

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

由反傾銷「歸零法則」爭議看世貿組織之司法與立法關係 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 97-2410-H-004-070-
執行期間：97年08月01日至98年07月31日
執行單位：國立政治大學國際貿易學系

計畫主持人：楊光華

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：李嘉沂
碩士班研究生-兼任助理人員：曾大川
碩士班研究生-兼任助理人員：鄭燕黛
碩士班研究生-兼任助理人員：陳姿妤
碩士班研究生-兼任助理人員：張毓欣
碩士班研究生-兼任助理人員：林良怡

公開資訊：本計畫可公開查詢

中華民國 98年07月31日

本研究計畫之成果已發表於 TSSCI 期刊

故以該篇作品作為本計畫之結案報告

從「歸零法則」之發展 看 WTO 司法與立法之互動

楊光華*

目次

壹、前言	1
貳、WTO 立法與準司法權力不對稱	3
參、「歸零法則」的意義及相關條文發展	6
肆、歐盟——棉質寢具案	10
一、小組裁決	11
二、上訴機構裁決	12
伍、本回合坎昆會議前有關談判	14
陸、有關美國「歸零法則」的爭端	18
一、美國——軟木案之五	20
二、美國——軟木案之五（21.5 條）	22
三、美國——歸零案（歐盟）	29
四、美國——歸零案（日本）	36
柒、「歸零法則」之規則談判草案及相關發展	49
一、美國之提案	50
二、規則談判小組 2007 年主席版草案	51
三、「歸零法則」談判之前景	55
四、有利自由貿易的裁決？喪失公信力的裁決？	57

* 國立政治大學國際經營與貿易學系副教授，美國哥倫比亞大學法學碩士、法律博士。
本文 2008.3.4 投稿，2008.4.30 接受刊登。載於政大法學評論，第 103 期，頁 1~95（2008 年 6 月）。

五、本回合限制裁決機構之相關倡議	61
捌、結論	64

摘要

「歸零法則」是在反傾銷價格比較時將負傾銷差額歸零，使之不得抵銷正傾銷差額的作法。歐、美等國於烏拉圭回合時即已慣用之，儘管有國家反對此種作法，認為其有虛增反傾銷稅額之嫌，但最後並未於反傾銷協定中對此有所明文。由於烏拉圭回合新增的反傾銷協定第 2.4.2 條規定於調查階段決定反傾銷差額是否存在時，原則上僅得使用加權平均對加權平均比較或逐筆比較兩種方式，而前者又必須考慮「所有可資比較」之出口價格，鑑於「歸零法則」並不考慮出口價格高於正常價格之部分，故似有違反上述規定之嫌。有會員國即以此為由訴諸爭端解決，獲勝後並乘勝追擊，意圖一併否決「歸零法則」在其他階段或比較方法之適用。負責處理一連串歸零爭端案件之各小組本不以為上述條文得以擴張解釋作為全面否決「歸零法則」的基礎，然上訴機構出人意料地推翻各小組立論，不僅使後來的爭端解決小組批評上訴機構裁決欠缺條文依據，亦使美國決定訴諸立法程序，利用規則談判增訂新的反傾銷協定條文以使「歸零法則」取得明確的合法地位。規則談判小組主席雖採納大部分美國提案，但遭「反傾銷之友」大肆抨擊，故是否能藉此立法行動導正準司法功能偏失，實不可測；惟無論如何，此例所揭櫫的 WTO 立法與準司法功能之互動情形與高度緊張關係，前所未見，故本文加以分析，並探討欠缺制衡的準司法機構為 WTO 公信力所帶來的危機，最後也認為無論 WTO 立法功能是否能有效發揮制衡，裁決機構實應恪遵司法自制原則，否則其裁決亦會因自動履行之低落而失去價值。

關鍵詞：歸零法則、傾銷差額、反傾銷之友、司法自制、規則談判。

壹、前言

世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）成立初期，常被謳歌的成就之一即是建立了具有「準司法（quasi-judicial）」性質的爭端解決機制：不同於 GATT 時代必須透過政治上的共識以處理爭端，WTO 爭端解決小組與上訴機構的裁決幾乎是自動生效¹。沒有政治上之掣肘，固然使其在效率上優於其他運作上須仰賴政治協商的機構，但沒有任何其他力量得與之抗衡亦是其致命之弱點，一旦爭端解決小組或上訴機構不恪遵「司法自制」的原則，以其欠缺民主基礎、背離 WTO 以會員為主之基本精神的攻訐必接踵而至。

「爭端解決規則與程序瞭解書」第 3.2 條雖然明文「爭端解決機構之建議與裁決不得增加或減損內括協定所規定之權利與義務」²，然而內括協定畢竟是談判的產物，各規定之間無可避免地存有衝突與矛盾，再加上協定與所有的立法相同，無法規定到鉅細靡遺的程度，如何運用解釋的方法化解衝突與矛盾、甚至填補漏洞本來就不是一件容易的事；再加上某些會員有意或無意地將當初烏拉圭回合談判時會員間未達成共識的爭議性問題訴諸爭端解決，爭端解決小組與上訴機構不拒絕審理的結果³，難免有「造法」之嫌。

一旦裁決機構開始積極造法，其與 WTO 其他機構間之衝突必然升高，此時無論再怎麼弱勢的立法機構大概也不可能坐以待斃，更何況是 WTO 這種「以會員為主導」的組織，近來甚囂塵上的「歸零法則」爭議正是說明這種緊張互動之最佳寫照。

反傾銷協定中原來未明文規定的「歸零法則」，鑑於其有虛增傾銷差額之可能而頗為某些國家詬病，然而或許是因為回合談判缺乏進展，會員不但未思將此問題繼續透過談判解決，反而將之訴諸爭端解決，首例即為歐盟棉質寢具案。借

¹ 除非共識決不採納小組或上訴機構報告——即所謂的「負面共識決」，否則報告應被採納。Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Articles 16.4, 17.14.

² Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 3.2.

³ 前上訴機構主席（2001）認為「爭端解決規則與程序瞭解書」第 3.2 條的第二句以及第 17.12 條之規定意謂爭端解決小組與上訴機構不得拒絕審判。Claus-Dieter Ehlermann, *Tensions between the Dispute Settlement Process and the Diplomatic and Treaty-Making Activities of the WTO*, WORLD TRADE REVIEW 1:3, 301, 305 (2002).

2 從「歸零法則」之發展看 WTO 司法與立法之互動

用反傾銷協定中有關加權平均比較法之規定，該案否決「歸零法則」於反傾銷程序之特定階段、以及特定比較法中之適用。

歐盟棉質寢具案後，擬全面禁絕「歸零法則」的會員原先想利用杜哈回合談判的契機，以修訂反傾銷協定的方式明白否定「歸零法則」的合法性，不過由於談判進展遲緩，以致彼等又將此未決議題訴諸爭端解決，一次又一次地探測 WTO 裁決機構對「歸零法則」的容忍尺度。雖然所有的爭端解決小組皆認為無法延伸上述歐盟案件的裁決而一概否決於協定中未明文禁止的「歸零法則」，但出人意料的，上訴機構卻持完全相反的見解，且在不同的案件中，以不盡相同的理論架構其全面禁止「歸零法則」的看法，不僅使這些案件的被控訴國——美國頗為質疑上訴機構是否逾越對協定條文之解釋，連之後所成立之爭端解決小組在類似爭議上也表示無法理解上訴機構的論理方式，而決定在小組報告採取與上訴機構相左的立場。

以上的發展促使美國決定利用「立法」進行制衡——即在本回合規則談判中將「歸零法則」適用的合法性明文於反傾銷協定中，藉以扭轉上訴機構相關裁決未來適用的可能性。本來通過新的立法以糾正司法判決，在各國國內並不罕見，惟在 WTO 實乃首例⁴，故本文對之進行分析；同時探究 WTO 準司法與立法間之權力不對稱得否因此而獲得平衡，進而化解 WTO 公信力因不受節制的準司法機構所造成的威脅？若是不能，又該如何？以下第二節先回顧烏拉圭回合時將爭端裁決修改為自動生效所受到的批評，以及 WTO 成立並開始實施新的爭端解決制度後，前述批評所擔憂的問題隨著爭端案件愈發複雜化，進而浮現的事實，以及部分學者建議之因應之道；第三節則說明「歸零法則」的爭議以及所涉核心條文，即反傾銷協定第 2.4.2 條形成的相關談判背景；第四節詳述首件處理「歸零法則」爭議的案件——歐盟棉質寢具案，由於本案的裁決被後來杜哈回合初期有關禁止「歸零法則」的倡議相繼援引，且剛出爐（2007 年 11 月底）的「規則談判」草案文字在「歸零法則」上似認同其論理，故單獨列為一節說明；第五節則

⁴ 在本回合談判之初，針對相同的議題雖亦有會員提出修改反傾銷協定的倡議，不過與此處完全不同的的是當時的倡議係贊成上訴機構 2001 年歐盟——棉質寢具案的裁決，並希望將裁決的結果明文於協定中、甚至進一步延伸其適用以全面禁絕「歸零法則」，而不是導正司法裁決，因此動機與目的皆與此處所論者大相逕庭。詳見以下第五節「本回合坎昆會議前的相關談判」。

介紹本回合（杜哈回合）談判於坎昆會議前有關「歸零法則」的相關倡議，並說明會員間無法形成共識的原因以及所造成的影響；第六節以挑戰美國有關「歸零法則」的使用之一連串爭端案件說明上訴機構如何司法造法，一步一步地創造出原來烏拉圭回合談判時會員並未明白同意的規則，其中美國——歸零案（日本）之小組裁決開啟挑戰上訴機構之先河，並導致後來上訴機構需重新架構理論基礎方得以將之推翻，進而突顯上訴機構論理欠缺具體條文依據之事實，故予以篇幅較大的說明；第七節則說明美國如何利用談判提案以反制上述準司法功能擅權的現象，並介紹目前剛出爐的「規則談判」主席版草案中涉及「歸零法則」之段落如何反映美國立場，並藉相關會員對此草案之反應推測以談判立法成功扭轉上訴機構裁決之可能，兼論本回合有關改造裁決機構之部分提案，如加強會員對裁決採納程序之控制等，以了解利用通案立法制衡準司法機關過度強勢的可能性；第八節則是結論。

貳、WTO 立法與準司法權力不對稱

早在烏拉圭回合談判擬賦予爭端解決機制幾乎是自動生效的性質起，即有學者開始擔心此種不受任何節制的結果最終可能反噬此機構，最具代表性之論者為已過世的國際經濟法巨擘 Robert Hudec 教授，其於 1990 年烏拉圭回合談判仍在繼續中，赴日演講時即曾表示這種不讓會員有機會否決而自動生效的準司法程序在政治支柱脆弱的機構裡是無法長久維持⁵。

WTO 成立之後，一些有後見之明的美國律師也開始主張烏拉圭回合有關爭端解決機制之改革似乎弄錯對象，因為 GATT 時代爭端解決的問題，特別是在 1980 年代廣為人所詬病的原因，並非來自爭端解決機制本身，而是源自 GATT 實體規範的缺陷，蓋 GATT 既是多邊談判的產物，協定所用文字即無可避免地充斥著因為妥協而產生的疏漏、模稜兩可、甚至矛盾⁶。這樣的發現正呼應 Hudec 教

⁵ Ichiro Araki, *In Memory of Robert Emil Hudec (1935-2003)*, MIYAKODAYORI 64 (Mar. 20, 2003), available at the English website of Research Institute of Economy, Trade and Industry (RIETI) under (Japan) Ministry of Economy, Trade and Industry, <http://www.rieti.go.jp/en/index.html>.

⁶ CLAUDE E. BARFIELD, *FREE TRADE, SOVEREIGNTY, DEMOCRACY: THE FUTURES OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION* 39-40, En. 4 (2002)(quoting from *THE WORLD TRADE ORGANIZATION: MULTILATERAL TRADE FRAMEWORK FOR THE 21ST CENTURY AND U.S. IMPLEMENTATION LEGISLATION* 695-717,

授的實證研究。

Hudec 教授對 GATT 案例之統計早已證明 GATT 時代的爭端解決成效其實受到過份且不必要的貶抑，因為其研究顯示從 1948 到 1990 年有將近九成的爭端得以全部或部分地解決到令勝訴方滿意的程度⁷；但是 1980 年代末期的統計亦顯示：若大國對裁決的履行欠缺足夠的承諾，亦即其無法抗拒國內的政治壓力，則無論怎麼改變爭端解決機制也是不夠的，Hudec 教授甚至擔心若主要國家尚未準備好改變其行為，則爭端解決機構變得強勢的結果只會帶來更明顯、甚至更戲劇化的法律挫敗，若真發生這樣的情事，則 GATT/WTO 法律義務的公信力將受到嚴重傷害⁸。

WTO 成立後，學者陸續指出 WTO 協定中主要不一致、不清楚甚至矛盾的地方甚多，包括：補貼規範、與貿易有關的智財權協定中不少文字、平行輸入、電信協定中之競爭原則、新增的反傾銷協定要素、以及衛生檢疫領域裡的一些問題等⁹。這些協定文字的疑義，原本不需等到回合談判即可加以釐清，因為根據 WTO 設立協定之規定，部長會議與總理事會可以四分之三多數決通過有關多邊協定條文之闡釋¹⁰，也可以透過部長會議進行條文之修訂¹¹。不過截至目今為止，除了為擴大專利藥品強制授權而修正與貿易有關之智慧財產權協定——即增訂第 31 條之 1 外，未見任何利用上述方法以解決協定本身漏洞或瑕疵的實例¹²，主要原因可能是上述二法之困難度不亞於回合談判，譬如以上述修正案為例，自 2001 年 11 月杜哈部長會議通過「TRIPS 協定與公共衛生宣言」，再經 WTO 總理事會於 2003 年 8 月 30 日通過執行該宣言第 6 段的決議，爾後到此修正案決議文出

(Terence P. Steward ed., 1996).

⁷ ROBER E. HUDEC, ENFORCING INTERNATIONAL TRADE LAW: THE EVOLUTION OF THE MODERN GATT LEGAL SYSTEM 353 (1993).

⁸ *Id.* at 364.

⁹ BARFIELD, *supra* note 6, at 40-41.

¹⁰ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Article IX.2. (hereinafter “WTO Agreement”).

¹¹ 修訂程序較解釋案來得複雜，根據修正條文性質的不同而適用不同的修正程序與表決門檻，大部分為三分之二多數決，且不接受的會員不受拘束，除非部長會議以四分之三多數決通過該修正屬全體必須接受者，此時不接受的會員即面臨退會的壓力，至於一些根本的規定，則必須全體同意才可以修正。詳見 WTO Agreement, Article X.

¹² Amendment of the TRIPS Agreement, Decision of General Council of Dec. 6, 2005, WTO Doc. WT/L/641 (Dec. 8, 2005).

爐，共花了四年的光景，此尚未包括本修正生效的時間，因為根據該修正案決議，會員得於 2007 年 12 月 1 日以前接受，於接受會員數達三分之二時才對已接受會員生效，由上述時間的拖延，亦可理解為何會員視此為曠日費時、甚至不可行的途徑。¹³這也正是有識者所擔心的，因為賦予部長會議與總理事會闡釋及修訂條文的權限，本意是要制衡因為裁決自動生效而可能變得過度強勢的準司法機關¹⁴；然而立法功能效率不彰，致使藉上述機制平衡準司法機構成為空談，立法與準司法功能如此不對稱的結果將使兩者關係愈發緊張，也將對 WTO 組織之安定性構成相當的威脅。

上述的擔憂，隨著 WTO 裁決機構所需處理的問題愈形複雜，以及司法自制之分際不易掌握等因素而終於浮上檯面。1998 年的蝦／海龜案，上訴機構似乎暗示會員得以區別不同製程之同類產品以遂行其單邊所欲追求之環保標準；後來上訴機構數度允許「不請自來」的「法庭之友意見書 (amicus brief)」，甚至在 2000 年底為特定個案建立「法庭之友意見書」呈交的程序¹⁵；1999 年上訴機構又認為爭端解決小組與「收支平衡委員會」以及「區域貿易協定委員會」等政治機構一樣具有審查國際收支失衡以及區域貿易協定等問題之權限¹⁶；這數波極具爭議的案例不但有侵奪 WTO 其他立法機關職責之嫌，亦挑戰 WTO 「以會員為主」

¹³ 見楊光華，從專利特許實施個案論我國對 TRIPS 協定義務之履行，政大法學評論，95 期，頁 265、286-7，2007 年 2 月。

¹⁴ See Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 3.9. 由本條明定不得影響會員利用 WTO 協定所定之議決程序以尋求條款之權威解釋可見會員擬制衡準司法機構之意。另參看 MITSUO MATSUSHITA, THOMAS J. SCHOENBAUM & PETROS C. MAVROIDIS, THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LAW, PRACTICE, AND POLICY 132 (Oxford, 2nd ed., 2006)，主張可降低闡釋案之通過門檻至過半數或三分之二以加強對裁決機構之制衡，但也擔心此法之負作用。

¹⁵ 在美國——鉛及鉍石案 (DS138) 中，上訴機構接受美國鋼鐵業者不請自來的法庭之友意見書；歐、日、加、印、墨皆於爭端解決機構會議上皆表示反對，直指是否接受此類意見書應由會員在 WTO 立法明訂，而非得由裁決機構自行決定。在歐盟——石綿案 (DS135) 中，當加拿大就小組維持法國石綿禁令的裁決上訴時，上訴機構竟為法庭之友意見書的提交訂出程序；除美、瑞、紐支持上訴機構之作法外，約 40 會員公開抨擊反對，理由是除非是當事國或第三國，連 WTO 會員都不能在爭端解決程序中提意見，為何上訴機構得賦予 NGO 優於會員的權利？

¹⁶ Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, Report of Appellate Body, adopted Nov. 19, 1999, WTO Doc. WT/DS34/AB/R; India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile, and Industrial Products, Report of Appellate Body, adopted Sep. 22, 1999, WTO Doc. WT/DS90/AB/R.

的原則，因此有識者以為長久以往將大幅降低 WTO 受支持的程度¹⁷。

如何避免裁決機構欠缺正當性的裁決影響到 WTO 整體的公信力？有學者以為應允許達一定門檻數目的會員推翻不合理裁決的制度¹⁸，但也有以為其實應該反過來要求個別會員多所節制，不再濫用爭端解決機制處理本應訴諸談判之事宜，更重要的是全體會員應共同努力強化決議程序以有效制衡準司法功能¹⁹。惟以上這些建言當時純屬於學術論述，會員們並未認真思考其可行性，以致彼等除了在爭端解決機構的會議上大力抨擊上述小組或上訴機構的裁決不當外，對於權力天平過度向「準司法機構」傾斜的現象，就算不是一籌莫展，至少也沒有採取任何具體行動加以反制，一直到美國接連於「歸零法則」案件中挫敗後，情形才有了變化。

參、「歸零法則」的意義及相關條文發展

「歸零法則」是指反傾銷調查機關進行正常價格與出口價格之加權平均比較時，將傾銷差額出現負值的部分歸零的作法²⁰。舉例而言，若某甲國企業於甲、乙兩國銷售鞋類的價格如附表所列，並假設其銷售鞋類可分為男鞋、女鞋與童鞋三種，且銷售量相當：

	在甲國正常價格	出口至乙國價格	差額（率）
男鞋類	850	1,300	-450
女鞋類	1,350	1,000	+350
童鞋類	800	700	+100
不採歸零法	3,000	3,000	0
採歸零法	3,000	2,550	15%

從表列數字可知，若適用「歸零法則」，男鞋類之出口價格雖然高於正常價格甚多，也無法抵銷女鞋類與童鞋類低價銷售之差額，於是平均後所獲得的傾銷差率為 15%；反之，若不適用「歸零法則」，正、負差額因為得以互抵的結果，

¹⁷ BARFIELD, *supra* note 6, at 45-56.

¹⁸ *Id.* at 127-128.

¹⁹ Ehlermann, *supra* note 3, at 305-306.

²⁰ MATSUSHITA, SCHOENBAUM & MAVROIDIS, *supra* note 14, 415.

反而可判定傾銷不成立。由此可見，「歸零法則」對傾銷認定之影響不可謂不大，批評「歸零法則」者即認為其有高估傾銷差額之嫌，使傾銷容易成立²¹；不過反對此種高估論者反駁反傾銷稅之課徵如同開立超速罰單一般，如果不允許超速者以某些時候低於速限之路段行駛抵銷其超速行為，何以允許傾銷者採取此種類似的辯護²²。

儘管「歸零法則」頗具爭議，惟包括歐、美在內之國家於反傾銷程序中已經使用此種法則多年。烏拉圭回合時對於如何認定傾銷雖有相當廣泛之談判，最後並為反傾銷協定第 2.4 條所要求之「應『公平』比較出口價格與正常價格」，增訂了第 2.4.1 及 2.4.2 條規定以具體說明如何「比較」，而其中第 2.4.2 條因為提及「加權平均對加權平均」之比較，看似與涉及平均比較的「歸零法則」有所關連，不過可資確定的是倒無任何條款對「歸零法則」之合法或違法性有所明文²³。

反傾銷協定第 2.4.2 條規定：依第 2.4 條規定「公平比較」出口價格與正常價格時²⁴，關於「調查階段」是否有傾銷差額存在應比較正常價格之加權平均與「所有」「可資比較」之出口交易價格的加權平均（weighted average to weighted average）或是逐筆比較（transaction to transaction）；但假如有所謂的「集中傾銷（targeted dumping）」——即出口價格在不同買方、地區或期間差異極大，以致上述方法無法妥適地考慮這些差異時，則例外允許正常價格之加權平

²¹ Dan Ikenson, *Zeroing in: Antidumping's Flawed Methodology under Fire*, 11 FREE TRADE BULLETIN 1 (Apr. 27, 2004).

²² U.S. Consuming Industries Trade Action Coalition, *Comments in response to the request of House Committee on Ways and Means for comments on zeroing*, dated January 31, 2007, p. 2 (Feb 7, 2007).

²³ 反傾銷協定第 2.4.2 條規定出口價格與正常價格比較時，原則上應採取加權平均對加權平均，或個別交易價格對個別交易價格逐筆比較，與第 2.4.1 條有關匯率轉換之規定，均未見於東京回合之反傾銷規約（Antidumping Code）中，同屬烏拉圭回合談判的產物，主要目的是用來限制過去常以個別出口價格與正常價格之加權平均進行比較的做法（transaction to average）。參見 JAMES P. DURLING & MATTHEW R. NICELY, UNDERSTANDING THE WTO ANTI-DUMPING AGREEMENT: NEGOTIATING HISTORY AND SUBSEQUENT INTERPRETATION 108-109 (Cameron May, 2002).

²⁴ 反傾銷協定第 2.4 條規定：「出口價格與正常價格間之比較應公平為之。其比較應基於相同的交易層次，一般而言應以出廠層次為準，且應儘可能採相同時期之銷售作為比較對象，同時並依個案考量實際狀況，包括銷售條件及條款、稅賦、交易層次、數量、物理特性等差異，以及其他影響價格比較之不同因素，予以調整。於第 3 項所示情況……。」

均與個別出口價格逐筆比較²⁵。

烏拉圭回合談判時所以加入上述規定，是因為某些國家——主要是美、歐在比較出口價格與正常價格時的作法引起關切。彼等常以個別出口價格與調查期間內出口國國內所有銷售價格的平均進行比較，由於是個別對平均之比較，只要調查期間內的價格有所波動，即使調查期間內任一天的出口價格與當天出口國的國內銷售價格相同，依此法計算仍會產生傾銷差額，因此雖未被 GATT 爭端解決小組判定當然違反東京回合反傾銷規約的規定，卻頗被詬病²⁶。

當時，以日本為首的幾個國家即於談判時分別提出應導正上述作法的主張，積極要求應以一致的基礎計算出口價格與正常價格²⁷。對於以不同的基礎計算出口價格與正常價格因而獲致傾銷結論的作法，日本批為武斷，並以假設的例子說明兩個市場的平均價格其實有可能是完全相同的，因此日本堅持應以平均對平均進行比較，方才公平²⁸。香港、新加坡及北歐國家不但與日本同一陣線，前二者甚至進一步主張傾銷差額縱使為負值，即正常價格低於出口價格的情形，不但不應歸零，反而應計入以抵銷正的傾銷差額²⁹。

對於各國批評其以個別價格與平均價格進行比較的作法，美國辯稱該法乃處理集中傾銷所必要，並認為若完全不允許此種比較方法反有縱容針對特定客戶、

²⁵ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Article 2.4.2.

²⁶ *United States – Imposition of Anti-dumping Duties on Import of Fresh and Chilled Atlantic Salmon From Norway, Report of Panel*, adopted Apr. 27, 1994, BISD41S/229 at paras. 481-484; *European Communities – Anti-dumping Duties on Audio Tapes in Cassettes Originating in Japan, Report of Panel*, GATT Doc. ADP/136 (Apr. 28, 1995), para. 355 (hereinafter *EC – Audio Cassettes*).

²⁷ 有關烏拉圭回合各國對傾銷差額計算之比較基礎倡議，見 Terence P. Stewart, Susan G. Markel, and Michael T. Kerwin, *Antidumping*, in 2 THE GATT URUGUAY ROUND: A NEGOTIATING HISTORY (1986-1992) 1389, 1539-1540 (Terence P. Steward, ed., 1993).

²⁸ *Communication from Japan*, GATT Doc. MTN.GNG/NB8/W/11 (Sep. 18, 1987) at 3, 8-9. 之後日本又提出兩份倡議，均維持相同立場，不過同時也表達其認為單方解釋反傾銷規約的結果已成為 GATT 爭端來源之一。 *Communication from Japan*, GATT Doc. MTN.GNG/NB8/W/30 (Jun. 20, 1988); *Communication from Japan Concerning the Antidumping Code*, GATT Doc. MTN.GNG/NB8/W/81 (Jul. 9, 1990).

²⁹ *Amendments to the Anti-dumping Code, Communication from the Delegation of Hong Kong*, GATT Doc. MTN.GNG/NG8/W/51/Add.1 (Dec. 12, 1989), at 3-4; *Proposed Elements for a Framework for Negotiations: Principles and Objectives for Anti-dumping Rules, Communication from the Delegation of Singapore*, GATT Doc. MTN.GNG/NG8/W/55 (Oct. 13, 1989), at 5; *Drafting Proposals of the Nordic Countries Regarding Amendments of the Anti-dumping Code*, GATT Doc. MTN.GNG/NG8/W/76 (Apr. 11, 1990), at 1-2.

特定地區、特定期間傾銷之虞；至於港、星要求計入負的傾銷差額之倡議，美國則以前揭甚為有名的「超速」比喻做為回應，反駁如同允許超速的駕駛人得以在其他路段低於速限的行駛而免除罰單般的不合理³⁰。

最後的談判結果除了反映日本等國的提案，在新增的第 2.4.2 條前段規定惟有加權平均才可對加權平均進行比較外，也考慮到美國所擔心的若限制加權平均僅得與加權平均比較，將會使集中傾銷的行為不受制裁，故在同條後段又加上有集中傾銷情事時，得以個別出口價格與加權平均之正常價格相較，不過對於頗有爭議的「歸零法則」卻未置一詞³¹。或許是意識到必須將「所有」出口價格計入的作法可能會影響到「歸零法則」的適用，故美國堅持在最終草案「所有」一詞後加入「可資比較」的字樣³²。

正因為第 2.4.2 條未明文規範「歸零法則」，無論是想要限制「歸零法則」適用的會員，或是主張可以適用「歸零法則」的會員，在烏拉圭回合之後開始爭執究竟應如何解釋第 2.4.2 條之規定以否定或支持「歸零法則」之適用，其中包括：第 2.4.2 條前段規定進行加權平均與加權平均之比較時，必須囊括所有「可資比較」之出口交易價格，何謂「可資比較」？實務上，反傾銷調查機關常將同類產品區分成幾個次分類或典型(sub-groups or models)以進行各典型內之比較，然後再平均所有典型計算所得的傾銷差額，如上述所舉的鞋類例子，在這種情形下，各個典型之間是否屬於「可資比較」？若不屬於「可資比較」，則第 2.4.2 條所謂的「建立是否有傾銷差額存在」的規定是否僅指各該典型的傾銷差額？而非所有典型傾銷差額的加總平均？這關係到第 2.4.2 條前段規定究竟是僅適用於上述計算過程的前段，即單一典型之平均 (within models) 的計算、或是也包括後段的過程，即所有典型之平均 (between models) 的計算。這個問題，在歐盟寢具案中首先被提出。除此之外，第 2.4.2 條前段規定既明文「調查階段」，是

³⁰ *Revised Proposal by the United State*, GATT Doc. No. MTN.GNG/NG8/W/34/ Rev. 2 (Nov. 15, 1989), at 4.

³¹ See Patrick F. J. Macrory, *Ch. 11 The Anti-dumping Agreement*, in 1 *THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS* 485, 489, 507 (Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton, and Michael G. Plummer, ed., 2005).

³² See JAMES P. DURLING & MATTHEW R. NICELY, *supra* note 23, at 108-9. 最終草案與最後通過的第 2.4.2 條文字僅差在「可資比較 (comparable)」, See *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, GATT Doc. MTN.TNC/W/FA (Dec. 20, 1991).

否含有限縮本條適用於反傾銷調查程序之意？換言之，於反傾銷稅額核算之複查階段與落日複查階段是否就得以加權平均對個別出口價格比較？這個問題則在歐盟控訴美國的「歸零法則」案中被討論。

總而言之，儘管在本回合（杜哈回合）談判初期確有關於禁止「歸零法則」使用的規則提案³³，然因為回合談判遲遲未果，利用爭端解決機制以釐清此問題的嘗試就不易中斷，而在這過程中處於被動之準司法功能若再不自制，則「歸零法則」是否得以釐清雖屬未定，可確知的是本文所探討之機構衝突問題將因此更被激化。

肆、歐盟——棉質寢具案

1999 年印度控訴歐盟在比較印度出口至歐盟的棉質寢具產品價格是否低於正常價格時，違反了反傾銷協定相關條文規定，其中有關「歸零法則」的適用，印度主張係違反該協定第 2.4.2 條的規定³⁴。針對這樣的指控，歐盟辯稱反傾銷協定第 2.4.2 條所要求的加權平均對加權平均之比較，僅限於「『可資比較』的產品 (comparable product)」間之比較，而非整個「同類產品 (like product)」的比較³⁵；另外又指出第 2.4.2 條所規定的「傾銷差額」，由於文字上所使用的是複數形，故應是認知到有加權平均之比較過程中，通常會出現一個以上的傾銷差額（即數個典型或次分類的傾銷差額），至於後來要如何利用這些複數的傾銷差額以決定一個「單一的」傾銷差額，以課徵反傾銷稅並無明文，歐盟主張這部分的計算方法應是留給會員自行裁量³⁶。

美國在本案中為參加的第三國，其指出第 2.4.2 條既明文應受第 2.4 條規定之

³³ *Anti-dumping: Illustrative Major Issues, Paper from Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japan; Korea; Mexico; Norway; Singapore; Switzerland; Thailand and Turkey*, WTO Doc. TN/RL/W/6 (Apr. 26, 2002), para. 4. 見以下第五節「本回合坎昆會議前的相關談判」之介紹。

³⁴ *Request for the Establishment of a Panel by India, European Communities - Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India*, WTO Doc. WT/DS141/3, para. 11 (Sep. 8, 1999).

³⁵ *Id.*

³⁶ *European Communities - Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India, Report of the Panel*, WTO Doc. WT/DS141/R (Oct. 30, 2000), para. 6.106 (hereinafter *EC - Bed Linen*).

限制，則意謂產品物理特性、銷售條件等因素不同之交易不應混同比較，故歐盟將可資比較之交易歸為同個典型（model）以進行比較，正是符合上述規定的作法，至於後來再將各典型（model）之差額加總平均以獲致整個產品的傾銷差率則已經是比較之「後」的計算程序，非第 2.4、2.4.2 條規範所涵蓋之範圍；為進一步佐證，美國舉出第 2.4.2 條亦規定可以逐筆比較（transaction-to-transaction），但卻未規定如何將逐筆比較的結果加總平均，由此可知比較之「後」的程序並非上述條文所擬規範者³⁷。美國並回顧烏拉圭回合談判歷史，認為新增之第 2.4.2 條只是禁止以個別交易價格對加權平均進行比較（不過又允許後段所列的例外情形），並無指示調查機關在正確比較之後應如何計算整體傾銷差額之意，而「歸零法則」依美國的看法正是適用於這個「之後」階段的方法，因為比較之後若差額是正值，代表著進口國得以收取的反傾銷稅額，反之若是負值，由於反傾銷稅協定並未要求進口國退稅給這些沒有傾銷差額的交易，故充其量只是意謂進口國對於此類交易得徵收的反傾銷稅額為「零」，而「歸零法則」將負的差額計為零正是反映這樣的作法³⁸。

一、小組裁決

小組並不同意歐、美所主張的第 2.4.2 條規定僅在規範系爭產品的個別交易價格的比較或是個別典型內之比較，其理由為由同協定第 2.1 條之規定可知所謂的「傾銷差額」應是指整個系爭產品的傾銷差額，而非其中部分交易或個別典型的差額；因此，雖不否定調查機關有權將所有可資比較的交易分成幾個典型以進行價格比較，但由於各個典型並不代表整個受調查的系爭產品，故各典型的比較差額絕非第 2.4.2 條所謂的傾銷差額³⁹。至於在傾銷差額的文字上使用複數形，依小組看來只是一般的敘述，對照同協定第 6.10 以及第 9 條的規定，應是指為各個涉案的生產者或出口商建立個別的傾銷差額，而非否定第 2.4.2 條所要求的傾銷差額應是系爭產品的整個傾銷差額⁴⁰。在這樣的思維下，小組當然也不認為第 2.4.2 條的要件僅適用於決定傾銷差額的部分過程（即歐、美所主張的前階段計

³⁷ *Id.* para. 6.109.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* paras. 6.114, 6.117.

⁴⁰ *Id.* para. 6.118.

算），其強調第 2.4.2 條「應被瞭解為適用於決定傾銷差額的整個過程，沒有所謂的可以免除該條適用的「嗣後階段（subsequent stage）」的存在⁴¹。」

關於「歸零法則」之合法性，小組表示第 2.4.2 條雖未禁止其適用，但並不意謂採行「歸零法則」的結果得以導致本條所列義務的違反，而歐盟將負的差額歸零的作法，依小組看法，正是違反了第 2.4.2 條所規定的「應包括所有可資比較之交易的出口價格」的義務要求，因為將負值歸零改變了本來可能是正確的比較結果，這些交易的比較等於未被考量⁴²。

二、上訴機構裁決

歐盟不服小組的裁決因而上訴，於上訴時主張小組有關第 2.4.2 條之闡述違反維也納條約法公約所定的解釋方法，因為小組未先行分析本案系爭的第 2.4.2 條規定，卻逕自援引第 2.1 條規定⁴³；同時批評小組未賦予第 2.4.2 條「可資比較」要件正確的意義。上訴機構並不同意歐盟的看法，仍維持本案小組關於「歸零法則」部分的裁決⁴⁴。

上訴機構認為系爭條文雖是第 2.4.2 條，但該條既是指示調查機關如何建立「傾銷差額」，亦即如何確立「傾銷」之存在，為了這樣的目的，有必要了解何謂「傾銷」，而根據第 2.1 條：「『產品』被視為傾銷，若產品的出口價格低於…」故顯然反傾銷協定關切的是「產品」被傾銷，因此第 2.4.2 條所謂的「傾銷差額」應是指系爭「產品」的傾銷差額⁴⁵。

至於本案系爭產品，上訴機構注意到歐盟於調查時曾將產品定義為「涵蓋純的、或混合人造纖維的、漂白、染色或印花的棉質纖維寢具，包括成套或分別銷售的床單、被套、以及枕套，…儘管因為織法、印染整理、呈現的外觀、尺碼、包裝的不同而可能有不同的產品類型，但為了本程序的目的，它們全都構成一個單一的產品，因為它們都具有同樣的物理性質，且基本上用途相同」⁴⁶，故在本

⁴¹ *Id.* para. 6.116.

⁴² *Id.* paras. 6.115 - 6.116.

⁴³ Appellate Body Report, *EC – Bed Linen*, adopted Mar. 12, 2001, WTO Doc. WT/DS141/AB/R, para. 9.

⁴⁴ *Id.* para. 66.

⁴⁵ *Id.* paras. 50-51.

⁴⁶ *Id.* para. 52.

案中受調查的產品應該就是歐盟明白指出的棉質寢具一種產品而已，依第 2.4.2 條規定所建立的傾銷差額即應是指此產品的傾銷差額，而不是指此產品的類型或典型（types or models）的比較差額⁴⁷。

上訴機構同時表示無論是第 2.4.2 條或反傾銷協定的其他條款都沒有建立受調查產品的「類型或典型」的傾銷差額之規定，相反地，提到傾銷差額時，指的皆是受調查的「產品」；同樣地，上訴機構也不認為第 2.4.2 條之規定得以支持歐盟所主張的建立傾銷差額的過程包含有二個不同階段的看法，當然也就更無法同意歐盟所云第 2.4.2 條並未規範第二階段計算方式的主張⁴⁸。

至於所謂的「可資比較」要件，上訴機構認為該要件並沒有減損調查機關應以「所有」出口交易的加權平均與正常價格加權平均比較以建立傾銷差額的義務⁴⁹。「可資比較」的一般意義，上訴機構認為是指能夠比較，歐盟雖極力主張寢具的各個典型如此不同，無法以價格調整的方式來化解它們的歧異，故不能比較，但上訴機構並不採信，因為歐盟既在調查程序之初即已定義它們為同類產品，如何可以在同一調查程序的後期又出爾反爾地主張它們的性質是如此的不同以致非「可資比較」⁵⁰？

歐盟棉質寢具案看似釐清「歸零法則」部分疑義，實則卻誘發更多的爭端。對歐、美而言，本案的裁決結果固然是意料之外，但對挑戰「歸零法則」的會員國而言，又何嘗不是？未被烏拉圭回合協定明文涵蓋的計算法則，竟會因爭端解決小組與上訴機構對第 2.4.2 條之解釋而受到限縮，以致不得適用於調查程序中加權平均對加權平均的比較。接下來應繼續利用爭端解決機制挑戰另一經常使用「歸零法則」的大國——美國，以導正其作法，甚至根本消弭「歸零法則」之適用嗎？問題是爭端解決小組與上訴機構願意積極造法，擴張解釋第 2.4.2 條到什麼程度呢？假如彼等態度趨於消極，一旦對美國之「歸零法則」挑戰失敗，反而會間接確認「歸零法則」得適用的空間。或許是因為這層顧慮，也或許是因為了解司法積極造法對 WTO 機構之可能威脅，因而自我節制（爭端解決規則與程序

⁴⁷ *Id.* para. 53.

⁴⁸ *Id.* para. 53.

⁴⁹ *Id.* para. 56.

⁵⁰ *Id.* paras. 58-60.

瞭解書中即含有要求會員自制的類似概念⁵¹)，自歐盟棉質寢具案之裁決被採納(2001年3月12日)後，並未馬上出現一窩蜂的「歸零法則」案件。同年11月「杜哈發展議程」宣言正式拉開回合談判序幕後，倒是可以陸續看到嘗試利用談判去除「歸零法則」適用的努力，主要是所謂的「反傾銷之友」⁵²積極地提出禁止該法則之倡議。只不過這樣的努力隨著回合談判一再地缺乏具體進展，往司法方面擺盪的力量也因而增強。

伍、本回合坎昆會議前有關談判

反傾銷、補貼暨平衡稅措施(包括漁業補貼)、區域貿易協定三議題在貿易談判委員會內的分工係隸屬於規則談判小組，該小組自2002年展開第一次會議，至原預訂作為本回合談判期中檢討的坎昆部長會議止，雖有不少關於前兩議題的提案，但均止於發掘問題，陳述己身立場，並未就如何解決這些問題提出具體的文字修正建議⁵³。

由規則談判小組主席於坎昆會議前所彙整的提案清單⁵⁴，可看出「歸零法則」在此階段的討論主要是由「反傾銷之友」推動，而持完全不同立場者主要是美國。前者首先主張由於上訴機構及小組皆已於歐盟棉質寢具案中裁決「歸零法則」不符第2.4.2條之規定，故本回合談判應進一步釐清該條規定，明文排除「歸零法則」的適用⁵⁵。有趣的是這樣的主張，本身有其矛盾之處，因為現行條

⁵¹ “Before bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful.” Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 3.7.

⁵² 反傾銷之友(Friends of Anti-dumping Negotiation Group (AD Friends, FAN))包括：巴西、智利、哥倫比亞、哥斯大黎加、墨西哥、香港、以色列、韓國、日本、新加坡、泰國、挪威、瑞士、土耳其及我國。另外加拿大雖參與討論，但不加入立場文件之連署。

⁵³ *Negotiating Group on Rules, Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee*, WTO Doc. TN/RL/13 (Jul. 19, 2005), para. 2

⁵⁴ *See Negotiating Group on Rules, Note by the Chairman*, WTO Doc. TN/RL/W/143 (Aug. 22, 2003).該彙整清單依各提案所涉協定條文歸類、並依條文序逐一列出，「歸零法則」相關提案場列於第2.4.2條項下。

⁵⁵ *Anti-dumping: Illustrative Major Issues, Paper from Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japan; Korea; Mexico; Norway; Singapore; Switzerland; Thailand and Turkey*, WTO Doc. TN/RL/W/6 (Apr. 26, 2002), para. 4.印度亦有類似的主張，不過是明確主張在加權平均對加權平均比較時不得採用歸零法則之類的方法以免未將所有可資比較的出口交易納入考量。

文若足以使上訴機構及小組判定「歸零法則」不合法，又何來修改協定之必要？換言之，從另一個角度來看「反傾銷之友」的這個提案，與其說是肯定歐盟棉質寢具案的裁決，不如說是對該裁決之論理缺乏信心，因為顯然是懷疑第 2.4.2 條之文字不足以排除「歸零法則」，才會認為有必要修正該條文字以免因該裁決所獲的戰果喪失。

正因為上述提案所隱含的意義與其表面主張有所衝突，故澳洲對之提出質疑。澳洲認為第 2.4.2 條僅是列出建立調查期間產品傾銷差額的三種方法，即：加權平均對加權平均比較、逐筆比較及在符合一定條件時以個別出口價格與平均正常價格比較，並沒有允許將負差額轉化為零的規定；相反地，加權平均之比較要求應包含「所有」可資比較之出口交易，逐筆比較也暗示應包含所有交易，將比較差額為負之交易差額升值至零，等於忽略這些交易，豈是第 2.4.2 條所許⁵⁶？既然第 2.4.2 條並未明示或暗示可以將負差額推定為零，也未允許調查機關可為如此操縱，澳洲主張並無釐清該條文字以明文排除「歸零法則」之必要⁵⁷。

美、歐雖是使用「歸零法則」的代表性國家，卻未直接反對上述禁止「歸零法則」的倡議，而是要求「反傾銷之友」澄清上述提案內容。歐盟詢問上述提案是否已超越上訴機構在歐盟棉質寢具案中有關「歸零法則」部分的裁決，以及該提案是否亦包括第 2.4.2 條最後一句所列的比較方法（即加權平均對個別交易），若是，則此比較方法與第 2.4.2 條第一句所列的第一種比較方法（即加權平均對加權平均）又有何差別⁵⁸？歐盟顯然是想藉此提問限縮「反傾銷之友」提案的影響範圍，基於第三種比較法與第一種比較法相異的前提，暗示歐盟棉質寢具案的裁決不可能擴張延伸到第三種比較法。至於美國則維持其一貫的立場，即認為第 2.4.2 並未要求平均「所有的」比較，故詢問「反傾銷之友」提案之依據

Second Submission of India (Anti-dumping Agreement), WTO Doc. TN/RL/W/26 (Oct. 17, 2002). 中國的主張則更簡單，僅一句話：應釐清第 2.4.2 條以明文禁止歸零法則。 *Proposal of the People's Republic of China on the Negotiation on Anti-dumping*, WTO Doc. TN/RL/W/66 (Mar. 6, 2003).

⁵⁶ *Comments on Document TN/RL/W/6 on Anti-dumping Measures, Paper from Australia*, WTO Doc. TN/RL/W/22 (Oct. 15, 2002), para. 2.

⁵⁷ *Id.* para. 3.

⁵⁸ *Question from the EC on Documents TN/RL/W/6 and TN/RL/W/10*, WTO Doc. TN/RL/W/20 (Oct. 10, 2002), Q4.

何在，並要求說明為何會員必須用未傾銷之數額抵銷傾銷之數額⁵⁹。

「反傾銷之友」對上述質疑的回應相當簡單，除了重申歐盟棉質寢具案中上訴機構所強調的論點，也就是反傾銷調查中所要判定的是「整個」系爭產品（product as a whole）在調查期間是否有傾銷，而「歸零法則」僅挑選調查期間的某些交易卻剔除其他，故產生「人造」的傾銷差額，並膨脹傾銷幅度，理當禁止；「反傾銷之友」同時也首次明白地表示「歸零法則」的禁止不應因所採取的比較法不同而有異，此語一出等於是回應歐盟對於反傾銷之友意圖禁用「歸零法則」的範圍之問⁶⁰。這樣的立場明顯地超越上述歐盟棉質寢具案的裁決，也因此在此後的會議中，引起其他會員的批評。

2003 年的 3 月，時值坎昆部長會議前之半年，對貿易救濟談判議題始終保守的美國也終於提出其認為反傾銷及補貼兩協定中值得檢討的規定，該份提案文件中未明白提及「歸零法則」，不過卻建議應明確規定如何計算「整體」的加權平均差額，並舉烏拉圭回合談判的歷史說明當初會員僅同意在沒有集中傾銷時不再沿用個別價格與加權平均價格比較的慣例，而改用加權平均對加權平均之比較、或個別價格對個別價格之逐筆比較，但並未決定如何利用這些比較的結果以獲得整體的加權平均值，職是之故，某些會員（包括美國在內）仍繼續沿用烏拉圭回合之前這部分的計算方法⁶¹。對於上訴機構在歐盟棉質寢具案中之裁決，美國的解讀則是一旦調查機關決定受調查的只有一種同類產品時，第 2.4.2 條之文意即不准調查機關以「典型對典型（model-by-model）」為基礎進行分析，效果就是沒有傾銷的典型的差額（即負值）必須抵銷有傾銷的典型的傾銷差額，美國相信協定本身並未清楚規定如何計算整體的加權平均差額，並強調若真有任何關於此的義務規定，也應是會員協議的結果才對，言外之意，上訴機構的解釋似乎超越協定原本之意⁶²。

⁵⁹ *Question from the United States on Papers submitted to the Rules Negotiating Group*, WTO Doc. TN/RL/W/25 (Oct. 16, 2002), para. 4.

⁶⁰ *Replies to Questions to our First Contribution (TN/RL/W/6), Paper from Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japan; Korea; Norway; Singapore; Switzerland and Thailand*, WTO Doc. TN/RL/W/45 (Jan. 27, 2003), para. 4.

⁶¹ *Identification of Certain Major Issues under the Anti-dumping and Subsidies Agreements, Submission by the United States*, WTO Doc. TN/RL/W/72 (Mar. 19, 2003), at 2.

⁶² *Id.*

到了談判小組的正式會議上，美國反問有多少會員已經改變現有實務作法以符合上訴機構對「歸零法則」之裁決，而已符合裁決的會員又有多少現在正重新檢視其對第 2.4.2 條後段處理「集中傾銷」規定使用的立場⁶³？對於歐盟棉質寢具案，美國直言爭端解決小組與上訴機構於闡釋貿易救濟規範時，不應加諸會員任何其未曾同意的義務⁶⁴。對於美國的立場，「反傾銷之友」仍然只是重申無論何種比較法均不得使用「歸零法則」，同年六月新提的「禁止歸零法則」文件，除了增加具體修訂第 2.4.2 條的建議外，論理與過去並無不同：一、主張應修正第 2.4.2 條以明文規定無論採取三種方式中之何者以比較出口價格與正常價格，對於單一出口商（或生產者）所有產品的正、負傾銷差額必須合計；二、建議增訂一項規定以明訂第 2.4.2 條第一句之規定應同樣適用於調查之後的複查程序（即第 9、11 條程序）；三、為了避免調查機關任意切割調查期間以利「歸零法則」之使用，應明文要求無論是在調查或複查階段，整個期間應只有一個傾銷差額⁶⁵。

對於「反傾銷之友」的具體建議，會員反應不一，特別是連帶否定將調查期間分段，或禁止將產品區分成典型以資比較，以及要求處理「集中傾銷」時亦不得適用「歸零法則」等部分之建議最受質疑。有會員指出禁止「歸零法則」其實並不是在非難利用「典型對典型」的方法比較價格，而是在批評比較之後的程序忽略了部分的比較結果；更何況有時候將調查期間區分階段比較是有必要的，特別是要認定無損害或無因果關係時⁶⁶。另外有會員援引 1960 年專家小組的報告，說明當初以為履行 GATT 第六條原則之最理想方法是對系爭產品的每筆進口判定傾銷差額，並於該筆產品進口時課徵反傾銷稅，至於未傾銷的進口，則無任何會員建議應就高於正常價格的差額記點退稅予進口者；該會員同時也表示基於原始調查與嗣後複查程序之不同，兩者可能有理由適用不同的計算方法；最後也有會

⁶³ *Summary Report of the Meeting Held on 19-21 March 2003*, WTO Doc. TN/RL/M/7 (Apr. 11, 2003), para. 13.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Proposal on Prohibition on Zeroing, Paper from Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japan; Korea; Mexico; Norway; the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Singapore; Switzerland and Thailand*, WTO Doc. TN/RL/W/113 (Jun. 6, 2003), at 2, 3.

⁶⁶ 其實在美國不鏽鋼案中，小組認為在調查期間內兩市場的價格變化與銷售量相對權重的差異可以正當化將調查期間分段的作法，不過由於該案中美國並未指出有這些事實，故判定其切割調查期間之作法違反第 2.4.2 條。*US-Stainless Steel (Korea), Report of Panel*, adopted Feb. 1, 2001, WTO Doc. WT/DS179/R.

員批評於加權平均對個別價格比較時禁止使用「歸零法則」將會使第 2.4.2 條後段規定變得毫無意義⁶⁷。

由以上的討論可知，相較於目前協定的文字，「反傾銷之友」的立場實屬過於激進，所以不只是美、歐二大陣營，其他國家也不免有所保留。不應或忘的是反傾銷協定其實經過甘迺迪、東京以及烏拉圭三個回合的淬煉，目前文字所反映的是至少歷經三個回合才艱辛達成的平衡，斷不可能因為「反傾銷之友」一方的拉扯，即重新取得新的平衡點，所以各會員的消極反應也就不足為怪。

陸、有關美國「歸零法則」的爭端

坎昆會議失敗之後，規則談判小組之工作並未停止，反而開始增加非正式會議以加速談判；同時，更詳細及具體的提案，包括附有條文修正建議者也陸續出爐；到了 2005 年，除了一般會議之外，在小組主席建議之下又多了複邊、雙邊談判，技術小組也同時成立以檢視將反傾銷問卷標準化的可能⁶⁸。在杜哈回合談判陷入僵局之際，反傾銷議題的談判看似開始加溫，然而無論「反傾銷之友」如何促請主席於香港部長會議前開始草擬談判草案文字，或是「反傾銷之友」的資深官員如何呼籲本回合反傾銷議題談判應達成六大目標⁶⁹，無可撼動的現實是截至當時為止的談判進展並無法產生任何足以獲得一定多數會員支持的修正文字。對於過於一般化、未列出優先項目的宣示性目標，該小組主席指出其實只會使小組偏離具體的談判而無助於任何目標的達成⁷⁰。

在這樣的大氛圍下，「反傾銷之友」為了禁止「歸零法則」居然提出更釜底

⁶⁷ *Summary Report of the Meeting Held on 18-19 June 2003*, WTO Doc. TN/RL/M/10 (Jul 17, 2003), para. 8.除了會場上之發言外，埃及會後也提出一份正式文件反對「反傾銷之友」的主張，理由是其認為「反傾銷協定及爭端解決機制已足以保護會員免於反傾銷協定之濫用」；同時也反對為了禁止「歸零法則」而剝奪會員在一定調查期間內對於不同的個別期間判定不同及獨立差額的權力。*Comments of the Arab Republic of Egypt on Further Contributions Submitted in the Framework of the Doha Round Negotiations on the Agreement on Anti-dumping and Subsidies and Countervailing Measures*, WTO Doc. TN/RL/W/141 (Jul 22, 2003), at 2.

⁶⁸ *Negotiating Group on Rules, Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee*, WTO Doc. TN/RL/13 (Jul. 19, 2005), para. 2.

⁶⁹ *Senior Officials' Statement*, WTO Doc. TN/RL/W/171 (Feb. 15, 2005), at 2-4.

⁷⁰ *Negotiating Group on Rules, Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee*, WTO Doc. TN/RL/13 (Jul. 19, 2005), para. 8.

抽薪的提案，即除了加權平均比較外，建議廢止第 2.4.2 條所允許的另外兩種比較方法，理由是個別價格與個別價格之比較方法賦予調查機關不確定範圍的裁量權，使調查機關有可能濫用此權力而任意挑選做為正常價格基礎的交易；至於所謂的「集中傾銷」，在「反傾銷之友」看來缺乏理論與實證的基礎，卻讓會員有機會在符合歐盟棉質寢具案之裁決意旨的同時，仍能利用個別價格對加權平均之比較而繼續使用「歸零法則」⁷¹。

相較於之前提案更為激進的結果，當然是更無法贏得其他會員的支持，雖然「反傾銷之友」將上述倡議定名為「『公平比較』之提案」，但已有會員直率地指出「反傾銷之友」的這個提案表面上是以追求公平比較之名而要求廢止另兩種比較法，但主要目的還是為了消弭「歸零法則」，特別是自歐盟棉質寢具案後「集中傾銷」似乎已成為「歸零法則」的主要使用場域，這些會員抨擊「反傾銷之友」這樣的策略使「個別價格對個別價格之逐筆比較」遭到池魚之殃⁷²。對於小經濟體及使用反傾銷措施不久的新手會員而言，最常使用的就是這種逐筆比較法，這些會員表示其實大部分出口商也喜歡他們採取這種比較法，故要求廢止並不務實，至於如何公平使用此法，彼等不反對可以開放討論；這些會員同時也指出平均比較法也有可能使未傾銷的出口面臨傾銷的指控，故應先有嚴謹的研究做基礎，否則不應輕易禁止於烏拉圭回合談判時即已允許的逐筆比較法⁷³。

無論各會員對「反傾銷之友」提案有所保留的理由為何，可確定的是利用回合談判以完全禁止「歸零法則」的努力，至此時為止仍是原地踏步，毫無進展。這樣的發展固然與整個回合談判的其他部門遲滯不前有關，不過隨著利用談判立法過程的受挫，企圖以司法扭轉此頹勢的力量也就逐漸抬頭，無論是否為策略上之運用（即藉著司法程序增加對手國在談判上所承受的壓力），直接面臨衝擊的卻是準司法功能的自制。

⁷¹ *Proposals on Fair Comparison, Paper from Chile; Colombia; Cost Rica; Hong Kong, China; Japan; Korea, Rep. of; Norway; Switzerland; the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; and Thailand*, WTO Doc. TN/RL/W/158 (May 28, 2004), at 3, 8-9.

⁷² *Summary Report of the Meeting Held on 7 & 8 June 2004*, WTO Doc. TN/RL/M/17 (Aug. 31, 2004), para. 7.

⁷³ *Id.*

一、美國——軟木案之五

原本即在美、加之間糾結不休的軟木案，也於第五回合的戰局中扯進「歸零法則」（本案爭端解決小組於 2003 年元月成立，裁決報告於 2004 年 8 月 31 日被採納）。除了歐盟棉質寢具案的當事國——歐盟與印度外，中國、紐西蘭、日本與泰國⁷⁴也申請加入作為參加之第三國，美國最後雖然敗下陣來，但因為上訴機構在本案中有關「歸零法則」之論理基本上不出前述歐盟棉質寢具案之範圍，所以並不令人驚訝⁷⁵；再加上「反傾銷之友」積極倡議另兩種比較法亦應禁用「歸零法則」的提案時間儘管與本案審理期間有所重疊（即皆為坎昆會議之前），但本案的控訴國並未主張如此激進的論調，僅是請求確定美國於加權平均比較時採用「歸零法則」不符反傾銷協定之規定，小組與上訴機構因而不必處理另兩種方法是否得使用「歸零法則」的問題⁷⁶。直到 2005 年，對美國是否已履行本案之裁決，美、加再度發生爭議，因此展開爭端解決規則與程序瞭解書第 21.5 條所謂的「履行審查程序」時，第 2.4.2 條所列之其他比較方法與「歸零法則」之關係才成為爭點⁷⁷。

（一）多重比較與平均

藉著糾正美國對於歐盟棉質寢具案裁決的錯誤解讀，上訴機構在本案中確認「多重比較與平均」從來未被上訴機構否認。之前介紹美國在規則談判小組之提案時，曾提及美國認為上訴機構在歐盟案的裁決是基於調查機關一旦將產品視為是同類後，即不得再將之區分為不同的次分類或典型來比較價格，換言之，對美國而言，該案的裁決其實是禁止多重比較或平均的；到了本案，美國為了主張第

⁷⁴ 日本、泰國與加拿大同為「反傾銷之友」成員，而加拿大一向只參與集團之討論，卻不參與相關立場文件之連署。

⁷⁵ 應注意的是本案小組裁決附有不同意見書，一位小組成員認為美國在本案中所主張的第 2.4.2 條及第 2.4 條並未禁止「歸零法則」屬於一種可被允許的解釋，是以依反傾銷協定第 17.6(ii)條所規定之小組及上訴機構審查會員反傾銷措施之審查基準，應視美國使用「歸零法則」並未違反第 2.4.2 及第 2.4 條之規定。*United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Report of the Panel*, adopted as modified Aug 31, 2004, WTO Doc. WT/DS/264/R (hereinafter “U.S. – Softwood Lumber V”), paras. 9.1ff.

⁷⁶ See *id.* para. 7.219; also Appellate Body Report, – *U.S. Softwood Lumber V*, WTO Doc. WT/DS264/AB/R, para. 63.

⁷⁷ 見本小節後半部關於本案之履行審查小組報告及上訴報告之分析。

2.4.2 條若允許「多重比較」，邏輯上就不可能再要求以未傾銷的差額抵銷其他傾銷差額，強調本案的當事國兩造與小組均無異議地認為第 2.4.2 條是允許多重比較的⁷⁸，也就是說與前述歐盟棉質寢具案關於「多重比較」之立場根本不同，因此就「歸零法則」之合法與否也應做出與前案相異的判斷⁷⁹。本案上訴機構以為「多重平均（multiple averaging）」的爭點從未提交至歐盟棉質寢具案之上訴機構，故不能將上訴機構在該案之論理解讀為禁止「多重平均」⁸⁰。

（二）先例原則

另一值得注意的是美國在本案中主張爭端解決報告並無「對世效果」，故美國不應受先前案例對第 2.4.2 條解釋的拘束⁸¹，這種強勢否定爭端解決報告的主張，或許正是引起不同的國家之後陸續挑戰其「歸零法則」的因素之一，因為對其他國家而言，似乎只有讓美國在特定爭端案件中成為被控訴國，美國方願承認有針對特定對手國修改其特定措施的義務。美國在本案中強調爭端解決報告「除了在爭端當事國之間解決該特定爭端外，並不具拘束力」，由於美國並非歐盟棉質寢具案之當事國，故對其而言，該裁決除了處理歐盟有關整體傾銷差額的計算外，並不能視為是對反傾銷協定的一般性解釋而得以擴張適用至其他案件⁸²；故當加拿大以反傾銷協定第 2.4.2 條之意涵已在歐盟棉質寢具案中有所釐清，是以美國另援引烏拉圭回合的談判歷史以賦予第 2.4.2 條不同於前述裁決所確定的文義，其實並不恰當，美國即反駁加拿大之批評是基於對裁決錯誤認知之前提⁸³。

⁷⁸ 事實上，本案小組不僅肯定調查機關可將系爭產品區分成不同的次分類或典型以進行加權平均比較，甚至認為當受調查的產品是完全相同的時候，調查機關也可因產品銷售階段、調查期間之不同而將之區分為不同階段或不同期間，以進行「多重平均」。Panel Report, *U.S. – Softwood Lumber V*, para. 7.201.

⁷⁹ See Appellant's Submission of the United States, *U.S. – Softwood Lumber V*, paras. 60-62, available at USTR website, <http://www.ustr.gov>.

⁸⁰ Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V*, para. 81.

⁸¹ 對於主張 WTO 爭端解決功能應更強化甚至應享有「先例效果（*stare decisis*）」的學者以為美國在本案中之強勢主張正曝露出爭端解決機制欠缺效率之處，因為縱然某種措施已被爭端解決報告宣告為違法，會員仍可能繼續維持該措施直至其成為某案件中之被控訴方。見 Joel Trachtman, *Decision of the Appellate Body of the World Trade Organization*, EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW Vol. 16 No. 4, 801 (2005)。加拿大也在本案中批評若會員可不顧爭端解決機構在他案所為的裁決與建議而我行我素的話，等於是否定 WTO 案例法成為前後一致體系的主要成就。Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V*, para. 110.

⁸² Panel Report, *U.S. – Softwood Lumber V*, paras. 4.45, 4.102.

⁸³ *Id.* para. 4.107.

儘管早在 WTO 設立之初，相關案例已建立爭端解決報告不具對世效力的原則⁸⁴，但像美國如此赤裸裸地否定之前案例對相關條文的解釋者，倒不常見，因為縱不具有先例效果，上訴機構向來承認參考之前的裁決報告是符合會員的「合法期待」⁸⁵，是以美國的論點雖可能隱含有批判歐盟棉質寢具案裁決不當的意味（美國於該案中為第三國，並於上訴審時援引談判歷史說明第 2.4.2 條並未具有小組所認知的意涵），但亦有學者批判其實是美國迫於國內的政治壓力所為的強辯之詞⁸⁶。

二、美國——軟木案之五（21.5 條）

美國於爭端解決機構採納上述裁決（2004 年 8 月 31 日）之翌次會議上（同年 9 月 27 日）即已表達履行該裁決之意願，並與加拿大協議以 7 個半月作為履行期間⁸⁷，其履行方法是改以個別價格對個別價格比較之方式，重新計算加拿大軟木產品之傾銷差率，惟因其在進行逐筆比較後之合計過程，仍將逐筆比較時出現負傾銷差額的部分歸零，加拿大認為等於未履行本案裁決，遂依「爭端規則及程序瞭解書」第 21.5 條規定提起履行審查之請求，並依該瞭解書第 22.2 條規定

⁸⁴ *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, Report of Appellate Body*, adopted Nov. 1, 1996, WTO Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (hereinafter “*Japan – Alcoholic Beverages II*”), at 13 (上訴機構於本案駁回小組認為 GATT 及 WTO 被採納的小組報告構成維也納條約法公約第 31(3)(b)條中所指的「嗣後實踐 (subsequent practice)」的見解，不過上訴機構也承認由於此類小組報告常被後來的小組參考，而創造了會員「合法的期待」，故在未來相關案例中應被納入考量)；另見 *U.S. – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Product – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, Report of Appellate Body*, adopted Nov. 21, 2001, WTO Doc. WT/DS58/AB/RW (hereinafter “*U.S. – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)*”), paras. 107-109 (上訴機構將前案的論理——即過去的小組報告可供參考乃會員的合法期待，擴張到包括上訴機構報告)；*Argentina – Definite Anti-dumping Duties on Poultry from Brazil, Report of Panel*, adopted May 19, 2003, WTO Doc. WT/DS241/R, para. 7.41 (小組重申根據前述日本酒案，其甚至不須受 WTO 已採納的小組報告拘束，故看不出有任何理由其須受非 WTO 之爭端解決機構裁決之拘束)。

⁸⁵ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, at 14; Appellate Body Report, *U.S. – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)*, para. 108.

⁸⁶ Trachtman, *supra* note 81, 801.

⁸⁷ 原來兩造對合理履行期間一節並無法達成共識，只好訴諸 DSU 第 21.3(c)條之程序請求仲裁，惟當雙方同意由上訴機構成員 Lockhart 為仲裁人後不久，雙方即達成以 7 個半月為履行期間的協議，因此終止該仲裁程序。此 7 個半月期間後又經加拿大同意展延至 2005 年 5 月 2 日。*Summary of the dispute to date, Dispute DS264, United State – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada* (last updated Jan. 28, 2008), available at WTO website, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds264_e.htm.

請求爭端解決機構授權報復⁸⁸。履行審查的裁決最後雖是判定美國之履行措施並不符合相關協定義務，但就在裁決報告被採納後不久，美、加令人意外地居然對纏訟逾 20 年的軟木產品貿易爭端達成處理的合意，美國同意撤銷所有對加拿大軟木產品之反傾銷稅及平衡稅處分，以換取加拿大承諾對其軟木產品輸美採取一定的管理⁸⁹，也使得授權報復程序不必展開⁹⁰。

本案最後雖未演變至貿易報復，但履行審查的上訴裁決對「歸零法則」的打擊不可謂不大，與以下所介紹的歐盟、日本挑戰美國「歸零法則」之案件的上訴機構裁決相同，均大幅地限制「歸零法則」適用的可能，先是從調查階段限制到行政複查階段，後又從加權平均比較法限制到逐筆比較法，幾乎快要達成「反傾銷之友」全面封殺「歸零法則」的目標；只是這樣的發展並非沒有爭議，因為上訴機構於三案中均是以推翻原小組裁決之方式完成，廢棄小組的法律見解固為上訴機構原有權力，惟小組成員並非顛預之輩，連續三案小組成員雖不同，卻居然有志一同地允許「歸零法則」之使用，特別是有的小組還是在參考上訴機構擴大禁用「歸零法則」的裁決後才完成其裁決報告（如日本控訴美國「歸零」案之小組於裁決時，美國——歸零案（歐盟）之上訴裁決報告已可供參考），這就不禁令人懷疑上訴機構在這連續三案中關於「歸零法則」的裁決究竟有多少是法理，又有多少是為迎合反「歸零法則」的自由貿易思潮，因為顯然有小組對其法律論理相當保留⁹¹。

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ 該合意基本上是由加拿大對輸出至美國的軟木產品採取出口管制，假若價格高過約定門檻，出口不受限制；若是低於門檻價，則加拿大必須加徵出口稅，或較低的出口稅但搭配出口數量限制。詳見 *United States Requests Consultation with Canada under the 2006 Softwood Lumber Agreement* (Mar. 27, 2007), available at USTR website, <http://www.ustr.gov>. 不過從 USTR 網站上的資訊看來，本協定執行後，依本協定進行之仲裁並不少，顯然其執行不是毫無爭議。See *USTR, Statement from USTR Spokesman Sean Spicer on Softwood Lumber Agreement between Canada & United States* (Jan. 16, 2008), available at USTR website, <http://www.ustr.gov>.

⁹⁰ *Summary of the dispute to date, Dispute DS264*. 在履行爭端解決程序中，雙方先是同意用以決定報復金額之仲裁程序暫停（按 DSU 第 22.6 條規定，當雙方對報復金額有爭議時，應由原爭端小組仲裁）；後來當雙方達成和解合意，並依 DSU 第 3.6 條規定通知爭端解決機構後，此暫停的程序即被撤回。

⁹¹ 除了美國——歸零案（日本）之小組外，最近甫出爐的美國——不鏽鋼案小組亦對上訴機構意見有所保留。該小組說明其了解上訴機構希望小組遵循以往上訴機構類似裁決的期待，但也注意到美國——歸零案（日本）之爭端小組提醒身為爭端小組不應忘了爭端解決規則與程序瞭解書中所規定的義務；明知已有兩小組允許定期複查時使用簡單歸零而被上訴機構廢棄裁決，但

本案之履行審查小組係由原爭端解決小組擔任，其雖注意到美國後來重新計算傾銷差額時又將負傾銷差額歸零，但由於美國此次是改採逐筆比較方式重新計算，而非用原來的加權平均對加權平均比較方式；再加上原來上訴機構禁止加權平均比較使用「歸零法則」的兩大論理基礎：加權平均比較之條文要求比較時應包含「所有可資比較的出口交易」，以及所指的「傾銷差額」係指產品整體的傾銷差額，而依小組看來，這兩大要求在逐筆比較規定中並不存在，故不認為美國於逐筆比較時使用「歸零法則」違反加拿大所主張的第 2.4.2 條之義務或第 2.4 條公平比較的規定，並判定美國已履行原裁決與建議⁹²。

2006 年 5 月 17 日加拿大不服前述審查小組裁決而上訴⁹³，上訴機構支持加拿大的看法而推翻審查小組裁決，認為即使以逐筆比較方式計算傾銷差額，同樣不得使用「歸零法則」⁹⁴。

（一）逐筆比較法後仍需合計，合計時即不得使用「歸零法則」

上訴機構認為「逐筆比較」後所獲得之差額並非條文所指的「傾銷差額」，因為仍須合計這些結果，此點可由第 2.4.2 條文字推得：

「調查階段傾銷差額之存在通常是基於…或『一種』以逐筆比較為『基

仔細權衡後，覺得除了背離上訴機構有關「歸零法則」的見解外，別無他法。”After a careful consideration of the matters discussed above, we have decided that we have no option but to respectfully disagree with the line of reasoning developed by the Appellate Body regarding the WTO-consistency of simple zeroing in periodic reviews. We are cognizant of the fact that in two previous cases, *US – Zeroing (EC)* and *US – Zeroing (Japan)*, the decisions of panels that found simple zeroing in periodic reviews to be WTO-consistent were reversed by the Appellate Body and that our reasoning set out below is very similar to these panel decisions. In light of our obligation under Article 11 of the DSU to carry out an objective examination of the matter referred to us by the DSB, however, we have felt compelled to depart from the Appellate Body's approach ….” *United States – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, Report of Panel*, WTO Doc. WT/DS344/R (Dec. 20, 2007), para. 7.106 (hereinafter “*US – Stainless Steel (Mexico)*”).

⁹² *United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada, Report of the Panel*, adopted as modified by Appellate Body Report Sep. 1, 2006, WTO Doc. WT/DS264/RW (Apr. 3, 2006), paras. 5.66, 5.78, 6.1-6.2 (hereinafter *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*).

⁹³ 應注意的是以下即將介紹的美國——歸零案（歐盟）的上訴機構裁決報告也恰於此時被採納（5 月 9 日），該裁決擴大了禁用「歸零法則」的範圍，故加拿大援引其中不少論述以支持其在本案的主張，這顯非當初履行審查小組所能預見，因為履行審查小組於歐盟案上訴裁決報告分發（4 月 18 日）前兩週即已分發其小組報告（4 月 3 日）。是以本案審查小組的意見倒不能視為有直接挑戰上訴機構之意。

⁹⁴ Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, WT/DS264/AB/RW, para. 147.

礎』所進行的正常價格與出口價格（複數形）的比較…」

上訴機構指出：以上文字中之「出口價格」為複數形，「比較」卻為單數形，是以縱有多數出口價格需逐筆比較，最後仍必須彙總成為「一個」比較結果以作為「傾銷差額」；另外，既然明文「逐筆比較」只是決定傾銷差額之「基礎」而已，就更肯定了逐筆比較之後一定還有要其他的步驟才能完成整個比較程序⁹⁵。

上訴機構接著分析，「出口價格」既是複數，且沒有其他詞彙對之加以修飾限制，等於建議決定傾銷差額時「所有」逐筆比較的結果均應計入，再加上此處的出口價格與正常價格並無類似第 2.2 或 2.3 條有「推定」價格的規定，故應指的是真正價格，既然是「真正價格（real value）」，由於「歸零法則」會忽略某些價格而無法反映真正價格，當然違反此處規定⁹⁶。

這樣的看法與履行審查小組大相逕庭，小組基本上接受美國的主張，認為第 2.4.2 條所規定的第二個比較法既沒有第一個比較法專有的「所有可資比較的出口交易」之文字，兩比較法性質上即有根本的差異⁹⁷。對小組而言，沒有「所有的」這樣的形容詞就不能表示應包括所有出口價格，不像上訴機構認為只要沒有加上任何限制詞，就可以指的是全部。不過上訴機構也特別說明出其並非無視「所有可資比較」一詞的存在，但由於其在美国——軟木案之五的本案裁決中，已確立在第 2.4.2 條規定下，使用加權平均比較法的調查機構得進行「多重比較」及「多重平均」，也就是可先將出口交易區分成不同的次分類或典型，而「所有可資比較」一詞在其看來，隱含有在計算每一典型之平均時應納入所有屬於此典型的交易之意味，相對地，逐筆比較法既未將交易區分成不同的典型，「所有可資比較」一詞當然也就與之無關，並不會如小組所擔心的若對逐筆比較也禁止「歸零法則」，將使第 2.4.2 條的「所有可資比較」一詞變得沒有意義⁹⁸。最後上訴機構也贊成加拿大的看法，若允許逐筆比較法使用「歸零法則」，意謂比較方法的選擇對傾銷差額的判斷有決定性，即不禁止逐筆比較使用「歸零法

⁹⁵ *Id.* para. 87.

⁹⁶ *Id.* para. 88.

⁹⁷ Panel Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, paras. 5.21, 5.30.

⁹⁸ Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, para. 90.

則」將會使其較加權平均比較法（已被禁用「歸零法則」）更容易獲得傾銷差額，這種不對稱性，上訴機構認為是不合邏輯的，因為依第 2.4.2 條前段之規定，兩比較方法雖不同，但功能應無異，使用上也未規定有優先順序⁹⁹。

（二）不致因禁止逐筆比較法使用「歸零法則」而使第 2.4.2 條後段規定無用

確定第 2.4.2 條前段的逐筆比較法仍需合計所有比較結果才能獲得傾銷差額，且說明第 2.4.2 條規定並未允許調查機關於合計時忽略超過正常價格的交易後，上訴機構本已獲得逐筆比較法亦禁用「歸零法則」的結論，不過因為小組藉討論第 2.4.2 條後段（即第二句）所規定的加權平均與個別出口價格之比較（即第三種方法），以說明若將先前上訴機構禁止「歸零法則」的裁決擴張到加權平均以外的其他比較方法，包括第三種方法在內時，將使第三種方法與第一種方法（加權平均比較法）的適用結果在數學上完全相同（以下稱之為「數學上相等 (mathematical equivalence)」論點），如此一來，第 2.4.2 條後段（即第二句）的規定豈不變得無用？所以確定其於逐筆比較時不禁止「歸零法則」乃正確判斷¹⁰⁰。上訴機構為推翻小組此部分的論理，勢必也得討論本不為本案爭點的第三種比較法。

上訴機構認為：1. 第三種方法與第一種方法會因為禁用「歸零法則」產生同樣的結果，其實只是一種臆測，因為小組所依據的並非實際發生的案例，而只是美國所呈交的假設例子；2. 第三種方法不過是第 2.4.2 條規定之例外，不能只憑此例外條款就決定第 2.4.2 條本文所規定的兩種比較法應如何解釋；3. 「數學上相等」論點是以第三種方法也禁用「歸零法則」為前提，但第三種方法得否使用「歸零法則」並非本案之爭點；同時第三種方法究竟應如何使用，有相當的不確定性，因為連美國也承認其尚未於調查階段使用過第三種方法；4. 縱然第三種方法確定禁用「歸零法則」，以致第一、三種方法適用的結果呈現「數學上相等」，依加拿大、泰國等之解釋，應也只有特定情況才會發生，譬如當兩比較方法所使用之正常價格的加權平均是完全相同的情況；既然無法證明所有情況或在大多數情況，第一、三種方法會因「歸零法則」的禁用而呈現「數學上相

⁹⁹ *Id.* para. 93.

¹⁰⁰ Panel Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, paras. 5.33, 5.52.

等」，就無法如小組及美國所云的因此證明禁用「歸零法則」之不當；退一步言，即令能證明在所有情形都會發生「數學上相等」的問題，以致第 2.4.2 條後段（即第二句）規定變得無用，也不足以因此推論逐筆比較法不得禁用「歸零法則」，因為上述「數學上等值」的討論僅是爭論第一、與第三比較法之相似性，完全未討論到第二比較法，即此處之逐筆比較法¹⁰¹。上訴機構總結地認為小組與美國擔心第 2.4.2 第二句規定變得無用是過慮，因為與其說在逐筆比較法禁用「歸零法則」可能導致第 2.4.2 條第二句規定無用，不如說允許第 2.4.2 條前段所列的兩種比較法使用「歸零法則」，將使調查機關有能力逮獲構成「集中傾銷」的價格型態，而使第三種比較法變得無用武之地¹⁰²。因此從上訴機構的立場看來，為避免第 2.4.2 條第二句規定被解釋為無用條文，還非得禁止第一、二種比較法使用「歸零法則」！

上訴機構接下來又考量於小組審查時所出現的各個論點，包括其他條文的文義所可能提供的指導、傾銷決定若與損害及因果關係對稱則應允許「歸零法則」的論點¹⁰³、以及應參考反傾銷協定之目的等，惟上訴機構不是以「與本案無關」駁之，就是以並不能因此推得允許「歸零法則」作為結論¹⁰⁴。至於小組及美國所提到的歷史背景資料，上訴機構也認為關連性有限：一則 1960 年的資料太過久遠¹⁰⁵；二則所舉的兩個 GATT 時代的案例；其中一個的報告並未被採納¹⁰⁶，另一個所依據的也是東京回合規約，當時並沒有目前反傾銷協定第 2.4.2 條的規定；三則美國所舉的烏拉圭回合時談判提案至多只能反映當時部分而非全體談判成員的立場¹⁰⁷。

（三）逐筆比較法使用「歸零法則」更虛增傾銷差額，違反第 2.4 條公平比較

上訴機構否定小組認為符合第 2.4.2 條規定的部分裁決後，也同樣推翻小組

¹⁰¹ Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, paras. 97-99.

¹⁰² *Id.* para. 100.

¹⁰³ 這是紐西蘭所提的觀點，其主張若只有傾銷的交易才被納入損害及因果關係的分析，則此時應允許逐筆比較法使用「歸零法則」。 *Id.* paras. 60-63.

¹⁰⁴ *Id.* paras. 101-118.

¹⁰⁵ *Id.* paras. 119-121.

¹⁰⁶ 指的是在反傾銷協定談判後期，日、歐之間頗引人注目的「歸零法則」爭議，日本於 1991 年 7 月 8 日請求諮商，小組報告於 1995 年 4 月出爐。 *EC – Audio Cassettes*, ADP/136.

¹⁰⁷ Appellate Body Report, *U.S. – Softwood Lumber V (Article 21.5)*, paras. 119 -121.

認為於逐筆比較時使用「歸零法則」符合第 2.4 條公平比較的要求。逐筆比較法在合計各單筆交易的比較結果時使用「歸零法則」，依上訴機構的看法，等於是扭曲高於正常價格的各出口交易價格，因為這些交易的真正價格被低估，使其本為負值的比較結果得以歸零，既然低估真正價格，也就不符合一般所期待的公平¹⁰⁸。

其次，上訴機構也強調逐筆比較法不但與加權平均比較法一樣，在使用「歸零法則」後容易導致較高的傾銷差額，且效果更加明顯，因為前者在進行各個典型或態樣「內」的交易價格比較時，仍會考量各個高於正常價格的出口交易，換言之，各個典型之加權平均值仍包含這些出口交易的真正價格，直到合計各個典型或態樣時，才因「歸零法則」之使用而致負值的典型被歸零；相對的，逐筆比較之使用「歸零法則」卻是從一開始就將高於正常價格之各個出口交易的比較結果歸零，換言之，這些交易一開始即未被納入考量¹⁰⁹。美國於言詞程序時也承認後來改採逐筆比較並使用「歸零法則」以重新計算加拿大軟木產品之傾銷差額時，所獲得之傾銷差額的確高於當初以加權平均比較、並用「歸零法則」的計算結果¹¹⁰。

對於上訴機構判定其違反第 2.4.2 及 2.4 條義務以致未履行原裁決，美國所感受的挫折是不難想像的，特別是在本履行審查程序進入上訴階段前才剛被採認的另一件歸零案（即以下將要討論的歐盟控訴美國案），上訴機構同樣是為不利於美國的裁決，以致美國不但強烈抨擊上訴機構的論理具有致命的瑕疵，也很不平常地將其對該案裁決之批判以書面正式提出於爭端解決機構會議（詳以下討論），沒想到三個月後卻再嘗苦果¹¹¹。

另一令美國難堪的是本案原為履行審查程序，沒想到卻產生較原來的軟木案之五還要限制「歸零法則」之結果。儘管履行審查程序得審查之範疇不限於原案之主張或事實，早已於加拿大——航空器案（21.5 條）一案中確立，因為「第

¹⁰⁸ *Id.* paras. 138-139.

¹⁰⁹ *Id.* paras. 140-141.

¹¹⁰ *Id.* para. 141.

¹¹¹ 美國於 9 月 1 日採納本案裁決報告的爭端解決機構會議上，有極冗長之發言，歷數上訴機構論理不當之處。*Minutes of Meeting, Dispute Settlement Body, Sep. 1, 2006*, WTO Doc. WT/DSB/M/219 (Oct. 6, 2006), paras. 62-77.

21.5 條程序所牽涉的，原則上不是原來的措施，而是於原小組未出現的新的、且不同的措施」¹¹²；但美國之所以改採逐筆比較法想必也是細繹上訴機構在軟木案之五的裁決後所得的啟發，當其以為新措施起碼已符合原上訴機構之論理邏輯後，這樣的發展應是始料非及。最後雖與加拿大達成和解的協議而化解立即面臨貿易報復的危機，但其對上訴機構裁決之不滿情緒應已是更加被撩撥！

事實上，本案上訴機構裁決有些部分之論理連支持禁止「歸零法則」的會員也覺得有必要加強，以免未來成為「歸零法則」復辟的起點，如在採納本案裁決之會議上，儘管日本認為本案裁決之品質已證明美國指控上訴機構於美國——歸零案（歐盟）裁決有所不足是錯誤的，但韓國卻直言其實上訴機構可以更清楚地回應小組有關「預估正常價格」制的觀點，因為採此制的國家並非以整個產品為基礎計算「傾銷差額」，故不應單純地以為該小組是混淆「稅額之收取」與「傾銷差額之決定」，而隨便駁回小組的看法；另外，對第三國主張若價格之比較能對應損害與因果關係分析，則個別對個別交易之比較應可以使用「歸零法則」一節，亦不應以其無關而不予處理¹¹³。對於韓國指出的這些缺點，上訴機構在後來的美國——歸零案（日本）中，為了推翻該小組面面俱到的論點，頗費周章地重新架構其禁止「歸零法則」之論理時，倒是說明了為何上訴機構見解並未獨惠「預估基礎」法，也稍微提到損害的計算與「歸零法則」的關係，算是在某種程度內回應了韓國的關切（見以下第（四）小組：美國——歸零案（日本）之討論）。

三、美國——歸零案（歐盟）

如前所述，軟木案之五的履行審查程序進入上訴階段時，本案之裁決其實已被爭端解決機構採納¹¹⁴，並為「歸零法則」之禁止再下一城，因為本案之上訴機構推翻原小組的見解，認為「傾銷差額」禁用「歸零法則」不僅限於調查程序中依反傾銷協定第 2.4.2 條所進行的加權平均對加權平均之比較而已，即令是在第

¹¹² *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft – Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU, Report of Appellate Body*, adopted Aug. 4, 2000, WTO Doc. WT/DS70/AB/RW, para. 41.

¹¹³ WT/DSB/M/219, paras. 80-85.

¹¹⁴ *United States, Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), Report of Appellate Body*, adopted May 9, 2006, WTO Doc. WT/DS294/AB/R (hereinafter “US – Zeroing (EC)”).

9.3 條有關反傾銷稅的稅額核算複查程序（美稱為「行政複查」程序）中，以加權平均對個別交易價格進行比較的情形，亦應禁止¹¹⁵。

本案所牽涉的「歸零法則」使用包括下列幾個型態：一、原始調查時是否可以使用所謂的「典型歸零（model zeroing）」？二、行政複查時，也就是反傾銷稅額核算時是否可以使用所謂的「簡單歸零（simple zeroing）」？探討這些問題之前，必須先了解美國反傾銷稅額核算程序，以及何謂「典型歸零」及「簡單歸零」。

美國反傾銷稅額核算程序是採所謂的「回溯基礎法（retrospective basis）」，與一般國家利用所謂的「預期基礎法（prospective basis）」並不相同，在「回溯基礎法」制度下，產品進口時所收取的現金不過是擔保反傾銷稅額的保證金，必須等到一定期間後才會確定應付的稅額；具體而言，涉案廠商每年可請求一次行政複查以確定前一年度其應繳納的稅額，而複查機關的計算方式是先將每筆出口交易價格與相關月份之平均正常價格逐筆比較，之後再合計逐筆比較的結果，並計算出其占該進口商該年度進口值的百分比，此核定的百分比即是該進口商於該年度進口系爭產品應課徵的稅率，同時也代表未來年度其就該系爭產品進口應繳之保證金比率，若進口商未申請行政複查，則其於前一年度所繳納的保證金即被自動評定為該年度之最終稅額，並作為翌年其進口該系爭產品時，海關應向其收取之保證金的基準¹¹⁶。

歐盟於控訴時所指稱的「典型歸零」與「簡單歸零」則是描述美國在反傾銷程序的兩個不同階段所分別採行的歸零方法，前者是在之前案例已討論過者，即將調查期間之出口價格的加權平均與正常價格的加權平均比較後，凡高於正常價格的差額皆予以歸零的作法；至於「簡單歸零」卻是在反傾稅額核算程序中，將每筆出口交易價格與平均正常價格比較後，高於平均正常價格的差額歸零的作法¹¹⁷。換言之，「簡單歸零」涉及的比較法是個別價格與平均價格的比較，不同於「典型歸零」是加權平均對加權平均的比較。

¹¹⁵ *Id.* paras. 127, 135, 263(a)(i).

¹¹⁶ *Id.* paras. 109; also Panel Report, *US – Zeroing (EU)*, WT/DS294/R, para. 2.4.

¹¹⁷ Panel Report, *US – Zeroing (EU)*, paras. 2.3, 2.5; also Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, para. 110.

(一) 小組裁決

對於「典型歸零」，小組參考之前的上訴機構裁決，判定其不符第 2.4.2 條之規定¹¹⁸；關於這部分的裁決，兩造當事國皆未上訴¹¹⁹。至於「簡單歸零」，小組多數成員認為第 2.4.2 條的「調查階段 (investigation phase)」一詞有限制該條僅適用於第 5 條所指之調查階段的傾銷判斷之效果¹²⁰，所以於行政複查程序使用「簡單歸零」，並不違反第 2.4.2 條之規定¹²¹。小組從以下幾個層面進行分析：首先從規定的相似程度來看，最接近第 2.4.2 條「調查階段之傾銷差額是否存在」之句法者為第 5 條第 1 項的「決定傾銷是否存在的調查」；事實上反傾銷協定中以「調查」指稱特定程序時，大部分情形可清楚地從上下文看出來，就是指第 5 條意義的調查程序，而反傾銷協定也從未用「調查」一詞指稱反傾銷措施已採行後之階段；此外，反傾銷協定若是有將調查階段的規定準用至之後階段的情形，均加以明文，如第 11.4 條明定第 6 條的調查證據於複查準用，以及第 12.3 條明定第 12.1 及 12.2 之調查準用於第 11 條之複查程序等；反傾銷協定第 18.3 條更將「調查」與「複查既有措施」二階段分立，以區別兩者，足證當初協定起草者理解兩者是不同的概念¹²²。最後小組又援引過去上訴機構與小組的裁決，以說明反傾銷稅及平衡稅程序中之「調查」一詞，若是用以指稱特定的階段，始終是與具有不同目的之「稅額核算」或「複查」階段有所區別，所以適用於「調查」階段的規範也早已被這些裁決報告判定並不當然適用於反傾銷稅及平衡稅程序中

¹¹⁸ Panel Report, *US – Zeroing (EU)*, paras. 7.27-7.32.

¹¹⁹ 美國亦未上訴的理由應是其本擬從另一角度來攻擊小組將「歸零法則」視為一種措施，因為美國法律並無明文強制調查機關採行「歸零法則」，是以美國主張小組將會員某些偶爾重覆的作法視為是會員法規，乃違反爭端解決規則及程序瞭解書賦予小組的義務；上訴機構雖不同意小組的某些分析，不過基本上認同小組的結論，即美國在原始調查的加權平均比較中採用「歸零法則」的作法可以視為是一種違反第 2.4.2 條之規定 (norm)，另外也表示未形諸於文字的規則或規定可被視為是具有一般及未來適用的措施，而得以在爭端解決程序被控訴，只是控訴方最少應就該「規則」或「規定」可歸之於被控訴國、該「規則」或「規定」之確切內容、以及其具一般及未來適用性等事項提出充分證據。Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, paras. 198, 203-205.

¹²⁰ 本案小組報告有不同意見書，其中一位小組成員表示第 2.4.2 條文法上應解釋為「調查階段」一詞是用來修飾前面的「傾銷差額的存在」一詞而非用來修飾後面的「如何建立傾銷差額」一詞；換言之，此處文義應是「調查階段的傾銷差額應以下列比較方法建立」，而不是像小組所解釋的「限於調查階段（與之後的複查階段有所區別）時，以下列比較方法建立傾銷差額。」

Panel Report, *US – Zeroing (EU)*, paras.9.1ff.

¹²¹ Panel Report, *US – Zeroing (EU)*, para. 7.223.

¹²² *Id.* paras. 7.150-7.170.

的其他階段¹²³。根據上述的論理，小組總結第 9.3 條的稅額核算程序既不是調查程序的一部分，則第 2.4.2 條禁止於調查階段計算傾銷差額時使用「歸零法則」的規定，即不當然適用於第 9.3 條之稅額核算程序。

(二) 上訴裁決

上訴機構對於「簡單歸零」採取與小組截然不同的看法，首先，其並不以文義解釋的方法來論述第 2.4.2 條與第 9.3 條的關係，而是直接跳入「傾銷」與「傾銷差額」的定義以處理歐盟所提「簡單歸零」同時違反第 9.3 條與 GATT 第 6 條第 2 項規定所要求的「反傾銷稅額不得超過依反傾銷協定第 2 條所建立的傾銷差額」。

上訴機構援引其在美國——軟木案之五中有關「傾銷」及「傾銷差額」的見解¹²⁴，在該案中，上訴機構認為由於第 2.1 條一開始即明文規定：「為了本協定的目的」，故該項所含的「傾銷」定義應適用於整個協定；至於所謂的「傾銷差額」則指的是傾銷的程度¹²⁵。援引之後，本案上訴機構接著分析 GATT 第 6 條第 2 項，由於該項規定：「為防止傾銷，會員可對任何傾銷的產品課徵不逾該產品『傾銷差額』的反傾銷稅」，至於何謂「傾銷」？上訴機構指出 GATT 第 6 條第 1 項已有明文，基本上與反傾銷協定第 2.1 條之規定並無不同，皆為「一國的產品以低於正常價格的方式輸入他國」¹²⁶。

上訴機構認為其於歐盟——棉質寢具案及美國——軟木案之五中已表示在反傾銷協定與 GATT 第 6 條下，「傾銷」與「反傾銷差額」皆必須建立在「整個」受調查產品（product under investigation as a whole）之上¹²⁷。尤其是在美國——軟木案之五中，其雖同意調查機關可進行多重比較，但認為只有於調查機關合計「所有」這些中間階段的比較值之後才得以建立條文所要求的「傾銷差額」¹²⁸。儘管美國——軟木案之五處理的是第 2.4.2 條加權平均對加權平均的比較，但上訴機構認為該案有關「傾銷」及「傾銷差額」的定義並不是基於第 2.4.2 條第一

¹²³ *Id.* paras.7.171-7.186.

¹²⁴ Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, para. 125.

¹²⁵ Appellate Body Report, *US – Softwood Lumber V*, paras. 93, 96.

¹²⁶ Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, para. 125.

¹²⁷ *Id.* para. 126.

¹²⁸ Appellate Body Report, *US – Softwood Lumber V*, para. 97.

句的文字，而是基於第 2.1 條與 GATT 第 6 條的相關上下文，所以並不會使該案失去被本案參考的價值¹²⁹。

最後上訴機構總結，由於第 9.3 條提及第 2 條，所以依第 9.3 條及 GATT 第 6 條第 2 項之規定，核算的反傾銷稅額不得超過為「整個產品」所建立的「傾銷差額」，美國的「簡單歸零」在合計多重比較的過程中，忽略超過平均正常價格的比較結果，以致其所核算的反傾銷稅額超過該出口商或生產者得以作為反傾銷稅比較基礎的「傾銷差額」，進而違反第 9.3 條及 GATT 第 6 條第 2 項之規定¹³⁰。

（三）美國的反彈

本案裁決被爭端解決機構採納的同時（2006 年 5 月 9 日），美國如前所述，很不平常地將其對此上訴裁決的觀點撰成書面，不但於會議時分發給會員，並要求祕書處將之列為有正式 DS 編號的文件（按 DS 代表「爭端解決」）¹³¹。於該評論書面中，美國舉出網路上讚揚此裁決的部落格觀點：「本裁決實為 WTO 法理學的一大發展，就某方面來說，上訴機構為『單憑貿易談判』是無法完成的自由貿易做出重大貢獻…」以說明縱然是這些非倡導主權的論者亦可看出本案的裁決並未根據談判出來的協定文字，而且亦無法期待在未來的回合談判可達成本裁決所成就的結果¹³²。對美國而言，此種罔顧爭端解決規則及程序瞭解書第 3.2 及 19.2 條之規定，亦即增加或減損會員實際上所同意的權利或義務的作法，高度腐蝕爭端解決制度過去 11 年來所累積的公信力¹³³。

美國認為上訴機構於本案的結論以及推導至結論的分析過程不僅使反傾銷協定的重要條文變得無效，更極端地改變了傾銷差額的計算方式，衝擊之深甚至波及到與所謂的「歸零法則」無關的場合；其以「集中傾銷」、「預期基礎法」、

¹²⁹ See Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, para. 126.

¹³⁰ *Id.* para. 127.

¹³¹ *Minutes of Meeting, Dispute Settlement Body, May 9, 2006*, WTO Doc. WT/DSB/M/211 (Jun. 12, 2006), para. 17.

¹³² 注意此網路部落格的作者亦表示「當然，主權論者可能不歡迎這樣的發展；對他們而言，這將是一種不可被接受的司法積極主義或司法造法，因為於烏拉圭回合談判草擬反傾銷協定時，談判者並未同意這樣的內容。」*International Economic Law & Policy Blog, Worldtradelaw.Net*, available at http://worldtradelaw.nettypepad/ielpblog/2006/04/a_farewell_to_z.html.

¹³³ *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”)*, *Communication from the United States*, WTO Doc. WT/DS294/16 (May 17, 2006), para. 29.

以及「第 2.2 條推定價格」三者為例，說明為何其如此批評。

美國認為若依上訴機構的邏輯，所有的「傾銷差額」都必須針對整個產品，即產品全體，則反傾銷協定第 2.4.2 條後半段有關「集中傾銷」的規定將無用武之地，因為加權平均與個別價格的比較將無異於第 2.4.2 條前段之加權平均對加權平均的比較¹³⁴。

對於非採「回溯基礎法」的國家，美國也懷疑彼等於此裁決後得以繼續採取第 9.4 (ii)條所規定的「預期基礎法」¹³⁵。以「預期基礎法」核算反傾銷稅的制度是以個別交易為基礎，產品進口時，即將該筆交易的出口價格與預估的正常價格相比較，假如高於正常價格即對該筆進口課徵反傾銷稅，反之則否¹³⁶。雖然加拿大等國表示採行此制的國家並未使用「歸零法則」，但美國不以為然，其主張若依上訴機構的邏輯推演，則在此制下高於預估正常價格的進口其實應獲得退稅的待遇，才符合禁止歸零的要求，而這應該不是採取此制的國家於談判時可預期的結果¹³⁷！

關於反傾銷協定第 2.2 條允許以推定的正常價格作為計算傾銷差額的比較基礎一節，美國表示據其所知，多數國家於比較過程中通常又將交易分成數個次分類或典型，以降低對推定正常價格之過度倚賴，因為推定正常價格咸認較出口國內的正常價格不精確，但如今依上訴機構傾銷差額必須是針對整個產品的見解，則顯然調查機關必須以該推定價格適用於整個產品的傾銷差額決定程序，而非僅做為次分類或典型的比較基礎¹³⁸。

本案裁決採納一個月後，美國雖已表達履行該裁決之意願¹³⁹，但又以其他會員對其第一份意見有所評論，以及本問題對於 WTO 爭端解決制度之有效性與公

¹³⁴ *Id.* paras. 4-8.

¹³⁵ *Id.* para. 11.

¹³⁶ *Id.* para. 10.

¹³⁷ *Id.* paras. 11-12.

¹³⁸ *Id.* paras. 13-15.

¹³⁹ 在 5 月 30 日的爭端解決機構會議上，美國宣佈其有意履行裁決，但需合理的履行期間。同年 7 月 28 日與歐盟合意履行期間為 11 個月，於 2007 年 4 月 9 日屆滿。2007 年 4 月 24 日美國雖表示已完成履行，但歐盟對其履行是否符合原裁決表示有所疑問，而於 7 月 9 日要求與美國進行 DSU 第 21.5 條之「履行審查」諮商，爭端解決機構後於 9 月 25 日同意成立審查小組。*Summary of the Dispute to date, Dispute DS 294*, available at WTO website.

信力具有相當之重要性，而再度提出書面意見¹⁴⁰。在這份意見書中，美國援引當時已出爐的美國——軟木案之五（21.5 條）之小組裁決的見解，即 GATT 第 6 條規定有多處使用到「產品」一詞，不必然指整個受調查產品的集合，有的時候還是指個別出口交易的產品，故堅持應反映「整個產品」並不正確¹⁴¹；美國也批評儘管上訴機構認為會員採取多重比較是出自於本身的選擇，但裁決的結果卻看不出除了這種選擇外，還有其他什麼選擇，因為上訴裁決等於完全否定傾銷差額可以個別交易為基礎¹⁴²；此外，無論是採「預期基礎法」或「回溯基礎法」，制度的本質均是以個別交易為基礎，但上訴機構卻予以差別待遇¹⁴³，使其論理亦有不能自圓之處¹⁴⁴；最後，美國並以歷史的事實進一步說明上訴裁決之不當，其指出早在 GATT 時代即已有二個小組裁決東京回合的反傾銷規約並不禁止「歸零法則」，導致烏拉圭回合談判時各國積極討論是否應在 WTO 協定中禁止使用「歸零法則」，惟最後 GATT 第 6 條並未改變，反傾銷協定第 2.1 條也繼續維持東京回合反傾銷規約的風貌，足證上訴機構的推論絕非會員當時談判的結論，因為會員不可能一方面同意禁止「歸零法則」，另一方卻又不調整上述未明文禁止「歸零法則」之條文的文字；縱使假設會員神祕地同意以不同於 GATT 小組的解釋方式，重新詮釋這些條文以致足以達到禁止「歸零法則」的效果，故未於談判時調整條文文字，這樣的假設也有悖常理，因為這豈不意謂歐盟、美、加等經常使用反傾銷稅的國家，透過「歸零法則」的使用，自 WTO 協定生效起即有意地違背 GATT 第 6 條與反傾銷協定相關條文規定？這種惡意的推定，上訴機構在智利——酒類稅案中已揭示是不允許的¹⁴⁵。

其實以上的論點，美國均曾於前述的軟木案之五（21.5 條）的小組程序、及以下討論的美國——歸零案（日本）的小組程序中提出，亦獲得二案小組的支持，故其以之架構其對本案上訴機構裁決之批評，並不意外；不過由於上訴機構後來也分別推翻了軟木案之五（21.5 條）、以及美國——歸零案（日本）二案小

¹⁴⁰ *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), Communication from the United States*, WTO Doc. WT/DS294/18 (Jun. 19, 2006).

¹⁴¹ *See Panel Report, US – Softwood Lumber V (21.5)*, para.5.22-5.23.

¹⁴² WTO Doc. WT/DS294/18, para. 23.

¹⁴³ Appellate Body Report, *US – Zeroing (EU)*, fn. 234.

¹⁴⁴ WTO Doc. WT/DS294/18, paras. 24-28.

¹⁴⁵ *Id.* paras. 33-35 (fn. 44 referring to *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages, Report of Appellate Body*, WTO Doc. WT/DS87/AB/R, WT/DS/110/AB/R, adopted Jan. 12, 2000, para. 74).

組的看法，並提其出推翻的理由，算是間接回應了美國於此處所為的批評。

四、美國——歸零案（日本）

正當美國於不到四個月的時間內連續遭逢兩次「歸零法則」的挫敗後（即上述歐盟控訴美歸零乙案及軟木案之五（21.5 條）），同年 9 月 20 日，就在軟木案之五（21.5 條）的裁決報告採納後之 20 日，窮途末路的「歸零法則」卻突見峰迴路轉，因為剛分送的小組裁決報告在日本控訴美國關於歸零及落日複查一案中，除了同樣認為採取加權平均比較時不得使用「歸零法則」外，倒不認為在原始調查以外的其他複查程序應該禁用「歸零法則」，可謂與上訴機構之前的裁決立場迥然不同¹⁴⁶。這樣的轉折使美國大感振奮，其貿易代表施瓦布大使（Susan Schwab）即宣稱本裁決的分析展示了小組堅守其作為 WTO 司法機構的首要責任，即應依 WTO 協定之規定適用 WTO 協定（apply the WTO agreements as written），為 WTO 司法機構應如何完成使命樹立典範¹⁴⁷。然而美國的讚揚並未使上述小組裁決免於曇花一現的命運，翌年元月 9 日的上訴機構裁決便完全推翻本案小組對於「歸零法則」的包容。

日本於本案中控訴美國所使用的「歸零法則」包括上述美國——歸零案（歐盟）中已出現的「典型歸零」以及「簡單歸零」，不過日本所指的「簡單歸零」不只包含美國——歸零案（歐盟）中所提及的個別價格對加權平均比較時略去負傾銷差額的作法，尚包含軟木案之五（21.5 條）中所論及的個別價格對個別價格比較時不計負傾銷差額的作法，換言之，凡涉及個別價格之比較所使用之「歸零法則」皆屬本案所謂的「簡單歸零」¹⁴⁸。

日本聲稱美國例行地於原始調查中使用「典型歸零」，除了近來於原始調查

¹⁴⁶ 可確定的是本小組曾經考慮過上訴機構在美國——歸零案（歐盟）的裁決，因為小組於期中報告後向兩造表達其認知到上訴機構於 2006 年 4 月 18 日關於美國——歸零案（歐盟）所作成的裁決對本案之期中報告內容有直接影響，故要求兩造表示其是否須基於該上訴裁決重新考量期中報告的內容，後也在美國要求下，為此重開聽審會議。United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews, Report of Panel, adopted as modified by the Appellate Body Report Jan. 23, 2007, WTO Doc. WT/DS322/R (Sep. 20, 2006), para. 6.2 (hereinafter “US – Zeroing (Japan)”). 至於關於美國——軟木案之五（21.5 條）的上訴裁決，本小組於完成報告時並不及知悉。

¹⁴⁷ USTR, *WTO Panel Finds for United States in “Zeroing” Dispute with Japan* (Sep. 20, 2006), available at USTR website.

¹⁴⁸ Panel Report, *US – Zeroing (Japan)*, paras. 7.2-7.3.

時改採個別價格對個別價格之比較時才改用「簡單歸零」；此外，美國例行地於定期複查（periodic review）——即前述的稅額核算程序，與新出口商複查（new shipper review）——即核算於調查期間並沒有出口實績的出口商之應付稅額，也例行地使用包含「簡單歸零」的個別價格對平均正常價格之比較；至於在「情勢變更複查」與「落日複查」¹⁴⁹，美國調查機關通常不重新計算傾銷差額，而只是依賴原始調查時利用「典型歸零」以及定期複查時利用「簡單歸零」所獲致的傾銷差額，對於以上這些作法，日本主張違反 GATT 第 6 及 16 條以及反傾銷協定相關條文¹⁵⁰。

（一）小組裁決

除了在反傾銷協定第 2.4.2 條前段所規範的於原始調查階段使用加權平均對加權平均之情形外，無論是在原始調查或複查程序，也無論價格比較之進行是以個別價格對個別價格或以個別價格對平均價格為基礎，小組均認為無法找到足以禁止「歸零法則」使用之法條依據¹⁵¹。對於日本要求依美國——歸零案（歐盟）之上訴裁決，擴大適用「整個產品（product as a whole）」概念的主張，小組答以其儘管了解依循先前小組及上訴裁決對 WTO 體系的重要性，但基於以下的理由而無法採取前述上訴裁決之處理方式¹⁵²。於詳述其理由前，小組先說明為何其明知符合會員期待的重要性，卻仍不依循上訴機構之處理方式所考量的因素。小組表示承認上訴機構裁決不具先例效果，但基於確保「多邊貿易體系的安定性及可預測性的考量」，一般也認為過去的裁決創設了會員的「合法期待」，即會員期待爭端小組參考與系爭案件相關的上訴裁決；不過，另一方面作為爭端小組，亦負有爭端解決規則及程序瞭解書第 11 條所課予之義務，而須對呈現於其面前的案件提出「客觀評估——包括案件事實與相關內括協定之適用性及符合性的客

¹⁴⁹ 值得注意的是，這並不是第一次日本利用爭端解決程序控訴美國於落日複查時倚賴原始調查以不符第 2.4 條規定之「歸零法則」為基礎所獲得的傾銷差額，該案上訴機構雖推翻了小組認為此等作法並不違反第 2.4 及 11.3 條規定之見解，但最後卻以小組報告未提供足夠的事實為由，表示礙難完成有關日本請求的分析。*United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan, Report of Appellate Body, adopted Jan. 9, 2004, WTO Doc. WT/DS244/AB/R, para. 212 (hereinafter US – Corrosion Resistant Steel Sunset Review).*

¹⁵⁰ Panel Report, *US – Zeroing (Japan)*, paras. 7.4, 7.6.

¹⁵¹ *Id.* paras. 7.83-7.86, 7.143, 7.161, 7.166, 7.170, 7.175, 7.179, 7.216, 7.219, 7.222, 7.224, 7.227.

¹⁵² *Id.* para. 7.99.

觀評估」，同時，必須依瞭解書第 3.2 條之要求，「依國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定」，並且不得於建議及裁決中「增減內括協定所規定之權利與義務」¹⁵³。換言之，對本小組而言，其不能為了體系的穩定性及可預測性而違背客觀評估的要求以及解釋慣例的原則，更不能損及協定規定之權利與義務；弦外之音，意謂前述上訴機構之裁決或多或少違反了爭端解決規則與程序瞭解書中之相關規定¹⁵⁴。

接著小組分析美國——歸零案（歐盟）上訴裁決之論理問題，首先，小組認為其難以確定該上訴裁決所謂的「中間階段…多重比較」的確切意義以及適用範圍¹⁵⁵。由於上訴機構並未闡釋上述文字的意義，亦未詳細解釋美國調查機關於行政複查時所用方法之何層面牽涉到上述文字，故對小組而言，該文字可以解釋為「只要有多重比較，定義上就有中間階段」，但也可解釋為該文字指的是「某特定中間階段的多重比較」，而在該案的情況，「中間階段」的概念可能與美國「調查機關在稅額核算程序中，將用以判定傾銷差額之所有交易分成數類的作法有關」¹⁵⁶。

其次，小組指出美國——軟木案之五的上訴裁決僅利用「整個產品」的概念作為其分析在第 2.4.2 條第一句規定下之多重平均是否得採「歸零法則」的部分論理而已，並未以之論述一般多重比較是否可採「歸零法則」，換言之，其依賴 GATT 第 6 條及反傾銷協定第 2.1 條中之「產品」一詞以解釋者，是限於第 2.4.2 條第一句中，與「所有可資比較之出口交易」不可分離解釋的「傾銷差額」而已¹⁵⁷。反之，美國——歸零案（歐盟）之上訴機構卻認為 GATT 第 6 條與反傾銷協定以及第 2.1 條所提到之「產品」，本身概念已足以支持「只要有中間階段的多重比較，即不許『歸零法則』」的結論，然而未說明這原來僅是用來解釋第 2.4.2 條第一句中與多重平均相關的「傾銷差額」的概念，為何如今可作為普遍禁止「歸零法則」的獨立法律基礎¹⁵⁸？

¹⁵³ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Articles 3.2, 11, 19.2.

¹⁵⁴ See *id.* fn. 733.

¹⁵⁵ Panel Report, *US – Zeroing (Japan)*, para. 7.100.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.* para. 7.101.

¹⁵⁸ *Id.*

毋庸諱言的，一旦將「『傾銷』及『傾銷差額』必須針對『整個產品』而決定」的要求視為是一種「一般性要求」後，即使不在第 2.4.2 條第一句所特定之加權平均對加權平均比較的情況，「歸零法則」也會被禁止；不過小組基於以下對 GATT 第 6 條及反傾銷協定第 2.1 條中「產品」一字的分析，以及反傾銷協定第 2.4.2 條的解釋，認為將上述條文視為「不具有上述這種必須針對『整個產品』而決定的『一般性要求』之意」，應是可被允許的解釋¹⁵⁹。

對於 GATT 第 6 條及反傾銷協定第 2.1 條中「產品」一字的分析：

小組指出所謂的「整個產品」一詞並未出現在 GATT 第 6 條或反傾銷協定第 2.1 條中，依照維也納條約法公約的解釋原則，僅是「產品」一字並無法推導出「上述條文一定是要求在合計的層次上檢視出口交易」的結論¹⁶⁰；小組也認為「產品」一字本來就沒有排除「以個別出口交易為基礎建立傾銷差額」的可能，更何況 GATT 時代的討論顯示歷史上傾銷的概念向來是被瞭解為適用在個別出口交易的層次上¹⁶¹。

根據以上之分析，小組確認 GATT 第 6 條及反傾銷協定第 2.1 條有關「傾銷」及「傾銷差額」之定義雖牽涉「產品」一字，但並不因此表示這些詞彙不能適用於個別交易，以致必須如上訴機構所主張地，一定得在合計的層次檢視所有出口交易，並一視同仁地考慮高於或低於正常價格的交易¹⁶²。為此結論後，小組接著分析反傾銷協定第 2.4.2 條之「整個產品」的概念是否構成「歸零法則」的一般性禁止。

反傾銷協定第 2.4.2 條僅限於加權平均比較時禁止「歸零法則」：

小組揭櫫其進行此分析時的關鍵考量是如何維持第 2.4.2 條整個條文解釋的一致性，亦即解釋的結果不應導致任何一種比較方法無效¹⁶³。不幸的是，其似乎找不到兩全其美的解釋。小組首先指出第 2.4.2 條關於「歸零法則」雖無明文，但既然該條文允許個別價格得與個別價格或者是加權平均進行比較，則應可確定

¹⁵⁹ *Id.* para. 7.102.

¹⁶⁰ *Id.* para. 7.104.

¹⁶¹ *Id.* paras. 7.105, 7.107.

¹⁶² *Id.* paras. 7.112.

¹⁶³ *Id.* para. 7.113.

該條文欠缺具體禁止「歸零法則」的文字¹⁶⁴；順著這樣的邏輯思考所衍生的問題是：在欠缺具體文字而無法承認第 2.4.2 條具有一般性禁止「歸零法則」的效果時，如何解釋前段所訂的二個比較方法應區別待遇？另外的問題是：若將禁止歸零侷限於加權平均對加權平均之比較，也會使後段之例外規定效用大減，因為前段規定之個別價格對個別價格之比較在使用「歸零法則」的前提下，應已足以處理集中傾銷的問題，為何又須增設後段規定¹⁶⁵？然而若因為上述二項困難問題，轉而認為第 2.4.2 條具有一般性禁止「歸零法則」之意，也不是就沒有問題了，相反地，問題可能更大，因為全部禁止「歸零法則」的結果，不只使後段所規定的個別對加權平均之比較失去存在之意義，因為其將會產生與前段之加權平均對加權平均之比較完全相同的結果，更嚴重的是可能三種比較方法的結果在禁用「歸零法則」後都相同，以致第 2.4.2 條並列三種比較方法毫無意義¹⁶⁶。

小組最後總結：無論是將第 2.4.2 條解釋為一般性地禁止「歸零法則」或是僅禁止第一種比較方法（即加權平均對加權平均之比較）使用「歸零法則」，均無法完全避免上述所列的問題，兩害相權，將本條解釋為一般性禁止「歸零法則」，對小組而言更不符常規，也更違背有效解釋條約的要求，尤其是與該條設置例外規定的目的完全背道而馳¹⁶⁷。

小組承認其選擇僅限加權平均比較時不得使用「歸零法則」並不圓滿，特別是可能會有人主張第 2.4.2 條其實應該解釋為只有後段不禁止「歸零法則」，而前段的兩種方法均應禁止使用「歸零法則」；對此，小組表示並無法接受，因為第 2.4.2 條並沒有任何文字支持這種區別，特別是前段的「個別價格對個別價格之比較」與後段的「個別價格對加權平均之比較」，兩者雖以不同的方法建立正常價格，但有關出口價格的規定卻是完全相同，均為「個別出口交易價格」，所以小組不能明瞭同樣是「個別出口交易價格」，為何在個別對個別的比較下納入負傾銷差額的考量方式得不同於個別對平均的比較¹⁶⁸。

綜合上述，小組裁定在原始調查時採用「簡單歸零」並不違反 GATT 第 6 條

¹⁶⁴ *Id.* paras. 7.118-120.

¹⁶⁵ *Id.* paras. 7.121-126.

¹⁶⁶ *Id.* paras. 7.127-137.

¹⁶⁷ *Id.* paras. 7.138, 7.140.

¹⁶⁸ *Id.* para. 7.139.

及反傾銷協定第 2.1 及 2.4.2 條之規定¹⁶⁹。至於日本主張原始調查的「簡單歸零」同時不符反傾銷協定第 2.4 條、第 3.1 至 3.5 條、第 5.8 條、第 1 及 18.4 條與 GATT 第 16(4)條規定的論點，小組亦採否定看法¹⁷⁰。其中關於反傾銷協定第 2.4 條的「公平比較」規定，小組表示雖了解該條所要求的「公平比較」是一種獨立的法律義務，但由於「公平」的概念十分豐富，在不同場域有不同內涵¹⁷¹，且過去上訴機構也未裁決使用「歸零法則」本身即構成第 2.4 條之違反，所以其認為對「公平比較」中公平標準的解釋，不應使得其他更具體的條文淪為無用。基於這樣的前提，以及之前有關第 2.1、2.4.2 條之分析結果，小組認為不應將「公平比較」解釋為創設了「歸零法則」的一般性禁止，因此否定了日本的論點¹⁷²。確認原始調查之「簡單歸零」的合法性後，小組接下來分析定期複查與新出口商複查程序中使用「簡單歸零」的問題。

定期複查與新出口商複查程序中使用「簡單歸零」：

小組首先重述其之前關於原始調查並不禁止簡單歸零的分析，包括：一、相關條文不解釋為含有必須針對「整個產品」的「一般性要求」，是屬於反傾銷協定第 17.6(ii)條所謂的「可被允許的解釋」；二、「產品」一字並不能導出必須以合計的基礎、而禁止以個別交易為基礎檢視出口交易的結論；三、第 2.4.2 條之文字無法解釋成具有一般性禁止「歸零法則」之意。至於日本所援引的美國——歸零案（歐盟）之上訴裁決，小組亦重申其無法依循該上訴裁決之原因，包括其之前已明言該裁決所謂的「中間階段的多重比較」意義不清，且未說明為何在美國——軟木案之五中僅用於解釋加權平均對加權平均的「整個產品」概念，竟被延伸到非加權平均比較的情形，進而成為禁止「歸零法則」的獨立基礎¹⁷³。

小組也從反傾銷協定第 9 條覓得進一步支持其觀點的依據。小組認為反傾銷稅的繳納義務是針對特定進口商及特定進口的，因為進口商除了對銷售予己的部份外，並不沒有為出口商銷售至境內的所有系爭產品繳納反傾銷稅的義務，所以解釋第 9.3 條的「傾銷差額」時應將此特性納入考量；日本認為第 9.3 條應以合

¹⁶⁹ *Id.* paras. 7.142-7.143.

¹⁷⁰ *Id.* paras. 7.161, 7.166, 7.170, 7.175.

¹⁷¹ *Id.* paras. 7.154-7.155.

¹⁷² *Id.* paras. 7.157-7.160.

¹⁷³ *Id.* paras. 7.194-7.195.

計為基礎核算稅額的主張，依小組看來，忽略了這種特性。對小組而言，日本的主張將會產生以下的意涵，即在採「回溯基礎法」的制度下，售予 A 進口商的某批產品的出口價格低於預估的正常價格時，A 進口商應付之反傾銷稅會因為該出口商在不同的時間售予另一進口商(B)一批出口價格高於正常價格的同類產品而得以獲得全部或部分的免除，然而第 9.3 條根本沒有任何文字要求進行這種合計以決定稅額¹⁷⁴。同時，小組指出當依第 9.4(ii)條所規定的「預期基礎法」收取反傾銷稅時，若進口商所進口之產品的出口價格高於預估的正常價格，則該進口商根本不會有繳付反傾銷稅的義務，換言之，依該法收取反傾銷稅時並不需去考慮其他高於預估正常價格的出口交易，由此更可見不准採「回溯基礎法」之會員使用類似的方法——如「歸零法則」核算稅額之不合理¹⁷⁵。

接著小組討論第 2.4.2 條與第 9.3 條之關係，其強調第 2.4.2 條恰如之前其所分析的並無禁止「加權平均對加權平均比較」以外的其他比較方法使用「歸零法則」之意；退一步論，縱使將第 2.4.2 條擴充解釋為禁止所有比較方法使用「歸零法則」，由於將第 2.4.2 條解釋為只適用於第 5 條所指的調查階段應屬於第 17.6(ii)所謂的「可被允許的解釋」，第 2.4.2 條只適用調查階段的結果也使得其無法適用到現在討論的複查程序。綜上所述，小組認為美國於定期複查及新出口商複查程序中採用「簡單歸零」並無不符反傾銷協定第 2.1、2.4.2 條或 GATT 第 6 條之處¹⁷⁶。

依之前程序的傾銷差額做為情勢變更複查或落日複查的判斷基礎¹⁷⁷：

反傾銷協定第 11.2 及 11.3 條分別規範情勢變更複查與落日複查，但小組發現上述兩條文並未對調查機關在這兩種複查程序中是否需要計算傾銷差額有所表示；不過，小組注意到在美國——不鏽鋼落日複查一案中，上訴機構曾表示假如

¹⁷⁴ *Id.* paras. 7.198-7.199.

¹⁷⁵ *Id.* paras. 7.200-7.201, 7.206.

¹⁷⁶ *Id.* paras. 7.210-7.216.

¹⁷⁷ 這個部分，本案小組認為日本的舉證尚不足以證明美國倚賴之前的程序所計算得之傾銷差額做為情勢變更複查或落日複查判斷的基礎已經構成一種具有一般適用且未來亦會適用的規則或準則，所以對於日本主張美國在情勢變更複查及落日複查維持歸零的程序不符反傾銷協定第 2 及 11 條的控訴部分，小組以日本尚未建立「表面證據確立案件 (*prima facie case*)」而駁回。*Id.* paras. 7.236-7.244. 不過對於日本主張在有關落日複查的兩個具體個案中調查機關倚賴先前傾銷差額計算致不符反傾銷協定第 2 及 11 條一節，小組則進行實質審理。

調查機關於落日複查時選擇倚賴傾銷差額以判定傾銷繼續或再度發生之可能（likelihood-of-dumping determination），則此時傾銷差額之計算就必須符合第 2.4 條之規範¹⁷⁸；小組基於上述的前提，接著實質審理日本所指控的兩件具體個案（不鏽鋼之落日複查、以及減阻軸承（anti-friction bearings）之落日複查），結果發現：美國國際貿易委員會（International Trade Commission, ITC）雖於兩案中注意到先前程序之傾銷差額，但沒有證據顯示 ITC 確實或如何倚賴這些先前的傾銷差額而於落日複查時判定損害將會繼續或再度發生¹⁷⁹；反之，確有證據顯示美國商務部於兩案中皆倚賴之前程序所得的傾銷差額而作出其有關落日複查的決定，不過因為其所倚賴的是定期複查而非原始調查時所建立的傾銷差額，而小組既已確立定期複查時使用「簡單歸零」並不違反相關協定規定，所以小組最後判定美國 ITC 與商務部於不鏽鋼落日複查案以及減阻軸承落日複查案中依靠先前程序所計得之傾銷差額並無不符反傾銷協定第 2、11 條的規定¹⁸⁰。

至此，小組完成其裁決報告，然而其挑戰上訴機構過去已被採納之報告的結果，註定其報告被上訴機構廢棄的命運，不過卻已開啟小組反對上訴機構司法造法的先河，而其有關「歸零法則」在某些情形可能合法的立論擲地有聲，也使上訴機構必須建立更縝密的論理架構以維持其向來反對「歸零法則」的立場。更有趣的是本案小組成員之一且兼任小組主席的 David Unterhalter 律師（南非籍）於本案最後一次聽審程序（2006 年 6 月 12 日）後不久，即被任命為上訴機構成員，以接任於同年元月逝世的 John Lockhart（澳洲籍）所遺留下的任期（2006 年 7 月 31 日至 2009 年 12 月 11 日）¹⁸¹，換言之，Unterhalter 氏開始需經常考量上訴機構過去的裁決，然而異位而處的他，未來關於會員對以往裁決之「合法期待」、或是「歸零法則」的合法性等問題，是否仍會採取如本案小組一般的立場，值得拭目以待¹⁸²。

¹⁷⁸ *Id.* paras. 7.233-235, referring to Appellate Body Report, *US – Corrosion Resistant Steel Sunset Review*, para. 127.

¹⁷⁹ *Id.* paras. 7.249-7.254.

¹⁸⁰ *Id.* paras. 7.255-7.257.

¹⁸¹ *WTO Appoints New Appellate Body Member*, WTO Press/448 (Jul. 31, 2006), available at WTO website, http://www.wto.org/english/news_e/pres06_e/pr448_e.htm.

¹⁸² See also WorldTradelaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), WT/DS322/R.

(二) 上訴裁決

2007 年元月不令人意外地，除了小組唯一禁止「歸零法則」的部分（即原始調查之「典型歸零」），上訴機構未維持本案小組任何有關「歸零法則」的裁決¹⁸³。鑑於上訴機構於美國——軟木案之五（21.5 條）已判定原始調查中之個別價格對個別價格比較不得使用「簡單歸零」，且於美國——歸零案（歐盟）中又判定期（稅額）複查不得使用「簡單歸零」，本案上訴機構無法同意小組的論理是可以想像的，而其依之前裁決的邏輯以廢棄小組裁決之部分，於此即不再贅述。

不過由於本案小組裁決對美國——歸零案（歐盟）提出幾個甚為有力的質疑，包括：上訴機構所謂的「中間階段的多重比較」概念不清，以致難以理解何以得利用「產品」一字而擴張「整個產品」的概念成為一般性的義務；另外，上訴機構一概禁止「歸零法則」將置「反傾銷協定第 2.4.2 條後段之例外規定」於何地？且如何與「預期基礎法」收取反傾銷稅時並未考慮出口價格高於預估正常價格部分的實務作法不相矛盾？雖然有些部分的質疑，可在上訴機構於美國——軟木案之五（21.5 條）的裁決中找到答案，譬如上訴機構如何認為第 2.4.2 條後段規定不致因其禁止前段二項方法使用「歸零法則」而無效之問題；但有些部分之質疑，上訴機構卻非得於此澄清不可。

首先，上訴機構不再大玩文字遊戲，而是直接從反傾銷協定適用於整個反傾銷程序所有階段——包括原始調查、定期（稅額）複查、新出口商複查等各階段的根本規範（fundamental discipline）切入，此種處理方式顯示上訴機構企圖畢其功於一役，以更上位的協定基本精神徹底瓦解小組試圖以「『歸零法則』非一概禁止」的解釋屬於反傾銷協定第 17.6(ii)條所謂的「可被允許的解釋」而挽救「歸零法則」的努力¹⁸⁴。

上訴機構表示從反傾銷協定的設計與架構可證明：「傾銷」及「傾銷差額」的概念是針對單一出口商或外國生產者的「產品」，因此必須為每個受調查的出口商或外國生產者決定「傾銷」及「傾銷差額」，也只有在傾銷的產品造成國內生產類似產品的產業損害或有損害之虞時，才能課徵反傾銷稅，且稅額不得超過

¹⁸³ Appellate Body Report, *US – Zeroing (Japan)*, para. 190.

¹⁸⁴ *Id.* paras. 107, 189.

為一出口商或生產者所建立的「傾銷差額」¹⁸⁵。對上訴機構而言，以上的概念環環相扣，並不會因為依循不同的方法以完成協定各不同條款所要求作成的決定而有所變化¹⁸⁶。這樣的分析其實與上訴機構在過去裁決中所作成者，差異不大，仍然是強調反傾銷協定第 2.1 條及 GATT 第 6 條之「產品」概念所指的是出口商所有傾銷的產品，不過由於其於此特別強調反傾銷稅的課徵必須以損害為前提，蓋反傾銷協定及 GATT 第 6 條並不非難傾銷本身（*dumping per se*），而損害之認定又必須同時考慮傾銷產品之價與「量」，故進一步證實「整個產品」的觀點是貫穿整個反傾銷程序¹⁸⁷。

上訴機構接著說明儘管受調查產品由調查機關定義，但「傾銷」與「傾銷差額」僅能存在於整個受調查的產品，而不能存於該受調查產品的某個類型、典型、或分類；所以假如調查機關以多重比較為基礎計算傾銷差額，則這些中間比較的結果絕非傾銷差額，而只是為建立傾銷差額時應輸入合計的數值¹⁸⁸！

根據以上的論理，上訴機構維持美國——軟木案之五（21.5 條）上訴裁決的看法，再度確認於原始調查時所進行之個別價格對個別價格比較，不得使用「歸零法則」，並強調美國於損害計算時將傾銷差額為負值的出口數量亦納入考量，但計算傾銷差額時卻刻意忽略該比較值，換言之，同一筆出口交易為了某一特定目的可視為傾銷，但為了另一目的卻又被視為非傾銷，顯然不符合整個傾銷程序中應前後一致對待系爭產品的要求¹⁸⁹。

至於第 2.4.2 條後段例外規定問題，上訴機構除了重申其於美國——軟木案之五(21.5 條)的見解，亦即假如不禁止前段的兩個方法使用「歸零法則」，反而會使調查機關於使用前兩種方法之一時即足以逮獲集中傾銷的價格態樣，致後段的例外規定無用¹⁹⁰；同時，上訴機構也表示雖然本案小組以前段個別價格比較法與後段的個別價格對加權平均比較法所用的文字皆是「個別出口交易價格」，因此不應於後者不禁止「歸零法則」使用之同時，卻於前者禁止，但其認為真正應

¹⁸⁵ *Id.* para. 114.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.* para. 113.

¹⁸⁸ *Id.* para. 115.

¹⁸⁹ *Id.* para. 128.

¹⁹⁰ *Id.* para. 133, fn. 332, referring to Appellate Body Report, *US – Softwood Lumber V (21.5)*, para. 100.

注意的是第 2.4.2 條後段之價格「類型」一詞，故後段所指的「個別出口交易價格」應限於符合該價格「類型」者，職是之故，其出口交易之範疇必定較前段與其對應之比較法所需檢視的出口交易來得限縮，並非如小組以為的是完全相同的¹⁹¹。

最後，於定期複查與新出口商複查部分，上訴機構維持其於美國——歸零案（歐盟）裁決之立場，同樣裁定不得使用「歸零法則」，並反駁小組的兩個觀點：一、上訴機構未曾如小組暗示地於解釋第 9.3 條時，建議稅額核算時不得以個別交易或個別進口商為基礎，只是強調無論如何核算，應課之稅額不得逾出口商之傾銷差額¹⁹²；二、小組所謂禁止「歸零法則」的結果將使採「回溯基礎」的國家因為在不同時點出口給其他進口商之交易價格高於正常價格，而致無法於某特定時點收取關於某筆出口至某特定進口商之交易價格低於正常價格之反傾銷稅，上訴機構認為此種說法並不正確，因為傾銷概念是與出口商之定價行為有關，而非與進口商有關，故採取「回溯基礎法」的行政機關於產品進口時，可對所有出口交易收取反傾銷稅之擔保金，包括出口價格高於正常價格者亦得收取，只不過進口商有權依第 9.3.1 條申請定期複查以請求返回超過上限的部分，此處所謂的上限必須是不使用「歸零法則」而為系爭出口商決定之「傾銷差額」，這個定義無論是依第 9.3.1 條（「回溯基礎法」）或是依第 9.3.2 條（「預期基礎法」）所進行之複查程序均同樣適用¹⁹³。總之，上訴機構完全不同意其對於第 9.3 條之解釋有利於「預期基礎」制，卻歧視「回溯基礎」制，相反地，其認為反傾銷協定並不論會員採取何種核算稅額的制度，僅是規定應以「傾銷差額」為得課徵之稅額上限，並規定超過該上限時得請求返還，所以即使在「預期基礎」制度下，就進口商所繳付的稅額內，該進口商還是可以申請年度複查而請求退還超過出口商傾銷差額的部分，因此不見得對「預期基礎」制比較有利¹⁹⁴。上訴機構這種見解似乎意謂採取「預期基礎」制之國家於收取反傾銷稅額時雖看似在使用「歸零法則」，但因為此時應付稅額的責任尚未終局確定，進口商仍可申請複查退稅，只要在複查時機關未使用「歸零法則」而允許退稅即不違反協定之規

¹⁹¹ *Id.* para. 135.

¹⁹² *Id.* para. 155, 162.

¹⁹³ *Id.* paras. 156.

¹⁹⁴ *Id.* paras. 162-163.

定。

關於在兩具體落日複查個案中，美商務部倚賴先前於定期複查時採取簡單歸零所獲得之「傾銷差額」作為其決定基礎一節，由於上訴機構已禁止定期（稅額）複查時使用「歸零法則」，當然也就無法維持小組認為這個部分並未違反協定第 2、11 條規定之看法，再加上第 11.3 條要求落日複查的決定必須是建立在「導致合理且充分結論的嚴格檢驗」之上¹⁹⁵，且有「積極證據」與「充分事實基礎」作為支持，故上訴機構進一步判定美商務部在此兩具體個案中的行為已違反第 11.3 條之規定¹⁹⁶。

（三）美國的批評

在接連美國——軟木案之五（21.5 條）與美國——歸零案（歐盟）的上訴裁決後，本案上訴裁決的內容應未出乎美國之意料，因為該裁決理論看起來鋪天蓋地，但除了「典型歸零」外，兩種「簡單歸零」早在前述兩案中就已被判定不能維持，雖拜與加拿大和解之賜，美國暫毋庸煩惱其中之一，而另一於本案上訴裁決出爐之際，尚未逾與歐盟協議的合理履行期間¹⁹⁷，但如今美國似乎已無可能寄望新的司法判決為其帶來任何的轉圜空間，特別是前二案上訴裁決原本被批有所不足之處，經過本案之裁決，似乎也獲得進一步補強。

面對這場以一抵十的戰爭¹⁹⁸，於爭端解決機構採納本裁決的會議上，美國仍強烈批評上訴裁決論理之瑕疵¹⁹⁹，強調連續三案的小組，總共八位專家均認為反傾銷協定並未禁止調查階段以外的其他階段或加權平均比較以外的其他方法使用「歸零法則」²⁰⁰，上訴機構卻拒絕這樣的分析，且未說明其拒絕之邏輯，更嚴重

¹⁹⁵ Appellate Body Report, *US – Corrosion Resistant Steel Sunset Review*, para. 113-114.

¹⁹⁶ Appellate Body Report, *US – Zeroing (Japan)*, paras. 182-186.

¹⁹⁷ 履行期間至 2007 年 4 月 9 日方屆滿。不過於為文的此時，本案已進入 DSU 第 21.5 條之履行審查程序（2007 年 9 月 25 日小組成立）。

¹⁹⁸ 本案作為第三國參加的會員與美國——歸零案（歐盟）之第三國參加數目不相上下，均為十國左右。本案包括：阿根廷、中國、歐盟、香港、印度、韓國、墨西哥、紐西蘭、挪威及泰國等十國；在美國——歸零案（歐盟）則多了巴西、臺灣、及土耳其，不過該案泰國並未參加，總計共十一國作為第三國參加。

¹⁹⁹ 會後並提供詳述其批評之書面。*US – Zeroing (Japan), Communication from the United States*, WTO Doc. WT/DS322/16 (Feb. 26, 2007).

²⁰⁰ 美國——歸零案（歐盟）有一位小組成員採不同看法。見前揭註 120。

的是甚至不認為上述專家的裁決至少反映一種在反傾銷協定下是「可被允許」的解釋²⁰¹。美國批評上訴機構全面禁止「歸零法則」並非根據協定條文本身，而是依其於歷來案件中一變再變，甚至相互矛盾的見解，美國接著說明上訴機構如何在三個案子中，一再更改論理的基礎：首先在美國——軟木案之五中，上訴機構是以第 2.4.2 條關於加權平均比較之規定含有「所有可資比較」一詞，而裁決多重平均必須包含所有出口交易，進而禁止「歸零法則」；但到了美國——歸零案（歐盟），上訴機構卻將這個原為解釋第 2.4.2 條前段的一種比較方法如何計算傾銷差額的概念——即應針對「整個產品」的概念，在沒有任何條文的依據下擴充成全面禁止「歸零法則」的獨立法律基礎；而在美國——軟木案之五（21.5 條）中，同樣地倚賴這種跳躍邏輯，進而認為所謂的「產品」除了指「整個產品」外，不可能有其他涵義，因此裁定即使個別交易比較也必須合計，且不得忽略高於正常價格的比較結果²⁰²。美國認為儘管本案小組已指出前述上訴裁決中的這種論理瑕疵，但上訴機構仍怠於此案中解釋其跳躍的邏輯²⁰³。

美國另外也舉出本案上訴機構為回應批評而對集中傾銷與「預期基礎」法所作的一些解釋，其實問題也很多，特別是會產生會員當初談判時所無法預想或接受的適用方法，譬如居然認為集中傾銷的出口交易集合可以只是所有出口交易集合下的子集合，事實上沒有任何會員曾經如此做過或建議可以如此做，反傾銷協定中當然也沒有這樣的規定，更何況這又要如何與上訴機構所要求的應包含所有出口交易這樣的見解互不矛盾呢²⁰⁴？而上訴機構為了避免一概禁止「歸零法則」的結果形成對「回溯基礎」法的歧視，居然表示「預期基礎」法於收取時雖可能超過整個產品的傾銷差額，但只要於複查時再退還超收的稅額即無妨，但是「預期基礎」法有用以決定最終應付稅額的複查制度嗎？若有，為何會員未於條文中像規範「回溯基礎」法一般地予以明文呢²⁰⁵？

儘管重炮抨擊，但在翌次會議上當主席詢問美國是否願意履行時，美國仍循

²⁰¹ *Minutes of Meeting, Dispute Settlement Body Meeting on Jan. 23, 2007*, WTO Doc. WT/DSB/M/225, paras. 73-74 (Mar. 8, 2007)

²⁰² WT/DS322/16, paras. 17-22.

²⁰³ WT/DSB/M/225, para. 74.

²⁰⁴ *Id.* para. 75, also WT/DS322/16, paras. 11-12.

²⁰⁵ WT/DS322/16, paras. 8-9.

例表達有意履行，後也與日本達成以 11 個月為履行期間的合意²⁰⁶，只是在該次會議上美國仍不忘指責上訴機構未依條文規定，擅自推論會員有關「歸零法則」的合意，其強調這種未依會員當初協議文字，僅是純憑臆測的判案方式，將會引發諸多法律與現實的問題，並導致本案有關「歸零法則」的裁決除了在「調查階段之加權平均比較」部分外，其他部分均缺少法律價值²⁰⁷。美國接著比喻說若是內國法院判決，這種不合邏輯的結果將會是立法部門重新考慮的優先對象，而於 WTO 也不該有所不同，故美國提請會員於「規則談判」中著手處理這個影響數會員反傾銷體制運作的議題²⁰⁸。至此，美國算是正式向上訴機構宣戰，並訴求其他會員支持其導正上訴機構背離條文規定之裁決，不過在其明顯屬於少數的情況下，當天會議並無人對此有正面回應，僅印度表示「歸零法則」本來就是此回合談判中「規則談判」的議題，包括印度在內的數個國家（其他國家應是指反傾銷之友）均曾經提案應明文禁止任何的調查使用「歸零法則」，以避免未來再生爭端²⁰⁹。印度這種發言當然無助於美國的倡議，不過也可了解美國在此案受孤立的程度。

柒、「歸零法則」之規則談判草案及相關發展

美國既然已於前述會議中提到應仿倣內國體制立法制衡司法的作法，於「規則談判」時由會員透過立法來處理「歸零法則」，無論其他會員反應如何冷淡，也無論「反傾銷之友」如何打對臺，其勢必得有所動作；再加上除了上述已結案件外，其尚有數件涉及「歸零法則」的案件纏訟中，包括：美國——蝦（泰國）案²¹⁰、美國——不鏽鋼（墨西哥）案²¹¹、美國——繼續歸零案²¹²等，不利用立法

²⁰⁶ *US – Zeroing (Japan), Agreement under 21.3(b) of DSU*, WTO Doc. WT/DS322/20 (May 8, 2007).

²⁰⁷ *Minutes of Meeting, Dispute Settlement Body Meeting on Feb. 20, 2007*, WTO Doc. WT/DSB/M/226, paras. 31-32 (Mar. 26, 2007).

²⁰⁸ *Id.* para. 34.

²⁰⁹ *Id.* para. 38.

²¹⁰ *United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand, Constitution of the Panel Established at the Request of Thailand, Note by the Secretariat*, WTO Doc. WT/DS343/8 (Jan. 30, 2007), paras. 1, 3 (2006 年 10 月 26 日成立小組，2007 年 1 月 26 日秘書長擇定小組成員) (hereinafter “*US – Shrimp (Thailand)*”).

²¹¹ *US – Stainless Steel (Mexico), Constitution of the Panel Established at the Request of Mexico, Note by the Secretariat*, WTO Doc. WT/DS344/5 (Dec. 22, 2006), paras. 1, 4 (2006 年 10 月 26 日成立小

力挽狂瀾，美國勢得面對裁決履行的壓力。於是在美國——歸零案（歐盟）履行期間屆滿，且與歐盟就本案之履行審查與授權報復兩程序之順序問題達成合意後不久²¹³，美國即正式提出於規則談判中增訂反傾銷協定第 2.4.3 條之建議，以使「歸零法則」之合法使用有所依據²¹⁴。

一、美國之提案

美國建議新增的 2.4.3 條如下²¹⁵：

「2.4.3 當合計正常價格與出口價格之比較結果以決定無論是第 4.2 段之調查或其他任何目的（包括依第 9 或 11 條而為之決定）的傾銷差額時，主管機關不需將出口價格高於正常價格的比較結果抵銷正常價格高於出口價格的比較結果。」

另外，其亦建議於第 9.3 條第一句：「反傾稅之稅額不得超過第二條所定之傾銷差額」之後增訂「為了本條之目的，於決定反傾銷稅額是否超過傾銷差額時，主管機關得以個別出口交易或多重出口交易為基礎計算傾銷差額。主管機關不需將任何出口價格高於正常價格之交易比較結果抵銷出口價格低於正常價格之

組，2006 年 12 月 20 日秘書長擇定小組成員)。

²¹² *United States - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, Request for the Establishment of a Panel by European Communities*, WTO WT/DS350/6 (May 11, 2007) (hereinafter “US – Continued Zeroing”) 其實本案早在美國——歸零案（歐盟）裁決尚在履行期間內，歐盟即已提出諮商請求。WT/DS350/1 (Oct. 3, 2006). 2007 年 6 月 4 日成立小組，2007 年 1 月 26 日秘書長擇定小組成員。WT/DS350/7 (Jul. 10, 2007).

²¹³ *US – Zeroing (EU), Understanding between the United States and the European Communities Regarding Procedures under Article 21 and 22 of the DSU*, WTO Doc. WT/DS294/21 (May 9, 2007). 後來歐盟即依該合意，於 2007 年 9 月 13 日提出請求成立 21.5 條履行審查小組之請求。*US – Zeroing (EU)(Article 21.5)*, WTO Doc. WT/DS294/25 (Sep. 14, 2007). 2007 年 9 月 25 日爭端解決機構決議假如可能將本履行爭議交由原小組處理，不過後因原小組無法擔任，故至 2007 年 11 月 30 日由秘書長另行擇定小組成員。*US – Zeroing (EU)(Article 21.5)*, WTO Doc. WT/DS294/26 (Dec. 4, 2007).

²¹⁴ *Proposal on Offsets for Non-dumped Comparisons, Proposal from the United States*, WTO Doc. TN/RL/GEN/147 (Jun. 27, 2007).

²¹⁵ “When aggregating the results of comparisons of normal value and export price to determine any margin of dumping, whether in an investigation pursuant to paragraph 4.2 or any other purpose (including determinations pursuant to Articles 9 or 11), authorities are not required to offset the results of any comparison in which the export price is greater than the normal value against the results of any comparison in which the normal value is greater than the export price.” *Id.*

交易比較結果。²¹⁶」

由以上的文字看來，美國的提案顯然是要使「歸零法則」全面合法化，即令是在反傾銷協定第 2.4.2 條前段原始調查階段之加權平均比較亦不例外。這種立場對照其已公開放棄這部分「歸零法則」之使用，不免令人錯愕，因為 2007 年 2 月美國商務部已宣佈不再於原始調查之加權平均中使用「歸零法則」，以符合美國——歸零案（歐盟）裁決之要求²¹⁷，何以如今反要求將這部分亦合法化，推測一方面應該是談判策略的運用，以免未來沒有妥協的籌碼；另一方面則應是回應來自國會的龐大壓力，事實上，當美國行政部門如前述擬放棄長久以來使用的傾銷差額計算方法以履行 WTO 裁決時，已迭被國會議員要求暫緩²¹⁸，甚至有議員提出法案要求行政部門於美國在杜哈回合談判中釐清其得以使用「歸零法則」之權利與義務前，不得履行或至少遲延履行不利於美國使用「歸零法則」的相關 WTO 裁決，由此可見行政部門所承受之壓力²¹⁹。

二、規則談判小組 2007 年主席版草案

2007 年 11 月底，規則談判小組主席亦為烏拉圭大使 Guillermo Valles Games 以杜哈回合談判似有即將結束的跡象，認為該小組討論宜儘速進入新的階段，故依香港部長會議給予主席的授權，自行草擬了一份反傾銷暨補貼平衡稅協定的修正草案²²⁰。Valles 主席並聲明從其角度來看，這份草案已兼顧各方利益，達到談

²¹⁶ “For purposes of this provision, in determining whether the amount of the anti-dumping duty exceeds the margin of dumping, the authorities may calculate the margin of dumping on the basis of an individual export transaction or multiple export transactions. The authorities are not required to offset the results of a comparison for any transaction for which the export price is greater than the normal value against the results of a comparison for any transaction for which the export price is less than the normal value.” *Id.*

²¹⁷ 2006 年 12 月 27 日美國公告即將廢止於原始調查之平均比較中使用「歸零法則」。 *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted-Average Dumping Margin during an Antidumping Investigation; Final Modification*, 71 FEDERAL REGISTER 77722 (Dec. 27, 2006). 此最後修正於 2007 年 2 月 22 日生效。 *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted-Average Dumping Margin in Antidumping Investigations; Change in Effective Date of Final Modification*, 72 FEDERAL REGISTER 3783 (Jan. 26 2007). *See also* WTO Doc. WT/DS294/25, at 1-2.

²¹⁸ *ITA Postpones Zeroing Change After Baucus, Rangel Request*, INSIDE U.S. TRADE (Jan. 26, 2007).

²¹⁹ *House Ways And Means Panel To Consider Zeroing Options In China Bill*, INSIDE U.S. TRADE (Jul. 27, 2007), referring to Rep. Gresham Barret’s Bill H.R. 2714.

²²⁰ *Draft Consolidated Chair Text of the AD and SCM Agreements, Negotiating Group on Rules*, WTO Doc. TN/RL/213 (Nov. 30, 2007), at 1. (hereinafter “Draft Chair Text”).

判上所要求的平衡²²¹；不過由於該草案在「歸零法則」方面反映了美國提案的大部分²²²，遂使「反傾銷之友」大為光火，大肆抨擊該草案不符「杜哈發展議程」之精神，謂該精神應包括增進貿易流通、強化可預測性及提高透明度，然而本草案卻允許「歸零法則」，完全違背上述原則，因為將使得貿易自由化的努力成果化為烏有²²³。為了使反對聲音能落實於具體的談判文字，彼等亦旋即針對主席版的文字提出修正版，以全面禁止「歸零法則」，並要求主席應將草案立即修正後以併入水平談判程序（horizontal negotiation process）²²⁴，所謂的水平談判係指與其他農、工業關稅減讓等議題一併談判的程序，以便不同議題之利害可進行交換，換言之使各談判者得以從其整體利益的角度來評估得失²²⁵。

對美國的建議，主席版的文字其實並非照單全收，美國過去最常在原始調查階段使用的加權平均比較，反而是主席版唯一禁止採取「歸零法則」者——新增之第 2.4.3 條第一小段明文規定：「(i)依第 5 條所發動的調查中，主管機關在合計正常價格之加權平均與所有可資比較之出口交易價格的加權平均的多重比較結果時，應將出口價格超過正常價格之價額納入考量」²²⁶。這一部分對於向來以為反傾銷協定的文字是允許「歸零法則」的美國國會而言，簡直是一種倒退，所以

²²¹ *Id.* at 2.

²²² *See id.* at 5-6, 19-21. 有論者以為或許主席了解美國國會加諸行政部門的壓力，因當時已有國會議員揚言不會批准未明文准許原始調查與行政複查使用「歸零法則」的杜哈回合最終法案。Administration Highlights Zeroing Effort; Rangel, Levin Demand More, INSIDE U.S. TRADE (Nov. 16, 2007). 為了整個回合談判，特別是農業、工業談判的美國支持，論者以為主席的作法不見得有錯。Draft Rules Text Largely Reflects US Demands on Zeroing, INSIDE U.S. TRADE (Dec. 7, 2008).

²²³ Statement on “Zeroing” in the Anti-dumping Negotiations, Statement of Brazil; Chile; China; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; India; Indonesia; Israel; Japan; Korea, Rep. of; Mexico; Norway; Pakistan; Singapore; South Africa; Switzerland; Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Thailand; and Viet Nam, WTO Doc. TN/RL/W/214/Rev.3 (Jan. 25, 2008), paras. 2, 3.

²²⁴ Prohibition of Zeroing, Statement of Brazil; Chile; China; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; India; Indonesia; Israel; Japan; Korea, Rep. of; Mexico; Norway; Pakistan; Singapore; South Africa; Switzerland; Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Thailand; and Viet Nam, WTO Doc. TN/RL/W/215 (Jan. 31, 2008); Little Progress Made in WTO Rules Negotiations After Week of Talks, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 1, 2008).

²²⁵ 這種所謂跨部門（cross-cutting）的談判，目前看起來會先在 2008 年 3 月 17 日舉行資深官員談判，以便在 4 月，或 6、7 月舉行小型部長的綠室會議，而涵蓋的議題經過妥協，目前似只有農、工議題納入。See U.S. Seeks To Move To Senior Level Doha Negotiations Next Month, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 22, 2008).

²²⁶ Draft Chair Text, at 6.

美國大使於會議上也公開表達對草案極度失望²²⁷，從這個角度來看，Valles 主席倒真是如其所云地於草擬時維持了某種程度的平衡，因為兩大陣營皆對其不滿。

主席版草案除了新增上述第 2.4.3 條第一小段以明文禁止「歸零法則」外，也將第 2.4.2 條中引起糾紛的「調查階段」一詞改寫為「依第 5 條所發動的調查」，反傾銷之友當然不願意限縮第 2.4.2 條之適用於調查階段，故所提之修正版是乾脆刪除「調查」一詞，但如此一來可能會搞不清楚是計算多長期間的傾銷差額，故反傾銷之友又建議增訂第 2.4.5 條以明文規定「一出口商或生產者之傾銷差額應以通常 1 年，惟無論如何不得短於 6 個月內之所有出口交易來決定」²²⁸。

至於主席版第 2.4.3 條第二、三小段則是明文允許「歸零法則」使用，其規定為²²⁹：

「(ii)依第 5 條所發動的調查中，主管機關在合計逐筆正常價格與出口價格之多重比較結果，或合計逐筆出口交易與正常價格加權平均之多重比較結果時，得忽略任一比較之出口價格超過正常價格之價額。」

「(iii)依第 9 或 11 條之複查，主管機關在合計多重比較之結果時，得忽略任何比較之出口價格超過正常價格之價額。」

反傾銷之友對這樣的規定當然是大加撻伐，而建議整個 4.3.2 條新增條文修改為²³⁰：

「當主管機關合計多重比較之結果以建立傾銷差額之存在或程度時，於依第 5 條所發動的調查以及根據第 9 或 11 條的複查中，主管機關不得忽略任何比較之

²²⁷ “In evaluating the Chair’s text against the results of the Uruguay Round, we are left with considerably less on zeroing than was agreed over 10 years ago. The prohibition of zeroing in average-to-average investigations is a significant disappointment, because we have been using the average-to-average methodology in almost all investigations.” *U.S. Ambassador Peter F. Allgeier’s Remarks in the Rules Negotiating Group, Press Release of United States Mission to the United Nation in Geneva* (Dec. 12, 2007); see also *US, Other Countries Clash over Anti-Dumping Rules in Chair’s Text*, in BRIDGES WEEKLY TRADE NEWS DIGEST Vol. 44 No. 11 (Dec. 19, 2007). 不過亦有以為美國之聲明只是裝腔作勢，因為符合主席版的規定對美國而言並不困難。 *Draft Rules Text Largely Reflects US Demands on Zeroing*, INSIDE U.S. TRADE (Dec. 7, 2008).

²²⁸ *Draft Chair Text*, at 6; WTO Doc. TN/RL/W/215, at 3-4.

²²⁹ *Draft Chair Text*, at 6.

²³⁰ WTO Doc. TN/RL/W/215, at 3.

出口價格超過正常價格之價額。」

第 9 條涉及「歸零法則」爭議的部分，主席版於該條本文之後新增一句：「會員應建立程序以確保依要求迅速退還超過實際傾銷差額而收的反傾銷稅或擔保金，並適用以下規定」；然後又於第 9.3.1 條前增加一段：「可依下列任一基礎決定最終應支付的反傾銷稅額或已付之稅額是否超過傾銷差額：(i) 個別進口交易，(ii) 一進口商購自一出口商或生產者之所有進口交易，(iii) 來自同一出口商或生產者之所有進口交易。於決定應否支付反傾銷稅或其稅額，或得否退還已收部分時，主管機關得忽略任何比較之出口價格超過正常價格的價額。」²³¹反傾銷之友同樣要求刪除這部分規定，並建議改於第 9 條獨立增設一段條文以明定第 2 條規定於此亦有適用：「第 2 條之規定應適用於依本條第 3 及 5 段所為之決定。主管機關應一致地使用同一方法以決定依第 5 條所發動之調查、以及嗣後依第 3 段所決定的傾銷差額。若主管機關嗣後依第 3 段所為之決定無法使用同一方法，則應揭露使用之不同方法以及充分解釋為何使用此不同方法以便提供利害關係人充足的評論機會。」²³²另外也要求於第 11 條落日複查部分新增一段：「若主管機關根據傾銷差額之決定以進行本條之複查，則該傾銷差額應依第 2 條規定計算。」²³³

由以上主席版與反傾銷之友有關「歸零法則」的修訂版對照，可知差距甚大，反傾銷之友固可以主張其所建議的文字是反映上訴機構的裁決，主席沒有理由不加以採納，但因為上訴機構就「歸零法則」所為之裁決已被批評為逾越協定條文，換言之，反傾銷之友認為存在之權利就某方面而言並非上訴機構有權賦予的。當然反傾銷之友也可認為所有對上訴裁決之批評並不正確，其實上訴裁決是正確反映條文的解釋，若確實如此，試問反傾銷之友又何需針對主席版提出修訂版本？直接主張刪除主席版有關「歸零法則」部分的文字並維持現行條文，豈不更具說服力？說穿了，反傾銷之友既是要利用談判以爭取本來並不確定存在的「歸零法則」禁令，在與談判對手有所妥協前，實難以期待主席依其版本重新翻修這部分的文字，事實上，若主席完全納入反傾銷之友版本的「歸零法則」，恐

²³¹ *Draft Chair Text*, at 20.

²³² TN/RL/W/215, at 4.

²³³ *Id.*

怕要輪到美國大聲指控主席立場偏頗並杯葛規則談判進入水平程序。

三、「歸零法則」談判之前景

規則談判自主席版草案出爐後進展緩慢，有批評者認為應歸責於主席版本內容不夠平衡，日、韓雖期盼主席儘速修訂，俾規則談判能及時加入水平談判，但主席因為尚有漁業補貼談判等問題密集與其他會員協商中，故始終不認為此時有必要單獨為「歸零法則」再出一個新版草案²³⁴。有論者以為規則談判進展之緩慢應會對反傾銷之友形成妥協的壓力，因為缺乏進展似乎有利於維持主席認為已達平衡的第一版文字的內容²³⁵。但也有持不同看法者，強調既然會員多數均認為主席版內容失衡，則主席應很清楚而必須儘速修改以達平衡²³⁶。不過日本在某些爭點上似已有鬆動跡象，譬如在落日複查部分，主席版規定反傾銷稅及平衡稅 10 年後自動終止，反傾銷之友原本堅持 5 年即該終止，而美國則反對任何自動終止，但如今日本已表示 8 年終止也是可以接受²³⁷。

WTO 主要會員若有足夠的政治意願加速完成本回合談判，則妥協與利益交換必會密集發生以有效化解彼此立場之歧異，譬如歐盟 2007 年 11 月為保護有地理標示的農產品，於農業談判中又提出新的「地理標示」對案，同時表示若美國表達支持（因為美國向來對地理標示擴充到煙酒以外的產品不感興趣），則歐盟將投桃報李，支持美國現在規則談判中有關「歸零法則」的立場²³⁸。

主席版出爐後，日內瓦的觀察家們就認為最終的妥協程序似已開始，而最可能的妥協結果應是較主席版再稍微限制「歸零法則」，譬如會員可能同意允許行政複查及落日複查時使用「歸零法則」，因為原始調查禁止「歸零法則」已經可以完全去除要不是因為使用「歸零法則」根本不可能會有傾銷差額的案件，換言之，這樣的結果已能有效限縮得以課徵反傾銷稅的案件量，致使需用到複查程序的案件銳減；不過亦有反對此種觀察者，理由是在行政複查使用「歸零法則」比

²³⁴ U.S., *Japan Clash On Timing Of Revised Rules Text But Chair Reluctant*, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 22, 2008).

²³⁵ *Little Progress Made in WTO Rules Negotiations After Week of Talks*, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 1, 2008).

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *EU Links Doha Support On Zeroing To Geographic Indications*, INSIDE U.S. TRADE (Nov. 30, 2007).

在原始調查更有價值，因為反傾銷稅確實被計算及收取是在行政複查階段（指美國「回溯基礎」法）²³⁹。

對於日本、韓國及香港等同時反對主席版中加強漁業補貼規範的國家而言，若拒絕以主席版作為規則談判的基礎，則必須承受危及整個杜哈回合談判的政治壓力，因為其支持漁業補貼的立場從某個角度來看是反自由化的，而無法像其反對「歸零法則」這般地正氣凜然；至於「反傾銷之友」中的另一個次級團體，如智利或墨西哥等甚至可能會願意接受主席版作為談判的起點，而不再堅持原來反傾銷之友的主張，因為彼等權衡「歸零法則」之去留會以整個規則草案、甚至更大的整個杜哈回合談判的利益為度，譬如彼等會比較在「歸零法則」草案上的讓步與其可能自漁業補貼規範中所獲得之利益，甚至與其在整個農、工業談判所能獲得的利益進行比較²⁴⁰。由此看來，反傾銷之友雖然參加者眾，但一旦進入水平談判，就有可能各自為各自的利益盤算，有關「歸零法則」方面的彈性就會大為增加。

有人聲稱目前主席版的草案對美國有利，致使美國欠缺誘因進行任何有關「歸零法則」的談判讓步，對應日本的態度，這樣的觀察不是沒有依據，因為日本自主席版草案出爐後即頻頻催促主席修改「歸零法則」部分的文字以利草案及時納入水平談判，並不惜威脅若趕不及納入上水平談判，則日本考慮不出席小型部長會議²⁴¹。只是或許有人會質疑，面對這麼多失敗的爭端解決結果，履行期限又逐一屆滿，即使好不容易廢止了長久以來習於使用的包含「歸零法則」在內的加權平均比較法，仍無法符合歐盟、遑論日本的期待，卻已在國內引起軒然大波，在這樣的情況下，美國豈無加速談判以儘快爭取「歸零法則」合法化的壓力？或許不應或忘的是美國企圖於本談判中所爭取的正是「歸零法則」明文的合法化，所以若不能達到這樣的目標，即使維持現行的規定也不致使美國的處境更壞，是以美國完全沒有對反傾銷之友的訴求讓步的可能，至多妥協到主席版的程度已是其底限，因為誠如其駐日內瓦大使所指出的，主席版的文字就「歸零法則」方面所保留給美國的，已比美國十多年前在烏拉圭回合中所同意的還要少，

²³⁹ *Draft Rules Text Largely Reflects US Demands on Zeroing*, INSIDE U.S. TRADE (Dec. 7, 2007).

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Rules Negotiations Likely Deadlocked Without High-Level Help*, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 8, 2008).

因為其長久以來所使用的加權平均比較已被明文禁止使用「歸零法則」²⁴²。

綜上所述，由於美國在目前「歸零法則」談判中的立場是屬於孤立的少數，面對「反傾銷之友」的對抗，雖因主席版的規則草案對其有利而使其暫占上風，但未來隨著談判的持續進行，美國是否仍能維持此種優勢，端視其願為此所付出之其他交換籌碼而定。縱然美國最終得以影響「規則談判」，但其究竟是屬於整個回合談判的一環，在其他談判議題前途未卜的情形下，「歸零法則」談判的前景無可諱言地也因此充滿了變數。

四、有利自由貿易的裁決？喪失公信力的裁決？

或有人以為正因為上述談判困難重重，愈發顯得上訴裁決為自由貿易所做努力的可貴，因為藉著其宣告「歸零法則」之違法，解決了長期談判所無法完成的任務²⁴³；在不履行裁決，即可能遭到報復的壓力下，美國應不待其談判提案於回合談判成功，就應該已經完全廢棄「歸零法則」。問題是真會如此發展嗎？易言之，美國對貿易報復有所懼嗎？

先從現在仍與美國就「歸零法則」爭訟的對手實力來看，墨西哥或泰國的報復實力有限，所以僅餘歐盟與日本，前者已經表示若美國能支持歐盟有關農產品地理標示的倡議，即可以在「歸零法則」上轉向美國，顯見此議題對歐盟固然不是不重要，但卻不是絕對不可以交換的，此由歐盟算不上是美國最主要行使反傾銷的對象看來，的確是種合理的計算；何況未來雙方就此案之處理，也有可能像美、加在軟木案一般達成某種程度之協議；另外截至目前為止，美國——歸零案（歐盟）（21.5 條）之小組裁決也尚未出爐，美國所為的改善是否確不符履行的要求仍有待觀察²⁴⁴。至於日本，其於 WTO 爭端解決中向來報於行使貿易報復²⁴⁵，之所以於美國——歸零案（日本）之履行期間屆滿後未請求履行審查程序，即逕行請求授權報復程序，倒不是急於報復，而是遲遲無法與美國就兩程序之順

²⁴² U.S. Ambassador Peter F. Allgeier's Remarks in the Rules Negotiating Group, Press Release of United States Mission to the United Nation in Geneva (Dec. 12, 2007).

²⁴³ See International Economic Law & Policy Blog, *supra* note 132.

²⁴⁴ 履行審查小組因為無法由原小組擔任，改由秘書長擇定新成員，直至 2007 年 11 月 30 日才確定人選。

²⁴⁵ "... it has been historically "gun shy" when it comes to WTO retaliation" quoted from Administration Weighs Legislation For Implementing Zeroing Case, INSIDE U.S. TRADE (Nov. 2, 2007).

序問題 (sequencing issue) 達成合意，事實上從其請求授權報復的時點，已逾「爭端解決規則及程序瞭解書」第 22.6 條所規定的 30 天期限來看，更可確定其原無意立即採取報復行動²⁴⁶，何況如今其又聲明準備於履行審查程序進行中暫停授權報復之仲裁程序，顯然試圖讓步以獲得美國在順序問題方面的合意，進而展開履行審查程序²⁴⁷。

縱然上述兩案之履行審查裁決結果均不利於美，依美國——軟木案之五 (21.5 條) 整個程序所花時間估算，恐也是一年以後的事，屆時歐、日即使確定採取貿易報復，也會因報復額度之確定需花時間仲裁而再有所延宕。更關鍵的是即使所有程序皆完畢，歐、日也不見得真會遂行報復，因為眾所皆知貿易報復乃雙面刃，固能傷到對手，但自身也非毫髮無損，國內的消費者起碼就必須為報復對手國而支付更高的商品價格，遑論以美國產品為原物料的製造業者。更重要的是報復所帶來的成本，美國真在意嗎？Hudec 教授說得好，增加政府抗拒裁決的成本對不履行程度的影響可能不如一般想像地大，特別是對大國而言，除非其國內反對該措施的力量相當強，而對手國亦準備運用相當的外交力量迫使其改變，否則新的爭端解決機制對此類規則違反同樣束手無策，尤其裁決的結果若再讓敗訴國覺得不公平的話，「自以為是乃極為有力的行為驅策力」，甚至可讓敗訴國寧可付出巨額代價也不就範²⁴⁸。

目前美國關於「歸零法則」的態度正是 Hudec 教授描述的典型²⁴⁹：剛出爐的

²⁴⁶ *Japanese Retaliation Request on Zeroing Mired In Controversy*, INSIDE U.S. TRADE (Jan. 25, 2008).

²⁴⁷ *Japan Moving To Compliance Panel on Zeroing Challenge with U.S.*, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 22, 2008).

²⁴⁸ Hudec, *super note 7*, at 363.

²⁴⁹ 儘管消費者團體表達支持廢止「歸零法則」的態度，美國以出口為導向的產業團體也連署致函美國貿易代表批評目前主席版有關反傾銷稅的規定，包括「歸零法則」將增加其他國家濫用這些規則妨礙美國產品的輸出。U.S. Consuming Industries Trade Action Coalition, *supra note 22*; *Key Democrats, Administration Lay out Objections to Rules Text*, INSIDE U.S. TRADE (Dec. 14, 2007). 不過後者主要是希望美國在回合談判中能加強反傾銷制度的規範，以因應愈來愈多國家利用反傾銷稅對抗美國產品，倒不見得認為美國應在目前因上訴機構有關「歸零法則」的裁決結果而受到他國之貿易制裁。See “A Letter December 12 to the Bush Administration”, on the website of American Apparel and Footwear Association, available at <http://www.apparelandfootwear.org/letters/wtorulesltr071212.pdf>. 相反地，鋼鐵業及蝦產業團體早在美商務部擬廢止加權平均比較法以符合上訴機構裁決時即力主不可，並指責 WTO 逾越其解釋條文之權限。Administration, *Congress Explore Zeroing Compliance Options*, INSIDE U.S. TRADE (Feb. 9, 2007).

美國——不鏽鋼（墨西哥）案之小組裁決更讓美國覺得自己在「歸零法則」爭端中受到不當待遇。該小組明言為了「上訴機構在歸零案件中論理之主要基礎似乎是以欠缺相關協定條款具體文字支持的解釋為前提」而感到困擾²⁵⁰，並表示儘管「了解與小組看法相同的另二件小組裁決已被上訴機構推翻，但礙於爭端解決規則及程序瞭解書第 11 條加諸於小組的義務，實在無法遵循」上訴機構在其他類似案例之裁決²⁵¹。墨西哥目前已就小組裁決提起上訴²⁵²，曾任美國——歸零案（日本）小組成員的 Unterhalter 氏雖然已為上訴機構成員，然而幾位原來負責處理「歸零法則」的上訴機構成員，如 Abi-Saab 氏、Ganesan 氏、Sacerdoti 氏、以及 Baptista 氏之任期均尚未結束（前二位至 2008 年 5 月，後二位則與 Unterhalter 氏相同皆至 2009 年底），Unterhalter 氏恐亦難於短期內影響這些同僚的看法，進而改變過去上訴機構見解，所以本案小組裁決被推翻幾乎是確定。儘管如此，觀察家咸認本小組的裁決至少已使美國覺得其更理直氣壯，因為有如此多之小組成員甘冒裁決被推翻之風險而支持美國之看法，至少代表美國的見解屬於一種反傾銷協定第 17.6(ii)條所謂的可被允許的解釋，也使其目前所提的談判立場多了幾分正當性²⁵³。

對於認為反傾銷稅乃自由貿易之惡，而「歸零法則」更是助紂為虐者而言，上訴機構在這些案件的裁決或許可使其被視為正義的使者²⁵⁴，不幸的是 WTO 制度的設計並沒有賦予上訴機構這樣偉大的使命，儘管 WTO 追求自由貿易²⁵⁵，但其設立協定中仍充滿了不符自由貿易的例外，這種妥協源自於其存在的本質，即 WTO 主要功能是提供會員貿易談判的場域²⁵⁶，而其所有的運作皆為談判的成果，假如會員談判的結果例外地允許貿易障礙的存在，則其亦不能加以違背。至

²⁵⁰ Panel Report, *US – Stainless Steel (Mexico)*, WTO Doc. WT/DS344/R, para. 7.119.

²⁵¹ *Id.*, para. 7.106.

²⁵² *US – Stainless Steel (Mexico)*, Notification of Appeal by Mexico, WTO Doc. WT/DS344/7 (Feb. 4, 2007).

²⁵³ WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary, *Panel Report, US – Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS/R344, available at <http://www.worldtradelaw.net>.

²⁵⁴ 國際經濟法與政策部落格（International Law and Policy Blog）做了一個有趣的線上調查，結果逾九成投票者認為「歸零法則」乃惡法。<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/> (visited on Feb. 20, 2008).

²⁵⁵ 見 WTO 設立協定前言：「… 擴大貨品與服務的生產與貿易…」。

²⁵⁶ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Article III.2.

於爭端解決機制雖是會員同意 WTO 所執行²⁵⁷，藉以維護會員在內括協定下的權利與義務，但爭端解決機構之建議無論如何「不得增減內括協定所定之權利與義務」²⁵⁸。所以上訴機構嘗試擴張解釋反傾銷協定的相關條文以禁止「歸零法則」的作法，雖然給予自由貿易者短暫的勝利喜悅，但回過頭來此制度的終局改變仍仰賴談判的結果，問題是上訴機構為此已付出相當代價。

爭端解決規則及程序瞭解書中對於小組或上訴機構違反規定「增減內括協定所規定之權利及義務」²⁵⁹，或是「剝奪或損害會員於協定下所享之權益」²⁶⁰，並沒有任何制裁的規定；當然，從另一角度來看，「歸零法則」爭議演變至今，會員未格遵瞭解書中所要求的「應先自行判斷依本程序所提之案件能否獲致有效解決」²⁶¹，亦未善用「透過 WTO 協定或複邊協定之議決程序以尋求內括協定條款之權威性解釋」²⁶²亦難辭其咎，不過上訴機構大概無法以會員行為之偏失來正當化己身裁決之不妥！與「歸零法則」相關之上訴裁決擅行增減內括協定內容的結果，縱然不至使會員轉向支持回復以前得阻撓裁決採納的體制²⁶³（見第五小節之討論），但無可諱言地已使 WTO 出現 Jackson 教授所謂的「憲政問題（constitutional problem）」——指權力分立與權力失衡的問題，因為依其看來，爭端解決制度「不能也不應從事新規則的形成，無論是藉既有協定漏洞的填補、或是以訂定帶領本機構進入全新領域規範的方式」²⁶⁴，而不幸的是上訴機構在「歸零法則」案件所犯的正是前者的錯誤。其實裁決機構當初若能行使司法自制，根據反傾銷協定第 17.6(ii)條之規定，尊重被控訴國現有之實務作法，立法與

²⁵⁷ *Id.* Article III.3.

²⁵⁸ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 3.2.

²⁵⁹ *Id.* Article 19.2.

²⁶⁰ *Id.* Article 3.5.

²⁶¹ *Id.* Article 3.7.

²⁶² *Id.* Article 3.9.

²⁶³ 本回合有關爭端解決規則及程序瞭解書之談判中，美國與智利即提出應加強會員對採納程序之控制的想法。*Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, Contribution by Chile and the United States*, WTO Doc. WT/DS/W/28 (Dec. 23, 2002). 其實 Hudec、Barfield、Abbott 等學者於更早之前即已提過類似的想法；其中 Abbott 教授認為基於權力制衡的理念，在自動採認裁決前宜設有「政治過濾」機制，以防止有害整個機構的裁決被自動採認。見 BARFIELD, *supra* note 6, at 127-129, En. 47 at 222.

²⁶⁴ John H. Jackson, *Dispute Settlement in the WTO: Emerging Problems*, JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 1(3), 345, 347 (1998).

準司法機關間之衝突不致演變到今日的程度，WTO 的公信力也不致為此一系列的裁決付出代價。

平心而論在目前反傾銷協定文字規定不夠明確的情形下，硬要認為美、歐原來的實務作法不屬於可被允許的解釋，立論上是有相當風險。烏拉圭回合談判時，原本常為歐、美反傾銷稅課徵對象的國家能爭取到將逐筆交易與加權平均之比較法限制到例外情況才能使用，的確是一大勝利；但在做為原則使用的兩種方法，卻未能為更嚴謹的規範，甚至允許美國加上「可資比較」一詞，彼等應該已經明白此種妥協將使歐、美有機會藉著解釋而繼續維持「歸零法則」，除了透過未來回合談判再加以努力外，別無他法。上訴機構不能體認這樣的事實，卻執意以填補漏洞的方法、借不同條文規定反推，以創設原本並不存在的規範。上訴機構積極造法的結果並沒有為「反傾銷之友」爭取到更佳的談判地位，但所付出的卻是連屬於裁決機構一環的個案小組也刻意與其劃清界線的代價，長期以來裁決機構所追求的體系安定性與可預測性備受威脅，亦讓反 WTO 者更有藉口挑戰 WTO 之合法性與正當性。

五、本回合限制裁決機構之相關倡議

本回合有關爭端解決規則及程序瞭解書之談判²⁶⁵，就如何處理上述權力失衡的憲政問題已有部分倡議，如「加強當事國解決爭端之彈性以及會員控制採納程序之機制」，具體而言，包括「規定某種形式的『部分採納』程序俾爭端解決機構於允許當事國確保有助於爭端解決之必要的建議及裁決時，仍得以拒絕採納報告中之特定部分」，以及「提供 WTO 裁決機構某種形式的額外準則以釐訂：(i) 其任務的性質與範圍，及 (ii) 解釋 WTO 協定的規則」²⁶⁶。

關於前者，目前已有的提案包括：修改爭端解決規則及程序瞭解書第 16.4 及 17.14 條，同時增訂第 17 條之 2 明訂爭端解決機構之部分採納程序，以允許會員於爭端解決機構擬召開考慮採納某裁決報告之會議前三日提出其認為裁決不得採

²⁶⁵ *Ministerial Declaration, Ministerial Conference, Four Session, Doha*, adopted Nov. 14, 2001, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (Nov. 20, 2001), para. 30.

²⁶⁶ WTO/DS/W/28.

納之部分及理由²⁶⁷。至於後者，即有關「額外準則」部分，目前尚無具體的內容建議，不過已有會員明列在 WTO 爭端解決中使用國際公法應注意的事項，包括：「WTO 裁決機構不得增減內括協定…，〔因為〕內括協定反映不同之談判目標與立場…〔故〕包含有特意的模糊(constructive ambiguity) …，鑑於內括協定〔以上〕之性質，除了談判，至少尚有兩種方法能以不被接受的方式填補內括協定的漏洞，第一、將內括協定文句中本不存在的義務或權利讀入該文句中，譬如從不同的條款反推；第二、以補充或減少內括協定中權利與義務的作法解決內括協定文句中之模稜兩可。以上兩種漏洞填補型態均非 WTO 裁決機構的適當功能，WTO 裁決機構的功能應是解決已承擔義務間之爭執，而非取代談判或是重寫、減少或補充已同意的協定文句」²⁶⁸。

其實裁決機構之裁決不應增減內括協定的權利與義務一節，現行之爭端解決規則與程序瞭解書已有明文，而了解 WTO 規範者也斷不至於不知多邊協定乃會員談判妥協的結果，只是以上訴機構處理「歸零法則」的態度來看，當其堅持採取上述的漏洞填補方法，且不以為如此處理有違任何規範時，體制上又能如何？「部分採納程序」固然是一種制衡裁決機構「司法造法」的嘗試，但目前倡議之內容欠缺詳盡規劃，特別是如何在拒絕採納特定部分之裁決時，又能使勝訴會員確保爭端解決之結果？或許當裁決機關為訴外裁判時，「部分採納程序」可發揮一定功能，只是「部分採納」的決議如何通過？勝訴的會員若加以杯葛，又該如何？在這些技術性問題獲得解答前，上述倡議通過的機會微乎其微，且功能亦有限，所以倒不會發生 Ehlermann 教授之前所擔心且反對的「藉阻止小組或上訴裁決之採納，以弱化爭端解決程序」情事²⁶⁹。

不願見到爭端解決程序弱化的學者，基本上是認為解決 WTO 立法與準司法權力不對稱結構所產生之問題，與其弱化準司法，不如強化立法，譬如可要求秘書長發揮更積極的角色以促進共識之達成，或是不過度堅持現在共識決之作

²⁶⁷ *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding, Further Contribution of the United States on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, Communication from the United States*, WTO Docs. WT/DS/W/82 (Oct. 24, 2005),

²⁶⁸ *Id.*, WT/DS/W/82/Add.1 (Oct. 25, 2005), WT/DS/W/82/Add.1/Corr.1 (Oct. 27, 2005).

²⁶⁹ Ehlermann, *supra* note 3, at 307.

法，而開始試行 WTO 協定中已有規範之票決程序等²⁷⁰。凡了解 WTO 實務運作者，皆知大國必然反對任何的票決，特別是在現今各票等值的制度下，對大國尤其不利，同時也完全忽略決議與受影響的貿易規模間之關聯。但是加權投票又豈是其他小國現今願意接受的制度變革？儘管歐洲學者以歐盟演化為例，促請會員於談判時投注更多的資源與思考在此機構議題上，不過並未引起多大迴響²⁷¹。

綜合上述，無論是削弱準司法機構之權限、或是增強立法機構之權能，這種基本的機構變革無論是在本回合、或甚至未來的回合均不易達成。對於這樣嚴重的「憲政問題」，本文以為目前還是只有從更嚴格的司法自制著手，因為以現今 WTO 立法功能低落看來，要求各會員自我節制、莫濫用爭端解決機制，只有裁決機構徹底阻斷其對會員的吸引力一途，亦即：更適合以回合談判解決的案件，裁決機構即不宜介入；而適用現行條文之結果只能為部分處理者，即不應為全部的處理。換言之，WTO 裁決機構大可以仿效某些內國法院裁決之方式，呼籲立法機關積極修補法律疏漏，表明以目前會員協議的條文規定，裁決機構僅能對爭端為此種有限度之處理，若為完全的處理，將會產生增減內括協定權利或義務的效果，故裁決機構無法為之，有待會員未來以談判積極明定之。

固然在目前以當事國進行為原則的程序中，雙方當事國的攻防，甚至加上第三國的意見會使裁決機構為上述判斷時十分困難，但裁決機構不應或忘的是 WTO 協定的談判本質，與裁決機構目前幾無任何機構得予之抗衡所帶來的危險，是以若無法確定是當事國於當年談判時所同意放棄之主權，即不應貿然加以挑戰，否則其裁決之價值將因會員自願履行的低落而價值大減，當耗費龐大爭訟資源所得之結果難以獲得有效執行時，試問利用爭端解決機制之意義又何在？或許有人會主張如此一來，不是正可降低會員一窩蜂地將不應訴諸爭端而應利用談判以政治解決的事務加諸於裁決機構嗎？本文以為裁決機構若須經過這種錯誤試驗以達到其與立法機關間之權力平衡，裁決機構公信力所付出的代價未免太大，所以相對於司法自制，實在不是種可取的抉擇。

²⁷⁰ *Id.* at 306-307; *see also* Robert Keohane's view, "The institutions are a mess: too much judicialization, too little legislation ... If this is the problem, why not strengthen the legislative elements of the WTO?" *referred in* BARFIELD, *supra* note 6, En. 52 at 223. 不過這樣的看法，亦有學者以為不可行。*Id.*

²⁷¹ *See* Ehlermann, *supra* note 3, at 308.

捌、結論

「歸零法則」是否虛增傾銷差額？是否造成反傾銷稅額之超收？從自由貿易、保護國內產業的角度來看，答案各有不同。然而可以確定的是無論在烏拉圭回合有多少國家對其批評，又有多少國家對之加以捍衛，總之最後通過的反傾銷協定文字及 GATT 第 6 條與第 16 條規定，皆對「歸零法則」隻字未提。

這種會員未有共識的議題在 WTO 這樣以會員為主的機構裡，本應留給會員在未來的回合談判解決、或是利用 WTO 協定裡已有的條文闡釋或修正的機制加以補充。然而或許是因為烏拉圭回合後，不需再受會員節制的準司法機構變得既強大、又有效率，使得相對弱化的立法功能不值一顧，遂有會員開始將上述這種議題提交裁決機構處理。

WTO 裁決機構在司法自制的原則下，本不應質疑會員於談判時並未明白放棄、且協定規定文字亦未明文禁止的措施，以免侵害到 WTO 立法機構之職權；不過不知是因為在當事人進行的程序中，控訴方所主張的文義解釋較具說服力，抑或是因為出於自身捍衛自由貿易的動機，自歐盟——棉質寢具案起，裁決機構即開啟了這潘朵拉的盒子，殊不知已為準司法功能與整個 WTO 機構帶來憲政上之危機。

彷彿是自斜坡上向下滑，一旦開始即無法停止，隨著接下來的美國——軟木案之五（包括（21.5 條）之程序）、美國——歸零案（歐盟）、及美國——歸零案（日本），因為當事國、甚至小組愈來愈犀利地指出上訴裁決論述不足、甚至有瑕疵之處，以致上訴機構必須一再地重新尋找條文以架構其裁決基礎，卻也突顯反傾銷協定中原本並沒有具體條文可支持其論理的事實。欠缺條文依據的結果是最後連續兩案：美國——歸零案（日本）、以及美國——不鏽鋼（墨西哥）的小組也不得不與上訴機構劃清界線，使得準司法機構歷來所追求的機構安定性與可預測性價值至此大受衝擊，也使得受到上述不利裁決的會員更有理由開始思考反制的可能。

美國有關「歸零法則」之談判提案正是這樣背景下的產物，也是 WTO 首次有會員嘗試以談判立法的方式導正上訴機構自以為是的條文解釋方法，儘管這在

各國國內的立法與司法機關互動模式上並不罕見，但因美國在此議題談判中是屬於受孤立的少數，再加上回合談判進展所牽涉的因素相當複雜，故此舉是否可以成功，仍充滿了變數。

至於本回合另外設法從機構的改造上制衡裁決機構的倡議，目前看起來也非可行。是以本文以為面對上述立法、準司法權力嚴重失衡而產生的機構危機，最可行之因應之道仍是要求裁決機構嚴格遵守「司法自制」原則，並使其認知積極造法的結果並無法捍衛 WTO 自由貿易的精神，因為由「歸零法則」爭端發展觀之，裁決既不會自動成為 WTO 規範的新頁，也不會為與裁決機構持相同立場的會員爭取到更有利的談判地位；相反地，裁決機構本身以及 WTO 整體均為此付出相當的代價，包括會員履行意願的降低而使其裁決價值大減，也包括機構公信力受到嚴重的損害，凡此種種，裁決機構應引以為惕！

參考文獻

1. 楊光華，從專利特許實施個案論我國對 TRIPS 協定義務之履行，政大法學評論，95 期，頁 265-321，2007。
2. BARFIELD, CLAUDE E., FREE TRADE, SOVEREIGNTY, DEMOCRACY: THE FUTURES OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION (AEI Press, 2001).
3. DURLING, JAMES P. & MATTHEW R. NICELY, UNDERSTANDING THE WTO ANTI-DUMPING AGREEMENT: NEGOTIATING HISTORY AND SUBSEQUENT INTERPRETATION (Cameron May, 2002).
4. Ehlermann, Claus-Dieter, *Tensions between the Dispute Settlement Process and the Diplomatic and Treaty-Making Activities of the WTO*, WORLD TRADE REVIEW 1:3, 301-305 (2002).
5. HUDEC, ROBER E., ENFORCING INTERNATIONAL TRADE LAW: THE EVOLUTION OF THE MODERN GATT LEGAL SYSTEM (Butterworth Legal Publishers, 1993).
6. Ikenson, Dan, *Zeroing in: Antidumping's Flawed Methodology under Fire*, 11 FREE TRADE BULLETIN 1-3 (2004).
7. Jackson, John H., *Dispute Settlement in the WTO: Emerging Problems*, JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 1(3), 329-351 (1998).
8. MACRORY, PATRICK F. J., *Ch. 11 The Anti-dumping Agreement*, in 1 THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS, 485-530 (Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton, and Michael G. Plummer, ed., 2005).
9. MATSUSHITA, MITSUO, THOMAS J. SCHOENBAUM & PETROS C. MAVROIDIS, THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LAW, PRACTICE, AND POLICY (Oxford, 2nd ed., 2006).
10. Mavroidis, Petros C., *Judicial Supremacy, Judicial Restraint, and the Issue of Consistency of Preferential Trade Agreements with the WTO: The Apple in the Picture*, in THE POLITICAL ECONOMY OF INTERNATIONAL TRADE LAW: ESSAYS IN HONOR OF ROBERT E. HUDEC 583-601 (Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick, ed., 2002).
11. Roessler, Frieder, *The Institutional Balance between the Judicial and the Political Organs of the WTO*, in NEW DIRECTIONS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: ESSAYS IN HONOUR OF JOHN H. JACKSON 325-346 (Marco Bronckers and Reinhard Quick, ed., 2002).
12. Stewart, Terence P., Susan G. Markel, and Michael T. Kerwin, *Antidumping*, in 2 THE GATT URUGUAY ROUND: A NEGOTIATING HISTORY (1986-1992) 1389-1710

(Terence P. Steward, ed., 1993).

13. Trachtman, Joel, *Decision of the Appellate Body of the World Trade Organization*, EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW Vol. 16 No. 4, 801-802 (2005).
14. U.S. Consuming Industries Trade Action Coalition, Comments in response to the request of House Committee on Ways and Means for comments on zeroing, dated January 31, 2007 (Feb 7, 2007).

“Zeroing” — Another Clash between the Legislative and the semi-Judicial Functions of the WTO

Connie Guang-Hwa Yang*

Abstract

Zeroing means to treat all “negative” dumping margins as zero in an anti-dumping price comparison process so that they cannot be used to offset positive ones. The E.U. and the U.S. have been using such a method for a long time, even before the Uruguay Round. Although some other nations have argued that it has inflated the dumping margins, the text of the Anti-dumping Agreement does not explicitly deal with it. On the other hand, Article 2.4.2, which was newly added to the Antidumping Agreement in the Uruguay Round, requires the existence of a dumping margin during the investigation phase to be established only by a weighted average-to-weighted average comparison or a transaction-to-transaction comparison. Given that “zeroing” disregards the difference of an export price exceeding the normal value, which seems to fail to meet the requirement that “all comparable export transactions” be counted in a weighted average-to-weighted average comparison as provided for in the present article. Members with this view confirmed such an interpretation through their victories in relevant cases they brought for dispute settlement. Unfortunately, they intended to extend their success to obtain a general prohibition of zeroing, which would serve to weed zeroing out of all phases of the anti-dumping process and all types of comparison methods used. All the requested panels rejected such an extension, but to everyone’s surprise, the Appellate Body reversed all the panels’ rulings in this regard. It aroused a vehement objection not only from the U.S., against which the zeroing was challenged, but also from the panels that subsequently had to deal with similar issues. These panels criticized the Appellate Body’s approach for its lack of a solid text basis, and decided not to

* Association Professor of Law, National Chengchi University, Department of International Trade; J.D./LL.M, Columbia University, School of Law.

follow the approach in the cases they were handling. The U.S. also decided to “legislate” new rules in the “Rules Negotiation” of this round to rectify the Appellate Body’s rulings. The U.S.’s proposal was reflected mostly in the recently released text of the Chair of the “Rule Negotiation” Group. However, the prospects for the negotiation are unpredictable given that the Friends of AD Negotiation strongly criticized the Chair’s text for its lack of a balanced view in its favoring the U.S.’s position. Regardless of how the matter evolves, the method of interaction and the degree of tension between the WTO’s legislative function and semi-judicial function revealed in this controversy are unprecedented, and, therefore, have become the subject of analysis of this paper. It further explores the risk to the credibility of the WTO posed by such a strong semi-judicial branch, which seems to have no counterweight. In conclusion, this paper urges the adjudicating body of the WTO to exercise judicial restraint, no matter whether legislative action can eventually serve as a counter-balance, based on the rationale that the validity of its rulings is going to diminish if fewer and fewer members comply with it voluntarily.

Keywords: Zeroing, Dumping Margin, Friends of AD Negotiations, Judicial Restraint, Rules Negotiation.