

本书出版获得 2006 年上海市浦江人才计划资助

序

欣闻陈力博士的专著《国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则——以美国欧盟为视角》即将出版,这是她多年潜心研究的心得和成果。我相信,这本书将有助于中国国际经济法学界和国际贸易实务界加深对美国和欧盟反倾销制度及其实施机制的理解。

近十多年来,中国一直是国际社会中遭受反倾销调查最多的国家,并且针对中国出口产品发起的反倾销调查案件数与中国出口额占全球贸易额的比重不成比例,这反映了反倾销对中国扩大国际贸易已产生了严重的负面影响。美国和欧盟是中国主要的贸易伙伴,也是频繁对中国出口产品实施反倾销措施的经济体。在应对反倾销调查时,美国和欧盟反倾销法中的“非市场经济”规则是中国出口企业面临的重大法律障碍。

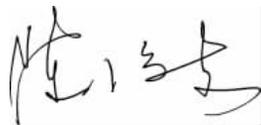
进入二十一世纪以来,伴随着反倾销问题的日益尖锐,中国贸易界、法律界对美国和欧盟反倾销制度的研究也日渐关注,有关反倾销制度的专门出版物不下数百种。然而,这当中泛泛介绍者众,鲜见以反倾销制度中的小专题来研究一系列宏观问题的力作。

众所周知,“非市场经济”问题是美国和欧盟等经济体进行反倾销调查确定产品正常价值时考虑的一个特别因素;倘若出口国被视为“非市场经济”国家,则不采用该国的国内市场价格作为受调查产品的正常价值,而往往寻找一个市场经济体制的“替代国”,再通过复杂的价格计算和调整,以确定来自“非市场经济”国家的受调查产品的正常价值。当进口国采用“替代国”方法时,抵销了中国出口产品的成本优势,并且很可能导致确定的倾销幅度畸高。显然,将“非市场经济”问题置于整个反倾销制度中来考察,它仅属一个局部和微观问题。可是它折射出对一个国家整体经济体制性质的判断,这一问题背后涉及的是二次世界大战后东西方冷

战时代深刻历史和政治背景以及进口国采用“替代国”方法的国际法依据问题,等等。在此意义上,它又是一个十分宏观的大问题。

本书作者就截取反倾销制度中这样一个既微观又宏观的专题,采用法学、经济学、政治学交叉研究和演绎、比较、实证等多种研究方法,对此进行了广泛而深入的研究。作者“以小见大”,从一个小问题写出了大文章。在这本专著中,作者介绍了“非市场经济”问题的历史背景和政治背景;探讨了美国和欧盟反倾销法设置“非市场经济”规则的经济理论基础;叙述了美国和欧盟“非市场经济”规则的发展过程;研究了 WTO 成员方国内法中的“非市场经济”规则在 WTO 体制下是否具有合法性的问题;分析了美国和欧盟“非市场经济”规则的差异及其对中国出口商应对反倾销调查的影响;阐述了“非市场经济”规则在中国面临其他 WTO 成员方实施的反倾销、反补贴、保障措施时的不利后果;指出了中国政府和中国企业应对美国和欧盟“非市场经济”规则可采用的对策,从而为读者奉献了一份极有价值的研究成果。

陈力博士在攻读博士学位期间,我曾担任她的导师。她虽然并非我指导的第一位博士生,但却是第一位毕业并获得博士学位的。这本书是她在博士论文的基础上补充修订而成的。值此书出版之际,我非常高兴地特志数语,是为序。



2007年5月8日于复旦大学

目 录

序	陈治东	1
中文摘要		1
英文摘要		4
学术概述		1
一、选题的理论意义与现实意义		1
二、国内外研究状况		2
(一) 国外主要研究状况		2
(二) 国内主要研究状况		4
三、本书主要创新		4
(一) 研究方法的创新		4
(二) 观点的创新		5
本书写作目的和主要框架		6
第一章 国际贸易与反倾销的基本理论		14
第一节 国际贸易的基本理论之一：自由贸易理论		14
一、比较优势理论		14
二、自然禀赋理论		16
第二节 国际贸易的基本理论之二：贸易保护理论		18
一、国际收支论		19



二、公平贸易论	20
三、国家安全论	20
四、战略性贸易政策理论	21
第三节 公平贸易理论与贸易救济措施	22
一、反倾销的经济学原理	22
(一) 市场竞争与价格差异(歧视)	22
(二) 倾销的种类	23
(三) 倾销与反倾销在经济学与法学上的争论	24
二、反倾销的法学原理	26
(一) 公平竞争——从道德与法律角度看	26
(二) 自由贸易与滥用自由	26
(三) 反倾销法与反托拉斯法的关系	27
(四) 反倾销法与反补贴法的关系	28
(五) 反倾销法与保障措施法的关系	30
第四节 与“非市场经济”国家进行贸易的理论基础	31
一、自由贸易理论在与“非市场经济”国家贸易时的适用困境	31
二、与“非市场经济”国家进行贸易的理论基础	32
(一) 接合理论	32
(二) 经济优势理论	39
(三) 国家利益理论	41
第五节 本章小结	42
第二章 与非市场经济国家进行贸易的特殊规则	
——贸易救济法律制度中非市场经济规则的产生与演变	
.....	44
第一节 反倾销法中非市场经济问题的产生与演变	44

一、美国反倾销法中非市场经济问题的产生与演变	44
二、欧盟(欧共体)反倾销法中非市场经济规则的产生与演变	51
三、本节小结	55
第二节 保障措施中的非市场经济问题: 针对共产主义国家的 市场扰乱条款	56
第三节 反补贴法中的非市场经济问题: 从不适用到新的变化	61
一、美国反补贴法的渊源及反补贴法是否适用于非市场经济 国家的辩论	61
二、乔治城钢铁案——美国反补贴法不适用于非市场经济 国家的法律依据	64
三、中国输美电风扇案——美国反补贴法适用于非市场经济 国家的新标准	67
四、美国对中国适用反补贴法可能性展望	71
五、欧盟(欧共体)及加拿大的立法与实践	74
第三章 非市场经济规则的国际法渊源	78
第一节 多边贸易协定中的非市场经济规则	80
一、1955 年《关税与贸易总协定》第 6 条解释性注解	82
二、1967 年肯尼迪回合《反倾销守则》	84
三、1979 年东京回合《反倾销守则》与《反补贴守则》	86
四、1994 年乌拉圭回合《WTO 反倾销协定》	88
第二节 波兰等国入关与中国入世议定书中的非市场经济规则	88
一、波兰等东欧国家入关议定书中的非市场经济规则	88
二、《中国入世议定书》及《工作组报告》中的非市场经济规则	91
(一)《中国入世议定书》第 15 条规定了中国在反倾销方面的	



具体承诺	92
(二) 中国在反补贴问题上的特别承诺	94
第三节 本章小结	97
第四章 美欧反倾销法之非市场经济规则一：替代国与一国一税	104
第一节 美国与欧盟(欧共体)反倾销法的渊源与主管机构	104
一、美国反倾销法的渊源与主管机构	104
(一) 法律渊源	104
(二) 主管机构	105
二、欧盟(欧共体)反倾销法的渊源与主管机构	108
第二节 对非市场经济国家出口产品正常价值的确定方法	110
一、市场经济国家出口产品正常价值的确定方法	110
二、美国确定非市场经济国家出口产品公平价值的方法	112
(一) 替代国方法	112
(二) 生产要素方法	113
(三) “资本主义萌芽测试法”	118
(四) 市场导向产业测试法	120
(五) 中止协议	122
三、欧盟(欧共体)确定非市场经济国家出口产品正常价值的 方法	123
(一) 类比国方法	123
(二) 类比国方法的例外：个别审查方法	130
(三) 价格承诺	130
四、本节小结	131
第三节 对非市场经济国家出口产品倾销幅度的确定方法	135
一、美国对非市场经济国家出口产品倾销幅度的确定方法	136

(一) 基本原则：一国一税	137
(二) 一国一税例外原则之一：单独税率	139
(三) 一国一税例外原则之二：加权平均税率	143
(四) 美国商务部条例的最新修订：增加了获得加权平均 税率的难度	145
二、欧盟(欧共体)对非市场经济国家出口产品倾销幅度的 确定方法	146
(一) 基本原则：一国一税	146
(二) 一国一税的例外原则：分别税率(行政裁量阶段)	147
(三) 分别税率标准的固定与法律化	149
三、本节小结	151
 第五章 美欧反倾销法之非市场经济规则二：判断非市场经济的 法律标准与实证标准	157
第一节 判断非市场经济国家的法律标准	157
一、美国标准	159
二、欧盟(欧共体)标准	160
第二节 判断非市场经济国家的实证标准	161
一、美国：波兰案(1993年)与乌克兰案(2006年)	161
(一) 波兰案	162
(二) 乌克兰案	164
二、欧盟(欧共体)：非市场经济标准在对华反倾销案件中的 具体适用	169
第三节 本章小结	176
 第六章 美欧法院对反倾销法之非市场经济规则的司法审查	179
第一节 美国法院对反倾销案件的司法审查	179

一、美国反倾销案件司法审查制度的法律渊源	179
二、美国反倾销案件司法审查的主管机构及其审查范围	181
三、美国反倾销案件司法审查中的适格主体	182
四、美国反倾销案件中的司法审查标准	184
五、美国法院对涉华反倾销案件的司法审查	187
(一) 美国涉华反倾销案概况和涉及的主要问题	187
(二) 中国企业的应对策略	189
第二节 欧盟(欧共体)法院对反倾销案件的司法审查	195
一、欧盟(欧共体)法院反倾销司法审查的主管机构及其管辖 范围	196
(一) 不作为之诉	197
(二) 损害赔偿之诉	197
(三) 行为无效之诉	197
二、欧盟(欧共体)法院反倾销司法审查中的行为无效之诉	198
(一) 可提请审查的“行政行为”的范围	198
(二) 反倾销司法审查的适格行为与诉讼主体	198
三、欧盟(欧共体)反倾销案司法审查之审查标准及审查理由	201
(一) 缺乏充分理由	202
(二) 程序上的缺陷	202
(三) 滥用权力以及存在明显错误	203
四、欧盟(欧共体)法院对涉华反倾销案件的司法审查	203
(一) 诉讼资格问题	204
(二) 替代国的选择与单独待遇问题	204
第三节 本章小结	206

第七章 非市场经济规则对中国的不利影响及中国应对策略·····	208
第一节 非市场经济规则存在的主要问题及对中国的不利影响·····	208
第二节 中国市场经济地位评价·····	210
一、货币的可自由兑换程度·····	211
二、劳资双方协议工资的程度·····	212
三、允许外商投资的程度·····	212
四、政府所有和控制生产资料的程度·····	213
五、政府控制资源分配和企业产品价格及产量控制的程度·····	213
六、其他行政主管部门认为适当的因素·····	213
第三节 美国国内解决非市场经济困境的可能途径·····	215
一、黑尼兹法案·····	215
二、克林顿政府的建议·····	216
三、美俄商务理事会的建议·····	217
四、修改美国贸易法第 406 条款的建议·····	219
五、建立反倾销监督委员会的建议·····	219
第四节 中国对美欧非市场经济规则应采取的对策·····	220
一、美国与欧盟在中国非市场经济地位问题上的最新立场·····	220
二、中国应采取的应对策略·····	225
(一) 宏观层面(中国政府的应对策略)·····	226
(二) 微观层面(中国企业的应对策略)·····	235
结论·····	243
主要参考文献·····	248
后记·····	258



中文摘要

美国与欧盟是世界上两个最大的经济体,同时也是中国最大的贸易伙伴,中国实行经济体制改革和对外开放政策以来,中美与中欧贸易关系迅猛增长,但伴随着这种增长的是中美与中欧双边贸易不平衡的扩大以及由此引发的不断升温的贸易摩擦。美国与欧盟频频对中国出口产品采取反倾销和保障措施等贸易救济措施就是这种贸易摩擦的重要表现。目前,美国与欧盟已经成为对中国发起反倾销调查数量最多的两个经济体,截至 2005 年年底,美国与欧盟对中国启动的反倾销调查已经分别达到 121 起和 111 起;2005 年全年国外对我国启动的 16 起特殊保障措施案件均由美国和欧盟启动,产品均涉及纺织品,其中,欧盟对华启动的特别保障措施为 9 起,美国为 7 起,中国出口贸易因此受到严重损害。在各种贸易救济措施中,美国与欧盟贸易救济法律制度,尤其是反倾销法中的非市场经济规则是中国出口企业在应对时最为关注的问题和面临的重大法律障碍。在 WTO 允许各成员方合法采用的三种贸易救济措施——反倾销、反补贴和保障措施中,都涉及针对非市场经济国家的特殊规则。在反倾销领域,由于中国的“非市场经济国家地位”,美国与欧盟对中国出口产品正常价值的确定和反倾销税率的计算分别适用歧视性的替代国制度和一国一税原则;在反补贴领域,由于中国的非市场经济国家地位,多年来,中国侥幸豁免了美国与欧盟反补贴法的调查,但各种迹象表明,美国与欧盟随时可能修正其国内法,对非市场经济国家(特别是中国)启动反补贴调查;^①在保障措施领域,由于美国将专门适用于共产主义(非市场经济)

^① 2006 年 11 月 7 日,美国在事隔 15 年后,再次对中国出口美国的铜版纸进行反补贴立案调查,目前案件正在调查和审理当中。本书在第二章中有具体的介绍与分析。

国家的《1974年贸易法》第406条款转换为专门针对中国的特殊保障措施并在《中国入世议定书》中加以确定,使得中国原本仅对美国承担的特别义务转化为对所有WTO成员方的国际法义务。

国际贸易救济法律制度中的“非市场经济”问题表面上看是一个经济学命题,但它的产生有着深刻的历史和政治背景,它是二次世界大战以后东西方冷战的产物。按照西方学者的主流观点,国际贸易中的自由贸易理论(比较优势理论)无法作为市场经济国家与非市场经济国家进行贸易的理论依据,因此,他们用“接合理论”、“经济优势理论”或者“国家利益理论”来诠释与非市场经济国家的贸易关系,并试图从理论上说明运用反倾销、反补贴或保障措施中的非市场经济规则的合理性。

国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则缺乏充分的国际法依据。1955年GATT第6条解释性注解仅仅提出了在对“贸易完全或几乎完全垄断”并且其“国内所有产品价格由国家确定”的国家进行反倾销调查时,决定价格可比性存在特殊困难,但是并没有指出确定这类国家产品正常价值的具体方法。反倾销法中的替代国制度是美国和欧盟在其国内法中自行“发明”的一种用以判断非市场经济国家出口产品正常价值的方法,同时,主要是在美国的主导之下,该规则又在波兰等国家入关(《关税与贸易总协定》)议定书和中国入世(世界贸易组织)议定书中被合法化,成为中国承担的一项特殊的国际法义务。而一国一税原则更是美国与欧盟行政主管部门自由裁量的结果,明显缺乏国际法甚至国内法的依据。

美国与欧盟反倾销法中的非市场经济规则具有明显的歧视性和不合理性,这不仅体现在行政主管部门对“市场经济”判断标准的灵活掌握极易受到政治因素的干扰(如美国行政主管部门关于非市场经济国家的裁定不受法院的司法审查),而且行政主管部门在替代国的选择和分别税率的裁定上具有非常大的随意性,其自由裁量权难以受到完全制约。

在寻求应对策略时,中国政府与企业均责无旁贷,应当采取政治和法律两种手段,从宏观和微观两个层面进行积极应对。首先,政府应当通过双边磋商或借助多边谈判机制,争取及早获得美国与欧盟对我国市场经济地位的承认或者修改WTO相关协定中的不合理规定;其次,中国应当继续深化经济体制改革,使中国经济进一步市场化,有针对性地抗辩美国

与欧盟的市场经济标准；再次，中国政府应积极协助企业应诉，必要时可以将相关争议提交世贸组织争端解决机制解决。企业在面对美国与欧盟的反倾销调查时，应当积极应诉，充分利用美国与欧盟法律赋予的实体权利与程序权利（包括提请司法审查）进行市场经济地位、替代国与一国一税的抗辩。

英文摘要

The United States and the European Union are the two largest economic entities in the world. Both of them are the most significant trade partners of China. The bilateral trade relations between U. S. and China as well as EU and China have developed more and more rapidly and deeply since China's economic reform and opening to the outside world. However, in the meanwhile, the trade imbalance between China and U. S. as well as China and EU have been expanded and such imbalance has led to the hot trade frictions between their bilateral trade relations. There are still a lot of trade barriers for Chinese export products entering into the markets of both the U. S. and EU. Antidumping and product specific safeguard are among a number of current issues raising significant problem in U. S.-China and EU-China trade relations. By far, The U. S. and EU have been the top economic entities that have ever applied antidumping measures towards China. According to official statistics, the U. S. and EU have initiated 118 and 111 antidumping investigations respectively toward Chinese products by the end of 2005. Besides that, both of them become the only economic entities that initiated the product specific safeguards against Chinese textile products in the year 2005. In both the U. S. and EU trade laws, particularly their antidumping laws, the Non Market Economy (NME) rules have become the main concerns and difficulties of Chinese exporters when responding to the trade remedy proceedings, especially the antidumping proceedings. Anti-Dumping, subsidy and safeguard

measures are the only legal trade remedies WTO members can utilize according to the WTO law, and the NME rules are related with all of them. In both the United States and EC Anti-Dumping law, China has been treated as a NME country or state trading country. With this perception, in taking antidumping measures against Chinese products, both the United States and the European Union authorities adopt the so-called “surrogate approach” to determine the fair (normal) value and the countrywide duty rule to determine the dumping margin, by disregarding micro-economic elements like cost of production, level of economic development, lower labor costs, and so on; the NME status exempts China from the countervailing duty investigations in both U. S. and EU Countervailing duty laws, but China’s good fortune may not last forever since the Congress of U. S. are thinking to amend the case law rule fixed in *Georgetown Steel Corp V. United States*; in the safeguard field, the U. S. has revised its 1974 Trade law to transfer the Section 406 (implicating to Communist countries, including China) to Section 421 and Section 422 for the purpose of applicable specifically to China. Section 421 and 422 has been incorporated into Article 16 of Protocol on the Accession of China and it become China’s international duty to all WTO Members.

The NME treatment toward China rooted deeply in the early Cold War and have not changed since China adopted its open-door policy and even acceded to WTO. According to Article 15 of “Protocol on the Accession of the People’s Republic China”, the United States and the European Union will continue to treat China as a Non Market Economy country until the year of 2015. According to the main views of some U. S. authorities, the Comparative Advantages theory are not appropriate to explain the trade relationship between the Market and Non market economy countries. They try to provide a sound basis of NME Rules in market economy country’s antidumping and other trade



laws by the Interface theory, theory of Economic Advantages and the theory of State Interest.

The international legal basis of NME rules in both U. S. and EU antidumping laws are not sound enough, since the 1955 Interpretative Note to the first paragraph of Article VI (GATT) only stated that: “It is recognized that, in the case of imports from a *country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade and all domestic prices are fixed by the State*, special difficulties may exist in determining price comparability for the purposes of paragraph I, and in such cases importing contracting parties may find it necessary to take into account the possibility that a *strict comparison* with domestic prices in such a country *may not always be appropriate*.” As follows from the text of the interpretative note, it is no more than a statement of fact providing no specific indications as to what course of action investigating authorities should take in dealing with centrally planned economy countries. In practice, the issue was left to the discretion of the national administrations.

The NME rules of U. S. and EU antidumping laws are unreasonable and discriminate to China, the Market Economy criteria of U. S. and EU are mainly explained and controlled by the administration and are easily influenced by political considerations (e. g. under U. S. law, the decision of the U. S. Department of Commerce to designate a trading partner as a non-market economy is not subject to judicial review), the administrative authorities have broad discretion to decide the selection of surrogate countries and the requirements and procedures to apply for separate rate.

There are two possible solutions to resolve the NME issues. The first one is the diplomatic method. Under the motion of Chinese government, the U. S.-China Joint Commission Commerce and Trade Working Group on Structure Issues has been established to discuss

whether to graduate China from NME to ME as a whole and Chinese government has also formally applied for the recognition of MES by EU; besides that, as a member of the WTO, China can suggest to revise the related provisions of WTO Antidumping Agreement in the new Doha Round negotiation; the second is the legal method. Chinese exporters or government can resort to legal remedies respectively from the domestic court of U. S. and EU or the WTO Disputes Settlement Mechanism. The rule that NME designating is not subject to judicial review in the U. S. court may not block Chinese exporters to bring complaints on issues such as surrogate country selection or single countrywide duty to the U. S. court. Besides that, according to the WTO rule, Chinese government has the right on behalf of Chinese export producers to bring such complaints to the WTO Disputes Settlement Mechanism.

学术概述

一、选题的理论意义与现实意义

国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则产生于冷战这一特殊的历史背景之下,它是以美国为主导的西方市场经济国家在与以苏联为核心的共产主义国家(非市场经济国家)开展贸易时所采用的一种特殊规则,具有浓厚的意识形态色彩。非市场经济规则具体通过一国国内贸易救济法律中的反倾销、反补贴与特殊保障措施加以实施。美国有关非市场经济问题的国内立法不仅对相关国际立法(《关税与贸易总协定》与世界贸易组织中的有关非市场经济问题规定)的形成产生了直接的影响,而且还通过 GATT - WTO 体系对欧盟相关立法产生了间接影响。目前,美国与欧盟不仅是排名前两位的贸易伙伴,而且也是对中国采取反倾销和特殊保障措施最多的两个经济体。其中,美国与欧盟贸易救济法律制度中的非市场经济规则已经成为中国企业应对美国与欧盟贸易救济调查时面临的最大的法律障碍;此外,2006 年年末,美国对中国启动反补贴调查已经从迫近的威胁演变为实际的挑战,欧盟对中国启动反补贴调查也已经箭在弦上。在经济全球化和冷战结束的历史背景下,美国与欧盟继续将处于经济转型期的中国视为非市场经济国家,并在其贸易救济法律中对中国继续适用歧视性的非市场经济规则有着深刻的政治原因,非市场经济规则已经成为美国与欧盟制约中国发展的一个重要筹码。而争取美国与欧盟对中国完全市场经济地位的承认也已经成为我国政府和企业做出的一项重大战略选择。但实践证明,非市场经济规则背后的经济与政治因素才是构成中国争取市场经济地位的主要障碍。美国与欧盟的非市场经济规则是造成中国企业在应对其贸易救济调查时屡屡败诉的最

重要的原因,其直接的后果是阻碍了中国具有比较优势的产品进入其国内市场,间接影响则导致大批工人失业,企业倒闭,最终对中国的宏观经济造成严重损害。因此,研究这一课题具有重大的理论和现实意义。目前我国政府已经就争取中国完全市场经济地位做出了战略决策,并通过外交努力争取到 60 多个国家对中国完全市场经济地位的承认,但国内外理论界对此问题的看法还不尽一致。虽然国内外对这一问题的研究成果已有不少,但就笔者掌握的资料,系统综合的研究成果还未发现,因此,笔者希望在前人研究的基础上运用比较的方法,从历史、经济、政治和法律的多重视角研究贸易救济法律中的非市场经济规则,这也是中国政府和企业有针对性采取应对措施的前提和保障。

二、国内外研究状况

(一) 国外主要研究状况

由于非市场经济概念产生于西方国家,尤其是美国和欧盟的贸易立法中,因此,国外研究的主要成果也集中在这两个经济体。到目前为止,非市场经济问题的研究成果主要体现在有关国际经济法或贸易政策的著作以及相关的论文中,尚未有相关专著问世。世界银行 1997 年出版的《针对转型经济国家中的进口政策——两个案例的分析》(*Policies on Imports from Economies in Transition — Two Case Studies*)是目前研究反倾销领域非市场经济问题的一部较为详细的研究报告;在美国,John H. Jackson 教授在这一问题上的研究成果是开创性的,在 1980 年出版的 *Interface One* (“接合 I”)中, Jackson 教授首次提出了与非市场经济国家进行贸易的接合理论,之后在他的代表性著作《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》(*Law and Policy of International Economic Relations*)以专章形式探讨了“具有特殊情况的经济”;此外,美国战略经济研究所的研究员 Greg Mastel 在其专著《反倾销与美国经济》(*Antidumping Laws and the U. S. Economy*)一书的第三章和第六章中都涉及对反倾销法中非市场经济问题的阐述;美国纽约大学的 Andreas F. Lowenfeld 教授在其论著 *International Economic Law* 第十章中也探讨了反倾销法中的非市场经济问题;在众多研究非市场经济问题的论文

中,美国卡图研究所研究员 Ikenson 近年来发表的文章令人关注。

目前在欧洲对非市场经济问题有较深入研究的学者主要有欧盟法和国际贸易法专家 Francis Snyder 教授。他的论文 *The Origins of “Non-market Economy”: Ideas, Pluralism and Power in EC Antidumping Law about China* 是这一研究领域的力作;此外 Wolfgang Müller 博士编著的 *EC Antidumping Law — A Commentary on Regulation 384/96* 以及 Edwin A. Vermulst 博士专著的 *Antidumping Law and Practice — A Comparative Study* 也都从理论、立法和实证的角度对反倾销领域的非市场经济问题进行了阐述。此外,俄罗斯前贸易官员 Alexander Polouektov 发表于 2002 年国际贸易杂志上的 *NME Issues in the WTO Anti-Dumping and Accession Negotiations — Revival of a Two-Tier Membership?* 也从一个独特的视角(成员方入关/入世谈判及成员方资格角度)研究了非市场经济规则在国际法中的形成过程。

综合上述研究成果,国外学者主要观点如下:

1. 指出比较优势这一传统国际贸易理论不能解释与非市场经济国家的贸易关系,提出了与非市场经济国家进行贸易的理论依据,包括接合理论、经济利益理论以及国家利益理论。

2. 指出在国际法的框架下对非市场经济国家适用特别规则,采用双轨制的原因;另有学者对在 GATT - WTO 中,尤其是在成员入关或入世谈判中对“非市场经济”成员方适用双重标准表示质疑,认为这种双轨制违背了 GATT - WTO 的不歧视待遇原则。

3. 提出贸易救济法律制度中的非市场经济规则是冷战的产物。非市场经济的概念表达了两种不同的政治经济制度——资本主义国家和共产主义之间的根本区别;同时对全球化和后冷战时期继续对转型国家适用非市场经济规则提出质疑。

4. 通过对非市场经济问题产生和演变过程的考察,指出美国对于非市场经济规则形成及其国际化所产生的决定性影响。

5. 众多研究成果集中于对非市场经济规则合理性与公平性的探讨,并形成了不同观点。其中倡导自由贸易的学者(如美国的卡图研究所研究员 Ikenson)强烈抨击美国的非市场经济规则,对反倾销法中的替代国



制度、一国一税原则以及行政机关滥用裁量权的行为进行批判,认为美国贸易法中的非市场经济规则是贸易保护主义的体现,是与自由贸易的宗旨相抵触的;但以保守著称的美国战略研究所研究员 Greg Mastel 则极力为美国的非市场经济规则进行辩护,并且提出将部分国家视为非市场经济国家带给其的未必都是不利的影响,非市场经济国家至少因此豁免了美国的反补贴调查。

(二) 国内主要研究状况

目前,国内研究非市场经济问题的成果形式以论文为主,部分反倾销或反补贴方面的专著也涉及相关问题。从研究成果中可以发现,国内研究成果较为分散,学者大多从反倾销或者反补贴角度分别研究非市场经济问题,缺乏系统整合的综合研究成果。目前国内研究非市场经济问题的重要成果是北京师范大学经济与资源管理研究所分别在 2003 年和 2005 年编著的《中国市场经济发展报告》,该报告从经济学角度对中国市场经济发展状况进行评估,其主要针对美国与欧盟反倾销法中的市场经济标准从宏观经济角度论证中国市场经济发育的程度。目前国内鲜有从经济、历史、法律和政治的综合视角,运用比较法学的方法对国际贸易救济法律制度(反倾销、反补贴和保障措施)进行整合研究的成果。由于中国是美国和欧盟非市场经济规则的最大受害方,因此,国内学者的研究观点大多立足于本国,从应对角度对非市场经济规则的歧视性与不公平性进行批判,并提出各种可能的解决方案。

三、本书主要创新

本书是迄今为止首部系统全面论述国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则的专著。视角独特、观点新颖。其创新主要体现在以下两大方面。

(一) 研究方法的创新

1. 经济、历史、政治与法律相结合的综合研究视角。本书以非市场经济的国际国内规则为主线,同时从贸易救济措施中非市场经济问题的经济学依据、非市场经济规则产生与演变的历史脉络、政治因素对非市场经济规则形成的影响等四个方面进行综合论述,进行交叉学科研究。

2. 反倾销、反补贴、保障措施等贸易救济法律制度的整合研究方法。以往国内论著通常仅对某种贸易救济措施(主要集中于反倾销)中的非市场经济规则进行研究,未能揭示三种不同贸易救济措施中非市场经济规则之间的区别与内在联系。在国内同类问题的研究中,本书首次将非市场经济规则纳入贸易救济措施的总框架下进行整合研究,全面反映了非市场经济规则的本质特征。

3. 以美国和欧盟为对象的比较研究方法。本书并不试图涉及所有国家贸易救济法律制度中的非市场经济规则。而是选取最具代表性,能够反映非市场经济规则全貌,同时也是对中国贸易最具意义的美国与欧盟立法与实践作为研究对象。

4. 理论与实证相结合的研究方法。本书既有较为深入的理论分析,同时也运用了实证研究方法,在论述美国与欧盟非市场经济规则的相关立法时,运用了大量案例及数据进行论证或佐证,使本书的论点更具说服力。

(二) 观点的创新

1. 本书归纳分析非市场经济规则产生的理论依据,在国内首次系统提出并分析了东西方贸易的接合理论、经济优势理论以及国家利益理论。指出国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则是西方国家实现其对外政策和维护其国家利益的有效工具。

2. 以反倾销立法与实践为主线,从对非市场经济国家的判断标准、非市场经济国家出口产品正常价值的确定方法、一国一税制度以及司法审查制度等方面比较分析美国与欧盟非市场经济规则的异同,提出我国应采取共同又有区别的应对策略。

3. 通过系统分析非市场经济规则产生的国际法渊源,指出该规则国际法依据的不充分性,并论证了我国在世界贸易体制中消解非市场经济地位问题的可行方法。

4. 对中国申请提前获得市场经济地位承认进行利弊分析,认为中国申请市场经济地位的承认总体利大于弊,是中国政府作出的一项重大战略选择。



本书写作目的和主要框架

美国与欧盟(欧共体)^①是世界上两个最大的经济体,同时也是中国最为重要的贸易伙伴。从2001年12月中国成为世界贸易组织成员以来,中美经贸关系更加迅速地发展。到2003年年底,美国已经成为中国最大的贸易伙伴,中国则超越日本上升为美国的第三大贸易伙伴(由于北美自由贸易区的建立,加拿大与墨西哥成为美国前两位的贸易伙伴)。中美贸易的迅猛增长在带动两国经济增长的同时,出现了贸易的不平衡,美国对华贸易逆差仍在上升,成为当下中美贸易摩擦的主要原因。美国对

① 欧共体(European Community)是欧洲共同体的简称,它包括根据1951年《关于建立欧洲煤钢共同体条约》建立的欧洲煤钢共同体(ECSC)、根据1957年在罗马签订的《欧洲经济共同体条约》和《欧洲原子能共同体条约》(统称《罗马条约》)设立的欧洲经济共同体(EEC)和欧洲原子能共同体(EURATOM)。1967年上述三个共同体组成了单一的欧共体理事会和委员会。欧洲经济共同体是三个共同体中最重要且管辖范围最为广泛的,凡不属煤、钢及原子能领域的经济事项,大都属于欧洲经济共同体的职权范围,如农业、贸易、运输、内部市场、货币等,因此,欧共体主要指欧洲经济共同体。根据1993年1月1日正式生效的《欧洲联盟公约》(又称《马斯特里赫特条约》或简称《马约》),欧洲联盟正式建立。根据《欧洲联盟条约》A条的规定,欧洲联盟的基础为三个共同体,并辅之以该条约所建立的政策与合作形式。因此,欧盟作为一个“政治屋顶”,它由“三根支柱”(Three Pillars)作为支撑:三个共同体;共同的外交与安全政策(Common Foreign and Security Policy);司法与内务范围的合作(Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs)。此外,《马约》还正式将欧洲经济共同体改为欧洲共同体,并相应将《欧洲经济共同体条约》改为《欧洲共同体条约》,以表明该共同体众多的非经济职能。因此欧盟的诞生并没有终止原来三个共同体的存在;相反,《欧洲联盟条约》明确宣布在三个共同体的基础上,在尊重和确保“共同体建设既得成就”的原则下建立欧洲联盟,因此,三个共同体在欧盟的框架内继续存在。但是欧共体不等于欧盟,它只是欧盟的一部分(参见曹建明著:《欧洲联盟法——从欧洲统一大市场到欧洲经济货币联盟》,浙江人民出版社2000年版)。从这个意义上说,按照《欧共体条约》,反倾销等贸易救济法律制度属于欧共体“共同商业政策”的组成部分,使用“欧共体”贸易救济法律制度应当更为精确。尽管欧盟官方文件中涉及贸易或反倾销等问题时,通常采用EU(欧盟)而不是EC(欧共体)的措辞(参见欧盟官方网站: <http://www.europa.eu.int/>),但鉴于本书论述的核心问题是贸易救济法律制度以及历史上的相关条例名称,本书按不同的历史时期使用“欧共体”、“欧盟”的概念,欧盟成立之前,采用“欧共体”概念,但1997年欧盟成立后,则主要采用“欧盟”的表述。

华贸易在二十世纪九十年代开始出现贸易赤字,到 2000 年,中国已经取代日本成为美国贸易赤字的最大来源国。中国加入世界贸易组织之后,随着中国获得永久性最惠国待遇,双边的贸易不平衡出现了扩大的迹象。尽管中美双方对双边贸易不平衡的统计方法与结果存在差异,对产生贸易不平衡现象的原因分析存在分歧,^①但美国对华贸易逆差逐年扩大却是不争的事实(参见表 1 和表 2)。

表 1 2001—2005 年中美(货物)贸易(中方统计,单位:亿美元)

年 份	进 口	出 口	总 额	平 衡
2001	262	543	805	281
2002	272	700	972	428
2003	339	925	1 264	586
2004	447	1 249	1 696	802
2005	487	1 629	2 116	1 142
2006	592	2 035	2 627	1 443

(统计数据来源:根据中国国家统计局及中国海关总署统计公报数据计算),参见 <http://www.stats.gov.cn> 及 <http://www.customs.gov.cn>。

表 2 2001—2006 年中美(货物)贸易(美方统计,单位:亿美元)

年 份	进 口	出 口	总 额	平 衡
2001	1 022.8	192.4	1 214.6	-830.4
2002	1 251.7	220.5	1 472.2	-1 031.2

^① 例如,中国商务部认为,中美贸易逆差被美方人为夸大了,按照中方统计,中国 2005 年对美国的贸易顺差应为 1 142 亿美元,而非美方的统计为 2 017 亿美元。统计差别的根本原因是美国没有将中美服务贸易和美国对华投资统计在内。中方认为,在经济全球化条件下,货物贸易逆差已不能反映中美贸易全貌,更不能反映实际利益关系。中美经贸利益的平衡应当是贸易与投资、货物贸易与服务贸易的总体平衡。参见商务部新闻办公室 2006 年 2 月 26 日发布的《中美经济的互补性是决定中美经贸关系持久发展的基础》。中国商务部网站:<http://www.mofcom.gov.cn>;此外,中国国家统计局在对 2005 年中国统计公报的分析中也提出,中国巨额贸易顺差的主要来源是加工贸易,而加工贸易的实质就是要争取加工过程的加工费,这一贸易方式的结果在正常情况下一定会是出口大于进口。消息来源:<http://finance.sina.com.cn>,2006 年 3 月 2 日访问。

续 表

年 份	进 口	出 口	总 额	平 衡
2003	1 523.8	284.2	1 808	-1 239.6
2004	1 967	347	2 314	-1 620
2005	2 435	418	2 853	-2 017
2006	2 878	552	3 430	-2 326

(统计数据来源:美国国家统计局官方统计数据),参见 <http://www.census.gov/foreign-trade/statistics/highlights/annual.html>。

在评价中美贸易关系时,中国始终认为中美贸易的不平衡主要是结构性、转移性、互补性的,美国将双边服务贸易与美国对华投资这种间接贸易排除在统计之外不能从根本上反映中美贸易关系的全貌,此外,中国认为,美国长期以来对华高科技出口进行严格管制也是中美贸易不平衡的重要原因。而美国则将引起美国对华贸易逆差的主要原因归结为中国出口企业的低价倾销、中国政府对企业的补贴等不公平竞争行为以及中国对知识产权保护不力、市场开放不够,从而未能很好履行入世承诺。中美双方贸易的不平衡引起了美国制造业(利益集团)的高度关注,同时也引起美国国会部分议员的强烈担忧与不满。随着中美贸易不平衡的加剧,美国对中国发起的贸易救济措施也在不断增加。在三种常见贸易救济措施中,美国动用最多的是反倾销措施。从1980年对中国发起第一起反倾销指控至今,美国对中国的反倾销调查已经达到121起,其中,从2001年中国加入世界贸易组织到2006年年底,美国对中国就发起了47起反倾销调查,成为对中国最大的反倾销使用方;^①除了动用反倾销手段,美国还频频对中国发起保障措施或特别保障措施调查,例如,2005年1—6月,美国就对中国纺织品发起7起特别保障措施调查。^②2006年11月,美国商务部继1991年对中国出口电风扇及螺母进行反补贴立案调查未果^③后事隔15年再次对

① 数据依据美国商务部国际贸易管理局公布的统计数据计算得出。相关数据参见 <http://ia.ita.doc.gov/stats/inv-initiations-2000-2006.html>; <http://ia.ita.doc.gov/stats/caselist.txt>。

② 参见中国贸易救济网 <http://www.cacs.gov.cn/>。

③ 在1991年的反补贴调查中,美国商务部认为中国相关出口企业并未达到市场导向产业标准,决定不对中国出口产品征收反补贴税。本书将在第二章进行详细论述。

中国出口美国的铜版纸进行反补贴立案调查,并准备重新评估美国既有的反补贴法不适用于中国等非市场经济国家的政策。紧接着,美国贸易代表办公室于2007年2月2日就中国的禁止性补贴问题向世界贸易组织提起申诉。^①不仅如此,美国还将中美双方的贸易摩擦政治化。2005年1月11日,美中经济与安全评估委员会发表了一项题为《美中贸易:1989—2003年——在全国和各州对就业和各个行业的影响》的报告。^②报告指出,中美贸易的逆差不断增长,对美国经济的负面影响越来越大,导致美国不但在劳动密集型产业而且在高科技领域丢失就业岗位,美国各州、各行业都未能幸免。报告指出,在1989年到2003年的14年间,美国对华贸易逆差增长了20倍,从62亿美元上升到1240亿美元。导致美国丢失了150万个就业岗位。中国入世后这种状况仍在加剧。目前,不仅传统的劳动密集型产业,而且在高科技领域,如高档电子产品、通讯设备甚至汽车和航天领域中国的出口也大幅度增长,例如美国在半导体工业领域已经受到了赤字的影响。对此,美中经济与安全评估委员会主席达马托称:“有了这些资料,我们就可以开始评估中国对我们的经济安全和国家安全的影响。这一报告是对我们发展这种理解的一个突破性贡献。”此外,近期美国部分国会人士甚至声称要取消与中国的永久性正常贸易关系。2006年2月14日,美国贸易代表波特曼在华盛顿透露,美国将建立一个特别工作小组处理对华贸易问题,这是美国在经贸领域首次针对特定国家设立专门机构。同日,波特曼还公布了一份题为《美中贸易关系:进入更大责任和执法新阶段》^③的全面评估报告。该报告虽然总体上肯定了美中贸易对双方的重要性和意义,但也指出了双边贸易中存在的诸多问题。报告内容显示了美国国内贸易保护势力有所抬头。

中欧贸易也是中国最为重要的双边贸易关系之一。在中欧双边贸易

① 参见中国贸易救济网(<http://cacs.gov.cn>)的相关报道。

② 参见陶文钊:《中国入世以来的中美经贸关系简析》,《同济大学学报》(社科版)2005年,第3期。

③ See generally, *U. S. -China Trade Relations: Entering a New Phase of Greater Accounterbility and Enforcement*. http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Release/2006/February/ustr_to_Strengthen_enforcement_in_Readjustment_of_us-china_Trade_Policy.html.

不断扩大和高速发展^①的同时,也伴随着双边贸易的不平衡现象,欧盟对华贸易逆差呈不断扩大的趋势。据欧盟官方统计,欧盟 25 国与中国商品贸易的逆差在 2000 年为 486 亿欧元,2002 年为 547 亿欧元,2004 年则达到 788 亿欧元,是欧盟与各贸易伙伴双边贸易中最大的贸易逆差。^② 按照中国国家统计局的统计数据,中国对欧盟贸易顺差也呈现逐年快速递增的势头。2003 年中国对欧商品贸易顺差约为 191 亿美元,2004 年上升到 371 亿美元,2005 年则达到了 701 亿美元。^③ 与美国一样,中欧贸易的不平衡现象同样是欧盟对华频频启动贸易救济,尤其是反倾销措施的最重要原因。尤其是 2005 年以来,中欧围绕中国纺织品出口问题引发的贸易摩擦更加白热化。尽管从总体上来看,中欧关系,尤其是双边政治关系发展一直比较稳定,例如,从九十年代以后,欧盟先后出台了三项对华关系基本文件,它们分别是:1995 年 7 月 15 日关于中欧关系长期政策的 95/279 号文件(COM[95]279);1998 年 3 月 25 日的《与中国建立全面伙伴关系》的战略性文件(COM[98]81)以及 2001 年 5 月 15 日发布的《欧盟对中国的战略:1998 年文件执行情况 and 促进未来欧盟政策更有效的步骤》。但是在中国的贸易伙伴中,欧盟是仅次于美国的第二大对华反倾销调查国,从 1979 年欧共体对中国糖精发起反倾销调查开始,到 2005 年 6 月,欧共体对华提起的反倾销指控已经达到 111 起;^④2005 年 1—6 月,欧盟对华启动的特别保障措施调查达到 9 起。

中国是一个对外贸高度依存的国家,^⑤国民经济的增长很大程度上

① 据欧盟官方在 2005 年 6 月份的统计,中欧贸易总额在 2004 年为 1 750 亿欧元,2005 年则将达到 2 000 亿欧元。其中,中国对欧盟的进口占欧盟全部进口总量的 12.5%。参见欧盟委员会新闻办公室的事实和数据发布公告:“The EU-China Trade Relationship: Facts and Figures”,欧盟官方网站 <http://europa.eu.int/>,另据中国国家统计局 2005 年统计公报显示,中欧贸易总量在 2005 年已经超过 2 000 亿美元,达到 2 173 亿美元。

② http://europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/countries/china/index_en.htm。

③ 根据中国国家统计局年度统计报告计算得出,2006 年统计数据尚未公布。<http://www.stats.gov.cn>。

④ 参见中国贸易救济信息网《国外对华贸易救济案件统计》,发布日期:2005-07-14。<http://www.cacs.gov.cn>。

⑤ 外贸依存度指一国进出口贸易总额在本国国内生产总值(GDP)中所占比重。中国社科院研究员沈骥如认为,中国外贸依存度在 1980 年为 15%,到 2003 年则高达 60.2%,而美国、日本、印度等国家 1980 年至 2001 年的外贸依存度在 14%—20%。参见《半月谈》(内部版)2004 年,第 9 期。

依赖对外贸易的增长。中国加入 WTO 后,随着永久性最惠国待遇的获得以及关税壁垒的降低,中国产品以前所未有的速度迅速进入国际市场。但与此同时,中国出口产品也遭受了“合法”的非关税壁垒的阻挡。各国采取的不同贸易救济措施构成中国出口产品的最大阻碍。其中,反倾销措施是被各国最为普遍适用的贸易救济措施。除此之外,中国还频频受到各种保障措施的威胁,反补贴的威胁在目前也迫在眼前。在所有的外国贸易救济措施中,中国由于其不同于所有其他世界贸易组织成员的特殊身份——“非市场经济”(Non Market Economy,简称 NME)国家而额外遭受到更加不公平的待遇。非市场经济地位问题也因此成为我国在应对外国各种贸易救济措施,特别是反倾销指控时面临的最大障碍,由非市场经济地位而引发的在产品正常价值和税率计算上的特殊做法容易得出倾销存在的结论,而且往往会导致裁定高额反倾销税,中国产品出口因此受阻甚至彻底丧失外国市场。例如在最近的一起反倾销调查中,欧盟贸易委员曼德尔森宣布将对原产于中国的皮鞋征收为期 5 个月的 19.4% 的临时反倾销税,他在说明采取该救济措施的原因时特别强调,中国的皮鞋产业存在严重的政府干预,欧盟通过调查发现,中国对皮鞋产业主要的干预形式包括税收减免、变相出口补贴、非市场化的地租减免、不正确的资产评估等。而这种政府干预正是导致倾销存在的直接原因。^① 同样的,在 2004 年终裁的中国输美木质卧室家具反倾销案中,由于中国的非市场经济地位,商务部对大部分中国家具出口企业和制造商采用一国一税原则征收了惩罚性的统一反倾销税,税率高达 198.08%,使得大多数中国家具厂商彻底丧失了美国市场。贸易救济尤其是反倾销领域中的非市场经济问题表面上看是一个法律问题,^②但从其产生和演变的历史来看,它是一个集经济、法律和政治于一体的复杂的综合问题。随着冷战的结束和原东欧社会主义国家的经济政治体制改革,大部分原来被视为

① *EU Trade Commissioner Mandelson Proposes Progressive Duty Following of Dumping of Chinese and Vietnamese Leather Shoes* Brussels, Brussels, 23 February 2006. <http://europa.eu.int/comm/trade/issues/respectrules/antidumping/>.

② 国际贸易中的非市场经济问题从二次世界大战后产生,逐步发展成为相关国内法和国际法中的具体法律规则,从这个意义上说,本书采用的关键词是“非市场经济规则”,并侧重从法律的角度对其进行剖析。

非市场经济的东欧社会主义国家纷纷获得了美国与欧盟市场经济地位 (Market Economy Statue, 简称 MES) 的承认。但在美国和欧共体的反倾销法中, 中国仍与少数原苏联加盟共和国以及越南、朝鲜等国家被列为非市场经济国家, 并且在反倾销领域遭受与绝大多数 WTO 成员方不同的歧视性待遇。

目前, 国内外关于非市场经济问题的研究成果从数量上看并不少, 但绝大多数是单纯从某一国别的角度或者从纯粹的法律视角来进行研究, 研究的系统性与深入性还不够, 有些研究成果甚至还存在一些认识上的错误或者误解。目前还缺乏从历史、经济、政治和法律等综合视角进行比较研究的成果。本书写作的出发点就是试图对非市场经济问题进行一个比较的、系统的和综合性的研究, 深入阐述非市场经济规则产生的历史背景与发展轨迹、西方市场经济国家与非市场经济国家进行贸易的理论依据以及国际政治对非市场经济规则产生的影响。同时, 由于这是一篇法学论著, 笔者将重点从法律分析的角度来评析非市场经济国家的含义、非市场经济规则的国际法依据、非市场经济的法律与实证标准以及非市场经济规则的具体适用, 包括正常价值确定中的“替代国制度”与税率计算中的“一国一税”与“分别税率”规则。进而揭示非市场经济规则本身的不合理、不公平与歧视性本质。在现有的国际关系与国际法(WTO 法)和国内法律框架下, 寻求解决这一困境的方法和对策。鉴于美国与欧盟在国际贸易体制和与中国双边贸易中的重要地位, 中美、中欧贸易摩擦的频繁性以及美国与欧盟在采取贸易救济措施和适用非市场经济规则中所起的主导作用, 本书将以美国与欧盟为视角, 深入探讨其贸易救济法律中的非市场经济规则。此外, 本书笔者的核心观点之一是认为在整个世贸组织允许成员方采用的贸易救济措施中都存在“非市场经济”问题, 因此, 本书将从宽泛的意义上探讨这一问题, 但由于保障措施中的非市场经济问题已经转化成为国际法中的“特殊保障措施”, 反补贴法中的非市场经济规则尚存在理论上的争议, 目前还没有相关的具体实践。本书的讨论重点将落在反倾销法中的非市场经济规则中, 而对于保障措施法与反补贴法中的非市场经济问题仅从历史发展的角度加以阐述。

本书内容主要分为七章:

第一章,从经济学的视角介绍国际贸易与反倾销等贸易救济措施的基本理论,分析传统国际贸易理论适用于非市场经济国家时存在的理论困境,着重探讨美国提出的市场经济国家(西方国家)与非市场经济国家进行贸易的理论基础;

第二章,从历史分析的角度深入阐释国际贸易救济法律制度(反倾销、反补贴与保障措施法)中非市场经济规则产生与演变的过程,揭示非市场经济规则产生的政治背景;

第三章,结合《1947年关税与贸易总协定》(GATT 1947)、波兰等东欧国家入关议定书、《关税与贸易总协定》历史上的两部反倾销守则及一部反补贴守则、《WTO反倾销协定》、《中国入世议定书》与《工作组报告》等国际协定,从国际法角度探讨美国与欧盟非市场经济规则赖以存在的国际法渊源,并论证非市场经济规则之国际法依据的不充分性,探讨在世界贸易组织框架下消解中国非市场经济地位的可能性;

第四章及第五章是本书的主体(规则)部分。笔者采用比较法及理论与实证相结合的研究方法对美国与欧盟法中非市场经济规则的法律渊源、主管机构在非市场经济规则形成和适用上的作用与分工、非市场经济规则下正常价值的确定方法、反倾销税率的计算方法、非市场经济规则下的价格承诺、最佳可得信息(BIA)以及非市场经济的法律与实证标准等具体规则展开详尽的分析,揭示这些既定规则的歧视性与不公平的本质,为中国政府与企业有针对性采取应对策略提供基础信息;

第六章,从司法审查的主管机构、审查事项、审查标准以及司法审查的主体等角度探讨美国与欧盟对反倾销案件的国内司法审查制度。结合涉及中国的反倾销案件,侧重探讨美国与欧盟法院对非市场经济规则的审查范围与审查标准,寻求利用美国与欧盟的司法审查制度改变中国应诉企业的不利地位;

第七章,在前六章的基础上,分析非市场经济规则存在的主要问题、对中国造成的不利影响、可能的解决途径以及中国政府和企业的应对策略;

本书的最后部分为全书的结论。笔者在前七章的基础上抽象并提炼出笔者对贸易救济法之非市场经济规则的评论与观点。



第一章 国际贸易与反倾销 的基本理论

第一节 国际贸易的基本理论之一： 自由贸易理论

一、比较优势理论

国际贸易理论经历了从最早期的对贸易行为以及对对外贸易否定的哲学理论到重商主义的经济哲学再到自由贸易理论的演进过程。古希腊和古罗马的哲学家如柏拉图和亚里士多德等主要是从非经济的角度即道德标准、社会秩序和国家安全的角度论证对外贸易的弊端,主张即使对外贸易对国家有益,但权衡利弊,应对对外贸易进行限制的观点。^①到了十七、十八世纪,重商主义(Mercantilism)的经济哲学开始在西方的海洋和贸易大国盛行,按照该理论,各国之间经济关系的目标是囤积黄金或其他财富,以便最大限度地扩张国家权力。重商主义认为一个国家的获利是以另一个国家的损失为代价的零和游戏(Zero-Sum Game),它强调民族经济,认为国家的贸易利益根本上是相互冲突的。重商主义虽不反对国际贸易,但是主张国家在贸易中应保持贸易顺差,国家应控制就业与贸易商品的组成。该理论实际上是鼓励出口,限制进口。为此建议政府采取出口补贴鼓励和刺激出口,而用关税限制进口。^②早期重商主义理论后

① 关于早期西方国际贸易思想的介绍与评论,参见黄东黎:《国际贸易法——经济理论 法律案例》,法律出版社2003年版,第4页。

② 关于重商理论的详细论述,参见黄东黎:《国际贸易法——经济理论 法律案例》,法律出版社2003年版,第5—6页。

来分离出西方国际贸易理论的两大学派——自由贸易学派和保护贸易学派。同一时期,一些法学家开始从自然法的角度论证自由贸易。其中的代表性人物就是被称为自然法和国际法之父的格劳秀斯。^①他主要针对当时的海上大国西班牙与葡萄牙垄断海洋航行,并禁止荷兰与东印度进行贸易的行为,提出了海洋自由和贸易自由的论点,并认为“贸易自由是各民族最基本的权利,具有自然与永恒性;这种权利不能被剥夺,除非得到所有民族的一致同意。可以相信,没有哪个民族能有理由反对其他两个希望合约来往的民族”^②。而从经济学角度对自由贸易进行系统理论论证的则是亚当·斯密。他在1776年出版的《国民财富的性质和原因的研究》(*An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealthy of Nations*, 又称《国富论》)中提出了绝对优势(Absolute Advantage)是国际贸易前提与基础的理论。根据该理论,两国之间贸易产生的原因是在不同产品生产上拥有的绝对优势或绝对劣势。相互贸易的两国在某些商品的生产上效率更高,拥有绝对优势,在某些商品的生产上效率较低,处于绝对劣势,它们可以通过专业分工,生产各自拥有绝对优势的产品,并用其中的一部分进行交换。如此,两种商品的产量都会提高,而且资源也会得到最有效的利用。增加的商品产量就是专业化生产的额外利益。这些收益通过两国贸易在两国间分配,产生的经济利益就是它们各自的贸易所得(Gains from Trade)。但是绝对优势理论只能解释国际贸易中的部分现象,它没有办法回答一个国家相对于它的潜在贸易伙伴当中的任何一个在任何产品或服务中都不具有绝对优势的情况下进行贸易的理论基础。这个问题由十九世纪的经济学家大卫·李嘉图作出了回答。这就是在当今国际贸易中仍起主导作用的比较优势(Comparative Advantage)理论。^③比较优势理论的核心观点是:如果每一个国家生产和出口在生产过程中具有比较优势的产品,全球将比在没有国际贸易的状况下以相

① 格劳秀斯关于海洋自由和贸易自由的论述主要体现在他的三部巨著,1604—1605年的《捕获法》、1609年的《论海洋自由或荷兰参与东印度贸易的权利》以及1625年的《战争与和平法》中。

② See *The Freedom of the Seas or the Rights Which Belongs to the Dutch to Take Part in the East India Trade*, Oxford University Press, 1916, pp. 92-93.

③ D. Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation* (1817).

同或者更低的成本生产出更多的产品。因此,每个国家应该出口那些较低成本的产品(较为便宜的原材料、较低的人工、具有优势资本和基础设施以及较高的生产效率),而进口其他国家具有相对优势的产品。李嘉图的比较优势理论显示出了强大的说服力,以论证通常强调的“自由贸易”,即尽量减少政府对国际贸易的干预这种价值的政策,并且,至今还得到所有主要的经济学家的尊重。^①

二、自然禀赋理论

在李嘉图之后的经济学家们又在该理论的基础上逐步将其细化和合理化,将该理论最初的假设仅限于对两个国家、两种商品和简单地仅对劳动成本(该理论假设劳动力是唯一的生产要素)的简单化比较进行了扩大和深化。其中最为重要的是瑞典经济学家赫克歇尔^②(Eli Heckscher)与俄林^③(Bertil Ohlin)的“要素禀赋理论”(Factor-Endowment Theory),又被称为“赫克歇尔-俄林模型”(Heckscher-Ohlin Model)。该理论将重点从比较优势理论仅比较劳动生产力的差异转向了比较劳动力与资本的差异。该理论认为,各国相对生产要素的丰裕程度,即要素禀赋,是各国在国际贸易中产生比较优势的原因和决定性因素。按照这一理论,产生国际贸易的原因,一是因为各国的资源差异,如各国所拥有的劳动力、资本、技术、土地等自然资源情况的差异;二是因为不同产品在生产中使用的生产要素比例不同,如劳动力投入较多的劳动密集型产品、资本投入较多的资本密集型产品、资源投入较多的资源密集型产品或技术投入较多的技术密集型产品等。国家在以本国相对丰富的资源为主要生产要素进行生产时,产品具有更大的相对优势,因此,国家应当生产和出口那些本国资源丰富的产品,进口那些本国资源稀缺的产品。俄林的经典论点是:“贸易的首要条件,是某些地区生产的某些商品,要比

① 参见约翰·H·杰克逊著:《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》,张乃根译,复旦大学出版社2001年版,第16页。

② See generally Heckscher, *The Effects of Foreign Trade on the Distribution of Income*, in *Economisc Tidskrift* — (1919), reprinted in *Reading in the Theory of International Trade* 272 (H. Ellis & L. A. Metzler eds. 1950).

③ See generally B. Ohlin, *Interregional and International Trade* (1935).

在别的地区生产的同样产品便宜。因此这些地区应当出口更大量的含有较便宜的生产要素的产品,进口其他地区其他的便宜产品。简言之,进口本地昂贵的生产要素含量较大的商品,出口本地便宜的生产要素含量较大的产品。”^①该理论成为现代国际贸易理论的新开端,被誉为国际贸易理论的基石。

不过比较贸易理论(要素禀赋理论也是其中的一种)虽然可以说明自由贸易的原理,但由于该理论总体上是建立在比较简单的经济模型基础上的(仅比较两个国家、两种产品和两种要素),它还无法完全解释现实中的国际贸易。从该理论中很容易推断出两个经济发展水平相当的国家之间(除了与地理因素有关的农产品和矿产品之外)很少进行贸易的结论,而事实上,工业国家之间的贸易(包括相同产业和产品之间的贸易)量也是非常大的。现实中的国际贸易要受到各种因素的影响。例如比较优势理论的一个假设是劳动力与资本是充分流动的,而这种成本的自由流动在现实中是不存在的,现实中只有当贸易的获利超出与贸易相关的调整成本时才会发生真正的贸易。同样地,在劳动力和资本不可能自由流动的情况下,自由贸易的充分好处就没有办法实现。这种情况发生在某一项产业由于资源缺乏、政府垄断或者经济抑制而高筑壁垒的时候。一旦一个公司或者一个国家在特定产业中成为主要的生产者的时候,其他公司或国家很难作出调整或适应,如果产量下降到与比较利益的理想状态不一致的时候。最简单的例子是,生产商将其竞争对手逐出竞争而成为垄断者,从而抬高价格,降低产量。最后,消费与贸易并非一个国家试图提供的唯一的公共物品。安全也是国家迫切需要的公共物品,没有和平的环境,贸易也不可能繁荣。^② 自由贸易带来的持续繁荣在这种贸易损害国家安全的情况下也无法获得保障。这种情况发生在当一个不友好的

① 前引 B. Ohlin, *Interregional and International Trade*, p. 23.

② See generally R. Rosencrance, *The Rise of the Trading State* (1986). 笔者在本书中探讨了领土主权目标(军事政治观点)与经济获得(贸易观点)之间的冲突。强调这两者之间虽然可以长期共存,但本质上是互不相融的。“贸易体系面临的困境之一是从历史上看,只要重要的或强大的国家仍旧以领土主权为目标,贸易就不可能持续获得。主权国家不受抑制的获得会使明显的贸易支持者重新考虑它的立场,最终重新考虑国防。领土主权总会蚕食掉贸易体制的边缘,甚至时常将贸易推翻,正如在一次世界大战中的做法。”

国家成为本国国防产品的重要供应商或者本国国防敏感产业受到严重损害威胁的时候。

即便自由贸易的支持者如亚当·斯密也承认自由贸易存在例外,实践中的例外主要有两项:国家安全目标与保护幼稚产业。国家出于经济(如保护幼稚产业)或非经济的目标(如国家主权与安全)会对自由贸易进行限制,这就是贸易保护主义理论。

第二节 国际贸易的基本理论之二： 贸易保护理论

从对传统的自由贸易理论的分析不难发现,自由贸易可以使生产资源进行优化配置并使世界产出最大化,从而对每一个国家都有利。二次世界大战之后建立起来的《关税与贸易总协定》及其继任者,1995年成立的世界贸易组织也是建立在自由贸易的理论基础之上,两者都倡导自由贸易,反对贸易保护,并在国际法的框架下,通过多轮谈判,逐年降低关税和各种非关税壁垒。但是事实上,在现实的国际贸易环境中,所有的国家都会通过合法或者“非法”的手段给贸易设置障碍。那么,国家为什么要对自由贸易进行限制?贸易保护的理论依据又是什么?实际上从国际贸易理论产生之日起,关于各国应当实行自由贸易还是贸易保护的争论就一直没有停止过。关于贸易保护的理论也是形形色色,既有经济的,也有非经济的。其中,早期的代表性理论是美国汉密尔顿的关税保护论和德国李斯特的幼稚工业保护论,这两种理论都产生于特定的历史背景之下,为了本国或者民族利益而提出的。例如汉密尔顿的关税保护论^①就是在美国独立战争后从美国经济发展的实际情况出发而提出的理论,它强调在一定时期内应该对本国正处于成长过程中的产业采取征收保护性关税的方式予以保护。反映了美国建国初期急需发展本国工业,走工业化道

^① 关于汉密尔顿关税保护论的详细分析,参见国彦兵著:《西方国际贸易理论——历史与发展》,浙江大学出版社2004年版,第53—59页。

路,追赶欧洲工业先进国家的强烈要求。李斯特的幼稚工业保护论^①也是针对十九世纪初德国经济在欧洲的落后状况而提出的。李斯特在生产力和经济发展阶段论的基础上提出的这一理论,主张经济相对落后的国家应实行保护主义政策,使其幼稚工业经过保护能够成熟,最终达到与国外竞争者匹敌的目的。但在二次世界大战结束后,以倡导自由贸易为宗旨的《关税与贸易总协定》以及后来的世界贸易组织的成立与运作,使传统的贸易保护理论难以完全解释当今国际贸易中存在的贸易保护主义现象。实际上,新的为贸易保护论证的理论还有很多,但为当今各国经常采用的或者“合法化”的理论主要有“国际收支论”、“公平贸易论”、“保护就业论”、“国家安全论”和“战略性贸易政策理论”等。这些新的论据往往成为美国等发达国家实行变相贸易保护的主要借口。以下择其主要进行论述。

一、国际收支论

国际收支论(Balance of Payment Argument)主张以关税、配额等贸易保护措施限制进口,减少外汇支出,以达到迅速、有效改善国际收支,保持收支平衡的目的。一般来说,在进出口贸易中,一国出现贸易顺差或者贸易逆差是很正常的现象。通常贸易顺差表明一国在对外贸易收支上处于较为有利的地位,单纯从国际收支的角度来看,理所应当是贸易顺差比逆差好。特别是在国内需求不足、生产能力过剩的情况下,贸易顺差有利于扩大国内生产规模,增加就业机会。而当一国国际收支出现严重不平衡时,则会对国民经济的运行产生巨大冲击,妨碍经济的持续发展。

上述观点当下在美国十分流行。由于美国在美、中贸易中已经连续二十年出现贸易赤字,中国已经超过日本成为美国贸易赤字的最大来源国,^②国内要求通过限制进口来改善贸易赤字的呼声越来越高。当下美

^① 关于李斯特的幼稚工业保护论的详细分析,参见前引国彦兵书第59—73页。

^② 参见美国国际经济研究所 Nicholas R. Lardy 在美国国会国际关系委员会上的听证词“United States-China Ties: Reassessing the Economic Relationship”中关于对美中贸易逆差形成原因的分析,2003年10月21日。<http://www.iie.com/publications/papers/lardy1003.htm>。

国形形色色的贸易保护措施都与美国巨额的贸易赤字有关。

二、公平贸易论

公平贸易论(Fair Trade Argument)认为,国际贸易中倾销、补贴等做法破坏了公平贸易这一国际贸易规则,使进口国产品在竞争中处于不利的地位,造成不公平竞争,因此,进口国有理由以反倾销税、反补贴税等保护手段加以抵制,以维护国际贸易的公平竞争。外国进口产品由于以低于正常价值的价格或者受到政府补贴的价格在进口国市场销售,因而产生了一种虚假的比较优势(Artificial Advantage),是对自由贸易的一种破坏,因而应当加以抵制。公平贸易论是以一种受害者的姿态来进行贸易保护。这种保护出于迫不得已,保护目的也是为了维持国际贸易的公平性,因此该论点具有一定的合理性。也在《关税与贸易总协定》、世界贸易组织相关协定以及许多国家的贸易立法中被采纳。本书将在下一节中进行详尽论述。

三、国家安全论

国家安全论(National Security Argument)理由最早可以从重商主义那里找到依据。贸易有时会与国家安全联系在一起,因此,国家安全在某些情况下,成为贸易保护主义的理由。进口方面,对于关系国计民生的产业(如农业)和有关军事国防需要的产业(如造船和钢铁等)应以关税、补贴等手段加以保护,使其达到自给自足的目标,以摆脱对外国的依赖。由于国家安全是一个高度抽象的概念,同时又是一个非常充足和合理的理由,因此,它往往成为国内产业要求政府进行贸易保护的一个借口。出口方面,国家安全主要是被用来禁止某些敏感的战略性和产品或军用物资的出口,以防止敌对或“不友好国家”用来发展军事武器或设备或用于军事目的。二次世界大战后,东西方经历了长期的冷战,西方国家针对社会主义国家而设立的输出管制委员会即巴黎统筹委员会[又称输出管制统筹委员会(Coordinating Committee for Multilateral Export Control),简称(COCOM)],就是以国家安全为目的控制对外贸易。

四、战略性贸易政策理论^①

战略性贸易政策理论(Strategic Trade Policy)是二十世纪八十年代产生的新的贸易保护主义理论,它的创立者是美国著名经济学家、麻省理工学院教授保罗·克鲁格曼(Paul Krugman)。这一理论认为传统的国际贸易理论忽略了规模经济和不完全竞争这两个国际经济中的重要特征,因而该理论以不完全竞争和规模经济为研究的出发点,认为当代的国际市场是不完全竞争的市场结构。多数企业面临着不完全竞争的国际市场,它们之间的竞争是非常激烈的,又是难以取胜的,因而需要借助政府的干预。战略性贸易政策的核心内容就在于:发展本国产品的出口和相应产业的竞争优势。其次,战略性贸易政策提出了比较优势和竞争优势相分离的问题。根据比较利益理论,一国的竞争优势决定于本国的生产要素、技术和资源优势;根据国际贸易新理论,一国的竞争优势取决于规模经济和差异产品。而战略性贸易政策理论则强调政府的干预,强调政府干预条件下实现规模经济,获得竞争优势。这一理论对美国二十世纪九十年代的贸易政策产生了重大影响,同时也影响了欧盟条约的内容(第130、131条中产业政策的内容)。世界上成功利用战略性贸易政策理论的典型是美国、欧共体和日本。

美国对外经贸政策实质上是政府运用国家政权力量帮助企业获得竞争优势,包括:(1)通过其在世界贸易组织的影响,制定和修改各种贸易规则及框架协议,促使别国开放市场,以使美国从中占据更多的市场份额。《服务贸易总协定》、《与贸易有关的投资措施协定》、《与贸易有关的知识产权协定》无一不是美国积极促成这些发达国家特别是它本身占尽优势的领域的协议的达成。(2)强化单边政府行为,通过国内法规监督、调查、评价贸易伙伴国不公平贸易行为。如在对外经贸关系上,动辄援引301条款对别国报复和制裁。(3)经济安全放在首位,美国取消二次世界

^① 关于该理论的详细阐述,参见前引国彦兵书第351—367页或 Stephen D. Cohen, Robert A. Blecker & Peter D. Whitney, *Fundamentals of U. S. Foreign Trade Policy*, Westview Press, 2003, Second Edition, pp. 67-68。

大战后相当长时间运作的“巴黎统筹委员会”中对共产党国家和有反美倾向国家的出口管制,近来又撤销了对古巴长达数十年的出口禁运。(4) 开展经济交往,成立数个出口援助中心,采取多种措施,如派高级贸易代表团出访,通过大使、内阁成员甚至政府政治干预,为美国企业拓展国内市场。日美贸易大战中,美国曾数度迫使日本提高日元对美元的比价并督促日本开放国内市场。在国内,美国通过政策扶持和全方位的外贸创新机制保障管理贸易战略的实施。^①

第三节 公平贸易理论与贸易救济措施

自由贸易理论和形形色色的贸易保护理论是探讨“公平贸易”问题的前提与基础。自由贸易理论建立在完全竞争的假设之上,而贸易保护理论则强调对现实中的不完全竞争和不公平竞争导致的不公平贸易行为进行必要的政府干预。由于《关税与贸易总协定》生效后各国关税水平的大幅度下降,目前,各国倾向于采用国际规则中允许的合法的贸易救济手段来限制外国产品的进口,从而维护公平的竞争环境,间接达到“保护”本国产业的目的。这些贸易救济手段主要是反倾销、反补贴和保障措施。

这些贸易救济措施主要是为了解决国际贸易中的不公平贸易问题,但其本身的经济学依据还存在很大的争议,由于反倾销法仍然是美国和欧盟位居第一和最有利贸易救济(保护)工具,而且非市场经济规则的适用也主要是在反倾销领域。本节将重点探讨反倾销的经济学与法学依据。

一、反倾销的经济学原理

(一) 市场竞争与价格差异(歧视)

倾销主要是指以低价抛售商品的一种不正当竞争行为。在经济学上,倾销被界定为国际贸易中的价格歧视。作为经济现象,倾销早在资本主义初期就出现了。如英国在开发海外市场时曾竭力鼓动本国产品以低价的形式对外出口,以倾销作为实现殖民掠夺的重要手段。1776年,亚

^① 参见翟惠蓉:《战略性贸易政策在现实中的应用》,《首都经济贸易大学学报》2005年,第5期。

当·斯密在《国富论》中将当时各国鼓励出口和对贸易实行政府奖励的做法视为倾销。十九世纪末,倾销一词开始在国际贸易中被广泛使用,当时的含义主要是指出口商在海外市场廉价抛售产品的行为。二十世纪二十年代,美国经济学家雅各布·瓦伊纳(Jacob Viner)就曾经在《倾销:一个国际贸易问题》一书中最早揭示了倾销行为的本质,他说:“倾销是同一商品在不同国家市场上的价格歧视(Price Discrimination)。”^①他说,价格歧视是指同一产品在不同国家市场上的售价不同,即在出口国或原产国市场上以高价出售,在进口国市场上以低价出售。这种歧视违背了公平竞争原则,是一种不公平的贸易做法,有损进口国产业,应当受到谴责和抵制。瓦伊纳阐述的倾销的经济学原理至今仍然是国际反倾销法与实践的指导性理论。

安德烈亚斯·F·洛温菲尔德(Andreas F. Lowenfeld)在其所著《国际经济法》中也称倾销产品是“在这种不公平的竞争中,卖方不公平地降低价格,以便进入以前不曾占有的市场”。他认为,倾销造成的差价不反映成本的降低或生产效率的提高,所以是一种不公平的竞争。对于这种不公平的竞争,进口国为了保护本国工业免受损害,可以对倾销的进口产品采取反倾销措施。^②雅各布·瓦伊纳的贡献在于首次将倾销与具有补贴性质的出口奖励区分开来,揭示了国际贸易中的倾销行为在本质上是价格歧视。因此,经济学上的倾销现象被认为是在不同市场上的价格歧视。

(二) 倾销的种类

瓦伊纳在其著作中从倾销发生的时间、发生的原因等不同角度对倾销作出分类,他提及的倾销包括偶发性倾销、短期倾销、掠夺性倾销、长期倾销、有补贴的倾销、汇率倾销、服务倾销、运费倾销等等。其中,按照倾销发生时间的持续性来区分倾销种类最为常见。

^① Jacob Viner, *Dumping: A Problem in International Trade*, 3 (1923; repr. 1966). The 1966 reprint also contains Viner's Memorandum on Dumping Submitted to the League of Nations in 1926, in response to a request from the Preparatory Committee for the International Economic Conference, as well as his article on Dumping for the *Encyclopedia of Social Sciences*.

^② Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford Press, 2002.

1. 持久性或长期倾销(Persistent Dumping)

是指较长期地以低于正常价值的价格出口产品。这种倾销的原因主要是过量生产和产品大量积压,出口国将国内市场的竞争和压力转移到国际场所致。由于国内市场的长期饱和,倾销者不得不在国际市场上长期维持低价保护两个市场的生存。

2. 偶发性倾销(Sporadic Dumping)

是指在短期内,出口商低价销售大量的积压商品,这种倾销是外国出口商为了解决剩余产品的出路而对进口国进行的不计成本的销售,它以摆脱剩余产品的压力为目的,并不以掠夺海外市场为动机。这种倾销通常对出口国有利无害,但对进口国的影响学者们则有不同的观点。有的经济学者认为这类倾销由于其时间短暂而无足轻重;另一种观点认为,虽然此类倾销似乎对进口国的消费者有利,但这种利益是短暂的;相反,这种倾销对进口国国内同类产业,尤其是竞争力较弱的中小企业的冲击力过大,甚至是灾难性的。后一观点一直在国际上占主导地位,而且1979年的GATT反倾销守则也吸收了这个观点。

3. 短期倾销(Short-Run Dumping)

是指在一段时间内,遵循已定的出口方针或策略,出口商连续地低价销售产品,这种销售不是为了处理积压商品,而是人为地有意压低产品价格,目的是挤垮竞争对手,占领更大的市场份额。一旦竞争对手被挤出市场,出口商就会很快提高价格,通过垄断国外市场而获取垄断性利润。这种倾销又被称为掠夺性倾销。

从各国反倾销法和WTO反倾销协定的规定来看,并没有具体分清应对何种倾销行为采取反倾销措施,只要倾销(无论何种类型)造成了进口国国内产业的损害,进口国就可以采取反倾销措施。

(三) 倾销与反倾销在经济学与法学上的争论

尽管反倾销法在一个世纪的发展中已经从单纯的国内立法发展到国际立法与国内立法并存的时代,但关于倾销与反倾销的经济学与法学争论却从来没有停止过。争论的焦点主要集中在如何定性倾销行为、反倾销法是否合理,在现行的国际贸易体制下反倾销法是否应当继续存在等问题上。

赞成反倾销立法的观点认为,国际贸易中的倾销行为本质上是一种不公平的竞争行为,它扭曲和掩盖了国际贸易中比较优势的基本要素。^①这种观点的主要论据是:(1)倾销行为违背自由市场经济的公平竞争原则。出口商长期以低于其国内市场价格或生产成本价格出口产品的背后实际上隐藏着商业利益。如将本国产业结构不合理的后果转嫁到他国、得到本国政府各种形式的补贴或通过低价打垮竞争对手等等。而政府补贴实际上是一种政府干预,它改变了贸易主体的实质,破坏了公平竞争的原则。(2)倾销行为违背了正常的市场规律。市场规律的一般法则是,商家的市场行为是为了赢利,无利或亏本出口不符合价值规律。低价倾销并非企业生产力高或生产成本低的反映,而是企业虚假竞争优势的反映,是一种不正常的竞争关系。对市场运行产生了破坏性的后果。(3)消费者和下游企业因低价而得到的好处是短暂的,一旦倾销者在进口国站稳市场后就会抬高价格,获取垄断利润,此时的市场受益者就会变成受害者。此外,倾销行为还可能向进口国市场发出错误的信息,使当地竞争者不正确地转产和投资,导致资源的不合理配置,造成资源的不必要浪费。

反对反倾销立法的观点则认为,倾销未必是一种不公平的贸易行为,而经常动用反倾销措施则是贸易保护主义的表现。此外,现有的其他贸易救济措施,如反补贴法、保障措施法以及反垄断法等足以取代反倾销法以防止或抵制不公平贸易行为。该观点的主要理由是:(1)企业在国际市场上的售价高低取决于多种因素,企业长期低价出口其产品,不一定是国家补贴的结果,而可能是在国内市场上已经形成的企业规模经济效益的体现,即使是补贴的结果,也可以采用反补贴法或者反不正当竞争予以解决;此外,当地市场消费者偏好的变化对出口商的定价也会产生很大的影响。出口商按照消费者偏好变化调整价格,正是市场价格规律的体现,并非不公平的贸易行为。(2)在稳定的相互分割的市场上,只要需求价格弹性不同,生产者就会实行价格差异。如销售商品的本国市场需求量固定而进口国市场需求却因价格而变化。这种情况下的倾销行为并不

^① Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford Press, 2002, p. 245.

危害国际贸易市场,反而使进口国消费者因商品低廉的价格而获益。(3)从诸多国家反倾销立法来看,反倾销法的目的是保护国内产业与外国企业的竞争,它以牺牲消费者的利益(通过提高产品价格、减少产品数量以及减少消费者选择产品的范围)来保护国内生产商的利益,实际上降低了大多数人的生活水平。反倾销法消灭的就业岗位远远大于它所创造的就业岗位。^①

二、反倾销的法学原理

(一) 公平竞争——从道德与法律角度看

尽管经济学上关于反倾销是否应当存在的争论一直不断,但从GATT到WTO仍旧将反倾销作为一项重要的制度加以规定,并通过多轮贸易谈判对其加以不断的完善。GATT第6条第1款规定:“一国产品以低于正常价值的办法引入另一国的商业,如因此对某一缔约方领土内已建立的某一产业造成实质性损害或实质性损害威胁,或实质性阻碍一国内产业的新建”,则构成倾销,这种倾销“应受到谴责”。由于GATT第6条没有就反倾销的程序规则作出规定,而且仅仅提及对“倾销”行为的“谴责”而非具体的救济措施,因此该条规定更具有道德层面的意义;法学意义上的倾销是指在国际贸易活动中,倾销者实施低价出口的行为,造成了损害竞争对手合法利益的后果。因此,法学意义上的倾销并没有从低价出口的经济合理性与否去认识,而主要是强调了这种低价或价格歧视给进口国产业造成了损害的后果,进而推断出对造成损害的倾销予以抵制和对受到损害的产业给予救济的法律后果。从法律意义上讲,产品在不同的市场上以不同的价格出售,所涉及的不是市场策略问题,而是损害同类产业的不公平竞争秩序问题。

(二) 自由贸易与滥用自由

《关税与贸易总协定》与世界贸易组织倡导的是在不歧视原则(通过最惠国待遇与国民待遇原则体现出来)基础上的自由贸易与公平竞争。

^① Generally see Robert W. McGee, “The Case to Repeal the Antidumping Laws,” 13 *NW. J. INT’L. & Bus.* 491 (1992-1993).

倾销这种价格歧视扭曲了自由竞争机制下的价格水平,违背了世贸组织的基本原则——公平竞争原则,造成了倾销产品对进口国国内产业的损害,因此,GATT/WTO 通过反倾销守则或协议来规范这种行为,允许成员方按照 GATT/WTO 协议的有关规定通过反倾销调查和采取征收反倾销税等形式限制该产品的进口,以救济国内受到损害的产业。这就是反倾销的基本法理。

不过,反倾销作为一国贸易政策的重要组成部分,其本身不仅仅涉及经济问题和法律问题,在很多情况下还涉及政府的政治考量和决策。正如有学者分析的那样,事实上,政府并不关心与倾销相关的经济问题,而只关心倾销行为背后的政治问题。反倾销措施往往是政治家手中的一张王牌。前世界银行官员 J·迈克尔·芬格(J. Michael Finger)就表示,反倾销是对二次世界大战以后以西方国家为主导而建立起来的自由贸易体制的一种威胁,它以 GATT 提供的合法手段来破坏 GATT 体制。他还强烈主张:“最具说服力的观点是彻底抛弃反倾销法,并不以任何其他措施取而代之。只有这样,反倾销制度的所有弊端——它的强权政治、糟糕的经济学基础以及被腐蚀的法律规则才能够得以避免。”^①

(三) 反倾销法与反托拉斯法的关系

在瓦伊纳的时代,反倾销法在很大程度上是反垄断法的延伸。例如美国的第一部反倾销立法《1916 年反倾销法》就具有明显的反托拉斯法的特点,该法不仅要求证明倾销的主观故意,而且还要求对外国产品的低价倾销行为进行民事甚至刑事的制裁。由于该法存在的固有缺陷,美国国会很快在 1921 年通过了新的立法取代 1916 年的法案。不过至今仍有许多评论认为反倾销法是反垄断法的一部分,由于反倾销法具有阻止掠夺性定价^②的特点,认为应以反垄断法取代反倾销法的意见不在少数。对此,笔者的看法是,虽然反垄断法与反倾销法产生的历史时期大体相同,它们有着大体一致的目的与宗旨,即建立自由和公平的市场竞争环

① J. Michael Finger, ed., *Antidumping: How It Works and Who Gets Hurt* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993), p. 57.

② 掠夺性定价指供应商先通过降低产品价格,将其竞争对手挤出市场,在取得对市场的垄断地位后再抬高价格的行为。

境。但事实上从一开始,反垄断法和反倾销法就寻求不同的政策目标,它们的作用和适用结果也是不同的。首先,反垄断法本质上属于消费者保护法,其目的是确保消费者利益不受私人的托拉斯和卡特尔的侵害;而反倾销法的主要目的是保证国内经济不因外国政府和企业的 unfair 贸易行为而受到损害,因此从一开始,反倾销法的出发点就是保护国内同类产业和工人的利益。其次,两者试图解决问题的性质有所不同。反垄断法主要针对的是一国国内个别企业的共谋、价格固定以及其他的不正当竞争行为;反倾销法则完全针对一国境外企业的价格歧视行为(该行为在很大程度上受到外国政府的直接支持,如政府补贴或国内市场保护)。再次,反垄断法规范的行为范围较窄,主要针对的是掠夺性的不正当竞争行为;而现代反倾销法不仅针对掠夺性的定价行为,而且更主要的是防止通过“政府补贴”而导致的对公平贸易的扭曲。

倾销的产生往往和一系列的政府行为有着直接的关系,如国内保护、政府补贴以及政府定价等都是产生倾销的主要原因。反垄断法如果不能产生域外效力同样会造成封闭的国内市场,这反过来使倾销产生了可能。目前反垄断法的国际协调还远未达到反倾销法领域的国际化程度。^①即使国际社会就反垄断法的普遍适用达成了统一,倾销仍会因其他因素而发生。因此,用反垄断法代替反倾销法在可预见的将来仍是不可行的。

WTO 以积极倡导自由贸易和消除各种形式的关税和非关税壁垒为宗旨,随着多轮谈判的进行,各国的关税和非关税方面的贸易限制大大减少,国际贸易的自由化程度不断提高。在这种情况下,许多国家都将反倾销、反补贴和保障措施作为制止不正当竞争、保护国内产业安全、规范国际贸易秩序的重要措施。反倾销、反补贴和保障措施是世贸组织所许可的保护国内产业的三种合法手段。

(四) 反倾销法与反补贴法的关系

补贴是指出口国政府或该国的任何公共机构为使该国的出口产品在国际市场上占据有利的竞争地位,向该国的生产商或出口商提供的包括

^① 关于反垄断法的国际协调问题与现状,参见陈力:《经济全球化背景下的美欧竞争法冲突及国际协调》,《国际贸易问题》2002年第5期,第61—65页。

现金补贴或者其他政策优惠在内的资金或财政上的优惠措施。补贴是出口国直接用以鼓励本国产品出口,限制外国产品进入本国市场的政策工具,直接导致了不正当竞争,扭曲了依照市场经济规律进行资源配置的过程和结果。受补贴的产品在国际市场上的竞争力相应提高,而进口国生产同类产品的产业相应受到了损害,因此,各国通过反补贴法对其加以限制。如美国最早在1897年的关税法中就规定了反补贴的内容,之后历经修订;欧共体很早就制定了《反倾销与反补贴条例》,1994年,才制定单独的反倾销条例;1947年的《关税与贸易总协定》第6条、第16条和第23条等也就反补贴问题作了明确规定;1979年,东京回合谈判达成了《反补贴守则》;1994年,乌拉圭回合谈判通过的《补贴与反补贴措施协定》对补贴的定义作了更为具体的规定。依照该协定,补贴是指一成员方政府或任何公共机构向某些企业提供的财政捐助以及对价格或收入的支持,以直接或间接增加从其领土输出某种产品或者减少向其领土内输入某种产品,或者对其他成员方利益形成损害的政府性措施。补贴须同时符合下列三个条件才能成立:出口国政府或机构提供了财政资助;该资助是世界组织成员领土内的公共机构所提供的;所提供的资助授予了某项利益。

反倾销与反补贴法之间存在着十分密切的联系。(1)两者的目的与宗旨,均为维护对外贸易秩序和公平竞争的工具和手段。(2)两者都是进口国针对特定的进口产品所采取的限制和调整措施。(3)补贴有时是造成倾销的重要原因,因为获得补贴的产品更有可能在进口国市场以低于成本的价格出售。(4)两者的构成要件非常相似。实施反倾销措施的前提包括存在倾销、存在确定的损害后果、倾销与损害结果间存在因果关系。实施反补贴措施的前提是存在补贴、存在确定的损害后果、补贴与损害后果之间存在因果关系。(5)都须经过进口国主管机关的调查程序。(6)在一定的情况下,反倾销与反补贴都有可能成为进口国推行贸易保护主义政策的工具。

但两者也存在明显的区别:首先,补贴本身是一种政府行为,它属于政府的一种财政性干预行为或措施,倾销是由出口商自己在进口国市场上单独实施,无须政府的参与。其次,倾销属于市场竞争中的经济概念和国际贸易行为,在经济学上的理论依据尚有争论,而补贴涉及的问题更加

复杂,既有经济因素,又有政治的、社会的甚至文化的因素,而且大量的国内问题,有些与贸易并没有瓜葛;从实际数量上看,全球反补贴案件比反倾销案件要少得多。在 GATT 体制下,最初反倾销与反补贴规则是被放在同一条款(即 GATT 第 6 条)中加以规定,但由于两者间的显著差别,从肯尼迪回合后,两种规则被分开加以规定。

(五) 反倾销法与保障措施法的关系

保障措施的国际法依据是“情势变更”原则。指在若干国家已经缔结了调整它们彼此间贸易关系条约的情况下,如果情势发生了缔约时完全未能预料到的变化,以至于如果仍然依据条约的规定,某一缔约国依据条约所享有的权利和承担的义务会发生重大的和明显的变化,该缔约国可以终止履行该条约的规定义务或寻求其他补救措施。保障措施是世界贸易组织允许成员方采取的一种临时性的贸易救济措施。WTO 将保障措施的实施年限限定在 4 年,最多不得超过 8 年。此外,一国在采取保障措施前必须要证明外国产品的进口激增给本国产业造成了“严重损害”(Serious injury)。1947 年 GATT 和 1994 年 GATT 第 19 条和 WTO 《保障措施协议》都对保障措施作了规定。

保障措施与反倾销的根本目的都是限制进口,保护本国的相关产业,有学者认为,反倾销本身就是保障措施的一种形式,甚至可以以保障措施代替反倾销立法。^①然而在实践中,两者的目的与作用是不相同的。反倾销措施的对象往往是来自某一或某些特定国家的进口产品,而保障措施针对的是“某一产品的输入”,即保障措施应当针对来自所有缔约国的相同产品;其次,反倾销的救济措施主要是征收反倾销税和接受出口商的价格承诺,保障措施则主要对某类进口产品采取提高关税和实行数量限制。此外,适用保障措施的条件一般比适用反倾销措施更加严格。例如两者都要求证明进口产品给国内生产同类产品的产业造成损害。但保障措施要求的是“严重损害”,较之反倾销法要求的“实质性损害”标准要更加严格。更为重要的是,反倾销措施针对的是不公平的产品进口(即价格

^① J. Michael Finger, *Antidumping: How It Works and Who Gets Hurt* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993), pp. 58 - 59.

歧视),而保障措施针对的则是“公平的贸易进口”。保障措施中的关键问题是进口产品是否给国内相关产业造成了严重损害。

第四节 与“非市场经济”国家进行贸易的理论基础

一、自由贸易理论在与“非市场经济”国家贸易时的适用困境

比较优势理论是理解自由贸易的基础,同时它也构成了西方国家针对公平贸易的贸易法基础。但是西方学者普遍认为,这一理论在解释与非市场经济国家(Non-Market Economy Countries, 以下有时简称 NME 国家)^①的贸易时会遇到明显的困境并且存在明显的缺陷。^② 例如,早期美国等市场经济国家的企业在从非市场经济国家进口产品时经常会产生以下疑虑:(1) 非市场经济国家的产品销售价格是否为了占领美国市场而非经济因素决定或者不是为了获取回报和利润?(2) 这种出口是否受到政治因素的影响而不是出于效率和比较优势的考虑?(3) 外国国有企业的会计制度是否与美国企业一样反映了相同类型的成本与价格?(4) 外国国有企业并非依据市场原则确立的产品价格与产量是否会对未受到政府扶持和补贴的美国企业造成损害?^③ 从下文的分析中可以看

31

与
非
市场
经济
国
家
进
行
贸
易
的
理
论
基
础

-
- ① 非市场经济国家通常指那些国家对企业享有所有权,政府控制生产和产品的价格、社会福利或者非经济因素而非效率或经济考虑在投资决策和生产资源分配中起支配地位的国家。例如原东欧社会主义国家、中国和苏联等。关于“非市场经济国家”名称的来源与变化,本书将在后面详述。参见 *Interface One — Conference Proceedings on the Application of U. S. Antidumping and Countervailing Duty Laws to Imports from State-Controlled Economies and State-Owned Enterprises*, Published by the Institute for International and Foreign Trade Law, Georgetown University Law Center, p. 256.
- ② See William Mock, “Economic Advantage in East-West Trade: Abandoning Market Fictions in Trade with Non-Market Economy Countries,” 14 *N. C. J. Int’l L. & Com. Reg.* 59 (1989), p. 59.
- ③ Edited by Don Wallace, Jr., George C. Spina, Richard M. Rawson, Brian McGill, *Interface One — Conference Proceedings on the Application of U. S. Antidumping and Countervailing Duty Laws to Imports from State-Controlled Economies and State-Owned Enterprises*, Published by the Institute for International and Foreign Trade Law, 1980, pp. 246 - 247.

到,目前美国和欧盟在对非市场经济国家产品反倾销时所采用的替代国方法(包括美国的生产要素方法)实际上基本否定了非市场经济国家在国际贸易中存在的比较优势。因此,笔者认为,至少在反倾销领域,出现了明显的理论悖论,一方面是非市场经济国家与西方国家贸易逐年迅猛增长的现实;另一方面则是在贸易救济领域那些被视为 NME(非市场经济)国家的出口产品价格与成本不被承认,从而使比较优势理论和公平贸易理论都变得毫无意义。那么如何解释非市场经济国家与其他所谓的市场经济国家进行国际贸易的理论基础,又应当如何解决这一理论困境呢?

二、与“非市场经济”国家进行贸易的理论基础

假如传统的比较优势理论无法适用于东西方贸易关系,那么应该有其他的理论用来解释市场经济与非市场经济国家之间的贸易关系。在西方,尤其是美国,一些学者提出了解决美国与非市场经济国家进行贸易的理论依据。综合起来主要有以下几种理论。

(一) 接合理论^①

接合理论(Interface Theory)是由美国著名学者、国际贸易问题专家约翰·H·杰克逊(John H. Jackson)教授首先提出来的。1978年,在美国国务院和财政部的资助下,美国乔治城大学法律中心邀请相关领域的学者和律师举办了一次研讨会,探讨美国反倾销法和反补贴法对非市场经济国家的适用问题。会议在专题讨论会的基础上形成了最终报告并集结成文,最后由乔治城大学法律中心发表。杰克逊教授在会议上提交了《关于来自国营贸易国家或国有企业扰乱性进口的美国政策》(United States Policy Regarding Disruptive Imports from State Trading Countries or Government

^① 笔者认为,国际贸易中的接合理论(Interface Theory)指在东西方冷战的背景下,传统的比较优势理论无法完全解释西方市场经济国家与社会主义非市场经济国家之间的贸易动机与行为,而应设计一套接合机制(Interface Mechanism)。从而使不同经济制度可以兼容并协调运作。以减少因制度差异所引发的国际关系的紧张和困境,从而使不同社会制度的国家顺利开展贸易并从日益增长的国际贸易中获得最大的经济利益。国际贸易救济措施(反倾销、反补贴及保障措施)的非市场经济规则就成为“接合”两种制度的媒介机制。“Interface”的中文翻译“接合”首见张乃根教授翻译的 John H. Jackson 教授的著作《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》,复旦大学出版社 2001 年版。

Owned Enterprises)的主题论文。该文确立了专题讨论中需要解决的主要问题和研讨框架。^①在这篇文章中,杰克逊教授首次提出了东西方贸易关系^②中的“接合”(Interface)概念,后来在他主编的《国际经济关系的法律问题》^③和他的代表性著作《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》等著作中又多次提到“接合”问题。在1990年出版的《反倾销法律与实践——比较研究》论文集中,杰克逊教授在题为《倾销与国际贸易:含义与内容》一文中正式将他的观点称之为“接合理论”(Interface Theory)。^④他认为,“接合理论”的意义在于提供了反倾销措施的某些政策目标,而不是单纯地对不公平贸易做出回应。他从公平贸易的角度首先评论到在使用“不公平”这一概念描述与非市场经济国家贸易中的反倾销和反补贴案件时可能并不合适。但是可以将市场导向国家与国营贸易国家(State Trading Country)或者国有企业之间的贸易产生依据归结为“接合”。正如将两台制式不同的电脑或者电子设备连接起来工作并使其得以兼容一样。在杰克逊教授看来,由于世界经济日趋相互依存(Interdependence),处理不同经济之间关系的难度与日俱增,因此,在国际贸易中需要一种“接合”两种制度的媒介机制,使得不同经济制度可以在一起协调运作。他认为对当代国际贸易政策的最大挑战是如何设计一种“接合”机制,以减少因制度差异所引发的国际关系的紧张和困境,从而使不同制度的国家顺利开展贸易,并从日益增长的国际贸易中获得最大的经济利益。但是杰克逊教授认为,当时解决这一问题的手段并不具有针对性,在某些情况下也不切实际。例如美国的反补贴法和反倾销法的设计原本是出于其他的目的,但在事实上却承担着这样一种接合的责任,而美国的市场扰乱条款或者“逃避条款”(Escape Clause)也不完全适合承

① 前引 *Interface One*。

② 在其著述中经常使用 East West Trade 的概念,实际上是指美国等西方市场经济国家与东欧、苏联和中国等共产主义或非市场经济国家之间的贸易关系。

③ See generally John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations — Cases, Materials and Text*, West Group, 2002. Chapter 16, (B) “The Interface Theory of Economic Relations”.

④ Edited by John H. Jackson and Edwin A. Vermulst, *Antidumping Law and Practice — A Comparative Study*, Harvester Wheatsheaf, 1990, pp. 20 - 22.

担“接合”的责任。杰克逊教授承认在当今国际贸易关系中,没有什么比设计一套与非市场经济国家之间贸易关系的接合机制存在更多的观念性困难。为此,杰克逊教授在文中提出了一些在与非市场经济国家进行贸易时应该思考和解决的问题,作为研讨接合机制的出发点以及研讨会讨论的框架。这些问题包括:

(1) 总体而言,最基本的问题是如何为与非市场经济国家进行贸易设计一种最佳的接合方案,从而在可行的范围内,最终圆满实现美国的不同政策目标。^①

(2) 与非市场经济国家的贸易设计方案是否应当与市场经济国家的国有企业间贸易的设计方案一致?下列的一系列问题,都与本问题有关。

(3) 如果采用反倾销机制,下列关键问题的答案是什么?

(a) 如何确立国内市场价值或者价格?

(b) 是否有比现行法律规定更好的方法来确定产品的结构价值?

(c) 运用第三国市场比较来确定正常“价值”或“价格”是否适当?

(d) 确立非市场经济国家国内市场价值或价格的方法是否应与国有

① 在文中,杰克逊教授列举了美国通过对外贸易,尤其是与非市场经济国家贸易所要达到的政策目标(Policy Goals)。它们主要包括:(1)从传统的贸易和比较优势中实现经济收益(Economic Gains),为国内消费者提供选择低价产品的广泛机会,给予国内生产商更多的出口机会;(2)随着贸易增长不断获得国际政治优势,例如增加与其他国家的对话从而促使彼此更好的理解(尤其是对于非市场经济国家);(3)阻止外国产品不稳定的竞争,避免美国支付高昂的调整成本(如失业、商品短缺等);(4)防止外国产品通过违反专利、商标法、反不正当竞争法或者有关卫生、环境或者消费者保护标准等进行不公平的进口竞争;(5)防止美国过分依赖外国提供的资源而带来的危险(例如国家安全问题);(6)防止美国消费者或进口商因政府的武断行为阻止进口而带来的损害;(7)鼓励在国际关系中各国能够自主决定和实行自己的经济体制,彼此不把自己的制度强加于别国。换句话说,应允许美国保持自己的市场经济政策,允许联合王国或波兰追求它们自己选择的国有贸易或者国有体制。美国不应将自己的经济制度强加于波兰或联合王国,同样地,其他国家也不能把自己的体制因素强加于美国;(8)减少使因经济政策和行为冲突带来的紧张关系或使其最小化;(9)确保美国商人在按照美国经济中的游戏规则时不会因外国政府不遵守该规则而不合理地被削价;(10)从实际出发,使出于保护主义或因进口竞争给国内生产商造成损害的不适当的态度而产生的破坏性的国内政治压力减少到最低;(11)任何政府方案都应当具有可行性以及方便管理,而这又引发出的一系列关于使上述方案得以实施的程序问题,这些方案能够通过以下手段得以实施么?(a)通过美国的单边行动?(b)通过或不通过国会的立法?(c)通过正式或非正式的双边协议?(d)通过多边国际行动,例如通过GATT?另外一个补充目标是不需要过度的成本或者干涉别国的国内事务以及私人实体而获取可靠的数据或统计信息;(12)与第11项目标相关的是在未遵守适当的改变义务或得到豁免程序的情况下,避免任何非法地规避现有的国际义务。详细分析请参见前引 *Interface One* 第9—10页。

企业的正常价值有所不同？

(e) 什么情况下使用上述一种或者多种方法确定国内市场价值会减少获得比较利益或消费者利益经济目标的机会？

(f) 在各种确定正常价值的方法中采用何种损害标准是最合适的，或者它们之间有区别吗？

(g) 下列哪种对进口产品的统计价格能够更好地实现美国的政策目标？

——基于国际最低生产成本的价格？

——基于美国产品的生产价格？

——新的基于美国产品的销售价格？

(h) 如果使用了某种统计价格，该价格是否应当反映出平均的成本或者仅仅是边际成本？

(4) 如果采用反补贴机制，下列关键问题的答案是什么？

(a) 区分不同经济制度中的补贴、奖励或授予是否可行？例如如果一个国营贸易国家存在某种体制使得其产品要素成本（如劳动者的工资）低于一个市场经济国家（可能是由于这些国家的政府为劳动者提供免费住房和较低的食品价格，同时政府对劳动者的工资有决定权），这是否应被视为一种补贴？如果国营企业的金融结构与市场经济国家企业的不同（例如大量的政府资金投入），这是否又是一种补贴？

(b) 损害的标准是什么？

(c) 如果补贴仅仅是抵销了某一产业或企业的劣势，它是否还应被征收反补贴税？

(d) 在衡量补贴或奖励是否存在时，应使用何种会计准则？

(e) 如何更好地克服获得必要信息或者数据的困难？

(5) 如果采用“逃避条款”或者“市场扰乱”方法，下列关键问题的答案是什么？

(a) 何种类型或比例的进口增长符合“逃避条款”的基本要求？相对增长还是绝对增长？应使用多长时间？

(b) 能否以更温和的市场扰乱标准代替反倾销或反补贴作为接合机制？

(c) 对非市场经济国家或者国有企业的市场扰乱应当采取何种损害标准？

(d) 一定比例的市场渗透能否被用来判断市场扰乱的存在？

(6) 应采用何种损害标准？以及如何评估损害？

(a) 严重损害？

(b) 实质损害？

(c) 潜在利润的损失？

(d) 威胁损害？

(e) 就业率下降？

(7) 是否可以单独利用进口统计或与上述提及的其他方法结合使用？

(a) 一定比例的进口增长？

(b) 一定比例的对国内市场的渗透？

(c) 渗透程度的增长比例？

(d) 无论如何,什么是基础期间或最近的具有代表性期间？

(8) 能否采用某种监督或者监管制度？是否应包括对进口交易的提前报告制度？(例如任何与非市场经济国家或国有企业的合同安排应在其进口时尽早上报？)

(9) 能否采用政府磋商机制？

(a) 双边磋商？

(b) 多边磋商？(在多边机制解决前,进口国或出口国是否可以为其行为辩护？)

(c) 磋商方法能否与上述其他方法结合使用？

(10) 出口限制(自愿或非自愿的)是否应成为接合机制的一部分？

(a) 数量限制？

(b) 价格控制,例如价格担保或者最低出口价格机制？

(11) 计划生产目标或数量能否令人满意地得到适用？

(a) 双边协议,例如在贸易合作协议中？

(b) 进口国单方面设置产量或数量目标或者配额？

(12) 在与非市场经济国家或国营企业的贸易中,方案设计是否应对那些有合理产量的正常国内生产和没有正常国内生产的情况加以区分？

(13) 同样的,如果美国的生产要素(要素投入)能够轻易地转换到其他产品上,是否会影响对非市场经济国家或者国有企业贸易的回应类型?

(14) 调整援助本身或与其他方法的结合是否能被用作令人满意的解决方案?

(15) 美国政府在执行上述方案时的关键问题是什么?

(a) 应由哪个行政机构负责执行? 财政部? 国际贸易委员会? 还是其他部门?

(b) 应提供什么样的司法审查?

(c) 如何设计公民参与或主张权利的机制?

(16) 方案设计时是否应对外国出口行为(依照市场经济原则)给国际经济造成的扭曲与仅仅给美国国内市场造成的扰乱结果进行区别? 例如,美国的政策制定者是否应关注那些在美国虽无申诉(消费者从中受益)的进口,但其他国家认为这种竞争是不公平的现象?

(17) 从国会的角度来看,对外国进口造成的市场扰乱采用何种程度的干预是符合政治上的需要的?

(18) 欧洲经济共同体是如何处理这一问题的?

(19) 其他国家是如何处理这一问题的? 如日本、联合王国、法国、意大利和巴西?

(20) 出口国的观点是怎样的? 包括社会主义国家和政府对企业拥有广泛所有权的国家?

(21) 国际经济组织的职责应当是什么? 例如,国际争端解决机制的作用是什么? 是否应建立起国际协商机制或者新的国际规则来解决与非市场经济国家的贸易问题?

(22) 是否应建立起一种解决与欠发达国家进行贸易的特殊规则?

应该说杰克逊教授在 1978 年创立“接合理论”时只是提出了应当建立一套联系东西方贸易关系的接合机制。至于何种制度能够担当这种责任以及如何承担此种责任,杰克逊教授当时并没有给出具体的答案,不过从他设计的问题来看,实际上是倾向于以各种贸易救济措施作为这种“接合”的工具。人们要解决的只是反倾销、反补贴或者“市场扰乱”这三种贸易救济措施究竟何者更能担当以及如何担当此任的问题。从美国的反倾

销法、反补贴法和市场扰乱法的产生和发展情况来看,反倾销法实际上最终承担了这种“接合”的作用。

杰克逊教授提出的 22 个问题大多是从美国国内立场和视角出发而设计的,但是他的最后两个问题却涉及了国际层面的思考:第一,是否应当在国际经济组织中建立某种新的规则(New Rules)来解决与非市场经济国家的贸易问题?第二,是否应当建立一种解决与欠发达国家进行贸易的特殊规则(Special Rules)?虽然在“接合”研讨会上,杰克逊教授并没有对此直接做出回答,但是在其 1997 年再版的《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》一书中却以专章(即第 13 章“具有特殊情况的经济”)①形式做出了回答。他从 GATT - WTO 层面讨论了将中国和俄罗斯等非市场经济国家(转型国家)融入世界贸易体制存在的困难和可能解决的途径。杰克逊教授认为,非市场经济国家与以市场为导向的 GATT - WTO 体制本质上是互不相融的。但是中国与俄罗斯等非市场经济国家被长期排斥在 WTO 之外将不符合世界经济关系的利益,因为这两个国家对世界贸易都具有日益巨大的影响。不过由于中国与俄罗斯非市场经济的特殊地位,其被吸收到 WTO(以及之前的 GATT)是一个很难克服的问题。中国与其他非市场经济国家申请加入 WTO 提出了一个重要的政策问题,即该组织是否应该保持比较纯粹的“市场导向”体制,或者,在缺少可替换的普遍性贸易体制的情况下,WTO 是否应该包容那些并非特别是市场导向的经济体制?如果选择后者,又应该如何创设一个各种经济体制“兼容”,并属于 WTO 一般组织结构的世界?杰克逊教授认为在 WTO 中形成一个非市场经济的兼容机制的可能途径是,在形成该机制的同时,也提供这样的可能性,使这部分经济朝着市场导向发展,从而建立“双轨制”(Buffering Mechanism)保障机制。由于中国在当时还没有加入 WTO,杰克逊教授对中国的入世做出了一个预测:“很有可能,在中国加入 WTO 的议定书中,会增加一定的不同措施。这些措施

① 该章“特殊情况的经济”除了指非市场经济(或转型经济)以外,还包括“不完全符合世界贸易体制规则”的发展中国家经济。详见[美]约翰·H·杰克逊著:《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》,张乃根译,复旦大学出版社 2001 年版,第 13 章。

不会完全符合 WTO 政策制定者的传统习惯,有的会偏离 GATT 一般接受的,首先适用于市场与价格导向型经济的规范。”而这些针对中国的特殊规则可能包括对中国产品的特殊保障规则以及针对不公平贸易做法(反倾销与反补贴)的特殊规则。虽然杰克逊教授也承认,“这些措施^①可能不完全与自由贸易的经济理论相一致”,但他认为,“对于 WTO 与 GATT,这可能是相当实用的途径,为国家贸易型国家(非市场经济国家)提供一种方法,最低限度地减少可能发生的猜疑和紧张。而且,双轨制具有这样的好处,即可以为国家贸易型国家提供演变的机会。在这种国家变为真正的‘市场体制’时,第二条轨道就不必采用了。在两者之间过渡时,如果国家贸易型经济的某些方面已达到了足够的‘市场导向’,就应该有资格享受全部的 GATT 正常待遇”。

(二) 经济优势理论

经济优势理论(Theory of Economic Advantage)是学者威廉·莫克在 1989 年发表于美国《南卡罗来那国际法与商事规制》杂志上的文章《东西方贸易中的经济优势:放弃与非市场经济国家贸易中的市场虚构》一文^②中提出的观点。莫克在分析了国际贸易中的比较优势和要素禀赋理论以及美国反倾销与反补贴针对非市场经济国家贸易的规定之后认为,传统的建立在市场条件下的比较优势理论和公平贸易理论在涉及与非市场经济国家的贸易时存在适用上的困境,因为在非市场经济国家市场是失灵的,因此传统国际贸易理论在这种情况下就变得毫无意义,应该有一种新的理论依据来解释市场经济与非市场经济国家之间的贸易关系。为此,他提出了依据“经济优势理论”来解释市场经济与非市场经济国家进行贸易的动因。其核心论点是:与非市场经济国家保持贸易关系可以最大限度地利用非市场经济国家因政府干预所带来的效能低下(Inefficiency)而产生的经济优势。这种贸易也将最终促使非市场经济国家作出更加理性的、以市场为导向的经济决策。按照他的观点,如果非市场经济国家能够有效率地运行,

① 指针对非市场经济国家贸易救济措施中的特殊规则。

② William Mock, “Economic Advantage in East-West Trade: Abandoning Market Fiction in Trade with Non-Market Economy Countries,” 14 *N. C. J. Int’l L. & Com. Reg.* 55 (1989).

则它将提供与市场经济国家竞争者具有可比性的竞争；如果非市场经济国家低效率地运作，则它将向国际市场提供过于高价的或者过于低价的商品。对于其提供的高价商品在与可提供的替代品进行比较时可以忽略不计（因为本身没有竞争优势）；而对于低价的产品则可以在美国和非市场经济国家之间构成一种净福利（Net Welfare）的转移。除非存在特殊情况，市场经济国家没有理由不接受这种福利的转移。莫克还援引了约翰·巴塞罗教授在1978年“接合”研讨会上的评论来论证自己的观点：“以低价进口至美国的产品很大程度上是符合美国的公共利益的，因此，价格过低的原因实际上是无须理会的；但在另一方面，低价进口是否给美国国内工业造成损害则涉及美国的公共利益问题。”^①市场力量本身如果可以充分地运行的话，将会为低效率的非市场经济国家带来经济的源泉，最终推动这些国家向着更加合理的生产要素分配和接近基于比较优势而建立的全球贸易体制的方向前进。从长远来看，这也将使市场经济国家最终受益。不过虽然莫克认为市场经济国家和非市场经济国家应当基于经济优势进行国际贸易，但是他认为在特殊情况下，经济优势理论将无法适用。这些例外主要是出现了经济扰乱^②（Economic Disruption）、工业掠夺^③（Industry

① “It’s largely in the public interest to have low prices on imports coming into the United States. It doesn’t really matter why the prices are low. On the other hand, there might well be some public interest in looking carefully at cases where imports cause injury to the domestic industry.” *Interface One*, supra note 15, at 243 (Remarks of Professor John J. Barcelo, III).

② 按照莫克的观点，经济扰乱实际上就是市场扰乱。由于非市场经济国家很容易依赖计划体制对产品产量和价格进行快速转换，当这种转换发生时，进口国的生产商为了适应这种转换，不得不付出一定的调整成本。即使利用非市场经济增加的低效益的获益总体而言大于支付的成本，这种获益也不可能被精确地分配以抵销这种成本。最简单的例子是，进口国某一产业因此受益（最终也可能使全社会受益），而另一产业却必须支付所有的调整成本。非市场经济国家产品产量和价格的转换越迅急，进口国进行调整的成本就越大。如果调整成本较低的话，进口国只要实施一项贸易调整援助计划就可以保证承担调整成本的产业不至于负担过重。而如果调整成本相对过高的话，援助计划就不充分了。在这种情况下，进口国为了维护国内经济的稳定性而对非市场经济产品征收附加关税、实施配额或者采取其他措施禁止其进口就是充分合理的。

③ 按照莫克的观点，工业掠夺实际上就是一种不正当竞争行为，它主要发生在非市场经济国家产品瞄准进口国某一产业或部门的情况下。非市场经济国家持续以低于市场的价格进入进口国市场将会把同行业的竞争者逐出市场，而当产品重新进入或者新进入进口国的壁垒很高的情况下，非市场经济国家就可以通过垄断地位或者垄断价格攫取高额利润。在这种情况下，进口国就可以合理地非市场经济产品实行高关税，为了防止长远的经济损失而拒绝短期的经济获益。

Predation)和非经济因素的国家安全因素^①(National Security)的情况下。当出现上述例外情况时,利用非市场经济国家效率低下所带来的经济优势原则就应当被抛弃。当低价产品的进口是以进口国市场经济国家高昂的市场调节成本为代价,或者低价带来了反竞争的效果或者威胁到国家安全时,经济优势所带来的低价商品就不应当被接受,进口国就应当采取救济措施阻止这些非市场经济国家的产品进口。

(三) 国家利益理论^②

虽然杰克逊与莫克从不同的视角对美国等西方国家与非市场经济国家进行贸易的理论依据进行了阐述,且两种理论都在不同程度上论证了与非市场经济国家进行贸易是符合美国的政策目标或国家利益的,但是两种理论对此并未展开分析。笔者认为这与两种理论提出的时间有关。杰克逊教授在提出“接合理论”时,东西方的贸易量还非常有限,尤其是中国当时刚实行改革开放政策,中美双边贸易刚刚恢复,当时双边贸易总量只有1亿美元。^③而1989年莫克教授提出经济优势理论时,中美之间的贸易关系也没有像今天这么重要,虽然经济优势理论本身就包含了对美国国家利益的分析。2002年美国布鲁金斯研究所(Brookings Institution)研究对外政策的高级研究员、中国问题专家 Nicholas R. Lardy(以下称拉迪)在其新著《将中国融入全球经济》^④一书中从美国国家利益的角度系统地阐述了经济全球化背景下与中国进行贸易,将中国融入全球经济体制框架中的重要意义。拉迪认为,中国国内经济改革和融入全球经济的深化对美国具有重大的利害关系,中国加入世界贸易组

-
- ① 按照莫克的观点,由于市场经济国家和非市场经济国家在不同层次上是战略竞争者,因此为了防范非市场经济国家对市场经济国家安全的威胁,在非市场经济国家可能成为美国某一军事或者国家战略部门(如原材料、技术或者商业机密)的主要供应商的情况下,没有任何经济利益可以弥补可能对国家安全造成威胁所带来的损失。在这种情况下,进口国就可以以关税、配额或者其他限制手段保护国内相关产业,防止对非市场经济国家产生的依赖。
 - ② 国家利益是国际关系理论研究的核心概念之一,它意指国家在复杂的国际关系中维护本国和本民族免受外来侵害的一些基本原则。它是国家制定对外目标的重要依据和决定因素。
 - ③ See Nicholas R. Lardy, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., p. 158.
 - ④ Nicholas R. Lardy, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press, Washington, D. C. 此外,拉迪教授还在1998年出版了《中国未完成的经济革命》(*China's Unfinished Economic Revolution*), Brookings, 1998.

织符合美国的利益。第一,中国加入 WTO 之后将会大幅度降低关税水平,开放其国内市场,尤其是中国在美国全球中最具竞争力的电信、分销和金融服务市场的开放将使更多美国公司进入中国市场,使美国经济从中获得巨大的利益。第二,中国进一步融入全球经济将使中国在新一轮的全球贸易自由化谈判中发挥建设性的作用。第三,中国融入全球经济将加快中国的经济改革,提高中国 13 亿人口的生活水平。而如果中国的经济改革失败,将会给美国和世界其他国家带来沉重的负担和风险。第四,建立在市场导向基础上的生活水平的提高将会对美国促进中国多元政治体制建立的长远利益有益。第五,中国加入世界贸易组织将会增强中国大陆与台湾之间的贸易和投资关系,并会逐渐缓和两者之间的紧张态势,最终给美国和平解决台海争端带来利益。更为重要的是,中国加入世界贸易组织将使中国全面遵守世界贸易体制的规则,从而促使中国彻底转型为市场导向经济的国家。^①

第五节 本章小结

“接合理论”是杰克逊教授提出的创建性理论。它不仅从西方国家的角度解释了美国等市场经济国家与非市场经济国家开展贸易关系的理论困惑,而且预见性地为中国等非市场经济国家融入世界贸易体制“设计”了某种背离 GATT - WTO 一般原则(不歧视待遇原则)的“特殊规则”。从第三章的分析中可以看到,《中国入世议定书》非常“巧合”地与杰克逊教授的“预测”相吻合。他围绕“接合”机制而提出的问题不仅在 1978 年的研讨会上得到了热烈的呼应,实际上还为美国的某些对外贸易政策甚至世界贸易体制的形成构建了框架。即便在九十年代以后,非市场经济国家纷纷进入转型经济国家的时期,该理论也得到一些学者的支持。例如,美国经济战略研究所的 Greg Mastel 教授在其著作《反倾销法与美国经济》一书中就援引了杰克逊教授的接合理论并认为,在没有更好的方法

^① 关于拉迪教授的详细观点,还可参见 Nicholas R. Lardy, *Issues in China's WTO Accession*, Congressional Testimony, U. S. -China Security Review Commission, May 9, 2001.

确定产品可比价格和成本的情况下,反倾销法中的非市场经济规则仍然是确立市场经济和非市场经济接合机制的最明智的方法,因为只有通过该方法才可以形成价格机制而且公平贸易才会发生。只要转型经济国家仍然保留非市场经济的某些特征,这种接合机制就仍有存在的必要。^①

莫克的经济优势理论则从经济学的视角解释了东西方贸易的理论依据。他承认市场经济国家与非市场经济国家可以存在“正常”的贸易关系,但两者进行相互贸易的前提或基础并非基于传统的比较优势理论,而是基于“经济优势”,即一般而言,东西方贸易无论对市场经济国家或非市场经济国家都是有利的,市场经济国家也应当充分享受因与非市场经济国家贸易所带来的经济优势,即由于效率低下而产生的产品定价过高或过低给市场经济国家带来的好处。但是,如果非市场经济国家的出口给市场经济国家带来市场扰乱,或者出现了工业掠夺或者威胁其安全利益的时候,市场经济国家就应当采取相应的救济措施以阻止这些产品的进口。

国家利益是国际关系中现实主义理论的核心问题,拉迪的分析实际上是从中美关系的角度,分析了美国与社会经济制度不同的中国开展贸易,将中国融入以美国等西方国家为主导的国际经济体制所带给美国的巨大经济与政治利益,这与美国的现实主义外交政策是吻合的,实际上是一种实用主义的观点。

综合以上分析,接合理论、经济优势理论以及国家利益理论分别从制度、经济和国际关系的视角解释了与美国等市场经济国家与非市场经济国家开展贸易关系的出发点与理论依据,尽管角度不同,但其实质都是为了实现美国的贸易政策目标并最终维护美国的国家利益,这也充分说明了国际贸易救济中的非市场经济问题虽然形式上是一个法律问题,但其核心和本质还是体现了美国的政治利益。

^① Greg Mastel, *Antidumping Laws and the U. S. Economy*, Economic Strategy Institute. M. E. Sharpe, 1998, p. 123.

第二章 与非市场经济国家进行贸易的特殊规则

——贸易救济法律制度中非市场经济规则的产生与演变

从历史分析的角度来看,国际贸易中的非市场经济问题并不是与反倾销等贸易救济法同时起源的,它是特殊历史背景下产生的一个新的贸易问题,其始作俑者就是美国。从表象上看,贸易救济中的非市场经济问题似乎是一个纯粹的经济问题,但其背后却有着深刻的历史和政治背景。简而言之,这一问题的产生是二次世界大战后东西方冷战的产物。本章从反倾销、反补贴以及保障措施等贸易救济法的角度系统分析非市场经济规则在这些领域产生和演变的过程。

第一节 反倾销法中非市场经济问题的产生与演变

一、美国反倾销法中非市场经济问题的产生与演变

非市场经济问题最早产生于反倾销领域,美国在其间对该规则的形成起到了主导作用。1921年美国第一部真正意义上的反倾销法^①适用于

^① Antidumping Act of 1921 ch. 14. tit. II, 42 Stat. 11 - 15, 19 U. S. C. (Section) 160 (repealed 1979) [current version at 19 U. S. C. (Section) 1673 (1994)]. 美国历史上的第一部反倾销法应当是 1916 年制定的《岁入法》[The Revenue Act of 1916, 15 U. S. C. (Section) 72 (1994)]. 但是由于该法在性质上与反垄断法无异,很快被 1921 年反倾销法所取代。

一切外国产品的进口,并没有对来自“非市场经济国家”产品进口的专门规定,虽然当时世界上已经诞生了第一个社会主义国家(苏联)。不过社会主义国家(苏联)出口产品(当时主要是木材和木材制品)的倾销问题在一次世界大战和二次世界大战期间已经初步显现。1931年和1932年,苏联出口木材被认定存在倾销,随即法国、比利时、匈牙利、罗马尼亚、南斯拉夫和加拿大对苏联木材进口采取了限制措施。同一时期,美国对苏联进口的火柴实施了禁止性的高关税并且强制规定所有苏联进口的木材制品必须附加生产过程以及未使用强迫劳动力的证书。苏联则很快对这些国家限制其产品进口的措施作出强硬反应,断绝了与法国、加拿大和其他一些国家的所有贸易关系。迫于压力,法国和加拿大分别在1931年7月和1935年2月撤回了针对苏联进口木材制品的限制性措施。^①但是由于当时世界上只有一个社会主义国家,而且其他国家与苏联的贸易量还非常有限,因此,这些国家在对苏联出口产品实施限制措施时,还没有注意到与社会主义国家进行贸易时的特殊问题。

追根溯源,非市场经济问题是二次世界大战后东西两大阵营冷战的产物。二次世界大战结束后,美国经济与军事实力迅速膨胀,开始以世界霸主自居,社会主义苏联的崛起成为美国称霸世界的严重障碍,为了遏制苏联,美国先后推出了复苏欧洲经济的“杜鲁门主义”与“马歇尔计划”,并策划组织了北大西洋公约组织;面对美国的遏制、封锁与包围,苏联则通过成立共产党和工人党情报局与“经互会”,加强了同东欧等新兴社会主义国家的合作,从此,战时同盟宣告解体,东西方开始了长达40余年的冷战。^②冷战不仅反映了东西方在政治、军事上的对峙,也表现为经济上的封锁与孤立。例如,1949年,西方国家成立了输出管制统筹委员会(Coordinating Committee for Multilateral Export Control,简称COCOM)^③以限制向

① See Wilczynski, Dumping and Central Planning, 74 *J. POL. Econ.* 250 (1966).

② 方连庆等主编:《战后国际关系史》,北京大学出版社1999年版,第1—2页。

③ 又称巴黎统筹委员会。它是在美国操纵下,由17国(美国、英国、法国、意大利、加拿大、比利时、卢森堡、荷兰、丹麦、葡萄牙、挪威、联邦德国、日本、希腊、土耳其、西班牙、澳大利亚)组成的常设多国出口管制机构。总部设在巴黎。该机构于1949年11月成立,其目的就是共同防止战略物资和先进技术输往社会主义国家,对它们实行出口管制,以遏制社会主义的(见下页)

苏联及其盟国出口产品与技术,防止其运用于军事目的;1951年及1962年美国国会先后通过立法,全面撤回社会主义国家的最惠国待遇地位。^①由于1947年《关税与贸易总协定》诞生之际,绝大多数社会主义国家都不是GATT成员,因此,GATT第6条关于反倾销问题的规定并没有涉及“非市场经济问题”。五十年代初,随着东欧社会主义国家与美国、西欧等国家间贸易的增长,如何确定“贸易垄断国家”(Trade Controlled Country)出口产品的可比价格才成为一个引起关注的问题。在1955年GATT年度审议期间(Review Session),原捷克斯洛伐克向GATT审查工作组(Review Working Party)提出建议,希望增补GATT第6条第1款b项,以解决“贸易垄断国家”与其他国家出口产品价格的可比性问题,但未被工作组采纳。不过工作组一致同意对GATT第6条增加一条解释性注解(Interpret Note),该注解首次涉及了非市场经济国家出口产品正常价值的确定问题:“如果出口国完全或实质垄断贸易,并由国家制定国内价格,则在按照第一款进行价格比较时将会出现困难,此时进口国会发现与这样的一个国家的国内售价进行比较并不总是合适的。”不过该解释性注解并没有明确规定应采用何种方法确定非市场经济国家产品的正常价值,这为日后各国自行立法设定非市场经济标准以及计算正常价值的方法留下很大的操作余地。

从历史来看,率先在反倾销领域针对非市场经济国家倾销产品采取特殊方法计算产品正常价值的国家是美国。不过美国的特殊做法并非源于国会的正式立法,而是始于其行政主管当局的实践。美国财政部(早期负责反倾销调查和倾销认定的主管机构)早在六十年代就意识到了1921年反倾销法因未涉及非市场经济国家正常价值确定方法而存在的先天

※(接上页)

发展。1952年又增设了一个所谓的“中国委员会”(China Committee,简称CHICOM),负责对中国的禁运。随着苏联的解体和冷战的结束,“巴统”逐渐放宽了对社会主义国家的出口管制,其作用日渐减小,到1994年4月1日正式解散。但是以先前“巴统”17个国家为主组成的一个新机制继续对其确定的所谓危险地区、敏感地区、核不扩散地区、遭受贸易制裁的地区与国家实行高、尖端技术及设备的出口管制。参见陈宪、张鸿编著:《国际贸易——理论、政策、案例》,上海财经大学出版社2004年版,第337—338页。

① John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1995, p. 1156.

“缺陷”，1960年，在其第一个针对非市场经济国家的反倾销案——“捷克斯洛伐克进口自行车案”^①中，美国财政部首次采用了替代国方法计算非市场经济国家出口产品的正常价值[美国法称公平价值(Fair Value)]。即以一个替代的非共产主义(市场经济)国家的相似产品的国内销售价格或出口价格作为确定公平价值的最佳可得证据；在1962年的“捷克斯洛伐克薄板玻璃反倾销案”^②中，美国财政部仍旧拒绝采用捷克斯洛伐克向第三国的出口价格确定产品的正常价值；在一年后的“波兰水泥反倾销案”^③中，财政部明确指出，非市场经济国家的国内市场销售不符合美国《1921年反倾销法》第205(a)节规定的“正常贸易过程”中销售的要求。在本案中，美国财政部采用了西欧国家向美国水泥出口的价格作为确定波兰水泥正常价值的依据。替代国方法在美国1973年《海关条例》第153.5(b)节中首次得到明确规定：“来自计划经济国家的产品：通常，如果现有信息表明，来自计划经济国家的出口产品在美国以外的销售价格受到一定程度的控制，且无法根据本条例第153.3节或第153.4节计算正常价值的话，则财政部将以类似产品在非计划经济国家在其境内销售价格或者出口价格，包括美国的结构价格(包括产品的正常成本、支出及利润)计算正常价值。”上述决定是美国财政部行政裁量的结果，当时并没有国会立法的支持，但这些实践中确立的规则却为后来的美国国会立法奠定了基础。

值得关注的是，这一时期，同为社会主义国家的南斯拉夫由于当时的铁托政府与斯大林决裂而与美国保持了友好关系。当时的南斯拉夫被美国视为工人控制经济(而非国家控制经济)国家。在整个六十年代，美国财政部都是以南斯拉夫的国内市场价格作为确定其出口产品正常价值的

① *Bicycles from Czechoslovakia*, 25 Fed. Reg. 5, 657 (1960). 实际上早在1953—1954年，美国就对来自非市场经济国家——东德的氢氧化钾[Potash from East Germany, 19 Fed. Reg. 8,020 (1954)]发起反倾销调查。该案最后以无损害结案。但是当时的财政部究竟采用何种方法确定该产品的公平价值却无法确定。1984年，前美国商务部进口局的助理秘书 Gary N. Horlick 和该局的经济学家 Shannon S. Shuman 在共同撰写的“Nonmarket Economy Trade and U. S. Antidumping/Countervailing Duty Laws” (The International Lawyer, Vol. 18, No. 4) 中提到了这一问题。

② *Jalousie-Loovre-Sized Sheet Glass from Czechoslovakia*, 27 Fed. Reg. 8,457 (1962).

③ *Portland Cement from Poland*, 28 Fed. Reg. 6,660 (1963).

依据。在 1977 年的动物胶水反倾销案^①中,美国财政部明确将南斯拉夫视为市场经济国家,其理由是:(1)南斯拉夫货币存在购买汇率;(2)南斯拉夫海关可以确认政府和企业提交给它的所有信息;(3)至少本产品(动物胶水)的国内销售价格可以反映出市场的供需关系。在判断南斯拉夫是否为市场经济国家时,美国财政部不仅考察了整个经济的市场特点,而且也考察了被调查产品本身的商业状况。例如,在判断货币的可兑换性和信息的可证实性时,美国财政部不仅审查了南斯拉夫整个国家的货币政策,而且也审查了南斯拉夫特定产业部门在商业交往中的记账方法;在审查市场供需关系时,美国财政部既考察了南斯拉夫整个国家范围的相关因素,而且还审查了动物胶水行业的定价机制。南斯拉夫“市场”达到了美国财政部满意的程度。

不过从 1954 年非市场经济国家倾销问题的出现一直到七十年代初期,反倾销中的非市场经济问题还仅仅停留在技术层面,由于东西方贸易量非常有限,^②加之当时的社会主义国家中只有波兰和南斯拉夫获得了美国的最惠国待遇地位,^③其他非市场经济国家的出口产品关税比享有最惠国待遇的国家要高出 200% 到 300%,很难进入美国市场。因此,非市场经济问题并没有引起国会的关注。直到 1972 年,尼克松政府在与苏联谈判缔结给予后者最惠国待遇协议时(最终未获得美国国会批准),美国国会才认识到美国的进口救济政策应该服从于国家的对外政策。在 1974 年,国会制定了《1974 年贸易法》,该法首次以国会立法方式明确可以将最惠国待遇给予共产主义国家,并在第 205(c)节^④中规定了针对非市场经济国家出口产品正常价值确定的替代国方法。国会将原美国《海关条例》第 153.5(b)节的规定纳入到《1974 年贸易法》第 321(d)节,从而在立法上首次确认了美国财政部在这一问题上的实践,也避免了财政部

① *Animal Glue and Inedible Gelatin from Yugoslavia*, 42 Fed. Reg. 34,288 (Aug. 3, 1977).

② 例如直到 1972 年苏联出口美国的贸易总量只有 9 955 万美元,且主要出口产品为铂金(约占美国进口总量的 47%)。前引 Horlick 和 Shuman 文第 809 页。

③ Trade Expansion Act of 1962, Pub. L. No. 87-794, § 251, 76 Stat. 879 (1962) [Codified at 19 U. S. C. § 1877 (1982)].

④ Trade Act of 1974, Pub. L. No. 93-618, § 321, 88 Stat. 2043 (1978) [Codified at 19 U. S. C. § 160 (1976)].

采用其他替代方法解决这一问题的可能性。

美国针对非市场经济国家反倾销法的另一个重要发展是 1975 年的“波兰电动高尔夫球车案”^①。在该案中,由于波兰生产的电动高尔夫球车仅向美国市场出口(既无国内销售,也不出口到美国以外的第三国),美国财政部开始选择以加拿大作为计算公平价值的替代国,但是由于加拿大生产商在 1975 年被宣告破产并不再生产同类产品,财政部只能选择其他参照国。当时生产该类电动高尔夫球车的国家还有墨西哥、意大利、日本以及其他一些国家,但唯一一家成规模的生产商则在美国。1977 年年末,为了避免采用美国本国的价格或成本计算产品的正常价值,财政部采用了一种新的方法计算正常价值。具体做法是:在波兰国有企业实际要素投入(由财政部在波兰企业进行调查核实)的基础上,以美国财政部认定的与波兰经济发展水平相当的西班牙的生产要素价格乘以该实际投入,经过适当的调整后计算出波兰高尔夫球车的结构价格。1977 年时任美国总统卡特访问华沙时专门就该方法与波兰领导人进行了讨论,不久该方法就被美国财政部纳入到 1978 年的《财政部条例》^②之中。“波兰电动高尔夫球车案”确立的计算正常价值的方法又被称为“生产要素法”(Factors of Production Approach)。美国国会制定的《1979 年贸易协议法》(1979 Trade Agreement Act)正式将“生产要素法”作为在无法找到合适替代国(指生产与非市场经济国家相同产品的替代国)时的一种替代方法。^③ 在该法

① Electric Golf Carts from Poland; Antidumping, 40 Fed. Reg. 25,497 (1975).

② Antidumping; Proposed Amendments Pertaining to Merchandise from State-Controlled-Economy Countries, 43 Fed. Reg. 1,356 (1978).

③ 从美国国会制定《1979 年贸易协议法》的立法过程中可以发现,美国参众两院以及美国的一些利益集团(主要是国内部分生产行业)对财政部任意扩大行使自由裁量权非常不满,认为财政部是以对外政策为动机滥用行政裁量权。起初,在制定贸易协议法之初,国会准备否决关税条例中关于非市场经济国家产品正常价值确定的方法。不过国会最终还是将关税条例的规定接受为正式立法。但是众议院筹款委员会在修正案说明报告中强调:“虽然本报告包含了一般的解释,即本法案修订的目的是为了对那些为了履行美国国际条约义务而对国内法所做的修改,而不表明国会对行政当局实践的肯定,本委员会认为有必要强调该解释对现行针对非市场经济国家的反倾销规则适用的必要性。修订现行反倾销法并不表明国会对财政部 1978 年关税条例的赞同与否。”参议院财经委员会也作了类似的说明。参见 H. Rep. No. 96-317, 96th Cong., 1st Sess. At 76-77 (1979) 以及 The Trade Agreements Act of 1979, S. Rep. No. 249, 96th Cong., 1st Sess. 96. Reprinted in 1979b U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 381, 482.

通过之后,美国财政部通过了 Regulation 19 C. F. R. § 353.8 (a)-(c),将确定非市场经济国家出口产品正常价值的方法按照先后顺序进行排列:(1) 首先适用相同或相似产品在替代国的国内市场价格;(2) 其次适用替代国相同或相似产品的出口价格;(3) 当实际的或准确的价格无法获得时,则适用替代国相同或相似产品的结构价值;(4) 适用非市场经济国家相同或相似产品的生产要素投入乘以替代国相同生产要素的价格。

替代国方法由于其不可预见性和专断性而在美国受到普遍质疑,^①美国国会不得不再次修改其反倾销法,以解决非市场经济国家出口产品正常价值的确定方法。1988年国会通过了《1988年综合贸易与竞争法》,^②该法不仅在第771(18)节[《美国法典》第1677(18)节]中首次对“非市场经济”下了定义并列举了衡量市场经济国家应当遵守的六项标准,而且该节还明确规定美国商务部^③判断非市场经济国家的决定不受法院的司法审查。该节规定:“(A) 一般而言,‘非市场经济国家’是指美国行政主管部门认定的不按照市场成本或价格体系运作,因此其产品的销售不能反映出产品的公平价值的国家。(B) 在根据(A)项的定义作出决定时,行政主管部门应该考虑以下因素:(i) 该外国货币与其他国家货币自由兑换的程度;(ii) 该外国劳资双方协议工资的程度;(iii) 在该外国允许设立合资企业及引进外资的程度;(iv) 政府所有或控制生产资料的程度;(v) 政府控制资源分配以及对企业产品价格及产量控制的程度;(vi) 行政主管部门认为适当的其他因素。(C) 决定的有效性:行政主管部门对非市场经济地位的决定可以在任何时间针对任何国家,除非被推翻,否则将一直有效。(D) 决定不受争议:行政主管部门根据(A)项所作出的任何决定将不受法院的司法审查。(E) 信息收集:关税委员会有义

① Report of the Committee on Finance, U. S. Senate, Omnibus Trade Act of 1987, Report No. 100-171, June 17, 1987 at 108 S. Rep. No. 71, 100th Cong., 1st Sess. 108 (1987). See also Robert H. Lantz, “The Search for Consistency: Treatment of Nonmarket Economies in Transition Under United States Antidumping and Countervailing Duty Laws,” pp. 1004-1007, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 10, 1995.

② Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1107 (Codified as Amendments throughout Title 19 of the United States Code).

③ 1980年,美国财政部正式将反倾销与反补贴的调查权移交给了美国商务部。

务提供涉及非市场经济国家调查的相关信息。”最后,《1988年综合贸易与竞争法》还在第1677b(c)节中规定了计算非市场经济国家产品正常价值的方法。但该方法与《1979年贸易协议法》并没有本质的区别,只是将“生产要素法”列于“替代国方法”之前作为计算正常价值的首选方法。这充分反映出商务部在认定转型经济国家出口产品正常价值时所面临的困境。^①然而由于美国《1994年乌拉圭回合协议法》并没有涉及转型中的非市场经济国家正常价值的计算方法,因此《1988年综合贸易与竞争法》的相关规定至今仍是商务部决定非市场经济国家正常价值的主要法律依据。^②

二、欧盟(欧共体)反倾销法中非市场经济规则的产生与演变

欧盟反倾销法是伴随着欧洲经济一体化的进程以及GATT-WTO反倾销法的发展而产生和不断变化的。同时,欧盟反倾销立法也在一定程度上受到美国法的影响。从1957年欧洲经济共同体诞生到1968年7月1日,反倾销还属于欧共体各成员国的国内管辖事项;1968年7月1日,欧共体诞生了第一部反倾销基础条例,即《欧共体理事会第459/68号条例》。它成为欧共体构筑的共同商业政策的核心组成部分,同时它也基本上贯彻了1967年肯尼迪回合《反倾销守则》的规定。^③此后,该条例历经多次修订,其中较为重要的是1979年及1996年的两次修订。在1979年《欧共体第3017/79号条例》中,规定了非市场经济国家出口产品的正常价值、结构出口价格、国内市场的损失销售、扣除额的确定等新规范,并吸收了1979年GATT《反倾销守则》的规定;欧盟现行有效的反倾销基础条例是1996年的《第384/96号理事会条例》,全称为《关于从非欧共体成员国家进口产品保护的384/96号理事会条例》,1998年4月,又对该

① 前引Lantz文第1006—1007页。

② 实际上在美国《1988年综合贸易与竞争法》生效以后,九十年代初期,美国商务部又根据非市场经济国家市场改革的实际情况在实践中发展了“资本主义萌芽测试法”和“市场导向产业测试法”作为确定转型中的非市场经济国家出口产品正常价值的方法。但是商务部的行政实践至今未得到国会立法的确认。本书将在第四章中对此进行详细探讨。

③ 欧共体是以Council Decision 68/411, OJ 19. 12. 68 L305/1号决议将肯尼迪回合《反倾销守则》纳入到欧共体法之中的,该决议前言规定:“考虑到欧共体及其成员的国际义务,本条例的制定必须符合GATT第6条以及相关补充协议的要求。”

条例作了个别修改。^①《第 384/96 号理事会条例》参照了《WTO 反倾销协定》的规定,主要就反倾销的程序事项进行了补充修改。如前所述,最早对非市场经济国家采取替代国的方法是美国在六十年代初开始实施的。而欧共同体在其第一部反倾销条例中首次对 1955 年 GATT 第 6 条解释性注解及肯尼迪回合《反倾销守则》作出回应。其中第 3 条第 6 款重申了 1955 年 GATT 第 6 条解释性注解的规定:“如果进口来自一个贸易完全或几乎完全垄断的国家,国内所有产品的价格由国家确定,决定价格的可比性可能存在特殊的困难,因此,欧共同体有必要考虑,同该国的国内价格进行严格比较可能并不总是恰当的。”^②不过《1968 年欧共同体反倾销条例》只是提出了问题,而未提出解决问题的方法。该条例也未界定何为非市场经济国家以及应当采用何种方法来确定非市场经济国家出口产品的正常价值。

1979 年欧共同体开始适用针对非市场经济国家出口产品正常价值的特殊确认标准,并为现行反倾销条例继续采用,《1979 年欧共同体第 1681/79 号条例》标志着“非市场经济”作为一个法律概念被正式确立。该条例第 3 条第(2)款 C 项规定:“进口来自非市场经济国家的产品,其正常价值应以适当的和非不合理的方式并根据以下标准之一予以确定:同类产品在前三个市场经济国家的国内销售价格或出口价格;同类产品在前三个市场经济国家的结构价格;若上述标准不能提供为同类产品在前三个市场经济国家的实际价格充分的基础,有必要调整时再加上合理的利润。”《1979 年欧共同体反倾销条例》在欧共同体反倾销法的历史上具有重要的意义,首先该条例首次将“非市场经济”概念法律化;其次,该条例虽未直接界定非市场经济的概念,但却在其附件中列举了非市场经济国家的名单;最后,该条例首次明确采用“类比国”[Analogue Country, 美国法称“替代国”(Surrogate Country)]标准来确定非市场经济国家出口产品的正常价值并以此来确定倾销的幅度。

如果进口来自非 GATT 成员国,按照该条例第 16 条的规定,欧共同体有

① Council Regulation (EC) 905/98.

② Council Regulation 459/68, Art. 3(6), OJ 17. 4. 68 L93/1; OJ. Eng. Sp. Ed. Series I 68 (I), p. 80.

权采取特别方法来确定该国出口产品的正常价值。由于冷战开始时,大部分的非市场经济国家都是东欧国家,这些国家从地缘上来看与西欧同属欧洲大陆,从历史渊源上看彼此也有着千丝万缕的联系。因此,西欧国家与非市场经济国家的贸易关系更为密切,较之美国也有着更为实质的利害关系。这种特定的关系也使得欧共体在与东欧的非市场经济国家进行贸易时采取了一些特殊的做法。例如,即使在冷战时期,当时的联邦德国与民主德国之间的贸易也被视为内部贸易(Internal Trade),因此,欧共体对于民主德国出口联邦德国的产品将不采取反倾销措施,但为了防止民主德国产品借助联邦德国市场进入其他欧共体成员国,任何除联邦德国以外的欧共体成员国可以自行对民主德国产品进行反倾销调查。^①

一个值得注意的现象是,在欧共体早期的针对非市场经济国家的反倾销调查中,大部分都采取了价格承诺的方式结案,也就是欧共体委员会与出口商达成秘密协议,出口商作出承诺,将出口产品价格提高到欧共体委员会认为足以消除对欧共体产业损害的程度,在这种情况下,欧共体将终止对其的反倾销调查。例如在1968年到1982年间,欧共体共发起反倾销调查233件,其中针对非市场经济国家的调查为82件,而在这82件案件中,60件是以价格承诺的方式结案的。^②

早在《1972年欧共体第1414/72号条例》中,欧共体首次将中国与阿尔巴尼亚、越南、朝鲜、蒙古等国列入“贸易垄断国家”的名单中,但随着1975年中欧外交关系的建立及双边贸易量的增加,尤其是1978年中国与欧共体第一个双边贸易协议的签署,^③欧共体将中国从1972年的“贸易垄断国家”名单中划掉,并针对中国的进口产品进行了单独立法,^④为

① 前引 Horlick and Shuman 文第 814 页。

② 同上,第 815 页。

③ Trade Agreement Between the European Economic Community and China, OJ 1978 L123. 1. 该协议是欧共体第一个与非市场经济国家签署的双边贸易协议。其中最为核心的规定是协议的第 2 条第 1 款,该条规定了欧共体赋予中国最惠国待遇:“在双边贸易关系中,协议双方将赋予对方在下列事项上的最惠国待遇:(1) 关税及其他任何针对进出口、再出口或过境产品征收的费用以及征收上述税费的程序;(2) 关于进出口产品和服务中的清关、过境、仓储和运输等反面的法规、程序或要求;(3) 针对进出口货物或服务直接或间接征收的国内税或其他国内费用;(4) 关于进出口许可方面的行政要求。”

④ Council Regulation 2532/78 on Common Rules for Imports from the P. R. China, OJ 31. 10. 78, L346/6.

此, 中国产品在欧共同体市场享有了其他非市场经济国家没有的优惠待遇。但在反倾销的问题上, 中国与其他“非市场经济国家”仍处于同等地位。在 1979 年、1982 年、1994 年以及 1996 年修订后的欧共同体反倾销条例附录中, 中国都被列入非市场经济国家的名单中, 直到 1998 年欧盟理事会通过《第 905/98 号条例》, 对《第 384/96 号条例》第 2 条第 7 款进行了一次重要的修订, 将俄罗斯与中国从非市场经济国家的名单中撤除, 开始将它们视为“有条件的市场经济国家”^①。不过, 在历次理事会条例的修订中, 由于不同的原因, 条例附录中非市场经济国家的名单一直是在发生变化的。通过表 1 可以清楚发现这种变化及其发生的原因。

表 1

1979 年	1982 年	1994 年及 1996 年
阿尔巴尼亚	阿尔巴尼亚	阿尔巴尼亚
保加利亚	保加利亚	亚美尼亚
中国	中国	阿塞拜疆
捷克斯洛伐克	捷克斯洛伐克	白俄罗斯
匈牙利	匈牙利	中国
朝鲜	朝鲜	爱沙尼亚
蒙古	蒙古	格鲁吉亚
波兰	波兰	哈萨克斯坦
罗马尼亚	罗马尼亚	朝鲜
苏联	苏联	吉尔吉斯斯坦
越南	越南	拉脱维亚
	民主德国	立陶宛
		摩尔多瓦
		蒙古
		俄罗斯
		塔吉克斯坦
		土库曼斯坦
		乌克兰
		乌兹别克斯坦
		越南

① Council Regulation (EC) No. 905/98 of 27 April 1998 Amending Regulation (EC) No. 384/96 on Protection Against Dumped Imports from Countries Not Members of the European Community, Official Journal L128, 30/04/1998, pp. 0018 - 0019.

其中捷克斯洛伐克、匈牙利以及波兰在 1992 年的理事会《第 517/92 条例》^①中被欧盟从非市场经济国家名单中撤除；在《欧共体 1994 年反倾销条例》附录中增加的非市场经济国家主要是苏联解体前的各加盟共和国；1995 年，欧共体与爱沙尼亚、立陶宛以及拉脱维亚三国签署了自由贸易协议，该协议于 1995 年 1 月 1 日正式生效，这三个国家随即在《1995 年欧共体理事会条例修正案》^②中被从非市场经济国家名单中撤除；1998 年，中国与俄罗斯从非市场经济国家的名单中被撤除，中国与俄罗斯企业在一定条件下可以享受市场经济待遇；2000 年，欧盟又出台了《第 2238/2000 号条例》，^③对乌克兰、越南、哈萨克斯坦等国实行有条件的市场经济待遇；2002 年 6 月，欧盟正式认可俄罗斯为市场经济国家。目前，仍被欧盟反倾销法列在非市场经济国家〔又被视为转型国家（Country in Transition）〕名单中的只有 10 个国家，它们分别是中国、乌克兰、哈萨克斯坦、越南、阿尔巴尼亚、亚美尼亚、格鲁吉亚、吉尔吉斯斯坦、摩尔多瓦和蒙古。

三、本节小结

国际贸易中的非市场经济问题最早产生于反倾销领域，之后又被扩大适用于其他的贸易救济措施之中。从前面的分析中可以得出以下结论：国际贸易中的非市场经济问题完全是东西方冷战的产物，它从产生之日起就被深深地打上了政治的烙印，之后逐步被国内和国际立法所确认。美国是非市场经济规则产生的始作俑者，欧盟则紧随其后，不过欧盟法虽然受到美国法的影响，却并没有完全模仿美国模式，在很多问题上的做法与美国存在差异。首先，美国反倾销法中的非市场经济规则首先是行政部门实践的结果，而后才得到国会的立法确认，无论是早期的替代国

① Council Regulation 517/92 (Official Journal L56/1 of 29 February 1992).

② Council Regulation (EC) 839/95 (Official Journal L85/9 of 19 April 1995).

③ Council Regulation (EC) 2238/2000 of October 9, 2000 amending Regulation (EC) 384/96 on Protection Against Dumped Imports from Countries not Members of European Community, [2000] O. J. L 257/2.

方法或者是后来的生产要素方法都是如此。^①而欧盟非市场经济规则的形成从一开始就是欧盟理事会以正式立法(欧盟理事会条例)的方式加以规定的,之后的每一次修改也都是通过正式修正案的方式加以规定。其次,美国国内行政当局的做法和国会立法对于相关国际立法的形成起到了很大的影响,而欧盟非市场经济规则的形成和发展则受到了 GATT 及相关国际反倾销协定的影响,是欧盟履行国际义务的结果。再次,美国国会在《1988 年综合贸易与竞争法》中正式对非市场经济作出法律上的界定,并明确了评判非市场经济国家的 6 条法律标准,在具体判断何国为非市场经济国家时,美国国会授权行政当局(美国商务部)采用个案审查(Case by Case)的方式进行自由裁量。而欧盟反倾销法至今没有对“非市场经济”这一核心概念作出法律定义,只是采取列举的方法在反倾销条例附录中列出非市场经济国家的名单,并根据情况的变化对名单中的国家进行调整,这种调整不是行政裁量的结果,而是通过正式的立法来实施的。

第二节 保障措施中的非市场经济问题：针对共产主义国家的市场扰乱条款

保障措施(Safeguard Measures)中的非市场经济问题完全是美国的“发明”,最早出现在美国《1974 年贸易法》中。该法对美国与非市场经济国家进行贸易规定了三方面的重要内容:首先从法律上确认美国可以给予共产主义国家最惠国待遇;其次正式以国会立法确认美国财政部的替代国实践;再次,就是在该法中增加了第 406 条款,在原第 201 条款(一般保障措施)之外,针对共产主义国家产品出口造成的所谓“市场扰乱”问题作出专门规定,以防止从这些国家进口的产品对美国国内产业造成损害。第 406 条款是按照第 201 条款的模式设计的,但所要求的条件更容易得到满足。根据第 406 条款的规定,当来自共产主义主导或控制国家的进

^① 九十年代以后,随着冷战的结束以及大多数非市场经济国家向转型经济的过渡,美国行政当局又在实践中发展了“资本主义萌芽测试法”和“市场导向测试法”等作为替代国或生产要素方法的例外。但至今尚未得到国会的正式批准。本书将在后面章节中予以详细分析。

口急速增长以至于给美国国内产业造成实质性损害时,美国可以采取相应的救济措施,而无须考虑该贸易的公平性。^① 一般认为,第 406 条款的产生源于 1972 年美国与苏联贸易协议中的市场扰乱条款。^② 按照第 406 条款的规定,是否对市场扰乱行为采取救济措施(主要采取增加进口配额、提高进口关税、颁布贸易援助令或者采取谈判达成协议等方式)属于美国总统的自由裁量权,并应经过国会的审议。此外,与一般保障措施不同的是,针对共产主义国家产品市场扰乱所采取的保障措施不受最惠国待遇的影响,也就是说,该救济措施仅针对被调查的共产主义国家。制定第 406 条款的目的是为了在美国反倾销法无法得到有效适用的情况下,针对非市场经济国家进口的一种替代救济方法。^③ 《1974 年贸易法》第 406 条款使用了“共产主义国家”的措辞,并且在该节的(e)条第(1)款中作出了解释。那么,第 406 条款所指的共产主义国家与非市场经济国家是否是完全相同的概念?两者之间的关系又是什么?《1974 年贸易法》本身并没有作出规定。由于第 406 条款构成了美国《1974 年贸易法》第四章的一部分,而在该章的其他部分,都使用了“非市场经济国家”的措辞。学者们据此得出了两种截然相反的推论:推论一,认为“共产主义国家”与“非市场经济国家”在美国贸易法中应该是同义语;推论二,认为该条款规定意图表明“共产主义国家”与“非市场经济国家”应该是有所区别的。虽然美国国际贸易委员会(International Trade Commission, 简称 ITC)曾对此提出过质疑,但是该问题最终并没有得到澄清。^④ 事实上,由

-
- ① 《美国 1974 年贸易法》第 406 条款的主要规定是:(a)(1) 国际贸易委员会……应迅速开始调查来自共产主义国家的产品是否给美国国内生产相同或类似产品的产业造成市场扰乱。……(e) 在本节中——(1) “共产主义国家”一词意为任何由共产主义主导或者控制的国家;(2) 当这类国家进口的同类产品或者具有直接竞争性的产品绝对地或相对地急剧增长,以至于构成对美国国内市场实质性损害或实质性损害威胁的重要原因时,就可以判断构成对美国国内工业的市场扰乱。Trade Act of 1974, Pub. L. 93-618. § 406, 88 Stat. 2062 (1975)。
- ② Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics Regarding Trade, May 29, 1972, Art. 3.
- ③ Trade Act of 1974, S. REP. No. 1298, 93d Cong., 2d Sess. 210 (1974).
- ④ “可以设想一个由共产党政府管理的市场经济国家;同样的,也可以设想一个非共产党政府管理的非市场经济国家”。Anhydrous Ammonia from the Union of Soviet Socialist Republics, USITC Pub. 1006, Inv. No. TA-406-5, at 20 (1979)。

于美国《1974年贸易法》制定的时候,绝大部分的非市场经济国家都是共产主义国家,因此,这两个概念在美国处理东西方贸易时经常被用作同义语而加以互换。

美国《1974年贸易法》颁布以后,部分学者认为找到了破解与非市场经济国家进行贸易理论困境的钥匙。他们认为第406条款中的“市场扰乱”(Market Disruption)规定应当是唯一一条专门针对非市场经济国家而设计的条款,他们指责美国国会与行政当局将非市场经济国家纳入到美国反倾销法调整的范围导致了“技术上的梦魇”(Technical Nightmare),不可能达到合理的贸易政策目标,而只有市场扰乱条款才可以合理地解决与非市场经济国家进行贸易的理论困境。^①

虽然市场扰乱条款在解决与非市场经济国家的贸易中被认定比反倾销法更具有合理性,并且美国国内也有不少学者建议以市场扰乱条款取代反倾销法中的非市场经济规则。然而在实践中,与美国反倾销法的适用相比,第406条款却很少被采用,少数根据第406条款进行的市场扰乱调查也未能达到预期的效果。造成这一现象的主要原因是:一方面美国与共产主义国家的贸易协定没有预期的那样多,另一方面是从共产主义国家进口的产品也比预期的少。^②此外,还有一个重要的原因是,在采取保障措施方面,美国国会赋予总统极大的自由裁量权,美国总统可以对国际贸易委员会在调查基础上提出采取救济措施的建议予以否决。^③在《1974年贸易法》生效后,根据第406条款裁决的案件总共只有11件,其中针对中国的产品立案就占了7件,涉及中国出口美国的手套、缝衣针、

① 前引 William Mock 文第 79 页; Interface I, 第 233—234 页; Jeffrey S. Neeley, Nonmarket Economy Import Regulation: From Bad to Worse, 20 *Law & Policy of International Business*, 529, 534。

② 参见商务部进出口公平贸易局地区编著:《国外对中国产品反倾销、反补贴、保障措施案例集》(美国卷)第 2 册,中国对外经济贸易出版社 2003 年版,第 127 页。

③ 从实践来看,美国总统对保障措施行使否决权通常都是出于政治上的考虑。最典型的例子是在 1979 年美国根据第 406 条款从苏联进口氩进行市场扰乱的调查,ITC 调查后认为该产品的进口给美国相关产业造成了损害并建议总统采取进口救济措施,但是由于当时美国正在寻求与苏联缓和关系,最后总统否决了给予国内产业以相应救济。但之后不久,由于苏联侵略阿富汗,总统基于相同的事实对苏联进口的产品重新启动市场扰乱的调查,但最后 ITC 以未造成损害为由拒绝给予救济(当时 ITC 可以行使否决权)。参见前引 Horlick 和 Shuman 文第 827 页。

电风扇、仲钨酸铵和钨酸、蜂蜜、蘑菇罐头、陶瓷厨具和餐具等产品。在这 11 起案件中,7 起经 ITC 调查证明不存在市场扰乱,1 起(中国罐装蘑菇)由 ITC 重新向总统提出建议要求采取救济措施;另外 3 起 ITC 裁定存在市场扰乱。但是,最终由于总统行使自由裁量权,没有一起案件依据第 406 条款被采取进口救济措施。^①

与一般保障措施[又称逃避或例外条款(Escape Clause),规定于美国贸易法第 201 条款]不同的是,针对共产主义国家进口产品的市场扰乱条款(又称特殊保障条款或特殊例外条款)规定了更加容易达到的认定市场扰乱存在的标准:(1)同类或直接竞争的产品进口;(2)正在绝对或相对地急剧增长;(3)成为国内产业受到实质性损害或实质性损害威胁的一个重要原因。首先在因果关系的证明上,第 406 条款把标准从实质原因放宽到一个“重要原因”,即“不必等于或大于其他原因”,^②美国参议院财经委员会对此的解释是,“重要原因”就是一个比实质原因更容易达到的标准;其次,损害的标准也被明显放宽,在一般保障措施条款中,进口须造成“严重损害”,才能采取救济措施,但特别例外条款采用的是“实质损害”标准。美国参议院财经委员会的解释是,第 406 条款中的“实质损害”一词旨在表明比第 210 条款所采用的“严重损害”相比程度较低的一种损害。例如,美国国内同类产业遭受的损害 70% 归因于经济或市场状况,30% 则是由共产主义国家进口产品的急剧增长而造成的。在这里,30% 的原因就很可能被认为是一个重要原因,即使它不等于其他原因。正如美国众议院筹款委员会说明的那样:“第 406 条款的目的就是提供一套更容易达到的标准以决定被给予非歧视待遇的国家输入美国的产品是否给美国国内产业造成损害。本委员会认为,本条款是为国内产业不至于受到来自共产主义国家的产品进口而造成的实质损害或实质损害威胁而提供的又一有效保护方式。”^③在美国《1988 年综合贸易与竞争法》中,国会又对第 406 条款中的重要原因标准、急剧增长要求等内容进行了澄清。

① 参见前引 Horlick 和 Shuman 文第 127 页及前引 William Mock 文第 72 页。

② 19 U. S. C. § 2436(e)(2)(B)(ii) (1994).

③ 转引自《国外对中国产品反倾销、反补贴、保障措施案例集》(美国卷)第 2 册,第 126—127 页。

2000年10月10日,美国总统克林顿签署《对华永久正常贸易关系法案》(Permanent Normal Trade Relations for China,简称PNTR法案),确定与中国建立永久正常贸易关系,同时修改了《1974年贸易法》,宣布该法第406条款不再适用于中国,但却又在《1974年贸易法》中增加了第421条款和第422条款,规定了对中国产品采取过渡性保障措施,即针对来自中国产品的市场扰乱和贸易转移行为实施救济的条款。事实上第421条款重复和取代了第406条款。该节规定:“如果来自中华人民共和国的产品进口到美国,其增长速度或所依据的条件给同类或直接竞争产品的国内生产商形成威胁并造成市场扰乱,总统应当根据本条规定,在其认为为防止或纠正市场扰乱所必要的程度和时间内,宣布对该产品提高关税或其他限制进口措施。本条款所称的市场扰乱,是指与国内相似或直接竞争的产品进口的数量绝对或相对地急剧增加,以致成为国内产业实质损害或实质损害威胁的一个重要原因。‘重要原因’是指严重地造成国内产业实质损害的一个原因,但其重要性无需等于或大于其他原因”。而第422条款则超出了原来第406条款的内容,其目的是当GATT/WTO的其他成员针对中国采取防止市场扰乱的措施之后,为了避免原来输入其他成员国内市场的产品转移到美国市场,成为给美国国内同类或直接竞争产品的生产商造成实质性损害或实质损害威胁的一个重要原因时,给美国国内产业提供救济。第422条款规定当下列条件情况出现时,美国总统或贸易代表可以要求展开贸易转移的调查:(1)中华人民共和国为了防止或补救给美国之外其他GATT/WTO成员造成市场扰乱而采取的行动;(2)美国之外的其他GATT/WTO成员为了防止或补救市场扰乱根据GATT/WTO协议撤回关税减让或限制进口行动;(3)美国之外的其他GATT/WTO成员根据中华人民共和国加入世界贸易组织议定书规定的特定产品保障措施所采取的临时保障措施行动;或以上(1)至(3)段所述及的行动综合。在中国加入世界贸易组织的谈判中,美国又迫使中国在《中国入世议定书》第16条中接受了第421条款和第422条款专门针对中国的特殊义务,因此,《中国入世议定书》第16条针对中国产品特殊保障条款的规定实际上使原本中国仅对美国承担的“义务”(该义务是美国通过其国内法强加于中国的)演变成对所有WTO

成员方的国际法义务。事实证明,在美国将特定产品的过渡性保障措施强加给中国之前,其他 GATT 或 WTO 成员几乎没有关于市场扰乱和贸易转移的特殊保障措施立法。而在中国加入世界贸易组织后,包括欧盟、加拿大、印度、韩国等许多 WTO 成员纷纷开始制定专门针对中国的特殊保障措施立法。这也意味着如果任何一个 WTO 成员方采取针对中国的特殊保障措施必然会导致一系列贸易转移的后果。

第三节 反补贴法中的非市场经济问题： 从不适用到新的变化

一、美国反补贴法的渊源及反补贴法是否适用于非市场经济国家的辩论

目前,美国是世界上进行反补贴调查最多的国家。其反补贴立法早于反倾销立法,而且关于反补贴法是否适用于非市场经济国家的争论也主要产生在美国。1890年,为了保护因外国政府对制糖行业的补贴而遭受损害的国内制糖业,美国国会制定了历史上的第一部反补贴法(简称 CVD)。^①之后在《1894年关税法》^②和《1897年关税法》^③中,美国国会将反补贴法扩大适用于所有接受外国政府奖励(Bounty)或赠予(Grant)的进口产品。《1897年关税法》对于反补贴问题的相关规定后来又被纳入到美国《1930年关税法》第303节,^④该法直到《1994年美国乌拉圭回合协议法》生效后,美国为了履行其在《WTO反补贴协定》中的国际义务才被废止。^⑤

在美国通过《1994年乌拉圭回合协议法》之前,美国的反补贴法规定

① Tariff Act of Oct. 1, 1890, ch. 1244 § 237, 26 Stat. 567, 584.

② Tariff Act of 1894, 28 Stat. 509 ch. 349.

③ Tariff Act of 1897, 30 Stat. 151 ch. 11.

④ Tariff Act of 1930, 19 U. S. C. § 303 (Supp. 1994).

⑤ See H. R. REP. No. 826, 103d Cong., 2d Sess. § 261 (1994) (noting that the Uruguay Round Agreements Act repeals section 303).

了两条实质性的条款,行政当局则根据不同的国家适用不同的条款。这两个条款分别是《1930 年关税法》第 303 节(《美国法典》第 1303 节)与《美国法典》第 1671 节。尽管这两条条款规定在不同的法规中,第 1671 节中使用的“补贴”(Subsidy)一词与《1930 年关税法》第 303 节中使用的“奖励”(Bounty)与“赠与”(Grant)被解释为具有完全相同的含义。^① 第 303 节与第 1671 节的主要区别在于美国行政当局采取反倾销措施的要件中是否应包含“损害”的确定。由于美国《1930 年关税法》中的反补贴规定先于《1947 年关税与贸易总协定》中反补贴的规定,因而根据临时适用议定书,可以享受对于 GATT 第 6 条的“祖父权”。该法规定,对受补贴产品征收反补贴税,没有必要证明“重大损害”。^② 但是承担东京回合《反补贴守则》义务的国家却可以根据第 1671 节享有证明损害存在的权利。^③ 如果美国的反补贴法适用于非市场经济国家或转型国家,则应当由第 303 节加以调整,因为美国只对那些接受《反补贴守则》的国家(当时没有一个非市场经济国家签署《东京回合反补贴守则》)在采取反补贴措施时使用损害标准。随着第 303 节的废止以及《1994 年乌拉圭回合协议法》的生效,如果以下两项条件满足的话,则新修订的反补贴法——《1994 年乌拉圭回合协议法》将会对非市场经济国家或者转型国家产生影响。其一是该非市场经济国家是否是 WTO 成员国,从而决定是否受《WTO 反补贴协议》的约束;其二,该非市场经济国家政府是否能够提供补贴。长期以来,美国国内的相关争议主要集中在第二个问题上,即非市场经济国家是否能够提供补贴。从以往的实践来看,由于美国《1930 年关税法》第 303 节并不要求征收反补贴税前必须证明损害的存在,因此,它对于行政当局认定非市场经济国家政府不会提供补贴的立场起到了一定的作用。但是,随着第 303 节的废止以及非市场经济国家向转型

① 19 U. S. C. § 1677(5); See David Simon, Can GATT Export Subsidy Standards Be Ignored by the United States in Imposing Countervailing Duties? 5 *J. Int'l. L. Bus.* 183, 185 (1983). (该文讨论了在美国两部法律中关于 Subsidy 的定义。)

② See *Roasted In-Shell Pistachios from Iran*, 51 Fed. Reg. 35, 679 (Dep't Comm. 1986) (final CVD determination) (stating that under section 303, petitioner do not have to allege material injury).

③ 19 U. S. C. § 1671(b).

国家的过渡,关于美国反补贴法是否应适用于非市场经济或者转型国家再次成为一个焦点问题。

无论是《1947年关税与贸易总协定》第6条、第16条、第23条或者是东京回合《补贴与反补贴守则》以及《WTO补贴与反补贴措施协议》都没有像反倾销规则那样涉及非市场经济国家的补贴问题,从这个方面来看,除了东京回合反补贴守则因是诸边协议(当时只有24个国家签署该协议,其中包括14个发达国家和10个发展中国家)适用范围有限之外,GATT关于反补贴的相关规定与《WTO补贴与反补贴措施协议》(以下简称SCM协议)都属于一揽子协议,对所有GATT及WTO成员方(包括所谓的非市场经济国家)都应当予以适用。不过,虽然WTO成员国针对非市场经济国家实施反补贴调查和采取反倾销措施不存在国际法层面的障碍。但事实上美国、欧盟等经济体在其国内法中都克制对非市场经济国家实施反补贴措施。其根本原因就在于他们认为反补贴法适用于非市场经济国家不仅存在理论解释上的障碍,而且也存在实际操作上的困难。

在二十世纪八十年代初期,美国国内就反补贴法是否应当适用于非市场经济国家曾经产生过激烈的争论,并形成了两派截然不同的观点。^①支持美国反补贴法适用于中国等非市场经济国家的观点认为,非市场经济国家政府实施政府补贴是可能的,但是不能用传统的补贴理论来加以解释。他们认为,反补贴法对非市场经济国家的适用应当以“优惠待遇”(Preferential Treatment)而不是由“政府提供的‘利益’(Benefit)”来加以解释。按照“优惠待遇”分析法,如果政府给某一集团或者产业提供了“优惠待遇”的话,则该优惠就构成了补贴。根据这种分析适用美国的反补贴法就要求商务部首先确定被调查国家出口产品的“正常或者平均价格水平”(Normal or Average Price Levels),然后再据此判断某特定产业或集团是否从政府获得任何优惠待遇。该方法可以同时用于判断市场经济或非市场经济国家是否存在补贴。由于世界上的任何一个国家都是混合经济,因此,该方法主要是以一个国家所面临的正常或平均商业状况作为衡

^① 详见 Horlick and Shuman 以及 Lantz 前引文。

量补贴是否存在的基准(Benchmark)。第二种观点则否定美国的反补贴法可以适用于非市场经济国家。原因是政府的补贴行为扭曲了市场的资源分配,然而在非市场经济国家,补贴无处不在,因此没有办法区分哪些补贴行为属于美国反补贴法适用的对象。此外,在市场经济国家补贴案中,行政当局主要以“商业基准”(Commercial Benchmark)作为衡量补贴利益的标准,而在非市场经济国家,由于生产资料主要由国家所有,这种商业基准是不存在的,因此也就无法判断生产商或出口商是否接受了补贴,以及如果补贴存在,又应如何来计算补贴利益。

二、乔治城钢铁案——美国反补贴法不适用于非市场经济国家的法律依据

引发上述争论的是1983年,美国商务部首次接到要求对中国纺织品、服装进行出口补贴调查的申诉。^①申诉以当时中国实行双重汇率为由,称中国输美纺织品和服装存在政府补贴。该案后来以申诉人撤诉而终止,因此商务部的立场未能体现。同年11月,美国乔治城钢铁公司和大陆钢铁公司又向美国商务部就来自捷克斯洛伐克和波兰的钢丝绳提起反补贴申诉,指控这两个国家的出口产品存在双重汇率、出口外汇留成、奖励、所得税减免等出口补贴。美国阿麦克斯化工公司也指控来自苏联、东德的氢氧化钾存在政府补贴。^②美国商务部在钢丝绳案件中最终裁定,美国的反补贴法不适用于非市场经济国家。而氢氧化钾补贴案也被商务部驳回不予立案。随后,乔治城钢铁公司和大陆钢铁公司对商务部裁决不服,又上诉到美国国际贸易法院。该法院作出了与商务部完全相反的判决。商务部对国际贸易法院的判决不服,又将案件上诉到美国联邦巡回法院。该法院又驳回了国际贸易法院的裁决,支持了商务部的意

① Textile, Apparel, and Related Products from the People's Republic of China: Termination of Countervailing Duty Investigation. 48 Fed. Reg. 55492 (Dec. 13, 1983).

② Carbon Steel Wire Rod from Czechoslovakia, 49 Fed. Reg. 19, 370 (Dep't Comm. 1984) (final neg. CVD determination); Carbon Steel Wire Rod from Poland, 49 Fed. Reg. 19, 374 (Dep't Comm. 1984); (final neg. CVD determination); Potassium Chloride from the Soviet Union, 49 Fed. Reg. 23428 (Dep't Comm. 1984) (rescission of initiation of CVD investigation).

见。这就是美国著名的“乔治城钢铁案”。^① 1986年,美国最终以判例法的方式得出了一个结论,即美国的反补贴法不适用于非市场经济国家。该案是美国历史上少有的经过行政裁决、司法审查中的一审和上诉审等完整程序的案件。在整个程序中,美国商务部、国际贸易法院以及联邦巡回上诉法院围绕反补贴法是否适用于非市场经济国家展开了激烈的辩论,体现了当时情况下美国各主管部门的立场和观点。

首先,商务部提出了以下几点理由支持它的裁定:

(1) 商务部认为《美国1930年关税法》第303节不适用于非市场经济国家。理由是国会在这—问题上始终没有明确的立法规定,但与此同时,国会却通过修改美国的反倾销法明确认可反倾销法可以适用于非市场经济国家。这说明国会的立法意图从未设想将反补贴法适用于非市场经济国家。商务部还援引东京回合《反补贴守则》第15条的规定支持自己的论点,该条规定缔约方可以选择将其反倾销法或反补贴法适用于非市场经济国家,而国会修订《1979年贸易法》的明显意图是希望将美国的反倾销法而不是反补贴法适用于非市场经济国家。

(2) 商务部认为利用《1930年关税法》第303节剥夺非市场经济国家享有反补贴指控时证明损害存在的权利是不公平的。如果国会意图将反补贴法适用于非市场经济国家,那么就on应该修改第303节不要求证明损害的不合理的规定。

(3) 市场经济国家是通过市场的供求关系,把稀有资源配置到最具效益的地方,政府的补贴会错误地分配社会资源,会扭曲、破坏市场的过程与结果。而在非市场经济国家,由于不存在市场的供求关系,资源是靠政府的计划配置的,因此,在这种情况下审查由政府补贴造成市场资源的错误配置是毫无意义的。

(4) 在市场经济国家,一个企业要承担由市场价格决定的成本,收回由市场价格决定的产出。如果存在政府补贴,补贴的金额就是一个企业的市场待遇和特殊待遇之间的差额;而在非市场经济国家,由于没有以供

^① Continental Steel Corp. V. United States, 614 F. Supp 548, 550 (Ct. Int'l Trade 1985).
Georgetown Steel Corp V. United States, 801 F. 2d 1308 (Fed. Cir. 1986).

求关系为基础的市场,这就使商务部赖以计算政府补贴金额的商业基准不存在,因此也就无法衡量出具体的补贴金额。

美国国际贸易法院(Court of International Trade, 简称 CIT)在司法审查时推翻了商务部的裁定,判决美国的反补贴法可以适用于非市场经济国家,主要依据是:

(1) 首先,美国《1930 年关税法》第 303 节适用于非市场经济国家并不存在任何法律上的障碍,因为“该法中的语言及该法制定的目的非常清楚地表明,该法适用于任何国家”。CIT 还对《反补贴守则》第 15 条作了不同的解读。认为 GATT《反补贴守则》明确表明允许将反补贴法适用于非市场经济国家;并且认为美国国会对反倾销法的修订只是对原来行政当局在“捷克斯洛伐克进口自行车案”和“波兰电动高尔夫球车案”实践的一种立法确认,并不能说明国会对非市场经济国家优先适用反倾销法的意图。此外,CIT 还认为,由于部分非市场经济国家参加了《反补贴守则》的谈判,因此这些国家与美国国会没有理由不了解反补贴法可以适用于非市场经济国家。最后,CIT 认为要求对非市场经济国家的反补贴调查时必须证明损害的存在是没有法律依据的。CIT 在判决中指出:“……商务部的决定是违反法律的。要求修改《1930 年关税法》第 303 节超出了行政机构应严格遵守法律的界限,而这应该是司法机关的责任。”

(2) CIT 认为尽管在非市场经济国家不存在计算补贴额的商业或市场基准,但是反补贴法仍可适用于非市场经济国家,非市场经济国家是通过给予特定公司或者产业以特殊待遇(Special Treatment)的方式来实施补贴的,CIT 解释道:“补贴的一种典型形式就是政府通过给予某种形式的特殊优惠来鼓励出口。……商务部不能说这种优惠在非市场经济国家是不可能存在的,而只能说对‘市场’的扭曲是不可能的。这或许是正确的,但即便如此,也不能否认补贴在非市场经济国家的存在。”

(3) 虽然 CIT 没有明确说明计算非市场经济国家补贴数额的方法。但是却认为商务部面临的问题并非《1930 年关税法》第 303 节是否应该适用,而是如何计算非市场经济国家的补贴数额。CIT 以反倾销法为例,认为在处理来自非市场经济国家的产品时同样存在以非市场经济国家国内价格计算正常价值的困难,然而这并没有阻止商务部以市场经济国家的替代价

格作为正常价值,而且这一做法最后被纳入到美国的贸易法。按照 CIT 遵循的“优惠待遇”方法,商务部在计算补贴的数额时应该比依照替代国方法计算倾销中的正常价值更加容易。主审本案的法官 Watson J. 指出:“‘补贴’一词在被用于非市场经济国家的出口活动时,不存在任何‘含义’(meaning)上的真正困难。这里所称的补贴行为并非非市场经济国家所特有的。如果说补贴在非市场经济国家存在困难,并不是含义上的,而是如何计算的问题,而这正应该是行政部门的专长(if there are any difficulties here, they are not difficulties of meaning, but problems of measurement, which are precisely within the expertise of the agency)。”

案件上诉到美国联邦巡回法院(United States Court of Appeals for the Federal Circuit,简称 CAFC)后,CAFC 做出最终裁定,驳回 CIT 裁定,支持了商务部的裁定。

CAFC 认为美国 1897 年颁布反补贴法时,世界上尚不存在非市场经济国家,以后该法历经六次修改,从未在使用范围上作出任何修改,相反,美国国会每次针对反倾销法的修改都涉及对非市场经济问题的规定,因此,可以证明国会无意以反补贴法处理来自非市场经济国家的出口产品;其次,CAFC 认为 GATT《反补贴守则》第 15 条的含义是国会在执行针对非市场经济国家的贸易救济措施时应该在反倾销法和反补贴法之间作出选择,而不能同时适用。再次,CAFC 同意商务部的观点:既然非市场经济国家不存在市场,那么政府就不可能通过补贴来扭曲资源的分配。上诉法院在判决中提及了经济动机(Economic Incentives)的关键作用,即如果非市场经济国家存在所谓的“补贴”动机,那么这种补贴不是政府在补贴自己么?最后,上诉法院还肯定了美国行政当局对反补贴法中的“奖励”和“赠予”的裁定,认为行政主管部门对此具有广泛的自由裁量权,最终,上诉法院裁定,美国反补贴法不适用于来自包括中国在内的非市场经济国家的进口产品。

三、中国输美电风扇案——美国反补贴法适用于非市场经济国家的新标准

虽然美国商务部和联邦巡回上诉法院的裁定暂时平息了关于反补贴

法是否适用于非市场经济国家的争论,但这一问题并没有得到一劳永逸的解决,随着美国《1930年关税法》第303节被《1994年乌拉圭回合协议法》废止以及九十年代以后众多非市场经济国家向市场导向经济(转型经济)国家的转变,美国反补贴法不适用于非市场经济国家的定论开始受到挑战。在中国输美电风扇案^①中,美国申诉方在反倾销指控败诉后,再次向美国商务部就同一出口商提起了反补贴指控。

1991年,美国生产电风扇的厂商Lasko(Lasko Metal Products)对中国出口美国的摇头扇和装饰扇提起了反倾销诉讼。1991年底,美国商务部和国际贸易委员会否定了中国出口企业要求对中国电风扇产业采用“资本主义萌芽测试法”认定整个行业为市场经济行业的请求,决定采用更加苛刻的“市场导向产业测试法”(Market Oriented Industry Test,简称MOI法)来决定中国电风扇行业是否具备市场因素,最后中国企业未能通过市场导向产业的测试。^②在终裁中,商务部和国际贸易委员会都作出了肯定性的裁定。后来该案上诉到美国国际贸易法院,法院要求商务部对该案予以重审,经过重审,中国企业在该案中均获得零或可忽略不计税率,因此商务部最终撤销了对中国电风扇的反倾销税令。但是美国厂商不甘于在反倾销诉讼中的失利,在商务部裁决不久,又基于美国商务部对中国“烟花案”^③和“螺母案”^④的反倾销裁决(在两案中,商务部分别根据“资本主义萌芽测试法”使用了部分原材料的进口价格和企业从市场上购买的价格),提出了对中国电风扇的反补贴诉讼。指出中国电风扇企业接受了美国反补贴法第303节意义上的“资助”和“奖励”。^⑤美国申诉方指出:“无论中国经济性质如何,中国电风扇行业实质上是根据市场经

① Oscillating Fans and Ceiling Fans from the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 55, 271, 55, 273 (Dep't Comm. 1991) (final LTFV determination).

② 由于本节重点讨论电风扇一案中的反补贴问题。关于电风扇反倾销案中的“资本主义萌芽测试法”和“市场导向测试法”的详细内容将在第四章中予以详尽分析。

③ Sparklers from the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 20, 588 (Dep't Comm. 1991) (final LTFV determination).

④ Chrome Plated Lug Nuts from the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 46, 153 (Dep't Comm. 1991) (final LTFV determination).

⑤ Oscillating Fans and Ceiling Fans from the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 57616 (Dep't Comm. 1991) (initiation of CVD investigations).

济原则进行运作的,因此美国的反补贴法应当予以适用。商务部在本案中应当确定:(1)中国电风扇行业是否按照市场原则运作的;(2)如果是肯定的,美国的反倾销法是否应当适用于该行业。为了回答上述问题,我们必须首先从乔治城钢铁案确立的基本原则开始分析。”申诉方进一步指出,中国已经不再是一个完全由国家在经济进行控制的国家,而是属于混合经济(Mixed Economy)的国家,乔治城钢铁案只是说明美国的反补贴法不适用于一个中央控制经济的国家,并没有说明如果非市场经济国家的某个行业是市场化运作的,反补贴法是否应当适用。商务部在1992年3月23日对电风扇案作出了初裁,指出美国的反补贴法可以适用于非市场经济国家的一个产业,但是商务部否定了判断一个产业是否为市场经济行业的“资本主义萌芽”标准,而是采用了更加苛刻的“市场导向产业”标准。也就是说,外国出口产品所属产业只有同时符合以下三个条件,才可被视为市场导向产业,美国的反补贴法才可以得到适用:(1)政府确实没有参与产品的产量和定价决策;(2)整个产业属于私有或集体所有制企业;(3)所有(而非主要)原材料和非生产资料的投入都是以市场价格购买的。在本案中,商务部认为中国政府部门没有参与或干预电风扇行业的价格或生产量的确定,而且发现中国的电风扇企业中只有两家是国有企业,因此,中国电风扇企业符合市场导向测试的前两个标准。但是认为中国电风扇企业未能满足第三个标准。理由是:(1)中国电风扇企业按照美国商务部要求,共确定电风扇产品有24项重要的生产要素,其中大多数工厂都从中国国内购买重要的要素投入。(2)在关于中国政府是否干预原材料生产商的生产数量方面,商务部认为并不明确,尤其是要素投入之一,中国钢铁生产的很大一部分是属于“计划内”生产,因此钢铁的成本价格不是由市场决定的。至于其他原材料的投入,商务部认为无法确认是否存在计划生产以及计划生产的比例,因此也就无法确认这些原材料的成本价格是否是由市场确定的。因此,中国的电风扇行业中至少有一种重要原材料的投入价格不是由市场决定的。(3)一些生产电风扇的国有企业和集体所有制企业按国家定价购买投入。最后,商务部裁定中国电风扇行业不是市场导向产业,所以美国的反补贴法不适用于中国的电风扇行业。

电风扇反补贴案成为美国反补贴法是否适用于非市场经济国家问题上的一个重要突破,也是对乔治城钢铁案确立的“不适用原则”的一种修正,它的意义在于确立了非市场经济国家适用反补贴措施的新标准。美国商务部这一转变的背景是传统意义上的“国家控制经济国家”或非市场经济国家开始并逐渐深入的市场经济改革。二十世纪八十年代末至九十年代初,随着冷战结束、苏联解体和东欧剧变,美国反倾销法意义上传统的非市场经济国家纷纷进行经济改革,逐步向市场化方向转变。由于在这些国家中,市场在资源分配中发挥的作用越来越大,但又未能达到西方国家“完全”的市场化程度,西方国家仍然怀疑这些国家市场化改革的完善性和持续性。因此,西方国家开始将这些国家称为转型经济国家(Transit Economy Countries)。虽然美国等国家在其反倾销立法中并没有将“转型经济国家”正式作为法律概念在立法中加以规定,^①但行政当局却秉承其一贯的做法,在国会尚未对相关立法进行修订之前,首先通过行政实践,对不断变化的情况加以调整。美国商务部在实践中逐步发展起来的“资本主义萌芽测试法”以及“市场导向产业测试法”就是其行政裁量的结果。但与“替代国”和“生产要素”方法不同的是,“市场导向产业测试法”至今尚未得到美国国会的立法确认。美国商务部在电风扇案中确立的“市场导向产业测试法”对非市场经济国家而言无疑是一把双刃剑。一方面,如果非市场经济国家的企业通过了“市场导向”的测试,则在美国的反倾销诉讼中,这些国家的某一出口企业或者行业就可以以其出口产品自身的销售价格、出口价格或者结构价格来计算正常价值,从而避免使用“生产要素”或者“替代国”的方法计算产品的正常价值,这显然对非市场经济国家的出口商有利。但与此同时,非市场经济国家的出口商又将随时面临美国反补贴指控的风险;另外,如果中国出口商不能通过“市场导向产业”的测试,则在反倾销诉讼中仍将面临采用“生产要素”或“替代国”方法计算正常价值的风险,不过却可以绕开美国反补贴法的调查与

① 《1988年美国综合贸易与竞争法》将长期以来使用的“国家控制经济”(State Controlled Economy)改为了“非市场经济”,并在立法中加以明确的界定,实际上已经在概念上反映出立法者对与所谓东方阵营进行贸易上的某些调整。

适用。

由于“市场导向产业测试法”设定的条件非常严格,尤其是第三项条件要求非市场经济国家出口商品所有的要素投入都必须按照市场决定的价格支付过于苛刻,至今尚未有一家中国企业或行业通过该项测试,因此,中国出口商品在美国的反倾销调查中仍不得不面临歧视性的正常价值计算方法,而在迄今为止的反补贴申诉中都侥幸绕过了美国的反补贴法调查。

四、美国对中国适用反补贴法可能性展望

虽然乔治城钢铁案确立的“不适用原则”和电风扇案对市场导向产业的苛刻要求使得中国暂时“侥幸”免受美国的反补贴调查。但当下,随着中国对美贸易顺差的不断加大,美国现行反补贴法不适用于非市场经济国家的问题再次引起美国相关利益集团、部分国会议员甚至相关政府主管部门的不满或者重新关注。^① 由于大部分转型经济国家都已经成为 WTO 成员,他们以违反最惠国待遇原则为由,认为应该一视同仁地将反补贴法适用于非市场经济和市场经济国家,否则将对市场经济国家构成歧视。种种迹象表明,美国国内贸易保护势力正试图通过新的途径将美国的反补贴法适用于非市场经济国家。作为 WTO 体制内唯一被冠以“非市场经济”的成员国,如果美国等国家希望将反补贴法适用于中国,目前理论上可以采取的途径主要有四方面:

第一,承认中国完全的市场经济地位。虽然《中国入世议定书》第 15 条允许 WTO 成员方在 2016 年前仍将中国视为非市场经济国家,但是第 15 条并非要求成员方用尽 15 年的过渡期,而是允许成员方提前承认中国的市场经济地位。从这个意义上说,美国提前承认中国的完全市场经济地位并不存在任何国际法上的障碍。但是美国应该不会轻易采取这种选择,原因如下:(1) 从中国入世谈判的过程中可以看到,将中国入世后

^① 例如,2004 年 2 月 14 日,美国贸易代表办公室发布的《美中贸易关系:进入更大责任和执法新阶段》的报告中就提出要进一步深化和扩大中美政府部门在中国结构改革方面的高层对话,同时开始启动对中国补贴问题的评价与评估工作。

继续视为非市场经济国家是美国在中国入世问题上作出的一项政治决策,是通过艰苦谈判换取的中国作出的重大让步。“非市场经济”条款不仅是重大的贸易壁垒,更是一个制度性约束条款。^① 美国试图通过该条款促使中国的国有企业改制、财政政策、货币政策、投资体制等向着美国希望的方向改革。(2) 美国如果承认中国的完全市场经济地位,将会在反倾销指控和调查中丧失采用“替代国”标准和“一国一税”原则确定产品正常价值和倾销幅度的有力武器。对中国出口企业的控制力将大大降低,从而对中国征收反倾销税的可能性和税率都会大幅度下降。^② (3) 承认中国完全市场经济地位虽然使美国对中国进行反补贴调查有了合法依据,但同时对中国进行反倾销调查将受到极大的限制。实践中,由于反补贴调查的对象是政府行为,因涉及国家主权问题而面临着取证上的困难,因此,反补贴调查的难度要比反倾销调查大得多。通过利弊取舍,美国应当会选择维持中国的非市场经济地位。

第二,降低“市场导向产业测试”标准。在实践中,市场导向产业测试的三项标准中最难通过的是第三项,中国大多数企业都是因为不符合该标准而无法通过 MOI 的测试。不过美国既然可以通过行政裁量确立反补贴法适用于中国的市场导向产业标准,同样也可以掌握该标准适用的难易程度,从而借助该标准的灵活性和模糊性,达到既使反倾销调查中的非市场经济规则得以适用,又使反补贴法发挥效力的目的。

第三,直接修改反补贴法。通过美国国会直接修改反补贴法的方式,使得美国反补贴法可以直接适用于包括中国在内的非市场经济国家。这种方式可能是最符合美国利益的一种方式。目前,美国国内要求通过有关立法,对中国适用反补贴法的呼声一直没有平息过。2005年7月27日,美国众议院通过了《美国贸易权利执行法案》(United States Trade Rights Enforcement Act)。^③ 该法案的主要内容之一,就是将现行美国

① 参见武长海:《美国反补贴法的中国应对》,《WTO经济导刊》2005年,第9期第18页及China and the Long March to Global Trade — The Accession of China to the WTO, Routledge, 2002。

② 参见武长海:《美国反补贴法的中国应对》,《WTO经济导刊》2005年,第9期第18页。

③ United States Trade Rights Enforcement Act (Engrossed as Agreed to or Passed by House) (H. R. 3283. EH). <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/thomas>.

反补贴法的适用范围扩大到中国等“非市场经济国家”。该法案第三部分提出了修改美国《1930年关税法》第701节,在所有国家后面都加上“包括非市场经济国家”字样,以明确对非市场经济国家可以采取反补贴措施。此外,根据《中国入世议定书》第15条的规定,在第771节(5)(E)加入“至于中华人民共和国,如果行政主管部门在计算补贴利益上存有困难,行政主管部门可以考虑中国现有的情况和条件并非总能用作适当基准这一可能的确定和衡量补贴利益的方法。在适用此类方法时,主管机关在考虑使用中国以外的情况和条件之前,应对此类现有情况和条件进行调整”。不过,该法案也对美国行政主管部门行使上述权力作出了一定的限制,即要求在根据美国《1930年关税法》对非市场经济国家征收了反倾销税的情况下不得重复征收反补贴税。也就是说,美国行政当局不得对同一个非市场经济国家进口产品同时征收反倾销和反补贴税;另外,美国行政当局在适用《1930年关税法》第701节(a)(1)时必须与美国承担的国际义务相一致。实际上这种方法和反倾销法中替代国的选择一样,对于反补贴利益的计算也可以通过替代价格解决。议案的提出者认为,《中国入世议定书》第15条“非市场经济条款”是中国加入WTO时专门确定中国出口产品是否具有倾销或补贴行为的条款,其主要特点是:如果一国认定从中国进口的产品来自非市场经济国家,允许在确定倾销和补贴价格时,采用第三国的替代价格。同时,按照《WTO反补贴协议》第25条第8款的规定,反补贴适用于包括中国在内的所有WTO成员方,并没有排除非市场经济国家的适用。目前,该议案尚未经美国参议院通过,总统未签字,因此尚未成为法律。

第四,鉴于美国修改其国内立法需要时日,而国内的贸易保护主义声音日益高涨,美国政府还可以暂时回避对其国内相关立法的修改或解释,在国际贸易体制的框架内寻求突破。笔者在上文分析中已经指出,目前美国国内克制对中国适用反补贴法的主要原因是其国内立法上的瓶颈没有得到根本突破,并不存在国际法层面的制约。中国作为WTO成员国,同样要承担《WTO补贴与反补贴协定》规定的义务。而该协定与《中国入世议定书》都没有排除成员方对中国进行反补贴调查。因此,理论上,美国可以利用WTO的争端解决机制,对中国可能存在的政府补贴行为

提起申诉,从而对中国施加压力。

就在本书即将付梓之际,先后传来了美国商务部对原产于中国的铜版纸同时立案进行反倾销与反补贴的调查,以及美国贸易代表办公室就中国的禁止性补贴向世界贸易组织提起诉讼的消息。2006年11月,应其国内产业申请,美国商务部对原产于中国的铜版纸同时发起反倾销^①与反补贴^②调查,商务部在其反补贴立案通知中也承认,这是美国继1991年对中国产电风扇及螺母提起不成后首次对来自非市场经济国家提起的反补贴调查,商务部将在调查过程中重新审视美国反补贴法不适用于非市场经济国家的既定政策。2007年2月2日,美国贸易代表办公室就中国的禁止性补贴向世贸组织提起诉讼。美国认为,凭借出口补贴,中国为国外在华投资者及其在华合作伙伴提供支持,促使其对美国和其他市场出口。这些补贴对在华生产的所有产品提供了巨大的支持,例如钢铁、木材、造纸及其他制造业。^③在对华贸易逆差逐年增加的情况下,美国必然会利用一切可能利用的贸易救济手段保护其国内相关产业的利益。因此,美国双管齐下,通过双边及多边途径在反补贴问题上对中国施压也就不足为奇了。对于中国政府而言,应该紧密关注美国反补贴法实施及行政实践的动向,尽早做出应对准备。

五、欧盟(欧共体)及加拿大的立法与实践

美国几乎是唯一具有反补贴传统的国家。其反补贴法是否适用于非市场经济国家也是长期以来一直争论不休的问题,不仅学术界和美国的业界一直关注这一问题,而且在三权分立、权力相互制衡的美国制度框架下,美国的行政、司法和立法机构都对这一问题的解决起到了不同的作用。与美国不同的是,到目前为止,欧盟还从未对非市场经济国家出口产品提起过反补贴调查,究其原因,除了GATT/WTO法未明确作出规定

① Fact Sheet, "Commerce Initiates Antidumping Duty Investigation on Coated Free Sheet Paper from the People's Republic of China," <http://www.trade.gov/ia/>.

② Fact Sheet, "Commerce Initiates Countervailing Duty Investigation on Coated Free Sheet Paper from the People's Republic of China," <http://www.trade.gov/ia/>.

③ 参见中国商务部主管的中国贸易救济网首页通知及相关报道。<http://www.cacs.gov.cn/>。

以外,更为重要的是欧盟认为对非市场经济国家适用反倾销法比适用反补贴法在政治上更加安全,因为反补贴针对的是一国的政府行为,而反倾销则直接针对企业的私人行为。此外,反补贴的技术要求高、调查取证困难、程序复杂等也是欧盟更多选择反倾销措施的重要原因;更何况,GATT第6条第5段明确规定了进口国不得对外国产品同时征收反倾销税或反补贴税,在两者只能选择其一的情况下,欧盟更愿意适用反倾销法。欧共体的第一部反补贴法是1968年的《第459/68号理事会条例》,该条例只有四个条款(第22—25条)涉及反补贴问题,而且主要是对GATT第6条第3段、第5段和第6段的确认;欧共体1979年的《第1681/79号条例》虽然规定了反倾销法中的非市场经济规则,但是对反补贴是否适用于非市场经济国家未做规定。不过在1979年的《第3017/79号条例》中却首次涉及对非市场经济国家的反补贴规定。第3(4)(e)条规定:“对于来自非市场经济国家的进口,任何补贴的数量可以通过比较根据第2条第4款计算出的出口价格与根据第2条第3款(c)项计算出来的正常价值来加以确定。”该条例的最后要求在计算补贴数量(利益)时应以“适当的和非不合理”的方式进行。但由于欧盟并没有制定相应的解释规则,因此,实践中,欧盟从未依据该条对非市场经济国家进行反补贴调查。^①在世界贸易组织成立后,为了履行《WTO补贴与反补贴协议》的义务,欧盟制定了新的单独的反补贴条例,正式就反补贴事项进行专门立法。^②但在新的反补贴条例中,没有条款涉及非市场经济国家的补贴问题,这似乎暗示欧盟与美国一样,其反补贴法将不适用于非市场经济国家,欧盟在实践中从未发起对非市场经济国家的反补贴调查也从侧面进行了印证。尽管如此,近年来在反倾销个案中,欧盟也开始发出了可能对中国适用反补贴法的信号,值得引起高度关注。2005年7月7日,欧盟发布立案公告,宣布对中国皮鞋和合成革面鞋发起反倾销调查。欧盟在为本案设计的市场经济地位问卷中,罕见地涉及补贴问题。该问卷最后一题要求中

① See Ross Denton, The Non-Market Economy Rules of the European Community's Anti-Dumping and Countervailing Duties Legislation, 36 *International & Comparative Law Quarterly*, 200 (1987), pp. 235 - 236.

② Council Regulation (EC) No. 2026/97 of 6 October 1997, OJ L 288/1, 21. 10. 97.

国出口商列出并简明描述各级政府就以下方面提供的并为该公司带来利益(比如市场优惠条件)的各种财政资助:税收和关税优惠、优惠拨款、贷款或者资本注入、政府提供除一般基础设施以外的货物或者服务、政府购买货物。^①

虽然在实践中欧盟从来未对中国提起过正式的反补贴调查,其现行立法中也没有涉及相关规定。但是,如同后文中将要分析的那样,欧盟已经在1998年将中国从非市场经济国家的名单中划出,针对中国出口产品在反倾销调查中采用个案分析的方法决定是否给予中国出口企业以市场经济待遇。该修正案通过后,尽管争取到市场经济地位的中国企业总数不多,但仍有一些企业通过努力,证明自己为市场经济企业。与美国的“市场导向产业测试”标准不同的是,欧盟的市场经济五条标准似乎更为宽松一些,在这种情况下,中国企业在欧盟面临反补贴指控的风险似乎更大,中国输欧皮鞋反倾销案就是一个强烈的信号,这必须引起我国政府和企业的高度关注。

另外,一个须引起我们重视的国家是加拿大。中国与加拿大的贸易关系不如中美和中欧贸易那么重要,在针对中国的反倾销诉讼中,加拿大也仅仅位居第七位。但是在反补贴领域,加拿大却成为世界上第一个也是目前为止唯一一个对中国发起反补贴调查的国家。加拿大法律的改变很有可能对美国与欧盟在这一问题上的立场产生影响。在2004年的一年间,加拿大就连续三次对中国产品发起反补贴调查。2004年4月13日,加拿大边境服务署根据《特别进口措施法》的规定,对中国室外烧烤架发起反倾销和反补贴调查。这是1995年世界贸易组织成立以来外国对华反补贴第一案。但最后终裁决定终止本次反补贴调查,并退还了初裁后已经征收的临时反补贴税。同年4月28日和10月4日,加拿大边境服务署又先后对中国的不锈钢紧固件和复合地板发起反补贴调查,并最终分别裁定征收32%和3%的反补贴税。导致加拿大频频对中国发起反补贴调查的根本原因是中国部分出口企业获得市场经济地位的称号,为

^① 参见成坤:《中国应对反补贴贸易救济调查形势紧迫》,《WTO经济导刊》2005年,第9期第22页。

了弥补因替代国方法不能适用所带来的“损失”，采用反补贴法也就顺理成章了。加拿大对中国实施的反补贴调查和采取的反补贴措施使得中国一直担心面临的反补贴调查风险转变为现实的威胁。加拿大的行动很有可能为其他国家，尤其是那些已经承认中国完全市场经济地位或者部分承认中国企业市场地位的国家所效仿。

第三章 非市场经济规则的国际法渊源

反倾销法最早表现为西方国家的国内立法,二次世界大战之后才在多边贸易规则(《关税与贸易总协定》)中得以确认。十九世纪晚期,部分欧洲国家,尤其是英国与荷兰开始注意到了食用糖的倾销问题。1902年,10个欧洲国家签署了关于规范食用糖反倾销的协议(Pact),但该协议仅仅就糖类的倾销行为加以规范,并未涉及其他产品的倾销问题。二十世纪初,一些国家开始单方面立法以阻止国外产品的掠夺性倾销。国际社会公认的世界上第一部国内反倾销法是1904年的《加拿大反倾销法》,之后,新西兰于1905年,澳大利亚于1906年也分别制定了本国的反倾销法。美国则在1916年制定了第一部反倾销法,但是由于该法在本质上与美国的反垄断法无异,很快就被1921年反倾销法所取代。在二十世纪三十年代,美国与一些国家在互惠基础上签订的双边贸易协议中均承认了倾销问题的存在并同意通过反倾销法予以调整。美国的这一做法在二次世界大战结束时被众多国家所效仿。国际社会普遍认为应当从国际法层面对倾销和补贴问题加以规范,这一共识直接导致1947年《关税与贸易总协定》第6条的诞生。^①《1947年关税与贸易总协定》第6条的规定具有重大的意义,它首次以多边规则的形式确立了反倾销与反补贴的基本含义;第一次将倾销行为纳入国际贸易多边规则的范围,并明确宣布各国有对倾销的抵制权;在自由贸易的发展史上,第一次确立了包括反倾

^① 关于国际反倾销法的形成过程,参见 John. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* 403-424 (1969)。

销规则在内的公平竞争原则。^①但由于《关税与贸易总协定》第6条第1款对倾销的规定非常简单,它对于倾销中的许多程序和实体问题都没有明确规定,因此,《关税与贸易总协定》实际上将对倾销的规制问题交给各国国内反倾销法而非由GATT本身加以规定。^②二十世纪六十年代以后,随着越来越多的国家开始制定反倾销法,反倾销法的滥用以及由此给自由贸易体制带来的潜在破坏也越来越引起国际社会的关注,GATT肯尼迪回合(1962—1967年)谈判诞生了第一部《反倾销守则》(全称为《关于解释GATT第6条的协议》),^③该《守则》在GATT第6条的基础上详细规定了反倾销的调查程序,当时签署该《守则》的共有18个(包括美国)国家,但是由于美国总统在谈判和签署该守则时未能获得美国国会的批准,因此最终该《守则》对美国没有产生法律效力;1979年,东京回合《反倾销守则》对肯尼迪回合《反倾销守则》作了进一步细化,主要体现在以下三个方面:(1)明确规定了倾销以及低于正常价值的判断标准;(2)细化了判断实质性损害的规则与标准;(3)对反倾销主管部门适用反倾销法的程序进行了具体规定。美国国会批准了东京回合《反倾销守则》并以美国《1979年贸易协议法》予以实施。由于GATT历史上的两部反倾销守则只对签署的部分GATT成员方产生效力,^④因此,其国际法的约束力大打折扣。1994年乌拉圭回合达成的《关于实施1994年关税与贸易总协定第6条的协议》(以下称《WTO反倾销协定》)取得进一步突破,不仅因为它在前两部《反倾销守则》的基础上进一步发展和完善了反倾销的各项规定,是迄今为止最为完备的反倾销国际立法,^⑤而且它是一部对所有

-
- ① 参见尚明编著:《反倾销——WTO规则及中外法律与实践》,法律出版社2003年版,第20页。
- ② 参见前引Greg Mastel书第22页。
- ③ Agreement on Interpretation of Article VI (the 1967 Antidumping Code). GATT, 15th Supp. BISD 74 (1968).
- ④ 肯尼迪回合开创了GATT历史上被称为“碎片化”(Fragmentation)的现象,即由于反倾销守则并非一揽子协议,只有部分GATT成员方选择签署该守则并受其约束,因此,出现了GATT成员方在反倾销问题上权利与义务不同的现象;这种GATT框架下不同成员方的多层(级)权利义务现象在东京回合中进一步扩大到多个协议。
- ⑤ WTO反倾销协定较之以往的守则作出上百处的修改,其中主要的创新有:规定了日落复审、反规避措施、争端解决、司法审查、低于成本的销售、最低倾销幅度等。前引Greg Mastel书第24—25页。

WTO 成员方适用的一揽子协议,不允许成员方作出任何保留,因而具有普遍的约束力。^①

尽管如此,WTO 成员方对 WTO 框架下的反倾销规则仍然充满了争议。《WTO 反倾销协定》生效并开始实施以后,日本以及其他一些新兴的工业化国家和部分发展中国家就提议在 WTO 新的回合谈判中将反倾销问题纳入谈判议题。但是美国等国家反对在新的回合谈判中将倾销问题纳入讨论范围。^②

第一节 多边贸易协定中的 非市场经济规则

从本书第二章的分析可以看到,国际贸易中的非市场经济问题产生于二次世界大战后的冷战时期,因此非市场经济规则的国际法渊源也只可能产生在这一时期。二次世界大战结束时,欧洲经济遭受重创,美国经济则大为增强。由于战争造成的通货膨胀和物资短缺,各国继续普遍实行战时采取的严格贸易保护主义,其中,交战国的全部贸易与大多数中立国家的贸易均受政府控制。为了恢复战后经济,促进自由贸易,同时加强各国在国际贸易领域的合作,在 1946 年联合国召开的第一次经社理事会(UN Economic and Social Council,简称 ECOSOC),美国率先提出了“建立国际贸易组织的宪章建议”(Suggested Charter for an International Trade Organization,简称 ITO),目的是通过国际合作,消除阻碍国际自由贸易的各种障碍。其中就包括解决国营企业贸易的问题。美国提出的“国际贸易组织宪章建议”成为 1948 年《哈瓦那宪章》的基础。在第一次经社理事会上,当时的苏联对建立国际贸易组织(ITO)投了赞成票,并希望参加接下来的 ITO 宪章草案的相关谈判。在美国提出的“宪章建议”中共有三个条款涉及国营贸易问题,其中之一名为“扩大完全由国家垄断进口贸易的国家的

① 《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》第 2 条第 2 款特别规定:“协定及其附件 1、附件 2 和附件 3 的相关法律文件是本协定的组成部分,对全体成员方具有约束力。”

② 参见前引 John. H. Jackson 等著的书, *Legal Problems of International Economic Relations*, p. 695。

贸易”(Expansion of Trade by Complete State Monopolies of Import Trade)。该条规定每一个国营贸易国家(A State-Trading Country)应当与 ITO 的其他成员方进行贸易谈判,“……以达成一种安排,考虑到其他成员方给予其关税减让和从其宪章中获得的其他利益和好处,该(国营贸易)国家应当承担从其他成员方进口不少于协议约定数量的产品”(… an arrangement under which, in conjunction with the granting of tariff concessions by such other Members, and in consideration of the other benefits of this Chapter, it shall undertake to import in the aggregate over a period products of the other Members valued at not less than any amount to be agreed upon)。^① 在该建议提出之际,只有苏联被视为政府垄断贸易的国家。^② 不过,由于政治原因,苏联未能参加 ITO 筹备会议以及后来的 GATT 谈判,因此,该建议中的上述条款被《关税与贸易总协定》最后文本删除。在 ITO 筹备会议上,各国还同意减少涉及“混合经济”的国营贸易条款,因为他们认为国营贸易问题仅仅是战后的一个短期过渡现象。最后,筹备委员会决定只保留一条原建议条款,它就是后来《关税与贸易总协定》的第 17 条。该条要求国营贸易企业应当遵守 GATT 的一般原则——不歧视待遇原则。但《关税与贸易总协定》第 17 条所称的“国营贸易企业”(State Trading Enterprises)主要是指市场经济国家的国营贸易企业,与国家控制或垄断贸易的非市场经济国家无关。^③ 这就是《关税与贸易总协定》正式文本中没有一条专门针对中央控制经济国家(非市场经济国家)特殊贸易问题规定的原因。^④

① Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment (London, 1946), p. 59.

② 该建议条款提出的要求并非第一次出现,早在 1935 年美国与苏联签署的双边贸易协议就规定,苏联获得美国给予的最惠国待遇的前提是苏联承诺每年从美国进口不少于三千万美元的商品。“The Prospects of Soviet-American Trade Relations”, Bulletin No. 39 of the Institute of International Finance of New York University, 27 August 1945.

③ See Peter D. Ehrenhaft, Brian Vernon Hindley, Constantine Michalopoulos, and L. Alan Winters, *Policies on Imports from Economies in Transition: Two Case Studies*. The World Bank, 1997.

④ See Alexander Polouektov, Non-Market Economy Issues in the WTO Anti-Dumping Law and Accession Negotiations: Revival of a Two-Tier Membership? *Journal of World Trade*, 36(1): 1-37, 2002, pp. 5-6.

一、1955年《关税与贸易总协定》第6条解释性注解

在1954—1955年GATT年度审查期间,捷克斯洛伐克代表建议修订《关税与贸易总协定》第6条第1款(b)项^①以解决“贸易垄断国家出口产品价格可比性的特殊问题”,但该建议未被成员方采纳,工作组一致同意对GATT第6条增加一项解释性注解(Interpretive Note)。该条款针对的是“完全或实质性垄断贸易”以及“所有国内价格由国家确定”的国家,同时指出按照GATT第6条第1款的方式确定这些国家可比价格存在的困难以及严格按照这些国家国内价格进行比较并不总是合适的。从条文的措辞来看,该解释性注解并没有直接对“非市场经济国家”作出定义,而是以“完全或实质垄断贸易”以及“所有国内价格都由国家确定”等描述性语言指代“中央控制经济”或“国营贸易”国家。此外,该解释性注解只是说明了现存的对GATT第6条普遍适用的怀疑,但并没有排除对国内价格进行严格比较的可能性(因为它只是承认“严格比较”并非总是可行的)。该解释性注解存在的最大问题是没有明确规定各成员方反倾销调查机关应当采取何种方法来解决非市场经济国家倾销产品正常价值的确定问题,而是将这一问题留给成员国自行解决。对此,施耐德(Snyder)教授的评论可谓一针见血:“从短期来看,它的主要作用是产生了十分模糊的标准,或者积极一点来说,它为创造性的规范化解释和行政实践提供了广阔的空间。从长远来看,它为成员方改变《关税与贸易总协定》第6条所包含的特定语义打开了方便之门。”^②据《关税与贸易总协定》1958年的一项研究发现,1955年解释性注解生效后,GATT成员方在采取贸易救济措施时曾采用不同的方法来解决与非市场经济国家的贸易问题,包括与出口国进行磋商、签署双边协议、使用具有可比性的第三国价格甚至采用第三国可比价格作为计算补贴,而不是倾销的依据,例如

① GATT第6条第1(b)项规定了在反倾销调查中,如果可比的国内销售价格不存在以致无法确定正常价值时,可以采用其他两种方法:(1)正常贸易过程中同类产品出口到第三国的最高可比价格,或者(2)产品在出口国国内的生产成本加上合理的销售成本和利润。

② 前引 Snyder 文第 83 页。

比利时等。^①实践证明,美国等国家实际上正是利用了该解释性注解的模糊规定,在其对非市场经济国家的反倾销实践中,自行“创造和发明”了“替代国”和“生产要素”等确定非市场经济国家产品正常价值以及“一国一税”等确定非市场经济国家倾销税率的方法。

由于1955年解释性注解并不是对《关税与贸易总协定》的正式修订,而只是一条对GATT第6条的补充解释性条款,这就引出一个问题,GATT解释性注解的法律地位如何?其法律效力与GATT的正式条款是否存在区别?从GATT的产生过程可以看到,它是在拟议中的国际贸易组织因美国国内政治原因流产后而临时生效的多边贸易协定,不过在WTO正式成立之前,GATT事实上承担着准国际组织的职能。当时GATT中最具包容力的机构是“会际委员会”(Intersessional Committee)。代表理事会(Representative Committee)直到1960年才得以建立,然而GATT的这一系列临时安排逐步演变成为一个松散的、非正式的但职能明晰的准国际组织。GATT工作小组(Working Party)是应一个或多个缔约方就特别事项的处理而建立。直到五十年代中期,由不同成员国指定代表组成的工作小组还负责成员方之间争端的解决。工作组报告被认为仅具有建议性质,在工作组报告的基础上,缔约方全体作出的最后决定才具有法律效力。^②这些都表明,GATT解释性注解似乎不应该具有法律效力。但是1954—1955年的工作组关于“其他贸易壁垒”(Other Barriers to Trade)的报告却接受了两项对GATT第6条的修正案(Amendments),其中之一就是“解释性注解”。他们通过“修订GATT前言以及第二和第三部分的议定书”(Protocol Amending the Preamble and Parts II and III of the GATT)而正式生效(该议定书于1957年正式生效),因此,1955年的解释性注解^③也就对全体缔约方产生了国际法的约束力。由于世界贸易组织成立后,《关税与贸易总协定》(1994年)仍然作为WTO一揽子协议而继续存在,因此作为调整货物贸

① 前引 Snyder 文第 384 页。

② 前引 Snyder 文第 384 页。

③ 该解释性注解因修改议定书的生效而成为 1947 年 GATT 附件九第 6 条第 1 段(Note Ad Article VI)的补充规定。

易的基础性协议,《关税与贸易总协定》及其相关解释性注解仍然对 WTO 的全体成员方具有国际法的约束力。

二、1967 年肯尼迪回合《反倾销守则》

由于《关税与贸易总协定》第 6 条关于反倾销的规定过于简单(如未规定反倾销的程序问题和大部分的实体问题),在具体实施中造成各成员方对该条的不同解释,而成员方的不同理解或解释实际上又对国际贸易构成了非关税壁垒。^① 在各方努力下,1963 年至 1968 年的肯尼迪回合谈判最终达成了第一部反倾销守则(全称为《关于执行关税与贸易总协定第 6 条的协议》,以下简称《肯尼迪守则》),《肯尼迪守则》于 1968 年 7 月 1 日正式生效,其第 1 条明确规定,《肯尼迪守则》制定的目的是提供适用《关税与贸易总协定》第 6 条的统一基础,因此该守则是 GATT 第 6 条的具体阐释,而不是修订。不过在非市场经济国家反倾销的问题上,《肯尼迪守则》却在 1955 年解释性注解的基础上有了较大突破。

《肯尼迪守则》第 2 条(d)款规定:“当在出口国国内市场上没有在正常贸易过程中的同类产品的销售或者由于特殊的市场状况,这种销售不适合进行比较时,倾销幅度将用于出口至任何第三国的同类产品的可比价格(可能是该出口的最高价格但必须是具有代表性的价格)或与原产国的生产成本加上合理数量的管理、销售和任何其他成本以及利润进行比较……”^②此外,《肯尼迪守则》还明确规定其不得损害 1955 年解释性注解的规定。^③

对于《肯尼迪守则》第 2 条(d)款的规定,欧盟法及国际贸易法专家施耐德(Snyder)教授提出了自己独到的解读。他认为,在非市场经济国家的倾销问题上,该条规定在以下三个关键问题上有所创新^④:

首先,它使国营贸易国家成为 GATT 反倾销法规制的正常对象。

① Edwin A. Verlmust, *Anti-Dumping Law and Practice in the United States and European Communities* (Elsevier North Holland, 1987) at 510-511.

② Agreement on Implementation of Article VI (Antidumping Code), Art. 2(d).

③ Agreement on Implementation of Article VI (Antidumping Code), Art. 2(g). 1955 年解释性注解被纳入守则的“注释与补充条款”。

④ 详细分析参见前引 Snyder 文第 387—390 页。

《肯尼迪守则》第2条(d)款的主体部分虽然重申了《关税与贸易总协定》第6条(也与美国《1921年反倾销法》相同)的内容,但是子条款(“当……状况”)中提出了确定正常价值的两种例外情况,其一是“在出口国国内市场上没有在正常贸易过程中的同类产品的销售”^①,另一种是“存在特殊的市场状况”。子条款中的“存在特殊市场状况”的表述实际上是对1955年解释性注解规定的“特殊困难”的一种回应。因此,它指的是国营贸易国家的“特殊市场状况”。GATT实际上通过“规范化”的进程将国营贸易国家的“特殊市场状况”融入了GATT的规范主流之中,从而实现了从解释性注解到反倾销守则的转化。

其次,该条款回避了对国营贸易国家出口产品正常价值的计算方法,而是巧妙地将计算正常价值的方法转换为对倾销幅度的确定,从而将国营贸易国家出口产品正常价值的计算方法交给了国内行政机构来确定。^②

再次,《肯尼迪守则》第2条(d)款完全放弃了在非市场经济国家寻找市场价格。该条规定了国营贸易国家倾销中正常价值确定的两种替代方法。对于主要的西方国家而言,这些替代方法显然是不能令人满意的。因为从字面上来看,它仍是基于国营贸易国家的国内经济。因此,它们仍反映了传统市场分析模式。然而它们为1955年解释性注解注入了新的内涵。更为重要的是,该条明确排除了使用国营贸易国家出口产品的国

① 由于GATT第6条解释性注解并没有使用“正常贸易过程”(ordinary course of trade)的概念,因此,对非市场经济国家采用特殊(区别)方法确定正常价值就不能从其中找到合法依据,而应该从“价格比较”中寻求答案。有学者认为,这里的“正常贸易过程”指的是独立的买方和卖方之间的交易,也即是非关联商之间的交易,而且价格是交易的唯一考虑因素;反之,关联企业间的交易可以被视为“非正常贸易过程”。从这个意义上解释,“正常贸易过程”只能发生在市场经济的情况下,“非正常贸易过程”则是市场体制内的例外现象。因此,“正常贸易过程”不能被用于解释超出市场经济(非市场经济)中的交易。

② 不过Snyder教授也承认学者们对于守则第2条(d)款的理解存在歧义。他列举了两位欧共体反倾销法学者的分析。其中,学者Denton认为该条规定的“特殊状况”不仅仅针对非市场经济国家,而且也针对所有不允许对正常价值和出口价格进行适当比较的特殊市场状况。他认为该条提供了两种当市场状况不允许作适当比较情况下的计算倾销幅度的替代方法[See Denton, “The Non-Market Economy Rules for the European Community’s Anti-Dumping and Countervailing Duties Legislation” (1987), 36 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 206];另一位学者则认为该条款中并没有明确规定确定国营贸易国家产品正常价值的方法[See Ivo Van Bael and Jean — Francois Bellis, *Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EC* (CCH Europe, 3rd edition 1996)]。

内价格,就此而言,在国营贸易国家的倾销问题上,它将《关税与贸易总协定》第6条的规定明确排除了。它代表了向确定正常价值的替代国方法的立法标准这一方向迈出了一大步(尽管当时美国负责反倾销事务的财政部在此之前就已经通过行政裁量权采用了替代国方法)。

《肯尼迪守则》明确规定了其优先于国内反倾销法的适用原则。从这个意义上说,《肯尼迪守则》就构成了非市场经济规则的国际法渊源。但是与《关税与贸易总协定》不同的是,《肯尼迪守则》并非一揽子协议。它只对签署的国家产生约束力(只有23个国家或经济体最终批准《肯尼迪守则》并受其约束)。欧共体批准了该《守则》并依据《守则》的内容制定了欧共体的第一部反倾销法(1968年《欧共体反倾销基础条例》),但美国国会却因各种原因最终没有批准该《肯尼迪守则》。

三、1979年东京回合《反倾销守则》与《反补贴守则》

1973年至1979年的东京回合谈判除了达成《1979年反倾销守则》(以下称《东京反倾销守则》)以外,另一个重要成果是达成了GATT历史上的第一个反补贴协议,即《1979年反补贴守则》(全称为《关于解释与适用关贸总协定第6条、第16条以及第23条的协议》,下称《东京反补贴守则》)。就非市场经济国家的倾销而言,《东京反倾销守则》与《肯尼迪守则》相比没有变化,它只是重申了《肯尼迪守则》的规定。两者在关于当“特殊市场状况”不允许作合适比较时倾销幅度的确定^①和关于“1955年解释性注解的无损害”条款两方面规定完全相同。^②不过,从整体来看,东京回合在国营贸易国家倾销问题上的规定比肯尼迪回合走得更远。其主要“创新”表现为采用了不同寻常的立法形式,即国营贸易国家倾销中最为重要的原则不是规定在《东京反倾销守则》中,而是被规定在《东京反补贴守则》之中。在东京回合中,反补贴守则早于反倾销守则而达成,它

① 1979年守则第2(4)条完全复制了1967年守则第2(d)条的规定。

② 1979年守则第2(7)条完全照搬了1967年守则第2(g)条的规定。另外参见 Note to Article VI, paragraph 1(2), Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade at 28 (General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, 1979)。

深深受到了美国贸易政策中的反补贴问题政治重要性的影响。在《东京反补贴守则》中,与非市场经济国家最为相关的是第15条。该条规定:“1. 在所声称的损害是来自《关税与贸易总协定》解释性注解(GATT附件I第6条第1款第2项)所规定的国家(即“对贸易完全或实质上完全垄断和所有的国内价格由国家确定的国家”)的进口产品造成的情况下,进口签约国(The Importing Signatory)可以采取的程序和措施的依据在于:(a) 本协议;或(b)《实施关贸总协定第6条协议》^①;2. 上述(a)和(b)的规定可以理解为倾销幅度或可以估算的补贴数量(利益)的计算可以通过比较出口价格与(a) 签约进口国或上面所指国家^②以外的第三国的同类产品的销售价格;(b) 签约进口国或上面所指国家以外的第三国同类产品的结构价格而得出;3. 如果根据上述第2段(a)或(b)确定的价格或结构价格不能为确定倾销幅度或补贴利益提供充分的依据,则在必要的情况下可以使用经过适当调整并能够反映合理利润的进口签约方的价格。”

《东京反补贴守则》第15条第1款交叉涉及了《东京反倾销守则》。它明确规定其条款在反倾销守则的框架内也可以适用。这实际上是允许进口方对进口产品既可以使用反倾销措施,也可以使用反补贴措施(但不能两者同时使用)。^③更为重要的是,《东京反补贴守则》第15(2)条明确规定了计算国营贸易国家出口产品应采用替代国的方法,如果该方法不能适用,甚至允许使用进口签约国同类产品的价格;其次,《东京反补贴守则》还首次从多边规则的层面上明确了计算补贴利益的替代方法。从这个意义上说,《东京反补贴守则》超越了以往多边贸易规则在非市场经济国家倾销和补贴问题上的规定,甚至也超越了后来的《WTO反倾销协定》与《WTO反补贴协定》在非市场经济国家问题上的规定。不过,与肯尼迪回合一样,所有东京回合达成的守则都是诸边协议,只对签署该《守则》的国家具有约束力,因此其法律效力受到极大限制。

① 指《东京反倾销守则》。

② 指国营贸易国家。

③ 前引 Snyder 文第 406 页。

四、1994 年乌拉圭回合《WTO 反倾销协定》

乌拉圭回合谈判的重要成果之一是达成了新的《WTO 反倾销协定》。与以往两部 GATT《反倾销守则》及《反补贴守则》不同的是,作为 WTO 的一揽子协议,《WTO 反倾销协定》不允许各成员方作出任何保留,它将对所有 WTO 的成员方产生约束力。《WTO 反倾销协定》对以往的反倾销守则作了大量的修改,其中主要集中在反倾销的程序方面。其中最重要的修改是确定了 WTO 争端解决机构在反倾销争端解决中的重要作用。但是在非市场经济国家的倾销问题上,成员方对 GATT 第 6 条第 1 段的补充规定(解释性注解)内容未作任何触及和修改,谈判各方在新的《WTO 反倾销协定》文本中将其与第 2 条第 7 款结合起来,但实质内容却没有任何变化。第 2 条第 7 款规定:“本条规定不得违背 1994 年 GATT 附件一中第 6 条第 1 段第 2 项的补充规定。”因此,WTO 成员方对“一个完全或者实质性垄断贸易以及其国内所有产品价格由政府定价的国家”仍然可以继续采用其国内法规定的确定正常价值的方法,即“替代国”的方法。

第二节 波兰等国入关与中国入世议定书中的非市场经济规则

一、波兰等东欧国家入关议定书中的非市场经济规则

二十世纪六十年代中期开始,随着东西方贸易的逐步增加,东西方关系也开始有所缓和,一些被西方国家视为非市场经济的东欧社会主义国家纷纷试图申请加入《关税与贸易总协定》,GATT 成员方第一次开始直接面对《关税与贸易总协定》第 6 条是否以及如何适用于国营贸易国家的问题。针对这种情况,GATT 成员方为波兰、罗马尼亚和匈牙利加入《关贸总协定》成立了相关的工作组(Working Parties,以下简称入关工作组)。入关工作组提出了不同的解决国营贸易国家倾销问题的建议。

在申请加入《关税与贸易总协定》的东欧国家中,波兰是第一个被接受为 GATT 成员的非市场经济国家。^① 1959 年,波兰入关工作组成立,1967 年《关税与贸易总协定》缔约方达成《波兰入关议定书》,^②波兰成为《关税与贸易总协定》的正式成员方。与其他 GATT 缔约方不同的是,由于波兰非市场经济国家的特殊身份,波兰在其《入关议定书》中不得不接受与其他《关税与贸易总协定》缔约方不同的附加义务条款。这些条款实际上背离了《关税与贸易总协定》的一般原则(最惠国待遇原则),构成专门针对非市场经济成员方的歧视性规定。在波兰之后,《罗马尼亚入关议定书》、《匈牙利入关议定书》也都做出了类似规定。《波兰入关议定书》中涉及其非市场经济地位的特殊规定主要有以下几个方面:

1. 波兰承诺增加从其他 GATT 成员方进口的货物总值,每年不低于 7% 的增长率。

2. 如果来自波兰的进口急剧增加,以至于给 GATT 其他成员方的国内产业造成严重损害,这些成员方在与波兰协商未果之后,可以采取足以消除国内损害的必要的进口限制措施。

3. 各成员方可以继续对波兰进口产品采取与 GATT 第 13 条不符的数量限制措施,只要这些限制措施中的歧视性因素没有增加以及明显降低。申请终止该限制措施的日期将根据磋商情况予以确定。

4. 对 GATT 第 6 条第 1 段注释 2 涉及的从国营贸易国家的进口再次予以确认。此外,对于来自波兰的进口产品的正常价值的确定,成员方可以采用其国内市场相同产品的销售价格予以确定。或者是相似产品在一个第三国的结构价格来予以确定。该议定书规定:“GATT 成员方对于波兰进口产品正常价值的确定可以采用其国内市场相同或相似产品的销售价格或者是相似产品在一个第三国的结构价格予以确定,只要在任

① 严格来说,波兰并不是第一个加入 GATT 的非市场经济或共产主义国家。捷克由于参加了 GATT 的筹备委员会,加之申请时尚未加入苏联阵营而被视为市场经济国家,因此在 1947 年成为 GATT 的原始缔约方。而南斯拉夫虽然属于共产党统治的国家,但由于与苏联决裂,加上美国等西方国家认为其国内不存在国家控制经济的情况,而于 1966 年被接受为 GATT 成员方。南斯拉夫入关议定书中没有任何附加条件。详见前引 Alexander Polouektov 文第 9 页。

② For Poland's Terms of Accession to GATT, see BISD, 15S/46, 109.

何特定案件中该确定正常价值的方法是适当的或者非不合理的 (Appropriate and Not Unreasonable)。”

《波兰入关议定书》的规定在两个方面背离了 GATT 的最惠国待遇原则。其一,对波兰进口产品专门规定了特殊的市场扰乱条款。它实际上成为后来美国《1974 年贸易法》中专门针对共产主义国家的第 406 条款的仿效对象。其二,更为重要的是,该议定书首次在国际法层面明确认可了确定非市场经济国家倾销产品正常价值的替代国方法。不过,经过谈判,波兰也争取到了一定的限制其他成员方可能滥用行政裁量权的利益,这主要表现在两个方面。首先,《波兰入关议定书》要求其他成员方在确定波兰出口产品正常价值时,“可以”(May)而不是“应该”(Shall)使用“替代国”方法,这就意味着该议定书并没有完全排除使用波兰产品国内销售价格或者结构价格的可能性;其次,该议定书要求成员方在使用替代国方法时应当遵循“适当的和非不合理的”方法。这实际上对成员方国内行政主管机构的裁量权构成了一定限制。在后面的分析中,我们可以发现,欧盟反倾销法在规定替代国方法时也对主管机构提出了同样的要求。

严格地说,《波兰入关议定书》的国际法效力是受到一定限制的,它只对波兰和签署该议定书的 GATT 成员方产生约束力。^①但是与先前的 GATT 文件相同的是,该议定书的实际影响和意义是重大的。实践证明,《波兰入关议定书》中针对非市场经济国家的特殊规定,尤其是反倾销中的替代国规则和特殊保障条款被后来的非市场经济国家加入工作组所仿效。紧随其后的 1971 年《罗马尼亚入关议定书》^②和 1973 年的《匈牙

① 该议定书的首批签署国有奥地利、英国、美国等 18 个国家;到 1993 年,比利时和卢森堡也批准了该议定书。See “LXXIX. Protocol for the Accession of Poland to the General Agreement on Tariffs and Trade” in GATT, Status of Multilateral Protocols of Which the Director-General Acts as Depository (The Contracting Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, July 1969) at page 79/ Rev 1. And GATT, Status of Legal Instruments (The Contracting Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, GATT/LEG/1, Supplement No. 15, December 1993) at 3-15. 2。

② 罗马尼亚在申请加入 GATT 的过程中,吸取了波兰入关申请中的教训,经过努力,在增加进口数量的义务方面,罗马尼亚承诺“总体上以不低于在罗马尼亚‘五年计划’中规定的总体进口增长比率增加从其他成员方的进口”,BISD, 27S/10。但在其他承诺的特别实体义务方面,与波兰入关议定书没有区别。

利入关议定书》^①都作出了类似的规定。

二、《中国入世议定书》及《工作组报告》中的非市场经济规则

在因各种原因申请复关未果的情况下,中国政府经过多年艰苦谈判,最终在 2001 年 11 月正式加入了世界贸易组织。在《中国入世议定书》和《工作组报告》中,中国政府不仅在市场准入和其他方面作出了具体的开放承诺,而且在美国等西方国家的压力下,^②在承担具体的 WTO 义务中也作出了现实的选择,同意在三种主要的贸易救济措施领域接受“WTO 附加”义务(WTO Plus Obligation),即专门施加给中国的特殊义务。在涉及中国非市场经济地位的问题上,《中国入世议定书》并没有沿袭世贸组织成立至中国入世期间其他非市场经济(或转型)国家《入世议定书》的做法,而是参照了几十年前 GATT 成员方在波兰、罗马尼亚和匈牙利等国家的《入关议定书》中的模式。^③例如,在保障措施方面,中国在《入世议定书》第 16 条中接受了专门针对中国的“特殊保障措施条款”,该条款

- ① 与波兰和罗马尼亚不同的是,匈牙利在 1968 年引入了海关关税制度,在加入 GATT 之际,匈牙利也通过努力缓和了与他国的贸易关系,这一系列的举措使得匈牙利在入关议定书中免除了在进口数量增加方面的承诺义务,但在其他实质性特殊条款中,如针对非市场经济国家的特殊保障条款和反倾销调查中的替代国条款方面,匈牙利作出了与波兰完全相同的承诺。BISD, 20S/3, 34。
- ② 在中美签署的关于中国入世双边协议中,中国首先接受了美方提出的中国在规则方面承担的特殊义务,之后,按照 WTO 最惠国待遇原则,中美协议中针对中国的“特殊规则”义务在中国入世议定书中被多边化,成为中国对所有 WTO 成员方的普遍义务。See Generally “U. S. -China WTO Market Access Agreement” of 15 November 1999 (United States-China Business Council; <http://www.uschina.org>)。
- ③ 在世贸组织成立后,中国入世前,共有 10 个转型经济国家先后加入世界贸易组织。它们分别是保加利亚(1996 年)、蒙古(1997 年)、吉尔吉斯斯坦(1998 年)、拉脱维亚(1999 年)、爱沙尼亚(1999 年)、阿尔巴尼亚(2000 年)、克罗地亚(2000 年)、格鲁吉亚(2000 年)、立陶宛(2001 年)和摩尔多瓦(2001 年)。这些转型国家的《加入议定书》有一个共同的特点是都承诺进行大规模的私有化并向 WTO 通报进展情况。但是,这些国家的加入议定书并没有在保障措施、反倾销和反补贴方面规定歧视性的义务,也就是说在国际法的层面上,这些国家取得了与其他绝大多数 WTO 成员方相同的待遇,在 GATT 第 6 条第 2 项补充条款的意义上,也不再被视为国营贸易或非市场经济国家。但是一个有趣的现象是,由于美国和欧盟存在的事实上的“祖父条款”,部分国家在美国和欧盟的反倾销立法中却仍然被视为非市场经济国家。例如,在美国立法中,上述十个转型国家中只有拉脱维亚获得了市场经济地位;在欧盟反倾销法中,蒙古、吉尔吉斯斯坦、阿尔巴尼亚、格鲁吉亚和摩尔多瓦也仍旧在非市场经济国家的名单之列。这种国内立法与 WTO 规则相互冲突的现象极易引发贸易争端。但在实践中,由于欧美两大经济体很少对上述国家发起反倾销调查,因此到目前为止尚未出现相关的争端。

实际就是美国在其《1974 年贸易法》中专门针对共产主义国家的第 406 条款的翻版；而在反倾销和反补贴问题上，也接受了专门针对中国的具有歧视性的规定。

(一)《中国入世议定书》第 15 条规定了中国在反倾销方面的具体承诺

第 15 条 确定补贴和倾销时的价格可比性。

(a) 在根据 GATT1994 第 6 条和《反倾销协定》确定价格可比性时，该 WTO 成员应根据下列规则，使用接受调查产业的中国价格或成本，或者使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法：

(I) 如受调查的生产者能够明确证明，生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，则 WTO 成员在确定价格可比性时，应使用受调查产业的中国价格或成本；

(II) 如受调查的生产者不能明确证明生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，则该 WTO 进口成员可以使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法。

.....

(d) 一旦中国根据该 WTO 进口成员的国内法证实是一个市场经济体，则(a)项的规定即应终止，但截至加入日，该 WTO 进口成员的国内法中须包含有关市场经济的标准。无论如何，(a)项(II)目的规定应在加入之日后 15 年终止。此外，如中国根据该 WTO 进口成员的国内法证实一特定产业或部门具备市场经济条件，则(a)项中的非市场经济条款不得再对该产业或部门适用。

《中国入世议定书》第 15 条假定中国在加入 WTO 起的 15 年之内仍为非市场经济国家，除非有明确的相反证据证明市场经济情况的存在。

按照该规定，其他 WTO 成员在确定中国进口产品的可比价格时有两种选择。其一，选择中国受调查产业的价格或者成本；其二，使用不基于与中国国内价格或成本进行严格比较的方法。第一种方法应该(Shall)在中国受调查的产业“明确证明生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场条件”情况下使用。其中“明确证明”的举证责任由中国出口商承担。

第二种选择可以(May)由进口国在中国出口商不能明确证明市场经济条件存在的情况下使用。也就是说,进口国可以采用不同于第一种方法来决定可比价格(言外之意即使不符合市场经济的标准,WTO成员方也可以采用第一种选择,适用中国出口产品的价格或者成本。因此,究竟采用何种方法完全取决于进口国的立法或行政裁量)。但是议定书并没有明确界定何为“不基于严格比较的方法”。事实上,WTO成员仍旧可以沿用其国内已经形成的确定正常价值的方法。

此外,对于第二种选择,议定书还作出了进一步的限制。当中国根据WTO成员的国内法证实自己是一个市场经济体或者某一特定产业或行业具备市场经济条件时,该方法的使用即应当终止。虽然议定书并未对WTO成员的“国内法”(National Law)进行界定,但是《中国加入工作组报告》对此作出解释:成员方“国内法不仅指法律,而且还包括该国的命令、条例和行政法规”(means not only laws but also decrees, regulations and administrative rules of the importing country)。^①

第三,议定书规定,无论如何,(a)项(ii)目的规定应在中国加入世界贸易组织之日15年后终止。也就是说,中国出口企业在国际反倾销中的非市场经济地位应在中国加入WTO后的15年自动终止。

最后一项限制是根据议定书的规定,WTO成员方只有在中国加入WTO之日前其国内法已经规定了市场经济标准的,才可以使用第15条(a)项(ii)目的方法确定中国出口产品的正常价值。也就是说,议定书第15条禁止WTO成员方在中国加入世贸组织之后临时制定关于反倾销的非市场经济规则并将其适用于中国的出口产品。

与原《波兰入关议定书》不同的是,《中国入世议定书》及《工作组报告》对中国和其他WTO成员方具有普遍的约束力。该议定书第1条第2款规定:“本议定书是《建立WTO协定》不可缺少的一部分,其内容应包括《工作组报告》第342段所述的承诺。”^②

① See Report of the Working Party on the Accession of China, WT/ACC/CHN/49 (1 October 2001), para. 149.

② 《中国入世议定书》,上海人民出版社2001年版。

(二) 中国在反补贴问题上的特别承诺

在反补贴上作出的特别承诺规定在中国入世议定书的第 10 条、第 15 条以及附件 5A 和 5B 中。其中与中国非市场经济地位有关的是第 10 条和第 15 条的规定。

第 10 条 补贴：

……

2. 就实施《SCM 协定》第 1 条第 2 款和第 2 条而言,对国有企业提供的补贴将被视为专项性补贴,特别是国有企业是此类补贴的主要接受者和国有企业接受此类补贴数量非常之大的情况下。

3. 应自加入时起取消属《SCM 协定》第 3 条范围内的所有补贴。

第 15 条 确定补贴和倾销时的价格可比性。

《GATT1994》第 6 条……以及《SCM 协定》应适用于涉及原产于中国的进口产品进入 WTO 成员的程序,并应符合下列规定:

(b) 在根据《SCM 协定》第 2 部分、第 3 部分及第 5 部分规定进行的程序中,在处理第 14 条(a)项、(b)项、(c)项和(d)项所述补贴时,应适用《SCM 协定》的有关规定;但是,如此种适用遇有特殊困难,则该 WTO 进口成员可使用考虑到中国国内现有情况和条件并非总能用作适当基准这一可能性的确定和衡量补贴利益的方法。在适用此类方法时,只要可行,该 WTO 进口成员在考虑使用中国以外的情况和条件之前,应对此类现有情况和条件进行调整。(c) 该 WTO 进口成员应向……补贴与反补贴措施委员会通知依照(b)项使用的方法。

按照 WTO 的《SCM 协定》,补贴被分为三类:禁止性补贴、可申诉补贴和不可申诉补贴。禁止性补贴(Prohibited Subsidies)又被称为“红灯补贴”。指成员方不得授予或维持的补贴,因为这类补贴直接扭曲了进出口贸易。主要包括两种:出口补贴和进口替代补贴。前者是指法律上或事实上以出口实绩(Export Performance)为条件而给予的补贴;后者是以使用国产货物为条件而给予的补贴;可申诉的补贴(Actionable Subsidies)又称“黄灯补贴”。指在一定范围内允许实施,但如果在实施过程中对其他成员方的经济贸易利益产生了负面影响(Adverse Effects)时,受影响的成员方可对其补贴措施提出申诉。这种不利影响包括:

(1) 对另一成员方的国内产业造成损害；(2) 使其他成员方根据 GATT1994 直接或间接产生的利益减损或丧失，特别是根据 GATT1994 第 2 条项下的约束性关税减让而产生的利益；(3) 严重歧视另一成员方的利益；不可申诉补贴(Non-Actionable Subsidies)又被称为“绿灯补贴”，指不具有专项性的补贴。或虽具有专向性，但符合 WTO《补贴与反补贴协定》(下称《SCM 协定》)中的一切条件的补贴。包括：(1) 研究性补贴。如对企业或高等院校、科研机构在与企业签订合同基础上进行研究的资助。(2) 贫困地区补贴。在成员方领土范围内根据地区发展总体规划并且非专项性的对落后地区提供的资助。(3) 环保补贴。改造现有设备，使之适应由法律所提出的新环境要求而提供的资助。对于这三类补贴，WTO 成员方不得提出申诉或采取反补贴措施。

此外，《SCM 协定》第 1 条第 2 款还明确规定，反补贴措施针对的补贴必须具有专向性(Specificity)，即补贴是给予特定的企业或者产业的。具体包括“企业专向性”(Enterprise-Specificity)、“产业专向性”(Industry-Specificity)以及“地区专向性”(Regional-Specificity)。

通过对《中国入世议定书》第 10 条与第 15 条的分析，笔者认为中国政府在补贴方面所作特别承诺将在多个方面对中国产生不利影响：

首先，在美国长期的反补贴实践中，政府资助(Government Assistance)如果是广泛授予和平均分配给企业的话，则不具有专向性，因而被视为不可申诉补贴。^①但是在《中国入世议定书》中却承诺政府官方授予国营企业的补贴属于专向性的可申诉补贴，只要该“国有企业是该类补贴的主要接受者或者国有企业接受补贴数量非常之大”。因此，该条实际上将中国政府对国有企业的所有补贴都视为具有“专向性”的补贴，这显然是对中国的一种歧视性的规定。

其次，《SCM 协定》第 29 条就转型经济国家规定了过渡条款。该条规定，转型经济国家可以实施转型所必需的计划和措施，在七年内保留第

① Uruguay Round Trade Agreements, Texts of Agreements, Implementing Bill, Statement of Administrative Action, and Required Supporting Action, Vol. 1, H. DOC. 103-316, 103 cong. 2 Sess. (Government Printing Office, 1994), p. 913.

3 条禁止的出口补贴和进口替代补贴。同时,在此期间,针对发展中国家而放宽的可诉补贴有关规定适用于转型经济国家。特殊情况下,委员会可以授权转型经济国家背离七年的时间限制。例如 1996 年加入 WTO 的保加利亚就享受到了过渡期的优惠,政府给予企业的各种债务减免可以享受“黄灯”待遇而被视为不可诉补贴。^① 但是中国加入世贸组织时正好是该过渡期的结束(2001 年底),因此未能享受到过渡期对转型经济国家的优惠。

《SCM 协定》还规定了发展中国家在过渡期内所享有的优惠,其中第 27 条第 13 款规定:发展中国家某些为促使有关部门企业最终实现私有化的计划和涉及的补贴,只要这些补贴是用于债务的直接免除或支付社会成本,包括放弃政府税收和其他债务转移,同时这些计划和涉及的补贴有期限规定,并已经通知了委员会,则不得对这类补贴实施反补贴税。中国在加入 WTO 时放弃了享有发展中国家的优惠权利,也就是说,中国政府针对与私有化相关的补贴也将被其他成员方视为可诉的补贴。这显然对中国更为不利。因为与转型国家减免企业债务补贴的七年过渡期不同的是,针对发展中国家私有化补贴的优惠是没有时间限制的。

最后,尽管依据美国和欧盟的国(域)内法,反补贴法并不适用于非市场经济国家。但是 WTO 的《SCM 协定》和《中国入世议定书》都没有禁止 WTO 成员方对中国采取反补贴措施。而且在未来可能对中国进行的反补贴调查中,《中国入世议定书》第 15 条(b)款允许 WTO 成员方在衡量中国政府的补贴利益时采用某种“替代基准”(Alternative Benchmark),即可以不采用中国出口商提供的价格或成本信息。该款的规定与适用于反倾销案件确定正常价值的替代国方法一样,将会大大有利于 WTO 成员对接受中国政府“软贷款”(Soft Loan)或者“股权注入”(Equity Infusions)产业的反补贴调查。^② 更为不利的是,按照该议定书的规定,WTO 成员在对中国反倾销调查时使用的替代国方法在中国入

① World Trade Organization, Report of the Working Party on the Accession of Bulgaria, September 20, 1996, WT/ACC/BGR/5.

② 前引 Nicholas R. Lardy 文第 91 页。

世后的 15 年必须终止,但是,议定书并没有对成员方在反补贴调查适用“替代基准”的时间作出限定。一旦美国与欧盟突破其国内法的制约开始对中国实施反补贴调查,将可以借助议定书的规定,在计算中国企业获得的补贴利益时采用“替代基准”且不受任何限制。该条款在未来对中国产生的潜在影响不可低估。

第三节 本章小结

目前,中国是仍被美国和欧盟视为非市场经济国家的少数国家之一,同时也是唯一的被其他成员方在贸易救济调查中给予非市场经济地位的 WTO 成员,在其他 WTO 成员国内进行的反倾销调查中面临着诸多歧视性的做法,使得对中国产品的反倾销调查实际上成为 WTO 反倾销规则适用的唯一例外。^①就反倾销而言,由于波兰等原部分东欧国家已经在美国和欧盟获得了完全市场经济地位,因此从理论上讲,GATT 与《WTO 反倾销协定》中关于非市场经济问题的规定不会继续适用于这些国家。同样地,波兰等国入关议定书中针对非市场经济国家的特殊规则也因此失去了法律效力;而两个较大的原非市场经济国家——俄罗斯和乌克兰也已经先后获得美国和欧盟完全市场经济地位的承认,因此,尽管这两个国家还没有加入 WTO,但笔者预计其今后的入世议定书中不会在反倾销问题上继续采用针对非市场经济国家的特殊规则。^②从国际法的角度来看,目前 WTO 成员方得以对中国继续适用非市场经济规则以及对中国非市场经济地位构成约束的国际法依据主要是《1994 年关税与贸易总协定》附件 I 对第 6 条第 1 款的补充规定(即原 GATT 第 6 条解释性注解)、《WTO 反倾销协定》第 2.7 条以及《中国入世议定书》的相关规定。那么,这三项国际协议之间的关系如何?美国与欧盟关于非市

-
- ① 孙立文:《论世界贸易体制中我国非市场经济地位问题之消解》,《法学评论》2006 年,第 5 期第 90 页。
- ② 越南社会主义共和国于 2007 年 1 月 11 日正式加入世界贸易组织。虽然在欧盟和美国的反倾销调查中仍被视为非市场经济国家,但在其入世议定书中并没有规定非市场经济条款。参见《越南社会主义共和国加入议定书》,Accession of the Socialist Republic of VIET NAM, WT/L/662。

场经济问题的国内法是否符合国际法的规定,或者说是否具备充分的国际法依据呢?

笔者认为,中国在世界贸易组织中的非市场经济地位与 WTO 协议中的两个条款最为相关,其一是《建立 WTO 协议》第 12 条关于成员方加入的条款,该条关系到成员方加入世界贸易组织的资格要求;另一个则是《WTO 反倾销协定》第 2.7 条的规定。

世界贸易组织的成立使得国际贸易的多边规则首次毫无保留地适用于 WTO 的所有 100 多个成员方,而无论该成员方是原始会员国或申请加入的新成员国,也无论其是发达国家、发展中国家或者是转型经济国家。^①但事实上由于各成员方对于 WTO 相关协定的不同理解,特别是缺乏对新成员加入程序和 GATT 第 6 条的统一理解却肢解了世界贸易体制的统一性和完整性,并危及 WTO 体制的可靠性。^②

《建立 WTO 协议》第 11 条及第 12 条是关于 WTO 成员资格的两项具体条款。其中第 11 条涉及的是原始成员方资格,而第 12 条则规定了申请加入成员方的资格要求。中国加入世界贸易组织的历程非常坎坷,由于种种原因,中国未能在 1995 年世界贸易组织成立前恢复在 GATT 中的合法席位,因此,中国只能以新成员的身份申请加入世界贸易组织。^③《马拉喀什建立 WTO 协定》第 12 条关于“加入”规定如下:

1. 任何国家或在处理其对外贸易关系及本协定和多边贸易协定规定的其他事项方面拥有完全自主权的单独关税区,可按它与 WTO 议定的条件加入本协定。此加入适用于本协定及所附多边贸易协定。

2. 有关加入的决定应由部长级会议作出。部长级会议应以 WTO 成员的三分之二多数批准关于加入条件的协议。

3. 某一诸边贸易协定的加入应按该协定的规定执行。

① 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 2.2 条明确规定:“附件 1、附件 2 和附件 3 所列协定及相关法律文件(以下称《多边贸易协定》)构成本协定的组成部分,对所有成员具有约束力。”

② See Alexander POLOUEKTOV, “Non-Market Economy Issues in the WTO Antidumping Law and Accession Negotiations”, *Journal of World Trade*, 36(1): 1-37, 2002.

③ 关于中国申请“复关”和“入世”的过程及相关法律问题,详见 Sylvia. A. Rhodes and John H. Jackson, United States Law and China's WTO Accession Process, *Journal of International Economic Law*, 2(3) (1999), 497-510.

尽管第 12 条关于新成员加入(WTO)资格的规定几乎完全“复制”了《1947 年关税与贸易总协定》第 34 条有关加入(GATT)的规定,两者都没有进一步详细规定申请国加入的指导原则,但是 John Jackson 教授却认为,《建立 WTO 协定》第 12 条中的“按照它(指申请方)与 WTO 议定的条件”却是至为关键的,而且 GATT 的加入程序与实践对 WTO 产生了重要的影响。^①事实上,申请方欲加入 WTO,必须进行两个层面的谈判,其一是与世界贸易组织(通常由 WTO 总理事会设立的专门工作组)进行谈判,其二是与提出市场准入谈判要求的 WTO 成员方进行的双边谈判,而后者往往会起到决定性的作用。两种谈判结束后申请方在 WTO 各协定项下作出的减让与承诺表将成为入世议定书的组成部分,并对各成员方产生约束力。就此而言,笔者认为,在国际法层面上,《建立 WTO 协定》第 12 条对于新成员加入资格的规定既简单但又十分灵活,所谓简单,是指它对所有申请方提出了统一的加入要求,而无论该申请方属于市场经济或非市场经济国家。但“可按它与 WTO 议定的条件加入本协定”的规定却十分灵活。这充分说明不同的申请方与 WTO 及相关成员方进行谈判所达成的条件可以是不同的,它主要取决于申请方与谈判对手“讨价还价”的能力与技巧,而这种能力与技巧又取决于当时情况下的各种政治和经济因素以及双边关系的发展状况。正是由于缺乏国际层面关于成员方加入资格的具体要求,使得部分 WTO 成员方可以在其他国家申请加入时漫天要价,提出符合其自身利益的各种要求。《中国入世议定书》关于中国在贸易救济领域非市场经济地位的规定正是在与美国进行双边准入谈判时后者强加于中国的特殊附加义务,并最终通过《中国入世议定书》而多边化,它是中国政府为了换取入世这一更大的国家利益而作出的一个现实的选择。^②

GATT 第 6 条解释性注解构成了美国和欧盟反倾销法中非市场经济规则的最初国际法依据。之后,《WTO 反倾销协定》第 2.7 条又将

① See John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of Economic Relations-Cases, Materials and Text*, West Group, 2002, p. 234.

② 关于中国接受 WTO 附加义务的论述,参见 Nicholas R. Lardy, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press 2002。

GATT 解释性注解与该反倾销协定联系在一起,^①使得 GATT 第 6 条解释性注解构成《WTO 反倾销协定》的一部分。从第 2.7 条的规定来看,GATT 解释性注解的效力将不受《WTO 反倾销协定》的影响。《中国入世议定书》对中国加入世界贸易组织的义务(承诺)与权利作出了明确的规定,如前文所述,《中国入世议定书》构成《建立 WTO 协定》不可缺少的一个部分,就法律效力而言,它与 GATT 解释性注解及《WTO 反倾销协定》一样,对中国均产生国际法的约束力。因此,判断美国与欧共体非市场经济规则是否符合 WTO 协议之规定,仍应主要研究其是否符合 GATT 解释性注解以及《中国入世议定书》的规定。从美国和欧共体的立法与实践来看,反倾销法中的非市场经济规则具体包括对某一特定国家非市场经济地位(Market Economy Status)的法律界定、确定产品正常价值的替代国规则以及确定倾销幅度的一国一税原则。^②

从 GATT 第 6 条解释性注解的规定来看,它没有直接使用“非市场经济”的表述,也没有明确非市场经济的定义。但其所描述的“国家”实际上就是指非市场经济国家。其中,一国是否“由国家完全或实质性垄断贸易”以及是否“所有国内产品由国家定价”应该是判断非市场经济国家的两项具体标准。也就是说,只有严格符合这两项标准,该国才可以被视为非市场经济国家。按照《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的条约解释规则,“条约应就其用语按照上下文并参照其目的和宗旨所具有的通常意义(Ordinary Meaning),善意地予以解释”。^③ 据此,只有当一个国家完全(Completely)或实质上完全(Substantially Completely)垄断(Monopoly)贸易以及“所有国内价格都由国家决定”(all domestic prices are fixed by the state)的情况下,才可以将该国视为非市场经济国家,并采用不同于市场经济国家的“特殊的方法”确定产品的正常价值;反之,如果一国贸易并非完全或实质性由国家垄断(如部分国营贸易),或者并非

① 《WTO 反倾销协定》第 2.7 条规定,“本条款(第 2 条)规定不损害《1994 年关贸总协定》附件九第 6(1)条补充规定”。

② 本书将在第四章及第五章中予以详细论证。

③ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) Article 31(1) provide that “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

所有国内价格都由国家决定(如部分产品由国家定价),就不应被视为非市场经济国家,其出口产品正常价值就应当按照通常的方法进行计算。但美国和欧盟对“市场经济”规定的标准(详见第五章)却明显地超越了对该注解通常意义的解释,这不仅体现在对标准范围的扩大(不限于国家定价和贸易垄断,还包括其他判断标准)解释,也表现为对每一标准所作的超出原意的灵活或任意解释(如美国贸易法规定主要考察一国达到市场经济标准的程度),从这个意义上说,美国与欧盟对市场经济标准的法律界定违反了 GATT 解释性注解及《WTO 反倾销协定》第 2.7 条的规定。

其次,GATT 解释性注解在非市场经济国家出口产品正常价值的确定上仅指出按照 GATT 第 6 条决定价格可比性存在的困难以及对国内价格进行严格比较(Strict Comparison)可能并不总是合适(may not always be appropriate)的,至于应该采用何种方法确定非市场经济国家出口产品的正常价值则没有作出具体要求。按照通常的解释规则和正常推理,进口成员国既可以采用《WTO 反倾销协定》第 2.1 条至第 2.6 条规定的确定正常价值的通常方法,也可以采用其他方法。从最宽松、最广泛的意义上解释它,可以认为该项规定给予国内调查主管机构自由裁量权,也就是在对“从全体或实质上全部由国家垄断贸易并由国家确定国内价格的国家进口的产品”进行反倾销调查时,可以不使用《WTO 反倾销协定》第 2 条规定的确定正常价值的方法,而由调查当局决定与受调查产品出口价格作比较的方法。只有从这个意义上讲,替代国政策才有其合理性。^①但是即使“替代国”方法是国际法允许的由国内主管机构自由裁量的方法,其实施对象也应该严格限定在“完全或实质上完全由国家垄断贸易”并“由国家规定国内价格”的国家,如果被调查国未满足这一条件,主管机关就必须按照《WTO 反倾销协定》规定的正常方法进行调查;此外,进口国主管当局只有在确定产品可比价格存在“特殊困难”时,才可以背离《WTO 反倾销协定》规定的调查方法,反之如果不存在“特殊困难”,主管当局就应当适用《WTO 反倾销协定》规定的正常方法确定产品的正常价值。

^① 参见张新娟:《欧盟反倾销法非市场经济规则研究》,《法学家》2003 年,第 6 期。

虽然从国际法的效力角度来看,《WTO反倾销协定》第2.7条不存在任何问题,但是如果将该条规定与现实情况结合起来,就可以发现将这个诞生于冷战背景下的“非市场经济”的国际法依据继续适用于中国等转型经济国家是苍白无力甚至是荒唐的。1955年的GATT解释性注解产生于特殊的历史背景之下,在当时将“完全或实质性垄断贸易”或者“国内所有产品价格由政府定价”适用于以苏联为中心的东欧和中国等计划经济国家还不难理解。但是经过四十年的时光变迁,整个国际社会已经发生了巨大而深刻的变化,尤其是冷战结束后,原来的东欧社会主义国家和中国开始了广泛深入的经济体制改革,逐步向市场化的方向转变。经过多年的改革,绝大部分的非市场经济国家已经由原来的“国营贸易国家”(State Trading Country)或“国家控制经济国家”(Country Controlled Economy Country)转变为以市场为导向的“转型经济国家”(Transit Economy Country)。^①事实上美国与欧盟也不得不承认这一现实,并逐步调整其国(域)内法以适应变化后的新情况。^②但是国际反倾销法却仍固守成规,未能将“转型经济”这一新的变化在新的《WTO反倾销协定》中体现出来,不能不说是一种遗憾和非正常的现象。^③

基于以上分析,笔者认为可以得出以下两点结论:

第一,继续将过时的GATT解释性注解适用于中国等WTO中的转型国家不仅与这些国家的市场化现状不符,而且也从根本上违反了WTO的性质,因为WTO是以市场为导向的国际经济组织,一个国家如

① 西方经济学家认为从市场经济向以市场为导向的转型经济成功过渡必须经过六个必要的步骤:(1)进行货币改革以控制货币的供应与抑制通货膨胀;(2)进行财政控制以限制预算赤字,协调财政与货币政策;(3)撤销对价格和工资的管制,使其完全由市场条件下的供求关系来决定;(4)私有化,包括对私有财产进行法律保护,制定反垄断法打破先前的国家垄断;(5)建立一个社会“安全网络”,确保社会稳定,防止因转型而导致的社会破坏;(6)进行货币的自由兑换,促使转型经济国家融入国际市场,促进国际贸易。See *Promoting Democracy and Free Markets in Eastern Europe* (Charles Wolf, Jr. ed., 1991) at 8-10.

② 当然这种调整是否是实质性的以及在实践中效果另当别论。笔者在后文中将进行详细分析。

③ 在1995年设立于新成立的反倾销委员会内部的执行特别小组会议上,以色列代表曾建议将非市场经济国家的问题列入讨论议程之中,但是遭到美国代表的反对,理由是WTO不是讨论这一问题的合适场所。但美国代表也没有说明哪里应该是讨论该问题的合适场所。参见前引 Alexander Polouektov 文第14页。

果不具备市场经济条件,也就不可能被接受为 WTO 的成员。WTO 不能一方面承认中国的市场导向,并将其纳入世界贸易体制,另一方面却又否认中国的市场经济地位,在贸易救济措施中对中国使用歧视性的特殊规则,这样做不仅在理论上难以自圆其说,而且也从根本上违反了世界贸易组织的不歧视待遇原则,使中国处于比所有 WTO 成员方更为不利的“二等”成员地位。

第二,即使不考虑 GATT 解释性注解继续存在的合理性问题,美国和欧盟的贸易救济法,特别是其反倾销法中的非市场经济规则也是与国际法的规定相违背的,这主要表现为美国和欧盟对非市场经济标准的解释大大超越了国际法的严格要求以及在替代国方法适用对象上存在的错误。从这个意义上说,中国完全可以争取在 WTO 新一回合的谈判中争取修改这一不合理的规则,或者据此向 WTO 争端解决机制提起申诉,要求美国和欧盟修改其与 WTO 规则不符的法律规定。但是,中国向 WTO 争端解决机构提出申诉的权利由于在《中国入世议定书》中所作的特别承诺(这些承诺包括允许其他成员方继续将中国视为非市场经济国家、容忍其他成员方在反倾销和反补贴调查中继续使用替代国方法或者替代基准计算产品的正常价值或者补贴利益)而受到极大的限制。这是因为,《中国入世议定书》与其他 WTO 协定一样具有相同的国际法约束力,它不仅使美国和欧盟不合理的替代国制度通过国际协定被合法化和国际化,而且成为中国必须履行的国际法义务。

第四章 美欧反倾销法之非市场经济规则一：替代国与一国一税

第一节 美国与欧盟(欧共体)反倾销法的渊源与主管机构

一、美国反倾销法的渊源与主管机构

(一) 法律渊源

美国的第一部反倾销法是《1916年岁入法》^①，该法规定如果(1)任何人如果以低于市场价值或批发价格向美国境内出口或销售产品，而且(2)从事该行为的人故意给美国的相关产业带来损害，则该人要受到刑事和民事处罚。由于该法规定了对倾销行为的民事与刑事责任，使其与反垄断法无异，加之要求行为人主观上具有损害故意的规定在实践中难以证明，该法很快就被《1921年反倾销法》^②所取代。1921年反倾销法确立了现代反倾销法中的主要制度与概念，在被《1979年贸易协议法》^③取代之前，它是美国行政主管当局进行反倾销调查的主要法律依据，而且也构成了《1947年关税与贸易总协定》第6条的基础。^④从1921年美国反

① The Revenue Act of 1916, 15 U. S. C. [Sections] 72(1994).

② Antidumping Act of 1921, ch. 14, tit. II, 42 Stat. 11-15, 19 U. S. C. [Sections] 160 (repealed 1979) current version at 19 U. S. C. [Sections] 1673 (1994).

③ Trade Agreement Act of 1979. 该法主要明确了美国为履行其国际义务，将东京回合反倾销守则纳入其国内法。此外，该法还将财政部调查并认定倾销的权力移转给商务部。

④ 在ITO-GATT筹备初期，美国向筹备委员会提出建议，希望ITO-GATT以美国1921年反倾销法为模本在多边协议中规定反倾销问题，该建议被各国逐步接受，最后形成了GATT第6条关于反倾销和反补贴的规定。See Generally John. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* 403-424 (1969)。

倾销法的制定一直到 1994 年乌拉圭回合谈判结束,新的世界贸易组织成立,美国国会还先后通过了以下与反倾销相关的立法:(1)《1922 年的 Fordney / McCumber 法(第 316 节)》;^①(2)《1930 年关税法》;^②(3)《1974 年贸易法》;^③(4)《1984 年贸易与关税法》;^④(5)《1988 年综合贸易与竞争法》;^⑤(6)《1994 年乌拉圭回合协议法》。^⑥ 上述系列法律构成了美国反倾销法的主要渊源。此外,由于美国是判例法国家,因此美国行政主管当局(目前为商务部和美国国际贸易委员会)在个案调查中所做出的行政决定以及美国国际贸易法院和联邦法院对反倾销案件的司法审查决定也构成了美国反倾销法的现实渊源。

(二) 主管机构

美国既是一个联邦制的国家,又是一个三权分立的国家。美国宪法对外贸管理权限进行了划分,其中,国会享有立法权,有权制定必要而适当的法律,同时享有州际贸易和对外贸易的管理权;行政权总体上属于总统,并负责法律的切实执行。在实践中,尽管以总统为首的行政部门负责外贸法的具体实施与执行,但该权力并非由某一部门单独享有,而是在行政部门内部进行权力的分配,由不同部门分别实施和执行;美国的司法部门发挥司法审查的功能,在贸易救济的司法审查中,美国专门设立了国际贸易法院和联邦上诉法院分别受理一审和上诉国际贸易案件,法院通过对执行外贸法的行政部门的管理和行政行为的司法审查,对国会相关立法作出司法解释,纠正行政部门的错误行为,实际上是参与了美国进口政

-
- ① Fordney/McCumber Act of 1922(Section 316). 该法精练了倾销和损害的定义,赋予美国关税委员会决定是否构成损害的权力,同时还确立了法院对反倾销案件的司法审查制度。
 - ② Tariff Act of 1930. 该法主要是精简了反倾销税的征收程序。
 - ③ Trade Act of 1974. 该法主要修改了正常价值的认定方法,将“国内市场价格”改为“低于成本价格”。此外,该法还确立了倾销认定的时限。
 - ④ Trade and Tariff Act of 1984. 该法对确定公平市场价格的方法做了修改,将出口产品的国内平均市场价格与美国市场价格进行比较。
 - ⑤ Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. 该法首次对“非市场经济”做出定义,主要增加了被反倾销产品的范围,例如,增加了零部件以及轻微改动产品;此外还授权美国贸易代表请求外国政府对在美国境内倾销并给美国产业造成损害的第三国采取相应的行动。
 - ⑥ The Uruguay Round Agreements Act of 1994. 该法主要是美国为了履行乌拉圭回合协议的国际法义务而制定。为了适应修改后的《反倾销协定》,补充了正常价值的确定方法,增加了评估成本的指南,同时规定了为期 5 年的日落复审制度。

策的制定与实施。

(1) 美国国会

国会是美国的立法机关,主管美国对外贸易的法律(包括贸易救济法)制定和执行,在美国的对外贸易政策上占据着举足轻重的地位。

(2) 国际贸易委员会(International Trade Commission,简称 ITC)

ITC 是一个独立于行政和立法,没有正式决策权、法定的非党派的调查机构。根据《1930 年关税法》第 332 条 g 款的要求,美国国际贸易委员会有义务对国会关心的国际贸易问题及时提交报告。它的主要职能是依照保障措施条款、反倾销或反补贴法的规定,决定进口救济申请者(国内相关产业)的利益是否受到损害。在美国《1974 年贸易法》第 406 条款生效期间,ITC 是负责裁定共产主义国家产品是否构成市场扰乱的主要行政机构(总统可以行使否决权),美国新的 PNTR 指令国际贸易委员会的新的职责是“认定市场扰乱并提出政策建议”。

(3) 美国贸易代表办公室(U. S. Trade Representative Office,简称 USTR)

USTR 是美国政府主要的贸易谈判机构,以及美国政府在主要的国际贸易组织中的“代表”,名义上对整个贸易政策负责。该机构在跨部门协调中发挥重要作用,它也把自己看作是一个政策经纪人和问题解决者。在 1974 年的美国贸易法中,国会将 USTR 提升到内阁的地位。美国贸易代表的主要职责包括:根据部际贸易咨询委员会的建议,制定和协调美国外贸方针的实施,担任美国总统国际贸易政策和效果的主要顾问,进行国际贸易谈判,就涉及 GATT 与 WTO、经合组织、联合国贸易与发展组织及根据贸易协议的美国权利的保护等问题,向政府各部门提供政策指导,扩大美国出口,对国际贸易、双边贸易、商品问题和涉及能源的国际贸易问题进行政策研究,制定有关部门不正当贸易做法的美国总政策。此外,商务部长应就实施反倾销税、反补贴税及发布履行这些职能的实质性规则,征求贸易代表的意见。^① 在中国加入世界贸易组织的谈判中,美国贸易代表在要求中国接受入世特别承诺(即接受在反倾销和反补贴及

^① 参见韩立余著:《美国外贸法》,法律出版社 1999 年版,第 24—25 页。

特殊保障措施方面的特殊义务)方面起到了决定性的作用。根据 PNTR 法的规定,美国贸易代表应当在与中国达成协议时采取必要行动防止或补救市场扰乱;而且如果美国以外的其他 WTO 成员要求就《中国入世议定书》中的特别产品保障措施条款进行协商,美国贸易代表有义务告知美国海关,美国海关应监视协商涉及中国产品进入美国的情况。

(4) 商务部(Department of Commerce)

商务部是美国不公平贸易法的主要执行机关。其中的国际贸易管理局(International Trade Administration,简称 ITA)下设的进口管理局(Import Administration,简称 IA)负责裁定进口产品是否构成倾销或者是否受到外国政府的补贴。在针对非市场经济国家的反倾销调查中,IA 负责替代国的选择和倾销税率的计算。在中国加入世界贸易组织之后,为了积极主动监督中美贸易流量,确保减少美国的对华贸易逆差,商务部还设立了一个针对中国的特殊反倾销和反规避规则项目,以密切跟踪并直接解决任何扭转市场的变化。另外,设有一个反补贴工作组,任务是监督中国提供财政资助的法律条款和对行业企业的国家援助,以确保中国遵守 WTO 承诺。

(5) 美国国务院(State Department)

美国国务院是负责外交事务的主要部门。在外贸方面负责评估美国采取的贸易政策与行动对其他国家可能产生的影响。国务院在外交事务中的中心作用使得它在美国对外贸易中发挥重要作用。在贸易代表设立之前,美国国务院一直负责外贸协议的谈判。

(6) 美国财政部(Treasury Department)

财政部直接控制某些关键的对外贸易管理。负责国际金融事务,代表美国在国际货币基金组织和世界银行中发挥作用。1980 年之前,财政部负责反补贴和反倾销调查,1980 年以后,该职能转交给了商务部。

(7) 司法机构

美国国际贸易法院与联邦上诉法院分别负责对行政机构所作裁定进行一审和上诉审的司法审查,其主要职能是确保美国行政机构在美国法律的框架下行使其行政职能,并对相关国会立法进行司法解释。本书将在第六章中予以详细介绍。

二、欧盟(欧共同体)反倾销法的渊源与主管机构

欧盟反倾销法既有域内法渊源,也有国际法渊源。就国际法渊源而言,《1947年关税与贸易总协定》(以下简称 GATT)第 6 条及其附件 9 中的注释与补充规定构成了国际反倾销法的基础。1967 年肯尼迪回合《反倾销守则》、1979 年东京回合《反倾销守则》以及 1994 年乌拉圭回合的《WTO 反倾销协定》则是对 GATT 第 6 条的完善与补充。其中,作为 WTO 一揽子协议的《反倾销协定》是在原有的《反倾销守则》基础上的进一步完善,因其被 WTO 各成员方毫无保留地接受而具有广泛的约束力,它构成了欧盟反倾销法现实的国际法渊源。欧盟反倾销的域内法渊源总体上是由三级立法组成。一级立法指《欧共同体条约》第 113 条以及《欧洲煤钢共同体》第 74 条第一项的原则规定。这两部立法确立了欧共同体对反倾销案件的管辖权(Competence)。《欧共同体条约》第 113 条第一部分明确规定:“反倾销是共同体共同商业政策的组成部分。”由于欧共体的共同贸易政策是排他性的,因此在欧共同体成员国之间不存在反倾销问题。如果欧共同体成员间发生了“低价倾销”问题,任何一方不得提起反倾销指控,只能通过欧共体的竞争法来加以约束与调整;欧共同体反倾销的二级立法是建立在上述两个宪法性条约基础之上的“反倾销基础条例”^①(Basic Antidumping Regulations)。在《煤钢共同体条约》项下则被称为“决定”(Decision)。二级立法是欧共同体在处理反倾销个案时所必须遵循的,也是共同体反倾销法的核心组成部分;欧共同体反倾销的三级立法是共同体主管机构在处理个案时遵循“基础条例”而形成的法律实践(Legal Acts),它们通常是以欧共同体委员会(Commission)或欧共同体理事会(Council)条例(Regulations)的形式表现出来。按照《欧共同体条约》第 155 条(或《煤钢共同体条约》第 8 条)的规定,欧盟委员会在反倾销问题上享有广泛的权力,包括启动反倾销程序(Initiation of Proceeding)、进行反倾销调查(Investigation)、征收临时反倾销税(Imposition of Provisional Duties)、

^① 现行欧盟反倾销基础条例为欧盟理事会第 EC 384/96 号条例,下文称“第 384/96 号条例”。

决定接受价格承诺(Acceptance of Undertakings)以及终止反倾销程序(Termination of Proceedings Without Measures)。欧盟委员会的任何行动结果均采用条例(Regulations)^①或决定(Decisions)^②的形式做出;由于征收最终反倾销税被认为具有某种立法功能(Legislative Function),因此该项职权被赋予给了欧盟理事会,^③此外,欧盟理事会还有权推翻(Overrule)欧盟委员会的决定而接受价格承诺或者终止反倾销程序,理事会在决定征收最终反倾销时应向欧委会咨询意见并以简单多数票通过。^④在欧共体条约项下的欧洲理事会或欧盟委员会的条例均为可以直接适用的法律。^⑤此外,任何反倾销程序均须接受欧洲法院(European Court of Justice, 简称 ECJ)以及欧洲初审法院(Court of First Instance, 简称 CFI)的司法审查(Judicial Review);而反倾销税的征收则由各成员国的海关来执行,这些税收同时构成欧共体资源(Resources)的一部分,^⑥并由各成员国分别向欧盟委员会报告。^⑦

欧共体反倾销法是伴随着欧洲经济一体化的进程以及 GATT - WTO 反倾销法的发展而产生和不断变化的。从 1957 年欧洲经济共同体诞生到 1968 年 7 月 1 日,反倾销还属于欧共体各成员国的国内管辖事项;1968 年 7 月 1 日,欧共体诞生了第一部反倾销基础条例,即《欧共体理事会第 459/68 号条例》,它成为欧共体构筑的共同商业政策的核心组成部分,同时它也基本上贯彻了 1967 年肯尼迪回合《反倾销守则》的规定。^⑧此后,该条例历经多次修订,其中较为重要的是 1979 年及 1996 年的两次修订。在 1979 年《欧共体第 3017/79 号条例》中[Regulation (EEC) No. 3017/79],规定了非市场经济国家出口产品的正常价值、结

① Article 189(2) of the EC Treaty. <http://europa.eu.int/eur-lex/en/search-trieties.html>.

② Article 189(4) of the EC Treaty, Article 14(2) of the ECSC Treaty.

③ Article 145 et seq. of the EC Treaty.

④ Article 113(2) of the EC Treaty.

⑤ Article 189(2), (4) of the EC Treaty.

⑥ Article 2 lit. (b) of Council Decision 85/257 EEC, Euratom of 7 May 1985, OJ No. L 128, 14. 5. 95, p. 15. 参见 <http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/indexl.html>.

⑦ Article 14(6) of the Basic Regulation.

⑧ 欧共体是以 Council Decision 68/411, OJ 19. 12. 68 L 305/1 决议将肯尼迪回合《反倾销守则》纳入到欧共体法之中的,该决议前言规定:“考虑到欧共体及其成员的国际义务,本条例的制定必须符合 GATT 第 6 条以及相关补充协议的要求。”

构出口价格,国内市场的损失销售,扣除额的确定等新规范,并吸收了1979年东京回合《反倾销守则》的规定;欧盟现行有效的反倾销基础条例是1996年的第384/96号理事会条例,全称为《关于从非欧共同体成员国进口产品保护的384/96号理事会条例》[Council Regulation (EC) No. 384/96 of 22 December 1995 on Protection against dumped imports from countries not members of the European Community],1998年4月,又对该条例的个别条款作了修改。^①《第384/96号理事会条例》参照了《WTO反倾销协定》的规定,主要就反倾销的程序事项进行了补充修改。

第二节 对非市场经济国家出口产品正常价值的确定方法

一、市场经济国家出口产品正常价值的确定方法

正常价值,在美国法中又被称为公平价值(Fair Value),指相同产品在出口国正常贸易中用于消费时的国内销售价格。使用出口国国内销售价格作为正常价值,必须符合几项条件:国内销售价格要具有代表性;采用的国内销售价格是正常贸易渠道中形成的价格(即独立交易商之间的价格),关联企业间的交易价格不能采用;不得将低于成本价销售的价格作为正常价值。

如果不存在国内销售价格或不能使用国内销售价格确定正常价值,《WTO反倾销协定》(以下称“协定”)规定采用第三国的出口价格(Price of Exports to an Appropriate Third Country)或结构价格(Constructive Price)作为正常价值。“第三国出口价格”指相同产品出口到一个合适的第三国,且其出口产品价格具有代表性的可比价格作为正常价值;“结构价格”指产品在原产地的生产成本基础上加上合理的销售费、管理费和其他费用及利润所形成的价格。GATT第6条第1款(b)项将第三国出口

^① Council Regulation (EC) 905/98, <http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/indexl.html>.

价格与产品的结构价格并列作为不存在国内销售价格或不能使用国内销售价格时的替代方法。该规定在“协定”的第 2.2 条中予以了重申。不过在实践中各国的取舍有所不同。例如,美国在其反倾销实践中倾向于使用第三国出口价格,只要该销售数量足以进行这种比较(至少向美国出口达到 5% 的销售量即被认为是充分的);而欧盟和其他成员方则较为偏爱结构价格,主要理由是,这些国家很难判断销售到第三国的产品是否本身也构成了倾销。^①

为了使正常价值与出口价格具有可比性,进行比较的两种产品应该是“同类产品”(Like Products)。按照“协定”第 2.6 条的规定,同类产品应解释为同样的产品,即在所有方面均与审议中的该产品相同(Identical),或在产品所有方面都相似的产品(Alike),如果不存在这类产品,就是指虽然不是在所有方面都一样,但在特征上与其相关产品非常近似的(Close Resembling)另一种产品。

“协定”针对一些国家把出口价格高于正常价值的那部分销售排除而只用低于正常价值的出口价格与正常价值进行比较来计算倾销幅度的不合理做法,增加了较为公正的新规定。“协定”第 2.4.2 条规定:“调查期间倾销幅度的成立,通常应在加权平均的正常价值与所有可比出口交易的加权平均价格比较,或者正常价值与出口价格在逐笔交易的基础上进行比较。”

实践中,欧盟与美国过去一直采用“归零”方法。^②在 2001 年,WTO 争端解决机制的专家组和上诉机构在印度诉欧盟棉质床单反倾销案中最终裁定欧盟的这一实践违反了“协定”第 2.4.2 条的规定。^③上诉机构认为,根据第 2.4.2 条,主管机关应将正常价格的加权平均值与“所有”可比较的出口交易的加权平均值比较。欧盟将所有带负值的倾销幅度视为

① See Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford Press 2002, p. 253.

② “归零法”(Zeroing)指国内调查当局针对出口价格和正常价值进行多重比较以后,将产品的每一个样式的比较结果加以汇集,从而计算出产品的整体倾销幅度。在 2001 年的欧盟对印度进口棉质产品征收反倾销税一案中,欧盟将几种样式的床单的出口加权平均价格和正常价值进行比较,在比较时,当出现出口价格高于正常价值,倾销幅度为负数时,欧盟把这种情况下产品的倾销幅度视为零。然后将正数的倾销幅度和零合计后,再除以包括所有种类和样式的出口交易的累计总价值,以此得到受调查产品的总倾销幅度。

③ European Communities — Antidumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India(India V. EC), WT/DS141/AB/R (1 Mar. 2001).

零,便失之充分考虑所有出口交易;同时,归零的方法扩大了进口产品的倾销幅度,因此违反了上述规定。要使价格比较更为公正,就要保证在“正常贸易过程中”确定正常价值。所谓“正常贸易过程”指的是自由的、不受限制的市场条件发生作用的情况。“协定”第2.2条采用排除法规定了两种非正常交易过程,即低于成本的销售以及向关联方的销售。实践中,非正常交易过程还包括非市场经济国家的销售、国营贸易企业参加的交易、卡特协定等不正当竞争条件下的交易等。它们都会对价格形成产生扭曲的影响。^①

向关联方的销售主要有两种:一是公司之间有关联,如跨国公司的母公司与子公司之间或者子公司相互之间的交易。虽然它们分别是独立的法人实体,但还保持着许多内部协调划拨关系以及参股关系。这样,它们之间在零部件的供应分配以及融资等问题上很难体现出通常的市场交易原则;二是公司之间存在补偿协议,即在一定销售交易之外进行补偿性安排。这样的交易关系也属于非正常交易过程。根据美国反倾销法的规定,当公司间存在以下关系时,应视为关联方:(1) 家庭成员,包括兄弟姐妹、配偶、被继承人以及直系后代;(2) 一个组织的成员或董事;(3) 合伙人;(4) 雇主和雇员;(5) 直接或间接地对该机构拥有、控制或持有5%或以上公开出售的、有投票权的股票的人与该机构;(6) 两人或两人以上直接或间接控制或共同控制他人,或被他人控制的任何人;(7) 控制他人的人和该人。并规定:如果某人从法律上或经营上可能对他人施加限制或发布命令,则该人应视为控制另一人。^②

二、美国确定非市场经济国家出口产品公平价值的方法

(一) 替代国方法

如前所述,替代国方法(Surrogate Approach)为美国最早采用而且至今仍为有效的计算非市场经济国家出口产品正常价值的方法。按照这一方法,由于非市场经济国家产品的国内销售价格或出口价格受到国家控

① 董世忠主编:《国际经济法》,复旦大学出版社2004年版,第114页。

② 转引自高永富、张玉卿主编:《国际反倾销法》,复旦大学出版社2001年版,第52页。

制,因此不能反映出产品的真实供求关系,非市场经济国家产品的国内销售价格或出口价格不能作为计算正常价值的依据,只能选择一个与该国内经济发展水平相当的市场经济第三国作为替代国,并以该替代国的同类产品的国内销售价格作为计算非市场经济国家产品正常价值的方法。但由于在实践中,经常会找不到合适的替代国或者相关国家的生产商拒绝提供合作,因此,商务部不得不寻找其他的替代方法。

(二) 生产要素方法

生产要素方法(Factors of Production Approach)是美国在“波兰电动高尔夫球车”案中最先确立的方法,并在《1979年贸易协议法》中作为仅次于“替代国”的一种方法,^①但在美国《1988年综合贸易与竞争法》中,该方法则被置于优先“替代国”的首选方法。^②按照该方法,美国商务部将分两步以决定非市场经济国家的正常价值。首先,商务部要确定非市场经济国家产品生产要素的实际投入,包括劳动时间、产品使用的原材料数量、能源投入及其他设备的消耗以及资金的实际投入,为此,非市场经济国家的出口商(被诉方)被要求提供详尽的关于其产品结构与成本的相关信息。第二步,商务部选择一个市场经济第三国作为参照模型,使用该

- ① 在国会通过该法后,商务部随即发布了相关条例[Regulation 19 C. F. R. § 353.8(a)-(c)],规定了商务部在对非市场经济国家进行反倾销调查时确定正常价值的等级序列:(1)根据相同或相似产品在一个替代国家的国内销售价格;(2)一个替代国相同或相似产品的出口价格;(3)如果根据上述方法无法获得实际或准确的价格,则使用替代国相同或相似产品的结构价格;(4)非市场经济国家相同或相似产品实际使用的生产要素在某一替代国的价值。
- ② See 19 U. S. C. § 1677(c). 该条规定:(c) 非市场经济国家——(1)原则上,如果(A)被调查产品由一个非市场经济国家出口,以及(B) 行政主管当局发现现有可得信息不允许该外国产品的市场价值根据(a)款的方法确定,行政主管当局将根据该非市场经济国家生产产品所使用的生产要素价值来确定其外国市场价值,此外还加上一般支出和利润以及仓储费用、包装费以及其他相关费用。除了第2段规定的以外,生产要素的价值将根据一个市场经济国家或者行政当局认为合适的某些国家的与该要素有关的最佳可得信息作出。(2)例外——如果行政当局认为按照第1段规定的方法而获得的相关信息不充分的情况下,行政当局将以下列方法确定外国市场价值:(A) 与被调查产品可比较的产品;(B) 该产品由一个或多个与该非市场经济国家经济发展水平具有可比性的市场经济国家生产;(C) 该产品在其他国家(包括美国)市场销售;(3) 生产要素——为第1段目的,该产品使用的生产要素包括但不限于:(A) 需要的劳动时间;(B) 使用的原材料数量;(C) 消耗的能源数量以及(D) 具有代表性的资金投入,包括折旧。(4) 生产要素的价值——行政当局在根据第1段要求衡量生产要素的价值时,应当尽可能使用在一个或多个市场经济国家的生产要素的价格或者成本,但该市场经济国家应当是(A) 与被调查的非市场经济国家经济发展水平相当,以及(B) 是可比产品的重要生产商。

国相同或类似产品的实际价格乘以非市场经济国家生产要素投入的量化指标计算出生产成本。在该生产成本的基础上,再加上固定折算的管理费用、利润及其他费用,通过调整计算出产品的正常价值。

“生产要素方法”与“替代国方法”相同的是两者都要借助一个经济发展水平与该非市场经济国家相当的市场经济国家来计算产品的正常价值。但不同的是,替代国方法运用的所有数据(包括要素投入与产品价格或者成本)都来自一个市场经济第三国,而且该替代国必须生产“同类”产品;而“生产要素方法”中的产品要素投入数据则来自非市场经济国家被控倾销企业本身,但产品价格或成本数据则来源于一个市场经济第三国。在生产要素方法诞生之初(波兰电动高尔夫球车案),当时美国的财政部认为,参照国不必实际生产或者出口同类或相似产品,主管部门只需比较不同生产要素的成本,即可推导出产品的结构正常价值。但《1988年综合贸易与竞争法》修改了这一做法,要求被选择的替代国必须实际生产被控倾销的产品,其目的是更加准确地评估产品的真实生产成本。^①由于“替代国方法”被普遍认为具有不可预见性和过于专断,而且在实践中商务部经常会面临被选择的参照国不合作,拒绝提供相关产品数据的困境。因此当《1988年综合贸易与竞争法》将“生产要素方法”置于优先“替代国方法”时,有学者认为这是“值得肯定的进步”(commendable achievement),因为该方法较之于替代国方法更具“有可预见性,而且更多基于非市场经济国家的实际数据”。^②但也有观点认为,这只不过是“换汤不换药”(modest, almost marginal change),因为采用该法规定的任何一种方法确定“非市场经济国家”出口产品的正常价值都会带来不可预见的结果并导致较高的反倾销幅度。^③

① Section 1318 of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988; Section 773(b) of the Tariff Act of 1930 (19 U. S. C. Section 1677 b).

② 参见前引 Lantz 文第 1006 页。

③ See James K. Kearney & Jim Wang, *The Department of Commerce's Market-Oriented Industry Methodology for Non-Market Economies in Antidumping Investigation: The Responding Party's Perspective*, in THE COMMERCE DEPARTMENT SPEAKERS 1992; DEVELOPMENTS IN IMPORT ADMINISTRATION; EXPORT AND INVESTMENT ABROAD, at 255, 266-267 (PLI Corp. Law & Practice Handbook Series No. 789, 1992), available in Westlaw, JLR database.

虽然美国 1988 年贸易法规定了采用“生产要素方法”确定非市场经济国家产品的正常价值,但是该法律关于替代国选择问题的规定过于原则,实践中给主管的商务部以极大的自由裁量权。例如替代国选择中的几个关键概念和术语“可比较的经济发展水平”(Comparable Level of Economic Development)、“可比较的产品”(Comparable Merchandise)以及“重要的生产商”(Significant Producer)等在 1988 年贸易法中都没有作出明确的界定。很多年来,在替代国的选择上,商务部享有完全的自由裁量权。直到 2004 年 3 月 1 日,美国商务部进口管理局(DOC Import Administration)才发布了关于替代国选择的指导意见(Guidance),就上述几项关键术语进行了解释。^①

首先,关于经济发展水平的可比性。商务部认为,国会立法并没有要求所选择的替代国必须是与非市场经济国家经济发展水平“最具有可比性”的国家。通常商务部所选择的替代国的经济发展水平是建立在“人均国民生产总值”(Per Capita Gross National Income)的基础之上,该数据应以世界银行的年度发展报告作为依据。此外,商务部的政策办公室(The Office of Policy)还有一份潜在的非市场经济国家的替代国名单,这些国家的排名不分先后,被视为平等的替代国候选国。除了非市场经济国家本身不能作为另一个非市场经济国家的替代国以外,商务部政策办公室还排除了虽为市场经济国家,但不适合成为替代国的国家,例如古巴。

其次,关于产品的可比性。商务部认为,该问题最好采用个案分析的方法加以解决。但仍有一些共同的判断标准。首先,在任何案件中,如果制造的产品是完全相同的(Identical Merchandise),则该国就应当被视为可比产品的生产者;在生产不完全相同的产品(Alike Product,类似产品)时,则要考虑产品的物理特征(Physical Differences)以及该产品的附加值的高低。例如,如果圆型钢管为涉案产品,则长方形钢管、热轧钢板、钢丝绳、钢丝绳、钢条以及钢构件等由于都属于低附加值产品,原材料使用、能源投入和加工程序相似,因而可以被视为相似的可比产品。同样的方法

^① Import Administration Policy Bulletin, Number: 04. 1; Topic: *Non-Market Economy Surrogate Country Selection Process*, See <http://ia.ita.doc.gov/policy/bull04-1.html>.

还可以被用于判断化工产品和其他工业制品。例如裁纸机、消防器、蜡烛、铅笔、玩具、鞋类、礼品盒、折叠金属桌椅等产品。对于其他产品,如果该产品的某一要素投入较为特殊或者较为密集的情况下,例如加工的农产品或矿产品等,可比较的产品则应当被限定在较窄的范围之内,主要应当考虑产品的主要要素投入,例如能源的投入等。

再次,关于“重要的生产商”。美国商务部认为,判断“重要生产商”也应该采用个案审查的方法,而不应当设定统一的标准。商务部的判断应当考虑可比产品的世界产量和贸易量的排序情况。例如,如果世界上只有三家可比产品的生产商,那么任何具有商业意义的生产都是重要的,而周期性的生产就不具有重要性;如果有十家大型生产商和若干小型生产商,则“重要的生产商”应指十家大型生产商中的任何一家;如果除了上述生产商以外,还有若干中型生产商,则“重要生产商”应当指十家大型生产商或者中型生产商之一;当从可比产品的主要生产国无法获得充分数据的情况下,“重要生产商”应当指产品的净出口国,即使该替代国并非世界上最主要的该商品的生产国。由于判断“重要生产商”很大程度上取决于可获得的数据,因此判断某一国家是否“重要产品的生产商”的裁量权就完全由商务部行使。商务部应当向政府相关专家咨询,以便获得相关的实际数据。此外,商务部还可以从非政府组织或者相关的国际贸易或行业协会处获取相关的信息来源。

在某些情况下会出现没有一个被视为具有经济可比性的国家是“重要产品的生产国”,或者多个国家都符合两种标准,但商务部缺乏充分的数据来确定其中任何一个国家为主要的替代国。在这种情况下,商务部调查团队应该向政策办公室请求提供第二套潜在替代国的名单,然后再重新按照上述标准选择出合适的替代国。

最后,关于“考虑的数据”。如果多个国家通过了上述的选择程序,拥有最佳要素数据的国家将入选首要的替代国。即使在经济发展水平和重要生产商等问题上没有产生任何异议,数据的质量也是决定替代国选择的关键因素。如果关键的要素价格数据不充分或者无法获得,则即使候选国的经济发展水平与被调查的非市场经济国家相当,同时又是重要的生产商,也不能成为真正的替代国。

通常,商务部在选择替代国时首先会考虑经济发展水平的可比性,然后才考虑产品的可比性和是否重要的生产商。但在特殊情况下,商务部将首先考虑“可比产品的重要生产商”这一因素,其次才考虑经济发展水平的可比性问题。这种例外主要发生在产品本身比较特殊或者独一无二的情况(例如仅在个别国家生产的小龙虾^①)以及该产品的主要要素投入缺乏广泛的国际交易(例如镁的主要要素投入为电力^②)的情况之下。之所以将是否为“重要生产商”的要求放在首位,主要是为了避免选择那些主要要素投入没有交易或很少交易的情况,排除该国成为可比产品的竞争生产者的国家作为替代国。在这种情况下,商务部首先要在专家咨询和利害关系方评论的基础上确定可比产品的重要生产商的要求得到满足,然后再考虑经济的可比性要求。如果重要生产商所属国在经济发展水平上与被调查的非市场经济国家相差甚远,但从这些国家可以获得必要的要素数据,则商务部将选择那个在人均国民生产总值与被调查的非市场经济国家最接近的国家作为替代国。如果重要产品的生产国在经济发展水平上与非市场经济国家接近,而且又在候选替代国名单中,则商务部将选择拥有最佳要素数据的国家作为替代国;如果只有一个国家满足了重要生产商和相关数据上的要求,则该国将被选为替代国。

尽管“替代国方法”和“生产要素方法”都试图适用一个经济发展水平与非市场经济国家相似的市场经济国家企业的生产成本作为计算正常价值的基础,但事实上不同国家的产品成本是无法相互替代的。每个国家在生产要素上都有自己的比较优势,生产商总会尽量使用其具有优势的生产要素,从而降低产品的成本,因此从这个意义上说,将非市场经济国家产品要素的投入数据与具有不同成本结构的第三国的要素价格联系在一起,通常导致较高的倾销幅度的裁定。

① See *Freshwater Crawfish Tail Meat from the People's Republic of China: Notice of Preliminary Results of Antidumping Duty Administrative Review*, 67 FR 63877 (October 16, 2002).

② See *Notice of Preliminary Results of Antidumping Duty Administrative Review: Pure Magnesium from the Russian Federation*, 59 FR 55427 (November 7, 1994).

（三）“资本主义萌芽测试法”

二十世纪八十年代末期到九十年代初,由于冷战的结束,原社会主义国家纷纷开始进行政治和经济改革,从而进入了“转型经济”时期。由于美国国会并没有对 1988 年贸易法进行修订,美国商务部不得不考虑在其行政裁量权范围内对“替代国方法”和“生产要素方法”进行必要的调整,以适应“转型经济”国家经济改革成果的需要。九十年代初,商务部首先在针对中国出口产品的反倾销调查中采用了“资本主义萌芽测试法”(Bubble of Capitalism Approach)。在 1991 年中国输美电风扇(初裁)案中,^①中国出口商认为,中国经济中存在市场因素,尤其是中国电风扇行业完全是由市场主导的。1. 中国电风扇行业主要是私营企业或者是外商投资企业;2. 产品的大部分要素投入都是通过市场购买的;3. 中国政府并没有控制企业的产品类型或数量;4. 中国产电风扇大量出口到海外;5. 产品中的劳动力与资本要素未受政府干预,完全是市场作用的结果。因此,中国出口商要求美国商务部按照正常方法,即中国国内的市场价格或者出口第三国的价格或者产品本身的结构价格来计算其产品的正常价值,而不再使用“生产要素方法”。在初裁中,美国商务部接受了中国企业的抗辩,同时指出,如果非市场经济国家的出口商能够证明在非市场经济国家购买的各种要素投入是按照市场原则进行的,则可以以非市场经济国家的要素投入价格而非替代国价格计算正常价值。商务部在计算正常价值时对于中国生产商购自市场经济国家的原材料投入直接按照其购买价格计价,没有使用替代国价格。例如,打包的箱子既有购自市场经济国家的,又有源于中国本土的,根据“双来源者,取市场经济来源价格”的原则,采用从市场经济国家的购入价格。^②美国商务部的这一做法遭到了国内申诉方的异议,他们认为商务部的做法是将法律规定的生产要素方法与结构价格法的某些因素混淆起来了,这样无异于把中国香港、中国台湾、美国、日本等所有原材料地区或供应国当作替代国,而这些地区

① Oscillating Fans and Ceiling Fans from the Peoples Republic of China, 56 Fed. Reg. 25, 664, 25, 667 (Dep't Comm. 1991) (prelim. LTFV determination).

② 高永富、张玉卿主编:《国际反倾销法实用大全》,立信会计出版社 2001 年版。

或国家显然是不能作为替代国的。因此,商务部的做法违反了《1930年关税法》第773节(C)条的规定。但商务部认为,《1930年关税法》和国会并未明确规定非市场经济国家生产商购自市场经济国家的要素投入应如何进行计算。但是,反倾销法的目的是“尽可能精确地认定倾销幅度”,《1930年关税法》第773节(C)(4)条要求商务部在使用生产要素方法时,应“尽可能地利用一个或多个市场经济国家的生产要素价格或成本,该市场经济国家与非市场经济国家的经济发展水平相当,且是同类产品的主要生产国”。如果非市场经济国家生产商的某一要素投入价格是由市场决定的,商务部却仍使用替代国的价格计算其正常价值,就会与该条的立法宗旨相违背。在此情况下使用其实际购买的价格将会使商务部对倾销幅度的计算更精确、更公平和更可预测。因此,使用市场经济的实际价格并不有悖于《1930年关税法》第773(C)条的宗旨,相反却更合于立法原意。商务部还指出,要素的投入价格并不是替代价格;来自市场经济的投入价格是生产商在生产被调查产品时基于市场原则所支付的价格,因此使用这一价格是最符合计算正常价值的目的。

在另一起中国输美螺母案^①中,美国商务部进一步细化和限定了“资本主义萌芽测试法”。商务部将该方法与替代国方法结合起来确定中国产品的正常价值。即受市场驱动的生产要素按照其实际价值予以确定,而其他要素仍然依照替代国市场价值予以确定。一方面商务部仍对非市场经济国家存在资本主义萌芽究竟是普遍现象还是特例而犹豫不决,另一方面商务部也承认在非市场经济国家存在市场价格的情况下仍坚持使用替代国方法违反了法律应具有公平性、准确性和可预见性。^②最终,商务部认为,本案螺母生产中的两项关键要素投入——钢铁和化工原料的价格完全是市场化的,因此这两项要素的正常价值可以按照其实际支

① Chrome Plated Lug Nuts From the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 46, 153 (Dep't Comm. 1991)(final LTFV Determination).

② 商务部就其决定做了解释:就“个别要素投入方法”(资本主义萌芽测试法)而言,我们认为我们仍然关注国会不以非市场经济国家价格决定正常价值的原则立场,但与此同时,我们也承认非市场经济国家正经历向市场导向过渡的转型时期,在其整个经济结构中,确实有部分产业是按照市场规律运作的。当商务部证实上述情况存在的时候,我们相信使用该企业的实际价格是适当的。Id., at 46, 155.

付的价格计算(即根据关税法第 773(A)节的方法)。而其他生产要素投入,包括劳动力价格、能源要素(电力和水)以及土地等要素投入仍然受到国家控制,因此,商务部仍旧按照《1930 年关税法》第 773(C)节的规定采用替代国的价格数据进行计算。

这一变化表明,美国政府至少意识到了中国经济取得的巨大变化以及继续采用传统的替代国或生产要素测试法所引发的弊端。但遗憾的是,这一变化并没有成为最终的法律。原因有二:首先,这种方法将会大大增加行政主管部门调查取证的负担;其次,美国国会和生产商担心,美国反补贴法明确规定不适用于非市场经济国家,而依照“资本主义萌芽测试法”,部分企业将获得市场经济地位的承认,这些企业产品的正常价值在按照正常方法计算得出的同时又可以免受美国《反补贴法》第 303 节的反补贴调查,这必将对美国国内企业带来不利的影响。迫于压力,商务部很快就放弃了“资本主义萌芽测试法”,而采用了更加苛刻的“市场导向产业测试法”。

(四) 市场导向产业测试法

1992 年,在中国输美硫酸案^①和中国输美电风扇(终裁)案^②中,商务部采用了更为严格和苛刻的“市场导向产业测试法”(Market-Oriented Industry Approach,简称 MOI)。商务部认定,非市场经济国家的生产商如果主张其是按照市场经济运作的,就必须证明“其产品的所有价格和成本都是由市场决定的”^③。商务部依据三项要素判断是否存在“市场导向产业”: (1) 政府确实没有参与产品的产量和定价决策; (2) 整个产业属于私有或集体所有制企业; (3) 所有(而非主要)原材料和非生产资料的投入都是以市场价购买的。^④ 只有上述三个要素均得到满足的情况下,该企业才被视为是按照市场经济运作的,商务部才可以采用正常的方法确定产品的正常价值,只要有一项要素没有得到满足,商务部就仍然采取“生产要素测试法”确定产品的正常价值。在中国输美螺母案中,虽然商

① Sulfanilic Acid from the People's Republic of China, 57 Fed. Reg. 9409 (Dep't Comm. 1992) (prelim. LTFV determination).

② Chrome Plated Lug Nuts from the People's Republic of China, 57 Fed. Reg. 15,052 (Dep't Comm. 1992) (Amended final LTFV determination).

③ See Lantz, *supra* note 164, at 1048.

④ Sulfanilic, *supra* note 28, at 9,411.

务部在初裁时判断螺母的主要原料钢铁和化工产品价格是市场作用的结果,但在终裁中,商务部却认为“资本主义萌芽测试法”过于狭窄,应当将审查的范围扩大以决定中国的钢铁和化工原料是否真正由市场主导。在本案中,商务部最后认定,由于中国政府在国内钢铁产量和价格决策上起主导作用,因此本案中的钢铁价格不能被视为市场定价。

商务部在本案中特别强调判断一个非市场经济国家的某一产业是否为市场导向产业的标准在很大程度上与判断一个国家总体的市场经济地位是不同的。美国《1930年关税法》第771(18)节规定的判断国家市场经济地位的标准并不适用于检验市场导向性行业,因为该条是为评估宏观经济状况而设计,不是为检验个别行业而制定的。例如在市场经济测试的六条标准中,货币的可自由兑换与外资准入的程度均与整个宏观经济相关,但如果作为衡量行业市场导向的标准显然就不合适。对于产业而言,关键是整个产业购置的各种主要生产要素是否通过市场购买而未受到政府的限制或者干涉。但是宏观经济的市场状况在“市场导向产业测试法”下不可避免地也会发挥作用,因为在终裁中,商务部最终认定,所有要素的投入都必须是经由市场购买的。综观非市场经济国家的市场经济状况和产业之间相互联系的情况,每一产业不可能不与其他产业发生联系,某一产业产品的生产要素也不可避免地会购自其他产业。因此,“市场导向产业测试法”形式上虽是对某一产业或行业的要求,而事实上它最终还是归结到整个国家的宏观市场经济状况。从这个意义上说,如果非市场经济国家不从整体上被承认为市场经济国家,其个别行业也将无法获得美国的市场经济地位。该方法出台至今尚无一家非市场经济国家的出口企业能够通过该项测试就是证明。

“市场导向产业测试法”的出台,既遭到转型经济国家出口商的猛烈抨击,又使美国国内相关利益集团感到不满。出口商的意见主要集中于以下两点:首先,该方法过于苛刻,尤其是其中的第三个条件使得市场导向产业几乎不可能存在;其次,该测试中的“几乎所有”要素投入价格都应由市场决定的要求较为模糊,将不可避免地导致专断的结果;而美国国内相关产业也从自身利益出发对这一方法提出不满。他们认为按照这个方法,非市场经济国家在进行市场化的同时,却可以豁免美国的反补贴调

查,从而享受美国反倾销法中较低标准的损害裁定。尽管受到多方质疑,该方法目前仍然是商务部针对转型经济国家采用的主要方法。

(五) 中止协议

当下,美国商务部越来越多地使用中止协议(Suspension Agreements)来解决转型经济国家的倾销案件。即由商务部与出口商达成中止反倾销调查的协议,协议达成后,商务部与国际贸易委员会将不再作出构成倾销,存在损害和征收反倾销税的最终裁定,除非该协议被违反或未能按照计划执行。中止协议类似于欧共体反倾销法中的价格承诺,本质上是对进口产品的数量限制(通常在协议中对出口国的产品出口数量作出限制或者规定产品的最低售价)。美国《1930年关税法》第734节赋予商务部与转型经济国家签订中止协议的较大的裁量权,但商务部签订中止协议必须符合三个前提条件:(1)该协议符合公共利益。公共利益的考虑包括:中止协议对有关商品的零售价格及商品供应的影响;中止协议同征收反倾销税相比,前者是否会对美国消费者产生副作用;中止协议对美国国际经济利益的影响;中止协议对美国生产相似产品工业的影响,包括对其竞争力、就业及投资的影响等。在考虑公共利益时,商务部尚需征求会受到潜在影响的美国工业、生产相似产品的厂商和工人的意见,包括那些并未参加反倾销诉讼的厂家和工人的意见。(2)该协议将受到有效的监督。(3)该协议可以阻止由于进口而导致的美国国内产品价格的下降。^①

由于美国认为中止协议本质上与GATT所规定的数量限制无异,并且与自由贸易原则(一般取消数量限制原则)相抵触,因此传统上美国主管部门不愿意采用价格承诺的方式解决倾销案件,在针对市场经济国家的反倾销案件中,美国从未采用此方法。^②该方法成为专门针对非市场经济国家反倾销案件的一种解决方案。在实践中,中止协议的达成一般是在征收反倾销税的影响巨大、涉案贸易伙伴规模较大或者面临特殊问

^① 19 U. S. C. Section 1673c(1).

^② 美国贸易法对与市场经济国家签署中止协议规定了较非市场经济国家更加严格的条件,即首先要向国内申诉方详细说明该协议是符合法律的要求的;其次,在发布中止协议前要向利害关系方充分提供相关信息并给予其提交评论的充分的机会。See § 1673c(e)(2) and § 1673c(e)(3) of Tariff Act of 1930, 19 U. S. C(1994).

题,或者该问题在某一方面比较特殊的情况之下。^①例如在1997年美国对俄罗斯、乌克兰和中国的碳钢板反倾销案件中,商务部就分别与这些国家的出口商达成了中止协议,三国同意将其碳钢板的出口限定在一定的范围之内,并允许美国行政当局对该产品出口设定最低出口价格。^②

实践中,非市场经济国家往往愿意与进口国达成中止协议,原因在于采用这种方法至少还能保住在进口国的部分市场份额。而一旦被征收反倾销税,由于进口国对非市场经济国家在正常价值和税率上的歧视性规定,往往会导致高额反倾销税的裁定,非市场经济国家也将彻底丧失进口国市场。如果经过协商无法达成中止协议或者倾销者违反了中止协议,依据美国法律规定,行政当局可以恢复原来的反倾销调查程序,并征收或者重新征收反倾销税。

三、欧盟(欧共体)确定非市场经济国家出口产品正常价值的方法

(一) 类比国方法

1. 类比国选择的一般原则

欧盟一贯认为,非市场经济国家的出口产品价格不能准确反映市场真实的供求关系,因此,其国内销售价格不适宜用来确定正常价值,必须要选择一个实行市场经济的类比国(Analogue Country)或者参照国(Reference Country)来计算。在类比国选择的标准上,《第384/96号基础条例》较之原来的《第2423/88号条例》规定更加灵活。根据该条例第2条第7款第2段的规定,原则上,类比国的选择应当是“适当的”(appropriate)以及“以非不合理的方式选择”(shall be selected in a not unreasonable manner);同时“应当考虑任何可以获得的可靠信息以及时间限制”,“适当情况下,其同类产品同时受到欧共体反倾销调查的市场经济第三国可以被选择为类比国”。对于具体的选择标准,条例本身并未作出规定。实践中,类比国的选择标准主要是通过欧共体主管机构的案例逐渐形成的。欧共体法院也曾经对《第

① 前引 Greg Mastel 书第 14 页。

② “Commerce Department Initials Agreements Suspending the Antidumping Investigations on Carbon Steel Plate from the Russian Federation, Ukraine, and the People’s Republic of China,” U. S. Department of Commerce, Press Release, September 25, 1997.

2423/84 号基础条例》规定的替代国选择标准做出过司法解释：考虑到争议中复杂的经济问题，欧共同体主管机构在类比国的选择上享有一定的自由裁量权。此外，法院还认为，欧共同体主管机构在反倾销调查程序中无须考虑由当事人建议的每一个参照国。但是如果对选择的类比国的适当性和合理性产生疑问的时候，则主管机构应当对当事方提出的候选国建议进行深入的审查。^① 此外，欧共同体主管机构不受在初裁中选择的类比国的限制。在征收最终反倾销税时，可以选择另一个国家作为合适的类比国。同样的，在复审程序中，主管机构也可以不考虑原来反倾销调查程序中的替代国而选择其他国家作为合适的类比国。例如在实践中可能会发生原来调查程序中的类比国在复审程序中拒绝继续合作的情况，此时，主管机构完全可以考虑另行选择类比国家。^② 如果反倾销调查涉及两个或多个非市场经济国家，则类比国的选择必须分别进行。^③

2. 选择类比国的标准

由于是自由裁量的结果，欧盟主管机构选择类比国的标准往往是不确定和不稳定的。根据以往实践，在选择类比国时，下列因素起着举足轻重的作用。

(1) 类比国产品与被调查非市场经济国家产品的相同或相似性

选择类比国的一项重要标准是看非市场经济国家的出口产品与参照国的产品是否是相同或相似的。判断产品的相同 (Identical) 或相似 (Similar) 主要从产品的物理特征和用途等方面进行比较。产品间的细微差别不足以否定类比国的选择。^④ 在中国大陆和台湾地区输欧自行车反倾销案^⑤中，中国出口商认为，欧共同体选择了不合适的类比国。原因在于

① Case C-16/90 Detlef Nölle V. Hauptzollamt Bremen-Freihafen [1991] ECR I-5163.

② OJ No. L 101, 4. 5. 95, p. 38 (recital 19) — Gas-fuelled, non-refillable pocket flint lighters from P. R. China/Review.

③ OJ No. L 312, 23. 12. 95, p. 37 (recital 21) — Unwrought magnesium from Russia and Ukraine/provisional.

④ OJ No. L 312, 23. 12. 95, p. 37 (recital 20) — Unwrought magnesium from Russia and Ukraine/provisional. CF OJ No. L 169, 19. 7. 95, p. 15 (recital 150-Peroxodisulphates) from P. R. China/ provisional.

⑤ OJ No. L 58, 11. 3. 93, p. 12 (recital 20) — Bicycles from P. R. China/provisional and Taiwan /terminal.

在中国境内销售的自行车与在类比国国内市场销售的自行车不属于同类产品。但是,欧共体理事会驳回了这一请求,并认为产品的比较应当是在类比国国内销售的产品与非市场经济国家出口至欧共体市场的产品(而非在非市场经济国家境内销售的产品)之间进行比较。

(2) 类比国国内竞争水平

欧盟认为,企业间只有存在有效的竞争,其产品销售的利润才是合理的,产品价格才可以作为进行比较的可靠依据。从欧盟的实践来看,类比国国内存在一定数量的同类产品的生产者,或者类比国从国际市场进口同类产品,均是有效竞争的标志。^① 在有两个以上候选国的时候,欧盟主管机构还要比较这些候选类比国的关税水平和是否存在配额等其他方面的进口限制措施,因为关税水平较高和存在配额是缺乏竞争的一种表现。此外,如果其他国家对候选国进行贸易禁运,也通常被欧盟视为该国缺乏竞争力的证据。^② 例如,在中国输欧咪唑啉酮案中,作为类比国的印度只有一家同类产品的生产商,但欧盟委员会认为这并不影响印度市场上该产品的竞争水平,因为印度从国外进口该产品,虽然因对该产品征收较高的关税从而提高了在印度市场的价格,但在计算正常价值时只要考虑到关税因素并予以适当调整,并不影响印度作为替代国。^③ 但在特殊情况下,即使类比国缺乏有效的竞争,欧盟仍有可能选择该国作为替代国。例如在中国输欧氧化镁案中,中方指出作为类比国的土耳其对氧化镁进口实行限制,而且其国内氧化镁生产具有垄断性质,绝大多数交易属于关联交易而非正常的商业贸易,因此土耳其境内缺乏氧化镁的有效竞争。欧委会虽承认土耳其氧化镁关联交易的事实,但却认为交易中采用了招标方式并缔结了大量分合同,因此仍可认为其境内存在有效竞争。^④ 另一个例子是中国输欧双氢链霉素案。^⑤ 在该案中,在中国以外只有欧共体和日本共两家厂商生产同类产品,由于没有其他的候选国,欧共体只能以

① OJ No. L 226, 7. 9. 93, p. 3, Fluorspar from P. R. China/provisional.

② See Wolfgang Muller *EC Anti-Dumping Law — A Commentary on Regulation 384/96*. John Wiley & Sons, 1998, p. 160.

③ OJ No. L 285, 4. 11. 94, p. 1, Furazolidone from P. R. China/definitive.

④ OJ No. L 282, 26. 9. 92, p. 16, deadburned (sintered) magnesia from P. R. China/provisional.

⑤ OJ No. L 187, 13. 7. 91, p. 23 (recital 13) — dihydrostreptomycin from P. R. China/provisional.

日本作为替代国。由于日本生产商在国内市场的垄断地位,该产品在日本的售价非常高,最终欧共体采用了该产业合理的利润率以结构价格计算出该产品的正常价值。

(3) 与非市场经济国家出口产品相比,类比国同类产品向独立消费者销售的代表性

这是选择类比国的一项重要标准,该标准在多个反倾销案件中被欧共体主管机构一再强调,同时也得到了欧共体法院的司法支持。欧共体法院在诺拉(Nölle^①)一案中表明,国内市场规模大小原则上不是选择类比国的考虑因素,关键的因素是在反倾销调查期间,类比国国内是否有充分的交易量以体现销售的代表性。在本案中,斯里兰卡被欧共体选为类比国,欧共体进口商对选择该国为类比国提出异议。法院最终支持了Nölle的意见。认为,斯里兰卡漆刷的生产不具有代表性。原因是斯里兰卡漆刷的生产只占从中国出口到欧共体产量的1.2%。此外,斯里兰卡制造此类漆刷受到进口的猪鬃、生产刷柄的木料以及金属箍的限制,而中国所用原材料85%自己供给。

(4) 类比国与非市场经济国家在制造工艺或生产成本构成上的相似性

尽管欧共体主管机构在选择类比国时会考虑这一因素,但在具体执行上却十分宽松,实践中,只要参照国不产生更高的生产成本,即使两者的生产程序与工艺流程不同,也不影响其最终作为替代国。^② 如果正常价值是以类比国合作生产商的结构价格来计算的话,欧共体主管机构则要考虑该生产商是否具备合理效率的生产流程。因为欧共体认为,如果合作生产商的成本效率远低于世界市场的平均水平的话,则适用其相关信息或数据计算正常价值是不公平的。^③

(5) 获取原材料、零部件与能源条件的相似性

欧共体主管机构同样在多个反倾销案件中考虑了这一因素。行政部门的考虑也获得了欧共体法院的司法支持。在前述的Nölle一案中,法

① Case C-16/90 Detlef Nölle V. Hauptzollamt Bremen-Freihafen [1991] ECR I-5163.

② OJ No. L 104, 23. 4. 94, p. 5, Calcium metal from P. R. China and Russia/provisional.

③ OJ No. L 312, 23. 12. 95, p. 37 (recital 24) — unwrought magnesium from Russia and Ukraine/provisional.

院认为,类比国斯里兰卡在制造漆刷时必须进口大量的原材料(猪鬃、生产刷柄的木料以及金属箍等),而中国生产漆刷原料的85%则是自给自足。法院强调不应该因为中国是非市场经济国家就忽略了其在原材料方面所拥有的比较优势。

(6) 类比国生产商与欧共体主管机构的合作程度

欧共体《第384/96号条例》第2条第7款间接规定了这一考量因素(第2条第7款第2段强调了主管机构在选择类比国时应当对可获得的可靠信息给予适当的考虑)。以中国输欧香豆素案为例。本案中,除欧共体之外,只有三家生产香豆素的市场经济国家,分别为日本、印度和美国。由于日本与印度的生产商拒绝与欧盟合作,结果欧共体最终选择了美国作为类比国。主要理由是,美国与中国获取原材料的难易程度相似,该产品在美国国内的销售量与中国出口欧共体的销量具有可比性,同时,美国国内存在该产品的有效竞争。^①

除了上述选择类比国的主要参考标准之外,欧共体主管机构在个案中还会考察非市场经济国家与类比国在产品零部件使用上的相似性^②、出口市场(尤其是出口欧共体市场)的相似性^③以及该产品在非市场经济国家和类比国的用途等因素。^④

值得注意的是,欧共体在选择类比国时,通常不考虑因经济制度或经济发展水平不同而导致的产品成本的差异。因此,欧共体经常武断地将一些经济实力高于中国的发达国家作为中国的替代国。例如,在中国输欧自行车案中,欧共体认为非市场经济国家与市场经济国家在经济发展

① OJ No. L 239, 7. 10. 95, p. 14, Coumarin from P. R. China/provisional.

② OJ No. L 95, 21. 4. 93, p. 5 (recital 23) — magnetic disks from Japan, Taiwan and P. R. China/provisional.

③ OJ No. L 237, 22. 9. 93, p. 2 (recital 17) — Ferro-silicon from South Africa and P. R. China /provisional.

④ 例如在输欧硝酸铵案中,欧共体主管机构发现,该产品在被调查的非市场经济国家和欧共体境内被广泛地作为化肥使用,加拿大曾被推荐为该案的类比国,但是由于该产品在加拿大被用作其他产品的辅料,如爆破物的原材料,最后,欧共体理事会认为加拿大不是合适的替代国。See OJ No. L 129, 21. 5. 94, p. 24 (recital 21 and 22) — ammonium nitrate from Russia and Lithuania/acceptance of undertakings & from Belarus, Georgia, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan/termination.

水平方面不存在合理的令人信服的可比基础；^①而在中国输欧碳化硅案中，欧委会也拒绝了中国出口商关于对中国劳动力价格低于美国劳动力价格而进行调整的请求，重申只有源于自然比较优势的因素才可以产生此种调整，仅仅由于经济制度而造成的成本差异，不在调整之列。^②

3. 正常价值的计算方法及依据比较优势进行的调整

1996年《欧共体反倾销基础条例》第2条第7款规定了确定非市场经济国家出口产品正常价值的四种不同方法：（1）市场经济替代国的国内市场售价；（2）替代国同类产品的结构价格；（3）替代国对其他国家（包括欧盟）的出口价格；（4）如无法使用上述三种方法，则采用其他合理方法，包括在欧共体内对相似产品实际支付或者应当支付的价格，必要时对其进行适当调整以包括一个合理的利润幅度。根据该条的语义，主管机构将首先适用替代国相同或相似产品的国内销售价格，在适用该价格不可能的情况下，则可以使用替代国同类产品的结构价值。而第3和第4种方法则是作为第1、2种方法的补充方法。^③与修订前的《第2423/88号条例》相比，替代国的结构价值被置于替代国对第三国的出口价格之前。

不过究竟采用上述何种方法确定非市场经济国家出口产品的正常价值，欧共体主管机构享有一定的裁量权。这一点在欧共体法院审理的Ferchimex一案^④中得到了法院的肯定。在该案中，法院甚至裁定行政主管机构可以将上述方法结合起来适用，只要这种结合能够得出更可靠和具有代表性的结论。在本案中，加拿大被选为合适的替代国，欧共体主管机构一方面采用了氢氧化钾在加拿大的国内市场销售价格，另一方面又使用了该产品向美国市场的出口价格。之所以采用这种方法，原因在于加拿大与美国的氢氧化钾市场被视为一个统一的市场，而且该产品在加拿大的销售数量很少，因此不具有代表性。但它对根据1996年基础条例

① OJ No. L 228, 9. 9. 93, p. 1, bicycles from P. R. China/definitive.

② 高永富、张玉卿主编：《国际反倾销法》，复旦大学出版社2001年版，第272—273页。

③ 前引Müller书第165页。

④ Case T-164/94 Ferchimex SA V. Council [1995] ECR II-2681 (paragraphs 81 et seq).

调查的反倾销案件也同样具有指导意义。^①

欧共体承认类比国方法可能存在片面性,因此在选择类比国确定出口产品正常价值时,通常会考虑非市场经济国家所具备的自然比较优势,从而对正常价值作出适当调整。所谓的自然比较优势主要指获取原材料、能源及生产程序上的差异以及运输成本上的差异等。

在前面提到的 Nölle 案中,获取原材料上的差异导致欧共体法院否定了斯里兰卡作为替代国的资格。但在多数情况下,非市场经济国家与参照国获取原材料上的差异并不会导致排除该参照国成为替代国,欧共体主管机构通常会将这种差异作为非市场经济国家的比较优势,从而对正常价值作出一定的调整。例如在中国输欧咪唑酮案中,欧委会发现在类比国南非,该药品原料的获取要比在中国困难,为此,南非在生产该产品时会增加中国产品没有的成本和支出。欧委会承认这种差异是中国的一种自然优势,因此在计算正常价值时将南非的销售价格进行了下调。

同样的,在中国输欧氧化镁案中,欧委会对中国与替代国土耳其的氧化镁产品的物理差异作出调整。该案中国出口商争辩,中国镁矿的提炼加工比在土耳其更容易,欧委会同意中国生产的镁由于自然优势不发生某些成本,在确定正常价值时,对在中国不存在而在土耳其存在的“筛选”工序予以相应调整;此外,欧委会还就中国享有的天然良矿优势给予了调整:根据土耳其的实际矿石与矿渣比率,和中国出口商建议的调整幅度,将土耳其的提炼成本降低 20%,作为中国的提炼成本。^②

4. 类比国方法的程序性要求

除了在反倾销基础条例中规定了非市场经济国家出口产品正常价值的确定方法之外,该条例还就类比国的选择等问题作出了程序上的要求,其目的是从程序法上保证类比国方法适用的适当性和合理性。首先,《基础条例》第 2 条第 7 款的第 3 段要求:“在决定启动类比国的选择时应迅速通知相关当事人,并给予当事人 10 天的时间就类比国的候选国进行评论。”但是在调查程序开始后,欧委会没有义务告知当事人其将要采取的

① 前引 Müller 书第 166 页。

② OJ No. L 306, 11. 12. 93, p. 16, deadburned magnesia from P. R. China/definitive.

确定正常价值的方法。^① 如果被选出的类比国的生产商拒绝与欧委会合作,则欧委会可以依据上述规定的期限,重新选择新的类比国。而如果相关当事人对欧委会选择的类比国存有异议的话,则必须在法律规定的期限内(10天)提出其他的候选类比国。

(二) 类比国方法的例外:个别审查方法

1998年,考虑到中国与俄罗斯经济改革取得的成果,欧盟通过《第905/98号理事会条例》,对《第384/96号条例》第2条第7款进行了修订,将中国与俄罗斯从非市场经济国家的名单中撤除。但该条例并没有从整体上承认中国与俄罗斯的市场经济地位,而是将其视为“有条件的市场经济国家”,针对中俄两国转型经济的特点,有针对性地搞了一套“市场经济五条标准”^②,明确在反倾销调查中,将采取个案审查方法。中国出口企业在符合五项市场经济标准的情况下,将被赋予市场经济地位,不再使用类比国的正常价值而是按照其国内市场销售价格来确定正常价值。上述修改于1998年7月1日正式生效,适用于在该日之后发起的所有调查。此后,在2002年,越南、乌克兰以及哈萨克斯坦也被视为转型经济国家而从非市场经济国家名单中撤除。2002年,欧盟再次修改反倾销基础条例,正式承认了俄罗斯的完全市场经济地位。根据规定,认定生产企业是否满足市场经济五条标准的决定应在调查程序开始后3个月内作出,此外要听取咨询委员会意见,还可能征求欧盟产业方面的意见。

(三) 价格承诺

根据欧共体反倾销基础条例的规定,被初步认定存在倾销行为的出口商可以提出承诺[包括价格承诺(Price Undertaking)]将其出口产品的价格提高到足以消除倾销对欧共体产业造成损害的程度,如果欧共体接受了出口商的价格承诺,且该承诺符合基础条例第9条第5款的规定的情况下,则欧委会将不再对该出口商征收反倾销税。在欧共体,征收反倾销税和接受价格承诺被视为可以达到同等的效果,但由于价格承诺对出口商更为有利,因此在目前的实践中,欧盟主管机构更倾向于征收反倾销

① Case T-164/94 Ferchimex SA V. Council [1995] ECR II-2681 (paragraph 85).

② 将在第五章中进行详细分析。

税而不是接受价格承诺。不过,欧共体对特定的地区,如中东欧国家,则是优先适用价格承诺。在欧共体反倾销基础条例中,有关部门承诺的规定主要体现在《基础条例》的第 8 条。此外,《基础条例》的第 4 条第 3 款、第 6 条第 9 款、第 9 条第 5 款、第 10 条第 2 款及第 5 款也都涉及相关的内容。与《WTO 反倾销协定》(规定于第 8 条)不同的是,《第 384/96 号条例》的标题是“承诺”(Undertakings),而《WTO 反倾销协定》的第 8 条标题为“价格承诺”(Price Undertakings),这可以说明欧共体法律中规定的承诺内容不仅局限于价格上的承诺,即出口商承诺将出口产品的价格提高到一定的水平,而且还包括其他的承诺形式,例如承诺对出口产品数量作出限制。在过去的反倾销调查中,欧共体主管机构多次接受过数量限制承诺,但在当下,由于可能与 WTO 的禁止数量限制原则发生抵触,主管机构更多考虑的是价格承诺,在接受数量限制承诺问题上则非常谨慎。

《欧共体基础条例》对接受价格承诺规定了较为严格的条件: 1. 该承诺必须由出口商作出。条例本身明确规定了应由出口商自愿作出承诺,主管机构不接受进口商作出的承诺,理由是进口商可以藉此继续以倾销价格进口,而且在进口商数量特别多的情况下,对于价格承诺的监督难以实施。2. 欧委会认为价格承诺足以消除倾销造成的损害性后果。3. 欧委会对于倾销和损害已经作出了初步的肯定性裁决。4. 作出承诺的期限必须是在可进行最后陈述的期限内提出,这一期限是在征收临时反倾销税的情况下,应在征税公告后的一个月內提出;在未征税的情况下,应在欧委会规定的允许当事人最后披露的时间内提出;例外情况除外。但何为例外情况,条例没有规定,由欧委会自由裁量。5. 价格承诺应具有可行性,在某些情况下,如出口商数目过大,或者由于政策上的考虑,则对于承诺不予接受。6. 咨询委员会对此不提出反对意见,如果成员国对此有不同意见,则必须将接受价格承诺之建议提交理事会决定。7. 价格承诺能否得到有效监督,如果不能得到有效监督,则欧委会不会接受价格承诺。8. 出口商是否存在违反以前承诺的情形,如果存在,则不接受。

四、本节小结

美国与欧盟(欧共体)都采用特殊的方法确定非市场经济国家出口产

品的正常价值。原因就在于两大经济体都认为,非市场经济国家的产品价格与成本无法反映真实的市场供求关系,非市场经济国家产品价格与成本的形成并非基于获取利润的动机,而是基于宏观经济、社会因素乃至政治因素的考虑。基于此,两大经济体都认为非市场经济国家出口商的国内市场销售价格或者向第三国的出口价格不能作为确定正常价值的合适基础。

在确定非市场经济国家出口产品正常价值的方法上,美国与欧盟的国内或域内法都是建立在 GATT 第 6 条的解释性注解(即《WTO 反倾销协定第 2.7 条》)的基础上。但由于该解释性注解并没有具体规定计算非市场经济国家出口产品正常价值的方法,而是将这一问题留给国内主管机构进行自由裁量,因此,美国和欧盟在其国(域)内法中采取了既相似但又不完全相同的方法。

第一,美国和欧盟原则上都采用替代国(欧盟称类比国)的方法来确定非市场经济国家出口产品的正常价值。但是美国的替代国方法实际上有两种表现形式。其一是早期狭义上的替代国方法,即所有出口产品的投入要素与价格都要借助一个市场经济第三国(替代国)的数据进行计算;另一种方法则是目前立法规定的主要方法,即“生产要素方法”。从前文分析来看,该方法本质上也是一种替代国的方法,只是该方法在一定程度上考虑了非市场经济国家出口商提供的数据,即生产要素投入量的数据完全来自被调查的非市场经济国家出口商本身,只有每一生产要素的价格才需要使用某一市场经济第三国的数据。根据美国 1988 年贸易法的规定,“生产要素方法”应当优先于替代国方法而得到适用。虽然名称不同,但欧共体的类比国方法实际上就是美国法中的替代国方法。欧盟在立法和实践中都没有区分要素投入与产品价格,在两者的确定问题上一律采用类比国的数据进行计算。

第二,美国与欧盟在适用替代国方法时,都规定了应当适用替代国生产商的国内销售价格、向第三国的出口价格、产品的结构价格以及其他价格等四种确定非市场经济国家正常价值的方法。所不同的是,美国在四种方法中倾向于采用替代国国内市场销售价格和替代国向第三国的出口价格,结构价格则是作为上述方法无法适用的情况下的一种辅助方法,而

欧盟则将替代国产品的结构价格置于仅次于国内销售价格的地位,因此,欧盟似乎更加倾向于采用替代国的结构价格来确定非市场经济国家产品的正常价值。此外,在实践中,欧盟法院还赋予行政主管机构在选择确定正常价值时非常大的自由裁量权。欧委会可以不完全依照法律规定的顺序,甚至在特殊情况下还可以将四种方法结合起来加以适用。

第三,在替代国选择的标准问题上,欧盟主管机构似乎更倾向于进行微观(产业)的比较,即主要对替代国产品和非市场经济国家产品本身的可比性问题进行分析。例如通过行政主管机构的实践和欧盟法院的判例,替代国选择的标准主要集中在产品的物理特征、生产工艺、技术、生产规模、产品的竞争水平等因素方面,欧盟明确否认了经济制度或经济发展水平作为选择替代国的依据。此外,欧盟在一定程度上承认非市场经济国家所拥有的自然比较优势,如原材料、能源、零部件获取方面的比较优势,并且根据该优势差异对正常价值作出一定的调整甚至依此否定有关国家类比国的资格。欧盟法还对行政主管机构选择替代国的裁量权有所约束。如要求替代国的选择应当是“适当的”或“非不合理的”等。与欧盟相比,美国行政机构在替代国选择上的裁量权似乎更大一些。法律没有对选择替代国的基本原则做出要求。在选择的标准上兼顾了宏观(国家)和微观(产业)的经济指标。例如美国法要求被选择的国家应当与被调查的非市场经济国家在经济发展水平上具有相似性,具体是以世界银行公布的该国人均国民生产总值为标准;同时,在产品方面,较为强调产品物理特征的相似性以及替代国同类产品的生产规模(即“重要的生产商”)。但在实践中,替代国生产商是否与美国行政主管部门合作实际上是选择替代国的一项非常重要的标准。如果所选择的经济发展水平相似国家的生产商拒绝与美国行政主管机关合作,则美国将退而求其次,此时,经济发展水平的相似性要求就无法真正得到体现。与欧盟不同的是,美国在反倾销调查中,通常不考虑替代国同类产品的竞争水平和基于自然比较优势的差异性,也不会因为非市场经济国家在原材料、能源、劳动力等方面所具有的比较优势而对正常价值进行调整。

第四,在价格承诺方面(美国法称中止协议),美国国会赋予行政主管部门更大的自由裁量权。尤其是针对非市场经济国家,美国更倾向于采

用签订中止协议的方式结案,而对市场经济国家的出口商,美国很少会采用这一方式。原因就在于美国认为,中止协议由于大多会采用出口商自愿作出出口数量限制的承诺,因此很容易与WTO的一般取消数量限制原则发生抵触,因而可能会使美国违反其国际法义务。但是对于非市场经济国家,由于替代国方法往往导致这些国家彻底丧失美国市场,出于与非市场经济国家贸易关系和政治关系的考虑,美国国会授予行政主管部门较大的自由裁量权,中止协议既可以达到保护美国国内产业的目的,也可以在一定程度上维持非市场经济国家在美国的部分市场。

欧盟在其反倾销法中也规定了承诺方式结案。但是在实践中,欧盟很少采用数量限制的方式,而多数情况下采用的是价格承诺,即出口商自愿提高出口产品的价格。与美国不同的是,欧盟对价格承诺规定了更加严格的条件,实践中欧盟也更倾向于采用征收反倾销税而不是价格承诺的方式结案。从价格承诺方法使用的情况来看,欧盟对非市场经济国家适用价格承诺也没有明显的倾向性。

第五,二十世纪九十年代以后,美国和欧盟都注意到了原来的非市场经济国家向转型经济过渡的现象。美国率先在九十年代初在针对中国的反倾销案件中采用了“资本主义萌芽测试法”,试图承认中国个别产业的市场经济地位。但是,在美国国会和国内利益集团的压力之下,商务部很快就放弃了这一做法,转而采用了更加严苛的“市场导向产业测试法”。虽然从形式上看,美国商务部为非市场经济国家的出口企业或产业提供了申请个别市场经济地位的机会,但由于至今没有一个非市场经济国家能够通过市场导向产业的测试,因此,商务部的这一改革并没有实际的意义,实践中,非市场经济国家出口产品的正常价值仍然采用“生产要素方法”加以确定。此外,由于针对非市场经济国家的反倾销改革又与反补贴法的适用紧密相关,使得美国在这一问题上至今无法取得突破性的进展。

欧盟针对转型国家的法律改革虽然比美国要晚,但却是以法律修正案的方式确定下来的,因此它更加具有稳定性和可预期性。欧盟针对部分国家采取的“个别待遇”的改革实际上与美国商务部早期的“资本主义萌芽测试法”非常相似。正如在后文中将要分析的那样,尽管欧盟的“个别待遇”规定较为严格,但在实践中,还是有相当数量的非市场经济国家

出口商通过了市场经济五条标准的测试,从而在正常价值的计算上获得了较为公平的待遇。

第三节 对非市场经济国家出口产品 倾销幅度的确定方法

针对非市场经济国家的出口产品,美国与欧盟不仅在正常价值的计算上与市场经济国家产品不同,而且在倾销幅度的确定以及反倾销税的征收上也采取与市场经济国家截然不同的做法,即原则上采用“一国一税”制度,这意味着反倾销税一旦裁定,五年中将适用于非市场经济国家相同产品的所有出口商。一国一税制度的理论依据是:非市场经济国家的所有自然资源和生产资料都属于一个实体——国家,因此,对来自非市场经济国家的所有进口商品都认为是产自一个单一生产商,只有适用“一国一税”才能有效避免规避行为,否则,该国的出口商就会通过反倾销税率最低的那个出口商来规避反倾销税。在介绍美国与欧盟的一国一税制度之前,有必要先概要了解正常情况下倾销幅度的计算方法。

按照《WTO反倾销协定》第2.1条的规定,如果一国出口到另一国的产品的出口价格(Export Price)低于在该出口国正常贸易中用于消费的可比价格(Comparable Price),该出口产品即被视为倾销产品。这里所指的“可比价格”就是有关产品在出口国销售的正常价值,出口价格低于正常价值的差额就是倾销幅度(Dumping Margin)。

出口价格是判断倾销幅度的另一个重要因素。它一般指进口商实际支付的或者应当支付的价格。通常以交易中的商业发票金额为准。但是如果没有出口价格(如易货贸易)或者出口商与进口商存在伙伴关系或者该协议受补偿性安排,从而使该出口价格不可靠,则应使用被控倾销产品首次向独立商人转售的价格作为出口价格。

出口价格与正常价值确定之后,在对两者进行比较之前,由于出口价格与正常价值是两个不同市场的销售价格,进口国通常还要对一些影响价格的因素予以调整,从而使两者在同一贸易水平上进行公平比较。《WTO反倾销协定》要求,出口价格与正常价值必须在同一贸易环节(通

常为出厂价)和尽可能在相同时间或相近时间里的销售进行比较;此外,对于其他影响价格的因素如价格术语、税收、销售数量、物理特征等都要加以考虑。对于经过调整的出口价格与正常价值的比较,《WTO反倾销协定》规定了三种方法:(1)用加权平均的正常价值与所有可比出口交易的平均价格进行比较;(2)正常价值与出口价格以逐笔交易为基础进行比较;(3)如果出口价格因不同进口商、地区或时间差距较大,进口方可以用其所计算出的加权平均正常价值与每笔出口交易的价格进行比较。

此外,根据《WTO反倾销协定》第6.10条的规定:“作为一个规则,行政当局应对有关受调查产品的每一个已知出口商或生产商的倾销幅度作出单独裁定。如果被卷入调查的出口商、生产商、进口商的数目特别大和产品类别特别多以致不能作出此种裁定时,当局的审查可限于:或是使用有效统计抽样方法,即根据当局在抽样选择时的现有信息资料为基础,对一个合理数目的有利害关系的当事方或者生产商进行审查,或是对能合理进行调查的占有有关国家出口产品数量最大百分比的对象进行审查。”因此,按照协定的规定,倾销幅度的确定应当是以单独裁定为原则。但是,美国和欧盟对非市场经济国家的反倾销立法和实践却背离了这一基本要求,原则上对非市场经济国家所有相同产品的出口商和进口生产商征收一个单独的全国统一税率。只是在特殊情况下,一国一税原则才开始出现例外。

一、美国对非市场经济国家出口产品倾销幅度的确定方法

美国反倾销法对非市场经济国家的另一项非常不利的政策就是在对这些国家出口产品倾销幅度的计算上,对所有出口产品的生产商或出口商征收全国统一的反倾销税,除非该国的生产商能够证明其不受本国政府的控制。如果非市场经济国家的某一出口商或生产商能够证明其不受国家控制的话,美国商务部将会对其单独计算反倾销税率,即用替代国方法计算出的正常价值减去该生产商向美国市场的出口价格。这就是所谓的分别税率或单独税率(Separate Rate)。一般来说,统一的反倾销税率是最高的。而企业要求商务部根据自己的倾销幅度确定的反倾销税,往往会大大低于统一的反倾销税率。

在美国的反倾销法中,一国一税制度并不是与替代国方法同时产生的一个问题。从美国对中国产品反倾销的历史来看,从1980年美国对中国出口的薄荷醇发起第一次反倾销调查到1988年之间,商务部共对中国出口产品发起了12项反倾销调查,在实践中对上述案件中的中国企业(包括国有企业)实际上均采用分别税率原则计算产品的倾销幅度。在1988年前,由于美国国内相关产业从来没有就行政主管部门给予中国企业分别税率的做法提出疑义,商务部也就从来没有就分别税率适用的合法性问题产生过质疑。^①但从1989年的中国输美帽子案开始,美国国内生产商在相关的对华反倾销调查中开始频频就分别税率问题发起挑战,虽然在该案的最后裁定中,美国商务部仍旧维持了分别税率的裁定,^②但这直接导致了后来美国商务部重新考虑非市场经济国家倾销幅度和税率的计算问题并运用其行政裁量权对税率规则进行频繁的修改。

(一) 基本原则: 一国一税

从目前的情况来看,美国在针对非市场经济国家出口产品倾销幅度的计算问题上,将“一国一税”作为一个基本的原则,尽管在实践中并没有完全否认非市场经济国家出口产品的单独税率。

在针对市场经济国家的反倾销调查中,美国商务部一向对该国的每一个出口厂商计算单独税率。^③商务部认为,对市场经济国家企业计算单独税率的经济学依据是:私有企业的商业行为是受到赢利动机和市场

① See Priya Alagiri, “Reform, Reality, and Recognition: Reassessing U. S. Antidumping Policy Towards China,” *Law & Policy in International Business* 1995, Vol. 26, pp. 1068 - 1069.

② *Certain Headwear from the People's Republic of China*, 54 Fed. Reg. 11, 983 (Dep't Comm. 1989)(Final Admin. Determination). 在本案中,美国帽子协会(Headwear Institute of America)首次提出商务部不应当给予中国出口企业分别税率,理由是“中国政府对所有中国的贸易公司享有所有权和控制权”。如果给予中国不同企业分别税率,将会导致不同公司倾销幅度的巨大差异,而这将会使税率高的企业轻易地通过税率低企业出口从而规避较高的反倾销税。商务部对此予以否决:“国营贸易公司的分支机构已经从该国营企业中分离出来,没有证据显示分支机构向美国的出口价格是由该国营贸易公司定价或者协调的。因此,对目前独立的贸易公司分别计算税率是适当的。更何况,从以往的实践来看,即使我们将中国视为国家控制经济的国家,商务部仍然就每一个中国国有公司的出口产品计算分别税率。”

③ 19 C. F. R. § 353.20(a)(2)(ii), 353.22(c)(4)(ii)(1994), 美国1994年的《乌拉圭回合协议法》(URAA)也要求商务部应当对每一个已知的出口商单独计算其反倾销幅度。19 U. S. C. § 1677f-1(c)(1)(1994)。

供求关系驱动的,他们可以自由地根据市场需要决定生产要素的投入、产量和产品的价格。在市场经济国家,政府从不或很少行使资源分配或产品定价的决定权,因此,倾销只是企业的个别行为。^①不过,对市场经济国家的出口商计算单独税率也存在例外,那就是当被调查的出口商之间存在关联或者附属关系的时候,商务部将会考虑给这些关联或附属企业计算一个单一的加权平均税率(Collapsing Test, 折叠测试法)。其目的是为了防止出口商规避美国反倾销法的适用,即同类产品的出口商在没有发生实际成本的情况下,操纵价格或者生产以规避开应当被征收的反倾销税。在判断是否应当计算加权平均税率的时候,商务部将会考虑各种不同因素以决定操纵价格和生产发生的可能性。这些因素包括:出口商相互卷入的程度、他们之间是否存在关联交易以及一个出口商是否可以操纵或影响另一个出口商的价格或者生产决定。商务部将会重点考虑相关出口商之间是否共享领导层、是否存在共同的管理层以及是否拥有共同的所有权等。如果通过调查,商务部得出肯定性的结论,则会要求所有关联出口商提交一份合并的调查问卷。如果关联出口商不能作出充分或准确的问卷回答的情况下,商务部将会根据“最佳可得信息”(Best Information Available, 简称 BIA)来确定出口产品的倾销幅度。所谓的最佳可得信息通常就是由申诉方提供的对被调查出口商不利的信息。

因此,对于市场经济国家出口商,商务部在计算倾销幅度时的假设(Presumption)是所有的出口商都是独立的,除非有可靠的证据得出相反的结论。然而,对于非市场经济国家的出口商,商务部的假设正好相反。商务部首先假设非市场经济国家所有的出口商是相互关联的,因此,原则上应当被征收一个统一的税率。理由是非市场经济国家的出口商是在中央计划经济控制下进行生产和销售,政府直接对企业的价格和生产进行控制。国家控制的假设不可避免地得出以下结论,即政府操纵所有出口商的价格和生产,因此,可以对非市场经济国家所有生产相似产品的出口

^① Linda A. Andros, *Separate Rates in Non-market — Economies*, in the Commerce Department Speaks on International Trade and Investment 175, 192 - 83 (Practicing Law Institute 1994).

商计算一个统一的反倾销税。只有当非市场经济国家的出口商能够证明自己在法律和事实上不受政府控制的情况下,才有可能获得分别税率。笔者发现,将非市场经济国家所有出口商视为一体并计算统一税率的后果比在市场经济国家例外情况下计算关联企业的统一税率对企业更为不利。以中国为例,美国商务部将向所谓的代表中国所有出口商的政府主管部门(原外经贸部,现为中国商务部)寄送一份合并的调查问卷。中国主管部门则应当在问卷中提供所有生产相似产品的出口商并要求其对问卷进行答复。美国商务部只有在收到生产相似产品的所有中国出口商的答复之后再计算一个统一的税率,如果有任何一个出口商没有做出答复,则该问卷就被视为不完整的,美国商务部在这种情况下就可以依据最佳可得信息对倾销幅度做出裁定。在美国以往的反倾销实践中,由于中国外经贸部很难说服所有该产品的出口商对调查问卷作出答复,因此中国出口商大多数情况下被裁定基于 BIA 而作出的倾销幅度。

不过,尽管美国商务部原则上对所有的非市场经济国家实行一国一税,但在实践中却一直没有排除这些国家出口商请求分别税率的机会。与替代国方法在立法中明确规定不同的是,是否给予非市场经济国家出口商以分别税率完全在行政主管部门的裁量之下,至今缺乏国会立法的支持,因此在实践中美国商务部可以根据实际需要不断对其作出调整。这就使得“分别税率”原则适用的标准与程序始终处于一种不稳定的状态。

(二) 一国一税例外原则之一: 单独税率

如前所述,在 1988 年之前,由于没有来自国内相关产业的压力,美国商务部在实践中实际上是给予非市场经济国家出口商分别税率待遇的。即使在 1989 年的中国输美帽子案中,美国商务部也不顾其国内生产商的反对,坚持给予中国帽子出口商以分别税率,中国的国有企业也不例外。但是在两年后的中国输美锻造手工工具案^①中,美国商务部首次否认了三家中国国有公司(中国机械设备进出口公司,简称中设公司)地方分公司的分别税率待遇。在该案中,美国申诉方认为虽然这三家分公司曾经

^① *Heavy Forged Hand Tools from the People's Republic of China*, 56 Fed. Reg. 241(Dep't Comm. 1991) (Final Admin. Determination).

独立于中设公司,但由于中国政府的现有政策和机制,它们实际上没有从中设公司中真正的分离出去。最后,由于三家公司都无法提供关于其独立性的政府文件,商务部决定将这三家省级分公司视为一体,从而对三家地方国有公司征收统一的统一税率。

在1991年的中国输美铸铁案中,美国商务部正式确立了“分别税率”的衡量标准,该标准又被称为“中国公司假定”(China Inc Presumption)。在该案中,商务部具体解释了不给予中国企业分别税率的理由:“我们关于中国是一个国家控制经济,并且所有出口商的出口受政府控制的假定使得我们在中国企业缺乏法律、金融和经济独立性充分证据的情况下,不得不怀疑对中国适用不同税率的合理性。因此,我们认为在本案中适用统一税率是适当的。”^①此后,商务部又在中国输美毛巾案^②和高锰酸钾案^③中重申了“中国公司假定”标准。

1991年的中国输美烟花反倾销案是美国涉及非市场经济国家税率问题的一个重要案件。在该案中,美国商务部正式确立了在“中国公司假定”基础上给予非市场经济国家分别税率的审查标准。在烟花案中,中国企业提出他们应该得到分别税率的待遇,因为有证据表明中国的烟花企业并不存在政府控制。中国企业的证据包括:(1)每家烟花生产企业都有企业法人营业执照,表明该企业是独立经营,自负盈亏的;(2)来自官方和非官方的解释,证明政府现在已无法实施像以前那样的控制;(3)没有证据表明烟花销售商受到中央政府的控制;(4)没有证据表明出口商之间存在价格安排、市场划分、生产数量等协调行为。美国申诉方则对此提出异议,他们认为,中国是一个非市场经济国家,国家拥有企业的所有权,因此应该假定中央政府还控制着国家经济;如果给予中国烟花生产商分别税率,必须要有可核查的、说明企业不受政府控制的确凿证据。如果

- ① 本案后来上诉至美国国际贸易法院。法院支持了商务部关于“中国公司”的假定(China Inc. Presumption)并且裁定证明企业独立性的举证责任在出口商。See *Sigma Corp. V. United States*, 841 F. Supp. 1255, 1258 (Ct. Int'l Trade 1993)。
- ② *Shop Towels of Cotton from the People's Republic of China*, 56 Fed. Reg. 4040 (Dep't Comm. 1991) (Final Admin. Review)。
- ③ *Potassium Permanganate from the People's Republic of China*, 56 Fed. Reg. 19, 640 (Dep't Comm. 1991) (Final Admin. Review)。

商务部没有证明中国生产企业不受控制就给予其分别税率,中国政府就会将其他获得高税率企业的烟花统一安排通过最低税率的出口商出口;此外,申诉方还指出中国企业在提交的相关证据中,部分内容仍表明存在着国有外贸公司的地方机构的相关的国家定价和政府决策等事实,因此,中国的烟花行业仍受到中央政府的控制。

在最后的裁定中,美国商务部首次明确指出,如果中国应诉企业能够证明本企业在法律上和事实上不受政府控制,该企业将可以获得分别税率的待遇,从而正式确立了给予分别税率的标准(该标准又被称为“烟花案测试法”,Sparkler Test)。其中,判断法律上(*de jure*)不受政府控制的标准是:(1)在出口公司营业执照和出口经营权方面没有限制性规定;(2)存在政府解除对企业的中央控制的立法;(3)存在政府解除对企业的中央控制的其他措施。判断在事实上不受政府控制的标准是:(1)出口商在产品定价上是否独立于政府和其他出口商;(2)出口商是否保留出口销售的收益。在判断法律上的独立性时,商务部允许中国出口商提供中国相关的法律、法规以及企业自身足以证明其独立性的文件作为证据。而事实上的独立性主要是保证特定的出口企业确实是以独立法人的资格进行出口活动,而没有受到国有机构的控制。从“烟花案”裁定到1993年5月期间,在所有针对中国提起的反倾销调查中,凡是提出申请的中国企业都获得了分别税率的待遇,“烟花案”确立的原则和标准后在两起案件中得到了美国国际贸易法院的司法支持。^① 尽管商务部在后来的案件中又一度改变态度,裁定该标准不适用于中国的国有企业,但实际上“烟花案测试法”的基本精神并没有得到根本的改变。商务部在后来的反倾销案件中更多是从分别税率适用的技术角度对该原则加以调整。

在1993年的中国输美球墨铸铁管件反倾销案(以下简称CDIW案)^②中,美国商务部突然修改了在“烟花案”中确立的分别税率政策,裁定任何

^① Sigma Corp., 841 F. Supp. At 1266; Tianjin Mach. Import & Export Corp. V. United States, 806 F. Supp. 1008 (Ct. Int'l Trade 1992).

^② *Certain Compact Ductile Iron Waterworks Fittings and Accessories thereof from the People's Republic of China (CDIW)*. 58 Fed. Reg. 37, 908 (Dep't Comm. 1993) (Final Admin. Determination).

由中央政府所有的生产商或出口商,即使满足了烟花案中确定的标准,仍然不能获得分别税率。商务部对此的解释是:“我们现在重新考虑了烟花案中确定的政策并且决定,给予国有企业分别税率的做法是不适当的。”

在本案中,商务部将国有(State-Ownership)等同于中央政府所有(Central Government Control)。也就是说,中央政府的所有权问题成为判断是否给予特定中国出口企业分别税率的一个关键因素。美国商务部认为,本案中申请分别税率的企业是完全由中央政府所有的企业,因此“如果一个企业是由中央政府所有的,那么即使这个企业满足了烟花案中确定的标准,其出口仍然不能够完全摆脱中央政府的控制”。紧接着在中国输美弹簧垫圈案^①中,美国商务部再次对此作出政策调整,把国有企业分为中央国有企业和地方国有企业或集体所有企业,规定地方国有企业或者集体所有企业如果满足烟花案中确定的标准,仍然可以获得分别税率。商务部对此的解释是,中央政府所有的企业受到中央的“直接控制”,因此,应该对其适用统一税率;但是地方国有企业没有受到中央政府的直接控制,因此,只要其能够证明“烟花案”确定的事实上和法律上的独立性,就可以被计算分别税率。

不过,CDIW案在分别税率政策上的倒退并没有维持很长时间。在1993年的中国输美碳化硅案^②中,商务部的政策再次出现变化。在该案中,商务部承认对CDIW一案的裁定是基于对中国经济和所有权的错误理解。商务部最终认定,“国有”或者“全民所有”(Ownership by All the People)不应该构成决定企业是否可以获得分别税率的因素。商务部态度的转变与当时的中国外经贸部(MOFTEC)的据理力争有着直接的关系。在涉及“国有”或“全民所有”概念的解释上,MOFTEC做出了以下的澄清:按照中国法律,“全民所有”并不等同于中央、省或者地方政府“所有”或者“控制”公司。中国法律中的所有权概念与美国法上的概念存在区别。在中国,存在四种不同的所有权形式。它们分别是“国家所有”或

① *Certain Helical Spring Lockwashers from the People's Republic of China*. 58 Fed. Reg. 48, 833 (Dep't Comm. 1993) (Final Admin. Determination).

② *Silicon Carbide from the People's Republic of China*. 59 Fed. Reg. 22, 585 (Dep't Comm. 1993) (Final Admin. Determination).

者“全民所有”、“集体所有”、“私人所有”以及“混合所有”；最后也是最为关键的解释是，MOFTEC 强调如果一家公司是国有企业或者全民所有制企业，就意味着私人不能对该公司的财产行使控制权，而是意指该公司属于公众所有(Belongs to the Community)而且公司的雇员将负有管理公司的责任。国有或者全民所有企业也可以称为“公共公司”(Public Company)或者“公众所有的公司”(Publicly Owned Companies)。因此，国有或者全民所有不等同于中央政府所有的企业。在本案中，MOFTEC 的解释与澄清对美国商务部的决策起到了关键的作用。除此之外，商务部还参考了美国中央情报局(Central Intelligence Agency, 简称 CIA)关于中国国有企业的分析报告。该报告指出，由于正在进行的中国经济改革，中国国有企业与其他类型企业之间的界限变得日益模糊，如果说，1980 年以前中国的国有企业是由中央政府所有的，那么随着 1980 年以后在中国进行的经济改革，这种格局已经发生了深刻的变化。报告还认为，除了在名称上还保留“国有企业”以外，事实上中国的国有企业已经基本上摆脱了中央政府的控制。最终，通过调查，商务部裁定国有企业未必一定接受统一税率，如果国有企业能够在法律和事实上证明不受政府控制的话，就可以享有分别税率待遇。在该案中，商务部在原来“烟花案”确立的分别税率标准的基础上又增加了两项事实标准：一是企业是否享有独立订立合同的权利，二是企业是否享有自由作出人事管理决策的权利。最后通过对法律和事实上独立性的考察，美国商务部最终认定涉案的中国国有企业可以享有分别税率的待遇。

(三) 一国一税例外原则之二：加权平均税率

在程序上，以往非市场经济国家出口商对分别税率的申请都是通过填写和回答美国商务部设计的调查问卷 A(Section A)而进行的。目前，在美国对非市场经济国家的反倾销调查中，由于受诉企业数量众多，受资源所限，美国商务部事实上并不会对每一个出口企业都进行个别调查。在实践中，商务部往往选择部分强制应诉者(Mandatory Respondents)^①

^① 被商务部选为强制应诉者的企业数量在个案中有所不同。主要原因是不同案件中的被诉企业的数量存在巨大差异。因此，商务部在强制应诉企业的选择上具有很大的随意性。

进行单独调查,因此这些企业比较幸运地可以得到单独申请分别税率待遇的机会。被商务部选定的强制应诉者可以单独填写商务部向其发放的调查问卷,如果应诉者能够证明在法律和事实上独立于政府控制,就可以根据其提供的信息被计算分别税率。

未被商务部选为强制应诉者的出口商同样也有证明其独立于政府控制的权利。这些出口商可以通过填写调查问卷 A(问卷 A 主要是关于生产商及其生产运作的相关问题)及时作出答复并向商务部提出分别税率的请求。如果这些及时填写了调查问卷 A 并提出分别税率申请的企业能够充分证明其在法律和事实上不受政府控制,则它们将获得“问卷 A”(Section A)税率。该税率为一个加权平均税率。它是通过对强制应诉者的不同税率进行加权平均计算得出,其中排除任何为零或者可以忽略不计(指小于 2% 的税率)的税率或者完全依靠可得事实计算出来的反倾销税率(一般为最高税率)。如果出口商未能证明其独立性或者没有充分及时回答调查问卷 A 的问题或者根本就没有填写调查问卷(不应诉),则将被指定一个全国统一的税率(Countrywide Rate),该税率通常取强制应诉者中计算出来的最高税率或者是根据申诉方提出的倾销幅度确定的税率。^①

在一起针对非市场经济国家产品的反倾销调查中,由于存在三种不同计算反倾销税率(即单独税率、加权平均税率以及统一税率)的方法,因此计算出来的反倾销税率往往差距非常大。在中国输美木制家具案中,美国申诉方指控倾销的中国家具企业只有一家。但商务部抽样选择了 7 家强制应诉者并分别向其发放调查问卷。经过审查,其中 6 家企业通过了独立性测试并分别被计算了倾销税率;在申请问卷 A 税率的中国家具企业中,共有 112 家成功证明了不受政府控制而获得了问卷 A 税率,即加权平均税率;所有其他的中国家具企业(包括未通过问卷 A 测试和未应诉的企业)则被计算了一个统一税率。其中,112 家企业的加权平均税率为 6.65%,而那些既未被选为强制应诉者,又未获得加权平均税率的企业则自动根据对其不利的可得事实(Adverse Available Facts)获得了

^① See generally Daniel Ikenson, *Non-market Nonsense — U. S. Antidumping Policy toward China*, CATO Institute. From <http://www.freetrade.org>.

全国统一税率,该税率高达 198.08%。如此高的倾销幅度,实际上将这些家具企业彻底挡在了美国市场的大门之外。据向商务部提起诉讼的美国家具生产商的统计,中国大约有 3 万至 30 万潜在的家具生产商。^①这就意味着美国申诉方对一家中国企业提起的反倾销诉讼将会殃及成千上万家潜在的对美家具出口商或者生产商。

(四) 美国商务部条例的最新修订:增加了获得加权平均税率的难度

对于非市场经济国家的出口企业而言,由于被美国商务部选为强制应诉者的企业非常有限,而根据一国一税和加权平均方法计算出来的税率又存在巨大的差异,因此,非市场经济国家的出口商为了避免彻底丧失美国的市场,只有选择回答问卷 A 的问题并提出加权平均税率的申请。但是商务部在 2005 年再次修改针对非市场经济国家的反倾销税率政策,这一政策使得非市场经济国家出口商申请问卷 A(加权平均)税率的难度大大增加。

2004 年 5 月 3 日,美国商务部在《联邦公报》(Federal Register)上发布通知,邀请各方对其分别税率政策和修改方案进行评论。随后商务部收到 23 份评论(其中包括中国商务部进出口公平贸易局的三份评论),商务部最终通过了修改后的“涉及非市场经济国家反倾销调查中的分别税率和联合税率”,该修正条例已经于 2005 年 4 月 5 日正式生效。商务部在《联邦公报》中解释了修改分别税率政策的主要原因^②:首先,商务部认为按照现行规则,评估分别税率请求的行政负担(Administrative Burden)大大增加而且商务部以往给予问卷 A 税率的决定似乎过于随意。商务部承认“近年来,它收到了越来越多的问卷 A 税率的申请,而且正在进行的两个反倾销调查(中国输美木制家具案和暖水虾案)中正面临着数量异常之多的请求”。在这种情况下,“商务部缺少足够的资源对申请问卷 A 税率的企业进行逐一评估”。其次,商务部开始怀疑“现行的分别税率测试可能无法提供在事实上确定出口企业的出口活动是否受到政府控制的最有效的手段”。商务部还特别强调了其修改分别税率政策的

① 前引 Ikenson 文第 6 页。

② Department of Commerce, International Trade Administration, Request for Comments, “Separate Rates Practice in Antidumping proceedings Involving Non-market Economy Countries,” 69 FR 24119, May 3, 2004. <http://ia.ita.doc.gov/newitems.html>.

主要目的是大幅度减少申请问卷 A 税率企业的数量。但是该政策的调整不应该具有不合理、不公平和挑衅的性质。

经过修改的分别税率政策主要变化有以下两个方面：(1) 申请程序的变化。将分别税率程序从一个“问卷 A”回答程序变成一个申请程序。目的是简化分别税率的申请程序，同时又把分析集中在那些最与分别税率合格性有关的问题上。新修改的程序删除了一些流于形式的问题，题目要求更为明确。修改后的分别税率申请与审查程序大大增加了中国申请和获得分别税率的难度。例如，要求应诉企业提交验资报告等与其确定分别税率标准无关的内容和美国海关进口报关单等文件，这一要求加大了应诉企业提交证据材料的义务；另外，规定了严格的截止日期。所有分别税率的申请都应当在立案公告后 60 日内提交，商务部不考虑截止期满时仍不完整的申请（作为例外，商务部可以给予在立案公告公布后 30 日内提交申请的应诉企业补充或改进其申请的机会，前提是更正或补充申请须在 60 日截止日期之日内提交）；最后，收到商务部数量和金额问卷的公司必须回答数量和金额问卷，否则商务部将不考虑其分别税率的申请。(2) 按照过去的做法，在生产商与出口企业联合应诉的情况下，商务部通常考虑给予出口企业分别税率，而不给予单纯的生产企业，该税率一旦确定，将适用于此后向美国出口的所有涉案产品，而不管此类产品由哪个供应商提供。为了防止一些生产商通过获得最低或者较低倾销幅度的出口企业对美出口从而规避反倾销税，修改后的规则要求所有申请分别税率的应诉企业均适用捆绑税率（Combined Rates），这两类企业以他们获得的单独税率和加权平均税率继续向美国出口时，在调查期间向应诉出口商供货的生产企业也可以同样的税率向美国出口，但仅限于“在调查期间”向应诉出口商供货的生产企业。在美国商务部发布新的反倾销令后，以抵押金交纳反倾销税的企业适用同样的规定。这一规定的目的是为了防止更多关联生产企业搭便车。

二、欧盟(欧共同体)对非市场经济国家出口产品倾销幅度的确定方法

(一) 基本原则：一国一税

在正常情况下，欧盟对出口产品的每一个出口商单独计算倾销幅度

和确定反倾销税率,也就是对每个出口商出口产品的正常价值与出口价格进行比较,经过必要的调整之后得出倾销幅度。但是作为一项一般原则,欧共体在对非市场经济国家计算倾销幅度时同样是以一国一税作为基本规则,而将分别税率作为例外原则来加以处理。一国一税原则不考虑各个出口商的出口价格来计算倾销幅度,而是对所有出口该产品的出口商征收相同的反倾销税。欧共体认为,非市场经济国家的出口商即使看上去与其客户进行独立交易,但事实上由于他们不能自主确定出口产品的价格以及合同中的其他条件或条款,因此他们在与其他国家进口商的关系中只具有极其有限的独立性。^① 欧共体关于一国一税的法律依据是其《第 384/96 号基础条例》的第 9 条第 5 款^②和第 14 条第 2 款^③的相关规定。因此,从立法的规定来看,在正常情况下,欧盟主管机构应当为每个出口商单独确定倾销幅度,除非出口商状况未知、出口商拒绝与欧盟合作或者出口产品来自一个非市场经济国家。

(二) 一国一税的例外原则: 分别税率(行政裁量阶段)

欧盟关于非市场经济国家分别税率的实践也经历了一个发展和演变的过程。由最初完全属于行政主管部门根据个案的裁量逐步发展为主管机构内部掌握的统一规则直至由正式立法加以确认。

欧共体最早在中国输欧小屏幕彩电案^④中明确使用了分别税率待遇这一术语。在该案中,欧委会为所有中国出口商确定了一个统一的倾销幅度,但是有两家中日合资企业被排除在外,这两家企业在欧共体市场采

① Ivo Van Bael & Jean — Francois Bellis, *Antidumping and Other Trade Protection Laws of the EC*, CCH EUROPE Third Edition 1996, p. 141.

② 该款规定: 反倾销税在各种情况下都应当以适当的数额进行征收,并对被认定是倾销和正引起损害的任何来源的进口产品采取不歧视的原则,除非进口是来自那些根本规则的条款其价格承诺已被接受的国家。一项征收反倾销税的规则应对每一个出口商指定反倾销税;或者,如果这样做行不通,和作为在第 2 条第 7 款所指情况下的通例,应对有关的供应国规定反倾销税。

③ 该款规定: 征收临时反倾销税或最终反倾销税的规则,接受价格承诺的规则或决议,或者终止调查或诉讼的规则或决议,都应该在欧共体官方公报上公布。这些规则或决议在适当考虑保密的条件下,应特别包括在可能情况下的出口商的名称或者所涉国家的名称,产品说明,以及对与确认倾销和损害有关的重要事实和审议的概述。每个案件中已知的利害关系人都应当收到该规则或者决议的一份影印件。本款的规定在审议时应在细节上作必要的修改。

④ Small-screen color television receivers (Hong Kong, China), OJ 1991 L 195/1.

用日方母公司品牌(日立和三洋)来销售产品。欧委会经过审查,认为这两家合资企业具有高度的独立性。理由是它们在进口零部件和出口成品方面没有受到中国商会或其他机构的控制,并且在符合特定要求之后,可以自由地将利润汇出中国。而其他三家出口商属于中国音像产品出口商会,它承认对其成员的出口进行了严格控制。

在1993年的中国输美自行车案^①中,欧委会和欧共体理事会对非市场经济国家的分别待遇问题作了进一步的审查。在该案中,欧共体主管机构拒绝给予两家外商独资企业以分别税率。欧委会指出:“给予中央计划经济国家出口商以分别税率待遇只有在例外的情况下才是合适的,因为这些国家的主管部门可以引导出口商通过获得最低税率的出口商出口其产品,而不顾相关生产商的产品成本。”只有在特定出口商能够证明其销售决策独立于国家、公共机构或者国有企业控制的情况以及该自治性一直持续的情况下,才可以被计算分别税率。国家或者国家的代表在关键问题上如果对企业进行干预,则该企业就无法真正地独立运作。欧共体理事会进一步解释到,首先,欧共体理事会《第2423/88号条例》仅规定反倾销条例应明确指明被征收反倾销税的国家及其产品。给予分别税率裁决并非该条例的强制要求。只有在能够提供更加合理和有效损害救济的前提下,给予分别税率裁决才是合理的;其次,对非市场经济国家确定产品正常价值时不可能去考察不同的出口企业的生产效率或比较优势问题;此外,对于中国这样的非市场经济国家,判断一家公司是否在事实上和法律上享有独立于国家的地位是非常困难的。欧共体理事会认为,中国经济正经历着从计划经济向部分市场经济过渡的转型时期。在中国,保证市场经济有效运作所必需的法律与制度尚不健全,并且不为市场经济国家所熟知。事实上,中国政府可以在任何时候改变其就业或工资政策,国家控制着能源供应,并且可以对货币的兑换施加限制。最后,欧共体认为,对于那些宣称独立于政府而作出的商业安排真实性的判断存在极大的困难,尤其是那些已经知道可能被提起反倾销诉讼的商业安排。在中国输欧自行车案中,有一家出口企业辩称其已经转制为股份公司,其

^① Bicycles (China Taiwan), OJ 1993 L 58/12 (provisional); OJ 1993 L 228/1 (definitive).

中国家所占股份只是小部分,因此应当获得分别税率。但欧共体否定了该公司的请求,认为即使国家只拥有少数股份,但也足以对公司的管理产生重大的影响,尤其是当国家所有权与其他干预因素结合起来的时候,这种影响会更加显著。

自行车案确立的原则在后来的中国输美光盘案和相册案^①等案件中又被反复强调。通过上述反倾销实践,如果非市场经济国家的出口商申请分别税率,理论上只有提出充分证据证明以下事实的情况下才有可能获得批准:(1)该公司为独资或主要为外资控制的企业;(2)该企业可以自由确定出口价格;(3)该企业的利润可以自由转让给外国股东;(4)该企业同时在法律上和事实上享有不受国家控制的永久独立性。

在1997年的中国输欧手袋案中,欧共体再次细化了出口企业在事实和法律上独立于政府的几项具体判断标准:(1)该企业股份的大部分属于私人所有;(2)董事会及行政关键岗位不得由政府官员担任;(3)该企业对原材料的进出口享有充分的控制权;(4)在外商投资的情况下,该企业有权将其利润兑换成外币并汇出境外;(5)企业独立决定产品的价格及出口的数量;(6)企业产品在国内销售不受任何限制;(7)企业签订的涉外合同不能被主管部门撤销。^②

在《第905/98号条例》颁布前,由于不存在给予非市场经济国家分别裁决的法律标准与程序,中国出口企业若想申请分别裁决面临着极大的困难。中国企业是否能够获得分别税率的裁决完全属于欧盟行政管理机构自由裁量的范围,在裁量过程中欧盟要综合考察特定案件所包含的经济、政治及法律等因素,而且出口企业必须在调查问卷限定的时间内承担完全的举证责任。^③由于条件苛刻,加之欧共体的灵活解释,直到1997年中国输欧手袋反倾销案,没有一家中国企业被裁定单独税率。

(三) 分别税率标准的固定与法律化

1998年,考虑到中国经济改革所取得的巨大成果,欧盟不仅通过了

① OJ No. L 228, 9. 9. 93. Photo Albums from P. R. China/provisional.

② OJ No. L 278, 13. 9. 97, p. 4, Leather handbags from P. R. China.

③ Case T-170/94, Shanghai Bicycle Corp. (Group) V. Council [1997] ECR II-000 (Paragraphs 109 et. seq).

《第 905/98 号条例》，将中国与俄罗斯从非市场经济国家的名单中撤除，并相应确立了审查企业市场经济地位的五条标准，而且还在该条例附件^①中明确规定了非市场经济国家出口企业可以申请分别税率待遇，针对中国和俄罗斯的出口企业特别规定了个案处理的八条标准与程序：

(1) 大部分股权属于真正的私营公司，董事会或者关键管理职务中没有政府官员任职；由外国投资者控制的有关公司可以认为具有独立性；

(2) 公司设施用地应按照与市场经济国家可比的条件从政府部门租赁或购买(即有明确的租赁合同)；

(3) 公司有权雇用、解雇员工以及有权确定薪酬；

(4) 公司自定原材料供应和生产投入；

(5) 公司设施的提供应在明确的合同基础上予以保证；

(6) 允许利润汇出和投资资本回收(仅指外国投资情况)；

(7) 自主确定出口价格；

(8) 确保从事商业活动的自由，特别是下列各项：(A) 不得限制在国内市场的销售；(B) 不得超出明确的合同条款之外取消从事商业活动的权利；(C) 公司根据其出口市场的传统需求自主确定出口产品的数量。

这通常被称为分别税率待遇的 8 项条件。这 8 项条件实际上一直由欧盟主管机构内部使用和掌握。2000 年，欧委会在其提交的“6. 15 报告”中才将其正式完整披露。^② 但是《第 905/98 号条例》中确定的市场经济五条标准与该条例附件中确定的分别待遇的八条标准之间存在部分重叠。原本前者(主要用于判断是否应采用类比国方法确定产品正常价值)只应涉及企业的国内活动而后者(主要用于判断企业的出口产品定价或出口交易是否受到国家干预)应该涉及其出口活动。但欧盟却将两者部分地混淆了。中国政府对此作出了严厉的批评，认为它“导致了不合理的结果，即只有可达到市场经济地位要求的出口商才有可能符合分别税率待遇的要求”^③。为此，欧委会在其“6. 15 报告”中提议将分别待遇的 8 项

① Criteria on Individual Treatment, COM (97) 677 final, Op. cit.

② 参见邓德雄著：《欧盟反倾销的法律与实践》，社会科学文献出版社 2004 年版，第 61 页。

③ 参见[英] Snyder 文：《欧盟反倾销法中的单独待遇问题：从行政做法到软法再到硬法》，载于[英] Snyder、唐青阳主编：《欧盟反倾销制度与实务研究》，法律出版社 2005 年版，第 203 页。

条件进行压缩,使其集中于与企业出口有关的事项上。^① 修改后的新标准被压缩为四条:(1)企业的资金和利润能够自由汇出;(2)出口价格和数量、销售条件和条款能由企业自主决定,多数股份为真正的私人企业所拥有,董事会和关键管理岗位上的政府官员明显为少数。事先推定国有企业不能保证其不受国家的干涉,证明此假定不成立的举证责任在出口商;(3)外汇兑换按市场汇率进行;(4)如果企业获得分别税率待遇,则政府的干预不会导致规避反倾销措施。

2002年11月,欧盟理事会以立法方式对分别税率标准作出规定。《第1972/2002号理事会条例》再次对《第384/96号基础条例》进行了修订。修正案序言明确了修改条例的目的是由于基础条例中缺乏分别税率待遇的立法规定,出于透明度和法律确定性的考虑而制定分别税率的标准是适当的。^② 修正条例基本上将原欧共体委员会的“6.15报告”正式地法律化。所不同的是,“6.15报告”列出的4项条件中的“国有企业事先均假定为不能保证不受政府的干涉,证明此假定不成立的举证责任在出口商”的规定在新修正的条例中被删除,同时,原来的4项标准被分解为5项标准,它们分别是:(1)企业的资金和利润能够自由汇出(适用于外资企业或者合资企业);(2)出口价格和数量、销售条件和条款能由企业自行决定;(3)多数股份由私人持有,董事会或关键管理岗位上的政府官员明显为少数或者必须证明该企业在政府干预方面具有足够的独立性;(4)外汇兑换按市场汇率进行;(5)如企业获得分别税率,则政府的干预不会导致规避反倾销措施。

三、本节小结

美国与欧盟在对非市场经济国家出口产品倾销幅度的认定上都以

① Commission of the European Communities, Explanatory Memorandums: Review of the Anti-dumping Regime Applicable to Russia and China and a Proposal for a Council Regulation amending Council Regulation (EC) No. 384/96, in Commission of the European Communities, Proposal for a Council Regulation amending regulation (EC) No. 384/96 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of European Community (presented by the Commission), COM(2000)363 final, Brussels, 15. 6. 2000.

② Council Regulation (EC) No. 1972/2002, OJ 7. 11. 2002 L 305/1., Preamble, 7th recital.

“一国一税”作为一般原则,而将给予出口企业分别税率作为例外来加以规定。与替代国或类比国制度相比,非市场经济国家出口产品的“一国一税”及作为例外的分别税率制度显然产生时间较晚。美国和欧盟(欧共体)都是在九十年代初期才真正关注到这一问题并着手在行政实践和法律上加以解决。另外一个相似的方面是,美国与欧盟(欧共体)的分别税率制度都是首先从行政主管机构的实践开始的,行政主管机构在是否给予非市场经济国家出口商分别税率的问题上都享有宽泛的自由裁量权,从美国和欧盟的实践来看,由于分别税率的标准确定权主要掌握在行政机构的手中,而行政机构在个案中多次对该标准进行调整,这就使得该标准始终处于不稳定的状态。与确定正常价值的替代国方法相比,美国与欧共体的一国一税及分别税率例外原则更加缺乏可预见性。此外,如果说替代国制度还可以找到其存在的国际法依据(尽管该依据的充分性值得怀疑)的话,美国与欧盟的一国一税制度显然缺乏国际法的依据。《中国入世议定书》第15条并没有涉及“一国一税”问题,这表明中国政府并没有在国际法的层面上承认“一国一税”制度的合法性,更为重要的是,从《WTO反倾销协定》中也无法找到一国一税的法律依据,相反,《反倾销协定》第6.10条却明确规定:“主管机关通常应对被调查产品的每一已知出口商或生产商确定各自的倾销幅度。”笔者认为,对于该规定的合理解释应当是所有WTO的成员方,无论是市场经济或非市场经济国家,享有国际法规定的单独税率是每一个出口企业的基本权利。

综观美欧相关实践和立法的发展过程,我们仍然能够发现美国与欧盟在这一制度上存在的差异。

首先,在“一国一税”和“分别税率”政策的表现形式上,美国至今仍是行政主管机构在个案中的行政裁定作为依据,美国国会至今未以立法方式对商务部的行政实践加以确认。如果严格解释美国的国内立法,目前商务部对非市场经济国家采用的确定倾销幅度的做法是与现行立法相抵触的;与美国不同的是,欧共体早在《1994年反倾销基础条例》第9条第5款就明确规定应对非市场经济国家出口产品采用一国一税原则,之后的《第384/96号条例》在同一条款中又作了相同的规定。虽然分别税率原则作为一国一税的例外是在欧共体行政主管机构的实践中首先开始

适用的,但是它经历了一个由行政做法到软法(以欧共同体委员会内部掌握的备忘录的方式)再到硬法(以欧共同体理事会条例修正案的方式加以确定)的发展过程。^①因此,至少从形式上看,欧盟的一国一税和分别税率原则都有着明确的法律依据。

其次,美国对非市场经济国家出口企业申请分别税率设置的条件和程序比欧盟更加复杂,更易导致不公平的裁定结果。在2005年美国商务部修改分别税率政策之前,非市场经济国家的出口商根据商务部的规则可能获得三种不同的待遇:一是极少数的“幸运儿”,它们是根据商务部的随机抽样选择出来的出口企业,这些企业有幸得到单独的调查问卷并根据自己向美国市场的出口价格计算倾销幅度。通常,按照这种方法,企业得到的倾销幅度是最小的;第二种是加权平均税率,这一税率是根据强制应诉者的平均税率计算而来,虽然在计算加权平均税率时通常要去除为零或者低于2%可以忽略不计的企业的税率,但最后计算出来的倾销幅度也相对较小;而那些未能应诉或者未通过问卷A测试的出口企业只能接受一个统一的反倾销税率,该倾销幅度一般是建立在对出口企业不利的可得事实基础,即根据美国境内申诉方提供的信息计算得出的。从实践来看,在同一个反倾销案件中,统一税率往往会高出加权平均税率的几倍甚至几十倍。例如在前文讨论的中国输美木制家具案中,全国统一税率是加权平均税率的将近30倍;在中国输美汽车挡风玻璃案中,全国统一税率(124.5%)是加权平均税率(9.84%)的13倍等等。中国商务部在向美国商务部提交的评论中所作的统计表明,在所有中国输美产品的反倾销案中,中国企业获得的全国统一税率平均为112.85%,通常是加权平均税率(平均为44.15)的两倍至三倍。^②

然而,美国商务部不顾中国政府、美国进口商和其国内倡导自由贸易

-
- ① 参见[英] Snyder文:《欧盟反倾销法中的单独待遇问题:从行政做法到软法再到硬法》,载于[英] Snyder、唐青阳主编:《欧盟反倾销制度与实务研究》,法律出版社2005年版,第190—206页。
- ② Government of the People's Republic of China, Bureau of Fair Trade for Imports and Exports, Ministry of Commerce, Submission to the U. S. Department of Commerce, "Separate Rates Practice in Antidumping Proceedings Involving Non-market Economy countries," June 1, 2004, p. 5.

的学术界(如美国的卡图研究所)的压力和反对,主要基于减少其行政负担的理由最终通过了修改分别税率的政策。正如前文分析的那样,修改后的政策虽然没有完全否认给予非市场经济国家出口商分别税率的机会,但实际上大大提高了申请分别税率的难度,增加了出口商应诉的负担,该政策使得大部分非市场经济国家的出口商根本就没有机会提出分别税率的申请。实践表明,中国出口企业若要证明在法律和事实上的独立性并不困难。在过去的13年里,绝大部分申请问卷A加权平均税率的中国出口企业都能够证明其在事实上和法律上独立于政府并因此获得分别税率。统计数据表明,从1999年7月到2004年5月,代表大约50个产业的442家中国企业中,有439家成功证明不受政府干预从而获得了问卷A税率。因此,美国商务部对分别税率申请程序的新修订无疑是为中国出口产品设置新的障碍,其保护主义的意图昭然若揭。美国商务部的做法不仅引起了中国等非市场经济国家的强烈批评与反对,就连美国国内也不乏批评之声。美国卡图研究所研究员Ikenson就评论道:如果商务部认为由于申请问卷A税率的出口商过多以至于构成了主管机构的行政负担,那么商务部只需要简单地采用举证责任倒置原则就可以很容易解决这一问题。也就是说,应首先假设非市场经济国家所有的出口商都不受政府控制并享有分别税率,如果要推翻这一假设,则应由美国国内的申诉方举证证明;美国商务部的这一做法是不必要的、惩罚性的,而且明显违背了美国传统的正当程序原则。^①

与美国相比,虽然欧盟的分别税率政策与美国没有实质性差异,但是欧盟关于非市场经济国家分别税率的政策总体上是朝着有利于非市场经济国家出口商的方向发展,欧盟的法律更加具有透明度。欧盟在其反倾销基本法律中明确规定了非市场经济国家有权获得分别税率以及获得分别税率应当符合的条件。与美国商务部几乎不受限制的自由裁量权^②不同,欧盟主管机构的裁量权受到法律的制约;其次,从前文的分析可以看到,

① 前引Ikenson, *Non-market Nonsense — U. S. Antidumping Policy Toward China*, www.freetrade.org。

② 这里的“不受限制”主要指“一国一税”及分别税率例外原则缺乏国会立法的约束,但并不说明美国商务部的裁量权不会受到美国法院的司法监督或审查。本书将在第六章中详细探讨。

美国商务部在关于非市场经济国家企业是否可以获得分别税率的政策上反复无常,朝令夕改,往往使非市场经济国家的出口商难以采取针对性的应对措施;相比之下,欧盟则是审时度势,根据非市场经济国家经济转型的实际成效,稳步地推进在分别税率上的改革。因此至少从形式上看,欧盟(欧共体)分别税率的标准经历了从严格到宽松,从行政裁量到确定法律的变化过程。欧盟(欧共体)的改革更加体现了法律的确定性、相对稳定性和可预测性。比较符合非市场经济国家向转型经济国家过渡的实际状况。

再次,美国与欧盟对分别税率的审查标准不完全相同。其中,美国主要考察出口企业是否在法律和事实上独立于政府控制,其中法律上的独立性偏重于对非市场经济国家宏观法律环境的考察,审查标准较为抽象。事实上的独立性则侧重从微观层面考察企业的独立性,审查标准则比较具体。欧盟的立法并没有严格区分法律或事实上的独立性,其审查的主要因素还是与企业自身出口有关的微观行为。两者相似的审查标准包括出口企业是否可以自由确定出口产品的价格、出口企业是否可以自由订立合同或者协议(欧盟:合同中销售条件或条款是否可以由企业自行确定)、出口商是否保留出口销售的收益(欧盟:企业的资金和利润是否能够自由汇出)、出口企业是否可以自由进行人事任命(欧盟:董事会或关键管理职位上的政府官员明显为少数)等。不同的是,欧盟关于外汇兑换是否按照市场汇率进行、多数股份由私人持有、确保政府干预不会导致规避反倾销税等审查标准是美国标准中所没有的。而美国在宏观法律层面上的考察因素在欧共体法律中也没有直接的体现。

最后,尽管缺乏关于分别税率的国会立法,但从实践的结果来看,在美国商务部 2005 年分别税率政策修改之前,凡是申请分别税率的中国企业还是比较容易通过法律和事实上独立性的审查,绝大多数申请企业都获得了分别税率待遇或加权平均税率待遇。而在欧盟,虽然审查分别税率待遇的标准比较确定,但是在实践中,若想通过欧盟主管机构的单独税率审查却并非易事。以中国输欧铝铁案为例,在初裁中,共有九家未通过欧盟市场经济地位审查的中国企业继续向欧委会提出分别税率的申请。其中有四家由于没有提供足够的资料而被否定了分别税率待遇;另外,欧

委会分别以如果给予其分别税率,则政府干预的性质将会引发损害或者欺骗的风险和存在规避反倾销措施为由拒绝了另外两家企业的申请;最后,只有三家企业(锦州沈宏公司、抚顺顺康公司及锦州三达公司)因证明其出口未受国家干预,并且在法律和事实方面拥有相当程度的独立性而获得分别税率裁决,其被裁定的反倾销税率依次为 9.8%、12.7% 和 17.2%。其他未获得市场经济地位和分别税率的企业的统一反倾销税率则为 26.3%。但在终裁中,欧盟理事会发现新的重要证据表明给予这三家企业分别税率不再合理。理事会指出:经证实,在初裁公布后,中国金属、矿产、化工出口商会(简称 CCCMC)举行了一次会议,成立了中国五矿化工进出口商会钼铁产品协调组,同意对向欧盟出口的钼铁的价格和数量进行限制。理事会认为,配额在生产商间的分配明显是根据临时反倾销税水平来决定的。享有低税率的公司得到了与之不成比例的高配额,被给予市场经济地位的公司享有最低的税率(3.6%),却得到了超过其生产能力的相当于所有协作组成员产量三分之一的配额。这说明存在严重的国家干预并有规避反倾销税的危险。如果这种安排在调查的早期就被发现已经存在,那么委员会就不会给予任何涉案公司以市场经济地位或者分别税率待遇。最后,三家在初裁中获得分别税率和一家获得市场经济地位的中国企业被撤销了相应的资格,所有中国钼铁出口企业被征收了全国统一的反倾销税。^①

^① 相关分析分别参见陈力:《欧盟对华反倾销“非市场经济”问题探析》,《欧洲研究》2003年,第3期及蔡庆辉:《欧盟对华钼铁反倾销案研究》,《国际贸易问题》2005年,第4期。

第五章 美欧反倾销法之非市场经济规则二：判断非市场经济的法律标准与实证标准

第一节 判断非市场经济国家的法律标准

美国与欧盟反倾销法中的替代国与一国一税制度的根源就是被调查出口产品的原产国被视为非市场经济国家。因此,识别一国是否为非市场经济国家就变得至关重要。从经济学的意义上看,理想的市场经济应当是所有的经济因素和决策都是按照市场原则确定的。在这种理想的状态下,所有产品的价格或成本将由市场的供需来确定,不存在任何的政府干预或者补贴。然而在当今国际社会,没有一个国家的经济完全符合上述要求从而成为完美的市场经济国家,相反,每一个国家都会发现自己处于一种中间(混合)经济状态——或者是更多的市场导向,或者是较少的市场导向。^①从这个意义上来说,划分市场经济与非市场经济的标准就是看政府在市场中所起的控制或计划作用。^②从非市场经济问题的发源来看,反倾销法中的非市场经济问题并非纯粹的经济或法律问题,它掺杂了太多的政治因素。在二次世界大战结束初期,在提及非市场经济国家现象时,有关的官方文件或学术论著中都使用“国营贸易国家”(State-Trading Country)的表述,这显然源于当时苏联和东欧等国家的政府在对外贸易中所起的决定性作用,因此在1955年GATT第6条解释性注解中也使用了“出口国完全或实质性垄断贸易”以及“国家制定国内价格”

① See John H. Jackson, *The World Trading System*, 286(1989).

② 前引 Sanghan Wang 文。

等描述性的语言。随着这些国家对外贸管制的逐步放松,经济学者和政治家们又开始使用与中央计划相关的术语来描述非市场经济国家的状况。例如,“中央计划经济”国家(Centrally Planned Economies)或者“控制经济国家”(Controlled-Economy Country)(如美国 1973 年关税条例);与此同时,由于意识形态的对立,这些国家又常常被称为社会主义国家^①(Socialist Country)或共产主义国家(Communist Country);1979 年,欧共体在其修订后的反倾销条例中首次使用了非市场经济的概念,并将其正式作为一个法律问题加以规定;而美国是在《1988 年综合贸易与竞争法》中才正式使用“非市场经济”这一术语并对其进行法律上的界定。随着九十年代初期开始的东欧国家经济体制改革,那些已经摆脱完全的国家计划经济,但又没有达到西方国家市场经济标准的原非市场经济国家又经常被西方国家称为“转型经济国家”(Transit Economy Countries)。但目前,转型经济的概念也主要停留在经济和政治层面,还没有成为一个被普遍确认的法律概念。^②

一个有意思的现象是,尽管反倾销法中的替代国规则在二十世纪六十年代就已经被美国用于解决非市场经济国家产品的正常价值问题,但“非市场经济”作为一个法律概念直至 1988 年才在美国的立法中被确立下来;欧共体《1979 年反倾销条例》虽然早于美国提到了非市场经济,但是并没有对其作出定义或制定具体标准,直到 1998 年在通过《第 905/98 号条例》承认中国和俄罗斯企业的个别市场经济地位时,才列举了市场经济的相关标准。另外,从国际法的角度来看,1994 年《WTO 反倾销协定》至今仍沿用 GATT 第 6 条的解释性注解作为成员方对非市场经济国家反倾销的依据。但该条款以及《中国入世议定书》均未涉及非市场经济的定义或者标准。如果说《WTO 反倾销协定》第 2.7 条中的“国家完全或实质性垄断贸易”以及“国家确定国内价格”可以被用作对非市场经济国

① 例如斯蒂格利茨在其《经济学》(第三版)中就将社会主义国家等同于中央计划国家。他认为,“社会主义代表对市场配置资源的替代方式。……基本体系是在苏联发展起来的……在社会主义制度下,国家占有生产资料——工厂、土地,除了个人财产以外的实际上的一切。政府建立巨大的行政机构来决定生产什么和如何生产。……这一系统被称为中央计划(Central Planning)”。

② 《WTO 补贴与反补贴协议》中正式使用了转型经济的概念,但没有作出具体的解释。

家的法律定义的话,那么这个定义也早已脱离了非市场经济国家的现实——大部分国家已经成为向市场经济过渡的转型经济国家。

一、美国标准

美国在 1988 年的贸易法中明确规定了非市场经济的定义以及判断一国是否为非市场经济国家的六条标准。按照该定义,反倾销法意义上的非市场经济国家是“行政主管部门认定的任何不按照市场成本与价格体系运作,从而使产品的销售不能反映产品公平价值的国家”。美国商务部在考察某一国家是否为非市场经济国家时衡量的主要因素有:(1) 货币是否可以自由兑换;(2) 协议工资水平的范围;(3) 外国在该国境内可从事活动的范围;(4) 政府控制生产资料的程度与范围;(5) 政府控制资源与企业自主权的范围;(6) 其他行政主管部门认为合适的因素。

在这六项衡量要素中,第 2、4 和第 5 项因素是关键性因素。因为这些标准与被调查国家产品价格是否受到市场影响有着直接的联系;但是是否允许设立合资企业以及引进外资的程度似乎与产品价格是否由市场决定没有直接的关联,美国国会将这一条作为衡量因素之一的主要考虑可能是认为一国经济开放的程度直接关系到自由贸易的程度,从而决定了一国是否会对可能受到外部影响的国内价格实行保护;^①至于最后一项要素是一个开放式的条款,这条规定实际上赋予行政主管部门非常宽泛的自由裁量权,由商务部在实践中根据实际情况作出判断。从该条的规定来看,即使被调查的国家已经符合了前五项条件,但由于最后一条缺乏具体的标准,且解释权完全在商务部的掌握之中,因此也未必就能被视为市场经济国家。从以往的实践来看,商务部考察的“其他因素”不是静止不变的,而是可以根据需要随时进行调整。这些因素包括但不限于被调查国家是否制定并执行了反垄断法(关系到政府对生产资料的控制)、是否存在证券交易制度(关系到国内市场是否对外资和外国投资者开放)以及是否存在关税法和反倾销法(被认为代表了一国的对外开放程

^① 前引 Sanghan Wang 文第 635 页。

度)等。^①美国商务部在2002年和2006年分别承认俄罗斯和乌克兰市场经济地位时,还将该两国国内的腐败程度也作为一项考察因素。

美国法律对于非市场经济的定义和标准是模糊和不准确的。首先,国会并没有指明上述6条标准适用的优先顺序或权重大小,因此缺乏具体的量化标准;此外,该条设计的初衷是为了在反倾销调查确定正常价值时判断一国是否为市场经济国家,但是该条设计的部分标准显然缺乏针对性,超出了为判断正常价值目的确立非市场经济所应当采用的标准,例如它将一国外资准入程度作为判断该国是否为市场经济的标准(即使在计划经济国家也可能允许外资和中外合资企业的存在),将其他被调查国事先无法预知的“其他商务部认为合适的标准”作为判断标准等。这种模糊和不准确的标准很可能导致将一个市场经济国家认定为非市场经济国家或者反过来将一个非市场经济国家判断为市场经济国家。国会立法的模糊性和政治性还因《美国法典》第1677(18)(D)条规定的“商务部关于一国是否为市场经济国家的决定不受法院的司法审查”而得到进一步印证。

二、欧盟(欧共体)标准

与美国立法模式不同的是,欧盟反倾销基础条例并没有直接对非市场经济作出定义,也没有直接规定判断非市场经济国家的标准。欧盟对非市场经济国家的判断标准间接地规定在《第905/98号理事会条例》中,^②之所以说是间接规定,是因为该条例并非一个针对所有国家的一般性基础条例,而只是特别针对中国与俄罗斯两国市场经济地位状况的一个修正案。此外,该修正案中列举的判断市场经济地位的五条标准也不是针对被调查的国家,而是针对被调查国家的特定的出口企业。本书认为,正是由于美国与欧共体法律考察市场经济地位的对象不同(美国法针对被调查国家,欧盟法则针对被调查的外国企业),导致了两大经济体衡

^① Joseph A. Laroski, JR., NMES: A Love Story — Non-Market and Market Economy Status Under U. S. Anti-dumping law, *Law & Policy In International Business*, Vol. 30, p. 394.

^② 2002年欧盟又通过立法将越南、乌克兰和哈萨克斯坦列入此类国家的范围。

量市场经济标准的差异,其中,美国法的考察标准主要是宏观经济指标,而欧盟法的标准则偏重企业的微观经济指标。

另外值得一提的是,尽管拉脱维亚等国家与中国一样被从非市场经济国家的名单中撤除,但两者的性质有所不同。前者是直接被承认为完全的市场经济国家,而中国在总体上仍被视为非市场经济国家,只是中国的出口企业因该修正案获得了申请市场经济地位的权利。这实际上是一种有条件的市场经济。这一点也充分体现在欧盟关于修改拉脱维亚和中国市场经济地位条例的序言中(表明了修改的目的)。前者序言使用了“其国内经济正在朝着市场经济的方向进行大规模改革”的表述;而后者则是谨慎地使用了“俄罗斯和中国的改革进程基本上改变了他们的经济并且出现了受市场经济条件支配的企业”。2002年,欧盟再次通过《第1972/2002号理事会条例》,正式将俄罗斯从转型经济国家的行列中排除,将其归入完全的市场经济国家。

欧盟《第905/98号条例》规定的企业市场经济地位五条标准分别是:(1)企业所作出的有关价格、成本(如原材料、技术和劳动力成本)投入、生产、销售和投资的决定是根据市场信息,反映了市场的供求关系,并且不存在国家的实质性干预,主要投入品的成本真实地反映了市场价值;(2)企业有一套清晰的基本财务记录,它按照国际会计标准被独立地审计以及适用于所有的领域;(3)企业生产成本与财务状况没有由于以前非市场经济体制而遭受严重扭曲,特别是有关资产折旧、销账、易货贸易以及债务补偿方式进行支付等方面;(4)有关部门企业接受破产法和财产法管辖,这些法律保证了厂商生产、经营的确定的稳定性和稳定性;(5)货币兑换按照市场汇率。

第二节 判断非市场经济国家的实证标准

一、美国:波兰案(1993年)与乌克兰案(2006年)

如前所述,美国国会在其《1988年综合贸易与竞争法》第771(18)节

中规定的市场经济六条标准比较灵活,留给商务部相当大的解释和裁量空间,加之商务部关于非市场经济国家的裁定不受美国国际贸易法院的司法审查,因此该条规定与其说是法律规定,不如说是一项政治决定。^①针对非市场经济国家向转型经济转变的事实,九十年代以后,美国商务部已经允许这些国家的出口商在个案中从法律(*de jure*)和事实(*de facto*)两方面证明并申请其国家被视为市场经济国家。波兰是第一个成功争取到美国市场经济地位承认的国家,^②之后,捷克共和国与斯洛伐克(2000年初)、匈牙利(2000年)、拉脱维亚(2001年)、俄罗斯与哈萨克斯坦(2002年)、立陶宛与爱沙尼亚(2003年)以及乌克兰(2006年)先后通过美国贸易救济法的市场经济地位考察并从非市场经济国家的行列中“毕业”。^③在这些国家中,俄罗斯与乌克兰至今尚未加入世界贸易组织。与此相反,尽管中国与罗马尼亚都已成为世界贸易组织的成员并且努力争取市场经济地位,但至今无法达到美国的市场经济标准,甚至无法通过市场导向产业的测试。本书选取美国商务部在波兰与乌克兰案中对市场经济地位的审查分析,希望通过分析美国商务部对第771(18)节六项“市场经济”标准的具体诠释从中总结出一些规律性的结论。

(一) 波兰案

本书之所以以波兰为分析对象,不仅因为波兰是第一个以非市场经济国家身份加入《关税与贸易总协定》的国家,其入关议定书中首次涉及对非市场经济国家的特殊规则,而且波兰还是第一个在美国反倾销法中从非市场经济国家序列中“毕业”的国家。在1993年的波兰碳钢条案中,美国商务部确认了波兰的市场经济地位:“波兰不再是《1930年关税法》第1677(18)节意义上的非市场经济国家。虽然波兰还没有从政治和经济上完全达到融入欧共体的目标,商务部发现,与传统的非市场经济不

① See Charlene Barshefsky, Non-Market Economies in Transition and the U. S. Antidumping law: Remarks on the Need for Reevaluation, *B. U. INT'L L. J.* 373, 380(1990).

② Carbon Steel Plate from Poland (58 Fed. Reg. 37205 [9 July, 1993]). 但在本案中,经过利弊平衡,波兰最后放弃了市场经济地位。

③ See Daniel Ikenson, *Non Market Nonsense-U. S. Antidumping Policy toward China*. [http://www. freetrade. org.](http://www.freetrade.org/) & [www. ia. doc. gov/.](http://www. ia. doc. gov/)

同,波兰的国内市场对贸易和外国投资是开放的,而非封闭或受到保护的……商务部认为波兰的经济正按照市场经济的原则运作,其国内价格完全可以被用于美国反倾销法意义上计算正常价值的依据。”商务部还进一步阐明了认定波兰为市场经济国家的九条理由。^①

第一,波兰货币 zioty 可以与其他货币(包括美元)自由兑换。货币可以自由兑换往往是判断是否市场经济最具说服力的证据。但在本案中,商务部认定货币可自由兑换的标准并不高,只要在其国内可自由兑换即可,而无须外部的可自由兑换。在本案中,商务部认为考察波兰货币改革的最重要的因素是“波兰与世界的价格体系是相互联系的”。

第二,波兰工人的工资水平与工作条件建立在工会与企业的协商基础之上。依据如下:(1)波兰1989年贸易联盟法规定所有雇员具有根据其意愿建立工会的权利;(2)在波兰,工会的建立是自发的,并且独立于政府和雇主;(3)按照波兰法,贸易协议无需在政府部门登记;(4)波兰工资水平是工会、企业和工人理事会临时协商的结果。

第三,波兰长期以来都允许外国直接投资。通过考察波兰的外商投资法,商务部认为该法允许任何外国个人或组织与波兰组织组成合资企业,并且没有对外国投资数量 and 价值的限制;波兰允许外商独资企业的经营活动,并且除了在不动产、战略工业和国有企业领域的投资以外,无须在政府部门注册;外资不受外汇平衡、进口替代政策或当地成分要求的限制。

第四,按照波兰法,国有企业完全独立自主经营。在本案中,商务部认为仅仅是生产资料所有权的私有化不足以满足第771(18)节的要求,非市场经济国家还必须取消国家对生产资料的实际控制权。波兰的国有企业占其就业比例的50%以下、大约波兰国内6%的产值。商务部发现,虽然波兰小企业的私有化程度很高,但中型和大型企业私有化的步骤却很慢,而且大量的工业资源仍然由政府掌控,但是商务部认为波兰政府控制这些工业资源的目的是主要是确保其私有化有步骤稳妥地进行,从而防

^① 美国商务部对该案的详细分析参见 the Memorandum Regarding Respondent's Request for Revocation of Poland's NME Status。

止经济的动荡。因此,尽管所有权属于政府,但国有企业是独立于政府自主经营的。此外,波兰国有企业充分摆脱了传统的国家金融体制的控制,国有企业破产率的增加以及就业率的相对下降(与私营企业的比较)都是其独立性的证明。

第五,波兰政府基本上取消了对生产和消费产品的价格的控制权。在本案中,商务部发现波兰 90% 以上的生产和消费产品价格是市场价格。即使那些仍受管制的产品价格,如房租、煤气、电力、牛奶、基本医药以及公共交通价格也由于波兰政府削减消费者补贴而变得更加灵活;此外,波兰政府为了使价格与国际价格接轨,还允许通货膨胀;波兰宪法确保人民自由从事经济活动以及占有和使用财产的权利;在波兰,购买土地的唯一限制是当土地由国有企业占有或者买方超过 50% 的股权由外国人所有时必须经过政府部门的许可。商务部认同该限制是防止国有企业出现金融危机所采取的必要措施。

第六,除了武器、短缺商品以及具有潜在军事用途的商品之外,波兰不存在对出口的限制。

第七,波兰制定了反垄断法,意在打破原来的政府垄断,保证公平的竞争环境。

第八,波兰的证券交易制度对于外国投资的开放具有重要的意义。

第九,波兰的关税法与反倾销法与关贸总协定的规定相一致。尽管这并非判断市场经济的主要因素,但一国的关税法与反倾销法同样反映出该国家经济开放的程度。

(二) 乌克兰案

乌克兰是最新被美国商务部正式承认为市场经济的原非市场经济国家。2005 年 4 月 2 日,乌克兰政府向美国商务部正式提出根据美国贸易救济法(Trade Remedy Laws)审查乌克兰市场经济地位的申请。美国商务部在同月 26 日在《联邦公报》上发布通知,邀请相关利害关系方对此作出评论。^① 美国商务部共收到 19 份来自利害关系方的反驳意

^① See *Initiation of a Changed Circumstances Review of the Antidumping Duty Order on Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Ukraine*, 70 FR 21396 (April 26, 2005).

见或评论,^①同时,商务部还主动从国际货币基金组织、世界银行以及欧洲复兴开发银行等国际机构获取了相关信息,在此基础上,美国商务部对《1988年综合贸易与竞争法》第771(18)节中规定的判断市场经济的6个标准进行了综合分析,就乌克兰经济运行情况从法律规范体系和经济发展状况两个层面进行了考察,在2006年2月16日作出了“基于乌克兰碳钢条反倾销案复审下反倾销税法之目的关于乌克兰非市场经济地位的决定备忘录”^②,决定正式给予乌克兰美国贸易救济法意义上的市场经济地位,商务部在备忘录中对美国市场经济的6条标准进行了较为详细的解释并逐一作出以下认定:

(1) 关于货币可兑换程度

首先,商务部就判断市场经济的第一项标准作出解释,它认为一国是否融入世界市场取决于其本国货币的可兑换性,因为这是执行市场汇率的前提条件。就贸易和投资目的而言,货币的可兑换程度越高,国内市场价格与国际市场价格联系的供需力量就越大,汇率市场化的程度就越高。而国内市场价格与国际市场价格联系越紧密,国内价格的市场化程度就越高。

通过考察乌克兰的相关立法及经济发展状况,商务部得出以下评估结论:就贸易目的而言,乌克兰货币 hryvnia 与外国货币具有完全的可兑换性。虽然乌克兰仍然存在对资本账户交易的重大限制,但其目的是为了减少货币的易变性,而不是将货币与市场相隔离;与此同时,虽然乌克兰央行(NBU)在名义上采取本国货币与美元挂钩的政策,但实际上央行可以对其进行调整以适应市场的变化情况;乌克兰央行作为独立实体的事实也表明目前对资本账户的限制是为了防止国内资本市场受到外部变化无常局面的冲击而并非将货币与市场隔绝开来。商务部认为,虽然对资本账户的控制和央行对外汇市场的干预会影响外汇的供求关系,但

① 评论意见总共包括22条支持给予或反对给予乌克兰市场经济地位的理由,具体参见相关备忘录。

② Import Administration of U. S. Department of Commerce; *Decision Memorandum Regarding Ukraine's Status as a Non-market Economy Country for Purpose of the Antidumping Duty Law Under a Changed Circumstances Review of the Antidumping Duty Order on Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Ukraine.*

hryvnia 的可兑换性以及通过乌克兰独立的银行间市场对货币的自由定价确保了汇率在本质上是以市场为基础的。

(2) 工资水平通过劳资双方自由谈判确定的程度

本标准集中考察工资的确定方式,原因在于工资是生产成本与价格的重要组成部分,它也是一个国家总体确定价格与成本方式的重要指标。劳资双方自由协商工资反映了工资由市场决定的程度,也表明是否存在劳资双方自由地就雇佣合同条款和条件进行协议。

乌克兰的工资水平是由市场决定的。工人可以自由选择工作地点,劳动力的自由流动不受法律限制;工人可以自由组织独立于政府的工会组织;私营企业工人的工资是个别或集体协商的结果,大部分就业集中在私人产业。私营企业雇主享有选择劳动力规模和构成的自由;国营企业的工资是劳动者、雇主和政府三方协议的结果;无论私营或国营企业的工资形成机制都是由那些可以自由选择工作地点和工作类型的工人协议的结果。此外,不同产业工资水平的变化及因技术水平差异引起的变化也都说明工资是市场决定的。工资拖欠问题是过去,尤其是二十世纪九十年代危机时期的一个主要问题,但目前仅限于少数亏损的国有企业。

(3) 允许外国投资的程度

对外资开放的程度使得国内产业能够与以追逐利润最大化的外国市场主体以及由其带来的管理、生产和销售实践进行充分的竞争。它也会在一定程度上限制政府控制商业行为的范围和程度,因为外国投资者往往需要对其投资进行一定程度的自由支配。

乌克兰允许各种类型的外国投资,例如在大多数产业允许建立合营企业或者外商独资企业。外国投资者可以自由将利润和资金汇出境外并且在国有化或征收方面受到保护;虽然在法律法规方面外国投资者仍承担较多义务,但这只是转型过程中出现的现象,并不表明政府意图引导或控制投资;尽管在投资领域仍存在很多问题,但是,外国投资者对在乌克兰的投资信心正不断增强,近年来外商对乌克兰直接投资的不断增加就是证明。

(4) 政府对企业所有权或生产资料的控制程度

财产所有权对于市场经济的运行具有根本性的意义,整个经济中私

营企业存在的范围和程度往往是该国经济是否是市场导向的一项重要指标。在本标准项下,商务部主要考察两个因素:第一是企业私有化的程度,第二是土地所有权。尽管乌克兰的私有化起步较晚,加上近来在私有化进程中也曾出现骚乱,但乌克兰私有化进程在过去几年取得了迅速的发展。虽然乌克兰政府在相关产业,如煤炭生产、能源配置和国防产业仍拥有所有权或控制权,但这是因为上述产业是非赢利性的,因此对私有化主体不具有吸引力,即使在许多市场经济国家,这些产业也是由国家加以控制的,政府不希望将其私有化。此外,尽管土地证书制度尚在进行之中,乌克兰的土地私有化已经基本完成。

(5) 政府对资源配置、企业产品定价和生产数量的控制程度

经济决策的非中央化是市场经济的基石,私人或企业出于赢利目的而独立做出的投资、资源投入、产出和产品定价等决策可以确保经济资源以最有效率的方式加以配置和利用。价格则通常反映市场的需求状况和资源的相对稀有状况。政府控制生产和资源分配的重要措施表现为政府对资金的分配程度。由于银行是资金的重要分配者,国家对商业银行的控制程度就成为重要的参考因素。商务部认为,以下四个方面与本标准有关:第一是价格自由化程度;第二是负债;第三是商业银行地位;第四是个人与商业组织进行企业活动的程度。

乌克兰仍对能源和基本消费用品采取政府定价,但即使在市场经济国家也存在同样的状况。时下,乌克兰过去能源价格被严重扭曲的状况也随着能源价格的提高和现金支付的大幅度提高而有所改善。企业间欠费情况也有好转,部分传统工业(如钢铁)也由于考虑到国际市场状况而出现复苏迹象。由于上述产业大多数由私人所有,其增长并不是政府干预的结果。这些都说明投资正朝着高回报的领域流动,资源也正以市场的方式进行分配。尽管由于商业环境的困境使得乌克兰新型工业发展进程缓慢,但其服务业和食品加工业发展迅速。其他传统领域,例如煤炭仍然持续亏损,出于社会福利和稳定的考虑,仍旧受到保护。

私营银行(而非国有银行)成为乌克兰经济中资金的主要分配者。银行迅速发挥的融资的主要作用,虽然融资水平仍然较低,但是许多公司和

个人都可以进行借贷。因此,乌克兰的市场资金分配体系已经建立,尽管其体系框架还比较原始和低效。

乌克兰的破产法并不完善,但企业负债占 GDP 的比例已经迅速下降。目前企业负债主要集中在过去计划经济条件下建立起来的国有企业,这些企业目前主要承担经济萧条地区的就业责任。

商业活动的法律环境仍在转型之中,法律法规之间仍存在冲突。但乌克兰政府已经注意到这种状况,并正在着手进行改革。商业法律的复杂局面并不代表政府意图对市场进行控制,而只说明乌克兰政府缺乏构建和谐市场机制的经验。企业活动仍在蓬勃发展之中。

(6) 美国商务部考虑的其他因素

在这一要素标准下,美国商务部可以提出任何影响给予市场经济地位的其他考量因素。这些因素包括贸易自由化、法律规则以及腐败问题。

美国商务部认为,腐败是导致经济低效率(通过扭曲市场信号和增加不确定性)进而损害价格和成本可靠性的原因之一。腐败是阻碍乌克兰商业发展的严重问题,但它只是缺乏效率的一个过渡问题,并不是损害价格体系有效性的基础性问题;乌克兰的法律体系较为脆弱,例如法律缺乏透明度,法律之间存在冲突、法律适用的不统一和司法机构缺乏执法经验,易受政治压力的影响等。这与腐败和较弱的市场机制有关。这种情况并不是乌克兰所特有的问题,许多转型经济甚至市场经济国家也面临着同样的挑战,问题的关键是看法律体系是否脆弱到使市场无法发挥作用。在乌克兰的市场环境中,法律的脆弱性并不是由于国家计划或者国家控制,而是一国获得制度经验的必经过程;在贸易关系方面,乌克兰政府正在与其他成员方协商加入世界贸易组织。乌克兰政府已经与 54 个国家达成了相互赋予最惠国待遇的双边协议,它还与欧盟达成了伙伴与合作协议,除了关税同盟或自由贸易区内部成员所享有的优惠、欧盟给予发展中国家的优惠或边境优惠以外,乌克兰与欧盟相互给予最惠国待遇。

基于以上分析,美国商务部得出以下结论:乌克兰许多积极的变化都表明该国已经成为市场经济国家:第一,由于货币的可兑换性和银行

间市场的运行,乌克兰的汇率是市场化的。虽然政府仍对资本账户交易进行一定控制,央行也经常干预外汇市场以防止汇率的大起大落,但这在许多市场经济国家的中央银行也存在同样的做法;第二,工资由市场决定,一定程度上反映了劳资双方的协议程度;第三,乌克兰市场是开放的,虽然外国直接投资进入较慢,但政府致力于提升和改善商业环境并取得了积极的效果;第四,政府不再对绝大多数产品进行定价,市场决定资源分配和产量,大多数的国有企业已经完成了私有化改革,乌克兰的银行部门已经大幅度地实现了私有化;第五,乌克兰的贸易是开放的,不仅关税水平降低,而且正在进行入世谈判,进出口贸易增长迅速。因此,乌克兰的市场化程度已经达到充分的程度,美国商务部可以在反倾销调查中使用其本国价格和成本计算产品的正常价值。

二、欧盟(欧共体):非市场经济标准在对华反倾销案件中的具体适用

与美国不同的是,欧盟没有明确在立法中规定非市场经济国家获得市场经济地位的标准,而只是抽象地规定了一个国家从非市场经济地位“毕业”的理由。例如,欧共体在其《第 839/95 号条例》中以拉脱维亚、立陶宛和爱沙尼亚已经与欧盟签订了自由贸易协定,“其国内经济正在朝着市场经济的方向进行大规模改革”为由,承认了上述三国的市场经济地位。又如,《第 1972/2002 号理事会条例》也是在序言中非常简要地阐述了给予俄罗斯市场经济地位的理由是“俄罗斯在朝着确立市场经济条件方面取得了非常重大的进步”。因此在实践中,我们只能结合《第 905/98 号条例》并通过“企业”个案而非“国家”个案来考察欧盟检验市场经济地位的标准。

按照《第 905/98 号条例》的规定,市场经济的五条标准是相互独立的,而且都是申请获得市场经济地位的必要条件。因此,任何一项标准的不符都可能导致欧委会驳回企业的市场经济地位申请。但从实践来看,标准一的“国家干预”和标准二的“国际会计准则”最难为中国企业满足。下面一组数据显示了中国企业未获得市场经济地位的常见原因(表 1)。

表 1 中国出口商未获得 MET 的常见原因统计(1998—2000 年)^①

关于国家干预	
国有或大部分股份属于国家所有	10
以下方面存在国家干预	
原材料来源	5
雇员薪金	3
退税	1
通过国营代理商出口	3
采购和销售活动存在限制	1
土地所有权	5
未满足相关会计标准	
会计记录未经独立审计	7
没有按照国际会计标准	3
财务状况和生产成本被扭曲	2
会计记录和审计结果没有公开	1
会计记录不完整	1

此外,从欧盟向非市场经济国家企业发放的“市场经济地位和/或分别裁决待遇”调查问卷的相关问题来看,欧盟审查企业是否为市场经济的核心标准是该企业的所有制性质。在问卷的第一部分,欧委会即要求提供应诉企业及持有应诉企业股份的企业的所有制情况。如果应诉企业或其主要股东是国有企业,则其将很难获得市场经济地位;第二部分涉及企业的经营决策和成本情况。问卷进一步要求企业提供原材料供应商的所有制情况。通常如果原材料来自进口、私营企业或者外资企业,则被视为含有市场因素,如果来自国有企业,则往往被认为含有政府干预的成分;第二部分还要求企业详细提供:A. 生产产品所需的原料和其他成本构

^① European Union Anti-dumping Cases against China: An Overview and Future Prospects With Respect to China's World Trade Organization membership, Xiang Liu and Hylke Vandenbussche, *Journal of World Trade*, 36(6), 1125 - 1144, 2002.

成, B. 工业产权和法律要求, C. 员工聘用情况, D. 生产设施和生产, E. 销售等五方面的情况。其目的在于审查企业在采购、生产销售以及雇佣员工等方面是否享有决策权, 其主要成本的投入是否反映市场价值等要求。^①

中国输欧黄磷案^②

1999年1月15日, 欧盟发布立案通知, 正式对中国产黄磷进行反倾销调查, 涉案企业包括云南马龙化建股份有限公司、贵州金沙黄磷厂、昆明市进出口公司、南亚罗平公司、云南嵩明公司等五家出口企业。1999年4月19日, 经过实地核查, 欧盟正式公布给予云南马龙化建股份有限公司市场经济地位, 其余四家公司则未能通过欧盟市场经济地位的审查。该公司最终获得欧盟给予的市场经济地位的主要原因是: 其一, 该公司是股份制企业, 能够证明在经营管理过程中不受国家干预; 其二, 该公司是在上海公开上市的公司, 30%股份属于私人所有; 其三, 该公司财务管理非常正规和严格, 在核查中能够提供经过审计的财务报表、审计报告; 其四, 该企业在资本折旧等财务运作上, 不存在明显的非市场经济做法; 其五, 该公司在原材料购买过程中不存在政府干预。^③

中国输欧光盘盒案

1999年3月5日, 欧盟在欧共体官方公报上发布了关于启动对原产于中国的光盘盒进行反倾销调查的通知。1999年, 欧委会通过第2563/1999号条例, 决定对原产于中国的光盘盒征收临时反倾销税。三家香港公司被征收的临时反倾销税率分别为6.6%、8.3%以及10.4%。而其他中国出口商被统一征收了20.1%的反倾销税。2000年, 因申诉方的申请, 欧委会在认定不违反欧盟公共利益的情况下, 终止了对原产于中国的光盘盒的反倾销程序, 同时退回了已经征收的临时反倾销税。在本案中, 欧委会向所有已知的中国出口商寄送了关于市场经济地位和分别税率的申请表。共有四家出口商申请市场经济待遇, 另有一家申请分别税率裁

① 参见王秋:《应对“有条件市场经济地位”——详解欧盟对华反倾销案件》,《WTO经济导刊》2005年,第4期。

② Yellow Phosphorus case 2000 OJ. L77/23.

③ 参见《中国商报》1999年5月14日报道。

决。在提出市场经济待遇申请的四家出口企业中，一家因其产品不属于本次调查的范围，其申请被驳回，另一家自行撤销了申请。欧委会对余下的两家公司（公司 A 和公司 B）进行了调查。对于 A 公司而言，它是一家位于香港的光盘盒出口商，负责对光盘盒的生产管理、市场营销、原材料的选购以及机器的制造等。该公司在内地设有生产基地，生产根据其内部安排进行。欧委会认为，A 公司在中国内地的生产商不具有中国法意义上的独立法人资格，它无权从事在中国内地的产品销售，只有出口所有产品的义务。此外，它不具备独立的审查账目，其所有账目都被合并至其母公司的账目中。因此，欧委会认为，A 公司在内地的生产厂不具备基础条例第 2 条第 7 款 B 项的市场经济条件；在本案中，B 公司也是总部设在香港的光盘盒出口商，它在内地设有两家工厂（a 工厂和 b 工厂），欧委会经过调查认为，香港母公司负责相关的生产管理和销售，a 工厂是一家由 B 公司独资的中国法人（有限责任公司），其所有的决策，包括价格、投入产量、科研、生产销售以及投资等都由香港的母公司做出，没有来自中国政府的任何干涉。此外，该公司拥有一套符合国际会计标准的独立的会计账册，这家公司的运作没有受到传统计划经济的影响，由于是中国法人，它受到中国破产法和财产法的调整。最后 a 工厂的市场经济地位得到了欧委会的认可。反之，由于 b 工厂的情况和 A 公司在内地工厂的情况非常相似而被否决了市场经济地位。

中国输欧铝铁案

2000 年 11 月 9 日，欧共体委员会对原产于中国的铝铁发起反倾销调查。在初裁阶段，共有 10 家出口商向欧委会提出市场经济待遇的申请。其中四家公司因提交的问卷不完全，未包含足以支持其申请的足够的信息和证据，尤其是未提供审计报告、财务报表以及有关部门购置价值和主要固定资产的账面现值的信息而被拒绝市场经济待遇；对于其余六家厂商，欧委会进行了实地核查：三家出口商存在显著的国家干预，5 家生产商不能证明他们各自按照国际标准审计的一套清晰的基本账目。有三家公司被发现存在一定程度的资产不实和从先前的非市场经济体系延续下来的扭曲，特别是其中的一家公司还存在易货交易的情况。

最后,只有南京新资源公司通过了欧盟市场经济地位的考察。^①

通过对上述三起典型案例和其他案件的考察可以看到,欧委会在考察中国企业市场经济地位申请时,第一、第二和第三项标准最为重要。而由于第四项、第五项标准与企业自身行为没有关系,主要涉及国家的宏观货币政策和与市场相关的法律法规,因此在实践中中国企业普遍被认为符合这两项标准。

企业的所有制形式是欧委会衡量企业市场经济地位的一项重要因素。具有中国法人资格的外商独资企业较为容易获得市场经济地位的认定和分别税率的裁决是一个比较普遍的现象;对于国有企业,则关键看它是否完成了转制并实行了股份制。首先,中国企业国有股所占的比例在一些案件中具有重要的意义,通常国有股比例越小,就越容易获得市场经济地位。例如在“草甘膦”一案中,虽然企业的大部分股份属于私人,但是由于非国有股比较分散,国家仍是该公司最大的股东,因此,欧委会拒绝给予其市场经济地位。在2001年的节能灯案中,上海飞利浦亚明公司因外资所占股份为60%,国有资本比例为40%而最终获得了市场经济地位。其次,除了国有股比例以外,股份的流动方式和企业形式也起着举足轻重的影响。例如在前述的黄磷案中,尽管云南马龙化建公司国有股比例占到30%,但由于成功转制为股份制企业并向欧委会证明了国家并不对公司具体生产经营活动进行干预,^②同时在上海证交所成功上市,因而最终获得了市场经济地位。而在2003年的“糠醛案”^③中,一家中国企业由于在国有转制的过程中无法提供国有股份按照市场价格流通并自由转让的证明,其市场经济地位的申请被欧委会驳回。第三,企业董事会成员的组成也是考察该企业是否受政府干预的一个重要因素。例如在黄磷案中,马龙公司指明其有关经营管理的一切都由董事会作出,而该公司的董

① 在终裁中,由于中国五矿商会成立了钨铁产品协调组,就向欧盟出口的钨铁的价格和数量进行限制,并在出口企业中进行了配额分配,被理事会认定存在严重的国家干预并可能导致规避反倾销税的危险,最终,南京新资源公司的市场经济地位被撤销。

② 该公司以中国关于国有资产投资、管理和重组的法律法规论证了国有资产管理局仅对生产进行管理确保资产的有效使用以达到增值的目的,而不是通过这一方式直接干涉公司的经营管理。因此中国企业的所有权和经营权是分离的。

③ Furfury Alcohol case, 2003 OJ. L 114/16.

事会成员里并没有国有资产管理局派出的官员而得到欧委会的认可,而在 2003 年的中国输欧聚酯切片案中,欧委会指出申请市场经济待遇的 YH 公司不仅是一家国有企业(94.6%的股份归国有资产管理公司所有,其余 5.4%的股份归当地的一家国有公司所有)且不能证明其经营不受政府干预,而且董事会成员全部由作为国有公司的 5 家股东制定,因此,被否决了市场经济地位。

在反倾销调查中,独立的、可靠的和经得起查证的会计账册是唯一验证生产商提供信息准确性的证据。所有涉案企业,不管是来自市场经济国家还是非市场经济国家,都应当提供会计簿册。^①目前,会计账簿不全、未经审计、未按国际会计标准进行记账、企业没有独立账簿、财务状况不清,是我国普遍存在的问题。^②

欧盟在审查中将集中考察企业是否有一套清晰的会计账簿,该会计账簿根据国际会计标准记账并进行审计;而且该会计账簿适用于所有的场合,也就是说,不应该为了应付税务部门或其他目的而备有另一本账簿。如果企业财务制度不完善,记账方法和会计处理原则不符合国际会计标准,^③没有审计报告或会计师在审计报告中作出不利评注或作出重大保留,将无法获得欧共体确认市场经济地位。例如,在 2003 年奥古曼胶合板反倾销案中,欧委会分别赴安徽和浙江两家公司进行实地核查,经反复核对发票、凭证、明细分类账、总账和报表,办案人员认为上述两家公司记账严格清晰,财产的来源清楚,折旧摊销规范,财务入账走账明了,最后给予两家公司市场经济地位,其中一家公司基于此获得了全国最低税。^④反之在 2003 年的糠醛案中,四家申请市场经济地位的中国企业都向欧委会提交了审计报告,但都没能符合第二条标准。其中,山西某公司的审计报告显示,在该公司 1998 年的账目中,无形资产科目出现错误增

① 张新娟:《欧盟反倾销法非市场经济规则研究》,《法学家》2003 年,第 6 期第 149 页。

② 国家经贸委反倾销反补贴办公室主编:《反倾销反补贴保障措施与实务》,中国经济出版社 2002 年版,第 279 页。

③ 国际会计标准(International Accounting Standard,简称 IAS)是国际会计准则委员会(IASC)规范各类会计记录的准则,共由 40 个国际会计准则文件组成。IAS 是欧委会判断中国企业会计记录是否规范的主要依据。

④ 前引王林文。

加,该错误在后来年度审表中均未做账务调整;河南某公司的审计报告显示,审计师调整了公司 2000 年和 2001 年的利润幅度,其后,公司为不同目的分别使用了调整和未调整的数字;在山东某公司的审计报告中,审计师也作了保留。审计师注意到该公司以前年度利润超分,并且在缺少相关决议的情况下增加了利润,该公司审计出的账目问题在后来年度也未做账务调整;另一家山东公司称公司的部分股权通过债务抵销的方式转让给某公司,但是,在该公司的账上并未显示出债务抵销。(见表 2)

表 2

公 司	标 准				
	标准 1	标准 2	标准 3	标准 4	标准 5
1	未满足	未满足	满足	满足	满足
2	未满足	未满足	满足	满足	满足
3	满足	未满足	满足	满足	满足
4	满足	未满足	可能满足	满足	满足

(资料来源:中国出口商对调查问卷作出的有效答复)。

欧委会审核的第三个重要标准是看企业的生产成本和财务状况是否因非市场经济制度的影响而受到严重扭曲。如果企业的生产成本,如原材料、生产用地、能源、劳务等要素受到政府的影响,那么其产品的价格就不能反映出真实的供求关系。在审查时,欧委会着重考察几方面的因素:其一,企业资产评估方法,尤其是设备折旧等支出是否受到扭曲。例如在前述钼铁案中,欧委会否决三家中国公司市场经济地位的理由之一,就是资产评估的任意性以及存在一定程度的资产不实,还受到从原来非市场经济延续下来的扭曲等情况。其二,是否存在易货贸易。欧盟禁止被调查企业参与易货贸易,认为这种交易方式会妨碍产品正常价值的计算。例如在 2000 年的中厚钢板案^①中,六家中国企业因存在易货贸易等原因

^① Non Alloy Steel Case, 2000 OJ L 036/5.

被认定存在重大市场干预。此外,在铝铁案中,欧委会也以相同的理由否决了一家企业的市场经济地位。其三,企业原材料是否受到计划经济的影响。如果企业的原材料不能通过市场购买,而是由政府统一调配,则被视为对生产成本的扭曲。例如在 2001 年乌克兰输欧尿素案中,由于乌克兰政府对尿素的主要原材料之一的天然气限制了价格,并且对当地农业部门的化肥生产商提供廉价的原料而被否定了市场经济地位。

从欧盟的实践来看,企业是否完成改制并实行了股份制以及是否具备一套符合国际会计标准的清晰的财务记录是欧盟考察的重点。而这两条标准,尤其是后一条标准完全可以通过企业自身的努力而达到,它们与企业的管理水平,特别是财务制度密切相关。而中国尽管尚未实现人民币汇率的完全自由兑换,但实践中欧盟几乎从未以此为由拒绝中国企业的申请。由于汇率的自由兑换是一个体制性的问题,因此,欧盟在诸多案件中的裁定实际上认可中国目前的汇率制度已经符合了欧共体要求汇率遵从市场的要求。

第三节 本章小结

美国与欧盟在相关立法中都对反倾销法意义上的市场经济标准作出明确规定,这使得“非市场经济”已经不再是一个完全抽象的经济或政治概念,相关国家政府或企业在争取市场经济地位时至少获得了可以参照的标准和依据。美国与欧盟对市场经济标准的法律规定主要是根据其反倾销中影响公平贸易的因素而归纳的,具有较强的针对性。虽然美国与欧盟提出的市场经济标准存在一定的区别,例如,美国标准针对的是国家的整体市场经济地位,而欧盟标准则针对企业或行业的市场经济地位。而且美国、欧盟标准从表述上看也不完全重合。但这种区别只是表面上的,就其内容而言,涉及的问题是相同或者相似的,实质上是一样的,这些标准构成了一个体系。^①此外,从美国标准来看,由于缺乏量化的标准和详细的程序规则,美国商务部在依据关税法第 771(18)节判断一个国家

^① 参见《2003 年中国市场经济发展报告》电子版, www.china.org.cn。

是否从非市场经济国家转化为市场经济国家的衡量标准仍然是极具弹性的,从波兰案和乌克兰案中我们也难以判断出商务部在衡量各项标准时的主次与轻重。上述六项标准的判断完全在商务部的裁量范围之内,正如美国商务部在乌克兰案中所承认的:“美国贸易法只规定了衡量市场经济地位的6条标准,但是没有规定该6条标准的权重与适用顺序,商务部只需考虑将特定的事实与法律标准结合起来并证明该国经济在总体上是按照市场原则运行即可。”^①笔者通过比较发现,在实践中,无论是美国或欧盟都有逐步对“法律标准”作扩大解释的迹象。例如,“美国标准”的最后一项是一条开放式的标准,商务部对该条的解释由波兰案中考察该国是否存在证券法、反垄断法以及关税和反倾销法到俄罗斯和乌克兰案中考察该国的贸易自由化程度(市场准入等)、法律制度的完善程度以及存在的腐败问题等;欧盟在实践中对企业市场经济地位的判断也存在类似倾向。例如,在2004年欧盟委员会发布的《中国:贸易保护调查中的市场经济地位》的初步评估报告^②在原来市场经济的5条标准之外又增加了对中国知识产权保护和金融部门市场化方面的考察;欧盟委员会在中国输欧皮鞋反倾销案中也指责中国相关皮鞋企业存在低价融资(Cheap Finance)、税收减免(Tax Holidays)、非市场化土地租金(Non-Market Land Rents)等变相政府补贴行为,并以此作为拒绝给予中国企业市场经济地位的依据。^③不过这种灵活标准的影响对于力争摆脱非市场经济的国家而言未必全是负面的。因为世界上不存在一个百分之百标准的市场化国家,只有市场化程度的相对比较及排序才是有意义的。那些仍然被视为非市场经济的国家完全可以利用该规定而请求必要的弹性,量化限制在理论和实践中不仅难以做到,而且有时反而会导致武断的结论。

最后,通过对乌克兰案的实证考察,笔者发现,尽管从2006年2月1日起,美国商务部将在对乌克兰的反倾销案中采用乌克兰国内的产品价

① 参见前引美国商务部关于承认乌克兰市场经济地位的备忘录。

② *China-Market Economy Status in Trade Defense Investigation*, Brussels, http://europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/countries/china/pr280654_en.htm. June 28, 2004.

③ See *Commission Adopts Provisional Antidumping Measures on Some Chinese and Vietnamese Leather Shoes*, http://europa.eu.int/comm/trade/issues/respectrules/anti-dumping/pr230306_en.htm.

格与成本计算出口产品的正常价值,但是,由于美国商务部仍然对乌克兰市场化发展与持续性表示疑虑,因此,商务部在其备忘录中增加了附加条件:即如果商务部认为不合适或不合理的情况下,仍然可以不采用乌克兰国内的产品成本与价格计算正常价值。也就是说,当产品价格不是在正常贸易过程中形成的,产品成本不是依据公认的会计准则计算得出的、产品成本不能合理反映出生产与销售的过程或者存在其他法律或商务部法规规定的情况的,美国商务部仍然可以采用替代方法确定乌克兰出口产品的正常价值,这一做法将适用于今后对乌克兰产品反倾销的所有行政调查和复审程序。从这个意义上说,即使一个国家从美国的非市场经济序列中“毕业”,也不是一劳永逸的,美国商务部还会随时“监督”该国市场化的进程,并根据实际情况决定计算正常价值的方法。

第六章 美欧法院对反倾销法之非市场 经济规则的司法审查

第一节 美国法院对反倾销 案件的司法审查

自反倾销法诞生以来,主权国家行使反倾销调查与裁定的权利就被赋予了各国的行政机构。行政机关的权力来源于法律,行政机关也只能享有法律赋予的权力。为了保证行政权力能够在法律的框架下行使,防止行政机关滥用权力,从而损害相关行政主体的合法权利,必须对行政权给予有效的外部监督。司法审查就是法院监督行政机关遵守法律的有力工具。没有司法审查,行政法治就等于一句空话,个人的自由和权利就缺乏保障。^① 在反倾销等贸易救济领域,西方国家都建立了司法审查制度,即反倾销国家或地区的司法机关对于政府有关部门作出的反倾销裁定或采取的反倾销措施进行审查的制度。

一、美国反倾销案件司法审查制度的法律渊源

美国法院审查行政行为是否合法的历史渊源,来自英国普通法的传统。而对外贸行为的司法审查是整个司法审查体系的一个部分,其历史可以追溯到十八世纪末。1790年联邦法院法就规定,联邦巡回法院对依据外贸法提起的诉讼享有管辖权。^② 但在反倾销和反补贴领域,直到二十世纪七十年代,美国当时的法律规定有关当事方仅能够对反倾销和反

① 王名扬著:《美国行政法》,中国法制出版社2005年第2版,第562页。

② 参见韩立余著:《美国外贸法》,法律出版社1999年版,第29—30页。

补贴征收关税的行政行为向关税法院(Customs Court)提起司法审查的请求。而对当时的关税委员会(后来的国际贸易委员会)的损害裁定不得提起司法审查;此外,对低于正常价值的裁定以及是否存在补贴的裁定提起司法审查,也是存有疑虑的。^① 1979年,美国国会在根据东京回合反倾销守则调整其国内反倾销法的同时,也对美国原有的司法审查机制进行了重新审视,并决定对该制度进行一次彻底的审查与修改。国会认为美国原有的司法审查机制存在以下不足:一是救济的不充分性;二是提起司法审查的主体受到限制(如外国的产品制造商没有诉讼资格);三是审查事项的范围不清;四是行使司法审查权的适当法庭不清。^② 解决上述问题的第一步努力是集中在美国《1979年贸易协议法》第十部分明确规定了一套综合的关于反倾销与反补贴司法审查的体制,^③意在使反倾销与反补贴程序中的每一项行政决定都能够受到法院的司法审查。其次,按照美国《海关法院法》^④的规定,美国原来行使司法审查权力的管辖法院美国海关法院(Customs Court)被易名为美国国际贸易法院(Court of International Trade,简称CIT),这不仅意味着其主要职能的改变,即由过去主要针对征收关税的行政行为进行审查转为主要集中于对“不公平贸易”案件的司法审查,而且其管辖权也相应扩大,^⑤该法律授予CIT与美国地区法院同样的所有权力^⑥以及非常宽泛的裁定不同形式救济的权力。^⑦ 美国国际贸易法院设立的目的是借助司法审查,限制行政机关在进行反倾销及反补贴调查时拥有的自由裁量权,保证法律以国会预期的严格方式得以执行。目前,美国贸易救济中的司法审查制度仍是以《1979年贸易协议法》第十部分为主体,并经过不断的法律修改和补充以及司法

① See Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, p. 287. Oxford University press 2002.

② See Edwin A. Vermulst, *Antidumping Law and Practice in the United States and the European Communities*, 1987, p. 121.

③ Section 516A of the Act, 19 U. S. C. Section 1516A.

④ Customs Court Act of 1980, pub. L. No. 96-417, 94 Stat. 11727 (1980).

⑤ See 28 U. S. C. Section 1581.

⑥ 28 U. S. C. Section 1585.

⑦ See in general Vermulst, *Judicial Review in Trade Policy Matters in the United States and the European Community: The Legalization of International Trade Law*, 33 S. E. W. 349 (1985).

实践的积累而形成的。

作为 WTO 的成员方,美国也应履行《WTO 反倾销协定》中有关成员国内法中增加司法审查程序规定的国际法义务。1994 年的《WTO 反倾销协定》首次明确要求各成员方在其国内法中设立反倾销的司法审查制度。《反倾销协定》第 13 条规定:“其国内立法包括有关反倾销措施规定的各成员方,应维持司法、仲裁或行政(Judicial, Arbitral or Administrative Tribunal),以便特别是对第 11 条意义内的最终裁决和审查决定所采取的行政行为迅速进行审查。此类机构或程序应完全独立于负责作出该裁决或审查决定的当局。”该条规定对于限制和平衡国内行政主管机构过大的自由裁量权,防止权力的滥用,保障相关利害关系方的利益具有重要的意义。

二、美国反倾销案件司法审查的主管机构及其审查范围

按照美国《1980 年海关法院法》的规定,美国负责反倾销司法审查的机构是国际贸易法院。国际贸易法院是美国宪法第 3 条所指的法院,属于专业法院,享有美国联邦区法院的制定法和衡平法的权力,可以给予它认为适当的救济手段,包括禁止令和确认判决在内。该法院由九名法官组成,由总统在参议院的建议和同意下予以任命。对国际贸易法院的判决不服可以上诉到联邦巡回上诉法院(The Court of Appeals for the Federal Circuit,简称 CAFC),^①如果当事人对美国联邦巡回上诉法院的裁判不服,还可上诉到联邦最高法院(Federal Supreme Court),但实践中尚未有先例。

就反倾销和反补贴案件的管辖权而言,美国《1930 年关税法》第 516 节将可以提请司法审查的行政机关的裁定分为两类,并对其适用不同的审查标准。第一类行政裁定包括:一是美国商务部做出的不启动反倾销

^① 美国联邦巡回上诉法院是根据 1982 年的联邦法院改进法而设立的,以代替原来的美国海关和专利上诉法院,职权比原海关和专利上诉法院扩大,是一个专门法院。其管辖范围包括联邦全部领土。管辖范围包括地区法院关于知识产权保护上诉案件、美国索赔法院上诉案件、美国国际贸易法院上诉案件、专利和商标上诉委员会的某些裁决、功绩制保护委员会的某些裁决;商务部关于进口仪器的某些法律方面的裁决。设立巡回区上诉法院的目的是在全国范围内统一某些专门问题的法律适用。详见前引王名扬书第 587 页。

或反补贴调查的裁决；^①二是美国国际贸易委员会对某项已考虑了变化情况的决定作出的不重新审议的决定；三是美国国际贸易委员会就实质性损害、实质性损害威胁或实质性阻碍所做出的否定性的初步裁决。第二类行政裁定包括：一是美国商务部及国际贸易委员会就反倾销或反补贴调查所作的否定性终裁（包括由起诉人选择的、肯定性终裁中明确排除任何公司或产品的任何部分）；二是美国商务部及国际贸易委员会就反倾销或反补贴行政复审所作的终裁（除了上述基于变更后的情势不对裁决加以复审的裁定）；三是美国商务部作出的中止反倾销或反补贴调查的裁决；四是美国国际贸易委员会关于损害效果的裁定；五是美国商务部及国际贸易委员会就反倾销或反补贴调查所作的肯定性终裁（包括此类终裁中的任何否定部分）；六是商务部就一个特定种类的产品是否在现存的倾销认定或反倾销令或反补贴令所描述的产品范围之内内的裁决等。

值得注意的是，美国《1984年贸易与关税法》取消了一些中间审查程序（Interlocutory Reviews），也就是《1979年贸易协议法》允许的针对一些临时性行政裁定所作的立即审查，原因在于此类审查不仅没有必要，而且还费时费钱。此外，美国《1988年综合贸易与竞争法》在界定非市场经济国家的标准时，明确规定了美国商务部关于非市场经济国家的认定将不受美国国际贸易法院的司法审查。

三、美国反倾销案件司法审查中的适格主体

根据美国《1980年海关法院法》的规定，^②凡不服反倾销或反补贴行政裁决的利害关系人（Interested Parties），均可就行政裁定中的事实认定或法律结论等向国际贸易法院提起诉讼。通常，提起司法审查的主体包括以下两类：

（一）外国利害关系方，指所有与反倾销案件有利害关系的外国企业（包括与外国商人利益一致的美国进口商）。具体包括：（1）外国制造商、

^① 在1982年的 *National Latex Corporation V. United States* [4 CIT 110 (CIT 1982)] 案中，法院判决美国商务部作出的关于启动调查程序的裁定不受立即的司法审查。

^② Section 2631(C) (k) (1) of Customs Courts Act 1980.

生产商、出口商；(2) 美国进口商以及特定的由美国进口商组成的利益集团；(3) 生产或制造被控倾销产品的所在国家的行业协会和政府部门。上述权利主体提起诉讼的前提条件是其已经参与了反倾销的调查程序。对于那些在生产过程中使用了被控倾销产品的企业，即再加工企业，因为其本身并没有直接进口，所以不享有提起司法审查的权利。

外国利害关系方有权针对商务部和国际贸易委员会作出的倾销或损害存在的肯定性终裁提起诉讼。对于商务部不接受出口商价格承诺(中止协议)的裁定，不能通过诉讼将其撤销。国际贸易法院在其判例中反复确认的基本标准是：如果一种裁决不属于关税法中所列出的可以被撤销的裁决，以及其他法律或规章中没有写明当事人为此提起诉讼的权利，则针对调查结束之前的有关裁决提起诉讼的权利不能成立。只有当商务部因存在着明显的失误或过错而拒绝接受出口商承诺时，它们才可以向法院要求撤销商务部的最终裁决，也就是说，在针对商务部最终裁决的起诉中，才可以间接地对商务部不接受价格承诺的做法提起司法审查。^①

(二) 国内利害关系方，主要包括：(1) 美国同类产品的制造商、生产商或批发商；(2) 上述企业的特定利益联合体；(3) 上述企业的职工利益联合体；(4) 上述企业联合体的联合会。国内利害关系方主要针对美国行政主管机构不征收反倾销税或取消反倾销税的裁定提起司法审查。同样，国内利害关系方也必须以原告身份参与反倾销程序作为提起司法审查的前提条件。国内利害关系人所提起的诉讼主要是针对上述第一类行政裁定。即：(1) 对商务部拒绝启动反倾销调查程序的决定提起的诉讼，但如果商务部根据申诉人的申请，虽作出反倾销立案的决定，但并没有在申诉人请求的范围内立案，利害关系方一般不能就此向法院起诉。(2) 对国际贸易委员会做出的初步否定性裁决提起的诉讼。如果国际贸易委员会对损害构成做出了否定性的初步裁决，就意味着不征收反倾销税，将导致反倾销程序的终止，美国国内利害关系方可以通过提起司法审查来要求法院撤销由国际贸易委员会做出的初步否定性裁决。但对商务

^① 商务部进出口公平贸易局编著：《国外对中国产品反倾销、反补贴、保障措施案例集》美国卷(第二册)(1990—1992年)，中国对外经济贸易出版社2003年版，第224页。

部的初步否定性裁决,当事人无起诉权。因为按照美国行政法中的“用尽行政救济的原则”^①,只有当原告证明,他已经不可能再从行政机构获得自己的正当权利,才可以针对行政行为通过法院获得其权利保障。由于商务部的初步否定性裁决并不能导致反倾销程序的终止,反倾销程序的结束还有待于商务部做出最终否定性裁决,因此当事人还没有穷尽通过行政机构解决问题的途径,所以不能向法院起诉。(3)对商务部和国际贸易委员会做出的否定性最终裁决即拒绝征收反倾销税的裁决提起的诉讼。(4)对商务部或国际贸易委员会做出的最终肯定性裁决中所包括的否定性方面所提起的诉讼。主要包括两种情况:一是在商务部或国际贸易委员会所做出的最终肯定性裁决中,任何一个被申诉人或产品被明确排除在倾销或损害事实的确定之外,原申诉人可以就此提起诉讼。二是如果由商务部或国际贸易委员会所做出的最终肯定性裁决已包含了相对于美国企业来说的否定性方面,如认为倾销幅度偏低等,则这类诉讼应根据适用于最终肯定性裁决的前提条件来做出裁定。(5)对商务部接受出口商中止倾销义务承诺的裁决提起的诉讼。如果商务部接受了出口商的价格承诺,即出口商向商务部保证尽可能减小倾销幅度,以消除倾销所造成的损害影响,国内利害关系方可以请求法院审查出口商所作承诺义务的实施已达到了对损害的消除。这种审查的可行性在于商务部在其接受义务承诺的裁决中没有规定对损害实施予以审查的权限。

四、美国反倾销案件中的司法审查标准

美国行政法中的审查标准问题(Standard of Review)主要指联邦法院在对联邦行政主管机构作出的行政裁定进行司法审查时对这些裁定的遵从程度问题。^②它主要涉及法院与行政机构之间的权力分配问题。从

^① 关于美国司法审查中的“用尽行政救济”原则,详见前引王名扬书第646—653页。

^② See John H. Jackson *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, p. 145. 高等教育出版社2002年版。原载于 Steven P. Croley and John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, standard Review, and Deference to National Governments* (1996)90, *American Journal of International Law*, pp. 193-213.

传统来看,美国联邦法院就行政机构对“事实”问题的判断较为遵从,而就其对“法律”问题的解释则遵从度较低。^①这是由美国的三权分立原则所决定的,按照这一原则,行政主管机构对法律执行中的“技术性”方面比较有发言权,而法院的主要职责是确保国会赋予行政部门的权力能够在法律的框架内得到执行。^②《美国行政程序法》第706节也明确规定“审查法院应决定所有的法律问题,解释宪法和法律条文的规定,并且决定行政行为所表示的意义或适用”^③。但是这一普遍适用规则在1984年美国最高法院审理的“*Chevron USA Inc. V. Natural Resources Defense Council Inc.*”案^④(以下简称“Chevron案”)中得到改变。

“Chevron案”确立了“Chevron原则”,其基本精神是限制司法审查的范围,把解释法律的权力从法院移转于行政机关。根据该原则,法院在审查行政决定的法律解释时分两步来进行。首先,看国会立法是否对于所处理的问题已有直接的规定,如果审查认为国会立法实际上已对具体问题有所规定,那么法律审查就此结束,法院将认为行政当局的决定是符合国会立法而予以遵从。但是如果法院认为国会立法没有对涉案具体问题的规定,或者有关部门法律是模糊不清的,那么就进入第二步:是否行政当局对于法律规则的解释是“合理的”(reasonable)或者是“可允许的”(permissible)。如果法院认为其是不合理的,那么就会做出自己的解释,从而推翻行政当局的解释;如果法院认为当局的解释是合理的,即使当局的解释与法院考虑这个问题做出的解释不一致,那么法院仍应遵从行政当局的解释。该原则既适用于行政法规对法律的解释,也适用于行政裁决对法律的解释。按照这一原则,解释法律的权力已经从法院转移到行政机关,法院的作用仅仅是监督行政机关的解释。所谓不合理的解释,主要是指不符合法律目的,不考虑应当考虑的因素,而考虑了不相干的因素等权力滥用、专横、任性的现象。“Chevron案”的判决虽然违背成文法的

① See e. g. *FTC V. Gratz*, 253 U. S. 421 at 427(1920).

② *Ibid.*

③ 5 U. S. C. 706(1988).

④ *Chevron USA Inc. V. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U. S. 837(1984). 关于该案事实,请参阅前引王名扬书第703—704页。

规定,但在最高法院没有变更这个判决,以及国会没有用法律推翻这个判决之前,它作为一个先例应为下级法院所遵守。因此,该原则也是美国国际贸易法院对反倾销案件进行司法审查时所应当遵守的基本原则。

不过,如前所述,对于反倾销案件,美国《1930年关税法》第516节将行政主管机关的裁定分为两类,并适用不同的具体审查标准。其中,对于第一类行政裁决(行政当局做出的否定的初步裁决)的审查标准是,“是否任何决定、判断或结论存在武断、任意、滥用自由裁量权或在其他方面不符合法律”,而无须对整个案件事实展开调查。参与反倾销程序的利害关系人应该在上述行政决定在“联邦公报”(Federal Register)上公布后的三十日内向美国国际贸易法院就裁定中涉及的事实与法律问题提起司法审查的诉讼。对于第二类行政裁定的审查标准是,“是否任何决定、判断或结论未能受到案件记录中存放的实质性证据的支持,或在其他方面符合法律”。案件记录包括向商务部和国际贸易委员会提交的或行政机构获得的所有信息的复印件。^①其中,对两类不同的裁定的审查标准中都包含了“在其他方面符合法律”,这一标准适用于审查美国商务部和国际贸易委员会就反倾销法律所作的解释和适用。在审查此种解释及适用是否“符合法律”时,法院将采用最高法院在“Chevron案”中所确立的审查原则。^②“实质性证据”标准适用于审查正式程序裁决所做出的决定的事实问题。因为正式程序裁决只能根据听证记录的资料,行政机关对事实问题的裁定是否有合理的证据支持,易于审查。按照这个标准,法院在判断行政机关的事实裁定是否有合理的证据支持时,不能单凭一个证据孤立地观察,而应就全部记录中的证据进行综合考察。不能只顾有利于行政机关的证据,也应考虑不利于行政机关的证据。实质性证据标准体现了法院对行政机关权限的尊重。在这一标准下,什么事实具有证明力以及证据力的大小都由行政机关决定,因为行政机关具有专门的知识 and 经验,对争论的事实证明最具有判断力。法院不能用自己的判断代替行政机关的判断,法院只负责审查行政机关的判断是否公平与合理。即使对于

^① Section 516A (b)(1)(B), 19 U. S. C. Section 1516A (b)(1)(B).

^② 参见张燕著:《应战美国反倾销》,法律出版社2004年版,第9页。

同一证据事实,法院得出的结论与行政机关不同,只要行政机关的判断合理,法院仍要尊重行政机关的判断。“武断、任意、滥用自由裁量权”标准主要适用于行政机关非依正式程序做出的裁定,它是审查行政机关行使自由裁量权的标准,同样以其是否合理作为基础。从这个意义上说,该标准与“实质性证据”标准并无本质上的差别,^①所不同的只是适用的对象和程度上有所区别。如有学者认为,两者的区别仅仅在于“实质性证据标准”适用于法院的审查基于一个正式的案卷记录的情况,而“武断、任意及滥用自由裁量权标准”适用于正式的案卷记录不存在的情况,^②也就是行政当局作出的否定性的初裁的情况,国际贸易法院在审查时无须对整个案件的事实展开调查。

五、美国法院对涉华反倾销案件的司法审查

(一) 美国涉华反倾销案概况和涉及的主要问题

自1980年美国对中国薄荷醇发起反倾销诉讼开始,美国对中国的反倾销诉讼已经达到118起,成为对中国发起反倾销指控最多的国家。^③中国企业在应诉第一起美国反倾销指控时正好是美国系统完善其反倾销司法审查制度的开始。但由于早期对美国反倾销的司法审查制度不熟悉,加上惧怕诉讼的心理,在二十世纪九十年代中期以前,中国企业很少利用这一制度来维护自己的合法权益。不过,随着美国对华反倾销指控的增加以及中国企业应诉意识的不断增强,九十年代以后,中国企业利用美国国际贸易法院司法救济的频率也越来越高,这一趋势在目前表现得更加明显。据不完全统计,从1999年至2002年,美国国际贸易法院受理的,涉及中国产品的案件分别为5起、13起、13起和12起。^④在许多案件中,由于中国企业的努力,国际贸易法院也不时做出对中国企业有利的

① 关于两种标准是否存在差异的讨论,参见前引张燕书第11至12页及前引王名扬书第681页。

② Patrick C. Reed, *The Role of Federal Courts in U. S. Customs & International Trade Law*, Oceana Publications, Inc., 1996, p. 263.

③ <http://ia.ita.doc.gov/stats/inv-initiations-2000-2006.html> & <http://ia.ita.doc.gov/stats/caselist.txt>.

④ 参见前引张燕书。

判决,^①这些判决在一定程度上改变了美国行政主管部门的裁定,对行政主管部门过大的自由裁量权也构成了相当程度的限制。实践中,由于行政当局做出的否定性初裁(即商务部不启动反倾销调查程序的裁定、不进行复审的裁定以及国际贸易委员会对损害做出的否定性初裁)对中国出口企业是有利的,因此,中国企业不会对行政当局做出的这一类行政裁决提起诉讼。涉及中国的司法审查案件都与第二类行政裁定有关,而且由于美国进口商与中国出口企业在利益上的一致性,因此提起司法审查请求的主体不仅有中国出口企业,而且在一些情况下还包括美国的进口商。^②美国国际贸易法院在审理涉及中国出口产品的案件时,一般都严格遵循“Chevron 原则”确立的审查标准以及审查行政当局的裁定是否有“记录在案的实质性证据”的支持。在实践中,美国国际贸易法院受理的涉华反倾销司法审查案件诉由较多,可以分为程序和实体方面的争议。在程序争议方面,主要涉及了穷尽行政救济争议、正当程序争议、行政复议通知争议、时效争议、先期禁令争议、紧急情况争议等;实体争议方面,由于中国在美国反倾销法中的非市场经济地位,相当数量的涉华反倾销司法审查案件都与美国非市场经济规则的具体适用有关,例如在确定产品正常价值时替代国的选择问题、是否赋予中国企业分别税率的问题、最佳可得信息的获得问题等。起诉对象也大多以美国商务部为被告,较少涉及美国国际贸易委员会对损害认定方面的争议。^③结合本书主题,本书

- ① 例如在 1999 年至 2002 年美国国际贸易法院判决的涉及中国产品的 29 起案件中,全部胜诉 5 起,部分胜诉 12 起,全部败诉 13 起(参见前引张燕书第 13 页),2003 年后,中国出口企业又分别在木质家具反倾销案、重型锻造手工工具反倾销案、吉林制药公司散装阿司匹林反倾销案、中国小龙虾反倾销案、中国替换挡风玻璃反倾销案、中国罐装蘑菇反倾销案、中国高炉焦炭产品反倾销案等司法审查案中获得全部或部分胜诉。参见 <http://www.cit.uscourts.gov>。
- ② 例如在 2003 年 10 月美国国际贸易法院审理的“中国罐装蘑菇反倾销司法审查”案中,中国生产商“美味食品公司”,出口商“德发贸易公司”和“德源公司”就联合美国进口商 Genex 公司共同起诉美国商务部,并最终获得了有利的判决。参见吴佳华、龚柏华:《评述美国国际贸易法院对中国罐装蘑菇反倾销裁决的司法审查》,《国际商务研究》2004 年,第 1 期第 52—56 页。Tak Fat trading Co. V. United States, Slip-Op. 03-134。
- ③ 例如在笔者统计的 8 起(木质家具案、氨基乙酸案、重型锻造手工工具案、阿司匹林案、小龙虾案、自动替换挡风玻璃案、罐装蘑菇案、高炉焦炭案等)2003 年以后美国国际贸易法院受理的涉华反倾销司法审查案中,只有高炉焦炭案涉及的被告是美国国际贸易委员会,其他案件均以美国商务部为被告。在 1999 年至 2002 年美国国际贸易法院受理的 29 起涉华反倾销案中,也只有一起是以美国国际贸易委员会作为被告的。依据前引张燕书中案例及美国国际贸易法院官方网站案例统计。

将论述重点放在与中国非市场经济地位有关的实体争议问题上,这其实也是中国企业在应诉美国反倾销指控时面临的最大的法律障碍以及最为关切的问题。

(二) 中国企业的应对策略

美国反倾销案件的司法审查制度是美国反倾销法的一个重要组成部分。美国实行三权分立制度,立法、行政、司法三权分立,相互制衡,相互监督。在反倾销领域,美国国会对反倾销问题具有独占的立法权;以商务部和美国国际贸易委员会为主的行政机构则在立法机关的授权下具体负责反倾销法的实施,而美国国际贸易法院则享有对行政部门裁定的司法审查权力,其目的是审查行政主管部门是否严格地执行了国会制定的反倾销法。从这个意义上说,法院实际上参与了美国进口政策的制定和实施。具体是通过解释和适用法律来完成的。因此,司法权在美国具有重要的地位,因为“CIT 独立地审查美国商务部及国际贸易委员会的行为以确保其合法性”。行政性的反倾销调查当局也受到法院判决的制约,而司法独立原则在一定程度上可以保证案件的公正判决,因此,积极运用美国的司法程序应诉反倾销应该成为中国企业又一个重要策略。对于中国出口企业来讲,如果认为美国行政主管机构在反倾销调查和裁定中存在与法律不符、缺乏充分的事实或证据支持以及违反正当程序等情况,就应当毫不犹豫地提起诉讼,争取改变美国行政主管机构作出的不利裁决。但是从 CIT 司法审查的可得性、审查范围与审查标准等方面来看,CIT 能够提供的司法救济又是有限的。例如在司法审查的可得性方面,美国法律要求以穷尽行政救济为原则,即当事人在寻求救济时,首先必须利用行政内部存在的、最近的和最简便的救济手段,然后才能请求法院救济。^①实践中,我国当事人提出的诉请经常因为未达此原则要求而被法院驳回。在 1999 年 CIT 审理的“Peer 轴承公司等诉美国政府”案中,原告提出的美国商务部不应将轴承产品组件的生产要素数据视为轴承产品部件的生产要素数据这一合理的诉请即被法院以原告未用尽行政救济,在行政复

^① 前引王名扬书第 646 页。

审阶段未向美国商务部提出该请求为由拒绝。^①而审查范围和审查标准的局限性主要表现在两个方面。其一,在反倾销调查中,由于行政主管机构对事实认定承担主要责任,法院对缺乏实质性证据支持的事实认定往往将案件发回行政主管机构重审而非代替行政机构作出自己的决定,而且发回重审的案件的裁定结果未必一定对原告有利。例如,2003年7月美国商务部就CIT发回重审的“洛阳轴承厂诉美国政府案”重新作出裁定,将洛阳轴承厂的倾销税率由3.68%提高到5.15%。^②其次,在审查行政主管机构对法律的适用时,鉴于美国“Chevron原则”确立的审查标准,法院对于法律有明确规定的问题不再进行审查,而对于法律无明确规定或规定含糊不清的,CIT也必须对行政主管机构合理的法律解释给予司法尊重。由于美国的反倾销法已将填补法律空白的责任交给了两个行政机构,因此法院的作用受到了极大的制约。

基于此,中国出口企业在决定是否向CIT提起诉讼时应主要注意把握以下两个方面的对策。

首先,对于一些虽不合理但已被法律明确规定的或者虽无法律明确规定但已为行政主管机构一贯实施的制度放弃诉讼,从而避免不必要的资源浪费。这些制度包括中国的非市场经济地位问题、采用生产要素和替代国方法确定中国出口产品的正常价值问题、对中国企业适用非市场经济推论并原则上采用一国一税原则等。

1. 非市场经济地位问题

尽管在美国贸易法下,非市场经济问题已经不再是一个抽象的经济概念,而是具体的法律规则(包括非市场经济的法律定义以及确定非市场经济的法律标准),但美国《1988年贸易法》明确排除了法院对商务部在“非市场经济国家”认定问题上的司法审查。^③也就是说,即使中国企业认为美国商务部对中国非市场经济地位的裁定是错误的,也无法通过司

① 参见前引张燕书第404页,该案件编号为Peer Bearing Co. V. United States, Court of International trade, Slip Op. 99-66, July 1999。

② 参见前引张燕书第406页。

③ See 19 U. S. C. 1677 (18). (D). 该条规定:“不受争议的决定:除非法律另有规定,行政主管当局对(A)项所作出的任何决定将不受法院的司法审查。”

法途径向美国国际贸易法院提起司法审查的请求并要求改变这一裁定。尽管这一规定甚至招致诸多美国学者的批评,如认为“这种对市场经济地位不可审查性的规定给人一种强烈的印象,那就是非市场经济的决定是一个政治决策,而不是一个具有可预期性的法律规定”^①以及“在美国的非市场经济政策上,应至少规定对‘何为国家控制经济’问题可以进行司法审查以使美国的反倾销法与转型国家的实际状况相符合”。^②但在现行美国法律的框架下,中国出口企业尚无法通过美国的司法途径改变其非市场经济的地位,而只能由中国政府通过外交或参与修改多边规则的途径彻底解决这一不合理的制度。^③

2. 采用替代国方法确定正常价值问题

在中国输美产品正常价值的确定问题上,由于1988年美国贸易法明确规定了美国商务部对非市场经济国家出口产品正常价值确定采用“生产要素”或者替代国的方法,^④按照美国的司法审查标准,即使该制度本身是不合理或不公平的,中国企业在向法院提起诉讼时若要对上述两种方法本身提出挑战是不可能胜诉的。因为按照“Chevron原则”的第一步,法院在进行审查时,如果认为国会立法对相关问题已有相关规定,那么审查就此结束,法院将认为行政当局的决定是符合国会的立法而予以遵从。

3. “一国一税”和“单独税率例外”问题

在美国反倾销法中,由中国非市场经济地位推定而来的“一国一税”以及“单独税率例外”原则完全是美国商务部自由裁量的结果,不仅缺乏国会立法的支持,而且还与美国的国际法义务相抵触。因为按照《WTO反倾销协定》第6条第2款的规定,“主管机关通常应对被调查产品的每

① Joseph A. LAROSKI, JR, NMES: A Love Story Non-market and Market Economy Status Under U. S. Antidumping Law, *Law & Policy in International Business*, Vol. 30, 1999, p. 382.

② Charlene Barshefsky, Non-Market Economies in Transition and The U. S. Antidumping Law; Remarks On The Need For Reevaluation, *Boston University International Law Journal*, Vol. 8, 1990, p. 380.

③ 关于争取美国承认我国市场经济地位的途径与对策,参见陈力:《美国反倾销法之非市场经济规则研究》,《美国研究》2006年,第3期。

④ 19 U. S. C § 1677(c).

一已知出口商或生产商确定各自的倾销幅度”。《中国入世议定书》第 15 条也完全没有涉及“一国一税”问题。但是从 CIT 的实践来看,即使商务部的行政行为缺乏国会立法的支持,法院通常还是遵从行政机关的一贯做法,只要该行为被认为是合理的和可允许的。美国国际贸易法院在前述“Sigma 案”中就涉及了对“一国一税”原则的司法审查标准。CIT 支持了美国商务部在中国输美烟花案(Sparklers from the Peoples Republic of China)^①中确立的关于非市场经济国家出口产品计算税率的原则:原则上对于所有非市场经济国家出口产品征收相同的统一税率,除非出口商能够证明其出口在法律上和事实上不受政府的控制,它才可以被计算单独税率。这是商务部第一次明确中国出口商可以获得单独税率待遇。法院确认了 Sparkler 一案中确立的判断事实上和法律上独立于政府的标准,并规定证明独立性的举证责任在出口方而非商务部。早在 Sparkler 案前,中国企业在应诉美国反倾销指控时,只要申请都可以获得单独税率,只是标准一直不太确定。美国国际贸易法院在 Sigma 一案中的判决表明,尽管非市场经济国家的一国一税及单独税率例外原则并没有成为国会的正式立法,但却是美国商务部长期一贯实施的制度,美国国际贸易法院对于这种做法也是持遵从的态度。

其次,中国企业应将诉讼重点放在美国行政主管机构裁决中涉及的非制度性的、操作性(程序性)的细节问题,如美国商务部在计算中国出口产品正常价值时选择的替代国是否符合法定标准或条件、美国商务部拒绝赋予中国企业单独税率是否恰当、行政机构的调查行为是否符合正当程序原则等。

在替代国选择问题上,美国法律仅原则上规定被选择的国家应该是“与非市场经济国家经济发展水平相当”以及该国是“可比产品的重要生产商”^②两项抽象的标准,商务部因而享有广泛的自由裁量权。如果中国企业认为美国商务部在运用该两项标准选择替代国时缺乏实质性证据的支持或者是“不合理的”或“不允许的”,则完全可以向国际贸易法院提起

① 56 Fed. Reg. 20, 588 (Dep't Comm. 1991) (Final Admin. Determination).

② The Tariff Act of 1930, as amended. Section 773(c)(4).

诉讼。例如,在 2000 年“烟台源通果汁公司等诉美国政府”^①一案中,被裁定构成倾销的中国烟台源通等 9 家公司对美国商务部的裁定不服,向美国国际贸易法院提起诉讼。在该诉讼中,中国出口商直接起诉美国商务部在运用“生产要素分析法”计算从中国进口的非冷冻浓缩苹果汁正常价值的做法“不具备实质性证据支持或者不符合法律的规定”。具体包括:(1) 选择印度作为中国的替代国(主要理由是印度并非浓缩苹果汁的重要生产商);(2) 选择印度价格计算苹果汁的正常价值(主要理由是印度产苹果的价格受到政府干预,印度政府对苹果种植者提供补贴,因而其价格是扭曲的);(3) 以替代国价格而非原告实际支付的价格计算海运费用;(4) 以印度进口煤炭价格而非国内煤炭价格计算锅炉用煤的价值(主要理由是印度国内煤炭价格是不准确的或遭受扭曲的);(5) 以《印度联邦储备银行公报》公布的 1992—1993 年度财务数据而非印度最大的浓缩苹果汁生产商 HPMC 公司的财务数据计算替代间接制造费用以及 SG&A 费用的比率;(6) 在计算从中国港口至美国东海岸的替代运费时,将从东海岸港口至底特律的运费亦计算在内。源通等公司据此请求美国国际贸易法院撤销美国商务部所做终裁的相关部分,将案件发回美国商务部重新审理。在审理中,法官伊顿(Eaton)首先指出,美国《1930 年关税法》第 773 条(C)款授权商务部从其认为合适的市场经济第三国的最佳可得信息中获取生产要素的替代价格,但鉴于“推算非市场经济国家生产商生产的受诉产品的外国市场价值(即正常价值)的过程既是困难的也是必然不准确的”,故“美国商务部在生产要素价值的确定方面,享有广泛的自由裁量权”。不过,美国商务部的自由裁量权并非毫无限制,这种限制体现在:“美国商务部必须避免使用其有理由相信或怀疑可能是补贴价格的任何价格”,且“美国商务部使用的方法必须是以最佳可得信息为基础并尽可能准确地确定倾销税率”。按照这一审查原则,伊顿法官最终裁定,除“美国商务部使用替代国价格而非原告支付价格计算海运的做法”符合法律以外,其他中国起诉方提出的五方面根据“生产要素测试法”得

^① Yantai Oriental Juice Co. V. United States, Slid Op. 2002-56. 另可参见张燕著:《应战美国反倾销》,法律出版社 2004 年版,第 363—379 页。

出的确定正常价值的方法都不具备实质性证据的支持或者不符合法律。最终,美国商务部根据国际贸易法院的意见对该案重审后,将司法审查前终裁裁定的 8.98%—27.57%的税率改为了 0—3.83%的税率。中国苹果汁企业通过司法审查程序维护了自己的合法权益,保住了美国的市场。

不过关于替代国的选择标准,美国国际贸易法院在“Sigma 诉美国政府案”(以下简称“Sigma 案”)^①中给了中国企业另一种启示。1985 年的美国对华铸件件反倾销案件终裁后,广东金属矿产进出口公司及美国进口商 D&L 公司与 Sigma 公司联合向国际贸易法院起诉美国商务部,诉由是在计算产品的结构价格时,商务部采用了巴基斯坦为替代国计算铸件厂的日常开支(General Overhead),广东公司认为应采用印度的数据,因为巴基斯坦的铸件厂的规模与广东公司不具有可比性。但是国际贸易法院认为:对于商务部的决定提出的适当的司法审查请求的依据是,商务部所采取的做法是否有充分的证据支持,而不是商务部能否采用其他更合理的做法或者信息,因而问题在于现有的证据是否足以支持商务部的决定,而不在于是否还存在其他的合理推断。在本案中,法院认为,商务部的决定具有充分的证据支持,因而国际贸易法院维持了它的决定。对于中国出口商或美国进口商而言,只是证明自身的观点有实质性的证据支持是毫无意义的,只有直接证明商务部或者国际贸易委员会的决定没有实质性证据的支持或者根本违反法律才有胜诉的可能。

同样,对于美国行政主管部门在反倾销调查中违反正当程序原则的做法,中国出口商也应当坚决向法院提起诉讼。正当程序原则是美国的一项宪法原则,美国宪法修正案第 5 条明确规定:“未经正当的法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”在行政上,这个原则表现为行政机关的决定对当事人有不利影响时,必须听取当事人的意见,不能片面认定事实,剥夺对方辩护的权利。听取利害关系人意见的程序,法律术语称为听证,是公正行使权力的基本内容。^②在诸多涉及否决中国出口企业单独税率待遇的案件中,中国企业都紧紧抓住了美国商务部在调查程序上的

① Sigma Corp. V. United States. Slip Op. 00-16.

② 参见前引王名扬书第 379 页。

漏洞,成功地获得了分别税率。在“Sigma 案”中,原告广东金属矿产进出口公司在美国商务部的初裁中获得了单独税率的裁决,但在终裁中,DOC 在没有任何提示(警告)的情况下改变了立场,对广东金属进出口公司适用了全国统一税率。国际贸易法院注意到了商务部在初裁和终裁中相互矛盾的裁定,并且认为,商务部在改变决定前,应当收集新的信息以支持其裁定,否则就违反了程序公正原则。法院指出:“如果商务部在作出初裁后又决定给予企业全国统一税率,则应该发布初裁修改令或者向被申请人发放补充问卷,要求该被申请人提交证明其独立性的补充证据。但是,在本案中,商务部在没有给予被申请人任何通知的情况下,简单地改变了其先前的立场……商务部不能期望被申请人是一个‘能洞察他人心思的人’(Mindreader)。”^①同样,在“中国达艺家具公司诉美国政府案”^②中,美国国际贸易法院就美国商务部拒绝给予该公司单独税率待遇是否合法进行了司法审查,并判定在对华木质卧室家具反倾销案中商务部拒绝接受达艺提交证据的做法违反了正当程序的原则。法院认为,在反倾销调查中,商务部获取事实信息的主要途径是利害关系方提交的材料,商务部必须告知每一利害关系方需要提供的信息、提交该信息的格式和方式以及未按规定的格式、方式提交信息将导致的不利后果。本案中,达艺公司系家具的制造商和出口商,显然属于利害关系方,但商务部并没有书面通知达艺提供有关信息并告知具体要求,因此商务部的这一行为违反了依法行政的要求。

第二节 欧盟(欧共体)法院对反倾销案件的司法审查

从 1979 年第一个针对中国的反倾销指控开始,到目前为止,欧盟对中国的反倾销调查也已经达 111 起,中国成为在欧盟被提起反倾销指控与调查最多的国家。欧盟对中国的反倾销调查大部分以征收反倾销税而

① Sigma Corp., 841 F. Supp. 1255 (Ct. Int'l Trade 1993). At 1267.

② Decca Hospitality furnishing LLC, V. The Unites States. Slip Op. 05-161.

告终。但在历年来的对华反倾销案件中,利害关系方,尤其是中国出口商向欧盟法院提请司法审查的诉讼却寥寥无几。到目前为止,仅有6起已结的涉及对中国反倾销的司法审查案例。其中,由中国出口商直接起诉欧共同体行政机构的司法审查案件为两例(草酸案和自行车案),且均以败诉结案。笔者认为,中国出口商不愿利用欧盟司法审查制度固然与提请司法审查的诉讼成本有关,但更重要的原因可能还是两起案件败诉所造成的消极影响以及中国出口商低估了欧盟反倾销司法程序的重要性。如何在积极应对欧盟行政机构(欧盟委员会和部长理事会)反倾销调查的同时,充分有效地利用欧盟的司法审查制度,最大限度地维护自身利益,是摆在中国出口企业面前的又一重大课题。

一、欧盟(欧共同体)法院反倾销司法审查的主管机构及其管辖范围

欧盟早在《WTO反倾销协定》生效之前就已在立法中确立了反倾销的司法审查制度。但现行的欧盟反倾销基础条例——《关于对从非欧共同体成员国的进口产品倾销的保护的第384/96号条例》并没有专门的关于司法审查的规定。司法审查制度的主要法律渊源是《欧共同体条约》以及欧盟法院的判例法。目前,欧盟负责反倾销案件司法审查的主管机构是欧洲初审法院(The Court of First Instance,简称CFI)以及欧洲法院(The European Court of Justice,简称ECJ)。从1989年开始,为了减轻欧洲法院的压力,减少讼累,欧共同体设立了初审法院,附属于欧洲法院。在设立之初的几年,初审法院的管辖权不包括反倾销与反补贴案。在欧洲法院和欧洲议会的不断建议下,欧盟部长理事会才正式于1994年3月15日授权初审法院将其管辖权扩大至反倾销与反补贴案的直接诉讼。^①初审法院于1995年5月首次对反倾销案件做出了判决。由于设立了初审法院,欧洲法院对提交到初审法院的案件而言,成为上诉法院。^②但欧洲法院对成员国法院所提交的先行裁判的申请,仍具有专门的管辖权。

① Council Decision 93/350, OJ 1993 L 144/21 and Council Decision 94/149, OJ 1994 L66/29.

② 欧洲法院对初审法院判决的审查仅限于法律审查,不包括对事实问题的审查。See Protocol on The Statute of The Court of Justice of The European Communities, Art. 51.

欧盟法院^①受理的针对反倾销案件的诉讼包括两类：直接诉讼与先行裁决之诉。其中，由当事人直接向欧盟法院提起的诉讼又分为三类。

（一）不作为之诉(Action for Failure to Act)

不作为之诉是指成员国政府、其他共同体机构或在一定条件下的自然人、法人根据《欧共体条约》第 175 条的规定，若认为部长理事会或欧委会应该做出某一行为而没有做出，向欧盟法院提起的诉讼。其中，个人（自然人或法人）只有在欧盟行政主管机构的不作为对其造成了直接的影响并涉及其个人利益时，才可以提起不作为之诉。^② 实践中，如果欧委会或部长理事会在反倾销法规定的时限内没有采取其应当采取的行动，当事人就可以向欧盟法院寻求司法救济。但是，由于诉讼的时间较长，此种救济的现实意义并不大。

（二）损害赔偿之诉(Action for Damage)

按照《欧共体条约》第 178 条及第 215 条第 2 段的规定，损害赔偿之诉是指欧盟行政机构在行使职权的过程中有过错并造成损失，成员国及其国民可以向欧盟法院提出赔偿要求。与不作为之诉不同的是，法律对提起此类诉讼的当事人资格没有任何限制。但在实践中很少有针对反倾销案件提起的此类诉讼。^③

（三）行为无效之诉(Action for Annulment)

行为无效之诉指成员国、欧盟其他机构、有利害关系的自然人或法人若认为欧委会或部长理事会做出的行为不符合条约或相关立法的规定，向欧盟法院提起的诉讼。实践中，针对欧盟反倾销措施的司法审查绝大部分是根据《欧共体条约》第 173 条而提起的行为无效之诉。在这方面，欧共体法院已形成了丰富的判例实践。

欧盟法院针对反倾销案件进行管辖的第二类诉讼是先行裁判之诉(Preliminary Rulings)。它是欧盟法院和成员国法院合作的一种形式。

① 本书所称“欧盟法院”如无特别说明，包括欧洲法院和初审法院，或两者中的任何一个。

② See, e. g., Mackprang V. EC Commission (case 15/71) [1971] ECR 797; Common Market Reporter 8155.

③ See Wolfgang Muller EC Antidumping Law — A Commentary On Regulation 384/96, p. 539.

根据《欧盟条约》第 177 条的规定,如果成员国国内法院在审理案件中涉及欧盟法时,若对欧盟法律的效力和解释有疑问,可以提请欧盟法院先行做出决定。欧盟法院对先行裁判之诉具有专门的管辖权。但按照法律规定,欧洲法院仅具有解释欧共同体法律的权力,不得将其解释适用于特定的具体案件。在实践中,直到 Extramet 一案,^①先行裁判也仅为无关的进口商[又称独立进口商(Unrelated Importers)]提供了对反倾销措施提出异议的权利。时下,欧盟法院审理的反倾销案的先行裁判大多涉及关税分类方面的争议。因此,先行裁判之诉在反倾销司法审查中的作用并不大。

二、欧盟(欧共同体)法院反倾销司法审查中的行为无效之诉

(一) 可提请审查的“行政行为”的范围

按照《欧共同体条约》第 173 条的规定:“欧共同体法院将审查部长理事会与欧委会行为的合法性(Legality of Acts),……不包括其建议或意见……”而根据《欧共同体条约》第 189 条的规定,部长理事会或欧委会的“行政行为”(除意见与建议之外)包括条例(Regulations)、决定(Decisions)以及指令(Directives)。

根据欧盟反倾销基础条例的规定,欧委会决定征收临时反倾销税,部长理事会则有权决定征收、修改或撤销最终反倾销税。欧盟机构所采取的上述措施均以条例的方式做出。由部长理事会做出的条例具有立法性质,它不仅对特定的案件具有约束力,而且还具有普遍的约束力。此外,启动反倾销程序并进行反倾销调查、无措施结案或接受价格承诺的权力一般由欧委会行使,它们通常采用决定(Decision)的方式做出,而且仅对特定的个案有约束力。因此,依照《欧共同体条约》第 173 条的规定,欧委会或部长理事会根据《反倾销基础条例》所做出的条例或决定都是可提请审查的“行政行为”。

(二) 反倾销司法审查的适格行为与诉讼主体

在欧盟反倾销案件的司法审查中,关于个人是否可以提起司法审查

^① Extramet Industries SA V. EC Council (Case C-368/89) [1991] ECR I-2501.

之诉的情况较为复杂。按照《欧共体条约》的规定与司法实践,并非所有欧共体主管机构的行政行为都可以成为司法审查的对象。此外,《欧共体条约》第 173 条第 2 款规定:“任何自然人或法人,都可以在同样的条件下,针对以其自身为对象的决定和表面上虽然采取条例形式或表面上虽然以他人为对象,但实际上却直接针对和个别地涉及其自身利益的决定提起诉讼。”因此,当事人的起诉资格必须具备以下三个要素:(1) 系争措施是一项实质性的决定;(2) 该决定直接针对申诉人;(3) 该决定个别地涉及其自身利益。申诉人是否具备依第 173 条第 4 款规定针对具体行政行为的申诉权取决于两个方面:首先是系争的特定行政行为的性质(如启动反倾销程序的通知、无措施结案的决定、接受价格承诺的决定、征收临时或最终反倾销税的决定等);其次是申诉人的身份,如反倾销程序中的申请方、出口商、制造商、进口商、消费者协会等是否可以提起司法审查之诉。

从欧盟(欧共体)法院的司法实践来看,可以提请司法审查的行政行为包括:

1. 拒绝反倾销调查的决定

在 FEDIOL 一案的司法审查中,法院认为,当事人有权向法院提起司法审查,因为拒绝申诉的决定改变了申诉人的法律地位,否定了申诉人根据反倾销条例应当享有的权利。^①尽管这是一起反补贴案,但由于在理事会第 384/96 号基础条例生效之前,反倾销与反补贴是规定在同一个条例之中的,两者具有相同的性质,因此可以推断,拒绝反倾销调查的决定可以成为司法审查的对象。不过,按照欧盟法院的判例,启动一项反倾销调查的决定是不可诉的。在 *Dysan Magnetics* 一案^②中,申请方试图向法院提出欧委会启动反倾销调查程序的通知无效。法院认为,仅仅开始一项反倾销调查不会改变申请人的法律地位,它只是一种预备性的行为。

2. 征收反倾销税的条例

依照《欧共体条约》第 189 条的规定,“条例”是一项一般性的措施,因

① FEDIOL V. EC Commission (Case 191/82) [1983] ECR 2913.

② Case T-134/95 *Dysan Magnetics Ltd., and Review Magnetics (Macao)Ltd. V. Commission* [1996] ECR II-181.

为所有在其范围内的进口都被纳入到该条例确立的反倾销税的征收范围。“条例”是可以被提请司法审查的行为,因为征收反倾销税的行为“直接”涉及出口商、进口商或申诉方等个体的利益。欧盟法院通过判例确立了以下“个体”享有在欧盟法院对征收反倾销税裁定提起司法审查之诉的权利。

(1) 出口商、生产商及与其有关的进口商

受到反倾销措施影响的出口商与生产商完全可以对征收临时或最终反倾销税的条例提请司法审查。在联合公司一案^①中,法院裁决依第 173 条第 2 款的规定,外国出口商以及与他们相关的进口商被赋予直接诉讼的权利,只要他们与初步裁决程序有关,而不论他们是否被列入系争条例的名单之中。至于进口商是否可以对征税提请司法审查则要区分不同的情况。首先,参与反倾销调查、受反倾销税直接影响的进口商(Related Importer)有权提请司法审查;此外,由于特定情形使之与反倾销措施结果直接相关的独立进口商(Independent Importer/Unrelated Importer)也有权提请司法审查。例如在 Extramet 案^②中,欧盟进口商 Extramet 公司就欧盟部长理事会 1989 年 9 月对中国和苏联的金属钙征收反倾销税的决定,要求欧洲法院判定该条例无效。Extramet 是当时欧盟境内金属钙最大和最早的进口商。而在反倾销诉讼中的原告法国普西尼公司是欧盟唯一的金属钙生产商,其金属钙产品与 Extramet 构成了竞争。但普西尼公司利用其金属钙的市场垄断地位不向 Extramet 供货,迫使其进口金属钙,如果对进口金属钙征收反倾销税,直接对 Extramet 的利益构成了威胁。因此,法院认为作为独立进口商的 Extramet 公司在本案中具有提请司法审查的诉讼资格。

(2) 反倾销诉讼中的申诉方及支持申诉的欧盟生产商

如果认为欧盟理事会裁定的反倾销税率过低或对“同类产品”的范围界定过窄,由于裁决结果直接地与个体利益相关,反倾销诉讼中的申诉方

① Allied Corp. V. EC Commission (Joined Cases 239/82 and 275/82) [1984] ECR 1005; Common Market Reporter, II14, 084.

② Extramet Industries SA V. EC Council (Case C-358/89) [1991] ECR I-2501.

(一般为行业协会)与欧共体生产商也可以提起司法审查之诉。^①

(3) 消费者协会

在 BEUC^② 案中, 欧盟法院认为作为原告的消费协会对欧委会拒绝其获得非机密文件(卷宗)的决定具有直接的个体利益关系, 因而就此问题享有诉讼资格, 虽然在该案中, 欧盟法院在实体问题上支持了欧委会。不过, 按照 384/96 号条例第 6 条第 7 款, 消费者协会的非机密文件的获取权已经得到了确认。但这类组织针对欧共体机构其他行政行为提起司法审查的权利尚无判例的支持。

3. 无措施结案与接受价格承诺的决定

对于无措施结案, 申诉人与欧盟生产商可以提请司法审查。但进口商与出口商的法律地位与权利不受此决定的影响, 加之该决定对他们有利, 因此, 他们不能也不会就无措施结案提请司法审查。

关于欧盟接受价格承诺的司法审查问题, 原则上申诉人有权提请司法审查。不过目前还没有相关的判例。但欧盟进口商对此不能提出司法审查, 因为价格承诺与之无关; 对于拒绝价格承诺的决定, 任何当事人不得提请司法审查。而且欧委会撤销其对价格承诺的接受也是不能提请司法审查的, 有关当事人只能对撤销对价格承诺接受之后的征收反倾销税的决定提请司法审查。^③

三、欧盟(欧共体)反倾销案司法审查之审查标准及审查理由

根据《欧共体条约》第 173 条第 2 款的规定, 欧盟法院审查欧盟机构行为合法性所依据的理由主要包括: 缺乏权能, 违反基本程序, 违反条约以及相关法律或者滥用权力等。

值得注意的是, 在进行司法审查时, 欧盟法院的作用并非对事实问题进行重新调查, 欧盟法院也无意将自己对问题的评估取代行政机构已经作出的建立在“复杂经济背景”基础上的评断。例如在 Climax Paper

① Case 264/82 Timex Corp. V. Council & Commission [1985] ECR. 849.

② Bureau European Des Unions de Consommateurs (BEUC) V. EC Commission (case C-170/89) [1991] ECR I-5709; [1992] 2 CEC245.

③ Case T-208/95 Miwon Co. Ltd. V. Commission [1996] ECR II-635.

Converters V. Council 案(相册案)^①中,当事人请求法院对在行政调查中本应出示但事实上未出示的证据予以审查的请求未被法院接受,法院认为,如果接受当事人的请求无异于对该案的重新调查。因此,在事实问题上,法院较为尊重行政机构的判断,给予行政机构认定主要事实问题较大的自由裁量权。实践中,法院对反倾销措施合法性的审查主要集中在程序问题上,尤其是审查是否给予当事人充分的抗辩权以及验证基本的事实。^②

从实践来看,当事人因欧盟行政机构“缺乏权能”提起司法审查的情形几乎不会发生,因为反倾销基础条例对行政机构权力的规定非常明确,而且反倾销的实践都是由欧盟专门的反倾销调查机构进行的,事实上不会出现反倾销调查不具备权能的问题。欧盟法院进行司法审查的主要理由集中在以下几个方面:

(一) 缺乏充分理由

根据《欧共体条约》第 190 条的规定,欧盟机构采取任何措施必须明确而充分地阐述理由,从而确保当事人享有抗辩权,便于法院行使监督职能。就反倾销而言,凡是反倾销措施所赖以决定的基础都必须给出相关的理由,例如正常价值的计算、替代国的选择、倾销幅度的计算、复审的理由、抽样调查的方法、损害的确定、欧盟利益、临时反倾销措施、反倾销税利润率的确定等。^③

(二) 程序上的缺陷

欧盟法的基本原则^④包括:(1) 正当程序原则。该原则主要指保护当事人的抗辩以及听证的权利,该权利属于当事人的基本权利从而构成欧盟法的基本原则。欧盟法院认为,由于反倾销调查结果直接地涉及个别企业的切身利益,因此,主管机构在采取反倾销措施之前的调查程序中必须严格遵守这一原则。(2) 法律的确信性和保护合法期望原则。虽然反倾销基础条例赋予欧盟机构广泛的自由裁量权,但主管机构在行使其

① Case T-155/94 Climax Paper Converters V. Council [1996] ECR II-873.

② See Dr Wolfgang Müller EC Anti-dumping Law — A Commentary On Regulation 384/96.

③ Ibid., p. 544.

④ 详见前引 Wolfgang Müller 书中的分析,第 546—553 页。

权力时不得违反法律的确定性原则,在所有情况下,主管机构都应详尽阐述其决定的理由以及事先告知将要适用的标准。实践中,主管机构未遵循先例的行为有可能成为判断其评估错误的证据。(3)相称性原则。根据基础条例第7(2)条及第9(4)条的规定,欧盟机构征收的反倾销税不得超出倾销幅度,如果较低的反倾销税足以抵销倾销造成的损害的话,则不应征收较高的反倾销税。(4)非歧视的原则。按照欧盟法院的实践,只有对相同情况下的当事人实行了不同的待遇才构成歧视。反倾销基础条例规定了很多程序上的内容,欧盟机构必须遵守这些程序上的规定与要求,如通知、获得或查阅非保密资料的权利、辩护权的尊重、听证权等。但通常来讲,只有对当事人或利害关系人的权利有重要影响的程序上的要求被违反才有可能成为提请司法审查的充分理由。

(三) 滥用权力以及存在明显错误

欧盟主管机构滥用权力是提请反倾销司法审查的理由之一,但由于举证的困难,在反倾销司法审查的实践中,个别基于该理由提起的司法审查之诉均未获得成功。实践中,对于类似问题,当事人更愿意以裁决中存在明显错误为由向法院提起诉讼。从实践看,当事人认为存在明显错误而请求法院司法审查的事项包括几乎所有影响当事人权利义务关系的因素,^①这主要是因为欧盟主管机构在反倾销调查中有着宽泛的自由裁量权,不同当事人及欧盟机构对此有着不同的理解是很正常的。不过,正如前文所述,欧盟法院的立场总体而言是遵从欧盟主管机构的裁量与判断,法院很少会推翻主管机构的决定。

四、欧盟(欧共体)法院对涉华反倾销案件的司法审查

欧盟法院涉及中国反倾销案件的司法审查并不多,尤其是中国出口商提请的司法审查案件仅有三起,其中已结的案件为两起,即草酸案^②和自行车案^③,均以中国出口商败诉告终。另一起节能灯案尚在审理之中。

① 具体参见前引 Wolfgang Müller 书第 555—556 页。

② Case T-161/94 Sinochem Heilongjiang V. Council [1996] ECR II-695.

③ Case T-170/94 Shanghai Bicycle Corp. (Group) V. Council [1997] ECR II-000.

在关系中国的几起案件中,主要涉及以下两方面的问题。

(一) 诉讼资格问题

在欧盟的反倾销法中,中国一直被视为“非市场经济”国家,其直接的后果是:首先,对中国出口产品正常价值的计算采用替代国制度;其次,在征收反倾销税时,欧盟采用“一国一税”原则,即反倾销税一旦裁定,五年中将适用于中国有关产品的所有出口厂商。这种状况使得中国出口商是否享有在欧盟法院提请司法审查的诉讼资格也成为颇具争议的问题。欧盟主管机构不愿意给予非市场经济国家出口商单独待遇的事实使得在条例中往往不会列出具体出口商的名称,因此,条例是否与个体直接相关就极具争议。在此问题上,欧盟还没有确定性的标准,法院的裁定结果往往存在矛盾。例如在“打火机案”^①中,高尧香港公司代表其广东公司自始至终参加了行政程序,但在司法程序上却被挡在门外;而在“相册案”^②和“草酸案”中,欧盟法院却分别肯定了香港 Climat 公司(该公司是唯一的出口商并参与了欧盟行政机构反倾销的行政程序)以及黑龙江中化公司(欧盟法院认为,欧盟方面不能一方面接受原告参加同一案件的行政程序,而否定原告参加随后的司法程序)提请司法审查的诉讼资格。从以上三个案例来看,一方面欧盟法院不会因为出口商来自非市场经济国家并征收单一反倾销税而绝对否定其诉讼资格,但法院也不会因为非市场经济国家出口商自始至终参与了反倾销行政程序而自动赋予其诉讼资格。从上述仅有的几起案件中,还很难判断欧盟法院决定非市场经济国家出口商诉讼资格的具体标准是什么。

(二) 替代国的选择与单独待遇问题

在替代国选择的问题上,欧盟法院在“漆刷案”^③中首次判决欧盟机构选择替代国不当。欧盟法院虽然承认在选择替代国方面,欧委会和部长理事会拥有灵活处置权,法院的审判限于核实欧盟方面是否遵守了程序规则,是否准确陈述了事实以及是否误用了权力。但法院可以审查欧

① Case C-75/92 Gao Yao (Hong Kong) Hua Fua Industrial Co. Ltd. V. Council [1994] ECR I-3141.

② Case T-155/94 Climax Paper Convertors V. Council [1996] ECR II-873.

③ Case C-16/90 Detlef Nölle V. Hauptzollamt Bremen-freihafen [1991] ECR I-5163.

盟机构是否没有考虑基本因素来适当地选择替代国,以及是否充分注意到了各方所提交的文件资料。在本案中,法院认为,替代国斯里兰卡的漆刷生产只占中国出口欧盟的 1.2%,在数量上不具有代表性;欧盟方面未能证明斯里兰卡与中国漆刷生产方法具有可比性;斯里兰卡漆刷的原材料依靠进口,而中国所用原材料 85% 自己供给;斯里兰卡的漆刷价格在其国内市场不具有竞争性,因而选择该国作为替代国是不恰当的。该案为替代国的选择确定了统一标准,同时也证明了尽管法院在实体问题上较为尊重欧盟机构的判断,但仍有可能在司法程序中推翻行政机构的裁定。

在“节能灯案”中,由于欧盟在 1998 年修订了反倾销法,该法对中国应诉企业在个案基础上给予市场经济地位,因此本案提出了未获市场经济地位企业的正常价值是否可以不以墨西哥为替代国计算,而适用已获得市场经济地位的本国企业(在该案中,共有两家中国企业获得市场经济地位)的正常价值的新问题,欧委会和理事会均拒绝适用中国企业的正常价值。欧盟法院对此案的审理结果如何当拭目以待。

就单独待遇(分别裁决)问题而言,在已审结的草酸案、打火机案和自行车案的司法审查中,欧盟法院都支持了欧盟理事会的裁定,不给予中国企业单独税率的待遇。法院认为对于非市场经济国家,反倾销法不禁止一国一税,欧盟机构对中国企业是否独立于国家,从而享有单独待遇拥有灵活的处置权。由于没有分别裁决,欧盟主管机构对不应诉企业使用所能掌握的最佳资料,并将其倾销幅度与应诉企业倾销幅度平均,求得单一幅度适用于所有中国企业,这种计算方法是合理正当的,目的是防止来自非市场经济国家的其他企业通过被征收较低税率的企业规避欧盟的反倾销税。

以上几起涉及中国的反倾销司法审查案件均发生在 1998 年欧盟反倾销修正案生效之前,从诉因来看,都与中国的非市场经济地位密切相关;从结果看,在大多数案件中,欧盟法院都支持了欧盟行政主管机构对中国企业的不利裁决,尤其是在核心的分别裁决问题上,中国企业的据理力争都未能获得希望的结果。这一方面证明在反倾销的司法审查标准上,欧盟法院较为遵从欧盟主管机构裁量权的现实,另一方面也

说明在中国的市场经济地位没有正式得到承认的情况下,欧盟法院对中国反倾销案件的司法审查很难从根本上改变欧盟行政当局对中国企业的裁决。不过,随着中欧经贸关系的不断加强,欧盟对中国反倾销的立法与实践也在向前发展。1998年,欧盟针对中国和俄罗斯经济改革的进展状况,出台了第905/98号条例,明确规定了对中国出口企业市场经济地位进行个案审查的五条标准。此外,该条例附件中还相应规定了中国企业申请分别税率裁决的八条具体标准。这使得在认定市场经济地位和给予分别裁决问题上,欧盟有了明确而具体的法律标准,大大减少了欧盟机构以往裁定的随意性。很显然,这将对欧盟主管机构过大的自由裁量权构成约束。同时,它也将使中国企业重新审视欧盟的司法审查制度,增强对充分利用欧盟司法审查制度,维护中国企业合法利益的信心。

第三节 本章小结

作为世界上最大的两个经济体,美国与欧共同体早在《WTO反倾销协定》生效之前就在其国(域)内建立了较为完备的关于贸易救济大司法审查制度。可以说美欧贸易司法审查制度对于世界贸易组织框架内司法审查制度的形成起到了推动作用。尽管反倾销法的实施主要属于行政主管部门的职责范围,但由于美国三权分立的宪法体制、欧盟独特的组织结构以及世界贸易组织法的要求,美国与欧盟主管法院对行政机构裁定的司法审查显然构成了反倾销程序法的最后一环。司法审查制度的设置无疑为当事人提供了最后的救济途径,同时对行政部门行政权的行使也构成了制约与监督。但无论从美国或欧盟现有的司法审查原则与标准可以看到,其司法部门的权限是受到很大程度的限制的。法院的作用主要是保持行政部门实践的合法性,从实践来看,美国与欧盟的主管法院在司法审查时,都非常注重对行政当局执行自由裁量权的尊重,通常都是比较谨慎地遵守着司法权不得干预行政权的界限。通常只有行政机构在贸易救济调查中存在滥用权力、违反正当程序原则、缺乏实质性证据支持或缺乏理由的情况下,才有可能推翻行政机构的裁定。因此司法审查的作用是有

限的。此外,提起司法审查之诉耗时费钱,这也是中国出口商提起的反倾销司法审查案件为数不多的主要原因。^① 因此,只有充分了解美国与欧盟反倾销司法审查制度的运作特点,在寻求司法救济之前进行充分而谨慎的论证,才有可能使这一救济途径为我所用,并避免无谓的时间与金钱损失。

① 例如在欧盟于 2006 年 11 月决定对中国出口皮鞋征收 16.5% 的反倾销税后,大部分中国皮鞋出口企业决定放弃向欧盟法院的司法审查诉讼,目前只有中国民营企业奥康公司聘请律师准备向欧盟初审法院就欧盟行政主管机构的裁定提起诉讼。参见《国际商报》2006 年 11 月 29 日报道。

第七章 非市场经济规则对中国的不利影响及中国应对策略

第一节 非市场经济规则存在的主要问题及对中国的不利影响

反倾销法中的非市场经济规则适用的结果就是针对所谓的非市场经济国家适用特殊的方法计算出口产品的正常价值及倾销幅度。而无论是采用“生产要素法”或“替代国法”计算产品的正常价值,都使中国输美或输欧产品处于非常不利的地位,它通常会导致较高的倾销幅度。首先,在选择替代国衡量非市场经济国家生产要素方面,美国反倾销法赋予商务部以极大的自由裁量权。该法第 773(C)(1)节规定:“……对生产要素的衡量应当在考虑一个或几个商务部认为适当的市场经济国家的要素价值的前提下基于最佳可获得信息作出”,同时,该法还规定在替代国以及生产商的选择上,应“尽最大可能”选择一个经济发展水平与非市场经济国家具有可比性的国家和具有可比性的生产商。但是该法没有要求替代国必须是经济发展水平“最具可比性”的国家或产品为最具可比性的生产商。而且也没有对“可比较的经济发展水平”(comparable level of economic development)、“可比较的产品”(comparable merchandise)以及“重要的生产商”(significant producer)等术语做出定义。因此,在替代国的选择上,商务部享有宽泛的自由裁量权。在历年来的对华反倾销案件中,挪威、澳大利亚、法国等劳动力成本远远超出中国的发达国家经常被商务部选为中国的替代国;即使经常被商务部选为中国替代国的印度或巴基斯坦等发展中国家,其原材料的价格也往往远超中国。采用替代国等方法计算出来的产品倾销幅度会大大高于采用正常方法得出的结

果;更为不利的是,该方法实际上使中国产品在全球竞争中所具有的比较优势丧失殆尽;①同样的,欧盟在选择替代国时,只需遵守“适当的”与“不合理的”抽象原则。通常不考虑因经济制度或经济发展水平不同而导致的产品成本的差异。因此,欧盟经常武断地将一些经济实力高于中国的发达国家作为我国的替代国。例如在中国输欧碳化硅案中,欧委会就拒绝了我国出口企业关于对中国劳动力价格低于美国劳动力价格进行调整的请求,重申只有源于自然比较优势的因素才可以产生此种调整,仅仅由于经济制度而造成的成本差异,不在调整之列。②

其次,无论是《WTO反倾销协定》或《中国入世议定书》都没有对“市场经济”作出法律上的界定,这就意味着每一个成员方在反倾销案件中可以自行确立甚至更改“市场经济”的条件,衡量各项市场经济标准及程度的裁量权完全掌握在行政主管机关的手中。另外在美国,商务部判断其贸易伙伴是否为非市场经济国家的决定不受国际贸易法院司法审查的规定使得“非市场经济”方法的政治性大大增强而法律性大大弱化,这也意味着中国企业试图通过司法途径改变非市场经济地位的可能性不复存在。

最后一个不利影响是在反倾销税率的计算方法方面。对于来自市场经济国家倾销产品,美国商务部在计算倾销幅度时采用“分别税率”的方法,除非商务部在发现市场经济国家的出口商具有关联或附属关系时可能会采取针对所有出口商的加权平均税率。而针对非市场经济国家的出口产品,商务部的做法正好相反,即非市场经济国家的所有同类产品的出口商将被计算一个统一税率,除非企业能够从事实和法律两方面证明其出口行为不受国家控制,方可被计算分别税率或者加权平均税率。按照这种方法,中国大量出口企业因此而获得远高于市场经济国家同类企业的反倾销税率,有些甚至永远丧失了美国的市场。2004年6月1日,

① Scott Anderson, “Significant Change or Status Quo? The Potential Impact on Chinese producers and Exporters to the United States from the Draft Chinese Accession Protocol provisions Regarding Special Antidumping and Product and Textile Safeguards,” paper prepared for a World Bank seminar in Beijing, October 25, 2000, p. 18.

② 参见前引高永富、张玉卿书第272—273页。

中国商务部在向美国商务部提交的关于分别税率改革的评论意见中就指出,中国大量出口企业依据不利事实而获得的统一税率常常使中国企业的出口产品被挡在美国的市场之外。从1995年以来,超过半数的对华反倾销案中的统一税率超过了100%,平均税率为112.85%。它是同期市场经济国家平均税率(32.03%)的三倍半。^①例如在中国输美彩电案中,中国未应诉企业获得的税率为78.45%,而马来西亚的未应诉企业的税率仅为0.75%;在中国输美顶钉案中,受到反倾销调查的国家或地区有中国大陆、中国台湾地区以及韩国,其中中国的统一税率为118.41%,而韩国和台湾地区产品的平均税率仅为0.68%;在中国输美结构钢梁案中,中国产品的单一税率为89.17%,其余6个受调查的市场经济国家的平均税率仅为6.14%。^②

第二节 中国市场经济地位评价

随着冷战的结束和经济全球化的发展,越来越多的经济转型国家从“非市场经济国家”的序列中“毕业”,获得美国和欧盟反倾销法意义上的市场经济地位。目前,美国与欧盟反倾销法的非市场经济规则仅适用于为数不多的几个国家,中国显然是其中最大的受害国。欧美反倾销法中的非市场经济规则对于中国的出口企业而言是极不公平的,从以上的分析中可以看到,替代国的选择往往是任意和专断的,缺乏法律应有的准确性和可预见性;而且针对非市场经济国家的一国一税原则不仅具有惩罚性,违反了反倾销法本应具有救济功能,明显对中国企业构成了歧视。此外,美国与欧盟对中国的非市场经济国家认定完全无视中国市场经济改革所取得的巨大成就,也与美国与欧盟多年来致力于改善中美、中欧贸易关系的努力背道而驰。

① Government of the People's Republic of China, Bureau of Fair Trade for imports and exports, Ministry of Commerce, Submission to the U. S. Department of Commerce, "Separate Rates Practice in Antidumping Proceedings Involving Nonmarket Economy Countries," Journal, 2004, p. 5.

② See Daniel Ikenson, *Non Market Nonsense — U. S. Antidumping Policy toward China*.

经过多年的市场经济改革,中国不仅加入了以市场和规则为导向的世界贸易组织,中国经济已经开始全面融入全球经济之中,而且中国在市场化和经济增长方面也取得了举世瞩目的成就。事实上,世界上并不存在完美的市场经济,市场或非市场经济只是一个相对的概念,是一个发展程度问题。理想的市场经济状态应该是所有的市场要素和决策都由市场原则来支配,在这种理想状态下,所有产品的价格都应完全由供求关系来决定,政府完全不应介入市场,任何形式的政府补贴也都不应存在,甚至以税收或者法规的形式进行干预也不应允许。而事实上,世界上所有的国家都会对其经济进行干预,只是干预的程度不同而已。所以,一个国家是否依市场原则确定产品的价格或成本是一个程度问题,而不应当是绝对的。正如美国反倾销法确定市场经济的“六要素测试法”所承认的那样,商务部在考察每一个要素时,将考察“市场导向的程度(Extent)”,包括所有权、外国投资、货币的可兑换程度等等。从这个意义上说,随着中国市场经济改革的深入,中国大部分企业已经足以达到美国法所要求的独立程度,中国大多数企业产品的成本和定价也足以达到作为计算正常价值的依据。中国目前是全球贸易体制中举足轻重的力量,可以设想,如果没有市场的力量,中国的经济增长也不可能达到今天这样令世人瞩目的成就。由于欧盟法没有对一国整体的市场经济地位问题列出明确的衡量标准,下面笔者将结合美国反倾销法中市场经济六要素测试法进行论证。

一、货币的可自由兑换程度

从1996年开始,按照《国际货币基金协定》第8条的要求,中国的人民币实现了经常项目下的可自由兑换,中国取消了与国际贸易最为相关的对经常项目交易中支付和转账的所有限制;在过去的3年中,按照世贸组织《服务贸易总协定》的要求和中国的入世承诺,中国逐步开放其金融市场,如允许外国投资者直接在中国国内市场进行融资;允许外国银行发行人民币证券;在证券股票市场允许合格的外国机构投资者(QFII)进行投资;2005年7月,中国人民银行又对人民币汇率机制做出重大改革,将人民币紧盯美元的固定汇率改为以市场供求为基础,参考一揽子货币进

行调节,有管理的浮动汇率制。2006年2月初,中国人民银行又宣布当年将在上海设立小额外币兑换机构试点,这一举措被视为中国进一步放松外汇管制的一个信号,是人民币朝着完全可自由兑换方向迈出的重要一步。与其他国家一样,中国在履行其国际义务的同时,为了防范金融风险,防止国际短期游资的恶意攻击以及维护地区金融稳定,也对资本的流动作出一定的限制。不过许多已经被美国承认为市场经济的国家,如俄罗斯等东欧国家也都出于类似的考虑采取类似的措施。

二、劳资双方协议工资的程度

中国政府通过劳动法等法律法规保护核心劳工标准以及劳动者集体议价的权利。工人可以在工会的帮助下切实维护其合法权利,国家也设立了相应的机制来予以保护。中国通过相关立法和改革户籍制度来确保劳动力的自由流动,劳资双方通过协商确立工人的工资水平。按照中国法律,工会组织具有独立的民事主体地位,在劳资纠纷中代表工人的利益。此外,中国的绝大多数公私企业确立了劳动合同制度。除了建立最低工资标准和劳工社会保障要求以外,中国政府将工人的工资确定完全交由劳资双方的谈判和劳动力市场来决定。

三、允许外商投资的程度

在外资准入方面,中国开放的领域与程度甚至超过很多发达国家。目前中国已经超越美国成为世界上最大的资本输入国。中国不仅允许而且鼓励外国直接投资。据统计,自从1979年改革开放以来,中国境内各种类型的外商投资企业已经达到479 605家,仅在2003年中国新设的外商投资企业就达到41 081家。^①中国制定并不断完善外商投资立法、改善投资环境,使之符合WTO的TRIPS协议要求。为了履行入世承诺,中国进一步开放了外商投资领域,包括内外贸、银行与保险以及专业服务等WTO服务贸易总协定所涵盖的领域都已经对外资开放,这在WTO的

^① 参见中华人民共和国商务部向美国商务部提交的《关于在美国反倾销法中承认中国是市场经济国家》的报告。

成员方中是很罕见的。^①

四、政府所有和控制生产资料的程度

当下,中国已经大量地减少了政府对生产资料的所有和控制份额。除了有限的具有战略意义或关系到重大国计民生的产品之外,政府不再决定和控制产品的产量。随着中国私营企业和外商投资企业的大量增长,政府所有和控制的生产资料比例进一步减少。

五、政府控制资源分配和企业产品价格及产量控制的程度

绝大多数的产品和服务是由市场而非政府决定其资源分配。企业完全根据市场决定产品的价格和产量。根据《中国入世议定书》,中国政府仅对有限的具有战略意义和关系重大国计民生的产品和服务继续维持国有贸易或者提供指导价格。加快市场改革并促进私营企业的发展是中国政府既定的政策与目标。

六、其他行政主管机关认为适当的因素

实践中,除了考察以上5个方面的因素之外,美国商务部在判断一个国家是否为市场经济国家时还主要考察该国是否制定并有效执行了反垄断法(关系到政府对生产资料的控制)、是否存在证券交易制度(关系到国内市场是否对外资和外国投资者开放)以及是否存在关税法和反倾销法(被认为代表了一国的对外开放程度)。^②目前,除了反垄断法正在人大立法审议之中,有望正式出台以外,中国已经建立起较为完善的证券法、海关法、反倾销法以及破产法和物权法。更为重要的是,中国已经成为全球贸易中一支举足轻重的力量,目前是世界上的第三大进口方和第四大出口方。中国经济的持续增长和在全球贸易体制中所占有的重要地位从另一个侧

① 截至2000年6月12日,WTO的122个成员方中只有11个成员方承诺开放总共12大类服务贸易领域中的11至12类服务贸易。World Trade organization, "Summary of Specific Commitments" (www.wto.org/wto/services/websum.htm [June 12, 2000])。

② Joseph A. Laroski, Jr, NMES: A Love Story Non Market and Market Economy Status Under U. S. Antidumping Law, *Law and Policy in International Business*. Winter 1999; 30, 2.

面证明了各种市场因素在中国经济改革中所显现的重要力量。

基于以上分析,笔者认为美国承认中国的完全市场经济地位的时机已经成熟。随着中国加入世界贸易组织,中国政府通过努力已经成功获得 53 个国家对中国完全市场经济地位的承认,^①但作为中国最大和最重要贸易伙伴之一的美国在这一问题上似乎仍没有松动的迹象。^②究其原因,中国多年来对美贸易顺差以及美国国内贸易保护主义势力抬头是根本原因,此外,与保障措施不同的是,美国总统对反倾销这种贸易救济措施难以施加影响,商务部裁量权过大也是重要原因。不过值得关注的是,中美双方设立的美中商贸联合委员会专门就中美贸易中的重大结构问题设立了工作组,2004 年 5 月 19 日,中国商务部在美国商务部举行的听证会上提交了关于“为美国反倾销法目的承认中国为市场经济国家”的报告并作了口头陈述,阐述了中方的立场和要求。^③中方的关切已经引起美国方面的注意,笔者认为美国商务部在 2004 年举行关于中国市场经济地位问题的听证会并且征求相关利益方评论的做法就是对中国关切的回应。^④当然,由于在听证会举行前,美国商务部收到的评论与建议大多来自与中国出口产品密切相关的美国制造业协会等利益集团,而这些建议

- ① 据中国商务部最新统计,自 2004 年 4 月新西兰率先承认中国市场经济地位以来,已有新西兰、尼泊尔、刚果(布)、吉尔吉斯斯坦、贝宁、多哥、南非、摩尔多瓦、吉布提、东盟十国(印尼、马来西亚、泰国、新加坡、文莱、菲律宾、越南、老挝、柬埔寨、缅甸)、格鲁吉亚、尼日利亚、俄罗斯、亚美尼亚、巴巴多斯、圭亚那、安提瓜和巴布达、巴西、阿根廷、智利、秘鲁、巴基斯坦、委内瑞拉、韩国、澳大利亚、以色列、乌克兰、白俄罗斯、冰岛、哈萨克斯坦、赞比亚等 53 个国家承认中国完全市场经济地位。其中,韩国成为中国千亿美元以上贸易伙伴中第一个承认中国完全市场经济地位的国家。http://www.southcn.com/news/china/zgkx/200601290055.htm。
- ② 2005 年 4 月 21 日,美国商务部正式发布公告,决定采用更为严格的方法计算非市场经济国家产品的倾销幅度。这意味着中国企业若申请单独税率将会变得更加困难。详见“Separate rates and Combination rates in Antidumping Investigations Involving Non Market Economy Countries”; Announcement of Change in Practice and “Policy Bulletin 05.1”, April 21, 2005. http://ia.doc.gov/newitems.html。
- ③ Public hearings on U. S. -China Joint Commission on Commerce and Trade Working Group on Structural Issues: *Submission of The Ministry of Commerce of The People's Republic of China On Recognition of China As A Market Economy For Purposes of U. S. Antidumping Law*. May 19, 2004.
- ④ 虽然美国贸易法规定了市场经济的定义和判断标准,但判断一国是否为市场经济国家的决定权实际掌握在行政部门,即美国商务部的手上,承认中国市场经济地位无须美国国会修改立法,美国商务部通过其行政裁量就可以做到。

或评论几乎都反对在目前情况下给予中国完全市场经济地位(本章第四节中详述),因此,中国政府申请美国市场经济地位的努力还将面对来自美国国内贸易保护势力的干扰与阻挠。

第三节 美国国内解决非市场经济困境的可能途径

鉴于早期美国反倾销法适用于非市场经济国家存在的理论困境^①以及后来非市场经济国家向市场经济的转型,美国国会、政府以及学术界在不同的时期也曾经提出过一系列修改非市场经济规则的建议。这些建议虽然内容不同,形式各异,但总体上是认为美国从六十年代在反倾销领域开始实行的非市场经济规则(包括对 NME 国家的认定标准、正常价值的确定方法与税率的计算方法)不符合反倾销法的宗旨或者转经济国家的实际情况。以下分别对美国国内出现的相关建议进行介绍和评价。

一、黑尼兹法案

在美国 1979 年第 96 届国会、1981 年第 97 届国会、1983 年第 98 届国会和 1986 年的第 99 届国会上,都有国会议员提出美国的现行反倾销法不应适用于非市场经济国家,并建议修改国会的非市场经济规则。由于这些建议都与美国参议院共和党议员约翰·黑尼兹提出的“虚构定价”(Artificial Pricing)概念有关,因此又被称为黑尼兹法案(The Heinz Bill)。虚假定价理论“假定在非市场经济国家不存在像市场经济国家那样的‘补贴’或者‘低于公平价值’的情况”^②,因此,应当分别对美国的反

① 例如有学者指出,美国反倾销法适用于非市场经济国家时存在三方面的逻辑和实际困难。首先,认定非市场经济国家产品倾销时究竟发生了什么样的不公平贸易行为并不清楚;其次,对非市场经济国家出口产品正常价值确定采用的方法具有不可预测性,无论是非市场经济国家的出口商或是美国的进口商都无法预先对其产品价格进行调整以避免违反美国的反倾销法;再次,现有针对非市场经济国家反倾销的方法彻底抛弃了非市场经济国家的比较优势。参见前引 Mock 文第 63 页。

② Firestone, *Artificial Pricing as an Alternative to Countervailing Duties Against Imports from Nonmarket Economies*, 8 J. COMP. BUS. & CAP. MKT. L. 75, 76 (1986).

倾销法或者市场扰法或者同时对两者进行修正,以使商务部不再对非市场经济国家出口产品的生产成本或生产要素进行调查。该建议又被称为“底线价格”(Floor Price)论。即来自非市场经济国家的进口产品与某些底线价格作比较,只要进口定价低于该底线价格,就假定产品存在倾销或受到补贴,相应地,该价格与底线价格的差额就成为适用有关关税的基础。国会议员们就“底线价格”提出了不同的计算公式,这些公式的共同点认为该底线价格应当是来自某一市场经济国家的相同产品的进口价格。^① 这一建议试图在不涉及公平概念的前提下确立某种适用于非市场经济国家的不公平贸易法。但该方法并没有考虑到非市场经济国家的比较优势,因为它为进口产品设定的底线价格与产品来源国本身的生产要素没有任何关系。^② 采用该方法的实际效果就是所有的低价贸易都会被标榜为“不公平”并且面临被增加反倾销税的威胁。

二、克林顿政府的建议

针对非市场经济国家向市场经济转型的现实,在美国国会讨论《乌拉圭回合协议法》时,克林顿政府(1992—2000年)曾经向国会提出过两项与转型经济有关的立法建议。但是该两项建议均未被国会纳入最后的法律文本。^③

建议一:在美国不公平贸易法中将转型经济国家归入专门一类。^④ 其主要目的是在为美国国内产业免受转型国家不公平进口可能造成的损害提供救济的同时,达到美国鼓励转型国家进行政治与经济改革的对外政策目标。^⑤ 该建议将转型经济国家定义为确立了财产私有化以及建立了国有企业私有化机制的国家。此外,该建议还取消了商务部在对转型

① 前引 Mock 文第 66 页。另可参见前引杰克逊著、张乃根译书第 368 页。

② Soltysinski, U. S. Antidumping Laws and State-Controlled Economies, 15 *J. World Trade L.* 251, 258 (1981).

③ 前引 Lantz 文第 1050 页。

④ See Special Report, *INSIDE U. S. TRADE*, July 15, 1994, at S-5 (Detailing the Administration's "Economies in Transition" Proposal).

⑤ 例如美国商务部进口管理局的助理秘书 Susan Esserman 在该报告中指出:“行政部门将采用一系列的标准来判断哪些国家为转型经济国家,而不是在立法中特别指明。例如,那些已经建立私有财产权和开始私有化进程的国家……可以考虑的国家是前苏联的加盟共和国以及东欧各国,但是……这种变化不包括中华人民共和国在内。”注释来源同上。

国家反倾销中的职能,只保留了国际贸易委员会在反倾销调查中的作用。这一建议取消了对倾销的计算,美国的其他不公平贸易法也将不再适用于转型国家,只有当转型国家的产品进口增加(Increasing Import)并且给美国工业造成严重损害(Serious Injury)或严重损害威胁(Threat of Serious Injury)时 ITC 才可以采取救济措施。该建议中采用的损害标准与美国贸易法第 201 条款中保障措施的损害标准相同,但高于美国反倾销法和反补贴法要求的“实质性”损害标准的要求。在证明了损害之后,美国对国内产业采取的救济措施包括提高关税、增加配额或者与转型国家签署相关协议。此外,为了达到促使转型国家进行政治经济改革的对外目标。该建议还规定在指定一国为转型经济国家五年后对其改革情况进行审核评估,行政机构将根据审核评估结果来决定该国是否应从转型国家“毕业”至市场经济国家或者重新回到非市场经济国家的行列。

建议二:与转型国家签署中止协议。在国会乌拉圭回合协议法起草委员会拒绝了商务部提出的第一项建议后,商务部又提出了一套更为谨慎的建议。提议国会授权行政主管部门在外国出口商同意停止以低于公平价值的价格销售产品或者在其他的特殊情况下,与出口商达成中止协议,通过出口商自愿提高产品价格或同意美国设置配额以抵销可能对美国产业造成的损害。该提议建议国会授予商务部广泛的与转型国家签署最多可达 18 个月的中止协议的权力。^① 因此,该建议更倾向于采用中止协议的方式解决转型国家出口产品的倾销问题。商务部认为采用这种方法的好处是可以在短期内就达到对国内产业实施救济的目的。然而与第一项建议一样,该建议也未被国会采纳。因此至少在立法层面上,美国究竟应当如何修订针对转型国家的不公平贸易法仍然是一个悬而未决的问题。

三、美俄商务理事会的建议

美俄商务理事会(The U. S. -Russia Business Council)(下称理事会)也就美国针对俄罗斯的不公平贸易法的改革问题提出了多项改革建议。该

^① See Improvement of Suspension Authority to Respond to Dumping From Economies in Transition.

建议虽然主要针对的是美俄贸易关系,但一旦成功,实际上也可以适用于其他的转型经济国家。该理事会认为,这种改革部分需要美国国会(立法)的行动,而其他方面则通过美国行政主管机构的行政行为就可以实现。理事会关于立法方面的建议与前述的建议一非常相似。即提议将转型国家在美国贸易法中另归一类。理事会认为,对转型国家采用的计算正常价值的方法并不可靠,美国在对俄罗斯的反倾销调查中应当不再使用计算倾销幅度的方法,^①而只需在给美国产业造成严重损害的情况下采取救济措施。^②与建议相同的是,理事会建议采用“严重损害”的标准,或者即使仍使用正常价值的方法,也应该采用所谓的“基准价格法”(Benchmark Pricing Test),将倾销定义为产品价格低于已经确立的“基准价格”。理事会认为,“基准价格法”比替代国方法更具有可预测性。与此同时,理事会还建议赋予总统以必要的权力。首先,总统应有权发布行政命令,指定俄罗斯为转型经济国家并实行特殊的贸易救济措施。该措施应主要采用协商而非诉讼的方式;其次,总统还有权要求反倾销或反补贴的申诉方在提起申诉前应首先利用协商程序;再次,总统应就反补贴法的可能适用问题发布行政命令:(1)在俄罗斯被指定为“转型国家”期间,俄罗斯应继续豁免美国的反补贴法;(2)俄罗斯只有在转型阶段终结后才可以承担反补贴法责任;(3)应当将依据反倾销法确定正常价值的方法与依据反补贴法可能承担的反补贴责任分别处理,而不是将两者结合起来适用;(4)总统采取其他的行政措施修正行政主管机关的行为。

虽然建议倾向于取消对涉俄产品正常价值和倾销幅度的计算方法,但并未完全排除该方法,不过建议认为,即使继续采用公平价值的计算方法,商务部也应该以俄罗斯产品的实际成本并按照与市场经济国家相同的方法计算其正常价值;并且在正常方法不能适用的情况下,对俄罗斯的

① 理事会的理由是:“国会在立法中应当承认,随着俄罗斯经济进入目前的发展阶段,精确的计算价格歧视或者是否低于成本销售以决定倾销的发生是不可能的。替代国的方法一直未能发挥作用,并且极易导致建立在脆弱证据上的对非市场经济国家的惩罚性关税。国会立法应当仅仅根据俄罗斯产品给美国产业造成的损害程度提供救济,而不应当继续适用假设的倾销模型,因为该方法将不可避免地导致无端和不可预测的结果。”

② Carey et al., *Transitional Relief for Russia Under the U. S. Trade Laws: New Policies for Assisting Global Russia's Entry into U. S. and Markets*, U. S. -Russia Business Council.

国有企业采用分别税率的裁决。

四、修改美国贸易法第 406 条款的建议

在美国也有不少学者建议对美国贸易法第 406 条款进行修订并将其适用于转型经济国家,从而不再继续适用反倾销与反补贴法。适用 406 条款的最大好处是行政主管部门无须决定低于公平价值或者使用替代国方法,^①同时从行政管理角度看,适用第 406 条款也比适用反倾销法更为经济。^②但在如何修改 406 条款的问题上,学者的意见并不完全相同。

学者 Richard N. Eid 建议授予总统根据第 406 条款的宽泛的权力,因为在美国采取救济措施前,总统通常会基于对外政策的考虑以决定是否执行或否决 ITC 的决定。此外,他还建议应当修改第 406 条款中的“急剧增长的进口标准”(Rapidly Increasing Imports Standards)并且将进一步定义“实质性损害”(Material Injury)和“重要原因标准”(Significant Cause Standards)。^③

与 Eid 相反的是,学者 Jeffrey S. Neeley 则建议限制总统的自由裁量权,以避免政治因素对行政裁定的影响。^④ Neeley 建议在第 406 条款中增加一个意见咨询程序,以增加可预测性,可以使用第三国的价格,并且为转型国家的合资企业与其他市场经济企业提供与市场经济国家企业相同的计算正常价值的方法。

五、建立反倾销监督委员会的建议

鉴于美国反倾销法非市场经济规则存在的诸多问题,尤其是行政主

① Richard N. Eid, *The Effect of Georgetown Steel Corp. V. United States on Non-market Economy Imports*, 3 *AM. UJ. INT'L L. & POL'Y* 65, at 90-91(1988).

② *Ibid.*, p. 92.

③ 关于“急剧增长进口标准”,Eid 认为存在两个问题:首先国会立法没有规定进口增长的时间限定,ITC 也缺乏作出决定的必要的历史信息,其次非市场经济国家完全可以控制其进口以规避“急剧增长标准”,从而导致美国生产商无法得到相应救济;关于“实质损害标准”,Eid 认为国会应当提供类似于贸易法第 201 节规定的更加客观的认定损害的标准;关于“重要原因标准”,Eid 认为很显然,该标准介于“实质性原因”(Substantial Cause)和“主要原因”(Contribute Importantly)之间,国会应为 ITC 澄清三者之间的区别。同上,第 93—97 页。

④ See Jeffrey S. Neeley, *Nonmarket Economy Import Regulation: from Bad to Worse*, 20 *Law & Policy of International Business*, at 550.

管机关行政裁量权过大的问题,以倡导自由贸易著名的美国卡图研究所(CATO Institute)研究员 Ikenson 在最近的一篇题为《滥用裁量权——限定美国反倾销法中行政权力的时机到了》一文^①中指出,世界贸易组织成立以来,美国在 WTO 争端解决机构中屡屡受到其他成员方违反《WTO 反倾销协定》的申诉(26 件被诉案件),其中大多都与美国商务部进口管理局(Import Administration)滥用行政裁量权有关。Ikenson 特别强调进口管理局在非市场经济国家产品正常价值确定上存在的滥用权力的情况,并且认为进口管理局的实践不仅与美国的总体贸易政策和对外政策不相协调,而且与现行法律也存在一定程度的抵触。目前,进口管理局在作出裁定时缺乏与商务部其他部门之间或者商务部以外的相关贸易主管部门的正式协商机制。为此,他建议设立一个“美国反倾销监督委员会”(Antidumping Oversight Board),该委员会应由美国贸易代表办公室(USTR)、商务部、美国国务院以及美国财政部的代表共同组成。该委员会的主要职能是确保进口管理局作出的每一项反倾销裁定存在内在的统一性,符合美国政府对外签署的贸易协议并且确保其裁定不损害上述四家行政主管部门的总体贸易政策目标。此外,该委员会还应当吸收反倾销政策、国际条约和美国相关法律方面的专家。这些专家可以就特定反倾销裁决中存在的问题向委员会提出建议。

第四节 中国对美欧非市场经济规则应采取的对策

一、美国与欧盟在中国非市场经济地位问题上的最新立场

从 1947 年《关税与贸易总协定》生效之后,随着多轮回合的贸易谈判,各国的关税与非关税壁垒已经大大下降,国际贸易朝着更加自由的方向发展,在这种情况下,被世界贸易组织承认的可以合法存在的贸易保护

^① Daniel Ikenson, “Abuse of Discretion — Time to Fix the Administration of the U. S. Antidumping Law,” [http:// www. freetrade. org](http://www.freetrade.org).

措施只有反倾销、反补贴以及保障措施。在这三种贸易救济措施中,美国和欧盟都更倾向于采用反倾销而不是反补贴或保障措施针对非市场经济国家的贸易。其中的主要原因有:首先,反补贴不适用于非市场经济国家从乔治城钢铁公司案以后已经成为美国的一项确定的法律(尽管可能面临修正),而在欧盟的实践中也从未出现对非市场经济国家采取反补贴措施;其次,虽然反倾销措施在因果关系标准上低于特殊保障措施,但是由于其需要认定存在“低于公平价值”的销售,因此,反倾销措施的实质要求并不低于甚至高于特殊保障措施。尽管如此,自美国《1974年贸易法》第406条款生效以来,针对非市场经济国家的反倾销案件远远高于第406条款调查的案件。究其原因,美国总统在保障措施中行使的自由裁量权和最终决定权是一个非常重要的因素,总统往往基于国家关系的考量裁定不采取救济措施。其次,更为重要的是,在反倾销调查中针对非市场经济国家的“替代国”方法和“一国一税”原则使得非市场经济国家的出口能够轻易地被认定为是“低于正常价值”并被征收较高的反倾销税。同时,反倾销法中的损害标准和因果关系标准都不高,甚至还低于第406条款的标准,因此,美国更倾向于使用反倾销手段保护自己的利益。

实际上,随着中国市场经济的改革和逐步融入国际经济贸易体系,美国和欧盟都认识到了中国在市场经济方面所取得的重大成就,在针对中国的反倾销调查中不再顽固地坚持无条件地采取替代国方法或一国一税的原则并分别对其法律作出一定的调整,例如美国商务部承认了中国企业存在“市场导向”的可能性,给予中国企业申请分别税率的机会,欧盟也在1998年修改了反倾销基础条例,给予中国出口企业申请市场经济地位和分别税率的机会。此外,美国国会、政府和学界也不乏对现行非市场经济规则不合理性的反对之声并提出了修改现行立法的多种建议。但是至今为止,美国与欧盟反倾销法针对中国的非市场经济认定与实施规则仍旧没有实质性的改进。在中美和中欧经贸关系总体发展势头良好的背景下之所以出现这一不和谐的现象,根本原因还在于中国对欧美市场出口的逐年迅猛增长导致中美、中欧贸易出现的不平衡现象。面对国内或域内贸易保护势力的压力,美国与欧盟都不会轻易地放弃非市场经济规则这一保护本国产业最有力的武器。

美国对华贸易逆差直接触及了与中国输美产品相关的美国制造业的根本利益,2003年5月,美国制造业协会公布了《对华贸易对美国制造业的影响》的调查报告,该报告指出,根据协会的最新民意调查,75%受访的美国制造业人士认为,美国制造业正面临着巨大的危机,64%的受访者认为,中国发展成为出口大国是对他们生存的最大威胁。^①而在美国,其行业协会和制造商协会等是美国利益集团的重要组成部分,各种利益集团对美国贸易政策的制定和形成起着举足轻重的影响。从实践来看,利益集团往往从自身的利益出发更加倾向于贸易保护主义。他们的游说将会对美国国会的立法和政府的行为产生不可低估的影响。例如在2004年美国商务部举行的关于中国市场经济地位的听证会上,美国一些利益集团的代表就以人民币汇率和中国政府对经济的调控和干预等为由,反对给予中国市场经济地位。在这次听证会上,美国个别国会议员,美国钢铁工人联合会(American Foundry Society)、美国森林与造纸协会(American Forest & Paper Association)、美国半导体工业协会(American Semiconductor Industry Association)、美国纺织品理事会(NCTO)、美国家具生产商合法贸易委员会(American Furniture Manufactures Committee for Legal Trade)、美国劳工联盟及产业工会联合会(AFL-CIO)等20家在反倾销等贸易救济措施中存在重大利益的产业代表(利益集团)纷纷发表意见,反对现时给予中国完全的市场经济地位。这些反对理由多是围绕美国贸易法关于市场经济的定义与判断标准而展开。综合各方评论,主要的反对理由集中在以下几个方面:(1)中国仍然普遍存在对国内产业(尤其是亏损的国有企业)的政府补贴。这种补贴未能遵守WTO义务,导致了市场和价格的扭曲,由于补贴导致了产能的扩大,从而造成低价倾销。(2)中国的劳工标准也不符合市场经济国家的要求,中国的劳动者不能与资方自由地谈判工资水平,不能自由结社,中国忽视劳工权利使劳动力成本被严重扭曲,给出口产品带来了不公平的成本优势。(3)中国政府依然控制着货币政策,人民币尚不能自由

^① 参见牛向东:《国家利益使然——美国迫人民币升值采取的政治经济手段分析》,《国际贸易》2004年,第2期第27页。

兑换, 外汇汇率受到政府的直接控制, 中国政府严重低估人民币的币值(诸多行业代表认为人民币币值至少被低估了 40%), 这使得中国出口产品能得以低价进入美国市场, 从而造成了不公平的竞争。(4) 中国政府仍然拥有或者控制企业的生产资料(如土地的使用是低成本或者无偿使用)以及对自然资源的配置; 中国还存在大量的国有企业、国有贸易公司以及国有银行。政府可以通过国有金融机构来控制贷款和投资决策, 从而控制经济的发展方向。这些都导致了严重的市场扭曲。(5) 中国已经实行了“第十个五年计划”, 这表明中国还存在广泛的政府干预和产业促进政策。(6) 尽管中国吸引了大量的外国直接投资, 但对外资的限制依然存在, 不仅投资政策不够透明, 法律法规的实施也不够统一, 对外资准入的产业部门也存在限制。此外, 中国还存在政府或国有企业对能源、电信等领域的垄断, 缺乏有效的竞争机制等。^①

与美国一样, 中欧贸易的不平衡现象同样是欧盟对华频频启动贸易救济, 尤其是反倾销措施的最重要原因。例如在最近的对华皮面鞋反倾销案中, 欧盟贸易专员曼德尔森(Mandelson)在 2006 年 2 月 23 日宣布对原产于中国的皮面鞋征收为期 5 个月的 19.4% 的临时反倾销税, 在宣布该决定时, 他强调从 2001 年开始, 中国(与越南)急剧增加的皮鞋进口给欧盟造成了严重损害, 影响了欧盟 30% 的皮鞋生产, 造成大约 4 万个就业岗位流失。^②

针对欧盟在反倾销领域将中国视为有条件的市场经济国家的现状, 中国政府为了争取欧盟承认中国的完全市场经济地位, 同样作出了很大的努力。2003 年 6 月, 中国向欧盟提交了要求承认中国完全市场经济地位的申请, 同年 9 月提交了北京师范大学经济与资源管理研究所于 2003 年 4 月发布的《中国市场经济发展报告: 2003 年》(英文版), 2004 年, 欧

① US-China Joint Commission on Commerce and Trade Working Group on Structural Issue, Hearing, <http://ia.ita.doc.gov/download/us-china-jcctwg/hearing-transcript-06-03-2004.pdf>, June 3, 2004. 或参见刘勇著:《WTO〈反倾销协定〉研究》, 厦门大学出版社 2005 年版, 第 419—423 页。

② See “EU Trade Commissioner Mandelson proposes progressive duty following finding of dumping of Chinese and Vietnamese leather shoes,” Brussels, 23 February 2006. http://europa.eu.int/comm/trade/respectrules/anti_dumping/pr...

盟根据初步审议评估,又再次向中方提出了一长串问题清单,涉及 31 个具体问题,中国商务部立即对这 31 个问题做了回答并将长达数百页的《中国市场经济补充报告》英文版递交欧盟,同年 6 月 28 日,欧盟委员会公布了一份题为《中国:贸易保护调查中的市场经济地位》(China-Market Economy Status in Trade Defence Investigations)的初步评估报告。报告指出,有关中国市场经济地位的评估不是一个政治声明,而是一个只与贸易保护调查有关的纯技术性的分析,欧委会需要确认中国公司的成本和价格在贸易保护调查中是否值得信赖。报告指出,欧盟从 1998 年以来开始赋予中国企业申请市场经济地位的个别审查,而这一做法与中国入世议定书第 15 条规定的将中国视为转型经济是一致的。报告肯定了中国在过去几年所获得的市场经济的进步,但认为中国出口企业仍在以下四个方面有所欠缺,达不到欧盟市场经济的认定标准,从而在现时还无法承认中国整体的市场经济地位。如果在下列四个方面有所改进,欧盟将会考虑承认中国的完全市场经济地位。

(1) 国家影响(State Influence): 通过减少政府干预以确保所有公司享有平等的待遇。这些政府干预包括采取某种临时性的措施或者对产业政策以及原材料的出口和价格限制;

(2) 公司治理(Corporate Governance): 为了确保在贸易保护调查中会计信息的可用性,中国应更多地遵守现有的会计法;

(3) 财产法和破产法(Property and Bankruptcy Law): 确保所有公司在破产程序、财产以及知识产权方面的平等待遇;

(4) 金融部门(Financial Sector): 为了确保金融部门合理分配资金,将银行业置于市场规则之下,如取消歧视性障碍。

报告还进一步强调,初步评估不是对中国经济发展状况整体上的判断,而是仅与贸易保护调查中公司成本和价格有关的技术性分析。欧委会还将确认中国在哪些领域取得了改进,并对此予以监测。^①

^① China-Market Economy Status Trade Defence Investigation, Brussels, June 28, 2004. http://europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/countries/china/pr280604_en.html, 或参见前引刘勇书第 418—419 页。

欧盟初步评估报告实际上否定了给予中国完全市场经济地位。虽然欧盟一再声明 MES 评估不是一个政治评判,而仅仅是与贸易保护调查相关的技术性分析,^①但事实上,报告所指出中国市场经济现存的四个方面缺陷都涉及中国的体制性和制度性等宏观问题,在短期内中国显然还难以完全满足欧盟的要求。

二、中国应采取的应对策略

美国与欧盟是中国最为重要的两大贸易伙伴,同时也是对中国出口产品采取贸易救济措施的最大的两个经济体,在反倾销领域,从 1979 年欧共体对中国产品发起反倾销指控开始,美国和欧盟对中国的反倾销调查都已经超过 100 起,位居各国前两位。反倾销法中对中国的非市场经济地位认定以及由此产生的“替代国”和“一国一税”的歧视性规则是导致中国出口产品被裁定倾销并被征收高额反倾销税的最重要原因。以欧盟为例,二十世纪七十年代,欧共体对华反倾销案仅 2 起,八十年代 26 起,九十年代则急剧上升到 55 起。仅 1997 年,欧盟就发起 28 项针对中国的反倾销调查,涉及中国在欧盟市场的主要出口产品,严重影响了中国在欧盟的贸易利益。^②例如中国的彩电就已经长达 10 余年不能对欧盟出口,中国的自行车也已长期游离于欧盟市场之外;同样,美国对中国的反倾销调查也是随着中国市场化的不断深入和对美贸易的不断增长而呈现递增的趋势。二十世纪八十年代美国对中国产品发起 18 起反倾销指控,九十年代上升到 55 起,而从 2000 年到 2005 年的 6 年间就已经达到了 44 起,而且这种势头有愈演愈烈之势。欧美等经济体对中国采取的歧视性反倾销措施,对高度依存国际贸易的中国经济构成了巨大的威胁。它不仅直接造成了中国出口企业的巨额亏损、行业生产能力下降、生产规模萎缩和失业人

① 例如欧盟委员会贸易办公室在 2005 年 6 月再次就 MES 问题进行了政策解释:“MES 是一个贸易伙伴在反倾销调查中给予国内经济或私人商事实体的技术地位 (Technical Status)……虽然具有政治象征,但 MES 不是对一国经济的政治判断,而是对 5 个关键的商事标准(要件)的反映。”“The EU-China Trade Relationship: facts and Figures,” Office of the Spokesperson for Trade, European Commission. June 2005。

② Der-Chin Horng, “The EU’s New China Policy: The dimension of Trade Relations,” *Issues and Studies* 34, No. 7, July 1998, p. 108.

数增加等后果,而且导致中国产品在海外市场占有率的下降、国际收支不平衡甚至引起国内投资环境恶化等间接后果。这对于中国经济的可持续发展是非常不利的。中国政府和企业应当积极寻求不同的解决途径,采取各种可能的有效手段,积极应对。鉴于“非市场经济”问题兼具政治、经济和法律的多重属性,本书将着重从宏观和微观两个层面、政府和企业两个不同主体、政治和法律的两种途径等方面综合阐述中国的应对之道。

(一) 宏观层面(中国政府的应对策略)

尽管中国出口企业是国际反倾销诉讼中的直接主体,但美国和欧盟反倾销法中的非市场经济标准主要针对的是一个国家结构性和制度性的问题。实践证明,单纯依靠中国企业或行业协会的力量是无法从根本上改变美国和欧盟对中国的非市场经济地位认定的。中国政府在积极争取欧美改变对华非市场经济待遇方面可以发挥其不可替代的作用。

1. 政府应当利用中美、中欧经贸关系良好的发展势头,通过与美国政府和欧盟的双边磋商,促其尽早修改现行立法,从总体上承认中国的完全市场经济地位

第一,中国在争取提早获得市场经济地位的问题上并不存在法律上的障碍,因为《中国入世议定书》第15条的本意并非允许各成员方在中国入世15年以后才改变对中国市场经济地位的认定,依据该条d款的规定,15年只不过是最大时限,只要中国满足美国与欧盟法对市场经济认定的条件,就应该给予中国市场经济地位。笔者认为,目前要解决的首要问题是中国是否应当通过努力争取提前获得市场经济地位的承认以及提前获得承认后,中国是否又会受到其他贸易救济措施的威胁?在这个问题上,不少国内学者表示了不同程度的担忧。例如中国前贸易官员,现任WTO争端解决专家组成员的张玉卿教授曾经表示过忧虑,他形象地比喻:“打掉反倾销中的非市场经济地位,取得市场经济待遇的问题,就如同中国成语螳螂捕蝉中的蝉,而反补贴如同黄雀在后的黄雀。我们要警惕在捕蝉的时候,又被黄雀捉住,腹背受敌。”^①其他国内学者中也有表示

^① 张玉卿:《试论中国为市场经济地位的涵义》,《世界贸易组织动态与研究》2005年,第4期第9页。

过类似疑虑的。尽管如此,中国政府事实上已经做出了争取市场经济地位的战略决策。在中国加入世界贸易组织后,中国政府通过外交努力,已经成功获得 53 个国家对中国完全市场经济地位的承认,其中就包括澳大利亚、韩国等位居前十位的贸易伙伴。的确,在美国和欧盟国内法的制约下,中国由于其“非市场经济地位”的特殊标签,至今仍享有美国与欧盟反补贴法的“豁免权”。^①从表象上分析,中国在争取到市场经济地位以后,虽然可以在反倾销中避免欧美歧视性的“替代国价值”和“一国一税”的待遇,但是立即就会面对欧美等国反补贴指控的威胁。

在这种情况下,究竟应当坐等过渡期结束后自然享有市场经济待遇,还是应当争取及早摘掉“非市场经济”的帽子?笔者认为应当从维护国家利益的高度来审视这一问题,并从中做出利弊取舍。通过对相关国际与国内立法分析,笔者的结论是,争取及早获得市场经济地位,对于国家而言,应当是利大于弊。

第二,从实证分析来看,与反倾销相比,美国与欧盟发起的反补贴调查数量要少得多。^②

这是因为反补贴的技术性要求高,证据必须确凿,程序也很复杂。同时,补贴作为一种政府行为,在调查过程中要触及他国国内法案和涉及大量政府间交涉,被调查对象国政府提供给该国生产商的补贴的详细资料也很难获得,同时还要考虑自身国家利益的平衡。而且,补贴作为一种增强本国企业竞争力的手段,在全世界范围内广泛存在。因此,除非被调查对象国政府补贴行为非常明显,原则上各国一般不愿意对他国进行反补贴调查。^③更何况,在实践中,很多企业的倾销行为是由于国内政府的补贴造成的,对企业进行反倾销调查实际上等于间接地对外国政府进行反补贴调查,这对调查机关而言可以起到一箭双雕的作用。因此,即使美国与欧盟突破了国内立法的限制或者中国获得了完全市场经济地位,反补

① 截至 2007 年 5 月,“美国近期对中日进口铜版纸以反补贴调查尚在进行中,终裁结果尚未得出”。

② 据 WTO 官方统计,从 1995 年到 2005 年 6 月,美国与欧盟发起的反倾销调查分别为 358 起和 318 起;而同期(1995 年到 2004 年),美国和欧盟发起的反补贴调查分别为 70 起和 42 起,远远少于反倾销调查数量, www. wto. org/。

③ 参见曲如晓:《反补贴:中国出口贸易的潜在威胁》,《国际经济合作》2005 年,第 3 期。

贴的数量也会由于上述原因少于反倾销数量。

第三,由于WTO《补贴与反补贴协议》适用于所有的WTO成员方,而不考虑实施补贴的成员方是否为市场经济国家,《中国入世议定书》也没有排除中国受到反补贴调查的可能性,相反,还对中国可能存在的补贴行为规定了特别义务,其他成员方如果对中国进行反补贴调查,可以采用类似于替代国方法的“替代基准”计算补贴利益。也就是说,从国际法的角度来看,非市场经济地位并不能成为中国规避反补贴措施的保护伞。目前中国之所以享有美国和欧盟的反补贴调查豁免,根本的原因不是国际法的约束,而是其国内法的规定。但是,这种通过国内法确立的规则,可以随时面临被修改的命运,而一旦美国和欧盟对其反补贴法进行修改,即使中国不主动争取市场经济地位,美国和欧盟仍有可能对中国启动反补贴调查。美国在反补贴法是否适用于非市场经济国家的问题上虽然由于联邦最高法院在乔治城案的判决中暂时得出了否定性结论。但是该结论不是永久性的,九十年代初美国商务部在中国输美电风扇案中确立的市场导向测试规则实际上已经突破了美国法院在“乔治城”案中的结论,给反补贴法适用于中国等非市场经济国家打开了方便之门,中国之所以至今未受到美国反补贴法的调查,主要原因还在于市场导向产业测试法规定的条件过于苛刻,企业难以通过该条件的审核;更为严峻的是,2005年美国国会开始试图通过修改1930年美国反补贴法,将其适用于非市场经济国家。已在众议院获得通过的《美国贸易权利执行法案》一旦在参议院获得通过并成为正式的国会立法,中国将会以“非市场经济”国家的身份同时受到美国反倾销和反补贴法中的歧视性待遇。

如前文所述,我国政府在争取他国对中国市场经济地位承认的问题上已经开展了一系列的外交努力并且取得了明显的成效。但是笔者认为,从全球贸易的现状和未来的发展趋势来看,争取美国和欧盟对中国市场经济地位的承认才具有实质性的意义。这不仅因为美国与欧盟是中国最大的出口市场以及其在整个国际贸易体制中所起的主导作用,而且因为美国和欧盟是非市场经济规则的主要实践者和对华贸易救济措施最主要的使用方。另外,是否要争取所有国家对中国经济地位的承认也值得反思,因为按照《中国入世议定书》第15条的规定,WTO成员方只

有在中国加入 WTO 前其国内法中存在非市场经济问题的相关规定,才可以在反倾销调查中继续对中国适用非市场经济规则,否则,该成员方是无权援引《中国入世议定书》第 15 条规定的。通过中国政府的努力,2004 年 4 月,美中商贸联合委员会专门就中美贸易中的重大结构问题设立了工作组,讨论和处理中国市场经济地位问题;2004 年 5 月,中国商务部在美国商务部举行的听证会上提交了“为美国反倾销法目的承认中国为市场经济国家”的报告并作了口头陈述,力争获得美国对中国市场经济地位的承认。此外,美国商务部进口管理局分别在 2004 年 5 月 3 日、9 月 20 日和 12 月 28 日就其反倾销程序中涉及非市场经济国家分别税率的改革方案^①向各利害关系方征求意见和评论,中国商务部进出口公平贸易先后提交了三份中国官方评论意见,^②就美国改革方案中的不合理规定阐明中方的立场。笔者认为,如果在短期内中国还无法获得美国完全市场经济地位承认的话,中国政府至少可以通过双边磋商,要求商务部修改目前采用的“市场导向产业测试法”,降低 MOI 审查标准或者恢复一度采用的“资本主义萌芽测试法”,从而给予我国绝大部分按照市场规则经营的企业以市场经济地位并按照正常方法计算其正常价值以及分别税率。这不仅符合美国政府做出的承诺,^③同时也符合《中国入世议定书》的要求。

当下,中国政府同样在众多外交场合呼吁欧盟尽早承认中国完全市场经济地位,2003 年 6 月,中国政府正式向欧盟委员会提出市场经济地

① Department of commerce International Trade Administration: “Separate-Rates Practice in Antidumping Proceedings Involving Non-Market Economy Countries,” Announcement of Change in Practice and Request for comments. <http://ia.ita.doc.gov/download/nme-separates/>.

② “Submission of the Government of The People’s Republic of China, Bureau of Fair Trade for Imports & Exports, Ministry of Commerce On Separate Rates Practice in Antidumping Proceedings Involving Non-Market Economy Countries” (June 1, 2004; Oct. 15, 2004; Jan. 24, 2005).

③ 在 1999 年中美双方达成关于中国入世的双边协议后,时任美国贸易代表巴尔舍夫斯基在 11 月 15 日的新闻发布会上详尽解释该协议时表示:“对于反倾销方法,我们的法律与规则的规定,只要中国企业或政府能够证明是市场导向的,中国相关产业或整个经济就可以从这些规则中毕业,当然,我们已经向中国政府表明,只要中国提出对个别行业或者整个经济进行(市场经济地位)审查的请求,我们将在法律规定的范围内予以实施。”See Claude Barfield and Mark Groombridge, *Avoiding Deadlock, China and the Long March to Global Trade — The Accession of China to the WTO*, Routledge 2002.

位的申请,虽然欧盟在 2004 年的评估报告中否决了中国的市场经济地位,但是该报告充分肯定了中国市场经济改革所取得的进展,并且承诺只要中国在国家干预、公司治理、遵守财产法和破产法以及金融部门改革等四个方面达到欧盟的标准,就会立即给予中国完全的市场经济地位。在 2005 年 11 月 4 日举行的中欧经贸联合委员会上,中国商务部部长薄熙来与欧盟贸易专员曼德尔森在中欧经贸关系的诸多问题上达成共识。在中国的市场经济地位(MES)问题上,中国与欧盟一致同意,MES 问题对中欧双方都是一个重大问题。曼德尔森再次重申中国在向市场经济过渡中已经取得了实质性进步,但是仍然存在一些未决问题。他还建议中国与欧盟通过建立更高级别的工作小组讨论和解决这一问题。

除了双边磋商以外,中国政府也可以尝试在新一轮多哈回合的谈判中提出修改《WTO 反倾销协定》的建议,争取在多边谈判中取得突破。正如前文中分析的那样,国际反倾销法中的非市场经济规则产生于特殊的历史背景之下,是东西方两大阵营冷战的产物。在冷战结束,国际格局已经发生深刻变化的情况下,《WTO 反倾销协定》仍然继续沿用产生于二十世纪五十年代的特殊规则显然与贸易自由化和经济全球化的时代背景不相符合。因为,WTO 成员中完全意义上的非市场经济国家是不存在的,如果一国贸易仍然由国家完全或实质性垄断或者产品价格完全由国家决定,那么,该国也不可能被以规则和市场为导向的世界贸易组织所接纳,因此,非市场经济条款继续存在的基础已经不复存在,《WTO 反倾销协定》在确定倾销的可比价格时继续适用双重标准从本质上是违反 WTO 的不歧视原则的。如果能在新一轮多边贸易谈判中取消关于非市场经济的相关规则,不仅《中国入世议定书》中的相关规定会自动失效,而且,美国与欧盟也将被迫修改其与 WTO 规则不符的歧视性规定。

2. 中国政府应当继续深化市场经济体制改革,努力为企业营造良好的经济与法律环境

经过近 30 年的经济体制改革,中国已经建立起比较完善的市场经济体制框架。首先,我国已经改变了单一的计划经济模式,出现了多种经济成分,多种所有制并存的新经济模式,股份制企业、私营企业以及外商投资得到迅速壮大,非公经济的地位得到宪法的保障。1999 年宪法修正案

规定,“个体经济、私营经济等非公有制经济是社会注意市场经济的重要组成部分”;其次,改革开放以后,中国企业的外贸经营权范围在不断扩大,中国早已不是 GATT 第 6 条解释性注解中所描述的“国家完全或实质性垄断贸易”的国家。为了适应入世要求,中国对外贸法进行了修订。按照 2004 年 7 月 1 日起正式施行的《中华人民共和国对外贸易法》的规定,中国彻底放开了外贸经营权主体资格上的限制,不同类型的经济组织,甚至个人也可以成为外贸经营权的主体。同年,中国商务部颁布的《对外贸易经营者备案登记办法》将所有对外贸经营主体外贸经营权的审批制改为了备案登记制。该制度不对外贸经营者取得经营权构成任何障碍,只为政府监管提供一定的信息基础;在产品价格方面,中国从 1978 年以来进行了一系列的价格体系改革,零售商品、农产品与生产资料的价格由改革开放初期的主要由政府定价,发展到绝大多数产品由企业根据市场需求自行定价(见表 1)。

表 1 中国的价格改革(1978—1999 年)

	零售商品			农产品			生产资料		
	国家		国家	国家		国家	国家		国家
年代	市场价	指导价	定价	市场价	指导价	定价	市场价	指导价	定价
1978	0	3	97	6	2	93	0	0	100
1985	34	19	47	40	23	37	n. a	n. a	n. a
1987	38	28	34	54	17	29	n. a	n. a	n. a
1991	69	10	21	58	20	22	46	18	36
1995	89	2	9	79	4	17	78	6	16
1999	95	1	4	83	7	9	86	4	10

资料来源: Ling bin, “market plays Domestic Role,” *Beijing Review*, Vol. 35 (November 23-29, 1992), pp. 23-25; International Monetary Fund, *People’s republic of China-Recent Economic Developments*, Staff country report 97-71(Washington, September 1997), p. 58; and World Trade Organization, *Draft Report of the Working Party on the Accession of China to the WTO*, rev. 7 (Geneva, July 10, 2001), pp. 15-16 (www.insidertrade.com [July 16, 2001]), 表中 n. a 表示“数据不详”(Not Available)。

第四,为了切实履行入世承诺,中国已对一大批与WTO规则不符的法律与法规进行清理与修改,除了前述的《对外贸易法》之外,其他一些与市场主体密切相关的民商事法律如民法典、物权法、公司法、破产法、证券法也已公布或正在起草和完善之中。此外,针对美国和欧盟对中国市场化的质疑,中国在2005年制定第十一个五年规划纲要草案时,首次将沿用了50年的“五年计划”改为了“五年规划”,虽然只有一字的改动,但是却有助于消除西方国家对中国经济体制和市场化发展的误解,体现了市场而不是政府在中国经济关系中的主导作用。^①

综上所述,中国经过近30年的市场化改革,已经实现了计划经济到有计划的商品经济再到社会主义市场经济的转变,中国的市场经济体制基本上完成了转型过程。《2003中国市场经济发展报告》^②针对美国与欧盟反倾销法中的非市场经济标准,从政府行为规范化、经济主体自由化、生产要素市场化、贸易环境公平化以及金融参数合理化等五个方面论证了中国市场经济的发育程度。其结论是:2001年我国市场经济发展程度为69%,已经超过国际上60%的临界水平;两年后,由北京师范大学经济与资源管理研究所主持的《2005中国市场经济发展报告》^③再次对中国市场经济的新发展做出分析,该报告进一步从政府管理体制改革、企业市场化、劳动力流动和工资决定的市场化、土地交易市场化、中介组织规模和行为市场化、货币和金融市场化以及允许外资准入程度和国有企业资产

- ① 例如,中国著名经济学家、中国十一五规划纲要专家委员会副主任吴敬琏在解读中国十一五规划时指出:中国十一五规划纲要草案的最明显特征是从计划到规划的转变。规划不像过去靠指令性指标,靠分钱、分物、分项目实施的老式计划,而是通过完善社会主义市场经济体制和机制来提升经济。在成熟的市场经济中,政府不应用指令性指标干预企业生产什么、生产多少、往哪里投资、产品卖给谁或用什么价钱卖等微观决策,但在市场经济框架刚刚建立起来时,政府还要对某些微观活动进行控制。目前主要的问题是政府控制的尺度问题。“规划纲要”将指标分为预期性指标和约束性指标,其中,预期性指标是预期和期望达到的指标,主要通过引导市场主体的行为来实现;约束性指标是必须实现的目标,主要通过依法加强管理和提供服务来事项。在“纲要”提出的22个主要指标中,只有8个约束性指标,参见2006年3月6日《中国青年报》。
- ② 北京师范大学经济与资源管理研究所编:《2003中国市场经济发展报告》,中国对外经济贸易出版社2003年版,该报告英文版曾作为中国政府向欧盟申请市场经济地位的支持文件。相关电子版内容参见<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/301660.htm>。
- ③ 北京师范大学经济与资源管理研究所编:《2005中国市场经济发展报告》,中国商务出版社2005年版,相关电子版内容参见中国网<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/scjj/902509.htm>。

使用与处分情况等方面分析了中国市场化的程度,得出的结论是,中国在2002年和2003年市场化的程度已经分别达到72.8%和73.8%,超过了WTO成员中的许多市场经济国家的市场经济发展程度。有国外学者指出,WTO中的许多发展中成员方虽然被视为市场经济国家,但其国内实际上存在严重的国家干预,例如对外汇进行管制、对价格进行控制以及对国家基础产业拥有所有权等,这些行为与非市场经济国家非常相似。^①另外,美国哥伦比亚大学经济学教授、诺贝尔经济学奖获得者约瑟夫·E·斯蒂格利茨(Joseph. E. Stiglitz)也在其著名的《经济学》一书中对冷战结束后苏联、东欧以及中国的转型经济进行了比较和评论,他抨击了东欧国家通过“休克疗法”(迅速地私有化和自由化)而进行的激进经济改革,而对中国的渐进性的经济改革大加赞赏,他认为在许多方面,中国是最成功的转型经济。^②

应该说,改革开放以来,尤其是中国加入世界贸易组织之后,中国的市场化改革取得了举世瞩目的成就,但与美国和欧盟法的要求相比无疑还存在一定距离,例如美国利益集团在美国商务部听证会上所列举的中国政府对企业存在补贴、政府对土地等资源 and 要素的分配、中国劳工权益保障、人民币的自由兑换和欧盟评估报告指出的中国存在的政府干预、公司治理、财产法与破产法的统一适用、金融部门的开放度等方面的质疑并非完全的空穴来风。笔者认为,中国政府在争取市场经济地位过程中所作出的努力以及两部中国市场经济发展报告的适时出台,对中国政府与美国和欧盟进行外交谈判,争取提早获得市场经济地位的承认提供了有力的证据支持,奠定了更加扎实的基础。但是由于国际法中并不存在“市场经济”的统一标准,《中国入世议定书》也只是要求“截止加入之日,该

① Claude Barfield and Market Groombridge, *Avoiding Deadlock, China and The Long March to Global Trade — The Accession of China to the WTO*, Routledge 2002.

② 在斯蒂格利茨看来,俄罗斯与中国转型战略之间的关键差别主要包括:(1)中国更强调工作机会和企业的创造,而不是企业的结构重组;(2)中国更强调竞争而不是私有化;(3)渐进方法是建立在现存制度即以前负责农业的乡镇政权的基础上的;(4)俄罗斯的主要收入来源的廉价私有化不仅使人感到整个过程的不公平,而且由于有效的税收系统还不存在,意味着政府持续地面临着收入的短缺。关于对转型经济的详细评论,详见[美]约瑟夫·E·斯蒂格利茨、卡尔·E·沃尔什著:《经济学》(第三版),中国人民大学出版社2005年版,第852—857页。

WTO 进口成员的国内法中需包含有关市场经济的标准”，因此，今后中国在进一步深化经济体制改革或再次提出市场经济地位申请时不得不具体参照美国与欧盟反倾销法对市场经济的认定标准，在相关支持材料的准备上应当更具有针对性，而不能一味强调中国特色。笔者发现，《2005 中国市场经济发展报告》就比《2003 中国市场经济发展报告》更进了一步，主要体现在前者针对性更强，其中有关中国市场化的分析更加微观和具体。报告在外资准入程度、企业市场化、劳动力流动和工资决定的市场化、土地交易市场化等方面的分析都是直接针对美国与欧盟关于非市场经济的法律标准、欧盟关于中国 MES 地位初步评估报告以及美国商务部关于中国非市场经济地位听证会上的反馈信息而作出的回应与评估。

3. 政府主管部门在面对反倾销指控时，应积极发挥其宏观的管理、组织及协调职能，协助企业做好应诉工作

在应对美国和欧盟的反倾销指控时，我国政府，尤其是外贸主管部门应着力做好以下工作：（1）制定维护出口秩序和加强出口管理的行政法规，严格禁止出口企业相互倾轧、低价竞销的行为，并对低价竞销的出口企业进行相应处罚。（2）落实“谁应诉谁受益”原则，并采取激励措施支持企业积极应诉。例如设立反倾销应诉基金，用以奖励积极应诉的企业和为涉案企业提供应诉经费支持等。（3）通过设立反倾销信息中心，及时收集相关信息，为企业提供咨询等完善我国反倾销预警机制。（4）就美国与欧盟反倾销中对我国的歧视性政策与做法与行政主管机构进行积极交涉，最大限度维护我国出口企业的利益。此外，在必要的情况下，中国政府可以利用法律武器，代表中国企业，将相关争端提交 WTO 争端解决机制加以解决，从而通过 WTO 争端解决机构迫使美国和欧盟改变其歧视性的法律规定或者不合理的做法。不过，笔者认为，中国政府在提请争端解决时，难以将撤销或改变中国非市场经济地位问题提起申诉，原因在于非市场经济规则本身在《WTO 反倾销协定》与《中国入世议定书》中存在相关的国际法依据，中国在入世议定书中明确接受了成员方附加给中国的特殊义务，就应当履行其国际法义务。因此在 MES 承认的问题上只能通过政治而非法律的方法加以解决。但是本书认为，我国政府就美国与欧盟主管机构针对中国适用替代国制度和一国一税原则方面的歧视

性做法向 WTO 争端解决机构提出申诉应当不存在法律上的障碍。原因就在于,国际法(《WTO 反倾销协定》和《中国入世议定书》)中并没有明确规定替代国或生产要素等确定正常价值的方法,更不存在美国和欧盟“一国一税”原则存在的法律依据。因此,中国政府完全可以向争端解决机构提出“违法之诉”,要求美国与欧盟修改其国内法中与 WTO 规则不符的规定,从而在国际法层面上维护我国企业的合法权益。

(二) 微观层面(中国企业的应对策略)

中国出口企业是欧美反倾销诉讼中的直接主体,在美国和欧盟继续将中国视为非市场经济国家,基本法律环境没有发生根本变化的情况下,企业积极应对反倾销诉讼并依法进行市场经济地位、替代国以及分别裁决的抗辩对于争取有利裁决结果,维护我国的贸易利益具有至关重要的意义。

1. 积极应诉并做出快速反应

一旦美国与欧盟的主管机构立案调查后,中国企业应积极应诉或配合调查机关的调查,否则依照其反倾销法,主管机构可以依照所谓的最佳可获信息(Best Information Available,简称 BIA),即由起诉方提供的或对我方不利的证据进行裁决,其结果必然是裁定高额的反倾销税,不应诉就等于不战而降,彻底退出美国与欧盟市场。按照我国外经贸部 2001 年 10 月发布的《出口产品反倾销应诉规定》确立的“谁应诉,谁受益”原则以及美国与欧盟允许我国企业对“市场经济地位”、“分别税率裁决”以及“替代国”进行抗辩的法律规定,应诉企业往往可以通过应诉取得竞争优势,而没有应诉的企业将不能继续对欧盟出口或出口受到限制。最后,我国企业在应诉时还应密切注意把握美国与欧盟反倾销法确立的相关应诉期限。例如,欧盟反倾销法规定从立案到提交调查问卷的时间为 40 日,市场经济地位和分别裁决的申请须在 22 日内提出,而对替代国的评价及异议仅有 10 日时间,我国企业只有在上述规定的时限内做出的应诉才能被欧盟主管部门确认,超出时限做出的答辩是没有法律效力的。

2. 进行市场经济地位的抗辩

由于美国与欧盟在市场经济地位标准衡量的对象上有所区别,美国反倾销法中的非市场经济标准针对的是国家,而欧盟反倾销法中非市场经济标准衡量的对象则是应诉企业,因此,中国企业只有在应诉欧盟反倾

销指控时,才可以提出 MES 的抗辩,而在应诉美国的反倾销指控时,由于非市场经济标准的审查对象是整个国家的宏观经济,因此,应诉企业几乎没有抗辩的机会。另外,虽然在理论上中国企业享有抗辩“市场导向产业”规则并争取实际市场经济地位的权利,但是由于 MOI 规则的苛刻要求,尤其是“所有(而非主要)原材料和非生产资料的投入都是以市场价购买的”条件表面上看是对应诉企业的要求,实际上还是涉及对中国宏观制度的审查,实践中中国企业(即使是私营企业或外资企业)是根本无法达到的。

在欧盟反倾销调查中,积极主动做好市场经济地位的抗辩是中国企业取得胜诉或获得有利裁决结果的重要一步。从以往的实践来看,我国企业曾主要针对欧盟替代国做法的歧视性与不合理性进行抗辩,但成效往往不大。欧盟第 905/98 号修正条例的实施为中国企业提供了一条现实稳定的抗辩渠道。涉案企业如果能提供充分材料证明自己符合“五条市场经济标准”,就有可能获得市场经济地位。根据欧盟的官方统计,第 905/98 号条例生效后,从 1999 年到 2004 年 6 月,共有 111 家中国企业向欧盟委员会申请了市场经济地位,但只有 28 家企业的申请通过欧盟审查。^① 尽管获得市场经济地位的企业占申请企业的少数,但这些企业的成功无疑为我国其他出口企业提供了有益的经验。从以往的实践来看,在欧盟针对中国企业所列的市场经济五条标准中,比较容易通过审查的是第 4 条(企业是否受财产法和破产法调整)和第 5 条(汇率是否按照市场汇率计算)标准,这两条标准都是制度性和宏观的标准,企业本身无法对其进行控制,不过正因如此,笔者认为,一旦有中国企业通过这两条测试,欧盟主管机构就很难在后来的案件中推翻先前的认定;而中国企业在申请市场经济地位较难通过的恰恰是通过企业自身努力可以达到的标准,其中主要包括企业的性质(如是否是私营企业、外资企业或者是进行改制的国有企业)以及企业的财务制度两项标准。在 1999 年的中国输欧黄腾案中,五家申请企业中只有云南马龙化建公司通过了欧盟市场经济的审查。其中最重要的原因有两个:其一,该企业虽然是 70% 股份由国家控股的企业,但却成功改为股份制并在上海证交所成功上市,这被视为

① 前引欧盟初步评估报告。

经营管理不受国家控制;其二,该公司财务管理非常正规和严格,在核查中能提供经过审计的财务报表和审计报告。结合2001年中国输欧氧化锌案中獲得市场经济地位的柳州有色冶炼股份有限公司的成功经验,笔者认为,我国企业,尤其是国有企业在今后抗辩欧盟市场经济地位时,首先应力争达到两条形式标准,其一,企业完成了转制并实行了股份制。其二,企业具备一套符合国际审计标准的清晰的财务记录,如果连这两条形式标准都无法达到,则很难通过欧盟市场经济地位的审查。不过,中国企业在实践中最难满足的“缺乏一套符合国际审计标准的财务记录”的状况有望在近期得到根本改观。2006年2月15日,中国财政部在北京举行了会计审计准则体系发布会,发布了39项企业会计准则和48项注册会计师审计准则。其中,企业会计准则体系自2007年1月1日起在上市公司施行,注册会计师审计准则体系自2007年1月1日起在境内会计师事务所实施。这标志着适应中国市场经济发展要求,与国际惯例趋同的企业会计准则和注册会计师审计准则体系正式建立。^①对于中国政府的这一举措,国际相关领域的权威人士给予了高度评价。国际会计师准则委员会主席戴维泰迪指出:“中国企业会计准则体系的发布实施,使中国企业会计准则与国际财务报表准则之间实现了实质性趋同,是促进中国经济发展和提升中国在国际资本市场中地位的非常重要的一步。”国际会计师联合会主席格雷厄姆沃德认为,中国审计准则与国际审计准则趋同,向全世界发出了一个清晰的信号,就是中国的会计职业界致力于提高透明度和执行高水准的执业准则,这不仅有利于会计职业,更为重要的是有利于中国民众和整个中国经济。^②

3. 进行替代国抗辩

在应诉企业无法有效避免美国或欧共体对其适用替代国制度的情况下,仍应积极进行替代国抗辩,以选择对我国有利的类比国或替代国,从而减小倾销幅度,将损失降至最低。如前所述,欧盟在适用替代国制度时往往具有较大的随意性与歧视性,例如在选择替代国时,往往不考虑类比

^① http://www.mof.gov.cn/news/20060215_1500_12508.htm.

^② Ibid.

国与我国经济发展水平及劳动成本的巨大差异,经常选择经济发展水平高于我们几倍甚至是几十倍的国家作为替代国;又如在程序上给予中国企业的替代国异议时间仅为 10 日,往往使我们的企业措手不及。在 1998 年 5 月的钢丝绳案中,欧委会主张用挪威作为替代国,中方立即以“替代国价格水平过高”为由提出抗辩。结果,欧委会接受了这一异议,但由于 10 日期限太短,中方无法在充分调查的基础上提出理想的替代国,只得仓促建议用印度作替代国,事后才发现印度对钢丝绳进口一贯征收高关税,而对国内钢丝绳的生产给予政府补贴,印度钢丝绳国内价格是畸形的,大大高出我国同类产品的价格,从而使我国出口企业在应诉中陷入极为不利的尴尬境地。^①这一案件给予我国企业的经验和教训都是深刻的:一方面只要我国企业据理力争,积极进行替代国抗辩,就有可能被欧共体主管机构接受;另一方面,由于受到欧盟 10 日异议期的限制,因此我国企业在平时就应注意收集国际市场相关产品的信息,了解相关国家同类产品的国内市场价格并建立产品信息档案,一旦被诉,即可做到心中有数,提出合适的替代国,从而最大限度维护自己的利益。例如 1990 年欧盟对中国输欧录像带提起反倾销调查,在初裁中提出以欧盟自己作为替代国,并裁定 122.9%的反倾销税率,我国出口企业根据自己掌握的资料和数据,坚持提出以香港作为替代方,欧委会最终接纳了中国的建议,终裁时反倾销税率仅为 1.3%和 6.9%。

美国反倾销主管机构对中国产品正常价值的计算一直采用中国产品的实际生产要素投入乘以替代国相同生产要素的实际价格计算得出。在替代国的选择标准上,美国主要考察被调查国与候选国经济发展水平的相似性与产品的相似性,但是通常不考虑中国产品具有的劳动力和原材料等比较优势。我国企业在建议替代国时应了解和熟悉替代国生产同类产品情况,特别要掌握该国生产成本及原材料等要素的价格。因为在同类产品中,原材料等生产要素所发生的生产成本是不相同的,在替代国某一生产要素的价格是扭曲的或不可靠的情况下,中国企业应当建议商

^① 参见王世春、叶全良:《“非市场经济地位”与对华反倾销对策性研究》,《财贸经济》2005 年,第 5 期。

务部采用更为合理的要素数据。因为在美国,如果商务部认为被选为替代国的某一要素价格数据不可靠,则将考虑使用其他国家的要素价格数据。例如在 1984 年中国输美氯化钡反倾销案^①中,美国商务部选择了泰国作为替代国,然而,泰国生产氯化钡的原材料是合成盐酸,而中国生产该产品的原材料是副产品盐酸,其价格是合成盐酸的 50%,因此,产品的正常价值被大大高估了;而在 1990 年中国输美碳素钢板反倾销调查^②中,商务部首先选择了印度作为替代国,但通过调查发现,并非印度所有的生产要素价格都是可靠的。最后,商务部对主要生产要素的价格使用了印度数据(本案中的劳动力价格使用了印度劳动部的数据;一般管理费用和利润,使用了两家印度钢铁厂的数据),而生产过程中的气体的价格则适用了印尼的数据,另外,由于中国生产者在生产过程中的副产品——矿渣的价格在印度贵得不合理,而且又找不到其他的替代数据,最后,商务部使用了矿渣在美国的价格。

4. 进行“分别税率”的抗辩

鉴于美国与欧盟在分别税率问题的立法形式、审查标准和申请程序上的差异,中国企业在进行相关抗辩时应当注意掌握不同的技巧,以期达到有利于己的效果。从美国的相关法律和实践来看,中国企业若要满足美国商务部关于分别税率裁定的审查标准(即证明在法律上和事实上不受政府控制)并不困难,正如本书在第四章中分析的那样,绝大多数积极应诉并提出申请的中国企业都能够比较容易证明美国法的相关标准,从而获得分别税率裁决。但是在美国商务部 2005 年新的规则出台之后,中国企业若要再申请分别税率的裁决,将会面临程序上的巨大障碍。而若想突破程序上的困境,在行政程序中几乎是无法做到的。因此,中国企业只有在反倾销裁决作出之后,通过司法程序,向美国国际贸易法院提起诉讼,请求法院改变行政主管机关的不合理规定。因为按照美国法院的司法审查事项和标准,国际贸易法院完全可以对行政主管部门滥用行政权

① 美国商务部案例号: A-570-006。另请参见前引对外经济贸易合作部进出口公平贸易局书(美国卷第一册)第 54—58 页。

② 参见前引尚明书第 135—145 页。

力的行为和缺乏实质性证据支持的行政法规或行政行为进行审查,并要求行政部门修正其不合理的规定与做法。

按照欧共体第《384/96号反倾销条例》第9条第5款以及《第1972/2002号条例》规定的5条标准,如果我国企业未能通过市场经济地位的审查,仍可向欧盟主管机构申请“分别税率”裁决或“单独税率”裁决,只要企业能够充分证明其出口行为受到市场调节,且不存在严重的国家干预。与市场经济的5条标准相比,欧盟法关于分别税率的5条标准更容易证明,这些标准主要与企业的出口行为有关,非常具体,不涉及国家的宏观政策。一旦抗辩成功,其产品的倾销幅度将以该企业产品的出口价格与替代国正常价值进行比较计算得出,这一征税幅度虽然比获得市场经济地位的企业高,但将低于其他未获分别裁决的企业。实际上在1998年欧盟内部掌握的分别税率的8条标准出台后,中国企业就已经积极利用这一规定,争取对自己有利的裁决结果。例如在2000年的欧盟对华节能灯反倾销案中,共有10家中国企业向欧委会申请市场经济地位,但只有两家获得市场经济地位;而在申请分别税率的8家企业中,欧委会授予其中6家分别待遇,另外两家企业未获分别税率的原因分别是没有直接的出口权以及公司业务完全由国家代表管理,存在规避的可能性。此外,除了积极进行分别税率的抗辩,争取有利的裁决结果以外,中国企业还要注意在获得分别裁决的有利结果后,防止欧盟利用程序和实体的规则改变裁决结果。

2001年中国输欧铝铁案就是一个教训。在该案的初裁中,原本有一家企业获得市场经济地位,三家企业获得分别税率裁决。其倾销幅度分别为3.6%、9.8%、12.7%和17.2%。但是在初裁后,国内生产铝铁的相关企业成立了铝铁协调委员会,就对欧盟铝铁出口实行价格限制和出口数量配额,上述四家分别获得市场经济地位和单独税率的企业分配到了对欧盟出口数量1/3以上的出口配额,大大超出了该公司的生产能力。尽管这次协调会是由企业自发的,并未受到政府的干预,但欧盟有理由怀疑其他企业将会借助税率较低企业规避欧盟的反倾销措施。最终在终裁中,欧盟撤销了上述4家企业的市场经济地位或分别税率裁决,对中国所有铝铁出口商征收了22.5%的统一税率,彻底堵住了所有企业的出口

途径。

5. 充分利用美国与欧盟的司法审查制度,通过司法程序改变行政主管机构的不合理裁决

正如本书在第5章中分析的那样,美国与欧盟法律都为中国出口商提供了司法救济的途径,中国出口企业应该了解和熟悉美国与欧盟的司法审查程序,争取通过司法程序改变行政主管机构作出的不利裁定,尤其是在替代国选择和分别税率上的歧视性或不合理的裁定。实践证明,尽管美国与欧盟的主管法院在司法审查中倾向于尊重行政机构的裁定或认定,但还是对行政机构行政权的滥用起到了很大的限制作用。据统计,在1995年世界贸易组织成立以后,WTO成员方针对美国反倾销措施而向WTO争端解决机构提起的申诉达到26起。面对反倾销法中存在的大量的模糊或者灰色区域,商务部进口管理局(Import Administration,简称IA)很难客观公正地行使法律赋予的裁量权,倾向于作出对寻求贸易保护的国内相关利益集团有利的裁决。此外,从美国国际贸易法院对反倾销案件的司法审查裁定来看,在2005年6月,IA公布了19个根据国际贸易法院判决发回重审的反倾销裁定,其中有14起重审案件中裁定的反倾销税率要低于原裁定中计算出的税率。^①这一数据充分说明了美国反倾销行政主管机关,尤其是商务部进口管理局存在的滥用行政权以保护国内产业的情况,另一方面也说明了美国国内司法审查制度对限制行政权滥用所发挥的作用。在反倾销调查中,在非市场经济规则而产生的替代国价值和税率计算上,进口管理局所享有的裁量权的范围是最大的。由于美国国会有关非市场经济问题的立法比较原则,将大量的权力授予了商务部,尤其是在是否采用生产要素的方法计算非市场经济国家产品的正常价值、如何选择替代国以及是否和如何授予非市场经济国家企业分别税率等问题上,商务部进口管理局几乎享有不受国会立法限制的权力,由于衡量尺度不同,其裁决的案件经常出现相互矛盾的情况,^②在行

① Daniel Ikenson, *Abuse of Discretion — Time to Fix the Administration of the U. S. Antidumping Law*, <http://www.freetrade.org/>.

② Ibid.

政规则的修改上也存在非常大的随意性,最为典型的就是 2005 年美国商务部对国家分别税率申请程序的修改。

美国商务部竟不顾其国内法律的正当程序原则,主要基于行政负担过重的理由人为增加非市场经济国家出口商申请分别税率的难度和举证负担。笔者认为,在中国的非市场经济地位没有得到根本改变,美国商务部又存在普遍的滥用行政权的情况下,中国企业应当充分把握反倾销应诉中的最后一种救济手段,寻求美国法院对美国行政主管机构存在的滥用权力行为以及缺乏实质性证据支持的歧视性行政法规进行修改。

结 论

就在笔者结稿前夕,美国乔治城大学著名的法学教授、国际贸易法与WTO权威约翰·H·杰克逊教授受中国商务部之邀再次到访中国,在复旦大学逗留的短暂时间内,笔者有幸与其他复旦大学国际法、经济与国际关系领域的专家和杰克逊教授面对面地交流,在谈及中国在国际贸易救济法律中的非市场经济地位时,这位率先提出“接合理论”的著名学者态度仍然是坚决的,即在目前的情况下,中国还不是市场经济国家,但是他认同应给予中国的个别行业或企业以申请市场经济地位的机会。杰克逊教授认为不给予中国市场经济地位很大程度上是出于美国的政治考虑,另外,中国对美巨额的贸易顺差以及在全球贸易中日益重要的地位也是美国维持现有法律的最重要的原因。^①

杰克逊教授此时受中国商务部之邀访问中国正值中美贸易关系处于高速发展以及贸易摩擦频发之际。2005年,中美贸易总额再创纪录,达到创历史的2116亿美元(中方统计),与此同时美国对华贸易逆差也高达1142亿美元(中方统计)。中美两国在中国纺织品特保、知识产权保护、人民币汇率、反倾销等领域摩擦不断,与此相伴随的是美国国内贸易保护主义势力的抬头,美国政府与国会在贸易问题上不断对中国施压。美国贸易代表办公室在2006年3月公布了《美中贸易关系:进入更大责任和执法新阶段》的全面评估报告,决定设立特别工作小组处理对华贸易问题;此外,美国国会部分议院也不断抛出各种不同的议案,试图通过制裁或法律手段解决中美贸易中出现的问题。如美国民主党参议员舒默与共和党参议员格雷厄姆联合提出的舒默-格雷厄姆议案(Schumer-

^① 根据2006年3月15日在复旦大学逸夫科技楼与杰克逊教授的会谈记录整理。

Graham Bill)^①,建议对中国施加 27.5%的惩罚性关税以迫使中国实现人民币自由浮动,美国参议员格拉斯利(Grassley)与鲍克斯(Baucus)也共同提出议案^②,主张在 WTO 争端解决机制内对华采取相应措施。结合美国众议院在 2005 年 7 月通过的《美国贸易权力执行法案》力主对非市场经济国家,尤其是中国适用反补贴法的提案,可以预见,未来一段时间,中美双边贸易在保持高速增长的同时,将不可避免地出现更多的贸易摩擦。与美国相同的是,由于中欧贸易中出现的贸易不平衡问题以及欧盟部分成员国的贸易保护主义倾向,中欧贸易摩擦也连续不断,2005 年中欧纺织品争端刚刚尘埃落定,欧盟就在 2006 年裁定对中国出口皮鞋制品实施反倾销措施,紧接着,欧盟又以中国公司违反价格承诺为由,决定对中国的彩电继续征收 46%的进口关税。近来,欧盟部分国家的家具生产厂商又在酝酿对中国的部分家具产品(沙发和软椅)提起反倾销指控。^③与美国形式多样的贸易保护措施不同的是,欧盟的贸易保护措施集中于贸易救济措施,尤其是对反倾销调查的运用。

伴随着中国融入全球化经济体制的进程,中美贸易与中欧贸易关系已经发展成为国际贸易中两对最为重要的双边贸易关系,同样的,中美与中欧双边贸易摩擦对中国贸易秩序产生的影响也是巨大的。在各种贸易保护措施中,反倾销、反补贴与保障措施等贸易救济措施是最易被美国和欧盟所利用的,一方面是因为它们是仅有的 WTO 允许各成员方可以合法利用的贸易救济手段,另一方面是由于现有的 WTO 相关协议还存在较多的漏洞和灰色区域,美国与欧盟可以灵活地对其国内法进行解释和运用,从而规避可能承担的违反国际法的义务。对于中国而言,其所面临的最为不利的方面或最大的风险就是美国与欧盟贸易救济法律制度中的

① *A bill to authorize appropriate action if the negotiations with the P. R. China regarding China's undervalued currency are not successful*, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:s.295>.

② *A bill to enhance and improve the trade relations of the United States by Strengthening United States trade enforcement efforts and encouraging United States trading partners to adhere to the rules & norms of international trade, and for the other purpose*. <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:s.2467>.

③ 参见:《2006 年我国面临的贸易争端形势不容乐观》,中国贸易救济网。<http://www.casc.gov.cn/DefaultWebApp/showNews.jsp?newsID=201420009598>。

非市场经济规则。

本书正是基于以上原因对贸易救济措施中的非市场经济规则进行了全面而细致的分析与阐述。从经济、历史、政治和法律的复合视角对非市场经济规则的理论依据(经济视角)、非市场经济规则在反倾销、反补贴和保障措施等领域的产生与演变过程(历史与政治视角)、非市场经济规则的国际法基础与在美欧国(域)内法中的具体适用(法律视角)等问题进行了剖析,并在此基础上提出了中国政府和企业的应对策略。本书的主要论点是:

第一,国际贸易救济法律制度中非市场经济概念及规则的形成完全是二次世界大战后东西方冷战的产物。以美国为首的西方资本主义国家与以苏联为核心的共产主义国家在意识形态上的对立是催生反倾销法中非市场经济规则以及美国《1974年贸易法》第406条款的直接原因。^① 冷战的政治背景给美国和欧盟反倾销法提供了一个特殊的政治优势,尤其是通过将国际贸易描绘成不同政治经济制度之间的激烈竞争。“非市场经济”的概念表达了两种不同政治经济制度——资本主义和共产主义之间的根本性区别。美国与欧盟反倾销法中的非市场经济概念离开冷战的背景很可能就不会产生。在其他环境下,这个法律概念也将变得毫无意义。^②

第二,“非市场经济”国家的出现颠覆了传统的国际贸易理论。西方,尤其是美国学者普遍认为,国际贸易中的比较优势理论无法被用于解释市场经济与非市场经济国家间的贸易关系,他们从不同角度提出了接合理论、经济优势理论和国家利益理论来说明与非市场经济国家开展贸易关系的理论基础以及对非市场经济国家适用特殊贸易规则的依据。无论其立论如何,这些理论都从根本上否定了“非市场经济”国家产品在国际

① 例如美国《1974年贸易法》第406条款就是美国国内因普遍害怕以苏联为首的共产主义国家将通过贸易手段故意消灭和破坏美国的市场经济体制而专门制定的,明显是冷战的产物。See Sanghan Wang, U. S. Trade Laws Concerning Non-market Economies Revisited for Fairness and Consistency, 10 *Emory International Law Review*, 593 (1996), p. 656.

② See Francis Snyder, The Origins of the “Nonmarket Economy”: Ideas, Pluralism and Power in EC Antidumping Law about China, *European Law Journal*, Vol. 7, No. 4, December 2001, p. 421.

竞争中的比较优势,其实质都是为了维护美国的国家利益和实现美国的贸易政策目标。

第三,从历史渊源来看,美国对非市场经济规则的形成和发展起到了主导性的作用,这不仅因为美国是非市场经济标准、替代国制度、一国一税原则以及特殊保障条款(原美国贸易法第 406 条款)的始作俑者,更为重要的是美国的国内法对欧盟甚至国际法中非市场经济规则的形成起到了决定性的影响。Snyder 教授的评论可谓一针见血:“美国,这个强劲贸易伙伴和竞争对手,它不仅具有直接的规范化作用,而且提供了反倾销政策、法律和行政的一种模式。……美国最具影响力的是它的观念和标准,这些体现在 GATT 及随后的 WTO 的法律制度中。美国的法律政策从本质上决定了变化的方向和幅度,……虽然这发生在目标框架内,但这些目标框架已被普遍接受并被视为具有合法性,作为这些进程的结果,许多主要起源于美国的经济概念、观念和设想被融入到了欧盟反倾销法中,尽管常常要通过 GATT 加以协调。”

第四,尽管《WTO 反倾销协定》第 2.7 条和 GATT 解释性注解为非市场经济规则提供了初步的国际法依据,但继续将产生于冷战背景下具有浓厚意识形态色彩的解释性注解适用于冷战结束后的转型经济国家显然是荒谬的。因为在 WTO 的框架下,已经不再存在“贸易完全或实质性由国家垄断”的成员方,也不存在“国内产品价格完全由国家决定”的国家。即使承认这一过时的国际法依据的效力,从国际条约解释的一般规则来看,美国与欧盟现行的非市场经济规则也是与其相抵触的。笔者的观点是,真正对中国非市场经济地位构成约束的是《中国入世议定书》中的相关规定。在《中国入世议定书》中所作出的特别承诺都与中国的非市场经济地位有关,美国不仅通过中美双边协议使中国承担了对美国的附加义务,还使得这一背离 WTO 最惠国待遇原则,专门针对中国施加的特别规则通过《中国入世议定书》得以国际化和合法化。这实际上使中国丧失了就其非市场经济地位向 WTO 争端解决机构寻求司法解决的“诉讼”权利。

第五,鉴于美国将原来专门针对非市场经济国家(共产主义国家)的市场扰乱条款成功地“转换”为专门针对中国的特殊保障措施以及因为国

内法原因而克制对非市场经济国家使用反补贴措施,目前美国与欧盟主要是通过反倾销调查适用其非市场经济规则的。通过对美国与欧盟反倾销法非市场经济规则的法律与实证分析可以发现,美国和欧盟的非市场经济规则虽然在本质上是一脉相承的,但在具体规则的设计和适用上还存在一定的区别,因此,中国企业在抗辩美国与欧盟的非市场经济规则时,应当采取共同而又有区别的应对策略。

最后,彻底解决中国的非市场经济地位问题,不仅需要中国出口企业积极应诉,充分利用美国和欧盟法律中对出口方的有利规定进行市场经济地位、替代国以及分别税率的抗辩,理智运用美国与欧盟法律为企业提供的行政与司法救济途径,而且更需要中国政府通过努力,在双边和多边层面上积极运用政治、法律和外交的综合手段争取中国完全市场经济地位或改变美国与欧盟法中对中国不合理的歧视性规定。

尽管贸易问题从表面来看是一个商业范畴的问题,中国政府也一再强调反对将贸易问题政治化,但贸易问题永远也脱离不了政治因素的影响。非市场经济问题就是典型的贸易问题政治化的缩影。解决这一困境不仅需要法律运用上的技巧,更需要中国政府突破禁锢的勇气与高超的政治智慧。

主要参考文献

一、中文资料

(一) 连续出版物

[1] 张新娟:《欧盟反倾销法非市场经济规则研究》,《法学家》2003年第6期,第145—153页。

[2] 陈力:《欧盟对华反倾销“非市场经济”问题探析》,《欧洲研究》2003年第3期,第131—147页。

[3] 李炼:《关于我国反倾销对策的法律分析》,《中国社会科学》1998年第1期,第107—116页。

[4] 张玉卿:《试论中国为市场经济地位的涵义》,《世界贸易组织动态与研究》2005年第4期,第5—9页。

[5] 武长海:《美国反补贴法的中国应对》,《WTO经济导刊》2005年第9期,第18—20页。

[6] 曲如晓:《反补贴:中国出口贸易的潜在威胁》,《国际经济合作》2005年第3期,第35—38页。

[7] 陶文钊:《中国入世以来的中美经贸关系简析》,《同济大学学报》(社科版)2005年第3期,第51—62页。

[8] 王世春、叶全良:《“非市场经济地位”与对华反倾销对策性研究》,《财贸经济》2005年第5期,第59—66页。

[9] 马珺:《国外反倾销、反补贴与中国市场经济地位关系分析》,《河南司法警官职业学校学报》2005年第1期,第85—88页。

[10] 余盛兴:《中国“市场经济地位”认可的进展与前景分析》,《世界贸易组织动态与研究》2005年第5期,第5—10页。

[11] 余盛兴:《美国修改对华反倾销政策中国企业应诉难度增加》,《WTO经济导刊》2005年第5期,第68—69页。

[12] 张亮:《单独税率将成镜中花——美国对非市场经济国家的反倾销政策将出现倒退》,《WTO经济导刊》2005年第6期,第68—70页。

[13] 薛华勇:《入世后的中国与替代国制度》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2002年第4期,第36—40页。

[14] 蔡庆辉:《欧盟对华铝铁反倾销案研究》,《国际贸易问题》2005年第4期,第116—121页。

[15] 陈仲常、余翔:《欧盟对华贸易逆差问题研究》,《国际贸易问题》2005年第10期,第43—48页。

[16] 龚柏华:《欧盟针对中国的反倾销案评析》,《法学评论》1998年第1期,第97—100页。

[17] 马忠法:《论我国应对反倾销案中“非市场经济地位”之策略》,《上海财经大学学报》2005年第1期,第62—68页。

[18] 王林:《应对有条件市场经济地位——详解欧盟对华反倾销案》,《WTO经济导刊》2005年第4期,第68—70页。

[19] 陈力:《美国反倾销法之非市场经济规则研究》,《美国研究》2006年第3期,第77—92页。

[20] 孙立文:《论世界贸易体制中我国非市场经济地位问题之消解》,《法学评论》2006年第5期,第90—95页。

(二) 专著

[1] 雅格布·瓦伊纳:《倾销:国际贸易中的一个问题》,商务印书馆2003年版,第330页。

[2] 亚当·斯密:《国富论》,华夏出版社2005年版,第726页。

[3] 大卫·李嘉图:《政治经济学及赋税原理》,华夏出版社2005年版,第320页。

[4] 黄东黎:《国际贸易法——经济理论 法律 案例》,法律出版社2003年版,第918页。

[5] 王贵国:《世界贸易组织法》,法律出版社2003年版,第627页。

[6] 张丽娟:《美国商务外交策略》,经济科学出版社2005年版,第

301 页。

[7] 杨仕辉:《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》,科学出版社 2005 年版,第 310 页。

[8] 高永富、张玉卿:《国际反倾销法》,复旦大学出版社 2001 年版,第 529 页。

[9] 尚明:《反倾销:WTO 规则及中外法律与实践》,法律出版社 2003 年版,第 531 页。

[10] 邓德雄:《欧盟反倾销的法律与实践》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 480 页。

[11] [英] Snyder、唐青阳主编:《欧盟反倾销制度与实务研究》,法律出版社 2005 年版,第 496 页。

[12] 刘勇:《WTO〈反倾销协定〉研究》,厦门大学出版社 2005 年版,第 455 页。

[13] 张晓东:《中国反倾销立法比较研究》,法律出版社 2000 年版,第 293 页。

[14] 韩立余:《美国外贸法》,法律出版社 1999 年版,第 423 页。

[15] 张玉卿:《国际反倾销法律与实务》,中国对外经济贸易出版社 1993 年版,第 387 页。

[16] 孔祥俊、吉罗洪:《反倾销法律制度及申诉应诉指南》,中国民主法制出版社 2003 年版,第 724 页。

[17] [美] 约翰·H·杰克逊著:《世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策》,张乃根译,复旦大学出版社 2001 年版,第 384 页。

[18] 蒋小红:《欧共同体反倾销法与中欧贸易》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 312 页。

[19] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社 2005 年版,第 1271 页。

[20] 王承斌、史学瀛:《西方国家反倾销法与实务》,中国对外经济贸易出版社 1996 年版,第 334 页。

[21] 张燕:《应战美国反倾销:美国国际贸易法院涉华反倾销案例介评(1999—2002)》,法律出版社 2004 年版,第 424 页。

[22] 国彦兵:《西方国际贸易理论历史与发展》,浙江大学出版社 2004 年版,第 390 页。

[23] 上海市经委课题组:《美国贸易救济措施对上海工业出口的影响研究》,学林出版社 2004 年版,第 145 页。

[24] 陈宪、张鸿:《国际贸易——理论·政策·案例》,上海财经大学出版社 2004 年版,第 431 页。

[25] 黄文俊:《保障措施法研究——理论框架与实证分析》,法律出版社 2004 年版,第 345 页。

[26] 曹建明:《欧洲联盟法——从欧洲统一大市场到欧洲经济货币联盟》,浙江人民出版社 2000 年版,第 295 页。

[27] 商务部进出口公平贸易局:《国外对中国产品反倾销、反补贴、保障措施案例集(美国卷第一、第二册)》,中国对外经济贸易出版社 2003 年版。

[28] 张新娟:《反倾销法律的理论与实践》,中国社会科学出版社 2003 年版,第 268 页。

[29] 王世春、王琴华、张汉林:《名家论坛——反倾销应对之道》,人民出版社 2004 年版,第 397 页。

[30] 王林生、张汉林:《反倾销热点剖析》,人民出版社 2004 年版,第 344 页。

[31] 张乃根:《国际法原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 284 页。

[32] 董世忠:《国际经济法》,复旦大学出版社 2004 年版,第 573 页。

[33] 约瑟夫·E·格利茨、卡尔·E·沃尔什:《经济学》(上下册),中国人民大学出版社 2005 年版,第 956 页。

[34] 北京师范大学经济与资源管理研究所:《2003 中国市场经济发展报告》,对外经济贸易出版社 2003 年版。

[35] 北京师范大学经济与资源管理研究所:《2005 中国市场经济发展报告》,中国商务出版社 2005 年版,第 337 页。

[36] 曹建明、陈治东:《国际经济法专论》(第一卷),法律出版社 2000 年版,第 614 页。



[37] 方连庆主编:《战后国际关系史》(上、下),北京大学出版社 1999 年版,第 1189 页。

[38] 赵维田:《WTO 的司法机制》,上海人民出版社 2004 年版。

[39] 李圣敬:《国际反倾销应诉和申诉操作指南》,法律出版社 2006 年版,第 493 页。

[40] 甘瑛:《国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究》,法律出版社 2005 年版,第 393 页。

[41] 王承斌、史学瀛:《国际反倾销法》,法律出版社 2005 年版,第 266 页。

[42] 孙南申:《WTO 体系下的司法审查制度化》,法律出版社 2006 年版,第 196 页。

[43] 李昌奎:《世界贸易组织反倾销争端案例》,中国社会科学出版社 2006 年版,第 381 页。

[44] 李昌奎:《美国反倾销实务》,中国社会科学出版社 2006 年版,第 429 页。

[45] [美] 邹至庄:《中国经济转型》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 461 页。

[46] 曹建明、陈治东:《国际经济法专论》(第三卷),法律出版社 2000 年版,第 545 页。

(三) 专著中析出的文献

[1] 王磊:《欧洲法院对中国反倾销案的审理》,参见赵海峰、金邦贵:《欧洲法通讯》(第 4 辑),法律出版社 2003 年版,第 98—107 页。

[2] 常敏:《欧共同体反倾销法若干问题研究》,参见梁慧星:《迎接 WTO——梁慧星先生主编之域外法律制度研究集》(第一辑),国家行政学院出版社 2000 年版,第 1—47 页。

[3] 孙哲、成帅华:《中国加入 WTO 以来的美国对华贸易政策规定》,参见倪世雄、刘永涛:《美国问题研究》(第二辑),时事出版社 2002 年版,第 267—280 页。

[4] 陈力:《欧共同体法院对反倾销案件的司法审查》,参见李昌道、韩小鹰:《中国法与欧洲法》,上海大学出版社 2005 年版,第 63—76 页。

二、英文资料

(一) 英文著作

[1] Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press 2002.

[2] Nicholas R. Lardy, *Integrating China Into the Global Economy*, Brookings Institution Press 2002.

[3] Stephen D. Cohen, Robert A. Blecker & Peter D. Whitney, *Fundamentals of U. S. Foreign Trade Policy*, Westview Press 2003.

[4] Greg Mastel, *Antidumping Laws and the U. S. Economy*, M. E. Sharpe, Inc. 1998.

[5] John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO: Insight on Treaty Law and Economic Relations*. Higher Education Press 2002.

[6] Van Bael & Bellis, *Antidumping and Other Trade Protection Laws of the EC*, CCH Editions Limited 1996.

[7] Don Wallace, JR. etc., *Interface One: Conference Proceedings on the Application of U. S. Antidumping and Countervailing Duty Laws to Imports from State-Controlled Economies and State-Owned Enterprises*, Published by The Institute for International and Foreign Trade Law, Georgetown University Law Center 1980.

[8] Peter D. Ehrenhalt, Brian Vernon Hindley, Constantine Michalopoulos, and L. Alan winters, *Policies on Imports from Economies in Transition: Two Case Studies 1997*. The World Bank.

[9] Edwin A. Vermulst, *Antidumping Law and Practice in the United States and the European Communities — A Comparative Analysis*, N. H 1987.

[10] Wolfgang Müller, *EC Antidumping Law — A Commentary on Regulation 384/96*, John Wiley & Sons 1998.



[11] John H. Jackson and Edwin A. Vermulst, *Antidumping Law and Practice — A Comparative Study*, Harvester Wheatsheaf Press 1990.

[12] *China and the Long March to Global Trade — the Accession of China to the WTO*, Routledge 2002.

[13] John. H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr. , *Legal Problems of Economic Relations — Cases, Materials and Text*. West Group 2002.

[14] Finger, J. M. , *Antidumping: How it Works and Who gets Hurt ?* Anne Arbor, University of Michigan Press 1993.

(二) 英文论文

[1] Judith H. Bello, Alan F. Holmer, Jeremy O. Preiss, Searching for “bubbles of Capitalism”: Application of the The U. S. Antidumping and Countervailing Duty Laws to Reforming Nonmarket Economies. 25 Geo. Wash. J. int’l L. & Econ. 665(1991 - 1992).

[2] Sanghan Wang, U. S. Trade Laws Concerning Non-market Economies Revisited for Fairness and Consistency. 10 Emory Int’l L. Rev. 593 (1996).

[3] Robert H. Lantz, The Search for Consistency: treatment of Non-market Economies in Transition Under United States Antidumping and Countervailing Duty Laws. 10 Am. U. J. Int’l L & Pol’y 993 (1994 - 1995).

[4] Gary N. Horlick & Shannon S. Shuman, Nonmarket Economy Trade and U. S. antidumping/Countervailing Duty Laws. *The International Lawyer* 808 (1984).

[5] Francis Snyder, the Origins of “Non-market Economy”: Ideas, pluralism and Power in EC Anti-dumping Law about China. *European Law Journal*, Vol. 7, No. 4, December 2001.

[6] Priya Alagiri, Reform, Reality and Recognition: Reassessing U. S. Antidumping Policy toward China. Law & Policy in *International*

Business, Vol. 26, 1995.

[7] William Mock, Economic Advantage in East-West Trade: abandoning market Fictions in Trade with Nonmarket economy Countries. *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 56 (1989).

[8] Alexander POLOUEKTOV, Non-Market Economy Issues in the WTO Anti-Dumping law and Accession negotiations: Revival of a Two-tier Membership? *Journal of World Trade* 36(1): 1 - 37, 2002.

[9] DER-CHIN HORNG, The EU's New China Policy: The Dimension of Trade Relations, *Issues & Studies* 34, No. 7 (July 1998): 85 - 115.

[10] Lei Yu, Rule of law or Rule of Protectionism: Antidumping Practices toward China and The WTO Dispute settlement System. 15 *Columbia Journal of Asian Law*. 294 (2001 - 2002).

[11] Lei Wang, China's Difficulties and Concerns as a Respondent to Antidumping Proceedings, *World Competition*, Vol. 9, No. 3, March 1996.

[12] Daniel K. Tarullo, Beyond Normacy in the Regulation of International Trade, *Harvard Law Review*, January 1987.

[13] Charlene Barshefsky, Non-Market Economies in Transition and The U. S. Antidumping Law: Remarks on The Need for Reevaluation, *Boston University International Law Journal*, Vol. 8, 373 (1990).

[14] Robert W. McGee, The Case to Repeal the Antidumping Laws, *Northwest Journal of International Law & Business*, 491 (1992 - 1993).

[15] Michael Kabik, The Dilemma of "Dumping" From Nonmarket Economy Countries, *Emory International Law Review*, Vol. 6, 1992.

[16] Donald L. Cuneo & Charles B. Manuel, Jr., Roadblock To Trade: The State-Controlled Economy Issue in Antidumping Law Administration, *Fordham International Law Journal* [Vol. 5; 277,



1982].

[17] Christopher F. Corr, The NME Import Regulation Dilemma: Two Proposals for a New Regulatory Approach, *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.* [Vol. 12, 1987].

[18] Grace M. Kang, Solving The Nonmarket Economy Dumping Dilemma, *Columbia Business Law Review* [Vol. 1987, No. 3: 705].

[19] Peter Buck Feller, The Antidumping Act and The Future of East-West Trade, *Michigan Law Review* [Vol. 66: 115, November 1967].

[20] Charles Owen Verrill, Jr. , Nonmarket Economy Dumping: new Directions in Fair Value Analysis, *Brigham Young University Law Review* [1989, 449].

[21] William P. Alford, When is China Paraguay? An Examination of the Application of The Antidumping and Countervailing Duty Laws of the United States to China and Other “Nonmarket Economy” Nations, *Southern California Law Review* [Vol. 61: 79, 1987].

[22] Changho SOHN, Treatment of Non-market Economy Countries under the World Trade Organization Anti-dumping Regime, *Journal of World Trade* 39(4): 763-786, 2005.

[23] Ross Denton, The Non-Market Economy Rules of the European community's Antidumping And Countervailing Duties Legislation, *International and Comparative Law Quarterly* [Vol. 36, 1987].

[24] Joseph A. Laroski, Jr. , NMES: A Love Story Nonmarket and Market Economy Status Under U. S. Antidumping Law, *Law and Policy in International Business* [Winter 1999].

[25] Daniel Ikenson, Abuse of Discretion: Time to Fix the Administration of the U. S. Antidumping Law, CATO, Institute, <http://freetrade.org/>.

[26] Daniel Ikenson, Nonmarket Nonsense: U. S. Antidumping Policy toward China, CATO Institute, <http://freetrade.org/>.

[27] Sylvia A. Rhodes and John H. Jackson, United States Law and China's WTO Accession Process, *Journal of International Economic Law* [1999].

三、相关网站

(一) 中国官方网站

- [1] 商务部 <http://www.mofcom.gov.cn/>。
- [2] 中国国家统计局 <http://www.stats.gov.cn/>。
- [3] 中国贸易救济信息网 <http://www.cacs.gov.cn/>。
- [4] 新华网 <http://www.xinhuanet.com/>。
- [5] 中国海关 <http://www.customs.gov.cn/>。

(二) 其他中国网站

上海 WTO 事务咨询中心 <http://www.sccwto.net/>。

(三) 国外官方网站

- [1] 美国商务部 <http://www.commerce.gov/>。
- [2] 美国国际贸易法院 <http://www.cit.uscourts.gov/>。
- [3] 美国国会众议院 <http://www.house.gov/>。
- [4] 美国国家统计局 <http://www.census.gov/>。
- [5] 欧盟官方网站 <http://europa.eu.int/>。
- [6] 美国贸易代表办公室 <http://www.ustr.gov/>。
- [7] 美国国际贸易委员会 <http://www.usitc.gov/>。
- [8] 世界贸易组织 <http://www.wto.org/>。
- [9] 美国国会图书馆 <http://thomas.loc.gov/>。
- [10] 美国商务部国际贸易管理局 <http://www.trade.gov/ia/>。

(四) 其他外国网站

- [1] 美国卡图研究所 <http://www.freetrade.org/>。
- [2] 美国战略经济研究所 <http://www.econstrat.org/>。



后 记

本书是在我同名博士论文的基础上修订而成。论文选题最初源于2002年7月我参加由澳门欧洲研究学会(Institute of European Studies of Macao)举办的关于国际贸易问题的暑期研讨会。通过为期两周的密集学习与研讨,我不仅对世界贸易组织框架下的国际贸易法律问题有了初步了解,而且对相关议题产生了浓厚的兴趣。研讨会上,著名的欧盟与国际贸易法专家 Snyder 教授主讲的专题“WTO and EC Antidumping Law and China”引发了我进一步的研究兴趣,并意识到了这是一个对中国具有重要理论和现实意义的课题。回到上海后,为了准备当年在大连召开的国际经济法学会年会(本人当时是第一次参加该学会的活动),笔者准备以欧盟反倾销法中的非市场经济问题为题提交会议论文,并作为我进一步研究国际经济法问题的一个开端。虽然从澳门带回的研究资料有限(仅限于 Snyder 教授的授课讲义),但所幸的是,2001年我在德国马克斯·普朗克比较公法与国际法研究所研究欧盟竞争法时带回了一些反倾销法方面的重要资料,这使得我能顺利完成论文的写作并提交大连年会。作为 WTO 法研究领域的一名后来者(之前我从事的主要是国际私法学的教学与研究),我未曾想到该文会引起中国社会科学院欧洲研究所《欧洲研究》的编辑张敏老师的关注与厚爱,经过与张敏的反复沟通与交流,我对文章又作了大幅度的修改,该文最终刊登在2003年第3期的《欧洲研究》上。这以后,国际贸易法律问题就成为我挥之不去的“心结”,我非常希望借助这一契机进一步拓宽我的研究领域与视野,后来在国际关系专业学习博士生课程进一步成就了我的想法,俞正樑教授和倪世雄教授讲授的国际关系理论和中美关系研究教我学会从国际关系的角度思考国际法问题(这对我后来研究问题的方法起到了非常大的影响)。在博士

论文开题时,对于是否以反倾销法中的非市场经济问题作为我的博士论文,心中还是忐忑不安的,我在不同场合征求我的一些学界朋友意见时,他们都表示出对这一论题作为博士论文的怀疑,担心这有点过于小题大做。当我小心翼翼地请各位参加开题论证的专家提出我的设想和疑虑时,他们给予我充分的鼓励,并从不同方面向我提出开展研究的方法和视角。尽管如此,我对于是否能够如期完成这一课题的研究仍然心中没底,这一方面是因为我所开拓的是一个对我而言相对陌生的研究领域,另一方面也感觉到这一课题具有较强的“时效性”,因为就我当时的认识,认为中国的非市场经济问题再过十几年就将彻底得到解决,甚至随时会提前得到解决,如果这样,我研究该课题的价值就可能无法得到体现。但是命运又给了我一个坚定信念的机会。2004年我以“The NME issue of U. S. and EC antidumping law toward China”为题申请了耶鲁大学的国际福克斯项目并顺利获准。这一契机至少在两个方面大大增强了我的信心:其一,该项目获准的最重要原因就是申请人提出的研究计划(Research Proposal)。就此而言,我认为我的研究计划也得到了美国专家(后来得知该项目候选人的遴选是由耶鲁大学国际与区域研究中心组织的专家委员会进行)的认可,其研究价值得到了进一步的肯定;其二,能获得在耶鲁大学学习访问的机会,将会大大充实我的研究资料,尤其是美国部分研究资料的收集。通过在美国近一年的学习,我的研究思路得到了进一步拓宽,认识也得到进一步的深化。其中最主要的影响就是我发现非市场经济问题绝非反倾销领域的特殊问题,它应该是整个贸易救济法律制度中的共通性问题,只是在反倾销领域表现得最为突出而已。

在四年的在职学习过程中,我首先要感谢我的导师陈治东教授,他严谨求实的学术作风与正直高尚的人品早在多年前我在华东政法学院参加硕士论文答辩时就给我留下了深刻的印象。多年后我有幸成为他真正的学生,聆听他的教诲,感到非常的幸运。他扎实深厚的理论功底与丰富的实践经验,富有特色的理论与实务相结合的教学和研究方法通过他的言传身教使我受益无穷。我论文选题和写作过程中的每一个环节都得到了他的悉心指导,他鼓励我开拓新的研究领域并勇于“小题大做”。他对于研究课题的宏观把握能力令我敬佩,特别是对我论文中的许多问题他都

有着高屋建瓴的见解,不仅澄清了我对一些问题的模糊认识,而且鼓励我在研究中要更大胆一些,敢于质疑,敢于提出自己的观点。

我对导师组的张乃根教授心生敬畏。所谓“敬”是对他正直坦率的人格魅力、率先垂范和提携后进的作风以及执著于学术的钻研精神的敬仰,所谓“畏”是对他在工作上的一丝不苟、“铁面无情”和对学生严格要求的态度常常使我感到自己与“一流”学者之间存在的差距,令我不敢有太多的懈怠。作为 WTO 法方面的权威专家,张老师在 my 的论文开题中提出了很多富有见地的建议,在我论文的答辩中他更是毫不留情地指出我论文中存在的主要问题,他深刻的点评处处触及我论文的“软肋”,使我茅塞顿开。

感谢参加我论文开题、预答辩或正式答辩的董世忠教授、孙南申教授、龚柏华教授以及何力教授,他们对我开题论证或论文初稿、定稿中存在的问题给予了悉心的指正,同时对我的研究给予了充分的鼓励和帮助。作为 WTO 问题专家,龚老师不仅对我最初的选题给予了肯定,而且还为我提供了相关的最新资讯和最新的动态发展信息,使我及时增补了相关内容并避免了可能出现的错误;何力老师仔细阅读了我的论文初稿,逐字逐句纠正我文中出现的打印或表述错误。他在预答辩中所指出我论文中存在的问题,可谓切中要害;董世忠与孙南申教授先后参加我博士论文的预答辩与正式答辩,他们在对我论文给予肯定的同时,更是指出论文结构、论述内容存在的缺失,给我极大的启发。

我书中许多观点的形成深受国际贸易法权威专家约翰·H·杰克逊教授和弗朗西斯·施奈德教授的影响。能有机会向这两位专家当面请教是我极大的荣幸;另外我在耶鲁大学访问期间有幸旁听了耶鲁大学法学院 Michael Reisman 教授和德国波恩大学 Rudolf Dolzer 教授联合讲授的国际投资争端解决课程并就我论文中的相关问题向他们请教,我对他们的启发表示感谢。我在耶鲁大学访问项目结束前夕,以“美国对华反倾销中的非市场经济规则”作了结项报告,耶鲁大学国际与区域研究中心副主任,国际福克斯项目(Fox International Fellowship)负责人 Nancy Luther 博士全程听取了我的学术汇报并启发我从经济学和国际关系角度更深层地思考这一问题;在美期间,美国爱达荷大学(University of Idaho)法学

院的 Russell Miller 教授邀请我参加第三届爱达荷大学国际法问题研讨会,有机会在会议上作学术报告并与来自不同国家的与会同仁切磋交流,也大大拓宽了我的学术视野。

我还要深深感谢厦门大学法学院的徐崇利教授与华东政法学院的朱榄叶教授百忙之中参加我论文的答辩。两位老师从论文内容及形式上提出了许多宝贵的修改意见,作为相关领域的专家,他们在答辩时提出的犀利问题与深刻评论对本书的定稿与出版起到了重要的作用。

本书的出版承蒙上海人民出版社的厚爱与大力支持。2006年5月我顺利通过博士论文答辩后即与上海人民出版社接洽,很快就得到了同意出版的回复。但由于教学科研工作繁重,论文的修改一直断断续续,直到2007年春节结束才得以提交。负责审稿的徐晓明博士以极大的耐心宽容了我的拖拉,但为了本书及早面世,他自己却在繁忙的工作中抽出宝贵的时间,甚至牺牲自己节假日的休息抓紧审稿并不断与我沟通,我被他的专业与敬业精神深深感动!

最后再次感谢我的家人对我一如既往的支持,先生以他一向宽阔的胸怀包容我写作困难时莫名的烦躁与不安,懂事的儿子不仅在学习上不用我操心,而且为我提供了许多电脑运用方面的技术支持,他们是我从事学术研究的精神动力。这本书也有他们的贡献!

本书出版获得复旦大学法学院的大力支持。

本书虽已定稿,但却远未达到令自己满意的程度。由于选题涉及经济、历史、政治、法律等诸多领域,作为一名法学研究者,我深深感到对课题整体驾驭能力,尤其是经济学分析能力上的欠缺。这一切的不足与遗憾惟有通过我今后的不断努力予以弥补。

陈 力

2007年4月2日

