กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ : กรณีศึกษาจากมุมมองกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ*

China's Rules on Cross-border Data Transfers : A Case Study from International Economic Law Perspective

อาร์ม ตั้งนิรันดร

Arm Tungnirun

อาจารย์ ดร.

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Lecturer Dr.

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: armtung@gmail.com

(Received: February 12, 2024; Revised: March 12, 2024; Accepted: March 26, 2024)

บทคัดย่อ

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 รัฐบาลจีนได้ยกระดับการควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีน โดยใช้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวดซึ่งหากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด ผู้ส่งออกข้อมูลจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนในการส่งข้อมูลออกนอกประเทศจีน จากการศึกษากรอบความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จีนได้เข้าร่วม ได้แก่ กรอบองค์การการค้าโลก (โดยเฉพาะความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ) และกรอบความตกลง RCEP ตลอดจนกรอบความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จีนได้ยื่นคำขอที่จะเข้าร่วม ได้แก่ ความตกลง CPTPP และความตกลง DEPA พบว่า ความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเหล่านี้ยังไม่สามารถกำกับดูแล

---

* บทความนี้เป็นบทความวิจัยของโครงการวิจัยเรื่อง "กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศจากมุมมองกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ" โดยการสนับสนุนของหน่วยปฏิบัติการวิจัยจีนศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ประเมินบทความที่ไม่เปิดเผยชื่อทั้งสามท่านที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงเนื้อหาของบทความ; อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร เป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำเร็จการศึกษา LL.B. (Peking University), LL.M. (Harvard Law School), JSM (Stanford Law School), JSD (Stanford Law School)

หรือผลักดันให้จีนปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ในการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศให้คลายความเข้มงวดลงได้ สะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างแนวทางของจีนซึ่งให้ความสำคัญกับความมั่นคงและอธิปไตยทางไซเบอร์ของชาติกับแนวทางสากลที่นำโดยสหรัฐอเมริกาซึ่งพยายามส่งเสริมให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างเสรี

คำสำคัญ : การส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดน, การค้าดิจิทัล, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กฎหมายการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์

Abstract

From 2016, China has tightened control over cross-border data flow by implementing strict rules in which entities that meet certain conditions must seek approval from the Cyberspace Administration of China for outbound data transfer. From our research on international economic agreements that China has joined including the WTO framework (especially GATS) and the RCEP or on international economic agreements that China has requested to join including the CPTPP and the DEPA, we found that these agreements are unable to regulate or incentivize China to readjust its stringent domestic policies on cross-border data transfers. This finding points to the divergence between China's approach on cross-border data regulation that puts emphasis on national security and cyber sovereignty and the emergent international approach led by the US that seeks to encourage free flow of data across borders.

Keywords : Cross-border Data Transfer, Digital Trade, International Economic Law, Cybersecurity Law

1. บทนำ

หากกล่าวถึงกฎเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลข้อมูล จะพบว่ามีความแตกต่างระหว่างสามแนวทาง[1] ได้แก่ แนวทางของสหรัฐอเมริกา ซึ่งต้องการให้กฎเกณฑ์เอื้อให้มีการไหลเวียนของข้อมูลอย่างเป็นอิสระ (Free Flow of Data) เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ภาคธุรกิจ แนวทางของสหภาพยุโรป ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์ในการปกป้องข้อมูลและคุ้มครองความเป็นส่วนตัว (Privacy) ให้กับบุคคล และแนวทางของจีน ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์เพื่อความปลอดภัยของข้อมูลเพื่อประโยชน์ของความมั่นคงและอธิปไตยของชาติ โดยในทัศนะของจีนมองว่าความมั่นคงของรัฐและอธิปไตยทางไซเบอร์ (Cyber Sovereignty) เป็นคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการออกกฎเกณฑ์เพื่อกำกับดูแลข้อมูล

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 เป็นต้นมา รัฐบาลจีนได้ยกระดับการควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนอย่างต่อเนื่อง แม้ว่าการกำกับดูแลการเคลื่อนย้ายของข้อมูลอย่างเข้มงวดของจีนจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางจากกลุ่มนักธุรกิจต่างชาติมาโดยตลอด[2] แต่กฎเกณฑ์ล่าสุดของจีนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนซึ่งออกมาในปี ค.ศ. 2022 ยังคงยกระดับความเข้มข้นในการกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนมากยิ่งขึ้นอีก[3]

จากรายงานของ OCED ว่าด้วยแนวทางการดูแลข้อมูลและการเคลื่อนย้ายข้อมูลจากกลุ่มประเทศ G20 ได้จำแนกกฎเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ 1. ไม่มีกฎเกณฑ์ (No Regulation) 2. มีกฎเกณฑ์ติดตามตรวจสอบภายหลัง (Ex-Post Accountability) 3. การส่งหรือโอนข้อมูลแบบมีเงื่อนไขการคุ้มครอง (Flows Conditional on Safeguards) และ 4. การส่งหรือโอนข้อมูลโดยต้องได้รับอนุญาตเป็นการเฉพาะ (Flow Conditional on Ad-Hoc Authorization)[4] จะเห็นได้ว่ารูปแบบที่ 4 เป็นรูปแบบที่มีระดับความเข้มงวดและข้อจำกัดสูงที่สุดต่อการไหลเวียนของข้อมูล และประเทศจีนใช้รูปแบบที่ 4 ในการกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีน

---

[1] Henry S. Gao, “Data Regulation with Chinese Characteristics,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p.245-267, 265.; Yik-Chan Chin and Jingwu Zhao, “Governing Cross-Border Data Flows: International Trade Agreements and Their Limits”, in **Laws**, 11(4), 63 (2022), p.1-22.

[2] British Chamber of Commerce in China, “The Cross-Border Data and Innovation Report 2021,” [online] Available from : https://www.britishchamber.cn/wp-content/uploads/2021/11/BritCham-China-Cross-Border-Data-and-Innovation-Report.pdf. [12 February 2024]

[3] Security Assessment Measures and Guidelines for the Application for Security Assessment for Outbound Data Transfer (First Edition)《数据出境安全评估申报指南（第一版）》(2022)

[4] OECD, “Mapping Approaches to Data and Data Flows: Report for the G20 Digital Economy Task Force, Saudi Arabia (2020),” p.28 [online] Available from : https://www.oecd.org/sti/mapping-approaches-to-data-and-data-flows.pdf. [12 February 2024]

การกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนอย่างเข้มงวดได้สร้างความกังวลให้แก่ธุรกิจต่างชาติในประเทศจีนเนื่องจากการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระนับว่ามีความจำเป็นต่อความสำเร็จของโมเดลธุรกิจหลากหลายประเภท ทั้งในธุรกรรมการค้าสินค้าการค้าบริการแบบดั้งเดิมและธุรกรรมแบบไม่เป็นตัวเงิน (Non-Monetary Transactions) เช่น การโอนข้อมูลภายในบริษัทของบริษัทข้ามชาติ[5] ปัจจุบัน บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ รวมถึงบริษัทขนาดกลางและเล็กที่ทำธุรกิจในจีน (SMEs) จึงต้องแบกรับความเสี่ยงในการทำธุรกิจ หากไม่สามารถปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การกำกับควบคุมข้อมูลที่ส่งออกจากประเทศจีนที่เข้มงวดของรัฐบาลจีนได้

โจทย์ที่งานวิจัยชิ้นนี้มุ่งแสวงหาคำตอบ ได้แก่ กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศมีลักษณะอย่างไร สอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่ คำตอบต่อคำถามเหล่านี้จะช่วยให้เราเข้าใจกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของจีนในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจไทยที่มีการลงทุนและดำเนินธุรกิจในประเทศจีน รวมทั้งทำให้เราสามารถวิเคราะห์ทิศทางพัฒนาการของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ของจีนเมื่อพิจารณาจากพันธกรณีของจีนที่อาจมีขึ้นตามความตกลงทางการค้าที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมเจรจาในช่วงที่ผ่านมา

ในส่วนต่อไปจะเริ่มต้นจากการอธิบายกฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ ซึ่งจากการวิจัยพบว่าจีนใช้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวด ซึ่งหากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด ผู้ส่งออกข้อมูลจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนในการส่งข้อมูลออกนอกประเทศจีน จากนั้นจึงเข้าสู่ประเด็นวิจัยที่สำคัญว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของจีนสอดคล้องหรือละเมิดพันธกรณีของจีนตามกรอบองค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่ โดยจะศึกษากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP) ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy Partnership Agreement: DEPA) บทความปิดท้ายด้วยการสรุปผลการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์ทิศทางพัฒนาการของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ของจีนในอนาคต

---

[5] OECD, WTO and IMF, “Handbook on Measuring Digital Trade (2020),” p.28-30 [online] Available from : https://www.oecd-ilibrary.org/trade/handbook-on-measuring-digital-trade-second-edition_ac99e6d3-en. [12 February 2024]; Joshua P. Meltzer, “China’s Digital Services Trade and Data Governance: How Should the United States Respond?,” [online] Available from : https://www.brookings.edu/articles/chinas-digital-services-trade-and-data-governance-how-should-the-united-states-respond. [12 February 2024]

2. กฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ

หน่วยงานของจีนที่มีบทบาทมากที่สุดในการควบคุมการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศ โดยเป็นผู้กำหนดและบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งหรือโอนข้อมูลออกนอกประเทศจีน คือ สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน (Cyberspace Administration of China: 中华人民共和国国家互联网信息办公室) โดยมาตรา 37 ของกฎหมายการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Cybersecurity Law of the People's Republic of China:《中华人民共和国网络安全法》) และมาตรา 31 ของกฎหมายความปลอดภัยของข้อมูลของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Data Security Law of the People's Republic of China:《中华人民共和国数据安全法》) ให้อำนาจสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน ในการออกกฎเกณฑ์และระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความปลอดภัยของการส่งหรือโอนข้อมูลออกนอกประเทศจีน[6]

ในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีการประเมินดังกล่าว มาตรา 28 ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Personal Information Protection Law of the People's Republic of China:《中华人民共和国个人信息保护法》) ก็ยังให้อำนาจสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน ในการออกมาตรฐานคุ้มครองข้อมูลที่รวมถึงการออกข้อบทมาตรฐานในสัญญาสำหรับการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ (Standard Contractual Clauses for the Cross-Border Transfer of Personal Data: 个人信息出境标准合同办法)[7]

ในอดีต การส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศจากประเทศจีนนั้นสามารถทำได้ยกเว้นมีมาตรการเฉพาะในแต่ละภาคอุตสาหกรรมกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น[8] ต่อมารัฐบาลจีนได้เพิ่มความเข้มงวดในการส่งหรือโอนข้อมูลออกจากประเทศจีนตั้งแต่ปี ค.ศ. 2016 โดยสร้างกลไกการประเมินความปลอดภัยขึ้น[9]

---

[6] Article 37 of Cybersecurity Law of the People's Republic of China《中华人民共和国网络安全法》(2016) and Article 31 of Data Security Law of the People's Republic of China《中华人民共和国数据安全法》(2021)

[7] Article 28 of Personal Information Protection Law of the People's Republic of China《中华人民共和国个人信息保护法》(2021)

[8] ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2018 บริษัทชีวการแพทย์ (biomedical firms) หลายแห่งถูกปรับหลังจากส่งข้อมูลพันธุกรรมของชาวจีนออกไปยังต่างประเทศโดยฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรพันธุศาสตร์มนุษย์ ดู David Cyranoski, "China's Crackdown on Genetics Breaches Could Deter Data Sharing," [online] Available from : https://www.nature.com/articles/d41586-018-07222-2. [12 February 2024]

[9] Fengan Jiang, "China's Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check", in **Asia Pacific Law Review**, 32, 1 (2024), p.81-101, 87.

กลไกการประเมินความปลอดภัยประกอบด้วย 3 ขั้นตอนที่จะต้องใช้พิจารณาว่าจะต้องผ่านการอนุญาตจากสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนก่อนส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศหรือไม่ ได้แก่

ขั้นตอนแรก ต้องพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็น “ข้อมูลสำคัญ” (Critical Data: 重要数据) หรือไม่ ข้อมูลสำคัญ ได้แก่ ข้อมูลที่ “อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศและประโยชน์สาธารณะ หากถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ทำลาย ทำให้รั่วไหล หรือใช้อย่างผิดกฎหมาย”[10] หากเป็นข้อมูลสำคัญจะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน

ขั้นตอนที่สอง ต้องพิจารณาว่าผู้ส่งออกข้อมูลเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ (Critical Information Infrastructure Operators: 关键信息基础设施运营者) หรือไม่

- กรณีที่เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ

หน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ อาจได้แก่ หน่วยงานหรือบริษัทใดที่ดำเนินการเกี่ยวกับอุปกรณ์อำนวยความสะดวกสำคัญสำหรับเครือข่าย (Important Network Facilities: 重要网络设施) ระบบสารสนเทศข้อมูล (Information Systems: 信息系统) และอื่น ๆ ที่อยู่ในภาคธุรกิจกลุ่มเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร พลังงาน การคมนาคม การประปา การเงิน การให้บริการสาธารณะ e-government และเทคโนโลยีการทหาร[11] ผู้กำกับดูแลแต่ละภาคธุรกิจจะออกกฎเกณฑ์เพิ่มเติมที่ระบุโครงสร้างพื้นฐานข้อมูลที่สำคัญ ซึ่งจะเป็นตัวกำหนดในท้ายที่สุดว่าใครจะเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ[12] โดยผลการพิจารณาว่าใครเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศจะถูกส่งไปยังกระทรวงความมั่นคงของประเทศจีน (Ministry of Public Security: 中华人民共和国公安部) เพื่อบันทึกไว้ แต่อาจไม่เปิดเผยต่อสาธารณะอันเนื่องมาจากเหตุผลทางความมั่นคง[13]

---

[10] Para 2.2 of A Guide to Cybersecurity Standard Practices – Guidelines for Classification and Grading of Network Data《网络安全标准 实践指南—网络数据分类分级指引》(2022)

[11] Article 2 of Critical Information Infrastructure Security Protection Regulations《关键信息基础设施安全保护条例》(2021)

[12] Article 9 of Critical Information Infrastructure Security Protection Regulations《关键信息基础设施安全保护条例》(2021)

[13] Fengan Jiang, “China’s Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check,” in **Asia Pacific Law Review**, p.81-101, 86.

หากผู้ส่งออกข้อมูลเป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดมากกว่าบริษัทที่ไม่เป็น กล่าวคือ หน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ จำเป็นต้องจัดเก็บ “ข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลสำคัญ” (Personal Information or Critical Data: 个人信息或者重要数据) ที่ถูกรวบรวมหรือประมวลผลของธุรกิจในประเทศจีนไว้ในประเทศจีนหรือต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนก่อนจึงจะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศได้[14]

- กรณีที่ไม่เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ

หากไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ แต่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มากกว่า 1,000,000 คน ก็ต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพื่อที่จะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศได้[15]

ขั้นตอนที่สาม หากผู้ส่งออกข้อมูล ไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ แต่มีการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลมากกว่า 100,000 คน หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคล (Sensitive Personal Information: 敏感个人信息) มากกว่า 10,000 คน ไปยังต่างประเทศนับตั้งแต่ 1 มกราคมของปีก่อนหน้า หากใช่ก็จะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพื่อที่จะสามารถส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศได้เช่นเดียวกัน[16]

การประเมินความปลอดภัยอาศัยตามมาตรการประเมินความปลอดภัยของการส่งหรือโอนข้อมูลออกจากประเทศจีน (Outbound Data Transfer Security Assessment Measures:《数据出境安全评估办法》) ซึ่งออกมาเมื่อปี ค.ศ. 2022 กระบวนการนี้มีความยากลำบากและเป็นภาระเป็นอย่างมาก กล่าวคือผู้ส่งออกข้อมูลจะต้องประเมินความเสี่ยงของการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศด้วยตนเอง และยื่นเรื่องให้สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซประจำมณฑลมาประเมินความปลอดภัย[17] และสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซประจำมณฑลจะต้องส่งเรื่องให้สำนักงานบริหาร

---

[14] Article 8 of Cybersecurity Law《中华人民共和国网络安全法》(2016) โดยความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปตาม Article 4 of Personal Information Protection Law《中华人民共和国个人信息保护法》(2021) ซึ่งหมายถึงข้อมูลทั้งหมดที่ถูกบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถถูกระบุตัวบุคคลได้ โดยไม่รวมถึงข้อมูลนิรนาม (anonymized data: 匿名化处理后的信息) เมื่อพิจารณาจากแนวทางการระบุข้อมูลสำคัญ ปี ค.ศ. 2022 ในข้อ 2.2 (Para 2.2 of A Guide to Cybersecurity Standard Practices – Guidelines for Classification and Grading of Network Data《网络安全标准实践指南—网络数据分类分级指引》 2022) นิยามของคำว่า “ข้อมูลสำคัญ” นั้นไม่ครอบคลุมความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะเข้าด้วยเงื่อนไขที่กำหนด

[15] Article 4(2) of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

[16] Article 4(3) of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

[17] Article 6 of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

ไซเบอร์สเปซส่วนกลางเข้ามาเป็นผู้ประเมินในเชิงลึก (Substantive Assessments)[18] ซึ่งเป็นกระบวนการที่ต้องใช้ระยะเวลานาน ยกตัวอย่างเช่น สำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซส่วนกลางอาจเชิญหน่วยงานอื่นในคณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องมาเข้าร่วมในกระบวนการประเมินความเสี่ยงในการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ[19] และเมื่อได้ผลประเมิน ว่า “ผ่าน” การประเมินความปลอดภัยแล้ว ผลนี้จะมีอายุเพียง 2 ปีเท่านั้น[20]

สำหรับผู้ส่งออกข้อมูลที่ไม่ได้เป็นหน่วยงานบริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศและที่ไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่จะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัย (กล่าวคือมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลน้อยกว่า 1,000,000 คน และส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศโดยไม่เกินจำนวนตามเงื่อนไขการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลมากกว่า 100,000 คน หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคลมากกว่า 10,000 คน ไปยังต่างประเทศนับตั้งแต่ 1 มกราคมของปีก่อนหน้า) แต่หากผู้ส่งออกข้อมูลดังกล่าวมีการโอนหรือส่งข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ ถึงแม้จะไม่ต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยเพราะไม่ถึงเกณฑ์ก็ตาม แต่กฎหมายจีนยังคงบังคับให้ผู้ส่งออกข้อมูลส่วนบุคคลจะต้อง (1) มีใบรับรองการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล[21] (2) มีข้อบทมาตรฐานในสัญญาสำหรับการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ (Standard Contractual Clauses (SCCs): 标准合同条款)[22]

รายงานปี ค.ศ. 2021 ของหอการค้าอังกฤษในจีน รายงานว่าเกณฑ์ขั้นต่ำตามกฎหมายจีนที่ทำให้หลายบริษัทต้องได้รับการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซก่อนส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศ เป็นอุปสรรคสำคัญของการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดน บริษัทต่างชาติต่างมีความกังวลถึงความไม่แน่นอนของเงื่อนไขและรูปแบบคำขอหรือฟอร์มที่เกี่ยวข้องกับการประเมินความปลอดภัยดังกล่าว[23]

---

[18] Article 7 of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

[19] Article 10 of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

[20] Article 14 of Security Assessment Measures《数据出境安全评估办法》

[21] Practice Guidelines for Cyber Security Standards – Security Certification Specifications for Cross-Border Processing of Personal Information V2.0《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范V2.0》(2022)

[22] Article 38 of Personal Information Protection Law《中华人民共和国个人信息保护法》and Measures on Standard Contracts for the Export of Personal Information《个人信息出境标准合同办法》(2022)

[23] British Chamber of Commerce in China, “The Cross-Border Data and Innovation Report 2021,” [online] Available from : https://www.britishchamber.cn/wp-content/uploads/2021/11/BritCham-China-Cross-Border-Data-and-Innovation-Report.pdf. [12 February 2024]

อนึ่ง มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่าการประเมินโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซจะไม่ถูกบังคับใช้หากมีมาตรการเฉพาะหรือมีความตกลงระหว่างประเทศที่จีนเป็นภาคีสมาชิกได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น[24] ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของจีนได้มีการเปิดช่องไว้เพื่อให้สามารถปรับกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกรอบความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและอาจมีขึ้นจากการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศในอนาคต ในส่วนต่อไปของบทความจะเข้าสู่การสำรวจว่ากฎเกณฑ์ของจีนเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศซึ่งมีความเข้มงวดสูงดังที่ได้อธิบายข้างต้นนั้นสอดคล้องกับพันธกรณีของจีนตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าที่จีนได้เข้าร่วมหรือได้ยื่นคำขอเข้าร่วมหรือไม่

3. กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้อง และการเจรจาภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก

ในระบบองค์การการค้าโลกในปัจจุบัน แม้ว่าจะไม่มีกฎเกณฑ์โดยตรงที่กล่าวถึงการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ แต่นักวิชาการหลายคนมองว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) อาจสามารถนำมาปรับใช้ในการกำกับดูแลการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศได้ในบางกรณี[25] ตัวอย่างเช่น กฎเกณฑ์ของจีนที่กำกับดูแลข้อมูลในทางที่กำหนดมาตรการที่ผู้ให้บริการต่างชาติต้องปฏิบัติตามที่ไม่สมเหตุสมผลหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างชาติ อาจเป็นการละเมิด GATS มาตรา VI[26] และมาตรา XVII[27] นอกจากนั้น กฎเกณฑ์ของจีนในการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศยังอาจเป็นการละเมิด

---

[24] Cybersecurity Law《中华人民共和国网络安全法》(2016) and Article 38 and 40 of Personal Information Protection Law《中华人民共和国个人信息保护法》

[25] Susannah Hodson, "Applying WTO and FTA Discipline to Data Localization Measures", in **World Trade Review**, 18, 4 (2019), p.579-607.; Linxin Dai, "A Survey of Cross-Border Data Transfer Regulations Through the Lens of the International Trade Law Regime", in **New York University Journal of International Law and Politics**, 52 (2019), p.955-966.; Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, "WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda," in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p.83-112.

[26] มาตรา VI:1 วางหลักว่า ในกลุ่มการบริการที่ประเทศสมาชิกได้ผูกพันตามกฎเกณฑ์ (เช่น กฎเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น) ประเทศสมาชิกต้อง "รับรองว่ามาตรการทั้งหมดที่บังคับใช้ทั่วไปที่กระทบต่อการค้าบริการนั้นจะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล (reasonable) ปราศจากอคติ (objective) และเป็นกลาง (impartial)" โปรดดู Article VI:1 of GATS

[27] มาตรา XVII กล่าวถึงหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติต่อต่างชาติในภาคการบริการที่ประเทศสมาชิกได้ผูกพันในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (schedule) โปรดดู Article XVII of GATS

GATS มาตรา XVI หากอยู่ในภาคบริการที่จีนได้เปิดตลาดตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule) ที่จีนได้ให้ไว้[28]

แม้พบว่ามาตรการของจีนในการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศในบางกรณีอาจขัดต่อ GATS มาตรา VI มาตรา XVII หรือมาตรา XVI แต่ก็อาจเข้าข้อยกเว้นของนโยบายสาธารณะภายใต้ GATS มาตรา XIV โดยอ้างเหตุผลของการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ความปลอดภัยทางไซเบอร์ และการคุ้มครองผู้บริโภคออนไลน์[29] ทั้งนี้ ตามแนวทางคำวินิจฉัยในคดี US-Gambling การจะอ้างเหตุผลข้อยกเว้นภายใต้ GATS มาตรา XIV ต้องผ่านบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) กล่าวคือมาตรการพิพาทต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” (Necessary) หรือในทางกลับกัน ต้องพิจารณาว่ายังมีมาตรการทางเลือกอื่นซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติขององค์การการค้าโลก ซึ่งเป็นมาตรการที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผล (Reasonably Available) หรือไม่[30]

ความท้าทายจึงอยู่ที่แนวคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกหากมีข้อพิพาทในเรื่องนี้จะหาจุดสมดุลระหว่างความต้องการให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลอย่างอิสระกับการใช้ดุลพินิจออกนโยบายเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตของประเทศสมาชิกได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีคำตัดสินในกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่ปรับใช้กฎเกณฑ์ของ GATS กับมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศ[31] จึงทำให้การตีความบทบัญญัติของ GATS ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการตีความข้อยกเว้นยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนออกมาให้ศึกษาวิเคราะห์

ทั้งนี้ ยังมีการตั้งข้อสังเกตว่า เนื่องจากกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกเกิดขึ้นในยุคก่อนที่จะมีอินเทอร์เน็ต ทำให้เกิดความไม่แน่นอนหากจะนำเอากฎเกณฑ์ที่ร่างขึ้นในยุคก่อนมีอินเทอร์เน็ตมาใช้เพื่อตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและเทคโนโลยีสารสนเทศในยุค

---

[28] มาตรา XVI วางหลักว่า เว้นแต่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ประเทศสมาชิกจะต้องไม่จำกัดจำนวน ผู้ให้บริการ (number of services suppliers) (มาตรา XVI:2(a)) หรือ จำนวนการให้บริการ (total number of service operations) (มาตรา XVI:2(c)) หรือ จำนวนทั้งหมดของการให้บริการ (total quantity of service output) (มาตรา XVI:2(c)) ที่เข้าสู่ตลาดในแต่ละประเภทสาขาบริการ โปรดดู Article XVI of GATS

[29] มาตรา XIV กล่าวถึงข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) อาทิ ใน (c)(ii) การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่เกี่ยวกับการประมวลผลและเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลและการคุ้มครองรักษาความลับของบันทึกและชื่อผู้ใช้ส่วนบุคคล โปรดดู Article XIV of GATS

[30] Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Para. 307, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (7 April 2005).

[31] Susannah Hodson, “Applying WTO and FTA Discipline to Data Localization Measures”, in **World Trade Review**, p.583.

อินเทอร์เน็ตเช่นในปัจจุบัน[32] ดังที่ Timothy Wu ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายเทคโนโลยีที่มีชื่อเสียงได้เคยให้คำนิยามว่าเป็น “ปัญหาของการตีความจากการเปลี่ยนผ่านทางเทคโนโลยี” (Problem of Interpretative Technological Translation)[33] ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน การปรับใช้กฎเกณฑ์ของ GATS มาใช้กับเทคโนโลยีที่ยังไม่เกิดขึ้นในยุคที่มีการร่างกฎเกณฑ์ GATS จึงมีความท้าทายสูงมากในทางปฏิบัติ

ตัวอย่างปัญหาของการตีความจากการเปลี่ยนผ่านทางเทคโนโลยี เช่น การไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนไม่ได้เป็นเรื่องของการค้าบริการแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นเรื่องของการค้าสินค้าได้ด้วยการแบ่งแยกมาตรการเกี่ยวกับการค้าสินค้าและมาตรการเกี่ยวกับการค้าบริการออกจากกันจึงมีความยากลำบากในกรณีที่การบริการเป็นส่วนหนึ่งของการค้าสินค้า เช่นในเรื่องของ Internet of Things (IoT)[34] นอกจากนั้น การตีความพันธกรณีในตารางข้อผูกพันเฉพาะของประเทศสมาชิกว่าครอบคลุมถึงข้อมูลในประเภทการบริการใดบ้างเป็นเรื่องยาก เนื่องจากข้อมูลบางอย่างอาจเกี่ยวเนื่องกับหลายภาคบริการพร้อมกัน ตามธรรมชาติที่เกี่ยวเนื่องกันหลายเรื่อง (Cross-Cutting Nature) ของการให้บริการทางดิจิทัล ตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องยากที่จะจัดประเภทของเกมออนไลน์ (ในฐานะแพลตฟอร์มรูปแบบใหม่) ว่าอยู่ในประเภทของบริการแบบใด ไม่ว่าจะเป็นคอมพิวเตอร์และการบริการที่เกี่ยวข้อง (Computer and Related Services) หรือการเพิ่มมูลค่าของบริการโทรคมนาคม (Value-Added Telecommunications Services) หรือการให้บริการความบันเทิง (Entertainment) หรือการให้บริการโสตทัศนวัสดุ (Audiovisual Services)[35]

สำหรับข้อเรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องนั้น สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องมาอย่างยาวนานให้มีการบัญญัติกฎเกณฑ์ส่งเสริมการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระและจำกัดมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศ ในทางกลับกันก่อนหน้านี้ไม่ปรากฏว่าจีนมีท่าทีสนใจประเด็นเรื่องนี้ จนกระทั่งเมื่อไม่นานมานี้เองจึงเริ่มเห็นการเคลื่อนไหวของจีนในเรื่องดังกล่าว

---

[32] Mira Burri, “Data Flows and Global Trade Law,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. Mira Burri (Cambridge University Press, 2021), p.11-41, 15.; Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.93

[33] Timothy Wu, “The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering”, in **Chicago Journal of International Law**, 7 (2006), p.263-287, 264.

[34] Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “WTO Law and Cross-Border Data Flows An Unfinished Agenda,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.93

[35] Mira Burri, “The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements”, in **Georgetown Journal of International Law**, 48, 1 (2017), p.413-414.

ในการประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกสมัยสามัญ ครั้งที่ 11 (Eleventh Ministerial Conference) ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2017 จีนปฏิเสธการเข้าร่วมกับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก กว่า 70 ประเทศในการทำแถลงการณ์ร่วมกันเกี่ยวกับการริเริ่มการเจรจาเกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce)[36] อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศเหล่านี้ริเริ่มการเจรจาอีกครั้งในเดือนมกราคม ค.ศ. 2019 จีนได้เปลี่ยนแปลงท่าทีและเข้าร่วมการเจรจา[37] เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2019 จีนได้ส่งสารแจ้งต่อการเจรจาดังกล่าว โดยเน้นย้ำในประเด็นของการค้าสินค้าระหว่างประเทศทางอินเทอร์เน็ต และในขณะเดียวกันก็ได้แสดงความเห็นต่อข้อกังวลของสหรัฐฯ ที่เกี่ยวกับการไหลเวียนข้อมูล การเก็บข้อมูล การปฏิบัติต่อสินค้าดิจิทัล โดยจีนเลือกแยกประเด็นการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศออกมาเป็นการเฉพาะ จีนยอมรับว่าการไหลเวียนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Data Flows) มีความจำเป็นต่อการพัฒนาการค้า[38] อย่างไรก็ดี จีนเลือกที่จะไม่ใช้คำว่า “การไหลเวียนอย่างอิสระของข้อมูล” (Free Flow of Data) ที่เป็นคำที่สหรัฐฯ ใช้อยู่เสมอ[39] แต่เลือกใช้คำว่า “การไหลเวียนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้า” แทน ซึ่งอาจต้องการสื่อว่าจีนไม่มีความประสงค์ที่จะเจรจาเกี่ยวกับการไหลเวียนของข้อมูลทุกประเภท แต่ต้องการเจรจาเพียงประเด็นเรื่องการไหลเวียนของข้อมูลที่ “เกี่ยวข้องกับการค้า” เท่านั้น[40] การสร้างเงื่อนไขการเจรจาของจีนเช่นนี้อาจมีผลได้หลายประการ เช่น สร้างความชอบธรรมให้แก่จีนในการตั้งข้อจำกัดข้อมูลในประเภทสาขาบริการที่จีนยังไม่มีพันธกรณี หรือแม้แต่สร้างความชอบธรรมในการตั้งข้อจำกัดในสิ่งที่จีนผูกพันอยู่แล้วตามพันธกรณีในปัจจุบัน แต่ให้บริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (จึงไม่ใช่การค้า) เช่น การให้บริการเครื่องมือสืบค้นข้อมูล (Search Engine) โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายของกูเกิล[41]

---

[36] WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, Ministerial Conference, 11th Session, Buenos Aires, 10–13 December 2017, WT/MIN(17)/ST/60 (2017).

[37] Leika Kihara, “DAVOS – Nearly Half WTO Members Agree to Talks on New E-Commerce Rules,” [online] Available from : https://www.reuters.com/article/davos-meeting-ecommerce-idUSL3N1ZP329. [12 February 2024]

[38] WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, Communication from China, 24 April 2019, INF/ECOM/19.

[39] โปรดดูเอกสาร WTO ที่กล่าวถึง ‘free flow of information’ อาทิ Work Programme on Electronic Commerce, Non-Paper from the United States, JOB/GC/94 (2016) ใน Para 2.3 และ INF/ECOM/5 ใน Section 2

[40] Henry S. Gao, “Data Regulation with Chinese Characteristics,” in **Big Data and Global Trade Law**, ed. M. Burri, p.264-265.

[41] Ibid.

นอกจากนั้น จีนยังให้น้ำหนักว่าประเทศสมาชิกมี “สิทธิอันชอบธรรมที่จะออกมาตรการใด ๆ เพื่อที่จะทำตามเป้าหมายนโยบายสาธารณะของตนที่สมเหตุสมผล” (Legitimate Right to Adopt Regulatory Measures in Order to Achieve Reasonable Public Policy Objectives)[42] การเลือกใช้คำเช่นนี้ทำให้ชวนนึกถึงการเจรจาการค้าในอดีตที่เรียกร้องให้มี “พื้นที่ทางนโยบาย” (Policy Space) ซึ่งเป็นการสร้างความชอบธรรมในการปฏิบัติที่เป็นพิเศษและแตกต่างโดยอ้างข้อยกเว้นต่าง ๆ[43]

กล่าวโดยสรุป GATS ได้วางหลักการป้องกันมาตรการที่กีดกันการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศและการจัดเก็บข้อมูล โดยเฉพาะมาตรการที่เลือกปฏิบัติและส่งผลกระทบต่อต่างชาติ อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์ของ GATS ก็ยังคงไม่เพียงพอเนื่องจากยังมีการใช้เกณฑ์แบ่งแยกรูปแบบการค้าบริการ (Modes of Supply) และการจัดประเภทสาขาบริการ (Service Sectors) ที่ล้าสมัยและไม่สามารถจัดการกับมาตรการบังคับให้ต้องเก็บข้อมูลไว้ในประเทศที่อาจเป็นการบิดเบือนทางการค้า แต่ไม่ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และกฎเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด (Market Access) ได้ รวมทั้งยังมีความไม่แน่นอนสูงในการตีความบทบัญญัติเหล่านี้ตลอดจนการตีความข้อยกเว้นตาม GATS มาตรา XIV เนื่องจากการขาดแนวคำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจริง ขณะเดียวกันที่ผ่านมาก็มีความพยายามผลักดันการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกในเรื่องดังกล่าว โดยจีนเองก็ได้เริ่มเข้ามาเคลื่อนไหวในประเด็นเหล่านี้ด้วยท่าทีระมัดระวังจนปัจจุบันก็ยังไม่มีความคืบหน้าในการเจรจาเรื่องดังกล่าวให้เกิดผลเป็นรูปธรรมภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก

4. กฎเกณฑ์ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (RCEP) ที่เกี่ยวข้อง

แม้ในข้อตกลงการค้าเสรีของจีนบางฉบับ เช่น ข้อตกลงการค้าระหว่างจีนและเกาหลีใต้ (China-Korea FTA) ข้อตกลงการค้าระหว่างจีนและออสเตรเลีย (China-Australia FTA) จะมีบท (Chapter) ที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) แต่ไม่พบว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้า สำหรับความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกของจีนที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าคือ ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022

---

[42] Ibid.

[43] Ibid.

ประกอบไปด้วยประเทศสมาชิก 15 ประเทศ ได้แก่ 10 ชาติสมาชิกอาเซียน และ 5 ประเทศคู่เจรจา (ได้แก่ จีน ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์) โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าอยู่ในบท (Chapter) ที่ 12 เรื่องการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce)

มาตรา 12.15(2) ของ RCEP ได้ห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศโดยผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ หากการส่งหรือโอนข้อมูลดังกล่าวเป็นไปเพื่อการดำเนินธุรกิจของบุคคล[44]

มาตรา 12.15(3) ได้ระบุข้อยกเว้น ในกรณีที่เป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม (โดยมาตรการนั้นต้องไม่ใช้ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง) หรือมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคง[45] และยังมีระบุอย่างชัดเจนใน Footnote 14 ว่า “ในความหมายของวรรคนี้ ประเทศสมาชิกยืนยันว่า ความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมนั้นจะเป็นดุลพินิจของประเทศสมาชิกผู้บังคับใช้มาตรการนั้น” ดังนั้น จาก Footnote 14 เท่ากับอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เอง ซึ่งหมายความว่า ภายใต้มาตรา 12.15(3) ไม่มีบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test)

จะเห็นว่า เงื่อนไขหลักในกรณีที่เป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมก็คือเงื่อนไขว่าต้องไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งคล้ายกับบททดสอบของบทนำ (Chapeau) ของ GATS มาตรา XIV และ GATT มาตรา XX กล่าวคือ การห้ามไม่ให้ใช้มาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม หากมาตรการนั้นใช้ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง[46] ดังนั้น ข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศของจีนจะไม่ละเมิดข้อตกลง RCEP หากจีนมองว่าเป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม ตราบเท่าที่จีนปฏิบัติต่อบริษัทจีนและบริษัทต่างชาติอย่างเท่าเทียมกัน แต่ถึงแม้หากข้อเท็จจริงเป็นว่ากระบวนการประเมินความปลอดภัยของสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีนจะมีเหตุผลของการคุ้มครองการบริการภายในประเทศก็ตาม ก็ยังคงสามารถใช้บังคับได้ เนื่องจากจีนยังสามารถอ้างข้อยกเว้นว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคงได้

---

[44] Article 12.15(2) of RCEP

[45] Article 12.15(3) of RCEP

[46] Article 12.15(3)(a) of RCEP

กล่าวโดยสรุป กฎเกณฑ์ของ RCEP ตามมาตรา 12.15(2) ยากที่จะบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากมีข้อยกเว้นตามมาตรา 12.15(3) ทั้งต่อกรณีที่เป็นมาตรการที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม (โดยมาตรการนั้นต้องไม่ใช้ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมหรือเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง) หรือมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคง รวมทั้ง Footnote 14 ยังอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เองอีกด้วย

5. กฎเกณฑ์ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP) ที่เกี่ยวข้อง

ความตกลงแบบครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ประกอบด้วยประเทศสมาชิก 11 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย บรูไน แคนาดา ชิลี ญี่ปุ่น มาเลเซีย เม็กซิโก นิวซีแลนด์ เปรู สิงคโปร์ และเวียดนาม โดยจีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมการเจรจาเพื่อเป็นสมาชิกในความตกลงอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2021

มาตรา 14.11(2) ของความตกลง CPTPP ห้ามประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศสำหรับวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจ แม้ว่าความตกลง CPTPP จะอนุญาตให้ประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศ ในการดำเนินการให้วัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมให้สัมฤทธิ์ผล (to Achieve a Legitimate Public Policy Objective)[47] แต่ความแตกต่างจากข้อยกเว้นของ RCEP คือการใช้เหตุผลของการปกป้องผลประโยชน์สำคัญในเรื่องความมั่นคงนั้นจะต้องผ่านกฎเกณฑ์การพิจารณาที่เข้มงวด โดยมีเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติและบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test)[48] กล่าวคือห้ามการออกข้อจำกัดในการส่งหรือโอนข้อมูลที่เกินความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบาย (Restrictions on Transfers of Information Greater than are Required to Achieve the Objective)[49]

หากปรับใช้ในกรณีของจีน จีนอาจต้องอธิบายให้ได้ว่าเพราะเหตุใดจึงตั้งเกณฑ์ขั้นต่ำที่ง่ายเกินไปที่จะถูกบังคับให้เข้าสู่กระบวนการประเมินความปลอดภัยโดยสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซ

---

[47] Article 14.11(3) of CPTPP

[48] Shin-yi Peng and Han-wei Liu, “The Legality of Data Residency Requirements: How Can the Trans-Pacific Partnership Help”, in **Journal of World Trade**, 51, 2 (2017), p.195-197.

[49] Article 14.11(3)(b) of CPTPP

แห่งชาติจีน หรือต้องอธิบายกระบวนการประเมินที่ยุ่งยากและสร้างภาระว่าเกินความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องความมั่นคง (National Security) หรือไม่อย่างไร และยังจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าไม่มีวิธีการอื่นที่สร้างข้อจำกัดน้อยกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายได้[50]

จะเห็นได้ว่า ความตกลง CPTPP เป็นกฎเกณฑ์ที่มีมาตรฐานสูงกว่าความตกลงทางการค้าฉบับอื่น ๆ และมีความเป็นไปได้สูงที่หากจีนเข้าร่วม CPTPP กฎเกณฑ์อันเข้มงวดของจีนในเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศจะถูกตั้งคำถามว่าละเมิดมาตรา 14.11(2) ของความตกลง CPTPP เนื่องจากมาตรการที่เข้มงวดของจีนอาจเกินความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ยังไม่มีความคืบหน้าเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเจรจาเข้าร่วมความตกลง CPTPP ของจีน และมีข้อกังขาอย่างแพร่หลายในสื่อตะวันตกว่าจีนจะสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์ของตนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่สูงในเรื่องการกำกับดูแลข้อมูลข้ามพรมแดนของความตกลง CPTPP หรือไม่ เพื่อให้ประเทศสมาชิกยอมรับ[51]

6. กฎเกณฑ์ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (DEPA) ที่เกี่ยวข้อง

อีกหนึ่งความตกลงที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมและมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้าคือ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy Partnership Agreement: DEPA) ซึ่งเป็นความตกลงระดับภูมิภาคที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจดิจิทัล เริ่มใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 2021 มีประเทศสมาชิกคือ ชิลี นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วมในปีเดียวกัน[52] และในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2022 ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับการภาคยานุวัติ (Accession) ของจีน[53]

---

[50] Alex He, “Trade Deals Might Induce Beijing to Bend on Data Restrictions,” [online] Available from : https://www.cigionline.org/articles/trade-deals-might-induce-beijing-to-bend-on-data-restrictions. [12 February 2024]

[51] Maria A. Carrai, “Can China Succeed in Joining the CPTPP?,” [online] Available from : https://www.hinrichfoundation.com/research/wp/ftas/china-cptpp-comprehensive-and-progressive-trans-pacific-partnership. [12 February 2024]

[52] Ministry of Commerce, People’s Republic of China, “China Has Submitted an Official Application to Join the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA),” [online] Available from : http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202111/20211103214781.shtml. [12 February 2024]

[53] Xinhua, “Commerce Ministry: China Advancing Negotiations on Joining DEPA,” [online] Available from : https://english.www.gov.cn/statecouncil/ministries/202208/23/content_WS6304085dc6d02e533532f955.html. [12 February 2024]

มาตรา 4.3 ของ DEPA กำหนดให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกรับรองให้มีการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างอิสระสำหรับการค้า โดย DEPA อนุญาตให้ประเทศสมาชิกตั้งข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนได้สำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะอันชอบธรรม อย่างไรก็ดี การตั้งข้อจำกัดเช่นนี้จะต้องผ่านเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติและบททดสอบเรื่องความจำเป็นเช่นเดียวกับความตกลง CPTPP[54]

อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างระหว่างความตกลง CPTPP กับความตกลง DEPA ในเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว กล่าวคือ ในภาคผนวก 1 ของความตกลง DEPA ระบุชัดเจนว่า กฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 “ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลงนี้”[55] รวมถึงมาตรา 14A.1 ก็ย้ำว่ากฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 ไม่อยู่ในขอบเขตการระงับข้อพิพาทของความตกลง DEPA ทั้งการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)[56]

ในปัจจุบัน ยังไม่มีความคืบหน้าเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเจรจาเข้าร่วมความตกลง DEPA ของจีน ส่วนหากในกรณีที่จีนเข้าร่วม DEPA เรียบร้อยในอนาคต การจะบังคับให้จีนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ย่อมต้องคาดหวังจากความพยายามของจีนเองในการรักษาชื่อเสียงจากการเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง DEPA ตลอดจนแรงกดดันจากประเทศสมาชิกที่จะกดดันให้จีนปฏิบัติตามตามกฎเกณฑ์ในการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนโดยสุจริต (In Good Faith)[57] แต่ไม่สามารถหวังที่จะพึ่งพากลไกระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นกลไกการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ตามกรอบของ DEPA ได้

7. บทสรุป

ในประเด็นเรื่องการกำกับดูแลข้อมูลข้ามพรมแดน สหรัฐอเมริกาต้องการส่งเสริมการไหลเวียนอย่างอิสระของข้อมูล ดังจะเห็นได้จากความพยายามของสหรัฐอเมริกาที่ผ่านมาในการผลักดันการปฏิรูปกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกในประเด็นดังกล่าว ในขณะที่จีนนั้นจะมีทัศนะที่แตกต่างโดยมองว่ากฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศมีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคงและอธิปไตยทางไซเบอร์ของชาติ และมีจุดยืนในเชิงอนุรักษ์นิยมและระมัดระวังในการเจรจาในประเด็น

---

[54] Article 4.3(3) of DEPA

[55] Annex I of DEPA

[56] Article 14A.1 of DEPA

[57] Fengan Jiang, “China’s Legal Efforts to Facilitate Cross-border Data Transfers: A Comprehensive Reality Check”, in **Asia Pacific Law Review**, p.100.

ดังกล่าวมาโดยตลอดในการเจรจาตามกรอบขององค์การการค้าโลก จุดยืนของจีนในเรื่องดังกล่าวในเวทีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายภายในของจีนเองในเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศที่นับได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดสูง ตัวอย่างเช่นการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวของบุคคลมากกว่า 10,000 คน ไปต่างประเทศต่อปี ซึ่งจีนมองว่าเข้าข่ายเป็นอันตรายต่อความมั่นคง และจำเป็นต้องถูกประเมินความปลอดภัย

จากงานวิจัย สามารถสรุปได้ว่า ความตกลง GATS ในกรอบขององค์การการค้าโลก แม้จะมีกฎเกณฑ์ที่อาจนำมาปรับใช้ได้ในบางกรณี แต่ในปัจจุบัน ยังไม่มีคำตัดสินผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่ปรับใช้กฎเกณฑ์ของความตกลง GATS ในประเด็นเรื่องมาตรการจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดน จึงทำให้ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการตีความบทบัญญัติเหล่านี้ นอกจากนั้น ยังมีการตั้งข้อสังเกตถึงข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้นจากการนำเอากฎเกณฑ์ที่ร่างขึ้นในยุคก่อนมีอินเทอร์เน็ตมาใช้เพื่อตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและเทคโนโลยีสารสนเทศในยุคอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

สำหรับความตกลง RCEP ที่จีนได้เข้าร่วมและมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022 ซึ่งถึงแม้ในความตกลง RCEP จะมีกฎเกณฑ์โดยตรงเกี่ยวกับเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลไปต่างประเทศเพื่อจุดประสงค์ทางการค้า แต่ความตกลง RCEP อนุญาตให้ประเทศสมาชิกตัดสินความจำเป็นของการบังคับตามนโยบายสาธารณะอันชอบธรรมได้เอง ทำให้ไม่มีบททดสอบเรื่องความจำเป็น (Necessity Test) จึงทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวยากที่จะบังคับใช้ได้จริงกับกรณีข้อจำกัดการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศของจีน

สำหรับอีกสองความตกลงที่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจีนยังไม่ได้เข้าร่วม แต่ได้ยื่นคำขอเข้าร่วม ได้แก่ ความตกลง CPTPP และความตกลง DEPA โดยสำหรับความตกลง CPTPP นั้น จากการศึกษาวิจัยพบว่า มีกฎเกณฑ์การพิจารณาที่เข้มงวดที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับความตกลงอื่น ๆ ซึ่งเกณฑ์ของจีนที่ต่ำมากที่จะนำไปสู่การประเมินความปลอดภัยของสำนักงานบริหารไซเบอร์สเปซแห่งชาติจีน และกระบวนการประเมินที่สร้างภาระสูงต่อธุรกิจมีโอกาสสูงที่จะละเมิดกฎเกณฑ์ตามความตกลง CPTPP ดังนั้น หากจีนต้องการเข้าร่วมความตกลง CPTPP จริงย่อมจำเป็นที่ต้องปฏิรูปกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้มีความยืดหยุ่นและผ่อนคลายความเข้มงวดลง อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อกังขาอย่างแพร่หลายว่าจีนจะสามารถปรับปรุงกฎเกณฑ์ภายในของตนให้สอดคล้องกับความตกลง CPTPP ได้จริงหรือไม่ ส่วนความตกลง DEPA นั้น แม้ในบทบัญญัติจะมีมาตรฐานในเรื่องดังกล่าวใกล้เคียงกับความตกลง CPTPP แต่กฎเกณฑ์เรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลข้ามพรมแดนตามมาตรา 4.3 ของความตกลง DEPA ไม่อยู่ในขอบเขตการระงับข้อพิพาทตามกรอบ

ความตกลง DEPA ทั้งการประนีประนอม (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ทำให้ยากที่จะสามารถบังคับใช้ต่อจีนได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ

ข้อสรุปจากการวิจัยจึงพบว่าในปัจจุบัน เรายังไม่เห็นแนวโน้มของการโน้มเข้าหากัน (Convergence) ระหว่างกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดของจีนกับมาตรฐานสากลในการส่งเสริมการไหลเวียนของข้อมูลข้ามพรมแดนอย่างเป็นอิสระ จะเห็นได้ว่าความตกลงทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในปัจจุบันทั้งที่จีนได้เข้าร่วมและที่จีนได้ยื่นคำขอเข้าร่วม ยังไม่สามารถผลักดันให้จีนปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้คลายความเข้มงวดลงได้ ทั้งหมดนี้ย่อมส่งผลต่อบริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในจีนที่จะต้องปรับตัวเข้ากับกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดของจีนในปัจจุบันให้ได้ โดยยังไม่เห็นแนวโน้มในอนาคตอันใกล้ที่จะมีการเปลี่ยนแปลงจุดยืนของจีนในประเด็นการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศ