

国有企业海外投资跨境补贴的规制

徐 昕*

内容提要：针对中国在国有企业海外投资过程中向东道国投资企业提供跨境补贴的问题，美欧强力推进“补贴+国有企业”“补贴+竞争规则”的立法尝试以图加强制约。此类“补贴+”路径具有鲜明的国别针对性和强烈的实用主义色彩，利益维护机制有失平衡。跨境补贴的规制，应秉承有限约束的原则，恪守贸易救济的路径。跨境补贴仅在属于禁止性补贴时才受约束，无须扩大规制对象。在基础补贴规则完善之前，避免将适用范围扩大至服务贸易和投资领域。救济程序则应在禁止性补贴的多边救济程序的基础上作出适度调整，扩大磋商当事方，启用常设专家小组强制征求意见程序，并增强救济措施的灵活性。中国也应推动国有企业改革、避免规则竞合、完善产业政策，降低美欧对中国国有企业海外发展的限制和约束。

关键词：国有企业 海外投资 跨境补贴 贸易救济 竞争中立

一、问题的提出

补贴最初主要是纯粹的国内行为，各国会出于不同的政策目标提供各种各样的补贴，这本身属于一国发展经济的自主权。伴随着国际贸易的发展，各国逐渐注意到，一国国内的补贴可能对国外产业造成损害，具有扭曲国际贸易的效果。^{〔1〕}因此，应对补贴加以一定的纪律约束，确保国际贸易的公平竞争。^{〔2〕}

按照《关税与贸易总协定》（下称“GATT”）以及世界贸易组织（WTO）立法者的设想，补贴行为本身被预设发生在一个成员方境内。即在通常情况下，补贴由一成员方政府或其公共机构提供给本方境内的生产者或经营者，接受补贴的企业将其产品销往海外，可能致使进口成员方生产同类产品的国内产业遭受损害。在此种情况下，进口成员方可以采取相应的反补贴措

* 上海对外经贸大学副教授。

本文系国家社科基金项目“美欧针对我国国有企业加强国际造法带来的挑战及应对研究”（20BFX203）的阶段性成果。

〔1〕 See The United Nations Economic and Social Council, *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/33, 1946, pp. 16 - 17, http://docs.wto.org/gattdocs/q/1946_50.htm, last visited on 2022 - 09 - 01.

〔2〕 See Robert E. Baldwin, *Imposing Multilateral Discipline on Administered Protection*, in Anne O. Krueger (ed.), *The WTO as An International Organization*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, pp. 297 - 327.

施。换言之，一国向他国企业提供补贴并使其获益是“不现实”的操作。^{〔3〕}然而，伴随着国际贸易和国际投资的日益交融，此种不现实正在变为现实。例如，甲国企业进行海外投资，在东道国乙国设立了合资、合作或独资企业（子公司），该企业具有乙国国籍。基于战略性或经济性的考量，甲国政府（包括其公共机构或授权的私主体）可能直接向乙国子公司提供相关的财政资助。在这种情况下，不论是补贴的形式接受者（财政资助接受者）还是补贴的实质接受者（补贴利益接受者）均不在甲国境内，此种类型的补贴即本文所要探讨的跨境补贴。

事实上，早在20世纪80年代，美国国内就面临着能否针对跨国金融机构提供的援助采取反补贴措施的问题。商务部和联邦法院对此明确持否定的立场。^{〔4〕}不过，当时反对的理由主要是，反补贴规则只适用于“国家”提供的财政资助，而跨国金融机构不属于国家。^{〔5〕}到了1998年，美国联邦法规汇编第351.527节修正案明确规定，不能针对以下补贴采取反补贴措施：资金（a）由补贴接受方所在国之外的国家提供；（b）由国际金融或发展机构提供。^{〔6〕}相比之下，包括WTO的《补贴与反补贴措施协定》（下称“SCM协定”）以及其他主要成员方在内的大多数反补贴立法均未在文本上作出类似明确的规定。

很长一段时间以来，上述立法上的模糊并未引发太多的理论和现实关注。然而，伴随着中国国有企业海外投资的迅猛发展，美国和欧盟开始特别关注由此引发的跨境补贴问题。以2020年欧盟对原产于中国和埃及的玻璃纤维编织物作出的反补贴裁决为典型代表（下称“中埃玻璃纤维编织物案”），^{〔7〕}欧盟切实将该问题从理论探讨变成了现实争讼，并尝试拓展现有的反补贴规则体系约束跨境补贴的空间。在此前后，美欧陆续展开了新的立法探索，试图对这一现象加强规制。欧盟委员会在2020年6月发布了《关于对外国补贴建立公平竞争环境的白皮书》，^{〔8〕}从实质上扩大了反补贴规则的适用范围，将直接用于促进投资的外国补贴以及与公共采购有关的外国补贴都纳入调整范围。2021年5月，欧盟委员会发布了《针对扭曲内部市场的外国政府补贴的条例建议稿》（下称“外国补贴条例草案”），^{〔9〕}以应对外国政府补贴可能对欧盟内部市场造成的扭曲。2022年2月4日，美国制定了通过创造机遇显著提升美国科技教育优势地位法，^{〔10〕}其中明确提出规制五类贸易救济规避行为。这五类行为之一即指，通过实施跨境投资和经贸合作的国家战略，提供跨境补贴，输出市场扭曲。

美欧在规制跨境补贴的问题上并不是孤立的，其背后是遏制中国经济发展模式的战略性布

〔3〕 Marc Benitah, *The WTO Law of Subsidies: A Comprehensive Approach*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, p. 605.

〔4〕 See *North Star Steel Ohio v. United States*, 17 Ct. Int'l Trade 459, 824 F. Supp. 1074 (1993).

〔5〕 See 19 United States Code § 1671 (b).

〔6〕 See 19 Code of Federal Regulation § 351.527.

〔7〕 See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, <http://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7e6593f8-aed3-11ea-bb7a-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on 2022-09-01. 事实上，“中埃玻璃纤维编织物案”不是个例。2022年，欧盟对产自印度和印度尼西亚的不锈钢冷轧钢板征收反补贴税，其中就包括中国在“一带一路”投资计划下给予这两个国家的补贴。See Commission Implementing Regulation (EU) 2022/433, <http://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b0aa95a-a4f6-11ec-83e1-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on 2022-09-01.

〔8〕 See European Commission, *White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies*, http://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf, last visited on 2022-09-01.

〔9〕 See European Commission, *Proposal for A Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, May 5, 2021, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cc992dbb-d142-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on 2022-09-01.

〔10〕 See *America Creating Opportunities to Meaningfully Promote Excellence in Technology and Science Act of 2022*, Div. K.

局。^[11] 在国际范围内，美欧等视中国与其不同的经济发展模式为原罪，并认为现有的以 WTO 为代表的多边经贸规则无法规制中国的许多做法，因此在 WTO 改革以及新一轮的区域贸易协定中均发起了特别针对中国的规则重构。^[12] 在 WTO 改革方面，美日欧三方从 2017 年开始连续发布了八份《美日欧三方贸易部长联合声明》（下称“美日欧联合声明”），^[13] 提出了“市场导向条件”标准。其具体设想是，通过市场导向条件标准判断一国的企业或行业是否存在非市场导向的政策和做法，一旦被认定存在非市场导向的情形，则据此适用特殊的产业补贴规则和国有企业规则等。^[14] 在区域贸易层面，以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（下称“CPTPP 协定”）为例，美国作为规则的主要制定者，强势推出了单独的国有企业章节，对跨境补贴进行明确的规制。^[15] 总体来看，美欧等在上述规则重构中将补贴与国有企业、竞争中立、投资安全审查等问题糅合在一起，在规则的创设上表现出“轻理论、重实用”的特点。

二、美欧约束跨境补贴的立法探索

跨境补贴的问题之所以变得复杂，在于美欧将这一本质上属于贸易救济领域的行为与国有企业，特别是中国国有企业在国际市场的所谓“不公平竞争”相挂钩，使得跨境补贴的规制路径从传统的贸易救济分别扩展到了国有企业规则和竞争中立规则。

（一）国有企业规制路径对跨境补贴的约束

国有企业规制路径目前主要体现在一些新型的区域贸易协定中。这类区域贸易协定增设了国有企业章节，该章节沿用了补贴与反补贴规则的基本思路，但在规则适用主体上更具针对性，同时扩大了调整范围，使得部分跨境补贴直接在国有企业章节下得到明确约束，迥异于“SCM 协定”的做法。下文以“CPTPP 协定”为例展开分析。

“CPTPP 协定”第 17 章（国有企业和指定垄断）针对国有企业建立了一套相对独立、完整的规则，其核心规则之一是非商业援助义务。根据第 17.1 条的规定，所谓非商业援助，是指国有企业凭借其政府所有权或控制权而获得的援助。具体分为两类：一是直接的资金转移或者间接的资金或债务转移，如赠予或债务免除、优于商业可获得条件的融资、不符合通常投资实践的投资。二是优于商业可获得条件而提供货物或服务，但一般性基础设施除外。在此定义基础上，第 17.6 条列出了三种类型的非商业援助：第一，缔约方向国有企业提供非商业援助，对另一缔约方的利益造成不利影响。第二，缔约方政府企业或国有企业对任何国有企业提供非商业援助，对另一缔约方的利益产生不利影响。第三，缔约方向另一缔约方境内的本国投资的国有企业直接或间接提供非商业援助，对另一缔约方的国内产业造成损害。上述第三种情形即为典型的跨境补贴。

[11] See Mark Wu, *The “Chin, Inc.” Challenge to Global Trade Governance*, 57 *Harvard International Law Journal* 261 (2016).

[12] 参见肖冰：《国际经贸规则改革的美国基调和道路选择》，《上海对外经贸大学学报》2021 年第 4 期，第 22 页。

[13] See *Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union*, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/ustr-archives/2007-2021-press-releases>, last visited on 2022-09-01.

[14] 参见刘明：《对 2017 年以来美日欧三方贸易部长联合声明的分析》，《国家治理》2019 年第 21 期，第 13 页以下。

[15] 美国最早在《跨太平洋伙伴关系协定》（下称“TPP 协定”）中推出了国有企业专章，之后退出该协定。在日本的努力下，“TPP 协定”经由一些技术处理后变为“CPTPP 协定”，其中的国有企业专章得以全部保留并生效。可以说，“CPTPP 协定”中的国有企业规则主要还是体现了美国的战略意图和规则设计。

1. 立法逻辑上的国有企业针对性

在立法逻辑上，“CPTPP 协定”表现出很强的国有企业针对性。一般意义上的跨境补贴，不论是补贴的提供者还是接受者，并不强调其身份的所有制差别，只强调二者存在地理上的分离。而第 17.6 条所列举的跨境补贴限于一缔约方政府对其通过海外投资而设立于另一缔约方境内的国有企业提供非商业援助的情形，将跨境补贴的接受者明确限于国有企业，使得国有企业仅因其身份本身就要受到不同于其他类型主体的差别待遇。该规定的理论基础是“竞争中立政策”。然而，作为竞争中立政策的首倡者，澳大利亚所奉行的竞争中立要求政府对不同所有制企业的竞争保持“中立”，防止给予特定市场主体竞争优势，从而损害资源配置效率。^[16] 在此之后，经济合作与发展组织（OECD）将竞争中立扩展到更广泛的领域，认为市场经济中没有任何一个实体可以享有不正当的竞争优势。^[17] OECD 的研究报告多次强调，竞争中立可以被理解作为一种法律和管制环境，在这种环境下的各种企业，无论是公共的还是私有的，都面对相同的规则体系，政府不应据此享受不公平的竞争优势。^[18] 换言之，任何享有不公平竞争优势的情形（不论是否是国有企业），都违背“竞争中立”。其重点关注的是国有企业的限制竞争行为，而非国有企业本身。因此，真正的竞争中立政策并不是对特定的所有制企业的“偏见”。而“CPTPP 协定”关于跨境补贴的国有企业规制路径，在立法逻辑上偏离了真正的竞争中立，表现出所有制歧视的本质。

2. 认定标准的降低

在认定标准方面，“CPTPP 协定”沿用“SCM 协定”关于补贴认定的基本构成要件，但要求大为降低，主要体现在如下几个方面：

（1）在补贴提供者的认定上，舍弃了必须先将国有企业认定为公共机构的要求。按照“SCM 协定”第 1 条第 1 款（a）（1）的规定，补贴需由政府或公共机构提供。因此，对于国有企业提供的补贴，首先必须证明该国有企业构成公共机构。对此，WTO 早期的司法实践奉行所有权或控制权标准。例如，在韩国影响商用船舶贸易措施案中，^[19] 专家组表示，认定某一实体为公共机构的标准是，该实体为政府所控制。对于何为政府控制，专家组采用了多因素判断标准，包括政府是否拥有该实体的所有权、能否任免该实体的管理层、能否对该实体的经营活动发布指令等。按照多因素政府控制标准，国有企业很容易被认定为公共机构。因此，该标准对私有经济为主的发达国家更有利。在美国对部分中国产品征收反倾销与反补贴税案（下称“双反措施案”）中，^[20] 专家组仍然采用所有权或控制权标准来判断政府控制，但上诉机构支持了中国提出的“政府职权标准”，认为公共机构必须是“拥有、行使或被赋予政府权力的实体”。按照这一标准，国有企业被认定为公共机构的证明要求就提高了。政府职权标准

[16] See Australian Government, *Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement*, 1996, <http://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/cnps.pdf>, last visited on 2022-09-01.

[17] 参见经济合作与发展组织（OECD）：《竞争中立：经合组织建议、指引与最佳实践纲要》，谢晖译，经济科学出版社 2015 年版，第 6 页。

[18] See OECD, *Competitive Neutrality: Maintaining A Level Playing Field between Public and Private Business*, 2012, <http://www.oecd.org/daf>, last visited on 2022-09-01.

[19] See Korea-Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, WT/DS273/R.

[20] See United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/R, WT/DS379/AB/R.

自美国“双反措施案”后，经过WTO上诉机构的多次适用，已被正式确立。^[21]然而，在之后中国发起的美国对部分中国产品征收反补贴税案的执行案中，^[22]上诉机构赞同美国提出的宽泛的政府职能，在很大程度上认可了“有意义的控制”可以成为判定相关国有企业行使了政府职权的证据。这样，两个标准在某种程度上被捆绑在了一起。概言之，对于国有企业是否构成公共机构的问题，在WTO的反补贴实践中极富争议。美国认为，WTO体系灵活有余但规范性不足，大大削弱了其规制中国国有企业不正当竞争行为的效力。^[23]因此，在“CPTPP协定”有关非商业援助的认定中，美国直接略去了公共机构这一“跳板”。

(2) 为更有效地约束国有企业，使其不论作为补贴提供者抑或接受者，都能快速得到认定，“CPTPP协定”进一步在国有企业定义中明确采用了所有权或控制权理论，同时给出了可量化的标准，以确定政府对企业的所有权或控制权。按照第17.1条的定义，国有企业指主要从事商业活动的企业，缔约方在该企业中：(a) 直接拥有超过50%的股本；(b) 通过所有权益，控制超过50%的投票权的行使；或(c) 有权任命董事会或其他类似管理机构的大多数成员。相比其他主要区域贸易协定中的国有企业定义，“CPTPP协定”对所有权或控制权的判断标准更倾向于增强明确性，舍弃灵活性。可以说，美国以一定程度上缩小国有企业范围为代价，获得降低举证责任的好处，进而简化相关的认定程序。

(3) 在补贴的构成要件中，舍弃了“SCM协定”第1条第1款(b)中有关补贴必须“因此而授予一项利益”这一构成要件。然而，WTO的争端解决实践已经多次明确，利益是一项独立于“财政资助”的构成要件。^[24]财政资助是政府补贴的具体行为，利益是这一行为最终达到的结果和影响。财政资助可能不会给接受主体带来利益，也可能产生大于财政资助的利益。因此，利益作为一项构成要件，是认定补贴时必须证明的。^[25]利益的认定还与可征收的反补贴税有关。按照“SCM协定”第14条和第19条的规定，补贴数额是征收反补贴税的上限，而补贴数额应按照所获利益进行计算。此外，利益的认定还涉及利益的传递问题，包括私有化过程中的利益传递、上下游企业间的利益传递等。一旦删除授予利益的构成要件，则跨境补贴的认定及后续的救济限制都将被大大放松。

3. 审查标准的双重性

在审查标准方面，国有企业规制路径叠加适用了双重标准。作为启动该规制路径的前端控制，“CPTPP协定”首先按照国有企业的认定标准进行主体资格审查。如果接受跨境补贴的主体不构成国有企业，则不启用该规制路径。通过前端的主体资格审查之后，后端的审查标准依然沿袭了贸易救济路径下的损害标准，但同样作了一定程度的放松。具体而言，第三种非商业援助（跨境补贴）的证明要求为“对另一缔约方的国内产业造成损害”。^[26]虽然“CPTPP协

[21] 参见胡建国、刘柒：《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》，《法学》2019年第10期，第62页。

[22] See United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China (Recourse to Article 21.5), WT/DS437/RW.

[23] 参见徐昕：《CPTPP国企章节的主体适用范围及对中国的影响和应对研究》，《国际经济法学刊》2022年第2期，第14页。

[24] See Brazil-Export Financing Program for Aircraft, WT/DS46/R (下称“巴西飞机案”)；Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/R (下称“加拿大飞机案”)；United States Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/R.

[25] 参见毛真真：《国有企业补贴国际规则对比研究——从传统补贴规则到非商业支持规则》，《河北法学》2017年第5期，第158页。

[26] 韩立余：《TPP国有企业规则及其影响》，《国家行政学院学报》2016年第1期，第85页。

定”第17.6条第3款脚注19对何为国内产业作出了界定，但对更为重要的“同类产品”则未有提及。由于“CPTPP协定”将跨境补贴限定在货物贸易领域，而货物贸易的落脚点必然是产品。只有明确何为同类产品之后，才可进一步确定生产和销售同类产品的企业是否构成国内产业。因此，缺少同类产品的明确界定，将降低对跨境补贴的认定要求。

除了“CPTPP协定”，目前美国对外签订的诸多区域和双边自由贸易协定中都有类似条款。例如，2020年7月1日生效的《美国—墨西哥—加拿大协定》第22章就包含了与“CPTPP协定”几乎完全一致的国有企业章节。综合以上分析可知，在跨境补贴的问题上，美国倾向于从国有企业这一主体维度入手，将本身是一个在各种主体类型间都可能发生的特殊补贴类型直接与国有企业挂钩，同时在具体规则上针对之前与中国的争端解决实践作了极有针对性的简化和放松，充分展现了其为中国量身定做的特点。

（二）竞争中立规制路径对跨境补贴的约束

竞争中立规制路径主要体现在美欧等国（域）内法的探索。虽然通过区域或双边贸易协定加以规制的路径具有更强的规则引领性，但其只能约束缔约方，并且在该路径下，只有缔约方政府享有救济权。相比之下，国（域）内法的规制路径虽在规则的引领性上略弱，但其可以针对所有其他国家或地区的跨境补贴行为，并且受影响的国内产业可直接提出申诉，适用更为简便。下文以欧盟“外国补贴条例草案”为例展开分析。

按照“外国补贴条例草案”第2条（1）的规定，外国补贴是指“第三国提供财政资助，授予在欧盟内部市场从事经济活动的企业以利益，并且该项财政资助在法律上或事实上限于单个企业或产业或者几个企业或产业”。从构成要件来看，此处的外国补贴包含了跨境补贴，但补贴利益的接受者限定于欧盟境内。具体又包括两种情形：一种是外国补贴提供给欧盟境外的企业，包括提供方本国企业，但最终使欧盟境内的企业获益。另一种是外国补贴直接提供给欧盟境内的企业并使该企业获益。从适用范围来看，“外国补贴条例草案”采用了“经济活动”这一涵义极为广泛的术语。因此，其调整的外国补贴不限于货物贸易。这既表明了欧盟扩展规制的意图，但也在很大程度上加大了适用难度。

1. 体现竞争法的理念

在立法逻辑上，“外国补贴条例草案”虽使用外国补贴的表述，但其制定是为回应欧盟议会在2020年2月关于竞争政策的报告中的呼吁，即研究新的方案作为欧盟竞争法的补充，以调整具有扭曲性的外国补贴。^[27] 欧盟委员会在解释其为何制定该草案的解释性备忘录中表示，草案旨在确保欧盟内部市场不受具有扭曲性的外国补贴影响，从而构建公平竞争的良好环境。^[28] 概言之，欧盟希望在竞争法的体系下规制外国补贴，并将其内化于欧盟法中。在草案制定过程中，欧盟内部达成共识，认为外国补贴在很大程度上类似于欧盟成员国提供的“国家援助”，仅在提供者是否属于欧盟成员国上有所区别。^[29] 国家援助是欧盟特有的一个概念，包括补贴

[27] See European Parliament, *Report on Competition Policy-Annual Report 2019*, Feb. 25, 2020, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0022_En.pdf, last visited on 2022-09-01.

[28] See European Commission, *Explanatory Memorandum of the Proposal for A Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, May 5, 2021, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cc992dbb-d142-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on 2022-09-01.

[29] 同上。

以及其他形式的援助，均在竞争法体系下加以约束。^[30] 考虑到两者的类似性，“外国补贴条例草案”的立法框架参照国家援助规则来构建。因此，欧盟在规制包括跨境补贴在内的外国补贴时，从一开始就是在竞争法的理念下展开的。

2. 放宽认定标准

在外国补贴的认定上，“外国补贴条例草案”沿用传统的补贴要素，但表现出放宽解释的倾向，对中国国有企业具有较强的针对性。

(1) 关于补贴提供者，根据“外国补贴条例草案”第2条(2)(b)的规定，第三国不仅包括中央政府和其他各级地方政府，还包括外国公共机构以及行为可归因于第三国的任何私人实体。较之“SCM协定”，该草案的门槛显然降低了：其一，私人实体也可以成为补贴提供者，只要其行为可归因于政府。其二，放宽了对公共机构的认定要求。在上款规定中，公共机构指“提供财政资助的公共实体。考虑到该实体的特征及其经营所在国的现行法律和经济环境，包括政府在经济中的作用等因素，其行为可归于第三国”。与前述WTO争端解决实践中对于公共机构采用的所有权或控制权标准以及政府职权标准相比，草案的归因原则更易满足。这也是欧盟虑及此前涉及中国国有企业是否能被认定为公共机构的大量争议而作出的针对性设计。

(2) 关于利益的认定，不同于“CPTPP协定”直接予以舍弃的做法，“外国补贴条例草案”仍然提及了这一要素，但较之“SCM协定”予以放宽：其一，第2条没有明确规定利益的计算方法，只概括地提到应在可比较的基准上进行认定。如果没有可比较的基准，则可将现有基准作适当调整后采用，或直接选用替代基准。在已有涉及中国的补贴争端案件中，利益的比较基准是另一个争议焦点。^[31] 该草案此次明确了美欧等在过往实践中的做法，即中国等非市场经济国家的国内市场不构成恰当的比较基准。这给欧盟操纵利益数额的认定提供了空间。其二，第14条“不予合作”条款引入不利事实推定，“如果有关经营者，包括受国家直接或间接控制的公共企业，未能提供必要的信息以确定财政资助是否带来利益，则该企业可被视为获得了该利益”。通过利益推定原则，获得“利益”的证明要求大大降低了。

(3) 关于因果关系的认定，“外国补贴条例草案”放弃了传统反补贴法所要求的对国内产业造成损害的标准，在第3条引入了竞争法上市场扭曲的概念。市场扭曲是一个相当宽泛的概念，按照该草案第4条的规定，只要一项外国补贴提高了某个在欧盟内部市场从事经营活动的主体的竞争地位，并且在此过程中对欧盟内部市场的竞争状况具有不利影响，就构成市场扭曲。然而，用以判断市场扭曲的因素，包括补贴的数额、补贴的性质、行业和市场的状况、企业在欧盟内部市场从事经济活动的状况、补贴的目的和条件等，都缺乏明确的标准，导致市场扭曲的判断具有不可控性。

3. 偏离事后调查模式

在审查程序上，“外国补贴条例草案”偏离了贸易救济的事后调查模式，针对外国补贴采取了积极的事前监管，进一步体现了竞争中立规则的特点。^[32] 根据该草案第3章和第4章的规定，针对外国补贴的审查程序包括常规审查、经营者集中的强制申报和审查、公共采购的强

[30] 欧盟的国家援助规则体系除了包括《欧盟运行条约》第107-109条外，还包括大量的次级法律和“软法”，其明确了国家援助的具体内容。

[31] 参见张斌：《对华反补贴外部基准：十年案件的统计与比较》，《国际贸易问题》2014年第8期，第90页。

[32] 参见徐明妍：《欧盟竞争政策的重大变革：规制外国补贴》，《竞争政策研究》2021年第5期，第49页。

制申报和审查。后两种审查程序都属于事前审查。事前审查除了增加企业的合规成本外，还增加了交易的周期和不确定性，提高了外国国有企业在欧盟开展经营的商业风险。

综上所述，“补贴+国有企业”规制路径针对特定主体而设，展现了规则上更强的进攻性，但对传统的反补贴规则的依赖度更高。“补贴+竞争规则”规制路径强调对内部市场竞争环境的维护，展现了更强的防御性，但在更大程度上偏离了传统的反补贴规则。其共同特点是强烈的实用主义色彩、鲜明的中国针对性以及对跨境补贴的明确约束。

三、贸易救济路径下跨境补贴的有限约束

美欧针对跨境补贴的规制具有极强的战略性和针对性，国有企业海外投资引发的跨境补贴问题或呈规则调整范围愈广、标准愈严的趋势。需要思考的是，是否可以超越现有的贸易救济路径，叠加、增补立法基础和立法逻辑完全不同的规则，拓展“补贴+”的规制路径。

（一）“补贴+”路径的体系缺陷

跨境补贴发生于国际贸易和国际投资日益交融的背景下，并与美欧试图打压中国以国有企业为主体之经济发展模式的战略相竞合。可以说，跨境补贴是一个捆绑了多重要素的“聚合体”。但在本质上，跨境补贴仍然属于补贴，可由传统的反补贴贸易救济规则加以矫正。事实上，“补贴+”路径并没有创设一套完整的规则，而是大量依赖于现有的补贴规则，其无法脱离贸易救济路径而独立完成对跨境补贴的规制。此外，“补贴+”路径仅简单地援引补贴的相关概念，在很多问题上缺失完整的制度性条款（如反补贴的程序条款、争端解决条款等），以及统一和稳定解释的判例支持，其完整性大为降低。而“SCM协定”在长期的适用实践中，几乎每个术语、每个条款都经过了大量争议，很多重要概念在争端解决过程中得到澄清和明确。

相比贸易救济的规制路径，“补贴+”的规制路径无法整合不同规则之间的理论基础，表现出逻辑体系的不自洽，并给规则的实际适用带来诸多不确定性。以欧盟的“外国补贴条例草案”为例，表面来看，其规定的反补贴审查区别于“SCM协定”中的反补贴措施，且欧盟委员会不得对其中的货物贸易采取反补贴审查，^[33]但在实践中，一个市场经营者很可能既向欧盟出口货物，同时又在欧盟境内开展投资和经营。此种情况下，针对相同主体的不同行为，可以同时启动反补贴调查和反补贴审查，这就很难避免规则竞合导致的多重执法问题。进一步地，由于“外国补贴条例草案”和“SCM协定”在公共机构的认定上存在较大差异，某一国有企业是否构成公共机构的认定在不同的调查程序下可能会有不同的结论，引起规则适用上的潜在冲突。此外，“外国补贴条例草案”大量借用了竞争法、投资法的相关内容，如经营者集中的审查制度就与反垄断法的内容高度重合。在外资安全审查制度方面，《外国直接投资审查框架条例》规定，在审查外国投资是否影响欧盟及其成员国安全或公共秩序时，可以特别考虑投资者是否因所有权结构、重大资助等直接或间接地受到外国政府控制。^[34]“外国补贴条例草案”则采用市场扭曲标准来判断外国补贴带来的不利影响，而该标准具有较大弹性，理论上可以解释为包含影响国家安全或公共秩序的情形。因此，这种情况同样产生了规则竞合。但草案第40条仅简单地规定，其不影响反垄断法、国家援助制度、反补贴法、外国直接投资

[33] 参见“外国补贴条例草案”第40条（7）。

[34] See Establishing A Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, Art. 4 (2).

法的适用,未能对不同法律之间的竞合问题给出明确的处理意见。

(二) 有限约束原则与跨境补贴的规制

事实上,简单地将不同立法逻辑的规则进行任意组合,并不能有效地应对复杂的补贴问题,反而会产生更多的法律问题。在选择规制路径之前,首先需明确跨境补贴到底应受到何种程度的约束。跨境补贴本质上属于补贴,这一点也可以从美欧探索的新路径始终以反补贴规则为基础得到验证。因此,跨境补贴规制路径的选择不能脱离其性质。

在国际贸易中,补贴本身属于成员方主权范围。然而,随着 GATT/WTO 逐步在全球范围内确立自由贸易体制,各成员方意识到,补贴的使用可能会损害自由贸易。但考虑到补贴政策本身之于国家自主发展战略的重要性,各方亦承认,仅应针对那些对其他缔约方利益造成严重损害的补贴加以国际法上的约束。例如,作为首个规范补贴问题的多边规则,GATT 第 16 条仅规定,缔约方应通告对贸易有影响的补贴,并且在此等补贴对其他缔约方造成严重损害时,应准备讨论对此种补贴作出限制。^[35]时至今日,尽管针对补贴的贸易救济规则不断发展和完善,但仅应依照有限约束的原则规制补贴,始终是各方平衡产业政策和自由贸易后的理论共识及实践选择。

较之传统补贴,跨境补贴所展现出的特点并未赋予其突破有限约束原则的特殊性。其一,跨境补贴的提供者和接受者不在相同成员方境内。跨境补贴本身是自由贸易发展到特定阶段的产物,没有自由贸易的发展,就不可能产生跨境补贴。因此,“跨境”这一特点是与自由贸易紧密相连的,而自由贸易是多边经贸规则体系的基石。换言之,“跨境”这一要素并未使跨境补贴与传统补贴在行为方式和损害后果上有所差异。故此,对跨境补贴的约束程度理应与传统补贴保持一致,不应有所加重。其二,跨境补贴更多地与海外投资联系在一起。海外投资是促进东道国经济发展的重要手段,也是提供跨国经济援助的重要载体。中国的“一带一路”倡议对于沿线国来说,不仅带来了大量的就业机会和税收收入,同时使其获得了巨额的基础建设资金。^[36]因此,约束补贴的纪律应根据补贴的类型和目的加以区分。那些对全球共同利益具有消极影响的补贴、对贸易具有极大扭曲作用的补贴,显然应该比那些促进发展或解决环境问题的补贴受到更强的纪律约束。^[37]纠正补贴之贸易扭曲效应的目标和促进发展之目标在约束跨境补贴的问题时应始终保持适当的平衡,这是规则制定者应该铭记的。

(三) 贸易救济路径下有限约束原则的体现

较之美欧探索的“补贴+”路径,贸易救济路径可以用更清晰的话语体系、更成熟的救济措施约束跨境补贴,规则适用亦有可预见性。重要的是,其通过兼顾各项利益平衡,更好地匹配了有限约束的规制理念。

1. 自由贸易与公平贸易的平衡

如前所述,尽管贸易救济以维护公平贸易为核心任务和首要目标,^[38]但其自始至终都是在自由贸易的大背景下运转的。贸易救济脱胎于自由贸易,对不公平贸易的救济最终也是为了

[35] See GATT 1947, Art. XVI:1.

[36] See Viva Laos Vegas, *South-East Asia is Sprouting Chinese Enclaves*, in *The Economist*, Jan. 30, 2020.

[37] See Gary Horlick & Clarke, *Rethinking Subsidy Disciplines for the Future: Policy Options for Reform*, 20 (3) *Journal of International Economic Law* 673, 695 (2017).

[38] 参见宫仁海:《论贸易救济法与竞争法的冲突和协调——以区域贸易制度安排为视角》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 28 页。

保障自由贸易。在这一前提下,我们看到,“SCM协定”中有关补贴的纪律有效避免了对不公平贸易的过度救济,防止侵蚀自由贸易的基石。

其一,为了防止贸易救济过分扭曲自由贸易,“SCM协定”第3条明确规定,只有直接扭曲国际贸易的出口补贴和进口替代补贴才是明令禁止的,其他补贴则只有属于专向性并且损害了其他成员方的利益时,才是可申诉的。在文本上,第8条还明确规定,1999年12月31日之前,科研类、援助类、环保类补贴为不可申诉补贴。补贴分类背后的立法逻辑,正如专家组在诸多案件中反复表述的,“SCM协定”的目标和宗旨并不在于约束所有类型的补贴,而只限于约束该协定定义范围内的补贴,包括该定义中对利益接受者和专向性的界定。^[39]

其二,为防止反补贴措施的滥用,“SCM协定”对反补贴调查规定了严格的条件和程序。在补贴的认定上,区分禁止性补贴与可申诉补贴规定了不同的构成要件,并且明确限定了禁止性补贴的具体类型,尤其对其中的出口补贴列出了穷尽的清单。在损害的认定上,要求补贴只有使国内产业遭受实质损害、实质损害威胁或实质阻碍国内产业新建的情况下方可实施,并使用大量的条款详细规定三种不同类型损害的具体认定标准。在因果关系的认定上,同样给出了客观的判断标准,包括损害非归因于补贴的论证要求。正如上诉机构在美国“双反措施案”中所述,“‘SCM协定’反映了寻求对补贴的使用施加更多纪律的成员和寻求对反补贴措施的使用施加更多纪律的成员之间的微妙平衡”。^[40]

其三,为避免贸易救济对外国产品的进口造成过分阻碍,“SCM协定”对反补贴措施也作了诸多纪律性要求,包括:(1)采用关税作为贸易救济措施的主要形式,一般不允许采用数量限制措施。(2)鼓励更低税原则。反补贴税不一定要等于补贴额,如果更低的税款足以消除补贴带来的不利影响,则尽量采用更低税原则。(3)贸易救济措施需遵守定期复审和日落复审规则。一旦主管机关在复审后认定,造成国内产业损害的原因不再存在且不大可能再度发生时,即应终止相关的贸易救济措施。

在贸易救济路径下,正是受制于上述维护利益平衡的条款设计,跨境补贴将在有限的范围内被约束。这种有限的约束又反过来支持了利益平衡,并确保不会动摇、损害自由贸易的根基。与之相反,美欧所探索的“补贴+”路径通过扩大调整对象、放松认定标准、加重审查义务、扩充审查机关的自由裁量权等,使得整套规则体系过分倾向于不公平贸易的救济,忽略了自由贸易的维护和保障。

2. 所有制中性原则的贯彻

贸易救济路径坚持了所有制中性原则,有效避免了针对国有企业的歧视性规制。不可否认,较之GATT/WTO立制之初,国有企业在全球经贸舞台上的参与度和影响力已有了巨大的发展。然而,这种发展本身并不足以导致其受到规则上的差别对待。

其一,所有制中性立场的选择源自国际法上国家(地区)的经济自主权原则。在GATT/WTO立制初期,立法者达成的普遍共识是:企业的资本形式以及国有企业是否保留或废除,这是一国国内政策的选择。国际法要想保持自身的效力,不能也不该对此置喙。^[41]换言之,

[39] 参见前引[24],“巴西飞机案”和“加拿大飞机案”;United States-Measures Treating Export Restraints as Subsidies, WT/DS194/R.

[40] 前引[20],“双反措施案”。

[41] See Minwoo Kim, *Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 58 *Harvard International Law Journal* 229-234 (2017).

GATT/WTO 关注的是企业行为及其导致的结果，而非企业的身份。因此，不论国有企业规模大小，也不论其在国内还是国际经贸领域开展业务，均不会仅因国有企业的身份而受到约束，只会由于其行为限制了自由贸易、引发不公平的竞争等才会受到规制。

其二，所有制中性立场的选择还源自国际社会的现实。GATT/WTO 各成员方的政治经济体制、发展起点、发展阶段以及政策路线偏好各不相同，这意味着针对特定企业类型的规则带给不同成员方的效果是不一样的。例如，被发达国家奉为圭臬的市场经济发展模式，对于许多不发达国家而言并不是一个可行的选项，因为在这些国家中，商品市场、服务市场和劳动力市场都非常低效。因此，在殖民主义结束后的几十年里，包括拉丁美洲、亚洲和非洲在内的许多国家都选择通过政府而不是市场来发展经济。^[42] 在这种情况下，要求这类国家和发达国家接受相同的国有企业规则，既不公平，也不正当。

GATT/WTO 坚持的所有制中性原则拥有坚实的立制基础，并且足以包容国有企业在当下的迅猛发展。秉承这一原则，贸易救济路径得以平等地对待国有企业和其他类型的企业，有效避免单独为国有企业引发的跨境补贴问题制定规则，不恰当地扩大对跨境补贴的有限约束。

3. 公平贸易与经济平衡

在 GATT/WTO 的反补贴立法史上，各方始终认可补贴政策之于发展中国家的特殊重要性。缺乏补贴政策，发展中国家的产业很可能无法发展，进而无法参与全球化市场的自由竞争，这反而对自由贸易不利。有鉴于此，在 1962 年修正 GATT 第 16 条时，缔约方被要求不得对非初级产品提供出口补贴，但发展中国家不适用于该项禁令。^[43] “SCM 协定”第八部分（发展中国家）更是明确表达了补贴之于发展的作用，以及多边纪律对此应持有的包容立场。其中，第 27 条第 1 款规定：“各成员方认识到，补贴可在发展中国家成员方的经济发展计划中发挥重要作用。”该条其他款项从提供过渡期、加重申诉方举证责任、提高损害认定标准、放宽终止调查的标准等方面，给予发展中国家纪律上的宽宥，为跨境补贴仅在有限范围内受到约束提供了坚实的制度保障。

综上所述，贸易救济路径以在自由贸易的框架下矫正有失公平的政府干预行为为核心属性和功能定位，在价值取向上具有普适性，同时具有所有制中性的优点，限制范围取决于补贴对国际贸易的扭曲程度，在约束跨境补贴问题时具有体例上的完整性和逻辑上的张力。

四、现行贸易救济规则对跨境补贴的约束

贸易救济路径下的补贴与反补贴规则集中规定在“SCM 协定”中，但该协定的文本中并没有跨境补贴这一概念。因此，要想确定跨境补贴能否被“SCM 协定”所涵盖，应对照补贴的定义加以判断。补贴的基础定义规定在第 1 条第 1 款中，即由一成员方政府或公共机构提供财政资助并使接受者获益的行为。禁止性补贴只需符合补贴的基础定义，但补贴类型限于第 3 条所描述的出口补贴或进口替代补贴。可申诉补贴除了符合基础定义外，还需符合第 2 条“专向性”的规定。这就导致两种补贴类型对跨境补贴表现出不同的包容度。

[42] 参见经济合作与发展组织（OECD）编著：《国家发展进程中的国企角色》，贾涛译，中信出版社 2016 年版，第 1 页以下。

[43] See GATT 1947 (as amended), Art. XVI:1.

（一）禁止性补贴可涵盖跨境补贴

从补贴的基础定义可知，禁止性补贴的三项构成要件是：补贴提供者需为政府或公共机构、补贴本身为一项财政资助以及补贴的后果是据此授予一项利益。其中，与判断跨境补贴能否被涵盖相关的规定为，补贴需为“在一成员方（本协定中称‘政府’）领土内，存在由政府或任何公共机构提供的财政资助”。^[44]此处，“在一成员方领土内”这一限定语是否要求补贴的提供者（政府或公共机构）及其提供的财政资助（补贴）均需在同一成员方境内，需要解释。在美国“双反措施案”中，专家组认为，这一限定词仅修饰政府或公共机构，不修饰财政资助，故并不能用来限定补贴接受者的地理位置。因为在英文版本中，该限定词直接跟在“政府或公共机构”之后，中间并无逗号。并且，由于在“成员方”之后插入了一个括号，表明成员方是用政府来指称的。这就进一步明确了，“在一成员方领土内”是指该成员方领土内的政府或公共机构。^[45]在此之后，又有若干个案件支持了这一观点。^[46]

总体来看，WTO的争端解决实践倾向于认为，“SCM协定”第1条第1款（a）（1）只是要求补贴的提供方需处于一成员方境内，对于补贴接受者的地理位置并未作出限制，两者处于不同成员方境内是为该规定所包容的。据此，如果一项跨境补贴在补贴类型上归属于禁止性补贴，则可由“SCM协定”所提供的贸易救济路径予以规制。

（二）可申诉补贴涵盖跨境补贴的文本障碍和实践突破

与禁止性补贴不同，可申诉补贴除了满足前述三项构成要件外，还需满足“SCM协定”第2条第1款规定的“专向性”要件，即补贴应提供给“授予机关管辖范围内”的企业或产业。由于此处的“授予机关管辖范围内”直接修饰的是补贴接受者，因此，该术语的理解决定了补贴接受者所在的地理位置。在“外贸公司销售法案”中，美国在解释税收补贴时，认为第2条的授予机关管辖权是指相关成员方的税收管辖权，专家组对此表示认可。^[47]这也符合国际法上的一般理解。如在法国诉土耳其荷花号案中，^[48]国际法院认为，一国的管辖权必然是与其领土相关的，其无法在领土范围之外行使管辖权。“SCM协定”的立法史也支持这一解释。在1990年11月6日关于补贴和反补贴措施的谈判小组会议上，曾有与会方提议，明确规定专向性只存在于缔约方的领土内。^[49]《体现乌拉圭回合谈判成果最终法案文本草案》第2条第1款据此作了修订，规定一项补贴要具有专向性，必须是提供给补贴国领土范围内的企业。^[50]但此后加拿大提出，如果作出这样的修订，再结合第2条第2款，那么任何由一成员方地方政府提供的财政资助都会具有专向性，即便其是在该地方政府管辖范围内按照客观标准普遍可得的。^[51]为了避免这样的误解，最终“SCM协定”采用了“授予机关管辖范围内”的措辞。

[44] Agreement on Subsidies and Countervailing Measures 1.1 (a) (1): there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”).

[45] 参见前引〔20〕，“双反措施案”。

[46] See United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Article 21.5), WT/DS108/RW (下称“外贸公司销售法案”)；前引〔24〕，“巴西飞机案”。

[47] 同上引“外贸公司销售法案”。

[48] See *S. S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P. C. I. J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

[49] See Group of Negotiations on Goods, *Draft Text by the Chairman*, MNT/GNG/NG10/W/38/Rev. 3, Nov. 6, 1990.

[50] See Trade Negotiations Committee, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, MTN. TNC/W/FA, Dec. 20, 1991.

[51] See Trade Negotiations Committee, *Trade Negotiations Committee: Thirty-Third Meeting*, MTN. TNC/37, Nov. 29, 1993.

通过以上分析可以看出,谈判史和司法实践均倾向于认为,“SCM 协定”第 2 条第 1 款中“授予机关管辖范围内”是指补贴提供方领土范围内,即补贴的接受者应和提供者处于相同的成员方境内。按照这样的解释,可申诉补贴无法包容跨境补贴。然而,欧盟在反补贴实践中对“SCM 协定”的如上限制发起了挑战。在“中埃玻璃纤维编织物案”中,埃及巨石和埃及恒石两家公司由母公司中国巨石和中国恒石依据埃及法设立,而后两者的母公司为中国建材集团,其为中国国资委控股的国有企业。申诉方指控埃及这两家公司得到中国多家国有金融机构的优惠性贷款,并获得来自中国的股本支持,包括中国建材集团的注资行为。鉴于埃及两家公司生产的玻璃纤维编织物对欧盟市场上同类产品所属的产业造成了严重损害,欧盟境内的生产商请求反补贴救济。欧盟委员会认定相关的跨境补贴为符合条件的可申诉补贴,并据此采取了反补贴措施。^[52]

对于欧盟而言,本案所涉产品的原产国或出口国是埃及,而补贴的提供者为中国政府或公共机构。按照《欧盟反补贴基本条例》第 2 条和第 3 条,一项补贴仅在“经由政府在原产国或出口国境内提供财政资助”的情况下才予以认定,而政府是指原产国或出口国境内的政府或公共机构。将这些条款放在一起解读,则提供财政资助的政府或公共机构以及财政资助这两者均须处于产品原产国或出口国境内。面对立法上的限制,欧盟委员会借用了联合国国际法委员会《国家责任条款草案》第 11 条的归责原则,认定即使某些行为或措施并非由一国直接实施,但如果该国承认和当作其本身的行为,依国际法应视为该国的行为。在本案中,欧盟委员会依据调查的证据,^[53]认为埃及的历任总统知晓“一带一路”倡议涉及中国提供的优惠性贷款融资,因而埃及政府与中国政府签署设立开发苏伊士运河经济贸易区的行为表明,其对中国政府的支持措施是承认并接受的,且将这些优惠措施作为自己的政策加以实施。在此基础上,欧盟委员会最终完成补贴提供者和接受者处于相同成员方境内的论证。^[54]

欧盟借用国家行为归责原则,将跨境补贴转为普通的国内补贴,拓展了贸易救济路径对跨境补贴的约束。从法理上分析,这一做法存在如下问题:其一,《国家责任条款草案》与“SCM 协定”并无从属关系,即便其作为国际习惯法,也仅应在“SCM 协定”规定模糊时援引,以对相关概念或条款进行解释,并不能作为补充规定直接适用。然而,“SCM 协定”的条文对此并无模糊之处。^[55]其二,《国家责任条款草案》的适用对象是“国际不法行为”,而“SCM 协定”并未在整体上认定补贴为非法行为。^[56]除了禁止性补贴,所有的可申诉补贴只在其对其他成员方国内产业造成损害时才可被救济。^[57]欧盟的做法相当于推定所有补贴都是非法行为,这与“SCM 协定”对于补贴的定性不符。其三,按照《国家责任条款草案》第 11

[52] 参见前引〔7〕,“中埃玻璃纤维编织物案”。

[53] 这些证据包括:苏伊士运河项目于 1997 年启动;埃及政府配合中国对埃及巨石和埃及恒石两家公司的扶持政策;埃及时任总统莫西于 2012 年 8 月访华期间曾表示欢迎中国企业投资;埃及计划部在 2013 年 11 月也认为,由中国提供支持的苏伊士运河经济带和贸易区对促进埃及的产业升级起了重要作用;2014 年 12 月,现任总统赛西表示,共建“一带一路”为埃及的经济复苏提供重要机遇,埃及准备积极参与并予以协助支持。

[54] 参见前引〔7〕,“中埃玻璃纤维编织物案”。

[55] See Simon J. Evenett, Juhı Dion Sud & Edwin Vermulst, *The European Union's New Move against China Countervailing Chinese Outward Foreign Direct Investment*, 15 (9) *Global Trade and Customs Journal* 413 - 420 (2020).

[56] See Jan Yves Remy, *The Application of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in the WTO Regime*, <http://www.ejiltalk.org/the-application-of-the-articles-on-responsibility-of-states-for-internationally-wrongful-acts-in-the-wto-regime/>, last visited on 2022-09-01.

[57] 参见〔比〕彼得·范德博思、单文华:《世界贸易组织法原理》下册,尚宽、贺艳译,法律出版社 2020 年版,第 839 页。

条的规定, 只有在一国将其他国家的行为“承认并当作”其本身行为的情况下, 才可作出归因的推断。然而, 所谓的“承认并当作”要求的不仅是对事实情况的一般承认, 还包括国家对有关行为进行确认并使其成为自己的行为。当东道国仅仅表明期待、欢迎、知悉外国投资时, 远远不足以构成第11条的适用标准。^[58]此外, “SCM协定”本身也没有规定, 在一成员方政府积极寻求并接受来自另一成员方政府的财政资助的情形下, 该财政资助可以视为由前者提供。因此, 引入国家行为归责原则不符合“SCM协定”的立法原义。综上所述, 跨境补贴中补贴提供国与海外投资企业所在国之间的关系完全无法借用国家行为归责原则进行分析。

五、贸易救济路径下跨境补贴的规制完善

以“SCM协定”为代表的反补贴规则未在文本上对跨境补贴作出明确规定, 结合该定义的文本解读、谈判史和争端解决的司法实践, 一项跨境补贴如果属于禁止性补贴, 则可以受到规制, 而可申诉补贴受“专向性”证明条件的限制, 不能涵盖跨境补贴。因此, 我国应在多边层面加强跨境补贴规则的澄清, 避免成为美欧等单边救济措施的主要受害者。^[59]

(一) 明确跨境补贴的定义

在贸易救济路径下规制跨境补贴, 前提是为其构建一个调整范围明确的定义。如前所述, 跨境补贴与现有补贴的核心差异是, 补贴的提供者和接受者分处不同成员方境内。因此, 可以通过在现有补贴定义基础上增补前述特点描述来完成跨境补贴的定义。

其一, 如何描述“跨境”。此处的跨境主要是属地意义上的概念, 与接受补贴的企业在属人法意义上的国籍无关。对此, 学者们的看法也比较一致。例如, 马克·贝尼塔将跨境补贴界定为, “补贴提供方政府向位于其所在国之外的产品生产商提供的一项使其获益的补贴”。^[60]而维克多·克罗谢等简单地将其描述为“向位于本国领土之外的企业提供的政府补贴”。^[61]我国学者也认为, 所谓跨国补贴, 泛指补贴国家或地区给予其管辖范围之外的企业或产业的补贴。^[62]由于国际贸易体系的参与主体既包括国家, 也包括单独关税区, 因此, 避免使用领土等与主权相关的词汇是更为恰当的。

其二, 如何描述补贴接受者。现实中, 一国政府或公共机构确实不会无缘无故地给处于本国管辖范围之外的无关企业提供补贴, 这也正是最初GATT/WTO的立法者认为跨境补贴不现实的根本原因。在美欧看来, 跨境补贴特别与一国国有企业及其海外投资相关。然而, 伴随着全球价值链的发展, 大型跨国公司会在不同国家设立海外子公司或分公司。出于占领市场、完善区域布局、构建价值链等多种考量, 母公司所在国也有可能向海外子公司提供某些类型的补贴。^[63]因此, 跨境补贴的定义中并不应限定补贴接受者的所有制类型。

[58] See International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, last visited on 2022-09-01.

[59] 参见韩立余:《投资补贴: 虚幻还是现实》,《政法论丛》2022年第2期,第26页。

[60] 前引[3], Benitah书,第605页。

[61] Victor Crochet & Vineet Hegde, *China's "Going Global" Policy: Transnational Subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23 (4) *Journal of International Economic Law* 842 (2020).

[62] 参见胡建国、陈禹锦:《欧盟〈外国补贴条例〉(草案)及其WTO合规性分析》,《欧洲研究》2021年第5期,第85页,注6。

[63] 参见前引[37], Horlick等文,第695页。

其三，如何描述跨境补贴的目的。跨境补贴更多地基于非经济性的考虑，包括履行政府职权、追求公共福利、提供对外援助、维护国家形象等。在“SCM 协定”中，因政府履行职权而提供的补贴被排除在补贴之外，如在第 1 条第 1 款所列举的具体补贴情形中，政府提供一般基础设施的货物或服务就不视为补贴。然而，在跨境补贴的情况下，政府很难向位于其管辖范围之外的企业提供一般基础设施。因此，补贴定义中的这一限制事实上就落空了。为妥善解决这一“漏洞”并综合考虑各国提供跨境补贴的诸多非经济原因，平衡对不公平贸易的救济以及自由贸易、经济发展之间的关系，可将跨境补贴的提供限制在政府基于商业考虑的范围内。

综上所述，跨境补贴可以定义为：一项由一成员方政府或公共机构基于商业考虑而向位于另一成员方的企业提供财政资助并使其受益的补贴。

（二）维持有限的调整对象

在“SCM 协定”中，跨境补贴仅在属于禁止性补贴时才受到约束。在跨境补贴呈增长趋势的现实背景下，无需扩大规制对象。

其一，将跨境补贴限定在禁止性补贴范围内具有实际意义。禁止性补贴包括出口补贴和进口替代补贴。在 12 种出口补贴类型中，大体分为四类：（1）资金的直接转移或拨付；（2）提供更优惠的产品或服务；（3）各类直接税或间接税减免；（4）优惠信贷担保或保险等。其中，税收与出口产品直接或间接相关，一般情况下按属地管辖征收，除非双方政府作出相关安排，否则无法跨境提供。除此之外的其他类型，几乎都可适用于跨境补贴。至于进口替代补贴，按照“SCM 协定”第 3 条第 1 款（b）的规定，是指视使用国产货物而非进口货物的情况为唯一条件或多种其他条件之一而给予的补贴。尽管条文没有明确限定，但根据上下文分析，此处的“国产”应理解为补贴提供方所在国生产。从实际操作的角度来看，补贴提供方可以要求外国企业使用本国的货物，故进口替代补贴也可以跨境提供。

其二，禁止性补贴类型面临扩展。在 2020 年第七份“美日欧联合声明”中，美日欧明确提出应增加以下四种禁止性补贴：（1）无限保证；（2）在缺乏可靠的重组计划的情况下，对无力偿债或陷入困境的企业提供的补贴；（3）对无法从产能过剩的部门或行业中的独立商业来源获得长期融资或投资的企业提供补贴；（4）直接免除债务等。^[64]从理论上讲，这四类禁止性补贴大多涉及资金的直接或潜在转移，适用于跨境补贴基本不存在障碍，不排除未来在区域或多边层面落实。如此，恰从另一个角度说明，将跨境补贴限制在禁止性补贴范围内，仍然有扩张适用的空间和可能性，无僵硬之虞。

（三）暂不扩大适用范围

从实践角度来看，一国政府对其海外投资企业提供的补贴，可用于该企业在东道国的货物生产和销售、服务或再投资等不同领域。就行为本身而言，跨境补贴确实应在货物贸易、服务贸易和投资领域同时受到调整。这也是“CPTPP 协定”中国有企业章节将非商业援助的适用范围从货物贸易扩大到服务贸易和国际投资的原因。欧盟的“外国补贴条例草案”则走得更远，其通过引入“市场扭曲”的概念，将调整范围扩大到了服务、投资、金融、经营者集中、公共采购等多个经济活动领域。^[65]某种程度上，这些扩张适用契合了国际经贸发展的现实，

[64] 参见前引 [13]，“美日欧联合声明”。

[65] 参见李万强、张嘉兴：《欧盟新型补贴审查制度对我国的影响及应对措施》，《国际经贸探索》2022 年第 3 期，第 109 页。

但从立法角度考量,并不具有合理性和可行性。

在服务贸易领域,WTO 规制服务贸易的基本法《服务贸易总协定》(下称“GATS”)对补贴只有一条非常宽泛的规定,即第15条规定,成员方承认某些情况下补贴可能对服务贸易产生扭曲作用。但其只授权成员方进行谈判,制定必要的多边纪律,且有关谈判应考虑到补贴在发展中国家发展计划中的作用,以及各成员方尤其是发展中国家成员方在该领域需要的灵活性。时至今日,即使在最新的区域贸易协定中,有关服务贸易的补贴规则仍未出台。这充分反映了在服务贸易领域制定补贴规则的现实难度。这些困难之处包括:

其一,如何界定服务补贴。按照WTO 上诉机构的理解,“SCM 协定”中的补贴具有普适性,不能因为其仅仅出现在“SCM 协定”中这一事实,而排除该定义对服务贸易、投资等领域的适用性。在WTO 一揽子协定中,“补贴”的定义应当是一致的。^[66]然而,将这一定义适用于服务贸易领域,将面临如何概括财政资助的问题。服务贸易中存在一些专属的获得优势的方式,如提供垄断权或允许其他限制性贸易的做法,国内监管某种程度上也具有补贴的属性,^[67]能否将这些视为财政资助,目前尚在讨论的初期阶段。

其二,如何将补贴纪律适用于服务贸易。货物贸易中禁止性补贴和可申诉补贴的分类依据在于补贴对贸易的损害程度,这一分类能否适用于服务贸易,需要核定补贴的程度和影响。然而,截至目前,尚缺乏权威的基础数据。^[68]此外,服务贸易中因补贴而导致的损害认定也较难判断。尤其是GATS 第1条第2款规定了跨境提供、境外消费、商业存在和自然人流动等四种服务提供模式,不同服务模式下的损害认定无法遵循相同的标准,这加剧了规则制定的难度。^[69]最重要的是,服务贸易的补贴形式多样,同一补贴效果可以通过不同的补贴方式来实现,而那些非与贸易相关的补贴可能完全不在WTO 的调整范围内。这在事实上降低了制定服务贸易补贴规则的现实意义。

在投资领域,《与贸易有关的投资措施协定》没有任何有关投资补贴问题的条款。GATS 中可适用于商业存在的补贴规则虽然可构成投资的补贴规则,^[70]但如前所述,这部分规则目前也几乎处于空白。就投资与跨境补贴的关系而言,大体可分为如下三种情形:(1)构成补贴之财政资助行为本身就包括注资、提供股本等投资行为。^[71](2)跨境补贴行为往往在海外投资的情况下产生,此时,海外投资更像是跨境补贴的工具或媒介。(3)提供给海外投资企业的补贴可以流向不同的经济活动,当此类补贴用以支持该海外投资企业进行再投资活动时,如收(并)购企业等,才真正涉及是否应该适用跨境补贴规则的问题。前两种情形可在现有的补贴规则下予以规制,而第三种情形可以在竞争法体系下加以约束。因此,在投资领域制定跨境补贴规则并无必要。

[66] See United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Artical 21.5), WT/DS108/AB/RW.

[67] See Pierre Sauvé & Marta Soprana, *Learning by Not Doing: Subsidy Disciplines in Services Trade*, 2015, <http://e15initiative.org/publications/learning-by-not-doing-subsidy-disciplines-in-services-trade/>, last visited on 2022-09-01.

[68] 参见付亦重:《服务补贴制度与绩效评估——基于美国服务补贴制度的研究与启示》,对外经济贸易大学出版社2010年版,第48以下。

[69] 参见张智勇:《服务贸易补贴纪律的构建:困境与路径》,载倪受彬、冯军主编:《国际贸易法论丛》第6卷,中国政法大学出版社2015年版,第199页以下。

[70] See Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453/R.

[71] 参见前引〔59〕,韩立余文,第17页。

（四）澄清救济程序

在“SCM 协定”中，反补贴的救济程序同样区分禁止性补贴和可申诉补贴分别确立，并在事实上采用了双重体系：其一，成员方可将其他成员方采取的补贴措施直接诉至 WTO，此谓之多边救济。其二，成员方亦可对其他成员方采取的补贴措施在国内法层面发起反补贴调查，并采取相应的反补贴措施，此谓之单边救济。^[72] 关于禁止性补贴的多边救济程序总体上可直接适用于跨境补贴，但需在以下方面作出适度调整。

其一，扩大参与磋商的成员方。与传统的补贴相比，跨境补贴涉及提供补贴的成员方、补贴接受者所在的成员方以及其他成员方，而按照“SCM 协定”第 4 条第 1 款的规定，磋商当事方仅限于其他成员方和补贴提供方，不能涵盖跨境补贴中的所有利益相关方。因此，应将补贴接受者所在的成员方纳入磋商程序，以更好地实现不同立场和观点的交换。

其二，增加强制性征求常设专家组（PGE）意见的程序。PGE 依据“SCM 协定”第 24 条设立，由 5 名在补贴和贸易关系领域的资深独立人士组成。另根据“SCM 协定”第 4 条第 5 款的规定，专家组可就所涉补贴是否属禁止性补贴而请求 PGE 予以协助。但这是专家组的权利，并非强制性义务。然而，跨境补贴涉及财政资助的跨境流动，包括补贴形式的认定、补贴接受者的认定、利益的传递、比较基准的选择以及最终的计算等，都非常复杂。为作出更准确、更客观的判断，宜要求专家组强制性征求 PGE 关于跨境补贴存在与否的专业意见。^[73]

其三，提供多元的救济措施。根据“SCM 协定”第 4 条的规定，一旦所涉补贴被认定为禁止性补贴，专家组应建议提供补贴的成员方立刻撤销该补贴。这种严厉性与禁止性补贴对贸易的扭曲程度是相匹配的。但在跨境补贴的情况下，撤销补贴存在现实的障碍，如币种差异、复杂的国际结算、立法变动等，特别是在出口补贴通过补贴提供国与补贴接受方所在国政府达成某种安排来实现的情况下，撤销补贴更难操作。有鉴于此，应当针对跨境补贴提供更灵活的救济措施，包括但不限于征收反补贴税、停止继续提供补贴、达成额外的补偿协定等。

结 语

在美欧已经切实采取行动加强跨境补贴规制的背景下，除了理论交锋、诉讼博弈外，中国亦可通过有效规避和自我完善两种路径，为国有企业海外发展保驾护航。首先，中国应进一步深化国有企业改革，对国有企业进行分类管理，加快推进混合所有制改革，合理规避美欧关于国有企业认定规则的约束。其次，在新签署或更新的区域贸易协定中，应避免在投资章节或竞争中立章节中约束跨境补贴的问题，或者在这些章节中明确规定不适用于补贴问题。中国目前已经对外签署了 19 个自由贸易协定，有 4 个协定在投资章节中纳入了“排除适用补贴问题”的条款。其中，中国和澳大利亚自由贸易协定的排除效力比较全面，^[74] 可成为未来中国对外签署自由贸易协定时借鉴的范本。中国亦可在双边投资协定中，细化国有企业的认定标准、具体义务和例外条款，减少美欧等主导的新型区域贸易协定中的国有企业条款，包括其对跨境补

[72] 为确保两套救济体系不发生实质冲突，WTO 要求各成员方应确保其国内反补贴立法与“SCM 协定”保持一致。此种一致并非要求两套规则必须完全等同，WTO 鼓励各成员方在其国内反补贴立法中作出更细致、更具体的规定，但不应与“SCM 协定”发生实质性冲突。

[73] 参见前引 [37]，Horlick 等文，第 688 页。

[74] 参见 2015 年《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》第 9 章（投资章）第 2.4 条。

贴约束条款的外溢效应。贸易救济规则和竞争规则、国有企业规则、投资规则等的交集应当体现彼此的特征，而不是选择性地获得叠加的权利，以此规避各自的义务。^[75]最后，中国应重新审视政府对国有企业海外投资的补贴和融资政策，优化以补贴为主的产业政策，同时避免交叉补贴。^[76]目前，我国的产业补贴政策存在政策设置原则不统一、专向性明显以及不透明等弊端。^[77]对此，一方面可在程序上建立申报和事前审批制度，使行政决策法治化，亦可提高补贴政策的稳定性、执行力和可操作性。另一方面，应注重补贴政策的普遍适用性，减少对特定行业的补贴，从而避免专向性。除此之外，还应避免过多地倚赖直接财政资金拨付和税收优惠，应建立间接性金融补贴制度，更多地尝试综合运用债权、保险、担保等金融工具完成更具商业化操作的资助。伴随着国有企业改革的推进以及补贴政策的完善，未来中国应建立和健全以综合服务为主的海外投资支持体系，实现政策偏好的转移。^[78]

Abstract: With respect to the issue of China providing cross-border subsidies to host countries' investment enterprises in the overseas investments by Chinese state-owned enterprises, the United States and the European Union have carried out active explorations of the legislative modes of "subsidies + state-owned enterprises" and "subsidies + competition rules", with the purpose of strengthening the regulation on cross-border subsidies. The "subsidies + " path has a strong country-specific and utilitarian color and lacks the necessary balance in interest protection. The principle of limited constraints and the trade remedy approach should be adhered to in regulating cross-border subsidies. Cross-border subsidies should be regulated only when they fall within the scope of prohibited subsidies, and the scope of regulation cannot be expanded to the fields of service trade and investment until the basic subsidy rules are ready. The remedy procedure should be adjusted on the basis of the current multilateral procedures, so as to expand parties in the consultation, establish the procedure of compulsory recourse to the permanent expert group, and enhance the flexibility of remedial measures. Finally, China should also try to reduce the restrictions and constraints imposed by the United States and the European Union on the overseas development of Chinese state-owned enterprises by promoting the reform of state-owned enterprises, avoiding rule competition, and improving industrial policies.

Key Words: state-owned enterprises, overseas investment, cross-border subsidies, trade remedy, competitive neutrality

[75] 参见何仁平：《竞争法和贸易救济功能定位之厘清——以〈欧盟外国补贴白皮书〉为核心》，《国际经济法学刊》2021年第4期，第89页。

[76] 参见余莹：《大国产业竞争视阈下美欧推动的国际产业补贴新规则——中国的立场与对策》，《中国流通经济》2020年第1期，第27页。

[77] 参见张军旗：《WTO补贴规则背景下我国产业补贴政策的变革》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2019年第5期，第13页。

[78] 参见张吉鹏、李凝：《竞争中立规则对中国国有企业“走出去”战略的影响与应对之策》，《对外经贸实务》2015年第8期，第51页。