

【注释】本文是作者在美国耶鲁大学国际福克斯项目（Yale Fox International Fellowship，2004~2005）研究成果的一部分。【注尾】

陈力

（内容提要）美国反倾销法中的“非市场经济”规则是中国出口商在应对美国反倾销诉讼时最为关切和面临的障碍之一。本文认为，反倾销法中的“非市场经济”概念是冷战的产物，发展至今已经成为美国最为有效的贸易保护工具。无论是采用生产要素方法还是采用替代国方法计算产品的正常价值，美国的“非市场经济”规则都使中国输美产品处于极其不利的地位。中美迄今在这一问题上似乎仍没有松动的迹象。主要原因在于，中国多年来对美贸易顺差及美国国内贸易保护主义势力抬头，美国总统对反倾销这种贸易救济措施难以施加影响，以及美国商务部裁量权过大等。

关键词：美国经济 美国反倾销法 正常价值 “非市场经济”规则

在美国反倾销法中，“非市场经济”（Non Market Economy）【注释】又被称为“国家控制经济”（State Controlled Economy 美国反倾销法条中最初的用法）或转型经济(Transit Economy)。

【注尾】规则是最具争议的问题之一。多年来，“非市场经济”或转型经济问题不仅给“非市场经济”国家及其出口企业，而且也给美国反倾销法、国内行政主管机构及国际贸易协议带来了巨大的挑战，这一问题由于冷战和意识形态的冲突而变得更加复杂。“非市场经济”问题根植于冷战，【注释】相关分析详见 Francis Snyder, “The Origins of the ‘Nonmarket Economy’: Ideas, Pluralism and Power in EC Anti Dumping Law about China,” *European Law Journal*, Vol.7, No.4, (December 2001), pp.369~434. 【注尾】但在整个冷战期间，它基本上还停留在理论阶段，原因主要在于东西方两大阵营之间相互进行贸易封锁，彼此间贸易量非常有限。

【注释】例如美国当时的贸易管制法及 1974 年贸易法对与社会主义国家的进出口贸易作了严格的限制。【注尾】20 世纪 80 年代以来，尤其是冷战结束之后，随着东欧各国经济转型及中国改革开放的不断深化，美国与上述各国之间的贸易迅速扩大，反倾销的数量也大幅度上升，“非市场经济”规则随之成为一个现实的和迫切需要解决的问题。

反倾销是世界贸易组织规则允许成员方采取的三种贸易救济措施之一，旨在维护公平的国际贸易秩序，然而在实践中该措施存在被滥用的危险。对于严重依赖国际贸易，尤其是依靠对美出口带动经济增长的中国而言，美国反倾销法已经成为中国出口产品面临的障碍之一。20 世纪 90 年代以来，中国已经成为美国反倾销法的最大受害方。因此，对于中国而言，研究美国反倾销法，尤其是其“非市场经济”规则具有重大的意义。本文试图对美国反倾销法中“非市场经济”规则的产生原因与演变规律进行分析，同时对在“非市场经济”背景下美国行政主管部门认定正常价值的各种方法进行评判，在此基础上提出中国政府和企业的应对策略。

一、美国反倾销法渊源及“非市场经济”规则的产生与演变

美国的第一部反倾销法是《1916 年岁入法》【注释】The Revenue Act of 1916, 15 U.S.C.



(sections) 72(1994).【注尾】。它规定,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进口或销售产品,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》【注释】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Act of 1921,ch.14, tit .II, 42 Stat. 11~15, 19 U.S.C. (sections) 160 (repealed 1979) (current version at 19 U.S.C. (sections) 1673 (1994).【注尾】所取代。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》【注释】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交给商务部。【注尾】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。

从《1921年反倾销法》的制定一直到1994年乌拉圭回合谈判结束,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Fordney/McCumber法》(第316节)【注释】Fordney / McCumber Act of 1922(Section 316) 该法精炼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。【注尾】;(2)《1930年关税法》【注释】Tariff Act of 1930. 该法主要是精简了反倾销税的征收程序。【注尾】;(3)《1974年贸易法》【注释】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。【注尾】;(4)《1984年贸易与关税法》【注释】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。【注尾】;(5)《1988年综合贸易与竞争法》【注释】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。【注尾】;(6)《1994年乌拉圭回合协议法》【注释】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的。为了适应修改后的《反倾销协议》,此法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。【注尾】。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及美国国际贸易法院和联邦上诉法院对反倾销案件的司法审查裁定,也构成了美国反倾销法的现实来源。

美国《1921年反倾销法》并没有针对来自于“非市场经济”国家出口产品正常价值进行计算的专门规定,虽然当时世界上已经诞生了第一个社会主义国家——苏联。由于1947年关税与贸易总协定(简称GATT)诞生之际,绝大多数社会主义国家都不是关贸总协定的成员,因此该协定第6条也未涉及“非市场经济”问题。

20世纪50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)成为一个引起关注的问题。在1955年关贸总协定年度审查期间,当时的捷克斯洛伐克向关贸总协定审查工作组提出建议,希望增补第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的价格可比性问题,但未被工作组采纳。不过工作组一致同意对第6条增加一条注释性条款(Interpret Note),规定“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1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。”但是,该注释条款并没有明确规定应采用何种方法确定“非市场经济”国家的正常价值,这为日后各国自行立法决定“非市场经济”标准及计算正常价值的方法留下很大的余地。



1960年,美国在其第一个针对“非市场经济”国家的反倾销案——捷克斯洛伐克进口自行车案【注释】25 Fed. Reg. 5657(1960).【注尾】中首次采用了替代国方法计算出口产品的正常价值,随后在1962年的捷克斯洛伐克薄板玻璃反倾销案【注释】Jalousie Louvre Sized Sheet glass from Czechoslovakia. 27 Fed. Reg. 8457(1962).【注尾】和波兰水泥进口案【注释】Portland Cement from Poland. 28 Fed. Reg. 6660(1963)在该案中,财政部首次提出非市场经济国家出口商的销售行为并不是在正常贸易条件下进行的,因此其在国内市场的销售价格不能作为计算正常价值的依据,而应采用替代国方法。【注尾】中,美国财政部又再次确认了用替代国方法计算来自于“非市场经济”国家出口产品的正常价值的做法。在美国1973年《海关条例》第153.5(b)节中首次明确界定了替代国方法【注释】Customs Regulation Section 153.5 (b). 19 C.F.R. §153.5 (b) (1973). See Gary N. Horlick and Shannon S. Shuman, “Non market Economy Trade and U.S. Antidumping /Countervailing Duty Laws,”The International Lawyer, Vol.18 (1984), pp.808~809.【注尾】:“通常,如果现有信息表明,来自于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、支出以及利润)为准计算正常价值。”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,但这些从实践中确立的规则却为后来的国会立法打下了基础。

1974年,为了限制行政部门(财政部)的裁量权,美国国会在《1974年贸易法》中增加了两条涉及“非市场经济”国家的条款。首先,国会在《1974年贸易法》第321(d)节中将《关税条例》第153.5(b)节纳入到反倾销法中,从而在立法上明确确认了财政部在这一问题上的实践,也避免了财政部采用其他替代方法解决这一问题的可能性;其次,美国国会在《1974年贸易法》中增加了第406节。与一般的保障条款不同,该节是专门针对“非市场经济”国家出口产品的“市场扰乱”条款,它赋予总统较大的自由裁量权。该节设计的主要目的是当国会认为反倾销法无法有效适用于“非市场经济”国家的进口救济时,可以提供另一种有效的救济措施。

美国反倾销法针对“非市场经济”国家的另一个重要发展是1975年的波兰电动高尔夫球车案【注释】Electric Golf Carts from Poland; Antidumping, 40 Fed. Reg. 25497 (1975).【注尾】。由于波兰生产的电动高尔夫球车仅向美国出口(既无国内销售,也不出口到第三国),美国财政部开始选择了加拿大作为计算公平(正常)价值的参照国,但由于加拿大生产商在1975年破产而且不再生产同类产品,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,商务部采用了一种新的方法计算正常价值,即以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为参照,在波兰国营企业实际投入(由财政部在波兰企业进行调查核实)的基础上调整计算出产品的结构价格。该方法很快就被财政部纳入到1978年的《财政部条例》【注释】Antidumping: Proposed Amendments Pertaining to Merchandise from State Controlled Economy Countries, 43 Fed. Reg.1, 356 (1978).【注尾】中。该案确立的方法又被称为“生产要素”测试法(Factors of Production Approach)。美国国会制定的《1979年贸易协议法》正式将“生产要素”方法作为在无法找到合适替代国时的一种替代方法。【注释】在该法通过之后,美国商务部通过了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)“非市场经济”国家相同或相似产品的生产要素在替代国的价值。【注尾】



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的质疑,【注释】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 Robert H. Lantz, “The Search For Consistency: Treatment of Nonmarket Economies in Transition Under United States Antidumping and Countervailing Duty Laws,”American University Journal of International Law and Policy, Vol.10, 1995 , pp.1004~1007.【注尾】国会不得不再次修改反倾销法,以解决衡量“非市场经济”国家出口产品正常价值的方法问题。1988年,美国国会通过了《1988年综合贸易与竞争法》。【注释】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).【注尾】该法在第771(18)节(美国法典第1677(18)节)中首次对“非市场经济”作出定义并列出了市场经济国家应当符合的6项标准。此外,该节还明确规定商务部判断“非市场经济”国家的决定不受法院的司法审查。它规定:“(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)项的定义做出决定时,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要素。(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)项所做出的任何决定将不受法院的司法审查。(E)信息收集:关税委员会有义务提供涉及‘非市场经济’国家调查的相关信息。”

此外,《1988年综合贸易与竞争法》还在第(1677)b(c)节中规定了计算“非市场经济”国家产品正常价值的方法。但该法与《1979年贸易协议法》没有本质的区别,只是将生产要素测试法列于替代国方法之前作为计算正常价值的优先方法。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。【注释】Lantz, op.cit., pp.1006~1007.【注尾】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》的相关规定仍然是商务部决定“非市场经济”国家正常价值的主要法律依据。

二、美国确定“非市场经济”国家出口产品

正常价值的若干方法 美国主要用以下几种方法确定“非市场经济”国家出口产品正常价值。

(一) 替代国方法 (Surrogate Approach)

替代国方法是美国最早采用而且至今仍有效的计算“非市场经济”国家出口产品正常价值的方法。按照该方法,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不能作为计算正常价值的依据,只能选择一个与该国经济发展水平相当的市场经济第三国作为替代国,并以该替代国同类产品的国内销售价格、向第三国的销售价格或者结构价格作为计算“非市场经济”国家产品正常价值的方法。

(二) 生产要素方法 (Factors of Production Approach)

生产要素方法是美国在波兰电动高尔夫球车案中确立的方法,并在《1979年贸易协议法》中成为次于替代国方法的一种方法,但在《1988年综合贸易与竞争法》中,该方法则被置于优先于替代国方法的首选方法。按照该方法,商务部将分两步以决定“非市场经济”国家产品的正常价值。首先,商务部要决定产品的生产要素,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信息。第二阶段，商务部选择一个市场经济第三国作为参照模型，使用该国相同或类似产品的价格乘以“非市场经济”国家生产要素的量化指标得出生产成本。在生产成本的基础上，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正常价值。不同的是，后者运用的所有数据都来自于替代国，而且该替代国必须生产“同类”产品；而前者的产品成本数据则来自于“非市场经济”国家被控倾销企业本身，参照国不必实际生产或者出口同类产品，主管部门只需比较生产要素的成本，即可推导出产品的结构正常价值。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比替代国方法优先的地位时，有学者认为这是“值得肯定的进步”，因为该方法较之于替代国方法更具“可预见性，而且更多地基于‘非市场经济’国家的实际数据。”【注释】Lantz, op.cit.,p.1006.【注尾】但也有观点认为这只不过是“换汤不换药”的办法，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见的结果并导致较高的反倾销幅度。【注释】See James K. Kearney & Jim Wang, “The Department of Commerce’s Market Oriented Industry Methodology for Nonmarket 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, 26667 (PLI Corp. Law & Practice Handbook Series No. 789, 1992), available in Westlaw, JLR database.【注尾】

尽管替代国方法和生产要素方法都试图采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联系在一起，只会导致较高的倾销幅度的裁定。

（三）资本主义萌芽测试法（Bubble of Capitalism Approach）

20世纪80年代末期到90年代初，冷战的结束使原社会主义国家纷纷开始进行政治和经济改革，它们由此进入了“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。90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。在1991年中国输美电风扇（初裁）案中，【注释】Oscillating Fans and Ceiling Fans From the Peoples Republic of China, 56 Fed. Reg. 25,664, 25,667 (Dept Comm. 1991) (Prelim. LTFV determination).【注尾】中国出口商提出，中国经济中存在市场因素，尤其是中国电风扇行业产销完全是由市场主导的。理由是：首先，中国电风扇行业主要是私营企业或者是外商投资企业；其次，产品的大部分要素投入都是通过市场购买的；第三，中国政府并没有控制企业的产品类型或数量；第四，中国产风扇大量出口到海外；第五，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，并指出，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依照市场原则进行的，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。在另一起中国输美螺帽案【注释】Chrome Plated



Lug Nuts From the People's Republic of China, 56 Fed. Reg. 46,153 (Dept Comm.1991)(final LTFV Determination).【注尾】中,美国商务部进一步细化和限定了资本主义萌芽测试法的操作。美国商务部将资本主义萌芽测试法与替代国方法结合起来用以判定中国产品的正常价值。也就是说,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。这说明,一方面美国商务部仍对“非市场经济”国家存在资本萌芽究竟是普遍现象还是特例仍然犹疑不决,另一方面美国商务部也承认在“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有的公平性、准确性和可预见性。【注释】商务部就其决定做出解释:就“个别要素投入方法”(即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.【注尾】最终,美国商务部认为螺帽生产一案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。

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及继续采用传统的替代国或生产要素方法所引发的弊端。遗憾的是,这一变化并没有成为最终的法律。原因有二:第一,这种方法将会大大增加行政主管部门调查取证的负担;第二,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,这些企业的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 (Market Oriented Industry Approach)

1992 年,在中国输美硫酸案【注释】Sulfanilic Acid From the People's Republic of China, 57 Fed. Reg. 9409 (dept Comm. 1992) (prelim. LTFV determination).【注尾】和中国输美电风扇(终裁)案【注释】Chrome Plated Lug Nuts From the People's Republic of China, 57 Fed. Reg. 15,052 (Dept Comm. 1992) (Amended final LTFV determination).【注尾】中,美国商务部采用了更为苛刻的市场导向产业测试法。美国商务部认定,“非市场经济”国家的生产商如果认为它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”【注释】See Lantz, op.cit.,164, at 1048.【注尾】。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。【注释】Sulfanilic, op.cit. 28, at 9411.【注尾】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,美国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方法确定产品的正常价值。在中国输美螺帽案中,虽然商务部在初裁时判断螺帽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。在此案中,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,因此此案中的钢铁价格不能被视为市场定价。

市场导向产业测试法的出台,既受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过于模糊,将不可避免地导致专断的结果。而美国国内生产商则从自身利益出发反对这一方法。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(Suspension Agreements)

近年来，美国商务部越来越多地使用中止协议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做出构成倾销、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。中止协议类似于欧盟反倾销法中的价格承诺，本质上是对进口产品的数量限制。美国关税法第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；（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。【注释】19 U.S.C. Section 1673c(1).

【注尾】

由于美国认为中止协议本质上与关贸总协定所规定的数量限制无异，并且与自由贸易体制相抵触，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倾销案件中，美国从未采用此方法。因此该方法成为专门针对“非市场经济”国家倾销案件的一种解决方法。

三、衡量“非市场经济”与市场经济的实践标准

虽然美国国会在《1988年综合贸易与竞争法》第771(18)节中规定了判断“非市场经济”的6条标准，但这些规定并不十分明确，留给商务部相当大的解释和裁量空间，加之美国商务部关于“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。【注释】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). 【注尾】针对“非市场经济”国家向转型经济的转变，90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)两方面证明其国家应被视为市场经济国家。波兰是第一个成功地争取到市场经济地位的国家【注释】Carbon Steel Plate from Poland (58 Fed. Reg. 37205 (July 9, 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。【注尾】之后，捷克共和国与斯洛伐克(2000年初)、匈牙利(2000年2月)、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)及乌克兰(2006年2月)先后通过美国反倾销法的市场经济考察并取得市场经济地位。【注释】See Daniel Ikenson, “Non Market Nonsense U.S. Antidumping Policy toward China,” at <http://www.freetrade.org>. 【注尾】与此相反，尽管中国与罗马尼亚都是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。通过对“波兰案”的分析，可以看到美国商务部对第771(18)节六项“市场经济”标准的具体诠释。

在波兰案中，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’国家不同，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按照市场经济原则运作，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9条理由。【注释】商务部对该案的详细分析见 the Memorandum Regarding Respondent's Request for Revocation of Poland's NME Status. 【注尾】

首先，波兰货币可以与其他货币(包括美元)自由兑换。货币可以自由兑换往往是判断一国是否是市场经济的最具说服力的证据。美国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”。



其次，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。依据为：（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）按照波兰法律，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外，无需在政府部门注册；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，按照波兰法律，国有企业完全独立自主经营。在本案中，美国商务部认为仅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、占波兰国内产值的 6%。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伐却很慢，而且大量的工业资源仍然由政府掌控。但是，美国商务部认为波兰政府控制这些工业资源的目的是确保其私有化有步骤、稳妥地进行，从而防止经济的动荡。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，美国商务部发现波兰 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资本的开放具有重要的意义。

最后，波兰的关税法和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。

由于缺乏量化的标准和详细的程序规则，商务部在依据关税法第 771（18）节判断一个国家是否从“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，从波兰案难以判断出商务部在衡量各项标准时的主次与轻重。因此，上述 9 项标准的判断完全在商务部的裁量范围之内，从这个意义上说，美国的做法似乎有违世贸组织的透明度原则。不过这种灵活的标准对于力争摆脱“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。这些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，而且有时会导致武断的结论。

四美国反倾销法“非市场经济”规则对中国的影响

美国对“非市场经济”国家产品正常价值确定的基本原理，是在计划经济国家，由于非市场因素对市场供求关系起到决定性的影响，因而产品的价格不可靠，不能反映出真实的市场供求关系，因而不能作为衡量价格歧视和判断是否低于成本销售的标准或依据。【注释】See Daniel Ikenson, “Non Market Nonsense U.S. Antidumping Policy toward China,”

<http://www.freetrade.org>. 【注尾】

无论是采用生产要素方法还是采用替代国方法计算产品的正常价值，都使中国输美产品处于



极其不利的地位。

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做出。”同时,该法还规定在替代国及生产商的选择上,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)等术语作出界定。因此,在替代国的选择上,美国商务部享有宽泛的自由裁量权。

其次,在历年来的对华反倾销案件中,对中国不利的情况比比皆是。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;即使经常被美国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;【注释】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.【注尾】此外,无论是世贸反倾销协议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。美国商务部判断其贸易伙伴是否为“非市场经济”国家的决定不受美国的国际贸易法院的司法审查这一规定,使得“非市场经济”规则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“单独税率”的方法,分别计算每一个出口商的倾销幅度,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全国统一税率(“一国一税”),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。一国一税的理论依据是:“非市场经济”国家的所有自然资源和生资料都属于一个实体——国家。因此,对来自“非市场经济”国家的所有进口产品都认为是产自于一个单一生产商,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。【注释】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页。【注尾】

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。例如,在中国输美家具案中,只有6家企业被分别计算单独税率,112家申请加权平均税率的中国家具企业成功地证明其独立于政府的运作而获得了6.65%加权平均税率;其他所有未应诉的企业则被计算了高达198.08%的全国统一税率,是加权平均税率的近30倍。又如,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%。在输美顶钉案中,中国及韩国受到反倾销调查,其中中国产品的统一税率为118.41%,而韩国产品的平均税率仅为0.68%。在输美结构钢梁案中,中国产品的全国统一税率为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%。【注释】参见Daniel Ikenson,前引文。【注尾】



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”,获得美国反倾销法意义上的市场经济地位。目前,美国反倾销法的“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。

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,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。【注释】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>. 【注尾】究其原因,中国多年来对美贸易顺差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,美国商务部裁量权过大也是重要原因。

陈力:复旦大学法学院副教授、在读博士研究生

