

自贸区研究系列
中国自由贸易试验区协同创新中心

冯辉 石伟 著

贸易与投资新规则视野下的 竞争中立问题研究

国企改革、贸易投资新规则
与国家间制度竞争

去 聿

各致出版社 上海人民出版社



冯辉 石伟 著

贸易与投资新规则视野下的 竞争中立问题研究

国企改革、贸易投资新规则
与国家间制度竞争

格致出版社  上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

贸易与投资新规则视野下的竞争中立问题研究: 国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争/冯辉, 石伟著. —上海: 格致出版社; 上海人民出版社, 2018.6

(自贸区研究系列)

ISBN 978-7-5432-2884-9

I. ①贸… II. ①冯… ②石… III. ①自由贸易区-研究-中国 IV. ①F752

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 125361 号

责任编辑 裴乾坤

封面设计 路 静

自贸区研究系列

贸易与投资新规则视野下的竞争中立问题研究

——国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争

冯 辉 石 伟 著

出 版 格致出版社

上海人民出版社

(200001 上海福建中路 193 号)

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 常熟市新骅印刷有限公司

开 本 720×1000 1/16

印 张 11.75

插 页 3

字 数 190,000

版 次 2018 年 6 月第 1 版

印 次 2018 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5432-2884-9/F·1121

定 价 50.00 元

中国自由贸易试验区协同创新中心简介

为了积极对接经济全球化新形势下国家扩大开放、促进改革的战略需求，重点围绕国家自由贸易试验区改革重大任务，由上海财经大学牵头，协同对外经济贸易大学、南开大学、中山大学、上海交通大学、华东政法大学、上海对外经贸大学、天津财经大学作为核心高校，以国家发展和改革委员会、财政部、商务部、中国人民银行、中国（上海）自由贸易试验区管委会、上海市发展和改革委员会、上海市商务委员会、上海市金融服务办公室、上海市人民政府法制办公室、上海市人民政府发展研究中心为主要参与单位，联合自贸试验区相关企业等协同单位，以及香港大学、新加坡管理大学、世界贸易组织、世界银行等共同组建了中国自由贸易试验区协同创新中心。该中心是一个学科互补、人员流动、资源共享、平台共用的协同创新体，是迄今为止国内最具规模、最具影响力的自贸区研究机构。



微信二维码

（微信号：cicftz）



网站二维码

（网址：cicftz.shufe.edu.cn）

冯辉

对外经济贸易大学法学院副院长、副教授、博士生导师。石河子大学绿洲学者讲座教授。中国自由贸易试验区协同创新中心研究员。兼任中国保险法学研究会理事，北京市食品药品安全法治研究会常务理事。

石伟

对外经济贸易大学法学博士，发表论文译文 20 余篇，主编教材著作等多部，主持司法部课题 1 项，参与省部级课题多项。

本书是对外经济贸易中央高校基本科研业务费专项资金 (CXTD8-06) 项目成果。

中国自由贸易试验区协同创新中心
自贸区研究系列

前 言

竞争中立制度现已成为美欧主导的新一代贸易与投资规则的典型代表。从起源来看,竞争中立的初始内涵定位于国内法层面关于国有企业改革的公共政策,强调国有企业在税收、补贴、监管等方面不得享有不公平的优势从而破坏市场竞争。由于国有企业特殊的所有制属性,竞争中立制度中蕴含的对政府行为的约束意义不断得到强化,并在美欧的大力推动下向双边和多边国际规则过渡。因传统、背景、动因等诸多因素的不同,竞争中立从国内法向国际规则的转化展现出不同的方式、过程和效果,总体上形成了澳大利亚、欧盟和美国等三种模式多极并存的格局。随着美欧强化国际规则主导权的诉求日益强烈,竞争中立制度得以在诸多新一代的双边和区域性国际规则及组织平台上迅速衍化并拓展,尤其是在 TPP 和 TTIP 的谈判和实施中得到了重点强化。竞争中立制度在美欧的推动下作为一种新的贸易和投资规则在全球范围内得到推行,成为美欧维系国际规则主导权的核心举措,体现出当下国际竞争已经处于国家间制度竞争的新阶段,控制规则的制定权、主导规则的实施平台成为新的国际竞争焦点。美欧各自面临的应对国内危机与重振经济等内部压力与来自新兴经济体的压力相叠加,维系本身的国际规则主导权和美欧企业的贸易与投资利益等多种诉求相交织,尤其是综合了政府和市场双重力量的新兴经济体的国有企业及国有经济模式在国际贸易与投资中的强势表现,促使美欧政府将竞争中立制度塑造为针对新兴经济体企业尤其是国有企业以及政府行为合法性的判断标准,并在国际贸易和投资实践中大力推行,由此也给宏观层面的世界经济与政治格局和微观层面的国际贸易与投资秩序带来了巨大的冲击。以中国为代表的新兴经济体中的政府和企业,成为美欧推行竞争中立制度的主要适用对象。围绕着是否承认中国市场经济地位、在反倾销调查中关于倾销幅度和替代国价格的计算和认定、在反补贴调查中关于公共机构的认定、对于中国企业在美国投

资和并购的国家安全审查等问题,竞争中立制度在众多中美、中欧、中澳的贸易纠纷与投资争端中以不同的形式和程度频繁体现,对微观层面中国企业尤其是国有企业的贸易和投资利益以及宏观层面中国开放型经济体制的构建,均构成了严峻的挑战和冲击。尽管有美欧确立规则霸权、推行贸易保护主义的意图夹杂其中,但在当前国际社会重构贸易与投资新规则的整体背景下,中国应积极应对、参与和引领以竞争中立为代表的新一代贸易与投资规则。面对竞争中立制度的扩张,中国应通过内、外并重提升制度竞争力,特别是以竞争为基准、以规范政府角色和行为为核心,完善国企改革政策、产业政策、竞争政策及相应法制,构建由竞争评估、竞争倡导、竞争执法与司法构成的完整实施机制,尤其是推进和完善新近推出的公平竞争审查机制,通过自贸试验区引入并创新竞争中立规则,引领和参与双边、多边竞争中立规则的制定与实施以及规则平台的构建与推广。

目 录

第 1 章	导论	001
1.1	研究背景与研究意义	001
1.2	文献概述	005
1.3	研究内容及研究方法	008
第 2 章	以国企改革为中心的竞争中立：缘起、内涵及价值	011
2.1	竞争中立的制度缘起	011
2.2	作为国企改革取向和标准的竞争中立	012
2.3	以竞争中立推动国企改革的意义与影响	018
第 3 章	转向国际贸易与投资新规则的竞争中立：“多极化”的 动因及其图景	031
3.1	竞争中立转向国际贸易与投资新规则的背景及动因	031
3.2	多极化制度图景之一：竞争中立的澳大利亚模式	038
3.3	多极化制度图景之二：竞争中立的欧盟模式	041
3.4	多极化制度图景之三：竞争中立的美国模式	043
第 4 章	TPP 和 TTIP 框架下的竞争中立	054
4.1	TPP 的发展历程与核心问题	055
4.2	TPP 文本中的竞争中立	059
4.3	TTIP 的发展历程与核心问题	071
4.4	TTIP 谈判中的竞争中立议题	078

第5章	国际竞争视野中的竞争中立：新情势下国家间制度竞争的强化与博弈	081
5.1	国际竞争格局的变化与竞争中立的兴起	081
5.2	国际竞争视野下竞争中立制度的理念与本质	089
5.3	竞争中立制度的推行是国家间制度竞争的集中反映	094
第6章	竞争中立制度对国际贸易与投资的影响	099
6.1	美欧推广竞争中立制度的逻辑与策略	099
6.2	竞争中立制度对国际贸易与投资的宏观影响	101
6.3	竞争中立制度对国际贸易和投资的微观影响	109
第7章	竞争中立制度对中国企业“走出去”的影响	124
7.1	中国国有企业经济模式对美欧的挑战	125
7.2	美欧对中国企业适用竞争中立制度的总体路径	130
7.3	贸易领域美欧对中国企业适用竞争中立制度的实践与个案剖析	134
7.4	投资领域美国对中国企业适用竞争中立制度的实践与个案剖析	143
第8章	竞争中立语境下完善中国相关政策与法制的对策及建议	149
8.1	基本思路与原则	149
8.2	具体对策	152
第9章	结语	171
	参考文献	173
	后记	182

第 1 章

导 论

1.1 研究背景与研究意义

1.1.1 研究背景

现行的诸多国际贸易与投资规则是在二战结束后形成和发挥作用的,由美欧等发达国家所主导,并依托相应的国际组织进行管理、运作和协调。比如,依托世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)及其前身关税与贸易总协定(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)运行的贸易与投资规则,以及依托国际货币基金组织(International Monetary Fund, IMF)和世界银行集团(World Bank Group, WB)运行的国际货币与金融规则等。但是 2008 年的美国次贷危机和 2010 年的欧洲债务危机使美欧等国面临着巨大的危机,以“金砖四国”和“新钻十一国”为代表的新兴经济体的企业在国内和国际两个市场上与美欧等国的企业展开了激烈竞争。^①这些因素导致美欧等国所主导的宏观世界经济政治格局遭到重大挑战,建立国际经济新秩序、提高全球治理水平以及在微观领域重塑国际贸易投资规则的呼声也越来越高。

在全球经济发展形势依然波诡云谲、大国博弈不断向纵深发展、中国经济快速

^① “金砖四国”:巴西、俄罗斯、印度和中国。“新钻十一国”:巴基斯坦、埃及、印度尼西亚、伊朗、韩国、菲律宾、墨西哥、孟加拉国、尼日利亚、土耳其和越南。

发展和深刻转型的背景下,传统的国际贸易与投资规则已然并将继续发生改变。在此背景下,一个值得我们高度注意的动向是,美欧已经开始借助《跨太平洋战略经济伙伴协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)和《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)等谈判,在全球范围内推广以“竞争中立”(Competitive Neutrality)为代表的新一代国际贸易与投资规则。在美欧等发达国家政府的强力推动下,竞争中立制度正作为一种新的国际规则被越来越多的国家所接受。简言之,美欧等发达国家正在利用其在经济和政治方面的传统优势地位,不断在国际层面推行有利于其经济特点并能够制约新兴经济体的竞争中立制度。

从现实层面来看,美国次贷危机和欧债危机对各自国家/区域内的经济和社会所带来的负面影响日益显现,美欧诸国面临的国内和国际环境不容乐观。与此同时,以发展中国家为主体的新兴经济体加速崛起,必然要求对传统的贸易与投资规则进行调整以实现其国家利益,这也势必会对既有的国际规则体系形成挑战。为了应对上述危机和挑战,美欧各国加速重构以WTO协定为依据、主要规范制造业的传统经贸规则,试图通过竞争中立等新一代国际规则维系和强化在新兴产业、环境与生态保护、劳工待遇等领域的规则制定权与解释权。因而在全球经济一体化不断深化的背景下,在美欧通过多种双边和多边措施的强力推动下,竞争中立制度在可预见的未来势必将成为一项新的国际贸易投资规则,对未来的世界经济和政治格局产生深刻影响。中国正在加速融入全球经济一体化,竞争中立制度也势必会对中国的经济和社会发展产生重要影响。有鉴于此,有必要对其定义和理论根源进行分析,深入探讨美欧各国强力推广该制度的经济和政治背景。竞争中立制度极有可能形成新的贸易和投资壁垒,给我国不断强化“走出去”、拓展国际化经营的企业尤其是国有企业带来新的贸易和投资摩擦及纠纷。综上,有必要系统地研究竞争中立制度,积极应对可能发生的贸易和投资摩擦及纠纷,为中国企业营造一个公平的国际贸易与投资环境,并在国际政治经济格局变幻的大背景下争取和强化中国政府对新国际规则的制定权与解释权。

1.1.2 研究意义

1. 为更好地应对竞争中立制度引发的新型贸易与投资摩擦提供微观对策建议

对于传统贸易规则所引起的摩擦,经过多年的经验累积,中国政府和企业均已经形成了比较成熟的应对措施。比如,在WTO框架下,对于反补贴、反倾销、保障措施等传统救济手段,中国政府已经能够从容地应对并形成有效的反击措施。但竞争中立制度有所不同,其植根于美欧等发达国家的经济、政治和法律体系之中。在竞争中立制度的立法和执法经验方面,上述发达国家天然具有明显的优势。比如,澳大利亚早在20世纪90年代就开始了有关竞争中立的立法和执法实践,时至今日,澳大利亚联邦和州政府层面已经进行了上百起关于竞争中立的行政审查(赵海乐,2015)。与澳大利亚类似,美国和欧盟等国对于竞争中立制度的应用也已经非常娴熟。而对于中国来说,无论是政府抑或企业,对于竞争中立制度的认识与理解均处于起步阶段。从历史经验来看,新的国际规则比较容易引起新的贸易和投资摩擦。例如,美欧等国在WTO乌拉圭回合谈判中将服务贸易、知识产权等议题引入谈判,并最终达成了《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)和《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)等协定。此后,全球范围内服务贸易和与贸易有关的知识产权的相关贸易摩擦也逐渐增多。同理,当下美欧各国正在通过TPP、TTIP、TiSA(Trade in Services Agreement)^①和BIT(Bilateral Investment Treaties)最新范本等多边和双边载体力推竞争中立制度。随着竞争中立制度不断得到国际社会的认可与接受,由其所引发的新型贸易和投资摩擦也会不断出现与增多。因此,中国政府和企业需要未雨绸缪,提前作好应对的预案。本书对竞争中立的研究,能够为我国更好地应对竞争中立制度引发的新型贸易与投资

^① GATS于1995年1月生效,其后历经多年却无实质进展。2012年,由美国、欧盟组织的“服务业挚友”集团(Really Good Friends of Services, RGF)开始倡导并以多边谈判的方式推行《国际服务贸易协定》(Trade in Services Agreement, TiSA)。

资摩擦提供微观层面的对策与建议。

2. 为更好地应对、参与和引领新一代国际贸易与投资规则提供宏观决策参考

在世界范围内,改革开放以来中国的经济增长和发展获得了广泛关注。目前中国经济总量已跃居世界第二,进出口总量世界第一。与此同时,美欧等国对中国崛起的担心也在不断增加,在宏观和微观层面上不断对中国进行经济、政治和法律层面的质疑和挑战。一方面,各国的经济实力是制定贸易和投资等国际规则的基础。正是如此,目前的贸易和投资规则/组织(比如 WTO、IMF、WB)均是在美欧等国的主导下形成的。由于美国和欧盟仍是世界上经济实力最强的国家和地区,因此正在孕育、形成并定型的竞争中立制度的形成与发展,在相当一段时间内仍将无法摆脱美欧的掌控与主导。在当前的世界经济和政治背景下,美欧政府依然希望继续联手,以主导与左右全球贸易与投资规则的制定,以维护对其有利的传统贸易与投资格局。另一方面,随着中国等新兴经济体实力的不断增强,以中国为代表的新兴经济体在全球贸易与投资格局中的地位正在逐步而显著地上升。在这种背景下,新兴经济体也在谋求全球贸易和投资规则的重构。以中国为例,近年来政府在各个层面主动推进全球贸易与投资规则体系的重构,以期在应对、参与乃至引领新国际规则中发挥更为重要的作用。^①可以预见的是,随着中国国内综合实力和全球影响力的进一步提升,必将在全球贸易和投资规则的制定、修改和解释方面发挥更多引领作用。^②当然,要发挥好这一引领作用,有赖于更为积极并富有前瞻性、更为周密并富有针对性的战略设计。竞争中立制度的出现和推行,既是一个全新的挑战,也提供了一个难得的平台。需要特别指出的是,竞争中立制度在可能给我国企业的国际化经营带来更多贸易和投资摩擦的同时,也可能成为促进中国开放型经济体制全面深化的外部力量。竞争中立制度所体现的高要求与高标准,与中国

① 比如,中国政府领导人在 2014 年于北京举行的“亚太经济合作组织”(Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC)峰会以及于澳大利亚举行的 G20 峰会上,提出了亚太自贸区的构想、亚太地区全方位互联互通的框架,以及北京反腐宣言的原则。上述行动都是我国积极参与和引领国际贸易和投资规则的有益尝试。

② 目前,中国政府正在积极推进“一带一路”倡议,以及亚洲基础设施投资银行和金砖国家银行的设立和发展。这都将对我国未来应对、参与和引领全球贸易和投资新规则产生积极影响。

经济体制改革的总体目标具有很高的-致性。比如,竞争中立制度要求对国有企业和私营企业提供平等的市场经营环境,促进二者的平等竞争,这也是中国经济体制改革一以贯之的发展方向。对竞争中立制度展开研究,无疑也符合新形势下中国政府争取和确立国际规则主导权的客观需要。

综上,本书的研究意义在于,通过扎实的理论研究和深入的实证梳理,就我国主动应对、参与和引领“竞争中立”制度、以更高标准进行经济体制及国有企业改革、推进全球贸易和投资规则体系的重构、构建开放型经济新体制等问题展开深入分析,从而为我国更好地应对竞争中立制度引发的新型贸易与投资摩擦提供微观对策建议,为我国更好地应对、参与和引领新一代国际贸易与投资规则提供宏观决策参考。

1.2 文献概述

从学术研究的角度来看,与制度实践基本一致,就总体而言,国外学者对竞争中立制度的研究已经比较成熟,并从制度构建、司法实践等角度不断深入。比如,波尔森(Lauge N.Skovgaard Poulsen)认为,新兴经济体所推行的“国家资本主义”(state capitalism)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这种影响(Poulsen, 2012:18—19)。^①中川淳司认为,美欧等国签署的区域自贸协定应普遍采纳竞争中立制度,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(Junji, 2012:10—11)。还有一些学者从市场监管(Speta, 2002—2003:763—815)、市场准入(Benink & Llewellyn, 1995:393—407)、税收(Mason & Knoll, 2012:1014—1116)等相关和具体角度探讨了竞争中立制度的实现模式,以及如何为国有企业和私营企业创造一个公平的竞争环境等。此外,美国政府、澳大利亚政府、OECD等国家和国际组织先后发布了多份内容详细的研究报告,对竞争中立制度的推出背景、主要内容、具体措施等进行了全面论述(Capobianco &

^① See abstract: <http://ssrn.com/abstract=2050919>, 2017-12-10.

Christiansen, 2011)。

在国内,直到 2011 年前后,随着美国政府对竞争中立制度的强力推动^①，“竞争中立”这一概念才逐步在国内出现,并为学界所关注。^②近年来有关竞争中立制度的研究逐渐增多,内容上也开始从介绍、简单的应对向系统、深入的研究转型。但总体而言,国内学界特别是法学界对于竞争中立问题的研究尚处于开始阶段,不少领域和问题尚有较大的研究空间。^③

以代表性论文为例,在宏观层面,早期有一些学者对“竞争中立”制度的主要内容及其在国际规则层面的意义进行了介绍(王婷,2012;唐宜红、姚曦,2013)。后来陆续有学者从 TPP、TTIP、《美国 2012 年双边投资协定范本》(2012 US Model Bilateral Investment Treaty)等国际规则方面对竞争中立制度进行了战略性的分析。比如,樊勇明和沈陈的论文研究了 TPP 对竞争中立制度等新一代贸易规则的影响,认为 TPP 是美国企图主导新一轮全球贸易规则制定的跳板和前奏,将对中国和广大发展中国家形成挑战和一定的压力,同时,也将给中国和广大发展中国家带来新的机遇(樊勇明、沈陈,2013)。王金波的论文研究了国际贸易投资规则的发展趋势,认为以 TPP、TTIP 和 TiSA 为代表的美欧新贸易投资协定正在成为影响中国未来发展的新的重大外部因素,因此中国有必要在深化国内改革的基础上,加快完成更高标准的自贸区战略布局(王金波,2014)。还有学者侧重于竞争中立的理论问题进行基础性的研究,比如赵海乐通过比较研究认为,澳大利亚模式的“竞争中立”偏重于规制国有企业的商业行为,核心价值在于给予国有企业与私营企业同等竞争条件;美国在国际社会宣扬竞争中立,但更倾向于提出美式竞争条款的同时,以竞争中立个别承诺的方式约束别国而非本国。这意味着竞争中立国际规则缺乏国际共识与国际合意,因而至多能够形成国家间契约而非国际造法(赵海乐,

① 2011 年 5 月 6 日,美国主管经济、能源和农业事务的副国务卿罗伯特·霍马茨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》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。参见 Hormats(2011)。

② 在 2012 年之前,国内对竞争中立制度的介绍主要是新闻媒体上的文章,比如徐旭红(2011)。目前可查到的最早的关于“竞争中立”的学术论文是王婷(2012)。

③ 以中国知网检索的 CSSCI 论文为例,截至 2018 年 1 月,篇名包含“竞争中立”的论文仅 25 篇(2012 年 1 篇,2013 年 2 篇,2014 年 6 篇,2015 年 10 篇,2016 年 6 篇),其中发表在法学期刊上的仅 5 篇。

2015)。与此相关,也有学者针对美国在竞争中立制度推行过程中的角色进行了反思性的理论研究,丁茂中认为,竞争中立制度最早发源于澳大利亚的国内经济改革,经过美国的大力传播,目前已经走向国际化。遏制国家资本主义模式、制定新的国际贸易规则是美国力推竞争中立制度的主要动因,这使得美国在传播澳大利亚的竞争中立制度过程中客观存在不少断章取义之举,极易误导人们以为竞争中立针对国企与私企之间竞争、竞争中立排除政府任何的非中立干预(丁茂中,2015b)。

在微观层面,国内学者对竞争中立制度也进行了较多的对策性研究。一个比较集中的研究角度是分析竞争中立制度对我国国有企业改革(特别是企业“走出去”、国际化经营)的影响(赵学清、温寒,2013;汤婧,2014;沈铭辉,2015)。比如胡改蓉认为,竞争中立制度的实施能够有效促进国有企业与民营企业之间的公平竞争,在优化社会资源配置的同时,提升国有企业自身的经营效益。目前我国国有企业在经营中仍享受着诸多的不当竞争优势,应当依据竞争中立制度的基本要求,以政府职能分离规则、防止交叉补贴规则、透明度规则以及合理豁免规则为基本导向,对我国当前的相关法律制度进行检讨和完善(胡改蓉,2014)。另一个比较典型的角度是结合中国的自贸区建设提供对策性的思路,比如张占江认为,基于我国改革开放的实际诉求,竞争中立制度承诺应被界定为:为发挥市场在资源配置中的决定性作用,政府最大限度地维护自由、公平竞争机制,确保所有企业面临相同的竞争环境所承诺的一揽子制度安排。在兑现承诺的路径上,应体现为通过竞争评估、竞争倡导促进所有法律、法规按照竞争中立的要求来制定与修改;通过竞争执法排除竞争中立制度障碍的影响;通过适用除外制度,弥补竞争中立制度的局限(张占江,2015a; 2015b)。以及在此基础上侧重于整体的经济体制改革、开放型经济体制建设而提出整体性的对策建议,比如丁茂中(2015a; 2015c)认为,我国引入并实施竞争中立制度必须首先定位准确,即其应当围绕政府促进市场公平竞争这一主旨展开。除了非市场化领域的政府管理、外商投资的国家安全审查与引入竞争的非对称性扶持外,竞争中立制度要求政府在干预市场过程中必须遵守交易机会中立、经营负担中立、投资回报中立三大行为准则。我国应当通过行政执法、体制改革、竞争倡导等路径贯彻竞争中立制度,按照“先行试点、逐步推广、对外输送”模式推进竞争中立制度的实施。此外,近年来国内学界研究竞争中立的另一个集中性趋势,是以竞争中立为标准,对我国经济体制改革特别是构建开放型经济体制中的一些