

## 試析中國密碼法有關商用密碼管制措施之

### 技術性貿易障礙爭議

曾崇耘

#### 摘要

資訊安全是眾多國家近年來所追求之政策目標之一，隨著區塊鏈技術演進，各國亦逐漸規範該項技術並採行相應的管理政策。然而，此舉卻可能造成資訊、通訊相關產業之貿易限制，或對市場進入產生一定程度之障礙，進而產生國與國間潛在的貿易爭端。中國政府於去（2020）年 1 月 1 日實施的《中國密碼法》即受到其他世界貿易組織會員之貿易關切，其中，涉及企業營運與商業活動使用之商用密碼的管制措施，更引起是否造成不必要貿易障礙之疑慮。因此，本文將嘗試針對《中國密碼法》中對商用密碼產品之管制措施，探討其可能引發之技術性貿易障礙爭議。

中國全國人民代表大會於 2019 年 10 月 26 日批准《中華人民共和國密碼法》<sup>1</sup>（以下簡稱《中國密碼法》）後，該法已於去（2020）年 1 月 1 日正式實施<sup>2</sup>，旨在規範密碼的應用、促進密碼產業之發展，保障網路、資訊安全等<sup>3</sup>。而該法指稱之密碼並非一般所認知之密碼，而是指「採用特定變換的方法對訊息等進行加密保護、安全認證的技術、產品和服務<sup>4</sup>」，意即，《中國密碼法》之目的為管制、監控加密相關技術、產品與服務，而非管理一般民眾所使用之密碼。有論者認為，該法旨在管理區塊鏈，透過規範加密技術因應中國推廣加密貨幣、區塊鏈之政策方向<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 中華人民共和國密碼法，中國人大網，2019 年 10 月 26 日，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201910/6f7be7dd5ae5459a8de8baf36296bc74.shtml>（最後瀏覽日：2021 年 12 月 27 日）。

<sup>2</sup> 中國密碼法第 44 條：「本法自 2020 年 1 月 1 日起施行。」

<sup>3</sup> 中國密碼法第 1 條：「為了規範密碼應用和管理，促進密碼事業發展，保障網路與信息安全，維護國家安全和社會公共利益，保護公民、法人和其他組織的合法權益，制定本法。」

<sup>4</sup> 中國密碼法第 2 條：「本法所稱密碼，是指採用特定變換的方法對信息等進行加密保護、安全認證的技術、產品和服務。」

<sup>5</sup> 黨要你的資料不需密碼，中國密碼法新規是在管制加密技術，科技新報，2019 年 12 月 24 日，<https://technews.tw/2019/12/24/the-new-crypto-law-of-china-doesnt-mean-to-storage-password-but-the-crypto-technology/>（最後瀏覽日：2021 年 12 月 27 日）；習近平在中央政治局第十八次集體學習時強調把區塊鏈作為核心技術自主創新重要突破口加快推動區塊鏈技術和產業創新發展，新華網，2019 年 10 月 25 日，[http://www.xinhuanet.com/2019-10/25/c\\_1125153665.htm](http://www.xinhuanet.com/2019-10/25/c_1125153665.htm)（最後瀏覽日：2021 年 12 月 27 日）。

然而，於 2019 年 11 月 12 日至 15 日舉行之世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 技術性貿易障礙委員會 (The Committee on Technical Barrier to Trade) (以下簡稱 TBT 委員會) 之會議中，日本、歐盟等會員主張《中國密碼法》有違反《技術性貿易障礙協定 (Agreement on Technical Barrier to Trade)》(以下簡稱 TBT 協定) 的疑慮<sup>6</sup>。其中，該法針對商用密碼之管制措施是否構成不必要的貿易障礙，為會員所提貿易關切之重要爭點之一。

因此，本文擬先簡介《中國密碼法》關於商用密碼規定之措施內容與 WTO 會員對該法所提出之貿易關切後，進而討論系爭措施是否造成不必要的技術性貿易障礙，而有違反 TBT 協定之疑慮，最後作一結論。

### 壹、《中國密碼法》之制定緣起及商用密碼之管制措施

在《中國密碼法》實施前，「商用密碼」原係依據《商用密碼管理條例》所管理<sup>7</sup>。依照該條例，在中國之個人或組織僅得使用在中國製造、經認證的加密產品<sup>8</sup>。至於外國企業或外國投資之境內企業，則必須向國家密碼管理局申請核准使用密碼產品<sup>9</sup>，解釋上，如該企業經核准使用，則能例外使用進口之外國加密產品。

《中國密碼法》之實施，雖然並無《商用密碼管理條例》中對外國生產之商用加密產品須事先取得核准之管理限制<sup>10</sup>，然此等產品仍可能於特定條件下面臨進出口的管制。依《中國密碼法》第 28 條第 1 項規定，主管機關有權對涉及國家安全、社會公共利益或者中國承擔國際義務之商用加密產品實施進口許可或出口管制，並以公布之進口許可或出口管制清單為依歸<sup>11</sup>。雖然，同條第 2 項例外訂有「大眾消費類產品」所採用之商用密碼並不實施進出口管制<sup>12</sup>，然而，該法

<sup>6</sup> Note by the Secretariat, *Minutes of the Meeting of 12-15 November 2019*, paras. 2.92-2.95, WTO Doc. G/TBT/M/79 (Jan. 30, 2020) [hereinafter G/TBT/M/79].

<sup>7</sup> 商用密碼管理條例第 1 條：「為了加強商用密碼管理，保護信息安全，保護公民和組織的合法權益，維護國家的安全和利益，制定本條例。」

<sup>8</sup> 商用密碼管理條例第 14 條：「任何單位或者個人只能使用經國家密碼管理機構認可的商用密碼產品，不得使用自行研製的或者境外生產的密碼產品。」

<sup>9</sup> 商用密碼管理條例第 15 條：「境外組織或者個人在中國境內使用密碼產品或者含有密碼技術的設備，必須報經國家密碼管理機構批准…。」

<sup>10</sup> 商用密碼管理條例第 13 條：「進口密碼產品以及含有密碼技術的設備或者出口商用密碼產品，必須報經國家密碼管理機構批准。任何單位或者個人不得銷售境外的密碼產品。」

<sup>11</sup> 中國密碼法第 28 條第 1 項：「國務院商務主管部門、國家密碼管理部門依法對涉及國家安全、社會公共利益且具有加密保護功能的商用密碼實施進口許可，對涉及國家安全、社會公共利益或者中國承擔國際義務的商用密碼實施出口管制。商用密碼進口許可清單和出口管制清單由國務院商務主管部門會同國家密碼管理部門和海關總署制定公布。」

<sup>12</sup> 中國密碼法第 28 條第 2 項：「大眾消費類產品所採用的商用密碼不實行進口許可和出口管制制度。」

卻未對何謂「大眾類消費產品」及其範圍作出明確之解釋<sup>13</sup>。

中國聲稱《中國密碼法》之立法目的為規範密碼應用、促進密碼產業、保障資訊安全、維護國家安全與社會公益及保護其國民、法人以及其他組織之合法權益<sup>14</sup>。該法將密碼歸為三類，分別是「核心密碼」、「普通密碼」和「商用密碼」<sup>15</sup>。其中「核心密碼」與「普通密碼」是用以保護國家之機密資訊<sup>16</sup>，因此，密碼管理部門將依照該法或其他有關規範對「核心密碼」與「普通密碼」進行統一管理<sup>17</sup>。另一方面，「商用密碼」則用以保護不屬於國家秘密之資訊，公民、法人或其他組織可依法使用「商用密碼」保護資訊安全<sup>18</sup>。鑑於「商用密碼」之管制措施涉及企業營運與商業活動之規範，有別於「核心密碼」與「普通密碼」主要涉及國家機密資訊之保護，其具體規範容易有造成貿易障礙之疑慮，故本文僅聚焦於《中國密碼法》對商用密碼規範之探討。

而在《中國密碼法》中，第 24 及 26 條規範對商用密碼產品之標準與認證。第 24 條規定，商用密碼從業單位於從事商用密碼活動時應當符合相關法律、行政法規、強制性之國家標準及從業單位公開標準之技術要求<sup>19</sup>。惟前開標準之訂立過程及內容並未被充分說明。第 26 條則規定，如涉及國家安全、國計民生、社會公共利益之商用密碼產品應當被列入網路關鍵設備和網路安全專用產品目錄，並由具備資格之機構檢測、認證後始能銷售或提供<sup>20</sup>，而商用密碼服務若使用網路關鍵設備和網路安全專用產品，亦應當經商用密碼認證機構認證合格<sup>21</sup>。惟現今經中國國家密碼管理局認證具備資格之機構僅有四家，且四家機構當中並未有外國機構被認證具備檢測之資格<sup>22</sup>。

具體而言，《中國密碼法》有關商用密碼之管制措施，主要有兩項規範引發

<sup>13</sup> Eric Carlson et al., *China Enacts Encryption Law*, COVINGTON (Oct. 31, 2019), [https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2019/10/china\\_enacts\\_encryption\\_law.pdf](https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2019/10/china_enacts_encryption_law.pdf).

<sup>14</sup> 中國密碼法第 1 條。

<sup>15</sup> 中國密碼法第 6 條：「密碼分為核心密碼、普通密碼和商用密碼。」

<sup>16</sup> 中國密碼法第 7 條第 1 項：「核心密碼、普通密碼用於保護國家秘密信息，核心密碼保護信息的最高密級為絕密級，普通密碼保護信息的最高密級為機密級…。」

<sup>17</sup> 中國密碼法第 7 條第 2 項：「核心密碼、普通密碼屬於國家秘密。密碼管理部門依照本法有關法律、行政法規、國家有關規定對核心密碼、普通密碼實行嚴格統一管理。」

<sup>18</sup> 中國密碼法第 8 條：「商用密碼用於保護不屬於國家秘密的信息。公民、法人和其他組織可以依法使用商用密碼保護網絡與信息安全。」

<sup>19</sup> 中國密碼法第 24 條：「商用密碼從業單位開展商用密碼活動，應當符合有關法律、行政法規、商用密碼強制性國家標準以及該從業單位公開標準的技術要求…。」

<sup>20</sup> 中國密碼法第 26 條第 1 項：「涉及國家安全、國計民生、社會公共利益的商用密碼產品，應當依法列入網絡關鍵設備和網絡安全專用產品目錄，由具備資格的機構檢測認證合格後，方可銷售或者提供…。」

<sup>21</sup> 中國密碼法第 26 條第 2 項：「商用密碼服務使用網絡關鍵設備和網絡安全專用產品的，應當經商用密碼認證機構對該商用密碼服務認證合格。」

<sup>22</sup> 合作檢測機構，商用密碼認證業務網，<http://service.scctc.org.cn/notice/testingagency/list-c11.html> (最後瀏覽日：2021 年 12 月 27 日)。

造成技術性貿易障礙之疑慮。其一為第 24 條第 1 項規定，要求商用密碼從業單位進行商用密碼活動時，應當符合有關商用密碼「強制性國家標準」及「該從業單位公開標準」之技術要求。其二為第 26 條規定，要求涉及國家安全、國計民生、社會公共利益的商用密碼產品，應當由「具備資格之機構檢測認證合格」後始能銷售或提供。以下僅就這兩項管制措施之規定及其運作，探討其可能引發的技術性貿易障礙。

## 貳、會員之特定貿易關切

早在 2017 年《中國密碼法》尚未通過前，便有多國曾對該法之草案提出關切<sup>23</sup>。其中美國提及，《中國密碼法》為商用密碼之進出口設立了審查程序以及許可制度，中國欲如何依照國民待遇原則實施該法案，且審查程序可能要求申請人洩漏敏感資訊，因此希望中國能依照國際標準實施該法案，避免產生不必要之貿易障礙<sup>24</sup>。

而在 2019 年 11 月《中國密碼法》通過後的首次 TBT 委員會中，更有會員進一步對《中國密碼法》提出特定貿易關切<sup>25</sup>。首先，日本主張《中國密碼法》第 24 條中所提及之「強制性國家標準」及「從業單位公開標準」應該以透明化程序加以制定，並使用國際標準作為前開標準之制定基礎，以避免造成不必要之貿易障礙<sup>26</sup>。此外，對於該法第 26 條，製造商所需符合的安全認證要求應明文於條文中，且此等認證要求亦應以透明化的程序加以制定，並符合國際標準，不得藉以阻礙外國企業在中國的營運或進入中國市場，造成不必要之貿易障礙<sup>27</sup>。

歐盟認為，該法案之規範範圍過廣，且諸多基本概念及行政程序皆未清楚界定，將對企業在當地營運之信心造成負面的影響；歐盟呼籲中國政府應確保該法律規範與管制要求符合不歧視原則、不會偏惠特定技術、不會限制外國企業的市場進入或強制移轉智慧財產<sup>28</sup>。另外，有關加密產品之管制程序亦應遵守透明化義務，並符合國際實務上的標準，如世界半導體理事會高峰會 (World Semiconductor Council, WSC) 所發布之加密原則 (Encryption Principles)<sup>29</sup>。

直至今 (2021) 年，此議題仍持續受到會員之貿易關切，各會員藉由不斷重申立場，希望中國可以做出調整，以避免《中國密碼法》可能造成的不必要貿易限制<sup>30</sup>。為釐清《中國密碼法》中，系爭第 24 及 26 條措施是否真如貿易關切中

<sup>23</sup> Note by the Secretariat, *Minutes of the Meeting of 14-15 June 2017*, paras. 3.11-3.17, WTO Doc. G/TBT/M/72 (Sept. 25, 2017).

<sup>24</sup> *Id.* para. 3.15.

<sup>25</sup> G/TBT/M/79, *supra* note 6, paras. 2.92-2.95.

<sup>26</sup> *Id.* para. 2.92.

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

<sup>28</sup> *Id.* para. 2.93

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

<sup>30</sup> Note by the Secretariat, *Minutes of the Meeting of 2-4 June 2021*, paras. 4.326-4.329, WTO Doc.

會員所主張有違反 TBT 協定之情事，本文以下將首先釐清系爭措施是否落入 TBT 協定之管制範圍，並進行分析探究其是否係根據國際標準所訂定，及討論是否與 TBT 協定下之必要性原則相符合。

### 參、商用密碼管制措施之性質

欲分析《中國密碼法》中對商用密碼所採兩項管制措施——「要求符合強制性國家標準」及「特定商用密碼產品強制檢測認證措施」，是否構成不必要的貿易障礙，宜先釐清此等措施的法律性質，究屬技術性貿易障礙措施的何種類型。由於中國聲稱《中國密碼法》之立法目的旨在保護資訊安全、維護國家利益，且該法中第 24、26 條透過標準、認證流程監管包含商用密碼之商品，以達成其所聲稱之立法目的。惟多個會員於 TBT 委員會對於該法中此些措施提出關於是否符合國際標準及是否造成不必要貿易障礙之貿易關切。而本文以下分析將透過第 24、26 條所規範之強制性國家標準以及檢測認證措施進行分析。

#### 一、商用密碼管制措施之技術規章屬性

TBT 協定附件 1 第 1 項對「技術規章」之定義為：規定產品特性或其相關製程及製造方法，包括適用具強制性遵守之文件；文件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<sup>31</sup>。「歐體—石棉案 (*European Communities—Measure Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*)」之上訴機構報告指出，判斷有關產品之措施是否為「技術規章」應考量三項要件<sup>32</sup>：(一) 措施須規範一項或數項「產品特性 (product characteristics)」(二) 必須適用於「可得特定之產品 (identifiable product)」(三) 以強制、具拘束力之方式規範產品。

根據 TBT 協定附件 1 第 1 項，產品特性包含具強制性之管理規定之文件<sup>33</sup>，而《中國密碼法》第 24 條之措施規範產品應當遵守強制性的國家標準，中國密碼行業標準化技術委員會即訂有包含密碼演算法、識別系統等方面必須遵守的規範<sup>34</sup>，故符合規範「產品特性」。另外，該法案適用之產品範圍為「採用特定變換的方法對訊息等進行加密保護、安全認證的產品、技術和服務」，故其適用「可得特定之產品」。最後，根據《中國密碼法》第 24 條，該商用密碼所需遵守的

---

G/TBT/M/84 (Aug. 24, 2021).

<sup>31</sup> Agreement on Technical Barrier to Trade Annex 1.1., Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868, U.N.T.S. 120 [hereinafter TBT Agreement].

<sup>32</sup> Appellate Body Report, *European Communities—Measure Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, paras. 66-70, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (adopted Apr. 5, 2001).

<sup>33</sup> TBT Agreement Annex 1.1.

<sup>34</sup> 密碼行業標準化技術委員會，標準列表，<http://www.gmbz.org.cn/main/bzlb.html> (最後瀏覽日：2021 年 12 月 27 日)。

標準為強制的，故亦符合強制性之要件。

因此，《中國密碼法》中要求符合強制性國家標準或從業單位標準之管制措施有構成 TBT 協定中所規範之「技術規章」之可能，進而落入 TBT 協定之適用範圍。

## 二、商用密碼管制措施之符合性評定程序屬性

TBT 協定附件 1 第 3 項對於符合性評定程序之定義為，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，由此規定可知，符合性評定程序之主要功能係在確保特定產品確實符合技術規章或標準所規定之要件<sup>35</sup>。另依 TBT 協定附件 1 第 3 項註解之規定，「符合性評定程序」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、承認、認許及前述措施之組合等<sup>36</sup>。

在《中國密碼法》第 26 條中，要求與國家安全、社會公共利益相關的商用密碼產品，應當列入一目錄並由具備資格之機構檢測認證合格後方可銷售或提供，此規定要求商用密碼產品上市前需先經特定機構檢測認證合格，以確保該產品符合法定標準，此等管制措施性質上屬於符合性評定程序。

## 肆、商用密碼管制措施是否造成不必要技術性貿易障礙之分析

根據 TBT 協定第 2.5 條規範，會員於制定、採行技術性法規時，應於其他會員請求時，依第 2.2 條至第 2.4 條之規定解釋其正當性，並且，若該法規係依相關國際標準擬訂且並未造成不必要的貿易障礙，則宜推定合法<sup>37</sup>。同樣地，根據 TBT 協定第 5.1.2 條，符合性評定程序之採行不得對國際貿易造成不必要貿易障礙<sup>38</sup>，並依第 5.4 條規範，符合性評定程序應以國際標準為依據<sup>39</sup>。因此，以下將先探討《中國密碼法》第 24、26 條之管制措施是否依循相關國際標準進行規範，再探討兩措施各自是否造成不必要之貿易障礙。

### 一、前開兩項管制措施是否依循相關國際標準進行規範？

TBT 協定第 2.4 條以及第 5.4 條規範，會員應以國際標準作為其技術性法規及符合性評定程序之依據<sup>40</sup>。歐盟於貿易關切中，亦呼籲《中國密碼法》符合國

<sup>35</sup> 林彩瑜，WTO 制度與實務：世界貿易組織法律研究（三），2 版，頁 168，2013 年。

<sup>36</sup> TBT Agreement Annex 1.3 Explanatory Note.

<sup>37</sup> *Id.* art. 2.5.

<sup>38</sup> *Id.* art. 5.1.2.

<sup>39</sup> *Id.* art. 5.4.

<sup>40</sup> *Id.* art. 2.4, 5.4.

際實務上的標準<sup>41</sup>，並舉出由 WSC 所公布的「加密原則」<sup>42</sup>。而此加密原則，其內容主要在防止國家利用國內訂定之法規，限制外國加密產品的市場進入，或形成不必要的貿易障礙<sup>43</sup>。該原則中，與本文探討之商用密碼管制措施相關部分有二：首先，WSC 加密原則反對強制使用特定技術 (technology mandates)，其中包含任何涉及國內商業市場中加密使用的技術，蓋技術發展日新月異，如強制使用特定技術，則倘若該技術過時，便有可能無法與更先進之技術相容<sup>44</sup>。另外，WSC 加密原則亦指出，管制措施不應直接或間接地偏好特定技術之使用，或採取限制市場進入，或導致強制轉讓智慧財產權之措施，以避免扼殺技術創新<sup>45</sup>。就加密技術而言，技術中立原則可避免消費者無法使用最新且最有效的加密技術，而在技術偏惠情況下使用較不安全的加密技術<sup>46</sup>。

是以《中國密碼法》第 24 條規範商用密碼從業單位應符合國家標準<sup>47</sup>。如國家標準之內容涉及針對特定技術的偏好或強制使用，則可能違背加密原則中所揭舉之技術中立原則。另一方面，該法第 26 條則規範，一旦產品被認定有關國家安全、社會公共利益，則可能落入網路關鍵設備和網路安全專用產品目錄，並由機構檢測、認證後甫得以銷售<sup>48</sup>。此專用產品目錄所涉及之加密技術，如僅允許或偏好特定技術，亦可能違背技術中立原則。另加密原則亦規定任何管制措施必須不歧視地適用於任何技術，不得使特定技術之待遇劣於給予國內產品使用之技術<sup>49</sup>。對此，鑑於目前相關檢測機構皆為中國國內之機構，實務上尚無外國檢測機構受到認可的情況，雖然法令上並未限制由外國機構進行檢測、認證，但以現今情況，難免有違反不歧視原則，或限制外國資訊、通訊產品進入市場之質疑。因此，《中國密碼法》第 24 條以及第 26 條訂定之管制措施，以其現有之規範文字與實務作法，存在與前開加密原則所揭舉的規範有不盡相符之可能。在未能確認系爭管制措施係依循加密原則所揭示標準之前提下，本文將繼續探討是否造不必要貿易障礙之問題。

## 二、前開兩項管制措施是否造成不必要的技術性貿易障礙？

依據 TBT 協定第 2.2 條，會員應確保於制定、採行以及適用技術性法規時，以不造成不必要貿易障礙為目的，且造成之限制效果不應較達成合法目的所必須者嚴格，同時亦應考量未達成該合法目的所可能產生之風險<sup>50</sup>。另根據第 5.1.2 條，

<sup>41</sup> G/TBT/M/79, *supra* note 6, para. 2.93.

<sup>42</sup> WORLD SEMICONDUCTOR COUNCIL [WSC], WSC ENCRYPTION PRINCIPLES (2013), <http://www.semiconductorcouncil.org/public-documents/public-documents-and-white-papers/>.

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> 中國密碼法第 24 條。

<sup>48</sup> 中國密碼法第 26 條。

<sup>49</sup> WSC, *supra* note 42.

<sup>50</sup> TBT Agreement art. 2.2.

會員於擬訂、採行符合性評定程序時，不得以對國際貿易造成不必要之障礙為目的，或產生該等效果。而符合性評定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，應以不超過足使輸入會員確信產品符合應適用之技術性法規或標準為限<sup>51</sup>。

由於系爭措施可能具有貿易限制性，而系爭措施具有貿易限制性與否，「澳洲—菸品素面包裝案 (Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging)」之小組認為<sup>52</sup>，貿易限制性並不要求以系爭措施對所有會員之影響作為標準，而是系爭措施是否有限制進口產品之競爭機會。因此，除管制措施本身以外，管制措施之實行若是限制相關外國產品之市場進入，則亦有可能限制貿易。而在本文欲探討之措施中，《中國密碼法》第24條之強制國家標準與第26條之檢測認證管制措施，有限制外國產品之市場進入之可能，進而具有貿易限制性之可能，以下分述之。

#### (一) 強制國家標準之措施

根據「美國—鮪魚案II (United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products)」，TBT協定第2.2條有二要件：第一、系爭措施所欲實現之合法目的；第二、系爭措施對貿易產生之限制效果是否超過了達成合法目的所需之必要，以及，是否考量到未達成該合法目的所可能產生之風險<sup>53</sup>。

觀 TBT 協定第 2.2 條可知，可被正當化的合法目的包括：國家安全需要、欺騙行為之預防、人類健康或安全、動物或植物生命或健康或環境之保護等<sup>54</sup>。而根據《中國密碼法》第 1 條，條文稱該法立法目的是為提升商用密碼之防護能力，以保護用戶權益，進而維護國家安全以及社會公共利益<sup>55</sup>。因此，中國或可聲稱《中國密碼法》第 24 條之強制國家標準管制措施，係為國家安全、社會利益需要，而未違反相關 TBT 協定條文，然其是否必要仍存有爭議。

在貿易關切中，會員們認為《中國密碼法》的強制性國家標準措施可能造成不必要的貿易限制，因此主張中國在制訂該強制標準時應確保透明性及根據國際標準，且符合不歧視原則、不限制外國企業的市場進入，或不會強制智慧財產之

<sup>51</sup> *Id.* art. 5.1.2.

<sup>52</sup> Panel Report, *Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, para. 7.1073, WTO Doc. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS67/R (adopted Aug. 27, 2018).

<sup>53</sup> Panel Report, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, para. 7.388, WTO Doc. WT/DS381/R (adopted June 13, 2012).

<sup>54</sup> TBT Agreement art. 2.2.

<sup>55</sup> 中國密碼法第 1 條。

移轉，使該措施之採行未超過中國欲達到之合法目的所必要。而中國則回應，在其管轄下，各層級之行政機關皆禁止商用密碼技術之強制移轉，且有關單位將會根據不歧視原則，平等對待涉及商用密碼包括外國投資之企業的所有機構<sup>56</sup>，因此措施之採行並未超過達成合法目的所必要。又針對若未達到合法目的所可能造成之風險，根據《中國密碼法》第 1 條所稱，該法之制定是為維護國家安全與社會公共利益<sup>57</sup>，故中國或許可能主張若未採行此強制性國家標準措施，將對其自身網路與訊息安全產生危害，進一步對公民、法人和其他組織的合法權益造成風險。因此，強制國家標準之要求固然存有正當的目的，但是否有其他限制貿易更小之作法，例如：採取非強制性要求或符合國際標準之內容，仍須視所訂國家標準之具體內容，始可進一步認定。然以強制性要求之方式規範，較易引發違反技術中立性原則之疑慮。

## (二) 檢測認證措施

依據「俄羅斯—鐵路設備案 (*Russia—Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof*)」小組報告之見解，判斷系爭措施是否違反 TBT 協定第 5.1.2 條應考量符合性評定程序對於給予進口國充分信心的貢獻程度、措施實施之貿易限制性以及產品不符合相關技術規範時可能造成之風險<sup>58</sup>。而《中國密碼法》第 26 條，與國家安全、社會公共利益相關的商用密碼產品須由具備資格之機構檢測認證合格後，方可銷售或提供，進而有屬於符合性評定程序之可能。以下就上述三項要件分述《中國密碼法》第 26 條是否符合 TBT 協定第 5.1.2 條。

### 1. 系爭措施對於給予進口國充分信心的貢獻程度

爭端解決小組在「俄羅斯—鐵路設備案」中提及，俄羅斯欲保障之人類之生命、健康具有重要性，且俄羅斯該措施之實施亦確保未合規產品並不會進入其市場<sup>59</sup>。因此，小組認為此做法在給予俄羅斯充分信心上有重大貢獻。而《中國密碼法》第 26 條所欲保障之國家安全、公共利益應亦具有重要性，並且與「俄羅斯—鐵路設備案」相似的是，不符合檢測認證措施之產品將無法銷售或提供。因此，《中國密碼法》第 26 條可能給予中國充分信心，使其相信管制措施將使市場上的產品符合相關技術規範，而具有重大的貢獻。

### 2. 系爭措施的貿易限制性

<sup>56</sup> G/TBT/M/79, *supra* note 6, para. 2.96.

<sup>57</sup> 中國密碼法第 1 條。

<sup>58</sup> Panel Report, *Russia—Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof*, para. 7.423, WTO Doc. WT/DS499/R (adopted Mar. 5, 2020) [hereinafter *Russia—Railway Panel Report*].

<sup>59</sup> *Id.* paras. 7.446-7.447, 7.450.

又根據「俄羅斯—鐵路設備案」之小組見解，俄羅斯暫停認證之措施有重大的貿易限制性，因相關產品在暫停認證期間無法進入市場<sup>60</sup>。而在《中國密碼法》第 26 條之管制措施，相關產品須經由具備資格之檢測機構認證核可後方能提供或銷售，然事實上具備資格之檢測機構卻僅有國內機構而缺乏外國機構，其審查程序之透明性、公平性可能有所不足，因此對於外國企業欲取得許可時，引發限制相關外國產品進入市場之質疑。此雖與「俄羅斯—鐵路設備案」中俄羅斯暫停實施認證所產生之限制性相比明顯較小，然仍有透過國內檢測機構限制外國產品，進而產生貿易限制之可能。且亦有會員於貿易關切中，擔憂中國在施行該管制措施時，無法符合國民待遇原則保證其以不低於本國業者之條件對待外國業者。中國則回應其會平等地對待外國投資之企業在內的所有機構<sup>61</sup>，以避免此符合性評定措施造成不必要的限制。

### 3. 產品不符合相關技術規範時可能造成之風險

在「俄羅斯—鐵路設備案」之小組見解中，小組認同鐵路設備倘若不符合技術規範，將可能損害人類之生命、健康安全<sup>62</sup>。在《中國密碼法》第 26 條中，進行檢測之標的係可能有違反國家安全或公共利益而被列入目錄者，因此中國可能主張若未對該些標的進行符合性評定程序以確保其符合相關技術法規，將有危害國家安全及公共秩序之風險。

## 三、小結

綜合上述要件之分析以判斷《中國密碼法》第 24、26 條之管制措施是否造成不必要的貿易障礙，本文認為，關於國際標準之部分，若歐盟提出之 WSC 加密原則真與《中國密碼法》第 24、26 條所欲規範者相符合，中國應確保此兩項措施符合 WSC 加密原則，否則將有違反 TBT 協定之疑慮。惟若 WSC 加密原則所欲規範者和《中國密碼法》第 24、26 條所欲規範者不同，此兩項措施亦不得造成不必要之貿易障礙。本文認為根據前開論述，第 24 條強制國家標準之作法，倘若標準之制定足夠透明化，且真如中國所宣稱在其管轄下，未有商用密碼技術強制移轉之情事，且有關單位將會根據不歧視原則，平等對待涉及商用密碼包括外國投資之企業的所有機構<sup>63</sup>，則未超越必要程度；然而，該法案第 26 條之檢測認證措施，儘管中國稱其會平等地對待所有機構，但事實上合格之檢測機關僅有國內機構，對於檢測之透明性、公平性，仍有限制貿易之可能，進而有違反 TBT 協定第 5.1.2 條之疑慮。

<sup>60</sup> *Id.* para. 7.453.

<sup>61</sup> G/TBT/M/79, *supra* note 6, para. 2.96.

<sup>62</sup> Russia—Railway Panel Report, *supra* note 58, para. 7.457.

<sup>63</sup> G/TBT/M/79, *supra* note 6, para. 2.96.

## 伍、結論

中國訂立《中國密碼法》，宣稱其是為規範密碼的使用、促進密碼產業之發展、保障網路、資訊安全等，以保障其國家安全及公眾秩序，並表示其措施將公平對待欲進入其市場之外國企業，亦不會形成不必要之貿易障礙。但其所設置之強制性標準規定及認證機制於實施時可能的不透明抑或是不公平待遇，事實上有違反 TBT 協定之疑慮，並受到多個 WTO 會員的貿易關切。因此，本文認為，系爭措施日後之發展，及其是否會一再在 TBT 委員會上受到各會員之貿易關切，更甚，上升至爭端解決程序，皆值得關注。而中國未來對於會員所提出之貿易關切又將如何因應，以施行《中國密碼法》中強制性國家標準及符合性評定程序措施，亦值得持續追蹤。

