对外经济贸易大学法学院

博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式：文献综述

文献题目：国际经贸协定中的国有企业规则研究文献综述

博士论文题目：国际经贸协定中的国有企业规则研究

导　　师：刘敬东

作者姓名：王辙

专　　业：国际法

学　号：201800570107

《国际经贸协定中的国有企业规则研究》文献综述

摘要：近年来，以中国为代表的新兴经济体的国有企业越来越多地走向国际舞台，在国际贸易投资领域发挥着举足轻重的作用。为应对这一变化，西方发达经济体纷纷提出新倡议，在国际经贸领域努力推动形成以 CPTPP 为代表的国有企业新规则，国有企业的国际法治面临改革压力。事实上，关于国有企业的国际经贸规则并非新鲜事物，对国有企业的国际规制最早见诸于 1947 年 GATT 国营贸易企业规则，旨在消除市场经济国家国营贸易这一非关税壁垒。随着社会主义国家更多地参与到国际贸易中，国有企业规则成为了市场经济体和非市场经济体在多边贸易体系中相“接合”的重点领域，并指导中国顺利转型成为市场经济国家。由于各国对于国有企业竞争中立政策的需求愈发强烈，国有企业规则逐渐吸收了竞争中立对于国有企业和私营企业公平竞争的思想，并被新一代国际经贸协定所采纳。本文献综述通过对国有企业规则的历史阶段进行梳理，分析归纳了国有企业规则在不同时期的时代特征及其底层逻辑，为本文接下来对于国有企业规则的深入研究以及在当前背景下针对国有企业规则的构建和完善提出建议奠定了扎实的理论基础。

关键词：国有企业；国营贸易；国际经贸协定；公共机构；竞争中立

一、与国有企业有关的 GATT 国营贸易规则

1.1 国营贸易企业的概念和特征

由于参与国际经贸活动的国有企业与 GATT 中所规制的国营贸易企业具有较多共性，因此国际经济法学者倾向于将 GATT 国营贸易规则视为当前国有企业经贸规则相关问题的研究起点。[1] 针对国营贸易的概念学界并没有一个统一的定义，学者们在文献中从不同维度对国营贸易的内涵进行了概括。Kostecki 将国营贸易定义为由国家控制或管理的企业或机构所从事的贸易活动[2]，Ghai 则认为国营贸易企业就是由国家部分或全部所有的贸易企业[3]；Baldwin 认为国营贸易是政府对于特定商品对外贸易的垄断经营活动[4]；Baban 将国营贸易解释为这样一种情形，即政府不单单作为贸易活动的监管者，同时还（亲自或通过私营企业）扮演贸易主体的角色。[5] Lloyd 则从功能的角度来解释国营贸易，他认为国营贸易是为实现政府政策目标而决定贸易主体进行交易时的价格和数量的政策工具。[6] 总的来说，国营贸易企业有三种类型，第一种是国家所有的贸易企业，第二种是国家直接施加控制的私营企业，表现为国家对于企业的经营行为或管理层的控制，第三种是被国家授予专营权的私营企业，这三种类型体现了国家对于企业控制的递减，从国家所有到国家直接控制和（通过许可）间接控制。尽管国营贸易并不必然与企业的所有制形式相挂钩，但由于国有企业在执行国家经济贸易政策方面的天然便利性，国营贸易的发展与国有企业的外贸活动也会呈现出高度的相关性。

国营贸易本质上是国家对于外贸的直接参与，是政府干预经济的一种重要形式。[7] 第一次世界大战的爆发使得欧美等国在部分领域摒弃了放任主义的思潮，纷纷通过国营贸易来确保相关基础设施和军用物资等产品的采购得以顺利进行。在战争结束后，各国重新回到自由市场经济的轨道，仅在香烟、酒水、食盐等传统领域保持政府的垄断。然而西方世界经济大萧条的爆发和随之而来的第二次世界大战使得一些国家重新反思政府干预在经济活动中的重要性，英国经济学家凯恩斯认为政府的经济规划对于战后的充分就业具有重要意义，而政府对于国际贸易的控制则是其中的关键一环。[8] 因此英国、加拿大、澳大利亚等主要英联邦国

---

[1] Petros C Mavroidis & Merit E Janow, *Free Markets, State Involvement, and the WTO: Chinese State-Owned Enterprises in the Ring*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
[2] Michel M Kostecki, *State trading in industrialized and developing countries*, 12 J. WORLD TRADE L. (1978).
[3] Dharam P Ghai, *State Trading and Regional Economic Integration Among Developing Countries*, 17 (New York: United Nations. 1973).
[4] R. E. Baldwin, *Non-tariff Distortions of International Trade*, Washington: Brookings Institution (1970).
[5] Roy Baban, *State Trading and the GATT*, 11 J. WORLD TRADE L. (1977).
[6] Peter J Lloyd, *State trading and the theory of international trade*, *in* STATE TRADING IN INTERNATIONAL MARKETS: THEORY AND PRACTICE OF INDUSTRIALIZED AND DEVELOPING COUNTRIES (1982).
[7] Robert Loring Allen, *State trading and economic warfare*, 24 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS (1959).
[8] Douglas A Irwin, et al., *The Genesis of The GATT*, Cambridge University Press (2008).

家在战后维持了战时对于小麦、牛奶和肉类等农副产品的政府专营。有经济学家指出，除美国外的其他主要小麦出口国都设立了政府专营机构，各国政府正在利用批量采购协议来购买农产品以及其他对经济至关重要的原材料，而一些国家中煤矿、铁路和钢铁工业的国有化也使得相关产品的购买和销售必然是通过国家专营机构进行的。到二战结束时，国营贸易的发展对于传统私营贸易的地位造成了很大程度的影响。[9]

国营贸易最常见的形式包括政府通过国有企业对出口和/或进口的垄断、政府授予并严格监管下的私营企业贸易垄断，以及政府对于贸易商品价格或数量的集中确定。这些措施之间并不互斥，在实践中可以兼而有之。有代表性的国营贸易企业例如英国在二战后设立的用于大宗商品进口的中央采购单位，澳大利亚和新西兰为初级产品出口而设立的销售局，以及负责商品全部跨境活动的机构，和参与商品的上游生产环节或者下游销售和分配环节的企业。[10] 国营贸易通常具有如下六个基本目标。首先，进行国营贸易可能是为了保护国内市场免受进口的冲击、促进出口、稳定国内价格、或有针对性地与特定贸易伙伴进行贸易。国营贸易企业通常通过确定货物的国内或国外价格以及进出口数量来实现这些目标。其次，国营贸易可用于增强对外贸易谈判条件，从而提高国营贸易商的国际贸易地位。第三，国营贸易可以作为改善国家国际收支或总体上维持对贸易账户构成部分控制的一种工具。第四，出于公共健康和福利的原因，国营贸易可以用来控制药品、烟草和酒精饮料等商品的国内消费。第五，国营贸易可以服务于财政政策，例如将贸易利润转移给政府。第六，国家贸易可以通过保留国家对军事武器和其他国防物品贸易的控制来服务于国家安全利益。[11]

1.2 国营贸易问题的国际法规制

尽管国营贸易在服务国内经济贸易政策方面的具有诸多的优势，但其对于贸易和竞争的负面效应也十分明显。Fawcett 认为国营贸易主要存在以下问题。[12] 首先，国营贸易企业更倾向于与进口国或供应国签订双边协议，因此将巨大的贸易份额排除在自由竞争领域之外。其次，国营贸易还可能会抑制竞争，扭曲商业和生产，因为它对国内供应商提供人为的过度保护，并导致市场上国营贸易企业所出售的商品价格上涨。此外，国营贸易企业在国内所行使的垄断权力，无论是完全的还是部分的，往往具有传染性，因为其他国家也在寻求同样的手段来与国营贸易企业竞争或保护自己免受国营贸易企业的侵害。最后，国营贸易也可能被一国用作对另一国经济施加压力或控制的工具。

---

[9] John N Hazard, *State Trading in History and Theory*, 24 LAW & CONTEMP. PROBS. (1959).
[10] Marc Ouin, *State Trading in Western Europe*, 24 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS (1959).
[11] Roy Baban, *State Trading and the GATT*, 11 J. WORLD TRADE L. (1977).
[12] JES Fawcett, *State Trading and International Organization*, 24 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS (1959).

Hazard 认为国营贸易的做法与国际贸易中的最惠国标准存在重大冲突。由于国营贸易企业在从其他国家非国营贸易企业进口货物时享受该国给予第三国的最惠国待遇，但同时从事国营贸易的国家可以依然维持对该国的高关税，并且在本国国营贸易企业出口时对企业进行退税，使得最惠国待遇沦为单方面的义务。[13] 针对这种情况，1938 年英国和美国之间达成的贸易协定对国营贸易企业做出了适当规定。协定第八条第（i）款规定，如果缔约任何一方建立了一项政府垄断或给予某个企业独家贸易特权，那么首先，另一方领土上的商业公司在面对该国营贸易企业的采购方面应受到“公平和公正的待遇”（非歧视原则）；其次，该国营贸易企业在购买任何外国商品时，“只应当受到价格、质量、适销性和销售条件等考虑因素的影响，而这些因素是那些仅对以最优惠条件的采购感兴趣的私营企业通常会考虑的要素。”[14]

GATT 的核心目标之一是通过减少政府干预私营企业决策来促进全球贸易的自由化，其主要原因是政府通常不被认为会像私营企业那样为实现资源最有效率的分配而行事，因此 GATT 引入了一系列对政府行为的限制和纪律，以最终实现国内和国际性的总体经济福利的提升。[15] 在 Jackson 看来，由于具有市场经济的导向，GATT 应当通过消除非关税贸易壁垒和对关税进行监管，使政治远离经济领域，实现国际贸易的“去政治化”。因此在 GATT 体系中自由市场贸易是且应当是常态，而国营贸易则是一种反常现象。GATT 规则中除了包含对于关税和配额等传统贸易政策工具的规制，同时也对其他较为隐蔽的边境后措施（诸如补贴、国营贸易等）进行规制。由于国营贸易通常采用对特定商品的进口或者出口实行政府垄断专营的形式，这对于国际贸易体系的自由贸易目标背道而驰，因此 GATT 在若干条款中对于国营贸易企业的商业活动进行了规定，主要体现在第 17 条国营贸易企业条款，以及第 2.4 条及对第 6-14 条、第 18 条解释性注释等相关条款中。[16]

1947 年的 GATT 第 17 条“国营贸易企业”的相关规定是基于美国 1945 年“关于扩张世界贸易和就业的提案”中的相关内容。[17] 美国认为政府对贸易施加的限制是国际贸易面临的主要问题之一，而可能对市场造成扭曲的国营贸易企

---

[13] Martin Domke & John N Hazard, *State trading and the most-favored-nation clause*, 52 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1958).

[14] Trade Agreement with the United Kingdom, Nov. 17, 1938, 54 STAT. x897, E.A.S. No. 164 (effective Dec. 24, 1939).

[15] Jackson, J. H., Davey, W. J., and Sykes, A. O., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 6th edn, St Paul, MN: West Academic Publishing, (2013), pp. 22–30 and 228; Jackson, J. H., *World Trade and the Law of the GATT*, Indianapolis: Bobbs Merrill, (1969), pp. 329–330.

[16] Andrea Mastromatteo, *WTO and SOEs: Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

[17] Proposals for Expansion of World Trade and Employment, Developed by a Technical Staff within the Government of the United States in Preparation for an International Conference on Trade and Employment and Presented for Consideration by the Peoples of the World, US Department of State, November 1945 (United States 1945 Proposals)

业是政府限制贸易的一种重要表现形式。因此，美国在提案中引入一系列有关国营贸易企业的规则作为多边谈判的出发点。[18] 提案移植了前述英美贸易协定的相关内容，首次在多边框架中为国营贸易企业提出了“平等待遇”义务，要求缔约各方确保与国营贸易相关的购买和销售活动仅出于“商业考虑”，并为对单个产品贸易进行垄断或全部采取外贸垄断的国营贸易国家设立一个最低的市场准入门槛。[19]

随后美国在 1946 年“国际贸易组织宪章建议”[20]提案中将上述内容细化为三个部分：1.非歧视义务，要求国营贸易企业参与贸易活动应以与私营企业类似的方式进行，要符合非歧视和商业考虑的要求；2.针对特定产品进口垄断的特殊规定，要求实行进口垄断的国家通过谈判的方式确定进口产品在国内市场的涨幅（mark-up），以避免国营贸易企业通过价格方式来间接对进口产品造成挤出效应；3.针对全部产品进口垄断的特殊规定，要求实行全部产品进口垄断的国家通过谈判的方式与其他出口国家达成最低购买数量协议，以确保外国产品在当地市场占有一定份额。联合国贸易和就业大会以美国的宪章提案为蓝本制定了 GATT1947 和 1948 哈瓦那宪章，最终文本舍弃了上述提案的第 3 条规定，而保留第 1 项和 2 项的内容作为对国营贸易企业的纪律规范。[21]

1.3 对于国营贸易企业规则的阐释和评价

国营贸易的定义和国营贸易企业适用的行为规则见诸于 GATT 第十七条以及有关数量限制的条款解释。国营贸易规则由三项义务组成：贸易非歧视待遇义务、对于隐性数量限制的义务、以及提供信息的义务。而 GATT 第二条（关税减让）第 4 款还规定对进口垄断企业施加的隐性保护的限制同样适用于同属于国营贸易企业的进口垄断企业。根据 GATT 第 17 条 1（a）项，如果 GATT 的任何缔约方建立或维持国有企业，或正式或实际上授予任何企业在涉及进口或出口的购买或销售方面的排他或特殊权利，则视为存在国营贸易。首先需要指出的是，第十七条并未对“国营贸易企业”进行定义。这自然会引发国营贸易企业的认定标准究竟是国家所有权、国家直接控制、实质性间接国家控制，还是其他标准的争议。[22] 不过从条文中可以看出，除了国有企业之外，国营贸易也可以由政府指令私营企业进行。此外，虽然对于排他性特权（exclusive privileges）的含义并不难理解，但对于条文所指的特殊权利（special privileges）到底为何物却不得而知。

---

[18] Letter from William L. Clayton, Assistant Secretary of State, to the United States Secretary of State, 1 November 1945, United States 1945 Proposals, p. IV.
[19] United States 1945 Proposals, Section E, State Trading, p. 17.
[20] Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations, US Department of State, September 1946 (United States Suggested Charter).
[21] Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, EPCT/33, p. 3.
[22] Edmond M Ianni, *State Trading: Its Nature and International Treatment*, 5 NW. J. INT'L L. & BUS. (1983).

这些缺乏精确性的定义的优点是可以容纳缔约方之间的制度多样性，但却在实际应用中面临着被各方任意解释的缺点，这也是 GATT 关于国营贸易的定期通知义务未被严格遵守的主要原因之一。[23]

如果某一企业被纳入第十七条国营贸易企业的范畴，那么该企业就需要遵循第 1 款（a）项规定的在企业进口和出口贸易中“以符合非歧视待遇一般原则的方式行事”的一般义务。第 1 款（b）项将前述的一般义务转化为两项具体义务：（1）“完全按照商业考虑，包括价格、质量、可用性、适销性、运输和其他购买或销售条件”进行涉及进出口的采购和销售，并且（2）“按照商业惯例，为其他缔约方的企业提供充分的机会，来竞争参与此类采购或销售。”第一项义务要求国营贸易企业仅能关注商业考虑，而排除非商业考虑（例如政治考虑），体现了 GATT 贸易决策去政治化的根本目的。第二项义务进一步界定了该义务，规定国营贸易企业在商业基础上向其他企业提供充分的竞争机会。国营贸易企业的非歧视待遇义务有三个限定条件。首先，它不适用于“出于政府使用目的的直接或最终消费，而非用于转售或生产待售商品”的进口。此类进口通常属于公共采购而非国营贸易范畴，因此 GATT 第十七条在公共采购领域规定缔约方应当给予相对方“公平和公正待遇”这一项相比非歧视待遇原则更为宽松的义务。其次，通过“附有条件的贷款”（tied loan）确定进口来源不被视为违反商业考虑标准。第三，只要“出于商业原因”而对不同国家采取不同的价格策略以满足出口市场的供需条件，出口价格歧视就不会被视为违反非歧视待遇规则。

GATT 第十七条为国营贸易企业设定的第二项一般义务是关于信息披露的义务。该规则要求缔约方定期披露有关国营贸易企业所涉及的进出口产品信息。如果某产品属于进口垄断并且不受其关税减让表的约束，在与相关产品有大量贸易的另一缔约方的请求下，国营贸易企业所属缔约方应当向另一缔约方通报最近具有代表性期间内该产品的进口加价，若无法告知则应当通报该产品的国内转售价格。此外，缔约方在有理由相信其利益受到另一缔约方国营贸易企业经营的不利影响时，可以请求该国营贸易企业所属缔约方提供其与执行本协议条款相关的运营信息。尽管如此，第十七条第 4（d）款的规定却在实质上削弱了这一透明度义务，该款规定相关方不得要求缔约方披露会妨碍该国执法、以其他方式违背该国公共利益、或者会损害特定企业的合法商业利益的机密信息。这三个类别中的每一项都允许国营贸易企业所属国政府主观地确定本披露义务的适用性。由于这种主观性，GATT 的国营贸易成员在调查问卷中实际做出披露的信息就会非常少。例如，在 1972 年的一项对 GATT 的通知中，波兰列出了其对外贸易机构，并简要描述了其贸易程序和目标，并附有附注，声称波兰不存在“GATT 第十七

[23] MM Kostecki, *State trading*, *in* STATE-OWNED ENTERPRISE IN THE WESTERN ECONOMIES (ROUTLEDGE REVIVALS) (2014).

条意义上的”国营贸易企业。[24]

GATT 国营贸易规则的第三项和第四项一般义务涉及数量限制和国内保护。在数量限制方面，适用于第十一条至第十四条和第十八条（数量限制的一般取消、为保障国际收支而实施的限制、非歧视地实施数量限制、非歧视原则的例外、政府对经济发展的援助）的解释性说明简洁地指出，这些条款中有关政府对于进出口所做出的限制的规定同样适用于通过国营贸易企业实施的此类限制。但该说明并未明确如何将这些规定适用于国营贸易企业。具体来说，这种应用并不是不言自明的，特别是考虑到国家贸易涉及确定长期和短期价格和数量的国家计划这一事实。GATT 第二条（关税减让表）第 4 款涉及到有关国营贸易企业的第四项一般义务。除两个极少数例外情况外，第 4 款禁止对进口产品实行国家垄断的缔约方利用其垄断企业“提供超过相应关税减让表中规定的平均保护金额的保护”。该条款的目的是防止国营贸易企业通过对国内转售价格行使垄断权力而损害 GATT 减让表中的关税减让。然而，由于该条款对于“平均”的限定条件并没有定义，一年内平均的保护量（假设可计算）可能与几年内平均的保护量有很大不同，因此对于“平均保护”问题会在相关方之间产生巨大分歧。[25]

二、中国入世时期所涉及的国有企业规则与问题

2.1 世贸体系与早期社会主义国家入世实践

由于历史原因，GATT 的国营贸易企业规则本是为处理市场经济国家中与贸易有关的国有企业问题所设计。[26] 因为在市场经济国家中，国营贸易企业是政府为了实现政治经济目标而对市场原则的较小程度的背离或偏差，属于一种例外情形。[27] 然而在计划经济国家中，国内经济并不以市场作为指导，而是完全依靠中央政府的经济指令计划，国家的全部对外贸易也都由国家所垄断，因此计划经济国家又被称为非市场经济国家或者国营贸易国家。[28] 在这种情况下，以市场经济为原则的国际贸易体系若想要接纳计划经济国家的参与，需要面对和解决的核心问题就是计划经济国家的国有企业和国营贸易问题，而这些问题仅凭 GATT 第 17 条的规制显然是远远不够的。[29] 因此，GATT 成员选择在 GATT 规则保持不变的基础上，通过在新成员加入 GATT 时的必要法律文件即加入议定书

---

[24] Edomond M Ianni, *International Treatment of State Trading, The*, 16 J. WORLD TRADE L. (1982).
[25] Wolfgang Friedmann, *Changing Social Arrangements in State-Trading States and Their Effect on International Law*, 24 LAW & CONTEMP. PROBS. (1959).
[26] Petros C Mavroidis & André Sapir, *China and the World Trade Organisation: Towards a Better Fit*, BRUEGEL WORKING PAPERS (2019).
[27] James M Reuland, *GATT and State-Trading Countries*, 9 J. WORLD TRADE L. (1975).
[28] Kazimierz Grzybowski, *East-West Trade Regulations in the United States: The 1974 US Trade Act, Title IV*, (1977).
[29] John M Leddy, *GATT: A Cohesive Influence in the Free World*, 40 JOURNAL OF FARM ECONOMICS (1958).

中增设新的义务来处理计划经济成员的国营贸易企业问题。[30] 因此从这个阶段开始，国有企业规则就被赋予了处理计划经济国家国营贸易问题的重要职能，也成为了促使不同经济制度之间相融合的关键要素。

尽管 GATT 体系的设计和运行以市场经济为核心原则，但作为一项多边性质的全球经贸倡议，GATT 并不排斥非市场经济国家的加入，前提是非市场经济国家承认市场经济原则并遵守 GATT 和加入议定书的自由贸易规则，并在相关原则和规则的指引下逐步转型成为市场经济国家。[31] 在 GATT 成立之后的半个世纪中，陆续有匈牙利、波兰、罗马尼亚等非市场经济国家加入 GATT，并顺利完成市场化转型。出乎常人意料的是，这些计划经济国家在加入 GATT 时，其国有部门并没有在加入议定书中受到“特殊照顾”。[32]

在非市场经济国家加入 GATT 的早期实践中，GATT 缔约方为新加入的成员所增设的义务主要包括两个方面，在进口方面，非市场经济国家需要遵守从其他 GATT 成员国进口货物的最低进口承诺和以每年从其他成员国新增进口的增幅承诺，以确保外国商品可以进入该国市场并且进口增速大致与本国 GDP 增速同步[33]；在出口方面，其他 GATT 成员国可以针对非市场经济国家出口至本国的货物在偏离最惠国待遇的情况下实施保障措施，以缓解非市场经济国家的廉价商品对本国产业的不利影响。[34] 尽管没有对于国有部门的特别规定，但这些以国营贸易为主的计划经济国家似乎并未对国际经贸体系造成过多困扰。其原因一方面是由于这些国家入关时在最惠国待遇方面做出一定妥协，因此欧美等主要经济体通过与计划经济国家达成双边安排或者依据国内贸易救济法律法规对来自国营贸易国家的出口货物有选择性地采取反倾销措施或特殊保障措施来保护国内经济[35]；另一方面是这些国家的经济体量较小，其贸易量占世界贸易的比重较低，因而对全球经济的影响十分有限，并且除古巴外的所有计划经济体在加入 GATT 后陆续完成了向市场经济的转型，较好的融入了世界贸易体系之中。[36]

2.2 “接合理论”下国有企业与中国入世问题

关于国际经贸协定中的国有企业规则问题在 2001 年中国加入 WTO 前后又受到了广泛的讨论。在中国入世前夕，许多学者都表达了中国对 WTO 影响的担忧。Gary Hufbauer 指出，中国如果不对国有企业进行私有化和自由化的改革，

---

[30] Eliza R Patterson, *Improving GATT rules for nonmarket economies*, 20 J. WORLD TRADE L. (1986).
[31] Robert E Herzstein, *China and the GATT: legal and policy issues raised by China's participation in the General Agreement on Tariffs and Trade*, 18 LAW & POL'Y INT'L BUS. (1986).
[32] Paul Lansing & Eric C Rose, *Granting and Suspension of Most-Favored-Nation Status for Nonmarket Economy States: Policy and Consequences, The*, 25 HARV. INT'L. LJ (1984).
[33] Francine McKenzie, *GATT and the Cold War: Accession debates, institutional development, and the Western Alliance, 1947–1959*, 10 JOURNAL OF COLD WAR STUDIES (2008).
[34] Steve McCorriston & Donald MacLaren, *Do state trading exporters distort trade?*, 51 EUROPEAN ECONOMIC REVIEW (2007).
[35] Stanislaw Soltysinski, *US Antidumping Laws and State-Controlled Economies*, 15 JOURNAL OF WORLD TRADE (1981).
[36] Julia Ya Qin, *The challenge of interpreting 'WTO-PLUS' provisions*, 44 see id. at (2010).

其加入 WTO 之后将会对 WTO 的基本结构造成撕裂性影响。一个受到各种特权保护的大型国有部门，在贸易和投资方面与私营企业同台竞争，势必会造成巨大的摩擦。[37] Blumental 表示，国有企业作为社会主义经济下的中流砥柱，其改革问题是中国加入 WTO 诸多问题中的关键，国有企业问题将会是市场准入以及消除非关税壁垒谈判的基础。[38]

中国在 1945 年本是以市场经济国家身份参与了 GATT 的创立，是 GATT 的初始缔约国之一。但在中国内战战败后，前国民党政府召回了驻 GATT 的代表并宣退出 GATT。在新中国开始实施改革开放政策之后，中国政府才在 1986 年提出恢复 GATT 成员国身份，但由于彼时中国采用计划经济模式，中国复关存在较大难度。在 1987 年，苏联政府也提出申请成为 GATT 观察员国。面对中国和苏联这两个人口和经济体量巨大的计划经济国家，国际社会不禁担心对于以市场经济为原则 GATT 是否有能力接纳两个最大的计划经济国家，如果是，那么又如何避免其庞大的国营部门不对 GATT 自由贸易体系产生破坏？来自美国的 John Jackson 教授提出了著名的“接合理论”，指出当前 GATT 面临的核心问题就是如何使得采用不同经济制度的经济体可以在国际贸易体系中顺利“接合”（interface）。[39] 为确保实现不同经济制度的接合并为非市场经济国家转轨为市场经济国家提供可能性，基于 GATT 过去接纳小型计划经济体的经验，Jackson 教授提出采用双轨制来处理大型计划经济国家加入 GATT 的兼容性问题。双轨制是指正常情况下 GATT 的自由贸易规则对全体成员平等适用，但在市场经济成员国内产业认为受到来自计划经济国家出口贸易侵害时，该国政府有权通过必要程序来确定该项出口是否构成“国营贸易出口”，若该项指控成立，并且“国营贸易出口”与国内产业所受到的“严重损害”具有因果关系，则应当允许该国采用特殊规则对贸易损害进行救济。如果国营贸易国家完全过渡为市场经济国家，则双轨制应当被废止。

随着苏联的解体以及 GATT 正式转化为 WTO，接合理论被应用到中国入世的过程中。除了 WTO 中对所有成员都适用的一般规则外，中国在入世议定书中接受了大量“超 WTO”义务，主要涉及中国国有部门的市场化改革义务以及与中国“国营贸易出口”有关的歧视性的贸易救济规则。

在议定书签署前后，许多学者认为《中国入世议定书》对中国以及中国国有企业制定的特殊规则过于严格。Julia Qin 认为《中国入世议定书》对中国设置的特殊待遇是完全错误的。在中国入世之前，WTO 为计划经济向市场经济过渡的转型经济体规定了较长的缓冲期间可以进行私有化和引入市场力量，并且《SCM

---

[37] Gary Hufbauer, *China as an Economic Actor on the World Stage: An Overview*, in CHINA IN THE WORLD TRADING SYSTEM: DEFINING THE PRINCIPLES OF ENGAGEMENT (F. Abbot ed., 1997).
[38] David Blumental, *Reform or Opening-Reform of China's State-Owned Enterprises and WTO Accession-The Dilemma of Applying GATT to Marketing Economies*, 16 UCLA PAC. BASIN LJ (1997).
[39] John H Jackson, *State Trading and Nonmarket Economies*, THE INTERNATIONAL LAWYER (1989).

协定》也允许政府为促进国有企业的私有化提供相应补贴。但是《中国入世议定书》中规定上述对于过渡经济体的特殊政策不对中国适用，体现了基于中国经济体量和所有制的担忧。尽管 WTO 法律体系以所有制中性为原则，《中国入世议定书》对于中国的待遇是对这种原则的背离，同时也违反了 WTO 的非歧视原则。[40] 类似地，Blumental 认为《中国入世议定书》为中国设定的特殊保障措施违背了多边贸易体系中的法治原则，WTO 的公正性与所有成员的长期利益有赖于 WTO 规范的平等适用。[41]

随着中国在世界贸易中的影响日趋加强以及与中国有关的国际贸易摩擦频繁发生，质疑《中国入世议定书》中关于国有企业纪律的有效性的声音越来越大。Philip I. Levy 认为，在入世之前中国国有企业就在补贴、非市场经济、国营贸易、政府采购、公司动机、投资、主权豁免等方面都存在突出问题，这些方面都需要单独的规定进行规制，但是《中国入世议定书》中关于国有企业问题的处理非常简短，仅对现有 WTO 协议进行了特定调整，而没有充分考虑到中国问题的特殊性，因此中国入世后中国与贸易伙伴的贸易冲突持续增加。而在争端解决方面，由于《入世议定书》对中国企业的规范较少，当事方起诉中国时缺乏可以直接援引的法律依据，而更多的援引《SCM 协定》的规定来提起争议解决。因此从事后的角度来看，2001 年的《中国入世议定书》对国有企业的规制严重不足，这是中国国有企业在当前引发国际重要关切的制度性根源。[42]

2.3 中国入世后的国有企业新问题

加入 WTO 的二十多年间，中国国有企业在 WTO 法律体制内面临两方面的突出挑战，分别是国有企业和《SCM 协定》下公共机构的关系问题，还有 2016 年之后中国在反倾销领域的非市场经济地位问题。

国有企业和公共机构问题是补贴与反补贴规则领域最具争议的议题之一。对于公共机构的解释的意义在于，如果国有企业属于公共机构，则可直接构成《SCM 协定》之下适格的补贴主体；如果国有企业未被认定为公共机构，则其可能会被推定为具有与私营企业相当的地位，只有证明受到政府或公共机构的委托或指令，方能成为适格的补贴主体。

在评价“政府控制标准”方面，蒋奋认为将公共机构解释为政府控制的实体不仅有悖条约解释规则，也违反了该条款的立法目的和整个《SCM 协定》的宗

---

[40] Julia Ya Qin, *WTO regulation of subsidies to state-owned enterprises (SOEs)–a critical appraisal of the China accession protocol*, 7 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2004).
[41] David Blumental, *Reform or Opening-Reform of China's State-Owned Enterprises and WTO Accession-The Dilemma of Applying GATT to Marketing Economies*, 16 UCLA PAC. BASIN LJ (1997).
[42] Philip I Levy, *The Treatment of Chinese SOEs in China's WTO Protocol of Accession*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

旨；[43] 龚柏华认为，专家组在“双反案”中得出《SCM 协定》第 1.1 条的公共机构一词是指为政府控制的任何实体的推论过于武断，国有企业是否构成《SCM 协定》上的公共机构，应根据个案而定，不能一概而论。[44] 有学者业同样对上诉机构的“政府权力标准”提出批评，白巴根认为“政府权力”的法律标准是非常含糊的，在实践中很难确定。相反，将所有类型的政府控制的实体，包括国有企业视为公共机构是更简单明了和更可行的方法。同时，公共机构只是认定补贴的要件之一，要实施反补贴措施，还须满足利益、专向性等其他要件。所以，以“政府控制”来认定公共机构不会造成反补贴调查方和被调查方的权利失衡。同时，由于上诉机构将证明相关实体的政府权力的举证责任分配给进口国政府调查机构，会造成进口调查机构的负担过重。[45]

许多学者对上诉机构的“政府权力标准”表达了支持之余，也都对该标准所带来的漏洞表示担忧。陈卫东认为，尽管上诉机构指出如果没有进一步的证据和分析，政府所有权、董事会任命等形式特征不足以认定公共机构，但除了上述常用的形式特征外，其他的进一步的证据是什么，对此上诉机构没有详细阐述。这在一定程度上仍然给美国反补贴调查机构留下了空间，美国很可能会在新的对华反补贴调查和复审中不断试探和试错，探寻规则底线。[46] 徐程锦认为，上诉机构关于“如果政府对国有企业的控制是多重的并且以一种‘有意义的’方式行使，则可以推断企业行使了政府职权”的论述存在两个重大问题，首先，从企业履行政府职能的例子直接过渡到政府对企业实施“有意义的控制”，其间缺乏逻辑联系和必要的解释；其次，何为“有意义的控制”，上诉机构没有进一步阐述。[47] 张军旗认为，从法理上看，虽然“政府权力标准”更加符合我国政府的一贯立场，并且一直得到上诉机构的支持，但如上所述，该标准在法理上是不可靠的，上诉机构和专家组的错误解释以后总会得到纠正。另一方面，从争端解决实践看，即便适用了“政府权力标准”，我国国有企业仍被认定为公共机构。既然“政府权力标准”在法理上根本就不可靠，在具体争端中的适用效果又与“政府所有权标准”无异，我国并未由前者的适用获得多少实质性利益，并且这种状况未来一定时期很难发生逆转，这样，在谈判中我国继续坚持“政府权力标准”就没有什么实际意义了，不如以退为进，考虑放弃“政府权力标准”，转而接受“政府所有

---

[43] 蒋奋：《反补贴语境下的国有企业定性问题研究》，载《上海对外经贸大学学报》，2017 年第 1 期，第 5 页。

[44] 龚柏华：《国有企业是否当然为补贴与反补贴协定第 1.1 条意义上“公共机构”辨析——兼评美国对来自中国某些产品最终反倾销和反补贴税措施 WTO 争端案》，载《国际商务研究》，2010 年第 6 期，第 29 页。

[45] 白巴根:《“国有企业”是否构成“公共机构”?———“美国对华反倾销和反补贴调查案”上诉机构观点质疑》，载《WTO 法与中国论丛(2012 年卷)》，知识产权出版社 2012 年版，第 103 页。

[46] 陈卫东：《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争：以 WTO 相关案例为重点》，载《当代法学》2017 年第 3 期，第 23 页。

[47] 徐程锦、顾宾：《WTO 法视野下的国有企业法律定性问题兼评美国政府相关立场》，载《上海对外经贸大学学报》2016 年第 3 期，第 17 页。

权标准”，以换取其他成员在其他问题上的让步，这也有助于 WTO 改革谈判的有效推进。[48]

Petros C Mavroidis 认为，在“双反案”中美国商务部错误地决定将国家所有权与市场行为等同起来，而不检查该国有企业的行为是否按照私营企业的做法行事。WTO 上诉机构同样错误地认为国家所有权在案件中不发挥任何作用，并且在美国每次将国有企业等同于补贴代理人的情况下，对美国进行例行的反驳。结果就造成了一场上诉机构危机，它虽然不必然起源于中国和中国的国有企业，但它威胁到上诉机构的生存和在 WTO 一级实行强制性第三方裁决的机制。[49] Lee 则具体讨论了中国国有企业是否构成《SCM 协定》项下的公共机构。一旦构成，则《SCM 协定》关于公共机构的规定对所有国有企业都同样适用。他指出这个问题已经困扰 WTO 法官多时，并且迄今也没有形成具有一致性的判例法。Lee 通过分析相关判例法的形成和现状，指出“控制标准”应当被认为是判定国有企业是否构成公共机构的最合适的标准。[50]

在反倾销和非市场经济待遇方面，Jochem de Kok 指出《中国入世议定书》第 15（a）（ii）条于 2016 年 12 月 11 日正式失效并不“自动”给予中国市场经济待遇，但其仍将导致在 2016 年之后 WTO 成员方不能继续援引议定书中的非市场经济价格方法来计算中国产品的倾销幅度的法律效果，因此 GATT 和《反倾销协定》的一般规则就成为了对来自中国的进口产品展开反倾销调查的唯一法律依据，这将不利于针对中国扭曲价格行为进行的贸易救济工作。[51] Thomas Prusa 重点关注了 GATT 第 6 条的解释性注释，以及 WTO 对于非市场经济体的反倾销实践。Prusa 指出，当法律为调查机关在处理非市场经济相关问题留下一些裁量空间时，调查机关对于法律空间的滥用将会在 WTO 判例法层面受到谴责。比如在 2007 年美国一改过去禁止同时对非市场经济体加征反倾销税和反补贴税的做法，而对非市场经济体进行双重救济，随后欧盟也沿用美国的做法。WTO 上诉机构在相关案件中裁定双重救济不符合《SCM 协定》的要求，并且调查机构有责任确保不对调查对象采取双重救济。因此，现有法律规定以及判例法下针对中国贸易可以采取的救济手段十分有限。[52]

一些学者尝试去分析造成当前中国与 WTO 体系困境的根源。Li-Wen Lin 分析了中国国有企业的运行方式，以及不同行政机关对这些国有企业的监管模式，

---

[48] 张军旗：《WTO 改革背景下补贴与反补贴措施协议中“公共机构”法律解释的反思》，载《当代法学》2021 年第 3 期，第 137 页。

[49] Petros C Mavroidis & André Sapir, *China and the World Trade Organisation: Towards a Better Fit*, BRUEGEL WORKING PAPERS (2019).

[50] Jieun Lee, *China's nonmarket economy treatment and US Trade remedy actions*, 51 JOURNAL OF WORLD TRADE (2017).

[51] Jochem De Kok, *The future of EU trade defence investigations against imports from China*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).

[52] Thomas J Prusa, *NMEs and the Double Remedy Problem*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

为理解国有企业给世界贸易造成的挑战提供了充分的背景研究。Lin 通过解析国有企业和不同国家机构的关系，提供了一个有关中国国有企业的全面分析研究。她指出，中国的国有企业深深嵌入到中国政府紧密而复杂的治理网络结构之中。而政府和国有企业的股权联系仅仅是政府控制国有企业的特征之一，此外还有许多难以察觉（法律没有明文规定的）的治理机制，这些机制与世界其他地区存在重大差异。Lin 指出在管理国有企业方面，政府进行了程度较大的干预作用，尤其是通过国资委这一监管机构。[53]

Mark Wu 将中国经济的独特性总结为 6 个方面：（1）中国的全部国有企业由一个单一的政府机构国资委来控制；（2）政府通过中央汇金公司对金融机构实施控制；（3）国家发改委对经济发展计划及生产投入进行控制；（4）中国特有的国企集团公司网络；（5）党对经济的参与和控制；（6）私有企业与党和政府的紧密关系。这 6 方面结合起来形成了独特的“中国公司”经济模式，而 WTO 法律体系仅考虑了自由市场经济体和由指令经济向市场经济转型的经济体的规制模式，针对独特的“中国公司”经济模式参与国际贸易缺乏有效规制，中国经济模式与多边经贸法治的不兼容性逐渐导致了多边贸易治理体系的危机。[54]

三、与国有企业有关的竞争中立问题探讨

3.1 竞争中立相关理论和概念

国有企业在国家经济中发挥着重要作用，对世界经济发展也具有重要影响。[55] 国有企业的发展和运行体现着政府对于经济的干预和控制。Michael Albers 认为，全球范围内几乎所有国家政府都对其境内运行的市场具有双重影响，一方面，国家作为规则制定者对市场行使监管职能，另一方面，国家还作为购买者以及商品和服务的供应者在市场中发挥作用。[56] Beka Khitiri 指出，在向私营企业开放的市场中，国家作为购买者和供应者的活动存在扭曲竞争的风险。原因在于，国家不仅仅是与其他市场参与者相类似的普通购买者或供应者，而且在大多数情况下比与其竞争的其他购买者或供应者享有更多竞争优势。因此，建立一个适当的立法框架，将国有企业纳入其中至关重要。[57]

与国有企业活动有关的主要研究课题领域之一是竞争法。[58] Manuela Mosca

---

[53] Li-Wen Lin, *A Network Anatomy of Chinese State-Owned Enterprises*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
[54] Mark Wu, *The China, Inc. Challenge to Global Trade Governance*, 57 HARV. INT'L LJ (2016).
[55] Curtis J Milhaupt & Mariana Pargendler, *Governance challenges of listed state-owned enterprises around the world: national experiences and a framework for reform*, 50 CORNELL INT'L LJ (2017).
[56] Michael Albers, *Achieving Competitive Neutrality Step-By-Step*, 41 WORLD COMPETITION (2018).
[57] Beka Khitiri, *The Principle of Competitive Neutrality: Theory and Practice*, J. LAW (2021).
[58] Mitsuo Matsushita & CL Lim, *Taming Leviathan as Merchant: Lingering Questions about the Practical Application of Trans-Pacific Partnership's State-Owned Enterprises Rules*, 19 WORLD TRADE REVIEW (2020).

指出，竞争法的目的是确保营造一个充分竞争的环境，在这样的环境下任何主体想要取得乃至是滥用主导地位是不可能的。[59] 然而，Fletcher 认识到对国有企业实施竞争法往往会与该实体的利益发生冲突，特别是在此类实体选择积极参与商业活动的情况下。[60] 因此，政府通过制定限制竞争的法律法规，或者在竞争法中对国有企业采取豁免或例外来影响竞争的公平环境。即便竞争法明确适用于政府控制下的实体，这些实体也会仅仅因为政府所有权或控制权而获得优势。[61]

学界的主流观点认为，竞争对于国内经济以及国际经济来说都至关重要，因此，各国都应该创造健康、竞争的环境来确保经济福利的提升。[62] 与此同时，当国家决定成为商业活动的参与者时，国有企业的成功自然有助于实现政府的经济利益。[63] 通常来说，商业实体会在其能力范围内利用一切可用的工具来取得成功，而当此种商业实体为国有企业也不能避免这一规律，这就必然会导致国有企业在市场竞争中利用其所拥有的先天优势，而这种优势来自于国有企业和政府之间的所有或者控制关系。[64] 竞争中立政策的基础是认识到与私营部门竞争的政府商业活动不应因其所有权而具有竞争优势。因此，竞争中立政策内涵指的是国有企业和私营企业面临相同规则的监管框架，并且与政府的接触不会给任何市场参与者带来竞争优势。[65]

国际上，许多国家已经认识到与竞争中立相关的潜在问题，并采取措施，通过实施竞争中立政策或规则，为政府机构和私营部门之间的竞争创造公平的竞争环境。[66] 在这种背景下，作为拥有“当今实施的最完整的竞争中立框架”的法域，澳大利亚被视为竞争中立政策的全球领导者。[67]

3.2 澳大利亚竞争中立实践

上世纪九十年代初，澳大利亚在各州和地区的支持下对竞争法和竞争政策进行了广泛的审查，被称为“希尔默审查”。[68] 竞争中立就是根据希尔默报告的建议实施的众多法律和政策改革之一。希尔默改革的背景是 20 世纪 80 年代末和

---

[59] Manuela Mosca, *On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition*, 15 THE EUROPEAN JOURNAL OF THE HISTORY OF ECONOMIC THOUGHT (2008).
[60] GG Fletcher, *Legitimate yet Manipulative: The Conundrum of Open-Market Manipulation'(2018)*, 68 DUKE LJ.
[61] Deborah Healey, *Competitive neutrality: addressing government advantage in Australian markets*, *in* STATE-INITIATED RESTRAINTS OF COMPETITION (2015).
[62] Mikyung Yun, *An analysis of the new trade regime for state-owned enterprises under the trans-Pacific partnership agreement*, 20 JOURNAL OF EAST ASIAN ECONOMIC INTEGRATION (2016).
[63] Evan B Shaver, *Two Paths to Development: Policy Channeling and Listed State-Owned Enterprise Management in Peru and Colombia*, 21 U. PA. J. BUS. L. (2018).
[64] Eskil Goldeng, et al., *The performance differential between private and state owned enterprises: The roles of ownership, management and market structure*, 45 JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES (2008).
[65] OECD, P*olicy Roundtables: S*t*ate Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality* (2009)
[66] Deborah Healey, Competitive neutrality and its application in selected developing countries (2014).
[67] OECD, *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business: Report on OECD and National Best Practices in Competitive Neutrality* (2012).
[68] Frederick Hilmer and Independent Committee of Inquiry into Competition Policy in Australia, *National Competition Policy Review* (1993)

90 年代初政府所有的国有企业越来越多地参与到以私营部门为主的市场竞争中。彼时，澳大利亚竞争政策并未将竞争中立视作一个独特的政策要素，澳大利亚政府仅通过一些特定的临时措施以及对国有部门的公司化改革来应对竞争中立问题。然而，某些以商业为导向的国有企业享有各种官方豁免权和优于私营部门同行的优势，包括税务减免和监管要求豁免、债务担保、优惠利率以及无需实现商业资产回报率的指标要求。其产生的潜在的影响是，效率低下的国有企业以低于效率更高的私营竞争对手的定价策略，并从他们手中夺走业务，从而降低了经济资源的配置效率。“希尔默审查”成功地将竞争中立提上了澳大利亚的改革议程。[69]

希尔默改革的目标是在澳大利亚建立真正的全国市场、竞争法的普遍覆盖以及实施更有效的竞争政策框架。这些改革是多年来在国际贸易、国内监管和公共部门管理领域进行的一系列经济改革的一部分，改革重点是增加了对市场和竞争的依赖，以促进效率和增长。[70] 竞争中立被认为是国有企业与私营部门竞争的一个关键问题。除了对竞争法（时为《1974 年联邦贸易惯例法》）进行重大修订，将国有企业在内的更多企业纳入竞争法的管辖范围之内，还推出了许多涉及国家竞争政策的倡议以进一步推进相关竞争政策目标的实现。

例如，“希尔默审查”引入了对联邦和州一级所有法律的审查制度，以识别那些限制竞争的法律。当联邦、各州和领地同意引入竞争中立制度后，“竞争中立”这一新概念就正式进入了竞争政策的范畴。尽管澳大利亚竞争政策和法律侧重于竞争过程而并非实质的竞争力，但竞争中立政策认识到如果国有企业要受限于私营部门竞争对手的有效竞争，并且如果这些竞争对手能够在与政府的竞争中得以生存下来，政府所有权带给国有企业的任何优势（或劣势）都需要被消除。然而，这并不是一个过分的要求，因为对于竞争中立原则的正确运用将为社会带来净效益增长。[71]

澳大利亚的竞争中立的目标是消除因国有企业而产生的市场扭曲。该政策的适用前提和范围包括：有竞争的市场；重要的政府商业活动；全国各级政府；实行竞争中立的收益大于成本。竞争中立不适用于非商业、非营利活动。澳大利亚竞争中立的关键原则是（1）税收中性，要求国有企业不享有税收豁免或竞争对手无法获得的优势；（2）债务中性，要求国有企业承担与其竞争对手类似的借贷成本；（3）监管中性，要求国有企业不会因在与其竞争对手不同的监管环境中运营而获得优势；（4）商业回报率，要求实体获得足以证明长期保留资产的回报并支付商业股息；以及（5）价格反映成本，这要求从事重大业务活动作为

---

[69] OECD, *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement: Note by Australia* (2015)
[70] Treasury, *Review of the Commonwealth Government's Competitive Neutrality Policy,* Consultation Paper (2017).
[71] Council of Australian Governments ('COAG'), *Competition Principles Agreement* (1995).

更广泛职能一部分的机构设定价格以反映其业务活动的全部成本归属，部分是为了确保为非商业、非营利活动提供的公共资金不用于补贴商业活动。

澳大利亚的竞争中立还关注政府就国有企业在提供非商业公共服务的补贴问题，因为此类补贴可能使国有企业获得竞争优势来从事交叉补贴活动。竞争中立要求国有企业必须明确非商业服务义务范围以及资金的提供情况，以便企业定价可以反映全部成本。而澳大利亚国家竞争委员会则负责评估商业服务是否明确规定并提供适当资金。澳大利亚的竞争中立政策实施效果显著良好，原因是竞争中立深化了澳大利亚国有企业改革，并且已被大型国有企业广泛实施，显着提高了经济效率，在实质上消除了政府所有制的优势。

3.3 欧盟竞争中立实践

欧盟采用特殊的竞争法规则来应对政府和私营实体之间的竞争中立问题。欧盟成员国或使用欧盟模式的国家通常有类似《欧盟运作条约》第 106 条的条款，对提供一般经济利益服务或被授予特殊或排他权利的实体进行规制。总体上来说，《欧盟运作条约》第 106 条规定，政府实体或代表政府的私人实体提供的服务应遵守欧盟运作条约的竞争条款，除非此类规则的应用妨碍了法律分配给这些实体的特定任务的执行。[72]

欧盟竞争中立模式的第一个特点是，竞争中立原则在欧盟条约中的地位已经确立了 50 多年之久。该条约第 106 条明确规定，国有企业属于竞争法的适用范围，欧盟成员国不得做出任何违反这一规则的行为。国有企业还须遵守反垄断和国家援助（补贴）规则。该体系的第二个特点是该条约赋予欧盟委员会解决国有企业经济活动所引发的相关问题的职权。欧盟委员会可以要求成员国将竞争规则应用于国有企业，并且如果一家国有企业违反竞争规则，欧盟委员会本身可以针对该公司发布决定，要求其停止行为，并可以处以罚款。如果国有企业在政府的协助下或由于政府的影响（例如政府要求公司收取滥用价格）而违反竞争法，欧盟委员会可以向成员国政府发出指令或决定，要求其停止这些做法。

除《欧盟运作条约》第 106 条外，欧洲关于国家援助和补贴的规则适用于成员国政府或其他公共机构向任何国有或私营公司提供的补贴和国家援助。鉴于公

---

[72] European Union Model Provision: Article 106 EC (1) In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109.
(2) Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.
(3) The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

共机构与国有企业之间的特定关系，这些规则对于国有企业尤为重要。国家援助不仅包括资本注入或补助，还包括减税或免税期、社会保障成本的减少。国家援助通常是被禁止的，但也有例外。如果成员国政府计划向任何公司提供国家援助，则有义务通知欧盟委员会。然后，欧盟委员会将审查该项援助计划中的措施并决定是否批准。禁止国家援助的规定最早确立于 1958 年建立欧洲经济共同体（欧盟的前身）的《罗马条约》，这项政策的宗旨是为了维持成员国之间的公平竞争环境，以支持单一市场的目标。《欧盟运作条约》第 107(1)条规定，禁止由成员国政府通过偏向某些企业或某些商品的生产而扭曲竞争的与欧盟内部市场不相容的影响成员国之间贸易的援助。

若要认定一项政府措施属于国家援助，必须证明国家对市场的干预赋予了优势（例如，以更好的条件获得资金）、有选择性地向企业、行业、部门或地区提供利益、以及扭曲或可能扭曲竞争和贸易。《欧盟运作条约》第 107(3)条规定了解决市场失灵或实现其他公共政策目标所带来的利益与该行为造成的扭曲效应的损失之间的平衡。只有当市场扭曲的损失大于公共目标的收益时，才会被认定为违反第 107 条。[73]

国家在向私营企业购买服务时，可以要求其提供市场未提供的服务。例如，国家可能对供应商施加特定义务，以实现公民社会组织等社会政策目标，包括普遍获得供应以及以公平合理的价格供应。政府在这种情况下支付的补偿将不被视为国家援助。欧洲法院在 2003 年 Altmark 案裁决中认定，在以下情况下，对公共服务的补偿不构成国家援助：明确规定普遍或公共服务义务；补偿标准客观、透明且预先确定；补偿不超过成本，包括合理的利润；以及补偿是通过公共采购或根据经营良好的公司的典型成本确定的。[74]

近年来，欧盟出现了大量涉及国家援助的案件，其中最具代表性的是爱尔兰机场税一案。2009 年 3 月至 2011 年 2 月期间，从爱尔兰机场出发的飞行里程超过 300 公里的航班的乘客需要缴纳每人 10 欧元的长途税。对于距离小于 300 公里的航班，每位乘客仅需缴纳 2 欧元的税费。2012 年，欧盟委员会认定这些费率构成国家援助，因为其赋予国内航班相对于跨境航班的选择性经济优势。欧盟委员会下令收回瑞安航空、爱尔兰航空和阿兰航空获得的非法援助，金额为长途乘客缴纳的 10 欧元与短途乘客缴纳的 2 欧元之间的差额。在向普通法院上诉后，欧盟委员会的决定被撤销。法院认为，欧盟委员会应该确定航空公司将较低费率的好处转移给乘客的程度，作为确定实际获得的好处的基础。此外，欧盟委员会应该确定应偿还的金额，以将竞争恢复到没有税收的情况下。2016 年，欧洲法

---

[73] OECD, *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement: Note by the European Union* (2015).

[74] *Altmark Trans GmbH and Regierungspra¨sidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (C-280/00) [2003] ECR I-7747.

院重新维持了欧盟委员会的原判。

3.4 美国竞争中立实践

由于对市场经济的坚定信念这一哲学原因，美国并没有关于竞争中立的单独规定。与国有企业行为有关的问题属于反垄断法的考虑范围。美国的国有企业相对较少，并且大多数国有企业所承担的责任与传统政府职能几乎没有区别，或者在基于市场的方法被认为不可行或未能实现政府目标的情况下履行政府政策。

根据“国家行为原则”，国有或私营企业的行为“遵循明确阐述和肯定表达的国家政策的指示，并受到积极的国家监督，可豁免反垄断法律责任”。此外，国有企业的角色“通常是专业化的，政府和私营部门之间的竞争程度至多是间接的，而且往往可以忽略不计或根本不存在”。[75]

“国家行为原则”实际上意味着国家指导的行为会受到类似于澳大利亚所谓的“王冠之盾”的保护，或者是受到“管制行为”的辩护，即不受反垄断法的约束。2013 年，在 Phoebe Putney Health 案中，最高法院澄清了“明确表达”的狭义含义，但拒绝回答“国家行为原则”是否存在“市场参与者”例外的问题。[76]

此后，美国最高法院于 2015 年在北卡罗来纳州牙医委员会一案中做出的裁决明确表示，“市场参与者”应属于例外情况，并须遵守严格的规则。[77] 本案涉及国家监管委员会的反竞争行为是否有权享受国家诉讼豁免权。根据《北卡罗来纳州牙科执业法》，北卡罗来纳州牙医委员会有权规范该州的牙科执业。[78] 牙医委员会成员包括由州政府选出的北卡罗来纳州居民。案件起因是有牙医向委员会投诉称，有一些没有牙科执业资格的从业者以比牙医低得多的价格为顾客提供牙齿美白服务。经过调查后，牙医委员会向一些提供这些服务的非牙医从业者发出了禁止令。牙医委员会还采取了其他行动，包括联系房东，阻止他们将房屋出租给这些非牙医从业者。牙医委员会最终成功地阻止了非牙医继续开展牙齿美白服务。

联邦贸易委员会声称该委员会的行为引发了反垄断问题。牙医委员会声称它受到国家行为豁免权的保护。法院认为，拥有“大量活跃市场参与者”作为成员的国家监管机构必须证明：（1）案件涉及的限制措施符合国家明确阐述的政策要求；且（2）该措施的行使受到国家的积极监督。

根据第四巡回法院的上诉，美国最高法院裁定该委员会不受“国家行为原则”的保护。鉴于“大量的活跃市场参与者”，牙医委员会被认为是在国家行为豁免问题上的非主权行为者。这意味着，作为非主权行为者若要援引豁免权，必须证明

---

[75] OECD, *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement: Note by the United States* (2015).
[76] *Federal Trade Commission v Phoebe Putney Health System Inc*, 568 US (2013).
[77] *North Carolina State Board of Dental Examiners v Federal Trade Commission*, 574 US (2015).
[78] *North Carolina General Statutes* ch 90 art 2.

上述两个条件。法院认为，在此案中没有证据表明国家对该委员会所从事的反竞争行为行使了积极监督，因此该委员会不能受到“国家行为原则”的豁免。[79]

四、CPTPP 时期国有企业新规则的必要性与可行性

4.1 国际经贸法领域应对国企问题的不足

Ines Willemyns 从国有企业与私营企业的差异性出发来论述国有企业规则的必要性。首先，国有企业和私营企业具有不同的指导目标。在私营企业主要致力于利润最大化的情况下，国有企业可以作为纠正市场失灵的一种工具，例如自然垄断型国有企业或国有企业作为发展经济政策的主要推动者。其次，国有企业的特点是其固有的竞争优势。这些竞争优势仅仅是由于国家所有权、国家的财政参与、政府对企业运作的控制。国有企业和私营企业的第三个区别在于决策层面和问责机制的差异。国有企业的决策权通常集中在有限的几个人手中，他们通常缺乏激励机制，所承担的责任也与其职能不相匹配。但是应考虑到，国有企业以各种不同的公司形式存在，并具有不同的特征，从而影响贸易扭曲的可能性。这些特征有助于解释为什么国有企业经常会抑制竞争中立的市场。如果政府通过国有企业实现其目标，则贸易和投资可能会受到严重损害。对特定规则的需求由此产生，以便国有企业的运营不会扭曲国际贸易。[80]

Mark Wu 认为，鉴于多边谈判陷入僵局以及世贸组织争端解决系统的局限性，中国的贸易伙伴可能会将大型区域贸易协定视为解决国有企业问题的最佳途径。尽管存在规制成本问题和规则不完善的情况，但此类协议为制定新规则以应对与中国独特的经济结构有关的问题提供了最佳的机制。即使此类规则目前不对中国具有约束力，它们也提供了建立规范的机会，并为选择接受这些规范的成员提供了额外的优惠贸易准入。就目前而言，这些大型区域贸易协定被认为是解决中国公司产生的贸易问题最有效的选择。[81]

刘振宇等指出，美日欧提出的关于 WTO 改革的三方声明直指“非市场经济”体制和国有企业议题，逐步明确将国有企业议题谈判多边化，要求在经合组织、二十国集团等多边场合讨论和关注国有企业导致的不公平竞争问题，特别是将国有企业议题纳入世贸组织贸易谈判框架，使之成为世贸组织改革的核心谈判要点。在发达经济体成员力推的世贸组织改革议程中，国有企业议题具有现实实践的基础，也有一定的理论逻辑。按照国有企业的定义，多数世贸组织成员均不同

---

[79] Note, ‘North Carolina State Board of Dental Examiners v FTC’ (2015) 129 Harvard Law Review 371.
[80] Ines Willemyns, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are we Moving in the Right Direction*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).
[81] Mark Wu, *The China, Inc. Challenge to Global Trade Governance*, 57 HARV. INT'L LJ (2016).

程度地拥有数量不一的国有企业，国有企业议题具有共性。但是，发达经济体成员力推的国有企业议题多边谈判具有明显的指向性，即非市场导向的国有企业扭曲了多边自由贸易，因而需要强化国有企业多边规则。关于国有企业议题，特别是在有可能形成多边规则方面，中国既不能完全忽视，也不宜被动接受，而是要积极研究，围绕营造公平竞争环境提升国有企业国际竞争力，提前谋划部署，主动应对挑战。[82]

Alicia García-Herrero 和 Gary Ng 从中国国有企业和私营企业在国内所受的差别待遇入手，从债务中立、税收中立的相关要素出发进行量化分析，指出中国市场的竞争环境较弱，国有企业的竞争优势明显强于私营企业。并建议要提高中国的竞争环境，可以从内部和外部两个方面入手。在国内方面，首先要明确哪些领域应当遵循竞争中立规则，哪些领域应当属于自然垄断部门。另一方面，来自外力的推动也可以促使中国的决策者进一步以竞争中立为目标进行国有企业改革。从多边层面来看，WTO 是说服中国接受竞争中立规则最显著有效的场合，但这有赖于主要的利益攸关方共同努力提出一个适用于所有成员方的改革方案；从双边层面来看，有关中美贸易协定及中欧全面投资协定的谈判也均是推动中国确立竞争中立规则的有效渠道；若中国不愿通过外部压力的形式来促进内部改革，可以通过主动加入 OECD 并遵守其公司治理原则和竞争中立规则的方式来改善竞争环境并实现国有企业改革。[83]

Kovacic 讨论了中国国内的市场竞争情况，以及十八届三中全会和四中全会对于市场改革的意见。这些改革对于实现中国的战略经济目标并迅速过渡为高收入经济体而言具有重要意义。Kovacic 认为，如果改革顺利进行，将产生两个主要结果：首先中国的非竞争性的行政垄断经济规模和范围将大幅减小，竞争性经济的规模和范围会相应地增加；另一方面，强化的竞争制度将在整个国民经济中更有效地得到执行，而不因所有权或行业加以歧视。这两种结果都将帮助中国更充分地利用其经济潜力，并基于效率、创新和国际竞争力实现高速、稳健和可持续的增长，还将确保中国在全球经济关系中获得“市场经济地位”。[84]

4.2 TPP/CPTPP 国有企业规则有效性的讨论

Raj Bhala 讨论了以 TPP 为代表的区域性倡议如何应对多边规则不足的问题。Raj 认为自由贸易协定不仅仅要处理贸易自由化的问题，其还涉及到许多与国家安全相关的问题。他指出，TPP 体现了美国通过自由贸易协定促进国家安全目标

---

[82] 刘振宇、王升艳、徐清军：《世贸组织改革涉及的国有企业议题研究》，载《世界经济研究》，2021 年第 4 期，第 3 页。

[83] Alicia García-Herrero & Gary Ng, *China's State-Owned Enterprises and Competitive Neutrality*, POLICY CONTRIBUTION ISSUE (2021).

[84] William E Kovacic, *Competition policy and state-owned enterprises in China*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

的可能性。而这一目标的实现则是以遏制中国以及共产党的发展为代价。另一方面，TPP 对于国有企业定义的讨论也体现出国家安全、贸易以及遏制三者之间的关系。TPP 成员国没有邀请中国作为创始国参与谈判，但却制定未来在中国可能加入 TPP 时用来规制中国国有企业的相关规则。对于初始谈判国来说，中国国有企业在经济和国家安全方面都引发了许多担忧。此外，许多 TPP 成员国也在通过自身国有企业提供货物和服务方面具有各自的主权利益。美国与 11 个 TPP 伙伴对于国有企业规则应当规制哪些实体的讨论促成了史上首次就该问题所制定的一系列清晰规定。[85]

Sylvestre Fleury 指出，虽然 TPP 的签署标志着国有企业新规则正式制度化，但国有企业规则的生命周期仍处于相对较早的阶段。美国参与 TPP 谈判的一个重要原因是美国需要在关于国有企业的国际标准制定方面发挥规则开创者的作用。更具体来说，正是由于美国在规则方面的积极开拓使得 TPP 吸纳了有关国有企业的创新性章节，该章节源于先前的美国 FTA 谈判实践，并反映了国内主要经济活动参与者的相关意见。[86]

Ines Willemyns 认为，TPP 针对国有企业提出了迄今最为广泛和具体的义务，在诸如非商业援助等重点问题上达成了重要突破。尽管在当前国有企业新规则供给不足的情况下，相关方仍可以通过反倾销协定或补贴与反补贴协定进行单边救济，但是像 TPP 这样包含具体权利义务的完善的国有企业规则将会更好地促进全球竞争环境。尽管国有企业在完成发展中国家社会和经济职能方面也有重要积极作用，迄今也只有少数国家的出口国有企业被视为严重阻碍了国际市场上的开放交易，制定高效的国有企业规则将在国有企业扭曲贸易方面具有更加重要的意义。但是，在设计关于国有企业的新规则时，必须考虑到小型发展中国家的利益，不能剥夺它们利用国有贸易作为促进经济发展和社会福利的方式的权利。[87]

Jaemin Lee 认为，TPP 尝试引入新的国有企业规范以对政府为其国有企业提供的不当补贴以及国有企业自身反竞争的商业行为所造成的市场扭曲现象进行规制，是贸易协定规则发展的显著突破，也为以后世贸组织和其他自由贸易协定就该问题进行讨论定下基调和方向。不过，新的章节在关键操作条款方面存在含糊不清的内容，为各方全面而诚实地遵守该协议可能造成一定阻碍。由于国有企业的问题在许多国家都具有政治敏感性和法律上的复杂性，这将为未来的贸易争端产生一定隐患。在这方面，TPP 国有企业章节的主要规定值得更深入的讨论和澄清，从而可以更加顺利和有效地实现规制国有企业行为的意图。如果这些具有

---

[85] Raj Bhala, *TPP, American National Security and Chinese SOEs*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
[86] Julien Sylvestre Fleury & Jean-Michel Marcoux, *The US shaping of state-owned Enterprise disciplines in the Trans-Pacific Partnership*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).
[87] Ines Willemyns, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are we Moving in the Right Direction*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).

歧义和模糊的规定没有得到适当解决，则 TPP 国有企业规则可能成为贸易伙伴的下一个战场。[88]

Minwoo Kim 表示，TPP 的国有企业新规则既反映了国有企业在国际交易中的质变，又反映了对既有规则的不满。它打算通过引入国有企业的明确定义并更新附加的法律义务来对既有规则进行补充。这种预防性方法实际上为在过去的几十年中一直处于休眠状态的国有企业规则注入了新的活力。该规则旨在增强法律框架的可执行性和可管理性，它还增加了一国建立和维护国有企业的成本，影响了当事方对国有企业的政策偏好。但规则中的一些特征可能会影响其实现预期目标。由于规则缺乏连贯的逻辑，以及其过于僵化的结构和大量的豁免清单，使得当事方很容易采取相应措施来规避规则。如果管理不当，这些特征将使得现有问题转化为新的问题，而不会动摇国家干预的本质。[89]

徐昕认为，在社会主义市场经济体制中，“国有企业为代表的公有制经济为主导”原则与“商业类国有企业公平参与市场竞争”两者之间不矛盾。TPP 的国有企业规则并非完整地规范国有企业的所有问题，总体而言不会影响到中国以公有制为主体的特色发展道路。但是，国有企业是具有高度体制差异性的概念。在不同的经济体制下，国有企业及其相关的理念和要素，各方的理论和实践差别很大。因此，在规则的博弈方面，仍然存在巨大的谈判空间。在美欧等西方国家已经推出国有企业规则的情形下，中国相对处于比较“被动”的局面。[90]

韩立余表示，TPP 国有企业规则对中国的影响问题，广义上属于对非缔约方影响的范畴，但站在中国角度，存在着一个如何应对的问题，即是否接受这些规则的问题，如果打算接受，实际能否满足这些要求的问题。在国际贸易投资中，除了政治和社会动乱外，当地的环保要求、劳工要求，成为困扰中国企业的问题。这些要求增加了中国企业的经营成本，造成中国企业亏损、承担赔偿责任等。但这类要求，是普遍性要求，并不歧视性针对中国企业实施，只要中国企业了解就可以预先防范、满足这类要求。TPP 国有企业规则却提出了性质上完全不同的问题，针对中国的意图较为明显。[91]

屠新泉认为，国有企业相关国际规则的新发展对中国国有企业的影响主要表现在国有企业“走出去”中可能面临新的障碍。中国必须接受中国国有企业国际化发展和中国经济不能逃避国际规则和义务的现实。即中国不应一开始就否认这些规则，而是应密切关注这些规则的谈判进程并分析它们对中国国有企业可能存

---

[88] Jaemin Lee, *Trade Agreements' New Frontier-Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges*, 14 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L & POL'Y (2019).

[89] Minwoo Kim, *Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 58 HARV. INT'L LJ (2017).

[90] 徐昕：《国有企业国际规则的新发展——内容评述、影响预判、对策研究》，载《上海对外经贸大学学报》2017 年第 1 期，第 14 页。

[91] 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 83 页。

在的潜在影响，并寻找合适时机加入这些谈判。中国需要从战略高度考虑国有企业问题，既要增强我国在区域和全球治理中国有企业相关规则的制定能力，也要提高我国在国有企业国际标准制定中的话语权。[92]

刘瑛认为，鉴于 TPP 对缔约国在国有企业和指定垄断方面的高标准规则和中国国有企业尚处在综合改革过程中的现实情况，加入 TPP 短期内恐不是最佳选择。但是，从长远来看，加入 TPP 有助于构建更开放、更公平的市场竞争环境，与我国目前实行的简政放权、建立自由贸易实验区、构建负面清单等法律制度的目标一致。[93]

陈瑶认为，国有企业非歧视义务更多的是歧视和限制国有企业，保护与国有企业在相关市场上竞争的私营企业。非歧视待遇要求国有企业履行准政府义务，作为公共产品提供者公平对待竞争相对方。尽管这一义务增加了国有企业参与商业活动的成本，是对国有企业的不当歧视，但是却在一定程度上具有预防国有资产流失的功能。非歧视待遇要求国有企业作为买方或卖方的交易中，外国企业可以要求享受国民待遇，从而为国有企业之间的交易增加了一种外部性的监督，对国有企业具有积极意义。[94]

毛真真认为，一旦国有企业补贴规则的扩大适用演变为国际贸易规则的范式，将为我国带来十分不利的影响。我国国有企业自身也存在不少问题，常被质疑国有企业贸易行为的公平性。首先，政府掌握国有企业主要所有权和决策话语权。这也是我国国有企业极易遭受反补贴之诉的根源，也是发达国家质疑国有企业从事贸易活动公平性的主要原因。其次，政府并不区分国有企业的商业行为和管理行为而过量补贴。最后，我国并未建立起完善的信息披露机制，信息迟缓、信息不透明现象比比皆是。对于我国来说应重点思考如何通过改革，使我国国有企业能够应对国际社会对国有企业商业行为规范力度不断增强的大趋势。[95]

4.3 解决国有企业国际经贸问题的总体思路

Luis Carlos 和 Ramirez Martinez 认为多边谈判是解决中国贸易问题的最佳手段。他们表示，世界贸易中最重要的参与者（中国和美国）应该承担起应有的责任并采取相应的行动。也就是说，他们不仅应促进本国的利益，而且还应促进全球贸易利益。中国自然有资格推动自己的经济发展议程，但要与世界贸易组织规

---

[92] 屠新泉、徐林鹏、杨幸幸：《国有企业相关国际规则的新发展及中国对策》，载《亚太经济》，2015 年第 2 期，第 45 页。

[93] 刘瑛：《跨太平洋伙伴关系协定国有企业章节的中国应对》，载《东方法学》，2016 年第 5 期，第 55 页。

[94] 陈瑶：《新一代区域贸易协定对非歧视待遇与商业考虑条款的重塑》，载《海关与经贸研究》，2021 年第 1 期，第 107 页。

[95] 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》,载《河北法学》,2017 年第 5 期，第 154 页。

则保持一致，而美国也必须以身作则。第二次世界大战后，尽管实力相对下降，但其在地缘经济中的地位仍然很重要。因此，它需要重新参与这些已被证明成功地在合作和维护国际法律经济秩序的基础上为所有世贸组织成员带来繁荣的规则体系。一方面，必须评估并承认中国在市场经济改革方面所取得的成就，另一方面还要确定中国离市场经济目标还有多远，同时重新确定实现这一目标的条件。中美之间就自由贸易协定进行双边谈判也可以作为迈向多边长期解决方案的中间参考步骤。谈判议题不仅包括知识产权、钢铁或铝，还可以包括网络安全、环境或性别等新问题。[96]

Chad P. Bown 和 Jennifer A. Hillman 指出，许多国家都同意美国对中国国有企业的增长及其扭曲外国市场经济活动的贸易政策的担忧。但是很少有人支持美国的单边策略。关税和反制关税可能会扰乱供应链并减缓全球增长，它们已经威胁到基于规则的贸易体制。在美国以外已达成广泛共识，即一个更好的解决方案是制定新规则，将其纳入 WTO 体系之内执行。可能提出新的补贴纪律方法的第一个场所是美欧日三方倡议。现在说他们之间是否会就任何具体的改革建议达成共识还为时过早。即使三者之间可以达成协议，下一个艰巨的任务将是如何向中国提出这样的建议，作为解决贸易战的一揽子计划的一部分。一种潜在的法律途径是建立公开的复边协议谈判。中国自身可能是其补贴改革的最大经济受益者。但是，仍然需要进行大量思考才能制定解决方案，以使各方在政治和经济上都可以接受。[97]

Robert Howse 认为美日欧针对国有企业补贴问题提出的三方倡议进一步限制了世贸组织成员使用补贴和国有企业作为公共政策工具的灵活性，而新冠病毒大流行及其经济和社会影响说明了国家在危机管理中的关键作用，美国和欧盟几乎不例外地使用财政措施（补贴）来应对危机，此时是搁置三方倡议的最佳时期。鉴于对 WTO 规则在公共政策上缺乏灵活性的担忧，并考虑到诸如中美贸易政策工作组中表达的经济学家的观点，正确的做法是对世贸组织规则进行重新审查。根据 GATT 规定，对基本医疗设备的出口限制可以根据例外规定来证明其合理性，这些例外涉及一系列合法的公共政策目标，包括公共道德和人类健康以及自然资源的保护。WTO 也应当引入关于补贴的例外规定。在解决补贴对贸易的不利影响方面，政策对话和侧重于通过谈判减少或消除特定类别的“不良”补贴（例如具有负面气候变化外部性的化石燃料补贴）是一个更好的考虑方向。而更完善的通报义务和透明度规则是最合理的解决方法。[98]

---

[96] Luis Carlos Ramírez Martínez, *WTO Legal Reform: The Need for Revisiting the Treatment Accorded to China as a Non-Market Economy in Trade Remedies*, 54 JOURNAL OF WORLD TRADE (2020).
[97] Chad P Bown & Jennifer A Hillman, *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, 22 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2019).
[98] Robert Howse, *Making the WTO (Not So) Great Again: The Case Against Responding to the Trump Trade Agenda Through Reform of WTO Rules on Subsidies and State Enterprises*, 23 JOURNAL OF INTERNATIONAL

Robert Wolfe 认为，关于政府在经济活动中的作用，以及这种作用应否受到国际法的规制，不同国家都有不同的观点。这种差异性应当在制定国际规则时加以考虑。鉴于国有企业在各个国家种类多样、任务各异，针对国有企业制定统一的运行规则并不现实，而加强国有企业的透明度义务，让外界可以直观地了解国有企业的运行才是解决问题的有效方式。中国可以和 OECD 国家一同建立一个国有企业委员会，通过交流各自国有企业的最佳实践来建立共识、增进互信。完善的透明度规则可以有效规制由国有企业引起的溢出效应，并帮助各方了解国有企业对经济效率的影响，更好地评估中国国有企业对国际贸易带来的挑战。[99]

韩立余认为，国家是创制国际法的基本主体。国家实践是国际法规则形成和发展的基础。无论是国际条约还是习惯国际法，都不能脱离国家实践而发展，而国家实践是动态的、差异化的。国家通过协议缔结的条约，或者国家单边采取的措施，都会成为国家实践的一部分，影响国际法的发展。美欧等发达经济体就国有企业采取的措施，代表了这些经济体现有或未来的国有企业观，可能会影响国际法国有企业规则的发展，但这并不必然意味着未来的国有企业国际规则就是这些经济体想象的样子。国际法作为调整主权国家间关系的法，是国家意志通过协议协调的结果和具体化，有其自身的历史发展规律。因此，对发达经济体提出的建议或采取的措施应当有一个理性的认知和判断。中国应基于自己的利益提出自己的立场和建议。任何对国有企业规则的修改或完善，应遵循一般性原则，寻求共识。[100]

五、小结与评述

过往文献对于国有企业规则的研究主要分为三个阶段，不同阶段国有企业的特征决定了每个阶段的规则逻辑和路径。在二战后的国际贸易体系初创阶段，西方市场经济国家主要通过国有企业以及政府指示下的私营企业从事国营贸易活动，即政府对于特定商品进口或者出口的国家垄断经营。国营贸易活动构成了一种非关税形式的贸易壁垒，使得 GATT/WTO 的非歧视待遇原则遭到破坏，因此 GATT 在相关条款中对国营贸易企业进行规制，意图降低各国政府干预对于自由贸易的不利影响。但由于条文简单，缺乏执行力，对于国营贸易活动的规制效果十分有限。随着社会主义国家越来越多的参与国际贸易，而这些国家中大多采用全部贸易由国有部门垄断的国营贸易模式，对国际贸易的自由市场经济秩序产生冲击。在此阶段，对于国有企业规则的研究集中在如何使得东西方贸易模式可以

ECONOMIC LAW (2020).

[99] Robert Wolfe, *Sunshine over Shanghai: Can the WTO Illuminate the Murky World of Chinese SOEs*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

[100] 韩立余：《国际法视野下的中国国有企业改革》，载《中国法学》，2019 年第 6 期，第 161 页。

在世界贸易体系下和谐共处的目标上。随着以中国为代表的新兴经济体的迅速发展，国家主导下的经济发展模式同传统西方的自由经济模式再次发生碰撞。另一方面，各国对于国有企业和私营企业公平竞争的要求也越来越强烈，竞争中立的主张也同时成为了国际贸易体系所共同倡导的原则，并引领新一代国际贸易规则的发展。

从西方学者的角度来说，中国的国有企业在国际竞争中未得到有效规制，使得西方私营企业在国内国际市场上都处于劣势；从中国学者的角度来看，中国的经济发展模式虽然以国有企业为主导，但仍是以市场经济和 WTO 的基本原则来行事，政府和市场的有机结合体现了中国的制度优越性。从本质上看，当前中西方模式的差异反应出不同国家内政府对于经济的干预程度的差别，而非冷战时期的意识形态之冲突对立。当前国际经贸局势处于动荡和变革时期，全球经济的重振需要所有经济体的共同努力。对于国有企业经贸规则构建应当加强各利益相关方的交流与协商，在不影响各国基本经济发展模式的前提下，坚持以市场经济为导向，借鉴竞争中立的原则和思想，保障国有企业和私营企业的公平竞争，也使得国有企业向着更为科学合理的方向深化改革，实现国有部门对经济社会价值的最大化。

六、主要参考文献

一、中文著作

【1】单一：《规则与博弈——补贴与反补贴法律制度与实务》，北京大学出版社 2021 年版。

【2】高明华：《中国国有企业公司治理分类指引》，中国出版集团 2016 年版。

【3】戴锦：《国有企业的性质》，经济科学出版社 2016 年版。

【4】宋和平：《多哈回合反倾销和反补贴规则谈判研究》，法律出版社 2011 年版。

【5】刘银国：《国有企业公司治理研究》，中国科学技术大学出版社 2008 年版。

【6】陈力：《国际贸易救济法律制度中的非市场经济规则》，上海人民出版社 2007 年版。

【7】蔡春林、高维新、杜耀武、陈炳瑞：《贸易救济法》，对外经济贸易大学出版社 2006 年版。

【8】刘阳：《对中美贸易摩擦的专题法律研究》，东北财经大学出版社 2006 年版。

【9】赵维田、刘敬东：《WTO：解释条约的习惯规则》，湖南科技出版社 2006 年版。
【10】左海聪：《国际贸易法》，法律出版社 2004 年版。

二、中文论文

【11】陈瑶：《新一代区域贸易协定对非歧视待遇与商业考虑条款的重塑》，载《海关与经贸研究》，2021 年第 1 期。
【12】刘振宇、王升艳、徐清军：《世贸组织改革涉及的国有企业议题研究》，载《世界经济研究》，2021 年第 4 期。
【13】张军旗：《WTO 改革背景下补贴与反补贴措施协议中“公共机构”法律解释的反思》，载《当代法学》，2021 年第 3 期。
【14】洪银兴、桂林：《公平竞争背景下国有资本做强做优做大路径——马克思资本和市场理论的应用》，载《中国工业经济》，2021 年第 1 期。
【15】张晨颖：《竞争中性的内涵认知与价值实现》，载《比较法研究》，2020 年第 2 期。
【16】张斌：《国有企业商业考虑原则：规则演变与实践》，载《上海对外经贸大学学报》，2020 年第 4 期。
【17】张丽英、庞冬梅：《论“市场扭曲”定义市场经济地位的不合理性》，载《经贸法律评论》，2020 年第 1 期。
【18】胡建国、刘柒：《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》，载《法学》，2019 年第 10 期。
【19】史际春、罗伟恒：《论“竞争中立”》，载《经贸法律评论》，2019 年第 3 期。
【20】沈伟：《“竞争中性”原则下的国有企业竞争中性偏离和竞争中性化之困》，载《上海经济研究》，2019 年第 5 期。
【21】鲁桐：《“竞争中立”政策应用及启示》，载《国际经济评论》，2019 年第 5 期。
【22】韩立余：《国际法视野下的中国国有企业改革》，载《中国法学》，2019 年第 6 期。
【23】王燕、陈伟光：《“非市场经济”与“市场扭曲”：中美欧之间的制度之争》，载《社会科学》，2019 年第 10 期。
【24】田野：《国际经贸规则与中国国有企业改革》，载《人民论坛·学术前沿》，2018 年第 23 期。

【25】陈卫东：《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争：以 WTO 相关案例为重点》，载《当代法学》，2017 年第 3 期。
【26】徐昕：《国有企业国际规则的新发展——内容评述、影响预判、对策研究》，载《上海对外经贸大学学报》，2017 年第 1 期。
【27】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》，载《河北法学》，2017 年第 5 期。
【28】刘瑛：《跨太平洋伙伴关系协定国有企业章节的中国应对》，载《东方法学》，2016 年第 5 期。
【29】徐程锦、顾宾：《WTO 法视野下的国有企业法律定性问题——兼评美国政府相关立场》，载《上海对外经贸大学学报》，2016 年第 3 期。
【30】韩立余：《TPP 国有企业规则以及影响》，载《国家行政学院学报》，2016 年第 1 期。

三、中文学位论文

【31】李洋：《全球化背景下国有企业改革研究》，中央党校（国家行政学院）2019 年博士论文。
【32】邢栋：《美国政府公司研究》，吉林大学 2019 年博士论文。
【33】顾闻：《我国商业类国有企业公司治理法律制度问题研究》，南京师范大学 2019 年博士论文。
【34】谢锐勤：《国资国企司法治理实证研究》，西南政法大学 2019 年博士论文。
【35】李宇英：《经济全球化“竞争中立”议题与中国制度选择》，上海社会科学院 2018 年博士论文。
【36】潘立春：《英美公共企业法律制度研究》，华东政法大学 2018 年博士论文。
【37】黄颖慧：《国际经济新秩序下的竞争中立规则及我国对策研究》，华东政法大学 2017 年博士论文。
【38】刘东方：《全球经济治理制度性权力国际法视角分析》，华东政法大学 2017 年博士论文。
【39】毛志远：《TPP 国有企业规则规范属性问题研究》，南京大学 2016 年博士论文。
【40】龚婧：《TPP 与 TTIP：动因、影响及中国的应对》，武汉大学 2016 年博士论文。

四、英文著作

【41】LUYAO CHE, CHINA'S STATE-DIRECTED ECONOMY AND THE INTERNATIONAL ORDER (Springer. 2019).

【42】JAMES J NEDUMPARA & WEIHUAN ZHOU, NON-MARKET ECONOMIES IN THE GLOBAL TRADING SYSTEM (Springer. 2018).

【43】YINGYING WU, et al., REFORMING WTO RULES ON STATE-OWNED ENTERPRISES (Springer. 2017).

【44】JULIEN CHAISSE, et al., PARADIGM SHIFT IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW RULE-MAKING (Springer. 2017).

【45】RONALD COASE & NING WANG, HOW CHINA BECAME CAPITALIST (Springer. 2016).

【46】PETROS C MAVROIDIS, THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE: GATT § 1 (MIT Press. 2015).

【47】ALDO MUSACCHIO, REINVENTING STATE CAPITALISM (Harvard University Press. 2014).

【48】XU YI-CHONG, THE POLITICAL ECONOMY OF STATE-OWNED ENTERPRISES IN CHINA AND INDIA (Palgrave Macmillan. 2012).

【49】THOMAS COTTIER & PETROS C MAVROIDIS, STATE TRADING IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: THE WORLD TRADE FORUM, VOLUME 1 § 1 (University of Michigan Press. 1998).

【50】JOHN H JACKSON, WORLD TRADE AND THE LAW OF GATT § 482 (Bobbs-Merrill Indianapolis. 1969).

五、英文论文

【51】Wei Yin, *A Comparison of the US and EU Regulatory Responses to China's State Capitalism: Implication, Issue and Direction*, 19 ASIA EUROPE JOURNAL (2021).

【52】Alicia García-Herrero & Gary Ng, *China's State-Owned Enterprises and Competitive Neutrality*, POLICY CONTRIBUTION ISSUE (2021).

【53】Yueh-Ping Yang, *Should the Proud Dragon Repent? A Relative Theory for China's State Capitalist Banking Sector Based on East Asia's Experience*, 43 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. (2020).

【54】Jiangyu Wang & Tan Cheng-Han, *Mixed Ownership Reform and Corporate Governance in China's State-Owned Enterprises*, 53 VAND. J. TRANSNAT'L L. (2020).

【55】Barnabé Walheer & Ming He, *Technical Efficiency and Technology Gap of the Manufacturing Industry in China: Does Firm Ownership Matter?*, 127 WORLD DEVELOPMENT (2020).

【56】Xinquan Tu & Siqi Li, *Reforming WTO Subsidy Rules: Past Experiences and Prospects*, 54 JOURNAL OF WORLD TRADE (2020).

【57】Jim Huangnan Shen, et al., *Toward an Internal Governance Structure of China's Large SOEs*, 70 JOURNAL OF ASIAN ECONOMICS (2020).

【58】Mark McLaughlin, *State-Owned Enterprises and Threats to National Security Under Investment Treaties*, 19 CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2020).

【59】Mitsuo Matsushita & CL Lim, *Taming Leviathan as Merchant: Lingering Questions about the Practical Application of Trans-Pacific Partnership's State-Owned Enterprises Rules*, 19 WORLD TRADE REVIEW (2020).

【60】Luis Carlos Ramírez Martínez, *WTO Legal Reform: The Need for Revisiting the Treatment Accorded to China as a Non-Market Economy in Trade Remedies*, 54 JOURNAL OF WORLD TRADE (2020).

【61】Robert Howse, *Making the WTO (Not So) Great Again: The Case Against Responding to the Trump Trade Agenda Through Reform of WTO Rules on Subsidies and State Enterprises*, 23 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2020).

【62】Bin Gu & Chengjin Xu, *Treatment Standards of State-Owned Enterprises as Public Entities: A Clash or Convergence Across International Economic Laws?*, 50 HONG KONG LAW JOURNAL (2020).

【63】Ru Ding, *Interface 2.0 in Rules on State-Owned Enterprises: A Comparative Institutional Approach*, 23 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2020).

【64】Daniel CK Chow, *Economic Nationalism: US and Chinese Style*, 14 OHIO ST. BUS. LJ (2020).

【65】Leonardo Borlini, *When the Leviathan Goes to the Market: A Critical Evaluation of the Rules Governing State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 33 LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2020).

【66】RS Neeraj, *A Defining Act: How TPP Rules Are Undermining WTO Jurisprudence*, 53 JOURNAL OF WORLD TRADE (2019).
【67】Petros C Mavroidis & André Sapir, *China and the World Trade Organisation: Towards a Better Fit*, BRUEGEL WORKING PAPERS (2019).
【68】Jaemin Lee, *Trade Agreements' New Frontier-Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges*, 14 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L & POL'Y (2019).
【69】Andrew Lang, *Heterodox Markets and 'Market Distortions' in the Global Trading System*, 22 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2019).
【70】CY Cyrus Chu & Po-Ching Lee, *Three Changes Not Foreseen by WTO Rules Framers Twenty-Five Years Ago*, 53 JOURNAL OF WORLD TRADE (2019).
【71】Daniel CK Chow, *The Myth of China's Open Market Reforms and the World Trade Organization*, 41 U. PA. J. INT'L L. (2019).
【72】Chad P Bown & Jennifer A Hillman, *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, 22 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2019).
【73】Pierre Sauvé & Marta Soprana, *Disciplining Service Sector Subsidies: Where Do We Stand and Where Can We (Realistically) Go?*, 21 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2018).
【74】Tsuyoshi Kawase & Masahito Ambashi, *Disciplines on State-Owned Enterprises under the Trans-Pacific Partnership Agreement: Overview and Assessment*, ERIA DISCUSSION PAPER SERIES. ERIA-DP-2017-13 (2018).
【75】Julien Briguet, *The State's Invisible Hand: Chinese SOEs Facing EU Antitrust Law*, 52 JOURNAL OF WORLD TRADE (2018).
【76】Robert Wolfe, *Sunshine over Shanghai: Can the WTO Illuminate the Murky World of Chinese SOEs?*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【77】Joel P Trachtman, *US-Chinese Trade: Interface and Lawfare*, 11 ROBERT SCHUMAN CENTRE FOR ADVANCED STUDIES RESEARCH PAPER NO. RSCAS (2017).
【78】Thomas J Prusa, *NMEs and the Double Remedy Problem*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【79】Petros C Mavroidis & Merit E Janow, *Free Markets, State Involvement, and the WTO: Chinese State-Owned Enterprises in the Ring*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).

【80】Andrea Mastromatteo, *WTO and SOEs: Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【81】Li-Wen Lin, *A Network Anatomy of Chinese State-Owned Enterprises*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【82】Philip I Levy, *The Treatment of Chinese SOEs in China's WTO Protocol of Accession*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【83】Jieun Lee, *China's Nonmarket Economy Treatment and US Trade Remedy Actions*, 51 JOURNAL OF WORLD TRADE (2017).
【84】William E Kovacic, *Competition Policy and State-Owned Enterprises in China*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【85】Minwoo Kim, *Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 58 HARV. INT'L LJ (2017).
【86】Gary Horlick & Peggy A Clarke, *Rethinking Subsidy Disciplines for the Future: Policy Options for Reform*, 20 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2017).
【87】Raj Bhala, *TPP, American National Security and Chinese SOEs*, 16 WORLD TRADE REV. (2017).
【88】Mark Wu, *The China, Inc. Challenge to Global Trade Governance*, 57 HARV. INT'L LJ (2016).
【89】Ines Willemyns, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are we Moving in the Right Direction?*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).
【90】Julien Sylvestre Fleury & Jean-Michel Marcoux, *The US shaping of state-owned Enterprise disciplines in the Trans-Pacific Partnership*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).
【91】Yong-Shik Lee, *The Eagle Meets the Dragon—Two Superpowers, Two Mega RTAs, and So Many in Between: Reflections on TPP and RCEP*, 50 JOURNAL OF WORLD TRADE (2016).
【92】Jochem De Kok, *The Future of EU Trade Defence Investigations against Imports from China*, 19 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2016).
【93】Brian D Kelly, *Market Economies and Concurrent Antidumping and Countervailing Duty Remedies*, 17 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2014).

【94】Ming Du, *When China's National Champions Go Global: Nothing to Fear but Fear Itself?*, 48 JOURNAL OF WORLD TRADE (2014).
【95】Joseph E Stiglitz, *The Economics Behind Law in a Market Economy: Alternatives to the Neoliberal Orthodoxy*, LAW AND ECONOMICS WITH CHINESE CHARACTERISTICS: INSTITUTIONS FOR PROMOTING DEVELOPMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY (2013).
【96】Ian Bremmer, *Article commentary: The end of the free market: Who wins the war between states and corporations?*, 9 EUROPEAN VIEW (2010).
【97】Julia Ya Qin, *WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (SOEs)–a Critical Appraisal of the China Accession Protocol*, 7 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2004).
【98】David Blumental, *Reform or Opening-Reform of China's State-Owned Enterprises and WTO Accession-The Dilemma of Applying GATT to Marketing Economies*, 16 UCLA PAC. BASIN LJ (1997).
【99】John H Jackson, *State Trading and Nonmarket Economies*, THE INTERNATIONAL LAWYER (1989).
【100】Robert Loring Allen, *State trading and economic warfare*, 24 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS (1959).