论“竞争中立”

史际春　罗伟恒

摘　要：“竞争中立”（Competitive Neutrality，也称“竞争中性”）原为澳大利亚在PRIVATIZATION 改革中采取的一项政策工具，意在解决国有企业市场化改制后面临的政策性亏损和经营性亏损如何区分的问题，以防政府对国有企业的政策倾斜和补贴被用于其竞争性业务而损害市场公平竞争。而后以美国为主的西方国家扩张解读“竞争中立”并大力推动，试图将其发展为一项所谓市场经济国家遵循的国际规则，赋予国有企业及政府与企业的关系以负面价值判断，并加以遏制。无论赋予“竞争中立”何种含义，对中国而言都不是真命题，因为中国实践中并不存在相关问题。“竞争中立”与中国的体制相悖，与公平竞争也是不吻合、不相关的。因而我国不应引进“竞争中立”概念并将其作为国家政经体制、社会主义市场经济、经济法和竞争法中的一项基本规则、政策或制度。

关键词：“竞争中立”；“竞争中性”；社会主义市场经济；国有企业；竞争法与政策

［中图分类号］D912.294　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2019）03-0101-19

引言

2017 年，国务院印发《“十三五”市场监管规划》[1]，在论述竞争政策作为基础性经济政策时，指出“要以国家中长期战略规划为导向，充分尊重市场，充分发挥市场的力量，实行竞争中立制度，避免对市场机制的扭曲，影响资源优化配置”。这是“竞争中立”概念第一次出现在我国官方文件中。2018 年 10 月 14 日，中国人民银行行长在 G30 国际银行业研讨会上表态称，“为解决中国经济中存在的结构性问题，将加快国内改革和对外开放，并考虑以‘竞争中性’原则对待国有企业”[2]；同年 11 月 6 日，国家市场监督管理总局局长在中国国际进口博览会上也说，“今后将采取‘竞争中立’政策，对内资外资、国有企业和民营企业、大企业和中小企业一视同仁，营造

［作者简介］史际春，法学博士，中国人民大学法学院教授、安徽大学法学院讲席教授、安徽师范大学法治中国建设研究院特聘教授，博士生导师；罗伟恒，中国人民大学法学院博士研究生。

〔1〕国务院：《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》，http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-01/23/content_5162572.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 19 日。

〔2〕李锦：《以竞争中性塑造引领国企改革》，《经济参考报》2018 年 10 月 17 日。

公平竞争的市场环境”[3]；2019 年第十三届全国人大第二次会议上，总理和多位部级官员再度多次提及这个概念。[4]

“竞争中立”作为一个概念和一项规制政策发端于 20 世纪后期的澳大利亚，在其从国内法向国际规则演变的过程中，被以美国为主的西方国家针对国有企业作刻意解读，成为其否定中国的政经体制、遏制中国发展的手段之一。鉴于此，本文拟对“竞争中立”追根溯源，探寻其真实面目和作用，分析美国主导的“竞争中立”与我国的政经体制、政策法规体系、竞争法宗旨和规则之“不对路”，澄清国内迄今关于“竞争中立”的误解，表明对其应有的立场和态度。

一、“竞争中立”的本质及其异化

（一）源于澳大利亚国内法的“竞争中立”：社会背景与规则

1. 澳大利亚提出“竞争中立”的缘由

20 世纪 80 年代，撒切尔任首相时期的英国发起了 PRIVATIZATION（国有企业股份化、市场化）运动，意在通过出售国有企业股份甚至整体出售企业的方式减轻财政负担，在政府保持必要控制和监管的条件下，对公共性较强的国有企业实行股份制、市场化改造，以提高其经营效率。作为英联邦成员的澳大利亚受到影响，也掀起了此项运动，对国有企业以开放市场、发展混合所有制为主进行改革。[5]

然而，改革起初并不顺利。澳大利亚实行联邦制，各州和领地相当于“国家”，它们根据各自的法律搞地方保护主义，导致区域分割，这是改革的阻力之一。另外，澳大利亚 1974 年《贸易惯例法》（2011 年更名为《竞争和消费者法》，其中 Part IV 即为澳大利亚的竞争法）调整公司的竞争行为及州际商业往来，而各州与领地政府控制的企业大多不采取公司组织形式，因此不受《贸易惯例法》规制[6]，这是改革的阻力之二。同时，国有企业的 PRIVATIZATION 改革也带来了新的问题。国有企业“下海”后，其经营目标倾向于获取更多的利润或占有更大的市场份额，以至其原本的公共政策、公共福利目标被抛弃。[7] 在此过程中，享有政府补贴的国有企业利用补贴优

〔3〕李晓喻：《中国官方明确将采取竞争中立政策》，http://www.chinanews.com/gn/2018/11-06/8669434.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 19 日。

〔4〕李克强：《政府工作报告——2019 年 3 月 5 日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上》，http://www.gov.cn/zhuanti/2019qglh/2019zfzgbgdzs/2019zfzgbgdzs.html，最后访问时间：2019 年 3 月 21 日。

〔5〕蒋哲人：《澳大利亚国企竞争中立制度的启示》，http://china-esc.org.cn/c/2015-11-10/618167.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔6〕蒋哲人：《澳大利亚国企竞争中立制度的启示》，http://china-esc.org.cn/c/2015-11-10/618167.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔7〕如澳大利亚电信运营商 Telstra 在改革前接受政府对其开展乡村服务的补贴，承担普遍服务义务，在乡村以同等价格提供与城市相同的电信服务，而不至于亏损。私有化后的 Telstra 则因服务偏远乡村的成本过高，减少了对乡村的电信服务。参见 Russell Smyth、翟庆国：《澳大利亚国企改革实践及对中国国企改革的启示》，《财经问题研究》2001 年第 7 期，第 9-12 页。

势进行价格竞争，排挤竞争对手，最终又导致竞争不足而致价格回升。[8] 由此，改革并未造就出完美的市场充分竞争，反而对公共利益造成损害。

为解决国有企业改革进程中的新旧问题，澳大利亚联邦 1992 年成立了全国竞争政策审查委员会，委托新南威尔士教授 Frederick G. Hilmer 为主席的调研小组调查《贸易惯例法》及其相关措施，对该法及竞争政策的适用提出修改建议，形成了一个《国家竞争政策审查报告》（National Competition Policy Review report，下称《Hilmer 报告》）。[9]《Hilmer 报告》对“竞争中立”作了专章论述，提出在同一市场竞争的企业面临不同的监管或其他要求时，尤其当这种差异并不能带来相应的公共福利提升时，会出现扭曲竞争、破坏效率和公平等问题。这种扭曲多来自政府的商业活动因其所有权而享有特别的优势和劣势，优势体现在政府及其公共政策的各种显性或隐性补贴，劣势则表现为更少的经营自主权与更多的公共服务义务。实践中，由于没有很好地区分政策性亏损与经营性亏损，政府对国有企业的财政支持形成对企业竞争性业务的“交叉补贴”，而导致国有企业享有净竞争优势（net competitive advantage），以至国有企业的产品或服务价格低于同等甚至更高效率的私营竞争对手的同类价格，结果是资源分配的扭曲、经济运行效率和社会公共福利的降低。[10] 澳大利亚政府认同《Hilmer 报告》指出的问题，并按照其指引的竞争政策改革方向构建国有企业改革方案，以借此缓解国内市场竞争不足导致的经济发展缓慢、公共福利受损以及国家竞争力下降的状况。

2. 澳大利亚的“竞争中立”规则

澳大利亚的“竞争中立”规则主要源于《Hilmer 报告》，具体落实在联邦与州及领地签订的三个政府间竞争政策框架协议中，三个协议分别为《竞争原则协议》（Competition Principles Agreement）、《行为准则协议》（Conduct Code Agreement）和《实施国家竞争政策和相关改革的协议》（Agreement to Implement the NCP and Related Reforms）。[11] 报告提出的政策工具包括私有化、公司化、特殊优势与劣势来源的改革（税收中立、监管中立、债务中立）以及定价指导（全成本定价），认为私有化与公司化可能是最直接有效地解决“竞争中立”问题的手段，但并不适用于所有情况。特殊竞争优势与劣势来源的改革及定价指导虽然在解决“竞争中立”问题方面的效果稍逊一筹，但更具有普遍适用性。[12] 同时，运用上述工具贯彻“竞争中立”要求时，应当考虑成本

〔8〕 如澳大利亚国内民航市场引入竞争初期，竞争者 Compass 通过低价策略扩张市场份额。而原有的两家航空公司则通过低于成本的价格予以回应，导致 Compass 破产。挤出竞争对手后，两家航空公司旋即提价至引入竞争前的水平。参见 Russell Smyth、翟庆国：《澳大利亚国企改革实践及对中国国企改革的启示》，《财经问题研究》2001 年第 7 期，第 9-12 页。

〔9〕 宋彪：《竞争中性的渊源、政策目标与公共垄断改革》，《经济法研究》（第 18 卷），北京大学出版社 2017 年版，第 179-199 页。

〔10〕 *See* Frederick G Hilmer, NATIONAL COMPETITION POLICY REVIEW 296-297 (1993).

〔11〕 宋彪：《竞争中性的渊源、政策目标与公共垄断改革》，《经济法研究》（第 18 卷），北京大学出版社 2017 年版，第 179-199 页。

〔12〕 *Supra* note〔10〕, at 303.

效率原则，其中“监管中性”的适用不能免除对国有企业的特殊监管及约束。[13]

报告将国有企业参与市场竞争所导致的“竞争中立”问题分为两个层面：传统市场中的“竞争中立”与新市场中的“竞争中立”。传统市场是指传统上由国有企业垄断的市场，即自然垄断和由公共性导致垄断的市场，如电信、电力、铁路等，这些市场随着政府对效率的考虑而逐步引入竞争因素；新市场指的是传统上由私营企业提供商品和服务的市场，即自由竞争市场，这些市场也逐步允许国有企业参与竞争。在此区分下，报告建议对不同市场实行不同的“竞争中立”规则。对于传统市场，报告认为，私营企业竞争者的进入须以能够提高该市场的资源配置效率并给其带来净收益为前提；该市场中的国有企业在引入私营企业竞争者后可在一定期限内享有净竞争优势，这被视为传统垄断市场向竞争市场过渡的安排。这种安排本身并非是“中立”的，但如果考虑公共利益则是必要的。基于此，报告建议在传统市场中引入私营企业竞争后，除非存在特殊情况，否则应当采取有效措施在引入竞争对手后的一年内消除国有企业享有的净竞争优势。[14] 对于新市场，报告认为，国有企业若带着净竞争优势进入，则会破坏这些市场，将商业机会从相同甚至更有效率的竞争对手中抢夺过来。传统市场上允许的国有企业临时净竞争优势会通过实现公共利益而使私营企业竞争者获利，但新市场不存在此种可能。[15] 因此，报告建议国有企业在参与新市场竞争时，应当消除净竞争优势，不存在过渡期。[16]

总体而言，澳大利亚更关注新市场——传统上并非国有企业垄断的行业——中的“竞争中立”，因为在这一市场中，原本就存在着使市场效率维持在高水平的均衡，国有企业带着净竞争优势参与该市场的竞争会打破原有的有效均衡状态。并且，新市场中的国有企业并不天然地承担提升社会福利的责任，因而其净竞争优势缺乏正当性。将传统市场与新市场区别对待，体现出澳大利亚在 PRIVATIZATION 改革中充分考虑了国有企业追求公共利益暨提供公共性服务的特殊使命，并不以对国有企业的价值否定为前提进行改革。“竞争中立”不是要消除一切被判定为非“竞争中立”的现象，而是如竞争原则协议里指出的，只要求各方遵循“竞争中立”带来的收益超过成本时才适用“竞争中立”规则[17]，这也体现了澳大利亚政府对于公共利益、经济效率与市场竞争之间关系的辩证认识。同时，在实践中，“竞争中立”并非孤立地适用，而注重它和整个竞争政策体系以及微观经济改革的配合。值得注意的是，澳大利亚为了推行“竞争中立”政策，还制定了对执行“竞争中立”政策的国有企业给予竞争拨款的制度。竞争拨款根据澳大利亚各政府执行包含“竞争中立”在内的竞争政策情况，按照三个阶段分期支付，并设置了明确的支付条件与数额。[18] 这可

〔13〕 *See* Competition Principles Agreement, 3(6).

〔14〕 *Supra* note〔10〕, at 305-306.

〔15〕 *Supra* note〔10〕, at 299.

〔16〕 *Supra* note〔10〕, at 306-307.

〔17〕 *See* Competition Principles Agreement-11 April 1995(As amended to 13 April 2007), 3(6).

〔18〕 *See* Council Of Australian Government, *Agreement to Implement the National Competition Policy and Related Reforms*, http://ncp.ncc.gov.au/docs/Agreement%20to%20Implement%20the%20NCP%20and%20Related%20Reforms.pdf (last visited Apr. 3, 2019).

以理解为将隐性补贴显性化，增加透明度、强化社会监督的举措，与澳大利亚“竞争中立”产生的原因及其含义一脉相承。

（二）美国主导的“竞争中立”对澳版“竞争中立”的解释和扩张

1. OECD 的“竞争中立”规则文本

2009 年起，在美国与欧盟推动下，经济合作与发展组织（OECD）在澳大利亚“竞争中立”概念的基础上开展相关研究，形成了《竞争中立：维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》（Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business）、《竞争中立：各国实践》（Competitive Neutrality:National Practices）和《竞争中立：经合组织建议、指引与最佳实践纲要》（Competitive Neutrality: a Compendium of OECD Recommendations Guidelines and Best Practices）三份报告。OECD 将“竞争中立”定义为：“当经济市场中任何实体均不存在不当竞争优势或劣势时，就实现了竞争中立状态。”[19] 它将澳大利亚版的“竞争中立”加以具体化和扩张，归结为“八大基石”。[20] 八大基石从四个方面对国有企业参与市场竞争提出要求：第一，国有企业的组织形式，即八大基石里的精简国有企业的运作形式。OECD 认为，在可行且符合经济效率时，应将国有企业的活动分为商业活动与非商业活动，对商业活动部分进行公司制改造，在可行的情况下尽量对非商业活动部分也进行公司制改造。[21] 第二，国有企业的会计核算与经营收益，即八大基石里的核算承担特定职能、获得商业回报率、履行公共服务义务的成本。OECD 认为，对于既履行公共服务义务又进行商业活动的国有企业，应当分账核算以明确各自的成本费用。在此基础上，要求国有企业的商业活动应当得到适当的回报以反映其成本，即全成本定价，避免其以低价策略排挤对手并用政府对公共服务的补贴来弥补利润的下降。第三，国有企业的非经营性负担，即八大基石里的税收中立、监管中立、债务中立和直接补贴，旨在尽量减少对国有企业的隐形补贴，并控制直接补贴的数额和范围。第四，政府商业活动与国有企业的联系，即八大基石里的公共采购，旨在使公共采购政策及程序确保竞争性和非歧视性，提升公共采购的透明度，确保国有企业与私营企业获得同等对待。

OECD 提出的“竞争中立”及其“八大基石”，在没有考虑不同国家的市场经济发展状况及国有企业在其中担当的角色，也未顾及竞争政策与其他经济政策及一国政经体制如何协调的情况下，简单地扩张解释澳大利亚的政策框架[22]，将其上升为国际规则。

---

〔19〕 经济合作与发展组织：《竞争中立：维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》(Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business)，谢晖译，经济科学出版社 2015 年版，第 4 页。

〔20〕 经济合作与发展组织：《竞争中立：维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》(Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business)，谢晖译，经济科学出版社 2015 年版，第 1 页。

〔21〕 经济合作与发展组织：《竞争中立：经合组织建议、指引与最佳实践纲要》(Competitive Neutrality:a Compendium of OECD Recommendations Guidelines and Best Practices)，谢晖译，经济科学出版社 2015 年版，第 17 页。

〔22〕 应品广：《中国需要什么样的竞争中立？（上）——不同立场之比较及启示》，《中国价格监管及反垄断》2015 年第 2 期，第 20-25 页。

2. 美国推动“竞争中立”国际化的原因及路径

由上，美国针对中国在国际贸易规则体系中推进“竞争中立”规则，首先体现在对 OECD 版本“竞争中立”的促进，引导 OECD 发布上述一系列报告。[23]

2011 年 5 月，时任美国副国务卿的罗伯特·霍马茨发表了《竞争中立: 保证全球竞争的合理基础》(Competition Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business) 一文，并在发布会上解释道，“竞争中立”的意思是“使得竞争不受外来因素的干扰”，其核心是对现行国际经济规则进行调整，以弥补其无法保证国有企业与私营企业公平竞争的缺陷。[24] 霍马茨将国家运用产业政策等方式支持国有企业等经济组织参与市场竞争的方式定义为“国家资本主义”，认为中国是“国家资本主义”的最成功践行者，这与自由资本主义格格不入。在“国家资本主义”模式下，企业通过获得政府支持而非提高自身产品、服务的质量或治理水平，便可获得其他市场主体所不具有的竞争优势，从而在经济全球化的大环境下“导致国际投资的竞技场不再公平”[25]，损害了美国的利益。“从战略上看，美国推动‘竞争中立’的目的是为了修改国际经贸合作规则，削弱中国不断增长的对外贸易和投资优势，提高中国经济融入世界的门槛。”[26] 一直以来，美国利用国家安全审查作为阻碍我国企业“走出去”的工具，然而随着中国企业法人治理透明度的提高和信息披露的完善，国家安全审查的阻碍作用趋弱，用“竞争中立”对中国的国有企业乃至整个政经体制作负面价值评判，恰好可以满足美国新的战略需要。[27]

另外，美国并不满足于 OECD 版本“竞争中立”的设计与影响力，进而将“竞争中立”引入《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreemen, TPP）谈判，希望通过重构国际规则，遏制基于中国政经体制的经济贸易合作活动。TPP 谈判中，美国在“国有企业”横向议题中大力推动“竞争中立”，美国现在虽已退出 TPP，在一定程度上削弱了其国际影响力，但是在 TPP 谈判中确立的“竞争中立”并不会因为美国的退出而丧失其理论和实践的影响力。比如我国官方对此概念的概括接受，美国也不会因为退出 TPP 就减轻其在全球范围内推广“竞争中立”、排斥中国的力度[28]，比如美墨加贸易协定加入了不与非市场经济国家签订自由贸易协定的“毒丸”条款[29]，其逻辑就是由“竞争中立”推导出（中国的）国有企业参与国际竞争及与私营企业竞争时不“中立”。

尽管美国自己不乏国有企业和政府对企业的规制，这也是国际惯例或各国通行的做法，但它

〔23〕丁茂中：《竞争中立政策研究》，法律出版社 2018 年版，第 33 页。

〔24〕吴云：《美国出新招对付“中国模式”》，《人民日报》2011 年 11 月 24 日。

〔25〕王梅：《中国投资海外：质疑、事实和分析》，中信出版社 2014 年版，第 146 页。

〔26〕张斌、王睿麟：《TPP 谈判剑指国企，国资委研究对策》，《经济观察报》2014 年 1 月 3 日。

〔27〕李晓玉：《竞争中立规则的新发展及对中国的影响》，《国际问题研究》2014 年第 2 期，第 129-137 页。

〔28〕石伟：《“竞争中立”制度的理论和实践》，法律出版社 2017 年版，第 67 页。

〔29〕中国新闻网：《中方谈美墨加贸易协定“毒丸”条款：不应搞排他主义》，http://www.chinanews.com/cj/2018/10-11/8647375.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 19 日。

仍认为国有企业天然具有不公平竞争优势，要通过私有化或事先削弱其优势或加重其制度负担来消除其对竞争的损害。[30] 在美国贸易代表办公室公布的《TPP 协议官方概要》（Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement）第 17 部分中，要求“互相分享国有企业名单，并在对方提出要求的情况下，提供信息以说明政府对有关国有企业的所有权、控制权和所提供的非商业性帮助的范围和程度”。[31] 这是以“竞争中立”之名行不公平竞争之实。此外，TPP 污名化企业与政府的联系，把国家对其具有影响力的非国有企业也纳入“国有企业”范畴，将其所针对、所排斥的国家中的更多企业纳入“竞争中立”的约束。[32] 美国在打压民营的华为公司时，就拿着放大镜去寻找所谓华为与军方、与政府、与中国共产党的关联，这种关联似乎只要些微存在就是“恶”的、不正当的。

因此，OECD 和 TPP 版的“竞争中立”具有“制度非中性”。国际规则中“非中性规则的歧视性程度高低、适用范围大小和执行力度强弱在很大程度上决定着一国国家利益的获得、保护及扩展”。[33] 两个版本的“竞争中立”并非对事不对人，也不是为了在具体交易中维护公平竞争，而是抛开现有反垄断反不正当竞争、反倾销反补贴等成熟的制度，平等、对等的普适规则，将矛头指向特定国家及其国有企业，因而难言“中立”。即便将此两个版本的“竞争中立”适用于任何国家的国有企业，也存在不同国家的国有企业在其本国所处地位、对其国内经济的不同影响与程度的问题。“因国有企业占国民经济比重以及承担的社会责任和历史负担不同，所以不同国家实现竞争中立需要支付的制度成本亦不同。”[34] 我国倘接受这两个版本的“竞争中立”，须付出的成本肯定远远大于美国等大部分西方国家。[35] 实际上，美国以其言行清晰地阐释了“竞争中立”的含义，即一方面，在自己超级强大时推动自由贸易，为本国商品和资本开疆拓土；另一方面，在优势渐失时加强对本国产业的保护，甚至抑制、打压特定国家的竞争。“通过推动竞争中立，美国将其贸易自由化的主要推动者与贸易保护主义的主要实施者的双重身份演绎到了极致。”[36] 企业的国际竞争某种程度上就是国家之间经济力量的竞争，“竞争中立”貌似以“公平”为价值追求，究其实质，却是针对特定国家、使国家之间不公平竞争的规则，当然不应被中国整体上认可。

---

〔30〕 毛志远：《美国 TPP 国企条款提案对投资国民待遇的减损》，《国际经贸探索》2014 年第 1 期，第 92-100 页。

〔31〕 Office of the United States Trade Representative, *Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership(last visited Nov. 10, 2018).

〔32〕 石伟：《“竞争中立”制度的理论与实践》，法律出版社 2017 年版，第 102 页。

〔33〕 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》，《教学与研究》2012 年第 5 期，第 57-65 页。

〔34〕 熊月圆：《竞争中立视阈下的 TPP 国企规则评析》，《金融发展研究》2016 年第 9 期，第 73-77 页。

〔35〕 另外值得注意的是，美国强调、推动的“竞争中立”，仅针对国家或联邦层面的国有企业，而不涉及地方层面的国有企业，我国的国家所有统一、唯一于整个国家，美国则是联邦和地方政权分别所有，其大部分国有企业是地方政权或政府所有及控制的。汤婧：《竞争中立规则：国有企业的新挑战》，《国际经济合作》2014 年第 3 期，第 46-51 页。

〔36〕 王婷：《竞争中立：国际贸易与投资规则的新焦点》，《国际经济合作》2012 年第 9 期，第 75-78 页。

3.“竞争中立”与“非市场经济国家”

通过梳理美国关于“竞争中立”的言行，及其不断加强遏制中国甚至中国特定企业的行为，可以看出，美国在价值上否定国有企业及主要表现为产业政策的政府经济调控和参与，将澳大利亚“竞争中立”中“国有企业因为其所有制而享有不正当竞争优势”解读为“凡国有企业皆享有并利用因其所有制而带来的不正当竞争优势”。这就与不以在价值上否定国有企业、产业政策为前提的澳大利亚版本的“竞争中立”相去甚远，也与其认为我国是“非市场经济国家”异曲同工。美国商务部2017年发布的关于《中国的非市场经济地位》（China’s Status as a Non-Market Economy）备忘录中，从外汇政策、劳资关系、外资引进、政府对生产资料、资源配置以及产品价格的控制程度等方面，证明中国的非市场经济地位〔37〕，核心即政府对经济的“干预”过多，与对国有企业一样负面化政府对经济的规制、参与——天然不正确，将市场与政府对立起来。所谓市场经济，无非是个人和组织得根据市场价格和供求的信号自由决定交易和投资的经济，与政府统一安排交易和投资的行政性计划经济相对，而与规制、调控监管等是不同概念。当今世界并不存在政府不规制、不参与经济的国家，将中国定性为“非市场经济国家”，不啻为滥用话语权混淆视听的做法。无论是利用“竞争中立”否定国有企业和产业政策，抑或认定中国为“非市场经济国家”，其实质都是要重建国际经贸规则体系以排斥中国企业参与国际竞争，打着公平与自由的名号行歧视之实。美国与墨西哥、加拿大签署的新贸易协议，就明文规定美墨之间的国际投资仲裁不保护非市场经济国家的国民所有或控制的企业〔38〕，其意图昭然若揭。

二、美国主导的“竞争中立”与我国政经体制和经济法治整体上不协调

（一）与我国政经体制相悖

美国主导的“竞争中立”论否定国有企业和政府规制的价值判断，从理念上、根本上否定社会主义与市场经济的兼容性，进而认为中国属于“非市场经济国家”。

社会主义与市场经济的兼容性实质上是社会主义公有制与市场经济的关系问题。公有制与市场经济并非天然地完全兼容，但也不是完全对立而无法兼容的。

马克思、恩格斯阐述的社会主义实行社会所有制，即全部生产资料为全社会占有〔39〕，这是马克思主义政党领导的社会主义国家必须追求的目标。而更重要的是，社会主义也即共产主义第一

〔37〕*See* Trade And Manufacturing Monitor: *Commerce Continues China’s Status as a Non-Market Economy*, https://www.ustrademonitor.com/2017/10/commerce-continues-chinas-status-as-a-non-market-economy/ (last visited Mar. 20, 2019).

〔38〕United States-Mexico-Canada Agreement, “ANNEX 14-D MEXICO-UNITED STATES INVESTMENT DISPUTES…claimant means an investor of an Annex Party, excluding an investor that is owned or controlled by a person of a non-Annex Party that the other Annex Party considers to be a non-market economy, that is a party to a qualifying investment dispute”, https://usmca.com/investment-usmca/ (last visited Mar. 20, 2019).

〔39〕［德］卡尔·马克思：《社会主义从空想到科学的发展》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》（第三卷），人民出版社 2012 年版，第 811-812 页.

阶段不可能一蹴而就，实践社会主义更证明了马克思、恩格斯关于这是一个长期阶段的论述是正确的。恩格斯在回答能不能一下子就废除私有制的问题时说：“不，不能，就像不能一下子就把现有的生产力扩大到为实行财产公有制所必要的程度一样……只能逐步改造现今社会，只有创造了所必需的大量生产资料之后，才能废除私有制”。[40] 这个过程，包括先将生产资料收归国有再逐步消灭国家[41]，通过合作制改造小农[42]，等等。为此出现了苏联模式计划经济和南斯拉夫取消国家的联合劳动暨社会所有制探索，前者否定市场经济，后者则是公有基础上的市场经济。然而两种模式都行不通：行政性计划经济造成生产与消费脱节，形成“短缺经济”；联合劳动蜕变为经理人控制，扭曲了公有制，更因为国家职能缺位、市场失灵，导致各种矛盾激化乃至社会和国家的分裂。

我国则在改革开放中，“摸着石头过河”，走出了一条符合国情民情的通向社会主义的道路，即《宪法》规定的，既实行市场经济，又以公有制为主体、多种所有制经济共同发展，在国有制和合作制中引进资本关系，不同所有制的资本和企业在市场中平等、公平竞争；国家通过规划、计划、宏观调控及授权国家机构对经济进行管理监督，维护经济的平衡协调和稳定有序发展。[43] 美国却另辟蹊径改以规则约束、排斥的方式遏制中国，从削弱、消灭中国的国有企业入手，以改变中国的社会主义政权，也可谓切中要害，其居心险恶。因而对“竞争中立”论上纲上线，实不为过。

至于公有制主导能否实行市场经济或曰市场经济是否必然排斥公有制，必须作出科学分析。市场经济虽产生于私有制尤其是资本主义制度之下，但其本质是商品货币关系和基于商品的交易及竞争，无论理论上还是实践中，不同的公有制企业之间及其与消费者之间迄今找不到一种非商品货币性质的经济连接方式。集中的指令性计划行不通，否定货币的劳动交换所、劳动券之类更是空想社会主义。当年，南斯拉夫曾经出现的联合劳动和社会所有制则是纯粹的市场经济。中国改革开放以来，取消指令性计划，国有企业、集体所有或合作制组织普遍在市场的基础上从事活动，呼唤出了巨大的生产力。另外，个别企业、个别资本的盲目性与经济社会的社会化之间的矛盾，在资本主义国家即马克思主义所称生产资料私有制与生产社会化的矛盾，客观上需要国家的组织协调，因此，立足于市场机制或尽可能不扭曲市场机制的规划和计划、产业政策、市场监管也是必须的。当年，南斯拉夫的做法是一个反面的经验，而西方国家通过不同程度的柔性计划、产业政策、市场监管、国有企业或政策性企业等，成功地避免了因基本矛盾激化而致社会的崩溃。

---

〔40〕［德］弗里德里希·恩格斯：《共产主义原理》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社 2012 年版，第 304 页。

〔41〕［德］卡尔·马克思：《社会主义从空想到科学的发展》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》（第三卷），人民出版社 2012 年版，第 812 页。

〔42〕［德］弗里德里希·恩格斯：《法德农民问题》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社 2012 年版，第 371-372 页。

〔43〕参见《宪法》第 6、7、11、15 条。

正如邓小平所说："计划经济不等于社会主义，资本主义也有计划；市场经济不等于资本主义，社会主义也有市场。"[44] 因而以"非市场经济"对中国施加道德指责进而否定中国的体制，是无的放矢。

（二）与我国经济法治及其理念的不协调、不相干

1. 关于政府与市场的关系

无论是澳大利亚版本、OECD 版本还是 TPP 版本的"竞争中立"，表面上关注的是国有企业与私营部门之间的公平竞争，隐含其背后的法理则是政府与市场的关系问题，或者说如何认识政府之于市场的角色。如前所述，包括美国在内的任何国家都有国有企业，政府不仅对经济进行调控监管，还直接在市场中从事投资和交易活动，但"竞争中立"却把政府当作市场的外在因素，甚至将政府作为市场机制的对立面。这是新自由主义的认知，在推崇自由市场时刻意地回避或淡化市场失灵或不能的状况，认为政府失灵及其危害更甚于市场失灵，因此反对政府作为社会福利的提供者，笃信管得最少的政府就是最好的政府，自由市场制度的任务在于解除政府职能。[45] 但这是头脑演绎，从来都不是现实。

首先，政府是社会的代表，政府和市场都是社会的组成部分。国家、政府作为社会的代表，林肯也说应当为民有、民治、民享[46]，凡社会不能自治或不能有效自治、市场不能调节或不能有效调节，社会或市场有任何其自身不能解决的矛盾、问题，政府就义不容辞或台前或幕后采取任何措施加以解决。社会各领域各层面、国内国际情形，错综复杂多变，政府与社会、市场之间不可能有固定的或法定的界限。[47] 当下国际社会和国际体系仍以民族国家为基本单位，一国政府的治理能力和影响力事实上还决定着该国市场的范围和深度，换言之，政府可以通过拓展开发疆土、良治、人口和教育、外交通商政策等创造市场，反之也可能损害、缩小或浅化市场。

其次，政府负有维护市场秩序和市场机制的义务。市场并不能自动有序且有效地运行。对坑蒙拐骗、强买强卖、市场操纵和黑恶势力等，政府都必须力所能及地管，古今中外概莫能外。市场的天然倾向是不正当竞争和垄断，不是老老实实通过努力和付出、以质量和价格开展竞争，而企图用违反商业道德的假冒伪劣等竞争手段以及串谋、滥用优势等舒舒服服赚大钱，这是竞争法产生和发展的缘由。随着金融、信息科技等产业的发达，市场化程度不断加深、市场环境日益复杂，市场调控及监督管理的范围和深度、难度前所未有，经济社会的发展给各国政府提出了无可推卸的新任务。

再次，市场优胜劣汰的副作用和市场力所不及的，须由政府救济或弥补。优胜劣汰是市场优

〔44〕 邓小平：《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 373 页。

〔45〕 杨春学：《新古典自由主义经济学的困境及其批判》，《经济研究》2018 年第 10 期，第 4-15 页。

〔46〕 Abraham Lincoln Online, "…that government of the people by the people for the people shall not perish from the earth", http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm (last visited Mar. 20, 2019).

〔47〕 史际春：《政府与市场关系的法治思考》，《中共中央党校学报》2014 年第 6 期，第 10-16 页。

越性所在，但被淘汰的个人、人群、地方等仍须生存和发展，所以需要社会保障、扶持“三农”、开发中西部、振兴老工业基地等，包括美国在内的其他国家也都存在类似问题，要求政府认真面对、积极有为地加以解决。此外，囿于生产力、资本固有秉性、科技和经济社会发展水平，各国包括发达国家都有很多社会所需但市场不能提供或不能有效提供的产品，人民也要求政府直接提供或负担起组织提供的责任，如教育、医疗、军工、航天、高速公路、高铁、互联网等。

最后，政府也是市场的深度参与者。政府为履行国家及其经济职能，并不自外于市场，要通过发行货币、取得税收、制定和执行度量衡等标准、投资经营企业、采购和发包等行为，成为市场的重要主体。这与上面三点是交织在一起的，四者不能截然分割。比如，规制暨产业政策与国有企业的作用在一定程度上可以互换，弥补市场的缺陷、不能、副作用更是国家和政府治理的重要组成部分。

以上所述的政府与市场的关系对于当代任何国家都是适用的。一贯实事求是、光明磊落的中国对此不必讳言什么。崇尚自由主义的国家和信奉自由、自发市场的人们可以无视事实，或者只做不说，但对政府的经济职能和作用做负面价值判断和道德评价，再以此指责中国，则是毫无道理的。

2. 关于国有企业和产业政策

由于我国实行生产资料公有制，且国家、政府积极主动地组织及参与经济，美国等西方国家偷换反倾销法中的“非市场经济”概念，将中国列入“非市场经济国家”，作为排斥中国的借口。国家参与、调控经济的载体之一便是国有企业，美国主导的“竞争中立”背后的逻辑是，国有企业不是市场经济组织，天然地具有扰乱市场的本性，因而不应当参与市场竞争；即便允许国有企业在市场中竞争，其义务也不止于“中立”，更应该“礼让”。[48] 如前所述，所有制与市场之间没有必然联系，个人、家庭、各种所有制的组织均可作为市场主体自由、平等、公平地开展交易，因此，与其把自由竞争理解为美国主导的“竞争中立”所遵循的理念，毋宁说它是一件漂亮的外衣、一种国际交往的霸权工具。

实际上，中国的国有企业并不天然存在不正当竞争优势。首先，相比私营企业，国有企业的信用水平一般更高，在纳税、社会保障缴费、环保和清洁生产、还贷等方面普遍遵纪守法，在经营和竞争中负担着更高的制度成本。[49] 其次，中国的国有企业和其他所有制企业一样在市场中从事活动，竞争不利则倒闭、破产，并无针对国家所有制的补贴或优惠，正如国资委负责人所说，

〔48〕赵海乐：《竞争中立还是竞争礼让——美国对华反补贴中的国有企业歧视性待遇研究》，《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2016 年第 4 期，第 117-127 页。

〔49〕相应地，民营企业反而具有某种不当竞争优势。比如 2018 年民营企业因美国挑起贸易战一度陷入经营困难，国家随即降低增值税率和社保费率为其纾困，未料民营企业的税费负担反而更重了，原因是民营企业原本普遍偷逃税费，名义上虽降低了税率、费率，但税务部门要依法征收，民营企业的负担就会急剧加重，以致国务院及税务总局紧急喊停对民营企业社保欠费的集中清缴。参见国家税务总局《关于实施进一步支持和服务民营经济发展若干措施的通知》（税总发〔2018〕174 号），http://www.gov.cn/xinwen/2018-11/19/content_5341792.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 9 日。

中国不存在对国有企业、中央企业的制度性或政策性的补贴。[50] 相反，国有企业多为大中型企业，非国有企业绝大多数是中小微企业，国家的税收和金融优惠多针对中小微企业，国有企业享受的政策优惠少于私营企业。例如，中国改革开放后借鉴、引进了西方国家的中小企业法或扶持资助中小企业的产业政策，从《中小企业促进法》和相关政策中获益的几乎都是非国有企业。再次，国有企业比私营企业承担了更多的社会责任。国有企业天然地承担社会责任，私营企业只要遵纪守法就无须也不能要求其承担更多更高的道义责任[51]，这对国有企业来说是一种额外的社会负担。“竞争中立”在澳大利亚起源的初衷，是防止国有企业用政府对其公益性、政策性经营的补贴从事竞争性业务，这种情况在中国并不存在，而且相反，中国的国有企业往往要用竞争性业务的收益反哺公益性、政策性事业，比如邮政、电信、铁路，企业开展邮政和电信普遍服务、中西部铁路建设等，财政支持远远不够，所需资金须企业用其竞争性业务的收益或通过市场融资加以补充。这是一种社会责任，也是社会主义制度优越性的表现。最后，国有企业以其规模效应、技术、管理和较高的信用获得市场竞争力，这是正当合法的。如果缺乏竞争力，没有能力在市场中生存，则国有企业与私营企业一样会依法退出市场，不可能给予其法外援助。

“竞争中立”下的产业政策也是一样。霍马茨在其前述文章中提出，新兴国家的国有企业和国家支持的企业，在现代版政府产业政策的支持下，具备了美国私人企业所没有的竞争优势，并凭着这些优势在全球市场上扩大了市场份额，提高了它们投资于新技术的能力；这种“国家资本主义”模式下的海外投资方式，违背了“竞争中立”原则。[52] 从该文看，美国主导“竞争中立”的直接目的之一就是要消除新兴国家支持国有企业或国家支持之企业的产业政策，或者抵消其影响。而基于政府与市场关系的一般规律，美国和西方国家也都有产业政策，中国的产业政策与其并无质的不同。所谓“最好的产业政策就是没有产业政策”[53] 是一种意识形态说辞。

事实上，并不存在哪个国家通过完全的自由贸易和自由竞争迈入高收入国家行列，中国和其他新兴国家运用产业政策正是对美日欧发达国家成功实现经济现代化的效仿。[54] 日本的经济起飞借助了通产省的产业政策，这是耳熟能详和公认的，姑且不论，就以美国为例，其早些时候有农业产业政策、互联网产业政策，更早在独立时，第一任财政部部长汉密尔顿即提出要用产业政策来保护和培育美国的“幼稚产业”[55]，近期则有重振先进制造业的《先进制造业国家战略计划》[56]

〔50〕 肖亚庆：《中央企业没有基于所有制的补贴》，http://lianghui.people.com.cn/2019npc/n1/2019/0309/c425476-30966790.html，最后访问时间：2019 年 3 月 10 日。

〔51〕 史际春：《公司资本制度和国企混合所有制改革》，《经济法学评论》2015 卷第 1 期，中国法制出版社 2005 年版，第 328 页。

〔52〕 王梅：《中国投资海外：质疑、事实和分析》，中信出版社 2014 年版，第 146 页。

〔53〕 “最好的工业政策，就是政府不加干预。”［美］加里・贝克、吉蒂・贝克：《生活中的经济学》，薛迪安译，华夏出版社 2003 年版，第 144 页。

〔54〕［英］乔・史塔威尔：《亚洲大趋势：中国和新兴经济体的未来》，蒋宗强译，中信出版社 2013 年版，第 84-86 页。

〔55〕 黄基伟：《开放条件下幼稚产业保护问题研究》，中国科学技术大学出版社 2014 年版，第 79 页。

〔56〕 科技部：《美国出台国家先进制造战略计划》，http://www.most.gov.cn/gnwkjdt/201203/t20120319_93215.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

《美国先进制造业领导战略》[57] 等“再工业化”政策。2008 年金融危机后美国率先推出经济刺激计划，是举世瞩目的，如根据《2009 年美国复兴与再投资法》(ARRA)，用 7 870 亿美元在基建和科研、教育、可再生能源及节能项目、医疗信息化、环境保护等重点领域进行投资，还出资拯救通用汽车公司使美国联邦获得其 60%的股份，将其变为国有控股企业。[58] 凡此种种，不胜枚举。正如佛雷德·布洛克（Fred Block）所言：“尽管美国在公开场合宣称产业政策是错的，因为政府不应该挑选赢家，但是美国政府通过一系列措施建立起了一个分布广泛的系统；通过这个系统，这些政府机构实际上就是在投资潜在的赢家。”[59] 李斯特更早就尖锐地指出：“任何国家，如果靠保护关税与海运限制政策，在工业与海运事业上达到了高度发展，因而在自由竞争下再没有别的国家能与之相抗。此时，代它设想，最聪明的办法莫过于把它爬上高枝时所用的梯子扔掉，然后向别的国家苦口宣传自由竞争的好处。”[60]

我国追求社会主义，又是发展中国家，国家、政府对于经济具有重要作用，不仅要很好地运用产业政策，更有宪法法律规定的规划、计划制度对产业政策加以统领，断不可引进“竞争中立”对其构成干扰和损害。

三、美国主导的“竞争中立”与竞争法及竞争政策的矛盾冲突

（一）宗旨和原则层面不相通

抛开美国主导的“竞争中立”中隐含的否定社会主义制度及其国有企业与市场经济不兼容的基本逻辑，其浮于表面的竞争原则与我国的竞争法与政策体系也是不吻合的。与当代各国竞争法一样，我国竞争法与政策体系的宗旨或基本原则是市场公平竞争，还须追求经济效率、消费者福祉和社会公共利益，而不是“竞争中立”。

私有制和自由竞争是假设的市场经济的基本前提，但并非现实，比如古今中外都不排除政府和其他公共团体、社会组织作为市场主体。纯粹的自由竞争要么由于信息不对称、交易成本过高而不存在，要么自由竞争会因其内在倾向而限制、排斥竞争或过度竞争，以致损害、消灭自由竞争和市场经济。私有制和自由竞争必然导致私人资本的过度壮大而造成实质不公平，结果与公平竞争相去甚远。这些也正是竞争法和社会主义产生的原因。

就法和政策而言，当代竞争法和竞争政策已不直接反独占或寡占的垄断市场结构，换言之，垄断行业和垄断企业本身是合法的，而且行业和企业垄断与所有制无关。垄断行业的成因包括规模经济、网络经济、范围经济以及造币、军工等需要国家信用支撑或涉及国家利益等因素，无论私营还是国有都必然是垄断的。至于非垄断行业的垄断企业，其垄断往往是由技术和商业创新造

〔57〕 航空工业信息网：《美国政府发布〈美国先进制造业领导力战略〉报告》，http://www.aeroinfo.com.cn/Item/24958.aspx，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔58〕 李璐：《美国财政资金的协同审计监督研究：以 ARRA 法案资金为例》，《财政研究》2013 年第 9 期，第 77-79 页。

〔59〕 王梅：《中国投资海外：质疑、事实和分析》，中信出版社 2014 年版，第 154 页。

〔60〕［德］弗里德里希·李斯特：《政治经济学的国民体系》，陈万熙译，商务印书馆 2009 年版，第 343-344 页。

成的，比如美国的微软、谷歌，中国的华为、滴滴。所以正如美国司法部官员在微软垄断案中所称：垄断本身并不违法，但不得滥用垄断的优势或地位谋取不法利益。[61] 而且，寡头之间集创新、质量、服务、品牌、价格、产业链和国内国际市场为一体的激烈竞争，效率远高于企业恶性竞争朝不保夕的低集中度市场中低成本、低质、低价的低级竞争，因而寡头垄断是一种更优的市场结构，竞争法和竞争政策应予追求和维护，而不是给予负面评价并加反对。[62]

我国国有企业是国有经济的表现形式，也是政府对市场发挥调控作用的传导者，承担着维护国民经济命脉的重大历史使命。市场竞争优胜劣汰的规律会使利润向大资本所有者集中而造就超级富豪，进而由私人资本控制垄断行业乃至国家政权，若不通过政府调控、监管或者国有资本的手段节制私人资本，私人大资本很容易垄断国计民生而影响社会稳定和国家安全。[63] 因而垄断行业由国有企业经营或控制，是符合我国政经体制和市场发展要求的。

以上道理和逻辑，明确反映在《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）第 7 条中，这与所谓“竞争中立”是不相容、不相干的。国有企业在竞争性领域则与其他所有制企业公平竞争、优胜劣汰，同时在垄断行业的非自然垄断领域和自然垄断行业的非垄断环节尽可能引进竞争机制及实行混合所有，总体上并没有因为所有制而享有不正当不合理的竞争优势，20 世纪 90 年代国有企业大规模倒闭、破产即是明证。

（二）规则适用层面不相关

美国主导的“竞争中立”试图构建一套普适于所有市场经济国家的竞争政策，强调从国有企业的市场活动及其与政府之间互动的“细节”来构建一套行为规范，旨在对此进行遏制、排斥。而我国引入“竞争中立”则是简单地将其理解为对各种所有制的企业“一视同仁”。[64] 但不论美国主导的“竞争中立”还是本土“一视同仁”的理解，都与我国的竞争法与政策乃至各国的竞争规则体系不相干，甚至矛盾冲突。

首先，我国竞争法与政策所追求的“公平竞争”并不排除政府非中立性的规制行为，首创“竞争中立”的澳大利亚的国有企业与竞争政策改革亦然。在我国，经营者达成《反垄断法》第 15 条规定的垄断协议可豁免适用反垄断法；第 56 条规定，农业生产者和农村经济组织在相关经济活动中实施的联合或协同行为，不适用反垄断法；《反垄断法》的国家安全审查制度以及公平竞争审查制度中对于涉及国家经济安全、文化安全、国防建设，或为实现扶贫开发、救灾救助等社会保障目的，以及为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益的政府政策措施的例外规定，

〔61〕 楚序平：《美国反垄断规制的最新趋势及启示——美国惠而浦兼并美泰克等案例的思考》，《中国金融》2007 年第 21 期，第 59-61 页。

〔62〕 史际春：《反垄断的辩证法》，《经济法学评论》2017 卷第 1 期，中国法制出版社 2007 年版，第 236-238 页。

〔63〕 史际春：《论营利性》，《法学家》2013 年第 3 期，第 1-13 页，第 175 页。

〔64〕 李晓喻：《中国官方明确将采取竞争中立政策》，http://www.chinanews.com/gn/2018/11-06/8669434.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 19 日；李克强：《政府工作报告——2019 年 3 月 5 日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上》，http://www.gov.cn/zhuanti/2019qglh/2019zfzgbgdzs/2019zfzgbgdzs.html，最后访问时间：2019 年 3 月 19 日。

都表明我国竞争法与政策并不排斥政府非中立的立场和行为。包括中美在内的许多国家实行扶持和保护中小企业的法和政策，就竞争而言也是不“中立”的。而美国主导的“竞争中立”要“使竞争不受外来因素干扰”，OECD 版本要求对政府的非中立性行为给予较大限制，TPP 版本则不允许政府的非中立性规制。[65] 但即使是“竞争中立”的原创者，澳大利亚在竞争政策改革时，依然不同程度地采取非中立的措施，如要求在政府硬件采购中，至少 10%的合同与中小企业签订；在软件服务采购中，至少 20%的合同与中小企业签订。[66]

其次，作为经济法组成部分的竞争规则体系是按“目的程式”的规范模式构建的。如苏永钦教授所言：“经济运行的力量，本质上就有超越人为法律框架的潜能……故而以追求安定性的法律来规范不断变化的经济现象，本是一项极为困难的任务。正因为如此，立法者往往在制定经济法时，使用的是‘目的程式’（仅表现出立法者意欲追求的目标）而非按传统法律的‘条件程式’（法律预先规定构成要件及法律效果）。”[67] 竞争法暨反垄断法提供的是一套执法或司法机关分析市场主体行为是否符合竞争秩序及社会整体利益的工具，而不在于为市场主体提供一套应当严格遵循的行为指引。[68] 换言之，某种行为是否属于反垄断法所禁止之行为，不应仅从行为外观进行判断，更需考虑行为主体的市场影响力、相关市场结构、社会经济运行情况等因素。而且仅当一种行为既有限制或排除竞争之效果，又不能带来超过限制或排除竞争之弊的好处时，才能认定其违反反垄断法。法条本身对此不可能给出明确的答案。OECD 八大基石以及 TPP 国有企业条款提供的解决方案是标准的“条件程式”，即通过对国有企业的公司化改造、核算其承担公共服务义务的成本、商业活动全成本定价、税收/监管/债务中立以及政府采购中立等，来恢复所谓“竞争中立”状态。这种规范模式缺乏对相关行为的合理性分析，也不考虑结果，仅将行为与规则进行匹配，必然无法达到竞争法与政策所追求的社会整体利益最大化目标。如本文以上分析论证，国有企业与私营企业之间的公平竞争是一个需要更高层次、更复杂的价值判断和利益权衡的问题，而不能只是 OECD 八大基石对澳大利亚竞争政策“板块化、碎片化的制度提炼”[69]，以及一句“一视同仁”就能解决的。

最后，“一视同仁”并非针对所有制，它只是政策法律及其适用中有待厘清的一个通俗说法。就政策法律而言，“不同情形不同对待”“相同情形不同对待”，其规定对不同所有制、不同类型的企业或主体不可能“一视同仁”。比如按照《宪法》规定，公有制是主体，国有经济是主导，非公有制经济是经济的重要组成部分，国家鼓励、支持和引导非公有制经济发展；公共财产神圣不可侵犯，公民的合法的私有财产不受侵犯。[70] 这是有差别的，法律法规政策的规定必须遵循、服从宪法，对于各种所有制及主体，无论优惠还是施加负担、义务，不“一视同仁”的规定是绝对的，

〔65〕 丁茂中：《我国竞争中立政策的引入及其实施》，《法学》2015 年第 9 期，第 107-117 页。

〔66〕 丁茂中：《竞争中立政策研究》，法律出版社 2018 年版，第 23 页。

〔67〕 苏永钦：《经济法——已开发国家的任务与难题》，转引自赖源河：《公平交易法新论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 36 页。

〔68〕 史际春等：《反垄断法理解与适用》，中国法制出版社 2007 年版，第 2 页。

〔69〕 宋彪：《竞争中性的渊源、政策目标与公共垄断改革》，《经济法研究》（第 18 卷），北京大学出版社 2017 年版，第 179-199 页。

〔70〕《宪法》第 6-7、11-13 条。

“一视同仁”的规定则是相对的。又如政府采购，为了国家安全、本国产业发展和扶助弱势群体，要求采购本国产品和残疾人等生产的产品，是各国通行的做法。

在既定的政策法规之下，“相同情形相同对待”“不同情形相同对待”也是必须的。法律对于不同或相同的主体、不同或相同的事固然有不同的规定，但一般而言，在规定面前应当“一视同仁”。信用面前也应“一视同仁”，这是比法律更高的层面，信用是社会和市场的通行证，信用好的主体应当能够从其信用中收获好的评价和利益，信用差的主体理应收获负面评价和利益减损，而不能相反，让信用好的主体承受更重的负担、义务，对信用差的反而给予照顾、优待。“对事不对人”也是一种“一视同仁”，要求对于同样的情形或事，不对不同的主体作优惠或歧视性的规定。同时，无例外、无规则，任何“一视同仁”又都不是绝对的，但无论如何标准只有一个——法的“永恒”价值和追求——公平正义。这正是高度动态、复杂的法治，而不是“竞争中立”和简单的“一视同仁”所能概括、容纳的。比如国有企业承担较大的社会责任；经济下行压力下给予中小微企业额外的法外关照；内外资适用不同的负面清单；为落实中央对台方针，关爱、团结台湾同胞，最高人民法院发布《关于为深化两岸融合发展提供司法服务的若干措施》，要求各级人民法院慎用法律规定的强制措施、查封扣押冻结措施、限制出境措施〔71〕等。

《反垄断法》和 2016 年建立的公平竞争审查制度，都将公平竞争确立为一项基本原则，其含义远比“竞争中立”丰富，且与“竞争中立”是抵牾的。《反垄断法》是在“不同情形不同对待”的基础上，对不同主体的竞争行为“一视同仁”，即便如此，其对大企业和中小微企业的监督和执法力度很难也不应该“一视同仁”。公平竞争审查制度是政府对自己的规制、产业政策和市场行为等进行自我审查纠错，确保政策及规制中的“不同情形不同对待”“相同情形相同对待”，尤其是“相同情形不同对待”“不同情形相同对待”是公平、公正的，不会损害、扭曲市场机制，打破市场封锁和不当行业壁垒，清除妨碍形成全国统一大市场和公平竞争的规定和做法。〔72〕这是在认可政府规制、参与市场具有正当、合法性，政府可以“不中立”的基础上，优化政府的规制和市场行为。比如财政补贴，实践中往往产生骗补等副作用而受质疑，但其作为产业政策手段又是必不可少的，这就要求采取绩效补贴或实际产品补贴而非产能补贴、对终端消费者补贴而非对厂商补贴等方式，如新能源电力、新能源汽车等的补贴，并切实监督，以兴利除弊。

在执法层面，则应按照政策法律的规定和要求，对相同的人、相同的事“一视同仁”，尽管如此，由上所述，“一视同仁”也有例外或事实上不可能“一视同仁”。因而将“竞争中立”归结为“一视同仁”尤其是对各种所有制“一视同仁”，是极易引起歧义和误解的一种说法。

〔71〕 中国法院网：《为深化两岸融合发展提供有力司法服务和保障》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/03/ id/3803646.shtml，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔72〕 中国法院网：《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》，http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-06/14/content_5082066.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

四、我国对“竞争中立”应持冷静、谨慎态度

由上，多个版本“竞争中立”的出发点和具体含义不尽相同，我国拟将其作为“对不同所有制‘一视同仁’”加以引进，然而无论赋予“竞争中立”何种概念与意义，它在我国都不是一个真实命题，因而须对其持冷静、谨慎态度。

（一）国内政策法规体系中无须引入“竞争中立”

在国内市场方面，早在 1980 年，《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》就“提倡各种经济成分之间、各个企业之间，发挥所长，开展竞争”“打破地区封锁和部门分割”，并要求对规章制度中妨碍竞争的内容进行修改，废止用“行政手段保护落后，抑制先进，妨碍商品正常流通的做法”。[73] 1993 年《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中，更明确了“国家要为各种所有制经济平等参与市场竞争创造条件，对各类企业一视同仁”，也即政策法规层面对不同“人”“事”可能有所差别，执法层面根据既定规则对各种主体尽可能“一视同仁”。2015 年《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》中指出，商业类国有企业按照市场化要求实行商业化运作，主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业，原则上都要实行公司制股份制改革，国有资本可以绝对控股、相对控股，也可以参股；主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的商业类国有企业，要保持国有资本控股地位，支持非国有资本参股，对特殊业务和竞争性业务实行业务板块有效分离，独立运作、独立核算；公益类国有企业以保障民生、服务社会、提供公共产品和服务为主要目标，引入市场机制，可以通过购买服务、特许经营、委托代理等方式，鼓励非国有企业参与经营。[74] 我国国有企业改革的具体内容，实质上与澳大利亚“竞争中立”模式的取向一致[75]，但比其更深入、更复杂。

就竞争法与政策而言，《反垄断法》除了规定垄断行业本身不违法及某些适用除外和豁免外，对于国有企业参与市场竞争并无“不中立”的规则设计，即便是垄断行业，也强调该领域的经营者不得利用其垄断地位损害消费者利益。公平竞争审查制度进一步要求从市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等七个方面，对相关政策、规制进行竞争评估，以此将对市场主体竞争能力可能产生的不合理影响降到最低，也可消除国有企业及某些行业或地方的企业受产业政策支持而具有不合理竞争优势的问题。《中国（上海）自由贸易试验区条例》第 47 条规定：“各类市场主体的平等地位和发展权利，受法律保护。区内各类市场主体在监管、税收和政府采购等方面享有公平待遇。”这些都表明，我国市场竞争规则的构建和完善一

〔73〕中国竞争法网：《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》（已废止），http://www.competitionlaw.cn/info/1132/8848.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔74〕中国政府网：《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，http://www.gov.cn/zhengce/2015-09/13/content_2930377.htm，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

〔75〕赵海乐：《是国际造法还是国家间契约——“竞争中立”国际规则形成之惑》，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 1 期，第 116-124 页。

直致力于打造一个符合国情的公平竞争环境。但公平、公正不等于“中立”，“一视同仁”也具有丰富、深刻的内涵，并非完全同样对待。此外，在实践中，我国国有企业亦不存在将政府支持其承担或履行公益、公共职能的显性或隐性补贴用在支持竞争性业务的情形，反而是国企将市场竞争获得的利润补贴公共性、政策性业务及用于承担社会责任。这也超越了澳大利亚版本的“竞争中立”及其相关竞争政策改革的动因和宗旨，与美国主导的“竞争中立”则无内在关联。

总之，在国内引入“竞争中立”的前提应当是其契合所需，且我国缺乏相关概念和规则。就是否需要而言，澳大利亚版“竞争中立”包含的防止国有企业交叉补贴而形成不合理、不正当竞争优势的理念，是所有市场经济国家都应关注且遵循的，但中国从未出现过这样的情形和问题；美国主导的“竞争中立”旨在遏制中国的国有企业和政府的积极经济职能，则与我国的政经体制和具体制度格格不入。我国竞争法和政策中没有“竞争中立”的概念、宗旨或规则，虽然在涉及国有企业和政府支持企业方面，相关理念和做法与澳版“竞争中立”的指向相似，但中国追求的公平竞争和效率是“竞争中立”所无法涵盖的，“竞争中立”不可能实现公平、公正和效率，无论是理念或政策法规，只有必要的“不中立”才能实现公平、公正和效率。在末端执法层面，我国历来就有更科学、适当的不同于“竞争中立”的“一视同仁”概念。所以，盲目照搬引进“竞争中立”，只会造成认识和实践的紊乱，徒增制度和操作成本，浪费研究与立法资源。澳大利亚在推广其“竞争中立”实践时也称：“在不分析所在国家竞争中立不足的原因与关键因素时，就直接照搬移植澳大利亚 1996 年竞争中立政策及其后的国家改革进程的做法是不合适的。”[76]

（二）在国际经济交往中奉行“共同但有区别”“自由开放、公平非歧视”原则

在经济全球化和我国企业“走出去”的大环境下，国有企业参与国际市场竞争时必须受各方共同遵守的国际贸易、经济合作和竞争规则的约束，这是理所当然的。然而，对于国际规则和规则体系，中国不应被动地接受，而须通过积极参与和努力，使之有利于自身且具有足够的正当性。以美国为主导，试图将“竞争中立”纳入国际规则体系，对社会主义与市场经济的兼容性及国有企业的市场地位予以否定评价，不仅不“中立”，反而具有明显的“制度非中性”。这样做，没有考虑不同国家的国体、政体、社会制度和市场经济发展程度，对国有企业及产业政策整体否定而不考虑具体的交易和投资是否公平，实际上会造成对特定国家的企业及国家间竞争的不公平，与我国在国际经济交往中奉行的“共同但有区别”“自由开放、公平非歧视”原则是相悖的，自然不应被概括接受，以免自上枷锁。当然，OECD 的“竞争中立”也有局部合理之处，如要求国有企业运作形式精简、商业活动全成本定价、核算承担公共义务的成本等，符合国有企业存续运行的一般规律，但并不全面，因为在当代市场经济条件下，国有企业的政策性、公益性也要在商业化、市场化中才得以体现，营利性、政策性、公益性、商业性在具体国有企业中往往交织在一起[77]，并不仅仅是成本核

〔76〕Renie, M and F, Lindsay, *Competitive Neutrality and Stated-Owned Enterprises in Australia: Review of Practices and Their Relevance for other Countries*, *in* 4 OECD COOPERATE GOVERNANCE WORKING PAPERS 41 (2011).

〔77〕史际春：《国企公益性之辨》，《中国社会科学报》2014 年 4 月 9 日。

算问题，接受其“竞争中立”的论述和要求，整体而言也是对我国国有企业的否定和额外负担。

有学者指出，“竞争中立并非简单地融国企改革、贸易及投资规则于一体的新国际规则，而是体现出在国际竞争新情势下，各国‘政府之手’的强化和博弈已经过渡到以制度竞争为核心的新阶段”。[78] 因而在涉及国际经贸规则的双边、多边以及区域贸易谈判中，应当从本国国情出发，坚持“共同但有区别”的原则，维护我国的制度和利益。另外，美国主导的“竞争中立”是对社会主义市场经济的否定及实行贸易保护主义的手法，中国不应自认“非市场经济国家”，而应矢志不渝地维护“自由开放、公平非歧视”的原则，理直气壮地向国际社会输出我国对于市场经济、公平竞争以及国有企业的观念。我国在参与国际经贸规则制订中，可以选择性地吸收“竞争中立”的论述和规则中具有合理性的局部内容，但对“竞争中立”本身及其中“非中立”的内容必须予以否定和反对。

On “Competition Neutrality”

SHI Jichun　LUO Weiheng

Abstract: “Competition Neutrality” was originally a policy tool adopted by Australia in the reform of PRIVATIZATION. It is intended to solve the problem of how to distinguish between policy losses and operating losses after the market-oriented restructuring of state-owned enterprises, in order to prevent the government policies and subsidies for state-owned enterprises being used in competitive businesses and to impair market fair competition. Then the Western countries especially the United States interpret the “competition neutrality” extensively and promote it vigorously, trying to develop it in to an international rule followed by so-called market economy countries, giving state-owned enterprises and the relationship between government and enterprises a negative value, and containing them. No matter what the meaning of “competition neutrality” is, it is not a true proposition for China, because there is no relevant problem in China’s practice. “competition neutrality” is contrary to China's system, and is also inconsistent with and irrelevant to fair competition. Therefore, China should not introduce the concept of “competition neutrality” and regard it as a basic rule, policy or institution of the national political and economic system, socialist market economy, economic law and competition law.

Keywords: Competitive Neutrality; Socialist Market Economy; State-Owned Enterprises; Competition Law and Policy

（责任编辑：冯　辉）

〔78〕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》，《环球法律评论》2016 年第 2 期，第 152-163 页。