

WTO 中反击欧美运用非市场经济方法歧视中国出口货物研究

陈卫东(教授)^① 余敏友(教授)^②

一、引言

歧视我国出口货物的非市场经济方法,原指我国某些主要贸易伙伴(特别是美欧)在反倾销调查中视我国为非市场经济国家,对我国出口货物适用替代国方法(surrogate country approach)或生产要素方法(factors of production approach)之类非常规方法来确定倾销幅度和反倾销税;现指其他 WTO 成员(包括欧盟和美国)根据《中国加入 WTO 议定书》(以下简称《入世议定书》)第 15 条(确定补贴和倾销时的价格可比性)授权在反倾销调查中对我国出口货物继续适用(15 年内)上述非常规方法外,还可在反补贴调查中对我国出口货物采用非常规方法来确定补贴幅度和反补贴税。

《入世议定书》第 15 条是一个分水岭,既把歧视我国出口货物的非市场经济方法从事实上不受约束的行为转变为法律上受约束的行为,从多边贸易体制外纳入多边贸易体制内,也把长期性问题转变为临时性问题(至少就反倾销而言),并从反倾销领域扩大到新的领域(反补贴)。

《入世议定书》第 15 条是中国加入 WTO 谈判时期各方妥协的产物,是对中国特色的社会主义市场经济如何予以规范这个政治问题的

法律技术处理。虽有倒逼中国不断(特别是国有企业)改革开放、融入多边贸易体制的积极方面,但重心是使欧美既能保持逼迫中国履行市场开放承诺的高压态势,又可运用偏离 WTO 体制最惠国待遇原则的贸易政策手段轻易阻击激增的中国出口货物,因此具有明显的歧视性、临时性、例外性、片面性。为了控制非市场经济方法的滥用,应该四面出击,即建立双边磋商机制、运用 WTO 争端解决机制、在调查国提起行政诉讼、在中国深化改革与扩大开放。

运用 WTO 争端解决机制,挑战美国和欧盟等成员对中国出口货物非市场经济方法的合法性是中国起诉的重中之重,对相关规则加严解释是中国起诉的首要策略。2011 年至 2012 年 2 月,中美欧围绕对华贸易救济措施的几起争端在上诉机构或专家组报告通过后结案。值得关注的是,上述争端不约而同地挑战了美欧基于中国非市场经济地位施加于中方出口货物的有损于中方利益的特殊差别待遇,同时也不同程度地涉及《入世议定书》第 15 条的解释和适用。从诉讼结果来说,中方(作为起诉方)得大于失。本文旨在结合近年来中国起诉的与对华贸易救济措施有关的案件,探析中国的核心诉求、争讼结果

和后续执行,总结相关经验和教训。

二、从紧固件案和鞋类案看对华反倾销的争端解决与后续执行

(一) 概述

中国已两次就欧盟对华反倾销中基于非市场经济地位施加于中方的特殊做法在 WTO 起诉。两案诉讼重点既有重叠,也有差异。

欧盟对华反倾销中的国别税率做法是典型的、不利于中方的特殊差别待遇。在欧盟对华反倾销立法及实践中,对于市场经济国家的反倾销调查,除抽样外,所有应诉企业均可获得单独税率;而对于非市场经济国家,欧盟采取一国一税的“国别税率”。根据欧盟《反倾销条例》,中国应诉企业,只有通过附加单独税率标准测试,才能使欧盟调查机构采纳其出口价格计算倾销幅度,从而获得单独税率。这种做法给中国企业造成了沉重的应诉负担和不公平的反倾销税负。2009 年 7 月 31 日,中国在 WTO 争端解决机构针对欧盟立法及具体措施中的国别税率做法起诉,使国别税率做法在实际操作多年后首次面临专家组和上诉机构的审查,此为“紧固件案”。

专家组支持中方关于国别税率的诉求,裁定欧盟国别税率的法律和具体措施违反《反倾销协定》第

6 条第 10 款和第 9 条第 2 款以及 GATT 第 1 条第 1 款（最惠国待遇）。上诉机构支持专家组关于欧盟国别税率的法律和具体措施违反《反倾销协定》的结论，但指出专家组关于欧盟违反 GATT 第 1 条第 1 款的结论是悬而未决的和没有法律效力的。

对华反倾销中的替代国价格做法是对中方最为不利但又最难挑战的差别待遇。中方在《入世议定书》第 15 条中已明确接受在入世后 15 年内对未获得市场经济地位的中国应诉企业可适用替代国价格方法。2010 年 2 月 4 日，中国针对欧盟对华鞋产品反倾销措施向 WTO 争端解决机构起诉，即“鞋产品案”。中方在该案中除再次挑战欧盟国别税率的法律和具体措施外，还首次质疑欧盟对华反倾销替代国选择程序和结果，主张其违反《反倾销协定》第 2 条第 1 款、第 2 条第 4 款和第 17 条第 6 款。2011 年 10 月 28 日，该案专家组报告发布。2012 年 2 月 22 日，争端解决机构通过了该案专家组报告。专家组再次作出欧盟违反《反倾销协定》的裁定。另一方面，专家组否定了中方对欧盟对华反倾销替代国选择程序和结果的诉求。

（二）对中国利益的积极影响

上述两案的结果有助于正确认识对华反倾销特殊规则的适用范围。“紧固件案”上诉机构明确表示，《入世议定书》第 15 条不是中国对非市场经济地位的正式确认，只是对《反倾销协定》有关正常价值确定规则的暂时而有限的减损或偏离。除此以外，《入世议定书》

第 15 条并未授权其他成员在反倾销调查中可对中国适用其他差别待遇。上诉机构通过对《入世议定书》适用范围的界定，以及对《反倾销协定》第 6 条第 10 款和第 9 条第 2 款的合理解释，否定了欧盟国别税率的合法性基础。简言之，除替代国价格做法外，其他成员不得在对华反倾销中以非市场经济地位为由采取差别待遇或特殊做法。

（三）从执行角度看中国仍面临的不利形势

国别税率问题的胜诉，只是一个小小的胜利，中方仍面临替代国方法和国别税率的继续适用。

首先，中方针对欧盟对华反倾销中的其他不合理做法的诉求大多未获支持。尤其是针对中方关于替代国选择程序、替代国选择结果以及市场经济测试的抽样方法等问题提出的诉求，专家组和上诉机构多以无纪律可循为由予以拒绝。上述做法将（至少在 2016 年年底之前）继续沿用。

其次，上诉机构的裁定为欧盟以中国对企业的指令或实质性控制为由将中国企业推定为“单一实体”留下了缺口。“紧固件案”上诉机构曾指出，如果调查机构确立多家出口商构成《反倾销协定》第 6 条第 10 款和第 9 条第 2 款意义上的单一出口商（single exporter），上述条款并不排除进口方调查机构对多家出口商确定单一倾销幅度和反倾销税。如果政府在价格和产量方面指导或实质性地影响多家出口商的行为，这些出口商可以被推定为单一出口商。这样的单一实体不能被推定，而必须由调查机构基于在调查中提交或收集的事实和

证据来确定。“紧固件案”之后，2012 年 9 月 6 日生效的欧盟第 765/2012 号条例，修改了《欧盟反倾销条例》第 9 条第 5 款。该条例规定，欧盟将个别待遇测试修改为单一实体（single entity）测试，将供应商和国家之间或供应商之间的公司或组织上的联系、国家对产量和定价的控制或实质影响、供应国的经济结构等作为认定单一实体的标准。这一修改表面上符合“紧固件案”上诉机构报告对单一实体的表述，但又超出了上诉机构所界定的范畴，如加入了“供应国的经济结构”等要素。该条例对中国出口企业的影响，以及是否与《反倾销协定》和 WTO 争端解决机构裁定相符，还有待进一步评估。

三、从双反措施案看对华反补贴的争端解决与后续执行

（一）概述

2008 年 9 月 19 日，中国向 WTO 争端解决机构投诉美国“对来自中国的特定产品的反倾销和反补贴措施案”（案号 WT/DS379，简称“双反措施案”）。除少数次要问题外，专家组拒绝了中国在公共机构、专向性、外部基准和双重救济等主要问题的诉求。中方随即上诉并在上诉阶段反败为胜。2011 年 3 月 11 日，“双反措施案”上诉机构报告公布。上诉机构对公共机构和双重救济问题的裁定有利于中国，但在外部基准和专向性问题上否定了中方的诉求。上诉机构裁定美国应使其对华双反措施与 WTO 规则一致。

美国对华反补贴中的双重救济做法是基于中国的非市场经济地位对中方施加的特殊而不利于中方的差别待遇的典型。《补贴与反补贴协定》(下称 SCM 协定)能否适用成为决定案件结果的关键。对此,专家组认为,SCM 协定第 19 条第 3 款和第 4 款所包含的规则并不涉及双重救济的情况,因而不能对中国的双重救济诉求提供必要的法律依据。专家组还认为,如果第 19 条第 3 款和第 4 款禁止针对国内补贴出现的双重救济,如同 GATT 第 6 条第 5 款禁止针对出口补贴出现的双重救济或东京回合《补贴守则》第 15 条那样,应当予以明确规定。然而,这两个条款并未提及这一问题。因此,第 19 条第 3 款和第 4 款并不适用于双重救济问题。上诉机构推翻了专家组的意见,认定 SCM 协定第 19 条第 3 款适用于双重救济问题。尽管上诉机构并未接受中方关于美国的做法“必然”造成双重救济的观点,而只承认“很可能”造成重复救济,但其关于 SCM 协定禁止双重救济,进口方调查机构负有证明不存在双重救济的举证责任的意见仍有助于中国的反补贴应诉。

(二)从执行角度看中国面临的反补贴形势

第一,“双反措施案”裁定本身并未全部解决美国在调查中存在的众多不合理做法,需要调整或取消的措施只是其中的一部分。基于 WTO 争端解决机构通过的“双反措施案”上诉机构报告和专家组报告(简称 DSB 裁定),根据其是否需要取消或调整,可将美国被诉的措施分为以下几类:第一类是无需

修改的措施,即专家组和上诉机构认定为中国未能确立其与 WTO 规则不一致的措施,如美国商务部关于向特定产业贷款和土地使用权构成专向性的认定。对于这类措施,美国无需修改。第二类是可以不修改的措施,主要是虽然上诉机构推翻了专家组的意见,但上诉机构未能完成分析,其合法性悬而未决的措施,如国有商业银行贷款的外部基准。对于这类问题,美国也有足够的灵活性不予修改。第三类是需要取消或调整的措施,即上诉机构和专家组明确认定违反 WTO 规则的措施,如美国商务部关于国有企业构成公共机构的裁定、美国商务部不从事是否存在双重救济的分析等。其中,即便要对原来的做法进行调整,美国也有较大的灵活性,仅仅是修正调查中存在的程序性瑕疵,不会实质性地改变法律的适用与解释。例如,对于土地使用权的专向性,美国只需要进一步审查工业园内外土地使用权的提供是否存在差异,并基于该审查结果做出裁定即可符合 WTO 争端解决机构裁定。因此,“双反措施案”并未从根本上改变美国对华反补贴的现有做法或改善中国的应诉条件。

第二,“双反措施案”关于公共机构和双重救济的意见留下了执行上的灵活性。虽然上诉机构整体上否定了专家组的意见,但是既不等于上诉机构明确认定中国国有企业不是公共机构,也并不意味着美国商务部补贴提供者“黑名单”中从此就不再中国国有企业和国有商业银行。对上诉机构关于国有企业和国有商业银行的两部分论述进行比较,可明显看出上诉机构着重

强调的是从形式上考察相关要素(特别是政府所有权之外的其他要素),而对如何考察和判断相关实体是否行使政府职能的标准并未提出具体的指导性意见。因此,中国国有企业是否构成补贴提供者的问题仍具有不确定性。关于双重救济问题,上诉机构强调,同时适用反倾销税和反补贴税并不必然导致双重救济。相反,这取决于国内补贴是否且在何种程度上降低了产品的出口价格,取决于调查机构是否采取了必要的校正措施来调整其方法。简言之,对于国内补贴而言,对华双反措施并非全都会造成双重救济。这为进口国调查机构继续适用对华双反措施留下了缺口。

在 WTO 争端解决机构通过“双反措施案”裁定后,美国并未表现出执行 WTO 争端解决机构裁定的积极姿态。经中方多次督促,2011 年 7 月 5 日,中国和美国达成协议,美国执行“双反措施案”裁定的合理期间为 11 个月,即执行合理期限为 2012 年 2 月 25 日之前。2012 年 1 月 17 日,中美同意将合理期限修改为 2012 年 4 月 25 日。在“双反措施案”上诉机构报告公布后,美国又对中国产品发起双反措施调查 5 起(分别是汽车轮毂案、镀锌钢丝案、高压钢制气瓶案、太阳能电池案和应用级风电塔案),并已对汽车轮毂案等案件作出反补贴初裁。从该案之后美国相关部门的上述后续行动看,美国不但没有放弃对华反补贴政策,反而在实践中进一步强化了其对华反补贴力度。

首先,美国商务部不仅对其现有涉华反补贴措施维持不变,而且

一如既往地受理对华反补贴调查申请并立案。截至 2012 年 2 月,美国已实施对华反补贴措施 24 起,这些措施并未予以中止。不仅如此,美国商务部并未停止新发起对华反补贴立案调查的步伐。2012 年 1 月 18 日,美国商务部应国内产业请求,对中国输美应用级风塔发起双反调查。2012 年 1 月 30 日,美国商务部对华太阳能电池双反案做出紧急情况裁定并决定追溯征收反补贴税,10 月 10 日,美国商务部对华太阳能电池反倾销反补贴调查作出终裁。

其次,美国国会已通过对非市场经济国家适用反补贴法的新立法。2011 年 12 月 19 日,美国联邦上诉巡回法院(简称 CAFC)对“GPX 国际轮胎公司诉美国”(简称 GPX 案)做出判决,确认美国反补贴法不适用于非市场经济国家。然而,美国行政机构随即推动国会参众两院通过新立法。2012 年 3 月 5 日,美国参议院一致通过该项立法。3 月 6 日,美国众议院以 370 票赞成、39 票反对、24 票弃权通过同一立法,通称“第 112—99 号法案”或“GPX 法”。其内容主要包括:第一,明确授权美国主管机构对非市场经济国家适用反补贴法;第二,适用反补贴法的同时继续维持对非市场经济国家在反倾销调查中的替代国价格做法;第三,适用反补贴法追溯适用至 2006 年 11 月;第四,主管机关可以通过在反倾销税中扣除反补贴税的方法处理双重救济问题,但必须符合严格的前提条件。

再次,美国商务部对于公共机构和双重救济的修改措施进一步加

重了对华反补贴力度。针对“双反措施案”所涉及的四起反补贴措施,美国商务部启动了根据《1974 年贸易法》第 129 节(涉及美国贸易救济措施的 WTO 裁定的执行)项下程序,并分别于 2012 年 4 月和 7 月发布了相关问题的初裁与终裁。在终裁备忘录中,美国商务部坚持认为,中国政府拥有完全或控制性的所有权利益的任何企业均是公共机构。不仅如此,中国政府拥有重大所有权并受制于政府产业计划(如国民经济发展纲要“十二五规划”)的实体,以及虽然形式上政府只有很少或完全没有所有权但中国政府实施了有意义的控制(meaningful control)的企业,也可以被认定为公共机构。在考察是否构成“有意义的控制”时,考虑因素包括中共党员在企业董事会中的重大存在、企业虽私有化但仍然存在与政府的联系等。根据这一新标准,不是缩小而是扩大了中国补贴提供者的范围,并提高了中国的补贴幅度。根据“第 112—99 号法案”,尽管美国商务部通过在反倾销税中扣除反补贴税的方法处理双重救济问题仅适用于新法案生效后的双反调查和复审,但“双反措施案”所涉及的四起反补贴措施的 129 程序表明,举证责任由中国应诉方承担。根据 129 程序初裁和终裁,美国商务部较大幅度地提高了对中国涉案企业的反补贴税率。

目前,除美国外,欧盟、加拿大、墨西哥、印度等成员已经启动了对华双反措施,其具体做法与美国的做法大同小异。在双反措施案中,关于外部基准和专向性的意见

有利于进口调查方,增加了中方反补贴应诉和胜诉的难度。中国面临的对华反补贴形势仍十分严峻,围绕反补贴问题的外交和法律斗争将是一项长期而艰巨的任务。

四、三点认识

(一) 中国在 WTO 反击欧美国运用非市场经济方法歧视中国出口货物是一场持久战

中国与美欧这些谙熟多边贸易规则的“高手”过招能够取得胜诉已属不易,而胜诉案件的后续执行之路并不平坦,对此中方需要高度重视并做长期斗争的充分准备。过去的争端实践表明,美欧在其作为被诉方的败诉案件中屡次改头换面以规避执行要求。“外国销售公司案”、“香蕉进口体制案”、“荷尔蒙牛肉案”和“软木案”等典型案例充分体现了美欧擅于利用争端解决程序特别是执行机制的不足,尽可能地维系其不合规做法。尽管中国目前的胜诉案件与前述案件在案情和争议措施方面有所不同,但美国和欧盟对“双反措施案”和“紧固件案”等裁定的执行实践表明,就像不会轻易承认中国的市场经济地位一样,美欧不会轻易放弃其不合规做法,而以各种方法加以拖延。对比原有做法,修改后措施的贸易保护倾向可能更隐蔽,识别和证明其不合规性的工作也更艰难。围绕执行问题的较量,不仅需要中方具备更高的专业素养和诉讼技巧,而且更需要中方对如何敦促对方尽快切实执行进行预案推演并准备应对策略。

(二) 中国应认真对待中国在 WTO 中胜诉却没有享受到实际胜利果实的问题

目前“双反措施案”合理期限结束,中美双方对美国是否执行了 WTO 争端解决机构裁定存在较大分歧;虽然“紧固件案”合理期限 2012 年年底已经结束,但中方对欧盟第 765/2012 号条例并不认可。中国分别与美国、欧盟达成了“DSU 第 21.5 条程序和第 22 条程序的谅解”,中国在法律上具备对美欧执行措施提出 DSU 第 21.5 条执行之诉的条件,同时也有义务在对美欧行使授权报复之前将执行之诉作为前置程序。我们认为,一旦提出执行之诉,中方的诉求只能深入到美欧在公共机构、双重救济和单一实体等方面的具体认定标准;由于两案上诉机构报告给美欧调查机构留下的灵活性和各种“提示”,中方应将诉讼重点放在双重救济的举证责任置于应诉方、将经济结构作为单一实体认定要素等做法。同时,由于执行之诉程序实际上也需要一年左右的时间,如中方有意提起执行之诉,应尽快提起,否则执行之诉程序完成,争议措施也即将或已经期满,即使胜诉也没有实际意义。可能由于行政资源有限而执行之诉缺乏重大的可预见利益等原因,迄今为止中方尚未提出执行之诉。值得注意的是,2012 年 5 月 30 日和 9 月 20 日,中方还分别针对美国的 24 起对华反补贴措施和“第 112-99 号法案”提出起诉,这两个新起诉案件既涉及公共机构和双重救济的老问题,也涉及法案追溯适用等新问题,中方还应借此机会提出有关认定标准的具体问

题,力争说服专家组和上诉机构做出明确限制调查机构裁量权和避免对中方施加过重负担的解释,扭转中国胜诉却没有享受到实际胜利果实的尴尬。因此,我们应进一步深入研究“双反措施案”和“紧固件案”的上诉机构报告,充分评估美欧的执行措施与相关上诉机构意见特别是关于执行上的灵活性的意见的相符性,合理预判中国提出执行之诉的利弊与可能结果,在诉讼策略和方法上做出正确选择。

(三) 中国 WTO 争端解决实践进一步凸显了中国积极参与 WTO 规则谈判的重要性

中国在部分问题上胜诉,同时却在起诉中常常面临举证上的困难和诉讼结果上的败诉。造成这种现象的原因是多方面的,但最重要的原因还在于相关规则的不利。依据《入世议定书》特殊条款下的不对称规则,往往很难证实中方的观点,而一般适用的 WTO 规则要么不能适用于中国面临的特殊问题,要么对中国具有不利影响(如 SCM 协定中有关外部基准和专向性的规则与案例法)。在争端解决中暴露出的规则缺陷,特别是具有长期性和广泛性影响的不利规则应引起中方的高度重视。由于中国和美欧等发达国家的贸易长期失衡和非市场经济问题的政治敏感性,现有的 WTO 有关非市场经济的特殊规则或“规则缺失”而造成的实际歧视在近期内通过谈判等政治外交手段解决的前景并不乐观。尽管如此,近几年的争端解决实践反复证明,在规则取向的争端解决机制中,规则是官司打赢的基础。同时,争端暴

露出来的问题需要我们思考是否有必要在未来通过启动后续谈判等相关途径,构建有利于中方利益的规则体系。反倾销替代国价格、特保措施等传统的非市场经济做法毕竟会终结,我们既要深刻认识过去规则谈判不利和因此造成的争端解决不利的教训,更要擅于构建面向未来的规则谈判能力。

特殊条款终将成为历史,贸易争端及败诉也并不可怕,关键是在实践中我们能不能学习和深刻理解规则,在未来的规则谈判和争端解决中,在作出最终决策之前最大程度上征求专家意见,最大程度地认真探寻条文草案的法律含义和利益影响,最大程度地维持权利义务的平衡。随着中国的经济实力不断提高、在多边贸易体制中的地位显著提升、商务外交人才队伍能力的迅速增强,我们有理由相信,中国在未来的规则谈判和争端解决的规则适用中应该而且必须有更佳表现,在兼顾多边贸易体制整体利益的同时,有理、有力、有效地维护国家利益。

[本文系教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所 2001 年重大项目“WTO 协定在我国实施中的重大法律问题”(01JAZJD820003)结项成果之一。]

(作者单位:①对外经济贸易大学法学院,②武汉大学国际法研究所;责任编辑:郭周明)