

美国汇率补贴规则的评析与应对

廖凡*

摘要：2020年2月4日，美国商务部对其反补贴规则做出重大修改，正式将汇率低估规定为一种可以采取反补贴措施的补贴行为，自2020年4月6日起施行。该汇率补贴规则的核心内容，一是明确进出口企业构成认定补贴“专向性”所需的一“组”企业，二是明确汇率补贴所授予之“利益”的认定标准和计算方法。就“专向性”而言，汇率补贴规则的预设目标是国内补贴，并未排除出口补贴的可能性；就利益而言，汇率补贴规则提出所谓“均衡的实际有效汇率”，作为确定和计算“利益”的基准。汇率补贴规则的相关内容不仅涉嫌违反《关税与贸易总协定》和《反补贴协定》，也与美国商务部既往的惯常做法不符，还有违中美第一阶段经贸协议汇率章节的相关规定。结合该规则在美国对华扎带反补贴案中的首次应用，可以从多边经贸规则、美国国内法以及第一阶段经贸协议三个视角对其加以质疑。

关键词：汇率补贴 汇率低估 汇率争端 财政资助 专向性 利益

2020年2月4日，美国商务部发布公告，对其反补贴规则做出重大修改，正式将汇率低估规定为一种可以采取反补贴措施的补贴行为。^①2020年7月，美国商务部决定对原产于中国的扎带产品发起反倾销反补贴调查，并在反补贴程序中针对所谓“人民币汇率低估”项目发起调查。11月24日，美国商务部公布该案初裁结果，其中认定人民币汇率存在低估。^②此举不仅突破其既往实践，更给中美第一阶段经济贸易协议（简称《第一阶段协议》）汇率章节的实施前景蒙上阴影。这是美式经贸单边主义和对华极限施压策略的又一集中体现。本文拟介绍这一规则的出台背景、制定过程和主要内容，分析与其相关的核心法律问题，进而结合“扎带案”就中国的应对思路提出初步建议。

一 汇率补贴规则的出台过程与主要内容

传统上，美国在汇率问题上对他国施压的手段主要是“汇率操纵”指控。美国认定他国操

* 中国社会科学院国际合作局研究员，法学博士。

① See U. S. Department of Commerce, Department of Commerce Issues Final Rule for Countervailing Unfair Currency Subsidies, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2020/02/department-commerce-issues-final-rule-countervailing-unfair-currency>. 本文所有网络资料经2020年12月12日核实，如无特殊说明，此时间为本文所有网络资料的最后访问时间，下文不再标注。

② See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

纵汇率的国内法依据主要是其1988年《贸易与竞争力综合法》。根据该法第3004—3005节，美国财政部应每半年向国会提交一份国际经济政策和汇率政策报告，评估上一个半年度美国主要贸易伙伴国的汇率政策，确定其是否存在“通过操纵本国货币与美元之间的汇率来阻碍国际收支有效调整或在国际贸易中获得不公平竞争优势”的行为。此法开美国以国内法评判乃至干涉他国汇率政策之先河，但仅要求美国政府在IMF框架内或通过双边途径与相关国家或地区进行磋商，确保其定期调整汇率，而没有授权采取单方制裁措施。其后的2015年《贸易便利化与贸易执行法》表现出更加浓厚的单边主义色彩。该法第701节（“加强与美国某些主要贸易伙伴在货币汇率和经济政策上的接触”）虽未明确使用“汇率操纵”概念，但实质上涉及汇率操纵的认定及其法律后果，并授权美国总统采取单边制裁措施。

尽管美国1988年《贸易与竞争力综合法》指责“汇率操纵”的论证逻辑是其构成变相补贴，^①但并未在法律规则层面将之同补贴及反补贴措施挂钩。美国真正在这方面做出尝试，是在2008年全球金融危机之后。在当时日益升温的贸易保护主义氛围中，2010年9月美国众议院以压倒性多数（348：79）通过所谓“莱恩—墨菲法案”，要求对货币币值低估的国家征收惩罚性关税，而中国是该法案的主要目标。其主要内容是：一旦外国政府在外汇市场从事长期、大规模的干预，导致其货币在18个月里平均低估5%以上，即构成根本性汇率失调；汇率失调虽为货币措施，但实际上通过降低出口产品价格的方式而提供了补贴，因此构成出口补贴，受到损害的美国产业有权对其提起反补贴诉讼；授权美国商务部认定汇率低估是否构成出口补贴，并对被认定给予补贴的出口国征收反补贴税。^②

“莱恩—墨菲法案”最终未能成为正式立法，但汇率补贴指控的阴影并未就此消散，并在中美贸易战中卷土重来。2019年5月23日，美国商务部发布公告称，拟修改其反补贴国内规则，“对低估其货币对美元汇率、造成出口补贴的国家征收反补贴税”。美国商务部部长罗斯称，此举旨在“警告外国出口商，商务部可以对损害美国产业的汇率补贴进行反制，外国将不能再利用货币政策来占美国工人和企业的便宜”。^③2020年2月4日，在《第一阶段协议》签订后不到1个月，美国商务部正式公布了修改后的规则，自2020年4月6日起施行。新规主要包括两项内容，一是在《美国联邦法规》第19编（“关税”）第351章（“反倾销和反补贴税”）（简称《反倾销反补贴税条例》）第502条下新增第3款，明确进出口企业构成反补贴规则下的一“组”（group）企业，从而符合补贴的“专向性”要求；^④二是在该章新增第528条，明确美国商务部在检视因汇率低估导致的潜在补贴时，如何认定和计算“利益”。^⑤为行文方便起见，下文合称《汇率补贴规则》。

（一）明确进出口企业构成反补贴规则下的一“组”企业

根据美国1930年《关税法》第771（5A）（D）条，国内补贴的“专向性”认定条件之一

① 其基本逻辑是，在汇率被操纵的情况下，一国出口商品的竞争力得到增强，相当于该国政府变相地向本国企业提供补贴，构成不公平竞争，违反了国际贸易准则。参见廖凡：《国际货币金融体制改革的法律问题》，社会科学文献出版社2012年版，第133页。

② 参见廖凡：《国际货币金融体制改革的法律问题》，社会科学文献出版社2012年版，第144—145页。

③ See U. S. Department of Commerce, The Department of Commerce Amends Countervailing Duty Process, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2019/05/departement-commerce-amends-countervailing-duty-process>.

④ 19 CFR 351.502 (c).

⑤ 19 CFR 351.528.

是，补贴必须是规定或指定提供给某个或某“组”企业或产业。^①但无论是1930年《关税法》还是《反倾销反补贴税条例》，均未就进出口企业能否构成这样的“组”作出规定或者提供指引。《汇率补贴规则》明确规定，在确定补贴是否是专门提供给某“组”企业或产业时，美国商务部通常会将“从事国际货物买卖的企业”视为构成这样的“组”，从而满足此项“专向性”认定条件。

（二）明确汇率补贴的“利益”认定和计算

1. 汇率低估

《汇率补贴规则》规定，只有在一国货币在相关时间段内被低估时，美国商务部才会检视该国货币与美元的兑换是否导致授予了“利益”；而在评估一国货币是否存在低估时，商务部“通常会考虑该国的实际有效汇率与中期内反映了适当政策、达到外部均衡的实际有效汇率之间的差距”，亦即该国货币的现实汇率与美国商务部所认定的“合理”汇率之间的差距。该条进一步规定，只有当存在促成货币低估的“政府行动”（government action）时，商务部才会对低估作出肯定性认定；在评估是否存在这类政府行动时，商务部通常不会将“独立的中央银行或者货币当局的货币及相关信贷政策”考虑在内。换言之，如果一国中央银行不被认为是独立的，则其相关政策就很可能被归为政府行动。此外，该条规定商务部还可以考虑可能改变汇率的相关政府行动的透明度。

2. “利益”计算

《汇率补贴规则》规定，当认定存在汇率低估后，美国商务部通常将会基于下列两个汇率之间的差异，来确定是否存在“利益”：一是与均衡的实际有效汇率相一致的名义双边美元汇率；二是在相关时间段内实际采用的名义双边美元汇率，并将关于政府行动对汇率影响的任何信息纳入考虑范围。如果二者之间存在差异，则表明相关企业通过货币兑换获得了“利益”，其数量为该企业通过兑换美元获得的本币数量，与如果没有上述差异该企业所能获得的本币数量之间的差额。

3. 美国财政部的角色

《汇率补贴规则》还明确规定，在适用该条时，美国商务部将请求美国财政部就汇率低估和利益计算提供评估和结论。但商务部在规则说明中强调，其会将财政部的评估和结论记录在案，同时允许有关当事方提交事实材料来反驳、澄清或纠正财政部的评估和结论。换言之，商务部将会尊重财政部在评估汇率低估方面的专业知识，但是否存在与补贴有关的汇率低估的最终判断仍是由商务部来做出。^②

二 汇率补贴的“专向性”分析

根据WTO《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《反补贴协定》）第1条，补贴是指政府或

^① 19 U. S. C. 1677 (5A) (D).

^② See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, *Federal Register*, Vol. 85, No. 23, 4 February 2020, p. 6038.

公共机构提供的财政资助，并因此而授予一项利益；同时，补贴需要具备“专向性”，才会受到禁止或约束。WTO反补贴规则脱胎于美国1930年《关税法》的相关条款，而后者在乌拉圭回合谈判后也作了实质性修改，两者在措辞上相差无几。^① 鉴于汇率补贴的“专向性”是《汇率补贴规则》的主攻方向，也是与通常理解以及美国商务部既往实践颇有不同的“新论”，下文先分析“专向性”问题，再分析财政资助和利益问题。

根据《反补贴协定》，“专向性”是指授予机关或其运作所依据的立法将补贴的获得明确限于某个或者某组企业或产业（《反补贴协定》合称为“某些企业”），此即法律上的“专向性”；虽不具备法律上的“专向性”，但若有理由认为补贴可能事实上属“专向性”补贴，则可考虑其他因素，包括某些企业主要使用（predominant use）补贴、给予某些企业不成比例的大量（disproportionately large amounts）补贴等，此即事实上的“专向性”。此外，根据《反补贴协定》，禁止性补贴包括出口补贴和进口替代补贴，自动具有“专向性”而无需再作其他分析；可诉补贴，亦即国内补贴，是否具有“专向性”则取决于主管机关依照上述标准所作具体判定。^②

直观上，汇率或者汇率安排属于“雨露均沾”的“公共物品”，很难设想与“专向性”挂钩。对于美国企业提出的关于人民币低估构成出口补贴的调查要求，美国商务部以往均以不具有“专向性”为由拒绝。^③ 在《汇率补贴规则》草案征求意见过程中，也有评论者明确表示反对，认为与汇率有关的补贴不可能具有“专向性”，新规则与美国商务部的既有立场和实践不符。^④ 现结合美国商务部在公布正式规则时所作回应，对汇率补贴“专向性”涉及的几个重点问题分析如下。

（一）《汇率补贴规则》的预设目标是国内补贴

《汇率补贴规则》旨在明确就“专向性”而言，进出口企业是否构成1930年《关税法》第771（5A）（D）条下的一“组”企业，而第771（5A）（D）条是关于国内补贴的规定。换言之，与此前的“莱恩—墨菲法案”以及一些美国企业的诉求不同，《汇率补贴规则》并未试图直接将汇率补贴定性为出口补贴。如上所述，出口补贴自动具有“专向性”，无需再作进一步论证；既然如此，《汇率补贴规则》何以要舍近求远？原因在于出口补贴的定义本身。出口补贴是法律或事实上以出口实绩为惟一条件或多个条件之一而给予的补贴，亦即出口实绩是给予补贴的必要条件。由此，若要指称汇率补贴构成出口补贴，就必须证明该“补贴”排他性地由出口企业享有，而这种证明无疑很难成立。^⑤ 也正因为如此，当年“莱恩—墨菲法案”在提交众议院表决前特地增加了一个条款，规定当涉及与根本性低估货币有关的补贴时，仅凭补贴的提供可能是在出口以外的情形中这一事实本身不能认定该补贴不是与出口实绩挂钩。

① 19 U. S. C. 1677 (5) (A) - (B).

② 参见《反补贴协定》第2.1条、第3.1条。

③ 参见廖凡：《国际货币金融体制改革的法律问题》，社会科学文献出版社2012年版，第153页。

④ See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, pp. 6039 - 6040.

⑤ 参见龚柏华、尤华：《人民币汇率的法律问题分析——兼评美国 Nucor 公司告美国商务部拒绝就人民币汇率补贴展开调查案》，载《国际商务研究》2011年第1期，第21页。

“莱恩—墨菲法案”的上述路径固然可以规避关于出口实绩的严格要求，但却有与《反补贴协定》和1930年《关税法》的出口补贴定义相冲突之嫌。《汇率补贴规则》并未采取这种“强攻”思路，而是更加迂回地从“专向性”本身的定义入手，确认进出口企业构成判定“专向性”所要求的一“组”企业，从而向前迈出了关键性的一步。事实上，美国商务部在“组”的认定上一直采取较为宽松的方法。《反倾销反补贴税条例》第502条第2款明确规定，在确定补贴是否是提供给第751(5A)(D)条含义范围内的一“组”企业或产业时，商务部无需考虑获得补贴的企业或产业是否存在“共同特征”。^①例如，美国商务部此前就曾认定国有企业和外商投资企业都构成企业“组”。因此，对于有评论者提出从事国际货物买卖的企业可能来自多个不同产业的主张，美国商务部认为这无关紧要。^②简言之，通过将从事国际货物买卖的企业认定为一“组”企业，美国商务部满足了对“汇率补贴”启动反补贴案件的一个关键前提。

进而言之，在汇率补贴的“专向性”问题上，美国商务部瞄准的显然是事实“专向性”，因为如果要论证法律“专向性”，将面临同出口实绩要求同样的逻辑障碍。相反，在事实“专向性”这顶帽子下，即便汇率补贴的“受益者”并非只是进出口企业，美国商务部也可以在“主要使用”和“不成比例的大量”上做文章，指称进出口企业是汇率补贴的主要使用者或不成比例的受益者。针对有评论者提出的与汇率有关的补贴不可能具有“专向性”的主张，美国商务部就明确强调，“主要使用”和“不成比例”的判定必须具体案件具体分析，一个企业或产业可能会在事实上“主要”受益于某项补贴，即便该补贴在名义上可供很多不同企业或产业获取；这方面的判定并无界限分明的规则，需要具体评估所受利益的相对份额而非绝对数量。^③不难看出，美国商务部实际上是回避了对“与汇率有关的补贴不可能具有“专向性””这一主张的正面反驳，重在确立其对“汇率补贴”指控立案调查的正当性，达到先声夺人的效果。

(二)《汇率补贴规则》并未排除出口补贴的可能性

与此同时，《汇率补贴规则》并未排除汇率补贴构成出口补贴的可能性，而是采取“存而不论”的态度。在回应将货物进出口企业作为一“组”是否合适时，美国商务部就意味深长地强调，汇率低估使得出口定价过低而进口定价过高，系统性地直接扭曲了国际贸易，其对贸易的直接负面影响无异于同时提供出口补贴和进口替代补贴，因此为“专向性”目的而将货物进出口企业作为一“组”对待，完全符合贸易救济法的救济目的。^④尽管美国商务部没有一般性地就汇率补贴是否构成出口补贴下结论，而是强调《汇率补贴规则》仅解决国内补贴语境下“组”这一术语的定义问题，但同时明确指出，该规则并不影响美国国内产业对汇率补

① 19 CFR 351.502 (b).

② See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6039.

③ Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6040.

④ Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6039.

贴提起出口补贴指控，也不影响商务部对相关指控进行“专向性”分析；商务部将继续根据其法定义务和监管义务对与货币低估和货币兑换有关的补贴指控进行考虑，并在个案基础上做出分析和判定。^①换言之，《汇率补贴规则》给美国商务部的反补贴“武器库”提供的是纯粹的增量，即在不影响其对于汇率补贴是否构成出口补贴的判定权限的前提下，使其得以在更加宽泛的意义上，对于汇率补贴是否具备“专向性”、进而是否构成一般意义上的“补贴”做出分析和判定。

（三）“主要”与否则的一字之差

值得一提的是，“从事国际货物买卖”（buy or sell goods internationally）这一定语并不要求相关企业仅以外贸为业，而是只要其有进口或出口货物的业务即可。换言之，这是一个非常宽泛的界定。《汇率补贴规则》草案的表述是“主要从事国际货物买卖”（primarily buy or sell goods internationally），更具限定性。在征求意见过程中，有评论者提出“主要”如果不加界定，可能会导致自缚手脚，不利于规则有效实施，并建议代之以“积极”（actively）一词，以强化评估时的自由裁量权。^②美国商务部则更进一步，在正式规则中径直删除了“主要”一词，从而实质性地扩展了审查范围，将即便是并非以国际贸易为主业的企业也纳入视野之中。^③

三 汇率补贴的“财政资助”及“利益”分析

（一）“财政资助”问题

根据《反补贴协定》第1条，美国所规定的财政资助主要包括如下三类情形：（1）涉及资金的直接转移（如增款、贷款和投股）、潜在的资金或债务的直接转移（如贷款担保）的政府做法；（2）放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收（如税收抵免之类的财政鼓励）；（3）政府提供除一般基础设施外的货物或服务，或购买货物。^④1930年《关税法》的规定与此相同。^⑤

在《汇率补贴规则》草案中，美国商务部列举了财政资助的上述类型，并称“（在汇率低估的情形下）从某当局或当局所委托或指示的机构处用美元兑换国内货币，可能构成本法（即1930年《关税法》）第771（5）（D）下的财政资助”。^⑥商务部并未指明是上述哪一类财政资

① Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6040.

② Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6039.

③ See Scott S. Lincicome & Brian Picone, US Department of Commerce Publishes Final Rule on Treatment of Alleged “Currency Undervaluation” in Countervailing Duty Proceedings (7 February 2020), <https://www.whitecase.com/publications/alert/us-department-commerce-publishes-final-rule-treatment-alleged-currency>.

④ 该条列出的第四种情形是政府通过筹资机制或私营机构从事上述一种或多种行为，并非一个独立的财政资助类型。

⑤ 19 U. S. C. 1677 (5) (B), (D).

⑥ See Department of Commerce International Trade Administration, Proposed Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, *Federal Register*, Vol. 84, No. 102, 28 May 2019, p. 24408.

助,但从其描述来看,指向的应当是“资金的直接转移”。商务部在正式规则说明中的相关表述也印证了这一点。^①然而,将单一汇率下的货币兑换与资金的直接转移挂钩,无疑极为牵强,完全不符合对《反补贴协定》相关条款的通常理解。在《汇率补贴规则》草案征求意见过程中,就有一些评论者明确指出,货币兑换既非“资金的直接转移”,也不是所列举的任何其他类型的财政资助。^②

对于这些质疑,美国商务部在正式规则说明中未作正面回应,而是避重就轻地称,由于《汇率补贴规则》本身并不涉及财政资助问题,因此没有必要对这些评论进行详细回应,留待具体的反补贴案件中去做更为合适。商务部还欲盖弥彰地表示,其仍坚持“从某当局或当局所委托或指示的机构处用美元兑换国内货币可能构成财政资助”这一观点,但最终判定还需要具体案件具体分析。^③这也从一个侧面表明,在现有多边规则和美国国内法框架下,认定货币兑换可以构成财政资助实际上是相当牵强的。

(二)“利益”问题

美国1930年《关税法》第(5)(E)条非穷尽式地列举了财政资助授予接受者利益的情形:(1)就入股而言,是指投资决定与私人投资者的通常投资实践不符,包括入股所在国与风险资本有关的实践;(2)就贷款而言,是指借款人为该贷款所支付的金额与借款人在市场上获得可比商业贷款所需支付的金额之间存在差异;(3)就贷款担保而言,是指借款人为该担保贷款所支付的金额与借款人获得无担保的可比商业贷款所需支付的金额之间存在差异;(4)就提供货物或服务或者购买货物而言,是指报酬过低或过高。^④可能是因为赠款情形下的“利益”太过明显,该条对此未作专门说明;《反倾销反补贴税条例》第504条补充规定,就赠款而言,赠款金额即为所授予的利益。^⑤除这些针对特定情形的具体规则外,《反倾销反补贴税条例》第503条还规定了在其他情形下确定利益的一般原则,即企业为相关投入(金钱、货物或服务)所支付的金额少于在没有财政资助情形下所需支付的金额,或者获得的收入比本应获得的更多。^⑥

《反补贴协定》本身没有对“利益”加以界定,但相关案例确立的标准与上述原则一致。在“加拿大—影响民用飞机出口措施案”中,专家组和上诉机构均认定,市场是确定是否授予了补贴的恰当依据;如果补贴接受者由于财政资助而获得了比市场中更为优惠的条件,即可认为授予了利益。^⑦

根据上述标准和原则,确定“利益”的关键在于找到一个未受政府行动(财政资助)扭曲

① See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6034.

② See Department Of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6034.

③ See Department Of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6034.

④ 19 U. S. C. 1677 (5) (E).

⑤ 19 CFR 351.504 (a).

⑥ 19 CFR 351.504 (b).

⑦ *Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/RW, 30 July 2000, p. 46.

的市场基准，而这在汇率情形下是难以做到的。具言之，要证明一国的现行汇率使某些企业获利，就需要证明相关企业在现行汇率之下获得了比不实行该汇率时更为优越的汇率，这进而意味着要在现行汇率之外另外找到一个作为“客观”标准的不同汇率，以之证明本国货币被低估，从而使出口产品从中获利。^①而在单一汇率制下，现实中并不存在这样一个基准。实际上，早在关贸总协定时代，美国商务部就曾在1984年“波兰碳钢丝杆案”中明确表示，“被声称低估的单一汇率不构成可抵消补贴”。^②

在《汇率补贴规则》中，美国商务部提出所谓“均衡的实际有效汇率”作为确定和计算“利益”的基准。具言之，首先是基于一国实际有效汇率与均衡的实际有效汇率的比对，对外国货币的低估程度做出门槛性判定；在可能的情况下，声称存在货币低估补贴的当事方可以提交关于能够达到外部均衡的实际有效汇率的公开、客观的第三方评估；若一国的均衡的实际有效汇率高于其在相关时间段内的实际有效汇率，就可能存在利益。其次则是找出一个与均衡的实际有效汇率一致的、如无低估操作本应在相关时间段内实行的名义双边美元汇率；该汇率与相关时间内实际采用的名义双边美元汇率均值之间的差额，即可反映货币低估所产生的“利益”。^③如上所述，在此过程中美国商务部将高度依赖美国财政部的专业判断，但保留最终决定权。

概而言之，《汇率补贴规则》本质上是将汇率补贴的“利益”认定立足于一个并不实际存在的、依赖于理论推演和数学计算的虚拟的“均衡”汇率。这不但与WTO多边规则及美国国内立法不符，^④而且势必大大增加有关主管部门执法过程中的主观性和裁量权。

四 中国的立场与应对

《汇率补贴规则》的出台，意味着美国针对人民币汇率问题的“法律战”更进一层。2019年8月5日，美国财政部依据1988年《贸易与竞争力综合法》将中国列为“汇率操纵国”。尽管在《第一阶段协议》签署前夕，美国财政部于2020年1月13日取消了上述认定，但已然开25年来之先河。《汇率补贴规则》更是与此遥相呼应，形成美国财政部与美国商务部相互配合、“汇率操纵”与“汇率补贴”双管齐下的高压态势，使得中国在汇率问题上面临前所未有的严峻复杂形势。

2020年11月24日，美国商务部公布对华扎带反补贴案初裁结果，并将于2021年2月16日公布最终裁定。^⑤在初裁中，美国商务部以中国政府合作不足、中国企业未应诉为由，通过不利

① 参见廖凡：《国际货币金融体制改革的法律问题》，社会科学文献出版社2012年版，第153页。

② *Carbon Steel Wire Rod from Poland: Preliminary Negative Countervailing Duty Determination*, 49 FR 6768, 6771 (23 February 1984). “可抵消补贴” (countervailable subsidy) 直译应为“可采取反补贴措施的补贴”，大致相当于《反补贴协定》中的禁止性补贴加可诉补贴。

③ See Department of Commerce International Trade Administration, Proposed Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 24408.

④ 关于其与美国国内立法的不符性，详见本文第四(三)点的分析。

⑤ See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

事实推定的方式裁定中国涉案企业补贴幅度为 122.5%。其中针对人民币汇率方面,美国商务部依据美国财政部的报告,做出“人民币汇率低估”的裁定,并直接借用了美国在以往对华反补贴案件中贷款项目的最高税率 10.54% 的补贴幅度。^① 美国商务部将初裁结果建立在美国财政部对人民币汇率的评估基础上,而如上所述,由于作为评估依据的《汇率补贴规则》本身存在硬伤,这种评估缺乏合理性与合法性。对此,可以从多边经贸规则、美国国内法以及《第一阶段协议》三个视角,对于《汇率补贴规则》及其适用提出质疑。

(一) 基于汇率争端裁断权限的质疑

按照二战后国际经济体系设计者们的构想,国际货币和金融问题由国际货币基金组织(IMF)负责,贸易问题则由计划于其后成立的“国际贸易组织”负责;尽管后者以夭折告终,但作为临时替代品的“关税与贸易总协定”却一直存续下来,并演变成为现在的世界贸易组织(WTO)。迄今为止,WTO一直遵循传统分工,没有受理有关汇率问题的争端。《关税与贸易总协定》第15条是WTO处理这一问题的法定依据。该条规定,当缔约方全体被提请审议或处理有关货币储备、国际收支或外汇安排问题的争端时,应与IMF充分磋商,并接受IMF关于某一缔约方在外汇问题上采取的行动是否符合《国际货币基金协定》的决定。这意味着汇率和外汇措施属于IMF的专业范围,当WTO在贸易争端中涉及这类问题时,必须向前者通报,并接受其意见和结论。中国商务部有关负责人在针对“扎带案”初裁结果的表态中也明确指出,汇率问题超出了一成员按照WTO规则进行反补贴调查的权限,美国商务部无权跨越IMF进行判定。

(二) 基于《反补贴协定》的质疑

关于《关税与贸易总协定》第15条是否排除了WTO对汇率问题的管辖权,学界有不同看法。有观点认为,《关税与贸易总协定》第15条所指的“外汇”仅指经常性的国际兑换、支付和转移,即主要由于货物或服务的国际交易而发生的国际资金流动,而不包括汇率问题,后者仍属IMF的专属管辖范围。^② 另有观点则认为,包括汇率安排在内的外汇措施既应符合《国际货币基金协定》的要求从而受到IMF的管辖,也应符合WTO相关协定的要求从而受到WTO的管辖,存在双重管辖或者说管辖权竞合的问题;^③ 《反补贴协定》并无禁止对宏观经济政策适用补贴标准的规定,因此可以对汇率问题适用反补贴程序。^④

但如前所述,即便是在“补贴”概念下,《汇率补贴规则》同样存在与WTO多边规则不相符合的“硬伤”。在财政资助、利益和“专向性”这三个补贴构成要件中,《汇率补贴规则》直接涉及后两者,同时默示涉及了财政资助。

就“专向性”而言,尽管美方声称《汇率补贴规则》的规定与《反补贴协定》的规定相一

① 参见商务部:《商务部贸易救济调查局负责人就美在对华扎带反补贴案中所谓“人民币汇率低估”作出初步裁定发表谈话》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202011/20201103018968.shtml>。

② 参见韩龙:《人民币汇率的法律问题》,法律出版社2010年版,第63—70页。

③ 参见伏军:《WTO外汇争端管辖安排:模糊性及其现实理性》,载《现代法学》2007年第5期。

④ See Jaemin Lee, “A Story Half Told—Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates”, (2020) 23 *Journal of International Economic Law* 1, Issue 4, pp. 1–22.

致，但其措辞仍然表明了美国商务部试图扩大“专向性”范围的意图。如上所述，尽管《汇率补贴规则》中的“一组企业或产业”与《反补贴协定》第2条第1款中的“一个企业或产业或一组企业或产业”表述相近，但“主要的或不成比例的”这一措辞则明显扩大了《反补贴协定》中“特定企业”的潜在范围。在“扎带案”中，美国商务部提出26.3%的中国出口产品主要使用外国投入进行加工，调查期间流入中国的美元有69.9%来自于货物出口，并以此推定从事国际货物买卖的企业是货币低估补贴的主要使用者。^①此外，美国商务部以中国政府提供的信息不足为由，采用了不利事实推定的方式，强行认定受调查企业是“从事国际货物买卖企业”，从而符合《汇率补贴规则》第502条(c)节对“组”的规定。这进一步说明，将“从事国际货物买卖的企业”这样一个范围如此广泛、数量如此众多、成分如此复杂、差异如此巨大的群体，认定为构成反补贴法意义上的一“组”企业，与WTO崇尚的自由贸易原则和精神不符，有滥用行政权之嫌。

就财政资助而言，货币兑换既不构成“资金的直接转移”（如赠款、贷款和投股），也无法归入《反补贴协定》第1条所列举的任何其他情形。但美国商务部在“扎带案”的初裁备忘录中表示，中国银行业主要由几家大型国有商业银行主导，此外还包括三家国有政策性银行。美国商务部以此推论中国政府对银行的拥有和主导，并依据《商业银行法》第34条推定国有商业银行是政府直接干预经济的政策工具，^②从而将银行的行为认定为政府行动，推定中国境内的所有外币兑换交易均构成“资金的直接转移”。^③但这一认定与《反补贴协定》对政府资助的界定存在明显偏差。首先，货币兑换本身是货币之间的等值交换，企业在国际货物买卖中获得的外币需要兑换成本国货币使用，出口企业并不会从货币兑换中获取利益。其次，《反补贴协定》和1930年《关税法》中规定财政资助的三种情形均以政府作为提供财政资助的主体，但货币兑换发生在市场主体之间，中国政府本身并未参与外汇买卖或者提供一般基础设施以外的货物或服务，并不满足政府资助的构成要件。

就利益而言，根据WTO经典判例，“利益”的确定和计算应以市场为依据，关键在于找到一个客观的市场化标准作为参照坐标。^④而《汇率补贴规则》恰恰反其道而行之，以并不客观存在、而是主观推演而来的理论上的所谓“均衡”汇率，作为评价和衡量客观存在的现实汇率的标尺。在“扎带案”中，美国商务部请求美国财政部就汇率低估和利益计算提供评估和结论。美国财政部认为，人民币的实际有效汇率与其均衡实际有效汇率之间存在差距，认定人民币存在汇率低估，并以“中国政府没有披露干预外汇市场的金额”为由，认定中国在调查期间为货币操纵国，将人民币汇率低估归因于政府行动。^⑤这一基于高度可疑的所谓“均衡”汇率的认定，明显违反WTO的相关立场和原则。

① See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

② 《商业银行法》第34条规定“商业银行应当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。”美方认为，该条为政府利用商业银行作为政策工具直接干预经济，特别是系统性地进行的资本分配以实现国家产业政策目标提供了法律依据。See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

③ See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

④ 参见廖凡：《国际货币金融体制改革的法律问题》，社会科学文献出版社2012年版，第153页。

⑤ See U. S. Department of Commerce, Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>.

退一万步讲,即便抛开“均衡”汇率本身的合理性和可靠性不论,美国商务部仅以人民币的实际有效汇率低于所谓均衡的实际有效汇率,或者说人民币汇率存在低估为由就认定中国出口企业从中获得“利益”,也与WTO反补贴实践对“利益”的全面评估要求不符,有“选择性评估”之嫌。具言之,《反补贴协定》下的恰当的“利益”分析要求进行双向评估,即“受益人”得到了什么,又为此付出了什么。^①美国商务部在《汇率补贴规则》中的逻辑是,由于汇率低估,一国出口企业在其本国银行将出口所获美元兑换成本国货币时,获得了超额收益,由此构成“利益”。^②但这种评估方法所忽视或者无视的是,基于这一同样的所谓“低估”汇率,出口企业在为购买生产出口产品所需的原材料和零部件而将其本国货币兑换成美元时,也承担了额外的成本,因此即便要进行“利益”评估,也应当是基于双向交易的通盘评估。^③美国商务部这种单向度、选择性的评估做法,同已被WTO上诉机构明令禁止的“归零法”堪称一丘之貉。^④

(三) 基于美国国内法的质疑

如上所述,《反补贴协定》与美国1930年《关税法》有关补贴问题的条款在措辞上大同小异。尽管美国商务部在执法实践中发展出来的规则比WTO相关规则更加具体细致,有些方面也显得更为强硬,但这一领域的WTO规则与美国国内法大体是一致的。因此,《汇率补贴规则》上述涉嫌违反《反补贴协定》之处,同样也有与既往的美国国内法规则相冲突之嫌。尽管与WTO多边规则不同,美国商务部有权修改其相关规则,但基于如下两点原因,这一修改的合理性和正当性在美国国内法下也不无疑问。

首先,关于“专向性”和利益这两个补贴要件,美国商务部长期以来的惯常做法是认定单一汇率既不具备“专向性”也不能授予利益。商务部固然可以对其做法和规则做出改变,但正如其自己所言,这种改变必须合理。而纵观《汇率补贴规则》公布草案和正式规则的说明,商务部并未对其何以要改变既有立场、转而做出肯定性判断(或者至少是为做出肯定性判断提供可能性)作出合理的解释。就此而言,商务部存在滥用行政权之嫌。

其次,也是更加关键的是,上述修改可能涉嫌越权。在相关立法未明确涉及汇率低估能否构成补贴这一问题的情况下,美国商务部长期以来持否定立场,而美国国会对此从未反对,可以视为一种默许。不仅如此,明确将汇率低估列为可抵消补贴的立法议案(如“莱恩—墨菲法案”)在美国国会未获通过,更足以反映国会在此问题上的立场。^⑤因此,美国商务部未经国会同意而擅自改变既定立场并制定新的规则,有超越其法定权力之嫌。^⑥若美国商务部在

① See Jaemin Lee, “A Story Half Told—Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates”, p. 12.

② See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6034.

③ See Jaemin Lee, “A Story Half Told—Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates”, pp. 10 – 11, 13.

④ Jaemin Lee, “A Story Half Told—Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates”, pp. 19 – 20.

⑤ See Department of Commerce International Trade Administration, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, p. 6040.

⑥ See Scott S. Lincicome & Brian Picone, US Department of Commerce Publishes Final Rule on Treatment of Alleged “Currency Undervaluation” in Countervailing Duty Proceedings, 7 February 2020, <https://www.whitecase.com/publications/alert/us-department-commerce-publishes-final-rule-treatment-alleged-currency>.

“扎带案”终裁中维持其初裁认定，涉案中国企业或可考虑就此向美国国际贸易法院提起相关诉讼。

（四）基于《第一阶段协议》的质疑

《第一阶段协议》第五章专门规定汇率问题以及与之相关的宏观经济政策和透明度事宜。总体而言，在该章中双方同意尊重彼此货币政策自主权，实施由市场决定的汇率制度，避免竞争性贬值，保持数据透明度，通过协商解决分歧。^① 汇率章节分为总则、汇率政策、透明度和执行机制4个部分，其中执行机制实际上是分歧解决机制，规定双方如在汇率问题方面出现分歧，应由中国人民银行和美国财政部在协议第七章的双边评估和争端解决安排框架下解决。^② 若在双边框架下仍不能解决，一方还可请求IMF在其职责范围内予以处理，包括对另一方的宏观经济和汇率政策、数据透明度以及报告情况进行严格监督，或者发起正式磋商并提供适当意见。

根据上述规定，当在汇率问题上存现分歧和争端时，中美双方应通过《第一阶段协议》第七章的双边框架和IMF多边机制加以解决，而不是擅自诉诸单方行动。《汇率补贴规则》及其在“扎带案”中的适用，虽然被美方刻意包装为“补贴”问题，但本质上属于汇率分歧，美方的单边行动涉嫌违反《第一阶段协议》。

与此同时也要看到，《第一阶段协议》汇率章节较具实质意义的内容是汇率政策和透明度的内容，而核心义务则是汇率义务或者说不得操纵汇率的义务，客观上对于进一步完善人民币汇率形成机制提出了要求。自2005年7月21日启动“汇改”以来，人民币汇率形成机制的规范化和市场化水平不断提升，进步有目共睹，但仍然存在一些问题和不足。例如，在IMF执董会与中国的2019年第四条磋商中，^③ 执董会就强调“加强汇率政策透明度也很重要”，同时“部分执董也要求对外汇干预措施进行披露”。^④ 在“扎带案”中，美国财政部也是以相关行动缺乏透明度为由，认定中国政府采取了导致人民币汇率低估的“汇率政府行动”。^⑤ 尽管美方的解读有欲加之罪何患无辞之嫌，但在一定程度上也提醒我们应当继续深化人民币汇率市场化改革，进一步完善人民币汇率形成机制，强化相关汇率政策和汇率操作的透明度，避免授人以柄。

① 参见《关于中美第一阶段经贸协议汇率章节的情况说明》，中国人民银行网站，<http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/3960014/index.html>。

② 根据第七章，双方各自设立由指定的副部长和指定的副贸易代表牵头的“双边评估和争端解决办公室”，负责评估与协议履行相关的具体问题，接受任何一方提交的与协议履行相关的申诉，以及尝试通过磋商解决争端。如一方（“申诉方”）认为另一方（“被申诉方”）的行为不符合《第一阶段协议》，申诉方可向被申诉方的双边评估和争端解决办公室提出申诉。如申诉在副部级层面未获解决，申诉方可将该问题提交至中国国务院分管副总理和美国贸易代表，后者应视情况进行磋商；若磋商不能达成共识，一方可以“采取行动，包括停止其在本协议下的某一义务，或采取其认为适当的、以相称的方式实施的补救措施”。

③ 《国际货币基金协定》第4条第3款第2项规定，成员国应当提供IMF对其进行双边监督所需信息，并在IMF提出要求时就其汇率政策问题同前者进行磋商，此即所谓“第四条磋商”。

④ 参见《国际货币基金组织执董会结束与中华人民共和国2019年第四条磋商》，国际货币基金组织网站，<https://www.imf.org/zh/News/Articles/2019/08/09/pr19314-china-imf-executive-board-concludes-2019-article-iv-consultation>。

⑤ See U. S. Department of Commerce, “Twist Ties China CVD Investigation Preliminary Decision Memorandum”, <https://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2020-26452-1.pdf>。

The US Currency Subsidy Rules: Evaluation and Possible Reaction

Liao Fan

Abstract: The US Department of Commerce made major amendments to its anti-subsidies rules on 4 February 2020, officially designating currency undervaluation as a countervailable subsidy. The new rules came into force on April 6, 2020. Essentially, the currency subsidy rules (“the Rules”) provide that import and export enterprises may constitute a “group” of enterprises for the purpose of determining the “specificity” of a given subsidy. Meanwhile, they provide for the judging criteria and calculation method for the “benefit” granted through the currency subsidy. As to the “specificity”, the Rules are mainly targeted at domestic subsidies, without excluding the possibility of also covering export subsidy. As to the “benefit”, the Rules use the so-called “equilibrium REER” as the benchmark of determination and calculation. The Rules are not only in violation of the GATT and the WTO Anti-subsidies Agreement, but also inconsistent with the past practices of the US Department of Commerce and the relevant provisions of the exchange rate chapter of the China-US Phase One Economic and Trade Agreement. Given that the Rules have been first applied in the twist ties CVD investigation against China, this article endeavors to challenge such rules from the perspective of multilateral trade and economic rules, the US domestic law, and the Phase One Economic and Trade Agreement.

Keywords: Currency Subsidy, Currency Undervaluation, Currency Dispute, Financial Contribution, Specificity, Benefit

(责任编辑: 罗欢欣)