

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2024.03.002

论美国跨境补贴的双轨规制及中国应对^{*}

黄琳琳

(上海立信会计金融学院, 上海 201209)

摘 要: 继欧盟出台《外国补贴条例》并频繁对中国发动反补贴调查以来, 美国也在不断搭建其跨境补贴的立法框架。从《1930年关税法案》对国际财团补贴和上游补贴的规制扩展到《公平竞争法案20》对跨国公司补贴、跨国补贴以及USMCA中对国有企业跨境补贴的规制, 美国对于跨境补贴的规范已经呈现出了双轨规制的特征, 即通过国内规范与国际规范互动的形式, 将国内法层面的竞争公平理念和国际法层面的竞争中立理念分别作为立法基础, 同时运用国内调查与国际争端解决两种模式来进行救济。相较于欧盟, 美国对跨境补贴的规制具有更大的危害性, 主要表现在其双轨规制削弱了SCM协定的效力, 恶意规避了WTO对“公共机构”的认定标准, 阻碍了多边主义的发展, 尤其是降低了中国企业走出去的稳定性预期。对于中国而言, 应当尽早采取应对措施, 理性评估对跨境补贴规制的功能, 积极推动跨境补贴合理国际规则的形成, 并在国内层面构建合理的补贴框架。

关键词: 跨境补贴; 双轨规制; 补贴与反补贴; 非商业援助

中图分类号: DF96/F744 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2024)03 — 0017 — 13

近期随着欧盟接二连三对中国发动跨境反补贴调查, 国内外学者主要集中研究欧盟的外国(跨境)补贴制度及其相关实践。^①众所周知, 世界贸易组织(WTO)下的《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)(下称SCM协定)主要适用于货物贸易且有地域范围的限制, 即仅限于对一成员方对其境内的企业补贴行为, 亦即“境内补贴”。然而, 随着经济全球化的深入发展以及海外投资项目的增多, 一国的补贴对象也不再局限于企业的境内生产和出口活动, 而是拓展到境外的投资经营活动, 因此, 对于某一国家政府或公共机构提供的财政资助, 授予在境外市场从事经济活动的实体利益的行为(即“跨境补贴”)成为当前补贴的热门话题。^②实际上, 美国早就将跨境补贴纳入国内法, 与欧盟单轨制规范外国补贴不同, 美国实施的是双轨制的反制措施, 从而使美国对跨境补贴的规制更为灵活与严厉, 不仅突破了SCM协定下对于补贴地理位置的要求, 还直接无视WTO关于“公共机构”

^{*} 基金项目: 本文受国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(项目编号: 20&ZD205)的资助。

^① 2024年2月16日, 欧盟委员会宣布对中国中车股份有限公司发起外国补贴调查, 这是欧委会根据其《外国补贴条例》发起的首次“深入调查”。4月3日, 欧委会又宣布依据该条例对参与罗马尼亚光伏园区公共采购招标项目的两个企业集团发起深入调查, 包括中国隆基绿能科技股份有限公司的全资德国子公司隆基太阳能科技公司以及上海电气集团股份有限公司的全资子公司上海电气英国公司和上海电气香港公司。一些国内外学者已对欧盟的外国(跨境)补贴制度进行了研究, 如张生和李妮(2022)、陈咏梅和刘佳奥(2023)、邹磊(2023)、Kociubinski(2022)和Patrin(2021)等。

^② 对于补贴行为的跨境, 有学者称为“跨境补贴”“投资补贴”, 也有学者称为“跨国补贴”, 欧盟委员会将其称为“外国补贴”, 美国最新议案称之为“跨境补贴”(cross-border subsidies), 但无论何种表述, 其共同点在于补贴利益的获得者与补贴的提供者之间存在“跨境”的情况, 本文统称之为“跨境补贴”, 不再做区分。

的认定问题。前不久,美国财长耶伦到中国访问,提出美国对中国“新三样”产能过剩问题的关切,美国对中国到墨西哥投资汽车的阻击,以及美国对中国发动新的“301条款”调查,均可预见美国将会动用其反跨境补贴措施对付中国。但是,相对于对欧盟跨境补贴制度的研究热度,学界却对于美国跨境补贴制度鲜有关注。因此,本文旨在分析美国规制跨境补贴的主要措施,剖析美国跨境补贴规则双轨制的独特功能,并尝试提出美国跨境补贴规则双轨制对国际经贸关系,尤其是对中国企业(特别是国有企业)的对外贸易与投资所产生的负面影响和严峻挑战,从而提出有针对性的应对建议。本文抛砖引玉,以期引起学界和实务界对美国跨境补贴规则措施予以更多的关注。

一、美国跨境补贴双轨规制的造法实践

美国对于跨境补贴的规制源于《1930年关税法案》(Tariff Act of 1930),该法案中的国际财团补贴和上游补贴可以视为跨境补贴的一种早期规制形式。当时,美国出于马歇尔计划等对外政策的需要,一直将“跨境补贴”视为“不可诉补贴”,实践过程中美国也一直将跨境补贴排除在美国反补贴制度的适用范围之外,如美国商务部在WTO“美国—外国销售公司案”中明确将跨境补贴视为“不可诉补贴”。^①然而,在欧盟开始研究和制定《外国补贴条例》,并对中国政策性银行、国有企业向境外中资企业提供贷款支持进行反补贴时,美国商务部也开始考虑对跨境补贴进行审查。《2021年消除全球市场扭曲以保护美国就业法案》(The Eliminating Global Market Distortions to Protect American Jobs Act)建议对美国反补贴法进行修订。2021年8月23日,美国国会研究服务局(Congressional Research Service)在其研究报告《贸易救济:反补贴税》(Trade Remedies: Countervailing Duties)中指出:美国反补贴政策面临较大问题,其中包括如何管理日益普遍的跨境补贴。该报告建议,鉴于欧盟已经采取反补贴措施应对外国补贴,美国国会也应当采取措施,以确定是否有必要对现行立法做出类似改变或者采取替代性方法。《2022年美国竞争法(草案)》(America Competes Act of 2022)第102101节对《1930年关税法》进行了修改,它在细化“国际财团”(international consortia)与“跨国公司”(multinational corporations)作为补贴获益方的认定标准的同时,在“跨境补贴”(cross-border subsidies)的概念中引入了“跨国补贴”(transnational subsidies)。虽然《2022年美国竞争法》因参众两院意见的分歧而被《美国芯片与科学法案》(The Chips and Science Act of 2022)所取代,“跨境补贴”的内容也在《美国芯片与科学法案》中被删除,但自2021年起,众议员Terri Sewell(D-AL)和Bill Johnson(R-OH)就以“为美国工人创造公平的竞争环境”为由,提出了《公平竞争法案2.0》(Leveling the Playing Field 2.0 Act),该法

^① United States—Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities), WT/DS108/RW, Annex F-3:Answers of the United States to Questions from the Panel, para. 110.

案的目标在于加强美国的贸易救济以及对所谓中国的不公平、非自由化的贸易实践的回应,该法案认为,中国通过“一带一路”倡议,补贴国外的生产企业,逃避美国的反补贴调查。^①《公平竞争法案2.0》始终将“跨境补贴”作为重点讨论内容之一。虽然美国国会参议院和众议院还在就《公平竞争法案2.0》的内容进行博弈,但在“跨境补贴”的问题上,双方意见较为一致。

与此同时,美国也在其区域贸易协定中纳入“跨境补贴”的内容。美国绕开了WTO下已有的SCM协定,在区域贸易协定中重新构建其反补贴措施的框架体系。其中对跨境补贴的规制,则是通过国有企业非商业援助规则进行。国有企业非商业援助规则最早出现在《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)第17章“国有企业和指定垄断”,后来美国退出TPP,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)继承了TPP的绝大多数内容,国有企业非商业援助规则亦保留在CPTPP中。美国主导的《美国—墨西哥—加拿大协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)也同样包含国有企业非商业援助规则。但纵观已经生效且经过WTO备案的区域贸易协定,也仅有个别区域贸易协定包含该规则。^②

二、美国跨境补贴双轨规制的独特性分析

美国对跨境补贴规制的造法实践不同于欧盟的单边国内立法,而是呈现出了双轨规制的特征,具体表现为双轨路径、双轨理念以及双轨救济三个层面。

(一) 双轨路径: 国内规范和国际规范的互动

第一,国内规范。根据美国《1930年关税法案》以及《公平竞争法案2.0》对跨境补贴的规制分为对“国际财团和上游补贴”(upstream subsidy)的规制、“跨国公司和跨国补贴”的规制以及对“国有企业跨境补贴”的规制。其中,国际财团和上游补贴是在《1930年关税法案》中被提出并实践至今,而跨国公司补贴和跨国补贴则是最新提出的。国际财团补贴是指,如果参与标的商品生产的国际财团成员(或其他参与实体)从其各自母国获得,包括但不限于协助、允许或其他形式的可抵消补贴,使其得以通过各自母国内的生产或制造业务参与该财团,则管理当局应累积所有此类可抵消的补贴,以及直接提供给国际财团的可抵消补贴,以确定对此类商品的任何反补贴税。^③上游补贴是指上游补贴所在国当局给予其同一国家生产产品的补贴,它以满足给予商品竞争性利益以及对商品的制造或生产成本有重大影响为条件。^④上游补贴是美国反补贴税法特有的概念,由于该补贴具有隐蔽性,不能直接适用现有的反补贴

① Reps. Sewell, Johnson Introduce Bipartisan Legislation to Level the Playing Field for American Workers. <https://sewell.house.gov/2023/6/1/rep-sewell-johnson-introduce-bipartisan-legislation-to-level-the-playing-field-for-american-workers>.

② 截至2024年4月,仅有CPTPP、USMCA、《秘鲁—澳大利亚自由贸易协定》包含国有企业非商业援助规则。

③ Section 701(d) of the Tariff Act of 1930.

④ Section 771A of the Tariff Act of 1930.

规则,但在客观上却能够降低最终产品的生产或制造成本,给最终产品带来竞争性利益,导致进口国同类产业受到损害(李仲平,2011)。该补贴要求上游补贴提供国与目标商品制造国的货物与生产国相同,虽然不属于第三国对上游产品提供的补贴,但利益传导机制也使其具有了跨境的因素。美国商务部2018年在一项反规避调查终裁中认定,越南生产并出口的耐腐蚀钢因使用中国制造的热轧钢材而规避了美国对原产于中国的耐腐蚀钢的“双反”措施。^①

跨国公司补贴和跨国补贴由《公平竞争法案2.0》提出,根据该法案,跨国公司是指在两个或多个外国直接或间接拥有或控制生产标的商品设施的个人、公司或企业。反补贴税调查程序针对的是跨国公司在所有国家制造或生产的商品,以及从位于第三国的交叉所有公司购买的投入要素。在《公平竞争法案2.0》中,跨国公司补贴与国际财团补贴并列提出,适用同样的反补贴调查规则,但其主要区别在于国际财团通常是由多国支持的,而跨国公司背后往往只有一个母国(胡建国和陈禹锦,2023)。美国早期并没有针对跨国公司的补贴调查,主要是因为早期,众多跨国公司背后的母国是美国自身。而当前,随着中国“一带一路”倡议的推动,中国企业也越来越多地“走出去”,成为跨国公司。如果第三国政府或第三国境内的任何公共实体就从该国境内生产、出口或出售(或可能出售)用于进口到美国的某项或某类商品提供了可抵消的补贴(即跨国补贴),并且该国政府或该国境内的任何公众实体为提供此类补贴提供了便利,则管理当局应将该补贴视为由该国政府和该国境内公共实体提供的,并应累计所有此类可抵消补贴。跨国补贴的连接点为第三国提供了补贴,并且该国为“促成”(facilitate)补贴提供了便利。在欧盟的“中埃—玻璃纤维织物案”以及“埃及—连续长丝玻璃纤维产品案”中,欧盟认为中国政府的补贴行为“可归因于”埃及政府,依据为《国家责任条款草案》的第11条规定:“……在且只在该国承认和接受其为本国行为的情况下,依国际法应该视为该国的行为。”但“促成”是否等同于“可归因于”还有待考量。

第二,国际规范。在国际层面,以美国主导制定的USMCA为例,其第22.6条是对国有企业跨境补贴的规制,其中与跨境补贴相关的内容为第22.6条第4款(c)项、第22.6条第5款(c)项以及第22.6条第6款。^②USMCA第22.6条第4款(c)项和第22.6条第5款(c)项属于补贴利益的跨境,即一国政府或政府企业或国有企业,不得补贴本国国有企业在另一国的境内投资活动,并对另一国国内市场造成不利影响。如图1所示,甲

① Department of Commerce International Trade Administration, Certain Corrosion-Resistant Steel Products from the People's Republic of China: Affirmative Final Determination of Circumvention of the Antidumping Duty and Countervailing Duty Orders, 83FR 23895, May 23, 2018.

② USMCA第22.6条第4款规定:任何缔约方,不得通过向其国有企业提供针对下述事项的非商业性支持的方式,对另一缔约方的利益造成不利影响,无论直接或间接提供该援助:……(c)通过在另一缔约方境内或任何其他缔约方境内的涵盖投资企业,在另一缔约方境内提供服务。第22.6条第5款规定:每一缔约方应保证,其政府企业和国有企业不通过对任何国有企业提供针对下述事项的非商业性支持的方式,对另一缔约方的利益造成不利影响:……(c)通过在另一缔约方境内或任何其他缔约方境内的涵盖投资企业,在另一缔约方境内提供服务。第22.6条第6款规定:下述情形中,任何缔约方不得通过向另一缔约方境内涵盖投资企业直接或间接提供非商业性支持的方式,对另一缔约方的国内产业造成损害:(a)向另一缔约方境内国有企业生产或销售货物提供非商业性支持;(b)另一缔约方的国内产业在该缔约方境内生产和销售同类货物。

国的国有公司A在乙国设厂，甲国政府为鼓励该行为，直接或通过本国政府企业或国有企业给予国有公司A补贴，该补贴行为给乙国国内市场造成了不利影响。第22.6条第6款属于补贴行为的直接跨境，即一国政府或政府企业或国有企业，不得直接或间接补贴在另一国的本国国有投资企业，给另一国的国内产业造成损害。例如甲国的国有公司A在乙国投资设立B公司，甲国政府直接或间接补贴B公司，给乙国市场造成了不利影响。

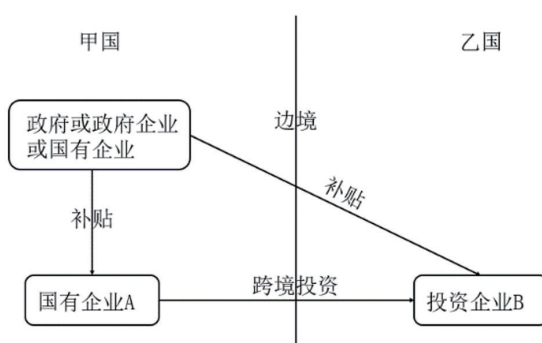


图 1 补贴的跨境影响

总体看来，第22.6条第6款属于典型的跨境补贴，而其他两款是基于利益的跨境传导。相比于其他两款，第22.6条第6款限制的范围更广，它仅要求对另一缔约方的国内产业造成损害，而其他两款还要求造成“不利影响”，不利影响的确由第17.7条进行规定。相比于SCM协定，USMCA项下的跨境补贴涵盖货物贸易、服务贸易以及投资三种形式，有观点认为上述条款是对以跨境交付和商业存在形式进行的国际服务贸易实施补贴规制，填补了服务贸易领域的补贴规制空白(蒋奋和周威，2021)。但它也不限于服务贸易，商业存在模式下的货物贸易补贴也同样受到规制。有观点认为，在全球层面，非商业援助规则以何种方式、在何种程度上能够形成共识，仍存在很大的不确定性。但在区域层面，非商业援助规则已初具雏形，形成了“美国+11国”的格局(任宏达，2023)。美国在制定国有企业非商业援助规则时，其主要目的就是确保外国国有企业与美国公司在外国及美国市场上的公平竞争(沈铭辉，2015)。全球化时代，国有企业在全球经济中的影响愈发重要，国有企业所接受的补贴既可能形成贸易扭曲也可能形成投资扭曲，尤其是在国际经济行为中，国有企业在境外的子公司在接受母公司所在国补贴时，极易扭曲子公司所在国的市场竞争环境。早期，美国并没有关注该问题，而是遵循并适用SCM协定下的内容。但全球多元化的治理结构很难对新的问题达成一致性的意见，美国开始要求在区域谈判中推动其理念。然而目前，对于跨境补贴，美国在国际层面主要还是针对国有企业的跨境补贴，对于非国有企业的跨境补贴还是由国内法进行规制。

总之，美国在推进跨境补贴规则的国际路径方面已经逐渐推开，国内立法层面虽然尚未形成最终的定局，但参众两院对于跨境补贴的规制并不存在异议，加之当前美国频繁的反补贴调查，可以预见国内立法的进程也必将随之加快。

(二) 双轨理念：竞争公平与竞争中立的互补

美国分国内和国际两条路径推动对跨境补贴的规制，但两条路径所具有的理念基础却有所不同。

第一，国内路径下的竞争公平。补贴问题一直是贸易领域所关注的内容，美国也一直将补贴问题置于《1930年关税法》之下，然而，在欧盟《外国补贴条例》出台以

后,美国国会也转向通过竞争法来约束跨境补贴问题。在美国,竞争法一般被称为反垄断法,1890年7月2日美国《谢尔曼法》出台,这也是世界上第一部现代反垄断法。美国反垄断法开启了以包括财产权、契约自由、工业自由、消费者权益等经济权利对抗日渐强势的经济权力的时代(李晓新,2014)。在经济全球化和信息化的当下,面对不断增强的国外生产商对美国市场的冲击,竞争法规则为全球化服务的观念也逐渐形成,如美国最高法院通过1993年的哈特福德火灾保险公司案中对于“目标与效果原则”和国际礼让抗辩的重新解释实现反垄断法域外适用的扩大化(刘彤,2015)。当前美国跨境补贴的提案正是在竞争法的背景下提出来的,这表明了美国在国内立法层面不再是为了纠正跨境补贴对跨境贸易的扭曲,而是在于确保同一市场主体之间的公平竞争,亦即在于纠正跨境补贴对国内竞争的扭曲(王路路,2022)。

第二,国际路径下的竞争中立。竞争中立最早来源于澳大利亚政府的国内经济改革,认为政府的商业活动不应当仅凭借其公共部门所有权,而享有高于私营部门竞争者的竞争优势。^①经合组织(OECD)后续出台的一系列专题工作报告,^②重在强调“国有企业运营方式”“公共采购中立”“税收中立”等促进国有企业公平竞争的内容。美国自中国企业在国际市场上迅速崛起以来,多次指责中国的所谓国家资本主义有悖于“竞争中立”政策,并认为现有的国际经济规则无法保证国有企业和私营企业的公平竞争(吴云,2011)。美国对于国有企业跨境补贴规制行为的基本理念,脱离不了对国有企业竞争中立的要求。但美国版的“竞争中立”显然脱离了“竞争中立”的本质含义,更有针对中国企业的内在深意。当然,竞争中立背景下的跨境补贴规则也同样具有贸易救济的功能,国际贸易救济是在国际贸易自由化的背景下产生的,但也具有一定的贸易保护主义色彩。贸易救济措施是最大限度地利用规则赋予的权利来保护国内产业,以缓解国内产业的压力。自由贸易协定中的非商业援助规则,即对国有企业的跨境补贴规制,重点关注的还是特定国内竞争者的利益,以缓解国内产业压力为目的,而并非整个市场公平竞争环境的提升,沿袭了贸易救济制度中“无损害则无救济”的理念,且该规则仅仅是局部、单向的调整,主要针对国有企业海外投资设立的子公司在东道国实施的限制竞争行为,调整的是国际贸易关系,而非国内竞争关系(蒋奋和周威,2021)。

(三) 双轨救济:国内调查与国际争端的重合

针对跨境补贴的不同类型,美国也采取了不同的救济方式,其中对于国内法下的跨境补贴,还是由美商务部进行反补贴调查;而对于国有企业的跨境补贴,则由相应的国际争端解决机制进行解决。

第一,国内反补贴调查。在国内法层面,美国《公平竞争法案2.0》并没有将跨

^① Australia, Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement,1996.

^② 如《澳大利亚的竞争中立与国有企业:实践和其他相关评论》(Competitive Neutrality and State-owned Enterprises in Australia: Review of Practices and Their Relevance for Other Countries),以及《竞争中立:维持公有企业与私有企业之间竞争水平》(Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business)等。

境补贴作为一项新的内容予以规定，而是在反补贴调查程序中解决跨境补贴的问题。美国的反补贴调查程序分为立案、调查、日落复审、行政复审、情势变更复审五个阶段，其中调查又分为美国国际贸易委员会损害初裁、美商务部补贴初裁、美商务部补贴终裁、美国国际贸易委员会损害终裁、发布反补贴税令等五个步骤。美国的反补贴调查程序一般由利益相关方向美商务部和国际贸易委员会同时提出，申诉书被提交的 20 日内，美商务部就申诉书中是否包含征收一项关税所必须的要素和包含支持该申诉的申诉方合理可获的信息作出决定。如果其决定是肯定的，美商务部就发起调查以确定是否存在补贴；如果决定是否定的，则否决该申诉并终止整个程序。实践中，部分反补贴调查会在申请阶段被否定，然而近年来，美国一直将政府干预作为补贴规制的重心，并持续细化政府干预的内涵和外延(李季，2023)，反补贴调查程序的启动也越来越频繁。尤其对于跨境补贴问题，不仅美国政府自 2021 年以来持续关注该问题，美国产业界也同时在关注该问题。2023 年以来，美国产业界已经根据反补贴程序发起两起涉及中国的跨境补贴指控，即美国对马来西亚风塔的反补贴调查和美国对墨西哥铝挤压材的反补贴调查，虽然最终结果是美国政府并没有肯定美国产业界对中国跨境补贴的指控，但这也从侧面反映出美国产业界已经开始运用反补贴调查程序针对中国企业。

第二，国际争议解决。对于国有企业的跨境补贴，美国则是通过国际救济的途径进行解决。USMCA 第 31 章是专门有关争议解决的条款，涉及争端解决、国内程序与私人商事争议解决两个小节。其中，争端解决包括磋商、调解和调停、专家组设立、组成、审理、形成初步报告和最终报告、确定合理期限及履行裁决的合理期限九个阶段。从 USMCA 的文本规定来看，USMCA 的争端解决机制吸收了 WTO 争端解决机制中诸如专家组程序及交叉报复机制等基本程序，整体上比较类似于 WTO 争端解决机制，但并没有成立一个完整的争端解决机构。国有企业的跨境补贴救济，一方面借助自由贸易协定中专门的争议解决条款，另一方面还设置了特殊的“信息交换程序”，即在专家组设立后，争议双方应当及时书面进行相关问题的沟通与交流，专家组将根据交流的信息进行裁决，该特殊程序极大地提高了争议解决的效率。此外，在该争议解决机制下，允许违反国有企业非商业援助规则的一方以赔偿代替取消国有企业跨境补贴的义务，给予了违约方更多重的救济方式。

由此可见，对于跨境补贴，美国已经逐渐搭建起国内外两层反跨境补贴的体制机制。虽然国内的反跨境补贴机制尚未形成最终合法有效的法律文件，但在反补贴调查方面，美国国内已经有了充分的实践，一旦《公平竞争法案 2.0》通过，美国国内企业就会熟练地启动该程序。而对于国有企业的跨境补贴反补贴体制，目前尚处于美国主导建立的初级阶段，其实施效果有待进一步的观察。

三、美国跨境补贴双轨规制的消极影响

美国对于跨境补贴的双轨规制给国际社会带来了极大的负面影响，无论是从原有的多边贸易体系来看，还是从对其他国家的影响来看，美国的行为均对国际经贸领域

的法治形成严峻挑战。

(一) 削弱了 SCM 协定的效力

SCM协定是1995年WTO成立之后的多边补贴纪律,也是乌拉圭回合谈判的一个重要成果,在维护国际贸易公平秩序方面发挥了重要作用。美国对于跨境补贴的规制,首先违反了SCM协定下补贴的基本含义,根据SCM协定第1条的规定,一项补贴需满足三个构成要件,即成员方政府、公共机构或受政府委托或制定的私人机构提供了财政资助;该财政资助授予了利益;符合专项性的要求。从已有的WTO实践来看,补贴接受者并非一定是利益的接受者,补贴的接受者可以将补贴利益传递给最终的利益接受者。^①但根据SCM协定第2.1条和第2.2条的规定,补贴接受者必须位于补贴成员领土内。就美国跨境补贴而言,国际财团补贴、跨国公司补贴以及部分跨国上游补贴并没有对补贴接受者的地理位置进行限定,涉嫌违反了SCM协定的内容,并且SCM协定第3.2.1条要求WTO成员不得针对不受SCM协定核心纪律约束的补贴采取具体行动,美国的此行为显然违反了SCM协定的规定。对于跨国补贴,美国试图效仿欧盟,采纳《国家责任条款草案》的第11条规定,然而欧盟委员会对该第11条的解释与适用本身就是错误的(Crochet & Gustafsson, 2021)。其次,无视WTO各成员方对于SCM协定下“公共机构”的争议问题。^②SCM协定将“公共机构”与政府并列,一同视为补贴的提供者,然而,对于国有企业是否构成“公共机构”还没有明确的答案。美国一直希望引导SCM协定将“国有企业”视为“公共机构”,但始终没有合理及合法性的基础。为此,美国寻求在其主导的区域贸易协定中直接将“国有企业”等同于“公共机构”,不再使用“公共机构”概念,而是直接将“国有企业”作为补贴提供者,试图绕过SCM协定下的争议。这种行为在很大程度上削弱了SCM协定的效力,并且经过欧盟、美国的实践,极易导致其他部分国家和地区效仿,设立类似的跨境补贴反补贴制度,架空SCM协定,对国际经贸领域的法治形成严峻挑战。

(二) 阻碍了多边主义的发展

多边主义是当代国际社会构建秩序的基本范式,旨在防止国家通过武力、实力或权力任意地、不受拘束地构建符合其个体利益的法律秩序,以一般的与合作的组织原则管理国际关系,最终形成多边的、整体的和具有持续正当性的国际秩序(李将, 2022)。早在1648年威斯特伐利亚和会时期,国际社会就确立了国际关系和国际法上的多边安排。然而近年来,美国以“公平贸易”和“国家安全”为由,对中国等国家采取生硬甚至对抗路线,将国内法置于国际法之上,滥用“长臂管辖”,阻碍多边贸易体制的发展。

^① *United States -Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, para.142.

^② *United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China (Recourse to Article 21.5 of DSU by China)*, WT/DS437/AB/RW, July 16, 2019.

美国对跨境补贴规制的行为将加深对多边贸易体系的破坏,阻碍多边主义的发展。首先,美国对跨境补贴规制的出发点在于:美国认为中国近年来一直在推行一种“反竞争的经济和产业政策生态体系”,特别是中国政府对企业的补贴政策,这一生态体系扭曲了全球市场的竞争,限制了企业创新,不公平地赋予中国企业市场优势地位。^①由此可见,美国的目的在于遏制中国企业的发展,这种目的本身就与多边贸易体系的基本理念相左。其次,在国内层面,美国通过单边立法的形式干涉外国企业的行为,其本身是否具有立法基础是值得怀疑的。多边贸易体系蕴含国际民主的原则,任何国家不得通过单边行动确立对其他国家施加义务的国际规则(古祖雪,2012)。国际社会应当按照各国共同达成的规则和共识来治理,而不能由一个或几个国家来发号施令。^②再者,虽然美国也通过区域贸易协定中的非商业援助条款的形式对国有企业的跨境补贴进行规制,但也掩盖不了其对多边贸易体系破坏的意图。这是因为美国主导制定的国有企业章节仅仅描述了其旨在规制的一种现象,而并非指出问题的根本所在(Minwoo,2017),不能仅仅因为企业是由政府投资,就认为企业会受到政府优待或者影响,进而将这种优待或者影响传导到商业竞争活动当中,导致贸易扭曲。这是一种猜想或推测,并无实质证据(陈瑶和应力,2021)。单就国有企业而言,国际法也存在相应的规范措施,即《国家对国际不法行为的责任条款草案》亦有将披着公司面纱的国家行为纳入引发国家责任的行为范畴。因此,美国表面上通过区域贸易协定的形式绕过了单边立法的问题,但实质上还是为实现其单边主义的目的。

(三) 降低了中国企业走出去的稳定性预期

欧盟《外国补贴条例》出台后,国内学者普遍认为欧盟的行为提高了中国企业赴欧投资的压力,增加了企业合规的风险和成本。如果欧盟不愿意部分企业被收购,则会运用《外国补贴条例》赋予的决定权和自由裁量权来拖延甚至阻碍并购的达成,增加中国企业并购成本甚至导致并购失败(陈咏梅和刘佳奥,2023)。相比于欧盟的《外国补贴条例》,美国跨境补贴的双轨规制的危害有过之而无不及。一直以来,美国对华的反补贴调查从未暂停过,根据美国贸易代表办公室和美国商务部联合公布的《向国会提交补贴执行情况2023年度报告》,美国对中国的贸易救济措施占比约35%。^③在跨境补贴方面,美国虽尚未有实践,但美国政府对中国跨境补贴的问题,一直处于高度关注的状态,例如对于国有企业的补贴问题,美国自2015年起就持续不断地在公开场合提出“中国经济严重依赖国有企业和国有融资企业”。中美反倾销反补贴案中,美国商务部认为中国政府通过国有企业等为销售热轧钢等材料提供补贴,并且认为中国的国有企业属于SCM协定下的“公共机构”。^④此外,美国直接制定了国有企

① House of Representatives. Foreign merger subsidy disclosure act of 2021. <https://www.congress.gov/117/bills/hr5639/BILLS-117hr5639ih.pdf>.

② 《习近平谈治国理政》第4卷,2022年,第462页。

③ Subsidies Enforcement Annual Report of the Congress, 2023 Joint Report of the Office of the United States Trade Representative and the United States Department of Commerce. <https://ese1.trade.gov/CongressReports/seo-annual-report-2023.pdf>.

④ United States -Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, WT/DS437/AB/R, paras. 2.72- 2.76.

业的非商业援助条款，给中国国有企业“走出去”造成了很大的压力，降低中国企业走出去的稳定性预期，并且美国跨境补贴的反补贴并不局限于货物贸易领域，服务贸易以及新兴的贸易形式等均受到其制约，这无疑会对当下中国企业参与跨境投资合作产生不利的影响。

四、中国应对美国跨境补贴双轨规制的建议

美国跨境补贴的双轨规制给国际社会带来了负面影响，尤其是对于中国“走出去”企业而言，将面临较大的反补贴调查风险，并且在美国的“示范效应”作用下，预计其他国家也会陆续出台相应的举措，届时中国企业将会面临更大的阻碍。因此，对于中国而言，应当尽早采取应对措施，对跨境补贴规制的功能进行理性评估，在国内和国际两个层面采取积极应对措施。

（一）理性评估对跨境补贴规制的功能

西方国家对外资企业提供跨境补贴的行为一直存在，只是一直未引起有效的关注，直至中国企业“走出去”（Crochet & Gustafsson, 2021）。补贴作为宏观经济调控的一种措施，可以加快战略性产业和高科技产业的崛起，其本身并没有问题，只有当补贴过度或者不合理的使用影响到市场的竞争时才应当予以限制。对于跨境补贴，尤其是对境外投资的补贴，原则上东道国应当鼓励此种形式，因为企业在跨国并购过程中，补贴能够带来更多的资本流入，对于并购企业和被并购企业来说都是有利的。只要有效合理地预防过度补贴都是可以接受的。跨境补贴多边规制的不足是美欧制定跨境补贴反补贴规则的原因之一。尽管美欧的跨境补贴规制涉嫌违反了WTO项下的义务，但SCM协定确实存在无法有效解决跨境补贴所造成的市场扭曲问题，美欧对于跨境补贴的规制在一定程度上也侧面反映了SCM协定的改革需求（杜嘉铭和张利民，2022）。

理性评估美国对跨境补贴的规制，并非肯定其制定的合理性，因为美国对跨境补贴的规制目的是打压中国企业，而非营造公平公正的竞争环境。历史上，美欧等西方国家也通过对外援助提供了巨额的跨境补贴，目前也正在计划“全球门户”（Global Gateway）、“重建美好世界”（Build Back Better World）等项目参与发展中国家的基础设施建设。对于中国而言，首先应当意识到“一带一路”倡议下的融资确实为发展中国家带去了更多的就业和税收，提高了补贴接受国的基础设施支出。将“一带一路”倡议下的融资视为需要解决的、纯粹的贸易扭曲，是一种无视发展中国家需求的西方偏见（陈瑶，2023）。其次，中国也不能笼统地一概反对跨境补贴规则的制定，我们应当坚持公平合理地规制跨境补贴，坚决反对滥用跨境补贴规则的行为。最后，在统一的跨境补贴规则制定出来之前，中国应当密切关注美国跨境补贴的立法活动，及时作出有效的应对。

（二）积极推动跨境补贴规制合理国际规则的形成

习近平指出：“国际规则只能由联合国193个会员国共同制定，不能由个别国家

和国家集团来决定。”^①当前美国在国内法层面单边推动形成跨境补贴规则，无视国际法规则，是“长臂管辖”的表现。中国作为多边贸易体制的坚定维护者，应当坚持在WTO改革的框架下促进跨境补贴问题的谈判，推动跨境补贴规制国际规则的形成。

早在2021年，中国就对于在WTO框架下启动补贴问题的谈判持有积极开放的态度，并且中国也正在积极申请加入CPTPP。这充分说明了中国在多边和区域平台层面直面跨境补贴这一问题的决心与勇气(龚柏华和杨思远，2023)。具体而言，首先，在多边层面，中国应在SCM协议的基础上与其他成员方就跨境补贴问题积极交换意见，推进形成共识，尤其是巴西、印度等具有类似问题存在的成员方。此外，考虑到“一带一路”倡议对促进国际投资合作的重要性，中国可借助世界贸易组织第13届部长级会议上达成的《促进发展的投资便利化协定》，在跨境补贴规则的构建中注重呼吁“投资对发展的促进作用”以及“各成员方推动和维护国际经济合作的义务”，从而对未来规则的形成起到理念引领的作用(徐泉和郝荻，2021)。其次，在区域层面，目前，中国已经签订的自由贸易协定有19个，正在谈判的自由贸易协定有10个，正在研究的自由贸易协定有8个。^②在已签订的自由贸易协定中，中国基本上还是在延续SCM协定中的规定，而对其修改还需要进一步谈判。但对于正在谈判以及正在研究的自由贸易协定，可以考虑纳入跨境补贴的内容。有观点认为仅允许对属于禁止性补贴的跨境补贴采取反补贴措施(徐昕，2022)，是否予以采纳，需要详细评估可能损害正常的国际经济秩序的补贴种类，而非美国的“一刀切”做法。总体目标是，只要不对中国产生歧视性的效果，美国跨境补贴下的补贴种类原则上均可称为反补贴的对象。

此外，在积极推动跨境补贴规制国际规则形成的同时，也要警惕美国对中国企业的跨境补贴反补贴调查，虽然其国内程序尚未生效，但也不妨碍其通过其他途径阻碍中国企业“走出去”。

(三) 国内层面构建合理的补贴框架

美国对跨境补贴的规制虽然给国际社会带来了较大的负面影响，但在国际社会尚未形成统一的跨境补贴规则前，各主权国家有必要先在国内层面构建合理的补贴框架，做好“走出去”企业的合规建议。值得注意的是，美国并未完全否定跨境补贴行为的存在，而是有条件地限制跨境补贴行为，因此，构建合理的补贴框架是近段时间内应对美国跨境补贴规制的有效途径之一。

对于中国而言，美国对跨境补贴的规制主要是针对中国“走出去”的国有企业，这就需要中国在关注跨境补贴的同时，也要重点关注国有企业的问题。对于补贴的框架，首先，我们要坚持市场导向的原则，即从根本上发挥市场在资源中的配置作用，补贴不应该被滥用，关键是要选择正确的补贴模式，为发展创造有利环境，规范和引

① 习近平：国际规则只能由联合国193个会员国共同制定 不能由个别国家和国家集团来决定[EB/OL]. (2021-10-25)[2024-03-20]. http://news.china.com.cn/2021-10/25/content_77831146.htm.

② 数据统计截至2024年4月15日。其中，中国—新西兰、中国—智利、中国—东盟、中国—新加坡以及中国—巴基斯坦含有升级的FTA，此处均以1个计，内地与香港、澳门之间的经贸安排不包含在内。

导相关行为者的行为(刘尚希等, 2019)。其次, 要坚持公平竞争的原则, 即补贴政策的实施应当平等对待国有企业、民营企业以及外资企业, 尤其是在处理国有企业与政府之间的关系时, 政府应当充分考虑公平竞争下的国际贸易, 维护国际竞争的秩序。因此, 搭建合理的补贴框架也离不开对国有企业的改革。近年来, 中国国有企业越来越多地走向世界舞台, 成为国际舞台上强有力的竞争对手。美国在国际法层面对跨境补贴进行规制的目的之一就在于约束中国的国有企业。其实, 对国有企业的国际规制问题早已引起国外学者的注意(Vernon, 1979)。当前, 中国无论是加入CPTPP, 还是参与并主导WTO的改革, 均离不开国有企业的规制问题。中国国有企业40多年的改革取得了重大成就。在国有企业本身发生深刻变化的同时, 国有企业改革面临的形势和任务发生了重大变化, 我们也应当积极推动国有企业的改革。如上文分析, 美国对跨境补贴的规制无论是从国内层面还是国际层面, 都不再局限于贸易政策的框架, 而是将竞争政策作为替代或补充。有观点认为国有企业问题不仅是贸易问题, 更是竞争问题, 竞争政策更宜作为国有企业造法的有效途径(应品广, 2022)。中国接受国有企业非商业援助条款的难点, 在于如何将政府行为全部纳入法治轨道, 对此, 贸易救济手段仅能应对不时之需, 最终还要回到公平竞争的轨道。为此, 我们应当将公平竞争作为国有企业改革的核心目标, 确保各经济主体能够平等地参与社会竞争, 并强调国际投资和国际贸易的公平竞争。

总之, 美国在应对跨境补贴方面已经有所行动, 国际和国内两条路径的推进成为美国跨境补贴双轨规制最明显的表现。其中, 国内途径扩大了反补贴调查的范围, 突破了SCM协定下地理位置的限制; 而国际途径则直接针对国有企业的国际贸易行为, 无视了SCM协定关于“公共机构”的认定问题。可以预见, 美国对跨境补贴的双轨规制必然会带来欧盟、日本等国家和地区的“示范”效应。因此, 对中国而言, 应当尽早关注并做好充分的准备。

参考文献

- [1] 陈瑶. 欧盟对外国补贴的规制[J]. 国际商务研究, 2023(4): 56-70.
- [2] 陈瑶. 应力: CPTPP国有企业章节的评价与中国应对[J]. 宁波大学学报(人文科学版), 2021(2): 123-132.
- [3] 陈咏梅, 刘佳奥. 欧盟反跨境补贴措施法律问题审思[J]. 德国研究, 2023(3): 47-68+136-137.
- [4] 杜嘉铭, 张利民. WTO视角下欧盟反补贴措施扩张适用研究[J]. 对外经贸实务, 2022(9): 10-17.
- [5] 龚柏华, 杨思远. 跨境补贴的规制路径及中国的应对[J]. 国际经济评论, 2023(5): 157-176+8.
- [6] 古祖雪. 国际造法: 基本原则及其对国际法的意义[J]. 中国社会科学, 2012(5): 127-146+207-208.
- [7] 胡建国, 陈禹锦. 美国跨境补贴反补贴制度: 历史演进、WTO合规性与中国因应[J]. 国际法研究, 2023(1): 58-84.
- [8] 蒋奋, 周威. CPTPP对国有企业的补贴规制与中国因应[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2021(6): 187-200.
- [9] 李季. 美国补贴规制的新态势、影响与中国应对[J]. 国际贸易, 2023(11): 77-85.
- [10] 李将. 论多边主义的秩序功能及其法治构成[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2022(11): 26-39.
- [11] 李晓新. 溯源美国反垄断法: 一切为了遏制经济强权[J]. 理论建设, 2014(4): 54-59+103.
- [12] 李仲平. 上游补贴规则: 国际反补贴法的重大发展——基于美国商务部实践的考察[J]. 国际经贸探索, 2011(10): 62-70.
- [13] 刘尚希, 傅志华, 李成威, 等. 构建现代财政补贴体系理论研究[J]. 财政研究, 2019(3): 3-11.

- [14] 刘彤.美国竞争法的政策实施功能研究[J].北京联合大学学报(人文社会科学版),2015(1):112-118.
- [15] 任宏达.CPTPP非商业援助条款解析思辨及中国的应对[J].国际法研究,2023(2):78-98.
- [16] 沈铭辉.“竞争中立”视角下的TPP国有企业条款分析[J].国际经济合作,2015(7):19-24.
- [17] 王路路.跨境补贴的国际规制:基本问题、最新动向及中国因应[J].学术论坛,2022(4):119-132.
- [18] 吴云.美国出新招对付“中国模式”[N].人民日报,2011-11-24(21).
- [19] 徐泉,郝荻.WTO体制中非互惠的谈判促进功能研究[J].天津师范大学学报(社会科学版),2021(4):93-98.
- [20] 徐昕.国有企业海外投资跨境补贴的规制[J].法学研究,2022(5):207-224.
- [21] 应品广.从贸易政策到竞争政策:国有企业国际造法的路径选择[J].世界经济研究,2022(3):123-133+136.
- [22] 邹磊.欧盟经贸立法:动向、特点与对华影响[J].国际问题研究,2023(3):97-116+141-142.
- [23] 张生,李妮.欧盟外国补贴立法:发展、影响及中国的应对[J].国际贸易,2022(3):51-57.
- [24] Crochet, V. and M. Gustafsson, “Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law”, *World Trade Review*, 2021, 20(3): 343-366.
- [25] Kociubinski, J., “The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?” *Eur. Competition & Reg. L. Rev.*, 2022, 6(1):56-68.
- [26] Minwoo, K., “Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-owned Enterprises in Trade Agreements”, *Harvard International Law Journal*, 2017, 58(1): 225-272.
- [27] Patrin, M., “The Brussels Effect: How the European Union Rules the World”, *Eur. J. Legal Stud.*, 2021,13:377-386.
- [28] Vernon, R., “The International Aspects of State-owned Enterprises”, *J. Int. Bus. Stud.*, 1979,10:7-14.

【作者简介】黄琳琳:上海立信会计金融学院法学院讲师,法学博士。研究方向:国际经济法。

On the Two-way Regulation of Cross-border Subsidy in the United States and China's Response

HUANG Lin-lin

(Shanghai Lixin University of Accounting and Finance, Shanghai 201209, China)

Abstract: Since EU introduced the Foreign Subsidies Regulation and frequently launched anti subsidy investigations against China, the United States has also been continuously building its legislative framework for cross-border subsidies. From international consortium subsidy and upstream subsidy in Tariff Act of 1930 to multinational corporation subsidy, transnational subsidy in Leveling the Playing Field 2.0 Act, and cross-border subsidy for State-owned Enterprises in USMCA, the United States has shown a two-way regulatory feature in regulating cross-border subsidy. The characteristic is manifested in the interaction between domestic and international norms, using the concept of fair competition at the domestic legal level and the concept of neutral competition at the international legal level as the basis for legislation, while using two modes of domestic investigation and international dispute resolution for relief. Compared to EU, the rules of cross-border subsidy in the United States have greater harm, mainly manifested in its two-way regulation weakening the effectiveness of SCM Agreement, hindering the development of multilateralism, avoiding the criteria of WTO for identifying “public institutions” maliciously and especially lowering the stability expectations of Chinese enterprises. For China, measures should be taken as soon as possible to rationally evaluate the function of cross-border subsidy regulations, actively promote the formation of reasonable international rules for cross-border subsidy regulations and construct a reasonable subsidy framework at the domestic level.

Keywords: cross-border subsidy; two-way regulation; SCM; non-commercial assistance

(责任编辑:山草)