

簡析加拿大再生能源收購計畫案之上訴機構報告

——以 SCM 協定第 1.1 條為中心

趙思博

歐盟及日本認為加拿大安大略省政府於 2009 年實施之「再生能源收購計畫 (Feed-in-Tariff Programme, 以下簡稱為 FIT 計畫)」有違反世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 相關規範之疑慮，遂於 2010 年 9 月提出諮商申請；由於未能獲得滿意之結果，繼而提出成立小組之請求。於去 (2012) 年 12 月發佈之小組報告，小組最終裁定 FIT 計畫違反與貿易有關之投資措施協定 (Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs) 第 2.1 條以及一九九四年關稅及貿易總協定 (The General Agreement on Tariffs and Trade 1994, GATT 1994) 第 3.4 條，但無法證明加拿大合於補貼暨平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM 協定) 第 1.1 條 (b) 款之定義，是以未能認定其違反 SCM 協定第 3.1 (b) 與第 3.2 條之規範¹。惟所有之爭端當事國對小組之裁決皆存在些許意見，遂提出上訴，而上訴機構亦於本 (5) 月 6 日發佈其報告；上訴機構在修正了小組的論理以後，維持系爭措施違反 TRIMs 第 2.1 條及 GATT 1994 第 3.4 條之結果，惟推翻了小組於 SCM 協定第 1.1 條 (b) 款之認定，而後由於未有足夠的事實資料作為基礎，是以未能繼續完成分析²。

依加拿大所言，FIT 計畫之目的在於鼓勵再生能源之生產，則於普遍由政府補貼以提供誘因發展再生能源之今日，系爭措施是否違反 SCM 協定將對全球再生能源之發展有舉足輕重之影響。是以本文將聚焦於上訴機構對系爭措施於 SCM 協定下之分析，檢視上訴機構之論理。

本文以下分成四個部分。首先，概述本案之系爭措施，使讀者對加拿大安大略省政府 FIT 計畫之內容有所瞭解；其次，簡述上訴機構對於系爭措施屬於 SCM 協定下何種補貼類型，以及對於「是否有授與利益」之認定；第三，對於上訴機構之認定進行評析；最後作一結論。

系爭措施

FIT 計畫係加拿大安大略省電力局 (Ontario Power Authority, OPA) 在 2009

¹ Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/R, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).

² Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, ¶ 6.1, WT/DS412/R, WT/DS426/R (May 6, 2013).

年所通過之「綠色能源及綠色經濟法案 (Green Energy and Green Economy Act)」的授權下，與 FIT 計畫之參與者簽訂 20 或 40 年的契約，提供每千瓦電力以保證收購價格之優惠條件，要求參與者履行特定之要求³。該計畫適用於再生電力之生產業者，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⁴。業者依照發電規模的大小可劃分為「FIT 類」與「MicroFIT 類」，FIT 類係指發電量超過 10 千瓦，但若為太陽能發電則需超過 10 千瓦但不超過 10 兆瓦、水力則需超過 10 千瓦但不超過 50 兆瓦者；MicroFIT 類係指發電量不超過 10 千瓦者⁵；其所使用的再生能源發電設備之設計、製造、運作、維護皆需符合相關法規、並依循相關規範於安大略省電力系統中供應電力，此外，風力與太陽能發電設備之設計與製造需符合「最小自製率要求」⁶。符合上述要求者，OPA 才會於契約期間內以保證收購電價支付參與計畫之業者作為報酬⁷。

上訴機構之認定

於 SCM 協定之相關規範，歐盟及日本上訴之爭議點主要有二。第一，系爭措施屬於 SCM 協定第 1.1 (a) 條下之「財務補助 (financial contribution)⁸」，亦或是「所得或價格支持 (income or price support)⁹」；以及若是財務補助，其屬於「資金之直接移轉 (direct transfer of funds) 或資金之可能直接移轉 (potential transfers of funds)¹⁰」或「政府收購商品 (government purchases of goods)¹¹」。第二，系爭措施是否有「授與利益 (benefit is thereby conferred)¹²」。分述如下：

系爭措施之法律定性

小組認為 FIT 計畫之法律定性應屬於財務補助中之「政府收購商品」，且不能同時為「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」，主要原因在於：因為 OPA 所支付之款項係為換取 FIT 計畫之參與業者所提供之電力¹³、加拿大安大略省政

³ Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 4.17.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.* ¶ 4.18.

⁶ *Id.* ¶¶ 4.20-21.

⁷ 更詳細之措施介紹，可見：莊涵因，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，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，138 期，頁 14-15，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no138/3.pdf>。

⁸ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 1.1(a)(1): “there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”), i.e. where...”

⁹ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 1.1(a)(2): “there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994.”

¹⁰ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 1.1(a)(1)(i): “a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees).”

¹¹ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 1.1(a)(1)(iii): “a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods.”

¹² Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 1.1(b): “a benefit is thereby conferred.”

¹³ Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.110.

府取得該電力之所有權¹⁴、FIT 計畫之立法架構以及 FIT 契約內容都將之定位為政府採購¹⁵。而在小組認定系爭措施為「政府收購商品」後，其進一步基於協定有效性解釋原則（principle of effective treaty interpretation）認為，系爭措施若可同時定性為「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」，則將使協定條文變得多餘（redundancy）或無用（inutility），因此不得為該種解釋¹⁶。惟日本認為 SCM 協定第 1.1 (a) (1) (i) 與 (iii) 並非互斥的（mutually exclusive）¹⁷，且由於支付款項者為 OPA，接受、傳送電力的是 Hydro One 公司，所以 OPA 是資金提供者而非購買者¹⁸，因此系爭措施非屬「政府收購商品」。

對於 SCM 協定第 1.1 (a) (1) (i) 與 (iii) 是否為互斥一事，上訴機構援引「美國—大型航空器案（US—Large Civil Aircraft(2nd compliant)）」之上訴機構報告，認為交易行為可以是複雜且多面向的，這意味著同一交易行為的不同面向可以使其落入不同類型之財務補助；而其屬於不同類型之財務補助，並不意味著 SCM 第 1.1 (a) (1) 的條文都是相同的，所以沒有侵害協定有效性解釋原則的問題¹⁹。於此，推翻小組認定系爭措施不得同時為「政府收購商品」及「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」之認定。

惟上訴機構亦不認為系爭措施屬於「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」。針對日本所提出之「OPA 是資金提供者而非購買者，因此系爭措施非屬政府收購商品」，上訴機構認為由於 Hydro One 公司是加拿大安大略省政府設立並擁有之公司²⁰，與 OPA 同為公立機構（public bodies），其行為之效果均歸屬於加拿大安大略省政府，且均屬構成「購買電力」此一行為之一部分，並不因其為不同之政府實體而有所不同²¹；此外，日本主張系爭措施為「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」之理由為，OPA 支付 FIT 計畫參與者之款項來源係來自於消費者，因此係資金之直接移轉，而 FIT 契約提供了在一定期間內保證收購價格，因此屬於資金之可能直接移轉，惟上訴機構認為此些事實均為「交易」之面向，屬於交易行為之一部分，而非「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」之特徵，因此駁回日本之主張²²。

另涉及系爭措施是否為「所得或價格支持」之爭議，小組在已經認定系爭措施屬於政府收購商品但不構成授與利益的情況下，基於訴訟經濟之理由而未加以審理，日本因而主張小組沒有解釋為何在「財務補助」下不構成授與利益，必然

¹⁴ *Id.* ¶ 5.111.

¹⁵ *Id.* ¶ 5.113.

¹⁶ *Id.* ¶ 5.114.

¹⁷ *Id.* ¶ 5.116.

¹⁸ *Id.* ¶ 5.124.

¹⁹ *Id.* ¶ 5.120.

²⁰ *Id.* ¶ 4.6.

²¹ *Id.* ¶ 5.124.

²² *Id.* ¶ 5.131.

於「所得或價格支持」下不構成授與利益，其認為應該分別檢視，是以不該行使訴訟經濟而不審理²³。惟上訴機構認為，日本沒有說明為何在兩者下授與利益之分析會不同，尤其日本所提出之基準（benchmark）係相同的²⁴，因此上訴機構駁回日本之主張，亦不繼續審理系爭措施是否為「所得或價格支持」²⁵。

至此，上訴機構最終裁決系爭措施屬於 SCM 協定第 1.1 (a) (1) 條之「政府收購商品」，而非同條之「資金之直接移轉或資金之可能直接移轉」，亦未繼續審理系爭措施是否為 SCM 協定第 1.1 (a) (2) 條之「所得或價格支持」。

系爭措施是否有授與利益

小組在認定系爭措施屬於「政府收購商品」之後，便以 SCM 協定第 14 條 (d) 款作為相關文本，以解釋何謂「授與利益」。SCM 協定第 14 條 (d) 款規定：「政府提供貨品或勞務或購買貨品，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，不應視之為授與利益。報酬之適當性，應以系爭貨品或勞務在提供國或採購國之現行市場行情（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）認定之。」²⁶ 小組因而作出解釋，於認定是否有授與利益時需檢視是否有適當之報酬，而此「適當」之比較基準為 FIT 計畫參與者在未獲得財務補助時所處之市場²⁷。據此，小組依序檢視原告國所提出之：(1) 安大略躉售電力市場（competitive wholesale electricity market）、(2) 安大略省以外之電力市場，即加拿大亞伯達省、美國紐約州、美國新英格蘭地區、以及美國中大西洋地區；小組認為安大略躉售電力市場之供給、需求已被政府干預，亞伯達省之供給、需求與安大略省並不相似，而剩餘三者之市場並未提供參與者足夠之報酬使其得以在市場中存活，因此皆非適當之比較基準²⁸。惟小組自己提出了可能之適當比較基準，亦即尋找一個市場中存在商業性的配電商（commercial distributor）提供與 FIT 類、MicroFIT 類契約相等的條件者以作基準，並透過盈利率（rates of return）與平均資本成本（average cost of capital）之比較以認定是否有授與利益²⁹，惟小組未有足夠之資訊，因此未繼續分析³⁰。由於原告國未能提出適當之比較基準，小組因而裁定系爭措施未授與利益。於此，原告國認為小

²³ *Id.* ¶ 5.135.

²⁴ *Id.* ¶ 5.137.

²⁵ *Id.* ¶¶ 5.138-139.

²⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 14(d): “the provision of goods or services or purchase of goods by a government shall not be considered as conferring a benefit unless the provision is made for less than adequate remuneration, or the purchase is made for more than adequate remuneration. The adequacy of remuneration shall be determined in relation to prevailing market conditions for the good or service in question in the country of provision or purchase (including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale).”

²⁷ Appellate Body Report, *Canada – Renewable Energy*, ¶ 5.148.

²⁸ *Id.* ¶¶ 5.150-152.

²⁹ *Id.* ¶ 5.156.

³⁰ *Id.* ¶ 5.157.

組沒有用 SCM 第 14 條 (d) 款以外的標準去分析是否授與利益³¹、在禁止性補貼的情況，補貼的數額不重要，因此沒有必要特定出比較基準³²、以及其忽略了若沒有 FIT 計畫，廠商根本無法於安大略省之市場中獲得任何報酬³³，因而提出上訴。

上訴機構首先指出 SCM 第 14 條 (d) 款並非於檢視系爭措施是否有授與利益之唯一判準，惟其援引上訴機構於「加拿大—航空器案 (Canada—Aircraft)」之見解，認為以 SCM 第 14 條 (d) 款作為解釋之判準並沒有錯³⁴。其次，上訴機構認為於分析是否有授與利益時，不應該因為系爭措施屬於可控訴補貼或禁止性補貼而採不同之分析方式，因為授與利益不能僅由絕對數額來判斷，必定要透過一個基於市場的比較基準，方能判定是否有授與利益³⁵，因此駁回原告國之主張。

認定是否有授與利益得以 SCM 第 14 條 (d) 款作為判準之後，上訴機構首先指出小組在分析上犯有兩個錯誤。第一，上訴機構認為小組應於進行利益基準分析 (benefit benchmark analysis) 前先定義何謂「相關市場 (relevant market)」，而非在未經分析的情況下，逕自認定系爭之相關市場為「不同發電方式所製成之電力視為單一之市場」³⁶。其次，上訴機構認為小組僅以需求面來認定相關市場之作法有誤，其援引「歐盟—大型民用航空器案 (EC and certain member States—Large Civil Aircraft)」，指出儘管從需求面觀之，消費者並不會區分電力之製作方式為何，但這並不表示可以因此將之視為單一市場，尚需從供給面進行分析³⁷；於本案中，從供給面觀之，則會因為風力發電、太陽能發電從成本結構以及營運特性上發現其無法與其他傳統發電方式競爭，而此將造成兩者間有極大的差異³⁸，此外，即便從需求面觀之，由於此處之消費者為政府而非一般民眾，而政府係有意購買風力發電、太陽能發電所製成之電力³⁹，是以系爭之相關市場應為「以風力發電及太陽能發電所製成之電力之市場」而非「不同發電方式所製成之電力視為單一之市場」⁴⁰。

接著，上訴機構援引「美國—軟木案 IV (US—Soft Lumber IV)」上訴機構之見解，指出於進行利益基準分析時，依照 SCM 第 14 條 (d) 款之文義，應於市場條件下作比較⁴¹。上訴機構並強調，其不認為在採用以市場為基礎之方法

³¹ *Id.* ¶ 5.141.

³² *Id.* ¶ 5.161.

³³ *Id.* ¶ 5.142.

³⁴ *Id.* ¶ 5.162.

³⁵ *Id.* ¶¶ 5.164-165.

³⁶ *Id.* ¶ 5.169.

³⁷ *Id.* ¶¶ 5.170-171.

³⁸ *Id.* ¶ 5.174.

³⁹ *Id.* ¶ 5.176.

⁴⁰ *Id.* ¶ 5.178.

⁴¹ *Id.* ¶¶ 5.183-184.

(market-based approach) 進行利益基準分析即當然排除掉因政府之正當政策考量而介入所製造出來之市場⁴²；且「若政府不介入即不會存在之市場」應與「政府介入以支持特定市場參與者」區別，前者並不必然構成 SCM 協定意義下之補貼。是以綜上所述，於進行利益基準分析時，應以「以風力發電及太陽能發電所製成之電力之競爭市場」作為比較基準。

而後，上訴機構回應原告國所主張之「若沒有 FIT 計畫，廠商根本無法於安大略省之市場中獲得任何報酬」論點；其認為此種主張之前提係將「不同發電方式所製成之電力視為單一之市場」作為相關市場，在上訴機構已經認定系爭之相關市場應為「以風力發電及太陽能發電所製成之電力之市場」，其不贊同原告國之主張⁴³；而基於相同的理由，其亦認為原告國所提出之安大略躉售電力市場、安大略省以外之電力市場（即加拿大亞伯達省、美國紐約州、美國新英格蘭地區、以及美國中大西洋地區）非適當之比較基準⁴⁴。此外，上訴機構亦反對小組所提出之比較基準，認為以 FIT 計畫之盈利率與平均資本成本之比較並無優點⁴⁵，而應以加拿大安大略省之再生能源供給提案（Proposals of Renewable Energy Supply, RES）作比較以判斷是否授與利益⁴⁶，並推測應該有授與利益，惟由於沒有足夠之事實資訊，是以其未能繼續分析⁴⁷。

本文評析

由於不同的財務補助類型，於進行是否授與利益之分析方式即不同⁴⁸；於政府收購商品此一類型，判斷其是否有授與利益時，依照過去之小組及上訴機構的見解，需檢視其獲得之報酬是否「適當」，而為判斷是否「適當」，需先尋找一比較基準，亦即相關市場。本案之上訴機構報告首次明確於判斷決定相關市場時，不僅需檢視需求面，亦需檢視供給面。將決定市場之判準區分為供給面與需求面兩者可見於「歐盟—大型航空器案」之上訴機構報告對於 SCM 協定第 6.3 條(a) 款之分析，其規定補貼之效果係排除或妨礙他會員之同類產品輸入提供補貼會員之市場者，即可能發生 SCM 協定第 5 條(c) 款所稱之嚴重損害⁴⁹；該案之上訴機構指出消費者對產品之需求彈性並非評估兩項產品是否為同一市場之唯一要素，供給彈性亦需納入考慮⁵⁰。雖然該案與本案所處理之條文、脈絡並不相同；

⁴² *Id.* ¶ 5.185.

⁴³ *Id.* ¶¶ 5.196-199.

⁴⁴ *Id.* ¶ 5.204.

⁴⁵ *Id.* ¶ 5.217.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* ¶ 5.245.

⁴⁸ *Id.* ¶ 5.130.

⁴⁹ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art.6.3: “Serious prejudice in the sense of paragraph (c) of Article 5 may arise in any case where one or several of the following apply:(a)the effect of the subsidy is to displace or impede the imports of a like product of another Member into the market of the subsidizing Member....”

⁵⁰ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶ 1121, WT/DS316/AB/R (May.18, 2011).

本案所需決定之相關市場係決定是否落入 SCM 協定所定義之補貼問題，該案所需決定之市場係在決定造成嚴重損害之對象、範圍問題，換言之，前者之市場由於係為比較出提供補貼後是否有授與利益，因而需尋找一未受補貼影響之相關市場作為比較的基準，因此該相關市場可能係為實施補貼國於實施補貼以前、實施補貼國以外國家之市場，或模擬出之未受補貼影響之市場，後者則由於係為判斷是否因補貼造成嚴重損害，因此其所指的市場是實施補貼國於實施補貼後之市場；惟於判斷是否可作為市場一事，此差異並不構成分析時需予以區別之因素，是以本案上訴機構以解釋 SCM 協定第 5 條 (c) 款來解釋 SCM 協定第 1.1 條 (b) 款應無不妥。上訴機構此份報告，為判斷是否有授與利益之分析作了更細緻之分析要求，亦即往後於分析時需先明確相關市場，並於決定相關市場時需同時慮及需求、供給兩個面向，而後方進行利益基準分析。

針對小組所提出之可能比較基準，亦即尋找一個市場中存在商業性配電商提供與 FIT 類、MicroFIT 類契約相等的條件，透過盈利率與平均資本成本之比較以認定是否有授與利益，上訴機構雖指出此比較基準非不正確地以「不同發電方式所製成之電力視為單一之市場」而係正確地「以風力發電及太陽能發電所製成之電力之市場」作為相關市場⁵¹，然而並未詳細解釋為何此分析方法不妥，僅表明其並無優點，而後指出應以 RES 進行分析。若依照上訴機構之理論分析，小組所提之比較基準並沒有錯誤，惟由於現實中並沒有一個市場中存在商業性配電商提供與 FIT 類、MicroFIT 類契約相等的條件，是以倘若依照小組的建議，在條文中並未排除得以模擬市場之方式以進行是否有授與利益之判斷，原告國勢必需以模擬之方式，模擬出未受 FIT 計畫所影響之市場以進行比較、判斷是否有授與利益，而此方式將賦與原告國極重之舉證責任以提出資料進行模擬，使其難以獲得勝訴。於此情況下，上訴機構所提之比較基準則不僅與理論符合，相較於小組所提出之方式使原告國不致於在舉證上過於困難，或許即為上訴機構不採小組所提之比較基準之理由。

結論

加拿大再生能源收購計畫案之上訴機構報告於本月 6 日發佈。於 SCM 協定之部分，其維持了小組將系爭措施定性為財務補助中之政府收購商品以後，認為小組於進行利益基準分析前，應先決定何為相關市場，方能為正確之利益基準分析；其於認定小組檢視原告國所提出之比較基準時所使用之相關市場係錯誤地以「不同發電方式所製成之電力視為單一之市場」而非「以風力發電及太陽能發電所製成之電力之市場」作為相關市場，因此推翻小組之認定結果。

由於相關市場之擇定對是否有授與利益之判斷有極為重要的影響，上訴機構於本案中首次明確表示於判斷相關市場時，除了需求面以外，尚需考量供給面的

⁵¹ *Id.* ¶ 5.214.

因素，使授與利益之分析更為細緻，為往後是否有授與利益之分析建立了具體而有引導性之分析方法。

