

禁止性补贴扩大论的理论思辨与中国因应

徐 昕

(上海对外经贸大学, 上海 200236)

摘 要: WTO《补贴与反补贴措施协定》规定了有限的禁止性补贴范围, 对此, 美欧在晚近WTO改革以及新一轮的区域贸易协定中提议予以扩大。美欧扩大禁止性补贴的倡议和实践将传统的贸易救济规则与竞争政策规则进行制度性叠加, 同时将禁止性补贴与中国的非市场经济导向和国有企业等问题捆绑在一起, 共同服务于打压中国经济发展模式的战略。中国应明确, 禁止性补贴的修订和完善应在贸易救济的制度框架下予以系统推进, 坚持后果评估标准, 不带所有制偏见。在此前提下, 中国可以结合反补贴争端解决的实践以及国内经济体制改革的方向, 适当增列禁止性补贴类型, 同时恢复对补贴造成严重侵害的法律推定并优化其条款。

关键词: 禁止性补贴; 竞争政策; 国有企业; 严重侵害

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2024) 06-0052-14

一、禁止性补贴扩大论的发展历程

在国际经贸规则中, 一项政府行为直接被禁止是非常严厉的法律评价, 也事关对成员方主权的某种限制。为此, 是否扩大禁止性补贴必须对补贴规则的基础法律逻辑予以深度剖析, 同时最本质的则是各方对规则背后国家利益的博弈。

(一) 禁止性补贴的分类设定

禁止性补贴、可申诉补贴与不可申诉补贴的分类规制体系在《补贴与反补贴措施协定》(简称《SCM协定》)中已有明确规定。按照《SCM协定》起草者的设想, 补贴是成员方主权范围的政策选择, 只有在其影响国际贸易并对其他成员方利益造成损害的情况下方可加以纪律约束(范德博斯和单文华, 2020)。换言之, 补贴分类规制的背后基础逻辑是对补贴造成损害的评估和救济。在此基础上, 起草者叠加采用了行为评判标准。对于少部分补贴, 由于其行为本身就是为了在进出口贸易中获得不正当的竞争优势, 《SCM协定》推定其必定对他国产业造成损害, 这类补贴就是禁止性补贴。与此同时, 对于行为目的显然并不在于扭曲国际贸易的部分补贴

作者简介: 徐昕, 上海对外经贸大学国际组织学院(贸易谈判学院)教授, 法学博士, 研究方向: 全球经贸治理。
基金项目: 国家社科基金一般项目“美欧针对我国国有企业加强国际造法带来的挑战及应对研究”(项目编号: 20BFX203)。

政策,《SCM 协定》推定其不对他国产业造成损害,属于不可申诉的补贴。表面上看,补贴的规制叠加适用了行为评判和后果评判标准,但本质上其适用的是单一的后果评判标准,因为行为评判是一种法律上的拟制,而法律做出这一拟制的标准仍是看特定行为的补贴是否会对国际贸易产生损害后果。

基于以上立法理念,《SCM 协定》最终规定了两类禁止性补贴,分别是出口补贴和进口替代补贴。各方公认,出口补贴非正常地提高了本国产品在世界市场上的竞争力,进口替代补贴则对进口产品的正常竞争产生消极影响,人为地阻碍了进口,两者均对国际贸易产生了严重的扭曲,应当予以禁止(Desta, 2002)。

(二) 多哈回合期间有关扩大禁止性补贴的争论和分歧

在 2001 年启动的多哈回合谈判中,贸易救济规则的完善被列为谈判议题之一。对此,美国于 2003 年向规则谈判小组提交《请求澄清和改进补贴纪律》的案文,内容之一就是要求扩大现有禁止性补贴的类别。^①这有两方面的原因。其一,在总体战略上,美国希望不断增强补贴规则的有效性,控制政府对国际贸易市场的不当干预和介入。其二,贸易救济实践表明,现有的反补贴规则对可申诉补贴的证明责任较大,导致成员方倘若选择多边救济,往往很难胜诉,而若选择单边救济,又较易因为程序和证明要求不满足《SCM 协定》而被补贴提供方反诉。

在初步的试探和交锋之后,美国和欧盟分别就扩大禁止性补贴提交了更详细的提案。2006~2007 年,美国明确提议增加 5 项禁止性补贴:弥补企业或产业经营亏损的补贴;直接债务免除;对资不抵债的企业直接提供贷款或其他借贷工具;提供与私人投资者通常做法不相符合的股权投资;向企业或项目提供其通过正常商业渠道本无法获得的其他融资。^②

欧盟建议规则谈判小组应审慎考虑是否扩大禁止性补贴,因为这涉及《SCM 协定》整体结构以及成员方权利义务的平衡。在此基础上,欧盟相对温和地建议扩大 3 类禁止性补贴范围:与 GATT 第 3 条国民待遇不符的补贴;政府以优惠条件向国内生产者提供货物(如原材料);政府向大范围的企业提供以无法弥补自身长期运营成本为条件的财政支持。^③

对比美欧提案可以发现,美国更强调通过禁止性补贴约束政府干预市场的行为,更侧重基于补贴本身的性质区别适用法律规制。欧盟则更为保守,认为政府干预行为本身不一定构成补贴,一定要区分补贴的性质和补贴的后果两个概念,只有补贴的后果才是制定纪律时应考虑的决定性因素。

① TN/RL/W/78, 19 March 2003.

② TN/RL/GEN/94, 16 January 2006; TN/RL/GEN146, 5 June 2007.

③ TN/RL/GEN/135, 24 April 2006.

对于美欧的提议，瑞士认为，如扩大禁止性补贴范围，则需要对反补贴措施的实施加强规范，并对不通知行为建立惩罚制度；日本认为，扩大禁止性补贴范围，应考虑补贴是否具有《SCM 协定》第 3 条所列禁止性补贴的贸易扭曲效果，并应减轻通知的负担，协助发展中成员在此方面的能力建设；委内瑞拉则认为，扩大禁止性补贴范围已经超出了规则谈判小组的授权。但是，也有一些发达成员对此表示赞同，例如挪威就认为扩大禁止性补贴的范围有助于严格补贴纪律（单一，2021）。

总体来看，这一阶段有关扩大禁止性补贴的讨论主要是在修订和完善贸易救济规则的大框架内进行的，由于和其他诸多修订贸易救济规则提案交错提出，加之美欧之间也存在较大分歧，并未成为焦点问题。事实上，由于多哈回合谈判本身受阻，在 2007 年之后，相关的讨论就逐渐偃旗息鼓了。

（三）美欧针对中国扩大禁止性补贴的新发展

随着中国的崛起，以美国为首的西方发达国家认为现有的规则体系无法约束中国以公有制为主体的所谓非市场经济发展模式。为此，其有关补贴规则的改革不再聚焦《SCM 协定》本身的完善，而是侧重如何有效加强对中国的约束。可以说，美欧在新的战略指导下再度抛出禁止性补贴扩大论。

与多哈回合期间各方主要在 WTO 多边谈判路径下开展扩大禁止性补贴的讨论不同，美欧此轮扩大禁止性补贴的路径更多元。其一，美国联合欧盟、日本通过发布三方贸易部长联合声明的方式，在国际层面加强有关扩大禁止性补贴的舆论导向。自 2017 年 12 月以来，美欧日陆续发布了 9 份三方联合声明。其中在第七份三方声明中明确提出增加 4 种无条件的禁止性补贴：无限保证；在缺乏可靠重组计划的情况下，对无力偿债或陷入困境的企业提供补贴；在产能过剩的部门或行业中，对那些无法从独立商业来源处获得长期融资的企业提供补贴；直接免除某些债务。美欧日在声明中将其称为有害的补贴。

此外，考虑到现有规则对可诉补贴的证明要求较高，第七份三方声明还提出了 4 种附条件的禁止性补贴，分别是：过分大的补贴；支持无竞争企业并阻止其从市场退出的补贴；在没有私有商业参与的情况下导致超大生产能力的补贴；导致国产投入品价格低于同类进口品的补贴。对于这 4 类补贴，美欧日的建议是举证责任倒置，即由补贴方证明此类补贴未对贸易或生产造成严重损害，并且该补贴符合透明度要求，否则补贴提供方必须立刻撤销此类补贴。

其二，在区域和双边贸易 / 投资协定项下扩展禁止补贴类型。在此，美国和欧盟展现了不同的立法倾向。美国重点针对国有企业加强禁止性补贴的规定，但限于货物贸易领域。《美墨加协定》国有企业章节第 22.6 条明确规定，禁止向主要从事货物买卖（电力除外）的国有企业提供 3 类补贴，包括向资不抵债的国有企业提供贷

款或贷款担保；向无力偿债或濒临破产的国有企业提供非商业考虑的援助以及向国有企业提供非商业考虑的债转股。欧盟在最近签署的双边协定中对补贴类型做了较大的扩充和细分，其中也包括扩大禁止性补贴。与美国不同的是，欧盟增列的禁止性补贴同时适用于贸易和投资领域，但不限定企业所有制性质。具体增加的禁止性补贴类型包括无限期或无数额限制的贷款或债务担保；向经营不善或破产的，且无可靠重组计划的企业提供补贴以及基于国产品含量提供补贴。

美欧此轮扩大禁止性补贴的倡议和实践有如下特点。首先，三方声明倡导扩大禁止性补贴的核心目标是对抗中国，具有鲜明的国别针对性。这表现为扩大禁止性补贴服务于美欧将国有企业、产业补贴规则、非市场导向等问题捆绑规制的战略目标。其次，三方声明标准混乱，概念不明。就标准而言，无条件禁止性补贴和有条件禁止性补贴之间不存在合理的区分标准，例如，无条件禁止性补贴对无力偿债或陷入困境企业的补贴与有条件禁止性补贴支持无竞争企业并阻止其从市场退出的补贴，在多数成员方国内法上并不存在明确的区分，无法清晰地识别。在概念方面，不论是产能过剩、过分大的补贴，还是导致超大生产能力的补贴等，都缺乏法律界定。总体上三方声明更偏向舆论施压和确立规则谈判的方向，尚不具有可操作性。最后，美欧此轮扩大禁止性补贴也并非完全另起炉灶，而是对美欧此前在多哈回合期间提案的延续和扩展，其中三方声明特别展现了美国一贯的立场，而在区域层面，美欧的立场并不完全一致，展现各自的战略重点和立法传统。

二、禁止性补贴扩大论对现有规则体系的挑战

相比于多哈回合期间有关禁止性补贴的讨论，美欧本轮扩大禁止性补贴的倡议和实践偏离了规则完善的轨道，更多地沦为服务于本国战略目标的工具，带有鲜明的实用主义特性，在规则创设上表现出“轻理论、重实用”的特点。从法律的角度观之，美欧此轮提议扩大禁止性补贴范围给现有的反补贴规则体系带来了挑战。

（一）补贴评判标准异化

补贴类型的划分是一个价值判断的过程。补贴行为能否取得预期的效果，不仅取决于补贴提供者或接受者的主观意愿，更取决于其他客观条件的满足。由于行为和后果之间存在落差，如何从法律规制的角度加以价值判断，形成了贸易扭曲学派和贸易损害学派两个学派（彭岳，2007）。

贸易扭曲学派的规范取向在于认定补贴本身的恶性，认为其是一种不公平的贸易行为，信奉行为主义学说，反对政府提供补贴。贸易损害学派则不直接判断补贴行为本身，而是依赖补贴取得的效果来衡量认为政府介入市场运行实属正常，在现代社会的政府提供补贴是政府社会职能的表现形式之一。

如前所述,《SCM 协定》最终主要采用了贸易损害学派的后果评判标准,但在一定程度上接受了贸易扭曲学派的行为评判标准。两者相结合的后果就是,按照补贴行为与损害后果能否分离的标准,《SCM 协定》区分了禁止性补贴、可申诉补贴和不可申诉补贴。补贴行为与损害性后果不可分离就是贸易扭曲标准。补贴行为与损害性后果相分离的标准就是贸易损害标准,法律上为此进一步从补贴行为中分离出其“不利影响”的构成要件,此外还需要证明行为与不利影响之间的因果关系。

若要将一项补贴归入禁止性补贴的类型,其补贴行为与损害后果之间的关系必须非常强烈,强烈到可以忽略其后果的证明,直接根据其行为就可采取救济措施。就现有的两类禁止性补贴而言,其目标在于增强本国企业在国际贸易中的竞争优势,补贴行为与外国生产商受到的损害结果之间具有强联系,其行为与后果之间的不可分离性显而易见。然而,美欧提议新增的禁止性补贴是对企业存续本身的补贴,有可能对相关国内市场的竞争秩序造成扭曲,但对国际贸易的损害后果并非不证自明。

美欧提议新增的无条件禁止性补贴从根本上改变了现行补贴规则的后果评判标准,大大扩充了补贴行为与损害后果之间不可分离的法律拟制,而这种法律拟制并未得到经济学和法学的证实。美欧通过扩大禁止性补贴的范围,大比例采用了被严格限制的贸易扭曲标准,即补贴行为本身具有“恶性”,这突破了各方在国际层面规范补贴的共识。

(二) 贸易救济与竞争法杂糅

美欧提议新增的禁止性补贴很大程度上引入了竞争法,包括竞争中立政策的理念,导致贸易救济规则与竞争政策杂糅。贸易法中一个之前未曾引起太多关注的问题是,贸易救济政策和竞争政策的关系到底为何,两者应在多大程度上相容?

依据传统观点,贸易救济政策和竞争政策虽然存在一定的重叠,但本质上两者是两套独立的法律制度。两者的区别主要体现在如下几个方面。

首先,两者拥有不同的价值目标。贸易救济制度以维护公平贸易秩序为根本价值,以保障产业安全为基本价值,其具体价值主要体现为公平。竞争政策的根本价值则在于维护社会整体利益,以维护竞争秩序为基本价值,其具体价值包括自由、效率和公平(游钰,1998)。其次,保护对象不同。美国前贸易副代表威廉姆斯曾指出“贸易救济法保护竞争者,竞争法保护竞争”(Williams,1995)。最后,结果构成要件不同。不同类型的贸易救济措施主要是基于进口产品对境内产业造成不同程度的损害而进行的定量判断。竞争法对损害竞争的后果认定主要集中在“妨碍”“限制”“扭曲”“破坏”等标准,是对限制或排除竞争的定性判断。竞争法较之贸易救济法调整的范围更为广泛且兼顾各方利益平衡更为全面(宫仁海,2016)。

此外,两套法律体系在多边层面,尤其是 WTO 层面的发展情况也大不相同。以

反倾销反补贴为主体的贸易救济制度在 WTO 内获得了坚实的发展，形成了具有拘束力的规则，而竞争政策一直限于域内法适用（王晨竹，2020）。在多边层面，多年来一直未能就竞争法的实体规则达成有拘束力的协定（崔凡，2022）。

基于价值目标的不同，竞争法规则调整对象更具有广泛性，与之相配套，其行为评价指标也更为多元，但其在多边层面的效力极为有限。贸易救济规则约束对象相对狭窄，评价指标也更为单一。较之竞争法，贸易救济规则在防范和制约竞争对手整体优势方面的作用较为有限，但其优势是在多边层面已经具有较为完整和成熟的规则体系。正是考虑到这两套制度各自的优劣性，美欧极为务实地将两者做了“强强联合”。

在美欧自身的国内法体系下，其提议新增的禁止性补贴类型，不论是支持破产企业的补贴，还是导致产能过剩的补贴等，传统上都属于竞争法的调整对象。立法和大量案例均表明，竞争法对此类行为的评估需要结合消费者利益、社会公共利益等诸多因素进行综合考量。然而，一旦将其置于贸易救济制度项下，则只需要考虑补贴对国内产业的损害。倘若这类行为再被归入禁止性补贴范畴，则通过法律拟制推定此类补贴具有损害后果，进一步将损害认定的证明要求也略去了。

综上所述，美欧不顾贸易救济和竞争政策之间的独立性和差异性，将竞争法下的调整对象贸然植入贸易救济法，并借用贸易救济法对禁止性补贴的强有力约束，极大地扩张了对此类行为的规制。然而，其无法对这一“嫁接”和“植入”提供合理说明，背后是实用主义至上的理念。

（三）禁止性补贴与国有企业的捆绑

在美欧本轮有关扩大禁止性补贴的倡议和实践中，禁止性补贴具有鲜明的国有企业针对性。一方面，《美墨加协定》对此做了明文规定，在国有企业章节中明确增加了以国有企业为补贴接受者的特定类型补贴为禁止性补贴，并具有明显的规则引领意图；另一方面，美欧日三方声明中虽然没有写明，但其列举的多项禁止性补贴类型事实上对中国国有企业具有极大的约束力（宾建成和高波，2022）。例如，在三方声明提议增加的无条件禁止补贴中，第 2 项和第 3 项在认定措施是否为禁止性补贴时，不仅将判断标准从补贴导致的损害变为补贴行为本身，而且将最终的落脚点置于判断补贴接受者是否为无力偿债或陷入困境的企业和产能过剩行业中符合特定条件的企业。因此，当某项财政资助的对象是一般企业时，其可能只是可申诉补贴，但是如果其补贴的对象为前述两类企业时，则构成了禁止性补贴。必须承认，在中国经济转型发展的过程中，政府补贴与国有企业的大而不倒和产能过剩确实存在一定的正相关关系（李博等，2017）。然而，企业的大而不倒或产能过剩并非只因政府补贴所致，市场失灵也会导致类似的结果（林毅夫等，2010）。因此，单一

地在政府补贴视角下去规制企业的大而不倒或产能过剩，显然具有国别针对性（陈曦，2020）。可以说，三方声明在此做了非常隐蔽的概念偷换，从而实质上将补贴接受者的企业性质提升为禁止性补贴的构成要件，并在事实上对这些企业具有规制歧视性。

就三方声明提议增加的第一项和第四项无条件禁止性补贴而言，无限保证和直接免除债务表面看不具有所有制偏见，普遍适用于各种类型的企业。但实践中，中国对国有企业的补贴往往通过一些综合性的援助计划来实施，例如东北振兴计划等，无限保证和直接免除债务会和其他条件综合在一起提供给特定的国有企业。三方声明选择性地将其中的无限保证、直接免除债务单列出来予以规制，忽略了与这些“优惠”打包实施的其他条件和义务，表现出明显的打压国有企业的战略意图。

综上所述，如果说美欧此前通过对公共机构的解释来扩大约束国有企业作为补贴提供者情形，此轮扩大禁止性补贴的提议和实践则进一步将关注点落到了国有企业作为补贴接受者情形，以此形成对中国国有企业发展模式的全方位制约。

在多边贸易体系的立法史上，不论是反补贴或是其他任何多边贸易纪律，其均秉持所有制中性的立场（Borlini and Clarke, 2021）。即使是在欧盟将国企补贴与竞争政策相磨合的国家援助制度下，其制度设计并不针对国有企业，而是对国企、私企一视同仁（周牧，2022）。美欧日提议新增的禁止性补贴在立法逻辑上偏离了所有制中性立场，表现出所有制歧视的本质。

三、中国的因应

当前国际经贸规则面临新一轮重构，补贴与反补贴问题是各国规则博弈的重点之一。针对美欧强势扩大禁止性补贴的发展趋势，中国既应保持战略定力，在批判思维的基础上深刻认知美欧相关理念和实践的国别针对性和实用主义导向，同时也应理性分析，客观评估现有规则是否存在不足（张军旗，2024）。

必须承认，以《SCM 协定》为代表的补贴与反补贴纪律已经适用了 20 余年，在此过程中，整套制度不论在实体规则还是程序规则方面确实暴露出了一些问题（Horlick and Clarke, 2017），对其加以完善是多边规则谈判的题中应有之义。禁止性补贴可以根据现实情况的变化予以修订。这种调整应在多边基础上，结合整个反补贴制度的“平衡”予以系统性推进。规则的修订和完善应秉承贸易救济的价值目标和制度特性，避免沦为打压特定国家的工具和手段。

（一）修订禁止性补贴规则的基本原则

1. 禁止性补贴规则的修订应奉行系统推进原则

在多层级层面，反补贴规则体系的任何修订和完善均需平衡各方的权利和义务，因此，禁止性补贴规则的完善应与其他补贴规则议题综合考量，予以系统性推进。

首先，现行的反补贴规则体系人为地分为产业补贴和农业补贴两个规则体系，禁止性补贴目前仅是产业补贴规则的组成部分。在系统推进原则下完善禁止性补贴的第一个要求是，农业补贴规则同样应加强对禁止性补贴的谈判，或者通过加强纪律规制从而提供发达国家与发展中国家之间的谈判空间（刘斌等，2020）。

其次，就产业补贴本身而言，其分为禁止性补贴、可申诉补贴与不可申诉补贴3类。从2000年1月1日起，不可申诉补贴失效。显然，禁止性补贴和不可申诉补贴分别处于补贴的两端，一味加强禁止性补贴这一端的约束，同时在另一端不予开放不可申诉补贴，这就在总体上过分加重了对成员方补贴权限的限制。有鉴于此，如果各方意欲加强禁止性补贴，也应同步考虑恢复不可申诉补贴，保持3类补贴的共存能够更好地体现补贴规则的平衡性（贺小勇和陈瑶，2019）。

最后，《SCM协定》除了规制补贴外，也为防止各国滥用反补贴规则制定了纪律。因此，补贴规则与反补贴规则之间应达成一种平衡。扩大禁止性补贴作为补贴规则的完善举措，应与完善反补贴应符合的程序要求同时展开，不应在此之间有所偏颇（都毫，2022）。

2. 禁止性补贴规则应坚持后果评估标准

到目前为止，各方普遍认为，在经济学上如何评价补贴是很困难的，给定的补贴是否给市场带来扭曲或纠正市场失灵，或追求一些诸如社会公平等非市场目标，展现出一个问题的多面性，目前尚缺少统一的维度和正确的概念工具进行这种分析（Singh，2017）。贸易救济领域可以完成对补贴的评价是因为将问题简化为补贴是否对国际贸易，特别是对他国同类产品生产商造成了不利影响。脱离这一限定性框架，补贴的定性就会偏离其复杂的多元化面目，出现“失真”。

在上述框架内，禁止性补贴表面看只以其行为本身受到法律上的负面评价，然而，这一负面评价归根结底来自此类行为对国际贸易的损害性后果给予了事先的法律拟制（Sykes，2010）。换言之，不利影响是在贸易救济领域对补贴进行法律评价的核心构成要件，不能舍弃，也不能替代。未来不论新增何种类型的禁止性补贴，其均应完成是否对他国生产商造成不利影响的法律拟制评估。

3. 禁止性补贴规则不应与竞争政策叠加适用

有学者认为，贸易政策以国家为规范对象，而竞争政策则以厂商为规范对象，因此两者之间不存在重叠适用问题（罗昌发，2003）。然而，国际范围内经贸规则的基本精神是，应该将行为而非主体作为研究的起点和核心。因此，贸易救济政策与竞争政策事实上会产生重叠。换言之，对于特定的某些行为，贸易救济政策和竞争政策可以同时适用，产生规制竞合。与此同时，由于两者之间存在前文述及的差别，因此对于同一事实或行为，两套法律制度的评价不尽相同。这种不同的评价结果本身并不存在问题，因为其各自的制度定位、评价标准以及救济措施等是相符的。

然而，如果将两套体系进行叠加，例如将竞争法下广泛的调整对象适用贸易救济制度下的单一评价标准，或将贸易救济下的评价结果适用竞争法下严厉的救济措施，这就会导致行为人权义务的失衡。由于贸易救济制度和竞争政策事实上存在竞合，为协调两者的适用，贸易救济制度可以在一定程度上涵盖竞争法下的调整对象，但应为之做好制度上的匹配和调适。

4. 禁止性补贴规则不应具有所有制偏见

在多哈回合有关扩大禁止性补贴的谈判中，各方表示，其不应改变现有补贴的基本定义和《SCM 协定》的总体框架。这应是未来完善禁止性补贴规则的前提和基础。依据《SCM 协定》的补贴定义，可申诉补贴的构成要件包括：补贴需为一项财政资助；补贴为政府或公共机构所提供；补贴使补贴接受方据此获得利益；补贴具有专向性（如比尼，2020）。禁止性补贴由于推定具有专向性，因此只需完成前 3 个构成要件的证明。根据反补贴争端解决实践，国有企业与补贴规则的交叉主要存在于国有企业是否构成补贴提供者的公共机构。在中国《入世议定书》中，中国承诺如果国有企业是补贴的主要接受者或国有企业接受相关补贴的数量异常之大的情况下，对国有企业提供的补贴将被视为具有专向性。然而，禁止性补贴并不需证明专向性这一构成要件，因此，在禁止性补贴项下，即便针对中国这样在《入世议定书》中做出特别承诺的成员方，国有企业与之交叉之处仅在于补贴提供者的认定上，补贴接受者的所有制属性与之无关。

正如中国在《中国关于世贸组织改革的建议文件》中所提出的，WTO 应坚持公平竞争原则，确保不同所有制企业在进行商业活动时的公平竞争环境，不对国有企业设立特殊、歧视性的补贴纪律。

（二）修订禁止性补贴规则的具体方案

围绕上述 4 项基本原则，结合自身经济体制改革的发展方向以及《SCM 协定》的规则完善目标，中国可考虑提出如下完善禁止性补贴规则的具体方案。

1. 审慎增加无条件的禁止性补贴，但应限定适用条件并提供例外条款

入世 20 余年，中国对补贴政策的认识逐步深化，也融入中国国内经济体制的改革进程中。总体上，中国目前补贴的政策目标已经越来越多地集中在产业发展促进、节能减排环保、产业调整升级、社会福利政策、科技创新研发等维度（傅志华和王光，2021）。通过补贴使企业在国内外市场获得不当竞争优势的行为已经受到国内立法的明确约束。例如，2021 年 6 月国家市场监督管理总局等五部委联合发布《公平竞争审查制度实施细则》，对政府提供歧视性补贴政策做出了明确约束。

当然，与大多数发展中国家一样，补贴确实是中国长期以来拉动经济发展的重要政策手段之一。由于国有企业在经济体制中的主体地位以及其与政府的特殊关系，

中国对国有企业提供着相对复杂的补贴和支持，其中部分补贴确实导致国有企业大而不倒、效率低下乃至产能过剩等种种问题（余劲松和任强，2017）。对此，中国已经着手国有企业的分类改革，通过包含减少各类补贴在内的综合举措，保障主要从事商业行为的国有企业得以公平参与市场竞争。因此，美欧希望增加的部分禁止性补贴和中国国内的经济体制改革有相同的方向，并非完全不可接受。但是增列禁止性补贴大大限制了成员方的主权权利，故而相关的调整应极为审慎。中国应坚决反对美欧大范围增列禁止性补贴的倡议，与此同时积极探索更科学、更具可操作性的改革方案，维护各方利益平衡。

有鉴于此，或可在《SCM 协定》第 3.1 条下增列平行的第 3.2 条，由此将无条件的禁止性补贴分为两类。第一类即原先的出口补贴和进口替代补贴，第二类可以引入一些严重扭曲市场竞争的补贴行为，但前提是接受此类补贴的产品必须供出口或与进口产品竞争。中国必须明确坚持，任何对企业存续本身的补贴，不论其在多大程度上扭曲市场竞争，不可直接因此受到贸易救济法上的禁止性评价。竞争法上的部分调整对象，只有通过进出口贸易造成影响这一连接点，才可被适当引入贸易救济领域，并接受贸易救济制度下的评价和救济。

在符合该适用条件的前提下，可以考虑增列的补贴行为包括：向企业提供无限担保；向破产企业提供金融援助而又没有可靠的重组计划。考虑增列这两项禁止性补贴的原因如下。（1）这两类补贴行为确实对市场竞争造成严重扭曲。（2）这两类补贴行为涉及的无限担保、破产企业、破产重组等概念在各国国内法上均发展成熟，具有较强的可操作性。相比之下，产能过剩等概念不论在经济学还是在法学领域均未有共识，并且产能过剩的原因极为多元，与补贴之间的因果关系在法律上较难界定。而直接免除债务在实践中独立性欠缺，并且很大程度上也可为考虑增列的这两类补贴行为所涵盖。（3）这两类补贴行为也是中国在国有企业改革发展道路上着力削减的对象，即与国内的改革目标较为一致。

当然，由于增列的禁止性补贴一定程度上借用了竞争法上的调整对象，而竞争法对此类行为的判断标准更为多元，因此，在单一以对产业损害为判断标准的贸易救济制度下，必须对此提供恰当的例外，以达成权利义务的平衡。对于向企业提供无限担保的行为，实践中其可能包含在政府针对企业的综合援助计划中，对此应加以详细分析、区别对待。如果在综合性的援助计划中，被提供无限担保的企业同时也承担了其他的义务，则不应将其享受的“优惠”单独拆分予以评价。对于向破产企业提供金融援助的禁止性补贴，其一，必须考虑提供政府基于金融审慎原因采取的相关措施，包括为保护投资者、存款人、对保单持有人或金融服务供应商负有信托责任的人，以及为了确保金融系统的完整性和稳定性而采取的措施，以及基于普遍适用的破产法或其他破产抵债程序而采取的措施等。如专家组在争端解决过程中涉

及一项基于审慎原因而采取的措施,应选任对此具有专业知识的人组建专家组。其二,在判断企业是否资不抵债、濒临破产时,应根据企业所在地的相关法律予以判断。因为不同国家的破产法律制度存在较大差异,目前并没有就此达成国际上的统一标准。在这种情况下,根据企业所在地法律予以判断是更为合理的。

最后,考虑到政府对履行特定公共职权的需要,增列的禁止性补贴还必须享有通用的一些例外(翟魏,2015)。例如,提供给公共事业单位的补贴(提供电力和水的公共企业等),为确保国家安全和国防需求而提供武器、弹药或军事物资的相关补贴等,都不应列入禁止性补贴的范围。

2. 恢复对补贴造成严重侵害的法律推定并优化具体规定

如前所述,《SCM 协定》对禁止性补贴和可申诉补贴规定了不同的救济程序和救济措施。从争端解决实践来看,可申诉补贴相对较高的证明责任确实阻碍了成员方在多边层面提起可申诉补贴的救济。

按照 WTO 官网的统计,从 1995 年至 2024 年 8 月,共有 131 个案件以《SCM 协定》为主要争诉对象。在这 131 个案件中,74 个案件属于针对补贴的申诉,56 个案件属于针对反补贴救济的申诉。在针对补贴的 74 个案件中,涉及禁止性补贴的案件有 62 个,涉及可申诉补贴的案件有 16 个。在涉及禁止性补贴的 62 个案件中,共有 18 个案件经由专家组程序(部分含上诉机构程序)做出裁决,其中认定构成禁止性补贴的案件有 15 个,认定相关措施不构成禁止性补贴的案件只有 3 个。其余案件从官网信息来看,停留在磋商阶段,但事实上绝大部分都由被诉方主动采取措施予以调整。涉及可申诉补贴的 16 个案件中,仅有 3 个案件做出裁决,其中 2 个案件的被诉补贴措施被认定违反《SCM 协定》,1 个案件则被裁定不构成违反《SCM 协定》。

在现有的导致申诉方承担较高证明责任的要求中,补贴的损害后果是其中重要一项。按照《SCM 协定》第 5 条,导致一项补贴可被申诉的后果概称为“对其他成员方的利益造成不利影响”。不利影响具体分为 3 种:损害另一成员方的国内产业;使其他成员方在 GATT1994 项下的利益丧失或减损;严重侵害另一成员方的利益。《SCM 协定》第 6 条进一步对第 5 条第 3 项所指称的“严重侵害”进行了解释。第 6 条第 1 款描述了法律上应视为存在“严重侵害”的 4 种情形。换言之,第 6 条第 1 款通过举证责任倒置的法律推定,事实上降低了对损害后果的证明要求。同样是按照《SCM 协定》第 31 条的规定,第 6 条第 1 款只临时适用了 5 年。

早在多哈回合期间,加拿大、巴西等成员就率先提议恢复第 6 条第 1 款,并澄清其中的部分规定。^①本质上三方声明提议的有条件的禁止性补贴就相当于对补贴造成不利影响给予法律上的推定。相比于三方声明的表述,在《SCM 协定》第 6 条第

^① See TN/RL/GEN14, TN/RL/GEN81, TN/RL/GEN/112, TN/RL/112Rev.1, TN/RL/112Rev.2.

1 款的基础上恢复对严重侵害的法律推定更具明确性和可操作性,同时也更符合《SCM 协定》的现有立法逻辑和文本框架。结合反补贴争端解决实践和美欧倡导扩大禁止性补贴的压力,中国可以支持恢复对补贴导致的严重侵害做出举证责任倒置的法律推定(周一帆,2022)。

《SCM 协定》第 6 条第 1 款(a)项规定的情形是对一产品从价补贴的总额超过 5%。该项相当于三方声明中提出的过分大的补贴。《SCM 协定》附件 4 对从价补贴的总额具体如何计算做出了进一步的规定。其第 1 条规定,关于从价补贴总额的计算应根据授予政府的成本进行。实践中,政府成本如何计算是比较困难的。按照《补贴与反补贴措施非正式专家小组报告》的描述,政府成本的计算包含两种方式,一种是基于可以观察到的货币成本,包括税收、借贷等;另一种包含不可实数的机会成本,特别是那些利用政府资金的机会等。即便针对第一种方式,由于获取信息的困难,计算政府征收不同税款的加权平均成本,以及政府在各种不同借贷活动中所支付利息的加权平均成本,几乎都不可能。WTO 争端解决机构曾明确表示,补贴利益的计算应根据补贴接受方获得的优惠,而非成员方提供补贴的成本来计算。^①因此,建议将附件 4 第 1 条的根据政府成本来计算修订为根据补贴接受者所获利益来计算。

第 6 条第 1 款(b)项和(c)项包含直接弥补经营亏损的补贴,其中(b)项针对的是弥补某一产业的经营亏损,(c)项针对的是弥补某一企业的经营亏损。现有的条款只对(c)项给出了例外,即为制定长期解决办法提供时间和避免严重社会问题而给予企业的非经常性的和不能对该企业重复的一次性措施除外。从文本优化来看,这两款可以进行合并,并统一适用目前(c)款提供的例外。巴西曾主张现有(c)款项下的例外规定存在过于模糊的缺陷,例如“长期解决办法”“严重社会问题”等过于含糊,不具有实际可操作性。然而,这种模糊性是必要的,非此不足以涵盖实践中千差万别的情形。

第 6 条第 1 款(d)项涉及直接债务免除的情形,但在特定情况下,政府或公共机构免除企业的债务是相对更好或更为理性的选择。例如,在萨罗蒙一案中,几家国有银行同时免除了一家濒临破产且正在重组企业的部分债务。欧盟委员会和欧洲法院均认为,根据合理原则,免除债务的行为不构成国家援助,因为企业的破产可能会加剧银行的损失。再者,与提供无限担保类似,直接免除债务有时也包含在政府对企业的综合救助协议中,包括有时通过债转股等形式来推进,此种情况下不能对免除债务行为予以单独评价。例如,在林德案中,德国国有资产托管局下属的国有企业(LWG)与另一家化工企业(UCB)签署了一项协议。协议规定,由 UCB 收购 LWG 的业务,LWG 向 UCB 按市场提供货物。结果 LWG 由于设备陈旧,生产成

^① Appellate Body Report, Canada—Aircraft (1999), para. 154.

本过高,无法按协议约定提供货物。最后,双方协商由国有资产托管局向 UCB 补贴 900 万成立自己的一氧化碳生产厂,并免除 LWG 的供货义务。法院认为这项补贴从整体上应视为双方协议的一部分,属于正常的市场行为。概言之,对于直接债务免除,法律应提供上述两项例外,其一,根据合理原则直接免除债务是更优选择,其二,直接债务免除构成综合援助计划内容之一。

四、结语

补贴与反补贴规则的修订是新一轮国际经贸规则重构的重点内容之一。针对美欧新时期扩大禁止性补贴的战略意图,一方面,中国应该积极参与国际层面的理论交锋和价值观输出,为自己赢得规则谈判和制定的空间;另一方面,中国也可结合自身经济体制改革的方向,提出完善禁止性补贴规则的具体方案。如何应对禁止性补贴的修订及其与此相关的贸易救济制度,归根结底还在于强健国家财政、规范现有补贴制度,并积极推进金融和国有企业改革。

美欧本轮扩大禁止性补贴的具体类型大多集中在金融领域,在一定程度上也符合我国自身金融领域全面深化改革的大方向,即金融的市场化改革(陈曦,2020)。应针对中国现行金融体制僵化、深度金融抑制、金融结构与实体经济不匹配的问题,大力推动金融领域市场化改革,使市场在资金配置中起决定性作用。金融市场化改革不仅可以防范不当金融手段触碰禁止性补贴规则的底线,也可以从体制层面缓解企业融资难的问题,使金融更好服务于实体经济和社会发展。

美欧本轮扩大禁止性补贴的诉求,本质上是针对中国非市场导向政策和以国有企业为主体的经济发展模式。中国应进一步加快推动国有企业改革的步伐,对商业类国有企业启动竞争中立原则基础上的改革,包括税收中立、信贷中立以及非歧视待遇和透明度原则等,并通过制定相关法律保证商业类国有企业竞争中立的实施。

参考文献:

- [1] [比]彼得·范德博斯,单文华.世界贸易组织法原理[M].北京:法律出版社,2020.
- [2] 宾建成,高波.中国参与世贸组织工业补贴议题谈判研究[J].国际贸易,2022,(1).
- [3] 陈曦.WTO 补贴改革背景下中国贸易救济应对研究[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2020,(4).
- [4] 崔凡.国际高标准经贸规则的发展趋势与对接内容[J].学术前沿,2022,(1).
- [5] 都毫.WTO 产业补贴规则的改革与中国应对[J].武大国际法评论,2022,(3).
- [6] 傅志华,王光.WTO 改革背景下中国补贴政策空间分析[J].财政研究,2021,(10).
- [7] 官仁海.论贸易救济法与竞争法的冲突和协调——以区域贸易制度安排为视角[M].北京:中国政法大学出版社,2016.
- [8] 贺小勇,陈瑶.“求同存异”:WTO 改革方案评析与中国对策建议[J].上海对外经贸大学学报,2019,(2).
- [9] 李博等.政府补贴、过度投资与产能过剩[J].预测,2017,(6).
- [10] 林毅夫等.“潮涌现象”与产能过剩的形成机制[J].经济研究,2010,(10).
- [11] 刘斌等.美日欧 WTO 补贴规则改革方案及其对中国的挑战[J].国际贸易,2020,(2).

- [12] 罗昌发. 贸易与竞争之法律互动 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [13] [英] 鲁卡·如比尼. 补贴和国家援助的概念——世贸组织法和欧共体法之比较 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2020.
- [14] 彭岳. 贸易补贴的法律规则 [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [15] 单一. 规则与博弈——补贴与反补贴法律制度与实务 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2021.
- [16] 王晨竹. 全球竞争政策协调的图景展示和发展趋势 [J]. 竞争法律与政策评论, 2020, (6).
- [17] 游钰. 反垄断法价值论 [J]. 法制与社会发展, 1998, (6).
- [18] 余劲松, 任强. 论“产能过剩”与反补贴协定冲突 [J]. 政法论丛, 2017, (5).
- [19] 翟魏. 欧盟竞争法视野下的国家补助规制机制 [J]. 竞争政策研究, 2015, (11).
- [20] 张军旗. 世界贸易组织补贴规则的改革 [J]. 国际经济评论, 2024, (4).
- [21] 周牧. 欧盟对国有企业补贴的定性和定量化分析——论国家援助“市场经济经营者测试”等规则的适用 [J]. 欧洲研究, 2022, (4).
- [22] 周一帆. 美欧日 WTO 补贴规则改革方案评析及中国应对 [J]. 太平洋学报, 2022, (7).
- [23] Borlini, L., Clarke, P. International Contestability of Markets and the Visible Hand: Trade Regulation of State-owned Enterprises Between Multilateral Impasse and New Free Trade [J]. Columbia Journal of European Law, 2021, 26(3).
- [24] Desta, M. G. The Law of International Trade in Agricultural Products: From GATT 1947 to the WTO Agreement on Agriculture [M]. Kluwer Law International, 2002.
- [25] Horlick, G., Clarke, P. A. Rethinking Subsidy Disciplines for the Future: Policy Options for Reform [J]. Journal of International Economic Law, 2017, 20(3).
- [26] Singh, G. Subsidies in the Context of the WTO's Free Trade System: A Legal and Economic Analysis [M]. Springer, 2017.
- [27] Sykes, A. The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective [J]. Journal of Legal Analysis, 2010, 2(2).
- [28] Williams, S. L. Introduction: Antidumping Laws, Remedies, Procedural Safeguards, Subsidiary and Countervailing Duties in the US. In Institute of International Business Law and Practice (ed.), Dumping—A Comparative Approach [M]. ICC Publishing SA Paris, 1995.

Theoretical Speculation on the Expansion of Prohibited Subsidy and China's Response

XU Xin

Abstract: The United States and EU proposed to explore the scope of prohibited subsidies that were clearly stipulated in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures in the recent WTO reform and the new round of FTAs. These initiatives and practices systematically superimpose the traditional trade remedy rules and competition rules, and tie the prohibited subsidies with China's non-market economic orientation and state-owned enterprise to serve the strategy of suppressing China's economic development model. China should make it clear that the revision and improvement of prohibited subsidies should be systematically promoted under the framework of trade remedies, while adhering to the damage assessment criteria. In any case, prohibited subsidies should not have ownership bias against state-owned enterprises. Based on these principles and considering the practice of anti-subsidy dispute settlement and the direction of domestic reform, China can judiciously add certain types of prohibited subsidies and restore the legal presumption of serious prejudice while optimizing its provisions.

Keywords: prohibited subsidy; competition policy; state-owned enterprises; serious prejudice

(责任编辑: 金孝柏)