

六、证据采用

WTO 判例法对反倾销调查中使用“可获得事实”的审查

* *

王雪华 包晓波

反倾销协定第 6.8 款规定，如利害关系方不允许使用或未在合理时间内提供必要的信息，或严重妨碍调查，调查机关可在“可获得事实（facts available）”基础上作出裁决。

第 6.8 款还规定在适用本款时应遵守附件 2 的规定。附件 2 主要内容如下：

- （1）调查机关有义务详细说明所要求提供的信息，提供信息的方式，以及关于如果提供信息不符合要求将使用“可获得事实”的警告；
- （2）调查机关在一定程度内可指定提交信息的媒介和计算机语言；
- （3）如果利害关系方提供的信息是可核实的、是适当提交且可用于调查而无不当困难的、并且是及时提供的，则调查机关应当使用所提供的信息；
- （4）在利害关系方已尽了最大努力的情况下，如果只是所提供的信息不是在所有方面都理想，调查机关不得因此拒绝接受该信息；
- （5）调查机关有义务告知其拒绝接受所提供的信息的原因，并给予解释的机会；且在不满意解释的情况下，应以书面形式说明理由；
- （6）在使用第二来源的信息时，调查机关有谨慎核实的义务；若利害关系方不配合而使调查机关无法获得信息的情况下，可导致对该方不利的结果。

第 6.8 款和附件 2 规定了反倾销调查过程中调查机关和利害关系方在调查机关基于“可获得事实”作出裁定方面的权利和义务。在具体的反倾销调查中，关于调查机关是否有权使用“可获得事实”，以及是否正确使用“可获得事实”，经常发生争议，有的已经被提交至 WTO 争端解决机构。在对这些争端的审理过程中，WTO 争端解决机构的专家组和上诉机构依据第 6.8 款和附件 2 的规定对调查机关使用“可获得事实”的情况作了审查和裁定，并对第 6.8 款和附件 2 的规定作了相应的解释。本文按照到目前为止这些争端案件涉及到的第 6.8 款和附件 2 的不同方面，依次对专家组和上诉机构的裁定和解释进行了引述，并作了适当的分析或评论，希望能够对企业应诉反倾销、政府进行反倾销调查以及参与 WTO

*作者系北京环中律师事务所主任律师。

*作者系北京环中律师事务所律师。

争端解决过程有参考价值。

（一）反倾销协定第 6.8 款和附件 2 的关系

反倾销协定第 6.8 款规定：

“如任何利害关系方不允许使用或未在合理时间内提供必要的信息，或严重妨碍调查，则初步和最终裁定，无论是肯定的还是否定的，均可在可获得的事实基础上作出。在适用本款时应遵守附件 2 的规定。”

第 6.8 款明确规定在适用本款时遵守附件 2 的规定。在 *US – Hot-rolled Steel (DS184)* 争端案中，上诉机构认为第 6.8 款通过规定“在适用本款时应遵守附件 2”，实质上将其提及的附件 2 的条款并入了第 6.8 款。¹ 这表明，第 6.8 款和附件 2 共同构成了关于在反倾销调查中使用“可获得事实”的规则。

在 *US – Steel Plates (DS206)* 争端案中专家组也从侧面表明了第 6.8 款和附件 2 之间的关系。在该案中，美国提出附件 2 中使用的词是“should”而不是“shall”，所以附件 2 的要求是非强制性的。专家组认为，第 6.8 款规定的“在适用本款时应（‘shall’）遵守附件 2”所使用的是“shall”，由此可见附件 2 是强制性规定，否则将会变成“强制性地要求遵守其本身属于非强制性的规定”，就毫无意义了。²

（二）反倾销协定第 6.8 款 和附件 2 所体现的基本原则

在解决涉及使用“可获得事实”的争端的过程中，专家组和上诉机构阐明了反倾销协定第 6.8 款和附件 2 所包含的基本原则。

在 *US – Hot-rolled Steel (DS184)* 争端案中，专家组指出，整个反倾销协定所体现的基本原则之一就是确保实现在事实上作出客观裁决的目的，而第 6.8 条和附件 2 将该目的进一步提升，确保在调查机关即使不能获得“最优”信息的情况下，其裁决也是基于事实作出的，尽管可能那是“次优”的事实。³

在 *Egypt – Rebar (DS211)* 争端案中，专家组指出，第 6.8 款是解决调查机关可能会遇到的一个两难问题的，即他们必须用数据计算正常价值和出口价格，但有关方又没有提供必要的信息。于是第 6.8 款指明了在什么样的情况下调查机关可以通过依赖他们本来可从有关方得到的事实解决缺乏信息的问题。⁴ 该专家组认为，附件 2 是关于确保调查机关根据第 6.8 款所使用的“可获得事实”的可靠性。

¹ WT/DS184, 上诉机构报告, 第 75 段

² WT/DS206, 专家组报告, 第 7.56 段

³ WT/DS184, 专家组报告, 第 7.55 段

⁴ WT/DS211, 专家组报告, 第 7.146 段

从以上专家组的解释可以看出，反倾销协定关于使用“可获得事实”的规定的目的是在调查机关无法及时得到必要信息，或者得到的信息显然不可靠的情况下，使调查机关能够克服信息缺陷问题以顺利完成调查。可以说使用“可获得事实”是为了让调查机关克服困难的，而不是象有人理解的是对不合作的应诉方的惩罚性措施。

（三）“可获得事实”和“最佳可获得信息”

反倾销协定第6.8款授权调查机关在不能从利害关系方获得必要信息的情况下使用“可获得事实”。该款还规定在适用本款时应遵守附件2的规定，而附件2的标题是“关于第6.8款的最佳可获得信息”。考虑到第6.8款和附件2之间的关系，可以认为第6.8款的“可获得事实”实质上即附件2标题中的“最佳可获得信息”。

在 *Mexico – Beef and Rice (DS295)* 争端案中，专家组显然认为“最佳可获得信息”中的“最佳（best）”一词具有十分重要的含义。专家组认为，附件2使用“**最佳**可获得信息”这样的表述，表明信息不仅仅正确或有用即可，而是必须是可获得的“最适当”的信息，即相比较之下**最好**的信息。⁶ 专家组的观点得到上诉机构的支持。⁷

这样看来，即使调查机关在有权使用“可获得事实”的情况下，也不得随意采用信息，其采用的必须是可获得的信息中**最佳**的。

（四）调查机关应明确告知要求提供的信息

反倾销协定附件2第1段规定：

“调查一经发起，调查主管机关应尽快详细列明要求任何利害关系方提供的信息，及利害关系方在其答复中组织此类信息的方式。主管机关还应保证该方意识到，如信息未能在合理时间内提供，调查机关将有权以可获得的事实为基础做出裁定，包括在国内产业提出的发起调查的申请中包含的事实。”

第6.8款与附件2第1段结合起来，规定了在使用“可获得事实”的情况下，调查机关在要求利害关系方提供“必要信息”方面的权利和义务。如同专家组在 *Egypt – Steel Rebar (DS211)* 争端案中所解释的，一方面，调查机关有权确定哪些是其调查所需的必要信息，另一方面，调查机关有义务迅速、准确地告知有关利

⁵ 同上，第7.154段

⁶ WT/DS295，专家组报告，第7.166段

⁷ WT/DS295，上诉机构报告，第289段

害关系方需提供的信息。⁸

在*Mexico – Beef and Rice (DS295)*争端案中，墨西哥调查机关将反倾销调查问卷发给四个已知的美国出口商，并对它们裁定分别的反倾销幅度，但是对所有其他未被调查的美国出口商基于“可获得事实”裁定一个较高的倾销幅度。专家组和上诉机构认为，该案中未被调查的那些美国出口商没有收到调查机关要求提供有关信息的通知，对它们使用“可获得事实”计算倾销幅度不符合附件2第1段和第6.8款。⁹

墨西哥提出，它已将反倾销调查的立案通知和调查问卷递交给了美国驻墨西哥的使馆，根据反倾销协定第 6.1.1 款的脚注 15，出口国外交机关有义务将调查国进行反倾销调查的情况通知其本国的出口商。但是上诉机构认为，脚注 15 的规定虽然提到问卷发给应诉方或递交到出口国外交机关的时间，这并不表示出口国政府是否有义务使其本国出口商或生产商知悉反倾销调查的情况。¹⁰

可见，如果调查机关事先没有通知利害关系方提供信息，就不得以利害关系方未提供信息为由对之使用“可获得事实”。而且，从上诉机构在 *Mexico – Beef and Rice (DS295)* 争端案中的解释来看，将立案通知或问卷发给出口国的政府并不等于已经通知了该国的出口商，如果在这样的情况下出口商没有提交答卷，调查机关不得视之为不合作，也不得对之使用“可获得事实”。

（五）“适当地提交”信息

Argentina – Poultry (DS241) 争端案涉及到当应诉方提交信息未能遵循调查国法律规定的程序时，调查机关可否对之使用“可获得事实”。

在该争端涉及的反倾销调查过程中，阿根廷调查机关要求应诉方按照其行政程序法履行认证手续。有一个应诉方未履行该手续，调查机关决定不采用该应诉方提交的信息，而代之以“可获得事实”。

在审理该问题时专家组提到反倾销协定附件2第3段的规定，“所有适当地提交，在调查过程中可被使用而不会有过分困难的信息...在作出裁决时应予以考虑”。专家组认为上述规定中的“适当地提交”，意思包括应当遵循调查国关于程序方面的法律规定；如果应诉方提交信息不遵守调查国程序法的规定，可被视为不是“适当地提交”，调查机关可不采用所提交的信息。¹¹

（六）提交信息的及时性

⁸ WT/DS211，专家组报告，第 7.55 段

⁹ WT/DS295，上诉机构报告，第 260, 261 段。

¹⁰ 同上，第 263 段

¹¹ WT/DS241，专家组报告，第 7.191 段

反倾销协定附件2第3段规定，如果利害关系方所提供的信息符合一定的条件，调查机关就应当采用。条件之一是信息是“及时”提供的。

在*US – Hot-rolled Steel (DS184)*争端案所涉及的反倾销调查中，两个日本应诉方未能在美国调查机关规定的期限内提供某项数据，但后来分别在实地核查前14天和9天提供了数据。美国调查机关以应诉方未能按要求在规定的期限内提供信息为由不采用所提供的信息，而是使用“可获得事实”。日本认为，虽然两个应诉方在规定的期限之后提供信息，但仍然是合理的时间内，根据反倾销协定附件2第3段的规定，美国调查机关能使用所提供的信息，不致有过分的困难。

专家组认为，根据反倾销协定附件2第3段，如果提供的信息在时间上允许调查机关进行实地核查，通常就应该被接受，除非这样会妨碍调查机关在协定规定的期限内完成调查；¹²在本案中，两个应诉方提供了信息，虽然是在调查机关规定的期限之后，但是调查机关还是有足够的时间进行实地核查和计算倾销幅度。专家组认为在这样的事实情况下，一个无偏见的客观的调查机关不会得出应诉方没有在合理时间内提供信息的结论。¹³

上诉机构支持专家组的观点。但上诉机构又指出，他们不是认为美国调查机关在任何情况下都无权拒绝应诉方所提供的信息，而是无权仅仅凭信息的提交超过其所规定的期限就拒绝接受该信息。¹⁴

与上述争端案件的情况相反，在*Korea – Paper (DS312)*争端案中，专家组认为韩国调查机关拒绝接受延迟提交的两个应诉方的关联贸易企业的财务报表是正当的。在所涉及的反倾销调查中，调查机关在问卷中要求应诉方提交关联贸易公司的财务报表，并且在实地核查之前以及实地核查过程中又提出该要求，但是应诉方在核查之后才提供。专家组认为，核查在反倾销调查中是一个很关键的步骤，调查机关通过核查检验其用来作为裁决基础的信息的完整性和准确性；如果因为应诉方延迟提交信息而迫使调查机关不得不再次进行核查，是不公平的。¹⁵

（七）不得因部分信息未提供或不被接受而不考虑其他信息

在*United States – Steel Plates (DS206)*争端案中，印度质疑美国调查机关以应诉方提供的某些其他信息不可靠为由，拒绝接受应诉方提供的出口价格信息，违反反倾销协定第6.8款以及附件2第3和第5段。

专家组注意到，反倾销协定附件2第3段规定，利害关系方提出的所有符合条件的信息，调查机关都应采用。专家组认为美国调查机关以应诉方提供的部分信息不可靠为由拒绝接受其他符合条件的信息，违反了上述规定。¹⁶

¹² WT/DS184，专家组报告第 7.55 段（脚注略）

¹³ 同上，第 7.57, 7.59 段

¹⁴ WT/DS184，上诉机构报告，第 89 段

¹⁵ WT/DS312，专家组报告，第 7.52 段

¹⁶ WT/DS206，专家组报告，第 7.79 段

另一方面，专家组也认识到不同的信息之间有可能是相互联系的，部分信息未提供或者有问题，有可能影响到其他信息的可用性。但是，专家组认为这并非意味着只要某些“重要的”信息有问题，调查机关就可以拒绝接受所有的信息。¹⁷ 调查机关应进一步考虑一个问题，即是否部分信息存在问题会导致其他信息不符合反倾销协定附件2第3段所设定的条件。¹⁸ 如果答案是肯定的，那么调查机关有权拒绝所提供的信息而代之以“可获得事实”；但是，如果答案是否定的，调查机构就必须使用符合附件2第3段条件的那部分信息。

与此相似，在*Guatemala – Grey Portland Cement (DS156)*争端案中，专家组认为调查机关不能以应诉方未提供有关调查期部分阶段的信息为由，而对整个调查期都使用“可获得信息”。¹⁹

（八）应诉方“已尽其所能”的效果

反倾销协定附件2第5段规定：

“即使提供的信息并非在各方面都理想，但是这并不能使主管机关有理由不采用该信息，只要利害关系方已经尽其所能。”

在*Egypt – Steel Rebar (DS211)*争端案中，专家组认为在考虑调查机关采用利害关系方提供信息的义务方面，反倾销协定附件2第5段应同第3段结合起来理解。就应诉方提供的信息是否可核查而言，“非常高质量的信息，虽然不算完全理想，不应被认为不可核查”；以及“只要利害关系方配合调查的诚信程度是高的，信息具有微小瑕疵不得以不可核查为由拒绝接受”。²⁰

但另一方面，附件2第5段并非给应诉方保证，只要“已尽其所能”，其所提供的信息就不会被拒绝接受。如专家组在*Egypt – Steel Rebar*争端案中所述，“即使，以其可能的真诚意愿，利害关系方已尽其所能地试图遵从调查机关对提供信息的要求，这样的事实本身并不能禁止调查机关就其要求的信息使用‘可获得事实’。这是因为，利害关系方在提供某些信息方面做出努力的程度，并不必然与所提供信息的实际质量相关，无论如何这不是唯一的决定因素”。²¹

在*United States – Steel Plates (DS206)*争端案中，印度主张即使利害关系方提供的信息在一定程度上不符合附件2第3段的条件，如果利害关系方已尽其所能，则调查机关应在第5段下面予以考虑，进而采用该信息。专家组不予支持。专家组认为难以要求调查机关仅因为提供信息者已尽其所能而必须使用不符合附件2第3段条件的信息。²² 专家组表示附件2第5段不是要求对不符合第3段条件的信

¹⁷ 同上，第 7.60 段

¹⁸ 同上，第 7.61 段

¹⁹ WT/DS156，专家组报告，第 8.255 段

²⁰ WT/DS211，专家组报告，第 7.161 段

²¹ 同上，第 7.242 段

²² WT/DS206，专家组报告，第 7.64 段

息予以采用，而是要求对符合第3段条件但不是完全理想的信息不得拒绝接受。²³

（九）调查机关使用“可获得事实”在程序上的义务

反倾销协定附件2第6段规定调查机关在使用“可获得事实”的情况下，在程序上应履行的义务：

“如证据或信息未被接受，则应将理由通知提供方，并提供在合理时间内作出进一步解释的机会，同时适当考虑调查的时限。如主管机关不满意该解释，则应在公布的裁定中列出拒绝该证据或信息的理由。”

上述规定包含三点要求：（1）应将拒绝接受信息的原因告知信息提供者；（2）应给予信息提供者解释的机会；（3）如果对解释不满意，应在公布的裁决中说明不接受信息的理由。

在*Argentina – Ceramic Floor Tiles (DS189)*争端案中，专家组除了裁定调查机关使用“可获得事实”违反反倾销协定第6.8款之外，还裁定违反附件2第6段，因为调查机关未告知应诉方，未给予解释的机会，也未在裁决中公布理由。²⁴

在*Egypt – Steel Rebar (DS211)*争端案中，调查机关向两个应诉方发了函，告知将不接受部分所提供的信息，并就此给予进一步解释的机会，但另外又要求提供一些新的信息，后来应诉方根据该函要求提供的新的信息又被调查机关拒绝接受，且调查机关没有就此通知应诉方。专家组认为，对于按调查机关要求提供的新的信息，调查机关如果拒绝接受的，仍然应当按照反倾销协定附件2第6段的要求履行通知等义务。²⁵

在*Mexico – Steel Pipes and Tubes (DS331)*争端案中，专家组认为墨西哥调查机关在核查报告中有关“（调查机关）可能基于其可获得的事实作出裁决”的表述不符合反倾销协定附件2第6段规定的通知义务。专家组认为，附件2第6段所要求的不是一般性地陈述使用“可获得事实”的可能性，而必须是明确的通知，并且说明理由。²⁶ 同样在该案中，专家组认为调查机关向有关方提供5天时间对核查报告提出评论意见，不等于附件2第6段所规定的给予解释的机会。²⁷

在*Korea – Paper (DS312)*争端案中，印尼主张反倾销协定附件2第6段赋予利害关系方提供进一步证据的权利，专家组不予支持。专家组认为附件2第6段是要求调查机关给信息被拒绝接受的利害关系方一个机会以解释为什么其信息应当被采用，但不是要求调查机关给利害关系方再次提交信息的机会。²⁸ 在该案中专家组还裁定，如果利害关系方不提供调查机关要求的信息，则无权指控调查机

²³ 同上，第 7.65 段

²⁴ WT/DS189，专家组报告，第 6.50, 6.67, 6.74, 6.79 段

²⁵ WT/DS211，专家组报告，第 7.261 段

²⁶ WT/DS331，专家组报告，第 7.188 段

²⁷ 同上，第 7.189 段

²⁸ WT/DS312，专家组报告，第 7.85 段

关违反附件2第6段。²⁹

（十）调查机关使用“可获得事实”时应“特别慎重”

反倾销协定附件2第7段规定调查机关在使用“可获得事实”时应“特别慎重”：

“如主管机关的调查结果，包括对正常价值的调查结果，只能依据第二来源的信息，包括在发起调查的申请中提供的信息，则应特别慎重。在此类情况下，如可行，主管机关应自行用来自其他独立来源的信息核对，例如公布的价格表、官方进口统计、海关报表以及调查期间自其他利害关系方获得的信息...”

在*Korea – Paper (DS312)*争端案所涉及的反倾销调查中，两个印尼应诉方没有按韩国调查机关的要求提供他们共同的关联贸易企业CMI的销售、一般和管理（SG&A）费用以及财务费用数据，调查机关因此使用了“可获得事实”，其中关于SG&A费用采用的是另外一个被调查的贸易商A公司的数据，而关于财务费用采用的是A的关联公司B公司的数据。印尼认为，调查机关就CMI的上述两项费用使用“可获得事实”时，违反了反倾销协定附件2第7段规定的“特别慎重”的义务。首先，调查机关掌握经过核查的两个应诉方的相关信息，从中可以得出CMI的财务和SG&A费用，然而调查机关使用的是有关A公司的数据，而不是两个应诉方的数据，与附件2第7段的规定不符。其次，关于CMI的两项费用，调查机关在SG&A费用上使用A公司的数据，而在利息费用上却不用A公司的数据而是使用B公司的数据，这样夸大了CMI的利息费用，因为A公司和CMI一样是贸易公司，而B公司是生产性企业，因此CMI的费用同A公司的情况比较相似，而与B公司则差异较大。

对于印尼的第一点主张，专家组认为调查机关所使用的A公司的数据也是经过核查的，这样的使用没有不符合附件2第7段的规定。³⁰

对于印尼的第二点主张，专家组表示有理由认为有关生产的财务费用会比有关销售的财务费用高，调查机关在使用其他公司的数据替代被调查公司的数据时，应当考虑被调查公司和数据来源公司之间的相似性和差异性。³¹虽然专家组不是从总体上调查机关不得使用生产企业的利息费用来代替贸易企业的利息费用，只要那样做有合理的解释，³²但在本案中，专家组没有看到关于为什么调查机关在掌握了与被调查公司更为相似的A公司的数据的情况下，仍然使用一个不相似的B公司的数据的任何解释。专家组认为这样做违反了附件2第7段中规定的调查机关在使用“可获得事实”时应特别慎重的义务。³³

在同一案件中，一个应诉方没有提交关于正常价值和出口价格的信息，调查机关对此使用了申诉方提供的信息。印尼认为调查机关没有将这些信息同独立来

²⁹ 同上，第 7.131 段

³⁰ WT/DS312，专家组报告，第 7.105 段

³¹ 同上，第 7.110 段

³² 同上

³³ 同上，第 7.111 段

源的信息进行印证，违反了反倾销协定附件2第7段的规定。韩国认为没有必要进行印证，因为这些信息本身就出自独立、可靠的来源，比如韩国海关统计信息和韩国贸易投资促进署。

专家组指出，他们没有什么特定的理由怀疑申诉方提供的信息来源的可靠性，但根据反倾销协定附件2第7段的规定，调查机关有义务履行一个程序上的步骤，确认信息的可靠性。³⁴

（十一） 应诉方不合作以及因此承担的不利的结果

反倾销协定附件2第7段规定，如利害关系方不合作而使调查机关不能获得有关信息，可导致对该方不利的结果。

在*US – Hot-rolled Steel*争端案所涉及的反倾销调查中，调查问卷要求将涉案产品卖给美国关联企业的应诉方提供关于在美国的转售价格和再加工成本，以便计算推定出口价格。一个日本应诉方KSC的美国关联企业CSI本身是该反倾销案的申诉方。KSC向调查机关提出它无法从CSI处获得有关的信息，调查机关认为KSC没有尽其所能从取得信息，因而使用对KSC不利的“可获得事实”计算其倾销幅度。日本认为美国的做法不符合反倾销协定第6.8款及附件2的规定。

在该争端中双方争议的不是调查机关能否使用“可获得事实”，而是能否使用“对应诉方不利的可获得事实”。专家组指出，根据反倾销协定附件2第7段的规定，只有在利害关系方不合作的情况下，才允许使之承担不利的结果。³⁵

专家组引述了词典上关于“合作（cooperate）”的定义：“work together for the same purpose or in the same task.”³⁶ 专家组注意到本案应诉方KSC的关联公司CSI本身是该反倾销案的申诉方，因此双方的利益有冲突。虽然KSC有可能通过行使股东权利迫使CSI提供信息，这样的行动会不可避免地破坏关联公司之间的关系。因此专家组认为调查机关关于KSC未尽其所能取得信息的结论，远远超越了对附件2第7段规定的“合作”义务的合理理解；调查机关据此认为KSC不合作，不是一个公正、客观的调查机关所作的结论。³⁷

上诉机构支持专家组的观点，并作了进一步论述。注意到附件2第7段没有规定调查机关有权要求利害关系方进行合作的程度，上诉机构参考附件2的上下文，尤其是第5和第2段，认为这些条款反映了调查机关和出口商之间的一种微妙的平衡，即一方面，为了完成调查，调查机关有权期待被调查的出口商进行很高程度的合作——“尽其所能”；另一方面，调查机关无权对出口商要求一个绝对的标准，或者施加不合理的负担。³⁸ 上诉机构还提及反倾销协定第6.13款的规定：“主管机关应适当地考虑利害关系方...在提供所要求的信息方面遇到的困难，并应提

³⁴ 同上，第 7.125 段

³⁵ WT/DS184，专家组报告，第 7.71 段

³⁶ 引用自 New Shorter Oxford English Dictionary, WT/DS184，专家组报告，第 7.73 段

³⁷ WT/DS184，专家组报告，第 7.73 段

³⁸ WT/DS184，上诉机构报告，第 102 段

供可行的协助。”上诉机构认为该规定强调了“合作”是一个涉及双方共同努力的过程，如果调查机关不予适当考虑利害关系方遇到的真实的困难，就不得责难利害关系方不合作。³⁹ 基于上述解释，并考虑该反倾销调查中的事实情况，上诉机构认为美国调查机关似乎期望KSC穷尽任何可能的手段以取得所要求的信息，⁴⁰ 这不是对“合作”的合理解释。⁴¹

（十二） 不提供足够详细的非保密摘要不导致使用“可获得事实”

在*Argentina – Ceramic Tiles (DS189)*争端案中，阿根廷调查机关以应诉方不为保密信息提供完整的非保密摘要为由使用“可获得事实”，欧盟认为不符合反倾销协定第6.8款和附件2的规定。阿根廷认为，只有在按照反倾销协定第6.5.1款的规定为保密信息提供了足够详细的非保密摘要的情况下，调查机关才能基于保密信息作出裁决；出口商如果未能提供足够详细的非保密概要，就是拒绝提供必要信息，严重阻碍调查，调查机关就有权根据第6.8款使用“可获得事实”。

首先在事实方面，专家组认为在该反倾销案中出口商提供了详细的非保密摘要。并且，专家组认为反倾销协定第6.5.1款并没有规定调查机关可以仅凭非保密摘要不够详细而拒绝采用保密信息。⁴²

（十三） 基于“可获得事实”确定的倾销幅度不得用来计算未被调查出口商的倾销幅度

此问题涉及反倾销协定第6.8 款和 9.4款。

反倾销协定第9.4款规定：

“如主管机关已依照第 6 条第 10 款第 2 句限制其调查，则对来自未被调查的出口商或生产者的进口产品征收的反倾销税：

(i) 不得超过对被调查的出口商或生产者确定的加权平均倾销幅度；

.....

但主管机关应忽略任何零幅度、微量幅度和在第6.8款所指的情况下确定的幅度。”

（注：6条第10款第2句是关于抽样调查）

在*US – Hot-rolled Steel Products (DS184)*争端案中，日本认为第9.4款明确规定在抽样调查的情况下计算未被调查企业平均倾销幅度时，基于按6.8款规定用“可获得事实”确定的倾销幅度应排除在外。但是美国反倾销立法（1930年关税法修订版）第735(c)(5)条规定仅排除完全基于“可获得事实”得出的倾销幅度，按此规定部分基于“可获得事实”得出的倾销幅度仍用于计算未被调查出口商的

³⁹ 同上，第 104 段

⁴⁰ 同上，第 108 段

⁴¹ 同上，第 109 段

⁴² WT/DS189，专家组报告第 6.38 段

平均倾销幅度。日本认为这样的规定不符合反倾销协定第9.4款。

专家组指出反倾销协定第9.4款清楚地规定“**任何**”在第6.8款所指的情况下确定的倾销幅度都不得用以计算未被调查出口商的倾销幅度，从该规定里，看不到任何关于只有**完全**使用“可获得事实”得出的倾销幅度才不得用以计算未被调查的出口商的倾销幅度的内容。因此，专家组认为美国反倾销立法的规定不符合反倾销协定第9.4款。⁴³ 另外，专家组也认识到美国提出的在实践中存在一个问题，即在被分别调查的出口商的倾销幅度都是（部分或者完全）使用“可获得事实”得出的情况下，该如何确定未被调查出口商的倾销幅度？专家组认为这是反倾销协定中的一个空白点，但这并不阻碍WTO成员遵守反倾销协定的义务。⁴⁴

上诉机构支持专家组的观点，并通过对9.4款宗旨的分析作了更进一步的论证。上诉机构认为第6.8款授权调查机关通过弥补被调查出口商提供信息的缺陷作出裁决，并允许使不合作的利害关系方承担不利结果；但另一方面，第9.4款寻求防止**未被要求**合作的出口商因被调查出口商提供信息缺陷而“连坐”受损害；而如果对未被调查的出口商确定倾销幅度时，使之受到针对提供信息有缺陷的出口商的基于“可获得事实”（即使是部分地）确定的倾销幅度的影响，那么上述第9.4条的第二方面的宗旨就会受到削弱。⁴⁵

从上诉机构对9.4款的解释来看，并结合前面第（四）部分关于调查机关不得对没有收到问卷的出口商使用“可获得事实”的分析，美国和欧盟等国家或地区在对中国产品实施反倾销措施时，对所有未发给问卷的出口商基于“可获得事实”裁定一个统一的最高反倾销税率（即“China-wide rate”）的做法，不符合第6.8和9.4款。尽管这和“非市场经济地位”相联系而使问题变得复杂，至少美国和欧盟做法的合法性是值得质疑的。

（十四）调查机关不得用“事后理由（*ex post justification*）”抗辩

在*Guatemala – Grey Portland Cement (DS156)*争端案中，危地马拉认为其调查机关在反倾销调查过程中使用“最佳可获得信息”计算出口商的正常价值是正当的，理由之一是出口商拒绝提供部分成本和销售数据。但是，专家组注意到危地马拉的上述说法与其调查机关在终裁中所说的理由不一致。调查机关在终裁中表示基于不能核实出口商提交的数据而使用“最佳可获得信息”，而非出口商未提供成本和销售数据。专家组认为，即使危地马拉向专家组指出的这些另外的情况能说明使用“最佳可获得信息”是正当的，这样的“事后理由”不能成为专家组评估危地马拉调查机关在调查过程中的行为的依据，专家组仅限于考虑调查机关在调查过程中所提出的理由。⁴⁶

⁴³ WT/DS184，专家组报告第 7.90 段

⁴⁴ 同上，专家组报告脚注 71

⁴⁵ WT/DS184，上诉机构报告，第 123 段

⁴⁶ WT/DS156，专家组报告第 8.245 段