

Comparative Analysis of Sino-US Subsidies for Renewable Energy in the Perspective of WTO

XIONG Ling ZHOU Mao-rong

Abstract:The countervailing investigations by USW in September 2010 aiming at China's renewable energy industry have pulled China into a dilemma. It's necessary to estimate correctly our policies as well as that of our opponent, if we hope to break through under such pressure. Through sorting out all the policies for China's renewable energy, this paper is aimed to clarify the policies for renewable energy industry of China and analyze relevant content accused by USW and the compatibility with ASCM of WTO. Also, we point out the present situation and features of renewable energy subsidy of U.S. through deeply analyzing of its corresponding policies. Thus we draw valuable lessons and inspiration from the comparison, providing the policy space for China government to face the pressure.

Key words:Sino-US; renewable energy; subsidy; countervailing; WTO



WTO专家组有关中国原材料 出口限制措施案中GATT 第20条例外援引评析

彭德雷 龚柏华

摘要：“中国原材料出口限制措施案”是涉及中国WTO争端解决的一个值得关注的新近案例。该案涉及《中国加入议定书》的法律适用、GATT第20条例外援引、司法经济原则、透明度等法律问题。本文在概述基本案情和主要裁定结论的基础上，就专家组对中国是否可就《中国加入议定书》条款援引GATT第20条例外，以及如何适用该例外进行分析。本文认为，尽管总体上援引GATT第20条例外的成功率非常低，但中国应该在上诉中争取澄清《中国加入议定书》第11.3条援引GATT第20条的法理依据。

关键词：WTO；原材料；出口限制；GATT第20条

中图分类号：DF961 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894（2011）05-0023-08

2011年7月15日，专家组公布了“中国原材料出口限制措施案”的审理结果，基本认定中国相关措施违反WTO规则及中国入世承诺，并否定了中国援引GATT第20条的抗辩。本文认为，“中国原材料出口限制措施案”是涉及中国WTO争端解决案的一个值得关注的新近案子。中国应该就《中国加入议定书》第11.3条援引GATT第20条的裁定提出上诉。

一、基本案情和裁定结论

2009年6月23日，美国和欧盟根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第1条和第4条，要求就中国部分原材料出口限制措施与中国磋商。

2009年8月21日，墨西哥也提出就上述出口限制措施与中国磋商。

在磋商中，美国、欧盟、墨西哥列举了中国32项涉案措施，并指出还有一些涉案措施没有公布。美国、欧盟、墨西哥认为这些措施，违反了GATT1994第8条、第11条，以及《中国加入议定书》的第5.1条、5.2条、8.2条、第11.3条及第1.2条中涉及《中国加入工作组报告书》（以下简称《报告书》）的第83段、84段、162段、165段。^①美国、欧盟和墨

收稿日期：2011-07-26。

作者简介：彭德雷，男，上海交通大学凯原法学院博士生。龚柏华，男，复旦大学法学院教授、博士生导师；上海WTO事务咨询中心总监。

西哥认为这些措施抵消或减损了其在上述协议中直接或间接的利益。

2009年11月4日,美国、欧盟和墨西哥请求争端解决机构成立专家组。

2009年12月21日,争端解决机构根据DSU第9.1条成立了专家组。

2010年3月29日,WTO总干事任命专家组的组成人员,他们分别是罗瑟里(Elbio Rosselli,曾任乌拉圭驻日内瓦关贸总协定副代表)担任主席;海基耶(Dell Higgie,新西兰前驻联合国大使)和海斯纳姆提(Nugroho Wisnumurti,印度尼西亚前驻联合国大使)担任委员。^②由上述3名人员主审“美国诉中国原材料出口限制措施案(DS394)”、“欧盟诉中国原材料出口限制措施案(DS395)”、“墨西哥诉中国原材料出口限制措施案(DS398)”。此外,巴西、加拿大、土耳其等成员作为第三方参与上述案件。因为案件的性质相同,且被诉方均为中国,因此专家组采用合并审理的方式进行,外界常将上述案件统称为“美国、欧盟、墨西哥诉中国原材料出口限制措施案”(以下简称“中国原材料出口限制措施案”)。

2011年2月18日,专家组提交了中期报告。

2011年4月1日,专家组向当事方提交了最终报告。

2011年7月15日,专家组公布了“中国原材料出口限制措施案”的审理结果。

本案争议焦点主要围绕中国对矾土、焦炭、氟石、镁、锰、碳化硅、金属硅、黄磷和锌9种原材料所实施的出口限制措施是否符合中国的人世承诺和WTO规则。涉案的中国限制措施可归为以下4类:(1)出口关税,(2)出口配额及其管理分配,(3)出口许可证,(4)最低出口限价。

专家组围绕中国涉案的32项措施,采用统一审理方式,裁定结果如下。^③

第一,关于出口关税。(a)专家组裁定中国对矾土、焦炭、氟石、镁、锰、金属硅和锌适用出口关税不符合《中国加入议定书》的第11.3条的规定;(b)裁定中国“不可”(may not)援引GATT1994第20条(g)款作为对氟石实行出口关税的抗辩,即使按“假定成立”(arguendo)方法,中国能够援引其适用于出口关税,中国也未能证明对氟石的出口税措施满足GATT1994第20条(g)款的要求;(c)裁定中国“不可”(may not)援引GATT1994第20条(b)款作为对镁、锰、和锌实行出口关税的抗辩,即使按“假定成立”(arguendo)方式,中国能够援引其适用于出口关税,中国也未能证明对氟石的出口税措施满足GATT1994第20条(b)款的要求;(d)基于中国在《调整出口关税的通知》^④中已经取消了对黄磷适用出口关税,且是在2009年12月21日专家组成立之前,因此专家组对《2009年关税实施方案》^⑤中对黄磷适用的特定关税不作裁定。

第二,关于出口配额。(a)专家组裁定中国对矾土、焦炭、氟石和碳化硅适用出口配额不符合GATT第11条第1款关于普遍取消数量限制的规定;(b)裁定中国对锌实行出口禁止不符合GATT第11条第1款关于普遍取消数量限制的规定;(c)裁定中国未能证明对关税编号2508.3000的矾土实行出口配额符合GATT第11条第2款第(a)项或GATT第20条(g)款例外规定;(d)裁定中国未能证明对焦炭和碳化硅实行出口配额符合GATT第20条(b)款例外规定;(e)针对中国对矾土、焦炭、氟石和碳化硅适用出口配额,以及对锌实行出口禁止的措施是否符合《中国加入议定书》第1.2条以及《中国加入工作组报告书》第162段和165段的承诺,专家组采用司法经济原则,不作裁定。

第三,关于出口配额的管理和分配。(a)专家组裁定中国对焦炭采取的出口经验、出

口实绩和最低资本的要求不符合《中国加入议定书》第1.2条、第5.1条及《中国加入工作组报告书》83段(a)、83段(b)、83段(d)和84段(a)、84段(b)的要求。(b)裁定中国对焦炭、矾土、氟石和碳化硅采取的出口经验、出口实绩和最低资本的要求不符合《中国加入议定书》第1.2条、第5.1条及《报告书》83段(a)、83段(b)、83段(d)和84段(a)、84段(b)的承诺;(b)裁定涉及中国五矿对焦炭出口配额管理措施及涉及中国五矿对矾土、氟石和碳化硅出口配额的招投标制度符合GATT1994第10条第3款(3)项关于贸易法规的公布和实施规定;(c)裁定出口申请者通过支付中标价的方式获得矾土、氟石和碳化硅的出口权要求符合GATT第8条第1款(a)项进出口规费和手续以及《中国加入议定书》第11.3条的承诺,裁定报告认为,中标价并不构成一种“进出口规费和手续”。^⑥

第四,关于出口许可证要求。(a)专家组裁定中国的出口许可证制度本身并不违法。GATT1994第11条第1款关于普遍取消数量限制的规定,这是基于允许出口许可代理商获得某些限制出口产品的许可;(b)认定适用于矾土、焦炭、氟石、锰、碳化硅和锌的2008年《出口许可管理措施》第11条第(7)款以及《出口许可工作规则》第5条第(5)款、第8条第(4)款不符合GATT1994第11条第1款关于普遍取消数量限制的规定;(c)对《五矿综合管理措施》第21条是否符合GATT1994第11条第1款未作裁定,因为其不属于专家组考察范围。(d)对《进出口商品许可证发证机构管理办法》^⑦第40条第(3)款是否符合GATT1994第11条第1款未作裁定;(e)根据司法经济原则,对中国的出口许可证制度是否符合《中国加入议定书》第1.2条,及其中涉及的《报告书》的第162段、第165段,专家组不作裁定。

第五,关于最低出口限价要求。(a)专家组裁定通过2001《五矿化工进出口商会章程》、《关于处罚低价出口行为的暂行规定》、^⑧《进出口商品许可证发证机构管理办法》对矾土、焦炭、氟石、镁、碳化硅、黄磷和锌实施的最低出口限价要求不符合GATT1994第11条第1款关于普遍取消数量限制的规定;(b)认定中国未能按照GATT第10条第1款贸易法规的公布和实施的规定,及时公布2001《五矿化工进出口商会章程》;(c)对五矿实行的黄磷价格管理措施是否符合GATT1994第10条第3款(a)项,不作裁定。

二、GATT第20条例外援引分析

(一) 出口关税:能否援引GATT第20条例外

《中国加入议定书》第11.3条规定:“中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非本议定书附件6中有明确规定或按照GATT1994第8条的规定适用”。由于中国被指控的产品措施不在该附件清单中,中国产品措施本身违规是明显的。因此,中国的抗辩思路就转在规则的例外上。中国主要援引GATT第20条(b)、(g)款的例外。中国认为,采用临时出口关税措施是基于GATT第20条(b)、(g)款规定。而申诉方认为,中国无权援引GATT第20条来对《中国加入议定书》第11.3条抗辩。申诉方认为GATT第20条只是适用于违反GATT义务规则,或者当GATT第20条被包含在另一WTO协议中。

专家组首先肯定了WTO成员的加入议定书是WTO协议的组成部分,但对中国援引GATT第20条予以了否定。专家组的主要理由如下。

首先,专家组采纳案例指引。在“中国出版物和音响制品案”中,中国也曾援引GATT

第20条例外作为对《中国加入议定书》第5.1条有关贸易权开放的抗辩。该案中上诉机构并未讨论《中国加入议定书》与GATT1994的体制性关系,而是重点考察第5.1条含义及《中国加入议定书》的整体结构和语境。第5.1条规定:“在不影响中国以与《WTO协定》的方式管理贸易的权利的情况下……”,上诉机构对此的解释是,该表述表明其将GATT第20条纳入到该条中,从而GATT第20条成为这一特殊承诺的组成部分。因此,上诉机构认为中国有权援引GATT第20条来对《中国加入议定书》第5.1条进行抗辩。而第1.3条既没有包含任何和GATT1994第20条以及GATT一般性条款的措词,也没有包含像“中国出版物和音响制品案”中上述所言的表述。

其次,专家组对第11.3条的解释。专家组采用了文义和上下文体系解释的方法对该条进行了解读。专家组认为从该款字面上看,第11.3条存在的两个例外是:本议定书附件6中的明确规定,以及GATT1994第8条的规定。附件6中只包括84种产品,包括申诉方提到的铝、锌和黄磷,但焦炭、萤石、镁等不在其列,且铝、锌、黄磷的出口税率也超过了附件6中所承诺的最高关税。专家组进一步认为,在《中国加入议定书》第11.1条、第11.2条中,都有关于“符合GATT1994”的规定,而第11.3条没有此类表述,这反映了中国与其他WTO成员的特殊选择。此外,专家组认为GATT第20条:“本协定的任何规定不得解释为阻止任何缔约方采取或实施以下措施”。此处的“本协定”是指GATT而非其他协定。当然WTO成员有时也可通过引用的方式,将GATT1994第20条例外纳入到其他协定中,如在TRIM协议中,就引用了GATT1994的例外规则。而另一些WTO协议其自身就包含例外,如GATS第14条的一般例外规则。而《中国加入议定书》第11.3条中,看不出任何与GATT1994第20条或GATT1994有关的语言存在。

最后,关于《报告书》第170段的法律适用。中国抗辩认为,《报告书》第170段中含有“完全符合WTO义务”的措词表明中国可以援引20条例外规则。但申诉方认为,第170段属于D部分“影响货物贸易的国内政策”的内容,并且《报告书》第155段、第156段也表明了第11.3条的两个例外是附件6和GATT第8条。对此,专家组认为第170段针对的是对进出口产品“征收”国内税费的问题,而第11.3条针对的是“禁止”使用出口税的问题,属于不同的义务要求。并且第155段、第156段进一步确认了上述理解。专家组未发现第170段能够证明中国在第11.3条取消国内税上可以援引第20条例外。

(二) 出口配额:能否满足GATT第20条例外

与出口关税不同,出口配额因为涉及的是GATT第11条,当然地可以援引20条作为抗辩的理由,因此该问题的关键点在于出口配额措施能否满足所援引的第20条例外规则。

GATT第20条包含共10项例外清单。本案主要涉及(g)款“可用竭自然资源”例外。第20条(g)款适用的具体方法或步骤,目前已经通过WTO案例的方式基本确定。在适用该一般例外规则时,专家组或上诉机构都是首先检验成员措施是否符合例外清单中的某一项或几项的具体规定,之后检验该措施是否符合序言之要求,即所谓的两步法(two-tiered)。为了防止一般例外规则滥用,GATT第20条序言确立了3项标准:即不能构成任意歧视、不合理歧视以及对国际贸易构成变向限制。在“美国汽油标准案(US—Gasoline)”中,上诉机构的报告提到,在适用例外规则时,争议措施首先应该符合GATT第20条情形(a)–(j)中的一个或几个具体的例外;其次还必须满足GATT第20条序言的规定。根据WTO争

端的审判实践,在适用第20条(g)款时必须考虑以下4个要件:第一,成员措施是否针对保护“可用竭自然资源”;第二,成员措施是否与保护可用竭自然资源“相关”;第三,成员为保护自然资源的相关国内限制措施是否“一同有效实施”;第四,成员措施是否符合“序言”中关于非歧视的要求(即不能构成任意或不合理歧视以及对国际贸易构成变向限制),根据已有案例的确认,该4个要件缺一不可。

本案中,中国认为对铝矾土和氟石的限制出口是建立在第20条(g)款基础上,上述原材料是稀缺的、不可代替的资源,需要加以管理和保护。同时,中国认为不应干涉各成员在自然资源基础上的主权。申诉方美国、欧盟、墨西哥认为,中国的实际措施和目标不能满足第20条(g)款例外。

专家组首先对第20条(g)款进行法律解释,解释的基本思路遵循了案例法理,采用两步法,首先分析措施是否满足清单的各项要求,最后分析措施是否符合序言规定。在对第20条(g)款的分析中,主要围绕“可用竭利用资源”、“与…相关”、“国内外措施一同有效实施”、“序言”4方面进行分析。专家组裁定认为,中国上述原材料属第20条(g)款的可用竭利用资源,但在剩余的3个方面都未能支持中国的观点。

首先,关于“保护”可用竭资源“相关性”的论证。裁定报告认为中国的措施目的并不仅仅是为了保护自然资源,因为对国内的下游产业未作限制,而“与…相关”要求措施和目的关系是“主要目的为了”,以及“紧密真实的关系”。其次,是对“国内外措施一同有效实施”的分析。中国列举了国内在保护自然资源方面的一些法律和政策,如1986年的《矿产资源法》、1989年《环保法》、《2008~2015全国矿产资源规划》等;另外,2010年中国还实施了“限制铝矾土和氟石生产和开采”措施等。但裁决报告认为,考察中国近年来的针对保护资源的措施,虽然在不断进步;但是很遗憾,中国还是没有做到不偏不倚,对国内原材料的限制没有做到有效的限制,达到应有的水平。最后,是对第20条序言的分析。专家组认为,既然中国的限制措施未能满足第20条清单中的(g)款的要求,因此,没有必要继续分析其措施是否符合序言的规定。

在自然资源主权方面,专家组报告认为,WTO成员对自然资源的行使主权不应背离WTO规则,第20(g)款例外本身也考虑了各国的自然资源主权。

三、简要评论

“中国原材料出口限制措施案”是涉及中国WTO争端解决案中值得关注的案子。本案涉及《中国加入议定书》和《报告书》的法律地位和法律适用、司法经济原则、例外规则适用、透明度要求程度等法律问题,这些法律问题都具有相当的普遍性,在今后的案例中,上述问题肯定还将遇到。本文主要关注《中国加入议定书》与GATT第20条例外援引问题。

申诉方的很多起诉意见直指《中国加入议定书》,而其并非一个标准文件,它是由11页正文、9项附录(包括服务承诺减让表)以及纳入其中的《报告书》中的相关段落组成。而仅《报告书》就有343段之多,其中包含中国对货物贸易、服务贸易及与贸易有关的知识产权问题的具体承诺,这也是中国入世最全面的一次承诺。《中国加入议定书》和《报告书》涉及的贸易范围非常广泛,承诺非常之多,它们是中国与其他WTO成员之间适用的特殊规则。

根据最新统计,中国以被诉方参与的21个案件中,有15个案件直接涉及到《中国加入议定书》和《报告书》中承诺的条款。影响重大的案件如2006年欧共体、美国和加拿大发起

的“影响汽车零部件进口的措施案”，主要指出中国的措施违反了报告书第93段中关于汽车零部件关税待遇的承诺。2007年，美国提起的“中国出版物和音响制品案”，指出中国的措施违反了报告书第83段、第84段中对贸易权利的承诺。2009年，“中美轮胎特保案”则涉及《报告书》的第245—250段。本案许多争议焦点同样涉及《中国加入议定书》和《报告书》相关内容。

《中国加入议定书》及《报告书》中的某些承诺似乎成为中国对外贸易中的“紧箍咒”，涉及对外贸易的政策措施都需要接受其过滤，经受“合法性”的检验，这也提醒我们，在对外经济贸易政策措施出台前，为了保证措施的有效性和合法性，认真对待《中国加入议定书》和《报告书》，应该是不可缺少的一道工序。

根据WTO争端解决规则，本案中国还有上诉的权利，应该说也有上诉的必要。从程序上而言，对于中国执行争端解决机构上建议，有一个时间上的缓冲，另外还可表明中方对该案的态度，据理力争。从实体上而言，在上诉中，中国可进一步澄清《中国加入议定书》第11.3款可援引GATT第20条的法理依据，力争推翻专家组对中国的不利裁定。

具体到出口关税是否可援引GATT第20条例外，中国在上诉时可继续强调以下理由。第一，从WTO案例法理来看，“中国出版物和音响制品案”上诉机构裁决支持了《中国加入议定书》第5.1条可以援引GATT第20条的主张。该案的裁决的“法理”可作为中国关于GATT1994和GATS中的例外适用于整个《中国加入议定书》中义务的主张。第二，专家组的推理认为，《中国加入议定书》第5.1条之所以可以援引GATT第20条例外规则，是因为其该条含有“符合《WTO协定》”的表述。中国在上诉时可以认为专家组的解释方法过于狭窄或片面理解了上诉机构在“中国出版物和音响制品案”的裁决思路。中国在上诉中可以力图证明“符合《WTO协定》是《中国加入议定书》默认的前提”。这一前提可以通过条约的综合解释方法特别是结合谈判背景得出。事实上，上诉机构在涉及中国的“双反案”中在解释双重救济是否适用于“进口补贴”的GATT条文时，已经采用了这种“不局限于字面”的解释方法。第三，从立法技术而言。根据立法语言简洁精炼的原则（在WTO协定中叶可以找到这种例子），《中国加入议定书》无须每个条款都要写上符合“《WTO协定》”的字句，否则重复费解。

总之，在涉及中国作为被告的WTO争端解决案子中，有些措施如果被证明违犯了中国人世承诺，中国可能的一个辩护理由就是援引GATT第20条的例外。但在WTO案例实践中，援引GATT第20条的例外有着苛刻的门槛。另一方面，我们也要关注美国在其作为被告时可能援引GATT第20条的情况。在最近中国告美国的“影响中国肉制品进口的特定措施WTO争端案”中，美国已经援引GATT第20条（b）“健康与安全”作为辩护理由。

GATT第20条已经成为中国今后涉及中国案子的“矛”与“盾”。因此，我们有必要系统研究GATT第20条及相关案例中的解释，为今后涉及我国的WTO争端解决提供一项重要的法律武器。

（作者单位：上海交通大学 复旦大学）

注 释：

- ① http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds394_e.htm, 访问日期2011年7月10日。
- ② Reports of the Panel, China Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, 5 July 2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, p.1.

- ③ 此处是以“美国诉中国限制原材料出口措施案(DS394)”为标准范本,由于申诉方美国、欧盟、墨西哥所指控的措施相同,且裁定结果几近一致,限于篇幅,文章仅以该案的裁定结果作为研究范本,更多内容可参见裁定报告的内容。
- ④ 全称为《国务院关税税则委员会关于调整部分产品出口关税的通知》,税委会〔2009〕6号。参见中国中央人民政府网:http://www.gov.cn/zwggk/2009-06/22/content_1347236.htm。
- ⑤ 全称为《关于2009年关税实施方案的通知》,国务院关税税则委员会税委会〔2008〕40号。参见中国中央人民政府网:http://www.gov.cn/zwggk/2008-12/18/content_1181488.htm。
- ⑥ 中国在进行抗辩的时候提出,招投标是出口前的一种行为,对有限的出口权进行分配,是充分考虑出口商的实力,这一种最不容易造成贸易扭曲的竞争方法,并且美国在出口产品配额分配时,也常常采用拍卖方法进行,专家组报告支持了中国的主张。
- ⑦ 2010年9月12日,商务部对原对外经贸部《进出口商品许可证发证机构管理办法》([1999]外经贸配管函字第68号)进行了修改,并于当日发布可新修改的《进出口商品许可证发证机构管理办法》。
- ⑧ 参见《对外贸易经济合作部关于处罚低价出口行为的暂行规定》,其于2010-9-12失效。

The Legal Analysis on GATT Article 20 Invoked in China's Export Restriction Measures on Various Raw Materials

PENG De-lei GONG Bai-hua

Abstract: The case regarding China's export measures on various raw materials is notable and latest to China's WTO dispute settlement. The case involves the legal issues of the legal application of the Protocol on the Accession, the WTO exception, the principle of judicial economy and the transparency. This paper outlines the basic facts and conclusions based on the major findings of the panel. We analyze the findings on whether China can invoke the GATT Article 20 to the Protocol, and how to apply it. This paper argues that although the success rate invoked is very low generally, China should seek to clarify legal basis on appeal when it invokes the GATT Article 20 to the Protocol Article 11.3.

Key words: WTO; raw materials; export restriction; GATT Article 20

