

# 美国国有企业新规分析及中国应对措施

■ 王先锋 内蒙古广播电视网络集团有限公司 王海峰 内蒙古商贸职业学院

**摘要:**美国一方面宣告中国国有企业豁免地位失效,同时又进一步强化中国国有企业“公共机构”属性,反补贴调查背后直指中国法律及政策对国有企业的定位,并在美国参与的区域及双边自由贸易协定中加重国有企业法律义务。美国国有企业新规对中国国有企业认定标准带有强烈的矛盾性,而且对中国国有企业的法律身份成见颇深,一直用美国政府公司的标准来衡量中国国有企业。客观看,美国国有企业新规会进一步固化,中国要在战略战术两个层面做好应对,尽力利用现有规则和创制新规则来维护中国国有企业合理权益。

**关键词:**美国;国有企业;规则;豁免权;WTO

美国贸易代表办公室(USTR)在2017年7月和2018年12月两次发布的《中国加入WTO承诺履行情况报告》中均多次提到,与中国国有企业相关的贸易纠纷的数量及程度正在不断增加。由此看,国有企业作为一种企业组织形式,尽管并非中国独有的,但一直是中美贸易中纠纷最大的问题。因此,研究和分析美国关于国有企业的最新规则,并分析其规则意旨,对于我国有针对性地提出规避措施具有现实的意义。

## 一、美国关于国有企业地位的最新规则

### (一)国家豁免方面:国有企业的豁免待遇已然失效

美国2018年修订的《外国主权豁免法》是世界上第一部关于规定外国国家享有豁免权的成文法,该法明确规定了外国国家享有豁免权的范围以及相关例外情形。在豁免权主体范围方面,依据该法第1603条之规定,享有豁免权的主体

包括外国国家、政府部门以及国家和政府部门的代理机构或中介机构(两者统一称“代理机构”)。外国国家、政府部门享有豁免权是没有争议的,但代理机构享有豁免权必须同时具备以下条件:其一,该机构应是独立的法人实体;其二,该机构必须是外国国家政府部门或政治部门的分支机构,或是其大部分股权或利益归属于外国政府或政府分支机构;第三,该机构不是按照第三国法律建立的实体组织。如果单从该条件看,中国国有企业的子公司(依照中国法或美国法成立的)是在豁免范围内。但是美国联邦最高法院在都乐食品(Dole Food)案中对外国国有企业子公司享有豁免权做了进一步限制,否定了《外国主权豁免法》的规定,即政府机构直接出资的国有控股公司的子公司在美才能享有豁免权。在豁免权权限范围方面,《外国主权豁免法》将其分为管辖豁免和执行豁免。从法律上看,管辖豁免是“真豁免”,而执行豁免则是结果豁免,权限范围要小于管辖豁免。

《外国主权豁免法》还规定不能豁免的例外情形,主要包括放弃豁免、商业行为例外、侵权行为例外、海上留置权例外等。争议最大也是讨论最多的是商业行为例外,按照该法1605条a款之规定,外国代理机构在美国直接从事商业活动或是在境外针对美国从事的商业活动所引发的诉讼,外国代理机构不得享有豁免权。对于商业活动的认定上,该法第1605条d款规定,商业活动是商业行为或特定的商业交易行为,对商业活动的认定要依据其交易过程来举证,而不能基于其目的来认定。在举证规则上,被告只需证明其在享有豁免权范围之内即可,例外情形的举证是原告的义务,即举证责任倒置。尽管在举证责任分配上,被告的义务较轻,但原告证明其是商业行为这一举证并不难,只需要符合商业或交易活动的外在形式就可以证明是商业活动。据此,我国国有企业在美国从事的交易行为绝大多数是属于商业活动,是属于其商业例外情形,故无法享有豁免权

[作者简介]王先锋(1980—),女,硕士,内蒙古广播电视网络集团有限公司高级会计师;研究方向:经济管理、内部控制。王海峰(1981—),男,硕士,内蒙古商贸职业学院助理研究员;研究方向:经济管理。

待遇。

## （二）反补贴措施方面：强化国有企业股权性质的原罪

近些年来，美国频繁针对中国商品发起反补贴调查。按照美国商务部的数据显示，2012-2018年美国针对来自于中国的商品，发起反补贴调查并实施了反补贴措施的案件共计52件，占到了美国发起反补贴调查案件总数的48%，无疑这一比例足够巨大。在反补贴调查中，与国有企业相关的问题就是中国国有企业（包括国有商业银行）是否能够成为WTO《补贴与反补贴协议》（SCM协议）中的“公共机构”，是否具备补贴提供者身份。

关于什么是“公共机构”，在“中国诉美国双反措施案”（DS379）中，专家组与上诉机构的裁决是不同的，分别确立了两套不同的认定标准。在该案中，中国政府认为，SCM协议中确立的公共机构与政府具有相似的特性，此处的公共机构应该是被政府授权的实体组织，而中国国有企业（包括商业银行）并不是政府授权的实体；美国则认为，SCM协议中的公共机构是政府控制的机构，应该以政府是否具备所有权作为标准，中国政府对国有企业包括商业银行享有当然的控股权，由此应该认定中国国有企业是公共机构。专家组在裁决中支持了美国政府的意见。上诉机构在最终裁决中否定了专家组的意见，也就是否定了美国政府的意见。上诉机构认为，SCM协议中的公共机构判断标准指的是该机构与政府部门一样应该具备行使公共权力的事实，作为补贴的提供者，应该拥有发布命令的权力。对公共机构的认定，不在于其如何实现政府功

能，而是在于其是否按照政府授权来行使政府功能。因此，除了法律明文授权之外，中国国有企业与政府之间的所有权关系并不足以证明其能够按照中国政府的命令来行使政府功能。在后来的“印度诉美国反补贴措施案”中，上诉机构继续重申其观点，判断一个机构是否是公共机构，其必须要拥有法律明确授予的政府权力。从这两个案例中可以看到，上诉机构并不认定中国、印度的国有企业是公共机构，因为其坚持的是政府授权标准，而美国和专家组的观点认为中国、印度的国有企业是公共机构，坚持的是政府控制标准。

然而，上诉机构的判断标准并不能影响美国政府观点，也无法影响美国依据其国内法行使对中国商品发起反补贴调查的权限，美国继续按照政府控制标准来认定中国国有企业（包括商业银行）是属于公共机构，是补贴的提供者。而且，美国还认为中国的《反垄断法》因为各级发展与改革机构和国有资产管理部门深度参与了国有企业的产业计划制定而致使该法无法正常实施，成为国有企业并购的支持方式，且这种并购不是来自于股东的商业决定，而是政府权力干预的结果。

## （三）区域或双边贸易协定方面：加重国有企业法律义务

2012年美国出台的双边投资协定（BIT）中就有对国有企业的规则条款，这个范围对国有企业的规则包括三个方面：政府权力控制、政府参与幅度、国内技术要求。这三个标准中，最重要的就是政府权力控制，当企业的股权或生产过程由政府控制，即可认定该企业是国

有企业。其实这个规则早在1994年北美自由贸易协定（NAFTA）中就有明确的规定，不过当时规定的比较模糊，将反竞争行为与国有企业规则糅合在一起。然而近些年来，美国对国有企业的竞争优势日渐敏感，TPP中奥巴马政府就试图将扭曲市场环境作为国有企业规则的核心内容。尽管美国已经退出了TPP，但2018年签署的美墨加协定（USMCA）将国有企业规则作为单独一章予以规定，对国有企业的政府控制、竞争规则等均有明确规定。特别是对政府控制有明确规范：其一，政府直接或间接持有企业50%以上的股份就可以认定是国有企业；其二，政府控制了企业表决权50%的企业也可以认定是国有企业；其三，政府通过直接或间接所有权控制的企业是国有企业；其四，政府能够任免企业董事会成员或其他高级管理人员的企业是国有企业。

尽管上述协定并不涉及到我国，但中国是美国最大的贸易伙伴，且USMCA规定任何缔约方再缔结双边或多边贸易协定，国有企业规则将自动生效。换言之，正在谈判的中加FTA，国有企业规则内容就是来源于美国的国有企业规则。USMCA还对SCM协议中的非商业援助条款，进行了扩张解释，直接加大了国有企业的义务。具体有：其一，直接扩充了SCM协议中非商业援助条款的内涵，包括政府潜在的资金或债务转移；无法通过普通企业获得商品或服务；购买商品的条件比普通购买更为有利，这三类是SCM协议中的内容，此外还增加了三条：对信用状况不佳的国有企业提供贷款支持；对破产国有企业提

供重组计划;将持有国有企业的大量债权转化为股权。一旦有上述6条情形之一,即可认定是政府对国有企业的非商业援助,此类补贴是被禁止的。其二,用美国政府控制标准取代了上诉机构确立的政府权力标准。其三,将政府的财政资助直接界定为利益授予。显然,SCM协议中的禁止性补贴是针对任何企业,而USMCA的国有企业规则条款更为苛刻,将任何的非商业性援助一律视为禁止性补贴。

## 二、对美国国有企业新规的审视和分析

### (一) 美国对国有企业标准的认定存在较大的矛盾性

尽管美国政府声称,美国对国有企业的界定是按照股权或控制权来认定的,只要是政府控股或行使实际控制权的企业就是国有企业。实际上美国的界定并非都是按照此标准认定的。具体而言:第一,美国对国有企业判断标准存在矛盾。国有企业享有的豁免权是国家或政府可以享有豁免权,即国有企业的行为是属于国家行为或政府行为。按照《外国主权豁免法》的规定,国有企业要想获得豁免,除了其主体要满足美国确立的政府控制标准之外,还要求其从事的行为并不是商业活动。而在反补贴措施,利益授予自然是国家或政府,如此公共机构的判断标准与国家豁免的判断标准应该是一致的。但从实际看,将国有企业视为公共机构,就是认定国有企业的活动都是商业活动,而没有将国有企业执行政府产业计划的非商业活动纳入其中,一旦在实施反补贴调查之

际,直接按照这个目的标准认定,不仅无法获得豁免,反而有贸易救济滥用的可能。第二,将反补贴规则与非商业性援助两者完全等同。WTO的SCM协议旨在减少政府对经济活动的干预,避免补贴带来的低价倾销会伤害他国的市场;而非商业性援助规则的目的在于国家要排除国有企业受到的特殊优待,在商业竞争中与其他商业主体一样接受市场考验,目的就是为所有市场参与者营造一个同等的竞争环境。美国在缔结双边或多边贸易协定中故意混淆这两类规则的目的,坚持用政府控制标准来认定国有企业(包括商业银行)属于公共机构,实际上是将股权原罪具象化,并强迫其他贸易伙伴接受其观点。

### (二) 美国对国有企业的偏见根深蒂固

中美贸易摩擦的不断加剧,在很大程度上与美国对中国国有企业固执性的偏见有关,对国有企业的身份过度敏感。具体而言:第一,美国与中国在国有企业管理和运营上存在巨大差异。国有企业并非中国独有,美国同样有国有企业,从而使得美国用其自身的国有企业运作模式来审视中国国有企业,这就无法理解中国国有企业运作的机制和内涵。在美国的法律中,国有企业被称之为政府公司,美国《政府公司控制法》只是列举了28个企业属于政府公司(有些公司已经解散),然而政府公司的标准是什么,法律规定并不明确。可见,美国的国有企业较少,且大多数属于自然垄断行业,而中国国有企业分布于各行业。此外,在数量和规模上的巨大差异,加深了美国政府的偏见。经合组织(OECD)2020年初发

布的《国有企业规模和行业分布报告》中的数据显示,截至到2019年底,美国的政府公司仅有16家,雇佣员工53万人,市值总规模220亿美元;而中国中央政府所属的国有企业5.12万家,雇员2300万人,市值总规模35万亿美元。中国国有企业特别是央企的庞大规模,使得美国很难理解中国国有企业运作机制。第二,美国确立的国有企业规则在很大程度上已经沦为贸易保护主义的工具。美国在多边或双边贸易协定中采取专章的方式对国有企业做了诸多的限制,并将这些条款自动适应于缔约方与第三国签订的协议中,这种霸权主义行径已经超出了自由贸易的范畴,违背了自由贸易价值观。在部分协定中,美国确立的国有企业规则对中国具有较强的针对性,如USMCA,使得加拿大和墨西哥不得不按照美国的国有企业规则来处理与中国的贸易关系。

## 三、中国的应对策略

### (一) 战略层面

第一,应当承认中国经济体制缺陷是造成美国对中国国有企业抱有偏见的原因之一。事实上,中国的国有企业特别是中央企业很大一部分是从原来的行政部门转制而来的,浓厚的政府机关思维以及深厚的政府背景使得其在市场竞争中处于优势,比民营企业享有更多的市场份额和权利,部分企业在其所属行业确立无可动摇的垄断地位。而我国的《反垄断法》直到2008年才出台,因此确立更加公平的市场竞争环境是我国国有资本管理体制完善的重要方向。党

的十九大报告中进一步指出,未来要改革国有企业经营体系,清理和废除阻碍市场公平竞争的一些做法,重构竞争性的市场体系。这就要求我国必须加强立法,从法律上确立更加公平的竞争规则,确保政府的中立地位,逐步改变美国等发达国家对中国国有企业的偏见。

第二,应当意识到我国立法体系的国际视野不足。一国的国内立法并不仅仅是国内法,在经济全球化的时代,国内立法必须要考虑到国际规则及国际惯例的限制,特别是在中国已经加入 WTO18 年之后,国内立法需要有更加宽泛的国际视野。如在“中国诉美国双反案”中,尽管上诉机构支持中国政府的观点,但在专家组审理中,我国《商业银行法》、《公司法》中过多的政策性表述以及与 WTO 规则相冲突的地方比比皆是,被美国政府充分利用成为攻击中国国有企业的借口。而且,我国当前很多行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章以及政府各类规范性文件中,关于补贴问题的很多规定与 SCM 协议冲突较大,这就说明立法者缺乏立法的国际视野。因此,在未来的立法中,我国要不断改善国有企业相关规则,同时全国人大常委会要加强立法审查,确保国有企业、政府补贴、产业支持政策等立法与国际规则一致。

## (二) 战术层面

第一,做好立场与策略区分,充分利用好美国确立的国有企业规则来维护中国国有企业利益。首先,美国的《外国主权豁免法》本身就赋予了国有企业的抗辩权,中国国有企业作为市场参与主体,理应利用这一抗辩权来为自己抗辩,尽

量获得最大利益。其次,如果国有企业放弃美国的管辖豁免权,也无法保证中国国有企业受到公正的待遇。而且美国已经将国有企业规则深入渗透到各类贸易协定中,如果中国国有企业单方放弃管辖豁免权,就可能面临更大的困境。事实上,在很多案件中,中国国有企业援引《外国主权豁免法》而抗辩成功,在“美国诉中国石膏产品责任案”以及“美国诉湖北省政府案”中,中国建材集团和武汉工业国有控股集团公司均获得了豁免地位。由此看,美国针对中国国有企业的诉讼,特别是将直接被告的控股股东或有关政府部门列为被告,此时就应该及时提出管辖豁免,进而获得豁免地位,避免了与案件没有直接关系的控股股东或政府部门陷入到繁琐的诉讼程序中。美国是普通法体系,法庭实施的是抗辩制度,只要能够合理举证,中国国有企业并不必然会陷入不利局面。因此一旦遇到诉讼,中国国有企业要积极应诉,充分利用美国法律为积极抗辩。

第二,维护全球多边贸易体制,积极参与全球经贸新规则的制定。在对“公共机构”认定上,美国政府坚持的政府控制标准是对 WTO 坚持的政府权力标准的扭曲。即便是在中国已经胜诉的案件中,如 DS437 案,2018 年 3 月,上诉机构发布了执行的专家组报告,认为美国并未履行上诉机构裁决,损害了中国合理利益。这就意味着只要中国维护多边贸易体制,就能够通过 WTO 争端解决机制来约束美国的贸易保护主义。美国自从特朗普上台后,就坚持认为中国是 WTO 多边贸易体制的受益者,而美国是受害

者,强烈要求退出 WTO,坚持以美国为主导来缔结“更加公平”的双边或多边贸易协定,这就充分暴露了美国有意重塑全球经贸规则的野心。如今,WTO 多边贸易谈判已经陷入僵局,中国应该与美国、欧盟、日本等发达经济体做好沟通,积极推进 WTO 改革,进一步完善 WTO 主导的多边贸易体制。最近达成的 USMCA、欧日 EPA 等多边贸易协定,就美国倡导的国有企业达成一致,对中国而言是极为不利的。为了更好地维护中国国有企业利益,我国除了继续推进 WTO 改革之外,还应该积极推进“一带一路”战略的深入实施,与沿线国家和地区新签、升级双边或多边贸易协定,并加速推进 RCEP、亚太经贸协定、中日韩 FTA、中欧经贸协定、中加经贸协定的谈判,通过谈判来阐释中国的主张,进而在全球经贸新规则特别是国有企业规则中取得一定的主导权。▲

## 参考文献:

- [1] 孙妍. 论国有企业在中美贸易中的身份困境与纾解之道[J]. 中国流通经济, 2019(9): 54-63.
- [2] 王秋雯. 国有企业规则在区域贸易谈判平台中的新发展与中国对策[J]. 国际贸易, 2018(6): 63-68.
- [3] 刘雪红. 国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考[J]. 法商研究, 2019(2): 170-181.
- [4] 田野. 国际经贸规则与中国国有企业改革[J]. 人民论坛·学术前沿, 2018(23): 74-83.
- [5] 徐保昌, 李思慧. 金融市场化与企业融资约束——国企属性和企业规模真的重要吗?[J]. 云南财经大学学报, 2019(2): 47-58.
- [6] 陈泰铭. 中国国有企业在美国法下主权豁免实证研究[J]. 合作经济与科技, 2019(2): 186-189.