

“双反案”胜诉后的法律思考

刘敬东 中国社会科学院国际法研究所

上诉机构作出的法律判断,是对中国市场经济性质某些方面的否定,这将对中国企业开展国际贸易、对外投资等产生不利的法律后果。从这个意义上讲,此次“双反案”的胜诉,带给我们的不仅是胜利的喜悦。

历经两年,中国在世界贸易组织(WTO)起诉美国对中国标准钢管、造纸等 4 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 上诉机构发表上诉报告而尘埃落定。上诉机构认为,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又采取反补贴措施存在双重救济,进而导致对来自中国的产品不当征收反补贴税违反了 WTO 规则。

但在中国国有企业、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等法律问题上,上诉机构作出的法律判断对中国十分不利。上诉机构对中国政府宏观经济规划、国有企业和银行管理体制乃至各级政府管理经济的手段提出了质疑,认为中国目前实施的某些经济管理方式以及国有银行运作模式不符合市场经济原则,这无疑是目前我们必须面对的巨大挑战。

国有企业不是公共机构

根据 WTO《补贴与反补贴协定》(以下简称“SCM 协定”),补贴的主体既可以是成员方政府,在一定条件下政府以外的任何公共机构甚至私营机构,也可成为 SCM 协定意义上补贴的主体。

原审专家组认为,政府对企业的所有权,在很大程度上是政府控制的肯定性证据,因此,支持美国商务部作出的中国国有企业构成公共机构的裁决。上诉机构推翻了专家组的判断,在其看来,“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用权或股份简单为之。然而,上诉机构进一步提出:“在某些情形下,当证据显示政府控制的正式痕迹多方面存在,同时,又存在此种控制得以有效实施的证据,那么,该证据就允许(调查当局)作出该相关实体正在行使政府权力的推断。”

上诉机构一方面否定仅凭企业属于国家或政府所有的性质就认定其为 SCM 协定意义上的公共机构的观点,另一方面又提出,如果一个企业被政府控制的痕迹比较明显,只要调查当局找到相关证据证明政府对该企业的控制正有效实施,那么,该企业就有可被认定为公共机构。

在法律上,尽管中国的国有企业都是独立承担民事责任的法人,政府对企业的经营决策并不干预,但由于中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,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”。

上诉机构提出的认定标准,实际上为其他成员方开展反补贴调查指明了方向:一旦其他成员调查当局在调查补贴案件时查明中国政府有效控制相关国有企业的证据,这些国有企业就可以被认定为公共机构,其供应的原材料就会被认定为政府资助的补贴。这无疑是对中国政府管理国有企业现有方式的一大挑战。

国有商业银行被认定为公共机构

在判断国有商业银行是否构成公共机构时,美国商务部采用以下考察标准:(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需的证据。基于以上标准,美国认为中国国有商业银行属于 SCM 协定意义上的公共机构。

上诉机构认为,在本案中,美国商务部并未仅凭所有权来作出判断,而是考察了中国《商业银行法》的相关规定,以及《中国银行全球招商说明书》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。这些证据构成美方认定的依据,上诉机构予以支持。

上诉机构的这一裁决给中国国有商业银行造成极大的法律隐患,如果中国国有银行被认定为公共机构,从国有银行贷款的中国企业将不断面临反补贴诉讼的法律风险。

对公共机构的认定标准是隐忧

在本案裁决中,上诉机构对公共机构提出的认定标准,支持美方认定中国国有银行为公共机构,以及本文尚未提及的支持美方认定国有银行贷款具有专项性,拒绝将中国的银行利率作为可比基准裁决,系针对本案作出的法律判断,但从措辞以及效力上看具有先例作用和普遍意义,本质是对中国市场经济某些方面的否定。在中国市场经济地位即将获得全体 WTO 成员方承认之际(2016 年),这些具体判断会使中国的市场经济地位即便被承认,也会变得缺乏意义,后果十分严重。

实行市场经济是中国入世的一大前提条件,也是中国政府作出的庄严承诺,从法律上讲,就是中国必须承担的 WTO 义务。此次上诉机构作出的法律判断,是对中国市场经济性质某些方面的否定,这将对中国企业开展国际贸易、对外投资等产生不利的法律后果。从这个意义上讲,此次“双反案”的胜诉,带给我们的不仅是胜利的喜悦。