

多哈回合反倾销谈判中的实质 阻碍问题评析*

杨陶

(喀什师范学院政法系, 新疆喀什 844007)

摘要: 多哈回合谈判中, 澄清和完善实质阻碍标准成为其中的一个议题。埃及就该议题提交了提案, 以埃及提案为基础2007主席案文纳入了实质阻碍条款, 由于成员方对“正在建立的国内产业”的严重分歧, 2008案文删除了该议题, 2011主席沟通文件补充说明了该议题。中国作为发展中国家, 实质阻碍标准对我国具有重要意义。在实质阻碍议题的谈判中, 我国应更积极, 促使实质阻碍概念条约化。

关键词: 多哈回合; 实质阻碍; 倾销; 损害

中图分类号: F745.0 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)03-68-08

众所周知, 在反倾销调查中, 认定损害的存在是一个关键步骤。根据WTO《反倾销协议》脚注9, 协定所指的损害包含3种形式, 即实质损害、实质损害威胁和实质阻碍。实质阻碍是指倾销产品虽未对进口方国内生产同类产品的产业造成实质损害或实质损害威胁, 却严重阻碍了进口方国内生产同类产品的产业的建立。《反倾销协议》没有为实质阻碍规定可具体操作或衡量的标准, 事实上, 因为实质阻碍针对的是正在建立的国内产业, 所以与实质损害和实质损害威胁的认定相比具有更大的不确定性。虽然目前实践中很少有案例依据实质阻碍定案, 但是该标准已经存在于《反倾销协议》中, 且该标准对发展中国家具有特殊的意义, 今后可能会被频繁的使用, 且最近已有证据显示一些成员方打算或已经开始依据这一标准提起反倾销调查。^①为了防止该标准被滥用, 也使得更多的国家, 尤其是发展中国家能注意到这个标准的存在, 在WTO新一轮的多哈回合谈判中, 澄清和完善实质阻碍标准成为其中的一个议题。^②

* 湖南省高校科技创新平台建设项目——WTO《补贴与反补贴措施协定》中的严重损害的认定(12K038)和湖南师大省部级社科基地开放基金项目——WTO下的反倾销与反垄断问题。

① Prakash Narayanan, “Injury Investigation in ‘Material Retardation’ Antidumping Cases”, *Northwestern School of Law Journal of International Law & Business*, 2004, 25 (3):68.

② 根据《多哈部长宣言》第28段的要求, 反倾销谈判旨在澄清和完善《反倾销协定》的规定, 但同时保留《反倾销协定》的基本概念、原则和有效性, 并考虑发展中成员方和最不发达成员方的需要。参见Doha Ministerial Declaration adopted 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, para.28.

一、实质阻碍标准的历史演变

将实质阻碍规则作为损害的情形之一，在反倾销立法上已有相当悠久的历史。早在1916年美国制定的第一部反倾销立法——《安德伍德关税法》，就将“阻止国内产业的建立”作为认定是否存在损害的要件之一，这是最早规定该标准的立法，且这一做法在后续立法中被延续了下来，并被引用到关贸总协定中，遗憾的是该法没有就如何认定损害作出具体的规定。^①

在美国主导下建立起来的关贸总协定，其中的很多条款都源自美国的国内立法，当然反倾销的规定也不例外。GATT1947原文第6条规定，“倾销如果阻止或实质阻碍了一个国内产业的新建，也应认定为损害存在。”然而，1948年9月，哈瓦那草案修改了GATT的第2部分和第26条，删除了“阻止”，将第6条改为“实质阻碍了一个国内产业的建立”，因为依据英语的通常用法，“阻碍”（retard）的意思是使减速、妨碍、阻止、推迟，“阻止”的意思是停止、防止做某事，所以阻碍包含了阻止的意思。虽然起草者并没有说明为什么选择“实质阻碍”这一用语，但是起草者对其进行了澄清，指出如果一个正在建立中的国内产业被完全阻止了，或新建的国内产业由于倾销在经济上不能盈利，那么就存在实质阻碍。^②至此以后，就一直使用实质阻碍这个术语。

GATT肯尼迪回合谈判中，达成了第一个反倾销协议——《1967年执行总协定第6条的协议》（以下简称1967年守则）。该守则第3条第1款规定：“在进口国新的国内产业的建立受到阻碍的情况下，需要有力的证据证明国内产业即将建立，比如有建立产业成熟的计划、已经开始建造工厂或者已预订了机器设备等”，试图对“实质阻碍”损害标准进行详细的解释。按照这一规定，实质阻碍应理解为针对正在建立过程中、尚未生产的国内产业，该产业的建立因倾销进口的影响而受到阻碍或减缓。^③守则中列举了成熟的计划、工厂的建设和设备的定购3种情况，这表明仅仅证明有投资建立一个新产业的意愿是不够的，还要证明已经为该产业的建立采取了切实可行的措施，比如投入了大量的时间和资金。然而，美国国内立法中使用的是“阻止”这一术语，而阻止的内涵比阻碍要窄，因此美国国会认为该守则有纵容倾销的嫌疑，所以拒绝修改其国内立法，而大多数国家追随美国，因此只有很少的国家接受该守则，致使该守则的影响十分有限。^④

东京回合谈判中，制定了《1979年反倾销守则》（以下简称1979年守则）。为

① 朱鹏飞,穆伯祥.论反倾销立法中的实质性阻碍损害标准[J].山西师范大学学报(社会科学版),2007(2):35.

② E/CONF.2/C.3/SR30,p.5,C.f.Muhammad,Seyid V.A., The Legal Framework of World Trade, The London Institute of World Affairs, New York, 1958, p.214 at footnote 71.

③ 宋和平.多哈回合反倾销和反补贴规则谈判研究[M].北京:法律出版社,2011:136.

④ 戴军.美国贸易保护政策对美国工业化进程的支持[J].湖南社会科学,2001(2):283.

了争取美国的接受,1979年守则对1967年守则第3条第1款进行了修改,删除了其中对“实质阻碍”损害标准的解释。

乌拉圭回合谈判中,达成了《1994年关于执行GATT第6条的协议》(以下简称反倾销协议),该协议是世界贸易组织管辖的一项多边货物贸易协议,是在1979年守则的基础上修改和补充的,遗憾的是该协议第3条完全接受了1979年守则的第3条,并未对“实质阻碍”的认定提供任何具体的指导。

从以上的论述可以看出,实质阻碍标准经历了一个特有的演变过程,从1916年美国《安德伍德关税法》最早使用的“阻止国内产业的建立”,到1947年GATT中的“阻止或实质阻碍了一个国内产业的新建”,到哈瓦那草案将其修改为“实质阻碍”,到1967年守则对实质阻碍进行详细解释,再到1979年守则删除对实质阻碍的解释,反映了各国对实质阻碍标准看法的转变。

二、《反倾销协议》缺乏对实质阻碍标准的界定

反倾销协议第3条对“损害的确定”进行了规定,这里的损害通常被解释为包含3种形式,即实质损害、实质损害威胁和实质阻碍国内产业的建立。既然如此,那么反倾销协议第3条关于损害的规定,除了第7款和第8款是对实质损害威胁的特别规定外,其他条款没有特别指出适用哪种损害情况,应理解为对实质损害、实质损害威胁和实质阻碍全部适用。这一观点已得到了WTO专家组的认可,在实质损害威胁问题上,WTO专家组曾在美国诉墨西哥玉米糖浆反倾销案^①中认为,第3条整体上是关于损害的认定,包括实质损害、实质损害威胁和实质阻碍。由此可见,在实质阻碍问题上,调查机关也可依据反倾销协议的第3.1至3.6条中的规定进行认定。那么是否意味着反倾销协议已经为实质阻碍的认定提供了衡量标准呢?

笔者以为,虽然反倾销协议第3条列举了判断损害是否由倾销进口产品所引起的经济指标(反倾销协议第3.4条规定的经济指标包括市场份额、产量、销量、利润、就业、工资、库存、生产率、开工率、生产能力利用率等),但是这些指标很难用来认定实质阻碍。这是因为:这些经济指标,主要是在提出损害指控的产业已经生产了相当长的时间,并且能够稳定经营的情况下才可以获得。所以,第3条规定的经济指标是否适用于实质阻碍就完全取决于如何界定“正在建立中的国内产业”,对此,各国仍存在较大的争议。如果“正在建立中的国内产业”被理解为还在筹备中的尚未生产的产业,那么反倾销协议规定的经济指标大部分是不可用的,因为产业还未开始投产,不存在销售量、销售价格、生产能力利用率、就业状况和工资等可以监控的经济指标,在这些情况下,反倾销协议没有对主管机关在认定实质阻碍时应当依靠哪些指

^① Mexico-Corn Syrup, WT/DS132/R, 28 January 2000.

标做出指导。而如果“正在建立的国内产业”被理解为包括已有生产但刚刚起步尚不成熟的国内产业,那么反倾销协议规定的经济指标可以获得,但是不能确切地说明问题。因为在涉及一个已经投产尚未稳定经营的产业的实质阻碍调查中,这些数据只有在产业已经至少生产了一小段时间后才能获得,且这些认定实质阻碍是否发生所考虑的数据也不能准确反映产业的状态。

因此,可以说,《反倾销协议》第3条没有对认定实质阻碍的存在提供任何标准,这给了各国反倾销主管机关很大的自由裁量权,各国根据本国贸易保护的需要来解释该规则。

三、各国认定实质阻碍的标准

《反倾销协议》第3条没有为认定实质阻碍的存在提供任何明确的指示,事实上,实质阻碍认定的关键是对“正在建立的国内产业”的认定,就这个问题,不同的国家有不同的理解,各国调查机关在这方面有极大的自由裁量权。下面简单地介绍一下具有代表性的美国、欧盟和南非的做法。

1.美国的实践。据统计,截止到1993年,美国仅有3个案例是以实质阻碍标准为依据提起反倾销调查,并以此为依据征收反倾销税的。这3个案例分别为:1972年复审日本人造纤维鲑鱼刺网反倾销案、1976年超显微镜冷冻切片案和1982年对法国和意大利客运飞机反倾销案。在这3起案例中,美国国际贸易委员会就“实质阻碍”规则的适用提出了4项标准:(1)“正在建立的国内产业”不仅仅指的是尚未开始投产的产业,而且包括那些已经开始运营但是经营状况尚不稳定的产业。^①(2)因为每一种新产业的建立过程都有其特殊性,因此在进行实质阻碍认定时,应该依据个案进行认定。例如,一个正在建立但还没有投产的企业,在倾销产品大量涌入而造成市场价格大幅度下跌的情况下,该企业将不可能实现其预期的利润和效益,或企业投入运营将导致损失等,据此可以确定该新企业的建立受到实质阻碍。^②(3)如果某一产业尚未开始生产,则其仅仅证明当事方有兴趣和有具体的计划投产、或者证明草拟了筹资的商业方案将是不够的,必须要有充分的证据证明该产业已经为开始投产做了实质性的投入,如购买了全部或部分设备与原材料。^③(4)如果某一产业已经开始投产,那就看该国内产业的经营状况是否已经达到了稳定程度。具体来说应审查这些因素:产业开始投产的时间(一般不能超过两年)、生产尚不能稳定、国内产业的生产在国内市场的占有率,以及生产是否收支平衡。此外,也应该参考销售水平、生产水平、产能利用率和市场分销网络的完善程度等因素,而且不能依赖其中的任何一个因素,应

① USTIC Inv. No. 337-TA-10(April 1976)(Final).

② 李炼.反倾销法律与实务[M].北京:中国发展出版社,1999:87.

③ ITC Pub 1234, Inv. No.751-TA-5(Mar 1982)(Final).

综合考虑以上所有因素来认定国内产业运营是否已经稳定。^①

由此可见,虽然美国是实质阻碍国内产业建立损害标准的始作俑者,但是实际操作中,美国国际贸易委员会的态度还是相当的克制,非常谨慎地适用实质阻碍国内产业损害标准。

2. 欧盟的实践。欧洲共同体理事会于1995年12月22日通过了《关于抵制非欧共同体成员国倾销进口的第384 /96号规则》,关于实质阻碍标准主要由其做出规定。该规定将实质阻碍作为损害的一种,但是也没有明确其适用标准。截止到目前,只有1990年对日本动态随机存储器(DRAM)反倾销案中涉及到了对实质阻碍的认定。^②在该案的调查过程中,欧盟委员会考察到申诉公司已经进行了可行性研究,制定了投资、生产、销售计划,并为取得生产该产品的专用技术支付了大量费用,购买并安装了生产设备,因受倾销进口产品的影响,导致申诉公司不得不推迟商业化生产,遭受了严重的经济损失,部分申诉公司不得不裁员。因此,委员会认为对国内产业的建立造成了实质阻碍。由此可见,欧盟委员会在判断一个产业是已经形成的产业还是正在建立的产业时,将考虑该产业是否已经制定了商业计划,是否已经购买了生产设备,是否已经掌握了生产产品的技术等。^③即委员会只有在有令人信服的证据表明欧盟产业已经处在计划筹建的高级阶段,才会认定该产业是正在建立的产业,进而才会考察是否存在实质阻碍。^④

3. 南非的规定。南非的反倾销法律主要规定在2002年颁布的《国际贸易管理法》和2003年制定的《反倾销条例》中,依据其规定,南非国际贸易管理委员从两个方面审查倾销是否给国内产业的新建造成实质阻碍。一是,不管当前国内市场上同类产品的价格是通过正常进口的外国产品确立的还是通过外国产品的倾销行为确立的,正在建立的国内产业生产的产品价格与此价格相比要具有竞争力,这是认定是否存在实质阻碍的前提条件;二是,外国供应商在正在建立的国内产业将其生产的产品投入市场后,为了打击国内新建产业,外国供应商实施了降低产品售价的行为。由此可以推出,南非将正在建立的国内产业认定为已经投产的产业,那些处于萌芽期尚未开始生产的国内产业无法获得保护。

综上所述,从南非到美国到欧盟,关于实质阻碍的标准各不相同,南非最严格,美国次之,而欧盟最宽泛。实际上若对实质阻碍标准进行过于宽泛的解释可能会导致更多的国家尤其是发展中国家滥用该标准,若对其进行过于狭窄的解释可能会导致很

① Prakash Narayanan, "Injury Investigations in 'Material Retardation' Antidumping Cases", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2004 (25) :37.

② Commission Regulation (EEC) No.165/90 of 23 January 1990, (Prelim).

③ [比]让·弗朗索瓦·百利斯, [比]菲利普·得·贝尔. 欧盟贸易保护商务指南——反倾销、反补贴和保障措施法规、实践与程序[M]. 岳云霞, 译. 北京:社会科学文献出版社, 2007:77.

④ 高永富, 张玉卿. 国际反倾销制度概论[M]. 北京:中国检察出版社, 2001:66.

多国家尤其是发展中国家不能防止其刚刚起步的国内产业免受倾销的损害，只有在两者之间寻求到平衡点，才能得到各成员方的接受。

四、多哈回合谈判中埃及关于实质阻碍的提案及分析

为了防止实质阻碍标准被滥用，也使更多的国家，尤其是发展中国家能注意到这个标准的存在，在WTO新一轮的多哈回合谈判中，澄清和完善实质阻碍标准成为其中的一个议题。这在一定程度上表明了，在多边谈判规则中，发展中国家的作用正在逐渐提高，这对规则的完善是一种推动力。但是该议题是反倾销谈判中的一个冷僻议题，只有埃及特别关注了该议题，并提交了5份关于实质阻碍的提案，在这些提案中，埃及指出：（1）为防止将实质阻碍标准的适用条件与实质损害或实质损害威胁标准的适用条件相混淆，也为了适当地限制成员方调查机关的自由裁量权，应澄清和完善实质阻碍标准。（2）应明确界定“正在建立的国内产业”的范围，将其界定为“正在努力达到合理商业化生产的产业”（undertaking efforts to achieve reasonable commercial production），具体来说包括正在建设过程中、尚未投产的产业，也包括已经建成、开始投产、但尚未达到商业化生产或尚未收回开办成本的新兴产业。^①（3）应依据确切的证据认定是否存在实质阻碍，并应对产能利用率、开始合理的商业化生产是否被延迟、与国内市场规模相比国内产业生产数量这三个要素进行审查。

埃及站在发展中国家的立场建议将“正在建立的国内产业”扩大到尚未达到商业化生产的产业，符合世界贸易组织提出的对发展中国家实施的“特殊和差别待遇原则”，但埃及的提案仍存在很多问题，其他成员就此提出了反对意见。概括起来有：（1）没有明确以什么标准来判定国内产业是否已经达到“合理的商业化生产”。是以生产规模还是以市场化的生产为依据？以不同的标准为依据会得出不同的结果。（2）一些成员方担心明确了“实质阻碍”定义后，会导致成员方频繁地使用“实质阻碍”标准，因为在没有明确界定“实质阻碍”时，调查机关和申诉方可能会克制适用“实质阻碍”标准。（3）可能存在这样复杂的实际情况，如果某产业中存在已经开始商业化生产的公司、正在进行建立的公司和尚未开始商业化生产的公司，那么如何界定这样的产业是否是“正在建立的产业”？该产业是否应被一分为二：一部分是已经建立的产业，另一部分是正在建立的产业？在这种情况下，国内已经建立的产业和正在建立的产业是否可以同时但分别以实质损害或实质阻碍申诉呢？（4）对于正在建立的产业，如何认定产能这一关键指标？调查机关是否有权决定产能的认定标准？如何避免在认定申诉资格方面，由产量的客观标准变成产能的主观标准？^②

^① Negotiating Group on Rules, *Material Retardation - Communication from Egypt*, TN/RL/GEN/122, 24 April, 2006.

^② 宋和平, 多哈回合反倾销和反补贴规则谈判研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 140-141.

五、主席案文对实质阻碍的修改及其评析

虽然埃及的提案存在许多问题,但是因为埃及的积极提案促使2007年颁布的第一次主席案文中纳入了实质阻碍条款。2007年主席案文建议在反倾销协定中增加第3.9条,专门就实质阻碍进行详细解释。第3.9条是以埃及的提案为基础,应谈判各方磋商而形成的,具体规定为:“应以事实为依据,不能仅仅依据指控、推测或极小的可能性,来认定是否存在实质阻碍。正在建立的国内产业应包括未在进口国投产或生产尚未达到商业性数量的新兴产业,只要该产业已经进行了真正的和大量的资源投入。在审查是否构成实质阻碍时,调查机关可以考虑设计产能、已投资额或已获融资、可行性研究、投资计划或市场研究。”

该案文将“正在建立的国内产业”界定为两类:一是没有投产、正在建设过程中的产业;二是正在起步阶段的国内产业,这符合WTO体系下对发展中国家实施的“特殊和差别待遇”,也符合WTO所认可的保护幼稚工业理论。同时为了防止对该概念的扩充解释,导致实践中该标准被滥用,主席案文为这两种产业分别设置了标准:对于未建立产业,要求在资源方面已经有了真正的和大量的投入,这表明反倾销法并不保护所有的未建立的产业,只保护那些已经有明确可行的投资意愿、设想或计划,并已为开始生产做了实质投入的产业;对于正在起步阶段的产业,以市场需求作为基准,要求其生产尚未达到商业性数量,具体的标准为国内需求的10%,也就是说已经建立的国内同类产品的生产商的生产产能不能超过涉案产品国内需求的10%,否则,该产业不应被视为正在建立中的国内产业。

同时,该案文列举了调查机关在审查是否存在实质阻碍时应考虑的因素,这些因素有设计产能、已投资或已获融资、可行性研究、投资计划或市场研究。实践中,认定实质阻碍的实际情况很复杂,调查机关应结合案件的具体情况来考察以上因素,这样才能作出准确的判定,同时,各因素在不同案件中的重要程度不同。因此,第3.9条使用的是“可以”,而非“应该”,这表明列举的这些因素没有先后顺序之分,不分等级,并非概括无遗,这符合实际情况的需要。

总的来说,该案文条款对实质阻碍及正在建立的国内产业的概念进行明确的界定,为实质阻碍的认定提供了明确的指导,引起了广泛的关注,但是在一个产业是否建立这一核心问题上谈判各方意见截然相反,一方认为,正在建立中的国内产业应只包括没有生产的、正在建立过程中的产业,另一方认为,正在建立的国内产业不但包括没有投产、正在建设过程中的产业,还应包括正在起步阶段的国内产业。对于这个问题各方坚持自己的意见,无法达成共识。2008年主席案文没有纳入实质阻碍议题。2011年4月多哈回合规则谈判小组发布了“主席沟通文件”,该文件在第3.8款后,补充说明了成员方关于实质阻碍的规定也有广泛的不同意见,提出有关实质阻碍的规则条款需要进一步扩展和澄清,将争议问题的解决推到了以后。由于对正在建立中的国

内产业的不同观点,使得该概念的条约化陷入了僵局。

中国作为发展中国家,目前仍存在着大量新兴产业和幼稚产业,实质性阻碍标准对我国而言也是极为重要的,但是截止到现在我国调查机关或申诉方基本上是以实质性损害或实质性损害威胁为依据提起反倾销诉讼,即使是投产才两三年处于成长期的产业也没有以实质性阻碍为由提起反倾销调查。由此可以看出,我们忽视了该标准的存在,没有很好地利用该标准保护我国的新建产业。多哈回合谈判中,埃及积极提议澄清和完善实质阻碍标准,应引起我们更多的关注。我国作为多哈回合规则谈判中的一支独立不倚的新生力量,作为一个进口和出口大国,中国在被反倾销方面列为世界之首,在对外反倾销方面也已名列前茅,这种双重性决定了中国可以在反倾销谈判中发挥重要的作用。因此,在多哈反倾销谈判中,我们应站在发展中国家的立场,努力争取WTO对发展中国家的差别和优惠待遇,应更为积极地推动和促使2007主席案文中实质阻碍概念的条约化,为发展中国家谋取更多的利益。

【作者简介】杨陶:国际法学硕士,喀什师范学院法政系讲师。研究方向:国际法学。

Review on the Material Retardation of the AD Agreement of Doha Round

YANG Tao

(Department of Law and Politics, Kashgar Teachers College; Kashgar 844007, Xinjiang, China)

Abstract: In Doha round negotiations, clarifying and consummating the material retardation standard has become a subject with regard to the anti-dumping rule negotiations. Egypt had submitted a proposal about this subject, and the material retardation provision taken by the Egyptian proposal had integrated into the 2007 Chair Text. Because many members had divergence on concept of “establishing industry”, 2008 Chair Text deleted this subject. The 2011 communication from the Chairman supplemented to explain this subject. The material retardation standard has the vital significance to China, as a developing country. So China should be more positive to participate in the negotiations on material retardation subject, and to urge the material retardation concept inclusive in the new anti-dumping agreement.

Keywords: Doha round; material retardation; dumping; injury

(责任编辑:黄志瑾)