

# 豁免例外保障跨境数据流动安全的问题与应对

徐昕,张辰因

(上海对外经贸大学 国际组织学院,上海 201620)

**摘要:**我国《外国国家豁免法》从传统的绝对豁免立场转向有限豁免立场,这为我国应对他国针对跨境数据流动行使长臂管辖提供了新的路径。然而,该法提供的豁免例外在适用于数据领域时存在缺乏对数据商业活动和数据侵权行为的明确界定等问题,这为未来的司法适用带来较大的不确定性。当下,面对数据管辖权争端加剧的形势,须积极利用《外国国家豁免法》保障数据流动安全。针对商业例外,应明晰商业数据内涵,配套实施分级分类管理;对商业行为的认定标准以“性质说”为优先,以“目的说”为辅助,扩大“直接影响”界定范围,细化商业数据的出境前管理。针对侵权例外,应明确个人数据在法律上享有的权益,扩展侵权行为地的认定;需推动数据侵权损害赔偿可视化,保障个体遭受的非财产性权益损失享有诉讼权。

**关键词:**外国国家豁免法;跨境数据流动;豁免例外;商业例外;侵权例外

中图分类号:D996.2

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2025)04-0039-10

## 一、问题的提出

2023年9月1日,全国人民代表大会常务委员会发布《中华人民共和国外国国家豁免法》(以下简称《外国国家豁免法》),正式确立我国外国国家豁免制度从“绝对豁免”转变为“有限豁免”。<sup>①</sup>在此之前,我国长期奉行国家在他国法院享有绝对豁免的立场。<sup>[1]</sup>采用这一立场固然可以有效维护国家利益和司法主权独立性,但也使得我国法院无权管辖我国民事主体与他国政府间的纠纷。<sup>[2]134-148</sup>以数据跨境流动领域为例,美欧国家常赋予行政机关数据处理和管理的权力,即要求数据入境涉及的他国实体接受其行政管理,包括遵循严格的数据监管要求等。<sup>②</sup>这增加了他国实体处理数据入境美欧国家的合规成本,同时,由于各国数据监管法规对数据跨境流动要求的相互冲突,也增加了此类实体违反本国数据管理法规的可能性。

提高数据安全保障能力是贯彻总体国家安全观的迫切需要,也是数据领域统筹国家安全与发展的具体体现。《外国国家豁免法》确定的有限豁免立场保留了我国通过司法途径争取数据主权的空间,也开辟了通过法律手段保障数据安全的路径。然而,《外国国家豁免法》虽化解了我国在跨境数据流动中被动接受外国长臂管辖而我国法院没有管辖权的不对等局面,但只提供了最宽泛的司法参与可能性,并没有和其他国内法,包括《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)、《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)、《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)中的跨境数据流动规制形成有效衔接。更重要的是,当下各国正在加强数据长臂管辖和政府介入,各国数据保护法的冲突或将演变成成为数据主权间的冲突,这导致豁免例外和原有数据保护法的不适应性进一步凸

收稿日期:2024-09-23

作者简介:徐昕(1979—),女,浙江金华人,上海对外经贸大学国际组织学院(贸易谈判学院)教授,法学博士。

<sup>①</sup> 我国在实践中否定国有企业享有绝对豁免,因此也被学者称为限制性的“绝对豁免”。参见李庆明.论中国《外国国家豁免法》的限制豁免制度[J].国际法研究,2023(5):28-32.

<sup>②</sup> 本文所说的长臂管辖非指司法机关在民事案件中的司法管辖权,而是指数据领域中政府对于外国数据跨境流动行使的行政管辖权。

显,加剧一国依据国家豁免提供司法救济的难度。

鉴于此,本文尝试分析《外国国家豁免法》在适用于数据跨境流动领域时面临的困境,并在此基础上提出完善豁免例外规则以及国内数据相关法律的具体建议。

## 二、豁免例外保障数据流动安全的适用困境

在数据领域,现有《外国国家豁免法》相关的豁免例外条款包括“商业例外”和“侵权例外”。然而,利用这两项例外保障数据流动安全存在特定困难。关于商业例外,相关的问题包括如何界定数据审查行为的性质以及如何认定行为影响。关于侵权例外,涉及如何认定数据权益的法律属性,如何判定数据侵权行为的构成以及如何确定损害赔偿等。

### (一)数据领域适用商业例外的模糊性

#### 1. 国家豁免视域下商业例外的标准检视

在国家豁免领域,一国国家从事商业行为而引发的诉讼,可排除适用管辖豁免。其背后的法理基础是确保民商事领域双方当事人在法律权利与义务上的对等。然而,对于如何判断商业例外,各国的法律标准不一,主要存在“行为性质说”和“行为目的说”。

“行为性质说”主张以行为外在特征为判断标准,即不考虑主体身份,仅依据行为本身是否具有商业属性进行认定,与国家从事这一行为是否具有任何公共目的或承担任何公共职权无关。美国不仅在立法上明确这一标准<sup>①</sup>,而且在司法实践中也确立了这一原则。例如,在“阿根廷诉威尔特欧尔案”中,美国法院认为,如果主权国家行使了私人亦可行使的权力,而没有作出公法上的行为,那么该行为应被认定为商业行为,无法获得管辖豁免。<sup>②</sup>

“行为目的说”是指,在判断一国行为是否构成商业行为时,应主要考虑该国从事该行为的目的。如果一国从事的行为虽属商业领域的交易,但其目的是履行特定的政府公共职权,则仍可以援引国家豁免;反之,若一国行为仅以获取商业利益为目的,则不能援引国家豁免。例如,在“美国FG公司诉刚果(金)案”中,香港上诉法院认为,根据普通法制度,判断一国行为是否构成商业行为需辅以“商业目的标准”进行考量,刚果(金)签订商业合同的目的明显是获取商业利益,因此相关交易不适用绝对豁免。<sup>[3]</sup>

我国《外国国家豁免法》延续了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《联合国豁免公约》)对商业行为作宽泛认定的做法,采用了综合考量行为性质与行为目的的认定标准。《外国国家豁免法》第7条第1款规定:“外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人进行的商业活动,在中华人民共和国领域内发生,或者虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的,对于该商业活动引起的诉讼,该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。”该款基本确立了以行为性质作为商业例外的主要认定标准。但第7条第2款在界定商业活动时,明确规定应当综合考虑该行为的性质和目的。<sup>③</sup>

从该条可以看出,我国对于商业例外的认定标准采用了折中主义,即以商业活动的性质为主要考量,同时兼顾其目的。采用折中标准主要是考虑到国家行为复杂,单纯适用某一标准难以实现充分区分,这也是联合国国际法委员会倡导折中标准的原因。<sup>[4]</sup>从立法角度观之,《外国国家豁免法》的立法目的从来不是给予所有豁免例外一个清晰明确的定义,而是授予司法机关适用本国法律判断外国政府是否享有豁免资格的权利。<sup>[5]</sup>因此应当认识到,豁免例外本身是伸缩性很强的概念,立法避免对商业例外如何“综合考虑目的和性质”作出解释,这为法院在不同领域的实际适用保留一定的自由裁量权。<sup>[6]</sup>

① See Article 1603 (d), U. S. C. The Foreign Sovereign Immunity Act of 1976.

② Republic of Argentina and Banco Central De La Republic Argentina, Petitioners v. Weltover, INC. et al. 112 S. Ct. 2160 (1992).

③ 《外国国家豁免法》第7条第2款:“本法所称商业活动是指非行使主权利力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。中华人民共和国的法院在认定一项行为是否属于商业活动时,应当综合考虑该行为的性质和目的。”

## 2. 跨境数据流动领域中商业例外标准适用的困境

《外国国家豁免法》第7条第1款明确规定“商业活动是指非行使主权权力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。”跨境数据流动属于该款所列举的“其他商业性质的交易”，但综合第7条的规定观之，其在具体适用上存在以下两方面的困境。

其一，数据领域的特殊性使得在适用“性质”和“目的”标准时存在较大困难。大数据时代下，数据兼具商业性和公共性双重特征。例如，政府作为公共数据的持有者参与市场交易，以有偿转让方式授权市场主体运营和开发公共数据，此类行为呈现出明显的商业性特征。然而政府拥有的公共数据又满足国有财产的公共属性，此类交易目的是公共利益最大化，包括用于疫苗研发、天气监测、犯罪预防等领域，而非追求纯粹的商业利润。这种双重属性使得依据“性质+目的”的折中标准来认定相关数据行为的属性变得困难。换言之，性质和目的二元划分难以适配数据交易的特殊性。这将导致我国法院在判断外国政府行为是否能适用商业豁免例外时存在困难，进而影响我国数据企业在国内法院寻求司法救济。

其二，依据《外国国家豁免法》第7条第1款规定，当被诉商业行为发生在中国领域外时，法院应当考虑该行为是否对中国造成“直接影响”，然而对“直接影响”的认定在数据领域的适用规则不明。关于“直接”的定义，美国纽约州法院曾在“莫里斯案”中指出，“直接影响”是指被告行为和后果之间不存在介入因素的情形。<sup>[7]</sup>在数据跨境流动的商业活动中，导致损害的原因可能是外部介入因素，例如，在数据处理和传输过程中因数据接收地保护不足而遭受第三方攻击，由此导致的数据泄露等。关于“影响”的判定，在“天宇公司诉四川省政府与成都市青羊区政府案”中，美国两个审级的法院在认定“直接影响”时，均将标准界定为因外国行为遭受的直接经济损失而非派生的损失。<sup>①</sup>然而在数据跨境流动领域，相关的影响更多表现为由不正当竞争引发的间接利益损害，以及数据出境识别方面的可能危及国家安全和公共利益的潜在风险等。当下，中国立法并没有对商业活动的“直接影响”给出明确法律界定，而传统商业活动中对于认定直接影响需满足有关损害是直接的、可预见的经济损失等标准并不完全适用于跨境数据流动领域，简单地移植和类比适用不符合数据跨境流动领域的实际情况。<sup>[8]</sup>

概言之，《外国国家豁免法》第7条在数据跨境流动领域的适用面临诸多困境，过分依赖自由裁量必然会引发一系列的问题。国家豁免不仅关乎国家与企业、个人等私主体之间的交往，更涉及如何处理国家和国家之间的关系。数据领域的商业例外更是关系到国家利益、商业利益、个人利益与风险控制之间的平衡与博弈。<sup>[9]</sup>在数据安全和国家安全相挂钩的背景下，数据强国不断扩张对数据跨境流动的管理和监控。此时，若数据交易的商业例外条款认定不清，一国的跨境数据流动管理措施就极易被视为对他国的数据限制，也使得国家豁免的应用失去其互惠性与对等性。<sup>[10]</sup>

### (二) 数据领域适用侵权例外的不确定性

在国家豁免领域，与商业活动相比，侵权行为的豁免例外更被普遍认可。<sup>[11]</sup>一般情况下，国家侵权是指国家机关工作人员在行使国家职能时，造成民事主体人身或财产权益损失。《外国国家豁免法》第9条沿用了这一认定，并进一步明确了侵权行为须发生在中国境内。然而，当这一定义适用于跨境数据流动领域时，无论是对侵权形式还是侵权行为地的认定，均存在较大的不确定性。

#### 1. 国家豁免视域下侵权例外的标准检视

侵权例外，又称“非商业性质侵权例外”，意指在国家豁免领域，国内法院可对外国国家非主权行为所致侵权行使司法管辖权。其法理基础在于保障国际交往中受害方获得司法救济的权利，防止国家滥用豁免权损害他国国民合法权益。然而，对于如何适用侵权例外，各国秉持的标准存在显著差异。主要可归纳为主权行为区分原则和侵权行为领土联系原则。

主权行为区分原则是指国家行为应被区分为主权行为和非主权行为，其中只有非主权行为才能适用

<sup>①</sup> See 2008 U. S. App. LEXIS 15003(10th Circa, Jul. 15, 2008).

侵权豁免例外。<sup>[2]</sup><sup>143</sup> 例如,在英国的“路德诉萨戈尔案”中,法院认为外国政府的国有化行为导致的侵权系主权国家行使经济主权行为,从而认定苏俄政府的国有化令不构成侵权豁免例外,不应受英国法院管辖。尽管有些国家主张侵权例外包含主权行为导致的侵权,但这并未成为各国的普遍实践。<sup>[12]</sup>

侵权行为属地联系原则是指,国内法院对外国国家侵权行为行使管辖权须以侵权行为与法院地国存在领土联系为前提。实践中,该原则分为两种具体适用形式:侵权行为发生地主义与损害结果发生地主义。例如,英国《国家豁免法》第5条明确将侵权例外的适用条件限定为“侵权行为发生地在英国境内”<sup>①</sup>;而美国《外国主权豁免法》第1605条则规定,当侵权行为或不作为“在美国境内造成人身伤害、死亡或财产损失”时,可构成侵权例外。由此可知,美国法院行使管辖权的前提是侵权损害结果发生在美国,但相关判例也确立了完整侵权原则,即法院对外国政府行使管辖权的前提是侵权行为和损害结果均在美国境内。<sup>[13]</sup>

我国《外国国家豁免法》第9条规定:“对于外国国家在中华人民共和国领域内的相关行为造成人身伤害、死亡或者造成动产、不动产损失引起的赔偿诉讼,该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。”从该条可以看出,我国在认定侵权例外的行为性质上,借鉴了《联合国豁免公约》第12条的做法,未对侵权例外是否归属国家主权行为作出区分。但从立法目的解释的角度来看,我国现阶段对侵权豁免例外应以相关行为非属国家主权行为为前提。<sup>[14]</sup>在国际实践中,也有部分法院基于人权本位理念突破主权区分原则,例如,在“菲拉提戈诉皮那-伊拉案”中,美国法院认为被告行为严重违反了国际人权法和基本的人道主义原则,故而即使行为具有一定的公务性质,也符合侵权例外。<sup>②</sup>事实上,立法未明确侵权行为是否为主权行为是合理的,这为侵权例外的适用提供了必要的灵活性。在侵权行为领土联系原则方面,《外国国家豁免法》明确采纳了侵权行为发生地的标准,即要求外国国家侵权行为发生在中国领域内时,中国法院才有管辖权,采用这一标准主要是为了避免损害结果地作为连接点导致的模糊性。<sup>[15]</sup><sup>28-29</sup>

## 2. 我国侵权例外在跨境数据领域的适用障碍

随着数据跨境流动的不断发展,数据侵权类诉讼将不断增加。从既有实践来看,我国法院虽然审理了多起被告是外国国家政府直属机构的侵权案件,但其中尚未包括跨境数据侵权类案件。<sup>③</sup>从现有规定来看,《外国国家豁免法》第9条规定了侵权例外的适用情形,但对数据侵权中较常见的跨境侵权缺乏规制。侵权例外是否可适用于跨境数据流动领域,存在以下障碍。

首先,侵权例外采用了“侵权行为地”而非“损害结果发生地”标准,这大大提高了跨境数据侵权类案件援引侵权例外的难度。尽管《联合国豁免公约》对侵权行为地作了扩张解释,即认为侵权行为地不要求全部侵权行为都发生在法院地领土内,也可包括部分侵权行为发生在法院地领土内的情形,但对此并未达成共识。相较于侵权行为发生地主义,损害结果发生地主义与受害人关系更为密切,其可以合理扩大国内法院的管辖权。例如,在2018年3月,时任特朗普竞选团队重要成员艾略特·布罗伊迪起诉卡塔尔政府,称其通过网络攻击手段入侵了布罗伊迪的个人账号,并将窃取的信息泄露给新闻媒体。在该案中,美国联邦第九巡回法院依据侵权结果发生地确定了原告程序上的诉讼权益。<sup>④</sup>实践中,美国法院也会评估政府行为与其伤害的利益之间是否能够保持平衡,但亦有将侵权例外扩张解释的趋势。

其次,侵权例外条款明确将适用范围限定于人身伤害和有形财产损失,因此,数据权益能否援引该例外存在争议。主要争议点有二。其一,数据权益定性不明。关于数据权益的法律属性,学界目前主要存

① See State Immunity Act 1978, Part. 1, Section. 5.

② See *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E. D. N. Y. 1984).

③ 例如“中国水电诉乌克兰国家公路局案”(2020)京04民初1001号之一民事裁定书,“成都华川有限公司诉格鲁吉亚司法部案”(2013)川民初字第47号民事裁定书。

④ See *Broidy Capital Management v. State of Qatar*, No. 18-56256 (9th Cir. 2020).

在两种观点。第一种观点认为,只有通过人的授权和意思自治才能让个人信息<sup>①</sup>参与数据流动,因此个人信息本身不具有独立的商业价值。<sup>[16]</sup>第二种观点认为,个人信息应该被纳入普通的隐私权,<sup>[17]</sup>正如货币可以根据个人意愿自由流通或者储藏,个人也有选择维护信息安全、排除他人干扰的自由。<sup>[18]</sup>然而,隐私权本质上是一种消极防御的手段,不具有积极利用权能。概言之,因个人信息的权益归属尚无定论,是否能将相关损失归为有形财产损失从而援引侵权例外存在理论障碍。其二,损害认定标准存在局限性。现行法律要求侵权例外的赔偿须以已发生的有形财产损失为前提。个人数据泄露等新型侵权中,损害结果通常具有滞后性和隐蔽性,未必在泄露时显现。例如,相较传统财产权侵害,黑客窃取数据的行为更难被及时察觉,且损害多体现为防范未来风险的成本,而非直接的有形损失。在此类情形下,依传统损害认定标准,既难以将风险预防成本纳入赔偿范围,个人亦面临举证困境。换言之,受害人需证明损害正在发生或具有紧迫性,而此类诉求多因不符合“已发生的有形损害”要件而被驳回。<sup>[19]</sup>

最后,侵权例外以保护个人权益为核心,但数据权益归属主体不明,导致个人依赖的侵权例外与数据机构援引的商业例外之间形成了结构性矛盾。因为,单一自然人数据的价值通常需通过数据机构的聚合与分析方能实现商业化,而现行侵权例外制度却以个体权益救济为基础。因此,只有当受侵犯数据达到一定数量时,单个自然人的数据权益才能被衡量价值,从而依据侵权例外提起诉讼。当大体量数据流动过程受到外国政府干预并发生纠纷时,数据机构大多可通过援引商业例外解决问题,无需援引侵权例外。这就意味着,拥有海量个人数据的机构可在侵权例外和商业例外之间作选择,而作为单个个人数据所有者的自然人则很难援引侵权例外。相比之下,美国《外国主权豁免法》将侵权例外定义成“非商业侵权例外”,认为援引侵权例外的前提是与商业行为无关,明确了商业例外和侵权例外的互斥关系,同时确保了自然人的数据权益归属。<sup>[15]</sup>7 欧盟《通用数据保护条例》(以下简称“GDPR”)的制定目的强调保护个人信息权益,例如要求数据处理者披露数据信息,以满足行政管理规定及监管机构审查。尽管 GDPR 的长臂管辖机制存在争议,但其通过平衡数据主体权利与跨境数据自由流动,为数据权益归属提供了制度参考。反观我国《外国国家豁免法》中的侵权例外条款,因未明确数据权益的归属标准及救济路径,在个人数据保护层面略显不足。

综上,美欧通过数据保护立法与豁免法的衔接,既保障了个人隐私权,又使侵权例外有效适用于跨境数据纠纷,其经验值得借鉴。为顺应数据主权管辖趋势并完善侵权救济,我国需在国内相关立法中细化数据权益归属规则,并为跨境数据侵权诉讼提供明确法律依据。

### 三、利用《外国国家豁免法》更好保障数据流动安全的建议

#### (一)明晰商业数据内涵与分类,厘清商业例外适用标准

##### 1. 明确商业数据内涵,配套分级分类管理

考察各国豁免法在数据领域的适用可知,若要确保一国依据商业例外享有管辖权,须有效衔接国内数据立法与豁免法下的商业例外。<sup>[20]</sup>然而,按照现有国内法对数据的分类和商业活动的定义,难以确保商业例外在数据领域得以适用。鉴于此,在构建数据治理的安全防卫体系时,可以先从国内法出发,借鉴欧盟数据管理的集中立法模式,厘清商业数据和非商业数据的界限,在此基础上按照数据分级分类管理,明确不同类型数据流动的审查标准,最终确保商业例外对数据处理主体的可适用性,提高数据治理的针对性和有效性。

关于商业数据的界定,现有国内各部门法并未有明确规定。在《网络安全法》中,其采用的概念是“关

<sup>①</sup> 信息是数据的内容,数据是信息的形式,因此讨论数据权益的实质就是讨论以数据呈现的个人信息权益。

键信息”和“关键信息基础设施”,并对此作出特别规定。<sup>①</sup>《中华人民共和国反间谍法》则提出了“重要核心数据”的概念,并对此类数据的跨境流动进行了限制。《个人信息保护法》围绕“个人信息”作出相关规定。例如第39条规定,个人信息处理者向境外提供个人信息的,应该取得个人的单独同意;第40条规定,需要向境外提供数据的,应当通过国家网信部门组织的安全评估。《数据安全法》第36条则规定,相关组织和个人必须向主管部门报批之后,才能向境外数据机构传输数据。

按照上述不同部门法对相关概念的规定,并结合文义解释和上下文关系展开推定,可以认为,商业数据是指去除带有隐私性的个人数据以及涉及国家安全的核心数据,在商业活动中具有一定商业价值且又需要司法保护的数据。<sup>[21]</sup>

在明确商业数据的内涵和范围后,应进一步厘清现有数据分级分类规定与这一概念的配套和衔接。目前我国规制数据分级分类的工作刚刚起步,相关法律制度尚不明晰。<sup>[22]</sup>例如,我国《数据安全技术分级分类国家标准》第5条按照行业领域划分数据种类。这意味着,不同法律文件、不同行业领域对数据分类有不同的解决方案,数据监管机构职能存在交叉与重叠,这些都给法律适用带来障碍。为适应数据主权扩张趋势,便于实践中的执法操作,可借鉴欧盟的集中立法模式,基于数据属性和商业豁免例外,将数据统一划分为两类:一类是“非商业数据”,主要指涉及国家安全,需要接受特定数据监管机构检测的高敏感度数据;另一类是“商业数据”,凡涉及民商事交易中的货物、服务、交易、合同或其他商业活动中的数据,均归入这一类型。<sup>[23]</sup>此两分法可作为数据初步分类标准,与此同时设立转化规则以保障灵活性,如非商业数据在某些情况下可以转化为商业数据,商业数据达到一定数量亦需转化为非商业数据。

## 2. 明确商业例外的认定标准和适用条件

其一,在采用折中标准的前提下,明确商业例外的考量标准,以“性质说”为优先,以“目的说”为辅助。探究有限豁免原则的实质,其本意在于将国家行为分为主权行为和非主权行为予以区别对待。<sup>[14]</sup>《外国国家豁免法》第7条第2款对商业活动的兜底条款明确采用了“商业性质”的行为这一表述,可见豁免法本身亦倾向于采用“性质说”。此外,《联合国豁免公约》的第2条第2款也规定“主要参考合同交易性质”,仅在特定情形下才需考虑交易目的。当下数据主权冲突加剧,数据审查行为不可避免地带有公共目的,如若将行为目的作为主要的判断标准,国家豁免将无存在必要。<sup>[24]</sup>故此,为保障数据领域的商业豁免例外,可通过相关的司法解释明确“性质说”和“目的说”在该领域的适用顺序,“在认定一项行为是否属于商业活动时,应主要考虑该行为的性质,如果根据本国法初步判定该行为具有非商业性质时,方可辅以考虑行为目的。”

其二,应明确“直接影响”的认定标准。通常情况下,“直接影响”是指没有其他外部介入因素导致的直接、即时的经济损失。但在数据领域,所谓的“直接影响”要远大于前述范围。特定情况下,数据会在特定使用者手中产生额外价值。例如,“滴滴案件”中,大量国家公务人员数据泄露,境外机构对此分析后获取了我国各省市关键基础设施的位置信息,对我国的国家安全造成严重影响。此外,即便是经过审查的数据,经境外特定数据处理者处理后也可能会对社会公共利益、国内安全造成影响。<sup>[25]</sup>此外,美国还在实践中呈现了对“直接影响”扩张解释的趋势。在阿根廷诉威尔特欧尔案中,法院认为因一方违约导致账款没有汇入银行的行为,可被认定为导致美国利益的损失,属于“直接影响”的行为。<sup>[26]</sup>由此可见,直接影响的内容也可以是间接利益损失,客观上对私人主体提供了更切实的保护。综上,基于数据领域的特殊性,应适当降低直接影响的认定标准,对于存在介入因素,例如外国黑客或者其他境外数据机构的处理所导致的损失,或者是其他情况下的间接利益损失等,均可认定为对我国造成了直接影响。

<sup>①</sup> 参见《网络安全法》第31条:“国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域,以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露,可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施,在网络安全等级保护制度的基础上,实行重点保护。关键信息基础设施的具体范围和安全保护办法由国务院制定。”

### 3. 审视商业例外局限,细化商业数据出境前管理

如上所述,如果没有有效的监管措施,“商业数据”在境外传输过程中或可泄露,若被其他国家政府获取则可能对国家安全造成威胁。例如,政府侦察机构为获取证据、侦破犯罪而跨境调取证据。<sup>[27]</sup>在“微软诉美国政府案”中,美国联邦法院以个人信息蕴含的隐私权被列入宪法为由,认定微软公司作为政府代理人,侵犯用户个人数据的行为违宪,进而授权美国缉毒局对微软储存在爱尔兰的数据进行跨境调取。<sup>[27]</sup>在调取过程中,侦查机构可以直接采取多种方式,包括数据拦截、分析,甚至侵入计算机系统等。这些技术手段可能存在漏洞,并成为黑客攻击的对象,此时商业数据会转化为“非商业数据”。因此商业例外存在一定局限,无法保障数据机构阻断外国政府的数据审查权力。此时就需要完善国内立法,细化商业数据出境前的管理,防止商业数据中重要信息被外国政府获取,维护国家安全。

其一,制定《重要数据认证指南》,细化“商业数据”分级标准。跨境数据流动接收主体不同或者接收数据的场景不同,会使数据的重要程度发生变化,亦导致数据泄露造成的后果有所不同,<sup>[28]</sup>为防止“商业数据”和“非商业数据”的二分法不够精细,切实区分个人数据与敏感数据,可制定《重要数据认证指南》。在该指南中明确重要数据判定标准,评估数据泄露对国家安全造成危害的可能性。标准制定过程中应结合特定行业、特定组织的规定以及国际统一标准,考虑数据检测的成本等因素,同时综合考量数据的时效性、真实性、私密性、可用性等指标。

其二,加强行业自律监管,授权更多数据机构参与数据审查工作。《促进和规范数据跨境流动规定》明确了需要经过合同备案的个人信息数量,以及数据处理者应当向国家网络信息部门申报数据出境安全评估的具体数量。但是由于数据类型多样,网络信息部门审查成本大、效率低,同时挤压了个人数据出境安全认定标准的灵活性,这并非立法者的目的。建议企业在数据技术和市场机制的支持下,加强自身的数据审查和数据监督力度,充分发挥自治能力。针对大体量的数据,应开展交叉部门合作管理,多方面评估大体量数据的泄露风险。对此,可参照 GDPR 第 42、43 条的相关规定,充分调动市场主体参与数据监管,经由国家网信部门认定,成为政府授权的、有资质的数据审查机构以辅助企业自查。如此,既能有效保障数据出境安全,同时也避免行政机关承担过重的数据保障义务。此外,为减轻境外数据企业合规成本,我国也可在境外设立监督机构,审查企业对大体量数据的安全保障能力。一旦发现大体量数据经外国数据机构处理或者政府调取后构成对个人数据隐私和国家安全的危害,或有产生危害的可能,就可利用商业例外豁免进行维权。

#### (二)明确个人数据权益,增强侵权例外可适用性

##### 1. 明确个人数据保护权益

明确个人数据保护权益,通过豁免例外为针对个人数据的侵权行为提供国内法院的救济途径。“侵权例外”作为“商业例外”的补充,可进一步限制外国政府的行为。然而,在数据机构掌握大量数据主体的处理权时,单个无财产价值的受侵害数据在整体上可转变为有商业价值的财产。因此,多数情况下数据机构都可以商业例外作为诉讼理由,而侵权例外仅作为附加诉由。此外,数据侵权行为具有隐蔽性、复杂性,不确定性等特点,加之个人隐私权保护意识低,数据泄露后果认知程度也较低,许多数据拥有者在信息泄露后并无察觉,这些因素都导致数据所有者较难通过侵权例外维护自己的权益。<sup>[29]</sup>对潜在的数据侵权的受害者来说,防御性权能在权利保障上存在明显不足,只能期待国家积极履行保护义务。但是国家监管个人数据,保护个人隐私的前提是识别个人隐私,这又与国家针对隐私权承担消极不侵犯义务相抵触。为赋予个人在数据侵权中更多积极参与的权利,平衡公力救济和私力救济的关系,最大限度利用“侵权例外”保障受侵害对象,我国法律应该明确个人信息受保护权、隐私权属于公民基本权利,将数据权益等加入侵权例外所保障的对象当中,并鼓励个人积极援引侵权例外,维护自身权益,保障数据安全。

##### 2. 扩展侵权行为地的认定

侵权例外应扩张“领域内”的认定,但需区别于长臂管辖的“直接影响”原则,<sup>[30]</sup>否则极易和属人原

则、属地原则产生冲突。由于数据主体类型多样,数据存储设备分布不均,传统的根据数据存储地以及侵权行为发生地或损害结果发生地、侵权行为人所在国等确定管辖权的方法之间往往产生冲突。<sup>[31]</sup>若要将“数据存储地”模式转化为高标准的“数据控制者”模式,需付出高昂的代价。鉴于此,需要对《外国国家豁免法》的侵权例外作出扩张性解释。例如,将侵权行为地和结果发生地“领土原则”的要件式认定标准变更为要素式判断方法;将侵权例外规定为“全部或者部分侵权行为发生在我国领土内”,并综合考量以下因素:侵权行为的结果是否对我国造成直接影响,跨境侵权的行为和境内侵权结果是否存在因果关系,以及侵权行为对我国数据主体造成的风险是否可预测等。

采用以上综合动态的分析方法来判断数据领域中的侵权行为地具有重要的现实意义。传统侵权行为地的认定标准较为僵化,例如,我国相关司法解释规定,在涉外网络侵权案中,传输侵权内容的计算机设备所处地可以是侵权行为地,这难以确保受案法院和争议案件之间存在真实联系。<sup>[32]</sup>跨境数据侵权不论在时间还是空间维度都具有持续性和广泛性,综合时间和空间维度对数据侵权造成的损害进行动态分析,结合相关服务器所在地,确定数据侵权的影响范围和传播路径,倒推出最有可能的侵权传播节点,从而为确定侵权行为地提供依据。动态系统论的好处在于考虑多种要素的综合作用,其主要目的是赋予法院一定的裁量权以判断是否适用侵权例外。放弃侵权行为地、结果地和法院地等单一标准,并不意味着放弃“领土联系”原则而造成管辖权的滥用,而是在“领土联系”原则基础上综合考量侵权损害带来的风险。例如,在疫情诉讼中,美国公民就多次利用“侵权例外”起诉中国政府以申请赔偿。虽然这些案件都被我国援引“自由裁量权”和侵权范围不符合要求予以反驳,<sup>[33]</sup>但这也说明美国正在逐渐突破“领土联系”原则,不能排除未来美国通过与其他国家诉讼中形成案例,拓展跨境侵权例外的认定标准。为避免在未来数据主权争端中落入被动应诉的尴尬境地,确保在国际数据安全领域的话语权,我国应该对“侵权例外”提供相关司法解释,建立输出侵权行为地认定的中国标准。

### 3. 推动数据侵权损害赔偿量化

“侵权例外”应将数据权益的损害赔偿量化,并保障个体在遭受非财产性权益损失时享有诉讼权。在数据侵权领域,损害赔偿同时具有补偿和预防功能,然而,若将有形的损害视作为侵权例外的构成要件,则大量的数据侵权案件将难以主张损害赔偿。因为数据侵权的结果具有不确定性,因此其造成的财产损失难以认定。<sup>[34]</sup>尤其在举证阶段,被害人不仅需要证明数据侵权行为和结果有因果关系,还需要证明数据权益带来的潜在损失具有可预测性,这增加了数据主体获得实际赔偿的难度。然而,若直接放弃损害结果应具有可确定性这一要求,这对国内法院审理其他类型的外国侵权行为又不十分恰当,司法标准有失衡之虞。为此,我国仍需坚持侵权应导致损害结果这一标准,但是可以将损害结果扩大为非财产性权益。例如,德国的《联邦数据法》规定了数据主体可以对身体的、财产的、非财产性损害要求充分的金钱赔偿。<sup>①</sup>

综上所述,我国应顺应对数据侵权行为扩张解释的趋势,在国内相关数据立法中,降低跨境数据侵权的认定标准,拓展侵权所致“损害”的概念外延。对《外国国家豁免法》第9条侵权例外提供司法解释,规定“若侵权行为所造成的损害后果是预期可发生的,或侵权行为与损害后果具有相当的因果关系,则符合侵权例外的构成要件,外国国家在中华人民共和国的法院不享有豁免”。

## 四、结论

《外国国家豁免法》的发布是我国涉外法治建设的关键一步,对于统筹国内法与国际法发展、提升中国话语权、依法保障人民基本权益有着重要作用。<sup>[14]</sup>该法的发布改变了私主体因国家豁免而无法得到国内法律救济的缺憾,提供了制约长臂管辖的新方法,但同时也会带来国家豁免诉讼扩大化的负面影响。

① See Vgl. Peter Gola, in: Gola/Heckmann Kommentar BDSG, 13. Aufl., 2019, § 83, Rn. 9.

当下,跨境数据安全领域的法律规则尚待细化,司法实践还未成熟。因此,《外国国家豁免法》更多扮演的是提供司法救济的“盾”,而非我国主动迎击长臂管辖的“矛”。在构建跨境数据流动安全保障体系时,我国可借鉴欧美国家的长臂管辖政策,在适当的情况下争取境外数据的管辖权。对此,一方面需要在不损害国家安全的前提下,让国内数据“走出去”,驱动数字贸易发挥最大效率;另一方面需要未雨绸缪,积极对接《外国国家豁免法》的商业例外和侵权例外,补全数据领域的国内立法,有效融合国际数据安全执法协作框架和经验,构建符合国家利益的数据管辖制度。在未来,我国也需积极参与国际数据安全协议,为建设一个公平、合理、安全的网络数据传输空间,推动全球数据安全发展提出中国方案。

### 参考文献:

- [1] 叶研.“限制的绝对豁免”:中国国家豁免的实践特色与立法进路[J].国际经济法学刊,2022(1):15-33.
- [2] 杨玲.欧洲的国家豁免立法与实践——兼及对中国相关立场与实践的反思[J].欧洲研究,2011(5).
- [3] Hong Kong Special Administrative Region, China. Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC (No. 2)[J]. International law reports, 2012, 150:684-705.
- [4] 张露葵.论国家豁免中商业交易的认定[J].现代法学,2006(2):155-156.
- [5] 吴琪.FSIA下自由裁量权例外的规则解构与中国因应[J].国际经济法学刊,2024(4):151-152.
- [6] 黄进,曾涛,宋晓,等.国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题[J].中国法学,2001(4):140-151.
- [7] PFANDER J E, NAZEMI N, Morris V. Allen and the lost history of the Anti-Injunction Act of 1793[J]. Northwestern University law review, 2013(1):187-241.
- [8] 张继红,蔡雨倩.敏感个人信息跨境流动的国际规制[J].广西社会科学,2023(7):114.
- [9] 欧福永,范知智.个人数据跨境流动规制中的“长臂管辖”及我国的对策[J].时代法学,2023(1):101.
- [10] LAUTERPACHT H. The problem of jurisdictional immunities of foreign states[J]. British year book of international law 1951(28):243.
- [11] 王佳.对外关系法中的国家豁免问题研究[J].武大国际法评论,2023(4):54.
- [12] 李庆明:美国的主权豁免理论与实践[M].北京:人民日报出版社,2021:255.
- [13] 孙心依,杜涛.美国FSIA侵权例外规则的司法适用与中国应对[J].武大国际法评论,2022(5):55-56.
- [14] 全国人大常委会法工委负责人就外国国家豁免法答记者问[N].新华每日电讯,2023-09-02(003).
- [15] 纪林繁.论外国国家侵权行为的管辖豁免[J].国际法理学,2024(2).
- [16] 程啸.论大数据时代的个人数据权利[J].中国社会科学,2018(3):110.
- [17] 王泽鉴.人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇(上)[J].比较法研究,2008(6):11-21.
- [18] 王利明.论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013(4):67.
- [19] 徐明.大数据时代的隐私危机及其侵权法应对[J].中国法学,2017(1):145-146.
- [20] 万方,赵琳琳.数据域外管辖趋势及我国的立法应对[J].图书情报知识,2021(4):139.
- [21] 陈珍妮.欧盟《数字服务法案》探析及对我国的启示[J].知识产权,2022(6):125-126.
- [22] 来小鹏,马诗雅.我国商业数据跨境流动合规治理的问题与完善[J].行政管理改革,2024(4):48.
- [23] 张凌寒.论数据出境安全评估的法律性质与救济路径[J].行政法学研究,2023(1):57.
- [24] 王佳.国家豁免立法的商业活动例外研究[J].国际法研究,2025(1):31.
- [25] 韩洪灵,陈帅弟,刘杰,等.数据伦理、国家安全与海外上市:基于滴滴的案例研究[J].财会月刊,2021(15):15.
- [26] 龚柏华,丁伯韬.中国政府在美国被诉引用主权豁免抗辩的法律探析[J].上海政法学院学报(法治论丛),2020(6):9.
- [27] 王燕.数据法域外适用及其冲突与应对——以欧盟《通用数据保护条例》与美国《澄清域外合法使用数据法》为例[J].比较法研究,2023(1):192-194.
- [28] 丁晓东.论个人信息概念的不确定性及其法律应对[J].比较法研究,2022(5):47.
- [29] 于游,于锦秋.大数据时代个人信息侵权的民法规则——以手机APP收集使用个人信息为视角[J].学术交流,2021(5):71-72.
- [30] 叶开儒.数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟GDPR的原旨主义考察[J].法学评论,2020(1):107.

- [31] 王磊. 个人数据商业化利用的利益冲突及其解决[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021(5):86-100.
- [32] 孙尚鸿. 中国涉外网络侵权管辖权研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015(2):182.
- [33] 王群. 应对国外针对疫情滥诉中的国家豁免制度分析[J]. 淮北师范大学学报(哲学社会科学版), 2021(3):58.
- [34] 王益强. 裁判视角下数据侵权损害的认定[J]. 华东政法大学学报, 2023(5):73.

## Issues and Responses to Immunity Exceptions in Ensuring the Security of Cross-Border Data Flow

XU Xin, ZHANG Chenyin

(School of Global Governance, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China)

**Abstract:** *The Law of the People's Republic of China on Foreign State Immunity* has shifted from the traditional absolute immunity stance to a limited immunity stance, providing a new path for China to respond to other countries' exercise of long arm jurisdiction over cross-border data flow. However, there are certain difficulties in the implementation of these immunity exceptions for the data field, including the lack of clear definitions for data commercial activities and data infringement, which may lead to significant ambiguity in future judicial practice. At present, in the face of intensifying disputes over cross-border data jurisdiction, it is necessary to utilize *The Law on Foreign State Immunity* to protect the security of data flow. For commercial exceptions, the connotation of commercial data should be clarified, accompanied by graded and classified management. The criteria for identifying commercial behavior should prioritize its nature and be supplemented by its purpose, expand the scope of "direct impact", and refine the pre-export management of commercial data. For infringement exceptions, it is necessary to clarify the legal attributes of personal data, and expand the identification of the place of infringement. In addition, it is also essential to promote the visualization of data infringement compensation, and ensure that individuals have the right to sue for non-property rights losses suffered.

**Key words:** *The Law on Foreign State Immunity*; cross border data flow; immunity exceptions; commercial exceptions; infringement exceptions

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 38 页)

## Dilemma and Solution to Judicial Protection of Data Property Rights and Interests in Network Live Streaming

XIE Jing, TIAN Meng, DONG Yalan

(Law School, Northwest Normal University, Lanzhou 730070, China)

**Abstract:** As data property rights and interests are key production factors in the era of digital economy, their protection in network live streaming is closely related to the construction of digital rule of law. Given the complex and dynamic characteristics of data in network live streaming and the multiple rights holders including platforms, hosts and users, the traditional protection path for data rights is difficult to fully exert its effectiveness. Although current judicial practice mainly relies on the stipulations in the *Anti-Unfair Competition Law*, it still faces many challenges. To effectively achieve the balance between data security and circulation, and to promote the development of digital economy, it is necessary to uphold the judicial concept of "prioritizing security and reasonable interconnection", to improve the legal regulatory framework and the hierarchical rights confirmation mechanism, and to optimize the burden of proof rules. Moreover, a dynamic judgment model should be constructed in order to promote the deep integration of the protection of data property rights in network live streaming and digital production innovation, thus providing legal guarantees for the high-quality development of digital economy.

**Key words:** data in network live streaming; data property rights and interests; judicial protection; *Anti-Unfair Competition Law*

(责任编辑:董兴佩)