

国家责任视角下的贸易救济“牵连化”现象研究

赵海乐

(吉林大学, 吉林 长春 130012)

摘要: 近年来, 美欧贸易救济措施频频与第三国发生牵连。欧盟在反补贴调查中将第三国政府给予本国投资者的财政资助视为东道国的国家行为; 美国在反倾销调查中将第三国原材料价格“偏低”作为“特殊市场情形”的认定事由, 事实上赋予被调查国维护本国“完美”竞争市场的义务。上述做法直接违反了当前补贴规则对补贴主体的认定方式, 也与反倾销规则中“适当比较”要件直接冲突。此种现象的成因在于, 在全球产业链分工到价值链分工的过程中, 现行贸易规则无法满足美欧利益需求, 且美欧并无重新构建规则的能力。对此, 我国需澄清国家责任的构成要件, 以免此问题对国家主权与“一带一路”倡议实施形成阻碍。我国有必要在现行规则体系下强调“适当比较”规则的重要作用, 但不宜引领新规则的制定。

关键词: 补贴; 财政资助; 特殊市场情形; 国家责任

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 04-0074-12

一、缘起：美欧贸易救济措施与第三国发生“牵连”

在国际经济法中, 绝大多数贸易措施的实施客体均以特定国家或特别关税区为对象, 具有不言自明的地域性。例如, 最惠国待遇的受益方往往以“国籍”为划分标准, 而进口税、进口配额等贸易限制措施也同样以“国”为计算单位。自然人、法人依其国籍而行使权利和承担责任, 全球流动的商品同样依其“经济国籍”——原产地接受规制。贸易救济措施的实施也同样如此。除保障措施是针对全球范围内的同类产品而不需区分其国籍之外, 根据《反倾销协定》第 2.1 条, 倾销是指从一国出口到另一国的产品出口价格在正常贸易过程中低于出口国同类产品可比价格; 反倾销调查因而仅应与出口国一国存在关联。同理, 在《补贴与反补贴措施协定》第 1.1 条中, 补贴也被定义为“在一成员领土内由政府或任何公共机构提供的财政资助”; 第 2.1 条进一步强调, 补贴的专向性是指“授予当局专向性地给予管辖范围内的某个企业”。由此, 补贴的授予当局仅可能是拥有属地管辖权的该国合法政府。

此种地域性限制不论是从经济层面还是从法律层面来讲均有其必然性。一国政府的经贸法律和政策通常并不具有域外效力, 其竞争规则、宏观经济战略、国内与边境税收措施等通常也仅以本国市场为规制目标。以一国市场作为贸易措施的指向

作者简介: 赵海乐, 吉林大学法学院副教授, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 教育部社科基金后期资助项目“贸易救济措施中被调查国的政策空间研究”(项目编号: 21JHQ071)。

客体将有利于公平评估该国政策对经济的客观影响。不仅如此,生产要素通常会在一国海关关境之内自由流动。以国境为边界界定相关市场将有利于公平界定商品原产地(刘滢泉,2019)。也正是基于此,国家间经贸摩擦通常体现为双边摩擦,贸然采取对第三国产生影响的贸易措施(如美国的“次级制裁”)通常会引起国际社会的强烈反对(杨永红,2019)。

然而,2017年以来,美欧贸易救济措施的最新发展却突破了这一地域性限制,频频将第三国引入两国间的贸易摩擦。一方面,美国商务部在2017年4月对韩国油井管反倾销行政复审中首次裁定,由于来自中国的热轧钢大量进入韩国,导致韩国热轧钢市场存在扭曲;这与韩国政府对热轧钢生产提供补贴、韩国政府控制电力市场、热轧钢与油井管厂商存在战略联盟等因素共同构成《2015年贸易优惠扩展法(TPEA)》中的“特殊市场情形(PMS)”,因而采用结构价格的方式计算反倾销税。^①在该案中,申请人极力主张,特殊市场情形存在的重要原因是韩国政府已经给予中国市场经济待遇且并未对油井管生产的重要原材料热轧钢进行任何贸易救济措施。^②此种思路相当于变相赋予韩国政府对华热轧钢反倾销的义务,而美国对韩反倾销措施则相当于追究韩国政府“不作为”责任。美国商务部在此案中对上述主张不置可否,但此后在对印度、泰国钢铁制品反倾销中却明确采纳了此种思路。另一方面,2019年6月,欧盟在对埃及玻璃纤维织物反补贴案中首次将中国政府给予苏伊士经贸合作区企业的贷款视为埃及政府给予该区域企业的补贴,并援引《国家对国际不法行为的责任条款草案》第11条“经一国确认并当作其本身行为的行为”,认为埃及政府积极参与“一带一路”合作的行为构成对中国政府给予企业补贴的确认,因而中国政府给予企业的补贴完全可以视为埃及政府的行为,这符合反补贴调查中对于“政府”这一要件的要求。^③

上述两方面的贸易救济最新进展在国际社会已经引起了高度关注。在各国官方与非官方媒体对此热议的同时,已有不止一个国家在WTO公开对此提出质疑。^④美欧的上述措施固然属于贸易救济的滥用,但从国家责任的角度看,贸易救济措施将第三国或第三国企业的行为纳入考量范畴是否意味着被调查国有义务对第三国行为承担责任?在全球价值链分工日渐紧密的今天,此种责任的泛化不能不让人警惕。

二、美欧贸易救济的“牵连化”现象综述

(一) 显性牵连: 欧盟反补贴调查对国家责任的归因

将第三国牵连进贸易救济调查最典型的案例是欧盟2020年6月对埃及的反补贴

①② Issues and Decision Memorandum for the Final Results of the 2014~2015 Administrative Review of the Antidumping Duty Order on Certain Oil Country Tubular Goods from the Republic of Korea, April 17, 2017.

③ Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776 of 12 June 2020 Imposing Definitive Countervailing Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt and Amending Commission Implementing Regulation (EU) 2020/492 Imposing Definitive Anti-dumping Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt.

④ WTO Members Exchange Views on Rise in Anti-dumping Actions [EB/OL]. https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/anti_10may17_e.htm. (2017-04-17).

调查案。此案最引人关注的法律争议是欧盟对补贴提供者的认定。由于此案中财政资助的提供者并非埃及的中央或地方政府,而是中国政府给予中国在埃及投资的企业融资便利。因此,欧盟对埃及进行反补贴调查的前提是必须将补贴提供者身份由中国政府“转化”为埃及政府。对此,欧盟首要的论证方案是根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》第11条“经一国确认并当作其本身行为的行为”,^①认定中国政府的行为已为埃及政府确认并“当作其本身的行为”。欧盟对此的论证逻辑如下:

首先,欧盟认为,中国政府具有对驻埃及企业提供财政资助的故意。欧盟在反补贴报告中表示,中国对苏伊士经贸合作区的财政资助是中国政府的公开政策。苏伊士经贸合作区的建立是中国“一带一路”倡议的重要组成部分,而对“走出去”企业的政策支持又是“一带一路”倡议的细化方案。2015年《国务院关于推进国际产能和装备制造合作的指导意见》明确规定中国政府将给予投资企业优惠贷款,通过银团贷款、出口信贷、项目融资等方式,为合作项目提供融资支持,其中明确提及“丝路基金”等为企业融资提供便利的项目。^②

其次,欧盟主张,埃及政府对中国政府提供财政资助的行为表示赞许与配合。欧盟对此列举了一系列证据:2012年,埃及莫尔西总统访华时就公开宣称欢迎中国资本进入埃及;2013年,埃及计划部确认,中国在苏伊士经贸合作区的财政资助对埃及产业升级具有重要作用;2014年埃及塞西总统表示,埃及愿意与中国进行合作开发苏伊士运河走廊、苏伊士经贸合作区等,并愿意吸引中国企业到埃及投资。这些因素足以证明埃及政府认可中国政府给予财政资助的行为。^③

最后,欧盟认为,埃及政府已对本案中的财政资助进行背书(endorse),这足以证明埃及政府有意将财政资助视为自己的政府行为。欧盟主张,2016年《关于苏伊士经贸合作区的协定》第1条规定,埃及明确接受中国在苏伊士经贸合作区内企业和与该区域经营相关的行为适用中国法律,并接受中国将苏伊士经贸合作区在法律上定性为“海外投资区”,且给予区域内企业财政与政策支持。埃及官员还持续参与了合作区三级磋商机制,其任务在于协调与促进相关财政机构,包括但不限于银行、保险与基金机构为区域内企业提供信贷、帮助其获得更多融资渠道。相关合作协议还要求埃及政府官员尽最大努力执行中国激励政策与埃及法律。^④欧盟认为,埃及对此认可足以证明中国对政府给予中资企业的优惠政策可被确认为埃及政府的行为。^⑤

除了《国家对国际不法行为的责任条款草案》第11条之外,欧盟还试图从《补贴与反补贴措施协定》第1条对补贴的定义中为其行为寻找合法性渊源。欧盟主张,一国政府完全可以通过私人机构提供财政资助,只需政府委托(entrust)或指示

①② Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776 of 12 June 2020 Imposing Definitive Countervailing Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt and Amending Commission Implementing Regulation (EU) 2020/492 Imposing Definitive Anti-dumping Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt, paras. 688-689, 691.

③ Ibid, para. 690.

④ Ibid, para. 695.

⑤ Ibid, paras. 693-694.

(direct)私人机构从事某种行为;而且,政府行为与私人机构的行为之间具有“可证明的关联(demonstrable link)”。欧盟因此主张,中国政府提供财政资助的行为与埃及政府存在清晰、明确的关联。^①

这一基于“委托”的思路与上一个基于国家责任的思路对中国与埃及的关系界定截然相反。在国家责任视角下,欧盟将中国视为行为主导者、将埃及视为行为接受者;在“委托”视角下,欧盟将埃及政府视为主导者、将中国政府视为受委托提供财政资助的一方。两种思路的主从关系是截然相反的。不仅如此,这一思路的缺陷还在于,或许是由于《补贴与反补贴措施协定》并不打算处理一国委托另一国提供补贴的情形,其第1条中被委托的对象只可能是私人机构而非主权国家,而中国政府无论如何不可能等同于“私人机构”。欧盟对这一思路一笔带过,并未详细论证。

(二) 隐性牵连: 美国反倾销调查中的国家责任

反倾销调查是一国针对来自另一国产品进行的贸易救济调查,理论上不应与第三国产生关联。不过,在全球价值链日益整合的今天,一国出口的产品不可避免地含有来自他国的原材料,这也是美国在反倾销调查中与第三国产生牵连的原因所在。

迄今为止,美国在反倾销调查中与第三国产生牵连的全部案例均是根据其2015年《贸易优惠扩展法》关于“特殊市场情形”的规则展开,其中第504条规定,“如果特殊市场情形的存在导致原材料、加工或者其他生产过程的成本无法精确反映正常贸易过程当中的生产成本,那么,调查机关就可以采用(除国内市场价格之外的)其他计算方式。”^②在此之前,美国贸易救济法中虽有“特殊市场情形”的相关规定,但应用实例寥寥无几。2015年对此重申代表的更多是制度的重新启用(Yun, 2017)。自2017年4月韩国油井管反倾销行政复审开始,美国大规模适用特殊市场情形规则。在个案中,美国认定特殊市场情形存在的依据,既包括“被调查国国内缺乏非关联交易”“被调查国政府给予补贴”“被调查国政府控制原材料价格或供给”等较为传统的因素,也包括一项全新的原因——被调查国政府未能有效对抗他国商品疑似倾销的大规模涌入,因而导致该国国内市场混乱、某种原材料价格不正常压低。例如,在韩国耐蚀钢案中,美国商务部就认为,特殊市场情形的构成因素之一是国际钢铁产能过剩导致韩国境内热轧钢价格被人为压低。此种现象的成因之一是来自中国的热轧钢以“不公平贸易”的方式大量进入韩国,这些热轧钢存在倾销、补贴与其他市场扭曲情形,但韩国政府对此没有采取任何贸易救济措施,这直接导致了韩国热轧钢市场的特殊市场情形。^③此案裁决还同时援引了美国对土耳其反倾销的“特殊市场情形”认定——土耳其政府虽然对中国出口的热轧钢开展了保障措施调查,但被调查企业并未实际支付保障措施税,因此“未能抵消不公平贸易行为的后果,直接导致了土耳其热轧钢市场存在特殊市场情形。”^④与此类似,在对泰国圆形焊接碳

① Ibid, para. 698.

② Trade Preferences Extension Act of 2015, Sec. 504.

③④ Issues and Decision Memorandum for the Final Results of Antidumping Duty Administrative Review and Final Determination of No Shipments: Certain Corrosion-Resistant Steel Products from the Republic of Korea; 2017~2018, pp. 17~19, 20.

钢管的反倾销调查案中,美国商务部同样认为,泰国政府虽因国际钢铁产能过剩而对进口热轧钢课征了反倾销与保障措施税,但被调查企业 Saha Thai 在出口时获得了退税,因而最终并未支付上述税负,因而导致了热轧钢市场的扭曲且此种扭曲最终转移至被调查企业生产成本中。在此案中,美国商务部表示,泰国政府进行反倾销与保障措施调查的行为足以认定其承认市场扭曲的存在。^①

当然,美国适用了特殊市场情形规则的案例不止上述几起。美国在对西班牙、印度尼西亚、阿联酋、法国、阿根廷乃至中国台湾地区的反倾销调查中同样适用过此规则。对此进一步分析发现美国在反倾销调查中存在如下共性:

其一,美国从未将国际产能过剩且被调查国急于维护贸易秩序作为认定特殊市场情形的唯一依据。美国在反倾销裁决中频频表示,这一原因与诸如政府补贴、政府定价等任一原因均不能独立构成特殊市场情形,但诸多原因共同作用的结果足以支持此种认定。在 2017 年 4 月对韩国油井管反倾销行政复审案中,美国依据完全相同的证据材料,在初裁中认为“任一因素均不可能构成特殊市场情形”,但在终裁中认定“诸多因素可以共同构成特殊市场情形”,这也是被调查企业耐世特公司等在美国国际贸易法院提起诉讼的重要原因。^②不仅如此,对于被调查企业所主张的“‘全球产能过剩’属于全球性事件而非一国独有的‘特殊’市场情形”,美国商务部认定,全球产能过剩属于世界问题,但其对各国市场造成的扭曲却各不相同,美国因此才需要将产能过剩问题与政府补贴、上下游产业联合等被调查国独有的问题共同考量。^③

其二,对于国际产能过剩对被调查国国内市场状况的影响问题,美国在多起案件中接受“进口价格上升”作为被调查国不存在特殊市场情形的证明理由。例如,在对印度锻钢配件反倾销案初裁报告中,美国商务部表示,全球钢铁产能过剩现象的确存在,但印度国内市场价仍在上涨且钢条进口量持续下降,这足以证明产能过剩对印度影响并不大。^④美国商务部在对阿联酋圆形焊接碳素优质钢管的反倾销行政复审报告中也表示,热轧钢全球产能过剩并未显著降低阿联酋境内市场价格,且从印度、韩国、日本等国的进口价格甚至有所上升。^⑤这似乎意味着,美国商务部的特殊市场情形认定仅仅是针对全球产能过剩下的被调查国国内价格降低而言。

其三,美国存在单方面决定第三国是否向被调查国倾销原材料的倾向。韩国生产商曾主张来自中国的热轧钢不存在倾销,但美国商务部对此置若罔闻。^⑥而对于已认定进口原材料存在倾销的被调查国,美国倾向于接受此种认定并将其作为被调查国存在市场扭曲的证据。

① Circular Welded Carbon Steel Pipes and Tubes from Thailand:Issues and Decision Memorandum for the Final Results of Antidumping Duty Administrative Review;2017~2018,p. 5.

② Slip Op. 20~85,United States Court of International Trade.Nexteel Co.,Ltd.,Plaintiff,Hyundai Steel Company,Husteel Co.,Ltd.,Aju Besteel Co.,Ltd.,Maverick Tube Corp.,and Seah Steel Corp.,Consolidated Plaintiffs,and Husteel Co.,Ltd.,Hyundai Steel Co., and Iljin Steel Corp.,Plaintiff-Intervenors,v. United States,Defendant,Opinion.

③ Issues and Decision Memorandum for the Final Results of the 2014~2015 Administrative Review of the Antidumping Duty Order on Certain Oil Country Tubular Goods from the Republic of Korea,p. 21.

④ Decision Memorandum for the Preliminary Determination in the Less-Than-Fair-Value Investigation of Forged Steel Fittings from India, May 20,2020, pp. 26~27.

⑤⑥ Issues and Decision Memorandum for the Final Results of the 2016~2017 Administrative Review of the Antidumping Duty Order on Circular Welded Carbon-Quality Steel Pipe from the United Arab Emirates,pp. 6~7,32.

三、美欧贸易救济新动向的合法性评判

(一) 贸易救济“牵连化”与当前国际规则文本的冲突

比较而言, 欧盟反补贴措施与当前国际规则文本的冲突更为明显。欧盟在反补贴调查中采取了两种截然相反的路径。其中, 类推适用《补贴与反补贴措施协定》第1条“一国政府委托或指示私人机构”规则, 将中国政府的行为视为受埃及政府指示, 这是对该协定条款的直接违反。鉴于中国政府无论如何不可能等同于“私人机构”, 因此, 无论对该协定进行何种程度的扩张解释, 欧盟的此种思路都无法自圆其说。即使《补贴与反补贴措施协定》能够类推适用, 埃及政府也不具有协定第1条中的“委托”或“指示”行为。在WTO判例中, 委托一词被理解为赋予私营机构某种责任, 而指示一词则是指政府一方行使其权力。在多数情况下, 委托与指示行为均涉及政府使用某种威胁或引诱, 这也可作为委托或指示行为存在的证据。^①而在欧盟的反补贴调查中, 并未论及埃及政府对中国政府行使权力、赋权、威胁或引诱等任何行为。

欧盟援引《国家对国际不法行为的责任条款草案》第11条将中国政府给予中资企业优惠政策的行为视为埃及政府的行为, 至少在字面上符合《补贴与反补贴措施协定》对补贴必须是“一国政府给予其境内企业”的要求。然而, 此种解释同样与该草案官方评述直接冲突。一方面, 评述中明确强调, 国家对某种行为仅仅“认可其事实存在或在语言上表示赞同”, 并不代表其将此行为当作自己的行为。在国际冲突中, 国家往往会“站队”并表示对某种行为的背书或赞同, 但这并不意味着该国愿意对此承担责任。^②在本案中, 至少从欧盟所列举的“证据”来看, 埃及政府更多是一种对中国给予在埃及投资企业信贷的言语支持。另一方面, 一国政府对别国政府行为的“确认”与“当做自己的行为”多体现为“宣告对此负责”等言论。例如, 在“德黑兰使馆”事件中, 占领美国使馆的行为并非伊朗政府授权或命令, 但伊朗宗教领袖霍梅尼颁布法令宣称“伊朗政府不会允许释放人质”, 伊朗外交部长在电视讲话中表示占领美国使馆的行为“为我国的行为”。这些均被国际法院认定为满足该草案第11条关于“当做自己的行为”的要求。^③与此相比较, 即便埃及政府支持中国“一带一路”倡议, 也不具有对中国政府补贴行为负责的故意。

与欧盟反补贴调查相比, 美国在反倾销调查中的“特殊市场情形”认定在WTO规则项下的违法性略微隐蔽。鉴于《反倾销协定》第2.2条并未对何为特殊市场情形进行穷尽性列举, 反驳美国对“特殊市场情形”认定的难度较大。然而, “特殊市场情形”的存在并非适用结构价格计算倾销幅度的充分条件。特殊市场情形只有在足以导致国内市场价无法用于适当比较的情况下方才导致结构价格的应用。在印尼

^① Appellate Body Report, US-Countervailing Duty Investigation on DRAMs, paras. 108-116.

^② Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, Article 11, Commentary(6).

^③ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Judgment of 24 May 1980, paras. 73-74.

诉澳大利亚 A4 纸反倾销调查案中,该案专家组就明确表示,特殊市场情形即便存在,也并不自动导致国内市场价无法与出口价进行适当比较。^①此种“不适当”必须经调查机关证明方可成立。不仅如此,如果某一要素价格的走低同时影响到国内价格与出口价格,则需根据每一市场的竞争情况、成本与定价关系等因素进行个案分析。^②此案中的特殊市场情形源自印尼对其境内要素价格的积极干预而非国际因素的影响,因而与美国反倾销系列案件存在一定差异。不过,二者相同之处在于,美国所谓的“特殊市场情形”源自热轧钢、钢条等原材料的进口,而进口产品一旦进入被调查国境内,就会同时影响该国内销与外贸产品的价格。美国在上述反倾销调查中仅凭“国际产能过剩”就认定“无法适当比较”,这无疑是武断而不负责任的。

(二) 贸易救济“牵连化”与当前国际规则立法精神的冲突

美欧的做法不符合相关国际规则,美欧的贸易救济“牵连化”行为也必然有违当前国际规则希望维护的价值与精神——尊重国家主权基础上的国际经贸合作。

一方面,从国家责任的角度来讲,国家间主权平等这一不言自明的事实意味着,《国家对国际不法行为的责任条款草案》对一国“牵连”他国进而导致国家责任行为的规定极其谨慎,在相关条款中无不体现出对国家独立于他国的自由意志的尊重。例如,该草案第 11 条“经一国确认并当做其自身行为的行为”就被我国学者描述为“一种追认后的国家行为”,此种“追认”不仅体现为一种赞许,更体现为明确作出的、将该行为作为国家行为的故意(张磊,2013)。同理,该草案第 16 条“援助或协助另一国实施国际不法行为”明确要求行为国对其从事国际不法行为这一事实的明知;第 17 条要求一国对于指挥或控制另一国实施的国际不法行为承担责任;第 18 条要求一国对于胁迫另一国从事的行为承担责任。二者本质上均是一国以其自身意志替代他国意志,该国因而应当承担责任。从这一角度来讲,欧盟不论是根据该草案还是扩张适用《补贴与反补贴协定》对“指示”一词的定义,实际均属于对埃及政府真实意愿的无视,仅以“补贴”这一结果反向推定埃及政府的真实意愿。

另一方面,从贸易救济的角度来讲,美国在“特殊市场情形”认定中,屡屡拒绝承认被调查国政府对该国境内是否存在倾销的认定,并事实上以“特殊市场情形”为由“惩罚”其拒绝认定倾销存在的行为。美国在反倾销裁决中反复强调,韩国政府对来自中国的热轧钢未能采取任何贸易救济措施,土耳其政府的保障措施调查未能抵消不公平贸易行为的后果等等,这实际上是以美国对被调查国市场状况的判断取代了被调查国本身调节其市场的权力。在国际经济法中,贸易救济措施向来是 WTO 规则体系赋予主权国家的“权利”而非“义务”。该国是否规制其国内市场竞争秩序、是否采取贸易救济措施,均为其主权范围内事项。该国政府或许基于宪法或法律对本国人民负有上述义务,但义务相对方只会是该国人民而非国际社会整体(Vidigal, 2017)。一般国际法同样未为主权国家设定“维护国际社会整体市场竞争秩序”的义务。

^{①②} Australia—Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper, DS529, Report of the Panel, para. 7.73, 7.80–7.81.

虽然国际法中存在“对于国际社会整体的义务”的表述，但此种“整体义务”仅仅在种族灭绝、战争罪等国际强行法中有所阐述；在涉及高度危险行为的国际环境法中也有限涉及。在国际贸易法中，仅《技术性贸易壁垒协议》与《动植物卫生检疫措施协定》通过允许技术措施或检验检疫措施实施国采纳国际标准，进而变相赋予相对方对既存国际标准的遵循义务，但此种义务来源同样是条约而非一般国际法。因此，美国采取的贸易救济措施无疑是以其域外效力强行侵入了他国主权本应保留的范畴。

四、成因分析：美欧利益新诉求无法得到国际法支持

鉴于任何国际经济法的创新主张都离不开背后的国家利益支持，因而有必要进一步追问——美欧此种“牵连化”创新意图究竟成因如何？美欧又希望借此实现何种目标？

（一）经济原因：从产业分工到价值链分工带来全新挑战

当前的国际贸易规则虽以美欧推崇的自由贸易作为理念基础，但很大程度上仍以传统的国际产业分工为基础，尚不能适应国际价值链的整合，因而无法满足美欧在当前国际竞争中对“完美”自由市场的设想。

从比较优势理论到资源禀赋理论，传统国际产业分工强调各国发挥其所长，进行全球化生产的国际分工。此种国际分工的隐含前提在于，各国在分工中确定的产业本身几乎全部产业链均在本国境内完成。全球经济的主导者所主导的通常是高端产业链，用于描述南北差异的“剪刀差”一词形容的就是此种情形。因此，反倾销、反补贴规则的创立很大程度上针对的同样是此种主要由一国境内完成的产品生产加工对另一国经济可能带来的损害。

20 世纪后半叶国际运输的长足发展使得李嘉图时代难以想象的产业链跨国分工正在成为现实，直接促成了越来越细致的原产地规则的诞生，贸易救济措施项下规避措施也应运而生。例如，中国厂商在欧盟对华自行车反倾销的前提下，将自行车零部件运抵印度并在印度组装为自行车出口至欧盟，此种情形既可能无法满足欧盟原产地规则对自行车“原产于印度”的认定，也可能引发欧盟“反规避”调查。此时，传统的贸易救济规则通过一定程度的规则延伸与细化，尚能够处理产业链跨国分工可能对本国产业带来的冲击。

然而，当全球产业分工向价值链分工变革，各国更多地关心“由本国所掌控的价值链增长”能够带来何种经济利益。最为典型的例子就是国际投资法与国际贸易法的边界日益模糊，一国赴海外投资企业所掌控的价值链增长同样将被计入该国的综合经济实力中（刘志彪，2018），这也是欧盟对中资企业赴埃及投资忧心忡忡的原因之一。在 2020 年 6 月作出玻璃纤维反补贴调查裁决后，欧盟随即发布白皮书，^①历数投资东道国财政资助对东道国经济与产业安全、政府采购与国内产业发展的不利影响。

^① European Commission. White Paper on Leveling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies[Z]. June 17, 2020.

此种影响在《补贴与反补贴措施协定》项下并不受规制，但影响本身是客观存在的。与之类似，泰国、土耳其等国放弃本国不具有资源禀赋优势的热轧钢、钢条等初级产品加工，转而对进口原材料进行加工并出口，也同样是对价值链零增长部分的主动舍弃。

（二）法律原因：当前规则无助于维护美欧利益诉求

从产业链到价值链的变革直接导致倾销与补贴即便存在亦不必然对一国产业造成损害。产品输入国完全可能对此乐见其成，并希望通过价值链合作互惠互利。然而，从美欧角度来讲，他国之间的互利合作完全可以成为对其国内产业的联合打击。因此，美欧上述贸易救济行为实际上隐含地赋予被调查国维护“完美”市场状况的义务，并以贸易救济为手段追究不履行此种义务国家的责任。

在美国反倾销系列案中，几乎全部论及国际产能过剩的案例均论述了被调查国对进口至该国的原材料实施贸易救济措施的义务。如果被调查国（如韩国）未进行贸易救济调查，这一事实本身就可以被视为促成该国国内特殊市场情形的原因；而被调查国一旦进行了贸易救济调查但对出口产品给予退税（如土耳其、泰国），这一事实也被认为是“未能减轻国内特殊市场情形对出口带来的影响”。在欧盟反补贴调查中，欧盟对埃及政府同样具有隐含的义务设定——对于中国政府给予中国在埃及投资者的财政资助，埃及政府若表示乐见其成，则等同于认可中国政府的行为并将其作为自己的行为；埃及政府即便对此不置可否，也完全可能被视为“默许”或“放任”，同样有因而承担国家责任的可能。仅有埃及政府对此坚决表示反对、且不惜动用政治手段禁止中国政府给予海外投资者信贷、融资的情况下，埃及政府方可在欧盟的逻辑框架下免于被定性为“补贴提供者”。

二者的另一共性在于，所谓的被调查国政府促成的“非完美市场状况”是从调查国而非被调查国视角进行的认定。毕竟倾销的定义是“一国以不公平的低价出口至另一国的商品、且对该国产业造成或即将造成损害”。在产品输入国完全不具有某种产业的比较优势因而无意发展该产业的情况下，输出国产品即便真的低于其生产成本，输入国对此也完全不会有任何抵触。《反倾销协定》对“损害”要件的强调也同样说明了这点。从美国的角度讲，产品输入国不论本国产业受损与否均应有义务加以抵制，否则将等同于对倾销的放任。《补贴与反补贴协定》同样并不禁止资本输入国接受符合本国产业规划且自带融资的国际投资。但在欧盟看来，东道国对此的欢迎无异于资本输入国与输出国联手对欧盟产业形成“挤兑”。

综上，当前的贸易救济规则本质上仍然是一种授权性规定而非义务性规定。现行规则授权产品进口国自主决定是否存在对本国市场的损害或威胁，并据此决定是否实施贸易救济。但产品进口国并无义务对无损本国经济发展的行为展开贸易救济调查，更不会对国际社会负有“维护其国内完美竞争市场”的法律义务。美欧既无法从当前WTO规则推导出此义务，更无法通过WTO争端解决之诉要求产品进口国实施贸易救济。美欧或许唯一能够援引的是反规避法律，但功能依然相对有限。所谓的“规

避”行为通常是一国将产品运送至第三国并简单组装后出口,该产品在第三国增值“无关紧要 (insignificant)”或低于总价值 25% 或 30% (依各国法律有所不同)。然而,本文讨论的欧盟反补贴调查产品生产全部在埃及境内完成,其增值比例远高于上述水准;而美国反倾销调查中的越南等国同样实际从事了从原材料到制成品的重要加工。当前的反规避调查因而无法涵盖上述两类行为。

对美欧而言,当前的国际贸易规则尚无法满足其对“完美”市场的需求,而新规则的构建也困难重重。目前,关于“特殊市场情形”的反倾销立法与国际司法实践并无任何进展,仅有的 WTO 判例也不符合美国利益。而对于“跨国补贴”问题是美国率先实现了制度创新。TPP 第 17 章第 17.6 条“非商业援助”第 3 款提供了如下规则:缔约方不得通过给予在另一缔约方境内投资的国有企业非商业援助的方式损害另一方国内产业的利益:(a) 非商业援助是提供给在另一缔约方境内生产和销售商品的国有企业的;并且,(b) 另一缔约方境内有国内产业进行同类产品的生产和销售。

这款内容与本文讨论的“跨国补贴”十分类似,专门针对一国对其国有企业海外投资的财政资助进行规制。不过,在制度创新的同时,此条款的局限性也同样明显:首先,受规制的行为仅限于“国家给予国有企业财政资助”,给予私营企业财政资助则完全不受限制;其次,此条款禁止的财政资助仍然是“损害投资东道国产业利益”的财政资助。财政资助的违法性来源于其损害性而非资助行为本身,尤其是在投资东道国本身并无类似产业或财政资助有助于扶持类似产业的情况下,此种财政资助将完全合法。再次,此条款禁止的财政资助仅限于损害“东道国”产业利益而非“损害任一缔约国产业利益”的财政资助,该条款也完全未考量财政资助是否会对非缔约方造成产业利益损害。最后,此条款曾出现在 TPP 最终版本规则中。然而,随着特朗普政府宣布正式退出 TPP,尽管 CPTPP 仍然保留了上述条款,但该规则的影响力已大幅度降低。

五、贸易救济“牵连化”背景下中国的对策探析

在上述分析中,美欧的贸易救济“牵连化”尝试是一种在全球价值链合作中抢占先机的行为。然而,当前贸易规则并不支持此种尝试,美欧的尝试也构成对他国主权与贸易权利的侵犯。对于这一状况,中国首先应当做的是在现有规则体系下对政治色彩浓厚的问题进行厘清。国家责任问题严格来讲属于国际公法而非国际经济法,而国际公法向来是与主权紧密相连。将国家责任“侵入”贸易救济的范畴,极有可能引发不可预见的政治问题。例如,如果贸然认定埃及政府有意将中国政府的行为当做自己的行为,大量政府贷款与国际融资的性质就将发生变化。又如,如果允许美国随意认定反倾销被调查国具有对某种商品进行贸易救济措施的义务,无疑会引发 GATT 时代“美国—金枪鱼”案中一度热议的问题:产品出口国是否有义务保障产品“中间国(intermediary state,即完成部分生产流程的国家)”满足美国法律要求?^①

^① United States—Restrictions on Import of Tuna (No 1), Mexico v. United States, GATT Panel Report, DS21/R, BISD/39S/155, (1991).

不仅如此,考虑到欧盟对埃及反补贴案的背景是埃及对中国“一带一路”倡议的支持与合作,而美国对韩国“特殊市场情形”认定的背景则是韩国承认中国市场经济地位,上述贸易救济措施虽并非以中国为针对对象,但其“醉翁之意”却直指中国。

政治问题的解决或许有赖于中国外交部门,但不论美欧贸易救济措施的政治意义如何,这些问题最终仍然折射为国际公法与国际经济法相关问题。法律问题是政治安排的固化,拒绝考虑政治和社会因素并不能使法律中立化。能否将国际法作为国际交往的语言和表达国家利益的话语,却有助于通过软影响反作用于基础架构。

第一,在国家责任问题上,中国固然不是贸易救济措施的直接受害者,但仍有必要对国家责任问题加以澄清。对于“不法行为”的界定与国家义务的来源,中国应当秉持国际法院在“德黑兰使馆”案中的思维方式,主张国家明确表示负责与追认,是一国对他国行为承担责任的基础;同时,在正常的国际经济合作中,对合作方行为的认可与赞许并不自动转化为国家责任。当然,对国家责任问题的分析并不必然在国际法院进行。鉴于欧盟对国家责任问题的论述是在其反补贴调查中进行的,中国如有必要在WTO对欧盟“外国补贴”行为提起诉讼,也完全可以在此场合对国家责任问题进行澄清,强调贸易救济措施应当建立在对他国主权高度尊重的基础之上:贸易救济调查机关在被调查国无明确表态的情况下,不应妄加推定被调查国对他国行为承担责任、或被调查国存在对别国的指示或委托行为。鉴于WTO诉讼并不必然以一国利益遭到实际损害为前提,因此,中国完全可以对“外国补贴”问题拥有诉权。即便中国不行使此诉权,在贸易救济的实际受害国提起相关诉讼的情况下,中国也完全可以以第三方身份发表观点。

第二,在反倾销认定中,中国应当进一步秉持“欧盟—生物柴油”案与“澳大利亚—A4纸”案的指导思想,主张应当规范适用“特殊市场情形”规则计算正常价值。对于“特殊市场情形”的认定能否包括原材料价格的国际波动,此问题目前尚未有判例加以阐释,但仍可从价值规律的角度进行辩护:国际产能过剩必然导致全球市场价格下跌,符合此种总体趋势的被调查国国内市场价格变动恰恰是“自由市场”作用的结果;而美国在对阿联酋与印度反倾销调查中发现“两国国内价格不降反升”,反而意味着该国市场并不与国际接轨。另外,“适当比较”这一要件是批判美国结构价格的重点所在。作为贸易救济调查方,美国有义务证明为何同时影响内销与外贸产品的原材料价格导致两种产品售价无法进行适当比较(Zhou, 2016)。

第三,贸易救济“牵连化”事件表面上看是美欧对现行国际法规则的曲解,但本质上讲是源于当前国际规则无法满足美欧对国际法的诉求(车丕照, 2020)。从理念上讲,当前国际经济法固然体现了各国对自由贸易的背书,然而,从手段上讲,当前国际经济法同样体现了主权国家对其主权让渡的最大限度。《补贴与反补贴措施协定》规制一国对其境内的补贴,但不干涉该国对外经济援助与国际融资,这更像是“马歇尔计划”以来不言自明的国际共识;《反倾销协定》授权一国对其境内产业损害与否进行认定,其中固然存在限制贸易措施滥用的意味,但同时也蕴含着

对主权国家属地管辖的尊重。鉴于国际法向来具有“以诺为则”的特质，国际法未曾规制的领域无疑属于各国主权的“保留地”。当美欧贸易救济措施明显突破 WTO 既有规则体系的领域，以诉讼等方式维护既有规则的稳定性，将更有利于后疫情时代国际贸易的平稳发展。

同样基于国际法“以诺为则”的特质，美欧或可通过新一代贸易规则的制定实现其利益诉求。不过，在这一进程中，中国尤其应当保持谨慎的态度。这是因为，从产业链到价值链的国际治理是牵一发而动全身的过程，这不仅涉及旧规则的整合与变革（如原产地规则的变革、“补贴”主体的认定），也涉及从无到有的新规则制定（如国际投资中的东道国融资规则、“国有企业补贴”规则等）（张磊，2020）。中国固然愿意成为新规则的引领者，但鉴于此问题仍在发展中且当前国际社会并未达成一致观点，规则提供者必然率先做出一定的让步以提供全球公共产品，进而吸引他国认可此种权威并参与合作。

参考文献：

- [1] 车丕照. 我们需要怎样的国际多边体制?[J]. 当代法学, 2020, 34(6).
- [2] 刘滢泉. 后 TPP 时代原产地规则与全球价值链的互构[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2019, 21(5).
- [3] 刘志彪, 吴福象. “一带一路”倡议下全球价值链的双重嵌入[J]. 中国社会科学, 2018, (8).
- [4] 杨永红. 次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开[J]. 法商研究, 2019, 36(3).
- [5] 张磊. 论因牵连他国而构成国家责任的行为——以联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》为线索[J]. 湖北工程学院学报, 2013, 33(1).
- [6] 张磊. 以中国实践为基础推动 WTO 改革和投资便利化谈判——基于自贸试验区视角[J]. 国际商务研究, 2020, 41(4).
- [7] Vidigal, Geraldo. Attribution in the WTO: The Limits of Sufficient Government Involvement[J]. Journal of International Trade and Arbitration Law, 2017(6).
- [8] Yun, Mikyung. The Use of Particular Market Situation Provision and Its Implications for Regulation of Antidumping[J]. East Asian Economic Review, 2017, 21(3).
- [9] Zhou, Weihuan, Percival, Andrew. Debunking the Myth of Particular Market Situation in WTO Antidumping Law[J]. Journal of International Economic Law, 2016, 19(4).

The Inculcation of Trade Remedies from a Perspective of State Responsibility

ZHAO Haile

Abstract: In recent years, the US and EU trade remedy measures frequently inculcate with third countries. EU's CVD investigations regard financial contributions of home countries to their investors as actions of host countries. the US antidumping investigations consider underpriced raw materials from third countries a contribution to Particular Market Situation and de facto impose upon the countries under investigation the obligation to maintain a perfect competing market. This directly goes against the determination of "government" under current CVD rules and contradicts anti-dumping rules concerning "proper comparison". This is because during the evolution from industrial chain to value chains, both the US and EU find current trade rules unsatisfactory for their national interests. They also lack the capacity to impose new rules. China ought to clarify the components for state responsibility so that it would not impede China's sovereignty or the Belt and Road Initiative. Moreover, while it is advisable to emphasize upon the Proper Comparison rule, time is not yet ripe for China to lead the draft of new rules.

Keywords: subsidy; financial contribution; particular market situation; state responsibility

(责任编辑: 金孝柏)