

# 国际经济法视域下的 国有企业公私主体地位认定标准

顾 宾 徐程锦\*

**摘 要：**伴随着中国崛起和全球经济治理变革，国有企业的公私主体地位认定标准日益成为一个重要话题。在国际经济法的三个主要领域，这个话题都曾引发持久而热烈的讨论：在国际金融法领域，集中体现为多边开发银行的相关法律和案例裁决；在国际投资法领域，集中体现为国际投资争端解决中心的相关法律和案例裁决；在国际贸易法领域，集中体现为世界贸易组织的相关法律和案例裁决。这些领域的研究显示，国有企业的公私主体地位认定基本遵循“基于职能”的标准；但是，偏离此标准的做法已经出现，主要是“基于所有制”的认定标准。这项结论不仅对于国际经济法未来发展影响重大，而且对于中国国有企业改革也具有重要意义。国际社会如何评价、能否接受中国的社会主义市场经济体制，都将受到此项结论的影响。

**关键词：**国有企业 公共主体 亚洲基础设施投资银行 世界贸易组织 全球治理

## 一 前言

国有企业是公共机构还是私营机构？近年来，在中国崛起的背景下，国有企业地位认定问题的重要性愈发凸显。在中国，大量实力雄厚的国有企业在经济发展中发挥着引领作用。<sup>①</sup> 例如，当它们响应“一带一路”倡议，在国外进行投资时，很多人对中国的政治动机或目的表示担忧；由于得到政府支持，国有企业也引发了国际社会对市场扭曲和公平竞争的疑虑。因此，国有企业

---

\* 顾宾，北京外国语大学法学院副教授；徐程锦，工业和信息化部国际经济技术合作中心副研究员（通信作者）。本文系国家自然科学基金一般项目“全球经济治理变革背景下的亚投行法律和治理问题研究”（19BFX210）的阶段性成果。本文英文版发表于《香港法律学刊》（Hong Kong Law Journal）2020年第3期，中文版对结论部分作了实质更新和改动。笔者感谢匿名审稿人对本文中文版初稿提出的宝贵指导意见。本文写作和资料翻译过程中得到陈睿、李紫莹、郎一臻协助，特此致谢。

① 有学者用“国家资本主义”描述中国的经济体系，认为该体系“以国家为经济主体，主要利用市场获取政治利益”。“政治利益”进而被定义为“不为追求经济增长的最大化，而为实现国家权力和统治阶级存续的最大化”。See Ming Du, “China’s State Capitalism and World Trade Law”, (2014) 63 *International & Comparative Law Quarterly* 409, p. 410。这些学者还把中国经济的运行模式比作“中国公司”（China Inc.）。但实际上，私营企业占据中国经济的最大份额，贡献了50%以上的税收、60%的国内生产总值（GDP）增长量和70%的技术创新，并创造了80%的就业机会。See Gu Bin, “Five Myths about China Must Be Debunked before the Trade War with the US Can End”, *South China Morning Post*, July 15, 2019.

地位认定的重要意义不仅体现在概念或理论上，也体现在经济活动的实践中。

纵观全球经济，国有企业在国际贸易、国际投资和国际金融领域都扮演着积极活跃的角色。因此，在国有企业公私主体地位的认定问题上，我们应当对这些领域的相关法律进行全面详尽的研究与分析。<sup>①</sup> 具体而言，国际金融领域的多边开发银行（MDB）法律，国际投资领域的以国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）为代表的投资仲裁实践，以及国际贸易领域的世界贸易组织（以下简称 WTO）法是本文的研究对象。通过观察这三个领域的法律实践，本文尝试提炼出国有企业公私主体地位认定标准中的共性，以及在此问题上各领域法律之间及各自内部的潜在矛盾与冲突。

在此三类法律中，有关国有企业公私主体地位认定的讨论普遍存在两种判断标准：“基于职能”和“基于所有制”。“基于职能”的标准要求在个案中研究相关国有企业的具体行为，而“基于所有制”的标准则只要审查该国有企业的资本结构、目的及其与政府的关系即可确定它的主体地位。换言之，“基于职能”的标准关注实体所作出的行为，“基于所有制”标准则关注作出行为的实体。诚然，这种区分较为粗略，但仍有助于我们对此问题形成初步判断。

本文首先聚焦于多边开发银行法律，探讨这些银行认定国有企业为私营机构所采用的标准的共性，重点研究世界银行和亚洲基础设施投资银行（AIIB，以下简称亚投行）的采购规则，以及世界银行的商业制裁裁决；其次探讨“Broches 测试法”<sup>②</sup> 和联合国国际法委员会（ILC）《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任条款草案》）在“北京城建诉也门”等 ICSID 仲裁裁决中发挥的指导作用，同时探讨其他 ICSID 裁决偏离“Broches 测试法”的做法，得出不同仲裁裁决之间存在审查标准不一致的结论；再次研究 WTO《补贴与反补贴措施协定》（以下简称《反补贴协定》），分析涉及中国国有企业的两份上诉机构报告，指出上诉机构在这两个案例中采用的不同认定标准引发了 WTO 争端解决体系内部的矛盾。结尾部分得出总括性结论，并作简要展望。

## 二 国际金融：多边开发银行框架下的法律实践

多边开发银行通常向发展中国家的政府和私营机构提供贷款，但不同银行的贷款偏好各不相同。其中，国际复兴开发银行（IBRD）主要向政府和公共机构提供贷款，而与它同属世界银行集团的姊妹机构——国际金融公司的贷款服务则主要面向私营机构；欧洲复兴开发银行（EBRD）的贷款对象以私营机构为主，同时也有发展中国家的政府；亚洲开发银行、美洲开发银行、非洲开发银行和亚投行则较为相似，以向政府项目提供贷款为主，同时也面向私营机构提供贷款。

多边开发银行的贷款偏好对于其实现财务可持续（financial sustainability）至关重要。由于发展中国家的公共机构通常受到母国政府的信用支持，贷款给它们较为安全可靠。贷款给公共机构不仅能够保证财务可持续，对新机构来说还有助于获得良好的信用评级。鉴于这类新银行急需树

① 正如 Julien Chaisse 教授所指出的：“身处一个联系日益密切的世界，仅基于政治立场而歧视国有企业的做法并不可取。”我们必须具体研究相关的法律及其应用。See Julien Chaisse, “Untangling the Triangle: Issues for State-controlled Entities in Trade, Investment, and Competition Law”, in Julien Chaisse and Tsai-Yu Lin (eds.), *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita* (Oxford University Press, 2016), p. 235.

② 有关该测试法，下文第三部分将详细解释。

立自己的品牌，并积极寻求在国际资本市场中发行债券的机会，政府信用支持贷款十分具有吸引力。这也就解释了在亚投行成立初期，其贷款业务几乎只面向发展中国家政府或公共机构的原因。<sup>①</sup> 但任何事物都具有两面性。贷款给政府可能发生“债务陷阱”问题，近年来借款方政府的债务风险频现，多边开发银行也承诺要解决这一问题。<sup>②</sup>

根据多边开发银行法律，在项目采购市场中对国有企业的公私主体地位进行区分意义重大，主要体现为对三个方面的影响：第一，采购方法的选择；第二，竞标主体的资格；第三，是否受到多边开发银行制裁规则管辖。

第一，作为借款方，公共机构和私营机构适用不同的采购方法。原则上，当借款方为公共机构时，采购过程必须遵循正式的国际公开竞标规范。<sup>③</sup> 这意味着更高的标准，因而成为多边开发银行采购方法的首选。<sup>④</sup> 而当借款方为私营机构时，只需遵循其他既定商业惯例即可。<sup>⑤</sup> 前者采用程序复杂的竞标采购方法，而后者采用替代性商业惯例诸如双边协商签约，往往能够节省时间，降低成本，提高效率。对于多边开发银行的借款方而言，采用替代性商业惯例的优势显而易见。

第二，借款国的私营机构有资格参与多边开发银行融资合同的竞标，但其公共机构却没有资格，<sup>⑥</sup> 因为后者被认为是借款国政府的附属机构。<sup>⑦</sup> 这一区别对于借款国的国有企业尤为重要，它意味着只有被认定为私营机构，才有资格参与多边开发银行融资合同的竞标。

第三，多边开发银行制裁机制的对象是在采购合同投标或执行过程中存在欺诈或腐败行为的“公司或个人”。“公司或个人”的定义仅限于私主体，不包括政府官员或公共机构。因此，国有

① 亚投行已批准项目清单，<https://www.aiib.org/en/projects/approved/index.html> (last visited 29 July 2021)。需要指出，近几年亚投行加大了私营投资 (private investment) 力度。

② 多边开发银行在这方面的最新举措是，经中国倡议、各主要多边开发银行支持，多边开发融资合作中心 (MCDF) 成立，并把保障借款国的债务可持续作为重要职责。See “Memoranda of Understanding on Collaboration on Matters to Establish the Multilateral Cooperation Center for Development Finance” (March 25, 2019), art. I. 1; “Governing Instrument of the Finance Facility of the Multilateral Cooperation Center for Development Finance” (May 15, 2020), Introduction, para. 4 and art. 12. 6.

③ 例如，亚投行对公共机构实施的采购行为作出以下要求：“国际竞争性招标程序是银行贷款合同的通用采购方法。若借款方能够向银行证明替代性方法是此项目的最佳策略性采购方法，且该方法充分反映了核心采购原则，并获得银行认可，则可以适用替代性采购方法。” See *AiIB Procurement Policy* (January 2016), para. 5. 6.

④ See *AiIB Interim Operational Directive on Procurement Instructions for Recipients* (2 June 2016), Section II. 10. 1; *World Bank Procurement Regulation*, Section VI, para. 6. 11.

⑤ 例如，亚投行对私营机构实施的采购行为作出以下要求：“在考虑经济和效率的基础上，银行对资金适当使用的关切同样适用于私营机构作为借款方采购的银行融资合同。作为借款方，私营机构的采购过程通常遵循现有的私营部门惯例或者商业惯例，而非正式的国际竞争性招标程序。但银行可以随时要求私营机构适用竞标的采购方法，特别是针对大型合同。” See *AiIB Procurement Policy* (January 2016), para. 6. 1. 欧洲复兴开发银行也鼓励其私营机构客户使用竞争性招标方式，特别是针对大型合同。See *EBRD Procurement Policies and Rules* (revised October 2014), Section 4. 1.

⑥ 例如亚投行采购规则规定：“借款方的附属机构或者借款方雇佣的采购代理商的附属机构，无论以何种身份能力，均无资格参与投标或者建议请求 (RFP)，除非借款方能够向银行证明与该附属机构之间不存在显著的共同所有权、共同影响或者实际控制关系，并获得银行认可。” See *AiIB Interim Operational Directive on Procurement Instructions for Recipients* (2 June 2016), Section II. 4. 10. 1.

⑦ 公共机构视为政府的一部分。例如，亚投行定义的“政府”涵盖成员的政治、行政部门以及其他所有公共机构。See *AiIB Operational Policy on Financing* (January 2016), Section II. 2. 1 (e)。类似地，WTO 法中的“公共机构”一词也具有政府属性。参见 Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China* [以下简称 *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*]，WT/DS379/AB/R (11 March 2011), para. 317。

企业作为私营机构时受到制裁机制的管辖，但在行使公共职能时则不受约束。<sup>①</sup>

以上讨论说明，在多边开发银行项目采购活动中，区分公共机构和私营机构意义重大。但首先要回答的问题是，如何区分公共机构和私营机构，或者说区分二者的标准是什么。通过审查多边开发银行的法律标准及其在具体制裁案例中的应用，笔者得出一致且明确的结论：相较于其他诸如“基于所有制”标准，多边开发银行对于国有企业公私主体地位的认定更倾向于“基于职能”标准。

### （一）多边开发银行法律中的认定标准

世界银行在2012年至2015年期间对其项目采购体系进行了全面改革，制定了新的采购框架和条例，<sup>②</sup>以适用于2016年7月1日之后的贷款项目。这次改革继承了以往私营机构的认定标准，符合过去参与世界银行项目采购活动的资格要求。<sup>③</sup>具体而言，若借款国的国有企业满足以下条件，即有资格参与投标：（1）在法律和财务上独立自主；（2）根据商法经营运作；（3）不受合同授予方的监管。<sup>④</sup>在包括世界银行在内的多边开发银行业务实践中，国有企业被推定为符合这些条件，因而有资格参与竞标。换言之，除非有相反的证据，否则国有企业没有义务主动证明自己的私营主体地位。

欧洲复兴开发银行的采购法明确规定了私营机构的构成要件：（1）该机构在竞争性市场环境下自主经营；（2）该机构受到破产法约束。<sup>⑤</sup>显然，这一认定标准与机构的所有制无关，而是对机构的基本功能进行考查。

欧洲投资银行（EIB）的采购法基于三个标准定义公共机构：<sup>⑥</sup>（1）设立目的是为了公共利益的需要，不具有产业或商业属性；（2）具有法人资格；（3）资金主要来自政府，或受到政府监督，或其行政管理层或者监事会的一半以上成员由政府任命。此外，“在缺乏开放性的市场中经营”的企业也被视为公共机构。<sup>⑦</sup>

相比以上多边开发银行法律，亚投行采购法区分“公共机构”和“私营机构”更为明确直

① *Advisory Opinion on Certain Issues Arising in Connection with Recent Sanctions Cases*, No. 2010/1 (Legal Vice Presidency of the World Bank, 15 November 2010), para. 129.

② 此次修订使世界银行的采购政策由传统的“一刀切”向“契合目标”的做法转变。世界银行新采购框架的主要创新亮点，<http://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework> (last visited 31 July 2021)。

③ 在世界银行旧版采购政策中，国有企业被称为“政府所有的企业”，相关规定如下：“借款国的国有企业参加融资合同的投标需满足以下条件：（1）在法律和财务上独立自主；（2）根据商法经营运作；（3）不属于借款方或其子机构的关联机构。” See World Bank, *Guidelines: Procurement under IBRD Loans and IDA Credits* (January 1995, revised January and August 1996, September 1997 and January 1999) para. 1.8 (c); World Bank, *Guidelines: Procurement under IBRD Loans and IDA Credits* (May 2004, revised 1 October 2006 and 1 May 2010), para. 1.8 (c)。

④ *The World Bank Procurement Regulations for Investment Procurement Financing (IPF) Borrowers* (July 2016, revised August 2018), Section 3.23 (b)。

⑤ *EBRD Procurement Policies and Rules* (revised October 2014), Section 3.2 (c)。

⑥ 欧洲投资银行属于欧盟的银行，受欧盟法律监管，因此并非典型的多边开发银行。但作为最大的国际长期公共借贷机构，欧洲投资银行常被视为多边开发银行大家庭的一员。在欧洲投资银行的法律语境下，“公共主体”被称为“受公法管辖的主体”。 See EIB, *Guide to Procurement* (June 2011), Annex V。

⑦ 本条款适用于以下行业：天然气、热力、电力、水、交通运输、石油、天然气、煤、固体燃料的勘探或开采，港口和机场，电信，以及邮电。 See EIB, *Guide to Procurement* (June 2011), Annex V.2。

接。它规定“不是私营机构的机构都是公共机构”，而私营机构的定义如下：“满足下列条件的任何公有或私有的自然人或法人即为私营机构：（1）为商业目的而运行或设立，并在商业基础上经营；（2）财务和管理上均独立于政府；以及（3）日常管理不受政府控制。”<sup>①</sup>

显然，亚投行采购法中有关国有企业公私主体地位的认定标准与所有权无关。“商业”“独立”和“不受政府控制”这三个要素，才是判断私营主体的关键。因此，国有企业在满足这些条件后，被认定为私营机构，并与其他私营企业一起参与亚投行项目采购的竞标活动。亚投行的其他法规也遵循了这一标准，把商业性国有企业视为私营机构。<sup>②</sup>

## （二）多边开发银行制裁案例中的法律适用：以世界银行为例

当某公司或个人涉嫌在世界银行资助的项目中实施商业欺诈和腐败时，将由世界银行的专门部门（Integrity Vice Presidency，即负责廉政事务的副行长，以下简称 INT）进行调查，并由负责一审的制裁官员或者负责二审的制裁理事会（在上诉情况下）作出制裁决定。<sup>③</sup>但是，这一制裁程序通常不适用于涉案的政府官员和其他公共机构。这是因为，世界银行需要与包括借款国在内的各成员国保持良好合作关系，同时世界银行也需要充分尊重成员国的主权，<sup>④</sup>特别是在涉案官员级别较高时，需要避免违反《世界银行协定》“禁止干预成员内政”的条款要求。

然而，这并不意味着这些涉案的政府官员或公共机构可以免除法律责任。实践中，此类案件可采用其他方式解决。例如，借款国有义务对涉案人采取及时适当的措施，若借款国未能这么做，世界银行可根据融资合同暂停或撤销贷款。<sup>⑤</sup>

在少数情况下，政府官员或公共机构也会以私人身份实施违法行为，此时他们将被作为私营机构受到世界银行的制裁。由此可见，世界银行豁免公共机构的做法是建立在“基于职能”的检验标准之上。<sup>⑥</sup>这一点能够在以下的制裁案例中得到验证。

在制裁理事会第 118 号裁决（2019 年）中，面对 INT 的指控，自然人被告最初辩称自己是一名政府官员，制裁理事会因此不具有管辖权。但在随后的听证会中，被告又表示无意寻求豁免权抗辩。鉴于被告放弃了管辖权异议，依照先例（参考第 115 号决定），理事会确认对被告作为被告公司代表人以私人身份实施的行为具有管辖权。<sup>⑦</sup>

在制裁理事会第 115 号裁决（2019 年）中，自然人被告作为某企业代表，参与世界银行贷款合同的竞标，在此过程中涉嫌利用自己的政府官员身份与他人合谋。理事会审查了被告的双重

① *AIB Procurement Policy* (January 2016), Section 2.1 (b); *AIB Environmental and Social Framework* (February 2016), pp. 24, 31, 36. 在亚投行规则文件中，“私营机构”建立或实施的项目称为“私营项目”。

② 亚投行《关于禁止行为的政策》把国有商业实体等同于私营企业，原文如下：“非主权融资是指由亚投行提供的没有主权支持的所有融资，包括在成员国未向亚投行提供担保或反担保以及保函的前提下，亚投行向私营企业、国有商业实体或次主权商业实体直接提供的或为其利益进行的融资。” See *AIB Policy on Prohibited Practices* (8 December 2016), Section 2.1, Definition 19.

③ 关于商业腐败调查和审理程序的详细介绍，可参见 Bin Gu, *The Law and Governance of the Asian Infrastructure Investment Bank* (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019), pp. 149 - 151.

④ *The World Bank Group's Sanctions Regime: Information Note* (November 2011), p. 19.

⑤ *The World Bank Group's Sanctions Regime: Information Note* (November 2011), p. 19.

⑥ *The World Bank Group's Sanctions Regime: Information Note* (November 2011), pp. 19 - 20.

⑦ *World Bank Sanctions Board Decision No. 118 (2019)*, para. 38.

身份,认为世界银行对被告作为被告公司代表人以私人身份实施的行为具有管辖权。<sup>①</sup>

在制裁理事会第88号裁决(2016年)中,理事会认为,“行使公共职能的政府和政府官员不应受到制裁”的政策并不适用于独立经营因而具有参与世界银行项目竞标资格的国有企业。因此,INT将一家国有机构的全资子公司作为被告是适当的。<sup>②</sup>

世界银行的制裁案例遵循“基于职能”的认定标准。无论该自然人或机构在参与商业欺诈和腐败时是否冠以政府、政府官员或国有企业之名,凡是以私人身份作出的行为,均受多边开发银行制裁机制管辖。“基于职能”的认定标准,与上文讨论的国有企业以私营主体身份参与竞标多边开发银行合同的适格性要求是一致的。而且,在 多边开发银行业务实践中,国有企业无需自证其私营主体地位,除非存在相反证据。因此,在 多边开发银行项目采购市场中,国有企业与其他私营企业平等竞争,一体受到相关商业制裁规则管辖。

### 三 国际投资:ICSID 框架下的法律实践

国有企业在当今的国际投资活动中发挥着至关重要的作用,国有企业相关问题的演化和 发展,也在投资争端解决中引起越来越多的关注。鉴于 ICSID 在投资者—国家争端解决 (ISDS) 中扮演的核心角色,国有企业更有可能选择通过 ICSID 仲裁的方式解决与东道国之间的投资争端。

根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《ICSID 公约》)第 25.1 条,ICSID 的管辖权仅限于两个特定当事方之间,即“缔约国和另一缔约国国民之间”。在国有企业作为 ICSID 潜在当事方的情况下,首先要判断涉案国有企业是否属于“另一缔约国国民”。<sup>③</sup>换言之,国有企业只有被认定为独立于政府并享有自主权的私营机构,才能够获得在 ICSID 提起仲裁的主体资格;<sup>④</sup>反之,如果国有企业被认定为政府的代理机构,这一案件就成为国家之间的投资争端,ICSID 对此显然不具备管辖权。

因此,国有企业公私主体地位的认定是国际投资法领域的基础性问题。在 ICSID 投资仲裁法

① *World Bank Sanctions Board Decision No. 115 (2019)*, paras. 29–33. 值得注意的是,在第 78 号裁决(2015 年)中,制裁理事会区分了“公职人员”(public official)与“政府官员”(government official),指出世界银行制裁制度一般地排除适用于“政府官员”而非“公职人员”[*Sanctions Board Decision No. 78 (2015)*, para. 45]。这种区分表明,无论政府官员是以官方身份还是私人身份从事违法行为,世界银行都避免对其实施制裁。但在后来的第 115 号案件中,制裁理事会的态度发生了明显改变。

② *World Bank Sanctions Board Decision No. 88 (2016)*, para. 21. 制裁理事会在第 66 号决定(2014 年)第 18 段也作过类似表述:“INT 将国有企业作为被告,并要求该企业对其合同行为负责,并未违反世界银行有关‘行使公共职能的政府和政府官员不应受到制裁’的一般政策,因为这一政策并不适用于那些独立经营而具有参与世界银行项目竞标资格的国有企业。”

③ 《ICSID 公约》第 25.2 条将前款“国民”概念解释为“国民包括自然人和法人”,没有进一步明确这些术语的定义。但 ICSID 立法历史表明,第 25 条所指的“法人”,以及与之相关的“国民”一词,无意局限于私营公司,也包括全部或部分由政府所有的公司。这一看法已被普遍接受和认可。参见 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (24 May 1999) (以下简称 *CSOB*), para. 16。

④ ICSID 的管辖权限于私人投资者与国家之间的争端,对两国或两个私人主体之间的投资纠纷不享有管辖权。See Aron Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, (1966) 5 (2) *Columbia Journal of Transnational Law* 267.

律发展过程中，对这个问题的回答一直存在分歧。本节将对这些不同的观点进行剖析，试图揭示其中的共性规律。

ICSID 成立之初，公私经济混同发展的现象已经十分普遍，这引起了 ICSID 的关注。阿伦·布罗克斯（Aron Broches）作为 ICSID 首任秘书长，也是《ICSID 公约》的主要起草者之一，曾在 1972 年作出如下评论：<sup>①</sup>

如今，以资本来源作为私人投资和公共投资的划分标准也许不算过时，但已经意义不大。毕竟，许多公司将来自私人 and 政府的资本混合在一起，还有很多国有独资公司的法律特征和经营活动与私有企业没有明显差别。因此，就公约而言，除非该混合所有制企业或国有独资企业在作出涉案行为时，其身份是政府的代理机构或在本质上履行政府职能，它们不当被剥夺作为“另一缔约国国民”的资格。

以上方法可称为“Broches 测试法”，作为判断国有企业是否有资格成为“缔约国国民”的检验标准，从而决定该国有企业是否有资格提起 ICSID 投资仲裁请求。这一检验标准的核心在于，国有企业是否作为政府的代理机构，或本质上履行着政府职能。此处有两点需要明确：

第一，“Broches 测试法”采用现在进行时态，表明其指向直接导致法律争议产生的特定情形。与此具有一致理念的是《国家责任条款草案》，该草案第 5 条“通过审查个案中的个人或机构作出具体行为时是否具有政府权力”，来判断该私营机构的行为是否应归咎于国家。《国家责任条款草案》与“Broches 测试法”一样，采用现在进行时态，强调对特定行为的审查，反映出习惯国际法的共识，<sup>②</sup>这也是为什么“Broches 测试法”被称为“《国家责任条款草案》第 5 条的影子”。<sup>③</sup>第二，“Broches 测试法”将考查重点放在政府权力或政府职能上。关于政府职权的讨论，本文将在下文“国际贸易”部分，结合《国家责任条款草案》第 5 条予以详细讨论。

在实施“Broches 测试法”时，还可能需要考虑国有企业“与私有企业相比，是否在法律特征和经营活动方面实际上没有区别”。如果在“法律特征和经营活动”上与私有企业没有区别，则可以判断该国有企业属于私营机构，而非政府的代理机构。此处也有两点需要明确：

第一，从“法律特征”的角度来看，国有企业必须是独立的法人，在商业经营活动中具有独立的权利和行为能力。第二，比较国有企业和典型的私营企业时，考查的是两者行为的相似性，这有助于判断国有企业的性质。“经营活动”一词，要求避免概念化和先入为主的判断，而应结合事实和上下文理解。

可见，“Broches 测试法”显然支持的是“基于职能”的标准，而非“基于所有制”的标准。几十年来，ICSID 仲裁庭持续援引“Broches 测试法”，也得到争端双方的认可。<sup>④</sup>“Broches 测试

① *Beijing Urban Construction Group Co Ltd v Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction (31 May 2017) (以下简称 *BUCG*), para. 33.

② 仲裁庭和学界普遍认为，尽管《国家责任条款草案》作为条约草案不具有法律约束力，但仍被广泛认为是习惯国际法影响下的产物。See Michael Feit, “Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity”, (2010) 28 *Berkley Journal of International Law* 142, pp. 142, 146.

③ *BUCG*, para. 34.

④ 例如 *CSOB*, para. 17; *BUCG*, para. 34.

法”已经被国际投资仲裁领域所接纳，并且经受住了时间的考验。较早的“CSOB案”（1999年）和较新的“北京城建诉也门案”（2017年）就是这方面的里程碑式案例。

### （一）“CSOB案”中的认定标准

该案发生于20世纪90年代的捷克共和国。在经历了1989年“天鹅绒革命”（Velvet Revolution）后，<sup>①</sup>捷克由计划经济逐步转向市场经济。一家名为CSOB的捷克国有银行开始向独立的商业银行转型发展。具体来说，为了促进收支平衡、改善财务状况，CSOB采取措施剥离在非市场经济时代的坏账记录。

捷克政府此前曾持有65%的CSOB股份，斯洛伐克政府持股约24%。<sup>②</sup>CSOB在提交给ICSID的仲裁请求中诉称，斯洛伐克违反了CSOB与捷克、斯洛伐克签订的三方协议。该协议旨在促成CSOB私有化，以及在捷克和斯洛伐克独立后继续在两国开展业务。<sup>③</sup>为了建立ICSID对此案的管辖权，CSOB首先需要证明自己是“私营机构”，以满足《ICSID公约》第25.1条所规定的“另一缔约国国民”的主体地位要求。

仲裁庭在本案中确立了如下两项重要的法律标准。首先，尽管政府和企业的行为彼此关联，仲裁庭仍应当加以区分，分别予以考查，不可混为一谈。尽管捷克国内经济体制的变革必然涉及政府职能的履行，但这不等于说，国有企业“利用国家政策变革，实施自身改制”就是在履行政府职能，<sup>④</sup>为此所采取的措施也不应被视为对政府职能的履行。

本案确立的第二个法律标准是，确定国有企业公私主体地位的关键，在于考查该主体行为的性质，而非其行为背后的动机、目的或理由。仲裁庭认为，无论CSOB所采取的措施是“被政府推动国有企业私有化进程所驱动，并作为其私有化进程一部分，或者仅仅是为了改善财务状况而作出的商业决策”，都无关紧要。<sup>⑤</sup>尽管捷克和斯洛伐克政府确实都希望CSOB成为一个具有竞争力的市场主体，CSOB的改革措施也得到了两国政府的支持，<sup>⑥</sup>但这并不是将CSOB的商业行为视为政府行为的理由。相反，真正重要的是行为本身的性质。<sup>⑦</sup>

在分析CSOB行为的性质时，仲裁庭指出：“CSOB为在重组后吸引更多私人资本而改善财务状况的措施，与一般私人银行为改善财务状况所采取的措施，在行为性质上并无不同。”<sup>⑧</sup>可见，为了确定一个国有企业行为的商业性质，仲裁庭将其与典型私营机构的行为性质作比较，最终得出“该国有企业具备私营机构地位”的结论。另一个经常被援引的假设案例，与以上CSOB仲裁庭的分析思路很相似。这一案例出自美国国际法学者路易斯·亨金（Louis Henkin）的经典国际

① CSOB, para. 21.

② CSOB, para. 18.

③ CSOB, paras. 1-2.

④ CSOB, para. 23.

⑤ CSOB, para. 24.

⑥ CSOB, para. 25.

⑦ 对于“CSOB案”仲裁庭倚重具体行为的性质而非行为的目的的做法，也存在批评的声音。例如，费尔德曼（Feldman）批评仲裁庭“在确定一家国有银行提交至ICSID的争端请求是否应被上升为国与国间的争端时，只考虑该国有银行的行为性质（‘商业性’），而没有考虑该行为的目的（‘推动落实国家政策或国家目标’）”。See Mark Feldman, “State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration”, (2016) 31 (1) *ICSID Review* 24.

⑧ CSOB, para. 25.



法教科书:<sup>①</sup> 当外国政府从美国供应商处为其军队购买服装时, 此项交易的目的具有公共属性, 但交易性质与私人交易无异 (即购买服装)。这一交易因此是私人性质的, 不属于履行政府职能, 该国政府针对此项交易引发的纠纷不享有豁免权。

总之, 对于判断国有企业公私主体地位的法律标准, CSOB 仲裁庭作了很好的总结, 引述如下:<sup>②</sup>

我们不得不承认, CSOB 很大程度上是在代表国家, 促进或实施国家有意支持的跨国融资和商业活动, CSOB 也因受国家控制而需要服务国家意志。但是, 在判断 CSOB 的行为是否是履行政府职能的问题上, 我们关注的重点应当是其行为的性质, 而非目的。尽管 CSOB 的上述行为是在落实国家政策, 但毋庸置疑, 其本质上是一种商业行为, 而非政府行为。

## (二) “北京城建诉也门案” 中的认定标准

“北京城建诉也门案” 是在“CSOB 案” 过了近 20 年后作出的, 在国有企业公私主体地位的认定上, 两个裁决的分析思路和结论是一致的。该案中, 也门政府与中国的国有企业北京城建集团 (BUCG) 签订建设合同, 约定由北京城建负责修建也门的一座机场航站楼。但由于也门军方对建设工作的干涉与介入, 北京城建的投资利益接连受损, 因而向 ICSID 提起了针对也门的仲裁请求。作为回应, 也门对本案中 ICSID 管辖权提出异议, 认为北京城建在航站楼建设工程中履行了政府职能, 因此根据《ICSID 公约》第 25.1 条, 北京城建不是适格的仲裁请求方。

也门的具体分析是, 北京城建的董事会是“代表国家利益的经营决策机构”, 北京城建“接受北京市国资委和北京市财政局的监督”。<sup>③</sup> 此外, 北京城建的党委不仅干预和监管公司的人事、财务和物资, 还负责“监督科学发展观和国家政策的落实与执行, 督促企业在履行政治和社会责任方面发挥带头作用”。<sup>④</sup> 在主张北京城建是中国政府的代理机构时, 也门的分析思路与“CSOB 案” 中被申请方的思路有一定的相似之处, 即从业务目的出发, 主张北京城建的经营目的是促进中国国家利益。

仲裁庭确认了也门的证据, 认为“在中国国有企业的背景下, 北京城建的公司控制结构并不鲜见”。<sup>⑤</sup> 但仲裁庭没有支持也门的主张, 认为也门“关于中国国有企业的体系性陈述虽然很有说服力, 但与本案基本无关”;<sup>⑥</sup> 本案应聚焦北京城建“在具体情形中” 所履行的职能, 也就是机场航站楼的建设项目。<sup>⑦</sup> 对仲裁庭而言, 也门政府有关“中国政府才是北京建成的最终决策者” 的论断, 与机场航站楼建设这一案件事实的关系太过遥远, 在本案中不予考虑。<sup>⑧</sup>

① Lori Fisler Damrosch *et al.*, *International Law: Cases and Materials* (Minnesota: Thomson Reuters, 5th edn, 2009), p. 882.

② CSOB, para. 20.

③ BUCG, para. 37.

④ BUCG, para. 38.

⑤ BUCG, para. 39.

⑥ BUCG, para. 42.

⑦ BUCG, para. 42.

⑧ BUCG, para. 43.

仲裁庭继而审查了机场航站楼建设项目具有商业属性的证据,<sup>①</sup>认为北京城建在本案中并非中国政府的代理机构。根据公司章程第7条,北京城建具有“独立的法律特征”,符合“Broches测试法”要求。该章程第7条写道:“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权,依法享有民事权利,承担民事责任;公司独立核算,自主经营,自负盈亏,以其全部资产对公司的债务承担责任。”<sup>②</sup>

“北京城建诉也门案”的仲裁庭延续了“CSOB案”裁决的思路,仍采用“Broches测试法”:依照“基于职能”的标准,判断国有企业是否作为政府的代理机构在履行政府职能。这两个时隔近20年的案例实践,一以贯之地支持了《国家责任条款草案》第5条和“Broches测试法”。

### (三) 偏离“Broches测试法”的仲裁实践

在ICSID的众多案件中,“Broches测试法”并不总是受到推崇,2000年裁决的“Maffezini诉西班牙案”就是这样一个例外。<sup>③</sup>该案中,针对西班牙一家区域发展机构SODIGA是否属于政府机构的问题,仲裁庭采纳了“两步走”策略:<sup>④</sup>第一步是结构审查,或称为形式审查,对涉案机构的所有权、管理权、经营宗旨及目的进行审查;<sup>⑤</sup>如果这一步不足以得出结论,则采取第二步“职能审查”,即“查看涉案机构所扮演的角色或发挥的职能作用”。<sup>⑥</sup>

针对该案仲裁庭“两步走”的审查策略,本文作出以下三点评论。

第一,这两步之间在形式上区别明显,但在内容上有很大重叠,实践中难以区分。这两步审查主要关注以下元素:所有权、行为动机、目的宗旨以及涉案机构的一般性指定职能。<sup>⑦</sup>

第二,同样都是为了判断企业的公私主体地位,该案仲裁庭“两步走”所审查的上述元素,在后来的“北京城建案”中被否决了,被认为“在很大程度上是无关紧要的”。<sup>⑧</sup>“北京城建案”的仲裁庭明确表示:“关键不在于国有企业的公司框架,而在于具体情形下国有企业是否发挥政府代理机构的职能。”<sup>⑨</sup>

第三,该案对“职能审查”存在曲解和误用,与“北京城建案”和“CSOB案”仲裁庭所支持的“职能审查”完全不同。具体而言,该案仅着眼于SODIGA的一般性指定职能,<sup>⑩</sup>却未能分析该机构在案件中的具体行为。而事实上,正是这些具体行为导致了申请方遭受损失并引发该案争端,因此应该被纳入“职能审查”的范围。

① BUCG, para. 40.

② BUCG, para. 39.

③ *Emilio Agustin Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25 January 2000) (以下简称 *Maffezini v Spain*)。该案的特殊之处在于,仲裁庭是基于“SODIGA的行为是否应当归责于被申请方政府”的判断来决定该案管辖权的。相比之下,在“CSOB案”和“北京城建案”中,仲裁庭需要判断申请方的行为可否归责于政府。

④ 仲裁庭指出,“在判断某一机构是否属于国家机关的问题上,结构审查不总是具有决定性的……因此还需要制定另一条审查标准,即职能审查。但我们很难预判是否所有案件都需要综合这些审查标准,或许个别情况下这并非必要之举。” *Maffezini v Spain*, paras. 79 - 81.

⑤ *Maffezini v Spain*, para. 77.

⑥ *Maffezini v Spain*, para. 79.

⑦ *Maffezini v Spain*, paras. 77 - 89.

⑧ BUCG, para. 42.

⑨ BUCG, para. 39.

⑩ *Maffezini v Spain*, para. 86.

综上所述，“Maffezini 诉西班牙案”的裁决尽管没有明确否定由“CSOB 案”“北京城建案”“Broches 测试法”和《国家责任条款草案》第 5 条所共同支持的“基于职能”的审查标准，但明显偏离了这一标准。后来在“北京城建案”中，被申请方援引“Maffezini 诉西班牙案”裁决支持自己的主张，但仲裁庭并未予以理会。<sup>①</sup>

一些人反对“基于职能”的审查标准，试图利用《国家责任条款草案》第 5 条的官方评注做文章。<sup>②</sup> 该评注在谈到“政府职权”时主张：“权力的内容并不重要，重要的是权力被赋予某一实体的方式、该实体行使权力的目的，以及实体在行使权力过程中对政府所负有的责任。”<sup>③</sup> 但是，这里提到的“行使权力的目的”，只是判断企业是否行使政府职权的“证据标准”（evidentiary standard），其位阶和重要性低于《国家责任条款草案》第 5 条正文所确立的法律标准（legal standard）。

在国有企业法律地位的认定上，以目的为导向的审查标准终究是不可取的。第一，国有企业作为投资者，其经营目的是多样的，往往兼具公共和商业因素。<sup>④</sup> 这种情况下，多元目的引发的不确定性甚至内部冲突都在所难免。第二，正如“北京城建案”仲裁庭所言，国有企业的一些具备公共属性的终极目标，与国有企业的具体经营行为之间的距离可能非常遥远，以致于在审查具体行为的性质时不应予以考虑。第三，若对具体行为的目的和性质都作审查后，得出的结论是自相矛盾的，则应当优先采纳行为性质审查的结果，即法律标准优先于证据标准。以上文论及的购买军用服装为例，购买军服的目的是服务于公共利益，但交易性质是商业性的。因此，作为采购方的政府在此次交易中并未行使“政府职权”。诚如《国家责任条款草案》的官方评注所言，“关键的问题是把一般性的标准适用于具体的情形”，<sup>⑤</sup> 我们必须关注具体行为的性质。

#### 四 国际贸易：WTO 框架下的法律实践

与多边开发银行和 ICSID 相比，WTO 中关于国有企业公私主体地位认定的法律争论最为激烈，且未有定论。《反补贴协定》第 1.1 条及其条文解释是引起此争论的根源。根据该条款，两类机构的行为可归责于 WTO 成员：第一类是政府或“公共机构”，<sup>⑥</sup> 第二类是“私营机构”，且该等私营机构的具体行为与政府（或公共机构）之间建立起“委托或指示”的关系。<sup>⑦</sup> 根据《反补贴协定》第 1.1 条规定，如果国有企业是公共机构，其给予商业企业的资助可能被视为

① *BUCG*, paras. 38 – 39. 在“北京城建案”中，被申请方引用了“Maffezini 诉西班牙案”裁决的以下内容：“为确定某一机构是否属于政府机关，仲裁庭应考虑多种因素，包括受审查机构的所有权、控制权、机构性质、宗旨和目标，以及机构所采取行为的性质。”

② “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, in *Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session*, UN Doc A/56/10 (2001) (ILC Articles) (以下简称“Commentaries on the ILC Articles”)。

③ “Commentaries on the ILC Articles”, art. 5, p. 43.

④ “企业社会责任”和“环境、社会和公司治理”（ESG）等概念，已经成为现代企业必须关注的问题。

⑤ “Commentaries on the ILC Articles”, art. 5, p. 43.

⑥ 《反补贴协定》第 1.1 条将“政府或任何公共机构”统一指代为“政府”，在一定程度上说明这两者的关键特征有一定的共性。

⑦ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.94; Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 284.

《反补贴协定》所规定的补贴，并受反补贴规则规制。因此，“国有企业”这一概念在《反补贴协定》中意义重大，尽管其并未在协定中直接出现。

迄今为止，已有两个里程碑式的WTO案例讨论了公共机构的法律认定标准，以及国有企业是否构成《反补贴协定》第1.1条所规定的公共机构。这两个案件均涉及中国的国有企业，分别是2011年作出裁定的中国诉美国反倾销和反补贴措施案（以下简称DS379案），<sup>①</sup>以及2019年作出裁定的中国诉美国反补贴措施案[以下简称DS437（第21.5条）案]。<sup>②</sup>在这两个案件中，上诉机构均认可一个基本的法律标准，即公共机构必须拥有、行使或被赋予政府权力。<sup>③</sup>因此，“政府权力”这一概念至关重要。

## （一）政府权力的认定

在DS379案中，上诉机构提出了三个标准以辅助确定“一个机构是否有权行使政府职能”：<sup>④</sup>第一，法律文书“明确赋予有关机构相关权力”；<sup>⑤</sup>第二，审查该机构的行为，<sup>⑥</sup>为此需要审查该机构的职能；第三，政府是否对该机构实施了有意义的控制。<sup>⑦</sup>第一个标准简单直接，只需检索相关法律规定即可。相比之下，第二个和第三个标准更具争议且更为复杂：就第二个标准，为确定相关职能是否具有政府性质，必须回答一个根本问题，即政府权力或政府职能是由什么构成的；就第三个标准，必须考查相关机构与政府之间的关系，找出“有意义的控制”的证据。以下分别分析之。

### 1. 什么是政府权力

正如联合国国际法委员会在评注《国家责任条款草案》时所指出的，不同国家的政府权力的法律特征必然不同，它“取决于特定的社会、历史和传统”。<sup>⑧</sup>即便如此，“政府”一词的含义多少有些共性，为此需要审查相关成员的法律秩序，<sup>⑨</sup>以及“成员机构的一般性分类和职能”。<sup>⑩</sup>同理，在确定商业行为和公共行为的区分标准时，“国内法可以被用作区分的标准，但是这种区分不能偏离大多数国家在狭义和适当意义上对国家权力范畴的认知。”<sup>⑪</sup>为此，WTO上诉机构将“政府”定义为“对民众持续行使权力，作出权威指示、规范或予以控制”的实体，政府的本质

① *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* .

② *United States - Countervailing Duty Measures on Certain Products from China recourse to art 21. 5 of the DSU by China* [以下简称 *US - Countervailing Measures (China) (Article 21. 5)*] , WT/DS437/AB/RW (16 July 2019) .

③ Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 317; Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China) (Article 21. 5)* , para. 5. 95.

④ Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 318.

⑤ “在某些情况下，例如法规或其他法律文书明确授予相关机构政府权力时，该机构可直接视为公共机构。” See Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 318.

⑥ “某机构事实上正在行使政府职能的证据，可证明其拥有或已被授予政府权力，尤其是相关证据指向的行为具有持续性和系统性。” See Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 318.

⑦ “因此，我们认为，在某些情况下，政府对相关机构及其行为实施有意义的控制的证据，可以作为该机构在履行政府职能时，拥有政府权力并行使这种权力的证据。” See Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 318.

⑧ “Commentaries on the ILC Articles” , art. 5 , p. 43.

⑨ Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* , para. 297.

⑩ Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China) (Article 21. 5)* , paras. 5. 95 - 5. 96.

⑪ Lori Fisler Damrosch et al. , *International Law: Cases and Materials* (Minnesota: Thomson Reuters, 5th edn, 2009) , p. 882.

在于其“享有制定规范、控制或监督民众的合法权力，或以其他合法方式约束民众的行为”。<sup>①</sup>因此，WTO的裁决机构有权对个案中行为主体是否享有政府权力进行客观审查。

联合国国际法委员会对《国家责任条款草案》第5条的评注提供了一些关于政府职能的明确例证，这些例证可用以确定行使此类职能的机构的法律属性。“根据习惯国际法，铁路公司行使某些由政府赋予的警察权力时的行为，应被认定为国家行为，但涉及其他活动（如出售车票或采购机车）除外。”<sup>②</sup>如果政府赋予私营安保公司拘留权、惩戒权等公共权力，使其能够以狱警身份行事，则私营安保公司在行使这些权力时，可被认定为公共机构。若将与移民管制或检疫有关的权力下放给私营或国有航空公司，则相关企业在行使上述权力时也被认定为公共机构。上述例证表明，《国家责任条款草案》中对公共机构性质的认定，本质上是一种“基于职能”的审查方法。

然而，在DS437（第21.5条）案中，上诉机构采取了不同做法。上诉机构指出，“一旦确定一个实体是公共机构，那么该实体的‘所有行为’都应归于成员。”<sup>③</sup>这是身份决定论，是典型的“基于实体”的认定思路。这与《国家责任条款草案》的做法背道而驰，也偏离了上诉机构早先在DS379案中的观点，即“同一实体可能既具有某些公共机构的特征，又具有某些私营机构的特征”。<sup>④</sup>作为DS437（第21.5条）案中的第三方，欧盟认为在特定情形下，同一实体可能从事两个不同领域的活动，“该实体在从事一个领域的活动时可被视为公共机构，但在从事另一个领域的活动时不能被视为公共机构。”<sup>⑤</sup>欧盟的观点与《国家责任条款草案》第5条评注所述诸多例证相契合。如今，这种情况明显增多，更加模糊了私营机构和公共机构之间的界限。例如Facebook曾经计划发行数字货币Libra，而发行货币是政府的法定职能。<sup>⑥</sup>因此Facebook在行使这一职能时，应被视为公共机构。<sup>⑦</sup>

## 2. “有意义的控制”

公共机构审查的另一个重要标准是政府的“有意义的控制”（meaningful control）。上诉机构认为，根据“有意义的控制”的各种迹象，可以推断相关实体正在行使政府权力。<sup>⑧</sup>原则上，“有意义的控制”必须体现在日常经营中，必须存在于机构的具体行为中，而不能通过国有股权关系直接推导出结论。<sup>⑨</sup>“有意义的控制”可能与政府权力的某些要素相关，但这并不意味着

① Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 290.

② “Commentaries on the ILC Articles”, art. 5, p. 43.

③ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.100.

④ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 318. 上诉机构在脚注中强调指出：“对相关机构的行为是政府行为、公共机构行为还是私营机构行为的分析是多方面的，一个机构可能同时表现出指向不同性质的特征。”

⑤ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.88.

⑥ Peter Morici, “In Search of Stable Digital Money”, *The Washington Times*, 8 July 2019.

⑦ 有学者的评论很到位，“为了规范侵入国家专属领域的某些主体，应将行为的性质，而非主体的身份，作为法律体系的基础。” See Larry Catá Backer, “Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State Owned Enterprises, and the Chinese Experience”, (2009) 19 *Transnational Law & Contemporary Problems* 101, p. 144.

⑧ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 318.

⑨ 上诉机构在DS379案中首次使用“有意义的控制”这一术语，但是没有给出明确的定义。在随后的DS436案中，上诉机构明确“有意义的控制”适用于对行为的认定。See Appellate Body Report, *US – Carbon Steel (India)*, paras. 4.37, 4.40, 4.43–4.44.

可以像美国商务部《公共机构备忘录》(Public Bodies Memorandum)中所确立的标准那样,<sup>①</sup>通过将“有意义的控制”简单定义为“与拥有或行使政府权力和政府职能相关的控制”,而将“有意义的控制”与政府权力直接混为一谈。<sup>②</sup>根据美国《公共机构备忘录》,中国的国有企业以及部分私营机构,都在极大程度上被中国政府和中国共产党“有意义地控制”。<sup>③</sup>因此,根据美国《公共机构备忘录》中的认定标准,这些企业都是公共机构。

《公共机构备忘录》代表了美国政府对国有企业认识的态度,其核心内涵在随后的DS437(第21.5条)案中受到上诉机构的认可。在DS437(第21.5条)案中,一个机构设立的总括性目的(包括其与政府的关系),在决定该机构的公私性质时占主导地位,而不看其在具体行为中所体现的职能。一旦该机构同意、认可或服务于政府的目的——这正是《公共机构备忘录》所指“有意义的控制”的主要标记,<sup>④</sup>那么该机构将被认定为公共机构。但是,DS379案等其他裁决中普遍认可的判断相关机构具体职能的方法,在DS437(第21.5条)案裁决中不再适用。<sup>⑤</sup>

DS437(第21.5条)案的认定方法,实质上与《公共机构备忘录》一致。《公共机构备忘录》认为中国政府的职能是“坚持和完善社会主义市场经济”,并确保自己在经济发展中居于主导地位,<sup>⑥</sup>而国有企业是“确保政府在经济发展中居于主导地位和坚持社会主义市场经济的工具”。<sup>⑦</sup>当国有企业执行此政府目的时,即被视为公共机构。但是,需要澄清的是,美国在此强调的是中国政府的目的,而非政府职能;美国的描述有意忽略了中国政府作出的鼓励和促进各类市场主体、培育公平竞争环境的承诺。<sup>⑧</sup>

这种以目的为导向的认定方法,显然违背常识。以目的为导向的审查标准,可能导致自由市场的混乱。2019年8月18日,美国大型商业组织“商业圆桌会议”(the Business Roundtable)发布了《公司宗旨宣言书》(Statement on the Purpose of a Corporation)。<sup>⑨</sup>商事公司的传统宗旨是实

① 《公共机构备忘录》是美国商务部于2012年5月18日发布的旨在执行DS379案上诉机构裁决的一份官方文件,英文名称为“An Analysis of Public Bodies in the People's Republic of China in Accordance with the WTO Appellate Body's Findings in WTO DS379”。

② Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.55. 遗憾的是,上诉机构未能阐明“有意义的控制”和“政府权力”两个概念的逻辑联系。

③ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, paras. 5.56 – 5.57.

④ 在《公共机构备忘录》列出的7项标记中,几乎没有一项指向国有企业的具体行为[Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.56]。例如,第7项标记是“企业内部是否存在党组织和党委”,这也是最具争议、讨论最多的一项。但是,理解这一标记的关键,不在于企业中是否存在党组织,而在于党组织的具体行为。关于党组织在企业发挥的具体作用,参见Bin Gu, “Western Fears of Party Influence on Chinese Companies Are Overblown”, *Financial Times*, 18 February 2019; Bin Gu, “Five Myths about China Must Be Debunked before the Trade War with the US Can End”, *South China Morning Post*, 15 June 2019.

⑤ 上诉机构的这句评论即为明证:“审查应当聚焦从事相关行为的机构、机构的核心特征,以及机构与政府的关系。” See Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.100.

⑥ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.56.

⑦ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.56.

⑧ 徐程锦、顾宾:《WTO法视野下的国有企业法律定性问题——兼评美国政府相关立场》,载《上海对外经贸大学学报》2016年第3期,第18页。

⑨ 美国“商业圆桌会议”作为非常有影响力的大型企业联合平台,以宣言的形式重新定义了企业经营的“多重目的”。美国“商业圆桌会议”《公司宗旨宣言书》, <https://corpgov.law.harvard.edu/2019/08/21/legal-implications-of-the-business-roundtable-statement-on-corporate-purpose/> (last visited 2 August 2021)。

现股东价值最大化,其他利益相关者的利益只具有实现股东价值最大化的衍生意义。《公司宗旨宣言书》突破了这一传统宗旨,并承诺:(1)为客户提供价值;(2)对员工进行投资;(3)与供应商公平且合乎道德地交易;(4)支持所在社区的发展;以及(5)为股东创造长期价值。正如前文讨论 ICSID 法律实践时所述,由于商业公司存在目的的多元化,以目的为导向的认定标准变得难以预测且十分荒谬。

## (二) 公共机构认定中的“所有制”标准

在上诉机构的不同裁定中,以及根据美国《公共机构备忘录》认定公共机构时,所有制因素的作用存在细微差别。在 DS379 案中,仅根据“国有控股”显然无法论证“有意义的控制”或该机构享有政府权力,还需要结合其他事实要素。<sup>①</sup> 上诉机构明确指出,“有意义的控制”不仅仅是形式上的联系(如控股权)。<sup>②</sup> 一个机构很可能由政府控股,但在日常经营中享有自主权,因此仍应被视为私营机构而非公共机构。仲裁庭在“Al-Kharafi & Sons 公司诉利比亚案”中的精辟论述,可以回应 DS379 案中上诉机构的观点:“在某些情况下,由一国政府完全控制的机构可被视为不具有独立人格,进而认定该等机构所订立的合同能够约束该国政府……但仅限于该机构完全作为国家的工具行事时,方能得出如上结论。”<sup>③</sup>

美国《公共机构备忘录》本来是 DS379 案上诉机构裁决的执行性文件,<sup>④</sup>但在认定公共机构时过分强调“国家所有权”,明显偏离了 DS379 案所适用的认定方法。该备忘录指出:“在中国,政府全资或控股的所有企业都是公共机构。”<sup>⑤</sup>为了掩盖与上诉机构在 DS379 案所作出观点的不一致性,该备忘录强调,这一判断是基于“制度性的、国家投资企业为主的中国政策环境”作出的。<sup>⑥</sup>显而易见,这一观点仅以国家所有权为单一认定要素,忽略了机构具体行为对其公私主体地位认定的影响。

但是,在随后的 DS437(第 21.5 条)案中,上诉机构似乎转而接受了美国的立场,明确支持“基于实体”的认定方法。这一方法的重点是“从事相关行为的机构、机构的核心特征,以及机构与政府的关系”。<sup>⑦</sup>据此,国家所有权在公共机构认定中的作用愈发重要,正如上诉机构在裁决中指出:“政府对相关机构的所有权虽然不是决定性标准,但可以作为证据。”<sup>⑧</sup>与早前

① Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 318.

② “但需要强调,除非法律文书明确授权,相关机构与政府之间仅存在狭义的形式联系,尚不足以认定其拥有政府权力。例如,仅凭政府是相关机构控股股东,不能说明政府对该机构的行为实施了有意义的控制,更不能说明政府授予了该机构政府权力。” See Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 318.

③ *Al-Kharafi & Sons Co v Libya*, Final Arbitral Award, 22 March 2013, 263. 由此说明,认定相关机构的行为归责于国家,需要满足严格的条件。一个机构只有同时满足“完全被控制”和“充当国家工具”两个要件,才能将其行为归责于国家。

④ 关于《公共机构备忘录》与 DS379 案的关系,可从《公共机构备忘录》的英文标题理解,即“Section 129 Determination of the Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe; Light-Walled Rectangular Pipe and Tube; Laminated Woven Sacks; and Off-the Road Tires from the People's Republic of China: An Analysis of Public Bodies in the People's Republic of China in Accordance with the WTO Appellate Body's Finding in WTO DS379”(Department of Commerce, 18 May 2012)。

⑤ Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 57.

⑥ 在美国《公共机构备忘录》中,“国家投资企业”(SIEs)与国有企业(SOEs)混用。

⑦ Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 100.

⑧ Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 97.

DS379 案中所确立的认定标准相比,<sup>①</sup> DS437 (第 21.5 条) 案虽然表面上重申了对所有因素的全面审查,<sup>②</sup> 但实际上反映了上诉机构倾向于国家所有权的证明效力, 更多强调国家所有权的作用。相比之下, 具体行为的重要性, 在该案中有所下降, 不再是公共机构认定的独立法律标准。上诉机构甚至认为, 在公共机构认定中, 具体行为要素是无关紧要的。<sup>③</sup> 美国也主张, 具体行为要素仅仅是认定机构核心特征的证据。<sup>④</sup>

### (三) 《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) (iv) 条中的“私营机构”

上诉机构在 DS379 案中指出, 如果要认定《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) (iv) 条中的私营机构存在财政资助行为, 必须在政府和该私营机构的行为之间建立“委托或指示”关系。<sup>⑤</sup> 换言之, “需要论证政府与具体行为之间存在确切联系”。<sup>⑥</sup> 但在 DS437 (第 21.5 条) 案中, 美国作出新的解释, “审查政府与私营机构之间的委托或指示关系, 应当聚焦于私营机构的具体行为”, 但公共机构的认定不需要这样做。<sup>⑦</sup> 上诉机构在 DS437 (第 21.5 条) 案中似乎同意美国的观点, 认为中国坚决主张在公共机构认定中对机构的具体行为进行审查, “将不适当地模糊公共机构认定和‘委托或指示’关系认定的界限”。<sup>⑧</sup> 换言之, 具体行为要素是“委托或指示”认定所独有的, 不必将其引入公共机构认定中, 否则将违反条约的“有效解释原则”。<sup>⑨</sup>

但同时, 上诉机构又自相矛盾地表示, 机构的具体行为与公共机构认定有关。例如, 在 DS379 案中, 上诉机构认为, 对涉案机构行为的审查是判断“机构是否有权行使政府职能”的一个主要标准。<sup>⑩</sup> 上诉机构主张, “职能或行为是否属于该成员法律规定的政府职能, 可能影响相关机构公私主体地位的认定”,<sup>⑪</sup> 这显然是“基于职能”的认定方法。即使在 DS437 (第 21.5 条) 案中, 上诉机构亦主张“综合考虑”国有商业银行的具体行为本身(即提供贷款), 以及银行与政府之间更宽泛的关系。<sup>⑫</sup>

因此, 在 DS437 (第 21.5 条) 案中, 上诉机构否定公共机构认定中的具体行为要素, 不仅在本裁决内部自相矛盾, 也与早前 DS379 案的裁决相左。此矛盾的原因在于, 上诉机构在“委

① Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, paras. 343 – 346. 在该案中, 上诉机构还审查了美国商务部在公共机构认定中, 对除国有商业银行以外的其他国有企业的裁定, 例如向下游生产商出售原料的钢铁、橡胶和石化原料生产商。上诉机构最终认为, 美国商务部对这些其他国有企业的裁决, 不符合 WTO 规则, 因为美国商务部的相关决定“主要”依赖于国家所有权作出。在此引用上诉机构裁决原文如下: “我们认为这是不充分的, 因为国家所有权作为证据本身, 并不能证明政府对相关机构实施了有意义的控制; 除非有更多证据, 否则不能作为认定该机构被授权履行政府职能的依据。因此, 仅凭国家所有权的证据不能论证相关机构是公共机构。”

② Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.97.

③ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.84.

④ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, paras. 5.101, 5.104. 正如上诉机构指出: “美国商务部确实考虑了国有商业银行的具体行为, 但也只是在审查它们的核心特征及其与中国政府关系的框架下进行的。”

⑤ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 285.

⑥ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 285.

⑦ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.84.

⑧ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, paras. 5.84, 5.103.

⑨ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5.84.

⑩ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 318.

⑪ Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 297.

⑫ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, paras. 5.85, 5.101, 5.104.



托或指示”关系的认定中，误解了公共机构和私营机构之间的关系。实际上，在“委托或指示”关系的认定中，应该审查公共机构对私营机构的关系，而不是把重点放在私营机构的行为上。

对此举例如下：假设一家国有企业是私营机构，当该企业受到政府的委托或指示而从事特定行为时，该企业由于此特定行为被认定为公共机构或等同于政府。这一假设以《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) (iv) 条为基础，与《国家责任条款草案》第 8 条相呼应。<sup>①</sup> 另一种假设情形是，国有企业是公共机构，根据国内法“拥有、行使或被授予政府权力”。这一假设基于《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) 条中等同于政府的公共机构的相关规定，并与《国家责任条款草案》第 5 条相呼应。

中国对 DS437 (第 21.5 条) 案中有关公共机构的裁判感到失望。这一裁定所确立的法律标准是：通过判断涉案国有企业的核心特征，及其狭义上与政府的关系，认定该国有企业为拥有政府权力或职能的公共机构。换言之，在认定国有企业公私主体地位时，国有企业的市场行为在很大程度上变得无关紧要。这显然违背常识，应予摒弃。

#### (四) 对 DS379 案和 DS437 (第 21.5 条) 案中“公共机构”不同认定标准的评论

在 DS379 案和 DS437 (第 21.5 条) 案中，上诉机构对国有企业公私主体地位的认定适用了不同的标准。DS379 案中，上诉机构在判断国有企业的公私主体地位时采取了“基于行为”的认定标准；而 DS437 (第 21.5 条) 案中，上诉机构采取了“基于实体”的认定标准。这两种方法之间的区别是：前者关注《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) 条下的行为是否具有政府属性，而后者关注从事该行为的机构是否具有政府属性。

具体而言，“基于行为”的认定标准有两个层面：第一个层面是考查相关行为是否具有政府权力的要素。为此，首先应正确理解“政府权力”一词。如前所述，尽管某些行政行为被普遍认为属于“政府权力”，例如税收，<sup>②</sup> 但实际上，“政府权力”在 WTO 各成员之间各不相同。“基于行为”的认定标准的第二个层面是“有意义的控制”，等同于《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) (iv) 条中所规定的由政府（包括公共机构）对私营机构具体行为进行的“委托或指示”，而不论该行为是否属于商业行为。在这种情况下，私营机构（包括国有企业）的行为归属于政府，在从事这种行为时，该私营机构被“升格”认定为公共机构。在 DS379 案中，某些中国国有商业银行被认定为公共机构，正是因为有证据表明这些国有商业银行在履行其职能（即发放贷款）时受到政府的有意义的控制。<sup>③</sup>

相反，基于“实体”的认定标准则遵循不同的思路。它没有采用诸如“政府权力”“有意义的控制”等富有动感但难以界定的概念，反而相当直接、明确。它强调相关机构的核心特征及其与政府的关系。在此情形下，由于国家所有权起着关键作用，国有企业往往被推定为公共机构，对其具体行为在所不问。这一认定思路在美国《公共机构备忘录》中体现得淋漓尽致，该备忘录将中国企业分为三类，其中由国家拥有多数股份的企业直接被视为公共机构。在 DS437 (第 21.5 条) 案中，上诉机构明确否认美国《公共机构备忘录》与 WTO 法律存在不一致，实际

① 《国家责任条款草案》第 8 条规定：“根据国际法，若一人或一群人实际上是在相关国家的指示、指挥或控制下行事，则该人或该群人的行为应视为该国的行为。”

② 参见《反补贴协定》第 1.1 (a) (1) (ii) 条。

③ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 80.

上赞同了“基于实体”的认定标准。附在该案裁决之后的一位上诉机构成员的个人意见，更是直接否认了公共机构和政府权力之间的联系，<sup>①</sup>而“政府权力”标准正是过去讨论该问题时被奉为圭臬的法律标准。

客观地说，在DS379案中上诉机构在适用“基于行为”的认定标准时，亦考虑了美国提出的其他“广泛的证据”，审查了涉案机构的核心特征及其与中国政府的关系。<sup>②</sup>另外，在DS437（第21.5条）案中上诉机构在采用“基于实体”的认定方法时，也没有完全否认具体行为与公共机构认定之间的关联性。<sup>③</sup>因此，在公共机构认定的天平上，如果说一端是仅仅审查“机构本身”，诸如其所有权、目的和与政府的关系，另一端是只审查该机构的“行为”，那么，上诉机构在DS379案中的认定偏向后者一端，而在DS437（第21.5条）案中的认定偏向前者一端。

“基于实体”的认定方法简便、直接，却根本背离了《国家责任条款草案》第5条、第8条和“Broches测试法”所共同认可的习惯国际法——通过审查具体行为来判断政府机关以外的机构的公私性质。这种做法赋予“公共机构”一词全新的内涵，却给国际法学界造成困惑甚至混乱。这种做法偏离传统，但缺乏强有力的理由支撑，因此毫无必要。

## 五 结论与展望

国有企业的公私主体地位认定问题，至少可以追溯至半个多世纪以前，即“Broches测试法”首次出现时。此后，相关审查过程大体遵循了“基于职能（或基于行为）”的标准，即关注国有企业的具体行为，而非浅尝辄止于所谓的企业核心特征本身。这一功能审查标准，在国际金融、国际投资和国际贸易三个领域的法律实践中得以一体遵循和运用。具体而言，在以多边开发银行法律为代表的国际金融法领域，国有企业以私主体身份参与多边开发银行项目采购市场，享有并承担典型私营企业的权利和义务。在以ICSID仲裁为代表的国际投资法领域中，国有企业有资格提起投资仲裁申请，体现对其作为“私人投资者”而非“政府机构”的法律地位的认可。在以WTO法为代表的国际贸易法领域，“公共机构必须拥有、行使或被赋予政府权力”成为公认的法律标准。因此，只有被赋予政府权力的国有企业才是公共机构；国家所有权或资本结构特征，不足以证明国有企业的公共机构地位。

与此同时，实践中存在偏离“基于职能”标准的做法。尽管它们以不同的表述和形式出现，仍可粗略归为“基于所有制（或基于实体）”的认定标准。WTO上诉机构对DS437（第21.5条）案的裁决即代表了“基于所有制”标准的新发展。根据这一标准，认定国有企业的公私主体地位的决定性因素，在于其资本结构、与政府的关系、目的以及一般职能范围等，而与该企业的具体行为无关。CPTPP更是规定国有企业是实施非商业援助的天然主体，把国有企业和缔约方政府等量齐观，并要求国有企业的非商业援助行为不得对其他缔约方造成不利影响。<sup>④</sup>CPTPP同时规定国有企业的商业考虑义务，这看似与国有企业作为非商业援助主体（即

① 这位上诉机构成员写道：“法律不要求调查机关在每个案件中都去审查涉案机构是否‘拥有、行使或被授予政府权力’。” See Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 248.

② Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 355.

③ Appellate Body Report, *US – Countervailing Measures (China) (Article 21.5)*, para. 5. 101.

④ CPTPP, art. 17.6 (2).

“公共主体”)的身份互相矛盾,但是该义务并不适用于国有企业行使政府职权时或根据政府授权提供的服务。<sup>①</sup>

“基于所有制”标准的新近发展并非偶然,它与中国在世界舞台上的崛起不无关系。因为它可能产生深远而显著的影响,关系到中国特色社会主义市场经济能否为国际社会所接受,以及在什么条件下接受,因此必须审慎对待。

第一,不得基于所有制歧视国有企业。<sup>②</sup>以美国为首的一些国家提倡的“基于所有制”标准,实质上是针对特定国家(也就是中国)的偏见。《欧盟运行条约》(TFEU)第345条规定:“本条约不得以任何方式歧视各成员国关于财产所有权制度的规定。”<sup>③</sup>经济合作与发展组织(简称OECD)倡导竞争中立原则,其中一条具体标准是“监管中立”,即国有企业和私营企业应当接受同等的监管要求。《中欧全面投资协定》(CAI)更加明确地规定,中欧双方的监管部门必须无偏见地对待不同所有制企业,包括在法律法规的执行层面。<sup>④</sup>这些条文体现了国际社会所认可的“所有制中立”原则。笔者建议,应当在国际规则谈判中推广此类条款,例如中国在申请加入CPTPP时,可以“加入议定书”形式,明确各缔约方不得基于所有权而歧视国有企业。

第二,中国的国有企业不受党或政府的控制。它们并非国家的工具或代理机构,而是与其他私营企业一样,在经营业务活动中基于商业原则行事并追求利润。此处的“控制”(control)一词不宜作广义解释,不宜被过度延伸解释为“影响”(influence)、“指导”(guide)、“规范”(regulate)甚至“股东权利的行使”,否则这一术语将失去意义,因为要使一家公司完全不受国家的广义“控制”并不现实。以美国为例,美政府利用出口管制和实体清单阻碍美国及其他国家的公司与华为等中国企业进行交易,然而,这并不代表美国“控制”了这些公司。确切而言,“控制”作为法律术语,宜理解为前文所述“有意义的(或完全的)控制”。

第三,中国国有企业必须加快改革步伐。一方面,坚持政企分开方向,国资监管着眼于管资本。落实在公司治理上,建立代表多元利益的董事会,为此需要积极稳妥推进分类制和混合所有制改革;<sup>⑤</sup>另一方面,明确实施竞争中立原则,实现国有企业和其他企业之间的平等竞争,尤其

① CPTPP, art. 17.2 (10) and art. 17.13 (2).

② 但是,并非所有人都同意这个观点。以下表述反映了一些人在意识形态层面的忧虑:“从技术角度而言,目前的政策环境确实有利于国有企业的发展,因为它们可以像其他私人投资者一样运营,也可以借助专门为促进外商私人投资而设立的ICSID投资仲裁制度。国有企业在当下已成为重要参与者,得到了与私人投资者一样的待遇……与之相悖的是,这个旨在促进私人投资的ICSID体系正在被国家资本主义轻而易举地逐步渗透和重塑。” See Julien Chaisse, “State Capitalism on the Ascent: Stress, Shock, and Adaptation of the International Law on Foreign Investment”, (2018) 27 *Minnesota Journal of International Law* 339, pp. 404–405.

③ 需要注意,《欧盟运行条约》的另一条款即第65(1)(b)条“基于公共政策或者公共安全”的例外规定,在实施过程中可能对国家所有权造成事实上的歧视。如何避免这一例外条款被滥用,可参见 Julien Chaisse, “The Regulation of Sovereign Wealth Funds in the European Union: Can the Supranational Level Limit the Rise of National Protectionism?”, in Karl P. Sauvant et al. (eds.), *Sovereign Investment: Concerns and Policy Reactions* (Oxford University Press, 2012), pp. 485–486.

④ EU-China Comprehensive Agreement on Investment, January 22, 2021, Section II, art. 3ter. 《中欧全面投资协定》于2020年底完成谈判工作,尚未签署,但欧方已经公布了双方最终谈判文本。

⑤ 这项改革旨在通过让不同的董事会成员代表不同股东的利益,从而组成更加多元化并充满活力的董事会。此项改革的目的是并非实现私有化,正如林毅夫教授所指出的:“我们无法预判私有化是否是提高国有企业效率的必要条件。从根本上说,对于任何大型现代公司而言……并不存在真正意义上的所有权人。” See Justin Yifu Lin et al., “Competition, Policy Burdens, and State-Owned Enterprise Reform”, (1998) 88 *American Economic Review* 422, p. 427.

要体现在原材料供给和融资待遇方面。<sup>①</sup> 国企改革与产业政策密不可分，因此改革应当双管齐下。产业政策应由选择性向功能性转变，产业补贴重点支持技术创新、中小企业、绿色低碳。为此要积极推动恢复《反补贴协定》不可诉补贴规则，为“科技自立自强”提供国际法依据。

中国的国有企业应当不受歧视地参与国际市场竞争，这符合国际经济法的传统，对国际法的未来发展亦具有重要意义。但是，在国际力量对比发生深刻变化、大国竞争日趋复杂的时代背景下，可以预见，有关国有企业公私主体地位的认定标准之争仍会继续，并将愈演愈烈。

## Treatment Standards of State-Owned Enterprises as Public or Private Entities Under International Economic Law

*Gu Bin and Xu Chengjin*

**Abstract:** The treatment standards of state-owned enterprises (SOEs) as public entities have far-reaching and significant implications against the background of China's rise and the reform of global economic governance. The relevant standards have been abundantly debated and tested in three areas of international economic law: international financial law, represented by multilateral development bank law; international investment law, represented by law of the ICSID; and international trade law, represented by law of the WTO. After reviewing those areas of international law, the article concludes that a function-based approach has generally been observed in conducting the relevant examination, but some deviations, featuring an ownership-based approach, do exist. This finding is meaningful for the development of future international law, as well as for China's domestic SOE reform. Broadly, it is instructive on whether and how China's unique economic system, guided by a strong government, will be accepted by the international community.

**Keywords:** SOEs, Public Body, AIIB, WTO, Global Governance

(责任编辑: 谭观福)

---

<sup>①</sup> 需要注意，OECD 竞争中立原则的八条标准中，“政府采购中立”标准未必符合中国“科技自立自强”国策。但是，CPTPP 国有企业章节的规则义务不适用于政府采购，或为“科技自立自强”提供政策空间。See CPTPP, art. 17.2 (7).