

從美中平衡稅案探討國有企業於 SCM 協定下之「公共機構」

認定標準

黃意晴

摘要

補貼暨平衡措施協定對補貼之定義為「政府或任何公共機構」進行財務提供、收入支持、或價格支持，但條文未定義「公共機構」使其備受爭論。在美中平衡稅案中，中國的國有企業定位問題即為此議題之具體呈現。今（2019）年 7 月 16 日出爐之本案履行審查程序上訴機構報告中，上訴機構維持小組採用之公共機構認定標準，惟不同意見書對此提出批評，而對公共機構的認定留有進一步探究之空間，故本文試歸納並分析過去案例所採認定標準，再從本案探討國有企業於 SCM 協定下之定性問題。

今（2019）年 7 月 16 日，「美國平衡稅措施案（US — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China，以下簡稱美中平衡稅案）」裁決之履行審查程序上訴機構報告出爐¹，本案涉及中國國有企業（state-owned-enterprise, SOE）²之補貼行為。補貼暨平衡措施協定（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，簡稱 SCM 協定）第 1.1 條 a 項第 1 款所規範的補貼提供者包含「政府」與「公共機構（public body）」，惟協定未明文定義公共機構，使其認定標準長期備受爭論。公共機構的判斷標準將影響 SOE 是否屬於公共機構，若 SOE 屬於公共機構，SOE 所為之補貼行為即可能受 SCM 協定規範。縱然本案上訴機構未改變以往認定公共機構之見解，但不同意見書認為上訴機構過於仰賴先例解釋，應先明確闡釋「公共機構」之意義，再行判斷³。因此本文透過介紹公共機構爭議之緣由說明此爭議之重要性，並回顧世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）爭端解決機構過往案件對於公共機構之認定標準以及考量因素，以分析本案所使用之認定標準與不同意見書之批評，試探討本案之中國 SOE 於 SCM 協定下之定位。

壹、「公共機構」爭議之緣由

¹ Appellate Body Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, WTO Doc. WT/DS437/AB/RW (adopted Aug. 15, 2019) [hereinafter Appellate Body Report, *US—Countervailing Measures (China)* (21.5)].

² 中國之 SOE 大致可分為政府持有 100% 股權之企業（pure SOE）、受國家控制之企業（state-controlled enterprise）、及國家投資之企業（state-invested enterprise）。Ru Ding, 'Public Body' or Not: Chinese State-Owned Enterprise, 48(1) JOURNAL OF WORLD TRADE 167, 184 (2014).

³ Appellate Body Report, *US—Countervailing Measures (China)* (21.5), ¶ 5.246.

補貼係各國政府於經濟、產業或社會政策上普遍使用的重要工具，然而補貼可能會造成產品間的不公平競爭，因此 WTO 的 SCM 協定便是為了強化並改善補貼與平衡措施之使用所為的規範。補貼之定義規範於 SCM 協定第 1.1 條 a 項第 1 款，其規定就本協定之目的而言，如會員（本協定簡稱為政府）境內有由政府或任何公共機構提供之財務補助者，應視為有補貼之存在⁴。在認定措施是否屬於本協定規範之補貼時，須檢視該措施是否符合補貼之要件，一旦系爭措施屬於受規範補貼，並滿足產業損害之要件，實施調查之國家便可能得對受調查之產品課徵平衡稅。根據 SCM 協定，補貼措施的實施主體為「政府或任何公共機構」，此為構成補貼的要件之一。SCM 協定規範對象除了「政府」之外也列入「任何公共機構」，其目的應是考量到政府可能會為了規避由自身進行補貼致落入協定規範，而透過企業進行補貼，因此本協定乃將可能作為政府白手套或受到政府控制的機構，列入可能實施補貼的主體，並稱之為公共機構⁵。惟儘管 SCM 協定將公共機構納入規範對象，條文卻未給予「公共機構」明確定義，因此產生「公共機構」判斷爭議。

承上所述，公共機構之認定問題在涉及 SOE 時尤為顯著，因 SOE 較一般企業更有可能受政府控制，政府可能會透過 SOE 作為中介者進行補貼以規避 SCM 協定⁶。倘若一間 SOE 屬於公共機構，其便受到與政府相同之規範，導致該 SOE 與其他公司的交易可能落入 SCM 協定下之補貼範疇，如此 WTO 其他會員可能得向受到該 SOE 補貼之產品課徵平衡稅⁷。綜上述，SOE 對於全球貿易系統及 WTO 補貼相關法規解釋係為一大挑戰，也使得「公共機構」之認定爭議甚囂塵上⁸。例如美中平衡稅案中國之 SOE 定性即是公共機構認定爭議在實務上的具體呈現。

貳、WTO 案例法之「公共機構」認定標準及因素

由於 SCM 協定中對於公共機構並無明確給予認定方式，因此須藉由過往案例報告中小組與上訴機構對於「公共機構」之解釋，探尋其認定標準，以及適用法律標準之認定因素。針對一個企業是否為 SCM 協定下所稱之「公共機構」的認定方式，主要可分為「控制說（governmental control approach）」、「政府功能說（governmental function approach）」以及「政府權能說（governmental authority

⁴ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures art. 1.1(a)(1), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14 [hereinafter SCM Agreement].

⁵ See Yang, Yueh-Ping and Lee, Pin-Hsien, *State Capitalism, State-Owned Banks, and WTO's Subsidy Regime: Proposing an Institution Theory*, Vol. 54(2) STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 119, 139 (2018).

⁶ Ru Ding, *supra* note 2.

⁷ *Id.* at 169.

⁸ *Id.* at 167.

approach)」，以下分述之⁹。

一、控制說

在「韓國—影響商船貿易措施案 (Korea—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels)」中，歐體主張韓國進出口銀行 (Export-Import Bank of Korea, KEXIM) 是公共機構，因為它係基於「韓國進出口銀行法」建立與運作，該法並賦予韓國政府控制銀行決策的權力¹⁰。該案小組同意歐體主張，其鑒於 KEXIM 係由政府所控制而認定其為公共機構¹¹。該案小組對於公共機構之認定標準為：一個機構若被政府或其他公共機構所控制，則該機構為公共機構，且若一個機構被政府所控制，則其所有行動皆歸因於政府，其亦應當然落入 SCM 協定第 1.1 條 a 項第 1 款之範疇¹²。

在控制說作為認定標準的方法下，由於控制係抽象概念，須釐清何種程度及情狀始算「控制」。大致有兩種看法，第一種為政府完全持有或持有機構大多數的股權，即為證明「控制」之充分證據，而使該機構屬於公共機構¹³。第二種看法認為，國家持有該機構多數股權係為相關證據，但非決定性證據，必須有其他證據證明「控制」，該機構始為公共機構¹⁴。

在前述「韓國—影響商船貿易措施案」中，小組主要依據 KEXIM 係由韓國政府及其他公共機構 100% 控制之事實，而認定 KEXIM 屬於公共機構¹⁵。此外，認定政府實質控制 KEXIM 的證據亦包含主導 KEXIM 營運的主席是由韓國總統所任命或撤換的、輔佐 KEXIM 的副主席及執行董事是由財政經濟部長依照主席建議而任命或撤換¹⁶，另一政府實質控制之證為 KEXIM 年度營運計劃係由政府所核准¹⁷。綜上，該案小組綜合考量機構股權持有結構與營運權力架構等認定因素，認定 KEXIM 屬於公共機構。

二、政府功能說

政府功能說並不以「政府控制」為認定因素，此說主張，當一機構執行政府性質之功能時，即屬於公共機構¹⁸。中國於「美國—反傾銷與平衡稅案 (US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China))」中便主張此說，中國將

⁹ *Id.* at 173.

¹⁰ Panel Report, *Korea—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, ¶ 7.32, WTO Doc. WT/DS273/R (adopted Apr. 11, 2005) [hereinafter Panel Report, *Korea—Commercial Vessels*].

¹¹ *Id.* ¶ 7.50.

¹² *Id.*

¹³ Ru Ding, *supra* note 2, at 173.

¹⁴ *Id.* at 174.

¹⁵ Panel Report, *Korea—Commercial Vessels*, ¶ 7.50.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Ru Ding, *supra* note 2, at 176.

公共機構定義為，「以執行政府性質之功能為目的，而行使政府所授予其權利的企業」¹⁹。中國強調，因為政府可能同時持有公共機構與私人機構股權，因此機構行為屬公共機構或私人機構之分野不是基於政府持有程度，區分依據應是該機構所擁有並行使的權力來源與性質²⁰。中國也進一步解釋此認定標準之判斷因素，即倘若在個別案件中有證據得以證明該政府所有企業（government-owned entities）正行使被授予之權利，以展現具政府性質之功能，始得被認定為公共機構²¹。因此依照中國主張，本說判斷標準有二：（一）機構行使政府功能，及（二）政府就該權力有所授權²²。不過「政府有所授權」之要件並未獲廣泛認同²³。

支持政府功能說的理由為，鑒於 SCM 協定將政府與公共機構通稱為「政府」，此意即公共機構與政府非常相似才得以並列統稱「政府」，因此公共機構必須行使政府之典型功能²⁴。相對於前述之控制說，在認定企業是否為公共機構時，政府功能說之證明有較高門檻²⁵。SOE 在控制說下係為公共機構，但在政府功能說下，則可能因為它沒有展現政府之功能，而不屬於公共機構²⁶。不過在「美國—反傾銷與平衡稅案」中，小組並不採中國主張之政府功能說，而是採與前述「韓國—影響商船貿易措施案」之小組相同的控制說，認為「公共機構」意指由政府控制之任何機構，又由於「所有權」與控制權間具有高度關聯性，因此小組認為判定控制權時，所有權可作為具有高度參考性的證據²⁷。儘管小組在認定公共機構時，將政府持有多數股權作為首要考量依據²⁸，其亦指出應基於證據個案認定，且作出認定之調查機關應就認定作出解釋，使其認定合理適當並符合 SCM 協定²⁹。

三、政府權能說

縱然「美國—反傾銷與平衡稅案」小組所採為控制說，將中國之 SOE 認定為公共機構³⁰，然而該案之上訴機構卻推翻小組對於公共機構的認定標準³¹。上訴機構認為由於「公共機構」與「政府」兩者在本協定中統稱為「政府」，表示

¹⁹ Panel Report, *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶ 8.5, WTO Doc. WT/DS379/R (adopted on Mar. 25, 2011) [hereinafter Panel Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*].

²⁰ *Id.* ¶ 8.5.

²¹ *Id.* ¶ 8.6.

²² *Id.* ¶¶ 8.5-6; Ru Ding, *supra* note 7, at 176.

²³ Ru Ding, *supra* note 2, at 176.

²⁴ *Id.* at 177.

²⁵ *Id.* at 178.

²⁶ *Id.*

²⁷ Panel Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, ¶¶ 8.134-135.

²⁸ *Id.* ¶ 8.136.

²⁹ *Id.*

³⁰ Appellate Body Report, *United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶ 278, WTO Doc. WT/DS379/AB/R (adopted on Mar. 25, 2011) [hereinafter Appellate Body Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*].

³¹ *Id.* ¶ 322.

兩者之根本特質有「足夠程度之共通性或重疊」³²。鑒於公共機構與政府具有部分相同的概念，因此 SCM 協定第 1.1 條 a 項第 1 款之「公共機構」應係「擁有、行使或被授予政府權能之機構」³³。按政府權能說，具政府功能之機構為公共機構，且該案上訴機構認為在某些情況下，政府控制可以作為判斷屬於公共機構的證據³⁴。

該案上訴機構表示，政府權能說之認定關鍵在於一機構究竟是否被授予權能以能夠實行政府功能，而非該機構如何行使權能³⁵。在認定一機構是否為「公共機構」時，若有法律或其他法律文件明確表示授予該機構政府權能，才可直接認定該機構為「公共機構」。狹義而論，僅是政府與機構間存有某種關聯，並不足以代表該機構就必然擁有政府權能，但這也不代表若無法規明確授權就必然地排除一機構屬於「公共機構」的可能，故應檢視其他的要件³⁶。舉例而言，僅是政府為機構之主要所有權人之事實，並不足以顯示政府可以真正地控制該機構之行為，遑論授予該機構權能³⁷。當有證據顯示政府控制的多種跡象，同時有證據顯示政府真正的行使該控制力，則可能可以推論該機構正在行使政府權能³⁸。不過上訴機構亦揭示，沒有兩個政府是完全相同的，一個公共機構的確切本質與態樣會因機構而異、因國家而異，也因案件而異，職是之故，公共機構之認定應逐案個別認定³⁹。

承前述，得認定某一機構為公共機構之情形將包含（但不限於）以下三種情況：第一，有法令或法律文件明確授予該機構權能；第二，倘若有證據顯示該機構事實上行使政府功能，特別是在該證據指出該作為具持續性及系統性（sustained and systematic practice）時，則該證據可作為該機構擁有或被授予政府權能的證據；第三，有證據顯示政府實質控制（meaningful control）某一機構及其行為，則該證據可能可以作為該機構行使政府權能之證據⁴⁰。

綜上述，「美國—反傾銷與平衡稅案」上訴機構雖批駁了小組的認定標準，並提出「一個機構擁有、行使或被授予政府權能時，始屬公共機構」⁴¹。上訴機

³² *Id.* ¶ 288；此案之上訴機構裁決及公共機構爭議於本中心過往電子報做過介紹：郭于榛，國有機構非「公立機構」？「適當（平衡稅）稅額」限制「貿易救濟」？——試析「美國雙反案」之上訴機構裁決，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，116 期，頁 23-31，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no116/5.pdf>（最後瀏覽日：2019 年 10 月 14 日）。

³³ Appellate Body Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, ¶ 317 (providing that “[a] public body within the meaning of Article 1.1.(a)(1) of the SCM Agreement must be an entity that possesses, exercises or is vested with governmental authority.”).

³⁴ *Ru Ding*, *supra* note 2, at 173.

³⁵ Appellate Body Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, ¶ 318.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* ¶ 317.

⁴⁰ *Id.* ¶ 318; *Ru Ding*, *supra* note 2, at 178-179.

⁴¹ Appellate Body Report, *US—Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, ¶ 317.

構指摘小組，對公共機構之解釋缺乏適當的法律基礎，小組誤將公立機構直接解釋為「受政府控制之機構」⁴²。

四、小結

控制說、政府功能說、以及政府權能說之間的差異在於從私人機構中分辨出 SCM 協定下之公共機構時，各個所採用的認定標準⁴³。執行政府權能說試圖將控制說與政府功能說結合，但卻在其本身的推論及應用上造成難以調和的分歧⁴⁴。為解決此問題，有論者認為上訴機構需消除公共機構定義上的漏洞、闡明政府功能與政府權能的差異、闡明政府控制的表徵是多樣化的，最後，上訴機構應闡明機構目的是否為考量因素，若是，則應給予更多相關說明⁴⁵。

參、美中平衡稅案之認定

美中平衡稅案起源於 2012 年，中國就美國對特定產品實施平衡稅之措施，中國控訴美國商務部 (U.S. Department of Commerce, USDOC) 未有充分證據證明且未充分審查，便將中國之 SOE 推定為「公共機構」⁴⁶。其後小組報告、上訴機構報告於 2014 年出爐，美國敗訴，本案亦進入了執行情序⁴⁷。後美中雙方因對於美國履行與否產生爭端而依爭端解決規則暨程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 簡稱 DSU) 第 21.5 條提訴，故本案進入履行審查之爭端解決程序⁴⁸。然而在履行審查小組報告發布後，美國於 2018 年 4 月 27 日針對部分法律爭議提起上訴，其中「公共機構」的認定問題便持續延燒至今⁴⁹。

承上述，本案可分為原始案階段與履行審查案階段。在原始案階段，小組認為，USDOC 以控制說將中國之 SOE 推定為公共機構，該作法違反 SCM 協定⁵⁰。針對此部分美國未提起上訴。到了履行審查案階段，USDOC 在履行過程中，調

⁴² *Id.* ¶ 322.

⁴³ Ru Ding, *supra* note 2, at 183.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Panel Report, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, ¶ 7.36, WTO Doc. WT/DS437/R (adopted on Jan. 16, 2015) [hereinafter *US — Countervailing Measures (China)*]; 此案於本中心過往之 181 期電子報做過介紹：白茹穗，試析美國對中國特定產品平衡稅案之上訴機構報告——以 SCM 協定第 14 條 (d) 款與 1.1 (b) 條為中心，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，181 期，頁 1-2，網址：

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no181/1.pdf> (最後瀏覽日：2019 年 10 月 14 日)。

⁴⁷ Dispute Settlement of *DS437: United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China—Compliance Proceedings*, WORLD TRADE ORGANIZATION, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds437_e.htm (last visited Aug. 11, 2019).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Panel Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, ¶ 7.128, WTO Doc. WT/DS437/RW (adopted Aug. 15, 2019) [hereinafter Panel Report, *US—Countervailing Measures (China) (21.5)*].

整「中國 SOE 是否為公共機構」之調查方法，USDOC 使用公共機構問卷調查及公共機構備忘錄，藉由蒐集之資料認定中國政府實質控制該些 SOE，因此其擁有、行使或被授予政府權能，USDOC 遂據此認定其所調查之 SOE 為公共機構⁵¹。履行審查案之小組所採為政府權能說⁵²，小組認為「實質控制」取決於許多因素，包含調查機關辨識出的政府功能及調查而得的證據⁵³。鑒於 USDOC 評估是否「實質控制」時，有將機構的核心特徵與功能、其與政府的關係、以及機構所處國家之法律與經濟環境給予適當考量，因此小組認為 USDOC 符合其在 SCM 協定的調查義務⁵⁴。中國於履行審查案之上訴階段則請求推翻小組認定⁵⁵，最後上訴機構維持小組之認定⁵⁶。以下介紹本案之多數意見對於公共機構之認定方式，再介紹不同意見書對此提出哪些批評與建議。

一、美中平衡稅履行審查案上訴機構之多數意見

美中平衡稅履行審查案之上訴機構採用前述之政府權能說，即公共機構定義為「擁有、執行或被授予政府權能」之機構，而屬於公共機構與否便取決於個案中機構之特質⁵⁷。根據此認定標準，主管機關調查應逐案認定，妥適考量該機構的核心特質與功能、與政府的關係、以及該機構所處國家之法律與經濟環境⁵⁸。做出認定之相關證據可能包含⁵⁹：證明機構行使政府功能、證明政策範圍及內容涉及該機構業務經營事項、證明政府實質控制該機構及其行為。調查機關應適當考量所有特質，並評估所有相關證據，避免過度關注單一特質而忽略考量其他相關特質⁶⁰。此外，上訴機構認為，對於機構之調查不必針對該機構之所有行為，也不用關注這些行為是否與政府功能有所連結，若調查直指受調查機構之具持續性與系統性行為，按調查之情況可能能夠揭露機構之核心特徵，以及其與政府之關聯⁶¹。上訴機構不同意中國主張之功能說要求調查機關應證明政府有「授權或指示」該機構之行為，因這樣的做法會混淆「對於公共機構之調查」與「對於授權或指示之調查」兩者⁶²。最後，雖然本案上訴機構採用的是政府權能說，而非美國所提之控制說，但上訴機構在此部分仍維持了小組的認定，因即便採政府權能說，依美國所提出之作為認定依據的證據，即公共機構備忘錄，仍可將系爭機構認定為公共機構，故上訴機構維持小組之原判⁶³。

⁵¹ *Id.* ¶ 7.57.

⁵² *Id.* ¶ 7.16.

⁵³ *Id.* ¶ 7.70.

⁵⁴ *Id.* ¶ 7.71.

⁵⁵ Appellate Body Report, *US—Countervailing Measures (China)*(21.5), ¶ 5.45.

⁵⁶ *Id.* ¶ 5.105.

⁵⁷ *Id.* ¶ 5.95.

⁵⁸ *Id.* ¶ 5.96.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* ¶ 5.101.

⁶² *Id.* ¶ 5.103.

⁶³ *Id.* ¶¶ 5.105, 5.120.

二、不同意見書

針對本案關於公共機構之認定，不同意見書雖贊同上訴機構認定中國未證明美國的調查違反 SCM 協定⁶⁴，但其也對多數意見之認定方式提出批評。不同意見書不認同上訴機構在法律標準的採用上過於定於一尊的作法，也不同意上訴機構言下之意認為清楚闡明應採何種標準是多餘且不必要的⁶⁵。況且，公共機構認定標準持續缺乏明確性正是不當仰賴先例之呈現，使當事國與上訴機構重蹈過去的瑕疵解釋，最終在適用上徒增困惑⁶⁶。

不同意見書所指之先例為「美國—反傾銷與平衡稅案」中上訴機構的認定標準，即「擁有、執行或被授予政府權能」之政府權能說⁶⁷。不同意見書表示，該方法可能為其中一項認定公共機構的方式，但非唯一，公共機構的概念應該具有彈性得因情況而異⁶⁸。然而在過往案例中，即便上訴機構亦權衡其他因素，其卻將「擁有、執行或被授予政府權能」視為認定公共機構的必要條件⁶⁹。這造成往後當事國與上訴機構必須掙扎於如何讓個案情形套用死板又受限的定義⁷⁰。SCM 協定中並沒有明確定義「公共機構」，只有在協定中將「政府」與「公共機構」統稱為政府以作為規範對象，換言之，條文本身未要求對公共機構採用一個單一、抽象式的定義⁷¹。不同意見書認為協定要求檢視財務之移轉是否由公共機構所為而可歸責於政府，該檢視應包含評估政府與相關機構之關係⁷²。不同意見書認為當此關係足夠緊密，系爭機構可被認定為公共機構，則該機構之所有行為依協定可歸責於政府⁷³。不過上訴機構應不必將公共機構之定義給予更詳盡的解釋，相反的，應留給調查機關適用上的空間⁷⁴。

在提出批評之後，不同意見書亦提出建議，並促請往後的當事國與小組不必受到過往標準的侷限⁷⁵。不同意見所提出之認定標準為：一機構是否為公共機構應逐案認定，適當考量到相關機構的特徵、其與政府的關係、該機構所在國家的法律與經濟環境⁷⁶。由於沒有兩個國家是完全相同的，所以公共機構確切的態樣與特性必然會因機構不同、國家不同、個案不同而有所差異⁷⁷。當政府有能力控

⁶⁴ *Id.* ¶ 5.242.

⁶⁵ *Id.* ¶ 5.243.

⁶⁶ *Id.* ¶ 5.244.

⁶⁷ *Id.* ¶ 5.245.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* ¶ 5.247.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* ¶ 5.248.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

制機構以及／或者其行為以給予財務援助，則該機構可能屬於公共機構⁷⁸。並不要求調查機關認定被調查之機構是否「擁有、執行或被授予政府權能」⁷⁹。

肆、評析

回顧本文前段整理之認定標準及因素，倘若採控制說，能夠較輕易的將 SOE 認定為公共機構，有利於各國對其採取 WTO 下課徵平衡稅之救濟措施。然而，倘若採取政府功能說，對於「行使政府功能」可能會有舉證上之困難。至於執行政府權能說，綜合列入「控制」與「政府功能」作為考量因素，雖然看似調合控制說與政府功能說，但其混沌不明的定義亦是加重了調查機關的負擔。況且並未解決政府功能說證據收集不易之情形，如此一來仍難以認定機構為公共機構，導致部分國家得以此名目逕行暗渡陳倉，更可能將使 SCM 協定形同具文。

職是之故，本文認同本案不同意見書對於上訴機構之批評，因過往小組與上訴機構雖然於報告中表示應個案認定，但仍採取政府權能說之標準再進行個案認定，然而對於公共機構之認定應彈性依個案認定，而非追隨或禁錮於過往之見解或拘泥於任一標準。再者，既然過往案例之小組解釋對於他案並無拘束力，如此便不需將前案作法奉為主臬。因此，本文認為似不須硬性採取某一說之認定標準，但可以將「受控制」及「行使政府功能」之證據視作具高度參考性的認定依據，而非決定性依據，同時也將其他相關因素（如機構產業類別、法律地位與資金來源等）列入考量，如此一來將能夠落實 SCM 協定的法規目的，不讓協定之功能因拘泥於過往解釋而弱化。依據此認定方式，本案中國之 SOE 因為在權力結構上被政府控制，此「受控制」之事實證據遂得作為認定其屬公共機構的高度參考性依據，因而大幅提高中國之 SOE 落入 SCM 協定下之可能性。

伍、結論

由於 SCM 協定未對公共機構給予明確的定義，加之過往案例認定標準不一，導致 SOE 於 SCM 協定下的定性問題形成一大挑戰，或鑒於此，以致現今許多自由貿易協定為避免 SOE 之認定爭議，便會設置 SOE 專章進行規範。反觀 SCM 協定，即使 SOE 之認定問題從過往的「韓國—影響商船貿易措施案」、「美國—反傾銷與平衡稅案」，到現今的美中平衡稅案大致可歸納出三項不同認定標準，爭端解決機構已使用特定標準及判斷因素，然究竟應採何項標準各方至今仍是問題。又三項標準各有其優缺點，要如何在認定上達到對於「公共機構」勿枉勿縱以實現法規目的，進而維持協定之功能，便是爭端解決機構，同時也是 WTO 爭端解決機制必須面臨的課題。

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*