

# 中国“非市场经济待遇”之后倾销的计算方法

——解析欧盟贸易救济立法的最新发展

蒋小红\*

**摘要：**为履行《中国加入世界贸易组织议定书》第15条的义务，欧盟委员会于2016年11月9日出台了修改现行贸易救济立法的立法草案。该立法草案是针对中国制定的，将对中欧贸易产生重大的影响。立法草案表面上废除了对中国产品适用“类比国制度”，使用新的倾销计算方法，即如果存在“严重的市场扭曲”，欧盟将使用一个“创建价格”来认定倾销的存在。新的倾销计算方法表面上采取了国家中立的态度，实际上仍然拒绝承认中国的市场经济地位；表面上是一种新方法，实际上是“伪装”的“类比国制度”；表面上看，欧盟履行了世界贸易组织义务，实际上是在贸易保护上“走钢丝”。根据世界贸易组织规则，新的计算方法的合法性受到质疑。立法草案一旦通过，我国应诉诸世界贸易组织争端解决机制，挑战其合法性。

**关键词：**欧盟 贸易救济 倾销 计算方法

在2017年6月初举行的第19次中欧领导人会晤上，中欧双方讨论了欧盟履行《中国加入世界贸易组织议定书》第15条义务问题。中方强调欧盟应当履行第15条义务，向国际社会和市场发出尊重国际规则的信号；欧方表示正在修订相关法律，将采取非歧视性的、符合世界贸易组织（以下简称“WTO”）规则的做法。欧方所指的相关法律指的是欧盟委员会于2016年11月9日出台的修改现行贸易救济立法的建议。<sup>①</sup>通过该立法草案，欧盟关于中国的市场经济地位和“非市场经济待遇”的立场逐渐显现。新的贸易救济立法是否确实对中国采取了非歧视性待遇？其符合WTO规则吗？本文将重点围绕这些问题，对欧盟关于“非市场经济”倾销计算方法的最新立法作一解析，以期透过表面上的立法变化揭示其本质。

## 一 “非市场经济国家”和认定倾销时的“非市场经济待遇”

在解析欧盟关于“非市场经济”倾销计算方法的最新立法之前有必要厘清“非市场经济国

\* 中国社会科学院国际法研究所研究员。

① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: Amending Regulation (EU) 2016/1036 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on Protection against Subsidized Imports from Countries not Members of the European Union, COM (2016) 721 final, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc\\_155079.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155079.pdf) (last visited June 7, 2017).

家”和认定倾销时的“非市场经济待遇”这两个概念之间的关系。

“非市场经济国家”问题一直是中欧政治经贸关系中的不和谐因素。目前，已经有 80 多个国家承认了中国的市场经济地位，包括“金砖五国”中的巴西和俄罗斯以及发达经济体中的新加坡、瑞士、澳大利亚、新西兰等国。但至今为止，中国重要的贸易伙伴美国、欧盟和日本都还没有承认中国的市场经济地位。自 20 世纪 80 年代以来，中国一直希望被视为市场经济国家，曾在不同的场合多次向欧盟提出这一要求，但都被欧盟以不满足欧盟提出的市场经济标准为由拒绝了。<sup>①</sup> 是否承认中国的市场经济地位已经成为欧盟要求中国进一步开放市场以及参与公平竞争的讨价还价的砝码，成为要求中国做出种种让步的工具。

从反倾销实证的角度来看，无论是否被认可为市场经济国家，其出口产品都有可能在被认定倾销时适用“非市场经济待遇”。例如澳大利亚在 2005 年承认了中国为市场经济国家，但在众多的反倾销案件中，仍然不适用针对市场经济国家的倾销计算方法，而是根据中国“特殊的市场状况”采取歧视性的计算方法。澳大利亚在承认中国的市场经济地位后，反而发起了更多的针对中国产品的反倾销案件。<sup>②</sup> 尽管中国政府和学界提出了批评意见，澳大利亚在反倾销实践中仍然保持了这一做法。因此，即便是被认可为市场经济国家，在反倾销问题上仍然不能享有“市场经济待遇”，而是继续被适用“伪装了的”“类比国制度”。对此，中国的决策部门和出口企业应该有清醒的认识。

相比倾销认定时的“市场经济待遇”，“市场经济国家”的认定不仅仅是一个经济和技术问题，更是一个政治问题。尽管两者有着千丝万缕的关系，但从反倾销实务来看，倾销认定时的“市场经济待遇”问题直接关系到贸易救济的效果。本文仅重点探讨认定倾销时的“非市场经济待遇”。

## 二 欧盟关于中国“非市场经济待遇”立法修改的背景

### 1. 《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条的规定

立法草案虽然没有明确指出是针对中国制定的，但实质上却是为应对中国的情况，迫于履行国际义务而采取的立法措施。2001 年 12 月 11 日，经过艰苦的谈判，中国加入了 WTO。与其他加入 WTO 的成员不同的是，其他加入 WTO 的成员仅仅需要承诺遵守 WTO 多边协定规定的义务，中国不仅仅要承诺大幅度降低关税的义务，还要承诺履行非互惠的“WTO<sup>+</sup>义务”以及享受“WTO<sup>-</sup>权利”。所谓“WTO<sup>+</sup>义务”，是指履行超出 WTO 一系列多边协定规定的义务，承诺在许多方面对中国施加更严格的纪律，例如在出口税方面；所谓“WTO<sup>-</sup>权利”，是指允许

① 关于欧盟认定中国是否是市场经济国家的 5 条标准，参见 Article 2 (7) (c), Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Union。欧盟认为目前中国仅符合 5 条标准的一项，即第 2 条，因此，还不能被认定为市场经济国家。参见 Commission Staff Working Document on Progress by the People's Republic of China towards Graduation to Market Economic Status in Trade Defense Investigations, Brussels, 19/09/2008 SEC (2008) 2503 final, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc\\_143599.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143599.pdf), 最后访问时间：2017 年 1 月 5 日。

② See Weihua Zhou & Andrew Percival, “Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ in WTO Anti-Dumping Law”, (2016) 19 (4) *Journal of International Economic Law* 863, pp. 863–892.

WTO 成员在贸易救济方面享有比中国更多的权利，可以背离 WTO 多边规则的规定对中国的出口产品采取保护性措施。《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条<sup>①</sup>就属于这样的规定。

根据《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条，中国同意在加入 WTO 后的最初 15 年内被视为非市场经济国家。在认定中国的出口产品是否构成倾销时，采用区别于绝大多数 WTO 成员国的“非市场经济待遇”，即选用一个市场经济第三国的价格来作为认定的基础，这就是所谓的“类比国制度”（又称为“替代国制度”）。由于第 15 条规定的模糊性，自本世纪初开始，实务界和学界就对此展开了持续的争论。争论的焦点集中在是否应在 2016 年 12 月 11 日后，即中国加入 WTO 的 15 年后，自动给予中国市场经济地位以及废除在认定倾销时对待中国产品的“非市场经济待遇”。<sup>②</sup> 对于第一个问题，欧美理论界存在根本的对立观点，至今也没有定论。对于欧盟而言，第一个问题在 2016 年 12 月 11 日之后，其立场已经很明确，即不承认中国的市场经济地位。2016 年 5 月 12 日，欧洲议会以压倒性多数通过了一份决议，<sup>③</sup> 认为中国尚未满足欧盟提出的市场经济 5 条标准，<sup>④</sup> 还不是市场经济国家。欧盟委员会尽管没有就这一问题正式发表意见，但从欧盟委员会提出的贸易救济立法建议可以看出其拒绝承认中国的市场经济地位的立场。实际上，欧盟委员会贸易大臣在 2016 年 12 月 11 日之后的多次演讲中明确指出中国还不是一个市场经济国家。目前，在 2016 年 12 月 11 日之后，欧盟讨论的重点集中在后一个问题，即是否废除在认定倾销时给予中国产品的“非市场经济待遇”以及如果废除了“非市场经济待遇”采用什么样的其他方法来认定倾销。对于这个问题，国际上趋于一致的观点是应该在 2016 年 12 月 11 日之后废除对中国的出口产品在倾销认定时适用的“类比国制度”。紧接着产生的一个问题是，欧盟拒绝承认中国的市场经济地位，为了履行国际义务必须废除“类比国制度”，那么欧盟在倾销认定上将给予中国的出口产品什么样的待遇？实际上，欧盟在 2016 年 12 月 11 日之前就应该修改其贸易救济立法，对以上问题给予明确的回应，因为这关系到欧盟是否履行 WTO 义务的问题。很遗憾，至今欧盟还仅仅提出了贸易救济立法修改的议案。也就是说，欧盟现有的对中国产品适用“非市场经济待遇”的贸易救济立法仍然有效。为此，中国在 2016 年 12 月 11 日到期后的第 2 天向欧盟发起了 WTO 争端解决程序。<sup>⑤</sup> 《中国加入世界贸易组织议定书》是 WTO 法律体系中不可分割的组成部分。<sup>⑥</sup> 根据国际法上“条约必须遵守”的原则，欧盟必须履行遵守

① Protocol on the Accession of the People's Republic of China, WT/L/432 (23 November 2001), para. 15 (a) & (d).

② 参见: J. Miranda, "Interpreting Paragraph 15 of China's Protocol of Accession", (2014) 9 (3) *Global Trade and Customs Journal* 94, pp. 94 - 103; T. P. Stewart, W. A. Fennell, S. M. Bell and N. J. Birch, "The Special Case of China: Why the Use of a Special Methodology Remains Applicable to China after 2016", (2014) 9 (6) *Global Trade and Customs Journal* 272, pp. 272 - 279; Weijia Rao, "China's Market Economy Status under WTO Antidumping Law after 2016", (2013) 5 (2) *Tsinghua China Law Review* 151, pp. 151 - 168; E. Vermulst, J. D. Sud & S. J. Evenett, "Normal Value in Anti-Dumping Proceedings against China Post - 2016: Are Some Animals Less Equal Than Others?", (2016) 11 (5) *Global Trade and Customs Journal* 212, pp. 212 - 228; 刘敬东:《“市场经济地位”之国际法辨析——〈中国加入世界贸易组织议定书〉与中国“市场经济地位”》，载《国际经济法论刊》2015 年第 1 期，第 29—51 页；王一栋、张庆麟：《对〈中国入世议定书〉第 15 条的法律解读、实践分析与对策建议》，载《国际贸易》2017 年 4 月号，第 62—67 页。

③ European Parliament Resolution of 12 May 2016 on China's Market Economy Status (2016/2667 (RSP)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0223+0+DOC+PDF+V0//EN> (last visited March 8, 2017).

④ Article 2 (7) (c), Basic Anti-dumping Regulation 2016.

⑤ See [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/ds515\\_516rfc\\_12dec16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/ds515_516rfc_12dec16_e.htm) (last visited May 6, 2017).

⑥ 参见刘敬东：《论“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 96—108 页。

WTO 的国际法义务。

## 2. 欧盟现行《反倾销基础条例》关于“非市场经济待遇”的规定

国际上,对从中国的进口产品在计算倾销时采用“非市场经济待遇”的国家还包括美国、日本等国家。与这些国家不同的是,欧盟在其《反倾销基础条例》<sup>①</sup>中,不仅明确把出口国分为市场经济国家和非市场经济国家,分别给予不同的待遇,还在立法文件中具体列明了非市场经济国家的名单。<sup>②</sup>中国被欧盟的立法文件明确地贴上“非市场经济国家”的标签。

对于来自市场经济国家的产品,在认定倾销时,适用“标准方法”。所谓“标准方法”是指认定倾销的关键因素—正常价值是根据出口产品的国内销售价格而确定的。出口价格和国内销售价格相比较计算出倾销幅度,最终确定反倾销税率。<sup>③</sup>而对来自非市场经济国家的产品的正常价值是根据由欧盟委员会选定的市场经济第三国的相同或类似产品的成本和价格来确定。<sup>④</sup>这就是欧盟的“类比国制度”。用这一“非市场经济待遇”方法计算出的倾销幅度要远远高于用前者方法计算出的倾销幅度。欧盟用此方法来保护欧盟的产业。1998年4月30日,当时的欧共体委员会通过了《反倾销基础条例》修正案,<sup>⑤</sup>把中国从《反倾销基础条例》的非市场经济名单中排除出去。但是认为中国尚处于向市场经济过渡的转型时期,并没有正式承认中国完全的市场经济地位。根据这一修正案,中国的出口企业和其他被认为是非市场经济国家的WTO成员国的出口企业一样,根据欧盟设定的5条标准可以获得市场经济待遇,免除适用“类比国制度”。我们可以把这种方法称之为“附条件的市场经济待遇”。<sup>⑥</sup>在反倾销实践中,欧盟通常用“类比国制度”计算出中国出口企业的“正常价值”,用该企业的出口价格和这一“正常价值”相比较得出倾销幅度,计算出该出口企业出口产品的反倾销税率。通常称之为“个案处理待遇”。但是,如果出口该产品的出口企业众多,对那些没有被抽样调查的出口企业将被给予统一的税率。也就是说,对于这些出口商,不仅要根据“类比国制度”确定正常价值,其出口价格也不被考虑。这一制度源自欧盟反倾销法中的“一国一税”制度。其含义是欧盟对来自中国的产品不考虑各个出口商的出口价格来计算倾销幅度以最终确定反倾销税的征收,而是对所有出口该商品的出口商征收统一的反倾销税。自20世纪90年代初开始,欧盟开始给予来自中国的产品的“个案处理待遇”。自中国诉欧盟的WTO紧固件案件<sup>⑦</sup>之后,“个案处理待遇”成为欧盟处理中国产品的一般性做法。

综上所述,在反倾销问题上,中国的出口产品面临着三种不同的待遇,即“一国一税待遇”、“个案处理待遇”和“附条件的市场经济待遇”。前两种待遇的共同点是适用“类比国制

① Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Union (本文中简称《反倾销基础条例》)。

② 非市场经济国家包括WTO成员国:阿尔巴尼亚、亚美尼亚、阿塞拜疆、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、摩尔多瓦、蒙古和非WTO成员国:白俄罗斯、朝鲜、乌兹别克斯坦和土库曼斯坦。参见《反倾销基础条例》第2(7)(a)条和第2(7)(b)条。

③ 欧盟《反倾销基础条例》第2(1)条至第2(6)条。

④ 欧盟《反倾销基础条例》第2(7)条。

⑤ Council Regulation (EC) No 905/98 of 27 April 1998 Amending Regulation (EC) NO 384/96 on Protection against Imports from Countries not Members of the Community, OJ 1998 L 128/18.

⑥ 关于这一附条件的市场经济待遇,参见蒋小红:《欧共体反倾销法与中欧贸易》,社会科学文献出版社2004年版,第112页。

⑦ WTO EC Fasteners case (DS397)。

度”，可统称为“非市场经济待遇”。根据欧盟的统计数据，<sup>①</sup>自2006年以来的10年间，申请“附条件的市场经济待遇”的中国企业中仅有16.5%的企业获得了这一待遇。自2008年金融危机之后，欧盟基本不给予中国企业这一待遇。<sup>②</sup>可见，“非市场经济待遇”是给予中国产品的一般性待遇。用这一方法计算出的反倾销税率显然要高于用市场经济待遇计算出来的反倾销税率。欧盟通过这一方式，强化保护欧盟的产业。

如上所述，根据《中国加入世界贸易组织议定书》第15条的规定，欧盟应在2016年12月11日之后停止适用“类比国制度”。欧盟必须解决其立法文件和WTO的法律文件，即《中国加入世界贸易组织议定书》第15条的“合规性”问题。修改现有的贸易救济立法被迫提上日程。

### 三 欧盟关于中国“非市场经济待遇”立法修改的内容

客观地说，如何处理欧盟现有的贸易救济立法与《中国加入世界贸易组织议定书》第15条之间的关系，欧盟面临三种选择，一是维持原状，继续对中国产品适用“类比国制度”；二是使用对市场经济国家的“标准方法”；三是放弃“类比国制度”，适用所谓的第三种方法，不削弱贸易救济工具的原有效力。欧盟经过全面的利弊分析，最终选择了第三种方案。

立法草案的核心内容是解决放弃对中国的产品适用“类比国制度”后如何仍然保持贸易救济工具的有效性问题，或者换句话说，一方面要履行WTO的义务，另一方面要确保贸易救济工具仍然能够有效地保护欧盟产业的作用。围绕着有效性问题，立法修改的主要内容包括两个方面。一方面是在立法草案生效后，对于新发起的反倾销案件适用新的倾销认定方法，另一方面，对于立法草案生效后，如何继续保持正在实施的反倾销措施的有效性和维护法律实施的稳定性。

#### 1. 关于倾销的计算方法—从非市场经济国家到“严重的市场扭曲”

首先，立法草案取消了市场经济国家和非市场经济国家的明确划分，代之以WTO成员国和非WTO成员国的划分。对WTO成员国，取消了“类比国制度”，从而在立法文件中废除了对中国产品适用这一歧视性待遇，但对非WTO成员国仍然适用“类比国制度”。因此，《反倾销基础条例》第2(7)条规定的“类比国制度”仅适用于非WTO成员，第2(1)条至第2(6)条适用于所有的WTO成员，包括中国，而不论其是否是市场经济国家。这就意味着无论

① 据欧盟统计，自2006年至2010年，欧盟委员会受理了173个“非市场经济待遇”的申请，有37个企业获得了这一待遇；2011年至2015年，欧盟委员会受理了75个“非市场经济待遇”的申请，只有4个企业获得了这一待遇。数字来源于COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT: Possible Change in the Calculation Methodology of Dumping regarding the People's Republic of China (and other Non-market Economies) Accompanying the Document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL Amending Regulation (EU) 2016/1036 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on Protection against Subsidized Imports from Countries not Members of the European Union, COM (2016) 721 final.

② See Laura Puccio, “Calculation of Dumping Margins: EU and US Rules and Practices in light of the Debate on China's Market Economy Status”, May 2016, p. 25, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/583794/EPRS\\_IDA\(2016\)\\_583794\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/583794/EPRS_IDA(2016)_583794_EN.pdf) (last visited May 9, 2017).

中国被认为是市场经济国家还是非市场经济国家，至少在理论上，都与倾销的计算方法无关了。

其次，立法草案规定：如果存在“严重的市场扭曲”（significant market distortions），欧盟将使用一个“创建价格”来认定倾销的存在。欧盟将使用两种方法来作为计算“创建价格”的基础。一是使用有代表性的第三国的生产和销售成本，二是使用没有被扭曲的国际成本、价格或基准。欧盟在此基础上作适当的调整。那么什么是“严重的市场扭曲”？这在欧盟的立法草案中是一个关键性的概念。立法草案并没有明确地界定这一概念，而是列举了（没有穷尽）认定是否存在这一状况的因素：（1）广泛存在国有企业或在国家的控制、政策监督或指导下的企业；（2）产品的价格和成本受到国家的干预；（3）公共政策或措施偏向国内公司或者影响自由市场；（4）为实施公共政策目标对企业提供资助。<sup>①</sup>

再次，关于举证责任的规定，对于倾销的认定方法，根据目前的欧盟《反倾销基础条例》的规定，中国的出口企业申请市场经济待遇，要负担举证责任，证明符合《反倾销基础条例》中规定的5条标准。立法草案则规定欧盟的产业要负责证明存在“严重的市场扭曲”。举证责任的倒置无疑会给欧盟申诉的产业带来困难。为解决这一问题，草案规定欧盟委员会将会发布具体的报告以提供基本的信息，帮助认定是否存在“严重的市场扭曲”。因此，实际上，欧盟委员会将承担这一举证责任。

## 2. 反补贴调查期间发现的补贴应被计算在反补贴税内<sup>②</sup>

补贴的认定是采取反补贴措施的前提条件，是反补贴调查的重点。补贴数量的大小直接决定了反补贴措施的力度。根据欧盟《反补贴基础条例》的规定，欧盟委员会根据欧盟产业提出的反补贴调查开始之前发生的“补贴”来进行调查。也就是说，只有欧盟产业在申诉中主张的补贴，欧盟委员会才会在之后的反补贴调查中进行调查。对于在反补贴调查过程中新发现的补贴（包括申诉的欧盟产业没有发现的以及中国新采取的补贴形式），其在《反补贴基础条例》中的法律地位并不明确。新的贸易救济立法修正规定了在计算反补贴税时要考虑到反补贴调查中新发现的补贴情况，从而强化了反补贴救济工具的效果。

## 3. 关于过渡性安排

立法草案适用于生效后进行贸易救济调查的案件。对于在这之前已经启动调查的案件仍然适用原先的《反倾销基础条例》和《反补贴基础条例》。这就意味着对于中国的产品在新的立法生效之前启动的反倾销案件仍然适用旧的正常价值的计算方法，即“类比国制度”。这符合基本的法理，没有争议，但又产生了另一个法律问题。对于正在实施的反倾销措施，<sup>③</sup>在国际反倾销法律制度中存在一个行政复议制度。欧盟反倾销法也不例外。行政复议是指反倾销行政当局对其作出的有关反倾销措施的决定进行再次审查的制度。反倾销行政当局通过行政复议制度，可以纠正自己作出的错误决定或及时根据反倾销措施采取后出现的新情况作出调整，以保护利益当事方的合法权益。欧盟《反倾销基础条例》中规定了三种不同的行政复议形式：新出口商复审、期中复审和期末复审（也称作日落复审）。<sup>④</sup>立法草案规定，对于正在实施的反倾销措施生产商或出

① 立法草案第2（6b）条。

② 这部分内容仅仅为完整地阐述立法草案的内容，不是本文分析的重点。

③ 截至目前，欧盟正在实施的73项反倾销措施中，有56项是针对中国的出口产品。

④ 参见蒋小红：《欧共体反倾销法与中欧贸易》，社会科学文献出版社2004年版，第75页。

口商不能以倾销计算方法的改变为由申请期中复审，而只能在日落复审时（通常是5年的反倾销实施期届满时）以倾销计算方法的改变作为“情势变更”的依据。

#### 四 对欧盟关于中国“非市场经济待遇”立法修改的评价

欧盟最终选择了修改倾销的计算方法。这一立法修正综合考虑了以下三方面的关系：（1）履行WTO国际义务与欧盟内部不断高涨的贸易保护主义的呼声，尤其是来自钢铁产业的抵制中国的钢铁产能过剩的利益诉求；（2）维护与中国的良好关系与有效抵制中国的倾销产品；（3）欧盟机构的不同意见与成员国之间的观点分歧。欧盟选择的方案实际上是以上各种力量相互平衡的产物。新的贸易救济立法是否确实对中国采取了非歧视性待遇？欧盟是否切实履行了国际义务？

##### （一）表面上的国家中立，实际上仍然拒绝承认中国的市场经济地位

欧盟的最新立法旨在解决中国的“非市场经济待遇”问题，表面上看似乎和是否承认中国的市场经济地位问题没有关系。欧盟委员会贸易大臣多次在其公开演讲中提出，取消对中国产品适用“替代国方法”与是否给予中国市场经济地位是两个不同的问题，前者只是在反倾销调查案件中认定倾销是否存在的一个方法。但从本质上看，这两个问题是紧密联系在一起。欧盟现有的反倾销立法把世界上的国家分为市场经济国家和非市场经济国家。对来自市场经济国家的产品认定倾销时实行“标准方法”，而对来自非市场经济国家的产品实行“类比国制度”，用这一“非市场经济待遇”方法计算出的倾销幅度要远远高于用前者方法计算出的倾销幅度。新的立法取消了市场经济国家和非市场经济国家的分类方法，在国家之间仅划分为WTO成员和非WTO成员作为给予不同待遇的划分标准。表面上看，至少在法律上对所有的WTO成员国采取了中立的态度。但通过分析，我们可以看到欧盟实际上间接地否定了中国的市场经济地位。立法草案的第2（1）条至第2（6）条是适用于所有WTO成员的计算倾销的一般方法，第2（6a）条是计算倾销计算方法的特殊规则，按照“特殊法”优先适用“一般法”的原则，针对中国的特殊情况将适用第2（6a）条的规定。因此，在认定中国产品的倾销时，新的立法虽然表面上废除了“类比国制度”，期望避免给中国贴上“非市场经济国家”标签所带来的后果，但是并没有用“标准方法”来替代“类比国制度”这一“非市场经济待遇”，而是使用了第三种方法。这一做法，实际上等于否定了中国的市场经济地位。另外，值得注意的是，欧盟委员会特别强调，立法草案修改对中国的产品的倾销认定方法并不等于承认中国的市场经济地位。中国期望欧盟自动给予市场经济地位的愿望再次落空。

##### （二）表面上的新方法，实际上的“新瓶装旧酒”

新的倾销计算方法赋予欧盟委员会在认定倾销的过程中，判定出口国是否存在“严重的市场扭曲”的各种因素。从“非市场经济国家”到“严重的市场扭曲”认定标准的转变，新的计算方法赋予欧盟反倾销执法机构—欧盟委员会极大的自由裁量权。立法草案仅仅列举了认定这一概念的考量因素。如果存在“严重市场扭曲”，欧盟将使用一个“创建价格”来认定倾销的存

在。欧盟将使用两种方法来作为计算“创建价格”的基础。一是使用有代表性的、与原产国具有相似的发展水平的第三国的生产和销售成本，即“替代成本”方法；二是使用没有被扭曲的国际成本、价格或基准。欧盟在此基础上作适当的调整。第一种方法实际上和美国的“生产要素方法”趋于一致，<sup>①</sup> 尽管两者存在许多不同之处。“生产要素方法”是美国在实践中对来自非市场经济国家的产品认定倾销的方法。其含义是对来自非市场经济国家的产品，通过采用一个或多个市场经济国家的相关价格，对在生产该产品中所使用的生产要素的价值以及其他费用进行评估，从而确定该产品的正常价值，最终认定倾销是否存在。使用“替代成本”方法的核心是选择一个或多个可类比的第三国。其实质还是一个“类比国制度”。使用“替代成本”方法来计算“创建价格”，将像“类比国制度”那样，人为地提高正常价值，更为容易地认定倾销的存在，从而征收较高的反倾销税。可见，欧盟在立法层面上表面上废除了“类比国制度”，但在未来的实践中还有可能适用。根据德国慕尼黑黑大学莱布尼茨经济研究所的研究，欧盟目前对中国产品根据“非市场经济待遇”方法计算出来的平均反倾销税率是 44%，如果给予中国产品完全的市场经济待遇，那么平均反倾销税率将降低 17% 至 28%。通过新方法计算出的倾销幅度将和以前的“类比国制度”方法得出的结果基本相同。<sup>②</sup> 这一结论也再次说明，表面上欧盟使用的是一种新方法，但其追求的贸易保护的效果是相同的。可见，新的计算方法，从本质上来看，是一种“伪装”的“类比国制度”。中国的众多出口企业仍然继续面临着被适用“类比国方法”的歧视性待遇。

### （三）表面上履行 WTO 义务，实际上是在贸易保护上“走钢丝”

欧盟立法的最新修正，是为了应对履行 WTO 国际义务的要求。虽然对《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条，国际社会存在不同的解读。但趋于一致的认识是 2016 年 12 月 11 日以后，应该自动放弃对中国的“非市场经济待遇”，即“类比国”计算方法。我国外交部和商务部发言人多次呼吁欧盟履行 WTO 国际义务，废除对中国在反倾销问题上的“非市场经济待遇”。在立法讨论过程中，欧盟分析了继续适用“类比国制度”的法律后果，即中国会提起 WTO 争端解决程序或者到欧盟法院提起法律诉讼以及由此带来的不利经济影响。通过立法修正，表面上看，欧盟确实在法律条文上废除了这一对中国的不公正待遇，履行了 WTO 国际义务。但欧盟引入的新方法，是否符合 WTO 要求令人质疑，又将产生新的法律问题。欧盟一面声称要履行 WTO 义务，另一方面又将陷入另一个法律困境。

判断欧盟新的贸易救济立法草案的合法性，不仅要根据《中国加入世界贸易组织议定书》，而且要根据《关于执行〈1994 年关税与贸易总协定〉第 6 条的协定》，即 WTO《反倾销协定》来审查。遗憾的是，WTO《反倾销协定》在很多问题上没有作出规定或者是即使作出了规定但规定很模糊，导致了各成员方在制定反倾销法时难以参照、缺乏参照和对同一问题作出不同规定的情况。这也是反倾销在很多国家被滥用的一个原因。不过，WTO 争端解决案例在一定程度上有助于澄清 WTO《反倾销协定》的模糊概念。

① 参见肖伟主编：《国际反倾销法律与实务（美国卷）》，知识产权出版社 2005 年版，第 105 页。

② “New Trade Rules for China? Opportunities and Threat for the EU”，<http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/search.html?word=new+trade+rules+for+China> (last visited June 1, 2017).



新的立法草案赋予欧盟委员会在认定存在“重大的市场扭曲”后可以使用“替代成本”来计算“创建价格”。这里存在两个基本的法律问题：一是“重大的市场扭曲”的认定，二是“重大的市场扭曲”是使用“替代成本”计算方法的充分必要条件吗？对于第一个问题，欧盟的立法草案没有明确界定这一概念，仅仅列举了认定“重大的市场扭曲”这一概念时的考虑因素。WTO《反倾销协定》中也没有明确界定这一概念。它是一个全新的、模糊的概念，无论是内涵和外延都难有清晰的界定，更没有公认的可操作的量化标准。实际上，在任何发育程度不同的经济体内部都存在着程度不一的市场扭曲情况。如何把握其程度是认定“重大”的关键。欧盟委员会为便于认定“重大的市场扭曲”将公布相关的报告。该报告是针对整个国家的还是某个产业的？多长时间公布一次报告？是否可以针对这一报告的合法性提起司法审查？目前，这些问题都还没有答案。这些因素导致的法律上的不确定性不仅会构成对中国新的歧视，而且会给欧盟的申诉企业带来很大的困境。

WTO《反倾销协定》中在认定倾销幅度时与此紧密联系的是“特殊市场情形”（Particular Market Situation）的概念。WTO《反倾销协定》第2.2条规定：“……由于出口国国内市场的特殊市场情形……，不允许对此类销售进行适当调整，则倾销幅度应通过比较同类产品出口至一适当第三国的可比价格确定，只有该价格具有代表性，和通过比较原产国的生产成本加合理的管理、销售和一般费用及利润确定。”<sup>①</sup>这一条规定的原生产国的生产成本加合理的管理、销售和一般费用及利润确定正常价值的方法就是反倾销法中的“创建价格”。这种方法是欧盟委员会在确定正常价值时，在一般规则不适用的情况下，最经常使用的一种例外方法。WTO《反倾销协定》第2.2.1（1）条进一步规定了反倾销调查机构在计算“创建价格”的总体原则：“如果受调查的出口商或生产商存有的纪录符合出口国公认的会计准则，并合理反映与有关产品的生产和销售相关的成本，则（本条第2款规定的）成本费用通常应根据该记录计算……。”根据以上这些规定，在阿根廷诉欧盟生物柴油反倾销案件<sup>②</sup>中，专家组明确裁定“特殊市场情形”并不是适用“替代成本”来计算正常价值的合法依据。专家组的决定对“替代成本”的适用施加了许多限制。<sup>③</sup>因此，“特殊市场情形”并不是“替代成本”计算方法的充分必要条件。上诉机构认为，欧盟并没有提出充分的证据来说明“阿根廷的出口税制度扭曲了生物柴油的生产成本——大豆的价格”。<sup>④</sup>该案例对欧盟立法草案中新的计算倾销方法构成了重大挑战，其是否符合WTO《反倾销协定》的规定将受到质疑。

过渡性安排问题是立法草案在生效后会产生的一个新问题。立法草案中规定的过渡性安排，即对于正在生效的反倾销措施都不能基于计算方法的变更而申请期中复审，是没有法律根

① When there are no sales of the like product in the ordinary course of trade in the domestic market of the exporting country or when, because of the particular market situation or the low volume of the sales in the domestic market of the exporting country, such sales do not permit a proper comparison, the margin of dumping shall be determined by comparison with a comparable price of the like product when exported to an appropriate third country, provided that this price is representative, or with the cost of production in the country of origin plus a reasonable amount for administrative, selling and general costs and for profits (着重号为作者所加)。

② Panel Report, European Union—Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina, WT/DS473/R, circulated on 29 March 2016.

③ See Weihuan Zhou & Andrew Percival, “Panel Report on EU—Biodiesel: A Glass Half Full? —Implications for the Rising Issue of ‘Particular Market Situation’”, (2016) 2 (2) *Chinese Journal of Global Governance* 142, pp. 142–163.

④ Report of the Appellate Body, European Union—Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina, DS473.

据的,违反了国际法上的“情势变更原则”。根据 WTO《反倾销协定》第 11.2 条的规定,在反倾销调查结束、反倾销措施已经执行一段合理的时间之后,如果客观情势发生了变化并影响到原有反倾销措施的正当性时,有关利害关系方可以向进口国主管机关提出行政复审的请求。从以上规定我们可以看出,首先,这是利害关系方的一项程序上的权利。设立行政复审制度的最重要的理由是提供一个机会通过复审程序来审查倾销或实质性损害的效果是否依然存在,或已不复存在,并检视可预见的未来情况是否会发生变化。按照欧盟《反倾销基础条例》的规定,不仅出口商、进口商可以提起期中复审,而且成员国和欧盟生产商都可以提起期中复审。立法草案的这一规定实际上剥夺了以上这些利害关系方的一项程序权利。其次,这还关系到利害关系方的实体权利。行政复审制度一方面可以纠正反倾销主管机构可能作出的错误决定,另一方面可以及时对反倾销措施实施后出现的新情况作出新的裁定,以充分保护利害关系方的合法权利。这是国际法上“情势变更原则”在反倾销领域的具体体现。倾销计算方法是认定倾销是否成立以及倾销幅度的关键因素。倾销计算方法的改变势必会影响到倾销的认定和倾销幅度,最终影响到反倾销税率的高低。显然,倾销计算方法的改变将会影响到原来采取反倾销措施的正当基础。

## 五 结语

继《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条规定的适用于中国产品的“非市场经济待遇”15 年过渡期结束后,对欧盟反倾销法律制度的关注转移到了未来欧盟贸易救济立法的内容。通过以上对欧盟贸易救济立法草案的分析,我们看到,欧盟虽然取消了市场经济国家和非市场经济国家的划分,但并没有承认中国的市场经济地位,新的计算倾销的“替代成本”方法,实质上是继续沿用“类比国制度”这一“非市场经济待遇”,我国企业多年来受到的不公平待遇并没有得到改变。未来,欧盟仍然可以挥舞反倾销的大棒对中国产品采取歧视性待遇。表面上,欧盟对中国适用了多年的“非市场经济待遇”被迫终于偃旗息鼓,但同时,欧盟很快将用“严重的市场扭曲”“特殊的市场情况”给中国贴上新的“标签”,以寻求适用新的倾销计算方法的合法性。美国 2015 年修正的“贸易优惠拓展法案”规定了根据“特殊的市场情况”来运用类似于“非市场经济待遇”的倾销计算方法。在这一点上,欧盟实际上采取了与美国趋同的做法。<sup>①</sup>对这一趋势,我国反倾销实务部门和出口企业应该有清醒的认识。根据 WTO 的规则,新的计算方法的合法性受到质疑。目前,欧盟理事会已经对此草案通过了一致立场,正等待欧洲议会的最后审议通过。<sup>②</sup>立法草案一旦通过,我国应继续诉诸于 WTO 争端解决机制,挑战其合法性。

欧盟在其对外贸易政策文件中始终主张贸易自由化,特别是在中欧贸易关系中强调公平和开放的贸易政策。立法草案实质上却是向自由贸易主张的一种妥协。放眼全球,每一个经

<sup>①</sup> See Weihua Zhou & Andrew Percival, “Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ in WTO Anti-Dumping Law”, (2016) 19 (4) *Journal of International Economic Law* 863, pp. 863 – 892.

<sup>②</sup> 在对外贸易立法领域,欧盟理事会和欧洲议会共同行使立法权,欧盟委员会的立法动议必须获得欧盟理事会和欧洲议会的同意。

济体都面临着经济全球化带来的重大挑战。在经济全球化遭受质疑，贸易保护主义不断蔓延的国际经济背景下，立法草案传递的是一种消极的信号，是新保护主义思潮的体现。中欧双方应着眼长远，本着互利共赢的理念，突破羁绊，进一步推动中欧全面战略伙伴关系向前发展。

## The Calculation Methodology of Dumping after China's “Non-Market Economy Treatment” ——Analysis on the New Development of EU's Trade Remedy Legislation

*Jiang Xiaohong*

**Abstract:** On 9 November 2016, the European Commission published a Proposal for targeted changes to the EU anti-dumping and anti-subsidy regulations. The Proposal has been mandated by the expiry in December 2016 of parts of China's Protocol of Accession to the World Trade Organization (WTO), and the need for the EU to ensure continued compliance of EU legislation with WTO law. At the core of the amendments of the anti-dumping regulation is the use for WTO members of prices derived from constructed values in situations where there are 'substantial market distortions' in the country of export under investigation. This approach would replace the "analogue country methodology" which is currently applied to non-market economies like China under EU law. The new approach is country-neutral, non-discriminatory between WTO member states in law, however it would amount to prolonging the "analogue country methodology" under a new label. Such an approach, might be found WTO-inconsistent in the light of the recent findings of WTO cases. In addition, the transitional rules and the denial of review might also expose the EU to a legal challenge before the WTO. It is suggested that China resort to WTO dispute settlement once the final text is adopted.

**Keywords:** European Union, Trade Remedy, Dumping, Calculation Methodology

(责任编辑: 李西霞)