

# 竞争中立:国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争

冯 辉

**内容提要:**从聚焦于国企改革的国内法,到转向规范政府及国企行为的双边、多边贸易投资新规则,竞争中立制度的演进及其实践背后本质上是国际竞争新情势下各国对制度竞争的强化与博弈。竞争中立制度已产生重大影响,势将成为主导性的新国际规则。但澳大利亚模式、欧盟模式和美国模式的并存及其差异展现出复杂动因和差异化影响,规则的多极化也为各国综合考量及合理因应提供了时间和空间。面对竞争中立制度的扩张,我国应通过内外并重提升制度竞争力,特别是以竞争为基准、以规范政府角色和行为为核心,完善国企改革政策、产业政策、竞争政策及相应法制,构建由竞争评估、竞争倡导、竞争执法与司法构成的完整实施机制,通过自贸试验区引入并创新竞争中立规则,引领和参与双边、多边竞争中立规则的制定与实施以及规则平台的构建与推广。

**关键词:**竞争中立 竞争政策 国企改革 贸易投资新规则 制度竞争

冯辉,对外经济贸易大学法学院副教授。

竞争中立制度(规则)已经成为国际社会高度关注的议题。竞争是市场的灵魂,正如国际竞争是国际社会不变的规律和国际法上恒久的母题。我国学者对竞争中立的研究近年来逐渐增多,并对其基本内涵与缘起、从国内法向双边和多边规则的转变、对我国的影响及应对策略等进行了有益的探讨。就本质而言,本文认为竞争中立并非简单地融国企改革、贸易及投资规则于一体的新国际规则,而是体现出在国际竞争新情势下,各国“政府之手”的强化和博弈已经过渡到以制度竞争为核心的新阶段。本文拟循此思路,审视和剖析竞争中立制度,以期对有效认知、合理应对并积极引领竞争中立制度的未来推进有所贡献。

## 一 以国企改革为中心的竞争中立:缘起、内涵及价值

### (一)竞争中立的缘起与内涵

从现状来看,竞争中立制度已经出现了澳大利亚、欧盟和美国三个存在较大差异的模

式和“版本”,并存在国内法和国际法上的不同渊源。但从缘起看,其首先是作为聚焦于国企改革的国内法出现的。从学界共识及文献来看,澳大利亚最早提出明确的竞争中立概念,形成了系统的制度并予以有效实施。1995年,澳大利亚联邦与各州、地区间达成《竞争原则协定》,明确提出“保持政府和私人商业活动之间的竞争中立”是竞争政策改革的重要目标之一,并界定了竞争中立的概念——“政府商业活动不得因其公共部门所有权而享有净竞争优势”。<sup>[1]</sup> 1996年,澳大利亚联邦政府颁布《联邦竞争中立政策声明》,进一步提出以竞争中立推进国企改革的若干具体措施。<sup>[2]</sup> 除了立法,澳大利亚还构建了一套覆盖联邦和各州政府的竞争中立申诉与行政审查机制,设立各级竞争中立申诉办公室,切实负责竞争中立制度的实施。1998年至今,澳大利亚已经进行了100余起行政审查,包括联邦竞争中立申诉办公室作出的具有世界性影响的15起案例。<sup>[3]</sup> 上述实践不仅高效推进了澳大利亚的国企改革,还产生了强烈的示范效应。

## (二) 以竞争中立推动国企改革的示范意义

从澳大利亚的实际经验来看,竞争中立制度是作为一项国内法的改革而兴起的,其重点也在于以公平竞争为核心推进澳大利亚的国企改革。澳大利亚的经验总体上表明:(1)要从根本上推进国企改革,根本和关键在于构建并完善以竞争为核心的基础制度;(2)公平竞争应当作为基准性的竞争政策予以实施,政府关于国有企业的各种规划和产业政策以及相关的市场准入与监管政策,均应遵循公平竞争政策;(3)国有企业的存在具有客观性,但在技术上应区分其承担的商业职能与公共职能,并从财务、审计、价格、公司治理等角度设置具体的技术性规则,予以配套和协同;(4)上述理念、原则和措施的落实,不能消极等待市场的逐渐成熟和宏观体制的渐进改革,而应瞄准顽疾,充分发挥制度创新的效能;(5)改革(包括竞争政策)应当以法治的方式予以推进,实体法与程序法并重,高度重视制度实施,尤其是借助司法和准司法制度(比如行政申诉和审查)加强制度实施的透明、公正和权威,并将通过行政与司法途径获得的法律实施经验及时传播。

## 二 转向国际贸易投资新规则的竞争中立

全球化时代,贸易和投资领域的国内法规则通过“溢出”而转变成国际法规则,既是常见现象,也是诸多双边、多边规则的主要生成路径之一。但在此转变过程中,由于不同国家及地区在经济、政治、法律、意识形态的传统与现实方面存在诸多差异,加之各国家及地区参与转变的动机、方式和阶段有别,对规则的认知和接受程度不同,往往导致原初的规则经由这种转变而发生较大差异。在“多极化”的当代国际社会,遂形成“多极规则”并

[1] Competitive Principles Agreement 1995, Article 3 (1)。这些政府商业活动(非商业活动不受此限)不得享有的“净竞争优势”包括税收豁免、信贷优惠、监管豁免等。

[2] 包括税收与信贷中立、监管中立、商业回报要求、市场化定价要求、交叉补贴禁止、财务分离要求、“准入前”竞争中立要求等。参见 Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement, <http://archive.treasury.gov.au/content-item.asp?ContentID=275>。本文网络资料的最后访问时间均为2016年1月10日。

[3] 参见赵海乐:《是国际造法还是国家间契约——“竞争中立”国际规则形成之感》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第117页。

存的局面。

### (一) 澳大利亚模式

从竞争中立制度的发源地澳大利亚推进竞争中立转向国际规则的情况来看,其主要采用了双边协定方式,即在与他国订立自由贸易协定(以下简称“自贸协定”)时约定竞争中立条款。但一方面,在订立方式上具有比较明显的保守性。从1983年开始至今,澳大利亚订立且形成正式法律文本的8个自贸协定中,只有4个包含竞争中立条款,且仅有韩国、新加坡和智利三国在与澳大利亚订立的自贸协定中同意受竞争中立条款约束;美国—澳大利亚自贸协定中则只有澳大利亚的单方承诺,明确排除了竞争中立条款对美国的适用。另一方面,在具体内容上一般也比较宏观。比如在与新加坡和韩国的自贸协定中,只规定“双方应采取合理措施,以保证各级政府不因企业的国有性质而给予其竞争优势”,“此条款仅涉及国有企业的商业行为,但不涉及其非商业行为”,并无进一步的具体表述。<sup>[4]</sup>只有在与美国(澳大利亚单方承诺)和智利(双方共同承诺)的自贸协定中,增加了针对“政府垄断企业”的约束条款,包括“在执行与垄断经营的货物或服务相关的、政府授予的职权时,以不违反此条约的方式行事”,“在从事垄断经营时纯从商业角度考量”,“在商品或服务的买卖过程中,给予对方的投资、货物或服务供应商非歧视待遇”,“不使用其垄断地位扰乱其境内非垄断市场”。<sup>[5]</sup>相比美澳、智澳自贸协定中的竞争中立条款(“美式竞争中立条款”),澳大利亚与其他国家订立的自贸协定中的竞争中立条款从价值取向到制度安排均有很大不同(“澳式竞争中立条款”)。澳式双边竞争中立条款或者说双边竞争中立规则的澳大利亚模式,不仅方式上更加温和,内容上的重点也仍然在于推动其他国家以公平竞争为核心,推动各自国企改革。

### (二) 欧盟模式

欧盟具有高度重视市场竞争、公平竞争的传统以及体系完备、行之有效的法制基础,在形成欧盟范围内的国际规则上也素有尊重成员国主权、注重商谈的政治和法律传统。尽管欧盟层面的法律中并未明确规定“竞争中立”,但违反竞争中立的行为皆会受到欧盟竞争法的规制。比如1992年《欧盟运行条约》规定,国有企业或代表政府进行经营活动的私人企业均须遵守欧盟竞争法,组织、限制或扭曲竞争的交易或者其他行为均属违法行为;由某一成员国提供或通过国家资源给予的任何资助,不论方式如何,凡优待某类企业或者某类产品的生产,以致破坏竞争或者对竞争产生威胁,从而对成员国之间的贸易产生不利影响,均应视为与共同体市场相抵触。<sup>[6]</sup>《关于成员国和国有企业财务关系透明指令》(2006)进一步设置了两个技术性规则,即“财务关系公开要求”(政府与国有企业之间的资金往来应及时向欧盟委员会公开)和“账户分离要求”(国有企业应针对商业行为和非商业行为设立不同账户,分类管理)。<sup>[7]</sup>在法律实施上,《欧盟运行条约》授权欧盟委员

[4] Australia-Singapore FTA, Article 12.4; Australia-Korea FTA, Article 14.4.

[5] Australia-Chile FTA, Article 14.4, 14.5; Australia-US FTA, Article 14.3, 14.4.

[6] Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the EU, Articles 101, 106.

[7] Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006, on the Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings as well as on Financial Transparency within Certain Undertakings?, Articles 5.1 - 5.2.

会负责监管并赋予其强制权,具体包括责令成员国将欧盟竞争法律规则适用于本国国有企业;要求成员国政府及时报告对本国国有企业的资助行为;对成员国国有企业的行为进行透明度审查,责令违反竞争法律规则的国有企业停止行为并处以罚款;以指令或决议等形式责令帮助或纵容本国国有企业违法的成员国政府停止违法行为等。<sup>[8]</sup>通过这种方式,“欧盟避免了成员国间的‘补贴竞赛’,维护了统一的自由竞争的国内市场,有利于欧盟整体经济利益”。<sup>[9]</sup>

欧盟模式与澳大利亚模式存在一定的差异。首先,在内容上,澳大利亚模式作为纯粹的“国内法”,更侧重国企改革,细节性规定更多。其次,在形成路径上,尽管欧盟在法律层面具有很强的统一性,但终究是由诸多主权国家构成的共同体,因此欧盟模式也蕴含着多边规则的内涵。受欧盟法治传统影响,对竞争中立规则欧盟只规定一般性原则(规则)和底线性原则(规则),具体细节则授权成员国自行决定,并在欧盟层面加强统一监管。最后,在制度扩张上,与澳大利亚比较依赖协商一致缔结双边协定不同,欧盟更倾向于将竞争中立作为评判他国法律制度的标准,并在相关双边、多边协定谈判中作为条件要求其他国家接受,相比之下体现出比较明显的强制色彩。

### (三)美国模式

与上述两种模式特别是澳大利亚模式相比,美国模式有着显著区别,体现在形成路径、价值取向和制度安排等各个方面。美国国内立法中没有明确规定竞争中立制度,为将竞争中立转化为由美国主导的国际贸易投资新规则,美国主要采取了以下三种方式。

一是在双边自贸协定和双边投资协定中设置对方单方承诺的竞争中立条款。比如在美国—新加坡自贸协定中规定,新加坡应确保任何政府企业在采购、销售货物或提供服务时仅依据商业考量进行决策;在美国—韩国自贸协定中规定,韩国应确保不针对国有企业或被授予特殊或排他性权利的企业,采取或维持扭曲货物贸易或服务贸易的措施;在美国—澳大利亚自贸协定中规定,澳大利亚应采取包括竞争中立在内的各种措施,确保各级政府不能仅基于国有企业的公共所有权而赋予其竞争优势,并确保其竞争中立申诉办公室对美国政府或企业提出的申诉采取与本国申诉一致的待遇。<sup>[10]</sup>

二是通过经济合作与发展组织(以下简称“经合组织”)发布报告并形成国际软法。经合组织的一项重要职能就是以国际组织的名义发布报告,影响和塑造国际规则。经过长期积累以及以美国为代表的成员国推动,经合组织的众多报告产生了若干有影响力的国际规则,形成了数量可观、影响重大的“国际软法”,比如国企改革领域的《经合组织国有企业治理指引》。2011年至2014年,经合组织集中关注竞争中立制度,连续发布了以《竞争中立:在公私企业之间维持公平竞争》为核心的系列研究报告,<sup>[11]</sup>并形成了规范国

[8] Antonio Capobianco and Hans Christiansen, *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*, OECD Corporate Governance Working Papers, [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/competitive-neutrality-and-state-owned-enterprises\\_5kg9xfjdhg6-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/competitive-neutrality-and-state-owned-enterprises_5kg9xfjdhg6-en).

[9] 白明、史晓丽:《论竞争中立政策及其对我国的影响》,《国际贸易》2015年第3期,第23页。

[10] US-Singapore FTA, Article 12.3.2; US-Korea FTA, Article 13.2; US-Australia FTA, Article 14.4.

[11] OECD Corporate Governance Working Papers, <http://www.oecd-ilibrary.org/governance>.

企运行模式(推进政府商业活动的公司化)、分账户核算(对商业活动与非商业活动分别设置账户)、商业回报要求(基于商业考虑要求国企商业活动)、透明补偿要求(对国企承担的政府活动予以透明化补偿)、税收中立、监管中立、债务与补贴中立(国企不得在税收、监管、债务和补贴上享有不公平的优势)、规范政府采购要求(政府采购应当具有竞争性和非歧视性)等方面的规则。<sup>[12]</sup>通过经合组织等国际组织推行竞争中立尽管在形式上不如订立(对方单方承诺的)双边协定那么直接,但可以在更广阔的层面掌握制定和解释规则的主导权以及对其他国家的评判权。

三是将竞争中立作为《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)和《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)多边规则谈判的重要议题。无论 TPP 和 TTIP 对以世界贸易组织(WTO)为核心的现行国际贸易和投资规则将产生怎样的影响,在美国及其盟友的主导下,其业已成为国际贸易与投资领域的一股主导力量,以及新一代国际贸易和投资规则的源泉。美国在 TPP 谈判过程中一直将国有企业条款作为“横向议题”,<sup>[13]</sup>推进竞争中立制度。2015年11月,覆盖美国、日本、澳大利亚等12个国家,包含投资、服务、知识产权、劳工、国有企业等30个章节的 TPP 协定谈判完成。从已经公布的 TPP 文本来看,竞争中立在其国有企业章节中得到了明确、详细的规定和强调。核心内容包括:缔约国应当确保国有企业的运营活动不会减损其他缔约国企业的市场准入条件;缔约国应当将给予本国国有企业的待遇作为国民待遇的基准;国有企业应遵守《经合组织国有企业治理指引》;协商确定“负面清单”(豁免清单)作为竞争中立义务的例外等。<sup>[14]</sup>

尤其值得注意的是,美国—新加坡自贸协定和美国—韩国自贸协定中已经出现的竞争中立争议可诉诸争端解决机制的做法,<sup>[15]</sup>尽管没有出现在本次 TPP 谈判协定的最终文本之中,但很有可能被美国和欧盟引入进行之中的 TTIP 谈判。具言之,就是要效仿 WTO 争端解决机制,建立同样适用于竞争中立条款及国有企业条款的国家间争端解决机制;倘若一国违反竞争中立义务且未及时纠正,受害国即有权利终止其承诺的减让,并要求违约国对受到损失的私营企业予以赔偿。

竞争中立转向国际贸易投资规则的美、欧、澳三种模式和路径,由于实践中的并存而产生多极化的规则图景。无论其具体采用三种方式中的哪一种,美国模式的特点都是将国有企业视为政府机构或公共部门,对其课以 WTO 项下的诸多国家义务。该模式在推行上的单边强制色彩远强于欧盟模式,在具体内容上也将欧盟模式和澳大利亚模式中的

[12] 这8项指标也被称为竞争中立的经合组织版本。参见丁茂中:《我国竞争中立政策的引入及实施》,《法学》2015年第9期,第107页。

[13] 横向议题贯穿并影响整个协定、部分章节及纵向议题。参见沈铭辉:《“竞争中立”视角下的 TPP 国有企业条款分析》,《国际经济合作》2015年第7期,第19页。

[14] TPP Chapter 17, State-Owned Enterprise, <https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/state-owned-enterprises-and-designated-monopolies-bfddb20cb3b3#.b8usfkppf>.

[15] 美新自贸协定与美韩自贸协定改变了以往美国在双边自贸协定中对“竞争”章节排除强制性争端解决机制的做法,允许涉及竞争中立、授权垄断和国有企业争议的案件诉诸争端解决机制。参见 US-Singapore FTA, Article 12.7; US-Korea FTA, Article 16.8。

诸多指引性条款转化为强制性标准,<sup>[16]</sup>从而将澳大利亚版本中原本主要针对国企治理的约束条款,扩张为针对政府及国企活动的评判标准,发展为霸权和贸易投资保护的新工具。尽管如此,在客观上我们应当认识到,国家在特定国际政治、经济和法律体系中的地位,须靠参与、引领而非谴责、置之不理而获得。这就要求我们从一个更广阔、更本质的视野,来理解贸易与投资新环境和国际竞争新情势下的竞争中立制度及其实践。

### 三 新情势下国家间制度竞争的强化与博弈

#### (一) 竞争中立制度的推行是国家间制度竞争的集中反映

竞争中立制度的缘起及其向国际规则的转化,特别是美国模式,集中反映出国际竞争已经过渡到以“制度竞争”为核心的新阶段。全球化、市场经济和WTO体制及规则经由多年实践已经证明,当代贸易投资领域国际竞争的本质和关键是制度竞争,包括规则和法制的竞争。一国国内制度及其主导的国际制度能否得到其他国家的主动认同和效仿,或者以非政治、非武力形式促使其他国家认同和效仿,是评判该国制度竞争力的关键所在。国家间制度竞争的具体形式包括制定和解释规则,域外实施规则,运用规则评判其他国家、构建规则产出、解释和交流的平台,以及吸引或促使其他国家认同、参与和接受规则等。竞争的具体内容则从早期的国民待遇、原产地、关税减让、倾销和补贴、贸易与投资救济、争端解决,过渡到劳工权利、社会责任、环境保护,进而过渡到国家安全审查、国有企业条款、竞争中立等“新一代规则”。<sup>[17]</sup>

总体而言,早期规则以WTO项下各种传统贸易与投资规则为代表,内容具体且直接影响特定国家、产业和企业的利益得失,往往因不同国家实际情况差别较大、牵涉一国内部利益平衡、与一国政治和经济体制关联密切等原因而引起争议并难于推行。相比之下,新一代规则普遍切中宏观议题,形式上不直接涉及具体利益得失,以抽象意义上具有普适性的自由、公平、人权等为旗帜,从而赋予规则以正当性,获得构建规则平台的主动权,进而占领制度竞争的制高点。这是国家间制度竞争内容谱系变化的基本规律。在此竞争过程中,国内经济体制、规则愈符合市场经济和全球化要求,在主导国际规则的制定和实施上经验愈充分、基础愈深厚、知识和信息资源储备愈强大,愈能超越简单的利益得失而着眼于区域和国际整体,就愈能在竞争中占据优势,并与其他方面的优势形成良性循环。这种既依托又超越于经济、政治和军事实力,以主导国际规则话语权为核心的制度竞争,美国及其盟友无疑是从WTO时代开始一直到当下的典型代表。

在围绕竞争中立的国家间制度竞争背后,更为实质的则是政府和市场关系的竞争、政府角色的竞争,或者说各国在塑造政府与市场关系过程中形成的制度能力的竞争。从贸易投资规则的类型来看,私人、企业之间常见的跨国贸易、商事合同、直接投资本身并不复

[16] 参见赵海乐:《是国际造法还是国家间契约——“竞争中立”国际规则形成之感》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第121页。

[17] 参见石静霞:《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》,《中国社会科学》2015年第9期,第135页。

杂,这些领域的国际规则大多已形成公约,旨在实现高频率重复适用中的效率,对国家间制度竞争并无重要影响。但当涉及政府职能、政府与市场关系时,则往往出现剧烈的争议和博弈。与政府角色有关的贸易投资问题复杂多变,规则的形成和变动对各国利益及国际秩序影响重大,故易于引发激烈的国家间制度竞争。国家安全审查、国有企业条款、竞争中立等,背后都涉及政府与市场的关系,以及市场经济、全球化条件下政府的角色定位。通过签订双边、多边协定,或通过主导多边谈判推行并促使其他国家接受规则,本质上都是通过双边、多边机制使得本国的政府角色以及政府与市场关系更加契合市场经济和全球化要求,更富有竞争力,产生更强的示范效应。就此而言,无论是在国内法还是国际法层面,政府对以竞争为基础的经济体制及规则的生成与扩张,均具有极其重要的作用。

竞争中立制度并非排斥政府介入市场,而是对全球化和市场经济条件下的政府角色提出了更综合、更高级的要求。竞争中立制度从国内法向贸易投资新规则的转向,促使各国政府不仅要自觉以市场经济为基准调适各种国内制度,更要面向全球化,遵循占据主导地位的经济体和经组织推行的规则,并在此基础上参与国际规则的制定和实施,从而形成 TPP、TTIP 所追求的全球贸易投资的所谓“规则治理体系”。当然,国家间制度竞争中的冲突、博弈和妥协是并存的。各国国情不一,在制度实施中一方面会因“制度非中性”而导致各国所受影响不同;另一方面,居于主导、强势地位的国家基于路径依赖和本国私益为自己设置豁免和便利的情况也并不鲜见。以美国为主导的若干规则在这方面表现得尤为突出。以竞争中立为例,美国及其盟友如此急切地以单边强制方式将竞争中立转化为贸易投资规则,并作为评判其他国家法律制度合法性的标准,其背景是近年来以中国为代表的新兴经济体借助国有资本和国有企业的迅猛发展,对传统贸易投资强国形成强有力的挑战。这既暴露出国家间制度竞争的弱点(与国内市场中的垄断等市场失灵现象颇为类似),又迫使我们全面认识竞争中立制度的复杂性影响。

## (二) 准确认知并合理因应竞争中立制度的扩张

在市场经济和全球化背景下,国家间制度竞争为准确认知竞争中立制度提供了新的视野;而合理因应竞争中立制度尤其是美国模式的扩张,应秉承长远和务实的理念。

一方面,应当长远、理性地看待竞争中立制度扩张中的美国模式,发掘其中的正外部性。在对美国在创设国际规则时惯于挟带保护主义“私货”、为主导国际规则而利用优势地位打压新兴经济体的做法提出批评,并继续通过政治、外交等途径予以谴责及合理对抗的同时,也应认识到美国模式客观上具有的正外部性。首先,如同交通、市政等基础设施常常因缺乏市场投资而客观上需要政府介入一样,作为国际贸易投资的基础设施,规则产出也具有极大难度,需要个别国家、国家联盟或国际经济组织主动担当并率先投入,以满足市场对公共产品的需要。不同国家对于公共产品的需求不一,供给能力有别,需求大、能力强的国家往往更易获得主导权。其次,国家联盟和国际经济组织在实践中往往也会遇到公共产品供给的困境(如搭便车、低效率等),从而需要主导性国家的存在;实践中各国联盟、国际经济组织中一般也都存在居于主导地位且有主导能力的国家。最后,相比交通、市政等实体基础设施中的政府投资者而言,一个主权国家在国际贸易投资中的“私益”客观上要大得多。凡此种种,均导致了美国模式利弊并存、毁誉参半。但有必要注意

的是,“公私利益结合得最紧密的地方,公共利益所得到的推进也最大”。<sup>[18]</sup>就竞争中立制度的扩张而言,尽管美国出于打压新兴经济体国有经济等考虑,对澳大利亚的原初规则作了不少断章取义和选择性适用,<sup>[19]</sup>并利用自己在国际规则中的主导地位迫使其他国家作出单方承诺,但美国模式也使得竞争中立从一项国内法规则迅速转变为贸易投资领域的一项主导性国际规则,使得其中有利于国际贸易投资自由化、便利化的效应得以迅速显现。此外,美国模式及其借助的经合组织、TTP、TTIP等规则平台以巨大声势形成压迫效应,对市场经济和全球化时代各国在处理政府与市场关系、政府商业活动、政府垄断企业等问题上应当遵循的立场和规则作出明确示范,为各国推动国内法变革并参与国际协作形成了强劲的倒逼机制。

另一方面,应当务实、积极地参与规则及规则平台的构建,并以合理方式确立区域性的引领地位。客观而言,竞争中立对主权国家、区域组织及国际贸易投资的积极和消极作用并存,特别是其没有突破以美国单边强制方式生成及推行国际规则的窠臼,表现出比较严重的路径依赖。在这一既定的现实约束下,对于新的国际规则,不能陷入要么一味马首是瞻、不顾国情全盘引入,要么一味强调主权、消极被动应对的传统思路。应超越竞争中立制度在美国模式中形成的纠葛和争议,洞察到竞争中立作为贸易投资规则大趋势的必然性,以及在国际竞争新形势下调整政府角色、强化我国制度竞争力的必要性,重点关注如何参与并引领相关规则的形成和调整。竞争中立制度在内容上囊括了规范国企运行、分账核算、商业回报和透明补偿要求、税收与监管中立、债务与补贴中立、规范政府采购等诸多难度不一、次序有别的领域,在实施模式上也是多极并存,为我国结合自身情况合理因应留出了时间和空间。应在竞争中立语境下寻求重塑我国政府角色的法治出路。面向国内,应以竞争中立制度为标准,检视并完善我国的国企改革政策、产业政策、竞争政策及相应法制;面向国际,应积极利用大国优势,通过局部实验引入高标准国际规则并合理创新,在多边和区域性规则的形成和平台构建上投入更多精力,确立区域性引领地位,通过“内外兼修”增强我国制度竞争力。

## 四 竞争中立语境下完善我国相关政策和法规的对策建议

### (一) 全面完善国企改革政策、产业政策、竞争政策及相应法制

从我国国企改革、产业规划和市场竞争领域的现状来看,政策与法规的界限比较模糊。许多行政部门颁布的政策,实际上属于《中华人民共和国立法法》规定的具有相应法律效力的规范性文件。应按照竞争中立制度的价值取向和具体规则,对这些政策和法规加以检视和完善。

[18] [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第144页。

[19] 比如美国在许多双边自贸协定谈判中将竞争中立规则适用的国企范围限定在联邦层面,不涉及州一级。这明显对美国有利,因为美国几乎没有联邦层面的国企。参见汤婧:《“竞争中立”规则:国有企业的新挑战》,《国际经济合作》2014年第3期,第46页。

以2015年9月中共中央、国务院印发的《关于深化国有企业改革的指导意见》(以下简称《意见》)为最新代表,我国国企改革在国家的政策及法规推动下取得了不可否认的成就。但在最为关键的政府与国企关系,政府对国企的利税、金融及财务安排,以及政府对国企的监管等问题上,相比澳大利亚《联邦竞争中立政策声明》和《经合组织国有企业治理指引》,则缺乏专业性和技术性强且具有公信力的规则治理体系。此外,在“走出去”的大背景下,国有企业在国内、国际市场均面临着更加激烈的竞争,承载着更重的做大做强压力。这种竞争和压力促使政府与国企之间的关系更加密切,在税收、信贷、债务、资产证券化、补贴、资源、监管等各个方面进一步向国企特别是有海外业务的巨型央企倾斜,而在合规管理、竞争中立等问题上则缺乏系统、严格的制度设置及实施。这是引发美国、欧盟等不满的主要原因。

在笔者看来,这种忽视政府行为合规管理、牺牲公平竞争而换取短期经济利益和国际竞争优势地位的做法,既不可取,也不可持续。应按照竞争中立的要求,对公司治理、分账核算、商业回报、透明补偿、税收中立、监管中立、债务与补贴中立、政府采购等方面的政策与法规予以清理,构建竞争中立指标体系,与经济增加值、社会责任、环境保护等一样作为考核机制,对各级政府和国企予以考核,作为竞争中立制度后续实施的依据。在具体的制度构建上,应当以与《意见》相同层次的规范性文件,参照前述域外经验尤其是澳大利亚模式,制定关于以竞争中立推进国企改革的总体原则和制度框架。

产业政策与竞争政策是市场经济条件下我国政府介入市场的主要表现形式,在国内和涉外经济发展中具有非常重要的作用,也是体现和落实政府意志的方式。实践中,产业政策与竞争政策往往由同一政府部门颁布,或者由不同部门经由协商一致后颁布。由于产业政策对于落实政府的意志和力量更加有效、更受政府青睐,加之我国既缺乏竞争优先的传统又缺乏独立、权威的竞争主管机构,导致竞争政策往往处于被压制或牺牲的状态,进而在市场准入、政府补贴、垄断性企业监管等问题上屡屡出现产业发展优先、公平竞争缺失的局面。这种现实情形与竞争中立要求的冲突显而易见。

竞争中立的根本要求在于规范政府行为,特别是以补贴为代表的产业政策。即使出于公共利益目的而采取补贴,也应事先审查补贴对市场竞争的影响,事中透明公开并辅以技术性监管,事后总结反思并调适原有政策。否则,不但巨额补贴会因缺乏监管而出现浪费、低效甚至被骗取,对市场竞争的损害更是无法弥补。因此,要在基础制度设施中明确竞争政策的优先地位,公平竞争应作为基准性的竞争政策予以实施。政府关于国有企业的各种规划和产业政策,以及相关的市场准入与监管政策,均应遵循公平竞争政策要求,接受竞争政策评估,而不应本末倒置。

## (二) 构建由竞争评估、竞争倡导、竞争执法与司法构成的完整实施机制

要让竞争中立制度的效果真正落地,必须构建完整的实施机制。从澳大利亚和欧盟的经验来看,完整的竞争中立实施机制应由评估、倡导和执行(以及豁免)三个部分组成。评估是指由竞争主管机构通过指标、数据、模型等测试和分析特定的国企改革政策、产业政策、竞争政策及法规等制度安排对公平竞争的影响,并出具相应报告;倡导是指竞争主管机构在执法、司法行动以外、对于有损公平竞争的制度安排所采取的一切旨在改善市场

竞争的行为,主要形式包括与其他政府机构对话、商谈、约谈,提出解决方案,以避免或减少既有法律对竞争构成的损害,或采取相应的救济措施;执法与司法是指对有损竞争且通过倡导性方法无法消除的竞争中立障碍,采取执法和司法的方式予以解决。<sup>[20]</sup>

从我国情况来看,竞争评估和倡导将涉及对法律、法规、规章和各级政策的评价,且同时涉及合法性(合法性的评价依据还将包括国际规则)与合理性评价,这远非国务院反垄断委员会和三家具体执法机构的职权所能涵盖。理想的解决办法是仿照欧盟经验,按照《中华人民共和国立法法》的规定单独立法、单独授权,设置法定机构作为竞争中立的主管机构,解决规范性文件审查的障碍。作为过渡,也可仿照澳大利亚的经验,在行政机构内部设置独立的主管机构,先通过修改《中华人民共和国反垄断法》赋予国务院反垄断委员会相应的审查权与建议权。

执法问题的落实,要依赖三家执法机构在各自职权范围内依据《中华人民共和国反垄断法》及相关法规,对违反竞争中立的行为严格执法,并仿效澳大利亚,加强行政裁决的公开性和透明度,对行政裁决不服的还可诉诸法院。在司法问题上,2014年新修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第12条将“行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争”纳入了行政诉讼的受案范围,为《中华人民共和国反垄断法》第37条规定的“行政机关滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定”这一抽象行政行为接受司法审查提供了原则性的法律依据。但《行政诉讼法》第13条又将“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”排除在受案范围之外,这就给竞争中立司法审查在实践中的具体落实造成了不确定性隐患。解决方法可以通过最高法院指定管辖的方式,统一由特定法院单独受理竞争中立案件尤其是涉外案件,并以合理方式扩大司法审查权;也可以通过全国人大特别授权,在特定区域内(比如自由贸易试验区)扩大行政诉讼的受案范围,构建竞争中立司法审查机制。

### (三)通过自由贸易试验区引入并创新竞争中立规则

上海、广东、天津、福建自由贸易试验区(以下简称“自贸试验区”)的设立,为我国在局部地区引入国际新规则提供了试验平台。以先行先试的方式推行涉外改革不仅风险较小、效率较高,在我国也拥有比较成熟的经验和基础。以《中国(上海)自由贸易试验区条例》为例,“在金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务、社会服务和一般制造业等领域扩大开放,暂停、取消或者放宽投资者资质要求、外资股比限制、经营范围限制等准入特别管理措施”(第12条)、“实行外商投资准入前国民待遇加负面清单管理模式”(第13条)、“对垄断协议、滥用市场支配地位以及滥用行政权力排除、限制竞争等行为,依法开展调查和执法”(第37条)、“各类市场主体的平等地位和发展权利,受法律保护。区内各类市场主体在监管、税收和政府采购等方面享有公平待遇”(第47条)等规定,虽未直接提出“竞争中立”,但在价值取向和重点制度安排上已与此高度契合。

完善自贸试验区在落实竞争中立制度中的功能需要从两方面着手。一方面,要按照

[20] 参见张占江:《中国(上海)自贸试验区竞争中立制度承诺研究》,《复旦学报(社会科学版)》2015年第1期,第154页。

竞争中立制度的标准全面引入具体制度安排,尤其是在市场准入、政府采购、政府补贴、垄断性企业和国有企业的公司治理与监管等方面。目前各自贸试验区条例中的竞争中立规则尚不完整,亦不独立,不仅内容上需要补充,实施上也需要依靠《中华人民共和国反垄断法》等相关法律及政策的支持。“在自贸区《条例》短时间内无法修改而竞争中立制度又是各方关注焦点的情况下,可以由政府或有关部门以诸如‘白皮书’或‘政策指南’等形式,系统、全面地阐述自贸试验区的竞争中立制度体系,提升自贸试验区制度的国际竞争力。”<sup>[21]</sup>另一方面,要按照构建更高标准规则治理体系的目标,对具体领域的竞争中立规则予以创新。特别是在服务贸易和金融领域,应实行严于一般竞争中立标准的政府行为准则和国企治理准则。在此基础上,还应加强对自贸试验区竞争中立制度的总结与推广,以免对非自贸试验区形成不公,有违竞争中立制度的价值取向。

#### (四) 引领和参与双边、多边竞争中立规则及规则平台的构建与完善

在介入双边、多边竞争中立规则及规则平台构建问题上,我国过往采取的策略受政治、外交传统影响较大,偏于保守,主要依赖双边协定而不倾向于扮演主导角色。近年来,随着国际政治经济地位的提升,尤其是参与国际竞争的实际需要,我国开始在贸易、投资、金融等领域采取更加积极主动的策略。特别是亚洲基础设施投资银行(以下简称“亚投行”)的筹备和成立,显示出我国对区域性国际规则及平台的重视和主导能力。这一路径应当坚持。在此基础上,还应更加重视从国际法角度总结、转化和推广相关规则,塑造参与国际竞争的法律传统。特别是,应当推动我国司法机关和仲裁机构对国际规则的参与。无论英美还是欧盟,贸易投资新规则产生实质影响,主要依靠代表性的判例和裁决。我国过去对参与规则实施不够重视,导致即使参与了国际规则制定,在规则实施过程中仍处于不利地位,使得产业和企业利益受损。在当下竞争中立制度的扩张中,不能重蹈覆辙。

无论是在国内经济还是涉外经济中,我国的国有企业和政府都扮演着极其重要的角色。就此而言,在形式上与竞争中立制度可能存在冲突。但竞争中立本身并不排斥政府介入市场和发展国有企业,而且我国的国企制度和政府角色也并非均与竞争中立制度存在矛盾,也有很多内容对竞争中立制度具有积极的完善功能。<sup>[22]</sup>因此,在积极参与竞争中立制度谈判的过程中,除了以竞争中立制度为标准变革相关国内政策及法规,<sup>[23]</sup>还应在双边、多边协定谈判中积极提出本国关于竞争中立规则的主张,进而通过主导区域性规则,形成竞争中立制度的中国模式,对竞争中立国际规则的形成施加影响。在此问题上,应合理借鉴竞争中立制度扩张的美国模式,加强对规则平台的建设,利用亚投行等国际组织表达中国等新兴经济体对竞争中立的理解和诉求。同时,应鼓励并支持各种官方和民间论坛、行业协会、民间智库、高等院校对相关问题的研究,在全球范围内发布研究报告,

[21] 张占江:《〈中国(上海)自由贸易试验区条例〉竞争中立制度解释》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2015年第2期,第68页。

[22] 比如中国国有经济和国企改革实践证明,政府可以“内生于”市场并作为更高级的力量产生其他市场主体不能替代的效果。承认市场经济条件下政府的这种新角色具有的正面意义,与以竞争中立加强对国企和政府行为的规范并不矛盾。

[23] 当然,对于竞争中立制度中与我国主权相冲突的内容、根据国情需要作出保留的内容(特别是经过美国模式变异后的内容),应在谈判中根据惯例明确提出并合理解决。

以持续而专业的知识、信息输出赢得其他国家的尊重、认同和效仿。最后,立法机关和相关政府部门应及时对上述成果予以法制化总结,为中国版的竞争中立规则奠定基础。

[本文系中国法学会世界贸易组织研究会 2015 年一般课题《“竞争中立规则”对我国企业“走出去”的影响及对策研究》和“对外经济贸易大学中国企业‘走出去’协同创新中心”科研项目(项目号:201501YY001A)的研究成果,同时受到对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助(项目号:14YQ10)。]

---

---

[ **Abstract** ] The shifting of focus from domestic laws on the reform of state-owned enterprises to new bilateral and multilateral rules on trades and investments regulating states and state-owned enterprises shows that the essence of the evolution of the competition neutrality system and the related practices is the intensification of institutional competition between different countries under the new situation of international competition. The competition neutrality system has produced significant effects and is about to become the new dominant international rule, but the coexistence of and differences between the Australian, EU and US models have revealed complicated causes and produced different influences; meanwhile, multi-polarization also provides the time and space for other countries to make considerations and responses. In the face of the expansion of the competition neutrality system, China should enhance its institutional competition power by attaching equal importance to internal and external aspects of the system. Especially, it should improve policies on the reform of state-owned enterprises, industrial policies, competition policies and related legal systems by taking competition as the basic standard and focusing on regulating the role and behavior of the government; construct a complete implementation framework consisting of assessment, encouragement, enforcement and judicial procedures; introduce and create competition neutrality rules through the establishment of free trade zones; and lead and participate in the adoption and enforcement of bilateral and multilateral rules and the establishment and expansion of platforms for the construction and implementation of competition neutrality rules.

---

---

(责任编辑:廖 凡)