

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2023.03.001

# CPTPP 国有企业规则例外条款：解构与建构<sup>\*</sup>

李 本

(上海大学法学院, 上海 200444)

**摘 要:** CPTPP 通过“一般例外”和“安全例外”等条款进行总则式安排, 同时在各章节中进行特别的“深化”例外设计以对所敷不周进行补救, 体现了一定的包容性。对 CPTPP 国企业章节例外条款进行文本解构, 以及对既有成员如何善用例外规则进行考察, 可以为我国加入 CPTPP 的相应例外建构提供思路: 对主权财富基金模式进行探索并促成例外生成, 以公布名单和推动混改来适配中小企业和次中央级企业例外规则, 基于金融安全和经济紧急情况施行国家经济安全例外, 履行政府职能例外以及提出不符措施; 针对“国别例外”板块, 助推特定行业例外和特定政策例外; 在和现有成员国进行加入谈判中既能顺应 CPTPP 对竞争中立的基本要求, 又能利用好例外条款为我国国企深化改革赢得时间和空间。

**关键词:** CPTPP; 国有企业; 例外条款

**中图分类号:** D996/DF96   **文献标识码:** A   **文章编号:** 2095 - 8072(2023)03 - 0005 - 14

我国正式提出申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称CPTPP), 既符合我国更高水平的对外开放, 也与构建“双循环”新发展格局的大目标相符。但就当下而言, 作为迄今为止对国有企业规制最为详尽的多边自由贸易协定, CPTPP 一些高标准的经贸规则对我国现行相应制度构成不小的挑战, 尤其是对国企的特殊规制。其现有成员中无论是越南、文莱这些经济相对落后的国家, 还是诸如日本、澳大利亚等发达经济体, 无一例外都存在国有企业, 且对其国内经济发展也都起着相当重要的作用。CPTPP能在这些不同类型经济体中达成一致的国企规则, 也说明该协定具有一定的包容性, 一方面要求成员国全面遵从CPTPP在其序言中即开宗明义提倡的竞争中立原则, 另一方面作为对“竞争中立”所敷不周的补救, 在其文本第29章设立“例外和总则”专章, 同时允许各国通过谈判在CPTPP各章节中以例外条款形式和附件形式对本国的特殊情况适用例外情形予以阐明, 从而更好地实现包容、互利与合作。

如何在和现有成员国进行加入谈判中既能顺应CPTPP对竞争中立的基本要求, 又能利用好例外条款包括创设新附件等形式以助顺利加入的同时, 为我国国有企业对接相应规则、深化改革赢得时间和空间? 这是本文研究的主要意旨, 亦即通过解构CPTPP文本中国企规则的例外条款, 借鉴现有成员国利用例外条款的先例经验, 进而为我国加入CPTPP谈判中相应例外的规则建构提供一些思路。

<sup>\*</sup>基金项目: 本文受2022年国家社科基金重点项目“中国国有企业与CPTPP法律规则对接研究”(项目编号: 22AFX020)的资助。上海大学法学院2021级研究生吴懿涵对本文亦有贡献。

## 一、CPTPP 国有企业规则例外条款的构成分析

“例外条款”在国际条约中通常可以理解为对不适用一般条款的情形、条件及内容等作出规定的条款。从对“例外”的文义理解和宗旨解释角度，CPTPP对“例外”的规则体现有两个序列：其一是在第29章设立“例外和总则”专章，通过“一般例外”“安全例外”和“临时保障措施”等条款进行总则式安排；其二是在其他各章节中穿插各类具体例外条款或者以附件形式出现的各类例外规则。对本文所研究的CPTPP国有企业规则例外条款，从广义角度应理解为包括第29章相应内容、其他章节所有涉及国有企业规则中的例外条款以及附件中对国有企业规则进行除外适用安排的所有条款。

### （一）CPTPP 通过“一般例外”和“安全例外”等条款进行总则式安排

按照本文所采的广义概念，CPTPP第29章所列举的所有“例外”条款和“总则”条款普遍适用于前面章节所涉各领域的例外问题，其中“一般例外”和“安全例外”因为对“例外”的适用目标和宗旨表述更清晰，所以对“总则”中关于“信息披露”等规定具有提纲挈领功能。

#### 1. “一般例外”

CPTPP第29章第1条一般例外条款沿用GATT1994(《1994年关税与贸易总协定》)第20条及其解释性说明以及GATS(《服务贸易总协定》)第14条(a)、(b)、(c)款的规定。通过对一般例外条款的结构进行解析，可以发现相对较为规范的一般例外条款大多由四部分结构组成，这四部分结构为适用范围、适用目标、适用前提以及适用的关系要求。

适用目标即一般例外条款需要保护的主体或内容。GATT1994第20条和GATS第14条(a)、(b)、(c)款的适用目标基本上锁定在公共利益或公共秩序的范围之内，包括公共道德、人和动植物的生命或健康、黄金或白银、文物、可用竭的自然资源等。为防止成员方任意引用一般例外条款，一般例外条款会对其采取措施进行限制，设置前提条件。

适用的关系要求是指成员方采取的措施与旨在保护的公共利益之间的关联性程度。至于关联性的紧密程度则根据用词不同会出现不同的结果。GATT1994第20条(a)、(b)、(d)款和GATS第14条(a)、(b)、(c)款使用了“necessary”一词，表明成员方所采取的措施对于目标的实现是必需的甚至是唯一的。CPTPP第29条其他款所使用的“relating to”“imposed for”“essential to”的关联性紧密程度相较于“necessary”就有所降低，成员方在措施的采取方面拥有更大的自主权。

#### 2. “安全例外”

CPTPP的安全例外条款相较于一般例外条款没有适用章节的限制，覆盖所有章节

节。CPTPP安全例外条款没有具体罗列出该条款需要保护的对象和内容, 仅仅是概括地将涉及成员国根本安全利益的信息、履行维护与恢复国际和平和安全相关的义务、保护成员国自身根本安全利益作为保护目标。

关于适用的关系要求, CPTPP对事关基本安全利益的信息没有采用“required”“directed to”“related to”等关联性用词, 表明任何情况下成员国都能够拒绝提供危害其根本安全利益的信息, 而采取措施履行维护或恢复国际和平或安全义务、或保护其自身根本安全利益上采用了“necessary”一词, 要求成员国采取的措施与保护的本身安全利益之间的关联度十分紧密, 不能任意采取措施。

## (二) CPTPP 国企规则通过“深化”例外设计进行特别安排

除了专门的“例外和总则”章, CPTPP在国企章节内又单独规定了例外条款, 把第29章所指向的“公共利益”和“安全”等涵域扩大到了经济安全范畴, 包括第17章“国有企业和指定垄断”第13条将“国家或全球经济紧急状况; 政府授权行使的满足特定条件的金融服务; 支持收回域外投资的符合特定条件的经济诉讼和对保险索赔的支付; 商业活动获得的年收入低于门槛金额的国有企业”作为国企章节部分规则的例外情形, 实际是以是否影响到“公共利益”“经济安全”为价值判断标准的, 是对“例外和总则”章节主旨的深化体现。

CPTPP第17章“国有企业和指定垄断”专门针对国有企业的补贴问题创设了非商业援助制度, 辅之以“非歧视待遇”“商业考虑”“透明度”等要求, 对国有企业的经济运行模式、接受补贴的认定、信息披露等做了体系性规制。但这种严苛划一的规定如果不顾及各成员国的特殊情形, 无疑也是对公平性、竞争中立的另一种破坏。事实上, 政府或其他国有企业对公益类国有企业进行非商业援助以填补其提供公共产品和服务成本的做法已在竞争中原则的发展中被国际社会普遍认为是具有正当性的。在部分CPTPP国企规则对国有企业规制矫枉过正的情况下, 需要例外条款为国有企业发挥其公共性作用以及贯彻落实环境社会责任创造空间, 矫正CPTPP国企规则过于严苛所带来的所有制非中性效果, 以便真正体现其序言中阐明的竞争中性原则。

## 二、CPTPP 国企章节例外条款的具体文本解构

首先, CPTPP在国企章节的“范围”条款和“例外情况”条款中进行了例外规定, 分别为对特定主体的例外, 即对成员国的主权财富基金、独立养老基金及其拥有或控制的企业、小型国有企业和次中央级国有企业的例外; 维护国家经济安全的例外, 以及履行政府职能的例外, 包括特定行为的例外: 政府采购和支持收回域外国有企业的投资、购销减让表中的商品或服务的例外等。这种“例外”条款的特征是适用于全体成员国的普遍性的例外规定。其次, 在国企章节和协定附件中各个成员国根据国家安全和核心利益保护需要, 结合其本国国情可以分别作出国别例外。据此, 本文将国企章节的例外类型分为以“适用范围”为标准的例外和“国别”例外。

## （一）以“适用范围”为标准对 CPTPP 国有企业例外条款的分类

### 1. 特定主体的例外

#### （1）主权财富基金

根据CPTPP第17.2.5条，国有企业章节的内容不适用于主权财富基金，但同时对手主权财富基金的涵域罗列了两项并列适用条款，（a）项描述了所有权、资金来源、经营活动、使用目的这四个要素的定义，（b）项又在（a）项的基础上进行了额外限制：“属主权财富基金国际论坛的成员或接受‘圣地亚哥原则’<sup>①</sup>，又或者认可成员国达成一致的其它原则和实践。”<sup>②</sup>（b）项的限制使主权财富基金的开放式定义在CPTPP框架受到一定限缩，对适用例外也提出了相应要求。

主权财富基金投资范围可能涉及金融市场、敏感、战略性行业，其对外投资往往会被质疑具有政治目的和动机（赵小平，2009）。很大原因是基于对主权财富基金对外投资产生经济、金融之外的影响考量以及由此引起的纷争需要IMF主权财富基金工作小组等按照“圣地亚哥原则”进行协调，因此CPTPP选择对此进行例外设计。

#### （2）独立养老基金

根据CPTPP第17.2.6条，国企章节的内容不适用于成员国的独立养老基金及其拥有或控制的企业。按照CPTPP第17.1条的界定，独立养老基金的概念包含三项因素：一是所有权因素，由成员国拥有或通过所有者权益控制；二是经营业务和目的因素，专门从事管理或提供养老金、退休金、社会保障金、残疾与死亡保障金、职工福利或其中的任何组合的规划，目的仅是保证属于该规划出资人的自然人及其受益人的利益，或者投资于以上规划的资产；三是独立性因素，独立养老基金对（a）款（i）项中所指的自然人负有受信责任，且不受成员国政府投资指示的约束。从独立养老基金的经营业务和目的可以看出其经营投资是为了谋求国民福利，具有很强的社会公益属性。对独立养老基金进行国企规则适用上的排除体现了承担公共义务的国企不受国企规则规制的理念。但与此同时，独立养老基金拥有或控制的企业仍需要受到非商业援助制度的约束。

#### （3）中小型国有企业

CPTPP国企章节的“例外”条款将中小型国有企业排除在适用范围之外，明确了非歧视待遇和商业考虑原则、非商业援助制度、透明度规则以及国有企业和指定垄断委员会规则不适用于前三个连续财务年度中任何一年自商业活动获得的年收入低于2亿特别提款权的国有企业。顾及短期内无法对接国企规则的国家，CPTPP放宽了文莱、马来西亚和越南中小型国有企业例外的期限和门槛金额，并对如何适用该例外的证据进行了说明，<sup>③</sup>这对我国很有借鉴意义。

① “圣地亚哥原则”是为协调主权财富基金母国与投资接受国的关系，由国际货币基金组织(IMF)主权财富基金工作小组联合各主权财富基金母国共同协商制定。“圣地亚哥原则”对主权财富基金法人治理结构、信息披露、风险管理三个方面提出了规范性要求。

② CPTPP第17.1条。

③ CPTPP第17.13.5条注释34、35。

#### （4）次中央级国有企业

CPTPP第17.9.2条与附件17-D排除了非歧视待遇和商业考虑原则、非商业援助制度、透明度规则以及法院和行政机构规则对次中央级政府拥有或控制的国有企业的适用。根据协定的解释，次中央级政府是指国家的地方一级政府，具体到我国就是省级及以下地方各级政府。<sup>①</sup>如前文所述，CPTPP根据企业规模将中小型国有企业排除在国企规则的适用范围之外这一规定具有合理性，也是我国可以很好利用例外规则的一个切口。

### 2. 维护国家经济安全的例外

#### （1）金融安全

根据CPTPP第17.2.2条、第17.2.3条、第17.2.4条的规定，为了维护国家的金融稳定，成员国的国有企业可以在以下活动中排除国企规则的适用：一是成员国的央行或货币主管机关开展监管活动或执行货币及相关的信贷、汇率政策；二是成员国的金融监管机构（包括非市场机构）对金融服务提供者行使监管权；三是成员国或其国有企业为清算破产或倒闭的金融机构或任何其他已经破产或倒闭的主要开展金融服务业务的企业所进行的活动。金融稳定对宏观经济的发展具有不可言喻的重要性。一旦一国的金融体系受到经济危机的损害，造成的危害不仅仅涉及经济方面，政治乃至社会稳定都会受到影响，政府对金融行业进行必要的监管、执行货币及相关的信贷、汇率政策的合理性是经过实践验证的，在国企章节对其进行排除具有必要性。这部分例外也是对第29章安全例外的深化和细化处理。

#### （2）经济紧急情况

根据CPTPP第17.13.1条的规定，在面临国家或全球经济紧急情况时，成员国政府或国有企业可以临时采取或实施措施以应对该情况，采取或实施的措施不受非歧视待遇和商业考虑原则和非商业援助制度的规制。当成员国受到严重的经济危机甚至金融危机的威胁时，国有企业可以采取的措施以应对，政府或其国有企业可以根据宏观调控的需要对其他需要支助的国有企业提供非商业援助。

经济危急情况的例外规定与CPTPP第29.2条（b）项中的安全例外条款一脉相承，可以认为在面对国家或全球经济紧急情况时临时采取措施就是安全例外条款所包含的经济安全。在一定意义上，将经济紧急情况作为特殊的例外在国企章节中列示与部分国有企业在市场经济中承担宏观调控任务有关。

### 3. 履行政府职能的例外

CPTPP首先在“范围”条款中对国有企业为履行政府职能专门向政府提供货物或服务进行了国企章节内容的排除，<sup>②</sup>又对国有企业行使政府职权时提供的服务进行了非歧视待遇和商业考虑原则、非商业援助制度和透明度规则的排除。<sup>③</sup>国有企业由于其所有制原因，在特定的活动中会展现其政治属性，在履行政府职能而专门向政府提

<sup>①</sup> CPTPP附件17-D注释36。

<sup>②</sup> CPTPP第17.2.3条。

<sup>③</sup> CPTPP第17.2.10条。

供货物或服务时国有企业不再被认为是进行市场竞争的商业主体，而是政府机构的一部分，部分国有企业会因承担一定的政府职能需要通过行使政府职权提供服务，例如创造就业、社会保障等，此时其不再是一个纯粹的商业经营单位，其提供的服务具有社会公益属性，自然应该获得例外对待。

CPTPP对满足前提条件的国有企业根据政府授权提供的金融服务作了例外规定。<sup>①</sup>第一个前提条件是商业性，即提供的金融服务不能意图取代商业融资，且所提供的融资条件不能优于自市场中可以获得的金融服务的条件；第二个前提条件是符合特定目的，即为对企业进出口或本国领土之外的私营企业投资提供支持，只要满足这个前提条件，国有企业根据政府授权提供的金融服务便不需要遵循非歧视待遇和商业考虑原则。

对于非商业性援助制度中“不利影响”的排除，CPTPP另附了一个前提条件，即被提供金融服务的企业需要在当地设立机构。商业性前提保证了国有企业根据政府授权提供的金融服务不会产生取代或阻碍其他金融机构提供同类金融服务的后果，并确保市场有序竞争。为企业进出口或私营企业的境外投资提供支持反映出成员国就政府运用宏观政策调节进出口与境外投资的正当性达成共识，也可看出例外条款的形成与成员国之间的利益平衡有着不可分割的关系。

#### 4. 特定行为的例外

##### （1）政府采购

CPTPP第17.2.7条将国有企业的政府采购行为排除在国企章节适用范围之外。政府采购是各级政府及其机构利用财政性资金并以公开招标等方式开展采购活动，以满足自身运转需要或履行向社会提供公共服务职能的政治经济行为（陈虹睿和李苗苗，2022）。政府采购的主体是各级政府及其机构，从文义解释来看明显不包含国有企业在内。但实践中越来越多的国家倾向将采购用于公共职能的产品的国有企业作为政府采购主体，包括欧盟公共采购法将政府采购主体扩展到国有企业和享有政府授予的特许经营权的私营企业（曹富国，2000），WTO框架下《政府采购协议》也将提供公共服务的国有企业纳入采购实体。但CPTPP政府采购章节将采购实体定义为各国附件15-A中所列的实体。<sup>②</sup>澳大利亚、加拿大、新加坡、越南均没有将本国的国有企业列入附件15-A中，相较之下，成员国自主选择是否将国有企业列入采购实体范围的做法体现了CPTPP的包容性，对我国而言也有一定的回旋空间。

##### （2）支持收回国有企业的域外投资

根据CPTPP第17.13.4条，如果成员国国有企业因特殊原因<sup>③</sup>临时取得了位于本国领土之外的企业所有权，成员国政府或其国有企业可以向该国有企业提供支持，以便根据重组或清算计划（该计划将导致企业股权的转移）收回该国有企业的投资，排除非商业援助制度的适用。

<sup>①</sup> CPTPP第17.13.2条、第17.13.3条。

<sup>②</sup> CPTPP第15.1条。

<sup>③</sup> 因丧失抵押品赎回权或与拖欠债务有关的类似诉讼，或国有企业支付与第17.13.2条和17.13.3条所述金融服务有关的保险索赔。

### （3）购销减让表中的商品或服务的例外

CPTPP第17.2.11条允许成员国的国有企业在根据不符措施购销商品或服务时不遵循非歧视待遇和商业考虑原则。为了保护幼稚产业或是战略性行业，国有企业可以在购销CPTPP附件减让表中的商品或服务时给予本国企业优惠，在商业性因素之外考虑政治、经济、产业因素。这一例外规则对我国很有借鉴意义。我国需要厘清何种商品或服务需要特殊保护以维护我国核心利益，在借鉴成员国附件中减让表的前提下，结合我国国情和发展需要，提出可被成员国接受的中国方案。

## （二）国别例外

CPTPP国企章节的国别例外是成员国以附件的形式列出的。除了前述在CPTPP文本中对所有成员国均适用的例外条款外，CPTPP国企章节还为发展程度各异、社会制度不同的成员国设置了国别例外，允许经济体制、社会发展、国企市场化程度不同的成员国根据本国国情和国企改革情况对全部或部分国企规则进行适用上的排除，在保护成员国国家安全和核心利益的同时为国企市场化程度相对落后的国家创造必要的改革时间，兼顾不同成员国之间的发展权益。

CPTPP附件四中的例外分为四个部分，分别是相关义务、实体、不符合活动的范围和措施，即具体的CPTPP国企规则内容、国有企业范围、不受相关国企规则约束的特定活动和成员国的法律法规。加拿大政府在其附件四中获得对基建、金融、文化、乳制品行业和加拿大商业公司在政府采购的承揽活动中对其非商业援助制度或非歧视待遇和商业考虑原则规制的豁免；墨西哥政府利用例外条款对电力、石油、天然气、基础建设、军工和金融行业进行了国企章节部分规则适用的排除；越南政府除了在石油、电力、煤炭、金融、军工、航运、咖啡、文化、电信行业进行了国企规则适用的排除外，还规定了在执行特定政策时国企规则适用的豁免。

CPTPP允许成员国根据保护本国国家安全和公共利益的需要将从事特定行业或是执行特定政策的国有企业列入附件，提高了CPTPP的包容性，各个成员国可以在不扰乱市场秩序、不对竞争产生潜在扭曲的前提下，基于本国国情、国有企业改革程度提出自己的国别例外，并对具体条款设定过渡期条款，以此平衡发达国家和发展中国家就国企章节接受程度不同的冲突，兼顾不同经济体制成员国的利益。

## 三、CPTPP成员国对国企规则例外条款的利用实证

从比较借鉴角度，通过对CPTPP既有成员的国企改革及相应规则研究，提出我国加入谈判的例外条款设计和论证以及国内改革参考建议，是我国加入谈判的必要路径。其中新加坡和越南均是国企比率较大的CPTPP成员国，其相应改革举措可以为我国提供启发。

### （一）新加坡的主权财富基金例外

作为CPTPP的缔约国，新加坡在中央层面拥有新加坡政府投资公司和淡马锡公司

这两个主权财富基金，且这些基金对其经济的迅速发展起到了至关重要的作用，为了平衡其利益，新加坡以CPTPP第29章和第17.2.5条“主权财富基金”主体例外和运用国别例外的方式在CPTPP国有企业章节附件中单独进行了例外安排。

国企章节附件17-E对新加坡主权财富基金<sup>①</sup>拥有或控制的国有企业适用该章节做出了详细的规定和例外安排。规定的主要内容包括：首先，如前所述，CPTPP第17.2.5条（b）项的限制对适用例外提出了相应要求，满足该要求才能对主权财富基金所拥有或控制的企业适用例外。为了对接该（b）项要求，附件规定新加坡及其主权财富基金除非符合本章规定的例外情形，否则不得通过指示或影响由主权财富基金拥有或控制的国有企业的决策，但可以采取与国有企业章节不抵触的方式在其拥有或通过所有者权益控制的国有企业中行使投票权；同时附件排除了非歧视待遇和商业考虑条款和非商业援助条款对第一条规定的新加坡主权财富基金拥有或控制的国有企业的适用。但在例外情况下，<sup>②</sup>非商业援助条款适用于新加坡主权财富基金拥有或控制的企业；其次，如果新加坡能够让其他缔约方拥有途径取得该国有企业的主权财富基金的年度报告，该国有企业任何类别的证券都在由国际认可的证券委员会机构（包括国际证券委员会组织）成员监管的证券交易所上市，该国有企业根据国际公认的财务报告准则（包括《国际财务报告准则》）提交年度财务报告，那么新加坡主权财富基金拥有或控制的任何国有企业被认为是符合透明度条款的。

新加坡选择在特别主体上作为例外情形，与新加坡政府与淡马锡控股以及淡马锡控股与淡联企业之间“政府（财政部）—淡马锡控股公司—下属企业”的三层架构关系是密不可分的。由于大量的国有企业均由淡马锡控股公司控制，而淡马锡控股公司又由新加坡财政部控制，将淡马锡控股公司和新加坡政府投资有限公司进行主体排除就可以把关乎国家核心利益的行业排除在国企章节的适用范围之外。公司的控股比例调整，国企章节的适用范围就自动进行调整，实现了国企章节的排除范围随着新加坡核心利益和国家战略的变化而保持持续更新。

## （二）越南国别例外

随着1995年越南《国有企业法》的颁布，其国有企业的改革继续深入发展。该法首次将国有企业定义为：“为实现国家制定的社会经济目标，由国家投资、设立和管理，从事经营活动或公用事业活动的经济组织。”彼时国有企业分为三个类型，分别为商业类、公共类和社会类（崔浩然和李本，2022）。国有所有权和国有企业自主权的分离通过管理层的结构和职责得到了明确的体现。私营公司的管理与董事会被移植到大型国有企业。<sup>③</sup>这些大型国有企业建立在所有重要的经济领域，在大多数情况下仍保持着垄断地位。

<sup>①</sup> 根据附件17-E的规定，新加坡主权财富基金包括新加坡政府投资有限公司和淡马锡控股（私人）有限公司。

<sup>②</sup> 在声称违反第17.6.2条(非商业援助)之前的5年期限内，新加坡或一新加坡主权财富基金已经：1.任命该国有企业的首席执行官或大部分其他高管；2.任命该国有企业董事会的大部分成员；3.以不符合国有企业章节义务的方式，积极指示和控制该国有企业的商业决策。

<sup>③</sup> Law on State-owned Enterprises (1995) (Vietnam).



2018年CPTPP正式生效后,为了对接CPTPP中的国企定义,2020年修订的越南《企业法》规定,国有企业具备有限责任公司、股份公司两种形式,包括政府拥有100%注册资本的企业和政府拥有50%以上注册资本或表决权股份的企业。<sup>①</sup>

2021年8月19日实施的2021年第22号决定(22/2021/QĐ-TTg),规定了2021~2025年越南国有企业和国有资本企业按行业和领域转换所有权、重组和撤资的分类标准,将国有企业分类为三个标准,分别为政府拥有注册资本100%的企业、政府拥有注册资本65%以上的企业、政府拥有注册资本50%~65%的企业。<sup>②</sup>相较于1995年《国有企业法》中对国有企业的分类,2021年第22号决定显得更为刚性和易于操作,这种将持股比例和行业进行捆绑改革的做法显然是为了应对CPTPP对国有企业的约束而采取的应对措施,至于具体的实施效果则需要进一步的实践检验。

越南在中央层面存在着大量国有企业,关乎国家经济命脉和民生保障,由于不存在处于“中间层”的国家主权财富基金或是独立养老基金,越南政府除了在国企章节作出透明度规则例外之外,还依据CPTPP第29.1条一般例外条款在协定附件四中作出了国别例外。例如越南的国家资本投资公司(State Capital Investment Corporation)及其子公司和继承者以及越南国防部或公安部拥有或控制的任何国有企业不适用于CPTPP第17章国有企业和指定垄断中的透明度规则,但越南国防部或公安部控制的越南维京投资集团有限公司(Viettel Global Investment Joint Stock Company)和专门从事与国防、公共秩序或公共安全无关的商业活动的企业仍需适用透明度规则,这种细分根据和其商业定性紧密相关。

除了在协定文本中的例外,越南另与其他缔约国签订了CPTPP附件四,以排除非商业援助规则和非歧视性待遇和商业考虑规则对指定国有企业部分活动的适用。越南国企章节附件可以分为国内政策例外和行业例外。政策例外首先是越南政府可以在不使境内国有公司的商品市场份额显著增加和其商品不会明显低于另一缔约方生产销售的同类商品价格的情况下向所有国有企业提供重组所需的任何资金,但附加条件是该援助是非经常性的、非重复的,并且是出于公平的目的。其实质是为确保经济稳定或者提供越南法律和条例界定为公共产品的货物,越南可以根据其法律或法规要求国有企业以受管制的价格、数量或其他条款和条件出售或购买货物或在越南境内生产、向公众销售其法律法规定义为公共产品的商品,并通过政府和国有企业向从事前述规定的国有企业提供非商业性援助。

其次是越南政府通过要求或指示国有企业在根据政府措施采购货物时考虑商业考量以外的因素,并通过政府和国有企业向进行采购货物的国有企业提供补偿,促进和便利边远山区、边境和近海地区、社会经济条件极其困难地区以及生活水平异常低下和就业严重不足地区的经济发展。

① 2020年越南《企业法》,中华人民共和国驻胡志明市总领事馆经济商务处,参见:<http://hochiminh.mofcom.gov.cn/article/ddfg/qita/202208/20220803338389.shtml>.

② 《越南政府颁布国有企业转换所有权、重组和撤资分类标准》,中华人民共和国驻胡志明市总领事馆经济商务处,参见:<https://www.investgo.cn/article/gb/gbdt/202107/551328.html>.

最后是旨在促进和便利越南法律和法规所界定的中小企业发展，越南政府可要求或指示国有企业根据政府措施，从越南投资者在越南境内投资的中小企业购买货物或服务时给予其优惠待遇，并考虑商业考量以外的因素。

除了前述为了达到某一政策目的而为所有国有企业设定的非歧视性待遇和商业考虑规则或非商业援助规则的例外之外，越南还在其他条目中为一些涉及关键行业的国有企业设定了行业例外，以维护越南关键行业的安全和竞争力。例如越南石油天然气集团、越南电力公司、越南国家煤炭矿业控股有限公司、越南国家资本投资公司、越南国防部或越南公安部拥有或控制的任何国有企业、越南国家金融交换股份公司及一系列金融机构、越南机场公司、越南航空公司、越南国家航运公司及其子公司和继承者。这些行业关系到越南的国家安全、经济安全、民生问题，对此类国有企业提供非商业性援助，在履行公共职能时考虑商业考量之外的因素，并对其提供优惠待遇，并没有破坏公共企业与私营企业之间的竞争环境，也没有违反商业考量义务。

#### 四、我国加入 CPTPP 谈判中国企规则的例外建构

作为 CPTPP 新申请加入方，按照程序我国提交的市场准入出价和不符措施清单需得到 CPTPP 全体成员一致同意方能启动后续谈判程序。在谈判中宜充分借鉴既有成员的经验，尤其是涉及国家安全、社会公共利益等重要领域，应该争取合理的例外条款，为国企改革争取缓冲空间。按照上文对 CPTPP 国企规则例外的分类，结合对文本和其他成员国的借鉴，本文认为重点涉及我国加入 CPTPP 谈判中国企规则的例外可以从以下方面进行建构。

##### （一）针对“适用范围”类型

###### 1. 对主权财富基金模式进行探索并促成例外生成

特定主体的例外建构，如根据附件 17-E 的规定，新加坡主权财富基金包含新加坡政府投资有限公司和淡马锡控股（私人）有限公司。政府投资板块除外，我国是否可以借鉴淡马锡模式？尽管我国目前除了中国投资有限责任公司（“中投公司”）外暂时不存在与淡马锡公司类似的处于“中间层”的国家控股公司，但值得关注的是我国已在逐步学习新加坡的淡马锡模式，例如北京国有资本运营管理有限公司正是在受到该模式的启发下对中国版淡马锡模式进行探索。

CPTPP 第 17 章所提到的“圣地亚哥原则”对主权财富基金在公司治理、问责制、透明度、投资政策与风控方面提出了明确且具体的要求，但 CPTPP 又对主权财富基金的非商业援助行为进行了规制保留，可以说还是变相地将主权财富基金纳入了调整范围。

我国可根据 CPTPP 要求，积极建构与淡马锡公司类似的处于“中间层”的国家控股公司架构，从而扫清障碍，落实“圣地亚哥原则”中公司治理和问责制，促使主权财富基金能够保证其独立经营，投资决定免受政治因素的影响；提高透明度以提高投资接受

国的信赖度；明确投资政策和风控体系将主权财富基金的经营目的锁定在实现利润最大化、国有资产保值增值上，以符合私营企业在商业活动中的考虑，并通过公开财务报告的方式将经营成果与经营风险进行公开。落实这些指引性规定有助于我国现有主权财富基金的良好运行，也有助于类似淡马锡模式的公司治理体系尽快建构以便获得例外。

## 2. 以公布名单和推动混改来适配中小型企业和次中央级企业的例外规则

由于中小型国有企业和次中央级企业的国际投资贸易活动对竞争环境的扭曲效应比较有限，CPTPP选择将其排除在上述非歧视待遇和商业考虑原则、非商业援助制度、透明度规则以及国有企业和指定垄断委员会规则4条主要规则的适用范围之外，避免了过多规则对企业正常经营发展不必要的束缚。CPTPP在脚注中放宽了对文莱、马来西亚和越南适用中小型国有企业例外的期限和门槛金额，体现出CPTPP作为成员国各异的贸易协定具有比较充分的包容性。

我国可以充分利用这一规则，一方面正如我国目前所采取的做法，对央企名单进行逐年公布，目前已公布的包括98家央企，根据CPTPP规则，除此之外的均应不受CPTPP国企适用范围约束。同时，公布的央企相应子公司也可以基于中小型企业规模而获得例外对待。另一方面，进行符合CPTPP要求的国企混改是获得例外对待的基本路径。

## 3. 基于金融安全和经济紧急情况施行国家经济安全的例外

这一例外规则在CPTPP第29章“例外和总则”第29.2条“安全例外”中有总括性体现，同时在国企规则中有具体深化体现。CPTPP国企规则中对金融安全的界定又和国际货币基金组织协定（以下简称“IMF”协定）的相应规定存在勾连：关于保障各国的金融安全，在IMF框架下，任何成员国均有权自由选择外汇制度与安排，在行使这种权利时，成员国必须履行相应的义务，即必须按IMF协定条款或相关决议的规定，实行有利于金融和经济稳定所必须的汇率制度。假如任何成员国的国内经济，金融情势不允许其推行稳定的经济政策，则该国便没有义务维持稳定的汇率（王贵国，2002）。所以，成员国内部金融稳定是成员国汇率稳定的首要涵义（李本，2017）。

值得注意的是CPTPP安全例外条款使用了“其确定”（it determines）、“其认为”（it considers）等词语，因此从文义出发，成员国便可以自主判断实际发生的情形是否与条约规定的特定情形相契合，进而实施适当的措施保护本国根本安全利益。通过“其认为”或“其确定”这一类词汇，使得安全例外条款具有了一定意义的自裁决的性质，使条约缔约各方对于是否实施以及实施何种措施有了自主权。

我国作为IMF篮子货币国家，对金融安全的定义应有一定的话语权和自裁决权，以及因之而获得例外的相应权利。

## 4. 履行政府职能的例外

CPTPP对国有企业为履行政府职能专门向政府提供货物或服务进行了国企章节内容的排除，又对国有企业行使政府职权时提供的服务进行了非歧视待遇和商业考虑原则、非商业援助制度和透明度规则的排除。如前所述，越南的相应国企改革也和

CPTPP要求紧密挂钩。对应到我国，获得履行政府职能例外无疑是谈判力争的重点，也是国有企业制度改革的重点。在国内制度建构上，一方面，应当严格划分国有企业政府职能和商事职能：在资金方面，建立履行政府职能的专款专户，避免承担政府职能的资金与企业用于正常生产运营的资金混同；建立“权责清单”制度，使实行“政府职能”或“公共职能”的界定更加明确。另一方面，应继续深化国有企业混合所有制改革。对于涉及国家安全、重大民生和公共利益方面的国有企业，要慎重实施混合所有制改革，即使引进民间资本的加入，也应当保证国家控股这一底线，从而也可就履行政府职能而获得最大程度的例外对待。

此外，针对“特定行为”例外，需要具体根据国情进行谈判，以便从不符措施等角度进行例外具体设定，在此不再赘述。

## （二）针对“国别例外”

“国别例外”是CPTPP成员国之间经过“事先的协调同意”而针对特定国家设定的例外。这类例外往往基于保护公共利益、应对CPTPP第29章一般例外情形之所需，各国可以根据国情提请谈判。根据CPTPP附件四的规定，国别例外规则呈现出特定国内政策例外和特定行业例外两种形式。

### 1. 特定国内政策例外

结合越南经验，提请和各成员国讨论本国特定政策例外，应具有国内治理层面考量“公共利益”的基本属性。例如出于“三农”工作、全面推进乡村振兴和保障粮食和重要农产品稳定持续供给的需要，政府可以要求或指示国有企业根据政府出台的政策，保障“菜篮子”产品供给、推进种源等农业关键核心技术攻关、促进脱贫人口持续增收、推进农村一二三产业融合发展等，在采购乡村企业的产品和服务时考虑商业之外的因素。政府和国有企业可以为实施此类措施的国有企业提供补偿，由此豁免非歧视待遇和商业考虑原则以及非商业援助制度的适用。

为了促进数字经济的健康发展，政府或国有企业可以向处于数字经济行业的企业提供日常生产经营所需的融资，只要该融资不会导致企业在我国境内相关市场生产和销售商品的市场份额显著增加或其生产和销售商品的价格明显低于另一企业的同类产品在同一市场的价格，以豁免非歧视待遇和商业考虑原则的适用。

在有关非歧视待遇和商业考虑原则的问题上，为了贯彻落实扩大内需战略，政府可要求或指示国有企业考虑商业之外的因素，并给予我国投资者在我国境内投资的实施扩大内需战略的企业优惠待遇，根据政府出台的政策从该企业中购买商品或服务，使国内大循环更为顺畅，实现经济的持续健康发展。

在现阶段着力推动我国国有企业重组整合的情况下，我国政府可以提供国有企业重组整合所需的任何资金，只要融资不会导致该企业在相关市场中产销商品的市场份额显著增加或其商品的价格明显低于其他企业同一市场中同类商品的价格；出于公平的目的，在援助是非经常性的前提下，政府可以出资安置重组过程中国企多余的雇

员，并可以以市场价格购买国企的不良贷款和未使用资产，以达到排除非商业援助条款的目的，进而优化战略新兴产业布局，提升资源配置效率，提高国有企业的国际竞争力。

## 2. 特定行业例外

CPTPP 成员国根据本国国情和经济发展状况，出于公共利益的考量和维护国家核心利益的需要，可以获得国别例外。例如新加坡和马来西亚在国企章节的附件中获得了特定国有企业不受全部或部分国企规则约束的待遇。由于新加坡“政府（财政部）—淡马锡控股公司—下属企业”的三层架构关系使得大量的国有企业由淡马锡公司或新加坡政府投资公司拥有或控制，将淡马锡公司和新加坡政府投资公司排除在适用范围外就能起到国企章节规则不适用于新加坡国有企业的效果。马来西亚将国民投资机构（PNB）和朝圣基金局（Lembaga Tabung Haji）排除在国企章节适用范围外是出于与新加坡相似的考量。

特定功能类国有企业因涉及关乎民生的储备行业和国家发展的前瞻性战略性行业，在进行与民生、国家前瞻性战略性行业相关活动时需要豁免部分国企规则的适用。如果特定功能类国有企业开展的是商业性活动，则需要受到 CPTPP 国企规则的约束。

特定功能类国有企业包括石油、煤炭、粮食、能源、核工业、军工、通用技术、盐业、有色金属、文化传媒、金融等行业。特定功能类企业在进行国企章节豁免时可以对企业的活动或前提条件进行限定。例如，关于非歧视待遇和商业考虑原则，中国石油天然气集团有限公司可以被政府要求在销售商品时考虑商业以外的因素，并在购买由我国投资者在我国领土上投资的企业提供的商品或服务时，在下列业务范围内给予优惠：石油和天然气探测、勘探和开采以及管道输送服务。关于非商业援助制度，为了我国的社会经济发展，政府或国有企业可以向中国石油天然气集团有限公司提供非商业援助，以便其在石油相关行业开展项目。我国四大行<sup>①</sup>在进行直接或间接与基础设施和公共服务方面的公共或私人投资有关的项目提供融资或再融资活动时，可以接受政府对金融服务的担保，但该服务无意取代或妨碍相关市场中私营企业提供的金融服务；在促进国内大循环的考量下，我国四大行在进行投融资时可以给予我国企业优惠，但并不是为了取代或阻碍私营企业从相关市场提供的金融服务，以此排除非歧视待遇和商业考虑原则和非商业援助制度的适用。我国政府或其金融机构可向中国中煤能源集团有限公司提供非商业援助，便于其在我国境内生产和销售煤炭，以促进社会稳定。

再有，公益类国有企业因履行公共服务义务，常常会出现入不敷出的现象，需要对该类企业进行 CPTPP 国企规则的豁免。但公益类国有企业需要对其提供公共服务的成本进行合理的核算，以保证对公益类国有企业进行的非商业援助不会导致交叉补贴，破坏市场的公平竞争环境。与此同时，国资委对该类企业需要加大监管力度，保证其提供公共产品和服务的质量和效率，及时获取产品的生产成本，并定期对社会进

<sup>①</sup> 指中国工商银行、中国农业银行、中国银行和中国建设银行。

行公布。为了防止公益类国有企业获得不正当的补贴，附件中可以规定政府或其他国有企业对其进行非商业援助需要建立在企业正确核算公共服务的成本并向社会公开的基础上。如此一来，也可以打消其他成员国对公益类国有企业因国企规则的豁免而产生交叉补贴的疑虑。

## 结语

面对新时期国际贸易协定对国有企业规制不可逆的局面，我国要主动出击，适应规则“严苛化”的同时阐明我国的立场，在国内持续推进国企改革、进行合理的国企分类，设置竞争委员会以保障公平公正的市场竞争环境，在加入CPTPP的谈判中对竞争性做出中国立场的阐释，以期得到既有成员国的认可和理解，并就国企章节国别例外的设计建构中国模版，利用好例外条款，为我国国企深化改革留下时间和空间。

## 参考文献

- [1] 曹富国.政府采购法主体之比较研究——兼谈我国政府采购法主体之立法对策[J].法学,2000(7):43-51.
- [2] 陈虹睿,李苗苗.CPTPP的政府采购制度:特点、挑战与中国因应[J].国际贸易,2022(12):23.
- [3] 崔浩然,李本.应对CPTPP 国企规则的挑战:越南国内法的调适及其借鉴[J].国际商务,2022(8):63.
- [4] 李本.人民币入篮后的“不可回撤义务”与践行路径[J].社会科学研究,2017(1):69.
- [5] 王贵国.国际货币金融法[M].北京大学出版社,2002:154.
- [6] 赵小平.主权财富基金开展对外投资所面临的外部投资环境和中国的对策[J].财贸经济,2009(6):17-22.

【作者简介】李 本：上海大学法学院教授，法学博士。研究方向：国际经济法。

## Exceptions to CPTPP State-owned Enterprise Rule: Deconstruction and Construction

LI Ben

(Law School, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

**Abstract:** The CPTPP provides general provisions including “general exceptions” and “security exceptions”, and further exceptions are specifically designed in each chapters to make up for the inadequacy of the general provisions, which is inclusive in nature. Through deconstruction of the text of the exceptions in Chapter 17 and investigating how the current members make good use of the exception rules, we can get the following inspirations for the construction of the exceptions for China’s accession to the CPTPP: exploring the sovereign wealth fund model to promote the generation of exceptions, issuing the list and promoting the reform of mix ownership of SOEs to make the use of exception rules of small and medium-sized enterprises and sub-central SOEs, implementing the exceptions of national economic security and performance of government mandate and proposing inconsistent measures on the basis of financial security and economic emergencies, regarding the “country exception”, boosting specific sector exceptions and specific policy exceptions. Thus, China could meet the basic requirements of CPTPP for competitive neutrality in the accession negotiations with the existing member states, and at the same time, make good use of the exceptions to gain more time and room for deepening the SOE reform in China.

**Keywords:** CPTPP; state-owned enterprise; exceptions clause

(责任编辑：山草)