

# 論《美國—墨西哥—加拿大協定》國營企業專章若干重要 規範——以其與 CPTPP 之差異為中心

劉心國

## 摘要

自川普總統上任後，美國致力於導正其認為對美國不公平之國際貿易行為，其中，美國於今（2018）年 11 月 30 日與加拿大、墨西哥簽署新的自由貿易協定，稱為《美國—墨西哥—加拿大協定》。本協定中設有國營企業專章，以處理國營企業造成的跨國不公平競爭問題。此國營企業專章雖大致移植《跨太平洋夥伴全面進步協定》中國營企業專章之文字，但在部分條文中卻納入全新規範，幾個重要的面向包括：（一）新增國營企業與非商業援助之定義；（二）擴充適用範圍；（三）增加不歧視待遇及商業考量之例外；（四）新增非商業援助之禁止類型；（五）附件之差異。本文藉由分析該等新增條文，探討川普政府對規範國營企業之最新立場，並嘗試探討為何三國間並未特別爭執國營企業造成的跨國不公平競爭問題，仍增加有別於《跨太平洋夥伴全面進步協定》的新規範。

依據經濟理論，完全競爭市場被認為是最具效率的市場類型，然而政府並未全然將看得見的手抽離市場，除了對產業仍實施管制措施，另一種常見的方式是維持國營企業的存在，主要是因為國營企業能作為政府達成特定政策目標之有效工具。為維持國營企業營運，政府經常以優於市場的條件提供其財務或非財務援助，進而造成市場扭曲效果，使未獲補貼企業面臨不公平競爭。隨著國際經貿愈加緊密，國營企業從事跨國商業活動時亦將不公平競爭擴散至國外，對全球經濟帶來負面影響，使他國產業遭受損害。各國雖嘗試以既有的國內法與國際法規範解決此問題，然力有未逮，故美國曾試圖於其主導之《跨太平洋夥伴協定》(Trans-Pacific Partnership, TPP) 首次訂立國營企業專章處理此問題<sup>1</sup>，後美國雖退出 TPP，惟國營企業專章仍保留於後續通過之《跨太平洋夥伴全面進步協定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)<sup>2</sup>。川普總統上任後，美國政府仍致力於導正其認為他國對美國不公的貿易行為

<sup>1</sup> Minwoo Kim, *Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 58(1) HARVARD INT'L L. J. 225, 225 (2017).

<sup>2</sup> *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, chapter 17, NEW ZEALAND FOREIGN AFFAIRS AND TRADE, <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive->

<sup>3</sup>，在今 (2018) 年 11 月 30 日，美國、墨西哥與加拿大簽訂新的自由貿易協定《美國－墨西哥－加拿大協定》(United States－Mexico－Canada Agreement, USMCA)<sup>4</sup>，其中國營企業專章亦是本於此考量所訂。雖然此專章之內容大多是移植 CPTPP 國營企業專章之文字，但仍新增了數項規範，值得進一步探究。

本文首先歸納當國營企業所造成之不公平競爭問題擴散至國際時，透過自由貿易協定解決此問題之必要性；再者分別介紹 USMCA 國營企業專章與 CPTPP 國營企業專章之差異並分析此差異之原因，分別為國營企業與非商業援助 (non-commercial assistance) 定義之擴增、適用範圍之增加、不歧視待遇及商業考量例外情況之擴增、商業援助納入之全新規範以及墨西哥與加拿大在兩協定中附件之差異；最後作一結論。

### 壹、透過自由貿易協定解決國營企業不公平競爭之必要性

各國政府時常透過國營企業達成特定目的，包含<sup>5</sup>：提供特定公共服務，例如郵政、通訊服務、作為執行產業政策之工具以及確保財政收入。為此，各國政府經常藉由提供國營企業財務或非財務援助，例如補貼、稅務減免或貨品實物、土地使用權<sup>6</sup>；提供信用擔保，或是國營金融機構以較市場優惠之條件提供融資<sup>7</sup>；提供優惠待遇例如豁免資訊揭露、反壟斷調查、營建許可、土地使用分區限制，以及在取得政府資訊上具有優勢，例如容易取得政府採購資訊以符合政府採購要求<sup>8</sup>；於特定產業授予排他權或獨佔地位<sup>9</sup>；由政府掌控股權 (captive equity)，減少被併購的威脅<sup>10</sup>；豁免於破產法，即使長期虧損，仍能免於進入破產程序<sup>11</sup>。

---

agreement-for-trans-pacific-partnership-text/?fbclid=IwAR1k-DOGxwzbXHMawCU3JWAwOt-RixjWzCuXc6yeK7LGE2LeNbe2mIqBERs (last visited Dec. 10, 2018) [hereinafter CPTPP].

<sup>3</sup> Mythili Sampathkumar, *USMCA: What Donald Trump's Nafta Replacement Trade Deal Means and How It Will Work*, INDEPENDENT (Oct. 2, 2018), <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/usmca-nafta-trump-us-canada-trade-deal-what-mexico-trudeau-a8564211.html>.

<sup>4</sup> *Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada Text*, USTR, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (last visited Dec. 8, 2018) [hereinafter USMCA].

<sup>5</sup> ANTONIO CAPOBIANCO & HANS CHRISTIANSEN, *COMPETITIVE NEUTRALITY AND STATE-OWNED ENTERPRISES: CHALLENGES AND POLICY OPTIONS* 8-9 (2011), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kg9xfjgdhg6-en.pdf?expires=1544420619&id=id&accname=guest&checksum=DC4B0E908D521D571DEF362383872E8>.

<sup>6</sup> *Id.* at 5.

<sup>7</sup> *Id.* at 6.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.* at 6-7.

<sup>11</sup> *Id.* at 7.

國營企業的不公平競爭傳統上侷限在其境內，然而經濟合作暨發展組織 (Organization for Economic Co-operation and Development, OECD) 之「國營企業：貿易效果及政策意涵 (State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications) 報告」指出國營企業從事跨國商業活動時所造成的疑慮<sup>12</sup>，像是部分政府會將國營企業作為在國外市場追求策略性商業或非商業目標的工具，此舉可能造成反競爭效果，例如政府藉由授予國營企業利益，擊敗國際競爭者<sup>13</sup>。值得注意的是，國營企業也可能基於政治理由而不採用商業可行性的國際策略，或者政府為了政治經濟目的而繼續支持其國內營運不善的國營企業，此舉對國際競爭者具有損害競爭效果<sup>14</sup>。對此，OECD 的工作報告指出了數項處理國營企業不公平競爭問題的既有管制框架<sup>15</sup>。

在國內法層級，各國可透過競爭法處理國營企業濫用主導地位，如掠奪性定價或經由併購造成之反競爭效果，但競爭法並未規範國營企業接受政府補貼從事非補償掠奪 (non-recoupment predation) 定價行為<sup>16</sup>。某些 OECD 成員國雖已在其境內建立促進競爭中立之計畫<sup>17</sup>，藉以消除國營企業在稅收、融資成本以及監管上的競爭利益，但此等計畫並無拘束力，同時在國外競爭之情況下，此等計畫能否嚴格執行仍不無疑問<sup>18</sup>。

在 OECD 層級，「OECD 國營企業公司治理準則 (OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises)」提供指導原則，幫助政府提升國營企業之公司治理以及在特定領域<sup>19</sup>維持國營、民營企業的公平競爭環境<sup>20</sup>；另外，OECD 投資與競爭委員會 (OECD Investment and Competition Committees) 則是致力於促使各國維持市場對外國政府控制投資的開放，尤其是幫助被投資國

<sup>12</sup> PRZEMYSŁAW KOWALSKI, MAX BÜGE, MONIKA SZTAJEROWSKA & MATIAS EGELAND, STATE-OWNED ENTERPRISES: TRADE EFFECTS AND POLICY IMPLICATIONS 13 (2013), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k4869ckqk7l-en.pdf?expires=1544420703&id=id&accname=guest&checksum=A7201C2A8CE293D27D7DAE138DAD7459>.

<sup>13</sup> *Id.* at 15.

<sup>14</sup> *Id.* at 15-16.

<sup>15</sup> *Id.* at 37.

<sup>16</sup> 非補償掠奪 (non-recoupment predation) 是指廠商能夠消滅競爭者之掠奪性定價行為，無法賺得足夠的利潤以彌補其維持掠奪性定價之損失。參考：ANTONIO CAPOBIANCO & HANS CHRISTIANSEN, *supra* note 5, at 18.

<sup>17</sup> 例如澳洲的競爭中立架構 (competitive neutrality framework) 以及歐盟的競爭中立協議 (competitive-neutrality arrangements)。PRZEMYSŁAW KOWALSKI, MAX BÜGE, MONIKA SZTAJEROWSKA & MATIAS EGELAND, *supra* note 12, at 39.

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> 特定領域包括：確保有效之法律規範架構、國家如何扮演所有人原則 (Principles of State Acting as an Owner)、股東之公平待遇、股東關係、利害關係人、透明性與資訊揭露、國營企業董事會責任。*Id.* at 38 n.44.

<sup>20</sup> *Id.* at 38-39.

發展兼具開放與公平的政策，同時協助被投資國解決該等投資可能造成的風險，例如當國營企業適用外國豁免之保護時，地主國在執法和民事程序上可能遭遇的困難<sup>21</sup>。

在國際法層級，最重要的規範是世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 協定，儘管其條文並未提到「國營企業 (state-owned enterprise)」，但部分規範仍有可能適用於國營企業<sup>22</sup>。與國營企業反競爭行為相關的 WTO 規範可歸類為以下幾種<sup>23</sup>：(一) 所有權中立之規則，例如最惠國待遇與國民待遇，規範了某些貿易扭曲政府政策，其中可能包含國營企業，無論產品進口者係民營或國營企業，會員皆應授予和其他進口同類產品相同的待遇；同理，無論係民營或國營企業所為之傾銷皆受《反傾銷協定》(Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994)<sup>24</sup>之拘束，而《補貼暨平衡稅協定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)<sup>25</sup>亦同；(二)《服務貿易總協定》允許會員特定承諾之對象限縮於民營企業，而不適用於國營企業<sup>26</sup>；(三)《關稅暨貿易總協定》第 17 條<sup>27</sup>與《農業協定》(Agreement on Agriculture) 第 4.2 條註腳<sup>28</sup>中所規範的「國營貿易企業 (state-trading enterprises)」，《補貼暨平衡稅協定》所規範的「公共機構」，以及 GATT 第 2.4 條<sup>29</sup>所規範的獨占事業 (monopoly) 皆可能為國營企業；(四) 一般而言 WTO 規範僅適用於政府，但

---

<sup>21</sup> *Id.* at 41-42.

<sup>22</sup> *Id.* at 39.

<sup>23</sup> *Id.* at 39-40.

<sup>24</sup> Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 201.

<sup>25</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14 [hereinafter SCM Agreement].

<sup>26</sup> PRZEMYSŁAW KOWALSKI, MAX BUGE, MONIKA SZTAJEROWSKA & MATIAS EGELAND, STATE-OWNED ENTERPRISES: TRADE EFFECTS AND POLICY IMPLICATIONS 8 (2013), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k4869ckqk7l-en.pdf?expires=1544420703&id=id&accname=guest&checksum=A7201C2A8CE293D27D7DAE138DAD7459>.

<sup>27</sup> General Agreement on Tariffs and Trade art. 17, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194 [hereinafter GATT].

<sup>28</sup> Agreement on Agriculture art. 4.2 n.1, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 410, (providing that: “These measures include quantitative import restrictions, variable import levies, minimum import prices, discretionary import licensing, non-tariff measures maintained through state-trading enterprises.”).

<sup>29</sup> GATT art. 2.4, (providing that:” If any contracting party establishes, maintains or authorizes, formally or in effect, a monopoly of the importation of any product described in the appropriate Schedule annexed to this Agreement, such monopoly shall not, except as provided for in that Schedule or as otherwise agreed between the parties which initially negotiated the concession, operate so as to afford protection on the average in excess of the amount of protection provided for in that Schedule. The provisions of this paragraph shall not limit the use by contracting parties of any form of assistance to domestic producers permitted by other provisions of this Agreement.”).



在特定情形下，國營企業之行為可被「歸因於 (attributed to)」國家或政府行為，此時該國營企業就須受制於和政府相同的 WTO 規範<sup>30</sup>；(五) 中國及俄羅斯之入會議定書中對於國家所有權所設之規定<sup>31</sup>，不過，縱使中國入會議定書對於國營事業有相對嚴格的規範，其是否足以處理使中國國營企業受有利益的貿易扭曲政策，仍受到質疑<sup>32</sup>。除了上述多邊協定之外，屬於複邊協定之《政府採購協定》(Agreement on Government Procurement)<sup>33</sup>亦規範了政府與國營企業對貨品和服務的採購，是平衡國營與民營企業競爭環境的重要因素<sup>34</sup>。

儘管 WTO 協定提供以上規制手段，然而對某些國家而言似乎仍無法有效弭平國營企業不公平競爭所造成之傷害，且因 WTO 協定的改革談判相當費時耗力，故有國家嘗試透過雙邊、多邊優惠性貿易協定納入國營企業之專門規定<sup>35</sup>。若以美國主導談判且首次納入國營企業專章的 TPP 為例，其明確指出係為確保民營企業能夠與接受政府幫助的國營企業公平競爭之目標而設立，相關規範的出現將提高國際對於公平性的標準<sup>36</sup>。USMCA 之國營企業專章大多是移植 CPTPP 國營企業專章之文字，但新增了數項規範。

本文之研究目的在於分析 USMCA 和 CPTPP 在國營企業專章上會造成重大影響的條文差異，進而探討當前川普政府對於規範國營企業之最新立場，故本文暫且略過影響性較微小之條文差異，以下將聚焦在有重大影響的條文差異。

## 貳、第 22.1 條國營企業與非商業援助擴增新的定義

USMCA 國營企業之定義新增了 (c) 項「透過其他種類的所有權權益，包括間接或少數所有權，掌握控制企業的權力」<sup>37</sup>，其註腳進一步將締約方透過所有

<sup>30</sup> SCM Agreement art. 1.1(a)(1), (providing that: “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...”).

<sup>31</sup> Protocol on the Accession of the People’s Republic of China, WTO Doc. WT/L/432 (Nov. 23, 2001); Protocol on the Accession of the Russian Federation, WTO Doc. WT/L/839 (Dec. 17, 2001).

<sup>32</sup> PRZEMYSŁAW KOWALSKI, MAX BÜGE, MONIKA SZTAJEROWSKA & MATIAS EGELAND, *supra* note 12, at 40.

<sup>33</sup> Agreement on Government Procurement, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 4(b), 1869 U.N.T.S. 508.

<sup>34</sup> PRZEMYSŁAW KOWALSKI, MAX BÜGE, MONIKA SZTAJEROWSKA & MATIAS EGELAND, *supra* note 12, at 42.

<sup>35</sup> 例如美國—澳洲、美國—新加坡、美國—智利、中華台北—巴拿馬等雙邊自由貿易協定皆設有國家企業或國家獨佔事業之規定。 *Id.* at 40 n.50.

<sup>36</sup> USTR, THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP DETAILED SUMMARY OF U.S. OBJECTIVES 22 (2015), <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Detailed-Summary-of-US-Objectives.pdf>.

<sup>37</sup> USMCA, art. 22.1, (providing that: “state-owned enterprise means an enterprise that is principally engaged in commercial activities, and in which a Party: (a) directly or indirectly owns more than 50 percent of the share capital; (b) controls, through direct or indirect ownership interests, the exercise of more than 50 percent of the voting rights; (c) holds the power to control the enterprise through any

權權益來控制企業定義為「締約方能決定或指示影響該企業的重要事務」，同時在判斷該締約方是否具有控制企業的權力時，應基於個案認定，並且例示了認定要件：可決定或指導商業營運的權力，包括主要支出或投資、發行股票或公司債、企業之重整、合併或解散<sup>38</sup>。

本文認為 (c) 項是補強原先對於規制企業控制樣態密度的不足，將持有過半股票、握有過半投票權以及掌控多數董事席次之外，具有企業實質控制力的樣態一併納入規範，定義其為國營企業。相較於 (a) 項「直接或間接持有超過百分之五十之股本」、(b) 項「透過直接或間接的所有權利益控制超過百分之五十的投票權行使」、(d) 項「掌握指派多數董事會成員或其他同等權力的管理組織」三項為直觀之認定，本項給予個案認定一企業是否為國營企業之裁量權，將給予締約方較大的彈性，挑戰雖不符合傳統定義、但締約方認為可能構成國家能直接控制或影響，實質上的國營企業。本文認為，(c) 項以政府實質掌握控制企業之權力作為規制重心是正確的，若不對政府持有少數股權的企業控制型態進行管控，將導致政府可能透過聯合其他大股東或關鍵少數股東，與之合作達到過半股數，遂能決定或指導企業的商業營運決策。此外，其他股東還可能因畏懼政府的政治手段報復，而決定聽從政府之領導。

此外關於非商業援助，USMCA 中非商業援助的定義<sup>39</sup>雖主要是移植 CPTPP 條文，兩者在用字上有根本的差異。對於非商業援助本身，在 CPTPP 中係指「國

---

other ownership interest, including indirect or minority ownership; or (d) holds the power to appoint a majority of members of the board of directors or any other equivalent management body.”).

<sup>38</sup> USMCA, art. 22.1(c) n.8, (providing that: “For the purposes of this subparagraph, a Party holds the power to control the enterprise where, through an ownership interest, it can determine or direct important matters affecting the enterprise, excluding minority shareholder protections. In determining whether a Party has this power, all relevant legal and factual elements shall be taken into account on a case-by-case basis. Such elements may include, among others, the power to determine or direct commercial operations, including major expenditures or investments; issuances of equity or significant debt offerings; or the restructuring, merger, or dissolution of the enterprise.”).

<sup>39</sup> USMCA, art. 22.1, (providing that: “non-commercial assistance means assistance that is limited to certain enterprises, where: (a) “assistance” means any of the following forms of assistance: (i) direct transfers of funds or potential direct transfers of funds or liabilities, such as: (A) grants or debt forgiveness; (B) loans, loan guarantees, or other types of financing on terms more favorable than those commercially available to that enterprise; or (C) equity capital inconsistent with the usual investment practice (including for the provision of risk capital) of private investors; (ii) the provision of goods or services other than general infrastructure, on terms more favorable than those commercially available to the enterprise; or (iii) the purchase of goods on terms more favorable than those commercially available to the enterprise; (b) “certain enterprises” means an enterprise or industry or group of enterprises or industries; (c) “limited to certain enterprises” means that the Party or any of the Party’s state enterprises or state-owned enterprises, or a combination thereof: (A) explicitly limits access to the assistance to certain enterprises; (B) provides assistance to a limited number of certain enterprises; (C) provides assistance which is predominantly used by certain enterprises; (D) provides a disproportionately large amount of the assistance to certain enterprises; or (E) otherwise favors certain enterprises through the use of its discretion in the provision of assistance; and (d) assistance that falls under Article 22.6.1, Article 22.6.2, or Article 22.6.3 (Non-commercial Assistance) shall be deemed to

營企業藉由政府持股或控制所獲得之援助」<sup>40</sup>，但在USMCA改為「特定企業所獲得之援助」。對於非商業援助之授予者，在CPTPP為締約方、締約方之國家企業或國營企業<sup>41</sup>，USMCA除了沿用CPTPP之定義之外，還加了「上述主體之結合」。對於非商業援助之接受者，在CPTPP中皆為締約方之國營企業<sup>42</sup>，但在USMCA中改為此次新增之 (b) 項所指的「特定企業」，即企業、產業或一群企業、一群產業。至於非商業援助之授予方式，CPTPP規範於 (b) 項，USMCA則規範於 (c) 項，但USMCA新增了 (B) 款「提供援助給限定數量的特定企業」。

本文認為，此處之修正擴充了「非商業援助」接受者的範圍，意味非商業援助之成立門檻降低，易言之，原先在CPTPP中對於非商業援助接受者之定義僅限於締約方之國營企業，但在USMCA中卻將非商業援助接受者之定義擴充至國營企業以外，具「特定性」之企業、產業或一群企業、一群產業，意即對於接受締約方或締約方國營企業所提供之非商業援助的民營企業亦落入此規範，能導正國營企業藉由提供非商業協助予特定民營企業之不公平競爭問題。

### 參、第 22.2 條適用範圍之增加

CPTPP 的適用範圍為國營企業和指定獨占事業<sup>43</sup>。USMCA 的適用範圍除沿用 CPTPP 之外，還新增了國家企業 (state enterprises)，並且將「可能造成影響 (could affect)」貿易或投資之情況納入規範<sup>44</sup>。

不論是在 USMCA 或者 CPTPP 中皆未定義何謂國家企業，但本文在《北美自由貿易協定》(North America Free Trade Area, NAFTA)<sup>45</sup>以及「美國模範雙邊投資法 (U.S. Model Bilateral Investment Treaty)」<sup>46</sup>中皆發現國家企業的定義為

---

be “limited to certain enterprises”).

<sup>40</sup> CPTPP, art. 17.1, (providing that: “non-commercial assistance means assistance to a state-owned enterprise by virtue of that state-owned enterprise’s government ownership or control...”).

<sup>41</sup> *Id.* art 17.1(b), (providing that: “by virtue of that state-owned enterprise’s government ownership or control” means that the Party or any of the Party’s state enterprises or state-owned enterprises...”).

<sup>42</sup> *Id.* art 17.1(b), (providing that: “(i) explicitly limits access to the assistance to the Party’s state-owned enterprises; (ii) provides assistance which is predominately used by the Party’s state-owned enterprises; (iii) provides a disproportionately large amount of the assistance to the Party’s state-owned enterprises; or (iv) otherwise favours the Party’s state-owned enterprises through the use of its discretion in the provision of assistance;”).

<sup>43</sup> *Id.* art 17.2.11, (providing that: “This Chapter shall apply with respect to the activities of state-owned enterprises and designated monopolies of a Party that affect trade or investment between Parties within the free trade area.”).

<sup>44</sup> USMCA, art. 22.2.1, (providing that: “This Chapter applies with respect to the activities of state-owned enterprises, state enterprises, and designated monopolies of a Party that affect or could affect trade or investment between Parties within the free trade area.”).

<sup>45</sup> North American Free Trade Agreement, art. 1505, Can.-Mex.-U.S., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993).

<sup>46</sup> USTR, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, USTR,

「國家企業係指締約方透過所有權權益擁有或控制之企業 (state enterprise means an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by a Party)」。<sup>47</sup>不論是從 USMCA 或者 CPTPP 對國營企業的定義，皆是延伸或補充國家企業之定義，本文認為此處適用範圍擴充國家企業僅是意圖完善補充該規範；至於 USMCA 雖將「可能造成影響」納入規範，或將擴大適用範圍，但法條中並未明確說明如何認定「可能」之情況，故尚需視後續爭端解決之判決方能確定。

#### 肆、第 22.4 條不歧視待遇及商業考量增訂新的例外情況

USMCA 第 22.4.1 條增訂新的例外事由 (b) 項，即以不歧視待遇原則執行採購的情況，意指締約方的國營企業在從事商業活動時，若是為了履行符合不歧視待遇原則的公共服務授權條款，得不依商業考量採購和銷售貨品與服務<sup>47</sup>。申言之，此規範使國營企業在執行政府所委託之不歧視公共性服務時，有較大彈性決定採購或銷售之價格、數量等採購條件。本文認為，USMCA 新增此一例外大幅擴張國營企業執行採購業務時的裁量權，雖然有不歧視待遇原則之前提，但仍反映 USMCA 肯認國營企業作為政府執行政策目標之有效工具，符合美國貿易代表署 (Office of the United States Trade Representative, USTR) 的 NAFTA 重啟談判目標<sup>48</sup>：維持政府能支持國營企業提供國內公共服務之能力。

#### 伍、第 22.6 條非商業援助納入全新規範

USMCA 第 22.6 條的第 4 至 7 項完全移植 CPTPP 第 17.6 條的第 1 至 4 項，但 USMCA 第 22.6 條的第 1 至 3 項為特別擴充的全新規範<sup>49</sup>。以下嘗試分析納入此全新規範之理由。

---

<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (last visited Dec. 10, 2018).

<sup>47</sup> USMCA, art. 22.4.1, (providing that: “Each Party shall ensure that each of its state-owned enterprises, when engaging in commercial activities: (a) acts in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of a good or service, except to fulfil any terms of its public service mandate that are not inconsistent with subparagraphs (b) or (c)(ii); (b) in its purchase of a good or service: (i) accords to a good or service supplied by an enterprise of another Party treatment no less favorable than it accords to a like good or a like service supplied by enterprises of the Party, of any other Party or of any non-Party; and (ii) accords to a good or service supplied by an enterprise that is a covered investment in the Party's territory treatment no less favorable than it accords to a like good or a like service supplied by enterprises in the relevant market in the Party's territory that are investments of investors of the Party, of any other Party or of any non-Party.”).

<sup>48</sup> USTR, SUMMARY OF OBJECTIVES FOR THE NAFTA RENEGOTIATION 11 (2017), <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.

<sup>49</sup> USMCA, art. 22.6, (providing that: “1. The following forms of non-commercial assistance, when provided to a state-owned enterprise primarily engaged in the production or sale of goods other than electricity, shall be prohibited...”).



第 22.6 條第 1 項明確禁止締約方提供三種非商業援助給主要從事生產或銷售除電力以外貨品之國營企業。第一種是締約方的國家企業或國營企業向境內信用不良 (uncreditworthy)<sup>50</sup> 的國營企業提供貸款或貸款保證<sup>51</sup>。本文認為，基於市場運作原理，金融機構往往拒絕向信用不良的企業提供貸款額度，若僅因為該國營企業受到國家支持，便能獲得來自國有銀行的貸款，使本應遭到市場淘汰、經營不善的國營企業繼續存留在市場提供貨品和服務，扭曲市場效率，甚至造成產能過剩。美國認為此種類型的非商業援助應該要列為「禁止性補貼」，在過去美國向 WTO 提出的補貼改革提案中<sup>52</sup>，即提到此為最極端的政府經濟介入補貼類型；此外美國、歐盟、日本也在今年的三方貿易部長會議聯合聲明中重申此非商業援助對於市場扭曲的影響<sup>53</sup>，顯見美國對此問題之重視程度。

第二種是締約方、締約方的國家企業或國營企業向該締約方的破產或瀕臨破產國營企業提供非商業援助，且該受援助之企業缺乏在合理期間內回復至長期營運狀態的可信重建計劃<sup>54</sup>，其在註腳詳盡規範了破產<sup>55</sup>和瀕臨破產<sup>56</sup>之定義。此處新增條文之文字應是參考自《歐盟—韓國自由貿易協定》(European Union—South Korea Free Trade Agreement) 第 11.11 條禁止性補貼<sup>57</sup>，本文同樣認為，若破產或

---

<sup>50</sup> 信用不良 (uncreditworthy) 指的是在商定融資條款時，該國營事業的財務狀況使其無法自一般商業資源獲得如銀行貸款或發行非投資債券等長期融資。決定一國營企業信用是否優良時，應依個案考量所有相關之法律與事實要件，其中包含：貸款方是否具有於期限內償還債務之合理保證，例如现金流或商業資產。USMCA, art. 22.6.1(a) n.14.

<sup>51</sup> *Id.* art. 22.6.1(a), (providing that: "... (a) loans or loan guarantees provided by a state enterprise or state-owned enterprise of a Party to an uncreditworthy state-owned enterprise of that Party...").

<sup>52</sup> Proposal from the United States, *Expanding the Prohibited "Red Light" Subsidy Category Draft Text*, art. 3.2, WTO Doc. TN/RL/GEN/146 (June 5, 2007).

<sup>53</sup> USTR, Press Release: *Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union*, USTR (Sept. 25, 2018), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-trilateral>.

<sup>54</sup> USMCA, art. 22.6.1(b), (providing that: "non-commercial assistance provided by a Party or a state enterprise or state-owned enterprise of a Party to a state-owned enterprise of that Party, in circumstances where the recipient is insolvent<sup>17</sup> or on the brink of insolvency, without a credible restructuring plan designed to return the state-owned enterprise within a reasonable period of time to long-term viability...").

<sup>55</sup> USMCA, art. 22.6.1(b) n.15, (providing that: "A state-owned enterprise is "insolvent" if it is unable to meet its debt obligations as they become due. Insolvency exists, for example, where (1) the state-owned enterprise has failed to make required payments due to an inability to service the debt obligations; or (2) the state-owned enterprise has filed for bankruptcy, has been determined by a court to be bankrupt or insolvent, or is subject to court supervision, for purposes of either reorganization or liquidation of the enterprise.").

<sup>56</sup> USMCA, art. 22.6.1(b) n.16, (providing that: "A state-owned enterprise is "on the brink of insolvency" if it will likely be unable to meet its debt obligations at any point over the next twelve months. To determine whether a state-owned enterprise is on the brink of insolvency, primary consideration shall be given to opinions of independent credit rating agencies and independent accounting firms issued in the ordinary course of business, if available. To the extent relevant, additional factual evidence concerning the ability of the state-owned enterprise to meet its debt obligations may also be taken into account.").

<sup>57</sup> Council Decision (EU) of 16 September 2010 on the Signing, on Behalf of the European Union, and Provisional Application of the Free Trade Agreement between the European Union and Its Member

瀕臨破產的國營企業即使缺乏可信的重建計畫，仍能獲得非商業援助以延續其壽命，勢必造成該等無經營效率的國營企業彌留於市場，嚴重破壞市場競爭公平性。本文目前為止並未發現美國政府發表對加拿大或墨西哥政府提供非商業援助使應淘汰企業續存之批評，但在一份勤業眾信 (Deloitte) 國際會計師事務所發表的報告中揭示，加拿大的上市公司約有 16% 是殭屍企業 (zombie company)，即已創立 10 年以上之企業，雖然其收入一直不足以償還其借款利息，但仍然能留存於市場上，而殭屍企業對於其他更具生產力的企業造成了資源排擠<sup>58</sup>。除此之外，在 2017 年美國商務部 (United States Department of Commerce) 認定中國為非市場經濟體之報告中，美國一再指出中國政府藉由隱晦地提供政府信用保證，使國家投資之企業得免於破產倒閉<sup>59</sup>，顯見美國對於此問題具有相當程度之顧慮。

第三種是締約方、締約方之國家企業或國營企業以不符合私人投資者常規投資實務之方式，將該締約方之國營企業流通在外的負債轉換為股權<sup>60</sup>。以投資實務而言，公司會在發生財務危機時，將公司債權人的負債轉換為該公司的股權，藉此來降低企業負債，此財務操作的關鍵點在於，負債和股權的轉換比率究竟為何？舉例而言，若一企業在市場水準下的負債和股權交換比率為一千萬負債交換五百萬股權，但在國營企業介入下則為一千萬負債交換一百萬股權，將大幅度降低該企業之負債水準<sup>61</sup>。美國同樣在今年的三方貿易部長會議聯合聲明中提及此非商業性的負債，即股權交換 (debt-to-equity swaps) 對於市場扭曲的影響<sup>62</sup>。

第 22.6.2 條則規定締約方不得直接或間接提供上述第 22.6.1 條第二種和第三種的非商業援助。其註腳定義了何謂間接提供，包括了締約方委任或指示非國營企業之企業提供非商業援助之情況<sup>63</sup>。本文認為此作法明確將政府對企業的實

---

States, of the One Part, and the Republic of Korea, of the Other Part, art. 11.11 (b), 2011 O.J. (L 127) 1, 1426, (providing that: “subsidies (such as loans and guarantees, cash grants, capital injections, provision of assets below market prices or tax exemptions) to insolvent or ailing enterprises, without a credible restructuring plan based on realistic assumptions with a view to ensuring the return of the insolvent or ailing enterprise within a reasonable period of time to long-term viability and without the enterprise significantly contributing itself to the costs of restructuring. This does not prevent the Parties from providing subsidies by way of temporary liquidity support in the form of loan guarantees or loans limited to the amount needed to merely keep an ailing enterprise in business for the time necessary to work out a restructuring or liquidation plan.”).

<sup>58</sup> DELOITTE, THE INFINITE ORGANIZATION REALIZING LASTING SUCCESS 1 (2018),

[https://www.canada175.ca/sites/default/files/download/files/The-infinite-organization-EN-WEB\\_0.pdf](https://www.canada175.ca/sites/default/files/download/files/The-infinite-organization-EN-WEB_0.pdf).

<sup>59</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, OFFICE OF POLICY, ENFORCEMENT & COMPLIANCE, A-570-053, MEMORANDUM ON CHINA’S STATUS AS A NON-MARKET ECONOMY (2017).

<sup>60</sup> USMCA, art. 22.6.1(c), (providing that: “... (c) conversion by a Party or a state enterprise or state-owned enterprise of a Party of the outstanding debt of a state-owned enterprise of that Party to equity, in circumstances where this would be inconsistent with the usual investment practice of a private investor.”).

<sup>61</sup> 參考：李榮謙、方耀，國際金融小辭典，頁 217-218 (2013 年)。

<sup>62</sup> USTR, *supra* note 53.

<sup>63</sup> USMCA, art. 22.6.2 n.18, (providing that: “For greater certainty, indirect provision includes the

質影響力納入規範。

第 22.6.3 條則規定締約方應確保其國家企業或國營企業不得直接或間接提供第 22.6.1 條的三種非商業援助。本文認為此係課予締約方政府積極的確保義務，不得消極放任其國營企業提供非商業援助。

## 陸、第 22.9 條墨西哥與加拿大 USMCA 附件與 CPTPP 附件之差異

CPTPP 與 USMCA 皆有附件臚列各締約方企業可豁免國營企業專章規範之不符合活動<sup>64</sup>以及地方政府國營企業與指定獨占企業可排除適用之專章條文<sup>65</sup>。關於 USMCA 不符合活動之附件，墨、加兩國得排除本專章規範之企業數量較其在 CPTPP 附件所臚列者少，墨西哥由 10 家銳減為 5 家<sup>66</sup>，而加拿大則由 7 家減為 6 家<sup>67</sup>。

此外，儘管同時作為 CPTPP 與 USMCA 之締約方，墨、加兩國在地方政府附件下所負義務卻不盡相同。附件內容差異包含條文本身之更動與實際排除適用範圍之增減，由於條文更動於前部分已說明，此處將著重討論實際排除適用範圍之增減，以下分述兩國情形：

### 一、墨西哥

墨西哥於 USMCA 附件<sup>68</sup>中，與其於 CPTPP 附件中之排除適用範圍差異主要可見於四部分：非歧視待遇與商業考量、法院與行政機關、非商業援助及透明化義務。

關於非歧視待遇與商業考量，墨西哥在 USMCA 附件中第 22.4.1 條 (b) 項、第 22.4.2 條依序補述「有關貨品或服務之採購 (with respect to purchases of a good or service)」<sup>69</sup>與「有關地方政府指定之指定獨占企業 (with respect to designated monopolies designated by a sub-central level of government)」<sup>70</sup>等文字，由於該兩條文內容本身即係分別規範「貨品或服務之採購」與「地方政府指定之指定獨占

---

situation in which a Party entrusts or directs an enterprise that is not a state-owned enterprise to provide non-commercial assistance.”).

<sup>64</sup> *Id.* Annex IV (Non-Conforming Activities Explanatory Note).

<sup>65</sup> *Id.* Annex 22-D (Application to Sub-Central State-Owned Enterprises and Designated Monopolies).

<sup>66</sup> *Id.* Annex IV (Non-Conforming Activities Explanatory Note); CPTPP, Annex IV (Schedule of Mexico).

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.* Annex 22-D, ¶ (b).

<sup>69</sup> *Id.* Annex 22-D, ¶ (b)(ii).

<sup>70</sup> *Id.* Annex 22-D, ¶ (b)(iv).

企業」，故本文認為 USMCA 於附件中特地新增此等文字，係為使其用語更加明確。其次，關於法院與行政機關，原墨西哥於 CPTPP 之附件中並無排除任何相關規定，因此在該協定下墨西哥之地方政府不僅應就控告外國之國營企業於其境內所為之商業活動，提供其法院民事訴訟管轄權，亦須確保其為規制國營企業而成立或維持之行政機構應公正行使其裁量權，然而墨西哥於 USMCA 之附件中卻新排除了第 22.5.2 條規定<sup>71</sup>，意即墨西哥地方政府不受「確保其為規制國營企業成立或維持之行政機構公正行使其裁量權」之義務拘束，其地方政府之行政機構擁有更多自行裁量空間。

第三，就非商業援助部分，USMCA 條文中新增第 22.6.1 條、第 22.6.2 條及第 22.6.3 條，墨西哥於 USMCA 附件中亦加以排除此三條文之適用。前文曾提到 USMCA 國營企業專章本文中新增此三條，意在使本專章規範之非商業援助態樣更加完善，以實質涵括國家、國家企業或國營企業可能進行之非商業援助，儘管如此，墨西哥之附件中排除此三條規範，代表墨西哥之地方政府控制事業及指定獨占企業皆不受該等非商業援助態樣所拘束，鑑於非商業援助係本專章重要之一部，本文認為此處之排除具有限縮本專章適用範圍之效果。

最後，就透明化義務而言，可明顯看出墨西哥地方政府控制事業及指定獨占企業於本附件中所排除之範圍大幅縮減<sup>72</sup>，意即其須負擔更重的透明化義務，由於 CPTPP 涵蓋之國家數量多、締約方間經濟水準相對落差較大，並非各締約方之地方政府控制事業及指定獨占企業皆能達成高透明化義務，然而由於 USMCA 僅涵蓋美、加、墨三國，加上已採行多年的 NAFTA 為三國貿易所底定之基礎以及美國與加拿大對於透明化之要求，不難想見墨西哥於 USMCA 附件中，需負擔較重之透明化義務。

## 二、加拿大

加拿大於 USMCA 之附件<sup>73</sup>中，與其於 CPTPP 附件中之排除適用範圍差異主要在於以下兩部分：非歧視待遇與商業考量。

<sup>71</sup> *Id.* art. 22.5.2, (providing that: “Each Party shall ensure that any administrative body that the Party establishes or maintains that regulates a state-owned enterprise exercises its regulatory discretion in an impartial manner with respect to enterprises that it regulates, including enterprises that are not state-owned enterprises.”).

<sup>72</sup> 墨西哥在 USMCA 僅能排除適用第 22.10.1 條，即一小部分的透明化義務；然而在 CPTPP 卻能完整排除適用第 17.10 條，即調整個透明化義務都得以豁免。*Id.* Annex 22-D, ¶ (b)(ix); CPTPP Annex 17-D, ¶ (f)(vi).

<sup>73</sup> USMCA, Annex 22-D, ¶ (a).



在非歧視待遇與商業考量此一部份，與墨西哥於 USMCA 之附件中所做之更動相同，加拿大之附件中亦是將第 22.4.1 條 (b) 項、第 22.4.2 條依序補述「有關貨品或服務之採購」與「有關地方政府指定之指定獨占企業」等文字，如上所述，本文認為目的係在於使其用語更加精確。此外在非商業援助部分，加拿大於 USMCA 之附件同樣新排除第 22.6.1 條、第 22.6.2 條及第 22.6.3 條規範，將加拿大之地方政府控制事業及指定獨占企業排除於此三條針對非商業援助之適用範圍，可得知無論對於加拿大或墨西哥而言，儘管條約本文之非商業援助部分新增此等規定，其地方政府控制事業及指定獨占企業並未因此負擔更重之責任。

另外在第 22.6.4 條 (a) 項與第 22.6.5 條 (a) 項後，以文字補述上述兩款僅適用於關於與協定涵蓋投資所生產或銷售之同類產品具競爭關係之貨品生產與銷售。該兩款條文僅提及「國營企業之貨品」的生產與銷售，此處附件中則將貨品範圍明限於「與協定涵蓋投資所生產或銷售之同類產品具競爭關係之貨品 (with respect to the production and sale of a good in competition with a like good produced and sold by a covered investment)」<sup>74</sup>，可能係為在規範地方政府控制事業及指定獨占企業時，亦確保不減損 USMCA 涵蓋投資之利益，故在地方政府控制事業及指定獨占企業生產或銷售與協定涵蓋投資所生產或銷售之同類產品具競爭關係之貨品，締約方毋須確保其政府、國家企業或國營企業於授予非商業援助時，對其他締約方不造成負面影響。

## 柒、結論

本文分析 USMCA 國營企業專章新增規範後，整體而論 USMCA 較 CPTPP 對國營企業的規制更為嚴格，透過國營企業與非商業援助定義之擴張、適用範圍更為完備、新增禁止非商業援助之類型，將絕大部分國營企業或實質上之國營企業授予非商業援助通通納入規範。在締約方附件上，整體而言加拿大和墨西哥之地方政府控制事業及指定獨占企業所負擔之透明化等義務加重；但就國營企業之採購則是在一定情況下提供較大的彈性，得不基於商業考量，但仍須符合不歧視原則。

本文目前仍未找到 USMCA 國營企業專章之新增部分係為處理墨西哥及加拿大之國營企業所產生之問題。然而，美國白宮國家貿易委員會主任 Peter Navarro 曾發言表示<sup>75</sup>：「USMCA 國營企業專章所欲規範的是直指北京的不公平

<sup>74</sup> *Id.* Annex 22-D, ¶ (a)(vii).

<sup>75</sup> Isabelle Hoagland, *SOE Chapter in USMCA Broadens Definitions, Mirrors Scope of TPP*, INSIDE U.S. TRADE, Vol. 36, No. 41, Oct 12, 2018.

貿易行為而來」，且 USMCA 將作為現代貿易協定之新的談判模範<sup>76</sup>，再加上部分美國民間機構所發布的報告推測，美國以 USMCA 國營企業專章所欲導正之目標可能係為解決中國國營企業對全球經濟造成之不公平效果<sup>77</sup>，若後續美國能確實以 USMCA 國營企業專章之內容為模板，以之與其他貿易夥伴達成新的雙邊或多邊協定，推行對國營企業更為嚴格的高標準規範<sup>78</sup>，此舉或許真有圍堵中國國營企業之意圖。至於未來美國以外的國家相互談判自由貿易協定時，是否亦以 USMCA 國營企業專章之規範作為模範法，值得吾人持續觀察。



---

<sup>76</sup> Interview by Maria Bartiromo with Peter Navarro, Director, White House National Trade Council, in FOX Business (Oct. 5, 2018), <https://video.foxbusiness.com/v/5844845998001/?#sp=show-clips>.

<sup>77</sup> *AdvaMed Proposals or NAFTA Renegotiation*, ADVANCED MEDICAL TECHNOLOGY ASSOCIATION, [https://www.advamed.org/sites/default/files/resource/advamed\\_proposals\\_for\\_nafta\\_renegotiation.pdf](https://www.advamed.org/sites/default/files/resource/advamed_proposals_for_nafta_renegotiation.pdf) (last visited Dec. 8, 2018).

<sup>78</sup> Amalina Anuar, *Taming Big Brother: G20 Push to Reform SOEs*, 184 RSIS COMMENTARIES, 1, 2 (2018).