

簡析加拿大安大略省再生能源計畫之初步裁決

——以禁止性補貼為中心

莊涵因

世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 爭端解決小組於期中報告 (Interim Report) 階段初步裁定加拿大安大略省 (Ontario) 再生能源計畫案違背 1994 年關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade 1994, GATT 1994) 第 3.4 條之國民待遇規定及與貿易有關之投資措施協定 (Trade-Related Investment Measures, TRIMs) 第 2.1 條有關國民待遇之規範，**然而就補貼及平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM) 關於禁止性補貼之部分，小組卻駁回了歐盟之控訴¹**。先前本中心曾就本案進行 WTO 協定合致性之分析²，然鑑於當時資料有限，因而認定加拿大安大略省之電力收購制 (Feed-in tariff, 以下簡稱 FIT 計畫) 違反了 GATT 1994、TRIMs 及 SCM 協定相關規範，然而於本案期中報告消息釋出後，吾人可知歐盟控訴禁止性補貼之部分並未成功。為此，本文欲藉由觀察爭端當事國之控訴答辯，以分析本案原告歐盟就 SCM 協定控訴失敗之可能原因及其困難點。

本文以下分作五大部分。第壹部分將概述本案系爭措施，使讀者了解加拿大安大略省的 FIT 計畫；接著，如同上段所言，因本案系爭措施是否違反 SCM 協定似乎較具爭議性，故本文將直接聚焦於該協定進行探討，並以雙方爭點及本文分析之形式架構以下段落；於第貳部分，本文將討論關於補貼類型之認定；第參部分係關於受有利益之討論；於第肆部份將敘述有關禁止性補貼特定性之問題；最後，於第伍部分作一結論。

壹、 本案系爭措施

加拿大安大略省的 FIT 計畫係為達成 2009 年所通過之《綠色能源及綠色經濟法案 (Green Energy and Green Economy Act)》的目標。該計畫適用於生產超過 10 千瓦 (kilowatts, kW) 以上之電力生產者 (包括生物質發電、沼氣發電、垃圾掩埋場發電、風力發電、太陽能發電和水力發電)。

¹ *Interim WTO Ruling Finds Canadian Renewable Energy Scheme Discriminatory*, INTERNATIONAL TRADE LAW PROGRAMME, ICTSD, Vol.12, No. 17, Oct. 15, 2012, available at <http://ictsd.org/i/press/ictsd-in-the-news/147642/>.

² 可參考：周芷維，試析歐盟控訴加拿大安大略省再生能源措施之後續發展，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，127 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no127/1.pdf>；林怡臻、郭于榛，簡析加拿大安大略省再生能源措施引發之貿易爭端，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，106 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no106/2.pdf>。

參與 FIT 計畫之再生能源發電廠商須滿足該計畫所要求之義務。FIT 計畫要求參與計畫之廠商必須將其據點設立於安大略省、使用計畫所涵蓋之再生能源項目，且須擇一與本地電力配銷公司 (Local Distribution Company, LDC)³之配電系統 (distribution system) 連結，或與負責安大略省電力中央調度之獨立電力系統營運商 (Independent Electricity System Operator, IESO)⁴所控制的輸電系統 (transmission system) 連結，此外，FIT 計畫更要求超過 10 千瓦之風力發電廠商與所有太陽能發電廠商應滿足自製率之規定——最低數量的商品或服務來自安大略省(太陽能發電計畫開發成本當中必須由 50%來自安大略省之產品及服務所組成，至 2011 年，比重將進一步提高至 60%；風力發電計畫則須滿足 25%之自製率，至 2012 年，該比重提升至 50%)⁵。

倘若再生能源發電廠商經審核通過而與安大略省電力局 (Ontario Power Authority, OPA)⁶簽訂 FIT 長期契約，則依據該等契約之規定，再生能源發電廠商將能獲得為期 20 年 (水力發電則為 40 年)、固定之電力收購價格 (費率) 生產電力之優惠條件。

基於上述 FIT 計畫，歐盟指摘加拿大政府提供了 SCM 協定所禁止之進口替代補貼，致使使用加拿大本國之再生能源發電設備與零件較進口之再生能源設備商獲得更優惠之條件。

貳、 構成何等補貼形式

以下段落將依序述及歐盟與加拿大就 FIT 計畫構成 SCM 第 1.1 (a) 條各種補貼形式之辯論。歐盟指稱 FIT 計畫應優先該當「所得／價格維持 (income or price support)」之類型，其次再論「資金之直接移轉 (direct transfer of funds)」、「潛在資金之直接移轉 (potential direct transfer of funds)」等款項；反之，加拿大則抨擊歐盟於論述各款時彼此間產生矛盾，系爭措施並未該當補貼各款，然而，加拿大仍以「收購商品 (purchase of goods)」為其第二防線論述主軸，試圖逐一反駁歐盟各款之主張。

一、 「所得／價格維持」

³ LDC 負責將電力自輸電系統配電至各用戶。關於目前參與安大略省配電公司之名單，請參考網址：http://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/local_dist.asp?sid=bi。

⁴ IESO——即安大略省電力調度中心，係依據安大略省電力法案 (Electricity Act of Ontario) 於 1998 年成立，為非盈利組織，獨立於任何一家電力市場的參與者。主要負責管理電力批發 (躉售) 市場之運作及監督，保證電力系統的安全性和可靠性 (reliability)。它是省電力系統的核心，聯接電力發、輸、配、用各環節，平衡省內電力供應與消費並指導省間電力傳輸線的電量，考慮系統足夠的備用容量以保證電網的安全運行。參考網址：

https://www.ieso.ca/imoweb/about/about_the_ieso.asp。

⁵ Domestic Content, OPA, available at <http://fit.powerauthority.on.ca/domestic-content>.

⁶ OPA 職責主要在於促進一可靠及永續發展之電力系統、設立長期目標及採購、協調來自各種能源之電力供應。

本文以下將先敘述雙方爭點：歐盟及加拿大對於系爭措施是否落入「所得／價格維持」除從 SCM 協定條文間關係之觀點切入，亦就 GATT 1994 第 16.1 條之補貼定義存有不同之解釋；接著，本文將對上述觀點進行分析，且由於評述過程中將涉及部分安大略省能源市場之運作及機制，因此為使讀者能更加理解，本文將於分析時併述該等運作機制之概況。

(一) 雙方爭點

爭端雙方首先對於 SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條「財務補助」及第 1.1 (a) (2) 條「所得／價格維持」兩者間之關係存有歧見。本案原告歐盟引述「歐體大型航空器案 (EC—Large Civil Aircraft)」上訴機構報告之見解⁷，指出 SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條及第 1.1 (a) (2) 條條文之間係以「或 (or)」作區隔，因此兩者並非相互排斥 (mutually exclusive) 之概念，而係替代方法之概念 (used in an alternative manner)⁸；加拿大對於歐盟之主張予以反駁，而認為「財務補助」及「所得／價格維持」之概念係相互排斥的，因此，若一措施已符合「財務補助」下的子分類，則不可能再落入「所得／價格維持」之分類中。

第 1.1 (a) (2) 條「所得／價格維持」之涵義見於 GATT 1994 第 16.1 條⁹，該條文規範若一締約方藉由任何形式的所得及價格維持直接或間接地增加來自其境內之任何產品 (any product) 之出口或減少任何產品之進口，則屬 GATT 1994 第 16.1 條所稱之補貼，對此，歐盟認為 FIT 計畫符合 GATT 1994 第 16.1 條之類型，反之，加拿大則認為其解讀 GATT 1994 第 16.1 條之文字後，指稱該條僅限於處裡直接受補貼之產品 (本案之電力) 而未及於未受補貼之生產財 (本案之再生能源發電設備)。歐盟指稱加拿大 FIT 計畫提供價格維持 (price support)，蓋參與計畫之再生能源發電廠商所獲得之收購價格通常高於市場收購價格，同時，亦指稱加拿大 FIT 計畫亦提供所得維持 (income support)，因為若缺乏此等保證價格，在同樣的發電量下，再生能源生產商所能獲得的收益將降低，因此，歐盟主張 FIT 計畫符合 GATT 1994 第 16.1 條之「所得／價格維持」定義，因此亦符合 SCM 協定第 1.1 (a) (2) 條，且係因該等「所得／價格維持」導致歐盟出口至安大略省的再生能源設備 (renewable energy generation facilities) 量銳減¹⁰；加拿大反駁歐盟主張，指出 GATT 1994 第 16.1 條僅限處裡直接受補貼之產品 (本案之電力) 而未及於未受直接補貼之生產財 (本案之再生能源發電設備)，因此，歐盟應證明的是電力的貿易受到補貼之影響，而非再生能源設備之貿易受到該補

⁷ Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States—Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R (adopted June 1, 2011).

⁸ EU's first written submission, ¶ 33.

⁹ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, art. 16.1: "If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory...."

¹⁰ EU's first written submission, ¶¶32-42.

貼影響¹¹。

(二) 本文評析

本文認為一措施得同時落入「財務補助」及「所得／價格維持」類型中。依據「歐體大型航空器案」之上訴機構報告¹²，則 SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條及 1.1 (a) (2) 條之關係概念上並非互斥，因此，如同本案原告歐盟所主張，系爭措施極有可能同時落入 SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條及第 1.1 (a) (2) 之補貼定義中¹³，而自加拿大開宗主張此項關係似可觀察到其盡可能不要使系爭措施落入「所得／價格維持」類型中。

此外，GATT 1994 第 16.1 條所稱之補貼應包含對未受直接補貼之生產財的影響。本文認為自 GATT 1994 第 16.1 條之文字而觀，可認該條文所稱之補貼係「直接或間接地」增加任一產品之輸出或減少任一產品之輸入者，因此，若一補貼間接地使歐盟之再生能源發電設備出口量降低，則該等所得或價格維持措施應能落入 GATT 1994 第 16.1 條所稱之補貼定義中。

即便如此，本文認為若依據本案複雜之事實背景，原告歐盟於證明 FIT 計畫構成「所得／價格維持」之定義時，恐遭遇一些阻礙，一來，過往 WTO 對於何等措施構成 GATT 1994 第 16 條「所得／價格維持」之定義缺乏先例¹⁴，二來，若依據「1960 年補貼小組報告 (1960 Report by the Panel on Subsidies)」對於該條文之解釋¹⁵，若歐盟在無法證明加拿大政府有「損失」之情形下，則本案 FIT 計畫將可能無法落入 SCM 第 1.1 (a) (2) 條之「所得／價格維持」補貼定義中。就 WTO 過往案例之部分，由於「加拿大乳製品案 (Canada—Dairy)」之小組行使訴訟經濟之緣故，故最終未就原告控訴違反 SCM 協定違反之部分予以裁決，因此未就系爭措施是否構成 GATT 1994 第 16 條所稱之「所得／價格維持」表示

¹¹ Canada's first written submission, ¶¶ 59-63.

¹² Appellate Body Report, *EC and certain member States—Large Civil Aircraft*.

¹³ See also Appellate Body Report, *EC and certain Member States—Large Civil Aircraft*, n. 1634: "We note that, pursuant to Articles 1.1(a)(2) and 1.1(b), a subsidy shall also be deemed to exist if 'there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of the GATT 1994' and 'a benefit is thereby conferred.'"

¹⁴ The issue came up in *Canada—Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products* when New Zealand attacked a Canadian program, alleging that it was a subsidy under Art. 3.1(a) of the SCM Agreement. However, due to judicial economy, the Panel did not reach a finding on the SCM charges, as it had already made a separate finding regarding related arguments under the Agricultural Agreement. Thus, the Panel did not offer its opinion as to whether the measure constituted "income or price support within the meaning of GATT Art. XVI." See generally Panel Report, *Canada—Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/R, WT/DS113/R (May 17, 1999).

¹⁵ These measures include setting of domestic prices above the world price level, export credit programs, internal transport charges, tax exemptions, multiple exchange rates, and border tax adjustments and duty drawback. See generally Panel on Subsidies and State Trading, Report on Subsidies, L/1160 (Mar. 23, 1960), GATT B.I.S.D. (9th Supp.) at 188-194 (1961) [hereinafter Panel Report on Subsidies].

意見。「1960 年補貼小組報告」舉例**兩種情境**：其一為政府藉由購買 (purchase) 及轉售 (resale) 以維持價格，且該政府有損失 (loss) 的情形；**第二種情境**為政府依據數量限制及彈性關稅 (flexible tariff) 方法來維持最低價格，然而政府並未有損失的情形。該小組報告指出應於第一種情形——**政府有損失之情形下，才會構成 GATT 1994 第 16 條所稱之補貼**。本文認為，縱使 1960 年補貼小組報告之措施與本案系爭措施有所不同，然而其所強調者應係著重在政府是否有損失之特徵上，因此，自本案安大略省電力市場之複雜程度而觀，倘若本案之 OPA 僅係訂定一電力收購價格 (費率) 而政府未有損失 (透過全球調整機制 (Global Adjustment, GA)¹⁶ 轉由消費者負擔) 之情形，或即便 OPA 實際上有損失但歐盟卻未能證明該損失之情況下，則 FIT 計畫將可能無法落入「所得／價格維持」之定義。

由於上段提及 GA，本文以下將先簡述相關概念，首先，關於 FIT 廠商之部分，誠如本文第一部份介紹系爭措施時提到，FIT 發電廠商可選擇與輸電系統或與配電系統連結。前者即自 IESO 獲得每小時安大略省能源價格 (Hourly Ontario Energy Price, HOEP)，並自 OPA 獲得 GA 價格；後者則自 LDC 兼獲得 HOEP 及 GA 價格。

GA 價格係依據發電廠商之契約約定價格與市場價格 HOEP 間之差額而決定，該等電廠例如安大略省發電廠 (Ontario Power Generation, OPG) 核能及水力發電廠、與 OPA 簽有合約之發電廠商 (如本案 FIT 廠商)¹⁷。GA 之目的係為反映生產能源之成本，其數額將補足至與發電廠商約定之契約收購價格，因此，假設契約收購價格為 65 美元／百萬瓦，當市場價格 HOEP 為 38 美元／百萬瓦時，GA 則為兩者差額之 27 美元／百萬瓦。

GA 有正負值——依據市場價格 HOEP 與廠商契約價格間之差距，然一般而言，無論是 FIT 發電廠商或一般與政府簽有契約之廠商的收購價格，通常會高於電力批發市場之市場價格，因此，該等發電廠商原則上皆能獲得 GA (由消費者平攤)。GA 主要由消費者所平攤，例如 A 級消費者 (Class A Consumers)¹⁸；至於一般住宅 (residential) 用電及小型商業用電基本上係繳納固定電費 (Regulated Price Plan, RPP)，其所受到 GA 之影響較低。

自上述之補貼小組報告的角度而論，若本案之 OPA 僅係訂定一電力收購價格 (費率) 而未有損失 (透過 GA 轉由消費者負擔)，或即便 OPA 實際上有損失但歐盟卻未能證明該損失之情況下，FIT 計畫有無法落入「所得／價格維持」類

¹⁶ The Global Adjustment is the mechanism by which consumers are charged for the additional costs (above HOEP) for: generation under contract or regulation, conservation and demand management programs, available at http://www.ieso.ca/imoweb/b100/ga_changes.asp.

¹⁷ Global Adjustment, IESO, available at http://www.theimo.com/imoweb/siteShared/electricity_bill.asp?sid=md.

¹⁸ Global Adjustment, IESO, available at http://ieso.ca/imoweb/b100/b100_GA.asp.

型之窘境，然而本文認為 WTO 爭端解決機構仍可能做出不同於補貼小組報告之意見。本文認為仍不應排除於 50 年後的現今，WTO 爭端解決機構或可對「所得／價格維持」為不同之解釋，因此，若自此角度而觀，FIT 計畫或許有機會符合「所得／價格維持」之定義。

二、「財務補助」

以下，加拿大並未否認系爭措施得以落入「財務補助」類型，然而，爭端當事國就 FIT 計畫落入何款「財務補助」類別則有番爭論——主要集中於「資金的直接移轉」及「收購商品」之討論，並且，由於加拿大並未就歐盟控訴的「潛在直接資金移轉」及「委託／指示 (entrustment or direction)」類型予以答辯，故本文以下將不特別提及歐盟關於此部分之控訴，亦不進行分析。

(一) 雙方爭點

雙方首先爭論 FIT 計畫是否落入「資金之直接移轉」之定義中。加拿大引述「美國大型民用航空器補貼案 II (US—Large Civil Aircraft (2nd complaint))」之小組報告，指出若一措施落入第三款「收購商品」之定義，則不能同時落入第一款「直接資金移轉」定義中，蓋若直接資金移轉解釋上包含「收購商品」，則將使得規範「收購商品」的 SCM 協定第 1.1 (a) (1) (iii) 條文顯得累贅，因此，加拿大主張本案措施既已落入「收購商品」，則不得被視為「直接資金移轉」¹⁹；歐盟指出，加拿大所引述之小組報告見解已被該案之上訴機構報告推翻²⁰，因此加拿大之主張無理由，此外，歐盟指出，HOEP 收購費率與 FIT 契約收購費率間之差距即等同於由政府或公家機構所給予之補助金，因此 FIT 計畫構成「直接移轉資金」。

接著，歐盟與加拿大對於系爭措施是否符合「收購商品」亦持不同意見，然而歐盟補述若小組最終裁定 FIT 計畫符合「收購商品」之定義，歐盟仍將接受該等結果。歐盟認為 OPA 與參與 FIT 計畫之廠商間實際上並無購買契約 (purchasing agreement) 之存在，蓋其指出 FIT 契約 (FIT Contract) 第 3.3 (c) 條僅要求 FIT 廠商有義務販賣、供應或傳送其所被 OPA 要求、指示或同意而生產之電力，而未規範 OPA 之購買義務或任何承諾，因此，並未符合 SCM 協定第 1.1 (a) (1) (iii) 條的「收購商品」之定義，然而，歐盟最後指出，倘若小組最後認定系爭措施落入「收購商品」之定義，則其仍會接受²¹。針對上述論理，加拿大引述「美

¹⁹ Panel Report, *US—Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, ¶ 7.956, WT/DS353/R (adopted Mar. 23, 2012).

²⁰ Appellate Body Report, *US—Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, WT/DS353/R (adopted Mar. 23, 2012).

²¹ EU's first written submission, ¶ 58.

國軟木案之四 (US—Softwood Lumber IV)」上訴機構報告²²，指出 SCM 協定第 1.1(a)(1)(i) 條與第 1.1(a)(1)(ii) 條係屬金錢補助 (monetary contributions)，而 SCM 協定第 1.1(a)(1)(iii) 條之「收購商品」則不只牽涉金錢補助，換句話說，「收購商品」係以交換商品為主而涉及金錢之補助，因此，加拿大認為在本案中，電力即係交換之商品，此外，加拿大指出 OPA 與 FIT 廠商間之契約標題係「電力收購契約 (power purchase agreement)」，因此係一收購商品之契約。

(二) 本文評析

關於雙方在 FIT 計畫該當何款「財務補助」子項目之爭論，歐盟展開一連串控訴，逐一論述「資金之直接移轉」及「收購商品」之類型，本文認為，整體而言，無論系爭措施屬何款補貼類型，SCM 協定第 1.1(a)(1) 條「財務補助」係著重政府事實上與資金流動 (money flow) 之關聯性。而本案中，倘實際上再生能源之成本係全數由終端的消費者負擔 (如透過 GA 機制)，則加拿大政府可能並未與資金流動有所關聯²³，或者，即便事實上有部分政府資金之介入，然鑒於電力市場訂價之複雜性，歐盟也可能難以證明之，若依據上述之推論，則 FIT 計畫將可能無法落入「財務補助」中任一項目中。

三、 小結

無論如何，於爭端解決小組的判決下，倘若歐盟成功地建立上述有關補貼認定之第一要件，此時，就補貼認定之第二步，即是否受有利益之認定上，本文認為歐盟將再度陷入困境中——歐盟所提出者極有可能無法符合 SCM 協定所要求之適當比較基準。

參、 是否有利益之授予

針對 SCM 協定第 1.1(b) 條「受有利益」之判斷，歐盟引述上訴機構於「加拿大航空器案 (Canada—Aircraft)」之見解，茲提出數項判斷要點。(一) 是否有接受者 (recipient)²⁴；(二) 相較於無財務補助情形下，該接受者是否因財務補助而更好 (better off)——是否更好之比較標準，歐盟引述了「歐體大型航空器案」的上訴機構報告²⁵，該上訴機構重申其於「加拿大航空器案」中之見解，指出於解釋 SCM 協定第 1.1(b) 條受有利益時，同協定第 14 條²⁶可做其上下文

²² Appellate Body Report, *United States—Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R (adopted Feb. 17, 2004).

²³ Kennina Lee, *An Inherent Conflict Between WTO Law and a Sustainable Future? Evaluating the Consistency of Canadian and Chinese Renewable Energy Policies with WTO Trade Law*, 24 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 57 (2011).

²⁴ Appellate Body Report, *Canada—Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, ¶¶ 155-156, WT/DS70/AB/R (adopted Aug. 20, 1999).

²⁵ Appellate Body Report, *EC and certain member States—Large Civil Aircraft*.

²⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 14.

之參考，由於 SCM 協定第 14 條規範了是否有利益存在之指導和比較基準，因此，市場行情可作為適當之比照組，並且，上訴機構強調 SCM 協定第 1.1 條係一種事前分析 (*ex ante analysis*)，因此財務補助後事實上之效果在此並非重點。

(三) 歐盟引述「美國高地棉案 (US—Upland Cotton)」之上訴機構報告，指出在判斷財務補助是否使接受者受有利益時，毋須將該等利益予以量化²⁷。(四) 歐盟主張，「財務補助」有關受有利益之判斷應類推適用 (*mutatis mutandi*) 於「所得／價格支持」補貼形式²⁸。

本文以下將先陳述雙方就 HOEP 價格作為比較基準之爭論，且鑑於該基準似為雙方之主要攻防點，因此本文將於雙方提出各自論調後，將補充一小段背景資訊協助讀者更了解該基準；接著，進行本文分析（至於歐盟所提出之替代基準，甚至有主張以安大略省以外地區之電力市場作為參考，本文認為此明顯不適宜，因此本文將不就該等基準進行分析）。

(一) 雙方爭點

於「所得／價格維持」與「財務補助」類型之利益授予判斷上，歐盟提出之 HOEP 得否做為市場行情之基準，爭端雙方對此問題進行了頗大篇幅之爭論。歐盟指出由 IESO 所管理的電力批發市場係自由競爭市場，蓋其價格（即 HOEP）受到供需所影響，且鑒於 OPA 並未獲利，因而 FIT 計畫所提供之費率與 HOEP 市場費率間之差距即該當補助金，且具商業考量的私人企業將不可能以該等費率收購之，此外，就安大略省電力市場結構而言，即便電力市場受到政府干預，仍為適當之市場基準²⁹；加拿大依據「歐盟大型民用航器案」上訴機構報告之見解，表示於證明是否受有利益時，應選定一適當的比照對象 (*locating a proper comparator*)³⁰，而此等對象應係完全競爭市場下之基準，對此，加拿大指摘歐盟採用不適當之基準：(一) 加拿大指出 HOEP 無法反映再生能源之生產成本³¹，蓋不同發電科技之生產成本和營運條件係不同，特別於風力及太陽能發電之部分，比起傳統上非再生能源發電廠擁有較低之規模經濟，因而不能等同論之。(二) 加拿大指正 HOEP 並非如歐盟所述完全受市場力量所驅動，一來，縱使電力批發市場設立之最初目的係為促進電業自由化，然而自 2002 年起，由於加國政府開始對部分用電設立價格上限 (*price caps*)，因此安大略省電力批發市場早已非完全競爭市場，且自 2004 後半年起，加國政府相關機構（如 OPA 及 IESO 等早已非僅依據電力批發市場價格而支付），二來，歐盟採用非再生能源電力之價格作為再生能源電力之市場參考價格並非正確的，蓋 HOEP 價格僅係支付給安大

²⁷ Appellate Body Report, *United States—Subsidies on Upland Cotton*, ¶¶ 463-467, WT/DS267/AB/R (adopted Mar. 21, 2005).

²⁸ EU's first written submission, ¶ 67.

²⁹ EU's first written submission, ¶¶ 69-76.

³⁰ Appellate Body Report, *EC and Certain Member States—Large Civil Aircraft*, ¶ 695.

³¹ Canada's first written submission, ¶ 64.

略省發電廠(Ontario Power Generation, OPG)的燃煤(coal)和水力(hydroelectric)發電廠,而該等電廠的營運成本相對而言低了许多,再者,風力及太陽能發電廠商亦未在電力批發市場出價(offer),最後,HOEP 市場實際上也並未反映參與之發電廠商的成本(該等廠商與安大略省能源局(Ontario Energy Board, OEB)³²有另外簽合約來反映其成本)³³。

由於上述雙方提及 HOEP,本文先對其作一基本介紹。首先,關於 HOEP 價格之來由,係於 IESO 所管理的安大略省電力批發市場中,由 IESO 依據供給方及需求方所共同決定之每小時市場價格,於電力批發市場中,IESO 每日會預測接下來數天至月的用電需求,而市場參與者將根據此等預測進行出價——若為電力買方,則向 IESO 出買價(bid),至於電力賣方則向 IESO 出賣價(offer)³⁴,而出賣價最低之電力提供廠商便獲優先調度³⁵;此外,當電力批發市場中的買方購買電力時,其所付出的價格即 HOEP。

除了 HOEP 外,歐盟亦提出三項替代基準,對此,加拿大雖未於本案第一次書狀中有所反駁,然其曾於日本針對相同系爭措施對加拿大提訴之 DS412 一案中駁斥日本有關此等替代基準之主張。替代基準為:(一)除了 FIT 計畫和再生能源標準支付計畫(Renewable Energy Standard Offer Program, RESOP)(即 FIT 計畫之前身)之發電廠商的加權平均批發費率(安大略省所有發電廠商所接受之價格)。(二)安大略省以外之完全競爭市場下的平均批發費率(例如亞伯塔省、紐約、新英格蘭等)。(三)安大略省零售電力之商品費用;對此,加拿大於 DS412 中指稱此等替代基準如同 HOEP 一般,皆忽略了收購的核心條件——再生能源所生產之電力,換句話說,該等基準之缺陷在於未考量到再生能源生產者的成本問題,故加拿大認為皆非適當之比較基準。

(二) 本文評析

WTO 爭端解決機構在判定參與 FIT 計畫之廠商該當受有利益之概念前,仍須視本案原告歐盟是否提出充足之理由及證據——尤以是否提出適當的比較基準為關鍵。

本文認為,HOEP 無法成為適當之比較基準,首先,雖然依據本文於上述所介紹之安大略省電力批發市場之運作型態,似可認 HOEP 價格之決定係由市場

³² OEB 負責管理安大略省電力產業及核發證照予電力零售業者、管制零售業者之行為、輸配電費率及 LDC 所收之費率。

³³ Canada's first written submission, ¶¶ 67-77.

³⁴ 關於市場參與者之出價方式有多種,例如 Daily Bid/Offer 即自調度(dispatch)前一日之早上六點至調度前十分鐘皆得出價,又例如 Standing Bid/Offer 下,市場參與者可提出每日每週固定之出價。

³⁵ *How the Wholesale Price is Determined*, IESO, available at https://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/wholesale_price.asp?sid=bi.

供需力量所驅動，然而若加拿大所言為實，即政府早已設立價格上限，則安大略省電力批發市場恐非一完全競爭市場，且若自加拿大電力市場的特殊與複雜度而論，歐盟其實很難去找尋一個可資比較的市場基準，蓋電力供應系統自發電到進入電網再到輸送須經過多個定價環節，與一般意義上的市場不盡相同，此外，基本上，能源市場並非高度自由競爭市場，無論是再生能源或非再生能源，多少可能都接受來自政府金錢與非金錢上的補助（不過鑒於電力市場訂價複雜度，將難以證明之），如本案中，參與電力批發市場之 OPG 的核能及水力發電廠亦能獲得市場價格以外之 GA，因此或許不存在或很難找尋一公正市場價格。

就補助金之部分，歐盟認為 FIT 契約價格與 HOEP 間之差價及為政府補助金，對此，本文認為，如同前述於構成補貼類型段落之分析可知該等差價間及係 GA，而 GA 之資金來源事實上係由電力消費者依據不同級別而平攤，而即便在未完全平攤而可能有部分政府資金之流入之情形下，鑒於電力市場定價之複雜度，歐盟也可能難以證明之。故本文認為歐盟引用 HOEP 為市場標準及指摘 FIT 發電廠商之契約約定價格與 HOEP 間之差價即補助金額一事，鑒於 GA 可能全部由消費者所平攤，抑或有政府部分資金之流入但難以證明之，綜上，本文認為歐盟之主張無法說服小組認定 HOEP 為判斷受有利益之適當比較基準。

肆、 特定性

SCM 協定第 2.3 條指出構成禁止性補貼之措施推定具備特定性，因此可見特定性並非雙方爭論之重點所在，以下僅簡短敘述雙方爭點及予以短評。

（一）雙方爭點

歐盟指出，FIT 計畫符合 SCM 協定第 3.1 (b) 條以使用國內貨品而非進口貨品為單一條件或數條件之一而提供更佳補貼之定義，此外，依據 SCM 協定第 2.3 條之規定，凡屬第 3 條規定之補貼應視之為具有特定性補貼，因此綜上所述，本案系爭措施構成 SCM 協定之禁止性補貼；對此，加拿大並未有回應，蓋加拿大指出在前述有關利益授予的分析，歐盟已未採用適當之比較基準，因而無須進一步論 SCM 協定第 3 條之問題。

（二）本文評析

最後，關於 SCM 協定第 3 條³⁶之部分，本文認為由於之禁止性補貼的特定

³⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Duties, art. 3.1: "Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited: (a) subsidies contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I; (b) subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods." Agreement on Subsidies and Countervailing Duties, art. 3.2: "A Member shall neither grant nor maintain subsidies referred to in paragraph 1."

性是「不可舉證推翻之推定 (irrebuttably presumed)」³⁷，故特定性之問題基本上不會是本案雙方攻防焦點，換句話說，禁止性補貼之特定性並非影響本案勝訴之關鍵。

伍、 結論

世界各國為促進國內清潔能源產業之發展，往往制定鼓勵措施予本國相關業者，而該等措施是否違背 WTO 之規範，可能受到來自其他會員之挑戰。加拿大再生能源一案之小組初步裁定加拿大 FIT 計畫有關自製率要求違反 GATT 1994 與 TRIMs 之國民待遇規範，惟卻不構成禁止性補貼。於分析後，本文認為歐盟未成功控訴之兩種可能原因分別為：(一)系爭措施根本無法落入 SCM 第 1.1(a) 條任何一項之補貼定義；及(二)系爭措施落入至少一款補貼定義，然由於原告歐盟並未選定適當之比較基準，因此無以判斷廠商是否受有利益。無論加拿大安大略省政府實際上是否涉入財務上資助，鑒於電力市場之複雜度，原告於 SCM 協定控訴上將面臨建立表面證據違反之困境，也因此可想像本案小組初步裁定³⁸加拿大 FIT 計畫並未違反 SCM 協定有關禁止性補貼之規定。至於實際上歐盟係於哪一關鍵點敗訴，因繫諸於本案事實與歐盟所提出的理由證據充足度，故待本案小組報告正式出爐後，吾人應可更加釐清重點之所在。

³⁷ Chris Wold, Grant Wilson & Sara Foroshani, *Leveraging Climate Change Benefits through the World Trade Organization: Are Fossil Fuel Subsidies Actionable?*, 43 GEO. J. INT'L L. 635, 653-654 (2012).

³⁸ 小組於期中報告階段之裁決原則上不會與最終正式報告有實質上不同之結果。