

“竞争化”到“竞争中立化”： 市场导向标准的困境及协调路径

● 荆 鸣 *

【内容摘要】 市场导向条件经历了从美欧到西方世界小范围达成共识的过程,竞争是演进中的核心要素,竞争与贸易领域的天然联系是市场导向条件“竞争化”的原因。市场导向标准竞争中立化诠释了竞争中立从竞争领域向区域贸易规则渗透、再向多边贸易体制扩张的过程。区域自贸协定中的竞争中立以约束政府的方式规制国有企业,未能充分顾及经贸实际,使区域化协调国有企业规则的尝试面临重重困境。对多边补贴规则的修改是市场导向标准竞争中立化的新动态,恐将放大实践中矛盾与逻辑上的不自洽。WTO 危机反映了规则静态与利益动态的冲突,以恪守多边主义为前提,采竞争与贸易“双轨”并行之策,在国际、国内层面协调国有企业规则,将有助于化解市场的导向分歧。

【关键词】 市场导向标准 竞争中立化 国有企业 区域贸易规则 多边贸易体制

一、问题的缘起

中国市场(或非市场)经济标准问题从复关、入世谈判始就备受各成员方关注,这与中国从计划经济过渡而来的独特发展历程密切相关。在《中国入世工作组报告》中中国政府曾经作出明确承诺,中国的国有企业将基本遵照市场规律运行,国有企业及国家投资企业的采购和销售行为将基于商业考量进行(第 43、46 段)。《中国入世议定书》第 15 条将中国的(非)市场经济地位问题与《反倾销协定》中的替代国比较方法挂钩,^[1]其中第 4 款规定针对中国企业的反倾销调查因非市场经济问题而采用的替代国比较方法应在入世 15 年后终止。中国入世 15 年后的 2016 年,美国和欧盟并没有停止替代

* 作者单位:大连海事大学法学院。本文系国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(批准号:20&ZD205)及国家社科基金 2021 年重点项目“国有企业规则的多边方案研究”(21AFX025)的成果。

[1] 《中国入世议定书》第 15 条第 1 款第 2 项内容为“如被调查的生产商无法清楚地表明生产同类产品的行业在该产品的制造、生产和销售等以市场经济为主,作为进口方的世贸组织成员可使用某种不严格意义上以中国国内价格或成本的比较为基础的方法。”

国方法的使用,中国向WTO提起与美欧磋商的努力(DS515、DS516两案)也无疾而终。^[2]

从WTO总理事会上中美两国大使的唇枪舌剑可判断出市场导向问题上的分歧已成为两国贸易摩擦的核心争议点。美国大使提出,中国实行非市场导向模式、非市场资源分配和经济模式与入世时调整贸易政策、适应国际贸易体系的承诺相悖,也给WTO其他成员国带来巨大的压力。^[3]中国大使则坚定回击,世上没有四海皆宜的市场经济标准,WTO未赋予任何一个成员以自己的标准空降定义的权力。^[4]在这场交锋中,两国大使所采用的语词存在细微差别,美国大使偏好运用“市场导向”(market-oriented),中国大使的回应则使用“市场经济”(market economy)。贸易摩擦开始前,“市场导向”在国际贸易法律政策中并未频繁出现,国内学者的研究中“市场经济”的用法更为普遍,对后者我们更加熟悉。

“市场导向”不是一个新概念,20世纪末杰克逊教授的著作中就曾使用:“WTO应保持较为纯粹的市场导向,还是应包容一些市场导向特征不特别显著的经济体制呢?”^[5]将市场导向用作定语,表达一个经济体的宏观特征,与“市场经济”并无二致,可解读为市场导向的经济体制便是市场经济体制,市场导向特征显著的国家便是市场经济国家。2020年2月20日,美国向WTO递交《总理事会关于〈市场导向条件对世界贸易体系的重要性〉的决定》,在标题中使用“市场导向条件”(market-oriented conditions)术语,且在文本中提出8项具体指标。这一用法与杰克逊教授的用法已有明显不同,“市场导向”不再作为宏观修饰语,而是成了一个有具体指标内涵的评价标尺,或曰“市场导向标准”。结合常用的“市场经济”术语,笔者尝试界定市场导向标准:通过具体的市场导向条件判断一国经济制度是否为市场经济标准,即以管窥豹,以微观要素的组合洞察宏观制度属性的标准。比照杰克逊教授的用法,美国的“市场导向”不再修饰“市场经济”,而是用以评价甚至定义“市场经济”。

何为市场经济?GATT与WTO确实均未就缔约方、成员方的经济制度发表意见,也无从提供这套用以定义市场经济的标准。按照经济学的定义,市场经济就是市场在配置各项资源中发挥主导作用的一种经济形态,市场机制的核心在于竞争。^[6]美国诘难中国的“非市场导向”时多次提到中国在经济运行中强化国家的影响力,认为这与市场导向的要求背道而驰。^[7]欧盟亦频繁表达对中国2025制造业振兴战略的关切,认为这极有可能巩固中国的国有企业在本国市场的优势地位,间接损害其他竞争者的利益。^[8]美欧对中国市场导向的关切已超出《反倾销协定》第2条第2款第1项中成本计算与替代国价格比较方法的语境,^[9]不同程度地将中国国有企业的体量和影响力与对公平竞争环境

[2] 中国于2016年2月12日向美国、欧盟提起磋商,WTO案件号分别为DS515和DS516,WTO未能成立专家组审理DS515,2017年7月10日WTO成立专家组审理DS516,美国等国作为第三方参加,专家组未能出具报告。2019年5月7日中国正式要求暂停专家组工作,同年6月14日专家组同意中国请求并停止工作。可见,中国企业在反倾销领域的替代国比较方法并没有发生实质性改变。

[3] 2018年7月26日,WTO总理事会第三次会议实录上,两国大使唇枪舌剑。

[4] 参见《张向晨大使开场陈述:中国政府在中国诉欧盟反倾销“替代国”做法世贸争端案(DS516)专家组第一次听证会上的口头陈述(节选)》,http://wto.mofcom.gov.cn/article/xwfb/201712/20171202685211.shtml,2021年8月5日访问。

[5] [美]约翰·杰克逊:《世界贸易体制:国际经济关系的法律与政策》,张乃根译,复旦大学出版社2001年版,第361页。

[6] 参见张久琴:《竞争政策与竞争中立规则的演变》,载《国际贸易》2019年第10期,第27-34页。

[7] 参见2018年7月10日美国贸易代表罗伯特·莱文希译就301调查的发言。

[8] See Li-Wen Lin & Curtis Milhaupt, We Are the (National) Champions, Stan. L. Rev., Vol. 65, 2013, p. 697.

[9] Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Part I: Article 2 — Determination of Dumping, 2.2.1 Sales of the like product in the domestic market of the exporting country or sales to a third country at prices below per unit (fixed and variable) costs of production.

的威胁相联系。市场导向条件在美欧的国内法中均有其渊源,对竞争的影响评估一直是它们对外贸易中衡量一国市场化程度的重要因素。

竞争与贸易领域的关联并非新问题,自现代国际贸易体系建立以来就备受各国关注。WTO 还曾成立专门工作组,就贸易与竞争的联系及其对经济发展与全球繁荣的影响进行过广泛研究,但因影响力较大的成员之间分歧过大,导致后续谈判方式、意愿均未达成共识。^[10] WTO 框架下协调竞争规则的尝试受阻后,美欧转而寻求区域化整合,二者主导的区域自贸协定都对竞争规则的协调高度重视。20 世纪末澳大利亚提出的旨在规范国有企业商业化运作的竞争中立(competitive neutrality)制度在 2010 年前后异军突起,进入区域贸易规则,并衍生出各种版本的国有企业条款。2018 年 5 月 31 日,美欧日作出三方联合声明,将第三国非市场导向政策视为企业间不公平竞争、国际贸易规则难以运行的原因,并提出 7 项指标来判断市场导向;^[11] 2020 年 10 月 14 日,美巴日就美国提出的最新 8 项指标发表联合声明,这些整体上围绕对市场扭曲的防御和控制的指标,在相当意义上吸纳了区域自贸协定中竞争中立的要求,本文将这一现象称为市场导向标准的“竞争中立化”。

自 2016 年以来,集中探讨入世 15 年后反倾销领域的中国市场经济地位问题的论述已汗牛充栋,但立足竞争和贸易领域的关联,深度梳理市场导向标准“竞争中立化”过程的双轨研究还较为少见。基于此,本文通过追踪市场导向条件的演进过程,观察竞争中立要求于何时、以何种方式逐渐渗透其中,促成当下市场导向标准的形成,反思竞争规则未经充分论证时贸然进入贸易领域的困境,并就 WTO 改革如何协调国有企业规则、化解市场导向分歧提出建议。

二、市场导向条件的渊源及“竞争化”色彩

市场导向标准经历了从美欧各自的法到西方世界小范围达成共识的过程。在美欧国内法渊源中,核心的几项条件始终蕴含着对第三国市场竞争状况的评价。竞争与贸易领域存在天然的联系,国有企业作为市场导向标准的规制目标,在公平竞争问题上首当其冲,这是市场导向条件“竞争化”的原因。

(一) 市场导向条件在美欧国内法中的渊源

“市场经济”的概念最早可溯至美国 1930 年《关税法》,早于 GATT 的出现。该法第 771 节第 18 条第 2 款规定,在根据本节本条第 1 款确定一国是否为非市场经济国家时,应参考货币的可自由兑换程度,劳资方工资谈判的自由度,设立外资、合资企业的自由度,政府在多大程度上控制生产方式,多大程度上控制资源分配、企业产出与价格决定,以及主管部门认为合理的其他考虑等。^[12]除了兑换货币的自由度涉及外汇管制,设立外资、合资企业的自由度有赖贸易自由化措施这两项是较为纯粹的贸易规则外,其余几项均体现了竞争规则的特性。劳资方工资谈判的自由度一定程度上可理解为工人的工资是否符合市场价格,排除恶意罢工的情形,工人在正常情况下不会要求高于市场价格的工资,这一条件仍然体现了生产要素(劳动力)价格由市场决定。生产要素自由流动意味着企业作为市场竞争的主体需凭借自身能力争取相应的资源是竞争条件公平的表现。政府对生产方式、资源分配、企业

[10] 参见金善明:《困境与路径:竞争法国际化的规范分析》,载《社会科学》2012 年第 11 期,第 104-112 页。

[11] The Third Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan (May 21, 2018), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/may/joint-statement-trilateral-meeting>, last visit on August 12, 2021.

[12] Tariff Act § 771, 19 U.S.C. §1654(1930).

的产出与价格决定的控制程度不能过高,蕴含着对不合理的产业政策的排斥,防止政府的过多干预。综合来看,这些条件交叉体现了贸易与竞争规则的特点,但又明显更偏重竞争。^[13]

在欧共体法中,“市场经济”概念在 GATT 问世后才出现。^[14]1968 年 4 月 17 日,欧共体出台第 459/68 号条例,用来保护欧共体的企业免遭非欧共体国家倾销或补贴的不利影响,其中第 3 条使用“以几乎或者完全垄断的方式进行贸易,且国内价格均由政府予以规定的国家”作为对 GATT 第 6 条第 1 款的说明和补充。^[15]1979 年 8 月 2 日出台的第 1681/79 号条例首次使用“非市场经济国家”概念,规定对来自这些国家的产品适用不同的方法计算产品的正常价格。^[16]这份文件援引了部长理事会针对中国和 11 个国营贸易国家发布的进口保障措施的两份二级立法文件,以“非市场经济国家,尤其是第 2532/78 号、第 925/79 号条例适用的国家”取代了“几乎以垄断或者完全垄断方式进行贸易,且国内价格均由政府予以规定的国家”。这一条例以循环规定的方式替代了 GATT 中国营贸易国家的表达,成为适用特殊计算方法的依据,但具体指标并未列出。

1998 年 7 月 1 日,欧盟第 905/98 号条例第 2 条第 7 款第(1)项中增加了“市场经济待遇”(market economy treatment)的规定,包含 5 项具体标准:(1)企业依据市场信号作出有关价格、成本、投资的决定不受严重的政府干预;(2)企业有符合国际财会标准的基础会计账簿;(3)企业生产成本与金融待遇不受前非市场经济体制的扭曲;(4)破产法及物权法适用于企业;(5)外汇的汇率变化由市场供求决定。^[17]转型国家需要提供证据证明符合其条件才能取得市场经济待遇。2017 年 12 月 19 日通过了第 2017/2321 号条例,改此前的市场经济待遇为“市场扭曲”(market distortion)界定标准,具体指标为:(1)企业所在市场在相当大的程度上受政府控制或主管部门政策督导;(2)企业定价活动与生产成本在相当大的程度上受政府干预;(3)市场中存在为支持国内企业或为公共政策而设的歧视性措施(包括其他影响自由的因素);(4)没有正式的公司法、破产法或财产法或存在申请差别及执行不充分,劳工的工资扭曲,企业的融资受制于政府或其公共政策目标。^[18]其中,为支持国内企业或为公共政策而设的歧视性措施这一概念与产业政策极为接近,隐含着对国有企业的针对性。如一国的经济环境呈现这些特征,则形成市场扭曲,反倾销领域仍采用替代国计算方法。^[19]整体而言,这一判断标准的关注点从企业转移到更为宏观的经济环境,何为“市场扭曲”,仍主要根据企业的生产活动和内部治理是否受政府的重大干预来判断。

[13] 这部法案对美国后续立法和贸易竞争政策产生了深远影响。1988 年《综合贸易与竞争法》基本沿用这套标准明确了非市场经济的定义,为商务部判断某一出口国是否为市场经济国家提供了直接依据。The Omnibus Trade and Competitive Act of 1988 (OTCA), P.L. 100-418, 102 Stat. 1007(1988).

[14] 有学者认为,该标准是欧共体利用 GATT 多边规则的“缝隙”(附件九的说明和补充条款)表达“冷战”思想,限制社会主义阵营经济的产物。参见邵景春:《欧洲联盟法律与制度》,人民法院出版社 1999 年版,第 61-82 页。

[15] See Council Regulation (EEC) No. 459/68 on protection against dumping or the granting of bounties or subsidies by countries which are not members of the European Economic Community.

[16] See Article 3(2) (c) of Council Regulation (EEC) No. 459/68, as amended by Article 1 of Council Regulation (EEC) No. 1681/79.

[17] See Council Regulation (EC) No. 905/98 of 27 April 1998 amending Regulation (EC) No. 384/96 on protection against dumped imports from countries not members of the European Community.

[18] See Regulation (EU) 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of Dec. 12, 2017, Amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidized imports from countries not members of the European Union, 2017 O. J. (L 338) 1.

[19] 这套新标准整体上换汤不换药,但改变了举证责任的承担,调查国需证明被调查国存在市场扭曲。实践层面欧盟调查部门享有很大的自由度,这一调整未必能对转型国家的反倾销领域的实体待遇产生多大影响,但能让贸易伙伴感觉较为舒适,这是立法技巧的高明之处。

美欧国内法中并未出现“市场导向”的概念,其用于判断贸易伙伴是否为市场经济体的各项指标为后来市场导向标准的出台提供了渊源和根基。

(二)市场导向条件的“竞争化”色彩及原因

美欧日第三次联合声明首次采用了“市场导向”“非市场导向”(non-market-oriented)“市场导向条件”的表述,就严格的文义,“市场导向标准”这一概念这时才在国际贸易中诞生,它与之前的“市场经济地位标准”颇具联系,但也有区别。该标准提出了7项条件,包括影响企业的决定由企业结合市场信号自主作出,生产要素的价格均由市场决定,企业适用独立核算等国际公认的会计准则,企业受公司法、破产法与私有财产法调整,商业决策不受严重的政府干预等内容。^[20]整体上与欧盟新反倾销条例中的市场扭曲标准十分接近,^[21]强调公平的竞争环境,限制政府对市场的干预。2020年2月20日,美国在《总理理事会关于〈市场导向条件对世界贸易体系的重要性〉的决定》中提出了8项条件,增加了企业能获取相关信息,作为决策基础的自由。^[22]10月14日,美巴日的联合声明重申了这一标准,核心仍是企业依据市场信号自由决策,生产要素价格由市场决定,不受政府严重干预这三项“竞争化”的关键条件。市场导向标准是一贸易术语,为何其评判指标的各项条件呈现“竞争化”呢?

竞争与贸易领域的规则天然存在相互联系,在属性上存在差异,在功能上呈现互补。前者意在规范企业行为,防止企业阻碍其他企业进入市场,维持市场的有效运行;后者意在阻止政府对国际贸易设置壁垒,以实现生产要素的自由流动。然而,二者良性功能的发挥可以相互替代,恶性功能的扩散也容易“外溢”。一国的贸易自由化程度较高,一定程度上可以缓冲国内经济中的竞争问题,尤其在政府对市场的干预不明显的国家,适当引入国外企业可在短时间内有效约束国内企业的反竞争和限制竞争行为。同时,一国的竞争规则较为完备,能提供公平的市场条件,也将有助于改良营商环境,吸引外国投资者,产生推行贸易自由化措施的作用。反之,一国的国内市场如较封闭,没有外国企业的竞争,本国企业从事反竞争行为的概率会极大升高;一国的竞争规则不甚公平,特定领域法规或行政措施(许可要求等)对企业构成较大负担,即使削减贸易壁垒,也难见证贸易自由化的长效收益。^[23]

市场导向标准始终对政府干预企业行为谈虎色变,这蕴含着聚焦国有企业的针对性。国有企业具备先天的因公优势外观,在商业活动之外承担一些公共服务职能,具备公法人的一些特征,^[24]其行为更易受到政府的干预,这一复杂性导致为其正名成为世界难题。^[25]国有企业与产业政策联系密切,造成其似乎具备先天不公平竞争优势的印象。许多国家的国有企业诞生于特殊历史时期,是国家大规模实施产业政策的结果,如西欧“二战”后“废墟上重建”很大程度上依赖国有化政策的大规模推行,美国大萧条时罗斯福总统也依据凯恩斯主义创设了一大批国有企业。产业政策表现为国家根据经济

[20] See The Third Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan (May 21, 2018).

[21] 但欧盟标准中体现竞争规则和贸易规则勾连的“为支持国内企业或为公共政策而设的歧视性措施”却未出现,一定程度上体现了美国的主导地位。

[22] See Communication from the United States, The Importance of Market-Oriented Conditions to the World Trading System, WT/GC/W/796 (Feb. 20, 2020).

[23] 参见王自刚:《国际经贸规则中的竞争中立要求演变与我国的应对》,载《知识经济》2017年第2期,第44-46页。

[24] 参见叶红军:《港口法解析》,大连海事大学出版社2003年版,第10-27页。

[25] 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。世界银行公司治理报告提出,国有企业身份不明引起的困惑早已不容小觑,已实质地波及国有企业公司治理、国家所有人的角色定位、与政府部门的关系界定等多项问题。World Bank Corporate Governance, Held by the Visible Hand—the Challenge of SOE Corporate Governance for Emerging Markets, 8, (2006), <http://documents.worldbank.org/curated/en/396071468158997475/pdf/377110CorporateGovernance0SOEs01PUBLIC1.pdf>.

发展的需要,对个别行业或部门给予财政补贴,或给予一些规则的豁免适用(如竞争法豁免)等特殊待遇;^[26]在一些学者看来,产业政策便是对竞争的根本排斥,国有企业也因此不可能与其他主体展开公平竞争。^[27]

国有企业在公平竞争问题上首当其冲,竞争与贸易领域的规则又相互联系,国有企业与产业政策的密切关联可能导致其同时受两个领域规则的约束。一国国有企业是否因近水楼台享受了得天独厚的竞争优势,损害本国私营企业或外国企业的利益,关乎一国的竞争环境是否公平,是竞争法律和政策的规制对象。一国在多大程度上以行政手段干预经济运行,是否影响了外国企业在本国市场享受WTO下的各项待遇,则是贸易法律和政策的规制对象。如果一国国有企业因接受特定的产业政策获得竞争优势,就可能同时触碰竞争与贸易两个领域的规则:市场上其他竞争者的利益因此受损,竞争规则当仁不让;这一损害可能对外国企业构成歧视,这对多边贸易规则构成挑战。因此,尽管市场导向标准是从贸易领域提出的,其聚焦国有企业的所谓不公平优势,各项条件必然是“竞争化”的。

三、市场导向标准的“竞争中立法”:竞争中立法由区域向多边的扩张

竞争中立法源自20世纪90年代初澳大利亚的一项国内竞争政策,在当下各类区域自贸协定中炙手可热,其各项要求争议较大。美巴日联合声明中的最新市场导向标准的各项条件明显吸纳了竞争中立法的核心要素,本质是将区域化协调的国有企业规则全球化,对多边贸易体制规则进行实质变更。

(一) 竞争中立的价值内涵及对区域贸易规则的渗透

竞争中立的出发点是消除国有企业在商业经营活动中的资源分配扭曲,国有企业从事商业活动不能享有其公共权属带来的不公平优势。^[28]澳版的原始竞争中立法表现为税收、债务、监管中立、商业回报率要求等;^[29]具体包括促成企业公共服务与商业经营职能的财务分离,杜绝“搭便车”的交叉补贴;保证国有企业与私营企业“同起跑线竞争”;不影响国家安全的领域实现“准入前”竞争中立法,允许私营企业进入一些垄断领域。^[30]“同起跑线”不阻止国有企业凭借与“国有”无关的规模、信誉、资源等优势参与商业竞争。^[31]不享受额外优势包括融资、偿债中立、规则一致,其中的规则一致主要指国有企业不得因“国有”免受卫生、财务、安全等强制性标准的规制。^[32]澳版的竞争中立法整体上是所有制中性的,各项措施关注的焦点是企业的竞争行为对竞争环境的影响,只有“融资中立、规则一致”等要求关注政府或市场对企业的态度,但这些要求也没有排除与国有无关的竞争优势。

[26] 参见王晓晔、陶正华:《WTO竞争政策及其对中国的影响——兼论制定反垄断法的意义》,载《中国社会科学》2003年第5期,第50页。

[27] See Tatsuo HATTA, *Competition Policy vs. Industrial Policy as a Growth Strategy*, ERIA Discussion Paper Series, 2017.

[28] 参见李晓玉:《竞争中立法的新发展及对中国的影响》,载《国际问题研究》2014年第2期,第129-137页。

[29] 参见齐琪:《反垄断法视角下的竞争中立法法律制度研究》,载《国际商法论丛》,法律出版社2013年版,第250页。

[30] 参见赵海乐:《是国际违法还是国家间契约——“竞争中立法”国际规则形成之惑》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第116-124页。

[31] 多起案例表明澳大利亚调查机关在严格要求国有企业与私营企业在法律面前平起平坐的同时,并不禁止国有企业凭借实力与民争利,只要其优势与“国有”无关联。See Commonwealth Competitive Neutrality Complaints Office 1999, Australian Institute of Sport Swim School, Investigation No.2, 7-8; Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office 2011, NBN Co, Investigation No.14, 20; Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office 2005, EDI Post, Investigation No.12, 6.

[32] 在“澳大利亚邮政局案”中,若澳大利亚邮政在海关清算程序中有更大自主权,则就构成了规则适用方面的额外竞争优势。See Commonwealth Competitive Neutrality Complaints Office 2000, Customs Treatment of Australia Post, Investigation No.5, 11-13.

竞争中立因其瞄准国有企业的单一指向性,^[33]被各区域自贸协定用作协调国有企业规则的工具。在《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)和《美墨加协定》(USMCA)中,都设有国有企业专门章节,对于国有企业的定义,CPTPP明确认定国有企业的二要素:一是主要从事商业活动;二是政府拥有50%以上所有权或表决权,或有权任免董事会或其他同类管理机构多数成员(第17.1条)。USMCA进一步明确了控制权标准,通过间接或少数所有权实现的控制权也落入规制范围(第22.1条)。竞争中立在国有企业条款中主要表现为非歧视待遇、商业考虑及非商业援助。这些要求表达了发挥重要作用的国家在区域范围内协调国企规则的尝试,但竞争中立进入贸易领域并未经过充分论证,其适用从主体到内容明显扩张,^[34]在实践中难免会问题重重。

二协定中非歧视待遇包括最惠国待遇和国民待遇(CPTPP第17.4条、USMCA第22.4条),CPTPP明确规定一国国有企业的商业活动不得减损其他缔约国企业的市场准入条件,缔约国应将给予本国国有企业的待遇作为国民待遇基准。^[35]实践中,国有企业从事商业行为时如减损了外国企业的市场准入条件,这种妨害能否等同于贸易壁垒?换言之,国有企业和政府违背非歧视原则的实际后果有无可比性?商业考虑被表述为“相关行业领域的私营企业进行商业决策时通常会考虑的因素”,在一些学者看来是要求国企与私企具有类似的商业回报率(CPTPP第17.1条、USMCA第22.1条)。这一要求带来的问题更为直接,要求关键行业的国有企业与私营企业具备相似的商业回报率,实践中这几无可能,尤其在私营企业占比很小的行业领域,不同所有制企业的商业回报率不具有现实可比性。

二协定中非商业援助的适用领域也从货物贸易扩张到服务和投资,政府向通常由国有企业运作的服务部门(包括但不限于电信、银行、能源、航空等)提供支持,就落入其中(CPTPP第17.6-17.8条、USMCA第22.6-22.8条)。除国有企业所在缔约方,还适用于其开展商业活动的其他缔约方以及非缔约方,不仅涵盖政府对国有企业的支持,还包括国有企业之间的相互支持。对不利影响和损害的认定双管齐下,使得启动针对非商业援助的救济门槛并不高:“相对市场份额的显著变化”作为认定不利影响的手段解释空间较大;同时,损害既包括对他国产业的实质损害,还包括实质损害威胁和产业建立的实质阻碍(CPTPP第17.7、17.8条)。国有金融机构对国有企业的贷款或融资动辄成为非商业援助,国有企业在缔约方、非缔约方的正常商业经营活动将受到极大限制。USMCA还在CPTPP的基础上进一步扩大了援助的列举范围,新增采购货物一项(USMCA第22.1条),将给信用差的国有企业提供贷款或担保,给濒临破产且无合理重组计划的国有企业提供非商业支持,采用私营投资者通常不会用的债转股的方式补充为禁止性的非商业援助(电力部门除外)(USMCA第22.6条)。企业如出现经营困难,从资不抵债到开启重组计划存在一个必要的反应区间,如在这一时间内被采取反补贴措施,只会使其雪上加霜。“债转股”如依市场决定的价格、遵照法定程序完成,在帮助危困企业纾困化险的同时,对其他竞争主体的正当利益并无侵犯。

竞争中立进入区域贸易规则后,其各项要求的关注点不再是企业竞争行为对竞争环境的影响,所有制结构本身在国有企业章节中成为十分重要的考虑因素,这已经背离了竞争中立对不同所有制企业一视同仁的初心。

[33] 参见张琳、东艳:《主要发达经济体推进“竞争中立”原则的实践与比较》,载《上海对外经贸大学学报》2015年第4期,第26-36页。

[34] 同上注,第26-36页。

[35] 参见张久琴:《竞争政策与竞争中立规则的演变及中国对策》,载《国际贸易》2019年第10期,第27-34页。

(二) 竞争中立由区域自贸协定向多边贸易体制的扩张

市场导向标准是美国为应对多边贸易体制危机和改革的背景下提出的,其各项条件一定程度上表达了在已有区域自贸协定的基础上,将国有企业规则区域化协调的成果推向全球市场,将“竞争中立”的价值内涵扩展至多边贸易体制的构想。在美巴日联合声明的8项条件中,企业各项重要决定由企业结合市场信号自主作出,生产要素的价格由市场决定,这两点基本复制了美欧国内法中的早期竞争指标;而企业适用独立核算等国际公认的会计准则和企业受公司法、破产法与私有财产法调整这两点在1998年的欧盟第905/98号条例中首次出现。这两项条件恰是澳版原始竞争中立的核心要求,表现为规则一致;对国有企业豁免适用一些法律规则是产业政策较隐蔽的表现形式,澳大利亚将规则的不一致作为额外的竞争优势予以限制,体现了将隐蔽的政策支持透明化、全面规范产业政策的目标定位。结合澳大利亚提出竞争中立的时间,欧盟第905/98号条例中的这两个条件很大程度上吸收了澳版竞争中立的要求,市场导向条件此际已从“竞争化”靠向“竞争中立化”。

商业决策不受政府严重干预这一条件最为值得关注。政府干预市场是对竞争条件最为直接的人为改变,从根源上是反竞争的。企业作为市场上的竞争主体,强调其商业行为不受政府的严重干预,体现的是市场导向条件“竞争化”的本来面目。这一条件的雏形在最早的美国《关税法》中就有体现,表现为政府在多大程度上控制资源的分配;在1998年的欧盟第905/98号条例中紧跟“企业依据市场信号自主进行……决定”的表述,发挥对企业自主决策这一条件的强化和兜底作用。在2018年美欧日联合声明、2020年美巴日联合声明中,这一条件都位于最后,基本确定化为市场导向标准的兜底条件。这一条件蕴含的内容十分广泛,放在市场扭曲的语境中很容易作扩大解释。将其与企业结合市场信号自主作重要决定组合,能够基本诠释商业考量的要求;将其与企业适用独立核算等会计准则且受公司法、破产法的调整组合,能够基本实现对非商业援助的限制。一国政府如对企业的商业决策进行严重干预,也容易构成对外国企业的歧视,进而违背非歧视待遇。

在最新市场导向标准中,各项条件均与区域自贸协定中的国有企业规则体现的竞争中立要求关联密切。商业决策不受政府的严重干预这一条件,由于其“竞争化”的本色及表述的兜底性,具备较大的解释空间,综合体现了上述区域自贸协定中竞争中立的全部价值内涵。非歧视待遇是贸易规则中一项传统的政府义务,如适用于国有企业的全部商业行为,将使非歧视待遇横跨贸易规则和竞争规则,成为政府和企业需同时承担的一项义务。当国有企业的商业行为可能违背非歧视待遇时,对这一违背的救济是否会赋予遭受损失的国家或企业寻求双重救济的权利?商业考虑根据《维也纳条约法公约》作正常文义解释,只能得出要求国有企业从事商业活动时,根据市场信号通盘考量,作出决策这一结论,无法解释出将私营企业考虑的因素作为参照系这一意思。非歧视待遇和商业考虑位于同一章节,是从不同角度对国有企业行为的约束,前者将国有企业与政府比较,后者将国有企业与私营企业比较,将导致这一章节在逻辑上无法自洽。非商业援助(non-commercial assistance)产生的前提是政府对国有企业的所有权或控制权,可视为与国有企业有关的补贴,对非商业援助的限制无疑会强化补贴与国有企业的联系。非商业援助的范围如过大,反补贴调查作为贸易救济措施的“补偿性”功能定位将发生实质改变,对尚未出现的市场扭曲进行预先防御,很可能是“假想防御”。

竞争中立进入区域贸易规则,存在诸多实践和逻辑层面的问题;市场导向标准的“竞争中立化”将区域化协调的国有企业规则推至多边贸易体制,会在全球范围内放大这些问题的不利影响。区域协定的制度安排整体上更为实用主义,如能满足各缔约国在经贸领域的迫切关切,大部分文本逻辑不周延的问题不至于影响协定的最终达成。多边条约文本的设计则不然,其主体具备区域协定无可比

拟的广泛性,诸多规则可能在国际法中产生造法功能,一项制度的关乎全球贸易的长足发展,其逻辑框架必须是自洽的。更值得注意的是,“竞争中立”这一表面中性的概念具有较强的欺骗性,很容易掩盖变更更多边贸易体制的问题和非法性。

四、市场导向标准“竞争中立化”的困境： 变更补贴规则的问题及合法性研判

市场导向标准的“竞争中立化”将导致区域自贸协定中的竞争中立要求贸然涌向多边贸易体制。其中,对非商业援助的宽泛列举和限制会将补贴议题变纵向为横向,泛化至国有企业的各个层面,^[36]使之发酵为非市场经济国家的特殊问题,这不仅实质修改了WTO框架下的补贴规则,使其首尾乖互,也使成员国在实践中无所适从。美欧对现行多边贸易规则的挑战反映了规则的静态性和利益的动态性冲突,但“约定必须遵守”的国际法原则要求对现行多边规则保持一定的尊重,若必须调适,也应当考虑现实、秉持理性、循序渐进才行。

(一)市场导向标准“竞争中立化”对现行多边补贴规则的修改

补贴作为产业政策的突出表现形式,对公平竞争环境具有一定的影响。2016年后美欧的国内法是否承认中国具有市场经济地位,理论上与反倾销领域的替代国方法已无相关性,但仍然影响反补贴措施中补贴利益的计算。^[37]对现行多边贸易体制中补贴规则的修改也并不意外地成为市场导向标准的重要内容:承继美欧日第三次声明中“不受政府严重干预”这一兜底条件,2020年1月14日美欧日发布的第七次联合声明中明确提出构建产业补贴的新规则,包括禁止特定类型的补贴、认定产能过剩的扭曲效应、将国有企业视为公共机构、扭转对补贴行为的举证责任等方面。^[38]其中,认定产能过剩的扭曲效应和扭转对补贴行为的举证责任是一个问题的两个方面,除该问题外,对禁止性补贴的扩张和国有企业作为公共机构的认定基本是对USMCA中非商业援助条款的复制。因此,对现行有效的多边补贴规则的修改是建立在区域化协调与国有企业有关的补贴规则的成果基础上的,成为竞争中立要求在市场导向标准中的新动态。

在市场导向标准粉墨登场前,补贴问题上有关非市场经济的争议主要集中在对外部基准的判断上。上诉机构的实践对外部基准依时间顺序呈现先放开再限制的大体规律:(1)“加拿大诉美国第四软木案”(DS257)承认了外部基准的合法性,对其的适用没有施加合理限制,美国国内法的精神在裁决结论中基本得到复制。^[39](2)“中国诉美国对华产品征收反倾销与反补贴税案”(DS379)对于WTO《补贴与反补贴措施协定》中第1条“公共机构”(public body)采取是否履行政府职能,而不仅看是否为政府拥有的解释,^[40]试图通过切断政府主导地位与市场扭曲之间的直接联系来规范外部基

[36] 纵向议题聚焦特定的章节,横向问题往往覆盖多个章节,贯穿协定始终。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》,载《环球法律评论》2016年第2期,第156页。

[37] 此前早有学者提出反倾销领域的替代国期限届满后,未作期限规定的补贴领域定会成为各国分歧的主战场。参见左海聪、林思思:《2016年后反倾销领域中国(非)市场经济地位问题》,载《法学研究》2017年第1期,第157-174页。

[38] 对产能过剩行业的融资、豁免企业债务、对企业提供无限担保都属于声明中禁止的特定类型的补贴。

[39] See Report of the Appellate Body, United States-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS257/AB/R, 19/01/2004, paras. 89-103.

[40] See Report of the Appellate Body, United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, 11/03/2011, paras. 476-504.

准的适用。^[41](3)“印度诉美国特定热轧碳钢扁平轧材产品反补贴措施案”(DS436)和“中国诉美国对华特定产品反补贴措施案”(DS437)明确说明对于提供经济贡献以外的其他政府相关企业应调查其价格是否由市场决定,如果是,该价格也可作为被诉补贴国合适的基准。^[42]从“软木案”后上诉机构的实践看,WTO 框架下的补贴问题并没有在国有企业和私有企业之间划定明确的界限,外部基准的适用与所有制结构关联较弱。

在 DS379 案中美国多次表达上诉机构对“公共机构”的解释是“越权裁判”(overreaching),^[43]以谋求改变 WTO 框架下的补贴规则。2007 年美国提出修改《补贴与反补贴措施协定》第 3 条(禁止性补贴范围)的提案,除已有的与进出口竞争相关联的补贴外,政府提供股本的行为也应视为禁止性补贴。^[44]政府部门或公共机构作出的投资决策与该成员国私人投资者通常投资惯例(也包括提供风险资本)不一致,就是禁止性补贴。^[45]这一对红绿灯规则的修改当时未获足够支持,经区域自贸协定对非商业援助的协调后,增强了靠向多边体制、修改现行规则的动能。将国有企业视为公共机构,实质篡改了多边贸易体制对公共机构“拥有、行使或被授予政府权力的实体”的概念界定,会导致国有企业的正常经营活动被视为对其他企业的补贴;将产能过剩的现象直接等同于市场扭曲的结论,将导致外部基准的扩张适用;由政府控股或其他与政府关系较密切的国有企业都可能被推定为接受政府援助,禁止性补贴的外延将在政府或公共机构提供的财政资助的基础上得到极大扩张。

补贴原本不是非市场经济国家的特殊问题,市场经济国家也可能因为特定领域的市场受政府控制而被采取外部基准,“软木案”便是典型案例。美国商务部在“乔治城钢铁案”中还曾持相反的立场,因非市场经济国家的“奖励或赠与”(bounty or grant)不好评估而排除了反补贴法的适用。^[46]美欧日第七次联合声明将补贴规则变更为:只要一国存在产能过剩,市场扭曲效应就已成立,该国需自证未从事补贴,但国有企业被视为公共机构,其正常商业交易被视为对其他企业的补贴,所以在经济中国有企业比重大的国家基本不可能自证其没有从事补贴。补贴规则经这一实质修改,标签化为所谓非市场经济国家的典型问题,国有企业在经济中占比高的国家被采取歧视性贸易救济措施的风险会极大增加。政府在实践中动辄得咎,如鲠在喉:国有企业如基于技术创新而降低价格,市场份额提升,该作为还是不作为?作为将坐实干预市场运行,不作为将使得产能过剩的行业领域被推定为市场扭曲,凭空遭受反补贴调查。^[47]

[41] 参见魏伊桢:《从 WTO 争端解决案例看美国反补贴调查中外部基准的适用》,载《国际经济法学刊》2018 年第 2 期,第 138-146 页。

[42] See Report of the Appellate Body, United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, 08/12/2014, para. 4.150; Report of the Appellate Body, United States-Countervailing Measures on Certain Products from China, WT/DS437/AB/R, 18/12/2014, paras. 4.15, 54, 157.

[43] “United States accuses WTO’s Appellate Body of overreach in dispute handling”, <https://www.reuters.com/article/us-trade-wto-usa-idUSKBN2052TR>.

[44] “Expanding the Prohibited ‘Red Light’ Subsidy Category”, Proposal from the United States, TN/RL/GEN/146(June 2007).

[45] 参见何剑波:《全球多边贸易格局重塑背景下国有企业补贴规则研究》,载《南海法学》2018 年第 6 期,第 73-83 页。

[46] 参见白巴根:《反补贴法能否适用于非市场经济国家——以美国对华反补贴调查为素材》,载《国际经济法学刊》2009 年第 4 期,第 153-157 页。

[47] 这一修改并未经过充分论证,在实践中也存在困境。政府依非商业援助的要求不得向国有企业直接或间接提供协定所禁止或限制的非商业支持。政府是国有企业的所有者,如阻止其降价,则是干预市场运行,不利于企业的独立商业化经营。政府如隔岸观火,国内市场存在产能过剩,就极易被认定为市场扭曲,陷入被提起反补贴调查的风险。参见孙南翔:《美欧日联合变革国际经贸规则的动向与我国的因应》, <https://mp.weixin.qq.com/s/pwNDSCF4ioCYTlhh2WnWg>, 2021 年 11 月 8 日访问。

(二)既有规则的“契约”性质及规则与利益的平衡诉求

关于 WTO 框架协议的性质,杰克逊教授和伊万斯等学者认为是贸易领域的宪法,并认为 WTO 能推动贸易实体法规则的一体化。^[48] 上诉机构在审理的第一案“日本含酒精饮料案”中则表达了支持“契约”的立场:成员国达成框架协议是行使国家主权,追求各自利益的表现,大家一致同意按照协议中的承诺来行使主权,方能实现各方的期待利益。^[49] 2018 年 5 月 28 日墨西哥籍上诉机构成员在其离任的告别演讲中表达必须面对各成员对 WTO 是合同还是宪章的分歧,这关系上诉机构是否是一个国际性法院的性质问题。^[50] 这似乎说明在二十余年里上诉机构就此问题最初表明态度后仍然在摇摆。^[51] 美国贸易代表表达过 WTO 是一个合同的立场,并认为 WTO 争端解决机制已变更了美国最初同意的合同条款。^[52] 中国大使在驳斥美国对中国的职责时认同了“契约”的说法:我们遵照契约的规定行事,并在契约之外保留一定的空间。^[53] 结合这些观点和立场,笔者认同契约的说法,即现行多边贸易规则是以达成时的国家同意为基石的,这也是为何尊重现行规则的立场和行为被认为是多边主义的。各国可通过新达成契约对确实不适宜的在先契约进行调适,但这一调适需要通过多边的方式达成新的共识才能完成,而非凭借实力发起单边行动。在新共识达成之前,现行有效的规则受到“约定必须遵守”的国际法原则的保护。

那么,有无可能在新共识达成前以合法的方式摆脱现行规则的约束呢? 条约基于缔约方的同意已对其产生约束力,^[54] 在签署、批准后欲撤回其同意,需要在现有国际法中寻求冠冕堂皇的合法性基础。^[55] 一个可能的理由是该条约不平等,^[56] 可能表现为谈判方地位实力相差悬殊,条约的权利义务分配明显失衡,以及条约缔结过程中存在国际不法行为(如胁迫)等方面。^[57] 有关条约内容的不平等还存在三种情形:其一,条约的权利义务安排表面失衡,将大多数权利分配至一些缔约方,而让其他缔约方承担过重义务;其二,条约的权利义务分配虽表面平衡,但付诸实践后,实际效果失衡;其三,条约缔结时权利义务的分配表面、实际效果均不失衡,但一段时间后,未曾预见的情况出现导致失衡。^[58] 美国在大力倡导市场导向标准时,曾致函 WTO 要求修改特殊和差别待遇规则的使用,强调 WTO 给予发展中成员国的待遇必须符合国际贸易的发展现状,^[59] 并多次表达中国、印度等经济体早已不符

[48] See John Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, London, Royal Institute for International Affairs, 1998.

[49] See *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R (adopted Nov. 1, 1996), 14.

[50] See Farewell Speech of Appellate Body Member Ricardo Ramirez-Hernandez, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ricardoramirezfarwellspeech_e.htm, July 17, 2018.

[51] 参见韩立余:《当代单边主义与多边主义的碰撞及其发展前景》,载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期,第 30-31 页。

[52] See Lighthizer, *NAFTA Wrap up Timing Unclear; WTO Can't Handle China Issues*, <https://insidetrade.com/inside-us-trade/lighthizer-nafta-wrapup-timing-unclear-wto-cant-handle-china-issues>, last visit on July 17, 2018.

[53] 参见任彦:《中国驻世贸组织代表驳斥美国无端指责》,载人民网, <http://world.people.com.cn/GB/n1/2018/0730/c1002-30176660.html>, 2021 年 11 月 8 日访问。

[54] See Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Agreements*. INT' L ORG., 2000, (54):426.

[55] 一些多边公约存在退出机制,但整体上退出机制的利用率并不高,某种程度上也和“约定必须遵守”原则有关,退约的声誉成本也会让缔约方心存忌惮。

[56] 与之相关的研究在中华人民共和国成立前夕较为密集,到 20 世纪末,各国都很关注这一问题,但近些年围绕这一领域的研究成果相对减少。

[57] See Matthew Craven, *What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire*, *Nordic J. Int' L L.*, 2000, (54):335, 345.

[58] See Stuart S. Malawer, *Imposed Treaties and International Law*, Buffalo, NY: William S. Hein & Co., 1977, p. 9.

[59] See WTO General Council, WT/GC/W/751/Rev.1, (Feb.14, 2019).

合发展中国家的特征。^[60]其言外之意是,今非昔比,过去的WTO规则已不再适合当下国际经贸的发展现状,再适用旧规则会导致国际贸易严重失衡。这很接近诉诸时间变化引起的权利义务安排的不平等,为修改WTO规则寻求正当性基础。

真实情况是否如此呢?与一般双边契约不同,WTO是一个开放式的多边契约。美国是WTO创始成员国,在早期规则制定中的话语权绝非中国等“搭便车”入世的成员国所能比拟。由于WTO采取“一揽子”模式,除诸边协定,后申请加入的成员国无权对任何条款提出保留,必须无条件接受,非创始成员国加入时还需根据《马拉喀什协定》第12条第1款与WTO议定条件。“超WTO义务”正是由此产生,《中国入世议定书》中反倾销领域的替代国方法也是入世谈判中被“挤水式”漫天要价的产物。^[61]中国入世后的经济增长已承受超WTO义务带来的巨大压力,早期规则制定者也已充分享受到了创始成员国的贸易自由化福利,以多边谈判的方式分摊了关税协调的成本。创建规则后相当长的时间享受红利的国家,二十余年后再以条约内容的不平等为由,将自身包装为亲手打造的规则的受害者,甚至不惜以毁灭这套规则体系为代价寻求改变,其单边行为的合法性堪忧。从不因中国身高不够降低篮筐的高度,到希望为中国设置新高度,^[62]反映了国家利益处在动态的变化过程中。当主要成员均认为WTO机制损害其利益时,静态的规则就真正难以持续了,正所谓“世异时移”。各国本着相互协作,而非以邻为壑进行调适,谋求化解分歧的新路径,是符合国际经贸发展规律的。

五、化解市场导向分歧的“双轨”路径

市场导向条件在美欧国内法的渊源中是“竞争化”的,中国与美欧在市场导向问题上的分歧不仅是有关“市场经济”这一概念的理解差异,也是有关什么是“公平竞争”“不公平竞争优势”的分歧。充分重视竞争规则在贸易中的作用,能为我们探索多边贸易体制改革中化解市场导向分歧的路径提供新思路。笔者认为,引入竞争规则,“双轨并行”地化解市场导向分歧,颇值得尝试。

(一)引入竞争规则必要、恰逢其时的原因

国有企业在一些国家的国民经济中占据举足轻重的地位,加之主要成员国对于贸易主权的严重关切,仅在贸易领域“单线”协调国有企业规则的努力难免有些步履维艰。比之贸易,竞争在国有企业规则协调上更容易达成共识,也更有助于化解市场导向问题上的分歧。首先,商业考虑、非商业援助等竞争中立要求,进入贸易领域后离不开对行为目的或动机的考察,究竟何为商业目的,各国在解释上难免存在较大分歧,对动机的考察与国家的经济主权关联紧密,更难达成共识。竞争中立在澳大利亚的原始面目则不然,竞争规则更多关注企业(或政府)的行为是否产生排除、限制竞争的效果,这一点比动机更容易衡量,也更为符合国际法规则关注国家行为的本质。在贸易语境下,围绕竞争中立的论争多集中于一些要求对所有制中性的背离,而竞争规则天然地关注改善竞争环境,适用于一切参

[60] “US stops treating India, China as developing countries for trade benefits”, Addressing at Pennsylvania, <https://theprint.in/world/us-stops-treating-india-china-as-developing-countries-for-trade-benefits/362920/>, last visit on Nov. 8, 2021.

[61] 参见余敏友、刘雪红:《从外部基准看中国补贴领域的超WTO义务》,载《国际贸易》2015年第3期,第58-64页。

[62] 当年入世谈判时中方曾提出某些规则过于严格,难以做到,对方回答国际篮球比赛不可能为你降低篮筐的高度,如今却专门为中国设置篮筐高度。参见张向晨:《相互调适天地宽》,载《人民日报》2018年7月9日,第10版。

与商业经营活动的经济实体,所有制本身不是其关注焦点。^[63]因为竞争规则奉行的所有制中性立场基本符合 WTO 的原始定位,有利于取得多数成员的认可。通过竞争规则的构建和完备,在全球市场的各部分营造尽可能公平的竞争环境,有步骤、分阶段地协调国有企业规则,有利于不同所有制国家在市场导向问题上寻求最大公约数,达成更大程度的共识。^[64]

国有企业在全球范围内备受关注,很大程度上是基于全球化带来的企业竞争“负外部效应”,一国国有企业某些方面的独特竞争优势可能影响更为广阔的全球市场。此前,竞争规则没有被普遍用来解决主要由国有企业引起的市场导向分歧,可部分归因为全球化发展的程度不够,分歧未充分显现;还可部分归因为国际社会对竞争规则的理解较为狭窄,如仅将竞争规则视为竞争法,竞争规则很难化解市场导向的分歧。原因主要有三:其一,全球范围内协调竞争法的尝试失败后,一直没有后续进展,当下并没有统一的全球竞争法可适用,依靠各国的国内竞争法协调国有企业规则,不仅造成规则的碎片化和不可预见,还可能因各国竞争法在关键问题上存在差异,导致更大的分歧。其二,绝大多数国家的竞争法对于不公平竞争优势带来的损害只能提供事后救济,这似乎不足以具备在贸易领域化解市场导向分歧的能力,无法实现对企业行为的全过程约束。其三,各国传统竞争法都较为侧重对私营企业限制竞争行为的约束,国有企业因从事反竞争或限制行为涉诉的情况都非常罕见;国有企业从事商业行为时,如达到国内竞争法规定的限制竞争行为的程度,通常都有法律或政策依据,可援引例外不受竞争法相应条款的约束。

时过境迁,国际、国内学界对竞争规则的认识已更加广义,^[65]当前趋势是倾向于在主要规制私营企业垄断的传统竞争法基础上,通过反垄断法和公平竞争审查制度对政府滥用行政权排除、限制竞争的行为进行约束,还引入各类经济政策中促进公平竞争的内容,如国有企业改革文件中有关促进竞争的要求,产业政策指导文件中放松管制、减少不必要补贴的内容,投资法律和政策中放宽市场准入、简化审批要求的内容等。广义的竞争法可基本涵盖可能引起不公平竞争的几类行为:(1) (通常由私营企业)企业进行的限制竞争行为;(2) 政府(直接实施)的限制竞争行为;(3) 由企业执行、政府容忍(主要是国有企业)的限制竞争行为。如此,上述三点竞争法无法发挥作用的原因便可迎刃而解。首先, WTO 框架下协调竞争规则的尝试受阻,很大一部分原因在于当时各国对竞争法的认识仍停留在狭义阶段, WTO 原是处理政府行为的平台,与狭义竞争法的功能定位交集太小。随着各国越来越关注政府行为对企业竞争行为的影响,就更有可能从区域化协调的既有成果中汲取合理成分,在多边贸易体制中实现维护全球市场公平竞争这一目的。其次,随着各国广义竞争法规制范围的逐步扩张,单纯事后救济的面貌已基本改变,许多国家建立起经营者集中事先申报和审查制度,跨境并购等事项的事前规制已较为成熟。我国正在逐步完善的公平竞争审查机制和欧盟国家援助控制条例都从事前、事中阶段约束政府对企业行为的干预,能在相当的程度上回应政府干预市场引起的市场扭曲问题。最后,包括我

[63] See Mohammed Omran, *The Performance of State-Owned Enterprises and Newly Privatized Firms: Does Privatization Really Matter*, *World Development*, 2004, (32):1038.

[64] 参见应品广:《竞争政策视角下行政性垄断规制新模式:从“事后救济”到“事前控制”》,载《江西财经大学学报》2016年第4期,第119-126页。

[65] 相关成果主要有 V. Singh, *Failed WTO Platform for Competition Law Convergence: Evolving Alternate Regime of Mous on Internationalization of Competition Law*, *Indian Journal of International Law*, 2014, (54):368-394;徐士英:《竞争政策研究——国际比较与中国选择》,法律出版社2013年版,第21-60页;王先林:《竞争政策的基础性地位及其主要实现路径初探》,载《中国价格监管与反垄断》2016年第5期,第24-29页。

国《反垄断法》在内,各国竞争法对部分企业豁免适用相应规则都秉持谨慎的立场。^[66]政府授权企业从事限制竞争行为通常不能完成这一抗辩,还要求其行为对竞争没有实质严重影响,这就从效果上实现了维护公平竞争的目的。

(二)“双轨”协调国有企业规则的具体方案

市场导向标准“竞争中立法”的困境一定程度上表明竞争规则未经充分论证时被唐突地引入贸易规则,非但不利于解决国有企业的身份危机,反可能加剧国有企业与政府的角色定位不明,加剧国有企业的身份危机。在贸易领域调适国有企业规则,首先需明确国有企业的商业属性:国有企业在从事商业活动时与其他企业除了所有权结构差别,再无差别。同时需倡导“多边主义导向”,坚持所有制中性和多边体制的包容性作为一切谈判的底线,^[67]谨防歧视性限制。竞争中立法从区域化到逐步靠向多边化的演进过程某种意义上证明了在全球市场直接协调国有企业规则的难度,我们也可考虑充分运用区域乃至双边机制,循序渐进,为未来就更广阔的世界市场进行谈判增加筹码。《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)成功签署标志着自由贸易和多边主义导向的胜利,能够极大提振各国合作共赢,坚持WTO包容性与平衡性的信心和决心。《中欧全面投资协定》(CAI)完成谈判,中欧在公平竞争、补贴透明度问题上达成初步共识,对在全球市场协调国有企业规则更具深远影响。我们有理由对在贸易领域达成全球化的国有企业规则抱有乐观的期待。

与在贸易领域协调国有企业规则循序渐进的努力相配合,引入竞争规则化解市场导向分歧,需要软硬兼具。国际竞争规则的探索路径包括硬法路径和“软趋同”路径,前者意在达成有约束力的竞争规则控制企业在全世界的限制竞争行为,后者则强调国际交流合作或国际组织的倡导和建议,通过促进各国竞争法的渐进趋同,最终实现对普遍关切的限制竞争行为在不同地域相近程度的约束。与贸易领域的协调类似,这两个路径均可以在多边、区域乃至双边展开,需注意在传统竞争法关注(私营)企业竞争行为的基础上,加强对政府干预竞争和政府容忍的竞争行为的重视。在二路径的难易程度上,软法更容易达成更大范围内的共识:OECD、联合国贸易和发展会议(UNCTAD)及国际竞争网络(ICN)都是沟通竞争理念,逐渐达致趋同的良好平台。通过发布具有重要影响力的示范法,^[68]开展同侪评审等交流,在围绕经营者集中的合并规制等程序合作事项上,有关滥用市场支配地位核心要素的认定等实体事项上逐步达成共识的前景非常明朗。ICN 还曾专门建立倡导工作组,以回应政府干预导致的市场扭曲问题,^[69]这都是对于化解市场导向分歧极具意义的尝试和探索。

就硬法路径而言,WTO 协调竞争规则的尝试失败后,区域和双边层面协调的努力一直在进行,

[66] 参见《中华人民共和国反垄断法》第15、28条;美国只有在各州明确阐释限制竞争的政策且州政府已实施积极监督的情况下,反竞争行为才能免受联邦政府的规制。See Report of the State Action Task Force; *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943); *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Medcal Aluminum Inc.*, 445 U.S. 97 (1980)。欧盟经营者需证明限制竞争行为是成员国政府强迫下完成且自身毫无自主权,才可能援引豁免。Case T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comm'n (CNSD)*, 2000 E.C.R. II-01807; Case C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato* 2003 E.C.R. I-8055。

[67] 所有制中性在我国正式场合首次公开提出是2018年国务院新闻办举行的新闻发布会上,国务院国有资产监督管理委员会将其表达为反对因企业所有制不同而设置不同的规则,反对国际规则制定中给予国有企业歧视性待遇。参见《国资委:提倡所有制中立 国企民企不存在谁进谁退问题》, <http://finance.qq.com/a/20181015/006505.htm>, 2021年11月8日访问。

[68] 《管限制制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》1980年在联合国大会通过,UNCTAD 每5年组织一次部长级会议审查其执行情况,并在此基础上完成《消除或控制限制下商业惯例法律范本》。OECD 和 UNCTAD 均建立了同侪评审平台,评估各国如何处理竞争与管制等问题,给各国学习他国竞争政策优点的机会,也为考察其他国家营商环境提供了参考标准。

[69] See ICN Fact Sheet and Key Messages, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf>, last visit on Nov. 9, 2021.

但收效不佳,症结在于程序性规定与实体内容的割裂。程序性规定在发展程度上超前,已基本实现“趋同”,各自自贸协定近乎无一例外对竞争执法的合作和透明度作出规定,但在各国竞争法具体规则存在差异的情况下,执法层面的合作对竞争规则的协调作用甚微。在实体内容方面,已公布完整文本的几个协定中对竞争中立的要求脱离竞争法的实际,非歧视待遇、商业考虑、非商业援助等具体条款与竞争法关注企业行为的目标定位在根本上不同,只能就特定问题对国有企业施加颇具争议的约束,无法促成竞争规则的逐渐趋同。就 CPTPP 和 USMCA 文本的体例观之,竞争中立见于国有企业章节,竞争章节与国有企业章节在内容上的联系并不紧密。^[70]区域化协调国有企业规则的覆盖范围有限,无法反映多数国家国有企业的实际情况,对国有企业的认知和定位存在偏差,是导致实体规则落后或偏颇的原因之一。CPTPP、USMCA 缺乏中国、欧盟等国有企业大户的参与,将竞争规则对国有企业的约束引入贸易领域时,未能明确把握国有企业的商业属性,才导致非歧视待遇成为企业和政府双重义务的逻辑不自洽、商业考虑要求国有企业与私营企业具有同等商业回报率的现实不可行,这也是从竞争路径入手,区域化协调国有企业规则的困境所在。

只有引入竞争规则协调国有企业规则的覆盖面足够广时,成果才具有较强的可接受性。因此,多边平台的作用是双边、区域协调无法替代的,而 WTO 仍然是目前可能达成多边层面竞争“硬法”的最佳平台。历史上这一努力的失败原因诸多,核心有二:美国当年的反对是流产的重要原因,本国的反倾销法与竞争法存在功能性冲突,^[71]美国担心全球竞争规则影响本国的贸易救济措施;发达经济体与发展中经济体当时在竞争立法上的差异过分悬殊,相当多的国家没有竞争法,对这一问题的兴趣有限。反观当下,美国是谋求国有企业规则的最积极成员,而大多数国家也已逐步建立起竞争法的框架,导致当年这一努力的失败关键原因已不复存在。对 WTO 抱有信心的另一重要原因是,其曾经在特定领域达成过竞争规则。《服务贸易总协定》下的《基础电信协议》就是多边的硬法竞争规则,基础电信行业在许多国家主要由国有企业承担关键职责,这为特定领域协调国有企业规则提供了宝贵参考。在当前各国竭力挽救 WTO 的背景下,配合贸易领域的协调国有企业规则的工作,将双边、区域层面软硬兼具的协调竞争规则的努力逐步靠近多边体制,最终化解市场导向分歧的未来可期。

六、结语

市场导向标准是 2016 年后美欧出于对中国国有企业的竞争优势的关切,为公有制国家量身炮制的新标准,其核心判断依据为“市场扭曲”这一竞争要素。市场导向条件“竞争化”到“竞争中立化”的演变过程一定程度上代表了国际社会协调国有企业规则的尝试从区域化到多边化的过程;竞争中立作为协调国有企业规则的工具从澳大利亚国内竞争法进入区域贸易规则,再到当下渗透进最新市场导向标准,呈现多边化的倾向,反映了竞争与贸易领域的深刻联系。然而,竞争中立在未经充分斟酌疾速进入贸易领域后,其各项具体要求并不中立,经在西方世界小范围区域化协调的国有企业规则有违所有制中性,只顾利益的动态性,完全忽视规则的静态性,一意孤行地谋求对多边补贴规则的修改,导致其合法性堪忧,很难为多边贸易体制吸纳。

[70] 竞争章节较为强调程序上的合作,但这些程序合作的客体更多是各国的竞争法,而非协定中国有企业章节的内容。缔约国进行谈判时,一些国家对于不同章节的谈判主要负责部门不同,这是一个客观原因。

[71] 参见王晨竹:《竞争法与反倾销法的功能性冲突及协调路径》,载《法学》2020 年第 9 期,第 68-72 页。

我们以恪守多边主义导向为前提,可采用竞争与贸易领域“双轨”并行之策,循序渐进地在双边、区域、多边各个维度探索竞争规则的协调和趋同路径,推动公平竞争的国际市场的建立,从国际经贸实际出发,对国有企业规则进行梳理和调适,谋求逐步化解市场导向分歧。危机育新机,借 RCEP 成功签署,CAI 谈判完成的时代东风,我们还应苦练内功,完善国内公平竞争审查机制,加强自贸区、自贸港建设,持续优化营商环境,促成国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。

(责任编辑:谢 青)

Abstract: Market-oriented conditions have gone through the process of reaching consensus on a small scale from the domestic laws of the United States and Europe to the Western world. Competition is the core element in the evolution. The natural connection between competition and trade is the reason for the “competitiveness” of market-oriented conditions. The market-oriented standard “competitive neutralization” interprets the process of competition neutrality infiltrating from the competitive field to regional trade rules and then expanding to the multilateral trading system. Competitive neutrality in the regional free trade agreement regulates state-owned enterprises in a way that restricts the government, and does not fully consider the actual economic and trade conditions, making regionalization attempts to coordinate the rules of state-owned enterprises difficult. The amendment to the multilateral subsidy rules is a new development of the market-oriented standard “competitive neutralization”, which may magnify the contradictions and logical inconsistencies in practice. The WTO crisis reflects the conflict between static rules and dynamic interests. On the premise of adhering to multilateralism, adopting a dual-track strategy of paralleling competition and trade, and coordinating the rules of state-owned enterprises at the international and domestic levels will help resolve market-oriented differences.

Key Words: the market-oriented standard, competitive neutralization, state-owned enterprises, regional trade rules, multilateral trading system
