

## “双反”案胜诉之下的法律隐忧

### ——中美“双反”案上诉机构报告解读

刘敬东

刘敬东，现任中国社会科学院国际法研究所国际经济法室副主任、副研究员，国际法学博士，美国哥伦比亚大学、瑞士苏黎世大学访问学者。

2005年至2008年期间出版《国际融资租赁交易中的法律问题》、《中国入世议定书解读》等学术专著，以及译著《WTO的未来》、《贸易政策审议——WTO秘书处关于中华人民共和国的报告》，主编《反倾销案件司法审查制度研究》、《WTO：解释条约的习惯规则》（与赵维田教授合作）、《国际法述评》等。2009年，出版专著《WTO法律制度中的善意原则》。2010年，出版专著《人权与WTO法律制度》。

2004年，主持原对外经贸部重点科研课题“反倾销案件的司法审查制度研究”；2006-2007年，承担商务部“WTO反倾销裁决执行情况研究报告”“中国贸易救济措施十周年报告”两项重大课题；2006年至2010年期间承担中国社科院两项重点课题：“WTO法律制度中的善意原则”、“人权与WTO法律制度的关系研究”；2007年—2009年度“中国法治蓝皮书”国际经济法部分撰写人。

历经近两年的艰苦努力，中方运用WTO争端解决机制最终推翻了美国针对中国四种产品采取的歧视性“双反”措施。胜利的确来之不易，但仔细研读上诉机构报告，就会发现这一胜利对中国而言绝非是毕其功于一役的效果。相反，上诉机构做出的许多论断对我并非有利，有些甚至十分不利。上诉机构对我国国有企业、国有银行与政府之间的关系的考察和论述以及对我国的宏观经济政策、调控措施、产业政策以及政府管理市场经济的现行作法提出的挑战，非常值得我们深思。

历经两年之久，中国在世界贸易组织(WTO)起诉美国针对中国标准钢管等四项产品发起的反倾销、反补贴案(以下简称“双反”案)终于随着WTO上诉机构于2011年3月11日发表上诉报告而尘埃落定。上诉机构推翻了本案专家组作出的大部分裁决，在中方严重关切的双重救济问题上，支持了中方的主张。

此次胜诉说明，针对美国近年来对中国产品采取的带有贸易保护性质的歧视性贸易措施，中国完全可以运用WTO争端解决机制维护自身合法权益。

但是，在欢庆胜利的同时，我们应保持清醒，因为上诉机构虽最终认定美方采取的双重救济措施与WTO协定不符，但在中国国有企业和银行是否属于“公共机构”、国有银行发放的贷款是否具有“专项性”、中国的银行利率标准能否作为可比基准、“双反”措施本身的合法性等诸多法律问题上，上诉报告作出的相关法律判断对我们并非有利，一些判断在很大程度上已成为我们当前面临的巨大法律隐忧。

中国国有企业是否属于“公共机构”

SCM协定(乌拉圭回合达成的《补贴与反补贴措施协议》)第一条规定了构成补贴的法定情形，SCM协定第1.1条规定：“就本协定而言，如出现下列情况应视为存在补贴：在一成员(本协定中称为“政府”)领土内，存在由政府或任何公共机构提供的财政资助...”根据以上定义，补贴的主体既可以是成员方政府，除政府以外的“任何公共机构”甚至“私营机构”在一定条件下也可成为SCM协定意义上补贴的主体。

在中美“双反”案中，为涉诉的四项产品生产企业提供原材料的中国国有企业(inputsuppliers)是否构成 SCM 协定第一条中规定的“公共机构”是双方诉争一大焦点。

在这个问题上，本案原审专家组支持了美方的观点，同意美方的解释：将 SCM 第一条中的“公共机构”解释为“被政府控制的任何实体”。专家组认为，政府对企业的所有权很大程度上就是政府控制的肯定性证据，因此，它支持美国商务部认定中国国有企业和国有商业银行构成了“公共机构”的观点。

上诉机构展开缜密的法律分析后，推翻了专家组对 SCM 协定第 1.1 条中“公共机构”的解释。在上诉机构看来，“SCM 第 1.1(a)意义上的公共机构必须是拥有、实施或被授予政府权力的实体”，这需要调查当局详细考察相关证据后才能认定，不能仅以政府对一个实体是否拥有所有权或股份简单为之。这一结论是中国此次 WTO 诉讼取得的最重要成果之一。

尽管上诉机构支持了中方的立场，但就上诉机构报告的内容而言，中国国有企业非但不能摆脱嫌疑，而且上诉机构提出的“公共机构”认定标准在很大程度上已使我国国有企业面临十分不利的局面！

尽管在法律上我国的国有企业都是独立承担民事责任的独立法人，国家、政府对企业的经营决策并不干预，但由于我国绝大多数国有企业的领导系政府任命，其经营战略又要符合各级政府制定的产业政策和导向，一些关乎国计民生的国有企业产品价格还要受到国家控制等所有这些因素都可被视为国有企业存在被政府控制的诸多“痕迹”，如果其他成员方调查当局掌握了政府对国有企业的控制正有效实施的证据，这些企业就很容易被认定为是 SCM 协定意义上的“公共机构”。

需强调的是，美方之所以在“公共机构”的认定问题上败诉，是因为美国商务部仅凭政府是国有企业的实际出资人、所有人这种单纯的股权性质就做出向涉诉企业供应原材料的中国国有企业构成“公共机构”的认定、未充分收集各方面证据来证明中国对这些国有企业的控制正有效实施而造成的。换句话说，如果美方掌握了中国政府控制国有企业的“痕迹”且已有效地实施了这些控制的证据的话，美方的认定就会被上诉机构支持，败诉的完全可能是中方。

从这个意义上讲，上诉机构报告关于“公共机构”的解释对中国企业构成了现实中的巨大法律隐患。

中国国有商业银行是否属于“公共机构”

在非公路用轮胎一案中，美国商务部认定中国国有银行属于 SCM 协定意义上的“公共机构”，它沿用了它在“中国无纤维纸补贴案”(CFSPaper)中考察的依据，主要包括：1、中国银行系统几乎全部为国家所有；2、《商业银行法》第 34 条规定，“商业银行根据国民经济和社会发展的需要，在国家产业政策指导下开展贷款业务”；3、在案证据表明，(中国)国有商业银行始终缺乏足够的风险控制和分析能力；4、调查期间，美国商务部未收到以普遍的方式记录该造纸行业请求贷款、(银行)发放贷款以及评估该贷款的程序所必须的证据。

美国商务部认为，由于自“中国无纤维纸补贴案”至今，中国的商业银行系统并无明显变化，因此，在非公路用轮胎案中运用以上标准判断国有银行的性质并不过时。此外，美国商务部还注意到天津市人民政府官员在再版的“天津市人民政府验资报告”中的声明以及国际货币基金组织的工作文件均支持这一论点：中国的商业银行应支持中国的产业政策。

上诉机构注意到，与考察前述供应原材料的国有企业性质不同，在本案中，美国商务部并未仅仅凭借中国国有商业银行的所有权来判断其是否属于“公共机构”，而是考察了中国的《商业银行法》相关规定，同时还考察了《中国银行全球招商说明书》中的简介，该简介指出：“《中国商业银行法》要求商业银行在作出贷款决定时应考虑政府的宏观经济政策”，因此，“商业银行被鼓励按照政府相关政策向某些行业的借款人限制发放贷款”。此外，美国商务部发现有证据表明中国的商业银行始终缺乏风险控制和分析能力。这些证据作为整体构成了美方认定的依据。对此，上诉机构予以肯定。

尽管上诉机构认为，将一项裁决中的依据直接运用到另一项裁决对于一个合理、充分的解释来说是不够的，但它又指出：当两项调查中存在时间极为接近、有实质上的重叠内容时，作为例外，上述做法就是可行的。

美方的认定结论涵盖了所有中国所有的国有商业银行，无一例外。上诉机构支持美方的这一做法，这对中国的国有商业银行来说无疑是当头一棒。在中国境内，绝大多数企业或多或少地从国有商业银行贷款，如果这些银行都被认定为“公共机构”，那么，获得国有商业银行贷款的企业就意味着获得了中国政府补贴，其出口的产品均会遭受反补贴调查，这将对整个中国整体对外出口造成巨大冲击和影响。

中国国有银行的贷款是否具有“专项性”

在确定了“公共机构”的性质之后，中国国有银行向涉诉企业发放的商业贷款是否具有“专项性”成为判断补贴是否存在的另一个重要法律要素。

美方认为，生产非公路轮胎的中国企业获得的中国国有银行贷款是“专项性”的，理由是：中国政府通过国有银行向轮胎行业、特别是 GTC 和 Starbright 两家企业发放优惠贷款。

美方在调查中特别注意到中国制定的十一五规划(2006-2011)中关于“增强汽车工业自主创新能力，加快发展拥有自主知识产权的汽车发动机、汽车电子、关键总成及零部件”这段内容。此外，美方认为，为贯彻十一五规划国务院于 2005 年 11 月发布实施的《促进产业结构调整暂行规定》的决定中关于《产业结构调整指导目录》也是一份重要证据。按照国务院的决定，《产业结构调整指导目录》是引导投资方向，政府管理投资项目，制定和实施财税、信贷、土地、进出口等政策的重要依据。根据该《产业结构调整指导目录》，包括轮胎生产在内的化工工业属于该目录中的“鼓励类”行业，可享受到政府提供的各项优惠政策。不仅如此，美方还发现，除中央政府外，中国的省级和市级政府也相继出台了针对轮胎行业或轮胎生产企业的专门政策。以上证据表明，中国的轮胎行业获得的国有银行商业贷款均系银行按照各级政府的十一五规划以及相关政策而执行的，因此，具有“专项性”特征。本案专家组支持了美方的得出的结论，认为美方的结论是基于一系列完整的证据而做出的，这些证据来源于中国各级政府制定的规划和政策。

上诉机构认为，正像专家组指出的那样，美国商务部并未仅以中央政府制定的规划和发布的实施决定来认定国有银行商业贷款的“专项性”，而是综合考虑了中央政府和各级地方政府制定的规划、决定和政策等多方面证据，才最终认定轮胎行业获得贷款的“专项性”。因此，上诉机构最终拒绝了中方的抗辩。

长期以来，我国对国民经济的宏观调控、产业政策的调整均以各级政府颁布的各种规划、计划、政策、指导意见等来实施，并将经济领域的各个行业加以分类，对那些被列入鼓励类的行业给予财税、信贷、土地、进出口等政策支持，国有银行系统也要根据政府的宏观经济政策和调控措施发放贷款，这是我国从中央到地方各级政府管理经济的一贯做法，官员和百姓对此早就习以为常。但此次上诉机构支持了美方将这些规划、计划、政策、指导意见等作为认定国有银行商业贷款具有“专项性”的肯定性证据，这无疑是对我国政府现行管理经济方式的一种挑战。未来我国在制定和实施宏观经济政策、国家产业政策和经济调控措施时如何防止这些政策和措施授人以柄、成为“专项性”认定证据，将成为我国政府不得不面对的一大课题。

中国的贷款利率能否作为可比“基准”

SCM 协定第 14 条(b)条款要求调查当局必须考察接受贷款的企业向这些“政府贷款”支付的金额是否低于市场上可获得的商业贷款应付金额(实际上,就是看企业获得的银行贷款利率是否低于市场利率),如果结论是肯定的,那么,二者之间的差额就可被认定为是一种构成补贴的“利益”。在这一阶段调查工作中,确定以何种利率基准进行对比对最终认定企业是否获得“利益”十分关键。

美国商务部在反补贴调查中拒绝将中国的银行利率作为判断中国企业是否获取政府“利益”的可比基准,而是选择中国以外的替代国银行利率作为基准与上述企业从中国国有银行所获得的

商业贷款利率进行比较，得出这些企业已获得中国政府贷款利益的肯定性结论。在陈述理由时，美方依然沿用了一年前审理无纤维纸补贴案中的依据。

上诉机构认为，由于这三起案件与无纤维纸案时隔仅一年，美方有理由援引该案中的相关依据。它进一步指出：“美国商务部或专家组不必逐一判断诸如政府作为贷款人拥有的绝对优势、政府对利率的管理、利率一致的证据以及政府对国有商业银行贷款决定的影响等每一个因素是否可导致利率低于应当具有的标准。在我们看来，正像专家组理解的那样，美国商务部认定这些因素综合起来扭曲了商业贷款利率，造成将受调查的贷款利率与同一市场中发现的利率相对比对于实现第 14 条(b)的目的而言是没有意义的。”鉴于此，上诉机构支持专家组的裁决，认为美方的做法并未违反相关规则。

上诉机构同样认为，在目前条件下，中国政府对这些商业银行的贷款利率施加了巨大影响，扭曲了中国市场上的银行利率，不能作为可比基准，调查当局有权选择替代国利率基准。

在中国市场经济地位即将获得全体 WTO 成员方承认之际，上诉机构发表上述论断对中国来说后果十分严重，其支持美国认定中国国有银行为“公共机构”并且在反补贴调查中使用替代国利率基准的立场很可能会使中国的“市场经济地位”在法律上变得毫无意义。

此次上诉机构报告虽只是对反补贴中中国国有企业、国有银行性质以及可比基准作出裁决，但这些裁决及其依据同样可以被成员方作为反倾销调查中的依据，调查当局可依据类似理由认为中国市场是扭曲的，从而在承认中国市场经济地位之后继续使用替代国价格作为认定中国产品倾销的可比价格，这对中国的多年努力无疑是一次重大打击，中国政府努力争取的巨大成果可能付诸东流！

#### “双反”措施是否构成双重救济

中国认为，在涉及中国四项产品反补贴调查中，美方同时采取反倾销和反补贴的“双反”措施构成了对其国内同类产品的双重救济，违反了 SCM 协定第 10 条、19.3 条、19.4 条以及 GATT 第 6.3 条等条款规定。但一审专家组支持了美方的立场，认为中国未能证明美方的“双反”措施与相关规则不符。

在上诉审中，美国的“双反”措施是否构成“双重救济”成为争论的最大焦点，上诉机构对这个问题的裁决对整个案件具有决定性影响。值得庆幸的是，上诉机构推翻了专家组先前作出的结论。上诉机构认为，美方在涉诉的四项中国产品反补贴调查中，由于已经采取了非市场经济的方式计算并征收反倾销税，且又在未评估同时征税可否引发双重救济问题的情况下，对同一产品征收反补贴税，这与其在 SCM 协定项下相关条款义务不符。

双重救济问题在 SCM 协定和《反倾销协定》中均未涉及，本案又涉及出口补贴以外的补贴形式，中方遂援引 SCM 协定第 19.3 条作为依据反驳美方的做法，认为它违反了反补贴税“适当”性规定。

面对双方的争论，上诉机构从第 19.3 条中“适当”一词的文字本意、SCM 协定的宗旨和目的、《反倾销协定》的类似条款、第 19.3 条与该协定其他条款以及 GATT1994 相关条款之间的关系、专家组引用《东京回合反补贴准则》作为条约解释的“上、下文”的正当性等多方面展开了缜密的法律分析。根据权利与义务平衡原则，上诉机构认为，为贯彻第 19.3 条“适当”性要求，调查当局应当考虑对同一产品已征收反倾销税的情况。

上诉机构推翻了专家组关于“以非市场经济方式计算并征收反倾销税对于反倾销税征收的金额是否适当没有影响，并且处理双重救济问题并非 SCM 协定起草者设计第 19.3 条的意图”的观点，认为双重救济措施，亦即以非市场经济方式计算并征收反倾销税、同时又采取反补贴税措施两次抵消同一种补贴的做法与 SCM 第 19.3 条规定不符。上诉机构发现美方在针对中方上述四种产品的反补贴调查中未考虑已经对这四种产品采取了反倾销措施，构成了“两次抵消”或“双重救济”，因此，认定美方的“双反”措施与该条义务不符。

尽管中方立场获得上诉机构支持，但应当指出，尽管上诉机构认定“双重救济”违反 SCM

第 19.3 条，但它并未完全否定“双反”措施的合法性。上诉机构反对的只是“双重救济”，并非“双反”措施本身。从这个意义上讲，“双反”措施并不会随着本次上诉机构报告的公布而消失，仍然是中国企业可能面临的一大隐患。

应特别值得重视的是，上诉机构提出的“公共机构”认定标准、上诉机构报告对中国国有商业银行属于“公共机构”的认定、对中国国有银行贷款“专项性”的认定以及支持美方选择替代国利率作为可比基准等内容对我国的出口企业和产品形成重大法律隐患，甚至直接威胁中国即将获得市场经济地位的实际效果，这是中国加入 WTO 十年之后面临的一个严重法律问题。

#### 相关链接

##### WTO 认定美国对华“双反”违规

一份裁决报告宣告了中国在世贸争端中取得前所未有的体制性胜利。当地时间 3 月 11 日，世贸组织上诉机构发布中国诉美国反倾销反补贴措施世贸争端案裁决报告，认定美方对华采取的“双反”措施违反世贸规则。

多位接受《经济参考报》采访的业内人士表示，这份裁决报告，在对“公共机构”的认定和双重救济两个重要问题上，推翻了去年 10 月 WTO 专家组报告的有关裁定，支持了中方的主张，其重大意义在于美国已经延续五年的对华“双反”调查的错误做法今后将不能再延续，同时对其他可能对中国采取“双反”措施的国家也有相当大的震慑作用。

据悉，该案涉及美国商务部对来自中国的标准钢管、矩形钢管、非公路用轮胎、复合编织袋等四种产品采取的双反措施。2008 年 9 月，中国将美方上述措施诉诸世贸组织争端解决机制。

在裁决中，世贸组织上诉机构经过审理，认定美国商务部对华“双反”做法违规。一是其将中国商业化运作的国有企业认定为“公共机构”，并认为中国国有企业提供原材料构成政府“财政资助”。世贸组织上诉机构经过审理，认定美国商务部在这个问题上使用了错误的法律标准，缺乏相应的事实依据，违反了世贸规则。

“这一点胜利，对中国意义非凡。因为美国正在对众多中国国有企业正常销售活动在扣‘补贴’的大帽子”。复旦大学法学院教授、上海 WTO 事务咨询中心业务总监龚柏华点评说，上诉机构推翻了 2010 年 10 月专家组有关“公共机构就是由政府控制的任何实体”的裁定，使得美国有关中国国有企业正常销售基本材料构成补贴的行政裁定不攻自破。

此外，在中方严重关切的双重救济问题上，上诉机构也推翻了此前专家组的裁定，支持了中方的主张，认为美国商务部对中国产品在基于非市场经济方法采取反倾销措施的同时采取反补贴措施，存在双重救济的情形，进而导致对来自中国的产品不当征收反补贴税，违反了世贸规则。

锦天城律师事务所傅东辉律师对《经济参考报》记者表示，自从 2005 年美国修正了国内法相关内容之后，反补贴就成为美对华重要的贸易救济工具。相比起主要针对企业的反倾销，反补贴针对的是中国政府，威胁比较大。而且“双反”对中国产业最大的危害之一就在于双重救济，重复计算，直接推高了税率。

“虽然这次起诉的是四种产品，但是针对的却是美国双反的错误做法。最重要的意义在于具有判例效应。今后不只是对美国，对其他国家也起到了震慑的作用。”对外经贸大学中国 WTO 研究院副院长屠新泉对《经济参考报》记者表示。

龚柏华表示，中国在本案的最终胜利，具有重大意义，体现了中国能够运用“WTO 争端解决机制”这一 WTO 成员认可的机制，来抗衡美国等对中国采取的贸易保护主义措施及贸易壁垒。

(本报 3 月 14 日报道，孙韶华、杨烨)