

# 评有关反倾销法的三种方案

彭兴华

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

**摘要:**反倾销法一直是国际经济法的一个热点问题,近年来关于反倾销法的探讨已深入到整套制度的合理与否及其发展趋势。本文从经济理论出发,论证了绝大多数倾销行为并非有害行为,而是可接受的商业策略和竞争手段,因此反倾销法从制度上来说具有反竞争的缺陷。本文接着介绍了“完全取消反倾销法”、“以竞争法取代反倾销法”和“对反倾销加以改进”三种方案的观点,分析了它们的可行性,并得出结论,最现实的途径是“对反倾销加以改进”方案。最后,本文还就我国如何应对反倾销法的发展进行了探讨。

**关键词:** 国际经济法; 反倾销法; 改进

**中图分类号:** D9 **文献标识码:** A

反倾销法自诞生以来就备受经济学家和法学家的关注,尤其是近年来,随着反倾销实践的大量增加,反倾销法对国际贸易的影响也日益明显,因此,理论界对反倾销法的讨论也越来越热烈越来越深入。以往大多数学者持“倾销有害论”,认为反倾销法有助于维护正常的国际贸易秩序,促进国际贸易公平、自由、有序地发展;而现在,越来越多的学者认识到并非所有的倾销行为都是有害的,恰恰相反,绝大多数倾销行为只是一种可接受的商业策略,它们反映了激烈的而又属正常的国际竞争现状,因此,反倾销法的实质是保护竞争者,而非竞争;从实施效果来看,它很可能削弱竞争,而非促进竞争;再加上目前贸易保护主义的泛滥,反倾销法极易沦为各国贸易保护主义的工具,从而极大地妨碍国际贸易的正常发展,损害世界福利。基于上述对反倾销法不合理性的认识,学者们提出了种种设想,归纳起来,主要可分为“完全取消反倾销法”、“以竞争法取代反倾销法”、“对反倾销法加以改进”三种方案。本文先通过经济学的分析和论证来判断反倾销法是否具有合理性,然后围绕这三种方案进行分析,并得出结论,前两种方案由于种种原因,均不够现实,在目前的状况下,大多数国家可以接受的是第三种方案(即对反倾销法加以改进,纳入或融进体现竞争的规则,消除有可能限制竞争的条款,使其尽可能地与竞争原则一致),最后再对中国面临这场大争论时应持的立场和态度提出建议。

## 一、倾销的性质分析

何为“倾销”?从经济学角度来说,它指的是一种价格歧视或差价销售(price discrimination),即在两个市场上,同一种货物以两种不同的价格出售。按照西方国际贸易权威 Jacob Viner 对倾销所下的经典经济学定义,倾销即“国家市场之间的价格歧视”。<sup>[1]</sup>关贸总协定第六条就是循此给倾销下定义的:以低于“正常价值”的价格在出口市场上销售某产品。正常价值是指企业在其国内市场“通常贸易过程中确定的价格”。如果长期(通常为一年)以低于平均总成本(总成本即固定成本与可变成本加上销售、一般开支及管理成本的总和)的价格销售大量产品,则不视为通常贸易。如果国内市场的销售太小以致于不能进行价格比较,第三国市场的最高可比价格或结构价值(出口商预计的成本加上合理的利润额、管理、销售及其他费用)可用来确定正常价值。WTO《反倾销守则》继续沿用了关贸总协定中有关倾销的定义。

国际贸易中倾销现象的存在必须依赖于一定的条件。首先,国家市场之间相互独立,相互分隔,由于存在着关税壁垒和非关税壁垒等障碍,进口国的企业难以将倾销的进口产品再运往出口国销售,从而使得倾销商在不同国家的市场上实行价格歧视成为可能,否则,除去运输及交易成本,市场间的价格差

异可能会通过套利而消除。<sup>[2]</sup>其次，出口国市场与进口国市场对某一商品需求的弹性系数不同，具体来说，当进口国市场的需求弹性比出口国市场的需求弹性大时（即随着价格的变化，外国消费者对需求的变化比国内消费者要大），出口商可能会基于适应竞争和战略考虑而实行价格歧视。再次，出口商在出口国市场占有垄断地位，这样它可以在国内市场维持垄断高价，并以获取的垄断利润来弥补在进口国倾销而造成的损失。

从过去到现在，不少人都持“倾销有害论”，他们认为倾销是一种“不公平贸易行为”、“不正当贸易行为”，反倾销法具有合理性，其主要理由是：第一，倾销反映的是一种虚假的竞争优势，价格低不是倾销商生产效率高、成本低廉的结果。<sup>[3]</sup>换句话说，在正常的经济情况下，一件产品的价格应该反映其价值，而倾销是一产品以一市场的高价来维持另一市场的低价，从根本上歪曲了真正的竞争优势，因此，反倾销“规范和中和”着这种在“虚假价格信号”基础上的人为竞争优势，它起的是纠正的作用。<sup>[4]</sup>第二，采取反倾销措施有助于降低出口国的贸易壁垒，因为正是由于贸易壁垒维持了倾销商在出口国市场的垄断地位，使得它能够在不同国家的市场上实行不同的价格。进口国采取反倾销措施，可以对出口国施加压力，削减其贸易壁垒，从而使外国企业能够进入出口国市场与倾销商进行有效的竞争。

那么，是不是所有的倾销都是有害的呢？这需要仔细的分析 and 辨别。我们按照一定的标准，可以把倾销分为不同的类型。Jakob Viner 根据倾销持续时间不同，将倾销分为突发性倾销、间歇性倾销和长期性倾销三类。突发性倾销（sporadic dumping）是指生产商为防止商品积压，在短期内以低价向海外抛售该商品。这种倾销只是偶然发生，一般不会对进口国工业产生严重损害，因此，Viner 认为其无足轻重。间歇性倾销（intermittent dumping）又称短期倾销（short-term dumping），它是指在一段时间内倾销，当把竞争对手驱逐出市场后，再实行垄断高价。Viner 认为这种倾销有掠夺（predation）意图，会对进口国工业造成巨大损害，应受到反倾销法的制裁。长期性倾销（long-term dumping）又称持续性倾销（persistent dumping），它是指长期以低价向海外出售产品，这种倾销一般是由于国内生产过剩，生产商为了维持规模生产，维持产品在出口国国内市场的高价水平而做出的举动。Viner 认为这种倾销对进口国工业的损害只有一次，即受到冲击亦或被迫转产，而进口国消费者从中获得的好处却是长期的、不断积累的，此消彼长，因此毋须受到抵制。<sup>[5]</sup>著名经济学家 M·Kostecki 按倾销动机不同，将倾销分为八类，即单个发生的倾销（没有故意参与倾销）、价格歧视（利润最大化）、周期性倾销（至少收回可变成成本或确保需求萧条时的就业保障）、防御性倾销（使由于为防止竞争者的进入而保持过剩生产能力造成的损失最小化）、规模性倾销（为达到规模经济或充分的生产能力）、创造市场式倾销（使一个企业成为新发明产品的市场领导者）、正面倾销（在出口市场上向该市场的领导者进攻）、掠夺性倾销（在外国市场建立垄断），他认为在所列八类中，除掠夺性倾销之外，其余七类都是正当的。<sup>[6]</sup>

其实在现实生活中，差价销售的例子随处可见，引发倾销的原因也多种多样。比如，对某一新产品缺乏定价经验就可能引发单个倾销；倾销也可能是因某些企业所不能控制的因素而引起，比如市场结构的差异、汇率的变动、消费者的偏好等等。而且，倾销也是企业最常用的商业策略之一，例如在商业周期疲软时商家作的可收回“边际成本”的低价销售，是为了稳住生产渡过难关（即周期性倾销）；又如为探索规模生产的经济适度最佳值，以低价达到满负荷运转并尽快降低学习曲线（即随着产量增加，生产工人们不断提高效率从而使单位生产成本逐渐下降）；尤其是企业在海外市场面临激烈的竞争时，或许它首先想到的竞争手段就是在价格上取得竞争优势。因此，倾销行为在大多数情况下恰恰反映的就是这种激烈的但又属正常的国际竞争现状。1986年美国最高法院审理的“United States v. Matsushita”（美国诉三菱电视公司）案，就涉及日本公司以比本国价格低许多的价格在美国销售其产品这种“倾销”的典型情况。美国最高法院裁决说，尽管这种低价进口产品在美国已出现多年了，但美国同业仍然生存下来，因此“国际差价销售本身，只不过是一种可接受的商业战略而已”。<sup>[7]</sup>

在倾销中唯一有害的是掠夺性倾销。掠夺性倾销的特点是先以低价在进口国出售商品，并在出口国维持高价，待将其他竞争对手排除出去从而占领进口国市场后再提高产品价格，挽回先前的损失，并享受垄断利润。但需要注意的是，垄断者不仅必须消除国内竞争，而且必须能够阻止新竞争者的进入。为使这成为可能，它要么必须具有全球性垄断，要么必须说服其东道国政府实施或容忍对进入市场的限制，<sup>[8]</sup>而这几乎是不可能的，在实践中关于掠夺性倾销的成功案例也是少之又少。退一步说，即使掠夺

性倾销这种现象确实存在，那么，相比起出口商在进口国的低价行为，其在出口国的高价行为更应受到制裁。因为按照上述分析，出口商必须在本国市场占据垄断地位维持产品高价才能够为其在进口国低价销售提供支持，所以出口国市场的非竞争状况才是实现掠夺性倾销的前提，要想消灭掠夺性倾销，首先应做的是制裁出口商在出口国市场的高价行为，改变该市场的垄断状况，恢复竞争。因此，相比起进口国政府而言，出口国政府更应该采取措施。

至于认为反倾销可用以抵消出口企业所在国现行的形成这些企业倾销能力的市场准入限制的观点也不具有充分的说服力。反倾销是解决外国市场封闭问题的下策，因为它没有解决问题的根源，即政府的政策会人为地分割市场，或允许这种情况的发生。征收反倾销税可能会向受影响的公司施加压力，以使其向政府游说取消这类政策（或者废除限制进入市场的私营部门的商业惯例），但这只能以非常间接的方式进行。一旦发生反倾销调查，任何政策或做法上的变化都不会对调查结果产生影响。在许多情况下，出口国并没有重大的市场准入限制，所以出口商在改善其国内市场准入状况方面不会有多大作为。而且在现行的程序中，实际上并没有考虑价格歧视或低于成本的销售是否是由市场准入限制造成的。<sup>[9]</sup>此外，促使出口国开放市场显然不是进口国工业提起反倾销诉讼所希望达到的目的，他们之所以寻求反倾销法的保护，其意图在于提高倾销产品在进口国市场的售价，如果反倾销诉讼的结果只是促进出口国市场开放，他们将会感到非常失望。<sup>[10]</sup>最重要的是，反倾销往往引起市场扭曲，反倾销法的存在使得进口国工业热衷于寻求保护而不是努力提高效益，出口商也可能迫于反倾销的压力从而转产甚至退出进口国市场，结果导致竞争的削弱和整个社会福利的减少。

从上可见，将倾销现象一律斥之为“不正当贸易行为”、“不公平贸易行为”是不对的，绝大多数倾销仍符合“比较优势”原则，完全属于正当竞争的范围。物美价廉的外国产品进入进口国市场参与竞争，必然会对进口国工业形成冲击，造成进口国工业销售量下降，经营战略受挫等损害，甚至从市场上消失，这也是优胜劣汰的自然体现。如果仅以进口价格低于其国内价格并对本国工业造成损害作为制裁某一经济行为的标准，那么就会在事实上形成一具保护伞，将本国效率低下的工业与国际竞争隔离开来，与关贸总协定和世界贸易组织所倡导的自由贸易与公平贸易的宗旨背道而驰。因此，许多人认为反倾销法的本质是保护主义，它保护的是国内相关产业的竞争者，而非竞争本身。更何况在目前国际保护主义泛滥的大气候下，反倾销法极易被执法机关用来偏袒国内工业，使原本就已显现的保护效果变本加厉。比如说，调查机关在确定倾销是否发生以及倾销幅度大小时，可通过提高正常价值、降低平均出口价格的方法来计算从而增加倾销幅度。在这方面，最典型的莫过于西方国家所采用的“替代国”方法了。

反倾销法这种本质上的缺陷和实施上的漏洞，是以国民经济总体和消费者利益为代价的。1995年美国国际贸易委员会在有关其反倾销法实施的报告中，运用成本效益分析法（cost-benefit analysis）就反倾销措施所产生的经济效果进行分析，测算出如果取消1991年的反倾销与反补贴，在当年将会产生1.59亿的福利，从而得出结论：反倾销给美国经济（包括消费者）造成的损失远远大于其国内生产商从反倾销措施中获得的利益。<sup>[11]</sup>因此，现在越来越多的国家认识到应重新审视反倾销法及其作用，在判断是否实施反倾销法时，不能只以某一特定行业或特定部门的局部利益为转移，而应从国家经济总体和国民福利做出权衡，否则，将得不偿失。

既然反倾销法不利于竞争，甚至是妨碍竞争的，那么，如何对待反倾销法的问题便提上了日程。有人认为应完全取消反倾销法，有人认为应以竞争法取代反倾销法，还有人认为应对反倾销法加以改进，这些方案是否合理，有没有可行性，下面将详细论述。

## 二、“完全取消反倾销法”方案的观点及可行性分析

该方案的观点是，在自由贸易协议的框架下，成员国可以简单地完全取消反倾销法，而不必以竞争法替代。<sup>[12]</sup>该方案的理由主要有两方面。首先，主张该方案的学者认为，绝大多数倾销行为是正当的竞争行为，而倾销中唯一有害的掠夺性倾销在实践中也极其罕见，因此，如果仅仅为了防范这种罕见的掠夺性倾销而耗费巨额的成本来制定或设计一个复杂的机构及法律框架以域外实施竞争法，那显然是不效率的。<sup>[13]</sup>

其次，如果将竞争标准适用于倾销案件，极少有倾销案件能继续进行。<sup>[14]</sup>竞争法可以简单地定义为规范交易行为，从而维护市场竞争为基本内容的法律规范的总称。<sup>[15]</sup>宏观地说，竞争法的目标是维护自由竞争，促进市场效益最大化。因此，竞争法保护的是竞争本身，而非竞争者。尽管竞争过程中难免产生淘汰者，但竞争的结果是市场更加有效，更能够为消费者提供物美价廉的产品。对竞争者的不适当保护只会削弱竞争，而非强化竞争，从而最终损害整体经济发展。根据反倾销法，如果产品以低于正常价值的价格出口，则被视为不公平，反倾销法的这一标准没有承认国际贸易的真实状况。事实上，汇率浮动、市场状况差异、消费者偏好等种种原因都可能引发倾销，不存在价格歧视的国际贸易是难以想象的。如果依据反倾销法的这一标准，国际贸易的很大一部分可能都是不公平的。反倾销法的另一标准是损害，比如倾销造成了进口国工业市场销售量下降，市场份额缩小，利润减少等等，但从竞争的角度看来，这恰恰是竞争过程中优胜劣汰的自然体现。因此，根据反倾销法被视为不公平的贸易，就竞争法的标准而言，却可能是公平的。

从具体操作上来说，竞争法也比反倾销法严格得多。尽管各国的竞争当局在区分激烈而合法的竞争与真正的掠夺性倾销时有不同的途径，但他们已达成了一定程度的共识，其中最重要的一点是：各国的竞争当局都认为，被指控的掠夺者必须具备市场力量以获得成功。如果不具备相当高的市场份额，掠夺策略只会耗费太多时间，并遭受巨大损失。另外，市场进入壁垒必须很高，以便掠夺者可以通过垄断利润补偿其损失。同时，市场退出壁垒必须很低，以便掠夺者的牺牲者可以很快地退出市场。由 OECD 推荐，加拿大掠夺性定价实施指南采用的 *Joskow-Klevorick* 两段法明确指明，在调查开始阶段（第一阶段）便适用市场力量标准，只有存在使掠夺性定价有可能的市场结构的案件才转到第二阶段，而第二阶段包括复杂的价格—成本比较，如果可能，还包括对企业意图及其他相关因素的调查。美国现行的重获补偿标准（*recoupment standard*）即遵循相似的逻辑，因为该标准集中于市场力量的相同因素（市场份额、进入和退出壁垒）。重获补偿标准形成于美国诉三菱电视公司案。在该案中，美国最高法院宣告被告指控在美国市场进行倾销和掠夺的 24 个日本公司无罪，原因是不存在重获补偿的可能性，尽管该法院已发现地理性价格歧视（即在不同的地理市场上，企业对同样的产品定价不同）和对美国国内生产商造成损害的肯定性证据。<sup>[16]</sup>尽管其他国家的竞争立法在掠夺性定价方面没有如此明确，但它们都以这样或那样的形式要求，被指控的掠夺者具备实质性的市场力量或支配地位。

市场力量标准为认定掠夺性倾销设置了较高的“门槛”。市场力量意味着至少是实质性的市场份额（例如，加拿大使用 35% 的标准），并且存在重要的进入壁垒。相反，正如上文提到的，国内工业的损害（包括因果关系）却很容易被确立。因为竞争的实质就是力图胜过他人，从而“损害”其他的竞争者。如果一个外国企业以低价将其产品销售到进口国，就会“自动地”损害进口国的竞争者。

如果将竞争法的掠夺标准运用于倾销诉讼，恐怕这些诉讼都无法进行下去。因为被指控的倾销者极少能有足够的市场力量来迫使所有的国内生产商和其他出口商退出市场；即使他成功地做到了这一点，他会发现难以将价格提高到垄断水平，因为这会吸引其他的出口商和出口国家来参与竞争，同时也不能排除当地的竞争者进入或重新进入该市场。既然掠夺性定价在国内环境中都极端罕见，那么在国际贸易中发生的可能性就更小。

“完全取消反倾销法”的方案正确指出了反倾销法制度本身的不合理性，而这一点已被实际的研究所证实。经合组织的一个报告对美国、欧洲、加拿大和澳大利亚的反倾销措施进行了彻底分析，该报告发现，在适用反倾销程序的绝大多数案件中，并不存在对这些国家国内市场竞争的现实威胁，相反，这些案件中的反倾销措施，包括征收反倾销税、承诺提高进口价格、自动出口限制等，却导致了削弱竞争的结果。<sup>[17]</sup>因此，从理论上来说，“完全取消反倾销法”的方案可以彻底避免采取反倾销措施所可能带来的不利竞争的效果，以更好地促进自由贸易和公平竞争，同时还可以避开域外适用国内竞争法而引起的巨大困难（这在后文将有详细阐述）。

实践上自由贸易区的成员国之间取消反倾销法的适用已经有了现实的例子，即 1997 年加拿大和智利之间签订的自由贸易协定。该协定明确规定反倾销法不适用于两国间贸易，也没有规定以竞争法取代反倾销法，尽管该协定有一章是关于竞争政策的，但也是有关实施国内竞争法和两国主管当局之间进行合

作的概括性条款。其出发点就是考虑到倾销中唯一对竞争有害的是掠夺性倾销，而真正的掠夺性倾销在国际贸易中非常罕见，特别是由于两国市场都对第三国开放，无论是加拿大的企业还是智利的企业都不可能有足够的市场力量在对方的市场上实行垄断，因此，取代反倾销诉讼的复杂的域外适用竞争政策机制可能不会被真正使用；况且，两国在竞争法、法律传统和司法系统上的差异使他们难以建立一个竞争政策机制来取代反倾销法；此外，国内竞争法禁止掠夺性定价，而国际贸易中唯一的困难是调查和惩处在其他国家操作掠夺策略的公司，由于该自由贸易协定含有外国投资条款，可以起到促进国际分工和跨国投资的作用，潜在的掠夺者将越来越多地通过设在两国的分支机构来实施掠夺性倾销行为，这样就属于其中一国国内竞争法的管辖范围了。因此，两国之间相互取消反倾销法的适用后，即使不以竞争法取代反倾销法，也不会出现规范漏洞。

那么，“完全取消反倾销法”方案的现实可行性如何？我们不妨先回顾一下反倾销法的发展历史及现状。反倾销法的历史最早可以追溯到美国在独立之初对英国倾销商品的抵制，然而在上世界上第一次以国内法形式建立反倾销法律制度的却是 1904 年加拿大《海关法》，它明确制裁进口产品以低于出口国公平市场价格的价格进口到加拿大的行为。随后，新西兰、澳大利亚、南非、英国等相继制定了类似的国内立法。1916 年美国通过《1916 年岁入法》，由于国会认为它不能针对外国产品的倾销为美国工业提供有效的保护，于是又通过了《1921 年紧急关税法》第二编，即美国第二部反倾销法，开创了现代反倾销法的先河。反倾销法自诞生之日起，其规则本身就不可避免地具有保护主义的性质，因为只要外国产品以低于本国市场价格进入到进口国，对进口国国内工业造成损害，便构成了倾销行为，并将受到制裁，而不问它是否有利于市场竞争和消费者福利。尤其是在关贸总协定成立之后，随着一轮接一轮的关税减让谈判，各国通过关税壁垒来保护本国工业的可能性越来越小，于是便更加注重通过关税之外的其他措施来寻求保护，以使本国工业能在日趋激烈的国际竞争中生存下来。而反倾销措施所具有的单边性（即反倾销税的征收不需经对方同意）和选择性（即反倾销措施可有选择地针对一国或几国采取）的特点使得这些国家能在不违反 GATT/WTO 原则的前提下方便地使用，迂回地达到保护的目的。因此，反倾销法成了各国贸易保护主义的武器，反倾销案件数量急剧上升。不难想象，在贸易保护主义肆虐的今天，完全取消反倾销法的主张是难以实现的。“完全取消反倾销法”方案虽然在理论上有其优点，在实践中也已经有了现实的例子，但显然愿意接受该方案的国家并不会很多。

### 三、“以竞争法取代反倾销法”方案的观点及可行性分析

该方案的基点是竞争法优越于反倾销法。竞争法的宗旨是保护和促进竞争，反倾销法则着眼于保护竞争者，而将大量的物美价廉的具有竞争优势的外国产品阻挡于国门之外。以掠夺性倾销为例，竞争法在分析某一行为是否构成掠夺性倾销时，其中一个标准是检测出口商在进口国以低价出售商品而造成的损失是否有重获补偿的可能性，显然，该标准的着眼点是消费者福利，因为出口商在获得进口国市场的垄断地位后，其必然通过推行超竞争的价格来弥补先前低价出售产品而导致的损失，而这种超竞争的价格无疑会对消费者利益造成损害。如果不存在重获补偿的可能性，掠夺性倾销就不能构成，当然也就不能要求补救。前文提到的美国诉三菱电视公司案就是运用重获补偿标准的典型案例。相反，反倾销法着眼的是国内生产商的利益，只要存在倾销行为，而且满足了损害标准，就会受到反倾销法的制裁。尽管现在某些国家已把“公共利益”条款纳入了国内反倾销法，即在倾销认定、损伤标准以及采取反倾销措施时，不能只考虑受到损伤的国内行业的利益，还要考虑或重视公众的利益，尤其是消费者和用户（包括中间生产人）的利益，但实际上它们的份量微不足道，因此，竞争法在促进竞争，保障消费者福利方面显然优越于反倾销法，从长远来看，对整个世界的经济发展和繁荣都有利。同时，由于掠夺性倾销是竞争法和反倾销法都加以规制的行为，是两者的交叉点和重叠处，所以可以用竞争法来取代反倾销法。

那么，以“竞争法取代反倾销法”方案究竟有没有缺陷？其现实可行性如何？只有通过论证才能得出结论。从一国的角度来看，假设它赞成竞争法优越于反倾销法的观点并以竞争法取代反倾销法，当发生掠夺性倾销时，如何适用竞争法来实现对它的规制？前文已分析过，一企业要想进行掠夺性倾销，不仅需要出口国市场占据垄断地位，维持高价以支持其在进口国的低价销售行为，而且它还需要在进口国市场排斥其他竞争对手将其垄断地位持续下去，这时，就需要适用竞争法来检测出口国和进口国的竞争状况。因为企业能否倾销不仅取决于其本国内市场进入限制的存在和市场结构，还取决于进口国的市

场状况。进口国适用本国的竞争法来检测国内市场结构和市场行为当然是没有问题的，因为这属于其属地管辖权范围，然而如果其适用本国竞争法来检测出口国的市场结构和市场行为则不仅超出了进口国的属地管辖权，也超出了其属人管辖权（因为出口商不是进口国的自然人或法人）。对于这种外国人在国外的行为，一国主管当局可以依据什么来主张适用其竞争法呢？

目前，某些国家是以“效果原则”来主张竞争法的域外适用的。效果原则起始于美国 1945 年的 *Alcoa* 案。在该案中，*Alcoa* 公司的加拿大公司参与了一个主要由瑞士生产商组成的通过固定生产配额来提高价格的国际铝业卡特尔，上诉法院第二巡回法院认为虽然他们之间的协议在美国境外签订，但协议的效果影响了美国铝产品的竞争，因此违反了《谢尔曼法》。从此，效果原则便成了美国反垄断法域外适用的依据。根据这一原则，任何发生在美国境外而与美国反垄断法精神相抵触的行为，不管行为者的国籍如何，只要该行为对美国的市场竞争发生影响，美国法院对之就有管辖权。<sup>[18]</sup>

但是，以效果原则为依据域外适用竞争法的做法一直受到强烈的国际抵制，因为它违反国际法上有关国家管辖权的一般原则。在国际法上，国家管辖权包括四个方面，即属地管辖、属人管辖、保护性管辖和普遍性管辖。属地管辖是指国家对其领土范围内的一切人、物和事享有完全的排他的管辖权。如果将基本的属地管辖加以延伸，则有主观适用和客观适用之分，前者允许对在国家内开始而不在那里完成的罪行有管辖权，后者允许对在国家内完成而即使不在那里开始的罪行有管辖权。<sup>[19]</sup>属人管辖是指国家对一切在国内和国外的本国人有权行使管辖，但国家行使属人管辖的方式受到一定的限制，即国家只能在其境内，而不能到其境外行使该权力。保护性管辖是指国家对外国人在该国领域外侵害该国国家和公民的重大利益的犯罪行为有权行使管辖，保护性管辖也不能在他国领土上进行，而必须在罪犯进入本国领域后才可以采取追诉措施。普遍性管辖是指根据国际法，国家有权对普遍地危害国际和平与安全及人类共同利益的某些特定的国际犯罪行为（如战争罪、海盗罪、空中劫持罪、贩卖毒品罪）进行管辖，而不管罪犯的国籍和犯罪行为的发生地。

效果原则将管辖权扩展到外国人在外国的行为，显然超出了属地管辖和属人管辖的范围。在《美国对外关系法（第二次）重述》中，美国以“客观地域管辖”为效果原则辩护，但该辩护不具有足够的说服力。客观地域管辖是建立这样的基础上：即只要犯罪行为的任一组成部分发生在一国境内，则该国就有管辖权。但是，如果所依据的效果不是有关罪行的组成部分，而仅仅是所作行为的后果或反响，那么，管辖权的属地原则的正当界限就被超越了，特别是如果效果只是偶然的和不重要的，这就不正当地采取“效果”原则为管辖权的根据的危险和该项原则是否符合国际法的可疑之处。<sup>[20]</sup>况且，“客观地域管辖”概念是在刑法的传统领域发展起来的，它不必定适用于“经济效果”，而经济效果是竞争法的中心问题。效果原则也不能纳入到保护性管辖的范畴来证明其合法性。尽管保护性原则传统上包含种类不同的犯罪，如间谍行为、伪造政府文件等，其理论基础是国家要求对那些无论在何处实施都威胁到该国根本利益，且不可能为实施地国所禁止的行为行使管辖权。但是该原则被视为国家管辖的例外根据，它限于直接针对国家完整统一及政府功能运作的行为，如果将它延伸于涵盖国家更为广泛的经济利益（无论这些经济利益多么重要），这将是保护性原则的戏剧性转变。<sup>[20]</sup>至于效果原则的域外适用是否属于普遍性管辖的范畴则更是不言而喻的了。总之，以效果原则为依据域外适用竞争法缺乏明确的国际法基础，没有严密的理论支持。因此，进口国试图依据效果原则适用本国竞争法来判断出口国的市场竞争状况就很难得到普遍承认。

鉴于竞争法域外适用的障碍，有学者倡议采取“主动礼让”（*positive comity*）方法来适用竞争法，从而实现对掠夺性倾销的规制。主动礼让是指进口国既不适用明确的国际标准，也不对出口国的措施域外适用其竞争法，相反，它可以要求出口国的竞争当局对这些措施适用出口国本国的竞争法。主动礼让与传统的国际礼让（*traditional comity or negative comity*）不同。根据传统的国际礼让原则，一国在执行其管辖权时应考虑其他国家的重要利益，而主动礼让是将主动权转移给利益受到影响的国家（进口国），该国可以要求另一国（出口国）发起适当的实施程序。是否发起程序的最终决定权保留给被申请国，但被申请国有义务考虑申请国的法律和利益。在实践中主动礼让方法可按如下程序操作：当收到反倾销调查的申请时，进口国主管当局即可告知出口国的竞争当局，并要求他们对本国相关市场的竞争状况进行调查。出口国竞争当局在调查的整个过程中，应给予进口国主管当局以充分的知晓

并让他们获得其收集到的一切信息。双方也可达成协议由进口国竞争当局派出代表参加调查程序。如果出口国竞争当局经调查后得出结论，市场竞争以违反竞争法的方式受到了人为的限制，则将采取补救措施；而进口国对补救措施又满意的话，程序便可结束了。如果出口国竞争当局经调查认为国内市场不存在重要的外国产品进入壁垒，且进口国竞争当局同意该结论，程序也可以结束了。与出口国竞争当局进行调查相对应，进口国竞争当局则要确定本国贸易壁垒的实施是否对其市场竞争造成损害<sup>[22]</sup>。

主动礼让的优点是其遵守国际法上的管辖权原则，体现了一定程度的国家合作精神，在理论上不易遭到攻击；在实践中也可以被有关国家接受（如欧盟和美国于1991年达成的关于适用竞争法的双边协议中就制定有主动礼让的条款），从而有助于减少国家管辖权的冲突。但是，主动礼让方法的缺陷也是显而易见的，根本原因在于该方法不要求对不同的竞争法进行任何协调。竞争法往往反映或蕴涵着一国的核心价值观和利益追求，与其经济福利和发展密切相关，因此竞争法所体现的政策、目标在不同的国家，甚至同一国家的不同时期都可能迥异，再加上历史传统和文化环境等各种因素的影响，每个国家的竞争法无论是实体规则还是程序规则，差别都很大。由于主动礼让方法不包括对不同国家竞争法的协调，因此进口国和出口国在运用该方法时难免会产生分歧，尤其表现在如下三个方面：第一，已确定存在大量的限制市场竞争和提升出口企业市场力量的政策和措施，但根据现行法当局不能采取行动（例如，基于效益抗辩这些措施被豁免）；第二，双方对反竞争措施的存在没有意见，但进口国政府认为出口国竞争当局所采取的补救措施就处理问题而言不够有效；第三，基于已调查到的事实，双方对市场竞争是否被严重阻碍的问题存有分歧。<sup>[23]</sup>比如说，出口国主管当局根据其竞争法认为本国市场竞争未受到阻碍，不存在违反竞争的情况，而进口国主管当局不接受出口国主管当局的结论，而适用自身的竞争法进行判断后，仍然认定出口国市场存在贸易壁垒，限制了外国产品的进入，具备倾销产生的前提，这时，分歧就不可避免了。在这三种情况下，进口国可能会求助于反倾销程序或向WTO提起非违法之诉。

从上述分析可知，由于竞争法的域外适用和主动礼让方法在实践中存在着重大限制，因此通过这两种途径实施“以竞争法取代反倾销法”方案极易受到阻碍。而目前，国际上正在热烈讨论制定一部国际竞争法的问题，那么，以国际竞争法取代反倾销法是否可能呢？首先，制定统一的国际竞争法是以各国竞争法的重大协调为前提的，而各国竞争法的规则差别很大，所反映的目标和原则也不一样。以价格歧视为例，为确定市场竞争程度，就需要对市场竞争程度有一个相当具体的定义。而目前，不同国家的主管当局在许多的场合下（包括企业合并分析、卡特尔调查等）使用不同的标准来确定市场竞争程度。比如说，有些国家的主管当局依靠市场集中度或市场份额的定量措施作为“支配地位”的指标，同时进一步考虑或不再进一步考虑该支配地位被滥用的可能性；但有些国家，作为法律问题或政策问题，在某些情况下或对某些部门给予卡特尔及其他安排豁免审查，而力图更多地注重市场主体的市场行为。在如此大的差异下，各国竞争法的协调即使可能，也必定是一个长期的过程。再者，竞争法中许多规则规定由任意性很大的执法部门酌情而定权，若作国际统一规则立法，就需建立相应的具有超国家全权执法的机关来管理，按今天贸易自由化和全球经济一体化的进程状况而论，据说经济关系中主权观念已经淡化，但要各国尤其经济超级大国接受这样一种超国家机关的管理，似乎还难以想象。<sup>[24]</sup>

尽管制定一部统一的国际竞争法以取代反倾销法在短期内难以实现，但在区域性组织内部以竞争法取代反倾销法还是可以实现的，比较成功的例子就是欧共体的罗马条约和澳大利亚—新西兰更紧密经济贸易协定。欧共体（现为欧盟）是当今世界上区域性经济组织和政治组织的典范，已完全实现了区域内部货物、服务、劳工和资本的自由流动，并就政府援助（补贴）、政府采购措施和竞争政策等方面对成员国制定了共同的纪律。罗马条约在成员国之间排除了反倾销法的适用，而仅将反倾销法适用于来自成员国之外的国家的进口产品。成员国内部发生的价格歧视和掠夺性倾销行为则由欧共体的竞争规则规制，这主要反映在罗马条约的第85条和第86条。第85条禁止凡是可能影响成员国之间的贸易及旨在阻止、限制或扭曲共同市场内部竞争活动为目的或产生此类结果的所有企业间的协议、企业协会的决定和联合行动；第86条则禁止一个或几个企业利用其在共同市场或在共同市场的一个重要部分的优势地位，并可能影响成员国间贸易的行为。第86条还对“滥用”做了说明式列举，包括不公平贸易、价格歧视、搭售、限制产量或市场进入等。可见，成员国一切具有反竞争性且可能对另一成员国产生不利影响的行为都

将受到管制。而欧盟竞争法的实施则主要由欧盟委员会负责。委员会由第 17 条规则授权审查是否有违反第 85 条和第 86 条的行为和给予个别豁免。毫无疑问，欧盟这种模式是以竞争法取代反倾销法的最理想模式，统一的竞争法提供了一套统一的标准，消除了因适用不同国内竞争法而产生的内在冲突，而超国家机构的执行又保证了实施共同竞争法的效率，因此，这种模式既克服了域外适用国内竞争法时所难以避免的潜在的法律、政治、组织障碍，同时也避免了主动礼让方法本身固有的缺陷。但是，欧盟之所以能够如此成功地做到这一点，归根结底应归因于其高度一体化。由于地缘关系和历史文化传统的接近，欧洲国家在许多方面有着共同的利益，它们比其他国家更容易结合在一起组建一个共同市场，消除成员国之间货物、服务、劳工和资本自由流动的障碍，从而促进欧洲整体经济的发展。同时，欧盟成员国还将相当大的一部分权力呈交给欧盟的有关机关，由它们来制定和执行适用于所有成员国的政策和法律制度，成员国不得违背。因此，欧盟实际上是一个超国家的政治、经济和社会结构，就像国内贸易中无须使用反倾销法一样，欧盟成员国之间的贸易也无使用反倾销法之必要。<sup>[25]</sup>而对于其他地区来说，由于欠缺必要的条件，要建立一个类似于欧盟的超国家的区域性组织恐怕难度很大。

1990 年的澳大利亚——新西兰更紧密经济贸易协定则是另一种类型的范例。该协定取消了两国间货物贸易的反倾销法的适用，但两国并没有像欧盟那样设置一个超国家的主管机关，而是对各自的竞争法进行修改，增加了有关跨境滥用市场力量的条款及大量的跨境调查和实施竞争法的规则，这样，就可以对在一国或联合区域市场占有优势地位的企业在另一国所做的反竞争行为加以规制了。这个新的法律框架规定：澳大利亚的企业可以向澳大利亚的法院起诉在新西兰占有优势地位的企业，反之亦然；一国的执法机关有在对方国境内一定的调查权；一国的法院可以设在对方国境内；由一国法院做出的判决和命令在对方国法院是可执行的。<sup>[26]</sup>可见，这种模式与欧盟模式不同，它没有制定一部适用于两国的统一的竞争法，也没有设置一个超国家的主管机关来负责执行，而是在竞争法的执行方面予以合作，相互给予承认和便利。但是这种合作比一般的竞争法实施合作更进了一步，尤其是一国可在对方的境内设置法院及执法机关在对方境内有调查权方面，超出了一般的合作所允许的范围。无疑，澳大利亚和新西兰之间的特殊关系为这种模式奠定了基础；同时，两国在组织机构方面的相似性为它们取消反倾销法的适用并将竞争法延伸至双边贸易提供了便利，特别是两国竞争法的接近使之易于创设出相互都能接受的关于处理跨境滥用市场优势地位的行为的方式；此外，两国共同的法律传统和相似的司法系统也为这种模式的建立发挥了重要作用。而这些有利条件在其他的自由贸易区也许就不存在了。

#### 四、“对反倾销法加以改进”方案的观点及可行性分析

现在越来越多的人认为反倾销规则本身的性质是反竞争的，必然会带来保护的后果，不利于国际贸易的正常进行和经济发展，然而在目前国际贸易保护主义盛行的状况下，完全放弃反倾销法实属不可能，而以竞争法取代反倾销法的方案也受到重重限制，至多只能在区域性自由贸易区实现，因此比较现实的方法是对反倾销法进行修改，最大限度地纳入或融进竞争规则，消除现行规则中反竞争或限制竞争的条款，使反倾销法能更多地考虑到竞争的需要。<sup>[27]</sup>至于具体的修改之处主要包括三个方面：引入“公共利益”条款、采用更高的“微量”标准及对“相关市场”确定一个恰当的定义。真正的公共利益条款不仅是指应将消费者与用户的利益考虑进去，而且要将“损害”定义为是对竞争的损害，而不是对竞争者（国内生产商）的损害，即实际上应以是否符合国民经济整体福利和市场竞争为判断标准。而“微量不计”规则是出于节约资源的目的而制定的，因为反倾销案的诉讼成本极高，倾销存在和损害的认定都需要动用大量的专业人才来进行复杂的调查和确认工作，这对于许多企业而言是个相当沉重的负担，也不利于国际贸易和世界经济的正常发展。因此将贸易量与倾销差额定出一个“最低限度”，低于此限者采取“微量不计”规则，实属必要。然而在某些国家的反倾销法中，“微量”的标准过低，所以有必要提高，实际上是放宽限制，以鼓励竞争。至于最后一点，界定“相关市场”的关键是界定“同类产品”。对“同类产品”的界定直接关系到损害的确定，如果“同类产品”定义地较为宽泛，倾销对进口国国内产业的损害就不易证明些。反之，如果对“同类产品”采用的是较为狭窄的定义，“国内产业”的范围就会相应缩小，这可能导致对倾销损害效果的高估，从而在本不应采取反倾销措施的案件中采取反倾销措施。有些学者认为反倾销法中对“同类产品”的定义过于狭窄，建议加以拓宽，以便将需求的交叉弹性考虑进去<sup>[28]</sup>（需求的交叉弹性是指一种产品价格变动对某些其他产品的销售产生的影响。如果一种产品价格上涨，人们



对这种产品的需求就会下降，同时对另一种产品的需求就会增加，从而引起另一种产品的价格上涨。在此情况下，购买者就从一种产品转向另一种产品了。<sup>[29]</sup>

应该说，保留反倾销法并按照有利于竞争的方向加以改进的方案是现实可行的。从一个国家的角度来说，如果它确实认识到反倾销法对竞争的消极作用，并相信引入更多的竞争规则会有利于其经济的长远发展，但出于对抗他国反倾销法威胁的需要又不能即时取消本国反倾销法，那么，它在保存反倾销法的同时对其加以改进是完全可以做到的。比如，采用宽泛的公共利益条款，注意评估可能的反倾销措施对竞争所产生的效果；适用比 WTO 反倾销守则更高的微量标准等等，只要这些做法是非歧视性的。总之，一国修改自身的反倾销法以增进其整体福利完全是它的自由，关键是看该国国内支持派和反对派力量对比情况。

从区域性自由贸易区来看已经有了现成的例子，欧盟反倾销法的最新发展就反映了对促进竞争的考虑。自 1995 年起，欧盟反倾销法就纳入了一个更为详细具体的规则，要求欧盟委员会在确定倾销、损害、因果关系之后，还必须确定是否有共同体利益的需要，如果没有，就不能征收反倾销税。共同体利益包括许多方面的利益，主要是共同体工业利益、产品用户的利益及消费者利益等等。尽管实践表明欧盟委员会在对这三者进行权衡时，往往会把共同体工业利益放在第一位（如 1995 年对中国粉末活性炭反倾销案），<sup>[30]</sup>但是在某些特殊的情况下，如果欧盟用户的利益较大，比生产工业更重要；欧盟的生产商没有足够的生产能力满足欧盟消费者的需要；或者欧盟生产商的价格和产品成本比国际标准高，则裁决可能就是没有共同体利益。例如，在中国的松香案中，欧委会做了倾销的裁决，但没有采取措施，因为征税对松香用户的负面作用超过了给欧盟工业带来的利益。<sup>[31]</sup>

对于反倾销法的国际规则而言，纳入更多的促进竞争的条款，限制和防止某些国家滥用反倾销法来保护本国工业的途径也是现实可行的。在乌拉圭回合之前，GATT 反倾销守则的许多规则和措施备受批评，因为它们存在明显的漏洞，极易导致反竞争的效果。经乌拉圭回合达成的新的反倾销守则（即 WTO 反倾销守则）与以往的守则相比，发生了不少重大的变化，其意图或至少部分意图是为了使反倾销法更能够与竞争原则一致以促进竞争。这些变化主要表现在如下几个方面：

1. 限制有关国家主管当局的酌情裁量权，增加在执法各环节上的透明度，以防止因滥用酌情裁量权而产生的偏袒一方的执法不公。乌拉圭回合谈判之前，国际贸易界对东京回合的批评主要集中在各国主管当局滥用其酌情裁量权上。程序规则上的缺陷往往使得无充分理由的反倾销申请得到确认和执行，而这些申请的真实目的是迫使出口商提高价格，削弱进口国的市场竞争。因此，为加强反倾销诉讼提起标准，保证理由充分的反倾销申请得到调查并使调查能够客观而公正地进行，WTO 新守则制定了大量的新的程序性规则，具体包括：

第一、申请调查的人员资质。对于哪些人有资格提出反倾销调查申请书，1979 年反倾销守则规定地比较笼统，使申请的代表性问题不够明确；WTO 的新守则对此规定了具体标准。该守则第 5.4 款规定，若未经调查当局对申请书是否有“足够支持或反对”的问题做出判断认定，就不得发起调查。凡申请受到其合计产量占该相同产品国内行业总产量的 50% 以上的国内生产人的支持，当局才可认定为符合“由或者代表国内行业”提出申请的标准。这表明，未表态支持者不列入 50% 之内。另一方面，凡对该申请明确表示者，其产量低于该行业总产量的 25% 时，则绝对不准发起调查。而按照对该款的注释(14)，“各成员方认识到，在有些成员方境内，相同产品国内生产人的雇员或者雇员代表可以或支持进行调查”。这样，就解决了申请书的代表问题，同时也具体划定了调查当局的职责范围。

第二、现有最佳资料原则。现有最佳资料原则（best information available）是指，当反倾销主管当局调查出口公司状况、倾销产品在出口国国内销售的价格和数量、相似产品的成本和费用时，如果出口商答复不完整、不全面或出口商不允许、不配合主管当局的调查工作，主管当局可以依据其所获得的最好资料做出裁决。该原则有可能导致不利于出口商的裁决结果，对于该问题，WTO 新守则基本沿用了 1979 年守则的内容，但其在附录中列出了一系列条件，规定什么情况下采用此原则，从而限制了主管当局滥用此原则拒绝考虑当事人提供的资料的做法。

第三、微量原则。WTO 第 5.8 款规定：“遇有当局认定，倾销差额属微量者，或者倾销的进口产品实际或潜在数量或其损伤情况可略而不计者，调查应立即停止。凡倾销差额占以出口价格百分比计，不到 2% 者，则视为微量。凡从某个国家进口的倾销产品数额，占进口国相同产品的进口额不到 3% 者，通常也认做可略而不计”，但是，几个占不到 3% 的国家其合计进口量占 7% 以上者不在此限。此外，微量原则还表现在要求当局认定征税时，应采取只要能弥补所受损伤即可的方式，或用低于倾销差额的标准来厘定临时税额或价格承诺额的办法。

第四、公共利益条款。由于反倾销法对国内工业的保护往往是以消费者利益和经济整体为代价的，因此，越来越多的国家认识到在采取反倾销措施时，不能只把国内工业的受损情况作为考虑重心，还应考虑其他相关方的利益。WTO 在第 6 条“证据”的第 12 款中规定，“当局应给予受调查产品生产行业的用户，以及该产品一般有零售时则消费者组织的代表，以提供有关倾销、损伤及因果关系调查方面资料的机会。”尽管该条款只给予有关方提供资料的机会，但与以往的守则相比，总算迈出了第一步，标志着一种突破。

第五、时间限制与日落条款。日落条款（sunset clause）是指，一项反倾销措施，无论是价格承担还是征收固定反倾销税，若以后没有任何的修改或新的复审决定，则届满 5 年后自动失效。<sup>[32]</sup>订立日落条款是为了适应形势的变化，因为大多数反倾销措施在实行三、五年之后，由于时过境迁，市场条件的变化不再需要了。日落条款主要在欧盟、澳大利亚和加拿大的国内反倾销法中有规定，1979 年的反倾销守则没有关于反倾销税适用期限的规定，只是在其第 9 条中规定：反倾销税只要在必要范围内起着阻止正在造成损害的倾销，就应该保持继续有效。WTO 新守则加入了日落条款，在某种程度上缩短了反倾销措施的适用期间。另外，WTO 新守则还对反倾销的各环节制定了严格的时间限制，如问卷调查限定 30 日内作回答，若实在有困难可适当延长；临时措施必须在开始调查 60 天以后才能采取等等。

2. 收紧结构价值的计算规则。反倾销法规定，在计算正常价值时，如果不能采用出口国市场价格和第三国可比价格，则采用按原产地的生产成本加上一定数额的管理费用、销售费用和其他费用及合理数额的利润得出的结构价值。过去一直有人批评西方国家在适用其国内反倾销法时采用偏高的成本、费用和利润额，人为地抬高比较“基线”，以便更容易地证明倾销的存在，得出更大的倾销幅度。WTO 新守则制定了相关条款以“管住”结构价值的计算。第 2 条规定：“管理、销售及其他费用和利润的数额，要根据受调查的出口人或生产人对相同产品在生产中和正常贸易过程中销售的实际数据。凡该数据无法根据此类数据确定者，该数据应根据以下情况来确定：(i) 该出口人或生产人在同一大类产品原产地国内国内市场生产与销售所花费与获得的实际数额；(ii) 其他受调查的出口人或生产人在相同产品原产地国内国内市场生产与销售所花费与获得的实际数额的加权平均数；(iii) 任何其他合理方法。可见，该条要求采取“实际数额”是对某些国家人为抬高比较基线的否定，具有积极意义。再者，为防止计算结构成本时会出现的对各种花费的不合理分摊，尤其是对高科技含量产品中高额研试费用的估算和分摊，WTO 反倾销守则也进行了专门规定。此外，WTO 新守则还规定对以结构价值确定正常价值（以成本为基础）的使用方法只能位于以出口国国内价格和第三国可比价格确定正常价值（以价格为基础）的使用方法之后，除非以价格为基础的计算方法不可靠，否则，不能使用以成本为基础的计算方法。

3. 价格比较问题。在反倾销实践中，某些国家坚持将每笔交易的出口价格与加权平均正常价值相比较的方法，许多人批评这种比较方法不公平地夸大了倾销，进而夸大了倾销幅度，多征了反倾销税。而 1979 年守则只规定了出口价格与正常价值之间应进行公平比较，没有规定具体的比较方法，也就无法限制某些国家适用其有扩大倾销幅度倾向的计算方法。因此 WTO 新守则在这方面做了重要的改进，它在第二条中规定在出口价格与正常价值之间应采用“加权平均值对加权平均值”或“单个对单个”的比较方法，即在加权平均正常价值与全部可比的出口交易的加权平均价格之间进行比较或每笔交易的出口价格与每笔交易的正常价值之间进行比较，由此来确定倾销幅度。但是美国和欧盟通过对该条加入一项例外来削弱其影响，即：如果当局发现出口价格在不同的购买人、地区和时间之间的差别很大，并且当事人能够解释为什么应用加权平均对加权平均、单个对单个方法进行比较不能使这种巨大差别的考虑得到适

当，则可以将加权平均的基础上确定的正常价值与每笔交易的出口价格进行比较。该条款的意思是，出口商可能会在同一国家的某一地区低价销售，在其他地方维持高价，采用加权平均方法计算出口价格时，会得出不构成倾销的结论。<sup>[33]</sup>这时，可采用每一出口价格与加权平均正常价值进行比较的方法。可见，在 WTO 的新守则中，虽然为“单个对平均”的比较方法留下了空间，但能够使用的机会已大大减少了。

4. 因果关系问题，在反倾销理论中，只有证明倾销与损害之间存在因果关系才能对倾销产品征收反倾销税，但是在某些复杂的情况下，很难区分哪些损害是由倾销造成的，哪些不是，这就要求法律明确规定出如何认定二者之间有因果关系。1979 年守则只规定“必须证明倾销的进口产品正在造成本协议范围内的损害。与此同时，可能还有其他因素也在对该工业造成损害，但这些因素造成的损害不应归咎于倾销的进口产品。”这种模糊的条款很难限制各国反倾销主管当局扩大因果关系的做法。因此 WTO 新守则对此规定了具体的认定方法，它要求主管当局调查所有的除进口产品之外的有可能造成进口国工业损害或损害威胁的可知因素；特别是，新守则要求主管当局考虑外国与进口国国内的竞争情况及贸易限制措施，这显然是将竞争因素纳入了因果关系条款，有利于全面而公正地考虑倾销与损害的关系。

5. 争议解决机制。在 WTO 新守则中另一个有利于竞争的变化是争议解决机制的适用。WTO 争议解决机制采用倒协商一致的方法。争议解决机制对反倾销守则的一般适用的意义是：由于倒协商一致方法的采用，再也不会出现因成员国无法达成一致意见而导致专家小组或上诉机构的报告无法通过的局面了，这在很大程度上有助于实施反倾销守则的程序性规则及其他要求，还可以将守则中对主管当局酌情裁量权的限制进一步具体化，使之更加明确。这些无疑都有利于 WTO 新守则中有所改进的部分真正得以付诸实施，从而起到限制和防止有关国家滥用反倾销法保护本国工业，妨碍竞争的作用。

简而言之，WTO 新守则与以往的守则相比，进行了许多修改，这些修改都在不同程度上反映了促进竞争的需要，体现了国际社会对反倾销法实质与作用的反省和重新认识，也表明对反倾销规则加以改进使之朝着与竞争原则一致的方向发展的途径是现实可行的。

## 五、中国的态度

上文从经济理论出发，论证了倾销行为的性质，然后介绍了“完全取消反倾销法”、“以竞争法取代反倾销法”和“对反倾销法加以改进”三种方案，并分别就这三种方案的现实可行性进行了分析。“完全取消反倾销法”方案认为反倾销法从根本上来讲是不利竞争的，应加以废除；而竞争法与反倾销法的根本不同又决定了不存在以竞争法取代反倾销法的真正必要性。1997 年的加拿大和智利之间的自由贸易协定就明确取消了反倾销法对两国间贸易的适用。但是，在目前贸易保护主义泛滥的大气候下，为了保障本国工业在激烈的国际竞争中生存下来，许多国家不可能立即废除作为贸易政策体现的反倾销法，因此，在当今国际社会，“完全取消反倾销法”方案显得有些极端，现实可行性较差。“以竞争法取代反倾销法”方案认为竞争法优越于反倾销法，且倾销中唯一对竞争有害的掠夺性定价是竞争法和反倾销法都加以规制的行为，因此，可用竞争法取代反倾销法。但是，以“效果原则”域外适用竞争法不符合国际法上有关国家管辖权的理论；主动礼让方法又难以解决国家之间竞争法差异的难题；而制定统一的竞争法以取代反倾销法，从而将从严界定的、反竞争的“倾销”行为纳入国际竞争法规制范围的途径，基于各国竞争法的迥异和国家对主权的珍视，其难度也是显而易见的。总之，无论是“完全取消反倾销法”还是“以竞争法取代反倾销法”都没有足够的可行性，都存在这样或那样的困难。相比之下，“对反倾销法加以改进”方案虽然不够彻底，但最为求实，也是能为大多数国家所接受的。

通过对国际上有关反倾销法的这三种方案的可行性分析，我们不难看到反倾销法未来的发展趋势，这一点，对于中国在这场关于反倾销法整套制度存废的国际大讨论中应采取何种态度非常重要。首先，我们应看到保留反倾销法的必要性。目前，世界上不少国家在对华反倾销问题上采取歧视性做法，因此，保留本国反倾销法无疑可以对抗外国的反倾销攻击。纵观其他国家的反倾销法实践，也会发现类似的经历，像加拿大、墨西哥、韩国等反倾销措施的运用，都与其不断遭受美国等国家反倾销的恶劣状况有密切联系。<sup>[34]</sup>

另外，我国许多部门工业刚刚兴起，它们具有重要的战略意义，很可能会成为未来的国民支柱行业，

然而随着对外开放的加快和中国“入世”，这些幼稚行业将面临外国产品的冲击和激烈竞争，如果不加以适当保护，很可能会受到严重阻碍，从而影响到中国经济的未来发展和繁荣。对幼稚工业的保护与贸易保护主义是有区别的，对幼稚工业的保护已为国际社会所认可，WTO的保障机制中有专门为保护幼稚工业而设计的条款。因此，在WTO体制下，对幼稚工业实施保护是合法的，不会引起其他国家的非议。同时，反倾销法的特点决定了其是保护幼稚工业的最有效、便捷的手段。与保障条款措施相比，实施反倾销所要求的工业受损害影响程度较低；与反补贴措施相比，反倾销较好地避开了国与国政府间耗时颇久的谈判及政治压力的影响，有助于国内工业较迅速方便地得到必要保护。<sup>[35]</sup>

我国在保留反倾销法的同时，也应密切关注WTO的动向，顺应反倾销法的发展趋势，不断完善自己的反倾销法，使之适应竞争的需要。如果仅仅强调反倾销法对抗其他国家反倾销措施及保护本国幼稚工业的功效，却忽视反倾销法不利于竞争的一面而不加以改进，则会将中国企业与合理的国际竞争隔绝开来，从长远来看，是不利于我国的经济发展的。也就是说，反倾销法应在两者之间寻求一个平衡点，使其在保护中国企业免受外国不公平待遇及本国幼稚工业发展的同时，也不排斥外国企业进入中国市场进行公平竞争，从而促进中国工业的健康成长，增进社会总体福利。1997年国务院颁布的《中华人民共和国反倾销和反补贴条例》（以下简称原条例）在框架和内容方面大体与WTO新守则一致，但存在许多不足之处，主要表现在某些重要方面欠缺，而某些方面即使有规定，也规定地不够合理或不够严密。2002年实施的《中华人民共和国反倾销条例》（以下简称新条例）对原条例进行了修改，其中多处修改可以增强反倾销法的可操作性和可预见性，防止主管当局自由裁量权的滥用，尽可能地维护进口产品与国内产品间的公平竞争环境，显然具有积极意义。这些修改是：

1. 正常价值的确定。原条例虽然规定应首先采用出口国国内市场的可比价格来确定正常价值，但WTO反倾销守则对出口国国内价格的承认是有条件的，即“正常贸易过程”中同类产品在国内市场的可比价格，新条例引入了“正常贸易过程”术语，加强了限制。

2. 公平比较。原条例仅规定“对进口产品的出口价格和正常价值应当按照公平合理的方式进行比较，确定倾销幅度”，而不再有任何进一步的表述，这对于比较如此复杂的问题而言，其规制是远远不够的，一旦面临司法实践就难免捉襟见肘，同时也给执法不公以可乘之机。新条例进行了补正，规定对进口产品的出口价格和正常价值，应当考虑影响价格的各种可比性因素，按照公平、合理的方式比较；倾销幅度的确定，应采用“加权平均对加权平均”或“单个对单个”的方法，但如果出口价格在不同的购买人、地区、时期之间存在很大差异，按照上述方法难以比较的，可以将加权平均正常价值与单一出口交易的价格进行比较。这基本上与WTO守则一致。

3. 因果关系。在反倾销实践中，只有证明了进口产品的倾销与国内产业的损害之间有因果关系后，才可以采取反倾销措施。WTO守则规定，“必须证明，倾销进口，经由倾销作用，正在造成本协议所指的损害。表明倾销进口和对国内产业造成损害之间的因果关系，应以当局对其所拥有全部相关证据的审查为基础。当局也应审查除倾销的进口产品之外的其他已知的因素，这些因素同时正在造成对产业的损害，由其他因素造成对产业的损害不得归咎于倾销的进口产品。”而对于因果关系如此重要的问题，原条例未作正面规定，只能从有关损害的定义中推断出来，这显然是立法上的缺陷。新条例在列举了确定倾销对国内产业造成的损害时应审查的事项后，继而规定，“在确定倾销对国内产业造成的损害时，应当依据肯定性证据，不得将造成损害的非倾销因素归因于倾销”，实际上将因果关系正式确定了下来。

4. 累积评估。WTO守则规定，当几个国家的进口产品同时受到反倾销调查时，可将这些进口产品的效应加在一起来判断是否造成严重损害。守则在表述这条规则时附加了两个重要限制条件，一个是对微差（即一国产品的倾销差额低于以出口价格百分比表示的2%）和可忽略者（即从一国进口的产品数量低于进口国相同产品进口量的3%），可不计入累计评估的范围，另一个是根据进口产品间、进口产品与国内产品间的竞争关系来看，累计评估为恰当。原条例虽然规定主管当局可对进口产品的影响进行累计评估，但未规定其应具备的条件，不具有可操作性和透明度，新条例进行了补充，基本上与WTO守则一致。

5. 界定“同类产品”。界定“同类产品”非常重要，它直接影响到“国内产业”的范围和损害的确定。

定,而且,被调查当局认定的“同类产品”往往就是最后被采取制裁措施的产品,因此界定“同类产品”可说是整个反倾销调查的出发点。原条例没有对该术语加以界定,缺乏可操作性,新条例进行了补充,即“同类产品,是指与倾销进口产品相同的产品;没有相同产品的,以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品”。

6. “地区产业”例外。WTO 守则在对“国内产业”定义的同时,还规定了“地区产业”例外。“地区产业”例外是指在能够将进口国领土划分成两个或两个以上的具有竞争性的市场的情况下,在调查损害时,可以将每个市场的生产商看作是一个独立的国内产业,条件是:第一,该市场内的生产商所生产的全部或几乎全部产品都在该地区市场上销售;第二,该市场的需求主要由该地区的生产商而非该地区之外的生产商供应。显然,守则采取的是灵活务实的态度,构成国内产业的条件主要取决于是否已形成独立竞争的市场。在这方面,原条例尚未有任何规定。考虑到我国幅员辽阔,产业分布不均,经济发展极不平衡,“地区产业”确有存在的现实性,因此新条例依照守则,在“国内产业”的定义中增加了“地区产业”例外。

7. 程序规则。原条例在某些程序规定上有欠缺,新条例进行了改进:对反倾销调查的某些环节规定严格的时间限制(如外经贸部应自收到申请书及有关证据之日起 60 天内进行审查,经商国家经贸委后,决定是否立案;临时措施应于开始调查之日起 60 天后采取);在复审范围上加以扩大,除反倾销税外,还包括价格承诺;增加了司法审查制度,规定对是否征税的决定及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定或复审决定,可以申请行政复议和提交法院诉讼。这些都有利于切实保护当事人的合法权益,维护公平、公正。

#### 参考文献

- [1] 彭文革,徐文芳.倾销与反倾销法论[M].武汉:武汉大学出版社,1997:17
- [2] 伯纳德·霍克曼,迈克尔·考斯泰基.世界贸易体制的政治经济学[M].北京:法律出版社,1999:175.
- [3] 同 [1]:25.
- [4] 张晓东.中国反倾销立法的比较研究[M].北京:法律出版社,2000:41.
- [5] 同[4]:32.
- [6] 同[2]:174.
- [7] 赵维田.世贸组织的法律制度[M].吉林:吉林人民出版社,2000:274.
- [8] 同[2]:177.
- [9] 同[2]:178-179.
- [10] 同 [1]:32.
- [11] Marco C.E.J.Bronckers. Rehabilitating Antidumping and other Trade Remedies through Cost-Benefit Analyses. (2) Journal of World Trade 18 (1996):30.
- [12] [13] [14] Gunnar Niels and Adriaan ten Kate. Trusting Antitrust to Dump Antidumping.(6)Journal of World Trade 29 (1997):31.
- [15] 王源扩.我国竞争法的政策目标[J].法学研究,1996(5):115.
- [16] [17]同[12].
- [18] 王晓晔.竞争法研究[M].北京:中国法制出版社,1999.442-443.
- [19] [英]詹宁斯,瓦茨,奥本海国际法(第一卷,第一分册)[M].北京:中国大百科全书出版社,1995.329.
- [20] 同[19]:336.
- [21] P.M.ROTH. Reasonable Extraterritoriality: Correcting the “Balance of Interest”. (2) International and Comparative Law Quarterly 284 (1992):41.

- [22] [23] Bernard M.Hoekman and Petros C.Mavroiois. Dumping, anti-dumping and antitrust. (12) Journal of World Trade 41 (1996):30.
- [24] 同[7]. 307.
- [25] 莫世健.试论反倾销法和不正当竞争法的关系[J].法学家,1999(5):48.
- [26] Gunnar Niels and Adriaan ten Kate. Trusting Antitrust to Dump Antidumping. (6) Journal of World Trade 40 (1997):31.
- [27] 同[7].307 页。
- [28] Bernard M.Hoekman and Petros C.Mavroiois, Dumping, anti-dumping and antitrust, 30 (12) Journal of World Trade 45-49 (1996).
- [29] 金朝武.论相关市场的界定原则和方法[J].中国法学,2001(4):188.
- [30] 同[4].88.
- [31] [英]休·斯多克.欧盟对华反倾销的法律与实践[J].法学评论,1999(5):39.
- [32] 林洪.论世界贸易组织反倾销协议[J].国际商法论丛(第1卷).法律出版社,1999:676
- [33] 同[32]. 681.
- [34] [35].杨坚.国际反倾销法律案例与对策.南京:南开大学出版社 1996.284.

## A Commentary on the Three Proposals of Antidumping Law

Peng Xing-hua

(Institute of Internatioal Law, Wuhan University, Hubei Wuhan 430072,China)

**Abstract:** Antidumping law has been a hot topic all along in the field of international economic law. During these years the discussion about antidumping law has been explored into the reasonableness of the whole system and the trend of its development. Setting out from economic theories, the article proves that most dumping behaviors aren't harmful behaviors, but acceptable business strategies and competition manners, so antidumping law has the shortcoming of anticompetitive effect in its system. Then the article introduces the viewpoints and analyses the feasibility of the three proposals of “eliminating antidumping law completely”, “replacing antidumping law with competition law” and “revising antidumping law”, and concludes that the most practical way is the proposal of “revising antidumping law”.

In the end, the article discusses the attitude with which China should have to face the development of antidumping law.

**Key Words:** international economic law; antidumping law; revise

收稿日期: 2003-01-15;

作者简介: 彭兴华(1976-),女,湖南衡阳人,武汉大学国际法研究所博士生。