

WTO《补贴与反补贴措施协定》附件一(K)款 一项的解释与适用 ——以巴西飞机补贴案为依据^{*}

欧福永, 高萍

(湖南师范大学法学院, 湖南长沙 410081)

摘要: WTO《补贴与反补贴措施协定》附件一(K)款一项是一个颇为复杂和重要的条款, 涉及的内容很多, 如该款的一般性解释和举证责任问题, “支付的出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用”、“保证在出口信贷方面能获得实质性的优势”、“在出口信贷方面”等措辞的解释与适用问题。在加拿大诉巴西飞机出口资助计划案中, 专家组及上诉机构的报告对于澄清上述问题起了重要的作用。

关键词: 巴西飞机补贴案; 反补贴协定; 附件一(K)款一项; 解释与适用

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1672-769X(2010)04-0087-05

The Interpretation and Application of the First Paragraph of Annex I (K) of SCM Agreement —On the Basis of Canada Aircraft Dispute

OU Fu-yong GAO Ping

(Law School of Hunan Normal University, Changsha, Hunan 410081, China)

Abstract The first paragraph of Annex I (k) of Agreement on Subsidy and Countervailing Measures is a very complicated and important provision. It involves much content such as the general interpretation and burden of proof the interpretation and application of “payments of all or part of the costs incurred by exporters or financial institutions in obtaining credits”, “used to secure a material advantage”, “in the field of export credit terms”. The Panel Report and Appellate Body Report on Brazil-Export Financing Programme for Aircraft play an important role in clarifying the above issues.

Key words Brazil aircraft dispute; SCM Agreement; the first paragraph of Annex I (K); interpretation and application

由于WTO规则的原则性和抽象性, 它在适用于具体案件时的解释颇为复杂, 有赖于WTO专家组、上诉机构和争端解决机构做出权威的解释和澄清, 它们的报告或裁决对今后审理同类案件具有重要的

* 收稿日期 2010-04-11

基金项目 国家社科基金青年项目(项目编号: 07CFX046)和湖南省教育厅青年项目“欧洲联盟反补贴立法与实践研究”(项目编号: 06B064)成果之一。

作者简介 欧福永(1975-), 男, 湖南宁远人, 湖南师范大学教授, 硕士生导师, 华东政法大学国际法律与比较法研究中心研究人员, 法学博士、博士后, 主要研究方向: 国际经济法和国际私法; 高萍(1975-), 女, 湖南长沙人, 湖南师范大学国际法硕士, 主要研究方向: 国际经济法。

指导意义。WTO《补贴与反补贴措施协定》(简称《SCM协定》)附件一(K)款一项是一个颇为复杂和重要的条款,涉及的内容很多,国内有关研究成果很少。本文将结合典型案例,详述《SCM协定》附件一(K)款一项的解释与适用问题。

一、加拿大诉巴西飞机出口资助计划案(WT/DS46 简称“巴西飞机案”)

巴西政府从1991年6月1日开始实行“资助出口计划”(Program of Financing Export 简称 PRO-EX)。该计划由设在巴西财政部内的出口信贷委员会管理,计划的日常运作由巴西银行负责。根据这一计划,巴西政府对巴西出口商的销售提供利率平衡补贴。贷款银行为交易收取的正常利率来自两个方面:买方和巴西政府。在总的利率支付中,政府支付38%,剩余的由买方支付。这样,该项目降低了买方的融资成本,因而也就降低了购买飞机的买方的总的费用。该计划的实际操作程序为:飞机制造商向“资助出口计划”委员会提出申请,要求享受“资助出口计划”补贴。“资助出口计划”委员会在批准申请后,签发承诺函。如果飞机制造商在申请被批准之后90天内与购买者达成交易,巴西政府保证通过“资助出口计划”给予补贴,一般在15年内每半年支付一次,按平均连续分30次支付,第一次补贴的钱在飞机交货6个月内予以支付,但必须是在飞机已经实际出口,购买者已经支付飞机的价款后。具体补贴方式是政府向金融机构提供债券。

1996年6月19日,加拿大根据《SCM协定》第4条和《关于解决争端的规则与程序的谅解》(简称DSU)第4条要求与巴西进行磋商,内容涉及巴西政府根据“资助出口计划”向其国内飞机出口商及购买者进行补贴。1996年7月22日至25日,双方进行了磋商,但未能达成一致意见。1998年7月10日,加拿大第三次请求成立专家组。7月23日,WTO争端解决机构(简称DSB)决定成立专家组。美国和欧共体保留作为第三方介入本案的权利。1999年2月25日,双方向专家组提出书面评论。3月12日专家组做出的最终报告认为该项目的利率平衡补贴是《SCM协定》第1条含义上的补贴,并以第3条第1款(a)项规定的出口为条件;该项目的利率平衡支付根据《SCM协定》附件1中的出口补贴清单(K)款是不允许的,同时巴西也没有遵循《SCM协定》第27条第4款的条件。专家组建议DSB要求巴西根据《SCM协定》第4条第7款在90天内取消补贴。1999年5月3日和18日,巴西和加拿大分别提出上诉。1999年8月2日,上诉机构做出报告。1999年8月20日,DSB通过了上诉机构报告和经过修改的专家组报告^[1]。

1999年11月19日,巴西通知说它已经在90天内修改了争议中涉及的出口资助计划,履行了DSB的裁决和建议。11月23日,加拿大要求根据DSU第21条第5款成立专家组,确认巴西并未执行DSB的裁决和建议。1999年12月9日,DSB根据DSU第21条第5款决定由原专家组对这一问题作出结论。澳大利亚、欧共体和美国保留第三方权利。2000年5月2日,专家组(第21条第5款)确认,巴西宣称符合DSB的裁决和建议的措施或者根本不存在,或者仍不符合《SCM协定》的要求。5月22日,巴西对复审专家组提出的某些法律或法律解释问题提出上诉。7月21日,上诉机构维持了专家组的裁决。8月4日,DSB通过了上诉机构的报告和经上诉机构修改的专家组报告。

2001年1月22日,加拿大根据DSU第21条第5款,再次请求DSB把问题提交原专家组确认巴西并未执行DSB的裁决和建议。2月16日,DSB把问题提交给了原专家组。澳大利亚、欧共体和朝鲜保留第三方权利。7月26日,专家组分发了其报告。专家组裁决:不能确立PROEX III与《SCM协定》第3条第1款(a)项不一致;根据《SCM协定》附件一关于出口补贴的例示清单的(K)款二项,PROEX III是合法的;但上述例示清单的(K)款一项不能证明PROEX III是合法的。8月23日,DSB通过了专家组对加拿大再次求助DSU第21条第5款作出的报告。巴西飞机案终于圆满解决^[2]。

二、《SCM协定》附件一(K)款一项的解释与适用

《SCM协定》附件一是关于出口补贴的例示清单,具体列举了12项禁止性出口补贴。其中(K)款一项为:

“政府(或政府控制的和/或根据政府授权活动的特殊机构)给予的出口信贷,利率低于它们使用该项资金所实际应付的利率(或如果它们为获得相同偿还期和其他信贷条件且与出口信贷货币相同的资

[1] 李毅,李晓峰等.国际贸易救济措施[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2005:376.

[2] http://www.wto.org/english/taotop_e/dspu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010-04-28.

金而从国际资本市场借入时所应付的利率);或政府支付出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用,只要这些费用保证在出口信贷方面能获得实质性的优势。”

(一)附件一(K)款一项的一般性解释

在巴西飞机案和巴西飞机(第21条第5款——加拿大)案中,巴西争辩(K)款一项应按一相反的方法来解释,以便于确立由出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用所构成的补贴,若不是用以保证在出口信贷方面能获得实质性的优势,依第3条第1款(a)项将不被当作禁止性出口补贴。而专家组声明:(K)款按此种相反方法来适用是不可信服的;即使假设巴西主张(k)款是积极抗辩是正确的,也不能证明“资助出口计划”利率同等支付没有被用于保证在出口信贷方面获得实质性的优势。在巴西飞机(第21条第5款——加拿大)案中,专家组明确否认了相反解释(k)款的可能性。如此,专家组注意到《SCM协定》第3条第1款(a)项的脚注5规定,在例示清单中肯定性地列出的各项措施根据《SCM协定》都是合理的;专家组认为在(K)款一项中不能找到任何此类肯定的陈述。专家组也否决了巴西提出的不允许按将可能导致(K)款无效的另一相反方式去理解(k)款的请求。然而,专家组发现例示清单的目的在于为确定哪些措施是禁止性出口补贴提供指导,并且不能按相反的方式理解(k)款致此目的无效。上诉机构以下列方式对专家组的裁决作出了反应:在巴西飞机案中,上诉机构就是否准许以相反方式适用(k)款没有做出明确的裁定;然而,上诉机构发现巴西没有履行其表明PRO-EX利息同等支付并非用来保证在出口信贷方面能获得实质性的优势的举证责任。

在巴西飞机(第21条第5款——加拿大)案中,上诉机构对于修订后的PROEX做出了相同的裁定。然而,在该报告中,上诉机构做了一个附加性说明:如果巴西已证明按修订后的“资助出口计划”所做支付不能被用来保证在出口信贷方面获得实质性的优势,并且该类支付是由巴西支付的、出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用,那么上诉机构将裁定按修订后“资助出口计划”所做支付依例示清单(K)款也是合理的。然而,巴西并未证明在本案中满足了(k)款的各项条件。在此项观察中,我们希望强调我们并未解释《SCM协定》的脚注5也并未就脚注5的范围或者例示清单中其他任何条款的含义发表看法。然而,我们不相信为解决该争议我们有必要确定这些一般性问题。因此,我们认为第21条第5款专家组“关于(k)款一项不能被用来确立在第3条第1款(a)项的意义上视出口实绩而给予的补贴是被允许的裁定”是可以讨论的,因而其也不具法律效力^[3]。

(二)对“支付的出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用”的解释

在对“支付的出口商或其他金融机构为获得信贷所产生的全部或部分费用”的解释中,巴西飞机(第21条第5款——加拿大)案专家组从该条款的普通含义出发,认为“出口信贷”中“信贷”一词在前面的条文中早已使用。接下来,它也发现所涉费用必须是与获得出口信贷相关的,而不是提供出口信贷。最终,专家组否决了巴西关于金融机构在筹集资金上所引起的费用可以等同于“获得”出口信贷的费用的意见。在巴西飞机(第21条第5款——加拿大)案中上诉机构也确信并非必须审查该项争议(上诉机构发现巴西并未证明“资助出口计划”利率同等支付未用于确保实质性优势),因此,也不能说明专家组的裁定。上诉机构表明:第21条第5款专家组所做裁定是有争议的,因而无法律效力^[4]。

(三)对“保证在出口信贷方面能获得实质性的优势”的解释

在巴西飞机案中争端双方均同意“资助出口计划”是《SCM协定》第1条意义上的补贴,同时也属于该协定第3条第1款(a)项规定的补贴,即法律或事实上视出口实绩为惟一条件或多种其他条件之一而给予的补贴。但巴西认为,这种出口补贴不属于被禁止的补贴,而是《SCM协定》附件一(K)款所允许的补贴。因为《SCM协定》附件一(K)款规定,只有当政府的支付“保证在出口信贷方面能获得实质性的优势”时才构成应被禁止的补贴。

专家组不同意巴西将“资助出口计划”所支持的信贷条件与潜在的竞争交易者的信贷条件进行比较,以确定是否存在“实质性优势”。当提供给接受者的出口信贷在条件上优于在缺乏此类支付(如依

[3] Appellate Body Report on Brazil Aircraft (Article 21.5 - Canada), paras 80-81, http://www.wto.org/English/res_e/books_e/analytic_index_e/subsidies_05_e.htm#ann_1B6a11 2010-04-28

[4] Appellate Body Report on Brazil Aircraft (Article 21.5 - Canada), para 78 http://www.wto.org/english/ta/tp_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010-04-28

市场条件)时所得到的其他出口信贷时,巴西飞机案专家组认为,该支付是被用来“保证在出口信贷条件上的实质性优势”。专家组认为“很明显‘资助出口计划’支付导致巴西地区飞机获得出口信贷的条件优于在没有该支付时的条件。”此时,专家组也想起了巴西所做的说明,即“资助出口计划”一直被假设为比购买者自己可获得的出口信贷条件更优惠。换言之,实质性优势是自身产品的纵向比较,而非与其他部分产品进行横向比较。因此,专家组认为巴西对其出口商的补贴使其获得了实质性优势,属于禁止性补贴,巴西抗辩的理由不能成立。

在双方分别提出上诉后,巴西飞机案中的上诉机构否决了专家组对“用来保证实质性优势”的解释。更明确的是,上诉机构批评专家组没有充分考虑“实质性”这一术语,并不同意将例示清单(k)款的“实质性优势”一词等同于第1条第1款(b)项中的“利益”一词:“我们同意专家组关于‘优势’一词的通常含义是‘更优的或改善的情形’或‘较好的情形’。然而,我们注意到(k)款并不仅仅是关于优势的。优势一词被形容词‘实质性的’所限定。如前所述,在专家组最终采取并运用于按“资助出口计划”给予地区飞机的出口补贴的、对‘用来保证实质性优势’短语的最终解释中,专家组在(k)款之外解读‘实质性’一词。对此,我们认为是个错误。我们注意到专家组对例示清单(k)款中实质性优势条款采用的解释实际上与对第1条第1款(b)项中利益一词的解释相同。……如果(k)款中‘实质性优势’一词有任何意义的话,它一定有不同于第1条第1款(b)项中‘利益’一词的含义。必须回想起任何构成第1条第1款(b)项意义上的补贴的支付,必须是由财政资助和利益二者组成。(k)款一项描述了一种被认为是禁止性出口补贴的补贴类型。明显地,当政府的支付构成财政资助并授予利益时,按第1条第1款该支付即是一种补贴。因此,如果(k)款中‘只要这些费用保证能获得实质性的优势’这一短语仅仅是等同于补贴定义中的‘利益’一词,该短语便毫无意义。就条约解释而言,也不应如此。因此,我们认为把例示清单中(k)款中的‘实质性优势’解释为与《SCM协定》第1条第1款(b)项中的‘利益’具有相同含义是一个错误。”

除了在缺乏“资助出口计划”利率同等支付情况下考虑购买者获得出口信贷的条件外,在巴西飞机案中上诉机构认为,确定一种支付是否为“用来保证实质性优势”意味着应争议中的措施获得出口信贷的条件与其他市场标准之间的比较。对《SCM协定》附件一(K)款的解释应当结合该条款规定的两项内容进行。其中一项使用了“实质性优势”的提法,二项是为一项规定的例外。虽然巴西没有引用二项的规定,但上诉机构认为二项中提出的方法可以在决定“实质性优势”时参考。在这一方面,上诉机构指出,经合组织(OECD)属于《SCM协定》附件一(K)款二项中提及的国际组织。上诉机构认为在“关于官方资助出口信贷准则的安排”(OECD安排)^[5]中被定义的“商业参考利率”(CRR),对于评估一种支付是否“被用来保证实质性优势”而言可被适当地看作是一种市场标准,应当将出口商在接受补贴后的实际利率与商业参考利率相比。不过,上诉机构承认:“第21条第5款的专家组从我们的巴西飞机案的报告中正确推论出:商业参考利率不能作为唯一的和不可改变的市场标准适用于所有的案例。第21条第5款专家组随后说明:‘……我们认为,一成员可以根据上诉机构对(k)款一项的解释,确立一支付不是被用来保证在出口信贷条款方面的实质性优势,即使该支付产生于低于商业参考利率的利率……’,”^[6]

上诉机构然后提出,巴西可以用下述方式证明“资助出口计划”利率同等支付不能保证巴西的出口商获得实质性优势:“为确认根据修订后的‘资助出口计划’给予补贴并没有‘被用来保证在出口信贷方面能获得实质优势’,巴西必须证明:根据修订后的“资助出口计划”净利率等于或高于相关的商业参考利率——我们在早先的争议中确定的、作为对比的‘适当’基础的特定‘市场标准’;或者证明,另一可替代的‘市场标准’而非商业参考利率是适当的,且根据修订后的‘资助出口计划’,该净利率等于或高于

[5] OECD安排是 OECD谈判达成的诸边君子协定,其序言揭示其目的是“为有秩序地使用官方支持的出口信贷提供框架,鼓励 OECD 出口国家的出口者间的竞争以货物的质量和价格而不是最优惠的官方支持条件为基础”。OECD安排为两年期以上的官方支持的出口信贷的期限和条件设立了某些指导,包括以商业参考利率(CRRs)为基础的官方资助下的最低利率。参见甘瑛. 国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究[M]. 北京:法律出版社, 2005. 127- 128.

[6] Appellate Body Report on Brazil Aircraft (Article 21.5 - Canada), para. 63 http://www.wto.org/english/taotop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010-04-28

该可替代‘市场标准’。巴西主张根据例示清单(k)款一项的含义,修订后的“资助出口计划”并没有被‘用来保证在出口信贷方面能获得实质性优势’。为证明该主张,巴西必须确立两个因素:第一,巴西必须证明它已经确定了一种适当的‘市场标准’;第二,巴西必须证明按修订后的‘资助出口计划’净利率等于或高于该标准。”〔7〕

在巴西飞机案中,由于巴西拒绝向专家组提供其实际利率资料,上诉机构认为无法进行比较。因此,尽管上诉机构不同意专家组在其报告中对《SCM 协定》附件一(K)款的解释,却因巴西没有提供相关的比较资料,上诉机构推翻并修改了专家组对“实质性优势”解释,但决定仍维持专家组对此问题的裁定。

(四)对“在出口信贷方面”的解释

关于“在出口信贷的条件方面”这一措辞,巴西飞机案专家组认为在其通常含义中,该词是指“与出口信贷直接相关的方面,诸如利率、宽限期、交易成本和偿还期之类。”另外,专家组认为“出口信贷的条件方面”一词并不包括产品的销售价格。尽管在巴西飞机案中上诉机构并没有具体提及专家组的上述陈述,然而它否决了专家组对“用于保证实质性优势”措辞的解释,作出该解释的背景与对“在出口信贷的条件方面”这一措辞作出的前述陈述的背景相同〔8〕。

(五)举证责任问题

巴西飞机案(第 21 条第 5 款——巴西)上诉机构报告裁决:“巴西按(K)款提出的抗辩构成了巴西应承担举证责任的合法的积极抗辩”。参考美国羊毛衬衫和上衣案的报告,上诉机构确认巴西作为提供抗辩的一方应承担举证责任,以证明修订后的“资助出口计划”根据(K)款一项是合法的〔9〕。随后上诉机构提出巴西可以以何种方式成功证明修订后的补贴计划并非被“用来保证在出口信贷方面获得实质性优势”:“为确定按修订后的‘资助出口计划’,各补贴并未‘用来保证在出口信贷方面能获得实质性优势’,巴西必须证明:按修订后的‘资助出口计划’净利率等于或高于相关的商业参考利率——我们在最初争议中所定义的、作为进行比较的适宜根据的特定市场标准;或者证明另一可替代的‘市场标准’而非商业参考利率是适当的,且根据修订后的‘资助出口计划’,该净利率等于或高于该可替代的‘市场标准’。”〔10〕

三、结语

WTO 的实质可以说就是保护成员方间竞争条件的平等,但这种平等是形式上的平等,而非实质上的平等。WTO 所关注的是成员方政府本身行为合法与否,而非成员方相互间利益的比较与权衡。如在巴西飞机案中,巴西就以寻求竞争条件平等为由提出抗辩。并且在多哈回合 WTO 规则议题谈判中,巴西就表示,《SCM 协定》中与出口信贷有关的条款(即附件一(K)款)缺乏公正性,使发展中国家失去了在出口信贷中的竞争能力。为衡量出口信贷利率的高低,在选择作为参考利率的市场利率时,倾向反补贴的一方会选择一个偏高的市场利率,这样出口竞争力原本弱的发展中国家就更容易被作为禁止性补贴一方受到反补贴措施的制裁了〔11〕。因此,完善 WTO 补贴和反补贴规则的任务还很艰巨。

〔7〕Appellate Body Report on Brazil Aircraft (Article 21.5—Canada), paras 67–69, http://www.wto.org/english/tribop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010–04–28

〔8〕Appellate Body Report on Brazil Aircraft, paras 286, http://www.wto.org/english/tribop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010–04–28

〔9〕然而,正如在前面所提及的,巴西飞机案(第 21 条第 5 款——巴西)上诉机构没有做出(K)款一项事实上是否可以以一种相反方式被作为积极抗辩的裁定。

〔10〕Appellate Body Report on Brazil Aircraft (Article 21.5—Canada), paras 66–67, http://www.wto.org/english/tribop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, 2010–04–28

〔11〕薛荣久,樊瑛等. WTO 多哈回合与中国[M]. 北京:对外经济贸易大学出版社, 2004. 222