

# 论美国对华特保措施 调查中的行政惯例\*

王 诚

**摘 要:**美国国际贸易委员会发起的对华特别保障措施调查以 1974 年贸易法第 421 条为法律依据。由于 421 条款内容简略,国际贸易委员会必须通过法律解释和创立行政惯例的方式才能对案件作出裁决。在美国的行政领域,行政惯例虽然不是法的渊源,但由于行政程序中“正当法律程序”的要求,行政惯例对行政机关的裁决仍有一定拘束力。针对行政惯例受到行政机关高度尊重和确信但又并非法源的特点,中国企业应区分不同类型的行政惯例并准备相应的对策。

**关键词:**特保措施调查;行政惯例;拘束力;对策

**中图分类号:**DF3 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-1894(2009)06-0027-07

2009 年 9 月 11 日,美国总统奥巴马宣布,对从中国进口的所有小轿车和轻型卡车轮胎实施为期 3 年的惩罚性关税。这是奥巴马总统上任以来发起的首例对华特别保障措施案件,也是美国总统第一次确定对中国产品采取特保措施。美国政府实施的这一惩罚性关税,据报道将使中国轮胎彻底被阻挡在美国之外,同时使中国的相关产业约 10 万人面临就业难题。而且,紧随美国之后,巴西、阿根廷、印度等国都将展开针对中国轮胎的反倾销调查。<sup>①</sup>可以想见,美国的此次特保措施对中国轮胎产业可能会造成灾难性的影响。

奥巴马总统的最终决定,是根据美国国际贸易委员会(International Trade Commission,以下简称 ITC)于 2009 年 6 月 29 日提出的对中国特定轮胎产品征收惩罚性关税的建议而作出的。依据美国法律的规定,特保措施的采取需要经历 ITC 初裁和总统决定两个阶段。相比较而言,ITC 的调查和初裁阶段主要是法律方面的应诉,而总统决定则具有更为浓厚的政治色彩。本文将聚焦于 ITC 的特保措施调查和初裁过程,拟从行政惯例的视角,对 ITC 在特保案件审查中法律适用与事实认定方面的一些习惯性思路与做法进行总结与分析,并就中方应采取的对策作一点粗浅的思考。

## 一、行政惯例在特保措施调查中的作用

美国对华所采取的特别保障措施,与美国针对中国纺织品的特别保障措施和 WTO 法律

\* 本文系上海市教委第 5 期重点学科“国际贸易法”(编号 J51204)的阶段成果。

体系下的保障措施在法律依据、调查主体和调查程序上均有所不同。就其法律依据而言,特保措施的直接法律依据是美国1974年贸易法的第421条款(Section 421, Trade Act of 1974)。早在中国加入WTO之前,中美两国于1999年11月达成有关中国入世的协议。根据这一协议,美国制定了2000年的中美关系法(U.S.—China Relations Act of 2000),并依据该法对1974年贸易法进行修正,增加了对中国产品实施特别保障措施的421条款。<sup>②</sup>

然而,421条款由于其规定内容过于简略,条款中的一些重要概念,如“国内产业”、“快速增长”以及“实质损害”等等,并没有得到立法者的明确解释,这给ITC在具体案件审查中如何适用421条款带来了很大困难。事实上,对条款中这些关键性的不确定概念作何种解释,以及如何运用这些概念来涵摄案件事实,无疑会直接影响到ITC的裁决结果。甚至可以说,对这些不确定概念的界定才是特保案件审查的关键所在。

通过对已公布的6起特保措施案件报告的总结概括,可以看出,ITC主要运用了参考1974年贸易法其他条款对相同或相近概念的解释、参考相关条文的立法历史以及法理分析等方式,对“同类或直接竞争产品”、“国内产业”、“快速增长”、“实质损害及实质损害的威胁”、“明显原因”等重要而关键的概念进行了分析与阐释。具体如下:

(1) 在“同类或直接竞争产品”的概念上,ITC使用了贸易法第202条立法历史中对该概念的定义;

(2) 在“国内产业”的概念上,贸易法第202条对这一名词作出了解释,其定义为ITC所引用;

(3) 在“快速增长”的概念上,ITC借鉴了贸易法第406条立法历史的解释;

(4) 在“实质损害”的概念上,ITC引用了1930年关税法第七部分对“实质损害”的解释。同时,ITC还采用了1974年贸易法第406条的立法历史中将“实质损害”与“严重损害”进行对比的内容,从而更为精确地界定了“实质损害”的程度;

(5) 在“实质损害的威胁”概念上,ITC适用的是贸易法第202条关于“威胁”的定义。

必须指出,421条款形成于中国入世这一特定的历史背景下,是美国专门针对中国产品所采取的限制措施,自2002年1月1日起方始生效。<sup>③</sup>在这之前,ITC从未有过运用421条款裁决案件的先例。因此,在最初的几起对华特保措施案件中,ITC首先需要对421条款进行充分解释以建立一个能够用于指导案件裁决的法律框架。在这一过程中,ITC引用1974年贸易法中相关条款的定义以及对立法历史的参考来阐明相关概念的含义,事实上,这便是在创立行政先例。上述先例一旦形成,就会对后续的其他案件产生拘束力,在之后的特保案件中该法律框架就会自动得以沿用,从而形成ITC在特保措施案件法律适用上的行政惯例。

解决了法律框架的问题并不意味着ITC在特别保障措施案件的审查中就会一帆风顺。在案件事实认定方面的众多具体细节上,ITC同样需要运用自己对相关立法精神的理解、对法律原则的阐释甚至是对各方利益的综合衡量,不断形成某种决断,从而弥补成文法律的不足,顺利完成对案件的裁决工作。这种案件细节上的决断,如果针对的是特保措施调查中普遍存在的共性问题,则一旦在某个案件中率先被采用,同样会构成行政上的先例,并自然而然地在后续案件中为执法人员所沿用,最终成为行政机关作出事实认定时的一种通例或习惯性做法。从ITC最近数个对华特保措施的调查报告中就可以看出,委员会的行政惯例已经与法律框架一起,构成了ITC案件裁决的基本规则依据。

## 二、特保措施调查中的行政惯例

通过对ITC已公布的6起对华特保措施案件报告的仔细研读,不难发现,ITC在这6起案件中已经成功创立了为数不少的行政惯例,这些行政惯例对于ITC顺利适用421条款裁决特保案件,发挥了相当重要的作用。

具体而言,ITC在特保案件裁决中所确立的行政惯例主要有如下一些:

(1)在确定何为“国内产业”时,ITC引用了贸易法第202条(c)款(6)项(A)目(i)对“国内产业”的解释,并将其细化为两个具体步骤,即首先确定哪一产品和被调查产品是同类或直接竞争关系;其次,确定谁在生产这一产品(即“国内产业”)。<sup>④</sup>这一做法自轴架传动装置案和衣架案开始,并在以后的案件中得以沿用,形成ITC在确定“国内产业”时的习惯做法。另外,在作出何为“同类或直接竞争”产品的事实性裁定时,ITC则沿用了202条款下全球性保障措施案件中形成的行政惯例,主要从产品的物理特性、海关待遇、制造过程、用途和产品销售渠道等方面进行判断。并且,ITC一旦发现国内存在同类产品,它就不会再进一步去认定国内是否还存在直接竞争产品。

(2)在界定“快速增长”时,由于421条款自身未对何为“快速增长”、增长的时间以及增长的具体环境等问题作出回答,因此ITC根据其对贸易法第406条立法历史的解释,在轴架传动装置案和衣架案中确立了对“快速增长”的理解,并在刹车鼓与刹车盘一案中作出了较为精确的描述。ITC认为法律所要求的“快速增长”,“应该发生在最近或在持续中,而非在遥远的过去。”而衡量增长的快速程度,ITC认同第406条立法历史的观点,指出有下列3种方式中的任一种情形即可满足:当增长集中在一年内时通过一个相对剧烈的增长;在一个2~3年较长的时期内通过一种稳定、并不十分剧烈的增长;或是在进口上下波动之后有一个快速急剧的增长。<sup>⑤</sup>ITC的上述观点在后续几起案件中一直坚持使用。可以说在“快速增长”的解释问题上,十分典型地反映出ITC在特保案件中创立行政先例并作为行政惯例使用的一个完整过程。

(3)在认定自中国进口产品是否构成“快速增长”时,有一个问题即美国生产商自中国进口或购买的产品是否应该计入进口量。申诉方与被申诉方在这个问题上意见截然相反。被申诉方认为,ITC应该将国内生产商的进口作为国内产业的一部分,如果将这部分从进口数据中扣除,那么调查期内的进口数量就只有轻微的增长。很显然,是否支持被申诉方的这一诉请对“快速增长”的最终认定有重要影响。这一问题首先在衣架案中出现,由于没有任何法律或立法历史可以作为裁决依据,因此只能依赖于ITC的行政裁量判断。最终ITC以法律未作授权规定和以往保障措施案件中无此先例为理由,拒绝了被申诉方的请求并作出了否决性意见,仅把它作为最终裁决的斟酌因素之一。<sup>⑥</sup>该问题不久之后在刹车鼓与刹车盘案中再次出现,ITC沿用了上述决定。

(4)在界定“实质损害”及“实质损害的威胁”时,ITC采纳了贸易法第406条立法历史的观点,认为“实质损害”所代表的损害程度要更低于贸易法第202条规定的“严重损害”。另外,ITC还认为在分析“实质损害”时,应该在相关商业周期和竞争条件下考虑所有与产业状况相关的经济因素。这其中,除了第202条(c)(1)(A)中的3个宽泛指标外(生产设备的闲置、厂家无法在合理的利润率上经营以及失业与未充分就

业),其他相关的经济因素也应予以考虑,如产量、销售、库存、生产力及生产力的利用率、市场份额、就业、工资、生产率、利润、资本支出、研究和发展开支等。对上述经济因素与指标的考察必须是综合性的,任何一个单独的因素都不具有决定性意义。<sup>⑦</sup>自轴架传动装置案确立了对实质损害及其威胁的这一分析框架后,ITC在后续每一个特保措施案件中都坚持了该分析方法。

(5)根据421条款的规定,在某些情况下如果ITC确认或否决了已有情况,便无须再就后面的条件是否达成进行分析,但ITC在裁决过程中则习惯于就案件作全方位剖析。例如,在确定市场扰乱时,法律要求应同时符合3个条件:快速增长、国内产业遭受损害或损害威胁、增长与损害或损害威胁之间有明显的因果关系。一旦前面有条件被否认,即无须再对后面的其他条件继续分析。但是,ITC总是习惯于在裁决报告中逐一指出上述每个条件是否成立。只有在案件事实极为清楚,上述3个条件中前两个条件不论哪个都明显不可能达成的情况下,ITC才会省略对其他两个条件的分析。<sup>⑧</sup>因此,这也是ITC在特保措施案件中形成的重要惯例之一。

### 三、行政惯例的拘束力特点及相应对策

#### (一) 行政惯例的拘束力特点

ITC作为美国联邦政府之下一个独立的、半司法性行政管制机构,肩负有广泛的贸易领域调查、政策建议与咨询的权力,发起对华特保措施调查是其法定职责之一。通过自2002年以来多个对华特保案件的调查与裁决,ITC已经有效地确立了一系列行政惯例,为解释421条款中的大量不确定性法律概念,填补制定法的空白和漏洞起到了十分重要的作用。因此,我们有必要提高对行政惯例的重视,全面、正确地认识美国在国际贸易行政领域的行政惯例。

按照行政法学的通说,行政惯例指的是行政上同一或具有同一性的事项,经过长期的、一般的、继续的且反复的施行,已成为行政措施的通例。<sup>⑨</sup>行政惯例就其本质而言,是“行政自我拘束原则”的体现,这种“自我拘束性”,要求行政机关在作出行政决定时,对于相同或具有同一性的事件,如果没有正当理由则必须受到行政先例的约束,否则即违反了平等原则而构成违法。“行政自我拘束原则”来自于大陆法系,其理论基础是宪法上的平等原则、依法行政原则、信赖保护原则以及诚实信用原则。在英美法系,虽然没有与之对等的原则,但类似观念并不缺乏,早已存在于相应的法治原理之中。根据“自然正义”原则和“正当法律程序”,行政机关必须坚持行政公平,给予人民平等保护,也即同等情况下相同对待,不同情况则区别对待。<sup>⑩</sup>

事实上,行政机关之所以遵守先例,将行政惯例作为自己行政决定作出的依据,还有着深刻的心理学基础。著名心理学家弗洛伊德就曾指出,人的心理中普遍存在着因循守旧、侧重过去的倾向。“如果人们对组织活动的方式与解决相同问题的方式,总是不停地重新考虑,不断地推翻,那么就显然会把一种过于沉重的负担(从长远观点来看是一种无法忍受的重负)强压在人的身上。”<sup>⑪</sup>因此,人们总是倾向于重复先前的成功经验,将业已确立的规则作为自己作出行为的准则。惯例与传统、道德规范、法律规范一样,正是人们行为的



准则之一。对于行政机关而言,行政惯例一经形成就构成其行为的规则。所以,行政决定受惯例的影响和拘束,既符合社会公众的心理预期,也是行政体制合理运转的必然要求。<sup>⑩</sup>

不过,即使是在强调遵守先例的英美法系国家,先例之于司法机关和行政机关的拘束力也是有所差异的。以美国为例,判例在美国的司法制度中具有法源地位,法院在审判事实基本相同的案件时必须遵守先例。但是,行政机关无须受到遵守先例原则的约束。由于行政事务的变迁速度极快,行政机关需要更多的自由空间,通过政策调整以适应新形势和新情况。因此,先例在行政领域并不是法的渊源。行政先例与行政惯例对行政机关的决定作出(decisionmaking)确有一定的拘束力,但这种拘束力并非来自其法源的地位,而更主要是来自于行政程序中“正当法律程序”的要求。行政决定可以不遵循先例与惯例,但必须说明理由,不能任意忽视先例的存在。“没有理由的区别对待,可能被法院认为是专横的行为而撤销。”<sup>⑪</sup>也就是说,不遵守先例和惯例的行政决定,在司法审查中会被法院以“专横、恣意”(arbitrary and capricious)的标准而认定为违法。

## (二) 相应对策

美国法律中行政惯例对于行政决定所具有的这种特殊的约束效力,对于我们正确认识特保措施案件中行政惯例的作用与意义具有相当的启发性。特保措施调查是ITC运用美国国内国法的结果,从裁决所使用的程序到最终决定的作出,ITC无不是以美国联邦行政程序法和1974年贸易法为依据和准绳。因此,中国企业如果要利用法律手段维护自己的正当权益,不仅应积极应诉,努力参与特保案件的调查,更重要的是充分理解特保措施调查在程序和实体上的法律依据,掌握美国行政部门运作的特点,并真正领会其法律体系中细微精妙之处。唯此,方能保证自身利益得到最大限度的保障。

就行政惯例而言,根据其受到行政机关高度尊重和确信但又并非是法源的特点,我们应区分不同情形,然后有针对性地提出相应对策。

首先,中国企业必须在相关行业协会和政府部门的大力协助下,积极主动地参与每一起特保措施案件。否则,由于我方缺席或申辩不力而使ITC在某一争议点的判断上形成对我们不利的结论,不仅会直接影响到该次裁决的结果,其作为先例并形成惯例后,也会使后续的其他特保措施案件深受其害。

其次,面对不利于我方的行政惯例时,应尽力将案件事实与先例相区别,争取将惯例的不利影响减少到最低限度。正如美国法院在遵循先例作出审判时要受到一定条件约束一样,ITC适用行政惯例来指导案件的调查也必须遵守一个前提,即本案与先例之间在事实上有高度的趋同性。然而没有任何两个案件的事实是完全相同的,美国的律师与法官在避免适用自己不愿接受的先例时,总会尽量指出两个案件中事实方面的一致之处。反之,则会努力将两案的事实等同以求能适用先例。这种思路和做法,非常值得我们在ITC适用行政惯例时加以借鉴。

第三,对已经结案的特保措施调查案件应认真研读ITC发布的报告,总结其中对我方有利的行政惯例,作为今后其他特保案件中我方可资利用的有力武器。需要指出的是,421条款本身就是美国对华贸易歧视的产物,ITC在特保案件裁决的过程中“很好”地掌握了这一立法精神,以非常宽松的标准对421条款的多个关键性不确定概念进行解释。因此,要从ITC的行政裁决中找出对我方有利的行政惯例难度很大。但是,这并不意味着我们应

就此放弃。事实上,如果仔细考察ITC的裁决,还是能够寻找到些许对我方有利之处。

举例来说,ITC在其发布的特保案件裁决报告中,均会附上有不同意见委员的观点,其中有些便相对较为公正。对此,我们应充分加以利用以争取创立对我方有利的行政先例,并最终发展为ITC的行政惯例。譬如,在特保第一案——轴架传动装置案中,时任ITC主席的Deanna T. Okun便提出了她的不同意见,Okun认为美国的国内产业并未受到实质损害或面临实质损害的威胁。Okun的核心理由是作为申诉方的国内生产商Motion Systems Corporation虽然向ITC提交了公司财务资料以表明受到巨额亏损,但是却未能说明自己在财务资料中所使用的资金分配方案具有合理性,并且其财务报告未经审计。如果换一种分配方案来看财务资料的话,该公司仍然保持相当的盈利能力。在各种分配方案之间,很难确切地判断哪一种方案更为合理,Motion Systems只不过是选择了对自己有利的一种方案而已。在这种情况下,Okun选择了另一种思路,转而考察企业的销售税收(sales revenue)、毛利能力(gross profitability)和营业获利能力(operating profitability)等指标。通过考察,Okun发现企业仍然保持着相当健康的状态,并且在考察期间企业还经历了非同寻常的市场需求与大多数经济指标的增长。鉴于在该行业内Motion Systems占据了统治地位,因此它的财务状况也就代表了国内产业的健康程度。基于上述详尽的分析,Okun得出了国内产业未受损害的结论。<sup>①</sup>

在ITC的其他委员看来,只要企业的资金分配方案看上去是可行的,就不用再质疑企业的财务数据了,但Okun主席显然采用了一种更为严格的审查标准。毫无疑问,Okun对申诉方财务资料的审查思路与方法更为公正合理的,有利于遏制美国企业滥用421条款,随意提出特保措施调查的申请以维护自己市场地位的不正当做法。虽然在后续的其他特保案件中并没有再遇到类似问题,不过Okun主席的这种严格审查财务资料的思路值得引起重视。在今后的特保案件中,作为被申诉方的中国企业尤其要重点考察、分析对方所提交的财务资料证据,并要求ITC采用更为合理的严格审查标准。如果能将这一审查标准发展为ITC的行政惯例,显然在认定“市场扰乱”方面对中方是极为有利的。

#### 四、结 语

综上所述,ITC基于调查结论所作出的裁定虽然不是行政终局决定,具体制裁措施尚需经过总统批准,但其重要性却不言而喻。如果中国企业能够在法律应诉阶段胜出,无疑可以大大节约中国政府的外交成本。总体上,ITC的特保措施调查与裁决虽然问题很多,但基本仍是在法律框架下进行,并能够遵循基本的法治原则。因此,研究如何运用相关的法治原理和法律手段主张权利、积极应诉,仍有相当的必要性。本文对ITC特保调查中行政惯例的讨论,或许能为中国企业参与特保措施调查提供一点新的思路。同时还需指出的是,本文对行政惯例的讨论及其结论,亦可适用于由ITC负责提起的对华纺织品特保措施调查以及1974年贸易法第201、204条款下其他种类的贸易调查。

(作者单位:上海对外贸易学院)

注 释:

① 付辉:《奥巴马的轮胎特保案试验》,载《21世纪经济报道》2009年9月16日第24版。

- ② 详见陈卫东:《美国对中国保障措施及特保措施案例解析》,对外经济贸易大学出版社2005年版,第28、29页。
- ③ 参见高永富:《浅析美国总统布什对华特别保障措施案的否决》,载《国际商务研究》2006年第4期,第23页。
- ④ 参见 Pedestal Actuators From China, Investigations No. TA-421-1 (Determination) (Publication No. 3557; November 2002), 第5页。2009年7月5日最后访问。
- ⑤ 参见 Brake Drums and Rotors From China, Investigations No. TA-421-3 (Determination) (Publication No. 3622; August 2003), 第15页。2009年7月5日最后访问。
- ⑥ 参见 Steel Wire Garment Hangers From China, Investigations No. TA-421-2.1 (Determination) (Publication No. 3575; February 2003), 第11页。2009年7月5日最后访问。
- ⑦ 参见 Pedestal Actuators From China, Investigations No. TA-421-1 (Determination) (Publication No. 3557; November 2002), 第13页。2009年7月5日最后访问。
- ⑧ 参见 Uncovered Innerspring Units From China, Investigation No. TA-421-5(Publication 3676; March 2004), 第13页。2009年7月5日最后访问。
- ⑨ 参见城仲模主编:《行政法之一般法律原则》,台湾三民书局1994年版,第249页。
- ⑩ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第二版),北大出版社、高教出版社2005年版,第78页。
- ⑪ [美] E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第228页。
- ⑫ 参见周佑勇、尹建国:《行政裁量的规范影响因素——以行政惯例与公共政策为中心》,载《湖北社会科学》2008年第7期,第138页。
- ⑬ 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第527页。
- ⑭ 参见 Pedestal Actuators From China, Investigations No. TA-421-1 (Determination) (Publication No. 3557; November 2002), 第31~38页。2009年7月5日最后访问。

## On Agency Practice in U.S. Investigations of Special Safeguard Measures to China

WANG Cheng

**Abstracts:** The investigations of special safeguard measures to China initiated by the U.S. International Trade Commission are based on Section 421 of the Trade Act of 1974. As the Section 421 is too simple, International Trade Commission has to make legal interpretation and establish agency practice to make determinations. In U.S., although agency practice is not a source of law, requested by "Due Process" in administrative procedures, agency practice still has a kind of binding force to agency decisions. Since agency practice is highly respected and believed by agency but in the meantime not a source of law, Chinese enterprises should classify from different types of agency practice and prepare for the corresponding strategies.

**Key words:** investigations of special safeguard measures; agency practice; binding force; corresponding strategies