

# 2016 年后反倾销领域 中国(非)市场经济地位问题

左海聪 林思思\*

---

**内容提要:** 2016 年 12 月 11 日前后, 各方关于期限届满后中国非市场经济地位的争议非常激烈。通过对《中国入世议定书》第 15 条进行分析, 本文认为期限届满后, WTO 成员已无法从《中国入世议定书》获得使用替代方法的合法性依据, 若 WTO 成员继续在反倾销调查中, 坚持对进口自中国的产品采用替代方法确定正常价值, 将构成对 WTO 规则的违反。中国非市场经济地位与替代方法是两个既相互区别又有联系的问题, 所谓“中国非市场经济地位的最后期限”的核心并不是非市场经济地位而是替代方法的终止使用。WTO 成员国内法对中国非市场经济地位的规定, 仅在有限的时间内有条件地影响替代方法的使用。随着时间期限的届满, 除非满足 GATT 第 6 条第 1 款注释 2 的规定, 至少在 WTO 反倾销领域, 替代方法将终止使用。这意味着在 2016 年 12 月 11 日后, 在反倾销调查中, 在出口产品正常价值的确定方面, 中国应享有同其他缔约国一致的 WTO 待遇。

**关键词:** 反倾销 《中国入世议定书》第 15 条 非市场经济地位 替代方法

---

## 引 言

在反倾销调查确定正常价值的过程中, 非市场经济地位问题具有重要的理论和实践意义。中国曾长期被一些 WTO 成员视为非市场经济国家, 一旦中国生产者不能证明生产该同类产品的产业具备市场经济状况, 则 WTO 成员可使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法(下称替代方法)确定价格可比性。在实践中, 进口国调查机关多采用所谓具备市场经济条件的第三国的各生产要素价格确定中国产品的正常价值。然而, 新加坡、印度等第三国的生产规模、生产方式、劳动力成本与中国有巨大差异, 这导致所计算的中国产品的正常价值虚高, 造成倾销幅度无限扭曲。<sup>[1]</sup>《中国入世议定书》第 15 条(d)项

---

\* 左海聪, 南开大学法学院教授; 林思思, 南开大学法学院硕士研究生。

[1] See K. William Watson, *Will Nonmarket Economy Methodology Go Quietly into the Night? U. S. Antidumping Policy towards China after 2016*, Policy Analysis, CATO Institute, Number 763, October 28, 2014, p. 3.

规定,无论如何,第15条(a)项(ii)目将会在中国入世15年后终止,而(a)项(ii)目是《中国入世议定书》中规定的特定条件下可适用替代方法的唯一条款。由此,国内外学者就替代方法在2016年12月11日之后是否能够继续适用,中国是否可依据该“毕业条款”自动获得市场经济地位等问题,产生了巨大争议。

美国、欧盟大部分学者的典型观点是,中国不会自动获得市场经济地位。他们认为,判定中国是否具有市场经济地位的依据应当是缔约国国内法,替代方法在2016年12月11日之后仍能使用。他们最主要的理由是,中国获得市场经济地位的依据是《中国入世议定书》第15条(d)项第2句的规定,该句以时间经过为条件,法律效果是第15条(a)项(ii)目终止;而与之相邻的(d)项第1句和第3句,以中国政府举证证明中国整个经济体或特定产业具有市场经济地位为条件,法律效果却是(a)项整体的终止。O'Connor等学者由此认为,根据文义解释及有效解释的原则,如此区别是谈判者的故意规定,虽然时间经过将导致《中国入世议定书》第15条(a)项(ii)目终止,但(a)项(i)目和序言仍然存在,因此替代方法于2016年12月11日之后仍能使用,除非中国政府能够根据缔约国国内法,证明整个中国经济体具备市场经济条件。<sup>[2]</sup>还有学者从中国市场发展的角度进行分析并认为,中国的国家干预影响着商品价格,诸如能源、土地等重要价格因素并未由市场决定,中国事实上并非市场经济,故其不能仅凭一个条款而获得市场经济地位。<sup>[3]</sup>欧洲议会发布的非立法性决议基本遵循了上述观点。<sup>[4]</sup>

上述论断遭到了中国学术界和部分外国学者的驳斥。绝大多数中国学者认为,第15条(a)项(ii)目的到期意味着(a)项中对中国的不利条款已经结束,即便中国企业不能证明国内同类产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件,其他WTO成员的调查机构也不能采取替代国成本的方法计算反倾销的幅度和税率。<sup>[5]</sup>在反倾销案件中,若缔约国再质疑中国的市场经济地位,须证明GATT附件I中关于第6条第1款的注释2所规定的条件在中国被满足。<sup>[6]</sup>关于中国是否自动获得市场经济地位问题,即便是在中国学术界,也产生一定的分歧。有的学者表示,第15条与中国的“市场经济地位”没有直接关联,而是只规定了反倾销幅度的确定方式。<sup>[7]</sup>有的学者则认为,随着第15条(a)项(ii)目在2016年底终止,中国将在反倾销领域实际上获得市场经济地位。<sup>[8]</sup>

上述学术讨论的争议问题实际上可分为两部分,即对替代方法在期限届满后可否使用的争论以及对中国市场经济地位的争论。但现有研究有几个重要的问题未能澄清:第一,

[2] See Bernard O'Connor, *The Myth of China and Market Economy Status in 2016*, NCTM, 2015, pp. 2-3.

[3] See Barbara Barone, *In Depth Analysis One Year to Go: The Debate over China's Market Economy Status (MES) Heats Up*, European Parliament, Policy Department, Directorate-General for External Policies, December 2015, pp. 4-5.

[4] China's Market Economy Status, Resolution of European Parliament, 2016/2667 (RSP), May 12, 2016.

[5] 参见彭德雷:《2016年后的“非市场经济地位”——争论、探究与预判》,《国际贸易问题》2015年第6期,第170页。

[6] See Christian Tietje, Karsten Nowrot, *Myth or Reality? China's Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016*, Policy Papers on Transnational Economic Law, Transnational Economic Law Research Centre, No. 34, December 2011, p. 9.

[7] 参见李思奇、姚远、屠新泉:《2016年中国获得“市场经济地位”的前景:美国因素与中国策略》,《国际贸易问题》2016年第3期,第155页。

[8] Weijia Rao, *China's Market Economy Status under WTO Antidumping Law after 2016*, 5 *Tsinghua China L. Rev.* 168 (2013).

期满后应停止使用替代方法是中国获得市场经济地位的推论的大前提。就此问题，中国学者一直强调（a）项（ii）目的终止将导致替代方法无法被适用，但对于（d）项第2句与第1句、第3句的区别规定尚待进一步作出有说服力的解释。第二，缔约国国内法对我国非市场经济地位的判断，在什么条件下才能对我国产生影响，这与《中国入世议定书》第15条有什么关系？第三，假设替代方法停止使用，替代方法与中国（非）市场经济地位的关系是确定中国能否获得市场经济地位的核心问题，而此问题的关键是确定所谓“市场经济地位”的法律效果。换言之，第15条（a）项（ii）目的终止会使中国获得多大范围的市场经济地位？

基于现有学术讨论的不足，本文将首先对WTO反倾销体制中非市场经济地位的一般与特殊规则进行分析，明确讨论的基本问题。而后，将研究重点置于对《中国入世议定书》第15条（a）项与（d）项解释的探讨，确定替代方法在期限届满之后可否使用及有关条件。最后，本文将落脚于替代方法与中国（非）市场经济地位的关系，澄清现有争论，对期限届满后各方反映进行预判，以提请我国有关部门注意，对可能的DSB诉讼所涉及的几个关键问题早作准备。

## 一、WTO反倾销体制中的非市场经济地位规则

### （一）WTO非市场经济地位的一般规则

众所周知，倾销幅度由出口价格和正常价值的差额确定。根据GATT第6条第1款（a）项，调查机关可根据三种方式确定正常价值：第一，原则上根据正常贸易过程中出口国国内供消费同类产品的可比价格；第二，若无此种价格，如不在国内销售，则可以依据出口至第三国的可比价格；第三，或采用商品在原产国的生产成本加上合理的销售成本和利润确定，即结构价格。以上三种方式为WTO成员确定正常价值的一般方式。然而，第6条第1款（b）项规定，应适当考虑每种情况下销售条款和条件的差异、征税的差异以及影响价格可比性的其他差异。GATT在1947年制定时并未明确何谓“影响价格可比性的其他差异”。

直到1954—1955的GATT年度审查期间，捷克斯洛伐克代表建议修订GATT第6条第1款（b）项，以解决“贸易垄断国家出口产品价格可比性的问题”，该建议并未被采纳，但各方同意GATT第6条增加一项解释性注解，<sup>〔9〕</sup>即GATT附件I关于第6条第1款的注释2。该注释规定，各方认识到，在进口产品来自贸易被完全或实质上完全垄断的国家，且所有国内价格均由国家确定的情况下，在确定第1款中的价格可比性时可能存在特殊困难，在此种情况下，进口缔约方可能认为有必要考虑与此类国家的国内价格进行严格比较不一定适当的可能性。《反倾销协议》第2.7条又重申了如上规定，即本条不损害GATT附件I中对第6条第1款的注释2。自此，GATT附件I中关于第6条第1款的注释2及《反倾销协议》第2.7条构成WTO处理非市场经济问题的基本法律规则。

GATT附件I关于第6条第1款的注释2是对WTO一般规则的偏离，它有严格的适用条

〔9〕 参见陈力：《国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则研究——以美国欧盟为视角》，上海人民出版社2007年版，第82页。

件,只有进口产品来自“贸易被完全或实质上完全垄断的国家”且“所有国内价格均由国家确定”的情况下,才有可能不采用国内价格确定其正常价值。该注释并未明确如果不依据国内价格,则应当依据何种方法确定正常价值,从而被各国理解为授权性条款,留给各国的国内法律和政策去处理。该注释在措辞上并未对非市场经济国家或非市场经济地位作出界定,而是以描述性语言指代“中央控制经济国家”或“国营贸易国家”。<sup>[10]</sup>实践中,各国依据该条款逐渐发展出针对非市场经济国家的“替代国价格”等确定正常价值的规则。

1966年《波兰入关议定书》首次提及以替代国价格的方式确定正常价值。该议定书重申GATT附件I中对第6条第1款的第2项注释应当被适用,并规定缔约国对于自波兰进口的产品可以采用同类产品的波兰国内价格或同类产品在第三国的结构价格确定正常价值,只要在任何特定案件中,确定正常价值的方法是适当的或非不合理的。<sup>[11]</sup>随后,罗马尼亚、匈牙利等国的入关议定书在正常价值确定问题上效仿了《波兰入关议定书》的规定。

WTO反倾销体制关于非市场经济地位的一般规则是历史的产物。它基于这样一种理论假设:非市场经济国家的产品价格不取决于成本及供求关系变化,而是取决于政府的指令。非市场经济国家的产品不存在一个根据市场供求状况确定的“正常”价值,故依据受调查的非市场经济国家产品的国内价格与出口价格比较来确定倾销存在是不可能的。<sup>[12]</sup>非市场经济规则在特定历史阶段存在合理性。在冷战时期,社会主义阵营实行计划经济,基本符合“贸易被完全或实质上完全垄断的国家”且“所有国内价格均由国家确定”的标准。然而,随着苏联解体,各国开始市场经济改革,现有WTO成员基本不属于符合第6条第1款第2项注释所规定的高标准的非市场经济国家。有必要注意,进口国所享有的对非市场经济国家产品正常价值的广泛自由裁量权,是对GATT第6条第1款和《反倾销协议》第2.1条即根据出口国供消费同类产品的价格确定被调查产品的正常价值的偏离。若调查当局欲援引第6条第1款注释2适用替代方法,须承担证明被调查产品来自“贸易被完全或实质上完全垄断的国家”且“所有国内价格均由国家确定”的举证责任。<sup>[13]</sup>各方如果欲在该一般条款之外偏离WTO义务,须在议定书中对该问题有特别规定。

## (二)《中国入世议定书》第15条的特别规定及其影响

或许由于GATT附件I关于第6条第1款的第2项注释的适用条件严苛,在入世谈判期间,各国在《中国入世议定书》中加入了关于偏离WTO一般待遇并以替代方法计算中国出口产品正常价值的条款。根据《中国入世议定书》第1.2条,议定书应当成为WTO协定的组成部分,《中国入世议定书》第15条也因此被纳入WTO一揽子协定之中。该条由一则序言及4个分项构成,(a)、(d)项涉及反倾销程序,(b)项与反补贴程序相关,(c)项规定了各国依照(a)、(b)项使用方法的通知义务。其中,(a)、(d)项为各方所关注并引发了巨大的争议。

第一,(a)项序言规定,进口国可以依据受调查产业的中国国内价格或成本,或使用不与中国国内价格或成本进行严格比较的方法计算价格可比性,但成员应当基于(base on)

[10] 参见前引[9],陈力书,第82页。

[11] GATT document L/2806, circulated on 23 Jun. 1967, para. 13.

[12] 参见孙立文:《WTO〈反倾销协议〉改革——政策和法律分析》,武汉大学出版社2006年版,第244页。

[13] DS397 Appellate Body Report, EC-Fasteners (China), footnote 460.

(a) 项 (i)、(ii) 目的具体规定适用如上两种方法。虽然各国在实践中均采用第三国价格，但该条款从未明确“不与中国国内价格或成本进行严格比较的方法”是什么，如果关注“严格”一词，则替代方法指的是以弹性比较的方式确定和调整来自中国的价格和成本确定正常价值。<sup>[14]</sup> 上诉机构在中欧钢铁紧固件案中对替代方法的表述是，“如果中国生产者不能清楚证明所在产业的市场经济条件，则进口国可采取不与中国国内价格或成本进行严格比较的方法作为判断价格可比性的替代方法，如第三国价值或结构价值”。<sup>[15]</sup> 上诉机构的表述说明替代方法并非特指第三国价格，来自中国的结构价格也应当被替代方法的语义所涵盖。

第二，如果举证责任主体——受调查的中国生产者能够明确证明，生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，进口国应当 (shall) 使用受调查产业的中国国内价格或成本 ((a) 项 (i) 目)。相反，如果中国生产者不能明确证明，生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件，则进口国可 (may) 使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法 ((a) 项 (ii) 目)。但是，该条款中未明确规定具备市场经济条件应当满足何种标准，(c) 项通知的内容似乎仅包括替代方法，未明确是否包括具备市场经济条件的标准或称适用替代方法的标准。这在理论中产生争议。有学者认为，(a) 项没有规定 WTO 成员可以依照其国内法的市场经济标准审查中国企业，而 (d) 项规定在证明整个中国或特定产业、部门具备市场经济条件时，应当使用进口国国内标准，从两个条款的区别可以看出成员方的市场经济标准不可能也不应当适用于中国企业履行举证责任的情况。<sup>[16]</sup> 因 WTO 未明确规定市场经济条件的具体标准，正如附件 I 中对第 6 条第 1 款的第 2 项注释，各国普遍将 (a) 项有关替代方法使用的规定理解为授权性条款，各国的贸易实践均依据国内标准判断中国企业的证明责任。

第三，(d) 项第 2 句规定，无论如何，(a) 项 (ii) 目的规定应在加入之日后 15 年终止。(a) 项 (ii) 目的是《中国入世议定书》中唯一允许在反倾销领域使用替代方法的条款，(d) 项第 2 句被我国学者普遍理解为规定了替代方法使用的最长期限，故中国出口企业在国际反倾销中的非市场经济地位应在中国入世 15 年后自动终止。<sup>[17]</sup> (d) 项第 1 句和第 3 句规定了中国（政府）作为举证责任主体，如果能够依据进口国国内法证明中国或中国的特定产业或部门具备市场经济条件，则 (a) 项终止适用。前提是截至加入之日，该 WTO 进口成员的国内法中须包含有关市场经济的标准。(d) 项规定的对替代方法的限制应当注意两个问题：其一，(d) 项第 1 句和第 3 句规定的是 (a) 项的终止，而第 2 句规定的是 (a) 项 (ii) 目的终止，这被国外学者引以为谈判者的故意规定，故 2016 年 12 月 11 日之后，(a) 项序言与 (i) 目仍能够适用，进口国仍可以依据替代方法计算中国产品的正常价值。<sup>[18]</sup> 其二，关于中国出口商举证责任的 (a) 项 (ii) 目终止，是否意味着中国政府对中

[14] See Michelle Q. Zang, *EC-Fasteners: Opening the Pandora's Box of Non-Market Economy Treatment*, 14 J. Int'l Econ. L. 869 - 879 (2011).

[15] DS397 Appellate Body Report, *EC-Fasteners (China)*, para. 286 (2011).

[16] 参见朱兆敏：《论世界贸易组织与中国的市场经济地位》，《法学》2015 年第 9 期，第 95 页。

[17] 参见陈泰锋：《中美贸易摩擦》，社会科学文献出版社 2005 年版，第 197 页。

[18] Bernard O' Connor, *Market-economy Status for China is Not Automatic*, 27 November 2011, available at <http://voxeu.org/article/china-market-economy> (last visited on May 10, 2016).

国整个经济体或特定产业或部门符合市场经济条件的举证责任的终止?是否可将第1句和第3句理解为依条件提前终止替代方法的使用?这些问题将在下文进行讨论。

(a)项(ii)目要求中国生产者证明所属产业具备市场经济条件,这是一种“有罪推定”,使得中国企业处于必须“自证无罪”的不利地位。<sup>[19]</sup>非市场经济的调查规则增加了中国企业的负担,影响中国企业应诉的积极性,导致扭曲的调查结果。<sup>[20]</sup>各国的市场经济标准具有模糊性,不具有量化可能性,WTO在此方面规定的缺乏为进口国政府带来无限制的自由裁量权,给中国政府或中国企业证明具备市场经济条件造成极大困难。若无法完成15条(a)项(ii)目的举证责任,进口国将采用替代国的结构价格计算中国出口产品的正常价值,而替代国方法具有模糊性、不可预见性,屡屡带来不合理的反倾销税,加重中国企业的反倾销义务。<sup>[21]</sup>各国对中国的区别对待虽是以公平竞争之名,行贸易保护之实,但根本原因仍是《中国入世议定书》第15条的规定证明了各国违背WTO一般规则的行为的合法性。

自2002年以来,中国积极在FTA谈判中与各国协商,或与相关国家签订谅解备忘录,使其承认中国的市场经济地位。目前,对中国市场经济地位的承认分为两种情况,政治上宣示或实际修改国内法律,只有后者才产生阻碍替代方法使用的法律效力。<sup>[22]</sup>美国、欧盟、日本等主要贸易国家仍坚持中国为非市场经济国家。随着中国入世15年的期满,关于替代方法使用以及中国市场经济地位的争议甚嚣尘上,合理解释《中国入世议定书》第15条(a)项关于替代方法的使用和(d)项对替代方法使用的限制尤为关键。

## 二、《中国入世议定书》第15条的解释： 关于2016年后替代方法的使用

### (一) 争议焦点

WTO法律体系从未直接规定非市场经济地位问题,所有涉及经济体制性质的条款都是为解决在反倾销调查中,可否适用替代国价格等替代方法计算来自非市场经济国家产品的正常价值。故而,判断中国2016年12月11日后非市场经济地位变化之前,须解决该期限届满后替代方法是否仍可使用的的问题。

替代方法在期限届满后能否使用的争议焦点在于:第一,(a)项(ii)目终止后,(a)项序言及(a)项(i)目的法律效力,更进一步地说,从后者能否推出替代方法仍能够继续使用的结论;第二,如果主张期限届满后无法使用替代方法,那么谈判者为何在(d)项第2句仅规定(a)项(ii)目失效,却在第1句与第3句另行规定(a)项整体失效?

[19] 参见肖伟:《国际反倾销法律与实务》,知识产权出版社2006年版,第103页。

[20] 参见前引[12],孙立文书,第323页。

[21] Joris Cornelis, *China's Quest for Market Economic Status and Its Impact on the Use of Trade Remedies by the European Communities and the United States*, 2 *Global Trade & Cust. J.* 105 (2007).

[22] 巴西、阿根廷等国家政治上在谅解备忘录中承认中国的市场经济地位,但对中国的反倾销调查仍适用替代国价格,WTO专家组、上诉机构裁决其在一些案件中胜诉。See Francisco Urdinez et al., *China and the WTO: Will the Market Economy Status Make any Difference after 2016*, 48 *The Chinese Economy* 170 (2015).

《关于争端解决规则和程序的谅解》(DSU)第3.2条规定,应依据国际公法的解释惯例澄清协定的规定。而上诉机构早已确立有效、可操作的解释规则,即以《维也纳条约法公约》第31条、第32条的解释原则作为DSU第3.2条的解释惯例。根据《维也纳条约法公约》第31条,条约解释应当依据约文的通常含义、上下文以及条约的目的和宗旨。第32条规定,若依据第31条解释仍存在模糊,则可以依据条约准备工作和缔约的情况进行辅助解释。此外,上诉机构认为有效解释应当是《维也纳条约法公约》的一般解释原则,即解释应当给予条约的所有条款应有的含义及法律效力,条约的解释不能够导致条约的某些条款或段落多余或无效。<sup>[23]</sup>下文将综合运用上述方法对《中国入世议定书》第15条(a)项、(d)项进行解释,以判断替代方法在(d)项规定的期限届满能否使用。

(二)(a)项(ii)目终止后(a)项序言及(a)项(i)目的法律效力

1. 期限届满后,替代方法无法依据《中国入世议定书》(a)项序言及(a)项(i)目被使用。

2011年,O'Connor发表文章,认为《中国入世议定书》第15条(d)项第2句仅规定了(a)项(ii)目停止适用,第15条的其他部分(a)项(i)目与序言关于替代方法的规定仍可适用,将(a)项(ii)目的届满理解为给予中国市场经济地位为无中生有,忽视其他条款也不符合有效解释的条约解释规则。<sup>[24]</sup>该作者在另文中指出,在(a)项(ii)目期限届满的情况下,如果中国的生产者不能证明相关产业具备市场经济状况,应当依据(a)项序言适用替代方法。因为序言规定的是“应当使用(shall use)”中国国内价格或成本,或者不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法,这规定了一种强制的义务,并不因(a)项(ii)目期满而终止。他表示,虽然该序言有提及“基于”(based on)(i)、(ii)目适用,但“基于”不同于严格适用,它允许其他不同于(i)、(ii)目的替代方法适用。<sup>[25]</sup>这样的观点与理由均站不住脚。

第一,从文义解释角度观察第15条(a)项序言,使用中国国内价格或成本,或者使用替代方法,都应当“基于”(i)、(ii)目的规定。O'Connor所认为的“‘基于’不同于严格适用,它允许其他不同于(i)、(ii)目的替代方法适用”的观点显然十分牵强。“基于”指以某种条件为基础,而基础(basis)意指基本原则(fundamental principle),<sup>[26]</sup>(a)项序言以(i)、(ii)目的条件为基本原则而不能背离。在不能背离的情况下,序言与(a)项(ii)目关于替代方法的表述一模一样,都是“不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法”,要找到属于(a)项序言而又不属于(a)项(ii)目的替代方法,几乎不可能。另外,O'Connor认为序言规定的是“应当使用”,故而在期限届满后,替代方法因序言仍能够使用。显然,他对于“应当使用”的解释过于狭隘。该表达可能具有三种含义:1. 如O'Connor认为的,此种表达说明了必须使用替代方法的强制性义务;2. “应当使用”起强调的作用,要求仅能使用该条款所列的方法,不能使用其他方法;3. “应当使用”仅

[23] DS2 Appellate Body Report, United States-Standards in Reformulated and Conventional Gasoline, at page 23 (1966).

[24] 参见前引[18], Bernard O'Connor文。

[25] 前引[2], Bernard O'Connor文,第4页。

[26] Black's Law Dictionary 363 (10<sup>th</sup> ed. 2014).

修饰“基于”，强调应当基于(i)、(ii)目规定的条件使用(a)项所列的计算正常价值的方法。如果按O'Connor的观点，仅凭(a)项序言便可以使用替代方法，则(a)项(ii)目的规定与(d)项第2句的规定则变得没有意义，其有或无对替代方法的使用将不产生影响，这显然不符合有效解释的原则。因此，在(a)项(ii)目失效的情况下，(a)项序言不能成为使用替代方法的合法依据。

第二，从上下文的角度解释(a)项序言，正如上诉机构在中欧钢铁紧固件案中所述，《中国入世议定书》第15条(a)项与GATT第6条第1款注释2相同，都是对应当使用国内价格或成本决定正常价值的一般义务的减损。<sup>[27]</sup>此种减损是依条件的减损，须满足(a)项(ii)目，即中国生产者无法明确证明具备市场经济条件。只有此条件成就，才能为进口国使用替代方法提供法律基础。<sup>[28]</sup>正如附条件法律行为的效力是否发生或是否消灭取决于条件之成就或不成就，<sup>[29]</sup>《中国入世议定书》第15条(a)项是一个依条件而减损的条款，成就该种减损的条件是(a)项(ii)目，(a)项(ii)目期限届满将导致该条件永远无法成就，故而无法启动第15条(a)项序言所规定的替代方法。

第三，从条约的目的和宗旨观察，《马拉喀什建立世界贸易组织协定》早已确立“消除国际贸易关系中的歧视待遇”的目标。最惠国待遇要求给予任何第三国的待遇应当无条件地给予中国。WTO诸多成员的国内产品价格都存在一定程度的政府干预(如欧洲的农产品价格)，但除了中国之外的各方仍可以依据国内价格或成本确定正常价值。理论上，中国入世后本应享有最惠国待遇，即同其他WTO成员一样，可以依据国内的价格或成本确定正常价值。然而，美国等WTO成员在与中国进行入世谈判时，要求在反倾销调查中对中国出口商品使用替代方法。作为取舍，在《中国入世议定书》中，中国承诺各方可以在有限的时间内有条件地减损中国的最惠国待遇。无论如何，在期限届满后中国被减损的权利应当恢复原状。2016年12月11日后，未援引有效的WTO规则而使用替代方法，是对WTO非歧视原则的违反。

## 2. 期限届满后，替代方法可被使用但举证责任在进口国的观点欠妥。

另一种具有代表性的否认替代方法停止使用的观点是举证责任倒置论。例如，Jorge Miranda认为，(a)项关于替代方法的使用是基于可依事实辩驳的逻辑假设，即假定中国尚未具备市场经济条件。所谓事实指的是中国在个案中的市场经济状况。替代方法最终是否被使用，取决于中国生产者能否证明所属产业具备市场经济条件。她认为，不能仅凭(d)项第2句规定的(a)项(ii)目的终止，得出WTO成员应当放弃(a)项的替代方法并同意中国在2016年底获得市场经济待遇的结论。因为，从文义及上下文考察第15条(d)项第2句，该句仅规定(a)项(ii)目终止，而(d)项第1句和第3句规定的却是(a)项的终止。如果谈判者意图禁止在2016年后使用替代方法，那么，(d)项第2句会提及(a)项而非(a)项(ii)目。(a)项(ii)目的终止仅表明特别产业或部门仍未转变为市场经济的假设不复存在，故15年之后，不会有生产商不能满足举证责任的情况发生。欲使用替

[27] DS397 Appellate Body Report, EC-Fasteners (China), para. 287 (2011).

[28] 参见前引[8]，Weijia Rao文，第160页。

[29] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第186页。



代方法，应当由进口国证明中国的相关产业或部门仍处于非市场经济状况。<sup>[30]</sup> 该作者意指，只有中国政府依据进口国国内法，证明中国整个经济体或者特定产业或部门具备市场经济条件，对中国生产者的替代方法才能够停止使用。

所谓“举证责任倒置论”的目的是为了证明（a）项（ii）目失效后，（a）项序言可引发替代方法的使用。具体而言，她认为，2016年12月11日之前，中国出口企业须举证证明其所属产业符合市场经济条件，如果不能证明则承担不利结果，调查国可采用特殊的方法计算正常价值。2016年12月11日后，该项举证责任转由进口国申请者承担，即改为由申请调查方的企业来举证证明中国企业所属产业不符合市场经济条件。<sup>[31]</sup> 此种观点十分欠妥。

首先，Jorge Miranda 提出的观点不能称为“举证责任倒置”，如今的第15条（a）项将举证责任交由中国生产者负担才是真正的倒置，是对WTO一般举证责任规则的减损。举证责任倒置是相对于举证责任“正置”而言，“正置”指原则上主张权利存在的当事人应对权利发生的法律要件负举证责任，例外或倒置是指由对方当事人对权利发生的法律要件未满足负举证责任。<sup>[32]</sup> 简单地说，一方须证明对自己不利的情况不存在即为“倒置”。显然，第15条（a）项是由中国生产者证明对自己不利的情况——不具备市场经济条件的情况不存在，这才是真正的倒置。

其次，（a）项（ii）目是《中国入世议定书》中唯一会导致在反倾销领域使用替代方法的规定。期限届满，意味着WTO成员无法从《中国入世议定书》中找到证明使用替代方法的合法性的依据。<sup>[33]</sup> （a）项（ii）目失效，相当于该规定不存在，中国在正常价值计算方面将获得与其他WTO成员一致的待遇。Jorge Miranda 观点的不妥之处在于，她忽视了即便由进口国来承担证明中国产业不具备市场经济条件的举证责任，也是对WTO一般待遇的偏离。如果未在议定书作特别规定，WTO成员根本不会被允许使用替代方法。中国实际上在（a）项（ii）目作了两处妥协：允许使用替代方法，而且允许举证责任倒置——由中国生产商承担举证责任。如今该条款失效，意味着此两种减损归于消灭。Jorge Miranda 认为只有后一种减损消灭，这是在没有任何事先约定的情况下又将一项义务强加于中国，此种解释显然不合理。WTO协议的解释只可以是漏洞填补（Gap filling），而不可以减少缔约方的权益。

此外，亦有学者认为中国并非市场经济，中国政府在市场资源配置中仍起着主导作用，包括土地、能源、信贷等影响价格的因素并非由市场决定，<sup>[34]</sup> 从而否认计算中国出口产品正常价值的替代方法应当停止使用。有的欧洲学者认为，非市场经济状况在中国经济占主导，中国价格相对于国际价格不具有价格可比性。<sup>[35]</sup> 他们认定，中国未完成《中国入世议

[30] See Miranda Jorge, *Interpreting Paragraph 15 of China's Protocol of Accession*, 9 *Global Trade & Cust. J.* 97 (2014).

[31] 同上。

[32] 参见薛永慧：《民事诉讼举证责任倒置刍议》，《政法论坛》2004年第3期，第70页。

[33] 前引〔6〕，Christian Tietje 等文，第9页。

[34] See Alan H. Price *et al.*, *China Can Still be Treated as a Nonmarket Economy after 2016*, available at [www.law360.com/articles/714819/china-can-still-be-treated-as-a-nonmarket-economy-after-2016](http://www.law360.com/articles/714819/china-can-still-be-treated-as-a-nonmarket-economy-after-2016) (last visited on May 10, 2016).

[35] 见前引〔3〕，Barbara Barone 文，第7页。

定书》第9条允诺的所有价格应由市场力量决定的义务，如果在期限届满后终止替代方法，将与第9条让市场决定价格的目的不相符。<sup>[36]</sup>这样的观点亦不能成立。事实上，《中国入世议定书》第9条规定的义务与第15条（d）项第2句的替代方法使用期限届满不存在任何联系。从条约的通常含义观察，（d）项第2句不存在除了时间之外影响替代方法终止的其他因素。

### （三）第15条（d）项第2句与第1句、第3句区别规定的法律效力

目前，否定第15条（a）项规定的替代方法在2016年12月11日后失效的主要依据是：同是终止条款，第15条（d）项第2句规定的是（a）项（ii）目终止，而第1句及第3句规定的却是（a）项终止。文字表述上的差异被有的国外学者理解为谈判者的有意规定，并据此推测（a）项的终止会导致替代方法的失效，但（a）项（ii）目的终止不会产生此结果，否则谈判者对该相邻句子的区分便毫无意义。此种理解貌似文义解释，实则以假设的立法目的解释挑战文义解释。谈判者如此规定有多种可能的合理目的，解释者应当从中找寻与其他WTO规则不相抵触或更少不一致的解释。

从文义来看，第15条（d）项第2句规定了（a）项（ii）目在中国入世15年后终止，而（a）项（ii）目是唯一规定了替代方法启动条件的条款，如前所述，从（a）项序言中无法推出在（a）项（ii）目终止后，替代方法仍可使用的结论（无论是举证责任正置或倒置），这是目前确定的WTO规则。在该文义之下，虽然就谈判者对第2句与第1、3句区别规定的原因可以作出如下多种解释，但需仔细甄别其合理性。1. 如O'Connor等学者所认为的，区别规定或欲据此抵消（a）项（ii）目的终止导致的替代方法的失效，但这显然同（a）项、（d）项第2句的文义有较大抵触，此种解释不具合理性。2. （a）项的终止与（a）项（ii）目的终止都会导致替代方法停止使用的结果，谈判者之所以有不同规定，有的学者认为是为给予中国生产者更有利的地位。具体来说，（a）项（ii）目的终止会保留（a）项（i）目，如果进口国在期限届满后仍使用替代方法，中国政府诉诸WTO争端解决机制解决争议的时间较长，如果此时出口商有足够的证据证明具备市场经济条件，可直接向进口国的调查机关证明。<sup>[37]</sup>3. 区别规定是因为第1句和第3句规定的是中国政府的举证责任，如果中国政府已完成了依据进口国法律证明中国整体或中国特定产业或部门具备市场经济条件的举证责任，留下（a）项（i）目显得十分多余，因为中国政府代表中国的生产者完成了举证责任，中国生产者无须再重复证明满足市场经济条件，故第1句和第3句规定的是（a）项终止，而不是（a）项（ii）目的终止。显然，后两种解释更为合理，同第15条其他规定的抵触也相对较小，应被采纳。

上诉机构在中欧钢铁紧固件案中表示，“《中国入世议定书》第15条（d）项规定了第15条（a）项会在入世15年后终止（2016年12月11日），它也规定了在该期限之前，只要依据进口国法律，中国整个经济体或者特定产业或部门具备市场经济条件，（a）项应当提前终止”，因此，“第15条（d）项规定了替代方法在2016年后终止，并列明了在

[36] Workshop: *Market Economy Status for China after 2016*, Committee on International Trade (INTA) European Parliament EP/EXPO/B/INTA/2016/04 - 06 EN, 28 January 2016, p. 9.

[37] 参见前引[8], Weijia Rao文, 第167页。

2016年之前可能导致提前终止的各种情况”。<sup>[38]</sup> 上诉机构的裁决传达了两个重要的观点：其一，第15条（a）项而不是（a）项（ii）目在中国入世15年后终止；其二，第15条（d）项第1句和第3句仅可在期限届满前适用。

事实上，（d）项第1句和第3句规定的中国政府的举证责任是一个依条件提前终止条款，第2句所规定的2016年12月11日是最长时期，只要期限经过，即使中国生产者或中国政府不能证明具备市场经济条件，都不得对中国出口商使用替代方法。O'Connor认为，中国自动获得市场经济地位的神话产生于（d）项，而该项第1句和第3句规定中国或中国特定产业或部门获得市场经济地位必须依据进口国的法律，以中国为主体的举证责任与期限无关。<sup>[39]</sup> 但笔者认为，期限届满后，（a）项关于中国受调查产业未完成市场经济转变的假设已不复存在，中国受调查产业同其他WTO成员的受调查产业一样被推定具有市场经济地位。而整个中国经济由所有可能的受调查产业构成，仍然认为中国不具备市场经济条件，显然是不合理的。

#### （四）依中国入世谈判史料对替代方法规定的分析

在中国入世谈判的史料中，最重要的为中美双边谈判提案以及所达成的中美双边协议。

1999年3月18日，美方首次向中方提交关于倾销与补贴价格可比性的提案。1999年3月26日中方向美方提交相对应的提案，1999年3月27日、3月29日、4月7日，美方又分别提交三份不同的提案。中美双方的前两份提案差别巨大。美方3月18日的提案提到，“在反倾销程序中，根据一般实践，WTO进口成员对产于中国的产品可使用不严格基于中国国内价格或成本的比较方法确定价格可比性。采用此种方法，WTO进口成员应考虑中国对决定成本与价格结构的市场规则的操作，所导致的中国销售的商品对商品正常价值的反映程度。”该提案下一条款提到，“成员方也可以考虑采用中国的价格或成本，采用时应当考虑受调查的商品的价格或数量受政府干预情况，受调查产品所在行业全部企业的所有制情况，以及重要的物质与非物质投入的价格由市场决定的程度。”<sup>[40]</sup> 可以看到，该提案的规定对中国十分苛刻，不仅以替代方法的使用为原则，以中国的价格或成本的使用为例外，而且对两种方法的使用均设置了一定的考虑因素，且所设置的因素过于模糊且未被量化，更重要的是该提案并未提到替代方法何时终止使用。

中国3月26日的提案与美方3月18日的提案有重大不同。中国提案强调“WTO成员应当采用中国的价格或成本，只有在特定的案件中，在附件四所列出的国家定价的情况下，进口成员使用中国价格或成本确定价格可比性有困难，才可以使用与中国有同等经济发展水平国家的相同产品的结构价格。但在使用此种方法时，若产品的组件是在市场条件下生产，对这些组件应采用中国的价格或成本计算正常价值”；“本条应于入世议定书生效5年后终止”。<sup>[41]</sup> 中国的提案以采用中国的价格或成本为原则，以采用替代方法为例外。另外，新提案提出了“在使用替代方法时，以市场条件生产的产品组件应使用中国的价格或成本”

[38] DS397 Appellate Body Report, EC-Fasteners (China), para. 289 (2011).

[39] 参见前引[18], Bernard O'Connor文。

[40] 参见商务部世界贸易组织司编：《中国加入世界贸易组织谈判文件资料选编：双边卷》第3册，中国商务出版社2013年版，第845页。

[41] 同上书，第848页。

计算正常价值,这可以视为(i)项的前身,并且中国提出的本条于入世后5年终止的限定是(d)项的最初雏形。

美方3月27日的提案仍然以替代方法的使用为原则,但首次明确提出了如今的(a)项(i)目,即“受调查的生产者能够明确证明,生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件,可以使用(may use)受调查产业的中国的价格或成本”。<sup>[42]</sup>最终文本与此案文的区别在于从“可以使用(may use)”变成“应当使用(shall use)”。美方在此并未提及替代方法停止使用的有关问题,可见双方对此分歧巨大。

美方3月29日再次提出新提案,该提案与如今文本十分接近。(a)项序言正式出现,“在按照1994年GATT第6条和WTO反倾销协议确定比较价格时,在下列原则的基础上,WTO进口成员既可以使用(may use)不严格基于中国国内价格或成本的比较方法,也可以使用受调查产业的中国的价格或成本”。<sup>[43]</sup>从(a)项序言出现的时间点可以看出,(a)项序言的作用在于,对替代方法与一般方法采用并列的表达方式进行铺垫,并限定采用上述任何方式应按照(i)、(ii)目的规定。实际上,(a)项序言不具有实质性内容。虽然最后的文本将“可以使用”改为“应当使用”,但并不妨碍(a)项序言上述两种作用的发挥,更不能使得在(a)项(ii)目终止的情况下,(a)项序言替代(a)项(ii)目而产生相同的法律效果。与美方上一次提案不同,本次提案在替代方法停止使用的问题上,美方进行了微弱的妥协,提案(d)项规定:“在议定书生效后5年内,WTO进口成员将就是否有必要继续使用上述第1段所描述的方法进行审议”。从当时史料的草稿来看,中方对此并未接受,并坚持入世议定书生效5年后,本条应当终止的观点。<sup>[44]</sup>观察可收集的4月7日美方最后一份提案,可知美方对此未予妥协,仍然坚持5年内审议的规定。<sup>[45]</sup>但现有文本在双方妥协下产生。中方的妥协在于将5年内替代方法终止延长为15年并且不再坚持整条终止,而是依时间和依条件的(a)项(ii)目与(a)项终止,美方也放弃了5年内审议的观点。

在所能收集的最后一份提案中,美方提出5年内审议的是第1段(subparagraph(1))也即(a)项所使用的方法,<sup>[46]</sup>而不是如今的(a)项(ii)目,但当时的(d)项与最终的文本仍有较大差异。由于从美方4月7日提案到最终文本确定的这段时间的谈判史料的缺失,很难判断谈判者最终仅在(d)项第2句中规定15年后(a)项(ii)目终止而非(a)项整体终止的原因,但结合中美双方最终达成的入世双边协议却可以说明问题。在关于中国入世的中美双边协议中,双方表示,在未来的反倾销案件中,中美同意维持现有的反倾销方法(将中国视为非市场经济对待),该条款将在中国入世15年内有效。<sup>[47]</sup>“该条款”指的是规定现有反倾销调查方法的条款,也即规定使用替代方法的条款。换言之,即便(d)项第2句规定的是(a)项(ii)目的终止,在15年之后“现有的反倾销调查方法”

[42] 前引[40],商务部世界贸易组织司编书,第853页。

[43] 同上书,第858页。

[44] 同上书,第857页。

[45] 同上书,第870页。

[46] 同上。

[47] Summary of U. S. -China Bilateral WTO Agreement, available at <http://clinton3.nara.gov/WH/New/WTO - Conf - 1999/factsheets/fs - 006.html> (last visited on May 10, 2016).

仍将无法再维持，替代方法应当终止使用。如果双方认为替代方法在期限届满之后仍可以通过（a）项序言与（a）项（i）目得到使用，应有意提及而非作出上述声明，上述声明没有设置任何例外情况。

《中国入世议定书》第15条（d）项的确没有回答（a）项（ii）目终止后，（a）项（i）目仍然有效的法律后果应当如何。然而，剩余条款（a）项（i）目原本的作用是限制（a）项（ii）目下的特别方法的使用，无论如何，后者的终止不能使得前者由权利限制转变为授予权利。<sup>[48]</sup>在2016年（a）项（ii）目终止后，即使中国生产者不能证明其市场经济地位，WTO成员欲使用替代方法，也必须援引其他WTO条款。<sup>[49]</sup>而除《中国入世议定书》第15条之外，可能涉及到替代方法使用的条款为GATT附件I中关于第6条第1款的注释2。在2016年12月11日之后，如果进口国认为中国受调查产业不具备市场经济条件，他们应当像对待其他WTO成员一样，完成对GATT附件I中关于第6条第1款的注释2的举证责任——证明中国是“贸易被完全或实质上完全垄断的国家”且“所有国内价格均由国家确定”。这一标准极高，实践中几乎不可能完成。对于中国而言，替代方法在期限届满后仅在理论上存在使用的可能性。

### 三、替代方法与中国非市场经济地位的关系

#### （一）中国非市场经济地位的变化

中国是否具有市场经济地位，与替代方法能否使用，是两个具有联系却不相同的问题。WTO的诸多正式文件并无“市场经济”与“非市场经济”的正式定义，这一概念是美国单方面炮制并使用，是其国内法措辞，本不应在国际贸易法规中被广泛使用。<sup>[50]</sup>这一国内法概念因《中国入世议定书》第15条（a）项与（d）项的规定，在有限的时间内（2016年12月11日之前）成为评判能否使用替代方法的依据。但是，自始至终，第15条（a）项、（d）项规定的都是替代方法的使用问题。当WTO成员使用替代方法的权利因（d）项的规定而期满的瞬间，中国依据进口国国内法是否具有市场经济地位的问题将变得毫无意义。也就是说，只有在2016年12月11日之前，认可中国的市场经济地位才具有现实作用，在该期限之后，无论中国在某一个WTO成员的国内法中如何被分类，中国出口产品的正常价值都应当依据中国国内的价格或成本确定。<sup>[51]</sup>在反倾销领域，中国仅承诺15年内允许缔约国依据其国内法判断中国是否具有市场经济地位，并依此决定是否对中国出口产品采用第三国价格等计算正常价值的替代方法。15年之后，缔约国将不再具有使用替代方法的权利，中国在反倾销领域产品正常价值的计算方面将被推定具有市场经济地位，除非缔约国完成对GATT附件I中关于第6条第1款的注释2的举证责任。更直接地说，是否被缔约国法律认为是市场经济与事实上是否是市场经济是两回事，关键在于被缔约国认定为非市场经济

[48] 参见前引〔1〕，William Watson文，第2页。

[49] Yangning Yu, *Rethinking China's Market Economy Status in Trade Remedy Disputes after 2016: Concerns and Challenges*, 8 *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* 82 (2013).

[50] 参见苗迎春：《中美经贸摩擦研究》，武汉大学出版社2009年版，第110页。

[51] 参见前引〔36〕，Committee on International Trade (INTA) European Parliament文，第31页以下。

的法律后果。只要在期限届满后，WTO反倾销规则没有其他的（类似于《中国入世议定书》第15条）因认定中国为非市场经济而导致对中国予以差别待遇的条款，缔约国法律对中国非市场经济地位的规定便不能导致替代方法的使用。至少在WTO反倾销法中，中国已实际获得同其他WTO成员一样的待遇。

有学者质疑，不再使用替代国价格等非严格比较的方法，是否意味着承认我国完全的市场经济地位？即使在反倾销领域承认我国的市场经济地位，在反补贴领域是否也是如此呢？<sup>[52]</sup>第一个问题的误区在于，错误地理解了期限届满之后的举证责任要求，认为中国必须依据进口国国内法的承认才能够获得市场经济地位。但事实是，在2016年12月11日之后，进口国已无法依据《中国入世议定书》第15条（a）项与其国内法的规定对我国使用替代方法，不产生实际影响的非市场经济地位认定对我国没有任何意义，因而不能再表述为中国的市场经济地位由缔约国国内法决定。在期限届满后，如果缔约国对中国非市场经济地位的认定导致了替代方法的使用，将会构成对WTO规则的违反，与WTO规则相背离的WTO成员国国内法的法律效力及被裁决违法后的执行又是另一个层面的问题。因此，2016年12月11日后，在WTO反倾销领域，我国的市场经济地位根本无须任何国家承认。

第二个问题具有非常重要的现实意义。替代方法期限届满，确实只能够在WTO反倾销领域推定中国具有市场经济地位，要使中国在整个WTO规则内被推定为具有市场经济地位，须证明在WTO的所有规定中，除了替代方法之外，不存在其他的因缔约国国内法的非市场经济地位规定导致给予中国差别待遇的条款。《中国入世议定书》第15条（b）项关于反补贴的补贴利益计算与（a）项决定正常价值的替代方法类似，有属于此类条款之嫌。《中国入世议定书》第15条（b）项表明，WTO其他成员方可以在对中国采取反补贴措施时采用“替代国制度”来衡量补贴利益，而且该标准的采用没有时间上的限制。<sup>[53]</sup>因（d）项所规定的期限（第2句）与提前终止的条件（第1句、第3句）仅规定对计算正常价值的替代方法使用的限制，不涉及（b）项补贴利益的计算，故在2016年12月11日之后，进口国使用第三国数据计算补贴利益的权利未受实际影响。但这里需要强调两个问题：其一，与反倾销的情况不同，反补贴中证明中国现有情况和条件不适宜作为计算基准的举证责任在进口国。其二，并非仅有非市场经济地位会遭受替代国标准，在“美国加拿大软木案”中，美国认为加拿大的软木市场由政府控制，对市场经济的加拿大采用了“外部基准”。<sup>[54]</sup>在反补贴中，若“第三国标准”是无论市场经济国家还是非市场经济国家都会遭遇的问题，且举证责任不存在类似于反倾销的特殊安排，此时很难称反补贴领域的“第三国标准”是被进口国列为非市场经济国家的特殊问题。

## （二）替代方法与中国非市场经济地位的关系分析

坦率而言，期限届满后，并非缔约国法律对中国非市场经济地位的规定可能违反WTO规则，而是对中国非市场经济地位的规定导致的替代方法的使用才可能违反WTO规则。替

[52] 参见刘学文、朱京安：《国际贸易救济中我国非市场经济地位的困境与突围》，《经济问题探索》2015年第4期，第124页。

[53] 参见朱广东：《国际贸易救济法律问题研究》，东南大学出版社2011年版，第55页。

[54] 同上。

代方法有条件地使用或停止使用才是问题的本身，缔约国法律对中国非市场经济地位的规定作为替代方法使用的条件，仅在有限的时间内发挥作用（15年），一旦该期限经过，无须缔约国对中国市场经济地位的承认，缔约国对中国非市场经济地位的判定在反倾销领域将不再发挥作用。

缔约国对中国非市场经济地位的认定与替代方法的使用是条件与结果的关系。15年期限到来之前，满足条件可导致结果的发生。15年期限到来之后，WTO规则的规定使结果强制不能发生，条件便不再有存在的价值。所以，期限届满后，若缔约国国内法保持原状，且仍然使用替代方法，则缔约国违反WTO规则；但若虽然缔约国国内法不改变关于中国非市场经济地位的规定，但出于对第15条（d）项第2句的考虑而修改国内法，不再因中国的非市场经济地位而使用替代方法，因结果最终并未发生，故未违反WTO规则。后一种情况的发生存在可能，因为同一条件可能导致多种结果，替代方法的使用仅是其可能导致的结果之一（结果1）。第15条（b）项没有赋予成员国如同（a）项与（d）项下的权利，但在缔约国完成（b）项举证责任的前提下，缔约国关于非市场经济地位的规定（条件），可能使得补贴利益按照替代国基准而非中国的数据进行计算（结果2）。另外，（非）市场经济地位不仅是一个WTO法律问题，更是国际政治利益乃至意识形态问题。因美国等WTO成员对于市场经济地位的标准多涉及货币可兑换程度、劳资双方谈判自由度、国有企业比重等<sup>[55]</sup>争议问题的判断，一旦其主动承认中国的市场经济地位，表明其在上述问题上作出对中国有利的表态，而禁止反言是每个国际法主体必须遵守的原则。出于这一考虑，美国、欧盟等国家或地区不会轻易认可中国的市场经济地位（结果3）。

因此，虽然缔约国对中国非市场经济地位的规定可能导致多种结果的发生，但各方一直讨论的问题，即对于《中国入世议定书》第15条（a）项与（d）项的讨论仅与上述第一种结果相关，仅涉及替代方法在何种条件下使用或停止使用。学术界一直讨论不清的原因，是缺少了对（非）市场经济地位范围与法律效果的限定，容易产生混淆与误解。事实上，笔者不赞成各方过分夸大期限经过之后的结果，甚至认为第15条（d）项第2句的规定可以要求成员国通过某种程序承认中国的市场经济地位，因为这只会徒增中国的证明义务，使中国在诉讼中处于不利的地位。

### （三）预判与应对

反倾销措施应当作为维护公平竞争而非贸易保护的工具体，由非市场经济地位引发的不公平贸易救济措施已逐渐沦为贸易保护的借口，这不仅对出口国的自由贸易造成严重损害，也间接造成进口国工业的落后及对消费者福利的减损。欧盟、美国与中国有着不同的立场，<sup>[56]</sup>他们对中国的产能过剩抱有深切忧虑，并惧怕认可中国市场经济地位之后，倾销幅

[55] 参见孙立文：《老问题的新对策——中国在WTO体制中的非市场经济地位问题分析》，《武大国际法评论》2007年第1期，第216页。

[56] 希拉里·克林顿表示，同意中国的市场经济地位会拔掉美国反倾销救济措施的尖牙，导致廉价商品涌入美国市场，故关于同意中国市场经济地位的答案只可能是否定的。Hillary Clinton, *If Elected President, I'll Level the Playing Field on Global Trade*, Portland Herald Press, February 23, 2016, available at <http://www.pressherald.com/2016/02/23/commentary-if-elected-president-ill-level-the-playing-field-on-global-trade-clinton-says/> (last visited on May 15, 2016).

度的减少可能导致的失业率升高及对国内制造业的冲击。<sup>[57]</sup> 2016年5月12日,欧洲议会通过一项非立法性决议,认为2016年后《中国入世议定书》第15条仍能够为非标准方法的使用提供基础。决议认为,中国未完成入世时允诺的所有价格应由市场决定,国家对经济的干预使得公司的价格、成本、投入、产出不能反映作为市场信号的供需关系。该决议强调,中国不是市场经济且中国尚未满足欧洲确定市场经济的五个标准。<sup>[58]</sup> 美国与欧盟对替代方法的坚持有可能造成对WTO规则的违反。事实上,各方都在观望并等待中国诉讼后DSB对《中国入世议定书》第15条的解释。如果中国胜诉,基于WTO法律体系与国内法的特殊关系,胜诉后的执行程序又是一个复杂且漫长的过程。

不少国外学者质疑第15条(d)项第2句是否真正能使替代方法在期限届满后终止使用。他们夸大中国政府对市场的干预,并强调市场经济应当由事实决定,中国不可能一夜之间变成市场经济。他们明显偷换了替代方法和非市场经济地位的概念,使得各方关注的重点偏离替代方法而转向中国是否自动获得市场经济地位。然而,缔约国法律所认为的(非)市场经济地位、WTO规则推定的(非)市场经济地位与事实上的(非)市场经济地位是完全不同的三个问题。无论缔约国法律如何认定,抑或中国的实际情况如何,都与所讨论的问题无关。问题的核心是期限届满前WTO规则推定的非市场经济地位所带来的法律效果——替代方法的使用。缔约国法律所认为的非市场经济地位,在WTO允许的条件和期限内可以成为WTO规则的推定,一旦WTO规则允许的期限经过且替代方法终止使用,中国因第15条(a)项规定而减损的权利实际上已恢复原状,从而导致缔约国法律所认为的非市场经济地位将不再具有意义。

与此同时,中国在期限届满后替代方法终止使用问题上的攻防并非完美无缺,第15条(d)项第1句、第3句与第2句的不同规定仍然是中国未来面临DSB诉讼的最大短板。我们应当将问题研究的重点置于对第15条(a)项、(d)项的解释之上,以论证15年期限届满将带来替代方法终止使用的结果,全面考虑各种否定替代方法终止使用的观点,并作出合理的解释,而不应当执着于中国是否自动具有市场经济地位的问题。这会使我们偏离真正的问题,不利于应对以后在DSB的诉讼。

当然,如上观点是对2016年12月11日后WTO法律体系应然状态的分析。实际上,即便DSB裁决中国胜诉,各国仍有可能不改变其国内对于中国非市场经济地位的规定并据此使用替代方法。而各国法院一般依据国内法律进行判决,从而导致对自中国进口商品仍使用替代方法计算正常价值的结果,此时,缔约国国内法对中国非市场经济地位的规定仍会在反倾销领域发挥作用。然而,美国等WTO成员有义务使国内法符合国际法规范,如果不能做到这一点,就必须容忍其他国家在这种情况下采取行动。<sup>[59]</sup>

最后,替代方法的终止使用与WTO成员主动承认中国市场经济地位的法律后果不同。

[57] Gary Clyde Hufbauer, Cathleen Cimino-Isaacs, *The Outlook for Market Economy Status for China*, Peterson Institute For International Economics (PIIE), April 11, 2016, available at <https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/outlook-market-economy-status-china> (last visited on May 15, 2016).

[58] China's Market Economy Status, Resolution of European Parliament, 2016/2667 (RSP), May 12, 2016.

[59] [美]约翰·H.杰克逊:《国家主权与WTO变化中的国际法基础》,赵龙跃等译,社会科学文献出版社2009年版,第149页。



第15条（d）项第2句的法律效果是反倾销调查中替代方法使用期满，但WTO成员在其国内法中主动承认中国的市场经济地位会对反补贴措施造成影响。一方面，承认中国的市场经济地位可以使美国等摆脱对非市场经济国家不能发动反补贴的法理缺陷；另一方面，承认中国的市场经济地位又会对其在反补贴行动中采用第三国基准造成影响。基于此，美国等WTO成员主动承认中国市场经济地位的可能性极小。无论反补贴问题是否属于非市场经济问题，可以预见，在15年期限届满之后，随着中国在反倾销领域被减损待遇的恢复，反补贴将成为各方对中国采取贸易救济措施的主战场，反补贴领域的第三国基准问题将逐渐成为各方争议的核心。此外，中国应当防范，即便DSB认定对中国出口商品正常价值的计算可以采用中国国内价格或成本，其他WTO成员仍可能质疑中国出口商品的价格或成本不符合在“正常贸易过程中（in the ordinary course of trade）”形成的条件（GATT第6条第1款（a）项），<sup>[60]</sup>从而拒绝使用中国价格或成本。

事实上，《中国入世议定书》第15条的模糊性甚至漏洞，导致了各方对替代方法使用期限届满和中国市场经济地位的争议。对于一些漏洞填补的情况，不会完全契合组织内某个特定成员或者某些成员在起草时或者其后的观点。<sup>[61]</sup>但对《中国入世议定书》第15条的解释应当符合DSU第3.2条确立的可靠性和可预测性的目标，且不能增加或减少WTO协定中所规定的权利和义务。

## 结 语

国家交往永远以国家利益为前提。一项制度的优劣是以本国获取最大限度的利益为评估尺度，人们评价一个贸易政策的好坏或福利水平的高低，关键在于这种政策是否达到了政府选定的目标。<sup>[62]</sup>然而，条约必须信守原则要求WTO成员的国内法律应当符合WTO规则。《中国入世议定书》第15条是对中国享有的WTO一般待遇的减损，对其理解应当遵循严格的解释规则，而不能随意增加中国在（d）项第2句规定的期限届满后的义务，期限届满后没有充分依据而使用替代方法是对WTO非歧视原则的侵蚀。

第一，对于谈判者区别规定（a）项（ii）目终止和（a）项终止的原因的探讨，应当以尊重现有文义为前提。上诉机构早已明确（d）项是对替代方法使用的限制，即分别规定了替代方法使用的最长期限及提前终止的各种条件。无论依据文义解释、体系解释还是有效解释等条约解释规则考察（a）项序言和（a）项（i）目，都无法得出2016年12月11日后，作为替代方法唯一启动条件的（a）项（ii）目终止，但替代方法仍能依据（a）项被使用的结论。

第二，期限届满后，WTO成员已无法依据《中国入世议定书》第15条（a）项偏离非歧视原则而使用特别方法，故在反倾销领域WTO成员国内法对中国非市场经济地位的规定

[60] 参见前引〔1〕，William Watson文，第3页。

[61] 前引〔59〕，杰克逊书，第216页。

[62] 参见佟家栋、王艳：《国际贸易政策的发展、演变及其启示》，《南开学报（哲学社会科学版）》2002年第5期，第54页。

已无任何意义，中国在反倾销领域被推定为具有市场经济地位，应当由对方证明中国是GATT附件I中关于第6条第1款的注释2所规定的“贸易被完全或实质上完全垄断的国家”且“所有国内价格均由国家确定”，才可使用替代方法。

第三，中国应当高度防范替代方法使用期限届满后，美国、欧盟等WTO成员可能提出的中国计算正常价值的国内价格或成本并非在“正常贸易过程中”形成的质疑，以及反补贴领域第三国标准的使用，并进一步明确如上情况的举证责任、使用条件等要求。

---

---

**Abstract:** There had been heated debates over China's non-market economic status before and after the "deadline" on 11 December 2016. Through the analysis of Article 15 of the Protocol on China's Accession to the WTO, this paper contends that, after the expiration of Article 15(a)(ii) of the Protocol in 2016, other WTO members can no longer get legal supports from the Protocol for the use of alternative methods to determine the normal value of imports from China during anti-dumping investigation. Otherwise they would violate the WTO rules. Besides, China's non-market economic status and alternative methods are two different but linked issues. The core of the so-called "deadline of China's non-market economic status" is not the non-market economic status, but the expiration of the alternative methods. The categorization of China as a so-called non-market economy by the domestic laws of other WTO members would influence the use of alternative methods only under certain conditions within a certain period of time. With the passage of time, it will be practically impossible to make a determination of the normal value of a product targeted by an antidumping proceeding on the bases of alternative methods, at least at the level of WTO law—the only exception would be the second Ad Note to Art. VI:1 of GATT of 1994. This means that from 11 December 2016 onwards Chinese imports have to be treated in the same way as imports from any other WTO member in the determination of normal value.

**Key Words:** anti-dumping, Article 15 of Protocol on China's Accession to the WTO, non-market economic status, alternative method

---

---