

## 四、损害及因果关系

### 反倾销中国内产业的认定：现状、不足与完善

张亮<sup>\*</sup>

【内容摘要】国内产业的认定是反倾销中的一个重要问题。尽管中国的相关立法和实践已较为完善，但仍存在以下不足：第一，缺乏合格生产者的认定标准；第二，缺乏是否排除关联当事方的具体标准；第三，地区产业例外的规定过于简单。中国有必要借鉴 WTO《反倾销协定》、美国等 WTO 成员方的相关立法和实践进行完善。

反倾销法意义上的损害是对进口国生产同类产品的国内产业所造成的损害。因此，在认定了同类产品之后，调查机关需要进一步认定国内产业的范围。那么如何认定国内产业？国内产业是否应包括所有的国内生产者？哪些生产者可以包括在国内产业之内？哪些国内生产者必须排除在国内产业之外？中国的相关立法和实践如何？存在哪些不足？如何完善？本文拟结合 WTO《反倾销协定》、美国等 WTO 成员方的立法及实践，对这些问题进行研究。

#### 一、国内产业的定义

WTO《反倾销协定》第 4.1 条规定，“就本协定而言，国内产业一词应解释为指同类产品的国内生产者全体，或指总产量构成同类产品国内总产量一个主要部分（a major proportion）的国内生产者”。<sup>1</sup>

对于何谓“一个主要部分”，《反倾销协定》对此并没有作出相应的解释。不过，在 2003 年的“阿根廷对巴西家禽征收反倾销税案”中，<sup>2</sup> 专家组指出：第 4.1 条并未将国内产业认定为构成国内全部产量的“主要部分”（the major proportion），而是认定为构成国内全部产量的“一个主要部分”（a major proportion）。这表明在全部的国内生产者中，可以存在多个主要部分。在存在多个主要部分的情况下，每个单独的主要部分并不必然超过 50% 的份额。因此，第 4.1 条并未要求成员方将国内产业认定为总产量超过全部国内产量 50% 份额的国内生产者。相反，把国内产业解释为产量占全部国内产量重大份额的国内生产者是可以的。<sup>3</sup>

<sup>\*</sup> 作者系中山大学法学院讲师。

<sup>1</sup> 有本比较权威的 WTO 规则译本将“a major proportion”翻译为“主要部分”，而不是“一个主要部分”，笔者认为这样翻译不妥，因为“a major proportion”与“the major proportion”是不同的。参见：石广生. 乌拉圭回合多边贸易谈判结果：法律文本 [Z]. 北京：人民出版社，2002.185.

<sup>2</sup> Argentina-Definitive Antidumping Duties on Poultry from Brazil, WT/DS241/R, adopted 19 May 2003.

<sup>3</sup> WT/DS241/R, paras. 7.329-7.330, 7.337-7.342.

中国《反倾销条例》的规定与《反倾销协定》的大致相同。《反倾销条例》第 11 条规定，“国内产业是指国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者”。但是，值得注意的是，第 11 条中使用了“主要部分”而非 WTO《反倾销协定》使用“一个主要部分”，这是否表明《反倾销条例》要求将国内产业认定为总产量超过全部国内产量 50% 份额的国内生产者呢？笔者以为，情况并不必然如此，原因如下：

第一，《反倾销协定》使用的是“a major proportion”，但商务部的译本将其翻译为“主要部分”，而非“一个主要部分”，<sup>4</sup> 虽然这样翻译可能不太妥当，但可以肯定的说，《反倾销条例》第 11 条中的“主要部分”一词实际上对应的就是《反倾销协定》所使用的“a major proportion”，而非“the major proportion”。

第二，原来 1997 年国务院颁布的《中华人民共和国反倾销和反补贴条例》第 10 条使用的是“大部分”的措词，而 2001 年底颁布的《反倾销条例》却用“主要部分”对“大部分”进行了替代。这表明“主要部分”并不等同于“大部分”。毫无疑问，大部分是指超过 50% 的份额。因此，主要部分并不必然指超过 50% 的份额。

第三，从“阿根廷对巴西家禽征收反倾销税案”专家组的裁决来看，《反倾销协定》第 4.1 条并未要求成员方将国内产业认定为总产量超过全部国内产量 50% 份额的国内生产者。而且，美国、欧共体等成员方的实践也不要求 50% 以上这个标准。因此，中国完全没有必要在认定国内产业时高标准严格要求自己。虽然在目前的所有案件中，所认定的国内产业的产量都超过了国内同类产品总产量的 50%，但这并不必然代表中国采用了 50% 以上的标准。调查机关仍可以在将来的案件中采用 50% 以下的标准来认定国内产业。<sup>5</sup>

还需要指出的是，在国务院法制办公室财政金融法制司所编的《中华人民共和国反倾销/反补贴/保障措施条例问答》一书中指出，“至于究竟生产者的总产量要达到多少才算是占国内同类产品总产量的主要部分？《反倾销条例》没有具体规定，理解时可以参照《反倾销条例》第 17 条关于申请人主体资格的有关规定”。<sup>6</sup> 笔者以为这种观点值得商榷。在“阿根廷对巴西家禽征收反倾销税案”中，专家组指出：《反倾销协定》第 5.4 条（与第 17 条的规定大体相同）所规定的标准只与申请者的资格有关，而与国内产业的认定无关。如果申请得到了占国内总产量 25% 的生产者的支持，那么这只是意味着申请是由代表国内产业的生产者提出。因此，总产量达到全部国内产量 25% 的生产者只是代表了国内产业，但并不必然构成国内产业。<sup>7</sup> 由此可见，《反倾销条例》第 17 条中的标准是代表国内产业而不是国内产业的标准。当然，既然法律没有规定何谓“主要部分”，从理论上讲，调查机关也可以采用第 17 条中的标准来认定国内产业。但是，从实践来看，目前尚无参照第 17 条的标准认定国内产业的先例。

## 二、国内产业的认定方法

从《反倾销条例》第 11 条的规定来看，国内产业既可以是国内同类产品的全部生产者，也可以是总产量构成同类产品国内总产量主要部分的国内生产者。

<sup>4</sup> 石广生. 乌拉圭回合多边贸易谈判结果：法律文本 [Z]. 北京：人民出版社，2002.185.

<sup>5</sup> 笔者 2004 年 12 月曾到商务部产业损害调查局规则处调研，该处工作人员也持这种观点。笔者以为，出现这种情况的原因可能在于中国对外国产品反倾销起步较晚，反倾销实践还不丰富。目前的案件基本上都是国内产业普遍遭受严重损害的案件。

<sup>6</sup> 国务院法制办公室财政金融法制司. 中华人民共和国反倾销/反补贴/保障措施条例问答 [M]. 北京：中信出版社，2002.28.

<sup>7</sup> WT/DS241/R, paras. 7.332-7.335.

换言之，在认定国内产业时，调查机关可以通过全部国内生产者或主要部分国内生产者这两种方法来认定国内产业。

既然调查机关可以采用两种方法来认定国内产业，那么这两种方法是否有先后次序之分？也就是说，是否调查机关必须先采用第一种方法，只有在第一种方法难以实现的情况下，才允许使用第二种方法，而且必须对第一种方法无法实现的原因进行说明。或者说，调查机关无需先采用第一种方法，即可径直采用第二种方法。

从第 11 条的措词来看，两种方法之间使用了“或”这个连接词，因此，这两种方法之间应该没有先后次序之分。换言之，在认定国内产业时，调查机关可以跳过国内同类产品的全部生产者，而直接使用总产量构成同类产品国内总产量主要部分的国内生产者这种方法。一般而言，调查机关如此认定国内产业不仅具有极强的可操作性——在实践中很难获得所有生产者的信息，也难以期望所有的生产者都来参加反倾销调查；而且更容易作出肯定性的损害裁决，因为这样认定的国内产业所包含生产者的范围将相对狭窄，更容易证明损害的存在。

从实践来看，调查机关一般直接把国内产业认定为总产量构成同类产品国内总产量主要部分的国内生产者。如在 2004 年“对原产于日本、韩国、美国和台湾地区的苯酚反倾销案”中，中国石油化工股份有限公司上海高桥分公司、中国石化北京燕化石油化工有限公司、中国石油天然气股份有限公司吉林化工销售中心、中国蓝星哈尔滨石化有限公司四户大陆申请企业是代表中国大陆苯酚产业提出反倾销调查的申请人。为确定中国大陆产业的范围，调查机关依法对这四户申请人的产业代表资格进行了审查，认定它们的苯酚合计产量已占中国大陆同类产品总量的 84%，立案后调查机关没有收到对该案申请人的反对者意见。据此，调查机关认定这四户企业构成中国大陆苯酚产业。<sup>8</sup>

### 三、国内产业认定的例外情况

一般情况下，正如《反倾销条例》第 11 条所规定的，“国内产业是指国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者”。但是，根据中国《反倾销条例》和《反倾销产业损害调查规定》的相关规定，在认定国内产业时，存在关联当事方、地区产业、产品线三种例外情况：

第一，关联当事方例外。依照《反倾销条例》第 11 条规定，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。《反倾销产业损害调查规定》第 13 条进一步规定，关联是指其中的一方直接或者间接地控制或影响另一方，或者双方直接或者间接地受第三方的控制或影响，或者双方共同直接地或者间接地影响第三方等情形。

从法律条文使用的“可以排除在国内产业之外”的用语来看，关联当事方并不必然被排除在国内产业之外。调查机关可以根据案件的具体情况，自由裁量是否排除关联当事方。那么在什么情况下排除关联当事方呢？法律没有作出明确的规定。从实践来看，调查机关在裁决中也没有对排除的理由进行说明，而且似乎有径直排除关联当事方的倾向。比如在“对原产于美国、日本、韩国的进口非色散位移单模光纤反倾销案”中，调查机关在裁决中指出，有一户企业与本案国外出口商有关联关系，因此，根据《反倾销条例》第 11 条规定，调查机关认定中国国内产业不包括该企业。<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 对原产于日本、韩国、美国和台湾地区的进口苯酚反倾销调查的终裁决定，中华人民共和国商务部公告 2004 年第 2 号，2004 年 2 月 3 日。

<sup>9</sup> 对原产于美国、日本、韩国的进口非色散位移单模光纤反倾销调查的最终裁定，中华人民共和国商务部公告 2004 年第 96 号，2005 年 1 月 1 日。

第二，地区产业例外。依照《反倾销条例》第 11 条的规定，在特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业。《反倾销产业损害调查规定》第 14 条进一步规定，在确定区域产业时，应当考虑以下因素：生产者在该区域市场出售全部或者几乎全部其所生产的同类产品；该区域市场的需求不是由或者大部分不是由国内其他区域范围的同类产品的生产者提供；其他因素。从实践来看，目前还没有把地区产业视为单独产业的案件。

第三，产品线例外。《反倾销条例》第 10 条规定，评估倾销进口产品的影响，应当针对国内同类产品的生产进行单独确定；不能针对国内同类产品的生产进行单独确定的，应当审查包括国内同类产品在内的最窄产品组或者范围的生产。《反倾销产业损害调查规定》第 12 条进一步规定，倾销进口产品对国内产业的影响，应当根据对国内同类产品生产的单独认定进行评估。如果根据生产工艺、生产者的销售和利润等标准不能对国内同类产品的生产与其他产品的生产分别认定，则可以根据包括国内同类产品在内的最窄产品组或产品范围的产品生产来确定进口倾销产品的影响，只要这种产品组或产品范围能够提供足够的信息。

上述规定在反倾销法上被称为产品线例外，其中最小产品组或产品类别就是所谓的产品线。<sup>10</sup> 在出现产品线例外的情况下，生产产品线的产业就是国内产业。相比而言，援引关联当事方和地区产业例外时，国内产业的范围比正常情况下的范围要窄；而援引产品线例外时，国内产业的范围比正常情况下的范围要宽，因为产品线例外则把国内产业扩大到包含同类产品的最小产品组或产品类别的生产，从而扩大了国内产业的范围。从实践来看，目前还没有有关产品线例外的案件。

#### 四、立法与实践之不足与完善

总体上来看，随着《反倾销条例》的不断修订，以及《反倾销产业损害调查规定》等规章的颁布，中国有关国内产业认定的立法与实践已较为完善。不过，仍存在以下不足需进一步完善。

##### （一）缺乏合格生产者的认定标准

从美国反倾销实践来看，并不是所有生产国内同类产品的厂商都合格成为反倾销法意义上的国内生产者。在认定一个厂商是否合格作为一个国内生产者时，国际贸易委员会审查该厂商在美国发生的、与生产相关活动的总体性质。国际贸易委员会通常考虑在这方面的六个因素：（1）该厂商资本投资的来源和程度；（2）在美国生产活动中所涉及的技术专长；（3）产品在美国增加的价值；（4）雇佣水平；（5）美国来源部分的数量和类型；（6）在美国发生的、直接导致同类产品生产的任何其他成本和活动。<sup>11</sup>

从中国目前的反倾销实践来看，调查机关在所有的案件中都把生产国内同类产品的厂商认定为国内生产者。笔者认为，这种做法不太科学，也不利于有效地保护国内产业，实际上有些生产国内同类产品的厂商并没有在中国从事足够的生产活动，不应被认定为反倾销法意义上的国内生产者。这些厂商的利益与国内生产者的不相同，把它们纳入国内生产者的范围，不利于对遭受倾销损害的国内产业的保护。鉴此，在今后的反倾销案件中，中国调查机关有必要借鉴美国的做法，

<sup>10</sup> VERMULST, EDWIN. Antidumping Law and Practice in the United States and the European Communities: A comparative Analysis [M]. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1987.542.

<sup>11</sup> Static Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea and Taiwan, Inv. Nos. 731-TA-761-762 (Final), USITC Pub. 3098, April 1998.

通过对上述因素的审查来认定一个厂商是否合格作为一个国内生产者。

### （二）缺乏是否排除关联当事方的具体标准

依照《反倾销条例》第 11 条规定，调查机关可以把关联当事方排除在国内产业之外。但从实践来看，如前所提，调查机关似乎有径直排除关联当事方的倾向。而且国务院法制办公室财政金融法制司所编的《中华人民共和国反倾销/反补贴/保障措施条例问答》一书也指出，“需要注意的是，这里（《反倾销条例》第 11 条）虽然用的是‘可以’，但联系上下文来看，此处的‘可以’应理解为‘应当’。”<sup>12</sup>

笔者以为，这种实践做法以及观点都值得商榷。首先，法律明文规定的是“可以”，这就意味着调查机关可以根据案件的具体情况自由裁量是否在国内产业中排除关联当事方。其次，法律中根本不存在把“可以”理解为“应当”的下上文。<sup>13</sup> 就连 WTO《反倾销协定》也没有规定一定要排除关联当事方。最后，一概排除关联当事方既不合理，也不利于对国内产业的保护。试想如果某国内同类产品的主要生产者出于某种原因进口一定数量的被调查产品，但其主要利益在于国内生产，而且是反倾销调查的申请人或支持者，那么在这种情况下把它排除在国内产业之外根本没有道理，既不利于反倾销调查的提起，也不利于调查机关调查国内产业的实际受损情况。

因此，调查机关在案件中不应一概排除关联当事方，而是应该根据案件的具体情况决定是否排除关联当事方的适当情况。就此而言，可以借鉴美国的做法。美国反倾销法允许国际贸易委员会在存在适当情况时，从国内产业中排除与被调查产品出口者或进口者有关联的，或自身是进口者的生产者。此一排除属于国际贸易委员会根据个案提交事实的自由裁量权。从实践来看，在判定是否存在排除关联当事方的适当情况时，国际贸易委员会审查的主要因素包括：（1）可归于进口生产者的国内生产比例；（2）生产者决定进口被调查产品的原因，即该生产者是否受益于进口产品，或是否该生产者为了能继续生产和在美国市场竞争而必须进口；（3）生产者与剩余产业相比的地位；（4）进口和美国关联生产者生产的比率；（5）关联生产者主要的利益在于国内生产还是进口。<sup>14</sup>

### （三）地区产业例外的规定过于简单

关于地区产业例外，相比《反倾销协定》的要求，中国反倾销法律的规定过于简单，有以下两处地方需要进一步完善。

第一，按照《反倾销协定》第 4.1 条规定，认定倾销对地区产业造成损害的条件为：（1）倾销进口产品集中进入该孤立的地区市场。（2）倾销产品正在对该市场中全部或几乎全部产品的生产者造成损害。

《反倾销条例》第 11 条和《反倾销产业损害调查规定》第 14 条只是规定了确定地区产业应考虑的因素，却没有对认定倾销对地区产业造成损害的条件进行规定。因此，将来如果碰上这类案件，调查机关就会无法可依，如果任意自由裁量，则很可能违反《反倾销协定》第 4.1 条的上述规定。鉴此，有必要参考《反倾销协定》第 4.1 条的上述规定，在《反倾销条例》第 11 条中增加以下规定，“在此种情况下，则可认为存在损害，即使全部国内产业的主要部分未受损害，只要

<sup>12</sup> 国务院法制办公室财政金融法制司. 中华人民共和国反倾销/反补贴/保障措施条例问答 [M]. 北京: 中信出版社, 2002.28.

<sup>13</sup> 笔者实在无法推断该书所指《反倾销条例》中的上下文究竟为何。

<sup>14</sup> *Torrington Co. v. United States*, 790 F. Supp. 1161, 1168 (Ct. Int'l Trade 1992), *aff'd without opinion*, 991 F.2d 809 (Fed. Cir. 1993). *Melamine Institutional Dinnerware from China, Indonesia, and Taiwan*, Inv. Nos. 731-TA-741-743 (Final), USITC Pub. 3016, Feb. 1997.

倾销进口产品集中进入该孤立市场，且只要倾销产品正在对该市场中全部或几乎全部产品的生产者造成损害”。

第二，依照《反倾销协定》第 4.2 条的规定，在把国内产业认定为地区产业时，原则上只能对供该地区最终消费的进口产品征收反倾销税。但由于很多成员方的宪法性法律规定只能在全国范围内征收反倾销税，而不能只对运往某一地区的倾销产品征收反倾销税，因此，《反倾销协定》第 4.2 条进一步规定在此种情况下进口成员方可以不受限制地在全国范围内征收反倾销税，但必须给予出口商停止出口或价格承诺的机会，而且不得仅对供应该地区的特定生产者的产品征收。

虽然中国的宪法性法律没有明文规定反倾销税只能在全国范围内征收，<sup>15</sup>但实际上反倾销税作为关税的一种，在中国只能在全国范围内征收，不可能只对运往某一地区的倾销产品征收反倾销税。因此，在把国内产业认定为地区产业的情况下，中国可以不受限制地在全国范围内征收反倾销税，但依照《反倾销协定》第 4.2 条的规定，调查机关必须给予出口商停止出口或价格承诺的机会，而且不得仅对供应该地区的特定生产者的产品征收。

显然，《反倾销条例》和《反倾销产业损害调查规定》缺乏类似于《反倾销协定》第 4.2 条的相关规定，因此有必要在《反倾销条例》第 11 条加入以下规定，“在依据地区产业确定损害的案件中，应当给予出口商停止以倾销价格向有关地区出口或做出价格承诺的机会，如果调查机关最终决定征收反倾销税，那么反倾销税不能仅对供应该地区的特定生产者的产品征收”。

---

<sup>15</sup> 与美国《宪法》不同，中国《宪法》根本没有涉及到国家的基本征税制度。