



中财法学文库

中财法律评论

(第七卷)

中央财经大学法学院 主办



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中财法学文库

Law
Review

中财法律评论

(第七卷)

中央财经大学法学院 主办



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中财法律评论. 第7卷 / 中央财经大学法学院主办. —北京: 知识产权出版社, 2015. 5

ISBN 978-7-5130-3444-9

I. ①中… II. ①中… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 070818 号

内容提要

对理论的深入剖析与对现实的仔细研磨始终是我们追求的两个方向。在前一个维度中, 我们可以看到本卷对无效保证合同、代理权授予、要约拘束力、信赖利益、第三人利益合同、保险合同代位追偿、“三包”、食品安全等传统疑难问题的新视角研究, 特别是论证了商品房买卖中的惩罚性赔偿、机会丧失型医疗侵权、人体器官的双重属性等新观点。在后一个维度中, 本卷则有对双反调查、狱侦耳目、机动车限行等热点话题的精深思考。特别值得一提的是, 本卷特设互联网金融专栏, 由来自上海的四位研究者纵谈货币市场基金、股权众筹、P2P 等前沿事项。

本卷作者既有博士后, 也有律师和公司法务, 更有来自北大、人大、华东政法及中财学院的诸多研究生, 共同构成了一个生机盎然的法学园圃。

责任编辑: 纪萍萍

责任校对: 谷 洋

责任出版: 刘译文

中财法律评论 (第七卷)

中央财经大学法学院 主办

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010-82000860 转 8370

责编邮箱: jpp99@126.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京富生印刷厂

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 9

版 次: 2015 年 5 月第 1 版

印 次: 2015 年 5 月第 1 次印刷

字 数: 260 千字

定 价: 26.00 元

ISBN 978-7-5130-3444-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编 委 会

学术顾问委员会（以姓氏拼音为序）

陈华彬 杜 颖 高秦伟 甘功仁 刘双舟
吴 韬 邢会强 尹 飞 曾筱清

指导教师 缪因知

本卷主编 伍晓雯

本卷副主编 向 彪

编辑委员会（以姓氏拼音为序）

鲍鑫扬 陈登宇 戴思桦 禄 曼 冉 焱
时 辉 伍晓雯 武媛媛 向 彪 于丰源
张碧江 张 量

目 录

财 经 法 苑

- 对“双反”DS379案的法律思考 蒲泓静 (3)
- 公共财产法视野下税收基本特征的解构与重构 孙瑜晨 (24)
- 对赌协议的法律属性及其效力探析 李子薇 (37)

互 联 网 金 融

- 货币市场基金的互联网进路：以余额宝为典型 苏苗声 (51)
- 证券法视野下股权众筹的监管进路 李 润 (67)
- P2P 债权转让模式中的制度创新与风险监管 张 超 (79)
- 百度信誉 V 认证模式下的 P2P 平台风险控制 郭一璟 (91)

民 商 研 究

- 保证合同无效时保证人责任的认定 张 辰 (103)
- 论代理权授予行为的无因性 吕 哲 (115)
- 《消费者权益保护法》中“三包”制度的法律完善 武媛媛 (132)
- 论要约的拘束力 张亚纬 (143)
- 商品房买卖中惩罚性赔偿的适用 千九玲 (155)

关于违约信赖利益保护的思考	王 睿 (166)
论我国应确立第三人利益合同	蔡伟强 (181)
医疗侵权中机会丧失型案件的损害赔偿	王心舒 (192)
商标退化问题研究	钟 菁 (207)
论保险合同赔偿先予扣除约定与代位权法定之关系 ...	仇文静 (218)
论人体器官权利的双重属性	王 可 (230)

公 法 探 索

秘密侦查与狱侦耳目的反滥用思考	黄 健 (243)
物权限制视角下的机动车尾号限行	李 璐 (250)
我国食品安全规制需要民主独立意义上的行业自律 ...	徐宏喆 (264)
《中财法律评论》稿约	(276)

财 经 法 苑

对“双反”DS379案的法律思考

蒲泓静*

摘 要 DS379案是美国商务部对我国四种产品（矩形钢管、标准钢管、复合编织袋、非公路用轮胎）发起的反倾销和反补贴调查。我国将该案提交WTO争端解决机构，要求启动专家组程序，并最终在“公共机构”“双重救济”两个重要问题上胜诉。本案的意义有三点：一是展现了中国运用WTO争端解决机制的积极性；二是证明了我国法律人才的应诉能力；三是对专家组和上诉机构今后的裁决有重要的指引作用。同时，该案也使我国意识到国内法律法规不健全以及在应诉时举证能力不足等问题，今后应针对不足之处进行改进，以便更好地维护我国对外贸易的利益。

关键词 可诉性补贴 公共机构 专向性 双重救济

一、DS379案案情综述

（一）案件的起因

2007年，美国国内生产商向美国商务部申请对原产于中国的标准钢管、矩形钢管、复合编织袋、非公路用轮胎发起反补贴调查，美国商务部随后立案。

美国国内申请方在申诉书中认为，中方的不公平贸易行为包括享受各种补贴和以低于正常价值的价格销售。公共机构提供的补贴构成了《补贴和反补贴措施协定》（以下简称《补贴协定》）中的“补贴”。首先，提供主体是公共机构；其次，提供的财政资助包括土地使用权、政策性贷款、税收、原材料；最后，补贴和实质损害存在因果关系。中国企业从补贴中获得利益，使之在美国市场上降低价格销售，进而导致美国上述四种产品失去了竞争力与市场份额，且产量降

* 蒲泓静，北京大学法学院2014级国际经济法专业研究生。

低。美国商务部认定存在补贴,美国国际贸易法院认定存在损害。2008年8月,美国商务部发布了对标准钢管、矩形钢管、复合编织袋的反补贴税令、反倾销税令。2008年9月,公布了对非公路用轮胎的反补贴税令和反倾销税令。^①

(二) 美国商务部的裁决

首先,美国商务部认定存在补贴。中国的国有企业和国有商业银行构成《补贴协定》中的“公共机构”。国有企业、国有商业银行提供了财政资助,包括原材料、土地使用权、政策性贷款、税收优惠。接受政府补贴后,中国出口商降低了产品的出口价格,低价的中国产品抢占了美国同类产品的市场份额,最终致使很多美国国内生产相同或类似产品的工厂倒闭,造成大量工人失业。其次,国有商业银行向非公路用轮胎产业提供的贷款具有法律专向性。再次,计算补贴幅度时应使用外部基准。最后,征收反补贴税的同时可以以非市场经济计算方法征收反倾销税。

(三) WTO 争端解决机制的专家组报告

首先,专家组裁定存在补贴。补贴的主体是国有企业和国有商业银行,提供的财政资助是具有法律专向性的政策贷款和原材料、具有地域专向性的土地使用权,出口商因此获得利益。即国有企业、国有商业银行构成“公共机构”,其提供的财政补贴具有“专向性”。其次,裁定国有企业提供的原材料、国有商业银行提供的贷款、政府提供的土地使用权应使用外部基准计算补贴幅度。最后,裁定“双重救济”不违法。

(四) WTO 争端解决机制的上诉机构报告

上诉机构裁定,政府通过国有商业银行提供的补贴符合《补贴协定》中的规定,国有商业银行构成“公共机构”,其对轮胎产业的政策性贷款具有法律专向性。裁定国有企业不构成补贴的主体即“公共机构”,因此,其提供的原材料也不具有补贴的专向性;裁定计算国有企业、国有商业银行补贴幅度时应当适用“外部基准”;裁定“双重救济”违法。

^① 龚柏华:《中国与WTO争端解决:2011年回顾与2012年展望》,《世界贸易组织动态与研究》2012年第2期,第5-13页。

二、DS379 案涉及的法律问题

(一) 公共机构的界定

1. 美国商务部的界定

《补贴协定》第1条中规定提供补贴的主体包括政府、公共机构、受政府委托的私营企业。国有企业和国有商业银行既非政府机构也非由私人控股的私营企业，因此，美国商务部必须证明其是有资格提供补贴的“公共机构”。从词义解释来看，“公共”一词有属于国家或国有的含义。^①从《补贴协定》第1条的上下文解释来看，“公共机构”和“政府”并列，说明两词的含义截然不同，“政府”需要行使国家职权而“公共机构”不需要行使国家职权。因此，国有商业银行和国有企业即使并非“政府”也不影响其成为“公共机构”。而《补贴协定》旨在规范扭曲国际贸易的补贴，因此，为避免政府躲在企业背后实施补贴行为，对“公共机构”的界定不应过于僵化。此外，《中国加入议定书》表明国有企业（包括国有商业银行）有政府职权，或者说符合《补贴协定》中规定的“公共机构”。韩国商用船舶案中专家组也已经指出，可以根据政府控制来判断一个实体是否构成“公共机构”。综上，根据“政府所有权”原则，中方的国有企业和国有商业银行构成“公共机构”。

2. WTO 争端解决机制的界定

构成可诉性补贴的第一个要素是主体要符合《补贴协定》的规定。《补贴协定》第1条中规定了三个主体，但是没有进一步的解释说明每个主体由哪些具体的要件构成。因此，专家组和上诉机构需要在具体的案件中解释说明。

专家小组解释了字典中的含义，然后根据条约上下文、《补贴协定》的宗旨和目的、其他条约的规定进行界定，专家组最后裁定，判断实体是否是“公共机构”的决定性因素是政府控制，并且政府持有多数所有权是证明控制的有利证据。

^① 时业伟：《论〈补贴与反补贴措施协定〉中“公共机构”的认定标准——以DS379案为例》，中国政法大学硕士学位论文，2012年，第6—7页。

上诉机构通过字典含义、《补贴协定》上下文及宗旨、相关国际法条约,认定“公共机构”和“政府”具有共同特点,即公共机构必须行使政府职权或行使被授予的权力。判断特定行为是否为公共机构的行为,必须评估该实体的核心特点及其与狭义政府的关系,必须关注实体是否被授予或行使政府职能相关的证据。因此,不能仅根据“政府所有权原则”就判定提供原材料的国有企业是“公共机构”。

3. 中方的界定

我国主张“政府职权论”,即构成《补贴协定》的公共机构应当经政府授权并行使政府权力。从词义讲,“公共机构”需为国家和社会共同体的利益而行动,且要经过正式授权或作为正式代表行事。在《补贴协定》第1.1(a)(1)条中,使用“政府或公共机构”的表述,这说明二者之间有联系,二者应为近义词或功能对等的词语。《服务贸易总协定》中的《金融服务附件》第5(c)(i)中认为“公共机构”是“为政府目的主要行使政府职能或行动的实体”,联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《条款草案》)表明即使国家拥有实体的所有权也不代表该实体的行为就是国家行为,该《条款草案》已被专家组和上诉机构认定作为《维也纳公约》第(3)(c)项下适用于解决各方争端的国际法准则。

中方的核心观点是不能只以“政府控制”来界定“公共机构”,应该按照“五要素原则”来判定。五要素包括政府对该实体的所有权情况、政府官员占董事会成员的比例、政府对实体活动的控制情况、实体是否遵从政府的政策或利益、实体是否依法律法规创设,且实体是否行使政府权力是判断的核心因素。国有企业和国有商业银行都没有行使政府职权,因此两者不是《反补贴协议》中规定的“公共机构”。

4. 存在的分歧

首先,根据字典解释“公共机构”的含义不具有客观性,因为不同的字典对其定义可能不一样,各方都会查找对自身有利的解释。其次,《补贴协定》中没有写明宗旨和目的,专家组的观点无疑是一种扩大解释,这会让中方所有由政府控股的企业都成为“公共机构”,从而认定其有权提供专向性补贴,这样解释的目的在于避免让那些躲

在企业背后实施政府行为的成员方逃脱反补贴调查,但这样的解释不利于平衡 WTO 各成员方的权利和义务。上诉机构则表明,为防止贸易扭曲而做出的扩大或缩小解释都是错误的;除了政府控股外,还需分析是否存在政府授权或政府委托行为。比较两者的观点,上诉机构的裁决理由更符合《补贴协定》的平衡之道。

(二) 可诉性补贴专向性的认定

1. 美国商务部的认定

构成可诉性补贴的第二个要素是具有“专向性”。《补贴协定》第 2.1 条中 (a)、(b) 两款是关于法律专向性的规定,该条涉及对“依据立法”“明确限于某些企业”两个概念的理解。《补贴协定》第 2.2 条是关于地区专向性的规定,涉及两个需要解释的概念,即“管辖范围内的指定区域”“某些企业”。

国有商业银行提供的政策性贷款具有法律“专向性”。首先,美方主张中方有明确的“立法依据”。中方中央和地方政府的“十一五”规划、《实施细则》《指导目录》、国家经贸委通知省市级政府的规划性文件为了发展非公路用轮胎产业,规定国有商业银行向轮胎制造商(有时是确定名称的轮胎制造商)提供贷款融资。其次,《补贴协定》第 2.1 条要求“明确限于某些企业”。贵州省依据五年规划在其管辖范围内给贵州轮胎提供政策性贷款,河北省五年规划和相关文件也要求向作为重点项目的橡胶产业提供财政支持,这些文件都明确将政策性贷款提供给具体企业或产业。综上,国有商业银行向河北兴茂、贵州轮胎提供的政策性贷款具有法律专向性。

土地使用权具有地域专向性。首先,美方认为“管辖范围内的指定区域”是指有名称的或可描述的、由土地的特征或布局来定义的一块土地。而工业园符合上述定义,属于桓台县政府管辖范围内的一块“指定区域”。其次,只要土地使用权给予了“指定区域”内的企业,不论是几家企业还是全部企业,该补贴都构成地域专向性。最后,即使工业园外的企业享受同样的土地使用权政策,也不影响认定政府给工业园内的企业提供的土地使用权具有地域专向性。

2. WTO 争端解决机制的认定

WTO《补贴协定》第 2 条是关于“专向性”的规定,其中 2.1

条是关于企业或产业专向性补贴的规定, 2.2 条是关于地区专向性的规定, 2.3 条是关于禁止性补贴的规定。第 2.1 条中的 (a)、(b) 两款是对法律专向性的规定, (c) 款是对事实专向性的规定, 不具有 (a)、(b) 规定的法律专向性。但是因为在实践中满足了一些因素从而构成了事实专向性, 这些因素包括: 有限数量的某些企业使用补贴计划、某些企业主要使用补贴、给予某些企业不成比例的大量补贴、授予机关在做出给予补贴的决定时行使决定权的方式。对于专向性条款的解释和澄清仍然由专家组和上诉机构在具体的案件中做出。

国有商业银行提供的政策性贷款要构成法律专向性, 不但需要有“立法依据”, 还需要证明该贷款只授予了“某些企业”。专家小组认为符合 2.1 条中的“立法依据”包括: 贵州省“十五”规划、河北省科学技术“十一五”规划。这些文件都提出向轮胎、橡胶产业提供资助且明确了受资助的地区和企业, 包括贵州轮胎所在的贵州和河北兴茂所在的邢台市。此外, 这些文件中鼓励发展的轮胎产业构成了《补贴协定》2.1 (a) 中的“某些企业”。综上, 中方国有银行向贵州轮胎、河北兴茂提供的政策性贷款具有法律专向性。

在土地使用权是否构成地域专向性问题上, 专家组指出, 2.2 条中规定的“指定区域”无需具有经济或行政特征, 而是在指管辖范围内任何一块确定的土地, 因此工业园符合 2.2 条中规定的“指定区域”。此外, 2.2 条只是对基于地理位置获得的补贴进行限制, 没有对涉及的一组企业或产业进一步限制, 所以认定地域专向性无需考虑“某些企业”。但是, 桓台县政府向工业园内外的企业实施的土地使用权政策没有差别, 因此, 桓台县政府提供的土地使用权构成地域专向性。

上诉机构维持了专家组在这个问题上的裁决, 但在国有商业银行贷款具有法律专向性的问题上补充了两点内容。首先, 认为符合 2.1 条中的“立法”不需要像中方说的那样, 即限定可获得的补贴不需要同时限定可获得的财政资助和利益。其次, 《指导目录》中的“鼓励类”可认定为 2.1 条中的“某些企业”, 无需像中方所言将目录中所有类别作为一个整体, 其代表广泛的经济活动领域。中方未就专家组对 2.2 条中的“指定区域”“某些企业”裁决提起上诉, 因此上诉机

构不予审查。

3. 中方的认定

国有商业银行提供的政策性贷款不具有专向性。中方认为,符合《补贴协定》2.1条中的“立法”必须同时包括以下三要素:确定了某项补贴的全部要素(包括授予主体、财政资助、获得利益);指明了补贴给予某些企业且从而排除了另一些企业;确定可采取反补贴调查的交易按照该法进行,即不得授予法律文件规定的“某些企业”以外的企业。“明确限于某些企业”必须是依据立法明确限于的某一种或几种企业,中方的《指导目录》中确定了539项受“国家鼓励项目”,涵盖范围太广泛,几乎涵盖了所有产业,没有明显的专向性。综上,国有商业银行向轮胎行业提供的贷款不具有法律专向性。

土地使用权不构成地域专向性。中方认为,根据8.2(b)条的规定,“管辖范围内的指定区域”应该是一个国家根据其地理特征划分出的可确定的经济或行政特征。“某些企业”是指补贴要明确限于工业园内的某些企业,进而排除工业园外的其他企业,工业园区不具有经济或行政特征,只是桓台县政府在农用地中划分出的一块用于工业的土地,工业园内外的土地政策没有差别,且工业园内的所有企业享受同样的土地政策。因此,桓台县提供的土地使用权不具有地域专向性。

4. 存在的分歧

分歧一,“十一五”规划及其细则、《指导目录》、国家经贸委通知、规划性文件在我国不是法律,但WTO认为其具有强制性,因此是法律。分歧二,中方认为关于补贴的法律法规必须明确包含授予主体、财政资助和授予利益三要素,《指导目录》等文件只能证明我国提供了财政资助,文件没有明确排除不适用的企业也不涉及利益的规定,因此国有商业银行给非公路轮胎产业提供的政策性贷款不具有法律专向性。但专家组和上诉机构不认同中方的观点,认为这样的解释过于机械。分歧三,地域专向性补贴中规定的“指定区域”是否要具有经济或行政特征?在此,需要说明授权机构的不同会影响对专向性的认定,例如,中央政府将某项优惠措施普遍授予全国所有省份就不具有法律专向性,如果它只授予河北省就具有法律专向性。同理,河

北省政府将某项优惠措施授予全省则不具有专向性,若只授予某几家企业则具有法律专向性。由第二个例子可以看出,接受补贴的几家企业的所在地并不具有经济或行政特征,但是河北省的补贴行为仍然构成地域专向性。因此,中方主张,“指定区域”必须具有经济或行政特征是不合理的。

(三) 基准的认定

1. 美国商务部的认定

国有企业提供的原材料、土地使用权以及国有商业银行提供的政策性贷款应使用外部基准。首先,在美国一软木塞案中,上诉机构的裁决表明《补贴协定》第14条(d)款在某些情况下可以使用外部基准。国有企业生产的热轧钢占96%的市场份额,生产的聚丙烯占90%的市场份额,国有企业受政府控制,这足以认定中方政府在这两个市场中占据的是主导地位而非重要地位。从举证方面,中方政府没有提供热轧钢、聚丙烯市场的相关信息,导致其只能依据国企所占份额这一可获得的事实做出对中方的不利判断,即国有企业生产的原材料不能采用国内价格作为基准。

其次,中方政府不但有土地所有权;还控制了对全国土地市场的供应。虽然中方实施了法律改革,但是农业土地使用权仍然保持在有限的范围内,地方政府掌握了将集体土地转化为国有土地、将划拨土地使用权转变为出让土地使用权的权力。转换性质后,这些土地可以出售用作商业用途。以上证据足以证明中方土地市场已经被扭曲。因此,土地使用权应使用外部基准。

最后,14条(b)款虽然要求使用“市场上可获得的商业贷款”为基准,但没有规定只能使用“提供国市场”利率,且中方政府不但拥有多数国有银行的控股权,还直接规定了贷款利率的上限和下限。因此,国有商业银行的政策性贷款应使用外部基准。

2. WTO 争端解决机制的认定

《补贴协定》第14条是关于利益计算的规定,与本案有关的是14(b)、14(d)。对14(d)的解释重点是:仅有政府作为主导供货商这一项证据能否证明市场被扭曲;当国内市场价格被扭曲时能否使用外部基准。专家组认为,政府作为主导供货商就足以表明国内价格

被扭曲，而在国内价格被扭曲的情况下可以使用外部基准。中方政府在热轧钢、聚丙烯市场中所占的份额足以表明国内市场价格已被扭曲，因此不应使用国内市场价格作为基准。此外，有充足的在案证据表明，政府不仅拥有国有土地使用权，还严重干预土地交易市场。因此，政府提供的土地使用权也应使用外部基准计算利益。

对 14 (b) 解释的重点是：是否可以拒绝使用国内价格作为基准；如果可以，需要什么条件。专家组认为在不存在相同或近似贷款的情况下可以使用替代基准，且货币贷款不应有地理限制，中方以外也可以存在人民币贷款。此外，中方政府不仅是货币的执行者（因其制定了利率），还直接参与和干预了借贷市场。这两个行为足以使国内利率扭曲，导致不能使用国内利率作为基准。综上，商业银行提供的政策性贷款应使用国外利率作为基准。上诉机构维持专家组的裁决。

3. 中方的认定

国有企业提供的原材料、土地使用权以及国有商业银行提供的政策性贷款应使用国内价格为基准。首先，《补贴协定》第 14 (d) 条规定，政府提供的货物或服务的报酬是否得当应和所涉及货物或服务在提供国通行市场情况相比较后再确定，比较的事项包括价格、质量、可获性、适销性、运输等。中方认为虽然国有企业作为热轧钢（生产钢管的原材料）、聚丙烯（生产复合编织袋的原材料）的重要提供者，但国有企业的参与不足以扭曲国内市场价格，美方不能仅仅根据这一个证据就认定中方国内市场价格被扭曲，其做法违反了 14 (d) 条的规定。

其次，中国政府虽拥有国有土地所有权，但不能仅凭此证据就认定中方的土地供应市场被扭曲。14 (d) 只要求以提供国“通行市场情况”对比，并没有要求这样的市场是“未被政府干预的纯市场”，因此，应使用国内土地使用权的价格作为基准。

最后，《补贴协定》14 (b) 条规定：“公司支付给政府贷款的金
额低于其从市场上可获得的商业贷款的金
额，公司所获得的利益就是
两金额之差。”中方主张，具有可比性的“市场上可获得的商业贷款”
包括五要素：相同时间、相同利率结构（固定或浮动利率）、相似金