

補貼協定下「受有利益」要件新解：市場基準之偏離？

第十五屆國際經貿法學發展學術研討會

2015年3月14日

發表人：楊光華教授

國立政治大學國際經營與貿易學系

大綱

壹、	前言	3
貳、	「受有利益」之市場基準	4
參、	替代的市場基準	6
◆	一、市場基準限於未被扭曲	7
◆	二、杜哈回合規則談判草案	9
◆	三、價格扭曲的證明與替代基準之選擇	10
肆、	「受有利益」新解	15
◆	一、小組多數意見	17
◆	二、小組不同意見	19
◆	三、上訴機構之解釋	20
伍、	可能的意義與影響	28
◆	一、環保能源政策豁免於補貼協定之規範？	29
◆	二、以供應面定義市場所可能引發的問題	32
◆	三、對WTO協定規範體系的衝擊	33
陸、	結論	35

壹、前言

- ◆ 根據世貿組織補貼暨平衡稅協定（以下簡稱補貼協定）的規定，其所規範的補貼必須符合三項要件：
 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. **具特定性**。
- ◆ 其中，所謂的「受有利益」，自加拿大—航空器案起，已發展出以市場基準做為判斷標準的原則；也就是財務補助受領人必須因此取得較其原在市場上得享有之更有利的地位。這樣的法理從協定第14條有關補貼數額計算的規定，同樣可獲得印證。
- ◆ 加拿大—能源案有關受有利益的分析似乎偏離了上述市場基準的原則。該案上訴機構以為當政府的財務補助創造了一個新的市場時，雖然政府的干預影響該新創市場之價格，但不會因此本質上排除 (*exclude per se*) 該價格作為判斷「受有利益」與否的基準。這樣的觀點與長期以來認為得作為「受有利益」比較基準的市場價格必須是未受政府措施扭曲者，可謂有相當差異。
- ◆ 本文分析加拿大—再生能源案小組多數意見、不同意見及上訴機構意見三者對於「受有利益」之認定所採取之不同觀點，以及此種歧異之意涵與可能帶來之影響。

貳、「受有利益」之市場基準

- ◆ 補貼協定有關補貼的定義中，要件二「受有利益」之重點在於受補助者是否因此獲得較市場待遇更佳的待遇，至於給予補助的政府或公立機構之成本並非考量之因素。因此中文譯作：受補助者因而「受有利益」或許較政府「授與利益」更貼近真正之意涵。
- ◆ 所謂的「利益」，上訴機構於加拿大—航空器案中指出在判斷受補助者是否受有利益時，市場（“marketplace”）提供了合適的比較基礎，因為財務補助是否具有扭曲市場的可能性藉著判斷受補助者是否因此獲得相較於市場上可得之條件更為優惠之財務補助而得以確定。 *Appellate Body Report, Canada – Aircraft*, ¶ 157.
- ◆ 補貼協定第14條有關補貼數額計算之準則儘管是為了平衡稅之課徵而制訂，即屬於協定第五章平衡措施之規定，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仍認為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，與第1條規定之「受有利益」要件明顯相關。

SCM §14

- (a) government provision of equity capital
- (b) a loan by a government
- (c) a loan guarantee by a government
- (d) the provision of goods or services or purchase of goods by government

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（或潛在）之資金移轉的形式，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「系爭貨品或服務於提供國或採購國之主要市場行情」等。是以第14條之規定等於進一步肯定裁決機構有關「市場為適合的比較基準」這樣的見解

參、替代的市場基準

- ◆ 要使得與市場基準比較具有意義，基準本身不可以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。(AB, *EC-Large Aircraft*, ¶ 900)
- ◆ 當協定第14條明訂之市場基準業已受到財務補助之扭曲時，得否使用替代基準的問題，於美國—軟木案四(DS257)中首度被提出：
 - ◆ 小組與上訴機構都同意美國之經濟邏輯，即當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。
 - ◆ 儘管如此，小組最終還是裁定美國商務部既承認加拿大存有林地（伐木）之民間市場，卻只因該市場價格被扭曲，就改為採用美國的價格作為決定利益的基準，違反第14(d)條的規定。
 - ◆ 小組並強調若會員覺得協定之規則無法以令人滿意之方式處理特定情況，則應該在談判中提出，因為小組縱使認為條文未充分處理某些特定情況，亦未被允許做出逾越條文文義的解釋。

一、市場基準限於未被扭曲

- ◆ 對於小組先是同意美國的經濟邏輯，最後卻以協定第14(d)條之文義為由，做出否定的裁決，上訴機構並不贊同：
 - ◆ 上訴機構表示其看不出來小組所允許之唯一例外：即「政府是唯一供應者」的情形，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。因為即使政府非唯一供應者，透過其支配性供應地位，仍可以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，而無法完全逮獲補貼。
 - ◆ 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。
 - ◆ 在上訴機構眼中，第14條準則之規定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，並非僅能以國內民間價格為唯一基準。
 - ◆ 然而上訴機構也強調得以使用國內民間價格以外替代基準的可能性非常有限，因為並非當政府是市場上重要供應者時，就可逕行判定市場價格受到扭曲，而是必須依個案個別判斷。不過，只要證明了政府之支配性角色確實扭曲了國內之民間價格，調查機關就得以使用替代基準。

續

- ◆ 哪些替代基準是符合第14(d)條之規定？上訴機構同意可以是：
 - ◆ 參考類似貨品在全球市場上之報價而得之指標，
 - ◆ 以生產成本為基礎推算出來的指標，
- 不過無論採取何者，上訴機構強調皆必須依第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（“... The adequacy ... shall be determined **in relation to prevailing market conditions** ... **in the country of provision** ... (including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase of sale). ”）

二、杜哈回合規則談判草案

- ◆ Negotiating Group on Rules: New Draft Consolidated Chair Texts of the AD and SCM Agreements (TN/RL/W/236, 19Dec. 2008)*
 - ◆ identifies two situations in 14(d)
 - ◆ Where prices are regulated
 - ◆ Where the government has a predominant role as a provider of goods in question and distorted the unregulated prices
 - ◆ alternative benchmarks:
 - ◆ Export prices, or
 - ◆ Market-determined prices outside the country adjusting for quality, availability, marketability, transportation, and other conditions for sale.

*2011 Chair's communication (TN/RL/W254) revealed controversy remained even for un-bracketed language.

三、價格扭曲的證明與替代基準之選擇

- ◆ 在 *US-Anti-dumping and Countervailing Duties(China)* 案: (DS379)
 - ◆ 確認並非只要供應國政府是系爭貨品之「支配性」供應者，就可以不論其它證據，當然地允許改用第14條以外之替代基準；換言之，所以不用供應國內之民間價格作為基準乃是因為該價格遭到扭曲，而非因政府為支配性供應者。
 - ◆ 除了政府的支配性角色外，其它證據需考量到何種程度:

續

1. 當政府為唯一之供應者或政府控制價格時，誠如美國一軟木案四之小組所分析的，已可推論價格遭到扭曲，就不需要再多考慮其它的證據。
2. 政府為支配性供應者之情形：除了政府之市占率（或市場力量）外，尚需考量其它證據，不過由於支配程度愈高、市場力量愈大，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。（本案中，國營事業在中國國內的熱軋鋼產銷市場的市占率逾96%）
3. 政府僅為重要供應者之情形：一定需要考量政府市占率（或市場力量）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。

續—14(b)的情形

- ◆ 儘管第14(b)條與第14(d)條之規定方式不同，但上訴機構認為當在特定市場、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14(b)條以外的基準，只不過該替代基準必須接近原應使用之基準一節。
- ◆ 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政府而非市場所建立的情形；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。
- ◆ 上訴機構同意本案美國商務部拒用中國人民幣利率作為基準是有理由的；但對於美國商務部選取之替代指標：即33個國民所得毛額（GNI）與中國相近的市場經濟國之真實利率（根據所得與利率的相反關係，以回歸方式推算，並利用通膨及政府治理品質等指標加以調整而得），上訴機構無法認同，直言並無任何證據支持所得水準與借貸利率的反向關係。建議可能的替代指標包括以第三國之利率做為替代，而非選擇一群國家；或者在選擇一群國家時用的指標是採用國民儲蓄率，而非GNI。

肆、「受有利益」新解

- ◆ Fact: OPA (Ontario Power Authority) → FIT price → producers of renewable energy (wind and solar) meeting minimum domestic content requirement
- ◆ Ruling:
 - ◆ Violation of TRIMs and GATT III: 4 (Yes*)
 - ◆ Violation of SCM?
 - ◆ Panel & AB: the measure constitutes a “purchase of goods (i.e., electricity)” through its public bodies
 - ◆ Benefit analysis: the adjudicating bodies took three different positions: Majority of the Panel vs. Dissenting Panelist vs. the AB.

兩造有關「利益」之主張

◆ 原告（EU, Japan）：

- ◆ 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
- ◆ 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

◆ 被告（Canada）：

- ◆ 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，但是主張作為受有利益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

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。
- ◆ 雖說明小組的分析是可以僅止於駁回原告有關「利益」的主張，而沒有義務去找尋利益之比較基準，但又提出其所謂的觀察以利在未來類似案件中可以有效處理利益問題：
 - ◆ 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。
 - ◆ 具體來說，在本案中將是以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

二、小組不同意見

- ◆ 反對小組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法。
- ◆ 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，也指出小組竟主張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，因而拒絕以之為基準，有待商榷。
- ◆ 對於原告所提出之替代基準，不同意見小組成員也指出原告必須證明：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；由於原告未盡到上述的舉證責任，故其也認為小組無法完成相關的利益分析。
- ◆ 強調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。因為兩造當事國皆同意風力及太陽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），若是沒有政府的介入並無法達成。

三、上訴機構之解釋

(一) 定義相關市場

- ◆ 除了需求面外，上訴機構導入另一個於過去進行利益分析時未被使用過的因素，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（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）。
- ◆ 認為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，故不同發電技術所產生之電力應視為不同市場。
- ◆ 故相關市場應如同加拿大原所建議的，即是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市場。

(二) 合適的比較基準

- ◆ 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，並表示「受有利益」之判斷雖毋庸
考量政府的政策考量，但非謂以市場為基礎的利益
分析方法不得考量政府介入以創造市場的情形。
- ◆ 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，
故仍有相當大的空間是留給民間業者基於商業考量
進行運作。
- ◆ 既將風力及太陽光電發電市場視為是另一個獨立的
市場，則政府對風力及太陽光電發電業者的補助是
創造新市場，而非介入既有市場，也就不必然構成
補貼。

(三) 審查小組適用基準之分析

- ◆ 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。
- ◆ 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的正確性，上訴機構則明言不表示意見

(四) 完成分析

- ◆ 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躉購費率的方法論可能可以提供該費率是否超過足夠報酬的證據。

續

- ◆ 若不可行，則可以利用以下之市場基準：
 - ◆ 國內或其他國家（必須經過調整）之風力或太陽能電力之行政收購價格，但該價格必須是由市場機制決定。
 - ◆ 由價格發現機制，如競標或協商價格等所確立之基準。
- ◆ 上訴機構認為可能可以比較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授與利益；從這兩者間之價格差距看來，FIT價格似乎授與利益。
- ◆ 但由於有爭點過於複雜，且未在小組階充分探討的問題，若完成分析將影響到當事國之正當程序權利，故決定以事實不足為由不完成分析

伍、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。
- ◆ 儘管上訴機構假設在上述新創市場中，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，因而認為政府雖藉著供電組合定義創造了市場，但仍是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」。

一、環保能源政策豁免於補貼協定之規範？

- ◆ 細繹上訴機構的論理，倒不見得真是為環保政策背書、或是為之建構了法律上的安全港。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，其似乎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。
- ◆ 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，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，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。
- ◆ 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。

二、以供應面定義市場所可能引發的問題

- ◆ 導入供應面之觀念，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：
 - ◆ 舉例而言，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），故其產業扶持政策實際上是新創了一個市場，而不當然構成補貼。
- ◆ 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。

三、對WTO協定規範體系的衝擊

(一) 出口補貼

- ◆ 由於上訴機構的新市場論理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論理的衝擊。
- ◆ 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，附件一例示的情形當然（*per se*）是禁止的出口補貼，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」之各款要件，而毋庸先證明這些措施是第屬於3.1(a)條規定之範疇。
- ◆ 舉例：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。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。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—再生能源案有關授與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，但這種解讀所產生之歧異勢必衝擊整個WTO規範體系的內部一致性，而引發不安定的因素。

結論

- ◆ 加拿大—再生能源案有關「受有利益」的新解，無論是從法律層面、經濟層面、或環保政策促進層面皆有令人不安之處。事實上，如果肯定導正補貼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。
- ◆ 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。
- ◆ 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，這樣的取徑將會產生意想不同的負面效果，因為補貼定義決定補貼協定規範的適用範圍，以及與WTO其他相關協定之分工，任何偏離其原有以市場原則為基礎的解釋，均會不當地更動補貼協定應適用之範圍，以及與WTO其他相關協定間之界限，不可不慎！