

产业损害的构成因素及其认定方法

叶 蓁

内容提要:本文深入研究了反倾销法中的实质性产业损害的三种形态及其认定方法,认为实质性产业损害是最基本的损害形态,我国应当尽快完善有关标准和认定方法。损害评估因素的具体化和定量化是今后反倾销实践和理论的一种发展方向。我国将来的反倾销法应就实质性阻碍国内产业的建立作出具体规定。

关键词:反倾销法 国内产业损害 构成因素 认定方法

叶蓁,吉林大学法学学士、英国伦敦大学法学硕士。

世界贸易组织《反倾销协定》规定:“在本协定中,‘损害’一词,除非另有规定,应理解为指对国内产业的实质性产业损害、对国内产业的实质产业威胁或对此类产业的建立产生实质障碍,并应按照本条的规定予以解释。”^[1]这是一个极为重要的解释,因为它与《反倾销协定》第3条携起手来,共同确立了反倾销法上的三种产业损害形态。任何一个国家或政府,要想使自己提起的反倾销案成立和胜诉,都必须满足相应的产业损害标准。根据该解释及第3条规定,所谓产业损害包括三种形态:一是对国内产业的实质性损害;二是对国内产业的实质损害威胁;三是对国内产业的建立产生实质障碍。以往国际反倾销实践已经证明并将继续证明,此问题在国际反倾销舞台上具有极其重大的意义,而我国因为加入世界贸易组织较晚,学术界尚缺乏有深度的理论研究,笔者谨以WTO、美国、欧盟及我国的立法和实务为例,就上述三种损害形态的构成作出初步探讨,为我国反倾销立法和实践提供一些建议。

一 实质性产业损害的构成因素及其认定方法

所谓实质性产业损害,是指倾销对进口国现有的国内产业生产的同类产品的销售实际上已经造成了重要的消极影响。西方多数学者认为,这种损害应比“严重损害”轻,但比“微不足道的、或不重要的损害”重。有一些学者还强调,损害是否是“重要的”,是一个事实认定问题,而非法律问题,因为在某些情况下,进口产品的一个很小幅度的削价可能对国内产业造成灾难性的后果;而在另一些情况下,一个很大幅度的削价可能也不会对国内产生任何影响。由于理论分歧较大,就实质性产业损害作出统一的法律解释是不可能的。事实上,各国法律亦没有统一的标准。

(一) 实质性产业损害的构成因素之认定方法

实质性产业损害应由哪些因素构成,各国反倾销规则从来没有统一的规定。这些不同的规则体现了各个历史时期不同国家或组织的反倾销实践经验,其中也蕴含了一些共同的经验。例如,1967年《反倾销守则》第3条(b)款规定:“对损害的估计……应在审核该行业所承受的全部状况的基础上进行,诸

[1] 参见李昌奎:《世界贸易组织反倾销争端案例》,中国社会科学出版社2006年版,第223页。

如有关经营发展与前景,市场份额、利润、价格、出口情况、就业、倾销品及其他进口产品的数量,国内行业能力的利用与生产率,以及限制性商业措施等。”该守则一开始就侧重于经济因素的考虑,这种方法的正确性已经被后来的事实所证实。

1979年《反倾销守则》显然继承了上述方法,并在此基础上有所发展。该守则第6条(1)款规定:“为总协定第6条目的而确定损害,应根据确凿的证据,并对以下两点作客观审核:(a)倾销进口的数量及其对国内市场相同产品价格的影响;(b)此类进口产品对该产品国内各生产者造成的影响。”这就是通常所说的“数量与影响并重”的原则,运用此原则必须依据“确凿的证据”,并进行客观审核,而不允许无根据的臆测。这显然是针对过去一段时期所发生的问题所采取的限制措施,体现了法律的进步。为了深入贯彻客观审核的原则,该守则第6条(3)款规定:“对有关行业影响的审核,应包括关系该行业状况的所有经济因素与指数的估计,诸如在产量、销售、市场份额、利润、生产率、投资效益、设备利用率等方面实际或潜在下降;影响国内价格的因素;对现金流通、库存、就业、工资、增长、增加资金或投资的能力等方面实际与潜在副作用。以上所列并不齐全,这些因素中一个或几个并不一定能作为决定指南。”毫无疑问,该规定已经大大扩展了实质性损害调查应考虑的经济因素的范围。该范围似乎被后来的一些反倾销规则所接受。如WTO《反倾销协议》中第3条(4)款规定:“关于倾销进口产品对国内产业影响的审查应包括对影响产业状况的所有有关经济因素和指标的评估,包括销售、利润、产量、市场份额、生产力、投资收益或设备利用率实际和潜在的下降,影响国内价格的因素,倾销幅度大小,对现金流通、库存、就业、工资、增长、筹措资金或投资能力的实际和潜在的消极影响,该清单不是详尽无遗的,这些因素中的一个或多个均未必能够给予决定性的指导。”由此我们不难发现一种趋势:即对于实质性损害的调查范围,将会采用列举的方法,尽可能多的明文规定。要求对实质性损害的经济因素的调查举证越细越好。这应该成为今后认定倾销所造成的实质性损害的基本调查取证方法。

(二) 现阶段调查实质性产业损害应考察的基本因素

一定历史时期的反倾销实践经验不可能穷尽所有的经济因素,但至少可以包含共同的或基本经济因素。现阶段各进口国反倾销部门在调查实质性产业损害是否存在时,一般要考察以下六个因素:倾销产品的数量;倾销产品对价格的影响;倾销进口产品的价格;倾销进口产品压低进口国同类产品价格的情况;倾销进口产品在多大程度上抑制在其他情况下本应发生的价格增加;倾销产品对产业的冲击。分述如下:

1. 倾销产品的数量

倾销产品数量的增长是认定实质性产业损害的重要因素(通常称之为“数量因素”)之一。其增长又分绝对增长与相对增长两种,相对应的有不同的评估方法。WTO《反倾销协议》中第3.2条规定,“关于倾销产品的数量,调查主管机关应该考虑倾销产品的绝对数量或相对数量是否大幅度增加”。根据这一条款,若想确定进口产品存在“大幅度增加”,须由绝对数量或相对数量来决定,但这个“大幅度增加”的范围应该如何确定,协议中并没有规定。

美国反倾销法和美国的反倾销部门表现出较强的务实精神。美国反倾销法对倾销产品的数量增加的认定是从绝对数量和相对数量两方面入手,分为“进口量的绝对值(不论是否有增加的趋势)、进口量的相对值(不论是否有增加的趋势)、进口量绝对值的增加、进口量相对值的增加”等四种情况。值得一提的是,美国国际贸易委员会(以下简称ITC)通过考察被调查产品的市场占有率,来确定“大幅度增加”的范围,具体就是,当倾销产品数量的增加速度小于其在国内市场的扩张速度,或倾销产品虽然在短时间内增加迅速,其市场占有率却很少,则不能构成“实质性产业损害”;反之,如果该产品的市场占有率虽然增加幅度很小但是却呈逐步上升趋势,只要这种情况持续下去,倾销产品绝对数量的增加就会超过国内消费的需求,极有可能构成“实质性产业损害”。〔2〕

进口量的增加很容易从数据中得出,问题是如何判断这种增加的性质。目前尚缺乏一种公认的判

〔2〕 肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社2005年版,第189页。

断标准,各国自行其是。因此,寻找一个公平公正的标准尤为重要,因为选择不同的基数所得到的相对数量或绝对数量的增长量是不同的。按照美国的方法,要得出这样的数据并不困难,该方法具有一定的科学性,其结果具有可预见性。

2. 倾销产品对价格的影响

当进口国国内市场对某一类产品供求处在相对平衡的状态,该类产品的国外同类产品大举出口至该进口国,势必会打破这种平衡状态,导致国内同类产品价格下跌。如果外国产品是通过低价方式进入进口国国内市场的,价格优势就会帮助这些生产商抢占市场,打击当地生产商,迫使他们做出降价的举措以求自保。因此倾销产品对价格的影响是国内生产商最为敏感的因素之一。

WTO《反倾销协议》第 3.2 条规定,“关于倾销产品进口对价格的影响,调查主管机关应考虑与进口成员国同类产品的价格相比,倾销进口产品是否大幅度削低价格,或此类进口产品的影响是否是大幅度压低价格,或是否是在很大程度上抑制在其他情况下本应发生的价格增加”。从该条不难看出,倾销产品对价格的影响有三种情况:一是倾销进口产品大幅度削低价格;二是进口产品的影响大幅度压低价格;三是很大程度上抑制在其他情况下本应发生的价格增加。这三种情况也是各国反倾销立法中普遍规定的。下面我们逐个加以分析。

3. 关于倾销进口产品大幅度削低价格销售

这一影响又被称作“减价销售”或“低价销售”,通常是指倾销进口产品以较大幅度低于其进口价格的价格销售。倾销产品以低于其进口价格的价格销售,被一些学者视为一种带有掠夺性质的不正当商业行为。某些生产商正是通过这一方法,排挤同类产品的竞争对手,从而达到扩大市场占有率甚至是独占市场的目的。从这个意义上来说,的确应抵制“减价销售”。但是,即使存在“减价销售”,国内厂商依然有机会销售其生产产品,同时保持价格基本不变,这样实质性产业损害就不成立。然而,一旦消费者因为倾销进口产品低于进口价格的销售价格,而将原来准备购买国内相同生产商的产品的资金转而购买进口产品,也就是所谓的“销售转移”,在这种情况下,国内产业才会遭到实质性产业损害。

美国 ITC 倾向于“销售转移”的观点,在确定此类产业损害构成的时候,还考虑下列三种情形:(1)倾销进口产品的销售是否比国内同类产品的销售有所增加,这又分为两种情形:在不断扩大的市场中,倾销进口产品增加销售的状况快于国内同类产品增加销售的状况;在不断减缩的市场中,倾销进口产品减少销售的状况慢于国内同类产品减少销售的状况。(2)如果国内市场仍有空间,国内同类产品有机会增加销售,在这种情况下,国内同类产品的生产者有无能力增加生产。(3)其他特定产业所特有的因素。^[3]在具体认定价格差异时,ITC 会向美国的制造商和生产商发放调查问卷,要求其提供最近三年内每季度的最大客户的 FOB 价格,再综合美国国内同类产业和进口商提供的价格,并对其进行比较,从而计算出低价销售的差额,^[4]只要成立一般削价销售,就可考虑构成倾销。

欧盟的做法与 WTO 规定的几乎一致,它尤其强调对于削价幅度的调查,要求“详细调查”,对所有被调查产品的削价幅度予以详细调查。

4. 关于倾销进口产品大幅度压低进口国同类产品价格

这又称“价格跌落”,是指国内同类产业生产的同类产品的市场销售价格,由于受到了外国倾销进口产品低价倾销的竞争,被迫降价销售。对国内同类产业而言,降价销售的后果往往比削价销售更为严重。如果外国倾销产品只是削价销售,即使发生“销售转移”,国内产业丧失的也只是销售机会,且仅局限在该产业范围内,影响相对有限。但如果国内同类产业为了同倾销产品竞争,在价格上取得优势或者试图拉平与倾销产品之间的价格差距而降价销售,随着新生产的商品流入销售市场,其降价行为所带来的影响就会扩散到整个市场,造成全局性的负面影响,以致身处同一销售市场的同类产业都承担每个销售单位的损失。关于“价格跌落”的实际认定不好把握,因为除了价格本身显而易见之外,尚有很多因

[3] 肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社 2005 年版,第 189 页。

[4] 肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社 2005 年版,第 190 页。

素左右价格,影响市场。

5. 关于倾销进口产品在很大程度上抑制在其他情况下本应发生的价格增加

这又称作“价格抑制”,是指国内产业生产的同类产品的价格,在正常的贸易环境中本应该呈上涨趋势的,但由于受到了进口倾销产品的低价倾销并没有上涨,或未达到预期的上涨幅度。很少国家将“价格抑制”作为审案的依据,因为从某种意义上来说,“价格抑制”与“价格跌落”区别并不大,有时甚至会混同。价格跌落是同类产品的价格被迫低价销售以维持市场占有率,如果没有进口倾销产品的挤压,该产品不会降价销售,其会保持一种增长趋势,价格也会有所上涨。进口倾销产品的低价倾销阻碍了这种增长的可能性,人为地将国内同类产品的价格限制在一定范围内,甚至使其被迫降价。

6. 倾销产品对产业的冲击

外国倾销产品对进口国国内产业的冲击对于认定是否存在实质性产业损害十分重要。无论是倾销产品数量的增加还是其价格变化,最终冲击的都是国内产业。同时,损害的对象是国内特定的同类产业,因此,该同类产业所受冲击对反倾销机构决定是否采取反倾销措施具有决定意义。根据 WTO《反倾销协议》第 3.4 条规定,在对产业影响的评估要求中,要求进口国当局要对整个国内产业的影响有一个整体情况的评估,要从经济因素和指标上入手,应该予以一定程度的说明和解释,而不仅仅是列举。此外,除了考虑上述因素外,进口国当局还可以考虑其他经济因素。在实践中,各国对如何认定倾销产品对国内产业的影响非常复杂,带有较大的随意性。

美国 ITC 要求衡量一切可以影响产业状况的所有经济指标变化情况,并且应在“受影响的产业的独特的商业周期和竞争状况的背景下进行衡量”。美国反倾销法给出的主要因素中,绝大部分与 WTO《反倾销协议》相一致,只有一项是《反倾销协议》没有规定的。^[5]在具体操作中,ITC 一般会从产业利润入手,先确定其变动情况,再综合分析其他各种指标。利润之所以如此重要,是因为它的变动情况直接决定其他指标的变化。如果产业获利,相应的销售量、生产力、投资收益等也将得到改善或受到有利的影响,受到实质性产业损害的可能性比较小。反之,如果亏损,则相应的指标也会跟着出现消极的变化,受到实质性产业损害的可能性非常大。

从上面可以看到,第一,美国、欧盟与 WTO 关于实质性产业损害的认定方法基本一致,即重点从经济因素上入手,根据一系列的指标来考量。第二,美国、欧盟与 WTO 关于实质性产业损害的经济因素的规定绝大部分一致。

二 实质性产业损害威胁的构成因素及其认定方法

所谓实质性产业损害威胁,是指倾销产品尚未对进口国国内产业造成实质性产业损害,但是有事实表明,如果不采取一定的反倾销措施,则最终会导致实质性产业损害的实际发生。为了避免这种恶果,许多经济强国和有影响的发展中国家均把“实质性产业损害威胁”规定为一种损害形态。^[6]在欧美的反倾销调查中,实质性产业损害威胁在两种情况下得到运用:一是在存在现实的实质损害的情况下,调查机关可能会进行实质损害威胁的分析。二是在不存在现实的实质损害的情况下,调查机关必定会进行实质损害威胁的分析。^[7]

损害威胁毕竟不同于实际损害,也并不表明实际损害必然发生。因此,有些反倾销法对于如何确定是否存在对国内产业的实质性产业损害威胁,规定了更严格的适用条件,它们构成实质性产业损害威胁

[5] 这项规定是:对国内产业目前的生产与开发的努力的实际或潜在的消极影响;这些消极影响包括对发展延伸的或更高级的同类产品的负面影响。参见肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社 2005 年版,第 189 页。

[6] 例如,据杨仕辉先生统计,经济强国如美国、欧盟、澳大利亚,有影响的发展中国家如墨西哥、巴西、印度、土耳其和中国等,均把“实质性损害威胁”规定为损害的一种形态。加拿大和日本没有规定此种形态。参见杨仕辉:《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》,科学出版社 2005 年版,第 43 页。

[7] 参见李昌奎编著:《世界贸易组织反倾销争端案例》,中国社会科学出版社 2006 年版,第 203 页。

的调查依据。

(一) 构成实质性产业损害威胁的一般原则

WTO《反倾销协议》第 3 条第 7 款规定：“对实质性产业损害威胁的确定应依据事实，而不是仅依据指控、推测或极小的可能性。倾销将造成损害发生的情形变化必须是能够明显预见且迫切。”第 3 条第 8 款规定：“对于倾销进口产品造成损害威胁的情况，实施反倾销措施的考虑和决定应特别慎重。”

欧盟《反倾销基本条例》第 3 条第 9 款的规定与 WTO《反倾销协议》中的规定是一致的，此处不赘。与 WTO 的规定一样，美国对其认定实质性产业损害威胁的要求十分严格，即申请人请求就所谓实质性产业损害威胁进行反倾销调查，必须提供充分的证据，证明这种损害威胁是真实的、实质性的，且即将发生，如果不予以救济有可能发生实质性产业损害。^{〔8〕} 美国在损害调查的不同阶段，确定实质性损害威胁的标准也不同。初裁阶段的标准较低，只要根据可以获得的一般性初步资料即可作出关于实质性损害威胁的肯定裁决；在终裁阶段，标准较为严格，所依据的材料必须能够证明实质性损害威胁即将发生，并且需要对所有要考虑的各个因素的指标进行审查。^{〔9〕}

然而，我们注意到，美国 ITC 在确定实质性损害威胁时，把在第三国市场倾销也作为考虑的因素之一。它规定，如果存在外国市场销售（对接受调查的同类商品，其他成员方市场有倾销裁定或反倾销补救的依据），应考虑该倾销是否表明对国内产业有实质损害威胁。这项规定大大地扩展了该委员会的调查范围，为认定重大损害威胁而广泛收集证据提供了充分的立法保证，对于被调查对象应当引起注意。

从上面不难看出，美国和欧盟反倾销法的规定与 WTO 的规定基本一致，都是原则性规定。至于如何开展具体工作，各国在实践中有自己的做法。

(二) 构成实质性产业损害威胁的主要因素

WTO《反倾销协议》中明确了主管机关应考虑的因素。第一，倾销进口产品以极大增长比例进入进口国国内市场，表明由此引起进口巨大增加的可能性。在这种情况下，国内产业在国内市场上所占的份额极有可能被挤占。第二，出口商能充分自由处置迫近的大量增长的情况，表明存在着倾销产品向进口成员方市场出口大量增长的可能性，并考虑其他出口市场存在着吸收另外出口产品的能力。在这种情况下，种种迹象表明，一旦时机成熟，出口国的出口商将增大出口量，或出口国生产商会增大生产量以供出口，而这种增加带有突然性，且后果严重。但是，这种实质性增长能力有时会被夸张，因为它不一定导致对某一进口国的必然倾销，也有可能针对第三国，因此“考虑其他出口市场存在吸收另外出口产品的能力”十分必要。第三，进口产品是否会对进口国国内价格带来重大的抑制性影响，以及可能会增加进一步进口的需求。这里对价格的影响，只能是“严重”抑制或压制性的，而且只能是一种趋势，尚未成为事实；同时这种抑制的趋势必须能够导致“可能会增加进一步进口的需求”，否则，对做出肯定性结论没有帮助。第四，受调查产品的库存情况。这里所指的库存，是指在进口国进口商处的库存情况。如果在进口国进口商处囤积大量的产品，伺机低价抛售，那么对进口国的打击将是致命的。日本在 20 世纪 80 年代就采取了这样的方式，在短短的 18 个月内抢占了美国彩电市场 50% 的份额，迫使很多美国生产商被日本企业兼并或转让其电视生产权。

关于实质性产业损害威胁的构成问题，美国有关当局做了大量工作，积累了丰富的实践经验。1979 年修订后的美国关税法规定，在确定“损害威胁”问题上，国际贸易委员会应考虑商务部提供的关于补贴性质的资料及其可能造成的影响。美国在 1984 年的《关税法修正案》中正式将“实质性产业损害威胁”列入法律中，并详细规定了 ITC 在认定时应考虑的因素，共有九条之多。具体如下：（1）若这一案件涉及补贴的话，由其他政府机构如商务部提供有关补贴性质的资料及其可能造成的影响；（2）在考虑到

〔8〕 肖伟主编：《国际反倾销法律与实务（美国卷）》，知识产权出版社 2005 年版，第 198 页。

〔9〕 张秀峰：“损害的确定与我国反倾销法”，《国际关系学院学报》2002 年第 3 期；转引自杨仕辉：《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》，科学出版社 2005 年版，第 45 页。

其他出口市场吸收增加的出口产品的可能性之后,预示着美国对该被调查产品的进口存在大量增加可能性的出口国现有的未加以利用的生产能力或其他生产能力急速大量增加的可能性;(3)该被调查产品进口数量和市场渗透的显著增长率,而这预示进口有大量增长的可能;(4)被调查的产品进口是否以某一价格进入,而这一价格很可能会削减或抑制境内市场价格,并导致进一步的进口需求的增长;(5)被调查产品在美国库存大量增加的趋向;(6)产品的转换能力,前提是国内能生产被调查产品的设备正被用来生产其他产品;(7)如果对上述其中之一做出肯定性认定,进口产品转换成另一种形态进口的可能性,必须就未加工的农产品与加工后的农产品同时进行调查;(8)对现有国内产业的发展和生产的努力产生的实质或潜在的消极影响,这些努力包括试图发展境内相同或类似产品的某一种衍生的或者先进型号的产品以及任何其他可证实的不利趋势,并且这种趋势暗示美国进口或销售进口被调查产品极有可能产生实质损害;(9)在第三国市场倾销的结果是否表明其对美国产业有损害威胁。^[10]

欧盟评估实质性产业损害威胁建立在事实证据的基础上。要求损害威胁应该是明显的、可预见的,以及急迫的,而不应仅仅依据假设、推测及可能性很小的威胁。考虑的因素,除了与WTO《反倾销协议》规定的相同的评估因素外,还主要包括:倾销产品向欧共同体出口的增长率;出口商所具有的充分自由的支配能力,以及随着增大的能力表明,存在向欧盟大幅度增加出口的可能性,同时还要考虑其他市场吸收别的产品出口的可能性;进口产品正在很大程度上压低欧盟同类产品的价格或抑制本应上涨的价格;受调查产品的库存状况。^[11]由于实质性产业损害与实质性产业损害威胁之间具有密切联系,欧盟委员会对实质性产业损害威胁的认定全部都是伴随着实质性产业损害的认定一并做出的。

从上面可以看到,无论是美国这种对实质性产业损害威胁规定甚为细致的国家,还是欧盟这种只规定一些原则性条款的国家,对实质性产业损害威胁考察因素多集中在对被调查产品的出口国相同产业的潜在的生产能力和出口能力上。

实质性产业损害威胁之“威胁”一词表明,实质性产业损害的后果非必然发生,具有不确定性。由于实质性产业损害威胁是个更容易滥用的标准,许多发展中国家建议予以删除。^[12]但如果法律上不规定实质性产业损害威胁,等到损害后果真的发生时便为时已晚。因此,作为一种防患于未然的预警机制,对“实质性产业损害威胁”做出规定是十分必要的。

三 实质阻碍国内产业建立的构成因素与认定方法

所谓“实质阻碍国内产业的建立”,是指一个新产业在实际建立过程中,因倾销产品在进口国国内市场销售而严重受阻。例如,工厂已经建立或者设备已经调试,但由于大量倾销进口商品的涌入或价格下跌,而使新产业无法开工投产,各国反倾销法做出此种规定的目的在于保护尚未建立的国内产业或已经在建设中的企业。尽管WTO与各国反倾销法普遍将“实质阻碍”确定为损害的三种形态之一,但对于它的准确定义和判断标准却没有明确的规定,实践中也鲜有据此认定损害的情况。

一般来讲,实质阻碍不应被简单地理解为倾销的产品阻碍了建立一个新产业的设想或设计,而应是一个新兴产业的实际建立过程。^[13]同时,这一指控需有具体的充分的证据。

欧盟的一般立场是,只有在欧盟产业处于计划筹建的高级阶段的情况下,才有可能裁定构成了实质性阻碍。要证明这一点,必须提供关于已取得厂房、资金和技术等令人信服的证据。^[14]由于从未发生此类案件,缺乏必要的实证资料,因此从欧盟方面来探讨该规则的发展脉络尚缺乏成熟的条件。

与欧盟不同,美国最早将“实质阻碍国内产业的建立”作为损害的三种形态之一。在其反倾销实践

[10] 参见 19USC § 1677(7)(F)(1998),转引自肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,第200页。

[11] 杨仕辉:《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》,科学出版社2005年版,第46页。

[12] 赵维田:《世贸组织的法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第218页。

[13] 课题组:《我国反倾销——产业损害幅度测算方法》,清华大学出版社2003年版,第15页。

[14] 杨仕辉:《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》,科学出版社2005年版,第46页。

中,美国援引此规则做出了两例肯定性裁决,分别是 1982 年日本的人造纤维捕鱼网案和 1985 年加拿大的干鳕鱼倾销案。在 1982 年日本的人造纤维捕鱼网案中,美国国内的渔网生产商为了开发具有商业性的晶体渔网而投入了大量的人力、物力和财力,虽然尚未投入生产但是已经处于建立的过程中。此时,如果商务部修改或者撤回已颁布但尚未执行的反倾销税令,可能会导致日本产品实质性地阻碍美国国内渔网业的建立。在 1985 年加拿大的干鳕鱼倾销案中,虽然两家原告公司生产干鳕鱼已经两年多,但是最后都因无法平衡损益而结束营业。美国 ITC 认为,虽然是已经建立的产业,但是,无法达到平衡损益的事实表明该产业尚未进入稳定化生产阶段,因此同样做出存在实质性产业损害国内产业新建的认定。同时,美国 ITC 对于适用该规则的条件作了全面的总结:第一,该规则适用于“新产业”,而所谓“新产业”不仅指尚未开工生产的产业,还指拥有新设备、已经开始生产、但其经营尚未稳定的企业;第二,由于建立每一种新产业的努力都有特殊性,因此在决定某一产业的建立是否受阻时,应针对每个案件逐一作出决定;第三,如果某一新产业尚未开始生产,则它必须有充分资料显示该产业已经做成生产的实际承诺。^[15]

从以上不多的规定和案件中,我们可以从中提炼出某些基本原理。首先,这种实质性的阻碍,阻碍的是“国内产业不完全建立”的情况,这是相对于“国内产业完全建立”的情况而言的。普遍的观点认为,所谓“国内产业完全建立”的情况,是指这一产业不但完全建立,已经投入生产,而且还需要特别强调该企业的生产已经进入一个比较稳定的阶段。^[16]相对的,其不完全建立的情况应该有两种,一种是该产业正处于筹备、创建等初步阶段,离正式建立和完全具备生产能力还有一定的距离;另一种就是虽然该企业已经开工生产,但是尚未进入稳定期,试生产阶段即是这种情况。

其次,界定一个产业是不是完全建立,需要考虑多方面的因素。认定起来也具有一定的实际困难,且极易给某些希望通过反倾销调查达到不正当竞争目的的国内企业以可乘之机。因此,对于申请人所出具的相关证据应进行严格审查,“原告在申请文件中必须提供其为了将来产业的完全建立而已做成的实质性承诺”,“申请方至少必须提供其在前期为准备开始生产进行了大量的投入或生产后财务损害状况难以进入稳定化的证明”。^[17]换句话说,其必须提供非常有说服力的证据,以证明该产业的建立已经处于高级阶段。

最后,这种实质性的阻碍不能仅仅是因为国内某一新产业进入市场的必然竞争而造成的,如果是这样,那么进口产品造成的实质性阻碍就应予以排除。但是,如果该新产业进入了市场但不能完全建立,其原因是倾销进口产品抢占市场份额、通过降价方式打开市场等方式而使得该企业的实际运营比合理的预期更为不利,则可以认定。

四 完善我国反倾销法的损害规则

以上我们对反倾销法的产业损害形态及其构成因素和认定方法作了初步讨论,以下作一个简单的总结。

第一,反倾销法的产业损害通常分为三种。其中,实质性产业损害是最基本的损害形态,实践遭遇最多,各国经验比较丰富,积累的规则比较全面,值得我们深入研究和总结,以便吸取较多的有益经验。第二种形态即实质性产业损害,遇到的争议比较大,理论上仍需要深入研究。就实质性产业损害与实质损害威胁之间的关系来说,在反倾销调查中,只要存在实质性产业损害,必定会进行实质性产业损害威胁的调查。即便不存在现实的实质性产业损害,调查机关也会进行实质性损害威胁的分析。关于第三

[15] 课题组:《我国反倾销——产业损害幅度测算方法》,清华大学出版社 2003 年版,第 15 页。另参见杨仕辉:《反倾销的国际比较、博弈与我国对策研究》,科学出版社 2005 年版,第 47 页。

[16] 肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社 2005 年版,第 206 页。

[17] 肖伟主编:《国际反倾销法律与实务(美国卷)》,知识产权出版社 2005 年版,第 207 页。

种损害类型,即实质阻碍国内产业的建立,对于它的准确定义和判断标准却没有明确的规定,实践中据此认定损害的情况比较少,有待实践的丰富和理论的总结。

第二,损害评估因素具体化是今后反倾销实践和理论的一个发展方向。对于损害的评估,各国反倾销法中都有细致规定,尽可能全面地列举出应该考虑的相关因素,并且规定“并不限于这些因素”。反观我国,虽然我国《反倾销条例》与WTO《反倾销协议》保持一致,但是除了对倾销产品对国内产业影响的考虑因素规定得比较详细外,对于倾销进口产品数量的评估、进口倾销产品对同类产品的影响等都只有原则性的规定,主管机关具有很大的自由裁量权。这不利于准确地认定产业损害或损害威胁。

第三,我国现行的反倾销条例对实质性阻碍国内产业的建立未作出具体规定。我国也应当借鉴美国的经验,对反倾销案件进行深入的研究和总结,为我国将来完善反倾销条例提供有价值的经验。

第四,美国ITC在确定实质性损害威胁时,把在第三国市场倾销也作为考虑的因素之一,从而大大扩展了该委员会的调查范围,为认定重大损害威胁而广泛收集证据提供了充分的立法保证。这意味着对于在美国反倾销案件中处于被调查对象的外国当事人来说,被认定“重大损害威胁”而受到制裁的概率无疑增加了。中国应通过修改《反倾销条例》,也把“在第三国市场倾销”作为确定实质性损害威胁应考虑的因素之一。

第五,需要尽快培养跨学科人才。在反倾销案件中,对每个经济因素进行考察的时候,为了确保审核的客观性与准确性,必须运用科学方法进行精确的计算。在反倾销诉讼中,被调查对象必须出具经过精确计算的数据作为证据,这与许多民事案件和刑事案件大不相同。换言之,反倾销诉讼中需要大量定量的数据作为证据。这一特征决定了仅仅依靠法学家和律师们是无法取胜的,需要数学家、统计学家和经济学家一起参与。然而,从长远的观点来看,培养跨学科的专业人才,其使命并不仅仅是为了诉讼。每个案件都具有特殊性。但这并不妨碍我们对一定经济发展时期的同类案件中的基本经济因素,如利润、产量、市场份额等进行科学的定量分析,总结出一个比较合理或者至少大致合理的标准,作为评价该时期反倾销案件中的经济因素的一般标准。这也应该成为今后反倾销法发展的重要目标之一。各国经济发展的不平衡性决定了各国计算上述经济因素的不同结果,虽然也要大体尊重一般的计算标准和计算方式。

[Abstract] This article is an in-depth study on the three forms of substantive industrial injury in anti-dumping law and the methods of their identification. The author suggests that substantive industrial injury is the most basic form of industrial injury in anti-dumping law. China should improve the relevant standards and methods as soon as possible by summing up domestic practices and learning from international experiences.

(责任编辑:谢清艺)