

论可再生能源补贴国际规则的制定

叶波 梁咏*

摘要: 为了保护环境,世界各国都采取了支持可再生能源发展的措施,其中之一就是提供补贴。可再生能源补贴尤其是其中的当地成分要求与现行《SCM 协定》补贴规则并不一致。可再生能源补贴也未必满足一般例外条款的核心要求。在可再生能源领域制定新的补贴国际规则是比较合适的选择。

关键词: 可再生能源补贴 一般例外 加拿大可再生能源措施案 《SCM 协定》

一 引言

由于几乎 2/3 的温室气体排放与化石能源有关,各国都普遍鼓励使用可再生能源以减少温室气体排放。就可再生能源的发展趋势而言,预计到 2016 年,可再生能源产生的电力将超过天然气和核能,成为仅次于煤炭的第二大电力来源;到 2018 年,可再生能源电力将占据全球电力市场的 1/4。^① 由于可再生能源的重要性,各国政府都制定了诸多扶持措施支持可再生能源产业发展。

补贴是支持可再生能源发展的重要措施,扶持措施的形式有赠款、优惠利率贷款、税收鼓励以及按照固定价格回购电力(feed-in tariff)等。^② 随着各国普遍对可再生能源提供了大量扶持措施以及在世界贸易组织(WTO)内开始了环境产品谈判,我国目前已成为世界上最大能源消费国和温室气体排放国,国家需要采取大量扶持措施发展可再生能源,因此可再生能源补贴问题也成为了我国当前的关注重点。^③ 总的来说,目前有关可再生能源补贴问题的研究逐渐从对补贴的

* 叶波,上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院副教授,法学博士;梁咏,复旦大学法学院副教授,法学博士。本文的研究与写作获上海市教育委员会 2014 年科研创新项目“经济体贸易政策变化研究:以自贸协定为视角”(14YS098)、“国际投资规则发展趋势和中国双边投资协定研究”(14YS096)、上海对外经贸大学“085 工程”科学研究项目“WTO 争端解决条约解释的若干问题研究”(Z085FX14023)的资助。

① Maria van der Hoeven, “Launch of the Medium-Term Renewable Energy Market Report 2013”, <http://www.iea.org/newsroom/mandevts/speeches/130626MRMR2013EDLaunchRemarks.pdf> (last visited June 29, 2014), p. 3.

② 目前正在实施中的回购电力项目约有 75 个。See ICTSD, “Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review”, August 2011, <http://www.ictsd.org/downloads/2011/11/feed-in-tariffs-for-renewable-energy-and-wto-subsidy-rules.pdf> (last visited 25 July, 2014), p. 6.

③ 2008 年至今, WTO 争端解决机构受理的 20 起补贴争端中,涉及可再生能源的有 6 起,我国作为原、被告的有 2 起,分别是中国风力发电设备案和欧盟影响可再生能源发电产业案。See WTO, *Find disputes cases*, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm?year=none&subject=none&agreement=A20&member1=none&member2=none&complainant1=true&complainant2=true&respondent1=true&respondent2=true&thirdparty1=false&thirdparty2=false#results (last visited June 29, 2014).

学理探讨转向如何具体应对反补贴调查中的具体问题,例如外部基准、如何避免双重救济等。

本文首先介绍了可再生能源补贴的主要形式,并从产业政策、政治经济学角度分析了补贴的必要性。接着按照《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《SCM协定》)对其进行合规性分析,并探讨了一般例外条款适用于可再生能源补贴的可能性及是否符合其核心要求。我们认为应当尽快谈判并制定新的可再生能源补贴国际规则。

二 可再生能源补贴的形式及其政治经济学分析

(一) 可再生能源补贴的主要形式

1. 当地成分补贴

中国风力发电设备案^①、加拿大可再生能源措施案和加拿大上网电价项目案^②都涉及当地成分补贴。^③按照《SCM协定》第3条,如果给予补贴以使用国产货物为条件,则属于禁止性补贴,不需要证明是否存在不利影响。

2. 生产补贴

可再生能源产业领域的常见补贴形式是生产补贴(production subsidies)^④。从经济学角度分析当地成分补贴和生产补贴,会发现两种类型补贴的作用相同,^⑤但法律地位差异很大。生产补贴一般是合法的,除非能证明其对贸易产生了消极影响,而当地成分补贴却是禁止性补贴。

3. 上网电价项目中的购买电力义务

加拿大可再生能源措施案、加拿大上网电价项目案的争议焦点就是按照固定价格购买电力是否构成补贴。上网电价项目中的购买电力义务被广泛认为促进了可再生能源产业的发展,最近争

① 中国风力发电设备案(DS419)主要涉及中国对本国生产风力发电设备的企业优先使用本国产品给予赠款和奖励,美国认为上述行为违反了《SCM协定》第3条,并且美国认为中国没有通知上述措施也违反了《1994年关税与贸易总协定》(GATT 1994)和《SCM协定》。本案通过磋商方式解决。有关该案的详情,参见黄志雄、罗嫣:《中美可再生能源贸易争端的法律问题——兼论WTO绿色补贴规则的完善》,载《法商研究》2011年第5期,第35-43页。

② 加拿大可再生能源措施案(DS412)和上网电价项目案(DS426)分别由日本和欧盟提起,系争措施主要涉及加拿大在上网电价项目中实施的当地成分要求,日本和欧盟认为上述要求对进口设备存在歧视,违反了GATT 1994第3.4条和第3.5条。同时,上网电价项目还构成了财政资助或收入或价格支持,授予了利益,属于《SCM协定》下的禁止性补贴。对于日本和欧盟的上述主张,专家组报告认为,加拿大上网电价项目中的当地成分要求违反了《与贸易有关的投资措施协议》(Agreement on Trade-Related Investment Measures,简称《TRIMs协定》)第2.1条和GATT 1994第3.4条,大多数专家组成员认为由于不存在适当的比较基准,不能断定授予了利益,不构成补贴。在本案的上诉阶段,上诉机构认为上网电价项目属于政府购买产品的情形,由于不能确定争议措施是否授予了利益,所以也不能肯定措施是否构成了补贴。本案目前正处于执行阶段。See WTO, *Canada—Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm (last visited June 29, 2014)。

③ 可再生能源领域的当地成分要求主要是指为了获得按照固定价格购买电力的优惠,必须以使用本地生产的设备为条件。

④ 支持可再生能源产业的销售、消费和价格的扶持措施,都可以被认为是可再生能源产业的生产补贴。生产补贴既可以体现为对生产诸如太阳能面板、风力发电设备企业的税收优惠、优惠利率贷款等措施,也可以体现为按照固定价格购买可再生能源电力,当然最近的WTO争端解决机构认为按照固定价格购买电力不属于补贴。

⑤ Alan O. Sykes, "The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures", *Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 186 (2nd Series)*, May 2003, http://www.law.uchicago.edu/files/files/186_aos_.subsidies.pdf (last visited 25 July, 2014)。

端中的专家组、上诉机构都认为购买电力属于政府购买货物,^①并不违法,而当地成分要求却被认为违反了WTO义务。

(二) 可再生能源补贴的产业政策、政治经济学分析

从产业政策角度而言,是否需要为可再生能源提供支持措施,始终存在争议。经济学理论认为,如果市场未能提供公共产品或者解决外部性问题,就需要政府干预,气候变化就被认为是典型的市场失灵的表现。可再生能源由于其特殊性,普遍认为有必要对其提供补贴。^②问题的关键在于扶持措施能够在多大程度上实现目标以及与其他政策目标的配合程度。就可再生能源补贴而言,WTO争端解决实践确认了当地成分补贴的违法性,这种补贴不能因保护环境的主张而合法。^③

有关可再生能源的政治经济学考虑,可以从两方面加以分析:

第一,为了减少温室气体排放,征收碳税或者采取排放交易体制应是更好的做法,那如何确定可再生能源补贴的合理性?理由很简单,相较于对排放温室气体行为征收费用,可再生能源补贴更容易执行,因为它授予了利益从而有利于减少温室气体排放。

第二,即便出于保护环境等理由提供补贴,仍然可能产生扭曲。对于决策者来说,如果补贴可以实现追求的目标,那消极影响可以忽略不计。也就是说,如果利益超过了成本,就可以采取补贴措施,这是综合考量或者说权衡的问题。在贸易全球化的背景下,补贴对本国产业有利,但却对其他国家的相同产业产生了消极影响,于是原本属于国内问题的补贴就超越了国家范畴而产生了国际贸易争端,因而有必要对可再生能源补贴进行合规性分析或者制定新的国际规则。

三 WTO 补贴规则下可再生能源补贴的合规性分析

按照《SCM协定》第1条规定,在政府提供了财政资助或者任何收入或价格支持的情况下,就授予了利益,从而构成补贴。补贴必须对特定的企业或者产业具有专向性。对于生产补贴等国内补贴,还需要分析其是否对其他成员的利益造成了不利影响。需要说明一点:WTO规则主要调整传统货物贸易领域中的补贴,并不涉及能源领域,而能源市场本身就存在扭曲,适用WTO规则分析能源领域的补贴未必适当。可再生能源领域更多涉及环境保护等因素,存在适用一般例外条款的可能。在运用现有规则分析新生问题时,现有规则可能滞后,存在专家组、上诉机构改变先前做法的可能,也就是所谓强有力理由(cogent reason)的问题。

(一) 财政资助或者收入或价格支持

1. 税收鼓励措施

按照《SCM协定》,税收鼓励措施是否构成财政资助,取决于是否放弃了在其他情况下应征

① Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, para. 5.128.

② 有关对可再生能源补贴的量化分析, See Matthias Kalkuhl, Ottmar Edenhofer and Kai Lessmann, "Renewable Energy Subsidies: Second-Best Policy or Fatal Aberration for Mitigation?", *FEEM Working Paper* No. 48. 2011, May 2011, <http://www.feem.it/userfiles/attach/2011620942454NDL2011-048.pdf> (last visited June 29, 2014)。

③ 典型案件是中国风力发电设备案、加拿大可再生能源措施案以及加拿大上网电价项目案。

收 (otherwise due) 的政府税收。^① 在美国外国销售公司案中, 上诉机构认为, 在遵守 WTO 义务的前提下, WTO 成员拥有征税的主权权利, 反之亦然, 所以 WTO 成员有权确立自身的税收规则。^② 可见“在其他情况下应征收”的含义需要结合具体案情判断, 这很大程度上取决于成员的自行决定, 确定作为比较基准的应征收的税收相当困难。

判断一项税收鼓励措施是否构成财政资助, 可以从措施的内容角度分析税收鼓励措施是否符合相应的税收规则。如果税收鼓励的措施制定和实施完全实现了税收规则的目的, 就可以认为并不存在财政资助, 这也是上诉机构在美国大型民用航空器案^③中采取的分析方法。

判断国内措施是否违反了 WTO 规则时, 需要分析措施的目的, 这也是 WTO 争端解决中常见的作法。例如, 上诉机构在判断是否违反了国民待遇条款时, 往往通过分析不同待遇的目的以确定措施是否违反了国民待遇原则。在日本第二次酒类税案中, 上诉机构主张, 分析税收措施的标准、结构和实施, 可以查明税收措施是否以对国内生产构成保护的方式适用。^④ 通过分析措施和目标之间的联系, 上诉机构认为只有为合理目标采取的措施才是符合 WTO 规则的。上诉机构的这一思路同样可以适用于补贴, 通过分析不同的税收措施的目标, 可以判断税收鼓励措施是否合法。就此而言, 税收鼓励措施是否构成补贴取决于是否实现了追求的目标以及是否存在适当的比较基准。综上, 不能确定税收鼓励措施构成补贴。

2. 数量和价格要求

由于补贴在实践中的形式非常多样, 《SCM 协定》中补贴的定义多是原则的体现。一般来说, 除非涉及到歧视, WTO 不倾向于规定补贴的形式。具体到可再生能源产业, 对可再生能源产业的监管很常见, 政府往往按照固定价格购买相应数量的可再生能源电力以促进产业发展, 于是产生了数量和价格要求是否构成补贴的问题, 这也是补贴法律和政策中的重要问题。

从经济学角度而言, 监管措施其实产生了与补贴类似的作用, 诸如对成本和价格的干预、重新分配资源等。从法律角度而言, 判断数量和价格要求是否构成补贴, 需要分析是否属于政府或公共机构提供财政资助, 或者存在收入或价格支持。通说认为, 一项措施构成财政资助取决于是否行使了政府职能,^⑤ 但政府职能的含义其实并不确定, 措施是否构成补贴是政策问题而非法律问题。有关“财政资助”的含义, 可以上网电价项目为例加以说明。按照该项目, 政府以固定价格购买可再生能源电力。如果分析上网电价项目产生的经济效果, 措施的作用与补贴效果其实是类似的, 也就是通过政府购买货物确保稳定的电力供应和吸引投资。^⑥ 上述行为并不代表政府对私人实体行使政府职能, 而是对电力市场的监管。^⑦ 在加拿大可再生能源措施案中, 上诉机构虽然将上网电价项目认定为财政资助, 但回避了政府职能问题, 而欧盟主张上述行为属于合法的

① 《SCM 协定》第 1.1 条 (a) (1) (iii) 项。

② Appellate Body Report, *United States-Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/AB/R, para. 90.

③ *United States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353.

④ Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, para. 29.

⑤ Appellate Body Report, *United States-AD/CVD*, WT/DS379/AB/R, para. 25.

⑥ Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, para. 5.125.

⑦ Robert Howse, "Post-Hearing Submission to the International Trade Commission: World Trade Law and Renewable Energy: The Case of Non-Tariff Measures", (2005) 22 *Renewable Energy and International Law Project* 1, pp. 2-26.

政策目标，但并不是公共服务，也就不是行使政府职能。^①

如果要上网电价项目认定为补贴，还可以主张该项目构成价格支持，从而属于补贴。在美国软木塞案中，上诉机构明确认为，价格支持不同于财政资助，应当是财政资助的补充 (additional to)。“收入或价格支持”措辞无疑扩张了提供补贴的措施范围。^②在最近争端中，专家组、上诉机构没有涉及上网电价项目构成收入或价格支持的事宜，^③但争端实践否定了按照固定价格购买电力构成补贴的主张。

除了价格因素之外，数量的规定也是上网电价项目的重要内容，那数量规定是否可能构成财政资助或者价格支持，保证购买全部可再生能源的政策规定是否构成补贴？在笔者看来，数量和价格要求是否构成补贴的关键在于是否属于行使政府职能的表现，这其实很难认定，认定为收入支持可能比较合适，因为这样做确保了可再生能源产品的一定市场。总之，税收优惠、数量和价格要求等扶持措施是否构成补贴，并不确定。

(二) 利益

按照《SCM 协定》有关补贴的定义，财政资助、收入或价格支持措施要构成补贴，还必须授予利益，这就要求较之于没有争议措施的情况，接受方的情况更好。^④如果政府放弃了收入，就可以认定存在利益，但政府作为市场主体在市场中购买产品或者服务，认定是否存在利益则比较困难。在若干案件中，上诉机构认为应以市场条件 (marketplace) 作为比较基准。^⑤具体到能源市场，由于能源市场始终存在各种形式的政府干预，导致价格和其他市场信号并不可信，确定市场条件其实比较困难。有学者认为，能源市场已经在很大程度上被补贴扭曲，补贴和税收刺激措施在很大程度上降低了提高能效的需求。^⑥如果市场已经被严重扭曲，比较基准难以确定，那么补贴授予的利益也就难以确定了。在加拿大可再生能源措施案中，专家组认为，安大略省的电力市场并不存在有效竞争，电力价格也由于政府干预不是合适的比较基准。竞争性的市场不能确保电力的稳定供应，也不能吸引投资，按照固定价格够购买电力并未授予利益。^⑦上诉机构也支持了专家组的裁决。可见，由于缺乏合适的比较基准，即使政府干预使得接受者在竞争中处于有利位置或优势，也并不等于补贴。^⑧基于上述理由，在可再生能源领域很难认定接受者获得了利益。

① Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, para. 2. 218.

② Appellate Body Report, *United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, para. 52.

③ Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, paras. 5. 133 – 5. 139.

④ Appellate Body Report, *Canada-Aircraft*, WT/DS222/AB/R, para. 157.

⑤ Appellate Body Report, *Canada-Aircraft*, WT/DS222/AB/R, para. 157; Appellate Body Report, *Japan-Drams*, WT/DS336/AB/R, para. 172; Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS347/AB/R, paras. 974 – 976.

⑥ Robert Howse, “Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis”, *International Institute for Sustainable Development*, 2010, p. 6.

⑦ Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, paras. 5. 147 – 5. 157.

⑧ Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, paras. 5. 192 – 5. 210.

（三）专向性

《SCM 协定》第2条要求补贴必须对特定企业或者产业具有专向性。该条款其实具有一定的灵活性，在实施中没有明确标准，有时导致了扩张适用。如果授予主体或者立法规定了补贴仅能够给予特定企业，那就构成了法律上的专向性，但在实践中，专向性还取决于对获得补贴资格标准的事实的分析以及实际效果。

按照《SCM 协定》，如果获得补贴资格的标准或条件是客观的，^① 例如并没有为特定企业提供优惠，在性质上符合经济性而且普遍适用，那补贴就不具有专向性。由于可再生能源补贴多符合技术上中立、非歧视的特点，应当不具有专向性。但从政策角度而言，不具有专向性的扶持措施其实是有缺陷的，可再生能源补贴为了保护环境应当尽可能具有针对性，也就是可以违反客观中立的法律要求带有歧视性，例如加拿大可再生能源措施案中就要求购买本地产品和服务，可见法律规定和政策目标间存在冲突。

从法律角度而言，即便可再生能源补贴在形式上符合了《SCM 协定》第2.1条（b）项的中立和非歧视原则，但如果结果是使特定企业受益，仍然具有专向性。^② WTO 的争端解决实践说明，如果补贴项目不是在整个经济中可充分广泛的获得，^③ 措施是为扶持特定产业的发展，则很难证明扶持措施不具有专向性，^④ 由此可以证明可再生能源产业的扶持措施具有专向性。有反对者否定扶持措施的专向性，主张扶持措施仅适用于特定技术、用途或者仅适用于投资、研发活动。但笔者认为，相对于整个能源产业而言，可再生能源产业仍然是比较小或者说特定的，能源产业相对整个经济体而言仍然是特定的产业，所以很难说没有专向性。

总之，在认定补贴的问题上，既需要考虑授予补贴的客观标准或条件，也要考虑事实上的专向性。虽然上诉机构已经强调《SCM 协定》第2.1条中的（a）、（b）、（c）项应当同时适用，^⑤ 但更侧重于分析措施事实上的专向性。^⑥ 即便可再生能源补贴以中立、非歧视的方式实施，仍然具有事实上的专向性。

（四）不利影响

具有专向性的国内补贴产生了不利影响（adverse effects）才可能受到WTO规则约束，这为政府提供补贴留下了政策空间。从另外角度而言，如果政府能够减少或者消除补贴的不利影响，那似乎也可以证明补贴的合法性。如果仔细分析上述事宜就会得出以下结论，没有产生不利影响的扶持措施仍然存在专向性问题，只不过是出于扶持措施产生的积极作用比较大或者说收益超过了成本，使得措施是合法的。

① 《SCM 协定》第2.1条（b）项。

② 《SCM 协定》第2.1条（c）项。

③ Panel Report, *United States-Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R, para. 7.1142.

④ Panel Report, *United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/R paras. 7.115 - 7.122; Panel Report, *United States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/R, para. 7.762.

⑤ Appellate Body Report, *United States-AD/CVD*, WT/DS379/AB/R, para. 363.

⑥ Appellate Body Report, *United States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/R, para. 796.

《SCM 协定》中的“不利影响”主要包括损害国内产业、利益的丧失或减损，以及其他严重侵害等情形，补贴还会产生损害公平竞争的后果。从这个角度而言，补贴法律规则不仅涉及利益问题，还通过给予利益影响竞争。

实践中证明补贴存在不利影响十分复杂。^① 对贸易产生的不利影响应基于特定情形加以判断，不能一概而论。如果对可再生能源的补贴没有对进口可再生能源和技术构成歧视，^② 就不应认为补贴行为对贸易产生了不利影响。并且除非补贴在技术上完全中立，否则很难避免不利影响，这在传统能源和可再生能源领域都是如此。同时，由于能源市场本身存在严重管制，补贴广泛存在，比较容易认定可再生能源设备接受了补贴。所以，因补贴产生的不利影响提起的反补贴调查更多针对的是技术或者燃料，而不是产生的电力。

总之，从经济学和保护环境的角度而言，有效支持可再生能源产业的措施应当有针对性，甚至在特定情况下应采取歧视性的方法。然而，按照 WTO 法中的专向性和不利贸易影响方法分析可再生能源补贴，不难认定扶持措施与中立和非歧视原则并不一致。于是，法律规则和保护环境的措施就产生了冲突。

四 一般例外条款下可再生能源补贴的合规性分析

前述分析表明，现有 WTO 补贴规则不能确保可再生能源产业扶持措施的合法性。认定可再生能源补贴的合法性另有两途径，一是制定新规则明确可再生能源补贴的合法性，二是证明可再生能源补贴符合一般例外条款的程序和实质条件。

（一）在补贴领域援引一般例外条款的可行性分析

一般例外条款确实可能为保护环境的措施提供合法性证明，但一般例外条款在其他 WTO 协定中的适用性问题一直存在争议，专家组、上诉机构也是基于个案加以判断。笔者认为一般例外条款可以适用于补贴事宜，理由如下：

第一，作为基本原则，一般例外条款可能适用于其他 WTO 协定中，只不过要基于个案和条款加以判断。由于一般例外条款具有根本性价值，决定了该条款在争端解决实践中自然而然地会扩张适用。

第二，应作为整体看待 WTO 法律制度。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（《WTO 协定》）的总体解释性说明也表明，GATT 1994 和其他 WTO 协定间的关系是普通法和特别法的关系，其他 WTO 协定是对 GATT 1994 的进一步解释和阐明。具体到补贴规则，《SCM 协定》当然是对 GATT 1994 补贴规则的发展，那么一般例外条款应可适用于《SCM 协定》。

第三，《SCM 协定》第 8 条有关不可诉补贴的规定与一般例外条款的适用没有明确关系，不应以《SCM 协定》第 8 条否定适用一般例外条款。从某种程度而言，有限的不可诉补贴反而可以在一定程度上说明一般例外条款在 WTO 法律体系中的重要地位，《SCM 协定》当然是对 GATT

① 国内有关可诉补贴法律制度的主要著作参见单一：《WTO 框架下补贴与反补贴法律制度与实务》，法律出版社 2009 年版，第 196-219 页。

② 例如对消费和购买可再生能源提供补贴，而不论可再生能源和技术的产地。

1994 第 6 条和第 16 条的发展,但并不能认为《SCM 协定》第 8 条是对 GATT 1994 第 20 条一般例外条款的发展,也就是《SCM 协定》第 8 条是对一般例外条款在补贴问题上的具体说明和澄清而不是取代了一般例外条款,一般例外条款仍然可以适用于补贴问题。

第四,对 GATT 1994 与《SCM》协定进行文本分析,适用一般例外条款没有障碍。GATT 1994 第 20 条前言中并没有阻止第 20 条适用的规定,那一般例外条款应也可适用于其他 WTO 协定。而且,《SCM 协定》没有明文规定禁止适用一般例外条款,按照“法无明文禁止即自由”的一般规则,一般例外条款应可适用于补贴事宜。

第五,WTO 协定的谈判历史也没有明确说明,只有将补贴认定为不可诉补贴,补贴才是合法的,违反了《SCM 协定》的补贴应该可以按照 GATT 1994 第 20 条获得合法性证明。如果 GATT 1994 第 20 条一般例外条款不能适用于补贴事宜,而配额等其他导致了更大扭曲作用的措施却可以适用一般例外条款从而获得合法性证明,这违反了“举重以明轻”的一般法律原则。

总之,一般例外条款适用于补贴问题并没有显著技术障碍,在补贴问题上是否可以适用一般例外条款需要 WTO 成员协商一致,或者索性有必要制定新的国际规则。^①

从 WTO 的争端解决实践而言,虽然时常面临一般例外条款是否可以适用于其他 WTO 协定的争端,但 WTO 争端解决机构对此并没有给出明确答案。在中国出版物案中,上诉机构认为一般例外条款可以适用于《中国入世议定书》。虽然该案是第一个一般例外条款适用于 GATT 1994 之外协定的案件,但这也取决于入世议定书的特别规定。^②可以这么认为,该案件的重要性并不取决于案件本身,而在于它表达了专家组、上诉机构在入世议定书和一般例外条款之间关系的态度,最近的稀土案也延续了上述作法。在该案中,上诉机构承认 WTO 成员有监管贸易的固有权利,而且上述权利并不是源于国际条约的授予。但同时,WTO 协定及其附件规范成员行使监管权,要求成员遵守协定义务。^③从上诉机构的措辞可见,“监管权”(power to regulate)为固有权利,并不必须体现于条约文本中,这意味着也可以超越议定书文本的范畴。那似乎可以进一步认为,在成员拥有监管权的情形下,可以一般例外条款为依据采取监管措施,但需要受 WTO 法律规则约束。另外,在中国原材料案中,专家组和上诉机构都认定,因为《中国入世议定书》第 11.3 条没有提到第 20 条,所以在出口税方面不适用第 20 条。^④

从上述两个案件可见,WTO 其他协定的文本中是否明文提及 GATT 1994 第 20 条,将在很大程度上确定一般例外条款是否适用于该协定。《SCM 协定》第 32.1 条明确提到了一般例外条款应可适用于《SCM 协定》中的补贴问题,该款脚注特别提到该条款不妨碍根据 GATT 1994 的有关规定采取措施。

① 当然,也有观点认为可再生能源补贴案件不应援引一般例外条款, See ICTSD, “Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review”, August 2011, <http://www.ictsd.org/downloads/2011/11/feed-in-tariffs-for-renewable-energy-and-wto-subsidy-rules.pdf> (last visited 25 July, 2014), pp. 20 - 21.

② 《中国入世议定书》第 5.1 条规定中国拥有以符合《WTO 协定》的方式管理贸易的权利,上述带有连结性质质的措辞指向了 GATT 1994。

③ Appellate Body Report, *China-Periodicals*, WT/DS363/AB/R, para. 222.

④ Panel Report, *China-Raw Materials*, WT/DS398/R, para. 7.154; Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, WT/DS398/AB/R, para. 303.

（二）GATT 1994 第 20 条的核心要求

《SCM 协定》中并没有保护环境的例外条款，可以援引的是 GATT 1994 第 20 条一般例外条款。GATT 1994 第 20 条规定了两项有关环境保护的例外情形，其中（b）项涉及“为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施”，该条款不仅调整公共健康事宜，也可以调整环境问题。例如，在巴西轮胎案中，上诉机构认为，GATT 1994 第 20 条（b）项可以调整气候变化问题。^①（g）项涉及“与保护可用尽的自然资源有关的措施”。例如，在美国汽油标准案中，上诉机构认为，清洁的空气可以按照 GATT 1994 第 20 条（g）项加以保护。^②

GATT 1994 第 20 条（b）项中的“必需”和（g）项中的“有关”分别涉及不同的测试要求，前者比后者的要求严格。按照通说，“必需”措辞要求进行权衡和平衡，同时尊重 WTO 成员采取措施的合法性，尤其是在成员确定的保护水平方面。“相关”测试的严格水平较低，但也要求措施和目标间存在真实的联系。并且，上诉机构也确认了这一点，环境保护的措施未必见得能够在短期内奏效，不应在短期内评估措施的有效性。^③

在美国汽油标准案中，就一般例外条款的适用问题，上诉机构提出了两步分析法。首先分析有关措施是否可以按照第 20 条列举的情形获得合法性证明，然后为了防止例外情形的滥用，再分析措施是否符合第 20 条前言的程序性要求。总之，一般例外条款在 WTO 的法律体系中地位极其重要，该条款确认了若干种非贸易价值具有合法性，并且在符合程序条件的情形下可以偏离贸易自由化目标。保护环境就是一般例外条款保护的價值之一，从而确保可持续发展的重要目标。

按照上述分析，我们可以作如下理解：一方面，一般例外条款尊重 WTO 成员在一定程度上的自治权利；另一方面，补贴规则因涉及到贸易与环境、贸易与健康等非贸易价值，故而存在适用第 20 条一般例外条款的空间。就此而言，一般例外条款的适用可能性将日益增加，可以在措施违反一般规则时作为防御手段加以援引，认为措施因为达到了保护环境、可用尽的自然资源的目的而合法。当然在具体案件中，存在对各种价值的权衡和平衡，措施是否符合 WTO 规则也应基于个案判断，美国虾和虾制品进口限制案就是很好的事例。

（三）可再生能源补贴的合法性证明

扶持了清洁能源和技术的补贴确实在温室气体减排方面有实质性贡献，从而在应对气候变化方面有积极影响，虽然上述主张需要在个案基础上判断，但要证明这一点并不困难，可以从以下两方面论证可再生能源补贴在保护环境方面的积极作用：

第一，节能措施的有利影响显而易见，最近争端也明确认为可再生能源有利于保护环境，而传统能源对人类健康和环境有消极影响；^④

第二，第 20 条（b）项中的“必需”测试要求措施追求保护环境的目标，实现了更大的保护环境的目标，措施对贸易的限制作用是可以被权衡的因素。因为气候变化是极端重要的目标，

① Appellate Body Report, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 151.

② Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 18.

③ Appellate Body Report, *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 151.

④ Appellate Body Report, *Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, para. 5. 189.

所以相应的证明要求低些。上诉机构也已经承认了这一点,评估有关气候变化措施的贡献不要求立竿见影,应从长期角度考量。^①在是否可合理获得的对贸易限制更少的替代措施的问题上,一般来说也是倾向于尊重WTO成员采取的措施。

但如果按照一般例外条款前言分析可再生能源补贴,就会产生一系列问题。可再生能源补贴多直接或间接地支持了国内生产商或者国内产品,这就存在上述歧视性补贴是否符合一般例外条款前言中的“变相国际贸易限制”测试和构成“任意或不合理歧视”的问题。可再生能源产业的扶持措施常常带有不同的,甚至是歧视性的作用,这很大程度上是由于措施本身的针对性导致的。相应的扶持措施的法律地位也不同,如果生产补贴没有导致不利影响,就是合法的,而当地成分补贴违反了WTO规则。就此而言,可再生能源产业的补贴采取生产补贴的形式似乎更合适。

总之,GATT 1994第20条可以在很大程度上为可再生能源领域的扶持措施提供合法性证明,但如果援引一般例外条款为措施辩护,在实践中却会面临相当程度的不确定性。为了实现保护环境的崇高目标,确实可以提供补贴,而一般例外条款也可能适用于补贴争端,但补贴未必满足一般例外条款的前言要求。既然补贴并不是最明显的贸易限制措施,并且专家组、上诉机构在一定程度上也认可补贴的合法性,那不如制定规则直接明确可再生能源补贴的合法地位。

五 可再生能源补贴国际规则制定展望

现有WTO补贴规则并不支持政府采取措施扶持诸如可再生能源产业等特定产业,并且要求措施必须中立、非歧视,导致可再生能源补贴与WTO补贴规则不一致。由于可再生能源的重要性,目前世界各国都采取了大量扶持措施支持产业的发展。如果扶持措施在WTO引起争端,很可能被认为是《SCM协定》下的可诉补贴。^②

但是在金融危机背景下,各国为了保护本国产业,可再生能源产业成为贸易救济措施的重点对象,例如美国就对我国的太阳能电池板、风电塔设备征收了反补贴税,^③认为上述扶持措施属于国内补贴,产生了不利影响。欧盟、美国和日本也针对加拿大在回购电力项目中的当地成分要求诉诸WTO争端解决机制。就目前的形势来看,可再生能源产业的争端有逐步升级的趋势,国别和WTO层面的贸易争端逐渐增多。

在此形势下,我们面临双重困境。一方面,虽然现有的WTO补贴规则并没有明确针对特定产业的扶持措施是合法的,但各国政府为支持可再生能源等特定产业的发展,都普遍采取了扶持措施;另一方面,按照现有的WTO补贴规则,很多扶持措施都是违法的。随着可再生能源产业的逐步发展,市场竞争加剧,如果政府和产业要保护本国产业,那产生贸易争端无可避免。从这个角度而言,有必要制定新国际规则明确可再生能源补贴的合法性,制定新规则的建议主要体现

① Appellate Body Report, *China-Exportation of Raw Materials*, WT/DS398/AB/R, para. 356.

② 现实情况是WTO成员在化石能源和可再生能源领域提供了大量补贴,导致了成员一般不会就能源产业领域的补贴提起争端,以免遭致反措施。只有措施明显违反了WTO规则(例如出口补贴、当地成分要求),以及严重侵犯了贸易利益的情形下,才会导致争端。

③ USITC, “Crystalline Silicon Photovoltaic Cells and Modules from China”, Investigation Nos. 701 – TA – 481 and 731 – TA – 1190 (Preliminary), December 2011, I – 4; “Utility Scale Wind Towers from China and Vietnam”, Investigation Nos. 701 – TA – 486 and 721 – TA – 1195 – 1196 (Preliminary), February 2012, I – 4.

在以下几方面：

第一，强化可再生能源补贴的通知义务。如上所述，可再生能源领域的补贴大多采取了国内补贴的形式，如果没有产生不利影响就是可以接受的。为了避免隐蔽的国内补贴扭曲了可再生能源行业产品的国际贸易，可以要求主要的生产可再生能源产品的 WTO 成员充分履行通知义务，从而贯彻透明度要求。

第二，明确规定一般例外条款可以适用于可再生能源补贴。鉴于保护环境非贸易价值在 WTO 内日益获得了越来越多的重视，而可再生能源补贴适用一般例外条款也并不存在明显的文本障碍，不如通过 WTO 总理事会决议的形式明确一般例外条款的可适用性，当然也可以在具体的争端解决实践中澄清这点。

第三，由于众所周知的原因，在可再生能源领域的补贴只能减少而不能消除，所以可以仿效《农业协定》、环境产品谈判在可再生能源产业领域形成新的协定。新协定规定 WTO 成员在此问题上的权利和义务，协定内容可以包括可再生能源产品的范围、采取的补贴形式，以及每年在此领域中的补贴总金额。同时，主要的 WTO 成员还可以每隔几年再进行谈判，增加或者减少可再生能源产品的范围，以便及时反映技术进步的成果。

On the International Regulation of Renewable Energy Subsidies

Ye Bo and Liang Yong

Abstract: Currently, many states have taken measures in the form of subsidies to support the development of renewable energy so as to protect the environment. However, renewable energy subsidies such as local content requirement are not consistent with SCM Agreement, and may not be justified under general exception clause, especially procedural requirement. Therefore, it is appropriate to establish new international rules in this respect.

Keywords: Renewable Energy Subsidies, General Exception, Canada-FITs, SCM Agreement

(责任编辑：李庆明)