

国际法视野下的中国国有企业改革

韩立余^{*}

内容提要 国际法在国有企业问题上遵循主体和行为相统一的标准,是否行使政府职能是分析国有企业身份和行为性质等问题的基本出发点。多边国际经贸投资规则采取所有制中性做法,聚焦商业活动。近期发达经济体采取的一系列措施对现行国有企业规则提出了挑战。中国在推进国有企业改革时既要符合自身实际需求,又要顾及国际规范,并通过实践影响国际法规则的发展。中国目前在国有企业性质和职能认识上还不尽统一,下一步的国有企业改革应国资国企改革两手抓,继续坚持政企分开原则,采取国有企业分类和分级制度,加快政资分开,建立相应的中国特色现代企业治理制度,促进公平竞争。

关键词 国有企业 政府职能 商业活动 非歧视 公平竞争

通常来说,国有企业是政府投资或参与控制的企业,它是政府从事经济活动的一种载体和体现。国有企业的普遍出现始于二次世界大战后。但在相当长的时期内,国有企业并没有成为国际法的特别规制对象,对其规制更多地是适用一般性国际规则。在经济全球化、市场化、自由化的大背景下,一方面外国商品或服务与进口国国有企业商品或服务直接竞争,另一方面一国境内国有企业向境外发展成为跨国国有企业、与东道国企业竞争,使进口国或出口国、投资国或东道国对国有企业的国内规制成为一种具有国际外部性的活动,上述因素引发了国际社会对国有企业规制的高度关注。^① 其中特别是国有企业的性质和职能、国有企业与政府的关系,成为关注的核心问题。近年来,发展中国家的国有企业,尤其是中国的国有企业,越来越多地走向国际舞台,并成为国际舞台上强有力的竞争对手,^②这更加重了发达经济体的担忧。在逆全球化浪潮的背景下,欧美等发达经济体纷纷提出新提议、新政策、采取新措施,努力推动形成规制国有企业的新规则。国有企业的国际法规则面临改革压力。

^{*} 中国人民大学法学院教授,博士生导师。本文系2016年度国家社科基金重点项目“中国引领国际经贸规则”(项目批准号:16AFX023)的研究成果。

^① Joel P. Trachtman, *The Economic Structure of International Law*, at 11 (Harvard University Press, 2008).

^② 根据经合组织2017年发布的报告,国有企业(政府所有权占50%及以上)在福布斯全球500强中的比例,2005年占9.8%,2014年占22.8%。See OECD, *OECD Business and Finance Outlook 2017*, at 62 (OECD Publishing, 2017).

中国国有企业40年的改革取得了重大成就。在国有企业本身发生深刻变化的同时,国有企业改革面临的形势和任务发生了重大变化。随着国有企业改革的目标从脱困到做强做优做大、从国内经营到“走出去”,影响中国国有企业改革的因素在增加。除国内因素外,国际法律规则成为中国国有企业改革不得不考虑的因素。近期发生的中国在世界贸易组织争端解决程序中撤回诉欧盟有关价格比较方法措施的案件、上诉机构在中国诉美国双反执行措施案中有关公共机构的裁决,^③进一步印证了中国国有企业发展的国际不利环境及国际规则的不确定性。党的十九大报告要求深化国有企业改革,培育具有全球竞争力的世界一流企业。这意味着中国国有企业改革不仅要适应国内的环境变化,也要适应国外的环境变化。“准确研判国有企业改革发展的国内外环境新变化”成为国有企业改革的新要求。^④

国有企业的国际规制问题早已引起外国学者的注意。^⑤中国经济和中国国有企业的发展,发达经济体对此的担忧以及区域贸易协定的相关规定,引发了外国学者对国有企业的国际规制问题的更多关注。^⑥国内法学者对国有企业改革的研究大多局限于国内环境。本文意在从国际法的一般规则入手,在阐明国有企业适用的现有国际制度规则的基础上,分析现有国有企业规则面临的挑战,进一步反思中国国有企业改革的成就与经验,并提出中国国企改革应采用的新路径,为中国国企改革提供一定的学术支持。

一、规制国有企业的国际规则

(一) 国际法对国有企业的规范模式

国际法是调整国际关系的法律规则。国家作为国际法的基本主体,通过明示或默示的方式创造国际法规范。国际关系作为国际法的调整对象,影响着国际法发展的范围和方向。随着国际社会交往的不断扩大和深化,国际关系的内容也在不断丰富和发展,进而影响国际法的内容和发展。国际法在更大范围、更深程度上拓展到国家内部事项,如国家与其内部成分之间的关系。国家如何对待其国内“人”(自然人和法人),成为国家间约定的重要内容。作为国内法上的法人,国有企业也不例外地成为了国际法规范的对象。

国际法主要界定国家的权利和义务。国际法对国有企业的规范,是通过界定国家的权利和义务间接进行的。换言之,国际法并不直接规定国有企业的权利和义务;国有

^③ See *EU-Measures Related to Price Comparison Methodologies*, Communication from the Panel, WT/DS516/13; *US-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS437/AB/RW, paras. 5.90-108, 5.242-248.

^④ 参见《全国国有企业改革座谈会召开》,载《人民日报》2018年10月10日第3版。

^⑤ See Raymond Vernon, *The International Aspects of State-Owned Enterprises*, 10 J. Int. Bus. Stud. 7 (1979).

^⑥ See Mark Wu, *The China, Inc. Challenge to Global Trade Governance*, 57 Harv. Int'l L. J. 261 (2016); Minwoo Kim, *Regulating the Visible Hands: Development of Rules on State-Owned Enterprises in Trade Agreements*, 58 Harv. Int'l L. J. 225 (2017).

企业因某一国际规则受益或受损,皆源于国际规则如何规范国家、如何规范国家规制国有企业的措施。国家(政府)与国有企业的关系,进而国有企业与私有企业的关系,是这一规范的核心。一般地说,国有企业是政府投资企业,有别于没有政府投资的私有企业。这一基本特点和事实,引发了对国有企业身份及其行为性质认识的分歧。分歧的焦点在于国有企业是否是政府的一部分,国有企业是否是与非国有企业一样的一般市场主体,是行使政府职能还是纯粹从事商业活动。对这一问题的回答出现了所谓的结构主义和职能主义的二分法。前者采用主体标准,后者采用行为标准。^⑦与此相联系,国际法上有两个路径来处理这一问题。一个是从国家的角度来规范,国家对国有企业的行为是否承担国际法上的责任或享有豁免;另一个是从企业的角度来规范,国有企业从事商业活动时是否与私有企业一样享有同等的待遇。无论哪个路径,国际法适用的对象都是国家,区别在于国家在哪些方面、通过何种方式履行国际义务。

(二) 国家责任和豁免制度

国际上对国有企业的主要担心在于国有企业是否是披着企业外衣的政府机构,履行政府的职能(企业是政府代理人)。联合国国际法委员会通过并提交联合国大会的《国家对国际不法行为责任条款草案》(2001)(简称“国家责任条款”)和联合国大会通过的《国家及其财产管辖豁免公约》(2004)(简称“国家豁免公约”),分别从国家责任角度和国家管辖豁免角度就与国有企业相关的问题作出了规定。《国家责任条款》将披着公司面纱的国家行为纳入到引发国家责任的行为范畴。《国家豁免公约》区分了国家从事商业交易的情形和国有企业从事商业交易的情形。这两份国际文献提供了对待国有企业的方法,既具有指导原则的价值,又具有方法论意义,是我们分析国有企业问题的基本出发点。这些文件表明,企业的国家所有权这一事实本身,并不能说明国有企业的性质或职能,不能脱离实际情况妄断与国有企业相关的问题。

《国家责任条款》反映了有关国家责任的习惯做法,规定了国家对国际不法行为的国家责任。在规定了国家机关的行为引发国家责任的同时,《国家责任条款》第5条规定了行使政府权力的个人或实体的行为。不是国家机关但经该国法律授权而行使政府权力的个人或实体,特定情况下以此种资格行事时,其行为应视为国际法所指的国家行为。该条的用意是考虑到存在着这样的现象和情形:准国家实体(parastatal entities)代替国家机关行使政府的部分权力,国有公司(state corporations)私有化后仍保留若干公共或监管职能。公共公司(public corporations)、准公共实体(semi-public entities)以及各类的公共部门(public agencies),甚至在特殊情况下的私营公司,只要国家法律授权其行使通常由国家机关行使的公共职能,且该实体行为涉及行使相关政府权力,就可以引发国家责任。在这里,《国家责任条款》对国有企业和私有企业一视同仁,依据的不是企业所有权状况而是企业的行为,遵循的是所谓行为主义的做法。某些事实,例如根据某

^⑦ 参见龚刃韧《论国营企业在外国法院的地位》,载中国国际法学会主编《中国国际法年刊》(1992),中国对外翻译出版公司1993年版,第46-47页。

一特定法律制度中的标准将某一实体归类为公营或私营,国家对某一企业资产所有权的多少,某一实体不受行政控制,对于某一实体的行为是否归于国家而言,都不具有决定性意义。第5条提及的这些实体的共性,是它们一定程度上或特定情形中经授权行使某一部分的政府权力。如果证据表明公司行使公共权力,或该国利用其在公司中的所有权益或对公司的明确控制来取得特定的结果,其行为归于该国。国家一级的公司实体通常与国家分离,但把公司面纱当成障眼法或诈欺或逃避手段的情况除外。^⑧上述这些规定,意味着存在着政府与国有企业分离的推定。这里需要强调的是,非国家的个人或实体的行为被归于国家行为时,该个人或实体必须拥有行使国家权力的授权,并且实际行使了该权力。授权和行使权力的行为这两个要件是并存的、必须的。

《国家豁免公约》适用于国家及其财产在另一国法院的管辖豁免。该公约被认为反映了多数国家的立法和司法实践。^⑨该公约第2条定义的国家范围,除包括国家及其政府的各种机关等单位外,还包括“国家机构、部门或其他实体,但须它们有权行使并且实际行使国家的主权力”。此处的“其他实体”可包括国有企业。根据该公约,一国本身及其财产在另一国法院享有管辖豁免;但如果国家从事与外国自然人或法人的商业交易,不得享有管辖豁免。此所谓国家管辖豁免的相对限制性豁免。另一方面,当国家企业(state enterprise)或国家所设其他实体具有独立的法人资格,并有能力起诉或被诉,有能力获得、拥有或占有和处置财产(包括国家授权其经营或管理的财产),其卷入与其从事的商业交易有关的诉讼,不影响该国享有管辖豁免。必要时,可以揭开公司面纱或否认公司法人人格,使国家因国企行为而被诉。^⑩这些规定表明,在国家能否享有外国法院管辖豁免这一问题上,国有企业与国家的关系存在着三种情形:第一,国有企业作为有权行使并且实际行使国家主权力的其他实体而直接被认定为国家一部分;第二,如果国有企业具有独立法人资格,有诉讼能力,有获得、拥有或占有和处置财产的能力,国有企业参与商业交易诉讼不影响国家享有豁免,换言之国有企业与国家不相关联;第三,国有企业这一身份和事实本身,并不足以割断与国家之间的联系,必要时,可能要透过国有企业溯及国家。有学者指出,《国家豁免公约》采取了主体标准与行为标准结合的方法,既看“人”又看“事”。^⑪可以看出,与《国家责任条款》将是否行使国家权力作为判定国有企业行为性质的标准一样,《国家豁免公约》亦基于不同情形认定国有企业与国家间的关系,但核心均是国有企业是否拥有和行使国家权力或职能。

国际法院2019年初公布的判决涉及对公司概念的理解,遵循了上述规则对待国有企业的态度。国家全部或部分拥有的具有独立法律人格的实体可以构成公司,公司这一概念并不区分私人企业和公共企业。某一实体为国家所有且国家对其活动拥有指示

^⑧ See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries (2001), at 42, 43, 93, 108, and 107 (United Nations, 2008).

^⑨ 参见马新民《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉评介》,载《法学家》2005年第6期。

^⑩ 参见《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2、10、19条《公约附件:对公约若干规定的理解》第10、19条。

^⑪ 参见赵建文《国家豁免的本质、适用标准和发展趋势》,载《法学家》2005年第6期。

和控制权力本身,并不能将该实体排除在公司范畴之外;而完全履行主权活动的实体,不能定性为公司。实体在特定相关时间履行的活动的性质对这一定性具有重要作用。^⑫可以说,国际法院的这一判决是对国际法国有企业相关规则的最新概括与总结。

(三) 所有制中性、国营贸易企业制度和反补贴制度

上述国家责任和豁免的规则代表了国际法的最一般规则。随着国际关系内容的丰富,国际法部门法的形成和发展成为国际法发展的重要特征,以至于被称为国际法“碎片化”现象。关税与贸易总协定及其继承者世界贸易组织管理的国际经贸规则代表了主要的国际经贸规则。在涉及国有企业与私有企业的规则方面,世贸规则被认为采取了所有制中性态度。^⑬《关税与贸易总协定》在财产所有权方面没有对成员设定任何具体义务。成员可自由规制这一问题。^⑭《关税与贸易总协定》对国有企业没有特殊规定,其原因不是谈判方境内没有国有企业、没有考虑这一问题。事实上,1947年谈判、1948年适用《关税与贸易总协定》时,正是西欧英、法等国国有企业蓬勃发展的时期,而当时采取企业所有制中性态度确实是慎重考虑的结果。^⑮实践中,“关税与贸易总协定”也没有对加入协定的原东欧社会主义国家的国有企业采取歧视态度。

《关税与贸易总协定》第17条确立了国营贸易企业经营时应遵循的商业考虑原则和非歧视原则。国营贸易企业既包括政府企业(国有企业),也包括被授予专有权或特权的非政府企业,这些企业拥有法定权力,通过行使这些权力购买或销售货物,影响货物进出口的水平或方向。企业在进出口购买和销售货物时,应符合非歧视原则要求,即依照商业考虑进行购买或销售。商业考虑,包括价格、质量、可获得性、适销性、运输和其他购销条件等。^⑯正如非歧视这一表述所表明的,这一制度在国营企业和私营企业间并无差别性规定。在“美国诉加拿大小麦案”中,美国政府主张该第17条禁止国营贸易企业以使其其他商业经营者处于劣势的方式行使其享有的专有权或特权。这一主张遭到了该案被告以及第三方的反对,并为审理案件的专家组所拒绝,认为美国的主张既缺乏条文支持也扩大了该条的适用范围。上诉机构支持了专家组观点,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;没有依据如美国所主张的那样将该条款解释为对国营贸易企业施加了类似竞争法那样的全面性义务。要求国营贸易企业约束行使其享有的特权,无异于要求其捆住自己的双手,这与以市场力量为基础的商业考虑

^⑫ See *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, International Court of Justice, 13 February 2019, paras. 87-88, 91 and 97.

^⑬ See Przemyslaw Kowalski, Max Büge & Monika Sztajerowska et al., *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, at 39-40 (OECD Publishing, 2013).

^⑭ See Thomas Cottier & Petros C. Mavroidis (ed.), *State Trading in the Twenty-First Century*, at 3 (The University of Michigan Press, 1998).

^⑮ See Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis & Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, at 160 (Cambridge University Press, 2008).

^⑯ 参见《关税与贸易总协定》第17条第1款、《关于解释1994年关税与贸易总协定第17条的谅解》。

不符。^{①7} 这表明,《关税与贸易总协定》第17条规定的义务不能等同于泛泛的公平竞争要求,它注重企业是否遵从商业活动的规则。在这里,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。

世界贸易组织规则中与国有企业相关的另一重要条款是《补贴与反补贴协定》中的补贴定义条款,具体地说提供补贴的主体是谁,是否包括国有企业。《补贴与反补贴协定》在界定补贴时,将政府和公共机构并列为提供财政资助的主体,政府和公共机构也可以委托私有机构或通过私有机构提供财政资助。但该协定没有给出公共机构的定义,也没有提及国有企业。在“中国诉美国双反措施案”中,美国将中国国有企业(中国工商银行)视为公共机构,将银行发放的贷款视为公共机构提供财政资助。专家组支持了美国的观点。上诉机构推翻了专家组直接将国有企业作为公共机构对待的裁决,指出公共机构是拥有、行使或被授予政府权力的实体,公共机构的准确轮廓和特征因实体而异、因国家而异、因案件而异。政府对某一实体及其行为存在着重要控制时,有可能表明该实体拥有并行使政府权力,但某一实体与政府存在形式上的联系本身并不足以得出该实体必然拥有政府权力的结论。在对某一实体进行审查时,尤其要考虑该实体是否代表政府行使权力。国有企业本身并不是政府的一部分。政府所有权本身不是政府对该实体拥有重要控制的证据,不能作为认定某一实体拥有行使政府职能的证据。上诉机构在分析中还指出在解释《补贴与反补贴协定》相关条款的含义时,应考虑《国家责任条款》中的归因规则。^{①8} 之后的印度诉美国碳钢案中上诉机构遵循了这一做法,在将某一实体定性为公共机构时,要考虑该实体的职能或行为是否通常可归为政府性的。^{①9} 应该说,不分实际情况直接将国有企业定性为公共机构的做法和努力,不符合国有企业主体和行为相统一的国际规则。

(四) 国际投资

国际投资是以追求利润为目的的资产跨境投入,周期长、风险高。国际投资保护并没有形成统一的国际规则,国际上也无统一的投资协定。《解决东道国与他国国民间投资争议公约》规定了投资者对东道国提起投资仲裁的制度。公约中没有明确规定国有企业能否作为该公约意义上的“国民”(投资者)对东道国提起投资仲裁。公约起草过程中法律专家认为基于资本来源的传统分类已经失去意义,“国民”这一概念不只限于私有企业;实际仲裁案件中国有企业也可被认定适格成为公约意义上的“国民”。^{②0} 由此可见,在投资争端解决程序方面,国有企业与私有企业的权利是相同的。

^{①7} See *Canada-Wheat*, WT/DS276/AB/R, paras. 145-151.

^{①8} See *US-Definitive Antidumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R, paras. 316, 317-319, and 345-346.

^{①9} See *US-Carbon Steel*, WT/DS436/AB/R, para. 4.29.

^{②0} See Christoph H. Schreuer (ed.), *The ICSID Convention: A Commentary*, second edition, at 161-162 (Cambridge University Press, 2009). 另参见刘雪红《论国有企业私人投资者身份认定及其启示——以ICSID仲裁申请人资格为视角》,载《上海对外经贸大学学报》2017年第3期。

二、现行国有企业规则面临的挑战

国家是创制国际法的基本主体。国家实践是国际法规则形成和发展的基础。无论是国际条约还是习惯国际法,都不能脱离国家实践而发展,而国家实践是动态的、差异化的。国家通过协议缔结的条约,或者国家单边采取的措施,都会成为国家实践的一部分,影响国际法的发展。近期越来越明显的逆全球化倾向,对包括国有企业规则在内的国际法规则提出了重大挑战。

真正影响国家立场发生变化、影响国际法发展的决定性因素是国际社会的政治经济关系。以中国为代表的新兴经济体的发展,引发了发达经济体对新兴经济体国有企业特别是中国国有企业的担忧,担忧造成发展模式威胁、国家安全风险和不平等竞争条件。发展中国家的国有跨国企业成为“妖魔化”的对象。^{②1}面对这些所谓“威胁”,美欧等发达经济体采取了一系列措施,其目的是影响国有企业规则的走向和内容。

(一) 试图重塑反补贴规则

基于现有世贸补贴规则,国有企业这一身份本身并不能得出国有企业是补贴主体的结论,不能得出国有企业从事了扭曲市场竞争的不当行为的结论。但美欧发达经济体极力将国有企业与市场扭曲、不正当竞争、国家干预经济联系起来。自2017年12月以来,美欧日已经六次发表联合声明,认为国有企业是政府主导经济制度的基础和突出特征,要求深化和加快制定有关国有企业的新纪律,解决公共机构和国有企业扭曲市场的行为。美国向世界贸易组织提出加强透明度建议,如果提供补贴的成员未及时通知补贴情况,则中止相关成员的相关权利。^{②2}欧盟的世贸改革建议包括了不通知即推定存在造成严重损害的补贴的内容。^{②3}中止成员权利的建议新增对世贸成员的处罚制度,是试图根本上改变现有世贸组织体制和集体管理制度。不通知即不利推定则是试图将申诉方证明责任转变为被诉方自证无罪,根本上改变《补贴与反补贴协定》的规定。

美欧日联合声明将国有企业与国家经济制度挂钩,基于国家经济制度认定国有企业行为性质,提出了新的判定市场条件的要素或指标,不同于美国法中确立非市场经济的传统标准。^{②4}美国自国会2012年立法消除了对所谓非市场经济国家征收反补贴税的

^{②1} See OECD, *State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or An Opportunity?* In Foreword at 3 (OECD Publishing, 2016).

^{②2} See *Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements*, Communication from the United States, (WTO) JOB/GC/148, JOB/CTG/10.

^{②3} See European Commission, *EU Concept Paper on WTO Reform*, at <http://ec.europa.eu/trade/policy/eu-and-wto> (Last visited on October 17, 2019).

^{②4} See Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union, at <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/may/joint-statement-trilateral-meeting> (Last visited on October 31, 2019); 19 U.S.C. § 1677(18) (2019).

国内法律障碍后,^⑤加大对中国出口产品同时采取反倾销和反补贴的双反措施,将中国国有企业特别是银行认定为公共机构这一补贴主体。在具体做法上,抛开、忽视或曲解世贸组织上诉机构所要求的行使政府职能这一前提条件,更多地考虑所谓企业所处的法律环境,并割裂提供财政资助的行为与政府职能的关系。^⑥ 欧盟世贸组织改革建议的核心内容之一是更好地规制国有企业,防止国有企业规避《补贴与反补贴协定》的纪律,澄清公共机构的含义,在个案分析基础上确定国有企业或国家控制企业是否履行政府职能或促进政府政策。^⑦ 欧盟这一提案将“行使政府职能”和“促进政府政策”并列,实际上改变或弱化了政府职能这一要求。由于补贴利益可以基于外部基准(第三国标准,非被调查国标准),^⑧美欧这些做法或主张可能产生的后果是,一旦国有企业被认定为提供财政资助的主体,就可以轻而易举地认定补贴存在并采取反补贴措施。

通过缔结条约在缔约方之间建立相应的国有企业规则是美欧日等发达经济体的一种做法。这种规则虽然仅在缔约方之间适用,但可能产生溢出和示范效应,作为国家实践影响国际法规则发展。《跨太平洋伙伴关系协定》的国有企业规则创造了政府向国有企业提供非商业支持损害其他缔约方利益的特殊救济制度。该制度弱化或规避公共机构的认定及举证责任。它以“非商业支持”替代了“补贴”这一概念,为国有企业量身定做了一套制度。只要认定是国有企业,在存在非商业支持和不利影响的情况下,就可以采取相应的救济措施。^⑨ 《美墨加协定》延续了《跨太平洋伙伴关系协定》中有关国有企业的规定,并进一步扩大了国有企业的定义范围和非商业支持的范围。^⑩

《跨太平洋伙伴关系协定》和《美墨加协定》的国有企业章含有国有企业非歧视待遇和商业考虑要求的条款,标题上虽与《关税与贸易总协定》第17条的要求相似,但内容上却存在根本差别。该条款专门针对国有企业适用,确立了国有企业在购买、销售货物或服务的最惠国待遇和国民待遇要求,将义务范围扩大到了投资和服务贸易。^⑪ 美国此举意在通过贸易协定的方式,实现其在“美国诉加拿大小麦案”中被拒绝的主张。

(二) 强化对国有企业投资的审查

发达经济体担心来自境外的国有企业投资对东道国带来安全风险和其他风险。^⑫ 强化对国有企业投资的国家安全审查,成为发达经济体针对国有企业的另一重要规制措施。而这类措施暂时没有国际法的规范,其造法意图明显。

^⑤ See United States Public Law 112-99, 126 Stat. 265 (March 13, 2012).

^⑥ See *US-Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS437/AB/RW.

^⑦ See European Commission, *supra* note 23.

^⑧ See *US-Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, para. 89.

^⑨ 有关《跨太平洋伙伴关系协定》中国国有企业规则的评述,参见韩立余《TPP 国有企业规则及其影响》,载《国家行政学院学报》2016年第1期。

^⑩ See USMCA, art. 22.1 & 22.6.

^⑪ See TPP, art. 17.4; USMCA, art. 22.4.

^⑫ See OECD, *supra* note 21, 61-62.

加拿大、澳大利亚、美国等早就存在对外国投资的国家安全审查。美国和欧盟采取了新的强化措施。2018年8月生效的美国《国际投资风险审查现代化法》,被美国总统认为是解决中国投资引发关注的最好方法。^③ 国有企业为一方的交易,是该法定义的、应予强化审查的外国政府控制交易。该法要求单独提交国有企业交易报告、提交中国投资报告。该法强化救济措施,其不受时效限制的追溯性审查规定更使国际投资处于长期不安全之中。^④ 2019年4月生效的欧盟对外来投资强化国家安全审查的立法,在整个欧盟范围内建立了外国投资国家安全审查的协商机制,规定了欧盟委员会或成员国审查外国投资的考虑因素,其中特定规定外国投资者是否直接或间接受到外国政府的控制(包括通过所有权结构和重大资金支持)。^⑤

《美墨加协定》规定了两项与国有企业相关的“毒丸条款”。一是阻挠缔约方与非市场经济国家签署自由贸易协定,二是规定在墨西哥投资的外国国有企业投资者无权援引投资争端解决程序寻求救济。^⑥ 这些条款较明显地表现出对其他国家国有企业的歧视。第二个毒丸条款更使在墨西哥投资的中国国有企业失去了诉诸该协定投资者投资国争端解决机制的权利。

(三) 推行竞争中立指引规范国有企业行为

为国有企业定做治理规则,也是发达经济体强化国有企业规制的一部分。国有企业与私有企业的关系问题在各类国家中都存在。澳大利亚较早提出了竞争中立原则来处理这一问题。2011年5月美国时任副国务卿号召要加快竞争中立相关工作,以应对国有企业成为全球竞争者带来的竞争;要在国内、双边和多边场合共同发力,经合组织要制定竞争中立框架指引。^⑦ 2012年美国与欧盟发表《欧美国际投资共同原则声明》,支持经合组织在竞争中立领域的工作。^⑧ 随后经合组织制定发布了《竞争中立:维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》(以下简称《竞争中立指引》),内容涉及到国有企业的方方面面。

经合组织《竞争中立指引》将竞争中立定义为“当经济市场中任何实体均不存在不当竞争优势或劣势”。该指引在给出这一定义后,立即提醒且首先提醒“不当”这一用语,并指出竞争中立可能受到所有制、机构组织形式或某些经济主体特定目标的影响。

^③ See Trump, CFIUS, FIRRMA the Best Way to Handle Chinese Investment, at <https://insidetrade.com/daily-news/trump-cfius-firrma-best-way-handle-chinese-investment> (Last visited on August 19, 2018).

^④ See John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019 (H. R. 5515), United States Public Law 115-232, 132 Stat. 1636 (August 13, 2018), § 1702, 1703, 1706, 1707, 1708, 1718, 1719.

^⑤ See Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union.

^⑥ See USMCA, art. 32.10; Annex 14-D, art. 1.

^⑦ See Robert D. Hormats, Ensuring a Sound Basis for Global Competition: Competitive Neutrality, at <https://2009-2017.state.gov/e/rls/rmk/20092013/2011/163472.htm> (Last visited on October 17, 2019).

^⑧ See Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment, at <https://2009-2017.state.gov/p/eur/rls/or/2012/187618.htm> (Last visited on October 17, 2019).

当事关公共利益目标时,违背竞争中立(有意或无意)的行为是可以接受的。^③ 经合组织秘书处总结竞争中立原则时指出,竞争中立原则的适用范围是在竞争法这一框架下来讨论的,倡导公共企业和私人企业适用同一竞争法。该定义并不要求公共企业和私人企业享有同等待遇,而是不赋予“不当”竞争优势。^④ 可以看出,竞争中立原则的适用存在很多前提条件和例外,但该指引的主要内容却并未区分这些前提和例外。经合组织制定的《国有企业公司治理指引》(2005年发布,2015年修订)提出了政府应当考虑的七项政策建议,旨在指导国家适当行使国家所有权职能,避免消极行使国家所有权和过度干预。

无论是经合组织的《竞争中立指引》还是《国有企业公司治理指引》,都是建议性质的。而美欧等发达经济体近期达成的经贸协定将体现竞争中立和国有企业治理的内容纳入其中,从而使竞争中立的指导性内容在缔约方之间产生了约束力。诸如《跨太平洋伙伴关系协定》国有企业章节的内容本身,如商业考虑、非歧视、非商业支持、透明度等,其他章节诸如透明度、竞争政策、反腐败等,也都与之相关。这些努力固化了国有企业的身份和行为。

(四) 对国有企业规则面临挑战的审视

美欧等发达经济体就国有企业采取的措施,代表了这些经济体现有或未来的国有企业观,可能会影响国际法国有企业规则的发展,但这并不必然意味着未来的国有企业国际规则就是这些经济体想象的样子。国际法作为调整主权国家间关系的法,是国家意志通过协议协调的结果和具体化,有其自身的历史发展规律。^⑤ 因此,对发达经济体提出的建议或采取的措施应当有一个理性的认知和判断。中国应基于自己的利益提出自己的立场和建议。任何对国有企业规则的修改或完善,应遵循一般性原则,寻求共识。

1. 区分公私职能

国有企业普遍存在于各国之中,国际法处理国有企业的现有规则是确定国有企业相关问题的出发点。区分国有企业行使何种职能,应是国有企业规制规则的基础。由于国有企业与国家政府间存在的关系,国有企业或许行使国家权力,国家对此应承担相应责任,国家不能通过其境内其他实体规避义务,也正是在这一范围内国有企业财产属于国家财产豁免的范畴。如果国有企业纯粹从事商业活动,则与私有企业无异。同样,不行使国家权力的国有企业行为,不影响国家及其财产的管辖豁免。国家对其经济实体的行为是否依国际法承担责任,关键要看该实体是否行使国家权力,是否遵循商业活动准则。进一步说,如果国有企业不行使政府职能,就不能将其认定为提供补贴的主体。

2. 遵循非歧视原则

非歧视原则虽非习惯法原则,但已经被条约法所接受,在国有企业参与的国际经贸

^③ 参见经济合作与发展组织《竞争中立:维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》,谢晖译,经济科学出版社2015年版,第4-5页、第10页。

^④ 参见经济合作与发展组织秘书处《论竞争中性》,载《比较》2019年第2期。

^⑤ 参见[苏联]格·董金《国际法原论》,尹玉海译,中国民主法制出版社2006年版,第160、188、198页。

投资领域更是如此,已经成为国家间经贸关系的基本原则。国有企业非歧视原则包括两个方面:第一,国家有权设立和维持国有企业,有权授予国有企业或其他指定垄断企业特殊权利;第二,无论是哪一国家内的国有企业不能因为国有企业这一身份本身而受到歧视。现有国际法律文献中不仅不禁止国有企业,还确认国有化、国有企业的存在。除前文分析提及的法律文献外,联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》确认了国家享有的选择经济制度的权利和经济活动的充分主权。欧盟和越南间的自由贸易协定更明确规定各缔约方调整国家所有权制度的法律法规不受影响。^⑫ 这些国际文献均明确了对待国有企业的非歧视态度。中国应坚持非歧视原则,反对片面的、不平等的、不对等的针对特定国家国有企业的歧视性做法。^⑬

3. 以现有多边制度规则为基础

政府与国有企业的关系、国有企业与私有企业间的关系及竞争问题,在当今调整国际经贸关系的主要多边规则——世界贸易组织规则中已经得到基本规范,具体体现在与国有企业最为相关的有关货物贸易的国营贸易企业规则、补贴规则和政府采购规则。^⑭ 世界贸易组织调整服务贸易的《服务贸易总协定》确立了服务贸易逐步自由化的法律框架,确立了自主承诺性义务规则。如何对待国有企业,属于谈判时承诺方自己的事,是双方谈判的结果。所有这些规则构成了国际经贸的基本规则。规范国有企业,应依据现有多边制度,而非另起炉灶。前述区分职能原则、非歧视原则,都是现有多边制度的基本要求。美国认为现有世界贸易组织不能提供解决中国国有企业问题的规则,^⑮ 这只是一方诉求。应坚持在现有世贸基本规则的基础上进一步完善相关规则,与时俱进。

4. 适用部门法进行规制

国有企业作为一个实体,从事多种活动,涉及不同部门法律调整的领域,不可能制定一部专门的法律来予以规范,即便能够制定这样专门的法律,也会涉及上述与现有制度规则的关系问题,使问题复杂化。根据国有企业行为、活动所涉及的具体领域,适用这一领域的相关制度规则,就像对私有企业行为的规范一样,是最简便、最科学的规范方法。区分公私职能就是公法和私法分别适用、各部门法分别适用。投资法、贸易法、竞争法、公司法等,都是与国有企业行为密切相关的法律,且都是发展相对成熟的制度。国有企业的规范既不能忽视国有企业可能承担的公共政策功能、要求绝对的企业平等权利,也不能无视国有企业从事的商业活动,对国有企业放弃市场监管,更不能忽视现

^⑫ See NAFTA, art. 1502-1503; TPP, art. 17.2.9; CETA, art. 18.3.1; EU-Singapore FTA, art. 11.3; EU-Vietnam FTA, ch. 10, art. 3.1.

^⑬ 参见《中国关于世界贸易组织改革的建议文件》,载商务部网站, <http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/201905/20190502862614.shtml>, 最后访问时间:2019年10月17日。

^⑭ See Weihuan Zhou, Henry Gao & Xue Bai, China's SOE Reform: Using WTO Rules to Build a Market Economy, at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3209613 (Last visited on October 17, 2019).

^⑮ See U. S. Statement at the Trade Policy Review of the People's Republic of China, <https://geneva.usmission.gov/2018/07/11/u-s-statement-at-the-trade-policy-review-of-the-peoples-republic-of-china> (Last visited on October 17, 2019).

有部门法规则,对国有企业不加区分,使国有企业处于相对不利的地位。

三、国有企业的定性和定位

从历史的角度看,国家间的经贸关系越来越密切,经济全球化态势明显。一国国有企业的活动范围越来越突破本国地域的界限延伸到其他国家和地区。德国大众、新加坡淡马锡就是最好的例子。中国国有企业也遵循着同样的发展模式,经营活动向中国之外的区域发展。这意味着中国国有企业的改革和发展需要考虑到其他国家的法律制度,需要遵循国际法的国有企业规则。另一方面,中国自己的法律制度,中国自己的国有企业实践,对来中国经营的外国企业(包括国有企业)具有重要影响,并作为中国国家实践的一部分影响着国际法国有企业规则的形成和发展。这是一个内外相互适应的双向过程,是中国意志与其他国家意志相互调协的合作过程,是遵循规则与发展规则的辩证过程。这中间,对国有企业性质和职能的认识最为重要。

(一) 什么是国有企业

中国近现代史上很长一段时间内,国营企业是一种普遍称谓,意指与私营企业相对立的一种企业形式。建立国营企业,最初源自于孙中山提出节制资本的主张。^{④⑥}新中国成立后,一直使用国营企业和国营经济的表述,直至1992年10月中共第十四次报告正式提出“建立社会主义市场经济体制”,以“国有企业”替代“国营企业”这一表述,1993年《中华人民共和国宪法修正案》将“国营经济”修改为“国有经济”,将“国营企业”修改为“国有企业”。^{④⑦}这两份重要文献为所有权和经营权分离提供了政策上和法律上的依据。^{④⑧}江泽民同志1992年6月的讲话从政企职责分开的背景、从企业经营机制转换的角度,首次使用了国有企业这一称谓,将国家直接经营形式、承包经营形式、股份经营形式、租赁经营形式等,作为区别不同国有企业的情况,指出不论采取哪种形式,目的都是把国有企业真正搞活搞好。^{④⑨}据此理解,国有企业是一种所有制意义上的、非经营意义上的概念。2008年《企业国有资产法》第5条提出了“国家出资企业”的表述,包括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。美国商务部有关中国非市场经济地位的备忘录中,为了避免国有企业的界定有时基于其使用的上下文变化引起的混淆,使用了“国家投资企业”(state-invested enterprises, SIE)这一表述,指中国政府具有所有权利益的企业,含义与国有企业(state-owned enterprises)

^{④⑥} 参见《孙中山选集》(下卷),人民出版社2011年版,第616、621页。

^{④⑦} 参见《中华人民共和国宪法修正案》第5、7、8条。

^{④⑧} 参见韩大元《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》,载《中国法学》2019年第2期。

^{④⑨} 参见《江泽民文选》(第1卷),人民出版社2006年版,第203-204页。

相同。^{⑤①}

国内有学者这样界定国有企业:企业的资本全部或部分属于国家所有,并为国家直接或间接地控制的企业。^{⑤①}在这里,政府所有和控制是国有企业界定的两个要素,且因所有权关系而控制。但控制是否等同于控股,是绝对控股还是相对控股,或是既无绝对控股也无相对控股的情形,还是说企业经营也被政府控制,并无明确。有意见认为,所谓控制,是从干预角度讲的,政府所控制的企业就是政府是企业的实际控制人,拥有企业的正式控制权,包括人事控制权和行动选择权。^{⑤②}上述两种理解,在内容上和效果上都差别甚远。从前述中共中央文件和宪法修正案看,国有和国营的关系既可能重合,也可能交叉,还可能分离。因控股而控制,属于所有权意义上的控制,无控股而控制则属于经营权意义上的控制。

国际上国有企业的概念也不统一。但一般情况下文献多用“国有企业”(state-owned enterprises, SOEs)。世界银行1995年发布的政策研究报告给出的国有企业定义较有代表性:“我们对国有企业的定义是:政府拥有或控制的经济实体,它们从产品和服务的销售中创造主要的收入。这一定义限定了这些企业是政府依靠它的所有制力量控制管理的、从事商业活动的企业,既包括政府部门直接运作的企业,也包括政府直接或间接通过其他国有企业掌握主要股份的企业和国家掌握少数股份但剩余股份分配使政府有效控制的企业。该定义排除了靠政府财政维持的国有部门或机构。”^{⑤③}这一定义既突出了政府因所有权益而控制企业的这一特点,也指出了政府单纯控制企业的可能性。

经济合作与发展组织的《国有企业公司治理指引》,将国有企业界定为国家通过全部、多数或重要少数所有权而对其实施重要控制的企业,即依照国内法律属于企业且国家对其行使所有权的任何公司实体都视为国有企业。该指引适用于国家实际控制的企业,控制方式可以是国家持有多数表决股份(最终受益出资人),或者通过其他方式行使同等控制,例如法律或公司章程确保国家对其持有少数股份的企业或企业董事会拥有持续控制权。整个指引中拥有“所有权”均意味着拥有“控制权”。但国家通过善意监管影响企业决策的情况,一般不被视为拥有控制权。^{⑤④}“因所有权而控制”这一因素是界定国有企业的核心因素。这表明,政府基于所有权益的控制与政府作为监管者的监管是不同的。

^{⑤①} See United States Department of Commerce International Trade Administration, *China's Status as a Non-Market Economy*, note 1, at <https://enforcement.trade.gov/download/prc-nme-status/prc-nme-review-final-103017.pdf> (Last visited on October 24, 2019).

^{⑤②} 参见史际春《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第15页。该作者还认为我国外商投资企业,即使中方可施加控制,也不宜称为国有企业,而按国有资产管理的要求进行管理。

^{⑤③} 参见戴锦《国有企业的性质》,经济科学出版社2016年版,第39页。

^{⑤④} 世界银行《官办企业问题研究——国有企业改革的经济学和政治学》,李燕生等译,中国财政经济出版社1997年版,第21页。

^{⑤⑤} 参见经济合作与发展组织《国有企业公司治理指引》,经济合作与发展组织2015年版,第15-16页。

国际经贸协定中,《北美自由贸易协定》将国有企业(state enterprise)定义为缔约方所有或通过所有权权益控制的企业。《跨太平洋伙伴关系协定》将国有企业(SOEs)界定为从事商业活动的企业,在该企业中缔约方直接拥有超过50%的股份,通过所有权益控制50%以上的投票权,或者拥有任命董事会或类似管理机构大多数成员的权力。《美墨加协定》进一步补充,政府通过其他所有权益(如间接或少数所有权)拥有控制企业权利的企业亦属国有企业。^{⑤⑤} 这里,我们看到国有企业的范围超出了“所有”或“所有权益”这一国有企业的最基本含义,将界定因素扩大到了与所有权益无关的管理机构成员的任命权。欧盟近期达成的国际经贸协定中,国有企业的定义走得更远。它不仅涵盖了《跨太平洋伙伴关系协定》中的国有企业的范围,还进一步扩大到政府控制企业、直接或间接控制企业的战略决策、拥有法律上指示企业行动的权力,或根据法律规章行使同等控制的权力。^{⑤⑥} 这种定义扩张,扩大了国有企业的范围,影响企业权益,有可能侵蚀和混淆国家行使国家权能对企业的管制权。

(二) 国有企业是否从事商业活动

从上述国有企业定义可以看出,除了国家或政府所有、控制这一要素外,国有企业还必须具有从事商业活动(经济活动)的企业身份。如果某一实体不从事商业活动,例如某一国家机关,虽然为国家或政府完全所有或控制,也不是国有企业。何为“商业活动”,不同文献的定义表述并不完全相同。营利、非政府职能,是核心要素。

《跨太平洋伙伴关系协定》《美墨加协定》和《欧盟日本经济伙伴关系协定》在国有企业章节中对“商业活动”的定义完全相同:商业活动指企业从事的以营利为目的、生产商品或提供服务的活动,商品或服务以企业确定的数量和价格在相关市场销售给消费者。企业在非营利基础上或成本回收基础上从事的活动,不属于以营利为目的的活动。^{⑤⑦} 而经合组织《竞争中立指引》则将“商业活动”反向定义为市场上不构成公共政策职责的活动。“商业实体”指未受政府当局指派执行公共政策职责的实体。^{⑤⑧} 美国最高法院认为,从政府的角度讲,政府行使私人也能行使的权力(与国家主权权力相对)时,该活动为商业活动。^{⑤⑨}

某些文献使用与“商业活动”实质相同的“经济活动”这一表述。《欧盟新加坡自由贸易协定》投资章中,将“经济活动”定义为“商业性活动”,不包括履行政府职能的活动(即不在商业基础上进行的、亦不与一个或多个经济经营者竞争的活动)。^{⑥⑩} 经合组织2015版《国有企业公司治理指引》将“经济活动”定义为在特定市场上提供货物或服务

^{⑤⑤} See NAFTA, art. 201.1; TPP, art. 17.1; USMCA, art. 22.1.

^{⑤⑥} See CETA, art. 1.1; EU-Vietnam FTA, ch. 10, art. 1; EU-Japan Economic Partnership Agreement, art. 13.1.

^{⑤⑦} See TPP, art. 17.1 and footnote. 1; USMCA, art. 22.1 and footnote. 1; EU-Japan Economic Partnership Agreement, art. 13.1(b) and footnote 1.

^{⑤⑧} 参见前引^{⑤⑨} 经济合作与发展组织书,第12页。

^{⑤⑨} See *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 614 (1992).

^{⑥⑩} See EU-Singapore FTA, art. 8.8.

的活动,该种活动至少原则上可以由私人经营者为获利而进行。^{⑥1}

概括言之,商业活动是一种企业营利活动,非履行公共政策职责的活动。如果政府以企业的形式履行公共政策职责,这样的企业不属于从事商业活动的国有企业的范围。这样的界定既与联合国、世界银行、国际货币基金组织等联合发布的《国民经济核算体系》采用的概念一致,^{⑥2}也与世界贸易组织相关规则对政府职能的相关界定相一致。^{⑥3}

国有企业必须在法律上独立于其投资主体。如果一实体附属于政府部门,是政府部门的一部分,即便从事经济活动,也不视为国有企业。联合国《国家豁免公约》规定:国有企业必须拥有独立于国家或政府的法律人格,是独立法人,以其资产独立承担法律责任。^{⑥4}我国《民法总则》规定了营利法人和非营利法人。这一分类实为我国国有企业改革提供了方向。一般意义上,国有企业应是营利法人,但不排除国家投资政策性企业和公益性组织。

(三) 国有企业是否拥有政府职能或促进政策目的

如果说国内学者有可能对国有企业定义达成共识,那么在国有企业的性质问题上则大相径庭。至少存在四种不同认识:工具论、公权论、双重身份论和商业主体论。

从国有企业存在于社会主义社会和资本主义社会这一现实和角度说,国有企业并不专属于社会主义社会,因而国有企业本身也不能说是社会主义性质的。^{⑥5}既然各种社会制度、各种政府都可设立和维持国有企业,国有企业就具有了一种工具性质。“国有企业本身不具有政治化的意义,在本质上它只是国家调控社会与经济的工具。国企性质最简明的回答是政府的工具。”^{⑥6}美国政府和英国政府在2008年金融危机后采取国有化措施,反映了这一性质。^{⑥7}在社会主义市场经济框架下,国有企业的工具性也应当是存在的。“中国的市场经济不能简单地私有化或放松管制,而需由政府主导并利用国有企业、主权财富基金和优化政府规制来实现国家战略。”^{⑥8}这一看法体现的也是工具性。而正是这样的国有企业工具性,被欧美等发达经济体作为对中国经济、中国国有企业采

⑥1 参见前引⑤4,《经济合作与发展组织书》,第15页。

⑥2 参见联合国、欧盟委员会、经济合作与发展组织、世界银行、国际货币基金组织《国民经济核算体系(2008)》,第6.24节。

⑥3 参见《关税与贸易总协定》第3.8条,《服务贸易总协定》第1.3(c)条,《政府采购协定(2012)》第1条、第2.2条。

⑥4 参见《国家及其财产管辖豁免公约》第10条。

⑥5 毛泽东指出,在无产阶级领导下的新民主主义共和国的国营经济是社会主义的性质。参见《毛泽东选集》(第2卷),人民出版社1991年,第678页;1949年《中国人民政治协商会议共同纲领》确认了国营经济的社会主义性质,参见《中国人民政治协商会议共同纲领》第26、28条。

⑥6 杨卫东《国企工具论》,武汉大学出版社2012年版,第57页。

⑥7 See UNCTAD, World Investment Report 2017, at 37. 另参见何帆《世界主要发达经济体应对金融危机的措施和效果评述》,载《经济社会体制比较》2009年第4期。

⑥8 史际春《论营利性》,载《法学家》2013年第3期。

取贸易措施的理由或诱因^⑨,是发达经济体将国有企业定性为提供补贴的公共机构、我国经济为非市场经济的证据。前文提及的欧盟提出的世贸改革建议中,明确将国有企业“促进政府政策”与“履行政府职能”并列考虑,显示出非常强的针对性。而正是出于对政权性质的不认同,国有企业为国家政策服务的工具性被发达经济体另眼看待。

在我国有不少观点认为国有企业享有公权力。国内有学者认为,无论是国有独资企业和国有独资公司还是国有控股公司和国有参股公司,“在宪法上具有公权力性质”,“在市场的经济活动均属于行使公共职能”。^⑩亦有学者认为,“政府代表国家行使国家所有权的活动属于公共活动……本质上属于公权”^⑪;“国家所有权本质上是以国家强制为基础、以政治程序为运行机制的公共权力”^⑫。但如果结合中国国有企业改革所坚持的政企分开方向和中国国有企业的现状看,上述有关国有企业公权力的观点似有以偏概全之嫌,不利于我国国有企业改革。另有学者看到了政府的出资人身份和监管者身份的双重属性,建议区分公益性和营利性国有企业,进行功能分类,有针对性地设计出不同的“政企”关系。^⑬这种二分法实为国际社会传统解决国家与国有企业关系的方法。也许正确的认识应是,既然国有企业以自己的名义存在,首先应当推定国有企业是一个独立法人主体,除非有证据证明其实为政府代理人或履行政府职责。

国有企业是否是具有独立法律人格的一般商事主体?在民商法领域,国有企业成为一般商事主体似乎没有问题。1986年《民法通则》在规定企业法人的同时,特别规定全民所有制企业的法人资格;2017年《民法总则》规定了营利法人和非营利法人。但我国确实存在着“一些企业市场主体地位尚未真正确立”^⑭的情况。这一问题需要进一步明确和解决。

(四) 政府对国有企业财产是否采取绝对豁免态度

既然国有企业情况不一,有些从事纯粹竞争性业务,有些从事公共政策性业务,且一般国有企业并不享有政府权力,该如何对待国有企业资产呢?具体地说,国有企业财产是否属于国家财产管辖豁免的范围?这一问题也涉及国有企业是否具有独立身份从事商业活动问题。

2005年全国人大常委会通过实施的《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》规定了对中央银行财产的豁免,并规定了处理这一问题的对等原则。但这一立法并没有涉及国有商业银行或政策性银行的相关问题。中国政府目前主张国家财产绝对豁免的

^⑨ See European Commission, *Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economic of the People's Republic of China for the Purposes of Trade Defence Investigations*, SWD(2017) 483 final/2, at 20 (European Commission, 2017); United States Department of Commerce International Trade Administration, *supra* note 50, at 52-93.

^⑩ 参见陈征《国家从事经济活动的宪法界限——以民营企业家的基本权利为视角》,载《中国法学》2011年第1期。

^⑪ 肖泽晟《论国家所有权与行政权的关系》,载《中国法学》2016年第6期。

^⑫ 王军《国企改革与国家所有权神话》,载《中外法学》2005年第3期。

^⑬ 参见顾功耘、胡改蓉《国企改革的政府定位及制度重构》,载《现代法学》2014年第3期。

^⑭ 《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》,载《人民日报》2015年9月14日第6版。

立场。在香港法院审查的“刚果民主共和国诉 FG Hemisphere Associates LLC 案”中,中国外交部主张国家财产绝对豁免立场,全国人大常委会通过释法方法要求香港法院遵循中央政府的立场。^⑤“我国的一贯原则立场是,一国国家及其财产在外国法院享有绝对豁免,包括绝对的管辖豁免和执行豁免,从未适用所谓的‘限制豁免’原则或理论。我国法院不能管辖、在实践中也从未受理过以外国国家及政府为被告、或针对外国国家及政府财产的案件,不论该外国国家及政府的相关行为的性质和目的如何,也不论该外国国家及政府的相关财产的性质、目的和用途如何。同时,我国也不接受外国法院对以我国国家及政府为被告、或针对我国国家及政府财产的案件享有管辖权。我国政府的这一原则立场是明确和一贯的。”^⑥上述观点只是阐明中国法院的观点,不能影响其他国家法律规定、法院做法。中国国有企业在美国法院的诉讼中援引国家主权豁免抗辩。^⑦美国政府表达了对国有企业援引国家豁免的这一问题的关注。^⑧

如前文所述,如果国家财产用于履行政府职能,则可以主张豁免,但如果国家如一般商业主体一样从事商业交易,无政府职能因素存在,则不可主张豁免。而国有企业作为独立法人参与诉讼时,国有企业与政府是独立的,除非存在特殊情况。基于这样的原则,在强调国有企业是独立商主体的情况下,特别是国有企业对外投资的情况下,主张国有企业财产豁免,存在需要澄清的矛盾之处。不加区分地主张外国法院管辖豁免,既与实际情况不符,也难于获得东道国的承认,影响到国有企业的对外投资和经营。

四、中国国有企业改革的路径

与国有企业相关的国家责任及豁免规则以及世界贸易组织的相关规则,构成了国有企业国际规制的基础。美欧等发达经济体采取的措施对现今国有企业规则提出了挑战,但并不否认国有企业本身。欧盟委员会 2016 年发布了欧盟境内国有企业状况的报告,认为国有企业发挥重要的作用,并能够抵抗金融危机,在网络型产业部门中的业绩与私有企业一样好,其改革方向应是加强应对来自国内外的竞争。^⑨本质上讲,国有企业规则到了一个考验期,背后是规则话语权较量和利益交换。中国国有企业改革不得不考虑这些因素。中美贸易战进一步凸显了中国国企改革的艰巨性和复杂性。中国国企改革需要基于当前的情况和任务,采取有针对性的措施,趋利避害。

^⑤ See *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates LLC* (2011), 14 HKCFAR 95, paras. 197, 202 and 211.

^⑥ 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 13 条第 1 款和第 19 条的解释 2011 年 8 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过。

^⑦ See *Glob. Tech., Inc. v. Yubei (XinXiang) Power Steering Sys. Co.*, 807 F.3d 806, 810 (6th Cir. 2015).

^⑧ See White House Office of Trade and Manufacturing Policy, *How China's Economic Aggression Threatens the Technologies and Intellectual Property of the United States and the World*, at 17 (White House, 2018).

^⑨ See European Commission, *State-Owned Enterprises in the EU: Lesson Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context* at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/ip031_en_2.pdf (Last visited on October. 24, 2019).

2018年底中央经济工作会议明确了今后国有企业改革的方向和路线“加快国资国企改革,坚持政企分开、政资分开和公平竞争原则,做强做优做大国有资本,加快实现从管企业向管资本转变,改组成立一批国有资本投资公司,组建一批国有资本运营公司,积极推进混合所有制改革。”^⑩会议首次提出“国资国企改革”,将国资改革和国企改革并列,路径非常清晰。有学者指出,下一步的国有企业改革应围绕四个任务展开:合理定位、公平竞争、政企分开、惠及全民。^⑪结合前文分析,本文认为,应通过国有企业分类分级“三三制”改革,建立中国特色现代企业制度,促进公平竞争。

(一) 区分政府和企业职能 横向分类

国有企业是一个统称。不同的国有企业承担不同的政策目标或功能。政企分开、社企分开就是要明确国有企业的职能和定位。对国有企业按其功能和目标进行分类,将承担政府职责的国有企业与不承担政府职责的国有企业区分开来,将承担公共政策的国有企业与不承担公共政策的国有企业区分开来,采取不同的政策、提供不同的待遇、实施不同的要求。这种做法也是国际社会采取的、国际法允许的方法。在挪威和芬兰,国有企业被分为三种类型,一是没有战略利益拥有商业目标的商业国有企业,二是有战略利益的商业国有企业,三是具有特殊任务和目标的国有企业。在立陶宛,存在着寻求增加企业价值的国有企业、寻求战略利益的国有企业和寻求社会和政治目标非商业目标的国有企业。智利、葡萄牙和瑞士也存在着类似的分类。^⑫

2015年《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》发布,提出分类推进国有企业改革,将国有企业分为商业类和公益类两类。国资委、财政部和发改委随后发布了《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》。这一分类改革政策为国有企业指明了方向。但纵观这些意见可以发现,现有的两类分法,特别是商业类所含具体类型,并不能准确界定国有企业功能和目标。现有分类中,公益类国有企业主要服务民生、服务社会、提供公共产品和服务,其余国有企业一律归为商业类。而商业类既包括了以资产保值增值为主要目标的企业(竞争类),也包括关系到国家安全、承担重大专项任务的企业(国家安全类),经济效益和资本回报依然属于重要的考核内容。^⑬国家安全涉及全体人民的安全与福利,应当把国家安全类纳入到公益类,由国家承担相应的费用和风险,也为国家的各种支持提供合法理由。此外,商业类国有企业按照市场化要求实行商业化运作,公益类国有企业也引入市场机制;商业类有涉及国家安全、自然垄断的,公益类也有涉及自然垄断的。这就模糊了分类的界限。现有分类基于谁出资谁分类,缺乏明确统一标准,容易造成分类混乱。

^⑩ 《中央经济工作会议在北京举行》,载《人民日报》2018年12月22日第01版。

^⑪ 参见张春霖《国有企业改革再出发》,载《比较》2018年第4期。

^⑫ See OECD, *State-Owned Enterprise Governance: A Stocktaking of Government Rationales for Enterprise Ownership*, at 12 (OECD Publishing, 2015).

^⑬ 参见国资委和财政部《关于完善中央企业功能分类考核的实施方案》(国资发综合〔2016〕252号)。

基于上述,建议将国有企业分为三类:商业类(一般竞争类)、公益类和国家安全类。这样的分类既能为政企分开、政资分开提供保障和方法,为从管企业向管资本转变奠定基础,也能为不同所有制企业之间的公平竞争界定范围、提供依据,有利于国有企业的发展。

(二) 区分资本和企业 纵向分级

与上述分类相关但又不同的另一种划分是国有企业的层次分级。政府投资通过股权关系形成不同层级的投资链条。层级高的(政府直接投资的),公共政策性强,性质上更倾向于政府企业;层级低的(国有企业再投资的),市场自主性强,性质上更倾向于私有企业。就我国而言,在基本消除了行业主管部门设立和经营国有企业而代之以国有资产监管部门管理后,分级持股经营的条件基本成熟。

放眼国际和历史,国有企业分级持股的做法并不少见,且比较成功。这种层级结构通过不断的层级过滤、隔离,将政府资金、政府投资公司转化为市场投资、市场主体。历史上意大利公共企业的最大特点是国家持股制度。整个制度呈金字塔结构。顶层是国家持股部,负责制定和实施长期战略、协调直接关注的部门计划,对公共企业部门的整个行为负政治责任。中间一层是国家持股公司,受公法调整,控制经营公司的资本,并为它们提供融资和技术支持(它们本身从国家获取财政援助)。基层的是经营单位,具有股份公司的法律地位,受私法调整。它们负责经济管理和业绩。^④意大利的这种国企模式在很长时间内为意大利经济发展作出了重大贡献,曾为英国所效仿,其绩效亦为研究学者所肯定。^⑤在当今亚洲,马来西亚的信托投资计划亦呈现类似的分级结构:最上层为马来人投资基金,为政治部门,受总理领导;中层为国家股权公司,作为投资机构,管理国家信托投资公司;低层是国家信托投资公司管理的信托基金具体进行投资持股。^⑥而更为中国人熟悉的新加坡淡马锡公司,其体系亦呈现出层级结构:上层是财政部,负责董事会成员任命,但不参与经营决策和管理;核心是淡马锡公司,独立进行投资决策;基层是投资组织公司,负责具体投资经营和管理。^⑦

中国国企改革目标应朝着对国有企业进行层级界分的明确方向积极迈进。中共中央、国务院发布的相关国有企业改革意见和政策,^⑧实际上已经指出了这一方向,只是没

^④ See Pier Angelo Toninelli (ed.), *The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in Western World*, at 19-20, 153 (Cambridge University Press, 2000).

^⑤ See Franco Amatori, Robert Millward & Pier Angelo Toninelli (ed.), *Reappraising State-Owned Enterprise: A Comparison of the UK and Italy*, at 59 (Routledge, 2011).

^⑥ 参见前引^④张春霖文。

^⑦ 《新加坡宪法》第五附表所列的法定机构及政府公司包括:新加坡政府投资公司(负责管理新加坡政府的储备金)、中央公积金局、新加坡金融管理局、建屋局和裕廊镇管理局。参见淡马锡官方网站, <https://www.temasek.com.sg/zh/who-we-are/about-us.html>, 最后访问时间:2019年10月17日。

^⑧ 参见《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》《国务院关于改革和完善国有资产管理体制的若干意见》(国发〔2015〕63号)、《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》(国发〔2018〕23号)和《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》(国发〔2019〕9号)。

有使用“分级”这一表述。“以管资本为主加强国有资产监管,完善国有资本投资运营的机制。科学合理界定政府及国有资产监管机构,国有资本投资、运营公司和所持股企业的权利边界,健全权责利相统一的授权链条,进一步落实企业市场主体地位,培育具有创新能力和国际竞争力的国有骨干企业。”^⑩政府授权国有资产监管机构依法对国有资本公司、国有资本运营公司履行出资人职责,国有资本投资公司和国有资本运营公司对授权范围内的国有资本履行出资人职责,建立双重“授权链条”,而由投资公司和运营公司具体投资于市场主体。其具体表现是:(中央或地方)政府/资产监管机构→投资运营公司→投资企业。在上述层级结构中,政府和资产监管机构属于政治层面,是公法意义上的机构。现有政策中的投资公司和运营公司在功能上是一样的,属于中间层的投资运营公司,作为国有独资公司在国家授权范围内履行国有资产出资人职责,是国有资本市场化运作的平台,不从事具体生产经营活动,对所投资企业行使股东职责,以出资额为限承担有限责任。投资企业是从事商品生产和服务提供的市场主体,独立经营管理,可以作为投资主体进行投资,形成更多的子公司、孙公司,但层级上属于同一级别。因此,国有企业分级的三个核心层级是:政府/资产监管机构→投资运营公司→投资企业。

国有企业三个层次结构与国有企业三种分类(“三三制”)匹配交叉、对号入座,而不是整体划一模式,是国企改革又一次“抓大放小”,能够从根本上解决国有资本政府性和国有企业市场性的问题,真正使国有企业改革与市场经济相融合。上述层级划分,通过界分、切割和过滤,解决了政府与企业的关系问题,解决了国有资本的政治性/公益性和国有企业商业经营的矛盾,解决了国有企业的独立身份问题,亦解决了公司治理结构中内嵌党组织的问题,还解决了混合所有制可能引起的问题。混合所有制不发生在国有资本投资公司或运营公司这一中间层次,只能发生在投资企业这一层次。

(三) 建立与分类分级相适应的中国特色现代国有企业制度

建立现代企业管理制度,是中国国有企业改革的一个长期目标。一段时间内,国有企业监管主要是依赖外部考察监督,如政府向国有企业派驻稽查特派员,向企业派出监事会。这些外部约束机制固然有用,但效果不佳。从内部强化公司治理机制是中国国有企业改革、建立现代企业制度的重点。公司制是中国国企改革的组织形式。股东会、董事会、监事会和管理层是公司制度的要素。国有企业亦遵循这一制度要求。在独资公司的情况下,由于投资者和股东是同一主体,可以不必设立股东会。国有企业投资公司和国有企业运营公司属于这类情形。在国有投资公司和运营公司投资的市场主体中,由于这类企业实施混合所有制,投资主体多元,企业基于商业考虑直接在市场与其他类型的市场主体竞争,这类混合所有制的国有企业治理与一般私有企业公司治理

^⑩ 《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》(国发〔2018〕23号)。

没有根本不同。^⑨ 混合所有制的目的是为公司治理提供条件,实现国有资产监管机构由管企业向管资本的转变。

中国实行社会主义市场经济制度,中国共产党的领导构成中国特色社会主义最本质特征。^⑩ 就党对国有企业的领导而言,亦应根据国有企业的不同情况、不同层级采取不同的领导方式。虽然有学者认为党委对央企甚至是一般国有企业的控制早已是既成事实,一般意义上“政治联系企业”在经济上和法理上存在“正当性”,^⑪但这并不意味着现有事实状态不需要改革和完善,否则就不能实现政企分开、政资分开、公平竞争的要求。国有企业的“三三制”分类分级,意味着政治权力参与资源分配的方式发生改变。不同层级的党组织发挥不同的作用。在上级是政治责任,在下级是内部组织建设。对于国有资本投资和运营企业,党的领导是显性的、直接的,就是要“把党的领导融入公司治理各环节,把企业党组织内嵌到公司治理中,明确和落实党组织在公司法人治理结构中的法定地位,充分发挥党组织的领导作用,确保党和国家方针政策、重大决策部署的贯彻执行”^⑫。在这类国有企业中,企业党委的决定是董事会、经理层决策重大问题的前置程序。^⑬ 由于这类公司的核心管理人员由国有资产监管机构或政府直接任命,党的领导可以与董事会成员任命紧密结合起来。^⑭ 而对于其他类型的国有企业,国有资本投资企业,党的领导更多体现为党组织的保障作用、党员的先锋模范作用。“为企业的党员提供管理和服务,团结凝聚员工遵纪守法,遵守企业规章制度,发挥党员先锋模范作用。这也有利于企业加强管理,有利于推动企业健康发展。”^⑮ 像国有资本投资的外商投资企业,按照前文分析的国有企业的界定标准,也可能被归类为国有企业,但这类国有企业中把党组织的决定作为外商投资企业董事会、经理层决策的前置程序,实践中会有很大的困难。“坚持一企一策、因企施策,不搞批发式”^⑯,才是国企改革中发挥党的领导作用的根本。

(四) 促进公平竞争

明确国有企业职能与定位,还要处理好与私有企业的关系。中国改革开放的结果形成了以社会主义初级阶段的公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制

^⑨ 参见《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》(国办发〔2017〕36号)。

^⑩ 参见《中华人民共和国宪法》第15条第1款、第1条第2款。

^⑪ 参见蒋大兴《政治/政党与企业:政治权力参与资源分配的文明结构》,载《当代法学》2018年第1期。

^⑫ 《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》(国发〔2018〕23号)。

^⑬ 参见《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》(国发〔2019〕9号)。

^⑭ 有学者提出“双重治理结构”(twin governance structure), See Jiangyu Wang, *The Political Logic of Corporate Governance in China's State-owned Enterprises*, 47 Cornell Int'l L. J. 631, 637 (2014)。

^⑮ 新华社《习近平在上海考察》,载人民网, <http://jhsjk.people.cn/article/30387788>, 最后访问时间:2019年10月17日。

^⑯ 《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》(国发〔2019〕9号)。

度。公有制经济和非公有制经济的竞争关系问题提上议程。^⑧ 中央提出“保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争”^⑨。

不同所有制主体间的公平竞争,是否意味着遵循经合组织推动的竞争中立原则,^⑩ 国内对此的认识并不统一。有观点认为,“竞争中立”的概念和中国提出的“平等竞争、优胜劣汰”的概念在内涵上的方向上是一致的;竞争中立与中国国有企业改革的过去实践和未来政策方向是吻合的。^⑪ 亦有学者明确表示,“竞争中立”与我国政经体制和经济法治整体上不协调,要剥掉“竞争中立”的漂亮外衣,加以彻底否定。^⑫ 在中国政府层面,虽然自2018年11月起有政府官员使用了竞争中立(性)这一表述,^⑬ 但这并不意味着我国的公平竞争政策等同于经合组织推动的《竞争中立指引》。国务院2019年10月新颁布《优化营商环境条例》提出坚持权利平等、机会平等和规则平等,各种所有制经济平等受到保护,重申“依法促进各类生产要素自由流动,保障各类市场主体公平参与竞争”^⑭。

对于经合组织的《竞争中立指引》,除看到中国不是经合组织成员这一事实、中国没有以官方身份参与制定经合组织发布的《竞争中立指引》从而该指引没有充分考虑中国国情这一事实外,还要看到公平竞争和竞争中立实际上并非同义语。首先,公平竞争的内涵非常丰富。反不正当竞争法意义上和反垄断法意义上的公平竞争亦有所不同。其次,经合组织倡导的竞争中立原则的内涵也非常丰富,包括企业形式、成本核算、商业回报率、监管中立等八大内容,而且竞争中立这一概念“覆盖面广且无定形”。^⑮

实践中,无论是国内还是国际,都允许国有企业的存在,并允许国家指定国有企业行使特定政府职能或享有具体特权。因而,公平竞争不都表示私有企业与国有企业享有相同的权利。只有在国有企业以一般市场主体身份从事商业活动时,国有企业和私有企业作为市场主体应当是平等的。公平竞争的核心是废除对国有企业的保护或对私有企业的歧视。而国有企业的分类和分级,为市场中国有企业和私有企业的

⑧ 有学者将国有企业发展与民营企业增长描述为不可兼得的“特里芬困境”,参见李明峰《国有经济的发展遭遇“特里芬”困境》,载《甘肃社会科学》2016年第6期。

⑨ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)。

⑩ 竞争中性或竞争中立,是对英文 competitive neutrality 的不同表述,暂时还未统一。本文根据引用文献的原始中文表述,分别使用“竞争中立”或“竞争中性”。

⑪ 参见前引③,经济合作与发展组织书,邵宁:序一,张政军:序二。

⑫ 参见史际春、罗伟恒《论“竞争中立”》,载《经贸法律评论》2019年第3期;黄志瑾《国际造法过程中的竞争中立规则——兼论中国的对策》,载《国际商务研究》2013年第3期。

⑬ 参见《张茅在上海调研时强调鼓励创新规范经营服务发展》,载国家市场监督管理总局网站,http://www.samr.gov.cn/xw/tp/201811/t20181107_289859.html,最后访问时间:2019年10月17日;《易纲行长在2018年G30国际银行业研讨会的发言及答问》,载中国人民银行网站,http://www.pbc.gov.cn/hanglingdao/128697/128728/128832/3643836/index.html,最后访问时间:2019年10月17日。另外2019年《政府工作报告》指出“按照竞争中性原则,在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面,对各类所有制企业平等对待”。这与经合组织的《竞争中立指引》不同。

⑭ 《优化营商环境条例》(国令〔2019〕722号)第10条、第5条。

⑮ 参见前引③,经济合作与发展组织书,第4页。

公平竞争提供了可能。国有企业与私有企业的公平竞争,首先应有规则平等,有了规则平等才会有权利平等,才会产生机会平等,才会形成公平竞争。不分情形、不加区别地要求国有企业与私有企业间的待遇完全平等,否定了国有企业的存在理由,亦否定了国家通过国有企业提供公共物品的政府职责。这与我国国有企业改革目标不符。

Abstract: The relevant rules of international law adhere to the standard of unification of subject and behavior to address state-owned enterprises (SOEs) issues such as identity and behavioral nature, and whether SOEs exercise governmental functions is the basic starting point of analysis. The multilateral international economic, trade and investment rules have in principle adopted a neutral attitude towards SOEs, focusing on commercial activities. These rules are challenged by various measures the developed economies have recently adopted aiming at reshaping the SOEs' rules. When promoting the reform of SOEs, China should take international rules into account and affect the development of rules of international law without discrimination through its own practices. The current understanding of the nature and function of state-owned enterprises in China is not unified. The next step of SOEs reform should combine the reform of state-owned assets and SOEs, follow the principle of separation of government and enterprises, adopt SOEs classification and grading system, accelerate the separation of government and fund, and establish corresponding modern enterprise governance system with Chinese characteristics, and promote fair competition.

(责任编辑: 陈贻健)