

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2024.04.006

我国国有企业与 CPTPP 竞争政策的规则对接 ——以补强“救济中性”为切入^{*}

李本 欧阳婧

(上海大学法学院, 上海 200444)

摘要: 在国际经贸格局与规则重构的当下, 中国遭遇欧美投资竞争审查中面临各种被动情形。审视实践中不少国际投融资典型案例, 各国竞争审查中的“救济非中性”主要归因于救济手段单边性和措施滥用。我国申请加入 CPTPP 会涉及竞争审查问题的谈判, 其中对遭遇的“救济非中性”问题可借助对 CPTPP 竞争中性理念的全面阐释来提出相应的中国主张。但 CPTPP 规则对国有企业构成国企章节和竞争章节的叠加规制, 同时对竞争领域的争端救济赋予成员国竞争审查权, 且不适用第 28 章争端解决程序, 这有可能对“竞争中性”本应具有的价值目标造成偏离与扭曲。结合联合国发展倡议和 OECD 的建议性文件, 对“竞争中性”内涵的阐释应包含“救济中性”, 我国可提出对“救济中性”的补强方案, 提倡扩大共识, 以更大的格局积极推动竞争执法机构互助与合作, 提升 CPTPP 包容性发展空间; 同时在国内统筹考量 CPTPP 竞争政策, 纾解国企改革困境, 达成对接的系统性方案。

关键词: CPTPP; 救济中性; 竞争中性; 国企改革; WTO; 补贴与反补贴

中图分类号: D996/DF96 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 - 8072(2024)04 - 0083 - 14

竞争政策及其审查机制被 WTO(世界贸易组织)多哈回合列为与劳工标准、知识产权等并列的关键性议题, 基于 WTO 目前面临的各种困境, 竞争政策的全球协调问题被悬置, 各国单边性竞争政策审查滥用情形严重阻滞公平性和全球可持续发展。但“大船搁浅, 小船下海”, 一些区域性协定将竞争规则纳入框架, 并体现出竞争领域“公益性法治”和“妥协性法治”的特点。百年未有之大变局亟待全球经贸规则的重构, 我国需作出全面统筹应对, 申请加入 CPTPP(《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》)就是重要举措之一。包含国企章节和竞争政策章节的 CPTPP 可以假借竞争中性考量之名对国企构成叠加规制, 这既成为加入谈判面临的主要障碍, 但也可能成为我国阐明主张的对话平台。

事实上在竞争政策范畴, 竞争中性理论及其践行仍存在较多未明之处, 有待进一步的学理研究和在国际新一轮造法进程中进行进一步挖掘呈现。本文试图提出落实竞争中性原则应以补强“救济中性”理念为切入, 推动竞争领域形成救济应然范式, 同时, 就国内推行竞争评估与负面清单制度、建立监管一致性协调机构、完善国企反垄

^{*} 基金项目: 本文受 2022 年度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。

断合规审查体系等对接方案提出完善建言。

一、国际反垄断实践中公平竞争审查的“救济非中性”

在国际竞争政策层面，除欧盟区域内欧盟竞争法和成员国竞争法同时适用外，目前竞争法一般以国家层面立法为主，原则上在其国家管辖范围内适用，公平竞争审查制度尚无统一标准，这意味着很可能因为标准不一导致竞争执法程序和口径的非中性，即“救济非中性”。

随着中国企业境外投资的不断增长，在涉外并购交易中，中国国企之间的独立性问题不断受到挑战。如欧盟以国家安全审查为主的对外国在欧投资的前置审查，其中也包括获得外国政府补贴的内容。欧盟在跨境投资补贴方面的救济措施可能违反 WTO 最惠国待遇义务，且既可能体现在《欧盟外国补贴条例》（下称 FSR）等法律条文上，也可能体现在法律实践的歧视性做法上。FSR 赋予外资企业主动事先申报其接受的跨境投资补贴的义务，提出了限制投资、剥离资产等迄今为止最明确针对投资补贴的救济措施。相比于传统反补贴调查，FSR 将补贴调查延伸至欧盟境内第三国企业的投资经营活动是否因接受“扭曲欧盟市场公平竞争”的政府补贴而占据竞争优势，直接将补贴置于欧盟内部市场的竞争条件框架下，其适用已然出现针对部分国家的歧视性做法，体现了欧盟推进贸易与竞争政策相结合的立场。

在境外执法机构越来越多的反垄断和经营者集中审查中，我国国企经常被视为国资委下属，整个行业被视为一个整体进行营业额的统计计算。在中铝并购力拓、中国化工与荷兰 DSM 组建合营企业、中广核与法国电力集团联合并购英国 NNB 控股集团等案件中，澳大利亚、欧盟均采取了“单一实体”认定规则，即将收购方在其国内与其同行业且同样具有国资背景的企业视为一个整体来管辖，这就导致一项并购的收购方本身并未达到申报门槛，但由于将同样具有国资背景的其他同行业企业纳入营业额计算，使得这项并购具备了申报的义务。这种根据所谓“最坏情形假设”将全部相关企业共同进行审查，已逐渐成为一种审查常态。这样的营业额计算方式，将使我国国有企业的海外投资并购产生更高的成本、更长的周期以及相关的不确定性，其中也隐含着对我国企业进行反垄断审查和补贴审查双重审查的更高标准，存在隐性歧视。近期相关案例如中车青岛、上海电气、中国风机案中，欧盟外商投资审查机制的穿透性进一步增强，中车青岛作为中国中车核心子公司因出价被欧委会深入调查并退出保加利亚投标项目，上海电气也因被指获得扭曲市场的政府补贴要被发起深入调查而被迫退出罗马尼亚光伏园公共采购项目。

欧盟通过出台《欧盟外资审查条例》并于 2024 年 1 月发布《欧洲经济安全一揽子计划》，不断完善联盟层面的外资安全审查框架。欧委会及其他执法机构对中国国企集中审查的愈加严苛倾向，一定程度上体现了欧美对我国境外投资收购活动的顾虑。同时由于欧盟外资审查工具对“影响安全或公共秩序”的外国投资定义模糊，各成员标准不一，外资准入和批准难度大，时间和合规成本提高（褚晓和熊灵，2022）。实

践中“安全或公共秩序”的审查标准极具张力，对流向敏感行业、含国有权益和受政府补贴的中国投资进入欧盟市场产生了重大影响。从审查结果来看，欧盟外资审查机制对华针对性更加突出。另外，就欧盟经营者集中申报而言，欧委会对部分国家国企交易的审查，也与对中国国企交易的审查结果有所不同，存在一定的歧视待遇境况。

在以欧盟的相应立法及其产生的“布鲁塞尔效应”带来的跟随效应之下，美国通过《外商投资风险审核现代法案》进一步扩大美国外商投资委员会（CFIUS）的审查权限，^①并于2024年4月11日进行实质性更新，赋予其新权力。2023年《关于解决美国在受关注国家的某些国家安全技术和产品投资》报告在执行层面具有不确定性，这也会使诸多投资者望而却步。2024年3月《通过管理反倾销和反补贴税法完善和加强贸易救济执法条例》从根本上改变了原来贸易救济调查中“非市场经济待遇”的规则，体现了美国将跨境补贴调查扩张至特殊市场状况的知识产权、人权、劳工、环境等成本端并推广为国际做法的倾向，并可能基于更大的自由裁量权对中国企业采取更高的普遍税率。

此外，美欧在竞争层面的合作也应当引起重视。2024年《制定美欧共同产业和贸易政策》的报告认为美欧在补贴计划方面有进一步协调的空间，在中国问题上也趋于一致。2024年4月13日，美欧进行了第四次联合技术竞争政策对话。前述最新动向都体现了美欧对投资补贴的新救济方式与合作意图，并且可以预见的是，美欧做法无疑会带来示范效应，如2024年4月11日澳大利亚政府宣布将采用强制性的经营者集中审查制度。

近年来的竞争与反垄断审查面临跨国公司兼并既涉及多个司法管辖区同时审查的问题，也涉及知识产权机构及施政范围对市场竞争影响和国有企业的市场作用等争议。跨国企业考虑国际并购重组时，尚需获得通过多个国家反垄断审查，如拜耳收购孟山都案、高通公司收购恩智浦半导体公司股权案、陶氏化学与杜邦合并案等既需要美国和欧盟的反垄断审查，也需中国等重要市场的反垄断审查(李青，2019)，足见涉及跨国企业的竞争执法监督更要加强国际合作，否则国内竞争政策也难以得到有效实施，但同时也可以国际合作为契机突破美欧投资补贴审查新做法的围堵。

从全球竞争法的多边立法角度看，WTO多哈回合失败后，竞争议题的推进一直搁浅，2024年2月WTO第13届部长级会议已体现出放弃多议题大回合谈判模式、谈判内容从市场准入向管理规则过渡等特征。在此情形下，竞争政策及其审查的制度完善只能暂时寄望于区域性协定的协调和相应探索，CPTPP作为高水平的国际经贸协定，其规制模式及完善发展无疑对竞争政策的国际协调带来了一些方向性启示。

纵观而言，在经贸全球化遭遇阻滞、壁垒重新树立的当下，我国目前遭遇欧美投资竞争审查中面临各种被动情形，在此情势下我国申请加入CPTPP无疑会涉及竞争审查问题的谈判，而对谈判中遭遇的“救济非中性”问题正好可借助对CPTPP竞争中性理念的全面阐释来提出相应的中国主张，从这个角度讲，以更大的视野和格局加入

① 中国对外投资发展报告2018[EB/OL].<http://images.mofcom.gov.cn/fec/201901/20190128155348158.pdf>.

CPTPP的相关谈判也是一个对竞争审查合作的中国方案进行阐释的契机。

二、CPTPP 竞争政策的磋商救济模式及所敷不周

CPTPP在序言部分即强调竞争中性原则，并在各章节予以贯彻落实，其中竞争政策部分涵盖了竞争法与主管机关和限制竞争商业行为、竞争执法中的程序公正、私人诉权、合作、技术合作、消费者保护、透明度、磋商和争端解决的不适用等9项条款，分别从竞争立法和确保执法公正、透明度等方面做出规定，特别要求保证国有企业遵循竞争中立原则，防止其商业行为扭曲市场（张久琴，2019）。这种对竞争政策的规制模式就区域性竞争制度合作做了创新性框架设计：首先，CPTPP强调缔约方进行竞争立法并确保执法程序公正。它要求缔约方确保国内竞争法及相关政策适用于其领土内的所有商业活动，从制度上保证公平的市场竞争行为；同时还要求其严格执法，禁止欺诈性商业活动，保障私人诉权。其次，CPTPP强调竞争政策制定和执行中遵循透明度原则，亦即要求及时向公众或缔约方公布竞争法律法规和政策措施，执法要符合公正程序，并利用通知、通告、磋商和信息交流方式开展合作。

在竞争政策章节中，CPTPP要求缔约国制定或维持各自的竞争法，并协调各方的执法程序和分享先进做法，国有企业也不能以主权豁免为由逃避对它的法律诉讼。以上涉及缔约国的实体制度架构，将竞争政策多边合作推进到了一个新阶段，同时磋商救济模式也提供了成员国沟通的路径，较之于单边采取“最坏情形假设”有了很大的纠偏可能。但在具体救济程序设计上，目前CPTPP只规定了强制性磋商义务和争端解决的不适用，只是提供一个磋商平台，这仍容易导致缔约国在关于竞争政策方面发生分歧时，因为无法诉诸争端解决，各缔约国仍然最终依据各自国内法进行谈判，这对滥用竞争审查机制的现象还存在所敷不周情形，特别是针对我国国企的情形，还可能构成特殊的基于制度非中性的救济非中性。

近十年来美欧国家一直致力于制定特别政策规制可能导致市场扭曲的具有优势地位的国企（Borlini，2020），CPTPP所采取的即是既设竞争、政府采购等章节，又专设国企章节的叠加规制模式，但即使如此，包括西方学者也承认目前的CPTPP规则和成员国竞争法的应用是相互独立的，尚没有经过协调（Matsushita，2023）。

在各国竞争法中，主要规制三个领域：限制性协议、垄断或滥用主导地位以及并购。西方国家竞争法一般界定受竞争法纪律约束的行为为掠夺性行为，其中典型的掠夺性行为类型是掠夺性定价和价格歧视。所谓掠夺性定价是一类强大的企业将销售价格设定在低于生产成本的水平，从而将竞争对手逐出市场；价格歧视则被定义为企业在具有足够垄断地位或主导地位的地理区域内以较高的价格销售产品（Matsushita，2023）。只有当行为者具有垄断或主导地位时，才能采取掠夺性行为。如果这种做法是由一个没有市场力量的企业做出的，它不仅不能把竞争对手赶出市场，而且行动者自身也会失去市场。因此，为了让任一企业通过排除竞争对手、限制性协议或掠夺性

实践获得市场控制权，该企业需要有足够的市场力量，使其强加硬条件在其他方或承受损失导致一段时间内从事掠夺性实践。在垄断和滥用主导地位的领域中，一定程度的市场份额被认为是垄断或垄断存在的先决条件，在市场上的主导地位、垄断或市场权力的数字指标因司法管辖权而异。在欧盟，一般有50%的市场份额被视为存在优势的阈值（Bode & Scharifi, 2002）。而美国反托拉斯法没有确定的数字标准来证明垄断，但反垄断一般并不涉及市场份额低于50%的企业。^①同样在日本，50%的市场份额是超过一个企业可能拥有市场力量的门槛(JFTC, 2009)。因此，一个企业拥有大约40~50%的市场份额被认为是判断该企业拥有足够的市场权力，使其能够独立于市场压力采取行动的门槛。近年来，基于经济和地缘政治诸多因素，除了传统贸易领域的反竞争措施，美欧加大对所谓“影响安全或公共秩序”的外国投资或并购的外资审查立法强度，特别是并购领域“最坏假设情形”的普遍适用，更使竞争审查的单边性措施得以滥用。

CPTPP虽专设国企章节，但对国企的规制也包含在其他章节中，将国有企业相关内容从竞争政策中分离出来，专章规定国有企业和指定垄断问题，然而CPTPP并未说明第16章“竞争政策”不约束国有企业，在政府的跨境限制竞争行为层面，国企问题更是竞争问题，相比第17章的专章约束，第16章对国企可能存在更隐形的约束，给国有企业的境外投融资等国际经济活动带来更大的风险和挑战。例如CPTPP第17章所规制的“国有企业”范围在某些地方变窄了，其中所界定的“国有企业”不包括政府是少数股东、对董事会没有多数投票权但仍能影响实体的管理和运营的情形（李本，2022），但这类国有参股企业大量属于目前进行混合所有制改革的广义国企类别，仍具有一定的国有属性。尤其针对以企业规模为竞争审查门槛的情形，第16章竞争规则对第17章的“国有企业”和其他的国有参股企业均在规制范围，而CPTPP设计了竞争政策的磋商平台，是否可能接受申报方对国资委作用的说明、是否认定央企间构成单一经济体，以及是否对国有参股企业适用救济中性、无需适用前述欧盟等审查机制的“最坏情形假设”等等，这些均是需要我国在加入谈判中积极主动要求明确并免受其害的。由此可见，CPTPP第16章“竞争政策”与第17章“国有企业与指定垄断”之间并不是割裂的关系，二者存在耦合设计，而这对目前正申请加入CPTPP的我国来说，既是一种挑战，也可能成为一个突破口。突破的关键还应从对竞争中性的全面阐释入手，特别是对“救济中性”进行理论补强及共识推进。

三、“救济中性”的内涵发掘及共识推进

（一）“救济中性”的内涵发掘

在国家间竞争法冲突愈发明显而统一协调冲突的规范又未形成的背景下，“域外

^① See American Bar Association Antitrust Section, Antitrust Law Developments(8th ed.), 2017:229-232.

适用”作为不得已的选择被广泛接受（王晨竹，2020）。然而，国内法规制国际卡特尔存在天然的缺陷，一个国家的单独执法往往倾向于保护本国利益，而域外适用给予了霸权国家以特权，由此引发的选择性执法很可能带来政治和外交上的诸多争端和摩擦，而竞争中性自然而然成为协调冲突的基本原则。公平竞争法是竞争法的基石，竞争中立是对公平竞争权的充分保障，也是公平竞争权实现的必然要求。

基于国内法角度的澳大利亚模式的“竞争中立”偏重于规制国有企业的商业行为，其核心目的在于给私营企业创造与国有企业进行公平竞争的机会和条件；而美国所宣扬的竞争中立，则是其利用自身的贸易主导权，在国际条约中渗透美式竞争条款（赵海乐，2016）。CPTPP以国企为专门规制对象的“竞争中性”定位及内涵还存在不少缺失，导致制度跛脚现象，也事实存在对国企的救济歧视，尤其是伴随着互联网、数据相关的新业态、新模式的出现，新型不正当竞争纠纷也层出不穷，而且渐有成为某些国家以国家安全、数据安全为名，进行新型贸易保护和过度审查救济之工具的倾向，由此提出“救济中性”是对竞争中性的内涵挖掘与理论补强的逻辑起点。

CPTPP是一个随着时代不断发展、变化的“活”协议，正如其成员方的贸易部长们2023年11月于旧金山会议上所重申的：它应该是“充满活力和动态的”（dynamic and living）。^①我国在积极加入的同时也应发掘其内涵，而非被动接受，以期在动态调整中实现各方合作共赢。因此，需要遵从保持适度解释张力原则，强调从市场框架视角理解竞争中性，其相应的竞争审查手段也应当保持适度的解释张力。

对竞争中性的阐释必须善用已有的学说研究基础和具有广泛影响力的国际机构。经济合作与发展组织（OECD）是目前对竞争中性进行软法硬法化的主要平台，鉴于CPTPP成员中日本、加拿大、澳大利亚等都属于OECD成员国，对CPTPP的影响不容忽视。OECD2021年公布的《OECD理事会对竞争中性的建议》，其中强调了竞争中性意在保持国有企业和私营企业公平竞争的环境，但并不排斥国家垄断行业及产业政策的存在。OECD所指引的竞争中性定位符合全球绝大多数国家对竞争立法的愿景和诉求，可以充分借鉴其阐释，从更具象、完备的层面充实以“救济中性”理念为补充的“竞争中性”理念的内涵。其中“救济中性”的理念挖掘需要充分借鉴OECD的公平竞争和监管中性理念。

OECD强调的监管中性与救济中性存在一定区别。监管是对所有制的监管，监管中性更强调对各种所有制企业一视同仁。在救济层面，则需要引入救济中性概念，强调不得滥用救济手段，不可泛化、扩张监管中性的内涵和范围。从这个意义上讲，救济中性所要求的不得赋予超乎竞争实质内涵的手段，其范围大于监管中性。换言之，监管中性可以纳入救济中性在所有制监管层面的要求。

（二）“救济中性”的具象要求

各国竞争审查中的“救济非中性”，其主要原因是救济手段尚未规则化及竞争审

^① CPTPP如何改写21世纪的贸易规则[EB/OL]. <https://sccwto.org/#/pc/wtonews?type=1>.

查过于单边。笔者认为，相应的“救济中性”在实践中的具体要求应包括：

其一，保障被个案对待，允许国企提供证据进行证明依市场方式独立运行的参与程序。基于保证交易机会中性要求在赋予私人企业和国有企业的市场经营资格时需要保持中性，不可以使国有企业享有竞争优势或劣势，在对业务市场进行拓展时，也需要一视同仁，不可以通过行政干预手段帮助国有企业实现市场垄断，但在审查是否存在垄断情形时应审查国有企业市场经营资格的所由形成，保障被个案对待，不做一刀切的“最坏假设情形”假说，同时应提供足够的程序设计，允许国企等敏感市场主体有提供证据进行证明依市场方式独立运行的参与程序，避免磋商政治化倾向，对国有企业独立性审查并给予听证证明程序设计等。

其二，将竞争信息共享与公平及时反馈作为磋商救济的基本内容。基于CPTPP透明度规则和未来全球加强投资补贴、并购规模等跨境监管趋势，应加强各国竞争执法信息的披露，持续提升信息透明度。为此，可设计如下的信息披露机制作为磋商救济的重要内容：经另一缔约方书面请求，只要该请求包括关于该实体的活动如何影响缔约方之间的贸易或投资的说明，一缔约方应迅速提供关于其国有企业或政府垄断的相关信息且此类信息应予以公平反馈。

其三，针对行业垄断，“救济中性”也应体现为对限制竞争采取具有CPTPP特色的棘轮机制，并借鉴OECD，提供竞争评估方法。行业垄断问题是各国公平竞争审查的核心，也是OECD发布《竞争评估工具书》所明确列举的政府限制竞争问题，OECD的《竞争评估工具书》或可作为各国竞争政策审查和评估的一般方法指引，其主要内容是竞争核对清单，用来判断法律法规是否对竞争有潜在限制作用。《竞争评估工具书》可用于以下三个方面：新法律法规草案的评估（如监管市场的影响评估）；（整个经济或某个特定市场）现行法律法规及规章制度的总体评估；政府部门制定的法律法规或竞争机构规章的竞争影响评估。竞争评估包括：明确政策目标；可实现同样政策目标的候选方案；评估不同政策方案对竞争的影响，对各方案进行比较，必要时需进行政策的成本效益评估。其中培育适宜市场主体发展的体制性因素和条件，应充分考虑此因素，采取棘轮机制和公正透明的评估方法对国企通过改革取得的作为市场主体的独立商事主体进行各个认可，避免使用“最坏情形假设”。

其四，反对部分国家将审查扩张至特殊市场状况成本端的做法。反倾销调查因其单边属性，更需要强调规则化，而部分国家将特殊市场状况的认定扩大化，如涉及产能过剩问题时还将知识产权、人权、劳工、环境等包含在内，不仅在认定标准上自由裁量权过大，在实际计算中也难以统一技术手段并明确予以界定。此类做法无益于救济中性的推广，需要在谈判和对话中坚决反对此种自由空间过大的调查认定方式，回归WTO《补贴与反补贴协议》(SCM协议)下反补贴与反倾销调查的范畴。

其五，通过数字赋能推动提升竞争申报和审查效能，提升执法过程的公开透明度。数字技术伴生的商业模式演化给反垄断执法带来挑战的同时，也促进了全球反垄断监管科技的发展。OECD2018年举办的“区块链与竞争政策”论坛中也已达成共

识，区块链技术在经营者集中行为性救济措施的监督执行方面具有应用潜力。有鉴于此，可倡议上线经营者集中反垄断业务系统，实现“申报端”“委托端”和“审查端”的数字化交互，通过数字赋能推动提升申报和审查效能，也让执法过程更为公开透明，促使经营者集中反垄断审查制度的发展能与时俱进体现“救济中性”。

（三）“救济中性”的共识推进

当前跨国性的不正当竞争行为和滥用救济措施严重扰乱国际市场的竞争秩序，需要加强竞争规则领域的开放与协调，对“救济中性”的共识推进也势在必行。

其一，利用好CPTPP本身的链接机制，在APEC(亚太经合组织)平台提出相应竞争议题倡议。CPTPP竞争章节第1条即申明：“各缔约方应通过或保持国家竞争法，以禁止反竞争的商业行为，以促进经济效率和消费者福利，并应针对该行为采取适当行动。这些法律应考虑到1999年9月13日在奥克兰制定的《亚太经合组织加强竞争和监管改革原则》。”中国是APEC的成员国，APEC现有21个成员，包括大部分CPTPP成员国和美国在内，是经济合作的论坛平台，不同于其他经由条约确立的政府间组织，其运作是通过非约束性的承诺与成员的自愿，强调开放对话及平等尊重各成员意见，经过十几年的发展已逐渐演变为亚太地区重要的经济合作论坛，也是亚太地区最高级别的政府间经济合作机制。开放、渐进、自愿、协商、发展、互利与共同利益被称为反映APEC精神的7个关键词，其包含有领导人非正式会议等5个层次的运作机制对推动竞争政策的协调以及救济中性的理念阐释是很好的平台。特别是针对上述全球反垄断监管科技的发展，CPTPP竞争章节提出“认识到APEC竞争法律与政策数据库在提高各国国内竞争法、政策和执法活动透明度方面的价值，每一缔约方应努力维护和更新该数据库的信息”，我国更可抓住数字经济领域我国目前的一些大国优势和先发优势，弥合政治分歧，克服信任的“囚徒困境”，审时度势，在平等与互惠的基础上参与国际竞争政策执法与合作，加强国际监管合作，以渐进方式推进实现“救济中性”。未来需要积极与CPTPP成员国的竞争执法机构开展交流，交换竞争和相关救济措施的经验，共同维护成员国市场的公平竞争，从技术支持、调查协助与借鉴经验等角度，通过同行审议等方式督促各国完善国内竞争法律制度（张建伟，2021）。以信息共建共享为原则，促进各国竞争执法口径和标准透明化、规范化，将“救济中性”理念落实到国际竞争执法合作实践之中。

其二，在国际竞争网络推动建立特别工作组讨论竞争政策合作议题，推动救济中性达成共识。国际竞争网络（International Competition Network，下称ICN）大约有130个成员国，日常参与促进国际竞争政策的持续讨论和沟通，探究非正式国际竞争治理路径。包括CPTPP成员国日本也有学者呼吁希望ICN成立一个关于国有企业和国际竞争政策的特别工作组，讨论如何进行竞争政策的协调（Matsushita，2023）。可利用ICN平等、灵活、去政治化等特点，与国际竞争规则或国内竞争法等硬法相互配合，同时也可参考借鉴ICN颁布《竞争评估框架》的做法，将其纳入竞争评估体系。此外，为了促进CPTPP的正向性、包容性发展，我国可以积极主动采取对享有

特殊和差别待遇的国家，提供培训和相关资源的援助等措施，促进各国竞争执法机构提高执法能力和效率（Sokol, 2010），为加入谈判时渗透“救济中性”理念搭桥铺路。同时，借鉴域外相关技术援助经验，推进与竞争有关的技术援助，促进受援国竞争法的制定和维持，提高维护公平市场的竞争执法水平（Kovacic, 2007）。

其三，通过加入谈判提出“救济中性”相应主张。由于CPTPP遵循一致同意原则，我国需要充分运用国际法法理对竞争中性原则进行全面的阐释，为国内制度与国际规则相衔接争取更公平、公正的回旋空间。CPTPP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。作为对“竞争中性”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（李本，2023），从而更好地实现包容、互利与合作。

目前CPTPP在附注中对国有企业透明度规则等内容规定了几个国家的过渡期特权，在一定程度上体现了CPTPP的妥协性和政治考量，在谈判中宜申明中国立场，扩大共识。例如，借用CPTPP中竞争执法的争端解决机制尚未定型，可就此开展国际规则制定和修订方面的合作。在推进所有制中立、监管中立等方面，围绕竞争政策开展双边、区域、多边磋商协调，通过不同层面的规则协商，使其更能体现包容、公平和基于发展权的国际通行竞争政策或规范国有企业行为的规则制度。

四、我国国内竞争制度的相应对接进路

我国社会主义市场经济体制需要政府规制秉持竞争中立立场和遵循公平竞争原则，竞争中立客观上是市场经济发展的内生制度产物，并非外在压力的结果（孙晋，2021）。因此，依照竞争中性原则开展中国国有企业的深化改革，使国有企业真正成长为不需要特殊优惠待遇，真正成为自主经营、自负盈亏、自担风险、自我约束、自我发展的国际市场主体始终是中国国有企业改革的终极目标和方向。竞争中性中蕴藏的一些理念可以为深化中国国有企业改革提供有效、实用的建议。为贯彻竞争中性原则，尽快加入CPTPP，我国可从以下方面分别作出完善：

（一）国企有效对接 CPTPP 竞争政策规则，需要完善法律体系，强化竞争政策基础地位

维护公平的市场环境要依靠包括《反垄断法》和《反不正当竞争法》在内的市场监督管理法律制度，而政府的过度干预则需要政府行为监督的法律制度，即公平竞争审查制度，以这两个模块构成竞争中性原则法律制度的主干框架。当前，我国已经构建起由一部法律、一部行政法规、十部部门规章、九部反垄断指南组成的反垄断法律制度体系，为经营主体提供清晰明确的规则指引。随着我国经济转型升级，发展新

质生产力的要求日盛，竞争政策需要承载更为艰巨的任务。因此，应加快修订《反垄断法》《反不正当竞争法》，为强化竞争政策基础地位提供法律依据和法治保障。发挥法律令行禁止功能，完善反垄断执法实施细则和调查程序及国有企业垄断认定、非商业援助界定等规则，对公司治理、分账核算、商业回报、透明补偿、税收中立、监管中立、债务与补贴中立、政府采购等方面的政策与法规予以清理，制止政府对市场的不良干预。适应数字经济新业态，完善平台经济反垄断措施、网络交易监管办法、线上消费者权益保护等法律法规，如推动制定出台《禁止网络不正当竞争行为规定》《商业秘密保护规定》，持续完善配套立法，为市场主体明确规则、划出底线。^①

竞争政策的基础地位是指竞争政策在经济政策的制定与实施过程中居于主导和优先地位，既体现在对政策措施的公平竞争审查中，也体现在反垄断和反不正当竞争执法中。尽管竞争中性和竞争政策的重要性被不断强调，但需要清楚认识到，竞争政策的基础性地位尚未入法，中国的竞争中性法律体系尚未健全，甚至保障竞争中性的程序性、技术性手段也寥寥无几，因此在更为具体的层面，需要全面评估政府行为对竞争审查的影响，以竞争倡导方式提出避免或纠正政府扭曲的建议，通过具有约束力和威慑力的法律责任，明确制裁手段及抗辩方法，设定刑事处罚、损害赔偿、市场结构优化、责令停止违法行为、没收财产等处罚方式，健全市场主体违反竞争法应当承担的责任，通过追究政府庇护或纵容之下的企业反竞争行为的反垄断责任，排除政府扭曲竞争执法上的影响，进而保障竞争政策的权威性和约束性。

（二）推行竞争评估与负面清单制度

按照竞争中性的要求，实践中应构建竞争中性指标体系，与经济增加值、社会责任、环境保护等一样作为考核机制，对各级政府和国企予以考核，作为竞争中立制度后续实施依据。考核具体要求包括简化国有企业运营方式，最大程度实现公司化经营；建立良好的会计体系，清晰量化核算特定职能成本；厘清公共服务义务等。针对国资国企综合改革过程中的大量企业重组与合并，以及相关混合所有制改革所带来的集中情况，国资改革主管部门应当进一步加强对改制重组的竞争性审查，即加强投资补贴合规自查，将竞争性影响评价作为相关国企改革决策的必经流程，在改革改制的前端合理避免国有企业重组改制的相关反垄断风险，更好地保障市场的有效竞争。

我国市场准入负面清单制度与CPTPP竞争政策要求缔约国从法律制度上保障市场主体充分的自由竞争的逻辑贯通。未来市场准入负面清单制度可通过治理主体、治理工具和治理效果评估等方面继续推进制度化完善，为加入CPTPP做好铺垫。就治理主体而言，当前发改委、市场监管部门和国务院督查组都在各自相关案例中发挥了关键作用，但缺少核心治理机构。有学者综合评估认为，最优选择是成立专门的“市场准入负面清单”督查组作为清单实施的正式机构（安宁，2023）。就治理工具而言，应

^① 强化公平竞争政策实施深化竞争领域国际合作——访国家市场监督管理总局副局长、第七届金砖国家国际竞争大会组委会主任甘霖[J].中国价格监管与反垄断,2021(11):5-6.

当以立法或准立法的形式赋予治理工具权威性，使其类型化和制度化。在治理效果评估方面，整改作为责任评估形式缺乏公正、客观的效果评估，可以探索“整改验收”制度化的可能性，并建立相应的惩戒机制。

（三）建立监管一致性协调机构

竞争中立要求建立对违反竞争中立的行为予以监督和矫正的机制，包括明确竞争中立适用的范围、建立投诉或监督机构、构建正当程序等（白金亚，2019）。CPTPP 通过监管一致性章节明确了确保市场商业主体享有开放、公平、可预期的监管环境要求，落实到国内层面即涉及落实监管中性与公平竞争审查制度建设。当前我国《反垄断法》明确了国家要建立健全公平竞争审查制度，然而初步建立的公平竞争审查制度存在公平竞争审查意愿和独立性较弱、审查专业能力有待提高、具体审查规则确定性不强、审查机制不够健全等问题，制约了公平竞争审查制度目的的实现（游钰，2023）。因此，建立监管一致性协调机构，建立明确的投诉机制，确定具体的实施机构，构建完善的配套机制十分必要。

我国可以在当前的市场监督管理总局外，建立专门的中央竞争执法机构和监管协调机构，负责受理申诉、咨询，加强竞争监管部门间的协调，对监管措施进行审议和对监管效果进行评估。地方政府也可成立地方协调委员会，健全中央地方在信息共享、监管、风险应对方面的协调集中。此外，还应明确各监管部门的监管边界、流程、方式和手段，避免监管交叉或重叠，率先在实践层面将竞争救济程序运行起来，弥合与CPTPP竞争规则的差距，降低后续加入CPTPP的时间成本，为补强“救济中性”理念内涵提供国内实践支撑。

在执法层面，进一步消除“选择性执法”的疑虑，逐步提升竞争主管机构级别，妥善解决因国有企业的行政级别比反垄断执法机构更高而无形中构成的对国有企业规制的障碍。减少政府干预经济和垄断授权，从根本上消除不公平竞争的土壤；还应该建立相应信息公开的长效机制，搭建信息交流和审议平台，及时将各类经济贸易政策措施公之于众，提升透明度，确保政府监管部门之间充分的信息交流，形成内外资一致、国企民企一致的监管规则，规范事前审查程序、严格清理存量文件、积极营造公平竞争审查的浓厚氛围；通过国际监管合作，积极参与国际监管规则标准化和国际组织的监管合作活动，避免边境后措施被利用为贸易保护手段，限制利益集团对自由贸易的干扰，降低监管和透明度的合规成本。

实施公平竞争审查制度应该以公平竞争的标准衡量和修正政府的经济政策。确保在市场准入、市场竞争和产权保护等方面对所有企业一视同仁，消除所有制歧视。加强政府招投标、企业并购审查、垄断协议、滥用市场支配地位等执法力度，加大行政垄断审查力度，保障竞争政策有效实施，制止政府对市场竞争的不良干扰，事先预防可能妨碍公平竞争的政府政策措施出台，保障竞争政策的有效实施。在文件审查或清理积累一定经验后，可考虑逐步向“以竞争主管部门或专门审查机构为主、政策制定机构为辅”过渡的可能性，同时引进第三方评估，突出竞争政策的基础地位。

2024年4月《招标投标领域公平竞争审查规则》的出台，是我国公平竞争审查制度的又一大进展，这是我国具体领域和行业性公平竞争审查的首部部门规章。该审查规则结合行业特点，重点解决资格预审、评标方法和标准、定标标准等方面的交易壁垒问题，在审查标准、审查机制和监督管理上都有新的突破，将从源头上减少排斥、限制公平竞争的规定和做法，进一步破除地方保护和行政性垄断，推动全国统一大市场建设，促进民营经济发展壮大，并为后续其他行业的公平竞争审查规则设置提供参考。

（四）完善国企反垄断合规审查体系

反垄断合规审查体系建设在国有企业的普及是一个长期的过程，需要在推动国企改革中长期加强反垄断法合规与竞争制度联结。加强国企竞争合规管理亦即意味着，国有企业应当和非公有制企业一样，依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护（应品广，2013）。

《中央企业合规管理办法》等对国有企业的合规工作的规定，都将反垄断合规、竞争合规作为国有企业合规工作的重要内容。2024年3月，市监总局再次就《经营者反垄断合规指南（征求意见稿）》公开征求意见，其中补充了众多参考案例，还专章设置合规激励机制。众多指引性规定均体现了国企反垄断合规审查体系正在不断健全之中。

在合规监督机构选择上，国资管理部门对所监管管理的国有企业的合规工作、体系建设具有监督督促职权，可以通过加强对企业反垄断合规体系建设方面的考核评价方式，推动所管理企业主动合规，使企业自觉遵守反垄断法相关规定。在反垄断处罚上，近年来反垄断执法机构对国有企业的处罚仅限于对未申报者进行处罚，但未有相关不批准集中或附条件批准集中的案例。今后随着反垄断法律法规的修改，以及相关经营者集中除外与豁免机制的完善，期待更多有力的针对国有企业经营者集中的规制或处罚，来推动国有企业的竞争合规工作更为全面地推进实施。此外，由于当前各地发布的合规指引细分程度不一，还需要建立更好的合规问题咨询机制，权威解读合规问题。

就国企内控角度而言，需推进反垄断合规体系建设，制定完善的反垄断合规政策，明确反垄断合规的组织机构、制度建设、运营机制等，实现国企内控、风险、合规协同一体化建设。明确反垄断合规风险领域，针对反垄断风险较高的业务，制定具体的合规管理措施，如禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位等行为，摒弃单独以收入和利润进行考核的标准，将反垄断要求纳入考核体系之中。加强内部监督和管理，加强风险意识，对反垄断风险进行及时识别、评估和监控，并定期进行反垄断合规培训和宣传，提高员工反垄断合规意识和能力。强化责任追究和处罚机制，严肃处理不合规行为，追究相关责任人的法律责任。

（五）规范数字经济反垄断监管，依托新质生产力打造现代新国企

数字经济放大了资本垄断，国有企业投资数字经济建设的自然垄断问题依然存

在,数字经济反垄断不可缘木求鱼,需借力打力,以立法方式持续规范数字经济、科技创新、信息安全等重点领域的竞争行为,严格依法查处垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为,以公正监管促进公平竞争。依法加强金融、科技等领域经营者集中的审查,防止“掐尖式并购”,同时促进数字型企业数据流转和利用,可借鉴类似欧盟《数字市场法》“守门人”的认定标准及其广泛的责任义务,保障中小型企业竞争与和创新的机会,推动形成大中小企业良性互动、协同发展的良好开放格局。此外,针对跨境合规风险,着重关注我国跨境数字平台企业的跨境并购行为,提前做好符合对应司法辖区的竞争合规方案,降低反垄断调查或诉讼风险。

新质生产力是国家竞争优势的重要来源和抢占战略制高点的关键,要求优化社会主体关系,对国企改革而言,关键是优化和调整政府和市场的关系。不同领域国企均需要明确新型生产关系,统筹推进发展新质生产力与改造提升传统生产力,发挥国有企业投融资方面的新优势、挖掘新赛道。以新质生产力为中心原点,继续推动国企改革整体布局,针对产业链、创新链、人才链、组织链,展开新的思考和承上启下的改革谋划。一方面,对标世界一流企业建设目标和新型工业化要求,加大新兴经济的市场培育,在技术市场、资金市场、产权市场上,通过机制建设为新兴产业、新生技术提供市场平台,打造现代新国企。另一方面,对标新发展理念和现代化产业体系建设,针对新兴业务的风险特点,对于市场失灵、竞争失灵的情况,集中力量多措并举,力争在更短的培育周期内,推动现代新国企新质生产力的发展。

总结而言,中国加入CPTPP是一项涉及政治、经济、法律、国际关系等诸多方面的综合议题,不会一蹴而就,需要置于国家战略部署之下综合推进,不能仅仅满足于解决个案中排除、限制竞争问题,而应有更高站位、更高标准、更宽视野、更大力度,从而对标CPTPP“竞争中性”,补强“救济中性”,建立公平竞争审查制度,形成内外资一致、国企民企一致的监管规则,营造市场化法治化国际化营商环境,形成我国制度型开放新标杆。

参考文献

- [1] 安宁.治理理论下的市场准入负面清单制度[J].中国法律评论,2023(2):218-226.
- [2] 白金亚.国有企业竞争中立制度研究[M].北京:知识产权出版社,2019.
- [3] 褚晓,熊灵.欧盟外资安全审查制度:比较、影响及中国对策[J].国际贸易,2022(6):53-61.
- [4] 李本.我国国企制度对接CPTPP非商业援助规则的挑战与突破[J].江淮论坛,2022(6):97-106.
- [5] 李本.CPTPP国有企业规则例外条款:解构与建构[J].上海对外经贸大学学报,2023(3):5-18.
- [6] 李青.公平竞争审查制度阶段性小结[C]//中国经济体制改革研究会2019年宏观经济与改革走势座谈会内容汇编,2019:5.
- [7] 孙晋.公平竞争原则与政府规制变革[J].中国法学,2021(3):186-207.
- [8] 王晨竹.全球竞争政策协调的图景展示和发展趋势[J].竞争法律与政策评论,2020,6:210-229.
- [9] 应品广.法治视角下的竞争政策[M].北京:法律出版社,2013.
- [10] 游钰.公平竞争审查制度若干问题[J].厦门大学法律评论,2023(1):1-24.
- [11] 赵海乐.竞争中立还是竞争礼让——美国对华反补贴中的国有企业歧视性待遇研究[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2016(4):117-127.
- [12] 张久琴.竞争政策与竞争中立规则的演变及中国对策[J].国际贸易,2019(10):27-34.

- [13] 张建伟.中国加入竞争执法程序合作框架研究[J].国际贸易,2021(1):90-96.
- [14] Bode, S. & O. Scharifi, “Market Share and Dominant Position in the Case of Emission Trading: An Economic Analysis Based on U.S., European and Japanese Competition Law” , *Carbon & Climate L. Rev.* 2002(2):103-116.
- [15] Borlini, L., “When the Leviathan Goes to the Market: A Critical Evaluation of the Rules Governing State-owned Enterprises in Trade Agreements” , *Leiden J. Int'l L.*, 2020,33:313-334.
- [16] JFTC (Japan Fair Trade Commission), Guidelines on Exclusion Type Monopolization by Japan Fair Trade Commission, 2009.
- [17] Kovacic, W. E., “Lucky Trip: Perspectives from a Foreign Advisor on Competition Policy, Development and Technical Assistance” , *European Competition Journal*, 2007,3(2):319-328.
- [18] Matsushita, M., “Interplay of Competition Law and Free Trade Agreements in Regulating State-owned Enterprises” , *German Law Journal*, 2023, 24:243-268.
- [19] Sokol, D. D., “Exporting Knowledge through Technical Assistance and Capacity Building” , *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, 6(2):233-251.

【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。
欧阳婧：上海大学法学院硕士研究生。研究方向：国际经济法。

China's State-owned Enterprises and the Rule Matching of CPTPP Competition Policy ——Strengthening “Remedy Neutrality” as the Entry Point

LI Ben & OUYANG Jing

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

Abstract: At a time when the international economic and trade pattern and rules are being restructured, China is facing various passive situations when it encounters competition review of European and American investments. Examining many typical international investment and financing cases in practice, the “relief non-neutrality” in the competition review of various countries is mainly attributed to the unilateral nature of the relief means and the abuse of measures. By applying to join the CPTPP negotiation involving competition review, China can put forward corresponding propositions on the “non-neutral remedies” encountered with the help of a comprehensive explanation of the concept of CPTPP’s competition neutrality. However, the CPTPP rules on state-owned enterprises constitute a superimposed regulation of the chapter on state-owned enterprises and the chapter on competition, and at the same time give member states the right to review the competition in the field of competition disputes and do not apply to the dispute settlement procedures in Chapter 28, which may still deviate from and distort the value of the original goal of “competition neutrality”. Combined with the United Nations Development Initiative and the OECD’s proposed document, the connotation of “competition neutrality” should be interpreted to include “relief neutrality”, and our country can put forward a complementary program to “relief neutrality”. China can propose a complementary program to “remedy neutrality”, advocate the expansion of consensus, and actively promote mutual assistance and cooperation among competition law enforcement agencies in a larger pattern, so as to enhance the inclusive development space of CPTPP; at the same time, it should take into account the competition policy of CPTPP in a comprehensive manner in the country, alleviate the predicament of state-owned enterprise reform, and arrive at a systematic program for docking.

Keywords: CPTPP; relief neutrality; competition neutrality; state-owned enterprise reform; WTO; SCM

(责任编辑：山草)