

試析中國銀行業資訊技術規範可能引發的貿易問題

陳俐伶

中國銀行業監督管理委員會(以下簡稱銀監會)於去(2014)年9月發布《關於應用安全可控資訊技術加強銀行業網路安全和資訊化建設的指導意見》¹(以下簡稱指導意見),目的係提升銀行業網路安全保障能力,並且為了落實該《指導意見》之內容,又於同年12月發布《銀行業應用安全可控資訊技術推進指南(2014-2015年度)》(以下簡稱推進指南)以及其相關附件等規範²。

然而,中國此一系列之措施引起相關外國企業及合資企業的高度關注,尤其引起提供相關資訊技術的外國科技企業之恐慌。甚至有論者指出,對於在中國之外國企業,可能因其提供的技術、產品和服務不符合所謂的「安全可控資訊技術」,而存在逐步退出中國市場的潛在風險³。

而美國於今(2015)年3月26日在與貿易相關的投資措施(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs)委員會中關切中國此一措施⁴,雖然未對中國提高網路安全性的權利提出質疑,但認為此措施將嚴重限制中國銀行業使用外國的資訊技術產品、服務和技術,同時認為可能使中國的設備和軟體供應商在競爭中獲得相對優勢,阻礙外國供應商參與市場競爭⁵。是故美國認為中國頒布的措施涉嫌違反關稅暨貿易總協定(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)中的國民待遇原則、構成 TRIMs 協定中所禁止的自製率要求(local content requirement),並違反了中國在加入世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)時作出的「所有國有企業和國家投資企業完全基於商業考

¹ 中國銀行業監督管理委員會,關於應用安全可控資訊技術加強銀行業網路安全和資訊化建設的指導意見,2014年9月3日,網址:

http://www.cbrc.gov.cn/govView_EE29BABB27EB4E51A4343517691438F9.html(最後瀏覽日:2015年5月1日)。

² 中國銀行業監督管理委員會,銀行業應用安全可控資訊技術推進指南(2014-2015年度),2014年12月26日。

³ 陳勝、韓敏,銀行業317號文引發震動,2015年3月9日,網址:

<http://www.chinalawinsight.com/2015/03/articles/dispute-resolution/%E9%93%B6%E8%A1%8C%E4%B8%9A317%E5%8F%B7%E6%96%87%E5%BC%95%E5%8F%91%E9%9C%87%E5%8A%A8/>(最後瀏覽日:2015年5月1日)。

⁴ Tom Miles, *U.S. questions China at WTO on banking technology restrictions*, REUTERS, Mar. 26, 2015, available at

<http://www.reuters.com/article/2015/03/26/us-china-tech-usa-idUSKBN0MM26320150326> (last visited May 1, 2015).

⁵ China— Local Content Requirement for Purchases of Technology by the Banking Sector, Questions from the United States, G/TRIMS/W/150 (Mar. 26, 2015).

量進行採購」的承諾⁶。

除了美國以外，歐盟及日本等國也高度關切此爭議之發展，雖然中國在各界輿論壓力下已於今年 4 月宣布暫停此措施之實施⁷，但不排除未來繼續實行，因此，本文認為仍有必要分析此一措施究竟可能引起何等貿易問題，以致多個國家紛紛對中國施加壓力。本文將分為三大部分，首先介紹中國此一措施之內容，並將重點放在引起爭議之規定；再者，探討此措施究竟可能違反何種 WTO 規定；最後，作一結論。

措施介紹

中國為了提升銀行業網路安全保障和資訊化建設水準，以及推動銀行業改革轉型，並促進戰略新興產業發展，頒布《指導意見》及《推進指南》，旨在落實「安全可控資訊技術」在銀行業之應用，以防範銀行業資訊科技風險⁸。

為了上述目的，《指導意見》規定中國境內依法設立之銀行業金融機構必須遵守其規範，即從 2015 年起，各銀行業及金融機構對安全可控資訊技術的應用以不低於 15% 的比例逐年增加，直至 2019 年達到不低於 75%。而安全可控資訊技術是指能夠滿足銀行業資訊安全需求，且技術風險、外包風險和供應鏈風險可控的資訊技術⁹。但 12 月所公布的《推進指南》附件《銀行業資訊技術資產分類目錄和安全可控指標》（以下簡稱目錄）進一步修正措施的內容，並且訂出更細部的規定，其將資訊技術產品和服務分為了 10 項大類別和 60 餘項次類別，每一類產品或服務均有相對應的「安全可控要求」，且符合安全可控要求之規定比例依產品或服務別而不同。以防火牆為例，其符合安全可控要求之比例為 100%。換言之，資訊技術產品僅在符合其在《目錄》中對應的安全可控要求之下，始得被視為安全可控資訊技術。

然而其中對部分技術設備，如無線區域網路（Wireless Local Area Networks, WLAN）、防火牆等，即要求必須擁有「自主知識產權」（知識產權即我國所謂之智慧財產權）¹⁰。根據該附件之定義，自主知識產權係指中國公民、企業法人或非法人機構具有獨立支配權或相對控制權的知識產權，即合法擁有知識產權及獨立行使的權利，或知識產權並未專屬，但得長期行使權利，且可以沒有任何限制

⁶ *Id.*

⁷ Gerry Shih, *China suspends bank-technology rules that sparked backlash*, REUTERS, Apr. 17, 2015, available at <http://www.reuters.com/article/2015/04/17/us-china-bank-rules-idUSKBN0N807E20150417> (last visited May 1, 2015).

⁸ 中國銀行業監督管理委員會，前揭註 1。

⁹ 中國銀行業監督管理委員會，同上註。

¹⁰ 中國銀行業監督管理委員會，銀行業資訊技術資產分類目錄和安全可控指標，2014 年 12 月 26 日。

地實施基於該知識產權的集成創新¹¹和引進消化吸收再創新¹²。

此外，附件要求大部分產品或服務的技術提供者在中國境內擁有技術研發與服務中心，還要求部分資訊技術產品的原始程式碼 (source code) 必須交銀監會信科部備案¹³。

可能引發的貿易問題

(一) 國民待遇原則

針對被要求必須擁有自主知識產權之技術設備而言，擁有自主知識產權之技術設備始可被視為一項安全可控資訊技術，並且自 2015 年起使用該技術之比例不得低於 15%。因此，美國認為該規定可能使中國的設備和軟體供應商在競爭中獲得優勢，而違反 GATT 或服務貿易總協定 (General Agreement in Trade on Services, GATS) 之國民待遇原則¹⁴，因此以下將檢視中國此一措施是否可能違反該規定。

1.GATT 國民待遇原則

GATT 第 3.4 條國民待遇原則規定¹⁵：「任何締約國領域之產品被輸入於任何其他締約國領域者，就影響產品之內地銷售、推銷、購買、運輸、經銷或使用之法律、規章及要求，應被賦予不低於原產於國內同類產品所享受之待遇。」換言之，國民待遇係指賦予進口產品與本國產品相同之待遇，亦即，一旦進口產品業經通關放行，進入國內市場之後，不得對該產品課以額外的負擔，而係應對其授予與國內產品相同之待遇¹⁶。

實務上，在判斷是否有違反 GATT 第 3.4 條時，需檢驗以下三要件¹⁷：一、進口產品與本國產品是否為同類產品 (like product)；二、系爭措施是否為影響

¹¹ 此指通過對各種現有技術的有效集成，形成有市場競爭力的產品或者新興產業。

¹² 此指在引進國內外先進技術的基礎上，學習、分析、借鑒，進行再創新，形成具有自主知識產權的新技術。引進消化吸收再創新是提高自主創新能力的重要途徑。發展中國家通過向發達國家直接引進先進技術，尤其是通過利用外商直接投資方式獲得國外先進技術，經過消化吸收實現自主創新，不僅大大縮短了創新時間，而且降低了創新風險。

¹³ 中國銀行業監督管理委員會，前揭註 10。

¹⁴ 2015 Section 1377 Review on Compliance with Telecommunications Trade Agreements, USTR, Mar. 2015, available at https://ustr.gov/sites/default/files/2015-Section-1377-Report_FINAL.pdf (last visited May 25, 2015).

¹⁵ General Agreement on Tariffs and Trade, art. 3.4: “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use...”

¹⁶ 林彩瑜，WTO 制度與實務，頁 121，2013 年。

¹⁷ 林彩瑜，同上註，頁 129。

該產品內地銷售、推銷、購買或使用之法律、規章或要求；三、進口產品所受待遇是否低於本國同類產品。

首先，判斷進口產品與本國產品是否為同類產品。自 GATT 時代起，在國民待遇案件中對同類產品之認定以產品之物理特性、產品之最終用途、消費者之喜好與習慣，以及產品關稅分類項目作為認定要素。就中國所頒布之措施而論，系爭產品為在銀行業金融機構中所使用之資訊技術設備，由上述所列之認定要素判斷，或許能直接斷言進口產品與本國產品屬於同類產品，因為該產品不因來源國不同而有所差異。但是，系爭產品尚涉及「自主知識產權」，是否擁有自主知識產權之資訊技術設備與未擁有自主知識產權之產品為同類產品？雖然《目錄》已針對自主知識產權做出定義，但仍有些疑義尚未釐清，究竟認定自主知識產權之標準為何？以該產品之程式碼由中國公民所撰寫之比例多寡判斷？還是以該程式碼是否在中國境內所撰寫來判斷？抑或以該產品程式碼之知識產權是否在中國所註冊為斷¹⁸？綜上所述，由於目前對自主知識產權之意義仍有疑問，對於「有自主知識產權」及「無自主知識產權」之產品是否為同類產品之判斷尚不得而知。

若假設進口產品與本國產品為同類產品，則接著檢視系爭措施是否為影響該產品內地銷售、推銷、購買或使用之法律、規章或要求。早期 GATT 時代之爭端解決小組指出，GATT 第 3.4 條之文字係使用「影響」(affecting)，而非「規範」(governing)之用語，隱含著條文草擬者不但有意將該條規定適用於直接「規範」銷售或購買條件之法律及規章，亦包括任何可能對國內產品與進口產品之「競爭條件」有不利改變 (adversely modify the conditions of competition) 之法律或規章¹⁹。是故，可能改變競爭條件之所有措施，均可能落入 GATT 第 3.4 條之適用範圍²⁰，對此，印度汽車案 (India—Autos) 之小組也採同一見解²¹。對中國境內之銀行業金融機構而言，其部分所使用之技術設備，根據系爭措施必須使用擁有自主知識產權之技術設備，而一般認為中國製或中國品牌之技術設備較可能擁有自主知識產權而符合規定，亦即系爭措施可能大幅提高中國境內之銀行業金融機構對於中國技術設備的需求，進而改變進口技術設備之競爭條件，勢必影響該產品於內地之銷售、推銷、購買。此外，中國此一措施雖名為指導意見及推進指南，但是仍有強制性而屬於規章或要求，因此系爭措施落入 GATT 第 3.4 條所規範之範圍。

最後，須判斷進口產品所受待遇是否低於本國同類產品，根據早期 GATT

¹⁸ China—Local Content Requirement for Purchases of Technology by the Banking Sector, *supra* note 5.

¹⁹ GATT Panel Report, *Italian—Discrimination against Imported Agricultural Machinery*, ¶ 12, L/833—7S/60 (Oct. 23, 1958).

²⁰ 林彩瑜，前揭註 16，頁 130-131。

²¹ Panel Report, *India—Measures Affecting the Automotive Sector*, ¶¶ 7.195-7.198, WT/DS146/R (Dec. 21, 2001).

時代之爭端解決小組之見解，是由進口產品是否享有「有效的平等競爭機會」(effective equality of opportunity)判斷²²，美國肉品原產地標示案(US-COOL)之履行審查小組亦援用之²³。系爭措施要求大部分所使用之技術設備必須擁有自主智慧財產權，中國境內之銀行業金融機構可能較傾向購買中國產之技術設備而不會購買進口技術設備，否則其所使用之技術設備將可能被視為不符安全可控要求，而非一項安全可控資訊技術。因此，進口技術設備並不享有有效的平等競爭機會，而受到低於本國同類產品之待遇。

然而，中國此一措施是否可能違反 GATT 第 3.4 條國民待遇原則，仍必須待中國進一步釐清自主知識產權之定義而進一步決定否該當同類產品之要件始得判斷之。

2.GATS 國民待遇原則

GATS 第 17 條第 1 項規定²⁴：「對承諾表上所列之行業，及依照表上所陳述之條件及資格，就有關影響服務供給之所有措施，會員給予其他會員之服務或服務提供者之待遇，不得低於其給予本國同類服務或服務提供者之待遇。」GATS 第 17 條第 1 項的附註中規定²⁵，依本條規定所為之特定承諾，不得解釋為要求會員對服務提供者本身或其提供相關服務之特殊性質，所引發之內在競爭劣勢予以補償。故符合國民待遇之要件有三²⁶：第一，須在所承諾表所列的範圍及限制內，第二，同類服務與服務提供者，第三，對於他國服務或服務提供者之待遇不低於對於本國服務或服務提供者之待遇。

在中國視聽產品案 (China-Publications and Audiovisual Products) 中，小組指出，會員國可以在特定承諾表上限制授予服務的市場進入或國民待遇原則程度，只要在特定承諾表上加註限制即可，而該承諾內容亦屬會員國所承諾的義務。而限制措施包含特定承諾表下所設定的條件或資格限制以及水平承諾²⁷。而中國在其承諾表中承諾開放電腦及相關服務業，於國民待遇欄中，僅對於服務提供模式四 (自然人呈現) 承諾：「具有證照之工程師，或具相關領域之學士 (或以上)

²² GATT Panel Report, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, ¶ 5.11, L/6439-36S/345 (Nov. 7, 1989).

²³ Panel Report, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, ¶¶ 7.641-7.642, WT/DS384/RW, WT/DS386/RW (Oct. 20, 2014).

²⁴ General Agreement in Trade on Services, art. 17.1: “In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.”

²⁵ General Agreement in Trade on Services, footnote 10: “Specific commitments assumed under this Article shall not be construed to require any Member to compensate for any inherent competitive disadvantages which result from the foreign character of the relevant services or service suppliers.”

²⁶ Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶ 7.944, WT/DS363/R (Aug. 12, 2009).

²⁷ *Id.* ¶ 7.950.

學位及 3 年相關工作經驗者」外，未做出其他任何限制²⁸。

至於外國服務、服務提供者與中國服務、服務提供者，是否屬於同類服務、服務提供者？本文認為從提供銀行業資訊技術服務的特性以及本質觀之，兩者應無不同。此外，《目錄》僅針對產品做出自主知識產權之要求，對於服務並無此規定，僅要求服務提供者所使用的服務工具需安全可控，但這應不會影響是否為同類服務與服務提供者之判斷。

而在中國視聽產品案中，在判斷「競爭條件」上是否遭受有較低的待遇時，以這些相同或不同的待遇是否造成服務或服務提供者與類似的服務提供者相比較時，處於不利的競爭環境判斷之²⁹。以《目錄》對於服務的要求觀之，僅要求服務工具需安全可控，似乎不會使外國服務與服務提供者處於不利的競爭環境，然而外國服務提供者平時所習慣使用之工具並不一定符合中國所要求之安全可控，因此為符合規定可能增加外國服務提供者額外之成本負擔，至於該負擔之程度是否使外國服務與服務提供者因此在競爭條件上遭受較低待遇，可能需個案判斷。綜上，雖無法斷言中國是否可能違反 GATS 國民待遇原則，但仍引起一定程度之疑慮。

(二) TRIMs 協定下有關自製率要求之規定

若系爭措施違反 GATT 第 3.4 條國民待遇之規定，且該系爭措施為與貿易相關之投資措施，則亦違反 TRIMs 協定有關國民待遇之規定。TRIMs 協定第 2.1 條規定³⁰，禁止會員採行違反 GATT 第 3.4 條國民待遇之與貿易相關的投資措施，而該類措施由 TRIMs 協定以附件之例示清單予以界定。依據例示清單第一項(a)款之規定，係針對特定產品、或以產品之一定數量或一定價值、或以其在當地產量之一定數量或一定價值之比例作為標準，要求某一企業購買或使用國內生產或國內來源之產品³¹。

加拿大再生能源案 (Canada – Renewable Energy) 之爭端解決小組指出，分析系爭措施是否為與貿易相關之投資措施，須優先檢驗系爭措施是否為投資措施，

²⁸ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/ACC/CHN/49/Add.2 (Oct. 1, 2001).

²⁹ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products*, ¶¶ 7.978-7.979.

³⁰ Agreement on Trade-Related Investment Measures, art. 2.1: “Without prejudice to other rights and obligations under GATT 1994, no Member shall apply any TRIM that is inconsistent with the provisions of Article III or Article XI of GATT 1994.”

³¹ Agreement on Trade-Related Investment Measures, Annex paragraph 1: “TRIMs that are inconsistent with the obligation of national treatment provided for in paragraph 4 of Article III of GATT 1994 include those which are mandatory or enforceable under domestic law or under administrative rulings, or compliance with which is necessary to obtain an advantage, and which require: (a) the purchase or use by an enterprise of products of domestic origin or from any domestic source, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production;...”

再檢驗系爭措施是否與貿易相關³²。該案中，再生能源電力收購制度 (Feed-in Tariff, FIT) 計畫的目標為鼓勵投資國內生產之再生能源生產設備，且 FIT 計畫包含透過創造新投資與工作機會，促成新的綠能產業等，因此被認定為投資措施³³。而目前中國所頒布之措施，其主要目的雖為提升銀行業的網路安全保障，但同時也是為了促進戰略新興產業發展，可認為系爭措施是為鼓勵投資國內生產之資訊技術設備，因此而被認定為投資措施。

至於是否與貿易相關，加拿大再生能源案之小組援引印尼汽車案 (Indonesia - Autos) 小組的判決，認為自製率要求因為偏袒國內產品，所以屬於貿易相關³⁴。而系爭措施規定從 2015 年起，各銀行業金融機構對安全可控資訊技術的應用須以不低於 15% 的比例逐年增加，而就必須擁有自主知識產權之技術設備而言，此規定是否為自製率要求？TRIMs 例示清單所規定者係要求某一企業購買或使用國內生產或國內來源之產品，而擁有自主知識產權之技術設備就是中國國內生產製造之產品？由於目前對自主知識產權之定義並不明朗，尚難判斷。再者，對於安全可控資訊技術的應用比例到底該如何認定亦未規範，因此，無法判斷系爭措施是否為與貿易相關之措施。

(三) 技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade, 以下簡稱 TBT 協定)

美國在今年 3 月 18 日於 TBT 委員會上關切中國此一措施，受到歐盟及加拿大等國之支持，其認為中國此一措施之部分要求為技術性法規 (technical regulations) 或符合性評估程序 (conformity assessment procedures)，而該規定超出對商業銀行就資訊與通信科技 (information and communication technology, ICT) 設備之一般規範，且其中一項要求是規定資訊技術產品的原始程式碼 (source code) 必須交銀監會信科部備案，據此，中國同時被要求為該規定提出目的與理由³⁵。

中國表示，全球資訊科技之快速發展以及金融改革使銀行部門面臨新的挑戰，政府機關有必要加強安全保障以確保公共利益，並且聲稱其措施係符合國際常規，對於全球金融體系之穩定有所貢獻³⁶。

然而根據 TBT 協定第 2.2 條必要性原則之規定，禁止技術性法規及標準之

³² Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, ¶¶ 7.109, 7.111, WT/DS412/R (Dec. 19, 2012).

³³ *Id.* ¶ 7.110.

³⁴ *Id.* ¶ 7.111.

³⁵ WTO News, *WTO members discuss IT security regulations in banking*, Mar. 18 and 19, 2015, available at https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/tbt_17mar15_e.htm (last visited May 18, 2015).

³⁶ *Id.*

「草擬過程、通過及適用，其目的及效果係在造成國際貿易之不必要障礙」，且須係「執行合法目標」。合法目標包括國家安全要求、防止詐欺行為、保護人類健康與安全、動植物之生命或健康以及環境之保護等。據此，技術性法規之採行必需能達成合法目標，且不得造成不必要的貿易限制效果，且應將無法實現合法目的所可能產生之風險納入考慮。在評估此種風險時，應考慮當時所可獲得之科學與技術上之資訊、相關製程科技或產品之預計最終用途等要素³⁷。

TBT 協定給予會員較大的實施空間，原告承擔較重的舉證責任，因此證明系爭措施可能超過必要的限度並非易事。然對於被告國來說，尋求符合規定之合法目標非常關鍵。銀監會可能援引的合法目標應當是保障國家安全要求，惟根據《中華人民共和國銀行業監督管理法》第三條的規定，「銀行業監督管理的目標是促進銀行業的合法、穩健運行，維護公眾對銀行業的信心」，因此銀監會的目標應當是銀行業的安全穩健，而不是國家安全³⁸。儘管條文所列舉之合法目標並非窮盡之例示規定，但保障金融安全是否可以被視為 TBT 協定第 2.2 條之合法目標，茲因無前例可循而無法決斷。

結論

美國除了在 TRIMs 委員會關切中國之措施，也於 TBT 委員會中關切此措施，由此可知美國高度關注此議題，除了請求中國進一步說明其《推進指南》以及附件《目錄》之內容外，來自美國、日本和歐洲的商會亦向中國表達了他們對此規定的強烈擔憂，並要求中國暫停實施此措施³⁹，於是中國在各界輿論壓力下目前已暫停此措施之實施且擬修改其規定內容⁴⁰。或許此可表示中國在此一爭議上做出妥協。若中國欲徹底杜絕爭議，勢必需要釐清自主知識產權之定義，並且對其將如何認定安全可控資訊技術之比例做出說明，否則徒留太多空白只是製造中國境內外資企業之恐慌，遑論達成其加強銀行業網路安全保障之目的，再者，其措施目的是否足以作為 TBT 協定下之合法目標仍存疑，惟目前仍不知中國日後欲修正之內容為何，其是否仍有違反 GATT 及 GATS 國民待遇原則、TRIMs 協定

³⁷ Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 2.2: “Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”

³⁸ 姜麗勇、張博，中美銀行業資訊技術安全之爭帶來的法律啟示，虎嗅網，2015 年 4 月 6 日，網址：<http://www.huxiu.com/article/111928/1.html?f=wangzhan>(最後瀏覽日：2015 年 5 月 18 日)。

³⁹ Krista Hughes, *Global business groups urge China to suspend bank IT rules*, REUTERS, Apr. 13, 2015, available at <http://www.reuters.com/article/2015/04/13/us-china-security-letter-idUSKBN0N423X20150413> (last visited May 4, 2015).

⁴⁰ Gerry Shih, *supra* note 7.

第 2.1 條或 TBT 協定之可能，值得繼續關注。

