

美国版权诉讼中律师费转移规则的新近发展

刘明江

摘要: 在美国的版权诉讼中,地区法院可酌情将合理的律师费判给胜诉方。根据美国联邦最高法院的指导意见,地区法院不可以理所当然地裁判律师费,而且不能对胜诉的原告和胜诉的被告给予任何有差别的待遇。在裁判律师费时,地区法院应当重点考虑败诉方诉讼立场的客观合理性,但也要考虑其他所有的相关因素,如轻率起诉、诉讼动机以及在特定情形中考虑赔偿和遏制的需要。我国应当借鉴美国的有益做法,完善与律师费转移有关的规定。

关键词: 美国; 版权诉讼; 律师费; 转移规则; 新近发展

中图分类号: D971.2

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2017) 04-0062-09

一、美国立法中的律师费转移规则

在 *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society* 案中,^①美国联邦最高法院 (Federal Supreme Court of the United States, 简称“美国最高法院”) 重申了广为人知的“美国规则” (American Rule), 简单来讲, 就是“在美国, 胜诉方通常无权从败诉方那里获得合理的律师费”。仅在例外情形中, 经由法院自由裁量, 胜诉方 (原告抑或被告) 的合理律师费才由败诉方 (被告抑或原告) 承担, 此即所谓的律师费转移 (attorney's fee shift)。

美国立法中的律师费转移规则主要体现在美国国会制定的《版权法》中。早在 1909 年的美国《版权法》第 40 节就规定, 在依据《版权法》提起的诉讼中, 除一方当事人为美国政府或者其官员之外, 应当允许索赔全部的诉讼费用, 法院可以将合理的律师费作为诉讼费用的一部分, 判给胜诉的一方当事人。这一规定在被移入现行的 1976 年《版权法》第 505 节时未作较大改动。

美国现行的《版权法》第 505 节规定, 在依据《版权法》提起的民事诉讼中, 法院可行使自由裁量权责令一方当事人偿付另一方当事人的全部诉讼费用, 但美国政府或者其官员为当事人的除外。同时还规定, 除《版权法》另有规定的以外, 法院也可以将合理支出的律师费作为诉讼费用的一部分裁判给胜诉的一方当事人。显

作者简介: 刘明江, 河南牧业经济学院法学研究所所长, 副教授, 法学博士, 研究方向: 知识产权法学。

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金项目“世界知识产权组织版权限制与例外缔约动向研究” (项目编号: 15YJA820014); 河南省教育厅人文社会科学研究一般项目“图书馆和档案馆版权限制与例外演进态势研究” (项目编号: 2015-GH-003)。

^① *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240 (1975).

而易见,诉讼费用以及律师费的裁判完全在法院的自由裁量权行使的范围内,同时将美国政府及其官员排除在外。这一规定为律师费的转移提供了坚实的法律依据。

根据美国《联邦民事诉讼规则》第54条的规定,对于律师费的主张,若实体法没有要求该律师费作为损害赔偿的一部分在庭审时予以证实,当事人应当提出申请;除法令或者法院指令另有要求的以外,该申请应当在判决登记后14天之内提出,详细说明判决内容以及法令、规则或者申请人可以获得律师费的其他理由,申明律师费的数额或者一个合理的估计数额,并应法院指令要求,披露有关律师服务收费的约定。这一规定为律师费的转移明确了程序上的要求。

就版权诉讼而言,律师费转移包括两种情况,即败诉的版权人承担胜诉的侵权人的律师费以及败诉的侵权人承担胜诉的版权人的律师费。整体看来,美国法上的律师费转移规则可涵盖的范围要广于《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,简称“TRIPs协议”)的有关规定。根据TRIPs协议第45条的规定,司法当局应当有权责令侵权人向权利持有人支付损害赔偿之外的费用,其中可以包括适当的律师费。因此,就败诉的侵权人承担胜诉的版权人的律师费来看,美国法上的律师费转移规则与TRIPs协议的规定是一致的。然而,就败诉的版权人承担胜诉的侵权人的律师费来看,美国法上的律师费转移规则的适用范围显然超出了TRIPs协议的要求。

根据TRIPs协议第48条的规定,仅在权利持有人滥用执法程序给被告造成损害时,司法当局才应当有权责令权利持有人向被告提供适当的赔偿,还应当有权责令权利持有人为被告支付开支,其中可以包括适当的律师费。两相比较可以发现,TRIPs协议第48条的规定仅适用于执法阶段发生的律师费,而美国法上的律师费转移规则适用于整个诉讼过程中发生的律师费。美国法上的律师费转移规则的适用范围之广由此可见一斑。

根据美国《联邦民事诉讼规则》第11条第(c)款的规定,在诉讼过程中,一方当事人因对方当事人的不当诉讼行为遭受的包含律师费在内的损失由不当行为人负担,作为对不当行为人施加的一种制裁;对于该制裁的请求,应当单独提出申请,列明涉嫌违反第11条第(b)款的具体行为。例如,如果诉状是轻率提出的,没有法律上的理由,或者没有事实上的依据,尽管不存在主观上的恶意,法院也可判给胜诉方包括律师费在内的合理费用。^①显而易见,美国《联邦民事诉讼规则》第11条的相关规定与美国《版权法》第505节的规定存在重合的地方。

《跨太平洋伙伴关系协议》(TPP)在第18章有关知识产权“民事及行政程序与救济”一节中第10段规定,在涉及侵犯版权或者相关权利的民事司法程序结束时,

^① Lieb v. Topstone Industries, Inc., 788 F.2d 151, 157 (3d Cir. 1986).

缔约方的司法机关在适当情况下有权责令败诉方向胜诉方支付诉讼费用和适当的律师费，或者缔约方法律规定的其他费用。相比较而言，TPP 协议比 TRIPs 协议向前迈进了一步，与美国《版权法》第 505 节的规定相一致，没有将获赔律师费的胜诉一方当事人限定为版权持有人。在版权诉讼中，胜诉方可以是版权持有人，也可以是被控侵权人，同样，败诉方也可以是被控侵权人，也可以是版权持有人。

同时，TPP 协议在第 18 章有关知识产权“民事及行政程序与救济”一节中第 15 段规定，应一方当事人请求而采取措施但该当事人滥用版权执法程序，缔约方司法机关应当有权责令该当事人向受到错误禁止或者限制的对方当事人因该滥用而受到的损害提供足够的赔偿，此外，司法机关还应当有权责令该申请人向被告支付费用，其中可包括适当的律师费。该规定与 TRIPs 协议第 48 条的规定相一致。

综上所述，在美国法上，有关律师费转移的规则早已确立，时至今日，相关的法律规定超越了 TRIPs 协议要求的最低水平，也达到了 TPP 协议的最低要求。

二、美国以往判例中的律师费转移规则

尽管有《版权法》和《联邦民事诉讼规则》的相关规定，但是在什么情况下才会发生律师费的转移？也就是说，在版权诉讼中，法院有什么依据裁判败诉方负担胜诉方的律师费，在成文法上没有明确的法律规定，完全有赖于法院的自由裁量权的行使。对于什么情况下会出现律师费的转移，诉讼当事人无法预见。在实行判例法的美国，这一缺陷可通过司法体系加以解决。美国最高法院在美国的司法体系中居于顶端，其在审理案件过程中发表的释法性意见对下级法院具有约束力，更重要的是使得相应的法律规定有了较为清晰的解释，增强了诉讼当事人的可预见性。

美国《版权法》第 505 节赋予地区法院自由裁量权，但自由裁量权不是没有限制的。在 *Fogerty v. Fantasy, Inc.* 案中，^①美国最高法院创设了两项限制。作为第一项限制，地区法院不可以理所当然地裁判律师费，而应当采取具体问题具体分析的方式，针对个案情况进行具体细致的评价。之所以如此，原因有二：其一，《版权法》第 505 节中的“可以”（may）显然意味着自由裁量，若把律师费自动地裁判给胜诉方，将使自由裁量处于虚设的境地；其二，《版权法》第 505 节处在美国规则的大背景之下，与经常将律师费判给胜诉方的“英国规则”（British Rule）不同，依照美国规则，除非国会另有规定，诉讼当事人一般情况下各自承担各自的律师费。

作为第二项限制，地区法院对待诉讼各方当事人应当不偏不倚，不能对胜诉的原告和胜诉的被告给予任何有差别的待遇，不能采取“双重标准”（dual standard）：胜诉的原告理所当然地获得律师费，而胜诉的被告则必须证明原先的诉讼系由原告

^① See *Fogerty v. Fantasy, Inc.*, 510 U.S. 517 (1994).

轻率提起。版权法的最终目的是为了普通公众能够利用有独创性的作品，因此，尽可能地清晰界定版权法的边界具有特别重要的意义。为达此目的，鼓励被告应诉作不侵权抗辩与鼓励原告主张版权提起侵权之诉应当得到同等程度的重视。不侵权抗辩取得成功的被告与成功获得侵权认定的原告对版权法的促进作用是一样的。所以，对任何一方诉讼当事人的偏袒均有违版权法的宗旨。

一些上诉法院秉承不偏不倚的标准，提出了若干个非排他性因素，以指导地区法院自由裁量权的行使。例如，在 *Lieb v. Topstone Industries Inc.* 案中，美国联邦第三巡回上诉法院列出了几项非排他性因素，地区法院在给任何胜诉方裁判律师费时应当予以考虑。这些因素包括：轻率（frivolousness）、动机（motivation）、客观合理性（objective reasonableness）以及在特定情形中考虑赔偿和遏制的需要（the need in particular circumstances to advance considerations of compensation and deterrence）。美国最高法院赞同这些因素可以用以指导地区法院的自由裁量，只要这些因素忠实于版权法的宗旨并不偏不倚地适用于胜诉的原告和胜诉的被告。

尽管美国最高法院赞同上述因素可作为律师费的裁判依据，但在个案中如何衡量这些因素，美国最高法院没有给出明确的意见，造成下级法院作出了不一致的裁判。有的上诉法院着重考虑客观合理性，有的上诉法院综合考虑所有因素而不倚重任何一个因素，有的上诉法院推定胜诉方可获得律师费。2013年，*Supap Kirtsaeng*（简称 *Kirtsaeng*）与 *John Wiley & Sons, Inc.*（简称 *Wiley*）之间发生的律师费索赔纠纷为美国最高法院弥合上诉法院之间的意见分歧提供了难得的机会。

三、美国新近判例中的律师费转移规则

Kirtsaeng 与 *Wiley* 之间先后发生了两起纠纷，前一起纠纷涉及版权平行进口，后一起纠纷涉及律师费转移。为了叙述的方便以及区分的需要，将 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons Inc.* 涉及平行进口的纠纷简称为 *Kirtsaeng v. Wiley* 平行进口案，^① 将 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons Inc.* 涉及律师费转移的纠纷简称为 *Kirtsaeng v. Wiley* 律师费案。^②

（一）*Kirtsaeng v. Wiley* 平行进口案和律师费案

Kirtsaeng 系泰国公民，20年前到美国康奈尔大学学习数学。不久，*Kirtsaeng* 发现，一家学术出版公司，即 *Wiley*，在泰国和美国销售几乎一模一样的英语教科书，但在泰国的售价远低于在美国的售价。嗅到大好的套利机会，*Kirtsaeng* 请其家人和朋友在泰国书店购买涉案教科书并邮寄至纽约，然后将这些教科书再销售给美国学

^① 关于 *Kirtsaeng v. Wiley* 平行进口案，可参见：*Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. __, __ (2013) (slip op.)。

^② 关于 *Kirtsaeng v. Wiley* 律师费案，可参见：*Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 579 U.S. __, __ (2016) (slip op.)。

生，在偿还其在泰国的供书商的款项后，还赚得可观的利润。

Wiley 以其享有的版权遭受侵犯为由将 Kirtsaeng 起诉至地区法院，称 Kirtsaeng 侵犯了其享有的发行涉案教科书的专有权利。Kirtsaeng 援引“首次销售原则”作为抗辩。但 Wiley 认为，对于在美国之外制作的图书（如 Kirtsaeng 销售的涉案教科书），首次销售原则不能适用。地区法院和美国联邦第二巡回上诉法院（United States Court of Appeals for the Second Circuit，简称“上诉法院”）均判决支持 Wiley 的主张。美国最高法院接受了 Kirtsaeng 调卷令的申请，在审理之后推翻了上诉法院的判决，并确认首次销售原则允许再次销售在国外制作的图书。

胜诉后的 Kirtsaeng 回到地区法院，依据美国《版权法》第 505 节的规定，要求 Wiley 支付 200 多万美元的律师费。地区法院拒绝了 Kirtsaeng 的请求。上诉法院在其作出的简易决定中维持了地区法院的决定。美国最高法院签发了调卷令，对 Kirtsaeng v. Wiley 律师费案进行审理，最终撤销了上诉法院的决定并发回重审。

（二）地区法院的意见

地区法院分别从客观合理性、轻率起诉、诉讼动机以及在特定情形中考虑赔偿和遏制的需要等 5 个方面进行了详细的分析。^①

第一，客观合理性。Wiley 主张其依法享有的版权，反对 Kirtsaeng 未经其许可从泰国进口并向美国学生销售其在泰国制作的教科书，这本身就具有客观合理性。Kirtsaeng 也没有提供有力的证据，驳斥 Wiley 的主张不具有客观合理性。

第二，轻率起诉。不论在法律上，还是在事实上，在没有证据支持的情况下提起诉讼是轻率的。显而易见，Wiley 提起的侵权之诉既有法律上的依据（Wiley 依法享有版权），也有事实上的依据（Kirtsaeng 进口并销售涉案教科书），因而不是轻率的。

第三，诉讼动机。Wiley 的诉讼动机不是不恰当的。一个善意的版权持有人确信有人侵犯其版权，对该侵权人提起版权侵权之诉，系保护其版权的行为，完全出于正当的动机。Wiley 起诉 Kirtsaeng 是为了保护其依法享有的版权，其动机是正当的。

第四，赔偿的需要。实际上，Kirtsaeng 尚未支付且没有义务支付大部分律师费。Kirtsaeng 的律师同意，在美国最高法院同意调阅此案的前提下，实行无偿代理，为 Kirtsaeng 提供免费法律服务，并支付付现费用。而且，Kirtsaeng 的赔偿需求可被其胜诉抵销，Kirtsaeng 可以继续其盈利的售书业务，不再担心引发版权责任。因此，对胜诉被告给予赔偿的需要不是那么迫切，没有超越 Wiley 主张的客观合理性。

第五，遏制的需要。Wiley 没有什么行为需要在衡平法上以大额律师费裁决作威慑，遏制该行为将来再次发生。Wiley 起诉 Kirtsaeng，是因为 Wiley 相信

^① John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng, No. 08-cv-07834 (SDNY, Dec. 20, 2013).

Kirtsaeng 侵犯了其享有的权利, 这样的诉讼是不应当受到遏制的。若诉讼涉及版权法中的一个新的待解决问题, 更不能加以遏制。

地区法院还分析了 Kirtsaeng 提出的 3 个额外因素: (1) Kirtsaeng 对 Wiley 主张的成功抗辩廓清了《版权法》及其首次销售原则的范围; (2) Kirtsaeng 在此次诉讼中取得了胜诉的结果; (3) 双方当事人之间财富和势力不均衡。Kirtsaeng 认为, 考虑这 3 个额外因素, 其应当获得律师费赔偿。地区法院则认为, Kirtsaeng 的论据缺乏说服力。关于第一个因素, 地区法院认为, 尽管此次诉讼廓清了版权法的边界, 但取得这一结果也应归功于 Wiley 冒险提起侵权诉讼, 而且, 原告提出了一个合理的主张, 即版权侵权主张, 尽管没有取得成功, 但若要求败诉的原告支付胜诉方律师费, 则会产生寒蝉效应 (chilling effect)。关于第二个因素, 地区法院认为, 胜诉的结果是在确定一个特定的律师费赔偿数额时可以考虑的一个相关因素, 但与律师费的裁决能否促进版权法的目标没有关系; 而且, 在像本案一样的新型案件中, 不能准许律师费转移, 因为不能使律师费成为原告或者被告将诉讼进行下去的一个阻碍因素。关于第三个因素, 地区法院认为, 和“胜诉的结果”一样, 经济实力的不均衡仅是在确定律师费额度时可酌情考虑的一个因素, 而在依据《版权法》第 505 节规定裁定律师费时不具有决定性作用, 而且, 经济实力的不均衡与律师费的裁定能否促进版权法的目标没有关系。

综合上述分析, 地区法院认为, 因为 Wiley 的主张不具有客观不合理性, 且在该案中没有任何因素不利于这一重要考虑因素 (即客观合理性) 的认定, 所以, 准许 Kirtsaeng 的律师费请求是不适当的, 因而拒绝了 Kirtsaeng 要求 Wiley 支付律师费的请求。

(三) 美国最高法院的意见

美国最高法院注意到, Kirtsaeng 和 Wiley 均认为, 《版权法》第 505 节使得地区法院基于案件整体情况裁判律师费时拥有较大的自由空间。尽管美国最高法院在 *Fogerty v. Fantasy, Inc.* 案中给出的意见对司法裁量有所限制, 但地区法院完全可以对其选择的因素赋予任意的权重, 如有的法院认为“动机”是决定性的, 有的法院则认为“赔偿”决定一切。这要求美国最高法院进一步提供一些指导意见。

Kirtsaeng 和 Wiley 均主张, 地区法院行使自由裁量权时应当致力于版权法的目标。然而, 如何才能体现版权法的目标, Kirtsaeng 和 Wiley 产生了分歧。Wiley 认为, 着重分析败诉方立场的客观合理性可最大程度地服务于版权法的目标。Kirtsaeng 则认为, 应当特别考虑诉讼是否解决了一个重要且棘手的法律问题 (important and close legal issue) 并因此廓清了版权法的边界。

美国最高法院必须考虑的是, 是 Wiley 的建议还是 Kirtsaeng 的建议能够大力推进版权法的目标。版权法一方面鼓励并嘉奖作者的创作, 另一方面促使他人能够利用作者的作品, 并在两者之间保持均衡。因此, 依据《版权法》第 505 节作出的律

师费裁判应当能够鼓励可促进版权法目标的那些类型的诉讼。

在美国最高法院看来, Wiley 赞成的客观合理性方法可以通过这样的测试, 因为该方法既能鼓励有着坚实法律依据的当事人维护自己的权利, 又能阻挡法律依据脆弱的当事人将诉讼进行下去的势头。当一方诉讼当事人(原告或者被告)拥有充足的正当理由, 从对方当事人(即没有正当理由的一方)获得律师费的可能性会激励其将诉讼进行到底。即使损害赔偿金微不足道, 版权明显遭受侵犯的版权人也会坚持提起侵权之诉; 同样, 对于一个明显没有法律依据的版权侵权主张, 被告会有充分的动力将诉讼进行下去, 不管旷日持久的诉讼产生的律师费可能相当于或者远高于和解费用。相反, 当一方诉讼当事人(原告或者被告)没有合理的诉讼理由, 要支付两份律师费的可能性将促使其慎重对待法律诉讼。没有充足的侵权证据的版权持有人起初就有很好的理由不提起诉讼, 而没有合理抗辩理由的侵权人有充足的理由很快就会认输, 无需等到各自的诉讼费用攀升之时。如此博弈的结果提高了作品创作者和作品使用者(也就是潜在的原告和被告)享有法律赋予的实质性权利的可能性, 版权法的目标借此得以实现。

相比之下, Kirtsaeng 的建议不会产生任何确定的益处。在美国最高法院看来, 可以接受 Kirtsaeng 所提出的疑难案件诉讼有助于尽可能廓清版权法边界从而推进公共利益的假设, 但不能认同律师费转移必然甚至通常会鼓励当事人将这些疑难案件的诉讼进行下去的说法。律师费裁判是一把双刃剑: 既是对胜诉的奖励, 也是对败诉的处罚。疑难案件的标志就在于, 没有哪一方当事人能够确信其会胜诉或者败诉。这意味着, 对于可廓清版权法边界的那些诉讼, Kirtsaeng 建议的方法阻止当事人进行下去的可能性和鼓励当事人进行下去的可能性是一样的, 因而增加了此类诉讼的赌注。然而, 较高的赌注是激励还是抑制当事人的诉讼行为, 取决于当事人对于风险的态度: 是偏好风险, 还是规避风险。在 Kirtsaeng 设想的世界里, 仅有前者比较愿意诉讼。现实世界里的大多数人属于风险规避者, 因此, 与 Wiley 不同, Kirtsaeng 方法的价值完全是投机性的。

而且, Wiley 的方法比 Kirtsaeng 的方法更具可操作性。审理过版权案件的地区法院可较容易地确定, 败诉方是否提出了一个不合理的主张或者抗辩。相反, 一个法官直到诉讼结束也不可能知道, 刚刚裁决的一个问题是否具有 Kirtsaeng 所说的关键且广泛的法律意义。一个判决可能具有的判例兼释法价值只有在回头看中才能显现出来, 有时要等待许多年。一个判决的实际影响(达到 Kirtsaeng 期待的要法院单独考虑这个因素的程度)也是如此。

与 Kirtsaeng 的观点相反, 着重考虑客观合理性也可不偏不倚地对待原告和被告。无论哪一方赢得诉讼, 法院必须确定对方的立场是否(不)合理。当然, 也有可能原告和被告提出的论据都不合理, 有时确实如此。Kirtsaeng 认为, 合理性分析方法整体朝原告倾斜, 因为败诉的被告几乎总是被发现做错了什么事情。但是, 这混淆

了两个不同的问题：被告实际上是否侵犯了他人的版权和被告是否就其行为提出了实实在在的论据。法院经常可看到最终失败的合理抗辩，就像经常可看到一无所获的合理主张一样；在这种情况下，和在其他情况下一样，法院完全能够将这些合理的抗辩或者主张与客观上不合理的抗辩或者主张区分开来。如果某法院混淆了责任问题和合理性问题，这样的律师费裁判会因为自由裁量权的滥用而被撤销。

总的来说，在评审律师费申请时，客观合理性仅仅是一个重要的因素，而不是唯一的支配性因素。《版权法》第 505 节赋予法院广泛的自由裁量权，在决定是否准许律师费转移时，法院一定要考虑诉讼立场合理性之外的一系列因素。这意味着，在任意一起案件中，法院可以判给律师费，尽管败诉方提出了合理的论据，或者相反，法院也可以拒绝判给律师费，尽管败诉方提出了不合理的论据。例如，法院会因为一方当事人的不当诉讼行为而判令律师费转移，尽管其主张或者抗辩具有合理性。又如，在一个独特的案件中，尽管败诉方的立场具有合理性，但为了阻止版权侵权行为再次发生或者避免版权主张咄咄逼人，法院仍可以准许律师费转移。尽管客观合理性举足轻重，但是，法院一定要依照其设定的条件，根据版权法的基本目标，审视一个案件的所有情况。

可以肯定的是，在美国最高法院看来，上诉法院采取了与其近似的分析框架：要求地区法院着重考虑败诉方诉讼立场的客观合理性，同时也要考虑其他相关情况。但是，上诉法院的措辞间或提示，认定了客观合理性的存在就推定不允许律师费转移。这将限制地区法院在构造其分析框架时对相关因素的审查。更有甚者，上诉法院辖区内的一些地区法院走向了极端，将客观合理性由一个具有“重要性”的因素变成一个近乎具有“决定性”的因素。因此，美国最高法院撤销了上诉法院的判决，以便地区法院再次审核一下 *Kirtsaeng* 的律师费申请。美国最高法院明确指出，发回重审绝不是暗示，地区法院应当作出一个不同的判决，而仅仅是确保地区法院在着重考虑 *Wiley* 诉讼立场合理性的同时也把其他所有的相关因素考虑进去。

四、结语

在司法实践中，无论是英美法系，还是大陆法系，均有为数不少的将胜诉方的合理律师费判由败诉方承担的先例。处于动态发展中的美国律师费转移规则在延续先例的基础上通过新的判例进一步细化，这有助于平衡版权持有人和被控侵权人的诉讼利益，可使版权持有人慎于起诉，被控侵权人勇于应诉。他山之石，可以攻玉。尽管中美之间存在着较大的制度差异，但在律师费转移规则的构建上，还是有着巨大的学习借鉴空间，例如，在著作权侵权诉讼案件中，法官应当着重考虑著作权人所提侵权主张的客观合理性，同时也要考虑著作权人的诉讼动机以及遏制著作权侵权的需要，进而就胜诉的侵权人的合理律师费是否由败诉的著作权人承担作出适当的裁判。在创建创新型国家的过程中，中国应当因时因地制宜，学习美国的有益经验，

并将其转化为具体的立法及司法实践，以建立一个较为全面的诉讼成本转移体系为终极目标。

Recent Development of the Rules for Attorney's Fees Shifting in Copyright Lawsuits in the US

LIU Ming-jiang

Abstract: In copyright lawsuits in the United States, a district court in its discretion may award a reasonable attorney's fee to the prevailing party. In light of the guidelines by the Federal Supreme Court of the United States, a district court may not award attorney's fees as a matter of course, and may not treat prevailing plaintiffs and prevailing defendants any differently. In awarding attorney's fees, a district court should give substantial weight to the objective reasonableness of a losing party's litigating position, but also take into account all other relevant factors like frivolousness, motivation, and the need in particular circumstances to advance considerations of compensation and deterrence. China should follow the useful practices of the United States to improve attorney's fees shifting provisions.

Key words: US; copyright lawsuits; attorney's fee; shifting rules; recent development

(责任编辑: 金孝柏)

(上接第 38 页)

A Study on the Trade Competitiveness and Complementarity between China and Portuguese-speaking Countries

DING Hao DING Lai-tao

Abstract: Since the establishment of Forum for Economic and Trade Co-operation between China and Portuguese-speaking Countries (Macao) in 2003, there has been a rapid growth of trade between China and Portuguese-speaking countries. It is essential to study the trade competitiveness and complementarity of different industries for the trade promotion. Based on the SITC classification trade data from 2003 to 2015 and using export RCA, ESI and TCI indices, we analyze the export comparative advantage, export similarity and trade complementarity respectively. It is found that the export comparative advantage between China and Portuguese-speaking countries is rather complementary than competitive.

Key words: Portuguese-speaking countries; complementarity; export similarity; RCA index; TCI index

(责任编辑: 张建华)

云计算隐私保护法律的管辖权研究

弓永钦 钮贵芳

摘要: 云计算带来了个人数据经常性的跨境传输,给传统隐私保护法律的管辖权提出了空前的挑战。传统隐私法律管辖权主要遵循“属人”、“属地”以及“设备所在地”原则,而云计算给“属人”、“属地”、“设备所在地”原则的使用都带来了困惑,也不能很好地解决“二次传输”的问题。应根据云计算的特点设计新的隐私保护法律管辖权理论,以“属人”原则为主,改限制存储地点为限制向第三方披露,采取加密方式保护云计算中的个人数据。

关键词: 云计算;隐私保护法律;管辖权

中图分类号: DF415

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2017) 04-0071-09

一、云计算对传统法律管辖权的冲击

云计算服务是近几年兴起的一种以先进网络技术为基础的商业服务模式。“云”是对这种计算方式的隐喻,体现其飘忽不定的特性。云计算可以有效地利用位于世界各地的数据中心、同时调动数十万台电脑的运算能力、让客户可以随时随地上传并访问相关数据,省却了公司建立自有硬件设备的麻烦,极大地降低了客户享受网络服务的成本,因此受到了公司和个人的欢迎。

美国国家标准化及技术研究所(NIST)给云计算下的定义是“一种应客户需求、只需花费最低的管理成本、只需进行服务提供商之间最低程度的沟通就能够方便迅速地向客户提供可配置、可共享的计算资源(比如网络、服务器、存储空间、应用软件以及服务)的模式。”^①该定义在国际上得到了广泛认可,比以往的定义更加清晰一些。

然而,云计算的特点却给网络隐私管辖权提出了空前的挑战。传统法律管辖权理论主要以地域和国籍为基础,对个人数据的跨境流动做出严格的限制,与这种新型的商务模式显得格格不入。如果隐私保护法律对云计算进行地域限制,会束缚它的服务功能和效果,有违云计算的内在特性;如果对其毫无限制,又会使频繁进行跨境传输的个人数据处于失控状态,不能有效保护数据主体的权益。云计算对传统的隐私管辖权理论提出了最严重的挑战。

作者简介: 弓永钦,对外经济贸易大学国际商务研究中心,北京劳动保障职业学院副教授,博士,研究方向:全球数据隐私规则;钮贵芳,常州工程职业技术学院讲师,研究方向:国际商务。

① Badger, Lee, et al. Cloud Computing Synopsis and Recommendations [EB/OL].2012, <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-146.pdf>. (2016-03-22).

二、传统网络隐私保护法律的管辖权理论

（一）属地管辖理论

许多国家的网络隐私保护法律采取属地管辖原则，并且分为两种趋向：一种让经营者所在地法律具有管辖权，另一种让消费者所在地法律具有管辖权（王娟，2005）。前者对于经营者更有利一些，因为经营者了解本国法律，接受本国法律的管辖对其具有确定性；但是对于消费者可能产生不利影响，因为消费者不熟悉他国法律，不方便起诉，如果经营者所在国法律的隐私保护水平低于消费者所在国，则消费者不能很好地维护自己的权益。后者有利于消费者进行维权，但是给经营者带来了极大的风险，因为网络经营者的商品销往世界各国，就有可能受到任何国家法律的管辖，从而给经营者带来极大的不确定性和败诉的风险。

为了避免法律风险，网络经营者经常使用服务合同中的法院地选择条款来确定法律管辖范围，即消费者在购物前需选择争议管辖法院，通常是经营者所在地的法院。这样经营者就避免了遭受他国法律制裁的风险，而消费者通常为了享受网络服务不得不接受该约定。目前，各国法律大都承认法院地选择条款的合法性，美国法院已有相关判例存在，法院的判决并没有强调该条款必须显示双方当事人的共同自愿。2001年欧盟修订了于1968年订立的《布鲁塞尔关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》（简称“《布鲁塞尔公约》”），规定消费者既可以在本国进行投诉，又承认了法院地选择条款的有效性，这样就平衡了网站和消费者的利益（朱萍，2002）。

（二）国籍管辖理论

除了属地管辖理论之外，传统法律还有另外一个重要的管辖原则，即属人管辖。早在中世纪时期，欧洲法律主要采用属人管辖原则，如果一个人犯了罪，不管他身在何处，只有其国籍所在国法律才对他具有管辖权。到了数字时代，个人数据是个人在网络中的存在形式，法律管辖权不再需要基于数据主体的国籍，而是基于个人数据本身。在属人管辖原则下，如果个人数据从一国输出到另一国，需继续受到输出国法律的管辖。比如，欧盟的企业把个人数据业务外包到美国企业，则欧盟个人数据保护法将其管辖范围拓展至该美国企业，如果该美国企业对个人数据保护不力，将接受欧盟法律的制裁。通过“属人”原则拓展法律的境外管辖权，经常会导致国家法律之间的冲突，这种冲突已经比较频繁，因为每个国家通常不愿意接受别国法律的境外管辖（Kuner，2013）。

1. 欧盟法律的规定

欧盟法律在对个人数据的保护方面确实体现了“属人”原则，但在事实上并不是直接对境外数据接收方实施管辖权，而是采取了迂回的方式。欧盟个人数据保护法指令（Directive 95/46/EC）第25~26条对个人数据跨境流动的规定就是欧盟向境外拓展管辖权的方式。第25条规定欧盟的个人数据只能向欧盟认可为具有“充分保

护地位”的国家和地区传输，而这个地位的授予要经过对该国法律的严格评估，以保证符合欧盟法律的标准，这样变相地把欧盟隐私保护法律拓展到了数据接收国。第26条除外责任规定，欧盟的个人数据也可以向不具有“充分保护地位”但是却具有一定保障措施国家和地区传输。欧盟认可的保障措施包括两种：一是双方需签订欧盟委员会颁布的《标准合同条款》（SCC, Standard Contractual Clauses），二是欧盟推出的针对跨国公司制定的《约束性公司规则》（BCR, Binding Corporate Rules）。两个保障措施都体现了欧盟的个人数据保护标准，而符合标准的境外接收方也就间接地接受了欧盟法律的管辖（弓永钦和王健，2015）。

2. 美国的长臂管辖原则

美国在法律管辖权方面推行长臂管辖原则（long arm jurisdiction），通过某种“最低限度接触（minimum contact）”即可对境外企业具有管辖权。“长臂原则”其实也是“属人”原则的一种体现，对侵害了本国居民权利但是从未在本国出现过的境外企业进行管辖。在电子商务领域，如果美国法律认为外国网站侵害了美国居民的个人数据权利，并达到了“最低限度接触”，则美国法律将对该外国网站具有管辖权。关于“最低限度接触”的判断标准，美国发明了“滑动标尺（slide scale）”理论，根据“接触”的程度来确定是否对境外企业具有管辖权。美国把境外网站分为3类：（1）被动型网站（passive sites），只在网站上公布商品信息，并没有指向某国的消费者；（2）互动型网站（interactive sites），用户可以与网站交换信息；（3）积极主动型网站（active sites），利用网络从事商业活动，并主动吸引消费者购物。美国法律一般不对被动型网站具有管辖权，对互动型网站是否管辖取决于互动的程度和目的，而对积极主动型网站则可以根据“长臂原则”对其行使管辖权（陈亚飞，2007）。

（三）设备所在地管辖理论

如果说“属人”和“属地”原则是传统法律管辖理论在网络经济时代的延伸，那么设备所在地管辖原则就是针对互联网时代而设立的。欧盟1995年颁布的《个人数据保护指令》第4条“适用法律”规定，如果数据控制者没有在欧盟区域成立公司，但是出于数据加工目的使用了欧盟区域内的设备，则欧盟法律对该控制者具有管辖权，仅出于传输目的而使用设备的情况除外。^①

根据我国《民事诉讼法》的规定，对个人数据侵权案件既可以采取设备所在地管辖，也可以采取被侵权人所在地管辖。2015年2月4日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第24条规定：民事诉讼法第28条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。在该解释中，针对

^① EU Data Protection Directive (1995), Article 4.

日益活跃的信息网络，还专门就侵权行为实施地以及侵权结果发生地进行了更为具体明确的界定。该解释第 25 条规定：信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。也就是说，被侵权人住所地（原告所在地）法律可以管辖。

三、云计算隐私保护法律管辖权的困惑

（一）涉案地点判断的困惑

云计算天生不受地域的限制，服务提供商、用户、数据主体和服务器都可能分属不同的国家，而各国隐私保护法律的管辖权又通常以国界为限，因此给法律管辖权的适用造成了不少困惑。以一个情境为例，一个澳大利亚公民把其个人数据上传到一个美国云服务提供商的云端。那么哪国法律应该对存储在云端的个人数据具有管辖权？可能有几种选择：（1）澳大利亚法律，因为数据主体是澳大利亚公民；（2）美国法律，因为云服务提供商是美国企业；（3）上传或访问个人数据的地点，也许该澳大利亚公民正在欧洲旅游时访问了自己的邮箱；（4）存储该数据的数据中心所在地；（5）根据数据主体投诉的性质来定，如果属于侵权案件，则适用侵权行为所在地法律（Gray, 2013）。一个简单的云服务案例可以涉及 5~6 个地点，包含至少 3 个国家，而且有的地点很难确定，比如侵权行为发生地和数据中心所在地。相比较，数据主体和云服务商的国籍非常明确，如果用“属人”原则来确定云计算的法律管辖权要比“属地”原则更加明确和简单。

（二）合同管辖权的困惑

数据主体在使用云服务之前一般都会与服务提供商签订服务合同（由服务提供商写好的统一合同），其实就是通过点击同意而达成协议。合同是由服务提供商所写，通常要求消费者同意争议管辖法院为服务商所在国法律。很多云服务用户在使用云服务前并不仔细阅读合同条款就选择了同意，原因有二：其一，合同条款冗长，一般用户没有耐心和专业知识把它完全研究清楚；其二，如果不选择同意合同条款，用户就不能使用云服务，因此很多用户只能被迫接受服务提供商的服务合同。《布鲁塞尔公约》、《罗马条例 I》^①以及美国判例都承认了法院地选择条款的合法性。如果合同中没有写明争议管辖法院，《罗马条例 I》第 6 条规定，合同受用户常规居住地法律管辖，服务提供商应遵守用户居住地的强制性法律。根据《罗马条例 I》的规定，云计算隐私保护案件既有可能受服务提供商所在地法律管辖，又有可能受用户所在地法律管辖，可见法律界对于到底让网络服务提供商所在地还是消费者所在

^① European Parliament and the Council Regulation (EC) No598/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (17/6/2009) (Rome I).

地法院管辖还没有一个清楚的指向。

（三）属人管辖原则的困惑

2013年12月，美国政府依据《1986年电子通讯隐私法案》（ECPA）向微软公司发出搜查令，要求微软公司提供某美国公民在爱尔兰都柏林云服务器上存储的邮件信息。微软公司拒绝了这一要求，认为该邮箱服务是爱尔兰地区专属的，该美国公民邮件来往对象主要是爱尔兰居民，美国政府无权获得爱尔兰居民的个人数据，而应向爱尔兰政府请求协助。美国政府则认为微软公司的注册地在美国，有义务协助美国政府进行某美国公民的调查。而欧盟认为微软公司在欧盟提供服务需遵守欧盟个人数据保护法律，不能把欧盟居民的个人数据传输给美国政府。微软公司在两国法律夹击下无所适从，该案件轰动一时，把云计算的隐私法律管辖权问题推到了风口浪尖（Svantesson，2015）。

微软公司向美国法庭提出辩护后，至少有12个非当事人意见陈述支持微软公司，其中包括苹果、亚马逊和AT&T等跨国公司，国际法和计算机科学领域的学者，爱尔兰的公共利益组织，爱尔兰政府以及欧盟议会成员。可见，对此案的主流意见是美国政府没有权利向跨国公司索取别国公民的个人数据。

微软公司的首席法律官Brad Smith于2015年10月在博客上发表了关于美国政府向云服务商索取个人数据行为的意见^①：美国和欧盟都应该对本国居民的数据具有管辖权。如果美国想从美国的云服务商那里获取欧盟居民的个人信息，则应遵守欧盟法律；反之，如果欧盟想从美国的云服务商获取美国公民的个人信息，也应遵守美国法律。Brad Smith建议美欧双方签订新的“跨大西洋协议”，就个人数据的跨境管辖权达成一致，以保护双方公民的数据权益以及跨国公司的经营权利。Brad Smith批驳了美国政府向云服务商索取他国居民信息的行为，认为它侵犯了服务地用户的权益，影响了美国云服务商的声誉。现在很多企业客户由于害怕美国政府向云服务商索取个人数据，都不愿意选择美国企业的云计算服务。他建议美国政府应该直接向当地相关企业索要信息，而不要向云服务商索要；两国政府间可以建立双边法律协助机制（legal mechanism of mutual assistance），以减少法律冲突。Brad Smith的建议其实对解决云计算的法律管辖权问题具有很大的启示意义。

（四）设备所在地管辖原则的困惑

欧盟《个人数据保护指令》第4条“适用法律”规定，如果境外企业出于数据加工目的使用了欧盟区域内的设备，则欧盟法律对该控制者具有管辖权，仅出于传输目的而使用设备的情况除外。在云计算的法律管辖权问题中，该规定也受到了质疑。

^① Armasu, Lucian. Microsoft Deems Privacy A Fundamental Right, Asks E.U. and U.S. Governments to Obey It[EB/OL]. 2015, <http://www.tomshardware.com/news/microsoft-privacy-rights-safe-harbor,30379.html>. [2015-10-02] (2017-03-22).

比如一个美国企业雇佣了一个美国云服务提供商为其加工美国的消费者或者员工数据,该美国云服务商在加工数据时使用了法国境内的云服务器,当该云服务商要把加工后的数据从法国转移到美国时还需要取得法国的同意吗?显然不合情理。因此,指令第4条应该加上一个限定条件“使用欧盟设备并且与欧盟个人数据相关”。云计算的优势就是整合世界各地的计算资源,出于方便与节省成本考虑会重复跨越国境,法律不应该对这种特殊的服务模式构成不必要的限制。

为了适应云计算这种新型的商务模式,法国数据保护当局(CNIL)已签署决定,把在提供云服务过程中使用法国设备加工境外个人数据的情况作为法律管辖的例外,加工后的数据向境外传输可不受法国个人数据保护法律约束。事实上,法国法律也不愿意为保护美国公民的个人数据而消耗自己有限的法律资源,只是因为云计算这种新的商务模式通过指令第4条使得法国“被动”地获得了管辖权。但是为了享受这个特权,云服务商需要指定一家法国企业作为它的代表,对该云服务商遵守法国的数据安全要求负责(King and Raja, 2012)。其他欧盟国家也做出了类似的规定,减少了云计算的法律壁垒。

(五) 二次传输管辖权的困惑

这里的二次传输(onward transfer)指的是A国把个人数据合法地传输给B国,B国又把同样的个人数据传输给C国;A国对数据接收国的要求严格,要求B国必须具备与之对等的个人数据保护法律,而B国对数据接收国的要求没有那么严格,那么如何保证A国居民的数据在C国仍然是安全的?欧盟个人数据保护指令对于保护本国居民的个人数据设置了严密的防护措施,第25条和第26条对数据接收国或接收企业的条件进行了严格的限制,但是却没有解决二次传输的个人数据保护问题。比如欧盟认为处于“安全港”之外的美国企业都不具有“充分的个人数据保护水平”,如果欧盟企业想使用“安全港”之外D公司(美国)的云计算服务就违反了欧盟指令。但是,如果欧盟企业把个人数据传输给D公司在加拿大的子公司(加拿大具有欧盟认可的“充分数据隐私保护地位”),再由子公司传给D公司(欧盟不认可具有“充分保护水平”)就可以成功地绕过欧盟的法律壁垒。这是欧盟指令的一个漏洞,在实际操作中也存在不少这样迂回的方式(Esayas, 2012)。欧盟还能对二次传输的个人数据具有管辖权吗?如果有,可是欧盟只能选择一次传输的数据接收方,而无法干涉二次传输的流向;如果没有,可是二次传输的个人数据还是欧盟的数据。因此,探讨云计算隐私保护法律的管辖权问题还应该考虑到二次传输的问题。

四、云计算隐私保护法律管辖权的思考

云计算服务是网络经济时代由于新技术的应用而产生的一种新型的商务模式,它的出现给各国隐私保护法律提出了空前的挑战,因为以前从来没有出现过这样随

时随地、反复跨越国界的商务模式。然而,法律不适应并不是云计算的错误,作为上层建筑的法律应该随着经济和技术的发展而变化。因此,隐私保护法律的改良也好,重建也罢,都不应当成为云计算发展的障碍,必须平衡商务模式的发展与个人数据保护之间的利益。本文建议云计算隐私保护法律管辖权应遵循以下几个原则。

(一) 以属人管辖原则为主

从前面的分析可以看出,属地管辖原则不适应云计算的特点。如果法律限制个人数据的跨境流动,会大大降低云计算的活力和效率,与传统的物理设备加工存储没什么区别了。而且属地管辖原则对于解决前面提到的“二次传输”、“设备所在地”、“境外管辖”等新问题都显得力不从心。

相反,经过进化的属人管辖原则——根据数据主体的国籍来确定法律管辖权,还能抓住云计算的脉搏。就像微软首席法律官提出的建议一样,各国法律管辖本国公民和居民的数据,如果涉及到别国居民数据,需与该国政府进行协商,建立双边法律协助机制。在属人管辖原则下,欧盟对欧盟居民的个人数据具有管辖权,如果境外云服务商或者在本地注册经营的云服务商侵害了欧盟居民的个人数据(数据泄露、不经数据主体同意向第三方披露等等),则数据主体可以行使属地管辖权,向本国数据保护当局(DPA)起诉该云服务商。DPA对该云服务商行使管辖权,对其采取调查、罚款、责令赔偿及禁令等法律措施;如果该云服务商拒绝伏法,则DPA有权将其逐出欧盟区域。

属人管辖原则可以很好地解决“二次传输”和“设备所在地”的难题。根据该原则,欧盟法律对进行“二次传输”的欧盟个人数据始终拥有管辖权;对使用欧盟设备但不涉及欧盟居民数据的云服务不具有管辖权。另外,在处理类似美国政府向微软索要美国公民在欧盟区域的邮箱信息案件时,也可以遵循该原则,如果单纯索要美国公民信息的话,云服务商可以提供;如果涉及欧盟居民信息,就需要与欧盟政府协商,取得法律协助。该案中,美国向微软索要存储在欧盟区域电子邮箱中某个美国居民的信息本来是合法的,但是由于与该美国公民邮件往来的对象大多是欧盟居民,如果把往来邮件交给美国政府就会泄漏欧盟居民的个人数据。因此,美国对此案只具有部分管辖权,需要取得欧盟的协助。

(二) 改限制存储地点为限制向第三方披露

不少国家出于对云计算不易掌控的担忧,要求云服务商把本国居民数据留在本国的云服务器上,禁止输出境外。这个举措虽然加强了对本国居民数据的保护,但是却降低了云计算的活力,限制了它的功能。如果个人数据只能留在国内,那么该国居民在国外工作、旅游时就无法访问自己的邮箱,无法登陆自己的微信、脸书,云计算的优势就会荡然无存。同时,云服务商也不愿意把数据固定在一国的数据中心,为了方便提供服务、分散数据中心的压力、降低成本以及减少数据丢失的风险,

云服务商通常会在几个数据中心对同一份个人数据进行复制、镜像。即使云服务商同意用户选择将其个人数据留在国内,谁又有能力对云服务商的行为进行监管而保证它真的不会将个人数据输出到国外呢(Svantesson and Clarke, 2010)?其实个人数据无论存储在哪个国家的数据中心都没有关系,只要还在这个云服务提供商的服务器中就是安全的。根据属人管辖原则,数据主体所在国法律对持有个人数据的云服务商具有管辖权,而监管一个云服务商比监管同一个国家的多个数据控制者要容易一些。既然限制国界不适合云计算,不如改为限制云服务商的行为,令其对存储的个人数据的安全全权负责,不得未经数据主体同意向第三方披露。当然,如何确保云服务商不私自向第三方披露个人数据也是个难题,除了通过数据主体的投诉和数据主体所在国DPA的隐私保护合规审计以外,还可以在云服务商的准入方面加强审核。审核标准可以包括该云服务商是否通过了权威的隐私保护标准认证,是否加入了某种具有约束力的规则体系,比如安全港、BCR及CBPR等;较高的入门标准可以减少云服务商违规操作的风险。

(三) 要求云服务商对个人数据做加密处理

数据主体所在国应允许云服务提供商跨境传输个人数据,因为这样符合云计算的特点,但是又担心公民数据难以得到应有的保护。在这种情况下,数据主体所在国可以要求云服务商对个人数据进行加密后再向境外传输,而各国隐私保护法律通常不会对加密后的个人数据实施限制。这就意味着,云服务商可以把加密后的个人数据传输到不具有“充分保护水平”的国家和地区的服务器或数据中心,真正实现云计算的优势和功能(King and Raja, 2012)。这是一种技术与法律结合的理想状态,前提是加密技术在确保个人数据安全的同时又不会阻碍云计算的功能实现。近年来,属性加密、同态加密、同态签名及消息验证码、非交互可验证计算等功能加密技术被应用于云计算的外包业务中。随着加密技术的不断改进,有望实现技术对隐私保护法律的辅助功能(陈克非和翁健,2004)。

五、我国隐私保护法律管辖权的现状与对策

我国在隐私保护立法方面处于比较落后的水平,至今仍未颁布一部全国性的个人数据保护法律,而世界上已经有90多个主权国家进行了相关立法。其中,欧盟地区的隐私保护法律建设最为成熟,近年来已经开始利用法律武器对外国网络公司(尤其是美国的网络企业)进行制裁,首当其冲的是谷歌和脸书。而我国还没有一部全面的、具有较好执行效力的隐私保护法律,不能像欧盟国家那样保护本国居民的数据隐私,对于处理外国数字企业个人数据跨境流动问题以及中国企业如何应对外国隐私保护法律监管问题,还没有一个统一的规范。显然,我国法律还没有深入地探讨有关个人数据保护法律的涉外管辖权问题。

在没有得力的法律武器之前,我国对外国云计算服务商采取的是监管政策,要求它们在我国建立数据中心,向我国主管部门备案业务数据,限制居民数据的境外传输。有的云服务商如雅虎、谷歌、微软等公司拒绝在中国大陆建立数据中心或者不愿意向中国政府提供业务数据,只好被迫放弃中国市场(弓永钦和王健,2016),我国居民和企业也因此而得不到优质的云服务。

我国目前还没有针对数据隐私保护法律的管辖权理论,但是从《民事诉讼法》来看,我国倾向于使用的网络管辖权原则是设备所在地管辖和属地管辖。如前所述,这两个原则对于云计算来说都不太适合,很多时候会显得力不从心。属人管辖原则最有利于保护居民数据隐私,又能够保护云计算的活力,但是前提是我国需拥有一部比较完善的隐私保护法律,并且就管辖权问题与其他国家达成协议,建立法律互助机制。

参考文献:

- [1] 陈克非,翁健.云计算环境下数据安全与隐私保护[J].杭州师范大学学报(自然科学版),2014,(11).
- [2] 陈亚飞.美国网络侵权管辖权的实践及启示[J].浙江学刊,2007,(6).
- [3] 弓永钦,王健.APEC与欧盟个人数据跨境流动规则的研究[J].亚太经济,2015,(5).
- [4] 弓永钦,王健.TPP电子商务条款解读以及中国的差距[J].亚太经济,2016,(3).
- [5] 王娟.对确认网络管辖权的探讨[J].河北法学,2005,(5).
- [6] 朱萍.虚拟空间管辖权的确定——美国 and 欧盟实践的启示[J].法商研究,2002,(4).
- [7] Esayas, Samson. A Walk into the Cloud and Cloudy It Remains: The Challenges and Prospects of Processing and Transferring Personal Data[J]. Computer Law & Security Review, 2012, 28.
- [8] Gray, Anthony. Conflict of Laws and the Cloud[J]. Computer Law & Security Review, 2013, 29.
- [9] King, Nancy, Raja, V. Protecting the Privacy and Security of Sensitive Customer Data in the Cloud[J]. Computer Law & Security Review Law, 2012, 28.
- [10] Kuner, Christopher. Transborder Data Flows and Data Privacy Law[M]. Croydon: Oxford University Press, 2013.
- [11] Svantesson, Dan, et al. Access to Extraterritorial Evidence: The Microsoft Cloud Case and Beyond[J]. Computer Law & Security Review, 2015, 29.
- [12] Svantesson, Dan, Clarke, Roger. Privacy and Consumer Risks in Cloud Computing[J]. Computer Law & Review, 2010, 26.

Study on Jurisdiction of Privacy Laws Concerning Cloud Computing

GONG Yong-qin NIU Gui-fang

Abstract: Cloud computing brings frequent cross-border transfer of personal data, which challenges jurisdiction of traditional privacy laws. Traditional jurisdiction is based on nationality, territory and location of equipment, but cloud computing causes puzzlement to adoption of those principles and cannot well solve the problems like “onward transfer”. A new jurisdiction theory should be established according to characteristics of cloud computing, preferring nationality to territory, changing restriction on place of storage to that of illegal disclosure to the third party, and adopt encryption of the personal data in cloud computing.

Key words: cloud computing; privacy laws; jurisdiction

(责任编辑:金孝柏)