

论《补贴协定》下“事实上出口条件性” 之法律标准 ——从加拿大飞机案到欧共体大飞机案 之逻辑演进分析*

陈雨松

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: 在WTO《补贴协定》下有关出口补贴的争端案件中, 如何判定“事实上以出口为条件的补贴”历来是一个难点。而同时, 在WTO争端解决机制中, 涉及“事实上以出口为条件的补贴”案件, 大多背景复杂, 头绪繁多, 而审理案件的专家组或者上诉机构则往往殚精竭虑, 在千方百计理清事实的同时, 也努力建立合理可信的分析框架和方法, 以求明法析理, 体现法律标准之明确、统一和公正。本文通过系统梳理相关四起案件的专家组和上诉机构报告对这一问题的阐释, 分析展示专家组和上诉机构思考的逻辑和角度, 以为我们更加深刻领悟这一概念和未来相关政策之制定提供参考。

关键词: 《补贴与反补贴措施协定》; 事实上的出口补贴; WTO争端

中图分类号: D996.1/F746.18 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2014)06-0005-14

WTO《补贴与反补贴措施协定》(简称《补贴协定》)第3条规定了两类禁止性补贴, 即出口补贴和进口替代补贴。关于出口补贴, 第3.1条(a)项规定, 是指“法律或事实上视出口实绩(contingent, in law or in fact, upon export performance)为惟一条件或多种其他条件之一而给予的补贴, 包括附件1列举的补贴。”对于何为“事实上”以出口实绩为条件, 脚注4做了进一步阐释: “如事实证明补贴的给予虽未在法律上视出口实绩而定, 而事实上与实际或预期出口或出口收入联系(tied to)在一起, 则符合此标准。将补贴给予从事出口的企业这一事实本身不得成为属本规定含义范围内的出口补贴的原因。”

尽管法律上与事实上出口条件性中的“条件性”(contingent)一词的法律标准是相同的, 但后者的证明更为复杂。在WTO争端解决实践中, 先后有4起争端的专家组和上诉机构试图阐述“事实上”出口条件性的法律标准, 即巴西诉加拿大飞

* 本文仅代表作者个人观点。

机案（DS70）、美国诉澳大利亚车用皮革案（DS126）、欧共体诉美国大飞机案（DS353），以及美国诉欧共体大飞机案（DS316）。在补贴与“实际或预期出口或出口收入”的“条件性”或“相联系”的确定上，各案专家组和上诉机构报告的差异较大，范围与尺度不同。本文将逐案分析专家组和上诉机构提出的各项“事实上出口条件性”之认定标准，探讨该标准之认定尺度的调整与演变，总结有关法理之发展。鉴于我国正大力研发国产大型民用飞机，工业与信息产业部牵头的《民用飞机产业发展条例》正在制定中，研究认定事实出口条件性的法律标准，对我国制定扶持飞机产业的政策措施具有实际参考意义。

一、加拿大飞机案专家组报告：“若不是”与“靠近出口市场”标准

在WTO争端中，巴西诉加拿大飞机案（DS70）专家组报告首次阐述了《补贴协定》第3.1条（a）项下事实上出口条件性的法律标准。在该案中，巴西指控加拿大通过一系列措施对国内飞机制造业给予援助，违反了《补贴协定》。除其他项目之外，巴西指控“加拿大技术合伙”（the Technology Partnerships Canada，下称“TPC”）及其前身“国防工业生产力项目”（Defence Industry Productivity Program，下称“DIPP”），对加拿大支线飞机产业提供禁止性的出口补贴，违反了《补贴协定》第3.1条（a）项和第3.2条。巴西认为，加拿大之所以向支线飞机产业提供TPC援助，是由于该产业为出口导向产业，并且预期其依然如此，由此，TPC援助构成“事实上”以出口为条件。^①

专家组在分析《补贴协定》第3.1条（a）项和脚注4的基础上，提出了“若不是”（but for）标准。具体而言，专家组认为，第3.1条（a）项之“contingent”的通常含义是指“其存在取决于其他；附条件的；依赖于”；而脚注4中的“tied to”一词要求，若补贴构成第3.1条（a）项所指的“事实上”视出口实绩为条件，在补贴与实际或预期出口或出口收入之间需存在“具体联系”。该种“联系”即为条件性（“conditionality”）。^②由此，专家组提出，审查TPC援助与预期出口或出口收入之间是否存在“条件性”的适用标准是，相关事实能否证明“若不是”（but for）补贴将带来预期出口或出口收入，将不会给予加拿大支线飞机产业TPC援助。^③专家组进一步指出，在补贴的授予和出口销售的创造之间存在“强烈和直接的联系”（a strong and direct link）。这意味着，“若不是”标准主要与预期出口销售相关。由此，专家组又提出了一个进一步的细化标准：“靠近出口市场”（nearness-to-the-

^① Canada – Aircraft, WT/DS70/R, para.9.317.

^② Canada – Aircraft, WT/DS70/R, para.9.331.

^③ Canada – Aircraft, WT/DS70/R, paras. 9.331- 332.

export-market)。具体而言,若一项补贴使某产品距离出口市场销售越近,就越可能证明“若不是”预期出口或出口收入就不会给予补贴;反之,若补贴使产品距离出口市场销售更远,则证明的可能性就越小。^①因此,纯粹的研究,或是为追求提高效率和采用新技术等一般目标而给予的补贴,相较于直接帮助公司将具体产品投放(出口)市场的补贴相比,满足“若不是”标准的可能性较小。^②

运用上述两项标准,在审查争端方提出的证据材料基础上,专家组认为,提供给支线飞机产业的TPC援助的设计和结构明显表明,该援助是为了特定产品的销售;并且很明显,加拿大政府在给予TPC援助时,明显考虑并且很重视出口在销售中将会占到的比重。尤其是航空和防卫部门的TPC援助(包括支线飞机产业),提供给了“具有很高出口潜力的靠近市场的项目”。由此,专家组认为,这些事实证明,如果不是对出口或出口收入存在一些预期,就不会给予加拿大支线飞机产业TPC援助。鉴于加拿大未能有效地提出反驳意见,专家组最终认定,给予加拿大支线飞机产业的TPC援助构成《补贴协定》第3.1条(a)项所指的“事实上”以出口实绩为条件的补贴。

综上,本案专家组对“事实上出口条件性”发展出了两项认定标准:“若不是”标准,以及进一步细化的“更靠近出口市场”标准。然而,这两项标准在随后的上诉程序中被否定。

二、澳大利亚皮革案专家组报告:对“若不是”标准的漠视

本案中,美国指控,澳大利亚政府提供的拨款合同和贷款合同等两个项目构成“事实上”视出口实绩为条件的补贴,从而违反WTO规则。其中,拨款合同由澳大利亚政府与Howe公司及其母公司ALH签署。拨款分三期,第一期付款自Howe/ALH与澳大利亚政府合同签署之后拨款,第二期和第三期付款自收到Howe证明完成销售业绩和投资目标业绩情况报告时再行拨付。在该合同项下,Howe负有义务尽其“最大努力”以满足合同中定明的业绩目标。贷款合同则规定在15年时间里向Howe及其母公司ALH提供2500万澳元,前5年无需归还本金及利息,5年后贷款利息按10年期债券高出两个百分点归还。

在该案中,申诉方美国倾向于对第3.1条(a)项之“事实上出口条件性”作宽松解释,而被诉方澳大利亚则倾向于更为狭义的解释。美国主张,当实际或预期出口是影响利益之授予的若干标准之一时,补贴就是“事实上”视出口为条件。因而,美国声称,假若各种情形整体上表明,争议中的补贴旨在促进出口,则该补贴属于第3.1条(a)项的范围,并被禁止。澳大利亚则认为,为证明补贴之授予事实上与出口

^① Canada – Aircraft, WT/DS70/R, para. 9.339.

^② Canada – Aircraft, WT/DS70/R, para. 9.339.

实绩相联系，必须证明补贴之给予（或维持）有利于出口而非国内销售。^①专家组认为，争端方之间的根本性分歧是，为证明补贴事实上视出口实绩为条件，在补贴之提供与出口实绩之间必须存在的“关系或联系”（relationship or connection）的性质与范围。^②

专家组认为，《补贴协定》第3.1条（a）项和脚注4的用语，以及《争端解决谅解》（DSU）第11条规定的专家组客观评估义务，要求在确定补贴是否在事实上以出口实绩为条件时，审查与补贴之授予或维持相关的所有事实，包括补贴的性质、条款、结构、运行，以及提供补贴的情形。在每一个案中，需要考虑的事实取决于争议补贴的具体情形。所有相关事实合起来，必须证明补贴之授予或维持是以实际或预期出口或出口收入为条件。^③在此基础上，专家组逐一分析了拨款合同下的支付和贷款合同。

专家组基于以下理由认定拨款合同构成事实上以出口为条件的补贴。其一，Howe公司曾受益于澳大利亚政府旨在刺激出口的ICS和EFS计划。在车用皮革不再有资格获得这两项计划时，澳大利亚政府签署了拨款合同和贷款合同，至少部分原因是在Howe公司丧失原两项计划的受益资格后，帮助其度过难关。^④其二，澳大利亚政府知晓Howe公司生产的绝大多数车用皮革供出口销售。证据证明，澳大利亚政府给予Howe财政援助，是为了确保Howe在丧失ICS和EFS受益资格后，还能继续经营。由此，专家组认为，很清楚，出口预期是澳大利亚政府提供援助的重要条件。出口之事实不能成为出口条件性的唯一决定性因素，但与出口水平一样，也是相关考虑因素。^⑤其三，澳大利亚车用皮革市场非常小，不足以消化Howe公司的生产量。为了达到拨款合同中的销售业绩目标，Howe有必要继续并可能增加出口。在签署拨款合同当时，澳大利亚政府知晓该必要性，预期到Howe将继续并可能增加出口。专家组认为，这有效地将销售业绩目标转换为出口业绩目标，因此，Howe的预期出口实绩是获得补贴的条件之一。^⑥其四，澳大利亚政府仅向Howe提供了补贴，而该公司是唯一的车用皮革出口商。澳大利亚政府没有向仅供应国内市场的生产商提供补贴。^⑦

最终，结合所有上述事实，专家组认为拨款合同下的三次补贴支付均在事实上与Howe公司的实际或预期出口或出口收入相联系。“这些付款以Howe同意尽其最大努力满足总业绩目标为条件。第二和第三笔拨款明确以尽到最大努力满足中期销售业绩目标为条件。鉴于Howe的出口依赖性以及澳大利亚市场的规模，这些销售业绩目标

① Panel Report, *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.52.

② Panel Report, *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.53.

③ Panel Report, *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, paras.9.56-9.57.

④ Panel Report, *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, paras.9.64-9.65.

⑤ Panel Report, *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.66.

⑥ *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.67. 澳大利亚认为，这对于出口依赖型的小经济体不公平。

⑦ *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.69.

实为出口业绩目标。拨款合同中列明的销售业绩目标以及上述列明的其他事实，导致专家组得出结论认为，补贴之授予是以预期出口为条件。”^①

关于澳大利亚政府与Howe/ALH之间的贷款合同，专家组认为，其一，贷款合同并未将贷款与Howe公司的生产或销售相联系，无论合同条款、贷款付款的设计，或是还款条款，都没有将贷款与出口业绩，甚至是销售业绩直接联系起来。^②其二，尽管还款的某些资金可能来源于出口销售，但最终由Howe和ALH决定用于归还贷款的资金来源。单凭归还贷款的资金来源之一是潜在的出口收入，不足以认定贷款在事实上以预期出口或出口收入为条件。Howe是ALH的子公司之一，ALH还有其他的营业，生产其他产品，所获资金可用以归还贷款。其三，除Howe公司之外，ALH的资产及其保证也为贷款提供了担保。根据这些因素，在贷款和预期出口或出口收入之间不存在充分的紧密联系。^③因此，贷款合同不构成第3.1条（a）项所称的在事实上视出口实绩为条件。

值得注意的是，本案专家组报告散发于1999年5月25日，恰好在加拿大飞机案专家组报告发布（1999年4月14日）之后、上诉机构报告散发（1999年8月2日）之前。尽管有加拿大飞机案专家组报告提出“若不是”和“靠近出口市场”标准在先，本案专家组在分析“事实上出口条件性”时，并未援引，而是从头开始，另起炉灶，重新从《补贴协定》第3.1条（a）项和脚注4用语的通常含义解释入手。然而，专家组最终只是重申相关事实“必须证明补贴之授予或维持以实际或预期出口或出口收入为条件”，^④并未提出任何新的解释框架和认定标准。从专家组报告对拨款合同的整体分析来看，尽管其列举的理由有四项，但主要强调了两项因素。一是澳大利亚车用皮革市场狭小，为满足合同中的销售业绩目标，作为出口企业的Howe公司将继续甚至扩大出口。二是，澳大利亚政府知晓此一情形。基于此种“知晓”，贷款合同中的销售业绩指标转化成为出口实绩目标，构成事实上的出口条件性。专家组的此一推论非常值得推敲。专家组错误地将“条件性”或“相联系”等同于“预期出口或出口收入”，也即，提供补贴的机关在当时预期到补贴将带来出口或出口收入。专家组未能援引相关事实证明在补贴与预期出口或出口收入之间存在“条件性”。正如后来欧共体诉美国大飞机案专家组指出的，本案的证据不那么充分。美国大飞机案专家组认为，实际上，是签署拨款合同的背景影响了车用皮革案专家组认定拨款合同构成出口补贴。澳大利亚政府签署拨款合同的时间，是在其按照与美国达成的协议，将车用皮革排除在ICS和EFS计划之外的8天之后。在此之前，Howe公司的车用皮革出口从ICS

① *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.71.

② *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.74.

③ *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.75.

④ *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/R, para.9.57.

和EFS计划中受益颇多。^①尽管本案专家组的解释和论证充满疑问，但由于双方均未上诉，上诉机构未有机会进行审查并阐述意见。

三、加拿大飞机案上诉机构报告：“三要素”分析法

在加拿大飞机案专家组报告散发后，加拿大对专家组有关TPC援助的裁定提出上诉，使上诉机构有机会阐述其对“事实上出口条件性”之法律标准的认识。上诉机构并没有推翻专家组对TPC援助的最终结论，但提出了“三要素”分析法，取代专家组提出的前述两项标准。

首先，关于“若不是”标准，上诉机构在脚注中表示，专家组认定“事实上出口条件性”的总体方法没有错，但“上诉机构和专家组必须解释和适用条约中实际使用的语言（we, and panels as well, must interpret and apply the language actually used in the treaty）”。^②其次，对于所谓的“靠近出口市场”标准，上诉机构认为，专家组对该标准的适用实为一种法律推定（legal presumption）。在某些情形下，“靠近出口市场”可作为一种相关事实，但却不能成为一种法律推定，不能仅凭该要素的存在或不存在，推定补贴是否在事实上以出口为条件。

那么，判断事实上出口条件性的标准究竟为何？上诉机构提出了“三要素”分析法。也即，满足脚注4之“事实上出口条件性”标准，需证明三项不同的要素：一是补贴之“提供”；二是“相联系”（is...tied to）；三是“实际或预期出口或出口收入”。其中，第二项要素是核心。上诉机构认为，第二项要素要求必须证明存在一种“条件性或依赖关系”（a relationship of conditionality or dependence）。也即，相关事实必须证明补贴的授予与实际或预期出口或出口收入相联系（tied to）或视后者为条件（contingent upon）。补贴与出口实绩之间的条件性关系，必须从构成和围绕补贴之授予的总体事实结构中得出，任一事实本身都不可能有决定性意义。^③对于第三项因素，上诉机构认为，“预期”一词语（anticipated）意指“期待”（expected）。上诉机构特别指出，第二项要素与第三项要素是不同的，仅仅证明提供补贴的机构在提供补贴时预期会发生出口还不充分，^④尚需证明给予补贴与预期出口“相联系”。

由此，本案上诉机构在否定专家组两项标准的基础上，提出了“三要素”分析法。与专家组提出的“若不是”标准相比，“三要素”分析法最为重要的一点是区分并明确第二项因素和第三项因素是不同的。也即，政府预期（或是希望、重视）出口或出口收入本身，不足以认定事实“相联系”或存在“条件”。至于这种“联系”

^① *US – Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1581.

^② *Canada – Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.171 & footnote 102.

^③ *Canada – Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.167.

^④ *Canada – Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.172.

或“条件性”的具体认定,上诉机构虽不认可专家组提出的“靠近出口市场”标准,但没有进一步提出自身认为合适的认定标准,仅表示应当从案件全部事实中推断,任一因素本身不具有决定性意义。^①似乎,此时的上诉机构不倾向于为判断第二项因素“条件性或依赖关系”之存在,预设任何具体的法律标准。

四、欧共体诉美国大飞机案专家组报告:“原因”标准

美国波音公司和欧盟空客公司是世界两大飞机制造商。继2004年美国向WTO起诉欧共体向空客公司提供补贴之后(DS316案),欧共体也向WTO起诉美国对波音公司提供了补贴(DS353案)。这两起案件均涉及《补贴协定》第3.1条(a)项下“事实上以出口为条件”补贴的指控,并且两起案件的专家组采用了同样的法律标准认定补贴之授予与实际或预期出口或出口收入之间的条件性,也即:“原因”(because of)标准。鉴于欧共体诉美国的DS353案专家组报告散发在后,且下文将详细讲述美国诉欧共体的DS316案,本部分将以欧共体诉美国的DS353案专家组报告为主,对“原因”标准的适用做详细说明。^②

在欧共体诉美国大飞机案(DS353)中,相关争议是美国HB 2294号立法下的税收措施是否构成《补贴协定》第3.1条(a)项下事实上视出口为条件的补贴。专家组在回顾了加拿大飞机案和澳大利亚车用皮革案相关法理后,决定遵循加拿大飞机案上诉机构的“三要素”分析方法,即逐一分析“补贴之授予”、“相联系”和“实际或预期出口或出口收入”,判断事实上的出口条件性。对于第二个因素,即与实际或预期出口或出口收入“相联系”,专家组指出,脚注4没有对“相联系”的含义,或是应如何证明“联系”提供具体指引。欧共体提出,如果能证明对出口的期待是政府提供补贴的部分考量、动机或意图,则就可以证明“联系”的存在。

对此,专家组提出了证明“相联系”的新标准:“原因”(because of)标准。也即,假若提供补贴的原因是授予机关期待出口,则“联系”存在。^③专家组认为,该补贴应当“有利于”(favoring)出口。假若不存在某种“有利于”出口的情形,几乎不可能证明在补贴与实际或预期出口之间存在必要的“联系”。该“有利于”不一定指在出口和国内销售之间区别对待,还包括“由于”期待某一公司出口或将实际出口而向该公司提供补贴。^④

① 在此一问题上,上诉机构与专家组的看法并无二致。对于相关的证明要素,专家组认为,脚注4的通常含义表明,任何(any)事实,只要其能单独或与其他事实一起证明若不是预期出口或出口收入,会否授予补贴,都可以是相关的。譬如接受者的出口导向、给予补贴的原因,以及诸如与补贴之授予相关的其他事实等。在任何给定情形下,每一事实的相对重要性仅能在该案的背景下确定,不能一概而论。*Canada – Aircraft*, WT/DS70/R, para. 9.337.

② *US – Large Civil Aircraft* (2nd complaint)案(DS353)专家组报告散发时间为2011年3月31日,上诉机构报告散发时间为2012年3月12日。*EC and certain member states – Large Civil Aircraft*案(DS316)专家组报告散发时间为2010年6月30日,上诉机构报告散发时间为2011年5月18日。

③ *US – Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1537.

④ *US – Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1540.

专家组详细分析了第二个和第三个因素。对于第三个因素，即补贴的提供者是否“预期”到出口，欧共体提出两个方面的证据：一是波音公司的出口导向；二是HB2294规定波音应建立至少具备每年生产36架超高效飞机生产能力的设施。欧共体认为，一旦建立这样的设施，为避免严重的财务损失，波音将充分利用这些生产能力；然而美国市场的需求水平不足以消化36架787系列飞机，波音需要至少出口部分产品。由此，欧共体认为，HB2944中的生产能力要求相当于是一种出口要求，或至少是可期待导致出口。^①对于上述两点，欧共体认为华盛顿州政府均是知晓的。专家组基于不完全相同的理由，认定欧共体证明了补贴提供者期待出口。具体而言，理由有二：一是主址协议（Master Site Agreement，下称“MSA”）第10.6.1条提及商业飞机市场是“国际市场”，而非局限于美国市场。这表明，MSA的双方，包括华盛顿州，均期待波音787的销售将涉及出口。二是波音公司的出口导向性。尽管某一实体的出口导向性不能成为证明补贴之授予与预期出口之间存在“联系”的惟一证据，不能据此认定存在出口条件性，但该因素对确定是否预期到出口具有相关性。专家组认为，大量可公开获得的信息证明，华盛顿州预期从HB2294受益的波音787生产将会出口。对于欧共体提出的生产能力要求，专家组认为欧共体未能很好地证明美国市场无法消化36架波音787飞机，以及华盛顿州对国内市场能力的知晓。最终，专家组基于波音市场的国际性质，以及波音公司的出口导向，认定与HB2294相关的法律文件表明，华盛顿州期待HB2294受益项目可带来出口，认定存在补贴提供者预期出口。^②

对于第二个因素，即补贴的授予是否与预期出口“相联系”。欧共体认为“能力要求”，即要求至少具备生产36架超高性能飞机的能力，足以证明“联系”之存在。欧共体认为，能力要求构成对出口的一种期待，而补贴的提供又是以满足能力要求为条件，故而补贴与预期出口“相联系”。然而，专家组并不认同欧共体的上述观点。^③专家组认为，欧共体提供的证据顶多能证明满足能力要求将带来出口预期，但无论是从立法，还是其他地方，都看不出在能力要求和期待出口之间存在“联系”。

最终，专家组适用了“原因”标准，在分析HB2294、MSA、华盛顿州长与波音之间签署的谅解协议、州参众两院有关HB2294的辩论，以及州长Gary Locke的演讲后，认为HB2294下的税收措施，是由于华盛顿州认为波音787组装线落户华盛顿州将会给华盛顿州的经济带来正面影响，尤其是就业率。专家组注意到，《补贴协定》第3.1条（a）项规定，若补贴以出口实绩为惟一条件或条件之一，将是禁止性。因此，即便给予补贴的条件之一是波音787组装厂将增加就业，也不能排除HB2294与预期出口之间存在联系的可能性。但是，专家组认为，明确和令人信服的证明表明，给予补

① *US - Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1554.

② *US - Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, paras.7.1560-7.1565.

③ *US - Large Civil Aircraft* (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1576.

贴的原因是华盛顿州希望吸引波音787组装线落户以促进就业,相比之下,仅有少量证据表明,在补贴之授予和预期补贴之间存在联系。由此,专家组认为,欧共同体并没有证明在补贴之授予和预期出口或出口收入之间存在“联系”;因此,欧共同体没有证明HB2294属《补贴协定》第3.1条(a)所指的事实上以出口实绩为条件。^①

本案专家组报告的特别之处是,在接受加拿大飞机案上诉机构报告“三要素”分析法,严格区分第二项和第三项要素的同时,对第二项要素“相联系”的认定,提出了进一步的法律标准,即“原因”标准。假若实际或预期出口或出口收入,是授予补贴的原因,则“联系”存在。对于这一主观性的法律标准,专家组也承认会带来一些问题。譬如,该解释会导致两个运作完全相同、市场扭曲影响也相同的补贴项目,仅仅因政府提供补贴的原因不同,而在是否构成事实出口条件性上认定不同;在某些情形下,依据提供补贴的原因证明“联系”,将使规避第3.1条(a)项更为容易。尽管认识到这些问题,专家组仍然认为,为确定补贴之授予与提供者期待出口之间的“联系”,有必要确定提供补贴的原因是否是期待出口。^②本案当事方对专家组的此项裁定都没有提起上诉,但仅在该专家组报告散发后不到2个月,在美国诉欧共同体大飞机案(DS316)中,上诉机构推翻了该“原因”标准。

本案另一值得注意的问题是,关于“原因”之证明,专家组援引了加拿大飞机案上诉机构报告,认为应从构成和围绕补贴之提供的全部事实去证明。然而,面对各种相关事实,专家组给予的证明效力是不同的。专家组主要从法律文件的语言表述中寻求指引,对政治人物的言论,则给予了较低的证明效力。这对于我国如何制定飞机产业发展政策,有很大的启示意义。法律文件的起草应避免使用促进出口与提升国际竞争力之类的词语。

五、美国诉欧共同体飞机案上诉机构报告:“引诱销售向出口倾斜”标准

2004年10月6日,美国请求与欧共同体及其某些成员国政府进行磋商,指控后者违反《补贴协定》和GATT 1994,对大飞机提供补贴。美国起诉的措施包括德国、法国、英国和西班牙为设计和研发大飞机而向空客公司提供的融资,即“启动援助”(Launch Aid)或“成员国融资”(MSF)。美国认为,针对空客A380、A340-500/600和A330-200机型,欧盟向空客提供的LA/MSF构成“法律上”,以及《补贴协定》第3.1条(a)项和脚注4所指的“事实上”视预期出口实绩为条件的出口补贴,并违反第3.2条。2010年6月30日,专家组向成员散发专家组报告,认定美国未

^① US - Large Civil Aircraft (2nd complaint), WT/DS353/R, paras.7.1582-7.1583.

^② US - Large Civil Aircraft (2nd complaint), WT/DS353/R, para.7.1538.

能证明LA/MSF补贴在法律上视预期出口实绩为条件，并且未能证明法国针对A380和A340-500/600机型、西班牙针对A340-500/600机型，以及法国针对A330-200机型的LA/MSF措施构成在事实上以预期出口实绩为条件的禁止性出口补贴，但证明了德国、西班牙和英国针对A380机型提供的LA/MSF补贴，构成在事实上以预期出口实绩为条件的禁止性出口补贴。^①

对于“事实上出口条件性”的解释，本案专家组与欧共体诉美国大飞机案（DS353）专家组均适用了“原因”标准。所幸的是，本案中，美国和欧共体均提起上诉，指控专家组对《补贴协定》第3.1条（a）项和脚注4的解释和适用错误，错误地适用了“事实上出口条件性”法律标准。由此，上诉机构获得了进一步阐述相关法理的机会。

2011年5月18日，上诉机构散发了上诉机构报告，在“事实出口条件性”问题上，推翻了专家组提出的“原因”标准，并在加拿大飞机案上诉机构报告之“三要素”分析法基础上，做了进一步的重要发展。甚至可以认为，上诉机构重述了“事实出口条件性”的法律标准和具体认定方法。

上诉机构认为，补贴之授予与预期出口之间的条件性关系，可通过下列标准证明：补贴之授予是否用于诱使接受者促进未来的出口实绩。^②上诉机构进一步指出，假若授予补贴的目的是激励接受者，使其不再仅仅考虑未被补贴扭曲情况下的国内和出口市场的供需条件，而增加出口，则可认为满足了第3.1条（a）项和脚注4之“事实上出口条件性”。^③事实上出口条件性的存在，“必须从构成和围绕补贴之授予的总体事实结构中得出”，包括下列因素：（i）授予补贴之措施的设计和结构；（ii）措施的运行方式；（iii）围绕补贴授予的相关事实情形，该等事实情形可为理解措施的设计、结构和运行方式提供背景。^④具体的评估方法是，对提供补贴时受补贴产品预期出口和国内销售比率，与不存在补贴时的销售比率进行比较。对于不存在该补贴时的比率，可依据获得补贴前，接受者同一种产品在国内和出口市场上的历史销售数据。假若不存在未受补贴影响的历史数据，或受补贴产品是新产品，不存在历史数据，该比较应在假定一个追求利润最大化的公司在不存在补贴的情形下出口和国内市场业绩基础上进行。若证据证明，在所有其他方面相同的情形下，与接受者的历史业绩，或不存在补贴情形下追求利润最大化的公司假定的业绩相比，补贴之授予刺激预期销售向出口倾斜，就表明补贴之授予在事实上与预期出口相联系。^⑤

① *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, paras.8.1-8.3.

② "is the granting of the subsidy geared to induce the promotion of future export performance by the recipient?" see, Appellate Body Report, *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1044.

③ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1045.

④ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1046.

⑤ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1047.

上诉机构批评了专家组的“原因”标准,认为专家组的“原因”标准将出口条件性等同于提供补贴的理由,错误地解释了《补贴协定》第3.1条(a)项。专家组使用“理由”(reasons)这一概念,试图将笼统和高度概括的“条件性关系”具体化。因而,专家组在阐述《补贴协定》第3.1条(a)项和脚注4标准时,除了使用“以……为条件”(conditional on)和“条件”(conditions)词语外,还使用“原因”和“理由”等词语。^①但上诉机构拒绝通过探求补贴提供者的主观意图,证明“事实上出口条件性”。

上诉机构认为,补贴之授予是否在“事实上与出口实绩相联系”,是一项客观标准,应从构成和围绕补贴之授予的总体事实结构中寻求证明,包括授予补贴之措施的设计、结构,以及运行方式。补贴之授予与出口实绩之间的条件性关系,必须是依据有关证据在客观上可观察的。政府促进补贴接受者未来出口的主观动机不能满足“事实上出口条件性”标准。上诉机构指出,在WTO争端解决历史上,上诉机构和专家组已经数次提醒依据措施背后的政府意图判断措施的WTO一致性是不适当的。同样的,第3.1条(a)项和脚注4下补贴与预期出口之间的条件性,也必须在客观证据,而不是主观意图基础上证明。^②政府给予补贴的原因,仅解释了为什么给予补贴,而不一定回答了根据补贴的设计、结构和运行方式,政府为了诱使接受者未来出口,都做了些什么。因而,补贴的授予是否以将来的出口实绩为条件,必须根据相关的事实情况评估补贴本身,而不是提供补贴的原因。^③政府提供补贴的原因,可为证明“条件性”之存在提供某种证据,但却不能等同。提供补贴的原因,与补贴之授予是否用于引诱接受者将来提高出口实绩,不是一件事。^④

由于专家组适用了错误的标准,上诉机构推翻了专家组有关《补贴协定》第3.1条(a)项和脚注4下事实上出口补贴的裁定。为完成分析,上诉机构回顾了专家组曾审查过的证据,包括LA/MSF合同下的市场预测和还款安排。这些证据表明:(i)提供LA/MSF合同下的融资,是以还款为条件;(ii)根据合同中的还款条件,空客在完成受补贴飞机特定销售量后,有义务在每一销售的基础上归还贷款;(iii)合同还款条款规定的销售数量将涉及实质性数量的出口销售。专家组认为,“各种信息明显表明,若达到完全归还每一贷款所需的销售水平,空客需完成实质性数量的出口。”在此基础上,结合市场预测,专家组认定,在提供LA/MSF之时,相关成员国政府预期到空客将有实质性数量的出口销售,以归还在法国、德国、西班牙和英国A380合同和法国A340-500/600合同下提供之LA/MSF融资。上诉机构认为,上述情况仅证

① EC and certain member states – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, para.1065.

② EC and certain member states – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, para.1050然而,上诉机构也指出,虽然提供补贴的政府的主观动机不能满足“事实上出口条件性”标准,但有关政府提供补贴的政策目标的客观可审查的表达,可构成相关的证据。

③ EC and certain member states – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, para.1051.

④ EC and certain member states – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, paras.1063 - 1066.

明脚注4所指的“预期出口”，而没有回答在LA/MSF合同下，空客预期的大量出口是否并非单纯反映了未被补贴扭曲的国内和出口市场供需条件。^①证据未能明确表明在LA/MSF合同项下，空客的预期出口和国内销售比例，以及在未受LA/MSF合同补贴扭曲的情形下，空客的预期国内和出口市场销售比例。因此，上述证据也就无助于证明LA/MSF项下的补贴是否刺激空客未来销售向出口倾斜。^②关于LA/MSF合同的还款条件，即要求空客在完成特定销售量后在每一销售基础还款，而特定销售量若不涉及出口，将无法完成，上诉机构认为，专家组审查的证据表明，空客为偿还LA/MSF贷款需要有大量出口，可能是由于大飞机市场和需求的全球性，而不及一定是由于或是反映了LA/MSF补贴的设计或结构。^③

因此，上诉机构认为，所有上述事实性裁定合起来，仍不能回答下述问题：在未受LA/MSF合同补贴扭曲之情形下，空客预期的国内和出口市场销售水平为何？没有证据表明，LA/MSF补贴是否，或是如何刺激空客未来销售向出口倾斜。如前所述，上诉机构认为，评估补贴的授予是否提供了该种刺激，应比较争议中的补贴导致的受补贴产品预期出口和国内销售的比率，以及在没有此补贴时的情形。后者可在接受者国内和出口市场同一产品历史销售基础上确定，如不存在历史销售，则应比较在不存在补贴的情形下，一个利润最大化公司在国内和出口市场上的行为。在本争端中，每一种接受LA/MSF合同补贴的大飞机机型都是新的、独特的，在不同的项目下进行研发；即便有关以往机型的历史数据具有相关性，给予空客的LA/MSF补贴始于1969年研发第一个空客机型A300之时，因此，也不存在一个未受LA/MSF补贴的相同大飞机机型的历史数据，以作为比较的基础。^④而且，由于缺乏专家组充分的事实性裁定和无争议事实，上诉机构认为其无法审查当不存在补贴时一个追求利润最大化的公司的行为，故而无法完成最终的分析。^⑤

本案上诉机构提出的“引诱销售向出口倾斜”标准，与专家组提出的“原因”标准相同，均试图对补贴与出口实绩之间抽象概括的“条件性”关系做进一步的细化界定。所不同的是，上诉机构以客观标准取代主观标准。不仅如此，上诉机构进一步提出了评估补贴是否“引诱销售向出口倾斜”的具体评估方法，即比较存在补贴与不存在补贴两种情形下的预期出口和国内销售比例。这将有助于缓解未来案件中“事实上出口条件性”适用中的不确定状态。几乎没有疑问的是，假若按照当前上诉机构适用的法律标准和评估方法，澳大利亚车用皮革案的相关裁决会被重写。

六、关于“事实上出口条件性”之法律标准的演变评述

^① *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1091.

^② *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1092.

^③ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1093.

^④ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, para.1099.

^⑤ *EC and certain member states – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, paras.1101 - 1104.

（一）关于事实上出口条件性之法律标准：解释方法之检讨

综上所述，在“事实上出口条件性”问题上，上诉机构和专家组先后演绎出了不同的法律标准和评估方法。最初，加拿大飞机案专家组提出了“若不是”标准和“靠近出口市场”之法律推定，但在上诉程序被否定。上诉机构否定“若不是”标准的理由实际上比较牵强，即“上诉机构和专家组必须解释和适用条约中实际使用的语言”。事实上，迄今为止，专家组和上诉机构已对《补贴协定》多个条款的解释和适用发展出条约字面上没有的法律标准，并形成成为后案普遍接受的法理。譬如，对于判断是否存在《补贴协定》第1.1条之（a）（1）（ii）目所指的“放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收”，在欧共同体诉美国外国销售公司案中，上诉机构提出的衡量标准是当能够指明成员适用的一般性税则时，可适用“若不是”标准；在其他情况下，比较在可比较情况下、可比较收入的税收待遇。^①再譬如，关于《补贴协定》第1.1条（b）项，就是在本加拿大飞机案中，上诉机构指出市场为判断一项财政资助是否授予了“利益”提供了适当的比较基础。^②该市场基准在此后的补贴案中为专家组和上诉机构普遍接受。这些解释标准均非条约语言，而是上诉机构自身发展出来的。故而，加拿大飞机案上诉机构拒绝专家组“若不是”标准的真正理由，尚有疑问。

从表面来看，“若不是”标准和“靠近出口市场”推定都有一定道理。然而问题是，“事实上以出口为条件”是一个极其复杂的问题，最好能够有一个完整的分析框架来解决问题。上诉机构否定这些评估标准，笔者认为，主要原因是这些标准本身具有模糊性和不确定性，在逻辑上有缺陷。事实上，“若不是”标准是在探讨补贴之原因，如果沿此方向进一步深究下去，会导致陷入对补贴措施背景和来由的考察，而忽视补贴措施本身的结构、效果等分析。而“靠近出口市场”虽然强调了补贴的效果，但不一定在所有案件中都会得出清晰结论，不具有法律标准应当具有的普遍性和可操作性。而此后的澳大利亚皮革案，专家组虽然努力采用全面分析的方法，但主要是基于该案事实本身的分析，就事论事，并未建立新的逻辑框架和方法。

（二）阐幽发微：“事实上以出口为条件”法律要件之明晰

在否定专家组“若不是”标准和“靠近出口市场”之法律推定后，上诉机构基于《补贴协定》第3.1条（a）项和脚注4，解读出“三要素”分析法，这是对WTO法律演进所作出的贡献。上诉机构“三要素”分析法的最大意义在于明确并强调第二个和第三个要素是独立和不同的。政府预期出口，并不能证明补贴与出口之间的条件性。若将“三要素”分析法应用于澳大利亚车用皮革案，该案专家组推理的漏洞显而易见：将第二项和第三项要素混淆，甚至等同起来。假若仅凭完成合同规定之销售业绩

^① *US - FSC (Article 21.5 - EC)*, WT/DS108/AB/RW, paras. 91 and 98.

^② *Canada - Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.157.

条件需要出口，就足以认定“事实上出口条件性”，将模糊《补贴协定》下可诉补贴与禁止性补贴的界限。纯粹的国内补贴，也将对出口产生溢出和促进效应。欧共体诉美国大飞机案专家组委婉地表示，与加拿大飞机案相比，澳大利亚车用皮革案证明“事实上出口条件性”的证据不那么充分。

当然，加拿大飞机案上诉机构报告并未毕其功于一役。对于最关键的第二个要素“相联系”或“条件性”的确定，并未提出具体方法。特别是，“三要素”分析法未能指引究竟应如何确定“相联系”。可以说，加拿大飞机案上诉机构在“破”（即否定“若不是”标准和“靠近出口市场”之法律推定）的同时，在“立”的方面还刚刚开了一个头。

（三）从主观意图到客观效果：思维方式之转化

随后的美国大飞机案（DS353）和欧共体大飞机案（DS316）中，专家组和上诉机构先后提出了“原因”标准和“引诱销售向出口倾斜”标准，均试图解决这一剩余问题。对于“三要素”分析法中最为核心的第二项因素“相联系”或“条件性”如何界定，DS353案和DS316案的专家组报告均主张采用主观性标准，即探究政府提供补贴的主观意图为何，但被DS316案上诉机构报告推翻。上诉机构认为应采用客观标准，探求构成和围绕补贴的有关事实是否证明补贴引诱接受者销售向出口倾斜，其出口是否不单纯反映了不存在补贴时国内和出口市场的供求条件。这是一个重要转变。客观标准的采纳，使得在评估“事实上以出口为条件的补贴”时，重新回到对补贴措施本身的考察，包括补贴的设计、结构、运行方式和相关背景等，而不是对其意图的揣测。

同时，从另一角度而言，“引诱销售向出口倾斜”标准描述的情况是，政府提供的补贴干扰了企业对国内外市场供求关系的正常判断，使企业更倾向于出口。在此情况下，“事实上以出口为条件的补贴”实际上强调补贴的效果构成了对正常市场的干扰和扭曲。如果没有此种干扰和扭曲，即使补贴的结果必将导致出口，也不能认定“事实上以出口为条件”（例如，欧盟的LA/MSF）。因此，欧共体飞机案上诉机构报告在一定程度上加严了这一认定标准。同时，考察补贴接受者的出口是否反映了未受补贴扭曲情形下出口和国内市场的供求条件，以判断补贴是否引诱接受者促进出口，是试图从补贴对市场客观影响的角度，判断“条件性”之存在。这较专家组提出的“原因”标准也更符合《补贴协定》依据补贴对贸易的影响程度区分禁止性补贴和可诉补贴的理念。

可以说，欧共体大飞机案上诉机构报告是在加拿大飞机案上诉机构报告基础上的重大发展，填补了后者的空缺。这将有助于缓解未来案件中“事实上出口条件性”适用中的不确定状态。随着WTO争端解决案件增多，我们也期待在新的案件中，WTO专家组和上诉机构能够在此基础上进一步澄清和发展。

（下转第66页）