

## 試析貿易協定下電子商務章節資料跨境流通之議題

宋柏霆

### 摘要

電子商務的發展中，資訊可否跨境自由流通扮演著一個重要的角色。在考量個人隱私以及國家安全之目的下，相關國家對於資料跨境流通設有相關限制措施，即所謂資料在地化 (data localization) 措施。國家彼此間如採取資料在地化措施，將導致電子商務發展受限。是以，若干國家始於 FTA 電子商務專章中，對於資料跨境流通與資料在地化議題進行討論，如美韓 FTA 中討論資料跨境流通問題、日蒙 FTA 中討論反資料在地化之措施等。日前方完成談判的 TPP 以及正進行談判之 TiSA 則是對於兩個議題都有所著墨，足見貿易協定電子商務專章中各國關注之焦點已不再只侷限於數位簽章、電子商品免稅等傳統議題。我國個人資料保護法，對於資料跨境流通有一模糊的限制。在目前各國於 FTA 談判之趨勢往資料跨境流通採取保護的情況下，我國的法規應尚有改善空間，以便之後與各國談判時，更易於此一議題達成共識。

隨著電子商務持續的發展，各國開始於自由貿易協定 (Free Trade Agreement, FTA) 或區域貿易協定 (Regional Trade Agreement, RTA) 中針對電子商務相關之議題進行談判。在 FTA 或 RTA 的相關談判中，除了討論向來與電子商務最直接相關的傳統議題，例如透過載體或直接電子傳輸之電子商品的免稅 (digital product)、數位認證以及電子簽章 (electronic authentication and electronic signatures)、無紙化貿易管理 (paperless trade administration)、線上消費者保護 (online consumer protection) 等，近年亦開始對資料跨境流通 (cross-border information flows) 進行討論。在電子商務的發展上，資料是否能夠跨境流通扮演著重要的角色。商品或服務提供者透過網路全球串聯之特性，擴展服務或販售商品至全球消費市場；消費者則是可以透過網路享受境外之服務提供或境外之商品，並得以較低的成本完成交易。該等交易之過程，皆涉及消費者的資料或是廠商的資料透過跨境流通之方式始能完成。

隨著雲端運算的興起，基於基礎伺服器設備不需要設立於國家境內之特性，對於資料跨境流通自由與否之要求就顯得更為重要。然在 2013 年史諾登 (Edward Joseph Snowden) 事件後，各國開始對資料跨境流通採取相關限制，亦即所謂資料在地化 (data localization) 措施<sup>1</sup>。鑒於相關國家採取資料在地化之措施將可能減損電子商務發展的潛力，美國與韓國自由貿易協定 (Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea，以下簡稱美韓

<sup>1</sup> Anupam Chander & Uyên P. Lê, *Data Nationalism*, 64 EMORY LAW JOURNAL 677, 714 (2015).

FTA) 中納入支持資料跨境流通、日本與蒙古經濟夥伴協定 (Agreement between Japan and Mongolia for an Economic Partnership, 以下簡稱日蒙 EPA) 亦納入處理資料在地化的條款、今 (2015) 年 10 月方完成談判的「跨太平洋夥伴協定 (Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)」則對於資料跨境流通以及資料在地化之議題皆有所規範。另外,我國作為談判成員之一的「服務貿易協定 (Trade in Service Agreement, TiSA)」亦將電子商務關於資料跨境流通以及資料在地化之議題納入談判中。今年 6 月 3 日維基解密 (WikiLeaks) 釋出 TiSA 電子商務附件之草案,對於資料跨境流通與資料在地化措施之規範內容值得我們關注。我國對於此等議題於個人資料保護法第 21 條有相關規定,然其立法模式是否將會與目前國際間貿易協定不相協調,值得研究。

本文以下將先簡介當前資料跨境流通與資料在地化的議題,並將資料在地化措施簡單分類為三種加以介紹;其次根據第壹部分之分類,介紹對於資料跨境流通下三種代表類型且於 FTA 中對於資料跨境流通有所著墨之國家,即美國、歐盟、韓國之國內法規範模式;接著討論美韓 FTA、日蒙 EPA、以及 TPP 三個 FTA 下之電子商務章節中對於資料跨境流通與資料在地化之規範,並介紹今年 6 月 3 日維基解密釋出的 TiSA 草案對此議題之規範模式與談判爭議;最後,分析以我國個資法第 21 條是否可能對資料跨境流通造成限制。

## 壹、電子商務下資料跨境流通與資料在地化之議題

基於前述資料能否跨國自由流通將是電子商務持續關鍵要素之一等理由,美國相關資訊以及服務業者,透過美國國家對外貿易委員會 (National Foreign Trade Council, NFTC) 發表聲明,希望美國政府能透過相關場域,如在 FTA 中,能確保資料能自由的跨境流通<sup>2</sup>,以促進經濟跟技術的發展。然許多國家在電子商務蓬勃發展的浪潮下,基於保護隱私權或國家安全之理由,紛紛採取資料在地化之措施。

所謂資料在地化措施,相關學者定義為凡是阻礙資料跨境流通之措施,皆落入資料在地化之範疇。例如要求服務提供者於國境內設立伺服器,資料儲存或傳輸皆須透過該國內部之伺服器始可跨流通,或是依法令要求,在資料跨境流通前經過一定程序始可進行跨境流通<sup>3</sup>。由於相關資料在地化措施之範圍以及形式非常多元,且相關管制措施多透過個人資料保護等法令實行,本文以下將依據各國對於資料跨境流通開放程度簡單分類為主要三種模式:

<sup>2</sup> Jennifer Cummings, *NFTC, U.S. Business Community Leaders Roll Out Effort to Modernize Global Trade Rules on Cross-border Data Flows*, NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, Nov. 3, 2011, <http://www.nftc.org/newsflash/newsflash.asp?Mode=View&id=236&articleid=3356&category=All> (last visited Oct. 31, 2015).

<sup>3</sup> Anupam Chander & Uyên P. Lê, *supra* note 1, at 680.

### 一、以全面禁止資料跨境自由流通為原則

在此種分類下之措施，多半要求電子商務服務提供者或網路伺服器業者須經過國家同意，始可將個人資料流出境外。是以，原則上採取對資料跨境流通禁止之方式。如俄羅斯即要求電子商務服務提供商必須將客戶相關個人資料儲存於該國國家境內之伺服器。換言之，服務提供者在該國境內未設置相關設備或伺服器者不能將資料傳輸致國外儲存、處理或使用<sup>4</sup>。歐盟原則上禁止把個人資料由歐盟境內流出，除非相關資料流入國或地區經歐盟核可為對於個人資料保護足夠安全的地區名單<sup>5</sup>。

### 二、於特定範圍內禁止或有條件允許資料跨境自由流通

在此種分類下之措施，即要求電子商務服務提供之業者或相關網路伺服器業者，在特定範圍內之資料不可進行資料跨境流通，或是需要得到資訊提供者之同意，始可進行資料跨境流通。如澳洲要求其國內醫療個人電子紀錄不能傳輸到國外<sup>6</sup>，此舉將影響從事醫療產業之電子商務營運者，如要提供電子醫療服務時必須在澳洲境內設置伺服器。韓國則要求個人資料應在得到提供者告知後同意始可將資料傳輸到境外，即未取得消費者事先同意跨境傳輸之資料，將不得進行跨境流通<sup>7</sup>。

### 三、未禁止資料跨境自由流通

在此一分類下，係指國家並未採取統一之法規要求企業在進行資料跨境流通時有強制性限制，而是採取業內自我管制之方式。如美國即採此一方式，要求國內業者自律，並透過聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）以對境內廠商直接與間接的影響力，改善企業自我管制成效不彰的現象<sup>8</sup>。

## 貳、相關國家之國內立法例

依據上述三種分類，再輔以目前在 FTA 中，對於資料跨境流通有較明顯規範以及對於電子商務貿易中市場較為重要者為標準。本文於以下介紹三種分類下之主要國家，即美國、歐盟以及韓國對於資料跨境流通之國內立法模式，藉此觀察該等國家於貿易協定下電子商務章節資料跨境流通之議題可能採取之態度。

<sup>4</sup> *Id.* at 701-702.

<sup>5</sup> 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, 1995 O.J. (L 281) 31, art. 25 [hereinafter the Data Protection Directive].

<sup>6</sup> Australia Personally Controlled Electronic Health Records (PCEHR) Act, Section 77.

<sup>7</sup> Korea Personal Information Protection Act, art. 17(3).

<sup>8</sup> Ryan Moshell, ...And Then There Was One: The Outlook for a Self-Regulatory United States Amidst a Global Trend Toward Comprehensive Data Protection, 37 TEXAS TECH LAW REVIEW 357, 374 (2005).



## 一、美國

美國在個人資料保護的部份以及資料跨境流通之相關規範中，未有一個全國聯邦層級性的規定。僅在個別部門立法保護個人資料隱私之規定，如 1984 年有線通訊政策法(Cable Communications Policy Act)、1986 年的電子通訊隱私法(The Electronic Communications Privacy Act)、1996 年美國電信法(The Telecommunications Act)等法案。但該等法案僅包含非常狹隘的資料隱私條款，該等條款亦並未適用至網路上之活動<sup>9</sup>。相對地，關於個人資料保護以及跨境資料流通，美國多交由產業界及市場自我管制。聯邦貿易委員會提供，包括行業規範(industry codes)、商業組織(business organization)以及較近期的第三方案程序(third-party programs)在內等許多方法促使業者自我監督並監督其各自之市場<sup>10</sup>。如果業者宣稱其符合 FTC 之規範，但實際上並未遵守時，將被視為詐欺或不公平競爭之行為，FTC 處以罰鍰或是提起訴訟解決<sup>11</sup>。

## 二、歐盟

歐盟於 1995 年通過資料保護指令(Directive 95/46/EC)，旨在調和歐盟境內國家對於個人資料保護法規之標準，冀望建立一套準則，適用在任何歐盟境內公民之個人資料所流出的對象國<sup>12</sup>。指令中要求會員國對於境內自然人已被辨認(identified)或可被辨認(identifiable)之個人資料處理、使用或交換提供保護，並要求對於原始蒐集資料可能轉作他使用目的時，應事前取得資料提供者之同意<sup>13</sup>。在資料跨境流通之部分，其禁止會員國將資料跨境流傳至對於資料保護不夠充足(adequate)之國家<sup>14</sup>。於執行之層面，更要求會員國維持一個獨立及全國性之監督機關，用以檢核相關資料保護是否依照指令內容被落實<sup>15</sup>。在如此高標準之要求下，目前僅有 11 個地區被歐盟核可為對於個人資料保護充足的地區<sup>16</sup>。

美國因為其國內對於隱私權立法架構未能合於歐盟之要求，但基於對電子商務發展之需求，雙方採取一個折衷方案的措施，即安全港(Safe Harbor)架構原則<sup>17</sup>，僅有在合於安全港框架下原則之企業，才被允許從歐盟領域內存取個人資

<sup>9</sup> Joel R. Reidenberg, *E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, 38 HOUSTON LAW REVIEW 717, 725 (2001).

<sup>10</sup> Ryan Moshell, *supra* note 8.

<sup>11</sup> Henry Farrell, *Constructing the International Foundations of E-Commerce—The EU-U.S. Safe Harbor Arrangement*, INTERNATIONAL ORGANIZATION, Vol.57, No.2, 277, 287 (2003).

<sup>12</sup> Joel R. Reidenberg, *supra* note 9, at 732.

<sup>13</sup> Data Protection Directive, art. 2(a), art. 7(a), art. 14(b).

<sup>14</sup> Data Protection Directive, art. 25.

<sup>15</sup> Data Protection Directive, art. 28(1).

<sup>16</sup> 相關地區列表可參考歐盟網站中各議題項目其中關於個人資料保護部分，網址：

[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm) (最後瀏覽日：2015 年 10 月 31 日)。

<sup>17</sup> 關於 Safe Harbor 相關內容可參考，網址：

[http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg\\_main\\_018476.asp](http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018476.asp) (最後瀏覽日：2015 年 10 月 31 日)。

料<sup>18</sup>。

### 三、韓國

韓國於 2011 年，通過個人資料保護法 (Personal Information Protection Act)，對於私人或公部門處理或管理個人資料之部分有相關規定。於該法第 17.3 條以及 17.2 條中要求擁有個人資料者在進行資料管理而要將個人資料流通到境外時，應得到資料提供者之同意，並告知資料提供者其欲傳輸之對象、該傳輸對象取得該資料之目的以及將持有該資料多久時間、何種個人資料將被傳輸以及個人資料提供者有權拒絕同意及拒絕同意後相關之不利益<sup>19</sup>。如個人或企業不遵守相關規定時，將被韓國行政自治部 (The Ministry of Government Administration and Home Affairs, MOGAHA) 要求提出檢討報告、處以罰鍰或是有期徒刑<sup>20</sup>。

### 參、相關 FTA 以及 TiSA 之規範

目前於貿易協定電子商務專章中，訂有資料跨境流通以及資料在地化之規範內容者包括美韓 FTA、日蒙 EPA、以及 TPP。在 TiSA 中，根據目前最新維基解密揭露之電子商務附件草案，將同時涉及資料跨境流通以及資料在地化之討論。本文以下介紹四個協定中之條款，並討論其內容。

#### 一、美韓 FTA

於 2012 年簽訂之美韓 FTA 於電子商務專章第 15.8 條中規定：認識到資訊自由流通對促進貿易並了解保護個人資料之重要性，締約國應盡力 (endeavor) 避免實施或維持對於電子資料跨境流通之非必要障礙<sup>21</sup>。該條款並未具有強制性執行之規範，僅是強調不得對資料跨境流通加諸不必要限制，然文句中卻又承諾須重視保護個人資料，可以推測應為美國國內法制度與韓國國內法制度衝突下所採行之折衷條款；試圖在合於保護個人資料框架下，盡可能把對於資料跨境流通有可能之障礙皆除去。

#### 二、日蒙 EPA

2015 年簽訂的日蒙 FTA 電子商務專章中，並未有獨立條款處理資料跨境流通之問題，僅於該章節第 9.12 條雙方應合作的宣示性事項中，說明締約國認為維持資料能跨境流通為電子商務蓬勃發展之要素<sup>22</sup>。此外較特別的是，該章節於

<sup>18</sup> Joel R. Reidenberg, *supra* note 9, at 738.

<sup>19</sup> Korea Personal Information Protection Act art. 17(2), art. 17(3).

<sup>20</sup> Korea Personal Information Protection Act art. 68, art. 70.

<sup>21</sup> Free Trade Agreement Between the United States of America and the Republic of Korea, art.15.8.

<sup>22</sup> Agreement Between Japan and Mongolia for an Economic Partnership [hereinafter Japan-Mongolia EPA], art. 9.12(5).

第 9.10 條處理資料在地化措施中，要求伺服器在地化的問題。該條規定締約國不得要求他締約國之服務提供者、投資者以使用或設立在當地之伺服器作為商業往來之條件<sup>23</sup>。僅有在締約國有正當之公共政策目的時，在不造成恣意或不公平之歧視性貿易障礙時，始可採用或維持締約國要求使用在地伺服器之措施<sup>24</sup>。從此點觀之，在要求設立在本地伺服器在地化與否有一例外的公共政策條款，需透過必要性措施檢視是否合乎該條款之例外要求<sup>25</sup>。

### 三、TPP 電子商務章節規範

由美國、澳洲、新加坡、紐西蘭等 12 國於 2015 年談判結束所簽訂的 TPP 協定，於今年 11 月釋出協定之完整文本。該協定電子商務章節中第 14.11 條規定，締約國應允許資料跨境能流通，該等資料如為個人資料時，只要使用該個人資料者是在從事與商業有關之行為即應允許該資料跨境能流通<sup>26</sup>。雖然該條款在締約國有正當之公共政策目的時，可以限制資料跨境流通，但必須在不造成恣意或不公平之歧視性貿易障礙，以及其所採行之限制手段與追求的公共政策目的應合於比例原則<sup>27</sup>。

在資料在地化議題之規範，TPP 協定第 14.13 條規定，締約國不得要求投資者或服務提供者在其境內從事商業行為時，需要使用或自行設立當地之伺服器或資料存儲設備作為商業運算之用<sup>28</sup>。如同上述對於資料跨境流通之例外規範，在締約國有正當之公共政策目的時，可以要求投資者或服務提供者在其境內從事商業行為，必須使用當地設備，但必須在不造成恣意或不公平之歧視性貿易障礙，以及其所採行之限制手段與追求的公共政策目的應合於比例原則<sup>29</sup>。

### 四、TiSA 電子商務附件

今年 6 月 3 日釋出之維基解密對於電子商務附件<sup>30</sup>之規定可以作為觀察目前相關國家對於電子商務中資料跨境流通以及資料在地化之立場。首先就資料跨境流通部分，在條文第 2.1 條規定，締約國對於與從事商業相關之資料，包含個人資料之跨境流通、處理或儲存皆不應限制<sup>31</sup>。該條文將允許服務提供者將個人資料在未經同意或未確認資料流入國是否具備足夠保護個人資料之程度時，即可進

<sup>23</sup> Japan–Mongolia EPA, art. 9.10(1).

<sup>24</sup> Japan–Mongolia EPA, art. 9.10(2).

<sup>25</sup> 關於伺服器在地化措施之必要性研究可參考，黃致豪，「論跨境資訊流通與資料保護之兩難與平衡—從 TPP 下的資料當地化議題出發」，國立政治大學國際經營與貿易學系碩士論文，頁 53–83，(2015 年)。

<sup>26</sup> Trans-Pacific Partnership Agreement, art.14.11.2.

<sup>27</sup> Trans-Pacific Partnership Agreement, art.14.11.3.

<sup>28</sup> Trans-Pacific Partnership Agreement, art.14.13.2.

<sup>29</sup> Trans-Pacific Partnership Agreement, art.14.13.3.

<sup>30</sup> Wikileaks leaked *Trade in Services Agreement (TiSA) Annex on Electronic Commerce*, June. 3, 2015, <https://wikileaks.org/tisa/ecommerce/TiSA%20Annex%20on%20Electronic%20Commerce.pdf>.

<sup>31</sup> Wikileaks leaked *TiSA Annex on Electronic Commerce*, art.2.1.



行資料之跨境流通；對於電子商務服務提供者而言，將是非常便利。對於該條之規定，韓國表示極力反對，韓國認為資料跨境流通應獲得資料提供者告知後同意 (informed consent) 且認為該同意之意涵應反映在條文上<sup>32</sup>。由此可知，韓國堅守其國內法框架下對於個人資料保護之立場，在資料跨境流通下應得到告知後同意。

就 TiSA 資料在地化之規範，日本、美國、瑞士於第 9 條提案，規定締約國不得要求服務提供者使用其境內之伺服器、使用其境內之儲存設備或運送設施或其他要求在境內處理或儲存資料之措施<sup>33</sup>。在此提案中，僅有韓國認為在考量其國內電信規章之法規下，對此等在地化條款表示其持保留之態度。從 TiSA 的條文可以觀察，目前對於資料跨境流通的議題各國的立場有所不同，韓國仍是堅持要符合其國內法架構，美國則是倡議連個人資料都應可以自由流通，但在此提案中歐盟並未表示任何立場。

歐盟與美國談判之「跨大西洋貿易與投資伙伴協定 (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)」中，就其於 2015 年 7 月自行公布之電子商務章節談判草案中，未將資料跨境流通以及資料在地化條款納入該章節。可以猜想在歐盟國內對於資料隱私權保障如此高程度下，其不欲將相關內容放入條款中討論之立場。就資料在地化之規範，有論者指出，美國一直認為要求使用在地伺服器或基礎設施是非關稅貿易障礙，亦會影響其正在發展之雲端運算平台<sup>34</sup>，故對此議題持續關注，希望能在 TiSA 中得到突破。亦可以猜想，美國與歐盟在 TTIP 談判時，對於資料跨境流通與資料在地化之議題將會持續有所溝通協調，以求符合本身之要求。

#### 肆、我國個資法之分析

針對個人資料跨境流通之規定，我國於 1995 年通過「電腦處理個人資料保護法」，2010 年經修正後成為「個人資料保護法」，於 2012 年生效。該法第 21 條規定，非公務機關為國際傳輸個人資料時，在個人資料接受國對於個人資料之保護未有完善之法規，致有損當事人權益之虞時，中央目的事業主管機關得限制之。對於接受國包含哪些國家未有定義，僅有由國家通訊傳播委員會在 2012 年 9 月公布之命令中，認為中國大陸為未盡完善保護地區，而禁止之<sup>35</sup>。是以，在

<sup>32</sup> 韓國認為告知後同意之意涵為個人將其個人資料提供給服務提供者時，應有足夠的保障且對於該等資料服務提供者如何使用，得以訴諸法律解決紛爭；Wikileaks leaked TiSA Annex on Electronic Commerce, art. 2.

<sup>33</sup> Wikileaks leaked TiSA Annex on Electronic Commerce, art. 9.

<sup>34</sup> Burcu Kilic & Tamir Israel, *Analysis: Leaked TISA Annex on Electronic Commerce*, <https://wikileaks.org/tisa/eccommerce/05-2015/analysis/Analysis-TiSA-Electronic-Commerce-Annex.pdf> (last visited Oct. 31 2015).

<sup>35</sup> 關於該命令內容之內容可以參考，網址：

[http://www.ncc.gov.tw/chinese/print.aspx?table\\_name=news&site\\_content\\_sn=538&sn\\_f=26302](http://www.ncc.gov.tw/chinese/print.aspx?table_name=news&site_content_sn=538&sn_f=26302) (最後

目前個資法的框架下，對於何謂對個人資料之保護未完善定義不明，亦未有更多行政函令解釋，需個別仰賴中央主管機關依個案認定。從此點出發，我國對於資料跨境流通仍是有一模糊的限制存在，對於此一規範宜採更為清楚之定義，以便於電子商務營運商進行資料跨國傳輸及符合現行 FTA 談判下之對資料跨國流通採取開放之趨勢。

## 伍、結論

從上述之觀察，各國所簽訂或在談判之 FTA 中，對於電子商務專章發展之關注焦點開始轉向注意資料跨境流通以及反資料在地化之措施。我國政府亦鼓勵我國企業應盡力導入電子商務，更致力於跟其他國家洽簽 FTA。但就資料在地化與資料跨境流通這個議題上，仍有一模糊的限制措施。是以，本文建議我國應重新思考此一部分是否應採取與 TPP 或 TiSA 規範之模式，原則上對於資料跨境流通不設限制，僅於有特殊公共政策目的考量時始為限制，且該限制目的與措施應合乎比例原則且明確，便於電子商務發展，提升我國於電子商務國際市場之地位。