

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.01.001

反补贴语境下的国有企业定性问题研究^{*}

蒋 奋

(浙江大学宁波理工学院, 浙江宁波 315100)

摘 要: 国有企业定性问题, 本质是国有企业商业属性之争。这是中美等国在多边经贸规则立法和司法层面进行反复博弈的问题。美国主张将国有企业视为公共机构, 因不符合对公共机构所作的条约解释, 而未获得WTO上诉机构的支持, 故其试图通过推动多边经贸规则的升级重构, 将国有企业定性为补贴提供者的观点再次“多边化”。同时, 美国主张从补贴受益人角度区分国有企业与私人企业, 建立补贴纪律双轨制。美国关于国有企业定性问题的观点和措施, 尽管披有国际法外衣, 但本质上是所有制歧视, 中国应依托以WTO为核心、非歧视的多边贸易体制加以反制。

关键词: 反补贴; 国有企业; 定性; WTO; 公共机构

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2017)01—0005—09

引言

当前, 我国已经成为世界第一贸易大国, 国有企业的国际竞争力大大提升。为了遏制中国崛起, 美国近年来极力主张给中国模式贴上“国家资本主义”标签, 蓄意夸大国有企业背后的政府支持, 并频繁使用反补贴等措施, 制造对华贸易摩擦。出口美国的中国国有企业所遭遇的反补贴调查, 数量之多、频率之高、金额之大、行业之广, 为世界贸易史所罕见。国有企业成为中美经贸争端的核心议题, 而补贴问题则是美国打压国有企业的主要抓手。

根据WTO《补贴与反补贴措施协定》(以下简称“SCM协定”), 组织机构可区分为政府机构、公共机构和私人机构三种类型。政府和公共机构是适格的补贴提供者, 私人机构只有受到政府和公共机构的委托和指示时, 才可被视作补贴提供者。反补贴语境下, 私人机构没有明确的界限定, 凡不属于政府与公共机构的组织, 都能定性为私人机构。^①由于私人机构代表完全的商业属性, 故国有企业可否定性为公共机构, 应否与私人机构区别对待, 本质是国有企业商业属性之争。这是中美等国在多边经贸规则的立法和司法层面进行反复博弈的问题。

为了对国有企业贴上“非商业机构”的标签, 同时利用国际法的制度力量, 全面限制国有企业的商业活动, 美国力主从以下两个方面区分国有企业与私人机构: 一是利用“公共机构”术语的解释空间, 在国内反补贴调查案件中, 将国有企业概括定性为公共

^{*} 本文是作者主持的2016年度国家社科基金青年项目“TPP对国有企业的补贴规制与对策研究”(项目批准号: 16CFX070)的阶段性成果。

^① 这项观点是由美国视出口限制为补贴案专家组提出, 后在美国反倾销反补贴税案中得到上诉机构的确认。参见US—Export Restraints, WT/DS194/R, para.8.49. US—Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, para.291.

机构,并通过娴熟运用甚至歪曲条约解释规则,把国有企业受政府所有与控制的特征,转变为WTO框架下的公共机构认定标准;二是通过推动多边经贸规则的升级重构,将国有企业定性为补贴提供者的观点再次“多边化”,并从补贴受益人角度,区分国有企业与私人机构来建立补贴纪律双轨制,以彻底实现反补贴语境下对国有企业商业属性的制度性否定。^①本文就此做一梳理,希望对我国争取全球治理话语权有所裨益。

一、国有企业是否构成公共机构的条约解释辨析

SCM协定将政府与公共机构作为补贴提供者加以约束。美国在国内发起的对华反补贴调查时,采用所有权标准,认定中国国有企业受政府控制,进而判定为公共机构。^②针对美国将国有企业视为公共机构的做法,连同其他一些措施,中国政府一并诉诸WTO争端解决机构,即美国对源自中国某些产品的最终反倾销与反补贴税案(案号DS379,以下简称“美国反倾销反补贴税案”或“本案”)。^③该案专家组全盘采纳了美国的立场,将公共机构解释为包含国有企业在内的、受政府控制的机构。^④但运用相同的条约解释方法,上诉机构却得出了截然不同的结论,并否定了专家组的上述解释结论。鉴于本案专家组的意见,基本上是美国观点的重复,^⑤故本文通过分析专家组对公共机构的错误解释,来呈现美国如何娴熟运用甚至歪曲条约解释规则,来追求否定国有企业商业属性的目的。

(一)《关于金融服务的附件》中的“公共实体”,应当构成解释“公共机构”的上下文

按条约词语的上下文取义,是解释条约的基本要求。^⑥“理论上,用于条约解释的上下文,除了整个条约正文外,还包括序言、附录、与该条约有关的协定或者其他文件。”^⑦而从WTO反补贴争端解决实践来看,解释SCM协定的上下文范围非常灵活,可以小到某一个脚注,也可以大至WTO框架内的所有其他条约。但是否构成条约解释意义上的“上下文”,关键还要看条文之间的关联性。^⑧

中国提出,《服务贸易总协定》(以下简称“GATS”)的《关于金融服务的附件》第5条第c款第(i)段中“公共实体”(public entity)的定义即“由一成员方

① 这主要体现在美国主导订立的《跨太平洋伙伴关系协定》。当前,该协定可能因为美国国内政治格局变动而无疾而终。但它曾被誉为“21世纪贸易协定”,其文本对多边经贸规则的发展仍存在不容忽视的示范效应。

② 这不仅困扰着国有企业,而且还“辐射”到其他中国企业:如果国有企业(包括国有银行)被认定为“公共机构”,那么任何中国企业,与任何国有企业进行的商业交易,都会被认定为“公共机构”给予的财政资助,进而成为反补贴措施的潜在打击对象。由于在补贴利益判定环节允许采取外部基准,故与国有企业进行的商业交易,很容易就被认定为是接受了公共机构提供的补贴。

③ 此外,在韩国影响商用船舶贸易措施案(案号DS273)与美国对源自印度特定热轧碳钢扁平轧材产品反补贴措施案(案号DS436)也涉及对国有企业是否构成公共机构问题的分析,但都不如美国反倾销反补贴税案来得详尽。

④ US-Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/R, paras.8.73, 8.136.

⑤ 上诉机构也曾隐晦地提到:“看起来,专家组解释的每一环节,都在分析中国的观点;专家组解释过程的每一步,也都是对中国观点的驳斥;到最后,在这些连续反驳的基础上,专家组认同了美国的主张。”参见US-Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/AB/R, para.321.

⑥ Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties*, Oxford: Clarendon Press, 1961: 367-368. Canada-Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.153. US-Gambling, WT/DS285/AB/R, para.164.

⑦ Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1998:634-35.

⑧ 蒋奋.论WTO《补贴与反补贴措施协定》解释中的上下文范围[J].中国青年政治学院学报.2009(3):105-108.

拥有或控制的、主要履行政府职能或为政府目的行事的实体”，可以作为解释SCM协定“公共机构”的上下文。^①但专家组认为，SCM协定与GATS是彼此完全独立的协定，而“公共机构”与“公共实体”系不同措辞，因此两者并没有条约解释意义上的关联性；专家组也没有将两者等同看待或者给予相同解释的义务。专家组强调，这些都是各独立协议中的不同措辞，它们之间并无概念上或者其他方面的联系。^②笔者认为，GATS《关于金融服务的附件》的“公共实体”与SCM协定中的“公共机构”之间，存在条约解释意义上的关联性，专家组的观点是不成立的。首先，专家组在这里强调“公共机构”与“公共实体”是不同的措辞，但在其报告的第8.79段中却用了“公共实体”这个概念来代替“公共机构”：“将公共机构解释为受政府控制的任何机构，最符合SCM协定的目标和宗旨。只有这样，无论公共实体的形式是什么，政府都能直接对其控制的公共实体的行为承担SCM协定下的责任。”可见，专家组实际上也认为“公共机构”与“公共实体”这两种提法是可以替换的。

其次，待解释的词语和用于解释的上下文是否处于同一个条约，这与关联性判定，没有因果关系。笔者注意到，除“公共实体”外，GATS中还有一些措辞，与SCM协定中的相关措辞完全相同或者非常相似，例如GATS第15条的“补贴（subsidies）”、“不利影响（adversely affected）”、“磋商（consultation）”。如果说SCM协定的相关条款，不能作为解释GATS中这些措辞的上下文，这样的说法显然不成立。换言之，各协定之间彼此独立的状态，不能阻碍协定里的相关措辞或条款成为彼此解释的上下文。^③专家组据以否定“公共实体”与“公共机构”之间关联性的另一个理由即“SCM协定与GATS是彼此完全独立的协定”，这是错误的。

是否构成条约解释意义上的“上下文”，关键在于条文之间的关联性，而分析条文结构和条款目的有助于关联性的判定。GATS《关于金融服务的附件》中多次出现“公共实体”这个术语，包括第1条第b款第（i）段与（iii）段、第1条第c款、以及第5条第c款。从这些条文中可以看出，“公共实体”是在与“政府”与“私人实体”对应层面上使用的一个概念，其使用目的与SCM协定中的“公共机构”并无二致。^④而GATS《关于金融服务的附件》第5条第c款第（ii）段^⑤与SCM协定第1条第1款（a）（1）项第（iv）段更是有着惊人相似的立法初衷，尽管两者在具体做法上有所不同。WTO不同协定里的相似或相同的条款或措辞，在具体解释中总是能起到一定的参考作用。专家组未对GATS《关于金融服务的附件》中的“公共实体”做细致

① US-Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/R, para.8.11.

② US-Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/R, para.8.92.

③ WTO反补贴争端解决实践中，不乏这样的例子。例如，在加拿大牛奶和奶制品案、美国外国销售公司案等案件中，SCM协定中的部分条款就被专家组和上诉机构认定为可用于《农产品协议》解释之用的上下文。参见Canada -Dairy, WT/DS103/R, para.4.130. US - FSC, WT/DS108/R, para.7.150. US - FSC, WT/DS108/AB/R, para.141. 此外美国外国销售公司案的专家组还将GATT和DSU的部分条款都视为解释SCM协定时应予考虑的上下文，并据此否定了美国对脚注59的解释。参见US-FSC, WT/DS108 /R, paras.7.16-7.19.

④ 关于SCM中的“公共机构”与“政府”、“私人机构”的对应关系，美国反倾销反补贴税案专家组认为，SCM协定第1条第1款（a）（1）项规定了三种符合SCM协定立法目的的补贴提供者，即“政府”、“公共机构”和“私人机构”。从逻辑角度来看，这已经涵盖了所有可能的主体，任何个人、公司或者其他组织必然属于三者之一。参见US-Anti-Dumping and Countervailing Duties, WT/DS379/R, para.8.68.

⑤ 根据该段规定，在行使通常由中央银行或货币管理机关行使的职能时的私人实体，属于“公共实体”。

的考究，就判定其不构成解释SCM协定公共机构的上下文，显示其“先有结论，再找依据”的端倪。

（二）将“公共行业”中的“行业”作为解释“公共机构”中“公共”一词的上下文，是有悖于条约解释规则的、移花接木式的逻辑跳跃

本案专家组认为，在解释“公共机构”时，SCM协定第1条第1款（a）（1）项中最重要的上下文是“私人机构”（private body）。^①紧接着，专家组又将“私人机构”换成“私人企业”（private enterprise），在引用“私人企业”字典含义的同时，还将之作为论证中的过渡，来引出“公共行业”（public sector）及其字典含义，即“私人企业系私人所有的、不受国家控制的企业”，“公共行业是国家控制的、整体经济的一部分或者产业”。据此，专家组认为“任何机构，只要受国家控制，就是公共机构”。^②笔者认为，专家组扩大了解释的对象，即从“公共”变成了“公共机构”，这直接导致用于解释的上下文的范围出现了偏差。实际上，“公共机构”这个术语中，需要解释的对象，是“公共”一词，因为各方对“机构”的含义并无争议。毫无疑问，无论是从词组结构还是条款的目的来看，“机构”都是解释“公共”一词首要的或者说是首先应当考虑的上下文。专家组援引了“公共行业”中“公共”的含义，实际上错误地将“行业”作为解释“公共”的上下文。很明显，“行业”和“机构”的内涵迥异。按照专家组自己的理解，“行业”指的是“整体经济的一部分，产业”，是个宏观的范畴；而机构则是个微观的概念。“公共”一词的字典含义很广泛，将“行业”作为“公共”的上下文，与将“机构”作为上下文，“公共”一词的具体含义会发生变化。^③所以，将“公共行业”中的“公共”的解释照搬到“公共机构”中，是种有悖于整体解释规则的、移花接木式的逻辑跳跃。质言之，“公共行业”中的“公共”表示“由政府控制”的意思，并不表示“公共机构”中的“公共”也表示相同的含义。更何况，专家组将“公共行业”这个词用作解释“公共机构”的上下文，是通过将“私人机构”换成“私人企业”并以后者为过渡而实现的，这本身的逻辑推理过程就值得检讨。事实上，上诉机构在其报告中也点到了专家组的这个错误，只是没有展开分析：“SCM协定第1条第1款既未使用‘私人企业’也未使用‘公共行业’，因此，这些术语的字典定义与第1条第1款第（a）（1）项‘公共机构’含义，即便有关的话，关联性也很有限。”^④

（三）基于“反规避”目的对公共机构的扩大解释，有悖于第（a）（1）项的立法目的与整个SCM协定的宗旨

① *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/R, para.8.68.

② *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/R, para.8.69.

③ 作为定语的“公共”所修饰的“行业”与“机构”这两个主语之间的区别不容忽视。“公共行业”中的“公共”表示“由政府控制”的意思，并不表示“公共机构”中的“公共”也表示相同的含义。退一步说，即便“公共行业”和“公共机构”中的“公共”都表示“由政府控制”，那么，这两个“公共”的含义，也会有区别。例如，“控股”是政府控制某个“机构”的主要方式，却不可能是政府对“行业”的控制方式。

④ *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/AB/R, para.324.

专家组认为,如果按照中国的主张,即“将公共机构限定在‘政府机关与受委托行使政府权力的机构’,会严重损害SCM协定的目的和宗旨。如果将受政府控制的机构推定为私人机构,那么政府就可以借此规避协定,甚至运营这些机构的目的,就是通过它们提供扭曲贸易的补贴。”^①简言之,在“反规避”这个思路的指引下,专家组将公共机构解释为包含国有企业在内的、受政府控制的机构。

但是,“反规避”不可能是整个SCM协定的目的和宗旨。假如协定以“防止协定被规避”为立法目的,这在逻辑上是荒谬的。鉴于SCM协定的具体条款也可以有自己的立法宗旨和目的,^②“反规避”只可能是SCM协定中某个条款的立法目的。

SCM协定中某些条款,的确以“反规避”为目的,例如第3条第1款(a)项。^③第1条第1款第(a)(1)项第(iv)段也是以反规避为其目的。^④但第(iv)段具有“反规避”的立法目的,并不表示整个第(a)(1)项都具备“反规避”的立法目的;载有“公共机构”的条款是整个第(a)(1)项,而非该项中第(iv)段。WTO争端解决实践表明,第(a)(1)项的立法目的是限缩SCM协定的适用范围、防止对补贴定义的扩张解释:“作为补贴定义中的核心要素,财政资助从一开始就是旨在限制受SCM协定规制的政府措施。这是因为,成员方有如下共识:由于价格形成不可避免会受政府征税和财政支出的影响,任何政府措施都可能被解释为经济学意义上的补贴。为了避免将政府措施所带来的利益全部抵销,谈判者将构成补贴的政府措施,限制在财政资助清单之内。”^⑤既然限制SCM协定的适用范围是第(a)(1)项的立法初衷,那么,需要强调的就不是“防止过于狭义的解释”,而应当是“防止宽泛的解释或者扩张词义的广义解释”。^⑥显然,被专家组奉为目的解释核心的“反规避”,与第(a)(1)项的立法目的是背道而驰的。

专家组关于反规避的解释理由,实际上是对第(iv)段立法目的在不适当场合下的同义反复而已。事实上,本案上诉机构也认为,第(iv)段本身就有反规避的作用,足以解决专家组提到的顾虑,而按照专家组对“公共机构”解释,反而会导致(iv)段被架空,即“调查机关摒弃委托和指示分析、转而把任何跟政府有关的实体都视为公共机构”。^⑦此外,“专家组的解释并未全面地考虑SCM协定项下的纪

① *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/R, para.8.82.

② 赵维田、刘敬东.WTO解释条约的习惯规则[M].长沙:湖南科学技术出版社,2006:12.

③ 上诉机构曾在加拿大飞机案中指出:“SCM协定第3条第1款(a)项同时规定了法律上(de jure)的出口补贴和事实上(de facto)的出口补贴,目的是特别禁止虽非明文但事实上依赖于出口的补贴,以防止成员方规避SCM协定。”参见*Canada - Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.167.

④ 该段将政府或者公共机构“委托或指示”私人机构提供财政资助,视同政府或者公共机构直接从事的财政资助行为。在美国出口限制案中,专家组曾点明其反规避的立法目的:“从立法目的角度来看,第(iv)段的规定要确保同类的政府经济资源的转让行为,通过基金组织或者私人机构实现时,反补贴的多边纪律不会被规避。”参见*US-Export Restraints*, WT/DS194/R, para.8.73.

⑤ *US-Export Restraints*, WT/DS194/R, paras.8.68-8.69.

⑥ 防止宽泛的解释或者扩张词义的广义解释,使得通常被理解为扭曲贸易的补贴措施,最终不被认定为SCM协定意义上的补贴,这与SCM协定的目的和宗旨也不抵触。因为,SCM协定第1条第1款第(a)(1)项有着对补贴的严格法律定义,而SCM协定的反补贴纪律只适用于(can only be in respect of)符合SCM协定中补贴定义的“补贴”。参见*US-Export Restraints*, WT/DS194/R, para.8.63.

⑦ *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/AB/R, paras.327, 303.

律。专家组担心过分狭义的解读可能带来的后果。……对公共机构进行太过广义的解读，也同样可能破坏SCM协定体现的微妙平衡，因为这会成为调查机关摒弃委托和指示分析、转而把任何跟政府有关的实体都认为是公共机构的通行证。”^①上述“微妙平衡”，指的是上诉机构在美国DRAMS反补贴税调查案中对SCM协定的目的和宗旨的阐述，即SCM协定“在成员方寻求对补贴与反补贴两方面约束之间设置精致平衡”。^②简言之，专家组基于“反规避”思路，将公共机构扩大解释为包含国有企业在内的、受政府控制的机构，片面强化了补贴规制，忽视了SCM协定同时“也是对成员方单边反补贴措施的约束”。^③

二、国有企业直接定性为补贴提供者的诸边协定先例

WTO法律框架下，补贴只能来源于政府和公共机构；国有企业能否提供补贴，必须首先根据具体情况判定其是否构成公共机构。如前所述，美国尝试通过条约解释，把国有企业受政府所有与控制的特征，转变为公共机构的认定标准，进而将国有企业概括定性为公共机构，但最终遭到WTO上诉机构的否定。上诉机构将公共机构解释为被赋予了某种政府责任，或行使某种政府权力、以履行政府职能的实体；“政府所有与控制”的事实，可支持但不足以作出该国有企业构成公共机构的认定。^④显然，上诉机构关于公共机构的解释结论，没有完全满足美国的诉求。因此，美国在WTO框架内外，继续推动有关国有企业定性的规则与实践，朝着它设定的方向发展。一方面，美国在WTO框架之内履行该案裁决过程中，发布了《关于中国“公共机构”的分析报告》，^⑤从中国政府通过国资委、党组织、高级管理人员任命等途径控制国有企业，来阐述其对“控制”标准的扩大化理解，实际上放宽将中国国有企业被认定为公共机构的标准和范围，以逐案认定弥补其未能实现概括定性的缺憾。

另一方面，美国试图在WTO框架之外重构多边经贸规则。它绕过了WTO上诉机构关于公共机构的解释结论，在《跨太平洋伙伴关系协定》中用新术语“国营企业”代替公共机构，并将已被WTO否定的“政府所有与控制”作为国营企业的认定标准。^⑥根据该协定相关定义条款，国营企业是指政府所有或控制的、依法建立的营利性机构与非营利性机构^⑦，它既不同于我们国内传统意义上的国营企业，也与GATT1994第17条中的“国营贸易企业”有较大区别，后者依《关于解释GATT1994

① *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/AB/R, para.303.

② *US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS*, WT/DS296/AB/R, para. 115.

③ Pierre Didier, *WTO Trade Instruments in EU Law*, London: Cameron May, 1999:208.

④ *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties*, WT/DS379/AB/R, paras.317- 322,346.

⑤ 该报告的全称是“Section 129 Determination of the Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe; Light-Walled Rectangular Pipe and Tube; Laminated Woven Sacks; and Off-the Road Tires from the People's Republic of China: An Analysis of Public Bodies in the People's Republic of China in Accordance with the WTO Appellate Body's Finding in WTO DS379”, Office of Policy, Import Administration, Department of Commerce, May 18, 2012.

⑥ TPP文本对多边经贸规则的发展仍存在不容忽视的示范效应。即便TPP无疾而终，它规制国有企业的新手段，将来也可能被效仿。

⑦ 参见TPP第1章第1.3条对“国营企业”（State Enterprises）和“企业”（Enterprises）的定义。

第17条的谅解》还包括“政府指定垄断的私人企业”与“被政府授予其他特权的私人企业”。此处的国营企业包括该协定定义下的国有企业，^①也包括不符合该定义的国有参股企业，故涵盖了我国国内法意义上的国有独资企业、国有控股企业和国有参股企业。简言之，该协定通过规定政府（第17.6条第1款）、国营企业（第17.6条第2款）、“受委托或指示”的私人机构（第17.6条第1款脚注18）不得提供补贴，将国有企业直接定性为补贴提供者，本质是美国“将国有企业定性为补贴提供者”的主张再次多边化的实验性先例。

此外，该协定第17.3条规定，在国有企业从事非商业活动时，各缔约国应将之视为政府机构加以约束。但该协定对“商业活动”的定义，即“以营利为目的制造货物或提供服务，并将之按自主决定的价格与数量在市场中出售”，却存在较大解释空间。例如，事后发生亏损时如何证明“以营利为目的”？营利是否必须是唯一的目的？如何证明销售是“按自主决定的价格与数量”？举证责任是否倒置？这些问题，都没有在协定中明确。因此，该协定虽在国有企业定义中“抽象肯定”国有企业主要从事商业活动，同时却为“具体否定”国有企业行为的商业属性，进而将之定性为政府，大开方便之门。

三、国有企业区别于私人机构的补贴纪律双轨制雏形

除了要把国有企业定性为公共机构、或视为政府、或直接规定为补贴提供者之外，美国还主张从受益人角度区分国有企业和私人机构，试图据此建立补贴纪律的双轨制。

尽管“SCM协定并未用专门设计的法律术语来描述接受利益的这个经济实体……SCM协定用了许多词语来表示‘受益人’这个概念，例如第2条中的‘一个企业或者行业或者一组企业或者行业’、第6条第1款b项中的‘一个行业’、第10条的脚注36中补贴‘直接或者间接授予产品的制造、生产或出口’、第14条中的‘企业’、第11条第2款(ii)项中‘出口商或者外国生产者’、第19条第3款中的‘任何地区(进口)的受补贴产品’、附件一中的‘一个企业或者行业’、附件四中的‘作为接受者的公司’等”。^②补贴受益人不仅与提供者共同列为反补贴制度的约束对象，而且是反补贴措施的直接适用对象。在加拿大飞机案中，上诉机构更是明确了补贴利益分析的重心是受益人而非提供者。^③简言之，受益人这个概念在反补贴制度中占有重要地位。

WTO反补贴制度对补贴受益人采取所有制中立态度。^④经济学角度而言，由于存

① TPP第17章第17.1条将“国有企业”(State-owned Enterprises)定义为“国家拥有50%以上股本，或基于所有者权益控制了50%以上投票权，或拥有多数董事任免权的营利性机构”，它大致对应我国的国有独资企业与国有控股企业。

② US - Countervailing Measures on Certain EC Products, WT/DS212/AB/R, para.112.

③ Canada - Aircraft, WT/DS70/AB/R, para.154. 这一点在欧共体DRAMs芯片反补贴措施案、日本DRAMs(韩国)案中都得到重申。参见：EC - Countervailing Measures on DRAM Chips, WT/DS299/R, paras.7.211-7.213; Japan - DRAMs (Korea), WT/DS336/R, para.7.313; Japan - DRAMs (Korea), WT/DS336/AB/R, para.178.

④ 国有企业与私人企业在反补贴方面的区别，仅体现于我国《入世议定书》第10条第2款“对国有企业提供的补贴，均被视为专向性补贴”之规定。

在市场失灵，故各国政府都会以不同方式进行干预。而“由于强制性规范的自愿遵守程度较低、监管难度较大，故补贴通常会成为政府首选的干预手段。”^①因此，即便是市场经济较为发达的欧美国家，都存在大量的关于补贴制度与政策。例如美国《1974年贸易法》有关补偿企业因贸易自由化而遭受利益损失的规定。^②在这种情况下，现行反补贴制度不能起到对国有企业的针对性约束。因此，美国选择“竞争中立”^③来弥补国际经济规则无法保证国有企业和私营企业公平竞争的缺陷，一方面在《跨太平洋伙伴关系协定》第6章《贸易救济》中延续传统反补贴规则，另一方面又在该协定第17章《国有企业和指定垄断》中，以规制“非商业援助”为名，创设了针对国有企业的歧视性补贴规制措施，并将规制范围拓宽至国际服务贸易领域、部分国内贸易领域与国际投资领域，以实现国有企业参与全球竞争和海外投资的全面限制。

实际上，将国有企业作为补贴受益人存在一个逻辑障碍。WTO反补贴争端解决实践已经明确，法律人格并非区分受益人的外部边界，给予公司的补贴，受益人是公司和股东两者组成的共同体。例如，美国铅铋钢II案专家组认为，“为了判定‘利益’而区分公司与股东的做法，都是多余的。”^④而美国对欧共同体某些产品的反补贴措施案专家组认为，“区分公司与股东的做法，在SCM协定的语境里是不合适的。……SCM协定在讨论界定‘利益’之必要时，既没有提及股东与公司，也没有对两者做区分。SCM协定第1条、第10条和第14条只用了‘受益人’（或‘利益的接受者’）和‘生产者’这两个概念。利益这个概念，与依据国内公司法建立起来的合法商业结构，并没有关系。如果补贴的存在使生产者生产和出口的能力得以提高，这必然会影响到利润率，以及给予股东的回报率……事实上，市场经济中公司的价值在于它给股东带来收益的能力。如果补贴增强了公司创造利润的能力，那么获得补贴公司的总体市场价值应能体现出财政资助授予利益的价值。……财政资助授予的利益，是给了公司，还是给了股东即公司的所有者，是没有区别的。……我们得出以下结论，为了作出SCM协定项下的利益判定，公司与股东之间不应当有所区分，因为它们共同组成一个生产者……任何对股东和公司的人为区分，都忽视了公司和所有者之间的联系……SCM协定中的受益人，指的是公司和股东两者组成的共同体。”^⑤上诉机构进一步指出，反补贴语境下以法律人格为标准来区分公司与股东，会为成员方规避SCM协定大开方便之门。^⑥

鉴于补贴受益人应当是公司和股东两者组成的共同体，那么，给予国有企业的政府补贴，受益人则变成了国有企业及其股东即政府的共同体。此时，政府既是补贴提

① Dietrich von Stebut, "Subsidies as an Instrument of Economic Policy", in Terence Daintith(ed.), *Law as An Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987:145.

② 即《美国法典》第19编第12章第2分章第3部分“贸易调整援助制度”。

③ 黄志瑾. 国际造法过程中的竞争中立规则[J]. 国际商务研究, 2013(5):54-63.

④ *US - Lead and Bismuth II*, WT/DS133/R, para.6.82.

⑤ *US-Countervailing Measures on Certain EC Products*, WT/DS212/R, paras.7.50-7.54.

⑥ *US-Countervailing Measures on Certain EC Products*, WT/DS212/AB/R, paras.112-115.

供者，又是补贴受益人，这陷入了逻辑循环困境之中，理论上会导致补贴利益数值无法计算。当前针对国有企业的反补贴调查案件中，实际上都回避了这个问题。若依美国的主张，专门针对国有企业建立有别于私人企业的反补贴制度，那么，上述逻辑难题将会无可避免地凸显出来。

结语

中美经贸关系的基本格局决定了国有企业定性问题必然成为双方的博弈焦点。美国关于国有企业定性问题的观点和措施，本质上是所有制歧视，且带有明显的制度非中立特征和国际政治手段色彩。故在其推进过程中，美国非常注重策略，不仅呈现出目标明确、手段灵活且循序渐进的特点，而且还披有条约解释规则、竞争中立政策等传统和新近的国际法规范作为其合法外衣。上述美国否定国有企业商业属性所作之持续努力，以及由此带来的示范效应，应引起足够的警惕。相应地，中国应重视区域和全球治理中国有企业相关规则的战略意义，在落实十八届三中全会“形成面向全球的高标准自由贸易区网络”要求、推进《区域全面经济伙伴关系》（RCEP）等自贸协定谈判时，争取有关国有企业的多边经贸规则制定主导权，并依托《G20杭州峰会公报》强调维护以WTO为核心的多边贸易体制基础上，推广以充分认可国有企业商业属性为核心的条款。

【作者简介】 蒋 奋：法学博士，浙江大学宁波理工学院国际法学副教授，中国世界贸易组织法研究会理事，浙江省世界贸易组织法研究会常务理事。研究方向：世界贸易组织法律规则研究。

Identification of State-owned Enterprises in the Context of Countervailing Rules

JIANG Fen

(Zhejiang University Ningbo Institute of Technology, Zhejiang Ningbo 315100, China)

Abstract: The identification issue of state-owned enterprises is naturally the disputes about the commercial characteristic of SOEs both in the law-making level and judicial level of multilateral trading system. By taking advantage of incompleteness of the definition of public body in the SCM agreements, US DOC regards every SOE as a public body in domestic CVD investigation and advocates that the criterion of State Ownership and Control should be applied in each determination of public body. On the other hand, while pushing the upgrading of multilateral trading system, US multilateralized its opinion that SOEs should be regarded as public bodies and built difference subsidy discipline on SOEs and private enterprises. China could take countermeasures based on the current multilateral trading system.

Keywords: countervailing rules; SOE; identification; WTO; public body

(责任编辑：黄志瑾)