

德国智库动态

四川外国语大学德国研究中心

第 14 期 2016 年 2 月 29 日

本期主要内容

 欧盟的对外贸易及数据保护——怎样才能更好的协调二者

欧盟的对外贸易及数据保护

怎样才能更好的协调二者

通过数字技术及数字化服务进行的贸易已发展成为国际经济关系中一个极其重要的因素。这类贸易中的很大一部分与数据传输密切相关，其中一些数据涉及个人信息。许多在互联网上交易的产品和服务表现出新特征，需要新方法进行数据保护。如此一来就产生了大量监管的需要，其要求精通商法、数据保护以及信息与通讯技术的专业人员之间实现更加紧密的合作。这一要求首先适用于目前关于欧美“跨大西洋贸易与投资伙伴关系”协议（die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft, 简称 TTIP）的谈判以及新的跨大西洋数据传输协议（“欧美隐私保护”协议——EU-US Privacy Shield）中。

国家和国际贸易体系的规则制定一直落后于数字技术领域的发展。最近，欧洲法院和欧盟委员会为从事多国贸易的互联网公司设置了红线，但这还需要以法律的形式固定下来。“欧盟数据保护基本条例”（DS-GVO）被视为 EU-US Privacy Shield 这类跨大西洋数据保护规定的基础。同时欧盟正在与 23 个国家就“国际服务贸易协议”（Trade in Services Agreement, 简称 TiSA）的制定进行协商，并与美国就 TTIP 达成后建立世界最大经济区的问题进行谈判。在美国国家安全局（NSA）丑闻的背景下，TTIP 谈判遭到了民间组织的批评。数据保护并不是目前 TTIP 的谈判对象。2000 年 7 月欧盟委员会通过“安全港决议”（Safe-Harbor-Entscheidung），对欧盟成员国向美国传送数据的行为进行管理。2015 年 10 月，欧洲法院宣布废止“安全港协议”后，不再允许基于这一决议的数据传输。2016 年 2 月初，欧盟与美国就新的协议“欧美隐私保护”（EU-US Privacy Shield）协议达成一致。

数据贸易的意义

由于互联网的使用，数据传输和有关数据保护的服务交易的重要性大大增加，对其的需求可能是：

- 作为使用数字化服务时的副产品（例如在使用数字化保险服务时产生的

数据传输)

- 产生于由分散生产的国际公司构成的全球价值链的管理过程中
- 产生于通讯领域
- 产生于用户为产品的继续研发而吸取产品知识的过程中
- 产生于科研人员的研发合作中
- 作为数据交易（例如咨询服务、软件、知识产权交易、有关互联网使用统计的交易）

如今数据也可由机器和设备产生（例如从驱动装置、电梯、汽车中）。这类商品的出口在服务业中同样构成了大宗贸易。例如，维护和修理工作可能需要数据作为基础。实施这类“售后追踪”的条件是，事先对数据的拥有权订立了怎样的规定。如果拥有权在产品出口方，那么出口方就可以将维修工作作为服务出口来实施。商品本身也可以产生通过数字化互联的数据——例如智能手机或智能手表，并形成所谓的“物联网”。这些数据的使用和利用存在于无约束的国际数据流中。认为消费者会完全赞同数据处理方式的观点是有问题的。消费者常常不具备必要的 IT 知识，因此无法了解数据保护机制。在数据保护和使用提供的服务之间更能引起消费者兴趣的是后者。然而许多德国的消费者却更在意自己的信息是否得到了更好的保护。因此对于数据保护的顾虑每个社会的情况都不一样。

通过数字技术提供的服务——例如通过互联网进行的咨询服务——正变得越来越重要。在跨大西洋服务出口中，这类服务所占的比例已经超过了 50%（美国 72%，欧盟 63%）。它们同时也为出口商品提供了重要的投入来源。因此，一些重要的经济领域都对这类产品出口感兴趣，同时它们还关心是否能够改善进口渠道，以促使成本降低，提高竞争力。根据美国国际贸易委员会（United States International Trade Commission，简称 USITC）提供的数据，互联网使交易成本平均降低了 26%。尤其在发展中国家，数字化服务市场可能会飞速扩大。世界上大部分地区都在开发移动互联网，其中智能手机的比例到 2018 年将占到 54%（2013 年这一比例为 21%）。不断增长的中产阶级——例如，亚洲的中产阶级人数到 2020 年将会翻倍——预示着在线贸易的巨大潜力。

国际贸易协定

世贸组织框架内的服务贸易自 1995 年以来由《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, 简称 GATS) 规范。一项诸边协定——信息技术协定——给予某些信息技术产品免关税待遇。《服务贸易总协定》一方面规定了一般义务: 根据最惠国待遇原则, 所有贸易伙伴必须得到同等的对待。此外, 透明化原则也适用于此。另一方面, 服务贸易自由化通过适用于市场准入和国内待遇 (national treatment) 的特别义务来实现, 根据最惠国待遇, 国外服务供应者享有与国内供应者相同的待遇。各世贸组织成员国的自由化承诺都被列在自由化清单明细表中。《服务贸易总协定》中区分了四种服务贸易的实现形式。尽管在《服务贸易总协定》生效时许多电子化服务的形式还不存在, 但在《服贸总协定》的分类中仍然包括了很多可通过数字技术完成的服务。一些服务可以, 但不一定以数字化形式实现。

1996 年, 79 个 WTO 成员国签订了《信息技术协定》(Information Technology Agreement, 简称 ITA)。它给予某些 IT 产品免关税的待遇, 例如计算机、通讯设备以及半导体。然而, ITA 并不适用于服务贸易, 也不包含有关数据保护的附加内容和规定。其仅仅扩大了在 WTO 框架内可以进行自由化贸易的 IT 产品种类, 并完全受 WTO 法律框架的约束。在由 54 个成员国参加的第十七轮谈判结束后, 2015 年 12 月在于内罗毕举行的 WTO 部长级会议上通过了增加 201 种 IT 产品的决议。这些产品的年贸易量合计 1.3 万亿美元, 如今占到全球总贸易额的 7%。在数据保护方面引人注目的主要是数据交易, 它们或者作为商品本身, 或者作为商品的组成部分。数字化服务的实现通常不仅仅与数据传输相关, 其常常会产生更大的数据量 (大数据), 这些数据也会产生经济利益。例如, 运动手表就采集了数以百万的个人健康数据, 采集来的这些数据可以为制药业提供重要的信息。数据保护的问题因此在许多数字化服务贸易的领域都会涉及到, 其规模是 1947 年起草的关税及贸易总协定 (General Agreement on Tariffs and Trade, 简称 GATT), 以及 GATS 无法预计的。如今各国有关数据存储的规定相差各异, 几乎完全不同, 这些规定与国际贸易法的联系也不明确。数据保护的法律基础是通过 GATT 和 GATS 中存在的法定豁免规定实现的。在 GATS 中

- 第 III 项规定, 在可能违背公众利益的情况下, 协议不得规定可能泄露机密信息的义务;

- 第 XIV 项赋予成员国采取措施以保障其法律和规定得到遵守的权利。这也适用于在涉及到处理和传播个人数据的情况时，个人隐私的保护。

GATS 金融服务附录中的第 2 项规定，成员国不须公开涉及个人交易和账户，或涉及机密及其它公共机构掌握的信息。

贸易协定 TiSA 中关于数据保护的相关内容

GATS 为必须进一步实施的贸易自由化设立了前提基础，谈判原本应该在多边层面展开，然而并非所有成员国都有意在服务领域进一步实施开放。因此，当前在 WTO 框架下仅展开了有关《国际服务贸易协定》(TiSA) 的诸边谈判。此外，欧盟也在就有关国内监管的新的国际性原则，以及信息通讯技术服务（包括跨国数据传输）、电子交易和与计算机相关的服务展开谈判。

在有关数据保护的问题上，欧盟委员会强调，TiSA 将会包含和 GATS 相同的保护机制。同时其还指出，在 TiSA 中讨论的关于数据传输的规定，受到自由贸易协定中存在的相似规定的启发，例如与韩国的贸易协定。这项协定中的第 7.43 项规定，每个缔约方都要制定恰当的规定，以保护个人隐私，尤其是涉及个人数据传输的行为。这项条款远远超过了现有的豁免规定。其不是将需要谈判的规定视为可能在自由贸易中获得的豁免权，而是强调从根本上制定充分的数据保护机制的必要性。然而，批评者担心美国已经在 TiSA 中获取了自己的利益，并计划在成员国中实施自由的数据传输。

TTIP 谈判中关于数据保护的相关内容

欧盟目前正在双边及区域层面展开谈判。例如，其在跨大西洋自由贸易协定 TTIP 的谈判中也在力争实现服务领域的贸易自由化。可以预期，TTIP 将会对数据保护方面的利害关系产生显著影响。在这方面，欧盟和美国的立场存在根本不同，因为双方的监管历史、经济基础和社会偏好都不一致。鉴于开头提到的产生于信息技术领域的商品和服务的重要性在不断增加，美国和欧洲经济中的某些部分都对自由的跨国数据交换有很大兴趣。来自石勒苏益格—荷尔斯泰因数据保护中心的蒂洛·魏歇特 (Thilo Weichert) 指出，在“计算机服务”方面，将会就所有个人商业数据的处理进行谈判。数据保护者曾担心 TTIP 会设立一些规定，加

剧欧盟数据保护的困难性，甚至与其相对立。

根据欧盟 TTIP 谈判的任务，应当为欧盟及其成员国争取数据监管的权利。因此，欧盟力争确定协定各方的详细权利，采取措施，以实现成员国及欧洲维护国内及欧盟内部安全的政治目标。有关服务的议程要点涉及 GATS 的一般性豁免规定。

如文章开头所说，在 TTIP 框架下进行的谈判不涉及数据保护的问题，对这一问题规定将会在有关“安全港”的后续协议中进行。人们不管怎样都认为 GATS 中设立的豁免规定已在当前的自由贸易协定谈判中提供了充分的保护，并维护了政治谈判空间。

数据保护在欧洲的发展

在经合组织（OECD）于 1980 年首次通过具有法律约束力的数据保护规定（保护隐私权指导纲领）后，欧洲委员会也在 1981 年通过了首个具有法律约束力的数据保护协定。1995 年由欧盟各成员国协商通过并始终有效的数据保护方针遵循两个同等重要的目标：“在处理与个人相关的数据时对自然人的保护”，以及“自由的数据传输”。接着是 2002 年通过的电子通讯数据保护方针（ePrivacy-Richtlinie）。2009 年作为补充的“Cookie 政策”-规定了对个人在使用互联网时以相应的 Cookies¹形式生成的数据的保护措施。

在爱德华·斯诺登（Edward Snowden）揭露事件发生后“Facebook 的批评者”马克西米利安·施雷姆斯（Maximilian Schrems）在 2013 年 6 月站出来控诉 Facebook 爱尔兰分公司。接着在 2014 年 4 月欧洲法院判定自 2006 年开始实施的欧盟数据存储指令无效，并在 2014 年 5 月促成了“被遗忘权”的出台。由此，欧盟所有关于数据保护与安全的规定都开始接受审核。其它的要求由 2015 年 10 月欧洲法院做出的“安全港判决”（Safe-Harbor-Urteil）得出。2015 年 12 月中旬，欧洲议会、欧盟部长会议和欧盟委员会还就一项新的“数据保护基本条例”（DS-GVO）达成一致。欧洲议会内政和司法委员会以压倒性优势通过了这项条例：48 票同意，对 4 票反对及 4 票弃权。接下来条例还要获得欧盟部长会议和欧洲议会全体大会的同意。这项决议适用于所有私人和公共领域。在其适用

¹ Cookie，有时也用其复数形式 Cookies，指某些网站为了辨别用户身份、进行 session 跟踪而储存在用户本地终端上的数据（通常经过加密）。

范围外的仅有公安机关和司法机构，针对这两个领域的新的数据保护方针也在协商中。

数据保护基本条例（DS-GVO）

借助 DS-GVO，整个欧盟将首次拥有一个统一的有约束力的数据保护基准。要通过这种方式来避免制定最低保护规定的竞争在欧盟发生。新协议计划规定，互联网集团未来想要运用用户数据时，必须征得用户的明确同意。此外，用户拥有要求重新删除存储数据的权利（“被遗忘权”），并有权在改变服务供应商时将数据带往下一个供应商（“可携带性”）。企业在其产品的预设中必须有利于数据保护（设计和系统设置时的隐私保护）。IT 产品必须支持关于数据保护和安全的要 求，其技术构造要能降低数据保护的难度。

不仅欧洲的企业要遵守新的规定，第三国的企业也要遵守新规定。如果提供服务的企业违反了新规定，它们将可能遭受严重惩罚，罚金最高可达其年销售额的 4%。如果消费者与其它欧盟国家产生了问题，那么他可以用自己的语言向本国的申诉部门求助。

数据保护管理机构作为申诉及监督部门明显要承担更加重要的职责。因为其要注意个人数据在信息社会中是如何被处理的，并且还可以实施惩罚。欧洲法院通过两次判决（2010，2012）强调了，为限制第三方施加影响，数据保护专员及其所属机构保持“完全独立性”的必要性。

DS-GVO 的一些条款遭到了彻底的批评。在欧盟，对数据的处理要分别与一个目标绑定。这个目标为数据的运用提供了根据。相反，美国却不了解这些要求和目标所遵循的原则。预先设定的目标绑定模式根本上违反了阿里巴巴或 ebay 这类平台的新兴经济结构。在大数据的情况下目标绑定的概念会遭到系统性地削弱，因为在积累和分析巨大的数据量时，涉及到的不仅是数据在同一目标下的多次使用，还有数据在不同目标下的使用。在这种情况下，大数据分析的主要目的通常是基于数据统计的关联性使个人数据的使用产生新的可能性。

受到批评的还有美国安全机关和欧洲情报部门获取在不同的欧盟国家根据相异的情报法存储并可利用的数据的可能性，这涉及到国家的安全。这些可能性被保留下来，并将会在未来与统一的欧盟数据保护法相矛盾。虽然为欧盟国家的

公安机关和司法当局制定一致的法律框架包括在 DS-GVO 改革方案中，但在各国情报部门间的合作上达成具有约束力的跨大西洋协议却不包括在其中。

安全港协议及欧美隐私保护协议

为建立涵盖美国和欧盟的世界最大经济区，2000 年所谓的“安全港协议”获得通过。这一协议规定美国企业在进一步处理欧洲用户的数据时应对其进行适当保护。这在事实上而并非在法律上属于欧盟委员会的决议。在决议中欧盟委员会将企业归类为安全港，其有义务遵守特定的数据保护标准，并要服从美国贸易监督部门(联邦贸易委员会，简称 FTC)的监督。FTC 委员朱莉·布里尔(Julie Brill)指出，在安全港协议实施以来的 15 年中，欧洲数据保护机构仅向 FTC 转递了四项投诉。共有 4400 家企业基于协议向美国传输了数据。FTC 在这期间对大量违规事件进行了调查，并在 39 起案件中对企业提起了法律诉讼，其中就包括 Facebook。只有少量案件动用到司法程序的事实，或许也是安全港协议影响甚微的证明。

欧洲法院在 2015 年 10 月宣布有关欧美间经济数据交换的规定失效。这源起奥地利法学家马克西米利安·施雷姆斯(Maximilian Schrems) 提起的诉讼。欧洲法院的判决依据是《里斯本条约》和那些规定了欧盟公民基本权利的文件，这些文件规定“对私生活和家庭生活的尊重”以及对“个人数据的保护”是欧盟公民的基本权利。欧洲法院特别对美国当局动用欧洲用户数据的行为提出指责。

欧盟数据保护机构给欧盟委员会规定了期限，在 1 月底之前与美国商谈制定新的协议。2016 年 2 月初欧盟与美国就未来数据交换达成一项新协议，“欧美隐私保护”协议(EU-US Privacy Shield)。按照协议，美国商务部应该对那些需要处理来自欧洲数据的企业进行监督。不遵守标准的企业会从获准处理用户数据的企业名单中被删除，或者支付罚款。美国方面同意由自己的司法和安全部门实施监督。缔约双方每年要对协议的实施情况进行审核。谁认为交易行为违犯了自己的数据保护法，或按照美国国家安全政策发生了违法行为，其可以求助于独立于美国安全机构的监察专员。按照欧盟的法律，监察行为要有法律保障。欧盟在纠纷发生的情况下提供免费的调解审理。

结论

欧洲的数据保护政策将会对未来的跨大西洋数据传输产生深刻影响。TTIP或许会在各轮谈判中取得成果，但其在内容上与专业问题上与欧盟各种不同的数据保护改革有着直接联系。这种彼此平行的谈判进程是否能协调一致，对此尚存争议。就此而言，重要的是 TTIP 和 TiSA 要留有足够的变通空间，以便在未来欧洲的贸易关系中顾及到尚未确定的欧盟数据保护规定。数据保护者因此要求，不要在 TTIP 的谈判中做出有碍于欧盟“数据保护基本条例”（DS-GVO）实施的决定。所有不明确之处，一旦让企业觉得欧盟的规定违背了国际协议，那么它们就有可能提起申诉。能否在 TTIP 和 TiSA 谈判的同时仍然留出足够的可变通空间，以使欧盟的数据保护规定有效实施，主要取决于以下几个因素：

- 由于 DS-GVO 已先于 TTIP 和 TiSA 通过，因此还有可能对协议文本和与数据保护技术相关的贸易自由化的让步进行审核。
- 同样要检测的还有，GATS 的豁免规定以及 TTIP 和 TiSA 中尚待确定的条款是否得到了完全具有说服力的、明确无误的解释。
- 重要的问题还包括，（贸易政策方面的）专业人员在多大程度上能够准确估算出将来在服务自由化协议中可能产生的技术和与数据保护相关的后果。这一问题尤其在所谓的“负面清单列举法”（Negativlisten-Ansatz）中关系重大。这意味着一个领域在排除了那些需要单独列出的贸易行为后才能完全自由化。这一方法隐藏着巨大危险，也就是，在贸易自由化中包含着一些需要严格数据保护的商品，他们还将被继续开发，人们无法估计它们会带来哪些和数据保护法相关的后果。
- 不无重要的还有对新的数字化服务的明确定义以及他们在多大程度上能被明确归类到 WTO 现有服务分类中。

在这种情况下可取的做法是，将新文本纳入必须重新谈判的自由贸易协定中，其至少符合“韩国协定”中的附加条款。

所有这些因素表明，今后来自信息与通讯技术、数据保护以及贸易谈判领域的行为人会更加紧密的合作。

总的来说，当前的局势下在跨大西洋经济区的企业和消费者中存在着权利的不确定性。对此没有现成的解决办法。IT 行业已经开始通过对与个人相关的信

息进行假名化、加密及匿名的处理方法，为更严格的数据保护规定做准备。美国的企业，如微软，对“安全港判决”做出了及时的反应，它们想要在未来为使用其云服务的用户实现在德国存储并处理个人数据的目标。为此将动用到德国电信的计算机中心。作为受托管理人，德国电信的子公司 T-System 要控制和监督用户数据的国际入口。微软及其承包人可能得在 T-System 和最终用户同意的情况下才能动用数据。

（本文译自德国科学与政治基金会 2015 年 2 月份评论文章，作者安娜格雷特·本迪克(Annegret Bendiek)和艾维塔·施密克 (Evita Schmiege)。）

（ http://www.swp-berlin.org/de/publikationen/swp-aktuell-de/swp-aktuell-detail/article/eu_aussenhandel_und_datenschutz.html）

《德国智库动态》由四川外国语大学德国研究中心根据德国各大权威智库的公开信息编译，每月 30 日出版。

地址：四川外国语大学德国研究中心，重庆市沙坪坝区烈士墓，邮编 400031

电话/传真：+86 23 6538 5696

电子邮件：dgyjzx@sisu.edu.cn

网址：dgyj.sisu.edu.cn