

美国对华出口限制补贴认定及其对策*

石 伟 赵海乐

内容提要:出口限制补贴是美国广泛认定的一种补贴形式。此种补贴认定方式将政府的出口限制行为等同于“政府授权私人企业提供货物”,并因此推定此种行为具备“政府行为”与“财政资助”两个要件。美国商务部还通过极为随意的证据规则控制了“授予利益”这一要件的认定。中国已经深受其害。虽然上述实体规则与世界贸易组织争端解决机构先前的判例不符,但综合各方面因素来看,诉诸争端解决机制对于我国而言并非最有利的解决方式。我国应当在法律渠道之外寻求政治解决途径,同时建立更加完善的应诉信息整合机制。

关键词:出口限制补贴 证据规则 财政资助 专向性 争端解决机制

石 伟,对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。

赵海乐,对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。

一 概 述

自美国于2007年10月对我国铜版纸出口做出反倾销和反补贴裁决以来,美国商务部共做出了18个针对我国的反补贴裁决。^[1]对华反补贴调查虽然始于加拿大,但近年来频繁对我国开征反补贴税的却仅有美国。值得注意的是,这些裁决当中,不仅涉及传统补贴项目,如企业所得税优惠、增值税返还等,还出现了一种新型的补贴项目,即出口限制补贴。出口限制补贴的概念并非出现在美国制定法中,而是美国商务部在实践中认定的一种补贴形式。此种补贴认定形式将一国政府对某种产品(通常是原材料)的出口限制行为等同于“政府授权私人企业(向其他企业)提供货物”,并因而认定此种行为属于对该种产品的使用者的补贴。这是美国政府针对其他国家的出口限制措施而采取的对抗策略之一。早在1995年,美国商务部就在“阿根廷皮革案”^[2]中认定了出口限制补贴的存在。加拿大、印尼等国的相关企业也曾先后因为这一理由而被征收反补贴税。加拿大政府还曾诉至世界贸易组织

* 本文受到对外经济贸易大学“211工程”三期“中国应对国外反补贴调查策略”项目及对外经济贸易大学“研究生科研创新基金”资助。

[1] 本文的统计数据截至2010年10月20日。

[2] Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Countervailing Duty Order; Leather From Argentina, C-357-803.

(以下简称 WTO)争端解决机制,要求争端解决机构(以下简称 DSB)就出口限制补贴的合法性作出裁决。

随着我国针对“两高一资”产业^[3]的政策调整,我国开始针对某些原材料的出口实施了包括出口税、出口配额等方式在内的出口限制措施。美国除了在 WTO 对我国的上述措施提起诉讼外,还通过对出口限制措施实行反补贴调查的方式,对我国施加压力。如果说在 WTO 提起诉讼是直接针对原材料出口限制措施的合法性提出质疑,那么反补贴调查就是间接地通过对工业制成品的原材料供应发难,打击我国原材料加工业的发展,并最终迫使我们出口原材料。在我国目前实施出口限制措施的资源中,有一部分国内已经具备了一定加工能力,如锌和镁。对于这部分资源的出口限制补贴的认定,必然会对下游产品的生产企业产生影响。而诸如稀土等我国加工能力不强、尚难将下游产品打入外国市场的资源,虽然暂时不会受到出口限制补贴的影响,但一旦加工业得到发展,同样会因为补贴认定而难以进入美国市场。因此,有必要系统研究美国针对出口限制实施的反补贴措施,探求其中规律,并在 WTO 法律框架内探讨其合法性,进而结合我国的具体情况寻找应对之策。

二 美国对华反补贴调查中对出口限制补贴的处理方式

在 18 起针对我国的反补贴裁决当中,共有 9 起涉及了出口限制措施。除 2007 年之外,美国商务部分别于 2008 年、2009 年和 2010 年作出了 2 起、3 起和 4 起裁决。在上述裁决中,美国商务部处理出口限制措施的方式主要包括如下三类:

(一) 在确定基准价格时提及出口限制措施但并未讨论其是否构成补贴

属于此种情形的案例共有 4 起,分别为 2009 年的“焊接不锈钢管案”^[4]和“厨房设备置物架案”^[5],以及 2010 年的“预应力混凝土钢绞线案”^[6]和“钢丝层板案”^[7]。在 4 起案件中,美国商务部在确定基准价格时都提到了出口限制措施,探讨了出口限制措施对基准价格的影响,并在裁决中表明,如果包括出口限制措施在内的各种原因导致了中国政府或国有企业在相关市场中占据主导份额,那么用于计算补贴幅度的基准价格应当选取国外市场价格。不过,美国商务部并没有进一步讨论出口限制措施本身是否构成补贴。

(二) 对出口限制措施是否构成补贴进行分析但因证据材料不足并未得出肯定性结论

属于此种处理方式的案例包括 2008 年的“环状焊接碳素钢管案”^[8]和“薄壁矩形钢管

[3] “两高一资”是指高耗能、高污染和资源性产品。具有这三种特征的产业被称为“两高一资”产业。此种称谓最早源于 2005 年发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》。

[4] The Countervailing Duty Investigation on Certain Welded Austenitic Stainless Pressure Pipe from the People's Republic of China, C-570-931。本文中对于案例的中文译名与简称均来源于我国中文媒体对于相关案例的报道。在存在多种简称的情况下,优先采用我国商务部贸易救济信息网使用的简称。

[5] The Countervailing Duty Investigation of Certain Kitchen Appliance Shelving and Racks from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-942。

[6] The Countervailing Duty Investigation of Pre-Stressed Concrete Steel Wire Strand from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-946。

[7] Countervailing Duty Investigation: Wire Decking from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-950。

[8] The Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-911。

案”^[9]以及2009年的“石油管材案”^[10]这几起裁决的共性在于都承认将出口限制认定为补贴的可能性,但最终由于证据原因没有对出口限制补贴的存在得出肯定结论。

具体来讲,2008年的两起裁决所涉及的出口限制措施均为热轧钢和锌的出口关税。美国商务部在两起裁决中均认为,中国政府于2007年5月30日对热轧钢和锌征收了出口税,这意味着有必要探讨出口税是否构成了出口限制补贴。但是,征收出口税这一事实在何种程度上影响了受调查企业于5月30日之后所购原材料的价格,根据现有资料无法确定。因为根据受调查企业提供的资料,不论在征收出口税之前或之后,涉案原材料热轧钢和锌的价格都存在波动。因此,此种价格波动无法合理地归因于出口限制措施。^[11]

2008年的两起裁决仅仅是有限度地提及了证据问题,而在2009年的“石油管材案”中,美国商务部则花费了更大篇幅阐述这一问题。美国商务部表示,虽然其历史上曾经认定出口限制补贴的存在,但这仅仅是在个别案例中的做法,而在这些个别案例中,申请人均提交了令人信服的证据。例如,在“阿根廷皮革案”中,通过对皮革长期历史价格的对比,证明出口限制措施与皮革价格变化之间存在清晰联系;在“印尼铜版纸案”^[12]中也有独立研究成果表明,印尼政府的原木出口禁令与原材料的国内国际价格差异之间存在联系。而在本案当中,不论是针对铁屑还是焦炭的出口限制措施,申请人都未能提交类似证据证明出口限制措施与价格变化之间存在联系,因此无法证明出口限制补贴的存在。^[13]

(三)“镁碳砖案”:首次直接认定出口限制构成补贴

2010年的“镁碳砖案”^[14]是美国商务部认定我国出口限制措施构成补贴的第一起案例。与上述裁决相比较,“镁碳砖案”裁决具有两方面的特殊意义:一方面,此案减轻了反补贴申请方的举证责任,并改变了十几年来沿用的证据要求;另一方面,在对华出口限制补贴的认定中,此案首次运用了“可获得的最佳信息”概念,对我国作出了不利推定。

在该案中,美国商务部认为,申请人提交的证据能够充分证明出口限制措施具备了财政资助、授予利益和专向性这三个要素,因而满足了对此展开反补贴调查的先决条件。但是,作为应诉方的中方受调查企业对于证据的充分性提出异议,因为申请人没有提交与涉案原材料镁的价格变化相关的材料,也未能通过长期历史数据证明出口限制措施与“利益”之间的因果关系,此外也没有独立研究成果能够证明上述因果关系的存在。根据“阿根廷皮革案”和“印尼铜版纸案”,这些证据材料是判断补贴存在所必需的。在上文引用的“石油管材案”中,美国商务部更是明确支持了这一观点。但是在本案中,美国商务部否认中方意见,

[9] The Countervailing Duty Investigation of Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-915.

[10] The Countervailing Duty Investigation of Certain Oil Country Tubular Goods (“OCTG”) from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-944.

[11] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from the People's Republic of China, C-570-915, p12; Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe from the People's Republic of China, C-570-911, p17.

[12] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Coated Free Sheet Paper from Indonesia, C-560-821.

[13] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Oil Country Tubular Goods (“OCTG”) from the People's Republic of China, C-570-944, pp.111-117.

[14] The countervailing Duty Determination of Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, Final Affirmative Countervailing Duty Determination, C-570-955.

认为即使没有上述证据材料的存在,申请人提供的证据也已经足够,中方所援引的先例并不能证明上述证据材料是确定补贴存在所必需的。根据美国《1930年关税法》(the Tariff Act of 1930)第702条b(1)款关于“提交反补贴申诉的程序规定”,只要申诉方能够证明构成补贴的三个要素,并提交可获得的合理资料,相关行政机关就应当进行反补贴调查。^[15]这就意味着,在美国制定法没有规定必须提交何种证据材料的前提下,美国商务部有权自主决定何种材料是提起申诉所必需的,而且此种行政行为为无需严格遵从先例。

当然,申请人提供的证据满足启动反补贴调查的要求并不意味着美国商务部能够根据这些证据做出肯定性裁决。美国商务部仍然需要寻求其他相关证据,以确定财政资助的数量并最终确定补贴的数量。从理论上说,在缺乏价格比照数据与独立经济分析的前提下,美国商务部难以确定财政资助的存在。然而,美国商务部声称,由于中国政府未能提供任何受到出口限制的各相关方提交给中国政府的报告及统计数据等资料。这些资料对于判断出口限制措施是否给予国内下游产业财政资助而言是至关重要的。^[16]因此,在缺乏相关资料的前提下,美国商务部决定援引《1930年关税法》中的“不利推定”规则,即在财政资助是否存在这一问题上,根据“可获得的最佳信息”做出对中国政府不利的推定。这也是本案当中美国商务部认定出口限制补贴存在的最直接理由。

三 出口限制补贴认定中的证据规则分析

在美国商务部对于出口限制措施的上述三类处理方式中,实际上仅有后两类直接涉及对出口限制补贴的认定。第一类处理方式仅仅是将出口限制措施同基准价格的确定方法相联系,并未认定新的补贴形式。这种对出口限制措施的分析视角也仅仅是一种相对传统的反补贴视角。而第二、三类案例都涉及了反补贴认定的证据规则问题,即在认定出口限制措施与国内国际价格差异之间是否存在因果关系时如何分配举证责任的问题。与2008年的两起裁决相比,“石油管材案”对此问题的说理更加清晰。该案的裁决首先重申了一个原则,即出口限制措施构成补贴是例外而非常态。裁决随后指出,为证明“例外”的存在,需要存在确定的证据,以表明出口限制措施与被调查国相关产业所获利益之间的因果关系。在该案中,这些证据包括但不限于历史数据以及独立研究成果。事实上,如果此案阐述的证据规则能够确立,那么不论美国针对出口限制补贴的实体规则如何规定,我国企业都可以进行辩驳。例如,在“石油管材案”中应诉企业就主张,虽然中国政府实施了出口限制措施,但根据中国权威价格统计数据,2006年1月到2008年8月间,尽管焦炭的出口税从5%增长到40%,但国内焦炭价格依然在上涨而非下降,因此国内企业并未因此获得利益。

然而,上述裁决所遵循的规则在“镁碳砖案”中并未被沿用。该案同样需要判定出口限制措施是否是造成中国国内市场与国际市场之间价格差异的直接原因,但美国商务部却适用“不利推定”规则,在既无历史数据也无独立研究成果的情况下,裁定我国政府拒绝提供某些信息导致反补贴调查无法继续,进而直接做出了对我国不利的推定。这就意味着,此种

[15] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, C-570-955, p38.

[16] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, C-570-955, pp.40-42.

“不利推定”实际上是一种随意性很强的措施。一方面,美国商务部有权决定相关方提交的信息是否充分,还可以决定我国政府未能提供的信息对反补贴调查是否具有重要作用,以及缺乏这些信息是否真正导致反补贴调查无法进行,具有很强的任意性。另一方面,“不利推定”的最终结果很有可能是在不做任何分析的情况下,直接以此为由认可申请人的主张,或者直接将先前的判例适用于相关案件。综上所述,如果“不利推定”的规则被不加限制地应用,其结果将等同于事实上的举证责任倒置,从而为调查主管机关不尽力履行职责提供极大便利。^[17]

事实上,美国对华反补贴调查的随意性已初现端倪。在最新的出口限制补贴终裁案例——美国商务部于2010年9月10日作出的“无缝管案”裁决^[18]中,同时出现了上述第二类与第三类证据规则的运用。对于中国的圆钢出口限制措施,美国商务部不但裁定美国相关产业代表未能遵循“阿根廷皮革案”与“印尼铜版纸案”中的举证规则,因而未能达到展开反补贴调查的证据标准,而且断然驳回了美国相关产业代表使用“可获得信息”作出裁决的请求。^[19]这似乎意味着美国商务部仍然较为严格地遵循着先例。但在同一份终裁报告中,对于焦炭的出口限制措施美国商务部却认为,由于中国政府未能提供三方面的信息(为何选择出口限制措施而非其他手段以达成环境目标、焦炭的生产和进出口信息,以及在对焦炭征收出口税时的考虑因素),因此对于是否存在补贴的专向性与财政资助两个问题,应当适用“不利推定”规则作出不利于中方的裁决。虽然中国政府在应诉中一再强调,上述问题的回答对于确定财政资助的存在与否并无关联,但美国商务部并未予以采信。^[20]

四 实体规则分析在出口限制补贴认定中的缺失及其原因

如上文所述,在对证据规则问题进行分析时,上述案例共同指向的是在认定出口限制措施与国内国际价格差异之间是否存在因果关系时的举证责任问题。从美国商务部在终裁报告当中对此花费的笔墨来看,似乎这一问题决定出口限制是否构成补贴的关键,而政府行为和财政资助等补贴必备的要件反而几乎未被论及。这种状况的根源在于,根据美国商务部此前通过“阿根廷皮革案”和“印尼铜版纸案”等典型案例所确定的判断规则,出口限制措施是一种特殊的“政府授权私人企业提供货物”的行为,天然具备政府行为与财政资助两个要件,因此只需证明专向性与授予利益两个要件的存在就能够认定可诉性补贴的成立。

具体来讲,从“阿根廷皮革案”到“印尼铜版纸案”,再到“加拿大软木案”,美国商务部在处理出口限制补贴问题时,将“政府授权私人企业”这一要件进行宽泛解释,并认为政府

[17] 参见陈小燕:《对“可获得的最佳信息”原则缺陷及补正的探析》,载《辽宁行政学院学报》2008年第12期,第69-70页。

[18] The Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, Final Determination, C-570-957.

[19] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, C-570-957, pp. 125-126.

[20] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, C-570-957, pp. 127-129.

对于原材料的出口限制可以视为政府委托原材料供应商低价向下游产业出售材料。^[21] 例如,在 1992 年“加拿大软木案”裁决中,美国商务部就指出:“美国国会在制定法律时,关心的也并非外国企业获得利益的方式,而是获得了利益这一结果……美国国会需要进行救济的是外国政府给予该国出口商的帮助或优势,并使该国出口商能够以低价同我国产品进行竞争,而不论此种目标是因何名义、以何形式达成的。”^[22] 这种裁判逻辑在实际效果上肯定了美国商务部超越制定法规定、创设新的补贴类别的行为,也使得对出口限制措施征收反补贴税成为可能。虽然此种做法在 WTO 的历次诉讼中被裁定为违反《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《反补贴协定》),但美国国内却一直沿用这种做法。

在证明出口限制措施符合补贴的定义之后,美国商务部证明补贴专向性通常做法是,在证明出口限制补贴仅仅惠及特定企业或产业时,将使用出口限制措施所涉产品的全部下游产业划分为一类产业,并因而确定出口限制补贴具有专向性。具体来讲,就“产业”的认定而言,美国商务部在多起反补贴裁决中均认为,在补贴业已确立的前提下,由于主要使用原材料的产业仅仅包括相关下游产业,因此即使该产业的最终产品可能不只一类,也仍然可以按照原材料的同类性将其划分为同类产业。例如,在“阿根廷皮革案”中,美国商务部就将全部制革厂划分为同一类产业;在“印尼铜版纸案”中,美国商务部也认为,印尼政府的原木出口禁令惠及的仅仅是本国下游产业,尤其是纸浆和造纸企业,而这两类企业的数量都是有限的,因此该案中的补贴同样具有专向性。

美国的上述专向性确定标准在因果关系上并非无懈可击。一个很大的问题在于,采取出口限制措施的国家并未限制任何企业购买廉价原材料,而原材料的固有性质决定了必然只有某些企业需要大量使用此种原料。但美国商务部并不承认此种因果关系,并曾在“加拿大软木案”的终裁当中专门反驳说,以自然资源的固有性质进行抗辩将自动导致所有对自然资源进行的补贴都游离于反补贴法律之外,成为不可诉补贴。^[23] 此种推论虽然具有一定道理,但若完全否认原材料的固有性质在因果关联中的作用,实际上将会导致只要反补贴调查机关认定存在与原材料相关的补贴,专向性的存在就是不证自明的结果。这等于是从一个极端走向另一个极端。

综上,根据美国商务部采用的补贴认定标准,在判断出口限制措施是否构成补贴时,“政府授权私人企业提供货物”这一情形已被推定存在,专向性的判定也不是问题。在个案当中,唯一需要证明的就是被调查国下游企业是否因此获得了利益。关于“授予利益”,根据美国商务部在“阿根廷皮革案”中确立的规则,只要能够确定出口限制措施造成了国内价格和国际价格之间的差异,这一措施就在压低国内原材料价格方面起到了积极作用,从而给国内下游产业带来了利益。^[24] 毫无疑问,此种实体规则的演变使得针对出口限制进行的反补贴调查并不需要太多的法律剖析和实体规则探讨,而是更多地集中于经济学上的证明,具

[21] Department of Commerce, International Trade Administration, 19 CFR Part 351, Docket No. 950306068 - 8205 - 05, Countervailing Duties, Final Rule, available at: <http://www.federalregister.gov/articles/1998/11/25/98-30565/countervailing-duties>, (last visited Oct 27, 2010.)

[22] Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Softwood Lumber Products from Canada, C - 122 - 816, at 22609 - 22610.

[23] 参见甘瑛:《国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究》,法律出版社 2005 年版,第 74 - 75 页。

[24] Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Countervailing Duty Order; Leather From Argentina, C - 357 - 803.

体地说是出口限制与国内外价差之间因果关系的经济学证明。在证据规则的不确定性之外,此种做法进一步增加了我国应对出口反补贴调查的难度。

五 我国应对美国对华出口限制补贴调查的对策分析

美国对华反补贴调查中对于出口限制措施的处理,不论是程序规则还是实体规则都对我国相当不利。与此同时,WTO 现有争端解决机制又无法在此类纠纷中真正维护我国利益。为应对这种不利局面,有必要寻求 WTO 框架之外的更为便捷、迅速的解决之道,以维护国家利益和企业权益。

(一) WTO 争端解决机制无法根本解决问题

1. 美国的出口限制补贴规则不具备 WTO 项下的合法性

无论是《关税及贸易总协定》还是《反补贴协定》均未规定出口限制补贴这一补贴形式。相反,对于认定所谓出口限制补贴 DSB 早已做出过否定性的裁决。在“美国——出口限制案”^[25]中,DSB 对于美国政府对“政府授权私人企业”这一要件进行的宽泛解释明确加以否定,并在报告中指出,《反补贴协定》之所以在第 1.1 条中强调财政资助这一要件,其原因在于不得将任何授予利益的行为一概视为补贴。而在判定某种行为是否构成财政资助时,“如果仅凭结果而非行为的性质就确定某种政府行为构成财政资助,那么就等于将这一要件排除出《反补贴协定》了”。^[26]因此,美国仅凭出口限制措施会为下游产业带来利益这一因果联系就推定财政资助的存在,是对《反补贴协定》的曲解。此外,该裁决还指出,“授权”一词应当理解为“政府明确而确定的权力授予或者命令行为”。不论如何理解,出口限制措施当中均不存在政府对于原材料生产企业的权力授予,因而无法满足《反补贴协定》第 1.1 条(a)款的要求。^[27]

“美国——出口限制案”确立的上述规则表明,在正常情况下出口限制措施并不构成政府授权私人企业从事的行为,因而不构成补贴。美国商务部在对华反补贴的调查及裁决中认定出口限制补贴的方法显然与这一规则不相符。

2. WTO 争端解决机制无法在纠纷中真正维护我国的利益

虽然美国的出口限制补贴并不符合 WTO 相关规则,但是确认违法性的存在并不是解决问题的关键,关键在于如何改变违法行为,使我国出口企业获得良好的贸易环境。考虑到 WTO 相关规则及美国政体的某些固有特征,使用 WTO 争端解决机制并不能确保达到上述目的,原因如下:

首先,WTO 争端解决机制无法要求美国彻底放弃将出口限制认定为补贴的做法。这是因为,美国在出口限制补贴认定上的全部做法,均为美国商务部在制定法范围内创设的习惯性做法。这些做法只是美国商务部将相对模糊的制定法加以细化过程中的一种行为方式,而非法律明确规定的行政行为。如果美国是通过立法形式将“出口限制补贴”进行固化,那么 DSB 完全可能裁决该立法违反 WTO 规定,美国也将因此有义务停止依据该法案所为的

[25] Unite States-Measures Treating Exports Restraints as Subsidies (US-Export Restraints), WT/DS194/R.

[26] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 8. 38.

[27] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 8. 75.

行政行为。这方面的一个典型例子是“美国——影响中国禽肉进口的若干措施案”，该案中专家组就宣布美国《2009年综合拨款法》第727条违反了《实施动植物卫生检疫措施协定》。^[28]但对于习惯性做法，即使他国在DSB针对美国商务部的某个反补贴裁决提起诉讼，判决结果也只能是美国商务部在该起裁决中的做法违反了《反补贴协定》。例如，在2001年通过的“美国——出口限制案”的裁决中，其结论就仅仅是认定，将出口限制措施视为补贴的行为“在本案中”是与《反补贴协定》不相符的。^[29]这意味着即使美国在未来的反补贴裁决中再次将出口限制认定为补贴，该做法本身也并不违反DSB裁决。^[30]

其次，即使DSB在其受理的每一起相关案件中都对出口限制补贴的合法性做出否定性裁决，也可能无法为受害方提供足够的补偿。一项贸易救济措施在不延期的情况下，持续期间不过数年；而在WTO提起的诉讼，从提交DSB到磋商再到专家组审查和上诉机构审查，持续两至三年并不罕见。实践中极有可能出现的情况是，在DSB裁定某一贸易救济措施违法的同时，此种贸易救济措施本身就已经失效了，因而根本无需讨论执行问题。^[31]在此期间，美国的贸易救济措施很可能已经将外国厂商驱逐出美国市场。同时，对于贸易救济措施实施期间外国厂商遭受的损害，WTO并没有提供赔偿或者救济机制。这是因为WTO语境下的“执行DSB裁决”从效果上讲是面向未来而非溯及既往，因此对于既往违反DSB裁决的做法，成员国无需进行赔偿或回溯性纠正，只需保证该做法未来不再产生影响即可。^[32]这就意味着在类似案件的WTO诉讼中，起诉国很可能在法律上胜诉，却在经济上失败。这不能不说是执行机制中的一个漏洞。

最后，本文提及的证据规则问题是无法通过在WTO提起诉讼解决的。这不仅是因为采用“可获得的最佳信息”是《反补贴协定》所明确允许的，还因为对于贸易救济调查中如何选择信息这一问题至今仍然没有统一标准。即便我国能够针对美国滥用“不利推定”规则提起诉讼，这一问题也是事实认定的意味多于法律规则创设的意味，对于今后的反补贴应诉缺乏足够的参考价值，在要求美国执行裁决方面更无实际意义。

(二) WTO争端解决机制之外的对策

上述分析表明，尽管WTO的争端解决机制能够提供程序和规则公平，但在某些个案当中却可能无法保证结果和效果的公平。^[33]对于我国而言，出口限制补贴问题就属于这样的“个案”。为尽可能减少美国反补贴措施对我国相关企业的不利影响，我国需要在WTO争端解决机制之外寻求其他对策。

首先，可以考虑通过进一步澄清《反补贴协定》相关规定和积极推进WTO新一回合贸

[28] Panel Report United States-Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China, WT/DS392/R.

[29] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 9. 1.

[30] 参见 Sungjoon Cho, “Global Constitutional Lawmaking”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 31, No. 3, Spring 2010.

[31] 根据一位美国学者的统计，从WTO成立至2004年12月间美国执行的12起DSB裁决中，就有4起是消极等待贸易救济措施期满，只要不再延期就可宣称本国已执行了该裁决；还有一起由于涉诉措施已经失效，因而被自动视为“已执行”。参见 William J. DAVEY, “Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions”, RIETI Discussion Paper Series 05-E-013(2005), pp. 5-6.

[32] 参见常景龙：《DSB报告执行制度论》，厦门大学博士论文，2007年，第7页。

[33] 参见江西省商务厅进出口公平贸易处：《美国对华反补贴措施浅析及相关救济探索——以2008年美国做出的几起反补贴案件裁决为视角》，2010年6月25日发表，资料来源于江西省商务厅网站：<http://www.jxdoftec.gov.cn/swtnews/View.aspx?id=8351>，访问时间：2010年10月26日。

易谈判来解决出口限制补贴问题。虽然 WTO 新规则的制定并不见得能从根本上遏制美国的反补贴行为,但通过谈判方式向美国政府表明态度将有助于减缓美国商务部在处理这一问题时的任意性。不过,此种方法注定需要花费很长时间,因而无法立即改善我国企业的贸易环境。

其次,对于我国企业而言,在美国政府对出口限制补贴的态度没有发生根本性变化之前,未来应诉时应当将抗辩重点从反补贴的法律标准转移到替代国选择、其他生产要素的价格等事实问题上。如上所述,目前美国的出口限制补贴调查并不需要太多的法律剖析和规则探讨。在美国商务部的态度没有发生根本性变化之前,对相关法律规则的挑战是我国企业难以胜任的,在事实问题上“抢分”是相对现实可行的做法。同时,在应诉的立论当中应当把握美国法律体系的特征,尽量从美国国内法律与行政机关的裁决而非 WTO 判决当中寻找论据来源。

最后,对于我国政府而言,在应对美国的反补贴措施时应当兼顾进攻与防守。在通过外交途径联合其他国家与美国就此问题进行磋商的同时,应当对政府在反补贴应诉中的策略做出某些调整。例如,针对美国在反补贴调查当中某些较为固定的信息要求,设立跨部门的信息整合机制,在不涉及国家秘密与经济安全的前提下,对于某些问题的回答尽早制定相对固定、统一的模式,并不断根据个案裁决的结果对此模式加以修正,以免在证据规则上授人以柄。换言之,在无法立即改变规则的情况下,如何利用规则是我们当前必须重点关注的问题。

[**Abstract**] Treating export restrictions as subsidies is a countervailing measure widely used by the US Department of Commerce. Such way of determination regards export restrictions on certain materials by government as “goods provided to a private body by a government” and consequently determines that export restrictions automatically contain the elements of “government exercising authority over a private body”, thus amounting to a “financial contribution”. Besides, the US Department of Commerce has defined the essential element “benefit conferred” through its evidence rule wantonly, thus causing China to become a constant victim under its subsidy investigations. Though the above-mentioned substantive rule is in conflict with the former DSB decisions, yet taking various factors into consideration, the best solution for China is not to resort to lawsuit under WTO framework. Apart from legal means, China may also pursue political negotiations in this respect, and it is also desirable to set up an integrated responsive system for the CVD investigations.

(责任编辑:廖 凡)