

欧洲与美国隐私保护法律 冲突的解决路径^{*}

党 玺

【提 要】长期以来,欧洲与美国隐私保护法律冲突表现在四个方面,即隐私保护理念、立法模式、主要法律内容和执行力度。欧盟条例的出台对欧美隐私保护法律产生很大影响,也进一步加深欧美隐私保护法律冲突。为解决两者的冲突,欧美采取谈判、改变法规内容和加强合作加以解决。欧美的做法对我国隐私之法律保护有着很大的启示。结合我国实际情况,应采取四项完善措施。

【关键词】隐私保护 “欧盟数据保护一般条例” 欧美隐私保护法律冲突

〔中图分类号〕D924.34 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2015)01-0085-05

一、欧美隐私保护法律的冲突

(一) 隐私保护理念不同

造成欧美隐私保护法律冲突的深层次原因在于两者之间固有的较为深刻的隐私保护理念的差异。在美国,公民隐私权并不在宪法保护的基本人权之列。个人信息可以被收集和处理,除非法律特别禁止此类行为。

在欧盟,隐私被视为人们理应享有的一项基本权利,超过了其他利益;对隐秘的个人信息的保护是欧盟及其各成员国一项至上的工作。在隐私权利保护方面,欧盟及其成员国走在世界前列。

(二) 立法模式不同

目前,世界上隐私法律保护模式主要有两种:一是以欧盟为代表的统一保护模式,不区分行业,对个人隐秘信息予以统一的保护;二是以

美国为代表的分类保护模式,基于各行业的特点、保护目的、保护手段等,分别给予不同的保护。

(三) 主要法律内容不同

1. 个人数据的界定

“个人数据”是世界范围内隐私保护法律的核心概念,它决定了多数隐私法律的范围与边界。在美国,不同的法律对“个人数据”有不同的界定。欧盟隐私保护法律具有广泛的适用性,要比美国隐私保护法律适用范围更广,具有更好的灵活性。

2. 对敏感信息的处理

对于种族、民族起源、政治观点或身体状况、性生活等与个人密切相关的敏感信息,欧盟

^{*} 基金项目:本文系2012年浙江省社科规划课题“金融消费者隐私权法律保护研究”(编号:12JCFX03YB)阶段性研究成果,并得到浙江理工大学科研启动基金资助(编号:114129A4Y10814)。

指令要求成员国必须制止收集此类信息的行为,或者得到数据主体的明确同意,才可以处理此类敏感信息。在美国,法律对敏感信息的处理采取一些有限的分行业的特殊保护方法。为鼓励新兴产业发展,美国给予新公司相对自由的权利,使它们能够尝试各种新型数据处理方法或者发现新的路径以规避隐私法律。

3. 数据跨境传输

欧盟指令第25章专门对向“第三国”传输个人数据做出规定,要求“第三国”必须对传输至该国的在欧盟境内收集的个人信息提供“充分”的保护。美国并未被欧盟委员会认定为隐私保护水平达到欧盟指令标准,欧美之间的数据传输贸易因此受到很大的限制。

(四) 执行力度不同

在指令执行方面,欧盟层面有一个统一的隐私保护机构,即欧盟数据保护小组(the Article 29 Working Party),它要求成员国严格执行数据保护法律。针对不充分保护的国家,欧盟委员会可以要求成员国采取一致行动,甚至诉诸法院,但最终基本上通过谈判、协商等方式加以解决。而美国则存在多个监管机构之间、联邦政府与州政府之间、法定机构与行业机构之间的执法协调与合作等诸多问题,致使监管效能和执法效果大打折扣。

二、欧美解决隐私保护法律冲突的路径

(一) 谈判

自1995年起,在欧盟指令的充分性要求和成员国具有的禁止数据传输权力的共同作用下,欧盟事实上造成了阻碍全球数据交换的风险,同时加深了欧美隐私保护法律冲突。

自1995年欧盟指令颁布以来,有关国家管理机构、超国家组织和私人实体已成功地进行了多次谈判。美国有关政府机构,例如美国联邦贸易委员会(FTC)和美国商务部(the U. S. Department of Commerce)等,更是积极与欧盟委员会进行谈判,采取一些变通性的策略工具,使美国数据保护水平达到欧盟所谓的

“充分”要求标准。美国公司也采取类似的路径,以便顺利实现其与欧盟之间数据自由流动。

(二) 改变法规内容

1. 设定一国隐私保护的最低标准

欧盟须对其隐私保护法律进行适当的更改,在确保公民基本隐私权的前提下,设定成员国隐私法律保护的最低标准,并允许成员国根据自身情况,制定本国的隐私保护法律,但是不得低于欧盟规定的最低标准。

美国也考虑以欧盟条例和欧盟指令为指引,通过相关联邦隐私保护法律,为公众的和私人的部门设立最低的隐私法律保护国家标准。

2. 建立新的信息披露条例

在确保程序合法、目的合法和有限获取的前提下,美国可能参考欧盟模式,制定新的披露条例,为数据主体提供强大的法律依据,使其能与本人的个人信息保持更为紧密的联系,随时知悉个人信息被处理的真实情况,并得以合法收集相关证据,以对抗侵犯其数据安全利益的行为。

(三) 加强合作

目前,欧美隐私保护法律冲突较为严重,然而任何一方都不会轻易放弃对方丰富的数据市场。通过协商谈判、加强合作成为实现共赢的最佳选择。欧盟之所以愿意与美国加强合作的主要原因有三:其一,欧盟隐私保护法规包含相互矛盾的政策目标。它一方面将个人信息隐私权视为一项重要的人权,另一方面竭力促进贸易发展,允许个人信息的自由流动。其二,强烈的“经济利益驱动”。欧盟的公司和消费者强烈希望介入全球信息经济。其三,欧盟对全球信息保护领域的权力正在受到限制。通过统一立法和一致执法,欧盟大大提升其在全球信息保护领域的权力。但是,这种权力如今受到来自欧盟内部和外部的质疑和挑战。欧盟地位的逐渐下降和权力的日益式微引起欧盟开始反思,以合作与妥协的方式解决隐私冲突问题。

为达到欧盟“充分”要求标准,美国有关政府机构、公司采取一些变通性的策略工具,例如欧盟与美国的安全港协议(2000年)、示范合同条款(2001年、2003年)和有约束力的公

司章程（2008 年）。

1. 安全港协议（the Safe Harbor）

美国与欧盟最终达成了“安全港协议”，于 2000 年 11 月 1 日正式生效。

“安全港协议”是一项自愿性协议，不具有强制效力。该协议规定联邦贸易委员会（FTC）和运输部（DOT）管辖下的任何企业均可加入该协议。加入该协议的企业必须发誓遵守七项“安全港原则”，并服从联邦贸易委员会的管辖。协议是满足欧盟规制者和美国公司要求的最佳方式，遵守“安全港协议”无疑会迫使美国公司改变其长期坚持的商业行为，以此作为换取进入欧盟市场的对价。^①

“安全港协议”是以欧盟指令的基本原则为蓝本，并征询产业团体和社会大众的意见，经美国和欧盟委员会协商而签订的。“安全港协议”主要确定了七项原则，即通知、选择、向前传输、安全、数据完整、接近和执行。安全港框架是以此七项原则和美国商务部公布的 15 项 FAQs（Frequently Asked Questions and Answers）构成，由加入“安全港协议”的美国公司遵照执行。参加“安全港协议”的美国公司被认定（对信息）提供充分保护，从而欧盟境内信息得以继续向其流动。与此同时，美国联邦贸易委员会加大执法力度，起诉不遵守“安全港协议”的公司。根据“安全港协议”，联邦贸易委员会认定 Google 公司和 Facebook 公司分别于 2011 年和 2012 年违反该项国际协议，并着手起诉这两家公司。

2. 示范合同条款（Model Contractual Clauses）

作为满足“充分”要求的另一方式，欧盟接受了两个示范合同条款。示范合同条款简化了订立数据传输合同的过程，便于双方迅速达成协议。欧盟委员会分别在 2001 年、2004 年接受了两个示范合同条款。

按照欧盟数据保护小组的要求，合同条款只有当其能对在第三国缺乏充分数据保护提供“满足”补充的情况下才可以被接受，而合同条款应包含那些任一特定情况下所缺乏的数据保护基本要素。^② 两个示范合同条款的内容应当为

数据主体提供合理执行、救济、支持和其他帮助。第一个示范合同条款包含对数据输出者和数据输入者在个人数据国际流动过程中应承担的共同而严格的责任要求。第二个示范合同条款为每一方设定了损害赔偿义务。根据适当责任条款的规定，数据输出者应采取适当的措施判定数据输入者将有能力满足全部合同条款规定。这两个示范合同条款可以被所有公司适用，以作为满足欧盟“充分”要求的一种策略性工具。

3. 有约束力的公司规则（Binding corporate Rule）

欧盟允许采用有约束力的公司规则作为达到“充分”标准的一种方式。有约束力的公司规则是公司自愿设立的一种内部制度，以确保公司内部不同机构之间个人数据传输的安全。只有被恰当地使用，有约束力的公司规则才是可行的，并在数据跨境流动中具有有效性。但是，数据跨境流动被严格限定在同一公司内部。

适用有约束力的公司规则必须满足三个基本条件：第一，数据主体的同意。当个人数据在公司内部不同机构之间跨境流动的时候，公司须得到数据主体的明确同意，否则该个人数据不得随意跨境流动。第二，数据保护当局的许可。2003 年 6 月，欧盟数据保护小组宣布，有约束的公司规则是一种可被接受的实现公司内部跨境数据传输的方式。此外，有约束力的公司规章也应得到每一个欧盟成员国数据保护当局的承认。只要个人数据传输发生在欧盟某一成员国境内，公司必须得到该国数据保护当局的同意。第三，公司的承诺。若有约束力的公司规则发生实际效果，公司必须承诺以下事

① Barbara Crutchfield George, Patricia Lynch and Susan J. Marsnik, U. S. Multinational Employers: Navigating Through the “Safe Harbor” Principles to Comply with the EU Data Privacy Directive, *American Business Law Journal*, vol. 38, (Summer 2001), pp. 735, 781.

② Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Working Document: Preliminary Views on the Use of Contractual Provisions in the Context of Transfers of Personal Data to Third Countries, at 4, DG XV D/5005/98, WP 9 (Apr. 22, 1998).

项: a. 公司规则必须在公司内部具有约束力, 并一定会被严格执行。因此, 有约束力的公司规则仅被推荐给组织严密的公司使用, 而不能适用于松散的跨国集团。b. 公司与欧盟数据保护当局合作, 满足其在数据保护方面所作的规定和要求。

为简化申请程序, 欧盟数据保护小组于2007年1月公布了一份建议, 允许公司直接向某一国数据保护当局提交一份标准格式的申请书和一张表格, 作为该保护当局判断其公司规则是否符合要求的材料。2008年8月, 欧盟数据保护小组公布了有约束力的公司规则的内容和结构的一些细节, 供成员国数据保护当局参考。事实上, 欧盟成员国数据保护当局在决定是否接受有约束力的公司规则方面扮演极为重要的角色。几乎每一成员国都规定受理有约束力的公司规则的申请程序和公司应提交的申请材料。截至2013年3月30日, 一些公司已通过了申请程序, 它们是埃森哲咨询公司、英国石油公司、eBay公司、通用电气公司、惠普公司和米其林公司。^①

三、对我国信息隐私保护的启示

(一) 我国信息隐私保护现状

在个人信息隐私保护方面, 我国缺乏统一的专门性立法, 当加入国际共同遵守的规制体系的时候没有足够的国内法依据。同时, 我国尚未与有关国际组织建立良好的合作关系。在保护信息安全与促进信息流动国际条例体系的决策和制定过程中, 相对于保护水平较高、法律体系较为成熟的国家而言, 我国处于落后地位, 条例制定的影响力和话语权受到很大的限制, 国家利益有可能因此受到损害。

随着个人信息和隐私数据跨境流动的增多, 与此相关的纠纷也会不断出现。纠纷的处理与解决会涉及到司法管辖、法律适用和证据获取等诸多问题, 这些问题本质上属于国家主权范围内的事项。如果缺乏国内立法, 那么很多涉及国家主权的问题无法在对等的条件下取得共识, 这必将会对我国行使主权、保护国家利益造成不利影响。

我国监管机构众多, 条块分割, 各负其责, 彼此缺乏有效的沟通与协调, 无法形成监管合力, 既不利于国内个人信息和数据隐私的保护又不利于参与国际执法, 维护国家利益。与国外相比, 行业协会的重要作用没有得到很好的发挥, 既没有为协会成员提供良好的服务又没有向国家、主管部门和公民提供保护个人信息安全的良好建议。

此外, 无论是从制度层面还是从技术层面, 我国电商行业对隐私数据保护的水平仍然偏低。一旦适用高标准的国际个人数据保护体系, 我国极易遭致经济打击和违约风险。

(二) 完善我国个人信息隐私保护的建议

1. 制定一部专门的隐私保护法

个人信息法律保护是一国法制建设的重要组成部分, 完善立法工作是建立市场经济国家法治不可缺少的部分。多数国家制定了专门的隐私权保护法或者信息保护法, 一国的国内法是加入区域性或国际性隐私保护框架的法律基础, 是参加国际合作的有力保障。因此, 我国应当加快立法进程, 在立足我国个人信息保护现状的基础上, 参照国际先进的立法经验, 制定一部专门的个人信息保护的基本法, 明确保护个人信息安全和促进信息的自由、合法流动的立法目的, 确立“事前防范、事中监管、事后救济”的隐私保护理念, 强调收集、使用和处理个人信息的基本原则, 突出对数据控制者、使用者的监管, 明确有关权利义务等。

2. 采取统一的立法模式

欧洲模式和美国模式各具特色, 体现不同的立法理念和监管方式, 效果也不尽相同, 为我们提供了良好的立法模板。欧盟多数国家是大陆法系国家, 大多制定了统一的个人信息保护法, 而美国属于英美法系国家, 采用独特的分散立法。我国属于传统的大陆法系国家, 法律传统、法律文化背景和国家形式与欧盟多数

^① List of Companies for Which the EU BCR Cooperation Procedure Is Closed, Eur. Comm'n, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/binding-corporate-rules/bcr-cooperation/index_en.htm. 2014年9月25日访问。

国家相近，采取欧盟模式更符合我国实际，更利于采取统一监管方式，便于协调公共政策，保持相关政策的一致性。

3. 细化个人信息保护法的基本内容

对个人信息包括隐私数据进行法律保护的根本目的是在保障安全性的前提下促进数据的合理流通和合理利用，从而产生更多的效益，创造更大的经济价值。因此，个人信息保护法应当围绕保护个人信息安全和促进信息合理利用两条主线进行。首先，界定个人信息的范围、种类和分级，明确法律保护的范围和基本原则；其次，获取、使用（包括二次使用）和处理个人信息的基本原则，有关数据控制者、数据使用者的权利、义务和法律责任，使用个人信息的豁免与例外；再次，明确数据主体的基本权利，例如控制权、知情权、决定权、选择权、退出权、救济权等，满足数据主体对其个人信息的安全与控制的基本要求；最后，建立个人数据保护监管和执行机构，明确它们的职权范

围和工作程序，强化行业自律组织在个人信息保护方面的职责和作用。

4. 加强国际合作与协调

在保护个人信息与促进数据跨境流动方面，有关国家机构应当广泛地参加国际谈判，参与国际规则的制定与执行，不断提高在国际规则制定过程的地位，增强话语权和国际影响力，维护国家主权利益。行业组织应当认真研究国内外形势，为政府决策献言献策，规范行业行为、加强行业监管、促进产业发展。有关企业应当积极参与国际竞争，加强技术交流与转换，不断提高我国企业信息技术的标准与水平，同时加强企业内部自律机制建设，保护用户的信息安全。

本文作者：国家留学基金管理委员会法律
与项目部挂职，浙江理工大学法政学院
讲师，法学博士
责任编辑：赵 俊

The Route to Resolve the Conflicts of Legal Protection of Privacy in EU and USA

Dang Xi

Abstract: For a long time, the conflicts between the regimes of legal protection of privacy in the EU and the US have embodied in four aspects: the concept and idea of protection of privacy, the legislation mode, the main legal content and the strength of enforcement. The enactment of EU rules has impacted greatly the legal regime of the USA, and further deepened the conflicts of the rules between the two jurisdictions. The EU and the USA have made progress in resolving their conflicts by such means as negotiation, modifying specific content of relevant legislations and further cooperation. The experiences of the EU and the USA provide meaningful implications for China. In this paper four specific suggestions are provided and discussed in an attempt to improve the legal regime of China, after taking its circumstances into consideration.

Key words: protection to privacy; *EU general regulations of data protection*; conflict of legal protection of privacy in EU and USA