

WTO 是否允许成员追溯适用限制贸易的立法

——中国诉美国反补贴反倾销措施争端案专家组报告
相关争点评析

李政浩*

摘要：美国联邦巡回上诉法院判决美国商务部不得对来自“非市场经济”国家进口产品适用反补贴法后，美国国会迅速通过法案推翻该判决并追溯授权美国商务部的行为。中国在世界贸易组织争端解决机构对该立法发起挑战，但新近发布的专家组报告驳回了中国对该法案提出的第一项请求。本文认为，专家组报告不当解释了 GATT 1994 第 10.2 条中“既定和统一的做法”，并将其错误地适用于美国被诉法案，导致了与该条款以及 WTO 的目标原则相悖的结果。本文建议我国政府对此进行深入研判并在上诉阶段提出挑战。

关键词：GPX 法案 反补贴措施 追溯适用 GATT 1994

2014 年 3 月 27 日，世界贸易组织（WTO）争端解决机构（DSB）公布了“美国对来自中国若干产品采取的反补贴和反倾销措施”（DS449）争端的专家组报告。该争端是中美国绕对所谓“非市场经济”国家反补贴开展的系列法律博弈的关键环节，同时在 WTO 是否允许成员追溯适用限制贸易立法问题上形成重要判例，具有相当的重要性。本文将对该争端专家组报告中《1994 年关税与贸易总协定》（以下简称 GATT 1994）第 10 条项下争议和裁判进行较为全面的梳理分析，逐次论述专家组报告对中方依据 GATT 1994 第 10.1 条、10.2 条以及 10.3（b）条提出主张的裁判。在此基础上，本文最后将试图分析专家组报告对 GATT 1994 规则解释与适用中的不当之处，为我国在本案上诉阶段的法律抗辩提出建议。

一 争端背景、过程和结果概述

（一）争端背景

2006 年 11 月，美国商务部决定对我国出口的铜版纸同时发起反倾销、反补贴调查，从此打破了长期以来不对来自其所谓“非市场经济”国家进口产品适用反补贴法的惯例，对我国出口的反补贴调查一发不可收拾，迄今已超过 30 起。

* 中国商务部工作人员。本文仅代表作者个人观点，与作者供职单位无关。

此后,中国有关生产商、出口商和中国政府多次在美国法院挑战美国商务部对我国出口产品采取的反补贴措施。2011年12月19日,美国联邦巡回上诉法院在“GPX国际轮胎公司诉美国商务部”一案(以下简称GPX案)^①中作出判决,认定美国商务部不能对“非市场经济”国家适用反补贴法。

2012年3月5日,美国政府及其国内产业向美国上诉法院就GPX案提出重审申请,并同时推动国会立法以推翻该判决。2012年3月13日,美国总统奥巴马签署了经美国国会通过的反补贴修正法案(以下简称GPX法案),^②其第一节规定美国反补贴相关法律应当适用于来自“非市场经济”国家进口产品,且该规定追溯适用于2006年11月20日之后发起的所有反补贴调查程序及其导致的措施,以及相关的联邦司法程序。^③

(二) 争端过程

2012年9月17日,中国就GPX法案以及美国对中国出口采取的若干反倾销、反补贴措施(以下简称“双反”措施)在WTO向美国提起磋商请求,^④磋商无果后,中国于同年11月19日

① US Court of Appeals for the Federal Circuit, *GPX Int'l Tire Corp. v. United States*, 666 F.3d 732 (Fed. Cir. 2011). GPX国际轮胎公司是中国轮胎生产企业在美国设立的关联进口商。

② 《关于将〈1930年关税法案〉中的反补贴相关规定适用于非市场经济国家以及其它事项的法案》(“An act to apply the countervailing duty provisions of the Tariff Act of 1930 to nonmarket economy countries, and for other purposes”), US Public Law 112-99, 126 Stat. 265 (Mar. 13, 2012)。

③ GPX法案第一节有关部分内容如下:

第一节 将反补贴相关规定适用于非市场经济国家

(a) 整体规定

修改《1930年关税法案》第701节(19 U.S.C. 1671),在其末尾增加如下规定:

“(f) 对涉及非市场经济国家程序的适用性——

(1) 整体规定

除第(2)款规定外,根据(a)分节应当征收反补贴税的商品包括自非市场经济国家进口到、或为进口而销售(或很可能被销售)到美国一类或一种商品。

……

(b) 生效时间

经本节(a)分节修改的《1930年关税法案》第701节(f)分节适用于——

(1) 2006年11月20日及之后根据该法案第七章A分章(19 U.S.C. 1671 et seq.)发起的所有程序;

(2) 所有由此导致的美国海关与边境保护署采取的措施;以及

(3) 所有与第(1)款所指的程序或第(2)款所指的措施相关的联邦法院民事诉讼、刑事程序与其它程序。

SECTION 1. APPLICATION OF COUNTERVAILING DUTY PROVISIONS TO NONMARKET ECONOMY COUNTRIES.

(a) IN GENERAL.—Section 701 of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1671) is amended by adding at the end the following:

“(f) APPLICABILITY TO PROCEEDINGS INVOLVING NONMARKET ECONOMY COUNTRIES.—

“(1) IN GENERAL.—Except as provided in paragraph (2), the merchandise on which countervailing duties shall be imposed under subsection (a) includes a class or kind of merchandise imported, or sold (or likely to be sold) for importation, into the United States from a nonmarket economy country.”

……

(b) EFFECTIVE DATE.—Subsection (f) of section 701 of the Tariff Act of 1930, as added by subsection (a) of this section, applies to—

(1) all proceedings initiated under subtitle A of title VII of that Act (19 U.S.C. 1671 et seq.) on or after November 20, 2006;

(2) all resulting actions by U.S. Customs and Border Protection; and

(3) all civil actions, criminal proceedings, and other proceedings before a Federal court relating to proceedings referred to in paragraph (1) or actions referred to in paragraph (2).

④ China's request for consultations, WT/DS449/1.

向 WTO 争端解决机构请求成立专家组审理本案。^① 中国提出的请求是：（1）GPX 法案第一节 [包括其在美国关税法中新增的第 701 节 (f) 项] 本身违反了 GATT 1994 第 10.1 条、第 10.2 条与第 10.3 (b) 条；（2）美国在 2006 年 11 月 20 日至 2012 年 3 月 13 日期间对来自中国产品发起的反补贴调查中未采取措施避免“双重救济”，导致相应的反补贴措施违反了 WTO《补贴与反补贴措施协定》第 10 条、第 19 条与第 32 条。^② 2014 年 3 月 27 日专家组报告公布后，中国于 4 月 8 日向争端解决机构提起上诉。

（三）争端的结果

专家组报告驳回了中国第一项请求，认定美国 GPX 法案第一节不违反 GATT 1994 第 10.1 条、第 10.2 条与第 10.3 (b) 条；专家组支持了中国第二项请求，认定美国 25 项对华反补贴措施违反了《补贴与反补贴措施协定》第 10 条、第 19.3 条与第 32.1 条。由于中国在第二项请求上的胜利是“美国一对中国若干产品的最终反倾销和反补贴税”一案 (DS379) “双重救济”请求胜诉的延续和扩大，理论界和实务界对“双重救济”问题已有大量分析和研究，因此本文不再赘述专家组报告关于中国第二项请求的内容。本文仅讨论专家组报告对中国第一项请求的分析和认定，即美国国会追溯授权其商务部对来自“非市场经济”国家进口产品适用反补贴法律的 GPX 法案第一节不违反 GATT 1994 第 10.1 条、第 10.2 条与第 10.3 (b) 条。该项请求影响到美国是否能对中国出口进行反补贴调查，涉及美国反补贴体制以及立法、司法和行政的关系，也是中国关注的核心问题。下文将按中国主张依据的条文逐点梳理专家组的论证和结论，并在最后提出建议。

二 GATT 1994 第 10.1 条与 GPX 法案第一节

中国主张，GPX 法案第一节属于 GATT 1994 第 10.1 条^③所指的“关税税率、国内税税率和其他费用，或者对进口的要求、限制或禁止”。中国主张该法案在 2006 年 11 月 20 日“实施 (made effective)”，但却并未“迅速公布，使各国政府和贸易商能够知晓”，因此违反了第 10.1 条。^④ 美国辩称，GPX 法案是实施当天公布的，只是“触及 (touch on)”法案公布前发生的事件罢了。美国进一步声称其反补贴法律向来是公开透明的。^⑤

专家组认为，中国须证明三项要件，才能证成美国 GPX 法案第一节违反 GATT 1994 第 10.1 条：（1）GPX 法案第一节属于 GATT 1994 第 10.1 条规范的对象；（2）GPX 法案已在美国“实施”；（3）GPX 法案没有“迅速公布，使各国政府和贸易商能够知晓”。^⑥ 专家组逐一审查了这三个问题。

① China's request for the establishment of a panel, WT/DS449/2.

② 中国在成立专家组请求中提出四项请求，但于 2013 年 3 月 25 日致函专家组，将请求限缩为两项。

③ GATT 1994 第 10.1 条规定如下：“任何成员实施的关于下列内容的普遍适用的法律、法规、司法判决和行政裁定应迅速公布，使各国政府和贸易商能够知晓：产品的海关归类或海关估价；关税税率、国内税税率和其他费用；有关进出口产品或其支付转账，或影响其销售、分销、运输、保险、仓储、检验、展览、加工、混合或其他用途的要求、限制或禁止。……”

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7.17.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7.18.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7.19.

（一）GPX 法案是否属于 GATT 1994 第 10.1 条规范对象

针对 GPX 法案是否属于 GATT 1994 第 10.1 条规范对象的问题，专家组首先认定 GPX 法案属于该条所指的“法律”。^① 专家组进一步分析 GPX 法案是否属于“普遍适用（general application）”的法律。为此，专家组认为应从两个方面分析：法律的调整内容以及法律适用于哪些人、机构或情况。一项调整内容范围很狭窄的法律也可以是“普遍适用”的，只要其在调整内容范围内对“一类”（a class of）人、机构或情况适用。仅对特定（specific）人、机构或情况适用的法律则不是普遍适用的法律。^② 根据以上解释，专家组逐项审查了 GPX 法案第一节，认为其适用于所有来自“非市场经济”国家的进口产品，并不限定针对任何个人或实体，因此认定其属于普遍适用的法律。美国辩称，中国在 GATT 1994 第 10.1 条项下挑战对象是 GPX 法案的追溯适用，而在 2006 年 11 月 20 日至 2012 年 3 月 13 日期间，追溯适用 GPX 法案第一节的反补贴措施是已知（known）且可确认（identifiable）的。因此，美国认为追溯适用的 GPX 法案并非普遍适用，而是针对特定对象。专家组不同意美国的抗辩，认为 GPX 法案第一节只是对适用对象做了总体描述（generic description），并未点名适用于特定的人、机构或情况。2006 年 11 月 20 日至 2012 年 3 月 13 日之间的有关措施只不过是落在总体描述的范围之内而已。^③ 最后，专家组判断 GPX 法案是否“关于……关税税率、其他费用，或对进口的要求或限制”。专家组认为，GPX 法案第一节虽然不直接确定反补贴税的税率，但其为对“非市场经济”国家征收进口反补贴税提供了基础，从而要求在适当案件中对来自“非市场经济”国家的进口产品征收一定税率的反补贴税。据此，专家组认为 GPX 法案第一节与关税税率是相关的。^④ 综上，专家组认定 GPX 法案属于 GATT 1994 第 10.1 条的规范对象。

（二）GPX 法案于何时“实施”

接下来，专家组着手分析 GPX 法案是何时“实施”（made effective）的。首先，专家组援引 *EC-IT Products* 案专家组对“实施”的解释，^⑤ 即“实际上被赋予效力或使之运作，不限于正式颁布或已经正式“生效”（entered into force）的措施”。^⑥ 根据此解释，专家组认定 GPX 法案是在 2012 年 3 月 13 日被赋予效力，即“实施”的。^⑦ 作为进一步说明，专家组强调要区分两个问题：一是新的第 701（f）节是何时添加到美国关税法的；二是新的 701（f）节适用于哪些措施。^⑧ 对于第一个问题，专家组认为第 701（f）节是在 GPX 法案生效（entered into force）当天（即 2012 年 3 月 13 日）添加至美国关税法的，为对来自“非市场经济体”的国家进口产品采取反补

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 28.

② Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 35.

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 44 - 45.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 55.

⑤ Panel Report, *European Communities and its Member States-Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, para. 7. 1048.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 66.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 67.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 69.

贴措施提供依据。^① 而第二个问题是关于第 701 (f) 节适用对象的时间范围 (temporal scope)。专家组认为, 该节适用于 2006 年 11 月 20 日以来的措施, 不代表该节本身是从 2006 年 11 月 20 日开始实施的。^② 中国提出, GPX 法案第一节 (b) 项的标题“生效时间”(effective date) 本身就能说明该节于 2006 年 11 月 20 日实施。专家组认为, 仅凭该标题本身不能断定实施时间。根据其对 GPX 法案第一节的整体解读, (b) 项“生效时间”应理解为新增的关税法第 701 (f) 节对 2006 年 11 月 20 日之后的有关措施“产生法律效力”(produce legal effects), 即适用对象的时间范围。专家组进一步指出, 如果采取中国的解释方法, 将意味着把生效前发生的事件或情况纳入其适用时间范围的诸多措施均不符合 GATT 1994 第 10.1 条, 其中包括救济性的或者非限制性的措施。专家组认为这种理解是不符合 GATT 1994 第 10.1 条本身的。^③

(三) 专家组结论——GPX 法案于实施当天即公布

专家组要审查的最后一个问题是 GPX 法案第一节是否“迅速公布, 使各国政府和贸易商能够知晓”? 专家组认为, 法案公布“迅速”与否应当以实施日期为参照。根据其认定, GPX 法案第一节在实施的同一天即 2012 年 3 月 13 日公布, 因此满足“迅速”公布的要件。^④

专家组分别审查完三个要件并作出结论后, 驳回了中国关于 GPX 法案第一节实施后未迅速公布从而违反 GATT 1994 第 10.1 条的主张。^⑤

三 GATT 1994 第 10.2 条与 GPX 法案第一节

专家组首先指出, 中国须证明两项要件才能证成美国 GPX 法案第一节违反 GATT 1994 第 10.2 条^⑥: (1) GPX 法案第一节属于 GATT 1994 第 10.2 条规范对象, 即“成员采取的一项普遍适用的措施……根据既定和统一做法提高进口产品的关税税率或其他费用, 或对进口产品或其支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”; (2) 美国在正式公布之前即采取(enforced)了该措施。^⑦

(一) GPX 法案是否在公布前被“采取”

专家组决定首先审查 GPX 法案第一节是否符合第二个要件。根据对英文文本的解释并参照西班牙文本和法文文本, 专家组认为 GATT 1994 第 10.2 条中的关键词“采取”(enforced) 应理解为“适用”(applied) 之义, 即“适用法律、规则或实践等, 使之被遵守”。^⑧ 专家组指出, 虽

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 69.

② Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 71.

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 73.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 85 – 87.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 89.

⑥ GATT 1994 第 10.2 条规定: “任何成员不得在产生以下结果的普遍适用的措施正式公布之前采取此类措施: 根据既定和统一做法提高进口产品的关税税率或其他费用, 或对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止。”

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 93.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 105.

然一项措施只有在生效实施后才能适用,但生效实施后的措施可以适用于之前发生的事件或情况。^①虽然 GATT 1994 第 10.2 条明确禁止成员政府在公布之前采取该条规范范围内的措施,但一项该条适用对象范围内的措施在公布后追溯适用于公布前发生的事件,是否也违反该条义务?专家组认为,必须结合上下文以及 GATT 1994、WTO 协定的目的宗旨,才能对此问题作出判断。^②

为此,专家组指出,GATT 1994 第 10.2 条适用对象有一个共同特点,即都对进口贸易具有限制性。考虑到维护多边贸易的安全和可预见性是 GATT 1994 和 WTO 协定的重要目标,可以理解 GATT 1994 第 10.2 条不允许限制性措施适用于过去的贸易。否则将减损贸易商早已完成的贸易交易带来的利润,且市场准入条件将变得不确定并阻却一部分贸易。结合 GATT 1994 第 10.2 条的适用范围以及 GATT 1994 和 WTO 协定促进可预期性的宗旨,禁止将限制性措施追溯适用的规定是有道理的。^③专家组进一步指出,如果 GATT 1994 第 10.2 条仅禁止成员公布前采取规范范围内的措施,却不禁止如此措施在公布后适用于之前的事件或情况的话,该条纪律就很容易被各成员政府规避从而变得无效,这种解释方法是不可取的。^④专家组逐一分析并驳回了美国的抗辩意见后^⑤得出结论,指出 GATT 1994 第 10.2 条既禁止成员的行政机关和法院在一项该条规范范围内的措施公布前采取(或曰适用)该措施,也禁止针对公布前已经发生的事件追溯采取(或曰适用)这样的措施。^⑥

将该解释结论适用于 GPX 法案第一节,专家组认定该法案第一节要求(requires)美国行政机构和法院在正式公布前采取或适用该法案,因此中国的主张符合第二个要件。^⑦如果第一个要件——即 GPX 法案第一节属于 GATT 1994 第 10.2 条规范对象——也符合的话,GPX 法案第一节即违反了 GATT 1994 第 10.2 条。但是,在这个问题上,专家组各成员意见出现了分歧。

(二) 专家组多数成员认为 GPX 法案不属于 GATT 1994 第 10.2 条规范对象

基于在 GATT 1994 第 10.1 条项下的分析,专家组成员一致认为 GPX 法案第一节属于 GATT 1994 第 10.2 条所指的“普遍适用的措施”。^⑧但是,专家组多数成员认为,GPX 法案第一节既不“根据既定和统一做法提高进口产品的关税税率或其他费用”,也不“对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”,因此不属于 GATT 1994 第 10.2 条的规范对象。对此,专家组一位成员发表了反对意见。下文将首先论述专家组多数意见,再论述另一位专家组成员的反对意见。

1. 专家组多数成员认为 GPX 法案没有“提高关税税率”

专家组多数成员首先对 GATT 1994 第 10.2 条进行解释,认为其中“依据既定和统一的做法”(under an established and uniform practice)是修饰和限定“关税税率或其他费用”的。^⑨据此,专家组多数成员认为判断是否存在“提高……关税税率”的关键在于比较被诉措施设定的

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 108.

② Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 109.

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 110.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 111.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 112 - 7. 117.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 118.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 127.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 139.

⑨ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 154.

新税率与此前根据既定和统一做法适用的税率。^①“既定和统一的做法”（established and uniform practice）是指一段时间内固定的、不因进口时间、地点、涉及的贸易商和外国政府不同而变化的做法。^②专家组多数成员认为上下文也支持这种解读：正是因为依据“既定和统一的做法”确定的关税税率能给贸易商和外国政府可预见性，使其可据之做出商业决策，所以 GATT 1994 第 10.2 条禁止未经公告即采取在依据“既定和统一的做法”确定的基础上提高关税或其他费用的措施。^③

对此，中国提出专家组还应审查被诉成员有关机构“既定和统一的做法”是否符合该成员国内法律。中国主张，判断被诉措施是否“提高……关税税率”的比较基准（baseline）应该是“此前国内法”（prior municipal law）。如果被诉成员有关机构“既定和统一的做法”违反了该成员自身的国内法，这种做法就不应作为比较基准。^④专家组多数成员不同意，认为中国主张采用“此前国内法”作为比较基准的方法“既不必要，也不合适”。^⑤专家组多数成员指出，由于 GATT 1994 第 10.2 条要求专家组将新税率与之前既定和统一做法下的税率作比较，因此最合适的基准应当是美国商务部的实践。^⑥即便依据中国提出的“此前国内法”作为比较基准，美国商务部的惯常实践也是认定美国国内法的重要证据，因为上诉机构曾指出“与法律一贯适用的相关证据”（evidence of consistent application）也是专家组认定成员国内法内容时的考虑因素之一。^⑦专家组多数成员还认为，争端解决机构专家组如无特别必要不应评判成员政府机构做法是否符合其国内法，而本案中也没有必要这么做。^⑧即便要认定被诉成员有关机构的实践是否符合该成员国内法律，应当以其国内法院认定为基准。如果没有国内法院有效判决认定有关机构实践违法，即可推定这些实践是合乎国内法的。^⑨

根据以上分析，专家组多数成员审查了双方提交的事实证据，以确定（1）GPX 法案第一节颁布之前，美国商务部对来自“非市场经济体”国家进口适用的反补贴税率方面是否存在既定和统一的做法；（2）如有这种做法，其是否符合美国国内法律。^⑩根据事实证据，专家组多数成员认定在 2006 年 11 月至 2012 年 3 月期间，美国商务部对中国产品发起 33 起反补贴调查，并根据调查结果对部分产品征收反补贴税。据此，专家组多数成员认定，在 GPX 法案颁布之前，美国存在一套“稳定的”（securely in place）（即“既定的”）且“不随时间改变的”（did not change over time）（即“统一的”）做法，对来自“非市场经济”国家的进口产品征收反补贴税，^⑪且这种做法与来自“非市场经济”国家的进口“关税税率”相关。^⑫专家组多数成员紧接着按照其提出的方法分析这套做法是否符合美国法律，即这种做法是否曾被美国法院最终判定为违法，以至于美国商务部需要改变这种做法。^⑬审查了美国国际贸易法院和联邦巡回上诉法院的相关判

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 155.

② Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 156.

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 157.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 158.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 161.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 161.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 163.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 164.

⑨ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 165.

⑩ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 168.

⑪ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 169.

⑫ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 170.

⑬ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 171.

决后,专家组多数成员认为迄今尚无美国法院认定美国商务部对来自“非市场经济”国家的进口产品征收反补贴税不合法并要求商务部改正的案件。^①在联邦巡回上诉法院审理的两个具有代表性案件中,早年的乔治城钢铁案^②判决允许美国商务部不对“非市场经济”国家进口采取反补贴措施,并未禁止反补贴法适用于这些进口,也就是美国的反补贴法可以适用于来自“非市场经济”国家的进口产品,但由于很难确定补贴的具体金额,所以不适用而已;而GPX案则因美国商务部申请重申而未得出最终判决,专家组无权推测该案的可能结果。^③因此,专家组多数成员认定,没有依据认为美国商务部对来自中国的进口产品适用反补贴税的做法违反美国法律。^④

然后,专家组多数成员审查GPX法案第一节是否“提高了根据既定和统一的做法确定的关税税率或其他费用”。专家组多数成员指出,GPX法案第一节要求对2006年11月20日之后进口的来自“非市场经济”国家产品适用反补贴法,而在GPX法案通过之前,美国商务部已存在既定和统一的做法对这些产品适用反补贴法。专家组认为,GPX法案要求适用的反补贴法律与美国商务部之前已经适用的反补贴法律完全一样,适用的对象事实也完全一样。因此,根据GPX法案第一节对2006年11月20日至2012年3月13日进口的来自“非市场经济”国家产品适用反补贴法的结果税率与美国商务部根据既定和统一做法适用反补贴法得出的税率完全一样。^⑤基于此,专家组多数成员认定GPX法案第一节并没有提高美国商务部根据既定和统一做法确定的关税税率。

2. 专家组多数成员认为GPX法案没有“对进口产品实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”

接下来,专家组多数成员审查GPX法案第一节是否从另外一方面违反了GATT 1994第10.2条,即是否构成“对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”。专家组多数成员指出,中国要证成GPX法案第一节违反此义务须证明两个要件:一是GPX第一节是对进口的“要求”或“限制”;二是这种“要求”或“限制”是“新的”或“更难于负担的”。专家组多数成员先分析第二个要件。^⑥专家组多数成员认为,为保持GATT 1994第10.2条对税费和措施施加限制的一致性,判断是否存在“新的或更难于负担的要求、限制或禁止”的分析方法应该跟判断是否“提高了根据既定和统一的做法确定的关税税率或其他费用”一样。^⑦因此,专家组多数成员基于同样理由再次驳回了中国关于使用“此前国内法”作为比较基准的主张,而认为应当以美国商务部此前实践作为基准。^⑧由于美国商务部在GPX法案出台之前就对来自“非市场经济”国家进口适用反补贴法律,因此GPX法案第一节要求对这些进口适用同样的反补贴法律就不构成“新的”或“更难以负担的”“要求”或“限制”。^⑨认定GPX法案第一节不符合第二个要件后,专家组多数成员认为不用审查第一个要件即可认定中国未证成GPX法案第一节构成“对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”。

综上,专家组多数成员认定GPX法案第一节既未“根据既定和统一做法提高进口产品的关

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 173.

② *Georgetown Steel Corp. v. United States*, 801 F. 2d 1308, 1310 (Fed. Cir. 1986).

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 174 - 7. 184.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 185.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 189.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 198.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 201.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 202 - 7. 203.

⑨ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 204 - 7. 206.

税税率或其他费用”，也不“对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”，因此不属于 GATT 1994 第 10.2 条的规范对象，自然也不违反该条规定。^① 对此，专家组另一位成员提出反对意见（dissenting opinion）。

（三）另一位专家组成员的反对意见

反对的专家组成员认为应以 GPX 法案颁布之前的美国法律作为比较基准，判断 GPX 法案第一节是否提高关税税率或实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止。^② 通过对比前后法律，该专家组成员认为之前美国反补贴法律不适用于来自“非市场经济”国家的进口，否则 GPX 法案第一节要求适用就没有意义了。^③ 此前的美国法院判例以及美国商务部的反补贴规章也证实 GPX 法案出台前美国反补贴法律不适用于来自“非市场经济”国家的进口。^④ 既然之前美国反补贴法律不适用于来自“非市场经济”国家的进口，而 GPX 法案通过后则适用，GPX 法案第一节就提高了进口产品的关税税率，因为其导致征收了本不用征收的反补贴税；^⑤ GPX 法案第一节也“对进口产品或进口产品的支付转账实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”，因为使得有关利害关系方参与本不用参加的繁复的调查程序。^⑥ 该专家组成员指出，即便如美国辩称此前美国反补贴法“可以”适用于“非市场经济”国家进口，要求反补贴法“必须”适用于“非市场经济”国家进口的 GPX 法案第一节也修改了此前法律。^⑦

关于双方争议的“比较基准”问题，该专家组成员认为应当以假设没有出台 GPX 法案的情况下适用的税率为比较基准，以确定 GPX 法案出台是否提高了关税税率。他引用了美国商务部与国际谈判代表办公室致国会信的内容：“如果没有立法，一旦 GPX 案法院裁决变成最终裁决，商务部将被要求撤销与非市场经济体相关的所有反补贴措施及终止与非市场经济体相关的所有反补贴程序……”。^⑧ 基于此，该专家组成员认为，假设 GPX 法案没有通过，美国联邦巡回上诉法院在 GPX 案的判决很可能产生最终效力，要求美国商务部撤销相关反补贴措施，有关反补贴税率降为零。而 GPX 法案通过之后，这些反补贴税率不用降为零，而是维持原来水平。因此，GPX 法案导致提高了有关关税的税率。^⑨

关于对 GATT 1994 第 10.2 条中所称的“根据既定和统一的做法”的理解，该专家组成员不同意专家组多数意见，认为该条并非要求此前关税税率是“根据既定和统一的做法”确定的，^⑩ 而是指新措施“根据既定和统一的做法”提高关税税率。据此理解，他认为提高关税税率的 GPX 法案第一节是对美国全境确定（on a secured basis）适用的，因此既是“统一”（uniform）的，也是“既定”（established）的，符合 GATT 1994 第 10.2 条的要求。^⑪ 该专家组成员强调，专家组多

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 210 – 7. 211.

② Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 214.

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 216.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 222 – 7. 226.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 216.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 217.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 220.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 230.

⑨ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 231.

⑩ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 237.

⑪ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 236.

数意见不仅与 GATT 1994 第 10.2 条文本意义不符,且会带来不良的后果,即 WTO 成员采取一项未公布的限制进口措施的做法反而会成为该做法不违反 GATT 1994 第 10.2 条的理由,这显然不符合条约制定者的本意。^① 综上,该专家组成员认定美国 GPX 法案第一节不符合 GATT 1994 第 10.2 条。

四 GATT 1994 第 10.3 (b) 条与 GPX 法案第一节

中国主张,美国立法机构通过出台 GPX 法案干预正在进行的司法审查程序,违反了 GATT 1994 第 10.3 (b) 条^②的要求。根据该条,行政机构应当实施司法机构判决,除非存在法定例外,即判决被上诉或在其他程序遭受挑战。^③ 如果通过立法就可以取消替代法院判决,利害关系方针对不合法的行政行为寻求司法救济就变得没有意义了,也不符合司法独立审查的原则。美国辩称,GATT 1994 第 10.3 (b) 条规定的是“结构性”(structural)的义务,即要求各成员建立或维持司法审查与执行机制。该条并不限制成员立法行为以及立法的适用方法。^④

专家组首先指出,审查被诉措施不应看其“来源”(source)——是立法机构还是行政机构做出的措施——而应当分析其“性质”(nature),包括上诉机构所说的“主要特征”(principal characteristics)。^⑤ 经回顾事实历史后,专家组认定 GPX 法案第一节具备如下几点“主要特征”:一是其为立法机构通过的法律的一部分;二是该法案目的是“推翻”联邦巡回上诉法庭一项尚未最终生效的判决;三是该法案适用于 2006 年 11 月 20 日之后发起的所有反补贴程序。^⑥

接下来,专家组对 GATT 1994 第 10.3 (b) 条进行了解释。根据文本,专家组认为成员的行政机关有义务执行的仅是“最终生效的司法判决”(final court decisions)。根据上下文,专家组强调 GATT 1994 第 10 条不同款项规定的是不同的事项,这表明普遍适用的立法行为不属于 GATT 1994 第 10.3 (b) 条的规范对象,^⑦ 因而并不禁止 GPX 法案第一节这样性质的立法行为。^⑧ 然后,专家组考虑了 GATT 1994 第 10.3 (b) 条的目标和宗旨,认为 GPX 法案第一节这样性质的立法行为并不会如中国所称对法院“客观公正”的司法审查造成负面影响,不会损害 GATT 1994 第 10.3 (b) 条所保护的“正当程序”。专家组指出,GPX 法案第一节只不过引入了一条新规定并指定了其适用范围。GATT 1994 第 10.3 (b) 条并未要求法院依据行政机关作出行政行为时的法律进行司法审查。该条规定了由独立、客观、中立法院对行政行为进行“审查和纠正”的机制,但不代表立法机关不得修改法律,即便是针对正在进行的案件。^⑨ 最后,专家组回顾了

① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 238.

② GATT 1994 第 10.3 (b) 条规定:“每一成员应维持或尽快设立司法、仲裁或行政庭或行政程序,目的特别在于迅速审查和纠正与海关事项有关的行政行为。此类法庭或程序应独立于受委托负责行政实施的机构,它们的决定应由此类机构执行,并应适用于此类机构的做法,除非进口商在规定的上诉时间内向上级法院或法庭提出上诉;但是如有充分理由认为该决定与既定法律原则或事实不一致,则该机构的中央管理机构可采取步骤在另一诉讼程序中审查此事项。”

③ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 244.

④ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 246.

⑤ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 250.

⑥ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 258.

⑦ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 271.

⑧ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 274.

⑨ Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, para. 7. 280.

GATT 1994 第 10.3 (b) 条的谈判历史,认为谈判历史也确认该条不禁止立法机关制定或修改法院适用的法律。^① 综上,专家组驳回了中国在 GATT 1994 第 10.3 (b) 条项下的主张。

五 总结和建议

(一) 本案关于 GATT 1994 第 10 条的裁决胜负涉及中国重要经济和体制利益

本案是中美围绕对“非市场经济”国家进口产品的“双反”措施开展的一系列经贸与法律博弈的重要一环。经过多年不懈的申诉,我国企业终于取得美国联邦上诉法院认定美国商务部不得对“非市场经济”国家进口适用反补贴法的决定性判决,却在在美国商务部游说下被美国国会一纸法案全盘推翻。对此,我国政府迅速在 WTO 挑战追溯授权对“非市场经济”国家进口适用反补贴法的美国 GPX 法案。如 WTO 认定 GPX 法案违反 GATT 1994,美国将必须撤销该法案的追溯效力,美国商务部于 2006—2012 年对华出口采取的多起反补贴措施就彻底失去了美国国内法的效力。中国企业和政府将可以在美国法院挑战这些反补贴措施,使其撤销并挽回巨额经济损失。

但是,我国依据 GATT 1994 第 10 条项下三款分别对美国 GPX 法案第一节发起的挑战均被专家组驳回。专家组认定,GPX 法案第一节既未在公布前实施,也没有提高关税税率或对进口施加更多限制,也没有不当干预司法审查与执行。判定中国在 GPX 法案第一节诉点上败诉的专家组意见如被争端解决机构通过,将对我国出口美国利益造成严重影响,也将是我国在与美国经贸法律较量中的重大失利。此外,本案结果还将对 GATT 1994 第 10 条解释产生重大影响,即该条是否允许 WTO 成员对进口采取的限制性措施“倒行逆施”地适用于公布之前发生的事件。如本案专家组对 GATT 1994 第 10 条的裁判意见被争端解决机构通过,GATT 1994 和 WTO 协定赋予成员的透明度、可预期性等基本程序正义将被减损。

(二) 本案专家组报告在 GATT 1994 第 10 条上的认定似有不当

通过分析,本文认为专家组报告对 GPX 法案第一节相关问题的审理和裁判中存在重大错误:(1) 在分析 GPX 法案第一节是否违反 GATT 1994 第 10.2 条时,专家组多数成员对该条文本的解释值得商榷。专家组认为,GATT 1994 第 10.2 条中“根据既定和统一的做法”是修饰和限定“关税税率”的,即判断 GPX 法案是否提高了关税税率所参照的比较基准是“根据既定和统一的做法确定的关税税率”。正如持反对意见的专家组成员指出,专家组多数成员对 GATT 1994 第 10.2 条的解释不符合其文本含义,“根据既定和统一的做法”应当是修饰和限定“提高关税税率”这一行为的,即 GPX 法案对关税税率的提高是一种“既定和统一的做法”(而不是个案的、随机的提高)。对此条文的解释直接关系到 GPX 法案第一节是否属于 GATT 1994 第 10.2 条的规范对象,从而决定该诉点的胜负。本文认为,应当通过《维也纳条约法公约》第 31 条规定的条约文本解释规则,对 GATT 1994 第 10.2 条的核心概念“既定和统一的做法”进行解释。在参考该词组的三种官方语言文本及其上下文的基础上,指出专家组多数成员解释的不当之处。(2)

^① Panel Report, *United States-Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China*, paras. 7. 286 - 7. 290.

即便专家组多数成员对 GATT 1994 第 10.2 条中“既定和统一的做法”解释无误, 其将该词组及其解释强加于 GATT 1994 第 10.2 条后半句的做法也是错误的。专家组多数成员在认定 GPX 法案是否构成“对进口产品……实施新的或更难于负担的要求、限制或禁止”时, 采用的比较基准与在认定 GPX 法案是否“提高……关税税率”的比较基准是一样的, 即美国商务部在该法案出台之前的“既定和统一的做法”。但是, “既定和统一的做法”这个概念只出现在 GATT 1994 第 10.2 条的前半部分(关于提高关税), 并未出现在后半部分(关于实施新的或负担更重的限制)的任何位置。因此, 专家组多数成员无中生有地增加条约内容的做法是难以成立的。(3) 专家组多数成员审查 GPX 法案第一节是否违反 GATT 1994 第 10.2 条的分析方法会导致荒谬的结果。如某 WTO 成员未经公告即对进口产品采取某项限制性措施, 使得此限制性做法在措施公布之前成为“既定和统一的做法”, 反过来赋予其自身以 GATT 1994 第 10.2 条项下的合理性。如此解释成立, 本条规定将失去意义, 且可能被各 WTO 成员所滥用。

(三) 建议我国政府全面深入研判专家组报告并在上诉阶段提出挑战

如上文分析, 专家组多数成员对 GATT 1994 第 10.2 条的解释和适用既不符合其文本含义, 也不符合其目的和意义。特别值得强调的是, 本案专家组报告中出现了各成员间意见的分歧, 这在 WTO 争端解决中是很罕见的, 尤其突显出本项请求裁判的争议之大。本文对专家组报告及其合理合法性作了初步的分析和探讨, 在此基础上, 建议我国政府就本案 GATT 1994 第 10 条项下请求作全面深入的研究分析, 特别是在专家组成员的反对意见中发掘抗辩点, 并在上诉阶段提出挑战, 将有较大可能推翻于我不利的裁决, 维护中国企业的经济利益和中国作为 WTO 成员的权益。

Retrospective Application of Laws:

Is It Permissible Under the WTO Law?

—An Analysis on Certain Issues in the Panel Report of “United States-Countervailing and Anti-Dumping Measures (China)”

Li Zhenghao

Abstract: Immediately after the United States Court of Appeals for the Federal Circuit ruled that the Department of Commerce cannot apply countervailing duty provisions to “non-market economy” countries, the Congress of the United States promptly passed a law retrospectively permitting the Department of Commerce to do what was ruled illegal. China challenged this legislation in the World Trade Organization Dispute Settlement Body. The panel report released recently ruled against China’s first claim regarding this legislation. This article believes that the panel erred in the interpretation and application of Article 10.2 of the General Agreement on Tariffs and Trade and produced a result that does not conform to the objective and purpose of that agreement. This article therefore suggests Chinese government challenge these aspects of the panel report in the appeal proceedings of this dispute.

Keywords: GPX Act, Countervailing Duty Measures, Retrospective Application, GATT 1994

(责任编辑: 李西霞)