

試析於 TBT 協定下消弭私營標準所造成貿易障礙之途徑

—以透明化為核心

劉鈞瑜

摘要

私營標準雖有助於全球治理與改善社會議題，卻也可能產生貿易障礙，故其是否受到世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 協定之規範，或是否有消弭這些貿易障礙之途徑，成為近年來討論涉及私營標準之議題中相當重要的課題。本文經分析後，得出：若私營標準可能落入 TBT 協定下之「標準」，則 TBT 協定附件三「擬訂、採行及適用標準之良好實務規範」之相關要求，即有可能成為規範私營標準的規定。惟若參考過往 TBT 涉及技術規章之判例，要求私營標準遵循良好實務規範所訂之不歧視、貿易限制程度最小與符合相關國際義務，則可能與私營標準制定之目標產生矛盾、侵害私部門自主監管權以及違背私營標準本身的特性。惟該良好實務規範中涉及透明化之程序性規定，應有助於解決私營標準透明化不足的問題，或許可提供各國以及私營標準的訂定者參考。

私營標準 (private standards) 係指除了政府主管機關及國際標準組織所制定的法規或國際標準之外，由私營企業、商會以及非政府組織 (Non-Governmental Organizations, NGOs) 所制定，關於環境保護、食品安全、人權保護與勞工福祉等社會議題之自願性標準¹。私營標準在現今國際貿易下有日益增加的趨勢，對於市場進入衍生出許多問題，如造成歧視、不必要的貿易限制、未符合國際標準等，此外，私營標準在訂定的過程、修改與事後的公布並未設有透明化程序規範，可供利害關係人或其他國家參與和知悉，進而容易造成貿易障礙等。早在2005年6月的食品安全檢驗與動植物衛生檢疫委員會 (Sanitary and Phytosanitary Committee, 以下簡稱SPS委員會) 中，聖文森和格林納丁群島 (Saint Vincent and the Grenadines)，就對於歐盟良好農業規範 (EUREPGAP, 現更名為全球良好農業規範GLOBALGAP)²提出關切，其於委員會中表示EUREPGAP所採取之香蕉

¹ Junji Nakagawa, *Private Standards and Global Governance: Prospects and Challenges* (ISS Research Series No. 62, 2016).

² 其目的係在使生產者得以自然之耕作條件栽植農作物、減少農業耕作對自然環境之傷害、合理使用肥料或農藥等，以達到保護農作物、提高農產品品質，並且調和各國 GAP 所發展出的

認證制度³，嚴重影響其與英國的香蕉貿易⁴，在接續幾年的SPS委員會亦持續對於私營標準所造成的問題進行討論。

針對私營標準是否受到世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 協定之規範，過往文獻普遍認為其可能落入技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade, 以下簡稱TBT協定)，或是食品安全檢驗與動植物衛生檢疫協定 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 以下簡稱SPS協定) 的範疇，但由於文獻蒐集初步瞭解的成果為落入TBT協定的可能性較高，故本文只著重討論TBT協定的部分⁵。若私營標準為TBT協定下所定義之「標準」，依TBT協定第4條第1項之規定，TBT附件三「擬訂、採行及適用標準之良好實務規範 (Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards, 以下簡稱良好實務規範)」之相關要求⁶，即有可能成為規範私營標準的相關WTO規定。良好實務規範的內容可分為實體面與程序面，實體面的規定有類似於TBT協定第2條針對技術規章之不歧視原則、貿易最小限制原則、調和原則等，在程序面則有透明化的規定。因此本文欲分析一旦私營標準可以落入TBT協定中的「標準」，進而須受到良好實務規範拘束時，其實體性規定與程序性規定是否有助於消弭其所造成的貿易障礙。

為探討 TBT 協定消弭私營標準貿易障礙之可行性，本文首先簡介私營標準定義以及其對於國際貿易所造成之影響；繼之說明私營標準是否可以落入 TBT 協定的規範而可適用 TBT 附件三良好實務規範的規定；其後則探討在私營標準適用於 TBT 協定之情況下，TBT 協定之實體性規定與程序性規定是否有助於消弭其所造成的貿易障礙；最後作一結論。

壹、私營標準及其對國際貿易的影響

不同標準與驗證程序。林彩瑜，WTO 制度與實務—世界貿易組織法律研究 (三)，第二版，頁 167 (2013 年)。

³ 聖文森和格林納丁群島對其輸出於英國之香蕉需符合 EUREPGAP。Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Summary of the Meeting Held on 29-30 June 2005*, WTO Doc. G/SPS/R/37Rev.1 (Aug. 18, 2005).

⁴ Petros C. Mavroidis & Robert Wolfe, *Private Standards and the WTO: Reclusive No More*, 16(1) WORLD TRADE REVIEW 1, 3 (2017).

⁵ ALESSANDRA ARCURI, RESEARCH HANDBOOK ON THE TBT AGREEMENT 485 (Michael Trebilcock and Tracey Epps, eds., 2013); Petros C. Mavroidis & Robert Wolfe, *Private Standards and the WTO: Reclusive No More*, 16(1) WORLD TRADE REVIEW 1, 6-12 (2017); Enrico Partiti, *What Use Is an Unloaded Gun? The Substantive Discipline of the WTO TBT Code of Good Practice and Its Application to Private Standards Pursuing Public Objectives*, 20(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 829, 834 (2017); JUNJI NAKAGAWA, PRIVATE STANDARDS AND GLOBAL GOVERNANCE: PROSPECTS AND CHALLENGES (ISS RESEARCH SERIES NO. 62, 2016).

⁶ Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 4.1[hereinafter TBT Agreement].

私營標準自1990年代越來越興盛，其中不外乎幾項因素。首先、跨國公司與主要零售商在國際市場上日益增長的影響力，以及遍佈各個國家的全球價值鏈 (Global Value Chain, GVC) 的出現，使得這些具有先發以及引領優勢的公司，往往藉由制定私營標準作為其管理全球生產過程與供應鏈的手段之一，以確保價值鏈上合作廠商間的一致性⁷。其次，由於社會上對於環境永續性、環境友善需求型產品更加重視，使得處理關於環境保護以及社會議題的私營標準也逐漸興起，此類型的標準制定參與者主要為已開發國家的消費者、大型公司、與NGOs，如：國際公平貿易組織 (Fairtrade International)、全球良好農業規範 (GLOBALGAP)、雨林聯盟 (Rainforest Alliance) 以及海洋管理委員會 (Marine Stewardship Council) 等⁸。

一、私營標準的定義與特性

私營標準在世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 等一般國際組織中並未有一個標準的定義。惟自各類文獻中，可歸納出私營標準具有以下共同特性：第一，其為政府主管機關及國際標準組織外所制定，如生產者、零售商以及NGOs等，其中大多數私營標準仍是由NGOs所制定⁹；第二，其標準主要針對產品的品質、製程進行控管，近年來範圍擴大至健康、環保與勞工等確保永續經營與發展目標之議題¹⁰；第三，其性質為無法律上 (de jure) 強制性，但可能具有事實上 (de facto) 強制性，亦即在法律上並無義務遵守零售商或企業所制定較高之私營標準，然若一家實施較高標準之企業在相關市場上具有支配地位，供應商無可避免須與此公司進行業務往來，故不得不選擇遵守其所制定之較高標準，故私營標準可能具有事實上強制性¹¹；最後，其主要目的在於保有自身標準的異質性，得以與其他標準做區別，此特性有別於國際標準化組織 (International Organization for Standardization, ISO) ¹²所做出的標準，旨在傾向於統一以及調和各類標準的應用¹³。依照上述特性，本文將私營標準定義為：除了政府主管機關及國際標準組織所制定的法規或國際標準之外，由私營企業以及NGOs所制定

⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, PRIVATE STANDARDS—IMPLICATIONS FOR TRADE, DEVELOPMENT, AND GOVERNANCE, (Sept. 11, 2015), <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/E15-Regulatory-Thorstensen%20et%20al.-final.pdf>.

⁸ *Id.* at 2.

⁹ *Id.* at 8.

¹⁰ 張仁憶，私營標準於WTO下之法律問題研究—以全球良好農業慣例標準 (GlobalGAP Standard) 為例，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文，頁1 (2009年)。

¹¹ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 8.

¹² 針對ISO所制定的標準是否為私營標準，學者間有不同的討論。例如Junji Nakagawa認為ISO所制定的標準非私營標準。

¹³ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 8.

¹⁴，關於環境保護、食品安全、人權保護與勞工福祉等社會議題之自願性標準¹⁵。

二、對國際貿易的影響

自 1990 年代以來，由於全球化、政策自由化、消費者偏好之改變以及資訊科技的進步，私營標準的數量逐年激增，其對國際貿易的影響亦隨之增加¹⁶。若私營標準是應用在訂定該標準的企業，要求其跨國供應鏈上的廠商必須要遵守，無可避免地會導致其位於國外的供應商受到貿易上的影響，而這種行為對於跨國貿易活動，以及從事跨國銷售的生產者來說，將會產生以下的利弊。

在利的方面，私營標準可能透過更有效率的管理、降低生產成本、改善市場進入、提高產品品質與企業形象，使生產者獲得利益。此外，制定勞工標準相關的標準，也可以大幅度降低勞工流失率、曠工率、意外事故與疾病發生率，使雇主降低生產成本並同時提高生產率¹⁷。而遵守環境標準則可以改善農民賴以維生的自然資源管理，使農民和農場工人有更好的健康條件，並加強其與當地社區之關係¹⁸。私營標準在全球治理上亦發揮很大的作用，因其促進解決全球供應鏈中之社會議題，並填補全球供應鏈中各國家內國法規的漏洞，尤其是開發中國家的政府，時常缺乏管理與實施高標準社會規範之能力¹⁹。在供應鏈全球化的現今社會，為了與某一特定零售集團進行合作，供應商會設法滿足其所制定的私營標準，故私營標準於一定程度上能提升該外國供應商的勞工條件或環保標準，進而彌補當地國保護水準較不足的情形。就個別的供應商而言，將有助於全球治理。

在弊的方面，由於私營標準之訴求通常比一般的政府標準來得更高，其所追求的標準可能是許多供應商本國，特別是開發中國家的母國法規中所沒有要求的，因此就會造成海外的供應商為了要能進入市場，須額外花費更高的成本²⁰，故在海外的生產者若欲進入制定私營標準所在國之市場，不僅須符合該國家法治的標準，同時亦須滿足較為獨特的私營標準。此將導致貿易障礙的產生，同時增加該生產者所需負擔之生產成本。此外，某些出於特定商業目的之私營標準係為了滿足商業團體與消費者需求所設立，一般而言並不會接受政府的科學證據審查，亦

¹⁴ 張仁憶，前揭註 10，頁 1。

¹⁵ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 8.

¹⁶ PASCAL LIU, PRIVATE STANDARD IN INTERNATIONAL TRADE: ISSUES AND OPPORTUNITIES, FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION 1, http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/AG_MARKET_ANALYSIS/Standards/Private_standards_Trade_Liu_WTO_wkshp.pdf (last visited June 3, 2018).

¹⁷ *Id.* at 1.

¹⁸ *Id.* at 1.

¹⁹ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 9.

²⁰ PASCAL LIU, *supra* note 16, at 1.

不會做科學的風險評估。再者，其審查標準的過程缺乏透明性，一般而言更不會公布審查的具體細節，這會為供應鏈上的外國生產者帶來巨大挑戰，特別是開發中國家的小型生產商，將面臨增加成本或被擠出該市場的困境²¹。最後，私營標準在訂定的過程、修改與事後的公布並未設有透明化程序規範，可供利害關係人或其他國家參與和知悉，而易造成市場進入之貿易障礙²²。

從上述情況可知，私營標準有助於改變生產者自身的生產條件，然其亦可能演變成一種事實上的市場進入要求，進而對國際貿易造成影響。當私營標準事實上成為市場進入要求時，即可能引發WTO實體面與程序面法律原則適用之問題。若私營標準不適用WTO規範，其在制定標準的過程中，即不必依循上述法律原則，此對於海外的生產者而言，所造成的貿易障礙就會越高。聖文森與格林那丁群島等會員曾於SPS委員會會議中曾關切食品安全的私營標準市場進入障礙，後續即引起各國對於私營標準是否受WTO規範的關注²³。從過往文獻分析可知，其最可能適用之WTO協定為TBT協定，故以下擬限於探討私營標準於TBT協定之適用。

貳、私營標準是否受到 TBT 協定之規範

私營標準是否受到 TBT 協定的規範，首先須判斷其是否落入 TBT 協定下的技術規章、標準或是符合性程序性評估²⁴。由於從前述私營標準的特性可知，私營標準為非強制性的標準，可排除其為技術規章之可能，故以下僅討論私營標準是否落入 TBT 協定中「標準」的定義。以下先討論 TBT 協定中標準的法律要件，再分析哪些為明顯可受 TBT 協定規範的私營標準、以及是否落入 TBT 協定規範尚有疑慮的私營標準。

一、TBT 協定中有關「標準」的法律要件

TBT 協定附件 1 第 2 項對標準之定義為：「係由認可機構所通過，以供共同及重複性使用，而規定產品或相關製程與製造方法之規則、準則或特性，且其並非強制要求遵循之文件；其亦得包括或純粹處理適用於產品、製程或製造方法之

²¹ 董銀果，SPS 壁壘的判斷標準探討，國際商務研究，第 1 期，頁 8 (2009 年)。

²² 楊培侃，從私營標準之發展論 SPS 協定在全球食品安全治理之功能與限制，科技法學評論，11 卷 1 期，頁 45 (2014 年)。

²³ Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Summary of the Meeting Held on 29-30 June 2005*, WTO Doc. G/SPS/R/37Rev.1, (Aug. 18, 2005); Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Report by the Commonwealth of the Bahamas to the WTO-SPS Committee on Private Standards and the SPS Agreement: The Bahamas Experience*, WTO Doc. G/SPS/GEN/764 (Feb. 28, 2007).

²⁴ 張仁憶，前揭註 10，頁 64。

特殊用語、符號、包裝、標記或標示之要求²⁵。」故可得知構成標準的先決要件為：一、須經認可機構認可；二、其須為可供共同且重複使用、與產品或相關製程及生產方法有關之規則、指南或特性之文件；三、非強制性²⁶。雖然目前沒有任何 WTO 爭端解決機制下的案件對於這三項條件的用語提出明確的解釋，而較難直接由上述要件確認私營標準是否屬於 TBT 協定中之「標準」，但藉由分析 TBT 協定其他條文，仍可能對於私營標準是否落入 TBT 協定之管轄範圍做出判斷²⁷。

在 TBT 協定中涉及標準的條文為 TBT 協定第 4 條第 1 項之規範，其揭示「會員之中央政府標準機構應採取並遵守附件 3 所訂之『良好實務規範』。各國亦應採取可行之合理措施，確保境內之地方政府及位於會員境內非政府標準機構 (non-governmental standardizing bodies) 與地區性標準機構，均採取並遵守該『良好實務規範』²⁸」，亦即中央政府標準機構、地方政府標準機構或非政府標準機構、地區性標準機構，一旦表明接受此一良好實務規範，則須遵守該規範下的規定²⁹。由本文前述可知，許多的私營標準不是由中央政府或是地方政府機構所制定的，一般都是企業、零售商集團等所訂定，故其可能落入 TBT 協定第 4 條第 1 項中所謂的「非政府標準機構」。TBT 協定中雖未直接對「非政府標準機構」作定義，但廣義來說仍可以透過 TBT 協定附件 1 第 8 項對於「非政府機構」(non-governmental body) 之定義來輔助分析³⁰，該條文規定非政府機構係指中央政府機構或地方政府機構以外之機構，包括有法律權力執行技術性法規之非政府機構³¹。此一定義非常廣泛，由於該條文由中間標點符號「逗號」隔開，似乎表示「非政府機構」一詞可以有雙重的解釋方式：一、排除性的 (residual)，亦即是任何不屬於中央政府機構或地方政府機構之「機構」(body)；二、特定性的 (specific)，亦即是任何被授權「執行」(enforce)、而非訂定或採納技術性法規之非政府機構³²。

另有學者表示，附件 1 第 8 項的定義涵蓋的範圍相當廣，但是若以 TBT 協定之其他條文為脈絡觀察，此一定義也有可能被賦予較為狹隘的解釋，故該學者

²⁵ TBT Agreement, Annex 1, art. 2.

²⁶ 張仁憶，前揭註 10，頁 69。

²⁷ 同上註，頁 69。

²⁸ TBT Agreement art. 4.1.

²⁹ Petros C. Mavroidis & Robert Wolfe, *supra* note 4, at 9.

³⁰ *Id.* at 9.

³¹ TBT Agreement, Annex 1, art. 8.

³² Enrico Partiti, *What Use is an Unloaded Gun? The Substantive Discipline of the WTO TBT Code of Good Practice and Its Application to Private Standards Pursuing Public Objectives*, 20(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 829, 834 (2017).

將私營標準區分為兩大類：第一類為明顯受 TBT 協定規範者，第二類為爭議性較高、無法直接判定是否落入 TBT 協定規範者³³。

二、明顯受 TBT 協定規範之私營標準

若有關於管制事項的制定、準備以及適用，係由中央政府授權給私營標準組織，或者是該私營標準已經被納入公眾法律時，該私營標準即受 WTO 協定所規範³⁴。過去關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 以及 WTO 協定的案例法中亦有闡明，於「日本—軟片 (Japan—Film)」案中，小組重申 WTO 協定乃一國際協定，原則上僅會員國政府遵循之義務，故小組得審理之範圍僅限於會員國政府所採取之政策或行為，不涉及私部門行為之範疇³⁵。然若表面上係私部門之行為，但此私部門行為之採行，不論是與政府有關或經政府授權，從而可歸因於政府者，不排除經個案認定此等私部門行為本質上屬於政府授權之行為，而應受 WTO 協定之規範³⁶。小組認為私部門行為在有足夠的政府介入 (sufficient government involvement) 下，不排除視為政府的 (governmental) 行為。換言之，私部門行為是否被認定為政府行為而受 WTO 協定規範之拘束，係以是否有「足夠的政府介入」做為個案認定之標準³⁷。綜上論述，若一私營標準係獲得來自中央政府機構之授權而制定標準，則會落入 TBT 協定規範之範疇。

三、尚有疑義是否落入 TBT 協定規範之私營標準

除了前述明顯可以受到 TBT 協定規範之私營標準外，亦有其他私營標準對於是否落入 TBT 協定尚有疑義，例如由個別公司訂定的私營標準，以及「與產品無關之製程與製造方法 (non-product-related processes and production methods, NPR-PPMs)」之私營標準，以下將對於上述兩種仍具爭議的部分進行探討之。

(一) 由個別公司訂定的私營標準

雖然由中央政府機構以及地方政府機構授權之私營標準制定組織所訂定的私營標準，係可以受到 TBT 協定所規範，但不落入上述機構之私營標準訂定者，其所訂定的標準是否亦可落入 TBT 協定之範疇，還有討論的空間。從過去 TBT

³³ ALESSANDRA ARCURI, RESEARCH HANDBOOK ON THE TBT AGREEMENT 485, 497 (Michael Trebilcock and Tracey Epps eds., 2013).

³⁴ *Id.* at 497.

³⁵ Panel Report, *Japan—Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, ¶ 10.56, WTO Doc. WT/DS44/R (adopted Mar. 31, 1998).

³⁶ *Id.* ¶ 10.52.

³⁷ ALESSANDRA ARCURI, *supra* note 34, at 498.

協定談判歷程可以看出一些端倪，在東京回合技術性貿易協定 (Tokyo Round Standards Code, 以下簡稱標準協定) 最終條文中，對「標準」之解釋明確排除「由個別公司為自身之生產或消費需求而編纂之技術規格」³⁸，但在現今 TBT 協定中卻未出現上述文句；此外在 1991 年的「關於標準化及相關業務之一般名詞及其定義 (以下簡稱 ISO/IEC Guide 2:1991)」第 3.2 條中對於標準的定義為：「經由共識所建立且由某一認可的機構核准，提供共同與重複使用於各項活動或其結果有關的規則、指導綱要或特性所建立之文件，目的是在使在某一特定情況下獲致秩序的最適程度³⁹」，亦無排除前述個別公司之文句。此似乎表示立法者有可能希望把標準的定義放寬，或其認為由這類型的機構所制定的標準不見得不會落入標準⁴⁰。

(二) 「與產品無關之製程與製造方法」之私營標準

關於私營標準中 NPR-PPMs 是否受 TBT 協定規範亦受到質疑。NPR-PPMs 係指僅對產品製程或製造方法所作之要求，且該要求不影響最終產品之特性⁴¹，不論是技術規章亦或是標準，對於 NPR-PPMs 是否受到 TBT 協定涵蓋均模糊不清。首先，TBT 協定附件 1 第 1 項第一段將技術規章定義為：「規定產品特性與『其』相關製程與製造方法之文件 (Document which lays down product characteristics or “their” related processes and production methods...)」，然在 TBT 協定附件 1 第 2 項第一句卻將標準定義為：「經公認機構認可並供共同且重覆使用，但不具強制性之產品或相關製程及生產方法之規則、指南或特性之文件。(Document...for products or related processes and production methods...)」，少了「其」這個單字，故可推測標準對於 PPMs 的解釋可能較技術規章來的不具限制性，可包括「與產品無關」的製程與製造方法⁴²。再者，TBT 協定附件 1 第 1 項與第 2 項條文中之第二句皆規定：「其亦得包括或純粹處理適用於產品、製程或製造方法之特殊用語、符號、包裝、標記或標示之要求 (It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method)」。從條文中可以看出，只要是與產品標示有關，即便為 NPR-PPMs 亦有解釋的空間。在美國一鮪魚案 II 中，系爭措施之海豚安全標示所涉及之「捕撈方式」並不影響最終產品特性，為一典型的 NPR-PPMs，但上訴機構仍視其為 TBT 協定附件 1 第 1 項之技術規章

³⁸ Tokyo Round Standards Code, Annex 1.3-

³⁹ Enrico Partiti, *supra* note 32, at 836.

⁴⁰ ALESSANDRA ARCURI, *supra* note 34, at 505.

⁴¹ 林彩瑜，前揭註 2，頁 164。

⁴² Enrico Partiti, *supra* note 32, at 833.

43。在「美國—原產地標示法 (US—COOL)」案中，原產地標示要求與產品物理特性無關，甚至亦非製程與製造方法，但該案小組仍認為其係技術規章⁴⁴，由上述案例可得知 NPR-PPMs 之產品標示要件可以受到 TBT 協定規範，但與標示無關的 NPR-PPMs 仍有疑義尚待釐清。綜上述分析可知，NPR-PPMs 之私營標準若是與產品標示要件相關則可落入 TBT 協定，若 NPR-PPMs 之私營標準與產品標示要件無關，其是否亦可以受到 TBT 協定規範仍尚待釐清。

四、小結

綜合以上分析，不論是由中央政府授權給私營標準組織、私營標準已經被納入公眾法律、個別企業所制定的私營標準、或是私營標準中涉及標示的 NPR-PPMs，均應可受到 TBT 協定的規範，但私營標準中涉及與標示無關的 NPR-PPMs 是否可以受到 TBT 協定規範均有所爭議。私營標準即便有落入 TBT 協定的規範，但並不意味著所有私營標準訂定機構均需遵守 TBT 協定附件三之良好實務規範。根據 TBT 協定第 4 條之規定，會員應確保其中央政府標準制定機構接受並遵守良好實務規範，而會員也應採取合理措施，以確保其境內之地方政府標準制定機構與非政府標準制定機構、以及其所參加之地區性標準制定機構，接受並遵守良好實務規範，而良好實務規範中第 B 款則揭示了接受其規範之適用主體⁴⁵，第 C 款規定已「接受或退出」良好實務規範之各標準制定機構，應將該事實「通知」日內瓦之 ISO 或是國際電工委員會 (International Electro Technical Commission, IEC) 資料中心⁴⁶。故當私營標準訂定機構制定的標準可以受到 TBT 協定規範時，其標準制定組織應先通知宣示願意遵守 TBT 協定附件三良好實務規範，才須遵守其規範內容，若該等組織並未宣示願意遵守良好實務規範，則 TBT 協定針對該等組織所制訂的私營標準，還是不具有任何影響力的。故以下之分析是假設某一私營標準的訂定組織已宣示願意遵守良好實務規範，此一良好實務規範的實體規定與程序規定，可否用來消弭私營標準所造成之貿易障礙。

參、TBT 協定附件三良好實務規範之實體規範消弭私營標準貿易障礙之可行性

良好實務規範中的實體規範有第 D 款之不歧視原則、第 E 款之貿易最小限制規定、以及第 F 款有關國際標準的義務等，其分別與 TBT 協定第 2.1 條、2.2 條和 2.4 條關於技術規章之實體規範相對應。由於兩者條文用語相似，在良好實

⁴³ Appellate Body Report, *US—Tuna II*, ¶ 186.

⁴⁴ Panel Report, *United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, ¶ 7.212, WTO Doc. WT/DS384/R&WT/DS386/R (adopted Nov. 18, 2011).

⁴⁵ TBT Agreement, Annex 3, art. B.

⁴⁶ TBT Agreement, Annex 3, art. C.

務規範沒有案例法解釋的情況下，以下擬先參考涉及 TBT 協定第 2.1 條、2.2 條和 2.4 條案例，以作為解讀良好實務規範第 D 款、第 E 款以及第 F 款之依據⁴⁷。

一、不歧視原則

關於不歧視原則，良好實務規範第 D 款規定：就標準相關事項而言，標準化機構對來自 WTO 其他會員領域之產品，應賦予不低於其賦予本國同類產品或來自於其他國家產品之待遇⁴⁸。由於此款法律要件類似於 TBT 協定第 2.1 條，故以下以 TBT 第 2.1 條要件之案例法作為分析該款之依據。

TBT 協定第 2.1 條規定，會員應確保就關於技術規章之事項，由任何其他會員領域進口之產品，應被賦予不低於其所賦予本國同類產品以及源自任何其他國家之同類產品之待遇。在「美國—丁香菸 (*United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*)」案中將 TBT 協定第 2.1 條可分為的三個要件：是否為技術規章、是否為同類產品，以及是否受有較低待遇⁴⁹，又其中上訴機構對第 2.1 條「較低待遇」審查要件為：一、系爭措施是否有改變產品之競爭條件，使進口產品產生負面影響⁵⁰；二、該不利影響是否源於「正當管制區分 (*legitimate regulatory distinction*)」⁵¹。在判斷是否為正當管制區分應檢視系爭措施之設計、架構、適用及設計⁵²，是否為追求合理和正當之目標，此種判斷方式又稱為「無偏見的測試 (*even-handedness test*)」，若措施構成恣意或不合理之歧視，則不可作為正當管制區分之措施。

許多「追求特定公共政策目標」之私營標準，其目的是希望原本不符合該公共政策目標的產品，會為了符合該私營標準而願意作出改變，因此這些私營標準毫無疑問地會造成競爭條件之改變，導致不符合此類私營標準之產品受到較不利之待遇⁵³。至於不符合標準所生之不利影響程度，則視消費者偏好所失去之競爭機會，與為符合該標準而調整產品特性之成本而定⁵⁴。追求特定公共政策目標之私營標準與一般技術性的標準不同，其目的並非為了提升生產效率而著重於相容

⁴⁷ Enrico Partiti, *supra* note 32, at 839.

⁴⁸ TBT Agreement, Annex 3, art. D.

⁴⁹ 莊雅涵，「從美國丁香菸案上訴機構報告看 TBT 協定第 2.1 條『國民待遇』原則」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，131 期，頁 10-11，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no131/2.pdf> (最後瀏覽日：2018 年 6 月 24 日)。

⁵⁰ Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, ¶180, WTO Doc. WT/DS406/AB/R (adopted Apr. 24, 2012).

⁵¹ Appellate Body Report, *US—Clove Cigarettes*, ¶ 182.

⁵² *Id.* ¶ 171.

⁵³ Enrico Partiti, *supra* note 32, at 843.

⁵⁴ *Id.* at 843-844.

性和一致性的要求，且若要使追求特定公共政策目標之私營標準以調和為目的，恐會妨礙其標準制定係為使產品因該標準而產生異質性的目的⁵⁵。故若用前述 TBT 協定第 2.1 條檢驗，即對於進口產品不利之影響可以透過證明系爭措施係源於無偏見的正當管制區分而排除，則會損害私營標準制定之目的⁵⁶。

然對於私營標準之檢驗應反思，小組或上訴機構就事實上 (*de facto*) 之歧視進行審理時，往往只是對標準於市場所造成之效果進行評估，並沒有同時考慮到標準制定機構可能存在歧視性或排他性意圖，檢視其意圖是否係以對國內產業提供保護為目的⁵⁷，故若僅評估私營標準對市場所造成之效果，將會使所有私營標準構成事實上之歧視，而違反良好實務規範第 D 款不歧視義務⁵⁸。反之私營標準較少係根據原產地進行區分，故在法律上 (*de jure*) 之歧視比較不顯著。

二、貿易限制最小原則

關於貿易限制最小原則，良好實務規範第 E 款規定：「標準化機構應確保標準之草擬、通過及適用，在目的及效果上，均不至於造成不必要之貿易障礙⁵⁹。」此款法律要件亦類似於 TBT 協定第 2.2 條的法律要件，故以下以 TBT 第 2.2 條要件之案例法作為分析該款之依據。

TBT 協定第 2.2 條規定，會員應確保技術規章之草擬過程、通過及適用，其目的及效果均不造成國際貿易之不必要貿易障礙。為達到此目的，技術規章造成之貿易限制效果，不應超過實現合法目的所必要，且應將無法實現合法目的可能產生之風險納入考量⁶⁰。在「美國—鮪魚案 II (US—Tuna II)」中，上訴機構認為檢驗 TBT 協定第 2.2 條有四項要件：一、小組必須確保系爭技術規章為是否有助於追求合法目的⁶¹；二、確定系爭技術規章貿易限制程度；三、確定所涉及風險之性質；四、無法實現合法目的結果之嚴重性⁶²。上訴機構亦確定了「必要性」之分析，亦即對系爭措施之貿易限制性進行調查，然貿易限制本身 (*per se*) 並不禁止，但應評估系爭措施對於達成合法目的之貢獻程度，以及無法實現合法目的結果之風險，權衡所有要素⁶³。再者，該案上訴機構回顧 GATT 第 20 條中必

⁵⁵ *Id.* at 844.

⁵⁶ *Id.* at 844.

⁵⁷ *Id.* at 844.

⁵⁸ *Id.* at 844.

⁵⁹ TBT Agreement, Annex 3, art. E.

⁶⁰ *Id.* at 849.

⁶¹ Appellate Body Report, *US—Tuna II*, ¶ 317.

⁶² Appellate Body Report, *US—Tuna II*, ¶ 322.

⁶³ Appellate Body Report, *US—Tuna II*, ¶ 318.

要性測試，該分析要求「比較貿易限制性與系爭措施對所欲達成目的之貢獻程度，且是否有合理可得之替代措施比系爭措施有較小貿易限制效果，並考量無法實現合法目的所產生之風險⁶⁴。」然合理可得之替代措施對所欲達成之目的必須有一定之貢獻程度，但其程度不需完全相同 (identical)，但至少與系爭措施之程度相當 (equivalent)，此評估的範圍會依個案進行認定，如：無法實現合法目的可能產生之風險⁶⁵。在評估無法實現合法目的可能產生之風險時，應將所有可得證據納入考量，但不需考量一措施所保護的利益或價值之相對重要性，亦即一實現較低貿易保護程度之替代措施，但適用於較廣泛的產品，亦可能為貿易限制較小之替代措施⁶⁶。

在良好實務規範中，第 E 款條文僅規定「標準化機構應確保標準之草擬、通過及適用，在目的及效果上，均不至於造成不必要之貿易障礙」，不同於 TBT 協定第 2.2 條中清楚表明，「造成國際貿易之不必要貿易障礙」為「技術規章不可以超過實現合法目的所必要，且應將無法實現合法目的可能產生之風險納入考慮⁶⁷。」由此可知兩條文之差異，因此在分析良好實務規範第 E 款法律要件時，應要比前述案例法分析 TBT 協定第 2.2 條技術規章時來得更加寬鬆，否則就會出現條文轉換結構性的問題⁶⁸。然若仍使用前述美國—鮪魚案 II 中的檢驗方式即會出現疑義，首先，如當一私營標準係以追求與效率相關為目標而制訂時，在評估其是否有助於提高效率以及品質目標，以及該標準是否對目標之實現為必要時，將會需要搜集大量的經濟以及科學證據，這將會侵犯制定私營標準之團體自我監管權利 (self-regulatory prerogatives)，使會員國執法產生困難，且較不易評估考量無法實現目標之風險⁶⁹。再者，如何比較私營標準與替代措施之貿易限制性亦是個棘手的問題，由於最小貿易限制替代措施之概念，似乎很難與會產生大量貿易限制效果的私營品質標準共存，也很難實際找到一個較私營標準之貿易限制較小之替代措施。此外，要求私部門尋求貿易限制措施較低的私營標準，似乎可能造成侵害私部門自主監管權之疑慮，因為私營標準制定機構不像公立機構監管擁有選擇管制手段之空間，無法期待其選擇採取之私營標準必然為最小貿易限制⁷⁰。

⁶⁴ Appellate Body Report, *US—Tuna II*, ¶ 320.

⁶⁵ Appellate Body Report, *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements 21.5*, ¶¶ 5.215, 5.254, WTO Doc. WT/DS384/AB/RW & WT/DS386/AB/RW (adopted May 29, 2015).

⁶⁶ Enrico Partiti, *supra* note 32, at 850.

⁶⁷ *Id.* at 850.

⁶⁸ *Id.* at 851.

⁶⁹ *Id.* at 851.

⁷⁰ *See Id.*

三、有關國際標準的義務

良好實務規範第 F 款規定：「若已有國際標準存在，或國際標準即將完成，標準化機構應採用此國際標準或相關部分，作為其『標準』之基礎。但此國際標準或其相關部分無法有效或並不適當，例如由於有基本之氣候或地理因素或根本之技術問題時，不在此限⁷¹。」此款法律要件類似於 TBT 協定第 2.4 條，故以下擬以 TBT 第 2.4 條要件之案例法作為分析該款之依據。

TBT 協定第 2.4 條規定，若須制定技術規章，且若已有國際標準存在，或國際標準即將完成，會員應採用此國際標準，或採用此標準之相關部分，作為其技術規章之基礎；但此國際標準或其相關部分對合法目的之達成係為無法有效或不適當之方法，例如由於有基本之氣候或地理因素或根本之技術問題時，不在此限。由條文可知 TBT 第 2.4 條可以分為三項要素：有國際標準之存在、是否以國際標準做為基礎，以及國際標準是否無法成為有效或適當達成合法目的之方法。

首先，TBT 協定中並未就「國際標準」予以界定，但在 TBT 協定附件 1 第 4 項中指出，「國際機構或體系」係指至少開放予所有會員入會之機構或體系⁷²。申言之，「國際標準」係指由國際標準組織所發展出之標準⁷³。再者，關於技術規章之制定是否以國際標準為基礎，在歐體—沙丁魚案中，上訴機構認為應視「制定技術規章之主要組成部分或根本原則⁷⁴。」在此方面，上訴機構另強調「主要組成部分」與「根本原則、之意，係指兩件事情之間必須存有非常強烈且非常緊密之關係，才可以說係「作為」他者之「基礎」⁷⁵。然若國際標準與技術規章相互矛盾者，亦不得謂以國際標準「作為」技術規章之「基礎」⁷⁶。最後一項要素，針對國際標準是否無法成為有效或適當達成合法目的之方法方面，歐體—沙丁魚案中爭端解決小組就有效性與適當性的差異認為，前者涉及使用之方法所造成之結果，後者則為使用之方法其本質⁷⁷。因此，無法成為有效的國際標準係指所採取的方法不能達成結果，而不適當的國際標準係指不能構成達成目的的方法，且當一措施所採取的保護水準係高於相關的國際標準確保的水準，則就不符合 TBT

⁷¹ TBT Agreement, Annex 3, art. F.

⁷² TBT Agreement, Annex 1, art. 4.

⁷³ 林彩瑜，前揭註 2，頁 173。

⁷⁴ Appellate Body Report, *European Communities—Trade Description of Sardine*, ¶ 240, WTO Doc. WT/DS231/AB/R (adopted 26 September 2002) [hereinafter Appellate Body Report, *EC—Sardine*].

⁷⁵ Appellate Body Report, *EC—Sardine*, ¶ 245.

⁷⁶ *Id.* ¶ 248.

⁷⁷ Panel Report, *European Communities—Trade Description of Sardine*, ¶ 7.116, WTO Doc. WT/DS231/R (adopted 29 May, 2002).

協定第 2.4 條之規定，這應證了國際標準旨在確定最低限度的保護水準⁷⁸。

依據私營標準保有自身標準的異質性得以與其他標準做區別此特性，若要求私營標準係基於國際標準之義務，似乎阻礙了私營標準制定機構的自主監管權以及標準制定的多樣性。以國際標準作為基礎的義務，應對於技術規章較為合理，由於技術規章制定的目標係在追求產品的相容與一致性，以及提高生產效率，故不鼓勵偏離國際標準⁷⁹。然而，對於私營標準而言，保有自身標準的異質性以及標準多樣性才是其所欲追求目標，故要求符合國際標準的義務，似乎對於私營標準而言較不可行。

四、小結

綜上所述，在履行不歧視原則、不必要貿易限制以及符合國際標準等實體規範方面，可能會造成與私營標準制定之目標產生矛盾、侵害私部門自主監管權、以及違背私營標準本身之特性的問題。故本文將接著探討在 TBT 協定中涉及程序方面的部分，尤其是透明化機制是否為消弭私營標準所生之貿易障礙的較佳途徑。

肆、TBT 協定附件三良好實務規範之程序面消弭私營標準貿易障礙之可行性

良好實務規範設有許多程序性的規範，如第 J、L、M、N、O 與 P 款中關於透明化機制的條文。以下將探討相較於良好實務規範的實體面，程序面的透明化機制是否較容易實踐，成為私營標準制定者較能接納之規範。

透明化可以分成兩方面，以結果為導向 (result-oriented) 或是以過程為導向 (process-oriented)⁸⁰。結果導向之透明化係指存在什麼種類的私營標準，必須是透明的；過程導向之透明化係指私營標準在制定與評估的過程中需公開透明，這也是透明化最多爭議以及受到批評的部分⁸¹。此外，有兩種方式可以確保以過程導向之透明化，一為主動的方式，二為被動的方式。主動的方式係允許利害關係人能參與私營化標準之制定；被動的方式是將資訊公開給公眾平台⁸²。

在結果導向方面，良好實務規範中第 O 款揭示一旦通過標準後，標準化機

⁷⁸ Enrico Partiti, *supra* note 32, at 853.

⁷⁹ *Id.* at 853.

⁸⁰ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 9.

⁸¹ *Id.* at 10.

⁸² *Id.* at 10.

構應立即公告⁸³，使各國會員可以知道該標準之存在。除了良好實務規範對標準設有透明化規範外，TBT 協定本身亦設有總體性透明化規範，如 TBT 協定第 10 條要求會員設置查詢點 (enquiry point)，以回覆其他會員及其利害關係人之合理查詢，並提供相關資訊⁸⁴。且會員與任何其他國家就有關技術規章、「標準」或符合性程序評估程序等可能對貿易有重大影響之問題，達成協議時，協議當事國中至少有一會員應透過秘書處，將該協議所涵蓋之產品，並檢討該協議之簡要說明，通知其他會員⁸⁵。

在過程導向方面，TBT 委員會第七次三年總檢討中特別強調標準制定「透明化」的部分，其鼓勵各會員國之中央政府標準制定機構以及非政府機構，應遵守良好實務規範第 J 款以及第 L 款⁸⁶，除有安全、健康或環保之緊急情況外，在通過「標準」之前，應有 60 日之期間使他人得對標準之草案提出評論⁸⁷；且標準化機構至少每 6 個月公告其工作計畫，公告前應將計畫之存在及相關內容，通知在日內瓦之 ISO/IEC 資訊中心⁸⁸。除此之外，良好實務規範第 M、N、P 款分別設有關於透明化相關規定。於 WTO 會員境內之任何利害關係人提出請求時，標準機構應立即提供或安排提供其所徵求評論意見之標準草案副本⁸⁹；標準機構在進一步制定標準時，應顧及於徵求意見期間所收到之意見，自接受本良好實務規範之標準機構所收到之意見時，如請求答覆者，應儘速答覆之⁹⁰；且於 WTO 會員境內之任何利害關係人提出請求時，標準機構應立即提供或安排提供其最新之工作計畫副本或其制定之標準副本⁹¹。

依前所述可得出私營標準可以受到透明化機制的規範，如在結果導向之透明化方面，當私營標準通過之後，大型零售商或是 NGOs 等標準制定者需立即公告之，使各會員國以及利害關係人得以知悉相關規定。其公告方式主要應透過在私營標準訂定者之官方網站中公告該標準之制定已完成，惟需注意的是公告盡量於官方網站首頁「明顯」處，使各國會員和利害關係人可以不用透過層層的網頁點擊就能獲得此標準的相關資訊；除此之外，或許也可以考慮建議私營標準制定者先向其母國通知，再由母國政府向 WTO 秘書處公告有此私營標準之存在，方

⁸³ TBT Agreement, Annex 3, art. O.

⁸⁴ TBT Agreement art. 10.1.

⁸⁵ TBT Agreement art. 10.7.

⁸⁶ Committee on Technical Barriers to Trade, *Seventh Triennial Review of the Operation and Implementation of the Agreement on Technical Barriers to Trade Under Article 15.4*, WTO doc. G/TBT/37(Dec. 3, 2015).

⁸⁷ TBT Agreement, Annex 3, art. L.

⁸⁸ TBT Agreement, Annex 3, art. J.

⁸⁹ TBT Agreement, Annex 3, art. M.

⁹⁰ TBT Agreement, Annex 3, art. N.

⁹¹ TBT Agreement, Annex 3, art. P.

便所有 WTO 會員可藉由此管道，得知私營標準的訂定，並將之轉告其國內的相關業者。在過程導向之透明化方面，私營標準制定的過程中，在草擬階段每 6 個月或許也可先透過母國通知日內瓦之 ISO/IEC 資訊中心，並隨即公告，使各會員國或是與其相關的利害關係人，可以參與整個標準制定的過程。此外，亦可設立類似於 TBT 協定中第 10 條之查詢點，在其官方網頁中公開私營標準的內容、如何遵守等相關資訊，以及設置可以使各會員國以及利害關係人隨時可評論之意見處，當利害關係人對私營標準有疑問時，意見處得立即回覆之。此外，由於對開發中國家而言，遵循私營標準之時間與成本相較於其他國家來得高，故可給予其類似過渡期之寬裕期。故若該等資訊同時由其母國通知 WTO 秘書處，並且公告於標準制定者之官方網頁中，此雙管齊下之方式較容易使私營標準達到透明化的規範。

中國在 2016 年的 TBT 委員會中曾提出採用私營標準的最佳實踐指導方針 (best practice guidelines regarding private standards)，建議制定一套規範私營標準的標準 (meta-standard)。雖然這些準則並不具有法律拘束力⁹²，但若可將關於透明化的機制納入，或許有助於消弭私營標準所造成的貿易障礙。最終中國的提議並不受歐盟、美國與日本等國家支持，因這些國家認為私營標準根本不應受到 WTO 協定之規範⁹³。然而，本文相信此種直接針對私營標準訂定之指導方針，會使私營標準制定者更願意遵守，亦係未來規範私營標準的展望。

綜上所述，即便私營標準的制定者，不希望受到良好實務規範的實體義務之拘束，導致其可能不願意接受良好實務規範，然其可以參考良好實務規範的程序面義務，以強化其所制定之標準的正當性。如現今由歐洲零售商農產品經銷集團所公布之「全球夥伴良好農業慣例標準」就非常的透明化，其不僅接受所有利害關係人參與，亦歡迎大眾參與其標準制定與評估的過程⁹⁴，且可以透過電子郵件發送評論⁹⁵，故目前透明化機制似乎是現今較可行消弭貿易障礙的方式。

伍、結論

近年來私營標準數量逐漸增加，對於國際貿易之影響各國皆有目共睹。雖然私營標準有助於達成環境保護以及社會議題等特定目標，同時亦會造成國際貿易上市場進入之障礙。經本文分析後可得出私營標準可分為明顯受 TBT 協定規範，

⁹² Committee on Technical Barriers to Trade, Minutes of the Meeting of 15-16 June 2016, WTO Doc. G/TBT/M/69, ¶¶ 3.373-3.378.

⁹³ Junji Nakagawa, *supra* note 1, at 11.

⁹⁴ *Id.*, at 11.

⁹⁵ PASCAL LIU, *supra* note 16, at 15.

與尚有疑義是否落入 TBT 協定規範之私營標準。若當私營標準可受到 TBT 協定規範時，TBT 協定附件三良好實務規範即可能成為規範私營標準的相關規定。

在良好實務規範之實體規定中，關於不歧視規定第 D 款、不必要貿易限制第 E 款，以及符合國際標準義務第 F 款，分別與 TBT 協定第 2.1 條、第 2.2 條與第 2.4 條的條文用語相似，故在良好實務規範沒有案例法解釋的情況下，以 TBT 協定之案例法作為參考依據。雖然在適用相關案例法後，其實體義務要求會造成與私營標準制定之目標產生矛盾、侵害私部門自主監管權，以及違背私營標準本身的特性。但程序性的透明化機制的部分，相較之下似乎是現今較為可行消弭貿易障礙之途徑。

許多 WTO 會員認為私營標準此類型之自願性標準在國際上仍具有重要價值，例如在加拿大與歐盟全面性經濟與貿易協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 中，亦鼓勵發展與使用關於貨品與服務永續生產，如環境標示之自願性體制⁹⁶。私營標準對國際貿易的影響日益提升，但 TBT 協定對其適用性仍頗具爭議，本文建議未來各國在制定私營標準時，應強化透明化機制並盡可能降低私營標準所造成的貿易障礙，使私營標準發揮最大效益。

⁹⁶ Comprehensive Economic and Trade Agreement art. 22.3.2 (a), (providing that: “encouraging the development and use of voluntary schemes relating to the sustainable production of goods and services, such as eco-labelling and fair trade schemes...”).