

國立政治大學第十七屆國際經貿法學發展學術研討會

# 從服務貿易自由化角度 論資料在地化措施

陳在方 助理教授  
交通大學科技法律學院

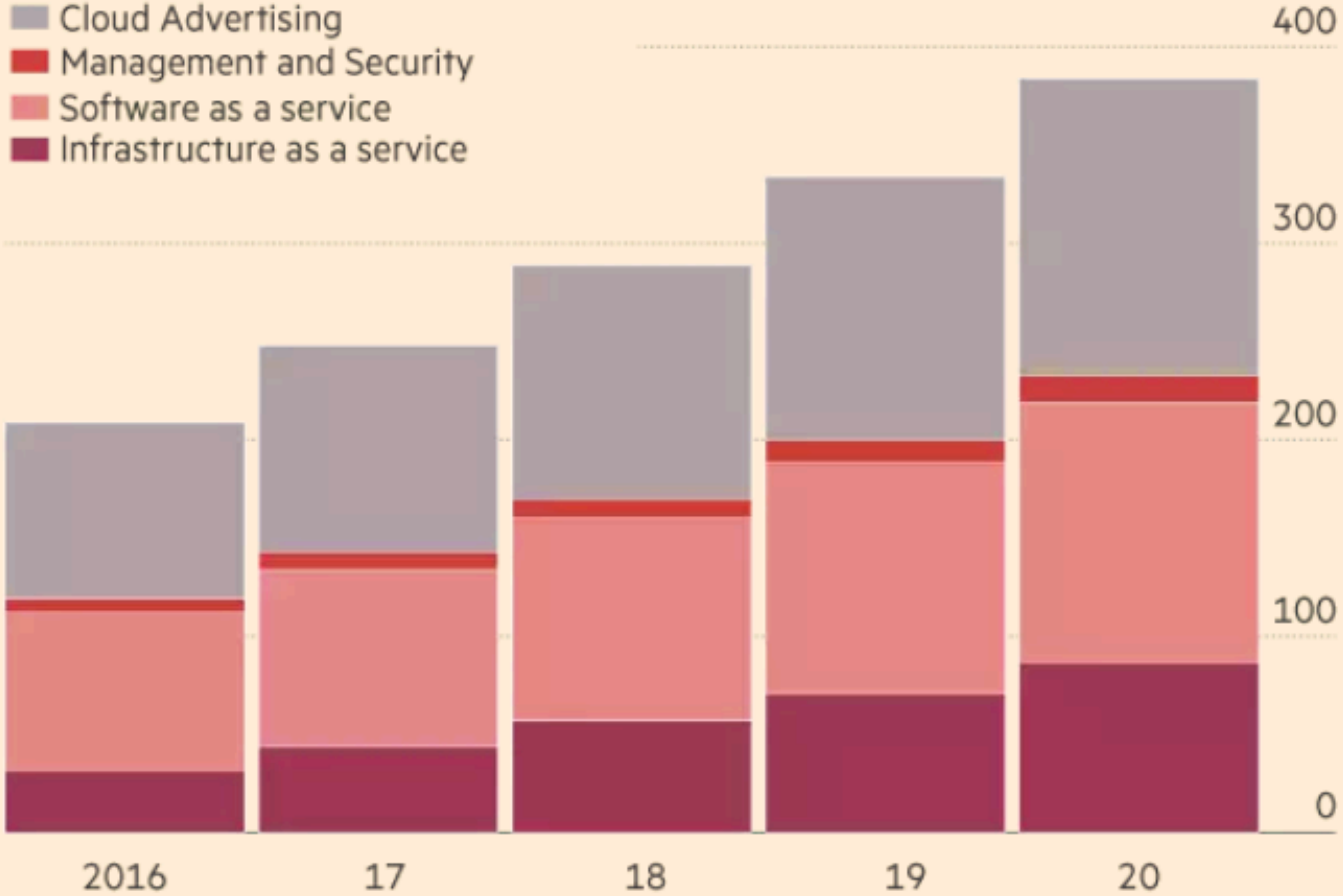
# 跨境資料流通的概念

- 在不同國家之間，以電子方式傳輸之由電腦產生而可由機器讀取的數位資料。

# Global cloud services market forecast

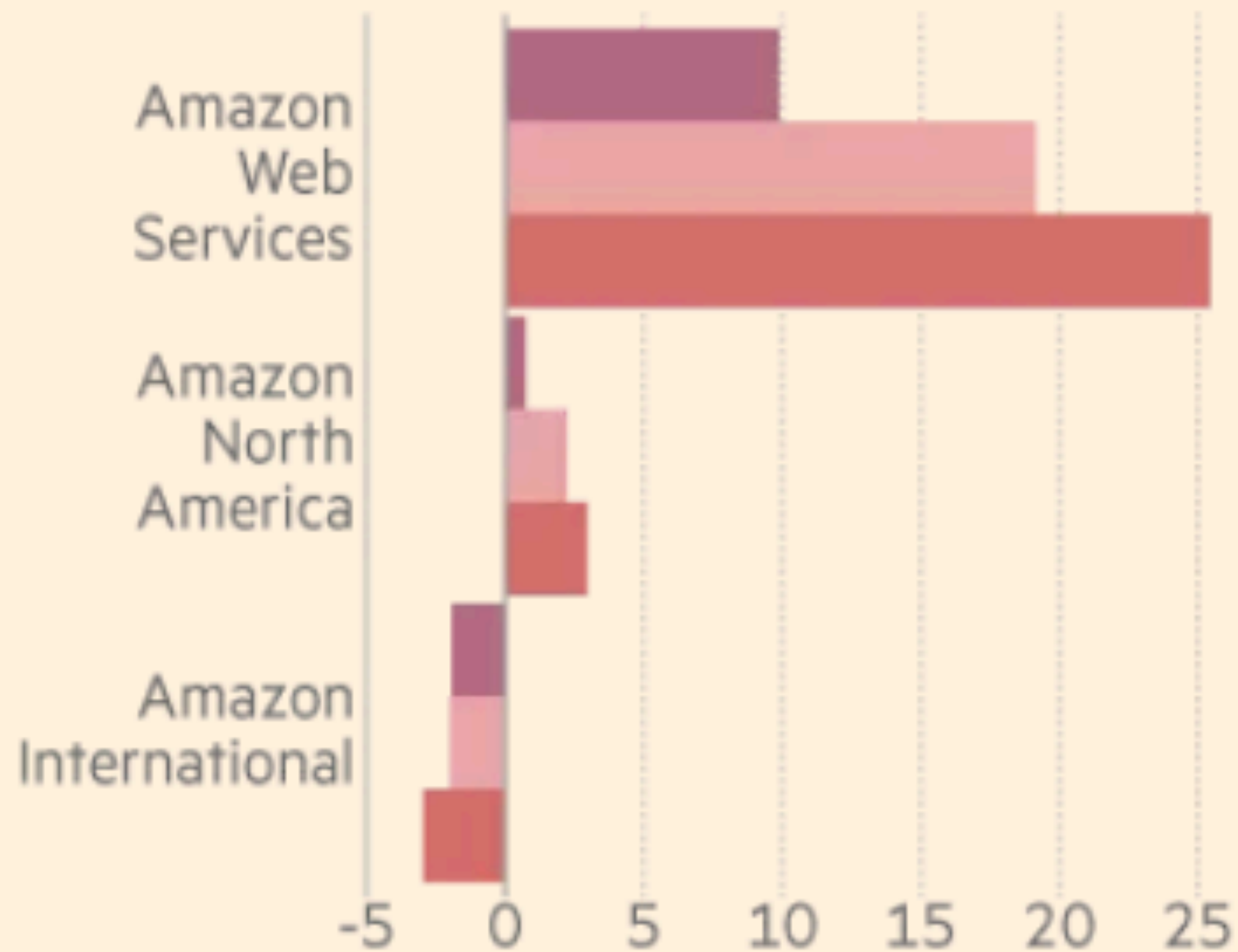
\$bn

- Cloud Advertising
- Management and Security
- Software as a service
- Infrastructure as a service



## Operating margins

Per cent ■ 2014 ■ 2015 ■ 2016



Sources: Gartner; S&P Capital IQ

## Amazon Web Services

\$bn  
2014



FT

# 跨境資料流通在貿易上的重要性

- 傳統商業運行型態的擴大與升級
- 嶄新型態商業模式的興起與發達

Hacking

# Yahoo hack: 1bn accounts compromised by biggest data breach in history

The latest incident to emerge - which happened in 2013 - is probably distinct from the breach of 500m user accounts in 2014



**i** Yahoo have said the stolen user account information may have included dates of birth and telephone numbers.

Photograph: Dado Ruvic/Reuters



Edward Snowden

# WikiLeaks, the CIA and your devices: what the documents reveal

Publication of purported cyber espionage techniques has raised security questions



© EPA



# 資料在地化措施的概念

- 部分國家所採取對於跨境資料流通之限制手段之一。
- 以法律強制方式，要求企業不得將特定資料傳遞至境外，或要求必須將特定資料儲存於內國境內。
- 企業必須在該國境內設有資料中心，或利用當地業者進行資料儲存與處理。

# 貿易協定談判的重大隘口

- TTIP
- TiSA
- Japan-EU Economic Partnership Agreement /Free Trade Agreement



Cecilia Malmström is looking to put the EU's creaking trade agenda back on track | Thierry Charlier/AFP via Getty Images

## Data fight emerges as last big hurdle to EU-Japan trade deal

Brussels closes in on its biggest trade agreement.

By **ALBERTO MUCCI, LAURENS CERULUS AND HANS VON DER BURCHARD** | 12/8/16, 5:44 PM CET | Updated 12/9/16, 3:07 PM CET

A dispute over data has emerged as an unexpected obstacle to an EU-Japan free-trade deal only weeks before diplomats expected to seal a political agreement.

# 資料在地化的政策目的

- 保障個人資料
- 防衛國家安全
- 偵察反恐目的
- 扶持產業發展

# 資料在地化措施之種類

- 義務行為內容
- 限制資料種類
- 正當化事由

# 義務行為內容

- 禁止企業將特定資料傳送至境外。
- 應於一定期間內，於境內保留特定資料。

# 限制資料種類

- 個人資料
- 敏感資料
- 特定領域：金融、健康等資料

# 正當化事由

- 傳送目的地國家整體對於個人資料法律保護程度（歐盟、以色列、日本、瑞士）
- 傳送企業對於個人資料保護程度（歐盟、澳洲與日本）
- 當事人同意（歐盟、巴西）
- 特殊法律明定事由



# 資料在地化措施之內容

- 歐盟
- 巴西
- 中國
- 印度
- 德國

# 歐盟

## 個人資料保護指令 (95/46/EC)

- 會員國僅能於「第三國確保對於個人資料提供充足的保護程度後 (the third country in question ensures an adequate level of protection)」，才能允許個人資料傳輸至該國。
- 第三國所提供之保護程度是否充足之認定，雖不要求應與歐盟法律秩序所提供之保護「完全相同 (identical)」，但第三國必須確保就個人基本權與自由之保護，需與個人資料保護指令所提供之保護「實質上相等 (essentially equivalent)」，而該國所提供之法律上保障必須具備「實效 (effective)」。(Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner)
- 僅11個國家 (地區) 獲得充足性認定。

# 歐盟個人保護資料指令 一般例外

- (1) 當事人針對該傳輸明確同意；
- (2) 該傳輸係當事人與資料控制者間契約之履行所必要，或係依當事人的要求而為契約前行為之履行者；
- (3) 該傳輸係為了締結或履行資料控制者與第三方間以資料當事人為受益人之第三人利益契約所必要；
- (4) 該傳輸係基於重大公共利益理由依據法律規定所為或有所必要，或係為建立、實施或防禦法律上主張依據法律規定所為或有所必要者；
- (5) 該傳輸係為保護當事人重大利益所必要；
- (6) 該傳輸之作成係由依據法令負責提供公眾資訊之單位所為，該單位係供公眾或具備合法利益之人查閱，且於符合法定之查閱條件之範圍內所提供者。

# 歐盟個人資料保護指令 具體防衛例外

- 授權會員國針對傳輸個案授權
- 資料控制者針對隱私權、基本權利與個人自由之保護或其實施提供「充足的防衛 (adequate safeguards)」，而該等防衛措施得由「適當之契約條款 (appropriate contractual clauses)」所產生。
- 以資料控制者所得以提供之保護程度為基準。

# 歐盟個人資料保護指令對於個人資料跨境傳輸之允許

- 第一類例外須經認定對於個人資料的保護程度充足：
  - 第三國對於個人資料所提供的法律上保護程度
  - 資料控制者所提供的保護措施程度。
- 第二類須當事人對該跨境傳輸之具體同意或其他個別契約上所生私法上需求。
- 第三類則為重大公益、法律救濟等其他公法上規範要求。

# 歐盟

## 一般資料保護規章 (GDPR)

- 個人資料保護指令的缺失
  - 歐盟會員國間對於個人資料保護指令的執行與適用有所不一，造成不同程度之個人資料保護結果
  - 產生歐盟境內個人資料傳輸上的障礙
- 2018年5月25日生效

# 歐盟GDPR跨境傳輸之架構

- 第三國充足性認定統一由歐盟執委會作成

# GDPR

## 一般防衛例外之擴充

- 主管機關間之協議
- 經主管機關依據第47條的規範認可之具拘束力的「企業規則 (corporate rule) 」
- 被執委會或獨立監督機關接受的「個人資料保護定型化條款 (standard data protection clauses) 」
- 「具備經認可之行為規則 (an approved code of conduct) 」以及資料控制者或處理者就適當防衛之提供具法律上拘束力之承諾
- 「經認可之認證機制 (an approved certification mechanism) 」以及資料控制者或處理者就適當防衛之提供具法律上拘束力之承諾



# GDPR之域外效力

- 境外之資料控制者或處理者係指非設於歐盟境內以處理歐盟境內資料當事人個人資料之實體，且其針對個人資料之處理活動為：（1）係關於針對歐盟境內資料當事人所提供貨物或服務，或（2）係關於「監控（monitor）」資料當事人於歐盟境內之活動者。
- GDPR對於境外之資料控制者或處理者另設有設立「代表處（representative）」之義務。

# 巴西

- 2015年1月推出「保護個人資料草案 (Draft Bill for the Protection of Personal Data)」，並在同年10月底推出修改版本。
- 該草案內容納入資料在地化措施條款，如無當事人明確同意，禁止將個人資料傳輸到未與巴西具備相同保護等級的國家領域。

# 中國

- 針對個人金融資訊規範資料在地化（中國人民銀行關於銀行業金融機構做好個人金融信息保護工作的通知，2011）
- 保護指南（未經個人信息主體的明示同意，或法律法規明確規定，或未經主管部門同意，個人信息管理者不得將個人信息轉移給境外個人信息獲得者，包括位於境外的個人或境外註冊的組織和機構）
- 「網絡安全法」草案（關鍵信息基礎設施的運營者在中華人民共和國境內營運中收集和產生的公民個人信息和重要業務數據，應於中國境內儲存。）

# 印度

- 資訊科技法下行政命令
- 僅得於「敏感個人資料 (sensitive personal data)」將受到充足保護的情形下，始得移轉該等資料至印度境外。
- 所謂敏感個人資料係指關於當事人之密碼、金融資訊、健康、性向、醫療紀錄與「生物辨識資訊 (biometric information)」等資料。

# 資料保留

- 德國
- 俄羅斯

# 資料在地化措施對於跨境服務貿易 提供之影響

- 企業需要在世界各重要法律領域架設不同之網路伺服器以服務各地市場，對於服務貿易的開放效果產生減損，而有利於本地業者。
- 企業需要增加成本保留特定資訊，妨礙其跨境服務之提供。

# GATS與資料在地化措施

- 最惠國待遇（GATS第II:1條）
- 市場進入（GATS第XVI:2條）：數目配額、限額
- 國民待遇（GATS第XVII條）

## EUROPEAN COMMUNITIES AND THEIR MEMBER STATES (continued)

Modes of supply:      1) Cross-border supply      2) Consumption abroad      3) Commercial presence      4) Presence of natural persons

Sector or subsector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments
c) Data Processing Services (CPC 843)	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	
d) Data Base Services (CPC 844)	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	
Maintenance and Repair (CPC 845)	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	1) None 2) None 3) None 4) Unbound except as indicated in the horizontal section	



# GATS下例外條款

- GATS第XIV(c)(ii)條
  - 為確保與本協定不相違背而與下列事項有關之法律或規章之被遵守而必要之措施：為保護關於個人資料之處理及散布所涉及之個人隱私及保護個人記錄與帳戶之私密性者
  - 前言：措施不至於構成對類似條件下之不同國家有專斷或不正當之歧視，或造成對服務貿易之隱藏性限制

# 貿易談判上之進展

- EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA
- TPP
- TiSA

# CEPA

- 對於資料在地化議題並無特別規定

# TPP

- 第14.11條第2項：如以電子方式跨境移轉資訊係為了進行本章節所涵蓋之人之業務，各締約方應允許以電子方式跨境移轉資訊，包括個人資訊。
- 第14.13條第2項：各締約方不得要求他方業者須將計算設施設置在其境內或使用當地計算設施，以作為可在其境內執行業務的條件。

# TPP下之相關例外措施

- (1)措施係為達正當公共政策目標 (achieve a legitimate public policy objective) 所採取之措施
- (2)未構成專斷或不正當之歧視 (a means of arbitrary or unjustifiable discrimination)
- (3)其措施之適用未造成貿易之隱藏性之限制 (a disguised restriction on trade) ，且
- (4)對資料流通 (或計算設施) 之限制不超過達成政策目標所需者。

# TiSA

- 歐盟立場：是否同意限制資料在地化措施，未達內部共識；傾向反對立場。
- 美國立場：採用類似TPP規範模式。

# 未來方向

- 雙方癥結難解。
- 資料在地化非最佳措施。
- 主張跨境自由流通者，應提出替代方案以解決爭議。