

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

刘 雪 红*

摘要:中国国有企业以“公私混合”身份参与全球经济竞争引发激烈争议,甚至构成中美贸易战的焦点。原系澳大利亚国内竞争政策的“竞争中立”正通过欧美新区域贸易协定成为国有企业国际新规则。竞争中立规则内含的新型反补贴、商业考量和公司治理要求,实质是以“行为规制”改变“主体属性”,既可避免国有企业的“私有化”,又可通过“公平竞争”的要求实现国有企业的商业化塑造。从政治经济学角度看,竞争中立规则虽是西方排斥中国国有企业、展开制度竞争的法律武器,但不失符合市场经济规律、促成国有企业回归企业本质的合理成份。我国可积极推出中国版的竞争中立规则以促其向“良法”发展,并在批判借鉴欧美范式的基础上推进政府补贴和公平竞争审查制度的法律化,助推国有企业的商业化塑造和良性发展。

关键词:国有企业 竞争中立 商业化塑造 欧美区域贸易协定

一、问题的提出:国有企业的身份困境与不公平竞争

国有企业的身份定位系世界性难题。^①世界银行曾指出:“国有企业身份不明确,会在国有企业治理、所有者角色、国有企业与其他政府部门关系以及法律之间的关系等问题上引发混乱。”^②问题的关键在于,如何让天然具有因公优势的国有企业实现身份正位?当前欧美国家正绕过世界贸易组织(以下简称世贸组织),率先通过区域贸易协定推行新型国有企业规则。这些国有企业规则以竞争中立为主要内容,^③具有以“行为规制”改变“主体属性”的隐蔽效应,体现了西方国家对国有企业问题从“身份之争”转向“身份改变”的战略变化。^④由于“竞争中立”和“身份改变”属于国有企业新规制问题的两个方面,对国有企业、政府甚至一国的基本经济制度都提出新要求,对中国而言是一项巨大的挑战,也是中西方在不同发展阶段

* 华东政法大学经济法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金项目(16CFX066)

① 参见王金存:《破解难题——世界国有企业比较研究》,华东师范大学出版社1999年版,第340页。

② See the World Bank Corporate Governance, Held by the Visible Hand——The Challenge of SOE Corporate Governance for Emerging Markets, 2006, p. 8, <http://documents.worldbank.org/curated/en/396071468158997475/pdf/377110Corporate0Governance0SOEs01PUBLIC1.pdf>, 2018-12-12.

③ 本文主要以《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)、《美国—墨西哥—加拿大协定》(USMCA)、《国际服务贸易协定》(TiSA)、《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)、《欧盟和加拿大综合性经济贸易协议》(CETA)、《欧盟和日本经济伙伴关系协定》(EPA)的文本为对象展开探讨。目前,《美国—墨西哥—加拿大协定》签署、《欧盟和加拿大综合性经济贸易协定》临时生效、《欧盟和日本经济伙伴关系协定》生效。其他协定虽然基本被搁置,但这些协定文本都具有重要研究价值。其中,《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》可公开获得的仅为欧盟建议版,本文讨论以欧盟官网最新公开的文本为主;《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP,成员为除美国之外的11国)中的国有企业条款全部出自《跨太平洋伙伴关系协定》,《美国—墨西哥—加拿大协定》国有企业章节条款也与《跨太平洋伙伴关系协定》高度相似,故涉及相关条文时侧重讨论《跨太平洋伙伴关系协定》文本。

④ 参见刘雪红:《论国有企业私人投资者身份认定及启示——以ICSID仲裁申请人资格为视角》,《上海对外经贸大学学报》2017年第3期。

再次获取合作共识的关键。

在当前逆全球化的国际新形势下,频繁现身世界五百强的中国国有企业,其国际化发展引发了公私企业全球同台竞争的新格局。中国国有企业以何种身份参与国际经济活动、能否确保公平竞争的问题愈发凸显,甚至成为2018年中美贸易战的核心焦点。美国多次指责中国国有企业并非纯粹的商业实体,而是被政府控制用于实施《中国制造2025》等产业计划、“窃取”外国技术、进行海外投资扩张等战略的“行为体”,是导致不公平贸易以及美国对华实施惩罚性关税的重要因素。^①事实上,欧美等国家和地区对中国国有企业身份的质疑和排斥由来已久,美国、欧盟和日本自2017年年底至今已连续数次会面讨论扭曲市场的补贴行为以及国有企业的不公平竞争问题,新型的产业补贴规则和国有企业规范呼之欲出。中国国有企业的身份定位问题是西方抨击中国推行“国家资本主义”、引发不公平贸易之争的关键点,也是中西方在政治经济制度、国家治理模式等方面分歧和冲突的表现。^②

其实,中国国有企业早在20世纪90年代就启动了现代企业和公司制改革,但国有企业的身份定位至今仍旧备受争议。2015年《深化国有企业改革的指导意见》出台后,依分类改革的要求,国有企业被划分为公共和商业两类,被归为商业类的国有企业要“按照市场化要求实行商业化运作”。为实现商业类国有企业独立的市场主体身份,中国政府对国有企业进行了混合所有制改革、公司治理改革、资本化运营、监管体制改革等诸多探索。然而,国外很多观点仍坚持上述措施无法改变政府对国有企业的实质控制和影响,认为国有企业是“政府代理人”,并以政府提供的竞争优势参与国际经济活动。^③尽管西方的主张有所偏颇,但也客观反映了中国国有企业改革的困境。一方面,国有企业的市场化改革面临多重且复杂的利益博弈,某些国有企业确实因政府扶持而获得不当竞争优势从而“公私混合”“大而不倒”,而国内各界对中国国有企业的身份定位和未来方向又莫衷一是。另一方面,中国国有企业仍将长期活跃于国内外市场,这是由中国的基本经济制度以及国有企业国际化战略所决定的。那么,在此背景下,国有企业如何才能以国际社会认可的、符合市场要求的身份参与公私企业的全球“同台竞技”?国有企业改革和制度设计如何有效对接“竞争中立”的国际大趋势和新要求?国内学界对竞争中立的发展一直进行跟踪研究,但竞争中立规则“改良”国有企业身份的问题却鲜被论及。本文试借助规范分析法,从政治经济学视角,着力探讨竞争中立规则的新发展及其对商业类国有企业的身份塑造问题。

二、竞争中立规则的国际法演进及新挑战

从通常含义看,“竞争中立”是指“在经济市场上任何实体都不应有不当的竞争优势或劣势”,^④以“公平竞争”为内涵和要旨的竞争中立属于广义的竞争法范畴。当前主流观点和实践表明,竞争中立侧重于规制国有企业不当竞争优势以及国有企业与私营企业不公平竞争的问题,属于专门规范国有企业的特殊“竞争法”。^⑤竞争中立规则由澳大利亚国内竞争政策发展而来并快速遁入欧美新区域贸易协定,经历了极其特殊的国际化演进过程,对参与全球经济竞争的国有企业及国家带来了新挑战。

(一) 竞争中立规则的国际法演进

竞争中立规则最早起源于澳大利亚20世纪90年代的国内竞争法改革。彼时,澳大利亚针对全国竞

^① See Statement by U. S. Trade Representative Robert Lighthizer on Section 301 Action (July 10, 2018), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/july/statement-us-trade-representative>, 2018-12-16.

^② 参见孔庆江:《中美BIT谈判中的国家主导经济议题研究及我国的对策》,《政法论坛》2014年第6期。

^③ 参见[美]柯提斯·J. 米尔霍普、郑文通:《混合所有制改革无法解决中国国有企业的问题》,《保尔森政策备忘录》2016年1月, http://www.paulsoninstitute.org/wp-content/uploads/2017/01/PPM_SOE-Ownership_Milhaupt-and-Zheng_Chinese_R.pdf, 2018-07-16; Testimony of Jennifer Hillman before the U. S. - China Economic and Review Security Commission, Hearing on U. S. Tools to Address Chinese Market Distortions, June 8, 2018, <https://www.uscc.gov/sites/default/files/Hillman%20Testimony%20US%20China%20Comm%20w%20Appendix%20A.pdf>, 2018-10-11.

^④ See OECD, *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business*, OECD Publishing, 2012, p. 15.

^⑤ 参见石伟:《“竞争中立”制度的理论和实践》,法律出版社2017年版,第16页。

竞争性不足、国有企业和政府性机构实体不受竞争法规制的情况,决心改革国家竞争政策并在实践中发展出规则和执行机制皆完备的竞争中立制度,具体包括对国有企业的税收中立、借贷中立、监管中立和商业回报率等要求,以及在联邦和各州建立执行机构和投诉机制。^①随后,联合国贸易发展委员会(以下简称联合国贸发会)、经济合作与发展组织(以下简称经合组织)等国际机构发布了一系列与竞争中立相关的政策报告、声明和指南,为大规模推广竞争中立规则提供了重要的理论支持。当前,欧美正以澳大利亚的竞争中立制度为模板,依托经合组织的前期研究和指南,在新区域贸易协定中推行以竞争中立为主的国有企业新规则。尽管欧美新区域贸易协定中的国有企业规则不像澳大利亚签署的区域贸易协定一样采用“竞争中立”的术语,但同样体现了公平竞争的精神和目标。^②其中,美式竞争中立规则主要体现于美国近年主导的《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《跨太平洋协定》)、《国际服务贸易协定》、《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》)的国有企业章节,欧式竞争中立规则则反映在欧盟主导的《欧盟和加拿大综合性经济贸易协定》(以下简称《欧加协定》)、《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(以下简称《跨大西洋协定》)、《欧盟与日本经济伙伴关系协定》(以下简称《欧日协定》)以及欧盟与东南亚国家(新加坡、韩国、越南和印度尼西亚)所签订的一系列协定。除《欧盟和越南经济合作协定》存在较多的例外条款外,其他协定的竞争中立条款高度相似,因而本文分析欧式竞争中立规则时以《欧加协定》《跨大西洋协定》《欧日协定》的条文规定为主。欧美新区域贸易协定的竞争中立规则基本都涵盖了非歧视原则、商业考量、补贴规则、透明度和公司治理等方面,但在规则体系和内容上又各有特色,本文将分为美式和欧式竞争中立规则。

竞争中立规则的国际演进相对独特,表现为以下三大特点:(1)竞争中立规则经历了从一国国内制度被移植到他国区域贸易协定的国际化发展过程。竞争中立制度本起源于澳大利亚,但将其在国际社会强力推广的却是国内无系统性实践的欧美国家。美国国内的国有企业多数是公共类企业而极少有商业类企业,并不存在对竞争中立的内生需求;欧盟域内虽有一定数量的商业类国有企业,但其发达的竞争法对公私企业同等适用,^③再加上国家援助制度对政府补贴的规范化,现有法律制度已足以规制国有企业引发的竞争扭曲问题。欧美新区域贸易协定竭力推行内生于澳大利亚的竞争中立规则,^④主要是为了应对新形势下大量国有企业参与国际竞争所引发的不公平竞争问题。(2)在竞争中立规则的国际演进过程中,“主推手”欧美既有共识又有分歧,新规则存在较大的博弈空间。欧美的竞争中立规则在内容上具有较高的重合度,双方在非歧视待遇、商业考量、透明度、公司治理规则上高度相似,但在规则的体系安排、严格程度和推行路径等方面又存在较大的差异。一方面,美国在其主导的区域贸易协定中以国有企业章节创设全面、系统的竞争中立规则,而欧式竞争中立规则则分散在竞争法、国有企业、补贴等章节中。另一方面,美式竞争中立规则为“激进型”而欧式则属于“渐进型”,前者比后者规范力度更大更严厉。美国积极创设严厉的、甚至超越世贸组织现有要求的竞争中立规则,强调去除国有企业的政府成分;^⑤欧式竞争中立规则强调以成员原有的竞争法规制国有企业并在世贸组织框架内改良国有企业规则,认为对国有企业和私营企业平等地适用竞争法时仍要注重平衡福利国家角色和市场公平竞争,^⑥因而其在强化反补贴规则时会设置较多的例外。(3)从发展趋势看,竞争中立规则将会快速填补国有企业国际规范的空白,并成为被普遍适用的国有企业国际新规则。21世纪以来,各国国有企业在全球化背景下大规模地参与全球竞争,被认为会引发政治、经济安全隐患以及东道国管制困难,其中破坏公平竞争备受国际社会关注。^⑦然而,第二次世

① See Australian Government, 2017 Review of the Commonwealth Government's Competitive Neutrality Policy, p. 26, <http://archive.treasury.gov.au/documents/275/PDF/cnps.pdf>, 2018-12-12.

② 参见石伟:《“竞争中立”制度的理论和实践》,法律出版社2017年版,第39页。

③ 《欧盟运行条约》第106条规定:“国有企业与私营企业的经营活动均受欧盟条约中的竞争条款约束。”

④ 参见赵海乐:《是国际造法还是国家间契约——“竞争中立”规则形成之惑》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期。

⑤ 参见毛志远:《美国TPP国企条款提案对投资国民待遇的减损》,《国际经贸探索》2014年第1期。

⑥ 参见翟巍:《欧盟国家限制竞争行为反垄断规制及对我国启示——基于公共经济利益服务研究视域》,法律出版社2016年版,第133页。

⑦ See Sultan Balbuena, S., Concerns Related to the Internationalization of State-owned Enterprises: Perspectives from Regulators, Government Owners and the Broader Business Community, OECD Publishing, 2016, p. 10.

界大战结束后至今,国际社会并没有形成系统规范国有企业的国际经贸规则。欧美新区域贸易协定中频繁出现的竞争中立规则则恰好可填补国有企业规范的空白,解决国有企业参与全球竞争引发的竞争失衡问题。更为重要的是,竞争中立规则具有向“国际习惯规则”发展的趋势。竞争中立规则目前主要出现在欧美新区域贸易协定中,属于“国际契约”而非“国际造法性条约”;^①但是经由欧美的大力推行,其又内含“公平竞争”的理念,未来有可能获得更多国际社会共识从而满足国际习惯规则的“实践”和“心理”要素,最终发展为具有普遍效力的国有企业新规则。^②

(二) 竞争中立规则引发的新挑战

首先,竞争中立规则对国有企业提出“竞争中立”这一行为要求,从深层次上看是对国有企业身份位位的要求。竞争中立规则要求国有企保持竞争中立,实际上必然要求国有企业具有独立的商业主体身份。“竞争中立”与国有企业性质的这种内在关联性,主要是因为国有企业“公私不分”的身份造成不公平竞争的事实所致。经合组织的报告指出,国有企业在国内市场上享受特殊待遇及“公私不分”的性质是国有企业引发不公平竞争等诸多问题的根源。^③国有企业“公私不分”、国有出资者与国有企业混同,易导致国有企业获得诸多不当的竞争优势并出现双重身份滥用的情形。但是,要求天然就具有国有出资人“血统”的国有企业化身为纯正的商业主体并非易事,尤其是对政府与市场界限相对模糊的经济转型体而言,政府更有利用国有企业参与或干预经济的冲动。

其次,竞争中立规则的要求超出了世贸组织传统规则的内容范畴。世贸组织多边贸易体制框架内并没有统一的竞争法,更无针对国有企业的竞争中立规则。世贸组织协定中,与国有企业相关的国营条款、反补贴条款等并不涉及或无法有效规制国有企业的公平竞争问题。例如,依《关税和贸易总协定》第17条第1款第1项规定,国营企业在涉及进出口买卖时只要求遵守非歧视待遇原则,且适用范围仅限于货物的进出口措施。用于实现公平贸易的贸易救济措施中,《补贴与反补贴措施协议》(简称《反补贴协议》)第1条虽规定“由政府或任何公共机构提供的财政资助”在满足其他条件下会构成受规制的补贴,但欧美与中国长期存在的关于国有企业是否构成“公共机构”的身份之争,表明《反补贴协议》难以直接适用于国有企业。^④相比之下,欧美当前所推行的竞争中立规则,无论是适用对象还是实体规则,都超越了世贸组织规则的适用范围和约束力度,将对所有借助国有企业发展经济的国家带来新挑战。

最后,竞争中立规则对不同国家产生不同程度的影响,对中国构成极为严峻的现实挑战。基于国家制度以及发展阶段的不同,竞争中立要求对欧美国家影响较小,但对落后的发展中国家却会产生极高的制度变革成本。^⑤与经历了私有化浪潮的欧美地区不同,一些发展中国家仍保有比重较大的国有企业。^⑥尤其是,相对落后的国家和地区仍需要以国有企业承担经济和社会的发展重任,竞争中立新要求显然会成为其发挥后发优势的障碍和参与国际竞争的新规则壁垒。这种挑战对中国尤其具有“变革”难度。一方面,具有辐射蔓延之势的竞争中立规则未来必然会对中国国有企业形成约束。当前,欧盟、美国、加拿大、澳大利亚、东南亚等地区 and 国家的区域贸易协定基本都包含了竞争中立条款,它们既会内化为国内法,又会被接纳国不断复制到其他新区域贸易协定中,甚至被多边化。^⑦中国国有企业进入这些地区 and 国家的市场时会面临竞争中立的要求,中国与这些地区 and 国家谈判签署区域贸易投资协定时也可能被要求接受类似规则。另一方面,中国拥有两千年的“官商”经济发展史,当前的国有企业虽历经改革但仍没有完全摆脱传统

① 参见赵海乐:《是国际造法还是国家间契约——“竞争中立”规则形成之感》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期。

② 参见冯辉:《竞争中立、国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争》,《环球法律评论》2016年第2期。

③ See Sultan Balbuena, S., Concerns Related to the Internationalization of State-owned Enterprises: Perspectives from Regulators, Government Owners and the Broader Business Community, OECD Publishing, 2016, p. 9.

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, 9(2016).

⑤ 参见唐宜红、姚曦:《混合所有制与竞争中立规则——TPP对我国国有企业改革的挑战与启示》,《学术前沿》2016年第23期。

⑥ See OECD, State-owned Enterprises as Global Competitors a Challenge or an Opportunity?, OECD Publishing, 2016, p. 20.

⑦ 参见王燕:《“一带一路”自由贸易协定话语建构的中国策》,《法学》2018年第2期。

“官商”体制的影响。中国封建社会在是否发展官营经济政策问题上,曾出现过著名的“桑弘羊之问”。^①其间的逻辑在当下仍旧顽固并深刻影响中国经济发展模式,是政府干预经济并依赖国有企业的思想根源。可见,竞争中立规则要求中国彻底跳出数千年传统制度的依赖,放弃政府控制经济以实现国家治理的传统信条,实质上是要求中国社会跨越式迈入现代化。然而,“徒法不足以自行”——要突破中国特殊的历史和现实土壤而进行局部的法律移植和实施,并不具有现实可行性。

三、竞争中立规则对国有企业商业化塑造的核心要求

欧美新区域贸易协定的竞争中立规则确立了国有企业“公平竞争”的行为规范,内含对国有企业进行商业化塑造的逻辑,集中体现为以下三个方面。

(一)以新型反补贴规则消除国有企业的“因公优势”

解决国有企业的反竞争性关键在于限制政府补贴或其他政府支持,因而反补贴自然成为国有企业竞争中立并获得身份独立的最重要手段。^②为此,欧美推行的新型反补贴规则都要求限制或禁止不当的政府补贴。

美式协定明确要求构建以“非商业援助制度”为名的新反补贴规则,以消除一国政府对国有企业补贴所引发的负面外溢效应。其中,《跨太平洋协定》最早创设的相关规则可视为世贸组织反补贴规则的全面升级版,^③也是美国在实践中广泛推广的版本,其主要包括以下三大要件:(1)宽泛的主体要件。规定政府和国有企业都可成为提供非商业援助的主体,直接超越了《反补贴协议》框架下国有企业是否适格补贴主体之争,极大地限制了政府为国有企业、国有企业为国有企业进行利益输送的渠道。(2)宽松的非商业援助范围和标准。规定仅对国有企业提供的援助、主要由国有企业使用的援助、国有企业获得的数额巨大的援助以及通过裁量权偏袒国有企业的援助都属于规制范围。^④其中,“通过裁量权偏袒”属于主观性极强的概念,实践中极易被滥用。(3)宽松的因果认定关系。非商业援助制度虽然直接移植了《反补贴协议》中关于损害认定的规定,但规制主体和内容却相当宽泛。一方面,它将适用范围从货物贸易拓展至服务贸易和投资领域,另一方面,它又对“不利影响、产业损害”作宽泛认定,导致因果关系的认定宽松随意,易出现一政府为国有企业提供非商业援助就导致他国经济发展受损的断论。需要注意的是,新达成的《美墨加协定》第22.6条第1款在《跨太平洋协定》的基础上增加了3项严格禁止的非商业援助内容,分别为:禁止缔约国政府、国有企业对其他无资信保障的国有企业提供贷款或贷款担保,禁止对无可靠重组计划的破产国有企业提供非商业援助,禁止对国有企业的未偿债务转化为权益。显然,美国在《美墨加协定》中推出了更苛刻的国有企业条款,明确反对国有企业仅因国有性质而不论资信能力轻易获得政府贷款和担保,反对国有企业“大而不破”、以“债转股”方式获得重生的现象,与《美墨加协定》的非市场经济条款一样具有很强的针对性。

欧式反补贴规则相对宽松,侧重于作框架性规定。例如,《跨大西洋协定》《欧加协定》《欧日协定》的补贴章节主要规定以信息交换(补贴的政策目标、数额和相关措施)、磋商等方式解决一般性补贴措施;^⑤《欧日协定》第12.7条还规定了两类禁止性补贴:政府或公共机构对企业债务的无限制担保以及对无可靠重组计划的破产企业的补贴。总体上,欧式反补贴规则内容概括、存在较多的例外,保留对公共事业、文化产业予以扶持的权力,修法路径限定于世贸组织框架内。欧式反补贴规则在体系化和严格程度上不如美式,主要是因为欧美具有不同的政治经济发展史。欧盟成员国在第二次世界大战后曾出现恢复经济的国有化浪潮,即使在私有化后一些成员国(如法国)仍有一定比重的国有企业;此外,欧盟现有的国家援助制度在

① 参见《盐铁论》,陈桐生译注,中华书局2015年版,第2~16页。

② 参见韩立余:《TPP国有企业规则及其影响》,《国家行政学院学报》2016年第1期。

③ 参见韩立余主编:《跨太平洋伙伴关系协定(全译本导读)》(上),北京大学出版社2018年版,第391页。

④ 参见《跨太平洋伙伴关系协定》第17章“国有企业和指定垄断”中对“非商业援助”的定义条款规定。

⑤ 参见《欧盟和加拿大综合性经济贸易协定》第7.2条和第7.3条,《欧盟和日本经济伙伴关系协定》第12.6条。

保证实现社会福利和公共利益时,又能规范影响竞争的国家补贴行为。^① 相比之下,美国是由移民建立的、无封建残余的国家,“小政府大市场”的理念和经济模式决定了美国“有限的公有化”和“持续的私有化”特征;尽管美国也存在一些规制政府反竞争行为的制度安排,但总体并没有系统化的规制政府补贴行为的规定。^② 可见,欧美的历史与制度差异为新型的反补贴规则及其他国有企业规则留下了博弈空间,也是中国争取国际同盟、借鉴欧美实践并推出中国版竞争中立规则的良机。

总之,欧美已表明对政府补贴行为规范化和制度化的立场,所推行的新规则要求从根源上消除国有企业的因公优势,是对国有企业进行商业化塑造的重要体现。一方面,补贴新规则破解国有企业身份不独立的问题。国家补贴或援助会使国有企业面临预算软约束,扭曲其经营行为并影响其人格独立。限制或禁止缔约国政府向国有企业提供补贴和其他不当援助,相当于从源头上切断对国有企业因公优势的来源,是确保国有企业脱离政府扶持、培育内生优势而成为独立商业主体的重要举措。另一方面,补贴新规则构成解决国有企业反竞争性最有效的手段。过度或不规范的补贴措施确实会产生诸多负面效应,甚至破坏正常的市场经济运行。例如,对国有企业的“不当补贴”导致国有企业与政府间权责不明确、劣币驱逐良币;会强化国有企业已有的市场垄断地位并挤出民营企业,抑制创业活动。^③ 因而,欧美反补贴规则一定程度上代表了市场经济公平竞争的要求,能够直接以抑制政府公权力的手段破解国有企业身份独立难题。

(二)以商业考量规则保障国有企业的商业化运营

商业考量规则主要是指国有企业要像私营企业一样以营利为目标,在经营和商业决策过程中主要考虑价格、质量、可获性、适销性、运输等商业性因素。要求国有企业适用商业考量规则可见于所有欧美新区域贸易协定文本。例如,《跨太平洋协定》第17.4条规定:“各缔约方应保证其国有企业在从事商业活动时依照商业考量购买或销售货物或服务”。欧美其他新区域贸易协定国有企业章节也有类似条款。

商业考量规则的要求主要有以下三点:(1)从内容看,欧美新区域贸易协定的商业考量条款具有公平竞争的商业化运作要求,超越了世贸组织协定仅强调非歧视的要求。《跨大西洋协定》《欧加协定》《欧日协定》将非歧视条款和商业考量条款分开规定,明确要求国有企业在贸易和投资等领域要像私营企业一样依商业考量规则行事,要求国有企业受到竞争法的规制。相比之下,《关贸总协定》第17条(国营企业商业考量条款)却仅涉及货物进出口措施中的非歧视要求,并非真正的商业考量。(2)从适用对象看,商业考量规则适用范围更广,既适用于国有企业也适用于指定垄断企业。被授予特权的垄断型非国有企业在商业运营过程中同样要遵守商业考量规则。(3)从法律效果看,商业考量规则条款可通过争端解决机制来确保适用,有可强制执行的保障机制。

新的商业考量规则被明确为国有企业的行为准则,能促进国有企业在市场上像私营企业一样行事。首先,它首次提出国有企业参与商业活动的行为参照对象为私营企业,要求国有企业像相关领域的私营企业一样,在商业运营中重点考虑商业因素或商业惯例,尤其要排除政治性因素的影响。其次,从执行主体上看,商业考量表面上是对国有企业的要求,但其贯彻落实同样需要政府抑制干预冲动,实质上也是对政府提出了不干预企业经营行为、不对国有企业施加政治任务的要求。再次,欧美将商业化考量作为国有企业竞争中立规则的内容之一,可将对国有企业施加竞争法要求这一未被世贸组织采纳的主张予以推广。在2002年“加拿大小麦出口和谷物进口措施案”^④中,美国曾提出国营企业不仅要像普通商业实体一样进行经营和贸易,更要像“洗净双手”再从业的“高尚的商业实体”。即美国意图将《关贸总协定》第17条中的商业考量要求解释成一种类似于竞争法的义务,禁止国营企业以不当优势参与市场活动,但其主张未被采纳。世贸组织上诉机构认为商业考量并不是要抽象地考察国营企业是否商业化地运作,也不要求国营企

① 参见翟巍:《欧盟国家限制竞争行为反垄断规制及对我国的启示——基于公共经济利益服务研究视域》,法律出版社2016年版,第134页。

② 参见应品广:《法治视角下的竞争政策》,法律出版社2013年版,第191页。

③ 参见倪鹏途、陆铭:《市场准入与“大众创业”:基于微观数据的经验研究》,《世界经济》2016年第4期。

④ See Canada—Wheat Exports and Grain Imports, Appellate Body Report, WT/DS276/AB/R.

业避免利用可能会对私营企业造成不利的特权和优势;相反,国营企业与私营企业一样都可以利用各自的优势以追求经济利益。^①如今,当年未被世贸组织采纳的主张终于被欧美一致纳入区域贸易协定中并明确为国有企业的行为准则,^②表明欧美对国有企业“因公优势”的担忧和对其商业化塑造的诉求。

(三)以现代公司治理规则推进国有企业的身份独立

为了使国有企业顺利成为与私营企业类似的微观经济体,竞争中立规则还提出了“现代公司革命”的要求。当前,美式协定主要通过透明度、技术合作等条款间接要求国有企业进行公司良治,而欧式协定则直接在协定中推出公司治理条款。例如,《跨太平洋协定》和《美墨加协定》的透明度条款规定,缔约方要提供的国有企业信息包括国有股比例、投票权比例、特殊股份、董事会成员的政府头衔等。这些强制要求披露的国有企业公司结构信息,既是判断国有企业与政府关系的重要指标,也是判断国有企是否具有良好的公司治理的依据,具有迫使国有企业运作不透明、不规范的国家重塑其国有企业组织的功效。欧式协定则直接提出公司良治的要求。例如,《跨大西洋协定》“国有企业”章节的“透明度和公司治理”条款规定,根据经合组织《国有企业公司治理指南》(以下简称《指南》),国有企业要遵守高度的透明度和公司治理要求;《欧日协定》甚至直接设置“公司治理”章节,明确公司治理的目标和准则,要求股东和董事会各尽其职。

欧美竞争中立规则对国有企业提出现代公司治理的要求,其背后的逻辑包括两方面。其一,尽管内部存在争议,欧美仍怀有“公司法历史终结论”的情结,迫切向各国推广其公司治理模式。依此终结论,世界各地的公司法会趋同化发展,公司治理应存在被普遍接受的、经济效率最高的最佳实践。^③因而,任何参与经济活动的实体,如果其以公司形态出现,公司结构和治理就应该遵循欧美的单一标准模型。其二,国有企业如果遵守了现代公司两权分离的要求,就可获得独立的法人人格,也就容易实现竞争中立。经合组织曾指出,“如果实施竞争行为是由一个能够与政府保持一臂之距的独立实体实施,那么竞争中立就更容易实现”。^④为此,欧美通过经合组织推出了大量关于国有企业公司治理的建议,包括:区分国有出资者与管理者角色、国有出资者要明确国家所有权的目标、突破出资决定权益的常规思维要求国有控股股东避免选拔政府官员担任董事成员、国有股东所任命的董事应对全部股东而非仅对任命他的国有股东负责等。^⑤从目的和效果上看,此类建议正是为了排除国有股东对董事会的政治干扰,避免政府管理市场角色和政府出资人身份相互混淆,有助于实现国有企业的竞争中立和身份独立。尤其是,对于将政治治理和法律治理揉为一体而失去独立性的国有企业而言,^⑥《指南》无疑具有较强的身份正位功能。

四、竞争中立规则的价值审视

从价值评判的角度看,欧美推行的竞争中立在规则设计上存在不可忽视的缺陷,但也具有推进国有企业身份正位并促其在新国际形势下良性发展的积极功效,应当对其进行客观和辩证的审视。

(一)竞争中立规则内含的制度缺陷

首先,欧美竞争中立规则的某些内容不仅超出了世贸组织的现有要求,而且规则设计也存在科学性和逻辑性缺陷。德国学者克卢格在其《法律逻辑》一书中曾指出:“不服从逻辑规范就不存在有意义的讨论……不再能够追问对于命题之真伪的证明。”^⑦欧美竞争中立规则欠缺逻辑性主要反映在美国推行的非商

① See Canada—Wheat Exports and Grain Imports, Appellate Body Report, WT/DS276/AB/R.

② See Neeraj, R. S., A Defining Act: How TPP Rules are Undermining WTO Jurisprudence, 53 Journal of World Trade, 181(2019).

③ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The End of History for Corporate Law, 89 Georgetown Law Journal, 439 (2000 - 2001).

④ See OECD, Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public And Private Business, OECD Publishing 2012, p. 23.

⑤ See OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, OECD Publishing, 2015, pp. 36 - 37; State-owned Enterprises as Global Competitors a Challenge or an Opportunity?, OECD Publishing 2016, pp. 34 - 139.

⑥ See Wan Jiangyu, The Political Logic of Corporate Governance in China's State-owned Enterprises, 47 Cornell International Law Journal, 669(2019).

⑦ [德]乌尔里希·克卢格:《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第4页。

业援助条款中,其修改了世贸组织的补贴规则却又未经科学论证,主要表现为两个方面:(1)非商业援助过于宽松的适用范围和界定标准导致规则缺乏客观性。《跨太平洋协定》所规定的非商业援助已超出世贸组织框架下政府或公共机构所提供的财政资助范畴,任何与政府关系亲近(控股权或其他控制方式)的国有企业都可能被推定为获得政府援助。(2)因果关系认定上采用了不严谨的过错推定方式,规则逻辑不能自洽。非商业援助制度对损害认定规定宽泛,相关协定的缔约方甚至是第三方的产品或服务经营者竞争力下降、产业经济不景气都可能被认定为出现“不利影响、产业损害”,从而归罪于某一国有企业,这相当于赋予欧美在经济危机中抵制竞争对手且可随意使用的工具。由此可见,非商业援助规则中人为设计的逻辑漏洞,正是欧美排斥他国国有企业参与国际竞争、歧视他国国有企业的表现,其背后隐藏的是欧美化解本国贸易赤字、遏制外国国有企业发展的战略意图。

其次,某些竞争中立规则过于严苛、内含对国有企业存在的否定,忽视不同国家国有企业发展的历史性、阶段性和地域性。具体表现为以下三点:(1)忽视了国有企业存在的历史必然性。世界各国国有企业几乎都具有不均衡性发展的规律,往往处于不同的“生态系统”层级,其兴衰皆与特定时期的历史职能紧密相关。例如,西欧国家在第二次世界大战后曾采用大规模的国有化政策助力国家的重建;20世纪70年代则以发展国有企业的方式促进第三次科技革命,从而培育出居于世界前列的高科技产业;20世纪80年代末大量国有企业退出则是欧洲经济发展成熟、淘汰夕阳产业的必然选择。^①美国不似西欧具有深厚的国有化发展史,但经济大萧条至今的近百年中,其为应对危机也曾推出数次短暂的国有化措施。例如,1929年至1933年的经济危机时,罗斯福新政就根据凯恩斯主义实行国家干预,建立一大批重要的国有企业;^②2007年次贷危机爆发后,美国联邦住房金融局曾接管房地美和房利美,并通过增持股份的方式为多家濒临倒闭的银行注资,这被认为是美国实施“混合经济”的体现。^③如今,进入社会稳定和发达阶段的欧美却盲目排斥、敌对他国国有企业,显然有双重标准之嫌。(2)忽视了当前不同国家仍处于不同发展阶段的现实。当前欧美主要国家基本上处于相对成熟的市场经济阶段,而包括中国在内的很多发展中国家仍处于市场经济转型期。《跨太平洋协定》谈判过程中各国曾对竞争中立条款产生巨大分歧,^④尽管《跨太平洋协定》的替代版本《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》已经达成生效,但仍旧无法掩盖一个客观现实:过快推进统一、高标准的规则会超出发展中国家的现实承受能力,导致出现发达国家遏制发展中国家发展经济的不公平现象。正如美国学者基辛格所言,“美国模式是经过几十年、上百年的演变才有了目前的形式。在美国可行的东西不可能在所有的发展中国家原样照搬,更做不到迅速照搬……”^⑤(3)忽视了国有企业发展的地域性。世界各国的国有企业发展历史表明,国有企业的存续与发展无不与其所处的社会结构、市场以及文化水平紧密相关。西方国家多数是商业发达的资本主义社会,市场主体在经济活动中会自然采用商业法则。但是,在仍旧探索市场经济发展阶段的一些国家,难免存在不成熟的商业文明以及复杂的政商关系,如果忽略具体的国情而直接搬用就可能出现适得其反的效果。

最后,欧美推行的竞争中立规则含有政治上的战略意图,违反所有制中立原则。欧美竞争中立规则出台背景及设计缺陷表现出对他国国有企业参与经济活动的排斥,违背了所有制中立原则。竞争中立规则应具有制度中立性,“所有制中立”和“国籍中立”是其应有之义。经合组织现任竞争法小组主任安东尼奥·戈麦斯就明确指出,竞争中立规则重在要求对私营企业与国有企业统一适用竞争法,不应以所有制、国

① 参见王金存:《破解难题——世界国有企业比较研究》,华东师范大学出版社1999年版,第93~95页。

② 参见顾宝炎:《美国的国有企业管理和改革》,载顾宝炎主编:《外国国有企业的管理和改革》,中国人事出版社1999年版,第179页。

③ 参见蔡继明:《从混合经济形成看两大经济思想体系融合》,《学术月刊》2015年第1期。

④ 参见包晋:《TPP谈判中的竞争中立议题》,载曾令良主编:《武大国际法评论》第16卷第1期,武汉大学出版社2014年版,第97~98页。

⑤ [美]亨利·基辛格:《美国的全球战略》,胡利平、凌建平译,海南出版社2012年版,第232页。

籍或注册地为由对从事经济活动的实体予以歧视。^①但是,欧美竞争中立规则建立在西方自由主义经济学和经济制度基础上,对公有制国家的国有企业具有先天性的歧视。例如,美国国会研究服务局的研究员就曾指出,“政府公司无论履行的是何种职能,也无论看起来多像‘私有化’,基于宪法的限制都仍是国家的代理人”。^②尤其是,如同其他西方主导的国际制度一样,欧美竞争中立规则仍可能含有“术语陷阱和制度阴谋”,^③存在牺牲发展中国家利益以实现自身利益的可能。

(二)竞争中立规则有助于国有企业回归商业实体的本质

首先,竞争中立规则通过消除国有企业的因公优势可促进国有企业身份独立和商业化运作,一定程度上符合市场经济的发展规律和要求。经合组织所提出的去除国有企业公有优势、维持公私企业公平竞争的方案,^④已初步内化为竞争中立三大规则。它们以国家条约义务的方式同时对政府与企业提出公平竞争要求,可以有效帮助国有企业克服其公有身份带来的反竞争性和身份非独立性,能够限制政府权力在国有企业中的非法扩张,有助于培育国有企业自身的竞争优势并回归企业的本质。尤其是,这些要求符合全球化下市场经济公平竞争的要求。自由竞争、公平竞争被认为是“经济发展的核心动力,也是竞争中立的基本内涵”。^⑤中国经济法学者们早就指出,随着市场体系的健全,“政府的介入与干预是有限的”,^⑥国家参与或干预经济要遵循市场的决定地位,^⑦政府谦抑干预是经济法适度原则的新内涵。^⑧因而,以公平竞争为内核的竞争中立规则,有助于国有企业的市场化改革和身份正位,也是贯彻落实中共中央十九大报告“使市场在资源配置中起决定性作用、更好发挥政府作用”的体现。

其次,通过竞争中立而非消灭国有股的方式实现国有企业的身份正位,可避免激进的私有化政策和意识形态之争。欧美曾表明对世界各国国有企业私有化的期待和建议。例如,美国曾在一些区域贸易协定中设置国有企业私有化条款,要求缔约方减少或消灭国家所有权。2004年《美国和新加坡自由贸易协定》第12.3条就要求新加坡政府逐步降低其在国有企业中的所有权,第9.6条也要求对政府参股的电信企业进行私有化。但是,对国有企业进行私有化并不具有普遍适用性,如苏联曾仿效西方20世纪80年代的国有企业私有化改革,但最后却出现严重破坏公平竞争的寡头垄断和经济危机。^⑨此外,对国有企业私有化还会因干涉他国政治经济制度而缺乏正当性和可行性,有可能涉及违宪问题和干涉他国主权,引发无休止的意识形态之争。美国显然清醒意识到国有企业问题牵涉极复杂的政治经济问题,因而推出国有企业私有化的替代方案——竞争中立规则,通过聚焦公平竞争这一技术问题解决国有企业参与经济引发的诸多问题。美国在《跨太平洋协定》国有企业规则的谈判时曾透露,“如果《跨太平洋协定》成员不对本国的国有企业私有化,那么就必须要确保其国有企业与私营企业进行公平的商业竞争”。^⑩可见,竞争中立规则更符合各国多元化发展的国际社会现实和新时代国有企业的发展需求,既能消除西方发达国家对外国不规范国有企业的各种外溢效应的担忧,又易于为发展中国家所接受。

最后,从实施效果看,国有企业虽因竞争中立失去因公优势,但却能提高经济效益并获取独立的市场

^① See Antonio Gomes (Head of OECD Competition Division), Balancing Public Policy Considerations: Application of Competition Rules, Speech on 7th ASEAN Competition Conference Malaysia, 8 March 2017, http://mycc.gov.my/sites/default/files/3b.%207th%20ACC%20-%20Breakout%20Session%201%20-%20Mr.%20Antonio%20Gomes%20-%20Balancing%20Public%20Policy%20Considerations_7th%20ASEAN%20CC_Rev.pdf, 2018-12-18.

^② Kevin R. Kosar, Federal Government Corporations: An Overview (CRS Report for Congress), June 8 of 2011, p. 5, <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL30365.pdf>, 2018-06-16.

^③ 何志鹏:《国际法的西方传统与中国观念》,《法学杂志》2018年第2期。

^④ See OECD, Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business, OECD Publishing, 2012, pp. 5-6.

^⑤ 张占江:《中国(上海)自贸试验区竞争中立制度承诺研究》,《复旦学报》2015年第1期。

^⑥ 顾功耘:《论重启改革背景下的经济法治战略》,《法学》2014年第3期。

^⑦ 参见刘大洪:《论经济法上的市场优先原则:内涵与适用》,《法商研究》2017年第2期。

^⑧ 参见孙晋:《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》,《中国法学》2018年第6期。

^⑨ 参见[美]约翰·麦克米兰《市场演进的故事》,余江译,中信出版社2006年版,第254~256页。

^⑩ Raj Bhala, Exposing the Forgotten TPP Chapter: Chapter 17 as a Model for Future International Trade Disciplines on SOEs, 14 Manchester Journal of International Economic Law, 15 (2017).

主体身份。澳大利亚很多政府公司自 1993 年重组改革和竞争中立规制后都取得良好的经济效果。例如，电力领域的政府企业就被认为“在利润和生产率方面均获得了初步的成功，日益增强的州际间政府公司竞争也对利润盈余产生了影响”。^① 此外，竞争中立还有助于国有企业获得独立的市场身份及国际市场准入的认可，新加坡淡马锡的市场化运作即为适例。淡马锡是新加坡著名的国有企业，依照法律规定保持商业主体身份并依商业规则运作，践行竞争中立原则。^② 尽管新加坡总统是淡马锡储备金的监护人，但不参与淡马锡的投资及商业决策，也不提供任何政府补助。不过，虽无公权力扶持，淡马锡全球的商业运作却极为成功，经济收益高且国际信誉良好。^③ 淡马锡的成功很大程度上应归功于其商业公司身份的准确定位，尤其是国家所有权与管理权的分离确保实现国家控制和市场运作之间的平衡。

五、中国的对策

西方经典的政治经济学理论曾指出，“仅仅国家或市场都不是主要的，至关重要的是它们的相互作用、相互关系及其周而复始的变化”。^④ 因而，中国在推出国有企业问题的应对方案时，可利用世贸组织之父约翰·杰克逊早年提出的“接合面理论”。^⑤ 该理论主张不同制度模式的国家求同存异，主动探索新时期中西方再度进行国际经贸合作的“接合面”。杰克逊早在 20 世纪七八十年代就意识到要推进多边合作，就必须解决市场经济体与非市场经济体的差异化难题，其创立的“接合”机制理论——聚焦贸易自由化和合作的技术性问题，促进了不同国家在多边贸易领域的协调与合作。据此，中国可积极推出中国版的竞争中立规则以促其向“良法”发展，并在批判借鉴欧美范式的基础上推进政府补贴和公平竞争审查制度的法律化，合力助推国有企业的身份正位和良性发展。

（一）国际立法：推出中国版的竞争中立规则

首先，从规则的逻辑性和内容的合理性方面增强竞争中立规则的科学性。推出新型反补贴规则时，要坚持在世贸组织框架内审慎推进，借助经济学理论认定补贴行为与不利影响、损害结果之间的因果关系，谨防欧美国家在规则设计中为解决本国经济困难、故意阻却他国竞争者的贸易保护主义意图。对于商业考量规则，要研究其变成国家义务后对商业主体和商业交易行为的影响，精心设计证据和事实认定规则，防止西方国家的国内法产生攻击性的域外效力。对于公司治理，需要全面及时跟踪经合组织的软法起草工作和英美公司法的新发展，探讨移植西方公司治理经验的可行性与实效性。

其次，通过设置例外规则增强竞争中立规则与现实的兼容性。中国应抓住各方国情不同、认识存在分歧、规则尚未成形之机，推出反映本国及广大发展中国家发展阶段和正当利益的新型竞争中立规则。在未来的贸易协定中，中国也可借鉴欧美竞争中立规则中各种隐形的特殊规定，通过谈判技巧和立法技术设置例外性条款。具体建议如下：（1）设置特定例外情形。例如，借鉴欧式新区域贸易协定在适用范围中排除文化、金融产业、次级政府实体的做法，规定需要保护空间的中国产业（如高科技、人工智能、环保、金融等）以及具有战略价值的国有企业不适用；效仿《跨太平洋协定》规定应对经济危机、执行政府政策指令的重要例外。（2）设置一般例外条款。当前的全球经济发展趋向于在尊重各国管制和公共政策多元的基础上进行，因而可借鉴欧式新区域贸易协定将世贸组织一般例外条款纳入竞争中立规则，明确为保护人类、动植物生命健康和环境等公共政策目标情形下的适用豁免。（3）设置过渡期条款，规定特定期限内不适用，为

① 参见[澳]迈克尔·J.温考普：《政府公司的法人治理》，高明华译，经济科学出版社 2010 年版，第 35 页。

② 淡马锡“既不是法定机构，也不是政府机关”，而是依据《新加坡公司法》运作的商业实体。See <http://www.temasek.com.sg/en-faqs.html>, 2018-12-19.

③ See <http://www.temasek.com.sg/abouttemasek/corporateprofile>, 2018-12-16.

④ 参见[美]罗伯特·吉尔平：《国际关系政治经济学》，杨宇光等译，上海世纪出版集团 2011 年版，第 7 页。

⑤ See John H. Jackson, *The World Trading System—Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, 1989, pp. 218-290.

相关的国有企业转型和管理制度改进提供时间保证。^① (4) 排除适用争端解决机制。借鉴欧式新区域贸易协定的实践,规定新型反补贴、竞争法条款等内容不适用争端解决机制以弱化超出发展阶段的规则束缚。

再次,坚持“所有制中立”的竞争中立规则。中国可借助竞争中立规则兴起之机,进一步明确所有制中立的国际法地位并积极促其融入竞争中立规则。经合组织研究报告曾明确指出,竞争中立工具应坚持所有制中立;^②某些西方学者也强调,竞争中立的最终目的是确保国际贸易和投资具有公开、非歧视和公平竞争性,^③未来形成的新规则须同时考虑投资东道国和母国的关切点。^④因此,竞争中立规则不能仅因政府出资而歧视国有企业,而应该超越意识形态之争回归到问题本身,即如何实现公平竞争。中国既要反对欧美某些竞争中立规则中“竞争礼让”“竞争非中立”的反竞争元素,^⑤也要大力倡导竞争中立规则包含所有制中立的内容,确保各国国有企业不受歧视地进入国际市场,平等地参与国际经济竞争。

最后,在参与方式与路径上,可充分利用各种国际场合搭建规则平台,推进中国版的竞争中立规则。一方面,改变我国区域贸易协定较少设置竞争条款的现象,^⑥灵活将中国版竞争中立规则纳入到中国的贸易投资协定中。例如,“一带一路”倡议中,中国国有企业是积极参与沿线基础设施建设等项目的主力,中国与沿线国家签订或更新自由贸易区协定时就应主动就竞争中立规则的内涵及判断标准达成共识;在与欧美西方国家谈判贸易或投资协定时,要加入对中国国有企业的身份认定标准、市场准入以及非歧视待遇等内容。另一方面,鉴于当前竞争中立规则具有软法硬法化的特点,中国要积极参与经合组织关于竞争中立的研究工作和指南制定。否则,若经合组织关于竞争中立的研究和指南主要由西方经济学家和政治家主导,自然无法避免西方集体对中国国有企业“立规则”的情形。

(二)国内改革:以竞争中立促成国企身份正位

首先,可借鉴欧盟的国家援助制度构建中国版的补贴规范制度。政府对国有企业不规范、不透明的补贴正是政府影响竞争、国有企业身份不独立的集中体现,也可能影响国际公平贸易甚至导致全球经济失衡。中国可在世贸组织现有规则框架内保留与国情相符的产业政策和国有企业扶持措施,但又极有必要对国有企业各种补贴行为透明化、规范化。对此可采取三方面的举措:(1)摒弃长期以来以隐形、无序的产业政策、区域经济政策刺激经济而忽视竞争政策的思维惯性,确立“竞争政策才是最好的产业政策”观念。^⑦国际经验已表明,过度的产业政策和政府干预易产生腐败、强势的既得利益集团等治理问题,^⑧而产业政策又与国有企业补贴、国有企业身份等问题紧密相关,因而应借鉴欧盟经验坚持竞争政策与产业政策并重的理念。(2)借助中国当前构建公平竞争审查制度的契机,^⑨积极进行竞争倡议,将公平竞争审查制度法律化。可明确将与国有企业有关的行政政策和措施纳入到公平竞争审查范围,为构建政府补贴规范制度设定基本的规制框架。(3)通过单行法形式明确规定政府补贴的程序和规则,主要内容可包括透明度、补贴申报、对竞争的影响与评估等。通过对政府补贴行为进行自我预先评估和规范化,将各种产业政

① 例如,《跨太平洋伙伴关系协定》透明度条款规定:“对于越南和马来西亚,第17.10条第1款(透明度)自本协议对越南和马来西亚分别生效之日起5年内不适用。在本协定对越南和马来西亚分别生效之日后6个月内,两缔约方应分别向其他缔约方提供或通过官方网站公布其在前述3年中的一年份自商业活动中获得年收入超过5亿特别提款权的国有企业名单,且此后应每年更新,直至第17.10条第1款(透明度)适用并替代该义务”。

② See Shima, Y., The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Publishing, 2015, p. 18.

③ See Christiansen, H. and Y. Kim, State-invested Enterprises in the Global Marketplace: Implications for a Level Playing Field, OECD Publishing, 2014, p. 3.

④ See OECD, Governments as Competitors in the Global Marketplace: Options for Ensuring a Level Playing Field, OECD Publishing, 2016, p. 14.

⑤ 参见赵海乐:《竞争中立还是竞争礼让》,《国际商务——对外经济贸易大学学报》2016年第4期。

⑥ 参见张正怡:《国际经贸规则中的竞争要求演变与我国的应对》,《学习与实践》2016年第3期。

⑦ 冯兴元:《竞争政策是最好的产业政策》,《民主与科学》2018年第1期。

⑧ 参见[美]威廉·科瓦西奇、[英]林至人、[英]德里克·莫里斯编:《以竞争促增长:国际视角》,中信出版社2017年版,第53页。

⑨ 中国政府于2016年和2017年分别制定了《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》。

策措施、国有企业发展纳入到公平竞争框架内,既有助于国有企业的竞争中立和身份独立性,又可确保相关措施符合世贸组织反补贴规则和主要国家的实践,从而有效反击西方“国家资本主义论”对中国发展模式的抨击。

其次,确保参与经济活动的国有企业根据商业考量规则进行市场运营。尽管欧美竞争中立规则中的商业考量规则超出了世贸组织的非歧视内容,但毕竟符合市场经济规律,易被普遍接受。尤其是依据《中国加入工作组报告》第46段规定,中国已承诺遵守“中国政府将不直接或间接地影响国有企业或国家投资企业的商业决定”这一义务,^①因而中国须在对国有企业分类改革之际对商业类国有企业贯彻商业考量规则。具体落实路径可结合宏观营商环境的改善、国有企业的监管制度改革、资本化运营、职业经理人制度等举措进行,尤其要强调监管机构不再以任何方式干预商业类国有企业的经营活动。

最后,通过借鉴《指南》有效改进国有企业的公司结构和治理。中国国有企业的公司化改革因停留于形式而屡遭批判和质疑。例如,有学者指出,“我国当下的国有企业是对传统社会主义‘官商’体制改革的结果,但这种改革并不彻底……(应)建立现代商人制度,促使国有企业真正成为具有市场平等地位的‘现代商人’”。^②《指南》被纳入国家间条约成为竞争中立规则的内容,实则体现了欧美对各国国有企业公司化和商事化改革的双重要求。中国国有企业有必要根据本国国情借鉴《指南》塑造真正的商业主体身份,相关举措包括:要求上市及非上市的国有企业完善公司治理结构,强化信息披露;区分国有出资者与管理者角色,通过立法明确国家所有权的目标和国有出资者的权利义务;以独立的董事会和职业经理人负责国有企业的经营决策和管理;甚至可尝试国有股东放松管制,不对经营管理层派驻代表,仅保留经济收益权。不过,在借鉴移植西方经验时仍需充分考虑本国的制度、社会结构和人文传统,要注意在现实可行的基础上设计渐进变迁式的制度,毕竟“通过革命就能彻底改变制度体系的时代已一去不复返”。^③

责任编辑 何 艳

^① 《中国加入工作组报告》第46段规定被《中国加入议定书》第1.2条明确规定纳入其中,成为对中国具有法律拘束力的义务而非仅仅是普通的表述或承诺。

^② 范健、李欢、丁凤玲:《试论传统“官商”体制镜鉴下的中国国有企业改革》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2018年第6期。

^③ [日]青木昌彦:《制度经济学入门》,彭金辉、雷艳红译,中信出版社2017年版,第39页。