

补贴专向性审查的 争议、发展与中国对策

陈瑶*

内容摘要:在 WTO 框架下,成员对一项补贴采取措施的前提是该项补贴具有专向性。实践中,由于《补贴与反补贴措施协定》第 2 条在专向性认定许多方面的沉默和基于个案的认定方式,补贴专向性审查在 WTO 中运行不佳。美国关税法中的专向性审查被纳入《补贴与反补贴措施协定》的根本原因在于其对反补贴税的限制,而当前美国所主导的对专向性审查的新发展出于其政治考虑纳入了更为宽松的认定条件,将专向性审查塑造成为一项可有可无的补贴筛选规则。在当前 WTO 补贴规则改革背景下,中国应采取有效防守与主动进攻相结合的方式:以竞争中立理念指导产业政策的制定与实施;坚持个案认定,反对美国提出的补贴专向性审查中“特定企业”新标准;主张基于行为的规制,反对歧视国有企业的专向性审查;建立一套可反驳的推定,缓解调查当局的举证负担,但同时应限制调查当局享有的自由裁量权,为关键性概念的认定提出更具操作性的标准,以强化反补贴措施的可预期性。

关键词:补贴与反补贴 事实专向性 非商业援助 特定企业 国有企业

一、引言

为限制反补贴税的滥用,《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidy and Countervailing Measures, 以下称“SCM 协定”)首次承认了专向性是一成员可以对一项补贴采取措施的前提,但有关补贴专向性的争议从未停止。自 WTO

* 华东政法大学国际法学院法学博士。

本文系 2020 年度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”(项目批准号:20&ZD205)的阶段性成果之一。

成立以来,共有54起与SCM协定第2条专向性有关的争议。^①一方面,为规避法律专向性,WTO成员采取的补贴方式越来越隐蔽,而且以欧美为首的成员通过多元化方式进行大范围补贴,拓展了专向性的分析边界;^②另一方面,SCM协定对专向性的规定并非清晰可见,在很大程度上依赖进口成员政府的个案分析与自由裁量。对于后者,由于SCM协定缺乏对“产业”“一组”等核心概念的界定以及规则适用的明确性,^③专向性审查规则对抑制进口成员政府为保护国内产业而采取反补贴措施的作用十分有限。事实上,打着公平贸易旗号的反补贴措施逐渐成为更有效的贸易壁垒而大行其道。^④以美国对来自加拿大的软木材征收反补贴税案为例,当国内要求进口保护的力度加大时,在案件事实未改变的情况下,美国商务部对加拿大软木采伐权是否构成专向性补贴所作的认定结果完全相反。^⑤这表明,专向性审查常以进口成员的政治需要的方式予以适用。^⑥实际上,作为识别贸易保护政策的标志,专向性审查并未起到应有的作用,反而常被用于保护那些可能具有保护主义效果或意图的措施。补贴专向性审查似乎成为了WTO发达成员遏制新兴经济体的后来居上的一种被WTO所允许的、易于操控的工具。那么,从当前的发展趋势看,在识别可诉性补贴方面,专向性审查是否仍然有存在的必要?

通过梳理SCM协定第2条对专向性的规定与WTO相关案例,本文将对补贴专向性的运行作出客观评估,并分析专向性争议产生的原因及其面临的困境。之后,本文将主要考察当前美国对专向性审查的新发展,并试着提出中国的应对之策。

① 根据WTO网站的数据统计,其中有26个案件援引第2条、6个案件援引第2.1条、3个案件援引第2.1条(a)项、1个案件援引第2.1条(b)项、5个案件援引第2.1条(c)项、5个案件援引第2.2条、5个案件援引第2.3条、3个案件援引第2.4条。See WTO, Disputes by Agreement, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm, visited on 15 November 2021.

② 参见李仲平:《自制抑或拓展:补贴法律专向性判断的新问题》,《上海对外经贸大学学报》2017年第5期,第5页。

③ See Alan O. Sykes, *The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective*, 2 Journal of Legal Analysis 512 (2010).

④ See E. Kwaku Andoh, *Countervailing Duties in a Not Quite Perfect World: An Economic Analysis*, 44 Stanford Law Review 1515-1516 (1992).

⑤ See Certain Softwood Lumber Products from Canada, U.S.-Canada Free Trade Agreement Binational Panel No.USA-92-1904-01, 17 December 1993.

⑥ See Alan O. Sykes, *The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective*, 2 Journal of Legal Analysis 512 (2010).

二、WTO 补贴专向性审查的实践评估

(一) WTO 对补贴专向性的确认

1947年《关税与贸易总协定》和1979年《补贴与反补贴守则》均未涉及补贴专向性规定。一直到乌拉圭回合谈判,SCM协定才首次引入专向性审查,将其作为采取反补贴措施的前提。就制度价值而言,专向性审查不仅能有效限制进口方厂商提出的反补贴申诉数量,^①而且能限制反补贴行动的范围,将政府的一般职能(如提供学校、道路基础设施等)排除在可诉性补贴范围之外。^②因此,对限制可诉性补贴的范围与保障国际贸易秩序而言,SCM协定将专向性审查作为筛选机制是很有必要的。

与SCM协定第1条关注“补贴的存在”不同,专向性审查旨在解决补贴的获取问题。^③只有具有专向性的补贴才会进入WTO管辖范围。SCM协定在第2.1条中将专向性分为法律专向性和事实专向性。^④其中,(a)项法律专向性(或称为名义专向性)指的是补贴授予机关或其运作所根据的立法将补贴的获得明确限于其管辖范围的企业、产业,或一组企业、产业。并在(b)项规定,若可供核实的立法规定了客观、中立的条件或标准,且得到授予机关严格执行,则该补贴不具有专向性。^⑤而(c)项事实专向性则是对法律专向性的有效补充,^⑥对那些看似不具有法律专向性,但实际上只有特定企业、产业使用了该项补贴,或特定企业、产业被授予绝大部分补贴的情形确认了专向性。^⑦对法律专向性与事实专向性条款的适

① See James D. Southwick, *The Lingering Problem with the Specificity Test in United States Countervailing Duty Law*, 72 Minnesota Law Review 1173 (1988).

② See John H. Jackson, *Perspectives on Countervailing Duties*, 18 Law and Policy in International Business 752 (1990).

③ See United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/R, para.9.21.

④ 另外,SCM协定第2.2条和第2.3条分别对地区专向性和禁止性补贴的拟制专向性分别作出规定,但本文主要研究的第2.1条规定的法律专向性和事实专向性,因此对地区专向性和拟制专向性不予展开。

⑤ See SCM Article 2.1(b) and footnote 2.

⑥ 例如,在美国对韩国动态随机存储器补贴案中,专家组通过分析事实专向性规避了美韩双方对法律专向性分析边界的划定问题。See United States-Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memories Chips from Korea, WT/DS296/R, paras.7.204-7.208.

⑦ SCM协定第2条总括性规定采用的是“一企业或产业,或一组企业或产业”,该条第1款(a)(b)(c)三项规定采用的是“特定企业”。据WTO争端解决机构解释,“特定企业”与“一企业或产业,或一组企业或产业”同义。See United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para.373.

用关系,中美反补贴措施案的上诉机构提出,一项补贴经(a)项和(b)项审查被认定不具有法律专向性后,并不必然需要经过(c)项中所列因素的审查。当然,根据个案件中的证据类型,调查当局可以将补贴专向性的分析限制在(a)项和(b)项规定的法律要素或(c)项规定的事实要素。^①换言之,法律专向性与事实专向性的审查并不存在严格的顺序,而是需要依具体案情和证据而定。当然,随着WTO成员对规则的熟悉,具有法律专向性的补贴逐渐减少,补贴是否具有事实专向性成为成员间补贴与反补贴措施争议的焦点。对事实专向性的认定,SCM协定第2.1条(c)项规定调查当局可以考虑以下因素:

第一,“补贴接受者的数量是否有限”主要关注的是补贴利益接受者^②的数量,是对补贴实际使用者的量化评估。^③若补贴接受者的数量有限,则该补贴具有事实专向性。在乌拉圭回合谈判过程中曾有成员提出应确定一个具体数字作为标准,但遭到了美国在内大多数成员的反。因此,并不存在一个具体数量来区分补贴是否具有事实专向性。

第二,“补贴是否存在主要使用者”,或“是否有企业或产业接受了不成比例的大量补贴”关注的是补贴利益的分配问题,即政府补贴是否造成了资源错配。^④当补贴接受者数量很多时,就需要考察是否存在主要使用者或是否有企业或产业不成比例地接受了大量补贴。对于前者,一般可直接对比补贴接受者所获补贴比例。而对于后者,调查当局则可对比不同产业之间补贴接受者所获补贴金额占其所生产产品的成本比例,也可对比补贴接受者所获补贴金额在整个补贴项目的所占比例和其对经济的贡献(Gross National Product, GNP)。无论如何,对特定企业或产业是否不成比例地接受了大量补贴的认定须与一个确定的基准比较才能

① See United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, WT/DS437/AB/R, paras.4.123, 4.125.

② 应当指出的是,财政资助的接受者与补贴利益的接受者可以是不同主体。例如,在买方出口信贷中,财政资助的接受者是进口方,但利益的接受者却是产品的出口厂商。根据SCM协定规定,补贴利益的接受者才构成“补贴接受者”(recipient of the subsidy)。See Victor Crochet & Vineet Hegde, *China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23 *Journal of International Economic Law* 848 (2020).

③ See United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, para.4.369.

④ 参见李仲平:《补贴事实专向性之“不成比例”判断标准探析》,《北方法学》2017年第4期,第140-141页。

得出结论。^①但从WTO司法实践看,补贴接受者所获补贴金额占整个补贴项目比例与其对经济的贡献之间并不存在一个固定临界点。^②至今为止,对于补贴接受者的数量是否有限、是否存在主要使用者,以及对于是否有企业或产业不成比例地接受了大量补贴,WTO争端解决机构和各成员调查当局仍然采取的是个案认定方式,因此具有很大的不确定性。

第三,“政府以行使自由裁量权的方式偏袒特定企业或产业”的判断是辅助性的,旨在加强其他专向性认定的证据。^③在前三个要素认定存在困难时,调查当局可以考察补贴授予机关是否行使自由裁量权排除了符合要求的补贴申请方,即政府以扭曲利益分配的方式行使自由裁量权。另外,若一项补贴因“固有特性”(inherent characteristics),而非政府的任意偏袒导致仅有少数企业实际使用该补贴时,该补贴是否具有事实专向性?SCM协定第2条并未要求调查当局对补贴授予机关的意图作出证明。诚然,政府通过自由裁量权故意限制原本普遍提供的补贴的行为当然构成事实专向性。但是,需要明确的是,专向性审查旨在确定补贴利益的获取是否被限制于特定企业或产业。若一项补贴因“固有特性”而使其自身仅限于被特定企业所使用,那么该补贴就具有事实专向性。否则,只要政府能够找到主要由特定企业或产业使用的投入品,那么政府就能以优惠条件提供这种投入来补贴特定企业或产业而无须受到SCM协定第2条纪律的约束。

第四,“必须考虑的因素:经济活动多样性和补贴项目持续时间”。在事实专向性的认定中,调查当局应考虑补贴授予机关管辖区内的经济活动多样性和补贴项目持续时间。尽管该条款本身并没有对此提出进一步的指导意见,但从起草者

① 在审查特定企业或产业是否不成比例地接受了大量补贴时,需要对补贴的金额与某种事物的“整体”之间的关系进行确认,并确定它们之间的关系证明了补贴的金额大于其成比例的情况下的应有金额。See EC and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/R, para.7.961.

② 例如,美国高地棉花案专家组认为,存在不受制于僵硬定量分析的临界点。在此临界点上,一项在整个经济体内足以广泛获得的补贴,不构成专向性。See United States-Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/R, para.7.1139;美国波音公司案专家组将此解读为,在该临界点上,争议所涉补贴不再被视为限于特定企业,而是在整个经济体内可被广泛获得。See EC and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/R, para.7.1237.

③ See John A. Ragosta & Howard M. Shanker, *Specificity of Subsidy Benefits in U.S. Department of Commerce Countervailing Duty Determinations*, 25 Law and Policy in International Business 677 (1994).

的措辞看,这一规定属于义务性规定。^①调查当局必须证明在其作出事实专向性决定前明确或隐含地考虑了这两个因素。^②就经济活动多样性而言,调查当局应以“积极和有意义的”方式考虑经济活动多样性。^③美国诉欧共体大飞机案专家组曾指出,若一项补贴在一个仅有少量产业构成的经济体中运作,即使这些产业可能是该补贴项目的主要受益者,也并不一定满足“主要使用者”的标准。^④而就补贴项目持续时间而言,一个运行时间较短的补贴项目尚未对经济产生全面影响的情况下,有限数量的企业或产业获得补贴的事实并不证明补贴具有专向性。对调查当局而言,若能证明该补贴接受者的数量有限并非由该补贴项目短暂运行期限所致,就能满足SCM协定第2.1条(c)项补贴项目持续时间对调查当局所施加的义务。

(二)WTO中补贴专向性的适用与主要争议

当前WTO有关补贴专向性的焦点已经从法律专向性,如法律专向性分析边界,转到事实专向性。^⑤尽管SCM协定第2.1条(c)项为事实专向性认定提供了指引,但其中所涉及的概念与四项因素的适用关系并非清晰可见,因此不论是对进口成员,抑或是对WTO专家组或上诉机构而言,判断一项补贴是否具有专向性都绝非易事。一直以来,在补贴专向性问题上,WTO争端解决机构都保持谨慎态度,^⑥坚持“个案认定、个案研究”的原则。^⑦

1.专向性审查的适用边界

专向性审查对调查当局所施加的义务并非是简单地证明一成员境内有资格获得补贴的企业或产业少于全部。专向性审查旨在确定补贴利益的获得是否足够广泛,但这并不意味着任何对补贴获取的限制都足以满足专向性审查的认定。

① 正如中美双反措施案专家组所提出的,提出关于第2.1条(c)项中最后一句话所使用的“应”(shall)显然意味着一种义务。事实上,该词被定义为“有义务;更广泛地说,被要求”。SCM协定的起草者决定使用shall而不是should或may等术语,这一点很重要。

② See United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, WT/DS437/R, paras.7.250-7.256.

③ See United States Anti Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea, WT/DS464/R, para.7.253.

④ See EC and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/R, para.7.975.

⑤ 参见李仲平:《补贴事实专向性之“不成比例”判断标准探析》,《北方法学》2017年第4期,第146页。

⑥ See Robert E. Hudec, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test*, 32 *The International Lawyer* 620 (1998).

⑦ 参见杨树明、陈利强:《补贴与反补贴措施之专向性标准问题研究——基于美国对华反补贴调查实践的思考》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第4期,第7页。

相反,专向性审查要求调查当局必须证明该补贴只提供给足够有限的一组企业或产业。而且,由于专向性的认定无法量化,因此只能对一项补贴在一成员境内的“足够广泛可获性”予以定性评估。“足够广泛可获性”存在某种临界点。在该临界点之上,补贴不被认为仅限于“特定企业”,而是在整个经济中“足够广泛可获”,从而不具有专向性。

然而,这一临界点因个案而异。^①当前主流观点认为,政府补贴对象的范围越窄,就越容易被认定为专向性补贴;反之,补贴对象越广泛,被认定为专向性补贴的可能性也就越小。^②然而,实践中,进口成员调查当局将获得补贴占比99%的企业和占比45%的企业都认定为补贴的主要使用者的做法是否符合SCM协定,是否“公平”?因此,专向性审查面临的最大问题在于如何划一条分界线,以确定一项补贴在何种情况下是可诉的。正因如此,个案中调查当局对专向性的认定享有很大的自由裁量权,被调查企业对结果的可预期性较差。实践中,与专向性相关的争议基本上源于争议双方对规则的不同理解,如应如何界定“特定企业”“产业”“一组”以及应如何适用事实专向性四项考虑因素。

2.与专向性审查有关的主要争议

第一,归类问题。无论是法律专向性还是事实专向性,都涉及对企业或产业的归类。当一些企业或产业获得补贴时,如何确定“产业”范围?如何将企业或产业归于“一组”(group)?对“产业”(industry)范围的确定,虽然第四软木案中争议双方和专家组对此作出了全面探讨,但最终得出的结论是:SCM协定第2条的专向性是在企业或产业层面而非在产品层面确定的。^③一般来说,以企业生产的产品类型,而非特定或最终产品来指代“产业”。^④而对“一组”的确定,WTO至今尚未明确归类标准。^⑤例如,中美双反案上诉机构曾提出,“一组”一词通常被定义为因某种相互或共同的关系或目的而被视为一个统一体或整体,或因某种程度的相似性而被归为一类的人或事物。^⑥但是,上诉机构并未提供进一步的判断标

^① See United States-Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/R, para.7.1142.

^② 参见张超汉、刘静:《WTO 框架下美国大飞机补贴实证研究——以“欧盟诉美国大飞机补贴案”为例》,《国际经贸探索》2020年第4期,第94页。

^③ See United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS257/R, para.7.121.

^④ See United States-Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/R, para.7.1142.

^⑤ See Julia Y. Qin, *WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (SOEs)-A Critical Appraisal of the China Accession Protocol*, 7 *Journal of International Economic Law* 890 (2004).

^⑥ See United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para.373.

准。对此,美国的立法或实践也没有给出明确答案。但根据美国联邦法典第351.502(b)节,在确定补贴是否被授予一组企业或产业时,并不要求商务部在有资格获得补贴的或实际获得补贴的企业或产业之间中寻找共性。^①就产业而言,即使获得补贴的几个产业除了同一补贴的接受者的身份外不存在任何共同点,也可能构成专向性审查中的“一组”。因此,究竟多少产业可以构成专向性审查中的“一组”仍然是一个需要个案认定的问题,但可以考虑的因素包括可能构成“一组”产业的规模和广度、接受补贴的产业与经济体内产业总数的比例等。

第二,适用模式。事实专向性的认定需要考虑的四项因素是共同适用还是可独立适用?对此,WTO争端解决机构的态度摇摆不定,成员间的意见也不一致。第四软木案专家组支持了美国商务部仅适用其中一项因素“补贴接受者的数量是否有限”来认定加拿大政府提供的软木采伐权构成事实专向性补贴的做法。^②而欧盟 DRAMS 案专家组则在分别对四项因素作出分析后才最终得出事实专向性的肯定裁定。^③司法实践中,多数案件的专家组采用了前一种立场,即进口成员调查当局仅适用其中一项因素作出的裁定是符合 SCM 协定第 2.1 条的。这是因为,从 SCM 协定第 15.4 条对损害认定的措辞看,“审查补贴进口对国内产业的影响,应(shall)包括对影响产业状况的所有相关经济因素和指数的评估”,并随后列出了必须纳入评估的因素。这一规定模仿了《反倾销协议》第 3.4 条的规定,即调查当局有义务至少审查和评估该条款中所列的所有因素。^④相较之下,SCM 协定第 2.1 条(c)项使用的是“may”,应理解为“可以”。^⑤当然,在考虑这四项因素时,具有逻辑上的先后顺序。符合“有限数量的企业获得补贴”这一因素就足以构成事实专向性。只有当获得补贴企业范围非常广泛时,才须进行下一步审查,即“补贴是否存在主要的使用者”。

综上,补贴专向性审查对限制进口成员滥用反补贴措施、减少出口成员扭曲贸易的补贴具有促进作用。但是,因其对关键性概念,尤其是“一组”缺乏明确界定,实践中调查当局对“特定企业”的认定门槛较低,存在滥用风险。另外,从以往 WTO 司法实践看,在事实专向性认定的四项因素适用问题上,虽然大多数专家组

① See U.S., 19 C.F.R., Article 351.502(b).

② 这与卡勃特公司诉美国政府案中国际贸易法院所作裁定思路是一致的。一旦发现一项补贴只有有限的使用者,就可以认定该补贴具有事实专向性,而无须进一步考虑其他因素。

③ See EU-Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea, WT/DS299/R, para.7.230.

④ See Thailand-Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland, WT/DS122/AB/R, para.128.

⑤ See WTO, SCMA, Article 2.1(c).

支持了独立适用的模式,但实际上当前的趋势却朝着共同适用的方向发展。可以预见的是,成员之间关于上述问题的分歧将使补贴专向性审查的认定争议继续发生。

三、补贴专向性争议的原因

现实的政治问题和国内压力常常促使成员偏爱特定行业并为其提供补贴。^① 尽管WTO承认补贴在一定范围的合理性,但一旦补贴超出合理范围,补贴就会演变成扭曲国际贸易和破坏市场秩序的政策性工具。SCM协定将补贴是否具有专向性作为可抗性补贴的判断标准,标志着全球多边贸易体制对补贴由量的控制逐步深入到质的控制。^② 然而,一直以来,专向性审查的正当性和适用饱受争议与挑战。

(一) 补贴专向性的经济学依据先天不足

补贴专向性审查是在美国立法和实践中逐渐确立和发展起来的。^③ 早期美国判例对1930年关税法第303节的“奖励或补助”(bounty or grant)采取广义解释。换言之,一旦进口货物的生产成本与其未获“奖励或补助”时的生产成本存在差异,无须证明“损害”,就可以对其征收反补贴税。^④ 当时的反补贴税仅适用于出口补贴,因此影响并不太大。但随着反补贴税对国内补贴的适用,上述做法将导致反补贴税的滥用。纳入专向性审查正是为了对此予以回应。而在多边层面,一直到东京回合结束后,美国国会为履行国际义务才修改了《1979年贸易协定法》,对来自《补贴和反补贴守则》协议缔约方的进口货物新增了“损害”要件。^⑤ 根据这一修改,“补贴”与“奖励或补助”具有相同含义。所以说,补贴专向性作为一种工具,很早就被用于限制反补贴措施的使用。之后,专向性的内涵在司法实践中得到丰富:事实专向性作为法律专向性的补充,在1985年卡勃特公司诉美国政府案中被提出,并在1991年PPG公司诉美国政府等案中继续完善。

虽然专向性审查在规则层面得到了承认和发展,但其并没有坚实的经济基

① See Petros C. Mavroidis, *Trade in Goods: The GATT And the Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods* 206 (Oxford University Press 2007).

② 参见沈大勇、刘佳:《不可诉补贴的国际经济学分析》,《世界经济研究》2008年第3期,第57页。

③ 参见张目强:《〈补贴与反补贴措施协定〉中的补贴专向性》,《政法论坛》2012年第2期,第182页。

④ See Michael J. Sussman, *Countervailing Duties and the Specificity Test: An Alternative Approach to the Definition of Bounty or Grant*, 18 *Law and Policy in International Business* 477 (1986).

⑤ See U.S., 19 U.S.C., Article 1671d(b) (1988).

础。多年来,为了解释专向性审查的正当性,各种经济学理论纷纷走上历史舞台。其中,最为著名的便是贸易扭曲理论。经济学的核心问题是稀缺资源在竞争性活动中的适当分配。根据比较优势理论,当国家出口自己能比其他国家的生产者更高效生产的商品,并进口其他国家能更高效生产的商品时,国际贸易的收益就会达到最大。贸易扭曲理论认为,专向性补贴将资源从一个国家的高效产业错误地分配到低效产业中,从而提高受影响商品进口商的价格,扭曲资源配置。^①而普遍可获补贴则不会扭曲资源配置或扭曲程度较低。^②因此,专向性审查这一筛选机制能够区分政府合理的宏观经济政策与严重扭曲贸易的经济政策,^③区分补贴对资源扭曲程度。国内也有学者认为,专向性与扭曲作用实际上是两个紧密相联的概念:前者是法律术语,而后者是经济学术语。^④

然而,事实上,专向性的政策理念与规则本身之间并不和谐,专向性审查标准是不发达的、不透明的、自相矛盾的、难以理解的和不能令人满意的。^⑤甚至专向性审查本身与扭曲自由贸易的理由之间的关联性并不强。贸易扭曲理论是建立在完全竞争市场的前提基础上,对社会中的资源扭曲配置现象进行解释。现实中,完全竞争市场是不存在的,不完全竞争市场却大量存在。在不完全竞争状态下,信息不对称是常态。正因如此,市场中很多行为的出现都是为了解决或克服信息不对称,如重复交易、第三方背书。而且,光有市场是不够的,在市场失灵的情形下还需要政府参与。在很多情况下,市场具有的外部性需要政府加以干预。被规则认定具有专向性的政府补贴很有可能就是为了引导资源配置,矫正被扭曲的经济而实施的。另外,专向性这一筛选机制真的能识别出扭曲贸易的补贴吗?答案是不一定。就同一项资源而言,在不同产业中所占成本比例是不同的,不同产业不可能均等地受到影响。^⑥所以,普遍可获补贴也会影响比较优势,进而对贸

① See Marc Benitah, *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*, 258 (Kluwer Law International 2001).

② See Judith Hippler Bello & Alan F. Holmer, *Subsidies and Natural Resources: Congress Rejects a Lateral Attack on the Specificity Test*, 18 *George Washington Journal of International Law and Economics* 297 (1984).

③ See John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations* 831 (West Group 1995).

④ 参见甘瑛:《国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究》,厦门大学2003年博士学位论文,第58页。

⑤ See William Lay, *Redefining Actionable "Subsidies" under U.S. Countervailing Duty Law*, 91 *Columbia Law Review* 1503-1504 (1991).

⑥ See Jay L. Panzarella, *Is the Specificity Test Generally Applicable?* 18 *Law and Policy in International Business* 417, 426 (1986).

易造成扭曲。从这一意义上说,专向性审查对于可诉性补贴的识别或认定同时存在包容过度和不足的问题。^①换言之,被认为具有专向性的补贴可能并不具有贸易扭曲作用,而被认为不具有专向性的补贴(或普遍可获补贴)却有可能具有贸易扭曲作用。

(二)专向性审查的有限性

补贴与反补贴税问题的核心在于两者都有可能干预到其他国家建立他们所希望的经济体系的能力。出口方提供的补贴干扰了进口方贸易不受扭曲的目标,而进口方的反补贴税干扰了出口方实现其补贴产业的目标。^②诚然,结束国际贸易便能一劳永逸地解决上述矛盾。但是正如《关税与贸易总协定》序言所宣称的,WTO旨在实现扩大生产与交换,消除贸易壁垒,因此势必要在补贴与反补贴税之间建立一种被成员接受的平衡机制:一方面,尽量减少国内补贴^③的跨境影响;另一方面,对国内补贴的打击必须受到客观限制。而当时 WTO 成员显然更加关注后者。

回溯过去,虽然美国法院对专向性审查的解释并不清晰可见,但是专向性审查能很好地限制美国政府利用反补贴税保护其国内厂商的能力,而非对抗外国厂商所获得的保护。^④正因如此,专向性审查作为一个较为客观的机制被写入 SCM 协定,以筛选出“坏”的国内补贴予以打击,并为来自各成员的竞争者创造或保障一个公平的市场环境。然而,实现这一目标需要对政府在经济中的作用予以全面评估。^⑤由于各成员方政府所扮演的角色以及政府对市场的干预是不同的,因此各成员国内经济政策可能会给处于其领土内的竞争者带去不同的利益和负担。如此一来,来自不同成员的竞争者享有的净竞争优势自然是有差异的。而且这种净竞争优势并不能被区分为自然禀赋优势和人造优势,因为两者对其他成员福利的影响是一样的。然而,就一项单独的政府政策或补贴而言,其是否给其领土内

① See Alan O. Sykes, *The Limited Economic Case for Subsidies Regulation*, <https://e15initiative.org/publications/the-limited-economic-case-for-subsidies-regulation>, visited on 20 February 2021.

② See Joel P. Trachtman, *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, 34 *Harvard International Law Journal* 97 (1993).

③ WTO 成员普遍认为,出口补贴与进口替代补贴具有严重贸易扭曲性,因此具有拟制专向性而本身违反规则。See Gary Hufbauer, *What Shapes Subsidy Disciplines in the GATT and WTO?* in Luca Rubini & Jennifer Hawkins(eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the History, Law, Politics and Economics of International and European Subsidy Disciplines* 41-42 (European University Institute 2016).

④ See James D. Southwick, *The Lingering Problem with the Specificity Test in United States Countervailing Duty Law*, 72 *Minnesota Law Review* 1173 (1988).

⑤ See William K. Wilcox, *GATT-Based Protectionism and the Definition of a Subsidy*, 16 *Boston University International Law Journal* 153 (1998).

的竞争者带去不公平的竞争优势是不得而知、无法评估的。^①只有在其他所有竞争条件都相等的情况下,一项特定的政府补贴才有可能被评估为不公平或者可诉的。那么,为了一个公平的国际竞争环境,在对一进口产品采取反补贴措施前,进口方政府是否需要对该产品与国内同类产品所接受的补贴进行比较,并在出口方成员提供的补贴超过其所提供的补贴时才能采取反补贴措施?^②显然,这几乎是不可能做到的。目前也根本没有可靠的方法来确定和比较一个成员与另一个成员所提供的所有补贴。

因此,当前国际贸易法对一补贴采取的单独评估,并以其是否具有专向性衡量补贴合法性的方法,与所要达到的公平竞争的国际环境是不相匹配的。理论上,以专向性审查来识别“坏”的国内补贴,只是一种权宜之计。但正如前文所述,在实践中,专向性审查却能有效缓解补贴与反补贴争议,维护国际贸易的正常秩序。多年来,不少学者对专向性审查提出质疑,并提出了相应的替代方法。^③但目前看来,大多仅具有理论上的意义,现实中难以实现。

四、补贴专向性审查规则的新发展

由于WTO透明度和通报机制运作不佳,^④在反补贴调查中,调查当局承担了

① See Robert E. Hudec, *Differences in National Environmental Standards: The Level-Playing-Field Dimension*, 5 *Minnesota Journal of Global Trade* 10-11 (1996).

② 加拿大曾经提议,对于寻求政府对同类进口产品征收反补贴税的私营企业而言,需要申报自己从政府所获得的补贴,从而可以从拟征收的反补贴税中扣除。See Joel P. Trachtman, *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, 34 *Harvard International Law Journal* 96 (1993).

③ 例如,戴蒙德教授提出了著名的“权利模型”。当外国政府提供的补贴降低企业的边际成本,导致企业改变了生产决定,如降低其在美国销售货物的价格或因此向美国出口更多货物时,美国生产相同产品的厂商的“权利”受到损害,其原来的市场地位被改变。此时,美国政府才需要征收反补贴税以保护这种“权利”。根据这一模型,在作出反补贴税决定前,进口方调查当局需要依赖许多并未被披露的信息,作相当复杂的经济分析,如补贴对企业边际成本的影响。See Richard Diamond, *A Search for Economic and Financial Principles in the Administration of United States Countervailing Duty Law*, 21 *Law and Policy in International Business* 535-540 (1990).转引自甘瑛:《国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究》,厦门大学2003年博士学位论文,第214页。

④ See WTO, *Strengthening and Modernizing the WTO: Discussion Paper 2*, Adopted on 24 September 2018, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/Jobs/GC/201.pdf&Open=True>, visited on 24 November 2021; European Commission, *EU Concept Paper*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, visited on 15 October 2021.

过重的举证责任。^①不少学者认为,当前 WTO 在补贴与反补贴领域的天平失衡了,亟须加强对补贴的规制。其中,中国的补贴,尤其是中国对国有企业的补贴以及通过国有企业授予的补贴成为了发达成员当前的主要关切。不断有来自西方声音提出,中国的国有企业和巨额且不透明的政府补贴造成国际市场的扭曲和供应过剩。^②对此,WTO 法律体系中的补贴纪律被认为无法进行有效监管。在此背景下,美日欧等主要成员推动在 WTO 之外创造更多且更为严格的补贴纪律,^③包括对补贴专向性作出新发展以进一步为其采取反补贴措施提供便利条件。其中,最引人注目的便是 CPTPP 等新一代区域贸易协定中旨在规制国有企业获得的来自政府或通过国有企业授予的补贴的非商业援助条款。有关补贴专向性的规定被写入非商业援助的定义之中,即“因政府对国有企业的所有权或控制权向国有企业提供的援助”。其中,“援助”可理解为 SCM 协定中的“补贴”。“因政府对国有企业的所有权或控制权”^④可基本上等同于“专向性”的判断标准。

(一)为“特定企业”的判断提出新标准

“因政府对国有企业的所有权或控制权”中所列举的专向性情形中以“国有企业”替换“特定企业”。这一替换旨在针对国有企业主导的国家。在这些国家中,国有企业广泛分布于各行各业。而 SCM 协定基于“同类产品”或“产业”的标准不足以解决这些国有企业接受大量政府补贴参与国际竞争的情形。正因如此,中国《入世议定书》纳入了专门针对国有企业作为接受者的补贴专向性审查,以国家所有权作为判断“一组”企业的标准。^⑤并且由于 CPTPP 国有企业和指定垄断章节

① See Chad P. Bown & Jennifer A. Hillman, *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, 22 *Journal of International Economic Law* 558 (2019).

② See Economist, *A Plan to Save the WTO*, <https://www.economist.com/weeklyedition/2018-07-21>, visited on 15 September 2021.

③ See USTR, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan*, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/joint-statement-trilateral-meeting>, visited on 20 October 2021.

④ “因政府对国有企业的所有权或控制权”指的是缔约方或缔约方的国家企业或国有企业:(1)将援助明确限于该缔约方的国有企业;(2)提供的援助主要由该缔约方的国有企业所使用;(3)提供的援助不成比例地大量由该缔约方的国有企业所使用;(4)在提供援助时行使裁量权的方式偏惠该缔约方的国有企业。所列举的事实专向性不包括“有限数量的国有企业获得补贴”。“有限数量的国有企业获得补贴”的事实本身并不代表补贴不具有普遍可得性,因为这并不排除非国有企业获得补贴。是故,查明“有限数量的国有企业获得补贴”并不能证明补贴具有事实专向性。

⑤ 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不成比例地大量接受此类补贴的情况下。

中对国有企业的泛化界定,^①客观上被非商业援助条款认定为具有专向性的援助实际上可能普遍可获。以中国为例,中国法语境下的国有企业(仅指政府所有或通过所有权益控制的企业,尚不包括通过其他方式控制的企业)的数量就多达20多万。另外,同样值得关注的是,为了更好地应对外国汇率低估可能构成补贴的情形,2020年4月6日美国正式实施的《反补贴税调查程序中有关利益和专向性的修订规则》(Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings,以下称《修订规则》)中专门对外国汇率低估(国内补贴)的专向性审查予以修订,将“从事国际货物买卖的企业”(enterprises that buy or sell goods internationally)明确为“一组”企业。^②这表明,当前美国主导的区域贸易协定和美国国内法对补贴问题的关注重点逐渐转向补贴接受者,包括其内部组织结构和其所从事的活动。

然而,不管是以“政府在企业中所占所有权或控制权”或是以“从事国际货物买卖的企业”为标准将企业归为“一组”,不问其所处产业如何,实际上是为“特定企业”的判断创设了SCM协定本身未明确的一种标准。将如此广泛的补贴接受者认定为“特定企业”,难以与纳入专向性审查的初衷相符。专向性审查的缔约背景反映了当时GATT缔约方的一个基本共识,即专向性与产业是密切相关的。^③GATT缔约方承认,现有国际贸易规则并不能有效应对产业导向项目/计划所造成的贸易损害。普遍可获补贴不是政府对特定产业(sector-specific)干预的结果,也不会使特定产业受益。^④另外,对于中国《入世议定书》中专门针对国有企业作为接受者的补贴专向性审查条款的正当性和合理性,也早有学者提出质疑。这一标准与WTO所持所有制中性的立场是相悖的。^⑤WTO体系关注的并不是贸易商的

① CPTPP国有企业和指定垄断章节中“国有企业”的定义已超出了“所有”或“所有权益”这一国有企业的最基本含义,即国有企业的国家成分,而是更加强调国家对企业的控制。而且对国有企业的界定已经从“因所有权益而控制”转向承认其他方式的控制,如在界定中增加了“缔约方政府拥有任命董事会或任何其他同等管理机构多数成员权力”可能与所有权益无关的因素。

② See Department of Commerce, Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings, <https://www.federalregister.gov/documents/2020/02/04/2020-02097/modification-of-regulations-regarding-benefit-and-specificity-in-counter-vailing-duty-proceedings>, visited on 25 September 2021.

③ 参见吕晓杰:《SCM协议中补贴的专向性要件》,《法学》2008年第9期,第40页。

④ See GATT, Checklist of Issues for Negotiations, MTN. GNC/NG10/W/9/Rev.1, 22 October 1987, p.11.

⑤ See Julia Y. Qin, *WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (SOEs)-A Critical Appraisal of the China Accession Protocol*, 7 Journal of International Economic Law 899 (2004).

所有权,而是贸易商运作所处的市场结构。^①因此,新的专向性标准将打破“一成员政府干预市场的性质和程度与其他成员对该干预查究权利之间的平衡”,不利于以国有企业为主导的成员以及以出口为导向的成员。

(二)减轻、转移调查当局对专向性的举证责任

与SCM协定第2.1条(b)项不同的是,非商业援助的法律专向性审查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。根据这一修改,一旦某一补贴计划将获取资格的限制限于国有企业,进口方调查当局即可作出法律专向性的肯定性认定,而无须考虑“法律或授予当局授予补贴的条件是否中立、客观”。

另外,非商业援助的专向性规定并没有明确“必须在肯定性证据的基础上予以清楚地证明”的要求。相反,在对非商业援助所造成损害的认定中,则明确规定:“对实质性损害的确定应以积极的证据为基础,并涉及对相关因素的客观审查。”^②与美国乌拉圭回合协议实施法(URAA)^③中一样,这实际上是对调查当局在补贴专向性认定的证据方面提出更为宽松的要求,将举证责任转移给出口方成员。因此,这与SCM协定第2.4条也是不相符的。

(三)允许缔约方对跨境补贴采取救济措施

非商业援助条款允许缔约方对跨境补贴采取救济措施。^④当然,缔约方所达成的救济措施尚不包括单边救济,如征收反补贴税。这是因为,反补贴税是基于进口货物征收的,而对于那些不处于授予机关缔约方境内的援助接受者而言,其所生产的货物不需要进口便能对其所处缔约方的市场造成扭曲。SCM协定第2条对专向性的认定要求补贴接受者处于补贴授予机关所属成员境内。^⑤除了禁止性补贴外,补贴是否具有专向性是成员采取救济措施的前提。而非商业援助专向性的认定不再对援助接受者所处位置作出具体要求,既可以是授予机关缔约方境内,也可以是其他缔约方境内。

① See Aaditya Mattoo, *Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services*, in Petros C. Mavroidis & Thomas Cottier (eds.), *State Trading in the Twenty-First Century* 38 (The University of Michigan Press 1998).

② See CPTPP, Article 17.8.

③ 美国1930年关税法第776节(b)款规定,在反补贴调查案所涉及的一方由于没有遵守商务部对信息提供的要求而未能以其最大能力行事,未能与商务部配合的情况下,商务部可以在事实认定方面采用与这一方利益相违背的推定。

④ See CPTPP, Article 17.6.

⑤ See Victor Crochet & Marcus Gustafsson, *Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law*, 20 *World Trade Review* 350-351 (2021).

无独有偶,为应对“外国补贴”对欧盟市场的扭曲或不利影响,欧盟在2020年6月发布的《针对外国补贴促进公平竞争白皮书》(以下称《白皮书》)中创设了新的监管工具。^①其中,“外国补贴”指的是由非欧盟国家的政府或公共机构提供的,授予接受者一项利益,并且在法律上或事实上限于一企业或行业,或一组企业或行业的财政资助。一旦“外国补贴”直接或间接导致欧盟内部市场扭曲,就会落入《白皮书》中所列法律工具的审查范围之内。同样地,“外国补贴”并未对补贴接受者所处位置作出要求。根据《白皮书》规定,需要监管的“外国补贴”包括:(1)直接向在欧盟设立企业授予的外国补贴;(2)向在第三国设立的企业授予的、由在欧盟设立的相关方使用的外国补贴;(3)向在第三国设立的企业授予、用于促进对欧盟企业的收购或参与欧盟公共采购程序的外国补贴。^②据此,《白皮书》并不要求“外国补贴”的接受者位于补贴授予机关管辖范围之内。一旦“外国补贴”被认定扭曲了欧盟市场,根据“外国补贴”的特征及其对内部市场的扭曲作用,有权机关可以对接受“外国补贴”的企业采取矫正措施,包括“结构性救济”(如禁止受补贴的收购)、“行为措施救济”(如按公平、合理和非歧视性条款许可)以及“向欧盟或其成员国支付赔偿金”的方式。^③

除禁止性补贴外,SCM协定第2.1条专向性规定要求补贴接受者处于补贴授予机关管辖范围之内,才能对该补贴提供救济。当前对跨境补贴或外国补贴的救济突破了专向性条款的规定,虽然在一定程度上能够遏制贸易扭曲的补贴,但是却忽视了或弱化了补贴对补贴接受者所处国家发展的促进作用。^④

(四)未能区分国有企业的双重身份

非商业援助的专向性情形未能将国有企业因履行公共职能而接受政府补贴排除在外。通过模仿SCM协定第1条、第6条以及第7条的规定,非商业援助条款直接对国有企业之间的各种联系(补贴)予以规制,对SCM协定对国有企业规

① See Victor Crochet & Marcus Gustafsson, *Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law*, 20 *World Trade Review* 346-347 (2021).

② See European Commission, *White Paper on Levelling the Playing Field as regards Foreign Subsidies* 46, Adopted on 17 June 2020, https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf, visited on 16 August 2021.

③ 参见叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,《国际法研究》2020年第6期,第75页。

④ See Victor Crochet & Vineet Hegde, *China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23 *Journal of International Economic Law* 856-857 (2020).

制有限性作出补充。^①但非商业援助条款未能排除国有企业履行公共职能情形下所接受的政府资助。具体而言,协定所界定的国有企业在不同缔约方境内可能会扮演政府代理人的角色,即政府通过向国有企业提供资助,由国有企业替代政府履行公共职能。非商业援助专向性的各种情形并未将“国有企业因履行公共职能而接受政府补贴”的情形作为一种原则,仅仅是由缔约方根据其特殊利益通过国别例外清单中具体列出名单的方式加以排除。^②这一例外排除的方式将在很大程度上限制缔约方国内政策的空间和灵活性。

总体上,这些新发展提高了专向性审查对欧美认为应当予以打击的、扭曲贸易和影响公平市场竞争的特定补贴的筛选能力,包括为专向性审查中的“特定企业”创设针对国有企业与从事国际货物贸易的企业的新标准,进一步减轻和转移调查当局的举证责任,允许对跨境补贴予以规制,体现了其贸易保护主义的意图。当然,另一方面,对专向性审查标准的修改也限制了其他成员干预国内经济的能力。正如WTO所承认的,成员可以合法地建立自己的市场体制条件。成员间的制度性差异导致了政府在经济中的不同角色。一项干预市场的政府措施,如一项补贴是否合法,并不取决于进口成员基于本国国情对“正常市场关系”的看法,而是需要尽可能地基于对外国市场体制基础的知情和了解。^③显然,当前对专向性审查的新发展反映了美国对“公平竞争”观念的看法。通过对政府与国有企业的关系作不利推测,将部分成员,特别是中国的合法制度选择作为歧视的理由,予以特别规制。

五、当前形势下中国的策略选择

正如有学者指出的,专向性审查是一个粗糙的、但有用且可控制,用以区分可

^① See Jaemin Lee, *Trade Agreements' New Frontier Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges*, 14 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 55 (2019).

^② 例如,在越南国别例外清单中,对第17.4.1(a)条和第17.4.2(a)条(非歧视待遇和商业考虑因素),作为法律和规章界定的确保经济稳定或提供公共物品的方法,根据法律和规章,越南可要求国有企业或指定垄断(a)以管制价格、数量或其他条款和条件,出售或购买货物;且(b)在越南境内生产或向公众出售法律和规章定义为公共物品的货物。对第17.6.1(a)条和第17.6.2(a)条(非商业性支持),越南、政府企业或国有企业可向实施该措施的所有国有企业或指定垄断提供非商业援助,弥补合理的成本(包括对职工福利基金的出资),作为实施该措施的结果。

^③ See Andrew Lang, *Heterodox Markets and "Market Distortions" in the Global Trading System*, 22 *Journal of International Economic Law* 711-714 (2019).

接受的补贴和不可接受的补贴,并限制反补贴税条款被滥用的工具。^①应当承认的是,补贴专向性审查获得WTO各成员的支持并不是因其无法自圆其说的经济学原理,而是因其对反补贴税的限制。

然而,当前美国在区域贸易协定以及国内法中对国有企业作为补贴接受者的补贴以及汇率低估情形下的专向性认定设计的特殊规则进一步降低了专向性认定门槛。随着这些特殊规则的生效,中国的国有企业以及从事国际货物买卖的企业在专向性审查中将很有可能被直接归于“一组”,使得作为筛选工具的专向性审查将形同虚设。对此,中国应采取有效防守与主动进攻相结合的方式应对当前美国所主导的补贴专向性审查。

(一)有效防守的策略

其实,应对补贴的方式并非只有反补贴措施,还可以以补贴应对补贴。例如,针对中国、欧盟和美国的补贴的相关研究报告指出,每一经济体都在其他两个贸易体实施补贴新政后,对相似产品提供额外补贴。^②然而,这要以符合SCM协定有关补贴的纪律,尤其是专向性规定的方式进行。

那么,在制定和实施产业政策方面,中国政府需要自我限制,在源头上减少专向性补贴。当前针对中国补贴的指控常常集中于国有企业。国有企业被认为是政府补贴的主要获得者。因此,在制定产业政策时,政府应在竞争中立理念的指导下,充分发挥公平竞争审查制度的功能。^③产业政策的申请条件应是所有制非歧视的、中立且客观的标准。而在产业政策的实施环节,政府应采取招投标或其他竞争性的方式,^④将补贴授予最具创新力的企业,实现补贴最优化分配。另外,为减少寻租,应确保补贴各个环节的公开与透明,并尽可能压缩授予机关自由裁量权的空间。

(二)主动进攻的策略

当前美国主导的对补贴专向性审查的修改方案实际上具有一定的针对性,旨在划分阵营,难以获得普遍共识。对此,在本轮WTO现代化改革中,中国应当针对补贴专向性提出无关利益得失、具有可行性的方案。

^① See Christoph Lehmann, *The Definition of Domestic Subsidy under United States Countervailing Duty Law*, 22 Texas International Law Journal 53, 65 (1987).

^② See Simon J. Evenett & Johannes Fritz, *Subsidies and Market Access: Towards an Inventory of Corporate Subsidies by China, the European Union and the United States*, <https://www.globaltradealert.org/reports/gta-28-report>, visited on 23 November 2021.

^③ 参见孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,《中国法学》2021年第3期,第196页。

^④ 参见张军旗,魏新亚:《SCM协定下我国当前可再生能源补贴措施问题分析》,《国际经贸探索》2018年第4期,第104页。

第一,对“特定企业”的认定,坚持WTO司法实践中所形成的个案认定的方式,反对美国提出的补贴专向性审查新标准。对补贴的规制逻辑在于:因接受补贴降低价格从而破坏国际市场的竞争秩序。补贴所具有的贸易扭曲作用,是补贴本身造成的效果或影响,并不在于接受者所有制结构。对补贴接受者的关注应集中于其是否因补贴而改变生产决策,以及其行为是否对其他成员造成不利影响。以政府享有企业的所有权或控制权作为“特定企业”的判断标准与WTO所坚持的所有制中性是相悖的。汇率低估中将“从事国际货物贸易的企业”视为“一组”企业的专向性审查标准与SCM协定的规定与实践也是向左的。即使汇率低估构成补贴,也将因其广泛适用于一个经济体内的企业而不具有事实专向性。^①以上述标准来对待处于不同发展水平的成员,有违GATT“实现所有成员方,尤其是发展中成员的逐步经济发展”的基本目标。^②无论如何,对专向性审查中“特定企业”的判断应当与产业挂钩,并结合特定成员内部产业的分布综合判断。

第二,主张基于行为的规制,反对歧视国有企业的专向性审查。WTO改革应当遵循并加强WTO的基本原则,尤其是非歧视原则,避免在法律上或事实上歧视任何一个WTO成员。^③虽然对国有企业的国际规制已然成为趋势,国有企业条款和对外国补贴的规制都剑指中国的国有企业,但是以CPTPP为代表的区域经贸协定都在不同程度上肯定了国有企业对经济发展的重要性。^④作为补贴的接受者,没有确切的证据表明,国有企业比其他企业更容易扭曲经济和贸易。因此,对于国有企业作为接受者的补贴规则,不应过度强调其所有权或控制权,而应关注其行为端,即生产和销售货物或提供服务是否对市场造成贸易扭曲。而且对于既承担公共职能或提供公共服务,又从事商业活动的国有企业而言,应当将其承担公共职能或提供公共服务而获得的政府援助排除在补贴规则之外。

第三,支持对补贴纪律进行必要改革,建议同时讨论“调查当局积极的举证责任”与“调查当局享有的自由裁量权”。客观上,由于透明度的缺失,在针对部分成员提供的扭曲市场竞争的补贴的反补贴调查中,调查当局承担的举证负担较重。然而,以转移或减少调查当局举证责任的方式来倒逼补贴透明度的提升,却容易导致反补贴措施的滥用。另外,从诉诸WTO争端解决机制的案件看,专向性争议主要是源于SCM协定在对诸如“产业”“一组”以及事实专向性的认定问题上赋予

① 参见刘琳:《对美国商务部有关汇率低估构成可诉补贴规则的合规性分析》,《时代法学》2021年第1期,第116-117页。

② GATT, Article XXXVI.

③ See Ding Ru, *Interface 2.0 in Rules on State-Owned Enterprises: A Comparative Institutional Approach*, 23 *Journal of International Economic Law* 662 (2020).

④ See CPTPP, Preamble.

进口成员调查当局过大的自由裁量权。因此,一方面,可以在证据规则中建立一套可反驳的推定机制:若进口调查当局能够证明某一补贴计划将获取资格的限制限于国有企业,此时需要由补贴成员提出反证,即“法律或授予当局授予补贴的条件是否中立、客观”;另一方面,应限制进口成员调查当局的自由裁量权,以强化反补贴调查的可预期性。例如,细化事实专向性审查中的“补贴主要使用者”因素的判断标准:若特定企业使用一个补贴超过一定数额 X%,则可直接作出事实专向性肯定认定;若特定企业使用补贴不足 Y%,则该补贴不具有事实专向性;若特定企业使用补贴未达到 X%,但超过 Y%,则基本上可认定具有专向性,但须进一步考察其他因素。

六、结语

尽管补贴专向性审查饱受质疑和争议,但是必须承认,补贴专向性审查能对维护国际贸易秩序稳定和可预期发挥重要作用。一成员认为有利的补贴和对国家主权的合法行使,站在其他成员的立场上,则很可能对贸易产生不利影响。处于不同发展阶段的成员对“何为公平竞争”自然有不同的看法。为了去政治化,专向性审查正是 WTO 所确立的,衡量与评判各成员采取的补贴是否合法的尺度。根据这一尺度,成员可以采取反补贴税以保护国内同类产品的厂商。但是,这种保护需要与 WTO 在“遏制贸易扭曲”和“促进发展”两个目标之间维持的平衡保持一致,不能超过其所规定的限度。在反补贴调查中,任意扩大调查当局自由裁量权,转移或减轻调查当局的举证责任的做法,限制了国家合法行使经济主权,将成为政治反弹和主要成员之间贸易冲突的导火索。

当前,为了应对和解决新冠疫情、碳排放等全球问题,针对补贴问题的国际合作仍然是当前以及今后国际贸易的主要关切。在补贴领域,更新规则或制定新纪律已经达成共识。^①中国政府在第八次对华贸易政策审议中表态,中国支持对 WTO 进行必要的改革,对在 WTO 改革框架下启动补贴有关谈判持开放态度。因此,很有可能的是,在 WTO 框架下,制定一项由中国、美国、欧盟以及日本等主要成员参与的开放的诸边协定。当前欧美主导的补贴规则呈现收紧趋势,但中国仍应守住 SCM 协定中专向性审查的底线,发挥专向性审查对滥用反补贴税的限制作用,反对将补贴专向性审查作为歧视成员经济发展模式与国有企业作为商事主体的工具。

^① See Chad P. Bown & Jennifer A. Hillman, *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, 22 *Journal of International Economic Law* 577 (2019).

The Dispute and Development of Subsidy Specificity Test and China's Countermeasures

Abstract: A subsidy shall be countervailed only if such a subsidy is specific. In practice, however, the specificity test has not worked well in the WTO due to the silence of Article 2 of the SCM Agreement on many aspects of the specificity determination and the case-by-case approach of determination. For political reasons, by incorporating more lenient determinations in US-led free trade agreements and US domestic laws, the specificity test has been shaped into a dispensable subsidy screening system, while its inclusion into the SCM Agreement for its restriction on the use of countervailing duties in the first place. In the context of the current reform of WTO subsidy rules, as far as China is concerned, a combination of effective defence and proactive attack should be adopted: guiding the formulation and implementation of industrial policy with the idea of competitive neutrality; insisting on case-by-case determinations and oppose the new standard for “certain enterprises” proposed by the United States; advocating behavior-based regulation and opposing the specificity test that discriminates against state-owned enterprises; establishing a set of rebuttable presumptions to ease the burden of proof on investigating authorities, but at the same time limiting the discretion enjoyed by investigating authorities and proposing more operational criteria for the identification of key concepts to enhance the predictability of countervailing measures.

Key words: subsidies and countervailing; *de facto* specificity; non-commercial assistance; certain enterprises; state-owned enterprises

(责任编辑:钱静 漆彤)