

我国数据立法的GDPR启示

——对欧洲数据治理模式的反思

栾群

摘要:随着数据技术和产业的发展,数据治理成为当前的紧迫任务。立法是制度建设的最高形式,数据立法日益受到重视。欧洲数据立法GDPR成为当下我国学习的目标,但实施以来的负面效应不容忽视,应当全面看待欧洲这种以基本权利为基础的数据治理模式。我国采取地方数据立法先行先试的做法,在之前信息化和大数据行业发展政策实践基础上发展出细分领域立法。我们应当秉持创新和务实的态度,根据我国产业发展实际推动数据治理和相关立法。

关键词:GDPR;数据治理;大数据产业

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1009-2447(2020)01-0099-10

一、问题的提出

1992年,28位国际知名人士发起成立了联合国全球治理委员会(Commission on Global Governance),该委员会在1995年的报告中阐述了“治理”(Governance)的概念,认为“治理”是公共或私人的个体与组织处理其公共事务的多种方式的总和。近年来,数字技术飞速发展,传统经济和社会发展被迅速网络化、数字化映射,数据治理(Data Governance, DG)也成为当前增长最快的学科之一。2016年4月,欧洲议会通过《一般数据保护条例(GDPR)》^①,2018年5月在欧盟成员国正式实施,该法案对欧盟公民个人数据进行保护。很多学者认为GDPR“先进的”立法技术和治理观念,值得我国数据立法和治理借鉴。在新时代背景下,为更好发展数字经济为代表的新经济,进一步深化改革扩大开放,结合我国大数据相关产业发展和欧洲等发达经济体立法实践,有必要对数字治

理特别是立法进行一番检视。我们注意到,在大数据、云计算、人工智能等新兴技术和产业迅速兴起的同 时,各种纠纷和案件纷至沓来,带来人工智能等新领域应用的安全风险及法律防控的问题,反映出产业技术进步与法治需求之间的矛盾。^[1]地方上如贵州、天津、海南、上海等地已出台数据治理方面的地方性法规,全国“两会”很多代表、委员提出我国应加快制定数据立法^②,刚刚胜利闭幕的党的十九届四中全会提出国家治理体系和治理能力现代化的战略命题,有的学者又自然地目光投向美国、欧洲立法经验借鉴。但实际上,GDPR实施以来,一些负面的影响也有所显现,笔者认为结合我国发展战略、数字经济及产业发展现状,不宜对其理念和规定盲目跟随。

二、正确看待GDPR的光亮处与阴暗面

(一)积极意义与示范性

久久为功的数据保护立法。早在20世纪70年代,

作者简介:栾群,男,河南项城人,工业和信息化部赛迪研究院政策法规研究所所长,工业和信息化部法律服务中心主任,法学博士,研究方向为行业法律、产业政策、数据治理、人工智能。

欧洲作为世界发达经济体就兴起了个人数据保护立法的浪潮。1977年,联邦德国在各州的立法基础上,制定了《联邦数据保护法》。1981年,欧洲议会通过了《保护自动化处理个人数据公约》,这是世界上第一个有约束力的个人数据保护公约。1990年,欧共体委员会发布一揽子个人数据保护建议,其中最重要的是制定个人数据保护的指令框架草案。1994年,欧洲理事会起草了《欧洲与全球信息社会》报告,提出建立欧盟层面统一的数据保护制度,引起各国政府和产业界的广泛关注。1995年,欧盟制定了关于个人数据保护的《数据保护指令》(Data Protection Directive) 95/46/EC,包含如何处理欧盟内部数据主体的个人可识别信息的条款和要求,适用于与欧洲进行相关业务的所有企业,而这也成为GDPR的雏形和基础。2010年,欧盟委员会发布《欧盟个人数据保护的综合性措施》,明确具体的数据保护举措,为后续立法探索积累了素材。2012年,欧盟委员会发布《个人数据保护及促进个人数据自由流通条例草案》,《数据保护指令》改革大幕开启。正是由于欧洲各国对于个人数据保护长抓不懈的“执念”,最终才有了GDPR的问世。2016年公布的GDPR在第十一章附则第94条,废止了《数据保护指令》95/46/EC。

统一市场与保护权利的平衡。欧洲一直是国际政治经济的重要参与者,并且有着独特的政治、经济、文化传统。1993年,欧共体达成的《马斯特里赫特条约》正式生效,欧盟成立,这是欧洲在统一市场努力方向上最显著的成就。但从实质性上看,统一市场的目标才刚刚开始——进行顶层设计并且使制度落地才能真正实现统一市场的目标。^[2]面对新经济市场的全面数字化,GDPR成为统一数字市场的最有利工具箱。GDPR将欧洲个人信息保护法律管辖范围延伸至所有处理欧盟居民信息的境外企业,一方面当然意在加强个人信息保护,但更意在维护欧洲的统一市场。同时,GDPR对于数据权利保护的力度是空前的,如:没有充分的权利人的同

意来处理数据或违反了隐私保护要求的企业,将会被欧盟处以高达年度全球营业额的4%或2000万欧元罚款,且以二者中数字较高的为准[第58(2)条]。在GDPR生效不久意大利竞争管理局(ICA)调查发现,Facebook在用户注册时并没有明确告知用户他们的信息将被用于商业目的,以侵犯隐私对Facebook处以1130万美元的罚款。

数据权利的创设与创新。保护当事人权利,最直接的表现就是加大侵犯权利的处罚力度——但也许更加激进的是创设新的权利类型和内容。GDPR之所以广受关注,很大程度上是它迎合了经济数字化的趋势,在法律制度上创设了新型权利和权利内容,开数字立法先河而成为必然被模仿者。GDPR赋予了数据主体知情权(或通知权)、同意权、访问权、更正权、被遗忘权、可携带权(持续控制权)、反对权(限制处理权)、拒绝权、自动化自决权等广泛的数据权利,即把相关的机器决策和云端服务也纳入管辖范围,充分表彰了数据主体的意志自由。^[3]同时,还从企业强化法定义务的角度加以补漏和巩固,明确了数据控制者和处理者应尽到采取合法、公平和透明的技术和组织措施保护数据权益的法定义务,以及履行对监管部门及数据保护认证组织的法定义务。实际上,我国学者也敏锐地注意到了个人数据的民事权利问题,并从个人和企业两个维度上提出民法保护的设想。^[4]与GDPR不同的是,我国数据立法在前期积累、权利体系甚至立法技术及数据观念上都与其有较大差异,但这并不影响GDPR的启示性。

另外,根据《欧洲联盟运作条约》第288条第2项,指令(Directive)虽然也具有约束力,但需要各成员国再转化为国内法,而条例(Regulation)则不然,具有在成员国直接适用的法律效力。所以,可以看出GDPR条例代替了95/46/EC指令,实际上的效果是不需经过欧盟成员国立法转换成各国法律,而可直接适用。这就在立法技术上,较好地解决了维护欧洲统一市场和加强数据权利保护的双重目的。

表1 GDPR的文本结构

章节	标题	主旨内容
第一章	一般规定（第1—4条）	主题、目标、适用范围、地域范围、定义
第二章	基本原则（第5—11条）	相关原则、合法性、同意要件、特殊种类规定
第三章	数据权利主体（第12—23条）	透明度、数据获取、纠正和删除、拒绝权、限制
第四章	数据控制和处理器（第24—43条）	基本义务、数据安全、评估咨询、保护专员、认证
第五章	个人数据传输（第44—50条）	基本原则、充分决定、约束性、未经授权的传输
第六章	监管机构（第51—59条）	监管机构独立性、权限、任务
第七章	合作与协调（第60—76条）	合作、一致性、欧盟数据保护理事会
第八章	补救、责任、处罚（第77—84条）	控诉的权利、司法救济的权利、赔偿、处罚
第九章	特定情形处理（第85—91条）	信息及形式处理、官方文件、科研、保密、宗教
第十章	委托与实施（第92—93条）	委托权、实施行为
第十一章	附则（第94—99条）	废除第95/46/EC号指令、与在先缔结协定之关系

来源：作者根据互联网资料版本整理，<https://gdpr-info.eu/>

（二）消极影响评价要点

GDPR实施以来，在落实过程中也暴露出了执行层面的一些困难和立法对数字经济发展的负面影响，笔者总结主要有四：

一是数据全流程保护要求过高。GDPR几乎囊括了所有能保护的数据环节：企业的数据收集、处理、存储、流动（交易和共享）、销毁等行为，要符合数据安全、咨询评估、机构人员配备及评测认证的各方面要求，要符合合法透明、目的限制、最小范围、准确性、存储限制、完整和保密、儿童信息处理等各种原则精神。如果不考虑经济发展，这几乎是完美的规定，但如果考虑企业经营和执法机构实际情况，完全做到则成本太高。内容“应景”并不意味着就是一部好的法律，关键要看与现实的契合度——企业和消费者的接受和落实程度。

二是新权利加入影响权利体系。GDPR按照大陆法系传统，通过明确赋予主体权利，加强对个人数据保护。如访问权、更正权、知情权（获通知权）、被遗忘权、反对权（限制处理权）、可携带权（持续控制权）、拒绝权等。数据权利名目增多，既是“权利本位”思想膨胀的直接表现，也是英美法系对大陆法系渗透的结果，在客观上复杂化了原来民事权利体系的内容。如被遗忘权与信息自

由权的内在冲突，就亟待法学和经济学的论证。^③

三是处罚过严，不利于中小企业。如根据GDPR第58（2）条的规定，2000万欧元的行政罚款或全球总营业额4%的罚款，两者取较高的数额予以处罚。这是一种非常严苛的规定，一般中小企业根本无力承担。除了上述意大利ICA处罚Facebook，还有如2019年1月法国的国家信息与自由委员会（CNIL）根据GDPR裁定，谷歌因使用数据时未能保持透明，且由于个性化广告缺乏法律依据，被处以5000万欧元处罚。这种额度的处罚，甚至远超大多数中小企业的营业额。但是，谷歌后续的业绩并未因受处罚下降而是保持增长。客观结果表明GDPR的严格要求对大企业的影响有限，反而替大企业阻挡甚至消灭了一大批有潜力的中小企业竞争者。^[5]

四是影响数字经济创新发展。美国国家经济研究局（NBER）2018年11月报告显示，GDPR实施半年，欧盟企业的融资总额、融资交易笔数以及每笔融资交易金额均大幅减少，新兴、年轻和成长阶段企业每笔交易融资额分别缩水27.1%、31.4%和77.3%。^[6]这些企业（特别是中小企业）融资的下降，将直接影响研发投入的增长，说GDPR戕害创新亦不为过。而对于有些数字产业，特别是基于互

联网发展起来的产业,如网络直销、信用科技、定向广告等,以及近两年兴起的人工智能、区块链、云计算等新兴行业,可以说是被直接掐住了数据的“脖子”。^[7]

(三) GDPR的历史成因简论

GDPR的影响有正面也有负面,总之影响很大。让人好奇的是,为什么GDPR最终出现在欧洲而不是美国或中国呢?除了上述数据保护立法自身的演进外,从历史上看,欧洲是世界近现代文明的主要创造者,一贯有保护权利的传统。早期的如英国1689年和1789年的两部《权利宪章》,还有1836—1848年的“大宪章运动”,法国1789年的《人权和公民权宣言》,更近的如1953年的《欧洲人权公约》,2007年的《欧洲联盟基本权利宪章》等,可以说欧洲的发展史就是一部人权史。特别是经历过两次世界大战的创伤经历,作为主战场的欧洲甚至可以说这种崇尚人权、保护权利的意识已经根深蒂固。所以,欧洲在数字化过程中,也必不可少地加入了权利保护的意识,数据立法中体现数据权利强保护也显得自然而然。GDPR制度设计是体现权利思维的典型作品,主要制度构建及实际影响对于涉欧企业数据合规确实提出不小的挑战——这极有可能是欧洲立法者有意为之。当然,还有欧洲的法系传统影响,这一点也不可忽视。如对个人权利法律化、为权利保护提供统一模式、促进欧洲大陆保护标准统一等,这是欧洲罗马法系的特质,恰恰表现出了正宗的大陆法传统基因。最后也最重要的是,现在欧洲产业发展的需要,这既是欧洲统一市场建设在意识领域的成就,也是一种现实考量。当欧洲人意识到自己真的缺乏互联网企业——事实上世界互联网企业前20强都不在欧洲——制定较为严格的监管规则,对欧洲而言(至少表面上看起来)是最优策略选择。^④

三、我国数据立法的探索、演进与问题

(一) 数据立法地方实践情况

“法者,治国之重器;良法,善治之前提。”

国家立法兹事体大,困难程度不言而喻。但是,正如自动驾驶立法一样,当产业技术基础已有一定的成熟度和可行性,由于地方和企业有着现实的指标考核和发展压力,等不及漫长的所谓“立法平衡”,如果国家层面立法短期内(年度)进展无望,就会有地方立法“先行先试”。^⑤国际金融危机以来,数字经济成为储备和开发新动能的重要领域和策源地,我国每年“两会”上关于数据立法的提案日益增多。但立法议题何其多,国家层面形成认识共识和制度妥协尚需时日,有些地方便又继续“先行先试”。

2012年11月8日,党的十八大报告提出,坚持走中国特色新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化道路(“新四化”),建设下一代信息基础设施,发展现代信息技术产业体系,健全信息安全保障体系,推进信息网络技术广泛运用。2015年7月4日,国务院印发《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号);2015年8月31日,国务院印发《促进大数据发展行动纲要》(国发〔2015〕50号)。至此,此三文虽然不是立法,但有了国家顶层设计性质的“红头文件”,地方就可以“名正言顺”开启数据立法的序幕。^⑥2016年1月15日,贵州省十二届人大常委会第二十次会议通过《贵州省大数据发展应用促进条例》,此为全国首部大数据领域的地方性法规;2018年12月14日,天津市第十七届人大常委会第七次会议通过《天津市促进大数据发展应用条例》;2019年8月1日,贵州省第十三届人大常委会第十一次会议通过《贵州省大数据安全保障条例》;2019年8月29日,上海市人民政府令第21号公布《上海市公共数据开放暂行办法》;2019年9月27日,海南省第六届人民代表大会常务委员会第十四次会议通过《海南省大数据开发应用条例》。纵览国家文件和地方立法,从国家信息化和大数据产业规划、地方性信息化立法实践基础上而生的地方性数据立法,演进路径非常明显。而且,很多立法工作往环反复,之前的信息化基础是当前立法的宝贵素材。

表2 数据立法指导性文件与地方立法实践范例

类别	序号	文件名	时间	内容
国家顶层设计	1	《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗》(十八大报告)	2012年11月8日	坚持走中国特色新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化道路,推动信息化和工业化深度融合、工业化和城镇化良性互动、城镇化和农业现代化相互协调,促进工业化、信息化、城镇化、农业现代化同步发展。建设下一代信息基础设施,发展现代信息技术产业体系,健全信息安全保障体系,推进信息技术广泛运用。
	2	《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号)	2015年7月4日	加强法律法规建设。针对互联网与各行业融合发展的新特点,加快“互联网+”相关立法工作,研究调整完善不适应“互联网+”发展和管理的现行法规及政策规定。落实加强网络信息保护和信息公开有关规定,加快推动制定网络安全、电子商务、个人信息保护、互联网信息服务管理等法律法规。完善反垄断法配套规则,进一步加大反垄断法执行力度,严格查处信息领域企业垄断行为,营造互联网公平竞争环境。
	3	《促进大数据发展行动纲要》(国发〔2015〕50号)	2015年8月31日	加快法规制度建设。修订政府信息公开条例。积极研究数据开放、保护等方面制度,实现对数据资源采集、传输、存储、利用、开放的规范管理,促进政府数据在风险可控原则下最大程度开放,明确政府统筹利用市场主体大数据的权限及范围。制定政府信息资源管理办法,建立政府部门数据资源统筹管理和共享复用制度。研究推动网上个人信息保护立法工作,界定个人信息采集应用的范围和方式,明确相关主体的权利、责任和义务,加强对数据滥用、侵犯个人隐私等行为的管理和惩戒。推动出台相关法律法规,加强对基础信息网络和关键行业领域重要信息系统的安全保护,保障网络数据安全。研究推动数据资源权益相关立法工作。
	4	《大数据产业发展规划(2016—2020年)》(工信部规〔2016〕412号)	2016年12月18日	成立跨行业大数据推进组织。支持成立跨部门、跨行业、跨地域的大数据应用推进组织,联合开展政策、法律法规、技术和标准研究,加强跨行业大数据合作交流。
地方数据立法	5	《贵州省大数据发展应用促进条例》	2016年1月15日	第一章 总则 第二章 发展应用 第三章 共享开放 第四章 安全管理 第五章 法律责任 第六章 附则
	6	《天津市促进大数据发展应用条例》	2018年12月14日	第一章 总则 第二章 政务数据 第三章 社会数据 第四章 开发应用 第五章 保障措施 第六章 数据安全 第七章 法律责任 第八章 附则
	7	《贵州省大数据安全保障条例》	2019年8月1日	第一章 总则 第二章 安全责任 第三章 监督管理 第四章 支持与保障 第五章 法律责任 第六章 附则

续表

类别	序号	文件名	时间	内容
地方数据立法	8	《上海市公共数据开放暂行办法》	2019年8月29日	第一章 总则 第二章 开放机制 第三章 平台建设 第四章 数据利用 第五章 多元开放 第六章 监督保障 第七章 法律责任 第八章 附则
	9	《海南省大数据开发应用条例》	2019年9月27日	第一章 总则 第二章 大数据开发与共享 第三章 大数据应用与产业促进 第四章 数据安全与保护 第五章 法律责任 第六章 附则
地方信息化立法	10	《北京市信息化促进条例》	2007年9月14日	第一章 总则 第二章 信息化工程建设 第三章 信息资源开发利用 第四章 信息技术推广应用 第五章 信息安全保障 第六章 监督管理 第七章 法律责任 第八章 附则
	11	《山东省信息化促进条例》	2007年11月23日	第一章 总则 第二章 信息化发展规划 第三章 信息产业促进 第四章 信息工程建设 第五章 信息技术推广应用 第六章 信息资源开发利用 第七章 信息安全保障 第八章 法律责任 第九章 附则
	12	《浙江省信息化促进条例》	2010年7月30日	第一章 总则 第二章 信息化规划与建设管理 第三章 信息产业发展 第四章 信息技术推广应用 第五章 信息资源开发利用 第六章 信息安全保障 第七章 法律责任 第八章 附则
	13	《广东省信息化促进条例》	2014年5月29日	第一章 总则 第二章 信息化规划与建设 第三章 信息资源开发利用 第四章 信息技术推广应用 第五章 信息产业发展 第六章 信息安全保障和监管 第七章 法律责任 第八章 附则

来源：作者根据互联网资料整理

(二) 地方立法的依据与问题

除了现实的产业基础和发展压力,地方都深切感受到当前改革进入“深水区”和“攻坚期”,在整体性全局性制度突破尚待时日之际,中央对地方局部的突破也是有所期待的。一方面,《中华人民共和国立法法》对中央和地方的立法权作出规定,对中央的专属立法事项作出列举性规定,对地方的立法事项作出原则性规定。另一方面,中央给地方立法空间鼓励在特定领域和事项上的先行先试。如2019年8月发布的《中共中央 国务院关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》,明确鼓励深圳特区:“用足用好经济特区立法权,在遵循宪法和法律、行政法规基本原则前提下,允许深圳立足改革创新实践需要,根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定。”再如,2019年10月国务院《优化营商环境条例》第五十五条明确规定:“政府及其有关部门应当按照鼓励创新的原则,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,针对其性质、特点分类制定和实行相应的监管规则 and 标准,留足发展空间,同时确保质量和安全,不得简单化予以禁止或者不予监管。”

应当说,贵州等地立法机关近年来在国家支持下,充分行使用好地方立法权,对大数据促进和管理法规进行了有益有效的探索,为各类主体共同营造良好的大数据产业发展环境,构建新型数据交易等活动规则,激活释放数据价值做出了尝试和示范。首先,地方数据立法实践,多是在国家顶层设计和省市区大数据产业规划或指导意见的基础上,所以有浓郁的产业政策因子。以全国领先的贵州省数据立法为例,不论是《贵州省大数据发展应用促进条例》,还是《贵州省大数据安全保障条例》,都离不开《贵州省人民政府关于加快大数据产业发展应用若干政策的意见》《贵州省大数据产业发展应用规划纲要(2014—2020年)》等产业政策基础。其次,地方性立法都立足于地方经济发展需求,所以多以产业促进法为基本定位。不论是贵州,还是紧密跟进的天津、上海、海南等地的数据立法,侧重开发应用、发展应用、共享应用等成为共同特点。^⑦第三,与GDPR相比,我国地方性数据立法明显走的不是“数据主体权利”的路数。各

地立法表述多是“应当遵守法律、法规的规定,不得危害国家安全、公共安全,不得侵犯个人合法权益”的原则性表述,而至于“合法权益”究竟是哪些权利,如果被侵犯有什么法律后果和后续救济,则语焉不详、讳莫如深。究其原因,一方面是地方立法权限所致,另一方面也有立法技术的原因,以及政策导向有意为之的因素。

四、数字经济对制度创新提出新要求

(一) 新经济需要负责任的数字化

习近平总书记指出,当今世界,科技革命和产业变革日新月异,数字经济蓬勃发展,深刻改变着人类生产生活方式,对各国经济社会发展、全球治理体系、人类文明进程影响深远。中国正积极推进数字产业化、产业数字化,引导数字经济和实体经济深度融合,推动经济高质量发展。^⑧数字经济时代,对治理能力和治理体系现代化的要求是法治化、规范化,就必须要有新的制度创新原则。2019年6月,国家新一代人工智能治理专业委员会发布《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》,提出了“负责任”的概念。数据是人工智能的原材料,实际上这也可以视为数据的治理原则。^⑨数字经济涉及技术创新、产业发展、信息安全、社会责任等诸多内容,应当着眼于构建我国新时代经济竞争新优势,围绕人工智能设计数据治理和数字化发展原则。

当前,我国数据合规的规范体系已初步建立。首先,网络安全法、电子商务法、侵权责任法、知识产权法、消费者法、广告法等法律对于数据领域,实际上已经有了原则性的责任分配方案。其次,2017年12月29日,全国信息安全标准化技术委员会正式发布《信息安全技术 个人信息安全规范》,2018年5月1日实施。仅半年后,2019年2月1日修订版《信息安全技术 个人信息安全规范(草案)》就发布征求意见,其中GDPR的影响不容忽视。^⑩2019年年中,网络安全审查办法、数据安全管理办法、儿童个人信息网络保护规定、个人信息出境安全评估办法等一系列规定征求意见稿发布,有的很快正式出台。2019年9、10月份以来,爬虫

风波导致众多大数据公司涉案,公安、工信等部门“净网2019”等专项行动“收获”颇丰,数百款APP因数据合规问题遭下架。“数据合规”已经成为这个时代企业和个人守法的重点。但需要提醒的是,数字经济范围极其广泛,包括核心板块ICT产业本身,以及拓展板块ICT技术和产业在经济社会各领域的应用。在这些广泛应用中,数据的采集、存储、处理、应用、交易、出境、消除等环节是保持数字经济高速运转的关键,如果尺度不当会造成阻碍甚至倒退。^[8]

(二) 数据立法应当创新恰当务实

法律制度的实施效果很大程度上,取决于经济社会发展的阶段和水平。法律并非越严苛越好,历史上法律目的在执行中被异化的例子很多,如:为保障劳工收入,劳动法保护劳工,但企业主为了不触犯最低工资标准只好解雇劳工;为保护妇女婚姻法加强男方责任,却让男性择偶时更谨慎导致女性更难迈入婚姻;为减少蛇的数量规定捕蛇者得奖励,结果大家都养蛇换钱使得蛇数量不降反升;等等。^①同理,个人信息保护过分追求立法上的求新求全和处罚严苛,企业普遍做不到或付不起合规成本,则可能选择放弃该项业务或者消极应对。前者会导致消费者直接失去享受信息服务的机会,后者会造成法律目的异化。如消费者向数据公司申请获取了与自己相关的数据包,表面上看消费者的权利得到保障,但数G大小且杂乱无章的数据包对于个人的用处何在值得思考。再如《信息安全技术 个人信息安全规范》修订,与GDPR相呼应的是要继续加强个人信息保护,其中删除了“履行合同必要”的无须征得授权同意情形,该项修订看似增强了数据主体权利,实际上增加了不必要的社会成本。^②笔者认为,制度设计应当避免想当然耳,立法还是做审慎务实的选择为宜。

立法如何做到务实?通常应当在避免民粹的情况下,更多倾听产业界的声音。特别要注意中小企业是创新的主力军,巩固市场经济基础须支持中小企业发展,这符合国际通行惯例,既体现市场竞争的公平性,也是《中华人民共和国中小企业促进法》的法定要求。工业企业数字化转型和互联网企

业业务创新,都面临数据的处置和合规问题,应当遵守《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国电子商务法》等法律的规定,向欧洲“走出去”企业当然还是要符合GDPR的要求。中小企业在市场竞争中属于弱势群体,必须有宽松适度的制度环境利于其生存和公平地参与市场竞争。谷歌等大型企业可以在承受高额罚款的同时高歌猛进,但更多的中小企业却极有可能因此而破产。立法者应当意识到,如果立法客观上制造“马太效应”,不利于众多中小企业,最终也将不利于市场健康持续发展。

(三) 坚持探索中国数据治理方案

党的十九届四中全会明确提出,“健全劳动、资本、土地、知识、技术、管理、数据等生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制”。党的中央全会将数据作为“生产要素”进行表述尚属首次,也足见对于数据资产的价值已经形成共识。反观GDPR的逻辑,个人数据已经成为企业的基本生产资料,那么个人的数据权利就应该是一种自然权利;对个人数据的滥用和侵害,侵犯的就不仅仅是无形财产权,还涉及人格和尊严。但是企业的数据合规不是立法一规定就完事那么简单的,后续需要有一系列的配套举措。如企业若不遵守或做不到数据合规要求的风险是什么,如何做这一类的风险评估,如何设立企业数据合规的规范体系,通过什么程序和必要制度、措施进行合规的执行,如何监督企业数据合规并进行必要的审计、信息公开和惩戒等,都需要花费巨大精力和成本;当然,同时也需要在法律上构建新型的数据财产权利体系,体现经济内容与运行规则的互动。^{[9][10]}《中华人民共和国网络安全法》及其配套的《个人信息安全规范》以及《中华人民共和国民法总则》等规定,民事主体已经有访问权、更正权、知情权、删除权、注销权、撤回权、明示同意权等权利。我国权利体系与GDPR虽不一一对应,但也自成体系。特别是个人信息权与隐私权“二分法”^[11],成为不同于西方法律话语体系的一大特色。我们不可缺乏战略定力、朝令夕改,而应在已有基础上坚持完善我国的数据权利体系,甚至在数据财产性、权利客体性等基础理论方面提出中国观点和方案。^[12]

五、结语

目前,数据不仅已经成为新的生产要素,而且正对社会组织形式变化产生深刻影响,数字经济成为有别于农业经济、工业经济的新的经济形态。当然,同时对数据治理特别是数据立法提出更高的要求和挑战,需要在技术创新、产业发展、技术治理等多个维度上加强理论研究。^[13]数据立法应当做好国外经验借鉴和民族特色弘扬的平衡,做好数据权利设计和数据利益分配的协调,做好个人数据权利保护和企业数据业务发展的兼顾。欧洲产生GDPR立法有其历史、政治、文化等深层次原因,但最终的指向必然是数字经济发展,对此我们必须保持清醒认识。中国立法一直比较关注借鉴,但已经成为第二大经济体的中国面临着日益复杂的国际国内形势变化,更面临着治理现代化的重大历史转型,所以未来数据立法更需要的可能是数据治理整体思路的廓清、立法技术和治理模式的科学精选、治理对象和数据内容的深入沟通。期待“政产学研用”等各方主体形成真正的数据治理共同体,戮力推动中国数据立法——着眼于未来竞争力构建,符合5G/6G通信、区块链、人工智能等产业发展的数据治理方案早日出台。

注释

- ① General Data Protection Regulation, 英文缩写GDPR, 很多文章都翻译为欧盟《一般数据保护条例》。这一翻译很直观,但笔者认为译为欧盟《数据保护通用条例》更合适;或者可参考民国时期法学家的翻译,译作欧盟《数据保护示范条例》更好。但为了行文方便,本文采用大多数人使用的翻译方式。
- ② 此类新闻近年“两会”常会见诸报端,如参见赵晨采访朱山委员《建议加快推进大数据立法进程》,载《中国电子报》2019年3月15日第4版。
- ③ 大陆法系本有复杂的权利体系,做到内部统一和协调已属不易,何况日益增加新的权利类型和内容。如参见高富平、王苑:《被遗忘权在我国移植的法律障碍》,载《法律适用·司法案例》2017年第16期,第40页。文

章提出应当在基本权利层面讨论要不要移植“被遗忘权”,如“被遗忘权”已经被确立为公民的基本权利,那么它也不宜直接进入人格权法,而应采取一般人格权来保护被“被遗忘”法益。

- ④ 参见《现在全球排名前20强的互联网企业都是中美企业,这说明了什么?》,载科技奇视界公众号;《世界前20强互联网企业被中美垄断?为什么日本没有互联网巨头?》,载世界听平说公众号;张涛:《欧盟AI发展不起来的原因》,载搜狐网;何芊樾、周源:《欧洲为什么会被AI时代边缘化?》,载《财经》杂志。
- ⑤ 如国家层面上,交通运输部、工业和信息化部、公安部三部门联合发布《智能网联汽车道路测试管理规范(试行)》是在2018年4月12日。但地方显然等不及,所以在国家规定之前,2017年12月18日《北京市自动驾驶车辆道路测试管理实施细则(试行)》发布,2018年2月28日《上海市智能网联汽车道路测试管理办法(试行)》发布,2018年3月11日《重庆市自动驾驶道路测试管理实施细则(试行)》发布,2018年4月13日《长沙市智能网联汽车道路测试管理实施细则(试行)》发布等。
- ⑥ 当然,地方数据立法的基础还包括之前信息化以及两化融合的众多基础。如2013年9月29日《信息化规划》(工信部规〔2013〕362号),2013年8月1日国务院《“宽带中国”战略及实施方案》,2012年5月4日《互联网行业“十二五”发展规划》,2011年4月6日《关于加快推进信息化与工业化深度融合的若干意见》(工信部联信〔2011〕160号)等。
- ⑦ 另外,如2019年10月《深圳经济特区数据条例》立法起草项目正式立项,作者参与了前期论证讨论,特区数据立法的基本定位亦包括促进和规范两个方面,但显然促进法的意味更浓。
- ⑧ 参见2019年10月11日,《习近平向2019中国国际数字经济博览会致贺信》,载新华网。
- ⑨ 新一代人工智能治理原则,明确人工智能治理应该秉持八项基本原则:和谐友好、公平公正、包容共享、尊重隐私、安全可控、共担责任、开放协作、敏捷治理。
- ⑩ 修订版《信息安全技术 个人信息安全规范(草案)》主要改动之处:区分基本业务功能和扩展业务功能,保障个人信息主体选择同意权;明确平台商对于接入的第三方产品或服务收集个人信息的管理义务;新增个性化展示及退出机制;细化个人信息安全事件报告制度;细化个人信息

控制者的组织管理要求; 个人信息的汇聚融合。2020年版《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020)于2020年3月6日公布, 将于2020年10月1日正式实施。

- ⑪ 还有禁酒令的例子, 苏联的禁酒令加速了解体, 美国的禁酒令带动了黑帮产业壮大, 印度禁酒令导致贩私酒、酿假酒的人数量增多。所以, 法律不是越严苛越好, 而是应当符合经济文化需要。GDPR为大企业带来更多的竞争优势, 这实际上背离了立法者的初衷。
- ⑫ “法律必须被信仰, 否则它将形同虚设”, 这句法谚的意义之一在于强调法律必须被执行, 所有人的共同遵循才能维系法律实施下去, 否则法律规定将毫无意义。GDPR的执行特别是域外执行, 更是给无边界的互联网执法带来持久命题。参见李汶龙:《欧美网络法2019年度书评之一: 长臂GDPR——域外执行与理念传播》, 载DataLaws微信公众号, 2020年1月11日。

参考文献

- [1] 张敏, 李倩. 人工智能应用的安全风险及法律防控[J]. 西北工业大学学报(社会科学版), 2018(3):108-115.
- [2] 胡宝刚. 欧洲共同体内部统一大市场的基本目标及影响[J]. 安徽大学学报(社会科学版), 1994(4):57-59.
- [3] 吴沈括. 欧盟《一般数据保护条例》(GDPR)与中国应对[J]. 信息安全与通信保密, 2018(6):13-16.
- [4] 程啸. 论大数据时代的个人数据权利[J]. 中国社会科学, 2018(3):102-122.
- [5] 许可. 欧盟《一般数据保护条例》的周年回顾与反思[J]. 电子知识产权, 2019(6):4-15.
- [6] 王融等. 迷雾中的新航向——2018年数据保护政策年度观察[R/OL]. http://www.sohu.com/a/285519767_455313.
- [7] 姜奇平. 反对唯GDPR论[J]. 互联网周刊, 2019(6):70-71.
- [8] 栾群, 张浩. 新时代新经济需要负责任的数字化[J]. 可持续发展经济导刊, 2019(9):60-62.
- [9] 龙卫球. 数据新型财产权构建及其体系研究[J]. 政法论坛, 2017(4):63-77.
- [10] 龙卫球. 再论企业数据保护的财产权化路径[J]. 东方法学, 2018(3):50-63.
- [11] 李永军. 论《民法总则》中个人隐私与信息的“二元制”保护及请求权基础[J]. 浙江工商大学学报, 2017(3):10-21.
- [12] 梅夏英. 数据的法律属性及其民法定位[J]. 中国社会科学, 2016(9):164-183.
- [13] 刘永谋. 构建审度的技术治理理论[J]. 民主与科学, 2019(5):52-57.

Inspiration of GDPR on China's Data Legislation ——Reflection on European Data Governance Model

Luan Qun

Abstract: With the development of data technology and industry, data governance has become an urgent task at present. Legislation is the highest form of institution building, and data legislation is thus receiving increasing attention. European data legislation GDPR has become the model of our country at present, but the negative effects since its implementation cannot be ignored, so we should take a comprehensive view on Europe's model of basic rights-based data governance. China takes the practice of local data legislation as the first trial and develops subdivision legislation on the basis of previous informationization and big data industry development policy. We should hold an innovative and pragmatic attitude and promote data governance and related legislation in accordance with the current industrial development of China.

Key words: GDPR; data governance; big data industry