

## 由「俄羅斯—鐵路設備案」初探技術性貿易障礙協定下符合性評估程序之不歧視原則

劉瑋佳

### 摘要

世界貿易組織爭端解決小組於 2018 年 7 月 30 日發佈「俄羅斯—鐵路設備案 (爭端編號第 499 號)」之小組報告，本案之原告烏克蘭指控俄羅斯透過暫停針對來自烏克蘭之鐵路設備之合格認證、拒絕新的合格證書之申請、以及不承認其他關稅同盟會員核發給烏克蘭之符合性評估認證等措施，違反世界貿易組織下之相關規範。本案除了涉及《關稅暨貿易總協定》下的最惠國待遇及國民待遇原則，也是首次針對《技術性貿易障礙協定》第 5.1.1 條關於符合性評估程序之不歧視原則進行解釋的案例。因此，本文將以「俄羅斯—鐵路設備案」為核心，檢視小組對符合性評估程序中的不歧視原則所為的解釋，並簡要地分析符合性評估程序下的不歧視原則，與《技術性貿易障礙協定》第 2.1 條下關於技術規章之不歧視原則的解釋與適用之異同。由於本案仍在上訴當中，上訴機構是否認同小組的裁決理由仍待觀察。

世界貿易組織爭端解決小組於 2018 年 7 月 30 日發佈「俄羅斯—鐵路設備案 (*Russia—Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof*)」<sup>1</sup>之小組報告書，本案之原告烏克蘭指控俄羅斯對其鐵路設施產品所採之符合性評估 (conformity assessment) 程序違法，主張俄羅斯透過暫停針對進口鐵路產品合格認證之效力、拒絕新的合格認證書之申請、以及不承認來自關稅同盟 (customs union)<sup>2</sup>之會員核發給烏克蘭之符合性評估認證，造成歧視與不必要之貿易障礙<sup>3</sup>。無論產品的來源地為何，符合性評估程序是為了使主管機關有信心確認產品確實符合技術規章以及其所欲達成的安全、環保或健康保護水準，不過，符合性評估程序也可能增加出口商的貿易成本，而有潛在的重大貿易障礙<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> Panel Report, *Russia—Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof*, WTO Doc. WT/DS499/R (appealed Aug. 27, 2018) [hereinafter *Russia—Railway Equipment*].

<sup>2</sup> 本案中的關稅同盟係指歐亞經濟聯盟 (Eurasian Economic Union)，此一聯盟為俄羅斯、白俄羅斯、哈薩克、吉爾吉斯以及亞美尼亞五個前蘇聯國家，為加深經濟、促進發展，於 2014 年 5 月 29 日簽署《歐亞經濟聯盟條約》(Treaty on the Establishment of the Eurasian Economic Union) 所創立的國際組織。General Information, EURASIAN ECONOMIC UNION, <http://www.eaeunion.org/?lang=en#about> (last visited Nov. 25, 2019).

<sup>3</sup> 「俄羅斯—鐵路設備案」的案件內容，可參考：劉鈞瑜，簡述「俄羅斯—鐵路設備案」爭端解決小組裁決，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，第 238 期，頁 25-31，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no238/4.pdf> (最後瀏覽日：2019 年 11 月 25 日)。

<sup>4</sup> Devin McDaniels & Marianna Karttunen, *World Trade Organization—Economic Research and*

本案為第一件涉及《技術性貿易障礙協定》(Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT 協定) 第 5.1.1 條符合性評估程序之不歧視原則的案件，雖然本案仍在上訴階段，但小組針對符合性評估程序之不歧視原則的解釋、與 TBT 協定第 2.1 條關於技術規章 (technical regulation) 之不歧視原則解釋之異同，具有一定的討論空間。TBT 協定下之技術法規包含技術規章、符合性評估程序、以及標準 (standard) 三類<sup>5</sup>，鑒於本文之目的乃釐清技術規章與符合性評估程序對於不歧視原則解釋之異同，為釐清相關用詞，本文將以技術法規統稱技術規章與符合性評估程序。

以下首先介紹符合性評估程序之重要性以及其於 TBT 協定下之定義與主要規範，接著檢視「俄羅斯—鐵路設備案」之小組針對符合性評估程序之不歧視原則的解釋與適用，之後再進一步比較 TBT 協定第 2.1 條不歧視原則之解釋，與本案針對第 5.1.1 條之不歧視原則解釋之異同，最後作一結論。

## 壹、技術性貿易協定下之符合性評估程序

### 一、重要性

隨著配額和關稅障礙的逐步取消，對貨物是否符合技術規章或標準 (standard) 之評估程序的監管變得越來越重要，因此符合性評估作為一種技術壁壘也越趨重要，世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 會員可以藉此方式阻止其他成員的貨品入境<sup>6</sup>。符合性評估最為人關切的是進口產品與本國產品使用本國評估程序的方式<sup>7</sup>。因此，TBT 協定亦將符合性評估納入其適用範圍中，以確保此等措施在達成其目標的同時，不至於造成貿易障礙。

### 二、定義與相關條文

TBT 協定附件一第 3 項訂定符合性評估程序之定義如下<sup>8</sup>：

「符合性評估程序：係指直接或間接用以決定是否符合相關技術規章或標準之要件之任何程序。」

---

Statistics Division 3 (WTO, Working Paper No. ERSD-2016-09), [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201609\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201609_e.pdf).

<sup>5</sup> *Technical Barriers To Trade: Technical Explanation—Technical Information on Technical Barriers to Trade*, WTO, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_info\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_info_e.htm) (last visited Nov. 25, 2019).

<sup>6</sup> RÜDIGER WOLFRUM ET AL., *WTO-TECHNICAL BARRIERS AND SPS MEASURES* 264 (Seibert-Fohr ed.) (2007).

<sup>7</sup> James H. Mathis, *Mutual Recognition Agreements—Transatlantic Parties and the Limits to Non-Tariff Barrier Regionalism in the WTO*, 32(6) *J. WORLD TRADE* 5, at 15 (1998).

<sup>8</sup> Agreement on Technical Barriers to Trade, Annex 1.3, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 120 [hereinafter TBT Agreement].

符合性評估程序的主要功能係確保特定產品確實符合技術規章或標準所規定之要件。依據 TBT 協定附件一第 3 項之註解說明，「符合性評估程序」之範圍包括：「取樣、測試與檢驗」、「符合與否之評估、查證與確保」、「登記、認證與認可」及該等措施之組合等<sup>9</sup>。舉例而言，若一國規定飛機機翼必須承受一定程度之壓力，則對機翼能否承受必要壓力之「測試」，即「符合性評估程序」<sup>10</sup>。

TBT 協定第 5 條針對符合性評估程序訂有相當詳盡的規範。第 5 條並非針對符合性評估建立嚴格和詳細的機制，而是旨在強調透明化原則並建立一般準則<sup>11</sup>。本條並未管制符合性評估程序的所有內涵 (implication)，而是提供其他會員之供應商近用 (access) 符合性評估程序管道的機會<sup>12</sup>。本條涉及中央政府機構要求技術規章或標準需要達到積極保證 (positive assurance) 的符合性時，所進行的評估程序<sup>13</sup>。其目的在於確保來自其他會員的產品，於受評估是否符合本國的技術規章或標準時，不會受有不利利益<sup>14</sup>。此外，第 5 條反映了 TBT 協定採取雙重方式 (twofold) 以避免不必要的貿易障礙，分別為<sup>15</sup>：(一) 透過第 5.1 條和第 5.2 條的程序保障措施來確保符合性評估程序不會造成歧視性影響；(二) 透過第 5.4 條和第 5.5 條要求必須透過國際標準化機構制訂並被廣泛使用之準則和建議，以調和該等程序，若沒有國際相關準則，則必須根據第 5.6 條事先通知 (ex-ante notification) 會員方能進行調和。

進一步言，TBT 協定第 5 條針對中央政府機構之符合性評估程序有相當完備的實體與程序原則要求，包括實質的不歧視原則與貿易最小限制原則、以及程序上諸多的透明化義務，以下扼要彙整各項之核心規範：

首先是第 5.1 條，該條將 WTO 協定的兩個主要原則，即《關稅暨貿易總協定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1994) 第 1 條最惠國待遇和第 3 條國民待遇原則，應用於符合性評估程序<sup>16</sup>。在此大前提下，第 5.1.1 條進一步規定「符合性評估程序之擬訂、採行及適用應給予來自其他會員境內之同類產品供應商在可資比較之情況下，以不低於對待本國或任何來自其他國家之同類產品供應商之條件給予管道，此管道為供應商獲得符合性評估之權利，此權利包括在該程序所能預見時，在設施之現場進行符合性評估作業及受領該體系之標記等之可能性」<sup>17</sup>。第 5.1.2 條也指出「符合性評估程序之擬訂、採行或適用不得以對國

<sup>9</sup> TBT Agreement, Annex 1.3 Explanatory note.

<sup>10</sup> RÜDIGER WOLFRUM ET AL., *supra* note 6, at 193.

<sup>11</sup> *Id.* at 264.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> *Id.*

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.* at 265.

<sup>17</sup> TBT Agreement, art. 5.1.1, (providing that “[c]onformity assessment procedures are prepared, adopted and applied so as to grant access for suppliers of like products originating in the territories of other Members under conditions no less favourable than those accorded to suppliers of like products of

際貿易造成不必要之障礙為目的，或產生該等效果。該程序或其適用之嚴格程度，在兼顧到不合格可能造成之風險後，應以不超過足使出口會員確信產品符合應適用之技術規章或標準為限」<sup>18</sup>。為了確保會員切實執行第 5.1 條，第 5.2 條則詳述了會員所應執行的各項確認措施，以確保符合性評估程序的透明度 (transparency)、效率 (efficiency)、公平性 (fairness) 和機密性 (confidentiality)<sup>19</sup>。第 5.2 條的子項亦進一步規定了正當程序<sup>20</sup>、包含通知與公告在內等透明化規定<sup>21</sup>、提出相關資訊的要求<sup>22</sup>、對機密資訊的保護<sup>23</sup>、收費的合理性與不歧視原則<sup>24</sup>、使用設施之場地及樣本之選擇不得造成申請人不便<sup>25</sup>、符合性評估程序僅能針對技術規章後續改變的部分做檢查<sup>26</sup>、設立符合性評估程序結果的申訴管道<sup>27</sup>等。其他條款之相關規定則包括：會員得以在境內執行合理的抽樣檢查<sup>28</sup>、符合性評估程序的調和原則，即國際上若存在符合性評估標準，各會員應確保彼等的中央政府機構以其作為符合性評估程序之依據<sup>29</sup>、為盡可能擴大符合性評估程序之調和，各會員應充分付出相關努力<sup>30</sup>、一致通知等相關透明化義務<sup>31</sup>、緊急狀況下的通知義務<sup>32</sup>、確定公告方式能讓利害關係人得知<sup>33</sup>、公告和評論期<sup>34</sup>等。

截至目前為止，在 WTO 實務上涉及第 5 條的案件不多，因此「俄羅斯—鐵路設備案」之小組針對本條所作出的解釋，相形重要。以下首先概述本案的系爭措施，並聚焦於小組在本案中針對符合性評估程序之不歧視原則的解釋。

## 貳、「俄羅斯—鐵路設備案」針對符合性評估程序之不歧視原則的解釋

烏克蘭於本案中針對俄羅斯的指控主要分成三大類<sup>35</sup>：第一類 (a) 部分為俄羅斯以其檢驗人員人身安全考量以及無法進行年度檢查為由，透過前後 14 項命

---

national origin or originating in any other country, in a comparable situation; access entails suppliers' right to an assessment of conformity under the rules of the procedure, including, when foreseen by this procedure, the possibility to have conformity assessment activities undertaken at the site of facilities and to receive the mark of the system.”).

<sup>18</sup> *Id.* art. 5.1.2.

<sup>19</sup> RÜDIGER WOLFRUM ET AL., *supra* note 6, at 268.

<sup>20</sup> TBT Agreement, art. 5.2.1.

<sup>21</sup> *Id.* art. 5.2.2.

<sup>22</sup> *Id.* art. 5.2.3.

<sup>23</sup> *Id.* art. 5.2.4.

<sup>24</sup> *Id.* art. 5.2.5.

<sup>25</sup> *Id.* art. 5.2.6.

<sup>26</sup> *Id.* art. 5.2.7.

<sup>27</sup> *Id.* art. 5.2.8.

<sup>28</sup> *Id.* art. 5.3.

<sup>29</sup> *Id.* art. 5.4.

<sup>30</sup> *Id.* art. 5.5.

<sup>31</sup> *Id.* art. 5.6.

<sup>32</sup> *Id.* art. 5.7.

<sup>33</sup> *Id.* art. 5.8.

<sup>34</sup> *Id.* art. 5.9.

<sup>35</sup> Panel Report, *Russia—Railway Equipment*, ¶ 7.225.



令，暫停在關稅同盟成立前已核發予烏克蘭供應商之符合性認證的效力<sup>36</sup>；(b) 俄羅斯透過 3 項決定，拒絕接受烏克蘭供應商所提出的新申請<sup>37</sup>；第二類為俄羅斯不承認其他關稅同盟會員發給烏克蘭符合性評估之認證<sup>38</sup>；第三類為俄羅斯藉由上述兩類的手段，系統性阻礙烏克蘭產品之進口<sup>39</sup>。其中，第一類措施違反符合性評估程序，以下僅就此整理小組之解釋。

第 5.1 條規定<sup>40</sup>：「各會員有要求積極保證符合技術規章或標準之情形者，應確保彼等之中央政府機構對來自其他會員境內之產品適用下列規定」

第 5.1.1 條<sup>41</sup>：「符合性評估程序之擬訂、採行及適用應給予來自其他會員境內之同類產品供應商在可資比較之情況下，以不低於對待本國或任何來自其他國家之同類產品供應商之條件給予管道，此管道為供應商獲得符合性評估之權利，此權利包括在該程序所能預見時，在設施之現場進行符合性評估作業及受領該體系之標記等之可能性。」

小組認為 TBT 協定第 5.1.1 條揭示關於給予其他會員同類產品供應商之近用管道的國民待遇及最惠國待遇義務<sup>42</sup>，並歸納出第 5.1.1 條的適用以符合第 5.1 條的兩項要件為前提<sup>43</sup>：(一) 必須是中央政府機構所制定之符合性評估程序；(二) 必須為具強制性之符合性評估程序，而非為自願性質。小組亦指出符合性評估程序之準備、採用、或適用亦可能違反本條之規範<sup>44</sup>。小組認為進口會員的措施若符合下列三個要件，即違反 TBT 協定第 5.1.1 條之規定<sup>45</sup>：(一) 被賦予較低待遇之會員的供應商，與受較有利待遇之本國或其他會員的供應商所提供的為「同類產品」；(二) 進口會員給予其他會員的產品供應商符合性評估程序之近用管道，較國內或來自任何其他會員同類產品之供應商更為不利；(三) 進口會員「在可資比較的情況下」給予同類產品供應商條件較為不利之近用管道。為檢視本案針對符合性評估程序中之不歧視原則的解釋，以下彙整爭端解決小組的解釋。

## 一、同類產品

關於第一個要件，即「同類產品」分析，本案當事國和某些第三國一致主張在判斷系爭措施是否違反第 5.1.1 條時，該措施必須適用於來自另一會員的產品

<sup>36</sup> *Id.* ¶¶ 7.232-7.235.

<sup>37</sup> *Id.* ¶¶ 7.592-7.595.

<sup>38</sup> *Id.* ¶¶ 7.810-7.817.

<sup>39</sup> *Id.* ¶ 7.941.

<sup>40</sup> TBT Agreement, art. 5.1.

<sup>41</sup> *Id.* art. 5.1.1.

<sup>42</sup> Panel Report, *Russia—Railway Equipment*, ¶ 7.248.

<sup>43</sup> *Id.* ¶ 7.249.

<sup>44</sup> *Id.* ¶ 7.250.

<sup>45</sup> *Id.* ¶ 7.251.

之供應商，而該產品與國內供應商或源自任何其他國家供應商的產品為同類產品的情形<sup>46</sup>。小組指出，第 5.1.1 條中定義了不歧視義務的產品範圍，即不應賦予供應商較低待遇之近用管道的前提為，國內供應商與其他會員供應商之產品為同類產品，至於「同類產品」之判斷，小組認為其判斷標準與 TBT 協定第 2.1 條判斷同類產品之要件相同<sup>47</sup>。

## 二、較低待遇之條件

第二項要件中為「較低待遇之條件」，小組首先表示，第 5.1.1 條第二句闡明了「近用 (access)」一詞之含義，其係指供應商在相關的程序規則下近用符合性評估程序管道之權利，包括在此程序可預見的情況下，得在檢驗現場進行符合性評估並獲得該評估體系之標章。此一闡明顯示在第 5.1.1 條分析近用管道時，與供應商依據相關之符合性評估程序的規則使其產品接受評估之權利的情況有關<sup>48</sup>。

接著，小組轉向對「較低待遇」一詞的解釋，小組表示有必要對控訴國之產品供應商近用管道的條件，與國內或來自任何其他會員同類產品之供應商近用管道的條件進行比較，如果分析後顯示近用之條件確實存在差異，則需探討此種差異是否在「較低待遇」的條件下而給予近用管道<sup>49</sup>。小組提到過往案例在其他 WTO 涵蓋協定內針對「較低待遇」之解釋為，若系爭措施不利地改變控訴國產品與其國內或來自任何其他國家同類產品之競爭關係，即認定系爭措施為給予較低待遇<sup>50</sup>。第 5.1.1 條並不考量會員如何對待進口產品，而是著重在供應商以及其近用符合性評估程序管道所需的條件，若該具差異性的條件改變同類產品供應商之間的競爭條件或競爭機會，從而對控訴會員的供應商造成不利影響，即涉及第 5.1.1 條之規範<sup>51</sup>。

在本案中，爭端國以及一些第三國提出第 5.1.1 條是否有必要以過去上訴機構對 TBT 協定第 2.1 條下之「較低待遇」所發展出的解釋方法來加以解釋<sup>52</sup>。針對 TBT 協定第 2.1 條下的「較低待遇」之解釋，爭端解決小組援引「美國—鮪魚案 II 履行審查 (*United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products—Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico*)」上訴機構判決。在上訴機構報告中的兩步驟分析法，第一步著眼於系爭技術規章是否改變了競爭條件，從而不利於進口產品與國內同類產品或其他任何國家的同類產品；第二步則檢視對進口產品競爭的不利影響是否係源於正當的管制區分

<sup>46</sup> *Id.* ¶ 7.253.

<sup>47</sup> *Id.* ¶ 7.254.

<sup>48</sup> *Id.* ¶ 7.257.

<sup>49</sup> *Id.* ¶ 7.258.

<sup>50</sup> *Id.* ¶ 7.259.

<sup>51</sup> *Id.* ¶ 7.260.

<sup>52</sup> *Id.* ¶ 7.262.

(legitimate regulatory distinction)，而不是反映對進口產品的歧視，上訴機構認定，如果技術規章造成的不利影響僅源於正當的管制區分，則該技術法規即非第 2.1 條所指稱之對進口產品給予較低待遇<sup>53</sup>。

#### (一) 爭端國與第三國對於「較低待遇」之主張

烏克蘭認為，上述第二步驟的「第 2.1 條下針對不利影響是否源於正當的管制區分」，應視第 5.1.1 條之特性作調整<sup>54</sup>。符合性評估程序旨在確保產品符合技術規章或標準、是否滿足技術規章或標準中的相關要求，而非建立產品間的區別，因此，符合性評估程序與技術規章的本質不同。烏克蘭認為在評估近用管道條件之差異是否源於正當的管制區分時，應僅限於事實上歧視 (*de facto* discrimination) 以及符合性評估程序目標的主張，即近用管道條件之差異與確保遵守技術規章的目標之間應存在合理關聯性<sup>55</sup>。

俄羅斯主張不應將第 2.1 條所發展的檢驗標準直接移植到第 5.1.1 條，必須考慮到兩條文在內容、目的以及宗旨上的差異<sup>56</sup>。其中，第 5.1.1 條「在可資比較的情況下」的用語，在功能上等同於 GATT 1994 第 20 條前言中「在相同條件下的締約國間」，也等同於 TBT 協定第 2.1 條中正當管制區分之較低待遇的檢驗<sup>57</sup>。俄羅斯主張，該些條款皆在闡明差別待遇不直接等同於較低待遇，因為僅在可資比較的情況下得以要求會員提供同等的待遇，然而，若是要於第 5.1.1 條下提出事實上歧視的主張，則控訴方需要證明該對特定會員供應商的不同待遇，與其他來源的供應商相比並非源於正當的管制區分<sup>58</sup>。

加拿大、歐盟與日本認為在第 5.1.1 條下主張事實上歧視必須評估不利影響是否來自於正當的管制區分；美國則認為第 5.1.1 條與第 2.1 條的文字與結構大相逕庭，故此一分析並不恰當<sup>59</sup>。

#### (二) 小組對於「較低待遇」之解釋

小組指出 TBT 協定第 2.1 條和第 5.1.1 條之間在文字上有所不同，相較於 TBT 協定第 2.1 條，第 5.1.1 條以「在可資比較的情況下」一詞來限定最惠國待遇與國民待遇義務<sup>60</sup>。TBT 協定第 5.1.1 條之「在可資比較的情況下」允許在無可資比較情況之下，給予差異性的近用管道條件，而 TBT 協定第 2.1 條並不包含「在可資比較的情況下」一語，故「可資比較的情況下」一詞為進口會員保留

<sup>53</sup> *Id.* ¶ 7.265.

<sup>54</sup> *Id.* ¶ 7.266.

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.* ¶ 7.267.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.* ¶ 7.268.

<sup>60</sup> *Id.* ¶ 7.271.

一定程度的靈活性，以便其因應情況設計和應用適合的符合性評估程序<sup>61</sup>。故小組並不認為有需要將上訴機構於第 2.1 條下所發展出的解釋，套用於第 5.1.1 條<sup>62</sup>。基於上述理由，小組認為差異性的近用管道條件是否在較低條件下所授予、與是否源於正當的管制區分之間並沒有必要關聯<sup>63</sup>。但是，如第 5.1.1 條所述，即使得出的結論是給予較低的近用管道條件，仍然有必要進一步確定其是否係在可資比較的情況下所給予的<sup>64</sup>。

### 三、在可資比較的情況下

針對第三項要件「在可資比較的情況下」，小組認為應比較近用管道的不同條件「在可資比較的情況」下是否被給予較低之待遇<sup>65</sup>，為了確定是否具有可資比較性而因此必須給予非較低待遇的近用條件，小組認為有必要辨識出使情況可資比較的相關因素<sup>66</sup>。第 5.1.1 條第二句可以為此提供相關脈絡，亦即依據符合性評估程序的規則加以評估並進行 (conducting) 符合性評估活動<sup>67</sup>。小組認為 TBT 協定第 5.1.2 條和第 5.2.7 條在這方面提供了得以參照的上下文：第 5.1.2 條表明為了使進口會員對產品符合適用的技術規章或標準有足夠的信心，其適用的符合性評估程序不得超過必要的嚴格程度、第 5.2.7 條則指出，符合性評估程序係確定是否對產品符合相關且適用的技術規章或標準具備足夠的信心，該定義在 TBT 協定附件第 1.3 條中亦有明文，規定符合性評估程序是直接或間接用於確定滿足技術規章或標準中相關要求的任何程序<sup>68</sup>，因此，相關因素可能包括：進口會員是否具備充分信心，得依照符合性評估程序規則進行評估的能力、主張被給予較低待遇條件之供應商的特殊狀況、以及供應商設備地點之特殊狀況等<sup>69</sup>。總而言之，情況是否為可資比較必須依個案認定、並考量符合評估程序之相關規則以及其他證據<sup>70</sup>。第 5.1.1 條並未規定可能使情況不再具有可資比較性的因素，因此小組不需要 (need not)、也不 (do not) 對此提出意見<sup>71</sup>。

### 四、小結

針對第一類 (a) 部分暫停關於進口鐵路產品合格認證之措施，小組認為，基於烏克蘭的局勢對俄羅斯檢查員的生命與健康所造成之風險<sup>72</sup>，烏克蘭的情況

---

<sup>61</sup> *Id.* ¶ 7.272.

<sup>62</sup> *Id.* ¶ 7.273.

<sup>63</sup> *Id.* ¶ 7.274.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.* ¶ 7.282.

<sup>66</sup> *Id.* ¶ 7.283.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.* ¶ 7.284.

<sup>72</sup> 當時俄羅斯與烏克蘭兩國處於關係緊張之局勢。始自 2013 年 11 月 21 日至 2014 年 2 月，烏克蘭親歐洲派在基輔展開的反政府示威。該次示威運動之後，兩國關係持續交惡並發生一連串



與其他出口國家不具可資比較性，故俄羅斯有正當理由不派遣檢查員至烏克蘭進行檢查<sup>73</sup>。因此，烏克蘭並未證實俄羅斯所採用的符合性評估程序，在可資比較的情況下，賦予烏克蘭供應商低於俄羅斯和歐洲同類鐵路產品供應商之待遇而不符合 TBT 協定第 5.1.1 條之規定<sup>74</sup>。

針對第一類 (b) 部分拒絕新的鐵路產品認證書申請之措施，烏克蘭未確立俄羅斯所採用的符合性評估程序在可資比較的情況下，對來自烏克蘭供應商近用鐵路產品管道之待遇，低於其賦予同類國內和歐洲鐵路產品供應商之待遇，小組之裁決理由與前述暫停認證效力措施大致相同<sup>75</sup>。至於因烏克蘭供應商所提交之申請不完整而做出的拒絕決定，因為俄羅斯的認證機構不能接受和處理不完整的申請，小組認為烏克蘭未證明俄羅斯賦予烏克蘭鐵路產品供應商較低的符合性評估程序條件<sup>76</sup>。

由以上彙整之小組報告內容可見，小組就 TBT 協定第 5.1.1 條與 TBT 協定第 2.1 條中的不歧視原則作解釋與比較，兩條文之相提並論、代表著兩條文在適用上可能有相似之處。為進一步瞭解其中的異同，以下扼要介紹 TBT 協定第 2.1 條之不歧視原則及其要件。

### 參、TBT 協定下技術規章之不歧視原則

TBT 協定第 2.1 條規定<sup>77</sup>：「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」。觀其內涵，TBT 協定第 2.1 條同時包含有「國民待遇原則」及「最惠國待遇原則」此二不歧視原則在內，於「美國—丁香菸品案 (United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes)」上訴機構報告指出，TBT 協定第 2.1 條包含國民待遇與最惠國待遇義務<sup>78</sup>。在此爭端案件中，上訴機構被要求闡明國民待遇義務的含義，當判斷是否違反 TBT 第 2.1 條時，須分別檢視三項要件：(一) 系爭措施為「技術規章」；(二) 系爭之進口產品與本國產品為「同類產品」；(三) 系爭之措施給予進口產品相較於本國之同類產品「較低待遇」<sup>79</sup>。以下逐一彙整 TBT 協定第 2.1 條三項要件之解釋與適用。

---

事件，相關資訊可參考：*A Timeline of the Euromaidan Revolution*, EUROMAIDEN PRESS (Feb. 19, 2016), <http://euromaidanpress.com/2016/02/19/a-timeline-of-the-euromaidan-revolution/>.

<sup>73</sup> *Id.* ¶ 7.387.

<sup>74</sup> *Id.* ¶ 7.394.

<sup>75</sup> *Id.* ¶¶ 7.623, 7.625.

<sup>76</sup> *Id.* ¶¶ 7.635, 7.636.

<sup>77</sup> TBT Agreement, art. 2.1.

<sup>78</sup> Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, ¶ 87, WT/DS406/AB/R (adopted Apr. 24, 2012) [hereinafter US—Clove Cigarettes].

<sup>79</sup> *Id.*

## 一、技術規章

技術規章在 TBT 協定附件一第 1.1 條下之定義為<sup>80</sup>：「規定產品特性或其相關製程及產製方法，包括適用具強制性之管理規定之文件。該文件亦得包括或僅規定適用於產品、製程或產製方法之專門術語、符號、包裝、標記或標示之規定。」於「歐體—石棉案 (*European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Product*)」中，小組根據《維也納條約法公約》(*The Vienna Convention on the Law of Treaties*)之解釋原則，在檢視完「技術規章」之通常意義 (*ordinary meaning*)、TBT 協定之目的與宗旨 (*object and purpose*)，以及上下文 (*relevant context*) 之後，認為要符合 TBT 協定所定義之技術規章，須滿足三項要件，即：(一) 系爭措施是否適用於可資辨識之產品或產品類別；(二) 系爭措施是否指涉一項或數項產品特性；(三) 以強制、具拘束力之方式規範產品特性<sup>81</sup>。以下簡要分述之：

首先，技術規章必須為規範可資辨識之產品或產品類別，只要該特定產品具有可識別性 (*identifiable*) 即可，譬如以規範產品特性之方式，不必明文以命名 (*named*)、指定 (*identified*) 或特定 (*specified*) 之方式特定<sup>82</sup>。再者，若要為落入 TBT 協定所規範之技術規章，其須指涉一項或數項產品特性。TBT 協定附件一第 1.1 條亦提供了一些關於產品特性之例示，譬如：專門術語、符號、包裝、標記或標示；而這些例示亦說明了產品特性不僅限於產品本身，尚包括區別的手段以及產品的呈現方式<sup>83</sup>。此外，產品特性得以正面或反面之論述規範之，例如要求產品必須要具備某種特性，此即為正面規範；若要求產品不得具備某種特性，即以反面之方式規範之<sup>84</sup>。第三，技術規章須以具強制性、拘束力之方式規範產品特性<sup>85</sup>。以「美國—鮪魚案 II 案 (*US—Tuna II (Mexico)*)」為例，其涉及的措施為一自願性之海豚無害 (*Dolphin-Safe*) 標示規章，系爭措施並不要求所有人以海豚無害之方式捕撈鮪魚，惟以海豚無害之方式為之在符合系爭措施的相關規定下，可獲得海豚無害之標章<sup>86</sup>。該系爭措施最終被上訴機構認定為具有強制性，其表示因為系爭措施為美國國會通過之具有效力之法律<sup>87</sup>，且其不僅針對可以使

<sup>80</sup> TBT Agreement, Annex 1, art. 1.1.

<sup>81</sup> Panel Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶ 8.57, WT/DS135/R (circulated Sept. 18, 2000).

<sup>82</sup> 上訴機構於「歐體—沙丁魚案」針對「可資辨識之產品或產品類別」之解釋，見於：Appellate Body Report, *European Communities—Trade Description of Sardines*, ¶ 176, WT/DS231/AB/R (adopted Oct. 23, 2002).

<sup>83</sup> Appellate Body Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶ 109-111, WT/DS135/AB/R (adopted Apr. 5, 2001).

<sup>84</sup> *Id.* ¶ 69.

<sup>85</sup> *Id.* ¶ 68.

<sup>86</sup> Appellate Body Report, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, ¶¶ 172-177, WT/DS381/AB/R (adopted May 16, 2012).

<sup>87</sup> *Id.* ¶¶ 190-193.

用該標章之條件作出規定，其亦禁止不符合規定者使用海豚無害標章<sup>88</sup>，因此係具有強制性與拘束力的措施。

## 二、同類產品

「美國—丁香菸品案 (*United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*)」上訴機構肯認以競爭關係導向 (competition-oriented) 之解釋方法對 TBT 協定第 2.1 條「同類產品」進行分析<sup>89</sup>。上訴機構不反對爭端解決小組使用 GATT 1994 第 3 條下所發展出的同類性標準 (likeness criteria) 作為第 2.1 條下解釋同類產品的參考，但其不同意小組於評估產品物理特性以及消費者偏好和習慣時，將本案之系爭技術規章所欲追求的健康目標作為重要的評估依據<sup>90</sup>。對此，上訴機構進一步闡明為何是以產品的相互競爭關係來確定相似性，而非以措施之管制目的作為衡量標準。儘管最後得出的結論認為，不應以措施之法規目的來認定同類性，但上訴機構也認同管制目的的相關性 (the relevance of regulatory concerns)<sup>91</sup>。

## 三、較低待遇

在「美國—丁香菸品案」中，上訴機構根據對本條的背景和目的性解釋，闡明了 TBT 協定第 2.1 條中「同等優惠性待遇」的要件，並建立了二階段測試<sup>92</sup>。上訴機構以 TBT 協定附件一第 1 條對技術規章的定義進一步分析：「技術規章本身乃根據產品的特性、製程或產製方法在產品之間進行區分的措施。這表明第 2.1 條不應被解釋為任何差別待遇，特別是那些僅基於特定產品特性或製程或產製方法的產品所做之差別待遇不應逕自視同給予較低待遇<sup>93</sup>。」而所謂的二階段測試，上訴機構提出應檢視：(一) 系爭之技術規章是否有改變系爭產品之競爭條件，使進口產品遭受不利影響<sup>94</sup>；同時，基於 TBT 協定之目的與宗旨，尚應檢視(二) 該不利影響係源於正當管制區分亦或是基於對進口產品之歧視<sup>95</sup>。實務上，此一分析也為後續案件所沿用，以下分述之：

### (一) 對競爭條件的不利影響

在「美國—COOL 案 (*United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*)」中，上訴機構向小組提供了如何判斷相關產品競爭條件

<sup>88</sup> *Id.* ¶¶ 194, 195.

<sup>89</sup> Appellate Body Report, *US—Clove Cigarette*, ¶¶ 107-120.

<sup>90</sup> *Id.* ¶¶ 107, 112, 121-160.

<sup>91</sup> *Id.* ¶ 116.

<sup>92</sup> *WTO Analytical Index, TBT Agreement – Article 2 (Jurisprudence)*, WTO, at 5, [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/tbt\\_art2\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/tbt_art2_jur.pdf) (last visited Nov. 25, 2019).

<sup>93</sup> Appellate Body Report, *US—Clove Cigarette*, ¶ 169.

<sup>94</sup> *Id.* ¶ 180.

<sup>95</sup> *Id.* ¶ 181.

是否存在事實上不利影響之分析準則，即該措施在相關市場中的運作對同類進口產品構成了事實上的不利影響。小組的分析必須考量所有相關的事實與狀況，包括從措施本身的設計和結構中辨識出對競爭條件的任何影響，以及於系爭市場中，所有與實行系爭措施相關的市場特徵<sup>96</sup>。

簡言之，上訴機構指出要認定一系爭措施改變了產品間之競爭關係而造成不利影響，必須要「系爭措施」與「對競爭條件產生不利影響」間有真正的關聯 (genuine relationship) 方可<sup>97</sup>。其認為一項措施即使不要求對進口產品有特定待遇，仍可能藉由創造出誘因使市場參與者為特定的行為，而構成較低待遇<sup>98</sup>；然而，倘若市場上競爭條件之改變非因政府頒佈之法規或命令所直接或間接造成，而是由於私人企業自己經成本效益計算後所得出的結果，則不能構成「較低待遇」<sup>99</sup>。因此，上訴機構強調於評估是否造成不利影響時，須注重的是系爭措施對市場上競爭條件產生的影響<sup>100</sup>。

## (二) 正當管制區分

針對正當管制區分，依「美國—丁香菸案」中上訴機構所述，其意思為「無偏見的 (even-handed)」<sup>101</sup>。於「美國—COOL 案」中，上訴機構則進一步舉例說明，認為倘若措施之設計或適用構成專斷或不合理之歧視則非「無偏見的」，亦即非「正當 (legitimate)」<sup>102</sup>，且依 TBT 協定第 2.1 條之規定，係控訴方須舉證證明被告方措施之設計或適用構成對進口產品專斷或不合理之歧視<sup>103</sup>。

在「歐盟—海豹案」中，小組又將正當管制區分此概念做了更進一步的擴充。「歐盟—海豹案」之小組奠基於「美國—COOL 案」上訴機構所述之：「『正當』係指措施之設計或適用不得構成專斷或不合理之歧視」，認為上訴機構於過去案例中對 GATT 第 20 條前言之分析可以作為參考<sup>104</sup>，而過去上訴機構指出分析是否為專斷或不合理之歧視時，須檢視造成歧視之原因 (cause) 或原理 (rationale)<sup>105</sup>。據此，小組認為於判斷是否構成較低待遇時，須討論系爭措施所劃之區分是否與目的有合理關聯。倘若沒有合理關聯，則進一步檢視是否有其他原因或原理可以正當化其區分，最後再檢視措施之設計或適用是否構成專斷或不合理之歧

<sup>96</sup> Appellate Body Report, *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, ¶ 286, WT/DS/384/AB/R (circulated June 29, 2012) [hereinafter US—COOL].

<sup>97</sup> *Id.* ¶ 270.

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> Appellate Body Report, *US—Clove Cigarette*, ¶ 95.

<sup>102</sup> Appellate Body Report, *US—COOL*, ¶ 271.

<sup>103</sup> *Id.* ¶ 272.

<sup>104</sup> Panel Report, *European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶ 7.258, WT/DS400/R; WT/DS401/R (adopted June 16, 2014).

<sup>105</sup> *Id.*



視，即是否為「無偏見的」<sup>106</sup>。惟由於上訴機構否定了小組認定系爭措施屬技術規章之判斷，故小組之此項見解並無法律效力<sup>107</sup>。

## 肆、比較不歧視原則於 TBT 協定第 2.1 條與第 5.1.1 條下之解釋

### 一、學者之見解

相較於 TBT 協定的技術規章，有關 TBT 協定下符合性評估程序的分析較少，因為 TBT 協定第 5 條所規範之符合性評估程序在「俄羅斯—鐵路設備案」以前，較少受到小組或上訴機構對其相關條款進行解釋<sup>108</sup>。有學者於討論 TBT 協定第 5.1.1 條不歧視原則時，曾討論該條與 TBT 協定第 2.1 條的關係，以下作一簡單彙整。

針對向 WTO 其他會員的供應商提供近用國內符合性評估程序管道的權利，第 5.1.1 條明確規定了會員的不歧視義務，不過有學者提出第 5.1.1 條並未對在其他 WTO 會員境內進行符合性評估程序結果之承認，賦予最惠國待遇義務<sup>109</sup>。第 5.1.1 條並非就符合性評估程序之承認訂定廣泛的義務，其僅是規範使用符合性評估程序的近用管道，該管道係指供應商根據程序規則使用符合性評估的權利<sup>110</sup>。因此，第 5.1.1 條不太可能對於會員之承認施加最惠國義務，即會員無義務承認另一會員境內執行符合性評估程序的結果<sup>111</sup>。此外，TBT 協定中針對技術規章與符合性評估程序具有概念上的差異，也應避免產生協定下針對技術規章和符合性評估程序之間義務重疊的情形<sup>112</sup>。

律師 Joshua A. Zell<sup>113</sup>表示，TBT 協定第 2.1 條不適用於符合性評估程序，因從定義觀之，本條僅適用於技術規章<sup>114</sup>。TBT 協定技術法規由「技術規章」、「符合性評估程序」、以及「標準」三類所組成，其中，TBT 協定中規範符合性評估程序的第 5.1.1 條、似乎與規範技術規章的第 2.1 條是相應的條文，第 5.1.1 條針對會員對符合性評估程序之準備、採用和適用亦訂有最惠國待遇義務與國民待遇義務。此外，該律師也以相互承認協定 (Mutual Recognition Agreement) 為背景，探討 TBT 協定第 5.1.1 條符合性評估程序中的不歧視原則，並以此為基礎提出以

<sup>106</sup> *Id.* ¶ 7.259.

<sup>107</sup> Appellate Body Report, *European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶ 6.1(a), WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R (adopted June 16, 2014).

<sup>108</sup> Joshua A. Zell, *Just Between You and Me: Mutual Recognition Agreements and the Most-Favoured Nation Principle*, 15(1) WORLD TRADE REV. 3, 18 (2016).

<sup>109</sup> Lorand Bartels, *The Legality of the EC Mutual Recognition Clause Under WTO Law*, J. INT'L ECON. L. 691, 720.

<sup>110</sup> *Id.* at 708-709.

<sup>111</sup> *Id.* at 709.

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> Our News & Insights of *Josh Zell: Corporate and Commercial Solicitor at Lemman Solicitors*, LEMMAN SOLICITORS, <https://thoughtleadership.lemman.ie/u/102dmwk/josh-zell> (last visited Nov. 25, 2019).

<sup>114</sup> Joshua A. Zell, *supra* note 108, at 18.

下問題：

(一) TBT 協定第 5.1.1 條是否適用於相互承認協定

該律師引述其他學者的論述表示，TBT 協定第 5.1.1 條的義務僅適用於會員授予近用其國內符合性評估程序的許可管道，而不適用於承認另一會員的符合性評估程序<sup>115</sup>。相較於 TBT 協定第 2.1 條廣泛適用於技術規章，TBT 協定第 5.1.1 條僅包含會員對符合性評估程序之準備、採用和適用<sup>116</sup>。不過，如此也可解釋成：透過「承認」另一會員的符合性評估程序，這也是「採用和適用符合性評估程序」的方式，進而使其他會員的產品享有優惠的近用管道<sup>117</sup>。

(二) 法律上應如何檢視 TBT 協定第 5.1.1 條中的最惠國義務

考慮到 TBT 協定第 2.1 條和第 5.1.1 條之間的相似性，學者表示上訴機構極有可能作出以下解釋：將 TBT 協定第 5.1.1 條的「不歧視條件 (conditions no less favourable)」與 TBT 協定第 2.1 條中的「不歧視待遇 (treatment no less favourable)」作出類似的解釋，其推測，TBT 協定第 5.1.1 條的第一項要素與 TBT 協定第 2.1 條的「不歧視待遇」和 GATT 第 3.4 條下「競爭條件是否受到不利影響」相同<sup>118</sup>。不過，究竟 TBT 協定第 5.1.1 條的解釋方式是否包括 TBT 協定第 2.1 條中的第二項要素，亦即是否須檢視該不利影響係源於正當管制區分抑或是基於對進口產品之歧視<sup>119</sup>？對此，符合性評估程序與技術規章不同，其本質上並非為建立產品之間的區隔，僅為執行技術規章所形成的區別。但鑑於 TBT 協定前言第 6 段<sup>120</sup>和第 5.1.2 條的脈絡，TBT 協定第 5.1.1 條的最惠國待遇和國民待遇義務應賦予會員確保其市場上出售的所有產品均符合其技術規範<sup>121</sup>。因此，TBT 協定第 5.1.1 條需要也應該符合類似於第 2.1 條第二項判斷要素 (正當管制區分)：暫且稱作「必要的程序區分 (necessary procedural distinctions)」<sup>122</sup>。在此一脈絡下的「區分」係指符合性評估程序在兩會員的同類產品間所造成的歧視性效果，而類似於 TBT 協定第 2.1 條的正當管制區分，此處之「必要的程序區分」應該是基於正當的目標、且為了追求該目標，無法以更好的方式來設計或適用符合性評估程序<sup>123</sup>。但於必要的程序區分中，唯一的正當目標必須是確保產品符合

<sup>115</sup> *Id.*, at 19.

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> *Id.*

<sup>118</sup> *Id.*

<sup>119</sup> *Id.*

<sup>120</sup> TBT Agreement, The sixth recital, (providing that “[r]ecognizing that . . . , subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of this Agreement.”).

<sup>121</sup> Joshua A. Zell, *supra* note 108, at 19.

<sup>122</sup> *Id.*

<sup>123</sup> *Id.*

追求正當法規目標之相關技術規章<sup>124</sup>。

## 二、「俄羅斯—鐵路設備案」小組之見解

整體而言，TBT 第 2.1 條與第 5.1.1 條於案例法中所發展出的要件有以下的不同。TBT 協定第 2.1 條下的三項要件分別為：(一)系爭措施為「技術規章」、(二)系爭之進口產品與本國產品為「同類產品」、(三)系爭之措施給予進口產品相較於本國之同類產品「較低待遇」。TBT 協定第 5.1.1 條的三項要件為：(一)被賦予較低待遇之會員的供應商，與受較有利待遇之本國或其他會員的供應商所提供的為「同類產品」、(二)進口會員給予其他會員的產品供應商，低於其提供給國內或來自任何其他會員同類產品之供應商的近用管道、(三)進口會員「在可資比較的情況下」給予同類產品供應商條件較為不利之管道。相異之處包括：TBT 協定第 2.1 條的第一項要件為「系爭措施為技術規章」、但第 5.1.1 條並沒有「系爭措施為符合性評估程序」此一類似的要件，此外，TBT 協定第 2.1 條的要件中也沒有 TBT 協定第 5.1.1 條第三項「在可資比較的情況下」此一要件。以下針對兩個條文要件之不同做進一步的說明。

如前所述，在「俄羅斯—鐵路設備案」中，小組首先提出適用 TBT 協定第 5.1.1 條的二項前提要件分別為：(一)必須是中央政府機構所制定之符合性評估程序；(二)必須具強制性之符合性評估程序，而非為自願性性質<sup>125</sup>，亦指出本條的違反亦可能來自於「符合性評估程序之準備、採用或適用上」<sup>126</sup>。不過，小組解釋符合性評估程序時，第一步驟並未判斷系爭措施是否為符合性評估程序，而是先解釋對於進口產品供應商申請符合性評估程序的近用管道，此即與 TBT 協定第 2.1 條三項構成要件中的第一項「系爭措施是否為技術規章」較為不同者。

小組接著檢視第 5.1.1 條的三項要件。在「同類產品」的要件判斷上，小組認為其判斷標準與 TBT 協定第 2.1 條判斷同類產品之要件相同<sup>127</sup>；至於第二項「較低待遇」要件，小組表示有必要對控訴國之產品供應商近用管道的條件，與國內或來自任何其他會員同類產品之供應商進行比較<sup>128</sup>，因為給予不同待遇，不一定是給予較低待遇，應進一步探討不同待遇是否造成原告國的同類產品供應商，其申請符合性評估程序是否有較差的待遇。

在「較低待遇」此一要件上，於「俄羅斯—鐵路設備案」中，有第三國以及爭端國認為應該要參考 TBT 協定第 2.1 條對此要件的解釋，亦即在「美國—丁香菸品案」中，上訴機構於 TBT 協定第 2.1 條下所發展的兩階段分析法：首先檢

<sup>124</sup> *Id.* at 19-20.

<sup>125</sup> Panel Report, *Russia—Railway Equipment*, ¶ 7.249.

<sup>126</sup> *Id.* ¶ 7.250.

<sup>127</sup> *Id.* ¶¶ 7.251, 7.254.

<sup>128</sup> *Id.* ¶ 7.258.

視系爭技術規章是否改變了競爭條件、以及對進口產品競爭的不利影響是否係源於正當的管制區分；上訴機構裁定，如果技術規章造成的不利影響僅源於正當的管制區分，則該技術規章並非第 2.1 條所指稱之對進口產品給予較低待遇<sup>129</sup>；而在 TBT 協定第 5.1.1 條，「俄羅斯—鐵路設備案」的小組認為只要是對於進口產品供應商給予相較於同類產品供應商差異性的近用管道條件，進而改變同類產品供應商之間的競爭條件或競爭機會，從而對控訴會員的供應商造成不利影響，便屬於競爭上的不利影響<sup>130</sup>。此處的較低待遇似乎比較像是 GATT 1994 第 3 條下的不歧視原則，GATT 1994 第 3 條的「較低待遇」之要件，同樣在於判斷進口產品的競爭條件是否低於本國之同類產品，意即透過檢視系爭措施是否改變競爭條件，導致進口產品於市場中處於不利之地位，並不會進一步探究造成此一不利影響的原因。此乃「俄羅斯—鐵路設備案」的小組解釋 TBT 協定第 5.1.1 條的「較低待遇」與第 2.1 條之間最大的不同。

小組進一步指出 TBT 協定第 2.1 條和第 5.1.1 條在文字上的差異：TBT 協定第 5.1.1 條「在可資比較的情況下」允許在無可資比較情況之下，給予差異性的近用管道條件，而 TBT 協定第 2.1 條並不包含「在可資比較的情況下」一語<sup>131</sup>，故小組並不認為有需要將上訴機構於第 2.1 條下所發展出的解釋，套用於第 5.1.1 條<sup>132</sup>，意即小組認為差異性的近用管道條件是否係在較低條件下給予、與是否源於正當的管制區分之間並沒有必要關聯<sup>133</sup>。此外，TBT 協定第 5.1.1 條和 TBT 協定第 2.1 條的本質不同，前者適用對象是進口產品的供應商，所比較的是供應商的近用條件，後者則針對產品本身，比較的是對同類產品的待遇，因此兩者不應相提並論<sup>134</sup>；再者，兩者的管制架構不同，TBT 協定第 5.1.1 條檢視進口產品供應商近用符合性評估程序管道的機會，相較於同類產品供應者而言，是否在可資比較的情況下受到較低待遇，而導致競爭不公平，這在 TBT 協定第 2.1 條並未有類似的考量<sup>135</sup>。

### 三、筆者見解

針對學者認為 TBT 協定第 2.1 條兩階段測試應適用於 TBT 協定第 5.1.1 條之見解，筆者有不同的想法。首先，TBT 協定前言便點出該協定中心主旨<sup>136</sup>：「有鑒於烏拉圭回合多邊貿易談判；咸欲推展一九九四年關稅及貿易總協定之各項目標；咸認國際標準及符合性評估體系對改善生產效率及促進國際貿易進行方面所

<sup>129</sup> *Id.* ¶ 7.265.

<sup>130</sup> *Id.* ¶ 7.260.

<sup>131</sup> *Id.* ¶ 7.272.

<sup>132</sup> *Id.* ¶ 7.273.

<sup>133</sup> *Id.* ¶ 7.274.

<sup>134</sup> *Id.* ¶ 7.260. 第 5.1.1 條並不考量會員如何對待進口產品 (manner)，而是著重在供應商以及其於近用符合性評估程序的管道之條件。

<sup>135</sup> Panel Report, *Russia—Railway Equipment*, ¶ 7.272.

<sup>136</sup> TBT Agreement, at pmb1.



做之重大貢獻；因而咸欲鼓勵該等國際標準及符合性評估體系之發展；惟咸欲確保技術規章與標準，包括包裝、標記及標示規定，以及符合技術規章與標準之符合性評估程序，對國際貿易不會造成不必要之障礙...。」從上下文內容觀之，技術規章與符合性評估體系為兩平行地位之主語，私以為此一區別體現於法規內涵，遂於協定中有「技術規章與標準 (Technical Regulation and Standards)」與「符合技術規章及標準 (Conformity with Technical Regulations and Standards)」兩主標題之分，此一章節的編排應有其用意，故應進一步謹慎檢視兩者之本質與目的，不可貿然一概而論。

論技術規章與符合性評估程序之本質與目的，前者是為確保不對「進口產品」造成不必要的歧視，後者規範對象為確保「進口產品供應商」近用符合性評估程序管道的機會，規範對象明顯不同。再者，前者牽涉主體為「技術規章」與「產品」，且以「為建立產品之間的區隔」為內涵；後者牽涉主體則為「進口產品供應商」與「近用符合性評估程序管道的機會」，且是為了執行技術法規所形成的區別。

針對要件的部份，兩條文不盡相同，尤其是對於較低待遇的判斷。對此，TBT 協定第 2.1 條下發展之兩階段測試如下：第一階段首先檢視系爭之技術規章是否有改變系爭產品之競爭條件，使進口產品遭受不利影響。除此之外，基於 TBT 協定之目的與宗旨，尚應檢視該不利影響係源於正當管制區分亦或是基於對進口產品之歧視。惟若是該不利影響源自於正當管制區分，則並不落入較低待遇之列。在實務上，對於正當管制區分之法規並無一定義，小組或上訴機構依個案情形作逐案審查。

針對學者提出於 TBT 協定第 5.1.1 條適用相仿之兩階段測試，其中第二階段測試（暫且稱作必要的程序區分）係指基於正當目標、符合性評估程序對兩會員的同類產品之間所做的「區分」。此處對於兩會員間的同類產品之間造成歧視，可能是來自對進口供應商近用符合性評估程序管道之差別且歧視待遇，若會員以正當目標為藉口、逕自正當化其差別待遇，剝奪進口產品供應商近用符合性評估程序管道的權利，更可能系統性地將進口產品供應商從市場上排除，恐不利於國際貿易環境，此外，更為關鍵的地方在於：技術規章的設計，原本即有透過產品的技術規章追求特定的公共政策目標（環保、健康、安全等等）之意，但符合性評估程序的目的，是在確保產品符合技術規章或標準中所列出的技術規範，並不包括特定的公共政策目標之達成，因此，以技術規章來說，第 2.1 條下的「較低待遇」要件，將法規所欲追求的正當管制目標納入作為判斷是否給予進口產品「較低待遇」的測試方式之一，應屬合理，但符合性評估程序本身並不是為了特定的公共政策目標，而是為了確保產品有符合技術規章下的產品規範，因此，較難想像在此一狀況下，給予進口產品供應商在近用符合性評估程序管道的機會上給予差別或歧視待遇的原因，是來自哪個正當的「政策目標」，因此，學者的此一見

解恐難以於現實狀況中實踐。故筆者傾向認同本案小組於解釋第 5.1.1 條下的較低待遇時，僅判斷「若差異性的近用條件 (differential access conditions) 改變同類產品供應商之間的競爭條件或競爭機會，從而對控訴會員的供應商造成不利影響」即可，無須將第 2.1 條「較低待遇」的兩階段測試法引入第 5.1.1 條中。

此外，TBT 協定第 5.1.1 條比 TBT 協定第 2.1 條多了「在可資比較的情況下」的要件，該要件在功能上可以使得產品進口商與本國同類產品的生產商，在近用符合性評估程序的條件比較時，排除一些兩者可能存有無法比較的狀況，而依照本案小組的解釋，有一些相關因素可以作為情況是否得以相比較的考量，例如主張被給予較低待遇條件之供應商的特殊狀況、供應商設備地點之特殊狀況等等。此一要件在功能或可滿足學者之所以認為有必要發展出所謂的「必要的程序區分」，以說明符合性評估程序的近用管道，在兩會員的同類產品之間所造成的歧視性效果是否基於正當的目標。惟此處的「正當」目標並非「政策區分」上的正當性，而是考慮到在一些相關因素的影響下，使得進口產品供應商與國內同類產品的生產者，在近用符合性評估程序管道的條件上處於無法比較的情況，但此係因與符合性評估程序此一機制設計與運用的相關脈絡有關，與該符合性評估程序所欲確認產品相符的技術規章所追求之公共政策目標的正當性無關。綜上，筆者傾向採取與小組相同的立場，認為毋庸將 TBT 協定第 2.1 條之兩階段測試法應用於 TBT 協定第 5.1.1 條。

## 伍、結論

符合性評估程序主要係確保特定產品確實符合技術規章或標準所規定之要件。自逐步淘汰配額和關稅壁壘以來，對於檢視貨品是否符合技術規章或標準的符合性評估程序進行監督變得越趨重要，以確保此等措施在達成其目標的同時，不至於造成貿易障礙。「俄羅斯—鐵路設備案」為第一個解釋 TBT 第 5.1.1 條關於符合性評估程序之不歧視原則進行解釋的案例。本案爭端解決小組認為 TBT 第 5.1.1 條包含給予其他會員同類產品之供應者近用管道的國民待遇及最惠國待遇義務，並以三項要件、即（一）被賦予較低待遇之會員的供應商，與受較有利待遇之本國或其他會員的供應商所提供的為「同類產品」；（二）進口會員給予其他會員的產品供應商符合性評估程序之近用管道，較國內或來自任何其他會員同類產品之供應商更為不利；（三）進口會員「在可資比較的情況下」給予同類產品供應商條件較為不利之近用管道，以檢視進口會員是否違反 TBT 協定第 5.1.1 條之規定。

本文首先彙整小組對於符合性評估程序中的不歧視原則之解釋，並比較其與 TBT 協定第 2.1 條不歧視原則的差異，得出以下結論：兩條文於判斷同類產品的標準上大致相同；再者，於較低待遇的要件，TBT 協定第 5.1.1 條著重於差異性的近用管道條件是否改變同類產品供應商之間的競爭條件或競爭機會，而造成不

利影響，TBT 協定第 2.1 條除了檢視系爭技術規章是否改變了競爭條件，更進一步檢視技術規章造成的不利影響是否係源於正當的管制區分，如若僅源於正當的管制區分，則並非 TBT 協定第 2.1 條所指稱之對進口產品給予較低待遇，雖然爭端國與若干第三國提出將 TBT 協定第 2.1 條的兩階段分析法套用在 TBT 協定第 5.1.1 條，不過小組闡明兩條文內涵不同，故無須套用；此外，TBT 協定第 5.1.1 條將可資比較的情況納入考量，允許在無可資比較情況之下，給予差異性的管道條件，TBT 協定第 2.1 條並未有類似規定。

針對符合性評估程序下之不歧視原則，有學者提出應可將 TBT 協定第 2.1 條下發展的兩階段測試套用於 TBT 協定第 5.1.1 條，惟筆者傾向採與小組相同的立場。目前本案仍在上訴當中，上訴機構是否認同小組的裁決理由，值得吾等持續關注。

