

“国企条款”的历史演绎与法理逻辑

刘雪红

【摘要】国际经贸协定中的国有企业条款问题是中西方经济交往中的敏感点和疑难点,如今虽常被认为是专门针对中国的定制条款,但实际上其由来已久。该条款诞生于“二战”后期英美两国创建多边贸易体制之际,成型于《哈瓦那宪章》。20世纪的国企条款旨在消除公权力带来的贸易壁垒,具有典型的战时性、妥协性与初级性特征;21世纪的国企条款则以“竞争中立”和“透明度”为主要内容,其完备性和强约束性显著提升。国企条款的历史演绎反映出其规范政府经济行为、加强公平竞争的法理逻辑,具有契合国际市场经济和法治经济要求的正面价值,不宜一概否定。解决好国企条款问题对于中国实现更大范围、更宽领域、更深层次的对外开放具有决定性意义。

【关键词】国企条款;历史演绎;竞争中立;透明度;国际经贸合作

【作者简介】刘雪红,华东政法大学经济法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2023.2.165~179

【基金项目】本文系2022年教育部一般项目《产业补贴“竞赛”的国际新规制和中国对策研究》(项目编号:22YJA820014)及2018年度华东政法大学校级科研项目《国企国际新规则的演进及中国对策研究》(项目编号:18HZK031)的研究成果。

一、问题的提出:中西方的国企规制之争

随着区域贸易协定中新国有企业条款的不断涌现,如何规制国有企业的经济活动成为21世纪全球经贸治理的难题。一方面,欧、美、日等主张对国有企业进行更严厉的规制,近几年三方的联合声明以及2021年“G7峰会声明”均强调应对国有企业扭曲市场的行为制定更强有力的规则,如欧盟提议制订《扭曲内部市场的外国补贴条例》,美国酝酿推出《外国公司问责法案》《竞争与创新法案》等。另一方面,拥有数量众多国有企业的中国则表现出相对谨慎克制的态度,在《中国关于世贸组织改革的建议文件》(2019)中明确反对为国有企业设立特殊的、歧视性的纪律规则,并反对在外商投资安全审查中歧视国有企业。综观中外区域经贸投资协定,迄今只有2020年《中欧全面投资协定》(CAI)纳入国企条款。

之所以与欧美的态度不同,主要是中国倾向于认为国企条款是西方专门针对中国的武器,如市场导向标准被认定是专为公有制国家量身定做的新标准,^①“非商业援助”条款等高标准国企规则折射出美国遏制发展中国家参与国际竞争的意图。^②一旦国企议题形成世界贸易组织(WTO)规则,中国独特的国际竞争优势可能受到削弱。^③美国主导的国企条款具有强烈的专门针对中国的遏制逻辑和政治色彩。^④事实上,西方也的确有人将国企问题与国家资本主义、经济发展模式相联系。最典型者如吴人英(Mark Wu)教授将所有的中国企业称为“中国公司”,认为现有的WTO规则不足以规制中国国有企业的经济活动。^⑤至于近年来中美贸易战、WTO危机、海外投资安全审查等问题,也都出现了法律问题的政治化倾向,不得不让人心生警惕。

国企规则果真只具有一种属性即遏制中国吗?在思考此问题前,不能不注意到,全球对国企进行新规制的运动似乎势不可挡。欧美正在积极推进国际多边平台的反全球市场扭曲运动和反补贴运动。譬如,经合组织(OECD)推出了一系列有关国企治理和竞争中立的指南,并于最近发表了衡量国际市场扭曲的系列报告;OECD与WTO、国际货币基金组织(IMF)、世界银行则于2022年联合推出《补贴、贸易和国际合作报告》,提倡共同努力推出新型补贴规则。与此同时,越来越多的国家在区域贸易协定中对国有企业进行了监管,如在2018年生效的283项区域贸易协定中就有多达193项协定对国有企业进行了某种形式的监管。^⑥

显然,坚持对外开放国策不动摇的中国不能无视这一影响深远的全球性“国企造法运动”。而且,当今世界各国都出现了利用政府力量发展经济、干预经济的倾向,这往往预示着“自由主义”与“民族主义”的冲突,^⑦极有可能影响世界和平与繁荣。鉴于此,如何创建新型的国企新规则以重构国际经济新秩序,在当前显得尤为重要。鉴古而知今,首先要追问,“二战”后期英美促成《哈瓦那宪章》中的国企条款初衷为何?20世纪的国企规则有哪些内容和特点,在当代又有哪些新发展?其背后的法理逻辑是什么?中国是要单纯地排斥抗拒还是要有策略地主动接纳它?本文尝试运用历史考证法与规范分析法来探究国企规制的历史演进及理论逻辑,揭示国企规制的实质和规律,以期促成中西方在国企规制问题上再度达成共识和合作。

二、20世纪“国企条款”之源起及特点

20世纪的“国企条款”最早起源于“二战”后期英美推动的国际经贸合作,具有特殊的创制背景、立法动机与规则特点。《哈瓦那宪章》中的国营条款后来演变为《关税与贸易总协定》(GATT)第17条,^⑧后者构成了20世纪国企规制的基础框架。

(一)源起:促进战后国际贸易的自由化

首先,英美两国作为多边贸易体制的创建

者,^⑨在彼此博弈和相互合作中促成了国营条款的诞生。尽管“二战”初期美国不愿卷入战争,但其于1941年3月答应免费向英国及其他盟国提供军需,前提是要求英国参与世界新经济秩序的构建。^⑩于是,在1941年8月“二战”最为激烈之际,丘吉尔乘舰穿越大西洋与罗斯福会面并达成了《大西洋宪章》。《大西洋宪章》提出“尊重各国参加世界贸易、获得世界的原料、进行经济合作的期待”。1942年英美达成的《主要租借协定》则出现“在国际商业中取消歧视待遇、削减关税以及其他贸易壁垒”的内容。^⑪

在英美形成上述基本共识后,美国巧妙地利用联合国机制促成多边贸易规则的落地实践。1947年英、美、中、法等国签署并获得联合国通过的《哈瓦那宪章》便是最终成果。《哈瓦那宪章》第四章“商业政策”第四节规定了“国营贸易与相关事项”,包括第29条非歧视待遇,第30条市场/营销组织,第31、32条“对非商业库存的清算”。不过,后因美国政府未将《哈瓦那宪章》向国会提交批准申请导致其流产,只有其中的非歧视条款变成了GATT第17条“国营条款”的一部分内容。

从根本上看,英美两国之所以在“二战”后期努力创建包括国营条款在内的多边贸易体制,主要是基于多边经济合作有助于国际和平的共识。英美两国具有国际化视野的官员和经济学家,如美国国务卿科德尔·赫尔(Cordell Hull)、英国战时内阁秘书处经济部的经济学家詹姆斯·米德(James Meade)等,对战后贸易政策的形成发挥了极重要作用。后者著于1940年的《持久和平的经济基础》曾指出:“国际冲突的根本原因是经济,国际组织只有建立在稳定、公正和高效的经济基础上才能实现其首要的政治任务。”^⑫

其次,尽管各缔约方对国企条款的存废与内容存在巨大争议,但最终仍就其初级性规则达成一致。早在商谈国际商业联盟时,英美就有不同立场,英国希望保留国营贸易,要求贸易壁垒的多

边削减“不与国营贸易体制相冲突”；而美国则希望对其严加规制，主张要制定关于政府垄断和国营贸易的公平贸易规则，“包括私营企业占据主导地位的各国贸易以及由国家管理的对外贸易。”^⑬英美之所以有此分歧，是因为英国在“一战”、20世纪30年代经济危机、“二战”以及战后重建中都出现过国有化浪潮，国有经济和国营贸易的比重较高，^⑭而美国则一向坚持自由竞争、反对国有经济和政府垄断。^⑮及至1947年的日内瓦会议，又出现了“资本主义经济”与“社会主义经济”之争。比如，偏向共产主义的捷克斯洛伐克要求修改国营条款以确保国营企业的活动空间，确保非市场经济体也能参与GATT；法国则反对国企条款过于灵活，要求规则能确保国企像私企一样的行为。^⑯最终经各方博弈，《哈瓦那宪章》形成了以“非歧视待遇”为主的初级性国营规则。该条款显然受到美国自由市场经济和公平竞争理念的影响，但同时又被认为是对国营贸易去政治化、聚焦经济合作的尝试。^⑰

最后，国营条款早在多边贸易体制建设初期即已诞生，其中的原因主要有二：其一，国营经济属于20世纪上半叶极为普遍的一种国际经济现象，国际经贸规则创设中不可能忽略它。“二战”期间以及战后经济复苏建设、随后的“冷战”都催生了对国营贸易、国家控制经济手段的需求。1945年，欧陆多国以及苏联、英国、中国等国在美国都有大量的国营性采购。^⑱“二战”后，美国对欧洲经济援助计划以及美苏“冷战”，又使得政府主导型经济不时成为各国政府斗争的工具。^⑲其二，国营垄断贸易会影响贸易自由化目标的实现。各国从一开始就认识到，要实现贸易自由化必须解决五种贸易壁垒问题——关税、海关手续、数量限制、国家垄断产品贸易与补贴。^⑳因国家专营实体具有垄断地位，其经营方式有可能构成一种变相的关税或独特的数量限制，若不加规制，关税减让约束与禁止数量限制的规定必遭规避。^㉑

(二)特点：规则的初级性、软法性及不完整性

20世纪“国企条款”除了最早的GATT第17条外，还包括1994年该条的解释性文件、《服务贸易总协定》(GATS)第8条、《农业协定》《补贴与反补贴措施协定》(SCM协定)等，以及若干成员加入议定书中的条款，尤其是“超WTO义务”条款。这些规则具有鲜明的初级性、软法性及不完整性等特点。

1. 初级的非歧视待遇要求

GATT第17条明确要求缔约方在涉及进出口买卖方面，确保国营企业遵循非歧视待遇原则。不过，此项要求具有明显的初级性。

其一，商业考量规则从属于并旨在解释非歧视条款，而非创设了一项独立义务。1984年，“加拿大—外国投资审查法案的管理局”专家组报告指出，第17条b款并没有要求企业根据商业考量行事的单独义务，因为条款用语显示“根据商业考量行事”的义务是从属于非歧视要求的。^㉒后来在“美国诉加拿大小麦案”中也确认了立场。

其二，该第17条并无竞争规制的内容，也无意针对并企图压制国企的竞争优势。在“美国诉加拿大小麦案”中，美国政府主张第17条禁止国营贸易企业行使其享有的专有权或特权，但遭到该案被告以及第三方的反对，同时也被专家组以缺乏条文支持、不当扩大条款适用范围为由否决。^㉓上诉机构也反对美国将该条款解释为对国营贸易企业施加类似竞争法的全面性义务的主张，指出第17条第1款所确立的纪律旨在禁止某些类型的歧视行为。^㉔即国营企业活动只要做到不歧视即可，而不考虑是否存在因公优势以及引发的不公平竞争问题。正如学者所言：“第17条规定的义务不能等同于泛泛的公平竞争要求……国营贸易企业享有法定或宪法规定的特权，企业是否行使政府职能似在所不问。”^㉕

其三，该第17条存在适用范围较窄、约束性较弱等不足。它主要适用于国营企业的进出口贸

易。当然,这也是事出有因的。在1947年GATT成立时,各国国营贸易主要集中于进出口的专营,全球经济也主要以货物贸易而非服务贸易或投资为主,解决市场准入、削减关税壁垒问题并形成统一的国际大市场是当时的当务之急。但及至后来,GATT第17条相对简单的非歧视待遇规则越发难以适应实践的需要。

2.“软法型”的透明度要求

当时的国企条款也要求国营贸易活动遵循透明度要求,但其具有明显的“软法”特性。GATT第17条第4款规定从事国营贸易活动的缔约方要对相关企业的进出口产品、进口加价或转售价格等信息履行通知义务。但自GATT1947临时适用开始,该通知义务的执行效果一直都不理想。为此GATT为其设定了第一个截止日期(1958年2月),并为第17条第4款创设了具体的配套执行机制,即以国企问卷模式收集国企信息。^②问卷模式是指由GATT/WTO设计标准问题清单,各缔约国依本国情况填写,最初的问卷源于1957年,后来经过1960年、1998年、2003年的修订。^③2003年的问卷框架包括的主要问题有国营企业的情况、存在的理由、功能、进出口以及国内生产等。^④

GATT/WTO通过实践探索并被随后的《关于解释1994年关税与贸易总协定第17条的谅解》所确认的国企透明度义务内容如下:各方填写国营贸易问卷履行通报要求,他方可提出反向通知;国营企业工作组负责审议通知、反向通知,评估国营企业的政策、经营活动和经营方式、对国际贸易的影响,并负责制定会议纪要、工作报告以及政府与国企业关系的列示清单。^⑤其中,反向通知的设计有助于推进书面上的友好交流和误会消除,比如2017年中国向美国提问为何通报中缺失某些年份的数据,美国通过国营工作组回复称,2014年的信息已经包含在2016年的报告中。^⑥

然而,国企透明度规则的执行效果参差不齐。WTO指出,成员方要么不积极提交问卷通

报,要么选择性地回答问卷或提供不完整的信息。^⑦各方都相互抱怨其他成员没有很好地执行透明度要求。比如,美国1995年的一份报告批评其他成员国的透明度差,指责1980年到1994年间遵守第17条报告义务的年度最高答复率仅为21%。^⑧然而WTO 1995年的一份报告显示,在1980年至1995年间,美国只在1984年和1995年进行了通报,而欧洲国家甚至是南美国家通报的频率都比美国高。^⑨国营企业规制中透明度义务履行效果不佳的原因很多,比如相关定义不明、没有系统性和常规的审查机制、成员缺乏足够重视、落后国家能力欠缺等,^⑩但最根本的原因在于透明度要求重自律、轻执行监督,缺乏机制化的跟踪、监督及惩罚措施,这些缺陷都很容易减弱其约束效力和执行效果。

3.不完整的公平贸易要求

20世纪国企条款的公平贸易要求主要体现在反补贴规则上。例如,《哈瓦那宪章》第四章第三部分有9个条款专门就补贴作了规定,随后GATT1947第6条和第16条确立了关于补贴的规则,但只有简单的原则性规定。^⑪之后,各方越来越多地用补贴手段来刺激经济复苏和解决社会矛盾,使得国际贸易受到的扭曲日趋明显。^⑫于是,GATT成员开始谈判反补贴规则,在东京回合首次形成《补贴与反补贴守则》,并在乌拉圭回合谈判中形成至今适用的SCM协定,这些构成了国企规则的重要发展。反补贴规则被认为是反倾销规则的“姊妹篇”,都属于解决“不公平竞争”的规则。^⑬在SCM协定中,与国企相关的规则是公共机构(public body)不可提供不合规的补贴。

然而,这些初级的反补贴规则具有相当程度的不完整性。首先,国企和公共机构的内涵与外延并不明确。由于国企的界定触及政府与国企关系这一敏感又复杂的问题,GATT/WTO难以在立法层面对其进行明确规定。究竟是依据国有股份比例,还是依据控制力来判定国企性质,难以形成

国际共识。尽管《哈瓦那宪章》在谈判过程中曾热烈讨论过国企身份判断的“控制标准”问题,^⑧但未被采纳,后来的GATT回避了该问题,从而留下了公共机构问题之争的隐患。从本质上看,国企问题涉及国家的主权行使、行政管制权甚至是宪制安排,由于政府控制企业的表现形式多样又多元,自然难以规定十分明确的判断标准。

其次,WTO司法实践曾尝试建立国企是否构成公共机构的判断标准,但无果而终。“中美补贴案”的裁判者曾创造出“政府多数股的认定标准”“政府权力标准”及“政府有意义控制标准”,^⑨但是,这些标准并未平息争执。WTO裁判者也意识到发展该规则的难度,因为“没有两个政府完全相同,公共机构的确切轮廓和特征必然会因实体、国家和个案而异”。^⑩

最后,反补贴救济中对不公平贸易致损的问题缺乏明确的规定。相关问题包括:(1)因补贴引发的不公平贸易往往因前述的身份判断障碍而难以获得救济;(2)补贴中财政转移的范围是应该从严还是从宽解释;(3)补贴与损害之间的因果关系应如何坚持不同因素的影响和非归因量化分析。^⑪这些问题争议较大,使补贴规则仍处于动态发展过程中。

综上所述,国企规制问题早已有之,它诞生于“二战”后期英美创设多边经贸自由新秩序之际,成型于《哈瓦那宪章》。同时,囿于当时的历史条件,其具体制度设计和执行方面都呈现出战时性、妥协性、初级性、软法性及不完整性等特征。

三、国企条款的当代发展

与“二战”前后主要服务于战争和物资供应且规模有限的国营经济不同,自20世纪90年代开始,国际市场就出现了国有资本大规模参与全球竞争的特殊现象。OECD在2016年就已指出,中国、法国、印度、德国、沙特阿拉伯、俄罗斯、英国等都有国有企业参与世界一些重要行业的投资。^⑫当前由于激烈的国际经济竞争,各国更是倾向于

通过国有企业或政府补贴等方式支持本国高科技产业的发展。^⑬但是,国有企业被认为是易引发不公平竞争的特殊的“全球竞争者”。如何有效解决国企与私企之间的公平竞争问题成为国企条款新的时代使命。以竞争中立和透明度为主要内容的新国企条款应运而生,其从实体到程序对旧规则进行了全面升级。

(一)从“公平贸易”到“竞争中立”

“竞争中立”原本指“在经济市场上任何实体都不应有不当的竞争优势或劣势”。^⑭彼德斯曼早在1997年即预判,改进GATT国营条款就要增加额外的竞争规则并逐渐取消国企特权。^⑮新国企条款正是以竞争法中的“竞争中立”来解决国企“因公优势”引发的不公平竞争问题。

1. 国企定义明确化与认定标准宽松化

欧美国企新规则同时以政府所有权和政府控制因素来界定国企,体现出对以往国际实践的承继和发展。^⑯一方面,欧美国企章节标题的设计表明针对的正是具有特权或垄断特权的企业。如CPTPP第十七章标题为“国有企业和指定垄断”,^⑰《欧盟—越南贸易协定》第十一章为“国有企业、被授予特殊权利或特权的企业、指定的垄断企业”。CAI第二节第3条之二虽采用的是“涵盖企业”一词,但实指国有企业和指定垄断企业。另一方面,新规则突破了GATT/WTO的实践,直接引入控制标准且有将控制标准泛化之趋势。比如,CPTPP第17.1条在界定国企时就规定了多数资本控制、投票权控制和管理控制。CAI则作了更严格的规定,扩充了国企范围,增加了控制企业决策的国有少数股企业以及“政府可依法指挥企业的行为或以其他方式行使同等程度的控制”的企业。^⑱OECD报告称,“国有企业”或“社会企业”的定义应灵活设计,以适应政府能够施加重大影响的政府投资公司。^⑲这与国际商事活动的逻辑很相似,很多内国公司法都以多数股或控制权来认定控制股东和实际控制人。可见,国企身份判断规则具有

以股份、投票权、决策权等多元控制指标为标准的发展趋势。

2. 国企运营须遵循商业考量要求

独立的商业考量条款要求缔约方应确保国企像私企一样,在进行商业决策时以价格、质量、可获性、适销性、运输等购销因素为准,从而确保竞争中立、公平竞争目标的实现。

其规则特点有四:其一,商业考量义务独立化。商业考量条款在内容措词上与GATT第17条差别不大,但欧美新协定及CAI都在体例设计上将其与非歧视待遇要求并列。其二,要求国企尊重市场经济规律。例如,《欧盟—越南贸易协定》第11.1(b)条在界定“商业考量”时直接采用“市场经济原则”一词;《美墨加协定》(USMCA)第22.6条第1款明确反对国企仅因国有性质即能轻易获得政府贷款和担保,反对国企“大而不破”、以“债转股”方式获得重生的现象。因为商业考量规则本身就是市场经济原则的体现,具有天然的“结局开放性”(open-ended)。^⑨其三,强化商业考量条款在实践中的约束性。WTO现已出现以商业考量作为诉请法律依据的案件。2021年7月,在“欧盟诉俄罗斯的国内和外国产业和服务特定措施案”中,欧盟声称,俄罗斯对其本国国企的价格优惠措施使得其国企不按商业考量进行采购,剥夺了其他成员企业的商业机会。^⑩其四,商业考量条款体现出美国一以贯之的传统立场。《北美自由贸易协定》(NAFTA)第1502条曾规定由国家或政府垄断指定的任何私有垄断“在其购买或销售垄断商品或服务时完全出于商业考量”。美国与新加坡、智利、澳大利亚、秘鲁、哥伦比亚、韩国的自由贸易协定中也都有类似的规定。^⑪商业考量原则一直是美国在多边和区域贸易协定中的重要规则,甚至构成“竞争中立”这一新规则形态的基础。^⑫

3. 以非商业援助规则去除不当的竞争优势

非商业援助规则是在WTO反补贴规则基础上发展出的新规则,主要是指不得通过政府或国

有企业向任何国企提供资金、货物、服务或债务的转移。与CAI中“弱化”的非商业援助条款相比,欧美版的非商业援助条款基本都规定了行为主体、行为方式、结果和因果关系等要件,具有比较完整的侵权损害赔偿规则。

其主要内容和特征如下:第一,主体和适用范围扩大。主体既包括政府也包括国企,援助方式既包括从缔约方国内出口货物或输送服务,也包括在东道国的涵盖投资;^⑬既包括在母国也包括在第三国的补贴行为。OECD计划将政府对长期低于市场基准的债务和股权融资也视为补贴。^⑭美国《稳定就业抗扭曲法案》甚至一度酝酿规制通过跨境投资、经贸合作的国家战略方式所进行的跨境补贴行为。^⑮这意味着一国国内的国企参股、混改等行为,以及类似于中国的“一带一路”跨境合作项目等都有可能成为规制的对象。第二,放松专向性要件之要求。例如,CPTPP关于“非商业援助”定义的第17.1条规定,获得援助或使用援助的为国有企业,即可认定符合专向性要求。OECD则认为,类似于低于市场水平的借贷或权益资本注入等融资往往难以识别,若坚持专向性要求会增加规制此类行为的难度。^⑯第三,对“不利影响”和“损害”的认定沿袭SCM协定的规定。例如,CPTPP第17.7条规定,不利影响包括占领本国或他国的销售市场、价格削减、规定市场份额下降;第17.8条规定,损害的评估要依据产量、销售量、市场份额、利润、生产力、投资收益或产能利用率等诸多经济指标。此规则未能突破SCM协定的规定,或因实践中难以“运用精密的经济模型与计量工具进行考量”所致。^⑰第四,侵权要件的证明强调表面证据和举证责任倒置,因果关系要求降低。只要申诉方提出“表面证据”,举证责任就转移到被申请方,否则后者就要承担不利的后果。^⑱TPP/CPTPP最早出现类似的规定,^⑲当前该规则得到进一步细化。比如,《欧盟—新加坡贸易协定》第11.7条规定,除非补贴方能作出相反的证

明,否则就将对债务承担无限责任,对无偿债能力且又无可信的重构计划的企业提供支持等行为直接认定为禁止性补贴。OECD则建议采用转移举证责任的方式对政府长期低于市场的股权投资视为补贴。^④因为一国采取的非常规的、非市场化的做法具有溢出效应,极易对全球市场产生影响,但让受影响方去证明他国领域内涉及政府的行为及其负面影响无疑是困难的。所以,需要基于经验规则设定表见证明(推定),^⑤或是基于推定而减轻或转换证明责任。^⑥

(二)从“软法”到“硬法”的透明度要求

鉴于透明度对国企规制的意义尤其重大,欧美区域贸易协定率先形成了标准高、效力强、“硬法化”的新一代透明度规则。

首先,新国企条款要求披露的信息范围广泛,内容细致。其要求披露的范围已突破WTO规定,也超越了内国公司法一般只对上市公司提出严格信息披露的要求。尤其是包括涉及国企独立性和经济运营的重要信息,诸如特殊股份、特别投票权、董事会成员的政府头衔、特殊待遇、年度财务报告、第三方审计、非商业考量援助等。^⑦美国与新加坡、韩国的自由贸易协定均有相似的规定。^⑧OECD曾指出,之所以要求国企像上市公司一样遵守严格的审计披露和会计标准要求,是因为国企须像上市公司向公众股东负责一样向公众负责。^⑨国企的股东在形式上看是政府而实质则是全民,因而需要有比公司董事和股东更高要求的归责性。^⑩高标准披露要求可预防和遏制国企内部控制人滥用权力和腐败行为,激励代理人与内部人慎独自律,降低股权行使成本。

其次,透明度规则强化信息披露义务的刚性。具体包括:(1)将主动告知与请求机制结合,启动沟通的程序简易。既要求相关方主动公布有关国企活动的信息,又规定可通过请求机制询问国企相关信息。CPTPP第17.10.3条即作如此规定。美国之前与新加坡、智利、澳大利亚、秘鲁、哥

伦比亚和韩国的自由贸易协定亦有类似的规定。^⑪(2)要求对所提供的信息负责,主动评估相关行为的影响,有自我解释“无害”的隐性要求。如CPTPP第17.10条第5款规定,“提供的信息应足够具体,使提出请求的缔约方能够理解政策或计划的运营情况,并对政策或计划及其对缔约方之间贸易或投资的影响或潜在影响进行评估。”(3)创设了透明度义务履行的激励和救济制度。CPTPP附件17-B《关于国有企业和指定垄断的信息形成过程》规定,专家组可对一争端方在信息收集过程中的不合作情况作出不利推论,并有主动搜集获取相关信息的权力。这一规定与《反倾销协定》第6.8条的“可获得最佳信息”规则的逻辑相类似。早在“加拿大小麦案”中就曝出国企往往以商业秘密为由不提供必要信息的漏洞问题。^⑫因此,“需要设计机制以鼓励国营企业提供对其认定‘有罪’或‘无辜’的信息……(可)假设国营企业不提供需要的信息就构成其违法的表面证据,允许原告方实施制裁直到其向专家组提供信息。”^⑬

最后,引入第三方专业监督机制和多元的惩罚措施。针对透明度的他律方式除了引入公众监督和舆论干预外,还可采用设立专业工作委员会和争端解决机制等方式。比如,CPTPP第17.12条规定,设立常设的国有企业和指定垄断委员会就可负责透明度义务的日常执行监督,其可组织相关方磋商谈判并持续地督促或施压,而不是一方不披露就不了了之。此外,各类的惩罚手段也正在不断讨论和形成中,未来极有可能成为开放性国企条款的内容。2019年澳大利亚、加拿大、欧盟、日本、美国等向WTO提交的《加强WTO协定下的透明度和通知要求的程序建议》中就提出,要对不履行通知义务违规行为进行行政性处罚,依违反程度设计不同的处罚手段,诸如限制该成员担任世贸组织机构的主席、其他成员可不回答其提问、依其年费的一定比例收取罚款、通报批评、将其发言权后置,以及对其贴上“延迟通知”会员

的标签等。^①

总之,21世纪国企条款以“竞争中立”和“透明度”为主要内容,条款设计呈现出从抽象概括到细化实用、从软约束到硬约束、从自律到强化他律的方向发展。

四、国企条款历史演绎中的规制逻辑

揆诸历史和当下,不难发现,国企条款并非专为对付中国而创设,其诞生及之后的发展都有其自身的逻辑,确有存续的必然性和正当性。

(一)国际法治经济要求规范政府经济行为

国企条款的根本目的在于规制政府权力的使用,体现了国际法治经济的必然要求。以下分别从国企条款的宗旨、原则及其国内法基础予以阐述。

1. 不变宗旨:消除特权所致不公

早期国企条款主要是为了避免国营企业垄断形成变相的关税壁垒。美国1948年3月国会内部文件《〈哈瓦那宪章〉的指引》指出,若没有《哈瓦那宪章》第30条的相关规定,则国营进出口垄断就相当于绕过关税而直接起到关税壁垒的作用。^②政府同时具有市场管制者和市场参与者的双重角色就可能偏向于保护国内的生产者,从而使得外国生产者处于不利的地位。^③新国企条款则侧重于解决国企“因公优势”带来的不公平竞争问题。欧美推行新国企条款或针对外国国企投资者的国内法规都以“创造公平的竞争环境”(level the playing field)为由,它们担心国企会比私企获得更多的政府补贴和监管偏袒所带来的竞争优势,进而破坏国际市场上的公平竞争和市场规律,最终引发全球性的资产泡沫化、产能过剩、价格扭曲、结构错配等后果。

由上可见,规制政府垄断和特权始终是国企条款的重要指导思想。早在1945年,美国在其《扩展世界贸易和就业的建议稿》中便提出,来自政府以及私人联盟或卡特尔的限制是影响国际贸易规模的原因之一。^④GATT相关条款均将“国有

贸易企业”界定为在形式上或事实上具有“专有权或特权”的企业。可见,国企条款规制的重点正是垄断或特权行为,而后者又主要来源于政府的授权、参股控股或其他控制方式。21世纪,很多新区域贸易协定中的国企章节也多以“国有企业、被授予特殊权利或特权的企业、指定的垄断企业”为名,其意一望而知。

2. 基本原则:要求政府秉持谦抑

政府的主要职能应该是集中于基本的国家安全和社会保障。^⑤若为弥补市场失灵等特殊目的介入经济领域,则应保持谦抑克制并遵循市场经济规律。诺思曾指出:“国家的存在是经济增长的关键,然而国家又是人为经济衰退的根源。”^⑥布坎南等则认为,政治领域中的个人也是自利的、以自己的利益最大化为行为准则,因而也会出现“政府失灵”。^⑦国际社会倡导政府尽量少参与经济,或者以放松管制、促进竞争等方式实现经济职能,于20世纪80年代兴起了放松经济管制运动^⑧以及90年代的新公共管理改革运动。^⑨政府若通过国企或其他的政府支持措施参与经济事务,显然与政府谦抑主义相悖。政府成为“经济代理人”便会背离其“市场监管者”的角色。^⑩国企条款正是对这一问题的回应和矫正。

3. 国内法基础:各国的立法与实践

国企条款具有普遍的国内实践和立法基础。“二战”后期,英美两国在经贸合作方式、帝国特惠、国营贸易等具体问题上曾有很大分歧。^⑪但双方之所以能最终实现合作,是因为两国都实行市场经济且在限制并规范政府参与经济活动方面仍存在一定的共识。早在1791年,当美国联邦党人汉密尔顿的《制造业报告》声称要通过进口税、奖励金(补贴)等方式促进制造业发展时,杰斐逊和麦迪逊就批判其违宪,违反“有限政府”原则。^⑫西方国家曾一度放弃“自由放任主义”转向“凯恩斯主义”,但“一战”结束后流行的口号却是“回归正常的商业运作”;即使在“冷战”时期,美国政府欲以

国家经济力量与苏联对抗的想法也受到质疑,因其被认为“与通常的商业活动如此的不同”。^⑧英国在20世纪80年代实行私有化浪潮后,更是积极融入欧盟的内部市场建设,即使在脱欧后与欧盟于2021年达成的《欧盟—英国贸易与合作协议》也同意设立国有企业章节以及补贴控制制度。

尤其是,国企条款主要是通过竞争法的方式规范政府的经济行为,竞争法不仅包括反经济垄断行为,也包括反政府限制竞争行为。当前世界上多数国家和地区都构建了域内的竞争法律制度。欧盟拥有最为体系化的规范政府反竞争行为的制度——国家援助制度,其起源于1957年《罗马条约》的竞争政策,目的在于避免国家援助措施不当扭曲竞争、影响内部市场的贸易。^⑨中国2008年《反垄断法》即规定了反经济垄断和反行政垄断的内容,2016年开始构建公平竞争审查机制,2022年修订的《反垄断法》新增条款第5条则规定国家建立健全公平竞争审查制度。可见,这种规范国有企业或其他政府经济活动的立法与实践,为国际性国企条款的存续提供了重要的国内法基础。

(二)国际市场经济的发展要求公平竞争

1. 国企条款演进史凸显公平竞争的底层逻辑

尽管GATT及WTO协议均未包含明确和系统的竞争政策,但一直存在将竞争政策纳入贸易协议的尝试,也有过以竞争法规制国企、消除其“因公优势”的努力。早在1943年,英美在谈及战后经济议题时就讨论了卡特尔和限制性商业做法,美国呼吁延长其国内反托拉斯法,要求制裁国际贸易中的任何垄断行为,而英国则主张在处理垄断行为时采用个案处理方式。^⑩后来的《哈瓦那宪章》第五章(“限制性商业实践”)第46条明确指出,公共商业企业与私营企业一样都可能具有“限制竞争、限制市场准入或助长垄断控制”的负面效果,故提出对二者一视同仁地进行竞争规制。可惜《哈瓦那宪章》夭折直接导致精心设计的规则付之东流,国际经贸规则自此缺失对国企进行竞

争规制的内容。之后,不断涌现政府以国企或其他支持方参与、干预经济的现象,竞争胜出者并非基于市场力量而是政府的慷慨支持,这被喻为“在体育运动中使用兴奋剂”。^⑪有鉴于此,当前多数的新国际贸易协定不仅专门设置了竞争章节,还对国企的国际经济活动提出了包含“竞争中立”内容的公平竞争要求。国企问题已被认为不仅是贸易问题更是竞争问题,竞争政策宜作为国企国际造法的有效路径。^⑫

2. 竞争中立契合市场经济的真义

以竞争中立为主要内容的新国企条款,其核心目标旨在维护国际市场的公平竞争,防止国企的“因公优势”造成国际市场扭曲,是符合市场经济原理的。^⑬竞争中立的要义就是尊重市场权威,由竞争本身决定竞争结果,其本质就是强调国家经济治理应最大程度地避免限制或扭曲竞争,禁止政府反竞争行为。^⑭

从政府的角度来说,国家在干预过程中不能利用其相对于私人企业主的特权地位、权威和控制力,相反,应当与私人企业主服从同样的法律规定。^⑮现代政府无论是直接参与经济还是履行经济管理职能都要坚持竞争中立、维护公平竞争。^⑯从企业的角度来说,“企业”意味着市场主体参与市场活动时需要遵循市场经济规律下的公平竞争要求。国企条款通过竞争中立要求可以有效帮助国企克服其公有身份带来的反竞争性和身份非独立性,能够限制政府权力在国企中的非法扩张,有助于培育国企自身的竞争优势并回归企业的本质。^⑰从贸易与竞争的关系看,公平竞争是确保贸易自由化的应有之义。“贸易是一种经济活动,自然应该用经济标准,按是否有利于自由贸易和市场竞争来评判。”^⑱WTO研究报告也指出,要关注解决对国企的竞争中立规制问题,要在全球经贸治理体系中反思并重构系统化的竞争政策。^⑲当前,新国企条款正是通过加强竞争规制来实现国际经贸投资的自由化和公平竞争。

3. 信息透明规则构成公平竞争的程序保障

透明度规则是市场经济、贸易自由和法治的核心理念之一,意味着法律规则、程序以及相关的信息是公开的且易于获得,“就像人们能够轻松透过干净的玻璃窗看清事物一样。”^⑤但是,有效落实透明度又非常困难,因为相关方的知情权往往取决于拥有信息和决定权的国家。^⑥国企条款中科学适度的透明度规则有助于国企参与国际经济活动。

首先,透明度是展开国际经贸合作的必要条件。透明度要求各方的贸易管理行为及其执法依据公开,从而使外国的经济活动主体和政府更加便捷地知晓、了解一国的贸易管理政策。此外,通过透明度实现信息共享,有助于识别贸易体系的漏洞、制定有针对性和有效的纪律、识别可能违反WTO义务的措施等。

其次,透明度是实现实体正义的程序性保障,是进行归责的前提。公开透明可以使相关方了解各国存在的国企及其动态变化,有助于判断其与政府之间的关系,监督其进行良法善治,也有助于对违规行为进行问责追究。透明度是自我约束和无形的公众监督,是更能促进“竞争中立”的事前预防举措而非事后的、临时的救济手段。^⑦

最后,透明度规则是解决国企问题中政治和意识形态冲突的良剂。国企问题具有高度的政治敏感性,直接涉及各国不同的制度安排以及价值取向,如不开诚布公就更容易产生误解和敌意。例如,中美关于反补贴措施的案件中美国主张对国企身份判断采用“有意义控制标准”,^⑧并试图通过CPTPP立法变成新规则。这易被解读为“恶意”针对中国之举,但部分原因是美国深受其自身国内法以及以往贸易协定实践的影响。在1994年“美国勒布龙诉美国国家铁路客运公司案”中,被告辩称它不是政府实体,但美国联邦最高法院认为,只要政府为实现政府目标根据特定的法律创建公司、任命公司的大部分董事以保留其控制力,

那么该公司就是政府的一部分,公司形式不能成为规避宪法义务的手段,混合制乃至私人团体即使不属于政府组织也可被视为政府行为者。^⑨美国宪法对政府行为进行严格的、全面的规制,秉承的是有限政府的理念。此外,美国在贸易协定中很早就有将国有股与国家控制要素相结合作为国企判断标准的做法,^⑩如在美国与澳大利亚、新加坡的自由贸易协定中都有相应的规定。^⑪可见,充分有效的信息披露和沟通机制,对于破解国企经贸合作中的误解和政治冲突极为关键,因为“把价值问题转换为程序问题来处理,是打破政治僵局和文化差异的一个明智选择”。^⑫

总之,国家间合作需要更新观念,“重心应当从古老的主权独立理念向新的——向世界解释和说明其行为的理念转移。”^⑬巧妙地设计透明度机制能够有效评估国企行为的效果,从而消除误会,重构战略互信,化解制度冲突,值得重视。

五、结论

国企条款是当前中西方贸易协定谈判的核心争点,其对全球政治经济和谐共生的重要意义不言而喻。本文通过剖析国企条款的前世今生,得出以下结论和启示。

首先,国企问题由来已久,国企条款早已有之。国企条款最早起源于二战后期的《哈瓦那宪章》,是英美两国在创设多边贸易体制过程中各方博弈的产物。20世纪国企条款重点解决国营贸易所引发的市场准入和公平贸易问题,具有战时性、妥协性等特征。其对于消弭对抗、促进全球贸易自由化仍具有不可估量的历史意义。

其次,21世纪国企条款在承继的基础上因时而变,发展出以“竞争中立”和“透明度”为主要内容的新规则。国企条款的演进史表明,其产生和发展确有其必然性和正当性。国企条款重在消除公权力给国际公平自由的贸易秩序带来的伤害,包括早期的关税壁垒以及当前各种不当的补贴。国企条款要求政府从事经济活动时秉持谦抑主义

原则,具有国内法基础。

最后,国企条款确实极易被国际政治利用而“泛政治化”,中国需要客观审慎评估并有策略地参与新规的国际造法活动。国企新规会对不同国家产生不同的影响。^⑭中国国企体量大且负有“做强做优做大”的任务,其在海外的投资、收购兼并等经贸活动必然会受到新规的严重冲击。^⑮然而,中国国企改革政策又明确要坚持社会主义市场经济改革方向,要以分类改革、混改、完善现代企业制度为主要内容。从本质上看,中国国企改革定位与国企国际新规中规范政府经济行为、遵循市场竞争规律高度一致。因而,中国应勇于接受国企新规的合理要求并促成其科学化,可从合理性和逻辑性方面增强新规则的确定性以避免过度的自由裁量空间,通过设置例外规则增强其与现实的兼容性,坚持所有制中立以避免国别歧视。

总之,国企问题非自今日始,不过于今为烈。后者当然与中国崛起和中西方对抗的大背景不无关联。不过,纯粹的斗争思维容易抹杀真相,并不可取;而且,政治是妥协的艺术,互利共赢才是最佳选择。既要看到欧美版国企条款背后的政治和意识形态因素,也要看到其早已成型的相关理论与实践。那种认为欧美新贸易协定中的国企条款纯系针对中国的观点,易陷入主观和片面的认知误区,也易导致宏观战略的误判。承认西方在国企问题上的合理关切,拒绝其歧视性的非分之想,方能做到有理有利有节。伯尔曼在评价欧洲中世纪商业制度破除教会束缚时曾言:“法律是商业活动和灵魂拯救之间的一座桥梁。”^⑯法律何尝不是超越东西方意识形态达成国际经贸合作新秩序的桥梁?“政治问题法律化”完全可以在国企条款上实现。国企条款在20世纪的热战与冷战中存续发展的特殊历史,表明了人类具有超越意识形态冲突达成国际经贸合作的能力和经历。21世纪的国企条款同样负有突破国际恶性竞争、实现全球和平繁荣的历史使命。

注释:

①参见荆鸣:《“竞争化”到“竞争中立化”:市场导向标准的困境及协调路径》,载《法学》2022年第1期,第191页。

②参见李玉梅、张梦莎:《国有企业国际规则比较与中国应对》,载《国际贸易》2021年第8期,第14页。

③参见刘振宇、王升艳、徐清军:《世贸组织改革涉及的国有企业议题研究》,载《世界经济研究》2021年第4期,第9页。

④参见沈伟、方荔:《从接受到“接合”:国有企业国际规制的中国话语转变》,载《国际经济法学刊》2022年第1期,第35页。

⑤ See Mark Wu, The "China, Inc." Challenge to Global Trade Governance, 57 Harvard International Law 323(2016).

⑥ See Rubini, L. and Wang, T., The Regulation of State Enterprises in PTAs, In Mattoo, A., Rocha, N., and Ruta, M., editors, Handbook of Deep Trade Agreements, Washington DC: World Bank 2020.

⑦参见[美]罗伯特·吉尔平:《国际关系政治经济学》,杨宇光等译,上海人民出版社2011年版,第205-206页。

⑧GATT汉译本一般把第17条“State Trading Enterprises”译作“国营贸易企业”,本文在提及该条时也以“国营贸易条款”代称。“国营贸易条款”属于本文广义上的“国企条款”中的一类。GATT第17条有四款内容,分别规定:非歧视待遇要求和商业考量规则、对直接或最终供政府消费使用的产品的排除适用、各方对国营企业易对国际贸易造成严重障碍的确认、承诺日后谈判以限制或减少障碍以及通知义务。

⑨ See Craig Van Grassek, The History and Future of The World Trade Organization, p.43.

⑩ See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, The Genesis of the GATT, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.12-13.

⑪ See Craig Van Grassek, The History and Future of The World Trade Organization, p.43.

⑫ See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, The Genesis of the GATT, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.9-11, 25-27.

⑬ 同上注,第28-51页。

⑭ 参见王金存:《破解难题——世界国有企业比较研究》,华东师范大学出版社1999年版,第5-7页。

⑮ See Thomas W. Zeiler, Free Trade, Free World: The Advent of GATT, The University of North Carolina Press, p.151.

⑮同上注,第160页。

⑯See Edmond M. Ianni, State Trading: Its Nature and International Treatment, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.5, Issue 1, 1983, p.64.

⑰See John N. Hazard, State Trading in History and Theory, *Law and Contemporary Problems*, Vol.24, No.2, 1959, p.251.

⑱同上注,第243页。

⑲参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第195页。

⑳同上注,第196页。

㉑See Canada—Administration of The Foreign Investment Review Act, Report of the Panel adopted on 7 February 1984(L/5504-30S/140), para.5.18.

㉒Ibid., paras.147-148.

㉓Ibid., para.145.

㉔韩立余:《国际法视野下的中国国有企业改革》,载《中国法学》2019年第6期,第166页。

㉕See WTO, Technical Information on State Trading Enterprises, https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm, last visit on May 29, 2022.

㉖同上注。

㉗See WTO, Questionnaire on State- Trading, G/STR/3/Rev.1, 14 November 2003, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/G/STR/3R1.pdf&Open=True>, last visit on May 29, 2022.

㉘See WTO, Technical Information on State Trading Enterprises, https://www.wto.org/english/tratop_e/statra_e/statra_info_e.htm, last visit on May 29, 2022.

㉙See WTO, State Trading Replies to Questions from China to the United States on Its State Trading Enterprises Notification, G/STR/Q1/USA/15, 11 May 2017.

㉚See WTO, Operations of State Trading Enterprises as They Relate to International Trade Background Paper by the Secretariat, G/STR/2, 26 October, 1995.

㉛See United States General Accounting Office, State Trading Enterprises: Compliance with the General Agreement on Tariffs and Trade, p.3.

㉜See WTO, Operations of State Trading Enterprises as They Relate to International Trade, Background Paper by the Secretariat, G/STR/2, 26 October, 1995, p.23-24.

㉝See WTO, Operations of State Trading Enterprises as They Relate to International Trade, Background Paper by the Secretariat, G/STR/2, 26 October, 1995, p.9-10.

㉞参见单一:《规则与博弈——补贴与反补贴法律制度与实务》,北京大学出版社2021年版,第50-51页。

㉟同上注,第54-55页。

㊱参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第308页。

㊲在1946年讨论伦敦草案时,英国代表提出,通过使用一个简单的控制标准来界定国营企业,即任何被国家有效控制的企业都应被认定为国营企业。See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.159.

㊳US- Anti- dumping and Countervailing Duties(China)(DS379); US-Countervailing Measures(China)(DS437).

㊴US-Anti-dumping and Countervailing Duties(China)(WT/DS379/AB/R), para.317.

㊵参见单一:《规则与博弈——补贴与反补贴法律制度与实务》,北京大学出版社2021年版,第127-128,319-323页。

㊶See OECD, State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or an Opportunity, 2016, p.21-22.

㊷See IMF, OECD, World Bank, and WTO, Subsidies, Trade, and International Cooperation, 2022, p.14.

㊸See OECD, Competitive Neutrality: Maintaining a Level Field Between Public and Private Business, OECD Publishing, 2012, p.15.

㊹See Ernst-Ulrich Petersmann, GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposals for Reform, in *World Trade Forum: State Trading in the Twenty-First Century*, edited by Thomas Cottier, P. C. Mavroidis, Krista Nadakavukaren Schefer, University of Michigan Press, 1998, p.95.

㊺参见毕莹:《国有企业规则的国际造法走向及中国因应》,载《法商研究》2022年第3期,第173页。

㊻CPTPP是2018年12月30日正式生效的亚太国家组成的自由贸易区,其前身为美国主导制定但已经退出的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP),2021年9月16日,中国正式提出申请加入CPTPP。

㊼参见CAI第二节第3条之二。

㊽See OECD, Measuring Distortions in International Markets: Below-Market Finance, OECD Trade Policy Papers, OECD

Publishing, p.66.

⑤① See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, *The Genesis of the GAIT*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.159.

⑤② See Russian Federation—Certain Measures Concerning Domestic and Foreign Products and Services(WT/DS604/1), p.4.

⑤③ See USA—Singapore FTA, Article 12.3(1) (c) (ii); USA—Chile FTA, Article 16.3(3)(b); USA—Australia FTA, Article 14.3(1)(b); USA—Peru FTA, Article 13.5(1)(b); USA—Colombia FTA, Article 13.5(1)(b); USA—South Korea FTA, Article 16.2(1)(b).

⑤④ 参见张斌:《国有企业商业考虑原则:规则演变与实践》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第4期,第21页。

⑤⑤ 参见韩立余:《投资补贴:虚幻还是现实》,载《政法论丛》2022年第2期,第14页。

⑤⑥ See OECD, *Measuring Distortions in International Markets: Below-Market Finance*, OECD Trade Policy Papers, OECD Publishing, p.71.

⑤⑦ See US, *Eliminating Global Market Distortions to Protect American Jobs Act of 2021*, <https://www.congress.gov/117/bills/s1187/BILLS-117s1187is.pdf>, last visit on May 30, 2022.

⑤⑧ See OECD, *Measuring Distortions in International Markets: Below-Market Finance*, OECD Trade Policy Papers, OECD Publishing, p.74.

⑤⑨ 参见单一:《规则与博弈——补贴与反补贴法律制度与实务》,北京大学出版社2021年版,第303页。

⑤⑩ 参见刘敬东:《CPTPP语境下国有企业新规则:背景、特点及其应对》,载《学术论坛》2022年第3期,第4页。

⑥① 参见 CPTPP 第 17.15 条和附件 7-B 信息请求条款。

⑥② See OECD, *Measuring Distortions in International Markets: Below-Market Finance*, OECD Trade Policy Papers, No.247, OECD Publishing, Paris, May 2021, p.71.

⑥③ 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第162页。

⑥④ 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第224页。

⑥⑤ 比如, TPP 第 17.10 条、《东盟—越南贸易和投资协定》(2020)第 11.6 条、CAI(2020)第 2 节和第 3 节。

⑥⑥ See USA—Singapore FTA(2003), Article 12.3; USA—South Korea FTA(2007), Article 16.5(2)(b).

⑥⑦ See OECD Guidelines on Corporate Governance of State-

Owned Enterprises, 2015, p.13, 24.

⑥⑧ See Craig Van Grasse, *The History and Future of The World Trade Organization*, p.18.

⑥⑨ USA—Singapore FTA, Article 12.5.3 and 12.5.4; USA—Chile FTA, Article 16.6(3); USA—Australia FTA, Article 14.8(2) (c); USA—Peru FTA, Article 13.8(3); USA—Colombia FTA, Article 13.8(3); USA—South Korea FTA, Article 16.5(2)(c).

⑥⑩ See Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain(WT/DS276/R), paras.6.8–6.10.

⑦① Vincent H. Smith, *Regulating State Trading Enterprises in the GATT: An Urgent Need for Change? Evidence from the 2003–2004 U.S.–Canada Grain, Agricultural Marketing Policy Paper No.12*, February 2006, p.10.

⑦② See WTO, *Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements Under WTO Agreements (JOB/GC/204/Rev.1 JOB/CTG/14/Rev.1)*, 1 April 2019.

⑦③ See US Department of State, *A Guide to the Study of the ITO Charter*, https://play.google.com/books/reader?id=pjQxAAAAIAAJ&hl=zh_CN&pg=GBS.PP3, last visit on May 20, 2022.

⑦④ See United States General Accounting Office, *State Trading Enterprises: Compliance with the General Agreement on Tariffs and Trade*, p.4.

⑦⑤ See US Department of State, *For Expansion of World Trade and Employment*, November 1945, p.2, <https://www.worldtradelaw.net/misc/ProposalsForExpansionOfWorldTradeAndEmployment.pdf.download#page=8>, last visit on May 4, 2022.

⑦⑥ 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第136–139页。

⑦⑦ [美]道格拉斯·C. 诺思:《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平等译,上海人民出版社1994年版,第20页。

⑦⑧ James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Liberty Fund, Inc., 1999, p.18–22.

⑦⑨ 参见王俊豪:《政府管制经济学导论——基本理论及其在政府管制实践中的应用》,商务印书馆2013年版,第450–463页。

⑦⑩ 参见[美]戴维·H. 罗森布鲁姆等:《公共管理的法律案例分析》,王丛虎译,中国人民大学出版社1999年版,第87–89页。

⑦⑪ See Mike Wright, Geoffrey Wood, Aldo Musacchio, Ilya

Okhmatovskiy, Anna Grosman, State Capitalism in International Context: Varieties and Variations, *Journal of World Business*, Vol.56, Issue 2, 2021, p.10-11.

⑧ See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.22-27.

⑨ 参见彭岳:《贸易补贴的法律规制》,法律出版社2007年版,第71-74页。

⑩ John N. Hazard, *State Trading in History and Theory*, *Law and Contemporary Problems*, Vol.24, No.2, 1959, p.243-245.

⑪ See Commission of the European Communities, *State Aid Action Plan- Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for State Aid Reform 2005-2009*, 2005, p.3.

⑫ See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis, Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.40.

⑬ OECD, *Measuring Distortions in International Markets: Below- Market Finance*, OECD Trade Policy Papers, No.247, OECD Publishing, Paris, May 2021, p.12.

⑭ 参见应品广:《从贸易政策到竞争政策:国有企业国际造法的路径选择》,载《世界经济研究》2022年第3期,第123页。

⑮ 参见刘敬东:《CPTPP语境下国有企业新规则:背景、特点及其应对》,载《学术论坛》2022年第3期,第4页。

⑯ 参见张占江:《政府反竞争行为的反垄断法规制研究》,上海三联书店2020年版,第32页。

⑰ 参见[意]F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第168页。

⑱ 参见孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,载《中国法学》2021年第3期,第194页。

⑲ 参见刘雪红:《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》,载《法商研究》2019年第2期,第178页。

⑳ 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第279页。

㉑ See Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caro-

line Müller and Nadezhda Sporysheva, *Competition Policy, Trade and the Global Economy: Existing WTO Elements, Commitments in Regional Trade Agreements, Current Challenges and Issues for Reflection*(WTO Staff Working Paper), 2018, p.50-51.

㉒ Mock, William B. T., *An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A Tool for Rational Development*, *Penn State International Law Review*, Vol.18, No.2, 2000, p.295.

㉓ See Henry Gao, *The WTO Transparency Obligations and China*, *The Journal of Comparative Law* 12(2), 2018, p.28.

㉔ See Ines Willemyns, *Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction?*, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, Issue 3, 2016, p.106.

㉕ See United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China(WT/DS437/R), para.7.139.

㉖ 参见[美]戴维·H.罗森布鲁姆等:《公共管理的法律案例分析》,王丛虎主译,中国人民大学出版社2006年版,第98-99页。

㉗ See Julien Sylvestre Fleury, Jean-Michel Marcoux, *The US Shaping of State-Owned Enterprise Disciplines in the Trans-Pacific Partnership*, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, Issue 2, 2016, p.452.

㉘ See USA- Australia Article14.12(9); USA- Singapore FTA, Article 12.8(6)(b), Article 12.8(5).

㉙ 谢晓尧:《透明度:固有价值与保障机制》,载《法学》2003年第1期,第72页。

㉚ 全小莲:《WTO透明度原则研究》,厦门大学出版社2012年版,第36页。

㉛ 参见刘雪红:《国有企业的商业化塑造——由欧美新区域贸易协定竞争中立规则引发的思考》,载《法商研究》2019年第2期,第173-174页。

㉜ 参见刘雪红:《“国家资本主义论”下的国企投资者保护——基于投资协定革新的视角》,载《法学》2018年第5期,第15-17页。

㉝ [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,法律出版社2008年版,第447页。