

欧式自由贸易协定国有企业规制的迭代、特质与启示^{*}

沈伟方 荔

内容提要:国有企业章节的出现是新近自由贸易协定(FTA)发展的新趋势。欧盟与美国同为国有企业章节的积极倡导者,但是欧盟所循路径与美国有所不同,有其特色。欧盟的经济模式和历史传统决定其对国有企业的倚重与谨慎并存的思路。欧式FTA与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)等美国主导的FTA在扩张的国有企业定义、趋严的商业考量和非歧视义务方面基本一致。但是,欧式国有企业章节的透明度条款体现了竞争法实体性规范的意蕴,而美式透明度条款侧重于为争端解决提供程序性保障。此外,美欧FTA在国有企业补贴规则上差异较大。美式FTA独创了非商业援助条款,欧盟则未在FTA中加入专门适用于国有企业的补贴规则,而是从域内的外国补贴立法起步,适时推动国际规则的形成。从渊源和流变来看,欧式国有企业章节起源于FTA竞争政策规制,逐步完成碎片化向体系化、原则向规则的转变。欧盟内部较早确立了国有企业适用竞争法、竞争政策的一般原则,并制定了适用于国有企业的国家援助控制、透明度等规则,其法治经验也部分输出至FTA中。这对中国完善国有企业制度、产业政策及竞争政策,具有重要的借鉴意义。

关键词:欧式自由贸易协定 国有企业 规制 竞争中性

2015年《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership, TPP)第十七章“国有企业和指定垄断”章节(以下简称“国有企业章节”)将政府所有或控制的企业作为独立的规制对象。在美欧为主的发达国家推行下,国有企业章节逐渐成为新近国际经贸规则的新趋势。此后,更多美欧主导的自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)

^{*} 本文是国家社会科学基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策研究”(项目编号:21&ZD208)的阶段性成果。

将国有企业规制独立成章,包括2018年《美国—墨西哥—加拿大协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)、2018年《欧盟—日本经济伙伴关系协定》(“欧盟—日本 EPA(2018)”)、2019年《欧盟—越南自由贸易协定》(“欧盟—越南 FTA(2019)”)、2020年《欧盟—英国贸易与合作协定》(“欧盟—英国 TCA(2020)”)。

虽然同为国有企业章节的积极倡导者,欧式FTA^①呈现出不同于美式FTA的欧盟特色。现有国内文献不乏关于美式国有企业章节的分析研究,但是关于欧式国有企业章节及其演进特征,以及欧盟域内国有企业规制框架的针对性研究相对不足。欧盟的社会市场经济模式及其部分成员国福利国家或者计划经济体制的历史传统,决定了欧盟对国有企业的复杂态度——在依靠国有企业实现国家规范性权力的同时,防范国有企业可能引发的竞争扭曲。鉴于欧盟在国际经贸格局中的重要地位,本文首先从历时性视角,系统梳理欧式FTA中国国有企业规制的演进脉络,然后对美欧国有企业规制新动态进行共时性分析,挖掘美欧国有企业章节的合流与分野,深刻认识新一代国有企业规制的实质,从欧式FTA演进中汲取法治经验,并在此基础上探讨中国的因应策略。

一 欧式FTA国有企业规制的研究意义

欧盟是发达经济体的代表,也是中国多年来重要的贸易伙伴和中资企业的主要投资目的地。同时,欧洲是中国推进“一带一路”建设的重要区域,波兰、捷克等中东欧十六国均被纳入“一带一路”沿线国家。然而,近年来欧盟对华态度复杂多变:一方面受保护主义思潮影响,指责中国“扭曲市场”,加强对中国的外资审查,坚持贸易防御工具;另一方面,欧盟也承认中欧在维护多边主义、提升全球治理、深化经贸合作等方面的共识基础。^②不可否认的是,基于其经济、政治等综合实力以及区域一体化经验,欧盟在双边、多边和区域性国际经贸规则构建中掌握极大的话语权。考虑到欧盟在国际经贸格局中的地位,以及全球大变局下中国推动中欧战略伙伴关系的需要,欧盟域内法治经验以及FTA缔约实践是中国参与国际经贸活动、提升国际竞争力时,无法也

^① 目前,世界贸易组织(WTO)和各国关于贸易协定的术语不统一。WTO以优惠待遇是否具有互惠性,将贸易协定分为区域贸易协定(Region Trade Agreement, RTA)和优惠贸易协定(Preferential Trade Arrangement, PTA)。其中,建立互惠待遇的RTA为主要形式。RTA又包括FTA和关税同盟。与关税同盟不同的是,FTA不要求缔约方采取一致的关税等贸易政策,赋予缔约方更大的自由度,是目前存在数量最多的RTA类型。欧盟采取了不同于WTO的贸易协定术语,将贸易协定分为自由贸易协定(FTA)、经济伙伴关系协定(EPA)和其他贸易协定。本文在使用“欧式FTA”一词时,采用的是WTO意义上的“FTA”。

^② 刘作奎:《欧洲保护主义的兴起及其对“一带一路”建设的影响》,载《国际问题研究》,2018年第6期,第69页。

不应回避的重要议题。

欧盟在政府与市场关系塑造问题上的实践经验对中国的市场经济体制转型也颇有启示。欧洲区域一体化的历史始终伴随着“自由”与“调控”的反复博弈。第二次世界大战结束后,凯恩斯主义盛行,福利国家兴起。20世纪70年代后,经济滞胀,凯恩斯主义政策失灵,欧洲传统的社会福利体制陷入困境,英国在撒切尔夫人的领导下率先进行新自由主义改革,放松管制,推行私有化、自由化、市场化的经济政策,强调市场机制的新自由主义观念逐步渗入欧洲其他国家。鼓励竞争、反对保护主义等新自由主义政策被纳入欧盟法律及政策框架。^① 全球化加速了新自由主义的渗透和发展,但是新自由主义与欧洲重视社会、强调公平与福利的社会文化传统之间存在张力。1997年亚洲金融危机、21世纪初阿根廷金融危机爆发后,“管理下的全球化”政策理念被提出,并贯穿于欧盟此后的政策制定中。不同于英美所主张的自由市场,“管理下的全球化”提倡建立完善的制度框架,在实现贸易投资自由化的同时,克服全球化对社会公平的负面影响,即强调市场力量和规制力量的结合,经济发展与社会公平的并重。^② 2009年《里斯本条约》首次将“具有高度竞争性的社会市场经济”载入欧盟基础性条约。受自由主义秩序的影响,欧盟经济模式的核心特征包括:将竞争政策作为自由经济的秩序政策之首,重视经济政策与社会政策的协调互补。^③

欧盟与中国在经济模式、政府与市场关系上不乏共通之处,而国有企业是政府与市场关系的重要交汇点,因此,欧盟对国有企业的规制模式和逻辑对中国也具有借鉴意义。虽然欧盟新老成员国在经济社会发展水平和治理模式等方面存在显著差异,但有一点是共通的,即国有企业规模可观。^④ 东欧国家计划经济历史留下了相当显著的国有经济烙印,^⑤ 西欧福利国家的历史实践赋予其私有和国有并存的混合经济禀赋,^⑥ 因而国有企业是政府介入经济的重要工具和手段。在一些国家,国有企业掌握战略性经济部门,或是公共财政的重要部分,对一国的宏观经济产生深远影响。^⑦ 以意大利为例,政府控制国有企业的主要途径有三种:决定管理层任免、控制投资布局,以及联

① 林德山:《新自由主义的政治渗透与欧洲危机》,载《欧洲研究》,2016年第6期,第4-6页。

② Wade Jacoby and Sophie Meunier, “Europe and the Management of Globalization,” *Journal of European Public Policy*, Vol.17, No.3, 2010, pp.299-317.

③ 王鹤:《欧洲经济模式评析——从效率与公平的视角》,载《欧洲研究》,2007年第4期,第9-10页。

④ European Commission, “State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context,” 2016, p.23, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/ip031_en_2.pdf.

⑤ Ibid., p.1.

⑥ [加]R.米什拉:《资本主义社会的福利国家》,郑秉文译,法律出版社2003年版,第128页。

⑦ European Commission, “State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context,” pp.7-8.

合工会力量。^①意大利凭借国有企业快速实现工业现代化的战略目标,提升该国的国际竞争力。^②然而,国有企业商业身份与非商业身份之间的冲突、国有企业与私有企业非公平竞争问题引发广泛关注。欧盟较早建立起竞争中政策框架,通过完善竞争中政策和实施监管机制回应国有企业的在经济运行中的角色冲突和市场扭曲问题。因此,欧式 FTA 不失为一个观察的窗口,欧盟域内的法治经验、自由贸易协定的实践乃至其对国际经贸规则的引领作用对他国也具有参考意义。

二 欧式 FTA 对国有企业规制的演进与发展

世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)的结构性低效和失灵引发了区域经济一体化热潮。自由贸易协定成为区域经济一体化安排的主要形式。^③欧盟是自由贸易协定的积极推动者和天然支持者。^④截至 2022 年 1 月,向 WTO 通报的欧盟签署并现行有效的自由贸易协定共有 44 项,^⑤其中 33 项包含了竞争政策规定。^⑥根据国有企业规制的形式和内容特征,欧式 FTA 的发展大致分为四个阶段:(1)1995 年 WTO 成立前为国有企业规制空白期,欧式 FTA 中仅有原则性较强的竞争政策条款;(2)1995-2006 年为国有企业规制雏形期,竞争政策章节开始涉及国有企业内容,但内容较为简单;(3)2006-2016 年为国有企业规制完善期,国有企业条款成为竞争政策章节的必备条款;(4)2016 年以降为新一代国有企业规制,这一时期的国有企业规制基本上完成了体系化的转变。欧式 FTA 国有企业规制的迭代特征具体如下(见表 1)。

(一)空白期(1995 年以前)

1995 年 WTO 成立前,欧共体/欧盟的主要缔约对象国为欧洲国家,如冰岛、列支敦士登、挪威、瑞士等。欧式 FTA 对竞争政策的规制集中于企业的反竞争行为和公共援助,协定项下专设的联合委员会被授权就缔约方反竞争行为进行调查,违反一方未

^① Franco A. Grassini, "The Italian Enterprises: The Political Constraints," in Raymond Vernon and Yair Aharoni, eds., *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, Routledge Revivals, 2014, p.70.

^② Alberto Martinelli, "The Italian Experience: A Historical Perspective," in Raymond Vernon and Yair Aharoni, eds., *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, p.85.

^③ 全毅:《全球区域经济一体化发展趋势及中国的对策》,载《经济学家》,2015 年第 1 期,第 95 页。

^④ Rafael Leal-Arcas, "The European Union and New Leading Power: Towards Partnership in Strategic Trade Policy Areas," *Fordham International Law Journal*, Vol.32, No.2, 2009, p.349.

^⑤ WTO, RTA Database, <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByCrResult.aspx>.

^⑥ 鉴于早期的国有企业规制在形式上嵌入竞争政策条款/章节,两者在内容上又具有关联性,故笔者将其一并考察。

在限期内纠正反竞争行为的,另一方可采取必要的保护措施。^① 这一时期的欧式 FTA 竞争政策条款语言精简,原则性强,且未设定专门适用于国有企业的义务和规则。

表 1 欧式 FTA 国有企业规制的迭代特征

阶段	第一阶段 (1995 年以前)	第二阶段 (1995-2006)	第三阶段 (2006-2016)	第四阶段 (2016-)
体系位置	一般条款	竞争章节项下	竞争章节项下	独立成章
主要内容	-	-	-	定义
	-	-	-	适用范围
	-	-	-	实体义务
	-	-	-	监管框架
	-	-	-	透明度
	-	-	-	技术合作
	-	-	不禁止设立国企 或垄断企业	一般性条款
	-	-	-	与 WTO 关系
	反竞争行为限制 条款(兼并、反托 拉斯、国家援助)	反竞争行为限制 条款(兼并、反托 拉斯、国家援助)	国企、垄断企业遵守 《欧洲联盟运行条约》 竞争政策条款	-
	-	商业性国家垄断 实体非歧视义务 条款	-	-
	-	国有企业扭曲贸 易行为禁止条款	国有企业、垄断企业 扭曲贸易行为禁止条 款	-
	-	-	欧盟商品数量限制之 禁止条款	-
	-	-	-	例外条款

注:表由作者自制。

^① EU-Switzerland-Liechtenstein FTA (1972), Articles 23, 27; EU-Iceland FTA (1972), Articles 24, 28; EU-Norway FTA (1973), Articles 23, 27; EU-Faroe Islands FTA (1996), Articles 25, 29.

(二) 雏形期(1995-2006年)

1995-2006年,欧盟的缔约对象国拓展至欧盟周边和近邻国家,包括西巴尔干国家、地中海沿岸国家、海湾国家以及独联体国家。此时,欧式FTA开始对公共企业(public enterprises/public undertakings)、商业性国家垄断实体(state monopolies of a commercial character)等具有国家色彩的市场主体予以规制,包括:缔约国不得针对公共企业采取可能扭曲贸易的措施,但是公共企业履行职责不应受其影响;^①缔约国应逐步削减商业性国家垄断实体在商品购销条件方面对另一国国民给予的歧视性待遇。^②这些初具雏形的国有企业规制属于竞争政策规制的一部分,而此时的竞争政策规制已经从单独的条款扩展为章节(Chapter)或篇(Title),在内容上由抽象的原则性规定向可操作的法律规则转变,覆盖竞争政策国际协调机制、^③救济规则等。欧式FTA还推广了欧盟域内的国家援助(State Aid)规则,即限制缔约方向特定企业或特定商品生产提供可能造成竞争扭曲的公共援助(public aid/official aid)。^④与国家援助规则高度相关的是透明度要求。欧式FTA提出以定期通报、个案申请披露相结合的方式提高公共援助领域的透明度。^⑤这一阶段的欧盟-南非FTA(1999)还以附件形式详细规定了公共援助规制的例外情形,包括为地区发展、产业转型、中小企业扶持等公共目的而提供的公共援助。^⑥

宏观来看,欧盟在2006年以前签署的协定在贸易方面影响较弱,原因有二:一是缔约方所占欧盟贸易份额较小;二是该等协定多以促进欧盟安全政策、睦邻政策和发展政策为主要目的,政治、外交性质强于经济性质。^⑦

(三) 完善期(2006-2016年)

2006年4月,在全球化背景下,欧盟委员会发布《全球的欧洲:在全球竞争》政策

^① EU-Israel FTA (1995), Article 38; EU-Tunisia FTA (1995), Article 38; EU-Morocco (1996), Article 38; EU-Jordan FTA (1997), Article 55; EU-Palestine FTA (1997), Article 32; EU-Egypt FTA (2001), Article 36; EU-Lebanon FTA (2002), Article 37; EU-Algeria FTA (2002), Article 43.

^② EU-Israel FTA (1995), Article 37; EU-Tunisia FTA (1995), Article 37; EU-Morocco (1996), Article 37; EU-Jordan FTA (1997), Article 54; EU-Palestine FTA (1997), Article 31; EU-Egypt FTA (2001), Article 35; EU-Lebanon FTA (2002), Article 36; EU-Algeria FTA (2002), Article 42.

^③ EU-South Africa FTA (1999), Articles 38,39,40; EU-Chile FTA (2002), Articles 177, 178.

^④ EU-Israel FTA (1995), Article 36.1; EU-Tunisia FTA (1995), Article 36.1; EU-Morocco (1996), Article 36.1; EU-Jordan FTA (1997), Article 53.1; EU-Palestine FTA (1997), Article 30.1.

^⑤ EU-Israel FTA (1995), Article 36.3; EU-Tunisia FTA (1995), Article 36.4; EU-Morocco (1996), Article 36.4; EU-Jordan FTA (1997), Article 53.4; EU-Palestine FTA (1997), Article 30.5.

^⑥ EU-South Africa FTA (1999), ANNEX IX.

^⑦ 叶斌:《欧盟贸易协定政策的变化和影响——法律的视角》,载《欧洲研究》,2014年第3期,第111页。

文件,^①将 FTA 定位为欧盟增强全球市场竞争力的战略工具,缔约对象覆盖韩国、加拿大等远方国家。欧盟“新一代 FTA”的政策目标之一是消除非关税壁垒、促进贸易便利。相应地,2006-2016 年间,欧式 FTA 在国有企业以及竞争政策规制上也呈现出新的特征。以欧盟—韩国 FTA(2010)为例,该协定第十一章(竞争)项下第 11.4 条以“国有企业和被授予特殊权利的企业”为题,禁止国有企业采取扭曲市场的垄断协议、托拉斯、经营者集中行为。欧盟—韩国 FTA(2010)另一特点是将补贴纳入竞争政策范围,欧韩双方均同意尽最大努力通过适用其竞争法或其他方式,弥补或消除补贴所引起的竞争扭曲。^②

总体而言,随着欧盟贸易政策的调整,欧式 FTA 的经济重要性显著增强,国有企业以及竞争政策规制也出现新的特征:其一,竞争政策章节包含诸多援引性规范,输出并推广欧盟内部竞争法的实体规范;其二,国有企业/国家企业条款成为竞争政策章节的必备条款。此时的国有企业条款并不禁止缔约方设立或维持国有企业或国家垄断企业,^③但是以欧盟内部竞争法作为国家在设立和维持国有企业时的行为准则。

(四)新一代(2016 年以降)

2015 年,TPP 文本公布,国有企业单独成章。这对于欧盟的 FTA 缔约实践产生重要影响。2016 年起,欧盟签署的 FTA 共 11 份,其中和加拿大、日本、越南、英国签署的四份 FTA 加入了独立于竞争政策章节的国有企业章节。^④中国与欧盟谈判完成但尚未签署的《中欧全面投资协定》中也纳入了国有企业规制内容。

2016 年《加拿大—欧盟综合经济与贸易协定》(EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)是欧式 FTA 首次加入独立的国有企业章节。CETA 第十八章“国家企业、垄断和被授予特殊权利的企业”,在体例上与竞争政策相独立。在内容上,CETA 国有企业章节主要包括定义、适用范围、一般性条款及两项实体义务——非歧视和商业考量义务。非歧视义务要求相关实体在商品或服务购销活动中向另一缔约方的商品、服务和投资给予非歧视待遇。^⑤商业考量义务要求相关实体在上述活动中进行

^① European Commission, “Global Europe: Competing in the World—A Contribution to the EU’s Growth and Jobs Strategy,” Brussels, 10 April 2006, COM (2006) 567 final.

^② EU-Korea FTA (2010), Article 11.9.

^③ EU-Colombia and Peru FTA (2012), Article 263.1; EU-Moldova FTA (2012), Article 336.1; EU-Central America FTA (2012), Article 280.1; EU-Ukraine FTA (2014), Article 257.2; EU-Georgia FTA (2014), Article 205.1.

^④ 2016 年后欧盟签署的另外七份 FTA 中,有六份既无国有企业章节也无竞争政策章节,缔约方多为非加太国家,另一份是欧盟—新加坡 FTA(2018)。后者回归了传统的欧式国有企业规则模式,该协定第十一章 B 部分“国有企业、被授予特殊权利的企业和国家垄断”从属于竞争政策章节,由两个条款构成,且原则性较强。

^⑤ CETA, Article 18.4.

商业考量,内容包括价格、质量、货源多少、推销难易、运输和其他购销条件。^①相较于欧盟早期国有企业条款,CETA的变化不仅体现在形式上的独立成章,更是在内容上借鉴WTO中“国营贸易企业”条款,^②引入国有企业的非歧视和商业考量义务。但CETA国有企业规制亦有其局限性,“国家企业”的定义没有得到明确。^③

欧盟—日本EPA(2018)、欧盟—越南FTA(2019)、欧盟—英国TCA(2020)国有企业章节的体系结构较为统一,依序主要为定义条款、适用范围条款、与WTO的关系、一般性条款、非歧视和商业考量条款、监管框架条款、透明度(信息交换)条款、技术合作条款和一般例外条款。从内容来看,国有企业章节主要有三项:适用范围、国有企业义务以及责任限制,规则的完备性和可执行性较此前的欧式FTA大幅提高。

根据欧盟官方发布的信息,欧盟目前正在与菲律宾、印尼、新西兰、澳大利亚分别谈判的FTA中,^④具备类似体系结构的国有企业章节是欧盟方面立场文件的必备项。新一代欧式国有企业章节基本成型,其一方面借鉴CPTPP^⑤国有企业章节的体系和内容——包括细致的“国有企业”定义和规则适用的例外情形,以及国有企业透明度(信息交换)要求。另外,欧式FTA也保留了欧盟特色的公司治理、监管中立等竞争中性要求。

经历了四个阶段的嬗变,欧式FTA对国有企业的规制在形式上从碎片化走向体系化,在内容上从法律原则向法律规则转变。国有企业规制在体系上独立成章的一个结果是争端解决机制的介入。多数FTA将竞争政策所生争议排除在争端解决机制的适用范围之外,而国有企业章节则无此例外性安排,使其约束力大大增强。欧式FTA对国有企业的规制重心从强调“竞争”到强调“竞争中性”,体现了欧盟输出内部竞争法、竞争政策,以及吸收美式国有企业章节的双向过程。

三 比较视域下的欧式FTA国有企业规制

早在CPTPP出台之前,美国就已经在区域层面推动国有企业规制。与欧盟实践

① CETA, Article 18.5.

② GATT, Article 17.

③ CETA, Article 18.1.

④ European Commission, “Negotiations and Agreements,” https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#_being-negotiated.

⑤ 美国退出TPP后,剩余11国达成新的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP),总体上继承了TPP的原则和主要内容。

十分类似,美国早期的国有企业规制也嵌入在竞争政策规制中,如《北美自由贸易协议》第十五章(竞争政策、垄断和国家企业)、美国—新加坡 FTA(2013)第十二章(反竞争商业行为、指定垄断和政府企业)。CPTPP 之后,USMCA 第二十二章(国有企业和指定垄断)沿用了 CPTPP 的国有企业章节的体系结构,修改了国有企业定义和非商业援助条款,使其对国有企业的规制力度高于 CPTPP。

美欧在追求自由市场和自由竞争方面立场相近,因此二者着力于在区域层面加强对国有企业的针对性规制。然而,美欧在这一问题上的差异性不应被忽视。双方共识主要集中在制度层面,即强调自由市场和自由竞争,但美欧基于自身现实的考量,在具体规则和路径构建方面不无差异。

(一) 国有企业定义:美欧 FTA 的行合趋同

国有企业的认定核心是界定企业和国家的联系,欧式 FTA 一般从四个标准认定两者之间的密切程度:一是股权控制,即缔约方直接拥有超过 50% 股权;二是表决权控制,即缔约方通过所有者权益直接或间接控制超过 50% 表决权;三是人事任免,即缔约方有权任命董事会或其他同等管理机构过半数成员;四是其他形式的控制(“控制标准”)。在第四个标准上,欧盟—日本 EPA(2018)采取的是严格的“法律控制说”,即缔约方在法律上有权指示或控制企业行为,或依据法律法规能够行使相同程度的控制。^①但在欧盟—英国 TCA(2020)中,国家控制包括法律和事实上的控制,^②拓展了控制标准,扩大了“国有企业”的涵盖范围。欧盟—越南 FTA(2019)则不强调国家控制权是否有法律依据,但是要求国家控制的是企业的重大决策。^③

欧式 FTA 的前三个认定标准与 CPTPP 一致,但控制标准是 CPTPP 所不涉及的。相比之下,更为晚近的 USMCA 关于国有企业的定义进一步扩张:其一,在股权控制标准上,USMCA 覆盖间接股权控制,采取穿透认定方式,将国家通过一个或多个国家企业控制的企业均认定为国有企业;^④其二,在控制标准上,USMCA 将国家通过其他所有者利益控制的企业视为国有企业。USMCA 强调,在认定控制权时,应考虑法律和事实两方面因素,包括国家对企业重大支出或投资、股份发行、贷款、重组、兼并或破产等商业运营方面的决策指示权。^⑤

事实上,欧盟在与美国展开的《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(The Transatlantic

^① EU-Japan EPA (2018), Article 13.1.

^② EU-United Kingdom TCA (2020), Article 376.

^③ EU-Vietnam FTA (2019), Article 11.1(g).

^④ USMCA, Article 22.1, footnote 7.

^⑤ USMCA, Article 22.1, footnote 8.

Trade and Investment Partnership, TTIP) 谈判中,已经表达了对于“受政府影响的企业”的关注。欧盟 2015 年公开的 TTIP 草案采用“国家企业”一词,指代国家直接或间接施加决定性影响的、从事商业活动的企业,影响方式包括政府所有权、财政参与、通过规则或实践影响企业运行。草案列举了三种推定存在决定性影响的情形:国家持有企业多数股权;国家持有企业多数表决权;政府有权指派该企业行政、管理或监督机构过半数成员。^① 这三种情形对应前述欧式 FTA 国有企业定义的前三个标准,而控制标准,尤其是事实上控制,尚未稳定成为国有企业标准。一个可能的原因是这一标准的不确定性,致使各国对其保持相对审慎的立场。

从美欧近年来的 FTA 缔约实践来看,“国有企业”已突破传统语义,表决权控制、人事任免、控制权等国有企业认定标准的综合运用,导致国有企业章节适用主体的扩张。

(二)非商业援助/外国补贴规制:美欧 FTA 的巨大差异

美欧 FTA 国有企业章节在补贴规制方面存在巨大差异。美式国有企业章节独创了非商业援助(Non-Commercial Assistance, NCA)条款,有针对性地限制国企从政府或其他国企获取非商业性的支持。较之传统的 WTO 反补贴规则,NCA 条款的规制范围从传统的商品贸易扩展至服务贸易、跨境投资等领域,达到了对投资补贴进行规制的效果。而欧式 FTA 国有企业章节并无 NCA 条款或类似条款,欧式 FTA 虽然普遍加入补贴章节,但基本上仍然在 WTO 反补贴规则的框架内。因此,欧式 FTA 并无针对国有企业补贴的实体性规范。但欧盟正在更宽泛的意义上出台单边措施,突破现有 WTO 补贴规制框架,强化对外国补贴的规制,适时推动国际规则的形成。^② 欧盟外国补贴规制的重点在于扭曲欧盟内部市场的外国补贴,并不局限于向国有企业提供的补贴。这既是美欧 FTA 国有企业章节的区别,也是美欧补贴规制的差异所在。

2020 年 6 月 17 日,欧盟委员会发布了《关于对外国补贴建立公平竞争环境的白皮书》(简称“《关于外国补贴白皮书》”),^③以外国补贴扭曲欧盟市场竞争为由,拟在欧盟现有贸易防御工具之上,叠加域外补贴审查工具。2021 年 5 月,《外国补贴条例

^① TTIP 草案竞争—国有企业章节第 1 条。TTIP 目前正在谈判过程中,本文所涉 TTIP 条款以欧盟 2016 年 7 月 14 日公布的草案为准,详见 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>。

^② European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market (Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies),” COM (2021) 223 final, p. 9.

^③ European Commission, “White Paper on Levelling the Playing Field as regards Foreign Subsidies (White Paper on Foreign Subsidies),” COM (2020) 253 final.

草案》颁布,^①针对非成员国补贴的审查框架初具雏形,审查主要围绕域外企业在欧经营、兼并、参与政府采购三大“模块”(Module)展开。

欧盟外国补贴立法的迅速推进,一部分源于其对现有国家援助和补贴规则的反思。欧盟现有的补贴规制框架主要由两部分构成:一是国家援助规则;二是WTO补贴规则。根据国家援助规则,成员国给予的或通过国家资源给予的任何形式的援助,若优待特定企业或生产部门,以致扭曲或可能扭曲竞争,进而对成员国间的贸易产生影响时,则视为与内部市场相抵触。^②成员国政府在实施国家援助之前一般须向欧盟委员会申报,获得豁免后方可实施。^③根据《欧洲联盟运行条约》第106条,国家援助规则也同样适用于国有企业。然而,欧盟法关于国家援助的规制主要对成员国产生拘束力,而对非成员国补贴的规制目前主要以WTO补贴规则为基础,集中在贸易领域。

在近期对中国、埃及原产玻璃纤维织物反补贴执法一案(“欧盟玻璃纤维织物反补贴案”)中,欧盟认为中国政府向中埃共建的经贸合作区中设立的两家埃及公司提供的补贴违反了《欧盟反补贴条例》。这一条例是以世界贸易组织《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCMA)为基础的。^④正如中方所主张,无论是对WTO规则的体系解释、历史解释,还是欧盟的反补贴执法实践均表明,SCMA第1.1(a)(1)条所述“补贴”系指由政府向本国出口企业提供的补贴,^⑤即补贴具有地域限制。但是,欧盟突破性地对《欧盟反补贴条例》第2(b)条所述“政府”做出扩大化理解,认为该条项下“可归因于政府的行为”(attributable to the government)不局限于政府直接采取(directly emanating)的行为,还应包括可归责于政府(imputable to)的行为。^⑥因此,埃及对于中国向埃及企业提供补贴情形的知情和认可亦属于违法补贴。毫无疑问,欧盟突破补贴的地域限制性的解释缺乏WTO法律依

① Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies.

② 《欧洲联盟运行条约》第107.1条。

③ 《欧洲联盟运行条约》第108.3条。

④ Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection Against Subsidised Imports from Countries not Members of the European Union, Recital (2)-(3).

⑤ Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776 of 12 June 2020 Imposing Definitive Countervailing Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt and Amending Commission Implementing Regulation (EU) 2020/492 Imposing Definitive Anti-dumping Duties on Imports of Certain Woven and/or Stitched Glass Fibre Fabrics Originating in the People's Republic of China and Egypt, 12 June 2020, para.671.

⑥ Commission Implementing Regulation (EU) 2020/776, para.716.

据,可能面临执行上的困境。^①

在欧盟看来,大量由非成员国提供的非传统贸易领域补贴造成欧盟内部市场的扭曲,但却落入WTO和欧盟法的规制罅隙。这促使欧盟提出“外国补贴”的概念。欧盟玻璃纤维织物反补贴案终裁后仅五天,欧盟委员会即发布了《关于外国补贴白皮书》。欧盟引入外国补贴审查工具,无论在主观意图还是客观效果上,都对中国企业(尤其是国有企业)具有很强的针对性。2020年,欧洲审计院在《欧洲对于中国的国家引导投资政策的回应》报告中将欧盟外国补贴规则视为欧盟对于中国“一带一路”倡议和《中国制造2025》的回应。^②事实上,早在2017年,欧盟在《驾驭全球化》反思文件^③中表达了对中国企业(特别是国有企业)战略性收购欧洲关键技术的关切。^④根据中国商务部、统计局和外汇管理局关于中国对外直接投资的最新统计数据,国有企业占中国对外非金融类直接投资总量的46.3%,^⑤将近半壁江山。欧盟中国商会在2020年9月发布的题为《迅捷行动,共创未来》的建议报告中指出,欧盟正在推进的外国补贴规制将构成中国企业在欧投资、经营、发展的最大障碍。^⑥因此,从这一意义上讲,从国有企业规制的视角审视欧盟外国补贴审查工具有其合理性和必要性。

在补贴主体方面,《外国补贴条例草案》借鉴WTO补贴规则,^⑦规定了三类适格补贴主体:政府、公共机构以及行为可归因于国家的私营主体。^⑧虽未直接约束国有企业,但是欧盟官方立场和WTO争议解决实践均表明,公共机构与国有企业的关系密切。欧盟认为,中国向国有企业提供公共资金支持,以实施中国的对外投资战略。若

^① Nuno Cunha Rodrigues, “Filling the Regulatory Gap to Address Foreign Subsidies: The EC’s Search for a Level Playing Field Within the Internal Market,” in N. Cunha Rodrigues, ed., *Extraterritoriality of EU Economic Law (European Union and its Neighbours in a Globalized World, Book Series, Volume 4)*, p.213, https://doi.org/10.1007/978-3-030-82291-0_10.

^② European Court of Auditors, “The EU’s Response to China’s State-driven Investment Strategy,” Review No 3/2020.

^③ European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, COM (2017) 240, 10 May 2017.

^④ Ibid.《驾驭全球化》文件第15页提道:“对外资开放仍然是欧盟的关键原则和重要增长来源之一。但是,已有人士对于外国投资者尤其是国有企业出于战略原因收购具有关键技术的欧洲公司的现象表达担忧。而欧盟投资者在投资的来源国的投资往往不享有同等权利。这些担忧需要加以仔细分析并采取适当措施。”在表述“投资的来源国”(the country from which the investment originates)时,文件使用了单数,特指中国的意蕴不言自明。

^⑤ 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2020年度中国对外直接投资统计公报》,第30页,<http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/29/5639984/files/a3015be4dc1f45458513ab39691d37dd.pdf>。

^⑥ The China Chamber of Commerce to the EU (CCCEU), “Launch of CCCEU 2020 Recommendation Report: Acting for Common Future,” pp. 9–10, http://en.ccceu.eu/PDF/CCCEU2020RecommendationReport-ActingforCommonFuture_Updated_20201102.pdf.

^⑦ SCMA 第1.1(a)(1)(vi)条也规定了三类适格的补贴提供主体:政府、公共机构和受前两者委托的私营机构。

^⑧ Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies, Article 2.

是发生在欧盟,此类资金支持将受制于欧盟国家援助规则。但欧盟内部监管框架却无法约束中国,使中国企业享有欧盟企业不具备的竞争优势。^①换言之,中国国企在欧经营、投资时获得的国家支持,是欧盟外国补贴规则的规制重心。再观美式 FTA、NCA 条款直接将“公共机构”代之以“国家企业”“国有企业”,^②以回避 WTO 争端解决中关于公共机构定义的争议。在美对华产品实施反补贴措施案(DS437 案)和中美双反措施案(DS379 案)中,国有企业的公共机构身份问题成为中美交锋的核心。美国依循“政府控制标准”,^③将中国国企定性为公共机构的主张未被上诉机构所采纳。WTO 争端解决中的失利促使美国转而将重心转移到在区域层面制定专门适用于国有企业的补贴规则。

在补贴/援助形式上,《外国补贴条例草案》不满足于 WTO 项下传统的贸易补贴(资金或债务转移,放弃税收,购销货物和服务,收入或价格支持):^④非欧盟成员国向特定或多个企业或行业提供财政资助,使在欧从事经济活动的企业获得利益,包括提供股权性或债权性资金、转移或免除债务、放弃财政收入、购销货物或服务等都可能被视为外国补贴。^⑤在这一点上,美欧基本达成共识。^⑥

在认定规则上,《外国补贴条例草案》采取了不同于贸易补贴的路径,具有鲜明的竞争法色彩。SCMA 制定了相对缜密的认定步骤和规则:一是考察是否存在适格主体提供的财政资助或价格支持,并授予接受补贴的一方实际利益或竞争优势;二是判断补贴专向性;三是识别补贴与不利影响或损害间的因果关系;四是确定损害。NCA 条款汲取了 SCMA 中高度技术化的损害认定规则,但同时做出三项重要修改:一是排除“利益授予”要件,即不关注受援助方是否实际获益或竞争优势;二是简化补贴专向性的认定,只要某项援助倾向于向国有企业提供,即满足专向性要件;^⑦三是对“不利影响”扩大化解释加之因果关系的宽松化认定,使得一国企业的商品或服务市场份额因企业自身或其他环境因素影响而发生的相对变化,亦可能归咎于他国国有企业。^⑧

相比之下,欧盟外国补贴规制的建构基础是“扭曲市场”。然而《外国补贴条例草

① European Court of Auditors, “The EU’s Response to China’s State-driven Investment Strategy,” p.5.

② CPTPP, Article 17.6(1)-(2); USMCA, Article 22.6(1)-(3).

③ 根据“政府控制标准”,受政府控制的实体即为反补贴语境下的“公共机构”。政府所有权在政府控制认定中具有首要作用,此外还需考察政府对企业人事和经营方面的控制因素。相关 WTO 案件参见 WTO Panel Report, Korea—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, Adopted 7 March 2005, WT/DS273/R, para.7.50。

④ SCMA, Article 1.1.

⑤ Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies, Article 2.

⑥ USMCA, Article 22.6(1).

⑦ CPTPP, Article 17.1

⑧ 韩立余:《TPP 国有企业规则及其影响》,载《国家行政学院学报》,2016 年第 1 期,第 85 页。

案》并未提出具体量化的“扭曲市场”认定标准,仅仅是列举了五个“扭曲市场”指标性因素:补贴数量,补贴性质,补贴目的、条件及其在欧盟市场中的运用,受补贴企业及市场状况,受补贴企业在欧从事活动的范围。^① 补贴数量越大,受补贴企业规模越大,相关市场结构集中度越高,受补贴企业产能过剩越严重,企业在欧活动范围越广,越易被认定为扭曲市场。^②

欧盟对四类补贴形式尤其警惕:一是向濒临破产的企业提供维持其短期或中期经营的支持;二是向企业提供在数量或期限上无限制的担保;三是直接帮助企业兼并的补贴;四是赋予企业在参与公共投标时不合理竞争力的补贴。^③ 一项外国补贴若被识别为具有市场扭曲作用,欧盟委员会还需在外国补贴的消极因素与其对经济活动发展的积极因素之间权衡利弊。^④ 这源于《关于外国补贴白皮书》中的“欧盟利益测试”。不同的是,白皮书所认可的积极因素不局限于经济利益,还包括就业促进、气候中和、环境保护、公共安全、公共秩序等公共政策利益。^⑤“欧洲利益测试”标准收缩后,外国补贴通过测试的难度更大,更易被采取交易禁令、罚款等措施。

(三)商业考量和非歧视义务:美欧 FTA 的大同小异

自 CETA 出台起,商业考量和非歧视义务成为欧式国有企业章节的必备条款,即要求国有企业或相关实体在商业活动中进行商业考量,并给予外国企业非歧视待遇。商业考量和非歧视义务承袭自《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)第 17 条(国营贸易企业条款)。国营贸易企业条款项下的商业考量和非歧视义务适用范围较狭窄,限于国营贸易企业的进出口商品的购销环节,^⑥非歧视待遇也仅限最惠国待遇而不涉国民待遇。^⑦ 国营贸易企业条款是针对国营经济体、转型经济体政府垄断贸易的规则安排。在以市场经济和自由竞争为基础的经济全球化趋势下,国营贸易逐渐退出,国营贸易企业条款几无适用空间。

① Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies, Article 3.

② White Paper on Foreign Subsidies, pp.16-17.

③ Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies, Article 4.

④ Ibid., Article 5.

⑤ White Paper on Foreign Subsidies, Article 4.1.4.

⑥ GATT 第 17 条第 1 款(甲)。

⑦ GATT 第 17 条虽未明确“非歧视待遇”是否仅指最惠国待遇,但是 GATT 的谈判历史和 WTO 争议解决实践表明,该条款下的“非歧视待遇”不包括国民待遇。详见 GATT, Negotiating Group on GATT Articles Article XVII (STATE TRADING ENTERPRISES) Note by the Secretariat Addendum, MTN.GNG/NG7/W/15/Add.1, p.6; GATT Panel Report, Belgian Family Allowances, G/32, Adopted 7 November 1952, BISD 1S/59, p.60, para.4; GATT Panel Report, Canada—Import, Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies, Adopted on 22 March 1988, L/6304-35S/37; Panel Report, Korea—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled, or Frozen Beef, Adopted on 10 January 2001, DS161/DS169.

商业化考量和运营是国有企业优化公司治理的一大要求,^①非歧视待遇是公平竞争的重要前提。国营贸易企业虽逐步退出历史舞台,但国家对市场的干预和隐性贸易壁垒仍然存在。商业考量和非歧视义务一定程度上契合国有企业公司治理和公平竞争的要求,因此被融入新型国际经贸规则中。美欧 FTA 的商业考量和非歧视条款同质性较高,在内容结构方面大同小异。“大同”的是自由市场、自由竞争的总体基调,“小异”则反映出经济发展水平及制度各异的缔约方之间的博弈,并且往往决定了义务强度和规制力度。

何为商业考量,国营贸易企业条款并未提供明确定义,而是列举了商业考量应包含的因素,如价格、质量、货源多少、推销难易、运输和其他购销条件。这种列举方式在美欧 FTA 中得以继承并发展。美式 FTA 以私有企业通常考虑的因素作为国企商业考量的参照标准。^② 欧式 FTA 强调商业考量义务与市场经济原则的联系,要求国有企业基于市场经济原则运营决策。^③美欧 FTA 项下国有企业的商业考量义务扩展至服务提供领域,^④是对 WTO 规则的一项升级。

美欧 FTA 项下的非歧视义务一般不限于最惠国待遇,且覆盖服务领域。美欧 FTA 关于国有企业非歧视义务的适用范围如表 2 所示。

表 2 美欧 FTA 关于国有企业非歧视义务适用范围

协定名称	非歧视义务适用范围
欧盟—越南 FTA (2019)	商品或服务购买中: 给予外国企业的类似商品或服务国民待遇; 给予相关市场中外国投资者的企业的类似商品或服务最惠国待遇; 商品或服务销售中: 给予外国企业的商品或服务国民待遇; 给予相关市场中外国投资者的企业的商品或服务最惠国待遇

^① OECD, “OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises,” 2015, pp.48-50, <https://doi.org/10.1787/9789264244160-en>.

^② CPTPP, Article 17.1; USMCA, Article 22.1.

^③ EU-Vietnam FTA (2019), Article 11.1(b); EU-Japan EPA (2018), Article 13.1(c); EU-United Kingdom TCA (2020), Article 376(c).

^④ EU-Japan EPA (2018), Article 13.5.1; EU-Vietnam FTA (2019), Article 11.4.1; EU-United Kingdom TCA (2020), Article 380.1; USMCA, Article 22.4; CPTPP, Article 17.4.

欧盟—英国 TCA (2020)	商品或服务购买中： 给予外国企业的类似商品或服务国民待遇； 给予“涵盖投资”的类似商品或服务在相关市场中的国民待遇 商品或服务销售中：
欧盟—日本 EPA (2018)	给予外国企业的商品或服务国民待遇； 给予“涵盖投资”的类似商品或服务在相关市场中的国民待遇
CPTPP	商品或服务购买中： 给予外国企业的类似商品或服务国民待遇和最惠国待遇； 给予“涵盖投资”的类似商品或服务在相关市场中的国民待遇和最惠国待遇 商品或服务销售中：
USMCA	给予外国企业的商品或服务国民待遇和最惠国待遇； 给予“涵盖投资”的类似商品或服务在相关市场中的国民待遇和最惠国待遇

注：表由作者自制。

上述对比可见美欧 FTA 商业考量和非歧视义务的强弱差异。欧盟—越南 FTA (2019) 项下的非歧视义务最弱,限于最惠国待遇;欧盟—英国 TCA (2020) 和欧盟—日本 EPA (2018) 次之,美式 FTA 最强,涵盖国民待遇和最惠国待遇。一个可能的解释是欧盟在与越南的双边谈判中,考虑了越南作为公有制经济占主导的转型国家的需求。

(四) 透明度义务:美欧 FTA 的形同质异

美欧国有企业章节普遍设置了高标准、具体化的透明度义务。根据欧式 FTA,一方在权益受损时,可要求另一方提供相关国有企业下列信息:国有股权及表决权情况;特殊股权及表决权;组织机构;董事会等管理机构的人员构成;负责监管的政府部门或公共机构及其报告要求,监管机构对企业董事、高级管理人员的任免及薪酬决策权;近三年的年收入及总资产情况;企业根据缔约方法律享受的免责及豁免;其他公开信息。^① 美欧 FTA 所覆盖的信息披露范围高度一致。^②

然而,美式 FTA 的透明度条款更侧重于为争端解决提供程序性保障,而欧式 FTA 中则体现了竞争法实体性规范的意蕴。CPTPP 和 USMCA 规定了缔约方定期公示国

^① EU-Vietnam FTA (2019), Article 11.6.2; EU-Japan EPA (2018), Article 17.3.2; EU-United Kingdom TCA (2020), Article 382.2.

^② CPTPP, Article 17.10.3; USMCA, Article 22.10.3.

企及指定垄断企业名单及其垄断领域的义务,^①还引入 WTO 争端解决机制中的不利推定方法,即信息交换机制无法运行时,申诉一方有权要求专家组介入,应诉一方仍不配合的,专家组将做出不利于应诉方的推定。^② 定期公示义务有助于对国企开展持续性监督,不利推定方法则赋予透明度义务在争议解决证据收集方面的工具性价值。

欧式 FTA 没有规定国企定期公示义务或不利推定方法,但透明度义务在欧式 FTA 中被赋予了竞争法价值,是欧盟规制国有企业补贴的重要路径。^③ 欧式 FTA 通常专设适用于补贴章节的透明度条款,要求缔约方定期公示补贴目的、法律依据、形式、金额和接受方。^④ 另外,透明度义务也具有提升国有企业治理的实体性意义。欧式 FTA 明显借鉴了经济合作与发展组织(OECD)《关于国有企业公司治理的指引》中提高国企公开性、透明性的内容。^⑤

事实上,欧式 FTA 的透明度条款也是对欧盟内部法治经验的总结。2006 年,欧盟委员会在针对国有企业发布的《透明度指令》(2006/111/EC)中,提出了透明度要求,涵盖信息披露和公司治理两层意义上的透明度。在信息披露意义上,国企与政府间的资金往来及使用情况应公开透明,包括提供资金、优惠贷款、放弃财政收入等直接或间接的资助形式。公司治理层面,《透明度指令》要求提高国有企业公司内部组织机构和财务管理的透明度,分账管理商业性和非商业性成本及收入,防止其以公共服务补偿资金对商业活动输送利益。^⑥

总体而言,美欧国有企业章节共识与分歧并存。共识既有对自由市场和自由竞争的追求,也不乏利用国有企业规制遏制新兴经济发展的意图。两者的分歧则显现于具体规则和路径。欧盟并未通过协定方式实现国有企业反补贴规制,而是试图诉诸域内立法,排除了这一规则对其自身的约束。在商业考量和非歧视义务、透明度方面,欧盟国有企业条款显示出较大的柔性和弹性,根据缔约方的现实情况调整义务的强度与广度。这与欧盟对国有企业的复杂态度不无关联。欧盟所采取的社会市场经济模式强调市场自由与社会均衡相结合,特定的国有化产业和普遍的公共服务是这一模式的

① USMCA, Articles 22.10.1, 22.10.2; CPTPP, Articles 17.10.1, 17.10.2.

② CPTPP, Annex 17-B, Article 9.

③ 欧盟关于 TTIP 首次立场文件 II.1。

④ EU-Vietnam FTA (2019), Article 10.7; EU-Japan EPA (2018), Article 12.5.

⑤ OECD, "OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises," pp.24-25.

⑥ Commission Directive 2006/111/ EC of 16 November 2006 on the Transparency of Financial Relations between Member States and Public and Takings as well as on Financial Transparency within Certain Undertakings, Articles 1.1, 1.2.

重要特征。^① 欧盟国有企业因而具有相当大的体量,也塑造了政府在市场中的复杂角色。国有企业作为政府介入经济的重要工具,处于自由竞争与社会公平两种利益的交汇点。对于欧洲而言,美式国有企业章节的规制模式将对国有企业运营以及经济模式产生怎样的影响,尚待观察。

四 欧式 FTA 国有企业规制对中国的启示

在中国由计划经济向市场经济转型过程中,国有企业在实现规模经济、发展特定产业、获取国际竞争优势,以及培育市场经济体制等方面发挥了重要的作用,也取得了良好的效果。但在经济全球化的背景下,西方国家对中国经济治理模式的质疑甚嚣尘上,有观点认为,中国国有企业作为政府实现产业政策的重要工具,在促进国内经济发展的同时,也使过剩产能向海外溢出,对于以私营经济为主的海外市场造成冲击和扭曲,^②形成负外部性。这一经济模式下各类隐性补贴和资源输送超出 WTO 的规制范围。^③

国有企业规制正在逐渐发展为新一轮国际经贸规则重构的内容之一,^④中国须对其采取措施加以应对。产业政策(尤其是干预性产业政策)的弊端和缺陷逐渐显现——“政府失灵”导致的资源错配,以及国有企业的竞争力缺乏。因此,强化竞争政策的基础地位,促进产业政策向竞争政策的转型,不仅是中国完善市场经济体制的重要途径,^⑤也是应对国际经贸新规的必然选择。国有企业的定位及治理问题居于产业政策和竞争政策的交汇处,对于中国经济体制转型意义重大。

(一) 借鉴欧盟经验完善中国国有企业制度

在经济体制市场化转型的视野下,欧盟经验对中国完善国有企业制度、产业政策及竞争政策,具有重要的借鉴意义。首先,欧盟是产业政策与竞争政策统筹协调的代表。欧盟的产业政策始终坚持“市场导向”“服从竞争政策”的原则,^⑥即便是在国际

① 秦爱华:《〈里斯本条约〉与社会市场经济》,载《欧洲研究》,2010年第3期,第41页。

② Joshua P. Meltzer and Neena Shenai, “The US-China Economic Relationship: A Comprehensive Approach,” 2019, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/02/us_china_economic_relationship.pdf.

③ Chad P. Bown and Jennifer A. Hillman, “WTO’ing a Resolution to the China Subsidy Problem,” *Journal of International Economic Law*, Vol.22, Issue 4, 2019, pp.557-578.

④ 张乃根:《“一带一路”倡议下的国际经贸规则之重构》,载《法学》,2016年第5期,第98页。

⑤ 叶光亮:《建设高标准市场体系需强化竞争政策基础地位》,《光明日报》,2022年1月4日, https://news.gmw.cn/2022-01/04/content_35424158.htm。

⑥ 江飞涛、李晓萍:《改革开放四十年中国产业政策演进与发展——兼论中国产业政策体系的转型》,载《管理世界》,2018年第10期,第74页。

金融危机爆发后,欧盟仍在危机应对中贯穿竞争政策,避免对市场机制的过度扭曲。^①其次,欧盟域内形成了较为完善的国有企业规制体系、监督执法机制以及责任机制,并经过长期的实践检验,有利于构建公平、高效的市场竞争环境。具体而言,欧盟竞争法平等适用于各类所有制企业,并强调行政机关的监管和执法中立。此外,欧盟原则上限制国家援助,但辅以针对行业的纵向豁免,以及针对研发创新、环境保护、救灾重建、弱势群体扶助等环节的横向豁免,以期在公平竞争和其他非经济利益之间寻求平衡。欧盟关于国有企业透明度和公司治理要求,也有助于塑造国有企业的商业化、市场化属性。

但需要看到的是,国有企业的目的和性质是由一国的社会经济制度所决定的。在社会主义市场经济体制中,政府不仅通过国有企业干预经济,而且通过国有企业参与经济,这使得中国国有企业集中了市场和非市场两股力量,兼具经济目的和非经济目的。^②国家与市场的复杂关系塑造了中国国有企业具有异于其他国家的国有企业、公共企业的特殊禀赋。因此,在完善中国国有企业制度时,任何一国的成果经验都有局限性。然而,中国以国有经济为主导的经济制度和实现国内国际公平竞争本质上并无冲突。国有企业分类改革与混合所有制在完善国有企业治理的过程中无疑具有关键作用。可以预期的改革措施是,通过渐进式的国有企业分类改革,公益类国有企业回归政府职能,功能类国有企业在阶段性的产业政策扶持引导后,与竞争类国有企业共同在市场中竞争,接受竞争法和竞争政策的宏观协调。^③

(二) 理性应对美欧的法律输出和规则合围

美欧运用自由贸易协定话语权,开始新一轮国际经贸规则的重塑。国有企业章节是新一代国际经贸规则的内容之一,形式上以国有企业为规制对象,但本质上规范的是政府与市场关系,约束一国政府介入参与经济从而扭曲国际公平竞争。

美欧以竞争中原则作为其推行新一代国有企业规制的理论基石,一是因为竞争中原则倡导国企与私企公平竞争,在规制对象上与国有企业章节有所契合;二是因为竞争中原则所宣扬的公平、自由、透明、中立等普适性价值,回避了国家间零和博弈的残酷现实,缓解规则推行过程中可能面临的阻力。国有企业章节实质上以西方市场经济为价值取向,促使各国建立以市场经济为基础的国内制度,以满足市场经济和经济全球

^① 孙晋:《国际金融危机之应对与欧盟竞争政策——兼论后危机时代我国竞争政策和产业政策的冲突与协调》,载《法学评论》,2011年第1期,第92页。

^② 黄速建、余菁:《国有企业的性质、目标与社会责任》,载《中国工业经济》,2006年第2期,第69-71页。

^③ 柳学信:《国有资本的公司化运营及其监管体系催生》,载《改革》,2015年第2期,第23页。

化的制度需要。此种价值取向上的非中性对各国的影响各异:后发展国家借助国有企业实现社会经济发展战略的路径遭到遏制,而发达经济体则从国际市场的高度竞争中维持其核心产品、技术或服务的垄断地位。从某种意义上而言,国有企业规制的迭代变迁反映的是国际竞争新格局下制度竞争的激化和博弈。^① 博弈的过程需要中国深刻认识新一代国有企业规制的实质,评估衡量其正负外部性,并制定相应的应对策略。

相较于美式 FTA,欧式 FTA 国有企业章节的单边强制性较弱,具体义务的指引性较高,倾向于根据缔约方的实际情况调适义务的强度和广度,反映出欧盟注重协调的政治和法律传统。中国与欧盟于 2020 年底谈判完成的《中欧全面投资协定》(EU-China Comprehensive Agreement on Investment, CAI)^②可能是中国首份详细规定国企运营和监管义务的国际协定。CAI 以更为中性的“涵盖实体”取代“国有企业”,“涵盖实体”在股权、表决权、人事任免、企业决策几个传统的认定标准以外,还增加了“行为控制标准”——政府根据法律有权指示或控制企业行为的企业。^③ CAI“涵盖实体”定义并未完全抛弃企业所有制标准,但是行为控制标准的加入有可能推动规制基础由企业所有权向行为转变,有望突破对美式国有企业规制的路径依赖。CAI 是中国在国有企业国际新规则构建中的一次积极尝试。

另外,欧盟逐步通过外国补贴、外资审查等域内法律安排,实现对中国企业的所谓“扭曲市场行为”的约束。此举将严重影响中国企业在欧的投资待遇,可能违反 CAI 所确立的“准入前国民待遇”,^④或触发相关投资条约项下间接征收的问题。因此,中国应在国际法框架内积极应对,就欧盟及其成员国违背东道国投资保护义务之行为寻求投资保护。^⑤

(三) 积极参与国际经贸规则构建

欧盟借助自由贸易协定进行法律输出的经验,对于中国也有借鉴意义。欧盟以域内法律、规则和标准为基础,建立自由贸易协定范本,在对外谈判中反复适用,尽量保持内容的稳定一致性,形成法律输出的规模效应。^⑥ 同时,随着外部环境和自身政治经济利益需求的变化,欧盟不断调整范本内容和缔约策略。

在中国践行“一带一路”倡议的背景下,“一带一路”区域性互联互通平台有望成

^① 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》,载《环球法律评论》,2016年第2期,第157页。

^② CAI 谈判虽已完成,但是其批准生效受中欧关系不稳定的影响,仍存在不确定性。

^③ CAI, Section II, Article 3bis (1).

^④ CAI, Section II, Article 4.

^⑤ 叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,载《国际法研究》,2020年第6期,第84页。

^⑥ 王燕:《自由贸易协定下的话语权与法律输出研究》,载《政治与法律》,2017年第1期,第112页。

为中国参与国际经贸规则构建的重要契机。由中、日、韩、澳、新及东盟十国签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)于2022年1月1日正式生效,是“一带一路”建设中达成的重要协定。RCEP第十三章(竞争)则充分体现了重磋商轻制裁、重指引轻强制、求同存异的特色。RCEP竞争章旨在促进市场竞争,提高经济效率和消费者福利,^①同时尊重各国在竞争法律、政策方面的主权,认识到各国在竞争法和竞争政策方面的差异。^② RCEP同时要求各国所有商业性实体,无论其所有权情况,均应受到该国竞争法的约束,除非基于公共政策或公共利益之目的。^③ 尽管RCEP的15个缔约国中有7个参与了CPTPP谈判,但RCEP并没有加入独立的国有企业章节,这一空白指向了中国发挥制度影响力的可能性,即中国可依托“一带一路”平台,构建适应于新兴经济体的竞争条款,强调竞争中性和所有制中立,并以此为基础进一步推广。

另外,在申请加入CPTPP的背景下,中国应借鉴CAI谈判经验,努力提高现有规则的平衡性,特别是国有企业认定标准。“重主体轻行为”的认定标准打击面过宽而精确性不足,而“控制标准”进一步加重了国有企业认定的泛化。高标准国有企业规制可能产生的社会成本、负面影响亦未经充分评估。CPTPP谈判方的经济、社会发展状况差异凸显,国有企业章节的例外安排中足见各方顾虑:几乎所有谈判方通过附件排除实体义务对地方国企适用,^④部分具有行业指向(如航空、海运、金融、文化)或目的指向(如促进边远山区发展)的不符措施具有相当宽泛的适用空间。^⑤ 中国可以借鉴类似做法,运用例外条款缓和与限缩国有企业义务的强度与广度。

国有企业章节关涉后金融危机时代国家与市场关系的重塑,在多种经济社会模式并存、西方国家开始陷入对自由资本主义反思的契机下,中国应注重提炼中国发展经验,在贸易投资自由化的框架下,强调国际经贸制度的灵活性、渐进性和平衡性;在承认公平竞争的基础上,兼顾不同成员的制度差异和现实诉求,赋予公平竞争更丰富的内涵——普遍发展、共同繁荣。

(作者简介:沈伟,上海交通大学法学院特聘教授;方荔,北京金诚同达(上海)律师事务所律师。责任编辑:张海洋)

① RCEP第13章第1条。

② RCEP第13章第2条。

③ RCEP第13章第3条第4-5款。

④ CPTPP, Annex 17-D.

⑤ CPTPP, Annex IV.