

## WTO上訴機構不同意見書批評多數意見有「越權」等不當問題

尚子雅 編譯

### 摘要

世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 爭端編號437案裁決之履行審查案於上訴機構報告出現不同意見，對該報告之多數意見的批評，在相當程度呼應美國近年來對上訴機構之指控。該不同意見雖贊同多數意見裁定中國未能證明美國商務部對「公共機構」之認定、以及備忘錄本身有違反WTO規範之情事，但認為多數意見之「仰賴先例」，未應美國要求釐清「公共機構」定義，只會使該辭意涵益發混淆不明。另一方面，對於多數意見認為美國商務部未解釋中國政府之干預如何導致境內價格扭曲，故不足以正當化商務部使用境外價格作為比較基準之裁決，則是嚴厲批評：表示要求補貼之調查機關進行協定並未要求之量化分析，實有「越權」之嫌；並指責身為上訴機構，本應審理小組對「補貼暨平衡措施協定」相關規定之解釋與適用是否有誤，結果卻逕行對小組未審理之證據加以審查，亦有法律審卻「審理事實」之失誤。在上訴機構之改革討論正值關鍵之際，用詞如此尖銳之不同意見格外引人注目。

(本篇取材自：Brett Fortnam, *Appellate Body Member Rips Colleagues for Overreach, Fact-Finding, in U.S.-China Report*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 37, No. 29, July 19, 2019.)

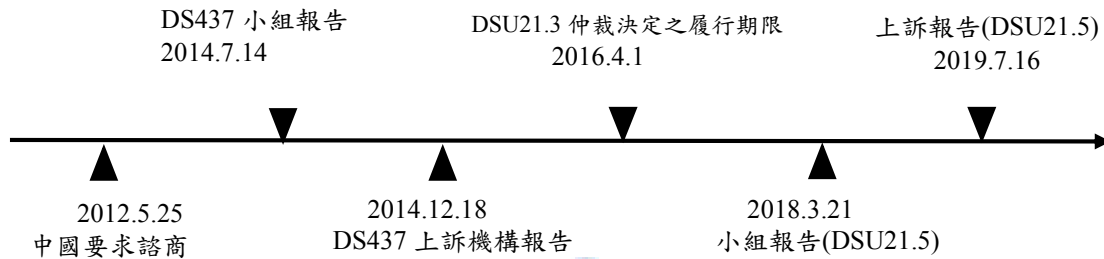
中國於 2016 年控訴美國未履行爭端編號 437 案裁決，該履行審查案之上訴機構報告終於在今 (2019) 年 7 月 16 日出爐<sup>1</sup>。值得關注的是，該上訴機構報告之不同意見批評多數意見有「越權」等問題，在相當程度呼應美國對上訴機構之相關指控。美國自 2017 年中起，即以上訴機構多有違法之由，否決上訴機構成員之提名，以致法定七名成員目前僅剩三名，缺額一直無法補實<sup>2</sup>。而目前三名中之二名任期亦將於今年 12 月屆滿，屆時上訴機構將陷入無法繼續審理案件之困境<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> WTO News: Appellate Body Issues Report on US Compliance with Countervailing Duties Ruling, WORLD TRADE ORGANIZATION (July 16, 2019), [https://www.wto.org/english/news\\_e/news19\\_e/437abrw\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/437abrw_e.htm).

<sup>2</sup> 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，Dispute Settlement: Members of Appellate Body Members, WORLD TRADE ORGANIZATION, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/ab\\_members\\_descrp\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm) (last visited Oct. 14, 2019).

<sup>3</sup> 印度籍的 Ujal Singh Bhatia 及美籍的 Thomas R. Graham 第二任期皆為：2015 年 12 月 11 日至 2019 年 12 月 10 日，故於 2019 年 12 月 10 日後，上訴機構僅剩趙宏一名成員。*Id.*; 根據上訴審查及工作程序之規定，每件上訴案需有 3 名成員審查。World Trade Organization, *Working Procedures for Appellate Review*, art. 6(1), WT/AB/WP/6, Aug. 16, 2010 (providing that “[i]n accordance with paragraph 1 of Article 17 of the DSU, a division consisting of three Members shall be established to hear and decide an appeal.”).

表一：WTO 爭端編號 437 案之相關時程表



資料來源：編譯者自行整理

本案之原始爭端源於中國不滿美國對其特定產品課徵平衡稅，該原始爭端之裁決報告於 2014 年 12 月出爐（見上表一）<sup>4</sup>。惟中國於該裁決之履行期間屆滿後<sup>5</sup>，認為美國並未履行原裁決之建議，因而於 2016 年提起目前之履行審查爭端<sup>6</sup>；履行審查之小組報告後於 2018 年 3 月出爐<sup>7</sup>，惟雙方當事國均認為小組報告有所違誤，而提起上訴，也就是本文所討論之上訴機構報告<sup>8</sup>。

本份上訴機構報告由美籍的 Thomas Graham、印度籍的 Ujal Singh Bhatia、以及任期早已於去（2018）年屆滿之模里西斯籍的 Shree Servansing 共同簽署，惟並未特別表明不同意見出自三人中之何人<sup>9</sup>。在本份上訴機構報告中，撰寫不同意見之上訴機構成員雖贊同多數意見之裁決結論，否定了中國有關「公共機構 (public body)」之解釋，並維持小組原判，即中國未能證明美國商務部(United States Department of Commerce)對「公共機構」之認定、以及美國有關「公共機構」之備忘錄本身違反 WTO 規範<sup>10</sup>。惟其並不同意多數意見定義「公共機構」之方式<sup>11</sup>，也不同意多數意

<sup>4</sup> Appellate Body Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, WT/DS437/AB/R (adopted Jan. 16, 2015).

<sup>5</sup> 爭端編號 437 案裁決之合理履行期間，經仲裁後，訂為 14 個月又 16 天。Arbitration Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China: Recourse to Article 21.3(c) of the DSU*, WT/DS437/16 (circulated Oct. 9, 2015).

<sup>6</sup> Request for The Establishment of A Panel by China, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China: Recourse to Article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/21 (July 14, 2016).

<sup>7</sup> Panel Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China: Recourse to Article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/RW (adopted Aug. 15, 2019).

<sup>8</sup> Appellate Body Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China: Recourse to Article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/AB/RW (adopted Aug. 15, 2019) [hereinafter AB Report, *US—Countervailing Measures (China) (21.5)*].

<sup>9</sup> *Id.* at 104.

<sup>10</sup> *Id.* ¶ 5.242.

<sup>11</sup> *Id.* ¶ 5.243.

見用來判斷美國商務部並無理由得以使用「境外價格」之過程，其批評在該判斷過程中，上訴機構已逾越協定所給予之授權<sup>12</sup>。

本份不同意見書分成三部分，針對「公共機構」、「受有利益」以及「特定性」這三項補貼要件提出異於多數意見的看法。惟其呼應美國對上訴機構批評之內容集中在前兩部分。以下概述這兩部分對多數意見批評之論理，並於結論部分說明不同意見的觀點如何呼應美國長期以來對上訴機構之批評，同時補充本上訴機構報告在爭端解決機構採認時，美國所指出之另一值得批評的問題。

## 壹、「公共機構」之定義有釐清必要

於「公共機構」這個爭點上，不同意見認為多數意見「仰賴先例」並不正確，建議「公共機構」之判定應個案為之，並綜合考量各項元素。

### 一、不應「仰賴先例」

不同意見表示，美國要求上訴機構釐清「公共機構」之定義以及確認所謂「公共機構」係指政府實質控制，以致於該「公共機構」授予財務補助時，等同於移轉公共資源<sup>13</sup>。惟多數意見並未回應美國，卻參考過去數件處理「公共機構」意義之上訴機構報告，而決定由於「補貼暨平衡措施協定」(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，以下簡稱 SCM 協定)第 1.1 條 a 項第 1 款規定將「政府」或「公共機構」統稱為「政府」，意謂兩者間有一定程度之共通性或兩者之基本特質有所重疊<sup>14</sup>；因此判定所謂「公共機構」係指擁有、執行或被授予政府權能者，且指出「公共機構」之判斷取決於在特定案件中是否存有上述一項或多項特徵<sup>15</sup>。

不同意見認為，多數意見之「仰賴先例」只會進一步混淆外界對「公共機構」構成要件之理解。不同意見相信多數意見為判斷一機構是否為「公共機構」，已在重複一項既不明確也不精確之標準；而其也不認為釐清「公共機構」之定義如多數意見所暗示的是多餘且不必要<sup>16</sup>。不同意見表示，「公共機構」之意涵持續欠缺明確性，所代表的正是不當強調先例的一項實例，亦即：先例中之瑕疵解釋，隨著當事國及上訴機構於訴訟中援引先例而重複該原始瑕疵，雖另一方面也嘗試迂迴繞過該瑕疵，但結果卻是使得該解釋愈發令人困惑<sup>17</sup>。

不同意見表示，SCM 協定中之「公共機構」並無明確定義，而上訴機構也不應創設<sup>18</sup>。不同意見指出 SCM 協定第 1.1 條 a 項第 1 款並未闡述「公共機構」一詞，唯一的明文是將「政府」或「公共機構」統稱為「政府」，以此構成 SCM 協定所規

<sup>12</sup> *Id.* ¶ 5.256.

<sup>13</sup> *Id.* ¶ 5.246.

<sup>14</sup> *Id.* ¶ 5.95.

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

<sup>16</sup> *Id.* ¶ 5.243.

<sup>17</sup> *Id.* ¶ 5.244.

<sup>18</sup> *Id.* ¶ 5.247.

範的對象<sup>19</sup>。換言之，條文本身並未要求「公共機構」具有單一、抽象之定義或需有基本之認定標準<sup>20</sup>。惟多數意見在駁回美國對「公共機構」的認定時（「公共機構」係指政府實質控制，以至當該「公共機構」授予財務補助時，等同於移轉公共資源），卻參考了一個獨特的定義<sup>21</sup>，且認為美國之主張乃是混同「公共機構」之定義與判定「公共機構」有關之證據元素<sup>22</sup>。

## 二、「公共機構」之認定應依個案而定，綜合考量各項元素

不同意見希望提供未來之當事國及爭端解決小組更清晰的指引，並為了鼓勵他們不要受到有關此項議題之過往聲明的約束，因而提出以下見解（其中包含了上訴機構在過去所發展出來、而被不同意見認為可適當地釐清此議題之許多概念）：一機構是否為「公共機構」應逐案認定，並妥適考量該相關機構之屬性、其與政府之關係、以及該機構運作所在國之法律與經濟環境<sup>23</sup>。正因為沒有完全相同的兩個政府，「公共機構」之精確輪廓和特性必然會隨機構、國家及個案之不同而有異<sup>24</sup>。當政府有能力控制該機構，以及/或者有能力控制該機構移轉財務價值之行為時，即可認定該機構為「公共機構」<sup>25</sup>。無需要求調查機關於個案中決定被調查機構是否擁有、執行或被授予政府權能<sup>26</sup>。

## 貳、對於出口國國內價格扭曲之證明義務水準

多數意見認為美國商務部並未解釋中國之干預如何導致境內價格扭曲，故不得逕以「境外價格」作為計算補貼之比較基準。對此，不同意見批評實乃自行增加條文義務，並有代小組「審理事實」之嫌。

### 一、上訴機構所要求之水準形同增加條文未有之義務

美國商務部在十二件計算平衡稅的調查案內，主張中國之補貼扭曲了其境內的市場價格，故不使用境內價格而改以境外價格作基準。惟本案上訴機構維持履行爭議小組之原判，認定商務部雖然詳述了中國政府對其市場之干預，卻未證明該干預是如何導致境內價格之扭曲，因此商務部未充分證明中國境內價格有所扭曲<sup>27</sup>。易言之，調查機構必須證明境內價格有扭曲方能正當化境外基準之使用<sup>28</sup>。

<sup>19</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures art. 1.1 (a)(1), Apr. 15 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14 (providing that "...a subsidy shall be deemed to exist if: there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as 'government').").

<sup>20</sup> AB Report, *US—Countervailing Measures (China)* (21.5), ¶ 5.247.

<sup>21</sup> 此處獨特的定義係指：公共機構為擁有、執行或被授予政府權能者。 *Id.* ¶ 5.97.

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

<sup>23</sup> *Id.* ¶ 5.248.

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

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

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

<sup>27</sup> *Id.* ¶¶ 5.169, 5.192.

<sup>28</sup> *Id.* ¶ 5.178.



多數意見同意小組之見解，認為商務部於四個鋼鐵產品之平衡稅調查案中，甚至未試圖對其境內價格之判定提供合理及充分的解釋<sup>29</sup>。小組及上訴機構皆指摘商務部並未在系爭補貼調查的判斷中分析特定的原料（即鋼材）市場以及政府之干預如何確實導致該原料市場之國內價格扭曲<sup>30</sup>。

根據不同意見之看法，多數意見的這項決定等同對調查機關在使用「境外價格」時創設了新的要求<sup>31</sup>。不同意見表示，多數意見在為小組之標準背書時，似乎也認為即使欠缺境內價格之記錄，調查機關仍必需有境內價格之分析，以作為採用其他基準（即境外基準）的條件<sup>32</sup>。不同意見認為如此一來，多數意見之分析結果將與多數意見對 SCM 協定第 14 條 d 項所聲明之了解有所抵觸，因第 14 條 d 項允許依個案之情況進行不同類型之分析和證據之採用，以找到適合之比較基準<sup>33</sup>。

## 二、上訴機構否定美國商務部認定價格扭曲之過程如同「審理事實」

不同意見表示，多數意見並未審查小組對 SCM 協定第 14 條 d 項之解釋及適用是否有誤，反而越權審查美國商務部之認定，並以此審查而維持小組裁決，然而小組裁決係基於錯誤法律標準、且幾乎未考慮美國商務部之認定<sup>34</sup>。如此一來，多數意見似乎扮演了小組的角色，因其係自行分析資料證據，而非透過小組提供之論理分析而獲致結論<sup>35</sup>。不同意見認為，上訴機構僅能審理小組報告中所涵蓋之法律爭點以及小組所發展出來的法律解釋，上訴機構此舉似乎逾越其自身之權限<sup>36</sup>。

最後，不同意見表示，本上訴案其實相當簡單，惟上訴機構並未專注審查小組對 WTO 規範之適用，反而檢視雙方所提供之證據，以致將案件複雜化<sup>37</sup>。易言之，不同意見相信正是因為多數意見如同扮演一審小組般地審查證據，並且在此過程中表達了一項不清楚的法律標準，才使承審本上訴案的三位成員之工作被不當地複雜化<sup>38</sup>。

## 參、結論與後續發展

如本文前言所述，美國長期以來一直批評爭端解決裁決機構，特別是上訴機構違反 WTO 相關規定，近年來甚至以杯葛上訴機構成員之任命以表達其訴求，依其駐 WTO 大使之公開聲明，美國之批評主要可分成 6 個部分<sup>39</sup>：第一，上訴機構未遵

<sup>29</sup> *Id.* ¶ 5.151.

<sup>30</sup> *Id.* ¶¶ 5.171-5.172, 5.191-5.192.

<sup>31</sup> *Id.* ¶ 5.266.

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

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

<sup>34</sup> *Id.* ¶ 5.256.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.* ¶ 5.269.

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

<sup>39</sup> *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/>.

守上訴審理期限 90 天之規定<sup>40</sup>；第二，上訴機構成員任期屆滿仍繼續審案之問題；第三，上訴機構明明是法律審卻常「審理事實」；第四，上訴機構常於裁決中提出與爭端之解決無關之諮詢意見；第五，爭端解決之裁決明明無先例原則之適用，但裁決機構卻常仰賴先例判案；第六，上訴機構常有「越權」而增減會員權利及義務的情形<sup>41</sup>。本案不同意見對於多數意見仰賴錯誤先例之批評、以及越權增加條文以外義務之指責、還有代小組審理事實而未恪遵法律審分際之非難，正呼應美國上述批評中之第三、五、六點。

值得注意的是在今(2019)年 8 月 15 日爭端解決機構採認本案上訴機構報告的會議上，美國也指責本案上訴機構更同樣犯了上述第一及第二點的錯誤，即本案上訴機構不僅未在法定審理期限內完成工作，而且審理成員中甚至有任期早已於去年 9 月屆滿之模里西斯籍 Shree Servansing；美國直言讓已不是上訴機構成員者參與審理，足以使本裁決報告變成違法報告，而不應採認<sup>42</sup>。儘管在負面共識決之制度下，美國並無法如願阻擋本案上訴機構報告之採認<sup>43</sup>，但足已凸顯問題的嚴重性。雖有會員同時在該次會議表達不同意見之措詞不需如此激烈<sup>44</sup>，但如此尖銳的不同意見或許在一定程度內可促使會員更加正視 WTO 司法改革的重要性，而不再一昧地認為問題之根源僅是出自美國的蠻橫。

---

<sup>40</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes art. 17.5, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401 [hereinafter DSU].

<sup>41</sup> *Id.* arts. 3.2, 19.2.

<sup>42</sup> Hannah Monicken, *U.S. Objects to Adoption of Appellate Body Report It Says Exemplifies Its Critiques*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 37, No. 34, Aug. 23, 2019.

<sup>43</sup> *The Dispute of DS437: Current Status*, WORLD TRADE ORGANIZATION, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds437\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds437_e.htm) (last visited Oct. 14, 2019); DSU, art. 17.14 (providing that “[a]n Appellate Body Report shall be adopted...unless the DSB decides by consensus not to adopt....”).

<sup>44</sup> Hannah Monicken, *supra* note 42.