

程序的權與變——淺說 WTO 爭端 解決機制

李柏青 *

綱 要

- | | |
|-----------|-----------------------------|
| 壹、前 言 | 二、上訴審理 |
| 貳、DSM 概述 | 陸、履行/報復程序 |
| 一、組織架構 | 一、合理履行期間 |
| 二、其他原則 | 二、DSB 監督 |
| 參、小組前程序 | 三、履行政序 |
| 一、諮商程序 | 四、報復程序 |
| 二、請求小組成立 | 五、第 21 條與第 22 條程序
適用順序協定 |
| 肆、小組程序 | 柒、其他議題 |
| 一、小組組成 | 一、第三國參與 |
| 二、程序會議 | 二、審理程序公開 |
| 三、小組審理 | 捌、DSM 之危機與挑戰(代結論) |
| 伍、上訴程序 | |
| 一、上訴與附帶上訴 | |

壹、前 言

自 1995 年成立以來，WTO 爭端解決機制 (Dispute Settlement

* 禾同國際法律事務所律師

Mechanism，簡稱 DSM)迄今已累積 595 件爭端，其中不乏涉及重大國家政策、乃至敏感價值判斷者。普遍來說，DSM 裁判者均能詳細任事，嚴謹用法，就個案做出高水準之裁決，而敗訴方亦多能履行裁決結果。是故論者慣稱 DSM 為當前最成功的國際爭端解決機制，是「法治」(rule-based)WTO 的重要礎石。

然而如此重要的機制，其基礎法規卻異常簡單，做為 WTO 協定附件之一的「爭端解決程序與規則瞭解書」(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，簡稱 DSU)僅有 27 個條文；依 DSU 授權訂定的子法僅有「上訴審查工作規則」(Working Procedures for Appellate Review，簡稱「AB 工作規則」)一部，條文亦僅 32 條。於是早在 DSU 生效前，WTO 談判者便已擬定啟動 DSU 檢討機制，以進行補充立法（註一）。

DSU 檢討(DSU Review)雖如期展開，但一如 WTO 其他談判，輾轉綿延二十年、產生數十件 DSU 修正案，但無一通過。另一方面，DSM 在生效之後活動極為熱絡，WTO 會員持續提出爭端解決需求，程序爭議亦隨之生焉。在立法不足的情況下，DSM 二十多年來透過 WTO 秘書處、各級裁判者、各國政府、乃至學者與律師之參與，於實務運作中發展出許多不成文規則，填補了相對簡陋的法制基礎。

筆者於 2014-20 年擔任我國駐 WTO 代表團法律顧問，期間有幸經手我國所提起之四件爭端（註二），並代表我國以第三國身分參與十數件爭端程序，對 DSM 之運作有若干觀察與心得，擬以此文做一淺要記述。

DSM 相關之專文、專書甚眾，個別爭端判解評析亦多，本文不擬就 DSM 議題為深入學術討論，而是著重於實務層面，以程序參與者角度說明 DSM 之運作。本文無法盡述 DSM 所有層面，僅以最常見以及具實務重要性之議

註一：見 1994 年部長決議 Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes。

註二：分別為加拿大鋼管案(DS482)、印尼鋼板案(DS490)、印度隨身碟案(DS498)與印度資通訊產品案(DS588)。本文 WTO 爭端中文名稱均為筆者自譯，正確英文案名請見文末對照表。

題討論之。

為使本文平易可讀，本文避免直譯 WTO 協定文字，盡量以平白、口語化的中文行文。本文不避諱於行文中套用若干我國國內法概念，惟讀者應銘記，DSM 與我國民、刑訴訟程序有相當程度的差別，單一概念或可借用參照，切忌以偏蓋全。

以下第二部分先就 DSM 之若干基本原則做簡要介紹，第三至六部分則依程序階段，說明 DSM 之實務運作情形，第七部分討論若干跨階段的程序議題。第八部分略述筆者所見 DSM 所面臨之挑戰，以代結論。

貳、DSM 概述

一、組織架構

DSM 是 1986-94 年烏拉圭回合談判之重要成果之一，其基本理念在於建立「法制化」(legalization)甚至「司法化」(judicialization)的國際貿易爭端解決機制，由中立第三方依法(協定條文)裁決爭端，避免爭端結果完全取決於國際政治實力。

然而「DSM 司法化」雖是法治主義(rule of law)理想，但在國際政治上仍頗受爭議。事實上，WTO 創立者並未企圖創造一個超越國家主權的巨靈，WTO 仍是以會員總體意志為基礎(Member-driven)的國際組織，WTO 之處分—包括對爭端之裁決—之拘束力乃源自全體會員之同意，而非少數菁英之裁決。

DSU 非常巧妙地調合了以上兩個相衝突的觀點。首先，DSU 成立兩個中立的裁判機構：以隨機三人組成的小組(panel)為第一審裁判者；七名常設成員組成的上訴機構(Appellate Body，簡稱 AB)則為終審法庭。應留意，DSU 並未賦與這兩個機構 court、tribunal 等法庭之名。

其次，DSU 成立 DSM 的政治機構：**爭端解決機構(Dispute Settlement Body, 簡稱 DSB)**，該機構由全體 WTO 會員組成，層級與 WTO 平時最高決策會議總理事會(General Council)相當。小組與 AB 就個案爭端做成之「報告」(report)，應由 DSB(即全體 WTO 會員)決議採認，方生法律拘束力。換言之，DSB 是爭端裁決的權責機關，小組與 AB 僅是「協助」(assist) DSB 的專家幕僚(註三)。

惟若如此，則 DSM 司法化理念盡成泡影。故談判者在此又導入一相當特別的決議機制：**負面共識決(negative consensus)**，亦即「除非所有會員均反對決議，否則決議即通過」。以此方式表決小組/AB 報告自是無有不過，該報告之法律拘束力於是獲得百分之百的保障。因此雖然形式上解決爭端、拘束兩造的是 DSB 決議，事實上則是小組/AB 的裁決。

這是否意謂 DSB 僅有橡皮圖章的功能？其實不然。首先，DSB 為 WTO 最高「司法行政機關」，主管 DSM 裁判以外的一切事務，而根據規定，負面共識決僅在以下三類議案適用：一、成立小組(註四)；二、採認小組/AB 報告(註五)；三、授權勝訴原告對被告進行報復(註六)。除此三者外，其他事務(如選舉 AB 成員)仍依一般決議程序為之(註七)。再者，負面共識決雖保證決議通過，但該決議仍是 DSM 程序之一環，在法律效力、期日計算上仍具意義。

除了小組、AB、DSB 以外，DSM 組織上還包括兩個文獻較少著墨的機構：**WTO 秘書處(WTO Secretariat)**與 **AB 秘書處(Appellate Body Secretariat)**。WTO 秘書處為 WTO 的官僚機構，負責 WTO 日常運作，其中的法務處(Legal Affairs Division)與規則處(Rules Division)係與 DSM 關係最密

註三：DSU 第 7.1 條與第 11 條參照。

註四：DSU 第 6.1 條。

註五：DSU 第 16.4 與 17.14 條。

註六：DSU 第 22.6 條。

註七：DSU 第 2.4 條規定 DSB 之決議方式只有共識決一種，與 WTO 其他機構有多數決之選項有別(雖 WTO 實務上未曾採取多數決)。

切者，兩處下各有數十名專家、律師，支援小組階段的審判工作。在分工上，規則處專門支援貿易救濟(trade remedies)案件，法務處則負責其他案件。

AB 秘書處則負責支援上訴階段的審判工作。AB 秘書處雖為 WTO 秘書處下轄，但兩秘書處在組織上有某程度的切割，以維持 AB 獨立性。例如 AB 秘書處處長直接向 WTO 秘書長報告，而不轄於任何一位副秘書長；AB 秘書處的預算單獨編列，不與 WTO 秘書處同。

實務運作上，當一爭端進入審理時，法務處、規則處或 AB 秘書處即指派若干人員支援小組或 AB 的審判工作。美其名為「支援」，事實上，該等秘書處人員在 WTO 中任職既久，對程序、法規、案例、乃至語言的熟稔程度，往往高於隨機選任的小組成員或是有任期的 AB 成員，因此秘書處對個案的影響往往凌駕於小組/AB 成員之上（註八），有論者甚至稱 AB 秘書處處長 Werner Zdouc 為「最具權力卻最罕為人知的國際公務員」，蓋影響全球貿易政策之終審裁決，幾乎都是在他的影響下做成的（註九）。

二、其他原則

當事人適格。DSM 當事人僅限於 WTO 會員政府，換言之，個人、企業、產業並不能逕至 WTO 起訴，必須請求會員政府(通常是企業母國，但對跨國企業而言亦可能是其他有利害關係的國家)提起訴訟。美國與歐盟有較制度化的公私部門合作程序(public private partnership)，允許私部門針對他國貿易障礙提出控訴，經母國政府調查後循 WTO 程序解決；其他國家爭端之提出則

註八：參照 Pauwelyn, Joost and Pelc, Krzysztof. 2019. Who Writes the Rulings of the World Trade Organization? A Critical Assessment of the Role of the Secretariat in WTO Dispute Settlement. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3458872> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3458872>.

註九：參照 Blustein, Paul. 2017. China Inc. in the WTO Dock, Tales from a System under Fire. Centre for International Governance Innovation Papers 157, at 13. Available at <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.157%20final%20PDF.pdf>

多仍仰賴非正式的遊說（註十）。

訴訟標的。通常 DSM 的訴訟標的為：原告請求小組認定被告之措施 (measure)違反 WTO 協定並建議移除該違法之結果。

所謂「措施」可以是法律、法規命令、行政處分、甚且是不成文的行政慣例或政府行為，但原告必須明確敘述措施內容，對訴訟標範圍負舉證責任。在語言隔閡、法律行政體系差異下，善盡此一舉證責任往往需要大量的資源。

DSM 另外允許會員提出「非違反協定之訴」(non-violation complaint)(註十一)，亦即 A 國措施雖未違反 WTO 協定，但 B 國因此受損害時，B 國得請求 DSM 解決爭端。此時小組/AB 不得建議 A 國終止其措施，只能盡力促成雙方和解。實務上，此一訴訟類型未曾被單獨提出過，多做為一般訴訟平行或備位之聲明。

訴訟費用。DSM 並不收費，所有程序費用由 WTO 預算支應，相對而言，小組/AB 之裁判也不涉訴訟費用或相關之訴訟成本。

參、小組前程序

一、諮商程序(Consultation)

原告向被告請求諮商為啟動 DSM 的第一步。

依 DSU 第 4.4 條，原告應向被告提出書面的**諮商請求**(request for consultation)，指明系爭措施與該措施違法的法律基礎。依 DSM 判解，訴訟標的範圍以小組請求為準(詳後述)，但未列諮商請求之爭點，不得列於小組

註十：參見 Bahri, Amrita. 2018. *Public Private Partnership in WTO Dispute Settlement: Enabling Developing Countries*, (Edward Elgar Publishing Limited).

註十一：GATT 第 XXIII:1(b)條；DSU 第 26.1 條。

請求中（註 十二），因此諮商請求之撰寫就全案仍有相當程度的影響，實務上有原告就已提出的諮商請求另為補充者(addendum)（註 十三），亦有提出第二次諮商請求者（註 十四）。

第 4.4 條規定，諮商請求應副知 DSB，實務上係由原告向 WTO 秘書處遞交請求副本，由秘書處以 DSB 主席名義公告之，秘書處並就該爭端建立案號與案名，正式立案。

多數被告於接獲請求後會函覆原告同意進行諮商（註 十五），兩造隨後就諮商的時間與地點為磋商。若干會員偏好在擔任被告時，要求於自家首府諮商，以節省成本並爭取地主優勢；事實上，假若被告充份配合，此等安排亦有助於原告取得被告端的資訊。若干會員則偏好兩造各派員至瑞士日內瓦進行諮商，蓋日內瓦為 WTO 所在地，各國均有代表團在此，就第三地而言係最便利的地點。

實務上另一慣例，即諮商前由原告提供被告書面的**問題清單**，以利諮商進行。原告是否提供問題清單、問題的數量與難度、事前提出時間的長短，依個案各有不同。

諮商前，兩造通常會互相知會**出席人員名單**。近年來一爭議在於：一造是否得反對他造之某些人員出席諮商？美國曾於若干擔任被告之爭端中，反對原告之外部律師參與諮商。對不常參與爭端或非英語系國家而言，外部律師往往是個案爭端的實際操盤手，美國此舉無疑具相當訴訟策略考量，中國曾於 DSB 會議中公開抗議此事（註 十六）。

此一問題甚難評斷，一方面，DSM 各程序中，當事方本有權決定代表

註十二：美國海關擔保金指令案(DS345)AB 報告，第 292-295 段。

註十三：如加拿大鋼管案(DS482)。

註十四：如韓國商業船舶措施案(DS571)與韓國商業船舶措施案(第二次起訴)(DS590)。

註十五：亦有無諮商案例，通常是因為外交因素，此並不影響原告繼續請求小組之權利。例如近期沙烏地阿拉伯智財案(DS567)，被告沙烏地阿拉伯即函覆原告卡達拒絕諮商。見該案小組報告第 1.2 段。

註十六：見 2018 年 11 月 21 日 DSB 會議記錄(WT/DSB/M/421)第 22.1 段以下。

團之組成；但另一方面，諮商乃「專屬」兩造之程序，一切取決於兩造合意，故若一造以任何理由反對諮商，他造亦不能強迫之。若被告因出席人員或其他任何理由杯葛諮商，原告得於法定期限後逕行請求成立小組，如此而已。

諮商會議無既定程序，一般以兩造問答為主，時程長短依諮商進度而定，實務上亦有個案進行數次諮商會議者（註 十七）。

諮商程序目的原是冀望兩造能透過對談解決爭端（註 十八），不過隨時間發展，此一程序經常被批評為「雞肋」，蓋兩國若有貿易摩擦，本可透過各種形式的對話解決，通常只有當雙邊對話已經完全破局，原告才會至 WTO 起訴，因此強制兩造先行諮商意義不大。實務上，原告通常企圖藉由諮商獲取更多被告措施的資訊，以為後續小組程序做準備，被告心知肚明，故充分合作者罕矣。再者，諮商全程保密，除兩造人員外，並無第三方與會（第三國參與除外，詳後述），諮商對談內容既無正式記錄，無法於後續訴訟中做為證據。凡此種種均使諮商程序漸流於形式。

二、請求小組成立(Establishment of Panel)

DSU 第 4.7 條規定，倘於被告收到諮商請求之 60 日內，雙方無法解決爭端，原告得逕向 DSB 請求成立小組。

此一 60 日期限是對原告權利之限制，60 日一過，原告得於任何時點請求成立小組，並無失權期限。近年實務上，小組請求多遠超此限，2015 年後啟動的諮商程序，諮商請求提出日至小組成立請求提出日，平均約間隔 162 日（註 十九）。

如前所述，小組成立請求(request for the establishment of a panel)應由

註十七：如日本出口管制案(DS590)，見日本產省新聞

https://www.meti.go.jp/english/press/2019/1108_001.html。

註十八：見 DSU 第 4.5 條。

註十九：統計自 WTO 資料，見網頁 Dispute settlement activity — some figures

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm。

DSB 以負面共識決議決之，關於此點，DSU 第 6.1 條特別規定：負面共識決議僅適用於原告**第二次**於 DSB 會議中請求成立小組時，換言之，第一次請求成立小組時，被告得於會議中進行杯葛。

此一制度設計係為給予被告反應時間，避免突襲，蓋 DSB 例行會議於每月下旬舉行，依議事規則，議程應於會議前 10 日排定（註二十）。由於被告有一次杯葛小組成立的機會，因此即便無任何事前通知，被告自知悉原告提出請求，至小組正式成立，仍約當有 40 日可為準備。實務操作上，原告得於 DSB 例會外請求召開臨時會，以加速小組成立，不過臨時會之安排須視秘書處與 DSB 主席行程而定，且同樣有會議前 10 日的「議程閉鎖期」（註二十一）。

DSU 第 9.1 條規定，多名原告得就同一被告、同一爭端請求成立**單一**小組；第 9.3 條則規定，若不同原告於不同時間就同一爭端成立複數小組，該等小組應盡可能由相同成員組成，並協調程序。實務上，成立單一小組或複數小組取決於當事方意願，有間隔將近一年成立的兩個小組，仍協調為單一程序者（註二十二）；亦有同時成立之小組，因被告反對而無法合併為單一小組者（註二十三）。

如前所述，訴訟標的範圍依小組請求內容而定，原告得於後續書狀中補充、闡明其請求，但不得更改或擴張標的範圍。此外，訴訟標的界定時點為

註二十：WTO 部長會議暨總理事會會議程序規則(Rules of Procedure for Sessions of the Ministerial Conference and Meetings of the General Council)(WT/L/28)第 2、3 條。

註二十一：應留意者，WTO 補貼與平衡稅措施協定(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 簡稱 SCM 協定)第 4 條就「禁止性補貼」(prohibited subsidies)爭端定有若干特別條款，以加速此類爭端程序進行，第 4.8 條規定，小組請求應於第一次 DSB 會議上即以負面共識決議決之，不受 DSU 第 6.1 條限制。於近年美國小波音案(DS487)中，歐盟曾引用本條文成立小組。

註二十二：如巴西租稅案(DS472/D497)，該案日本請求之小組成立時，歐盟之小組已成立九個月，見該案小組報告第 1.5-1.16 段。

註二十三：如美國鋼鋁案(DS544/547/548/550/551/552/554/556/564)，於同次 DSB 會議上，中、歐等六國就同一美國措施請求之小組應成立，然因美國反對，該等案件並未成立單一小組。見 2018 年 11 月 21 日 DSB 會議記錄(WT/DSB/M/421)，第 6.1 段以下。

小組成立時，小組成立後，系爭措施之修改或終止，均不影響訴訟標的內容（註二十四）。

肆、小組程序

一、小組組成(Panel Composition)

小組成立後即進入**小組組成**程序，亦即三名小組成員之選任。

DSU 第 8.4 條規定，WTO 秘書處應維持一小組成員**建議清單(indicative list)**（註二十五），會員國得隨時提名人選，經 DSB 決議後納入該清單，不過 DSU 並未限定小組成員僅能從該清單中選任，目前該清單所列人選達四百餘人，僅列明國家、姓名與擅長領域等有限資訊，對個案小組組成作用有限。

實務上，WTO 秘書處會於小組成立一周內邀請兩造進行會議，聽取兩造對小組成員資格之偏好或禁忌，例如是否應有先前小組經驗、是否得為第三國之國民（註二十六）、是否具爭端相關專業背景等。

WTO 秘書處隨後依兩造意見提出建議人選（一般為六人，小組主席人選二人，其他小組成員人選四人），兩造得於後續會議中同意或反對個別人選，倘兩造就三名人選達成合意，則小組即告組成；反之，兩造得要求秘書處提出第二輪、乃至第三、第四輪的建議人選。

DSU 第 8.7 條規定會員不應輕易反對秘書處之建議人選，但制度上並無機制審查會員的反對理由。實務上，被告可以策略性地反對所有建議人選，以拖延程序。

註二十四：見歐盟雞塊案(DS269)AB 報告第 156 段。

註二十五：見 WT/DSB/44 文件系列。

註二十六：DSU 第 8.3 條明文規定第三國成員不得為小組成員，但實務上為擴張成員候選範圍，當事方可同意捨棄此一條件。

為突破此類僵局，第 8.7 條另規定，若兩造於小組成立之 20 日內無法合意組成小組，則任一造得要求 **WTO 秘書長(Director-General)**指派小組成員，WTO 秘書長應於 10 日內指派之。實務上，WTO 秘書長會再次邀集兩造聽取偏好，並依之為指派。由於必須配合 WTO 秘書長之行程，因此指派小組成員之程序未必如法規所顯示之迅速。

是否請求指派小組成員為兩造權利，原告得於第一次合意失敗後即轉向秘書長指派程序，但亦有個案小組組成程序持續數月乃至經年之久，甚至整個爭端即止於組成程序者。

除小組成員國籍迴避規定外(第 8.3 條)，DSU 對小組成員資格並無明確規範，所生問題便是：茫茫人海中選出的三名自然人是否確實具備專業與意願以審查複雜且涉及重大利益的貿易爭端？為控制小組品質，在實務上，WTO 秘書處乃內建有口袋名單，做為建議人選或秘書長指派之參考，於是某些「績優」小組成員重複出現，某程度上改變了小組「臨時、非常設、非專任」的性質。為維持裁判品質，秘書處此舉似無可厚非，但亦彰顯秘書處對於個案的影響力。

二、程序會議(Organizational Meeting)

小組組成後，小組主席即邀請兩造舉程序會議，以決定該爭端之**工作規則(Working Procedures)與期程表(Timetable)**（註二十七）。

DSU 附件三雖有工作規則與期程表範例，但實務上的工作規則與期程表內容遠較其複雜。近期個案之工作規則一般包括程序保密、書狀交換、書狀編寫、程序裁定、證據、聽證程序、第三國參與、書狀送達等規則（註二十八）。在某些案件中，小組會依兩造請求，就商業機密資訊(business confidential

註二十七：DSU 第 12.1-12.5 條。

註二十八：實務上，小組工作規則與期程表於小組程序進行時皆為保密文件，工作規則會做為小組報告之附件，於程序結束後公開。期程表是否公開則視兩造有此合議。近年公開之期程表可見加拿大紅酒銷售案(DS537)文件 WT/DS537/11 及其修正版本。

information，簡稱 BCI)保密（註二十九）、專家證人諮詢(Consultations with Experts)（註三十）等程序，另定工作規則。

依 DSU 第 12.1 條，工作規則與期程表之制定為小組權限，實務上小組多仍盡可能尊重兩造意見，盡可能維持程序彈性。

三、小組審理

小組審理程序一般如下：

1. 原告提出第一次書狀；
2. 被告提出第一次書狀；
3. 第三國提出書狀；
4. 第一次聽證；
5. 兩造交換第二次書狀；
6. 第二次聽證；
7. 小組做成報告敘述部分；
8. 小組做成期中報告；
9. 小組做成最終報告；
10. 最終報告翻譯完成並公告。

提交書狀。當事方應依工作規則，提交書狀(含所有附件)紙本至 WTO 秘書處的「爭端解決收發室」(Dispute Settlement Registry)，紙本份數多寡依個案不同；當事方同時應提交書狀之電子檔。

DSU 第 12.6 條雖規定秘書處會將書狀轉達對造及第三國，不過實務上多係由提交書狀之一方直接向他方為送達。過往案件中，對他方的送達必須以「紙本+電子檔」雙軌為之，除非被送達方同意僅接受電子檔送達。近年來工作規則多修改為對他方之送達僅須以電子檔為之，除非被送達方要求紙

註二十九：如歐盟 Airbus 案，見該案履行小組報告附件 WT/DS316/RW/Add.1。

註三十：如韓國輻射檢測案，見該案小組報告附件 WT/DS495/R/Add.1。

本。紙本送達一般是將該紙本送至被送達方於 WTO 秘書處中的專屬信箱(暱稱為「鴿籠」, pigeon hole), 有 WTO 秘書處簽執為證。

近年來 WTO 秘書處致力於推動單一線上爭端文書系統 Digital Dispute Settlement Registry(簡稱 DDSR), 冀望將來所有文書之交換、儲存、查詢均於單一系統中進行。該系統目前正在試行中。

聽證。多數個案單次聽證(substantive meeting, 又譯做「實質審查會議」)安排為二個整天, 亦有因案件複雜而長達五天的聽證。聽證前約一至二周, 小組會以書面通知兩造具體發言順序以及發言長度。第一次聽證通常由原告先進行開場陳述(opening statement), 再由被告為陳述, 接著小組向兩造提問, 聽證結束前兩造得再為簡短的閉場陳述(closing statement)。第二次聽證兩造口頭陳述的順序對調。

開場陳述經常長達一個小時以上, 陳述之發言稿應於聽證結束次日提交小組並送達對造, 可視為另一份書狀。

小組提問則是聽證中較靈活的部分, 近年較理想的實務是由小組於聽證前七至十日發送書面提問或討論大綱, 以利口頭問答進行。聽證結束次日, 小組會再發給兩造修正後的書面問題, 兩造應依限以書面回答。

小組報告。在兩次書面交換與聽證程序結束後, 小組即就爭端為判斷並製作報告。小組首先做成報告中**敘述部分**(descriptive part), 包括個案程序過程、爭端事實、原告請求內容、以及兩造論點摘要等, 兩造得就此部分提出評論。

隨後小組會發給兩造**期中報告**(interim report)。雖言「期中」, 但一般而言與最終報告已相差無幾, 小組會在期中報告中就爭端做成結論, 並詳述理由。兩造得就期中報告提出評論或請求聽證, 惟一般小組在此階段已不會更改其結論或理由, 更不接受新證據或論點。兩造於此期中審查(interim review)所提意見, 多著重報告中爭點與證據之呈現, 以為上訴準備。

期中審查後, 小組即做成**最終報告**(final report), 並發給(issue)兩造。應

注意者，此時最終報告仍不對外公開，因此爭端雖在實質上已結束，但小組與兩造對報告內容仍負有保密義務。

小組報告的最後一段加工即翻譯，最終報告必須譯為 WTO 另外兩種官方語言後（註 三十一），方才由秘書處分送(circulate)全體會員並公告之。經分送之小組報告方才具有法律效力，後續程序期日亦以分送日起算。

DSU 第 12.8 條規定，自小組組成至發給最終報告，不得超過六個月；第 12.9 條則規定該六個月期限或可延長，但自小組成立至報告分送無論如何不得超過九個月。此一法定期限在實務上**完全無法被遵守**，依統計，2015 年後成立之小組(不含履行小組)，小組成立至報告分送約費時 22 個月（註 三十二）。

小組審理程序中有若干不成文的慣例，例如**論點摘要(executed summary)**。DSU 第 18.2 條僅規定當事方在其他會員要求下，應提供其書狀非機密之摘要，但實務上，多數個案工作規則均要求當事方提交書狀與口頭陳述之論點摘要，提交時點可能與個別書狀或口頭陳述同時，亦可能於程序尾聲提交一整體摘要。該論點摘要目的在便利小組撰寫報告，摘要會做為小組報告之附件公開。

法無明文但常見的實務還有**程序裁定(preliminary ruling)**，一般係由被告於小組程序初期提出請求，挑戰訴訟標範圍、小組成立適法性等程序事項；小組會視請求時點、爭點內容等因素，在程序中先為裁定，或是在最終報告中一併處理。近來個案工作規則多就程序裁定為詳細規範，包括請求時點、對造抗辯機會、小組下達裁定之時間等等。

註三十一：WTO 官方語言為英、法、西三種，多數小組報告以英文做成，若干西語系國家間之爭端依當事方約定以西語進行，目前僅有一爭端以法語進行(歐體石綿案(DS135))。

註三十二：依 WTO 資料計算，見 Dispute settlement activity — some figures
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm

伍、上訴程序

一、上訴與附帶上訴(Appeal and Other Appeal)

小組報告分送後可能性有二：一、報告經 DSB 採認而確定；二、被告上訴。理論上還有第三種途徑，即該報告未被採認也未被上訴，惟此一情況極為罕見（註 三十三）。

DSU 對於小組報告之採認與上訴期間有著相當耐人尋味的規定：第 16.1 條與第 16.4 條規定，小組報告得於分送之 20 日後、60 日內，由 DSB 以負面共識決採認；若任一造於採認前上訴，則該報告即不得被採認，直到上訴程序終結。

換言之，DSU 並未定有固定之上訴期間，上訴期限取決於報告何時被採認。如前所述，DSB 例行會議於每月下旬召開，因此於法定「20 日後、60 日內」的期間內，應至少有一次 DSB 例行會議可供採認報告，敗訴方可依此計算上訴期間。但亦經常有勝訴方請求 DSB 臨時會議採認報告，以壓縮敗訴方之上訴準備時程。

合先說明者，就小組報告之上訴，並非表達上訴意思即為已足，根據 AB 所訂定之 AB 工作規則第 20 條，上訴人除了應提出上訴通知(Notice of Appeal)，尚必須同時提交上訴狀(Appellant's Submission)。上訴狀是上訴人於上訴程序中惟一提出書狀的機會，其內容極為重要，故必須費時準備。

由此一不定上訴期間衍生的是 60 日期限延長合意，即兩造合意延後報告採認至法定之 60 日後，上訴期間也因此拉長。此一合意可能出現在兩造均需要額外時間準備上訴資料；近來有若干案例是 AB 主動介入，蓋 AB 案量過多，因此協調兩造延後上訴，以舒解積案。

另一項相關設計便是「附帶上訴」(Other Appeal)制度，蓋一造上訴，

註三十三：歐盟香蕉案(DS27)履行小組報告為目前僅有之一例。

小組報告即不得被採認，則他造是否即得在任何時點提起上訴？DSU 就此並無規定，AB 工作規則第 23 條則規定：倘一造已上訴，他造欲就相同或其他法律爭點為上訴者，應於 5 日之內為之，是為 Other Appeal，依其性質暫譯為附帶上訴。附帶上訴之形式要件與上訴相同，應同時提出附帶上訴通知 (Notice of Other Appeal) 與附帶上訴狀。

之所以訂定 5 日如此緊湊期限，是因為依 DSU 第 17.5 條，上訴程序不得超過 90 日，AB 工作規則相應規定被上訴人之答辯狀 (Appellee's Submission) 應於上訴之 18 日內提出 (註 三十四)，而上訴聽證應在 45 日內舉行 (註 三十五)，準此，附帶上訴期間自不宜過長。

結合前述上訴與附帶上訴規定，美國曾有相當具侵略性的訴訟操作。蓋 DSU 雖有「報告於分送後 20 內不得採認」之規定，但對於上訴則無此類排斥期間限制。於中國稀土案 (DS431) 中 (註 三十六)，美國做為原告於小組階段贏得多數爭點，卻於小組報告分送後第 13 日就若干程序爭點提起上訴，迫使真正的敗訴方中國必須於 5 日之內備齊書狀提出附帶上訴。該案 AB 拒絕中國所提駁回美國上訴之請求，但裁定延長中國提出附帶上訴之期限。

上述法定之上訴與附帶上訴期限雖看似緊迫，事實上兩造早於小組發給期中報告時，即已獲知判決結果與理由，期中報告至最終報告分送間往往有數月之久，足供兩造準備上訴。

二、上訴審理

與小組不同，AB 為常設機關，由七名 AB 成員組成，臨案依輪值選出三人組成一庭 (division) 承審個案。AB 成員由 DSB (即全體 WTO 會員) 選任指派，任期四年，連選得連任一次。於本文撰寫當下 (2020 年 7 月)，AB 因遭

註三十四：AB 工作規則第 22 與 23(4) 條。

註三十五：AB 工作規則第 27 條。

註三十六：見中國稀土案 (DS431) AB 報告附件 4。

美國杯葛選舉，僅有一名成員在任，無法進行審理工作，本文不擬就此議題多為著墨，僅就正常情況下 AB 之運作為說明。

上訴審為法律審，兩造僅得就小組報告中之法律錯誤為上訴，不得再爭執事實問題。惟實務上有所謂「**DSU 第 11 條上訴**」問題，該條規定小組對爭端事實有客觀審查(objective assessment)義務，上訴方於是得以小組違反本條為由提起上訴，間接爭執小組之事實認定；此類審查標準甚難拿捏，AB 於個案中取捨不同，是近來相當受關注的議題。

相較於小組，上訴審理程序較為簡易，上訴與附帶上訴提出後，被上訴人應依限提出答辯狀，第三國得隨後提出意見書，AB 舉行上訴聽證，然後做成報告，翻譯並公告之。如前所述，AB 秘書處具相當獨立性，因此上訴階段書狀之陳遞並非向前述「爭端解決收發室」為之，而是直接送交 AB 秘書處。

AB 聽證程序與小組聽證程序近似，亦以兩造口頭聲明開場，隨後進行問答。兩者差別在於：因涉法律爭議，AB 成員提問通常較深入，也較傾向與兩造「討論」法律問題；而且 AB 聽證中第三國得全程出席，且得隨時回答 AB 提問，因此 AB 聽證氣氛往往較小組聽證更為活絡。此外，實務上 AB 不常於聽證前提供書面問題，聽證結束後兩造亦不得再以書面補充意見，故 AB 聽證相當考驗兩造即時口語辯論能力。

AB 並不發給兩造期中報告，亦不發給最終報告，而是於翻譯後直接公告並分送全體會員。

DSU 第 17.13 條規定，AB 得維持、修改或駁回小組之法律認定，但並無發回更審(remand)制度。實務上，AB 經常於駁回小組認定後，依小組報告中所載事實基礎另為認定，稱為「**完成法律分析**」(complete legal analysis)；惟若小組報告所載事實不足，便會出現小組認定被駁、但 AB 又無法為新認定的窘況。為避免此一情形，另一個實務發展即小組於報告中盡可能載入爭端事實，即便非判決所必須之事實一概載入小組報告中，以利必要時 AB 得

完成法律分析。

如前所述，DSU 第 17.5 條規定上訴程序應於 60 日完成，最長不得超過 90 日。近年個案均無法遵守此一期限，其一理由在於上訴案過多，AB 秘書處人手不足，於是經常發生兩造依限提出書狀後，AB 卻無法審理、乃至聽證延後召開的情形。

DSU 第 17.14 條規定，AB 報告分送後，應於 30 日內由 DSB 以負面共識決採認。

陸、履行/報復程序

一、合理履行期間(Reasonable Period of Time)

小組/AB 報告採認後隨即進入履行/報復程序，此一階端程序多變，以下均以一般狀況討論之。

依 DSU 第 21.3 條，若被告措施被認定違反 WTO 協定，被告應於小組/AB 報告採認後 30 日內通知 DSB 履行裁判之意願，一般而言，被告會於報告採認當次或下次之 DSB 會議表示履行意願。少數個案中被告拒絕履行（註三十七），原告得逕為報復。

被告於表達履行意願同時，通常會要求額外時間以修正其措施，此時即進入「合理履行期間」(Reasonable Period of Time, 簡稱 RPT)程序。RPT 原則上由兩造合意，若報告採認後 45 日內無法合意，可請求進行仲裁，仲裁人應於報告採認後 90 日內做出判斷。

RPT 仲裁通常由單一仲裁人為之，兩造於 10 日內無法合意仲裁人，則得請求 WTO 秘書長指派。實務上 RPT 仲裁鮮少於法定期限內做成判斷，依統計，RPT 仲裁判斷距報告採認平均 157 日，選任仲裁人便耗去將近 90 日

註三十七：如美國壓光紙案(DS505)。

(註 三十八)。但應注意，仲裁判斷之 RPT 多仍是以報告採認日起算，因此仲裁程序拖延事實上壓縮被告的履行時間。

RPT 長短依被告修正系爭措施之難度而定，若涉及立法程序，被告通常會要求較長之 RPT，DSU 規定，RPT 原則上不得超過 15 個月。

二、DSB 監督

DSU 第 21.6 條規定，RPT 建立後六個月，未獲解決之爭端應列入 DSB 議程加以討論，直到爭端解決(...until the issue is resolved)。實務上，一般由被告向 DSB 請求納入議程，並於會議中為履行的「現況報告」(status report)。

惟究竟何謂「爭端解決」呢？在理想狀態下，原被告應就履行結果達成共識，或是由履行小組/AB 明確宣告被告已履行，但若非如此，則爭議難解。近年 DSB 會議中，歐盟與美國屢就美國 Byrd Amendment 案(DS217)是否已「解決」而爭論。歐盟主張美國並未履行裁決(AB 報告於 2003 年採認)，應繼續提出現況報告；美國則主張只要被告自我宣布履行(美國於 2006 年終止該法案)，則不再負有為現況報告之義務；美國反唇抗議歐盟並未就歐盟 Airbus 案(DS316)為現況報告，歐盟則表示該案進入履行政程序，故歐盟無報告義務(註 三十九)。

三、履行政程序(Compliance Procedures)

合先敘明者，DSM 並不提供損害賠償，亦無任何懲罰性賠償規定，敗訴被告之義務僅限於依小組/AB 報告之建議，使系爭措施符合 WTO 協定(bring the measure into conformity with the covered agreements)。實務上，原告通常請求小組建議被告終止系爭措施，但小組/AB 建議鮮少如此具體，多數

註三十八：見 WTO Index，

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art21_jur.pdf，第 41 頁。

註三十九：例如 DSB 2020 年 2 月 28 日會議記錄(WT/DSB/M/441)，議程 2 與 3。

情況下，被告對於修改措施享有相當裁量空間，爭議於是生焉。

DSU 第 21.5 條規定，若兩造對被告是否已履行裁決有所爭議，**得訴諸 DSM 解決之**，換言之，兩造得依「諮商—小組—上訴」之程序，就「被告是否履行裁決」一節請求裁決。

DSU 就履程序並無詳細規定，致使此一程序在實務運作上有相當大的彈性。首先，由於法無明文，兩造均得請求啟動履程序，實務上遂不乏同一爭端原被告依不同基礎，各自請求啟動履程序的情況（註四十）。

此外，履程序並無次數限制，因此隨系爭措施多次修正，可能會出現多輪履程序的請形，在某些個案甚至出現重疊的履程序，即前次履程序小組/AB 報告尚未做成，一造又針對措施的新修正請求履程序（註四十一）。

履程序與原始爭端程序大致相同，第 21.5 條要求履行小組成員應盡可能與原始小組相同，且履行小組應於 90 天內分送小組報告，惟該 90 天期限得延長。

四、報復程序 (Retaliation)

如前所述，DSM 並無損害賠償概念，原告強制被告履行的手段只有「報復」一項，正確來說，「報復」係原告針對被告暫停履行 WTO 下之減讓或其他義務(suspension of concessions or other obligations)，較常見的手段係對被告產品課以報復性關稅。

DSU 第 22.2 條規定，倘被告有不履行之情形，兩造應於 RPT 屆滿前協商補償(compensation)事宜，此一補償協商僅於 WTO 早年一案成功（註四十二），近年此一程序多半被兩造形式上帶過。

註四十：如哥倫比亞衣鞋案(DS461)。

註四十一：如泰國香菸案(DS371)。

註四十二：即日本酒案(DS8)。

在無補償的情況下，第 22.2 條規定原告得於 RPT 屆滿之 20 日後，向 DSB 請求**授權對被告進行報復**；而第 22.6 條另規定，DSB 應於 RPT 屆滿之 30 日內就報復授權請求以負面共識決議決之。

依此等條文嚴格解釋，RPT 屆滿 20 日後、30 日內之 10 天期間內，原告必須請求報復授權，且 DSB 應議決之，若再考慮 DSB 會議 10 天的「議程閉鎖期」，則 DSU 規定根本無法運作。實務上，原告請求報復授權多早於該 20 日期限，使 DSB 會議得順利於該 30 日期限前召開。

原告提出報復請求後，被告得就請求之金額(即報復水準，level of suspension)提出異議，則全案即進入**報復仲裁程序**。由於異議之提出並不需附理由，而一旦異議便可拖延原告報復之實施，因此被告異議幾乎成必然。

根據 DSU 第 22.4 條，「報復水準」應相當於原告所受的損害水準(level of the nullification or impairment)。依歷來報復仲裁判斷，衡量原告損害之時間點，並非系爭措施時，而是 RPT 屆滿時，換言之，原告之損害水準乃「若於 RPT 屆滿時被告履行原告的貿易水準」，與現實中被告未履行下原告貿易水準之差額。

具體估算此一假設性的數額並不容易，故報復仲裁有相當大一部分是經濟模型之爭。多數仲裁人係判斷一具體金額做為原告每年得報復之上限，亦有仲裁人係判斷一公式，每年報復水準依特定指數有所不同。

DSU 規定報復仲裁應於 RPT 屆滿之 60 日內完成，若考量前述 DSB 議決報復請求之 30 日期限，報復仲裁庭之時間所剩無幾；實務上，報復仲裁平均耗時 227 天（註 四十三）。

註四十三：見 WTO Index，

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf，第 24-25 頁。

五、第 21 條與第 22 條程序適用順序協定 (Sequencing Agreement)

前述 DSU 第 21 條之履程序與第 22 條之報復程序啟動時點均為 RPT 屆滿時，則孰應先進行呢？邏輯上，履程序似應優先報復程序完成，否則可能會出現原告已為報復、但被告卻被認定已履行的矛盾情況。然而 DSU 並未就此順序為規範，因此法律上，報復程序得與履程序平行、甚至先於履程序進行（註 四十四）。

為避免邏輯矛盾，實務上發展出兩造就第 21 條與第 22 條適用順序之協議，以下簡稱為「**順序協議**」(Sequencing Agreement)。順序協議之核心即原告同意：惟有當履程序確定被告未履行時，原告方才依 DSU 第 22 條請求報復。

順序協議看似有利於被告，但如前所述，原告之報復授權請求應於 RPT 屆滿之 30 日內經 DSB 議決，而報復水準計算具高度技術性，往往非短時間可完成；於順序協議下，被告事實上放棄該 30 日期限之利益，原告因此得以充份準備報復請求。

此外，於近期實務中，兩造通常會藉順序協議調整履程序，以利程序盡速完成，例如：

- ◎ 不必進行諮商（註 四十五）；
- ◎ 履行小組成立之請求，應於第一次提出於 DSB 會議時便以負面共識決議決之（註 四十六）；
- ◎ 履行小組程序採「雙書狀」(double-briefing)模式，即兩造交換兩回書狀，隨後僅進行一次聽證（註 四十七）；
- ◎ 履行小組報告分送後得隨時被採認，不受 DSU 第 16.4 條 20 日除斥期間

註四十四：例如印度太陽能案(DS456)。

註四十五：例如美國鮭魚案(DS381)順序協議，WT/DS381/19。

註四十六：例如巴西租稅案(DS472)順序協議，WT/DS472/17。

註四十七：例如印尼鋼板案(DS490)順序協議，WT/DS490/13。

限制（註 四十八）；

◎ 兩造不就履行小組報告上訴（註 四十九）。

多數順序協議會約定於原告請求報復授權時，被告仍得異議其報復水準，但此時報復仲裁庭的 60 日期限並非自 RPT 屆滿時起算，而係自仲裁開始起算。

柒、其他議題

一、第三國參與

DSM 的**第三國參與(Third Party Participation)**在我國國內程序法上並無相對應的概念，「第三國參與」係允許非當事兩造之 WTO 會員有限度地參與爭端解決程序，惟爭端最終結果對第三國並不生任何效力。

第三國參與制度目的在使非當事會員得就個案中涉及 WTO 體制性之議題表示意見，以避免裁判出現見樹不見林的謬誤。再者，對於非經常使用 DSM 之會員來說，第三國參與有助其瞭解並且參與 DSM 之運作。

第三國參與程度依 DSM 階段各有不同。

諮商階段。第三國參與諮商並非必然，原被告各有機會決定是否接受第三國參與諮商。依 DSU 第 4.11 條規定，第三國僅得請求加入依 GATT 第 XXII 條提起之諮商，因此若原告諮商請求法律基礎為 GATT 第 XXIII 條，則第三國不得加入。第 XXII 條與第 XXIII 條為 GATT 時代爭端解決程序之基礎，DSU 生效後此二條文已失去大部分功能，DSU 第 4.11 條事實上賦與原告權利決定是否開放第三國加入諮商。

若原告選擇依 GATT 第 XXII 條請求諮商，則第三國得於諮商請求提出

註四十八：例如美國 OCTG 反傾銷案(DS488)順序協議，WT/DS488/16。

註四十九：同前註。

之 10 日內，具函向被告表明對此案之重大利益(substantial interest)，請求加入諮商，被告得接受或拒絕所請。DSU 並無機制審查被告之決定，因此被告就是否接受某第三國之加入請求有完整裁量權。

若參與諮商，第三國僅有旁聽地位，不得發言。

小組階段。DSU 第 10.2 條雖同樣要求第三國應對個案具重大利益，但並未設計任何審查機制，因此在實務上第三國只要於小組成立之 10 日內表達意願，即自動參加小組程序。

依 DSU 第 10.2 與 10.3 條，目前第三國參與小組程序之法定權利為：1. 收受所有第一次聽證之前提交之書狀；2. 於兩造書狀提交後、第一次聽證前，提交第三國書狀；3. 於第一次聽證中「第三國場次」(third party session)進行口頭陳述並回答問題，並得於聽證結束後以書面答覆小組向第三國的提問；但第三國不得出席兩造口頭陳述或問答之場次。

在個案中，兩造或第三國得請求小組授與第三國更多參與權利，例如准許第三方收受更多書狀、得全程列席聽證、得提交第二次書狀或參與第二次聽證等。若當事方對此等請求有異議，小組得為裁定。

上訴階段。僅有已參與該爭端小組之第三方得繼續參與上訴程序，依 AB 工作規則第 24 與 27 條，第三方得於上訴後第 21 日提交書狀，並得全程參與上訴聽證，除口頭聲明外並得隨時回答 AB 之提問。

第三國雖非當事方，惟小組/AB 仍需考量其意見，實務上，美國或歐盟等重要國家所發表之第三方意見對小組/AB 有相當影響力，因此某些案件中，兩造會向第三國進行遊說，以求獲取更多支持。

二、審理程序公開

依 DSU 第 18.2 與 17.10 條，小組/AB 審理過程中兩造提交之書狀與聽證內容均不公開。

美國長期推動 DSM 程序公開，除其所秉持的程序透明化理念外，美國

國會乃至利益團體之監督，均迫使美國政府必須充份公開其 DSM 活動，美國目前做法係主動於網路上公開自身所提之書狀，並政策性要求小組/AB 公開程序。面對公開程序之請求，小組/AB 多以兩造意見為準，倘有他造反對，則小組/AB 多半會拒絕所請。

歐盟、加拿大、澳洲等則持與美國相同立場，亦自行於政府網站上公開書狀，惟並非逐案請求裁判者公開程序。

倘小組/AB 裁定「公開聽證」，目前做法係以閉路電視直播或錄影轉播方式，使觀審者於 WTO 總部之會議室中收看，有意觀審者必須事前向 WTO 秘書處填交報名表以換取通行證，此與一般認知的法庭公開有相當差異。

捌、DSM 之危機與挑戰(代結論)

DSM 之成就並非必然，亦非偶然。此一制度發想於反全球化氛圍濃厚的年代，談判幾經波折，乃使 DSU 滿布折衷之斧鑿，程序規範上亦多模糊；創建者對此制度並不具信心，甚且早早預想於特定情狀下終止 DSM（註五十）。

在這種情況下投入運作，歷經二十餘年，DSM 終至成為 WTO 中最成功的機制之一。筆者每讀小組或 AB 報告，可強烈感覺裁判者維持中立、依法裁判、不隨國際強權政治搖擺之決心；而橫跨二十餘年、數百份報告中一致嚴謹的論理與用法(姑且不論筆者是否均同意其結論)，亦顯見裁判者及其背後制度維持者的苦心（註五十一）。

惟依筆者所見，DSM 的成功，即是它危機的來源。

註五十： 如註腳 1。

註五十一： 關於 DSM 之發展，可參見 Howse, Robert. 2016. The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary, *European Journal of International Law*, Volume 27, Issue 1, February 2016, at 9–77. Available at <https://doi.org/10.1093/ejil/chw011>.

首先，隨著會員對 DSM 信心提升，爭端數量持續增加，爭端所涉利益愈形重大，當事方訴訟技巧亦更為複雜。此一趨勢首當其衝便是造成 DSM 程序的嚴重延宕，如本文所述，目前實務上絕大多數 DSU 明文的法定期限都不被遵守，一爭端的解決需數年甚至十數年。

以我國所提印尼鋼板案(DS490)為例，本案標的係印尼就若干鋼板產品之防衛措施，我國於 2015 年 4 月 16 日向印尼請求諮商，並於 2015 年 9 月 28 日成立小組，本案小組報告分送已是 2017 年 8 月 27 日，小組程序將近二年；印尼隨後上訴，AB 報告在 2018 年 8 月 15 日分送，印尼則於 RPT 尾聲、2019 年 3 月之際終止該防衛措施（註 五十二）。是以我國自諮商請求至被告完全履行耗時近四年，此一期間印尼仍正常實施其措施，對我國貿易利益影響甚巨。此案僅涉單一措施單一產品而費時猶為如此，則其他更複雜之爭端其程序延宕冗長，便可見一斑。

程序延宕減損 DSM 的救濟效果，變相鼓勵會員於採取限制性貿易措施時的射幸心態。此外，裁判者無法遵守法定期限，亦損及 DSM「依法裁判」的基本價值。

讀者或有疑問：若是如此，為何不強化 DSM 之組織，使之得以更有效率處理案件？

這便涉及 DSM 的第二項危機：DSM 的定位。簡言之，DSM 裁判者之任務，究竟是解決個案爭端(包括實體解決、程序解決或政治解決)？或是就 WTO 協定條文提供解釋？甚且進一步以其判決補充協定條文之不足呢？

而從若干報告中，我們可以看見 DSM 裁判者(特別是 AB 成員)勇於承擔釋法者乃至造法者之角色，積極提供 WTO 法律之指引(guidance)；其釋法造法範圍甚至及於與個案無關之爭點。從法治角度，我們應感謝 DSM 裁判者們勇於任事的司法積極主義(activism)，使 WTO 法制更加完整而安定；但從

註五十二：見 WTO 網站對本案簡介

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds490_e.htm。

權力分立或國際政治角度觀之，在沒有明確協定文字之規範下，一國重大貿易法規、政策之存廢，取決於三名外國自然人之決定，此一平衡是否合宜，即非全無疑義。

此一情況搭配 WTO 談判之現況更顯爭議。蓋 WTO 協定文字本非鉅細靡遺，許多立法空白係當年談判者無能為力或有意為之，本欲留待後續談判解決；但因 WTO 談判仰賴會員共識，至今無重大進展，WTO 協定第 IX:2 條雖定有「有權解釋」(authoritative interpretation)機制，同樣因需要會員共識而無法形成，凡此種種均造成 WTO 的「立法失能」。反之，做為 WTO「司法權」的 DSM 持續於個案中就協定條文做出解釋，並透過 AB 形成判例(stare decisis)，成為 WTO 規範演進的動力。這意味 WTO 立法權與司法權的失衡，DSM 成為無法制衡的巨獸，會員無從推翻 DSM 之裁決或造法。

在此情況下，各國究竟應擴張、或是應弱化 DSM？

第三個危機便是 DSM 的政治負荷。

理想的貿易爭端解決環境，應是由裁判者就技術性議題做出判斷，而重大政治問題透過政府間談判解決。DSM 乃基於此一理想所設計，因此 DSU 定有諮商、調解(第 5 條)與兩造合意的仲裁(第 25 條)等程序。

然而 DSM 的發展方向卻非如此，調解、仲裁等程序鮮少使用，諮商程序亦流於形式，若依 2014-19 年資料統計(不含履行政程序)，七成六的爭端進入小組程序，而其中七成三的小組報告經上訴至最終審(註五十三)。足見多數當事方執意爭執至最終裁決，而非於爭端解決過程中尋求妥協方案。此一發展部份原因是越來越多的爭端係涉及特定、明確的貿易利益(如貿易救濟)，在國內利益團體的壓力下，會員政府無法輕易讓步。

另外的原因即爭端的政治性愈發濃厚，爭端不僅涉及經濟利益，更涉及國家利益。這種情形在近年「以貿易手段遂行政治目的」的國際風潮下愈發

註五十三：依 WTO 資料計算，見 Dispute settlement activity — some figures

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm

嚴重，各國持續向 DSM 提出高度政治性爭端，例如俄羅斯與烏克蘭間一系列爭端（註 五十四）、卡達與阿拉伯國家間一系列爭端（註 五十五）、美國鋼鋁案、中美貿易戰相關爭端（註 五十六）等。

筆者認為，過度的政治負荷可能導致 DSM 的崩潰。蓋政治議題本難以司法解決，WTO 協定與 DSM 均非為此設計；將政治議題強端至裁判者面前，裁判者拒絕審理將被視為 DSM 之軟弱；裁判者加以審理，則敗訴方可能以激烈手段回應之；若類似情況累積，則 DSM 將失去其權威地位。

事實上，目前 DSM 已因美國杯葛 AB 而陷入危機；小組機制雖仍運作，但會員可藉由向癱瘓之 AB 上訴，杯葛對自己不利之小組報告，目前尚不明朗大多數會員將如何應對此一局勢。然而同一時間，會員致力於漁業補貼 (fishery subsidy) 談判，該談判若成功，則 DSM 可能不只需要審查會員之補貼政策，甚且可能被要求審查會員之漁業政策，乃至爭議海域等重大敏感議題（註 五十七），這對於本已超負荷之 DSM 而言，無疑是雪上加霜。

WTO 案件名稱中英對照

WTO 案號	中譯	正式案名
DS8	日本酒案	Japan – Taxes on Alcoholic Beverages
DS27	歐盟香蕉案	European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas
DS135	歐盟石棉案	European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos
DS217	美國 Byrd Amendment 案	United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000
DS269	歐盟雞塊案	European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts
DS316	歐盟 Airbus 案	European Communities and Certain member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft
DS345	美國海關擔保金	United States — Customs Bond Directive for Merchandise Subject to Anti-Dumping/Countervailing

註五十四：包括 DS499, DS512, DS532 等案。

註五十五：包括 DS526-528, DS567, DS576 等案。

註五十六：包括 DS542, DS543, DS565, DS587 等案。

註五十七：見加拿大討論報告，TN/RL/GEN/198。

WTO 案號	中譯	正式案名
	指令案	Duties
DS371	泰國香菸案	Thailand — Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines
DS381	美國鮪魚案	United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products
DS431	中國稀土案	China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum
DS456	印度太陽能案	India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules
DS461	哥倫比亞衣鞋案	Colombia — Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear
DS472/497	巴西租稅案	Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges
DS482	加拿大鋼管案	Canada — Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Carbon Steel Welded Pipe from The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu
DS487	美國小波音案	United States — Conditional Tax Incentives for Large Civil Aircraft
DS488	美國 OCTG 反傾銷案	United States — Anti-Dumping Measures On Certain Oil Country Tubular Goods From Korea
DS490	印尼鋼板案	Indonesia — Safeguard on Certain Iron or Steel Products
DS495	韓國輻射檢測案	Korea — Import Bans, and Testing and Certification Requirements for Radionuclides
DS498	印度隨身碟案	India — Anti-Dumping Duties on USB Flash Drives from the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu
DS505	美國壓光紙案	United States — Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada
DS537	加拿大紅酒銷售案	Canada — Measures Governing the Sale of Wine
DS544/547/548/550/551/552/554/556/564	美國鋼鋁案	United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products
DS567	沙烏地阿拉伯智財案	Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights
DS571	韓國商業船舶措施案	Korea — Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (Japan)
DS588	印度資通訊產品案	India — Tariff Treatment on Certain Good in the Information and Communications Technology Sector
DS590	日本出口管制案	Japan — Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea
DS594	韓國商業船舶措施案(第二次起訴)	Korea — Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (second complaint) (Japan)

