

加拿大—再生能源案： 高於市價收購非補貼？

楊光華*

綱 要

- | | |
|----------------|-----------------|
| 壹、前 言 | 三、上訴機構之解釋 |
| 貳、以市場基準判斷利益 | 肆、可能的意義與影響 |
| 一、美國—軟木案四 | 一、環保能源政策豁免於補貼 |
| 二、美國—反傾銷稅及平衡稅 | 協定之規範？ |
| （中國）案 | 二、以供應面定義市場所可能 |
| 參、加拿大—再生能源案：分歧 | 引發的問題 |
| 的裁決 | 三、對 WTO 協定規範體系的 |
| 一、小組多數意見 | 衝擊 |
| 二、小組不同意見 | 伍、結 論 |

壹、前 言

世貿組織（the World Trade Organization, WTO）的加拿大—再生能源案自 2012 年 12 月 19 日小組報告出爐起，即突顯其特殊性，因為本案是少數附有不同意見書的小組報告，遑論處理的又是過去爭端解決案件尚未觸及

* 國立政治大學國際經營管理與貿易學系專任教授、兼國際經貿組織暨法律研究中心主任
美國哥倫比亞大學法律博士。

的嶄新領域：環保（再生能源）；不過真正引發學者高度討論的應是本案於 2013 年 5 月 6 日公佈的上訴機構報告。根據 Rubini 教授（註一）的分析，2013 年上訴機構報告公開後，即有數篇分析，至 2014 年，則又有至少 7 篇專論針對本案進行評述，而這尚不包括在其文章或專書中提到本案的學術論著（註二）。此股風潮至今（2015 年）未歇，陸續仍有專論，探討 WTO 綠色能源補貼的專書也將問世（註三）。

Rubini 教授所回顧的這些專論文章，幾乎是一面倒地認為本案小組及上訴機構有關補貼的利益分析相當可議。誠如本案小組不同意見書所指出的，要證明加拿大的再生能源收購價格是否偏高而構成補貼，根據協定的規定，比較的基準應是有效競爭的電力批發市場價格（註四），而當事國雙方都同意加拿大收購再生能源的價格遠高於供需未受扭曲之電力批發市場價格，故這無疑的是典型的補貼（註五）。

然而本案小組卻認為競爭的電力市場價格無法吸引足夠的發電投資，達到加拿大所追求的永續電力供應政策，故拒絕以之做為判斷是否授與利益的基準，而認為原告國未盡到證明補貼的舉證責任（註六）；上訴機構甚至還創造了一個前所未見的概念：「新創市場」做為判斷補貼利益的基準，即當政府的財務補助創造了一個新市場時，雖然政府的干預影響該新創市場之價格，但該新創市場價格並非當然不得做為判斷利益的基準（註七）。這樣

註一：Luca Rubini 是英國伯明翰大學法學院（University of Birmingham Law School）副教授，專門研究政府的經濟扶植政策，特別是補貼，著有 WTO 及歐盟補貼研究之專書（2009）；也曾於本案審理期間，對上訴機構提出「法庭之友意見（Amicus curiae brief）」。

註二：Luca Rubini, “The Wide and the Narrow Gate”: Benchmarking in the SCM Agreement after the Canada-Renewable Energy/FIT Ruling, 14:2 WORLD TRADE REVIEW 211, 213-218 (2015).

註三：LUCA RUBINI, THE REGULATION OF GREEN ENERGY SUBSIDIES IN THE WTO: A CASE-STUDY OF REFORM IN INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press) forthcoming (2015).

註四：Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶¶ 9.3~9.5, WT/DS412/R (Dec. 19, 2012)

註五：*Id.*, ¶ 9.23.

註六：*Id.*, ¶¶ 7.311~7.312

註七：Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.185, WT/DS412/AB/R (May. 6, 2013).

的觀點與長期以來認為得作為「利益」判斷基準者必須是未受政府措施扭曲之市場價格（註八），可謂大相逕庭，無怪乎其裁決引發諸多非議。

上訴機構有關「新創市場」的法理發明固然有可能是為了避免政府有益環保之再生能源電力收購制度（feed-in tariff, FIT）被判定為補貼協定下之補貼，畢竟現在全球有超過 70 個國家使用此種制度（註九），連原告國都避免直接指控 FIT 制度本身。不過由於上訴機構又強調做為比較基準的價格必須是透過價格發現機制（註十），這在許多國家施行的電力收購制度中並非當然存在的因素，故本案裁決也未嘗不是替再生能源電力收購制度真正提供法律的避風港（註十一）。令人憂心的反而是本案上訴機構之新創市場概念有可能被適用至新興產業之扶植上，以致未來會有不少產業補貼躲過 WTO 補貼協定的雷達，而使補貼協定空洞化，故本文以為有深入分析本案，並探討其對 WTO 補貼協定未來適用之影響的必要。

以下先回顧世貿組織補貼暨平衡稅協定（以下簡稱補貼協定）有關補貼「利益」要件之規定、以及過往 WTO 爭端解決案例之相關闡釋，接著以美國——軟木案四（註十二）、美國——反傾銷及平衡稅（中國）案（註十三）兩案之裁決進一步說明於協定第 14 條所規定之市場基準受到政府干預而有所扭曲時，上訴機構如何補充解釋而允許替代基準之使用。然後進入本文之

註八：Appellate Body Report, *Japan – DRAM*, ¶ 172, WT/DS257/AB/R (Jan. 19, 2004); Appellate Body Report, *EC – Large Civil Aircraft*, ¶ 900, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

註九：REN 21 (Renewable Energy Policy Network for the 21st Century), *RENEWABLES 2015: GLOBAL STATUS REPORT 88* (2015), available at <http://www.ren21.net/status-of-renewables/global-status-report/> (last visited July 10, 2015).

註十：Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.228.

註十一：Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO*, 17 *Journal of International Economic Law*, 11, 28 (2014).

註十二：Panel & Appellate Body Reports, *US – Softwood Lumber IV*, WT/DS257/R, WT/DS257/AB/R (Aug. 29, 2003; Jan 19, 2004).

註十三：Panel & Appellate Body Reports, *US – Antidumping & Countervailing Duties (China)*, WT/DS379/R, WT/DS379/AB/R (Oct. 22, 2010; May 18, 2011).

重心：加拿大——再生能源案，分析此案小組多數意見、不同意見及上訴機構意見三者對於補貼「利益」之認定所採取之不同觀點以及其意涵。最後則對本案裁決可能帶來之影響進行討論，並為結論。

貳、以市場基準判斷利益

根據補貼協定第 1 條的規定，凡符合下列三項要件之補助即應適用該協定（註十四）：

1. 政府或任何公立機構提供財務補助，形式可包括直接的資金移轉、應納租稅之免除、提供基礎設施以外的貨品或服務、收購貨品，或者任何形式的收入或價格之支持，
2. 受補助者因而受有利益，以及
3. 該補助具特定性。

在衡量要件二「利益」是否存在時，顯然必須進行某種形式之比較，以判斷受補助者的情況是否「優於（“better off”）」其未受補助時之處境。加拿大——航空器案並進而揭櫫以「市場（“marketplace”）」做為比較的基準（註十五）。之後的案例即維持相同見解（註十六），如美國——大型民用航空器案（註十七）。

上述案例以市場為比較基準的立論依據之一為補貼協定第 14 條之規定（註十八）。儘管該條是有關補貼數額計算之準則，也就是規範的是平衡稅

註十四：Agreement on Subsidies and Countervailing Measures [hereinafter SCM Agreement], Art. 1.

註十五：Panel Report, Canada – Aircraft, ¶ 9.112, WT/DS70/R (Apr. 14, 1999); Appellate Body Report, Canada – Aircraft, ¶ 157, WT/DS70/AB/R (Aug. 2, 1999).

註十六：WTO ANALYTICAL INDEX: GUIDE TO WTO LAW AND PRACTICE 761 (2nd.ed. 2007).

註十七：Appellate Body Report, US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint), ¶ 662, WT/DS353/AB/R (Mar. 12, 2012).

註十八：Appellate Body Report, Canada – Aircraft, ¶ 158; also Appellate Body Report, EC – Large

之課徵，屬於協定第五章平衡措施之條文，而非屬於協定第一章之一般規定，但上訴機構在相關裁決中指出該條規定不失為是與補貼定義（協定第一章第 1 條）有關之上下文（“context”），因為該條標題清楚表明是以受補助者受有的「利益」來計算補貼數額（註十九），與第 1 條規定之「利益」要件明顯相關。

第 14 條規定一方面要求任何補貼數額計算之方法都必須明訂於會員之國內法律或施行的行政規章中，而且於個別案件中之適用應透明並充分解釋；另一方面則要求符合以下準則（註二十）：

- (a) 政府投資入股，除其投資決定可視為不符該會員境內民間投資者之一般投資實務（包括風險資本之提供）者外，不應視之為授與利益；
- (b) 政府提供之貸款，除其貸款廠商為該政府貸款所付之金額與其為自市場所能實際取得之相當商業貸款所付之金額不同者外，不應視之為授與利益。如有不同，則以兩金額之差額為利益；
- (c) 政府提供之貸款擔保，除被擔保廠商為該政府擔保之貸款所付之金額，與於無政府擔保時為實際所能取得之相當商業貸款所付之金額不同者外，不應視之為授與利益。如有不同，則以經調整其費用上之差異後兩金額之差額為利益；
- (d) 政府提供貨品或服務或購買貨品，除係以低於適當之報酬提供，或以高於適當之報酬購買者外，不應視之為受有利益。報酬之適當性，應取決於（shall be determined in relation to）系爭貨品或服務在提供國或採購國之主要市場行情（包括價格、品質、供應情況、銷售情況、運輸及其它有關買賣之條件）。

上述準則，無論補助是以政府出資入股、提供貸款或貸款之擔保等直接

Civil Aircraft, ¶ 706.

註十九：SCM Agreement, Art. 14. See also Appellate Body Report, Canada – Aircraft, ¶ 155.

註二十：SCM Agreement, Art. 14.

(或潛在)資金移轉之形式，或是以貨品與服務之提供或購買的形式，在利益的認定上，皆需與補助「當時」相關之市場基準比較，這些市場基準包括：「民間投資者之一般投資實務」、「市場上所能實際取得之相當商業貸款」、「無政府擔保時實際所能取得之相當的商業貸款」以及「系爭貨品或服務在提供國或採購國之主要市場行情」等。

儘管相關市場發展不一，有的成熟、有的原始，有的參與者眾、有的參與者寡，惟並不影響其做為判斷「利益」的標準（註二十一）；只是要使得此種比較具有意義，不會變成循環論斷，則基準本身似不應受到財務補助之扭曲，也就是必須反映沒有補助時之市場條件（註二十二）。如果協定第 14 條明文規定的市場基準已受到系爭財務補助之扭曲，又該如何？得否適用替代的基準？關於此點，協定並無明文，而美國——軟木案四之裁決提出了初步的解答（註二十三），至 2010 年之美國——反傾銷稅及平衡稅（中國）案（註二十四），又有了更進一步的闡明。

一、美國——軟木案四

本案之爭點在於判斷加拿大軟木生產業者是否因為加拿大之公有林地（伐木）權利金（public stumpage fees）偏低而受有利益。小組與上訴機構都同意抗辯方（美國）之經濟邏輯，即若是將協定第 14(d)條的規定解讀為只要補助國內有市場存在，則無論該市場多麼小或如何受到政府干預的影響，還是得用該市場的價格決定報酬是否適當的話，可能導致政府價格事實

註二十一：Appellate Body Report, *Japan – DRAMs (Korea)*, ¶ 172, WT/DS336/AB/R (Nov.28, 2007).

註二十二：*Id.*; Appellate Body Report, *EC – Large Civil Aircraft*, ¶ 900.

註二十三：Panel & Appellate Body Reports, *US – Softwood Lumber IV*, WT/DS257/R, WT/DS257/AB/R (Aug. 29, 2003; Jan 19, 2004).

註二十四：Panel & Appellate Body Reports, *US – Antidumping & Countervailing Duties (China)*, WT/DS379/R, WT/DS379/AB/R (Oct. 22, 2010; May 18, 2011).

上是在與自己本身相比的循環比較（circular comparison）（註二十五），因為政府提供補助角色的支配性足以有效地決定了民間供應商銷售同樣或類似貨品的價格時，就會使得第 14 條所規定的比較變成循環比較（註二十六）。

小組與上訴機構不同的是小組認為唯一得不使用 14(d)條規定的例外情形僅限於市場上唯有政府一個供應者、或是政府行政上控制了該貨品價格，此時由於只有一個價格，小組認為實在無從依第 14(d)條之規定進行比較（註二十七），其它情形縱使供需已受到在市場中之政府的影響，仍是第 14(d)條意義下的市場（註二十八），其理由是小組不能以自身的經濟判斷取代協定草擬者的判斷（註二十九），縱使第 14(d)條規定本身存有美國指出的經濟邏輯問題，亦應由 WTO 會員於談判中解決，而非由小組做出逾越條文之文義的解釋（註三十）。

上訴機構不同意小組如此限縮的看法，其表示第 14(d)條雖如小組所指出的（註三十一）：並未明文作為比較的市場需為「純粹的」市場（“pure” market）、未受政府干預扭曲的市場、或是公平的市場價值（註三十二）；不過第 14 條之前言既言「任何（any）」補貼數額計算之方法，就表示符合第 14 條規定之計算方法不只一種，小組不應認為在第 14(d)條之情形，只要存有民間價格，就非得以之為唯一的基準（註三十三）。此外上訴機構也表示

註二十五：Panel Report, *US - Softwood Lumber IV*, ¶ 7.58.

註二十六：Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, ¶ 93.

註二十七：Panel Report, *US - Softwood Lumber IV*, ¶ 7.57.

註二十八：*Id.*, ¶ 7.60

註二十九：*Id.*, ¶ 7.59 (強調根據維也納條約法公約之解釋原則得不出美國所主張的解讀，而且認為裁決機構的工作是根據協定文字解釋，然後適用至案件的事實上，而不是裁定協定文字所代表的經濟邏輯)。

註三十：*Id.*, ¶ 7.60.

註三十一：*Id.*, ¶ 7.51.

註三十二：Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, ¶ 87.

註三十三：*Id.*, ¶ 91. 上訴機構的這種看法被學者批評為是混淆了「方法（methods）」與「準則（guidelines）」，因為方法固不限於一種，但無論種方法皆須符合第 14 條明訂的準則，也就是準則應該只有一個。See PETROS C. MAVROIDIS, PATRICK A. MESSERLIN, AND JASPER M. WAUTERS, *THE LAW AND ECONOMICS OF CONTINGENT PROTECTION IN THE*

其看不出來小組所允許之唯一例外，與政府是市場上之主導性或支配性供應者（predominant supplier）的情形，有多大不同；上訴機構進一步解釋，當政府是支配性供應者時，即使政府不是唯一供應者，仍可透過訂價策略影響民間供應者之價格，而使後者與之相近，結果會使得依第 14(d)條比較之結果，利益的數額偏低或甚至是零，而無法完全逮獲該補貼，導致補貼協定的規範以及會員施行平衡稅措施的權利均遭到損害（註三十四）。基於第 14(d)條之文字不應該被解釋為有損己身規範之目的，所以上訴機構認定小組過於限縮的解釋有悖於維也納條約法公約所要求的應根據條文之上下文與目的等進行解釋之規定（註三十五）。

上訴機構不否認會員確有義務遵循第 14 條所規定之準則，但該準則並非如小組所理解的，即無論在任何情形，皆應使用國內市場之民間價格；在上訴機構眼中，該準則僅是要求選擇作為計算利益之方法必須與國內市場行情「有關（in relation to）」而已（註三十六）。對於抗辯方及第三國主張，即替代 14(d)之基準可以是參考類似貨品在全球市場上之報價而得之指標，也可以是以生產成本為基礎推算出來的指標，上訴機構只強調必須依第 14(d)的規定，與系爭國內（此處為加拿大）之主要市場行情有關，並反映該條所列出的如價格、品質、供應情況…等市場條件（註三十七）。

二、美國—反傾銷稅及平衡稅（中國）案

本案其實更為人所熟知的是其有關雙重救濟部分的裁決，因為其為首件處理該類問題之案件（註三十八）；不過此處擬探討的是本案有關在第 14 條

WTO 347 (2008).

註三十四：Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, ¶ 100.

註三十五：*Id.*, ¶ 96.

註三十六：*Id.*

註三十七：*Id.*, ¶ 106.

註三十八：See Thomas J. Prusa and Edwim Vermulst, *United States - Definitive Anti-Dumping and*

規定下，何時得使用替代基準之論理，與此部分有關之事實可分為三項：

1. 美國商務部在衡量生產標準鋼管（CWP）及矩形鋼管（LWR）的業者是否因國營事業供應做為原料之熱軋鋼（HRS）的價格較低而受有利益時，並非採用中國境內熱軋鋼的民間價格，而是以熱軋鋼的世界價格（在 CWP 調查中則外加熱軋鋼之進口價格）做為替代基準，理由是國營事業在中國國內的熱軋鋼產銷市場的市占率逾 96% 而具有支配性地位（註三十九）；同時在衡量生產複合編織袋（LWR）的業者是否因國營事業供應做為原料之聚丙烯（BOPP）價格偏低而受有利益時，同樣以國營事業在石化市場之生產量占全國 90% 為由，而拒用中國境內已被扭曲之民間價格作為比較基準（註四十）。
2. 美國商務部在有關 LWR 及特定非公路用輪胎（OTR）的調查中，對於山東淄博艾福迪塑料（Aifudi）以及河北興茂輪胎（Starbright）等公司是否因政府提供土地使用權利所收取之報酬較低而受有利益時，同樣不使用中國境內之土地市場行情，而是改採泰國曼谷及與之相鄰省份的工業土地價格作為基準，理由是中國禁止私人擁有土地，所有土地都是屬於某個層級的政府，故中國土地價格已被政府在市場上的重要角色所扭曲（註四十一）。
3. 美國商務部在調查生產 CWP、LWR、OTR 之業者是否因中國國營商業銀行（SOCBs）所提供之人民幣計價貸款而受有利益時，也拒用中國境內的人民幣利率作為比較的基準，而是採取外部指標作為替代，因為中國擁有境內主要的銀行而在貸款市場上具有支配性的地位，同時也因為其

Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through, in THE WTO CASE LAW OF 2011: LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 65-102 (Chad P. Bown and Petros C. Mavroidis, eds., 2013).

註三十九：Panel Report, *US – Antidumping & Countervailing Duties (China)*, ¶¶ 10.27, 10.50.

註四十： *Id.*, ¶¶ 10.27, 10.63.

註四十一： *Id.*, ¶¶ 10.76, 10.165-10.167.

透過市場的管制直接控制利率，而扭曲了人民幣的利率（註四十二）。

由於第二項事實，即提供土地使用權利是否授與利益一節，中國於小組否定其主張後，未對此部分提出上訴，故於此先簡述小組有關這部分的裁決：基本上小組同意美國商務部的分析——即中國以非中央集權方式控制可被非國營事業做為非農目的使用之土地之供應及分配，且該限制不僅在初級市場，亦延伸至次級市場，以致土地使用權利的價格無論在初級市場或次級市場均嚴重被扭曲（註四十三），故商務部使用第 14(d)條以外之替代基準並無不當；至於美國商務部所採用之替代基準，儘管被中國質疑未依第 14(d)條之規定進行調整，但小組認為基準選擇之最終目的是要確保系爭基準與相關市場條件之相當性（comparability），而相當性可以透過特定基準的選擇、基準之調整、或甚至是混合基準的選擇以及調整而達成，換言之，並非意謂擇定的基準與原來該用來比較的市場在本質上已相當後，還非得另外做調整（註四十四）；由於美國商務部在挑選替代基準時，已考慮了人均國民所得毛額（*per capita* GNI）、人口密度、土地交易之型態、土地的型態（是否在工業區）以便盡可能接近中國土地使用權利的市場情況，至於中國主張應再考量租稅誘因、基礎建設品質（如是否有學校、醫院及公共運輸等）而加以調整，小組則認為看不出來中國所建議的調整會如何使得該替代基準更接近原來擬作為基準的市場（若其未被扭曲的話），故認定中國未對其此部分主張盡到舉證責任（註四十五）。

第一項與第三項的事實則分別涉及 14(d)條與 14(b)條規定之替代基準問題，以下分別說明之：

註四十二： *Id.*, ¶ 10.94.

註四十三： *Id.*, ¶¶ 10.78-10.82.

註四十四： *Id.*, ¶ 10.186.

註四十五： *Id.*, ¶¶ 10.188-10.191.

(一) 第 14(d)條供應貨品之報酬

本案第一項事實所牽涉到的是於美國——軟木案四已處理過的第 14(d)條規定之替代基準。此部分小組與上訴機構看法一致，雖然上訴機構在美國——軟木案四裁決中所揭櫫的並非是一個「當然原則 (*per se rule*)」，也就是並非只要供應國政府是系爭貨品之「支配性」供應者，就可以不論其他證據（註四十六），當然地允許改用供應國內民間價格以外之指標作為基準（註四十七）；不過本案中，由於國營事業之市占率相當高，如在 HRS 的市占率已超過 96%，對市場價格有足夠的影響力，其他證據也就無關緊要（註四十八）。

換言之，政府在市場上之角色愈具支配性，愈有可能導致價格之扭曲（註四十九）。歸納美國——軟木案四與本案對於 14(d)基準之分析，在判斷得否因為價格遭致扭曲而改用替代基準時，可依政府對支配性之高低，決定其它證據應考慮之程度：

1. 當政府為唯一之供應者或政府控制價格時，誠如美國——軟木案四之小組所分析的，已可推論價格遭到扭曲，也就不需要再多考慮其他的證據。
2. 政府為支配性供應者之情形：除了政府之市占率（或市場力（*market power*））外，尚需考量其他證據，不過由於支配程度愈高、市場力愈大，

註四十六：所謂的其它應考量之證據，除了本案所提之「進口在市場上之角色」外，2014 年 12 月出爐的兩件上訴機構裁決 *US – Carbon Steel (India)* 及 *US – Countervailing Measures (China)* 更具體地列出應考慮的項目尚包括：相關市場結構、在市場上營運之實體的態樣、市占率、以及這些實體在市場上的行為、還有市場進入障礙等。Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China)*, ¶ 4.52, WT/DS437/AB/R (Dec. 18, 2014)[citing footnote 754 to paragraph 4.157 of the Appellate Body Report, *US – Carbon Steel (India)*, WT/DS436/AB/R].

註四十七：Appellate Body Report, *US – Antidumping & Countervailing Duties (China)*, ¶¶ 432, 443, 446.

註四十八：*Id.*, ¶ 446.

註四十九：*See id.*, ¶¶ 442-444, 453, 455.

就愈可能造成價格扭曲，相對地，也會使得其他證據之重要性愈低，考量的必要性也就愈小。無論如何，並不需做到如同在下述情形（即政府僅為重要供應者之情形）的分析。

3. 政府僅為重要供應者之情形：一定需要考量政府市占率（或市場力）以外的證據，因為僅是重要供應者本身並不足以證明價格被扭曲。

(二) 第 14(b)條貸款利率

本案第三項事實所牽涉的則是第 14(b)條所規定的政府提供貸款之情形。儘管第 14(b)條與第 14(d)條之規定方式不同，但本案上訴機構認為同樣地，有少數情形，若過度形式化地解釋第 14(b)條規定會有害該條目的並阻礙利益之計算，故當在特定市場、以特定貨幣計價之貸款因政府之干預而扭曲，調查機關應被允許使用「從市場上所能實際取得之相當商業貸款」以外的基準，只不過該替代基準必須接近（*approximate*）原應使用之基準（註五十）。愈遠離原來理想的基準，就必須有愈多的調整以確保做為該替代基準之貸款接近第 14(b)條所規定的「從市場上所能實際取得之相當商業貸款」（註五十一）。總之，上訴機構認為有關第 14(d)條替代基準之論理於第 14(b)條之情形同樣有其適用（註五十二）。

對於本案人民幣商業貸款的市場是否遭到扭曲，上訴機構同意小組區分政府角色的看法，亦即政府做為貨幣政策制訂者與施行者的角色，應不同於政府做為貸方實際參與或者干預市場而使得借貸利率實質上是由政府而非由市場所建立的情形；只有當政府的角色是後者時，調查機關方得以拒用第 14(b)條所規定之基準（註五十三），因為政府為了施行貨幣政策而訂之基準利率並不會妨礙有效競爭的商業借貸市場之存在（註五十四），這與政府是

註五十： *Id.*, ¶ 484.

註五十一： *Id.*, ¶ 488.

註五十二： *Id.*, ¶ 489.

註五十三： *Id.*, ¶¶ 494, 498.

註五十四： *Id.*, ¶¶ 495, 499-500.

唯一的貸方或甚至支配商業銀行應收之貸款利率的情形並不相同（註五十五）。

由於美國商務部是基於以下事實拒用中國境內之人民幣利率（註五十六）：（1）國內外報告（包括 OECD、IMF）及中國法令所顯示之中國政府在銀行業的角色以及對利率之影響，（2）在中國大部分的借貸利率皆相同，非常接近政府所訂的基準利率，足證市場因素並未發揮，而銀行也缺乏足夠之風險分析與管理之技術，（3）外商銀行在中國如同中國之本國銀行一樣受到相同管制，（4）私有的民間銀行占借貸市場極小的比率；換言之，美國商務部並非如中國所稱僅基於中國在市場上之支配性地位，而是綜合考量了其他造成人民幣借款利率扭曲的證據，故上訴機構同意小組的看法，美國商務部拒用中國人民幣利率作為第 14(b)條之基準是有理由的（註五十七）。

參、加拿大——再生能源案：分歧的裁決

美國——軟木案四及美國——反傾銷稅及平衡稅（中國）案兩案雖都允許使用第 14 條所規定之市場基準以外的替代基準，但理由是要除去市場上政府干預的因素，以避免循環比較，妨礙受有利益之計算。究其實質，乃是要重現沒有政府干預的有效競爭市場，故不應視為是偏離以市場為基礎之比較方法，反而應視為是捍衛以競爭市場為基礎的經濟邏輯（註五十八）。加拿大——再生能源案裁決之立論卻與上述一貫的法理背道而馳。於該案中，

註五十五： *Id.*, ¶ 495.

註五十六： *Id.*, ¶ 503.

註五十七： *Id.*, ¶¶ 504, 507-509.

註五十八：有學者以為有關替代基準的兩案例並未偏離「利益」的概念，而只是之前有關「利益」概念的案例法之延伸，但相反的，加拿大——再生能源案卻是「利益」概念之基本理念的偏離。DOMINIC COPPENS, WTO DISCIPLINES ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES: BALANCING POLICY SPACE AND LEGAL CONSTRAINTS 456 (2014).

加拿大政府以高於一般電力的價格購買利用再生能源技術所生產的電力，使得再生能源電廠取得優於其原本在市場中沒有系爭補助時所能獲取之地位；由於再生能源電廠沒有政府之補助根本不可能存活，故其受有利益情形原本甚為明顯，如本文前言所示，乃典型的補貼，不過小組之多數意見成員以及上訴機構卻持不同看法（註五十九）。

本案之事實並不複雜，基本上就是加拿大安大略省的電力機關透過各國常見的電力收購制度（Feed-in-Tariff, FIT，國內稱為躉購費率（註六十），即於一定年限內以保證價格收購以再生能源方式生產之電力，無論是大型的發電計畫或是小型的，後者又稱為微型 FIT（micro-FIT）契約，主要是想吸引如家戶、農戶及小型企業之參與（註六十一）。在一般 FIT 契約下，利用風力或太陽光電技術發電之設施在建設及發展發電設施時，必須符合自製率之最低要求水準，方得享有上述之躉購費率；微型 FIT 契約亦同，不過後者僅限於使用太陽光電技術發電者方須符合自製率規定（註六十二）。由於這些自製率高達 50%~60%（僅有風力及太陽光電之微型 FIT 於初期 3 年（2009~2011 年）較低，分別是 25% 及 40%）（註六十三），而引發歐日等國之不滿，質疑該收購行為除了違反 GATT 以及「與貿易有關的投資措施協定（TRIMs）」之國民待遇要求外，尚構成補貼協定第 3 條所規範之禁止性補貼（註六十四）。

有關 GATT 及 TRIMs 國民待遇部分，加拿大皆被判定有所違反，不過並非本文重點，故以下僅分析補貼部分之爭議。本案裁決因合併兩案，故原

註五十九：Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶7.321; Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.185.

註六十：參見再生能源發展條例，第九條。民國 98 年 7 月 8 日發布。法務部，全國法規資料庫，網址：law.moj.gov.tw。

註六十一：Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 1.3.

註六十二：*Id.*, ¶ 1.4.

註六十三：*Id.*, Table 1.

註六十四：*Id.*, ¶ 1.6.

告有二，分別為日本與歐盟，兩者皆主張加拿大躉購費率構成補貼，理由有二：一、躉購費率超過安大略省電力批發市場價格或任何一個原告所舉證作為替代基準之美國電力批發市場價格；二、若不是該優惠費率，再生能源業者生產的電力根本無從與傳統電力競爭，足證再生能源業者受有利益（註六十五）。另一方面，加拿大雖然承認電力收購制度之根本目的是要鼓勵原本不可能存在的再生能源發電設施的興建，但是主張作為是否受有利益之比較基準的「市場」必須是使用風力及太陽光電發電技術之電力市場，而非傳統電力市場（註六十六）。

對於上述當事國有關補貼的主張與抗辯，本案裁決機構罕見地出現三種不同立場，不僅小組與上訴機構的意見不同，小組內部也出現歧異，分成多數意見與不同意見。如此分歧，也為本案裁決論理對未來有關補貼協定之案件的影響投下更多的變數。

一、小組多數意見

小組的多數意見否定了兩造當事國的主張。對於原告的主張，小組認為安大略省目前存在的電力批發市場並不是一個有效競爭的市場，充其量只是一個幾乎各方面皆由安大略省有關供電組合（supply-mix）之政策與法規所定義的電力系統中之一部分，而該電力供給組合是要確保安大略省的電力供應安全、可靠、且長期永續，也確保系統的成本未來得以回復，換言之，電力批發市場之供需嚴重受到政府的干預而不適合作為判斷是否受有利益的比較基準（註六十七）。對於原告建議以他國有效競爭的電力批發市場做為替代基準的主張，小組同樣無法接受，因為考量安大略省 2002 年開放電力市場的失敗經驗，以及安大略省目前電力供需情形，原告所建議之電力批發

註六十五：Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶¶ 7.251-7.252, 7.255.

註六十六：*Id.*, ¶ 7.259.

註六十七：*Id.*, ¶ 7.308.

市場條件並無法在加拿大吸引到足夠的發電量投資，而確保加拿大政府政策上想要達成之可靠電力供應，故不符加拿大的需求（註六十八）。

小組拒絕使用有效競爭的電力批發市場價格做為判斷 FIT 契約的電力收購價格是否過高而構成補貼的立場，明顯地違反本文於第貳部分所揭櫫的爭端解決機構一貫的利益判斷基準——即市場價格，特別是其拒絕之理由竟是考慮政府永續供電政策目標之達成性，不僅遭致小組不同意見成員之批評（註六十九），連上訴機構也必須特別為其澄清，強調判斷利益是否存在時，不應考量政府政策（註七十）。

對於被告的主張，即作為「受有利益」分析的市場應該是使用太陽光電及風力技術發電之電力市場，小組同樣表示無法接受，因為不僅電力的物理性質未因發電方式的不同而有異，同時消費者也未基於發電技術的不同而區分電力，故小組表示其沒有接受這樣主張的基礎（註七十一）。

小組最後的結論即重申若以所謂的有效競爭之電力批發市場作為比較基準，則意謂 FIT 及微型 FIT 契約價格會因為與一個未曾被證明確實存在、也無法在安大略省合理達成的市場標準比較，而被法律上定性為補貼；依小組的觀點，這樣的結果未反映現代電力系統的現實，因為現代電力系統本質上就必須自各種發電成本以及對環境衝擊皆不同的發電技術獲取電力，而要從一個有效競爭的批發市場去吸引來自所有這種技術的發電量（特別是再生能源技術），只有在非常例外的情形才可能達成，所以小組無法接受以競爭的電力批發市場作為基準（註七十二）。

儘管原告請求小組於不同意當事國所建議的比較基準時，應另覓合適的比較基準以判斷「利益」是否存在，但小組以為原告應負的舉證責任乃是起

註六十八： *Id.*, ¶¶ 7.310-7.313.

註六十九： 見本文第參部分第二小節。

註七十： 見本文第參部分第三小節。

註七十一： Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 7.318.

註七十二： *Id.*, ¶ 7.320.

碼提出表面上能證明加拿大 FIT 契約授與利益的證據，即所謂的表面證據或初步證據 (*prima facie case*)，而這個部分不是小組所能代勞的，小組強調根據過往的案例，小組的分析可以僅止於駁回原告有關「利益」的主張，並無義務根據原告所未提出的論點來考量原告之請求是否有理；做了這樣的澄清後，小組卻對於某種其認為在未來類似案件中可以有效採用以處理利益問題的方法，做出所謂的「觀察 (*observations*)」(註七十三)。

小組所謂的「觀察」，其實就是判決中所謂的附帶意見 (*dictum*)，本身雖無法律拘束力，但因具參考價值，仍有了解之必要。在其所謂的「觀察」中，小組表示：既要維持政府對電力批發市場之干預以確保可靠的電力供應，又要維持以市場為基礎的紀律，可能的方法就是以購買電力之民間業者在供需情況與安大略省相仿的批發市場中的行為作為基準，換言之，判斷 FIT 契約及微型 FIT 契約價格是否授與利益的方法，即是將之與非關係人在一個大體框架皆由安大略省政府定義的電力批發市場中可能進行的交易價格進行比較；具體來說，在本案中即是將商業的電力經銷業者在政府所加諸之購買相當的風力及太陽光電發電量的義務下所願提供之價格條件作為基準，FIT 契約價格條件若高於這個基準即是授與利益 (註七十四)。小組認為任何理性的經銷業者基於商業考量，與發電業者交涉時，皆會設法極大化其經銷獲利，也就是致力與淨成本最低的發電業者締結供電契約；而根據這個簡單的標準 (極小化成本以便極大化報酬的指導原則)，小組認為決定系爭措施是否授與利益的方法之一就是比較 FIT 發電業者在目前 FIT 契約下之投資報酬率與在同樣期間內投資加拿大具有相仿風險屬性之計畫的平均資本成本，因為風力或太陽光電發電業者唯有在其投資報酬率不低於投資於其他相當風險計畫的機會成本 (也就是平均資本成本) 時，才可能願與前述的商業電力經銷業者締結供電契約，換言之，當 FIT 計畫之躉購費率遠高於上述的

註七十三： *Id.*, ¶ 7.321.

註七十四： *Id.*, ¶ 7.322.

機會成本時，就表示加拿大政府過度補償再生能源發電業者，而使彼等獲得遠超過其自商業電力經銷業者所能獲得之報酬，此時利益要件即該當（註七十五）。

加拿大政府雖然揭露 FIT 契約設定之稅後投資報酬率是 11%，但如何以此投資報酬率推算出 FIT 計畫下的躉購費率卻不甚清楚，再加上歐盟也質疑 11% 投資報酬率之確實性，主張有所低估（註七十六）；另一方面，關於在加拿大投資類似風險屬性計畫的平均資本成本，小組注意到安大略省受管制的公用事業之目標（預期）報酬率為 9.75%，若不計非電力事業則可能高達 12.96%（小組利用風險貼水之基點數反推而得），不過因為電力事業群中又含有核能及水力發電事業（風險屬性與風力及太陽光電發電事業並不同），故小組也不認為適合做為比較的基準，最後只得以欠缺足夠的資訊為由，中止了其「觀察」中之相關分析（註七十七）。

二、小組不同意見

對於小組多數意見認為原告未證明加拿大 FIT 計畫構成補貼一節，有小組成員持不同看法，該成員反對小組多數意見為了確保加拿大政府所追求的可靠電力供應而否定了以競爭的電力批發市場作為利益分析的基準，也不贊成小組最後所建議的替代方案，即以在加拿大投資於類似風險屬性計畫之機會成本與 FIT 計畫之投資報酬率兩相比較（註七十八）。

小組不同意見成員的論理可分為兩方面：第一、利益分析的正確焦點應是安大略省可能存在之競爭的電力批發市場；第二、補助某些技術進入已經存在的市場，就如同本案的情形，本身就可被認為是授與利益（註七十九）。

註七十五： *Id.*, ¶¶ 7.323-324.

註七十六： *Id.*, ¶ 7.325.

註七十七： *Id.*, ¶ 7.326.

註七十八： *Id.*, ¶ 9.1.

註七十九： *Id.*, ¶ 9.3.

為闡述其第一觀點，小組不同意見成員除了重申過去案例所建立起來的以市場為基礎之利益分析方式外，也指出小組多數意見竟主張有效競爭的電力批發市場縱使理論上存在，也不符加拿大政府所設定之電力政策目標，故拒絕以之為基準，實有待商榷；其直言正因為競爭市場並不會依政府想要它們運作的方式運行，才會有政府想要透過直接參與市場，或是提供誘因或反誘因以制約市場參與者之行為，進而影響市場結果，這當然也包括提供補貼協定中所規範的補貼，然而只要該補貼並非補貼協定第 3 條所禁止者，政府本有權施行，只是一旦被證明所採取之補貼具有不利效果，就必須面對其他會員國政府採取之救濟措施，包括在 WTO 被控訴及平衡稅措施（註八十）；因此，誠如上訴機構過去一直所指出的，不論市場之特定屬性為何、也不問其有何不完美之處，皆不妨礙以之作為利益分析的核心（註八十一）。

對於原告所提出之替代基準，小組不同意見成員表示過去有關第 14(d) 條替代基準的案例，事實雖是涉及政府「供應」貨品，但沒有理由在政府「購買」貨品的情形，相關裁決之論理就不得適用（註八十二）；換言之，當加拿大境內的電力批發市場受到政府干預而非競爭市場時，沒有理由不可以利用國外的競爭市場作為替代基準。不過，要以原告在本案中所提出的四個美國境內的電力批發市場作為替代基準，小組不同意見成員也坦言原告必須證明：1. 這些市場確實是競爭市場，即未如安大略省的電力批發市場一樣受到政府干預之扭曲，2. 這些指標必須經過調整以反映安大略省電力的市場行情（註八十三）；由於原告未盡到上述的舉證責任，小組不同意見成員也認為小組的確無法進行相關的利益分析（註八十四）。

關於小組不同意見成員之第二觀點，由於兩造當事國皆同意風力及太陽

註八十： *Id.*, ¶¶ 9.4-9.5.

註八十一： *Id.*, ¶ 9.6 (citing Appellate Body Report, *Japan – DRAMs (Korea)*, ¶ 172). 其所引述之裁決段落可參見前揭註二十一本文部分。

註八十二： *Id.*, ¶ 9.13.

註八十三： *Id.*, ¶ 9.14.

註八十四： *Id.*, ¶¶ 9.15-9.16.

能光電發電業者所獲得之報酬水準（必須足以讓業者取回其非常高的資本成本）是無法在競爭的電力批發市場中透過未受控制的供需而達成的，即使在安大略省已存在的電力批發市場中（該市場供需其實已受到一些控制），若是沒有政府的介入以給予高於其他發電業者所獲報酬之費率，同樣無法達成，由此可推斷利用電力收購計畫將這些原本不會出現的高成本、低效率的發電業者帶進電力批發市場，安大略政府明顯地授與利益，而符合補貼協定的補貼定義（註八十五）。

三、上訴機構之解釋

為處理歐盟及日本主張小組誤認彼等未能證明系爭措施授與利益的上訴請求，上訴機構依以下順序進行檢驗（註八十六）：一、審查小組「利益」分析所採用的法律標準，二、處理小組在「相關市場」爭點上之分析，三、分析適合作為判斷風力及太陽光電發電報酬是否過高的比較基準，四、根據適當的市場基準，考量小組對於原告所提基準之評估。

首先，上訴機構同意小組所採用之法律標準，即評估是否符合第 1.1(b) 條「利益」要件的方法之一就是根據第 14(d)條所規定之基準，以檢驗風力及太陽光電發電業者在 FIT 計畫下所得報酬相較於同樣業者在安大略省的相關電力市場行情下所可取得之水準，是否有所超過；另外，做為比較的相關市場雖不必是完全沒受到政府干預的市場，但假如政府的支配程度已足以有效決定該市場價格以致無法利用該市場辨別受補助者是否取得更優勢的地位時，該已高度受政府支配的市場就不能做為第 14(d)條之合適基準（註八十七）。

對於原告主張由於在判斷是否為協定第 3 條所禁止之補貼時，補貼數額

註八十五： *Id.*, ¶ 9.23.

註八十六： Appellate Body, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.158.

註八十七： *Id.*, ¶ 5.160.

根本不重要，故小組未以第 14(d)條計算補貼數額方法以外的角度來分析是否受有利益，即有待商榷的論述（註八十八），上訴機構並不認同，其首先表示並非只要是禁止性補貼的案件，就必須採取有異於之前上訴機構判定利益之方法，因為不管利益是否需精準地被量化，補助是否授與利益本來就無法抽象地判定，而必須藉由與基準進行比較方可得知，儘管市場基準不僅可讓吾人知曉利益是否存在，也經常會告知利益的規模，但不利用市場基準，就不可能確認補貼是否存在（註八十九）。

鑑於小組不但已開宗明義指出第 14(d)條之規定並非在協定第 1 條以外，另外定義「受有利益」的情況，而是提供解釋第 1.1(b)條時可茲利用的上下文（context），同時還進一步澄清第 14(d)條規定只不過是建議「一種」證明受有利益的方法，故上訴機構最後認定小組以第 14(d)條之準則為基礎，分析是否受有利益，進而解釋第 1.1(b)條利益要件是否存在的做法並無可議之處（註九十）。

（一）定義相關市場

對於小組之「相關市場（relevant market）」定義，上訴機構認為有二項錯誤，一為程序面、另一則為實體面。在程序面，上訴機構注意到小組在進行利益分析時未先定義相關市場，卻是在結論時以一段文字帶過（即小組是在分析完原告所提之比較基準皆不合宜後，才回頭考量原告所建議之相關市場定義（註九十一）），上訴機構表示相關市場的定義是「受有利益」分析的中心，故邏輯上應先對之加以定義，然後才得以展開有關利益的分析，而非像小組這樣僅是注意到兩造對於相關市場定義意見分歧，卻不先加以處理以表達自己是否同意的立場，反而逕行檢驗原告所提之各種利益基準；儘管小

註八十八： *Id.*, ¶ 5.161.

註八十九： *Id.*, ¶ 5.164.

註九十： *Id.*, ¶ 5.162.

註九十一： Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 7.318.

組在分析最後，終究還是處理了相關市場定義問題，並非完全忽略（小組最後是同意原告之相關市場主張，即應涵蓋各種能源——包括風力及太陽能之電力市場，而非如被告所言僅限於風力及太陽能之市場），但上訴機構認為這樣的分析順序並不正確（註九十二）。

在實體面，上訴機構雖同意電力並不因發電技術不同而有不同的物理特性，若從這個角度觀之，不同發電技術所產生之電力在需求面上的確有高度的相互替代性；但是另外有一些小組未考慮到之因素，上訴機構指出其實也可能可以用來區分電力的需求面，譬如契約的類型、消費者之規模、產生電力之類型（基載相對於峰載(base-load versus peak-load)）等（註九十三）。討論過需求面因素後，上訴機構接著導入另一個於過去進行利益分析時未曾被使用過的因素，即市場的供應面，其引用歐盟——大型民用航空器案的裁決，以支持這樣的主張（註九十四）；儘管該案裁決考量供應面是在討論協定第 6.3 條「嚴重危害」問題，而非在選擇判斷受有利益之市場基準（該案之所以引用供應面因素是要確定聲稱受到嚴重危害之波音是否在空中巴士未受補貼的情況下，有能力進入原由空中巴士所把持之市場（註九十五））。上訴機構表示在定義相關市場時，若考慮到市場之供應面，則會發現風力與太陽光電發電市場與其他發電市場不是同一個市場，因為無論是成本結構、營運成本及特性皆有不同，風力及太陽光電發電技術之資本成本甚高、營運成本甚低，不具經濟規模或甚小經濟規模，同時風力及太陽光電之電力生產是間歇性的（須視風力及陽光之有無），故無法做為基載或峰載電力，是以風力或太陽光電技術根本不可能對其他技術發電業者有任何的價格抑制力（註九十六）。由這樣的分析已可預測上訴機構要將不同發電技術所產生之

註九十二：Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶¶ 5.168-5.169.

註九十三：*Id.*, ¶ 5.170.

註九十四：*Id.*, ¶ 5.171 (citing Appellate Body Report, *EC – Large Civil Aircraft*, ¶ 1121, WT/DSB316/AB/R, May 18, 2011).

註九十五：Appellate Body Report, *EC – Large Civil Aircraft*, ¶ 1121.

註九十六：Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.174.

電力（從供應面的角度）視為不同市場。

果然，上訴機構接著即表示當電力的供應是由不同發電技術來源所提供時，風力及太陽光電技術若無政府的介入，根本不可能存在，通常是政府之供電組合選擇創造了風力及太陽能電力市場；於說明政府對供電組合的選擇可透過財務性或強制性兩種方式達成後（前者如躉購費率的制定，後者如規定電力經銷業者或政府本身必須有部分電力購自特定的發電技術），上訴機構表示無論是透過哪種方式達成，政府所訂之特定供電組合的定義本身不可能被視為是授與利益（註九十七）。

上訴機構也批評儘管終端消費者因為電力進入供應網路後已被混同而致無法區別不同發電技術所生產的電力，但是小組忽略了在批發階段，要符合政府的供電組合要求，不同發電技術所生產的電力卻是不能相互替代的；換言之，在上訴機構看來，假如小組同時考慮到需求面與供應面、批發階段與零售階段，則在定義相關市場時，應會將安大略政府的能源供應組合選擇納入考量（註九十八）。分析至此，上訴機構之相關市場定義已呼之欲出，其實就是加拿大原所建議之相關市場定義，一個由政府供電組合定義所創造出來的市場——以風力及太陽光電技術所生產之電力的競爭市場，而這也正是上訴機構關於此點的結論（註九十九）。

由於上訴機構在定義用以判斷補貼是否存在的市場基準，始無前例地導入供應面因素，結果扶植產業的補貼將可利用此新創概念規避補貼協定的適用，使得補貼協定所追求之目的不達，實有違維也納條約法之解釋原則，並不妥適，更會影響補貼協定、甚至整個 WTO 協定體系解釋的調和，此點將於本文第肆部分進一步說明。

註九十七： *Id.*, ¶ 5.175. 上訴機構表示這種供電組合定義通常是反映政府在政策要求下之作為，包括減少對化石燃料的依賴、確保電力市場的長期永續、以及處理傳統及再生電力生產所帶來的負面以及正面的外部性問題；另一方面也反映消費者做好了購買由不同來源組合電力的準備，即令這意謂著比較高的價格。*Id.*, ¶ 5.177.

註九十八： *Id.*, ¶ 5.176.

註九十九： *Id.*, ¶ 5.178

(二) 合適的比較基準

定義相關市場後，上訴機構接著說明如何確認比較基準。此處上訴機構所面臨的最大困難是如何使其選定之基準與過去上訴機構在相關案例中所發展出來的以「市場」為基礎的原則相容，畢竟這個基準所存在的市場是一個由政府供電組合定義所創造出來的市場，有強烈的政府干預色彩，與傳統的競爭市場係透過市場供需而產生的情形，完全不同。

針對上述困難，上訴機構首先澄清其並未背離過去以市場為基礎的利益分析方式；同時對於小組有關市場基準的意見（即本案不適合用競爭的電力批發市場標準，因為目前沒有政府的介入，就無法「確保可靠的電力系統，更別提藉著在供電組合中導入再生能源以追求人類健康及環境的目標」）（註一百），上訴機構也不認為應被解讀為是在建議電力供需之政策得以完全排除以市場為基礎的利益決定方式（註一百零一）。儘管於「受有利益」之判斷中導入合法的政策考量，與協定第 1.1(b)條規定並不相容，但上訴機構並不認為以市場為基礎的利益分析方法因此就不得考量政府介入以創造市場的情形；換言之，雖然政府的干預對市場價格產生影響，而不同於價格完全由未受拘束之供需力所決定的情形，但並非當然排除前者作為第 1.1.(b)條利益分析時所需利用的比較基準（註一百零二）。職是之故，政府在能源供應組合中納入風力及太陽光電發電的選擇並不妨礙其做為競爭的利益基準（註一百零三）。

對於其非傳統的市場基準，上訴機構也強調應區分創造了原本所不存在之市場由政府干預，與用以支持在既有市場上之特定業者、或導正既有市場之市場扭曲情形所採取之其他政府干預（註一百零四）。前者之干預不能被視為是扭曲市場，因為若無政府的創造，根本沒有市場可言，故創造市場本身

註一百： Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶¶ 7.309, 7.312.

註一百零一： Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.182.

註一百零二： *Id.*, ¶ 5.185.

註一百零三： *Id.*, ¶ 5.186.

註一百零四： *Id.*, ¶ 5.188.

並不會構成補貼；相對的，在後者的情形，即政府介入既有市場之干預可能會構成補貼（註一百零五）。這個部分的想法顯然異於小組不同意見成員之看法：小組不同意見成員認為政府扶持風力及太陽光電發電業者進入既有的電力市場，當然構成補貼；但上訴機構根據其所謂之相關市場定義，將風力及太陽光電發電市場視為是另一個獨立的市場，將政府對風力及太陽光電發電業者的補助視為是在創造新市場，而非介入既有的市場，也就不一定必然構成補貼。

最後上訴機構表示其同意小組的看法，即當政府為了將社會成本與利益內部化（即考量再生能源所具有之環保及永續的正面外部性，以及傳統能源有害健康及環境的負面外部性）所為之干預僅限於是定義市場的大體框架時，則該受干預市場仍有相當大的空間是留給民間業者基於商業考量而進行運作（註一百零六）；是以，上訴機構決定本案作為利益分析的比較基準應是將供電組合視為既定，而各個涵蓋於組合內之發電技術，在其各自以市場為基礎的情況下所可能存在的價格與條件（註一百零七）。

（三）審查小組適用基準之分析

對於原告指摘小組不用簡單的「若非則無（but for）」測試——即「若非」安大略省政府 FIT 計畫的補助，風力及太陽光電發電業者根本不可能進入安大略市場，並據此因果關係推論 FIT 計畫授與利益，反而進行全盤的利益基準分析，實有違第 1.1(b)條規定的主張，上訴機構並不認同，因為採取「若非則無」的反事實推論法，等於是預先假定相關市場是涵蓋所有能源來源之電力（註一百零八），但是這樣的假設顯然有悖於之前已確定的相關市場定義（即不同能源之來源構成不同市場）。

註一百零五： *Id.*

註一百零六： *Id.*, ¶ 5.189.

註一百零七： *Id.*, ¶ 5.190.

註一百零八： *Id.*, ¶ 5.197.

至於原告另又指摘小組拒用其所建議的替代指標一節，由於上訴機構已認定相關市場是風力及太陽光電發電市場，在這樣的論理下，原告所提出的以混合的電力批發市場為基礎之指標，無論是在加拿大境內或境外，在上訴機構眼中就同樣不會是合宜的利益比較基準（註一百零九）。

另外，小組在具體適用基準時，不僅只是分析原告所建議的指標，最後還提出了「附帶意見（即其所謂的「觀察」）」，上訴機構也注意到這部分，並且發現小組於附帶意見中建議以商業的電力經銷業者在政府所加諸之必須購買相當於 FIT 計畫規模之風力及太陽光電電力的義務下，所願提供的價格與條件做為比較基準，而不是以電力經銷業者在一般電力批發市場所願提供者作為基準（註一百一十）。由於小組這部分的意見已較近上訴機構選擇基準時將政府之供電組合定義納入考量的立場，故上訴機構對於小組為何不順著這樣的邏輯，繼續往下進行利益分析，反而大費周章地提出所謂的附帶意見表示不解（註一百一十一）。

上訴機構也注意到原告之一的歐盟，曾針對加拿大主張相關市場其實應該是風力及太陽光電發電市場的抗辯，提出安大略及魁北克兩省再生來源電力費率之證據，並主張可以將 FIT 躉購費率與安大略省之前的再生能源供應招標計畫（Request for Proposals for Renewable Energy Supply, RES I, II, and III）的價格條件，以及與魁北克省 2005 及 2008 年風力標購契約條件進行比較，以判斷 FIT 計畫是否授與利益（註一百一十二）；上訴機構認為假如歐盟對上述指標證據也建議了合適的調整方法，同時小組也審查的話，這部分資料應可以讓小組將 FIT 躉購費率與足以反映特定發電技術市場競爭價格的基準進行比較，遺憾的是小組居然未探討這樣的可能性（註一百一十三）。

註一百零九： *Id.*, ¶ 5.204.

註一百一十： Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 7.322.

註一百一十一： Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.214.

註一百一十二： *Id.*, ¶ 5.216.

註一百一十三： *Id.*, ¶¶ 5.217-5.218.

綜上所述，上訴機構認為小組未基於政府供電組合定義所刻劃的市場、以及該市場裡反映風力及太陽光電發電競爭價格的基準以進行利益分析是不正確的，因此撤銷了小組原認定原告對於利益之存在未盡舉證責任的裁決（註一百一十四）。至於將 FIT 投資報酬率與在加拿大投資的平均資本成本相比較，上訴機構則明言對小組此種「觀察」不表示意見（註一百一十五）。

(四) 完成分析

由於歐、日皆要求上訴機構於撤銷小組有關利益的裁決後，應依小組所裁定之事實及兩造無爭議的證據完成相關法律分析，故上訴機構最後的任務即是評估其是否得以完成利益之分析。

上訴機構首先說明過去上訴機構為協助迅速及有效地解決爭端，確實曾經有自行完成分析之案例，但前提必須是相關事實及證據已提供了足夠的分析基礎；另一方面，若是爭點太過複雜，未在小組階段充分探討，考慮到當事國之正當程序（due process）權利，上訴機構會避免自行完成分析（註一百一十六）。

進入分析之前，上訴機構先重申其之前有關本案市場基準的分析，即判定安大略省風力及太陽光電發電受有利益的適當基準應為在安大略省政府定義的能源供應組合框架下，反映市場所可能帶給風力及太陽能電力的收益；而根據第 14(d)條規定之準則，這個基準應先從安大略省之風力及太陽光電發電市場找起，假如安大略省內沒有適合的基準，則可考量境外基準或其他替代指標（註一百一十七）。

上訴機構指出若要證明 FIT 計畫授與利益，原告就必須要證明 FIT 躉購費率不能反映市場結果，而分析安大略省用來建立 FIT 躉購費率的公式可能

註一百一十四： *Id.*, ¶ 5.219.

註一百一十五： *Id.*, ¶ 5.217.

註一百一十六： *Id.*, ¶ 5.224.

註一百一十七： *Id.*, ¶ 5.227.

可以提供該費率是否超過足夠報酬的證據；但當沒有該方法論的資訊、或者該方法論並無法協助確定躉購費率是否反映市場可能之收益時，就有必要找尋另外的市場基準或架構替代性指標（註一百一十八）。這個基準或指標可以是同樣產品在購買國內或在其他國家（但需經過調整）之收購價格，只要該價格是由得以確保市場結果的價格決定機制所決定；另一方面，這個基準也可以透過價格發現機制而確立，像是競標或協商性價格，因為這些機制可以確保政府所支付的價格是供電業者所能接受之最低可能價格（註一百一十九）。

上訴機構即根據以上三個方法進行檢驗，以探討完成分析之可能性：

1. 利用安大略省建立 FIT 躉購費率的方法論：

上訴機構表示收購價格不一定會反映一個假設市場所可能提供之收益，但根據小組之記錄，FIT 價格是有意讓業者在契約存續期間回復成本並獲取合理的投資報酬率（註一百二十）。然而無論是記錄中雙方無爭議的事實、或是小組的事實裁定都沒有可以讓上訴機構評估安大略省電力機關用以建立 FIT 價格的公式是否已造成價格超過足夠報酬的資訊；事實上小組的事實裁定中關於此方法論的描述也就只有 FIT 價格之決定是利用考慮了合理的資本成本、合理的營運及維護成本、以及合理的連接成本的現金流量折現模型（註一百二十一）。故上訴機構無法依此法完成分析。

2. 與市場基準比較

- i. 基準為國內或其他國家（必須經過調整）之風力或太陽能電力之收購價格，但該價格必須是由市場機制所決定；

註一百一十八： *Id.*, ¶ 5.228

註一百一十九： *Id.*

註一百二十： *Id.*, ¶ 5.234 (citing Panel Report, ¶ 7.202).

註一百二十一： *Id.*, ¶ 5.234.

ii. 基準由價格發現機制，如競標或協商之價格等所確立。

有關在安大略省「外」之再生能源收購價格，本案中就只有歐盟所提出的魁北克省風力發電電力價格，但上述機構認為不可能將安大略省之 FIT 價格與之比較，因為利用（境）外基準，依之前的案例裁決，必須加以調整以確保其反映境內的主要市場行情，而魁北克省的風力電力價格是否已符合這個標準在小組階段並未討論，所以上述機構表示無法以之完成有關利益的分析（註一百二十二）。

相關證據中，如此一來，只剩下安大略省以前的再生能源供應招標計畫（RES）可能可以做為基準。上訴機構表示儘管 RES 價格是經過競標而定，但要將 FIT 計畫與之相較，就必須確保在比較的是同一期間的價格、同樣類型的發電技術、同樣的供電組合、同樣或類似規模的計畫、以及同樣年限的契約；假如有任何一個條件不能滿足，就必須加以調整已確保兩者之可茲比較性（註一百二十三）。

RES 計畫雖然也開放給太陽光電發電業者投標，但是上訴機構發現沒有任何的證據顯示太陽光電發電業者曾經得標，反而是有專家報告指出太陽光電發電業者無法與其他較為便宜的發電技術競爭 RES 計畫；為了透過 FIT 計畫促進太陽光電技術的投資，安大略省電力機關後來即改用以成本為基礎的訂價方式制訂太陽光電發電電力之收購價格（即後來的 FIT 計畫中之太陽能電力部分）（註一百二十四）。既然沒有任何的太陽能 RES 契約資訊，上訴機構也就無法將太陽光電發電業者之 FIT 報酬與 RES 價格相比較（註一百二十五）。

在風力發電方面，上訴機構注意到 RES 招標計畫分別是在 2004 年（一期）、2005 年（二期）以及 2008 年（三期）發佈，歐盟曾經提出不同文件指

註一百二十二： *Id.*, ¶ 5.239.

註一百二十三： *Id.*, ¶ 5.235.

註一百二十四： *Id.*, ¶ 5.236.

註一百二十五： *Id.*, ¶ 5.240.

出因為技術的進步，風力發電成本在 FIT 計畫展開前已逐年下降，上訴機構雖未在紀錄中看到有關安大略省自 2004 年至 2009 年風力發電成本演化的特定證據，但因為最新一期 RES 計畫是在 2008 年發佈的，距離 FIT 計畫僅只一年，而 RES 價格在 2004 年到 2008 年期間是在每度 8 分至 11 分之譜，因此可以想像在 FIT 計畫展開前一年才發佈的 RES 三期風力發電契約的報酬不會超過每度 11 分，但事實上，本案系爭的 FIT 風力發電契約最低的費率卻是每度 13.5 分（註一百二十六），高出每度 11 分甚多，幅度甚至逾百分之二十。

根據加拿大的說法，在 RES 計畫下有好些風力發電契約之發電量是比 FIT 計畫下之風力發電量小，不過上訴機構也發現 RES 及 FIT 計畫在發電量為 500 瓩至 20 萬瓩間是有所重疊的，只是 FIT 計畫涵蓋的發電量範圍較廣，尚包含了小於 500 瓩及大於 20 萬瓩的發電量計畫；另一方面，RES 契約與 FIT 之風力及太陽光電發電契約相同，皆長達 20 年，因此在 2004、2005、及 2008 年得標之 RES 契約與在 2009 年締結之 FIT 契約之存續期間，有相當大的重疊（註一百二十七）。

基於以上事實，上訴機構認為原則上，其可能可以比較 FIT 風力發電業者報酬與 RES 風力發電業者報酬以決定前者是否構成利益（註一百二十八）；鑑於這兩者間之明顯價格差距，上訴機構體認到 FIT 價格似乎已符合補貼之利益的要件，不過最後卻表示無法因此就完成分析，理由如下：1. 原告主要論點是在混合的電力市場，直至小組第二次會議，以及之後的書面回應才開始有針對再生能源發電市場之基準的討論；2. 小組裁決中關於以安大略省能源供應組合為基礎之基準討論非常有限，主要是在小組的附帶意見部分，惟無論如何，小組未就 RES 是否構成適當的基準有任何裁定，也未比較 RES 及 FIT 兩者的報酬；3. 以供電組合為基礎的基準並未在上訴

註一百二十六： *Id.*, ¶ 5.237.

註一百二十七： *Id.*, ¶ 5.238.

註一百二十八： *Id.*, ¶ 5.240.

時充分辯論，故也無法提供上訴機構更多的元素以完成分析（註一百二十九）。綜合這些理由，上訴機構認為本案與過去上訴機構避免自行完成分析的情形相仿，皆有爭點過於複雜，且未在小組階充分探討的情形，若由上訴機構逕行完成分析將影響到當事國之正當程序權利，是以決定以事實不足為由不完成分析。

肆、可能的意義與影響

上訴機構在加拿大——再生能源案中導入了所謂「新創」市場的概念，使得政府的干預居然可以成為市場的一部分，而毋須在利益分析中加以去除，與過去案例在分析受有利益時所採取之以「市場」為基礎的方法大異其趣。儘管上訴機構在本案中曾表示，加拿大安大略省的供電組合定義雖界定了風力及太陽光電發電市場的框架，但仍留有相當空間讓民間業者在該框架內基於商業考量進行運作，也就是假設在上述市場中，風力發電業者彼此之間，以及太陽光電發電業者彼此之間是相互競爭的（註一百三十）；這樣的解釋似乎是強調其雖認為本案的相關市場是風力及太陽光電發電市場（即由政府財務補助所創造出來的市場），但其並未背離以市場為基礎的分析方法，換言之，政府雖藉著供電組合定義創造了市場，但是仍由市場力量決定如何滿足該供電組合，所以並不妨礙在這新創市場尋找市場基準，不過這個市場基準顯然很不「典型」，因為相對於典型基準所包含的是市場上競爭產品的價格，這個非典型的基準所包含的卻是沒有政府補助即不具競爭力的高生產成本之產品（註一百三十一）。

註一百二十九： *Id.*, ¶¶ 5.241-5.243.

註一百三十： 見前揭註一百零七部分的本文。

註一百三十一： DOMINIC COPPENS, *supra* note 五十八, 458.

一、環保能源政策豁免於補貼協定之規範？

上訴機構在本案的論理表面看起來是要避免對環保政策有益的 FIT 計畫被認定是補貼協定下的補貼，因為在其「新創市場」的概念下，經濟學上所謂的導正補貼（corrective subsidies）似乎有可能豁免於補貼協定之外（註一百三十二）。上訴機構藉著不僅考量電力的需求面，同時也考量電力的供應面，得出不同發電技術的電力並非存在於同一市場的結論，進而推導出政府能源供應組合定義本身不應被視為是補貼、或授與特定發電技術業者利益，蓋沒有政府能源供應組合定義，該等再生能源市場根本不存在，也就沒有協助業者進入該市場而授與利益的問題（註一百三十三）。

即使後來在利益基準的選擇上，上訴機構設法往市場基礎原則靠攏，而使得安大略省過去以競標決定之風力發電價格足以為替代基準，進而發現 FIT 風力發電契約價格偏高，有授與利益之嫌，但上訴機構最終仍以程序的理由拒絕宣告其構成補貼，有學者就據以解讀為是上訴機構明顯認知碳排放問題之嚴重，而不願輕易宣告 FIT 計畫為違反補貼協定之補貼，故可將本案裁決視為是對環保友善之代表（註一百三十四）。

細繹上訴機構的論理，倒不見得真是為環保政策背書、或是為之提供法律上的安全港。當上訴機構利用安大略省早期的風力發電計畫得標價格與 FIT 契約價格進行比較時，即已意謂再生能源政策若非基於市場功能而設計，就有可能違反補貼協定，因為上訴機構僅是不將供電組合定義本身視為補貼，而非認為供電組合定義下的市場價格得不依市場競爭法則決定，此由其在尋找市場基準時，一直強調應利用確保市場結果的價格決定機制，或競

註一百三十二：所謂的導正補貼，是指授與的補助是支持某種在生產或消費過程中會有正面外部效應的產品，如在本案的再生能源。

註一百三十三：見前揭註九十七部分的本文。See also Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶¶ 5.175, 5.188, 5.227.

註一百三十四：Sherzod Shadikhodjaev, *Renewable Energy and Government Support: Time to “Green” the SCM Agreement?*, at 9, *WORLD TRADE REVIEW (First View Article)*, available on CJO 2014 doi:10.1017/S1474745614000317.

標、協商等價格發現機制，可得而知（註一百三十五）。

事實上，上訴機構還特別澄清小組尊重安大略省政策目標的看法（註一百三十六），不應被解讀為電力供需的政策目標得以完全排除以市場為基礎的利益決定方式（註一百三十七），並強調利益分析時導入合法的政策考量，不符補貼協定第 1.1(b)條之規定（註一百三十八）。這樣的看法也吻合上訴機構長久以來有關補貼之利益分析的立場，因為未嘗有爭端解決的裁決在進行利益分析時考量政策目標，也就是向來只問補助是否改變了受領者的競爭地位，而不問該改變是否是為了導正負面外部效應；縱使政府的財務補助是要抵銷負面外部效應或鼓勵正面外部效應，也不妨礙該補助被視為是授與利益（註一百三十九）。這也就是為什麼另有學者認為加拿大——再生能源案並非綠色能源政策之重大勝利，因為上訴機構並未在補貼協定內為綠色環保政策保留空間（註一百四十）。

從另一個角度來看，補貼協定已失效之「不可控訴補貼」條款在相當程度內也限制了上訴機構利用解釋創設環保例外之可能，因為補貼協定條文既未區分導正市場失靈的補貼與扭曲市場之補貼，自無豁免前者之意，否則當初會員就毋須明文創設「不可控訴補貼」，如今該例外既已失效，上訴機構硬要藉著裁決恢復已失效的例外，就會違反爭端解決機構之「裁決與建議不得增減涵括協定下的權利與義務」的規定（註一百四十一）。

註一百三十五： 見前揭註一百一十九部分的本文。

註一百三十六： 指可靠能源供應，以及藉導入再生能源以追求人類健康及環保的目標。Panel Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 7.309.

註一百三十七： 見前揭註一百零一部分的本文。

註一百三十八： 見前揭註一百零二部分的本文。

註一百三十九： DOMINIC COPPENS, *supra* note 五十八, 458-459.

註一百四十： Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, 28; also Elizabeth Whitsitt, *A Modest Victory at the WTO for Ontario's FIT Program*, at 1, 22, SSRN Working Paper (2013), available at <http://papers.ssrn.com>.

註一百四十一： Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, art. 3.2.

雖然有學者以為未將外部成本內部化的市場是否仍得作為比較基準，不無討論空間，並主張縱使採為比較基準，在判定傳統能源業者是否因此受有「不利影響」時，或可將傳統能源業者所受到之競爭影響視為是彼等原本該負擔之外部成本的替代，而不應認為是損害（註一百四十二）。首先，此種看法似乎是假定傳統能源業者會受到 FIT 補貼之「不利影響」，然而根據補貼協定第 5 條之規定，補貼對其它會員利益之不利影響（adverse effect）分為對其它會員產業之損害（injury）、對其它會員在協定下直接或間接可得利益之剝奪或減損（nullification or impairment of benefits）以及對其它會員利益之嚴重危害（serious prejudice）。受到 FIT 補助之再生能源業者若出口，應無可能對進口國之能源業者造成不利影響，因為再生能源建置成本頗高，若進口國未予以任何補助，再生能源業者根本不可能僅仰仗母國之 FIT 補助即輸出至他國市場，更遑論進而影響它國能源業者。儘管如此，若再生能源業者在本國市場與他國能源業者交鋒又如何？由於並非在他國市場交鋒，他國產業不可能受到損害，然他國可否主張因為市場替代或阻礙而使利益受到嚴重危害？

補貼協定第 6.1 條規定嚴重危害之推定情形，其中之一為補貼數額超過從價補貼上限（註一百四十三）。由於 FIT 之價格通常高出傳統電價甚多，故 FIT 補助無疑地將會超出該條規定之從價補貼之上限，而被推定有嚴重危害；但根據第 6.2 條之規定，若補貼未導致第 6.3 條所列舉之效果，仍不構成嚴重危害。第 6.3 條所列舉之效果包括市場替代或阻礙、削價或價格抑制、補貼國系爭產品之全球市占率持續增加等情形，於此比較相關的應是市場替代或阻礙，因為再生能源本無價格優勢，故並不可能造成傳統能源之價格壓力，而補貼國也不致因採取了 FIT 而使其電力得以增加出口擴大了其在全球

註一百四十二： 本文匿名審查人意見。

註一百四十三：“(a) the total ad valorem subsidization* of a product exceeding 5 per cent; ……” [*
The total ad valorem subsidization shall be calculated in accordance with the provisions of Annex IV.]

之市占率。至於市場替代或阻礙，根據第 6.7(f)條之規定，若是因為產品未符合進口國之標準及其它管制要求，則不應視為發生，換言之，此時受到之影響不得歸因為被控訴國之補貼措施。舉例而言，A 國傳統能源業者在 B 國電力市場受到之市場替代或阻礙，並非 B 國之 FIT 補助所致，而是 B 國政策上選擇採購一定比率之再生能源。事實上，除非 B 國完全沒有傳統能源業者（現實上並不可能，不然 B 國並無必要採行 FIT），否則與 A 國傳統能源業者競爭者尚包含 B 國之傳統能源業者，假若 A 國業者之價格競爭力優於 B 國傳統能源業者，其或可能取代 B 國傳統能源業者，但並無法搶食 B 國再生能源業者之市占率，此與 B 國再生能源業者受到 FIT 補助無關，而是因為 B 國之能源政策選擇。

上述有關傳統能源業者可能受到再生能源補貼之不利影響的假定儘管不見得成立，但考量外部成本之思維倒與諾貝爾經濟學獎得主 Joseph Stiglitz 於 2006 年提出之見解基礎相仿。Stiglitz 在 2006 年主張像美國這種不批准京都公約義務的國家，世上其它國家可對其使用高耗能科技所生產的出口產品課徵平衡稅，因為這些產品未承擔環保成本，就如同被補貼一般（註一百四十四）。只是這樣的邏輯顯然已超出補貼協定之射程，因為若依照這樣的邏輯，則當國家管制標準較低、法定工資水準較低、或甚至賦稅較低而使得在其境內生產之廠商成本較低時，都會被視為是補貼；然而補貼協定只適用於金錢補貼，也就是政府必須有財務上之補助，非金錢方面的扶植措施並不適用補貼協定，因此 Stiglitz 認為美國不批准京都公約之措施構成隱藏的補貼，實乃對補貼協定有所誤解（註一百四十五）。事實上，誠如之前分析所

註一百四十四： Joseph Stiglitz, *A New Agenda for Global Warming*, ECONOMISTS' VOICE, vol. 3, issue 7 (Online), at 2 (Jul. 2006), available at https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2008_New_Agenda_for_Global_Warming.pdf. (visited at 2014.1.12).

註一百四十五： See Jagdish Bhagwati and Petros C. Mavroidis, *Is Action against US Exports for Failure to Sign Kyoto Protocol WTO - Legal?*, 6 WORLD TRADE REVIEW 299, 302-303, fn.3, fn.10 (2007).

指出，歷來爭端解決裁決對補貼協定之闡釋，皆不認為應考慮外部性問題，而補貼協定當初有「不可控訴補貼」之設計也正是為補此不足。於「不可控訴補貼」失效後，眾所關切之環保問題，就不可能是補貼協定得以顧及。

二、以供應面定義市場所可能引發的問題

加拿大—再生能源案之上訴機構之所以能夠提出新創市場的概念，乃是從電力供應面切入，其以為既然不同發電技術的成本結構、營運成本及特性皆有不同，自然可以宣稱不構成單一的發電市場（註一百四十六）。由於其所援引的歐盟——大型民用航空器案之裁決，如前所述，其實是在討論補貼協定第 6.3 條「嚴重危害」問題，而非在利益分析時引入供應面之觀念（註一百四十七），故法理上是否可以如此類推適用，值得商榷。

歐盟——大型民用航空器案中由於歐盟不服小組將各種受補貼之大型民用航空器（LCA）機型視為在同一市場上相互競爭之同類產品，進而認定美國所主張的波音受有嚴重危害之控訴成立，故上訴主張小組此部分裁決有誤，上訴機構則同意歐盟的見解，即小組誤以為在認定受補貼產品是否屬於單一市場時必須受限於原告之主張（美國主張空中巴士所有 LCA 皆受有補貼而造成波音之嚴重危害），而未區別不同機型之 LCA 不見得在同一市場上競爭，也未個別判斷是否有市場替代（displacement）情形（註一百四十八）。

該案上訴機構解釋所謂之市場替代，乃進口或出口之同類產品被系爭受補貼產品之銷售所取代，儘管通常它們可能構成一個大的產品市場之一部分，但有時候因為原告定義之受補貼產品與同類產品太廣而導致必須在不同產品市場上分析這些產品，否則無法進一步分析真實的競爭互動情形，進而

註一百四十六：見前揭註九十六部分的本文。

註一百四十七：見前揭註九十五部分的本文。

註一百四十八：Appellate Body Report, *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*, ¶¶ 1113-1137, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

決定替代是否發生（註一百四十九）。的確在該案中，上訴機構提出儘管需求面之替代性是判定兩產品是否在同一市場上之不可或缺之要素，但考量供應面之替代性可能也需要，其舉例，譬如供應者是否可在短時間內以有限成本將其生產從一產品轉至另一產品的事實可能也可告知吾人此兩產品是否在單一市場（註一百五十）。同時，其援引美國—高地棉案（同樣是在處理第6.3 條問題）之裁決做為支持，表示若兩產品無真實或潛在之競爭，則無法看出何以對一產品補貼的效果將導致另一產品之市場被取代（註一百五十一）。

細繹上述裁決之邏輯，之所以要考量供應面之替代性，重點是在於要決定補貼協定裡的「損害」要素，因為受補貼產品之生產者若無法以有限成本並於短暫時間內轉換生產至另一產品之市場，實難謂後者遭受到市場替代之效果而受有損害；同樣地，假設補貼不存在的情況下，未受補貼產品之生產者（波音）仍無法進入原受有補貼產品（空中巴士）所在的市場，則亦難聲稱該補貼造成前者（波音）之市場被取代的效果。

無論波音產品與空中巴士產品從供應面來看是否可相互取代（即生產線是否可輕易轉換），不可否認的是在該案中聲稱遭到市場替代之供應者（波音），根本尚未進入受補貼產品供應者（空中巴士）所在的市場，換句話說在判斷空中巴士是否因政府補助而受有利益時，在應觀察的市場裡，波音根本不存在，也就是供應面因素完全無法說明補貼定義裡之受有利益問題（註一百五十二）。

在定義補貼「利益」基準之相關市場時，考量到的是受補助者所處之市場，因為僅當其市場地位因補助而變得更好、更具有市場競爭優勢時才被視為受有利益，而該市場在加拿大——再生能源案出現前，考量的皆是既存市

註一百四十九： *Id.*, ¶ 1119.

註一百五十： *Id.*, ¶ 1121.

註一百五十一： *Id.*, ¶ 1122.

註一百五十二： *See* Aaron Cosby and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, 25.

場，是一個「買方與賣方進行經濟活動，由需求及供給力決定價格之地方（註一百五十三）」¹⁵³。若是在此時導入供應面之觀念，有學者觀察到可能會意外地為原本並不見容於補貼協定之產業扶植措施開啟了方便之門（註一百五十四）¹⁵⁴。舉例而言，利用供應面的無法替代性，一國或許可以將其對特定產業之扶植，解釋為因該產業之成本結構、營運成本及特性皆與對手國生產同類產品之某一產業不同，故兩者之產品即使在需求面有高度替代性，但因供應面替代性低，兩產業即不應被視為是在同一市場上；然後進一步主張其國內原無該特定產業（幼稚產業主張），其產業扶持政策實際上是新創了一個市場，而非補貼。

如果上述主張成立，可以想見原本只限於開發程度低的國家才得以採取之幼稚產業扶植措施（GATT 第 18 條 C 節之規定）將會變得十分氾濫（註一百五十五）¹⁵⁵。這也進一步突顯為何在判斷是否受有利益而構成補貼時，考量供應面之因素的不妥。專門研究補貼之學者即指出（註一百五十六）¹⁵⁶：同時考慮供應面與需求面之「相關市場（relevant market）」概念，在競爭法領域裡固然用得十分普遍，但這是因為競爭法是在探討廠商限制競爭之可能性，即廠商市場力之問題，故必須考量其它廠商是否受到影響；但在補貼定義裡，吾人考慮的並非受補助者是否具有限制競爭之能力，而是該受補助者之地位是否因補助而變得更優越（在判斷補貼是否造成損害時，可能會考慮到該補

註一百五十三：Appellate Body Report, *US – Upland Cotton*, ¶ 408; *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*, ¶ 1121.

註一百五十四：Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, 26; also Dominic COPPENS, *supra* note 五十八, 463; Rajib Pal, *Has the Appellate Body’s Decision in Canada – Renewable Energy/ Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies?*, 17 *Journal of International Economic Law*, 125, 134-136 (2014).

註一百五十五：See Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, 26.

註一百五十六：Luca Rubini, “*The Good, the Bad, and the Ugly*” *Lessons on Methodology in Legal Analysis from the Recent WTO Litigation on Renewable Energy Subsidies*, 48:5 *JOURNAL OF WORLD TRADE* 895, 910- 911 (2014).

貼是否妨礙潛在業者的進入，進而有類似競爭法裡的限制競爭概念的適用，但那畢竟是在補貼之損害認定，而非補貼本身的認定（註一百五十七）。

事實上，誠如加拿大—再生能源案裁決所顯現的，市場被定義得愈小，愈不可能認為有利益存在，也就愈不可能認定構成補貼；相反地，在競爭法的領域，市場被定義得愈小，廠商限制競爭之可能性就愈高，就愈有機會被判定違反競爭法（註一百五十八）。從競爭法的角度來看，若不考慮供應面因素，該市場可能會定義得過大而無法逮獲競爭法擬規範的反競爭行為。相反的，補貼定義若不考量供應面的因素，雖使得補貼利益之判斷較易成立，但因為補貼並非非難補貼本身，而是非難補貼所造成之貿易扭曲效果，故即使補貼要件該當，尚必須判斷是否有「損害」（如歐盟——大型民用航空器案即於此時才導入供應面因素）存在，故著實不應該一開始即過度限縮市場定義，而使得之後階段的判斷變成無用武之地。

無可諱言的，一旦考量供應面的因素，做為利益判斷基準的市場價格將會非常接近補助本身，而很難認定利益存在，在這種情況下，政府遂行產業扶植之手段就愈易實施。具體而言，上訴機構在加拿大—再生能源案中將市場定義為各自再生能源發電技術所在之電力市場，使得做為判斷利益的基準必須是再生能源市場的價格，然而再生能源政策又是安大略省所制定的，其結果就是作為基準的價格與補助本身的價格差異將極其有限，故補貼極難認定成立（註一百五十九）。

為了彌補其新創市場根本就是以安大略省的能源政策為內涵而導致判

註一百五十七： Aaron Cosbey and Luca Rubini, *Does it FIT? An Assessment of the Effectiveness of Renewable Energy Measures and of the Implications of the Canada – Renewable Energy/FIT Disputes*, at 6, ICTSD and World Economic Forum, E-15 Initiative (2014), available at <http://e15initiative.org/> (last visited Jul. 10, 2015).

註一百五十八： See Luca Rubini, *supra* note 一百五十六, 912.

註一百五十九： See Luca Rubini, “The Wide and the Narrow Gate”: Benchmarking in the SCM Agreement after the Canada-Renewable Energy/FIT Ruling, 14:2 WORLD TRADE REVIEW 211, 220 (2015).

斷利益是否存在所進行之比較失去意義，上訴機構於其裁決中強調得做為判斷利益基準者，應為此新創市場中透過價格發現機制所得確定之價格（註一百六十）；然而 FIT 制度下，競價並非必然之設計，上訴機構於裁決中提到之安大略省早期的 RES 價格，其實採取的是所謂的公開標購（Tendering）制度（註一百六十一），故上訴機構此種補充對於掩飾其論理中於利益判斷時導入政策考量之事實，幫助不大（註一百六十二）。

事實上，上訴機構或許也意識到其新創理論可能被用於產業扶植的風險，故表示創造新市場與扶植既有市場上之業者是不同的（註一百六十三），只是這樣的說法並未根本解決問題，畢竟何謂「新」？何謂「既有」？其界限恐怕不是那麼容易區分（註一百六十四）。故有學者建議為了避免本案裁決被擴張解釋，而成為扶植國內生產成本過高的業者對抗國外生產者的法寶，主張源於產地不同所造成之成本差異不應納入供應面的考量，以免同類產品的國內與國外市場被視為不相關的市場（註一百六十五）。衡諸上訴機構所言：風力及太陽光電發電市場「只有」透過政府的管制才可能存在（註一百六十六），學者所建議的限縮解釋或許不無道理，因為若生產成本的差異只是因原產地之不同，實難謂該市場「只有」透過政府的管制方能存在。

註一百六十： 見前揭註一百一十九部分的本文。

註一百六十一： FIT 與 Tendering 的差異可見前揭註九文獻中之名詞定義。See REN 21, *supra* note 九, 246, 248.

註一百六十二： See Steve Charnovitz and Carolyn Fischer, *Canada-Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-So-Green Subsidies*, 14:2 WORLD TRADE REVIEW 177, 205 (2015).

註一百六十三： Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.188. 見前揭註一百零五部分的本文。

註一百六十四： See Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, 27.

註一百六十五： Dominic COPPENS, *supra* note 五十八, 463.

註一百六十六： Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.175.

三、對 WTO 協定規範體系的衝擊

由於加拿大安大略省之 FIT 計畫含有自製率要求，縱使上訴機構的新創市場概念，使之不致於「直接」被認定為禁止性補貼，但仍免不了被判定違反 TRIMS 與 GATT 之國民待遇規定，而必須改正，是以上訴機構如此「標新立異」的結果，可能只是使 FIT 計畫避免適用補貼協定中有關禁止性補貼的嚴格性程序規定，即必須在小組規定的期限（通常為 3 個月）內即時廢止補貼而已（註一百六十七）。本案上訴機構之特殊論理儘管對環保政策幫助不大，但因其限縮了補貼協定原擬適用之範圍，故有可能衝擊到補貼協定本身條文間之關係，甚至補貼協定與其他 WTO 協定間之穩定關係。

(一) 出口補貼

由於上訴機構的新創市場理論影響到的是補貼的定義，因此未來任何有關補貼的案子，除非補貼的存在是兩造當事國皆無爭議的，否則或多或少都會受到此新理論的衝擊。茲以出口補貼為例，其與加拿大—再生能源案所涉及之進口替代補貼同為補貼協定第 3 條所禁止之補貼。與可控訴補貼不同者，禁止補貼本不需利用到第 14 條補貼數額之計算；不過由於上訴機構於加拿大—再生能源案中已清楚表達，與市場基準比較以確定補貼是否存在，乃第 1.1(b)條規定之合理解釋，而非逕行適用第 14 條準則之結果，故在出口補貼的分析過程中並無法免去第 1.1 條要件之檢視，特別是第 1.1(b)條有關利益之判定。然而與進口替代補貼相異的是，出口補貼在補貼協定中有例示規定（附件一之「出口補貼例示表」），根據第 3.1(a)條規定之文義解釋，附件一例示的情形乃當然（*per se*）的出口補貼，過去的案例也認為原告欲證明系爭措施為出口補貼時，可以直接舉證「出口補貼例示表」中之各款要

註一百六十七：SCM, art. 4.7. See DOMINIC COPPENS, *supra* note 五十八, 466; also Elizabeth Whitsitt, *supra* note 一百四十, 27 (指出立即廢止補貼所可能引發的國內問題：大量基於信賴利益而引發的訴訟)。

件，而毋庸先證明這些措施是屬於第 3.1(a)條規定之範疇（註一百六十八）。

若是系爭措施已符合「出口補貼例示表」的構成要件，除了不用再證明具有第 3.1(a)條所要求之「以出口實績為要件」外，是否也毋庸證明其符合第 1.1 條補貼之定義？由於第 3.1 條的規定是「下列屬於第 1 條規定之補貼，應予禁止...」，故看起來原告應無法跳過第 1.1 條之規定而直接主張「出口補貼例示表」所規定的事證，不過因為附件一的「出口補貼例示表」乃補貼協定前的產物，其歷史較協定的補貼定義還要悠久，所代表的乃 GATT 時代締約國認為應受規範之補貼；烏拉圭回合談判時會將之保留並納入補貼協定，顯然是會員認為其各款內容與眾所認定的補貼仍相符合，這也怪乎過去有裁決認為原告不但可以直接依賴「出口補貼例示表」之規定，不另證明第 3.1(a)條「以出口實績為要件」的要素，也不須另行證明第 1.1 條有關補貼的定義要件（註一百六十九）。

只是「出口補貼例示表」各款的規定不一，上述認為毋須證明補貼要素的裁決係涉及附件一(j)款出口信用擔保的規定，然而附件一(a)款：「政府以出口實績為條件提供直接補貼予一廠商或事業」的規定既使用到「補貼」字眼，則是否同樣不須分析第 1.1 條的要素，不無疑問。在這種情況下，由於加拿大——再生能源案中有關利益的新解，並未排除對出口補貼案件之適用，則其是否會進而影響附件一「出口補貼例示表」的適用，即值得討論。

有學者即舉例，譬如政府提供優惠貸款予生產環保節能汽車之業者，卻以出口為要件（註一百七十）：此例看似符合附件一(a)款的規定，而可被視為出口補貼；唯若將供應面及新市場的概念引入，則環保節能汽車有可能被視為是與傳統汽車分屬不同的市場，甚至屬於新創市場（即由政府的優惠措

註一百六十八： Panel Report, *Brazil – Aircraft (Article 21.5 – Canada)*, ¶ 6.31, WT/DS46/RW (May 9, 2000).

註一百六十九： Panel Report, *Korea – Commercial Vessels*, ¶ 7.204, WT/DS273/R (May 7, 2005); Appellate Body Report, *US – Upland Cotton*, ¶¶ 720-733, WT/DS267/AB/R (May 3, 2005).

註一百七十： DOMINIC COPPENS, *supra* note 五十八, at 466.

施所建立的新市場)，以致政府所提供的優惠貸款不能被視為是協助業者進入市場而當然授與利益，蓋環保節能汽車市場原來並不存在。要確定利益之存在就必須在這個新創市場或他國相仿市場（但需進行調整）中找尋具競爭性的市場指標進行比較，萬一找不到這樣的指標、或是比較的結果不確定有利益存在，就會得出與適用附件一(a)款規定不同的結論。屆時如何調和，即會成為新的爭議問題。

(二) 與 GATT 第 3 條 8(b) 項之關係

原本 GATT 第 3 條 8(b) 項規定豁免生產補貼（專門支付給本國生產者之補貼）之國民待遇義務，惟該類補貼仍受到補貼協定之規範。加拿大——再生能源案有關利益的新解卻有可能使得此條劃分的界線變得模糊不清，因為某些具有市場創造性的生產補貼有可能會因為此新解而無法符合補貼協定中補貼的定義，此時，這類生產補貼是否會因此也不符 GATT 第 3 條 8(b) 項之豁免規定，而必須遵循國民待遇的義務？若答案是肯定的，則有學者以為將會使得某些導正補貼（如鼓勵環保的生產補貼）之政策空間大為限縮，故建議於此情形，最好將不符補貼協定補貼定義之「補貼」，仍視為是 GATT 第 3 條 8(b) 項所欲豁免的補貼（註一百七十一）。這樣的解釋方法固然可以減少對合法政策工具加諸不必要的限制，但無疑的也將使得同樣文字在不同的 WTO 協定間（補貼協定相對於 GATT）解讀不同，這種歧異勢必衝擊整個 WTO 規範體系的內部和諧，而引發不安定的因素。

伍、結 論

加拿大——再生能源案有關「利益」的新解，無論是從環保政策促進層面、經濟層面、或法律層面皆有令人不安之處。事實上，如果肯定導正補貼

註一百七十一： *Id.* at 467.

的價值而欲給予彈性，正確的做法應像當年烏拉圭回合談判創設不可控訴補貼一般，藉由會員間之談判，明確地訂出政策空間（註一百七十二）；縱使因為目前杜哈回合談判陷入僵局，短期內無法發展出可處理此類問題的方法，裁決機構至多能做的也僅是利用「特定性」、或「不利影響」等規定的解釋，減少某些導正補貼受到補貼規範或平衡稅之不當制約，但無論如何，絕非如加拿大——再生能源案之上訴機構所做的，從補貼協定最根本的定義著手，使得系爭措施一開始就可能被排除於補貼協定之規範外，這樣的取徑將會產生意想不到的負面效果，因為不但有可能限縮了補貼協定之適用範疇，而使補貼協定空洞化，亦可能不當地更動補貼協定與 WTO 其他相關協定間之界限。

美國於爭端解決機構採納此案裁決的會議中即表示：其不清楚上訴機構之新創市場定義未來將何以維持補貼協定對諸多原應適用該協定之潛在補貼的拘束（註一百七十三）。上訴機構於本案定義市場時，儘管其不承認，但其利用政府既定之供電組合以決定市場之做法已等同是將「政策之偏好」取代「消費者之偏好」，故所謂的市場基準已事實上貼近政府的補助政策，在這種情形下，補貼要件該當之可能性微乎其微。為了避免本案裁決造成未來補貼協定適用之問題，以及 WTO 規範體系之紊亂，建議上訴機構未來應設法於相關案件中限縮本案裁決法理之適用，以降低本案裁決所帶來之負面影響。

至於眾所關切的環保（再生能源）補貼可能被不區分補貼目的之補貼協定所限制的問題，其實或許是過慮，畢竟大多數的 WTO 會員目前都採取類似的 FIT 措施，因此去挑戰他國相仿措施之可能性極低，如本案例中日本與歐盟即盡可能地將打擊目標限縮於歧視性的自製率方面，而與加拿大相鄰之美國也只是以第三方身份參加訴訟而未加入原告之列，皆是為避免對 FIT 之指

註一百七十二： Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, *supra* note 十一, at 42-47.

註一百七十三： World Trade Organization (WTO), Minutes of Meeting Held on 24 May 2013, ¶ 8.7, WTO/DSB/M/322, July 31, 2013.

控產生後座力。縱使未來有任何裁決認定不含自製率要求之 FIT 不僅構成補貼，亦對他國電力業者造成不利影響，也不見得就是環保再生能源之末日，反而是刺激 WTO 會員正視不可控訴補貼失效之事實，積極思考補貼協定應有之修正的契機。

參考文獻

1. Bhagwati, Jagdish and Petros C. Mavroidis, *Is Action against US Exports for Failure to Sign Kyoto Protocol WTO - Legal?*, 6 WORLD TRADE REVIEW 299-310 (2007).
2. Charnovitz, Steve and Carolyn Fischer, *Canada–Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-So-Green Subsidies*, 14:2 WORLD TRADE REVIEW 177-210 (2015).
3. Coppens, Dominic, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints* (2014).
4. Cosby, Aaron and Luca Rubini, *Does it FIT? An Assessment of the Effectiveness of Renewable Energy Measures and of the Implications of the Canada – Renewable Energy/FIT Disputes*, ICTSD and World Economic Forum, E-15 Initiative (2014), available at <http://e15initiative.org/> (last visited Jul. 10, 2015).
5. Cosby, Aaron and Petros C. Mavroidis, *A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO*, 17 Journal of International Economic Law, 11-47 (2014).
6. Horn, Henrik and Petros C. Mavroidis, *United States – Final Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (WT/DS257/AB/R: DSR2004:II, 571; DSR2004:II, 641)*, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE REPORTERS' STUDIES ON WTO CASE LAW – LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 700-715 (Henrik Horn and Petros C. Mavroidis, eds., 2007).
7. Mavroidis, Petros C., Patrick A. Messerlin, and Jasper M. Wauters, *The Law*

- and Economics of Contingent Protection in the WTO (2008).
8. Pal, Rajib, Has the Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy/ Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies?, 17 *Journal of International Economic Law*, 125-137 (2014).
 9. Prusa, Thomas J. and Edwim Vermulst, United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through, in *THE WTO CASE LAW OF 2011: LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 65-102 (Chad P. Bown and Petros C. Mavroidis, eds., 2013).
 10. REN 21 (Renewable Energy Policy Network for the 21st Century), *RENEWABLES 2015: GLOBAL STATUS REPORT* 88 (2015), available at <http://www.ren21.net/status-of-renewables/global-status-report/> (last visited Jul. 10, 2015).
 11. Rubini, Luca, “The Good, the Bad, and the Ugly” Lessons on Methodology in Legal Analysis from the Recent WTO Litigation on Renewable Energy Subsidies, 48:5 *JOURNAL OF WORLD TRADE* 895-938 (2014).
 12. Rubini, Luca, “The Wide and the Narrow Gate”: Benchmarking in the SCM Agreement after the Canada-Renewable Energy/FIT Ruling, 14:2 *WORLD TRADE REVIEW* 211-237 (2015).
 13. Shadikhodjaev, Sherzod, *Renewable Energy and Government Support: Time to “Green” the SCM Agreement?*, *WORLD TRADE REVIEW (First View Article)*, available on CJO 2014 doi:10.1017/S1474745614000317.
 14. Stiglitz, Joseph, *A New Agenda for Global Warming*, *ECONOMISTS' VOICE*, Vol. 3, Issue 7 (Jul. 2006), available at https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/papers/2008_New_Agenda_for_Global_Warming.pdf.

15. Whitsitt, Elizabeth, *A Modest Victory at the WTO for Ontario's FIT Program*, SSRN Working Paper (2013), available at <http://papers.ssrn.com>.
16. World Trade Organization (WTO), *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice* (2nd.ed. 2007).
17. World Trade Organization, *Minutes of Meeting Held on 24 May 2013*, WTO/DSB/M/322, July 31, 2013.