

試析國內自製率要求之正當性抗辯

— 以印度太陽能電池案為中心

李如蘋

摘要

國內自製率要求為 GATT 明文禁止之措施，但各國為了發展能源產業而採取國內自製率要求之情形屢見不鮮。繼加拿大再生能源案，上訴機構判定安大略省政府購電計畫對發電設備之國內自製率要求違反國民待遇後，今（2016）年 2 月印度太陽能電池案之小組報告出爐，針對美國主張印度國家太陽能發電計畫對於使用太陽能電池與模組之規定構成「國內自製率要求」，印度除了援引 GATT 第 3.8 條「政府採購」之排除條款以及 GATT 第 20 條一般例外(d)款「為確保遵守法律或規章之必要」外，更在 WTO 爭端解決體系下首次引用第 20 條(j)款「為獲取普遍性或地區性短缺之產品」進行抗辯，值得深入探究。本文將參酌過往案例，探討「國內自製率要求」構成國民待遇之違反與豁免條款間之關係，並分析其目前正當化「國內自製率要求」之可能性。

今(2016)年 2 月 24 日 WTO 公布印度關於太陽能電池與模組特定措施(India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules) 之小組報告，主要涉及「國內自製率要求 (Domestic Content Requirement, DCR)」之爭議¹。由於印度政府要求太陽能發電業者購買印度所生產之太陽能電池與模組，作為取得與印度政府簽訂優惠性電力採購協定之資格條件，美國認為此 DCR 措施使外國同類產品受到較低待遇，違反關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 第 3.4 條及與貿易相關之投資措施協定 (Agreement on Trade-Related Investment Measures, 以下簡稱 TRIMs 協定) 第 2.1 條國民待遇之義務，進而訴諸 WTO 爭端解決²。

近年來不少國家致力於綠色能源產業以追求永續的經濟成長，在擴大能源產業及對抗氣候變遷的同時，各國政府多以「國內自製率要求」作為政策工具，然而，其貿易保護的本質備受爭議³。先前加拿大再生能源案中，歐盟及日本便針

¹ Panel Report, *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/R (Feb. 24, 2016) [hereinafter Panel Report, *India – Solar Cells*].

² *Id.* ¶ 3.1.

³ Jan-Christoph Kuntze and Tom Moerenhout, *Local Content Requirements and the Renewable Energy Industry - A Good Match?*, ICTSD, May 2013, 4, available at

對加拿大之購電計畫 (feed-in tariff program)，向 WTO 控訴其要求使用當地所產之太陽能發電設備違反國民待遇，上訴機構判定加拿大此舉構成 TRIMS 協定中對 DCR 規定之要件，因此違反 GATT 第 3.4 條及 TRIMS 協定第 2.1 條規定之國民待遇原則，且無法適用 GATT 第 3.8 條「政府採購」之例外加以排除。而印度於本案除主張「政府採購」例外條款外，特別援引 GATT 第 20 條一般例外進行抗辯，分別為(d)款及首度出現於爭端解決之(j)款⁴。由於兩案件情況相似，並有重疊的爭點，關係密切，故在探討「國內自製率要求」之違法和抗辯之部分，本文將以加拿大再生能源案之上訴機構見解為主要依據。

以下首先介紹本案事實背景，再分別討論程序和實質之爭議。程序上，由於加拿大基於過往經驗與此爭議相似，因此要求提升第三方權力；實質上，針對「國內自製率要求」能否以例外條款正當化，有必要先釐清 GATT 第 3.8 條「政府採購」排除條款於此爭議之適用性，特別是其適用之前提要件，藉此判定該條文得否適用於政府採購電力並同時要求發電設備達到國內自製率之情況；再者，針對印度援引一般例外之抗辯，特別介紹 GATT 第 20 條(j)款之解釋，並檢視系爭措施在第 20 條(j)款及(d)款之適用結果；最後，對目前「國內自製率要求」是否可能被正當化之發展作一結論。

壹、背景事實介紹

為促進太陽能發電，印度政府於 2010 年推動「尼赫魯國家太陽能計畫 (Jawaharlal Nehru National Solar Mission, JNNSM)」，與太陽能發電業者 (solar power developer，以下簡稱業者) 簽訂長期電力採購協定 (power purchase agreements, PPA)，提供業者 25 年的保證費率，並由政府將所收購之電力轉售予下游配電公司，再由配電公司轉售予最終消費者 (如住家、工廠或政府單位)⁵。為取得簽訂此優惠性採購協定之資格，業者必須遵守印度政府針對太陽能電池和模組所規定的 DCR 措施⁶。

印度新能源和再生能源部 (Ministry of New and Renewable Energy of India, MNRE) 發布「指導原則 (Guidelines)」規範參與計畫資格、業者投標程序、技術規格與契約發行 (契約中即包含了 DCR 措施)，並授權國營之電力交易公司 (NTPC Vidyut Vyapar Nigam Limited, NVVN) 及印度太陽能公司 (Solar Energy

http://unctad.org/meetings/en/Contribution/DITC_TED_13062013_Study_ICTSD.pdf (last visited Mar. 16, 2016).

⁴ *WTO Appellate Body rules against Canada in renewable energy case*, ICTSD, BIORES, Vol.7, No. 2, May 27, 2013, available at

<http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/wto-appellate-body-rules-against-canada-in-renewable-energy-case-0> (last visited Apr. 24, 2016).

⁵ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶7.2.

⁶ *Id.* ¶7.7.

Corporation of India, SECI) 負責執行⁷。不同階段之契約規定特定技術之太陽能模組或電池須為印度所生產，即為下圖之禁止使用特定國外太陽能模組或電池之部分，尤其 Phase II (Batch 1-A)之 PPA 完全排除使用國外產品⁸。

階段 (Phase & Batch)	機構 (Agency)	計畫篩選時期 (Project selection period)	允許國外矽晶模組 (Foreign c-Si modules permitted)	允許國外矽晶電池 (Foreign c-Si cells permitted)	允許國外薄膜模組或聚光電池 (Foreign Thin-film modules or concentrator PV cells Permitted)	協定總數 (Total # PPA s)	使用國外模組和/或電池之協定數量及發電量 (Using foreign cells and/or modules)	使用印度模組和/或電池之協定數量及發電量 (Using Indian cells and/or modules)
Phase I (Batch 1)	MNRE & NVVN	2010-2011	No	Yes		28	14 PPAs (70MW)	14 PPAs (70MW)
Phase I (Batch 2)	MNRE & NVVN	2011-2012	No		Yes	27	19 PPAs (260MW)	8 PPAs (70MW)
Phase II (Batch 1-A)	MNRE & SECI	2013-2014	No			22		22 PPAs (375MW)

貳、程序爭議—強化第三方權力

曾因太陽能電力收購計畫而遭受歐盟及日本控訴之加拿大，同樣由於實施國內自製率要求經上訴機構判定違反 WTO 規範，不難想像其關切本案之程度⁹。針對提升第三方權力，加拿大於本案主張 WTO 會員在 GATT 第 3 條於「國內自製率要求」之適用上具有利害關係，且「綠色能源措施」相關議題對 WTO 會員具整體之重要性 (systemic importance)，並要求在期中報告前第三方可獲得所有當事方文字或口頭呈述之電子檔案、參與所有小組會議與回答小組所提出之問題，以及能於「第二次」小組會議前提交書面或會議時進行口頭發言¹⁰。

依據爭端解決瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU) 第 10 條規定，小組在訴訟程序中有義務考量所有會員國於系爭協定下之利益，然原則上欲參與訴訟程序之第三方會員須事先向爭端解決機構通知其具有「實質利益 (substantial interest)」，且其權利僅限於「第一次」小組會議時得以發言及接收爭端會員之意見書¹¹；但在實務上小組可能視情況而同意加強第三方參與之權利¹²。

⁷ *Id.* ¶ 7.4.

⁸ *Id.* ¶ 7.4.

⁹ *WTO Appellate Body rules against Canada in renewable energy case, supra* note 4.

¹⁰ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.32.

¹¹ Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, art. 10.

¹² WTO, Dispute Settlement System Training Module: Chapter 6, *The process — Stages in a typical*

本案小組表示 DSU 賦予第三方最低之權利保障，在符合 DSU 和正當程序之前提下，小組於特定情況得強化第三方權力，如第三方因系爭措施受有經濟利益、最終判決或建議會影響第三方所保有之相似措施，或者第三方因相同措施同時為其他訴訟之當事方等情況¹³。針對加拿大之主張，小組同意 WTO 會員於涵蓋協定之解釋上具集體利益，及小組對 WTO 協定之解釋對會員有整體之重要性 (systemic importance)，惟加拿大於本案並未指出任何符合上述之特定情形，故無授予強化第三方權力之依據，且在過往案例中小組皆因當事方一致反對而拒絕提升第三方權力之要求，故小組考量本案美國與印度雙方皆反對之立場，拒絕加拿大之要求¹⁴。

參、國內自製率要求之違法認定

國內自製率規定於 TRIMS 協定附件列示清單，屬於違反 GATT 第 3 條及 TRIMS 協定第 2 條國民待遇之措施。本案首先認定系爭措施是否構成「國內自製率要求」之要件，再針對 GATT 第 3.8 條「政府採購」豁免條款之適用性進行討論。

一、「國內自製率要求」之違反

TRIMS 協定第 2.1 條規定會員不應適用違反 GATT 第 3 條之「與貿易相關之投資措施」，並以附件之列示清單界定違反 GATT 第 3.4 條之措施¹⁵。列示清單第 1 段(a)款即指出違反 GATT 第 3.4 條國民待遇之 TRIMS 包含「國內自製率要求」¹⁶。因此，當系爭措施落入列示清單第 1 段(a)款時，當然違反 GATT 第 3.4 條和 TRIMS 協定第 2.1 條國民待遇之規定，並排除逐一檢視 GATT 第 3.4 條法律要件之必要，此為上訴機構於加拿大再生能源案所採之見解¹⁷。

針對系爭措施是否違反 GATT 第 3.4 條和 TRIMS 協定第 2.1 條，本案小組首先判定系爭措施為「與貿易相關之投資措施」，由於印度政府若干文件顯示本計畫之目的係為國內太陽能科技製造業提供有利的法規和政策條件，藉此吸引大量投資、鼓勵技術創新和降低成本¹⁸；且本案 DCR 措施係針對特定產品之原產地

WTO dispute settlement case,

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s3p1_e.htm (last visited Apr. 1, 2016).

¹³ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.34.

¹⁴ *Id.* ¶ 7.35.

¹⁵ Agreement on Trade-Related Investment Measures, art. 2.

¹⁶ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.47.

¹⁷ *Id.* ¶ 7.48.

¹⁸ *Jawaharlal Nehru National Solar Mission, Phase-II Policy Document*, Ministry of New & Renewable Energy, at 28, JNNSM Phase-II, Policy Document – WORKING DRAFT; *Jawaharlal Nehru National Solar Mission towards Building Solar India*, Ministry of New & Renewable Energy, at 7.

施加規定，此舉給予國內產品較有利於進口產品的條件，必然「與貿易相關」¹⁹。另外，檢視列示清單第 1 項(a)款之要件：「要求企業購買或使用國內產品」及前言中「在國內法下屬於強制性」或「為獲得優惠所必須」者²⁰，系爭 DCR 措施除要求業者使用印度所生產之太陽能電池和模組，在符合 PPA 生效條件後，政府亦提供保證長期收購費率及可行性資金缺口融資 (Viability Gap Funding, VGF) 等「優惠 (advantage)」²¹，且各 PPA 明定違反條約義務之條款與結果。綜上，系爭措施符合 TRIMs 協定列示清單第 1 項(a)款之要件，因而違反 GATT 第 3.4 條和 TRIMs 協定第 2.1 條國民待遇之義務²²。

二、「政府採購」豁免條款之適用性

GATT 第 3.8(a)條規定政府採購行為免於遵守 GATT 第 3 條國民待遇之義務，因此印度援引 GATT 第 3.8(a)條進行抗辯。依照上訴機構於加拿大再生能源案之見解，首先應判斷系爭措施所影響之產品是否為 GATT 第 3.8(a)條所採購之「產品範圍」，且應與 GATT 第 3 條義務內之產品範圍相對應，除了完全相同之產品，亦包含「同類」產品，即 GATT 第 3.2 條註釋與補充條款 (Ad Note) 規定之「具直接競爭性或可替代性」產品²³。本案小組基此認為印度政府所採購之產品為「電力」，而國內自製率要求購買之「發電設備」，兩者不具「競爭關係」，故 GATT 第 3.8(a)條之豁免範圍並不包含對太陽能電池和模組所形成之歧視待遇²⁴。

然而，本案中印度聲明其並非爭論「電力」與「太陽能電力和模組」具競爭關係，而係主張「太陽能電力和模組」為發電不可或缺之「投入」，故政府採購電力的同時，實際上 (effectively) 亦包含電池和模組。對於印度主張 GATT 第 3.8(a)條所豁免之範圍應包含該等「投入」，上訴機構於加拿大再生能源案表示考量產品「競爭關係」時，在特殊情形下亦須考量產品之「投入」和製造過程，然與 GATT 第 3.8(a)條之豁免範圍無關²⁵。本案小組認為此案情況與加拿大再生能源案相同，無另行解釋之必要，同樣以電力與太陽能電池和模組不具「競爭關係」，認定印度無法以 GATT 第 3.8(a)條進行抗辯²⁶。

肆、GATT 一般例外

違反國民待遇之「國內自製率要求」在未能以 GATT 第 3.8(a)條豁免條款加以

¹⁹ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.63

²⁰ *Id.* ¶ 7.57.

²¹ Phase I 保證長期收購費率，Phase II 保證長期收購費率及可行性資金缺口融資 (Viability Gap Funding, VGF)。

²² Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.73.

²³ *Id.* ¶¶ 7.106, 7.111.

²⁴ *Id.* ¶ 7.120.

²⁵ *Id.* ¶ 7.117.

²⁶ *Id.* ¶ 7.135.

排除之情形下，GATT 第 20 條為另一個可能正當化其違法性之途徑。印度首先提出其實施 DCR 措施之理由依據，同時也是其主張 GATT 第 20 條(j) 款和(d) 款之基礎。基於確保能源安全 (energy security)²⁷、減緩氣候變遷及追求永續發展之義務，印度須確保由太陽能發電之清潔能源供應充足、價格合理，以減少仰賴進口石油和煤炭；惟只有當業者能獲得持續且價格合理的太陽能電池和模組，才能確保其清潔能源之供應充足²⁸。此外，目前印度太陽能發電業者絕大多數依賴國外進口之太陽能電池和模組，如此依賴進口形成供應中斷之風險，唯有增加國內製造能力，始能確保足夠之「緊急儲備」並減少此風險，因此印度主張 DCR 措施乃為保障業者獲取太陽能電池和模組之必要，為 GATT 第 20 條(j) 款所指「為獲取或分配短缺產品之必要」²⁹。另外，印度指出許多國際和國內文件顯示其有義務減緩氣候變遷及追求永續發展，因此 DCR 措施為 GATT 第 20 條(d) 款「為確保遵守法律或規章所必要」者³⁰。以下分別介紹小組於本案中對此兩條文之闡釋。

一、GATT 第 20 條(j) 款之首例

針對印度之主張，美國認為若產品呈現短缺，用以增加國內製造能力之 DCR 可能符合為「獲取」產品之措施，且不違背第 20 條(j) 款第二部分之條件—其他會員對產品之供給有平等權利。然而，印度之太陽能電池和模組並非第 20 條(j) 款所指呈現「一般性或地區性短缺 (in general or local short supply)」之產品，且應有較小貿易限制之替代措施，DCR 措施非獲取太陽能電池或模組所「必要」者³¹。對此，本案小組首先對「一般性或地區性短缺」進行文義解釋，以檢視太陽能電池和模組是否呈現「一般性或地區性短缺」，再評估 DCR 措施是否為「獲取」該等產品所必要。

(一) 文義解釋

由於 GATT 第 20 條(j) 款從未於爭端解決中被引用過，DSU 第 3.2 條規定小組須依據國際習慣法加以闡明，而根據維也納條約法公約 (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 第 31 條關於條約解釋之一般規則，小組參酌協定之目的與宗旨及上下文，對「產品普遍性或地方性短缺 (product in general or local short supply)」進行通常解釋³²。首先，關於「短缺 (in short supply)」，上訴機構於中國稀土案中對 GATT 第 11:2(a) 條「嚴重短缺 (critical shortage)」解釋時，以 GATT

²⁷ *Id.* ¶ 7.16. 能源安全 (energy security)，根據國際能源總署之定義為「可負擔價格下，不間斷的能源供應 (the uninterrupted availability of energy sources at an affordable price)」，聯合國開發計畫署報告亦為相似定義「在合理價格、不同形式、足夠數量下，持續的能源供應 (the continuous availability of energy in varied forms in sufficient quantities at reasonable prices)」。

²⁸ *Id.* ¶ 7.189.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* ¶ 7.191.

³¹ *Id.* ¶ 7.193.

³² *Id.* ¶ 7.202.

第20條(j)款之「短缺 (in short supply)」相互對照，牛津字典中in short supply意思為「可供數量有限的、稀少的 (available only in limited quantity, scarce)」，相似於shortage「數量不足 (deficiency in quantity; an amount lacking)」，差別在於GATT第11:2(a)條以嚴重之形容詞限縮其短缺之範圍，可推知本案「產品短缺 (product in...short supply)」即指「可供數量不足」³³。為得到界定「不足」之客觀標準，小組參照in short supply中「供給 (supply)」之解釋：「實際生產且可供購買之任何商品數量，與需求相關聯」，得知供給和需求之相互關係，意味著當產品之可供數量無法滿足需求時，便形成「可供數量不足」³⁴；將產品短缺加上「一般性或地方性 (general or local)」，則指「在相關地理區域或市場內，產品之可供數量無法滿足需求之情形」³⁵。

(二) 歷史解釋

根據VCLT第32條，為證實適用前條所得出之意義，小組補充GATT第20條(j)款之草簽歷史。於第二次世界大戰後，各國在籌備國際貿易組織時，考量戰後情況之特殊性，同意於戰後過渡時期允許使用數量限制以達到：(1) 短缺產品之公平分配 (the equitable distribution of products in short supply)、(2) 維持因戰爭造成短缺而由國家管制價格之秩序，(3) 政府持股之臨時盈餘或因戰爭情急所建立而於平時經營無經濟效益之產業得有秩序地進行清算……等，這些例外特別限於戰後過渡時期或因特殊情形延期，且隨後規定於《哈瓦那憲章》³⁶。因此，過渡時期允許：(1) 使用不同之國內稅、混合規章及數量限制，以分配短缺之物資、(2) 影響基於短缺之價格管制，及(3) 清算股票盈餘或戰時成立而平時缺乏經濟效益之產業³⁷。

1947年GATT第20.2條(a)款針對第一種情形規定，「為獲取或分配一般性或地方性短缺產品所必要之措施，須根據國際間平等分配該產品之國際協議，若無協議則根據所有締約國應享有平等供給該產品之原則」，第20.2條並規定「1951年以前，依本款所維持而不符協定其他規定之措施應於情況停止後移除」³⁸，且「一般或地區短缺」之情形應包含產品雖呈現國際短缺，但世界上所有市場不必然皆短缺，所有國家並非皆因面臨短缺才進口商品³⁹。在多次延長GATT第20條第2項之規範後，1954至1955年籌備會議決定保留(a)款且訂於1960年6月30日前檢查之，

³³ *Id.* ¶¶ 7.203, 7.204.

³⁴ *Id.* ¶ 7.205.

³⁵ *Id.* ¶ 7.207.

³⁶ *Id.* ¶¶ 7.209, 7.210.

³⁷ *Id.* ¶ 7.211.

³⁸ *Id.* ¶ 7.212, 7.213. 此要求有以下 4 個特徵：(1) 其作法本身是不符合本協定之規定；(2) 雖第 20 條第 2 項(a)款之要求是關於總國際供給而非締約國之個別供給，然而若締約國將超過其份額之供給予他國(無論是否為締約國)，將違反所有締約國享有國際供給平等份額之原則；(3) 締約國因雙邊協定之結果而不被視為平等之份額無法以 20 條第 2 項(a)款中之平等來抗辯；(4) 對所有締約國皆為平等之認定應依個別情形中之事實而定。

³⁹ *Id.* ¶ 7.214.

並刪除其餘已受其他規範涵蓋之部分，第20條第2項(a)款即為現今的第20條(j)款⁴⁰。在1960年檢視(j)款條文時，雖訴諸此條文之案件數量相當有限，GATT締約國大會仍普遍同意保留此項規定，俾締約國於未來應急之用⁴¹。基此，小組針對「普遍性或地方性短缺」之解釋為：產品之可供給數量無法滿足相關地理區域或市場中之需求，符合上述(j)款條文之草簽歷史、其結論之情形及締約國早期之實踐⁴²。

(三) 法律分析

在闡述「普遍性或地方性短缺」之文義後，小組針對印度主張其太陽能模組和電池構成短缺之兩項理由分別進行評估，(1) 印度國內製造能力之缺乏、(2) 業者面臨產品短缺之風險⁴³。

1. 缺乏國內製造能力

印度表示其缺乏太陽能電池和模組的製造能力相當於該等產品有普遍性或地方性短缺之情形，即便可經由進口而獲得並不否定其因缺少國內製造而於印度市場呈現短缺的事實⁴⁴。對此美國指出印度並未解釋國際市場供給充足下為何其無法獲取該產品，且只有當國內製造加上進口及扣除出口後，仍不足以滿足國內需求時，才有出現短缺的可能。換言之，若產品能透過進口而取得，並不會產生第20條(j)款一般性或地方性短缺之情形。

小組首先觀察條文內容，「普遍性或地方性短缺之產品」並非「普遍性或地方性短缺之『本國』產品，且「供給」之文義並未區分國內製造與國外進口⁴⁵。故小組認為印度之主張無異於將「供給」短缺 (in short supply) 視為「生產」短缺 (in short production)；即便產品之總供給會隨產量增加而提高，兩者在本質上具關聯性卻無法相互替代，否則第20條(j)款後半部要求此項例外措施須遵守各締約國享有國際「供給」平等份額之原則，將變成國際「生產」平等份額⁴⁶，因此印度之主張並不符合文義解釋。再者，「不足」之認定標準乃產品之供給數量無法滿足相關地理區域或市場中之需求，印度主張國內製造能力之「缺乏」，與產品需求可否透過其他來源來滿足並不相關，且其並非主張因國內製造能力不充足 (sufficient) 而形成無法滿足國內需求之「地方性短缺」，亦未提供衡量標準說明太陽能計畫何以達到「充足」之製造能力而使太陽能電池和模組不再「短缺」，使得小組無法判定印度產品呈現條文所指之缺乏情形。

⁴⁰ *Id.* ¶ 7.215.

⁴¹ *Id.* ¶ 7.217.

⁴² *Id.* ¶ 7.218.

⁴³ *Id.* ¶ 7.219.

⁴⁴ *Id.* ¶ 7.220.

⁴⁵ *Id.* ¶ 7.223.

⁴⁶ *Id.* ¶ 7.224.

雖然印度就第20條(j)款後半部所提及的「國際供給」，主張存在「國際供給」的同時也可能有產品短缺之情形，但小組認為此與產品短缺須考慮「所有來源」不衝突，因為國際供給並不代表於所有地區皆有供應，即便皆有供應也未必足以滿足需求⁴⁷。另外，印度依據美國蝦龜案 (United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products) 上訴機構之見解，主張解釋條文時應衡量「當時情況 (contemporaneous circumstances)」，條文須以現今能源安全和永續發展已成為全球議題之發展來衡量，而非1940年及1950年戰後物資短缺之情形⁴⁸。小組認為如此考量之結果並不改變法律適用之標準，即便全球化和貿易自由化之結果消除了世界上所有產品之短缺，使第20條(j)款之實際情形不復存在而無適用之餘地，亦無法改變解釋條文定義之法律標準⁴⁹。因此，印度主張之「國內製造能力」僅為產品供給是否足以滿足相關地理區域或市場需求必須考量要素之一，但「缺乏」國內製造能力無法充分表示產品呈現短缺之情形，故在未考量「所有」產品來源下，缺乏太陽能電池和模組之「國內製造能力」並無法等同於太陽能電池和模組呈現本條所指「一般性或地方性短缺」。

2. 短缺之風險

短缺之「風險」是否等於太陽能電池和模組「普遍性或地方性短缺」？根據印度表示，低度的國內製造能力使業者仰賴進口，造成短缺之風險，而透過DCR措施增加國內製造能力，將降低進口中斷之風險，使業者持續保有發電所需之供給來源⁵⁰，且第20條(b)款同樣處理對人類或動植物生命及健康之「風險」。

小組將印度為解決仰賴進口風險之主張，理解為系爭DCR措施之重點在於為「獲得」太陽能模組和電池所必要，而非產品已呈現「普遍性或地方性短缺」，此主張已以缺乏國內製造能力進行審理；另外，對於印度主張「普遍性或地方性短缺」之概念亦包含產品短缺之「風險」⁵¹，小組認為該文字之通常意義乃產品「當前」呈現短缺之情形，且西班牙文和法文版之草簽條文皆以「現在式」呈現。同時，條文第二部分對本款例外所採取不符合GATT之措施，要求會員在促成此等措施之條件不復存在時即應終止實施，亦說明了促成此等措施之條件業已存在⁵²；且條文原係為處理戰後特定三年內過渡時期之短缺問題，並未包含「未來」可能形成之短缺⁵³。另外，對比高度相關且同樣處理「短缺」之GATT第11.2(a)條條文，「為『防止或消除』出口會員糧食或其他重要 (essential) 產品之嚴重短缺」，該條文明定允許會員採取預防措施，小組認為此兩條文所允許之暫時措施

⁴⁷ *Id.* ¶ 7.231.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* ¶ 7.233.

⁵⁰ *Id.* ¶ 7.237.

⁵¹ *Id.* ¶ 7.243.

⁵² *Id.* ¶¶ 7.244, 7.245.

⁵³ *Id.* ¶ 7.249.

仍有此差異⁵⁴。

在推定「普遍性或地方性短缺」之產品不包含面臨短缺風險之產品後，小組額外檢視印度之太陽能模組和電池是否面臨短缺之風險，並認定只有「緊急 (imminent)」之短缺風險可能為(j)款所涵蓋⁵⁵。根據上訴機構於中國—稀土案 (China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials) 對GATT 第11.2(a)條之解釋，此條文為減輕或消除現有嚴重短缺 (critical shortage) 之措施及防止「緊急 (imminent)」嚴重短缺之預防措施提供了法律基礎⁵⁶。本案小組認為，對於第20條 (j) 款是否允許採行預防措施，其標準至少要與第11.2(a)條之「緊急」短缺相一致，並不因第20條(j)款之短缺範圍較為寬鬆而採取較低之預防風險標準，且兩條文皆同樣為解決產品短缺之問題⁵⁷。本案中，印度太陽能發電業者並未面臨外國太陽能電池和模組供給中斷之「緊急」風險，故太陽能電池和模組形成普遍性或地方性短缺之「風險」並非GATT第20條(j)款所指太陽能電池和模組呈現普遍性或地方性短缺之情形⁵⁸。

二、GATT第20條(d)款

針對GATT第20條(d)款，小組指出目前已有完善的審查標準，被告必須證明以下兩項累積要件才能符合此項例外。第一，系爭措施必須是「為『確保遵守』與GATT不相違背的法律或規章而設計」；且第二，該措施必須是為確保該遵守之「必要」，亦須有「法律與規章」作為「確保遵守」之依據⁵⁹。印度認為DCR措施為其遵守國內和國際法義務之部份，為確保生態永續發展同時解決印度能源安全之挑戰，並確保遵守其有關氣候變遷之義務⁶⁰。針對印度提交之四項國際文件 (如聯合國氣候變遷框架公約等) 和四項國內文件 (如印度國家電力法案所規範之政策與計畫等)，小組分別評估此等文件是否為第20條(d)款中所指的「法律或規章」⁶¹。

(一)「法律或規章」之認定

1. 國際文件

根據上訴機構於墨西哥—軟性飲料案 (Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages) 之解釋，GATT 第 20 條(d)款之「法律或規章 (laws

⁵⁴ *Id.* ¶ 7.246.

⁵⁵ *Id.* ¶¶ 7.250, 7.255.

⁵⁶ Appellate Body Report, *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, ¶ 327, WT/DS394/AB/R (Jan. 30, 2012).

⁵⁷ Panel Report, *India — Solar Cells*, ¶ 7.258.

⁵⁸ *Id.* ¶ 7.261.

⁵⁹ *Id.* ¶ 7.267.

⁶⁰ *Id.* ¶ 7.268.

⁶¹ *Id.* ¶ 7.284.

or regulations)」係指構成國內法體系之「規則 (rules)」，而國際法可能經由國內法化或具直接效力而成為國內法之一部份⁶²。在國際規範方面，印度指出其行政單位無立法授權亦得自行實施國際法義務，反而說明無論透過立法機關或行政單位皆須將其國際法義務轉化為國內法⁶³。由於印度未能證明此等國際文件具直接效力或為國內法體系之一部分，這些國際文件並不構成 GATT 第 20 條 (d) 款所指的「法律或規章」⁶⁴。

2. 國內文件

對於印度指出其提交之國內文件未規定執行方式並不表示其無遵守之必要，美國認為該等文件僅為政策方針不具拘束效力，無法視為第 20 條(d)款所須「遵守」之法律或規章⁶⁵。針對條文「法律或規章」之解釋，小組首先參酌牛津字典及上訴機構於墨西哥—軟性飲料案 (Mexico—Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages) 中之意涵，認為「法律或規章」應為「規範行為之規則 (rules governing conduct)」，且必須具有法律強制力，故此認定標準應同樣適用於國內文件⁶⁶。小組審查結果為印度之國家電力政策、國家電力計畫和氣候變遷國家行動計畫並未在國內法體系形成具法律強制力之行為規範，僅有國家電力法案中之第 3 節符合 GATT 第 20 條(d)款所指的法律或規章⁶⁷。

(二)「為了確保遵守」法律或規章

本案DCR措施是否係「為確保遵守」國家電力法案第3節義務之措施？小組認為國家電力法案第3節僅規範政府有關單位應定期擬定國家電力政策和國家電力計畫，印度無法證明系爭DCR措施與遵守電力法第3節之義務具關聯性，亦未指出DCR措施是為了防止政府機構違反其定期擬定電力政策和計畫之義務⁶⁸。由於該法案僅提及「資源之最適使用」等目的，基於WTO所建立之法理說明第20條(d)款之「為了確保遵守」法律或規章，係指措施應執行法律或規章之義務，而非僅只確保達成法律或規章之目的，故過往小組皆認定當措施符合法律或規章之目的而未執行其中之任何義務時，不會落入第20條(d)款之範圍內⁶⁹。基此，本案僅能將DCR措施視為確保達成或符合法規之目的，而非為了執行法規之義務，因此DCR措施並非第20條(d)款之範圍內之措施⁷⁰。

⁶² Appellate Body Report, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, ¶ 69, WT/DS308/AB/R (Mar. 6, 2006).

⁶³ *Id.* ¶ 7.298.

⁶⁴ Panel Report, *India – Solar Cells*, ¶ 7.301.

⁶⁵ *Id.* ¶¶ 7.303, 7.304.

⁶⁶ *Id.* ¶ 7.309.

⁶⁷ *Id.* ¶ 7.318.

⁶⁸ *Id.* ¶ 7.329.

⁶⁹ *Id.* ¶ 7.330.

⁷⁰ *Id.* ¶ 7.332.

結論

近年來許多國家為發展本國太陽能產業所制定之國內措施，在促進環境保護之同時，不免有形成保護貿易之嫌。由加拿大再生能源案和印度太陽能電池案可知，政府在提供優惠性電力收購協定時，若針對太陽能發電設備如太陽能電池和模組等，規定太陽能發電業者須達到若干國內自製率，皆會被判定此舉對國外之太陽能電池和模組造成歧視而違反國民待遇原則。雖政府對於電力之收購為政府採購行為，但由於太陽能發電設備與其所生產之電力之間不具「競爭關係」，使得政府採購行為之例外條款無法涵蓋對太陽能發電設備所規定的國內自製率要求；再加上印度於本案以GATT第20條(d)款和(j)款抗辯失敗之情形下，可見目前「國內自製率要求」此項WTO所禁止之措施尚無被正當化的可能。

對於本案小組判決，印度甫於今年4月21日針對小組之判決結果提起上訴，針對GATT第3.8條、第20條(j)款和(d)款等抗辯事由提出異議⁷¹。本案上訴機構是否將對上述爭議提出新的見解，將影響國內自製率要求正當化之可能性，故本案之後續發展仍值得吾人持續關注。

⁷¹ Notification Of An Appeal By India, *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/9 (Feb. 25, 2016).