



# CPTPP 非商业援助条款解析思辨及中国的应对

任宏达\*

**摘要：**作为特殊的国有企业补贴规则，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）非商业援助条款继承和发展了《补贴与反补贴措施协定》（SCM 协定）。在该条款中，非商业援助的构成包含主体、援助、专向性审查、事实上的利益授予审查、适用范围共 5 方面要件。对造成不利影响或损害的非商业援助，争议各方可诉诸 CPTPP 争端解决机制。其中，有关信息收集的程序较 SCM 协定有较大变动，存在削弱专家组自由裁量权之嫌。非商业援助条款将补贴的适用范围扩大至服务贸易和投资，降低了补贴认定的门槛。但同时，非商业援助条款也以穷尽的方式列举了有限的受约束的补贴类型，而其余的补贴类型应视为不可诉。此外，各缔约方竭尽所能地排除非商业援助条款对本国的适用，形成了规模巨大的适用例外，欠缺以身作则的担当，使非商业援助条款本身较难说服和引导各国国有企业改革。鉴于此，中国应统筹推进国内法治与涉外法治，建设性地参与非商业援助条款的建构发展。

**关键词：**非商业援助 CPTPP 国有企业 补贴 反补贴 SCM 协定

## 一 问题的提出

非商业援助（non-commercial assistance）可理解为专向国有企业提供的补贴。这一概念出自《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP），彼时国有企业规则在区域经贸协定中首次脱离竞争政策章节而独立成章，非商业援助又是国有企业章节的核心内容，对国有经济突出的经济体形成巨大压力。此后，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）完整保留了国有企业章节，美式国企补贴规则在区域层面的影响力进一步扩大。随着中国于 2021 年 9 月正式提出申请加入 CPTPP，<sup>①</sup> 中国和中国国有企业应如何应对这一挑战再次成为学界讨论的焦点。

既有文献通常在国有企业章节层面展开论述，并将非商业援助条款纳入其中，而对非商业援助条款的专门研究则相对缺乏。相当一部分外文文献认为国企章节存在重大创新，显著推动了国有企业规则的发展。<sup>②</sup> 这一发展的方向是强化国际贸易的国家安全考量，加强盟友之间的贸易联

\* 任宏达，法学博士，中国社会科学院国际法研究所助理研究员、国际法研究所涉外法治研究中心秘书长。本文系国家社会科学基金项目“外商投资法实施机制研究”（项目编号：20CFX084）的阶段性研究成果。本文所用网络资源最后访问时间均为 2023 年 3 月 6 日。

① 参见新华社：《中国正式提出申请加入 CPTPP》，载《新华每日电讯》2021 年 9 月 17 日，第 6 版。

② See Weihuan Zhou, “Rethinking the (CP) TPP as a Model for Regulation of Chinese State-Owned Enterprises”, (2021) 24 (3) *Journal of International Economic Law* 572, p. 572.

系并遏制（中国）国有企业的发展。<sup>①</sup>当然，这并不妨碍这些文献直言不讳地指出非商业援助条款的不足并提出相应的修改建议。<sup>②</sup>亦有学者认为，非商业援助条款大体上并未逾越中国的超WTO（WTO-plus）义务，相关讨论仍可重回WTO框架。<sup>③</sup>国内文献则主要关注非商业援助对国企补贴适用范围的扩大，认为补贴认定的门槛大幅降低。<sup>④</sup>对此，一些文献分析了非商业援助条款的影响并为中国的应对和谈判工作提出了相应建议。<sup>⑤</sup>

通过回顾既有文献可以发现，关于非商业援助条款的相关讨论和分析各有侧重，但主要集中于宏观层面。当CPTPP生效之后，一些文献不断作出新的解读，非商业援助条款的一些漏洞也相继浮现，以致对CPTPP的解释成为了常论常新的话题。本文正以此为切入点，意欲回归至微观层面，对非商业援助条款进行全面解析，修正一些既往观点的偏差。在结构上，本文在第二部分梳理非商业援助条款的发展现状并分析其历史成因；第三部分从实体法角度分析非商业援助的构成和要件；第四部分则从程序法角度分析非商业援助的消极后果与救济路径；第五部分归纳相关观点并提出中国的应对建议。

## 二 非商业援助条款的发展现状与历史成因

### （一）非商业援助条款的发展现状

截至2023年3月，已生效且经WTO备案的区域贸易协定共计355项，<sup>⑥</sup>其中的100余项协定包含国有企业相关条款。从结构分布上来看，这些条款有的较为宽泛地规定于协定的一般条款当中（例如中东欧和西亚国家之间的协定，具体可见《土耳其—塞尔维亚自由贸易协定》），有的相对详细地集成于竞争政策章节之中（如《欧盟—新加坡自由贸易协定》），更有8项协定规定了单独的国有企业章节。<sup>⑦</sup>在这8项协定当中，仅3项协定含有非商业援助条款，分别是CPTPP、《美国—墨西哥—加拿大协议》（USMCA）和《秘鲁—澳大利亚自由贸易协定》（PAFTA），这是现有非商业援助条款的主要法律渊源。此外，在澳大利亚与英国的自由贸易协

① Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, pp. 2–3.

② See Jaemin Lee, “The ‘Indirect Support’ Loophole in the New SOE Norms: An Intentional Choice or Inadvertent Mistake?”, (2021) 20 (1) *Chinese Journal of International Law* 63, p. 63; Jaemin Lee, “‘Trade Agreements’ New Frontier – Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges”, (2019) 14 (1) *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 33, pp. 33–34.

③ Weihuan Zhou, “Rethinking the (CP) TPP as a Model for Regulation of Chinese State-Owned Enterprises”, (2021) 24 (3) *Journal of International Economic Law* 572, pp. 584, 589.

④ 刘瑛：《〈跨太平洋伙伴关系协定〉国有企业章节的中国应对》，载《东方法学》2016年第5期，第57—59页；韩立余：《TPP国有企业规则及其影响》，载《国家行政学院学报》2016年第1期，第85页、第87页。

⑤ 蒋奋、周威：《CPTPP对国有企业的补贴规制与中国因应》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021年第6期，第195—198页；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》，载《河北法学》2017年第5期，第162—163页；刘瑛：《〈跨太平洋伙伴关系协定〉国有企业章节的中国应对》，载《东方法学》2016年第5期，第60—62页。

⑥ See WTO, “RTAs in force”, Regional Trade Agreements (Database), <https://rtais.wto.org/UL/PublicAllRTAList.aspx>.

⑦ 这8项区域贸易协定包括：CPTPP、USMCA、PAFTA、《欧盟—越南自由贸易协定》《欧盟—亚美尼亚自由贸易协定》《欧盟—日本自由贸易协定》《欧盟—加拿大自由贸易协定》《欧亚经济联盟—越南自由贸易协定》。

定谈判中,国有企业章节和非商业援助条款也是其中的核心议题。<sup>①</sup>整体来看,当前的非商业援助制度框架反映出非商业援助条款的3方面现状。

第一,在文本层面,非商业援助尚属新生事物,各协定关于非商业援助的规则不存在代际差异。在CPTPP生效之前,区域贸易协定极少涉及国有企业补贴问题,大多通过在贸易救济章节中指明适用WTO《补贴与反补贴措施协定》(SCM协定),从而间接地处理这一问题。<sup>②</sup>CPTPP的非商业援助条款源于TPP,二者虽有个别语义上的细微差别,但结构和内容均不存在实质性差异。PAFTA的非商业援助条款则与CPTPP的内容完全一致。USMCA的非商业援助条款在结构上与CPTPP略有不同,主要是增加了禁止性补贴的规定,进而在补贴认定的过程中无需证实不利影响与损害的存在,但在争端解决程序方面,禁止性和可诉性补贴并未加以区分。这些可以看做是在CPTPP基础上的微小变动。

第二,在区域层面,非商业援助制度建设已初具雏形,受众日益多元,可能影响国际经贸协定的未来走向和范式。非商业援助源于美国的反补贴实践,但逐渐被更多国家接受和适用,形成“美国+11国”的格局。<sup>③</sup>在整体上,这一区域的人口、经济规模和贸易规模都颇为可观,为制度范式的形成提供了坚实的经济基础。

第三,在全球层面,非商业援助条款以何种方式、在何种程度上能够形成共识,仍存在很大的不确定性。一是当前非商业援助条款主要存在于国有经济不突出的经济体之间,这些国家发展程度和文化背景差异较大,而中国、俄罗斯、印度等国有经济突出的经济体尚未参与其中。二是2016年至2018年期间,相关国家将国有企业补贴及潜在的经济扭曲风险集中提交诸如世界经济论坛、G7、G20等国际多边场合讨论,但均未达成有效的多边成果,会议公报或主要结论性文件均未直接涉及国有企业补贴问题。<sup>④</sup>三是美国、欧盟和日本在补贴规则改革方面看似步调一致,但对于具体的非商业援助条款,欧盟并未跟进。欧盟现有的经贸协定均不含非商业援助条款,即便其中的4项协定已专门制定国有企业章节;<sup>⑤</sup>欧盟的各项贸易政策文件和法律法规也均未使用非商业援助这一术语或表达类似含义。总体上,欧盟仍旧希望在WTO框架内推动改革,澄清公共机构的含义,而不是完全绕开SCM协定。<sup>⑥</sup>究其原因,在笔者看来,国有企业在欧盟国家(如

① See UK Department for International Trade, “UK-Australia FTA negotiations: agreement in principle”, policy paper, 17 June 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/uk-australia-free-trade-agreement-negotiations-agreement-in-principle/uk-australia-fta-negotiations-agreement-in-principle>.

② 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》,载《河北法学》2017年第5期,第156页。

③ 截至2023年3月,CPTPP共有11个缔约国(日本、加拿大、澳大利亚、智利、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚、越南、墨西哥和秘鲁),USMCA有3个缔约国(美国、加拿大和墨西哥),PAFTA有2个缔约国(秘鲁和澳大利亚),各协定在成员组成方面存在较大程度的重合。

④ 参见贺小勇、陈瑶:《“求同存异”:WTO改革方案评析与中国对策建议》,载《上海对外经贸大学学报》2019年第2期,第34页。

⑤ 分别为《欧盟—越南自由贸易协定》《欧盟—日本自由贸易协定》《欧盟—加拿大经贸一体化协定》《欧盟、欧洲原子能共同体—亚美尼亚经济一体化协定》。

⑥ 有关美欧日联合声明的讨论,参见韩立余:《国际法视野下的中国国有企业改革》,载《中国法学》2019年第6期,第168页。

法国)的巨大影响力不容忽视;<sup>①</sup> 欧盟的国家援助立法使得部分补贴行为合法化,<sup>②</sup> 这可能与非商业援助条款并不兼容;更重要的是,所有制中立是欧盟法基本条款,欧盟无法作出与之相悖的决议。<sup>③</sup>

## (二) 非商业援助条款的历史成因

非商业援助条款之所以能够出现并发展至今,其原因是多方面的。

全球化时代,国有企业在全球经济中的作用和影响愈发凸显。在早期“福布斯 2000 强上市公司排名”(Forbes Global 2000)中,国有企业在数量、营业额和市值等方面占全部上榜企业的比例均超过 10%。<sup>④</sup> 这一趋势在最新的 2021 年排名当中只增不减。<sup>⑤</sup> 仅就国有经济相对突出的 8 个经济体(中国、阿联酋、俄罗斯、印尼、马来西亚、沙特阿拉伯、印度和巴西)而言,其货物贸易就已占全球总额的 20% 以上,服务贸易占全球总额的 20% 左右。<sup>⑥</sup> 随着国有企业愈发深入地参与全球经贸活动,个别政府给予这类企业的不公平优待受到广泛关注,相当一部分观点认为其将造成全球经贸扭曲(economic distortions in world markets)。<sup>⑦</sup> 申言之,国有企业问题备受关注的根本原因在于,经济全球化导致企业竞争不再局限于一国境内,而扩展到国际市场;国有企业的竞争优势在国际市场上相应地产生“负外部性”,需要国际法的介入和调整。<sup>⑧</sup> 对此,竞争法理应是处理此类问题最恰当的路径,且在 CPTPP 之前,国有企业规则的制定也一般都嵌入竞争政策章节。然而,对于政府限制竞争行为,一国国内竞争法常常力有不逮,竞争政策章节又主要处理信息披露和执法合作等程序问题,基本不涉及实体规则。<sup>⑨</sup> 换言之,竞争法在实然层面无法达到预设的规制目标。

从另一个角度来看,国有企业所接受的补贴,既可能形成贸易扭曲,也有可能形成投资扭曲。欧盟基于现实情况,相继发布《外国补贴白皮书》(White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies)和《外国补贴条例》(Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market),显然更关心投资扭曲问题,尤其是非欧

① 参见姜影:《法国国有企业管理体制改革的历程及成效》,载《法学》2014 年第 6 期,第 61 页。

② 参见沈伟、黄桥立:《竞争中性原则的欧盟实践和经验——兼议对我国国有企业改革的启示》,载《德国研究》2020 年第 4 期,第 116 页、第 119 页;周海涛:《欧盟国家援助制度的现代化及其借鉴》,载《河北法学》2016 年第 8 期,第 130 页。

③ 《罗马条约》第 222 条规定“本条约不得以任何方式损害成员国现存的财产制度”,这被认为是基于财产所有权的意识形态中立(ideology neutrality)原则。参见崔凡、苗翠芬:《中国外资管理体制的变革与国际投资体制的未来》,载《国际经济评论》2019 年第 5 期,第 30 页。

④ Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, p. 13.

⑤ 相关排名详见 Andrea Murphy *et al.*, “The List: 2021 Global 2000”, *Forbes*, 13 May 2021, <https://www.forbes.com/lists/global2000/#52ba36995ac0>。

⑥ See Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, pp. 13 - 14.

⑦ Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, p. 14.

⑧ 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》,载《世界经济研究》2022 年第 3 期,第 127 页。

⑨ 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》,载《世界经济研究》2022 年第 3 期,第 130 页;蒋奋、周威:《CPTPP 对国有企业的补贴规制与中国因应》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2021 年第 6 期,第 189 页。

盟企业在并购欧盟企业时，所接受外国补贴对欧盟市场产生的扭曲性影响。<sup>①</sup> 而自《美国—新加坡自由贸易协定》签订以来，美国对于国有企业补贴问题的考量，则倾向于贸易扭曲方面。美国的贸易救济本质上是美国内政压力的外在体现，以此回应国内产业保护势力，避免美国劳动者与国外低工资生产商之间形成正面竞争。<sup>②</sup> 就贸易法层面而言，WTO 虽在一定程度上涉及非市场经济相关议题，如《1994 年关税与贸易总协定》（GATT 1994）中的国营贸易问题，但现行规则尚不能有效解决国有企业给 WTO 带来的各种挑战。<sup>③</sup> 在全球多元治理结构中，WTO 在弥合成员不同观点方面显得力不从心。一些传统议题的讨论尚且陷入僵局，遑论对于新变革的回应。有学者更直言 WTO 谈判功能已几乎丧失。<sup>④</sup> 于是，美国就借助约束力较强的贸易救济手段，以单边的贸易救济措施维护公平竞争秩序，并试图将符合自身诉求的单边实践转化为诸边乃至多边国际规则。具体到中美经贸关系当中，美国推行的国有企业规则远不仅着眼于纠正贸易扭曲，更将其上升至美国的国家安全层面。<sup>⑤</sup> 2017 年，特朗普政府《美国国家安全战略》就不点名地指出一些国家利用政府和国有企业的其他支持（other support）在不公平贸易中获取经济优势。<sup>⑥</sup> 2021 年，拜登政府的《临时国家安全战略指南》则直言中国采取所谓的不公平和非法的贸易实践、网络盗窃和强迫性经济行为，损害了美国劳动者权益，侵蚀了美国战略优势和国家竞争力。<sup>⑦</sup> 作为 CPTPP 的前身，TPP 的文本制定和范式导引本身带有鲜明的国际政治色彩，意在使其成为遏制崛起中的大国的手段，而非商业援助条款则成为实现这一目标的重要抓手。<sup>⑧</sup>

### 三 对非商业援助的构成和要件的再审视

根据 CPTPP 第 17.1 条，“非商业援助指国有企业凭借其政府所有权或控制权而获得的援助”。在此，“援助”指：

(i) 资金的直接转移或潜在的资金或债务的直接转移，例如：(A) 赠款或债务减免；(B) 条件优于该企业商业可获得的条件的贷款、贷款担保或其他种类的融资；或 (C) 与私营投资者的投资惯例不一致的权益资本，包括提供风险资本的惯例。或 (ii) 条件优于该企业商业可获得的条件的除一般基础设施外的货物或服务。

① 李本、徐欢颜：《境外投资补贴的规制动因、审查框架与中国应对——以欧盟〈外国补贴条例草案〉为切入点》，载《国际贸易》2021 年第 11 期，第 89 页。

② 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》，载《法学》2019 年第 10 期，第 66 页。

③ 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》，载《法学》2019 年第 10 期，第 65 页。

④ 贺小勇、陈瑶：《“求同存异”：WTO 改革方案评析与中国对策建议》，载《上海对外经贸大学学报》2019 年第 2 期，第 24 页。

⑤ See Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, p. 3.

⑥ See the White House, “National Security Strategy of the United States of America”, 18 December 2017, p. 19, <http://nssarchive.us/wp-content/uploads/2020/04/2017.pdf>.

⑦ See the White House, “Interim National Security Strategic Guidance”, 3 March 2021, p. 20, [https://nssarchive.us/wp-content/uploads/2021/03/2021\\_Interim.pdf](https://nssarchive.us/wp-content/uploads/2021/03/2021_Interim.pdf).

⑧ 蒋奋、周威：《CPTPP 对国有企业的补贴规制与中国因应》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021 年第 6 期，第 188 页。

同时，

“国有企业凭借其政府所有权或控制权”指该缔约方或该缔约方的任何国家企业或国有企业：(i) 明确将获得援助的权利限定为该缔约方的国有企业；(ii) 提供主要为该缔约方的国有企业使用的援助；(iii) 向该缔约方的国有企业提供不成比例的大量援助；或 (iv) 在其他情况下，通过使用援助提供中的自由裁量权照顾该缔约方的国有企业。

非商业援助的这一定义与 SCM 协定第 1.1 条有关补贴的定义确有不同，但事实上又无法摆脱 SCM 协定的既定框架和要件。不同之处在于，非商业援助以对“国有企业凭借其政府所有权或控制权”的解释来处理专向性问题，将专向性聚焦于国有企业，使得整个定义都围绕国有企业（即受补贴方）获得补贴而展开。无法摆脱的是，为了阐明一项援助之所以构成补贴，传统概念中有关主体、财政资助、专向性和利益授予等要件缺一不可。下文将逐一论述之。

### （一）非商业援助的补贴方

非商业援助的补贴方分为 4 类，即政府、国家企业、国有企业和（受政府委托或指示的）非国有企业。<sup>①</sup> 其中，前 3 类出自 CPTPP 第 17.1 条有关非商业援助的定义，即在解释“国有企业凭借其政府所有权或控制权”的过程当中，将可以授予援助的主体确立为缔约方、国家企业或国有企业。最后一类出自 CPTPP 第 17.6 条和 CPTPP 第 17 章脚注 18，缔约方不得委托或指示非国有企业间接提供非商业援助。<sup>②</sup> 在这些主体概念当中，缔约方（政府）的含义较为清晰，而国家企业、国有企业和非国有企业由于用语相近，仍有必要作进一步辨析。

#### 1. 国家企业、国有企业和非国有企业的界定

在 CPTPP 当中，企业（enterprise）是一个非常宽泛的概念。根据 CPTPP 第 1.3 条，企业“指根据适用法律组建或组织的任何实体，无论是否以营利为目的，也无无论是由私人或政府所有或控制，包括任何公司、信托、合伙企业、个人独资企业、合资企业、协会或类似组织”。对比中国国内法来看，此处的“企业”几乎等同于民商法中的法人和非法人组织（如个人独资企业、合伙企业）的总和；其中，法人又可分为营利法人（如公司）、非营利法人（如事业单位、社会团体）和特别法人（如基层群众性自治组织法人）3 种类型。<sup>③</sup> 换言之，CPTPP 中的“企业”并

① Jan Yves Remy and Iain Sandford: “Rules for State-Owned Enterprises in Chapter 17 of the Trans-Pacific Partnership Agreement: Balancing Market-Oriented Discipline and Policy Flexibility for States”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 536; Yoshinori Abe and Takemasa Sekine, “Non-Commercial Assistance Rules in the TPP: A Comparative Analysis with the SCM Agreement”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 548.

② 另有观点从文义解释的角度出发，认为 CPTPP 第 17 章脚注 18 意在解释 CPTPP 第 17.6 条，这就意味着受委托或指示的非国有企业未涵盖在 CPTPP 第 17.1 条有关非商业援助主体的范围之内，因而受委托或指示的非国有企业提供的补贴（援助）也不能被认定为非商业援助，受委托或指示的非国有企业因此不构成适格主体。See Jaemin Lee, “The ‘Indirect Support’ Loophole in the New SOE Norms: An Intentional Choice or Inadvertent Mistake?”, (2021) 20 (1) *Chinese Journal of International Law* 63, p. 77.

③ 有关中国民商法主体相关论述，参见宋亚辉：《营利概念与中国法人法的体系效应》，载《中国社会科学》2020 年第 6 期，第 122 页；李永军：《对我国民法上非法人组织概念的质疑》，载《比较法研究》2021 年第 2 期，第 25 页。

不局限于逐利商主体这一形象。

在此基础之上，CPTPP第1.3条将国家企业（state enterprise，下文简称SE）界定为“缔约方拥有的或通过所有权权益控制的企业”。这一概念将SE置于企业的概念之下，重在说明企业由政府所有或控制，且对SE的“控制”源自于所有权权益，而不在于SE是否从事商业活动，大致对应中国的“国家出资企业”。与此同时，CPTPP第17.1条将国有企业（state-owned enterprise，下文简称SOE）界定为主要从事商业活动的企业，并对政府的所有或控制提出了定量的标准，即取得50%以上的股权、50%以上的投票权或任命过半数管理层的权力（power）。这一定义大致对应中国的国有独资企业或国有控股企业。<sup>①</sup>

就SE与SOE的关系而言，SE几乎可以囊括SOE。但二者在概念上仍存在一定程度的交叉。<sup>②</sup>一方面，一些存在国有资本但又达不到SOE控制门槛的企业（如国有参股企业）或不主要从事商业活动的企业（如事业单位）均属于SE的范畴之内，即所谓的“非国有的国家企业”（Non-SOE state enterprise）<sup>③</sup>。当然，非国有企业（Non-SOE）也涉及那些不具有国有资本的私有企业，它们自然不属于SE。另一方面，那些属于SOE但又不是SE的情况在逻辑上也是存在的，即政府在不具有任何所有权权益的情况下，事实上拥有权力去任命过半数的企业管理层。对于该点的理解可以参考《美国—新加坡自由贸易协定》的内容。该协定单方面对新加坡国有企业的概念作了扩大解释，将“事实控制”的标准也纳入其中。根据《美国—新加坡自由贸易协定》第12.8.5（b）条和第12.8.6（b）条，如果新加坡政府、新加坡国有企业单独或联合拥有持续影响一家企业董事会或其他管理机构构成的能力，即确证了有效影响力的存在，那么这家企业就是国有企业，而不论新加坡在该企业中是否具有所有权权益。<sup>④</sup>

纵观当前国际经贸规则，“国企”都是一个极具争议且边界模糊的概念。这一概念的内涵和外延在各国际经贸协议和各国国内法之中都存在或多或少的差异。在CPTPP当中，“国企”相关概念的界定有其特定的语言习惯，而这一习惯与中文用语习惯和中国国内法概念也不尽相同。在CPTPP的语境之下，国家企业、国有企业和非国有企业之间的关系可由图1进一步说明。

## 2. 取代公共机构后的补贴方范畴扩大化

自2006年美国对华铜版纸启动反补贴调查以来，美国反补贴实践都倾向于将国企，尤其是中国国企直接认定为公共机构。实践中，尽管一些国有参股企业达不到美国法中的国有企业标准，但美国商务部要求企业在极短时间内“自证清白”，这对于股权结构复杂的一些企业来说，根本无法实现。换言之，美国商务部主要依据企业的“国有身份”进行公共机构的认定，对国

① 蒋奋、周威：《CPTPP对国有企业的补贴规制与中国因应》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021年第6期，第194页。

② 参见丁如：《国有企业和指定垄断》，见中国法学会WTO法研究会CPTPP课题组：《加入CPTPP，中国需要做什么》，载《武大国际法评论》2021年第5期，第18页。

③ Jan Yves Remy and Iain Sandford: “Rules for State-Owned Enterprises in Chapter 17 of the Trans-Pacific Partnership Agreement: Balancing Market-Oriented Discipline and Policy Flexibility for States”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 536.

④ 在《美国—新加坡自由贸易协定》中，国有企业的原文实际上是政府企业（government enterprise）。这一涵盖事实控制标准的定义，其比CPTPP中的SOE概念范畴要更大。为避免介入过多的概念而造成混淆，本文正文中仍宽泛地使用国有企业的概念，意在主要解释事实控制的问题。

⑤ 将非国家企业另称为私有企业，意在突出企业的所有制特征，而与SCM协定中的私营机构不是同一概念。

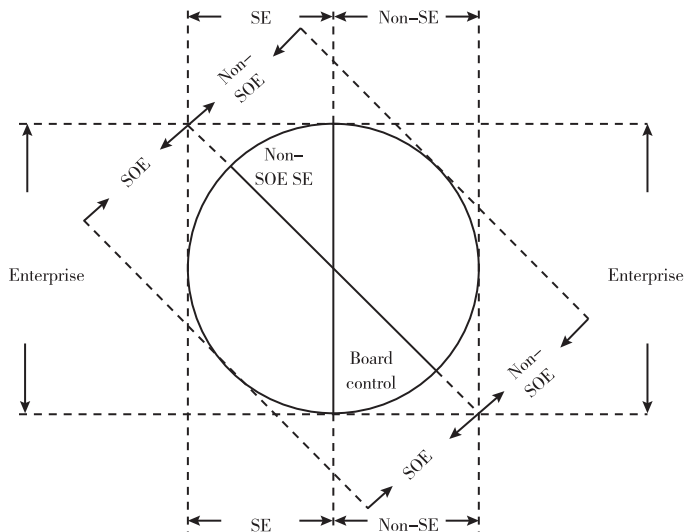


图1 国家企业、国有企业和非国有企业之间的关系

图注：该图由笔者根据 CPTPP 相关概念自行绘制；Enterprise = 企业；SE = 国家企业；Non-SE = 非国家企业（私有企业）<sup>①</sup>；SOE = 国有企业；Non-SOE = 非国有企业；Non-SOE SE = 非国有的国家企业（如有参股企业或事业单位）；Board control = 政府有权任命过半数管理层的国有企业

有企业进行直接限制，而对国企是否诺行市场行为则置若罔闻。<sup>①</sup> 对于这些泛化公共机构概念的做法，中国等国家在 WTO 连续提起诉讼。而围绕公共机构认定问题，逐渐形成了以美国、欧盟为代表的“政府控制说”和以中国、印度为代表的“政府权力说”两大阵营。概言之，“政府控制说”着眼于国有企业与政府之间的权属及控制关系，关注国有企业是否受到政府控制；“政府权力说”则着眼于国有企业的行为依据或者说所履行的职能，关注其是否在行使政府所赋予的权力。<sup>②</sup> 在 SCM 协定的语境下，一个具有国有成分的国企既可能构成公共机构 [public body, SCM 协定第 1.1 (a) (1) 条]，进而成为补贴方，也有可能被视为私营机构 [private body, SCM 协定第 1.1 (a) (1) (iv) 条]，且该私营机构还可受到政府的“委托或指示”，并因此成为补贴方。<sup>③</sup> 换言之，对于公共机构或私营机构的界定并不完全依赖于企业的所有制结构。虽然中国在上诉机构总体上获得了有利于自身的规则解释和诉讼结果，但上诉机构的裁决仍遗留了个别模糊之处。如上诉机构认为，可将政府对某实体及其行为的有意义控制 (meaningful control) 作为该实体拥有政府权力并在履行政府职能时行使此种权力的证据，但并未阐述何为有意义控制。<sup>④</sup> 而美国正以这些模糊之处为突破口，拒不执行 WTO 的相关裁决，仍将中国国有企业简单划定为公共机构。<sup>⑤</sup> 这类主张被 CPTPP 继受后，对于非商业援助补贴方的界定不考察企业的行为，而主

① 陈卫东：《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争：以 WTO 相关案例为重点》，载《当代法学》2017 年第 3 期，第 22 页、第 29 页。

② 廖凡：《政府补贴的法律规制：国际规则与中国应对》，载《政治与法律》2017 年第 12 期，第 4 页。

③ 参见顾宾、徐程锦：《国际经济法视域下的国有企业公私主体地位认定标准》，载《国际法研究》2022 年第 4 期，第 69 页。

④ See Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R (11 March 2011), para. 318.

⑤ 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》，载《法学》2019 年第 10 期，第 65 页。



要以所有权和控制权作为认定的标准，将国家企业和国有企业直接纳入补贴方的范畴，这与 SCM 协定侧重考察企业行为的方式形成了鲜明的对比。<sup>①</sup> 这种绕过探讨公共机构的做法，对于国有经济比重较重的中国而言，相关机构被划定为补贴方的可能性必然大幅提升。

## （二）专向性聚焦下的受补贴方

作为 SCM 协定的核心概念，专向性（specificity）用以判断一项补贴是否被授予特定企业（certain enterprises），是该项补贴是否受约束的先决条件，主要分为 4 类，即企业专向性、产业专向性、地区专向性和拟制专向性。<sup>②</sup> 支撑专向性审查的经济学理论主要是贸易扭曲论，即专向性补贴将资源由高效产业错误地分配到低效产业，扭曲资源配置，而普遍性补贴则不会造成扭曲或不会造成过度的扭曲，以此区分合理的宏观经济政策与严重的贸易扭曲经济政策。<sup>③</sup> 这一筛选机制源于美国，成为纠正早期美国滥用反补贴税的重要工具，并经由 SCM 协定转化为国际规则，以此遏制个别成员的贸易保护主义倾向。<sup>④</sup> 数十年来，学者们对于专向性的批评不绝于耳，或认为贸易扭曲论无法应对市场失灵的情形，或认为成员的专向性审查标准不统一、不透明，也因此提出了一些替代性主张。<sup>⑤</sup> 即便如此，这些批评和主张都尚不足以撼动专向性审查在反补贴实践中的重要地位。

对于非商业援助而言，其条款并不含有专向性一词，而是直接将“特定企业”指向国有企业。CPTPP 第 17.1 条规定：

“国有企业凭借其政府所有权或控制权”指该缔约方或该缔约方的任何国家企业或国有企业：（i）明确将获得援助的权利限定为该缔约方的国有企业；（ii）提供主要为该缔约方的国有企业使用的援助；（iii）向该缔约方的国有企业提供不成比例的大量援助；或（iv）在其他情况下，通过使用援助提供中的自由裁量权照顾该缔约方的国有企业。

这一条款的设计较大程度地借鉴了 SCM 协定中的 4 项事实专向性认定要件。其中，前 3 项在行文上仿照了 SCM 协定第 2.1（c）条。第 4 项与 SCM 协定第 2.2 条相仿，但行使自由裁量权的主体不同。<sup>⑥</sup> 在 SCM 协定中，自由裁量权的行使主体是缔约方当局；而 CPTPP 则将缔约方、国家企业和国有企业共同列为主体。此处，很难理解什么是国家企业和国有企业的自由裁量权，又如何能将此种自由裁量权与一定的市场支配能力或自主经营决策进行有效区分。对此，仅能进行限缩解释，即只有缔约方依据 CPTPP 第 17.3 条赋予国家企业、国有企业相关监管、行政或其他职权之后，才能谈得上国家企业、国有企业行使自由裁量权问题。

与 SCM 协定相比，CPTPP 中的非商业援助条款未涉及禁止性补贴，相应地也不存在拟制专

① See Shixue Hu, “Clash of Identifications: ‘State Enterprises’ in International Law”, (2019) 19 (2) *UC Davis Business Law Journal* 171, p. 185.

② 张目强：《〈补贴与反补贴措施协定〉中的补贴专向性》，载《政法论坛》2012 年第 2 期，第 182—183 页。

③ 陈瑶：《补贴专向性审查的争议、发展与中国对策》，载《武大国际法评论》2021 年第 6 期，第 65 页。

④ 张目强：《〈补贴与反补贴措施协定〉中的补贴专向性》，载《政法论坛》2012 年第 2 期，第 182 页。

⑤ 陈瑶：《补贴专向性审查的争议、发展与中国对策》，载《武大国际法评论》2021 年第 6 期，第 65—67 页。

⑥ SCM 协定第 2.2 条规定：“限于授予机关管辖范围内指定地理区域的某些企业的补贴属专项性补贴。各方理解，就本协定而言，不得将有资格的各级政府所采取的确立或改变普遍适用的税率的行动视为专项性补贴。”

向性。非商业援助不再区分法律专向性与事实专向性，相应地省略了法律专向性的排除事项，即不再考虑补贴计划的授予条件是否中立、授予条件是否得到严格遵守以及获取资格是否自动。<sup>①</sup> 专向性审查也不再明确要求“须以确凿的证据为依据明确地加以证实”。<sup>②</sup> 这些改变都较大幅度地减轻和转移了调查当局对专向性的举证责任。同时，非商业援助条款也不再关注特定产业、特定区域等其他考量因素，而将专向性聚焦于企业所有制。这一做法抛弃了 WTO 反补贴制度所秉持的“所有制中立”与“在约束补贴、约束反补贴措施这两个方面进行精致平衡”的条约宗旨。<sup>③</sup> 对中国而言，中国在加入 WTO 之时，就承担了远高于 WTO 标准的补贴纪律约束，包括将对国有企业提供的补贴视为专向性补贴。<sup>④</sup> 这也就意味着，就货物贸易而言，各贸易伙伴理论上成熟的法律工具（SCM 协定）、条文依据（《中国入世议定书》）和救济手段（WTO 争端解决机构）来约束中国国有企业补贴问题，无需“另起炉灶”，不过《中国入世议定书》第 10.2 条至今尚未在 WTO 争端解决实践中被援引，并无“用武之地”。<sup>⑤</sup>

### （三）相辅相成的援助和利益授予

#### 1. 援助的构成

根据 CPTPP 第 17.1 条，援助指：

（i）资金的直接转移或潜在的资金或债务的直接转移，例如：（A）赠款或债务减免；（B）向该企业提供的比商业上更优惠的贷款、贷款担保或其他种类的融资；或（C）权益资本，其与私人投资者的一般投资惯例，包括提供风险资本的惯例不符。（ii）该企业获得比商业上更优惠的除一般基础设施外的商品或服务。

这一规定的设计较大程度地参考了 SCM 协定第 1.1（a）（1）条有关财政资助的界定，但未将政府应收收入豁免视为援助的类型之一。<sup>⑥</sup> 换言之，假设政府向国有企业免于征收某项本应收取的税款，这有可能构成 SCM 协定意义上的补贴，但并不会构成非商业援助。有观点认为这是非商业援助条款中的一个漏洞。<sup>⑦</sup> 但笔者认为，这不是漏洞，而是非商业援助的刻意“留白”。事实上，在援助概念中加入政府应收收入豁免并不存在技术困难，可以列为（iii）项，形成并列关系。然而，在 WTO 有关政府应收收入豁免条款的案件中，被诉方通常也是非商业

① 陈瑶：《补贴专向性审查的争议、发展与中国对策》，载《武大国际法评论》2021 年第 6 期，第 70 页。

② 参见 SCM 协定第 2.4 条。

③ 蒋奋、周威：《CPTPP 对国有企业的补贴规制与中国因应》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021 年第 6 期，第 192 页。

④ 《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》（下文简称《中国入世议定书》）第 10.2 条规定：“就实施 SCM 协定第 1 条第 2 款和第 2 条而言，对国有企业提供的补贴将被视为专向性补贴，特别是在国有企业是此类补贴的主要接受者或国有企业接受此类补贴的数量异常之大的情况下。”

⑤ Weihuan Zhou, “Rethinking the (CP) TPP as a Model for Regulation of Chinese State-Owned Enterprises”, (2021) 24 (3) *Journal of International Economic Law* 572, p. 577.

⑥ 政府应收收入豁免详见 SCM 协定第 1.1（a）（1）（ii）条。

⑦ Jaemin Lee, “The ‘Indirect Support’ Loophole in the New SOE Norms: An Intentional Choice or Inadvertent Mistake?”, (2021) 20 (1) *Chinese Journal of International Law* 63, p. 67.

援助条款的主要推动者，包括美国、加拿大、巴西等国。<sup>①</sup> 对于长期受制于该条款的国家来说，取消这一补贴类型符合这些国家的现实利益。

## 2. 事实上的利益授予

SCM 协定中的补贴由财政资助和由此而授予的利益两部分组成，二者缺一不可。对于一项财政资助是否构成补贴，以及如何计算补贴金额，美国的做法在乌拉圭回合谈判中占据上风，并以此为基础形成了 SCM 协定中的补贴定义，“利益”遂被广泛接受为补贴的构成要件。<sup>②</sup> SCM 协定第 14 条进而规定了调查当局计算接受方所获补贴金额的基本准则与方法，将政府提供的财政资助与客观基准进行比较，接受方所获利益随即确定。<sup>③</sup> 这一客观基准应来自于市场，各成员在多哈回合谈判中已对此达成共识。<sup>④</sup> 换言之，财政资助不一定导致企业获益，如果政府措施符合商业标准，这种措施就不会被视为授予利益。<sup>⑤</sup> 由此，一些符合商业标准的财政资助被排除于补贴之外。然而，当政府控制或主导了这一私营市场，造成“市场扭曲”，所谓的私营价格就不再客观。此时，如果继续将政府价格和私营价格进行比较，往往导致利益为零，陷入“循环比较”的陷阱。<sup>⑥</sup> 对于是否可以排除适用国内基准，而将出口国市场之外的某种市场条件（外部基准）作为比较参照对象的问题，SCM 协定第 14 条的规定在总体上是极为模糊的。<sup>⑦</sup> 对此，美国—加拿大第四软木案（DS257）开启了适用外部基准的先例。<sup>⑧</sup> 在多哈回合谈判中，使用外部基准已被绝大多数成员接受，<sup>⑨</sup> 但这并不意味着成员可以恣意地选择适用外部基准。在中国诉美国反补贴措施案（DS437）中，执行之诉上诉机构明确拒绝了美国适用外部基准的做法。<sup>⑩</sup> 时至今日，上诉机构对待适用外部基准的思路愈发清晰：即宽授权、严举证并打破一切推定。<sup>⑪</sup> 在当前有关 WTO 改革的问题上，中国与其他主要成员虽出发点不同，但都希望 WTO 补贴规则能够进一步澄清外部基准的适用问题。<sup>⑫</sup> 在外部基准这一主要问题之外，利益的认定还能起到其他作用，包括将一些间接的利益输送纳入补贴纪律的约束范围之内。<sup>⑬</sup>

① See WTO analytical index, SCM Agreement Article 1 (Jurisprudence), pp. 21 – 27, [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/subsidies\\_art1\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/subsidies_art1_jur.pdf).

② 陈卫东：《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》，载《法学》2012 年第 2 期，第 11 页。

③ 张斌：《多哈回合规则谈判中的补贴利益及其计算基准问题评析》，载《世界贸易组织动态与研究》2009 年第 7 期，第 18 页。

④ 张斌：《多哈回合规则谈判中的补贴利益及其计算基准问题评析》，载《世界贸易组织动态与研究》2009 年第 7 期，第 22 页。

⑤ 蒋奋：《论 WTO〈补贴与反补贴措施协定〉中“利益”的判断标准——以加拿大和巴西的三起飞机补贴案报告为例》，载《法治研究》2007 年第 7 期，第 33 页。

⑥ 陈卫东：《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》，载《法学》2012 年第 2 期，第 11 页。

⑦ SCM 协定第 14 (a) 条对于政府提供的股本适用国内基准存在明确规定，对其余财政资助类型则不置可否。参见周一帆：《美欧日 WTO 补贴规则改革方案评析及中国应对》，载《太平洋学报》2022 年第 7 期，第 80 页；陈卫东：《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》，载《法学》2012 年第 2 期，第 12 页。

⑧ 陈卫东：《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》，载《法学》2012 年第 2 期，第 13 页。

⑨ 张斌：《多哈回合规则谈判中的补贴利益及其计算基准问题评析》，载《世界贸易组织动态与研究》2009 年第 7 期，第 22 页。

⑩ 周一帆：《美欧日 WTO 补贴规则改革方案评析及中国应对》，载《太平洋学报》2022 年第 7 期，第 80 页。

⑪ 参见张月姣：《中国在 WTO 诉美国反补贴措施案中胜诉的意义及启示》，载《国际法研究》2022 年第 3 期，第 7 页。

⑫ 参见周一帆：《美欧日 WTO 补贴规则改革方案评析及中国应对》，载《太平洋学报》2022 年第 7 期，第 80 页。

⑬ 李仲平：《模糊与澄清：上游补贴利益传递分析的法律依据探析——以 GATT/WTO 裁决为样本》，载《国际经贸探索》2015 年第 1 期，第 102 页。

CPTPP 中的非商业援助相关条款并未使用利益 (benefit) 一词, 既有文献由此认为非商业援助无需进行利益授予的认定。<sup>①</sup> 然而, 这一主流观点值得商榷, 主要存在以下几个方面的理由。第一, 作为一项补贴规则, 非商业援助条款无法回避补贴的识别和计算问题。对此, 各经济体当前的反补贴实践仍在沿用利益授予的方法。如上文所述, 美国、欧盟和日本在 WTO 框架内, 对于利益条款的不满主要集中于市场基准规则不够明晰, 并没有从根本上否定利益授予的方法。第二, 非商业援助相关条款虽不含“利益”二字, 但其定义本身存在着与客观基准进行比较的要求, 相较于 SCM 协定增设了一些诸如“优于商业条件”“不符合投资惯例”等表述, 部分集成了利益认定的功能。<sup>②</sup> 例如 SCM 协定第 1.1 (a) (1) (iii) 条规定, 财政资助是政府提供除一般基础设施外的货物或服务, 或购买货物。而 CPTPP 第 17.1 条则规定, 援助指条件优于该企业商业可获得的条件的除一般基础设施外的货物或服务。即便 CPTPP 第 17.1 条援助中的“赠款或债务减免”一项不含有此类表述, CPTPP 第 17 章脚注 4 也在一定程度上将“国有企业之间进行的与私营企业在公平交易中的惯例相一致的其他交易”排除在外。以国有企业债务重组为例, 在重组过程中, 如国有商业银行根据“公平交易的惯例”对其进行一定的债务减免, 就不应被视为非商业援助。换言之, 在非商业援助中, “非商业”和“援助”二者同样缺一不可。第三, 非商业援助条款对于是否适用或者应在何种程度上适用外部基准的问题保持缄默, 其模糊程度与 SCM 协定第 14 条不相上下, 这将为非商业援助适用外部基准埋下伏笔。缔约方无需为继续适用外部基准而刻意回避利益授予的认定。当然, 也有学者从文义角度分析, 认为非商业援助定义中的“该企业” (that enterprise) 一词将排除与具体受补贴国有企业无关的市场基准, 此类援助涉及“贷款、贷款担保或其他种类的融资”以及“一般基础设施外的商品或服务”。<sup>③</sup> 第四, CPTPP 第 17.6 条及脚注 18 已涵盖间接补贴的问题, 政府通过国家企业、国有企业、受委托或指示的非国有企业等间接方式向国有企业提供补贴本身就是非商业援助的约束内容。综上, 非商业援助虽未采用“利益”一词, 但相关条款已暗含利益授予审查的实质要求,<sup>④</sup> 需将援助与客观基准进行比较, 并非给予国有企业的一切援助都将被认定为非商业援助。

#### (四) 非商业援助的适用范围

##### 1. 由货物贸易拓展至服务贸易和投资

传统上, SCM 协定仅约束货物贸易领域的补贴, 而非商业援助条款将所约束的领域扩展到

① 相关观点参见毛真真:《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》, 载《河北法学》2017年第5期, 第159页; 王秋雯:《国有企业规则在区域贸易谈判平台中的新发展与中国对策》, 载《国际贸易》2018年第6期, 第64页; 沈伟、方荔:《从接受到“接合”: 国有企业国际规制的中国话语转变》, 载《国际经济法学刊》2022年第1期, 第40页; 蒋奋、周威:《CPTPP对国有企业的补贴规制与中国因应》, 载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2021年第6期, 第197页; 沈伟、方荔:《国际经贸协定国企条款的立法趋势与中国的立场演化》, 载《国际经济评论》2022年第5期, 第102页。

② 有关利益认定详见 SCM 协定第 14 条。

③ See Yoshinori Abe and Takemasa Sekine, “Non-Commercial Assistance Rules in the TPP: A Comparative Analysis with the SCM Agreement”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 548.

④ See also Jan Yves Remy and Iain Sandford: “Rules for State-Owned Enterprises in Chapter 17 of the Trans-Pacific Partnership Agreement: Balancing Market-Oriented Discipline and Policy Flexibility for States”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 534.

货物、服务和投资三大领域。<sup>①</sup>其中,货物贸易既能对另一缔约方利益造成不利影响,<sup>②</sup>又能以海外投资的形式对另一缔约方国内产业造成损害,<sup>③</sup>这些内容的设计大体上参考了SCM协定中的各项成熟规定。

WTO《服务贸易总协定》(GATS)规定了4种服务贸易的提供方式,即跨境交付(模式一)、境外消费(模式二)、商业存在(模式三)和自然人存在(模式四)。近年来的区域贸易协定对此有所发展和革新,一般设有跨境服务贸易(Cross-Border Trade in Services)章节,主要涵盖GATS项下的模式一和模式二;此外,还另设投资(Investment)章节,个别条款涵盖GATS中的模式三。<sup>④</sup>在此背景下,非商业援助条款主要约束模式一和模式三。

在上述货物贸易和服务贸易中,对外投资所扮演的角色主要是商业存在,即通过在另一缔约方的商业存在提供货物和服务,其出发点和落脚点均是货物或服务贸易本身,而不涉及投资的其他方面内容。亦可认为,非商业援助条款约束的经贸范围主要是货物贸易和服务贸易两大类。其中,相较货物贸易而言,服务贸易的补贴纪律一直未能在多边层面达成共识。各国在服务贸易补贴纪律必要性和可行性方面的分歧较大,涵盖各类难以解决的政治性和技术性问题。<sup>⑤</sup>虽然各成员在GATS中形成了微弱的共识(GATS第15条明确提及补贴问题),但该条并未设定任何约束性义务,由此产生的争端亦无法提交WTO争端解决机构。<sup>⑥</sup>这说明,在补贴纪律方面,货物贸易和服务贸易是有较大区别的。<sup>⑦</sup>而非商业援助条款贸然将业务范围拓展至服务贸易,混同评估货物贸易和服务贸易的不利影响,<sup>⑧</sup>且并未对服务贸易诸多问题进行有效回应,很容易构成新的贸易壁垒。

## 2. 约束特定的援助模式

非商业援助条款既不阻止国家建立或维持国有企业,<sup>⑨</sup>也不一概否定缔约方对国有企业提供非商业援助,而是禁止非商业援助对另一缔约方的利益造成不利影响,或另一缔约方的国内产业造成损害。对于何种类型的援助模式可以造成不利影响和损害,CPTPP第17.6条以穷尽的方式进行了列举。换言之,这些特定的援助模式是缔约方通过谈判确定下来的,而除第17.6条所列举的援助模式之外,缔约方对其余模式尚未形成共识,均应视为不可诉。第17.6条所列举的任意一条援助模式均涵盖补贴方、被补贴方、所在地、贸易类型(货物贸易或服务贸易)、补贴影响等要素,因而可以将这些援助模式进行公式化处理,即谁在何处通过何种方式向在何处的谁提

① 参见徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,载《法学研究》2022年第5期,第221页;丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,载《清华法学》2022年第5期,第181页;李思奇、金铭:《美式国有企业规则分析及启示——以NAFTA、TPP、USMCA为例》,载《国际贸易》2019年第8期,第95页。

② 详见CPTPP第17.6.1(a)条、第17.6.2(a)条。

③ 详见CPTPP第17.6.3条。

④ 石静霞:《国际服务贸易规则的重构与我国服务贸易的发展》,载《中国法律评论》2018年第5期,第53页。

⑤ 围绕这些具体问题的讨论,可参见石静霞:《新一轮服务贸易谈判若干问题》,载《法学研究》2006年第3期。

⑥ 艾素君:《WTO框架下服务贸易补贴的立法构想》,载《上海大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第55页。

⑦ Jaemin Lee, “ ‘Trade Agreements’ New Frontier – Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges”, (2019) 14 (1) *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 33, p. 59.

⑧ 主要涉及CPTPP第17.7条。See Jaemin Lee, “ ‘Trade Agreements’ New Frontier – Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges”, (2019) 14 (1) *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 33, pp. 58 – 60. 另参见石静霞:《新一轮服务贸易谈判若干问题》,载《法学研究》2006年第3期,第134页。

⑨ 参见CPTPP第17.2.9(a)条。

供了非商业援助并对谁造成了影响。一方面，CPTPP 第 17.6 条对这些特定的援助模式进行了详细的规定；另一方面，既有文献也对这些援助模式进行了图示化的深度解读。<sup>①</sup> 对此，本文无需赘述。鉴于非商业援助条款主要围绕缔约方之间的关系进行规定，非缔约方所受的影响以及相关条款漏洞值得进一步探究。

根据 CPTPP 第 17.6 条，造成不利影响或损害的主体只能是缔约方，具体涉及缔约方（政府）、国家企业、国有企业、（受委托或指示的）非国有企业和位于另一缔约方的涵盖投资企业（不论所有制成分，包括私有企业）共 5 类。因而，非缔约方无需遵守非商业援助条款。但这也意味着，当缔约方通过非商业援助对非缔约方造成不利影响或损害之时，非缔约方无法依据非商业援助条款进行救济。

从另一个角度来看，缔约方政府或其国有企业通过设立复杂的交易或投资结构，有可能规避部分非商业援助条款的约束。例如，针对 CPTPP 第 17.6.1 (b) 条和第 17.6.2 (b) 条的跨境提供服务，假设缔约方 A 国在非缔约方 D 国设立国有企业并提供非商业援助，通过该国有企业向 C 国提供服务并对 C 国利益造成不利影响，不属于非商业援助条款的适用范围。<sup>②</sup> 又如，针对 CPTPP 第 17.6.1 条和第 17.6.2 条，缔约方 A 国在（缔约或非缔约的）B 国设立国有企业，B 国对该国有企业提供非商业援助，不论从事货物贸易还是服务贸易，对缔约方 C 国利益造成不利影响，均不属于非商业援助条款的适用范围。由此观之，非商业援助条款意欲将适用范围拓展至服务贸易，但就细节而言，其实际的适用范围又相对有限，条款的可靠性也值得怀疑。

### 3. 适用例外

如果以红、黄、绿三色来区分不同的补贴类型，则 CPTPP 约束的各项非商业援助均可视为可诉性补贴（“黄箱”补贴），不存在禁止性补贴（“红箱”补贴）。同时，非商业援助条款通过“例外”的方式在各维度上设置了大量不可诉项目（“绿箱”补贴），相关约定的篇幅远远超过非商业援助条款本身，这一景象蔚为壮观，可以归结为以下 6 种类型。

第一种是国有企业章节适用范围排除。CPTPP 第 17.2 条将货币主管机关、金融监管机构、破产或破产过程中的金融机构等主体，以及“行使政府职权时提供的任何服务”等事项直接排除于非商业援助条款的适用范围之外。

第二种是一般例外条款，各缔约方均可援引。CPTPP 第 17.13 条规定，在国家或全球经济紧急状况、支持进出口和海外私人投资的常规金融服务、临时拥有所有权、年收入门槛金额以下（一般为 2 亿特别提款权）的情况不适用非商业援助条款。

第三种是次中央国有企业（Sub-Central State-Owned Enterprises）例外。在 CPTPP 第 17 章附件 17-D 中，各缔约方将次中央国有企业排除于具体条款的适用。例如，澳大利亚对服务贸易规则作出保留，指明其次中央国有企业不履行相关义务。<sup>③</sup>

第四种是一般国别例外。CPTPP 专设附注 4（Annex IV）“国有企业和指定垄断例外措施”，允许各缔约方开列清单，就特定行业、特定企业、特定商业活动、特定区域和特定人群

① 相关图示参见蒋奋、周威：《CPTPP 对国有企业的补贴规制与中国因应》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021 年第 6 期，第 189—190 页。

② Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, p. 34.

③ 参见 CPTPP 附件 17-D 第 (a) (iv) 条。

进行豁免。<sup>①</sup>较为激进的缔约方，如新西兰，将所有现有或未来可能设立的国有企业排除于跨境提供服务的规则之外。

第五种是特殊国别例外。新加坡更为特殊，CPTPP第17章附件17-E指明新加坡主权财富基金在满足一定条件的前提下可以不适用于非商业援助条款。<sup>②</sup>

第六种是其他例外。CPTPP第17.6.4条规定，一国在本国市场向本国服务贸易提供的非商业援助并对其他国家造成贸易扭曲的，不视为造成不利影响。服务贸易毕竟不同于货物贸易，非商业援助条款对于服务贸易的约束还是集中在跨境领域，该条款作为各方妥协的产物，算是对激进的服务贸易补贴规则的部分修正。

与前述制度漏洞相比，上述适用例外或由CPTPP明文规定，或由缔约方通过谈判积极争取得来。如此宽泛的适用例外说明了两方面问题。一是相关缔约方之间发展水平差距较大，国有企业依其历史沿革在各国经济中发挥着不同的作用。这就导致国有企业补贴问题虽在一定程度上能达成某些共识，但各缔约方都尽可能对本国国有企业作出保留，这致使例外情况远多于既定原则，非商业援助条款对于原始缔约方的约束力大幅降低。二是非商业援助条款意在修正国有经济对国际贸易的扭曲，但其所依据的市场经济原则和“看不见的手”则并不纯粹。例如，CPTPP第17.2.4条为缔约方向解散破产中或已破产的金融机构提供非商业援助大开方便之门。如果基于市场经济原则，那么金融机构或金融行业又与其他行业有何不同，需要区别对待？事实上，是美国金融机构导致了2008年全球金融危机，迫使各国政府大规模“救市”，最终维护了财阀的利益。<sup>③</sup>这一美国的诉求虽被其他CPTPP缔约方接受，但具体条文所映射的市场经济原则是需要“打折扣”的。

## 四 非商业援助的消极后果与救济路径

### （一）不利影响与损害

对于非商业援助的约束须以其造成不利影响或损害为前提，CPTPP第17.7条和第17.8条则分别对不利影响和损害的界定作了进一步规定。概言之，不利影响的对象是缔约方的利益，而损害的对象是缔约方的国内产业。

#### 1. 货物贸易和服务贸易中的不利影响

对于货物贸易而言，不利影响有两个考察对象，即销量和价格。从销量上来看，不论在任何市场，当一缔约方国有企业的货物生产和销售取代或阻碍了任何其他缔约方企业的货物进口以及其他缔约方涵盖投资企业的货物销售，则产生不利影响。从价格上来看，在任何缔约方市场，当一缔约方国有企业的货物销售价格与其他缔约方企业进口或涵盖投资销售的货物价格相比，存在大幅削低（significant price undercutting）的情况，或者造成其他缔约方企业产品大幅价格抑制

① 刘瑛：《〈跨太平洋伙伴关系协定〉国有企业章节的中国应对》，载《东方法学》2016年第5期，第61—62页。

② 参见CPTPP附件17-E第3条。

③ Raj Bhala, “Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs”, (2017) 14 (1) *Manchester Journal of International Economic Law* 2, p. 24.

(significant price suppression)、价格压低 (price depression) 或销售损失 (lost sales), 则产生不利影响。<sup>①</sup> 针对价格因素, 非缔约方市场的情况也大致如此, 仅排除了涵盖投资企业货物销售的情况。<sup>②</sup>

对于服务贸易而言, 不利影响也从销量和价格两个方面展开。其对应的援助模式仅限于一缔约方国有企业直接跨境或通过涵盖投资向另一缔约方领土内提供服务。<sup>③</sup> 从销量上来看, 在另一缔约方市场, 一缔约方国有企业所提供的服务取代或阻碍了任何其他缔约方所提供的同类服务, 则产生不利影响。<sup>④</sup> 从价格上来看, 在另一缔约方市场, 当一缔约方国有企业提供的服务价格与其他缔约方企业的服务价格相比, 存在大幅削低的情况, 或者造成其他缔约方企业的服务大幅价格抑制、价格压低或销售损失, 则产生不利影响。<sup>⑤</sup>

在上述条款中, 有关价格削低、价格抑制、价格压低或销售损失的概念与 SCM 协定并无二致。其中, 价格削低的对象是接受补贴的企业的产品; 价格压低的对象是受影响的其他企业的产品, 该产品价格在本应稳定或上涨的情况下, 反而下降; 价格抑制是指产品价格本应上涨的情况下, 产品价格的涨幅不及预期, 没有上涨或涨幅不大。<sup>⑥</sup>

不论是货物贸易还是服务贸易, 其销量上的取代或阻碍其他同类产品或服务需达到“相对市场份额显著变化”的程度, 具体可体现为: (a) 受补贴的产品或服务的市场份额显著增加; (b) 如不存在非商业援助, 其市场份额会大幅降低; 或 (c) 其市场份额的降低速度明显低于不存在非商业援助的情况 (CPTPP 第 17.7.2 条)。就价格而言, 价格削低则包括与同类货物或服务相比较所证明的任何情况。<sup>⑦</sup>

## 2. 货物贸易中的损害

与不利影响不同, 损害仅限于货物贸易, 对应的援助模式也仅限于一缔约方通过涵盖投资损害投资东道国的国内产业。而损害一词应理解为对国内产业的实质损害、对国内产业实质损害威胁或对该产业建立的实质阻碍。<sup>⑧</sup> 相关审查要件包括涵盖投资的产量、此种生产对国内产业同类货物价格的影响, 以及此种生产对国内产业的影响。CPTPP 第 17.8 条对于这些要件的认定作了进一步的规定, 并着重强调了损害必须正在进行, 货物与损害须存在因果关系, 须全面而慎重考虑各类因素等。

## 3. 对 SCM 协定的继承与发展

在 SCM 协定第 5 条中, “不利影响”是可诉性补贴的重要要件之一, 其可分为 3 个方面: 一是损害 (injury) 另一成员的国内产业; 二是使其他成员在 GATT 1994 项下直接或间接获得的利益丧失或减损 (nullification or impairment); 三是严重侵害 (serious prejudice) 另一成员的利益。其中, SCM 协定第 6.3 条又对严重侵害作了进一步规定, 指明 4 类情况将构成严重侵害, 分别是: (a) 取代或阻碍同类产品进口; (b) 取代或阻碍同类产品进入第三国; (c) 造成价格削低

① 参见 CPTPP 第 17.7.1 (c) (i) 条。

② 参见 CPTPP 第 17.7.1 (c) (ii) 条。

③ 参见 CPTPP 第 17.6.1 (b) 条、第 17.6.1 (c) 条、第 17.6.2 (b) 条、第 17.6.2 (c) 条。

④ 参见 CPTPP 第 17.7.1 (d) 条。

⑤ 参见 CPTPP 第 17.7.1 (e) 条。

⑥ Wolfgang Müller, *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: A Commentary* (Cambridge University Press, 2017), pp. 295 - 296.

⑦ 参见 CPTPP 第 17.7.3 条。

⑧ 参见 CPTPP 第 17.8.1 条。



或同类产品的价格抑制、价格压低或销售损失；(d) 受补贴产品在国际市场上的份额增加。<sup>①</sup>

相较而言，非商业援助条款对于不利影响和损害的界定大量参考了SCM协定第5条、第6条、第15条的规定。其中，非商业援助条款有关不利影响的规定几乎等同于SCM协定中的严重侵害。<sup>②</sup>换言之，非商业援助条款以“不利影响”一词替代SCM协定中的“严重侵害”。非商业援助条款中的不利影响与SCM协定中的不利影响属于同文不同义，非商业援助条款中的不利影响与SCM协定中的严重侵害属于同义不同文。然而，这一文义上的变化并未改变不利影响（严重侵害）与损害之间的逻辑关系。不论在SCM协定还是在CPTPP中，二者都是并列关系，且非商业援助条款这一表述比SCM协定更为清晰。

## （二）反补贴措施与程序

非商业援助条款对传统的补贴纪律作出了一系列的突破，提出了较多新的概念，但这些制度设计能否“落地”，关键在于是否存在坚实可靠的机制，以公正、有效和有力的方式解决相关补贴纠纷。

### 1. 非商业援助条款对反补贴路径的发展

在WTO框架下，SCM协定构建了双轨制反补贴诉讼机制：一方面，成员可通过多边的方式，向WTO争端解决机构提起诉讼；另一方面，受损方企业可向本国主管机关提起反补贴诉讼，并由主管机关依据本国反补贴法规定采取诸如征收反补贴税等单边行政措施予以救济。<sup>③</sup>在单边方式中，SCM协定为保证反补贴税等措施限于抵消补贴接受者的受益而不构成新的贸易壁垒，在程序方面作出了一系列详细的规定，包括国内产业的界定、调查程序、证据认定、损害确定、补贴金额计算、临时反补贴措施、反补贴税征收、追溯效力、公告、司法审查等方面。<sup>④</sup>同时，被调查一方有权提起磋商，后将争议提交WTO争端解决机构。

在多边方式中，WTO争端解决机构设置专家组和上诉机构两个审级，《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)对程序问题作出普遍性规定。总体上，申请设立专家组的程序相对简单，申诉方只需指出争议性措施，提出诉求和法律依据即可，后续事项则可随着程序的进行不断补充完善。<sup>⑤</sup>具体到反补贴领域，SCM协定第5条和第7条对可诉性补贴和禁止性补贴分别制定了不同的诉讼规则。以裁决执行期限为例，涉及可诉性补贴的裁决执行期限一般为6个月（SCM协定第7.9条），而禁止性补贴一般为7.5个月[SCM协定第4.12条、DSU第21.3(c)条]。

对于非商业援助而言，CPTPP并没有对其争端解决作出特别的规定，相关争议仍适用CPTPP第28章争端解决的一般规定。其中，不存在直接的单边反补贴措施，而是以多边、双边争端解

① SCM协定第6.1条同样规定了各类严重侵害的判定标准，但其只是具有5年有效期的临时适用条款，目前已经失效。参见欧福永、罗文正：《试析WTO〈补贴与反补贴措施协定〉中的严重侵害实体规则》，载《时代法学》2018年第6期，第15页。

② Leonardo Borlini and Peggy Clarke, “International Contestability of Markets and the Visible Hand: Trade Regulation of State-Owned Enterprises between Multilateral Impasse and New Free Trade Agreements”, (2021) 26 (3) *Columbia Journal of European Law* 84, p. 122.

③ 秦国荣：《论WTO反补贴诉讼机制——兼论我国应对国际反补贴诉讼之对策》，载《法商研究》2006年第2期，第139页。

④ 参见秦国荣：《论WTO反补贴诉讼机制——兼论我国应对国际反补贴诉讼之对策》，载《法商研究》2006年第2期，第141页。

⑤ 韩立余：《WTO争端解决程序中的举证责任》，载《现代法学》2007年第3期，第79页。

决方式为主，可以主要归结为 3 种路径。一是成员可采用斡旋、调解或调停等争端解决替代方式。<sup>①</sup> 二是可以对相关争议展开磋商。与 SCM 协定不同的是，国有企业和指定垄断委员会将在磋商中发挥应有作用。<sup>②</sup> 三是磋商未果后可申请设立专家组进行审议。<sup>③</sup> 专家组形成最终报告并应于 15 个月内得到执行，<sup>④</sup> 这一执行期限与 DSU 对于可诉性补贴的时间一致。执行未果后，申诉方可采取“中止具有同等效力的利益”（suspend benefits of equivalent effect）的措施，<sup>⑤</sup> 其可视为反补贴措施。此处，同等效力的要求比 SCM 协定中“适当的反补贴措施”（appropriate countermeasures, SCM 协定第 4.10 条）在语义上更为严苛。<sup>⑥</sup>

总体上，相较于 SCM 协定而言，CPTPP 对于补贴问题的争端解决在构想和路径上有所发展，进一步丰富了争端解决方式，不采取单边反补贴措施。这有效防止了个别经济体为实现贸易保护而滥用单边措施，并以此危及多边贸易体系的稳定。这符合中国在国际贸易中“坚决反对单边主义和保护主义”的基本主张。<sup>⑦</sup> 同时，如果我们深入制度细节，就可以发现，在这一路径优化的进程中，也存在具体程序制度“开倒车”的情况，尤其体现在信息收集的举证责任方面。

## 2. 信息收集举证责任制度的变化

在诉讼规则当中，举证责任事关公平和效率，扮演着举足轻重的角色。而 DSU 完全不涉及举证责任的内容，WTO 争端解决机构对于相关问题的理解和处理全部来自既往案例，是地道的“判例法”。<sup>⑧</sup> 这些判例法主要体现在 4 个方面。一是“证据自由”。证据自由评估是证据领域的首要原则，专家组对于证据的采纳和事实的认定均为自由裁量权的一部分，上诉机构一般不会轻易干预。<sup>⑨</sup> 二是对于可诉性补贴采取“谁主张谁举证”。该原则首次在美国羊毛衫案中得到确认，即提出事实的一方，无论是申诉方还是被诉方，负责对此提供证据进行证明。<sup>⑩</sup> 在此过程中，申诉方首先提出初步证据，被诉方和申诉方交替反驳，形成网球运动般的动态过程，法官依据自由裁量权会在一定程度上分配举证责任，但不会偏离谁主张谁举证这一基本原则。三是对于禁止性补贴采取“举证责任倒置”。此处，在申诉方举证证明禁止性补贴存在的情况下，被诉方如认为相关情况不实，须承担证明其主张的举证责任。<sup>⑪</sup> 四是“举证责任合作”。SCM 协定附件 V 对严重侵害情况下的信息收集程序作出了专门规定。对于造成严重侵害的可诉性补贴，SCM 协定要求争议各方在证据完善过程中相互配合（SCM 协定附件 V 第 1 条）；<sup>⑫</sup> 因未合作造成的信息缺失，专家组将采用其他“可获得事实”进行裁定；同时，专家组可对不合作一方作出不利推论

① 参见 CPTPP 第 28.6 条。

② 参见 CPTPP 第 17.12.2 (b) 条。

③ 参见 CPTPP 第 28.7.1 条。

④ 参见 CPTPP 第 28.19.5 条。

⑤ 参见 CPTPP 第 28.20.3 条。

⑥ Yoshinori Abe and Takemasa Sekine, “Non-Commercial Assistance Rules in the TPP: A Comparative Analysis with the SCM Agreement”, in Jorge Huerta Goldman and David Gantz (eds.), *The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: Analysis and Commentary* (Cambridge University Press, 2022), p. 557.

⑦ 参见《国务院办公厅关于推进对外贸易创新发展的实施意见》，国办发〔2020〕40号，2020年10月25日。

⑧ 朱榄叶：《WTO 争端解决程序中的证据问题》，载《当代法学》2007年第1期，第121页。

⑨ 韩立余：《WTO 争端解决程序中的举证责任》，载《现代法学》2007年第3期，第87页。

⑩ 韩立余：《WTO 争端解决程序中的举证责任》，载《现代法学》2007年第3期，第80页。

⑪ 秦国荣：《论 WTO 反补贴诉讼机制——兼论我国应对国际反补贴诉讼之对策》，载《法商研究》2006年第2期，第140页。

⑫ 参见 SCM 协定附件 V 第 1 条。

(SCM 协定附件 V 第 7 条)。在阿根廷纺织品案中，专家组将此义务的前提限定于申诉方已尽最大能力获取证据，且相关证据已能构成初步证据。<sup>①</sup>

对于非商业援助争端而言，CPTPP 虽未对具体举证责任作出专门规定，但也仿照 SCM 协定附件 V 在 CPTPP 附件 17 - B 中制定了信息收集程序，确立了信息集中的举证责任合作原则，不合作方同样将面对不利推断。<sup>②</sup> 然而，非商业援助条款推行举证责任合作的逻辑内核却与 SCM 协定完全不同。在 SCM 协定附件 V 中，信息收集的全过程处处体现了专家组的主导地位，如专家组应要求发起信息收集程序并向争议各方提出问题（SCM 协定附件 V 第 2 条），专家组指派专员负责推进信息收集程序（SCM 协定附件 V 第 4 条）等。而在非商业援助条款中，信息收集则主要遵循“争端方问答、专家组备案”的原则展开。根据 CPTPP 附件 17 - B，争端一方可在专家组设立起 15 天内向另一方提交书面问题，另一方需在 30 天内答复，此后仍可交替问答。对此，相关书面问题及答复均应于同日提交专家组，或在专家组成立后及时转交专家组。

这一问答方式将较大幅度地减轻申诉方的举证责任。尤其对于服务贸易而言，由于服务贸易补贴信息不透明，再加上在服务贸易中确定同类服务和服务提供者相当困难，申诉方几乎不可能完成其举证责任。<sup>③</sup> 然而，以问答的方式解决此类问题，其有效性仍待检验，同时也会引起另外两方面严重问题。一方面，不论谁主张谁举证还是举证责任倒置，都是基于专家组对举证责任的分配，强调专家组的主导地位，而问答方式则有绕过专家组自由裁量权之嫌。在缺乏专家组主持的情况下，这一方式看似客观中允，申诉方和被诉方均可交替使用，实则使被诉方不断陷入“自证清白”的泥沼。另一方面，在实践中，申诉方经常通过反补贴措施有意收集被诉方国有企业相关不易获得的准确信息，如非上市公司股权结构、上下游产业链状况、真实成本和产量等等，即便在纠纷解决中无法获胜，这些重要信息也可另作他用。虽然 CPTPP 附件 17 - B 第 8 条规定，“在确定一争端方是否未在信息收集过程中合作时，专家组应考虑问题的合理性和答复缔约方在以合作和及时的方式答复问题方面所作努力”，但专家组并无事前介入和引导问题设置的能力，即便申诉方的问题天马行空，专家组也仅能在事后考虑一下问题的合理性。由此为贸易救济工具化埋下伏笔，使其偏离了纠正贸易扭曲的价值目标。鉴于此，在应然层面，信息收集举证责任应回归至专家组的自由裁量范畴，相关提问应提交专家组审议，而非备案，被专家组审议认为对查清事实有益的提问才转交给另一方作答。

## 五 结语与中国的应对

国有企业问题备受关注的根本原因在于，经济全球化导致企业竞争扩展至国际市场，具有竞争优势的国有企业由此产生负外部性，需要国际法的介入和调整。对国有企业提供的补贴可以造成贸易扭曲或投资扭曲，只不过美国和美式经贸规则更看重贸易扭曲问题，并强化贸易救济手段的抓手作用。CPTPP 在国有企业章节设计了非商业援助一词，用以指代专向国有企业提供的补

① 余敏友、席晶：《论 WTO 争端解决机制中的证据规则》，载《法学评论》2003 年第 6 期，第 102 页；Panel Report, *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DS56/R (25 November 1997), paras. 6.40, 6.58。

② 参见 CPTPP 附件 17 - B 第 9 条。

③ 艾素君：《WTO 框架下服务贸易补贴的立法构想》，载《上海大学学报（社会科学版）》2021 年第 2 期，第 56 页。

贴, 此类补贴不得造成不利影响或损害, 并以 CPTPP 的争端解决方式保障实施。非商业援助条款的设计深受 SCM 协定的影响, 沿袭了 SCM 协定的话语、要件和结构等基本要素, 在理念方面对传统补贴规则有所创新和发展, 但条款细节的不周延又无法形成有力支撑, 甚至为实现地缘政治目标, 其一些制度的设计“开了倒车”。

一项非商业援助须由主体、援助、专向性审查、利益授予审查、适用范围共 5 方面构成。其中, 补贴方主体涵盖缔约方(政府)、国家企业、国有企业和(受政府委托或指示的)非国有企业, 不再需要论证国有企业是否构成公共机构这一问题。非商业援助的专向性直接将特定企业指向国有企业, 明确将国有企业作为受补贴主体, 抛弃了 WTO 反补贴制度所秉持的所有制中立。与主流观点不同的是, 非商业援助条款已暗含利益授予审查的实质要求, 并非给予的一切援助都将被认定为非商业援助。非商业援助条款将其适用范围从传统的货物贸易拓展至服务贸易和投资, 但仅约束一系列特定的援助类型。在适用范围之外, 存在明暗两线“漏洞”。明线是指现有缔约方通过缔约谈判, 尽量排除对于本国国有企业的适用, 以至于非商业援助的例外远多于规则本身; 暗线则指非商业援助条款鉴于篇幅有限, 尚存在较多不周延之处, 缔约方企业通过构建复杂的跨境贸易投资结构可以进行规避。非商业援助条款有关不利影响和损害的设计大量借鉴和沿袭了 SCM 协定, 以“不利影响”一词替代 SCM 协定中的“严重侵害”, 相关表述更为清晰。在救济途径中, 非商业援助条款不采取单边反补贴措施, 而主要采用多双边争端解决方式, 符合中国的基本主张。但在信息收集举证责任设计方面, 非商业援助条款采取“争议方问答、专家组备案”的方式, 虽大幅降低了申诉方的举证难度, 但也在一定程度上削弱了专家组的自由裁量权, 为贸易救济工具化埋下伏笔。

整体而言, 非商业援助条款的出现对国际贸易法、国家和企业 3 个层面产生了不同影响。第一, 非商业援助条款为国际贸易法改革提出了一系列进步的(progressive)的构想。非商业援助条款放弃所有制中立态度, 试图以贸易救济处理国有企业的竞争问题, 试图引导服务贸易补贴规则的制定, 尝试解决跨境补贴的问题, 并以多元化的争端解决代替单边反补贴措施。然而, 其具体条款的设计仍较为“粗犷”, 存在简单化处理服务贸易补贴等问题。第二, 相较于缔约方而言, 非商业援助条款对非缔约方影响更大。大规模的适用例外和制度漏洞使得非商业援助条款对于缔约方的约束力显著降低, 相当于缔约方已拿到“折扣价”, 而拟加入经济体从“原价”开始进行磋商谈判, 还有可能面对缔约方的“漫天要价”, 足可见 CPTPP 所形成的利益团体相对封闭。这也同时意味着, 现有缔约方在竭尽所能地摆脱非商业援助条款对本国国有企业的约束, 不以身作则地践行非商业援助的立法目标, 这就使非商业援助条款从根本上缺乏说服力去要求非缔约方国有企业朝这一所谓的发展方向进行改革。第三, 非商业援助条款对缔约方国有企业形成一定挑战, 但货物贸易与服务贸易存在差别。非商业援助条款对货物贸易补贴的规定较大程度地沿袭了 SCM 协定, 随着一些要件认定门槛的降低, 反补贴风险也相应提高。国有企业将面临非商业援助条款和 SCM 协定的双重约束, 须谨防其他缔约方依据 SCM 协定开展反补贴调查, 并以非商业援助条款的一些新概念去解释 SCM 协定, 进而采取单边反补贴措施。相较而言, 非商业援助条款对服务贸易补贴的新规属于从无到有的质变, 相关反补贴风险显著升高, 企业应高度重视、积极应对、合理布局。

国有企业补贴规则是中国参与国际经贸协定谈判中不可回避的重要议题。CPTPP 国有企业章节及其非商业援助条款虽接受难度较大, 但符合中国的改革方向。<sup>①</sup> 2022 年 12 月的中央经济工

① 苏庆义:《中国是否应该加入 CPTPP?》, 载《国际经济评论》2019 年第 4 期, 第 124 页。

作会议就指出，要“从制度和法律上把对国企民企平等对待的要求落下来”。<sup>①</sup>而接受非商业援助条款的核心在于，如何将政府行为全面纳入法治轨道，政府又如何能够“保证”（CPTPP 第 17.6 条）其国家企业和国有企业依据商业考虑合法经营。对此，贸易救济手段或投资保护手段只能应对不时之需，最终仍要回到公平竞争本身来讨论。在国内层面，非商业援助条款如在未来可能转化为中国国内法，这一转化也将从竞争法而非贸易法着手实施。在此过程中，中国尤其应统筹国内法治与涉外法治，将相关谈判工作与中国的法律文化、具体的部门法规定和既定的法治发展方向相结合，建设性地参与到非商业援助条款的发展进程之中。中国应坚持以公平竞争主动引导国有企业改革，确保各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与国内市场竞争，并强调国际贸易和投资的公平竞争原则。同时，中国还可提出“全球发展例外”，以全球发展倡议的提出为契机，有机结合 CPTPP 第 17 章（国有企业）与第 23 章（发展）的内容，排除以全球发展为导向的相关补贴行为的适用。

## Analysis and Reflection on CPTPP Non-Commercial Assistance Rules and China's Response

*Ren Hongda*

**Abstract:** As a special subsidy rule regarding to the state-owned enterprises, the CPTPP non-commercial assistance (NCA) rules inherit and develop the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement). The composition of NCA includes five elements: subject, assistance, specificity review, *de facto* benefit grant review, and scope of application. For NCA that causes adverse effects or injury, the parties to the dispute may resort to the CPTPP's dispute settlement mechanism, but its procedure of information collection has changed significantly compared to SCM Agreement, which may weaken the discretion of the panel. The NCA rules expand the scope of subsidies to service trade and investment, lowering the threshold for subsidy identification. But at the same time, NCA rules also enumerate in an exhaustive manner a limited number of subsidy types that are bound, while the remaining subsidy types should be considered non-actionable. In addition, each party tried its best to exclude the application of NCA rules to its own country, creating a huge number of exceptions, and lacking the responsibility to lead by example, thus makes it difficult for NCA rules themselves to persuade and guide the reform of state-owned enterprises in various countries. In view of this, China should advance the rule of law in domestic and foreign-related affairs in a coordinated manner, and participate constructively in the future development of the NCA system.

**Keywords:** Non-Commercial Assistance, CPTPP, State-Owned Enterprises, Subsidy, Anti-Subsidy, SCM Agreement

(责任编辑：谭观福)

<sup>①</sup> 人民日报社：《中央经济工作会议在北京举行》，载《人民日报》2022 年 12 月 17 日，第 1 版。