

試析 WTO 爭端解決上訴機構成員任命危機的解決之道

劉芸昕

摘要

由於美國持續杯葛爭端，世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 上訴機構成員任命陷入僵局，並可能癱瘓 WTO 爭端解決程序。為化解上訴機構成員任命危機，學者分別提出「修改上訴審查作業程序」、「以多數決取代共識決」、「仲裁程序」和「雙邊程序協議」四項解決方法。雖然四方案皆有法理上或現實上的困難，但在上述危機無法解決前，爭端雙方若擬獲得較及時之爭端解決，利用程序協議，約定不上訴，不失為值得考慮之作法。

世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 設有常設之上訴機構 (Appellate Body)，由 7 名成員組成¹。根據爭端解決規則及程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, DSU) 的規定，每一上訴案由 3 名成員審理²。繼 2017 年 6 月 30 日墨西哥籍成員 Ricardo Ramirez-Hernandez 任職屆滿、8 月 1 日韓國籍成員 Hyun Chong Kim 請辭生效、以及 12 月 11 日比利時籍成員 Peter Van Den Bossche 任職屆滿後，上訴機構現僅存有四名成員³。若不儘速填補遺缺，勢必使上訴案件審理嚴重遲延。

由於上述墨籍與比籍上訴機構成員皆為第二任期，任期屆滿後依規定無法再續任，然歐盟與拉丁美洲國家集團 (阿根廷、巴西、哥倫比亞、智利、瓜地馬拉、墨西哥和秘魯) 對於這兩位繼任人選的遴選程序一直無法有共識，歐盟認為應同時啟動兩位的遴選，但拉美國家則認為任期先屆滿者應先啟動。2017 年 7 月於墨籍 R-H 氏任期確定已屆滿後，美國也一度支持拉美的立場，惟同年 8 月韓籍金氏請辭後，情勢發生重大變化，美國開始主張上訴機構存有的系統性問題未解決前，不應同意啟動任何的遴選程序⁴。為解決上述僵局所引發之上訴機構運作危機，國際經貿法領域的學者專家紛紛提出各種解決方案，以下就其中的「修改

¹ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, art. 17.1, [hereinafter DSU] (providing that: “A standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed of seven persons, ...”).

² DSU, art. 17.1, (providing that: “...It shall be composed of seven persons, three of whom shall serve on any one case.”).

³ *Appellate Body Members*, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm (last visited Jan. 5, 2018).

⁴ Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting: Held in the Centre William Rappard on 20 July 2017*, ¶ 4.3, WTO Doc. WT/DSB/M/399 (Sep. 29, 2017); Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting: Held in the Centre William Rappard on 31 August 2017*, ¶ 5.5, WTO Doc. WT/DSB/M/400 (Oct. 31, 2017).

上訴審查作業程序」、「以多數決取代共識決」、「仲裁程序」和「雙邊程序協議」等四項倡議方案，進行分析。

方案一：修改上訴審查作業程序

美國 Steve Charnovitz 教授建議上訴機構應趁成員人數尚過半時，儘速修改「上訴審查作業程序 (Working Procedures for Appellate Review, 下稱工作程序)」第 20 條⁵，並將之修改為「若超過三個或以上的成員任期屆滿時，上訴機構將不能接受新上訴案，使得在此時當事國所提出之上訴，在提起當日即自動完成⁶。」按理當事國決定上訴後，爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, DSB) 須待上訴程序完成，才得決議是否採納小組報告⁷。為避免上訴程序延宕致 DSB 始終無法採納裁決報告，Charnovitz 教授才想出以上訴之日視為上訴完成日，如此 DSB 即可考量採納小組裁決，而即時解決爭端⁸。

此方案之優點在於修改上訴審查作業程序係屬上訴機構職權，毋須經由 DSB 或總理事會 (General Council) 決議，可避免少數國家杯葛。根據 DSU 規定，上訴機構在與 DSB 主席和 WTO 秘書長諮商後，得自行擬定作業程序⁹。此外，上訴機構之議決程序允許以多數決程序為之，不一定非要共識決不可¹⁰。因此，只要上訴機構成員仍維持 4 位以上，即可以多數決方式修訂其作業程序。這也是 Steve Charnovitz 建議在上訴機構成員尚未少於 4 人時儘速行動的理由，如此即可藉由上訴機構自身之行動達成減少上訴案件量之目的¹¹。

上述方案表面上僅須 4 位上訴機構成員即可完成，但實際上作業辦法之擬定須與 DSB 主席與 WTO 秘書長諮商，彼等若不同意，相關修正是否有效，不無疑問。尤其上述之修正，看似只是變動上訴審查之作業程序，但實際上已侵害會員的上訴權利，DSB 主席與 WTO 秘書長如何可能同意？是以此方案看似簡單，但卻有難以克服的現實問題。

⁵ 該條文係在規範「上訴的開始 (Commencement of Appeal)」；Working Procedures for Appellate Review, art. 20.1, (providing that: “An appeal shall be commenced by notification in writing to the DSB in accordance with paragraph 4 of Article 16 of the DSU and simultaneous filing of a Notice of Appeal with the Secretariat.”).

⁶ Steve Charnovitz, *How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration*, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND POLICY BLOG (Nov. 3, 2017, 12:01 PM), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/how-to-save-wto-dispute-settlement-from-the-trump-administration.html>.

⁷ DSU, art. 16.4, (providing that: “...If a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal.”).

⁸ Steve Charnovitz, *supra* note 6.

⁹ DSU, art. 17.9, (providing that: “Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information.”).

¹⁰ Working Procedures for Appellate Review, art. 3.2, (providing that: “The Appellate Body and its divisions shall make every effort to take their decisions by consensus. Where, nevertheless, a decision cannot be arrived at by consensus, the matter at issue shall be decided by a majority vote.”).

¹¹ Steve Charnovitz, *supra* note 6.

方案二：以多數決任命新上訴機構成員

荷蘭阿姆斯特丹大學 Pieter Jan Kuiper 教授提議改採多數決方式任命上訴機構成員¹²。雖然 DSU 規定 DSB 決議應採共識決¹³，但另一方面，「馬拉喀什世界貿易組織設立協定 (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 以下簡稱 WTO 設立協定)」也規定，在會員國無法達成共識時，可採取多數決¹⁴。Pieter Jan Kuiper 教授認為 DSU 和 WTO 設立協定在決議規定方面的歧異，可視為已該當 WTO 設立協定第 16.3 條之要件，即設立協定與任一多邊貿易協定規定有所抵觸之情形；而依該條規定，解決此種抵觸之方式是設立協定優先適用¹⁵。據此，Pieter Jan Kuiper 教授主張目前 DSB 既無法以共識決選任上訴機構成員，則依 WTO 設立協定第 16.3 條之規定，應可以多數決任命之¹⁶。

先不論採用多數決所可能帶來的嚴重後果，Kuiper 教授對條文之解讀本身並不周延。依據 WTO 設立協定第 9.1 條註腳 3 規定，當總理事會作為 DSB 召集會議時，其決議方式仍須依 DSU 第 2.4 條規定，即共識決為之¹⁷。是以 DSU 第 2.4 條與 WTO 設立協定第 9.1 條之決議歧異是否如 Kuiper 教授所言，該當 WTO 設立協定第 16.3 條之要件，即有問題，蓋此種表面上之歧異，當初立法者顯然已意識到，並以註腳 3 加以闡明，故不太可能有援引設立協定第 16.3 條之空間。

方案三：訴諸 DSU 第 25 條仲裁程序

Sidley Austin 律師事務所的一群律師們則主張利用 DSU 第 25 條仲裁程序以減輕上訴機構之案件負擔¹⁸。DSU 第 25 條之仲裁程序僅需當事國雙方同意，並於事前通知所有會員國後，即可展開¹⁹。此仲裁判斷做成後，亦可準用 DSU 第

¹² Pieter Jan Kuiper, *Guest Post from Pieter Jan Kuiper on the US Attack on the Appellate Body*, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND POLICY BLOG (Nov. 15, 2017, 7:22 AM), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jan-kuiper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html>.

¹³ DSU 2.4

¹⁴ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, art. 9.1, [hereinafter Marrakesh Agreement] (providing that: "...Except as otherwise provided, where a decision cannot be arrived at by consensus, the matter at issue shall be decided by voting.").

Pieter Jan Kuiper, *supra* note 12; Marrakesh Agreement, art. 16.3, (providing that: "In the event of a conflict between a provision of this Agreement and a provision of any of the Multilateral Trade Agreements, the provision of this Agreement shall prevail to the extent of the conflict.").

¹⁷ Marrakesh Agreement, art. 9.1, foot note 3, (providing that: "Decisions by the General Council when convened as the Dispute Settlement Body shall be taken only in accordance with the provisions of paragraph 4 of Article 2 of the Dispute Settlement Understanding.").

¹⁸ SCOTT ANDERSEN, TODD FRIEDBACHER, CHRISTIAN LAU, NICOLAS LOCKHART, JAN YVES REMY & IAIN SANDFORD, USING ARBITRATION UNDER ARTICLE 25 OF THE DSU TO ENSURE THE AVAILABILITY OF APPEALS (2017), http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI-2017-17-.pdf.

¹⁹ DSU, art. 25.2, (providing that: "..., resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be

21 條執行之監督與 DSU 第 22 條補償及暫停減讓之規範²⁰，故仲裁判斷之效果並不亞於小組及上訴機構裁決報告。

雙方合意仲裁既是上述程序啟動的前提，一方當事國執意請求 DSB 成立爭端解決小組的話，此方案即無用武之地。再加上 DSU 雖有此規定，但過去會員對此並無興趣，因此相關運作細節並不清楚。即有論者爭執 WTO 秘書處是否應支援此仲裁之運作？按理，既規定於 DSU 第 25 條，而非一般之國際仲裁，則 WTO 秘書處不支援似說不過去；但現在鬧人員荒的不只是上訴機構成員，秘書處亦面臨律師嚴重不足之情形，故一旦秘書處支援不力，其效率亦可能受到影響。

方案四：訂定雙邊程序協議

巴西籍 Luiz Eduardo Salles 律師則建議雙方有爭端之 WTO 會員利用雙邊程序協議 (procedural agreements)，事先約定無論小組報告如何均不再上訴²¹。其並舉出於程序性協議中有類似規定之具體案例，如 *Australia - Automotive Leather II* 案，該案兩造 (澳洲和美國) 即事先約定不會對小組報告提起上訴²²。

此方案的好處，如同前述之仲裁協議，僅需雙方合意；更優於仲裁協議者，乃此方案已有先例，而不像 DSU 第 25 條之仲裁，尚需經過摸索，方能確定具體施行之成效。不過此方案如同仲裁程序，仍以雙方同意為前提，故若當事國執意保有上訴權利，則此方案無濟於事²³。另外，也有論者以雙方協議時，談判實力較弱的成員國可能會被迫同意政治實力強大的成員國 (如美國和歐盟) 所擬定之程序條款，致前者權益可能受到不當影響²⁴。只是此種程序性協議若是於小組成立前即已擬定，在勝負未定之情況下，是否約定不上訴就一定是影響到談判力較弱的一造，不無疑問。事實上，最可能的情況反而是談判力強的一造不願放棄上訴權，以致此類協議不易達成。

為因應美國持續杯葛上訴機構成員任命程序所造成之上訴機構運作危機，本文分析論者已提出之四種可能解決方案。其中的「修改上訴審查作業程序」與「

notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process.”).

²⁰ DSU, art. 25.4, (providing that: “Articles 21 and 22 of this Understanding shall apply mutatis mutandis to arbitration awards.”).

²¹ Luiz Eduardo Salles, *Guest Post on Bilateral Agreements as an Option to Living through the WTO AB Crisis*, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND POLICY BLOG (Nov. 23, 2017, 8:33 AM), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-on-bilateral-agreements-as-an-option-to-living-through-the-wto-ab-crisis.html>.

²² Luiz Eduardo Salles, *supra* note 21; *Recourse by the United States to Article 21.5 of the DSU, Australia-Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WTO Doc. WT/DS126/8 (Oct. 4, 1999).

²³ *Id.*

²⁴ Matilda J. Brolin, *Procedural Agreements in WTO Disputes: Addressing the Sequencing Problem*, 85(1) NORDIC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 65, 77 (2016)..

多數決取代共識決」，現實上、法理上皆有其問題存在。至於利用「DSU 第 25 條仲裁程序」或「雙邊程序協議」此二方案，法理上雖可行，但共同缺點在於需爭端當事國雙方之同意。鑑於貿易摩擦之兩國，關係本來已經緊張，如何確保足夠的政治意願以選擇另類的解決爭端方式，實為莫大的挑戰。

綜上所述，四方案恐皆無法如願減輕上訴機構案件負擔。不過上述第四方案相較第三方案，因為有先例可循，在上述危機短期內無法化解前，若會員期盼彼此之爭端能獲得較及時之解決，或許不失為值得考慮者。

