

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.01.002

国有企业国际规则的新发展 ——内容评述、影响预判、对策研究*

徐 昕

(上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院, 上海 200336)

摘 要: 在现有的国际经济法范围内, 国有企业的反竞争行为在不同立法框架下受到约束。在美国的主导下, 《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP) 首次围绕国有企业本身设置横向议题并完成了谈判。新谈判的规则对中国国有企业而言具有较强的针对性, 诸多现有做法受到约束和调整, 但国企改革的整体方向与其是一致的。为此, 中国应积极面对国企规则的新发展, 以推动国企进一步改革为核心, 辅之以在国际层面倡议国企运行的多元化评价体系、在双边和区域层面试水国企规则谈判, 加强国有企业国际规则的法学研究, 探索国际层面规范国有企业应树立的恰当边界。

关键词: 国有企业; 非歧视待遇; 商业考虑; 非商业性援助; 透明度

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2017)01-0014-13

20世纪80年代后, 随着新兴经济体的迅猛崛起, 国有企业在全球经济舞台上展现出强大的发展能力和速度, 2012年世界前30大企业中, 就有来自8个国家的12家国有企业。在OECD2013年的一项研究统计中, 福布斯全球企业2000强中来自37个国家的国有企业总产值超过10%, 相当于全球GDP的6%, 超过了德、法、英等国的年GDP。^①发达国家认为, 国有企业凭借其国有的身份获得了大量的补贴、低息贷款、监管上的优惠, 并享有松缓的公司治理, 能从事缺乏经济合理性的企业行为、反竞争行为等, 因此获得了相对于私营企业的不正当竞争优势, 破坏了正常的国际竞争秩序。^②为此, 以美国为代表的西方发达国家试图限制国有企业, 以平衡来自新兴经济体的竞争压力, 遏制国家资本主义的发展。在这一背景下, 美国通过《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP) 推出了全新的国有企业章, 在国际经贸规则内首次以横向议题的方式单独为国有企业施加了义务。本文将首先概述现有关于国有企业的国际规则, 其次分析以TPP国有企业章为代表的国企条款的新发展, 在此基础上探讨这套规则若施加于中国可能具有的影响力, 最后对中国如何应对国有企业国际规则及未来的发展提出应对之策。

* 本文为中国法学会2016年部级课题“国有企业国际规则的新发展与我国的应对策略研究”(项目编号CLS(2016)D168)的阶段性研究成果。

① Przemyslaw Kowalski, Max Büge, Monika Sztajerowska, Matias Egeland, “State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications,” OECD Trade Policy Papers, No.147, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/5k4369ckqk71-en>.

② State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, in Competition Policy Roundtables, DAF/COMP (2009)37, pp. 38-42, 2009, available at: <http://www.oecd.org/competition>.

一、国有企业的现有国际规则

如前所述，发达国家之所以推动国有企业国际规则新发展，其核心动因在于规制其扭曲国际贸易和投资正常秩序的反竞争行为。从现有的国际规则体系来看，国际贸易和投资规则对调整国有企业的反竞争行为并非无法可依，其可倚赖的规则体系包括：（1）非歧视的核心原则，包括国民待遇和最惠国待遇原则。这两条基本原则确保了外国产品（服务）可以享受到不低于本国同类产品（服务）和该国提供给第三国同类产品（服务）的待遇。（2）《反倾销协议》，授权进口方对“倾销”产品征收反倾销税，以此抵消出口该类“倾销”产品而享有的竞争优势。（3）《补贴与反补贴措施协议》，依据该协议，企业接受补贴的行为受到了WTO纪律的约束。（4）GATT1947第17条国营贸易企业和诸边协议《政府采购协定》也在一定程度上限制了企业的歧视性采购和销售活动。当然，WTO所有这些规则都不专门针对国有企业，但国有企业显然被包含在其调整范围内。（5）竞争条款，在WTO框架下，竞争政策早在1996年即成为新加坡议题。当然由于谈判各方分歧过大，截至目前并未取得任何成果。不过晚近出现的自由贸易协定，例如在美国、欧盟对外签署的部分双边自由贸易协定中，均包含了较为详尽的竞争章节。（6）一些新近签署的双边投资协定亦对反竞争的国有企业优惠政策大加约束，并赋予受影响的投资者通过投资者诉国家的仲裁程序起诉投资东道国。

从以上现行框架可以看出，现有国际贸易/投资规则具有调整国有企业反竞争行为的能力，也具有进一步加强这套规范的张力。这一观点也为美国国内的某些评论员所支持。^①然而，美国不满足于此，认为现有规则存在诸多不足，例如WTO《服务贸易总协定》仅适用于成员方承诺开放的领域，《政府采购协定》仅为诸边协议，竞争章节只出现在部分自由贸易协定中，反补贴协议对国有企业作为补贴提供者和接受者的认定存在困难等。鉴于此，美国凭借一己之力，强势主导了TPP国企规则的出台，意图对国有企业的反竞争行为加以更直接和更有力的约束。

二、国有企业国际规则新发展的核心内容

如上所述，现有的国际立法框架对于国有企业反竞争的行为并非没有调整能力，但其散落于不同的规则体系下。TPP第17章以国有企业为单独议题，围绕国有企业本身设定规则，这是对现有关于国有企业国际规则的最大发展。就其内容来看，主要体现在以边界后的规则改革为目标，以竞争秩序为主要立法思路的特征。具体而言，该章条款包括了如下三方面的核心义务。

（一）非歧视待遇和商业考虑

如标题所示，该款项下包括了两项义务。首先，TPP缔约方应确保其国有企业在

^① “Stakeholders Urge USTR to Make Changes to SOE Proposal in TPP Talks”, Inside U. S. Trade, September 29, 2011.

从事商业活动时遵循商业考虑。按照 TPP 协定第 1 条的界定,商业考虑是指价格、质量、可获性、运输以及购买或销售的其他条款和条件,或相关商业或行业的私营企业在商业决策中通常考虑的其他因素。这一要求特别针对那些同时承担特定社会公共职能的国有企业在从事商业活动时避免仅按政府指导意见行事,不以盈利为目标。

其次,一缔约方应确保其国有企业在从事商业活动时提供非歧视待遇。与国际经贸领域传统的非歧视待遇条款相比,TPP 的这一条款具有以下特点:第一,提供非歧视待遇的主体是企业,而不是缔约方。缔约方的责任在于应确保其国有企业提供非歧视待遇。第二,非歧视待遇首先是以单独的一个规范范式表现出来,而在具体阐述时明确包括了最惠国待遇和国民待遇两个条款。第三,非歧视待遇涉及国有企业在货物和服务领域所有影响国际贸易和投资的行为,其关注点在于同一市场上所有行为主体应处在公平竞争的游戏场地。并且,相关的市场不仅指缔约方本国国内市场,也包括其他缔约方市场和第三方市场,范围相当广泛。^①

(二) 非商业性援助

围绕非商业性援助,TPP 共设计了三个主要条款,其中第 6 条非商业性援助是基本义务条款,第 7 条不利影响和第 8 条损害是对第 6 条的进一步阐述和支撑。

在第 6 条这一主干条款中,TPP 不仅限制缔约方对国有企业提供非商业援助(第 6.1 条),也限制国有企业之间的交叉援助(第 6.2 条),对于这两者,第 6 条要求不得据此对另一缔约方的利益造成不利影响。^②同时第 6.3 条还限制缔约方对本国海外投资的国有企业提供非商业性援助,并要求不得据此对另一缔约方的国内产业造成损害。在此,第 6 条涉及了两个重要概念:不利影响和损害。

按照第 7 条的解释,不利影响包括两种情形:一种叫占据市场,另一种叫价格影响。所谓占据市场,是指在同一市场上排挤或阻碍了其他缔约方的企业提供同类的货物或服务。如前所述,此处的市场既包括接受非商业性援助的国有企业的本国市场,也包括其作为涵盖投资所设企业而存在的另一缔约方市场,还包括任何其他非缔约方市场。所谓价格影响,是指在同一市场上大幅削减了其他缔约方同类货物或服务的价格,或对其产生了显著的价格抑制、价格压低或销售减少。

按照第 8 条的解释,损害是指对一国内产业的实质性损害、对国内产业的损害威胁或对建立该产业的实质阻碍。对实质性损害的认定应基于肯定性证据,并对相关因素进行客观审查,包括获得非商业援助的涵盖投资的产量、此类生产对国内产业生产和销售的同类货物的价格的影响,以及此类生产对生产同类货物的国内产业的影响。

① 相比 GATT1994 第 17 条关于国营贸易企业的规定,后者对非歧视待遇的含义没有做明确约定, GATT/WTO 的争端解决机构也较为回避对这个问题给予回答。在理论层面,则多支持该义务仅包含最惠国待遇,不包含国民待遇。参见 William Davey: "Art An Ovicle XVII: An Overview", in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis, eds. *State Trading in the Twenty-First Century*, The University of Michigan Press, 1998:7.

② 其中第 1 款直接要求缔约方不得通过使用其提供给国有企业的非商业性援助而对另一缔约方的利益造成不利影响,第 2 款要求缔约方应确保其国有企业不得通过使用其提供其他国有企业的非商业性援助而对另一缔约方的利益造成不利影响。

第8条第2款、第3款和第4款分别对第1款列出的这些相关因素如何进行评估给出了指引。

总体来看，TPP对约束非商业性援助的设计基本未脱WTO《补贴与反补贴措施协定》（以下简称“SCM”）的窠臼，但在细节上存在差异，下文对此会有进一步的论述。

（三）透明度

在透明度条款下，TPP缔约方主要承担以下几个方面的义务：

第一，公开义务。第10条第1款要求各缔约方应自TPP协定对其生效之日起6个月内，向其他缔约方公布其国有企业名单，并在此后每年对该名单进行更新。

第二，提供相关国有企业信息的义务。第10条第3款规定，若国有企业的活动可能影响缔约方之间的贸易和投资，则该国有企业所属的缔约方一经请求即应提供关于该国有企业的详细信息。具体包括：1，该国有企业中的股权比例及投票权比例情况；2，对涉及国有因素的任何特殊股份或特别投票权或其他权利的描述；3，在该国有企业董事会担任职务或成员的任何政府官员的详细信息；4，该国有企业最近3年的收入总和和总资产；5，该国有企业享有的免责和豁免情况；6，其他公开可获得的信息，包括年度财务报告、第三方审计报告等。

第三，提供相关项目和政策信息的义务。第10条第5款规定，若一缔约方采取或维持了提供非商业性援助的政策或项目，则该缔约方一经请求即应提供关于该政策或项目的详细信息。具体包括：1，在该政策或项目下提供的非商业性援助的形式；2，提供非商业性援助的政府机关、国有企业或国营企业的名称，以及已经获得或有资格获得这类援助的国有企业的名称；3，这类政策或项目的法律依据和政策目标；4，非商业性援助的额度，包括单位金额、年度预算总额、贷款或贷款担保的金额、利率、费用、权益资本的投资总额、获得股份数量等；5，这类政策或项目的时间期限；6，可对这类政策或项目对缔约方间的贸易和投资影响进行评估的统计数据。

第10条的其余条款对如何请求提供信息、如何提供信息提出了具体的要求。

除了这三条规制主线，TPP的其余条款中，关于国有企业、非商业性援助的定义、范围和例外条款以及法院和行政机构条款等也非常值得关注，下文亦会结合这些条款展开评述。

三、国有企业国际规则新发展对中国的或有影响

尽管TPP协议本身囿于美国新任总统的战略决策，短期内或将生效无望。然而，TPP当中的规则依然是有生命力的。对中国而言，即便TPP不生效，美国也可能通过其他路径在国际层面推广这套规则，并有可能通过中美BIT或其他区域路径将这套规则的核心内容施加于中国。如何应对这套规则是中国必须要面对的问题。鉴于此，对

TPP 国有企业条款对中国的或有影响作出深入研究, 极为必要。

(一) 中国国有企业或被纳入 TPP 调整范围的状况

TPP 国企条款通过描述所有权或控制权的三个任选条件定义了国有企业, 并要求其必须主要从事商业活动。但对于何为主要从事商业活动这一条件, TPP 并未确立标准, 而是留给成员方自行决定。有评论员认为这是 TPP 国企定义中一个很大的漏洞。中国目前并没有法律对国有企业一词作出界定。^①然而, 2015 年 9 月 13 日, 国务院出台了《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》(以下简称《指导意见》)。该《指导意见》在规范国企分类管理的同时, 亦使得我们无法灵活利用 TPP 这一漏洞。

2015 年的《指导意见》根据主营业务和核心业务范围, 明确将国有企业界定为商业类和公益类。其中商业类国有企业又细分为主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键行业的商业类国有企业和主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业。对于前者, 原则上都要实行公司制股份制改革, 积极引入其他资本实现股权多元化, 国有资本可以绝对控股、相对控股或参股。对于后者, 要保持国有资本控股地位, 支持非国有资本参股。

按照这样的规定, 公益类国有企业可以不受 TPP 国企条款的约束, 但商业类国有企业理论上全都属于 TPP 规定的主要从事商业活动这一限制, 除非其经过股权多元化改革, 导致其国家持有股份低于 50%, 并且在这种情况下, 其拥有的投票权也必须低于 50%, 并且也不能控制董事会多数成员的任命。

因此, 仅仅推动国有企业股权多元化, 以缩小中国国有企业受 TPP 约束的范围,^②并不是完全有效的。事实上, 有相当多的中国国有资本参股公司, 政府对其仍然拥有有效的控制权, 而中国已有的司法实践也是支持将其认定为国有企业的。^③按照 TPP 的定义, 这仍然属于国有企业的范畴。特别关键的是, 对于主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键行业的商业类国有企业, 因该《指导意见》要求其保持国有资本控股地位, 因此, 很难摆脱 TPP 国企条款的约束。

此外, 美国国内关于反补贴的行政调查程序也使我们能了解美国如何界定国有企业的趋势。例如, 在近年来的系列双反措施案中, 国有企业出口受到的限制越来越严苛。在美国对华轿车和轻卡轮胎发起的反倾销调查中, 17 家应诉企业被拒绝给予单独税率, 其中 6 家企业具有国有股的成分, 其他 11 家企业虽无国有股, 但没有相反证据证明不受政府约束或影响, 因此也没有获得单独税率。而事实上, 这 6 家具有国有股的企业, 同样也是上市公司, 拥有市场化的法人治理机制, 股东严格按照股权比来承担相应的权利和义务。从中我们可以看到, 美国在相关的国际贸易法律适用中是

① 2009 年《企业国有资产法》, 本法所称国家出资企业, 是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司, 以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。

② 有很多学者提出通过积极推动国企股权多元化来避开 TPP 约束的对策, 例如顾敏康, 孟琪. TPP 国企条款对我国国企的影响及对策[J]. 中国政法大学学报, 2014(6): 155.

③ 吕晓蓓, 张朝兴, 刘波. 国有控股公司的司法界定[J]. 中国检察官, 2015(8): 31.

持较为宽松的标准来认定国有企业的。这对TPP项下国有企业将会被如何认定是一种参照。

再来看TPP对国有企业规模的限制。TPP第17.13条第5款以及附件1A共同对受约束的国有企业的规模做了门槛限定，即规定国有企业章的三大核心条款不适用于在前3个连续的财务年度中的任何一年，自商业活动获得的年度收入低于门槛金额的国有企业。按照附件1A的规定，在TPP协定生效时，该门槛金额为2亿SDR，^①在这之后每隔3年依照公式进行调整。

按照国资委官网公布，目前由国资委出资和/或管理的央企共106家。这106家央企合并报表的年收入总额均大大超出TPP设定的上述门槛。我们选取若干央企进一步考察其下属的全资子公司或50%以上控股子公司的情况，^②以中航工业集团公司为例，在其26家符合前述条件的上市公司中，2013~2015年度年收入总额超过TPP设定门槛的公司为20家。再如宝钢集团有限公司，其拥有7家全资子公司和3家控股子公司，在这10家公司中，其中8家的年度收入情况超过TPP设定的门槛。^③据此我们得出的一个粗略结论是：对参与国际贸易和投资的，尤其是中央一级的国有控股企业而言，2亿SDR的门槛并不算高。

综上所述，依据TPP国企条款对国有企业的定义及其相关例外和门槛等条件的限制，中国国有企业受TPP国企章节调整的范围还是相当大的。

（二）非歧视待遇和商业考虑对中国国有企业现行制度的影响

非歧视待遇和商业考虑规定在TPP国企条款第4条，是该套规则的核心义务之一。然而，TPP现有规定对非歧视待遇的内涵以及与商业考虑义务之间的关系存在模糊之处。这种模糊主要体现在：第一，非歧视待遇和商业考虑这两项义务的关系不明。在GATT1994第17条国营贸易企业项下，成员方只要能够证明本国国营贸易企业履行了商业考虑的义务，即符合提供非歧视待遇的义务。^④TPP在两项义务之间缺少表述两者间具有如上关系的明确措辞，但又通过第17.4条第3款在两者之间建立了某种联系。从这一款规定来看，TPP的制定者们在一定程度上也是认可，国有企业只要基于商业考虑行事，是可以排除其非歧视待遇义务的。但除了第17.4条列举的两种情形之外，满足了商业考虑的义务是否足以证明其履行了非歧视待遇的义务，仍然不够明确。

第二，非歧视待遇所包含的最惠国待遇和国民待遇的具体内涵不明。对比之下，在GATT1994第1条最惠国待遇中，我们看到该条不仅明确了待遇的内容，即指利益、优惠、特权或豁免，也指明了这些待遇适用的领域，即关于进出口的税费，征收

① 这个标准高于《美国-新加坡自由贸易协定》设定的门槛，后者为5千万SDR。按照粗略估算，2亿SDR约等于18亿元人民币。SDR的精确计算是由IMF根据外汇市场每日对“篮内”五种货币的汇率报价，计算出SDR价格，并以美元公布在IMF网站上。

② 限于上市公司，因为目前非上市的这类公司很多没有公开其年度收入额等财务信息，因此无法查询和统计。

③ 数据通过查询证券交易所各相关上市公司年报整理而得。

④ 参见Canada-Administration of the Foreign Investment Review Act (FIRA), BISD 30S/140, 163.

此类税费的方法以及有关进出口的全部规章手续方面。类似的, GATT1994第3条国民待遇也限定了待遇的适用领域为国内税和国内法规。然而, TPP明确规定非歧视待遇的提供主体为国有企业, 而上述有关国民待遇和最惠国待遇的具体内容显然是由国家来承担的。因此, 如何理解和运用这一义务的具体内涵有待观察。

综合TPP国企条款的立法主旨、背景材料和其核心内容, 本文认为, TPP所设立的非歧视待遇和商业考虑, 其核心义务在于要求国有企业在购买和销售货物或服务时应基于商业考虑, 在此基础上给予参与其销售或购买的交易对手充分的参与机会。^①也即, TPP该条重点规范的对象是“任何非基于商业考虑而先验排除某一类或某一个企业的做法”。对于这类行为, 中国目前的法律法规及实践层面主要存在这样一些问题。

首先, 当前中国有关国有企业的法律法规对商业类国有企业应基于商业考虑开展运作处在逐步推动的转型过程中。例如2009年施行的《国有企业国有资产法》以强调对国有资产管理为立法基本点, 在企业的经营问题上, 第17条规定: “国家出资企业从事经营活动, 应当……接受人民政府及其有关部门、机构依法实施的管理和监督, 接受社会公众的监督, 承担社会责任, 对出资人负责。”到了2015年, 《指导意见》则明显有了不同, 其开篇规定: “商业类国有企业……按照市场化要求实行商业化运作。”但该《指导意见》随后又规定: “商业类国有企业和公益类国有企业作为社会主义市场经济条件下的国有企业, 必须自觉服务国家战略, 主动履行社会责任。”此外, 《商业银行法》以及中国银行《全球公开招股书》、天津市政府审核报告等多项国内法规和文件明确规定了商业银行需按照国家政策开展贷款业务。^②通过这些条款可以看出, 中国当前正在努力推动国有企业的分类经营和监管, 但在程度上与TPP的要求仍有较大差距。

其次, 要求国有企业遵循非歧视待遇的法律法规适用范围有限。按照《招标投标法》、《招标投标法实施条例》以及《电子招标投标办法》, 国有企业只在工程项目, 包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购方面必须进行招标。对此, 法律明确规定不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人, 不得对潜在投标人实行歧视待遇。然而, 对于工程项目以外的领域, 上述法律规定对国有企业的采购和销售活动是不适用的。^③

再次, 全球价值链背景下, 对国际货物贸易和投资的深度参与在客观上制约了国有企业在购买和销售货物时违反非歧视待遇的动力和可能性。^④因此, 一般情况下, 国有企业并不会在其招标书中明确对外国企业或外商投资企业等作出限制, 否则这对

① 参见加拿大省级小麦局案的专家组裁定。

② 例如, 《商业银行法》在2015年修订后仍保留了其第34条: “商业银行根据国民经济和社会发展的需要, 在国家产业政策指导下开展贷款业务。”《中国银行全球招商说明书》则指出, “中国《商业银行法》要求商业银行在作出贷款决定时应考虑政府的宏观经济政策。”廖诗评, “中美双方措施案”中的“公共机构”认定问题研究[J], 法商研究, 2011(6): 24.

③ 《企业国有资本与财务管理暂行办法》第18条规定: “企业大宗原辅材料或商品物资的采购、固定资产的购建和工程建设一般应当按照公开、公正、公平的原则, 采取招标方式进行。”但对于是否可以先验排除某类企业未做规定。

④ 在欠发达国家, 这类保护本国企业, 限制外国企业参与其国有企业销售或购买活动的歧视待遇至今仍比较常见。因此, 一国国有企业是否提供非歧视待遇和该国的经济发展程度是成反比的。

其自身开展海外业务具有明显的不利影响。然而，出于法律机制的不完善，加之国有企业发展的历史包袱问题，并由于采购技术和观念的落后，各种“关系采购”、“人情采购”、“明招暗定”等腐败问题时有发生。^①这些现状是引发非歧视待遇的主要问题所在。

另一方面，对于购买和销售服务而言，TPP项下的非歧视待遇涉及服务领域的进一步开放，因此，这部分的压力实际上来自服务领域的开放问题。而服务领域的开放是需要和TPP原始12个谈判方具体谈判而定的。当前中国已经通过自贸区在探索负面清单的市场准入模式，与美国的双边投资协定也在紧密推动服务贸易的开放谈判。最终的开放程度取决于多种因素。进一步地，由于服务行业的特殊性，其在非歧视待遇的具体适用上往往更为灵活。例如工商银行，其在采购服务的招标书中会先验排除不愿开放源代码的国外服务提供商。像这类情况，就更多的需要考虑如何援引第17.4.3条的规定来证明其行为的合法性。

综上所述，关于TPP商业考虑和非歧视待遇的义务，中国目前相关法律法规的立法基本思路与这项义务的要求是一致的，但在程度和范围上还有待加强与完善。而法律和制度上的缺失也导致实践中仍有不少违反这一义务的做法。

（三）非商业性援助对中国国有企业现行制度的影响

如前所述，TPP对非商业性援助的立法思路未脱SCM的窠臼，但在细节上存在差异。因此，我们的思路是通过比较TPP非商业性援助与补贴纪律，从而判断TPP规则对中国国有企业的实际影响。

概言之，TPP较之WTO补贴规则主要是在两个方面增强了纪律。一是对非商业性援助的认定更为简便。这主要在于TPP舍弃了补贴提供者中“公共机构”这一概念，明确非商业性援助的提供者可以是其他国有企业或国营企业。二是TPP调整的非商业性援助的范围较之WTO补贴纪律有了很明显的扩大。一方面，TPP对非商业性援助的接受者既包括国内企业，也包括通过海外投资设立的国有企业。而在SCM项下，补贴是指“在一成员领土内”存在由政府或任何公共机构提供的财政资助。另一方面，TPP对不利影响和损害的认定既包括了货物贸易，也包括了服务贸易。而SCM项下，所有的损害均限于货物贸易领域内。

这两项加强了纪律对中国的影响是很大的。首先，国有企业被明确规定为补贴提供者，这使得国有企业向下游企业（亦为国有企业）提供原材料和基础服务，以及国有商业银行向其他国有企业提供优惠贷款的行为都可轻松被纳入TPP非商业性援助条款的调查。而这两种行为，在中国目前的实践中是相当常见的。这一点，我们可以通过美国对华发起的反补贴调查相关数据予以佐证。根据美国商务部发布的信息，从2006~2014年期间，美国共对中国发起了50起反补贴调查，其中35起被裁定征收反补

^① 国有企业招标投标管理实践问题初探[EB/OL].中国物流与采购网[2016-09-29].<http://www.chinawuliu.com.cn/information/201502/03/298288.shtml>.

贴税。在这35起案件中,涉及国有企业以及涉及国有商业银行优惠贷款的均超过半数。这从一个侧面反映了我国国有企业和国有商业银行作为补贴提供者的普遍情况,以及引发反补贴调查的高频率。^①因此,TPP的这一简便认定对中国的实际影响是比较大的。

然而,此处我们必须注意这样一个逻辑:在补贴救济上,WTO采取的是双轨制,也即,对一成员实施的补贴,受影响的成员既可以通过国内途径加以救济,也可以通过诉之WTO争端解决机制予以多边救济。如前所述,在美国国内救济补贴的路径下,国有企业和国有商业银行是很容易被认定为公共机构从而构成补贴提供者的,尽管中国通过双反案使上诉机构澄清了纪律,在美国认定公共机构的标准上加强了“行使政府职权”这一要素。但是美国在之后的实践中是否会遵循这一裁决是个问题,再者其很可能通过“依据可获得的信息做不利推定”规则来化解上诉机构的前述裁定。^②而中国要对此加以救济,只有对美国随后发起的每一起这类反补贴裁决重复向WTO提出诉讼,这无疑是沉重的负担,并且如果美国采用不利事实推定的做法,亦很难保证中国一定得以胜诉。因此,我们的结论是,即便没有TPP简化非商业性援助提供者的认定,中国在美国国内反补贴救济的压力下,也必须面对和解决国有企业(包括国有商业银行)提供非商业性援助的做法,上诉机构通过双反案澄清的纪律实际效用是有限的。^③在这个意义上,TPP增强了的纪律只是重复了美国国内的做法,其带给我国国有企业的并非是新的问题和负担。

其次,在非商业性援助的范围上,我们注意到,支持中国境内企业“走出去”是近年来中国政府的重要战略部署。为此,政府提供了多项财政支持。例如,2005年,财政部发布了《对外经济技术合作专项资金管理办法》,明确规定为了实施走出去的发展战略,对从事境外投资、境外农、林和渔业合作,对外承包工程,对外劳务合作,境外高新技术研发平台,对外设计咨询等业务的企业采取直接补助或贴息等方式给予支持。为具体执行该《办法》,财政部、商务部每年发布《关于做好XX年对外经济技术合作专项资金申报工作的通知》,规定年度重点支持项目以及申请补助的条件等。^④2014年,财政部、商务部又发布了新的《外经贸发展专项资金管理办法》,明确外经贸发展专项资金的主要用途之一是引导有序开展境外投资、对外承包工作、对外劳务合作、境外经济贸易合作区建设等对外投资合作业务。资金分配主要采取贷款贴息、保费补助、资本投入、事后奖补、先预拨后清算等方式。

将不利影响和损害的认定范围扩大到服务贸易领域对中国国有企业的发展同样影响巨大。因为服务业是当下及未来中国政府重点支持的领域。例如2015年国务院发布了《关于加快发展服务贸易的若干意见》,其中明确规定“打造一批主业突出、竞

① 杨荣珍.美国对华反补贴案件补贴项目分析[J].国际贸易,2013(10):14.

② 赵海乐.“国有企业补贴”的合法性分析——从中国诉美国双反措施案裁决谈判[J].中南大学学报(社会科学版),2011(6):109.

③ 刘敬东.双反案胜诉后的法律思考[N].中国社会科学报,2012-08-23.

④ 按照《办法》和《通知》,直接补助包括1.前期费用;2.资源回运运费;3.“走出去”人员人身意外伤害保险;4.境外突发事件处置费用等。每一企业累积可获补助额最高达3000万元。

争力强的大型跨国服务业企业”，“大力推动服务业对外投资”，为此采取的政策措施包括“充分利用外经贸发展专项资金等政策，加大对服务贸易发展的支持力度”；“结合全面实施“营改增”改革，对服务出口实行零税率或免税，鼓励扩大服务出口”；“鼓励政策性金融机构在现有业务范围内加大对服务贸易企业开拓国际市场、开展国际并购等业务的支持力度”。尽管上述法律并未明确规定援助限于提供给国有企业，但事实上这些援助的大部分为国有企业所得。因此，其被纳入非商业性援助调整的可能性是很大的。

然而，仍需注意，TPP本身对非商业性援助的救济缺乏规定。当证明一方国有企业通过获得的非商业性援助对另一缔约方的国内产业造成损害时，TPP并未规定如何计算这种损害，也未规定可以采取哪些救济措施。这也使得非商业性援助条款的实际适用效果打了折扣。

综上所述，TPP非商业性援助条款确实增强了纪律，对中国国有企业的现行做法具有很强的针对性，但综合双轨制的救济制度以及TPP的救济规则，其对中国国有企业的实际影响还是低于预期的。

（四）透明度要求对中国国有企业现行制度的影响

TPP国企章节中的透明度条款主要分为三项义务，对此，我们逐一展开针对性的影响评析。

首先，关于公开义务，即各缔约方应公布并定期更新其国有企业名单这项义务，对此，中国国资委官方网站的“央企名录”栏目已经完成了这一要求。^①因此，该项义务对中国的影响不大。

其次，关于提供相关国有企业信息的义务。对中国国有企业而言，信息透明度义务一直是薄弱环节，尤其是其中的非上市公司。^②总体而言，在国企信息披露问题上，中国目前的现状是现有披露制度^③执行不力，并且由于国有企业的管理存在历史遗留问题，例如企业的主辅分离、清产核资、政企分开、利益垄断等没有完全解决，更给信息披露带来困难。^④

推动国企改革以来，在关于非上市国有企业的信息公开方面，中国在部分央企以及地方层面做了初步尝试。例如，2004，国务院国资委直属企业中国诚通控股集团有限公司发布了我国第一份非上市中央企业年度报告。2008年，深圳市国资委要求直管企业实行年报公开，这也是我国首个进行相关尝试的国有资产管理部門。^⑤2014年11月，深圳市研究出台了《深圳市市属国有企业年报公开工作指引》，以正式文件

① “中央企业”栏目[EB/OL]. 国务院国有资产监督管理委员会官网[2016-09-30]. <http://www.sasac.gov.cn/n86114/index.html>.

② 柴美群，王胜洲.“探索国有企业财务信息公开”的探索[J]. 现代商贸工业, 2015(26): 145.

③ 主要是2009年《国务院国资委国有资产监督管理信息公开实施办法》，该《办法》侧重公开国有企业生产经营的总体情况、国有资产的有关统计信息、国有资产保值增值、经营业绩考核等内容。

④ 黄淑和. 国有企业改革在深化[J]. 求是, 2014(3): 30.

⑤ 王金磊，蔡好东. 国有企业信息公开披露：先行实践与推进对策[J]. 财务与会计, 2015(11): 45.

的形式对国有企业年报公开的具体问题进行了明确,信息披露的内容比照上市公司规定。2014年12月,山西省人民政府发布了《省属国有企业财务等重大信息公开办法(试行)》。

在中央层面,2013年党的十八届三中全会报告中提出“探索推进国有企业财务预算等重大信息公开”。2014年国务院办公厅的《政府信息公开工作要点》首次提出要推进国企财务信息公开。2016年的《政府信息公开工作要点》则明确要推进国有企业运营监管信息公开,具体要求包括:依法依规公开国有资本整体运营情况、企业国有资产保值增值及经营业绩考核有关情况、国有资产监管制度和监督检查情况等;推动国有企业改制重组、产权交易、增资扩股等方面的信息公开和结果公示;及时公开中央企业改革重组、公司治理及管理架构、财务状况、重要人事变动、企业负责人薪酬等信息。这些信息披露要求相比2009年《国务院国资委国有资产监督管理信息公开实施办法》有了很大的改进和提高。

再次,关于提供相关项目 and 政策信息的义务。我们注意到,WTO补贴纪律对此也做了要求。SCM第25条要求成员定期提交有关补贴的通告,通告的内容应十分明确,以便其他成员能够就其对贸易的影响作出评价和了解所通告的补贴计划的实施情况,各成员并应保证其通告包括以下资料:(1)补贴的形式(如赠予、贷款、税收减让等);(2)单位补贴量,或在单位补贴量不可能计算时,总补贴量或用于补贴的年预算总量;(3)政策目标和/或补贴目的;(4)补贴期限和/或其他有关补贴的任何时限;(5)能凭以估算补贴的贸易影响的统计数字。^①对比来看,TPP在这方面的纪律略为具体,但总体与WTO的纪律保持了一致。

中国从2001年加入WTO以来共做了4次关于中央层面维持的各类补贴的通知,最近一次是在2015年。在通知中,中国政府按照如上要求对每项补贴作出通报。但对于补贴额度,中国提交的通知中只对以财政拨款形式提供的补贴提交了具体数字,其余的则均为尚不可知(not available)。对于据以评估补贴对贸易影响情况的统计数据,则全部为尚不可知。^②因此,严格来说,在提交关于非商业性援助的政策或项目的信息方面,TPP并未给中国施加太多新的压力,而是中国距离履行WTO项下的义务尚有差距。

综上所述,在透明度义务方面,TPP国企条款关于提供国有企业信息的要求高于现有的WTO纪律,但其与中国国有企业改革的方向是一致的。中国在短期内要完成这一要求存在困难。而在提供关于非商业性援助之项目的信息方面,TPP的纪律较之WTO规则并未有明显增强,但根据在WTO项下的履行情况,中国在完成核心数据的提供方面仍需技术支持。

① 对中国而言,通知义务的法律依据还包括《入世议定书》第10条。

② 参见New and full notification pursuant to article XVI:1 of the GATT 1994 and article 25 of the Agreement on Countervailing Measures, G/SCM/N/123/CHN(2006), G/SCM/N/155/CHN(2011), G/SCM/N/95/CHN(2013), G/SCM/N/220/CHN(2015)。

四、对策兼结论

国有企业条款涉及中国的重大利益，中国应该敢于在国际上发出更多的声音，输出维护自身利益的规则。某种角度来说，国有企业国际规则的新发展是一个引子，代表着对新时期国际经济法发展方向的大讨论。而探讨国际经济法的发展方向，实则是一个寻找国际经济法学边界的过程。具体到规范政府影响国际贸易和投资的行为这一领域，这种边界既在于，确定哪种政府行为是坏的，以至需要国际经济法予以规范，而与此同时又不至于干扰好的政府行为？好和坏的界限如何判断？还在于，哪种政府行为是仅应由国内法规范的，哪种政府行为是可以由国际法规范的？国际法和国内法的边界又在哪里？在多维度的衡量框架下，国有企业国际规则的新发展需要更多的谨慎和平衡。

基于上述国际法基本范式思考，并结合中国当前国有企业发展的现状和改革目标，我们认为中国不应回避国有企业国际规则的新发展，而应采取积极面对的态度。

首先，在战略层面，过多的指责国企规则针对中国没有实际意义，但应积极倡导国有企业运行采用多元化评价体系的观点。中国并积极在国际社会呼吁寻求具有包容性和可持续性的经济发展，以此回应当前国企规则上单一的围绕竞争中立设定规则的价值观。

其次，进一步加大对国企改革的制度、人才和资源的投入，深度梳理国企业管理存在的历史遗留问题，积极出台新的法律法规保障国企改革的稳步推进，在此过程中结合中国对服务贸易和投资领域的开放步伐，通过改革和开放共同促进国企在全球市场中的竞争力。

再次，探索利用区域或双边贸易谈判推出符合自身利益的国有企业规则。中国可以尝试和国有企业问题同样凸显的越南、马来西亚、新加坡等国在双边贸易和投资协定中试水谈判国有企业规则，探索适合中国的国有企业定义、立法框架、调整路径、核心义务、争端解决、常规例外和紧急例外清单等。避免造成国有企业国际规则的现有发展已经成为普遍标准的事实。另一方面，相对而言，这些国家的经济体量及其国有企业的能量在中国可承受的范围内。通过与这些国家先行试验国有企业规则的适用情况，可以对未来是否以及如何承担高标准的国有企业规则作出有效的判断。

参考文献

- [1] 沈铭辉. 美国的区域合作战略: 区域还是全球?——美国推动TPP的行为逻辑[J]. 当代亚太, 2016(6).
- [2] 韩立余. TPP国有企业规则及其影响[J]. 国家行政学院学报, 2016(1).
- [3] 王灵桂. 国外智库看TPP[M]. 社会科学文献出版社, 2015.12.
- [4] 巩胜利. “TPP 协定”埋下国企百年核弹[J]. 中国财经, 2015(11).
- [5] 沈铭辉. 竞争中立视角下的TPP国有企业条款分析[J]. 国际经济合作, 2015 (7).
- [6] 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[J]. 亚太经济, 2015(2).

① Simon Lester, “Finding the Boundaries of International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, 2014, 17(1): 5.

- [7] 孙玉红. 多国博弈视角下 TPP 谈判引发的政策互动和中国的战略选择[M]. 对外经济贸易出版社, 2014.9.
- [8] 蔡鹏鸿. TPP 横向议题与下一代贸易规则及其对中国的影响[J]. 世界经济研究, 2013(7).
- [9] Sanchita Basu Das and Masahiro Kawai (eds.), *Trade Regionalism in the Asia-Pacific: Developments and Future Challenges*, ISEAS Publishing, Singapore, 2016.
- [10] David A. Gantz, "The TPP and RCEP: MEGA-Trade Agreements for the Pacific RIM", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2016, 33(1): 57.
- [11] Mikyung Yun, "An Analysis of the New Trade Regime for State-Owned Enterprises Under the Trans-Pacific Partnership Agreement", *Journal of East Asian Economic Integration*, 2016, 20(1): 3-35.
- [12] Gary Clyde Hufbauer and Cathleen Cimino-Isaacs, "How will TPP and TTIP Change the WTO System", *Journal of International Economic Law*, 2015, 18 (3): 697.
- [13] Kawase Tsuyoshi, "Trans-Pacific Partnership Negotiations and Rulemaking to Regulate State-owned Enterprises", Research Institute of Economy, Trade and Industry, 2014.
- [14] A. Capobianco, and H. Christiansen, "Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options", OECD Corporate Governance Working Papers, No. 1, OECD Publishing, 2013.
- [15] Shintaro Hamanaka, "Evolutionary paths toward a region-wide economic agreement in Asia", *Journal of Asian Economics*, 2012, 23(4): 383-394.
- [16] Meredith Kolsky Lewis, "The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing", *Boston College International and Comparative Law Review*, 2011, 34(1): 27-53.

【作者简介】徐 昕：上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院副教授，法学博士，上海对外经贸大学国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心研究员。研究方向：多边及区域贸易体制。

Review of the New Development of International State-owned Enterprises Clauses and the Influence Prejudgment and Countermeasures Proposal

XU Xin

(Shanghai University of International Business and Economics, School of WTO Research & Education,
Shanghai 200336, China)

Abstract: Under the current international economic law system, the State-owned Enterprises may receive regulation from varied rules such as the anti-dumping rules, the countervailing rules, the competition rules and etc. As pushed by the United States, TPP firstly set down a special State-owned Enterprises Chapter. The new negotiated rules strongly against China and put great pressure to many of our current practice, however, they are not conflict with the direction of China's reform of state-owned enterprises. Therefore, China should react the TPP state-owned enterprises rules positively, i.e., we should further push the reform of state-owned enterprises, propose diversified evaluation system of state-owned enterprises at the international level, and enhance research on the specific rules to explore the propiorate boundary of the international State-owned Enterprises.

Keywords: state-owned enterprises; non-discrimination treatment; commercial consideration; non-commercial assistance; transparency

(责任编辑：黄志瑾)