

国有企业规则的国际造法走向及中国因应

毕莹*

摘要:碎片化国际竞相造法的背后是欧美国家有序推进国有企业独立规制的新“主体—行为”二元构造:以超越所有权的“广义控制说”为主体审查重心,以脱离自由理念的“管理贸易+国家安全”组合为行为规则基点,旨在实现未来对国有企业全面掌控的主导权,《中欧全面投资协定》反映的正是这一造法走向。我国应善用各类区域路径,在主体上,针对“广义控制说”的双层网状构架,细化规制第一层、灵活应对第二层,确立一种“可防可攻”的国有企业定义;在行为上,一方面从例外或免责的视角构建对抗性治理框架,另一方面率先重视并落实“目的平衡原则”和“比例原则”,积极开拓自身的国有企业规则,变被动为主动,扭转当前南北不平衡的造法局面。

关键词:国有企业 国际造法 控制 竞争中立 管理贸易

一、国有企业规则的国际演进及新挑战

近 10 年来,一些现代国有企业向海外拓展,越来越多地在国际市场开展贸易、投资等活动,形成国有企业的国际化趋势。据统计,在《福布斯》全球 2 000 家最大的公开贸易实体列表中,204 家为国有企业,且主要来自新兴经济体,包括:位居榜首的中国(70 家)、印度(30 家)、俄罗斯(9 家)、阿拉伯联合酋长国(9 家)以及马来西亚(8 家)。^①我国国有企业跨境影响力的加大,不可避免地触发传统国际规则制定者的风险意识,并促使其探寻更有效的规制手段。^②纵观历史,可依据欧美国家对我国制度制衡措施的移转,将国际法上国有企业规制的演进分为“嵌入性”“排他

* 浙江大学光华法学院副教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金一般项目(20BFX200)、浙江省哲学社会科学规划课题(19NDJC176YB)、浙江大学中央高校基本科研业务费专项资金项目(2020QNA235)

① See Kowalski, P. et al., State-owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications, OECD Trade Policy Papers No.147, https://www.oecd-ilibrary.org/trade/state-owned-enterprises_5k4869ckqk71-en, 2022-03-20.

② See Ian Bremmer, The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?, Portfolio, 2011, p.1.

性”以及“全面创设性”3个阶段。

1. “嵌入性”阶段(2006年—2014年)。面对全球治理秩序的变动,嵌入性制衡手段从制度资源层面入手,更具低成本、主动性和灵活性,往往成为首选。^① 在多边贸易体系下主要有两套涉及国有企业的规则:《关税及贸易总协定》(以下简称《关贸总协定》)第17条规定的国营企业条款和由《关贸总协定》第6条、第16条及世界贸易组织(以下简称世贸组织)《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《反补贴协定》)构成的补贴规则。前者在实践中甚少适用,后者因《反补贴协定》第27条免除发展中国家成员针对私有化计划提供的补贴以及第29条允许转型经济成员使用补贴促进其从中央计划经济向市场经济的转变,在很长一段时间内发展中国家以及转型经济体等并不适用反补贴法。伴随国有企业国际化进程的加剧,2006年前后美国一改既往先例,提出在世贸组织多边体系下嵌入反倾销和反补贴的“双反”制衡措施,使得国有企业本身是否属于《反补贴协定》下的“公共机构”成为争议的焦点。^②

2. “排他性”阶段(2014年—2018年)。倘若嵌入性制度不成功,则排他性政策会成为备选项。如此一来,具有相近特性的欧美国家将享受更多的包容性,而我国则在被纳入秩序体系的同时被区别对待并排斥到边缘。^③ 2014年前后由美国主导的12国闭门磋商排他性诸边《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《跨太平洋协定》)谈判的影响开始壮大,而中国既不是谈判方,也非签字国。出于对世贸组织上诉机构“公共机构”解释标准不满意等原因,《跨太平洋协定》第17章首度在国际层面对国有企业进行独立成章的全面设计。2016年美国单方搁置《跨太平洋协定》后,包括第17章在内的协定主要内容均由日本主导的《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《全面进步协定》)承继。^④

3. “全面创设性”阶段(2018年—)及其引发的新挑战。随着中美贸易摩擦不断加剧,世贸组织多边机制受阻,欧美国家开始在单、双、区域层面竞相造法且不限于国际贸易领域,国际投资法、一般国际法乃至国内法的关注度同步提升,对国有企业的规制进入全面创设性阶段,呈现“碎片化”的状态。在国际贸易领域,美、欧、日3方以贸易部长级联合声明的方式,提议针对非市场经济国家制定特殊的补贴和国有企业规则,以推进世贸组织框架内的改革,截至2020年1月14日已发布7份联合声明;《跨太平洋协定》/《全面进步协定》国有企业新规则的影响力继续扩大到后续《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(以下简称《美欧协定》)、《国际服务贸易协定》(以下简称《服务贸易协定》)以及《美墨加协定》等。在国际投资领域,传统上通常并不区分国有企业与私人投资者,但近年来亦倾向于对国有企业进行明确规定,相关案例实践又与涉及主权豁免、国家责任等的一般国际法相关。此外,一些国家开始转向单边,讨论修改国内反垄断法、外商投资法等,以实施更为严格的国有企业投资审查机制。^⑤

这场由欧美国家主导的对国有企业规制的全球变革,势必对当今国际经济秩序造成巨大的

① 参见任琳:《“退出外交”与全球治理秩序——一种制度现实主义的分析》,《国际政治科学》2019年第1期。

② 参见廖诗评:《“中美双反措施案”中的“公共机构”认定问题研究》,《法商研究》2011年第6期。

③ 参见任琳:《“退出外交”与全球治理秩序——一种制度现实主义的分析》,《国际政治科学》2019年第1期。

④ See Julien Sylvestre Fleury, et al., The US Shaping of State-owned Enterprise Disciplines in the Trans-Pacific Partnership, 19 Journal of International Economic Law, 445-465(2016).

⑤ 参见韩立余:《国际法视野下的中国国有企业改革》,《中国法学》2019年第6期;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》,《法商研究》2019年第2期。

冲击与挑战。对我国等新兴国家而言,亟待厘清的是散、乱、杂的现象背后,各种规制路径是如何演进、承继以及嬗变的,进而把握当前竞相造法之势态是一种有序抑或无序的走向。毋庸置疑,在国际法上国有企业新规则的形成将是一个漫长而曲折的博弈过程。面对这一错综复杂的议题,最重要的第一步应是如何认真定义“国有企业”。这也是串联上述一系列碎片化、分散化规制现状的主轴。为此,笔者从纷繁多样的“国有企业认定标准”中确定3个方面的核心要素:(1)“控制”,包括所有、控制或影响等;(2)“职能”,包括组织职能、目的宗旨或活动性质等;(3)“授权”,包括拥有、行使或被授予政府权力等。以此构建一种“三要素”分析框架,在下文中全面考察国际法诸领域中与国有企业相关的国际法规则及案例实践,提炼、比较、评析各个认定模式,以把握欧美国家主导的国际造法宏观走向。

二、国有企业“三要素”认定标准与造法走向考察

(一)国际贸易领域的“国有企业”

1. 《关贸总协定》第17条:“授权+职能+专门规定”标准。该条确立了国营企业参与国际贸易的主要规则,系世贸组织项下唯一关于国有企业的专门规定,一直以来在实践中甚少援引。早期谈判时,美国曾提议将“控制”作为该条款下国有企业的唯一决定因素,^①并认为其是“成员方政府直接或间接对其经营行使实质性控制措施的任何企业”。^②但该定义并未为1947年《关贸总协定》采纳,哈瓦那小组委员会解释说第17条规定的“国有企业”一词无须任何专门定义,一般理解为包括“任何从事购买或销售的政府性机构”即可;1960年的专家组报告进一步将“企业”限定为“有权进行买卖的政府性机构,或指具有此种权力且政府已授予其排他或特别优先权的非政府组织”。^③乌拉圭回合谈判继承了这一规则,并不强调国有企业的所有权,而是着重于“已被授予排他或特别优先权,包括法定或宪法性权力”,以及其在国内市场中的“通过购买或销售对进出口的程度或方向施加影响力”。这意味着《关贸总协定》第17条对于国有企业的认定关注的是“授权”和“职能”而非以“所有权”为一般标志的“控制”。

2. 世贸组织反补贴规则:“控制+职能+授权+一般规定”标准。世贸组织反补贴规则既未直接定义国有企业,也无相关的专门规定。自美国对中国发起反倾销和反补贴调查以来,中国国有商业银行等国有企业是否构成《反补贴协定》第1.1(a)(1)条“公共机构”这一关键问题引发激烈争议。美国主张以“多数股份由政府所有或控制”为判断依据。我国以“是否行使政府授权,以履行政府性质的职能”进行反驳。专家组赞同美国,将“公共机构”一词解释为“任何由政府控制的实体”。上诉机构否定了专家组的看法,明确排除了“多数股份制”的标准,认为“公共机构必须是拥有、行使或被授予政府权力的实体”,并提出“三步判断法”: (1)当法令或其他法律文书明确授权有关实体时,该实体为公共机构;(2)实体事实上正在行使政府职能之证据可作为其拥有或

^① 出于本文研究目的,“state enterprise”或“state-owned enterprise”均译为“国有企业”。

^② General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994, WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice (2019), https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_e.htm, 2022-03-20.

^③ Article XVII State Trading Enterprises, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art17_gatt47.pdf, 2022-03-20.

已被政府授权之证据,特别是当该证据指向一种持续且系统性做法时;(3)有证据表明政府对实体施加“有意义的控制”,其行为可在某些情况下作为有关实体拥有政府授权之证据。^①不难看出,上诉机构将“职能”和“控制”的某些方面融入“授权”。这一折中观点不可避免地面临逻辑矛盾与实践认定困难,特别是何谓“有意义的控制”,出现国有企业处于既非公共机构又非私人机构的漏洞,也引起欧美国家的不满。^②有学者提出修正的“制度说”,主张国有企业仅当以“制度”的方式行使政府所授权的职能时可视为公共机构,反之若为“临时”行使,则系政府委托或指示的私人机构;^③还有学者建议采用一种“基于活动的方法”。^④

3.《服务贸易总协定》:“控制+职能+一般规定”标准。《服务贸易总协定》作为世贸组织服务贸易一般规定,其金融服务附件亦列明了金融部门的“公共实体”。根据《服务贸易总协定》第5(C)条的定义,倘若国有企业为“成员方所有或控制”,并且主要从事“履行政府职能或政府目的之活动”的,则被视为从事金融服务的公共实体。^⑤可见,《服务贸易总协定》项下的相关认定标准以“控制”和“职能”为主,并不考察《关贸总协定》第17条和世贸组织反补贴规则下相对重视的“授权”要素。^⑥

4.《跨太平洋协定》/《全面进步协定》及其后区域贸易协定:“控制+专门规定”标准。在世贸组织和国际法院等普遍实践中,政府所有权仅为确定政府影响或干预的重要证据,而非决定性因素。^⑦换言之,较之“控制”,世贸组织更强调政府的“授权”和“职能”。^⑧与此相对,《跨太平洋协定》/《全面进步协定》可谓国有企业认定模式的重要转折点,重塑了以“所有权”为核心的“控制”标准,并作出独立明确的专章规定。根据《跨太平洋协定》第17.1条的规定,国有企业系指主要从事商业活动的企业且缔约方在该企业中:(1)直接拥有50%以上股份资本,(2)通过所有者权益控制50%以上投票权的行使,或(3)拥有任命董事会或其他同等管理机构过半数成员的权力。该定义通过“股份”“投票权”“任命权”3个方面细化了“控制”概念。尽管澳大利亚、日本

^① See United States—Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/R, Panel Report, October 20, 2010; United States—Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, Appellate Body Report, March 11, 2011; United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China: Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS437/RW, Panel Report, March 21, 2018.

^② See Ru Ding, “Public Body” or Not: Chinese State-owned Enterprise, 48 Journal of World Trade, 167—190 (2014).

^③ See Yueh Ping Yang & Pin Hsien Lee, State Capitalism, State-owned Banks, and WTO’s Subsidy Regime: Proposing an Institution Theory, 54 Stanford Journal of International Law, 117—158 (2018).

^④ See Ru Ding, Interface 2.0 in Rules on State-owned Enterprises: A Comparative Institutional Approach, 23 Journal of International Economic Law, 637—663(2020).

^⑤ See Annex on Financial Services, https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/10-anfin_e.htm, 2022—03—20.

^⑥ See Shixue Hu, Clash of Identifications: State Enterprises in International Law, 19 Business Law Journal, 183(2019).

^⑦ See Jaemin Lee, Trade Agreements’ New Frontier—regulation of State-owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges, 14 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 52 (2019).

^⑧ See Minwoo Kim, Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-owned Enterprises in Trade Agreements, 58 Harvard International Law Journal, 258—259 (2017).

等国在谈判中曾对该条的范围及风险等提出质疑,但是美国仍坚持采用直接规制模式。^①

受《跨太平洋协定》/《全面进步协定》的影响,近年来,美国、欧盟等已签订或正在谈判的区域贸易协定均出现以“控制+专门规定”模式专章规制国有企业的动向,并且“控制”的深度、广度均不断扩大化,主要体现为《美墨加协定》第 22.1 条、《欧盟和越南自由贸易协定》(以下简称《欧盟和越南协定》)第 11.1(g)条、《欧盟和南方共同市场自由贸易协定》(以下简称《欧盟和南方共同市场协定》)第 1 条、《欧盟和日本经济合作伙伴关系协定》(以下简称《欧盟和日本协定》)第 13.1(h)条、《欧盟和亚美尼亚经济合作伙伴关系协定》(以下简称《欧盟和亚美尼亚协定》)第 301 条、《欧盟和哈萨克斯坦加强伙伴关系与合作协定》(以下简称《欧盟和哈萨克斯坦协定》)第 163 条以及谈判中的《美欧协定》(2015 年提案)第 1 条、《服务贸易协定》(2016 年国有企业附件提案)等。其中,《欧盟和哈萨克斯坦协定》是检索中发现唯一采用“国有企业”与“国家控制企业”二元定义的协定。2021 年《英国和澳大利亚自由贸易协定》(以下简称《英澳协定》)签署,其中国有企业章节与全面进步协定高度一致,此不赘述。

(二)国际投资领域的“国有企业”

与国际贸易法相比,国际投资法体系更为庞杂。传统的大多数国际投资协定并未明确提及国有企业,相关认定问题主要体现在以解决投资争端国际中心(以下简称“中心”)为代表的国际仲裁机构实践之中。

1. 《华盛顿公约》与中心争端实践。与国有企业认定直接相关的是《华盛顿公约》第 25 条关于管辖权的规定:争端被告须为“缔约国”,而原告须为“另一缔约国国民”。国有企业由于兼具“国家”和“国民”的特征,因而可作为原告或者被告,并在认定的侧重点上有所不同。具体如下:(1) 作为原告投资者:“控制+授权+职能+一般规定”。《华盛顿公约》专门针对“私人投资者—国家”争端,也即排除“私人—私人”和“国家—国家”投资争端类型。^②一旦初步认定原告投资者系“国家所有或控制”的国有企业,接下来须重点考察是否出于“政府身份”而非“商业身份”,从而超出中心管辖。^③实践中最有影响的为“布罗奇斯标准”。^④该标准重视“授权”和“职能”,并不强调所有权上的区别,认为国有企业不应被取消“另一缔约国国民”的资格,除非它“作为政府的代理人或履行着本质上是政府职能”,留意到英文时态上使用的使用的是正在进行时,而非过去时或一般时,这一细微差别表明应逐案分析特定争端中的具体情况。^⑤“捷克斯洛伐克贸易银行诉斯洛伐

^① See Raj Bhala, Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOE, 14 Manchester Journal of International Economic Law, 18—19(2017).

^② See Giulio Alvaro Cortesi, ICSID Jurisdiction with Regard to State-owned Enterprises: Moving Toward an Approach Based on General International Law, 16 The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 108—138 (2017).

^③ 参见刘雪红:《国家资本主义论下的国企投资者保护——基于投资协定革新的视角》,《法学》2018 年第 5 期。

^④ See Paul Blyschak, State-owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-owned Entities and Their Investments Protection, 6 Journal of International Law and International Relation, 4 (2011).

^⑤ See Shixue Hu, Clash of Identifications: State Enterprises in International Law, 19 Business Law Journal, 188(2019).

克案”^①(以下简称“捷克斯洛伐克贸易银行案”)、“鲁梅利电信诉哈萨克斯坦”^②、“北京城建集团诉也门案”^③援引并发展了“布罗奇斯标准”,将“职能”考察重点置于国有企业的“活动性质”而非“形式结构”。(2) 作为被告国家:“控制+职能+授权+一般规定”。此时,虽然同样关注“职能”和“授权”两大要素,但是基本逻辑与第1种情况相反,即“国家所有或控制”的国有企业是否出于“政府身份”而成为被告。《华盛顿公约》第25条第1款用括号说明的方式对被告“缔约国”一词进行了限制,规定并非所有的国有企业均可视为其上级政府的代理人,只有由该国委派的组成机构或代理才可。在经典的“马菲基尼诉西班牙案”^④中,仲裁庭在审查西班牙加利西亚自治区地方国有实体“西班牙区域发展机构”是否《阿根廷—西班牙双边投资协定》下的“缔约方”时,主要基于“形式结构”的视角,认为“从事营利活动的同时也正在履行着由国家授予地、本质上是政府职能”的实体可视为国家机关。

2. 主权财富基金与《圣地亚哥原则》:“控制+职能+专门规定”标准。主权财富基金系一类具有特殊用途的国有投资基金安排。2008年国际工作组参照相关领域已被广泛接受的国际准则和实践,发布了《圣地亚哥原则》。其中认定要素主要涉及“控制”与“职能”,具体包括:所有权(包括中央和地方政府在内)、活动性质(外国金融资产投资)以及目的宗旨(广泛的投资策略)。《圣地亚哥原则》对所有权的规​​定十分灵活,在其脚注41中进一步指出包括任何通过其进行资产投资的法律安排,制度安排亦可能不同,其宏观经济核算也因情况而异。^⑤

3. 国际投资协定规制动向:“控制+专门规定”标准。随着新兴经济体的兴起,包括主权财富基金在内的国有企业对外投资持续增加,国际投资制度似乎也在逐步发展,以适应与国有企业相关的投资问题。经济合作与发展组织(以下简称经合组织)2015年的一项调查显示,全球1813个国际投资协定中有1524个(84%)并未明确提及政府相关的投资者,但近年来越来越多(16%)地倾向于将“政府所有”或“政府所有或控制”“公共机关”“国家公司和代理机构”“政府机关”等国有企业相关概念纳入投资者定义条款中。其中,美国(100%),澳大利亚(92%),加拿大(81%),日本(72%)和阿联酋(69%)通常会在定义中予以界定。^⑥在全球尚无统一规定的情况下,国际投资协定也会优先为国际投资仲裁庭所尊重,从而对个案中以政府身份在国外投资的国有企业作出区别性对待。^⑦此外,笔者检索发现巴西与阿联酋(2019)、圭亚那(2018)、苏里南

^① See *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/97/4, May 24, 1999.

^② See *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, Award*, ICSID Case No. ARB/05/16, July 29, 2008.

^③ See *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Yemen, Decision on Jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/14/30, May 30, 2017.

^④ See *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/97/7, January 25, 2000.

^⑤ See Santiago Principles, <https://www.ifswf.org/santiago-principles>, 2022-02-20.

^⑥ See Yuri Shima, *The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5js7svp0jkns-en.pdf?expires=1595525988&id=id&accname=guest&checksum=CBB5CD3B03E8322BE7031B9E9E33598A>, 2022-03-20.

^⑦ See Mark Feldman, *Special Focus Issues Note: State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*, 31 ICSID Review, 35(2016).

(2018)、埃塞俄比亚(2018) 4个国家签订的双边投资协定在“企业”的定义中使用了“国有”一词,巴西与阿联酋(2019)的双边投资协定还进一步表述为“国有,无论直接或间接”。^①有学者认为《跨太平洋协定》/《全面进步协定》的国有企业“控制+专门规定”模式是国际贸易和投资共同的分水岭,会影响未来双边投资协定的方向,并呼吁在国际投资法中建立统一的国有企业概念体系。^②值得注意的是,上述欧盟与越南、日本、亚美尼亚和哈萨克斯坦签订的协定,以及谈判中的《美欧协定》/《服务贸易协定》等国有企业章节或明确适用或未排除适用于投资部分。

(三)一般国际法下的“国有企业”

在国有企业的认定出现空白或争议时,国际法实践往往会援引关于国有企业与国家之间关系的一般国际法规则,主要包括2001年国际法委员会编纂的习惯国际法——《关于国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《责任条款草案》)和2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《豁免公约》)。

1.《责任条款草案》第5条:“职能+授权+一般规定”标准。《责任条款草案》第5条列举了国有企业等实体的行为属于政府授权的3种情况:(1)具有行使政府权力的要素,(2)经当事国国内法的授权,(3)限于特定情况下以此资格行事。^③可见,“职能”与“授权”为主要考虑,并不要求对国有企业的所有权等“控制”要素进行审查。^④在认定主权行为时,一般国际法不仅考虑“活动的性质”,也考虑“活动的目的”。《责任条款草案》第5条的评注就指出,权力行使的“目的”特别重要。^⑤

2.《责任条款草案》第8条:“授权+控制+一般规定”标准。《责任条款草案》第8条规定了关于国有企业受国家指示或控制而被视为国家行为的情况,分别确立了“授权”和“控制”两个标准:(1)依据国家明确的指示行事,重点审查个案中履行行为与国家授权之间是否存在真正的联系、是否超出授权范围;(2)受到国家的控制。^⑥何谓“控制”亦须个案判断,大多数国际法案件都否认将所有权作为唯一决定因素。^⑦但从整体来看,一般国际法下的控制标准较为严苛,不会扩展至一国不积极行使控制权的情况。^⑧上述“布罗奇斯标准”似乎结合了《责任条款草案》第5条

^① See UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/>, 2022-03-20.

^② See Mark McLaughlin, Defining a State-owned Enterprise in International Investment Agreements, 34 ICSID Review, 618(2019).

^③ See International Law Commission, Report on the Work of Its Fifty-third Session, U.N. Doc. A/56/10, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf, 2022-03-20.

^④ See Shixue Hu, Clash of Identifications: State Enterprises in International Law, 19 Business Law Journal, 191(2019).

^⑤ See Mark Feldman, Special Focus Issues Note: State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration, 31 ICSID Review, 34(2016).

^⑥ See Shixue Hu, Clash of Identifications: State Enterprises in International Law, 19 Business Law Journal, 193(2019).

^⑦ See James Crawford, The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries, Cambridge University Press, 2002, p.12.

^⑧ See Mark Feldman, Special Focus Issues Note: State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration, 31 ICSID Review, 28(2016).

和第8条的相关方面。

3.《豁免公约》第2条:“职能+授权+一般规定”标准。受国家主权有限豁免理论的影响,《豁免公约》项下的国有企业存在两种法律身份。^①基于第2条的规定,当国有企业“有权行使并且实际在行使国家的主权权力”时,可视为“国家”而获得豁免权。这与《责任条款草案》第5条的认定模式类似。

4.《豁免公约》第10条:“职能+一般规定”标准。根据第10条的规定,倘若国有企业的职能是“商业交易”,则无法享受豁免权。商业交易的定义曾引起激烈的争议:一派主张以“交易目的”作为决定因素,另一派则主张优先考虑“行为性质”。^②《豁免公约》最终采取“性质为主、目的为辅”的方式,在第2.2条规定“应主要参考该合同或交易的性质,但如果合同或交易的当事方已达成一致,或者根据法院地国的实践,合同或交易的目的与确定其非商业性质有关,则其目的也应予以考虑”。

(四)“三要素”认定模式小结与造法走向剖析

在“碎片化”国际竞相造法的背后,欧美国家在国有企业这一主体的认定标准上似乎达成了新的基本共识。具体而言,无论是国际贸易领域下的《关贸总协定》第17条、《反补贴协定》《服务贸易总协定》,还是国际投资领域的《华盛顿公约》《圣地亚哥原则》等,在国有企业认定问题上采取的是“控制”“职能”“授权”3要素相互交织组合而形成的分散复杂、多样化的认定标准。然而,以《跨太平洋协定》《全面进步协定》为分界线,包括其后所签订或谈判的区域贸易协定和国际投资协定等,均呈现朝统一简化“广义控制说”的方向收敛之趋势。对通过该认定标准的国有企业而言,所适用的行为规则也从与其他政府主体“合并规制”的做法走向“分立规制”,即发展出一套专门针对“国有企业”主体的特别规则且同时适用于贸易与投资诸领域。国有企业规则越独立、融合化,相应地因须填补空白而对《责任条款草案》或《豁免公约》等一般国际法规则的依赖度就越低,再加之当代受国有企业等主体“商业例外”的影响,一般国际法在国有企业规制上的烙印会加速淡化。一言以蔽之,以“主体—行为”二元结构来表达,国有企业规则的总体国际造法走向为:从传统的“类政府主体的判断+一般规定的适用”模式逐步转向一种全新的“国有企业主体的判断+专门规定的适用”模式。

三、国有企业的新“主体—行为”二元构造图景

(一)主体标准:由“职能”和“授权”为主、“控制”为辅向“广义控制说”发展

在传统上,以世贸组织为代表的多边贸易领域根基于“所有制中立”原则,主张对世界贸易体系而言,重要的并非国家所有权本身,而是容许国有企业享有特权以及垄断地位从而可能减损自由化承诺的市场结构,因而世贸组织在规则设计上是基于市场经济结构这一假设并将私人企业

^① See Roger O'Keefe & Christian J. Tams eds., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2013, p.5.

^② See Shixue Hu, *Clash of Identifications: State Enterprises in International Law*, 19 *Business Law Journal*, 195(2019).

作为市场经济的标志,并未定义任何特定的经济体,其义务承担也与贸易主体的所有权无关。^①反映在《关贸总协定》第17条、《反补贴协定》等对国有企业的认定上,并不重视以所有权为主的“控制”要素。类似地,在国际投资领域,“鼓励私人投资”和“去政治化”长久以来是中心多边投资机制的基本宗旨,当国有企业以商业行为而非政府行为进行国外投资时,《华盛顿公约》及国际投资协定等提供的保护通常可同时适用于私人 and 国有企业。^②有学者主张基于资本来源对私人投资与公共投资的经典区分没有意义,这两种类型的投资均可具有商业目标,并可采取相同的行动。^③也即“控制”要素似乎仅作为触发“职能”以及“授权”要素以审查国有企业是否“作为政府的代理人或履行着本质上是政府职能”的门槛。然而,在新“主体—行为”二元结构下,国有企业主体的判断至关重要。与传统的旨在审查国有企业是否“类”政府主体从而“准”适用一般规则的“合并规制”相比,“独立规制”下国有企业定义的直接明确化不可或缺。由此,以《跨太平洋协定》/《全面进步协定》为重要分水岭,“控制”要素从辅助地位一跃成为核心,并且深度和广度均不断扩大化,既往国际法各个领域下以“职能”和“授权”为主、“控制”为辅的通行做法,正朝着一种“广义控制说”的方向趋同收敛,并呈现双层网状架构。

1. 第一层“控制”:以“所有权”为核心。“控制”之第一层仍以“所有权”为主要审查对象,但衡量因素不再限于多数股份制,而是“直接或间接”与“股权”“投票权”以及“任命权”的多种组合搭配:(1)《跨太平洋协定》/《全面进步协定》将股份资本明确为“直接拥有”,而“投票权”和“任命权”则无此限定;(2)《美墨加协定》将“直接或间接”同时适用于“股权”和“投票权”,而“任命权”无此限定;(3)《欧盟和越南协定》/《欧盟和亚美尼亚协定》和谈判中的《美欧协定》均将“直接或间接”置于总条件,同时适用于“股权”“投票权”以及“任命权”;(4)《欧盟和南方共同市场协定》/《欧盟和哈萨克斯坦协定》对“国有企业”部分并无“直接或间接”的表述,且只关注“股权”和“投票权”,“直接或间接”的“任命权”则规定于《欧盟和哈萨克斯坦协定》“国家控制企业”部分;(5)《欧盟和日本协定》将“股权”表述为“直接拥有”,将“投票权”规定为“直接或间接”,而对“任命权”则并无任何限定。可见,各个协定通过设计不同的搭配表述来微调国有企业的主体范围。

2. 第二层“控制”:超越“所有权”。“控制”之第二层,审查的重心与“所有权”逐渐脱钩,转向更广的“控制”或“决定性影响”,成为重要的新特征。自《跨太平洋协定》/《全面进步协定》出台以来,欧美国家签订的区域贸易及投资协定在国有企业的认定标准上,除细化所有权的审查外,均增加了类似兜底的控制条款。按表述条件的不同,可大致梳理为5类:(1)所有权权益+控制:“有权通过任何其他所有权权益(包括间接或少数所有权)控制企业”,(2)同等程度+控制:“根据其治理规则对企业行使同等程度的控制”“有权根据企业的法律法规合法地指导企业的行为或以其他方式行使同等程度的控制权”,(3)战略决策+控制:“可以控制企业的战略决策”,(4)控制:“可控制企业”“可能实施控制的企业”,(5)决定性影响:“直接或间接地行使决定性影响或具有该可能性”等。

^① See Julia Ya Qin, WTO Regulation of Subsidies to State-owned Enterprises (SOEs): A Critical Appraisal of the China Accession Protocol, 7 Journal of International Economic Law, 31-34(2004).

^② See Mark Feldman, Special Focus Issues Note: State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration, 31 ICSID Review, 10(2016).

^③ See Shixue Hu, Clash of Identifications: State Enterprises in International Law, 19 Business Law Journal, 188-189 (2019).

3. “广义控制说”下主体范围之扩张:“事实上的国有企业”。值得注意的是,近年来欧美与涉外投资相关的国内法动向也是朝着“广义控制说”发展,相关内容细节亦可为把握“控制条款”的适用范围提供线索。例如,美国新修改的《外国投资风险审查现代化法》将国家安全调查标准从实质的所有权扩大至基于对外国投资者(含外国政府)的控制权分析,并首次在法律中直接规定“控制”为“直接或间接的权力,不论是否行使,以确定、指示或决定影响实体的重要事项”。该定义似乎包括“消极权利”赋予控制权的情形,如国家仅在公司中拥有少数股权、持有尚未行使的认股权证、其他的或有权益等,但却可以阻止其作出某些关键决定。^①又如,《欧盟合并条例》对“控制”的审查主要基于“所有权”和“行使实际影响”两个条件,并认为法律上的评估已经足够,即只须考察是否具有法律上的监督和控制权,而不考虑任何其他公共机构的任何事实上的影响。然而近年来越来越多的外商投资合并案似乎表明,该做法在审查特别是审查中国国有企业时存在问题,因此建议在统一的“单一实体”理论体系下,将“法律上的控制”与更广的、反映制度环境的“事实上控制”结合进行评估。^②

尽管各种条文表述广泛而模糊,也尚未有实践案例,但是相关国内法动向表明,“控制条款”的范围极广,涉及一种逐案进行的直接与间接并重、法律与事实兼顾的全面审查。与以往以“职能”和“授权”为主的复杂谨慎的判断标准相比,基于“广义控制说”的新主体标准似乎变得简单且易于被滥用,尤其是被推定为“事实上的国有企业”的可能性大幅增加。

(二)行为标准:由“类政府主体”的一般法向“管理贸易+国家安全”的特别法发展

与传统“类政府主体的判断+一般规定的适用”的“合并规制”的判断逻辑不同,在新“主体—行为”二元构造动态下,明确主体标准为首要任务,其次是如何“独立规制”,即国际法下专门适用于国有企业的行为标准。

1. 竞争中立系列规则:“美国模式”与“欧盟模式”。就新的行为标准而言,尽管目前尚无清晰的体系,但是似乎可沿着竞争中立系列规则这一脉络主线进行追踪。竞争中立起源于 20 世纪 90 年代的澳大利亚,经合组织及联合国贸易和发展会议等国际组织将之推广至全球。^③美国于 2011 年底正式公布这一概念并主导推动纳入《跨太平洋协定》,认为国家所有权本身是相关的,在公司治理上比较薄弱的国有企业更易于损害中立的竞争环境,从而造成市场的扭曲。传统的反补贴等贸易政策仅是事后和暂时性措施,而非规制如今国际贸易中广泛存在的国有企业活动的最佳方案。^④由此,《跨太平洋协定》第 17 章以非歧视待遇和商业考虑、非商业援助以及透明度为 3 大基本义务,共计 15 条、6 个附件、1 个单独列示各国不符活动的附件 4,全面设计国有企业的行为标准,成为效仿范本。从文本看,可进一步细分为美国模式与欧盟模式。前者以《跨太

^① See Julien Chaisse, *Untangling the Triangle: Issues for State-controlled Entities in Trade, Investment, and Competition Law*, in Julien Chaisse & Tsai Yu Lin eds., *International Economic Law and Governance Essays in Honor of Mitsuo Matsushita*, Oxford Express, 2016, p.237.

^② See Julien Briguet, *The State's Invisible Hand: Chinese SOEs Facing EU Antitrust Law*, 52 *Journal of World Trade*, 857(2018).

^③ See Ed Willett & Deborah Cope, *A New Competitive Neutrality*, 25 *Competition & Consumer Law Journal*, 3-4(2018).

^④ See Ines Willems, *Disciplines on State-owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction?* 19 *Journal of International Economic Law*, 680 (2016).

平洋协定》/《全面进步协定》/《美墨加协定》/《英澳协定》为代表,基本以《跨太平洋协定》为范本,表述较为统一、内容详尽,在实质性义务上的核心特征为:(1)非歧视待遇与商业考虑合并规制;(2)改造世贸组织补贴规则,并创设非商业援助新义务;(3)未提及与世贸组织项下《关贸总协定》第17条等义务间的承继关系。相对而言,欧盟签订的区域贸易协定则比较多元灵活、内容相对简单,表述并不统一,其核心特征包括:(1)非歧视待遇与商业考虑有的合并规制(如《欧盟和日本协定》/《欧盟和亚美尼亚协定》),有的分立规制(如《欧盟和哈萨克斯坦协定》),还有的仅规定商业考虑,无非歧视待遇(如《欧盟和南方共同市场协定》);(2)未引入非商业援助硬性义务,一般要求尊重经合组织国有企业公司治理指南等软性规定;(3)一般均明确《关贸总协定》第17条等相关义务的适用(如《欧盟和日本协定》第13.3条、《欧盟和越南协定》第11.2条、《欧盟和南方共同市场协定》第3条等)。从总体看,美国模式相对硬性激进,反映出其在国有企业规则的推进上采取“刺猬式”谈判法;而欧盟模式则相对软性缓和,既明确对现存多边框架的承继关系,又会根据对象不同而调整规则,呈现“狐狸式”谈判法。

2.揭开竞争中立的面纱:“管理贸易+国家安全”组合规则。此类组合规则虽然经过竞争中立理论的包装以及复杂多样的规则安排,但是在本质上还是由“自由贸易”向“管理贸易”回归,即政府干预或主导国际贸易。^①或者更确切地说,是一种“升级的国家安全管理贸易”,该统一化概念凝练了长达36页《跨太平洋协定》第17章的存在意义。逐词来看,“升级”不仅是指从国际贸易协定现代化的角度,第17章具有“超世贸组织/关贸总协定”的独特性,即承继并实质性地拓展《关贸总协定》第17条等基本义务的适用范围,更重要的是分别对应“国家安全”与“管理贸易”各自的改进:“管理贸易”主要体现为错综复杂的法律豁免以及与国有企业贸易完全自由化相关规则的适用限制,而“国家安全”的“升级”意味着使用非军事力量来加深同盟之间的贸易规则联系,并限制来自挑战者(特别指中国)的国有企业的影响。^②上述特性在美国模式中体现得尤为明显,欧盟模式则相对灵活简单,似乎并不那么清晰。然而,从美、欧、日部长声明共识、《美欧协定》谈判等欧盟的立场表达以及近年来《外国补贴白皮书》(2020)的发布^③等动向综合来看,没有理由怀疑欧盟模式与美国模式有本质的差别。所不同的是在推进路径上,欧盟极大可能会利用其在域内市场上诸如竞争法等相对丰富成熟的经验优势,以公平竞争的理念加以包装,在后续执行中去解释或充实协定条款的内容细节,将欧盟的规则和标准转换成全球标准,实现所谓“布鲁塞尔效应”。

3.新行为标准之未来演进轨迹:“黑洞引力式”的国际化。揭开竞争中立的面纱,未来国际法下国有企业“独立规制”之行为标准的总体趋势会继续朝着“管理贸易+国家安全”这一组合规则的方向收敛与细化:不仅《跨太平洋协定》/《全面进步协定》后时代欧美国家所签订的区域贸易协定会不断协调彼此的国有企业规则,而且随着其他诸如主权财富基金规则、以双边投资协定为主的国际投资协定、谈判中的《美欧协定》和《服务贸易协定》以及包含《美国外国投资风险审查现代

^① 参见石静霞:《〈中美经贸协议〉的WTO合规性:“管理贸易”vs“自由贸易”》, https://www.sohu.com/a/368506745_463913, 2022-03-20.

^② See Raj Bhala, Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOE, 14 Manchester Journal of International Economic Law, 6-12(2017).

^③ See Commission Adopts White Paper on Foreign Subsidies in the Single Market, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1070, 2022-03-20.

化法》《欧盟外国补贴白皮书》在内的国内涉外投资法等不断地向“广义控制说”趋同,如同黑洞强大的吸引力,一旦国有企业的主体标准实现“并轨”,一方面这些投资领域可直接对接适用竞争中立系列规则,另一方面它们创设的一系列与国有企业投资安全审查相关的专门规定也会纳入“管理贸易+国家安全”组合规则之中,为打造统一的行为标准奠定基础。例如,有学者详细分析了投资条约下国有企业对国家安全的威胁,认为未来国际投资协定的起草具有明确的路线图,即对国有企业投资者及其复杂性的考虑,并指出“省略准入前非歧视待遇”和“引入安全例外条款内容”是其中两个具有特别深远影响力的决定。^①可以预想,如何在“保护性”与“保护主义”之间设平衡点,将会是下阶段各国博弈的核心。

从短期来看,竞相造法必然会带来诸如横向上世贸组织多边体系与《跨太平洋协定》/《全面进步协定》等区域贸易协定之间、纵向上国际层面的中心机制与国内层面的投资法之间在国有企业问题上的管辖竞合与规则冲突。从长远来看,构建区别对待、管理贸易、以国家安全为重的国有企业新“主体—行为”二元结构将会对以非歧视、所有制中立、自由贸易、国民待遇为根基的现代国际秩序造成颠覆性冲击。在造法路径上,引用国际规范生命周期三阶段理论,尽管《跨太平洋协定》/《全面进步协定》第17章尚不成熟,但是可谓欧美国家国有企业国际造法的第一阶段即“规范倡导者”阶段;这些规范在国际法各个领域通过多边升级化、区域法全球化以及国内法国际化3条基本路径逐渐地扩散至其他国家,此即处于第二阶段的“社会化”阶段,目前我们似乎正处于这一阶段;最终,实现规范普及的最高阶段即“内化”阶段,这时规范获得一种理所当然的特性,为行为者广泛遵守,从而直接对中国的国有企业产生影响和约束力。^②

四、《中欧协定》国有企业条款述评及我国的因应

《跨太平洋协定》/《全面进步协定》后时代全面开启了国有企业的新“主体—行为”二元构造:以超越所有权的“广义控制说”为主体审查重心,以脱离自由理念的“管理贸易+国家安全”组合为行为规则基点。欧美国家这一“独立规制”的走向显然是“将中国放在心上”,^③旨在实现未来对国有企业全面掌控的主导权,塑造一种国际社会秩序,安排其他国家或主体的位置,而新制度一旦创设即具独立性,导致任何体系成员都意想不到的结果。^④在2020年12月底完成的《中欧全面投资协定》(以下简称《中欧协定》)谈判中,我国首次明确承担国有企业的相关义务,释放出主动与国际接轨的重要信号。2021年9月我国正式递交加入《全面进步协定》申请,故在国有企业问题上我国如何因应,已然无法逃避。《中欧协定》尽管生效前景尚不明晰,但是在国有企业等一系列规则的设计上,无疑具有明显的先进性和范式研究意义。^⑤

(一)《中欧协定》国有企业条款评析:以新“主体—行为”二元构造为导向

^① See Mark McLaughlin, State-owned Enterprises and Threats to National Security under Investment Treaties, 19 Chinese Journal of International Law, 44-45(2020).

^② 参见袁正清、肖莹莹:《国际规范研究的演进逻辑及其未来面向》,《中国社会科学评价》2021年第3期。

^③ See Mark Wu, The “China, Inc.” Challenge to Global Trade Governance, 57 Harvard International Law Journal, 315(2016).

^④ 参见任琳:《“退出外交”与全球治理秩序——一种制度现实主义的分析》,《国际政治科学》2019年第1期。

^⑤ 参见石静霞:《〈中欧全面投资协定〉:我国商签经贸条约的新范式》,《国际法研究》2021年第5期。

《中欧协定》既没有独立的公平竞争章节,通篇也并未出现“国有企业”的字样,而是在第2章(投资自由化)第3之2条中以“涵盖实体”的方式对国有企业主体进行了规制。这体现了中欧谈判妥协之下的技巧性处理。《中欧协定》中的国有企业规则反映的正是欧美国家朝着新“主体—行为”二元造法的方向迈进。作为认真对待“国有企业”的第一步,该条1(a)项和(b)项实际上嵌入了针对中央和地方所有政府在内的“广义控制说”这一新的主体认定标准,可谓欧盟的最大亮点之一,开启未来与其他各类国有企业规则“并轨”进而予以独立规制的多重可能性。第1(a)(i—iii)项将“直接或间接”作为总的限定条件,与“股权”“投票权”以及“任命权”相组合,确立第一层“控制”,即以“所有权”为核心的最广范围;进一步地,通过第1(a)(iv)项“所有权权益+控制”类与第1(b)项“同等程度+控制”类,实现了第二层“控制”,超越了“所有权”,从而使主体范围得到全面扩张。

就行为标准而言,《中欧协定》基本延续欧盟模式的一贯风格,比较灵活简单,在表述上又根据中国这一特定的谈判对象,于不变中求变。表面上看似不变的寥寥几条规则,至少埋有如下几点向“管理贸易+国家安全”组合推进的伏笔:(1)商业考虑义务的适用范围由世贸组织多边义务下限于货物贸易逐步拓展至全面涵盖货物、服务以及投资;^①(2)非歧视待遇义务的内涵由《关贸总协定》第17条项下仅限于最惠国待遇延伸至广义的最惠国待遇和国民待遇,^②特别是对投资领域国民待遇如何认定,存在很多不确定的因素;^③(3)商业考虑与非歧视待遇两项义务的适用关系,也从世贸组织多边项下较为严格的依附关系判定转向一种强化须符合两项相互独立义务的要求;^④(4)欧盟模式下灵活松散的条文规定,将为未来在执行中适用其自身具体标准与规则提供充足空间,尤其是在竞争法方面。自《关贸总协定》(第17条)谈判开始,欧盟就一直积极主张将竞争法及竞争政策引入世贸组织多边贸易体系。^⑤考虑到《中欧协定》下国有企业规则实属公平竞争相关承诺,^⑥再加上商业考虑与非歧视待遇的义务对象是企业行为而非政府行为,^⑦因此在诸如相关市场、销售或购买者、定价等义务细节判定上,很容易植入欧盟式竞争性义务标准,

① 限于欧盟的权限及投资条约基本框架,《中欧全面投资协定》对商业考虑条款的适用范围作了有限扩张,即适用于与通过设立企业并经营投资相关的货物与服务贸易。

② See William J. Davey, Article XVII GATT: An Overview, in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis eds., State Trading in the Twenty-first Century World Trade Forum, Volume I, University of Michigan Press, 1998, p. 32.

③ See Julien Chaisse, Untangling the Triangle: Issues for State-controlled Entities in Trade, Investment, and Competition Law, in Julien Chaisse & Tsai Yu Lin eds., International Economic Law and Governance Essays in Honour of Mitsuo Matsushita, Oxford Express, 2016, p.258.

④ 関根豪政「貿易協定を通じた国有企業規制—「商業的考慮」の概念の展開」DPRIETI Discussion Paper Series 17-J-069を参照, <https://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/17j069.pdf>, 2022-03-20。

⑤ 参见毕莹:《倾销:反倾销法抑或竞争法?》(英文),知识产权出版社2011年版,第190~191页。

⑥ See EU-China Comprehensive Agreement on Investment the Agreement in Principle, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159242.pdf, 2022-03-20。

⑦ See Aaditya Mattoo, Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services, in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis eds., State Trading in the Twenty-first Century World Trade Forum, Volume I, University of Michigan Press, 1998, p.40.

甚至是其域内涉外投资法和补贴法的新监管标准,^①逐步实现对国有企业的“管理贸易+国家安全”组合管控。(5)《中欧协定》未明确对《关贸总协定》第17条等的适用关系,可能的考虑一是投资协定,二是未明确“国有企业”字样,因此在形式上无法直接承继。然而,这似乎也为突破世贸组织多边体系、未来对接美国模式,从“超世贸组织”迈向“代替世贸组织”,最终形成统一的国有企业规则埋下伏笔。

(二)因应对策:保守型与开拓型相结合

以《中欧协定》为起点,未来如何在国际层面全面应对国有企业的规制,避免仅是被动地接受欧美国家的单边监管措施,积极改革并创设能体现包括中国在内的新兴经济体利益的规则制定权,亟待行动。从保守的角度看,鉴于《中欧协定》并未明确使用“国有企业”一词,而是以“涵盖实体”与其他实体并列规制,在理论上我们仍可利用现有的多边平台进行抗辩,坚持“类政府主体的判断+一般规定的适用”是国有企业的审查重点,以所有制中立、投资去政治化、非歧视原则等为核心理由,反对明确定义国有企业并将之与其他私人企业相区别的做法,主张继续以“职能”和“授权”为主、“控制”为辅的通行做法,强调一般国际法在国家行为判断上的严格标准与豁免权,同时配合国内国有企业混合所有制改革,调整国有股权比例。更重要的是,我国应把握并继续追踪由欧美国家主导的“主体一行为”新二元规则构造之走向,针对诸如上述《中欧协定》中有利于欧美国家单边监管国有企业的细节漏洞,有目的、有计划地在各类区域贸易协定、投资协定以及“一带一路”倡议等路径上,积极开拓自身国有企业规则,变被动为主动,扭转当前南北不平衡的造法势态。以下笔者试提出方向性建议,以期抛砖引玉。

1. 主体标准之开拓型对策:“可防可攻”的国有企业定义。在主体标准上,不建议推广《中欧协定》的认定模式,针对“广义控制说”的双层网状构架,我国可细化规制第一层、灵活应对第二层,确立一种“可防可攻”的国有企业定义。考虑到“控制”之第一层以“所有权”为主要审查对象,具体存在“直接或间接”与“股权”“投票权”以及“任命权”的各种组合搭配,结合我国的具体情况,在国有企业的定义上应尽量缩小范围,明确规定为“直接”与“股权”“投票权”的具体份额配比关系,既不考虑“间接”拥有或持有,也不涉及与人事任免相关的(党委或党支部)、较为模糊的“任命权”。^② 比较难于应对的是第二层自由裁量权极其宽泛的兜底式“控制条款”。从某种意义上讲,这条可谓欧美国家专门为应对中国企业的挑战而发明的“新武器”。有学者认为,一直以来国际贸易和投资制度在很大程度上依赖以“所有权”为基础来区分企业,尽管“所有权”一般是企业治理问题的试金石,但是以此为依据对中国进行国有企业与私人企业的区别时,就会忽视“国家制度环境”(国资委、党委等因素)这一现实及其对一切大型企业的形式结构及运作的影响。换言之,既往应对全球经济中国企业崛起之政策是不精确、具有误导性的。^③ 在提及有必要就国有企业“超越股份所有权”的“控制”或“有效/决定性影响”的国际定义达成新共识时,有学者主张将

^① See Sekine Takemasa, Possibility of Developing and Expanding the Regulation of Subsidies through Free Trade Agreements (FTAs): Analysis Focusing on a Trend in FTAs Concluded by the EU, 16 Public Policy Review, 2020, https://www.mof.go.jp/english/pri/publication/pp_review/ppr16_05_07.pdf, 2022-03-20.

^② 参见管健:《非市场经济新规则 WTO 改革综述之三》, <http://www.cbnri.org/news/5442744.html>, 2022-03-20.

^③ See Curtis J Milhaupt & Wentong Zheng, Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm, 103 Georgetown Law Journal, 1-14 (2015).

“国家俘获”理论作为一种解释性工具,对企业进行如下各方面的审查:(1)管理层的政治联系,(2)政府提供财政支持的程度,(3)商会对其活动的协调,(4)规制者以访谈的方式迫使或鼓励其遵守政府政策,(5)强制参与结构调整等。^①一方面,“国家俘获”理论及其5个方面的评估因素可为预测及应对“控制条款”的未来适用提供更多的思考空间,特别是判断何谓“事实上”的控制或决定性影响;另一方面,出于摒弃国有企业与私人企业二分法的“超越股份所有权”之思维考虑,在宽泛的“控制条款”所授予的直接与间接并重、法律与事实兼顾的逐案全面审查权之下,将会出现大量诸如中兴、华为等“法律上”民营企业或混合制企业,但却被认定为“事实上的国有企业”,从而不得不接受国有企业的“独立规制”。正是基于此,仅仅推行国有企业所有制改革是不够的。在应对“控制”之第二层方面,原则上我国应拒绝接受任何没有限定条件的兜底“控制条款”。作为新武器的“控制条款”其实也是一柄“双刃剑”,欧美国家试图利用它扩大对我国国有企业乃至私人企业的整体规制面,反过来我国也可以通过设计“事实上的国有企业”的判断标准,从而约束那些欧美国家本身大量存在的、受政府控制日益加剧的民营企业(尤其是科技领域)的行为。对此,《欧盟和哈萨克斯坦协定》的二分定义法提供了一种新思路,我国可利用区域开拓型路径,区别定义“国有企业”与“国家控制企业”,将前者明确限定为“直接”与“股权”“投票权”的具体份额配比关系;将后者仿效兜底“控制条款”的各种类型,针对欧美国家政府“控制”企业的特点另行确立具体的表述条件。

2.行为标准之开拓型对策:构建对抗性与平衡性机制。在行为标准上,尽管创设出一套为我国量身定做、思考缜密的“范本式”国有企业规则以推广至全球的想法目前可能过于超前,但是针对欧美国家“管理贸易+国家安全”组合规则之发展趋势,我国利用区域这一推进平台,至少有两个方面的应对方案值得尝试:(1)从例外或免责的维度构建对抗性治理框架。在企业规模和隶属关系、行使政府职能、应对经济紧急情况临时性措施等一般豁免之外,^②有学者提出中国可以借鉴《加拿大投资法案》的“净收益”测试,将诸如“一带一路”倡议下旨在通过合作促进互利、以国家为导向的公共政策目标亦纳入衡量因素。^③如此,可从我国投资量较大的区域协定入手嵌入条款,将那些既符合我国投资战略目标、又获东道国承认有利于其自身发展的国有企业“双赢型”投资行为合理化,作为“管理贸易+国家安全”的例外。“包容”可能发展成为未来国际经济合作的重要新原则,国有企业可在微观的“制度包容”(如“一带一路”倡议基础设施建设)层面发挥重大作用。^④(2)考虑到“管理贸易+国家安全”组合规则的博弈核心将移至“保护性”与“保护主义”之间的平衡,因此与坚持所有制中立、非歧视原则等主张相比,更有效的应对方案是先于欧美国家一步重视并细化落实“目的平衡原则”和“比例原则”在国有企业行为规制上的组合适用与解

^① See Mark McLaughlin, *Defining a State-owned Enterprise in International Investment Agreements*, 34 IC-SID Review, 623-624 (2019).

^② 参见张春霖:《CPTPP关于其国企规则的例外和豁免规定》, <https://opinion.caixin.com/2020-11-27/101633005.html>, 2022-03-20.

^③ See Mark McLaughlin, *Defining a State-owned Enterprise in International Investment Agreements*, 34 IC-SID Review, 622(2019).

^④ 参见毕莹:《“包容”:一带一路下全球治理的中国软法方案和推进路径》,《深圳大学学报》(人文社科版)2019年第3期。

释,与我国“制内市场”的特点^①以及国有企业分类改革^②动态关联,以创设对抗诸如欧盟“布鲁塞尔效应”的平衡性机制。

Abstract: Underneath the fragmented competition in international lawmaking of state-owned enterprises (SOEs), western countries are orderly promoting the independent regulation over SOEs featured by a brand-new “Subject-Behavior” dual structure. Aimed at a dominate control over SOEs in the future, concerning Subject, a broad discretion based on “Control beyond Ownership” test is established, while regarding Behavior, a combination of “Managed Trade + National Security” derailed from the notion of free trade is set as the benchmark. EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) has just reflected this tendency. China should take chances of various regional avenues to develop its own SOE disciplines, so as to reverse the current imbalance in lawmaking between the north and the south. In terms of Subject, in response to the double-layer networked structure of “Control beyond Ownership” test, we could refine the first layer, and then deal with the second layer flexibly, so to equip SOE definitions with both “offensive and defensive” abilities. In terms of Behavior, on the one hand, we could establish countermeasure mechanisms from the perspective of exceptions and exemptions. On the other hand, we could emphasize in advance and adopt workable measures to implement the principles of “Balance of Object and Purpose” and “Proportionality”.

Key Words: SOEs, international lawmaking, control, competitive neutrality, managed trade

责任编辑 何 艳

① 参见郑永年、黄彦杰:《制内市场:中国国家主导型政治经济学》,浙江人民出版社 2020 年版,第 1~5 页。

② 参见张春霖:《如何加快国有经济布局调整》, <https://www.jiemian.com/article/2746924.html>, 2022-03-20。