

從「美國—差異價格方法案」探討集中傾銷下歸零法則之

適用

吳彥容

摘要

美國近年來常質疑上訴機構運作之合法性，其中之一即是批評上訴機構使用先例原則。過去雖有數次小組不遵從上訴機構有關「歸零法則」之解釋，但自上訴機構於「美國—不鏽鋼案（墨西哥）案」中，要求小組能夠遵循其意見後，再也無小組在這方面挑戰上訴機構之權威。值得注意的是，這在今（2019）年 4 月 26 日出爐之「美國—差異價格方法案」之小組報告又出現了逆轉。該報告主張其具備「強有力的理由」，導致必須採取異於上訴機構的立場，而判定以 W-T 法計算傾銷差額時，得適用歸零法則。縱然本案因上訴機構停擺而無法終局確定，本案小組之舉亦使先例原則爭議再添一樁。未來是否將掀起挑戰上訴機構過往裁決見解的風潮，尚須視會員利用 WTO 爭端解決機制之意願而定。

近年來，美國經常批評爭端解決機構（尤其是上訴機構）違反世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）多項規定¹。其中之一即為小組及上訴機構仰賴先例判案²。雖然上訴機構從未表示其裁決具有先例效果，但為了確保爭端解決機制之安定性與可預測性，其也堅持小組不得任意背離上訴機構過去在其他案件中所為的法律解釋，除非小組有「強有力的理由（cogent reason）」³。

小組其實鮮少會冒著裁決報告未來被廢棄的風險而與上訴機構對抗，但歸零法則（zeroing）系列的案件為例外⁴。這也在相當程度平添美國在此類案件中主張的正當性。儘管自 1998 年的「歐盟—棉質寢具案（European Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India）」起，上訴機構就

¹ Ambassador Shea's Statement at the WTO General Council Meeting, U.S. MISSION TO INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN GENEVA (May 8, 2019), <https://geneva.usmission.gov/2019/05/08/ambassador-sheas-statement-at-the-wto-general-council-meeting-agenda-items-4-6-7/>.

² *Id.*

³ Panel Report Addendum, *United States—Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada*, Annex B-1 ¶ 27, WTO Doc. WT/DS534/R/Add.1 (circulated Apr. 9, 2019) [hereinafter Panel Report Addendum, *US—Differential Pricing Methodology*].

⁴ Petros C. Mavroidis & Thomas J. Prusa, *Die Another Day: Zeroing in on Targeted Dumping – Did the AB Hit the Mark in US–Washing Machines?*, 17(2) WORLD TRADE REVIEW 239, 246 (2018).

已陸續封殺各種情況下使用歸零法則的可能性，但仍有若干案件之小組不贊同，認為上訴機構禁止歸零法則有增減會員權益、偏離條約解釋原則之嫌⁵。面對這些「不服從」的小組，上訴機構遂在「美國—不鏽鋼案(墨西哥)案 (*United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*)」中，重新回顧過去所有歸零案件，並期待小組能夠加以遵循，以確保會員的合理期待⁶。在上訴機構做出此舉後，就再也無小組對歸零法則有所異議，直至以下討論的本案。

今(2019)年4月26日，「美國—差異價格方法案 (*United States — Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada*)」之小組報告出爐，判定集中傾銷時可以允許歸零法則⁷，有趣的是本案小組立場雖與上訴機構有異，但又不顧美國的反對，強調其之所以不遵循上訴機構於過去案件中的解釋乃是基於「強有力的理由」；換言之，小組似乎在一定程度內也背書上訴機構所暗示、但為美國所反對之先例效果原則，否則毋須如此刻意強調「強有力的理由」⁸。在這種情況下，關於「先例原則」，本案小組究竟是認同上訴機構或是美國，顯得曖昧；但無庸置疑地，在「歸零法則」這個問題上，則是站在上訴機構之對面。

雖然加拿大已於今(2019)年6月上訴，但上訴報告始終未出爐。再加上在12月10日任期屆滿的二名上訴機構成員中⁹，美籍 Thomas Graham 又拒絕依《上訴審查作業程序》(Working Procedures for Appellate Review)第15條之規定繼續留任，以完成手中未了結之案件¹⁰，上訴機構因而正式停擺；換言之，本小組報告成為所謂的「漂浮報告 (floating report)」¹¹，無法終局確定。儘管如此，小組

⁵ *Id.* at 247.

⁶ Appellate Body Report, *United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, ¶ 158, WTO Doc. WR/DS344/AB/R (adopted May 20, 2008) [hereinafter *US — Stainless Steel (Mexico)*].

⁷ Panel Report, *United States—Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada*, ¶ 7.99, WTO Doc. WT/DS534/R (circulated Apr. 9, 2019) [hereinafter Panel Report, *US—Differential Pricing Methodology*].

⁸ *Id.* ¶ 7.107.

⁹ 目前上訴機構成員分別為印度籍的 Ujal Singh Bhatia、美籍的 Thomas R. Graham 及中國籍的趙宏。前二者的第二任期皆為 2015 年 12 月 11 日至 2019 年 12 月 10 日。Dispute Settlement: Members of Appellate Body Members, WORLD TRADE ORGANIZATION, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm (last visited Dec. 25, 2019).

¹⁰ World Trade Organization, *Working Procedures for Appellate Review*, art. 15, WT/AB/WP/6, Aug. 16, 2010 (providing that “[a] person who ceases to be a Member of the Appellate Body may, with the authorization of the Appellate Body and upon notification to the DSB, complete the disposition of any appeal to which that person was assigned while a Member, and that person shall, for that purpose only, be deemed to continue to be a Member of the Appellate Body.”); Bryce Baschuk, *WTO Faces Cliff-Edge Crisis Next Week as Mediator Eyes Departure*, BLOOMBERG (Dec. 2, 2019), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-02/wto-faces-cliff-edge-crisis-next-week-as-mediator-eyes-departure>; 據報導，DSB 主席暨紐西蘭駐 WTO 大使 David Walker 表示，目前共有十四宗上訴案件尚未最終確定，上訴機構將完成並公布其中的四宗案件。Brett Fortnam, *DSB Chair: Four Cases Could Be Decided before Appellate Body Shuts Down; Others in Limbo*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 37, No. 48, Dec. 4, 2019.

¹¹ Joost Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, 22(3) JOURNAL OF INTL

居然在此敏感時刻，重新開啟「歸零」這個潘朵拉盒子，仍值得注目。

為瞭解本案小組不依循前例之理由，以下將說明小組之意見並比較過往上訴機構之立場。接著，透過加拿大上訴所提出之主張，點出未來可能產生的爭端，並在結論重申本案帶來的爭議。

壹、小組不遵循前例之「強有力理由」

上訴機構過去關於集中傾銷時不能使用「歸零法則」之理由是一旦符合《反傾銷協定》(Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariff and Trade 1994) 第 2.4.2 條第二句之規定，即查有集中傾銷 (targeted dumping) 情事且無法依「正常價值的加權平均與所有可資比較之出口價格的加權平均進行比較 (weighted average to weighted average, 以下簡稱 W-W 法)」以及「比較逐筆交易之正常價值與出口價格 (transaction-to-transaction, 以下簡稱 T-T 法)」揭露此種集中傾銷時，調查機關便可以依「正常價值之加權平均與逐筆出口價格比較之方法 (weighted average to transaction, 以下簡稱 W-T 法)」計算傾銷差額；而在這種情況，所需比較的限於構成「集中傾銷」模式之出口交易價格與正常價值 (normal value)，而不需比較不構成集中傾銷模式之其他出口交易價格與正常價值；換言之，不屬集中傾銷模式的其他出口交易是完全排除的¹²。因此依上訴機構的看法，並沒有美國所謂的不允許歸零會使得集中傾銷行為被遮蔽的問題¹³。上訴機構也指出被揭露的集中傾銷應該要對應的是被正確找出來的「模式 (pattern)」，包括高於或低於正常價值者，而不是僅對應模式中低於正常價值的這一小部分，因為後者的解釋是找不到條文依據的¹⁴。

「美國—差異價格方法案」之小組不同意上述將不構成集中傾銷模式之出口交易排除在外的看法，表示無論是《反傾銷協定》第 2.1 條也好、《關稅暨貿易總協定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 第 6.1 條也罷，傾銷差額都必須是以系爭產品之「整體 (totality)」為判斷；第 2.4.2 條沒有任何文字允許調查機關不納入出口商之全部交易，或是排除不構成集中傾銷定價行為之其他出口交易¹⁵。上訴機構排除非屬集中傾銷模式的出口交易雖是為確保集中傾銷不會被這些出口交易與正常價值之比較結果再遮蔽，但小組認為第 2.4.2 條之第二句的重點是在「揭露 (unmask)」，而非「忽略」，若條文真有意忽略這些非模式之

ECONOMIC LAW, Vol 22 No. 3, 297, 316 (2019).

¹² Appellate Body Report, *United States—Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea*, ¶ 6.7, WTO Doc. WT/DS464/AB/R (adopted Sept. 26, 2016) [hereinafter *US — Washing Machines*].

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* ¶ 5.156.

¹⁵ Panel Report, *US—Differential Pricing Methodology*, ¶ 7.88.

交易，大可以明文¹⁶。

因為本案小組採取上述看法，故認為傾銷差額將會同時涵蓋非集中傾銷模式交易之 W-W 法或 T-T 法的比較，以及集中傾銷模式交易之 W-T 法比較¹⁷。在這種情形下，若仍不准 W-T 法之比較使用歸零法則，小組承認會產生與全部交易皆用 W-W 法或 T-T 法比較無異的結果，也就是發生美國所稱之「數學同值性 (mathematical equivalence)」問題¹⁸。小組也同意美國看法，即這樣將會使《反傾銷協定》第 2.4.2 條第二句喪失意義，而違反條約解釋原則¹⁹。

另一方面，本案小組也指出第 2.4.2 條第二句是使用「個別交易」，與第一句使用「全部交易」不同，故雖然第一句禁止歸零，但第二句不見得亦必須為相同解釋²⁰。更何況第二句之目的既是「揭露」以避免遮蔽，則調查機關區別會遮蔽與被遮蔽之交易，並為避免再遮蔽而將某些比較結果歸零，小組認為並無不可²¹。

綜上所述，過去上訴機構的立場是在有集中傾銷情事時，僅需以 W-T 法將集中傾銷模式內之交易出口價格與正常價值比較，排除集中傾銷模式外交易²²。相反的，本案小組以《反傾銷協定》第 2.1 條為依據，主張傾銷之判定必須以系爭產品整體為基礎，不得排除部分交易，即使在有集中傾銷情形亦不例外²³。基於此種出發點的不同，本案小組對於得否在 W-T 比較時使用歸零，自然就推導出與上訴機構截然不同的看法。既然集中傾銷模式外之交易亦需與正常價值比較，而不是只用 W-T 法將集中傾銷模式交易與正常價值比較即可，在這種情況（即所有交易都需與正常價值比較），若不允許 W-T 法使用歸零，將會使最後結果與不用 W-T 法（即全部交易皆以 W-W 或 T-T 法比較並不採歸零）無異。這將導致第 2.4.2 條第二句成為無用條文而不符條約解釋原則，因此小組認為這是使其得以不遵循過去上訴機構解釋之強有力理由。

¹⁶ *Id.* ¶ 7.92; Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariff and Trade 1994 art. 2.4.2, Apr. 15 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A 1868 U.N.T.S. 201, (providing that “[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.”).

¹⁷ Panel Report, *US—Differential Pricing Methodology*, ¶ 7.99.

¹⁸ 所謂數學同值性 (mathematical equivalence)，意指若採用「W-W 法」及「W-T 法」時禁止適用歸零法則，則將此二種方式應用於同一組交易時，所計算出之所有可資比較價格之總額、傾銷總額及出口商對受調查產品之加權平均傾銷差額，將產生相同結果。Panel Report Addendum, *US—Differential Pricing Methodology*, Annex B-3 ¶ 42.

¹⁹ Panel Report, *US—Differential Pricing Methodology*, ¶ 7.72.

²⁰ *Id.* ¶ 7.103.

²¹ *Id.*

²² Appellate Body Report, *US—Washing Machines*, ¶ 6.4.

²³ Panel Report, *US—Differential Pricing Methodology*, ¶ 7.88.

貳、漂浮的小組報告

加拿大已於今年 6 月對上述小組報告提出上訴，並指出上述小組報告在四方面有法律錯誤²⁴：（一）計算傾銷差額時不得排除模式外之出口交易的見解，不符《反傾銷協定》第 2.4.2 條第二句規定；（二）允許在 W-T 法比較時得使用歸零乃是錯誤解釋《反傾銷協定》第 2.4.2 條；（三）未遵循之前上訴機構之見解並非基於「強有力的理由」；以及（四）小組同意構成出口價格顯著差異之模式交易得包括顯著「高」於其他出口價格者，亦違背過去上訴機構見解。

綜觀加拿大之上訴主張，主要仍是以小組未遵循過去上訴機構見解為主軸，然只是上訴機構已停擺，無從得知加拿大之主張是否會獲得上訴機構之支持。另一方面，未來若再有其他會員間產生有關集中傾銷之爭議，爭端解決小組究竟是會依循過去上訴機構之見解，抑或參考本案小組的見解，仍值得觀察。

更重要的是，本案小組的做法是否會開啟挑戰上訴機構過往裁決見解的風潮，亦即不僅在集中傾銷，甚至在其他貿易救濟的爭端、或者其他領域案件引發未來小組重新思考各協定條款應有之解釋，皆值得關注。此部分的可能發展，與目前上訴機構秘書處預算被刪減後²⁵，有多少人員會轉調法務處協助爭端解決小組之裁決工作，進而使過去上訴機構之立場向下延伸到小組有關。倘若學者有關秘書處人員對裁決影響遠勝於小組或上訴機構成員之主張成立的話²⁶，則當大部分上訴機構秘書處人員皆轉至法務處時，未來的小組在彼等輔佐下，還是有可能維持過去上訴機構見解。

儘管如此，上訴機構停擺後，除非當事國就不上訴達成協議、或如歐盟所倡議「臨時上訴仲裁協議（Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU）」²⁷，否則會員利用 WTO 爭端解決機制之意願應會大幅降低，畢竟投注大量時間與金錢後，卻只能換得漂浮之小組報告，而無法令對手改變違法措施，並非會員所期待的。在這種情形下，法務處應該不需如此多人員協助小組之裁決，

²⁴ *Notification of an Appeal by Canada under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the Working Procedures for Appellate Review*, WTO Doc. WT/DS534/5 (June 5, 2019).

²⁵ Bryce Baschuk, *WTO Members Agree on a 2020 Budget, Averting Jan. 1 Shutdown*, BLOOMBERG (Dec. 5, 2019), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-05/wto-members-agree-on-a-2020-budget-averting-jan-1-shutdown>.

²⁶ JOOST PAUWELYN & KRZYSZTOF PELC, WHO WRITES THE RULINGS OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION? A CRITICAL ASSESSMENT OF THE ROLE OF THE SECRETARIAT IN WTO DISPUTE SETTLEMENT 25 (2019).

²⁷ 歐盟和加拿大已於今（2019）年 7 月 25 日簽署「臨時上訴仲裁協議（Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU）」。Dispute Settlement Body, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, WTO Doc. JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1 (Oct. 22, 2019); 歐盟與挪威亦於同年 10 月 21 日簽署同樣協議 Dispute Settlement Body, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, WTO Doc. JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1 (Oct. 21, 2019).

原上訴機構秘書處人員多轉往法務處之機率也會大幅降低，職是之故，前述所謂上訴機構立場因此擴展至小組之情形，可能性並不高。

參、結論

「美國—差異價格方法案」小組報告出爐後，隨著上訴機構的停擺，轉變為無法終局確定的漂浮報告。惟本案以「歸零法則」之解釋挑起先例原則爭議，是否將使往後案件之小組，重新思考各協定條款應有之解釋而挑戰過去上訴機構之立場，仍屬未知。此外，除非當事國締結不上訴協議、或達成臨時上訴仲裁協議，否則未來會員於面臨爭端時，可能因擔憂漂浮報告的出現而不願訴諸小組，在這種情況下，小組挑戰先例的可能性也會隨著新小組成立的銳減而減少。

