

從「美國—大型民用航空器補貼案 II」上訴機構之裁決 論可控訴補貼之「嚴重損害 (Serious Prejudice)」的解釋

張凱媛

本案「美國—大型民用航空器補貼案 II (United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint)」¹係歐盟不滿美國提供補貼予其大型民用航空器業者——波音公司，主張其違反補貼及平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 以下簡稱 SCM 協定)，遂於 2004 年 10 月 6 日於世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 提出諮商請求，成為「美國—大型民用航空器補貼案 I」，然美國認為歐盟於成立小組請求時，有部分控訴措施未在諮商階段提出，故不願意該些措施成為爭端解決內容²，歐盟不認同美國看法，但仍於 2005 年 6 月 26 日再次於 WTO 提出第二次諮商請求，此即為本案「美國—大型民用航空器補貼案 II」，歷經六年之審議，爭端解決小組於 2011 年 3 月 31 日發佈小組報告³，事後兩造皆提出上訴申請，WTO 於今 (2012) 年 3 月 12 日發佈「美國—大型民用航空器補貼案 II」上訴機構之裁決。

本案源起於兩大航空製造業巨頭互相指控非法補貼國內產業，本案「美國—大型民用航空器補貼案 II」與「歐盟—大型民用航空器補貼案 (European Communities – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft)」(該案已於 2011 年 5 月 18 日發佈上訴機構之裁決⁴) 為美國、歐盟雙方互於 WTO 控告對方對其大型民用航空器業者進行補貼，本件案情龐雜且涉及鉅額補貼，纏訟多年終於今年發布上訴機構之裁決，故本件上訴機構裁決結果至為重要；探查本件上訴機構裁決大致同於小組報告，皆認為系爭措施構成可控訴補貼，然而，就可控訴補貼之嚴重損害認定上，上訴機構就小組報告之部分認定作修正，此亦為本件上訴裁決結果較特出之處，且爭端解決機構以往就此點解釋較少，故上訴機構如何分析該條文值得探究。

本文以下將分為四部分：第一部分簡介本案相關措施，作為後續討論之基礎；第二部分，概述本案上訴機構之判決結果；第三部分，介紹上訴機構如何分析可控訴補貼之

¹ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint*, WT/DS353/AB/R (Mar. 12, 2012).

² WTO, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (US – Large Civil Aircraft)*, Request for the Establishment of a Panel, WT/DS317/5, WT/DS353/2, 23 January 2006, at 2.

³ 有關本案小組報告送交爭端當事國之評析，請參見郭于榛，「『美國—大型民用航空器補貼案 II』小組報告送交爭端當事國」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心，114 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no114/4.pdf>。

⁴ Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

嚴重損害要件；最後統整以上論述作一結論。

系爭措施

本案為美國對其大型民用航空器業者，特別是波音公司所提供之數項措施，可能構成 SCM 協定中的補貼之爭端；系爭措施主要為下列三項⁵：

(一) 美國國家航空暨太空總署 (National Aeronautics and Space Administration, NASA) 透過數項與航空相關之研究和發展計畫 (aeronautics R&D programmes) 與波音公司簽定採購契約 (procurement contracts)、研究與發展契約 (R&D contracts and agreements)，以提供波音公司款項和 NASA 之員工、設備和器材等資源⁶。

(二) 美國國防部 (The Department of Defense, DOD) 透過國防部研究發展測試和評估計畫 (Research Development Test & Evaluation Programs, RDT&E Programs, 以下簡稱國防部 RDT&E Programs)，與波音公司簽訂採購契約和援助契約 (assistance instruments)，以提供波音公司款項和使用國防部之設備等資源⁷。

(三) 諸般稅賦優惠措施：美國政府依其內國法規予海外銷售公司 (Foreign Sales Corporations, FSCs) 聯邦系統下之稅務優惠，其後持續以 2000 年域外所得稅排除法 (Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000, ETI) 等法案提供優惠，以下將 FSC 及 ETI 法案合稱為 FSC/ETI 租稅優惠⁸；各州及地方政府亦給予航空業者數種稅務優惠⁹，如：華盛頓州商業及職業稅率減免 (Washington State B&O tax rate reduction, 以下簡稱華盛頓州 B&O 稅則減免優惠)¹⁰。

概述上訴機構判決

本案之上訴機構判決大致維持小組結論，然，上訴機構於如下三處修正小組認定：一、關於判斷是否構成 SCM 協定之「財務補助 (Financial contribution)」，小組之適用方法¹¹；二、小組關於 SCM 協定第 2.1 條特定性之法律適用錯誤¹²；三、關於可控訴補貼之「嚴重損害要件 (Serious Prejudice)」¹³。關於系爭諸般補貼皆被小組認定構成補貼，而上訴機構亦維持小組原判，認為系爭措施皆構成補貼，惟僅於如下三處修正小組認定，分述如下：一、SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條規定數種狀況會構成政府或公立機

⁵ Appellate Body Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶ 427.

⁶ *Id.* ¶¶ 432-433.

⁷ *Id.* ¶¶ 436-437.

⁸ *Id.* ¶ 451.

⁹ *Id.* ¶¶ 456, 467, 469, 472, 476.

¹⁰ *Id.* ¶¶ 456, 458.

¹¹ *Id.* ¶¶ 587-590.

¹² *Id.* ¶¶ 793, 800.

¹³ *Id.* ¶ 890.

構提供之財務補助，如第 1.1 (a) (1) (iii) 條政府提供一般基本設施以外之商品或勞務，或收購商品 (purchase goods) 即構成財務補助；惟小組於此處適用時，並沒有判斷各別措施是否符合該條之狀況，而是改採取若認定系爭措施不是服務的採購 (not characterized as “purchase of services”)，則認其構成 SCM 協定的財務補助¹⁴，上訴機構認為小組此方式不當，認為小組應該檢視系爭措施之特性是否符合 SCM 協定第 1.1 條，以判斷是否構成財務補助¹⁵；二、小組於判斷 NASA 和美國國防部以契約方式授予專利權之措施是否構成 SCM 協定第 2.1 條特定性，小組認定系爭措施不符合第 2.1 (a) 條之立法內容有明確限定補貼僅適用於若干事業之狀況，故該補貼不具特定性¹⁶，上訴機構認為此處小組之分析不完整，因為 SCM 協定第 2.1 (a) 條係規定若立法內容明確限定適用若干事業之狀況，即屬特定補貼；第 2.1 (b) 條規定若機關遵循之立法定有接受補貼之適格性和標準時，雖無特定性，但若該適格性係自動給予之狀況，亦屬特定補貼；上訴機構認為第 2.1 條之適用上，若不符合前述第 2.1 (a) 條、第 2.1 (b) 條之狀況，則應繼續判斷是否符合第 2.1 (c) 條，即檢視該補貼是否有實際上為特定補貼之狀況，若第 2.1 (c) 條亦不符合，始得認定為不具特定性，上訴機構認為小組於此處僅檢視第 2.1 (a) 條，係法律適用上之違誤，故上訴機構認為小組於 SCM 協定第 2.1 條之認定無法被維持¹⁷；三、關於可控訴補貼之嚴重損害要件，上訴機構於此部分有較為深入和龐雜之分析，礙於篇幅，請參閱本文第三部分。

可控訴補貼之嚴重損害要件

關於 SCM 協定第 5 條、第 6 條可控訴補貼之「嚴重損害 (Serious Prejudice)」的認定，本案小組及上訴機構皆區分為科技上的影響和價格上的影響來分別論述，本文亦依循之；以下區分為科技上的影響和價格上的影響，分別先簡述小組關於該部份之結論，再論述當事國之上訴主張，最後為上訴機構之判決。

系爭補貼造成之科技上影響 (technology effects)

關於歐盟指控系爭「與航空有關的研究和發展補貼 (aeronautics R&D subsidies，以下簡稱航空研發補貼)」造成科技上的影響¹⁸，小組檢視該補貼之內涵及相關實質影響，進而判定補貼之效果，對歐盟造成嚴重損害，構成 SCM 協定第 6.3 (b) 條、第 6.3 (c) 條¹⁹之違反。歐盟指控航空研發補貼造成科技上的影響 (technology effects)，使波音公司大幅提升其科技研發技術，提早在 2004 年就推出波音 787 客機；於此，小組依序檢視該航空研發補貼之目的 (objectives)、架構與設計 (their structure and design)、運作

¹⁴ Panel Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint*, WT/DS353/R (Mar. 31, 2011), ¶¶ 7.1027, 7.1171, 7.1100.

¹⁵ Appellate Body Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶¶ 587-590.

¹⁶ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶¶ 7.1276-7.1278, 1283-1287, 7.1294.

¹⁷ Appellate Body Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶¶ 793, 796, 800.

¹⁸ *Id.* ¶ 917.

¹⁹ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶ 7.1773.

狀況 (operation) 和該市場之競爭狀況²⁰；從相關 NASA 報告等資料顯示出該航空研發補貼之目的為增加競爭力和增加美國航空產業的市占率，特別針對波音公司在其國際上競爭能力之提升²¹，且系爭補貼尚包含許多研究計畫，皆有助於波音公司的產品開發和研發技術²²，小組認定系爭航空研發補貼實質上 (in a genuine and substantial way) 促成波音 787 客機的研發，若是沒有該補貼，波音公司的技術無法在 2004 年開發出波音 787 客機²³，綜上，小組判定系爭補貼之效果，的確對於歐盟 200-300 座艙之民航器市場，在第三國市場出口有替代和阻礙之虞 (a threat of displacement and impedance)，並對其造成價格抑制 (price suppression) 和使其喪失銷售機會 (lost sales)，對歐盟造成嚴重損害²⁴。

美國上訴指摘小組之認定不當，主張小組於喪失銷售機會認定中有「重複計算 (double-counting)」之情形²⁵，且未考量其它因素就據下認定²⁶；於價格抑制認定的方法有誤²⁷；於排除或阻礙之虞的認定上，證據不足²⁸。美國上訴指摘小組認定不當，摘要整理分述如下：一、關於喪失銷售機會，小組認定波音造成空中巴士 A330 客機和初型 A350 客機 (Original A350) 在澳洲航空等銷售活動中喪失銷售機會，美國主張小組在前述認定中重複計算，其主張於一個銷售機會中，波音 787 僅可能使 A330 客機或是初型 A350 客機喪失銷售機會，針對波音 787 可能造成空中巴士喪失銷售機會的情形，美國指摘小組重複計算，²⁹；並主張小組未考量尚有其它因素造成空中巴士喪失銷售機會，如消費者的特殊情況 (customer-specific situation)³⁰；二、關於價格抑制之認定，美國指摘小組之諸般認定方法有誤，如 2004 年波音 787 客機開發成功和空中巴士 A330 客機之價格下滑，兩者間沒有明顯可辨的相互關係³¹；三、關於排除或阻礙之虞，指摘證據不足以支持小組之認定，主張第三國市場的訂單交易量等資料難以顯示會造成排除或妨礙之虞，且根本沒有足夠的證據顯示有空中巴士出口至第三國家的趨勢³²。

上訴機構大抵上皆駁回美國之上訴主張，維持小組原判，僅於補貼之效果對於歐盟 200-300 座艙之民航器市場，在第三國市場出口有替代和阻礙之虞的認定上，認為小組在證據的判斷上有違誤，且並未提供完整的解釋和論證過程，因此上訴機構認為無法維持小組此部份之認定³³；本段將陳述上訴機構維持小組判決之部分，並於次段陳述上訴

²⁰ *Id.* ¶ 7.1773.

²¹ *Id.* ¶ 7.1704.

²² *Id.* ¶ 7.1746.

²³ *Id.* ¶ 7.1775.

²⁴ *Id.* ¶ 7.1797.

²⁵ Appellate Body Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶ 1056.

²⁶ *Id.* ¶ 1064.

²⁷ *Id.* ¶¶ 1102, 1104, 1114.

²⁸ *Id.* ¶ 1080.

²⁹ *Id.* ¶¶ 1056, 1057.

³⁰ *Id.* ¶¶ 1064, 1065.

³¹ *Id.* ¶¶ 1102, 1104, 1114, 1120.

³² *Id.* ¶ 1080.

³³ *Id.* ¶¶ 1084, 1089.

機構認為小組判決無法維持之部分。上訴機構之判決結果分述如下：一、關於喪失銷售機會之上訴主張，上訴機構認為小組明白的指出，若不是有航空研發補貼，則空中巴士的 A330 客機「或 (or)」初型 A350 客機本來可得到額外更多的訂單…；小組是指「或 (or)」而非「和 (and)」，故並無美國上訴主張指摘之重複計算的狀況³⁴，此外，關於小組應考量是否有其它因素造成空中巴士喪失銷售機會，上訴機構認為此部份之小組分析的確較為不周全，但此處美國指摘的是小組評定的客觀性，美國應主張爭端解決規則與程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU) 第 11 條，此處美國並未主張 DSU 第 11 條之狀況下，上訴機構無權干涉小組的事實認定權限，故駁回美國主張；二、關於價格抑制之認定，上訴機構認為小組的諸般認定方式並無錯誤³⁵，小組認定之證據也都足以支持其結論，維持原判³⁶。

關於在第三國市場出口有替代和阻礙之虞的認定上，上訴機構指出小組於此處有部分認定難以維持，而上訴機構於此處先引述歐盟—大型民航器案 (*EC and certain member States—Large Civil Aircraft*) 一案，對 SCM 協定第 6.3 條之「替代 (displacement)」和「阻礙 (impedance)」之概念作介紹³⁷，再進行本案判斷。該案之上訴機構指出在判斷補貼效果是否造成替代 (displacement) 時，應經過一段長時間的觀察來考量，且不侷限在有實施補貼的特定期間，因為透過一段較長時間的觀察，才能看出補貼的效果以作出健全的嚴重損害評估；此外，該案之上訴機構指出，在作出補貼效果造成替代之認定時，應考量如下：至少有一定比例的市占率顯示出，受損害會員的同類產品被有補貼的產品取代，以及生產量和市占率的明確趨勢變化，以看出替代是否存在；另外，「阻礙 (impedance)」是指因為補貼的效果，使得受補貼的產品干擾 (obstructed) 到其他會員同類產品的進出口，或是，妨礙 (hindered) 其它會員同類產品原本可以更加的擴張或具體的實現 (materialize)，且阻礙的判斷上亦須要根基於一段足夠時間上的市占率資料等證據，來呈現有這樣明顯的趨勢存在³⁸。本案上訴機構指出，相關的市場資料呈現出，在澳洲市場方面，波音公司的確造成空中巴士的市占率巨幅下滑，惟此部分美國並未提出上訴³⁹；上訴機構接著指出，相關資料呈現出波音在系爭第三國市場中自始皆為唯一的供應廠商，沒有證據顯示出有任何波音取代空中巴士的趨勢，因此，關於小組判定補貼之效果有造成在第三國市場替代之虞 (threat of displacement) 此點，上訴機構認為無法維持小組此認定⁴⁰。接著，本案上訴機構進行本案是否有妨礙之虞 (threat of impedance) 的認定，上訴機構指出，即便某幾年間有交易上的變化，但在系爭的第三國市場冰島、肯亞和衣索比亞中，波音的市占率幾近百分之百，關於這些市場占有率的資料，根本無法呈現出有何明確的趨勢顯示空中巴士的市場受到波音阻礙，上訴機構認為這些資料不

³⁴ *Id.* ¶ 1061.

³⁵ *Id.* ¶¶ 1111, 1113, 1123, 1124.

³⁶ *Id.* ¶¶ 1109-1112, 1123, 1124.

³⁷ *Id.* ¶¶ 1081, 1082, 1086.

³⁸ Appellate Body Report, *EC and certain member States—Large Civil Aircraft*, ¶¶ 1166, 1167, 1171.

³⁹ *Id.* ¶ 1083.

⁴⁰ *Id.* ¶ 1084.

足以顯示在這些第三國市場有何明顯的趨勢，未達到 SCM 協定第 6.4 條之證明相關市場變化明確趨勢的要求，且小組並未說明或解釋其如何透過這些資料推論出結論，綜上，上訴機構認為小組之證據資料不充分且未說明其論證過程，故上訴機構認為關於小組此處之認定難以維持⁴¹。

系爭補貼造成之價格上影響 (price effects)

關於歐盟指控所有的系爭措施皆造成價格上的影響⁴²，小組檢視系爭之 FSC/ETI 稅則優惠和華盛頓州 B&O 稅則減免優惠等稅賦優惠措施，進而判定補貼之效果，對歐盟造成嚴重損害，構成 SCM 協定第 6.3 (b) 條、第 6.3 (c) 條⁴³。關於歐盟指控所有的系爭措施皆造成價格上的影響，使得波音公司得降低其成本並增加其非營運現金流 (non-operating cash flow)，小組於此部分採取單一統整 (unitary) 的方法來認定⁴⁴，意即不作各別補貼效果的評估；小組認定 FSC/ETI 稅則優惠為出口補貼，而華盛頓州 B&O 稅則減免優惠包含了許多稅務優惠，降低了波音的成本並提升波音的競爭力，小組將此兩者稅則優惠統稱為相關稅賦補貼 (tied tax subsidies) 合併作分析⁴⁵，小組認為該稅賦補貼對於飛機的價格和銷售有非常直接和密切的影響，指出此兩者稅賦補貼的結合使得波音公司得以降低其價格而得到許多銷售機會⁴⁶，此外，增加了波音的非營運現金流並使得波音公司有製訂攻擊性定價 (aggressive pricing) 來打擊對手⁴⁷，綜上，小組判定系爭補貼之效果，影響歐盟 100-200、300-400 座艙之民航器市場，造成空中巴士重大的價格抑制 (significant price suppression)、喪失銷售機會 (lost sales) 並於第三國市場替代和阻礙歐盟出口 (displacement and impedance)。

美國上訴指摘小組認定不當，主張小組未分析座艙市場價格⁴⁸，且未特定出是哪一個交易或銷售行為，有造成喪失銷售機會之情形⁴⁹，亦未特定出哪一個第三國市場有替代或妨礙之狀況⁵⁰。美國上訴指摘小組認定不當，摘要整理分述如下：一、關於價格抑制：美國指摘小組並未針對該座艙市場之價格進行分析，也沒有考量其他影響民航器價格之相關因素，再者，小組認定有重大的價格抑制，但是關於價格抑制的程度，究竟有多「重大 (significant)」小組也沒有針對其程度進行評估；二、關於喪失銷售機會：美國指摘小組認定喪失銷售機會，但小組並未指出究竟為哪一個單一的交易或銷售行為，因此不符 SCM 協定第 6.3 (C) 條的要求；三、關於替代或妨礙之認定：美國指摘小組

⁴¹ *Id.* ¶¶ 1087-1089.

⁴² *Id.* ¶ 916.

⁴³ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶7.1823.

⁴⁴ *Id.* ¶ 7.1658.

⁴⁵ *Id.* ¶¶ 7.1802, 7.1805.

⁴⁶ *Id.* ¶ 7.1823.

⁴⁷ *Id.* ¶ 7.1825.

⁴⁸ Appellate Body Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶1223.

⁴⁹ *Id.* ¶ 1228.

⁵⁰ *Id.* ¶ 1237.

未明白指出是哪一個第三國市場有替代或妨礙的狀況。

關於小組認定系爭補貼造成空中巴士重大的價格抑制、喪失銷售機會並於第三國市場替代和阻礙歐盟出口等認定，上訴機構指出小組於此處眾多認定皆未提出論證過程，有論理不完備之法律錯誤，故於此點推翻小組判決⁵¹；並根基於小組的事實認定或小組記錄 (panel record) 完成此部份之分析⁵²。此部分上訴機構之認定，分述如下：一、關於價格抑制之認定：小組於此處認為 FSC/ETI 計畫早於 2000 年已實施，故無法透過直接觀察 2000 至 2006 年之市占率和價格趨勢來確定該補貼之效果，故改由常識性的論理判斷 (commonsense reasoning)，透過補貼的本質、系爭補貼的期間和波音及空中巴士間競爭狀況來分析，於此上訴機構不同意小組之方式，其認為小組仍可透過當事國提出之主張和證據，來作一些關於補貼對於波音在價格上影響的評估，縱然常識性的論理判斷並非少見，但小組仍須提供以證據為基的論理過程來支持其結論⁵³；二、關於喪失銷售機會之認定：上訴機構認為小組並未指出為哪一特定之銷售活動⁵⁴，且縱然小組判斷銷售機會是基於全球性的範圍 (on a global basis)，而非單一的銷售活動，但小組沒有引用相關證據，提出完備的論理過程或分析⁵⁵，亦非妥當；三、關於替代和阻礙之認定：上訴機構指出小組於此並未指出究竟是哪一特定之第三國市場有替代和阻礙的狀況存在，此外，小組並未參照或討論當事國提出之證據、相關銷售狀況，也未討論特定的第三國市場，就直接提出一個概括性的結論指出有替代或阻礙的存在⁵⁶，有欠妥適；綜上，上訴機構認為小組根本沒有評估任何的價格或市占率的資料，以支持其認為有價格抑制存在之認定，再者，也沒有指出究竟是哪一個特定的大型民航器銷售活動，造成歐盟喪失交易機會，此外，也沒有指出究竟是哪一特定之第三國市場有替代和阻礙的狀況存在，也沒有對其進行分析，故上訴機構推翻小組於此處之認定。根基於小組的事實認定和小組紀錄，上訴機構繼續完成分析，判定 FSC/ETI 租稅優惠和華盛頓州 B&O 稅則減免優惠之兩補貼對於波音 737NG 有價格上的影響，導致空中巴士喪失銷售機會，構成 SCM 協定第 5 (C) 條和第 6.3 (C) 條之嚴重損害⁵⁷。

結論

本案涉及兩大航空業龍頭互相指控非法補貼國內產業，纏訟多年之際，終於今年上訴機構作出裁決結果，上訴機構大致上維持小組判決結果，認為歐盟指控之美國的諸般系爭措施皆構成補貼，惟，於可控訴補貼之嚴重損害要件認定中，因小組有證據資料不充分和缺乏論證過程理由之解釋之違誤，故上訴機構予以修正，上訴機構之結論仍認為

⁵¹ *Id.* ¶¶ 1247-1249.

⁵² *Id.* ¶¶ 1250, 1274.

⁵³ *Id.* ¶¶ 1220, 1221.

⁵⁴ *Id.* ¶¶ 1230, 1232.

⁵⁵ *Id.* ¶¶ 1223, 1224.

⁵⁶ *Id.* ¶¶ 1241, 1242.

⁵⁷ *Id.* ¶¶ 1248, 1249.

眾多系爭措施的確造成歐盟嚴重損害，本案之爭端當事國未來之走向，是否進行協商抑或有其他發展，值得密切關注。

