



RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-008

【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑫】
カナダー再生可能エネルギー発生セクターに関する措置(DS412)/
カナダー固定価格買取制度に関する措置(DS426)
ー公営企業および市場創設による政府介入への示唆ー

川瀬 剛志
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑫】

カナダー再生可能エネルギー発生セクターに関する措置 (DS412) /
カナダー固定価格買取制度に関する措置 (DS426)
ー公営企業および市場創設による政府介入への示唆ー*

川瀬剛志 (RIETI/上智大学) **

要 旨

カナダ・オンタリオ州は、温暖化対策を意図し、2009年より風力・太陽光発電電力の固定価格買取制度 (FIT 制度) を導入した。当該制度は従来の化石燃料使用の発電から風力・太陽光に代表される再生可能エネルギー電力への代替促進を目的としている。しかし、当該制度は発電設備の国産品優先使用 (いわゆるローカルコンテンツ) 要求を具有しており、環境政策上の動機とは離れ、州内への再生可能エネルギー発電設備産業の誘致・振興および雇用創出の策としての側面を有する。このため日・EU は当該措置の協定違反を理由とした紛争を WTO に付託した。

本件パネル・上級委員会は国産品優先使用要求の協定違反を認定するも、FIT 制度自体による政府による再生可能エネルギー発電市場の創設自体は WTO 協定の規律に服する補助金を構成しないと判断を示した。本稿は本件判断を解釈論としての適否、先例としての意義、および貿易歪曲的な補助金の規律と環境政策の適切なバランスの観点から評価する。また、公営企業の活動に関する事案としての側面も有することから、併せて昨今 TPP 交渉で注目される国有企業 (SOE) 規律の観点から、この問題に WTO 協定の果たす役割について示唆を得る。

RIETI ポリシー・ディスカッション・ペーパーは、RIETI の研究に関連して作成され、政策をめぐる議論にタイムリーに貢献することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

* 本稿は(独)経済産業研究所「現代国際通商・投資システムの総合的研究 (第 II 期)」プロジェクト (代表: 川瀬) 下の「WTO 紛争判例研究」研究会、および科学研究費補助金基盤研究(B)「東アジアにおける市場と政府をめぐる法的規律に関する総合研究」(平成 24 年度～平成 26 年度) の成果の一環である。筆者の研究報告に対して、参加者から貴重なコメントを賜った。記して謝意を表すると共に、ありうべき過誤は筆者に帰する。

** RIETI ファカルティフェロー・上智大学法学部教授 / e-mail: ts-kawas@sophia.ac.jp

I. 事実概要

本件では以下の 3 つの措置が問題となった。

- ① 固定価格買取制度 (FIT Programme、以下「FIT 制度」)¹
- ② 風力・太陽光発電の個別固定価格買取契約 (Individual FIT Contract、以下「個別 FIT 契約」)
- ③ 太陽光発電の小口個別固定価格買取契約 (MicroFIT Contract、以下「小口 FIT 契約」)

なお、便宜上本稿では 3 本の措置を総称する場合は「FIT 制度等」あるいは「問題の措置」、②および③をまとめてあるいは区別なく指す場合は「FIT 契約」と記述する。

②、③は、①の施行時から、オンタリオ電力庁 (Ontario Power Authority, “OPA”) によって実施されている。背景には複雑なオンタリオ州 (以下「オ州」) の卸電力市場の事情が介在しているため、これを概観する。

オ州の電力については、1906 年より公営企業であるオンタリオ水力発電委員会、その後継のオンタリオ・ハイドロ (Ontario Hydro) が発電から配電までを垂直統合的に所管してきた。しかしオンタリオ・ハイドロはその設備の老朽化や債務による再編の必要性から、1998 年エネルギー競争法によって発電、送電、安全管理等 5 社に分割された (アンバンドリング (unbundling))。2002 年の卸電力市場自由化後、民間投資導入に失敗したオ州では電気料金が高騰し、州当局は電気料金を凍結した。問題解決のための 2004 年電力再編法によって OPA が設立され、この OPA が中長期需要に適合する電力供給・電源管理に責任を負う。【P: 7.21–7.24】²

オ州の電力制度は部分的に民営化され、発電、送電、配電、および小売まで公営・民間企業が参加する混合型である。発電、送配電、小売等の体制は以下のとおり。【P: 7.25】

発電【P: 7.26–7.31】

- ・ オンタリオ発電会社 (Ontario Power Generation, “OPG”) : オ州政府完全所有の発電事業者。オンタリオ・ハイドロの水力、火力、原子力発電設備を継承している。
- ・ 非公益事業系発電事業者 (Non-Utility Generators, “NUG”) : 80～90 年代にオンタリオ・ハイドロと供給契約を結んだ民間発電事業者。

¹ カナダおよびオンタリオ州の関係機関・制度に関する訳語・用語は、可能なかぎり『海外諸国の電力事業 (第 1 編・上巻)』第 1 章 (一般社団法人海外電力調査会編、2014) に準拠した。

² 以下【】または () 内の P はパネル報告書、AB は上級委員会報告書、数字はパラグラフ番号を指す。

- ・ 独立系発電事業者（Independent Power Producers, “IPP”）：2002年の卸電力市場再編以後参入した民間発電事業者。

送配電【P: 7.32–7.35】

- ・ 送電（transmission）網：1MW以上の大口発電事業者が接続する長距離用高圧線。州営企業のハイドロ・ワン（Hydro One）がほぼすべてを所有。送電網接続の各発電事業者はオンタリオ・システム・オペレーター（Independent Electricity System Operator, “IESO”）に登録を義務づけられる。
- ・ 配電（distribution）網：1MW未満の小口発電事業者が接続する消費者への電力供給のための低圧線。4分の1をハイドロ・ワンおよびその子会社が所有、残余はその殆どを地元自治体の公営企業である地域配電会社が所有。

規制・管理主体【P: 7.36–7.43】：全てオ州政府の外局（“agency”）として設立されている。また、オ州エネルギー委員会（Ontario Energy Board, “OEB”）以外は非営利、株式資本のない会社（corporations without share capital）として設立されている³。

- ・ OPA：安定的な電源および電力供給の確保、およびクリーンエネルギー促進による電力供給の多様化を目的とする。州内外の電力供給の調達、および代替エネルギー・再生可能エネルギー源の調達契約締結の権限を有する。
- ・ IESO：卸市場において発電事業者（generators）、電力取引事業者（traders）、電力会社（utilities）および大口需要者を統括し、自己が管理する送電網でのリアルタイムの需給調整、料金決済・徴収を行う。
- ・ OEB：州の電力および天然ガスセクターを公益に従って規制する。送配電の料率決定、全市場参加事業者の許認可、OPG が受領する電気料金の決定、規制価格プラン（regulated price plan, “RPP”）／地域配電会社に支払われる小売消費者向け料金設定、および送配電・小売決済に関する規則（code）の策定を所管する。
- ・ オ州電力財務会社：NUG との電力供給契約を所管する。

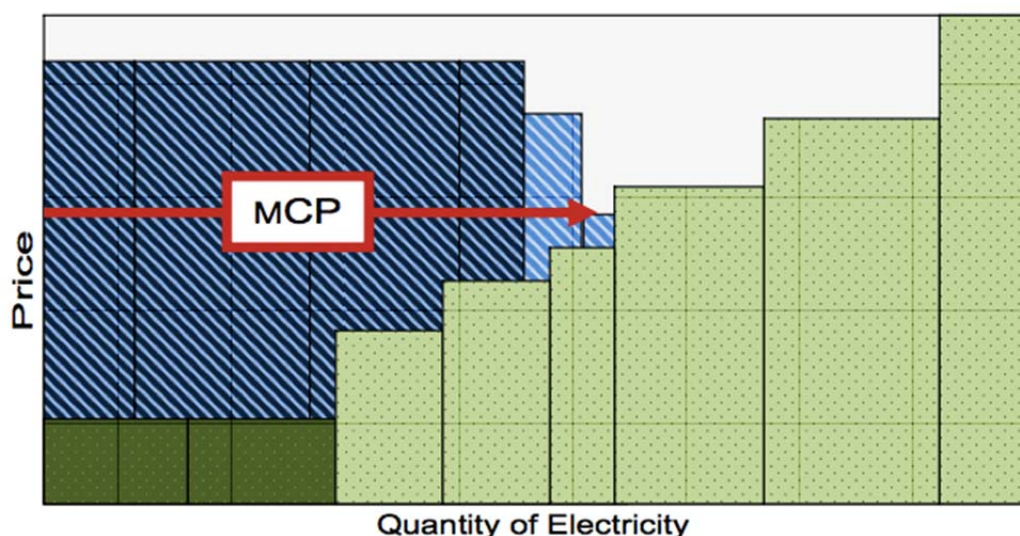
電力価格【P: 7.44–7.63】

- ・ 卸売価格：毎時制オンタリオ電気料金（Hourly Ontario Energy Price, “HOEP”）により計算される。HOEP は卸売レベルで IESO が決定する電力売価である。計算はコンピューター自動制御の市場メカニズムを通じて行われ、この自動制御メカニズムが5分ごとに電力需給それぞれの総計を取ることで、1) 発電する発電事業者および消費

³ 株式資本のない会社については、カナダ会社法（Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-1.8/page-39.html#h-27>）第154条における定義を参照。カナダ法解説サイトによれば、一定の非営利企業の形態とされる。Not For Profit Legal Definition, DUHAIME’S LAW DICTIONARY, <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/N/NotForProfit.aspx>.

する消費者、2) 需給の電力量、3) 当該電力に対する HOEP および市場決済価格 (market clearing price, “MCP”) を決定する。

発電事業者は所定の 5 分間の発電量・売価を申告し、これを累積して安値順にソートする。消費者も当該 5 分間の消費量・買価を申告し、同様にこれを累積して、逆に高値順にソートする。この時、以下の図 (縦軸は電力価格／横軸は電力量) のとおり、まず給電指令に対応できない需要者 (濃青部分) および供給者 (抹茶色部分) を優先的に配置し⁴、その後に給電指令に対応可能な需要者・供給者が、それぞれ高値順 (水色部分⁵)・安値順 (早緑色部分) に続く。この需給バランスの均衡点で当該 5 分間の MCP が決まる。



出典：パネル報告書パラ 7.51 より転載

こうして、任意の 1 時間で MCP は 12 本発生するが、その平均値が当該 1 時間の HOEP を構成する。例えば 2010 年においては、HOEP の加重平均は 3.79 カナダセント/kWh であった。

⁴ この部分は、供給側であれば間欠発電事業者 (自然条件等に左右され、発電にコントロールが及ばない事業者。FIT 事業者も含む) や自己調整取引発電事業者 (事前に申請した計画によって発電する事業者。給電指令を受けない)、他方需要側であれば地域配電業者など一定の電力を無条件に要する事業者を含む。これらはプライステーカーになっているため、いかなる条件でも電力を販売または購入する。IESO, INTRODUCTION TO ONTARIO'S PHYSICAL MARKETS 4, 20-22 (2014).

⁵ 図中では早緑色の給電支持対応可能な発電供給の背後に隠れているが、水色の需要は右肩下がり階段状に続いていることになる。需給それぞれに分解した図は、パネル報告書パラ 7.49 ないし 7.50 を参照されたい。

なお、IESO は送電網の制約を勘案し、場合によっては提示売価が MCP 以上である発電事業者に給電を指示し、逆に MCP 以下である発電事業者の給電を制限することがありうる。このような不経済な給電に対しては、送電線混雑費用（Congestion Management Settlement Credits）が支払われる。

また、HOEP ではなく、規制・契約価格で供給契約を締結している発電事業者については、これらの価格と HOEP との差額が包括的調整（Global Adjustment, “GA”）によって補填される。規制・契約価格が HOEP より低い場合、これらの発電事業者は差額の支払を受け、逆に消費者にはその分課金される。逆に高い場合は、今度は発電事業者に課金され、逆に消費者はその分料金の控除を受ける。

- ・ 小売電気価格：HOEP、GA、その他手数料・課徴金、配電料金の総計によって決定する。消費者は、OEB の RPP に従い地域配電会社から使用量に基づいて電力を購入する場合と、小売契約に基づいて一定期間決まった契約価格を支払う場合がある。
- ・ 発電事業者への支払の決済：IESO がデータ集計、請求、集金、送金等を行う。消費者から集金した HOEP 分は、IESO が発電事業者へ直接送金する。GA が正の時には、発電事業者への支払および消費者からの徴収（負の時はその逆）を行う。送電網接続の FIT 発電事業者の決済過程はこれと同じものだが、配電網接続の FIT 発電事業者は地域配電業者から支払を受ける。

問題の措置【P: 7.64–7.68】：冒頭に挙げた 3 つの措置に戻ると、まず FIT 制度は、OPA との 20 年または 40 年の長期契約に基づき、再生エネルギー電力の供給者に kW あたり一定価格での買取を保証する制度である。10kW 超の風力および 10MW 以下の太陽光の発電能力については、発電施設の開発・建設に最少州産品使用基準（Minimum Required Domestic Content Level）を充足しなければならない。

FIT 制度への参加は、風力、太陽光、水力、バイオマス等再生可能エネルギー源からのみ発電する州内の施設に開放されている。制度は 2 系統に分かれる。

- ・ FIT 系統：10kW 超の発電能力に関する事業。ただし風力は 10MW 以下、水力は 50MW 以下。
- ・ MicroFIT 系統：10kW 未満の発電能力に関する事業。典型的には一般家庭や事業所での発電。

FIT 制度は OPA が所管し、定式化された規則、契約書、価格体系によって実施される。全ての個別 FIT・小口 FIT 規則の要件に適合し、オ州電力系統に接続した事業者のみが FIT 制度に参加し、契約締結が可能となる。FIT 契約の締結にあたり、有資格事業者は関係法令に従って施設の建設や運営等を行い、所定の契約条件に従って、FIT 制度契約者以外のよう

に上記の決済メカニズムで支払を受ける。よって、個別 FIT および小口 FIT の契約責任主体は OPA である一方、実際の支払は OPA、IESO および関連する地域配電会社が行う。

II. 主張・請求の要約

申立国によれば、カナダの FIT 制度における最少州産品使用基準、および個別 FIT・小口 FIT 契約は GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定第 2 条第 1 項に適合しない。また、当該措置は、SCM 協定 3.1 条(b)および 3.2 条に規定される禁止補助金を構成する。他方、申立国は、当該措置を通じてオ州が追求する二酸化炭素排出削減および再生可能エネルギー源発電の促進の目的の正当性を問うものではない。【P: 7.6–7.7】

III. 手続的経緯

時系列的経緯：以下のとおり。

	DS412 (日本)	DS426 (EU)
協議要請	2010年9月13日	2011年8月11日
パネル設置要請	2011年6月1日	2012年1月9日
パネル設置	2011年7月20日	2012年1月20日
パネル構成	2011年10月6日	2012年1月23日
パネル中間報告書配布		2012年9月20日
パネル報告書 ⁶ 当事国配布		2012年11月16日
パネル報告書加盟国配布		2012年12月19日
上訴通知 (カナダ)		2013年2月5日
上訴通知 (日・EU)		2013年2月11日
上級委員会報告書 ⁷ 配布		2013年5月6日
DSB 採択		2013年5月24日

パネリスト：Thomas Cottier (瑞／議長)、Alexander Erwin (南ア)、Daniel Moulis (豪)

上級委員会部会：Ramírez-Hernández (議長)、Bhatia、Unterhalter

第三国参加：日は DS426、EU は DS412、それぞれ互いの案件に第三国参加。その他、豪、伯、中、台、エルサルバドル、ホンジュラス (DS412)、印、韓、墨、ノルウェー、サ

⁶ Panel Reports, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada — Measures Relating to the Feed-In Tariff Program*, WT/DS412/R, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).

⁷ Appellate Body Reports, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada — Measures Relating to the Feed-In Tariff Program*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013).

ウジアラビア、土 (DS426)。当事国の合意により、全加盟国に第三国参加の権利拡大 (enhanced third-party rights) が認められた。【P: 1.11】

その他：本件パネルは DSU 第 9 条第 3 項によって、2 件のパネルにおいて同一のパネリストを選任し、審理日程を調整した。パネル会合 (2 回とも) および上級委員会会合は、当事国の合意によりいずれも WTO 事務局館内テレビ放送により一般公開された。報告書は共通部分を含む文書として一本化された体裁を取っているが、DS412、DS426 それぞれについて個別に勧告をなし、法的には 2 本の報告書として作成されている。【P: 1.7, 1.9; AB: 1.27–29, 1.31】

IV. 判断の概要

1. 検討の順序

A. パネル

申立国は SCM 協定から、対してカナダは GATT 第 3 条第 4 項の検討から始めるべきだと主張する。本件で問題の措置が貿易関連投資措置 (TRIMs) であることを当事国は争っていない。GATT 第 3 条第 4 項、SCM 協定 3.1 条(b)に比して、かかる措置は TRIMs 協定においてより直接的、特定の、詳細に扱われている。よって、TRIMs 協定にかかる請求から検討を開始する。ただし同協定第 2 条第 1 項の文言から明らかなように、GATT 第 3 条第 4 項適合性の主張も検討しなければならない。よって両条文を同時に検討する。【P: 7.69–7.70】

B. 上級委員会

日本はパネルが SCM 協定から検討を開始すべきであったと主張するが、口頭審理において同国の上訴通知は上級委員会が SCM 協定に関する分析から開始すべきであるとの請求に限定される旨を明らかにしており、パネルの判断の破棄・修正を求めているわけでない。

GATT 第 3 条第 4 項、TRIMs 協定、SCM 協定 3.1 条(b)は重疊的な義務で、いずれも国産品優先使用要求を禁じている。これらの規定に検討の義務的な順序は見出せない。また、GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定に関する請求の処断が SCM 協定 3.1 条(b)に関する評価を無効なものとするとは、日本は論じていない。先例では分析の順序に関する問題には、問題の措置を特定の、かつ詳細に扱う協定を特定することで対応してきた。TRIMs 協定は貿易関連投資措置を特に取り扱うもので、国産品優先使用要求は同協定が規制する

TRIMs のひとつである。SCM 協定は特に補助金を取り扱い、国産品優先使用要求は禁止補助金のひとつであるが、同時により広い範囲の措置も規制する。よって、SCM 協定は GATT、TRIMs 協定に比してより特定のにかつ詳細に問題の措置を規制するものではない。【AB: 5.1-5.6】

日本は SCM 協定 4.7 条と DSU 第 19 条の措置の救済の違いを強調する。この点は SCM 協定下の請求を検討するか否かに関係するが、検討の順序には無関係である。いずれにせよ、本件ではパネルは訴訟経済を行使していない。検討順序の問題は異なる協定下の請求の論理的な検討に関連することはあるが、本件ではそうではない。日本は SCM 協定から検討を始める場合とそうでない場合で異なる結論に至る理由を示していない。よって、検討順序はパネルの裁量内であり、我々もパネルと同じ検討順序に従う。日本の請求は棄却する。【AB: 5.7-5.8】

2. TRIMs 協定第 2 条第 2 項・同附属書例示表該当措置に対する GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用可能性

A. パネル

2.1 当事国の主張

被申立国：問題の措置には GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用はある。よって同第 4 項の義務に服さず、TRIMs 協定第 2 条第 1 項に反しない。【P: 7.86】

申立国 (EU)：TRIMs 協定第 2 条第 2 項と併せて、同附属書例示表パラ 1(a)が、ある措置が GATT 第 3 条第 4 項、ひいては TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反を構成するか否かに決定的である。【P: 7.120】

2.2 パネルの判断

FIT 制度等が TRIMs であるとして（後述本稿 4.2.1）、(1) TRIMs 協定附属書例示表は GATT 第 3 条第 8 項を排除するか、(2)しないとして、当該措置は同項に規定される性質のものか、が問題となる ((2)は後述本稿 3.2)。【P: 7.113】

TRIMs 協定第 2 条第 1 項は GATT 第 3 条全体に適合しない TRIMs を禁止しており、ここに同第 8 項(a)も含まれる。同号により一定の政府調達には GATT 第 3 条第 4 項の義務の適用から除外される。よって同第 8 項(a)に規定されるものと同種の政府調達は、TRIMs 協定

第 2 条第 1 項に反しない。同第 2 項は例示表に記載された TRIMs は GATT 第 3 条第 4 項に反すると説明するが、このことは GATT 第 3 条第 8 項(a)に該当する例示表パラ 1(a)の措置も自動的に GATT 第 3 条第 4 項に反するとは解せない。それでは TRIMs 協定第 2 条第 1 項の文言に反する。措置の例示表への適合性は TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反の認定に用いられるが、決定的ではなく、同条の文言からして、例示表該当措置が GATT 第 3 条第 8 項(a)にかかわらず常に同条第 4 項違反と推定するのは不適切である。【P: 7.114–7.121】

B. 上級委員会

2.3 当事国の主張

EU : TRIMs 協定第 2 条第 1 項と同第 2 項が GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用を排除しないとするパネルの解釈は誤りである。TRIMs 協定第 2 条第 1 項と同第 2 項は区別すべきで、前者は GATT 第 3 条に言及する一方、後者は必ず GATT 第 3 条第 4 項に違反する措置の例示表を規定する。TRIMs 協定附属書例示表に該当する措置には GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用はない。【AB: 5.14–5.16】

カナダ : パネルの判断を支持する。文脈として TRIMs 協定附属書例示表パラ 2 が GATT 第 11 条第 1 項に言及していることに留意すべきである。【AB: 5.17–5.18】

2.4 上級委員会の判断

ここでの問題は、TRIMs 協定第 2 条第 2 項および例示表、そして GATT 第 3 条第 4 項および同条第 8 項(a)の関係である。TRIMs 協定第 2 条第 2 項が言及する例示表は、「例示 (Illustrative)」の文言により設例が限定的でないことを示唆するもので、これ以外の GATT 第 3 条第 4 項違反の TRIMs が存在しうる。例示表パラ 1 の「含む (include)」の文言がこの解釈を支持する。例示表パラ 1(a)は、同号該当措置は GATT 第 3 条第 4 項に適合しないと規定し、TRIMs 協定第 2 条第 2 項同様、やはり GATT 第 3 条第 4 項に言及する。【AB: 5.19–5.24】

EU は TRIMs 協定第 2 条第 1 項と同第 2 項・例示表の差異に注意を喚起する。同第 2 条第 2 項は同第 1 項不適合措置を更に特定する。そのため、同第 2 条第 2 項・例示表は GATT 第 3 条第 4 項にのみ言及するが、例示される措置が同条全体に適合しないかどうかまでは分からない。よって、これらの条文を TRIMs 協定第 2 条第 1 項が適用される措置を明確化するものと解釈するパネルの判断に同意する。また、GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用可能性

に TRIMs 協定第 2 条第 2 項・例示表は中立的であるとする解釈は、同協定第 2 条第 1 項および同第 2 項、および GATT 第 3 条第 4 項および同第 8 項(a)の調和的な解釈に帰結する。逆に EU の解釈では例示表に入る TRIMs とそうでないもので義務が異なる結果になる。また、TRIMs 協定第 2 条第 1 項には「千九百九十四年のガットに基づく他の権利及び義務に影響を及ぼすものではない」とあるので、GATT 第 3 条第 8 項(a)の政府調達における差別の権利を減じるものではない。更に TRIMs 協定第 3 条には「千九百九十四年のガットに基づくすべての例外規定は、適当な場合には、この協定について準用する」とあり、同条もまた TRIMs 協定が加盟国の GATT 上の権利を制約することを意図しないことを示唆する。

【AB: 5.25–5.27】

EU はパネルの解釈では TRIMs 協定第 2 条第 2 項・例示表を法的に無効なものとする論じる。限られた措置は例示表と GATT 第 3 条第 8 項(a)双方に該当し、GATT 第 3 条第 4 項・TRIMs 協定第 2 条第 1 項に反しないが、このことは TRIMs 協定第 2 条第 2 項・例示表を無効なものとししない。依然として広範な措置が例示表に該当し、かつ GATT 第 3 条第 8 項(a)の要件を充足せず、これらは GATT 第 3 条第 4 項・TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反となる。【AB: 5.28】

カナダが指摘した TRIMs 協定附属書例示表パラ 2 の文脈については、既に GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用可能性は排除されないと決定したので、判断を要しない。EU は、パネルの解釈は TRIMs 協定第 2 条第 2 項および例示表が後者に定める措置が差別的であるという自明のことを意味し、プンタ・デル・エステ宣言が追加的な規定を定めるとした同協定の趣旨・目的 (TRIMs 協定前文パラ 1) に反すると主張するが、これに同意しない。TRIMs 協定が含む追加的な規定は、全体として主に GATT 第 3 条および第 11 条を TRIMs について明確化する。しかし、GATT 第 3 条第 8 項(a)を含む既存の GATT 上の権利を TRIMs 協定が無効化することは示唆されていない。【AB: 5.29–5.32】

以上のことから、パネルは TRIMs 協定第 2 条第 2 項・例示表該当措置に GATT 第 3 条第 8 項(a)は適用されないとする EU の主張を適正に退けたものと思慮し、パネル報告書パラ 7.121 の認定を支持する。【AB: 5.33】

3. GATT 第 3 条第 8 項(a)

A. パネル

3.1 当事国の主張

申立国：日本によれば、OPA は電力を購入していないため、FIT 契約が「政府機関による調達」に該当しない等の理由で、問題の措置は GATT 第 3 条第 8 項(a)に該当しない。EU によれば、最少州産品使用基準はオ州が購入しているとされる電力ではなく、発電機材・部品に関するものである等の理由から、GATT 第 3 条第 8 項(a)は適用されない。【P: 7.74–7.77, 7.81–7.85】

被申立国：問題の措置には GATT 第 3 条第 8 項(a)が適用される。また、政府機関である OPA が電力を購入しているので、同号の「調達」に当たる。クリーンなエネルギー源からの適切・安定的な電力供給を確保するオ州の目的を促進するために購入しているので、電力を「政府用として購入 (purchase for the governmental purpose)」している。OPA の購入は商業的再販売のためでも、商業的販売のための貨物の生産に使用されるものでもない。【P: 7.86–7.91】

3.2 パネルの判断

FIT 制度等は「調達を規制する法令又は要件」か：FIT 制度等の下で課される最少州産品使用基準は、FIT 制度に参画を希望する風力・太陽光発電事業者が充足しなければならない要件である。GATT 第 3 条第 8 項(a)において調達を「規制する (governing)」措置とは、調達を管理し、規制し、あるいは決定する (“control, regulate and determine”) も含まれる。FIT 制度はこれに該当する。EU は、同号では「産品」が直接「購入する」で修飾されているので、要件は調達物資（ここでは電力）を規制するものでなければならない、よって最少州産品使用基準はこれに該当しないと主張するが、これに同意しない。「・・・を規制する法令又は要件」は「産品」でなくそのような産品の「調達」と直接結びついており、調達対象産品と同一産品に直接影響する法令・要件のみを意味するとは解せない。最少州産品使用基準は調達の要件であり、そのかぎりにおいて当該調達を「規制」する。最少州産品使用基準が調達対象の発電に要する機材に関するかぎり、法令・要件に関する産品（発電機材）と調達産品（電力）に密接な関係 (“close relationship”) を明確に認める。【P: 7.123–7.128】

FIT 制度等は「政府機関による調達」に関する措置か：EU およびカナダは、GATT 第 3 条第 8 項(a)の「購入」・「調達」は産品の「取得 (acquiring)」という同一の行為を意味すると述べる。日本はこれでは十分に「購入」の意味を捉えておらず、政府による支払、あるいは使用・消費・用益などの要素を勘案すべきだと主張するが、これは同号の文脈に適合しない。「購入」・「調達」の通常の意味は何かの取得や入手を意味し、そこから政府の使用・消費等の概念は自明ではない。双方の用語は、共に取得や入手を意味する以上、同一

の意味を与えられるべきである。仮に「調達」が政府の使用・消費・用益まで含むとすれば、「調達」は当然に商業的再販売・商業的販売貨物の生産のための調達を含むことはなく、同号でこれらを明示的に排除する必要はない。日本が言及する政府調達協定附属書 I の定義は同協定を超えて一般的に「調達」を定義したものではない。また、日本は米国・ソナーマッピングシステム調達事件 GATT パネル報告⁸に言及するが、本件と事実関係が著しく異なり、また適用された東京ラウンド政府調達協定第 1 条第 1 項(a)も GATT 第 3 条第 8 項(a)と文言・構造が根本的に異なるので、これらも日本の解釈を支持するものではない。【P: 7.129–7.135】

本パネルは、「購入」の通常の意味、および SCM 協定第 1 条における本件措置の性質決定につき後述する理由から、製品の「調達」を「何らかの支払（金銭的かその他かを問わない）を通じて財物の所有を政府が取得する（権原の取得によるものを含む）行為（the action by which a government obtains possession (including via obtaining an entitlement) over goods through some kind of payment (monetary or otherwise))」と定義する。この解釈は GATT 第 3 条第 8 項(a)にも適用可能であり、更に FIT 制度等が SCM 協定第 1 条の政府による物品購入に該当するとこの本パネルの認定（後述 6.2）に鑑みて、当該措置は GATT 第 3 条第 8 項(a)の「購入する製品の政府機関による調達」に関するものである。【P: 7.136】

電力の「調達」は「政府用として」行われるか：「政府用」および「商業的再販売」が主たる争点である。【P: 7.137】

まず、「政府用」とは、その通常の意味は広いが、文脈で解釈されなければならない。（英語成文では）直後には「商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するためではなく」が続く。この平易な文言は、「政府用」である調達とは、「商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するため」の調達ではありえないことを示唆する。「商業的再販売の・・・ためではなく（and not with a view to commercial resale ...）」は、さもなくば非常に広い「政府用」の通常の意味を特徴付け、また限定する。カナダは「政府用」と「商業的再販売の・・・ためではなく」は独立別個の重疊的な二つの要件と解するが、同意しない。（英語正文では）「政府用」の後に続く「ではなく（and not）」が、GATT 第 3 条第 8 項(a)の運用から「商業的再販売の・・・ため」の調達の除外を示唆する。【P: 7.138–7.140】

それぞれ当事国は、GATT 第 17 条第 2 項が同第 3 条第 8 項(a)の文脈となると主張している。カナダは前者が後者において「政府用」と「商業的再販売の・・・ためではなく」は重疊的な要件と解せることを示すと論じ、申立国は、交渉史と併せて、どちらの条文も政

⁸ GATT Panel Report, *United States — Procurement of a Sonar Mapping System*, GPR.DS1/R (Apr. 23, 1992).

府消費・使用の調達という同種の調達をそれぞれの条文の他項の運用から除外していると主張する。どちらの条文も、それぞれ政府機関による購入、そして国家貿易企業を通じた購入という特定の購入について、内国民待遇原則の範囲を規定する。双方の文言は一見すると異なる範囲の取引をカバーしているように解せるが、共に再販売に供されない購入を適用から除外している点で共通している。よって、文脈となるかぎりにおいて、GATT 第 17 条第 2 項は、同第 3 条第 8 項(a)の「政府用」である調達が「商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するため」の調達ではありえないことを確認することに資する。【P: 7.141–7.144】

次に「商業的再販売のための」については、カナダは利益目的の再販売を目的とした調達を意味すると論じ、申立国は利潤にかかわらず商業網に乗せることを意味すると主張している。FIT 制度等でオ州政府が購入する電力は、州政府機関のハイドロ・ワンとそのほとんどを地方政府機関が所有する地域配電会社が、他の民間電力小売業者と競合して消費者に再販売する。当事国が論じるように商業の概念が単に市場での売買や取引を含むなら、オ州の電力購入は再販売の第一歩である。カナダはオ州電力市場が高度に規制されていると指摘するが、オ州が購入した電力を他の民間電力小売業者と競合しながらハイドロ・ワンおよび地域配電会社が再販売する基本的事実に影響しない。また、カナダは OPA が利益を得ていないので「商業的再販売のため」ではないと主張するが、州内電力の 3 分の 1 の消費者に供給するハイドロ・ワンは独立の営利事業者であり、地域配電会社と共に電力事業で利潤を得ている。よって、OPA は電力の再販売から利潤を上げていないにしても、オ州政府と州内自治体政府が得ている。以上のことから、民間電力小売業者と競合する電力供給およびそれによるオ州政府・州内自治体政府の利潤から、FIT 制度等の電力調達は商業的であると言える。なお、本パネルは「商業的再販売」とは常に利潤に関するものであるとするカナダの理解に同意したわけでないことを特に付言する。【P: 7.146–7.151】

結論：以上のことから、GATT 第 3 条第 8 項(a)の下で、オ州政府の FIT 制度等による電力購入は「調達」であり、最少州産品使用基準は「調達を規制する」が、当該購入は「商業的再販売のため」のものであると認める。よって、問題の措置は GATT 第 3 条第 8 項(a)の範疇になく、最少州産品使用基準を同第 4 項の適用から除外するためにこれを援用できない。なお、当パネルはこの結論に至るにあたり、オ州の再生可能エネルギー使用促進の目的の正当性について何ら意見を示すものではない。【P: 7.152–7.153】

B. 上級委員会

3.3 当事国の主張

カナダ：パネルの GATT 第 3 条第 8 項(a)の解釈は誤りである。第一にパネルは「商業的再販売」に着目し、「ため (with a view to)」の適正な解釈を無視した。オ州は FIT 制度等において安定的な電力供給確保と環境保護を目的とした。第二に、パネルは「商業的再販売」の解釈を誤った。これは利益目的の販売を意味し、FIT 制度等についてオ州および州内自治体政府は利益目的の再販のために電力を購入していない。オ州政府が「商業的再販売のため」電力を調達したとする認定にあたり、パネルは DSU 第 11 条に反して問題の客観的評価を行っていない。【AB: 5.46–5.47】

EU・日本：パネルの判断の支持を求める。【AB: 5.48】

日本：パネルは「購入」の解釈を誤っている。オ州のエネルギー体系の構造、特にアンバンドリングおよび異なる法人への職責分配は、オ州政府は物理的に電力を購入していないことを示す。仮に「購入」に関するパネルの認定を覆さない場合、「政府用として購入する」の解釈について上訴のうえ、上級委員会に分析を完遂し、FIT 制度等は政府用の電力購入に関連しないとの認定を求める。パネルは単に政府機関による政府用購入は同時に政府機関による商業的再販売のための購入たりえないとしか述べておらず、当該文言の解釈を怠っている。更に、これら二つの請求を上級委員会が退けた場合、再販売の結果たる利益がその商業的性質に関する証拠であるとしたパネルの「商業的再販売」の解釈を誤りと認定することを求める。「商業的再販売のため」は「商流へ販売されるため (with a view to being sold into the stream of commerce or trade)」を意味し、FIT 制度等の下での電力購入がこれに該当することを認定するよう求める。【AB: 5.49–5.51】

EU：風力・太陽光発電施設の最少州産品使用基準が電力調達を「規制する」としたパネルの認定を破棄することを求める。GATT 第 3 条第 8 項(a)の「法令又は要件」は、「政府用として購入する産品」に係るものでなければならないので、最少州産品使用基準はこれに該当しない。また、「政府用」が「政府の所定の目的 (for a stated purpose of the government)」のいかなる購入も含むとしたパネル解釈を、破棄またはムートにして法的無効を宣言することを求める。破棄の場合には、「政府用」の解釈を破棄または修正し、分析完遂の上、オ州の電力購入がこれに該当しないことの認定を求める。「政府用として購入する産品」とは、政府の業務または機能を維持するために要する産品の購入のみを指す。本件で購入された電力はオ州政府が消費しているわけではないので、これに該当しない。【AB: 5.52–5.53】

3.4 上級委員会の判断

3.4.1 GATT 第 3 条第 8 項(a)の解釈

GATT 第 3 条第 8 項(a)は内国民待遇原則からの逸脱を規定し、その範囲を限定するもので、違反措置の正当化ではない。同時に義務の逸脱としての同号の性質決定は、同号に規定される要件に関する挙証責任について予断しない。GATT 第 3 条第 8 項(a)は同号の範囲内の措置の種類や内容を説明する要素を含む。同号は一体として解釈され、異なる用語の結びつきと他の条文との文脈上の関連の検討を要する。他方、条約解釈の実効原則は個々の文言に意味を与えることを求める。【AB: 5.54–5.58】

「政府用として購入する製品の政府機関による調達を規制する法令又は要件」：この一節は、調達行為が法令・要件の拘束力を有する構造の下で行われなくてはならないという意味で、法令・要件と調達に明確な関係が求められることを示唆する。「調達」は政府による財・サービスの取得にかかる公式の指す。「調達」と「購入」は同一ではない。「購入」は「調達」を実現する取引の種類であり、全ての「調達」が「購入」によって実施されるわけでない。「調達」は「購入」と同一の規定内で用いられているので、前者は産品を入手する過程に言及している。更に同号では調達対象は「産品」で、「政府機関」によって調達される。辞書的定義、および先例から、ある法人が「政府機関」であるかは、与えられた権限と当該法人が政府の代理として行動するか否かで決まる。「政府機関」の解釈には、GATT 第 17 条が文脈となる。同条は「政府機関」でなく「国家貿易企業」に関する規定だが、同第 1 項から、公的領域と私的領域が存在し、政府主体はそのいずれかあるいは双方で活動できることを GATT が認識していることが分かる。「政府機関」とは、政府のためないしは代理で公的領域において政府機能を遂行するために与えられた権限内で活動する主体を指す。「購入する産品」については、「産品」とは取引可能なものを指す。GATT 第 3 条他項では、輸入品と国産品の内外無差別を規定する。同条の義務も同第 8 項(a)も共に差別に関するもので、後者は前者の逸脱規定なので、同じ差別待遇が両者の下で検討されなければならない。よって、同第 8 項(a)の「購入する産品」の範囲は同条他項の「産品」の範囲から影響を受けるので、購入されるものと同一だけでなく、同種、ひいては直接的競争・代替可能な産品（総称して「競争関係にある産品」）にまで広がりを持つ。競争関係は投入財および製造過程の考慮を要することがある。【AB: 5.57–5.63】

「政府用として」：当該要件について、カナダは政府の所定の目的のためのいかなる購入までも包含するという広い解釈を取り、パネルはこれを受け入れたと主張する。EU は政府用とは政府の公的機能の実施に要するものであるか否かが重要であると主張する。日本は「として (for)」が「購入」と「政府用」の間に真正な関係を要求すると思慮する。【AB: 5.64】

カナダの主張に反して、パネルは「政府用」を定義せず、政府用は同時に商業的再販売の

ためたりえないとの前提に基づき、オ州電力購入を商業的再販売のためと認定した。「用 (purpose)」の辞書的意味から、「政府用」とは政府の意図・目的、または政府が購入製品の向けられる目的、いずれの意味にも解せる。「用 (purpose)」に相当する仏語成文 (“besoins”)、西語成文 (“necesidades”) は英語の “needs” に対応することから、後者の意味のほうが仏語・西語成文と調和的である。文脈として GATT 第 17 条第 2 項を参照すると、「政府が直接に又は最終的に消費するため」と規定することにより、製品が政府用に購入されると言える例を明示している。また、同項は同第 3 条第 8 項(a)よりも狭く、政府が「直接に又は最終的に消費する」と規定していることから、同号の「政府用として購入する製品」とは、政府が消費する物品だけでなく、政府がその機能を果たすために受領者に供給する物品双方にも言及していると解せる。最後に「として (for)」により「購入する製品」と「政府用」を関連づけているので、製品と遂行される政府機能の間に合理的な関係を要する。【AB: 5.65–5.68】

「商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するためではなく」：GATT 第 3 条第 8 項(a)では、「商業的再販売のため」と「政府用として」は同じく「購入する製品」を修飾し、範囲を限定している。双方の要件は「ではなく (and not)」で接続されているので、「政府用として」でない調達は、「商業的再販売のため」要件適合性にかかわらず、GATT 第 3 条第 8 項(a)の範囲にない。両者は重疊的である。よって、政府購入が「商業的再販売のため」であることをもって、それが「政府用」たりえないとしたパネルの所論に同意しない。「商業的再販売」の認定については利潤の要否をめぐり当事国間で議論があるが、パネルは再販売が商業的であるために利潤が必要であると認めたものではない。取引が「商業的再販売」を構成するか否かは、取引の全体を評価する必要がある。売り手の視点から利益志向とは、再販売が独立第三者間取引であることを示す。売り手の長期的戦略から、利潤なしに自己利益から売り手が取引に応じることもある。また、買い手側からは、商業的再販売とは買い手が自己利益の最大化を希求する取引である。最後に、「商業的販売のための貨物の生産に使用するためではなく」については、「ためではなく」は「商業的再販売のため・・・ではなく」のそれと同じ意味である。また、「商業的再販売」は一度政府が購入した製品、「商業的販売」はそうでない製品に向けられた規定であるので用語は異なるが、同じ種類の販売取引を意味する。「貨物の生産に使用する」については、包摂を示す「に (in)」によって、貨物の生産に製品が一定の役割を有することを示唆する。最後に、「商業的再販売のため」と「商業的販売の・・・ためではなく」は「又は」で接続されているので、どちらにも該当しない製品だけが GATT 第 3 条第 8 項(a)の範囲内になる。【AB: 5.69–5.73】

要約：要するに、GATT 第 3 条第 8 項(a)は政府の物品調達の規律を含む措置につき内国民

待遇からの逸脱を規定する。

- ・ 「政府機関」は政府機能を遂行し、政府のためあるいは政府の代理として活動する法人を指す。
- ・ 同号は GATT 第 3 条の義務との関係で理解され、よって外国産品と政府機関の調達産品には競争関係を要する。
- ・ 同号は政府使用のために購入され、政府により消費され、あるいは公的機能遂行のために政府により受領者に支給される産品に限定される。
- ・ 第三者取引による再販売のための、あるいは第三者取引により販売する産品の生産に使用するための産品調達は対象外である。【AB: 5.74】

3.4.2 本件への適用

本件では政府機関により調達される産品（電力）と、最少州産品使用基準により不利な取り扱いを受ける産品（再生可能エネルギー発電装置・機材）は同じではない。パネルはこれを認識していたが、国産品優先使用要求に影響される発電機材と購入される電力に密接な関係を認め、後者の購入が GATT 第 3 条第 8 項(a)の範囲内にあるとした。同号は同条他項の義務との関係で理解され、よって外国産品と政府機関の調達産品には競争関係を要すると先に述べたが、調達対象たる電力と原産地により差別される発電機材の間に競争関係はない。したがって、FIT 制度等による発電機材の差別は GATT 第 3 条第 8 項(a)の範囲外である。よって、この差別を同号の範囲内としたパネル報告書パラ 7.127、7.128、および 7.152 の認定を取り消す。代わって、最少州産品使用基準は電力の「政府機関による調達を規制する法令又は要件」たりえないものと認定する。【AB: 5.75–5.79】

申立国が提起したその他の点については条件付き上訴であり、また GATT 第 3 条第 8 項(a)においてこれらの請求に関連する多くの要素につき上記の同号の一体的解釈の中で検討した。最少州産品使用基準が同号の範囲外であると判断したので、残余の中間的なパネルの認定はムートであり、その誤りを検討する必要はない。カナダの請求も検討を要しない。【AB: 5.80–5.84】

4. FIT 制度等の GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反

A. パネル

4.1 当事国の主張

申立国：日本によれば、FIT 制度等はオ州内の再生可能エネルギー生産および関連施設への投資を促進し、性質上国産品優遇であり、貿易関連である。よって、GATT 第 3 条第 4 項に反するかぎり TRIMs 協定第 2 条第 1 項に適合しない。いずれにせよ、当該措置は同協定附属書例示表パラ 1(a)に該当し、第 2 条第 1 項に適合しない。また、FIT 制度等は再生可能エネルギー発電事業者に発電機材の国内購入、使用等に関する要件を課しており、輸入機材を不利に取り扱っていることから、GATT 第 3 条第 4 項に反する。【P: 7.71–7.73】

EU によれば、FIT 制度等はオ州における再生可能エネルギー発電施設関連の機材の生産能力開発の促進を目的としており、最少州産品使用基準が風力・太陽光発電機材の貿易に影響することから、TRIMs に該当する。また、オ州産部品・機材の使用・購入を要求されることから、TRIMs 協定第 2 条第 2 項および同附属書例示表パラ 1(a)に照らして同第 2 条第 1 項に適合しない。更に最少州産品使用基準により輸入機材・部品に不利な待遇を供与しており、GATT 第 3 条第 4 項に反する。【P: 7.78–7.80】

被申立国：問題の措置には GATT 第 3 条第 8 項(a)の適用はある。よって同第 4 項の義務に服さず、TRIMs 協定第 2 条第 1 項に反しない。【P: 7.86】

4.2 パネルの判断

4.2.1 FIT 制度等の TRIMs 該当性

協定上 TRIMs の定義はないが、証拠によれば、FIT 制度等の目的のひとつは再生可能エネルギー発電関連機材の州内生産に対する投資促進である。当該措置は、ジーメンズや ENERCON など多くの製造業者がオ州内に再生可能エネルギー発電機材の生産設備を建設するインセンティブになっている。最少州産品使用基準は発電施設の設計・建設にオ州製の機材の購入・使用を強いることから、国産品優先使用要求である。よって、FIT 制度等は TRIMs 協定第 1 条の TRIMs を構成する。【P: 7.108–7.112】

4.2.2 FIT 制度等の GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反

TRIMs 協定第 2 条第 2 項は、同附属書例示表パラ 1(a)に列挙される TRIMs が GATT 第 3 条第 4 項に反すると規定する。よって、問題の措置が GATT 第 3 条第 4 項の適用範囲内にある場合、もし例示表パラ 1(a)に規定される特性を有するのであれば、GATT 第 3 条第 4 項、ひいては TRIMs 協定第 2 条第 1 項に反する。【P: 7.155】

最少州産品使用基準はカナダ原産・製造源からの産品の使用・購入要件か：最少州産品使用基準は、太陽光発電または 10kW 超の契約能力の風力発電を用いる FIT 契約にかかる施設が達成すべき国産品使用の最低水準である。

商業的操業の目標期日	風力 (個別 FIT)		太陽光 (個別 FIT)		太陽光 (小口 FIT)	
	2009-11	2012-	2009-10	2011-	2009-10	2011-
国産品使用の要求水準	25%	50%	50%	60%	40%	60%

出典：パネル報告書パラ 7.158 より転載・翻訳

計算方法は FIT 契約書付表 D に定める。以下の 4 種類の「国産品使用設備 (Domestic Content Grids)」があり、後の 2 種類は小口 FIT 発電にも適用される。

- i. 10 kW 超の風力発電
- ii. 結晶系シリコン太陽光電池技術 (crystalline silicon PV technology) 使用の 10 kW 超の太陽光発電
- iii. 薄膜太陽光電池技術 (thin-film PV technology) 使用の 10 kW 超の太陽光発電
- iv. 10 kW 以下の太陽光発電

更にそれぞれにつき異なる「指定活動 (Designated Activity)」が指定され、「資格付与率 (Qualifying Percentage)」を伴う。例えば、上記 i) について、オ州内でのタービンブレード製造という「指定活動」には、16%の「資格付与率」が与えられる。こうした「指定活動」に与えられる「資格付与率」の総計が、特定の発電事業の州産品使用水準になる。【P: 7.158–7.160】

申立国が主張するように、最少州産品使用基準の充足には、少なくとも一定のオ州（つまりはカナダ）原産品を使用しなければならない。よって当該要件は FIT 契約者にオ州原産の再生可能エネルギー発電機材・部品の購入を要求しており、TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)に該当する。【P: 7.161–7.163】

最少州産品使用基準は利益を得る要件か：2009 年 9 月 24 日のオ州エネルギー・インフラ大臣令（以下「2009 年大臣令」）は、OPA に FIT 制度への最少州産品使用基準の挿入と遵守確保を要求している。この目的のため、FIT 規則は最少州産品使用基準違反を契約不履行と定め、また FIT 契約の条項もそれに沿って起草されている。このことから最少州産品使用基準は FIT 制度参加の必要条件であることは明白である。FIT 契約者には 20 年間の固定価格買取が保証される。OPA が設定する買取価格は一般的な開発費用と合理的な利益率

を FIT 制度参加者に保証するもので、契約者は 20 年間経済的に持続可能な操業を保証される。よって、FIT 制度への参加はそれだけで TRIMs 協定附属書例示表パラ 1 柱書の利益に相当する。また、最少州産品使用基準違反は FIT 契約不履行を構成するので、当該要件はこれらの契約を「国内法令に・・・基づく・・・執行可能な」ものとし、このため FIT 契約は柱書に該当する。【P: 7.164–7.165】

以上のことから、最少州産品使用基準は TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)に該当し、同パラおよび同協定第 2 条第 2 項に照らして、GATT 第 3 条第 4 項、ひいては TRIMs 協定第 2 条第 1 項に反する。【P: 7.166】

4.2.3 結論

以上のことから、FIT 制度等は TRIMs 協定第 2 条第 1 項および GATT 第 3 条第 4 項に反する。【P: 7.167】

B. 上級委員会

我々は最少州産品使用基準が GATT 第 3 条第 8 項には該当しないものと認定した。またカナダは当該措置の GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反について上訴しなかった。これらに照らして、当該措置のこれらの条項への違反を認定したパネル報告書パラ 8.2、8.6 は有効である。【AB: 5.85】

5. GATT 第 3 条第 4 項(a)単独の請求に対する訴訟経済

A. パネル

日本は最少州産品使用基準について 2 つの別個の請求を行っており、中間報告段階において、うち GATT 第 3 条第 4 項違反の検討を行うように求めている。本パネルは当該措置が TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)に該当し、同柱書および同協定第 2 条第 2 項に照らし、GATT 第 3 条第 4 項、ひいては TRIMs 協定第 2 条第 1 項に違反すると認定した。このため、GATT 第 3 条第 4 項単独の請求については検討を要しない。日本の請求を棄却する。【P: 6.71–6.72】

B. 上級委員会

5.1 当事国の主張

日本：パネルは報告書において、TRIMs 協定第 2 条第 1 項の文言から GATT 第 3 条第 4 項適合性の主張も検討しなければならない、と説示している。中間報告書に対して GATT 第 3 条第 4 項単独の違反認定を求めたが、上記の TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)該当性を通じた GATT 第 3 条第 4 項に違反の認定をもって、紛争解決のためにその検討は不要であるとパネルは回答している。この訴訟経済の行使は不適切である。【AB: 5.86–5.92】

5.2 上級委員会の判断

パネル報告書の該当部分の記述は、パネルが訴訟経済を想定していたことを黙示する。訴訟経済はパネルの裁量であり、日本はパネルがこれを踰越した、つまり部分的解決しかもたらさないか、あるいは速やかに履行できるよう十分に明確な勧告・裁定を DSB に可能ならしめるために追加的な認定が必要であることを示す必要がある。【AB: 5.92–5.93】

本件パネルは、TRIMs 協定附属書例示表の下での評価に依拠しているが、たしかに GATT 第 3 条第 4 項違反を認定している。例示表パラ 1(a)はいずれも輸入品を国産品より不利に扱う事例である。よって、GATT 第 3 条第 4 項単独の違反認定が TRIMs 協定を通じた同項違反の認定に何を付加するか明白ではない。日本は単独認定がより広い履行義務に帰結すると論じる。しかし、単独認定と TRIMs 協定違反を通じた認定では DSU 第 19 条の下での救済に差異はない。日本は FIT 制度下の州産品使用比率を州産サービスの利用だけで満たせる水準に下げることができ、このような事態は TRIMs 協定ではなく GATT 第 3 条第 4 項下の認定のみの範囲内にあると論じる。しかし、パネルの審理では、日本は最少州産品使用基準の充足には、最低限ある程度の州産品の使用を要すると論じており、日本の議論はパネルにおいて審理された措置と異なるものに基づいている。パネルにはカナダの措置変更を予期して追加的な判断を行う必要はなく、また適切でもない。更に、日本は GATT 第 3 条第 4 項単独の違反と TRIMs 協定を通じた同項違反とで、異なる救済をパネルに請求していない。日本は DSU 第 19 条第 1 項に要請されているようにカナダの措置を協定整合的なものとするの勧告をパネルに請求するのみで、パネルはこれに忠実に従っている。【AB: 5.94–5.98】

日本は米国・マグロ製品ラベリング事件上級委員会報告にも依拠しているが、本件パネルは TRIMs 協定第 2 条第 1 項および GATT 第 3 条第 4 項違反を認定したのに対して、当該事件では行っていない。むしろ状況は米国・綿花補助金事件に類似している。当該事件で

はパネルは SCM 協定附属書 1 例示表(j)に依拠して問題の輸出信用保証を SCM 協定 3.1 条(a)および同 3.2 条違反と認定した。申立国たるブラジルは中間報告段階で追加的に SCM 協定 3.1 条(a)単独の違反の認定を求めたが、パネルはこれを退けた。ブラジルはこの訴訟経済の行使を誤りとして上訴したが、上級委員会は米国の措置は SCM 協定附属書 1 例示表(j)不適合ゆえに同 3.1 条(a)としたパネルの判断は紛争解決に十分であり、パネルの訴訟経済行使は適切であるとして、ブラジルの上訴を退けた。この状況は本件と同様である。例示表の関連するパラグラフにおいて証明すべき要素はその基礎となる義務について示すべきものと異なり、基礎となる義務のほうが例示表より広い措置を捕捉する。よって、日本の請求を退けたことはパネルが支持した米国・綿花補助金事件パネルの方法と矛盾しない。

【AB: 5.99–5.103】

よって、パネルが GATT 第 3 条第 4 項単独の認定を怠ったことは部分的解決しかもたらさないものでもなく、速やかに履行できるよう十分に明確な勧告・裁定を DSB に可能ならしめるのに追加的な認定が必要でもなく、日本の請求は認容しない。よって、GATT 第 3 条第 4 項違反単独の分析完遂も不要である。【AB: 5.104–5.105】

6. 資金面での貢献および「所得又は価格の支持」(SCM 協定 1.1 条)

A. パネル

6.1 当事国の主張

申立国 (日本) : FIT 制度等は、最少州産品使用基準を充足した再生可能エネルギー発電施設の建設および給電 (または IESO の指示による給電停止) を条件とした、FIT 契約者に対する条件付き贈与に相当し、「資金の直接的な移転」(SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)) に該当する。また契約期間内の支払を保証するので、「資金の直接的な移転の可能性を伴う措置」(同)にも該当する。また日本は予備的に (alternatively)、問題の措置により 20 年以上にわたり市場価格以上の支払がなされるので、文字通り「所得又は価格の支持」(同号(2)) に該当すると主張する。他方、カナダの主張に反し、OPA は FIT 契約者が供給する電力に所有や支配等を及ぼさないことから、FIT 制度等は物品の購入 (同号(1)(iii)) に当たらない。いずれにせよ、仮にパネルがこれを物品の購入と認定しても、「資金の直接的な移転」等にも該当することは妨げられない。【P: 7.169–7.174】

申立国 (EU) : オ州政府は FIT 制度等を通じて 20 年以上にわたり市場価格以上の支払を保証するので、FIT 制度等の最も適切な法的性質は「所得又は価格の支持」である。また、

法的拘束力のある FIT 契約の下での支払は、「資金の直接的な移転」にも該当しうる。更に、予備的主張として、日本の意見書に依拠して当該措置が「資金の直接的な移転の可能性を伴う措置」、更に OPA に成り代わり地域配電会社から支払がなされるので、委託・指示 (SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iv)) にも該当する。更に、カナダが主張するように FIT 制度等は物品の購入に当たるとパネルが認定しても、「所得又は価格の支持」該当性の認定は妨げられない。米国・大型民間航空機事件上級委員会の説示より、SCM 協定 1.1 条(a)(1)および同(2)は任意の措置が同時に双方に該当する可能性を排除しないと解せる。いずれにせよ、電力購入を物品の購入とパネルが認定するのであれば、SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)に該当する。【P: 7.176–7.180】

被申立国：OPA がオ州政府の代理として FIT 契約者に再生可能エネルギー電力供給に対する支払をなすので、FIT 制度等は物品の購入 (SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)) に該当する。購入には製品の所有、支配等を伴うとする申立国の見解には同意しない。いずれにせよ、FIT 発電事業者からオ州送配電網に供給される以上、送電網のほぼ全てを有するハイドロ・ワンとほぼ全社を州内自治体が所有する地域配電会社を通じて、オ州は当該電力を物理的に所有する。更に IESO による給電停止指示 (=送電線混雑費用の支払) の実績はなく、小規模の個別 FIT 契約者および小口 FIT 契約者には給電停止を指示できない。更に、FIT 制度等は「所得又は価格の支持」たりえない。物品の購入として適切に性質決定される取引が「所得又は価格の支持」にも該当するとすれば、SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)を無意味にし、条約解釈の実効原則に反する。また、GATT 第 16 条は補助金によって輸出入が影響を受ける産品に言及しており、FIT 制度等が「所得又は価格の支持」たりうるためには、申立国は問題の補助金で電力の貿易が影響を受けることを示す必要がある。【P: 7.181–7.185】

6.2 パネルの判断

6.2.1 措置の事実上の性質

FIT 制度の基礎と OPA の権限：FIT 制度は 2009 年大臣令によって創設された。1998 年電力法に従い、オ州エネルギー・インフラ省は OPA に再生可能エネルギー電力の長期購入を通じたエネルギー確保を目的とした FIT 制度の設立を指示した。代替エネルギー電力調達契約締結にかかる権限により、OPA はクリーンエネルギー利用促進による電源の多様化や代替・再生可能エネルギー電力量の目標設定等の目的追求が可能になる。【P: 7.195–7.197】

個別 FIT 契約：個別 FIT 契約は OPA と承認を受けた再生可能エネルギー発電事業に責任を有する法的主体との契約関係である。契約は FIT 規則と併せ読んで理解しなければなら

ない。規則は申請適格、契約の実施概要、電力価格および料金決済の手順等が記載されている。また、FIT 契約においては、要件に適合した再生可能エネルギー発電施設（「契約施設」）の建設・所有および関係法令・規則に従った操業、加えて 10kW 超の能力を有する風力・太陽光発電事業者は、最少州産品使用基準の充足が要求される。その他、FIT 契約者には、契約施設に付帯する環境属性（environmental attributes）⁹の OPA への譲渡、「再生可能電力事業のための ecoENERGY」の下でカナダ政府から受領する支払¹⁰の半額の移転、契約施設から送配電網への接続点に配電されるまでに課される租税の支払、および契約施設のオ州電力系統への適切な接続等の義務が課せられる。【P: 7.198–7.201】

履行中の契約については、開発費用と合理的な利益率を保証するように契約価格は 2 年に一度改定される。電力供給者は契約上の支払をオ州電力網への給電（あるいは IESO の指示による給電停止）につき kW ごとに受け取る。IESO の送電網接続の契約施設か、直接・間接に配電網に接続する契約施設か、あるいは後者でも 5MW 以上の発電能力か否かにより算定方法が異なるが、いずれも契約上の支払から先物契約関連物資（Future Contract Related Product）¹¹の販売による利益の 80%が差し引かれる。FIT 規則上、契約上の支払には OPA が責任を有するが、IESO と地域配電会社が一般的な決済プロセスに一定の役割を果たす。特に FIT 契約によれば、送電網接続の契約施設については、支払は IESO 市場規則に従い、前述の GA による HOEP と契約価格との差額調整が OPA と契約者の間で行われる。配電網接続の契約施設については、契約者には地域配電会社から直接支払われ、

⁹ パネル報告書注 384 に FIT 規則および FIT 契約上の定義が引用されているが、非常に煩雑である。一応の理解として、例えば化石燃料を再生可能エネルギーに代替することで削減できる温室効果ガスの数値など、計量化・点数化されるもので、例えば排出権など後に何らかの利益や権利に結びつくものを指す。カナダではこの環境属性が売買されており、OPA は FIT 契約から得た環境属性の売却スキームの構築に着手していることが報じられている。

Emissions/Environmental Attributes Trading Agreements, NATURAL RESOURCES CANADA, http://www.retscreen.net/ang/emissions_environmental_attributes_trading_agreements.php; Patricia A. Koval et al., *Canada: Ontario Power Authority to Sell Environmental Attributes*, MONDAQ (Feb. 14, 2011), <http://www.mondaq.com/canada/x/122964/>.

¹⁰ 対象となる再生可能エネルギー発電プロジェクトに対しては、操業開始から 10 年間にわたり、kWh あたり 1 カナダセントのインセンティブがカナダ政府から支給される。ecoENERGY for Renewable Power, NATURAL RESOURCES CANADA, <http://www.nrcan.gc.ca/ecoaction/14145>.

¹¹ 先物契約関連物資については、FIT 規則に言及がなく、また FIT 契約書にも定義はない。OPA の指針によれば、「市場が未成立の再生可能エネルギー生産の副産物」と抽象的に定義されるのみで、その範囲は明確ではない。当該文書ではこれに該当しない物資が例示列挙されている。

Guidelines — Future Contract Related Products, OPA (Apr. 21, 2011), at <http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/Guidelines%20-%20Future%20Contract%20Related%20Products.pdf>. 他の資料から、OPA は契約日時点で買い手がないか、あるいは契約施設に生産能力がないことから、契約者が販売できない副産物を指すことが明らかにされている。SES 5: Related Products, OPA (May 25, 2009), at <http://fit.powerauthority.on.ca/public-consultation/past-events/qa-toolstakeholder-submissions/qa-tool/qa-tool-567>.

後に後者が OPA に求償する。このような決済手続にもかかわらず、OPA は独断でこれを変更でき、また契約上の支払について常に責任を有する。【P: 7.202–7.207】

以上のことから、FIT 契約の基本的目的は、最少州産品使用基準を充足した契約施設によるオ州電力網への電力供給であり、その対価として OPA は供給者に 20 年間にわたり所定の決済制度を通じて支払を行う。FIT 契約はこの取引を電力の購入 (purchase) と形容している。【P: 7.208】

小口 FIT 契約：小口 FIT 契約は、より単純化された条件での OPA と供給者の電力調達に関する契約関係である。個別 FIT 同様、小口 FIT 契約と小口 FIT 規則を併せ読んで理解する必要がある。供給者は小口 FIT 発電施設を所有・リースし、太陽光発電の場合は最少州産品使用基準を充足する必要がある。その他、環境属性の OPA への譲渡、地域配電会社との配電網への接続合意締結を義務付けられる。支払額の設定は個別 FIT と同様であり、支払は 20 年保証される。契約者には個別 FIT 同様の決済手続を経て地域配電会社から支払がなされるが、契約上の最終的な責任は OPA にある。このように小口 FIT の目的も個別 FIT と同じく電力供給であり、その対価として契約に規定された支払を OPA から受ける。小口 FIT 契約によれば、この取引は電力の販売 (sales) である。【P: 7.209–7.214】

結論：以上のことから、FIT 制度は、再生可能エネルギー発電の促進による火力発電との代替、ひいては CO2 削減、そして風力・太陽光発電に要する州内再生可能エネルギー機材生産への投資の刺激を目的とする。FIT 契約を通じてこれらが実現され、潜在的に贈与の要素はない。FIT 契約は、電力供給者と OPA の中核的な義務を相互に履行することを予定する。このとき供給者は以下の義務を負う。i) 法令・IESO 市場規則に従った適格な施設の建設および所有等、ii) 最少州産品使用基準の遵守、iii) オ州電力網への電力供給、iv) 決済手続への参画、および v) 契約施設に付帯する環境属性、「再生可能電力事業のための ecoENERGY」の下でカナダ政府から受領する支払の半額、および先物契約関連物資の販売から得られる利潤の 80%の OPA への移転。【P: 7.215–7.219】

6.2.2 措置の法的性質

申立国は、FIT 制度等は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)の「資金の直接的な移転を伴う措置」等ないしは同号(2)の「所得又は価格の支持」に該当すると主張するが、被申立国は同(a)(1)(iii)の物品の購入に該当すると主張する。本パネルは被申立国に同意する。【P: 7.220–7.222】

電力供給に対する OPA の支払：問題の措置は電力供給源の多様化と火力発電設備廃止に伴う電力需給ギャップの解消を目的としており、FIT 契約の条件では電力が供給されて初めて契約上の支払が行われる。本件では契約施設の建設とその条件について争われており、

また FIT 契約は発電プロジェクトの資金調達を容易にするが、支払は施設に対してなされるのではない。【P: 7.223–7.224】

オ州政府による電気の所有: EU は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の物品の「購入 (purchase)」は政府の自己利用のための取得と主張するが、同意しない。辞書的定義から、購入とは、政府の購入した物品の所有 (possession) に至る行為であり、物品の対価として何らかの支払を伴う。よってその通常の意味において、購入は金銭その他の何らかの支払を通じて財物を所有する場合に起こる。また、カナダは購入には物理的占有を伴うと主張するが、購入は単に売り手から買い手への権原の移転のみで行われうる。無体物である電力の性質に鑑み、その購入は電力の権原の移転を伴うものである。文脈として、EU は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の構造から、「提供 (provides)」は政府が他者の使用に何かを供するのと同様、購入は政府が自身の使用のために供給を受けると解せると主張する。この 2 つの用語が同一の号に規定されることから導かれる解釈指針は乏しく、本パネルはこれに同意しない。【P: 7.225–7.230】

SCM 協定 1.1 条(a)(1)柱書により、「政府又は公的機関」が金銭その他の何らかの支払を通じて財物を所有する場合に購入が行われるが、FIT 制度等では正にこの事態が起きている。FIT 契約ではオ州電力網への電力供給により供給者は資金の移転を受け、電力への権原を失う。米国・対中国産品 AD 税および相殺関税事件において、上級委員会は「公的機関」は「政府権限を保有し、行使し、または付与された主体 (an entity that possesses, exercises or is vested with governmental authority)」と解しており、「有意な支配 (meaningful control)」を国が及ぼしていることがその有無の証左として有用であると説示している。ハイドロ・ワンはオ州政府の代表機関であり、オ州政府が特に公共サービス・機能遂行の権限・責任を委託していると説明しているため、同社は SCM 協定 1.1 条(a)(1)の「公的機関」である。1998 年電力法が政府によるハイドロ・ワンの操業条件・制限を規定する権限など広範な政府関与を規定すること、オ州政府と同社の 2008 年覚書は営利企業でありながら投資についてオ州政府の指示や認可を得るよう求めていること、同社経営陣はオ州エネルギー省との会合を義務付けられること等、オ州政府がハイドロ・ワンに「有意な支配」を行っていることは公式の証左から明らかである。そのハイドロ・ワンがほぼ全ての送電網を所有していることは、オ州政府が FIT 事業による電力を購入していることを示している。同じくオ州政府はその代表機関である IESO を通じて送電網の電力フローも制御し、更にハイドロ・ワンを通じて最終消費者に送配電を行う。これら 2 社と OPA からなる 3 つの公的機関の一体的な活動は、オ州政府が SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の意味において電力を購入していることを示す。【P: 7.231–7.239】。

申立国は FIT 契約では給電停止によって送電線混雑費用が支払われるので OPA は電力を

購入していないと主張するが、前述のように IESO はこの権限を行使したことはなく、またそもそも小規模の FIT 契約および小口 FIT 契約には適用されない。OPA は給電停止に対する支払は電力網の過負荷リスク対応の例外的メカニズムに対して支払をなすもので、安全・安定的な電力供給に必須である。それ自体は FIT 契約の購入としての性質決定を妨げない。【P: 7.240–7.241】

法令、規則および契約：FIT 制度の法的枠組みおよび FIT 契約の文言から、問題の措置はオ州政府の電力購入に関するものであることに疑いの余地はない。申立国が主張するように、ある措置が国内法上どのように称されるかは WTO 法上の検討において決定的ではないが、問題の措置をオ州政府の電力購入と性格づける一連の文書は関連要素となる。【P: 7.242】

結論：以上のことから FIT 制度等は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の物品の購入とするのが法的性質決定として適切である。当該措置は「資金の直接的な移転」の基本的特性を示すが、これにも (*also*) 該当するとする申立国の主張に同意しない。通常の意味から、政府による物品の購入は何らかの支払がなされる際に生じる。よって、「資金の直接的な移転」とは 2 点異なる。第一に「資金の直接的な移転」は何らかの金融資産の移転なのに対し、購入は金銭あるいは金銭相当物の移転を伴う。第二に購入の目的は物品なのに対し、「資金の直接的な移転」は目的を特定しない。後者は重要であり、同号(iii)ではもっぱらこの形態の資金的貢献に焦点を絞る起草者意思を明らかにする。起草者が同号(i)で物品購入がカバーされることを意図しながら、(iii)でもこれに明示的に言及することは考えにくい。双務的な権利義務は(i)では出資と融資のみであり、仮に物品の購入も(i)の範囲にあると起草者が考えるなら、そこに追加されていたであろう。更に、問題の措置を「資金の直接的な移転」と性格付けることは、条約解釈の実効原則に反する。最後に申立国は、(i)から(iv)の間に「又は (or)」がない等 SCM 協定 1.1 条(a)(1)の構造はある措置が複数の類型に該当することを妨げないとした米国・大型民間航空機事件上級委員会の説示を援用するが、同事件上級委員会は確定的な結論を示していない。よって国際法の慣習的規則により申立国の解釈を受け入れることは許されない。また、(i)の「資金の直接的な移転の可能性を伴う措置」、(iv)の委託・指示にも該当しない。【P: 7.243–7.248】

所得・価格の支持：パネルの多数意見は後の利益 (SCM 協定 1.1 条(b)) に関する申立国の請求を退けることから、いずれにせよ補助金に関する請求は認められない。よって、訴訟経済を理由として SCM 協定 1.1 条(a)(2)に関する判断を行わない。【P: 7.249】

B. 上級委員会

6.3 当事国の主張

日本：SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)、同(iii)、および同条(a)(2)を相互排他的としたパネルの解釈は誤りである。FIT 制度等の下での電力購入は、同条(a)(1)(iii)の物品の購入ではなく、同(i)の「資金の直接的な移転を伴う措置」・「資金の直接的な移転の可能性を伴う措置」、および同条(a)(2)の「所得又は価格の支持」に該当する。あるいは、物品の購入だけでなく、「資金の直接的な移転を伴う措置」・「資金の直接的な移転の可能性を伴う措置」、および「所得又は価格の支持」にも該当する。パネルによる同条(a)(1)(iii)の解釈は争わないが、パネルは問題の措置の「主要かつ関連する性質」の評価に基づく適切な性質決定を怠った。パネルは、所定の政策目標達成への寄与の有無や程度を含む、全ての関連事実や周辺の状況の評価を要する。本件では、安定的な電力供給確保の目的達成のためのアンバンドリングの決定や、オ州電力市場における FIT 制度等の意図や運用を見過ごしている。また、問題の措置の「所得又は価格の支持」該当性に関する請求に対するパネルの訴訟経済行使は、DSU 第 11 条に反する。パネルは SCM 協定 1.1 条(a)(1)の資金的貢献の関係における利益の議論が同(2)の所得・価格の支持に関する利益にも適用可能とする理由を示していない。

【AB: 5.106–5.107, 5.116, 5.123, 5.135】

カナダ：パネルの判断は米国・大型民間航空機事件上級委員会の説示に適合している。SCM 協定 1.1 条(a)(1)においてある取引が複数の号に該当する可能性を排除しないが、同一措置の同一側面は同時に「物品の購入」および「資金の直接的な移転を伴う措置」たりえない。

【AB: 5.117】

6.4 上級委員会の判断

6.4.1 政府による物品購入 (SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii))

SCM 協定 1.1 条(a)(1)各号を相互排他的としたパネルの判断に同意しない。米国・大型民間航空機事件上級委員会は SCM 協定 1.1 条(a)(1) は各号の関係を明示せず、ある取引が複数の号に該当する可能性を排除しない。パネルは SCM 協定 1.1 条(a)(1) の下で措置がいずれかの資金的貢献に該当するか否かを検討するにあたり、構造と運用の双方を仔細に検討し、主たる性質を特定する。そうした結果、措置は多面的であり、ひとつの取引の異なる側面が異なる複数の資金的貢献の類型に該当しうる。また、性質決定の結果ひとつの資金的貢献の類型に特定することができず、ひとつの取引が複数の資金的貢献の類型に該当することもある。しかしこのことは SCM 協定 1.1 条(a)(1)下の資金的貢献の類型が皆同一であること、あるいは同項に規定した別個の法的概念が重複していることを意味しない。以

上のことから、SCM 協定 1.1 条(a)(1)の(i)および(iii)が相互排他的であるとの認定は、上級委員会の先例に適合しない。その結果、条約解釈の実効原則を侵すことなしに政府による物品購入が同時に資金の直接的移転およびその可能性を伴う措置、更に所得・価格の支持たりえないとしたパネル報告書パラ 7.246 の認定は、ムートにして無効であると宣言する。

【AB: 5.118–5.121】

SCM 協定 1.1 条(a)(1)の適用については、日本は、FIT 制度等を物品購入としたパネルの判断を破棄し、問題の措置が資金の直接的移転等に該当する、あるいはパネルの上記判断を修正し、資金の直接的移転等にも該当することを認定するよう求めている。第一に日本は、まず OPA は電力に支払を行う一方、ハイδρο・ワンが電力を受領しており、電力を所有しない OPA は単なる資金提供機関として購入を行っていないと論じる。しかしアンバンドリングにより異なる法人に職責を分配したことは、オ州の電力購入の結論を損なうものではない。パネルは OPA 等購入に関連する機関は全て公的機関であり、その活動はオ州政府に帰属するとしているので、そのうちの 1 ないし複数の法人を通じて活動したか否かは無関係である。パネルは実際これら公的機関（OPA、ハイδρο・ワン、IESO）の行為の組み合わせが SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の意味における電力購入を示すと認定した。これらの法人を公的機関とするパネルの認定については上訴されておらず、よって日本の上記主張はオ州が FIT 制度等を通じて電力を購入しているとのパネルの認定を損なうものではない。第二に日本は、オ州は電力購入ではなく、州内電力網において操業する法人に対する個別の役割の割当によって、電力の安定供給と再生可能電力の活性化の目標に取り組んだと主張する。オ州は様々な法人や計画を通じて目的達成を追求したことはそのとおりだが、このことは州が電力購入を行った事実を何ら変更するものではない。第三に日本はオ州において電力供給を行う民間企業の介在は、目的達成に政府機関による電力購入は不要であることを示すと主張するが、同意しない。SCM 協定 1.1 条(a)(1)における措置の性質決定において、政府購入の必要性、そして民間企業の関与も検討を求められていない。最後に、日本は、パネルはある措置が国内法上性質決定されれば、WTO 法上それと異なる性質決定は行えないと想定した点が誤りであると主張する。ある措置の国内法上の性質決定が対象協定上の性質決定に決定的でない論じる日本は正しく、上級委員会の先例でもそのように認定している。しかし本件ではパネルはこの点を認識しており、FIT 制度の立法・規制枠組み、ならびに FIT 契約の文言からオ州政府が問題の措置が電力購入であるとオ州政府が認識していたことが明らかであると結論づけている。よって日本の主張に同意しない。**【AB: 5.122–5.128】**

以上のことから、FIT 制度等を SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の政府による物品購入としたパネルの判断に誤りはなく、パネル報告書パラ 7.243、7.328(i)を支持する。**【AB: 5.129】**

SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)該当性に関するパネルの判断を支持したので、パネルの判断を修正し、問題の措置が、「資金の直接的な移転を伴う措置」等にも該当するとの認定を求める日本の請求を検討する。SCM 協定 1.1 条(a)における取引の性質決定は、同 1.1 条(b)の利益評価の方法に示唆を与える。しかし本件では、日本は電力と引き換えに一定の資金がもたらされるといった FIT 制度等のある特定の側面を強調するばかりで、新たな措置の特性を提示していない。これらの側面はオ州における電力取引の一部であることを日本は見落としている。日本の議論には、問題の措置を政府による物品購入としたパネルの判断に本部会を同意させる特性とは異なるか、それに追加するものは見出せない。よって日本の請求は退ける。【AB: 5.129–5.132】

6.4.2 「所得又は価格の支持」に関する申立についての訴訟経済

パネルにおける日本の請求は、措置が SCM 協定 1.1 条(a)(1)の資金的貢献とされる場合と、同(2)の所得・価格の支持とされる場合で区別がない。また、同 1.1 条(a)の判断が同条(b)の利益分析に示唆を与えるかも知れないが、資金的貢献と所得・価格の場合で利益分析が異なるか否か、あるいはどのように異なるかも詳述していない。双方の場合における日本の利益に関する議論の根拠が同一であり、パネルが SCM 協定 1.1 条(a)(1)との関係で日本の利益に関する主張を退けた以上、同(2)に関する追加的な認定は紛争の完全な解決には必要ではない。よって、パネルの訴訟経済行使に関する DSU 第 11 条違反認定に関する日本の請求を退ける。【AB: 5.129–5.133】

7. 利益 (SCM 協定 1.1 条(b))

A. パネル

7.1 当事国の主張

申立国 (日本) : まず、FIT 契約者はオ州あるいは州外の 4 つの管轄区域 (州外管轄区域) のいずれかにおける卸売または小売電力価格を上回る価格を保証されている。ベンチマークとしては、2010 年の HOEP 加重平均、2010 年の FIT および RESOP (Renewable Energy Source Offer Programme) 発電事業者を除く卸売料率平均等が挙げられる。第二に、オ州電力市場の歴史と FIT の客観的な設計・構造に基づく主張である。オ州は 2002 年の電力自由化で十分な電力供給を集めることができず、支払保証により再生可能エネルギー発電の

正の外部性を内部化した。FIT 制度がなくなれば、再生可能エネルギー発電事業者はより低価格および不利な契約条件に晒されたであろう。カナダはベンチマークを再生可能エネルギー発電の高コストを反映したものとすべきと主張する。しかし、そのような電力市場も、またそうした高額な再生可能エネルギー発電を選択するオプションは消費者にもなく、GAにより高価格を全消費者に配分することで単一価格を設定している。最後に、規制価格と補助価格の違いにパネルの注意を喚起する。効率的な発電事業者は場合によっては市場の支持によって高価格で電力を販売できるが、政府の規制によってかかる価格設定での販売を許されないことがある。対して再生可能エネルギー発電事業者のような非効率な発電事業者を存続可能にするものが補助金であり、FIT 制度はこれに該当する。【P: 7.250–7.254】

申立国 (EU) : まず日本と同じベンチマークに依拠して、FIT 契約者はオ州または州外管轄区域における卸電力価格を上回る価格を保証されている。第二に、FIT 制度は再生可能エネルギー発電への民間投資促進を意図しており、FIT 発電への市場価格以上の価格設定とかかる価格の 20 年超保証の 2 点の特徴がある。いずれもオ州の卸電力市場では享受できない。また、ベンチマークを再生可能エネルギー発電の高コストを反映したものとすべきとするカナダの議論には同意しない。電源の種類にかかわらず電力は物理的に同種かつ完全代替可能で、価格も発電技術別に差別化されておらず、利益算定の目的で市場は単一である。仮にパネルがベンチマーク決定に再生可能とそれ以外の区別を認めた場合でも、風力・太陽光発電事業者には水力等それ以外のクリーン技術による発電事業者よりも高い価格が支払われており、利益がもたらされている。最後に、カナダの主張を容れて風力・太陽光発電コストがベンチマークとしても、FIT 制度は実際のコストにかかわらず標準価格をオファーしているので、利益をもたらしている。資本コストは施設ごとに違いがないので、好条件の立地にある施設の発電総コストは相対的に安く、FIT 制度の下での標準価格は必ず好立地施設の発電コストを上回る。【P: 7.255–7.258】

被申立国 : オ州政府は FIT 制度の風力・太陽光電力の購入者であり、オ州の私人たる電力購入者が支払う風力・太陽光電力価格がベンチマークたりうるが、申立国はこれを提示していない。HOEP のような混合商品電力の価格を反映したベンチマークは適切ではない。オ州にはそのような電力の単一市場は存在しない。また、IESO の管理による卸電力市場は、競争市場ではない。IESO の市場決済システムは電力の物理的需給の均衡のための IESO による決定を支援する制度である。電力供給者のオファーも生産コストや利潤をカバーするものではなく、IESO の受諾により契約上・規制上の料金を得るためのものである。更に、IESO 管理市場は、電力の 92%に相当する大多数の発電事業者が受領する価格を設定しない。最後に、FIT 制度がない場合でも、再生可能エネルギー発電事業者は OPA と価格交渉を行うので、HOEP に基づいて存続を余儀なくされることはない。【P: 7.259–7.263】

7.2 パネルの判断

申立国は FIT 制度等を SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)および同(2)該当の措置として利益の供与を主張しているが（※ パネルは上記 6.2 に述べたようにこれを退けた）、同一の議論が同条(a)(1)(iii)の物品の購入である当該措置の分析にも関連すると主張している。申立国は、問題の措置が物品の購入と性質決定されても、当該措置を資金面での貢献とする主張と整合的であると述べているので、当事国の主張をそのまま検討することに法的に支障はない。【P: 7.270】

7.2.1 法的基準

SCM 協定 1.1 条(b)における利益の存在は、資金的貢献がある場合とない場合の補助金の受領者の状況を比較することで決定し、市場が適切なベンチマークを提供する。同第 14 条(d)は、政府が物品を購入する際に相殺関税調査の目的で利益の点から補助金額を計算する指針を設けるが、これが本件でも有用な文脈となる。同号は、利益を証明するひとつの方法として、FIT 発電事業者に与えられる対価が、当該発電事業者がオ州電力市場で「市場の一般的状況」に照らして妥当以上であることによって示されることを示唆する。よって、関連市場の画定が出発点となる。市場について先例は、例えば「買い手と売り手が集合し、需給の力が価格に影響を及ぼす経済活動の場」と定義している。しかし SCM 協定第 14 条(d)の文脈では、政府介入により歪曲されない市場である必要はない。にもかかわらず、ある製品の供給者たる政府の関与のせいで資金的貢献によって受領者が利されているかどうか判然としない場合、政府介入対象の市場は同号の下で適切なベンチマークとして機能しない。よって、市場は経済理論上の完全競争でなくてもよいが、同条が想定する比較を堂々巡りに帰する（circular）類いの政府介入によらず、需給の制約されない力の作用を通じて確立する価格という意味で、実効的な競争が存在する市場でなければならない。【P: 7.271–7.275】

7.2.2 卸電力市場

申立国の利益に関する主たる主張は、競争的なオ州卸電力市場においては、民間購入者が付する契約条件では低い電力価格と高い商業的リスクに晒されるがゆえに、FIT 発電事業者は FIT 制度なしには商業的に持続可能な操業は不可能であるというものである。この主張

の裏付けのため、種々のベンチマークを提示し、関連市場における 20 年の長期契約の利用不可能性、再生可能エネルギー発電への投資促進の目的等を指摘する。カナダは FIT 発電事業者の競争的市場での存続不可能性を争わないが、OPA の電力購入が利益をもたらさないとする。カナダによれば、新規電力設備投資の目的達成のために機能する発電技術ごとにコストが異なるので、FIT 契約について最適なベンチマークは、FIT 制度の下での電力購入の基本的条件である電力が再生可能電源から生産される事実を反映しなければならない。よって、本件では風力および太陽光電力市場が関連する市場の比較対象である。競争的な電力市場と利益認定のために当事国が提起する市場例を用いることの妥当性について、ベンチマークに関する当事国の主張の違いは多くの問題を提起するが、以下の 4 点を検討する。【P: 7.276–7.278】

電力市場の経済学と『資金不足』問題：電力は備蓄が不可能な無体物であり、需給の過不足によって停電を起こす電線を通じてのみ供給できることは、生産・消費は同時であり、かつ送配電は中央集権的管理を要することを示唆する。電力は不可欠な商品であり、安定・長期供給を要する。電力は代替が効かないので、価格に反応せず、需要曲線はほぼ水平である。一般に発電技術の多様な混合が望ましいとされ、伝統的な発電技術はベース供給発電（高固定費・低限界費用、原子力）、中間発電（中固定費・中限界費用、石油・ガス水蒸気）、およびピーク供給発電（低固定費・高限界費用、ガスタービン）に分類される。太陽光および風力発電は一日の一定時間帯しか生産されない可変的発電であり、単位電力あたりの固定費が高い一方、限界費用は皆無である。2014 年末の石炭火力発電所廃止時に失われる発電能力を代替するため、オ州は再生可能発電技術を含めるべくサプライ・ミックスを拡大した。これらの発電技術は 2030 年までにオ州発電能力の 11.5%になる。【P: 7.279–7.280】

実効的な競争が存在する卸電力市場における発電事業者の値付けは限界費用に限りなく近く、様々な発電事業者の組み合わせによる供給曲線は、発電能力の限界に近づくにつれて急増する右肩上がりの階段関数¹²のようになる。需給両曲線の急な傾きは、小さな需給の変化で価格が極度に変動しやすいことを示すが、このことは高価格時に省エネや新規参入を促す点で必ずしも望ましくない特性ではない。適切に設計された電力市場では、一連の短期卸市場のスポット価格を軸として新規発電への投資を支持する適切なインセンティブと補償を与える長期の均衡が構築される。しかし、消費者への供給サイドの情報提供の困難と供給制約への消費者の即時の (in real-time) 対応の必要性から、この理論的な市場の理念型は実現できない。このため、政府は電力価格安定のため市場介入によって価格変動

¹² パネル報告書パラ 7.49 の図 1 (Diagram 1) を参照。

性を統制するが、結果として、「組織化された (organized)」卸電力市場では長期的に投資総コスト (含・固定費、埋没費用) に見合う水準への価格上昇が妨げられ、電力事業への投資は不十分になる。かかる条件下では新規発電所建設に民間投資家は資金提供せず、投資がなければ電力市場は将来の電力需要を満たすことはできない。これが「資金不足」問題 (“missing money” problem) である。このため、安全、安定的、持続可能な電力供給のために政府介入を要する。【P: 7.281-7.284】

オ州の 2002 年卸電力市場の経験：当事国は 2002 年 5 月から 11 月までオ州に競争的な卸電力市場が存在した事実を争わない。その間の発電能力の 9 割は OPG が運営する政府保有設備だったが、カナダによれば、卸売市場は全発電事業者の限界費用における電力提供を前提としていた。同年夏の高温に伴う需要激増に発電事業者は大幅な値上げなしに対応できなかったが、原因が新規参入を呼び込まない当時の市場構造にあることを当事国は指摘する。オ州エネルギー省専門委員会報告書 (以下「ECSTF 報告書」) は、卸電力市場がその下で機能することを余儀なくされる諸条件に影響する多くの事象を明記しており (エンロン事件、新規ガス火力発電建設の鈍化、原発再稼働の遅れ)、電力市場の価格変動性に加え、他の要因が複合的に当時の競争的卸売市場に影響していた。カナダによれば、こうした 2002 年の経験は、競争市場はオ州に必要な追加的な長期電力を供給する新規発電施設の建設を十分に促進しないことを示す。また、このことは ECSTF 報告書とも符合する。パネルに提示された証拠によれば、2002 年のオ州において、安定的な電力供給確保に要する発電能力への投資誘致の目的は、競争的な卸売市場の作用に基づくだけでは達成されなかった。【P: 7.285-7.292】

IESO 運営による卸電力市場：日本は IESO 運営による市場も通常の市場の力で卸電力価格を設定しており、競争的であるとする。IESO 市場規則が設定する目標も効率的、競争的および安定的な市場の促進であり、IESO も自己が管理する市場が競争市場であると説明している。他方 EU は、当該市場は伝統的な競争市場ではないかも知れないとする。日本は HOEP の決定方法について、発電事業者は自らの電力供給量が IESO に選択されるために戦略的な価格設定を要し、これが電力供給のシグナル、つまりは IESO が電力供給を選択するメカニズムとして作用すると説明する。しかし、2010 年現在で 9 割以上の発電能力に相当する設備は HOEP を受領しておらず、更に発電事業者の価格提示は自己の配電が選択されることを目的としており、発電の限界費用の回収ではない。カナダによれば、HOEP の適用を受ける OPG の水力・原子力発電所は、OEB の規制価格に依拠することで収入に影響がないため、IESO に受諾されるように相当低く (時に赤字の) 価格提示を行う。このように IESO 運営の市場では価格設定は限界費用の回収ではなく、オ州送電網への電力供給に選択される目的で行われており、オ州政府の政策に影響されない需給によって均衡価

格に達するものではない。オ州政府が 9 割以上の発電能力について HOEP 以上の収入を保証し、OPG の施設については発電コストにかかわらず HOEP の受諾を指示しているかぎり、HOEP の均衡は本件での利益分析のために利用できる市場の均衡ではない。HOEP の均衡はオ州政府の価格政策とサプライ・ミックスの結果である。【P: 7.293–7.298】

EU は、オ州電力価格が近接の州外管轄区域からの電力輸出入価格と過去 3 年間近似していることから、HOEP が市場条件の下での電力価格を忠実に反映していると主張する。EU は、米加のいずれの州もこれら全ての電力にわたる規制を課しておらず、取引は完全に取引主体の需給に基づくため、これを妥当な結論と主張する。しかしこの推論には問題がある。まず、HOEP は上記のように競争市場における均衡価格ではなかった。第二に、電力輸出は管轄区域間の卸売価格の差が十分に利ざやを担保する時に行われるので、輸出者の管轄区域内の価格水準が輸出価格に影響する。しかし EU は、オ州に電力を輸出する加・マントバや米・ミシガンなどの州内卸電力市場が政府規制に歪曲されていない市場条件に基礎を置くものであることを示していない。【P: 7.299–7.302】

オ州外の電力市場：申立国はオ州外の競争的とされる卸電力市場の価格が代用値として援用可能であると主張し、アルバータ州、ニューヨーク州、およびニューイングランド、および中部大西洋岸地方（PJM 相互接続）の卸売市場価格に言及している。申立国はこれらが全て競争的市場であることを主張している。しかし、ニューヨーク、ニューイングランド、および PJM でも『資金不足』問題¹³が発生しており、並行的にオ州類似の容量市場（capacity market）¹³を導入している。つまり、卸売実物市場のみが発電事業者の収入源ではなく、このことはこれらの 3 つの州外管轄区域において競争市場のみでは発電能力への十分な投資を誘引することの困難を示す。アルバータ州については、市場アプローチが一定の成功を収めたことは認めるも、ECSTF 報告書が指摘するように、オ州では市場のみに依存することはリスクが高い。【P: 7.303–7.307】

結論：SCM 協定第 14 条(d)によれば、オ州関連市場で発電事業者が受け取る報酬との比較で、FIT 発電事業者が「妥当な対価よりも多い額の対価」を得ていることを示すことで、問題の措置により利益がもたらされることになる。証拠より、オ州の卸電力市場は競争的市場でなく、電力の長期安定供給の確保等に要するサプライ・ミックスに関するオ州当局の政策決定および規制に規定された電力制度の一部である。HOEP も政府介入に相当影響された需給の作用の結果であることに疑いはなく、HOEP およびそれに派生する価格は適

¹³ 容量市場については、以下の記事を参照。 *How a Capacity Market Works*, THEENERGYCOLLECTIVE.COM (June 14, 2013), <http://theenergycollective.com/adamjames/237496/energy-nerd-lunch-break-how-capacity-market-works-and-why-it-matters>.

切なベンチマークたりえない。【P: 7.308】

重要なことに、申立国は利益に関する主たる主張の前提、つまり FIT 制度がなければ FIT 発電事業者は競争的な卸電力市場での操業に直面させられたことを証明できなかった。2002 年のオ州の経験から明らかなように、競争的な卸電力市場は、風力・太陽光発電施設をサプライ・ミックスに含めることによる人の健康および環境上の目的を追求するシステムはおろか、信頼性の高い電力システムの保障に要する多種の発電事業者に対して全コストの回収に十分な収入による報酬をもたらすように機能することも、現実には殆どない。またオ州外の例では、まずアルバータ州の例は、ECSTF 報告書によれば、オ州では同様には成功しないとされている。申立国は同報告書の指摘が現況に当てはまらないとするが、2030 年までの更新・置換等を要する発電能力が相当量になることや競争的卸電力市場の内在的限界に鑑み、かかる主張は説得的でない。ニューヨーク等他の 3 つの州外管轄区域でも、市場が発電事業者に全収入をもたらすのではなく、容量市場が併存しており、競争的卸売市場の例とはならない。以上に鑑み、現在のオ州では、もっぱら競争的な卸電力市場の機能のみを通じて、信頼性の高い電力供給は確保できないものと認める。競争的卸売市場の基準を本件に当てはめることは、電力の特性に起因する電力システムが直面する困難への対応として不十分であるばかりか、オ州の特殊状況の看過である。特に、同州における需給の一般的条件の下では、競争的卸売市場は安定供給に要する発電能力投資を誘致できず、当該目的は政府介入によってのみ達成可能である。これらの状況に鑑み、FIT 制度等による利益の有無を当該措置の条件と競争的市場におけるそれとを比較して判断することは不適當である。【P: 7.309–7.312】

以上のことから、a) オ州政府のサプライ・ミックスと価格政策および規制に影響される HOEP は利益分析の適切なベンチマークではない、b) FIT 制度等が存在しない場合に、FIT 発電事業者は競争的卸電力市場に直面することについて、申立国は説得的な主張を怠った、および c) 前 2 点および現代生活での電力の重要性に鑑みて、競争的卸電力市場からの電力購入の条件に派生するベンチマークを適用することでは利益の有無は判断できない、と認定する。【P: 7.313】

7.2.3 代替的なベンチマーク

当事国は競争的な卸電力市場価格に対して多くの代替的ベンチマークを提起している。まず申立国は FIT 制度がない場合受領する実際の電力価格を挙げる。このことは、FIT 制度がなくても、同様に非 FIT 発電事業者は HOEP を現在の水準に維持しつつ操業継続するという反実仮想を前提とするものと解される。これは供給者が契約・規制価格によって HOEP

以上の価格を受領することで成り立つのであって、引き続きオ州政府が一定の役割を果たすことを意味する。よって、HOEP の受諾が唯一の選択肢ではなく、例えば風力・太陽光発電事業への新規参入者は価格交渉をオ州と行うであろう。第二に、EU はオ州の電力の輸出入価格を挙げるが、HOEP を反映したこれらの価格は前述のとおり競争市場価格ではない。第三に、日本は、小売価格ではあるが、RPP をオ州電力消費者から発電事業者が受領できる上限価格として考慮すべきとする。しかし RPP は HOEP 同様にオ州政府のサプライ・ミックスと価格政策および規制に非常に影響されているので、仮に卸売価格による FIT 発電事業者への利益供与の有無のベンチマークとして小売価格を利用できるとしても、RPP の下ではかかる小売価格は設定できない。最後に、カナダは利益分析のための関連市場は風力・太陽光発電電力の市場であるとし、申立国は発電源にかかわらず単一の電力市場であるとする。オ州電力消費者は発電技術に基づく区別を行っていないこと、発電方法によって電力の物理的特性に差異がないことから、申立国の主張に同意する。【P: 7.314-7.318】

以上のことから、いずれの代替的ベンチマークも適切ではない。【P:7.319】

7.2.4 利益に関する結論

本件の事情に鑑み、競争的な卸電力市場に派生するベンチマークにより利益供与の有無を認定することは、実在しないか、あるいはオ州では合理的に達成しえない基準との比較で FIT 契約を補助金と認定することになる。かかる帰結は、役割、コストおよび環境上の影響において異なる発電技術から電力を獲得しなければならない現代電力システムの現実を反映していない。何度となく強調してきたとおり、実効的な競争条件で操業する卸売市場に全ての発電技術から必要な発電能力が誘致されるのは、極めて例外的な状況に限られる。よって、競争的な卸電力市場は利益分析の適切な参照基準ではない。また、提起された代替案も適切なベンチマークたりえない。よって、申立国の利益に関する議論を支持する根拠はない。【P: 7.320】

ベンチマークに関するパネルの私見：EU は適切なベンチマークの特定および判断の完遂をパネルの責務とするが、同意しない。申立国が提起しない議論に基づく禁止補助金の請求の検討をパネルに強制する権限は WTO 法上存在しない。また、一応の (*prima facie*) 違反の提示による協定違反の立証は申立国の責任であり、パネルにはこれを代行する権限はない。これらの原則を念頭に、当事国の主張を退けた場合にパネルの立場表明の明示的な要求が当事国よりあったことに照らして、本件で妥当に追究できたと本パネルが確信する利益の問題への一方法論に関する私見 (*observation*) を以下に述べる。【P: 7.321】

電力の安定供給には包括的な政府介入を要することから、利益の認定方法のひとつは、オ州の現存する需給条件を忠実に反映した卸売市場における民間電力購入者の行動に照らし、FIT 契約の商業的性質を評価することである。オ州の i) 2014 年末までの石炭火力発電の廃止決定、ii) 2020 年までの 43%の発電能力の更新・代替等の必要性、iii) 2030 年までの新規発電能力の一部を代替可能エネルギー由来とする決定に鑑み、利益分析は、オ州政府により広範な条件を規定される卸売市場において起こりうる第三者間購入取引に、問題の措置を照射することを要する。このことは、FIT 契約の条件を、FIT 制度の下での規模に相当する風力・太陽光発電を操業する事業者からの電力調達を政府により義務付けられた商業的配電業者が提示する条件と比較することで行える。合理的な配電業者は、電力売買から得られる利潤を極大化するため、ネットの総コストが最も安価な発電事業者と契約を試みるだろう。この基準から判断するに、FIT 契約下での FIT 発電事業者が得る利益率と、同時期に同等のリスク予測を内包する投資案件のカナダでの平均資本コストを比較することは、ひとつの利益の存否の決定方法たりうる。利益率は、ある投資案件について、実際の投下資本に比して獲得された金銭の比率を指す。よって、所定の投資に対する利益率が相当する投資案件の資本機会費用（つまりカナダにおける平均資本費用）と少なくとも等しい契約条件であれば、風力・太陽光発電事業者は配電業者と契約を締結する。他方、この条件での契約は配電業者の契約締結のコストも最低限でなければならない。このため、オ州の風力・太陽光発電事業者から電力調達する配電業者は、同等のリスク予測を内包する投資案件について平均資本費用周辺の受け入れ可能な範囲に収まる発電事業者の利益率に契約条件が落ち着くことを確保しようとする。よって、FIT 契約の利益率が同等のリスク予測を内包する投資案件の平均資本費用を著しく上回る場合、民間配電業者が政府指示の下で締結する電力調達契約で得られる対価と比べて FIT 契約のそれは過剰となり、FIT 制度は発電事業者に利益をもたらす。【P: 7.322–7.324】

2009 年の FIT 契約料金表の策定に際して、カナダは FIT 契約の利益率を税引後約 11%に設定した。しかし、これが FIT 制度における価格の適切な目標とされた理由、および算定時の割引キャッシュフロー法で用いられた正確な方法も不明である。また最も効率的な FIT 発電事業者が達成できる利益率を過小評価している点で、EU は 11%の妥当性を疑問視する。他方、風力・太陽光発電事業と同様のリスク予測を内包する投資案件に関するカナダの平均資本費用については、OEB が 2009 年にオ州の規制公益事業持分について目標利益率を 9.75%に設定している。しかしこれは電力とガスを含むリスクプレミアムに基づいて算出されており、電力のみでは 12.96%まで上がる。また、オ州電力事業は原子力と水力発電所を操業しており、風力・太陽光発電との技術的な差異に鑑み、このリスクプレミアムをそのまま用いることは適切ではない。よって、本件の記録にはカナダの平均資本費用に

ついて適切な情報は含まれていない。利益分析に上記の方法が有用であるものと信じるが、かかる分析には多くの重要な疑問点および事実問題の検討・解決を要する。【P: 7.325–7.327】

7.2.5 補助金の請求に関する結論

上記の検討により、FIT 制度等は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の物品の政府購入に該当するが、申立国は当該措置が同(b)の利益をもたらすことを立証できなかった。【P: 7.328】

7.3 利益に関する反対意見

多数意見によれば、電力の安定供給が競争的な卸電力市場の利益分析への関連を拒否する正当な理由となる。そして FIT 契約に付随する利益率に着目し、カナダの平均資本費用との比較で利益を決定する。多数意見の利益分析に部分的に賛同するが、これらの認定および代替的なテストに同意しない。オ州の電力市場はオ州政府により著しく規制されており、制約のない需給の力で価格が決する市場ではない。オ州政府は殆どの電力を購入しており、この同一産品を発電方法や電力供給政策上の特定の資格によって異なる価格で購入している。この状況で、申立国は最も高い価格を得ている FIT 契約者に利益がもたらされていることを懸念しており、これを SCM 協定に従って検討することがパネルの責務である。この状況下で、パネルは利益決定の妥当な参照枠組みを検討しなければならないが、個人的見解として、オ州に存在しえた (*could exist*) 競争的な卸電力市場が利益分析の適切な参照基準であり、資金的貢献によって、既存の市場への特定の技術の導入を促すこと自体が利益をもたらすと思慮する。【P: 9.1–9.3】

利益分析に関連する参照基準は競争的卸電力市場である：多数意見は利益分析に現在のオ州卸電力市場は使えない、また競争市場は電力安定供給に要する発電能力を獲得できないと述べる。しかし、政府介入なしに競争市場が存在しないことや政府目的の達成不能は、卸電力市場が利益分析に使用できないことを意味しない。競争市場はしばしば政府の望むように作用せず、それゆえ政府が影響力を行使するが、補助金の交付を選択するかも知れない。市場の不完全性や市場における政府目的の達成不能は市場で行われた資金的貢献の利益分析を妨げる理由にならず、上級委員会も一貫して市場を利益分析に関連する参照基準 (*focus*) として特定してきた。【P: 9.4–9.7】

問題の措置は SCM 協定第 14 条(d)の意味で「妥当な対価よりも多い額の対価」を支払うか：SCM 協定第 14 条(d)の利益との関連で補助金を計算する指針に従い、申立国は多様な電力価格を提示している。同号では利益の額は購入が行われる「国」における市場の一般

的狀況との関連で決まるが、本件ではカナダ、一部米国の地方市場価格に基づくベンチマークである。本件での「市場の一般的状況」とは、全国の電力市場は存在しないということであり、SCM 協定第 14 条(d)も一般的状況とは全国の状況のみを示唆しているわけではない。多数意見が認定するように、HOEP はオ州政府の行為と政策で相当に歪曲されており、HOEP およびそこから派生する価格は SCM 協定第 14 条(d)における適切な市場ベンチマークたりえない。【P: 9.8–9.10】

また、申立国は競争的な卸電力市場とされる 4 つの州外管轄区域の価格を提示する。米国・カナダ産針葉樹材確定相殺関税事件上級委員会は、国内価格が当該製品の供給に政府が支配的役割を果たすが故に歪曲されている場合、国外の同種・類似製品の価格をベンチマークとして使用できると説示した。ただし、その結果として得られるベンチマークは、補助金交付国の市場条件と関連があり、SCM 協定第 14 条(d)にある同国内での価格や品質等の購入・販売の条件を反映するものでなければならない。政府による販売に関する紛争の文脈でのこの原則が、購入の文脈にも適用される。【P: 9.11–9.13】

よって州外管轄区域のベンチマークを本件に適用するには、申立国はこれらが政府によって相当程度歪曲されていないこと、そしてオ州電力市場の一般的状況を反映すべく調整されていることを示さなければならない。本件ではカナダは 4 つの州外管轄区域市場の競争性および市場ベンチマークとしての利用可能性を争っていないにもかかわらず、当事国は詳細な議論を提起しなかった。電力市場への政府介入は世界中で顕著であるから、これらの州外管轄区域市場の実際の運営に関する詳細がなければ、利益分析のためにこれらの市場の競争性について結論を出すことはできない。少なくとも申立国は、オ州の発電技術の組み合わせや発電エネルギー源の比較優位等、州外管轄区域市場の価格に必要な調整を加えていない。よって、利益分析の証拠は十分ではない。【P: 9.14–9.16】

問題の措置による風力・太陽光発電の存続可能性および卸売市場への参入可能性：申立国によるもう一方の議論は、FIT 制度の性質と目的、つまり競争的市場は高コストの再生可能エネルギー発電事業者を維持できないため、かかる発電事業者に給電を可能ならしめることに焦点を当てる。カナダは、FIT 制度なしに殆どの FIT 発電事業者は事業を継続できないとする申立国の主張を受け入れる。また、カナダは市場のみでは長期電力供給が可能な新規発電能力建設を促進するのに十分ではなく、OPA はこの電力供給能力促進のために設置された。2009 年大臣令や FIT 規則から明らかなように、FIT 制度の目的は再生可能エネルギー源からの新規発電能力を増加させることにある。一般的に再生可能エネルギー技術の費用は卸電力市場における実物取引では維持しえないほど高額である。このように、FIT 制度の下で、風力・太陽光発電電力を一般的な発電投資案件に付随する合理的な投資収益を与えることを目的とした価格で買い取る契約を結ぶことにより、オ州は非常に高い資本

コストの全てを回収することを可能ならしめる水準の対価を、有資格の発電事業者に保証する。このような対価は競争的な卸電力市場によっても、またオ州で実際に機能している制限的な需給によっても実現されない。このような高コストで非効率的な本来存在しえない発電事業者を卸電力市場にもたすことで、オ州の FIT 制度による電力買取は FIT 発電事業者に SCM 協定 1.1 条(b)の意味での利益をもたらしている。【P: 9.17–9.23】

B. 上級委員会

7.4 当事国の主張

日本・EU：日本によれば、パネルは SCM 協定第 14 条(d)以外の視点から利益の問題を検討せず、同 1.1 条(b)の解釈を誤った。同第 14 条は相殺関税賦課目的の利益額計算の特殊な方法である。またベンチマークとしてオ州電力市場を退け、反実仮想分析のために不適切なベンチマークを採用した。EU によれば、FIT 制度なしに FIT 発電事業者は収益を上げられないことは争いのない事実であるにもかかわらず、パネルが反実仮想分析を行ったことは SCM 協定 1.1 条(b)の適用を誤っている。日本はこの点につきパネルの反対意見に同意する。両国は、利益に関するパネルの認定を破棄し、パネルの認定した事実およびパネルの記録にある争いのない事実により利益の存在を認定するよう上級委員会に求める。更に EU は、パネル報告書 7.276 以下の反実仮想および市場代替値に関する認定についてムートにして法的効果がないことの宣言を求める。【AB: 5.141–5.145, 5.161, 5.194–5.195】

カナダ：パネルの判断を支持する。【AB: 5.146】

7.5 上級委員会の判断

7.5.1 SCM 協定 1.1 条(b)

7.5.1.1 SCM 協定 1.1 条(b)の法的基準

パネルは先例に従い、市場における受領者の補助金がある状況とない状況を比較して利益を決定し、SCM 協定第 14 条(d)が本件における有益な指針となると述べている。パネルによれば、利益評価のひとつの方法は、風力・太陽光発電事業者が「市場の一般的状況」に照らして関連市場で得られる対価と比較して、当該事業者が FIT 制度下で「妥当な対価よりも多い額」の対価を得ていたか否かを検討することである。【AB: 5.159–5.161】

パネルに法の誤りがあると思われたい。先例において、我々は資金的貢献が市場で得られ

るものより有利な条件で受領されたか否かで利益を判断した。また、SCM 協定第 3 部・第 5 部双方の紛争において、同 1.1 条(b)における利益概念の解釈に関連する文脈として、同第 14 条に依拠してきた。禁止補助金の場合のように、正確な計量化ではなく利益の存否の判断を要する場合でも、別の方法が採用される必要はない。利益は市場に由来するベンチマークとの比較で決まるものであり、ベンチマークがなければそもそも利益の存否は分からない。よって、文脈として SCM 協定第 14 条(d)に依存した同 1.1 条(b)のパネルによる解釈は正しく、補助金の存否の決定が補助金額の決定と異なる方法を要するとは思慮しない。

【AB: 5.162–5.166】

7.5.1.2 関連市場

パネルの関連市場に関する分析は以下の 2 点において問題がある。第一に、パネルは関連市場の画定から始めるべきであった。利益の存在は産品が競合する関連市場における価格の比較によってのみ適切に確定できるが、この市場に関するパネルの立場を示す前に申立国が提示したベンチマークの分析を行った。第二に、パネルは異なる発電技術による電力の高い代替可能性について検討したが、その他の市場を差別化する需要サイドの諸要因、すなわち契約の種類、顧客の規模、発電される電力の種類等を検討しなかった。更にパネルは供給サイドの要因を検討しなかった。EC・大型民間航空機事件上級委員会によれば、SCM 協定 6.3 条(a)および(b)につき、関連市場の画定に需給両サイドを考慮しなければならない。【AB: 5.169–5.171】

仮に本件パネルがこれを行っていれば電力市場における政府介入の重要性は明確になり、特に競争的な卸電力市場が利益分析に不適切な参照基準と思慮したのであれば、異なった結論に至ったであろう。パネルはオ州卸電力市場がほぼ全ての側面について同州政府のサプライ・ミックスと価格政策および規制に規定されると認識しながら、関連市場画定には規制介入の関連性の考慮が全く欠落している。本件での供給サイドの要因は、異なるコスト構造や操業コスト等のため、風力・太陽光発電技術は他の発電技術と競争できないことを示す。後者は規模の経済性が大きく、前者に対する価格制約要因として機能する。異なる電源からの電力が混合され、他の電力とのコスト差が大きい場合、再生可能エネルギー電力市場は政府規制によってのみ存在しうる。政府は管理価格の設定あるいは配電業者および政府自身への特定発電技術による電力の買取要求によってサプライ・ミックスを実施できるが、いずれの場合も、サプライ・ミックスがそれ自体単独で (*in and of itself*) 利益をもたらすとは考えられない。【AB: 5.172–5.175】

更にパネルは関連市場分析において最終消費者の嗜好に焦点を当てる一方、電力買取が卸売段階で行われ、小売に再販売されていることを無視している。最終消費者は区別しない

にしても、風力・太陽光を含む政府のサプライ・ミックスに関する決定には卸売段階での電力購入決定が必然であり、この場合他の発電技術による電力は卸段階では代替可能ではない。パネルが卸・小売の受給条件を区別していれば、オ州政府のエネルギー・サプライ・ミックスを勘案した関連市場の定義に至ったであろう。サプライ・ミックスの規定は一般的に政策上の要請を反映するが、そこには化石燃料依存の削減、そして伝統的および再生可能エネルギー電力に付帯する正・負の外部性への対応も含まれる。また、サプライ・ミックスは、消費者は高価格にもかかわらず異なる発電技術の組み合わせから発生する電力を購入する用意がある事実を反映することもある。【AB: 5.176–5.177】

関連市場分析において、パネルはオ州政府のエネルギー・サプライ・ミックスが市場を画定していることを勘案すべきであった。パネルが供給サイドの要因をよりつぶさに精査していれば、需要サイドの要素は関連市場として全電源の単一電力市場の規定が望ましいことを示しても、供給サイドの要素は、発電技術間のコスト構造等の差異により、政府によるサプライ・ミックスの規定なくしては風力・太陽光発電が存続しえないことを示すとの結論に至ったであろう。このことは、利益の比較は風力・太陽光発電の競争市場内で行うべきとの結論にパネルを導いたであろう。【AB: 5.178】

7.5.1.3 ベンチマークの特定

パネルは競争的な卸電力市場は適切なベンチマークではないとの結論に至ったが、以下の2点に基づく。第一に、競争的な卸電力市場は、人の健康および環境上の目的を追求するシステムはおろか、信頼性の高い電力システムの保障に要する多種の発電事業者に対して全コストの回収に十分な収入による報酬をもたらさない。第二に、オ州の電力需給の市場の一般的状況では、競争的な卸電力市場は安定供給の確保に要する発電能力への投資を誘致できない。これらの点は関連市場を全ての発電源による電力の単一市場としたパネルの市場画定とは矛盾する。我々はパネルの説示をベンチマークが風力・太陽光発電を含む政府によるサプライ・ミックスの規定の勘案を示唆するものと解する。しかし、これらの説示は、電力の生産・供給の根底にある政策目標が利益の決定に市場ベースの方法を取ることがを妨げるものとは解せない。もしそう理解すれば、文言上の根拠のない、補助金の論拠に基づく例外を SCM 協定 1.1 条(b)に読み込むことになる。同第 14 条(d)を文脈とした同 1.1 条(b)の利益分析では、適正な報酬だけでなく、購入が行われる国における市場の一般的状況も比較の一側面であって、市場ベンチマークとの比較を求められる。この比較が求められることは米国・カナダ産針葉樹材確定相殺関税事件上級委員会によって確認されている。【AB: 5.180–5.184】

しかしながら、正当な政策的考慮の導入は SCM 協定 1.1 条(b)に適合しないにせよ、利益

分析における市場ベースの方法論は、政府による、さもなくば存在しない市場の創設を考慮することを排除しない。例えば政府は電力市場を創設し、量、電力の種類と供給のタイミングを規制することで発電事業者・消費者間の継続的な需給バランスを確保する。このような介入は市場価格に影響するが、その価格を利益分析の目的における市場価格として扱うこと自体は排除されない。同様に、風力・太陽光電力を含む政府によるサプライ・ミックス選択の考慮は、長期的な電力市場の持続可能性に重要になることもある。かかる選択は利益分析のための競争的な市場ベンチマークの特定・採用を妨げると解されるべきではない。政府の電力市場規制は、短期的・即時的な考慮だけでなく、将来にわたりより多くの再生可能資源由来電力への安定的なアクセスを確保することを目指す、長期的な考慮によっても導かれる。サプライ・ミックスが重要な役割を果たすのは後者の場合である。

【AB: 5.185–5.187】

しかし、一方で市場を創設する政府介入と、他方で既存の市場で特定の参加者を支援する、あるいは市場の失敗を是正する措置は区別されなければならない。前者は政府が創設しなければ市場が存在しないので市場の歪曲でなく、それ自体単独で (*in and of itself*) で補助金とはならない。しかし後者は、補助金となりうる。また、再生可能エネルギーと伝統的エネルギーの外部性の考慮がしばしば政府によるサプライ・ミックスの規定の根底にあり、政府による市場創設の理由となる。社会的費用・便益の内部化が広範な市場の要素を規定するに留まる場合、これらの要素の範囲内で商業的考慮に基づいて操業する相当の余地が、私的主体には残されている。**【AB: 5.188–5.189】**

上記、特に政府によるサプライ・ミックスの規定自体はそれ単独で補助金を構成しない事実に鑑み、本件のベンチマークは、サプライ・ミックスの規定から生じる風力および太陽光発電市場に見出されるべきである。政府が風力・太陽光発電を含むエネルギー・サプライ・ミックスを規定している本件の状況では、風力・太陽光発電に関する利益分析のベンチマークは、サプライ・ミックスを所与としてこれらの発電技術にとって市場ベースの条件下で利用可能な条件に関するものであるべきである。**【AB: 5.190】**

7.5.1.4 パネルのベンチマークの検討

申立国は、FIT 制度なしに FIT 発電事業者は収益を上げられないことは争いのない事実であるから、パネルの反実仮想分析は不要であり、SCM 協定 1.1 条(b)の適用を誤っていると主張する。この主張はパネルの反対意見と酷似している。申立国はパネルが単純な「なかりせば (*but for*)」テストではなく、完全なベンチマーク分析を行ったことを誤りとして理解する。**【AB: 5.192–5.196】**

まず、仮にサプライ・ミックスの規定なしに風力・太陽光発電がオ州に存在しえないとす

これは、「なかりせば」アプローチは適切な利益確定の方法ではない。サプライ・ミックスによって風力・太陽光発電市場を政府が別途創設している場合、反実仮定の「なかりせば」市場は関連市場が全電力源からの電力市場であることが前提なので、これを基礎に利益は確定できない。FIT 制度なしの風力・太陽光発電事業者の市場参入の有無を決することで利益が確定するとして、問題は「どの」市場が適切なベンチマークとなるかである。カナダは仮に FIT 制度がなければ、風力・太陽光発電事業者はオ州政府と価格交渉を行ったと主張しているが、パネルはこの点に同意しているように思われる。我々はパネルの利益分析の下支えとなる関連市場画定には同意しない。既述のとおり、関連のベンチマークは全電力源による卸電力市場ではなく、オ州政府のサプライ・ミックスが規定する風力・太陽光電力市場である。よって、問題は FIT 制度なかりせば、風力・太陽光発電事業者は風力・太陽光電力市場に参入したか否かである。【AB: 5.197–5.199】

日本は FIT 制度なくば FIT 発電事業者が市場に留まれないとする結論は、SCM 協定第 14 条(d)に基づく市場ベンチマークとの比較でも支持されると主張し、特に卸売料率の加重平均と RPP 下のオ州小売価格を参照する。政府介入による歪曲を理由に、パネルは不適切にこれらのベンチマークを拒絶したと主張する。しかし、上記のように、適切なベンチマークの設定には、オ州のエネルギー・サプライ・ミックスが風力・太陽光発電を含むこと、ひいてはこれらの電力の別市場が存在していることを勘案すべきである。日本が提示するベンチマークは全電源から発生した混合電力であり、ベンチマークとして適切でない。【AB: 5.200–5.204】

更に日本・EU は、パネルが FIT 制度の目的、構造、運用から、当該制度への単なる参加が TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)柱書の「利益 (an advantage)」をもたらすと認定した一方、同じ理由では SCM 協定 1.1 条(b)の「利益 (benefit)」を認めなかったことが、後者の下での法の誤りを強調すると主張する。先例において上級委員会は「利益 (an advantage)」と「利益 (benefit)」を同一視したことはなく、後者はより特定のな意味を有する。「利益 (benefit)」は資金的貢献および所得・価格の支持と結びつき、その存在は市場における比較を要するが、「利益 (an advantage)」はそうではない。「利益 (an advantage)」は TRIMs 協定の文脈で解釈され、資金的貢献や「利益 (benefit)」とは異なる形態を取りうる。少なくとも、「利益 (an advantage)」は市場ベンチマークとの比較を要しない。「利益 (an advantage)」が「利益 (benefit)」をもたらす可能性は排除しないが、ある措置が前者をもたらすも後者をもたらさないことは考えうる。よって、申立国の主張に同意しない。【AB: 5.205–5.210】

7.5.1.5 SCM 協定 1.1 条(b)に関する結論

風力・太陽光を含むサプライ・ミックスを通じた電力安定供給確保の必要性から、FIT 制度下の報酬と競争的卸電力市場の条件の比較が不適切であるとしたパネルの判断は妥当である。他方、パネルは市場画定を含めて申立国の議論を容れ、全電源の電力からなる単一電力市場についてのベンチマークに基づき利益の評価を行った。更に、パネルは私見（observation）において、FIT 風力・太陽光発電事業者の報酬を競争市場における風力・太陽光発電事業者のそれと比較したが、ベンチマークは、FIT 制度の下での規模に相当する風力・太陽光発電を操業する発電事業者からの電力調達を政府により義務付けられた商業的配電業者が提示する条件であった。このアプローチは、サプライ・ミックスの政府による規定がもたらす風力・太陽光発電市場の中で比較が行われるべきであることを示唆する。よって、パネルは単一卸電力市場とは別に代替的な利益評価アプローチを提起したことになる。【AB: 5.212–5.213】

パネルは私見において適切な関連市場を特定したが、サプライ・ミックスを反映したベンチマークに基づく利益分析を行わなかった。代わって、申立国の単一卸電力市場に基づく議論の検討を行い、適切なベンチマークについては傍論を述べるに留まっている。証拠・議論の提示は申立国の責任だが、パネルは自身の認定および結論の支持のためにこれを自由に援用する権限を有する。また、事実認定の広い裁量を有し、いかなる情報源にも情報提供を求めることができる。本件では当事国の証拠・議論から政府によるサプライ・ミックスの規定を勘案したベンチマークに基づく判断理由の展開および認定は可能であり、パネルは分析を申立国が提示した利益分析手法およびベンチマークに限定すべきでなかった。申立国は HOEP 等混合電力市場のベンチマークに議論の焦点を絞っているが、風力・太陽光電力市場を関連市場とするカナダの議論に応じて、EU はオ州の再生可能エネルギー供給（Renewable Energy Supply, “RES”/I 期・2004 年、II 期・2005 年、III 期・2008 年、以下総称して「RES 計画（the RES Initiative）」¹⁴提案依頼書、およびケベック州の風力発電競争契約（2005 年、2008 年）の条件を提示している。パネルは傍論において FIT 利益率とカナダの平均資本コストにより風力・太陽光電力市場を含むオ州政府のエネルギー・サプライ・ミックス選択に基づくベンチマークの適用を試みたが、証拠が不十分であると認定した。パネルの手法の是非について所見は示さないが、パネルは上記のオ州 RES 計画やケベックの証拠に基づくエネルギー・サプライ・ミックスベンチマークの可能性すら検討しなかった。この EU の証拠提示は、パネル自身がパラ 7.309 以下で想起し傍論で展開する適切なベンチマークに基づく利益分析を可能ならしめたであろう。【AB: 5.214–5.218】

¹⁴ IPP が OPA と締結する電力供給契約形態のひとつで、競争入札によって一定の条件の下で供給電力に最も安価な価格設定を行う仕組み（P: 7.28–7.29）。

以上のことから、政府のサプライ・ミックスによって形成される市場、そしてかかる市場における風力・太陽光電力の競争的価格を反映したベンチマークに基づく利益分析を行わなかった点で、パネルは誤りを犯した。よって、問題の措置がもたらす利益、ひいてはカナダの SCM 協定 3.1 条(b)および同 3.2 条違反に関する申立国による立証を不十分とするパネル報告書パラ 7.328(ii)、8.3、8.7 の認定を破棄する。【AB: 5.219】

7.5.2 パネルの認定に関する DSU 第 11 条違反

申立国による、SCM 協定 1.1 条下のパネルの認定に関する DSU 第 11 条違反の請求については、申立国が条件付き上訴として提起した。パネルによる SCM 協定 1.1 条(b)に関する認定を破棄したので、当該請求検討の条件は充足されない。よって判断しない。【AB: 5.221–5.222】

7.5.3 判断の完遂

利益に関するパネルの判断を破棄したので、申立国の請求に従い、問題の措置が SCM 協定 1.1 条(b)にいう利益をもたらすか、更に、同 3.1 条(b)および 3.2 条の禁止補助金を構成するかについて検討する。先例においては、判断の完遂は迅速かつ実効的な紛争解決のために行われるが、パネルの事実認定およびパネルの記録にある争いのない事実が分析の十分な基礎を提供する場合にのみ実施できる。よって事実認定および争いのない事実が不十分ならば分析は完遂できず、加えて問題の複雑性、問題の十分な検討の欠如、当事国の適正手続上の考慮により、判断の完遂は妨げられる。【AB: 5.223–5.224】

本件における利益の評価は、FIT 制度下で得られる利益とそうでない場合に市場で得られる利益の比較に関係するが、市場の要因については、オ州のサプライ・ミックスを勘案すべきである。また、SCM 協定 1.1 条(b)の解釈には、同第 14 条(d)が文脈となる。同号は対価の妥当性を購入が行われる国の市場の一般的状況との関係で決定するよう求めるが、民間取引価格が政府によって歪曲される場合、先例は国外および構成ベンチマークの援用を妨げない。ただし、得られるベンチマークには物品供給国の市場の一般的状況に関連するかあるいはこれを参照すべく調整が施され、価格、品質、入手可能性等同号が要求する購入・販売の条件を反映しなければならない。オ州の風力・太陽光発電にとって適切な利益分析のベンチマークは、オ州政府によるサプライ・ミックスの条件の範囲内で、風力・太陽光発電に市場ベンチマークがもたらす利益を反映するものであるべきである。SCM 協定第 14 条(d)に基づき、ベンチマークはまず州内に求め、適切なものがない場合は州外ベンチ

マーク・代用値も検討する。【AB: 5.225–5.227】

申立国は、仮想市場が生み出す利益を FIT のような政府管理価格が反映しないことを証明しなければならない。管理価格の設定に用いられた分析手法が妥当以上の対価の証拠となりうるが、そのような情報が利用できないこともありうる。もし市場ベンチマークまたは代用値が必要であれば、そのような価格は同一製品の管理価格でもよいが、市場の結果を必ず得られる価格設定メカニズムに基づき決まることが条件となる。あるいはベンチマークは競争入札や交渉価格のような価格発見 (price discovery) のメカニズムに見出されるかも知れない。【AB: 5.228】

以上を念頭に検討すると、まず EU は、風力・太陽光発電のコストを勘案するとしても、RES 計画との比較において FIT 制度の構造はコストを超える支払に至ると主張する。また EU はオ州外の証拠として、ケベック州の競争契約による風力発電が FIT 制度は発電コストを反映しないことを示すと主張した。他方カナダは、申立国は上級委員会の先例に従った適切な州内ベンチマークも、その他の代替的なベンチマークも、その証拠をパネルに提示できなかったと主張した。パネルは RES 計画下の価格が適切なベンチマークとなりうるかにつき、なんらの結論も示さなかった。RES 計画はオ州政府のエネルギー・サプライ・ミックスを反映しており、その下では価格は競争入札で決定される。【AB: 5.229–5.233】

政府管理価格は仮想市場が生み出す価格を反映することがある。しかし、FIT 制度については、パネルが行った事実認定は、FIT 価格が種々の「妥当な」コストを勘案して割引キャッシュフロー法を用いて決められたということのみである。また、FIT 料金表は複数の政策目標のバランスを目的として設計されており、幅広い発電技術の FIT 制度への参画を可能にするコストベースの価格設定法を採用している。更に、FIT 料金表の策定には「典型的な (typical)」発電事業のコストが前提となっている。これらの理由から、FIT 価格を設定した方法の分析により、当該価格が市場がもたらす利益を示すものかは評価できない。【AB: 5.234】

RES 計画については、RES I~III は競争入札価格として再生可能発電の市場の結果を示すかも知れないが、FIT 制度との有意な比較を行うには、同じ時期、発電のタイプ、契約期間等に関連する価格の比較でなければならない。もしベンチマークがこれらの条件のいずれかについて適合しなければ、SCM 協定第 14 条(d)に挙げられる諸要素およびサプライ・ミックスに照らして調整を要する。RES 計画は太陽光発電事業者にも参加可能だが、パネルの記録には 3 回の RES 計画において一度たりとも彼らが落札できた証拠はなく、むしろ RES 計画の経験はかかる事業者が他のより低コストの発電技術と競争できないことを示した。また、RES 計画および FIT 事業では、太陽光発電投資促進のためいずれもコストに基づく太陽光電力価格を OPA が設定した。このことに照らし、太陽光発電に関する FIT 制度

の利益の有無につき、同制度下の太陽光発電事業者の報酬と RES 計画下の価格は比較できない。風力発電については、FIT 制度開始の 1 年足らず前の RES III 下での上限価格は、FIT の下限価格より低かった。FIT 制度は RES 計画よりも発電能力の点で広範囲の事業者をカバーし、RES 契約と FIT 契約は契約期間の点では共通している。ケベック州の風力発電価格については、州外ベンチマークに要求される比較可能性の基準がパネルにも本部会にも示されなかったため、利用できない。外部ベンチマークの援用は可能だが、購入・提供が行われる国の市場の一般的状況の反映を確保する必要がある。逆に RES 計画下で風力発電事業者が受領する報酬は、FIT 制度の利益の有無について同制度下の報酬と比較可能である。太陽光発電については、パネルの事実認定および争いのない事実がなく、判断を完遂できない。【AB: 5.235–5.240】

FIT 価格と RES 価格の比較により前者が利益をもたらしていることを示唆するように思われるが、本部会は判断を完遂できない。当事国の主たる議論は単一の電力市場に焦点を当てており、また申立国は単一市場画定に基づき州内外のベンチマークを主張する。換言すれば、これらはオ州政府のエネルギー・サプライ・ミックスに基づいていない。更に、パネルのオ州政府のエネルギー・サプライ・ミックスを勘案した認定は極めて限定的である。パネルは適切なベンチマークは競争的卸電力市場に見出せないとして、オ州によるサプライ・ミックスの規定を勘案した独自のベンチマークを傍論で展開した。しかしパネルは RES 計画について検討せず、また上訴においても、問題の措置に対する風力・太陽光発電を含むサプライ・ミックスに基づく利益ベンチマークの適用可能性について、十分に議論されなかった。【AB: 5.241–5.243】

先例では、問題の複雑性、問題の十分な検討の欠如、当事国の適正手続上の考慮に照らして分析の完遂を差し控えてきたが、本件の利益に関する論点につき、こうした要素が認められる。特にサプライ・ミックスを勘案したベンチマークの特定は政府による風力・太陽光電力市場創設の事実の考慮を要し、パネルが行った卸電力市場におけるベンチマークの評価より複雑である。パネルはこの点適切なベンチマークにつき認定しておらず、この状況下では判断の完遂により当事国の適正手続に懸念が生じる。

要するに、

- ・ パネルの記録にある証拠から、サプライ・ミックスのオ州政府による規定を勘案したベンチマークが適切であると認める。
- ・ この証拠から、競争入札による風力発電契約の RES 価格が適切なベンチマークであり、FIT 風力発電契約については利益の存在を窺わせる。
- ・ しかし、証拠は十分でなく、パネルも判断完遂を支援する事実認定を行っていない。

以上のことから、問題の措置が SCM 協定 1.1 条(b)の意味での利益をもたらし、同 3.1 条

(b)、3.2 条の禁止補助金を構成するかにつき、判断は不能である。【AB: 5.244–5.246】

8. 結論および勧告

A. パネル

上記の認定に照らして、FIT 制度等により規定・実施される最少州産品使用基準は TRIMs 協定第 2 条第 1 項および GATT 第 3 条第 4 項に反する。他方申立国は、当該措置が SCM 協定 1.1 条の補助金に該当し、同 3.1 条(b)および 3.2 条に適合しない補助金であることを立証しえなかった。【P: 8.2–8.3, 8.6–8.7】

DSU 第 3 条第 8 項に基づき、TRIMs 協定および GATT に反するかぎり、カナダは申立国の協定上の利益を無効化・侵害している。カナダが当該措置を両協定の義務に適合させるよう勧告する。【P: 8.4–8.5, 8.8–8.9】

B. 上級委員会

検討の順序：原審を支持する。

GATT 第 3 条第 8 項(a)：最少州産品使用基準および関連する FIT 契約を同号の「法令又は要件」に該当するとした原審を破棄する。その他関連の中間的判断 (P: 7.136, 7.145, 7.151) はムートにして法的に無効である。

同号による GATT 第 3 条第 4 項からの適用除外の検討は、TRIMs 協定附属書例示表パラ 1(a)により不要とはならないとした原審を支持する。同号適用の結果、問題の措置はこれに適合せず、よって、GATT 第 3 条第 4 項および TRIMs 協定第 2 条第 1 項違反の原審判断は有効である。

SCM 協定 1.1 条(a)：FIT 制度等は政府購入 (SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)) に該当するとした原審は、これを支持する。

条約解釈の実効原則を侵害せずに政府購入に該当する措置が同時に「資金の直接的な移転」の法的性質を有しえないとした原審判断は、ムートにして法的に無効である。しかし、FIT 制度等は同時に「資金の直接的な移転」およびその可能性を伴う措置 (SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)) であるとした上訴は棄却する。また、FIT 制度等の「所得又は価格の支持」(SCM 協定 1.1 条(a)(2)) 該当性の請求に関する訴訟経済は DSU 第 11 条に反せず、上級委員会はこれを検討しない。

SCM 協定 1.1 条(b)：FIT 契約が利益をもたらすことを申立国が証明できなかったとする

原審を破棄する。しかし、利益の存否、および禁止補助金（SCM 協定 3.1 条(b)および 3.2 条）該当性については判断を完遂できない。

勧告：カナダが当該措置を両協定の義務に適合させるよう勧告する。【AB: 6.2】

V. 解説

1. 本件の背景と位置づけ

本件はこれまで主に GATT（特に第 20 条）、そして SPS 協定、TBT 協定の文脈において議論されてきた「貿易と環境」問題が、初めて SCM 協定に照らして議論された事案である。地球温暖化の深刻化に対する懸念が高まる一方、特に伝統的エネルギーセクターに利益を有する国々や重工業に依存する国々とそれ以外の国々の意識の乖離は著しく、温暖化防止の国際協調が芳しくない中、再生可能エネルギーを取り込んだグローバル・エネルギー・サプライ・ミックスの実現が望まれる¹⁵。こうした再生可能エネルギーへの代替の必要性が高まる中、特に貿易歪曲のおそれがある補助金ならびに国産品優先使用要求（local content requirement）が、再生可能エネルギー産業支援の目的で各国により採用されている。これらは、太陽光パネル・太陽電池の開発・生産支援、FIT 制度を含み、かかる措置をめぐる貿易救済措置の相互発動（特に米・中・EU 間）や WTO 紛争に帰結している。一連の紛争は、再生可能エネルギー関連産業の拡大、当該産業における中国の勃興、再生可能エネルギー技術貿易の不均衡、そして自国における再生可能エネルギー技術産業の育成といった要因により、引き起こされている¹⁶。再生可能エネルギーに関する後続案件としては、例えば EU・再生可能エネルギー関連措置事件（DS452）、インド・太陽電池およびモジュール事件（DS456）、EU・バイオディーゼル関連措置事件（DS459）などが挙げられる¹⁷。これらのうち、米国・中国産品相殺関税事件（DS437）では、上級委員会がソーラーパネルに関する米国の相殺関税措置が SCM 協定 1.1 条(b)および同第 14 条に反していることを認定し

¹⁵ Lafael Leal-Arcas & Andrew Filis, *Renewable Energy Disputes in the World Trade Organization*, 13 OIL, GAS & ENERGY L. INTELLIGENCE, Mar. 2015, at 1, 4–8.

¹⁶ 本件の背景となる政治経済上の事情については、Joanna I. Lewis, *The Rise of Renewable Energy Protectionism: Emerging Trade Conflicts and Implications for Low Carbon Development*, 14 GLOBAL ENVTL. POL., Nov. 2014, at 1 を参照。

¹⁷ すべての係争中の関連案件の引用は控えるが、一覧あるいは概要については以下を参照。Ilaria Espa & Sonia E. Rolland, *Subsidies, Clean Energy, and Climate Change* 10 (Think Piece for the E15 Expert Group on Clean Energy, 2015), available at http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/02/E15_Subsidies_Espa-Rolland_final.pdf; Leal-Arcas & Filis, *supra* note 15, at 23–34.

ている¹⁸。

化石燃料支援の抑制に関する国際社会におけるハイレベルの政治的合意にもかかわらず、WTO においてこの問題に関する議論が思うように進展しない中で¹⁹、本件パネル・上級委員会は一連の再生可能エネルギー関連紛争に先駆けて温暖化問題につき WTO が取るスタンスを試され、困難な判断を迫られた。その苦心は、とりわけ後述本章 4. に述べる利益判断のための市場ベンチマークに関する解釈に現れている。地球温暖化防止を急務の課題とし、通商レジームとの連携・調整を必要とする立場からは、上級委員会の判断は適切なバランスと条約解釈原則（発展的解釈、関連する国際法の規則、事後の慣行）に則った判断として評価される一方²⁰、後述のように問題は少なくなく、評者の管見に触れた範囲では批判的評価が圧倒的に多く見られる。

また、本件は初めて GATT 第 3 条第 8 項(a)の解釈を明確にすることで、公益事業における公的主体（国、地方自治体、公営企業）の調達行動について、WTO 法の規律の射程を示した。中国に代表される国家資本主義と目される新興経済の伸長により、国有企業（state-owned enterprise, SOE）に対する規律が国際経済法の主要課題のひとつになりつつある。こうした文脈においても、本件判断の重要な示唆である。

以下はこれらの点を中心に本件判断の意義や射程を読み解き、先例的価値を明らかにするものである。

2. 国有企業の行動規律に対する示唆

2.1 GATT 第 3 条第 8 項(a)の「政府機関」、および SCM 協定 1.1 条(a)(1)の「公的機関」の定義

¹⁸ 上級委員会はベンチマークに関する米国商務省の判断の協定不適合性を認めなかったパネルの判断を破棄し、当該措置の協定違反を自判している。Appellate Body Report, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, ¶¶ 4.75–4.107, WT/DS437/AB/R (Dec. 18, 2014).

¹⁹ Timothy Meyer, *Energy Subsidies and the World Trade Organization*, ASIL INSIGHT, Sept. 22, 2013, at <http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/22/energy-subsidies-and-world-trade-organization>.

²⁰ Avidan Kent, *The WTO Law on Subsidies and Climate Change: Overcoming the Dissonance?*, 5 TRADE L. & DEV. 344, 379 (2013); Avidan Kent & Vyoma Jha, *Keeping Up with the Changing Climate: The WTO's Evolutive Approach in Response to the Trade and Climate Conundrum: A Comment on Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector*, 15 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 245, 263–69 (2014); Sherzod Shadikhodjaev, *International Decisions, First WTO Judicial Review of Climate Change Subsidy Issues*, 107 AM. J. INT'L L. 864, 877 (2013).

本件は OPA を中心にした一連の公企業体による調達差別の事案としての一面を有する。これらは性質上独立の営利企業体でありながら、オ州政府の「外局 (agency)」あるいは「代表機関 (agent)」であり、また重要な経営判断については州政府の指揮監督下にある。その意味において、昨今環太平洋パートナーシップ (TPP)、環大西洋貿易投資パートナーシップ (TTIP) 両協定締結交渉の文脈において活発に議論されている SOE としての性質を有していることから、本件判断はこうした企業体の規律に一定の示唆がある。

本件では、問題となった GATT 第 3 条第 8 項(a)および SCM 協定 1.1 条(a)(1)について、どのような公企業体が適用対象となるかについて、若干の議論があった。まず後者については、本件パネルは、これまで米国・対中国産品 AD 税および相殺関税事件において上級委員会が示した「公的機関」の解釈、すなわち「政府権限を保有し、行使し、または付与された主体」とこれを定義し、政府の「有意な支配」の有無を検討する理解を踏襲している。「公的機関」については、本件のほかに米国の対中・対印相殺関税関係の事案で検討されているが、いずれも米国商務省がもっぱら中印各政府による支配・所有を基礎に国有企業の「公的機関」該当性を判断したことから、SCM 協定に適合しないとされた。そのため、どのような性質をこれらの国有企業が具備していれば「公的機関」に該当するかにつき、具体的な法の当てはめが行われてこなかった²¹。

本件パネルは、電力購入主体であるハイドロ・ワンにつき、1) オ州の代表機関であり、オ州政府が特に公共サービス・機能遂行の権限・責任を委託しているので、「政府権限を保有し、行使し、または付与された」主体であること、2) 関係法令がその操業条件・制約の規定権限などの広範な政府関与を規定すること、営利企業でありながら投資についてオ州政府の指示や認可を得なければならないこと、同社経営陣がオ州エネルギー省との会合を要求されること等から、オ州政府の「有意な支配」が及んでいること、の 2 点を指摘している (P: 7.234–7.239)。このかぎりにおいては、本件パネルは政府権限の保有に加えて、政府が相当程度企業体の経営判断に支配を及ぼせることを重視している。なお、本件では特に所有の問題を論じていないが、別途ハイドロ・ワンの説明において“wholly owned and controlled by the Government of Ontario”とあるので (P: 7.34)、この点について検討の余地はない。

パネル段階の判断に留まること、また、上記のようにハイドロ・ワンの公的性質が法的に規定され、明白であることから、本件判断が決して SCM 協定 1.1 条(a)(1)柱書に言う「公

²¹ Appellate Body Report, *United States — Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India*, ¶¶ 4.17–4.30, WT/DS436/AB/R (Dec. 8, 2014); Panel Report, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, ¶¶ 7.65–7.72, WT/DS437/R (July 14, 2014). 後者では当該論点については上訴されていない。

の機関」の外縁を明確にしたとは言えない²²。しかし当該概念について、米国・対中国産品 AD 税および相殺関税事件において上級委員会がその解釈を明らかにして以後、初めて実質的な当てはめを行った事案として注目される。

他方、GATT 第 3 条第 8 項(a)の「政府機関」については、パネルは特段解釈を明確にしていないが、本件で問題の電力購入が SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の物品の購入に該当することから、このことを理由として FIT 制度等を「政府機関による調達」に該当すると説示している。このかぎりでは、パネルは「政府機関」を SCM 協定 1.1 条(a)(1)柱書の「公的機関」と基本的に同義と解釈していることが窺える (P: 7.136)。

これに対して上級委員会は「政府機関」につき、公的領域において政府のためあるいは政府の代理で政府機能を遂行できる機関²³と、その意味を明確にしている (AB: 5.61)。これもやはり SCM 協定 1.1 条(a)(1)柱書の「公的機関」が政府権限の付与を条件としている点と齟齬はなく、上級委員会が両者の整合を意識しているように解せる。そのかぎりにおいて、「政府機関」もまた、政府自体に限定されず、SOE や我が国の独立行政法人のような公的組織体も、政府機能の保有に鑑みてその範囲に含めることになる。なお、SCM 協定 1.1 条(a)(1)柱書に言う「公的機関」と同様に、やはり単なる政府所有をもって「政府機関」と性質決定することはできないと解される²⁴。

2.2 GATT 第 3 条第 8 項(a)による購入差別の射程

同号は一定の政府機関による購入、つまり政府調達について、内国民待遇原則の適用除外としている。よって、SOE の購入差別をある程度許容することになる。購入差別については SOE 規制の文脈でも問題となっており、例えば既に発効している米国 FTA の競争章²⁵、TPP 交渉における米国 SOE 規律提案の基礎となった全米サービス産業連合・全米商工会議所の提言書²⁶、あるいは TTIP 交渉における EU の競争章提案²⁷においても、商業的考慮に

²² Shadikhodjaev, *supra* note 20, at 870. ただし Leal-Arcas & Filis, *supra* note 15, at 42 は、公企業 (crown corporation) でも州官庁の一部でもない OPA については、政府権限の欠如を指摘し、本件パネルの判断を批判している。

²³ “[E]ntities acting for or on behalf of government in the public realm within the competences that have been conferred on them to discharge governmental functions....”

²⁴ Holger P. Hestermeyer & Laura Nielsen, *The Legality of Local Content Measures under WTO Law*, 48 J. WORLD TRADE 553, 578 (2014).

²⁵ 例えば、米・シンガポール FTA 12.3 条第 2 項(d)を参照。

²⁶ Coalition of Services Industries & U.S. Chamber of Commerce’s Global Regulatory Cooperation Project, *State-Owned Enterprises: Correcting a 21st Century Market Distortion* 9 (Feb. 22, 2011),

<http://www.esf.be/new/wp-content/uploads/2011/09/Global-Services-Summit-2011-Paper-on-21st-Century-Trade-Issues.pdf>.

基づく、あるいは無差別な購買活動が謳われている。本件の判断は、こうした SOE による購入差別について、特に政府調達協定の対象とならない場合、WTO 法上許容される範囲を明確にした。

本件では、結論としてパネルも上級委員会も、問題の措置の GATT 第 3 条第 8 項(a)適合性を認めていないが、その理由は異なる。パネルは、最少州産品使用基準自体は同号の「政府機関による調達を規制する法令又は要件」であるが、FIT 契約が「商業的再販売のため」に電力調達を行うものであるから、同基準は同号に該当しないと説示した。対して、上級委員会はそもそも最少州産品使用基準自体がこの「・・・法令又は要件」に該当しないと判断した。両者の議論を単純化すれば、パネルは「調達対象となる産品 A と『密接な関係』のある産品 B の調達に関する『法令又は要件』を含む」と解し、上級委員会は「調達対象となる産品 A の調達に関する『法令又は要件』のみを含む」と解する。本件に即して言えば、パネルの解釈によれば、仮にオ州が自家使用（商業用再販売でなく）のために電力購入契約を結び、それが最少州産品使用基準を条件としていけば、後者は正当化される。

この差は、結局のところ、調達対象（「購入する産品（products purchased）」）に関連する法令・要件にのみ同号の適用があるのか、あるいはそれ以外に広がりを持つのかの点から生じる。EU は「法令又は要件」は政府により調達される産品に直接関係するものを指すと主張したが、パネルは、「・・・を規制する法令又は要件」は「産品」でなくその「調達」と直接結びついていることから、調達対象産品と同一産品に直接影響する法令・要件のみを意味するとは解せないとしている（P: 7.126）。この結果、発電機材に関する最少州産品使用基準が「法令又は要件」に含まれることは妨げられない。

しかし、パネルの解釈は文言に適合しない。その説示のとおり「・・・を規制する法令又は要件」が「調達」にかかることは否定しないが、文言から明らかなように、「調達」は「政府用として購入する産品」のそれであって、その他の産品の調達ではない。そして「法令又は要件」はその「調達」を規制するものであるから、やはり法令・要件は調達対象産品と関係が認められるものに限定されると解される。加えて、パネルは法令・要件に関連する発電機材と調達対象物品の電力の「密接な関係」を理由として、最少州産品使用基準が GATT 第 3 条第 8 項(a)の「法令又は要件」に該当するとしている。しかし、「密接な関係」については条文の文言のみならず、文脈、趣旨・目的のいずれの手がかりさえも、パネルは明示していない。

これに対して上級委員会は、GATT 第 3 条他項に規定する義務の逸脱として同第 8 項(a)

²⁷ EU Negotiating Texts in TTIP, Textual Proposal: Possible Provisions on State Enterprises and Enterprises Granted Special or Exclusive Rights or Privileges, §§ 4–5 (Jan. 7, 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153030.pdf.

を位置づけ、双方で扱われる差別は同じものであるから、同号により内国民待遇原則の適用除外対象となる製品が輸入品と競争関係にあることを求めた。阿部・関根（2014）は本件上級委員会の解釈には十分な説明がないと批判するが²⁸、上級委員会は GATT 第 3 条他号の文脈からこの解釈を導いていることはこの議論から明白であり、むしろパネルの解釈こそが先に述べたように文言等の手がかりが示されないものとして批判されるべきであろう。

加えて他の文脈も、上級委員会の解釈を支持する。まず、GATT 第 3 条第 8 項(a)は「この条の規定は・・・適用しない」と明記していることから、上級委員会の説示のとおり、他項、特に GATT 第 3 条第 4 項に規定される内国民待遇供与の義務を、その範囲で免除すると解すべきである。また、「調達」は「政府機関による」で修飾されており（“the procurement by governmental agencies”）、「購入する物品」の調達主体が「政府機関」であることを示唆する。かかる調達を規制する法令・要件に対して「この条の規定は・・・適用しない」のであるから、その他の主体による調達はこの適用除外の範囲から除かれると解される。よって、政府ではなく、再生可能エネルギー発電事業に参入する私人による発電機材の調達を規律する最少州産品使用基準は、同第 8 項(a)の対象とはならない。

更に、文脈として GATT 第 3 条第 4 項を参照すると、同項では「法令及び要件」は製品の販売等に「関する (affecting)」ものであり、その意味から広く解されるので、結果として広く輸入品の競争条件を悪化させる法令・要件が同項の規律の対象となる²⁹。これに対して同第 8 項(a)の「法令又は要件」は「規制する (governing)」で「調達」に結びついている。パネルは、単にカナダの意見に同意する形で、これを調達を「管理し、規制し、あるいは決定する (control, regulate and determine)」と解しているが、より詳しく辞書上の意味を探ると、「規制する (governing)」は、“to exercise continuous sovereign authority over; *especially*: to control and direct the making and administration of policy in”（強調は原典による）と定義される³⁰。すなわち、「規制する」は、より一般的、間接的、あるいは偶発的な影響ではなく、明確な意図の下に対象に影響を及ぼすことを意味する用語と解せる。

この「規制する」によって「法令又は要件」と「調達」が結びついているということは、GATT 第 3 条第 4 項において製品の販売等に「関する・・・法令及び要件」がある程度の広がりを持つものに対し、同第 8 項(a)では調達を「規制する法令又は要件」は規制対象と

²⁸ 阿部克則・関根豪政「カナダ再生可能エネルギー事件：固定価格買取制度とローカルコンテンツ要求の WTO 協定整合性(下)」『国際商事法務』第 42 巻第 6 号 889 頁以下所収 890 頁 (2014)。

²⁹ GATT Panel Report, *Italian Agricultural Machinery*, ¶ 12, L/833, GATT B.I.S.D. (7th Supp.) at 60, ¶ 12 (1959).

³⁰ *govern*, MERRIAM-WEBSTER.COM, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/govern>.

の直接的な結びつきを有するものに限定される。上記のように「調達」とは「購入する製品の政府機関による調達」であり、本件では（「政府用として」ではないにせよ）政府による電力の調達である。よって、「法令又は要件」には州公営企業による電力購入を積極的に規制する法令・要件のみがこれに該当し、私人による発電機材の調達を規制する最少州産品使用基準にまで広がりを持つとは解せない。

なお、上級委員会はこれ以外の要件の解釈についても報告書中で総括しているが（AB: 5.74）、例えば「政府用として」あるいは「商業的再販売」等については、抽象的に解釈を示すのみで、本件では問題の措置への具体的な適用は必要なかった。しかしこれらを先に議論した「法令又は要件」と併せて理解すれば、上級委員会の解釈が示した本号の射程は、その範囲内にある調達を非常に狭く規定する結果となる³¹。本節冒頭に述べた SOE による購入差別に対する昨今の懸念の文脈で評価すれば、本号がそうした差別の「抜け穴」になることは極力回避されたことになろう。

3. TRIMs 協定下の国産品優先使用要求の正当化

本件で問題となった最少州産品使用基準は典型的な国産品優先使用要求であり、GATT 第 3 条第 4 項に抵触する貿易関連投資措置として、TRIMs 協定第 2 条第 1 項に適合しないと判断されている。問題の措置は国産品優先使用要求を補助金と結びつけているやに理解できるため、本件では併せて SCM 協定第 3 条適合性が検討された。

他方、このような重畳適用は議論の余地を残す。TRIMs 協定附属書例示表パラ 1 柱書は「利益 (an advantage)」を得るために課される国産品優先使用要求について規定しているが、この「利益」は金銭的利益を含むのか、つまり、金銭を利益とする TRIMs については SCM 協定と TRIMs 協定の重畳適用がありうるのかについては、明らかではない。この点、Cosbey & Mavroidis (2014) は、TRIMs 協定附属書例示表パラ 1 に挙げられる措置は「規制上の (regulatory)」の国産品優先使用要求であると解すべきであり、利益が金銭的に付与される、つまり政府から資金的貢献がもたらされる場合には、もっぱら SCM 協定が適用されると論じる³²。

本件ではこの点は明確にされていない。FIT 制度等が TRIMs 協定上の「利益」であることを認定し、これが補助金に該当するかあるいはそれ以外の利益であるかは問わず、まず

³¹ 具体例を交えたその範囲について、Hestermeyer & Nielsen, *supra* note 24, at 581, 590 を参照。

³² Aaron Cosbey & Petros C. Mavroidis, *A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO*, 17 J. INT'L ECON. L. 11, 14–15 (2014).

は TRIMs としての性質を認定している。結果として本件では FIT 制度がもたらす SCM 協定上の利益については、パネルは申立国の主張を退け、また上級委員会はこれを破棄したものの自判に至らなかった。よって、本件では、SCM 協定と TRIMs 協定における利益の性質の差異は明らかにされなかった。

次に、もし本件ではもっぱら GATT 違反を通じた TRIMs 協定違反のみが認定されたのであれば、カナダとしては GATT 第 20 条（特に(b)、(g)）を援用する可能性が残されていたはずである。つまり、本件上級委員会が指摘するように TRIMs 協定第 3 条は GATT 上の例外規定を準用するものと規定し（AB: 5.27）、更に協定適合的であるだけでなく、例外に該当する措置も GATT 第 3 条に「反する」（TRIMs 協定第 2 条第 1 項、同第 2 項、附属書例示表パラ 1 柱書）ものではないので³³、GATT 第 20 条適合性のある国産品優先使用要求は TRIMs 協定第 2 条第 2 項および附属書例示表パラ 1 該当措置ではなく、同第 2 条第 1 項に反する措置ではない。

再生可能エネルギー分野における国産品優先使用要求の政策的妥当性については、雇用創出や需要増が見込まれる産業セクターの早期成長など、支援を行う国にとって一定の利点がある一方、貿易阻害性、資源配分の非効率性、投入財価格上昇による再生可能エネルギー発電の減少およびそれに伴う雇用減などのデメリットが指摘される。しかしながら、多くの再生可能エネルギー発電機器生産者の参入を促し、より早期に再生可能エネルギー電力が市場にもたらされる点で、環境上の利益が期待できる³⁴。これを受けて、Cosbey & Mavroidis (2014) および Cosbey & Rubini (2013) は、本件の最少州産品使用基準による国産品優先使用要求について、幼稚産業論に用いるミル・バスターブル・テスト³⁵による利益衡量の余地を指摘する。つまり国産品優先使用要求による代替エネルギー機材・技術の振興による社会的損失と、かかる技術の発展が遅れることによって失われる環境利益を衡量のうえ、後者が大きい場合、国産品優先使用要求も環境政策促進手段として妥当と見られることを示すことになろう³⁶。

³³ Appellate Body Report, *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶ 223, WT/DS363/AB/R (Dec. 21, 2009).

³⁴ JAN-CHRISTOPH KUNTZE & TOM MOERENHOUT, LOCAL CONTENT REQUIREMENTS AND THE RENEWABLE ENERGY INDUSTRY — A GOOD MATCH? 6–9 (2013), available at <http://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2013/06/local-content-requirements-and-the-renewable-energy-industry-a-good-match.pdf>.

³⁵ 適当な割引率のもとで、将来得られる社会的利益の現在価値が幼稚産業保護の期間中に発生する社会的損失の現在価値を上回るか否かを検討する。伊藤元重・大山道広『国際貿易（モダン・エコノミクス 14）』285–86 頁（1985）。

³⁶ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 20; Aaron Cosbey & Luca Rubini, *Does It FIT?: An Assessment of the Effectiveness of Renewable Energy Measures and of the Implications of the Canada – Renewable Energy/FIT Disputes* 4 (Think Piece for the E15 Expert Group on

仮にカナダがこの可能性を認識して GATT 第 20 条を援用した場合、これまで一連の判断で示された同条の解釈に照らして、ミル・バスターブル・テストが行うような一定の外部性を考慮した利益衡量が実施されることになる。本件では実際はこのような主張・請求は提起されなかったが、国産品優先使用要求自体の政策的妥当性を問う余地が残されていることには留意すべきである。最少州産品使用基準の TRIMs 協定違反のみが認定され、FIT 制度の SCM 協定違反が認定されなかったことによる結果論だが、もしカナダが GATT 第 20 条を援用すれば、カナダが完全に勝訴した可能性はある。

本稿では最少州産品使用基準の GATT 第 20 条各号および柱書適合性をこれ以上検討しないため、結論は予断しない。一般的に国産品優先使用要求が温暖化対策に資するか否かについては明瞭ではなく、市場規模、制度設計、国内企業の競争力、あるいは技術の習熟効果の程度等の諸条件に鑑みて、個別措置ごとに検討されなくてはならない³⁷。加えて、経済学における実証研究は、国産品優先使用要求は多くの場合非効率な産業の温存に陥ること、加えて幼稚産業についても永続的な保護に陥る危険性を示している³⁸。これらの点も個別措置ごとの検討を要する。

他方、SCM 協定違反の国産品優先使用要求については、先例はないものの³⁹、GATT 第 20 条の適用はないと解釈され⁴⁰、起草史からもそのように理解できることが指摘される⁴¹。このことは SCM 協定における非貿易的政策目的と公正競争の衡量の余地を失わせ、その懸念が次節に述べる論争を惹起する本件の利益概念の解釈に帰結することになる。

Clean Energy, 2013), available at http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2014/12/E15_CleanEnergy_Cosbey-and-Rubini_FINAL.pdf.

³⁷ KUNTZE & MOERENHOUT, *supra* note 34, at 9–12; Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 3–5.

³⁸ Hestermeyer & Nielsen, *supra* note 24, at 591.

³⁹ 米国・エビ関連措置事件／税関預託金命令事件上級委員会は、AD 協定 18.1 条について「仮に (arguendo)」GATT 第 20 条の適用があるものとして議論しており、その適用可能性を検討する機会を逸している。AD 協定 18.1 条とほぼ同一の条文であるため、SCM 協定 32.1 条についても状況は同様とされる。Appellate Body Report, *United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand / United States — Customs Bond Directive for Merchandise Subject to Anti-Dumping/Countervailing Duties*, ¶¶ 306–310, 317–319, WT/DS343/AB/R, WT/DS345/AB/R (July 16, 2008); Sherzod Shadikhodjaev, *Renewable Energy and Government Support: Time to ‘Green’ the SCM Agreement?* 22, WORLD TRADE REV. FirstView Articles (2014), doi: 10.1017/S1474745614000317.

⁴⁰ 川瀬剛志「世界金融危機下の国家援助と WTO 補助金規律」85–86 頁 (RIETI Discussion Paper Series 11-J-065, 経済産業研究所, 2011) <<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/11j065.pdf>>。同稿の指摘に加えて、上述のように TRIMs 協定第 3 条は明示的に同協定への GATT 例外規定の適用可能性を規定している一方で、同じ国産品優先使用要求について規律する SCM 協定は相当する条文がない。このことも SCM 協定には GATT 第 20 条が適用されないとする文脈解釈となりうる。

⁴¹ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 24–25.

4. 利益評価のための市場ベンチマーク論 (SCM 協定 1.1 条(b))

4.1 はじめに

本件判断において最も注目を集める点は、この利益要件に関する判断である。パネル多数意見、反対意見、そして上級委員会のそれぞれが異なる解釈と市場ベンチマークを示し、特にパネル多数意見、上級委員会の判断は本件 FIT 制度を実質的に補助金の定義から外すことを意図したものであることが窺える。既に EU ではプロイセンエレクトラ事件欧州司法裁判所 (ECJ) 判決 (2001) において、主に政府費用説の立場から FIT 制度の国家援助該当性を否定した判断が示されているが⁴²、本件はこの ECJ と共通の政策関心に基づいた判断と評される⁴³。他方、プロイセンエレクトラ事件は民間企業である地域配電企業が FIT 事業を行うのに対して、本件では実質的に州政府の一部であるハイドロ・ワンによる電力購入であることから⁴⁴、仮に政府費用説を採用したとしても、前者よりは資金的貢献の存在はいつそう明白である。上級委員会としては、FIT による資金的貢献の補助金性について正面から議論せざるをえない状況に置かれた。

上級委員会の本件判断は、地球温暖化対策の見地からは評価は高いことは先に本章 1. で述べた。しかし、その環境政策上の意義はさておき、このような判断は、新しい緑の補助金の司法的創造であると評され⁴⁵、その解釈手法の妥当性・整合性、さらには経済学的な合理性に乏しい点につき、批判は少なくない。

以下の分析の前提として、冒頭に本件で採用された関連市場およびベンチマークのあり方について、パネル私見、同反対意見、そして上級委員会のベンチマークを比較しておきたい。それぞれの関連市場の捉え方、利益算定で依拠すべきベンチマーク、そして本件措置による利益の有無は、以下のように対比できる。

関連市場	ベンチマーク	利益
------	--------	----

⁴² 同判決は当時の EC 条約第 92 条第 1 項が加盟国財源 (“State resources”) からの支出を国家援助と定義していたことから、民間企業に再生可能エネルギー電力の購入を義務付ける一方、ドイツ政府の支出を伴わない問題の措置はこれに該当しないと述べている。Case C-379/98, *PreussenElektra v. Schleswag*, 2001 E.C.R. I-2099, 2181, 2187–88.

⁴³ Luca Rubini, ‘*The Good, the Bad, and the Ugly: Lessons on Methodology in Legal Analysis from the Recent WTO Litigation on Renewable Energy Subsidies*, 48 J. WORLD TRADE 895, 929–30 (2014).

⁴⁴ Kent, *supra* note 20, at 368.

⁴⁵ Rubini, *supra* note 43, at 916.

パネル多数意見（私見）	電力市場全体？ ⁴⁶	FIT 制度下の発電事業と同時期・同等のリスク予測を内包する投資案件のカナダ国内平均資本コスト（利益率の比較）	不明
パネル反対意見 上級委員会	電力市場全体	競争的卸電力価格	あり
	風力・太陽光 電力市場	風力：RES 計画下の競争入札価格 太陽光：特定できず	風力：あり？ 太陽光：不明

4.2 「関連市場」画定の必要性

本件上級委員会は、SCM 協定 1.1 条(b)における利益の分析にあたり、その「関連市場 (relevant market)」を画定することが「中心的にして、必要条件である (central to, and a prerequisite for)」と述べ、これを怠った点でパネルを叱正している (AB: 5.169)。本件パネルもこれを出発点とすることを明確に認識しているが (P: 7.272)⁴⁷、結果として、当事国に争いがあるにもかかわらず (P: 7.259–7.263) その画定を明示的に行うことなく、オ州卸電力市場全体を所与として議論を進めている。

このような上級委員会の説示については、関連市場を画定して初めて実際に利用できるベンチマークが特定できるとして評価される⁴⁸。しかしその一方で、先例との「非連続性」あるいは「関連市場」が協定上の概念ではないがゆえに、関連市場の画定について疑問を呈し、むしろ利益の認定に対する「弊害を危惧」する批判が提起されている⁴⁹。この見解の対立は市場ベンチマーク分析の手法に関する重要な問題提起であるため、紙幅を割いて検討したい。

これまでの先例を前提とするかぎり⁵⁰、評者はいくつかの理由において関連市場画定の必要性を支持し、他方で批判的見解に同意しない。その第一の理由は、文言上の根拠である。たしかに SCM 協定 1.1 条(b)には「関連市場」の文言はないが、本件判断でも言及のとおり、同第 14 条を解釈上の文脈として参照することが確立している (AB: 5.180–5.184)。同条では、(b)、(d)は明確に「市場」に言及し、そして市場に言及しない(a)、(c)も「民間投資者の・・・通常の慣行」、「商業的貸付け」など、その解釈・適用に特定市場の参照を要する概念を含

⁴⁶ パネルはこのように明言しているが (P: 7.318)、一方で競争的な卸電力市場はベンチマークを見出す市場として不適切であると説示しており、両者の説示の矛盾を上級委員会は指摘する (AB: 5.181–5.182)。

⁴⁷ “[T]he starting point for this analysis is the identification of the relevant ‘market.’”

⁴⁸ Rubini, *supra* note 43, at 910.

⁴⁹ 阿部・関根前掲 [注 28] 891–93 頁。Rajib Pal, *Has the Appellate Body’s Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies?*, 17 J. INT’L ECON. L. 125, 130 (2014).

⁵⁰ ただし、これまでの市場ベンチマークに基礎を置く利益の確定それ自体についての批判はありうる。この点は本章 4.5 に後述する。

む。カナダ・民間航空機事件上級委員会は、これら各号の指針全てについて、受領者が市場で利用可能なものに比べて有利な資金的貢献を得た場合に利益が発生すると解しており、同条から市場の参照が導かれることを示唆した⁵¹。

本件上級委員会は関連市場画定の重要性を説く過程で同条には言及していないが（AB: 5.169）、その直前で SCM 協定 1.1 条(b) の解釈基準として同第 14 条(d)に基づく市場ベンチマーク発見の重要性を論じ、その過程で関連市場の概念に言及している（AB: 5.159–5.166）。このことから、上級委員会は同第 14 条(d)から関連市場の画定を導いたものと理解できる。

「関連市場」とは、単にこの SCM 協定第 14 条から導かれる「市場」で特定案件の利益分析に「関連」するものを指すことは、これらの議論から明白である。よって、単に関連市場の文言が同 1.1 条(b)に規定されていないことをもって、当該概念の文言上の手がかりを欠くものとは言えない。

第二に、第一点目と関連するが、その必然性である。上記のように SCM 協定 1.1 条(b)の解釈の文脈として同第 14 条を参照する市場ベンチマーク説が採用される以上、関連市場の画定は原則としてベンチマーク決定の前提条件となる。本件上級委員会は「物品・役務が競争する関連市場における価格の比較によって利益の存在が適正に立証される」と述べているが（AB: 5.169）⁵²、この一節は、関連市場とは比較対象となる価格、つまりベンチマークを見出す場であることを示す。また、先例でも、EC・大型民間航空機事件上級委員会は「ベンチマークは、資金的貢献なかりせば、の市場の状況を反映しなければならない」と説示しており⁵³、この「市場」を発見しなければ、ベンチマークが適正なものであるかどうかは判然とししない。本件上級委員会が強調する関連市場の画定とはこの作業に他ならず、前提条件として市場を最初に設定し、次に当該市場の諸条件に照らして当事国によって提起されたベンチマークの妥当性を評価し、時に適切なベンチマークをパネル・上級委員会が自ら発見する。よって、順を追って言えば、この関連市場画定を最初に行うことは、本件上級委員会の説示のとおり、「論理的 (logical)」(AB: 5.169) である。

特に本件では文脈として SCM 協定第 14 条(d)が参照された。同号は問題となる「提供又は購入が行われる国における・・・市場の一般的状況」との関連で問題となる物品・役務への対価の妥当性を評価するよう求めているので、この「市場」に個別事案の文脈で何が該当するかの検討は不可避である。本件の関連市場の議論もこの検討に他ならない。

⁵¹ Appellate Body Report, *Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, ¶¶ 155–158, WT/DS70/AB/R (Aug. 2, 1999).

⁵² “The existence of a benefit can properly be established only by comparing the prices of goods and services in the relevant market where they compete.”

⁵³ Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶ 900, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

第三に、先例との非連続性の評価である。たしかに関連市場に関する議論には事案ごとの精粗が認められるが、ベンチマークが明白であればかかる議論は必要なく、従来このようなケースが多かったということに過ぎない⁵⁴。これはひとえに本件と先例の事実関係、事案の性質、および主張・請求の違いなどに起因するもので、この点を勘案せずに比較することは適切ではない。例えば SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)にかかる措置でも、貸付けや出資は市場ベンチマークを要する一方、贈与はそれ自体が利益なので、関連市場の参照を必要としない⁵⁵。また、同(ii)にかかる租税の減免措置も同様である⁵⁶。それ以外の資金的貢献でも、問題の措置の性質からベンチマークの関連市場が自明であるか、黙示の合意が存在し、当事国が争わない事案（米国・カナダ産針葉樹材確定相殺関税事件）⁵⁷、あるいは当事者主義ゆえに、真理の発見としてのベンチマークの正しさの実証を俟たず、利益が立証できる事案（EC・大型民間航空機事件）もある⁵⁸。要するに、関連事案の性質によって、関連市場分析は顕在化することも、しないこともありうる。

更に、「関連市場」とは明示せずに、ベンチマークを見出す関連市場を認定する先例もある。例えば、EC・大型民間航空機事件上級委員会は、独ミュンヘンベルガー・ロック産業用地のエアバス社への貸与については、当該用地が所在するハンブルグおよびその近郊の不動産価値を基礎に賃料を算出し、それに当該用地がエアバス社工場に隣接していることによるプレミアムを加えることでベンチマークを決定している⁵⁹。上級委員会は明示的に関

⁵⁴ Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 8.

⁵⁵ See, e.g., Panel Report, *European Communities and Certain Member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶ 7.1501, WT/DS316/R (June 30, 2010).

⁵⁶ See, e.g., Panel Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”:* *Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*, ¶¶ 8.44–8.47, WT/DS108/RW (Aug. 20, 2001). ただし、市場と離れて、一国の課税制度の中で原則と例外の関係の規定し、税の減免が例外的取り扱いと言えるのか否かを検討する規範的なベンチマーク (“normative benchmark”) の設定は別途必要になる。Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, ¶ 90, WT/DS108/AB/R (Feb. 24, 2000).

⁵⁷ Appellate Body Report, *United States — Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, ¶¶ 82–96, 108–122, WT/DS257/AB/R (Jan. 19, 2004). 当該事件においては、第三国市場ベンチマークの使用（本件ではカナダ隣接米国北部諸州の立木価格）の可否が問題になった。上級委員会はこれを許容するが、ベンチマークの出発点はカナダの民間材木市場の第三者取引価格であることには、当事国が同意しており (*Id.* ¶ 90)、その意味では当該市場が関連市場であることに同意があった。上級委員会も当該カナダ市場の一般的状況に関連して代替的ベンチマークを調整することを前提に議論しており (*Id.* ¶ 116)、ベンチマークが発見されるべき市場を当事国の合意に従って画定していることが窺える。

⁵⁸ 本件においては、LA/MSF と呼ばれる関係 EU 加盟国によるエアバス機開発・生産開始支援のための一連の変則的な融資について、補助金該当性が争われた。この LA/MSF については、証拠からゼロ金利が自明であるか、または被申立国が提示する市場ベンチマーク（これ自体はリスクプレミアムを低く見積もっている点で誤りである）よりも利率が低い場合、正しいベンチマークを探る必要なく、利益が認められた。EC — *Large Civil Aircraft* (AB), *supra* note 53, ¶¶ 923–929.

⁵⁹ *Id.* ¶¶ 985–990.

連市場の特定と銘打っていないものの、かかる認定は関連市場をハンブルグおよび近郊の不動産賃貸市場に定める作業に他ならない。これに先んじて、パネルがこの産業用地提供の投資額を基礎にベンチマークを定めた点が不適切としてこれを破棄するにあたり、上級委員会は関連市場概念に言及し、市場の需給を検討すべきことを説示している⁶⁰。このような需給関係は、具体的な市場を画定しないかぎり、適正に評価できない。

また、同じ市場ベンチマークに関する審理でも、SCM 協定第 2 部・第 3 部案件で「事実の一次的審査者 (the first (initial) trier of facts)」として行動する場合と、加盟国調査当局の相殺関税調査を事後的に審査する場合とではパネルの審査基準は異なり、前者の場合にパネルは司法的謙抑を行使せず、より積極的に事実判断に踏み込むことができる⁶¹。また、後者では加盟国調査当局のベンチマーク設定の不備を指摘してそこで審理は終了するが、前者では分析を完遂するためにパネル、ひいては上級委員会も積極的に自ら市場ベンチマークを探求し⁶²、その過程で必要があれば（特に当事国に争いがあれば）、関連市場の画定を行うであろう。本件上級委員会も、パネルは当事国の提示した利益分析手法およびベンチマークに限定されることはなく、能動的にベンチマークを発見する裁量があることを認めている (AB: 5.215)。例えば阿部・関根 (2014) は、相殺関税案件および SCM 協定第 2 部・第 3 部案件を区別せずに、先例と本件とを比較している⁶³。しかし本件は、SCM 協定第 2 部案件として正にパネル・上級委員会が積極的に補助金の存在を探求しなければならない事案であり、審査基準やパネル・上級委員会の職責の違いを意識せずして単純に相殺関税案件と比較するのは、適切でない。

これらの先例に対して、本件では問題の資金的貢献が物品の購入と認められたため、ベンチマークの発見が求められた。そして、ベンチマークを見出すべき市場につき当事国が明示的に争っており、パネルもこの点を認識していることも自明である (P: 7.259, 7.318)。また、上訴でも当事国、特にカナダは、ベンチマークが見出されるべき市場の選択について判断を仰いでいる (AB: 5.141–5.142, 5.146)。この場合、まず関連市場を画定しなければ

⁶⁰ *Id.* ¶¶ 972–983.

⁶¹ ROSS BECROFT, *THE STANDARD OF REVIEW IN WTO DISPUTE SETTLEMENT: CRITIQUE AND DEVELOPMENT* 171–74 (2012). SCM 協定 6.3 条の文脈における議論だが、上級委員会もこの差異を明確に示しており、同様のことはベンチマークの決定にも該当しよう。 *EC — Large Civil Aircraft* (AB), *supra* note 53, ¶ 1133.

⁶² Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaints)*, ¶¶ 635–665, WT/D353/AB/R (Mar. 12, 2012). 農業協定に関する案件だが、補助金のベンチマークの破棄自判の例として、以下を参照。 Appellate Body Report, *Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products: Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States*, ¶¶ 86–97, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW (Dec. 3, 2001).

⁶³ 阿部・関根前掲 [注 28] 891–92 頁。

ば、どこにベンチマークを見出すことが適切か、ひいては何が適切なベンチマークであるかを判断することはできない。上級委員会がパネルによる関連市場画定の懈怠を叱正したのは、正にこのためである。更に本件は SCM 協定第 2 部案件であり、パネルは事実の一次的審査者となる。よって、本来パネル自身が積極的にベンチマークを探求し、利益の有無を認定する権限・責務があることに留意しなければならない。この点からも、パネルのベンチマーク追究の不徹底を上級委員会が叱正するのは当然のことである。

阿部・関根（2014）は、米国・対中国産品 AD 税および相殺関税事件において採用された「同心円状（series of concentric circle）」分析に基づき、問題となる資金的貢献に類似するベンチマークを探索する作業⁶⁴で十分と論じる⁶⁵。上記のように、関連市場についてそもそも争われない、あるいはこの分析枠組の中で関連市場画定が黙示的に行われることがあり、そのかぎりにおいて同稿に異論はない。しかし、関連市場の画定は同稿が指摘するような「追加的なメリット」次第で実施する「追加的な過程」ではなく⁶⁶、正にこの同心円の中心をどこに定め、どこまで押し広げるかの検討の一部であって、「同心円状」分析に内在する不可欠の要素である。例えば同事件上級委員会も、「同心円状」分析の是認に先立ち、「所与の市場における、所与の通貨での（in a given market and in a given currency）」融資が政府介入で歪曲されている場合、それ以外にベンチマークを求めても差し支えないが、可能なかぎり「当該市場（on the market）」で実際に受ける同等な商業的貸付に近似させるよう説示している⁶⁷。このことは、本来上級委員会がベンチマークを見出すべき関連市場に注意を払うべきと考えていることの証左である。この一般的な説示を踏まえ、当該事件では「所与の市場」を中国融資市場とし、これが金融業における国家資本の支配的地位によって歪曲されていることから、中低所得国 33 カ国のインフレ調整済み利率の回帰分析に基づく数値を代用値（proxy）とした。その上で、これをなるべく中国融資市場の条件と近似させながらベンチマークとして援用したか否かを検討した⁶⁸。

⁶⁴ 上級委員会によれば、融資の場合、同一の借手による調査対象融資と同一かそれに極めて近い融資の発見に努め、それが見当たらない場合に、できるだけ近い条件の融資をベンチマークとして採用することを意味する。この時、相殺関税なら調査当局（SCM 協定第 4 条・第 7 条手続による補助金の認定ならパネル）は、問題の融資とベンチマークの差異について、規模、通貨、借手のリスク等の観点から一定の調整を加える必要がある。Appellate Body Report, *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶¶ 485–486, WT/DS379/AB/R (Mar. 11, 2011).

⁶⁵ 阿部・関根前掲 [注 28] 892 頁。

⁶⁶ 同上。

⁶⁷ *US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* (AB), *supra* note 64, ¶¶ 483–484.

⁶⁸ 上級委員会は、米国商務省が市場歪曲を理由に中国融資市場の利率をベンチマークとして援用しなかったことは正しいとしながら (*Id.* ¶¶ 491–509)、米国商務省が用いた代替値の妥当性をパネルが十分に検討しなかったことは DSU 第 11 条に反するとして、米国に SCM 協定第 14 条(b)違反なしとした認定を取り消した (*Id.* ¶¶ 510–527)。しかし、パネルによる事実認定が十

繰り返しになるが、関連市場の検討が常に行われないのは、単に個別事案の事実関係や主張・請求によって、その検討が顕在化するかしらないかの違いに過ぎない。仮に顕在化する場合、まずベンチマークの所在をどこの市場に求めるかから検討を始めることは、上級委員会の説示のとおり「論理的」であって、それ自体特異ではない。問題は市場画定それ自体ではなく、以下に検討するように、画定手法に起因するものである。この点において、市場画定に関する本件上級委員会判断に対する批判には同意できない。

ただし、このように仮に関連市場の検討自体はプロセスとして適切であったとしても、その巧拙の評価は全く別問題である。この点について節を改めて検討したい。

4.3 市場画定における供給サイド勘案の妥当性

本件パネル・上級委員会による関連市場、ひいてはベンチマークの捉え方の違いは奈辺に由来するか。この点についてほぼ全ての先行業績が提起しているように、本件上級委員会が関連市場画定において供給サイドを勘案したことに起因している。上級委員会は、EC・大型民間航空機事件において、SCM 協定 6.3 条(a)および(b)の適用において、関連市場の画定に需給両サイドを勘案したことに言及している。そして、本件事実関係においてパネルが電力市場への政府介入の重要性を認識しながら、関連市場画定においてかかる考慮を怠った点で、本件パネル多数意見を批判している (AB: 5.172–5.173)。

上級委員会は、SCM 協定 1.1 条(b)の利益認定において、損害評価にかかる同 6.3 条(a)および(b)に関する判断を援用している。同 6.3 条は補助金を受けた物品が競争する市場に関連するのに対して、同 1.1 条(b)はその補助金を構成する資金的貢献（例えば融資、出資、物品提供など）の調達市場に関連する。上級委員会が双方の局面の違いを説明せずに、前者を後者の解釈の文脈に援用したことには違和感は否めない。前者と異なり、後者においては、「市場」にも「同種の産品」にも言及がない⁶⁹。

供給サイドを勘案するか否かについては、それぞれの条文の目的や機能に照らして妥当性を判断しなければならない。例えば GATT 第 3 条における同種ないし直接競争的・代替可能産品の検討において、一部を除き、先例は供給サイドの勘案に否定的である。GATT 第 3 条が個別外国生産者の貿易の機会ではなく物品に着目して消費者利益のために自由貿易を推進していること、また、産品の競争条件の平等に関する評価には現存する産品の競争関係の検討が求められるのに対して、供給代替は潜在的な参入を検討するためのものである

分でなく、上級委員会は自判に至っていない (*Id.* ¶¶ 528–537)。

⁶⁹ *Cosbey & Mavroidis, supra note 32, at 15; Pal, supra note 49, at 130.*

ことから、先例は妥当なものとして評価される⁷⁰。

同様に SCM 協定 1.1 条(b)の目的や機能に鑑みると、供給サイドを、しかも優先的に勘案することの妥当性は導かれない。同号には資金的貢献「によって利益がもたらされること (a benefit is thereby conferred)」と規定されているので、利益は資金的貢献の換言であって、両者は同時に存在する。すなわち、ここで問われるべきは、資金的貢献によりその時点で受領者の厚生が増加したか否かである⁷¹。また、ここに言う「利益」とは、受領者を資金的貢献なかりせばの状況より「有利に (better off)」したか否かの判断であるが⁷²、もっぱらキャッシュフローで測られる会計的な概念であり、受領による競争関係における優位の問題ではない⁷³。これらから明らかなように、受領者が資金的貢献の交付時に利益があれば、それ以上に動的に供給サイドを勘案する必要はなく⁷⁴、よって将来的・潜在的な競争関係を検討するための要素である供給代替性は無関係である。受領者と他事業者とのコスト差に至っては無関係であることは言うまでもない。

それでも敢えて上級委員会の意のあるところを忖度すれば、SCM 協定第 14 条(d)にある「提供又は購入が行われる国における・・・市場」を画定するにあたり、「市場」である以上、同 6.3 条における検討と同様に供給サイドを勘案すべきであるとの趣旨であると理解できる。上級委員会はこの供給サイドへの着目に関する議論を明確に SCM 協定 1.1 条(b)・第 14 条(d)と結びつけていないが、直前に市場ベンチマークの法的基準としてこれらに言及していることから (AB: 5.163–5.165)、そのように理解すべきであろう。よって、上述の上級委員会の判断に対する批判は、改めて同第 14 条(d)の文脈で捉え直さなければならない。

しかし結論から言えば、それでもなお、双方の条文における局面の違いから、本件上級委員会の判断には肯んじえない。上級委員会が言及した EC・大型民間航空機事件上級委員会の判断は、SCM 協定 6.3 条(a)および(b)が「同種の産品」に言及しており、これと「市場」を併せ読むことによる解釈である⁷⁵。このことは、市場において補助金交付対象産品と他の加盟国の産品間の競合関係を明確にする目的で市場を画定することを意味する⁷⁶。更に言え

⁷⁰ CHRISTIAN A. MELISCHEK, *THE RELEVANT MARKET IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: A COMPARATIVE ANTITRUST AND GATT ANALYSIS* 154–55 (2012).

⁷¹ Richard Diamond, *Privatization and the Definition of Subsidy: A Critical Study of Appellate Body Textualism*, 11 J. INT'L ECON. L. 649, 670–72 (2008).

⁷² *Canada — Aircraft* (AB), *supra* note 51, ¶ 157.

⁷³ Joseph Francois, *Subsidies and Countervailing Measures: Determining the Benefit for Subsidies*, in *LAW AND ECONOMICS OF CONTINGENT PROTECTION IN INTERNATIONAL TRADE* 103, 104–6 (Kyle W. Bagwell et al. eds., 2010). *See also EC — Large Civil Aircraft* (AB), *supra* note 53, ¶ 746.

⁷⁴ Rubini, *supra* note 43, at 911–12.

⁷⁵ *EC — Large Civil Aircraft* (AB), *supra* note 53, ¶ 1118.

⁷⁶ このことは、本件上級委員会が引用した以下の一節からも明らかである。“[E]vidence on whether a supplier can switch its production at limited or prohibitive cost from one product

ば、「著しい害」とは、同第 5 条(c)によれば「他の加盟国の利益」に対するものである。これは結局のところ、任意の加盟国から見て、自国市場、補助金交付加盟国市場、および第三国市場における自国産業の販売・輸出の利益である。だとすれば、この「同種の産品」および「市場」の概念は、ひいては補助金受領者と競合関係にある自国産業の画定を意味する⁷⁷。そもそも補助金受領者の生産品と競争関係にある産品に生産代替のない産業がこの範囲に入らないことは言うまでもない。供給代替の検討は、あくまでこうした文脈から要求される。

対して、SCM 協定第 14 条(d)は、取引される物品・役務の対価の妥当性を問う。同 6.3 条と異なり、資金的貢献との関係において所与となる物品・役務（本件であれば電力）と競合関係を検討すべき他の産品・外国産業が別途存在し、これらに対する影響を検討することが求められているわけではない。よって、供給代替の可能性を検討する意味はない。たしかに「市場の一般的状況」を明らかにするために、コスト・利潤を勘案することはありうるという意味で供給サイドは関係するが、生産代替の視点からその検討を要した SCM 協定 6.3 条(a)・(b)にかかる EC・大型民間航空機事件とは局面が異なる。よって、かかる先例を援用して供給サイドの勘案の必要性を裏付けることは妥当ではない。

このような SCM 協定 6.3 条と同 1.1 条(b)・同第 14 条の文脈の違いに加えて、本件上級委員会の供給サイドへの言及はいくつかの意味においても不適切である。まず、本件上級委員会により検討されたのは供給（生産）コストであって、EC・大型民間航空機事件上級委員会が触れた供給（生産）代替コストではない。上級委員会はコスト差ゆえに火力等伝統的エネルギー発電と再生可能エネルギー発電が競争できないことを指摘しており（AB: 5.174）、発電事業者による双方電力の供給代替コストについて言及していない。こうした上級委員会の議論には両者の混同が指摘される⁷⁸。また、上級委員会が示唆した生産コスト差自体が補助金交付の理由そのものであって、仮にそれを理由に補助金交付が認められるとすれば、相当に広い産業政策上の裁量を SCM 協定のもとに認めることになる⁷⁹。

第二に、需要サイドについては、発電源にかかわらず消費者にとって電力は完全に代替可

to another in a short period of time may also inform the question of whether two products are in a single market.” *Id.* ¶ 1121.

⁷⁷ 例えばダンピング防止税や相殺関税の損害認定における同種の産品・国内産業画定につき、米国内法および所管する米国国際貿易委員会（USITC）の慣行を参照すると、複数の産品が共通の生産設備、工程、および従業員によって生産されているか否かが参照される。MANUAL FOR THE PRACTICE OF U.S. INTERNATIONAL TRADE LAW 959–60 (William Kitchell Ince & Leslie Alan Glick eds., 2002). このことは、物品として輸入産品とだけではなく、産業として輸出産業と競争関係にあり、損害の及ぶ範囲を画定すべく、供給代替性を検討していると言える。

⁷⁸ Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 8; Rubini, *supra* note 43, at 913–14.

⁷⁹ このような解釈は、特に GATT 第 18 条(c)を文脈にすれば、妥当ではない。Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 16.

能であることが認定されている (P: 7.318; AB: 5.176)。にもかかわらず上級委員会は、もっぱらコスト差による供給サイドの競争不可能性のみを重視し、再生可能エネルギー発電については市場が異なるものと認定している。この需要サイドの無視についても、SCM 協定 1.1 条(b)あるいは同第 14 条(d)の解釈上の根拠は示されていない⁸⁰。反トラスト法の合併規制における市場画定を参照すると、需要代替性が「最重要 (the most important)」であって、供給代替性の果たす役割は「副次的でゆえに重要度は下がる (less immediate and therefore less important)」⁸¹。よって、本件判断のように、消費者にとってエネルギー源のいかんを問わず電力には完全な代替性があるにもかかわらず、なお供給サイドの事情がこれを凌駕することについては、適切な説明を要する。

もちろん再生可能エネルギー発電と伝統的エネルギー発電は、同一の電力であっても消費者の環境意識次第では製造方法によって差別化され、需要サイドからも代替的でないことはありうる⁸²。全く文脈は異なるが、例えば GATT 第 3 条第 2 項第 1 文のような狭く解される「同種の産品」であっても産品間の競争関係が重視されるべきであり、この結果、非産品関連の製造方法も物理的に全く同一の産品の競争関係を阻害しうる⁸³。一般的にカナダ国内では石炭、原油、天然ガスを産出することから、再生可能エネルギー開発や省エネルギーへの意識が比較的希薄な傾向にある中で、本件の舞台となったオ州は、例外的にこうした資源が不足しているがゆえに、再生可能エネルギー開発に関心が強いとされている⁸⁴。この指摘に沿えば、オ州では再生可能エネルギー電力に対する強い消費者の嗜好が立証される可能性があったが、本件ではそのような証左は示されていない。

更に、上級委員会が指摘するように、取引段階の違いにより、需要サイドでの代替性が異なることもありうる。上級委員会は、本件においては最終消費者ではなく卸売市場に着目すべきであり、サプライ・ミックスの結果再生可能エネルギー電力のみの購入を政府が決定していると説示し (AB: 5.176)、需要サイドでも伝統的エネルギー電力との代替性がないことを示唆している。しかし、このような代替性の欠如は、まさに政府自身が問題の措置の一部であるサプライ・ミックスにより創出したものであり、かかるサプライ・ミック

⁸⁰ Pal, *supra* note 49, at 132–33.

⁸¹ MELISCHEK, *supra* note 70, at 150.

⁸² Pal, *supra* note 49, at 131.

⁸³ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶ 113–114, 117–118, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001). 川瀬剛志「WTO 協定における無差別原則の明確化と変容—近時の判例法の展開とその加盟国規制裁量に対する示唆—」5–6 頁 (RIETI Discussion Paper Series 14-J-004, 経済産業研究所, 2015) <<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/15j004.pdf>>。

⁸⁴ 日本貿易振興機構海外調査部『カナダの環境に対する市民意識と環境関連政策』2 頁 (2011)。

ス重視には協定上の根拠がない点で批判される⁸⁵。

また、仮に供給代替性を再生可能エネルギー電力市場に限定した場合、コストどおりの高い市場価格が設定できるとは限らない。再生可能エネルギーは天候に左右され、供給が安定せず、パネルも再生可能エネルギー発電は一日の一定時間に限定されることを認識している (P: 7.280)。これは、SCM 協定第 14 条(d)の一般的市場においても例えば「品質」、「入手可能性」の観点からむしろ低い評価を受け、いっそう電力としての市場価格を下げる可能性がある。

4.4 政府による市場創設と補助金の峻別

4.4.1 概要と意義

次に、上級委員会は本件においてはサプライ・ミックスによって再生可能エネルギー電力市場が伝統的エネルギー市場と区別して創設されており、それゆえに市場ベンチマークは前者から採るべきであると説示している。そしてこのような市場創設「それ自体単独で (*in and of itself*)」は補助金を構成せず、既存市場の失敗の是正や一部市場参加者の支援とは区別すべきであると述べている (AB: 5.175, 5.188–5.190)。市場創設がサプライ・ミックスによって行われる、ということは、すなわち、電力の供給量およびその種類、供給のタイミング、およびその他の価格を含む条件の設定がその範囲に含まれる。ベンチマークは、その規定された競争市場の結果として見出されることになる⁸⁶。

更に、上級委員会は再生可能エネルギー市場を単一として見ていない。上級委員会はオ州の RES 計画からベンチマークを導き出すにあたり、明確に風力発電と太陽光発電を峻別し、それぞれについてのベンチマークの有無を規定しようと試みている (AB: 5.235–5.243)⁸⁷。太陽光発電技術が高コストゆえに他の再生可能エネルギー発電技術と競争不可能であるにもかかわらず、上級委員会は、FIT 制度のもとで太陽光発電の存在を所与として理解している⁸⁸。

かかる判断は、上級委員会が狭い市場の規定を志向していることを意味する。市場を狭く

⁸⁵ Pal, *supra* note 49, at 133.

⁸⁶ Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 9.

⁸⁷ DOMINIC COPPENS, WTO DISCIPLINES ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES: BALANCING POLICY SPACE AND LEGAL CONSTRAINTS 80 (2014). 例えば、以下の一節より上級委員会は風力と太陽光別個にベンチマークを設定していると理解できる (AB: 5.190)。“[B]enefit benchmarks for wind- and solar PV-generated electricity should be found in the markets for wind- and solar PV-generated electricity” (強調は評者)

⁸⁸ COPPENS, *supra* note 87, at 84.

取ることは、関係する事業者やベンチマークを絞り込み、資金的貢献の受領者の特性に合わせた市場を設定することにより、利益が認定されにくくなることを意味する⁸⁹。特に本件では、電力市場全体よりも再生可能エネルギー電力市場に絞ることで、単位電力あたりの固定費が高い一方、限界費用は皆無である再生可能エネルギー発電のコスト特性 (P: 7.280) を踏まえたベンチマーク設定ができる。つまり、伝統的エネルギー発電を含む電力市場全体の平均コストよりも、再生可能エネルギー電力市場のそれの方が高い値が算出されるので、後者の市場内の競争的価格も前者のそれよりは高いベンチマークを示すことになる。上級委員会報告もこのことを示唆するとされている (AB: 5.175) ⁹⁰。

更に上級委員会は、適切なベンチマークは、オ州政府が規定するエネルギー・サプライ・ミックスの範囲内で、仮定の市場が再生可能エネルギーについて生み出す利益を反映するものでなければならないと述べている (AB: 5.227 ⁹¹)。こうした市場への固執は、極めて参加者が少なく、例えば入札参加者が一企業であるような場合、市場がそのような高い収益を許せば、コストに合理的な利潤を加えた額を上回る FIT 価格の設定でも利益なしと判断される可能性がある⁹²。

4.4.2 市場創設論の問題点

この市場創設論は一定の資金的貢献についていわば適用除外を生ぜしむる可能性がある点で重要であるにもかかわらず、解釈論としては少なからぬ問題点が指摘される。

まず何より、非常に創造的な判断であるも、市場創設の認定を行う文言上の根拠がない⁹³。言うまでもなく、DSU 第 3 条第 2 項、ひいては条約法条約第 31 条に基づき、協定の文言に基づく解釈が求められるところ、上級委員会の判断の正統性からすれば、これは致命的な欠陥である。

更に、文言上の根拠が明白でないことのある意味当然の帰結だが、本件上級委員会は市場創設の一般的基準および射程を明らかにしていない。第一に、市場創設とはいかなる行為であるかが定義されていない。本件では電力市場そのものは既存であり、また、いずれかの時点でオ州政府が明確に再生可能エネルギー電力市場の創設を宣言したわけではない。その意味では、政府が何をすればどの時点で「さもなくば存在しない市場 (markets that

⁸⁹ Rubini, *supra* note 43, at 912.

⁹⁰ COPPENS, *supra* note 87, at 9.

⁹¹ “[A]n appropriate benefit benchmark ... should be one that, within the parameters of the Government of Ontario’s definition of the energy supply-mix, reflects what a market benchmark would yield for wind- and solar PV-generated electricity.”

⁹² COPPENS, *supra* note 87, at 85.

⁹³ Cosby & Mavroidis, *supra* note 32, at 17.

would otherwise not exist)」（AB: 5.185）が創設されるのかが判然としない。敢えて説示から付度するに、上級委員会は FIT 制度ではなく、サプライ・ミックスの導入によって再生可能エネルギー電力市場が創設されたと理解しているように推察される⁹⁴。しかしそうであれば、問題の FIT 制度導入以前に既に再生可能エネルギー電力市場は創設されており、FIT 制度によって新規創設されたものではない。オ州政府は 2002 年に競争的な卸電力市場の創設に失敗し、その後にも早くも 2004 年には I 期 RES 計画提案依頼書を公表している（AB: 5.216）。したがって、サプライ・ミックスによる市場創設は、少なくともこの時点では行われていたと見るべきであろう。だとすれば、FIT 制度は 2009 年大臣令による立法であるから（P: 7.195）、その時点で再生可能エネルギー市場は既に存在している。こうした以前のプログラムと市場創設の関係について、上級委員会は評価を怠っている⁹⁵。

第二に、「市場」成立の客観的条件が明示されていない。これらには、例えば事業者数、つまり本件であれば何社の再生可能エネルギー発電事業者の参入が必要であるか、市場の広がり、つまりは国際的な市場形成を要するかあるいは国内で事足りるか、あるいは従来型の製品とどの程度のコスト差を要するか、などが含まれる⁹⁶。

第三に、政府の介入と市場たるための客観的条件を満たせば、いかなる場合でも補助金ではない市場創設が認められるのかが明らかではない。例えば産業の性質によって区分すれば、本件の電力市場のようなネットワーク産業には市場の機能に政府介入が必要であるからこのような市場創設論が認められるのか、それ以外にも不完全競争市場の環境整備を政府が行った場合まで含まれるのかなどが問われる⁹⁷。あるいは、本件では上記の供給サイドの勘案に関連してコスト差を理由にしていると説明されるが⁹⁸、コスト差は常に市場創設を許容するのか、あるいは妥当な政策目的が伴わなければならないのかも問われよう。この点について、上級委員会は措置の政策目的の参照を否定していることから（AB: 5.182–5.184）、専らコスト差だけで市場創設の条件は事足りるとされる⁹⁹。しかし同時に、上級委員会は電力価格が化石燃料による伝統的発電がもたらす温暖化のコストを内部化できない¹⁰⁰問題が、サプライ・ミックスの根底に存在することを認めている（AB: 5.189）。よって、

⁹⁴ 上級委員会は次のように述べている（AB: 5.178）。“[The panel] should also have considered that in Ontario the government definition of the energy supply-mix for electricity shapes the markets in which generators of electricity through different technologies compete.” 同様の理解として Rubini, *supra* note 43, at 915 を参照。

⁹⁵ Shadikhodjaev, *supra* note 39, at 9; Shadikhodjaev, *supra* note 20, at 877.

⁹⁶ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 18.

⁹⁷ 阿部・関根前掲 [注 28] 895 頁。

⁹⁸ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 17.

⁹⁹ COPPENS, *supra* note 87, at 82.

¹⁰⁰ FIT 制度の導入を正当化する市場の失敗としては、環境外部性の他に、伝統的発電セクターへの補助、資本市場の失敗、習熟（learning by doing）による潜在的な比較優位の存在等が挙

少なくとも本件においては、市場創設を認め、ベンチマークをこの限定された市場に見出すことを正当化する理由は、コスト差だけでなく、外部性の存在であったと理解できる¹⁰¹。ベンチマークが、正負の外部性によって歪曲されている可能性は様々な局面で考えるが、従来の事案ではこの点は無視されていた¹⁰²。この上級委員会の判断は、地球温暖化の視点で、言わばその内部化を試みたと言える。

第四に、しかし外部性が市場創設の正当化事由となれば、上級委員会が明確に峻別せんとする既存市場への介入措置と市場創設は著しく相対化する。サプライ・ミックスは上級委員会も認めるとおり市場の失敗の是正にして、新規参入の FIT 発電事業者の支援措置と言える。既存の電力市場の視点からすれば、これは市場介入である¹⁰³。サプライ・ミックスの手段としての FIT によって、単にありえたであろう報酬を上回る買取契約で再生可能エネルギーを購入したに過ぎない。経済学的にはどちらも同じ外部性是正の政府介入であって両者が区別できないのは当然のことであり、上級委員会の区分は「法的なフィクション (legal fiction)」に過ぎない¹⁰⁴。上級委員会の外部性への言及は、図らずもこのことを露呈している。

最後に、市場創設は市場ベンチマーク発見のために認められるものであるにもかかわらず、上級委員会は、「妥当な対価」(SCM 協定第 14 条(d))を定義していない。上級委員会は、社会費用・便益の内部化によって政府が市場の要素を規定するだけであれば、これらの要素の範囲内での部分では商業的考慮に基づく企業活動が行われる、つまりは創設された市場内での競争が成立すると論じる。そしてこの競争的と仮定される政府創設市場にベンチマークを見出し (AB: 5.189–5.190)、FIT 制度のような政府による管理価格がかかる「仮想市場 (a hypothetical market)」が生み出す利益を上回っていないかを検討する (AB: 5.228)。

しかしその場合、対価をどの水準に設定するのか、例えば発電コスト全てかあるいは再生可能エネルギー発電にかかる追加的なコストだけを意味するのか、そしてそもそもそこで競争で決まる価格は政策的歪曲がなく適切かといった点について、上級委員会は明らかにしていない¹⁰⁵。本件上級委員会は一連の RES 計画にかかる入札価格を市場ベンチマークとして検討しており、少なくとも風力については FIT 諸契約下の報酬と比較可能であると結論付け、更に言えば利益の存在を示唆している (AB: 5.237, 5.240–5.241, 5.245)。しか

げられる。Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 3.

¹⁰¹ Kent & Jha, *supra* note 20, at 265.

¹⁰² Alan O. Sykes, *The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 473, 504 (2010).

¹⁰³ Pal, *supra* note 49, at 131.

¹⁰⁴ Rubini, *supra* note 43, at 916.

¹⁰⁵ *Id.*

し、例えば阿部・関根（2014）は、上級委員会が SCM 協定第 14 条(d)に基づく調整を行うことを認識しているにせよ（AB: 5.235）、同時期の比較可能な価格として RES 計画下の入札価格を参照することの妥当性につき、背後の政策目的の転換や 2、3 年の時間差がベンチマークとしての妥当性に影響する可能性から、疑問を呈する¹⁰⁶。こうした点に留意することなく、上級委員会は自らが認めた再生可能エネルギー電力市場内で決められた競争入札価格をやや無批判に受容しているきらいがある。

4.4.3 政策的示唆および先例的価値

本件判断によって、加盟国は高コストの生産技術をサプライ・ミックスの一部と宣言するのみで、当該技術を補助する権限を得たと理解されている¹⁰⁷。つまり、本来は需要サイドにおいて競争関係にある別製品の市場に比べて、新規創設市場のコストが高い場合、これらの市場を単一と見た場合には明らかに補助金を構成するような高値での物品購入でも、新規創設された高コスト市場では、妥当な対価の支払になる。この結果、政府によって広範な「例外」が形成されることが予想され、例えば原材料別のバイオエタノール（トウモロコシ由来かサトウキビ由来か）、ガソリン車と電気自動車、ひいては温室栽培と露地物の果物といった区分でも、政府の意図次第で市場創設が認められる可能性が指摘されている¹⁰⁸。

しかし、他方で、Cosbey & Mavroidis (2014)は、本件の先例的価値を限定的に捉える。すなわち、市場創設の諸条件は明確にされていない点が多く、加えて、今後の案件では市場創設を示すデータの十分性も問われる。更に市場創設が認められたとしても、そこでの競争水準を上回る支援策はやはり補助金を構成する。これらの点から、上級委員会は将来の事案で適用範囲を絞り込むことを予想する¹⁰⁹。加えて上述のように、本件上級委員会は、必ずしもコスト差だけでなく、外部性を政府による市場創設を認める要件としているように理解できる。この点に鑑みれば、つまりは、何らかの社会的な政策妥当性を示さないかぎり、単なる産業政策上の理由だけでは市場創設は認められないことが窺える。

また、今回は SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の物品購入の文脈でサプライ・ミックスが補助金を構成しないと判断に至ったが、これが他の種類の資金的貢献のベンチマークにどのような影響を与えるのかも、今後明らかにされるべき課題になる。同(i)の資金の直接的移転お

¹⁰⁶ 阿部・関根前掲 [注 28] 895–96 頁。

¹⁰⁷ Pal, *supra* note 49, at 133–34.

¹⁰⁸ *Id.* at 135–36; Shadikhodjaev, *supra* note 20, at 874.

¹⁰⁹ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 18–19.

よびその可能性の一類型として出資を例にとると、例えば電力市場において、再生可能エネルギー発電事業者に対して政府が固定買取ではなく特別な条件で出資（例えば発電施設建設がカバーできるような資本金を、合理的な投資家なら躊躇するようなリスクを引き受けて支弁する）を行っている場合、市場ベンチマークの設定に本件判断が影響するであろうか。

この場合の関連市場は SCM 協定第 14 条(a)に規定される資本市場であって、(b)の融資、(c)の債務保証も同様に関連市場はそれぞれの金融市場になる。他方で、これらの資金的貢献の支援対象産業の市場はなんらかの製造業になり、上記設例の場合は電力市場となる。つまりは関連市場と支援対象産業の市場が異なる。よって、本件の判断がどちらの市場についての政府創設を認めたものと理解するかによって、他の資金的貢献の類型に対する示唆は大きく異なる。本件で問題となった同(d)の政府による物品購入の場合、補助金の支援対象産業の市場とベンチマークの関連市場は同一なので、このような区別は不要となる¹¹⁰。

この点について、Coppens (2014)は、上級委員会の説示 (AB: 5.188) ¹¹¹を引いて、政府による介入対象の市場を意味するものと解している¹¹²。要するに、資金的貢献の種類にかかわらず、コスト差を理由として支援対象産業の市場を政府が創造することは、既存市場に対する補助金とは区別される。例えばエコカー支援を念頭に置いた場合、仮にコスト差によってエコカー市場が存続しえない場合、いかなる種類の資金的貢献によって支援しようとも、これを切り出して市場創造を行うこと自体は補助金とならない。

しかしながら、上記の上級委員会報告書の箇所は、あくまでベンチマークの関連市場としての電力市場が単一か否かを検討する文脈での議論であって、その中でサプライ・ミックスが市場創設の具体的な行為として理解されている。よって、Coppens (2014)のように、市場創設論が支援対象物品の市場にまで広がりをもつと解することは、議論の文脈を無視している。よって、ここではやはりベンチマークを発見する関連市場の創設に限定されると解すべきであろう。

そうすると、上記の出資の設例では、関連市場は資本市場であり、政府が規制介入によって、通常の市場（民間資本家の通常の投資行動が前提）と特殊な資本市場（観念的に言えば、投資に対する金銭的な利益率だけでなく、例えば達成される環境コストの削減も評価するような市場）を創設するような場合が、本件の事実関係と対応する。実際の資本市場では、例えば社会的責任投資（socially responsible investment, “SRI”）によって、経済的

¹¹⁰ COPPENS, *supra* note 87, at 86.

¹¹¹ “Where a government creates a market, it cannot be said that the government intervention distorts the market, as there would not be a market if the government had not created it.”

¹¹² COPPENS, *supra* note 87, at 86–87.

価値のみならず、広く社会的価値（環境、人権、福祉等）に基づく投資先の選択を行う投資行動が見られる。本件の説示が資本市場で意味を持つとすれば、このような特殊な投資からなる市場の成立が認められる場合だが、SRIは通常の資本市場における投資行動の一部に過ぎない。

また、本件で問題となった SCM 協定第 14 条(d)の政府の物品購入についても、本件では電力という政府によるコントロールが非常に効いた関連市場を前提にしており、しかも当該市場では政府が電力の買取によって支配的なプレーヤーになれる。こうした特殊事情を基礎に、本件上級委員会の立論は成立している。政府の存在が必ずしも大きくない一般的な物品の取引市場では、本件のような事象は認めがたい。例えば、政府がエコカー製造支援のために購入するにしても、全量を購入できるわけではなく、政府調達分は一部にとどまるであろう。そのように理解すれば、結局のところ、物品購入についても、関連市場の政府創設の射程はそれほど大きいわけではない。

他方、上級委員会が、市場創設を認める理由として外部性に言及していると思しき点は、後続案件において注目し得る。外部性の客観的な数値化は困難であり、更に外部性のみならず、個別の補助金ないし市場創設が及ぼす総合的な厚生に対する影響を評価し、社会的に望ましい、あるいは望ましくない補助金を特定することは実務的には困難である。このため、ルールによって補助金の善悪を規定することはほぼ不可能とされている¹¹³。本件上級委員会は、ある意味この望ましい補助金とそうでない補助金の司法的な判断に踏み出したと言えよう。

4.5 「正しい」市場ベンチマークおよび市場ベンチマーク論の再考

このように市場創設を軸とした上級委員会のベンチマーク設定には様々な問題点が指摘される一方で、特に後に 5. に述べるように履行の視点から本件解決に資する余地に乏しいことから、本件上級委員会の判断を妥当とは評価しがたい。その前提で、本件における正しいベンチマークをどう考えるべきであっただろうか。

この点について、パネル多数意見は卸電力市場全体を関連市場と見ている。しかし他方で、ベンチマークを FIT 制度下の発電事業と同時期・同等のリスク予測を内包する投資案件のカナダ国内平均資本コストに設定した (P: 7.323)。このかぎりにおいては、パネル多数意見もまた、再生可能エネルギー発電事業にのみ着目したベンチマークを設定している。上級委員会によれば、パネル多数意見はサプライ・ミックスやオ州政府の政策介入を認識し

¹¹³ Sykes, *supra* note 102, at 18–19.

ながら、関連市場を卸電力市場全体に設定することにより、これらの点を関連市場の画定において勘案していないとされる (AB: 5.173)。しかし、実際のところ、上記のベンチマーク設定は、パネルの認識もやはり上級委員会のそれと変わらないことを示す。

しかし、経済的に見て、多数意見の手法は妥当性を欠くものと批判される。すなわち、20年ないし40年にもなるFIT契約の契約期間であればリスク自体が問題にならないため、相当するリスク予測を内包し、しかも他分野の民間投資案件を見出すことは不可能である¹¹⁴。

他方、反対意見も同じく関連市場を競争的な卸電力市場に設定しており、市場競争の不完全性や電力の安定供給等の政策目的の不達成を理由に、現存あるいはありうる市場を無視することを適切でないと説示する。このうち、実際のオ州卸電力市場については、政府介入による歪曲により利用可能でないこと、州外ベンチマークについて申立国の主張・立証が十分でないことから、結局反対意見はこれらを放棄した (P: 9.8–9.16)。しかしその代替として、反対意見はオ州に存在しえた (*could exist*) 競争市場を観念し、加えてFIT制度なかりせば競争市場において再生可能エネルギー発電事業者は存続しえないことを被申立国のカナダ自身が自認していることから、利益を認定している (P: 9.17–9.23)。

両者のアプローチはいずれも市場を参照しながらも、異なるものである。前者はベンチマークを特定してFIT契約価格との差を検討する手法である。これに対して後者は具体的なベンチマークや市場の条件も詳細に規定せずに、FIT制度不在の状況との比較(「なかりせば」テスト (“but for” test)、AB: 5.196)を行う。政府規制が市場においてなんらかの経済的に変則的な行動を誘発し、これが当該措置の対象者を利する場合、直感的には利益は存在するが、最終的にFIT制度の国家援助該当性を否定したプロイセンエレクトラ ECJ 判決さえも、この「なかりせば」テストによって再生可能エネルギー発電事業者が利益を得ていることを認めている¹¹⁵。

申立国もそのように理解しているように (AB: 5.141, 5.196)、反対意見の「なかりせば」テストは、従来のSCM協定第14条(d)を文脈とした従来の同1.1条(b)のそれとは異なる、新たな解釈である。このことは、反対意見の構成から明らかである。まず、各項目の見出しを参照すると、パラ9.8ないし9.16の前で、問題の措置がSCM協定第14条(d)の意味で「適切な対価よりも多い額の対価」を支払うか、と題し、この部分での議論が同号を文脈とした従来の利益要件の解釈に基づく判断であることを示唆している。これに対して「なかりせば」テストを採用したパラ9.17ないし9.23には、冒頭に「もう一方の議論 (second line)」として「なかりせば」テストを紹介することで前者の議論と別であることを強く示

¹¹⁴ Rubini, *supra* note 43, at 908.

¹¹⁵ Hestermeyer & Nielsen, *supra* note 24, at 587. *See also*, Case C-379/98, *PreussenElektra v. Schleswag*, 2001 E.C.R. I-2099, at 2180.

唆する。加えて、見出し・本文共に SCM 協定第 14 条(d)への言及はなく、また“benchmark”の語も一切見られない。従来の判断が SCM 協定第 14 条(d)を文脈とした同 1.1 条(b)の解釈を墨守してきたのに対して、このように反対意見は新しい利益確定の方法論を示したことになる。

この先例からの乖離をどう評価すべきであろうか。この点を論じるにあたり、主として本章 4.3、4.4 において批判的に検討した本件上級委員会の判断は、市場ベンチマーク、より正確にはそこから導かれる「関連市場」の概念に基礎を置き、その画定に際して特殊な政府による市場創設を導入したことに着目する。こうした従来の解釈は関連市場の画定を不可避とし、その結果、本件上級委員会に欠陥の多い政府市場創設論の根拠を与えることになった。仮に本件のように関連市場が見出しにくい案件においても必ず市場ベンチマークの発見をパネルに課することになるとすれば、こうした従来の利益概念の解釈自体の妥当性が問われることになろう。本章 4.2 において、評者は関連市場画定の必要性に関する本件上級委員会の判断を支持したが、あくまで市場ベンチマークの特定を必要とする従来の解釈を前提にした議論としてである。ここで改めてこのアプローチを墨守すべきか否かに立ち返れば、否と答える。

その理由として、まず先例との連続性で言えば、本件上級委員会は卸電力市場全体にベンチマークを求めたことを理由に反対意見を退けている (AB: 5.197)。つまり、上級委員会は、市場が存在すれば「なかりせば」テストを取ることをそのものを否定していないことに注目すべきである。カナダ・民間航空機事件上級委員会は、政府費用説でなく受領者利益説をとるべきこと、加えて市場が利益を認定するための比較を行う「ひとつの適切な基礎 (*an appropriate basis*)」(強調は評者) となることを示すために、SCM 協定 1.1 条(b)の解釈に同第 14 条を援用した¹¹⁶。これらのことは、上級委員会は同 1.1 条(b)の利益の確定については、同第 14 条に基づく手法が唯一絶対であるとは示唆していない。本件でも少なくともパネルはこのような理解を明確に示しており (P: 7.272)¹¹⁷、上級委員会も他の方法を採用しなければならないとは思慮しないと述べる一方、これ以外の方法の採用を排除するわけでない (AB: 7.163–7.164)¹¹⁸。

¹¹⁶ *Canada — Aircraft* (AB), *supra* note 51, ¶ 157.

¹¹⁷ “Article 14(d) suggests that *one* way to demonstrate that the challenged measures confer a benefit is by showing that the remuneration provided to FIT generators ... is ‘more than’ adequate” (強調は原典)。

¹¹⁸ “Although Article 14 is in Part V of the SCM Agreement, the Panel was correct in pointing out that it is relevant context to the interpretation of Article 1.1(b) for the purpose of Part II of the SCM Agreement, and that it *can* be used as relevant context to determine whether a subsidy exists. ... We do not think that a different approach *should* be adopted when, as in the case of prohibited subsidies, one has to determine whether a benefit exists as opposed to

第二に、SCM 協定第 14 条柱書は、「この部の規定の適用上」と明言しており、本来同条は相殺関税につき定める同第 5 部に限定して適用される。これに対して同協定第 2 部、第 3 部の適用のために同 1.1 条(b)を解釈する際には同条に基づく利益の計算方法は文脈にはなるものの、墨守の必要はない。「なかりせば」テストは具体的なベンチマークを決めないの
で相殺関税調査での援用に耐えないと批判されるが¹¹⁹、同第 2 部、第 3 部の適用においては同 1.1 条(b)で利益の存在を確定すれば十分であるため、「なかりせば」テストで事足りる場合もある¹²⁰。本件は正にそのような事案であった。すなわち、投資回収と適正な利潤の見込みがなければ、再生可能エネルギー発電事業への参入は起こらない。FIT 契約が長期に開発費用・設備投資と合理的な利益率を保証する契約価格設定を行い、しかも現実の市場から乖離した全量買取が約束され、その結果参入が起きていること自体が利益の存在を示す。特に本件では、パネル多数意見・上級委員会が競争市場の存在を否定した理由は当該市場が正しく政策目的を達成していない点であって、この目的の勘案は正しい解釈でないことは後に本章 6. に述べるとおりである。よって、競争的な卸電力市場を観念することは可能であり、「なかりせば」テストの実施によって利益を示すことは妥当かつ可能であろう。

なお、実のところ、パネル多数意見も同様に SCM 協定第 14 条を文脈とした利益概念の解釈から逸脱しているように思われる。本件では資金的貢献を SCM 協定 1.1 条(a)(1)(iii)の政府による物品購入と認定した。しかしながらパネル多数意見は、電力の買取価格ではなく、資本コストをベンチマークに取っている点でこの認定とは整合せず、同第 14 条のいずれの号に基づいて市場ベンチマークを認定したのかが判然としない。さらに言えば、パネル多数意見は私見において同条に言及しておらず、そもそも同条を文脈として同 1.1 条(b)を適用したものが明確ではない。

5. 履行への影響

解釈論のみならず経済的合理性の観点からも欠陥を指摘されるにもかかわらず、上級委員会がこのような無理筋を押し通そうとも思える判決理由を展開する理由を、履行に求める意見がある¹²¹。すなわち、仮に本件で問題の措置の補助金性を認めた場合、国産品優先使

its precise quantification.”（強調は評者）。

¹¹⁹ Shadikhodjaev, *supra* note 20, at 874.

¹²⁰ 加えて、相殺関税額は利益ではなく対象産品単位あたりの補助金額の按分額によって決まるので（SCM 協定 19.4 条）、利益算定とは無関係である。この点でも前注および本文対応部分の批判は失当である。

¹²¹ *See, e.g.,* Rubini, *supra* note 43, at 924–25. 仮に FIT 制度の廃止を求められた場合、カナダ政府は、その履行によって損失を被る外国投資家たる FIT 契約者により、公正衡平待遇原則違

用要求と組み合わされているかぎり、SCM 協定第 3 条違反は免れない。正当な環境政策上の関心事項への対処に資する補助金を禁止補助金として非難し、その撤回を求めることの政策的・政治的妥当性についての配慮が本件の判断に帰結したということになる。

しかしながら、例えば、阿部・関根（2014）は履行について懸念の余地は少ないと指摘する。すなわち、禁止補助金と認定された場合でも、SCM 協定 4.7 条に基づく補助金の撤廃は国産品優先使用要求の廃止で対応でき、仮に補助金の定義に該当しても特定性（SCM 協定 1.2 条、第 2 条）を欠くことから相殺可能ではないと説明している¹²²。前者について付言すれば、禁止補助金の場合、一回限り（non-recurring, lump-sum）の支払については返還による履行を求めた先例があるが¹²³、本件の場合継続的な電力購入であるから、FIT 契約に基づく過払い部分の返還に及ぶ懸念はない。そして実際のところ、オ州は 2014 年 7 月 24 日に FIT 制度から州産品使用要求を削除し、オ州エネルギー相が OPA に以後の FIT 契約にはそのような条件を含めないことを指示することで履行しており、申立国もこれに満足の意を示している¹²⁴。

他方、後者の特定性については、FIT 制度では再生可能エネルギー発電事業に限定して支払がなされるという点で、明白に特定性を帯びており、この点で阿部・関根（2014）の指摘には同意できない¹²⁵。もし相殺の懸念を払拭できる事情があるとすれば、隣接国からの送電は輸入国において公益事業として公的管理下にある送電網への接続の可否によって管理可能であること、電力貿易が成立するのは基本的に輸入国の供給不足によるものであること、輸入増加によって輸入国電力産業に悪影響が発生する事態は皆無であることによる。実際カナダの電力輸出先はほぼ全量陸続きの米国であり¹²⁶、申立国である日本・EU により悪影響に関する請求は予備的にも提起されていない。

反等の理由で投資協定仲裁への付託が行われるリスクが指摘される。Elizabeth Whitsitt, *A Modest Victory at the WTO for Ontario's FIT Program*, 20 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 75, 100 (2013).

¹²² 阿部・関根前掲 [注 28] 897 頁。特定性については、Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 25 も同様の可能性を示唆する。

¹²³ Panel Report, *Australia — Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather: Recourse by the United States to Article 21.5 of the DSU*, ¶¶ 6.24–6.41, WT/DS126/RW (Jan. 21, 2000).

¹²⁴ Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 29 August 2014, ¶¶ 5.2–5.3, WT/DSB/M/349 (Oct. 23, 2014).

¹²⁵ Leal-Arcas & Filis, *supra* note 15, at 44 によれば、FIT 制度が「グリーン・エネルギーを使用する『全』発電事業者（'all' electricity producers who use green energy）」と対象を定めれば、温暖化ガス排出型発電とそれ以外の再生可能エネルギー発電を区別することなく、特定性がなくなるとされる。しかし、このように受給条件を設定しても、電力事業者という一定の明確に区分された産業セクターを対象にしているため、特定性は否定できないものと思慮する。

¹²⁶ 『海外諸国の電力事業』前掲 [注 1] 7–8 頁。

6. SCM 協定における政策目的の勘案

前節までの議論をもう少し大きな文脈で見れば、上級委員会の政策的配慮は、結局のところ、自らがパネルの誤りとして指摘した環境保護の政策目的の勘案が根底にあることが強く推測できる。

この点パネルは、明確に安定的な電力供給や人の健康および環境上の目的といった政策目的に言及している (P: 7.309)。パネルはこうした政策目標を達成するように競争的な卸電力市場が機能しないことを理由として、そこに市場ベンチマークを見出すことに否定的な見解を示した。この判断は、競争的市場は仮想できるにしても、本件において温暖化対策の視点からオ州が望ましいと考える再生可能エネルギー、つまりは公共財が過小供給になることに直面したパネルが、政策的な「同情心 (compassion)」から行ったものであり、補助金の存在とその正当化の問題とを混同していると批判される¹²⁷。

これに対して上級委員会は、パネルの判断を文言にない論拠に基づく例外を SCM 協定 1.1 条(b)に読み込むものとして批判し、あくまで同号から導かれる従来の市場ベンチマークの判断枠組みを堅持した (AB: 5.182–5.184)。しかし他方で、上級委員会は市場ベンチマークの発見において、関連市場の画定を操作することにより、巧みに「市場」の発見という事実認定、または関連事実への法の当てはめに落とし込んで環境政策上の関心を自己の判断に投影している。こうした上級委員会の判断もまた公共財としての地球温暖化対策を強く意識しており¹²⁸、結局のところ政策目的の勘案が行われている点でパネルと同様であると評される¹²⁹。

しかしこのように基準を明確にせず、透明性を欠く司法判断による目的の勘案は、利益要件の適用およびその結果につき、予見可能性を損なう¹³⁰。また、審査基準の点からも、パネルにこのような判断が許容されるかにつき、疑問が残る。仮に本件においてパネルが同様の判断を行えば、一定の政策的指向性を帯びる認定は DSU 第 11 条に規定されるパネルの責務、つまり「問題の客観的な評価」に矛盾するおそれがなしとはできない。たしかに証拠の軽重に関する判断はパネルの裁量に属するところだが¹³¹、他方でパネルは当事国の見解を批判的に検討することが求められる¹³²。加えて、パネルは、申立国・被申立国の証

¹²⁷ Cosbey & Rubini, *supra* note 36, at 7; Rubini, *supra* note 43, at 905–6.

¹²⁸ Cosbey & Mavroidis, *supra* note 32, at 19; Kent & Jha, *supra* note 20, at 265–66.

¹²⁹ Kent, *supra* note 20, at 373.

¹³⁰ Whitsitt, *supra* note 121, at 96.

¹³¹ Appellate Body Report, *European Communities — Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, ¶ 441, WT/DS397/AB/R (July 15, 2011).

¹³² Appellate Body Report, *United States — Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia*, ¶ 106, WT/DS177/AB/R,

拠を無視してはならず、公平に取り扱うだけでなく、ある証拠を他の証拠との関係において検討するなど証拠の総体として (“in its totality”) 評価を行うことになる¹³³。

本章冒頭の 1. に述べたように、本件以後も類似の再生可能・新エネルギー支援の補助金・相殺関税事案が後続している。これらの事案において申立国¹³⁴または被申立国が本件上級委員会の論理構成を用いて市場創設を主張し、かたや本章上記 4.3 および 4.4、ならびに先行業績が指摘する本件判断に関する問題点を申立国が提起した場合、パネルは合理的な説明を以って後者を退けることが求められる。この時、証拠や主張の評価軸として問題の措置の根底にある政策目標に基礎を置くことは、本件上級委員会が同パネルの判断を批判したように SCM 協定上の根拠を欠くだけでなく、DSU 第 11 条に求められる客観的検討の要請を満たすものではない。

誤解を恐れずに言えば、DSB での採択はあるにせよ、上級委員会の判断は実質的に終局的であるがゆえに、ある意味本件の個別的解決を優先した判断を提示することができたと考えられる。特に本件では、申立国は FIT 制度自体を非難するものではないことを明示しており (P: 7.7, 7.153)、また、申立国の主張・請求の構成もある意味で FIT 制度を補助金と認定させることを必ずしも目的としたものとは思われない¹³⁵。このことは、当事国、パネル、そして上級委員会は、FIT 制度を補助金と認定しない一方、保護主義的な国産品優先使用要求の協定違反認定のみを問う筋書き通りの「無言劇 (a pantomime)」を演じたものであり、本件の一件解決優先の判断であったと指摘される¹³⁶。しかし、一般的な対審構造における主張の対立を前提とし、しかも上訴による審査を控えて DSU 第 11 条に求められる職責を負うことに鑑みた時、同様の大胆な判断を以後のパネルに求めることは困難であろう。

7. 結びに代えて —SCM 協定改正論の嚆矢としての本件—

WT/DS178/AB/R (May 1, 2001). 本件はセーフガード協定に基づく国内当局の損害調査をパネルが事後的に審査する文脈での審査基準である。よって、SCM 協定下の禁止補助金に関する案件のように、パネルが一次的審査者として当事国の主張を検討する場合、これより謙抑的な審査基準を採用することは期待できない。

¹³³ *EC —Fasteners (AB)*, *supra* note 131, ¶ 441.

¹³⁴ 本件を架空の相殺関税事案に置き換えた場合、電力輸入国が単一電力市場でベンチマークを設定して補助金を認定し、その結果相殺関税を賦課する。対して、電力輸出国であるカナダが当該措置の SCM 協定整合性を争う場合、その主張において市場創設論および供給サイドの勘案を主張することになる。

¹³⁵ 仮に申立国がもし勝訴を確実なものにするのであれば、本件措置に鑑みて比較的立証が容易であるはずの所得・価格の支持 (SCM 協定 1.1 条(a)(2)) への該当性を主張し、資金的貢献 (同(1)) に関する請求・主張は予備的に提起したはずである。このことが申立国自身 FIT 制度を補助金の範疇に含めることに躊躇があったことを示す。Rubini, *supra* note 43, at 921–22.

¹³⁶ *Id.* at 919–26.

こうして振り返ると、特に本章 4. に展開した利益に関する議論を踏まえれば、本件パネル・上級委員会は問題の措置を補助金として認めた上で、これを嚆矢として立法論を始めることが妥当な対応であった¹³⁷。

現行の SCM 協定は輸入国国内産業あるいは他の加盟国の輸出利益への損害（悪影響、あるいは実質的な損害）によってのみ補助金を規制し、特に SCM 協定第 8 条が失効した今、その過程で一切の政策目標の勘案が許されない。例えば研究開発、地域振興、公共サービスの提供など、市場の失敗が生じる局面であれば、補助金は貿易歪曲性だけではなく、本来はこれらの是正に資するものである。特に地球温暖化に関しては、伝統的化石燃料に対する補助金や二重価格性など、環境外部不経済を発生させる補助金を禁止できない（せいぜい相殺のみ）一方、特に FIT 制度のように温暖化対策の観点から好ましい補助金も、本件のように国産品優先使用要求と組み合わせられることで協定違反を構成するおそれがあるか、あるいは少なくとも相殺の対象になりうる。また、本件だけでなく、先行する米・EU 間の 2 件の大型民間航空機紛争は、航空機開発はいずれもスピルオーバーが大きく、また国際競争の活性化につながるにもかかわらず、必要とされる巨額のリスクマネー調達に加盟国が果たす役割は極めて限定されることを明らかにした¹³⁸。

このため、現行の SCM 協定について、補助金の正当な非通商上の政策目的の勘案を可能とすべく、解釈合意を含めた立法的な手当ての必要性が提唱されている。一例を挙げると、国際経済法・国際経済学の国際的な専門家のフォーラムである The E15 Initiative の補助金作業部会はこうした問題意識に基づいて、新たな補助金規律のあり方を模索している¹³⁹。その成果の一部である Espa & Rolland (2015)は、従来の立法提案を、新第 8 条の起草による例外（特に GATT 第 20 条型）の創設、二重価格など化石燃料に対する支援の禁止補助金化、ウェイバーの取得といった先行研究の提示する対応策につき、それぞれの長所・短所および実現可能性、およびその実現方法についても多国間か地域間か、また法的拘束性を持たせるかソフトローによるかを、広く検討している¹⁴⁰。

もっとも、ドーハ・ラウンド交渉が停滞しており、更にもっともその中でルール交渉の政治的相乗性は必ずしも高くないことから、こうしたルール改正の実現可能性は限りなく低い。今後

¹³⁷ Liesbeth Casier & Tom Moerenhout, *WTO Members, Not the Appellate Body, Need to Clarify Boundaries in Renewable Energy Support* 5–7 (IISD Commentary, July 2013), available at http://www.iisd.org/pdf/2013/wto_members_renewable_energy_support.pdf.

¹³⁸ 川瀬剛志「WTO 補助金規律における国家資本主義の位置—エアバス事件の示唆」『国際法学の諸相—到達点と展望—（村瀬信也先生古稀記念）』第 19 章（江藤淳一編、2015）。

¹³⁹ *Task Force on Subsidies*, THE E15 INITIATIVE, <http://e15initiative.org/topics/subsidies/>.

¹⁴⁰ Espa & Rolland, *supra* note 17, at 10–13.

とも、同様の案件において困難な政策的価値判断を WTO が求められる状況は、当面解消されることはない。その意味において、本件判断による SCM 協定の実質的な「書き換え」の影響が懸念される。