

世贸组织《补贴协定》规制跨国补贴的限度与挑战

陈禹锦* 胡建国**

内容摘要: 世贸组织《补贴协定》规制跨国补贴的范围和深度均非常有限。从适用范围上看,《补贴协定》仅适用于货物领域的跨国补贴;从规制深度上看,《补贴协定》核心纪律原则上不适用于跨国补贴(出口补贴和进口替代补贴除外),非核心纪律则缺乏对跨国补贴的规制。由于涉及向境外财政资助或利益接受者提供补贴并且往往涉及间接提供,《补贴协定》专向性和利益规则适用于跨国补贴面临较大的挑战。为了有效规制跨国补贴与反补贴,有必要基于跨国补贴的特点修改和完善《补贴协定》,包括放宽《补贴协定》第2.1条施加的地域限制、针对跨国补贴调整利益认定与计算规则、构建跨国禁止性补贴与跨国可诉补贴纪律等。

关键词: 补贴协定 跨国补贴 专向性认定 利益认定与计算

近年来,跨国补贴(有时又称跨境补贴、外国补贴或国际投资补贴)^①及其规制问题引发巨大争议,其中世贸组织(World Trade Organization, WTO)规则能否以及如何规制跨国补贴是核心争论之一。《1994年关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT1994)和《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)核心义务(国民待遇义务、最惠国待遇义务、一般取消数量限制/服务市场准入义务)一定程度上能够约束跨国补贴提供行为以及针对跨国补贴采取的单边规制措施,^②但争议最大的问题在于《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 以下称《补贴协定》)能否以及如何规制货物领域的跨国补贴。

* 中国人民大学法学院国际法学博士研究生。

** 南开大学法学院副教授,南开大学中国式现代化发展研究院高级研究员。

本文系2022年国家社科基金一般项目“跨国补贴的法律规制与中国应对研究”(22BFX106)成果。

① 在学术层面,“跨国补贴”(transnational subsidies)与“跨境补贴”(cross-border subsidies)同义。在涉及地区的情况下,“跨境补贴”概念更为准确。本文采“跨国补贴”一词,并将其描述为补贴国向位于其领土之外的财政资助接受者或者补贴利益接受者提供的补贴。关于跨国补贴、跨境补贴、外国补贴(foreign subsidies)和国际投资补贴等概念的区别详见龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023年第1期,第19页。

② 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92-97、100-101页。

目前已有学者在 WTO 框架下分析美欧单边规制跨国补贴的法律或实践,^①并且从不同角度指出《补贴协定》在规制跨国补贴方面存在的障碍和法律问题。^②梳理上述文献可以发现:一是在《补贴协定》能否规制跨国补贴的问题上仍存在较大争议;二是跨国补贴的利益基准认定问题未被讨论;三是间接提供跨国补贴这种特殊情况未得到关注,与此相关的专向性认定以及利益基准、利益跨国传递和跨国分摊等问题也未被深入讨论。

系统研究《补贴协定》能否以及如何规制跨国补贴等问题具有重要的理论和现实意义。理论层面,一是澄清《补贴协定》核心纪律和非核心纪律^③能否以及在多大程度上适用于跨国补贴;二是厘清《补贴协定》专向性和利益规则适用于跨国补贴时面临的主要挑战。实践层面,一是为货物领域的跨国补贴多边规则构建提出针对性建议;二是有助于中国应对欧盟跨国补贴反补贴实践,例如在 WTO 作为第三方参与的中国提供“跨国补贴”的印度尼西亚诉欧盟冷轧不锈钢板产品“双反”案(DS616)^④。有鉴于此,本文首先探讨《补贴协定》与其核心纪律是否适用于跨国补贴,希冀基于《补贴协定》的结构逻辑,构建《补贴协定》对跨国补贴适用性的分析框架。其次,在得出《补贴协定》核心纪律原则上不适用于跨国补贴的结论后,在假设基础上继续考查《补贴协定》专向性和利益规则适用于跨国补贴可能面临的主要挑战。^⑤最后,提出修改和完善《补贴协定》以便有效规制跨国补贴与反补贴的具体建议。

① 主要体现为:(1)欧盟制定《外国补贴条例》;(2)欧盟在针对埃及和印度尼西亚出口产品的反补贴调查中纳入中国提供的“跨国补贴”;(3)美国正在酝酿跨境补贴反补贴制度变革,例如 2022 年初美国众议院通过含有较为全面的跨境补贴反补贴制度体系的《2022 年美国竞争法》、美国商务部 2023 年 5 月公布拟解绑跨国补贴反补贴的反补贴条例修订建议。

② 参见陈咏梅、刘佳奥:《欧盟反跨境补贴措施法律问题审视》,《德国研究》2023 年第 3 期;龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023 年第 2 期;胡建国、陈禹锦:《美国跨境反补贴制度:历史演进、WTO 合规性与中国因应》,《国际法研究》2023 年第 1 期;徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022 年第 5 期;丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022 年第 5 期;龚柏华、杨思远:《“一带一路”沿线投资中的补贴与反补贴问题——以欧盟调查埃及产品接受中国投资补贴案为视角》,《“一带一路”法律研究》(第 3 卷),中国政法大学出版社 2021 年版;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;Victor Crochet & Vineet Hegde, China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies Under the WTO SCM Agreement, 23 *Journal of International Economic Law* 841 (2020) .

③ 《补贴协定》核心纪律系指适用于“专向性补贴”的条款,具体包括《补贴协定》第二部分(禁止性补贴),第三部分(可诉补贴)和第五部分(反补贴措施);非核心纪律系指可以同时适用于“专向性补贴”和“非专向性补贴”的条款,也就是适用于满足《补贴协定》“补贴定义”的条款。

④ 在该案中,关于中国向印度尼西亚冷轧不锈钢板生产商提供的优惠融资和其他支持,印度尼西亚指控欧盟反补贴措施违反了《补贴协定》多个条款,涉及《补贴协定》能否适用于跨国补贴、所涉补贴是否具有专向性以及利益认定和计算等本文重点探讨的问题。争端双方于 2023 年 9 月 13 日协议组建专家组,中国、美国等 17 个 WTO 成员作为第三方介入专家组程序,来自第三方美国的 WTO 法专家 William James Davey 和来自争端方欧盟的前上诉机构主席和 WTO 法专家 Peter Van Den Bossche 分别担任专家组主席和成员,引发广泛关注。See European Union-Countervailing and Anti-Dumping Duties on Stainless Steel Cold-Rolled Flat Products from Indonesia, Constitution of the Panel Established at the Request of Indonesia, Note by the Secretariat, WT/DS616/3, 14 September 2023.

⑤ 随着中国国有企业对国际市场的参与程度日益加深,跨国补贴与国有企业密切联系。美欧针对跨国补贴的相关制度和规则会因此对中国产生不成比例的影响。但在跨国补贴语境下,国有企业问题不具有特殊性,本文不予讨论。本文也不涉及《补贴协定》程序性义务(例如透明度义务、反补贴调查程序)适用于跨国补贴面临的挑战问题。

一、《补贴协定》是否适用于跨国补贴

虽然跨国补贴的定义目前尚无定论,但总体有以下几种类型:一是企业经济活动位置定义。这类定义以企业进行经济活动的位置作为判断补贴跨国性的标准,如欧盟将“外国补贴”定义为“一个第三国提供的财政资助授予在内部市场上从事经济活动的企业利益,并且法律上或事实上限于单个企业或产业或者多个企业或产业”。^①二是补贴意图或效果定义。这类定义强调补贴旨在促进本国企业参与另一国家境内的经济活动或者达到此种效果,例如具有“促进一国对外投资的目的或效果”。^②三是接受者位置定义。这类定义强调补贴提供成员与利益/补贴接受者、财政资助接受者的相对位置,以凸显补贴的跨国或跨境性质。^③根据这一定义,跨国补贴被进一步细分为两类:一种是财政资助接受者和利益/补贴接受者均不在补贴成员境内;^④另一种是财政资助接受者或利益/补贴接受者任意一个不在补贴成员境内。^⑤本文采用第三种定义中的第二类。

《补贴协定》是否适用于跨国补贴取决于跨国补贴是否符合《补贴协定》第1.1条中的“补贴”定义。目前学界在这一问题上有两种观点。

(一)否定论

有学者认为跨国补贴不符合《补贴协定》“补贴”定义,因为《补贴协定》中的“补贴”要求补贴提供者和接受者处于同一成员境内。^⑥根据这种观点,《补贴协定》整体上不再适用于跨国补贴,成员原则上可以针对跨国补贴采取行动,但是采取的行动仍然需要遵守WTO相关义务。若一成员针对跨国补贴采取反措施(如增加关税),可能涉嫌违反关税减让和最惠国待遇义务,但是也有可能通过援引GATT1994一般例外条款获得正当性。

(二)支持论

有学者持相反观点,认为跨国补贴可以符合《补贴协定》“补贴”定义,因为《补贴

① 龚柏华和杨思远在定义“跨境补贴”时虽然吸收了企业经济活动位置标准,但是排除了双边贸易这种经济活动类型,将“跨境补贴”定义为:“某一国家(地区)政府或公共机构提供的财政资助,授予在境外市场从事或意图从事经济活动的(不包括双边贸易)实体的一项利益。”参见龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023年第2期,第13页。

② 参见丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022年第5期,第180页。

③ 参见徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022年第5期,第208页; See James J. Nedumpara, Manya Gupta & Lela Choukroune, WTO Litigation and SEZs: Determining the Scope of Exceptional Trade Unilateralism, 24 Journal of International Economic Law 2 (2021); Marc Benitah, The WTO Law of Subsidies: A Comprehensive Approach, 605 (Wolters Kluwer 2019); Victor Crochet & Vineet Hegde, China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement, 23 Journal of International Economic Law 842 (2020).

④ 参见徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022年第5期,第208页。

⑤ 参见陈咏梅、刘佳奥:《欧盟反跨境补贴措施法律问题审思》,《德国研究》2023年第3期,第49页;胡建国、陈禹锦:《美国跨境补贴反补贴制度:历史演进、WTO合规性与中国因应》,《国际法研究》2023年第1期,第59页。

⑥ 参见丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022年第5期,第186-187页。韩立余也认为《补贴协定》界定的是国内投资补贴,指“成员领土内政府或公共机构提供的财政资助”,这种国内补贴通过产品出口传递到境外,产品进口国对接受补贴的出口产品征收反补贴税。参见韩立余:《投资补贴:虚幻与现实》,《政法论丛》2022年第2期,第19页。

协定》没有限制获得财政资助的企业的所在地。^①根据这种观点,WTO 成员不得针对跨国补贴采取其他具体行动,因为这涉嫌违反《补贴协定》第 32.1 条。^②同时,因为《补贴协定》第 2 条的规定,WTO 成员针对跨国补贴采取反补贴措施也被限制。

(三) 法律分析

前述否定论和支持论的分歧源于对《补贴协定》第 1.1(a)(1)条^③的不同解释:

第一,关于《补贴协定》第 1.1(a)(1)条中的“一成员领土内”的修饰对象。支持者认为“一成员领土内”修饰“政府或任何公共机构”,^④否定论者认为“一成员领土内”修饰“财政资助”。^⑤第 1.1(a)(1)条“一个成员领土内的政府或任何公共机构”这一短语紧跟的插入语“(本协定称为‘政府’)”强烈表明,“一成员领土内”修饰的是“政府或公共机构”;否则,该插入语应当直接放在“政府或任何公共机构”之后,而不是放在“一成员领土内”之后。^⑥

第二,关于如何根据《补贴协定》其他条款解释第 1.1 条中的“补贴”。否定论者提出,《补贴协定》第 25.2 条“通知”条款仅要求各成员通报其领土内的补贴行为。^⑦第 25.2 条确实提及领土限制,但“各自领土内授予或维持”仅描述了补贴提供行为(补贴行为必须来源于有义务进行通报的成员),并不涉及财政资助接受者或者利益/补贴接受者。该条提及“在第 2 条意义上具有专向性”,明确将各成员应当通报的补贴类型限于专向性补贴。专向性补贴是否涵盖跨国补贴的问题,不同于《补贴协定》“补贴”定义是否涵盖跨国补贴的问题,需要根据第 2 条展开进一步分析。^⑧同样,《补贴协定》第 18.1 条提及的“出口成员的政府同意消除或限制补贴”并不涉及向谁提供了财政资助。在反补贴背景下,第 18.1 条意味着出口成员的政府向其领土内的出口产品生产厂商提供了补贴,但第 18.1 条是《补贴协定》第五部分核心纪律的一部分,其仅仅涵盖根

① 参见陈禹锦、胡建国:《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 95-96 页。徐昕持相同观点,认为《补贴协定》第 1.1 条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,参见徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022 年第 5 期,第 218 页。龚柏华、杨思远也持相同观点,认为跨境补贴很可能符合补贴的补贴定义,参见龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023 年第 1 期,第 19 页。

② 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 98-99 页;龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023 年第 1 期,第 21-22 页; See Victor Crochet & Vineet Hegde, China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies Under the WTO SCM Agreement, 23 Journal of International Economic Law 847-848 (2020).

③ Art. 1.1(a)(1) of SCM Agreement provides: "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) ..."

④ 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 95 页;徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022 年第 5 期,第 218 页; See Victor Crochet & Vineet Hegde, China's "Going Global" Policy: Transnational Production Subsidies Under the WTO SCM Agreement, 23 Journal of International Economic Law 841 (2020).

⑤ 参见丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022 年第 5 期,第 186-187 页。

⑥ See Victor Crochet and Vineet Hegde, China's 'Going' Global policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement, 23 Journal of International Economic Law 841, 2020, pp.847-848.

⑦ 参见丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022 年第 5 期,第 186 页。

⑧ 具体分析参见下文“《补贴协定》核心纪律是否适用于跨国补贴”。

据第2条具有专向性的补贴。因此,《补贴协定》第18.1条也不涉及第1.1条“补贴”定义是否涵盖跨国补贴的问题。

《补贴协定》第3.1(a)条明确涵盖并禁止出口补贴,而出口补贴经常涉及补贴成员向其领土外的主体提供财政资助,例如出口买方信贷。倘若《补贴协定》第1.1条“补贴”定义并不涵盖WTO成员向其领土外的主体提供财政资助,那么《补贴协定》第3.1(a)条就根本不适用于出口买方信贷,更不用说施加禁令,这不符合第3.1(a)条的文本。此外,在美国—外国销售公司案中,专家组和上诉机构报告都裁定美国给予美国关税领土之外设立的外国销售公司的税收豁免构成《补贴协定》第3.1(a)条意义上的禁止性补贴。^①并且,在专家组询问时,美国和欧共体都认为《补贴协定》第1.1条补贴定义并未限定财政资助接受者和补贴接受者的位置。^②

第三,关于根据补充资料解释《补贴协定》第1.1条中的“补贴”。亲历补贴规则谈判历程的美国著名律师Gary Horlick在文章中写道:“由于涉及政治上的爆炸性(当时美国是海外发展援助最大的单一捐助国),因此我们决定不将境外政府提供的补贴视为可抵消性补贴。”据此,虽然跨国补贴因为无法满足第2.1条和第2.2条中的专向性要求而无法构成可诉补贴,但是,这不能妨碍跨国补贴构成第1.1条意义上的补贴。^③欧盟普通法院同样认为,“一国领土内”(within the territory of a country)^④的用语并不意味着财政资助一定来自产品原产国或出口国政府,因为这没有排除财政资助可能被归为产品原产国或出口国的可能性。^⑤

总体而言,《补贴协定》没有排除对跨国补贴的规制。因此,《补贴协定》非核心纪律当然适用于跨国补贴,其中特别包括《补贴协定》第32.1条。该条规定:“除非符合本协定解释的GATT1994规定,否则不得针对另一成员的补贴采取具体行动。”这意味着,WTO成员不得采取单边行动针对和反对跨国补贴。^⑥

二、《补贴协定》核心纪律是否适用于跨国补贴

《补贴协定》第1条规定的“补贴”定义是通用定义,适用于货物补贴、服务补贴和投资补贴,但是,《补贴协定》针对补贴行为和反补贴措施的具体规则限于货物领域。^⑦因此,《补贴协定》核心纪律是否适用于跨国补贴的讨论也限于货物领域的跨国

^① See Appellate Body Report, United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/AB/R, 20 March 2000; Panel Report, United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/R, 20 March 2000.

^② See Panel Report, United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”-Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, WT/DS108/RW, circulated on 20 August 2001, page F-25 and page F-54.

^③ 有学者将Gary Horlick的这段话理解为:GATT/WTO成员谈判《补贴协定》第1条时并无意将跨国补贴纳入规则管辖范围,以避免成员之间不必要的政治争端。参见丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022年第5期,第187页。

^④ 欧盟普通法院认为《补贴协定》第1.1条使用的“一成员领土内”和《欧盟反补贴条例》序言第5条使用的“一国领土内”没有实质差别。See Case T-480/20, 1 March 2021, para.83, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270781&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5291117>, visited on 2 January 2024.

^⑤ 中国企业针对欧委会在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中关于“跨境补贴”的法律解释和法律条款的适用向欧盟普通法院提起了诉讼,欧盟普通法院于2023年3月作出了判决。See Case T-480/20, 1 March 2023.

^⑥ 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98-99页。

^⑦ 参见韩立余:《投资补贴:虚幻与现实》,《政法论丛》2022年第2期,第18-19页。

补贴。在此基础上,《补贴协定》核心纪律是否适用于跨国补贴,取决于跨国补贴是否符合《补贴协定》第 2 条规定的“补贴专向性”要求。在这方面,《补贴协定》第 1.2 条规定:如按第 1 款定义的补贴依照第 2 条的规定属专向性补贴,则此种补贴应符合第二部分,或者符合第三部分或第五部分的规定。《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条分别规定了补贴的企业/产业专向性与地区专向性;第 2.3 条规定了禁止性补贴的拟制专向性。第 2.1 条和第 2.2 条都要求接受专向性补贴的企业或产业位于“授予当局管辖范围内”。

要使《补贴协定》核心纪律约束跨国补贴,存在两种法律分析路径:一是将《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条中的“管辖”解释为属人管辖,进而将其他成员领土内依据其法律成立的企业也视为补贴成员管辖范围内的企业;二是扩张解释《补贴协定》第 1.1 条中的“由政府提供的财政资助”,进而改变对“授予当局”的认定。

(一) 路径一:解释《补贴协定》第 2 条

《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条中“管辖”一词可能被解释为属人管辖或属地管辖。属人管辖的理解使得跨国补贴有被《补贴协定》核心纪律规制的空间,属地管辖则不然。

1. 属人管辖解释

若将“管辖”理解为属人管辖,则跨国补贴可以构成专向性补贴,进而受《补贴协定》核心纪律的约束。^①因为属人管辖的解释可以将更多企业,包括一国对外投资的企业,纳入管辖范围内。实践中,因为补贴成员缺乏动机给其他国家纯粹的当地企业授予补贴,所以成员通常只会将跨国补贴授予本成员企业在境外投资的企业。例如,在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,中国政策性银行向由中国巨石公司依据埃及法设立的埃及巨石公司提供优惠贷款。^②值得注意的是,公司国籍的确定有多种标准,包括注册地标准、主营业地标准和外国控制标准。就判断公司与国家的紧密程度而言,外国控制标准优于注册地标准和主营业地标准。^③也只有以外国控制标准确定公司国籍时,将“管辖”一词解释为属人管辖的方法才能使《补贴协定》核心纪律有规制跨国补贴的可能性。

2. 属地管辖解释

若将“管辖”解释为属地管辖,则跨国补贴通常不可以构成专向性补贴,也就不受《补贴协定》核心纪律的约束。因为属地管辖的理解意味着《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条中的“授予当局管辖范围内”是指补贴提供方领土范围内。换言之,补贴接受者和提供者需要在相同成员境内。谈判史和 WTO 的实践均倾向于以属地管辖来理解“管辖”一词。^④

(二) 路径二:解释《补贴协定》第 1.1(a)(1) 条

欧盟委员会(European Commission, 以下称“欧委会”)在接受“属地管辖”解释的前提下,引入《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下称《国家责任条款草案》)第 11 条^⑤来解释《补贴协定》第 1.1 条中的“由政府(提供)”(by the government),以此进一步改变对第 2 条中“(补贴)授予当局”(granting authority)的认定,进而将跨国补

^① See Lorand Bartels, Does WTO Law Really not Regulate “Foreign Subsidies”?, <https://www.lin-klaters.com/en/insights/blogs/tradelinks/2020/june/does-wto-law-really-not-regulate-foreign-subsidies>, visited on 6 June 2022.

^② See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, paras. 659, 726-735.

^③ 参见张磊:《论我国国内法与双边投资协定关于公司国籍的认定标准》,《山东社会科学》2021 年第 1 期,第 143 页。

^④ 参见徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022 年第 5 期,第 218-219 页。

^⑤ 该条规定:根据前述各条不归因于一国家的行为,如果该国承认并采纳该行为为其自己的行为,则依国际法应视为该国的行为。

贴纳入《补贴协定》“专向性补贴”的定义。例如,在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,欧委会提出,《补贴协定》第1.1条“由政府”一词经《国家责任条款草案》第11条解释后,可能包含“将一国提供的财政资助归为另一国政府,进而将该财政资助视为由另一国政府提供”的情形,中国向埃及巨石公司和埃及恒石公司提供的财政资助可视为由埃及提供。^①由此,在埃及境内依照埃及法设立的埃及巨石公司和埃及恒石公司都属于补贴“授予当局”埃及政府管辖范围内的企业,能够满足《补贴协定》第2.1条中的专向性要求。对此,埃及政府的反驳理由如下:第一,不能根据《国家责任条款草案》第11条得出他国政府的行为可归因于埃及政府的结论,因为上诉机构在美国—反倾销和反补贴(中国)案中仅提及《国家责任条款草案》第4、5、8条。^②第二,《国家责任条款草案》第11条不能适用于本案事实,因为该条和《补贴协定》第1.1(a)(1)条不涉及相同主题事项。^③

本文认为,利用《国家责任条款草案》第11条解释^④《补贴协定》第1.1条中的“由政府(提供)”用语至少存在两个问题:第一,《国家责任条款草案》第11条是否可以用于解释《补贴协定》第1.1条;^⑤第二,如果答案是肯定的,何种国家行为满足“承认和接受”这一要件。

1. 《国家责任条款草案》第11条解释《补贴协定》的可行性

根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules of Procedures and Settlement of Disputes, DSU)第3.2条的规定,争端解决机构“依据解释国际公法的惯例(customary rules of interpretation of public international law)澄清^⑥这些协定的现有规定”,并且“争端解决机构的建议或裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务”。根据立法过程^⑦和WTO过往的裁决^⑧,《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)第31、32条关于条约解释的规则构成上述

^① 欧盟普通法院认为,欧委会是否考虑到《国家责任条款草案》第11条的问题无关紧要。这种说法从逻辑上说,欠缺周延性。See Case T-480/20, 1 March 2021, para. 103.

^② See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, para. 707.

^③ See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, para. 707.

^④ 《国家责任条款草案》中的部分条款即使被认为构成习惯国际法也不能直接适用于WTO成员间关系,只能根据《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条的规定将其视为“适用于当事国间关系的国际法规则”从而解释WTO协定。因为DSU第3.2条:“DSB的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务”的规定原则上排除了非WTO协定的适用。

^⑤ 有学者认为,因为《补贴协定》文本本身含义清晰,并不存在诉诸《国家责任条款草案》的空间。参见龚柏华、杨思远:《“一带一路”沿线投资中的补贴与反补贴问题——以欧盟调查埃及产品接受中国投资补贴案为视角》,《“一带一路”法律研究》(第3卷),中国政法大学出版社2021年版,第14页。这一观点值得商榷。因为《补贴协定》第1.1条在字面上并未明确解答财政资助的受益人是否必须位于授予方领土内。在这种情况下,正需要进行解释以明晰《补贴协定》的内容。

^⑥ DSU第3.2条使用的“澄清”一词可以等同于“解释”,参见胡加祥:《WTO法律解释权的错配与重置》,《法学》2021年第10期,第183页;Simon N. Lester, WTO Panel and the Appellate Body Interpretations of the WTO Agreement in US Law, 35 Journal of World Trade 521 (2001)。

^⑦ See Negotiating Group on Institutions, Meeting of 26 September 1991 -Note by the Secretariat, 18 October 1991, GATT Doc MTN.GNG/IN/1; Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, 20 December 1991, GATT Doc MTN.TNC/W/FA.

^⑧ See Appellate Body Report, United States -Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 20 May 1996, para.17; Appellate Body Report, Japan -Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1 November 1996, para.10; Appellate Body Report, Chile -Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, WT/DS207/AB/R, 23 October 2002, para.22.

“解释国际公法的惯例”。又根据 VCLT 第 31.3(c) 条,《国家责任条款草案》第 11 条必须是“适用于当事国间关系的有关国际法规则”才能被用来解释《补贴协定》,这要求《国家责任条款草案》第 11 条必须满足三个条件:(1)属于“国际法规则”;(2)具有“相关性”;(3)适用于“当事国之间的关系”。

(1)《国际责任条款草案》第 11 条是否属于“国际法规则”

“国际法规则”对应《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice)第 38 条中的国际法渊源,因此包括条约、国际习惯和一般法律原则。^①对于《国家责任条款草案》第 11 条的讨论集中于其是否属于国际习惯。基于 WTO 争端解决机构“司法克制”主义的立场,^②《国家责任条款草案》第 11 条不太可能被认定为国际习惯。

上诉机构在过往的案件中总是克制适用国际习惯来解释条款,只认定了不具有实质性、不直接对成员设置义务的规则为国际习惯。具体而言,上诉机构只明确过《国家责任条款草案》第 51 条(比例原则)构成国际习惯。^③在美国一反倾销税和反补贴税(中国)案中,上诉机构回避了《国家责任条款草案》第 5 条(行使政府部分权力的主体或实体的行为)是否构成国际习惯的问题;^④在欧共体和某些成员国一大型民用飞机案中,上诉机构同样回避了《国家责任条款草案》第 14 条(违反国际义务时间的延长)是否构成国际习惯的问题。^⑤并且,上诉机构不会根据国际习惯的两要素——国家实践和法律确信,进行全面的分析以确定一项规则的国际习惯地位。^⑥相反,上诉机构总是依赖于其他国际法庭的裁决或学者的观点来判断国际习惯是否存在。这可能是由于采用两要素分析方法来确定国际习惯超出了 WTO 上诉机构的裁决范围,但同时也印证了 WTO 争端解决机构保守适用国际习惯的立场。

适用《国家责任条款草案》第 11 条来“解释”《补贴协定》会导致《国家责任条款草案》第 11 条“间接适用”。根据 DSU 第 3.2 条的规定,为解释 WTO 规则的目的引入非 WTO 规则可以“澄清现行规定”,而适用非 WTO 规则是“增加或减少适用协定所规定的权利和义务”。“解释”和“适用”的区别在于:“解释”是确定文本含义的过程,而“适用”是根据文本确定在特定情况下应遵循的法律后果的过程。^⑦当裁决者运用外部规则解释一项有争议的 WTO 规则项下的义务时,“解释”和“适用”就会出现重叠。在这种情况下,运用非 WTO 规则来解释 WTO 规则条款最终会导致这些非 WTO 规则的间

① See Panel Report, European Communities -Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS293/R, 21 November 2006, para. 7.67.

② WTO 争端解决机构“司法克制”主义的立场体现在 DSU 第 3.2 条规定:“DSB 的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务”以及第 9.2 条:“部长级会议和总理事会批准本协议及多边贸易协议的解释具有排他权”。参见胡加祥:《WTO 法律解释权的错配与重置》,《法学》2021 年第 10 期,第 185 页。

③ See Appellate Body Report, United States -Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202/AB/R, 8 March 2002, para. 259.

④ See Appellate Body Report, United States -Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, 25 March 2011, para. 308.

⑤ See Appellate Body Report, European Communities and Certain Member States -Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, 1 June 2011, para. 845.

⑥ See Panos Merkouris, Interpreting the Customary Rules on Interpretation, 19 International Community Law Review 126 (2017).

⑦ See Harvard Law School, Draft Convention on the Law of Treaties, with Commentary, 29 American Journal of International Law 653, 938 (1935).

接适用。适用《国家责任条款草案》第11条解释《补贴协定》第1.1条中的“由政府(提供)”就会出现“解释”和“适用”重叠的结果,因为经解释后的条款会扩大义务主体。根据上诉机构实践的基本立场,上诉机构只会将非WTO规则用于单纯“解释”的目的,而不会“适用”非WTO规则。^①尤其是随着近年来美国对WTO争端解决机构“司法能动主义”的批评愈加强烈,专家组更倾向于在解释WTO条约的实践中恪守“司法克制主义”,避免“创造性”的解释。

(2)《国家责任条款草案》第11条是否具有“相关性”

VLCT第31.3(c)条意义上的国际法规则与正被解释的条约条款必须涉及相同的主题事项。^②在这方面,目前对于《国家责任条款草案》第11条中被承认和接受的行为是否包括国家行为仍存在争议。在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,埃及认为:一国可在取得土地后作为继承国对被继承国的行为承担责任;一国政府也可以承认其公民的私人行为是自己的行为;然而,该条并不意在使一个国家将其他国家的行为视为自己的行为。^③对此,欧委会援引了1974年联合国大会关于侵略定义的第3314(XXIX)号决议中的侵略定义和国际法院审理的波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案,以说明《国家责任条款草案》第11条不限于领土继承或政府承认和接受国家领土上私人不法行为的情况。但是,这些援引内容与中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案根本不具有相关性和可比性。^④通过对《国家责任条款草案》进行体系解释,可以得出和埃及立场相同的结论,即第11条中的“行为”不包括国家行为。具体而言,《国家责任条款草案》第4章专章处理“一国对另一国行为的责任”,因此属于第2章的第11条不可能涉及一国对另一国行为的责任这一问题,进而推知第11条不可能涵盖将一国行为归因于另一国的情形。^⑤《国家责任条款草案评注》也指出:“在许多情况下,国家承认和接受的行为是私人或实体的行为。”^⑥

此外,还有学者认为《国家责任条款草案》第11条适用的关联度存疑,因为适用

^① See Mariana Clara De Andeade, Identification of and Resort to Customary International Law by the WTO Appellate Body, in Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajärvi (eds.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law* (Cambridge University Press 2022).

^② See Appellate Body Report, Peru -Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R, Adopted 31 July 2015, para. 5.101. Referring to Appellate Body Reports, United States -Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, 25 March 2011, para. 308.

^③ See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, para. 720.

^④ 1974年联合国大会关于侵略定义的第3314(XXIX)号决议中“一国将本国领土供他国使用以侵略第三国的”的行为,与中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案的情形不具有可比性;波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案中,国际法院没有适用《国家责任条款草案》第11条或提及类似法律,未讨论国家间行为归因问题。参见龚柏华、杨思远:《“一带一路”沿线投资中的补贴与反补贴问题——以欧盟调查埃及产品接受中国投资补贴案为视角》,《“一带一路”法律研究》(第3卷),中国政法大学出版社2021年版,第15页。

^⑤ 参见陈咏梅、刘佳奥:《欧盟反跨境补贴措施法律问题审思》,《德国研究》2023年第3期,第55页;Victor Crochet, Guest Post: The European Commission Attempts to Rein in BRI Subsidies, *International Economic Law and Policy Blog*, <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/06/guest-post-the-european-commission-attempts-to-rein-in-bri-subsidies.html?msclkid=36867233cf6011ec903c8f5e94ba6c43>, visited on 2 January 2024.

^⑥ See Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at Its Fifty-third Session (2001), p. 52.

《国家责任条款草案》第 11 条,就先入为主地将全部补贴视为非法。^①但是,第 11 条解决的是何种行为可以归于国家,这种行为不一定是国际不法行为。首先,《国家责任条款草案》第 11 条所属的第 2 章的总标题是“将行为归于国家”,而不是“将国际不法行为归于国家”。其次,对该条款需结合上下文进行理解。根据《国家责任条款草案》第 1 章第 2 条,一国的作为或不作为满足下列条件就构成国际不法行为:(1)根据国际法可归于国家;和(2)构成对该国国际义务的违反。这意味着国家承担国际责任的基本条件之一是,有关行为根据国际法可归于该国;而第 2 章正是界定了有理由将行为归于国家的情况。若根据第 2 章归于国家的行为同时构成对国家国际义务的违反,那么该行为才构成国际不法行为。

(3)《国家责任条款草案》第 11 条是否“适用于当事国之间的关系”

一方面,《国家责任条款草案》由国际法委员会拟定,不属于拘束当事国的条约;另一方面,如上所述,《国家责任条款草案》第 11 条是否属于国际习惯存疑,而 WTO 争端解决机构也不太可能在裁决中认定其构成国际习惯。因此,《国家责任条款草案》第 11 条并不“适用于当事国之间的关系”。

2.《国家责任条款草案》第 11 条中的“承认和接受”

即使假设《国家责任条款草案》第 11 条可以用于解释《补贴协定》,目前对于国家的何种行为构成该条的“承认和接受”尚无明确标准。根据《国家责任条款草案评注》,尽管在美国驻德黑兰外交和领事人员案中法院使用了“批准”(approve)、“认可”(endorsement)等词,但是一般而言,如果一国仅承认行为事实的存在或口头认可,根据第 11 条该行为一般不得归责于该国。^②在国际争议中,国家所持立场往往相当于“批准”或“认可”某种一般意义上的行为,但不涉及承担任何责任。^③

更进一步的问题是:在《国家责任条款草案》第 11 条的语境中,“对一般行为广泛承认和接受”和“对个别行为具体承认和接受”是否存在实质区别?在美国驻德黑兰外交和领事人员案中,伊朗宗教领袖阿亚图拉·霍梅尼曾多次公开发表声明,抨击美国应当对伊朗的所有问题负责。还有证据表明武装分子的一名发言人在解释他们事后的行动时,明确提到了阿亚图拉·霍梅尼发出的一条信息。在这条信息中,阿亚图拉·霍梅尼宣称,“亲爱的学生和神学学生应该全力扩大他们对美国和以色列的攻击,这样他们就可以迫使美国推翻被废黜的犯罪国王……”但是,国际法院认为不宜将阿亚图拉·霍梅尼对伊朗人民或学生的这种一般性声明解释为国家授权进行入侵和扣押美国大使馆的具体行动。^④因此,国际法院认为 1979 年 11 月 4 日袭击美国大使馆以及第二天对大不里士(Tabriz)和设拉子(Shiraz)领事馆的袭击不能归因于伊朗。同理,在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,埃及政府和埃及历任总统面对中国对埃及相关企业的扶持政策,仅仅表示了一般性的认可,如“埃及政府配合中国对埃及巨石和埃及恒石的扶持政策”,“埃及准备积极参与并予以协助支持”等。^⑤这种

① 参见刘琳:《欧盟委员会在“中埃-玻璃纤维编织物案”中补贴认定路径述评》,《国际法与比较法论丛》2021 年,第 207 页;龚柏华、杨思远:《“一带一路”沿线投资中的补贴与反补贴问题——以欧盟调查埃及产品接受中国投资补贴案为视角》,《“一带一路”法律研究》(第 3 卷),中国政法大学出版社 2021 年版,第 15-16 页;陈咏梅、刘佳奥:《欧盟反跨境补贴措施法律问题审思》,《德国研究》2023 年第 3 期,第 56 页。

② See Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at Its Fifty-third Session (2001), p. 121.

③ See Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at Its Fifty-third Session (2001), p. 121.

④ See International Court of Justice, United States of America v. Iran, 24 May 1980, p.30, para. 59.

⑤ See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, para. 690.

概括性的意思表示不构成《国家责任条款草案》第11条中的“承认和接受”。

(三)《补贴协定》核心纪律原则上不适用于跨国补贴

总体而言,路径一因缺乏对“属人管辖”解释方法的广泛认同而存在难度,路径二因在WTO框架中适用《国家责任条款草案》第11条也不太可能被广泛接受。因此,《补贴协定》核心纪律原则上不适用于跨国补贴。但是,若跨国补贴同时属于禁止性补贴,则不受此限制,因为规定拟制专向性的第2.3条没有要求接受专向性补贴的企业或产业在“授予当局管辖范围内”。

除出口买方信贷等涉及向补贴成员领土之外的主体提供财政资助的出口补贴外,参照《补贴协定》第3条,跨国禁止性补贴还可以涵盖两种罕见的情形:一是跨国提供的出口补贴,即一个成员向另一成员领土内的企业提供补贴并要求或鼓励该企业从另一成员出口;二是跨国提供的进口替代补贴,即一个成员向另一成员领土内的企业提供补贴并要求或鼓励该企业优先使用另一成员领土内的产品。《补贴协定》核心纪律可以适用于前述两类跨国禁止性补贴。

尽管《补贴协定》核心纪律原则上不适用于跨国补贴,但是,在假设基础上进一步探讨其部分核心规则(例如涉及专向性与利益的规则)如何适用于跨国补贴仍具有重要意义:一是服务于涉及跨国补贴的WTO诉讼(DS616);^①二是为跨国补贴多边纪律的构建提供参考。

三、跨国补贴专向性认定问题

(一)一般专向性认定问题

《补贴协定》第2条规定的专向性可被分为三类:企业/产业专向性、地区专向性和拟制专向性。针对跨国补贴和国内补贴认定企业/产业专向性不存在显著差异,因为特定企业/产业的认定不会因为补贴跨国与否而发生明显变化。但是,在跨国补贴语境中认定地区专向性会存在显著不同。判断地区专向性实质上需要定性评估一项补贴在特定范围内的“足够广泛可获性”。^②在国内补贴的情况下,特定范围是指补贴授予当局的管辖范围:若补贴授予当局是中央一级政府,就是国家领土范围内;若补贴授予当局是地方一级政府,则是地方政府管辖范围内。原则上,特定范围越广,一项补贴越容易被认定为具有地区专向性。假设WTO成员的地方政府向该地方政府管辖范围内的全部企业提供补贴,若将该补贴放在全国范围内看,则不具有“足够广泛可获性”,因此具有地区专向性;若将该补贴放在该政府管辖范围内,则具有“足够广泛可获性”,因此不具有地区专向性。^③由此可见,在认定地区专向性时,划定的范围大小具有重要意义。根据解释专向性审查正当性的理论基础——扭曲理论,在跨国补贴的语境中,将划定的范围视为全球更合适。专向性补贴使资源人为地向特定接收者转移,形成少数优先于多数的局面,并导致接收者获得了本应该由效率更高的使

^① 印度尼西亚于2023年1月要求WTO与欧盟就欧盟对从印度尼西亚进口的不锈钢冷轧平板产品征收的反倾销和反补贴税进行争端协商。

^② 参见陈瑶:《补贴专向性审查的争议、发展与中国对策》,《武大国际法评论》2021年第6期,第62页。

^③ 这也解释了为什么《补贴协定》第2条使用“管辖”而非“领土”一词。See Multilateral Trade Negotiations the Uruguay Round, Trade Negotiations Committee: Thirty-Third Meeting, 29 November 1993, MTN.TNC/37, para. 25.

用者获得的资源,从而扭曲市场的资源配置,导致低效率生产。^①据此,如果一国将补贴歧视性地授予某特定外国国内的企业,也构成地区专向性补贴。

根据前述分析,中国与“一带一路”沿线国家合作背景下提供的优惠措施、美国向其自由贸易协定伙伴提供的电动车税收优惠亦构成地区专向性补贴。但是,海外投资和运营面临比国内投资和运营更大的风险,国家或地区之间亦有通过正式协议或非正式安排进行经贸合作的需求,这不可避免地会涉及跨国补贴的提供。需要在跨国补贴的整体规制框架中作出适当安排以留出足够的政策灵活性空间。

(二) 双重专向性测试问题

跨国补贴可以分为直接跨国补贴和间接跨国补贴。从补贴接受者角度看,如果补贴接受者直接从补贴提供者那里获得财政资助及利益,就是直接提供补贴;如果补贴接受者是由财政资助第一接受者将其所获得的利益传递给自己,就是间接提供补贴。跨国补贴经常表现为间接提供补贴,最典型的是跨境上游补贴。间接跨国补贴特别涉及“双重专向性测试”和“利益传递测试”等问题。^②

“双重专向性测试”是指既要求财政资助接受者所获补贴具有专向性,又要求利益接受者从财政资助接受者那里获得补贴具有专向性。在补贴使同一产业内的财政资助接受者和补贴利益接受者受益的情况下,双重专向性认定不存在争议。例如,受益于加拿大伐木计划的所有上游和下游生产者都属于同一木材/林产品行业,^③飞机零部件制造企业和飞机生产企业被视为同一航空航天行业。^④但是,以下两种情形就难以通过“双重专向性测试”。^⑤

情形一:假设 A 国向在所有部门经营的所有中小企业提供补贴(例如税收抵免)。A 国电子公司购买中小企业生产的补贴投入品,或者 C 国电子公司进口中小企业生产的补贴投入品(构成跨国补贴),将其用于生产出口到 B 国的计算机。

情形二:假设 A 国补贴其钢铁工业,其产品广泛应用于所有经济部门,如汽车工业、造船、电子、机械等。A 国一个下游行业购买受到补贴的钢铁产品,或者 C 国一个下游产业进口受到补贴的钢铁产品(构成跨国补贴),将其用于生产出口到 B 国的下游产品。

在情形一中,直接补贴并不具有专向性,因为它不针对特定的企业或行业,可向属于中小企业类别的所有企业提供,但在下游产品一级,它可被视为针对特定行业(有利于电子部门)。在情形二中,向钢铁产品提供的补贴具有专向性,但因所有下游产品行业都能使用受到补贴的钢铁产品,因此不具有专向性。在乌拉圭回合谈判中,WTO 成员就“双重专向性测试”进行了讨论,主要分歧有两点:一是是否需要“双重专

^① 参见王奕通:《论补贴专向性的标准与评判——兼议专向性标准在美国对华反补贴调查案中的适用》,《国际商务研究》2009 年第 1 期,第 28 页。

^② 关于间接提供补贴以及跨境上游补贴的四种具体情形,参见胡建国、陈禹锦:《美国跨境补贴反补贴制度:历史演进、WTO 合规性与中国因应》,《国际法研究》2023 年第 1 期,第 70 页。

^③ See Panel Report, United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US-Softwood Lumber IV), WT/DS257/R, 17 February 2004 paras. 7.106-1.125.

^④ See Panel Report, United States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft-Second Complaint, WT/DS353/R, paras. 7.196 and 7.205.

^⑤ See Sherzod Shadikhodjaev, How to Pass a Pass-through Test: The Case of Input Subsidies, 15 Journal of International Economic Law 640 (2012).

向性测试”；二是测试的顺序。^①

关于第一个问题,只有进行“双重专向性测试”才可以满足《补贴协定》第2.1条中的专向性要求。^②首先,补贴授予当局向上游生产商提供的补贴应当被认定为具有专向性,否则就不存在可能受到《补贴协定》核心义务约束的专向性补贴。其次,应当认定上游生产商传递给下游生产商的补贴利益也具有专向性。这种“专向性”要求意味着补贴对经济的扭曲效应较大。为了实现政府政策干预与公平贸易之间的平衡,只有对经济产生较大扭曲效应的补贴才能被抵消。在间接提供补贴的情况下,使用“双重专向性测试”是实现这种平衡的一个工具。

关于第二个问题,先测试财政资助接受者层面或是补贴利益接受者层面的专向性均可。因为最终结果不会受到测试先后顺序的影响,所以可以灵活处理这一问题。^③出于程序经济的原因,可以先分析哪一层面的接受者明显不具有专向性。

四、跨国补贴利益认定与计算问题

(一)利益基准问题

在跨国补贴语境中,补贴授予当局和利益接受者可能位于不同国家,因此在进行利益计算时面临选择哪国市场作为比较基准的问题。《补贴协定》第1条虽然规定“利益”是补贴的构成要件之一,但是未明确“利益”的定义和内涵。《补贴协定》第14条对此提供了间接的指引,规定了调查机构计算利益接受者所获补贴金额的基本方法并且涉及比较基准的确定。

《补贴协定》第14条标题为“以接受者所获利益计算补贴金额”,因此第14条的目的是计算利益接受者^④所获得的补贴金额。在利益接受者直接获得补贴的情形下,财政资助接受者与补贴利益接受者是同一实体。而在利益接受者间接获得补贴的情形下,财政资助接受者与补贴利益接受者是不同实体,针对利益接受者计算补贴金额有时需要或者只能首先通过适用《补贴协定》第14条针对财政资助接受者计算补贴金额,然后通过传递或分摊等方法最终确定利益接受者获得的利益金额。例如在买方出口信贷情形下,应首先考查买方获得出口信贷的条件是否优于《OECD出口信贷安排》规定的条件。作为利益接受者的卖方根本没有获得贷款,因此不可能考查其获得贷款的条件。

1.股本形式的财政资助

《补贴协定》第14(a)条规定:政府提供股本不得视为授予利益,除非投资决定可被视为与该成员领土内私营投资者的通常投资做法(包括提供风险资金)不一致。该规定将“私营投资者”限定在“该成员领土内”,“该成员”是指提供股本的成员。在跨

^① See GATT, Uruguay Round-Group of Negotiations on Goods-Negotiating Group on Subsidies and Countervailing Measures-Subsidies and Countervailing Measures-Note by the Secretariat, MTN.GNG/NG10/W/4, 28 April 1987, at 15-17.

^② See Sherzod Shadikhodjaev, How to Pass a Pass-through Test: The Case of Input Subsidies, 15 Journal of International Economic Law 621 (2012); Luca Rubini, The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Competitive Perspective, 338 (Oxford University Press 2009).

^③ See Sherzod Shadikhodjaev, How to Pass a Pass-through Test: The Case of Input Subsidies, 15 Journal of International Economic Law 621 (2012).

^④ 至少就《补贴协定》核心纪律而言,利益或补贴接受者是指补贴成员相关产品的国内生产商。See Report of the Panel, United States-Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities, WT/DS212/R, circulated on 31 July 2002, para. 7.54.《补贴协定》第1.1条意义上的“利益接受者”并不限于此,财政资助接受者、财政资助间接受益主体都可以成为利益接受者。

国补贴语境中,提供股本的成员领土内私营投资者通常的国际投资做法往往相似程度最高且最具可比性。若提供股本的成员的私营投资者不存在国际投资,或者并不存在针对特定出口成员的国际投资,或者提供股本的成员内部市场被扭曲,则相似度高的第三国市场内私营投资者通常的国际投资做法也可以作为替代基准。

2. 贷款和贷款担保形式的财政资助

《补贴协定》第 14(b) 条规定:政府提供贷款不得被视为授予利益,除非接受贷款的公司为政府贷款支付的金额不同于该公司为其从市场上实际能够获得的“可比商业贷款”支付的金额。在这种情况下,利益为两金额之差。《补贴协定》第 14(c) 条规定:政府提供贷款担保不得被视为授予利益,除非获得担保的公司为政府担保的贷款支付的金额不同于该公司为无政府担保情况下的“可比商业贷款”支付的金额。在这种情况下,利益为在调整任何费用差别后的两金额之差。

这两项规定要求比较接受政府贷款或政府担保的公司为了获得政府贷款或者政府担保的贷款所支付的金额与该公司为了获得其从市场上实际能够获得的“可比商业贷款”或者获得没有政府担保的“可比商业贷款”所支付的金额。两个条款都没有明确限定“可比商业贷款”相关市场的地理范围。上诉机构认为在特定的案件中,可以充分考虑特定贷款以及地理条件来界定相关市场的概念。在确定贷款的“地域市场”时,有一些影响“可比性”的因素,包括贷款的时间、贷款的结构、到期日和货币等。^①例如,某一货币的贷款只能在某一特定国家内提供,那么在这种情况下,市场就限于这一特定国家的市场。在一般的补贴情形中,最具有“可比性”的就是出口国/地区市场的商业贷款,也即补贴提供成员市场的商业贷款。在跨国补贴的情形中,可能具有“可比性”的市场包括:补贴提供成员市场、财政资助接受者所在国/地区市场和其他第三国/地区市场。究竟何者更具有“可比性”,需要在具体案件中结合上述因素进行具体分析。

3. 提供货物或服务或购买货物形式的财政资助

《补贴协定》第 14(d) 条规定:政府提供货物或服务或购买货物不得被视为授予利益,除非以低于充分回报的价格提供或者以高于充分回报的价格进行购买。回报的充分性应当参照提供国或购买国相关货物或服务的通常市场条件(包括价格、质量、可及性、适销性、运输和其他购销条件)确定。在政府提供货物或服务或者购买货物的情况下,利益基准是“充分回报”。“回报的充分性”则应参照提供国或购买国相关货物或服务的通行市场条件确定。尽管“回报”一词可能意味着从政府成本角度分析利益基准,但“参照…通行市场条件”强烈表明,第 14(d) 条仍然采取了市场基准,实质仍是从利益接受者角度比较其获得货物或服务或者销售货物的价格和条件与提供国或购买国市场上相关货物或服务的价格和条件。在国内补贴情形下,由于交易发生于提供国或购买国市场,这些市场就提供了最为恰当的利益基准。在跨国补贴的情形中,由于政府提供货物或服务或购买货物(可表现为构成公共机构的国有企业出口投入品或服务或者购买投入品)是一种国际市场上的交易行为,将提供国或购买国市场作为基准市场是不恰当的。利益基准所在的相关市场应当是与所涉交易发生的市场相同或者最为近似的市场,如补贴提供成员领土内的其他私人货物进出口商或跨境服务提供商与补贴利益接受者所在国市场主体进行交易的现行条件。如无此类交易或市场,则应从利益接受者角度出发,比较实际购销条件与其在最相近似的国际市场上可以获得的购销条件,以确定利益数额。

^① See Appellate Body Report, United States -Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, adopted 25 March 2011, para. 476.

将《补贴协定》第14条适用于跨国补贴带来了不小的挑战。针对政府注资的第14(a)条虽然限定了“私营投资者”的地域范围,但由于“私营投资者”可以从事国际投资,因此14(a)条适用于政府跨国注资没有法律障碍。针对政府贷款或政府贷款担保的第14(b)条和14(c)条没有限定利益接受者实际能够获得可比商业贷款的市场,二者可以适用于跨国政府贷款或政府贷款担保。在第14(a)、(b)和(c)条适用于跨国补贴的情况下,仍应从私营投资者角度比较政府注资的条件与私营投资者在最相近市场上的通常国际投资做法,或者比较私营主体实际获得的交易条件与其在最相近市场能够获得的交易条件。适用于政府提供货物或服务或者购买货物的第14(d)条明确要求参照提供国或购买国的通行市场条件,其适用于与国内市场存在较大差异的国际市场上的政府交易行为存在法律障碍。另外,《补贴协定》第1.1(a)(1)(ii)条还规定了“放弃或未征收本应征收的政府税收”而构成的补贴。基于税收鲜明的属地性质,在利益认定时,应当采取放弃税收的政府所在国,也即补贴提供成员市场的基础。^①

值得注意的是,在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,补贴的实际授予者是中国政府或公共机构。但是,欧委会依据《国家责任条款草案》第11条将中国政府或公共机构的行为归因于埃及政府,进而将埃及政府认定为《补贴协定》项下的补贴授予当局。据此理解,在计算补贴并确定基准时,“补贴提供成员的市场”应当是指埃及市场。但是欧委会仍然将“补贴提供成员的市场”认定为中国市场,^②这也进一步说明了运用《国家责任条款草案》第11条来解释《补贴协定》与《补贴协定》内在不协调。

(二)利益传递测试:间接提供跨国补贴中的特殊法律问题

尽管WTO协定中没有直接规定,但是根据GATT/WTO实践,间接提供补贴需要进行“利益传递测试”(pass-through test),即判断财政资助接受者获得的补贴利益是否以及在多大程度上传递给了利益接受者。在间接提供跨国补贴的情形中,虽然财政资助接受者或补贴利益接受者与补贴授予当局的相对位置不同,但是这不会影响或改变利益传递测试的法律基础和适用条件。

1. 利益传递测试的法律基础

根据《补贴协定》第10条,“反补贴税”一词指按GATT1994第6.3条的规定,为抵消针对任何商品的制造、生产或出口直接或间接授予的任何补贴而征收的一种特别税。GATT1994第6.3条规定:“对产品征收的反补贴税,在金额上不得超过……所直接或间接授予的补贴”。其中“间接”的措辞表明,给予投入品的补贴,原则上没有被排除在对受反补贴调查的出口产品征收反补贴税的范围之外。^③结合《补贴协定》第19.1条的规定,只有通过利益传递测试才能在“确定补贴存在及金额”后征收反补贴税。^④

尽管《补贴协定》缺乏对利益传递测试能否跨国的明确规定,但是上诉机构在美国—洗衣机案中承认《补贴协定》中利益跨国分摊的可能性意味着也承认了利益跨国传递的可能性。因为在利益跨国分摊的情形中,虽然财政资助接受者接受的是国内补贴而非跨国补贴;但是,从参与利益分摊的境外公司的角度来看,其接受的是跨国补贴,并且是因为补贴利益发生了跨国传递,所以境外公司才可以参与跨国补贴的利

^① 参见陈卫东:《从中美“双反措施案”看外部基准的适用》,《法学》2012年第2期,第12页。

^② See Commission Implementing Regulation (EU) 2020/870, paras. 164, 217.

^③ See Appellate Body Report, US-Softwood Lumber IV, WT/DS257/AB/RW, 17 February 2004, para. 140.

^④ See Sherzod Shadikhodjaev, How to Pass a Pass-through Test: The Case of Input Subsidies, 15 Journal of International Economic Law 628 (2012).

益分摊。^①

2. 利益传递测试的适用条件

WTO 上诉机构在美国—铅铋案^②中已经明确,专家组在美国—软木案 III 中进一步确认:调查机关“不得推定对上游投入品生产者的补贴自动惠及下游产品的无关联(unrelated)生产者,特别是在有证据证明两者之间公平交易(arm's length transaction)记录的情况下”。^③专家组和上诉机构报告均交替使用或同时使用了“无关联”和“公平交易”这两个词语。^④这一表述容易产生误解,究竟是上下游生产者“无关联”才意味着需要进行利益传递测试,还是上下游生产者进行了“公平交易”才意味着需要进行利益传递测试?

厘清这一问题,可以参考国有企业私有化的两个案件中 WTO 争端解决机构关于利益传递测试的说理:买方在随后的私有化中支付了公平的市场价值(a fair market value)^⑤或公平交易价格(arm's length price)之后,美国不应推定对国有企业的补贴存在价格传递。^⑥这两个案件不涉及财政资助接受者和补贴利益接受者是否具有关联关系的问题,因为国有企业私有化案件中的财政资助接受者为国企,而补贴利益接受者为私企,两者一般不存在关联关系。美国—软木案 III 和美国—软木案 IV 中关于是否进行补贴利益传递分析或推定利益已经发生传递的判断标准应该与之相同,即交易价格是否公平。财政资助接受者和补贴利益接受者之间是否具有关联关系虽然会在一定程度上影响交易价格,但并不决定两者的交易价格是否公平。类似的,在反倾销程序中,当生产商对关联方的销售价格与其对非关联方的销售价格可比时,关联人之间的交易仍然可能被认定为“正常贸易过程中的”交易。^⑦尽管反倾销和反补贴存在差异,但在这种情况下接受关联交易的基础应与间接补贴中的利益传递测试的理由相同,即关联交易价格与市场价格的一致性。即使将专家组和上诉机构在美国

① 关于美国—洗衣机案的介绍和其中涉及的利益跨国分摊问题的论述详见下文。

② See Appellate Body Report, United States- Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138/AB/R, Adopted 7 June 2000, para. 68.

③ See Panel Report, United States- Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US-Softwood Lumber III), WT/DS236/R, Adopted 1 November 2002, para. 7.71-7.72, 7.74.

④ See Panel Report, United States- Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US-Softwood Lumber III), WT/DS236/R, Adopted 1 November 2002, para.7.71; Appellate Body Report, US-Softwood Lumber IV, WT/ DS257/AB/RW, Adopted 17 February 2004, para.2; Also see Sherzod Shadikhodjaev, How to Pass a Pass-through Test: The Case of Input Subsidies, 15 Journal of International Economic Law 643 (2012).

⑤ “公平交易”的概念涵盖了“公平市场价值”。See Panel Report, United States -Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities, WT/DS212/R, Adopted 8 January 2003, paras.7.130-7.131.

⑥ See Appellate Body Report, United States -Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Commission, WT/DS212/AB/R, Adopted 8 January 2003, paras.121-126; Appellate Body Report, United States- Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138/AB/R, 10 May 2000, para. 65.

⑦ See Panel Report, United States-Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan, WT/DS184/R, Adopted 23 August 2001, paras.7.91-120; Appellate Body Report, United States -Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan, WT/DS184/AB/R, Adopted 23 August 2001, paras.131-180. Edwin Vermulst, The WTO Anti-Dumping Agreement: A Commentary 23-25 (Oxford University Press 2005).

—软木案 III 和美国—软木案 IV 中的说理解释为:推定关联方交易意味着利益发生了传递,^①这种推定也应该被视为可被反驳或推翻。

除了跨国上游补贴,间接跨国补贴还可能包括消费者补贴、出口买方信贷补贴、投资补贴等。在跨国补贴的语境中,利益传递测试可能是跨国的。例如,在中国—埃及玻璃纤维编织物反补贴调查案中,欧委会认为,中国建材集团获得了中国公共机构的财政资助,这些资金随后被用于连续出资,以增加埃及巨石公司的资本,为其在埃及的生产运营提供资金。中国建材集团是财政资助接受者,埃及巨石公司是补贴利益接受者,两个公司位于不同国家。在这种注资的情形中不存在“公平交易价格”,可比因素类比为“私人投资者的通常做法”。至于按照哪一个市场来确定比较基准可以参照上文对《补贴协定》第 14 条的分析。

(三)利益跨国分摊问题:外国制造产品受益于国内补贴

利益跨国分摊计算涉及的主要问题是:当外国生产制造产品受益于国内补贴(尤其是研发补贴)时,是否应当在计算补贴数额时将补贴利益分摊至外国生产制造产品的销售价值中。这种情形在跨国公司内部比较常见,因为跨国公司全球化生产会导致跨国公司一国境内研发活动的成果全球共享。总体而言,上诉机构根据《补贴协定》计算利益时不排除利益跨国分摊的可能性。

在美国—洗衣机案中,韩国对某些大型家用洗衣机的研发支出提供税收优惠(以下称“研发补贴”),美国对此实施了反补贴措施。韩国质疑美国商务部在计算税收优惠的补贴数额时没有包括三星公司在韩国之外生产的大型家用洗衣机的销售价值。^②韩国认为,由于产生税收优惠的研发活动会使三星公司的全球生产活动受益,分母应该包括得益于该项税收优惠的所有产品的销售价值。美国商务部使用的分母并未包括得益于基础研发活动的所有销售的价值,人为放大了从价补贴率,违背了《补贴协定》第 19.4 条移入 GATT1994 第 6.3 条的义务,即反补贴税的征收数额不得超过直接或间接授予原产国或出口国境内此类产品制造、生产或出口的估算奖励或补贴数额。^③中国在该案中作为第三方表达了和韩国相似的主张。^④上诉机构认为,《补贴协定》第 19.4 条要求调查当局“根据受到补贴的出口产品的每单位补贴”计算授予被调查产品的补贴数额。为计算每单位补贴,调查当局可以用总补贴数额除以该项补贴可归因的所有产品的总销售价值。上诉机构指出,GATT1994 和《补贴协定》的相关条款并未表明就计算每单位补贴而言,受补贴产品应该限于补贴接受者在补贴成员管辖内生产的那些产品。因此,一项补贴实际上可以授予给接受者在补贴成员管辖范围之外的生产。例如,如果接受者是一家在多个国家拥有生产设施的跨国公司,依赖于案件背景,受补贴产品可能包括该公司在这几个国家的产品。^⑤

^① 有学者认为加拿大—软木案确定了如下原则:不具有关联性的上下游实体之间不存在补贴利益的传递;关联的上下游实体之间如果进行关联交易,则直接推定补贴利益传递,若进行公平交易,则必须证明补贴利益发生了传递。参见李仲平:《上游补贴规则:国际反补贴法的重大发展——基于美国商务部实践的考察》,《国际经贸探索》2011 年第 10 期,第 66 页。

^② See Panel Report, United States-Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea (US-Washing Machines), WT/DS464/R, Adopted 26 September 2016, para.7.213.

^③ See Panel Report, US-Washing Machines, para.7.308.

^④ See Panel Report, US-Washing Machines, para.7.315.

^⑤ See Appellate Body Report, United States-Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea, WT/DS464/AB/R and Add.1, Adopted 26 September 2016, para.5.297.

五、完善《补贴协定》规制跨国补贴的具体建议

就各国国内和世界经济的发展而言,跨国补贴同时具有消极和积极影响。^①若跨国补贴对投资本身产生不利影响,原则上不应当被规制;若跨国补贴对贸易产生了不利影响,则应当受到规制。^②但是,美欧等西方国家规制跨国补贴的单边规则和实践超出了《补贴协定》规制跨国补贴的限度;涉及规制跨国补贴的区域规则(如 CPTPP/USCMA 非商业援助规则)也在一定程度上损害了多边贸易规则的权威性和有效性。在多边贸易体制中完善对跨国补贴的规制,有助于避免美欧等国家以单边措施和区域规则取代需要在各国间达成一致的普遍国际法律框架。

(一)明确《补贴协定》核心纪律对跨国补贴的适用性

跨国补贴无法满足《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条专向性规定中“接受专向性补贴的企业或产业在授予当局管辖范围内”的要求,进而无法被《补贴协定》第三部分(可诉补贴)和第五部分(反补贴措施)规制。目前已经出现两种解释路径来规避这一问题:一是将第 2.1 条和第 2.2 条中“管辖”一词理解为属人管辖;二是引入《国家责任条款草案》第 11 条来改变对第 2.1 条和第 2.2 条中“(补贴)授予当局”的认定。但是这两种解释路径都在一定程度上有违《补贴协定》,并且后者还因为普遍适用于中国与“一带一路”沿线国家的投资合作活动而具有较强的歧视性。

为了能够规制跨国补贴,建议删除《补贴协定》第 2.1 条和第 2.2 条中“授予当局管辖范围内”的措辞。CPTPP / USMCA 非商业援助规则和欧盟外国补贴制度的专向性相关条款都没有“在授予当局管辖范围内”等类似表述。CPTPP/USMCA 非商业援助规则对专向性的规定体现在非商业援助的定义中:“仅因政府对国有企业的所有权或控制而获得的援助”。USMCA 第 22.1 条将其细化为:“一缔约方或该缔约方任何国家企业、国有企业或上述企业的组合:(1)明确将获得援助的对象限定于某些企业;(2)向数量有限的某些企业提供援助;(3)提供主要由某些企业使用的援助;(4)向某些企业提供不成比例的巨额援助,或;(5)在提供援助时自主决定向某些企业倾斜。”该条第一种情形属于《补贴协定》意义上的法律专向性,第三、四、五种情形属于《补贴协定》意义上的事实专向性,没有规定地区专向性和拟制专向性。欧盟《外国补贴条例》也在外国补贴定义中体现了专向性的要求:“……法律上或事实上限于单个企业或产业或者多个企业或产业,应当视为存在外国补贴。”《外国补贴条例》没有进一步解释何为“法律上或事实上限于单个企业或产业或者多个企业或产业”。因此,建议《补贴协定》删除第 2.1 条和第 2.2 条中“在授予当局管辖范围内”的措辞,以实现规制跨国补贴的目的。

值得注意的是,当补贴专向性审查涉及地区专向性时,划定专向性审查的地域范围具有特别意义。为了避免直接删除“在授予当局管辖范围内”导致在认定地区专向性时的不确定性,建议增加脚注或以其他方式说明跨国补贴的地区专向性审查针对全球范围。

(二)细化《补贴协定》针对跨国补贴的利益认定与计算规则

在跨国补贴的语境下考虑利益认定与计算主要存在两个方面的问题:一是利益

^① See IMF, OECD, World Bank & WTO Report, Subsidies, Trade, and International Cooperation, 2022/001, pp.8-9.

^② 参见胡建国、陈禹锦:《美国跨境补贴反补贴制度:历史演进、WTO 合规性和中国因应》,《国际法研究》2023 年第 1 期,第 81 页。

基准的确定;二是利益跨国传递。

首先,关于利益基准的确定问题。若财政资助的形式是政府注资、政府贷款或政府贷款担保,《补贴协定》第14条,针对跨国补贴适用不存在明显法律障碍。但是,若财政资助形式是政府提供货物/服务、购买货物,则需要修改《补贴协定》第14(d)条中“提供国或购买国的通行市场”的措辞,将其放宽至包含国际市场。此外,若《补贴协定》放宽了第2.1条和第2.2条的地域限制,就不需要适用《国家责任条款草案》第11条对“补贴授予当局”进行其他解释。补贴由谁授予,谁就是补贴授予当局,其所在国家就是补贴授予当局所在国。

其次,关于利益跨国传递的问题。根据美国—洗衣机案上诉机构的裁决可以推断:根据现有《补贴协定》,利益跨国传递是被允许的。问题的关键在于:利益跨国传递的分析应当如何进行?遵循何种标准?利益传递测试的问题最先是在纯粹国内情形中被讨论,尤其涉及上游补贴的情形。多哈回合谈判中,2007年和2008年两次主席提案提出在《补贴协定》第四部分第14条中加入:“如补贴是针对用于生产被调查产品的某项投入物给予的,而被调查产品的生产者与该投入物的生产者无关联(unrelated),则该投入物所产生的补贴不得归属于被调查产品,除非认定被调查产品的生产者是以更优惠的条件获得该投入物的。”^①利益跨国传递也可以参考这样的测试标准,即财政资助接受者和补贴利益接受者无关联,则不得推定利益发生了传递,除非两者的交易行为和投资行为不符合“公平交易价格”或“私人投资者的通常做法”等比较基准。

(三)基于《补贴协定》构建跨国禁止性补贴与跨国可诉补贴纪律

除明确《补贴协定》适用于跨国补贴和在跨国补贴背景下细化利益认定和计算规则外,还应基于《补贴协定》核心纪律构建跨国禁止性补贴与跨国可诉补贴纪律。

一是区分跨国禁止性补贴、可诉补贴和不可诉补贴。《补贴协定》将补贴分为禁止性补贴、可诉补贴、不可诉补贴。^②这一分类主要考虑补贴对贸易的扭曲程度以及环保等少数优先政策目标。跨国补贴多边规制也应遵循前述分类,禁止直接扭曲贸易的跨国出口补贴和跨国进口替代补贴,将服务于国际社会共同优先政策目标(例如,为了应对发展中国家正在发生的疫情而提供跨国投资/生产补贴用于抗疫物资生产^③)的补贴视为不可诉补贴,其他跨国补贴则视为可诉补贴。

二是微调《补贴协定》第3.1条禁止性补贴规则,使其能够更好地适用于跨国出口补贴和跨国进口替代补贴。跨国出口补贴是指依赖于第三国货物的出口实绩而提供的补贴,旨在鼓励补贴提供国之外的第三国货物出口(包括返销到补贴提供国),具体形式可以包括针对特定国家或地区货物的进口补贴^④、以海外投资企业在东道国的出口实绩为条件提供补贴等。跨国进口替代补贴是指依赖于使用第三国货物而不是进

^① See WTO, Negotiating Group on Rules—Draft Consolidated Chair Texts of the AD and SCM Agreements, TN/RL/W/213 (30 November 2007); WTO, Negotiating Group on Rules—New Draft Consolidated Chair Texts of the AD and SCM Agreements, TN/RL/W/236 (19 December 2008).

^② 禁止性补贴被称为“红灯”补贴的补贴。可诉补贴只有在其对另一成员的利益造成不利影响时才可以被质疑。不可诉补贴包括具有专向性的落后地区、科研、环保三类补贴,但已于2000年1月1日到期。

^③ 中国关于WTO补贴谈判的其中一条主张是“讨论恢复不可诉补贴的问题,主要是为了各成员应对疫情和气候变化留出政策空间”。参见《国新办世贸组织第八次对华贸易政策审议情况发布会》, http://www.china.com.cn/zhibo/content_77835601.htm, 2024年1月2日访问。

^④ 普遍适用的进口税收优惠等补贴不应受到规制。向特定来源地的产品提供进口补贴会直接扭曲贸易并违反最惠国待遇原则,应当受到规制,例如,根据美国《通胀削减法》电动车补贴条款要求向FTAs伙伴电动车提供的不成比例的补贴。

口货物提供的补贴,旨在鼓励企业使用第三国生产的货物,具体形式可以包括依据当地或区域含量要求而提供的跨国补贴。《补贴协定》第 3.1 条提及的“出口实绩”“国内货物”能否涵盖第三国“出口”或“货物”并不清楚,建议以脚注形式予以明确。

三是慎重考虑是否需要扩大禁止性跨国补贴的范围。美欧等国家有扩大禁止性补贴类型的倾向,^①并将此类扩大适用于跨国补贴。^②比如,若在海外生产经营的企业陷入特殊情况(失信、资不抵债或濒临资不抵债、有未偿还债务而债转股),其接受的跨国补贴可能构成欧美拟新增类型的禁止性补贴。禁止性补贴的存在即违法,所以应当审慎评估新类型补贴是否对国际贸易秩序的破坏程度足够严重,以及限缩成员补贴权力对成员合理政策空间造成的影响。^③

四是明确跨国可诉补贴的不利影响或损害范围。这方面可以参照 CPTPP 非商业援助制度,将向海外生产性企业提供的跨国补贴在全球各个市场造成的不利影响或国内产业损害纳入调整范围。

Limitations and Challenges of Agreement on Subsidies and Countervailing Measures in Regulating Transnational Subsidies

Abstract: the scope and depth of transnational subsidies regulated by Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement) are very limited. In terms of the applicable scope, SCM Agreement only applies to the transnational subsidies in the field of goods; in terms of the depth of regulation, the core disciplines of SCM Agreement, in principle, do not apply to the transnational subsidies (excluding export subsidies and import substitution subsidies), and the non-core disciplines fail to regulate transnational subsidies. The application of the rules of specificity and benefit of SCM Agreement to transnational subsidies faces greater challenges because the subsidies are often indirectly provided or provided to overseas recipients of financial contribution or benefit. In order to effectively regulate transnational subsidies and countervailing measures, it is necessary to amend and improve SCM Agreement based on the characteristics of transnational subsidies, including relaxing the geographical restrictions imposed by Article 2.1 of SCM Agreement, prudently adding the types of prohibited transnational subsidies and actionable transnational subsidies, and adjusting the rules for identifying and calculating benefits of transnational subsidies.

Key words: SCM Agreement; transnational subsidies; identification of specificity; identification and calculation of benefits

(责任编辑:张耀元)

① 参见《美国、欧盟、日本贸易部长三方会议联合声明》(2020年1月);USMCA 第 22.6.1 条。

② 例如,USMCA 第 22.6.1 条新增三类禁止性非商业援助(补贴),但并未限定非商业援助接受者的位置。

③ 参见丁如:《世界贸易组织补贴与反补贴规则的平衡机制及其改革》,《经贸法律评论》2023 年第 3 期,第 61-62 页。