

試析反傾銷調查下之可得不利事實條款在 WTO 下的可控 訴性

鍾雅媛

摘要

早期世界貿易組織對於可否控訴系爭規範本身之法律標準較為嚴格，系爭規範必須具有強制性始得成為可控訴標的。至「美歐歸零案」時，前述標準逐漸放寬，系爭規範僅須滿足三項要件：一、系爭規範可歸因於被控訴的會員；二、清楚說明系爭規範的精確內容；三、系爭規範有一般且可預期之適用，規範本身即具備可控訴性。於「美國—反傾銷方法論案」中，上訴機構認定美國商務部於反傾銷調查時使用之「可得不利事實條款」符合前述要件，認定系爭條款確實具可控訴性。但在今（2021）年「美國—運用可得不利事實規範案」中，小組對於相同的「可得不利事實條款」，直接以「未說明該規則或規範的精確內容」之要件否決控訴方之主張。由此可知，可得不利事實條款究竟是否符合三項要件而可於世界貿易組織爭端解決機構下作為控訴標的，仍須逐案認定。

在世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）制度下，會員政府所採取之措施原則上均得訴諸爭端解決機制。依《馬爾喀什設立世界貿易組織協定（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）》（以下簡稱 WTO 協定）第 16.4 條規定，會員國應確保其法律、規範及行政程序遵守其 WTO 義務¹，亦即，各國主管機關遵循之國內法律本身亦有違反 WTO 協定之可能性。對此，WTO 會員的確經常「針對措施本身提出控訴」（即 As Such Claim），如「美國—傾銷差額計算案（*United States—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*）」、「美國對日本歸零措施及落日檢討案（*United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*）」等²。與 As Such Claim 相對的是「針對措施之適用提出控訴」（As Applied Claim），兩者最大的不同在於，As Such Claim 為主張該法規本身是否能作為 WTO 下之控訴標的，進而得由 WTO 爭端解決機構審理；As Applied Claim 則為主張會員之

¹ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization art. XVI.4, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154.

² Appellate Body Report, *United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*, WTO Doc. WT/DS294/AB/R (adopted May 9, 2006); Panel Report, *United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, WTO Doc. WT/DS322/R [hereinafter Appellate Body Report, *US — Zeroing (EC)*] (adopted Jan. 23, 2007).

法規適用於具體個案之結果是否違反 WTO 規定³。

美國商務部 (U.S. Department of Commerce, USDOC) 於反傾銷調查時所使用之「可得不利事實 (Adverse Facts Available, AFA) 條款」即涉及 As Such Claim 之爭議，惟小組在 As Such Claim 之法律標準似乎與早期案件有些許區別，如「美國—運用可得不利事實規範案 (United States — Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available)」之小組於今 (2021) 年做出之最新報告中，對於 AFA 措施是否得做為控訴標的提出與過往重點較不同之見解可供吾人參考，故本文在此想討論 As Such Claim 於 WTO 下審理之法律標準演變，並介紹兩起涉及美國 AFA 條款之 WTO 案例，分析爭端解決機構於要件認定上出現差異的可能原因，以之作結。

壹、審查 As Such Claim 之法律標準演變

早期小組判斷是否得對系爭規範提出 As Such Claim 時，是透過區分系爭規範為強制性 (mandatory) 或裁量性 (discretionary) 法規作為可控訴性之法律標準⁴，唯有系爭法規具有強制性，始得針對該法規本身提出控訴，亦即，只有在該規範之內容違反 WTO 規定，並且該規範之執行並無裁量餘地時，才能針對該規範本身提出控訴，以認定其是否違反 WTO 義務。反之，若該法規不具強制性，而是賦予行政機關在執行系爭法規時有裁量餘地，雖然系爭法規有違反 WTO 規範之虞，但因具有裁量空間，則不得就該法規本身提起控訴，蓋會員於適用該條款時，有以符合 WTO 規定之方式善意適用此條文的裁量空間⁵。因此，此時期 WTO 爭端解決機構對 As Such Claim 是否具有可審查性的法律標準為「系爭規範之設計是否有使執行機關於執行規範時違反 WTO 下會員國義務之強制性」⁶。

不過，前述得挑戰 As Such Claim 之法律標準發展至後期似有放寬之趨勢，不再要求須為強制性法規始得成為 As Such Claim 之標的，而以該規範是否具有「一般且可預期適用」之特性作為判斷標準。以「美歐—歸零案 (United States—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing))」的上訴機構報告為例，當控訴特定規範具一般且可預期適用之特性時，系爭規範應具備三項要件：一、系爭規則或規範可歸因於被控訴的會員；二、清楚說明該規則或規範的精確內容；三、系爭規則或規範有一般且可預期之適用⁷。且只有

³ 洪敬庭，WTO 爭端解決規則與程序瞭解書第六條第二項之研究，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文，頁 6-7 (2005 年)。

⁴ Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Act of 1916*, ¶ 88, WTO Doc. WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R (adopted Sept. 26, 2000).

⁵ Appellate Body Report, *United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, ¶ 259, WTO Doc. WT/DS176/AB/R (adopted Feb. 1, 2002).

⁶ A WTO SECRETARIAT PUBLICATION, *A HANDBOOK ON THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM* 42 (Cambridge University Press ed., 1st ed. 2004).

⁷ Appellate Body Report, *United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*, ¶ 198, WTO Doc. WT/DS294/AB/R (adopted May 9, 2006).

當控訴方提供充分的證據來證明系爭規範符合三要件，才有可能成功挑戰 As Such Claim⁸。其中，相關案件多聚焦於討論第三要件之判斷。「阿根廷進口油管課徵反傾銷稅落日檢討案 (United States—Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina)」之上訴機構報告亦指出，As Such Claim 成立的前提在於，系爭措施不僅於特定案件中才有違反 WTO 義務之情形，而是在未來所有情形中都會有違反 WTO 規範的情形發生⁹。

雖爭端解決機構建立起此認定 As Such Claim 的三項要件，但在適用上是否依照該三要件進行審查仍須逐案認定，如以「美國—反傾銷方法論案 (United States—Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China)」為例，上訴機構認定美國援引做為反傾銷調查理由之 AFA 條款本身可做為控訴標的，雖最後因事實證據不足而未進一步審理該條款本身是否違反《反傾銷協定》，然而此案為首次認定 AFA 條款符合前述三要件而可做為控訴標的者，且上訴機構亦特別針對較具爭議之第三個要件「系爭規則或規範有一般且可預期之適用」進行分析。其後韓國亦於「美國—運用可得不利事實規範案」提出對 AFA 措施可控訴性的挑戰，惟小組卻直接認定該措施不符合第二個要件「該規則或規範的精確內容」，而未針對其他要件多作分析。雖兩案之控訴標的皆為美國所採行之 AFA 規範或措施，WTO 爭端解決機構卻以不同的角度作出判斷，因而對該規範/措施是否得做為 As Such Claim 之控訴標的有不同的認定結果，本文將於第貳部分分別介紹此二涉及 AFA 條款是否得做為控訴標的之裁決。

貳、WTO 爭端解決機構對 AFA 條款之 As Such Claim 分析

當主管機關決定展開反傾銷調查，應告知反傾銷調查之所有利害關係人備妥相關資料，且應給予其充分時間以書面提供與涉案調查有關之所有證據¹⁰。根據反傾銷協定第 6.8 條規定，若利害關係人在合理時間內拒絕接受調查、拒絕提供主管機關調查必要資訊、或嚴重妨礙主管機關之調查，則主管機關得依據其所可得之事實 (facts available)，作成肯定或否定之認定¹¹。亦即，在若干情形下，主管機關得採用最佳可得資訊 (best information available) 作為其認定之基礎。若利害關係人不予配合，以致主管機關未採用相關資料時，很可能導致該當事人遭

⁸ *Id.*

⁹ Appellate Body Report, *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, ¶ 172, WTO Doc. WT/DS268/AB/R (adopted Dec. 17, 2004).

¹⁰ 林彩瑜，WTO 制度與實務：世界貿易組織法律研究（三），頁 227-228（2013 年）。

¹¹ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariff and Trade 1994 art. 6.8, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A 1868 U.N.T.S. 201 (providing that “[i]n cases in which any interested party refuses access to, or otherwise does not provide, necessary information within a reasonable period or significantly impedes the investigation, preliminary and final determinations, affirmative or negative, may be made on the basis of the facts available. The provisions of Annex II shall be observed in the application of this paragraph.”).

受到相較於有配合時較不利 (less favourable) 的結果¹²。然而，此規定恐使負責調查之主管機關有空間決定何時可利用可得不利事實條款，而得間接影響調查結果。因為主管機關可透過認定利害關係人未提供必要資訊，而選擇對利害關係人較不利之資訊作為「替代事實」，進而影響傾銷差額之計算，做出對該當事方「較不利」之認定。

以美國為例，依「1930 年關稅法」第 776 條規定，USDOC 擁有反傾銷調查時對他國受調查廠商使用 AFA 條款之裁量權，當 USDOC 認定受調查廠商未盡最大努力回答問題或與主管機關進行相關合作，即可使用不利推斷而採納對廠商較不利之可得資訊 (adverse facts available)¹³。近年來，美國使用 AFA 規範的案件數量大幅上升，WTO 會員亦多次對此規範提出 As Such Claim 之挑戰。以下將以「美國—反傾銷方法論案」及「美國—運用可得不利事實規範案」為例，說明 WTO 對 AFA 規範／措施是否得做為控訴標的之分析。

一、美國—反傾銷方法論案

本案原告中國主張美國在 30 項反傾銷調查中，有 28 項採用可得不利事實計算傾銷差額，因此中國認為系爭 AFA 條款 (AFA norm) 應為一般且可預期適用之規定，具備可控訴性¹⁴。小組亦引用前述 As Such Claim 之三要件進行分析，並從第二要件開始檢驗，其認定中國提出的反傾銷決定之紀錄表明，每當 USDOC 認定非市場經濟 (Non-market Economy, NME) 國家內的涉案廠商未能盡其最大努力配合調查時，USDOC 就會採取不利推論，並在確定該等涉案廠商的稅率時，選擇不利於該涉案廠商利益的事實，故滿足第二要件；此外，系爭規範源自於 USDOC 的作為或不作為，因此可歸因於美國，進而滿足第一要件¹⁵。惟就第三要件，小組認為中國提出的反傾銷決定紀錄無法證明 USDOC 會在將來繼續做出相同的行為，因此中國未能以此證明系爭規則或規範有一般且可預期之適用¹⁶，不符合第三要件。故中國針對此一部分提起上訴¹⁷。對此，上訴機構即特別針對第三要件做出具體之解釋與分析，最終推翻小組對第三要件之意見，認定 AFA 條款該當一般且可預期適用特性之三項要件，以下介紹之。

¹² *Id.* Annex 2.

¹³ Section 776 of the Tariff Act of 1930, 19 U.S.C. § 1677(e) (1984).

¹⁴ Panel Report, *United States — Certain Methodologies and Their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China*, ¶ 7.389, WTO Doc. WT/DS471/R (adopted Oct. 19, 2016).

¹⁵ *Id.* ¶¶ 7.454-7.456.

¹⁶ *Id.* ¶ 7.475.

¹⁷ Notification of an appeal by the People's Republic of China under Article 13.4 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, *United States—Certain Methodologies and Their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China*, ¶¶ 23-25, WTO Doc. WT/DS471/8 (Nov. 28, 2016).

(一) 上訴機構對「系爭規則或規範有一般且可預期適用」要件之解釋

上訴機構報告指出，規範或規則是否為「一般適用 (general application)」，應依其「是否已達影響不特定數量之企業 (economic operators) 之程度」而定¹⁸；而關於「可預期適用 (prospective application)」之認定，系爭規範或規則應符合「未來會被適用 (future application)」之標準，但因為任何措施都可能被修改，故控訴方不需證明該措施在未來一定會 (with certainty) 被適用¹⁹。若無法從該規範或規則的構成要件中看出系爭規範未來可預期被適用，尚可透過其他因素證明，例如是否存在依該規則或規範執行的潛在政策，亦即若該規則或規範經常、持續且重複被適用，越能證明該規則或規範之存在²⁰。此外，若系爭規範或規則對未來的行為提供行政指導，且使企業期待該規範或規則在將來有適用之可能，亦符合「未來會被適用」之標準²¹。因此，上訴機構認為「一般且可預期適用」之審查應視個案而定，且不排除相關之其他因素²²。

(二) 上訴機構認為 AFA 條款符合「系爭規則或規範有一般且可預期適用」之要件

上訴機構認為本案之 AFA 條款符合一般且可預期適用之特性，因此可作為 WTO 下 As Such Claim 控訴之標的。首先，上訴機構針對 AFA 條款是否為「一般適用之規範」作出解釋，其認為系爭條款並沒有針對特定之企業進行規範，且條款的設計並未限制哪些 NME 國家中的經濟營運者會落入條款所稱之「單一實體」，因此任何 NME 國家的經濟營運者都可能落入反傾銷調查時所援引 AFA 條款適用之單一實體，進而適用單一傾銷稅率，因此系爭條款已影響到不特定數量之企業，而屬於「一般適用之規範」²³。至於「可預期適用」規範之認定，上訴機構從小組報告的內容可知，USDOC 長期有系統性地持續使用 AFA 條款，且該條款有執行潛在政策、為 USDOC 未來的行為提供行政指導，且使經濟營運者期待該條款未來有繼續適用之可能，因此上訴機構認定中國於本案主張之 AFA 條款具備「可預期適用」之特性²⁴。

本案雖因小組認定事實時未調查充足證據，而使上訴機構無法進一步審理本條款是否違反《反傾銷協定》²⁵，惟上訴機構同意系爭規範除符合「可歸因於被控訴的會員」及「存在精確之內容」此二要件外，亦滿足「有一般且可預期之適

¹⁸ Appellate Body Report, *United States — Certain Methodologies and Their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China*, ¶ 5.130, WTO Doc. WT/DS471/AB/R (adopted May 23, 2017) [hereinafter Appellate Body Report, *US — Anti-Dumping Methodologies (China)*].

¹⁹ *Id.* ¶ 5.132.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.* ¶ 5.133.

²³ *Id.* ¶ 5.152.

²⁴ *Id.* ¶ 5.162.

²⁵ *Id.* ¶ 5.176.

用」之第三要件，因而推翻小組報告的內容，認定 AFA 條款本身可作為 WTO 下之控訴標的，開啟日後會員針對此條款本身向 WTO 提出控訴之機會。

二、美國—運用可得不利事實規範案

本案中，韓國針對美國於反傾銷調查中使用不成文的 AFA 措施 (AFA measure)，主張其具一般且可預期適用之特性，因而得成為 WTO 下控訴之標的。小組援引前案判決，認為主張 As Such Claim 的會員應清楚說明前述之三項要件，並從韓國是否清楚說明第二要件開始檢驗²⁶。惟小組最後認定韓國提出之證據未該當要件二，直接否決原告主張，亦未針對要件一及要件三繼續審理。以下將說明本案小組對要件二認定之分析：

為清楚說明系爭 AFA 措施之精確內容，韓國以四份文件作為該措施確實存在之證據，分別為：「1930 年關稅法」第 776 條、USDOC 反傾銷手冊內容、若干美國法院判決，以及 USDOC 做的若干反傾銷調查決定²⁷。

首先，韓國主張「1930 年關稅法」第 776 條賦予 USDOC 決定其是否要放寬證明稅率合理性及執行法律的審慎程度標準之裁量權²⁸。然而，小組認為韓國的主張不夠準確，因為該條文並非賦予行政機關完全或無限制的裁量權²⁹；此外，小組也無法從條文的文字設計中看出其構成 USDOC 的現行慣例³⁰，進而反映第二要件要求之「精確內容」。至於 USDOC 反傾銷手冊，小組除提及美國主張「該手冊明確排除以其建立 USDOC 慣例之可能」外³¹，也強調手冊文字未要求 USDOC 僅因認定廠商不合作，即須於調查時選擇對廠商不利之事實³²。另外，韓國提出美國判決之摘錄，主張該判決提及 USDOC 使用可得不利事實時，選擇之替代事實雖是對被告實際傾銷稅率之合理預估，但會為了嚇阻效果而將稅率高估，故韓國認為此為美國藉著 AFA 的使用來誘導被告合作的證據³³。但小組認為韓國所引的前述段落事實上有明確說明美國選擇的替代事實為「對被告實際傾銷稅率的合理預估」³⁴，故前述判決摘錄並不足以證明 AFA 措施之精確內容，小組也認為韓國沒有解釋為什麼其所引的前述判決段落就能夠證明 AFA 措施的存在³⁵。

²⁶ Panel Report, *United States — Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available*, ¶ 7.635, WTO Doc. WT/DS539/R (circulated Jan. 21, 2021) [hereinafter Panel Report, *US — Facts Available*].

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* ¶ 7.637.

²⁹ *Id.* ¶¶ 7.641, 7.653, 7.717.

³⁰ *Id.* ¶ 7.654.

³¹ *Id.* ¶ 7.655.

³² *Id.* ¶ 7.656.

³³ *Id.* ¶ 7.657.

³⁴ *Id.* ¶ 7.658.

³⁵ *Id.*

最後韓國提出 319 個 USDOC 使用可得不利事實所為之決定³⁶，以及 12 個與前述決定相關的案例³⁷，主張其皆能證明 AFA 措施的精確內容，以及反映該條文之設計為「若一旦 USDOC 認定被控訴方不配合調查，即自動使用不利推斷」，其更主張 USDOC 在使用不利推斷時，有持續且重複地行使「1930 年關稅法」第 776 條之裁量權，因此能證明該不成文措施之存在³⁸。然而小組認為韓國提供之資料並未完整說明引述案件之實際狀況，故小組無法從該些決定中判斷「被控訴方不配合調查」是否為 USDOC 選擇替代事實時的唯一依據³⁹。事實上，小組指出，美國在其中一件前述案件中選擇事實時有做分析及評估，而非一認定涉案廠商不配合調查即自動使用不利推斷做判斷⁴⁰。綜上所述，小組認為韓國無法證明該不成文之 AFA 規範存在如其所聲稱之「精確內容」，因此不需再去檢視系爭規範「是否可歸因於美國」以及其「是否為一般且可預期適用」之規範⁴¹。

參、評析與結論

雖然在判斷是否構成 As Such Claim 已有建立一套判斷標準，不過當套用在與 AFA 規範相關之案件時，究竟 AFA 規範是否符合 As Such Claim 三項要件，而可在 WTO 下作為控訴標的，仍有爭議。回顧 WTO 過往關於 As Such Claim 之案件，如「美國—傾銷差額計算案」及「美國—反傾銷方法論案」之上訴機構報告⁴²，其判斷關鍵多著重於三要件的解釋。雖「美國—反傾銷方法論案」之小組認為 AFA 條款不符合第三要件，但上訴機構針對此要件解釋後認定系爭條款可通過此要件之檢驗，開啟日後 AFA 本身可能可以作為控訴標的之機會。然而，「美國—運用可得不利事實規範案」同樣為涉及美國 AFA 措施之案件，小組卻以違反 As Such Claim 之第二要件為由認定其不具可控訴性，甚至直接認定不需要再分析第一要件及第三要件。因此，縱使本案日後進入上訴程序，上訴機構亦可能因小組在第一要件及第三要件之事實調查不完整，而無法進一步審視。

本文認為，「美國—運用可得不利事實規範案」之小組直接以第二要件駁回韓國主張，刻意避開解釋第三要件，而非如「美國—反傾銷方法論案」著重於第三要件之可能原因在於：「美國—反傾銷方法論案」之控訴國為中國，屬於 NME 會員，USDOC 因不信任 NME 提供之資料，所以傾向在進行反傾銷調查時對此類國家使用 AFA 規範（或實施 AFA 措施），因此系爭規範被認為具備一般且可預期適用之特性。然而，USDOC 未必會對非 NME 國家做出相同行為，「美國—運用可得不利事實規範案」之小組亦無把握 USDOC 每次使用 AFA 時皆因對

³⁶ *Id.* ¶ 7.661.

³⁷ *Id.* ¶ 7.662.

³⁸ *Id.* ¶ 7.660.

³⁹ *Id.* ¶¶ 7.670-7.672.

⁴⁰ *Id.* ¶ 7.679.

⁴¹ *Id.* ¶ 7.699.

⁴² Appellate Body Report, *US — Zeroing (EC)*; Appellate Body Report, *US — Anti-Dumping Methodologies (China)*.

象是否為 NME 國家而異，或許因為如此，小組即於本案閃避解釋第三要件之困境，改使用第二要件否定韓國認為 AFA 條款可作為 As Such Claim 標的之主張。

另一方面，若規範能被成功挑戰 As Such Claim，亦可能有執行上的難處。是以小組之所以在「美國—運用可得不利事實規範案」做出不具可控訴性的認定，可能是因為若 AFA 規範被認定為可控訴之標的，爭端解決機構即須進一步分析可得不利事實條款是否違反 WTO 協定。然而，AFA 條款為美國國內法律，若 WTO 認定該法本身違反 WTO 協定，則 AFA 條款在所有 WTO 案件中皆會被認定違法，而非僅於單一案件有違法效果。美國將不得不修正或廢止其本國法以符合 WTO 規定，這恐怕不是美國與 WTO 已處於惡劣關係的現在，WTO 所樂見發生之狀況。

