



法治建设与法学理论研究
部级科研项目成果

『竞争中立』制度的 理论和实践



石伟
——著



JINGZHENG ZHONGLI ZHIDU
DE
LILUN HE SHIJIAN



法律出版社 | LAW PRESS

法外借

『竞争中立』制度的 理论和实践

JINGZHENG ZHONGLI ZHIDU
DE
LILUN HE SHIJIAN

石伟
—
著

图书在版编目(CIP)数据

“竞争中立”制度的理论和实践 / 石伟著. —北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0994 - 5

I. ①竞… II. ①石… III. ①企业竞争—市场竞争—
研究 IV. ①F271.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 144616 号

“竞争中立”制度的理论和实践
“JINGZHENGZHONGLI” ZHIDU DE
LILUN HE SHIJIAN

石 伟 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任校对 王沁陶
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 6.75
字数 150 千
版本 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆分公司/023 - 67453036

深圳分公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85330678

上海分公司/021 - 62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0994 - 5

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在《“竞争中立”制度的理论和实践》一书即将出版之际,我想就此书及其作者写几句话。

该书的作者石伟,自攻读硕士学位期间就在我的指导下进行学术研究工作,至今已有10年。可以说,我见证了他的学术成长过程:从一个略显懵懂但有学术激情的学生,成长为一名严谨理性的青年学人。应该说,他从事学术研究的这10个年头,是其学术和思想成长的黄金时期。无论他未来从事什么工作,这些年的历练和积累都为下一步的发展奠定了扎实的基础。

“竞争中立”这一概念是个舶来品。我国学界对“竞争中立”的研究在很大程度上来自政府对该问题的关注和强调。美国政府自2011年开始在全球范围内大力推广“竞争中立”的理念。鉴于“竞争中立”可能对我国的国际贸易、国企发展等产生重大影响,其一经提出,便引起了我国政府的高度关注,并组织各层次研究机构的人员开始研究。

2013年,我牵头申报了商务部的部级研究课题《欧美主导的新一代规则(公平贸易、竞争中立等)与我贸易摩擦应对》。石伟是课题组的重要成员之一,负责课题中“竞争中立”一章的研究和初稿的写作。该课题于2015年顺利结项,项目成果受到了商务部以及其他部委相关领导的好评。此外,在前期研究的基础上,石伟进一步扩充资料和深入研究,以“竞争中立”为主题,成功申请了司法部的部级课

题,本书即是该课题的研究成果。

本书对“竞争中立”进行了系统而深入的研究。正如书名所示,其中既包括了“竞争中立”的基础理论,也涵盖了“竞争中立”在国内法和国际法上的实践经验。

本书的主要亮点是揭示了两个有重要意义的结论:第一,在美国“一体两翼”的推动模式下,“竞争中立”极有可能成为新的国际经贸规则;进一步地讲,“竞争中立”也可能通过扩展其外延,对既有的规制国有企业的其他国际规则进行整合和提炼,进而成长为国际贸易和投资中的基础性原则。第二,我国国有(国营)企业的改革历程,特别是改革开放之后的改革历程,充分地表明:我国国有企业的改革目标,与“竞争中立”的宗旨并无二致,在很大程度上都是为了实现不同所有权类型企业之间的公平竞争,强化市场在配置资源方面的基础性作用,最终提高全体消费者的福祉。

基于上述研究得出的结论,我国实务界和理论界对“竞争中立”既不必抗拒,更无须恐惧。换言之,对于我国国有企业的改革与发展而言,“竞争中立”可能又是一个外来的机遇。

从事学术研究的人都清楚,在资料钩沉和文献索查的过程中,一个不起眼的脚注、表述或术语都可能耗费数小时乃至更长的时间。一部好的作品,都是时间的消耗和累积,每一个字符都是时光流逝的痕迹,本书的研究即是这样一部建立在可靠的资料基础之上的著作。例如,对于“竞争中立”的起源及其发展脉络,石伟找到了发表于1695年的英文论文,以及多篇发表于19世纪末20世纪初的英文论文。这些文献资料对于厘清“竞争中立”的起源是非常关键的。又如,澳大利亚首先在国内制定法中使用了“竞争中立”这一术语,石伟大量利用该国的一手文献,包括立法报告、法律、法规和案例等对“竞争中立”在该国的演变过程以及“竞争中立”在该国的实践进行了研究。因此,在阅读本书的过程中,读者可能会觉得并不是在读一本“法学”书籍,而是在读“历史”作品。本书把一个热门的“时尚”话题,写成了一本具有历史厚重感但又不失可读性的理论著作。

在学术研究的道路上,石伟是勤奋且执着的。本书是他继博士学位论文之后的又一本长篇论著。我一直以为,做学问的人要写出后来的研究者“绕不过去”的作品。我可以肯定的是,在“竞争中立”这一研究领域,此书即是一本后来者“绕不过去”的作品。

作为导师,我希望他不忘初心,不断提升人生境界,在今后的道路上取得辉煌的成就。

王 军

2017 年元旦于对外经济贸易大学

目 录

导论	1
第一节 缘起	1
第二节 主要内容	3
第三节 主要研究方法	5
 第一章 “竞争中立”起源考:知识的考古	8
第一节 “竞争中立”的界定	8
一、国别定义	9
二、国际组织的定义	11
三、学者的定义	12
四、“竞争中立”与竞争法/反垄断法	14
五、小结	16
第二节 从“中立”到“竞争中立”的演变	17
一、“中立”的制度根源	17
二、从“中立”到“税收中立”	21
三、从“税收中立”到“竞争中立”	24
四、“竞争中立”在法律中的确立	28
五、小结	33

第三节 “竞争中立”的社会基础	34
一、经济根源	34
二、思想文化根源	35
三、哲学根源	36
四、小结	36
第四节 本章小结	37
 第二章 “竞争中立”的制度变迁:从国内法到国际规则	38
第一节 作为国内法的“竞争中立”	39
一、狭义的“竞争中立”:澳大利亚模式	39
二、广义的“竞争中立”:欧盟模式	40
三、小结	42
第二节 作为双边规则的“竞争中立”	42
一、澳大利亚模式	43
二、美国模式	47
三、混合模式:澳大利亚模式和美国模式的结合	55
四、小结	56
第三节 作为国际“软法”的“竞争中立”	58
一、“软法”的界定	58
二、作为 OECD“软法”的“竞争中立”	59
三、《欧盟和美国关于国际投资共同原则的声明》	62
四、其他国际平台上的“竞争中立”	63
五、小结	66
第四节 走向多边规则的“竞争中立”:基于 TPP 的分析	66
一、关于“竞争中立”的宏观规定	68
二、关于“国有企业”的定义	68
三、国有企业的运营规范:商业考虑、非歧视待遇 和非商业援助	69

四、信息披露和透明度要求	71
五、小结	73
第五节 本章小结	74
 第三章 “竞争中立”的国内法实践：澳大利亚的经验	76
第一节 概述	76
第二节 “竞争中立”制度的基本架构	78
一、制度内容	78
二、执行机构	81
三、适用的范围	82
四、投诉机制	85
第三节 “竞争中立”的实践：基于案例的分析	88
一、基本事实	88
二、双方的主要主张	88
三、主要分析过程	90
四、主要结论	98
第四节 澳大利亚实践的经验	99
第五节 本章小结	101
 第四章 “竞争中立”的国际法实践：美国对中国企业的挑战	102
第一节 反补贴措施中的“竞争中立”逻辑	103
一、针对政府“直接补贴”的逻辑	103
二、针对政府“间接补贴”的逻辑	103
第二节 美国适用“竞争中立”的实践模式	105
一、DS379 裁定之前的实践模式	106
二、DS379 的主要争议及其裁定	107
三、DS379 裁定之后的实践模式	108
四、小结	113

第三节 美国“竞争中立”实践的背景与趋势	114
一、内因：美国国内经济发展的要求	114
二、外因：中国国有企业的竞争压力	117
三、趋势：TTIP 框架下的欧美合作	122
第四节 美国推广“竞争中立”的制度根源：“国家主导型 经济”的挑战	124
一、国家主导型经济和自由经济模式	125
二、国家主导型经济和公平竞争的市场环境	129
三、国家主导型经济和美国企业的利益	132
四、小结	133
第五节 本章小结	134
 第五章 “竞争中立”制度下的国有企业改革	135
第一节 引论	135
一、国有企业的界定	135
二、OECD 的国有企业改革建议	138
第二节 组织形式变迁：从国营企业到国有企业	141
一、国营企业体系形成阶段：1949 ~ 1977 年	141
二、计划经济体制改革阶段：1978 ~ 1992 年	143
三、从国营企业到国有企业：1993 年宪法修正案	146
四、小结	146
第三节 暗合“竞争中立”精神的国有企业改革	147
一、公司制改革：1993 年《公司法》	147
二、所有权和经营权的分离：1994 ~ 2003 年	148
三、促进国有企业和私企的公平竞争	150
四、小结	152
第四节 混合所有制与分类经营改革	152
一、混合所有制改革和“竞争中立”	153
二、分类经营改革和“竞争中立”	154

三、小结	155
第五节 进一步改革的建议	155
一、政府应对措施	156
二、企业应对措施	160
三、小结	163
第六节 本章小结	163
 第六章 结论	164
附录 澳大利亚联邦“竞争中立”政策声明	167
参考文献	187
一、中文文献	187
二、英文文献	193
 后 记	198

导 论

第一节 缘 起

“竞争中立”(competitive neutrality)是个舶来品。自2011年起,“竞争中立”这一术语开始在我国出现,并逐渐引起实务界和理论界的关注。^①

首先关注“竞争中立”的群体来自实务界。美国政府自2011年开始在全球范围内大力推广“竞争中立”。2011年5月6日,时任美国副国务卿罗伯特·霍马茨(Robert D. Hormats)^②在美国国务院的官方博客上发表了“竞争中立:为全球竞争提供一个合理的基础”(Ensuring a Sound Basis for Global Competition:Competitive Neutrality)一文,对美国政府强力推动的“竞争中立”制度进行了系统阐述。^③其核心诉求是要求政府为国有企业和私营企业提供一个公平竞争的环境。根据国内实务界当时的认识,“竞争中立”似乎是美国政府专门针对中国国有企业提出的又一项遏制措施,可能对其产生重要影响。

自2012年起,国内学者开始从学术层面展开了研究,发表的成

① 2011年12月6日,徐旭红在《中国企业报》发表了《“竞争中立”论:美式项庄舞剑》一文。这是笔者能查到的国内最早对“竞争中立”进行报道的新闻媒体文章。参见徐旭红:《“竞争中立”论:美式项庄舞剑》,载《中国企业报》2011年12月6日第001版。

② 主要负责经济、能源和农业事务。

③ See Robert D. Hormats:Ensuring a Sound Basis for Global Competition:Competitive Neutrality, http://blogs.state.gov/index.php/site/entry/competitive_neutrality/,最后访问时间:2012年9月1日。

这是一篇关于“竞争中立”的重要基础性文献。笔者与范黎波教授合作将该文翻译成中文,并发表于《经济与法论丛》(第1卷,胡家勇、宋巍主编,中国社会科学出版社2014年版)。

果也呈逐年上升的趋势。^①同年,笔者也开始关注“竞争中立”,先后作为主要成员参与了两项中央部委委托研究的课题,^②并作为负责人主持申请并获批了一项司法部部级项目。^③

作为一个舶来品,国内和国外学者对“竞争中立”的研究路径和侧重点并不一致。国外研究人员对“竞争中立”制度的研究已经比较成熟,并从制度角度和实践角度不断深入。^④当然,也有国外学者认

① 目前可查到的最早的关于“竞争中立”的学术论文是王婷发表在《世界经济与贸易》2012年第9期上的《竞争中立:国际贸易与投资规则的新焦点》。2013年,唐宜红、姚曦发表了《竞争中立:国际市场新规则》(载《国际贸易》2013年第3期);赵学清、温寒发表了《欧美竞争中立政策对我国国有企业影响研究》(载《河北法学》2013年第1期)。2014年,胡改蓉发表了《竞争中立对我国国有企业的影响及法制应对》[载《法律科学》(西北政法大学学报)2014年第6期];陈志恒、马学礼发表了《美国“竞争中立”政策:平台、特点与战略意图》[载《吉林师范大学学报》(人文社会科学版)第5期]。2015年,赵海乐发表了《国际造法 vs. 国家间契约:“竞争中立”国际规则形成之惑》[载《安徽大学学报》(社会科学版)2015年第1期];应品广发表了《中国需要什么样的竞争中立(上)(下)》(分别载《中国价格监督与反垄断》2015年第2期和第3期)。

② 其中一项是中央财经领导小组委托进行的研究,主要翻译了OECD的两份关于“竞争中立”的研究报告;另一项是商务部2013年部级研究课题,项目名称为《欧美主导的新一代规则(公平贸易、竞争中立等)与我贸易摩擦应对》。

③ 项目名称:《论“竞争中立”法律制度对我国企业国际化经营的影响及其对策》,项目编号:13SFB3039。

④ 比如,Lauge N. Skovgaard Poulsen 认为,新兴经济体所推行的“国家主导型经济”(state capitalism)将对跨国投资市场的公平竞争格局造成了负面影响,并建议美欧等西方国家通过单边、双边投资政策来消除负面影响。See Lauge N. Skovgaard Poulsen: Investment treaties and the globalization of state capitalism: opportunities and constraints for host states, pp. 18-19. <http://ssrn.com/abstract=2050919>, 最后访问时间:2013年1月10日。

又如,Junji Nakagawa 认为,美欧等国签署的区域自贸协定普遍采纳了“竞争中立”制度,规定国有企业同等适用竞争规则,从而约束和限制缔约方国有企业的反竞争行为。See Junji Nakagawa: Regulatory Harmonization Through FTAs And BITS: Regulation of State-Owned Enterprises (SOEs), Society of International Economic Law Working Paper No. 2012/55.

此外,James B. Speta 从市场监管的角度对“竞争中立”进行了论述。See James B. Speta: Competitive Neutrality in Right of Way Regulation: A Case Study in the Consequences of Convergence, 2002-2003, *Connecticut Law Review*, pp. 763-815.

Harald A. Benink 等从市场准入的角度对“竞争中立”进行了论述,并讨论了如何为国有企业和私营企业创造一个公平的竞争环境。See Harald A. Benink, David T. Llewellyn: Systemic Stability and Competitive Neutrality Issues in the International Regulation of Banking and Securities, 1995, *Journal of Financial Services Research*, pp. 393-407.

Ruth Mason 等从税收的角度探讨“竞争中立”制度的实现模式。See Ruth Mason, Michael S. Knoll: What is Tax Discrimination? *Yale Law Journal*, March, 2012, pp. 1014-1116.

为,“竞争中立”制度已被深入研究,目前很难取得新的学术突破点,只不过是美国政府所提出的一句“政治口号”(political slogan)。^①国内学者的研究多侧重于对“竞争中立”制度的介绍和解读,并结合我国的国际贸易政策、自贸区战略、国有企业改革等内容,提出我国政府和企业的应对策略。^②

在研究的过程中,笔者心中存在以下疑问:

第一,“竞争中立”是什么?具体地说,“竞争中立”是如何诞生的?其学术发展脉络如何?

第二,美国为什么要推广“竞争中立”?其政治、经济背景是什么?美国在全球范围内的推广路径是什么?“竞争中立”有没有可能成为一项国际经贸规则?

第三,作为国内法律的“竞争中立”是如何实践的?能否促进国有企业和私营企业的公平竞争?作为国内法律和作为潜在国际经贸规则的“竞争中立”在功能上是否是一致的?

第四,“竞争中立”可能对中国的国有企业产生怎样的影响?

带着上述问题,整个研究过程与其说是说服别人(读者)的过程,毋宁说是一个说服自我的过程。

第二节 主要内容

对于上述问题的解释,构成了本书的主体结构。除“导论”和“结论”外,全书共五章:

本书第一章主要厘清了“竞争中立”的发展脉络。从学术的角度,“竞争中立”经历了从“中立”到“税收中立”,再到“竞争中立”的

① 笔者曾与美国俄亥俄大学 Fisher 商学院的一名教授交流,该教授就持此观点。

② 参见赵晓雷、杨晔、严剑峰:《中国(上海)自贸试验区实施竞争中立操作方案设计》,载《科学发展》2014年第11期。倪萍、朱明鹏:《竞争中立对我国国有企业的影响及法制应对》,载《天水行政学院学报》2015年第1期。姜舰、郑伟、王翔:《美国竞争中立政策的战略目的及对中国的影响》,载《上海经济研究》2016年第4期。

演变过程,其内涵和外延也不断发生变化。从制度层面,“竞争中立”这一术语首先在澳大利亚的法律中出现,制度设计的初衷是为了解决该国国内的国有企业和私营企业之间的公平竞争问题。

本书第二章分析了“竞争中立”从国内制度向国际经贸规则的演变路径。“竞争中立”植根于市场经济发达国家的经济和法律体制之中,形成了界定“竞争中立”的“澳大利亚模式”和“欧盟模式”。在向国际规则演变的过程中,美国是最主要的推动者,通过双边和多边等诸多平台进行推广。

本书第三章分析了“竞争中立”的国内法实践。在世界范围内,澳大利亚法律最早明确使用了“竞争中立”这一术语,并在联邦政府和州政府层面对“竞争中立”制度进行实践,形成了较为丰富的可操作性案例。分析澳大利亚的“竞争中立”法律制度及其实践情况,对于理解“竞争中立”的运行具有标本性的意义。

本书第四章分析了“竞争中立”的国际法实践。在国际法层面上,反补贴措施是最能体现“竞争中立”精神的措施。美国对我国企业大量使用反补贴措施,并形成了自己的实践逻辑。不同于作为国内法的“竞争中立”制度,美国在国际贸易中适用“竞争中立”制度的重点在于对其他国家的政府和企业进行约束,要求外国政府在该国企业与美国企业的竞争中保持“中立”,进而保护美国企业的利益。

本书第五章分析了“竞争中立”制度与我国的国有企业改革。从我国国有企业发展 and 改革的变迁过程来看,我国国有企业的改革目标与“竞争中立”的制度宗旨并无二致。在宏观层面上,我国国有企业的改革一直都是为了实现政企分开、完善企业的内部治理结构,以及实现与私营企业的公平竞争。从“竞争中立”的视角,如何防止交叉补贴、开放市场准入,在监管、税收、借贷等方面实现公私一致,可能是进一步改革的重点。

第三节 主要研究方法

本书的研究是以实践问题为导向的。^①“竞争中立”植根于市场经济发达国家的制度传统之中,具有深厚的理论基础。同时,与之相关的实践问题更是林林总总,千头万绪。无论怎样,要想厘清“竞争中立”的理论脉络并解决实践问题,可能还是要回到问题的原点:“竞争中立”是什么?“竞争中立”是如何变迁的?“竞争中立”在国内和国际层面是如何实践的?

如果将研究的过程比作渡河,研究方法就是渡河的工具,研究的目的是到“彼岸”。在渡河的过程中,工具将决定渡河的速度和风险的大小。所谓的到达“彼岸”,就是要解决笔者此前的心中疑问,就是要解决处于原点之处的问题。

历史研究的方法、案例分析的方法和比较研究的方法是本书主要使用的三种方法。

对于“竞争中立”的制度变迁、中国国有企业的改革变迁等内容,本书主要使用了历史研究的方法。“每一制度,必须针对现实,时时刻刻求其变动适应。任何一项制度,断无二三十年而不变的,更无二二百年而不变的。”^②“竞争中立”制度自诞生之初,就在不断地发展变化。在“竞争中立”制度的形成和发展的过程中,各国传统的历史、政治与社会等各种因素对其影响显著。当前的“竞争中立”可能已非昨日之“竞争中立”。只有站在历史的宏观视野下,将“竞争中立”制度放在一国法律、经济、政治发展的大历史背景下进行考察,才有可能系统理解和把握该项制度。

① “真正的研究,都是以问题为中心,碰到什么解决什么,不懂不会了,就去请教别人或开发自我,该补什么补什么,而不是按学科的生产流程讲话。”参见李零:《我们的中国》(第四编:思想地图),三联书店2016年版,第73页。

② 钱穆:《中国历代政治得失(新校本)》,九州出版社2012年版,第56页。

需要说明的是,有幸生于一个数字时代,随着科技的高速发展,文献的数字化程度越来越高,范围越来越广。大量深藏于图书馆中的历史文献资料可以通过各类数据库方便地查询和下载。单就资料的获得而言,通过网络搜索就可以免去奔波之苦,实在是研究人员的幸事。网络电子资源的丰富,使现在的资料检索手段远远胜于以往,更使本书的历史研究方法得以深入推进。^①

案例分析的方法是本书所使用的另外一个主要研究方法。苏轼在“石钟山记”中曾言,“士大夫终不肯以小舟夜泊绝壁之下,故莫能知;而渔夫水师虽知而不能言”。用这句话来形容理论和实务之间的距离,再合适不过了。案例分析的方法可能会从微观的层面上调和理论和实务之间的偏差。对于“竞争中立”的国内法实践,本书借助对澳大利亚案例的分析来进行;对于“竞争中立”的国际法实践,本书借助对美国的对华反补贴案例的分析来进行。对于“竞争中立”制度的研究而言,案例分析的方法可能有助于对不同国家和地区的制度进行更细化、更深入的研究,从更微观的层面了解“竞争中立”制度的原理和运作过程。在本书的写作中,尽管通过强化案例分析的方式试图了解实践中的真实图景,但仍可能存在苏轼指出的困境。

在研究世界主要国家和地区关于“竞争中立”制度的立法和实践状况时,本书主要使用比较研究的方法。在本书的研究中,比较研究是贯彻始终的一种方法。本书比较了澳大利亚、美国、欧盟等主要国家和地区的“竞争中立”制度。当然,有学者认为“……几乎所有学科都是照搬西方的学术范式,术语转换,体系转换,基本上是单向,我们只是强己就人,在中国材料中找西方概念,用中国材料在注解西方

① 对于学术研究而言,信息技术的发展似乎是一把“双刃剑”。一方面,纸质材料的电子化,使研究人员能够在较短的时间内获得丰富的资料。另一方面,知识和信息的爆炸也容易使研究人员迷失在海量的信息之中。读前辈学人的回忆自己学术道路的文章或著作,每每发现搜索资料之艰辛;而能够占有第一手的资料,又往往是学者写出有分量的成果的基础。在信息社会中,新技术已经在一定程度上解决了资料查找的问题。随之而来的、更加考验研究人员的就是如何运用、整合和提炼资料,使之成为支撑个人观点的可用之资。