

美式国有企业规则的推行路径与逻辑谬误 ——基于与澳式规则的比较分析

应品广

(上海对外经贸大学贸易谈判学院, 上海 200336)

摘要: 美式与澳式国企规则分别代表了竞争中性推行的两条不同路径。前者是基于所有制歧视的制度扩张, 后者则是基于国内改革实践的制度推广。经比较分析可知, 美式国企规则在奉行原则方面以“竞争中性”之名行“竞争非中性”之实、在制度归属方面偏离竞争政策框架实施所有制歧视、在贯彻落实方面采取双重标准且存在内部逻辑矛盾、在国际推广方面无国内实践基础且有违国际共识等逻辑谬误。中国可借鉴澳式国企规则的推行路径, 在竞争政策框架内构建中式竞争中性制度体系, 参与全球制度竞争。

关键词: 国有企业; 指定垄断; 竞争中性; 跨太平洋伙伴关系协定; 美墨加协定

中图分类号: F740

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 05-0057-14

为“弥补现有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”,^①美国除了与其他经济体联合发表声明反对“非市场导向的政策和做法”,^②以及提议通过改革 WTO 加强针对国有企业的纪律约束外,^③还开始在双边或区域贸易协定中积极纳入专门的国有企业规则(以下简称“国企规则”)。其中尤以最后一种方式影响最为深远,体现了国企规则从“软”到“硬”的法律化趋势(刘笋和许皓, 2018)。在美国的影响下,包括欧盟、日本、加拿大等在内的主要经济体都开展尝试在贸易协定中纳入国企规则,比如欧盟与加拿大的《综合性经济贸易协议》(CETA)、欧盟和日本的《经济伙伴关系协定》(EPA)以及欧盟与越南的自由贸易协定(EVFTA)等均含有国企章节。但是,美式国企规则并无国内制度及实践加以支撑,其赖以存在的“竞争中性”理念基础乃源于澳大利亚的国内改革实践。可以说,

作者简介: 应品广, 上海对外经贸大学贸易谈判学院、世界贸易组织讲席(中国)研究院副研究员, 研究方向: 竞争政策、国际经贸治理。

基金项目: 教育部国别和区域研究 2019 年度课题“构建中欧自贸区的可能性分析”(项目编号: 19GBQY25)。

① Hormats, Robert D. Ensuring a Sound Basis for Global Competition: Competitive Neutrality, under Secretary for Economic, Energy and Agricultural Affairs[EB/OL]. 2011, U.S. Department of State. <https://2009-2017.state.gov/e/rls/rmk/20092013/2011/163472.htm>. [2011-05-05].

② 迄今为止, 美欧日3方已联合发布7份联合声明, 将产业补贴和国有企业视为典型的“非市场导向政策和做法”。最近一次声明参见: Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union (Jan. 14, 2020), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>.

③ Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements, Communication from Argentina, Costa Rica, the European Union, Japan, and the United States, https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/good_12nov18_e.htm.

美国国企规则与澳式国企规则分别代表了竞争中性推行的两条路径：前者虽被誉为“最高标准”却并无自身逻辑基础，后者虽源于国内改革需要却逐步成为国际组织倡导的模板。通过对比美式和澳式国企规则的演变路径，可清晰辨别美式国企规则在奉行原则、规则归属、贯彻落实和国际推广等方面存在的内在缺陷，其对澳式国企规则不同要素的不当强化和弱化，扭曲了竞争中性的真正内涵。

一、美式国企规则：基于所有制歧视的制度扩张

美国国企规则最早出现在《北美自由贸易协定》（NAFTA，下称《北美自贸协定》）中。此后，美国在与澳大利亚、新加坡和韩国等达成的双边贸易协定中也均纳入国企条款。此外，美国贸易代表办公室发布的《2012年美国双边投资协议范本》专门设置国企章节，明确当国有企业被授权行使监管、行政或者其他政府权力时应承担缔约国在条约下的义务。奥巴马政府时期参与谈判的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）和特朗普政府时期达成的《美墨加协定》（USMCA），则代表了当前美国引领的最高标准国企规则。

美国国企规则虽然在不同协议中的表述和细节有所不同（表1），但可概括为6方面内容：（1）适用主体：不仅包括传统意义上的国有企业，即政府享有所有权或控制权的企业，还包括指定垄断，即任何政府授予垄断权的私人垄断或政府垄断形式。^①（2）非歧视义务：要求政府确保适用主体对缔约方的货物或服务提供商及涵盖投资提供非歧视待遇。（3）商业考虑义务：要求适用主体在相关市场购销货物或服务时仅依据商业考虑行事，通常要求与相关业务或行业的私营企业的正常商业行为保持一致。（4）透明度义务：主动提供或应缔约方请求提供涉及适用主体的相关信息，包括国有企业和指定垄断的清单、政府控制或影响国企的程度、法律豁免信息、非商业援助情形等。（5）非商业援助：禁止政府给予适用主体提供非商业性质的援助，包括各种直接或间接的金钱或非金钱的优惠。（6）执行和争端解决：建立专门机构审议和监督协议执行情况，强调开展技术合作和加强磋商，明确因违反相关义务产生的争端可适用争端解决机制。以上述内容为核心的美式国企规则具有如下演变特征。

（一）从竞争政策的组成部分到单独成章

在《北美自贸协定》和美国后来签署的若干双边贸易协定中，国企规则均是竞争政策章节的组成部分。比如，国企规则所在章节在《北美自贸协定》中名为“竞争政策、垄断和国家企业”，在《美国—新加坡自由贸易协定》（以下简称《美新自贸协定》）中为“反竞争商业行为、指定垄断和政府企业”，在《美国—韩国自

^① 由表1可知，不同协议对适用主体曾分别有过“国家企业”（State Enterprises）、“政府企业”（Government Enterprises）、“国有企业”（State-owned Enterprises）、“垄断”（Monopolies）和“指定垄断”（Designated Monopolies）等表述。鉴于国有企业和指定垄断代表了最新提法，本文统一以此指代国企规则的适用主体。

表 1 美式国企规则的主要内容及其演变

协议	内容				
	《北美自贸协定》	《美新自贸协定》	《美韩自贸协定》	《跨太平洋伙伴关系协定》	《美墨加协定》
适用主体	国家企业和垄断，国企认定采取所有权标准	政府企业和指定垄断，国企认定采取所有权标准（针对美国）和有效影响标准（针对新加坡）	国家企业和指定垄断，国企认定采取所有权标准	国有企业和指定垄断，国企认定除所有权标准外，增加投票权、任免权标准	国有企业和指定垄断，国企认定在《跨太平洋伙伴关系协定》基础上增加决策权标准
非歧视待遇	最惠国待遇 + 国民待遇，涵盖货物和服务	最惠国待遇 + 国民待遇，涵盖货物、服务和投资	最惠国待遇 + 国民待遇，涵盖货物、服务和投资	最惠国待遇 + 国民待遇，涵盖货物、服务和投资	最惠国待遇 + 国民待遇，涵盖货物、服务和投资
商业考虑	在相关市场购销货物或服务时仅依据商业考虑行事（同时适用于国家企业和垄断）	同《北美自贸协定》，同时适用于政府企业和指定垄断	同《北美自贸协定》，但仅适用于指定垄断	补充增加“其他相关业务或行业领域的私营企业通常可以纳入商业决策考虑的因素”，同时适用于国有企业和指定垄断	同《跨太平洋伙伴关系协定》
透明度	事先主动书面通知（仅针对“垄断”）	应请求披露公开信息 + 提供“指证”内容（同时针对政府企业和指定垄断）	应请求披露公开信息（同时针对国家企业和指定垄断）	主动公布国企清单和指定垄断情况 + 应请求披露国有企业和指定垄断信息、非商业援助信息	除《跨太平洋伙伴关系协定》列举内容外，增加披露“股权注资”要求
非商业援助	无	无	无	禁止基于所有权或控制权给予国企非商业援助	在《跨太平洋伙伴关系协定》基础上细化定义 + 新增“禁止性”非商业援助
执行与争端解决	设立“贸易与竞争工作组” + 可诉诸争端解决	可诉诸争端解决	可诉诸争端解决	设立“国有企业和指定垄断委员会” + 确保国内法院管辖权和监管中性 + 可诉诸争端解决	同《跨太平洋伙伴关系协定》

资料来源：作者根据相关协议整理。

贸协定》（以下简称《美韩自贸协定》）中为“与竞争相关事宜”。在这些协定中，国企问题被视为竞争问题，其存在的价值在于消除国企因所有制或政府控制而享有的不公平竞争优势。但是，在《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》中，国企规则开始从竞争政策章节中独立出来单独成章，这是一个非常重要的变化。一方面，说明美国认为竞争政策章节本身已经不足以解决国企问题，需要通过专门设定国企章节的方式予以回应；另一方面，竞争政策不关注所有制问题（Omran, 2004），跳出竞争政策框架，意味竞争政策所奉行的“所有制中性”原则开始被美国所抛弃。

（二）适用范围呈显著扩大趋势

首先，国企的认定标准不断放宽。美国早期贸易协定对国企的界定通常只限于“缔约方通过所有者权益拥有或控制的企业”。^①据此，所有权是判断是否构成国企的核心标准。但是，根据《跨太平洋伙伴关系协定》第 17.1 条，政府拥有 50% 以上所有

① 参见《北美自贸协定》第 1505 条、《美韩自贸协定》第 16.9 条、《美新自贸协定》第 12.8 条（针对美国）。

权或表决权，或有权任免董事会或其他同类管理机构多数成员的企业，均构成国企，这是在所有权标准之外增加了投票权和任免权标准。《美墨加协定》第 22.1 条进一步指出，政府通过行使包括“间接”或者“少数”所有权在内的任何其他所有者权益的方式实现控制的企业也属于国企，相当于又增加了决策权标准。

其次，国企规则的覆盖面不断扩大。一方面，其不仅适用于 WTO 国营贸易企业规则覆盖的传统货物贸易领域，还适用于服务贸易和投资领域，使得大型国企普遍更为集中的服务或投资领域（如金融、电信、交通、能源等）被纳入规制范围；另一方面，不仅适用于对缔约方的贸易和投资产生影响的国企，还适用于对非缔约方产生不利影响的国企。这是通过“域外适用”的方式显著扩大美式国企规则的影响力。

（三）对国企施加的专门义务不断扩展

第一，WTO 对国营贸易企业的非歧视要求只包含最惠国待遇，^①但是自《北美自贸协定》起，美式国企规则的非歧视义务就明确包含最惠国待遇和国民待遇。

第二，早期的美式国企规则（比如《北美自贸协定》和《美韩自贸协定》）通常只对指定垄断（不包括国企）设定商业考虑义务。在《美新自贸协定》中，只针对新加坡国企附加商业考虑义务。在《跨太平洋伙伴关系协定》和《美加墨协定》中，商业考虑义务开始统一适用于国企和指定垄断，同时在已有考量因素（如价格、质量等）外，增加了“其他相关业务或行业领域的私营企业通常纳入商业决策考虑的因素”，实际上是要求按照私营企业的标准衡量国企行为。

第三，在美国早期的自贸协定中，要求主动提供或应请求提供的信息通常只是“公开信息”，且如一缔约方对另一缔约方提出信息披露申请，一般应明确指出所涉实体、产品和市场以及可能限制协定各方贸易或投资做法的“指证”。^②《跨太平洋伙伴关系协定》不再有“指证”要求，除了要求“主动披露”国企清单和指定垄断情形外，还大大扩展了“应请求披露”的内容，包括国有股权比例、特殊股份或投票权情况、政府官员任职情况、企业收入和资产情况、法律豁免情况和其他可公开获得的财务或审计信息以及非商业援助信息等（第 17.10 条）。在此基础上，《美墨加协定》第 22.10 条进一步增加了“应请求披露股权注资（不论是否构成非商业援助）”的内容。

第四，通过增设非商业援助条款实现对 WTO 补贴规则的回避。非商业援助条款与 WTO 框架下《补贴与反补贴措施协定》的规制逻辑高度重合，但是通过放宽非商业援助的主体、范围、不利影响和损害等方面的认定标准，使得非商业援助相比于 WTO 框架下补贴的认定更加容易（毛真真，2017）。在《补贴与反补贴措施协定》下认定国企构成补贴主体需首先认定国企构成“公共机构”，但是 WTO 已否决美国

^① Appellate Body Report. Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain[Z]. paras.6.46 and 6.50, WTO Doc. WT/DS276/AB/R (adopted Sep. 27, 2004).

^② Wolfe, Robert. Sunshine over Shanghai: Can the WTO Illuminate the Murky World of Chinese SOEs? [EB/OL]. 2017, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45586/RSCAS_2017_12.pdf. [2017-12-01].

仅基于“政府控制标准”认定公共机构的主张。^①非商业援助条款通过明确政府和国企均构成非商业援助主体，规避了《补贴与反补贴措施协定》难以认定国企构成补贴主体的难题，为将国企（特别是国有商业银行）构成补贴主体扫除了制度障碍。另外，《补贴与反补贴措施协定》只适用于货物贸易，而非商业援助条款扩展到了服务贸易和投资领域。《美墨加协定》第22.1条还明确列举“禁止性”非商业援助类型，包括给信用不佳的国企提供贷款或担保，给亏损国企注资，以与私营投资者通常做法不符的方式实施“债转股”等。这些恰是我国在经济转型和国企改革过程中常用的做法，禁止此类行为相当于为相关宏观政策和改革措施的施行戴上了“紧箍咒”。

（四）执行和争端解决机制不断强化

《北美自贸协定》尽管建立了执行机构“贸易与竞争工作组”，但其职责只限于就竞争与贸易之间的相关问题向自由贸易委员会提交报告及提出建议。《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》建立的“国有企业和指定垄断委员会”不仅含有审议和考虑国企章节运行与实施的职责，还被授予应缔约方请求开展磋商、推动国企规则扩展到其他区域和多边场合以及开展其他相关事宜等开放式权能。而且，除非另有约定，国有企业和指定垄断委员会应至少每年召开一次会议，这使得国企规则执行机构得以常态化运行。《跨太平洋伙伴关系协定》第17.5条和《美墨加协定》第22.5条进一步要求缔约方确保国内法院享有对外国国企提起民事诉讼的管辖权，以及国企监管机构以公正的方式对不同所有制企业行使监管权，相当于提出了监管中性的要求。与此同时，《跨太平洋伙伴关系协定》第17.11条和《美墨加协定》第22.11条还拓展了交流合作形式，包括通过各种场合加强有关国有企业公司治理、确保不同所有制企业公平竞争的最佳实践（包括竞争中性政策）等方面的交流和合作。最后，美式国企规则对适用争端解决机制一直持开放性立场。随着针对国企设定的义务增多，可适用争端解决的条款也相应增加。

（五）国企规则持续动态演进并朝更高标准发展

美式国企规则还有一个显著特征，就是它是一个动态发展的“活协议”。在《跨太平洋伙伴关系协定》生效之日起5年内和《美墨加协定》生效之日起6个月内，缔约方将启动新的谈判，将适用主体扩展至次中央级国企和指定垄断，以及将非商业援助和不利影响规则扩展到因国企提供服务而对非缔约方市场产生影响的情形等。^②在《跨太平洋伙伴关系协定》谈判过程中，美国政府曾提出“政府控股达到20%的企业即可认定为国有企业”的诉求。^③美国服务业联合协会和美国商会也曾提出，“只

^① Appellate Body Report. United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China[Z]. para.3.18, WTO Doc. WT/DS379/AB/R (adopted 25 March, 2011).

^② 参见：《跨太平洋伙伴关系协定》第17.14条和附件17-C、《美墨加协定》第22.14条和附件22-C。

^③ Special Report. The Dallas TPP Negotiations[R]. Inside U.S. Trade Weekly Report, May 18, 2012.

要一个企业或者企业的附属企业或关联企业的多数股份被政府所持有，或在法律上或事实上被政府控制，或被政府授予排他性权利，或被赋予特殊的法律或监管优势，或受国家政策影响而从事特定行为，都应被视为国有企业”（伍穗龙，2016）。这些扩大国企规则适用范围的主张在将来都有可能体现到新的协议之中。特朗普政府退出《跨太平洋伙伴关系协定》，但是在《美墨加协定》中进一步强化国企规则的做法，说明美国退出协定并非因其标准太高，而是标准太低无法满足美国利益，因此通过战略调整的方式重点转向双边谈判，利用美国的经济优势形成对美国最有利的条款。因此，美式国企规则只会朝着标准更高的方向发展。

二、澳式国企规则：基于国内改革实践的制度推广

澳式国企规则起源于20世纪90年代澳大利亚的竞争政策改革。1995年，澳大利亚联邦政府与6个州和两个领地政府签署了3项政府间协议：《竞争原则协议》《行为准则协议》和《实施国家竞争政策和相关改革协议》。这3项协议建构起了一套被称为“国家竞争政策”的制度体系，澳式国企规则（竞争中性政策）是其中一部分。据此，澳大利亚成为世界上最早提出竞争中性理念并在国内构筑一整套制度体系的国家。在此基础上，澳式国企规则通过其签署的双边或区域贸易协定，以及被经济合作与发展组织（以下简称“经合组织”）等国际组织作为竞争中性制度范本推广，逐步延伸到国际层面。澳式国企规则的内容及其演变具有以下显著特征。

（一）规则构建围绕“竞争中性”展开

澳式国企规则的核心是要求政府对不同所有制企业的竞争保持“中立”，确保国企在与其他企业竞争时不因所有制因素而享有净竞争优势。其仅针对“重要的”国企实施的商业行为，^①不适用于非商业和非营利行为，因为后者不存在公平竞争的问题。这里所指的“重要”根据企业规模、^②对相关市场的影响以及对经济的贡献等因素综合认定，由国家竞争委员会公布详细清单。^③根据《竞争原则协议》第3条和第7条规定，各级政府都有义务实施竞争中性政策。协议签署后，各级政府发表政策声明，详细阐述其将如何实施竞争中性政策，包括如何构建实施机制、处理相关投诉以及在各级地方政府实施等问题。基于竞争中性原则，各级政府承诺对所属国企进行公司化改造，并遵循税收中性、信贷中性和监管中性等具体原则，确保国企不在税收、信贷和监管等方面享受政府优惠。在澳大利亚与日本、新加坡等国签署的自贸协定中，也纳入了“竞争中性”条款。

① 澳大利亚采用“政府企业”（government businesses）概念，但与“国有企业”并无实质区别。为表述方便，本文统一采用国有企业概念。

② 每年超过1,000万澳大利亚元以上商业收入的可视作“重要”。鲁桐.竞争中立：政策应用及启示[J].国际经济评论,2019,(5).

③ National Competition Council. Competitive Neutrality Reform: Issues in Implementing Clause 3 of the Competition Principles Agreement[EB/OL].1997, National Competition Policy. <http://www.ncc.ncc.gov.au/docs/PICo-001.pdf>. [1997-01].

具体而言，各级政府主要通过识别和矫正成本的方式，确保国企基于市场化方式运作，其基本原理为：国企的产品或服务定价必须反映其全部成本。为此，通常首先要识别国企的直接成本，然后基于竞争中性对成本进行矫正，包括减去应剔除的成本（如应政府要求提供公共服务的成本），加上应涵盖但未包含的成本，如获得的相关税费、信贷和监管优惠等，从而确保国企具有真实的商业回报率。如最终认定国企存在净竞争优势，则通过要求国企缴纳竞争中性调整费的方式，使其真实成本与其他未享受净竞争优势的企业持平。

（二）坚持所有制中性原则

《竞争原则协议》第1条规定：“本协议对企业的产权属性和形式持中性立场，不以促进公有产权或私有产权为目的。”因此，澳式国企规则在市场竞争问题上坚持所有制中性立场，并不要求国企放弃因规模、创新和信用等享有的正当竞争优势。澳大利亚自推行竞争中性政策以来，也并没有以降低国企比重为目的（Yun, 2016）。澳式国企规则不仅关注国企的竞争优势，也关注其竞争劣势，如履行普遍公共服务义务、更强的问责要求、更少的管理自主权以及更严格的工资、就业和劳资政策要求等（Healey, 2014）。因此，“净竞争优势”（竞争优势与竞争劣势之差）而非“竞争优势”是澳式国企规则的核心。是否存在净竞争优势的判断建立在个案分析基础上，并非仅因所有制推定国企享有天然竞争优势。

（三）融入竞争政策体系之中

国家竞争政策已经成为澳大利亚政府改善经济干预方式的重要改革框架。澳式国企规则作为国家竞争政策的重要组成部分，其实施受国家竞争政策的统一指导，也与国家竞争政策的其他内容相辅相成。比如，通过改革竞争法将其适用范围拓展至国企，对现有限制竞争的法律法规进行审查和修订，要求设施所有者必需向竞争者开放等，均有助于实现不同所有制企业之间的公平竞争。因此，在竞争政策统领下推动国企改革是澳式国企规则的重要经验之一。国企规则的完善优化也有赖于针对国家竞争政策的系统性审查。20世纪90年代启动的竞争政策审查促成了澳式国企规则的成型及其实施；^①2014年启动的新一轮竞争政策审查提出提高竞争中性制度实施的透明度、有效性和问责制等具体建议，为进一步改善澳式国企规则创造了条件。^②

（四）兼顾实施的严格性、灵活性和适应性

为了确保国企规则有效实施，澳大利亚除了要求作为国企所有者的各级政府负责制定并落实竞争中性政策实施方案之外，在联邦层面还组建了国家竞争委员会，

^① Hilmer, Frederick C. et al. National Competition Policy Review Report (The Hilmer Report)[EB/OL].1993, <http://ncp.ncc.gov.au/docs/National%20Competition%20Policy%20Review%20report%2C%20The%20Hilmer%20Report%2C%20August%201993.pdf>. [1993-08-25].

^② Harper, Ian, et al. National Competition Policy Review Report (The Harper Report)[EB/OL].2015, https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/Competition-policy-review-report_online.pdf. [2015-03].

负责监督竞争中性政策的实施，对各级政府竞争中性政策的执行情况进行年度评估；同时在各级政府层面建立独立机构，如联邦层面的竞争中性投诉办公室（隶属于生产力委员会），负责处理竞争中性投诉。如认为国企具有“净竞争优势”或者未按要求缴纳竞争中性调整费，任何市场主体均可向独立的投诉机构进行投诉。投诉机构经调查可建议被投诉主体履行竞争中性义务，包括修正不合理的政策措施。为保障公开透明，所有的调查过程和结果都向社会公开。此外，根据《1997年联邦政府和公司法》及其修正案，国企必须每年向政府提交各项报告，包括经营状况、财务报表、审计报告等。2006年联邦、各州和领地政府间达成的《竞争和基础设施改革协议》规定，各州和领地政府每年还要发布竞争中性政策实施情况年度报告。上述制度设计在提高透明度的同时极大地强化了制度实施的约束力。

与此同时，澳式国企规则在实施方面又体现出基于国情的灵活性和适应性特征。首先，根据《竞争原则协议》第3条第（6）款，竞争中性政策只有在“收益大于成本”时才付诸实施。其次，根据《竞争原则协议》第3条第（2）款，各级政府可基于本地情况自主设计竞争中性政策实施路径和方式，而非采用“一刀切”的执行方式。最后，当各州和领地政府在执行全国竞争政策（包括竞争中性政策）方面取得令人满意的进展时，联邦政府通过财政奖励的方式支付“对价”，从而极大地激励了各级政府促进竞争中性政策的有效实施。

（五）国际推广以国内实践为基础

在国际层面，除《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）外，澳大利亚在其参与的双边或区域贸易协定中均未纳入国企章节。有的根本未涉及国企问题（如《东盟—澳大利亚—新西兰自贸协定》和《中国—澳大利亚自贸协定》），有的虽涉及但是均在竞争政策章节中出现，且建立在“竞争中性”语境下（如《澳大利亚—日本自贸协定》和《澳大利亚—新加坡自贸协定》）。在《中国—澳大利亚自贸协定》中甚至没有竞争政策章节，只在第16章“一般条款与例外”中提及双方开展“竞争合作”。在《澳大利亚—美国自贸协定》中也无专门国企章节，有关国企规则包含在第14章“与竞争相关事宜”中：第14.3条对指定垄断设定了商业考虑和非歧视义务；第14.4条对政府企业施加了非歧视义务（未包含商业考虑），同时对澳大利亚提出“竞争中性”要求，但未对美国提出同样要求；第14.8条规定了透明度义务，但未包含主动披露信息，只规定“应请求披露”公共信息，且必须指明涉及的实体、产品和服务，并提供实体行为会损害贸易或投资的初步证据；第14.10条提供了磋商机制；第14.11条则是争端解决条款，但只有涉及商业考虑、非歧视和透明度义务时可诉诸争端解决机制。可见，澳式国企规则的国际推广具有显著的本土“烙印”。在双边和区域贸易协定中，倾向于在竞争政策框架下基于“竞争中性”条款来约束国企行为。经合组织等国际组织推广的竞争中性制度体系，也均以澳大利亚的国内实践作为模板。

三、比较视野下美式国企规则的逻辑缺陷

（一）奉行原则：以“竞争中性”之名行“竞争非中性”之实

澳式国企规则所奉行的竞争中性原则的核心是要求政府对不同所有制企业的竞争保持“中立”，防止给予特定市场主体竞争优势，从而损害资源配置效率。美式国企规则虽也标榜竞争中性，但是却强调针对国企设定专门和特殊规则，实际上体现出政府的“竞争非中性”属性，属于对竞争中性的误读。

（1）美式国企规则否定国企价值。澳式国企规则本身并不排斥国企，认可国企在国家经济社会发展中的重要作用，仅依据其行为和效果判断是否需要采取一定的矫正措施。相反，美式国企规则首先将国企本身而非其行为作为规制对象，预先假定国企会滥用其所有制优势，因此其根本目标是消除国企优势。这是将竞争中性的“国企因所有制而享有不正当竞争优势”解读为“凡国企皆享有并会利用其所有制带来的不正当竞争优势”（史际春和罗伟恒，2019）。因此，美国意欲建立的是能够对所有政府支持的垄断形式予以全面打击的国企规则，其短期目标是消除商业类国企享有的竞争优势，长期目标则是在尽可能多的领域禁止国企存在。^①

（2）美式国企规则忽视国别差异性、地区差异性和发展阶段性。澳式国企规则因根植于本土实践，赋予了各级政府相对充分的自由裁量权，根据实际情况制定和落实竞争中性政策方案，并基于成本收益分析决定是否执行。同时，通过竞争政策审查等方式，对竞争中性政策予以渐进式改革。此外，在对其实践加以国际推广时，认为“不分析所在国家竞争中性不足的原因与关键因素，就直接移植澳大利亚竞争中性政策及其后续改革措施是不合适的”。^②相反，美式国企规则并无国内实践基础，且“发展水平的差异性和经济的多样性”不再成为规避协定义务的合法理由（欧阳俊和邱琼，2019）。比如，在《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》中，不仅没有给予发展中经济体特殊和差别待遇，反而对除美方外的其他成员施加更加严格的义务。《美墨加协定》第32.10条禁止协定缔约方与所谓“非市场经济国家”达成自贸协定的“毒丸条款”，更是体现出对其他市场经济发展模式的漠视。

（3）美式国企规则所奉行的竞争中性是“狭义上”和“形式上”的竞争中性。美式国企规则只关注国企与私企之间的公平竞争，乃是狭义上的竞争中性。广义上的竞争中性除所有制中性外，还关注大企业与小企业、跨国企业与本地企业、传统产业与新兴产业等之间的公平竞争。美式国企规则也只是形式上的竞争中性，未触及公司化改造、识别全要素成本（包括剔除国企公共服务成本）、税收中性、信贷

① Scissors, Derek. Why the Trans-Pacific Partnership Must Enhance Competitive Neutrality[EB/OL]. 2013, <https://www.heritage.org/trade/report/why-the-trans-pacific-partnership-must-enhance-competitive-neutrality>. [2013-06-06].

② Rennie, Matthew and Lindsay, Fiona. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises in Australia: Review of Practices and their Relevance for Other Countries[EB/OL]. 2011, https://www.oecd-ilibrary.org/governance/competitive-neutrality-and-state-owned-enterprises-in-australia_5kg54cxkmx36-en. [2011-08-01].

中性和政府采购中性等竞争中性的重要组成部分，无法实现真正意义上的竞争中性。

（二）制度归属：偏离竞争政策框架实施所有制歧视

澳式国企规则隶属于竞争政策体系，而美式国企规则逐步倾向于“另起炉灶”脱离竞争政策框架。竞争政策适用于所有参与经济活动的实体，不论其所有制、资金来源、法律地位或国籍，其规制逻辑建立在“行为”和“效果”基础之上，即不论主体如何，只要实施限制竞争行为并可产生排除、限制竞争效果，就受到规制。澳式国企规则建立在竞争政策逻辑基础之上，主张对不同所有制企业在市场竞争问题上“一视同仁”。澳式国企规则也认可国企的竞争劣势，通过“净竞争优势”概念将国企的优势与劣势综合比较后方可得出是否需要规制的结论。这些均与竞争政策的规制逻辑一脉相承，符合所有制中性原则。

相反，美式国企规则因其单独成章并专门针对国企设定规则，其规制逻辑建立在“身份”基础之上，即只有国企受到专门约束，其他市场主体不受约束。这不仅导致其与竞争政策的连接点“消失”，而且因其“身份歧视”导致国企规则赖以存在的所有制中性的基石被动摇。而且，美式国企规则不关注国企竞争劣势，不考虑对承担普遍公共服务义务和广泛社会责任的国企予以补偿，也不顾及国企规则是否可能因与其他公共政策冲突而导致实施成本高于实施收益。美式国企规则虽然表面上维护了私企的公平竞争利益，实际上构成了对国企的身份歧视。

（三）贯彻落实：采取双重标准且内部逻辑矛盾

相比于澳式国企规则建立在竞争政策框架内，并普遍认可缔约各方在发展、制定、管理和执行各自竞争法律和政策方面的主权，美式国企规则普遍对人对己实施不同的标准。比如，《美国—澳大利亚自贸协定》只对澳大利亚施加了竞争中性义务，却没有对美国提出同样要求。《美国—新加坡自贸协定》更是在国企认定、商业考虑等方面均对双方实施差别待遇。在国企认定方面，第12.8条对美国国企采取所有权标准，即“政府基于所有者权益拥有或控制的企业”，对新加坡国企则采用影响力标准，凡是“政府具有有效影响的企业”，包括政府及其国企单独或联合拥有50%以上投票权，能够影响董事会或其他管理机构的人员构成，能够决定战略、财务、运营政策或计划的结果，或者其他能够对企业运营管理产生实质影响的情形，均可认定为国企；且当政府及其国企单独或联合拥有某实体超过20%但是少于50%的有表决权股份且是该实体最大的股东时，可直接推定政府对该实体具有实质影响。在商业考虑方面，《美国—新加坡自贸协定》第12.3条只对新加坡政府提出了确保国企“在购销商品或服务时基于商业考虑”的义务，但是对美国政府没有施加同样的约束。因此，美国国企受约束的范围大大小于新加坡。此外，与澳式国企规则普遍适用于所有层级政府不同，《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》的国企规则不适用于次中央级国企和指定垄断，而美国国企恰好集中于州以下层面，且这

类企业普遍存在融资优惠、联邦与州税收减免、反垄断法豁免等竞争优势（熊月圆，2016）。这相当于专门赋予美国规则“红利”。

美式国企规则还存在内在逻辑矛盾，主要表现在3个方面：第一，国企规则与投资规则不匹配。根据《跨太平洋伙伴关系协定》第9.3条和《美墨加协定》第14.3条的规定，如果投资章节的规定与其他章节不一致，以其他章节为准。这意味着，当国企规则与投资规则发生冲突时，国企规则优先。这将导致国企不仅无法享受投资规则赋予的全过程国民待遇，并且构成准入阶段的投资壁垒，使国企被迫承担比非国企更重的责任（毛志远，2014）。根据《美墨加协定》附件14-D的规定，若缔约方企业被所谓的非市场经济国家的投资者所控制，则该企业不得对东道国发起国际投资仲裁，这是基于国别歧视来弱化投资争端解决机制，进而间接减损国企权利。第二，国企规则与政府采购规则不匹配。竞争中性包含政府采购中性要求，但是不论是《跨太平洋伙伴关系协定》还是《美墨加协定》，均规定国企规则不适用于政府采购。这意味着，在政府采购中，缔约方无需确保国企基于商业考虑和实施非歧视待遇，也可给予国企非商业援助。这有助于促进“购买美国货”，实际上是将“美国优先”原则凌驾于“竞争中性原则”之上。两个协定的政府采购章节均主要适用于中央层级政府实体，次中央级政府实体普遍不在约束范围内。这显然也是基于美国利益考虑，实质上与竞争中性原则相悖。第三，国家主权豁免规则与补贴和非商业援助规则不匹配。根据美国《外国主权豁免法》，在外国国企构成外国政府部门的代理或媒介机构的情况下，可向法院提出外国主权豁免申请。但是，美国常基于“商业行为例外”否决豁免申请，且国企的“交易或活动只要符合商业行为的一般外观即可认定为商业行为，而并不考虑该行为是否以外国国家从事管理行为或行政行为为目的”（孙妍，2019）。与之相对，美国在根据《补贴与反补贴措施协定》认定国企是否构成“公共机构”时，却严格坚持“政府控制标准”，凡政府对国企享有控制权，即推定国企构成公共机构，从而构成补贴主体。显然，国企的行为究竟是商业行为还是政府行为，关键是其行为是否可“归因于国家”。但是，基于不同目的，标准却发生倾斜：在判断是否构成外国主权豁免时，倾向于将国企行为认定为商业行为；在判断是否构成补贴时，倾向于将国企行为认定为政府行为。上述逻辑矛盾同样反映在非商业援助规则中：对国企认定标准的扩张使得可被认定构成非商业援助的企业范围大幅扩张，对非商业援助与不利影响和损害之间的因果关系采用过错推定方式可能导致缔约方乃至第三方的竞争力下降、产业经济不景气都被归罪于国企（刘雪红，2019）。这使得国企在不同场合均遭遇歧视性对待。

（四）国际推广：无国内实践基础且有违国际共识

在国际推广方面，澳式国企规则建立在适合本国国情的国内制度实践基础之上，而美式国企规则并无类似国内制度，遑论相关实践。研究表明，美国国内普遍存在对政府企业和政府支持企业的政策优惠情况，包括税收减免、法规豁免以及隐含的政

府担保等（刘戒骄，2019）。但是，美国并未依据竞争中性原则对此不正当竞争优势予以矫正。竞争中性所包含的公司化改造、识别全要素成本、税收中性、信贷中性、监管中性等要求，美国均无国内制度依托。相反，在国际层面，美国不遗余力地推进国企规则的国际化，实际上是以竞争中性为由变相实施贸易保护，将原本属于国内改革措施的规则替换为具有约束力的国际准则，从而削弱其他经济体竞争力。

与此同时，美式国企规则不仅违背WTO多边规则所奉行的所有制中性原则，而且与经合组织等国际组织所倡导的竞争中性原则相悖。比如，经合组织将国企定义为由政府直接控制或通过其他政府控制的机构间接控制的从事商业活动的公共实体。^①这是采用“控制权”标准，与美国主张的“影响力”标准不同。经合组织还认为竞争中性是“没有任何实体享有不公平的竞争优势或劣势”的情形。因此，竞争中性意味着维护公平竞争，而非否定国企价值。^②经合组织承认国企存在的必要性，建议通过成本收益分析来确定是否实施竞争中性政策，并对执行公共政策的国企给予“适当补偿”。^③这些均与澳大利亚的理念和经验趋同。经合组织还承认“政治考虑有时在国企分类中会起到关键作用”。^④可见，经合组织认可不同国家和地区根据自身情况设计竞争中性制度的合理性，重点关注的是国企的限制竞争“行为”而非国企“身份”本身。这些均与美式国企规则存在本质区别。

实际上，国企规则具有“制度非中性”特征（高程，2012）。这意味着同样的制度给不同经济体带来的效果是不一样的。要求处于不同发展阶段的所有经济体都接受同样的规则，不仅不公平，也不正当。美式国企规则不仅不给发展中经济体特殊和差别待遇，反而对其发展施加更严格的约束，将导致实质性不公平竞争。

四、结论与启示：中式竞争中性制度体系的构建

竞争中性本质上是政府干预市场竞争的一项“标准”，用于判断政府是否对不同市场主体“厚此薄彼”，从而导致不公平的竞争环境。由于处于不同发展阶段的经济体具有不同的体制、结构和需求，即便存在维护“公平竞争”这一共识，在实现这一目标的具体制度设计上必然是存在差异的。与基于国内需求创设的澳式国企规则相比，美式国企规则的所谓“前瞻”和“激进”在许多方面显示出其内在缺陷。因此，建立在国内改革实践基础上的澳式国企规则更为国际社会普遍接受。

我国《“十三五”市场监管规划》已提出“实施竞争中立制度”的要求，2019

① OECD. State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality[EB/OL]. 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/46734249.pdf>. [2010-09-20].

② OECD. Competitive Neutrality: National Practices in Partner and Accession Countries[EB/OL]. 2013, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP\(2013\)1/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP(2013)1/FINAL&docLanguage=En). [2013-03-11].

③ OECD. Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business[EB/OL]. 2012, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/50302961.pdf>. [2012-08-30].

④ OECD. Competitive Neutrality: A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices[EB/OL]. 2012, <http://www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf>. [2012-04].

年政府工作报告也明确写入“竞争中性原则”，要求“在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面，对各类所有制企业平等对待。”研究亦表明，落实竞争中性与改善我国经济体制具有兼容性（刘戒骄，2019）。因此，在明确反对针对国企设定歧视性规则的同时，我国完全可基于国内改革实践，参考澳式国企规则推行路径，构建中式竞争中性制度体系，然后逐步在国际层面推广，参与不同版本竞争中性的“制度竞争”。具体而言，中式竞争中性制度体系的构建可考虑以下方面内容：

（1）将竞争中性纳入竞争政策体系。我国当前的竞争政策以竞争法（特别是反垄断法）和公平竞争审查制度为核心。首先，有必要以《反垄断法》修订为契机，在立法中明确纳入竞争中性原则，通过删除或修改现有《反垄断法》第7条，消除为国企提供“特别保护”的歧义。其次，打通竞争中性与公平竞争审查制度，通过公平竞争审查制度的完善实现竞争中性。当前的公平竞争审查制度建立在《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》基础之上，含有“安排财政支出不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩”“不得对外地和进口商品、服务实行歧视性价格和歧视性补贴政策”“不得设置不合理和歧视性的准入和退出条件”等表述，体现了税收中性原则、补贴中性和监管中性等原则，但并未涵盖竞争中性的全部要素。为此，既可通过完善公平竞争审查制度的方式补充吸收竞争中性的其他要素，也可将公平竞争审查制度作为竞争中性政策的组成部分，进一步完善中国的竞争政策体系。

（2）明确竞争中性的制度构成。明确适用范围，竞争中性只适用于“重要的”国企实施的商业行为，不适用于非商业行为；明确判断标准，包括商业化运作、税收中性、补贴中性、信贷中性、监管中性、政府采购中性等；建立投诉机制，任何市场主体皆可对违反竞争中性的行为进行投诉；确定实施机构，由专门机构（如竞争主管机构）负责受理投诉，并赋予其向有关部门提出建议的权力，必要时也可授予其一定的“矫正权”；确定实施机制，包括只在“收益大于成本”的情况下实施，构建专门的转移支付制度等。

（3）奉行更加包容的竞争中性理念。我国不仅可主张不同所有制企业之间的公平竞争，还可主张不同规模（大企业与中小企业）、产业（传统企业与新兴企业）、国籍（本土企业与外资企业）市场主体之间的公平竞争。不仅需要将竞争中性纳入国企改革议程，通过分类改革避免竞争中性适用于公益类国企，通过混合所有制改革和公司治理改革改善国企决策机制从而强化商业考虑因素，通过国有资产管理体制改革改善国企透明度等，还需要通过竞争中性理念的传播和制度的实施处理竞争政策与各类产业政策之间的关系，防止通过税收优惠、补贴、监管歧视等手段，对各类市场主体给予差别待遇。公平竞争审查制度和竞争中性制度均可成为有效协调竞争政策与产业政策的重要手段。

（4）以国内实践为基础在国际上推广中式竞争中性制度。国际推广需要与本国

实践相匹配。如果没有国内完善的制度体系及其实践予以支撑,很难在国际层面形成“话语权”。建立在上述思路基础上的中式竞争中性制度体系,因其具有国内改革实践支撑并在最大程度上融合竞争中性的国际元素,不仅有助于抵消美式国企规则的不利影响,而且能够为国际经贸治理贡献“中国方案”。基于此,我国既可通过国际组织、“一带一路”等平台传播中式竞争中性理念,还可在双边、区域乃至多边协议中逐步融入符合中式竞争中性理念的规则。

参考文献:

- [1] 高程. 新帝国体系中的制度霸权与治理路径——兼析国际规则“非中性”视角下的美国对华战略[J]. 教学与研究, 2012,(5).
- [2] 刘戒骄. 竞争中性的理论脉络与实践逻辑[J]. 中国工业经济, 2019,(6).
- [3] 刘笋, 许皓. 竞争中立的规则及其引入[J]. 政法论坛, 2018,(5).
- [4] 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[J]. 法商研究, 2019,(2).
- [5] 毛真真. 国有企业补贴国际规则对比研究——从传统补贴规则到非商业支持规则[J]. 河北法学, 2017,(5).
- [6] 毛志远. 美国 TPP 国企条款提案对投资国民待遇的减损[J]. 国际经贸探索, 2014,(1).
- [7] 欧阳俊, 邱琼. 《美墨加协定》的目标、原则和治理机制分析[J]. 拉丁美洲研究, 2019,(1).
- [8] 史际春, 罗伟恒. 论“竞争中立”[J]. 经贸法律评论, 2019,(3).
- [9] 孙妍. 论国有企业在中美贸易中的身份困境与纾解之道[J]. 中国流通经济, 2019,(9).
- [10] 伍穗龙. 美国对受政府控制投资者国际规制的态度演变——兼论其近年来的规则和逻辑[J]. 中国流通经济, 2016,(7).
- [11] 熊月圆. “竞争中立”视阈下的 TPP 国企规则评析[J]. 金融发展研究, 2016,(9).
- [12] Healey, D. Competitive Neutrality: The Concept[C]. UNCTAD Research Partnership Platform. Competitive Neutrality and Its Application in Selected Developing Countries. Geneva: UNCTAD, 2014.
- [13] Mikyung, Y. An Analysis of the New Trade Regime for State-owned Enterprises under the Trans-Pacific Partnership Agreement[J]. Social Science Electronic Publishing, 2016,(1).
- [14] Mohammed, O. The Performance of State-owned Enterprises and Newly Privatized Firms: Does Privatization Really Matter?[J]. World Development, 2004,(6).

The Promotion Path and Logic Fallacy of American State-owned Enterprise Rules: Based on a Comparison with Australian Rules

YING Pinguang

Abstract: The state-owned enterprise rules developed by the US and Australia represent two diverse paths of promoting competitive neutrality. The former is expanded based on ownership discrimination, while the latter is promoted based on domestic reform practices. It can be concluded by comparative analysis that the American path has some logical errors, such as practicing competitive non-neutrality in the name of competitive neutrality, deviating from the framework of competition policy by undertaking ownership discrimination, adopting double standard in implementation with internal logic contradiction, and lacking domestic practices as well as international consensus. China can construct a Chinese-style competitive neutrality system within the framework of competition policy and participate in institutional competition internationally by drawing lessons from the Australian path.

Keywords: state-owned enterprises; designated monopoly; competition neutrality; TPP; USMCA

(责任编辑: 张建华)