

国际造法过程中的竞争中立规则 ——兼论中国的对策

黄志瑾

(上海对外贸易学院国际经贸研究所, 上海 200336)

摘要: 自2011年美国副国务卿提出竞争中立概念后, 美国及以其为首的TPP、OECD都将竞争中立规则的制定作为重要的议题推出。本文对竞争中立概念的起源、规则的内涵、在TPP谈判中的地位以及在OECD语境下的涵义进行了梳理。在分析了竞争中立规则的国际造法过程后, 本文对中国政府在国际投资法的新一轮国际造法中的立场以及对竞争中立具体问题的对策做出若干分析。中国政府应当尽早参与谈判, 掌握话语权和规则制定权, 对国际投资法领域的新一轮国际规则制定占据主导和主动的地位。

关键词: 竞争中立; TPP; OECD; 走出去

中图分类号: DF961

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2013) 03-0054-10

2011年, 美国国务院负责经济、能源和农业事务的副国务卿罗伯特·霍马茨 (Robert Hormats) 将“竞争中立” (competitive neutrality) 作为一个重要概念提出, 并指出要将该概念拓展至竞争法外的其他领域。^①不难看出, 美国提出“竞争中立”剑指中国的国有企业。自2008年全球经济危机后, 中国企业, 尤其是一些国有企业在海外市场并购活动频繁, 引起了美国、欧盟等国家政府的注意。在“国家安全审查”等国内安全阀已不足以阻止中国国有企业进入美国市场之际, 美国政府在这个时候提出“竞争中立”, 意图将对国有企业的规范纳入到国际经济法律体系之中, 用双边和多边的国际法手段来规制中国国有企业的海外投资行为。

随着国有企业在国际市场上曝光度的屡屡增加, 联合国贸发会《2011年世界投资报告》指出, 新兴和发展中经济体的对外直接投资已占全球29%, 其中11%是由国有企业贡献的; 全球100个最大的跨国公司中国有企业达19个。另外, 《财富》杂志的世界500强名单也凸显了国有企业的发展势头, 2005年世界500强中仅67个是国有企业, 到2011年时这一数字已跃升至106个。这些变化触发了以美国为首的发达国家

收稿日期: 2013-03-29。

作者简介: 黄志瑾, 女, 上海对外贸易学院国际经贸研究所助理研究员, 华东政法大学博士研究生, 中美富布莱特联合培养博士, 研究方向: 国际贸易法、WTO法、国际投资法。

① Ensuring a Sound Basis for Global Competition: Competitive Neutrality[EB/OL].2011. [http://blogs.state.gov/index.php/site/entry/competitive_neutrality.\(2012-12-25\)](http://blogs.state.gov/index.php/site/entry/competitive_neutrality.(2012-12-25)).

对国有企业的警惕,“国家资本主义”等一系列概念再次进入人们的视野,美国更试图通过竞争中立规则创立和调整国际经济法规则,将国有企业置于多边规则的规范之下。本文将追溯竞争中立概念的起源,梳理竞争中立规则的内涵,概括竞争中立规则的国际造法过程,并在上述分析的基础上,探讨中国政府的应对之策。

一、“竞争中立”概念肇始

(一) 澳大利亚竞争法中的竞争中立

早在1996年,澳大利亚就提出了“竞争中立”概念。“竞争中立”在提出之时是竞争法下的概念,是为了贯彻澳大利亚“国家竞争政策”(National Competition Policy)而提出的一个规则。在当时,“竞争中立”被认为是控制政府不正当竞争行为的措施,其目的在于确保政府在公有企业和私有企业的竞争中保持中立。“国家竞争政策”的基调是国家应当运用政策建议的方式,而不是制定规则来解决竞争环境问题,但在实践中无法避免对立法进行调整,“竞争中立”规则的出台就是其中一个重要步骤。

根据澳大利亚的定义,竞争中立要求创造一个公平的竞争环境,即不论是公有还是私有企业,都应当享有一个相同的环境,确保它们可以公平定价,并减少低效率,政府的商业活动不应当仅凭其国家所有权而享有竞争优势。执行竞争中立规则的意图在于去除基于国家所有权而造成的对资源配置的扭曲,这种扭曲造成大量政府企业的定价不能反映原始资源的真实成本价,直接影响生产和消费的决定。为了保证公平的竞争环境,竞争中立要求政府不得利用其立法或财政权力使政府所有的企业比私营企业更占优势。

在适用范围上,竞争中立规则适用于澳大利亚政府所有的企业及其分支机构、公共预算部门指定的商业机构和所有政府机构负责竞争性合同的部门。此外,当政府评估某项政策的覆盖面,或者有人投诉某项政府活动违反了竞争中立原则时,竞争中立规则也将适用于那些政府所开展的有盈利的商业活动。其中,判断“活动”具有“商业”性的标准包括:(1)活动因其服务而收费;(2)存在真正的或具有竞争性的竞争者;(3)活动的管理者在生产、供货和定价方面有一定的独立性。^①在产业部门上,澳大利亚致力于将竞争中立原则适用于基础设施、科学研究、机场、铁路、邮政、通信、能源、水资源、林业、金融服务、高等教育、咨询、博彩业、保险、安保服务等广泛的产业。在效果上,竞争中立规则应当在如下方面有所反映:管理者的自治程度和灵活度、企业的财政状况(包括利益、回报、税收)、相关政府的预算、对消费者的影响、对社会公益的影响等。

^① Australian Government Productivity Commission: About Competitive Neutrality [EB/OL].2012. <http://www.pc.gov.au/agcnco/competitive-neutrality>. (2012-12-25).

（二）美国在多边规则上推动的竞争中立

罗伯特·霍马茨对竞争中立的态度可以代表美国在多边经济活动中的战略。根据霍马茨的说法，“竞争中立”的核心是对现有国际经济规则进行更新和调整，以“弥补现有的国际经济规则无法保证国有企业和私营企业公平竞争的缺陷。”他进一步表示，美国无法干涉和评价其他国家采用什么样的经济体制，但是，无论采用什么样的经济体制，政府都需要确保任何主体在经济活动中享有平等竞争的地位。^①近年来，竞争中立被放置在非常重要的地位。2012年4月10日，美国和欧盟联合发布了《欧盟与美国就国际投资共同原则的声明》(Statement of the EU and US on Shared Principles for International Investment)。美国和欧盟宣称该共同原则包括了一系列的共同核心价值，包括：(1)开放和非歧视的投资环境；(2)公平竞争的环境；(3)对投资者及其投资环境的有效保护；(4)公平且有约束力的争端解决；(5)健全的透明度和公众参与规则；(6)负责任的商业行为；(7)对国家安全条款适用的严格审查。^②其中，欧盟和美国支持OECD在竞争中立领域的工作，也即给予公营和私营企业以相同的商业环境。可以预见的是，未来美国一定会在其双边投资协定中积极推行竞争中立规则，美国已与40个国家和地区签订了双边投资协定，与17个国家和地区签订了自由贸易协定，在国际投资领域具有很大的影响力，一旦其开始推行竞争中立规则，这一潮流很快就会传导至中国。

除了在双边关系上推动竞争中立，美国还致力于在多边规则领域大力推行竞争中立的落实。奥巴马政府首先通过《泛太平洋伙伴关系协议》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)的谈判推动竞争中立规则的多边化，同时督促OECD制定“竞争中立”框架，以逐步推动竞争中立政策在国际经济法领域的发展，美国甚至还提出OECD各成员国应对该问题做出“政治性承诺”。事实上，国有企业在OECD中也占有很大比例，据2009年的一项不完全调查统计表明，OECD国家拥有2,057家国有企业，国有企业总产值接近1.9万亿美元。从国有企业总产值占GDP的比重来看，OECD国家国有企业总产值占GDP的平均比重为15%，OECD国有企业就业总人数超过600万人。一旦OECD国家对竞争中立规则达成一致，做出了美国倡导的“政治性承诺”，则会对整个国际经济规则产生重要影响。

二、竞争中立规则的国际造法

所谓“国际造法”(international law-making)是指国家通过条约或习惯等方式，制定、承认、修改和废止国际法规范的活动。国际造法过程是每一个具体规则

^① Ensuring a Sound Basis for Global Competition: Competitive Neutrality [EB/OL].2011. [http://blogs.state.gov/index.php/site/entry/competitive_neutrality.\(2012-12-25\)](http://blogs.state.gov/index.php/site/entry/competitive_neutrality.(2012-12-25)).

^② United States, European Union Reaffirm Commitment to Open, Transparent, and Non-Discriminatory Investment Policies [EB/OL].2012.[http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/187645.htm.\(2012-12-25\)](http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/187645.htm.(2012-12-25)).

由国家或国际法主体拟定草案、提出、谈判、修改、签署、通过的过程,在这期间,国际合作是最主要的活动形式,国际造法过程也就是一个国家间合作的过程。但从国际法发展的历史可以看出,由于发达国家具有广泛的国际影响力和成熟的立法技术,往往在国际造法过程中处于绝对主导地位,竞争中立规则的制定正处在这样一个历史轮回之中。美国在全球经济危机之后,国内经济遭受重创,高失业率的压力、总统竞选的需求以及产业界的呼声,使美国政府不得不高举贸易保护的大旗,对其在国际舞台上的竞争对手频频施压。竞争中立就是其又一项举措,凭借着在国际社会的影响力,美国在TPP和OECD这两个平台上不遗余力地推动竞争中立规则的国际法化。

(一) TPP谈判中的竞争中立

TPP是由环绕太平洋的国家主导的一项区域贸易协定,目前正处于谈判之中,谈判国包括澳大利亚、文莱达鲁萨兰、智利、马来西亚、新西兰、秘鲁、新加坡、越南和美国。TPP对APEC的所有成员开放,只要满足其入门条件就可以自由选择加入,其最终目标是建立覆盖APEC所有成员的亚太自由贸易区协定。除了覆盖面广外,开放的深度也是区域贸易协定中程度很高的,就目前公布的协定纲要的法律文本而言,主要包括竞争、合作和能力建设、跨境服务、海关、电子商务、环境、金融服务、政府采购、知识产权等9个议题,其中,竞争议题主要围绕竞争中立展开。在TPP法律文本中,竞争文本将促成一个竞争的商业环境,保护消费者,确保跨太平洋伙伴关系国间的公司享有公平的竞争环境。现有的文本谈判已有了令人瞩目的成就,包括在建立和维持竞争法和有关当局、竞争法执法的程序公正、透明度、消费者保护、私人诉讼权利和技术合作等方面都做出了承诺。^①美国国务卿希拉里·克林顿在2011年关于美国亚太地区政策演讲时特别指出,美国正在努力确保泛太平洋伙伴关系协议成为专门为中小型企业减少壁垒的第一个贸易协议,旨在确保公平竞争,包括在国有企业和民营企业之间的竞争中保持中立。^②

美国在TPP谈判中处于主导地位,它视TPP为解决国有企业问题的一个契机,在已知的TPP谈判中,美国强调缔约方须对贸易、投资及竞争做出有约束力的承诺,提出加入TPP的条件为“高标准的政策协议”,其中包括取消给予国有企业的大量补贴、严格的知识产权保护和严格的劳工、环境标准等。

目前,TPP谈判已进入重要阶段,美国行业团体已敦促美国贸易代表办公室严格界定什么类型的实体是国有企业,要求所有的TPP成员国报告他们的国有企业情况,并对各国有企业施加条件限制,以确保他们不会无视或损害其在商品、服务或数码

^① Outlines of the Trans-Pacific Partnership Agreement[EB/OL].2011.<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/november/outlines-trans-pacific-partnership-agreement>.(2012-12-25).

^② US Secretary of State Hillary Rodham Clinton, Remarks on Principles for Prosperity in the Asia Pacific[EB/OL].2011.<http://www.state.gov/secretary/rm/2011/07/169012.htm>.(2012-12-25).

产品上所做出的TPP承诺，并敦促美国贸易代表办公室将范本措辞标准化，以确保无论公共机构何时行使任何监管，行政或政府职能，国有企业的行为都能与其所承担的TPP义务保持一致。

但是，尽管美国对在TPP谈判中推动有关国有企业规则有巨大热情，其他伙伴国对在TPP中规定国有企业条款也持普遍赞成态度，但它们迟迟不愿进入真正的对细节的谈判，既不愿评价美国提出的提案细节，也不愿意提出替代的内容。这种情况可能有两个原因：其一，这些伙伴国想把支持国有企业规则作为获得美国在其他领域中妥协的交换筹码。例如，澳大利亚政府针对美国的国有企业提案表示，任何解决国有企业贸易扭曲活动的尝试都应当伴随针对政府在农业领域出台的扭曲竞争的政策约束，即“出口竞争”议题，这是澳大利亚在贸易谈判中长期以来的首要问题。^①澳大利亚已为其食糖进入美国市场争取了很多年，在这个时机，对国有企业提案的态度便是其重要筹码。但对此，美国谈判代表Barbara Weise表示，美国不倾向于将出口竞争问题在TPP中加以解决。其二，这些伙伴国本身也有不少国有企业，它们需要在国内相关部门对美国的提案进行评估后，判断对其自身经济的影响大小，才可正式进入进一步谈判环节。美国提案只针对中央政府层面的国有企业，而不涉及地方或州政府层面的，这也就意味着美国国有企业受到的影响会很小。^②但其他伙伴国的情况则不尽然，例如，新加坡只有中央政府层面的国有企业，如果适用美国提案，则它的国有企业将会受到很大影响，这也是他们对美国提案持审慎态度的重要原因。

（二）OECD制定的竞争中立规则

OECD公司治理工作组于2011年公布了《竞争中立和国有企业——挑战和政策选择》(Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises—Challenges and Policy Options) 和《竞争中立——确保国营企业和私营企业间的公平贸易》(Competitive Neutrality—Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business) 的报告。这两份报告在OECD《国有企业公司治理指引》的基础上对竞争中立进行探讨，报告共分4个部分：(1)竞争优势(competitive advantages)的主要来源和促使国有企业(SOE)经理、董事和政府所有者利用这些竞争优势的激励机制；(2)打击竞争优势的国内途径；(3)可供竞争机构用以应对SOE反竞争实践的途径；(4)有助于促进竞争中立的措施。

根据OECD的报告，国有企业享有优势的竞争地位，导致了与私营企业之间的不平等竞争关系，主要包括：(1)完全的补贴，国有企业可以直接从政府获得补贴或以受财政资助的其他公共形式来维持其商业运作。例如，国有企业享有的优惠税收

^① “出口竞争”主要包括农业出口补贴和为农业出口商提供的由政府支持的贷款担保等议题。

^② 美国政府，不论是联邦还是州层面的，涉足的商业活动都十分少，竞争中立对其国内企业的影响可以被忽略不计。

体制或税收例外, 优惠的土地政策, 这些都相当于政府补贴, 它们人为地降低了国有企业的成本, 并提高了其竞争实力。(2) 特许融资和担保, 国有企业可能享有直接从政府或者由国家控制的金融机构提供的低于市场利息的贷款。^①此外, 国有企业隐藏的“国家信用担保”就使其在融资时有着天然的优势。最后, 国有企业的某些部门或公司形式还享有破产豁免的权利。(3) 政府提供的其他优惠待遇, 例如, 对反垄断执行的豁免和某些履行上的披露要求的豁免, 而私营企业无论如何都不享有这些豁免。此外, 国有企业往往是政府采购的受益方, 其“国有”性会有利于它迎合政府采购的要求来提供它们的产品和服务。最后, 国有企业与私营企业在信息获取上的不对称也会使国有企业处于优势地位。(4) 垄断和证明优势(advantages of incumbency), 国家在设立国有企业时的主要目标之一就是让它贯彻国家产业政策的目标, 这也就意味着国有企业必然在主导产业中占据垄断地位。在有些国家, 国有企业把持着产业链中最重要、也最赚钱的环节, 使得上下游产业的价格、产量均需由其掌控, 这不仅会造成比私营企业更优的竞争地位, 更重要的是, 会影响整个国家产业的健康发展。(5) 可获取的股份, 国有企业的股份通常都是被“锁定”(lock-in)的, 其控制权不像私营企业一样可随意转让, 这给国有企业带来了一系列的问题, 比如, 国有企业无需向股东分红, 当它制定价格策略时, 无需考虑股价、成本等因素。另外, 当控制权很稳定时, 公司的管理人员会丧失盈利的激励, 致使公司效率低下。(6) 破产例外规则和信息优势, 由于其资本是被锁定的, 国有企业往往不适用破产法, 没有了对破产的担忧, 企业对其经营活动往往没有制约。另外, 国有企业还可接触某些私营企业无法接触到的信息, 享有信息优势。

上述优势竞争地位会帮助国有企业以掠夺性定价和低价倾销的手段获得垄断地位, 逼走私营竞争者, 造成不公平的竞争环境。而这些优势竞争地位并不是国有企业依靠其领先的技术、良好的治理或其他自身表现而获得的, 是靠国家给予其特权和豁免获得的, 这种优势地位不仅对其他竞争者不公, 更无益于提高企业自身发展水平。所以, 竞争中立必须包括透明度要求、税收中立、信贷中立、规则中立、保证国有企业与私营企业的利润率具有可比性、保证国有企业的价格形成方法反映其实际成本等具体要求。

OECD报告在总结了各国的经验后, 指出维持竞争中立主要包括以下3种途径:

(1) 游说途径。如果不公平的竞争是由政府自身政策所造成的, 那么竞争机构可以采取对立法机构“游说”(advocacy)的方式要求立法机构改变政策。

(2) 竞争法途径。立法机构可以在事先制定详尽的竞争立法以确保竞争中立, 但是适用竞争法解决存在一个问题, 即如果国有企业的活动未进入竞争法调整对象范围, 即《反垄断法》和《反不正当竞争法》的调整范围, 则其行为将不受法律限

^① 例如, 国家主权财富基金为了配合国家工业政策的目标, 为国有企业提供大量补贴, 这些行为引起许多国家的质疑。

制。事实上,许多国家的反垄断法和反不正当竞争法并不是以所有权为标准而设置调整对象的,主体是国有企业还是私营企业并非是适用竞争法的标准,这也就意味着国有企业因其国家所有的所有权属性而享有的不公平竞争优势会有无法可依的情况。以中国的竞争法为例,《反不正当竞争法》列举的不正当竞争行为包括:禁止仿冒、禁止限制竞争、禁止权力经营、禁止商业贿赂、禁止虚假广告、禁止侵犯商业秘密、禁止倾销、禁止不正当附条件销售行为、禁止不正当有奖销售、禁止损害商誉、禁止串通投标。^①其中,仅禁止限制竞争和禁止权力经营对竞争中立有所提及。该法第6条指出“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者,不得限定他人购买其指定的经营者的商品,以排挤其他经营者的公平竞争”;第7条指出“政府及其所属部门不得滥用权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。”上述规定只表述了竞争中立很小的一部分内容:第一,对公用企业的不正当竞争仅限定在“指定购买”上,其他不正当竞争,如享有的财政补贴、特许融资和破产例外,完全没有涉及。第二,“公用企业”和“政府所属部门”的定义不详,对是否包括国有企业,如果包括国有企业,是否仅指国有独资企业?国有控股企业、国有参股企业是否包含在内等问题在立法上和司法上都没有明确回答,这就对以立法途径维持竞争中立带来技术上的挑战。

报告还列举了一些国家适用竞争法调整不正当竞争的立法案例。以欧盟为例,竞争中立规则已确立了50年之余。首先,从技术上看,欧盟以立法的方式明确了竞争中立原则。《欧盟宪法条约》第106条规定,公共企业(public company)受竞争法调整,且任何成员国都不能违反该条,此外,公共企业还受反垄断法和国家补贴法律的调整。其次,欧盟委员会承担了重要的机构职能。《欧盟宪法条约》赋予欧盟委员会(European Commission)以要求公共企业停止不正当竞争行为的权力,如果该不正当竞争行为是由于成员国的法律或政策所致,则欧盟委员会还可以发布指令或决定要求该成员国停止此项立法或政策。在国家补贴法律方面,成员国必须向欧盟委员会提交其准备采取的补贴立法和措施,由欧盟委员会决定是否颁布。另外,欧盟委员会还可以要求公共企业提供其商业活动和非商业活动的预算比例。^②比如,公共交通的运营商必须将其提供的公共交通账户和其他经营活动账户分别开立。^③

(3)综合立法途径。澳大利亚采取的是综合立法途径。简单来说,澳大利亚并没有专门对竞争中立加以立法,也没有将竞争中立作为一个特别的法律关系,而是通过政府各个部门之间的协调、合作来实现竞争中立的目标。在机构设置上,与欧盟

① 我国《反不正当竞争法》第5~15条。

② Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings (OJ L 195, 29.7.1980, p. 35). 该指令已在2005年和2006年被修订, Directive 2005/81/EC (OJ L 312, 29.11.2005, p. 47), Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 (OJ L 318, 17.11.2006, p. 17~25).

③ Regulation (EC) No. 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on Public passenger transport services by rail and by road, and repealing Council Regulation (EEC) No.1191/69 and (EEC) No.1107/70).

由欧盟委员会专司竞争中立不同,澳大利亚的竞争机构——澳大利亚竞争与消费者委员会(Australian Competition and Consumer Commission, ACCC)——并非执行竞争中立政策的主要机构,国家竞争理事会(National Competition Council)和产能委员会(Productivity Commission)是主要的执行机构。^①澳大利亚财政部(Australian Treasury)负责竞争中立政策的制定。综合立法途径的优点在于不存在“无法可依”的法律真空,政府内部的协调合作从各个层面和角度打击了不正当竞争行为,较之竞争法途径更加全面和灵活。

三、竞争中立规则国际化对中国的影响及中国的对策

(一) 竞争中立规则剑指中国国有企业

可以说,竞争中立规则剑指中国国有企业,这不仅是美国对中国国有企业在欧美市场大刀阔斧地兼并收购、投资建厂等行为的直接回应,更是美国试图改变中国公有经济和非公有经济并存的经济体制的首要举措。中国企业在贯彻“走出去”战略的同时,迎接的对国有企业国家所有权的标签的挑战和质疑也从东道国单边层面上上升到了区域多边层面。中国政府以及国有企业在这一问题上面临的形势不容乐观。中国企业要走出去,就必然会在各个阶段遇到各种质疑和挑战,就目前对竞争中立规则的讨论和研究还无法清晰地认识到其对未来中国国有企业走出去的各种影响,但可以清楚看到的是,这一规则会是继“国家安全审查”之后的另一紧箍咒,不仅套在了国有企业头上,更悬在中国政府头上。

10年前,美欧等发达国家通过世贸组织规则及争端解决对中国的出口贸易以及贸易体制予以了深刻的导向性改变,到10年后的今日,中国企业和政府还在为当年所签订的协定改变自身以遵守多边贸易规则支付着沉重的代价。竞争中立就好似国际投资法领域的WTO规则,发达国家借助其在国际舞台的影响力,制定出一套其意图推行的目标规则,并通过双边和多边途径不断推动其他国家对该目标规则的接受,直至其成为普遍接受的国际硬法规则,而剩下的国家若要试图融入国际社会,就不得不全盘接受这一国际规则,而无法将自身的诉求反映在规则之上。竞争中立正是发达国家国际法造法过程中的又一新例。

(二) 中国政府在国际谈判中不可掉以轻心,也无需如临大敌

竞争中立规则已进入国际造法过程中,中国错过了多边贸易规则的国际造法,才经历了冗长且艰辛的入关谈判,中国政府不能再错过新一轮的多边投资协定国际造法过程,只有参与谈判,坚持本国在国际社会中的利益,才能有效地维护中国的国家利益。

^① 国家竞争委员会主要负责财务上的惩罚程序,产能委员会则负责向政府提供微观经济改革的建议。

从另一方面讲，虽然竞争中立规则已进入多边投资协定的谈判桌，但尚未正式被全球性多边规则谈判所采纳，对中国国有企业的影响只是稍见端倪，而且很难就现有局势判断主导者美国对竞争中立的态度是阶段性的还是长远性的。为了解决美国失业率居高不下的困局，增加就业率，奥巴马的经济政策倾向于中小企业和新能源企业，在这种经济政策的导向下，奥巴马政府从对内和对外两个途径入手，对内敦促国会通过《扶助小企业法案》，对外则向国际社会推行竞争中立规则。但政策性的规则能够跟随着奥巴马政府走多远？如果美国的经济政策发生改变，相应的政策是否也会发生改变？竞争中立规则是否能成为奥巴马政府的工作重心？这些问题还有待进一步观察。

从TPP的谈判也可获知，除了美国之外，其他国家似乎对竞争中立规则并没有很大的热情，甚至于将其作为与美国交换利益的谈判筹码，美国是否能坚持将竞争中立规则走下去还取决于它对国有企业的规制与其他利益间的博弈和权衡。所以，中国政府在谈判中也无需对该问题如临大敌。

（三）中国谈判代表在投资协定谈判中需谨慎评估，尽早掌握话语权

如果竞争中立规则正式进入到全球性多边规则谈判中，中国的谈判代表和立法机构必须非常谨慎地加以对待，认真评估其对中国国有企业的具体负面影响。一旦竞争中立规则进入全球性多边谈判，对中国的经济可谓影响深远，不仅会影响到国有企业对外投资的待遇，更会加大自由主义市场经济和社会主义市场经济之间的裂缝，并使国际法按照其一贯的路径对新兴经济体施加更多的义务。

中国作为国际社会上日益重要的成员，应尽早参与谈判过程，抓住话语权，并联合具有相同利益的成员，拢和不具有冲突利益的成员，及时沟通，表达观点。就具体应对策略而言，由于竞争中立规则对中国国有企业有很大的、直接的负面影响，为了短期内维护中国国有企业在境外的利益，在进一步谈判过程中应坚持对竞争中立的限缩解释，如对“商业性”的要求，对存在竞争者的要求，严格地按照成本利润分析的方式判断是否存在不公平。坚持对竞争中立的限缩解释，排除其对国有企业的适用。

（四）中国需完善国内立法技巧，在技术上融入国际话语体系

竞争中立规则针对的是立法机构及政府，而非企业。竞争中立规则从立法层面和行政层面对政府给予企业（国有企业和私营企业）的待遇，以及由此待遇所造成的竞争环境，予以规制。这就意味着，在中国鼓励企业走出去，贯彻“走出去”战略的同时，颁布的法律法规和政策就必须非常谨慎。例如，2011年，中国发布的《“十二五”国家战略性新兴产业发展规划》中提出建立七大战略性新兴产业，就被美国解读为中国对美投资政策是中国通过获取美国技术从而推动核心产业发展的政府计划的一部分，并认为这是中国政府结合投资、税收和政府采购政策给予国

有企业优惠,从而推动中国国有企业发展,使之有能力获取美国公司所拥有的敏感技术及知识产权,并通过这些公司向美国提供基础设施、通信等影响美国经济和国家命脉的服务。如果竞争中立规则真正进入实质性阶段,中国的立法不健全、不精细、导向性严重等老生常谈的问题则将又一次浮出水面。从贸易法到投资法,中国面临的外部法律环境都正在或将要深刻地对中国进行体制性的影响。有些学者提出法律建议,建议国家政府部门制定中国企业“走出去”的整体战略规划、扶持性政策体系和专项行动计划等,为中国企业“走出去”提供明确的战略导向。这种观点已被证实不再适应纷繁复杂的外部情况,相反,政府和立法机构在制定政策和法律的时候,不应当将立法目的或者政策扶持导向明确地写入相关立法之中,这种略显幼稚的立法技巧已屡遭挑战,实乃下一步中国立法机构和学术界关注之处。

参考文献:

- [1] 古祖雪. 国际造法: 基本原则及其对国际法的意义[J]. 中国社会科学, 2012, (2).
- [2] 何曼青, 柴林涛. 中国科技型企业“走出去”: 成效及政策建议[J]. 国际经济合作, 2012, (5).
- [3] 王婷. 竞争中立: 国际贸易与投资规则的新焦点[J]. 国际经济合作, 2012, (9).
- [4] Capobianco, A. and Christiansen, H. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises—Challenges and Policy Options[R]. OECD Corporate Governance Working Papers No. 1, 2011.
- [5] Inside U.S. Trade. Australian Opposition on Key U.S. Priorities Emerges as Hurdle in TPP. 2012 [EB/OL]. <http://insidetrade.com/Inside-US-Trade/Inside-U.S.-Trade-09/21/2012/australian-opposition-on-key-us-priorities-emerges-as-hurdle-in-tpp/menu-id-172.html>.
- [6] Inside U.S. Trade. TPP SOE Talks Slowed by Domestic Processes, Australian Ag Demand. 2012 [EB/OL]. <http://insidetrade.com/Inside-US-Trade/Inside-U.S.-Trade-09/14/2012/tpp-soe-talks-slowed-by-domestic-processes-australian-ag-demand/menu-id-710.html>.
- [7] Kain, J. National Competition Policy: Overview and Assessment[R]. Parliamentary Research Service: Research Paper No. 1, 1994.
- [8] Rennie, Matthew and Lindsay, Fiona. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises in Australia: Review of Practices and Their Relevance for Other Countries[R]. OECD Corporate Governance Working Papers, No. 4, 2011.
- [9] UNCTAD. World Investment Report—Non Equity Modes of International Production and Development[R], 2011.

Competitive Neutrality in the Law-Making Process: A New Challenge for China

HUANG Zhi-jin

Abstract: The U.S. formulated the Competitive Neutrality as an import issue since 2011 after the Deputy Secretary of State made a statement of it. TPP and OECD followed the U.S. approach and made sophisticated study on the rule of Competitive Neutrality. This paper focuses on the origin and the meaning of the conception, tries to make clear how important this issue is and how the Chinese government should do facing this issue. This paper also suggests that the Chinese government take two steps. First, the Chinese government should be involved in negotiations as soon and as deeply possible. Second, the Chinese government should take itself as a key-role member of the international law-making community.

Key words: competitive neutrality; TPP; OECD; state-owned enterprises