

簡述「美國—反傾銷方法論（中國）」案之上訴機構報告

紀珮宜 編譯

摘要

2013 年 12 月 3 日中國對美國數項反傾銷調查的方式向 WTO 提起諮商的請求，中國認為美國在進行反傾銷調查時採用加權平均正常價格與逐筆出口交易價格做比較（W-T 比較法）計算傾銷差額；並以中國為非市場經濟國家為由，將其國內多個出口廠商視為單一實體，並對該實體採行單一反傾銷稅率；以及美國商務部在認定調查對象不配合調查時，採用「可得不利事實（adverse facts available）」以決定傾銷差額的作法不符合反傾銷協定。2016 年 10 月 19 日爭端解決小組報告公布後，中國對於小組拒絕中國於 W-T 比較法違反反傾銷協定第 2.4.2 條所提之部分主張，以及小組認定美國商務部採用可得不利事實計算傾銷差額並非一般且可預期適用的規範而拒絕中國對於該規範本身的挑戰之判決提起上訴。今（2017）年 5 月 11 日上訴機構報告出爐，上訴機構接受小組大部分的判決結果，僅推翻採用可得不利事實計算傾銷差額並非一般且可預期適用之規定，然而由於上訴機構並無充足證據進行相關審查，因此無法依照中國的請求，針對採用可得不利事實的規範進行完整分析。

（本篇取材自：*WTO Body Says Use of 'Adverse Facts Available' Open to 'As Such' Challenge*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 35, No.20, May 19, 2017.）

2013 年 12 月 3 日中國對美國數項反傾銷調查的方式向 WTO 提起諮商的請求，並於 2014 年 8 月 28 日日成立小組，本案主要涉及三項措施的爭議：首先，美國商務部（United States Department of Commerce, USDOC）在計算傾銷差額時非採用傳統「加權平均對加權平均（Average-to-Average）」或「逐筆交易計算（Transaction-to-Transaction）」的比較方法，而是採用「加權平均正常價格與逐筆出口交易價格（weighted average to transaction，以下簡稱 W-T 比較法）」做比較，此做法可能不符合反傾銷協定（Anti-dumping Agreement）第 2.4.2 條關於傾銷差額計算方式例外的規定。再者，由於 USDOC 認定中國為非市場經濟國家，並以此為前提假設中國國內的出口廠商皆受中國政府控制，故在進行反傾銷調查時將所有廠商視為單一實體，並對該單一實體適用單一稅率，此種單一實體和單一稅率假設（Single Rate Assumption）之做法，可能有違反傾銷協定第 6.10 條、第 9.2 條的規定。最後，USDOC 在調查過程中，如果認定調查對象不配合調查，便使用其「可得不利事實（adverse facts available）」以計算傾銷稅率，此措施可能不符合反傾銷協定第 6.1 條、第 6.8 條，以及附件二第 1、7 段。

2016 年 10 月 19 日小組對本案作出裁決，中國雖獲部分勝訴，仍針對小組的裁決於 2016 年 11 月 18 日提起上訴，上訴機構報告於今年 5 月 11 日公布。為清楚了解上訴機構報告的判決，本文將會先簡介本案的背景與小組對於個別系爭措施的判決，接著闡明中國的上訴主張，最後概述上訴機構本次主要裁判結果，再作一結論。

壹、案件背景與小組判決簡介

中國在 2013 年 12 月 3 日針對 USDOC 在對中國產品進行反傾銷調查時所採用的數項方法向 WTO 提出諮商的請求。這個案件是中國針對美國所採用的貿易救濟措施所提起的第 8 個訴訟案件。本案的爭端解決小組於 2014 年 8 月 28 日成立¹。本案中涉及眾多產品種類，然主要系爭措施可歸納有三：一、USDOC 在計算傾銷差額時採用「W-T 比較法」；二、USDOC 將非市場經濟國家中的多個生產者及出口商視為一個實體，並適用同一傾銷稅率，採取「單一稅率假設」；三、當 USDOC 認定調查實體不配合時，得以在調查中採用「可得不利事實」。以下將依序介紹個措施之雙方主張與小組裁決內容。

一、加權平均正常價格與逐筆出口交易價格比較法

中國控訴 USDOC 在對油井管產品 (Oil Country Tubular Goods, OCTG)、部分高品質圖案印刷用平張銅版紙 (coated paper suitable for high-quality print graphics using sheet-fed presses, Coated Paper) 以及高壓不銹鋼汽缸 (High Pressure Steel Cylinders) 此 3 項反傾銷調查中使用 W-T 比較法有違反傾銷協定第 2.4.2 條第 2 句，並提出 4 項理由支持其主張。

首先，中國所提出的第一、二項理由與 W-T 比較法得以被採用所需符合的要件有關²。反傾銷協定第 2.4.2 條中規定，主管機關通常應使用「加權平均正常價格和所有可資比較的加權平均出口交易價格比較 (W-W 比較法)」或「正常價格和出口價格之逐筆比較 (T-T 比較法)」計算傾銷差額。只有在下列兩種情況下才得以採用 W-T 比較法：一、主管機關應認定出口價格的類型 (a pattern of export price) 因為不同的買主、地區或時期而有顯著的價格差異 (differ significantly) 時——即有集中傾銷 (targeted dumping) 的情形³；二、主管機關

¹ WTO News, *DS471: Appellate Body Issues Report Regarding US Anti-Dumping Investigations on Chinese Products*, May 11, 2017, https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/471abr_e.htm (last visited June 5, 2017).

² Panel Report, *United States—Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China*, ¶¶ 7.145-7.146, WTO Doc. WT/DS471/R (adopted Oct. 19, 2016) [hereinafter *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*].

³ 黃詩晴，「檢視美韓洗衣機案爭端解決小組判決」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，195 期，頁 1-4，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no195/1.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 17 日)。

應解釋為何 W—W 比較法或 T—T 比較法不能適當說明該價格差異⁴。第一種情形被本案小組簡稱為第 2.4.2 條之類型條款 (pattern clause of Article 2.4.2)，第二種則被簡稱為解釋條款 (explanation clause of Article 2.4.2)⁵。

中國認為 USDOC 在上述的三項反傾銷調查中未能正確地認定不同買主或不同時點的出口價格的類型有顯著的差異⁶。小組支持中國提出的部份說法⁷，小組認為 USDOC 的反傾銷調查中有幾個錯誤使其違反反傾銷協定第 2.4.2 條中的類型條款和解釋條款。

首先，USDOC 在進行反傾銷調查時是以鋼釘檢驗 (Nails Test)⁸ 決定出口價格的類型是否因不同買主、地區或時點而有顯著的差異，因而得以採用第 2.4.2 條所規定的例外方法，但美國在計算過程中忽略特定價格⁹，且美國在用統計軟

⁴ Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶¶ 7.1-7.2.

⁵ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, art.2.4.2, [hereinafter AD Agreement] (providing that: “Subject to the provisions governing fair comparison in paragraph 4, the existence of margins of dumping during the investigation phase shall normally be established on the basis of a comparison of a weighted average normal value with a weighted average of prices of all comparable export transactions or by a comparison of normal value and export prices on a transaction-to-transaction basis. A normal value established on a weighted average basis may be compared to prices of individual export transactions if the authorities find a pattern of export prices which differ significantly among different purchasers, regions or time periods, and if an explanation is provided as to why such differences cannot be taken into account appropriately by the use of a weighted average-to-weighted average or transaction-to-transaction comparison.”).

⁶ *Id.* ¶ 7.10.

⁷ 針對 USDOC 違反反傾銷協定第 2.4.2 條的類型條款和解釋條款，中國一共提出 4 項量化的缺陷 (quantitative flaws)、2 項統計軟使用上的錯誤 (SAS programming error) 以及質化上的錯誤。Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶¶ 7.1-7.239.

⁸ 鋼釘檢驗 (Nails Test) 可分為兩階段的測試，第一階段為「標準差測試 (standard deviation test)」，第二階段為「價格差異測試 (price gap test)」。USDOC 在進行中國控訴的三項反傾銷調查，所採用的程序如下：一、USDOC 首先要求國內產業的請願者指控集中傾銷的出口廠商 (alleged target)，其他廠商的則為非集中傾銷出口 (non-targets)；二、USDOC 在進行調查時，以產品編號為基礎 (CONNUM-specific basis) 進行分析，比較同一產品編號在被指集中傾銷的出口之價格與非集中傾銷的出口之價格，接著進行鋼釘檢驗的兩階段測試；三、在標準差測試中，USDOC 會將被控集中傾銷的出口價格加權平均後，與以產品編號為基礎的所有出口價格加權平均比較，並比較被控集中傾銷的出口價格加權平均價格是否比所有出口加權平均的價格低一個標準差 (低於所有出口加權平均一個標準差的價格為門檻價格)。比較完所有產品編號後，USDOC 接著審查符合門檻價格的產品銷售量是否占所有銷售量的 33% 以上，上述方法用以判斷出口價格是否因為不同買主、地區和時點而有所差異；四、接著進行價格差異測試，價格差異測試也是以產品編號為基礎，USDOC 計算兩個價格差異進行比較，第一個是計算被指控集中傾銷的出口價格與最接近且較高的 (next higher) 非集中傾銷價格的出口價格差異，第二個是計算所有非集中傾銷價格的出口價格與最接近且較高的下一筆非集中傾銷的出口價格的價格差異，並將個別計算結果加權平均。值得注意的是 USDOC 在計算非集中傾銷出口價格的價格差異時，忽略價格低於被指控集中傾銷出口價格的數據。將上述的兩項價格差異進行比較後，如果被指控集中傾銷的出口價格差異較大，則視為通過價格差異測試。若所有通過價格測試的出口銷售量超過所有納入計算的總銷售量 5%，則可視為出口價格是否因為不同買主、地區和時點而有所差異，且該價格的差異是顯著的 (significant)。美國即使以上述的步驟判斷一項反傾銷的調查是否符合反傾銷協定第 2.4.2 條所規定的類型條款。*Id.* ¶¶ 7.41-7.48.

⁹ 在價格測試中，忽略價格低於被指控集中傾銷出口價格的數據。*Id.* ¶ 7.45.

體 (SAS programming) 進行測試時, 適用上亦有錯誤¹⁰, 故小組認為美國在認定是否有顯著差異時, 未能使用客觀且公正的方式。再者, 在解釋條款的部分, 小組發現 USDOC 未能提出合理之解釋, 美國僅以 W-T 比較法加上歸零法則 (Zeroing)¹¹ 所計算出的傾銷差額高於未使用歸零法則之 W-W 比較法計算出的傾銷差額為由, 正當化其選擇在計算傾銷差額時使用 W-T 比較法的作法。小組亦解釋(下述會有更進一步的分析)採用歸零法則並不符合反傾銷協定第 2.4.2 條, 而 USDOC 的解釋是以採用 W-T 比較法與歸零法則為前提, 因此小組認定 USDOC 這些解釋係基於錯誤的法律基礎, 不符合第 2.4.2 條下的解釋條款¹²。此外, 小組裁定 W-T 比較法為兩項正常方法的例外, 因此當調查機關訴諸該例外方法時, 必須要解釋為何兩項正常方法皆不能適當說明價格之顯著差異。綜上所述, 小組認為 USDOC 未能提供上述之解釋, 故亦違反第 2.4.2 條下的解釋條款¹³。

針對反傾銷協定第 2.4.2 條第 2 句, 中國提出控訴的第三個理由係關於 USDOC 將 W-T 比較法適用於所有的出口交易。中國認為當反傾銷協定第 2.4.2 條第 2 句所規定可以採用 W-T 比較法的條件被滿足後, 該條文允許調查機關將 W-T 比較法適用在符合集中傾銷類型的出口交易¹⁴, 而非所有出口。小組同意中國此一理由¹⁵。

中國提出控訴的第四個理由則是關於 USDOC 在採用 W-T 比較法時使用歸零法則。USDOC 在使用 W-T 比較法時先將產品以產品編號進行分類, 並計算不同產品編號的加權平均正常價格, 接著將各產品編號的加權平均正常價格與該產品編號的個別出口交易價格進行比較。如果加權平均正常價格大於個別出口交易價格, 則得到負傾銷差額 (negative dumping margin), 但若加權平均正常價格大於個別出口價格, 則得到正傾銷差額 (positive dumping margin), 在將所有產品編號的計算結果累計、計算整體傾銷差額時, 將負傾銷差額視為零。中國主張在上述三項傾銷調查中, USDOC 採用 W-T 比較法, 並以歸零的方式忽略負傾銷差額, 此一作法不符合反傾銷協定第 2.4.2 條。本案小組接受中國的主張, 小組認為雖然上訴機構在先前的案子中並未處理過歸零法則在 W-T 比較法下的適用, 但在計算傾銷差額時不得適用歸零法則的原則應該也適用於反傾銷協定第 2.4.2 條所規定的 W-T 比較法, 故小組同意中國的主張, 認為 USDOC 在採用

¹⁰ 鋼釘檢驗中的價格測試, 要求以產品編號為基礎, 比較被指控集中傾銷的出口價格差異與非集中傾銷出口價格差異「加權平均」進行比較。但美國在以統計軟體進行價格測試時, 卻以被指控集中傾銷的出口價格差異與每一筆非集中傾銷的出口價格差異分別進行比較, 如果有任一比較結果為被指控集中傾銷的出口價格差異較大, 即視為通過價格測試, 即使差異非常小。Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies*, ¶ 7.50.

¹¹ 歸零法則 (Zeroing): 美國商務部在計算反傾銷稅率時忽略特定的資料, 當受檢視產品在美國境內受價高於其國內之正常價格時, 商務部將會忽略此價格差異, 亦即將差異歸零。參考: 黃詩晴, 前揭註 3。

¹² Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies*, ¶¶ 7.145-7.146.

¹³ *Id.* ¶ 7.157.

¹⁴ *Id.* ¶ 7.9, 7.159.

¹⁵ *Id.* ¶ 7.187.

W-T 比較法時使用歸零法則違反反傾銷協定第 2.4.2 條¹⁶。

二、單一稅率假設

單一稅率假設亦即 USDOC 推定非市場經濟國家內的所有廠商均受政府控制，故將所有廠商視為單一實體，並適用單一反傾銷稅率¹⁷。除非個別廠商可以通過個別待遇測試 (separate rate test)，證明其未受政府控制，才得以不適用國家別單一稅率¹⁸。

本案中國主張單一稅率假設等同於 USDOC 採用之一般且可預期適用之規定，因此措施本身 (as such) 即有違反傾銷協定第 6.10 條、第 9.2 條。中國更進一步主張單一稅率假設在 38 項反傾銷調查中的適用 (as applied) 亦違反上述的條文¹⁹。

根據反傾銷協定第 6.10 條²⁰、第 9.2 條²¹規定，如果涉及產品傾銷差額或反傾銷稅率的計算，調查機關原則上應對每一已知出口商或生產者個別計算，除非因為所涉及的業者或者產品的類別過多，以致於個別決定的方式不可行，才得例外以抽樣的方式計算被選取廠商或產品的傾銷差額，或者僅列出涉案國名並課徵特定稅率²²。小組認為第 6.10 條要求調查機關應對每一已知出口商或生產者「個別計算」傾銷差額，而第 9.2 條則是要求調查機關「個別課徵」反傾銷稅，並列出涉案產品的個別廠商。美國並未爭執上述條文之內容，但主張本案之根本問題在於何謂「每一已知出口商或生產者」。美國並援引中國入會議定書 (China's

¹⁶ 「美韓洗衣機案 (DS464)」的小組亦以相同的方法解決與反傾銷協定 2.4.2 條第二句是否得以採用歸零法則的問題，並基於於本案相同的理由，認為美國違反反傾銷協定 2.4.2 條，*Id.* ¶7.208.

¹⁷ 宋柏靈、陳稚卿，「由美國對越南冷凍溫水蝦案看反傾銷稅案件中非市場經濟國家之國家別單一稅率問題」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，172 期，頁 17-23，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no172/3.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 5 日)。

¹⁸ 同上註。

¹⁹ Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶7.271.

²⁰ AD Agreement, art. 6.10, (providing that: “The authorities shall, as a rule, determine an individual margin of dumping for each known exporter or producer concerned of the product under investigation. In cases where the number of exporters, producers, importers or types of products involved is so large as to make such a determination impracticable, the authorities may limit their examination either to a reasonable number of interested parties or products by using samples which are statistically valid on the basis of information available to the authorities at the time of the selection, or to the largest percentage of the volume of the exports from the country in question which can reasonably be investigated.”).

²¹ AD Agreement, art. 9.2, (providing that: “When an anti-dumping duty is imposed in respect of any product, such anti-dumping duty shall be collected in the appropriate amounts in each case, on a non-discriminatory basis on imports of such product from all sources found to be dumped and causing injury, except as to imports from those sources from which price undertakings under the terms of this Agreement have been accepted. The authorities shall name the supplier or suppliers of the product concerned. If, however, several suppliers from the same country are involved, and it is impracticable to name all these suppliers, the authorities may name the supplying country concerned. If several suppliers from more than one country are involved, the authorities may name either all the suppliers involved, or, if this is impracticable, all the supplying countries involved.”).

²² 宋柏靈、陳稚卿，前揭註 17。

Accession Protocol) 第 15 條²³以及中國入會工作小組 (China's Accession Working Party Report) 的內容，作為認定符合 6.10 條規定的單一實體之重要依據²⁴。

針對此項爭議，小組在審查單一稅率假設是否違反反傾銷協定前，小組首先處理系爭單一稅率假設是否為一般且可預期適用之規定，使其他會員得以在 WTO 爭端解決對該規範本身 (as such) 提起挑戰。小組引述先前上訴機構的裁決，若一項系爭措施未被闡明在具法律拘束力的文件中，則控訴方的會員需至少清楚說明：一、系爭規則或規範可歸因於被控訴方的會員；二、該規則或規範的精確內容；三、系爭措施有一般且可預期之適用²⁵。在本案中，小組認定美國滿足上述三項要件，單一稅率假設為 USDOC 採用之一般且可預期適用之規定²⁶，並接著審查該單一稅率假設是否違反反傾銷協定。

小組指出中國入會議定書第 15 條僅說明「正常價格」決定之方法，而未涉及主管機關調查傾銷的其他層面。接著引述上訴機構在歐盟—緊固件案 (DS397) 的裁決²⁷。在該案中，上訴機構審查了與單一稅率假設相似的措施，並指出在 WTO 協定中並未有任何規定可以推定為要求非市場經濟國家的出口商或生產者須證明其與國家無關，才得以被個別認定傾銷差額，且上訴機構也認為中國的入會議定書亦未存有得作為此種假設的法律基礎²⁸。故小組裁定單一稅率假設未能符合 6.10 條中規範在一般情況下需要針對已知出口商和生產者計算個別傾銷差額，以及 9.2 條要求對個別廠商指定個別的反傾銷差額的義務。故單一稅率假設本身 (as such) 違反反傾銷協定第 6.10 條和 9.2 條²⁹。同時小組也裁定 USDOC 在中國所控訴的 38 項調查中適用國家別單一稅率假設，因為該措施本身違反反傾銷協定第 6.10 條、第 9.2 條，故其適用亦違反相同條文³⁰。

三、可得不利事實規範

USDOC 在受調查的廠商不配合反傾銷調查時，能依可得不利事實決定傾銷

²³ 中國入會議定書第 15 段規定，會員根據反傾銷協定對於中國被控傾銷之產品進行價格比較的時候，如受調查之生產者不能明確證明該系爭產品係在市場經濟條件下生產，則該進口會員得不依據中國國內價格或成本進行傾銷差額之認定。該條款所規定的是在進行反傾銷調查時「正常價格」的認定。詳細條文及分析請見：黃意涵、蘇郁淳，「歐美對中國非市場經濟條款到期之解讀及因應」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，203 期，頁 17-26，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no203/4.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 17 日)。

²⁴ Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶¶ 7.342-7.346.

²⁵ *Id.* ¶¶ 7.303-7.307.

²⁶ *Id.* ¶ 7.339.

²⁷ 董玉潔、吳詩云，「評歐盟—緊固件案之個別待遇測試爭議與後續影響」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，111 期，頁 9-15，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no111/EC-Fasteners.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 17 日)。

²⁸ Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶¶ 7.349-7.360.

²⁹ *Id.* ¶¶ 7.361-7.362.

³⁰ *Id.* ¶ 7.382.

差額。例如，受調查廠商不提供相關資料，USDOC 可以採用當時所能獲得之事實，意即「可得但可能不利的事實」決定傾銷稅率³¹。因為 USDOC 可以參考國內請願者和其他來源所提交的價格和成本資料，故此措施傾向提高傾銷差額之認定³²。

本案例中，中國主張 USDOC 在 30 項反傾銷調查中有 28 項採用可得不利事實進行計算，故可得不利事實規範為一般且可預期適用之規定，其本身 (as such) 違反反傾銷協定第 6.8 條和附件二第 7 段。如僅看該措施的適用 (as applied)，有 30 項反傾銷調查皆違反反傾銷協定第 6.1 條、第 6.8 條、附件 2 的第 1 和 7 段，以及反傾銷協定第 9.4 條第一句³³。

在審查可得不利事實規範是否違反反傾銷協定前，小組亦先處理系爭規範是否為一般且可預期適用之規定，使其他會員得以在 WTO 爭端解決對該規範本身 (as such) 提起挑戰³⁴，小組以前述之標準進行審查。在本案中，中國未能證明 USDOC 所採用的可得不利事實規範為一般且可預期適用之規定。故小組裁定無須對 USDOC 採用之可得不利事實進行本身 (as such) 的違反審查³⁵。關於可得不利事實規範適用上 (as apply) 之相關審查，由於中國所舉出之反傾銷調查均涉及單一稅率假設之爭議³⁶，並均已遭小組裁定違反反傾銷協定之其他義務。因此小組基於訴訟經濟考量，未審理中國針對可得不利事實規範適用上所提出之理由³⁷。

貳、中國上訴之主張與上訴機構之裁決

在小組做出判決後，中國於 2016 年 11 月 18 日通知爭端解決機構其欲針對部分小組所作之裁決進行上訴。然上訴機構僅接受中國針對可得不利事實規範相關的上訴主張，並推翻小組的判決。至於中國針對 W-T 比較法與單一稅率假設的控訴，上訴機構並未推翻小組判決，故本節將聚焦於上訴機構推翻小組判決的部分進行分析。

在小組的判決中，小組裁定可得不利事實規範可歸因於美國，且該規範的精確內容也符合中國所提出的描述，但小組認為中國未能證明該規範為一般且可預期適用之規範，因此判決中國不得在 WTO 提起對該規範本身的控訴³⁸。中國對

³¹ 陳敬宏，「2015 年美國反傾銷及平衡稅新修法之介紹」，貿易政策論叢，24 期，頁 145，149，(2015 年)。

³² *WTO Body Says Use of 'Adverse Facts Available' Open to 'As Such' Challenge*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 35, No. 20, May 19, 2017.

³³ Panel Report, *US—Anti-Dumping Methodologies (China)*, ¶ 7.389.

³⁴ *Id.* ¶ 7.415.

³⁵ *Id.* ¶ 7.479.

³⁶ *Id.* ¶ 7.480.

³⁷ *Id.* ¶¶ 7.497-7.499.

³⁸ Appellate Body Report, *United States — Certain Methodologies and their Application to*

於上述小組意見提起上訴，並對上訴機構提出兩項請求：首先，中國請求上訴機構完成分析，並裁定可得不利事實規範為一般且可預期適用之規範，因此可對規範本身 (as such) 提出質疑；再者，中國請求上訴機構完成分析並裁定系爭規範不符合反傾銷協定第 6.8 條和附件二第 7 段。中國亦主張小組不應以訴訟經濟為由，拒絕處理中國提出可得不利事實在 28 項反傾銷調查的適用上 (as applied) 違反第 6.1 條、第 6.8 條、附件 2 的第 1 和 7 段以及反傾銷協定第 9.4 條第一句的控訴³⁹。

本案上訴機構的判決結果於今年 5 月 11 日公布，上訴機構推翻小組針對「可得不利事實規範非為一般且可預期適用之規範」的意見，並針對可得不利事實是否為「一般適用與可預期適用」之爭議進行審理⁴⁰。根據美國—內衣案 (DS24) 與歐體—禽肉產品案 (DS69) 之前例，上訴機構指出一項規則或規範是否為「一般適用 (general application)」係基於其是否已達影響不特定數量之經濟營運者 (economic operators) 的程度；針對「可預期適用 (prospective application)」，其應符合在未來會被適用的要件。就後者而言，上訴機構認為控訴方不用去證明未來措施會「穩定地 (with certainty)」被適用，並指出任何措施都可能在未來被修改或撤銷，因此無法證明措施在未來會穩定且持續地被適用。上訴機構解釋，若透過規則或規範的構成要件尚不足以闡明措施可預期在未來適用，即可由其他因素證明，如：該規則或規範係用來實現某現有之潛在政策，若該規則或規範越經常、持續且重複地被適用，與其他因素一起，越能顯示該潛在政策存在。據此，上述機構解釋相關的證據可能包含：系爭規則或規範被有系統地適用，規則或規範的設計、構造和結構亦與確定該潛在政策有關⁴¹。有鑑於此，上述機構認為此審查應視個案而定，且不排除相關的額外因素⁴²。

在本案中上訴機構認為小組對於可得不利事實規範是否為一般且可預期適用之規範的判決錯誤，故推翻該判決，且中國得以在 WTO 爭端解決機構提起對該規範本身 (as such) 的訴訟。但因小組審理時並未調查足夠之證據與事實，因此上訴機構無法按照中國在上訴時之請求，完成可得不利規範本身是否違反反傾銷協定第 6.8 條和附件二第 7 段的分析。

參、結論

本文中，小組接受大部分中國所提出關於美國進行反傾銷調查方法的控訴，包含使用 W-T 方法違反反傾銷協定第 2.4.2 條，以及單一稅率假設違反反傾銷

Anti-Dumping Proceedings Involving China, ¶¶ 5.109-5.110, WTO Doc. WT/DS471/AB/R (adopted May 11, 2017).

³⁹ *Id.* ¶ 5.165.

⁴⁰ *Id.* ¶ 5.128.

⁴¹ *Id.* ¶ 5.132.

⁴² *Id.* ¶ 5.128-5.133.

協定第 6.10 條、第 9.2 條。僅有針對可得不利事實規範的控訴被小組認定未能證明其為一般且可預測適用之規範，而未能控訴成功。但在經中國上訴後，上訴機構推翻小組的判決，有論者認為上訴機構對於 USDOC 採用可得不利事實規範以決定傾銷差額本身是否違反 WTO 協定可以被質疑的決定具有重大的影響。雖然不能確保對該措施本身的挑戰是否得以成功，但該判決開啟了可以對可得不利事實規範本身進行挑戰的機會，可能對未來反傾銷調查的案件有所影響。

