-they-cost>, visited on 26 March 2023.

implementation difficulties, such as low rate of utilization, high enforcement cost, and lack of guarantee for the effectiveness of enforcement. These can be mitigated by cultivating the representative's supply and market demand, increasing the representative's constructive liability appropriately to unlawful actions of data controller or processor. China shall recognize the differences with the EU's representative system, clarify the function and obligations of the representative system in future legislation, and cooperate with other approaches to ensure the effectiveness of the extraterritorial enforcement of personal information protection laws.

Key words: GDPR; extraterritorial jurisdiction rules; representative system; extraterritorial enforcement

(责任编辑:钱静 乔雄兵)