

論歐盟個人資料保護立法 域外效力規定暨其適用問題*

郭 戎 晉**

要 目

- | | |
|----------------------------------|-------------------------------|
| 壹、前 言 | 三、適用情形二：使用座落於歐盟
成員國境內的設備 |
| 貳、歐盟一九九五年資料保護指令下
的域外效力規定 | 四、學者提出的批評意見 |
| 一、95年指令第4條規定之設計 | (一)關於設立機構暨關聯性 |
| 二、適用情形一：在成員國內存在
設立機構暨關聯性 | (二)關於歐盟成員國境內設備之
使用 |
| (一)歐盟WP 29工作小組第8/2010
號意見書 | 五、小 結 |
| (二)歐盟法院Google Spain案判決
提出之見解 | 參、歐盟二〇一八年一般資料保護規
則下的域外效力規定 |
| (三)歐盟WP 29工作小組第8/2010
號意見書之更新 | 一、GDPR下的域外效力設計 |
| | (一)95年指令至GDPR之發展 |
| | (二)第3條規定具體內容 |

DOI : 10.3966/102398202020060161001

* 感謝兩位匿名審查人之寶貴意見。本文完成於筆者任職阿里巴巴集團國際隱私高級專家任內，僅為作者之個人研究觀點，不代表任何單位意見。

** 東吳大學法律系兼任助理教授，臺北大學法學博士。

投稿日期：一〇八年四月二十四日；接受刊登日期：一〇九年一月九日

責任校對：蘇淑君

二、於歐盟境內存在設立機構	(一)位處歐盟境內的資料當事人
(一)GDPR仍未明訂判斷標準	(二)監測行為的具體認定
(二)歐盟EDPB提出之判斷建議	五、GDPR域外效力規定適用問題
三、對歐盟境內資料當事人銷售商	及發展趨勢觀察
品或提供服務	(一)相關條款仍難脫適用標準模糊
(一)位處歐盟境內的資料當事人	不清之譏
(二)提供商品或服務予歐盟境內的	(二)借鏡管轄權判斷測試方法確認
資料當事人	「鎖定」概念之可能
四、針對歐盟境內資料當事人進行	六、國內立法之對照觀察與建議
監測	肆、結語



摘 要

為強化對於歐盟境內資料當事人的保護，一九九五年資料保護指令及現行的一般資料保護規則（GDPR）均設置了域外效力條款，使其適用範疇並不以歐盟所轄地域為限。指令第4條規定的設立機構及設備使用兩款適用情形，凸顯歐盟擬透過域外效力條款因應個人資料數位化及全球流通趨勢。面對急劇變化的網路應用環境，GDPR持續採納域外效力設計，第3條除原已存在的設立機構，新增兩款過去未見的適用情形：1. 鎖定歐盟境內資料當事人提供商品或服務；及2. 針對歐盟境內資料當事人的行為進行監測，儘管嘗試解決固有問題，新制仍面臨適用上之爭議。本文分析歐盟歷來法制規範、官方指引及重要實務案例，具體指出歐盟個人資料保護立法域外效力規定存在的問題點，同時進行國內立法之對照觀察並提出適用建言。

關鍵詞：歐盟、個人資料、資料保護指令、一般資料保護規則、域外效力、設立機構、商品服務提供行為、監測行為、鎖定

壹、前言

在人們個人資料保護意識日益高漲下，同時為回應資訊時代產生的劇烈衝擊，隱私權的概念與各國保護立法有著不一程度之調整。就隱私保護文化而言，歐盟向為「制定專法保護」模式的代表，其歷來相關立法並實質影響了各國的個人資料保護法規。為解決原有一九九五年資料保護指令（Data Protection Directive，下稱95年指令）¹於歐盟成員國之間執行狀況分歧的情形，並助益歐盟單一數位市場（Digital Single Market）之推動，歐盟於二〇一六年四月通過了「一般資料保護規則」（General Data Protection Regulation, GDPR）²，並於二〇一八年五月二十五日正式實施。

網路與資訊科技的快速發展，不僅改變資料傳輸及流通的方式，更使得個人資料的跨境移轉，成為輕易且常見之事。為強化對於歐盟境內資料當事人（Data Subject）的保障，GDPR承襲95年指令設計於該法第4條採納了「域外效力」（Extraterritorial Effect）規定，除95年指令原即納入的在歐盟境內存在「設立機構」（establishment）此一適用情事外，GDPR進一步規定歐盟境外的資料控制者（Data Controller）或處理者（Processor），若有向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務，或就其所為行為進行監測，亦應適用並受到GDPR的拘束。

相較於傳統商業行為，網路無遠弗屆的特性讓商務活動得以突

¹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995.

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016.

破物理空間之限制，輕易地接觸來自全球各地的潛在消費者，但此一特性是否也代表著網路平臺將動輒受到GDPR的規範。另面而言，發軔於九〇年代的電子商務在經過將近三十年的發展，網路商業行為著實有了質與量的重大改變，隨著交易型態的複雜化以及交易當事人特質的轉變，如何判斷形形色色的網站是否因符合域外效力規定從而受到GDPR規範，實非易事。

日新月異的資通訊技術打造了全新的資訊社會，透過數位化方式所呈現的個人資料相形更易於蒐集，甚至遭到不當利用，使得個人資料保護的必要性急劇升高。但在強化個人資料保護規範之餘，無形中是否將阻礙國際經貿乃至於創新科技的發展，往往易於受到忽視。在GDPR逐步形塑全新的全球性隱私文化之際，此一被稱為史上最為嚴格的個人資料保護立法，其域外效力規定能否於全球貿易發展與個人資料保護之間取得最佳平衡，本文首先分析歐盟95年指令下的域外效力規定，透過法制規範、官方指引及實務案例分析，瞭解各該適用條款可能存在的問題點，以及如何逐步發展為當前GDPR下的域外效力規定，詳加剖析新舊法規之間存在的重大差異，同時一窺歐盟個人資料保護立法域外效力條款在數位時代實務操作上可能存在的適用爭議，並提出本文的分析與建議，以期對助益各界此一饒富爭議的新興議題能有完整瞭解。

貳、歐盟一九九五年資料保護指令下的域外效力規定

一、95年指令第4條規定之設計

歐盟依據95年指令設立的第29條資料保護工作小組（Article 29 Data Protection Working Party，下稱WP 29工作小組），曾指出95年指令若干條文均涉及了法律適用（準據法）問題，主要包括第

4條、第17條和第28條等³。其中第4條則明文規定「域外效力」的適用標準，WP 29工作小組表示此一域外效力規定，相當程度上決定了歐盟95年指令的具體適用範圍，歐盟並擬藉由此等規定，避免95年指令的適用與歐盟各成員國內國立法產生衝突⁴。

95年指令第4條標題為「成員國法律之適用」，依該條第1項規定：

「1. 當個人資料處理行為存在下列情形時，成員國應使其適用依據指令內容加以制定的內國法律規範：

(a) 系爭個人資料的處理係出於資料控制者於成員國境內的設立機構所為之活動，兩者並有所關聯；若資料控制者於數個歐盟成員國領域內存在設立機構，其應採取必要措施確保所有設立機構符合所須適用的成員國法律所定義務。

(b) 資料控制者並未設立於任何歐盟成員國領域範圍之內，而是肇因於國際公法之故從而有成員國內國法律之適用；

(c) 資料控制者並未設立於歐盟境內，而是出於處理個人資料之目的，使用座落於歐盟成員國境內的設備，該等設備係自動化操作或其他性質均不論，但相關設備若僅係供傳輸並單純路經歐盟時，則不在此限。」

觀察本條內容，若資料控制者並未於歐盟或歐洲經濟區（European Economic Area, EEA）領域範圍內存在設立機構，此時即應適用同條第1項第(b)款或第(c)款規定，但在實務操作上，95年指令第4條第1項第(b)款規定事實上甚少運用⁵，故就95年指令域外

³ Article 29 Working Party, Opinion 8/2010 on applicable law, WP 179, 16 Dec. 2010, at 2, 5, available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_en.pdf (last visited: 2018.09.14).

⁴ *Id.* at 5.

⁵ Maja Brkan, *Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship*, 2

效力適用問題而言，探討重心無疑是第4條第1項第(a)款規定與第(c)款規定的具體適用標準，以及兩者實務操作上衍生之各項問題。

二、適用情形一：在成員國內存在設立機構暨關聯性

歐盟執行委員會（European Commission，下稱執委會）於一九九〇年提出資料保護指令草案⁶時，針對法律適用（law applicable）問題，草案第4條原先係擬以「『文件』（files）具體所在位置」作為準據法問題判斷上的優先考量因素⁷，並以保有該等文件的資料控制者之居所地作為次要考量因素⁸。經過與歐盟理事會（Council of the European Union）及歐洲議會（European Parliament）詳加討論後，執委會於二〇一二年修正了指令草案內容，除將主要判斷標準由原先的文件所在位置，具體修改為資料控制者轄下「『設立機構』（establishment）所在位置」外，並表明個人資料處理行為應當與「設立機構所為活動存在關聯」（in the context of the activities of an establishment），始有該款規定之適用⁹。

95年指令第4條第1項第(a)款前段規定指出「系爭處理行為係

EUR. DATA PROT. L. REV. 324, 325 (2016).

⁶ Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data, COM (90) 314 final, 5.10.1990.

⁷ (Article 4 Law applicable) 1. Each Member State shall apply this Directive to: (a) all files located in its territory;

⁸ (b) the controller of a file resident in its territory who uses from its territory a file located in a third country whose law does not provide an adequate level of protection, unless such use is only sporadic.

⁹ Amended proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, COM (1992) 422 final, 15.10.1992.

資料控制者位處成員國領域範圍內的設立機構所為之活動，並為該等活動存在關聯」，對此，95年指令第2條第(d)款業已明訂何謂「資料控制者」¹⁰，依95年指令的定義，資料控制者係指單獨決定或與他人共同決定個人資料處理行為之目的和方式之自然人、法人、公務機構、機構或其他組織¹¹。但就「設立機構」一詞而言，95年指令並未有明確的定義，僅於95年指令前言第19點前半指出「關於歐盟成員國領域範圍內的設立機構，泛指透過穩定安排（stable arrangements）所展開的有效且實際之活動；而此等設立機構之法律形式（legal form），諸如是否單純屬於分公司或具備法人格之子公司等，並非判斷上之決定性因素」¹²。此外，歐洲聯盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第49條及第50條敘明「設立機構之自由」（freedom of

¹⁰ 除指令本身所作定義外，WP 29工作小組亦曾於2010年針對「控制者」及「處理者」（processor）的概念發布意見書。See Article 29 Working Party Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”, WP 169, 16 February 2010.

¹¹ (d) ‘controller’ shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

¹² (19) Whereas establishment on the territory of a Member State implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements; whereas the legal form of such an establishment, whether simply branch or a subsidiary with a legal personality, is not the determining factor in this respect; whereas, when a single controller is established on the territory of several Member States, particularly by means of subsidiaries, he must ensure, in order to avoid any circumvention of national rules, that each of the establishments fulfils the obligations imposed by the national law applicable to its activities;

establishment)，針對條約第50條下設立機構的認定，歐盟法院曾指出一個穩定的設立機構，其用以支持特定服務所必要的人力和技術資源，均應當是長期可得使用的（both human and technical resources necessary for the provision of particular services are permanently available）¹³。但綜觀歐盟法制，「設立機構」一詞歷來並無一個明確的定義。

(一) 歐盟WP 29工作小組第8/2010號意見書

1. 設立機構認定問題

95年指令擴大歐盟個人資料保護法制適用上的地域範圍，但也隨即產生若干適用疑義，WP 29工作小組爰於二〇一〇年提出了第8/2010號意見書，嘗試釐清95年指令第4條規定之適用。由於95年指令並未明訂何謂設立機構，WP 29工作小組特於意見書中再次重申95年指令前言所言、設立機構本身並不要求須具備「法律人格」（legal personality）一事，諸如「一人辦公室」（one-person office），若其並非單純作為資料控制者的在地代表，而是積極地參與個人資料處理相關活動，便可被視為設立機構¹⁴。WP 29工作小組強調就通案而言，辦公場所的形式並不足以作為域外效力問題的決定性考量因素，因此即便是「單純代理」（simple agent），只消其於歐盟成員國境內展現出充分的穩定性（sufficient stability），仍可將之界定為設立機構¹⁵。

¹³ ECJ judgment of 4 July 1985, Bergholz, (Case 168/84, ECR [1985] p. 2251). See also Lokke Moerel, *The Long Arm of EU Data Protection Law: Does the Data Protection Directive Apply to Processing of Personal Data of EU Citizens by Websites Worldwide?*, 1 INT'L DATA PRIVACY L. 28, 35 (2011).

¹⁴ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 11, 12.

¹⁵ *Id.* at 12.

其次，關於條文中所稱的「『特定』設立機構」（“an” establishment），則是指資料控制者在歐盟成員國內存在著設立機構，並從而必須適用該成員國之法律，若資料控制者在其他成員國內亦有著設立機構，仍可能因之而適用其他成員國的法律¹⁶；而是否適用某國的內國法（national law），則應當取決於其與設立機構之間的「關聯性」¹⁷。析言之，只消其於特定成員國存在設立機構，個人資料處理活動並與設立機構所為活動存在關聯，即便系爭資料控制者的「主設立機構」（main establishment）設立於第三國，此時仍有該成員國內國個人資料保護立法之適用¹⁸。此外，在設立機構判斷上所須考慮者，除資料控制者的設立機構是否涉及個人資料處理有關活動外，亦須慮及其在系爭個人資料處理活動的參與程度、活動本身的性質，以及是否存在確保個人資料受到適當保護的必要性等¹⁹。

另一方面，WP 29工作小組指出設立機構的概念與「控制」（control）一詞間，彼此的連結亦極富彈性，諸如單一的資料控制者可擁有多個設立機構，而在「共同控制者」（joint controllers）情形下，則可集中於單一的設立機構或於不同的分支機構之間從事個人資料處理活動²⁰。故綜觀WP 29工作小組提出的相關觀點，95年指令規定下的設立機構判斷問題，其重點當在於該等設立機構是否可資認定係「有效且真實地從事個人資料處理活動」（effective and real exercise of activities）²¹。

¹⁶ *Id.* at 2.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.* at 12.

¹⁹ *Id.* at 2.

²⁰ *Id.* at 11.

²¹ *Id.*

2. 關聯性判斷問題

WP 29工作小組於二〇一〇年意見書中指出若以個人資料處理的行為階段作為評估基準，其究涉及單一抑或多數成員國的內國法律，必須自「全球觀點」（global picture）考量此一問題²²；即便系列性的個人資料處理活動，同時涉及複數的成員國，若其僅出於單一目的進行個人資料之處理，最終亦可能導致只適用某一成員國之內國法²³。事實上歐盟執委會著手研訂95年指令草案時，最初係擬以「資料所附屬的文件之具體所在位置」作為優先考量因素，其後甫修改為「設立機構所為活動」，故個人資料處理行為所涉及的域外效力判斷問題，並不是以文件（數據）的所在位置為準，而應當以系爭活動的「關聯與否」作為判斷依據²⁴。透過掌握關聯性的具體範疇，可以導出系爭個案所應適用的個人資料保護立法、其與資料控制者之間的明確連結，並藉以確保適用法律自身的有效性和可執行性，然而時下科技的飛快進展，卻也讓關聯性的判斷成為困難之事，諸如雲端運算技術便是一例²⁵。

系爭個人資料的處理是否與設立機構所為活動存在關聯性，WP 29工作小組指出其評估重點有二：(1)設立機構關於系爭活動的參與程度（degree of involvement）；及(2)設立機構所為活動的性質（nature of activities）²⁶。而前者應當自「行為人以及其所從事之具體活動」（who is doing what）此一角度進行觀察，亦即系爭個人資料究竟與哪一個設立機構存在著具體關聯，據以判斷產生連結的設立機構暨其具體所在地點，最終確定案件所應適用的成員國內

²² *Id.* at 13.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 8.

²⁶ *Id.* 14.

國立法²⁷。而後者的判斷工作，事實上亦有助於識別個別的設立機構與可能適用的準據法間之關聯性，蓋活動性質本身相當程度決定了系爭活動是否涉及了個人資料的處理，以及兩者間是否確實存在著關聯性²⁸。

3. 附加判斷標準之提出

當資料控制者設立於歐盟以外地區時，為確保其與歐盟存在充分聯繫（*sufficient connection*），並避免資料控制者在歐盟境內非法地處理個人資料，WP 29工作小組指出關於95年指令第4條第1項規定之適用，實有必要加上若干附加標準（*additional criteria*）²⁹，在具體鎖定特定個人或所謂的「服務導向策略」（*service oriented approach*）情形下，有關歐盟個人資料保護立法的具體適用標準，包括系爭個案中是否存在著「實質性目標鎖定」（*substantial targeting*）行為、當事人及特定成員國之間是否存在著實效連結（*effective link*）等³⁰。對此，WP 29工作小組舉出若干範例，包括：資料控制者於歐盟居民可得接取或直接向歐盟居民提供的服務中蒐集個人資料；所提供的資訊係以歐盟官方語言呈現；向歐盟成員國提供服務或遞送商品；服務的提供係以使用歐盟本地信用卡為前提；所發送的廣告文案係以使用者所使用的歐盟官方語言為之，同時相關服務可得於歐盟境內獲取³¹。

(二) 歐盟法院Google Spain案判決提出之見解

在95年指令欠缺設立機構明確的定義之前提下，WP 29工作小

27 *Id.*

28 *Id.*

29 *Id.* at 31.

30 *Id.*

31 *Id.*

組提出的意見書雖嘗試釐清設立機構判斷問題，但究其內容事實上偏向概念式的說明，仍無法完全滿足實務操作上的需求，隨著爭議案件逐一浮現，歐盟法院針對個案所提出的意見，對於設立機構的理解不啻具有重大意義。而歷來歐盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）所作判決中，涉及95年指令域外效力規定最具代表性者當推二〇一四年的Google Spain案³²。Google Spain案為世人熟知之處在於其作為「被遺忘權」（right to be forgotten）的首宗案例，但CJEU在本案中亦首次就95年指令第4條第1項第(a)款規定的適用，提出明確的意見。

1. Google Spain案經緯

二〇一一年西班牙公民Mario Costeja González依據95年指令向西班牙個人資料主管機構（Agencia Española de Protección de Datos, AEPD）提出投訴，González表示其曾因欠債而遭到西班牙政府拍賣個人資產，兩筆有關公告於一九九八年刊登於西班牙先鋒報（La Vanguardia）上，多年後González在搜尋引擎Google輸入個人姓名，仍能輕易地找到前述系爭資料。投訴人指稱其早已清還債款，故希望刪除具有誤導性的負面資訊，經聯繫報社請求移除遭到報社拒絕，嗣後再向Google要求移除相關搜尋結果，使相關訊息不再被網路使用者輕易搜尋，亦未獲Google同意。González爰請求AEPD下令：(1)報社應移除或更改報社網站上有關拍賣的告示內容，不再顯示其個人資料或以搜索引擎工具屏蔽系爭網頁；(2)搜尋引擎平臺Google應移除或屏蔽投訴人的個人資料，使其姓名不再顯示於Google搜尋結果頁面，或使網路使用者可得搜尋連結至載有系爭公告內容的報章網頁。

³² Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González.

針對González提出的請求，AEPD於二〇一〇年七月裁定西班牙先鋒報受政府部門委託合法刊登拍賣公告，因此無須移除系爭網頁；但關於Google應否移除搜尋結果部分，AEPD則認定搜尋引擎業務應界定為個人資料處理活動，從而受到歐盟95年指令的規範，在此一立論基礎下，透過網路搜尋引擎獲得或傳播特定自然人的個人資料，將有損該等自然人的人性尊嚴及其受到保護之資料當事人權利時，AEPD自有權要求搜尋引擎業者不再顯示及提供當事人的個人資料。

Google不服AEPD所作裁決，遂向西班牙高等法院提出訴訟。西班牙高等法院認為搜尋引擎服務的問世時間，事實上晚於歐盟95年指令之頒布及實施，故實有必要先行確定搜尋引擎業者所擔負的個人資料保護義務，以及本案所涉95年指令規定之適用問題，於是決定中止案件審理，請求歐盟法院針對相關法律適用問題作成初步裁決。

2. 本案主要爭點

西班牙高等法院向歐盟法院提出的問題計有下列三者：

(1) 是否存在特定連結點，使得歐盟95年指令及西班牙根據該指定所制定的個人資料保護法得於本案中加以適用。

(2) 搜尋引擎服務和搜尋引擎平臺營運行為的法律性質和法律責任，細部問題具體包括：

① 搜尋引擎服務是否構成針對個人資料進行的處理活動。

② 美國 Google 公司 (Google Inc.) 及 Google 西班牙公司 (Google Spain) 可否視為95年指令規定下的資料控制者。

③ 針對第三方發布的資訊，在沒有獲取訊息所有人同意的前提下，Google公司及其西班牙子公司應否承擔將有關資訊自其搜尋結果頁面中撤除的責任。

④ 若第三方發布的資訊係屬合法，且仍留存於第三方本身的網

頁上，則Google公司及其西班牙子公司可否豁免阻斷相關連結的義務。

(3)若資料當事人認為留存於網路上的特定資訊對其造成損害或擬被其他網路使用者加以遺忘，則95年指令下的刪除權（right to erasure）及拒絕權（right to object）兩者可否作擴大解釋，以利資料當事人可得請求搜尋引擎業者阻斷與系爭資訊之間的連結（被遺忘權）。

歐盟法院於二〇一四年五月作成判決，詳細回答上述各項問題並具體指出：Google存在於歐盟營運的事實，故應當視為95年指令下的「資料控制者」，而其搜尋引擎業務屬於個人資料處理活動，受到前述95年指令的規範。此外，95年指令中的「反對權」和「刪除權」可延伸為「被遺忘權」，當個人基本權利因為個人資料的公開而遭受損害，同時公開並不符合公共利益時，AEPD有權下令Google移除搜尋結果頁面上的連結，即便相關資訊係經過合法發布，亦同。

3. 針對域外效力規定提出的適用意見

上述西班牙高等法院提請歐盟法院解釋的問題中，與域外效力規定直接相關者為第一個問題，析言之，本案中是否有95年指令第4條第1項第(a)款規定的適用，相關問題包括Google西班牙公司應否視為歐盟成員國境內的設立機構，以及是否與系爭的個人資料處理活動存在關聯性。

歐盟法院指出Google透過其網站（www.google.com）向全球網路使用者提供搜尋服務，其搜尋業務係由註冊於美國的Google公司（Google Inc.）負責經營，該公司亦為Google集團（Google Group）的控股公司；而二〇〇三年九月在西班牙馬德里註冊設立的Google西班牙公司（Google Spain）則是Google集團的子公司，本身具備獨立的法人地位，作為Google集團代理人之一的Google西

班牙公司，主要業務為網路廣告業務，針對西班牙企業銷售Google搜尋網頁面上的廣告欄位。

由於Google搜尋並非單純地提供網路使用者資訊檢索服務，同時以網路使用者檢索時可能輸入的各類關鍵字為基礎，將特定關鍵字銷售予擬販售與關鍵字有關的商品或服務之企業主，以利其在網路使用者以關鍵字進行檢索時，得在搜尋結果頁面上出現企業主的廣告或連結，藉以吸引網路使用者點閱觀看。歐盟法院認為Google透過廣告服務所獲取的收益無疑是Google搜尋引擎得以長期且持續運行的重要基礎，儘管Google西班牙公司未直接涉及Google搜尋服務的個人資料處理，但是其主要業務（網路廣告銷售）對於Google搜尋引擎及搜尋服務有著重要的支撐作用，此外，Google搜尋引擎也是本案中Google西班牙公司網路廣告業務開展所不可或缺的工具。基於前述認定，可得認定Google集團設立於西班牙的子公司，其與個人資料處理活動密切相關。

歐盟法院自嚴格保護個人隱私此一基本人權的角度出發，指出本案應當從寬解釋95年指令的適用，故不應從嚴認定95年指令第4條第1項第(a)款規定並將之理解為設立於歐盟成員國境內的子公司，必須直接從事與個人資料處理有關之活動始符合本款規定的要求。本案中Google西班牙公司從事的網路廣告業務與個人資料處理行為（搜尋引擎服務）兩者間存在密切關聯，便可視為95年指令第4條第1項第(a)款所規定的歐盟成員國境內之設立機構，同時其與個人資料處理活動亦存在關聯性，故本案應有95年指令以及西班牙依據指令所制定的內國個人資料保護立法之適用。

綜觀歐盟法院判決，其主要貢獻之一在於解釋了95年指令第4條第1項第(a)款規定的內涵，特別是「設立機構」以及設立機構與系爭個人資料處理活動之間「關聯性」的判斷問題。歐盟法院提出的觀點，實質擴大了95年指令第4條第1項第(a)款所規定的適用範

圍，關於本案所涉及的搜尋引擎暨搜尋服務，當業者在歐盟特定成員國成立分支機構（branch）或成立子公司（subsidiary），而其目的在於推送及銷售其透過搜尋引擎所提供的廣告欄位，並具體鎖定該成員國居民時，便有95年指令第4條第1項第(a)款規定之適用，該分支機構或子公司是否直接從事系爭個人資料的處理活動，事實上並不影響本款規定之適用³³。

（三）歐盟WP 29工作小組第8/2010號意見書之更新

在Google Spain案此一劃時代的爭議個案判決作成之後，WP 29工作小組認為實有必要根據實務發展現況，調整其在二〇一〇年所發布的意見書之內容，爰於二〇一五年接續提出「揆諸歐盟法院Google Spain案判決之2010年法律適用意見書更新文件」（Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in Google Spain³⁴，下稱2015年意見書）。其中，針對95年指令第4條第1項第(a)款規定判斷上至為重要的「關聯性」要件，2015年意見書強調即便歐盟境內的設立機構其並未以任何形式參與境外進行的個人資料處理行為，只消其自身活動與系爭個人資料處理行為存在著「緊密關聯」（inextricably linked），仍可能導致資料控制者從而適用歐盟95年指令暨特定成員國之內國立法³⁵。

2015年意見書首先重申歐盟法院在Google Spain案判決中表達的見解，明確指出歐盟境內設立機構的營收創造（revenue-raising）活動，若與歐盟境內外的個人資料處理行為存在緊密關

³³ *Id.* at para. 60.

³⁴ Article 29 Working Party, Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in Google Spain, WP 179 update, 16 December 2015.

³⁵ *Id.* at 4.

聯，即足以使95年指令規定適用於歐盟境外的資料控制者³⁶。值得留意之處為WP 29工作小組進一步表明Google Spain案判決僅就本於搜尋引擎加以發展的網路廣告服務進行判斷，然而商業實踐中企業展現的經營模式和組織型態極其多樣，每一種類型都需要根據個案具體情況進行判斷，如果從寬解釋歐盟法院所作判決，則只消與個人資料處理存在些許關聯，任何歐盟境內的設立機構便將因此觸發歐盟資料保護立法之適用，極可能犯下不必要的錯誤。相對的，如果從嚴解釋歐盟法院判決，將之侷限於只有和Google等同的搜尋引擎平臺下的個人資料處理活動，其歐盟境內的設立機構方有歐盟資料保護立法之適用，同樣也是不盡正確的作法。

WP 29工作小組指出根據個案具體事實以及歐盟境內設立機構所扮演的角色進行判斷，若歐盟境外的資料控制者於歐盟境內提供免費服務，而其免費服務係藉由針對歐盟使用者進行的個人資料處理行為之所生利潤加以支撐，諸如出於廣告目的的資料處理等，則歐盟法院在Google Spain案中所建立的判定標準，亦可能適用於契合相關場景的境外資料控制者³⁷。在同一思維下，根據具體個案中每有不同的事實情況，其他經營模式下的企業活動亦可能有著歐盟資料保護立法的適用可能，諸如境外公司於歐盟境內提供服務，藉以收取會員費用或訂閱費用，甚至包括以尋求捐助（donations）為主的特定組織，若其勸募活動係與一個或多個歐盟境內的設立機構存在關聯，便應適用歐盟法律³⁸。

在特定個案事實判斷上存在重要性的觀點，還包括Google西班牙公司所產生的網路廣告收益，不必然用於支持www.google.es或

³⁶ *Id.* at 4, 5.

³⁷ *Id.* at 5.

³⁸ *Id.*

其他歐洲地區的網路搜尋服務，而且通常情況下相關廣告契約係與 Google 愛爾蘭公司簽訂，其不啻表明歐盟境內設立機構所從事的活動，和系爭個人資料處理活動之間不一定須存在著非常直接的經濟連結，甫可得滿足該適用標準³⁹。

三、適用情形二：使用座落於歐盟成員國境內的設備

觀察95年指令第4條第1項第(c)款「控制者並未於歐盟境內設立，而是出於處理個人資料之目的，使用座落於歐盟成員國境內的設備，該等設備係自動化操作或其他性質均不論，但相關設備若僅係供傳輸並單純路經歐盟時，則不在此限」，WP 29工作小組指出本款規定的適用前提，係個案本身並未於歐盟或歐洲經濟區範圍內存在設立機構，或系爭的個人資料處理活動並非由座落於歐盟或歐洲經濟區境內的設立機構加以進行⁴⁰；析言之，必須「沒有」95年指令第4條第1項第(a)款規定之適用時，始有第(c)款規定的適用可能，以避免指令本身產生漏洞（lacunae）或存在著自我矛盾（inconsistency）等情形⁴¹。

就95年指令第4條第1項第(c)款規定而言，其對於網際網路在內的科技產業之發展至為重要，蓋資訊通訊科技日新月異讓遠距蒐集和處理個人資料成為可能之事並愈發便捷，同時資料控制者本身無須實際位處歐盟或歐洲經濟區領域範圍內，即可遂行其個人資料處理之目的⁴²。故當資料控制者位於歐盟或歐洲經濟區以外時，亦應視其有無出於處理個人資料之目的，使用座落於歐盟或歐洲經濟

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 2.

⁴¹ *Id.* at 19.

⁴² *Id.*

區內的特定設備或工具（means）⁴³，若有，便應適用該等設備或工具的實際所在成員國之內國法律⁴⁴。

95年指令第4條第1項第(c)款規定適用與否的關鍵點，在於控制者實際使用的設備是否位於歐盟成員國所轄地域之內。針對條文中所稱的「使用」（making use）一詞，WP 29工作小組指出其判斷要素有二：(一)是否存在資料控制者所為的特定活動；以及(二)資料控制者進行個人資料處理的清晰意圖⁴⁵。此外，可得為資料控制者使用並從而導致95年指令適用的設備或工具，資料控制者對之是否擁有所有權（ownership）或可得全面控制（full control），亦非所問⁴⁶。綜觀WP 29工作小組的觀點，可知非所有於歐盟或歐洲經濟區內使用設備或工具的行為，均將導致95年指令規定之適用。

若干學者認為就「設備」一詞而言，首先被聯想之例無疑是「實體物件」（physical objects）⁴⁷，但WP 29工作小組賦予「設備」一詞相對廣泛的解釋，除了透過文義解釋設備應視同「工具」之外，並於此一基礎之上，指出諸如Cookie或JavaScript banner的使用，均可能該當95年指令第4條第1項第(c)款規定之情形⁴⁸。

除了闡釋95年指令第4條第1項第(c)款規定之內涵，WP 29工作小組在意見書中補充指出當資料控制者設立於歐盟以外地區時，為

⁴³ 根據WP 29工作小組的說明，「設備」（equipment）一詞在歐盟其他語言亦可理解為「工具」（means）。

⁴⁴ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 8.

⁴⁵ *Id.* at 20.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Moerel, *supra* note 13, at 36; Michal Czerniawski, *Do We Need the 'Use of Equipment' as a Factor for the Territorial Applicability of the EU Data Protection Regime?*, in *TRANS-ATLANTIC DATA PRIVACY RELATIONS AS A CHALLENGE FOR DEMOCRACY 227* (Dan Jerker B. Svantesson & Dariusz Kloza eds., 2017).

⁴⁸ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 21.

確保其與歐盟存在充分聯繫（sufficient connection），並避免資料控制者於在歐盟領域內非法地處理個人資料，關於95年指令第4條第1項規定之適用，應當加上附加標準⁴⁹。針對設備／工具的操作，WP 29工作小組表示95年指令的實務操作已顯示該款規定存在著諸多負面效果，諸如導致一面倒地適用歐盟法律，儘管如此，實務操作上仍有必要防止法律缺口肇致歐盟成為「資料避風港」（data haven）等情形出現。WP 29工作小組指出基於基本權利（fundamental rights）視角以及當其以殘餘形式（residual form）存在時，設備／工具標準仍然可加以保留⁵⁰。

四、學者提出的批評意見

（一）關於設立機構暨關聯性

因斯布魯克大學（University of Innsbruck）所設立的研究機構 Centre for Public Reform曾指出95年指令第4條第1項第(a)款規定實務操作上產生的適用問題，主要包括下列四者⁵¹：

1. 誰是「資料控制者」，控制者一般而言並不容易確定，此一問題在日新月異的全球化技術環境之下，問題將更形複雜；
2. 在確認資料控制者後，系爭控制者究竟「設立」於哪裡，此一問題亦因涉及歐盟商業設立相關法制復有未臻明確之虞；
3. 個人資料處理活動所涉及的「關聯性」之具體範疇；以及
4. 如何判定資料控制者轄下是否存在「設立機構」等情形。

⁴⁹ *Id.* at 31.

⁵⁰ *Id.* at 31, 32.

⁵¹ Centre for Public Reform, Comparative study on different approaches to new privacy challenges, in particular in the light of technological developments, Jan. 2010, at para. 37.

由於95年指令第4條第1項第(a)款規定內容過於簡易，反而易於滋生混淆情形，特別是面對日新月異的全球化資訊通訊科技，自然而然地產生了適用上的困難；加諸歐盟各成員國在個案具體應用上的作法差異，最終導致本條規定完全無法發揮避免法律衝突的原意⁵²。對於可能活躍於歐盟的境外公司，特別是向來不受地理環境限制、可遠端進行商業活動的網路企業來說，如何解讀及具體遵循95年指令下的域外效力規範，存在著現實上的困難，蓋非歐盟公司基於95年指令第4條規定，必須同時符合所有（28個）歐盟成員國的內國個人資料保護立法，就企業法規遵循角度而言，可以說是幾近不可能之事⁵³。

針對設立機構暨關聯性判斷問題提出指標性意見的Google Spain案，事實上也受到了諸多學者專家的批評。歐盟法院佐審官（Advocate-General）Niilo Jääskinen曾對本案判決提出意見書，表明歐盟法院提出的觀點就系爭個案而言或許是合適的，但從通案角度來說其是否為唯一、合理且最為合適的解釋，則仍有商榷餘地⁵⁴。John Kropf亦指出個人資料保護立法的適用，全然以搜尋引擎及其用以獲取收入的商業模式進行判斷，似有欠妥適，蓋歐盟個人資料保護立法最主要、同時也是唯一的標準，即在於系爭活動是否屬於個人資料處理行為，故網路廣告欄位的銷售行為是否該當前述標準，著實令人生疑⁵⁵。

Maja Brkan則從營利層面提出另面思考，表示歐盟法院在95年指令第4條規定適用上遺留若干未決的問題，諸如Google Spain案涉

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* at 39.

⁵⁴ *Supra* note 32, at para. 68.

⁵⁵ John W. Kropf, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Case C-131/12, 108 AM. J. INT'L L. 502, 507 (2014).

及的搜尋引擎，就搜尋引擎營運而言，若屬於與Google性質互異或者採取「非營利性」(non-profit)作法的商業模式，按理亦應有95年指令第4條第1項第(a)款規定之適用，惟依據歐盟法院所建立的標準，狀況似非如此⁵⁶。依據歐盟法院表明的見解，負責經營搜尋引擎服務的Google公司以及實際進行網路廣告欄位銷售的Google西班牙公司，兩者存在著密不可分的關聯(inextricably linked)，而後者的活動直接促使搜尋引擎的應用產生經濟上之收益，並藉此認定搜尋引擎係使相關個人資料處理活動得以開展的必要工具⁵⁷，但若系爭案例屬於非營性商業模式，恐難基於此一立論基礎而適用95年指令第4條第1項第(a)款規定⁵⁸。

針對95年指令第4條第1項第(a)款規定的適用，歐盟法院考量了另一個情境，亦即子公司所為的活動是否具體鎖定其實際設立的成員國之居民⁵⁹；事實上WP 29工作小組針對資料控制者未於歐盟境內存在設立機構，從而欠缺與歐盟之充分聯繫時，便以「具體鎖定歐盟境內的特定當事人」作為潛在的補充條件⁶⁰。但僅透過對95年指令第4條第1項第(a)款規定的解釋，而非直接修正本條規定並增加判斷標準的作法，本身即存在問題，除此一補充標準並未出現於條文本文之中，同時此一標準亦無法建立於對於本文進行解釋的基礎之上⁶¹。特別是此一標準似無法自95年指令第4條第1項第(a)款規定之「目的論解釋」(teleological interpretation)中導出，亦非

⁵⁶ Brkan, *supra* note 5, at 327.

⁵⁷ *Supra* note 32, at para. 56.

⁵⁸ Brkan, *supra* note 5, at 327. 但Brkan強調此時仍可能存在同條項第(c)款控制者在特定成員國領域範圍內使用設備之情形。

⁵⁹ *Id.* at 327-28.

⁶⁰ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 31.

⁶¹ Brkan, *supra* note 5, at 328.

「定向」(orientating)一詞的通常意涵(usual meaning)所能涵蓋⁶²。儘管「設立機構」一詞透過法院判決的梳理，已獲致相當程度的釐清，但設立機構活動所涉及的「關聯性」之判斷工作事實上仍未臻明確，實有必要透過個案解釋方式加以處理⁶³。

(二)關於歐盟成員國境內設備之使用

學者之間針對95年指令第4條第1項第(c)款規定提出的質疑，大抵聚焦於「設備」一詞的具體範疇。Maja Brkan指出基於「設備使用」建立的判斷標準著實讓人困惑，蓋設備的範圍似乎漫無邊際，相關問題則包括：1.其是否僅單純指「硬體」(hardware)設備，抑或同時包括「軟體」(software)；2.相關設備是否以出於個人資料處理之目的為必要，抑或並不以此為限，海納其他可能的關聯設備⁶⁴。

為解決本款規定的適用爭議，WP 29工作小組自文義解釋(textual interpretation)角度，除多數人熟悉的95年指令英語版本外，參考其他語言別版本，將「設備」一詞擴大解釋為「工具」(means)。對此，Maja Brkan認為在設備可放寬認定為工具的前提下，「設備」一詞應當是較「硬體加上軟體」更為廣泛的概念⁶⁵。此外，透過目的論解釋(teleological interpretation)，可得為控制者加以使用的設備，邏輯上亦應當係可供處理個人資料之用的工具，諸如定位服務(geo-location services)與雲端運算(cloud computing)等，而非泛指所有可能的工具⁶⁶。

62 *Id.*

63 *Id.* at 325-26.

64 *Id.* at 326.

65 *Id.*

66 *Id.*

另有論者表達對「設備」一詞寬泛認定可能產生的負面影響，Lee Bygrave便指出95年指令關於設備的適用標準，可能導致域外管轄適用範疇過度延展（regulatory overreaching），其建議應當將95年指令第4條第1項第(c)款規定侷限於下述特定情形：1. 資料控制者試圖透過設立於歐盟境外，藉以規避歐盟法暨歐盟成員國內國立法，但實際上仍使用歐盟境內的設備進行個人資料的處理；2. 位於第三國的資料控制者將個人資料傳輸至第三國進行處理，但仍使用歐盟境內的設備⁶⁷。

五、小 結

Christopher Kuner指出歐盟個人資料保護法制在考量領域適用範疇問題時，採取相對廣泛的立場，其目的在於避免資料控制者藉由跨境傳輸等方式，從而逸脫歐盟個人資料保護立法之適用⁶⁸。為確保歐盟境內的資料當事人受到充分保障，95年指令明文採納了域外效力設計，位處歐盟境外的資料控制者只須符合95年指令第4條第1項規定的三款情形，便須受到95年指令暨特定成員國個人資料保護立法之拘束，而其中又以第(a)款及第(c)款兩款規定最為重要。

依95年指令第4條第1項第(a)款內容，其具體適用條件其一為境外的資料控制者於歐盟境內存在「設立機構」，其二則是設立機構所為活動與系爭個人資料處理行為存在著「關聯性」；此外，WP 29工作小組在二〇一〇年意見書中提出了補充條件，要求系爭

⁶⁷ Lee A. Bygrave, *Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation*, 16 COMP. L. & SEC. REP. 252, 252, 261 (2000).

⁶⁸ CHRISTOPHER KUNER, *EUROPEAN DATA PROTECTION LAW: CORPORATE COMPLIANCE AND REGULATION* 111 (2d ed. 2007).

個案中應當存在著「實質性目標鎖定」行為。針對本款規定適用上最為重要的設立機構判斷問題，無論是95年指令抑或其他歐盟關聯法制，歷來並未就設立機構一詞給予明確的定義，WP 29工作小組於意見書中指出設立機構本身並不要求須具備法律人格，而歐盟法院則表示只消展現充分的穩定性，具備長期可得使用的人力和技術資源，便有可能被視為設立機構。而有關設立機構所為活動是否與系爭個人資料處理行為存在關聯性部分，WP 29工作小組於二〇一〇年意見書指出其評估重點應當有二：(一)設立機構關於系爭活動的參與程度；及(二)設立機構所為活動之性質。

WP 29工作小組提出的意見書雖嘗試釐清設立機構判斷問題，但究其內容事實上偏向概念式的說明，隨著爭議案件逐一浮現，歐盟法院在二〇一四年Google Spain案中所提出的見解不啻具有重大意義。歐盟法院認為廣告服務所獲取的收益無疑是Google搜尋引擎得以長期且持續運行的重要基礎，儘管Google西班牙子公司並未直接涉及Google搜尋服務下的個人資料處理，但是其網路廣告銷售對於Google搜尋引擎及搜尋服務有著重要的支撐作用，而Google搜尋引擎則是本案例中Google西班牙公司網路廣告業務開展所不可或缺的工具，故可得認定Google集團設立於西班牙的子公司，可視為95年指令所稱歐盟成員國境內之設立機構，同時其活動與個人資料處理行為亦存在關聯性，故本案應有95年指令以及西班牙依據95年指令所制定的內國個人資料保護立法之適用。歐盟法院提出的觀點無疑實質擴大了95年指令第4條第1項第(a)款所規定的適用範圍，也促使WP 29工作小組在二〇一五年更新其意見書，強調即便歐盟境內的設立機構其並未以任何形式參與境外進行的個人資料處理行為，只消其自身活動與系爭個人資料處理行為存在著緊密關聯，仍可能肇致資料控制者適用歐盟95年指令暨特定成員國法律。

95年指令第4條第1項第(c)款規定的第二種域外效力適用情

形，則是境外資料控制者出於個人資料處理之目的，使用了位於歐盟成員國境內的設備。是否存在具體使用行為，WP 29工作小組指出其判斷要素包括資料控制者是否從事了特定活動以及其有無進行個人資料處理的明確意圖兩者。本款規定適用上的爭議大抵聚焦於設備的範圍，除多數人肯認的硬體設備外，是否同時包括軟體，對此，WP 29工作小組賦予「設備」一詞相對廣泛的解釋，除透過文義解釋表示設備應當視同「工具」之外，並具體指出諸如Cookie或JavaScript banner等軟體的使用，均可能視為本款所稱之設備。另一受到討論的問題則是可能受到資料控制者使用的設備，是否以出於個人資料處理目的為必要抑或不限，WP 29工作小組也明確表示本款所稱的設備，邏輯上應當是可供處理個人資料之用的工具，諸如定位服務與雲端運算等，而非泛指所有可能的工具。

歐盟執委會於二〇〇三年五月公布「95年資料保護指令首份執行報告」（First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)），自我表明95年指令第4條規定在實務個案處理上並未獲得充分的運用，指令採納域外效力規定的原意在於避免法律衝突，但實務操作結果卻顯示適得其反⁶⁹。在諸多隱私研究機構及學者專家紛紛針對95年指令第4條款規定提出質疑甚或批判意見，並強力建議應予適度調整下⁷⁰，歐盟爰於修正95年指令時實質調整原有的域外效力規定，最終形成了當前的GDPR第3條規定。

⁶⁹ European Commission, First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC), May 2003, at p. 17, available at [http://aei.pitt.edu/45392/1/COM_\(2003\)_265_final.pdf](http://aei.pitt.edu/45392/1/COM_(2003)_265_final.pdf) (last visited: 2018.09.14).

⁷⁰ Centre for Public Reform, *supra* note 51, at para. 44.

參、歐盟二〇一八年一般資料保護規則下的域外效力規定

一、GDPR下的域外效力設計

(一)95年指令至GDPR之發展

考量歐盟各個成員國實施95年指令域外效力規定時模稜兩可且存在分歧的情形，加諸整體經濟環境朝數位化快速發展，隨著「歐洲數位單一市場」大纛高揭，歐盟也隨即致力於個人資料保護法制的修正工作。二〇一六年四月歐盟個人資料保護法制出現重大變革，正式通過了「一般資料保護規則」（GDPR），並於二〇一八年五月二十五日生效後全面取代95年指令。歐盟執委會指出GDPR除持續遵循95年指令採取的作法，並立於歐洲二十年個人資料保護立法與相關判決的基礎上，力求使GDPR成為一部現代化的個人資料保護規範⁷¹。相較於95年指令，GDPR採取「規則」（Regulation）位階，促進了規範層面的一體適用⁷²，可望解決原有95年指令於歐盟成員國之間執行狀況分歧的情形⁷³，確保新法適

⁷¹ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Stronger protection, new opportunities - Commission guidance on the direct application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018, COM (2018) 43 final, 24.1.2018, at p. 1.

⁷² 依據歐盟運作條約（TFEU）第288條第2項規定「規則應當具備普遍適用性。其應整體具拘束效力並可直接適用於所有成員國家」（A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.）。

⁷³ 依歐盟運作條約（TFEU）第288條第3項規定「指令具約束力，以使每一成員國達致所訂立目標，但成員國當局可選擇其形式和方法」（A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and

用上的一致性。整體而言，GDPR體現了立法者強化保護歐盟境內資料當事人權利的理念，並著眼於數據全球流通的發展背景，為活躍於歐盟市場的公司創造一個趨於公平的競爭環境⁷⁴。

GDPR承襲95年指令精神，於該法第3條規定了域外效力規定，相較於95年指令針對域外效力所設定的架構，GDPR第3條規定被視為是一項重大改革，其在肯定歐盟立法者暨歐盟法院針對指令第4條內容所表述的立場之餘，也加入了若干嶄新元素。此外，過往對於95年指令規定適用具有重大影響力的WP 29工作小組，在GDPR正式運作後改制為「歐盟資料保護委員會」（European Data Protection Board, EDPB）⁷⁵，EDPB也隨即在二〇一八年十一月公布了「GDPR域外效力指引」草案⁷⁶，並在廣泛徵集意見後於二〇一九年十一月通過最終版本⁷⁷。EDPB期待在各成員國隱私主管機關形成共識下，透過指引的發布，確保GDPR域外效力規定運作上的一致性；另一方面，對設立於歐盟以外的資料控制者或處理者而言，指引闡述的適用標準，亦助益其評估應否遵循GDPR的相關要求，其重要性不言而喻⁷⁸。

methods.)，儘管95年指令依歐盟運作條約屬於具拘束力的強行法（hard law），惟基於該項後段規定，成員國於立法轉換時即可能考量內國需求從而產生差異。

⁷⁴ GDPR除了於第3條納入域外效力設計外，依同法第27條要求，適用域外效力規定的非歐盟公司，其在特定情形下必須於歐盟境內任命一名代表，以利歐洲公民及隱私主管機關與之接觸或代表其位於境外的公司。

⁷⁵ 關於EDPB的組成及職責，可參見<https://edpb.europa.eu/> (last visited: 2018.11.28).

⁷⁶ European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3) - Version for public consultation, 23 November 2018.

⁷⁷ European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3) Version 2.0, 12 November 2019.

⁷⁸ *Id.* at 4.

對歐盟以外的國家而言，準據法問題往往被視為內國個人資料保護立法域外效力範圍的一部分⁷⁹，澳洲聯邦隱私法（Privacy Act 1988）便直接將域外效力規範單獨列章（5B Extra-territorial operation of Act）⁸⁰。從95年指令到GDPR，歐盟擬引領並形塑全球隱私文化的企圖不言而喻⁸¹，而主要國家受到歐盟立法的影響，除紛紛採取專法模式保護公民隱私權利外，也開始於相關立法中納入域外效力規定。以二〇一八年問世的印度個人資料保護法草案（Personal Data Protection Bill）及巴西一般資料保護法（LEG Geralde Proteção de Dados）為例，均有類似GDPR第3條的域外效力規定，在特定條件下其規範效力及於境外的資料處理者或控制者⁸²。

（二）第3條規定具體內容

GDPR第3條明訂域外效力，其第1項規定「當個人資料處理行為與資料控制者或處理者在歐盟領域範圍內的設立機構所為之活動存在關聯時，無論具體的處理行為是否發生於歐盟境內，應有本規則之適用」⁸³。

⁷⁹ Centre for Public Reform, *supra* note 51, at para. 41.

⁸⁰ See 5B of Privacy Act 1988 of Australia, available at <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00292> (last visited: 2018.09.15).

⁸¹ 如何敦促GDPR有效運作並進一步發揮其影響力，可說是現時歐盟最關心的議題，除與歐洲經濟區（European Economic Area, EEA）的三個歐洲自由貿易聯盟（European Free Trade Association, EFTA）成員國：挪威（Norway）、冰島（Iceland）及列支敦士登（Liechtenstein）合作，將GDPR納入EEA協議外，歐盟也希望藉由與聯合國、G20及APEC等多邊組織合作，樹立重視隱私保護的全球文化。See COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World, COM (2017) 7 final, 10.1.2017, at p. 13.

⁸² 印度個人資料保護法草案第2條及巴西一般資料保護法第3條規定。

⁸³ Article 3 Territorial scope: 1. This Regulation applies to the processing of personal

第3條第2項則規定「本規則適用於未設立於歐盟的控制者或處理者針對歐盟境內的資料當事人所為之個人資料之處理活動，當系爭活動涉有下列情形：

(a)向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務，不問該等商品或服務是否需要資料當事人進行支付；或

(b)就歐盟境內資料當事人所從事的行為進行監測⁸⁴」。

此外，GDPR第3條第3項另規定「本規則適用於未於歐盟設立機構，但位於根據國際公法從而適用歐盟成員國法律的國家或地區之資料控制者所進行的個人資料處理」。對此，GDPR前言第25點指出「當成員國法律依據國際公法適用於歐盟境外時，GDPR應當適用於因之而受到規範的資料控制者，諸如歐盟成員國的外交使團（diplomatic mission）或領事館（consular post）」。⁸⁴儘管歐盟個人資料保護立法能否自動適用於外交任務和領事職務層面的個人資料處理活動，歷來不乏爭議，由於本項規定在實務操作上並不常見，本文並不作進一步的討論，而聚焦於第3條第1項及第2項規定之分析。

data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.

84 2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to:

(a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or

(b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.

二、於歐盟境內存在設立機構

(一)GDPR仍未明訂判斷標準

就GDPR第3條第1項規定而言，相較於95年指令第4條第1項第(a)款規定，新法除原先規範的資料「控制者」外，新增「處理者」(processor)此一規範主體；故從事個人資料處理活動的資料處理者，若其於歐盟境內存在設立機構，也可能受到GDPR的規範⁸⁵。然無論是控制者抑或處理者，關於本項規定的適用，其重心事實上與95年指令第4條第1項第(a)款規定完全相同，仍在於：1. 設立機構 (establishment) 及 2. 是否存在關聯性 (in the context of) 兩個關鍵要件的判斷之上⁸⁶。

由於95年指令本身並未揭示設立機構暨關聯性的定義及內涵，WP 29工作小組在二〇一〇年提出的意見書爰具有重要地位。針對設立機構判斷問題，工作小組強調設立機構本身無須具備「法律人格」，並於意見書中提出若干的具體應用場景：1. 當真實而有效的活動係出現於某一律師辦公室 (attorney's office)，並符合穩定安排要求，該辦公室即可認定為設立機構；2. 一般情況下，特定的網路伺服器或電腦不會被認定為設立機構，蓋其僅是供資訊處理之用的技術設備或工具；3. 當一個一人辦公室 (one-person office) 不僅代表了歐盟境外的資料控制者，同時極為活躍地參與了與個人資料處理有關的活動，亦可資認定為設立機構⁸⁷。

歐盟法院在二〇一四年Google Spain案中針對法律適用問題提

⁸⁵ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 5.

⁸⁶ GERT VERMEULEN & EVA LIEVENS, DATA PROTECTION AND PRIVACY UNDER PRESSURE: TRANSATLANTIC TENSIONS, EU SURVEILLANCE, AND BIG DATA 79, 80 (2017).

⁸⁷ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 10-11.

出的觀點，則無疑地擴大95年指令域外效力條款的適用範疇。針對95年指令第4條第1項第(a)款規定中的「關聯性」判斷，歐盟法院提出「緊密關聯」標準，即便歐盟境內的設立機構未直接參與於境外發生的系爭個人資料處理行為，只消設立機構所從事的活動與個人資料處理行為存在著緊密關聯，仍使得歐盟境外的資料控制者受到歐盟95年指令及特定成員國內國立法的規範。

隨著GDPR正式實施，儘管設立機構在歐盟個人資料保護立法已非全新的概念，歷來在域外效力問題判斷上亦具有高度的重要性，但GDPR本文中仍未就此一概念予以定義，僅於前言第22點後半指出「設立機構泛指透過穩定安排（stable arrangements）所展開的有效且實際之活動；而此等安排之法律形式（legal form），諸如是否屬於分公司或具備法人格之子公司等，並非判斷上之決定性因素」⁸⁸，就內容以觀，其與95年指令前言第19點前半規定，實相去不遠。

(二) 歐盟EDPB提出之判斷建議

EDPB在域外效力指引中，指出設立機構判斷上可採取「三重步驟」方式（threefold approach）：1. 評估歐盟資料保護法制下「於歐盟存在設立機構」的定義為何；2. 檢視「歐盟境內設立機構所從事的活動，與系爭個人資料處理行為間存在關聯性」的意涵；以及3. 與系爭個人資料處理存在關聯性的設立機構活動，無論其是

⁸⁸ (22) Any processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union should be carried out in accordance with this Regulation, regardless of whether the processing itself takes place within the Union. Establishment implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements. The legal form of such arrangements, whether through a branch or a subsidiary with a legal personality, is not the determining factor in that respect.

否於歐盟境內進行時，確認其有無GDPR之適用⁸⁹。

1. 於歐盟存在設立機構

EDPB指出思考「於歐盟存在設立機構」時，首要之務在於確定從事個人資料處理活動的「控制者」及「處理者」是誰，此兩者分於定義於GDPR第4條第7款及第8款規定。根據歐盟法院歷來判決及WP 29工作小組二〇一〇年指引內容，系爭實體（entity）是否構成歐盟資料保護立法下的控制者或處理者，無疑是評估系爭個人資料處理行為有無GDPR適用的關鍵因素。

GDPR前言第22點指出「設立機構泛指透過穩定安排所展開的有效且實際之活動；而此等安排之法律形式，諸如是否屬於分公司或具備法人格之子公司等，並非判斷上之決定性因素」，係參考歷來歐盟法院針對設立機構所作的相關判決，在揚棄形式主義（formalistic approach）的前提下，設立機構並不以在事業註冊地實際存在的機構為限，具體擴大對於「設立機構」一詞的解釋⁹⁰。

EDPB強調歐盟法院在二〇一五年Weltimmo v NAIH案⁹¹中表達的觀點，儘管Weltimmo在斯洛伐克（Slovakia）註冊成立，但透過匈牙利網站為其當地的房地產業務進行宣傳，聘用一位當地的代理人並使用匈牙利本地郵寄地址和銀行帳戶，最終認定匈牙利代理人的行為，可視為Weltimmo的設立機構。歐盟法院指出在設立機構判斷上，「安排」本身的穩定程度，以及是否在成員國境內存在著有效且實際的「活動」，必須考慮經濟活動以及對應所提供的服務之特質，特別是透過網際網路提供服務時，復亦如此⁹²。

⁸⁹ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 5.

⁹⁰ *Id.* at 5.

⁹¹ Weltimmo v NAIH (C-230/14).

⁹² *Id.* at para. 29.

當服務係透過網路加以提供時，穩定安排一事存在與否的判定門檻，事實上可能極低⁹³；儘管歐盟法院對於設立機構採取相對寬廣的認定標準，但其亦非完全不受限制，若其位於歐盟境內的網站僅是單純可得被接取近用，仍不足以構成設立機構⁹⁴。總結來說，當歐盟以外的控制者或處理者的單一員工或代理人，其行為展現充分的穩定性，亦可能因此而被認定構成所謂的穩定安排（設立機構）⁹⁵。

2. 歐盟境內設立機構所從事的活動，與系爭個人資料處理行為間存在關聯性

EDPB建議在判斷位於歐盟境內的特定實體是否出於GDPR第3條第1項之目的並可得認定為受該法規範的控制者或處理者，應該立於個案逐案（case-by-case）判斷的基礎並出於個案具體情事（concreto）進行分析⁹⁶。EDPB明確指出歐盟境內設立機構所從事的活動，是否與系爭個人資料處理行為間存在關聯性，應當立於「判例法」的視角進行判斷，基此，為確保有效且完整的保護，「與歐盟境內的設立機構所從事之活動存在關聯性」的意涵不應被限縮解釋⁹⁷；但另面而言，是否存在著「歐盟境內的設立機構」則不應被擴大解釋，以避免與系爭個人資料處理行為存在微弱連結（remotest links）的非歐盟實體，亦被判定應受到歐盟個人資料保

⁹³ *Id.* at para. 31.

⁹⁴ 相關案例如Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl案，*see* Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl, Case C 191/15, 28 July 2016, at para. 76.

⁹⁵ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 6.

⁹⁶ *Id.* at 7.

⁹⁷ *Supra* note 91, at para. 25; *supra* note 32, at para. 53.

護立法之拘束⁹⁸。

若非歐盟實體於歐盟成員國境內所從事的商業活動，事實上與系爭個人資料處理行為存在極大距離，則其於歐盟存在的商業活動並不足以觸發GDPR的適用⁹⁹。具體應考量之點，則包括下列兩者：

(1) 歐盟境外的控制者或處理者，與其在歐盟境內的設立機構之關係

若歐盟成員國境內的設立機構之活動，與歐盟境外的資料控制者或處理者關係密切（*inextricably linked*），在此一前提下，即便歐盟境內的設立機構對於系爭個人資料處理行為並無任何實際的角色可言，仍可能觸發歐盟個人資料保護立法之適用。若個案分析結果證實「密切關聯性」的存在，則無論歐盟境內的設立機構是否實質參與系爭個人資料處理行為，歐盟個人資料保護立法仍應適用於歐盟境外的資料控制者或處理者¹⁰⁰。

(2) 於歐盟境內產生營收

歐盟境內設立機構的營收創造行為，若是基於歐盟境外的資料控制者或處理者之指示進行，則可視為其與在歐盟境內所進行的個人資料處理行為以及所涉及的資料當事人之間，存在著密切關聯，從而滿足與歐盟境內設立機構所從事的活動存在關聯性此一要求，並導致系爭個人資料處理行為應受到歐盟個人資料保護立法的規範¹⁰¹。

EDPB在指引中舉出一例，由設立於中國大陸的公司經營的電

⁹⁸ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 7.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.* at 7-8.

¹⁰¹ *Id.* at 8.

子商務平臺，其個人資料處理活動亦只在中國大陸進行，若其於德國柏林設立辦事處，用以領導及執行以歐盟為導向的商業開發和營銷活動，在此一情形下，該公司駐柏林的辦事處與其於中國大陸進行的個人資料處理活動密不可分，蓋該辦事處面向歐盟開展的商業開發和營銷活動，使得電子商務平臺所提供的服務有利可圖，基於此，中國大陸公司所從事的個人資料處理行為可視為係於其歐盟辦事處所為活動的範圍內進行，從而應受到GDPR的規範¹⁰²。

3. 是否實際於歐盟境內進行個人資料處理並非判斷重點

GDPR第3條第1項言明當系爭的個人資料處理行為，與資料控制者或處理者在歐盟領域範圍內的設立機構所為之活動存在關聯，無論該等處理行為是否發生於歐盟境內，應受到GDPR的規範。就條文內容而言，觸發GDPR適用與否的關鍵因素，在於系爭個人資料處理行為必須與歐盟境內設立機構所為活動存在關聯性，至於個人資料處理行為是否於歐盟境內進行，並非所問，換言之，歐盟境內的控制者或處理者究於何處進行個人資料處理，並非判斷上所需考量的因素¹⁰³。

在判斷GDPR所涉地域問題、特別是第3條第1項規定的適用爭議時，「地理位置」(geographical location)成為重要的判斷因素，包括：(1)資料控制者或處理者之所在，其係位於歐盟境內抑或境外；(2)位處歐盟境外的資料控制者或處理者的實際業務所在，是否有位於歐盟境內之設立機構¹⁰⁴；然而，就GDPR第3條第1項規定之目的而言，地理位置則非必然重點，諸如系爭個人資料實際進行

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* at 9.

¹⁰⁴ *Id.* at 9-10.

處理的地點或所涉資料當事人之所在地等¹⁰⁵。EDPB認為只消系爭的個人資料處理行為，與資料控制者或處理者位於歐盟境內的設立機構所為活動存在關聯性，即有GDPR的適用，系爭個人資料處理行為所涉及的當事人的所在位置或國籍為何，並不影響GDPR第3條第1項規定之適用¹⁰⁶。此一觀點事實上亦體現於GDPR前言第14點之中「GDPR保護自身個人資料受到處理之自然人，而不論該自然人之國籍或居所地」¹⁰⁷。

三、對歐盟境內資料當事人銷售商品或提供服務

Lokke Moerel於二〇一一年針對95年指令提出修訂意見時曾指出：歐盟境外網站處理來自於歐盟的訪問者之個人資料，並不足以觸發95年指令的適用，網站經營者應當展現積極作為吸引來自歐盟的訪問者並且有相應的購買行為產生，方足以認定應當有95年指令規範之適用¹⁰⁸。在歐盟領域範圍內不存在設立機構，不必然代表位處第三國的資料控制者或處理者即無須適用GDPR，蓋依GDPR第3條第2項規定，未於歐盟境內存在設立機構的資料控制者或處理者，係以其具體展現的「個人資料處理活動」（processing activities）決定其有無GDPR之適用¹⁰⁹。

¹⁰⁵ *Id.* at 10.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Recital 14: The protection afforded by this Regulation should apply to natural persons, whatever their nationality or place of residence, in relation to the processing of their personal data. This Regulation does not cover the processing of personal data which concerns legal persons and in particular undertakings established as legal persons, including the name and the form of the legal person and the contact details of the legal person.

¹⁰⁸ Moerel, *supra* note 13, at 45.

¹⁰⁹ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 13-14.

EDPB明確表示未於歐盟境內存在設立機構的資料控制者或處理者，並無法享受GDPR第56條所規定的一站式機制帶來之效益，事實上GDPR設計的合作與協調機制，亦僅適用於在歐盟境內擁有設立機構的資料控制者或處理者¹¹⁰。GDPR第3條第2項規定建立了「目標鎖定標準」（targeting criterion），未於歐盟境內存在設立機構的資料控制者或處理者，可得透過該項兩款區隔而具有替代性質的活動形式，認定其係具體鎖定歐盟境內的資料當事人，從而觸發GDPR第3條第2項規定之適用¹¹¹。而關於目標鎖定標準的適用，除了前述的未於歐盟境內存在設立機構此一要件外，尚須關注「個人資料處理活動」及「涉及」（related to）兩項條件，並立於個案的基礎上逐案進行判斷¹¹²。

針對GDPR第3條第2項規定的適用問題，EDPB建議採取「雙重步驟」（twofold approach），其一便是確認系爭的個人資料處理行為，是否涉及歐盟境內的資料當事人之個人資料；其二則是特定處理活動的存在，包括有無針對歐盟境內資料當事人提供商品或服務，或就歐盟境內資料當事人的行為進行監測¹¹³。

（一）位處歐盟境內的資料當事人

GDPR第3條第2項規定反映了歐盟法制在個人資料保護上向採取廣泛範圍的基本立場，歐盟基本權利憲章（EU Charter of Fundamental Rights）第8條即規定個人資料保護有關權利應面向所有人（everyone）而不施加限制，換言之，其保護範疇並不以歐盟

110 *Id.*

111 *Id.* at 14.

112 *Id.*

113 *Id.*

公民為限¹¹⁴。依據GDPR第3條第2項規定中所言「歐盟境內的資料當事人」，可知在目標鎖定標準的適用上，自身個人資料受到處理的資料當事人，其是否具歐盟成員國公民身分、居所地之所在或者是任何其他形式的法律地位，均非所問，而GDPR前言第14點也表達了此一觀點¹¹⁵。

考量GDPR第3條第2項目標鎖定標準的適用前提，係以歐盟境內資料當事人的具體所在位置作為判斷標準，EDPB指出只消位處歐盟境內，資料當事人的國籍或法律地位為何，均不應排除或限制該法適用上的地域範圍¹¹⁶；關於資料當事人是否位於歐盟境內（所在位置）的判斷，EDPB表示應以相關觸發活動實際發生之時而定，換言之，其係以商品或服務的具體提供時間，或是資料當事人行為受到監測之際，確認資料當事人是否位處歐盟境內，同時不論該等觸發活動的具體存續期間¹¹⁷。

EDPB強調位處歐盟之外的資料控制者或處理者，單純於歐盟境內進行個人資料處理一事，尚不足以觸發GDPR之適用，其須有具體「鎖定」歐盟境內個人之情形，包括向其提供商品或服務，或有監測其所為行為始可¹¹⁸。另一值得注意之處，係當歐盟公民或居民的個人資料於第三國進行處理時，在不涉及商品服務提供或是對其行為之監測的前提下，亦不致觸發GDPR的適用¹¹⁹。

114 *Id.*

115 *Id.*

116 *Id.*

117 *Id.*

118 *Id.* at 14-15.

119 *Id.*

(二)提供商品或服務予歐盟境內的資料當事人

1. 不以存在對價關係為必要

相較於原有95年指令內容，GDPR第3條第2項第(a)款無疑是嶄新的設計，設立於歐盟境外的資料控制者或處理者若有向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務之行為，該等資料控制者或處理者便應受到GDPR的規範。作為GDPR域外效力規定觸發條件的「商品或服務之提供」，歷來於歐盟立法及實務操作上已逐步釐清其概念，並導入GDPR之中。對此，GDPR前言第23點前半規定指出：「為確保自然人依據GDPR所獲得的保障不致遭到剝奪，非設立於歐盟的控制者及處理者，其針對歐盟境內的資料當事人所進行的個人資料處理活動，若該等處理活動涉及對資料當事人提供商品或服務，不問是否涉及付款，均應有GDPR之適用」¹²⁰。可知歐盟境外

¹²⁰ Recital 23: In order to ensure that natural persons are not deprived of the protection to which they are entitled under this Regulation, the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union should be subject to this Regulation where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects irrespective of whether connected to a payment. In order to determine whether such a controller or processor is offering goods or services to data subjects who are in the Union, it should be ascertained whether it is apparent that the controller or processor envisages offering services to data subjects in one or more Member States in the Union. Whereas the mere accessibility of the controller's, processor's or an intermediary's website in the Union, of an email address or of other contact details, or the use of a language generally used in the third country where the controller is established, is insufficient to ascertain such intention, factors such as the use of a language or a currency generally used in one or more Member States with the possibility of ordering goods and services in that other language, or the mentioning of customers or users who are in the Union, may make it apparent that the controller envisages offering goods or services to data subjects in the Union.

的資料控制者或處理者所為活動，是否將被視為是向歐盟境內資料當事人提供商品或服務之行為，實無須考量是否存在著支付行為並以其作為換取商品或服務之對價¹²¹。

EDSB同時指出商品提供此一概念，還應包括「資訊社會服務」(information society services)之提供¹²²，依據歐盟二〇一五年資訊社會服務指令¹²³第1條第1項第(b)款所作定義，資訊社會服務係指「出於獲取報酬目的，基於服務接受方的請求，以電子方式遠距加以提供之服務¹²⁴」。另一值得留意的問題，則是與GDPR第3條第2項第(a)款商品或服務提供的「關聯處理活動」是否併受GDPR規範，指引草案曾指出若處理活動本身與商品或服務的提供存在特定連結(connection)，此時亦有GDPR域外效力條款之適用，而至為重要的連結性判斷工作，則應同時考量直接或間接性的連結¹²⁵。由於草案針對關聯處理活動的說明，未充分表明究係由資料控制者或處理者所為，易於引發兩者在第3條規定適用上之疑義，最終公布的指引版本刪除了直接或間接性連結此一用語，針對存在第3條規定適用可能的關聯處理活動，EDPB強調判斷上資料控制者與處理者兩者所為的相關處理活動應存在關聯且應同時納為判

¹²¹ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 15.

¹²² *Id.*

¹²³ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (Text with EEA relevance), OJ L 241, 17.9.2015.

¹²⁴ ‘service’ means any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

¹²⁵ European Data Protection Board, *supra* note 76, at 15.

斷上之考量¹²⁶。

2. 必須有提供商品或服務之意圖

GDPR第3條第2項第(a)款規定適用上並不以存在對價關係為必要，其真正的判斷重點在於有無提供商品或服務的「意圖」。依GDPR前言第23點規定：「為確定控管者或處理者，是否對歐盟境內的資料當事人提供商品或服務，應當確認該控制者或處理者是否顯然預見（*envisages*）其係供商品或服務予位於一個或多個歐盟會員國境內之資料當事人」¹²⁷，故當涉及GDPR第3條第2項第(a)款規定適用疑義時，關鍵判斷因素便在於商品或服務的提供，是否係直接指向（*direct at*）歐盟境內的特定當事人；換言之，可否藉由觀察資料控制者或處理者所為活動，從確認其是否存在擬向歐盟境內資料當事人提供商品或服務之「意圖」（*intention*）¹²⁸。

基於GDPR前言及EDPB的說明，判斷一個境外的控制者或處理者是否向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務，首要之務便在於控制者或處理者是否存在向成員國境內資料當事人提供商品或服務的「意圖」，以及該等意圖是否顯著。關於意圖的判斷工作，GDPR前言第23點進一步澄清「若僅是單純可得接近使用控制者、處理者或中介者的歐盟境內網頁、電子郵件或其他聯繫方式，或者其所使用的語言係控管者實際設立的第三國之通常使用語言，均不足以據此認定其存在提供商品或服務之意圖。若控制者採用一個或多個成員國境內受到通常使用的語言或貨幣，並且可得以相對應的語言訂購其所提供的商品或服務，或為其所提及的消費者或使用者係位處歐盟境內，則可表明控制者係有意向位於歐盟境內之資料當

¹²⁶ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 20-21.

¹²⁷ Recital 23.

¹²⁸ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 17.

事人提供商品或服務」¹²⁹。

3. 實務操作上之具體考量因素

為助益各界判斷GDPR第3條第2項第(a)款規定，EDPB在指引中提出評估個案具體事實時，可納入考量的有關因素，包括下列九者：(1)針對商品或服務的提供，是否具體提及歐盟或至少一個歐盟成員國的名稱；(2)資料控制者或處理者是否支付費用使用由搜尋引擎業者提供的網路索引服務（internet referencing service），以利歐盟境內的消費者連結其網站，或是資料控制者或處理者已針對歐盟境內的閱聽大眾發布相關的營銷及廣告活動；(3)系爭活動是否具國際屬性，諸如特定的旅遊活動；(4)是否提及歐盟國家的專用地址或者電話號碼；(5)是否使用資料控制者或處理者所在國以外的第三國之頂級域名（top-level domain），諸如「.de」，或使用類似「.eu」的通用頂級域名；(6)是否自一個或多個歐盟成員國提供其服務所及之處的旅行指示說明；(7)是否提及由居住於歐盟各成員國的客戶所集結而成的國際客戶；(8)是否使用交易者所在國家／地區以外的語言或貨幣，尤其是一個或多國歐盟成員國所使用的語言或貨幣；以及(9)資料控制者是否將將商品遞送至歐盟成員國¹³⁰。

值得注意者，EDPB指出如果僅採取上述考量要素中的單一要素，並無法清楚探知資料控制者是否存在擬向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務之意圖，則其應將「所有要素」如數納入加以考量，以利集結評估資料控制者所有的商業活動，並據以判定其是否構成針對歐盟境內的資料當事人進行商品或服務之提供一事¹³¹。但如果上揭要素僅證明存在「可訪問性」（accessibility），諸如

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.* at 17-18.

¹³¹ *Id.* at 18.

GDPR前言第23點所提及的單純可得接近使用控制者、處理者或中介者位於歐盟境內的網頁、電子郵件、實體地址或電話號碼等，則仍不足以據此認定其明確存在對歐盟境內資料當事人提供商品或服務之意圖¹³²。

四、針對歐盟境內資料當事人進行監測

(一)位處歐盟境內的資料當事人

非歐盟公司必須適用GDPR的另一情形，係資料控制者或處理者對於歐盟境內的資料當事人所為行為進行監測，GDPR前言第24點前半即表示「設立於歐盟境外的資料控管者或資料處理者，針對歐盟境內的資料當事人所進行之個人資料處理活動，若涉及對該等資料當事人所為行為進行監測且系爭監測行為發生於歐盟境內者，即應有GDPR之適用」¹³³。EDPB指出根據GDPR前言，有關GDPR第3條第2項第(b)款規定之適用問題，首先，監測行為必須涉及「位於歐盟境內的資料當事人」，其次，系爭的監測行為亦必須係於歐盟領域範圍內進行，其屬於一種「疊積式」判斷標準（cumulative

¹³² *Id.*

¹³³ (24) The processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union should also be subject to this Regulation when it is related to the monitoring of the behaviour of such data subjects in so far as their behaviour takes place within the Union. In order to determine whether a processing activity can be considered to monitor the behaviour of data subjects, it should be ascertained whether natural persons are tracked on the internet including potential subsequent use of personal data processing techniques which consist of profiling a natural person, particularly in order to take decisions concerning her or him or for analysing or predicting her or his personal preferences, behaviours and attitudes.

criterion) ¹³⁴。

關於是否存在位於歐盟境內的資料當事人，其判斷標準與前述GDPR第3條第2項第(a)款規定之適用一致，係以觸發GDPR第3條第2項規定適用時的資料當事人實際所在位置作為判斷標準，析言之，應當以系爭監測行為發生之際，資料當事人是否確實位於歐盟領域範圍內而定。至於受到監測的資料當事人是否具備歐盟成員國公民身分或者是其他形式的法律地位，並非此一要件判斷上所須考量的因素。

(二) 監測行為的具體認定

1. 應納入所有可能的線上追蹤及資料建檔技術

GDPR第3條第2項第(b)款規定的適用前提，係存在針對歐盟境內資料當事人的監測行為，有無存在監測行為之判斷，GDPR前言第24點後半指出「有關係爭個人資料處理的活動，可否認定屬於監測資料當事人的行為之判斷，應當確認該自然人是否於網路環境下遭到追蹤，包括出於潛在的後續利用目的，特別是用以獲知其所作決定，或分析或預測其個人喜好、行為及立場等，而透過個人資料處理技術從而構建該自然人之檔案資料」¹³⁵。論者如Gert Vermeulen及Eva Lievens即據此認為歐盟在本款規定適用上的首要關注事項，便是「在線追蹤」(online tracking)及「用戶建檔」(profiling)兩者¹³⁶。

論者指出本款規定係承襲95年指令4條第1項第(b)款規定而來，依據舊法設計，未設立於歐盟領域範圍內的資料控制者(非歐盟公司)若有出於處理個人資料之目的，使用座落於歐盟成員國境

¹³⁴ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 19.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ VERMEULEN & LIEVENS, *supra* note 86, at 87.

內的設備時，便應適用該成員國之內國隱私法規¹³⁷。由於歐盟WP 29工作小組針對設備此一概念向來採取相對寬廣的解釋，除揆諸各成員國使用語言認定設備應當視同「工具」外，並曾於此一基礎上指出諸如Cookie或JavaScript banner的使用，悉數落入95年指令第4條第1項第(c)款所稱的設備或工具¹³⁸。

基於舊法規定，歐盟境外的資料控制者若有使用cookie追蹤歐盟領域範圍內的資料當事人，即應有95年指令域外效力規定之適用¹³⁹；但此一解釋方式歷來飽受批評，促使歐盟立法者選擇在新法中提出更臻明確的法律基礎¹⁴⁰。不管是基於GDPR第3條第2項第(b)款抑或前言第24點規定，均顯示當使用cookie技術追蹤歐盟境內的資料當事人時，無論是否於歐盟居民瀏覽網站之際植入cookie，均應落入GDPR域外效力之範疇¹⁴¹。另一值得留意之處，儘管GDPR前言僅言及「於網路環境下遭到追蹤」，GDPR第3條第2項第(b)款規定用語應足以涵蓋所有可能的追蹤科技，諸如穿戴式裝置（Wearable）或其他智能設備（smart devices）¹⁴²，而此一論點亦在域外效力指引中受到EDPB的明文肯定¹⁴³。

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Article 29 Working Party, *supra* note 3, at 21.

¹³⁹ VERMEULEN & LIEVENS, *supra* note 86, at 88.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² Liane Colonna, *Article 4 of the EU Data Protection Directive and the Irrelevance of the EU-US Safe Harbor Program?*, 4 INT'L DATA PRIVACY L. 203, 215 (2014).
Merlin Gömann, *The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, 54 COMMON MARKET L. REV. 567, 588 (2017).

¹⁴³ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 19.

2. 意圖則非本款規定適用上的必然條件

GDPR第3條第2項第(b)款規定受到矚目的重大適用問題，在於非歐盟公司是否必須存在進行監測行為的「意圖」。相較於同條項第(a)款規定以存在意圖為必要，GDPR對於第(b)款規定則沒有明確的規範，若採取限縮解釋，則無論歐盟境外的資料控制者是否有意監測歐盟境內資料當事人之行為，只消其客觀上確實存在監測活動，便有受到GDPR規範的可能性。對此，論者指出就條文內容觀察，針對歐盟境內的資料當事人之行為進行監測，外觀上可能被視為「鎖定的可能型態」之一，然而本款規定適用上並不需要包括鎖定歐盟境內資料當事人此一目的¹⁴⁴。

資料控制者或處理者針對歐盟境內的資料當事人進行監測，是否必須存在特定意圖一事，EDPB於域外效力指引中明確指出無論是本款規定抑或GDPR前言第24點，均不以存在意圖為必要¹⁴⁵；但EDPB另指出「監測」一詞的使用，象徵著資料控制者對於歐盟境內資料當事人行為所涉相關資料的蒐集及嗣後利用，事實上存在著「特定目的」(specific purpose)¹⁴⁶。EDPB並不認為任何於網路環境中所進行的個人資料蒐集及分析行為，均將自動地被納為條文中所稱的監測行為，在判斷上仍有必要詳加考量資料控制者從事個人資料處理之「目的」，以及是否特別針對系爭的個人資料，存在著運用分析或建檔技術等「後續處理行為」¹⁴⁷。

3. 實務操作上之考量因素

針對GDPR第3條第2項第(b)款規定的操作，EDPB亦於域外效

¹⁴⁴ VERMEULEN & LIEVENS, *supra* note 86, at 89.

¹⁴⁵ European Data Protection Board, *supra* note 77, at 18.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

力指引中提出數款考量因素，以利資料控制者或處理者判斷是否存在針對歐盟境內資料當事人所為行為之監測行為，包括：(1)行為定向廣告（behavioural advertisement）；(2)地理定位（geo-localisation）活動，特別是出於營銷目的所為之相關活動；(3)運用cookie或指紋辨識等其他追蹤技術所進行的線上追蹤；(4)個人化的線上節食及健康分析服務；(5)閉路監視系統（CCTV）；(6)基於個人資料檔案所展開的市場調查及其他行為研究；(7)針對個人健康狀況所進行的監測行為或定期性報告¹⁴⁸。

五、GDPR域外效力規定適用問題及發展趨勢觀察

(一)相關條款仍難脫適用標準模糊不清之譏

對於個人資料處理在內的「數據處理行為」（data processing）來說，其國際化（internationalized）的趨勢也愈來愈明顯，而此一趨勢可以說是網路活動的固有本質之體現，並在網路應用進入雲端運算（cloud computing）時代後愈發顯著¹⁴⁹。隨著參與個人資料處理活動的行為人的多樣化（diversified），國家之間亦無可避免地產生分歧現象，肇致職責（task）及責任（responsibility）之間難以區分，由於95年指令中域外效力規定存在模糊不清之處，加諸實務操作上的不一致情形，造成歐盟暨歐洲經濟區內部日益嚴重的法律衝突問題¹⁵⁰。在此一情形下，如何制定清晰而明確的法律適用（域外效力）規範，增進資料控制者及處理者對於個人資料保護立法適用上的明確性並提供一套明確的法律框架，成為歐盟立法者在評估修改95年指令時高度重視的事項。

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Centre for Public Reform, *supra* note 51, at para. 36.

¹⁵⁰ *Id.*

就GDPR域外效力規定而言，Lokke Moerel曾指出歐盟境外網站如何展現積極作為藉以吸引來自歐盟的訪問者並產生相應之購買行為，通常情況下可能包括於歐盟本地發生的行為，諸如投放本地廣告、購買搜尋引擎排名或存在與當地經銷商的聯繫等¹⁵¹。僅基於「意圖」與「鎖定」便可得主張管轄權，是否充分，成為歐盟個人資料保護立法發展過程中饒富爭議的新興議題¹⁵²；另面而論，有無出於商品販售或服務提供之目的進行用戶引導，以及有無鎖定特定目標，也持續成為歐盟法院在個案中適用域外效力規定與否的重要判斷因素¹⁵³，最終體現於GDPR第3條第2項第(a)款規定的設計之中。

綜觀新法設計，歐盟立法者在域外效力規定中強調「目標鎖定」究竟是利抑或為弊，學者之間見解紛歧：Mistale Taylor及Michal Czerniawski咸認為相較於95年指令，GDPR公開強調「鎖定」一事無疑地是重大進步，提供更為堅實的管轄權觸發因素¹⁵⁴；Dan Jerker B. Svantesson持平指出以目標鎖定作為管轄權判斷因素，固然具有極大的理論吸引力，但實務應用上卻存在相當難度¹⁵⁵；而

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² 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 INT'L DATA PRIVACY L. 230, 238 (2016).

¹⁵³ Els J. Kindt, *Why Research May No Longer Be the Same: About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation*, 32 CLS REV. 729, 735 (2016).

¹⁵⁴ Brussels Privacy Hub, *Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction*, Brussels Privacy Hub Working Paper (2016), at p. 3, 18; Czerniawski, *supra* note 47, at 232.

¹⁵⁵ Dan Jerker B. Svantesson, *Extraterritoriality and Targeting in EU Data Privacy Law: The Weak Spot Undermining the Regulation*, 5 INFO. COMM. TECH. L. 226, 226 (2015).

Els J. Kindt則認為目標鎖定此一判斷標準著實過於嚴格，可能導致後續在個人資料保護上出現明顯的缺口¹⁵⁶。

隨著EDPB針對域外效力規定發布指引，歐盟重申對可能落入GDPR第3條第2項第(a)款規定之列從而受該法規範的非歐盟公司來說，其是否具體「鎖定」歐盟境內的特定當事人，係個案判斷上不可或缺之事。Philip N. Yannella及Kristen Poetzel指出相較於條文本身的文義，EDPB指引似乎墊高了GDPR第3條第2項第(a)款規定的適用門檻，非歐盟公司必須清楚表明「其擬與歐盟本地消費者建立商業關係之意圖」，方符合該款規定¹⁵⁷。儘管EDPB在指引中例示了若干用以判斷「建立商業關係之意圖」存在與否的因素，但相關因素事實上仍難脫模糊之嫌¹⁵⁸；另一受質疑之處，在於相關判斷因素並無「權重」(weight)的設定，指引所提及的任何判斷因素之組合均可能該當「鎖定」，但指引本身並未明示各該因素的相對權重(relative weight)，非歐盟公司最終仍將無可避免地必須仰賴自身的主觀價值判斷，並導致應否適用GDPR持續處於混沌未明的狀態¹⁵⁹。

此外，針對是否構成GDPR第3條第2項第(b)款規定的監測活動，在EDPB提出的例示態樣中，「藉由cookie和其他追蹤技術進行線上追蹤」事實上也易於引發混淆，其原因在於現階段幾乎所有

¹⁵⁶ Kindt, *supra* note 153, at 738-39.

¹⁵⁷ Philip N. Yannella & Kristen Poetzel, *EDPB Draft Guidelines on Extraterritorial Scope of the GDPR Provide Few Clear Answers for US Companies*, NATIONAL LAW REVIEW, Dec. 1, 2018, available at <https://www.natlawreview.com/article/edpb-draft-guidelines-extraterritorial-scope-gdpr-provide-few-clear-answers-us> (last visited: 2018.12.04).

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

的網站不一程度地使用了cookie，但並非所有的cookie都用於分析或營銷目的，則其是否必然構成監測，恐言人人殊¹⁶⁰。若監測概念涵括了追蹤用戶IP位址等「標準網路分析程序」，則GDPR域外效力規定的影響將更為巨大¹⁶¹。儘管EDPB指引已在最大範圍內梳理GDPR實務運作上可能出現的各種實際問題，並嘗試舉例說明，但毫無疑問地仍將有若干情形難以透過指引找出答案¹⁶²。

(二)借鏡管轄權判斷測試方法確認「鎖定」概念之可能

歐洲學者過往經常批評美國法律設計存在過度擴張（overreach）之嫌，但從個人資料保護立法視角來說，歐盟反成為在域外機制（extraterritorial methods）適用上的引領者¹⁶³。Kurt Wimmer表示GDPR在劍指全球管轄（global jurisdiction）之際並未回答任何關於歐盟法律可否適用於歐盟疆界以外及其所產生的相關問題，而歐盟隱私監管機關及法院擬針對身處遠方的資料當事人行使管轄權之前，仍必須滿足發展歷史久遠的國際裁判管轄（international jurisdiction）相關規範及要求¹⁶⁴。事實上GDPR第3條第2項第(a)款規定的設計及適用標準，相當程度受到了國際私法及關聯實務案例

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ Daphne Keller, *The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation*, 33 BERKELEY TECH. L.J. 287, 348 (2018).

¹⁶² Renzo Marchini, *Does the EDPB Answer Frequently Asked Questions on Territorial Scope?*, Fieldfisher, Nov. 28, 2018, available at <https://privacylawblog.fieldfisher.com/2018/does-the-edpb-answer-frequently-asked-questions-on-territorial-scope> (last visited: 2018.12.04).

¹⁶³ FRANCO FERRARI & DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, *PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONTEMPORARY CHALLENGES AND CONTINUING RELEVANCE* 260 (2019).

¹⁶⁴ Kurt Wimmer, *Free Expression and EU Privacy Regulation: Can the GDPR Reach U.S. Publishers?*, 68 SYRACUSE L. REV. 547, 549-50 (2018).

的影響¹⁶⁵，論者並指出闡述本條規定的GDPR前言第23點，不啻附和了歐盟法院在Pammer and Hotel Alpenhof案¹⁶⁶中提出的觀點¹⁶⁷。歐盟法院於Pammer and Hotel Alpenhof案本文中面臨如何判定「特定網路服務可否認定其係鎖定歐盟市場」，判決指出單純可得於歐盟訪問特定網站，並不足以認定該網站係鎖定歐盟市場¹⁶⁸，並具體列出下列可供判斷是否具體鎖定歐盟成員國的場景：1. 明確表示擬向歐盟成員國網路使用者提供服務；2. 可得付費提高網站在單一或複數歐盟成員國的搜尋排名，藉以提升消費者的到訪數量；3. 對外提供的服務具國際化屬性；4. 公開提供顯示特定國碼的電話號碼；5. 使用服務提供者所在地以外的特定「國家和地區頂級域名」（country code top-level domain, ccTLD），例如位於日本的服務提供者，其網站卻使用.eu或特定成員國的頂級域名如.de等；6. 公開表示其於歐盟成員國內存在現有客戶¹⁶⁹。

無論是95年指令抑或當前的GDPR，歐盟個人資料保護立法域外效力規定在實務操作上產生的若干爭議，與管轄權判斷在邁入數位應用環境後所遭遇的問題相仿。以網路及電子商務發源地的美國為例，其民商事司法實務管轄權判斷原則發展之初係採取現實所在（physical presence）觀點¹⁷⁰，其後聯邦最高法院在International Shoe Co. v. Washington¹⁷¹一案中提出延續至今的最低接觸原則

¹⁶⁵ Brkan, *supra* note 5, at 338.

¹⁶⁶ C-585/08 - Pammer and Hotel Alpenhof, 7 December 2010.

¹⁶⁷ VERMEULEN & LIEVENS, *supra* note 86, at 86-87; ANDREW MURRAY, INFORMATION TECHNOLOGY LAW: THE LAW AND SOCIETY 571 (4th ed. 2019).

¹⁶⁸ *Id.* at paras. 11, 73, 74.

¹⁶⁹ *Id.* at para. 83.

¹⁷⁰ Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878).

¹⁷¹ International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).

(minimum contact)，以期緩解早期現實所在適用上之嚴峻條件。但在邁入數位時代後，管轄權判斷一事頻繁面對著屬地主義概念劇烈動搖以及應訴預見可能性幾不復存在等諸多課題¹⁷²，為解決新興網路應用引發的管轄權判斷問題，賓州法院在一九九七年的 *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com* (下稱Zippo案)¹⁷³一案中提出被奉為圭臬的滑動尺度檢驗法 (sliding scale test)。判決指出網路環境下的管轄權判斷問題，法院應當深究網路商業行為的性質與本質，其並將「網站」具體區分為：1. 商業交易網站 (有管轄權)；2. 被動型網站 (無管轄權)；及 3. 互動型網站 (個案認定) 等三大型態¹⁷⁴，根據型態之不同斷定系爭法院是否具有管轄權。

隨著Zippo案滑動尺度檢驗法受到廣泛採納，其適用問題也逐步浮現，其中最強烈的批判意見當在於此一判斷標準本身著實過於模糊，導致被告喪失其應訴預見可能性¹⁷⁵；而科技發展及商業模式的快速轉變，在在加深互動性判斷上的困難¹⁷⁶。在缺點漸顯

¹⁷² Kevin A. Meehan, *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 345, 349 (2008).

¹⁷³ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

¹⁷⁴ 賓州法院藉由區隔網站的屬性決定管轄權之有無，若系爭案件被認定為商業交易網站，由於商業交易網站的設立目的即在於與網路使用者進行商業活動，外州居民可利用網路遠距締結契約並完成交易，故法院對系爭案件具有管轄權。被動型網站則是單純於網站上提供資訊供網路使用者瀏覽，而未從事線上銷售或其他商業交易行為，在欠缺最低程度接觸的前提下，單純的資訊提供不足以構成行使管轄權之理由。互動型網站性質上則介於商業交易網站與被動型網站之間，其可能呈現的態樣眾多，故法院對於外州被告所營網站得否主張管轄權，即必須按個案事實進行判斷。

¹⁷⁵ CHRIS REED, *MAKING LAWS FOR CYBERSPACE* 42 (2012).

¹⁷⁶ Zoe Niesel, *#PersonalJurisdiction: A New Age of Internet Contacts*, 94 IND. L.J. 103, 143-44 (2019).

下，部分法院思索改採其他判斷標準的可能，而較受青睞者包括適用網路商業化前即已提出的「效益分析檢驗法」(effects test)，以及立於滑動尺度檢驗法互動式網站基礎上進一步發展而成的「標靶分析檢驗法」(targeting test)兩者。效益分析檢驗法係觀察被告的行為是否指向法庭所在地點，並明知其行為將導致法庭所在地出現特定結果而定¹⁷⁷；而標靶分析檢驗法則是在滑動尺度檢驗法互動式網站概念的基礎上，以被告(系爭網站)有無將「法庭所在地」列為鎖定目標作為判斷標準¹⁷⁸。

標靶分析檢驗法操作上法官必須通盤考量被告有無採取特定步驟具體鎖定或避開法院所在之州，析言之，其係以是否將法庭所在地之州列為鎖定目標作為判斷標準，與GDPR第3條第2項第(a)款規定揭櫫的鎖定概念高度相近。而贊同標靶分析檢驗法的學者提出法院在此一判斷標準的實際操作上，可發展一份有關判斷因素(factor)的「例示清單」(non-exhaustive list)。Michael Geist便指出可能作為管轄權問題判斷的考量因素應當包括：1. 網路消費者點擊同意的網站使用者規約(terms)或者契約條款(agreements)，蓋其允許當事人事前約定當有紛爭產生時之適當管轄地，相關條款或協議不啻提供重要的佐證資料，使得該特定管轄地的法院得以預見系爭案件將由其管轄¹⁷⁹。2. 新興科技的影響力，諸如「地理位置識別」(identify geographic location)的發展即挑戰多數人對於網路運作架構的固有認識(perceptions)，網站經營者(website owners)得以精準地將其提供的資訊導向特定的司法管轄區域，甚

¹⁷⁷ Calder v. Jones, 465 U.S. 783 (1984).

¹⁷⁸ Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc., 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997).

¹⁷⁹ Michael A. Geist, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 1345, 1385 (2001).

至藉由「反鎖定」(de-targeting)等相關技術，避開特定的司法管轄區域¹⁸⁰。3. 網路應用上已知的重要資訊或所謂的「潛知識」(implied knowledge)，星羅萬象的資訊如離線交易(offline order)的履約情形(fulfillment)、金融中介紀錄(financial intermediary records)以及網站流量(web traffic)等，均可能成為網路管轄權判斷上的重要考量因素¹⁸¹。除前述三類考量因素，其他學者亦延續此一概念陸續提出各種助益於法院判斷之考量因素，重要者諸如：網站使用語言(languages used)、接受幣別(currencies accepted)、網站免責聲明(disclaimer)、網域名稱、具體投放廣告(advertising)以及市場參進狀況(market participation)等¹⁸²，均有助於法院判定法庭所在地是否為被告具體鎖定之對象。

就管轄權判斷而言，創建統一的管轄權規範架構(jurisdictional frameworks)或一體適用之法律原則(uniform legal doctrine)的探討從未稍歇¹⁸³，而歐洲經濟共同體(European Economic Community, EEC)及歐盟分別於一九六八年及二〇〇一年制定布魯賽爾公約(1968 Brussels Convention)¹⁸⁴與布魯賽爾第一規則(Brussels I Regulation)¹⁸⁵，以期統一並明確管轄權判斷問

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² Meehan, *supra* note 172, at 359.

¹⁸³ 代表性討論如Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 STAN. L. REV. 429, 429 (2003).

¹⁸⁴ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31.12.1972.

¹⁸⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001.

題。儘管第一規則已將網際網路產生的影響納入考量，但仍面臨法規本身能否充分應對變化迅速的網路環境與新興商務模式，以及條文內容之必要解釋等爭議問題。以規則第17條規定為例，在草案研議階段曾納入「行為之特定指向」(directing his activities)用語¹⁸⁶，但其在網路環境下無疑將是殊難認知及理解的概念，最後並未置入條文之中；此外，歐盟亦曾表示本條規定應當僅適用於透過「互動型網站」進行交易之情形，若屬於單純連結「被動型網站」同時其近用目的亦僅出於瞭解特定商品、服務內容或探詢購買的可能性時，即無法適用此一管轄規定¹⁸⁷。然而網站的屬性及其互動程度之判斷原本即為美國民商事司法實務上備感棘手的課題，即便歐盟透過立法方式試圖齊一所有法院在管轄權判斷上的標準，但最終仍可能屈服現實而必須就個案事實逐一進行判斷並與時俱進作出必要解釋。

在本文觀點中，面對GDPR域外效力實務操作上產生的主要問題，特別是企業是否鎖定歐盟境內的資料當事人作為其商品銷售或服務提供的對象，在當前網路商業模式不斷推陳出新且每有不同下，無疑地必須藉助更多判斷因素方能具體加以論斷。而美國民商事司法實務歷來針對管轄權問題所發展的各判斷方法，尤其是進入數位時代後提出的標靶分析檢驗法，不啻與歐盟所強調的鎖定概念有著高度的相似性，本文認為儘管歐盟本身不乏管轄權判斷對應立法，但面對變化迅速的網路環境不禁有捉襟見肘之感，能否及如何借鏡現時相關管轄權判斷測試方法暨具體判斷因素，明確域外效力

¹⁸⁶ Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM/99/0348 final-CNS 99/0154, OJ C 376 E, 28.12.1999.

¹⁸⁷ ZHENG SOPHIA TANG, ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS IN THE CONFLICT OF LAWS 56 (2009).

條款下的不確定性概念，或是歐盟個人資料保護立法域外效力規定問題處理上可得採行的途徑之一。

六、國內立法之對照觀察與建議

觀察國內實務，依個人資料保護法（下稱個資法）第51條第2項規定「公務機關及非公務機關，在中華民國領域外對中華民國人民個人資料蒐集、處理或利用者，亦適用本法」，在我國領域外所實施的個人資料蒐集、處理或利用行為，於符合：(一)行為人為我國的公務機關及非公務機關¹⁸⁸；及(二)蒐集、處理或利用的對象為國人之個人資料等兩項要件時，仍有我國個資法之適用¹⁸⁹，可知國內個資法事實上亦有著域外效力對應規定。然較諸歐盟GDPR第3條規定，我國個資法域外效力條款適用範疇較窄，資料控制者或處理者只消未於我國領域範圍內存在設立機構，在不視為公務機關或非公務機關的前提下，縱其確有於境外蒐集、處理或利用國人個人資料之情形，亦無法逕以個資法相繩。

為取得歐盟「適足性認定」（adequacy decisions）¹⁹⁰，國內刻正進行個資法修正討論¹⁹¹，而應否仿歐盟立法例擴大國內現有域

¹⁸⁸ 個人資料保護法第2條第7款及第8款。

¹⁸⁹ 李世德，GDPR與我國個人資料保護法之比較分析，臺灣經濟論衡，16卷3期，頁74，2018年9月。

¹⁹⁰ 歐盟針對資料跨境流通抱持的立場，係考量歐盟以外的國家或地區的個人資料保護有無具備「適當保護水平」（adequate level of data protection），歐盟執委會可依據GDPR第45條規定作出適足性認定，允許個人資料跨境傳輸至獲取認定的國家或地區。相關討論可參考郭戎晉，自歐盟執委會及成員國視角談一般資料保護規則（GDPR）之實施與課題，科技法律透析，30卷4期，頁28-38，2018年4月。

¹⁹¹ 國家發展委員會，國發會推動個資法修法力拼GDPR適足性認定，2019年12月，網址：https://www.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=114AAE178CD95D4C

外效力的適用範疇，本文採取保留見解。其一，本文認為在個人資料保護議題上較域外效力條款更為重要者，當為適當的資料跨境傳輸規範及問責機制（*accountability*）。GDPR受到全球企業普遍重視的主因，除GDPR第3條域外效力條款使得企業受到規範的可能性劇增外，同法第83條的巨額處罰規定（最高得處以2,000萬歐元或以全球營收4%作為罰鍰，取其高者）無不讓企業兢兢業業該法之相關法律遵循工作。若國內決意擴大域外效力適用範疇，使未於我國存在設立機構的境外資料控制者或處理者在一定條件下仍受到個資法規範，則現行法中的具體要求及規制是否足以喚起企業的重視，抑或將因處罰不重而致使境外業者採取觀望態度，無疑是修正討論上應併同納入考量的事項。另一方面，域外效力條款也不啻考驗著主管機關之執法能力與決心，GDPR第27條即要求適用域外效力規定的非歐盟公司在特定情形下必須於歐盟境內任命一名代表，以利歐洲公民及隱私主管機關與之接觸或代表其位於境外的公司，可知執法條件亦是採納域外效力規定以及在問責機制落實上所不可或缺的一環。

其二，域外效力條款的設計與採納亦須慮及個人資料保護與經濟發展的平衡。在藉由立法方式強化保護規範之餘，無形中是否將阻礙國際經貿乃至於創新科技的發展，往往易於受到忽視。不斷推陳出新的資通訊技術無疑加深個人資料受到不當蒐集及利用的風險，而網路環境下資料獲取及跨境流通的便利性，若未受到適度規範亦可能使境外（特定國家或地區）動輒成為所謂的「資訊避險天堂」（*information haven*），用以規避內國加諸於個人資料蒐集、利用或跨境傳輸上的限制¹⁹²。然而GDPR高昂的法遵成本除致生投

&s=632E56DC2B36CB76，最後瀏覽日：2020年1月5日。

¹⁹² 郭戎晉，個人資料跨境傳輸之法律研究，科技法律透析，27卷8期，頁33，

資減少¹⁹³或本地工作機會減損¹⁹⁴等負面影響外，域外效力設計也可能讓境外的資料控制者對歐盟市場望之生畏甚或卻步，根據 Joseph O'Connor 的研究，在 GDPR 實施屆滿周年前仍有高達 1,129 個美國新聞網站選擇屏蔽歐盟網路使用者¹⁹⁵。

自草案提出到正式實施以降，GDPR 始終難脫與新興科技發展為敵或不利數位經濟發展等批評意見，在本文觀點中，作為 GDPR 重要象徵之一的域外效力規定，不代表歐盟即係一味強調隱私保護或充耳不聞商業推動需求；但相同的，未有域外效力條款亦非漠視公民隱私保護之舉。應否比肩 GDPR 第 3 條規定擴大國內個資法域外效力條款適用範疇，仍宜以國內實務現況為度，充分評估增修域外效力規定對於經濟發展、科技應用乃至於國際接軌長期可能產生的影響，在資料跨境傳輸規範及問責機制等優先事項完備後，甫進一步考慮域外效力條款¹⁹⁶。除有急迫需求或已達到非有類比 GDPR

2015年8月。Chris Jay Hoofnagle, Bart van der Sloot & Frederik Zuiderveen Borgesius, *The European Union General Data Protection Regulation: What It Is and What It Means*, 28 INFO. COMM. TECH. L. 65, 73 (2019).

¹⁹³ 根據美國全國經濟研究所 (National Bureau of Economic Research) 的研究成果，GDPR 實施後針對歐盟各成員國科技產業進行的創業投資 (venture capital)，金額已有顯著下降趨勢。Jian Jia, Ginger Zhe Jin & Liad Wagman, *The Short-Run Effects of GDPR on Technology Venture Investment* (November 8, 2019), available at <https://ssrn.com/abstract=3278912> (last visited: 2020.01.06).

¹⁹⁴ 上揭美國全國經濟研究所研究成果另指出因為 GDPR 而出現的創業投資金額減少情形，可能連帶導致歐盟每年損失 3,604 個至 29,819 個工作機會。

¹⁹⁵ Joseph O'Connor, *Websites not available in the European Union after GDPR*, available at <https://data.verifiedjoseph.com/dataset/websites-not-available-eu-gdpr> (last visited: 2020.01.05).

¹⁹⁶ Alan Toy 及 Gehan Gunasekara 則指出新興科技應用如雲端運算以及公民監視等問題，已大幅削落資料跨境傳輸及問責規範的保護效力，使得國家採行域外效力規定的必要性升高，但採行上仍須進一步細化並設置必要的適用前提條件。Alan Toy & Gehan Gunasekara, *Is There a Better Option Than the Data*

第3條規定之條文否無法有效保護國人個資之程度，否應可持續觀察歐盟實務運作成效暨其相關規定落實狀況，而無須立即仿歐盟立法例擴大國內現有域外效力的適用範疇。

肆、結 語

就國際個人資料保護法制發展而言，主要國家立法無不受到歐盟的影響，包括95年指令及二〇一八年正式生效的一般資料保護規則（GDPR），成為各國評估制定個人資料保護專法時爭相仿效的對象，即便是對於私部門個人資料保護向來高舉產業自律（self-regulation）大纛的美國，近期也頻繁討論應否仿照歐盟GDPR制定一體適用的聯保個人資料保護法規¹⁹⁷。歐盟個人資料保護立法的特色，除嚴格規範個人資料的蒐集、利用及跨境傳輸，並賦予資料當事人多項隱私權利外，更設置所謂的「域外效力」條款，使得其適用範疇並不以歐盟所轄地域為限。

歐盟通過95年指令時，正是網路和電子商務甫興起之際，有鑑於資通訊科技的普及應用使得個人資料跨境移轉及遠距處理成為輕易且常見之事，為強化對於歐盟境內資料當事人的保護，只消符合95年指令第4條第1項所訂情事，位處歐盟境外的資料控制者亦須受到歐盟個人資料保護立法的規範。然而該條所規定的「設立機構」及「設備使用」兩款適用情形，在實務操作上卻屢生疑義。

Transfer Model to Protect Data Privacy, 42 UNSW L.J. 719, 746 (2019).

¹⁹⁷ Cecilia Kang, *Tech Industry Pursues a Federal Privacy Law, on Its Own Terms*, THE NEW YORK TIMES, Aug. 26, 2018, available at <https://www.nytimes.com/2018/08/26/technology/tech-industry-federal-privacy-law.html> (last visited: 2019.03.15); Mariella Moon, *Congress Oversight Body Recommends GDPR-style Privacy Laws*, VERIZON MEDIA, Feb. 17, 2019, available at <https://www.engadget.com/2019/02/17/gao-gdpr-privacy-laws-us/> (last visited: 2019.03.15).

就95年指令第4條第1項第(a)款規定而言，其具體適用條件係境外的資料控制者於歐盟境內存在「設立機構」，同時設立機構所為活動與系爭個人資料處理行為存在著「關聯性」。惟無論是95年指令本身抑或其他歐盟關聯法制，歷來並未就「設立機構」一詞給予明確的定義，WP 29工作小組於二〇一〇年提出的意見書雖嘗試釐清設立機構判斷問題，但究其內容仍偏向概念式的說明，不敷實務上每有不同的個案問題之解決。隨著爭議案件逐一浮現，歐盟法院在二〇一四年Google Spain案中提出的見解著實具有重大意義，本案最大的價值在於實質擴大了95年指令第4條第1項第(a)款設立機構的適用範圍，也促使WP 29工作小組在二〇一五年更新其意見書，強調即便歐盟境內的設立機構其並未以任何形式參與境外進行的個人資料處理行為，只消其自身活動與系爭個人資料處理行為存在著緊密關聯，仍可能肇致歐盟境外的資料控制者從而適用歐盟95年指令暨特定成員國法律。

95年指令第4條第1項第(c)款規定的另一適用情形，則是境外資料控制者出於個人資料處理目的使用位於歐盟成員國境內的設備。本款規定適用上的爭議聚焦於「設備的範圍」，除多數人肯認的硬體設備外，是否同時包括軟體則肯否互見。對此，WP 29工作小組賦予「設備」一詞相對廣泛的解釋，除透過文義解釋表示設備應當視同「工具」之外，並具體指出諸如Cookie或JavaScript banner等軟體的使用，均可能視為本款所稱之設備。惟WP 29工作小組同時指出本款所稱的設備，邏輯上應當是可供處理個人資料之用的工具如定位服務與雲端運算等，而非泛指所有可能的工具。儘管相比設立機構判斷問題，設備使用此一概念較為明確，但隨著科學技術日新月異暨網路應用的多元化，其不符數位時代需求的批評聲音也始終不絕。

歐盟個人資料保護法制在二〇一六年出現重大變革，正式通過

GDPR並於二〇一八年五月二十五日生效後全面取代原有指令。GDPR承襲95年指令精神於該法第3條納入域外效力規定，除原先即存在的設立機構條款外，新增兩款過去未見的適用情形：一、對歐盟境內資料當事人提供商品或服務；及二、就歐盟境內資料當事人所從事的行為進行監測。GDPR第3條第1項規定下的設立機構適用條件與95年指令第4條第1項第(a)款規定相仿，除原先已納入的「資料控制者」，GDPR新增「資料處理者」此一規範主體。對於判斷上至關重要的「設立機構」一詞，GDPR仍未明訂其內涵與判斷標準，而其前言第22點闡述內容亦與原有指令前言相去不遠。為明確設立機構條款的操作，依據GDPR新設立的歐盟個人資料保護委員會（EDPB）在其發布的域外效力指引中，提出了「三重步驟」方法，而此一判斷方法事實上可窺見歐盟法院在Google Spain案及Weltimmo v NAIH案等重要實務案例中所表達的見解。

針對未於歐盟境內存在設立機構的資料控制者或處理者，GDPR第3條第2項規定建立了「目標鎖定標準」，透過該項兩款規定，判定其是否具體鎖定歐盟境內的資料當事人，從而觸發GDPR之適用。無論係商品或服務的提供抑或監測行為，其共同基本條件均係鎖定「歐盟境內的資料當事人」，對此，無論是GDPR前言抑或EDPB指引，均明示係以消觸發適用條件的時間點，亦即以商品或服務的具體提供時間或資料當事人受到監測之際，確認其是否位處歐盟境內；而資料當事人是否具成員國公民身分、居所地是否設立於歐盟以及系爭活動的存續期間等，均非所問。

綜觀新法內容，論者咸認GDPR第3條第2項第(b)款「監測歐盟境內資料當事人所為行為」規定，係承襲95年指令第4條第1項第(b)款而來。歐盟對於舊法下出於處理個人資料目的使用歐盟境內設備採取相對寬廣的解釋，除設備應當視同工具外，並指出諸如cookie的使用亦落入設備之範疇；但此一解釋方式歷來飽受批評，

促使歐盟立法者選擇在新法中提出更臻明確的法律基礎。針對歐盟境外的資料控制者或處理者是否存在監測行為之判斷，GDPR前言第24點規定表明本款規定首要關注事項，即在於「在線追蹤」及「用戶建檔」兩者，而新法衍生的適用爭議，其一仍為cookie的使用是否構成監測行為，無論是基於GDPR第3條第2項第(b)款抑或前言第24點，均顯示使用cookie技術追蹤歐盟境內的資料當事人時，不管是否於歐盟居民瀏覽網站之際植入cookie，均應落入GDPR域外效力之範疇。爭議之二在於追蹤技術的範疇，儘管GDPR前言僅言及「於網路環境下遭到追蹤」，但GDPR第3條第2項第(b)款規定用語實涵蓋所有可能的追蹤科技，諸如穿戴式裝置或其他智能設備，均可能觸發GDPR之適用。另一值得留意之處則是資料處理者或控制者是否必須存有進行監測的意圖，對此，歐盟明確表示本款規定的適用並不以存在意圖為必要。

相較於承襲95年指令規定的第(b)款，GDPR第3條第2項第(a)款規定則無疑是一全新的設計，境外的資料控制者或處理者若有向歐盟境內的資料當事人提供商品或服務之行為，便應受到GDPR的規範。針對商品／服務提供行為，歐盟立法者指出其並不以存在對價關係為必要，故無須考量是否存在支付行為作為換取商品或服務之對價。學界多數見解與EDPB指引均肯定本款規定的判斷重點當在於有無提供商品或服務的「意圖」以及該等意圖是否「顯著」，與上述的監測存在明顯差異。對此，GDPR前言表示可得近用資料控制者或處理者位於歐盟境內的網頁、電子郵件或其他聯繫方式，並不足以據此認定其存在提供商品或服務之意圖，為助益各界判斷本款規定，EDPB在指引中提出了九款判斷考量因素，包括商品或服務是否提及歐盟成員國名稱、是否提供歐盟專用地址或電話號碼、是否使用歐盟成員國的語言或貨幣，以及商品是否可配送至歐盟成員國等，比較相關判斷因素後可以發現其係力求探知控制者／處理

者是否具體鎖定歐盟作為其商品銷售或服務提供之地域，進而明確資料控制者或處理者的意圖。

由於95年指令域外效力規定存在模糊不清之處，加諸實務操作的不一致情形，造成歐盟暨歐洲經濟區內部日益嚴重的法律衝突問題，在此之下，如何制定清晰而明確的法律適用（域外效力）規範，增進資料控制者及處理者在個人資料保護立法適用上的明確性並提供一套明確的法律框架，成為GDPR正式實施後持續面對的嚴峻挑戰。儘管新法甫上路未久，GDPR第3條第2項兩款規定已引起各界若干批評意見，特別是歐盟立法者在域外效力規定中強調「目標鎖定」究竟是利抑或為弊，學者之間見解紛歧；縱EDPB指引已在最大範圍內梳理GDPR實務運作上可能出現的各種實際問題並嘗試舉例說明，但毫無疑問地仍將有若干情形難以透過指引找出答案。本文認為GDPR域外效力適用上的爭議，包括鎖定概念的釐清等，相當程度與管轄權判斷在網路應用環境下所遭遇的課題相仿，而美國民商事司法實務針對管轄權問題所發展的判斷標準，尤其是進入數位時代後提出的標靶分析檢驗法，不啻與歐盟所強調的鎖定概念有著高度的相似性。儘管歐盟本身並不乏管轄權判斷對應立法，但面對變化迅速的網路環境不免亦有捉襟見肘之感，借鏡相關管轄權判斷標準明確GDPR域外效力條款的不確定性概念，或為歐盟在實務個案處理上可資採行的作法。回歸國內現況而論，應否比肩GDPR第3條規定擴大個資法域外效力規定適用範疇，本文則持保留見解，蓋域外效力規定有賴於完善且可得有效執法的內國個人資料保護法制，國內宜優先完善資料跨境傳輸規範及問責機制等先決條件，俟歐盟GDPR各該域外效力條款實務操作及國內實施條件均告成熟後，復進一步考量增修域外效力規定。

參考文獻

一、中文

1. 李世德，GDPR與我國個人資料保護法之比較分析，臺灣經濟論衡，16卷3期，頁69-93，2018年9月。(Shih-De Li, *Comparative Research of General Data Protection Regulation and Taiwan's Person Information Protection Law*, 16(3) TAIWAN ECONOMIC FORUM, 69-93 (2018).)
2. 郭戎晉，個人資料跨境傳輸之法律研究，科技法律透析，27卷8期，頁28-55，2015年8月。(Jung-Chin Kuo, *Legal Study on Personal Data Protection and Cross-border Data Flows*, 27(8) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 28-55 (2015).)
3. 郭戎晉，自歐盟執委會及成員國視角談一般資料保護規則（GDPR）之實施與課題，科技法律透析，30卷4期，頁28-38，2018年4月。(Jung-Chin Kuo, *Legal Study on the Implementation and Related Issues of General Data Protection Regulation*, 30(4) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 28-38 (2018).)

二、外文

1. Brkan, Maja, *Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship*, 2 EUR. DATA PROT. L. REV. 324 (2016).
2. Brussels Privacy Hub, *Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction*, Brussels Privacy Hub Working Paper (2016).
3. Bygrave, Lee A., *Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation*, 16 COMP. L. & SEC. REP. 252 (2000).
4. Colonna, Liane, *Article 4 of the EU Data Protection Directive and the Irrelevance of the EU-US Safe Harbor Program?*, 4 INT'L DATA PRIVACY L. 203 (2014).
5. Czerniawski, Michal (2017), *Do We Need the 'Use of Equipment' as a Factor for the Territorial Applicability of the EU Data Protection Regime?*, in Dan Jerker B. Svantesson & Dariusz Kloza eds., TRANS-ATLANTIC DATA PRIVACY RELATIONS

- AS A CHALLENGE FOR DEMOCRACY. (UK: Intersentia).
6. Ferrari, Franco & Arroyo, Diego P. Fernández (2019), PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONTEMPORARY CHALLENGES AND CONTINUING RELEVANCE, UK: Edward Elgar Pub.
 7. Geist, Michael A., *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 1345 (2001).
 8. Gömann, Merlin, *The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, 54 COMMON MARKET L. REV. 567 (2017).
 9. Hert, Paul de & Czerniawski, Michal, *Expanding the European Data Protection Scope Beyond Territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in Its Wider Context*, 6 INT'L DATA PRIVACY L. 230 (2016).
 10. Hoofnagle, Chris Jay, Sloot, Bart van der & Borgeseius, Frederik Zuiderveen, *The European Union General Data Protection Regulation: What It Is and What It Means*, 28 INFO. COMM. TECH. L. 65 (2019).
 11. Keller, Daphne, *The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation*, 33 BERKELEY TECH. L.J. 287 (2018).
 12. Kindt, Els J., *Why Research May No Longer Be the Same: About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation*, 32 CLS REV. 729 (2016).
 13. Kropf, John W., *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Case C-131/12*, 108 AM. J. INT'L L. 502 (2014).
 14. Kuner, Christopher (2007), EUROPEAN DATA PROTECTION LAW: CORPORATE COMPLIANCE AND REGULATION (2d ed.), UK: Oxford University Press.
 15. Martinez, Jenny S., *Towards an International Judicial System*, 56 STAN. L. REV. 429 (2003).
 16. Meehan, Kevin A., *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 345 (2008).
 17. Moerel, Lokke, *The Long Arm of EU Data Protection Law: Does the Data Protection Directive Apply to Processing of Personal Data of EU Citizens by*

- Websites Worldwide?*, 1 INT'L DATA PRIVACY L. 28 (2011).
18. Murray, Andrew (2019), INFORMATION TECHNOLOGY LAW: THE LAW AND SOCIETY (4th ed.), UK: Oxford University Press.
19. Niesel, Zoe, #PersonalJurisdiction: A New Age of Internet Contacts, 94 IND. L.J. 103 (2019).
20. Reed, Chris (2012), MAKING LAWS FOR CYBERSPACE, UK: Oxford University Press.
21. Svantesson, Dan Jerker B., *Extraterritoriality and Targeting in EU Data Privacy Law: The Weak Spot Undermining the Regulation*, 5 INFO. COMM. TECH. L. 226 (2015).
22. Tang, Zheng Sophia (2009), ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS IN THE CONFLICT OF LAWS, UK: Hart Publishing.
23. Toy, Alan & Gunasekara, Gehan, *Is There a Better Option Than the Data Transfer Model to Protect Data Privacy*, 42 UNSW L.J. 719 (2019).
24. Vermeulen, Gert & Lievens, Eva (2017), DATA PROTECTION AND PRIVACY UNDER PRESSURE: TRANSATLANTIC TENSIONS, EU SURVEILLANCE, AND BIG DATA, Belgium: Maklu Uitgevers België.
25. Wimmer, Kurt, *Free Expression and EU Privacy Regulation: Can the GDPR Reach U.S. Publishers?*, 68 SYRACUSE L. REV. 547 (2018).

Legal Study on Extraterritorial Effect of European Union's Data Protection Regulations

Jung-Chin Kuo^{*}

Abstract

Currently there has been an unprecedented number of data privacy laws being enacted or revised around the world with most of them being affected by the European Union's data protection regulations. The EU has had regulations pertaining to data protection since 1995, and the newest legislation, the General Data Protection Regulation (GDPR), went into effect on May 25, 2018. The GDPR not only applies to data processing activities conducted by organizations established in the EU but also extends to its territorial reach with two types of business activities: offering of goods or services to data subjects situated in the EU and monitoring of the behaviour of such data subjects. Given the extensive obligations and stiff penalties imposed by the GDPR, global organizations have been rightly focused on how their own data processing activities may fit within the scope of extraterritorial effect of GDPR. But to date, there has been a degree of uncertainty for organizations regarding the scope of the GDPR's application outside of

^{*} Adjunct Assistant Professor of School of Law, Soochow University; Doctor of Philosophy in Law, National Taipei University.

Received: April 24, 2019; accepted: January 9, 2020

the EU. Although Article 3 of the GDPR represents a significant expansion of the territorial reach of an EU Regulation, a global approach to the protection of individuals' rights is still necessary—especially in the case of the online world, as it does not respect physical or geographical boundaries and thus often gives rise to the question of which law is applicable in the case of online activities. As regulatory changes can prove to be both an opportunity and a challenge, this article aims to examine the extraterritoriality of prior and current EU data privacy law, discuss the key concepts of the provision for applicability of EU data protection laws to non-EU data controller or processor, point out the differences and related questions about the application of extraterritorial effect provisions between Directive and GDPR, and—finally—provide suggestions toward domestic legislation.

Keywords: European Union, Personal Data, Data Protection Directive, General Data Protection Regulation (GDPR), Extraterritorial Effect, Establishment, Offering of Goods or Services, Monitoring, Targeting