

论反补贴税适当金额的确定*

彭 岳

内容提要:中美两国之间关于同时征收反补贴税和反倾销税,进而可能导致双重救济的争议,将反补贴税金额的确定问题推向了风口浪尖。在这场争议中,两国主管机关以补贴金额确定反补贴税金额的传统做法受到质疑。关于反补贴税金额的确定问题存在两种相互竞争的学说:资源有效配置说以补贴金额为标准,竞争权利保障说则以损害为标准来确定反补贴税的金额。尽管存在差异,但这两种学说均遵从契合性原则。但WTO《补贴与反补贴协定》的法律框架和核心概念并不支持契合性,而是要求主管机关征收“适当”金额的反补贴税。因此,主管机关应当从反补贴措施所体现的矫正正义着手,依补贴类型的不同确定补贴的可谴责性,并结合损害情况最终确定“适当”金额的反补贴税。

关键词:反补贴税金额 资源有效配置 竞争权利保障 契合性原则 矫正正义

彭岳,南京大学法学院副教授。

引 言

尽管世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)成员的反补贴法律制度在内容和结构上大同小异,但因其实施所引发的法律争议却一直没有得到妥善解决。究其原因,除了锱铢必较的贸易利益外,各国反补贴法律制度在目的和宗旨上的差别也是一个重要因素。其中,就反补贴税金额的确定这一法律问题,向来存在两种相互竞争的学说:以补贴金额为标准的资源有效配置说和以损害为标准的竞争权利保障说。^[1]两者对于反补贴的政策目的有着截然不同的预设,并直接影响到最终税额的确定。自WTO成立至今,共有14起案件与反补贴税金额的确定有关,涉及9个国家。^[2]然而,这些案件并未直面反补贴税金额的

* 本文得到2012江苏省高校“青蓝工程”项目支持。

[1] Richard Diamond, “Economic Foundations of Countervailing Duty Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 29, pp. 778 - 781 (1989).

[2] WTO案卷号分别为DS194(美国-加拿大)、DS212(美国-欧共体)、DS218(美国-巴西)、DS236(美国-加拿大)、DS257(美国-加拿大)、DS280(美国-墨西哥)、DS295(墨西哥-美国)、DS296(美国-韩国)、DS299(欧共体-韩国)、DS330(阿根廷-欧共体)、DS336(日本-韩国)、DS341(墨西哥-欧共体)、DS379(美国-中国)和DS414(中国-美国)。

确定问题,而是通过各种法律技术特别是司法经济原则予以回避。以新近发生在中美两国之间的争讼为例,在已经终结的“美国一反倾销与反补贴税案”(US-Anti-Dumping and Countervailing Duties)中,上诉机构认为,美国商务部拒绝调查双重救济的做法违反了《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《SCM 协定》)第 19.3 条。但是,对于如何确定该协定第 19.3 条项下“适当”(appropriate)金额的反补贴税,上诉机构仅一笔带过。

应当说,在裁决中回避复杂问题符合司法经济原则。然而,随着类似案件的不断累积,一旦双方就税额高低本身产生争议,那么裁决机构回避该问题的空间将非常有限。以 2012 年 10 月美国商务部对中国光伏产品的终裁为例,中国输美太阳能电池将被征收 14.78% 至 15.97% 的反补贴税,远远超出了中国相关企业所能承受的范围。^[3] 可以预见,当一些常规法律争议——如基准市场的选择、公共机构的认定等——逐一得到澄清时,按照何种标准确定反补贴税额将成为新一轮法律争议的焦点。

有鉴于此,本文先是梳理《SCM 协定》中关于反补贴税金额确定的规定以及相关案件中的争议,然后依次讨论资源有效配置模型和竞争权利保障模型在确定税额时遇到的难题;接着论证在非契合原则下,“适当”金额的反补贴税具有独立的法律地位;最后结合矫正正义,就如何确定适当金额给出初步建议。

一 《SCM 协定》中反补贴税金额的规定及争议

在《SCM 协定》中,一项反补贴措施的实施通常要经过发起、调查、磋商、裁定和征收等五个阶段。反补贴税金额的确定与裁定阶段和征收阶段密切相关。

在裁定阶段,主管机关主要确定三大事项:补贴的存在及补贴的金额、国内产业损害,以及补贴进口产品与国内产业损害之间的因果关系。

在征收阶段,主管机关应作出两个决定:一是是否征税。根据《SCM 协定》第 19.2 条,即使所有征收反补贴税的要求均已得到满足,进口成员的主管方仍有权决定不征收反补贴税。二是征收反补贴税金额是否应等于或小于补贴的全部金额。当主管机关决定征收反补贴税后,相关金额的确定受制于如下几个因素:(1)补贴金额。《SCM 协定》第 19.4 条规定,对任何产品征收反补贴税不得超过认定存在的补贴金额。(2)国内产业损害。《SCM 协定》第 19.2 条规定,如反补贴税小于补贴的全部金额即足以消除对国内产业的损害,则该反补贴税是可取的(desirable)。(3)适当性。《SCM 协定》第 19.3 条规定,如征收反补贴税,则应根据每一案件的情况在非歧视基础上收取适当金额的反补贴税。

据此,反补贴税金额与上述几个因素的关系可表述为:

补贴金额 \geq 适当税额 \geq 国内产业损害

显然,补贴金额越高,或者国内产业损害越大,主管机关所确定的反补贴税金额也就越高。在既往 WTO 案例中,一个非常突出的现象是,当主管机关单独适用反补贴税时,成员方很少就反补贴税金额产生争议,而是将重点集中在补贴金额的计算方法上。根据《SCM 协定》第 14 条,补贴金额应以接受者所获利益来计算。在“加拿大一飞机案”(Canada-Aircraft)中,上诉机构认为,要以市场为基础进行比较方能确定“利益”,即“……为确定一项

[3] 参见施智梁、王真、朱玥:《光伏生死劫》,《财经》2012 年 9 月 24 日,总第 333 期。

‘利益’是否被‘授予’而进行比较时,市场提供了适当的基础,因为通过分析接受者所获得的‘财政资助’是否较其从市场中可获得的条件更为有利,可以确定‘财政资助’对贸易的潜在扭曲性”〔4〕。

随着各主管机关越来越多地对进口产品同时征收反补贴税和反倾销税,反补贴税金额的适当性也越来越受到关注。对于中国产品来说,并用两税的后果更为严重。其主要原因在于,进口成员往往采用“非市场经济方法”来计算倾销幅度和补贴金额,有可能导致重复计算。〔5〕

在“美国一反倾销与反补贴税案”中,中国指出,就同一进口产品,如果已经按照美国的非市场经济方法计算了反倾销税金额,则存在的补贴已经被抵消,进口成员不得同时对该补贴征收反补贴税;否则,进口成员的行为将造成重复征税,从而违反《SCM 协定》和《关税和贸易总协定》(General Agreement on Tariffs Trade, GATT)的规定。对此,专家组承认,在非市场经济方法下同时征收反补贴税和反倾销税有可能导致一定程度的双重救济,但《SCM 协定》和 GATT 1994 对于双重救济并未明确禁止,故可推定条约起草者有意授权此类行为。因此,本案中,美国商务部拒绝考虑双重救济问题并不违法。

对于专家组的裁决,上诉机构从法律和事实两个方面进行了分析。

就法律问题而言,上诉机构认为,专家组错误地解释了《SCM 协定》第 19.3 条,特别是未能赋予“适当”数额以含义和效力。在上诉机构看来,就相同产品征收反补贴税时,若不考虑反倾销税所抵消的补贴,则难以确定反补贴税的“适当”数额。因此,双重救济与第 19.3 条的规定不符。〔6〕

就事实问题而言,上诉机构认为,同时征收反补贴税和反倾销税虽然有可能(likely)造成双重救济,但并不必然如此;相关国内补贴是否以及在多大程度上导致出口产品价格下降、主管当局是否采取措施调整计算方法等,均会影响到双重救济现象的出现。根据第 19.3 条,调查主管机关负有肯定性义务征收适当金额的反补贴税。由于美国商务部拒绝考虑双重救济问题,因此违反了第 19.3 条。

通过“美国一反倾销与反补贴税案”的裁决,上诉机构为其后的案件奠定了一个良好的基础。可以预见的是,针对双重救济,争端各方将更为关注反补贴税金额的适当性问题。如美国商务部在对中国光伏产品确定“双反”关税时,就扣除了重复计算的出口补贴。问题在于,消除双重救济并不意味着相关反补贴税或反倾销税的金额就是“适当”的。为此,有必要进一步探讨如何确定“适当”金额的反补贴税。

二 以补贴金额为标准确定反补贴税金额： 资源有效配置说

在实践中,以补贴金额为标准来确定补贴税的金额较为常见,相关法律争议也主要集中在

〔4〕 Appellate Body Report on Canada-Aircraft, para. 157.

〔5〕 需要指出的是,如果在反倾销调查中采用未被补贴的、推定的或第三国的正常价值来确定倾销幅度,那么对市场经济中授予的补贴同时征收反补贴税和反倾销税也可能导致“双重救济”。这意味着,即使中国产品获得市场经济地位,仍有可能存在“双重救济”问题。

〔6〕 Appellate Body Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, para. 583.

在基准市场的选择之上。该实践做法所依赖的资源有效配置说是经济分析法学派常用的模型之一。^[7] 这一学说内含两个前提性假设:个人具有完全理性以及存在完全竞争的市场。这一学说认为,作为政府财政资助的一种,补贴会影响企业生产决策,扭曲竞争条件,阻碍资源有效配置,因此应予消除。与之相对应,一国对进口产品所征收的反补贴税金额应以抵消生产者所接受的补贴金额为限。^[8] 易言之,在资源有效配置模型下,补贴的存在本身就会造成出口国市场的扭曲,故而为使市场恢复到完全竞争状态,应通过法律手段阻碍生产者获得补贴。

然而,基于如下两个方面的原因,资源有效配置模型并不适于对各国的反补贴实践进行概念性解释:

其一,在可行性方面,资源有效配置模型对于实践的指导价值一直受到质疑。

对于普遍存在的贸易补贴问题,该模型所提出的解决方案简单明了:为达到帕累托最优,应全面禁止补贴,将被补贴所扭曲的出口国市场恢复到理想中的完全竞争状态之中。在此,征收反补贴税是达成帕累托最优的手段。问题在于,这种通过规制手段达到帕累托最优的做法与帕累托最优的概念本身相抵触。具体而言,帕累托最优指的是这样一种状态,除非以损害到他人作为代价,否则没有人的福利能够得到提高;如果个人能够进行理性选择,则没有任何理由认为,目前的状况不是一种帕累托最优。^[9] 一旦通过法律手段强制进行资源配置,即使能够取得更值得赞赏的结果,也会因为违背个人理性选择的意愿而脱离帕累托最优意义上的资源有效配置疆域,而进入更具争议性的分配正义领地。

当然,规制者可以采用卡尔多-希克斯效率原则来改善资源配置,即如果一种变革使受益者之所得足以补偿受损者之所失,那么该项变革就是可取的。但这种做法只是掩盖了分配正义问题,因为适用卡尔多-希克斯效率原则必然需要第三方对不同主体的福利进行比较,而能够比较的前提是被比较的福利具有可比性。为取得可比性,第三方必须将不同性质的福利化约为同等性质的福利,如财富。在这一化约过程中,第三方仍需借助非效率的因素来证明,为何财富的最大化具有优先性。就此,被掩盖的分配正义问题又浮出了水面。

其二,在一致性方面,资源有效配置模型外在于反补贴措施,倾向于忽视反补贴的法律架构和概念。

根据《SCM 协定》第 19.1 条,调查主管机关在征收反补贴税之前,必须就补贴及补贴金额、国内产业损害以及补贴进口产品与国内产业损害之间的因果关系作出裁定。其中,补贴金额和损害程度均影响到最终税额的确定,适当的税额被认为应介于两者之间。在法律结构上,反补贴措施并不认为所有补贴本身都违法而应予以禁止,而是要综合考虑“补贴—损害—因果关系”这三个要素。此外,三要素均有其特定含义:补贴不仅指财政资助,还应因此而授予一项利益,故而应从补贴接受者的角度确定补贴的存在及数额;损害也并非指所有损害,而仅指进口国国内产业的损害,从而将补贴成员本国产业损害以及第三国产业损害排除在外;就因果关系而言,裁定所关注的因果关系并非介于补贴与损害之间,而是在接受补

[7] 参见〔美〕理查德·A·波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 15 页。

[8] Charles J. Goetz, Lloyd Granet and Warren F. Schwartz, “The Meaning of ‘subsidy’ and ‘Injury’ in the Countervailing Duty Law”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 6, pp. 19 - 20 (1986).

[9] Guido Calabresi, “The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, p. 1216 (1991).

贴的进口产品与国内产业损害之间。^[10]

《SCM 协定》之所以如此规定,与其所属领域相关:《SCM 协定》为货物贸易协定之一,相关规则均围绕货物进出口而展开;惟其如此,资源有效配置模型与反补贴措施的法律结构和概念扞格不入。^[11] 具言之,资源有效配置模型关注出口国乃至全球市场是否处于完全竞争状态,认为补贴扭曲了完全竞争市场,应予消除。而《SCM 协定》项下的反补贴措施不仅关注补贴,还关注补贴产品对国内产业的损害;如果补贴产品的进口未对“国内已建立产业造成实质损害或实质损害威胁,或实质阻碍国内产业的建立”,则不得征收反补贴税。

如果采取资源有效配置模型来确定反补贴税的金额,则相应的情况很可能是:其一,为消除补贴,只要生产者接受补贴,无论是否造成实质损害,均应征收反补贴税,税额至少应等于补贴金额。其二,在实施国内补贴的情况下,仅对进口产品征收反补贴税不足以消除补贴,因为生产者所制造的产品仍有一部分在补贴成员境内或第三国销售;为消除补贴,主管机关应按比例增加反补贴税的金额。显然,这些考虑均与《SCM 协定》的规定不符。

实际上,在资源有效配置模型中,反补贴措施自身的合理性也存在问题。比如,在市场竞争中,补贴既可能扭曲竞争条件,也可能矫正市场失灵;相应地,补贴即可能减少也可能增加全球福利。当进口国的产品市场和投入市场处于完全竞争状态时,补贴产品的进口反而有利于本国经济福利,但根据反补贴法,主管机关仍可征收反补贴税。在此情况下,征收反补贴税本身就是一种无效率行为。^[12]

一个原本用来解释反补贴措施以及确定反补贴税金额的模型,不仅不能指导法律实践,反而倾向于否定反补贴措施存在的必要性,这多少有些反讽。惟其如此,本文认为,无论是在可行性还是一致性方面,资源有效配置模型并不适于用以确定反补贴税的金额。

三 以损害为标准确定反补贴税金额:竞争权利保障模型

与资源有效配置模型不同,竞争权利保障模型认为,应将本国生产者的公平竞争权利作为关注的重点。所谓“竞争权利”是指,本国生产者就其所生产的产品享有与进口产品进行公平竞争的权利。一个典型的例子是,如果国内市场因为补贴产品的进口而遭到扭曲,进口国主管当局就应当采取措施恢复竞争秩序,如征收反补贴税。^[13] 因此,对补贴进口的产品征收反补贴税,应解读为消除补贴所导致的不利影响,而非消除补贴本身。

与资源有效配置模型相比,竞争权利保障模型更倾向于维护反补贴措施的现有法律框架和核心概念。在此模型下,反补贴调查主管机关之所以对补贴进口产品征收反补贴税,其合理性不在于提高资源的配置效率,而在于可以保护国内企业免受不公平竞争之苦。因此,即使一项补贴有扭曲资源配置之嫌,只要该补贴未影响到本国企业的公平竞争权,调查主管当局就应听其自然。

在竞争权利保障模式之下确定反补贴税金额会经常引起争议的问题是,企业所享有的“竞争权利”是何种性质的权利,以及如果企业享有公平竞争权利,该权利的范围有多大。

[10] 参见《SCM 协定》第 1.1(b)、14、15 条。

[11] Diamond, “Economic Foundations of Countervailing Duty Law”, pp. 779 – 780.

[12] Alan O. Sykes, “Countervailing Duty Law: An Economic Perspective”, *Columbia Law Review*, Vol. 89, p. 214 (1989).

[13] Goetz, Granet and Schwartz, “The Meaning of ‘subsidy’ and ‘injury’ in the Countervailing Duty Law”, pp. 18 – 19.

对于第一个问题,存在完全市场(perfect market)下的竞争权利与现实市场(market as it is)下的竞争权利之分。^[14]前者是指企业在完全竞争市场中进行公平竞争的权利,后者则是指企业在现实的市场中进行公平竞争的权利。如果将“竞争权利”定性为前者,则仍需引入经济效率来证明其合理性,这样一来,竞争权利保障模型不过是资源有效配置模型的翻版而已。而如果将“竞争权利”定性为后者,则无需考虑同类产品进行竞争的市场状况,即该市场究竟是完全竞争市场还是非完全竞争市场无关紧要,调查主管机关应根据补贴产品对相关产业的实际影响来确定企业的公平竞争权利是否受到损害以及损害的程度。显然,第二种解读更为符合《SCM 协定》。

对于第二个问题,存在全部市场和进口国国内市场之分。^[15]就前者而言,企业公平竞争的权利不限于国内市场,还包括本国企业的出口市场。比如,甲国政府补贴 A 企业,A 企业的产品不仅在甲国销售,还出口到乙国和丙国;同样,乙国的 B 企业所生产的同类产品也在甲、乙、丙三国出售。在此情况下,B 企业所主张的竞争权利及于甲、乙、丙三国市场。就后者而言,企业公平竞争的权利仅限于本国市场,亦即尽管 A 企业因受到补贴而对 B 企业在甲国或丙国取得了不公平的竞争优势,但 B 企业只能主张在本国市场中的竞争权利。根据 GATT 1994 第 6 条和《SCM 协定》第 10 条,反补贴税的征收对象为受补贴进口产品,而非所有受到补贴的产品。因此,将权利范围限制在进口国市场符合《SCM 协定》。

综上所述,为与《SCM 协定》的规定保持一致,竞争权利保障模型所言的“竞争权利”应是一种有限的现实权利。有限性体现在反补贴税只能针对受补贴进口产品征收,现实性则体现在调查主管机关应根据现实市场的情况确定是否发生损害以及损害的大小。

在竞争权利保障模型下,征收反补贴税的目的在于救济国内产业因受补贴产品的进口而受到的直接损害,即公平竞争机会的丧失。既然企业公平竞争权利是一种有限的现实权利,那么就并非所有因补贴而获得的竞争优势均应通过反补贴措施来抵消。由于《SCM 协定》关注的是产品进出口问题,受其管辖范围所限,主管机关应将重点放在受补贴进口产品的额外竞争优势之上。当反补贴税的金额足以消除进口产品通过补贴所获得的竞争优势时,此类产品的进口将不会损害到国内企业的公平竞争权利,相应地主管机关也就无须设置更高的税额。

需要指出的是,尽管竞争权利保障模型能够与反补贴措施的法律框架和法律概念保持一致,但在反补贴税金额的最终确定方面仍然与 GATT1994 第 6 条以及《SCM 协定》的规定有所脱节。如 GATT1994 第 6.3 条将反补贴税定义为目的在于抵消“任何津贴或补贴”而征收的一种特别税,这就与竞争权利保障模型所预设的征税目的截然不同。此外,《SCM 协定》第 19.2 条规定,“如反补贴税小于补贴的全部金额即足以消除对国内产业的损害,则该反补贴税是可取的”,就此竞争权利保障模型不能够解释,《SCM 协定》为何使用“可取”这样一个带有倡导意味的词语,而不是对主管机关施加强制性义务,要求其以损害为标准确定反补贴税金额。竞争权利保障模型也不能解释,既然以损害为标准确定税额是“可取的”,那么《SCM 协定》第 19.3 条为何还规定应在非歧视基础上收取“适当”金额的反补贴税。竞

[14] Wentong Zheng, “The Pitfalls of the (Perfect) Market Benchmark: the Case of Countervailing Duty Law”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 19, pp. 45 - 47 (2010).

[15] Diamond, “Economic Foundations of Countervailing Duty Law”, pp. 781 - 782.

争权利保障模型还不能解释,既然以损害为标准确定反补贴税的金额,那么《SCM 协定》第 19.4 条为何还要规定,反补贴税不得超过认定存在的补贴金额。

四 非契合原则下“适当”金额的独立地位

(一) 契合抑或非契合

无论是资源有效配置模型还是竞争权利保障模型,相关反补贴税金额的确定均暗含着契合性原则(alignment principle)。就前者而言,反补贴税的金额应相当于补贴金额;就后者而言,反补贴税的金额应相当于损害。契合性原则反映了这样一种理想状态:行为、损害与救济之间存在一一对应关系,通过救济可以阻止损害行为继续发生,同时能够充分补偿受害人所遭受的损失。^[16] 契合性原则有其理论上的吸引力,可以为贸易救济制度的完善提供一个批判性的思路。^[17] 但问题在于,契合性原则与《SCM 协定》所建立的反补贴措施并不一致,它不是一个适于解释现有法律框架和核心概念的原则。

其一,反补贴措施的目的不支持契合性原则。如在“美国一反倾销与反补贴案”中,上诉机构认为征收反补贴税的目的在于抵消损害性补贴(injurious subsidies)。^[18] 这意味着并非所有的补贴均应被抵消。因此,即使一项补救措施有助于抵消全部补贴,也可能因抵消了非损害性补贴而与反补贴的目的不符。

其二,反补贴措施的法律框架和核心概念也不支持契合性原则。反补贴措施的法律框架中含有三个核心概念,即补贴、损害和因果关系。显而易见的是,并非所有补贴均能体现在产品的竞争优势之上;即使所有的补贴均转化为产品的竞争优势,也并非所有受到补贴的产品均会出口;而即使所有补贴产品全部出口到征收反补贴税的国家,在补贴的金额与所受损害之间也不完全等同。申言之,《SCM 协定》第 14 条和第 15 条分别就补贴金额的计算和损害的确定订立了不同规则:前者允许调查主管机关采取替代性市场来计算补贴金额,^[19] 后者则要求调查主管机关就进口国市场的现实情况进行客观审查。两者所采取的市场基准并不相同,因而很难说在补贴与损害之间存在契合性。

既然反补贴措施的法律框架和核心概念在内在逻辑上并未要求契合性,那么在反补贴税金额的确定方面也无需契合性。毋宁是,就反补贴税的征收而言,非契合(misalignment)才是原则。需要强调的是,在整个法律体系中,非契合原则并非反补贴措施所特有。^[20] 例如,在侵权法中,侵权人的注意标准与损害赔偿标准并不完全契合,责任承担与责任成立之间并无直接的逻辑对应关系。其中,注意标准采取事前视角,目的在于确定侵权人是否需要承担责任以及责任的性质;损害赔偿标准则采取事后视角,目的在于确定侵权人所承担责任的大小。^[21] 在反补贴措施的法律框架下,就补贴这一行为而言,非契合原则体现在:一方

[16] Ariel Porat, “Misalignment in Tort Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 121, p. 84 (2011).

[17] Rachel Brewster, “The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement”, *The George Washington Law Review*, Vol. 80, p. 102 (2011).

[18] Appellate Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, para. 573.

[19] US-Softwood Lumber IV, paras. 89 – 90.

[20] Daryl J. Levinson, “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, p. 857 (1999).

[21] Mark A. Geistfeld, “The Principle of Misalignment: Duty, Damages, and the Nature of Tort Liability”, *The Yale Law Journal*, Vol. 121, pp. 147, 157 (2011).

面,补贴具有合法性。根据《SCM 协定》第 10 条,反补贴税仅可依据《SCM 协定》征收,而《SCM 协定》第五部分并未将补贴行为定性为违法行为。^[22] 另一方面,只当补贴进口产品所造成的国内产业损害达成一定程度,如实质损害或实质损害威胁,主管机关才能对之征收反补贴税。在性质上,补贴属于适法有责行为之一种,而适法有责本身就体现了一种非契合性。^[23] 如果要求适法有责行为符合契合性,则行为人应就其适法行为所造成的所有损害承担责任;由此造成的后果是,除非该类行为的个人收益远远大于社会成本,否则行为人将被迫放弃该类社会有益行为。^[24]

(二)“适当”金额的法律地位

如果说非契合性才是反补贴税征收的原则,那么下一个问题就是,此类非契合性是否受到限制,以及受到何种限制。关于这一点,通用的税收原则,如受益原则和支付能力原则,似乎难以提供有益的指导。具体而言,受益原则认为,对不同纳税人征税应与他们从政府计划中得到的利益成比例。由于受补贴进口产品并未从进口国政府受益,因此进口国无法以此原则征税。支付能力原则则认为,税额应与纳税人的收入或财富相对应,支付能力越高,所纳的税就越高。但反补贴税为间接税之一种,针对进口产品而征收,与纳税人的支付能力无关。实际上,作为贸易救济手段之一,反补贴措施主要着眼于救济不公平贸易,而非增加国家的财政收入。这意味着,原则上只要相关税额足以消除不公平竞争优势,则不应额外增加金额。

问题在于,反补贴税本身存在非契合问题,有可能导致征税过少或过多,难以满足救济不公平贸易这一目标。其中,征税过少体现在:(1)反补贴税仅针对进口产品征收,对于本国产业在他国的损害鞭长莫及;(2)对于某些虽不违法但并不值得提倡、或者具有可谴责性的补贴,仅就损害征税不足以表达一种规范性诉求。^[25] 而征税过多则体现在:(1)双重救济,即对补贴进口产品同时征收反倾销税和反补贴税;(2)补贴进口产品所导致的损害超过补贴额。

针对征税过多或过少的问题,《SCM 协定》第 19.3 条规定,应根据每一案件的情况收取适当金额的反补贴税。对于如何理解“适当”金额一词,存在两种看法:

其一,“适当”金额没有独立法律地位,应将“适当”金额界定为任何不超过补贴金额的金額。如“美国一反倾销与反补贴税案”的专家组认为,只要所征收的反补贴税金额不超过补贴金额,该金额即是适当的。^[26] 这一观点的实质是将《SCM 协定》第 19.3 条依附于第 19.4 条加以解释。我国《反补贴条例》第 43 条也体现了这一观点。

其二,“适当”金额具有独立法律地位,应将“适当”金额界定为一种体现矫正正义的符

[22] 这与《SCM 协定》第二部分(禁止性补贴)的规定形成对比。需要说明的是,对于禁止性补贴,成员方可以采取两种方式救济:一是通过国际法层面的 WTO 的贸易争端解决程序,要求一成员撤销该补贴(《SCM 协定》第 4.7 条);二是通过国内法层面的反补贴程序,对该类补贴征收反补贴税。在国际法和国内法二元论的理论框架下,国际法层面上违法的行为并不必然在国内法层面上违法;反之亦然。

[23] “适法有责行为”指的是行为符合法律规范,但对行为之结果需要承担法律责任。参见曾世雄:《民法总则之现状与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 194 页。

[24] Mark A. Geistfeld, “Social Value as a Policy-Based Limitation of the Ordinary Duty to Exercise Reasonable Care”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 44, p. 899 (2009).

[25] Sunjoon Cho, “The Nature of Remedies in International Trade Law”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 65, pp. 790 - 792 (2004).

[26] Panel Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, para. 14.128.

合比例的金额。这一观点认为,在反补贴的法律框架下,适当金额的反补贴税体现了矫正正义,即被归责的行为人有义务就其行为所造成的损害承担赔偿责任。^[27] 易言之,矫正正义将某些造成损害的行为视为可予以谴责的行为,并要求行为人对该行为所造成的损害承担责任。与权利保障模型相比,矫正正义更为强调行为的可谴责性;与资源有效配置模型相比,矫正正义更为关注加害人和受害人之间所具有的双边主义结构特征。^[28] 鉴于反补贴措施并不涉及损害赔偿问题,而是代之以缴纳反补贴税,故应采用矫正意义上的比例性来确定税额。

第一种看法在一定程度上与当前实践较为一致。如各国在实施反补贴措施时,大多针对进口产品征收相当于补贴金额的反补贴税。这一做法免除了“适当”金额所可能导致的不确定性。但是,正如上诉机构在“美国一反倾销与反补贴税案”中所言,如果将《SCM 协定》第 19.3 条项下的“适当”金额依附于第 19.4 条的解释,会使第 19.3 条变得多余。在上诉机构看来,第 19.4 条的规定并未穷尽“适当”金额的所有情况;毋宁是,第 19.4 条只是为第 19.3 条的适用设定了上限。该条既未要求补贴金额须等于补贴金额,也未涉及当补贴金额小于补贴金额时如何确定其是否“适当”。相较之下,第 19.2 条与第 19.3 条的关系更为密切:通过使用“可取”一词,第 19.2 条鼓励主管机关将反补贴税的金额与所要消除的损害联系起来,亦即一旦在补贴与损害之间建立起因果关系,主管机关就不能无视损害的情况而随意征收反补贴税。另外,第 19.1 条对于第 19.3 条也具有上下文意义。上诉机构注意到,在提及损害时,第 19.1 条使用的是现在时,即“正在造成损害”(“are causing injury”)。上诉机构认为,这表明,损害之存在是征收反补贴税的持续性前提条件。^[29] 因此,将“适当”金额视为不具独立法律地位特别是与损害无关的看法与《SCM 协定》的规定不符。

反观第二种看法,不仅符合反补贴措施的法律框架,还能妥当地阐明该类措施中的核心概念及其关系,具有较强的说明力。特别是,通过行为的可谴责性,《SCM 协定》第 19.2 条、19.3 条和 19.4 条相互之间构成了一种层次分明、逻辑合理的关系,而这种关系充分体现了矫正正义。如第 19.2 条强调损害后果,认为“如反补贴税小于补贴的全部金额即足以消除对国内产业的损害,则该反补贴税是可取的”。然而,“可取”的并不一定是“适当”的。因为,仅仅从救济国内产业损害的角度来确定反补贴税的金额,会漏掉一个非常重要的因素,即行为的可谴责性。从矫正正义的角度看,行为人应当为其可归责的行为承担全部责任,而非部分责任。^[30] 因此,尽管反补贴税的金额小于补贴的金额是“可取的”,但若相关补贴行为具有可谴责性,则《SCM 协定》第 19.3 条的规定是,调查主管机关可以根据每一案件的情况,收取适当金额的反补贴税。当然,在反补贴税的框架下,补贴毕竟是一种适法有的行为,因此即使根据行为的可谴责性征收适当金额的反补贴,该税额也不应超过补贴金额本身。而这一点正是《SCM 协定》第 19.4 条所明确规定的。

[27] Andrew D. Mitchell, “Proportionality and Remedies in WTO Disputes”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, pp. 996 - 996 (2007).

[28] 关于“双边主义”对于矫正正义的意义,参见[美]朱尔斯·L·科尔曼著:《原则的实践:为法律理论的实用主义方法辩护》,丁海俊译,法律出版社 2006 年版,第 30 页。

[29] Appellate Body Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, paras. 555 - 558.

[30] Amir Nezar, “Reconciling Punitive Damages with Tort Law’s Normative Framework”, *The Yale Law Journal*, Vol. 121, pp. 713 - 714 (2011).

五 以补贴类型为标准确定反补贴税金额:矫正正义的解读

如果说“适当”金额具有独立法律地位,那么在征收反补贴税时,调查主管机关就负有相应的法律义务确定该“适当”金额。在“美国一反倾销与反补贴税案”中,上诉机构认为,主管机关应进行充分、勤勉的调查,并基于肯定性证据对反补贴税的金额作出决定。^[31]

问题在于,即便调查主管机关进行了充分、勤勉的调查,应基于何种标准确定反补贴税金额的“适当”与否。对此,“美国一反倾销与反补贴税案”的上诉机构强调要考虑补贴产品所造成的损害。但如上所述,仅仅考虑损害因素并不必然能够得出“适当”金额,而且《SCM 协定》第 19.2 条和第 19.3 条也不支持这样的解读。本文认为,应以矫正正义解读现有的法律框架和核心概念;为最终确定反补贴税的金额,有必要引入补贴的可谴责性这一标准。易言之,在考虑补贴产品所造成损害的基础之上,若补贴的可谴责性较高,则主管机关应相应提高反补贴税的金额,以弥补因单纯救济损害而引发的贸易救济不足问题;反之,若补贴的可谴责性较低,则主管机关可考虑征收第 19.2 条项下“可取的”反补贴税,即只要相关税额足以消除对国内产业的损害即可。

关于如何认定补贴的可谴责性,本文认为,应根据《SCM 协定》所特有的反补贴救济机制加以确定。就此,《SCM 协定》脚注 35 的在一定程度上提供了思路。^[32] 根据该脚注,对于某一特定补贴在进口成员市场中的影响,仅可采取一种救济方式,即或是征收反补贴税,或是实施补贴反措施(countermeasure)。此即《SCM 协定》所特有的双轨救济择一行使机制。其中,补贴反措施指的是通过贸易争端解决程序所实施的贸易救济行为。与反补贴措施相似,补贴反措施同样体现了矫正正义和比例性,即行为人应就其不当行为承担相应的法律责任。与反补贴措施不同,补贴反措施对补贴进行了类型化处理,对于不同类型的补贴,贸易争端解决程序所认可的救济方式各有不同。尽管实施的程序有所不同,但反补贴措施和补贴反措施的功能极其类似,其目的均在于抵消损害性补贴(injurious subsidies),从而在补贴与反补贴之间达成一个微妙的平衡。^[33] 由此,一个可行的方案是,借助于补贴反措施中关于补贴类型及其救济方式的规定,确定反补贴措施中的补贴可谴责性。

具体而言,在补贴反措施的法律框架下,补贴被划分为三类:禁止性补贴、可诉性补贴和不可诉补贴。其中,不可诉补贴条款已于 1999 年年底失效,该列补贴被分别划入禁止性补贴和可诉性补贴两类。^[34] 对于禁止性补贴,根据《SCM 协定》第 4.7 条,专家组应建议“进行补贴的成员立即撤销该补贴”;对于可诉性补贴,根据《SCM 协定》第 7.8 条,“给予或维持该补贴的成员应采取适当步骤以消除不利影响或撤销该补贴”。这些措辞明白无误地传达了一个基本判断:相对于可诉性补贴,禁止性补贴更具可谴责性。既然这一判断存在于补贴反措施中,那么没有理由认为,在具有同样目的和功能的反补贴措施中,禁止性补贴的可谴责性会突然降低。实际上,在反补贴措施的法律框架下,无论是针对禁止性补贴还是可诉性补贴,主管机关只能采取征收反补贴税的方式来实施贸易救济。如果不就行为的可谴责性

[31] Appellate Body Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, paras. 601 – 602.

[32] 该脚注针对的是《SCM 协定》第 10 条的标题——“GATT1994 第 6 条适用”。

[33] Appellate Body Report on US — Anti-Dumping and Countervailing Duties, paras. 573 – 574.

[34] 参见彭岳:《贸易补贴的法律规制》,法律出版社 2007 年版,第 152 页。

作出区分,而仅以补贴产品进口所造成的损害为标准来确定反补贴税金额,那么必然会在两种救济方式之间制造新的不平衡。这一无视行为可谴责性的做法既违背矫正正义,也与《SCM 协定》的目的和宗旨不符。有鉴于此,对于如何确定反补贴税的金额,建议如下:

其一,如果所抵消的补贴为《SCM 协定》第 3 条意义上的禁止性补贴(出口补贴),^[35]那么原则上主管机关可以征收不超过被认定存在的补贴的金额。例外情况是,如该禁止性补贴是由不可诉补贴转化过来的,则主管机关应根据每一案件的具体情况,以国内产业的损害为基础,确定适当金额的反补贴税。

其二,如果所抵消的补贴为《SCM 协定》第 5 条意义上的、不属于禁止性补贴的可诉性补贴,那么原则上主管机关应根据每一案件的具体情况,以国内产业的损害为基础,确定适当金额的反补贴税。例外情况是,如该可诉性补贴是由不可诉补贴转化过来的,则主管机关所征收的反补贴税金额足以消除其对国内产业的损害即可。

其三,在对同一进口产品同时征收反补贴税和反倾销税时,如果计算倾销幅度所使用的方法抵消了部分或全部补贴,那么主管机关在确定反补贴税的金额时,必须减少相应数额,以确保同一补贴不得被抵消两次。与此同时,主管机关仍需考虑前述两点建议,以确定最终的数额。

结 论

为妥当处理复杂事务,人们往往会借助理论模型来化繁为简,以简驭繁。法律规范的创造、识别、解释和适用与理论模型息息相关。与深奥的哲学相比,法学更青睐于浅显易懂的模型;与数理化的经济学相比,法学更青睐于使用方便的模型。问题在于,浅显易懂、使用方便的模型往往隐含着难以减损的前提性假设,一旦假设不合适甚至错误,模型的逻辑自洽性、可靠性、说服力和预测力都将大大减损。特别是,在既定的法律框架下,如果无视规范所设定的边界强行植入一种理想模型,难免削足适履,不仅无助于解决问题,反而会导致合法性危机。

在中美两国就双重救济产生争议之前,各国主管机关大多以补贴金额为标准来确定反补贴税的金额。与之相对应,相关的法律争议主要集中在《SCM 协定》第 14 条,即如何计算补贴的金额之上。在“加拿大一飞机案”中,上诉机构确立了为此后案件所沿用的基调——以市场为基准计算补贴金额。^[36] 市场基准有两种,即抽象的未扭曲市场(undistorted market)基准和现实存在的市场基准,而选择何种市场基准将会直接影响到补贴金额的大小。就此,“美国—软木案”(US—Lumber CVDs Final)的上诉机构进一步指出,在特定条件下,反补贴主管机关有权以未扭曲市场为基准来计算补贴金额。^[37] 至此,关于反补贴税金额的确定似乎再无争议。

然而,中美两国之间关于同时征收反补贴税和反倾销税,进而可能导致双重救济的争议,却又将反补贴税金额的确定问题推向了风口浪尖。在这场争议中,各国主管机关以补贴

[35] 根据《SCM 协定》第 3 条,禁止性补贴有两类:出口补贴和进口替代补贴。由于获得进口替代补贴的产品不可能出口到实施反补贴的市场中,故此处的禁止性补贴专指出口补贴。

[36] Appellate Body Report on Canada — Aircraft, para. 161.

[37] Appellate Body Report on US—Lumber CVDs Final, paras. 101 – 102.

金额确定反补贴税金额这一传统做法受到了质疑。与之相应,该传统做法所依赖的资源有效配置模型也受到了竞争权利保障模型的挑战。与资源有效配置模型相比,竞争权利保障模型更为符合《SCM 协定》的法律框架和核心概念,有其进步性。但是,竞争权利保障模型将反补贴措施的政策目标界定为抵消补贴进口产品所造成的损害,这不仅与 GATT 1994 第 6.3 条不符,还使得《SCM 协定》第 19.3 条的规定——应征收“适当”金额的反补贴税——趋于无效。

在“美国一反倾销与反补贴税案”中,上诉机构既未认同以补贴为标准,也未认同以损害为标准来确定反补贴税的金额,而是强调主管机关应根据每一案件的情况征收“适当”金额的反补贴税,并且这一特别税的目的在于抵消损害性补贴。这一论断意味着,在贸易救济与补贴行为或损害之间并不存在契合性。因此,无论是采用未扭曲市场基准(如非市场经济方法)计算的补贴金额,还是采用实际存在的市场基准计算的损害,均不能独立地决定税额的“适当”与否。为使《SCM 协定》第 19.3 条项下的“适当”金额具有意义,有必要从矫正正义的角度,引入补贴行为的可谴责性这一要素。

在《SCM 协定》下,反补贴措施和补贴反措施均可用于抵消补贴,但两者只能择一而行。其中,补贴反措施对禁止性补贴和可诉性补贴实施了性质有别的补救方案:对前者,一概撤销补贴;对后者,或消除不利影响或予以撤销。二者之间的差异足以表明可谴责性之不同。鉴此,以补贴类型之不同确定反补贴措施中补贴行为的可谴责性,自然也就顺理成章。在反补贴措施中,补贴行为的可谴责性表现为反补贴税金额的适当提高,这就使得税额的确定具有一种矫正正义的意味,也有助于达成反补贴税的目标——抵消损害性补贴。与传统理论模式相比,以补贴类型为标准确定反补贴税不但具有实践指导意义,而且更为符合反补贴措施的目标、法律框架和核心概念。

[Abstract] The disputes between China and the United States over the collection of anti-dumping duties and countervailing duties simultaneously and the potential problem of double remedies have left the determination of countervailing duties in the firing line. The traditional way of determining countervailing duties according to subsidies amount by both authorities is being questioned. There are two competing theories for determining the amount of countervailing duty: the theory of efficient allocation of resources is based on the standard of the amount of subsidy, and the theory of competition entitlement protection takes injury as the benchmark. However, both theories support the principle of alignment in spite of the discrepancies between them. But the legal framework and core conception of the WTO SCM Agreement of WTO do not support the alignment principle and the authorities are required to collect “appropriate” amount of countervailing duties. The authorities should determine the reprehensibility of subsidies according to their types from the perspective of corrective justice and make a final decision on the “appropriate” amount of countervailing duty with the consideration of injury.

(责任编辑:廖 凡)