

专向性补贴的认定

——以澳大利亚大麦案为例

祝兴雯

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年5月5日; 录用日期: 2022年6月3日; 发布日期: 2022年6月13日

摘要

我国商务部依据《反补贴条例》认定澳大利亚三项目构成专向性补贴, 于2020年5月19日裁定对澳大利亚的大麦产业征收反补贴税。2020年12月16日澳大利亚将该案诉至WTO。本文以WTO项下《SCM协定》为依据, 依据协定第1条从构成财政资助、存在授予利益论证构成补贴; 依据协定第2条论证该补贴具有事实上的专向性。检验我国商务部认定三补贴项目为专向性补贴的裁定与《SCM协定》规定一致, 不存在澳大利亚认为的不恰当确定补贴存在的情况。

关键词

补贴, 《SCM协定》, 专向性补贴

Identification of Specific Subsidy

—Taking the Australian Barley Case as an Example

Xingwen Zhu

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: May 5th, 2022; accepted: Jun. 3rd, 2022; published: Jun. 13th, 2022

Abstract

According to the Anti-subsidy Regulations, China's Ministry of Commerce decided that the three projects in Australia constituted specific subsidies, and on May 19th, 2020, it ruled to impose anti-subsidy tax on the barley industry in Australia. On December 16th, 2020, Australia brought the case to WTO. Based on SCM Agreement under WTO, this paper argues that it constitutes subsidies from the aspects of financial assistance and existence of granted benefits according to Article 1 of the Agreement. According to Article 2 of the Agreement, it is demonstrated that the subsidy is in

fact exclusive. Test that the ruling of China's Ministry of Commerce that the three subsidy items are specific subsidies is consistent with the provisions of SCM Agreement, and there is no improper determination of the existence of subsidies that Australia thinks.

Keywords

Subsidies, SCM Agreement, Specific Subsidies

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

中国国际商会代表国内大麦产业于 2018 年 10 月 9 日向中国商务部(以下简称商务部)提起对原产于澳大利亚的进口大麦产品的反补贴调查申请。商务部于 2018 年 11 月 19 日和 12 月 21 日发布公告,决定对原产于澳大利亚的进口大麦发起反倾销调查和反补贴调查,¹经过为期一年半的调查,最终于 2020 年 5 月 19 日发布第 15 号公告裁定,国际商会提交的反补贴调查申请书中的三项项目构成补贴,自 2020 年 5 月 19 日起征收反补贴税,征收期限为 5 年。²2020 年 12 月 16 日澳大利亚向 WTO 提出正式上诉,要求审查中国对从澳洲进口大麦征收高额关税的决定。³商务部裁定征收反补贴税的这三项项目分别为可持续农村用水和基础设施项目(Sustainable Rural Water Use and Infrastructure Program)、南澳大利亚州默累河可持续发展计划-灌溉效率改进计划(South Australian River Murray Sustainability Program-Irrigation efficiency Element)和维多利亚州农业基础设施和就业基金(Agriculture Infrastructure and Jobs Fund-Victoria)。⁴澳大利亚认为中国不恰当地确定了补贴的存在,包括不恰当地确定补贴的存在、给予澳大利亚大麦生产商或出口商的“利益”,以及指称的补贴是针对澳大利亚境内某些企业的。⁵

WTO 项下的补贴是指《补贴与反补贴措施协定》(简称《SCM 协定》)第 1.1 条规定“补贴”为一项由政府或任何公共机构提供的、授予一项利益的财政资助。^[1]某些补贴是明确受禁止的(如进口替代补贴和出口替代补贴),但许多补贴本身是不被禁止的,只有在对其他成员造成不利影响时可被诉,特别是专项性补贴。因此本文从《SCM 协定》的视角出发,采用条约法解释的方法,基于商务部的反补贴调查的最终裁定考察澳大利亚的三个项目(以下简称三项目)是否构成 WTO 项下的专向性补贴。

¹《商务部公告 2018 年第 99 号 关于对原产于澳大利亚的进口大麦进行反补贴立案调查的公告》,载中国贸易救济信息网 2018 年 12 月 21 日, <https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/jkdc?articleId=157033&type=1>。

²《商务部公告 2020 年第 15 号关于对原产于澳大利亚的进口大麦反补贴调查最终裁定的公告》,载中国贸易救济信息网 2020 年 5 月 19 日, <https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/jkdc?articleId=164122&type=1>。

³《中国——对澳大利亚大麦的反倾销和反补贴措施》,载世界贸易组织网争端解决部分, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds598_e.htm。

⁴可持续农村用水和基础设施项目:该项目是一项涉及 100 亿澳元的国家计划,主要包括三个部分:灌溉基础设施项目、水的购买和供给措施。大部分基础设施基金用于墨累-达令盆地的项目以支持“盆地计划”的实施。项目的一个重要目的是为了帮助农业灌溉者提高用水效率;

南澳大利亚州默累河可持续发展计划-灌溉效率改进计划:澳大利亚政府为该补贴项目下的灌溉效率改进计划提供资金。灌溉效率改进计划旨在提高南澳大利亚灌溉者的供水和使用效率,并确保约 16.8 千兆升的长期年平均产量水供联邦环境用水;

维多利亚州农业基础设施和就业基金:2016 年,维多利亚州政府资助 2 亿澳元设立农业基础设施和就业基金,旨在提高农民农业部门的业绩和复原力。该基金是政府驱动经济增长的重要组成部分,通过在基础设施和农业供应链的资助可以提高生产力,增加出口和降低成本,保证维多利亚州的农民、企业和行业保持竞争力。

⁵WT/DS598/4, para.17。

2. WTO 项下补贴的认定

商务部根据《中华人民共和国反补贴条例》(以下简称《反补贴条例》)第3条第1款⁶认定澳大利亚的三项目构成财政资助。在WTO项下,确定是否构成补贴,上诉机构在巴西飞机案中指出,判断是否存在补贴时应考察两个法律因素:1)财政资助;2)授予利益。^[2]下文主要从这两方面去考察澳大利亚的三个项目是否构成补贴。

2.1. 构成财政资助

根据《SCM协定》第1.1条的a款规定⁷,单纯的私人行为不构成补贴,财政资助要成为补贴必须是由成员方领域内的政府或公共机构或由该政府或公共机构的指示作出。在WTO争端解决的实践中,对政府和受到政府或公共机构委托或指示的私营机构容易确定,但争议较多的是“公共机构”的认定。在中美双反措施案中,专家组沿用了韩国商船案中认定的区分商业利益与公共机构标准,认为公共机构包括政府所有或控制的实体,但上诉机构推翻了专家组的观点,认为“公共机构”的确定应以个案中实体与政府的联系进行判断。⁸在本案中,这三项目分别是由澳大利亚联邦政府与各州政府共同实施、南澳大利亚州政府实施以及维多利亚州政府实施,不涉及颇有争议的“公共机构”的确定,均由联邦政府或州政府进行财政资助,因此毫无疑问行为主体为政府。

在资助方式上,根据《SCM协定》第1.1条a款的具体规定⁹,政府提供财政资助可以采取多种形式,包括:资金的转移、放弃征税、提供基础设施外的服务或贸易、指示私营机构进行前述活动。在本案中,政府提供资助的方式均是以资金支持的直接资金转移方式。因此,三项目从行为主体为政府和直接提供资金方式上考察符合《SCM协定》项下规定的财政资助。

2.2. 构成授予利益

专家组在墨西哥-欧共体案中认为如果反补贴调查中只确认了财政资助,而未确认协定1.1条b款所述的利益,则补贴就不存在。¹⁰因此依据《SCM协定》1.1条b款¹¹,财政资助本身并不构成补贴,只有当该财政资助授予了一项利益时,政府或公共机构的财政资助才构成《SCM协定》第1.1条意义下的补贴。

2.2.1. 存在授予利益

首先关于“利益”的认定,《SCM协定》并未直接对利益的定义进行界定,但在加拿大-飞行器案中,专家组认为利益暗示了某种程度的比较,财政资助是否使接受方所处的状态优于不存在财政资助的状态,若优于则可判断存在利益。上诉机构进一步认为利益并不抽象存在,必须有受益人或接受方所接受和享受者,且协定第14条也确认了利益需要以接受者的角度出发。¹²关于授予利益的比较基准,上诉机构在加拿大-飞机案中从两种状态的比较转向提出了市场基准,即只有财政资助的条件比接受者从市

⁶ 出口国(地区)政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金,或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务。

⁷ 1.1条a款:(1)某一成员方境内的政府或任何政府机构(在本协议中称“政府”)提供的财政资助即;

⁸ 参见廖诗评:《“中美双反措施案”中的“公共机构”认定问题研究》,载《法商研究》2011年第6期。

⁹ (i)涉及资金的直接转移(如赠款、贷款、投股),潜在的资金或债务的直接转移(如贷款担保)的政府做法;

(ii)放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收(如税收抵免之类的财政鼓励);

(iii)政府提供一般基础设施外的货物或服务,或购买商品;

(iv)政府向一筹资机构付款,或委托或指示一私营机构履行上述(i)至(iii)项所列举的一种或多种通常是属于政府的职权,且此种做法与政府通常采取的做法并无实质差别;

¹⁰ 参见朱攸叶:《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》(2007-2009),法律出版社2010年版,第278页。

¹¹ 1.1条b款:则因此而授予一项利益。

¹² 参见(比)彼得范德博思、单文华:《世界贸易组织法原理》(下册),尚宽、贺艳译,法律出版社2020年版,第858、859页。

场可以得到的条件优越,才能被认定为授予利益,且在后续的案例中逐步加强了此基准,例如日本 DRAMs 案¹³。但在美加软木案中,上诉机构同意了美国提出的获得补贴私人国内市场价格以外的替代基准,饱受争议。

在本案三个项目中,第一个项目有 8 个子项目,前 7 个分别资助特定地方的灌溉设施升级,第 8 个项目是资助政府本身的输水机构;第二个项目资助默累河地区灌溉效率改进;第三个项目资助维多利亚地区基础设施和农业供应链的。澳大利亚政府在三个项目中均是以资金提供的方式进行支持,获得支持的接受者明确具体,因此存在授予利益。虽然三个项目的补贴对象是农业,未直接补贴澳大利亚大麦生产商,但申请人认为大麦是澳大利亚农业的主要种植作物之一,鉴于该补贴项目针对的是农业,并不区分农产品,因此大麦也能从该补贴项目中受益,¹⁴商务部的裁定也认同了此观点。

2.2.2. 确定授予利益的数额及税率

根据《1994 年关税与贸易总协定》第 6.3 条的规定、反补贴税只是为了抵消直接或间接授予制造或生产此类产品的补贴。三项目作出的财政支持并未全针对大麦产业进行补贴,还包括其他产业,需要具体确定对大麦产业补贴的数额进而确定反补贴税。但根据商务部的裁定,因未能从相关利害关系人处获得具体信息,只能以可获得的事实包括申请人提交的证据、问卷获得的证据为基础,计算反补贴税率。¹⁵但该税率的确定基于可得事实,而非事实,是否违反了《SCM 协定》第 19 条¹⁶对于税率确定的规定。对于此问题,专家组在中国 - 取向电工案中认为中国商务部确认美国两家企业不配合调查是正确的,但得出的结论要有事实依据的支撑,中国有权利利用可得事实得出结论,但其结论不符合《SCM 协定》第 12.7 条。^[3]因此,商务部在裁决中已经说明因澳大利亚政府和被调查的澳大利亚生产商未提供三项目补贴的具体信息,商务部有权依据可得事实得出结论。

2.3. 小结

三项目均是由政府以直接资金转移的方式进行支持,虽然三项目补贴的对象为农业,但大麦产业从中获得了直接的利益,因而该三项目构成《SCM 协定》第 1 条规定的补贴。由于商务部通过尽可能的方式无法获取三项目补贴大麦产业的具体情况,根据专家组在中国 - 取向电工案的思路,商务部有权依据可得事实确定利益数额和补贴税率。

3. WTO 项下专向性的认定

WTO 关于补贴的规则,并不适用于所有“授予一项利益的财政资助”。¹⁷只有认定补贴具有专向性,才能适用《SCM 协定》的后续程序。申请人依据《反补贴条例》第 4 条第 1 款¹⁸主张三项补贴具有专向性,而澳大利亚政府提交评论意见认为,三项补贴均广泛应用于农业产业的环境项目,并不针对大麦产业,认为商务部不恰当的指称三项目补贴是针对澳大利亚境内某些企业的。因此下文基于可得事实对三项目补贴是否符合 WTO 项下的专向性进行考察。

¹³ 上诉机构认为一项财政资助的条件必须与相关市场不受限制的交易所产生的结果相比较。

¹⁴ 《中华人民共和国大麦产业反补贴调查申请书》,载中国贸易救济信息网 2018 年 12 月 21 日, <https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/jkdc?articleId=157033&type=1>。

¹⁵ 《中华人民共和国商务部关于对原产于澳大利亚的进口大麦反补贴调查的最终裁定》,载中国贸易救济信息网 2020 年 5 月 19 日, <https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/jkdc?articleId=164122&type=1>。

¹⁶ 由出口国(地区)政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴。

¹⁷ (比)彼得范德博思 单文华:《世界贸易组织法原理》(下册),法律出版社 2020 年版,第 867 页。

¹⁸ 第四条 依照本条例进行调查、采取反补贴措施的补贴,必须具有专向性。具有下列情形之一的补贴,具有专向性:(一)由出口国(地区)政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴

3.1. 专向性的基本含义

专向性补贴是指成员政府有选择或有差别地向某些企业或产业提供的补贴。¹⁹《SCM 协定》协定第 2.1 条、2.3 条²⁰的规定，可将专向性的补贴分为四类，即企业专向性补贴、产业专向性补贴、地区专向性补贴和禁止性补贴。吕晓杰先生认为专向性要件是反补贴税审查的重要条件，但目前该要件的适用在实践中并不明确，给 WTO 成员留下了恣意使用的空间。WTO 在美国 - 软木案中对专向性作出了解释，认为具有专向性的补贴不仅限于那些可使特定产品受益的补贴，使不特定多数产品受益的计划也可能构成补贴，只要补贴的使用限于特定的企业或产业(集团)。^[4]

专向性的形式有两种，根据《SCM 协定》第 2.1 条可分为法律上的专向性和事实上的专向性。法律上的专向性指授予当局或者其所依据的立法，明确将补贴限于“某些企业”。^[5]依据《SCM 协定》2.1 条(c)，事实上的专向性是指某些补贴虽然表面上任何企业或者产业都是潜在的补贴受益者，或者是依据一定的客观标准授予的，但依据《协定》第 2.1 款(c)项，这些补贴仍可能具有专向性。^[6]在认定专向性的顺序上，上诉机构在中方就美国对中国部分产品实施反补贴措施案中对《SCM 协定》2.1 条的适用进行了说明，上诉机构支持美国的观点，认为即便 2.1(c)阐述了 2.1 条中(a)、(b)、(c)三款的逻辑顺序关系，也不意味着调查机关必然要按照这种逻辑先后关系进行审核，调查机关在确实事实补贴的时候可拥有一定的灵活性。^[7]该分析虽然认为在适用实践中三款无先后顺序，但在适用逻辑上先认定是否构成法律上的专向性，若构成则无需进行事实上的审查，若不构成则会继续审查是否构成事实上的专向性。

3.2. 不构成法律上的专向性

明确限制是区别于法律专向性与事实上的专向性的关键。依据第 2.1(b)条，如果有且严格执行补贴获取资格和数量的客观标准或条件，便可认定不为法律上的专向性。假设一项法律专门为纸箱行业设立了政府信贷机构，但未规定具体的提供融资的条款和条件。假设一些融资根据这一机制，以优于市场的条件提供服务，即提供好处。在这种情况下，因为根据法律，只有纸箱行业可以获得财政捐助(贷款)，在该方案下，由此产生的任何利益必然也仅限于纸箱行业，这意味着该方案下的任何补贴在法律上是该行业特有的。由于这种对获得福利的明确限制，这种补贴在法律上是特定的。²¹

在本案中，澳大利亚政府针对三项目提交评论意见认为，该项目为广泛应用于农业产业的环境项目，并不针对大麦产业。²²但澳大利亚政府确实以三项目的政策规定使处于农业部门的大麦产业获得补贴，且商务部依据其所得事实有理由怀疑大麦产业是资金的主要使用者，是否据此可以认定三项目补贴为法律上的专向性补贴呢。上诉机构在美国——最终反倾销和反补贴对来自中国的某些产品征收关税案中对此给出了回应，其认为第 2.1(a)条的重点不在于是否向某些企业提供了补贴，而是在于是否明确限制获得

¹⁹ 曹建明、贺小勇：《世界贸易组织》(第三版)，法律出版社 2011 年版，第 174 页。

²⁰ 2.1 为确定第 1 条第 1 款规定的补贴是否属对授予机关管辖范围内的企业或产业、或一组企业或产业(本协议中称“某些企业”)的专向性补贴，应适用下列原则：

(a) 如授予机关或其运作所根据的立法将补贴的获得明确限于某些企业，则此种补贴应属专向性补贴。

(b) 如授予机关或其运作所根据的立法制定适用于获得补贴的资格和补贴数量的客观标准或条件，则不存在专向性，只要该资格为自动的，且此类标准和条件得到严格遵循。标准或条件必须在法律、规章或其他官方文件中明确说明，以便能够进行核实。

(c) 如尽管因为适用(a)项和(b)项所规定的原则而表现为非专向性补贴，但是有理由认为补贴可能事实上属专向性补贴，则应考虑其他因素。此类因素为：有限数量的某些企业使用补贴计划、某些企业主要使用补贴、给与某些企业不成比例的大量补贴以及授予机关在作出给予补贴的决定时行使决定权的方式。在适用本项时，应考虑授予机关管辖范围内经济活动的多样性程度，及已经实施补贴计划的持续时间。

2.3 在任何属第 3 条规定范围内的补贴应视为专向性补贴。

²¹ 参见 WT/DS379/R-01, para.9.27.

²² 《中华人民共和国商务部关于对原产于澳大利亚的进口大麦反补贴调查的最终裁定》，载中国贸易救济信息网 2020 年 5 月 19 日，<https://cacs.mofcom.gov.cn/cacscms/article/jkdc?articleId=164122&type=1>。

补贴。这表明调查的重点是看某些企业是否有资格获得补贴，而不是看它们实际上是否得到补贴。²³ 因此，仅从三项目的设立宗旨看确实是广泛应用于农业产业，明确规定了补贴项目的对象为农业产业，获得补贴资格的对象是广泛的，并未明确限定应用于单一的大麦产业。因此根据《SCM 协定》第 2.1 条的(a)项和(b)项，无法认定三项目构成法律性的专向性补贴。

3.3. 构成事实上的专向性

事实上的专向性规则具有“结果主义”的特征，需要考虑补贴在实践中的引用情况，其关注的重点在于授予机关作出的补贴决定的方式及其后果。为便利确定是否存在事实上的专向性，第 2.1 条的(c)项还提供了一系列的标准，这些标准包括：“有限数量的某些企业使用补贴计划、某些企业主要使用补贴、给予某些企业不成比例的大量补贴以及授予机关在作出给予补贴的决定时行使决定权的方式。”但协定中并未说明在考察是否构成事实上的专向性时，只应考虑一个还是所有列出的标准。《乌拉圭回合协定法》(URAA)规定，只要有一个标准就足以确定专向性，而美国《反补贴条例》规定，此类标准应依次审查。在美加软木案中，专家组认为美国的具体认定与协定“并不矛盾”，且认为没有义务审查和评估所有四个标准去判定事实上的专向性。²⁴ 因此可以认为是是否构成事实上的专向性，只需满足《SCM 协定》第 2.1 条(c)项中四个标准之一即可。本案中，商务部依据可得证据证明三项目主要的适用对象为大麦，可以认为符合某些企业主要使用补贴的标准，因此可认定三项目构成事实上具有专向性的补贴。

3.4. 小结

虽然政府以三项目政策给予大麦产业以补贴，但三项目的适用对象为广泛的农业，并未针对单一的大麦产业做出，从可获得该补贴资格的对象上是不具有特定性的，因此不符合法律上专向性认定的明确性；但商务部从可得事实中，证明大麦作为澳大利亚农业的主要产物，三项目的主要适用对象为大麦产业，符合《SCM 协定》所列举的认定事实上专向性的标准之一，即大麦产业主要使用补贴。

4. 总结

澳大利亚大麦案 2021 年 5 月 28 日成立了专家组，6 月 3 日，我国商务部新闻发言人高峰就此事回应称：中国政府依法对澳大利亚大麦征收“双反”关税，中方将根据世贸组织争端解决程序，妥善处理本案。²⁵ 展现了我国积极应对的态度。本文从 WTO 的视角论证了我国商务部依据《反补贴条例》认定三项目为专向性补贴符合《SCM 协定》的规定。

依据《SCM 协定》第 1.1 条的 a 款的规定认定三项目以行为主体为政府和直接提供资金的方式符合 WTO 项下规定的财政资助。因澳大利亚政府在三个项目中均是以资金提供的方式进行支持，获得支持的接受者明确具体，虽然三个项目的补贴对象是农业，但大麦是澳大利亚农业的主要种植作物之一，大麦也能从该补贴项目，依据协定 1.1 条 b 款的规定存在授予利益。只有符合专向性的补贴，才能适用《SCM 协定》后续的程序规则，因三项目规定可获得补贴的资格对象为农业，并非针对单独的大麦产业，因此无法从法律上认定其具有专向性；但商务部从可得事实证明三项目主要适用对象为大麦产业，可从事实上认定其具有专向性。因此，商务部依据《反补贴条例》认定三项目为专向性补贴与《SCM 协定》一致。

虽依据可得事实作出结论受到专家组的尊重，但作出的结论不一定会被认可，核心在于证据缺少且

²³ WT/DS379AB/R, para.368.

²⁴ See Gilbert Gagne & Francois Roch, The US-Canada softwood lumber dispute and the WTO definition of subsidy, World Trade Review (2008).

²⁵ 《世贸组织成立专家组解决中澳大麦关税争端，商务部回应》，载观察者网 2021 年 6 月 3 日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1701551748487907376&wfr=spider&for=pc>。

证明力度不高。特别是在反补贴税率的认定上，该税率的认定以恢复正常贸易为目的，其认定的数额不能超过补贴率。在本案中，商务部是依据种植面积、产量比的方式算出三项目中大麦产业分别可获得的补贴额，进而算出税率，可能无法得到专家组的支持，在后续的案件进展提交材料时，若有直接的证据予以证明，更能为商务部得出的结论提供支撑。

参考文献

- [1] (比)彼得·范德博思, 单文华. 世界贸易组织法原理(下册) [M]. 尚宽, 贺艳, 译. 北京: 法律出版社, 2020: 842.
- [2] 曹建明, 贺小勇. 世界贸易组织[M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2011: 171.
- [3] 朱揽叶. 世界贸易组织法经典案例选编[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 293.
- [4] 吕晓杰. SCM 协议中补贴的专向性要求[J]. 法学, 2008(9): 31-42.
- [5] 毛杰. WTO 贸易货物多边补贴规则的法律问题研究[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2016: 124.
- [6] 刘琳. GATT/WTO 体制下补贴界定问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 135.
- [7] 任强. 贴与反补贴守则中“法律”专项性与“事实”专项性关系解读[J]. 深圳大学学报(人文社会科学版), 2017, 34(2): 123-128.