

国有企业是否当然为 《补贴与反补贴协定》第1.1条 意义上“公共机构”辨析

——兼评美国对来自中国某些产品最终反倾销
和反补贴税措施 WTO 争端案

龚柏华

摘要：2010年10月22日，WTO专家组公布了“美国对来自中国某些产品最终反倾销和反补贴税措施”一案的裁定报告，专家组在该报告中裁定：中国国有企业和国有商业银行本身为《补贴与反补贴协定》第1.1(a)(1)条所指“公共机构”。该裁定对中国今后应对反补贴指控非常不利。本文认为，专家组此裁定存在缺陷，国有企业是否构成反补贴协定上的“公共机构”，应根据个案而定，不能一概而论。中国政府应该就此问题提出上诉。

关键词：国有企业；补贴与反补贴协定；公共机构

中图分类号：DF961 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2010)06-0029-08

2010年10月22日，WTO专家组公布了“美国对来自中国某些产品最终反倾销和反补贴税措施”一案的裁定报告。^①专家组在该报告中裁定：中国国有企业和国有商业银行本身为《补贴与反补贴协定》第1.1(a)(1)条所指“公共机构”。该裁定对中国今后应对反补贴指控非常不利。本文认为，专家组此裁定存在缺陷，中国政府应该就此问题提出上诉。

一、基本案情和裁定

2008年9月19日，根据《WTO争端解决规则与程序谅解》第4条，《1994年关税与贸易总协定》第23条，《补贴与反补贴协定》第30条和《反倾销协定》第17条，中国政府通过常驻WTO代表团致函美方，就美国在2008年6月到8月对中国标准钢管、矩形钢管、复合编织袋和非公路用轮胎^②采取的反补贴和反倾销措施，提起了WTO争端解决项下的磋商请求。^③中国认为，美国商务部在以下裁定中分别违反了《补贴与反补贴协定》第1.1条，第2条，第10条，第14条，第19.1条，第19.4条，第32.1条，GATT第6条，第6.3条：

收稿日期：2010-10-28。

(1)美国商务部在反补贴案中裁定中国政府或私有贸易公司以货物形式提供了财政资助。

(2)美国商务部认定存在利益的裁定。美国商务部在计算所谓的获得利益时只包括了正面利益而排除了负面利益。

(3)美国商务部就“政策性借贷”为补贴做出的财政支持、专向性、利益的裁定。

(4)美国商务部有关土地使用权为补贴做出的专向性、利益的裁定。

(5)美国商务部使用非市场经济地位方法来裁定反倾销中的正常价值,同时又对同样产品裁定反补贴税。美国没有提供充分的法律依据,让美国商务部避免对同一产品征收反倾销税和反补贴税的双重救济。美国商务部在避免双重救济问题上,对待来自中国的产品与对待来自其他成员的同样产品待遇不一样。

(6)美国商务部没有给中国政府和利益当事方30天的时间回答问卷。没有通知当事方所要提交的信息,没有提供充分机会提交有关的证据。

2008年11月14日,中美双方在日内瓦就此案进行了磋商,磋商未果。

2008年12月9日,中国政府通过常驻WTO代表团向WTO争端解决机构提交了设立专家组请求。^④

2008年12月22日,美国阻止专家组的设立。

2009年1月20日,专家组成立。

2009年2月23日,中国要求拉米指定专家组成员。

2009年3月4日,拉米指定下列人员为专家组成员:David Walker先生(为首席成员),Thinus Jacobsz先生和Andrea Marie Brown女士。

2010年6月11日,专家组向当事方提交中期裁定报告。

2010年10月22日,专家组公布其裁定。

专家组裁定:国有企业和国有商业银行为反补贴协定第1.1(a)(1)条所指“公共机构”。

二、各方对《补贴与反补贴协定》第1.1(a)(1)条“公共机构”的理解

《补贴与反补贴协定》第1.1条列举了按该协定视为存在补贴的情况,其中第1.1(a)(1)条规定:在一成员领土内,存在由政府或任何公共机构提供的财政资助(本协定中简称为“政府”)。^⑤该条是构成《补贴与反补贴协定》意义上补贴主体资格的规定。本案中中美双方对如何理解该条中的“公共机构”存在分歧。这儿的“公共机构”(public body)到底是指什么?与“政府”(government)有什么区别?中国的国有企业或国有商业银行是否当然被推定为“公共机构”?

本案的专家组根据WTO争端解决的习惯方法,先从权威的词典定义来解释争议词句。专家组考查了“公共”与“机构”一词的含义后,发现词典并不能提供统一的定义。

中国认为,根据词典含义,这儿的“公共机构”应做狭义理解,与“政府代理机构”或“政府”在作用上是相等的。因此,“公共机构”应定义为:由法律授权的实体行使政府职能或公共性质的职能,其行为是在这种授权下行使的。

专家组认为,“公共机构”可以包括中国所说的实体,但不限于这类实体。专家组认为,在实践中,各国没有划一的“公共机构”的概念,有的可以包括政府拥有或控制的公司。^⑥专家组比较了法文和西班牙文中该词的含义后认为,该词可包括中国理解的意思但不

限于这一意思。

中国以《农业协定》第9.1条为例说明“公共机构”与“政府”是功能等同的词。《农业协定》第9条是关于“出口补贴承诺”的规定,其第1款规定了受该协定项下消减承诺的约束。其第9.1条(a)提到:“政府或其代理机构视出口实绩而向公司、行业、农产品生产者、此类生产者的合作社或其他协会或销售局提供的直接补贴,包括实物支付”。这儿使用了“政府或其他代理机构”(governments or their agencies)。中国指出,在一些翻译中,将“政府代理机构(government agency)”翻译成“公共机构(public body)”。中国引用了经合组织编写的《经济学词汇》词典的解释。

专家组认为,其他词典有不同定义,所以不能单靠词典解释,还要考虑上下文。

中国又从第1.1(a)(1)条整句结构分析,该句中:在一成员领土内,存在由政府或任何公共机构提供的财政资助(本协定中简称为“政府”)。从句子结构看将“政府”和“公共机构”放在一起,表示它们两者功能相同,“公共机构”必然包括了类似政府的特质,即由政府授权行使权力。

美国则认为,该条中使用了“政府或公共机构”两个不同的词,表明这两者之间含义是不同的。根据条约解释规则,应给所有用词以有效解释。在“公共机构”一词前使用了“任何(any)”表示任何这种类型的,从而暗含着各种类型的公共机构。由于使用了“任何公共机构”一词,表明了当初协定起草者并不想将该词与“政府”挂钩。

中国反驳认为,“任何”一词不一定表明“公共机构”与“政府”两词完全不类似或毫无关联的意思,而只是表明该两词不是完全相同。中国还从“或(or)”这一词的使用功能说明,其前后的词含义是一样的或功能等同的。中国引用了专家组在US-Export Restraints中对《补贴与反补贴措施协定》第1.1(a)(iv)条的解释。该条提到“政府向一筹资机构付款,或委托或指示一私营机构履行以上(i)至(iii)列举的一种或多种通常应属于政府的职能”,其中“委托或指示”两词具有等同的政府行为功能。中国还反对美国对“任何”一词的解释,认为“任何”一词只表明了所有符合为公共机构的实体,并没有说明与公共机构定义有关的特性。

专家组认为:“或(or)”代表着前后是两个概念;句中使用了“一个(a)”与“任何(any)”进一步说明了这是两个概念。在“公共机构”前加“任何”表示其是广义的。因此,“公共机构”概念是区别于“政府”同时又比“政府”或“政府代理”广的概念。

中国认为,从“简称为政府(referred to in this Agreement as “government”)”这句话可以看出,“政府”与“公共机构”是作用等同的。

专家组认为:句中只是简化方便使用而已。专家组再比较了《补贴与反补贴协定》第2.1条的用法。该条规定“为确定按第1条第1款规定的补贴是否属对授予机关管辖范围内的企业或产业、或一组企业或产业(本协定中称某些企业)专向性补贴,应适用下列原则”。该条中用本协定中称“某些企业(certain enterprises)”来简称句中的“企业或产业、或一组企业或产业”。专家组由此得出结论:政府控制的各种实体,加上正式的政府机构,都可包括在“政府”一词之中。专家组认为,这儿的“政府”一词,等于“一成员领土中的政府”,或“一成员领土中的任何公共机构”。这表明可包括正式构成政府的一部分,或拥有、或控制的实体。专家组认为,这句话将“政府”、“公共机构”和“私人机构”列为3类,这是一

种穷尽的分类。专家组认为,现在的问题是全部或大部分为政府所有的企业归为这3类中哪一类更恰当。

中国认为,从法律上讲,这种政府所有企业应推定为“私有机构”,只有当其行为产生了政府“委托或指示”的结果时,才受《补贴与反补贴协定》的约束。

专家组认为,这样问题就转为如何区分“公共的”和“私人的”机构。专家组通过词典定义演绎为:一个“公共的”机构是受国家控制下的任何实体;一个“私人的”机构是不受国家控制的实体。专家组进行反推,如果将“公共机构”一词狭义解释,即为政府代理机构和其他行使政府授权的实体,外加排除了政府拥有和/或政府控制的企业,“公共机构”一词就变为“私有的机构”。

中国表示,中国并没有说政府拥有的实体不会成为第1.1(a)(1)条所指的“公共机构”,而只是强调中国国有企业或国有商业银行的行为首先应推定为私行为。如果有证据表明国有企业或国有商业银行行使了政府权力,则其可被认定为公共机构。

专家组认为,这样的解读完全颠倒了“私有机构”的通常含义。

此外,中美各方关于是按行为还是按性质来判断国有企业或国有商业银行是否为“公共机构”也存在分歧。

专家组认为,根据《补贴与反补贴协定》,一个实体是否为“政府或公共机构”的性质问题完全与该实体在特定情况下的行为问题是分开的。

专家组接下来通过条约的目的解释得出结论,不能过于狭义地解释《补贴与反补贴协定》的条文。

中国认为,可引用其他国际条约作为上下文来解释“公共机构”一词,如《联合国国家责任公约草案》。上诉机构在US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS一案中曾引用过,认为其构成国际惯例。

美国认为,《联合国国家责任公约草案》其中部分可以构成国际惯例,但不等于整体可以构成。

美国不同意将《联合国国家责任公约草案》作为解释“公共机构”一词的“相关国际法规则”。《联合国国家责任公约草案》不是制定《补贴与反补贴协定》相关的协定,也不是WTO涵盖协定之一。因此,《联合国国家责任公约草案》不是《维也纳条约法公约》所指的上下文。《联合国国家责任公约草案》也不是解释《补贴与反补贴协定》的嗣后协定或实践。

专家组认为,不是“必须”要将《联合国国家责任公约草案》视为“国际惯例”的。它不构成《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条所指的“相关国际法规则”。

中国方面还引用了《服务贸易协定》附件《金融服务协定》中的“公共机构”概念。《金融服务协定》第5(c)(i)条规定了“公共实体(public entity)”指:(i)一成员的政府、中央银行或货币管理机构,或由一成员拥有或控制的、主要为政府目的执行政府职能或进行的活动的实体;或(ii)在行使通常由中央银行或货币管理机关行使的职能时的私营实体。中国认为,《金融服务协定》中对“公共实体”的定义反映了将“政府”和“公共机构”功能等同的观点。该定义还表明,一个仅仅为成员政府拥有或控制的实体只有“为政府目的执行政府职能或进行的活动”时,才能视为公共实体。政府拥有或控制的实体可能具有政府的和商业的功能,只有主要行使政府功能时才可被视

为公共机构。中国还引用了《服务贸易总协定》第I:3(a)的规定。该条对“成员的措施”做了定义:(i)中央、地区或地方政府和主管机关所采取的措施;及(ii)由中央、地区或地方政府或主管机关授权行使权力的非政府机构所采取的措施。中国认为,该条文表明,只有得到政府授权时,非政府机构的行为才能被认为是政府的行为。

美国认为,《服务贸易总协定》是完全不同的协定,适用领域完全不一样。《服务贸易总协定》中的“公共实体”与《补贴与反补贴协定》中的“公共机构”是不同的。“公共实体”一词只适用于《服务贸易总协定》,并不适用于其他协定。美国也不同意将《服务贸易总协定》第I:3条作为相关的上下文。

专家组认为,这两个协定是不能互相解释的。

美国还找到《中国入世工作组报告》第172段的内容,认为中国接受了国有企业是政府行为者,或至少是公共机构。《中国入世工作组报告》第172段写道:一些工作组成员考虑到中国经济的特性,寻求澄清当国有企业(包括银行)提供财政资助时,它们以属《SCM协定》第1条第1款(a)项意义上的政府行为人的身份这样做的。但是中国代表指出,此类财政资助并不一定导致《SCM协定》第1条第1款(b)项的利益。他指出,中国的目标是国有企业,包括银行,应在商业基础上运作,自负盈亏。工作组注意到这一承诺。

专家组对此否定,指出《中国入世工作组报告》第172段是没有入世承诺约束力的。

美国引用了国际货币基金组织公布的报告,证明中国的国有商业银行“被要求支持政府的产业政策”,从而为公共机构。美国认为,其他国家的国有商业银行贷款不一定是公共机构贷款,但中国则不然。中国尽管在进行国有商业内银行改革,但这些银行仍然受政府控制。

各方对专家组、上诉机构先前裁定案子的结论也有不同的理解。

美国认为,专家组在Korea Commercial Vessels案中裁定:“一个实体如果被政府控制就构成了公共机构”。美国认为,政府占多数股份就能表明存在控制。美国认为,专家组在该案中否定了以下观点,即一个实体如果根据商业条件从事了市场活动就不是“公共机构”。专家组认为,这样就等于说专家组应该在“公共机构”分析中使用“利益”测试标准。如果这样就会出现这样的情况,一个实体今天可能按市场条件提供融资,从而构成“私有”机构;而另一天,该机构又可提供现金赠与从而构成“公共”机构。在专家组看来,一个实体是否为公共机构不依赖于该机构是否根据商业原则行为。按照美国的说法,中国的主张实际上在重复韩国在该案中的立场,即只有从事政府职能时一个实体才为公共机构。美国还同意专家组的观点,追求公共政策目标不是判断公共机构地位的关键因素。

中国认为,专家组在Korea-Commercial Vessels案中的推理不具有说服力,不应该得到遵循。中国认为,仅仅根据政府拥有或控制来定义“公共机构”,与上诉机构在US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS案中的结论不一致。上诉机构参照了《联合国国家责任公约草案》,政府所拥有的公司实体行为推定不属于政府行为,除非该实体行使政府权力,或在国家指令或控制下。

美国否认上诉机构在US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS案中引证了《联合国国家责任公约草案》。该案中上诉机构只是在一个构成法律意见的注释中提到,私有机构推定为不属于政府,并引用了《联合国国家责任公约草案》相关评论。该案中的问题与本案中的问题是两类问题。在US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS案

中的问题是,某些私有机构是否为《补贴与反补贴协定》第1.1(a)(1)(iv)条所指的受政府委托或指令,以及它们贷款和股权条件是否归于政府。而本案中的问题是,某些实体是否构成《补贴与反补贴协定》第1.1(a)(1)条的“公共机构”。

专家组最后得出结论:《补贴与反补贴协定》第1.1条上的“公共机构”一词是指为政府控制的任何实体。

三、简要评析

本案中对中国国有企业或国有商业银行是否当然成为《补贴与反补贴协定》中给与补贴的主体中美双方展开了争辩。这一问题对中国方面来说至关重要,这不仅决定着本案的成败,而且关系到今后可能出现的类似案子的成败。

本案中,双方交锋的焦点就是如何理解《补贴与反补贴协定》第1.1条上的“公共机构”一词。按照WTO争端解决机构过去审理案子的思路,对有争议的词句先从其通常含义解释,在实践中就是按权威词典含义来解释。什么词典才构成“权威词典”,从专家组、上诉机构的实践来看,并没有固定的清单。早期通常用的词典包括《牛津简明英语辞典》(The Shorter Oxford English Dictionary),《韦伯斯特新百科全书》(The Webster's New Encyclopedic Dictionary),《布莱克法律词典》(Black's Law Dictionary)。但之后专家组、上诉机构使用的词典有扩大化的趋势。如在中美音响制品WTO争端解决方案中,除前面提到的3种词典外,还提到以下词典:《American Heritage Dictionary》,《Oxford English Dictionary Online》,《New Century Chinese English Dictionary》,《The Monash Marketing Dictionary》,《Random House Unabridged Dictionary》,《BNET Business Dictionary》。这样就产生一个问题,专家组或上诉机构挑选词典的范围可能直接影响到争议词句意思的确认。如果词典采用没有限制范围,就很可能找到词典之间含义不统一的解释,从而否定词典定义的采用,即使主流词典已经有明确定义。本案中,专家组采用了一些网上免费词典的定义,从而得出结论,对“公共机构”无法取得一致的定义。尽管上诉机构一再强调,词典不是取得“通常含义”的唯一手段,但词典的选用将直接影响到关键词句的含义的确认。

一旦词典解释无法采用,就需要采用其他的解释方法。本案中,中国方面通过类同词在WTO涵盖协定中的使用来证明其含义,包括引用了《农业协定》第9.1条“政府代理机构(government agency)”,《金融服务协定》第5(c)(i)条“公共实体(public entity)”。美国方面则否认它们彼此的一致性,甚至不能互为解释。这里涉及一个问题,WTO涵盖协定之间是否可作为一个整体而进行“系统解释”?这是一个在上诉阶段应该澄清的问题。

本案中,中国方面找到《联合国国家责任公约草案》中有利于中方的定义,而要求以此作为解释《补贴与反补贴协定》的上下文。中美双方围绕着《联合国国家责任公约草案》是否可为解释《补贴与反补贴协定》的上下文展开了辩论。在WTO争端解决方案中不乏用其他国际条约作为解释WTO涵盖协定的上下文。问题是本案引用的《联合国国家责任公约草案》还不是一个生效的国际条约。即便如此,可以将之作为“国际习惯”来引用。这在上诉阶段,需要由上诉机构来确定《联合国国家责任公约草案》整体或其

中相关部分构成了“国际习惯”。

最后,本案中中美双方从各自立场引用和解释了相关专家组或上诉机构案子。主要涉及专家组在 Korea-Commercial Vessels 案中的推理和上诉机构在 US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS 案中的推理。前者对中国方面不利,而后者可能对中国有利。因此,在本案上诉阶段,上诉机构可能需要对该两案做进一步澄清。

总之,笔者认为,专家组在本案中过于武断地推论出《补贴与反补贴协定》第1.1条上的“公共机构”一词是指为政府控制的任何实体。国家在企业中拥有股权可以作为认定该企业为“公共机构”的一个证据甚至较强的证据,但不能视为唯一或决定性的证据。从WTO专家组或上诉机构的相关案例中看,他们也是考虑多种因素来判断一个实体是否为“公共机构”。

在《补贴与反补贴协定》中的“公共机构”与“政府”并用,只能说明这儿所讲的“公共机构”非常接近“政府”。如果某一实体从事了政府功能,该实体可被认定为“公共机构”。因此,不能简单地以一个实体的所有权性质来判断其属于“公共机构”还是“私营机构”。因此,首先要推定中国国有企业为“不是公共机构”。如果要判断中国的国有企业是否为“公共机构”,专家组首先应查证该国有企业是否受政府之委托或指示。

专家组认为,从反补贴规避角度来解释《补贴与反补贴协定》,应将“国有企业”解释为“公共机构”,这种理解是有偏差的。反补贴规避问题可通过确立“授权或指令”标准来实现,而不应用这种国有企业就等同于“公共机构”简单化公式来实现。

从语词学角度看,《补贴与反补贴协定》第1.1条中使用“政府”、“公共机构”是作为并列的等同词来使用的,^①特别是后面那句本协定中称为“政府”,更佐证了这一理解。^②这儿要说明的,“功能等同”不等于“等同”,因此,不能曲解为中国主张“公共机构”等于“政府”本身。

从“公共机构”一词的通常含义看,解读不出政府控制或所有的公司就是“公共机构”。

笔者认为,国有企业是否构成反补贴协定上的“公共机构”,应根据个案而定,不能一概而论。

(作者单位:复旦大学)

注 释:

- ① (UNITED STATES-DEFINITIVE ANTI-DUMPING AND COUNTERVAILING DUTIES ON CERTAIN PRODUCTS FROM CHINA)。
- ② 英文名称为:circular welded carbon quality steel pipe;pneumatic off-the-road tires;light-walled rectangular pipe and tube;laminated woven sacks “LWS”。
- ③ WT/DS379/1。
- ④ WT/DS379/2, (“China request for establishment of the Panel”)。
- ⑤ 英文原文为:1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”)。
- ⑥ 专家组举了两个例子。一个是《网上免费词典》(Free Dictionary online) 关于苏格兰公共机构的定义: “Scottish public bodies are a group of organizations that are funded by the Scottish Government. It includes executive and advisory non-departmental public bodies [...], tribunals,

and nationalised industries. These bodies are distinct from executive agencies of the Scottish Government, as they are not considered to be part of the Government and staff of public bodies are not civil servants. (emphasis added)". 另一个是《欧共体委员会研究指南》(EC Commission Research Directorate)关于公共部门机构的定义: "What is a public sector body? Any public authority or entity set up under public law by a state or one of its authorities (e.g. government). Even if such an entity has a legal personality (e.g. French universities), it acts on behalf of the State with regard to and within the limits of its specific areas or competencies. Activities carried out by such authorities or entities may be of a commercial nature" (emphasis added)。

- ⑦ 在习惯解释规则中有个“同类原则”, 拉丁语为 *eiusdem generis*。其指: 意义广泛的词语和意义狭窄的词句放在一起的时候, 意义广泛的词语会隐含地受到狭窄的词语所指事物的限制。(参 Francis Bennion 所著《Statutory interpretation》, Butter Worths 出版社, 1992 年)。
- ⑧ 在习惯解释规则中有个“通过关联词理解原则”, 拉丁语为 *Noscitur a sociis*。其指: 如果一项法律的立法意图或含义不清楚, 那些有疑问词语的含义可以参考它与其他关联词语或短语的关系来决定。当两个或两个以上的词语组合在一起, 通常具有相同的意思, 但却没有同样广泛的含义, 特义词将限制泛指词。(参 Singer 著《statutes and statutory construction》, West Publishing Company 出版社, 1991 年出版)。

Whether State-Owned Enterprises per se Constitute “Public Bodies” within the Meaning of Article 1.1(a)(1) of the SCM Agreement

—— Comment on the WTO Dispute Case “United States- Definitive
Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China”

GONG Bai-hua

Abstract: On October, 2010, the WTO panel publishes its decision on the Case “United States—Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China”, which decides that state-owned enterprises per se constitute “public bodies” within the meaning of Article 1.1(a)(1) of the SCM agreement. This decision could bring a long term disadvantage for Chinese enterprises when they meet the countervailing duties measures. This article argues that the panel decision has its defects on its reasoning. State-owned enterprise may constitute the “public bodies” within the meaning of Article 1.1(a)(1) of the SCM agreement, but not “must be”. This article encourages the Chinese government should appeal on this point.

Key words: state-owned enterprises; SCM agreement; public body